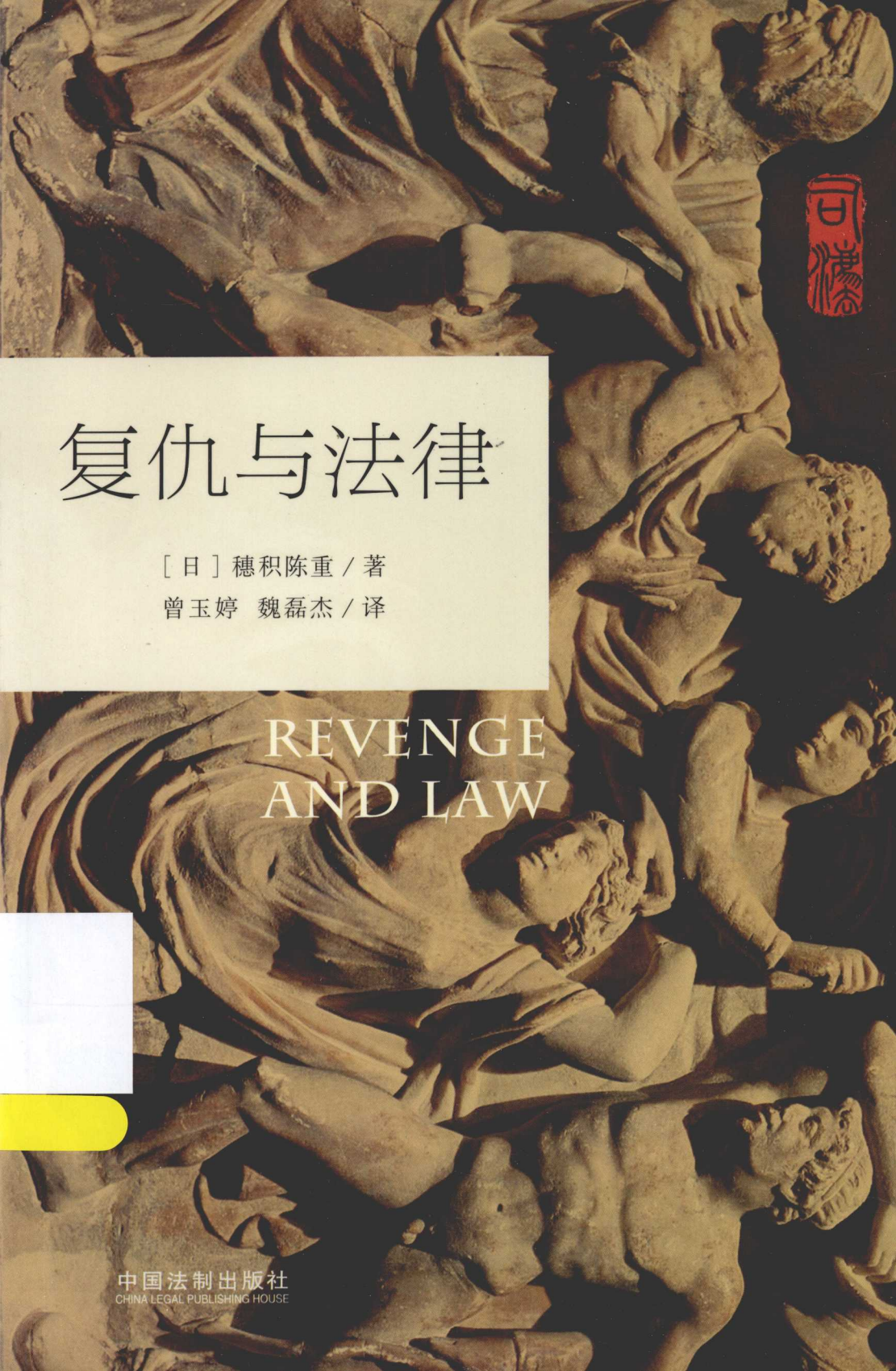




复仇与法律

[日] 穗积陈重 / 著

曾玉婷 魏磊杰 / 译

REVENGE
AND LAW

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

. 013038404

D90
439

复仇与法律

[日] 穗积陈重 / 著
曾玉婷 魏磊杰 / 译



REVENGE

AND LAW



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



北航

C1644064

D 90
439

图书在版编目 (CIP) 数据

复仇与法律/ (日) 穗积陈重著; 曾玉婷, 魏磊杰
译. —北京: 中国法制出版社, 2013. 3

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4437 - 8

I. ①复… II. ①穗…②曾…③魏… III. ①法学 - 研
究 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 045138 号

责任编辑 周林刚

封面设计 蒋 怡

复仇与法律

FUCHOU YU FALV

著者/ (日) 穗积陈重

译者/ 曾玉婷 魏磊杰

经销/ 新华书店

印刷/ 三河市紫恒印装有限公司

开本/ 640 × 960 毫米 16

