

中国法律 的艰辛 历程

朱勇 著

图书在版编目(CIP)数据

中国法律的艰辛历程 / 朱勇著. — 哈尔滨: 黑龙江人民出版社, 2002.1

(中国学术前沿性论题文存·京华学人卷)

ISBN 7-207-05181-6

. 中... . 朱... . 法学史—中国 . D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2001)第065738号

责任编辑: 徐冲

装帧设计: 于克广

中国法律的艰辛历程

Zhonggou Falu de Jianxin Licheng

朱 勇 著

出 版 者 黑龙江人民出版社出版发行
通 讯 地 址 哈尔滨市南岗区宣庆小区1号楼
邮 编 150008
网 址 www.longpress.com E-mail hljmcbs@yeah.net
制 版 黑龙江人民出版社激光照排中心
印 刷 黑龙江新华印刷厂
开 本 850 × 1168毫米1/32 · 印张14.625插页2
字 数 354000
印 数 1 - 2000
版 次 2002年1月第1版 2002年1月第1次印刷
书 号 ISBN7-207-05181-6/D · 682

定价: 20.00元

(如发现本书有印制质量问题, 印刷厂负责调换)

总 序

中国的历史似乎越古越辉煌，雄汉盛唐、唐宗宋祖、秦皇汉武……一部中国古代史灿烂辉煌，让人留连忘返。然而，盛极而衰，这是一个古老而平凡的真理。历史的发展总是一条曲线而不是直线。一部中国近代史黑暗悲惨，让人不忍卒读，战祸离乱、割地赔款、百年凌辱……“长夜难明赤县天”。历史的这一页终于被翻过去了。新民主主义革命的胜利使中国人民从此站起来了，并为中国的现代化开辟了一条现实的道路。然而，从1957年开始，一条“以阶级斗争为纲”的路线又把中国的社会主义引到了崩溃的边缘，中国的现代化再次误入历史的沼泽地。感谢邓小平，正是他老人家的拨乱反正、改革开放使“九死一生”的中国现代化奇迹般地走出了历史的沼泽地，并为中国的社会主义开辟了新的天地。

从1978年至今，短短的二十余年，在人类历史上只能是“弹指

一挥间”，然而，在中国这块古老的土地上却发生了巨大而深刻的变化：从以阶级斗争为纲转向以经济建设为中心，从传统的计划经济体制转向社会主义市场经济体制，从单一的公有制转向以公有制为主体、多种经济成分共同发展，从封闭半封闭型社会转向开放型社会……当代中国正在经济市场化的过程中实现现代化，而这种市场化、现代化又是同社会主义改革密切相联甚至融为一体的。换言之，我们是把市场化、现代化和社会主义改革这三重重大的社会变迁浓缩在同一个时空中进行的，从而构成了一次史无前例、波澜壮阔的社会转型。这的确是一个激动人心的年代。

市场化、现代化和社会主义改革这三重重大的社会变迁浓缩在同一个时空中进行，必然给当代中国的人文社会科学及其学术研究提出一系列新的问题。我始终认为，学术研究不能仅仅成为学者之间的对话，更不能成为学者个人的“自言自语”，学术研究应该也必须同现实“对话”，否则，学术研究就会成为无根的浮萍，甚至是“无病呻吟”。改革开放和现代化建设是当代中国最基本的现实。关注这一现实，从总体上把握当代中国改革开放和现代化建设，由此引发对民族的生存方式和社会发展的理论思考，这是学者应有的良心和使命。在我看来，现实实践中的难点或“热点”问题与学术前沿性论题是密切相关甚至融为一体的，现实实践中的难点或“热点”问题必然构成学术前沿性论题，而真正的学术前沿性论题归根到底是现实实践中的难点或“热点”问题。二者的双向运动构成了当代中国学术研究亮丽的风景线。

我不能同意这样一种观点，即随着市场经济体制的确立，中国的学术研究日益贫困，甚至走向衰落。这是一种无原则的糊涂观念。市场经济与学术研究的关系并非如同冰炭，难以相融。没有市场经济就没有英国古典经济学和德国古典哲学，也没有当代的

存在主义和后现代主义，当然，也就没有马克思主义。社会主义市场经济这一前无古人的新的实践必然向人们提出新的问题，必然为学术研究开辟一个新的思维空间。事实也的确如此。随着改革开放和现代化建设在广度和深度上的不断拓展，随着对中国传统文化和现代西方人文社会科学的批判反思，随着马克思主义的自我反思，当代中国的学术研究正日趋繁荣，走向成熟，从而为我们展示了一个新的思想地平线。

正因为如此，受黑龙江人民出版社的委托，我主持编辑了这套“中国学术前沿性论题文存”（京华学人卷）。

首批列入这套丛书的有八部著作，即赵敦华教授的《西方哲学的中国式解读》，万俊人教授的《现代性的伦理话语》，杨慧林教授的《基督教的底色与文化延伸》，黄泰岩教授的《探求市场之路》，朱勇教授的《中国法律的艰辛历程》，景天魁教授的《社会发展的时空结构》，李强教授的《转型时期的中国社会分层结构》，以及杨耕教授的《为马克思辩护》。

从这些著作的作者来看，他们分别来自中国社会科学院、北京大学、清华大学、中国人民大学、北京师范大学和中国政法大学。这是一个特殊的学术群体，他们基本上出生在20世纪50年代，基本上是在20世纪70年代末那个“解冻”的年代走进大学校园，尔后又取得博士学位，被评为教授、博士生导师。他们都经历了共和国的风风雨雨、“天灾人祸”，而他们的学术生涯又是同改革开放和现代化建设的历程联系在一起的，几乎是同步进行。正是这段特殊的经历，使这些作者对社会与人生有了深刻的体认，并对他们的学术研究产生了深刻的影响。

从这些著作的内容看，它们分别涉及到哲学、伦理学、宗教学、经济学、法学和社会学，显示出不同的理论视角和不同的理论主

题。这些著作或者直接从现实出发去描述改革开放和现代化建设，或者似乎在进行纯学术研究而实际上在间接地探讨改革开放和现代化建设，或者纵目远眺，通过对理论本身的批判反思回归现实，从而研究改革开放和现代化建设。“每一个心灵都有它的望远镜”（狄德罗）。作者们在平凡的生活中深入掘进，在学术研究中深刻反思，从而将理论触角伸到了现实深处，同时，又保持了学术研究的相对独立性、反思性和批判性。

我不能说这些著作已达到高屋建瓴，但它们也绝不是浅滩上的漫步。这里，对大变革的礼赞和对旧体制的否定融为一体，真实的描述和理论的反思融为一体。你可以不同意作者的结论，但你不能不敬佩作者在如此广泛的领域里所进行的认真探索；你可以不欣赏这幅画面，但它的斑斓五彩不能不在这一方面或那一点上激起你探索的激情。

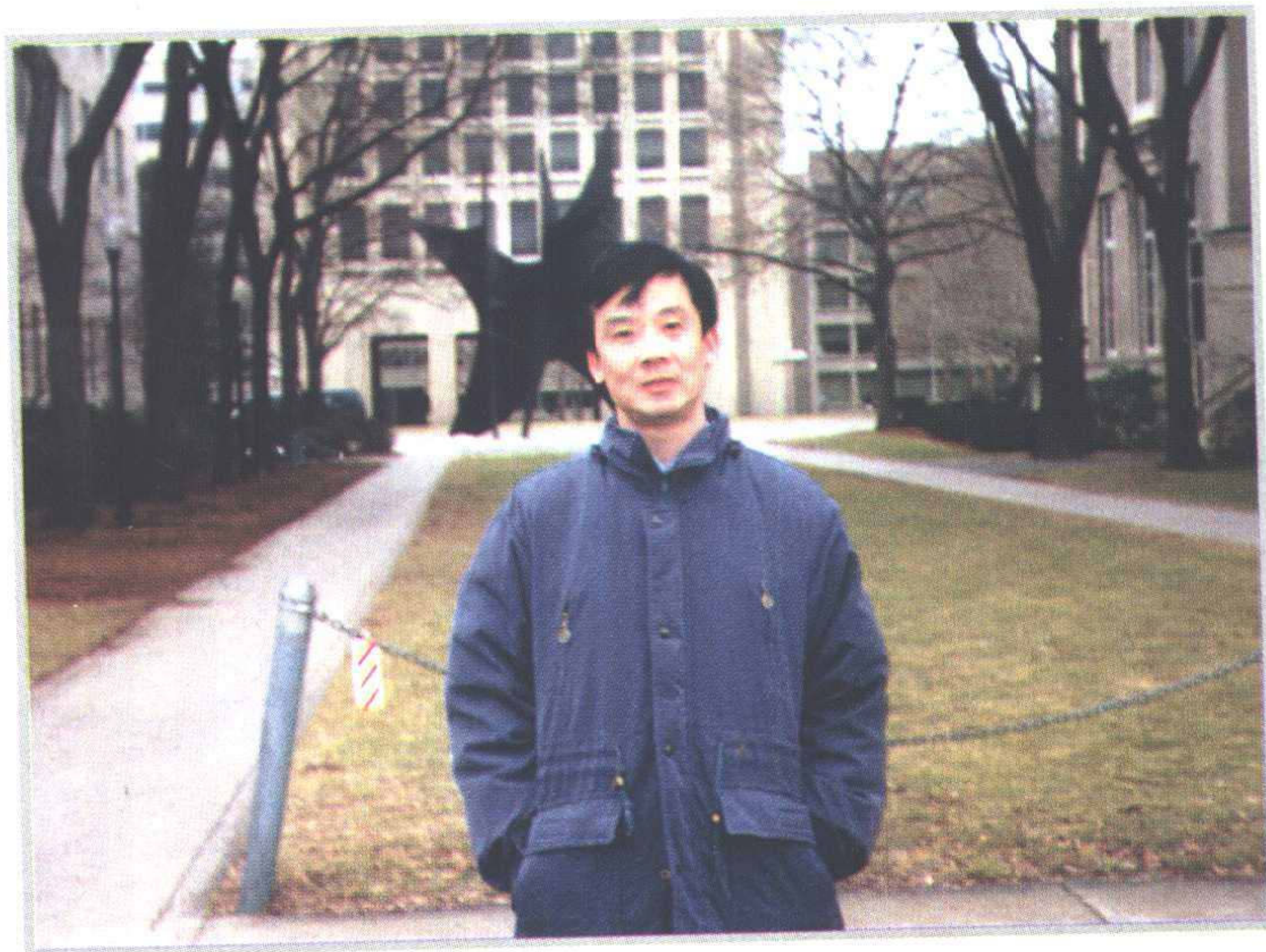
在我看来，这些著作既无压倒千古大哲的虚骄之气，也无一味取悦于读者的卑贱之心，相反，它们只是作者们二十年来上下求索的结果，是他们学术研究的心灵写照和诚实记录。“窥一斑而知全豹”。从这些著作中我们可以看到中国的人文社会科学及其学术研究的确是“在希望的田野上”。

我丝毫不否认这套丛书存在着缺陷、成见或错误。“学者们固然有时比一般人的成见少，但是另一方面，他们对已有的成见坚持的比一般人更厉害。”（卢梭）因而，对于学者来说，随时准备抛弃成见、修正错误尤为重要。在学术研究中，我们仍将“执著”，即坚定不移地追求真理，但不“固执”，即拘泥于成见或错误。只有当我们从对错误的错误理解中摆脱出来的时候，我们才能以合乎真理的方式去谈论真理。因此，我们欢迎一切批评，而不管这种批评是出自善意还是来自恶意。

但是，我们达不到这样一种要求，即“完善”。在我看来，追求完善，这是学者的品格；要求完善，则是对学者的刻薄。实际上，这是一种非分的要求。“一切发展中的事物都是不完善的，而发展只有在死亡时才结束。”（马克思）因此，向学者以至任何人要求完善，实际上是向他索取生命。

杨 耕

2001年11月于北京西山



作／者／近／照

朱勇，1955年3月25日出生，祖籍安徽无为。现任中国政法大学教授，博士生导师，法律系主任，近代法律研究中心主任。

1973年高中毕业，插队于安徽省合肥郊区蜀山园林场。1978年2月入安徽大学哲学系学习；1982年2月入安徽大学法律系，师从著名法学家陈盛清教授，攻读中国法制史专业硕士学位；1985年2月入中国政法大学研究生院，师从著名法学家张晋藩教授，攻读中国法制史专业博士学位。1987年毕业留校。1990年晋升为副教授，1993年晋升为教授。1995年任中国法律史研究所所长，1996年任博士生导师，1998年调任中国政法大学法律系主任，兼任中国近代法律研究中心主任。



目 录

总 序

第一编 法律与传统

中国古代法律的自然主义特征 / 3

冲突与统一——中国古代社会中的亲情义务与法律义务 / 25

论《唐律疏议》的律学成就 / 47

从《唐律》看唐代公文制度 / 60

清代宗族法研究 / 64

清代族规初探 / 247

第二编 中国法律的近代变革

中国法律近代化导论 / 285

鸦片战争后的清朝法律制度 / 294

理性的目标与不理智的过程——论《大清刑律》的社会适
应性 / 332

中国近代民法的发展 / 356

论民国初期议会政治失败的原因 / 362

第三编 东西方法律比较

庄园、教会与宗族——东西方封建社会结构比较 / 383

衡平与原情：论中世纪英格兰与中国古代对于法律公正的二次
救济 / 396

余 论

中国法制史学的成就与任务 / 419

法律与现代社会 / 424

现代法律与中国法学研究 / 432

第一编

法律与传统

中国古代法律的自然主义特征

法律的自然主义特征是指将法律与客观世界中的某些自然现象相联系，指认法律具有与自然现象相同的性质和功能，并以自然现象的变化来阐释法律制度的发展走向。中国古代法律在其漫长的历史发展过程中，不仅具有法律的一般性社会特征，而且还表现出典型的、带有东方神秘主义色彩的自然主义特征。

—

在中国古代，法律的制定遵循“则天立法”原则，以“天”为制定法律的最终根据；在法律的实施方面，实行“刑狱时令”、“灾异赦宥”制度；对于人命案件的处理，适用“以命抵命”原则，从不同角度体现了法律的自然主义特征。

汉代是中国古代政治思想和法律思想趋于成熟的时代。“则天立法”的思想已经形成。汉人班固在总结当时的立法理论时这样写道：“圣人既躬明哲之性，必通天地之心，制礼作教，立法设刑，动缘民情，而则天象地。……故圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑。”这就是说，法律的制定，其根本依据在于“天”。圣人依照天地之象，制定法律，确立刑罚，所谓“则天”而“立法”。标志着中国古代法律完全成熟的《唐律》在其首篇《名例》中就立法依据问题作了如下说明：“《易》曰：‘天垂象，圣人则之’。观雷电而制威刑，睹秋霜而有肃杀”。

明清统治者承袭了汉唐“则天立法”的理论，同时受宋明理学影响，强调以天为本，顺应“天理”而制定法律。明初刑部尚书刘维谦等奉诏起草《大明律》，在《进大明律表》中称：“陛下圣虑渊深，上稽天理，下揆人情，成此百代之准绳”。清乾隆五年（1740年）《大清律例》修成颁布，乾隆皇帝在“御制序”中谈及律典的制定原则时也说：“揆诸天理，准诸人情，一本于至公而归于至当”。

“则天立法”要求以“天”为根据来制定法律，而中国古代关于“天”的理论认为“天”具有“德”和“威”两个基本属性，法律的制定与执行所直接体现的只是“天”的严威属性。《汉书·刑法志》称：“刑罚威狱，以类天之震曜杀戮也；温慈惠和，以效天之生殖长育也。”《隋书·刑法志》则称：“夫刑者，制死生之命，详善恶之源，剪乱诛暴，禁人为非者也。圣王仰视法星，旁观习坎，弥缝五气，取则四时，莫不先春以播恩，后秋霜而动宪。是以宣慈惠爱，导其萌芽，刑罚威怒，随其肃杀。”

《汉书·刑法志》。
《唐律疏议·名例》。
《大明律》卷一。
《大清律例》卷一，《序》。

中国古代往往引进“天”的某些运行规律，作为法律的实施原则，这最典型地表现在“刑狱时令”制及“灾异赦宥”制上。

刑狱时令是指审案断狱、执行刑罚，要受到一定的时间限制，即在某些规定的时间内不准断狱行刑。刑狱时令作为一项原则，在西汉就已基本形成，只是具体的时间限制尚未最终确定。东汉时期，关于如何在时间断限上体现刑狱时令这一原则出现过反复，并在朝廷上下引起争论。据《后汉书》记载，东汉初年，定每年冬天的10、11、12月三个月为断狱行刑时间；汉章帝时改为每年冬10月断狱行刑。元和二年（85年）发生旱灾，长水校尉贾宗等人根据阴阳五行理论，认为旱灾是因为不在冬天三个月中断狱行刑、阴衰阳盛而致。汉章帝命朝廷公卿讨论此事。尚书陈宠也以阴阳五行理论为据，强调每年11月为冬至月，“阳气始萌”，12月立春，“阳气上通”，故不宜刑杀。汉章帝采纳陈宠言，下诏曰：“王者生杀，宜顺时气。其定律：无以十一月、十二月报囚。”这场争论以皇帝支持陈宠的意见而告结束。从争论双方的持论根据都是以阴阳五行理论为基础的刑狱时令说这一点看来，刑狱时令理论在当时已为统治者所普遍接受。

刑狱时令制度至唐代已完备、定型，并正式写入法典。《唐律》规定：“诸立春以后、秋分以前决死刑者，徒一年。”根据“疏义”的解释，除了立春以后、秋分以前不得奏决死刑外，每年的大祭祀、致斋，每月的朔望、上下弦、二十四节气及雨未晴、夜未明、断屠月日、假日等，均不得奏决死刑。清代则进一步规定“停审制”与“停刑制”。根据清代法律，每年正月、六月、十月及元旦令节7日、上元

本文所称“月份”，均指按农历的月份。

见《后汉书·陈宠传》。

《后汉书·章帝纪》。

令节3日，端午、中秋、重阳各1日，万寿圣节7日，各坛庙祭享、斋戒以及忌辰素服等日，并封印日期（即四月初八日、每月初一、初二日），各司法机关均停止审判，并不得受理诉讼案件；每年正月、六月及冬至以前10日、夏至以前5日，各司法机关均停止执行死刑。

从唐代的停刑日与清代关于停审、停刑日的规定，我们看到，其停审、停刑的理由涉及宗教祭祀、喜庆节日、农忙季节等方面，但其中最重要的则是阴阳五行说这种朴素的自然观。根据阴阳理论，每年冬10月为“纯阴月”，阴气最盛，故为执行死刑的时间；而每月的朔望、上下弦及二十四节气，尤其是冬至与夏至，都是阴阳两种力量处于交替变化的转折时刻，人类应保持宁静，禁绝刑杀，以保证阴阳力量顺利完成交替变化，维持自然秩序的和谐。

当然，停审、停刑日的规定并不是在任何情况下都有效力。一方面，各代法律都规定，对于谋反、大逆等重大犯罪应处死刑者，“决不待时”，不受停审、停刑日的限制。另一方面，在某些情况下，皇帝也可能基于各种理由而不顾这种限制。宋真宗即位之初，殿中侍御史赵湘即上奏，要求仿汉制，死刑“尽冬月乃断”。但真宗以“行之虑有淹滞，或因缘为奸”为由，并未采纳。直至天禧四年（1020年），方才下诏：春夏两季及冬十二月不得决断死囚：即便是犯十恶等重大犯罪，也不得在冬十二月决断。隋文帝在位时，常于夏六月杀人。大理大卿赵绰谏曰：“季夏之月，天地成长庶类，不可以此时诛杀”。但文帝则辩曰：“六月虽曰生长，此时必有雷霆；

参见《清史稿·刑法志》。

唐代对于“决不待时”的死刑罪，仍不得于断屠月、禁杀日行刑，但此种限制，主要是基于佛教斋戒、忌日考虑，与季节时令无直接联系。

参见《宋史·刑法志》。