版次/ 2013 年 5 月第 1 版

印张/ 12.25 字数/ 180 千

2013 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4437 - 8

定价: 38.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

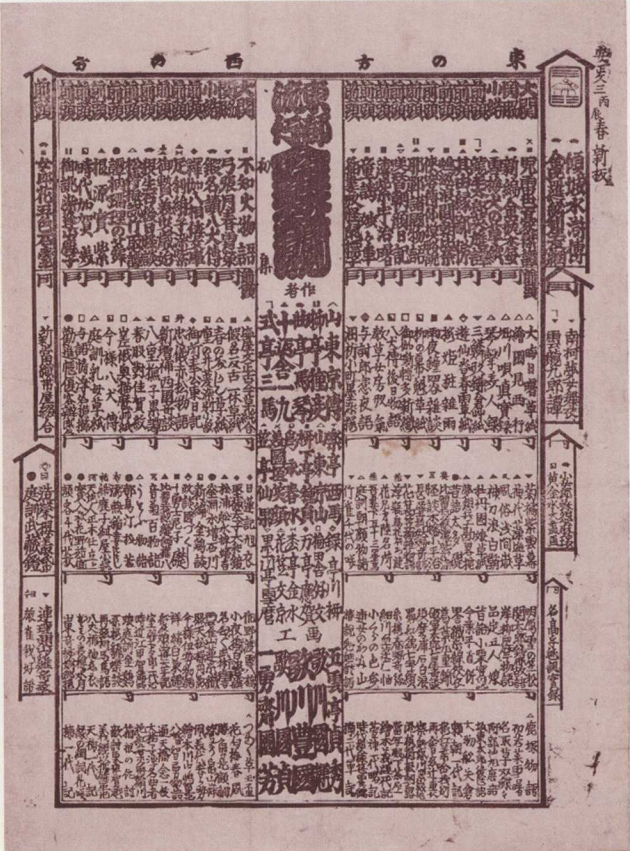
传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66067024

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288



安政三年（1856）敵討番附



神武天皇远征长随彦



赤穂四十七浪士



曾我兄弟复仇



忠臣蔵九段目版画



忠臣藏歌舞伎宣传画

中译本序言

《复仇与法律》是日本法学家穗积陈重先生的遗作。穗积陈重先生 1926 年病逝后，其子穗积重远先生将其几篇遗文加以整理汇编，列为《法律进化论丛》第四册，于 1931 年（昭和六年）出版。收入该书的有四篇论文，未完稿《复仇与法律》是最主要的一篇，字数约占一半，故以本文标题为全书书名。现在，厦门大学法学院教师魏磊杰博士不畏艰难，将本书译为中文，使我辈不懂日文者也有机会透过此书进一步领略穗积先生的法学思想，此诚功德无量之事。手捧译稿先睹为快之余，我欣然接受小魏的嘱咐，写篇短文谈谈读书心得，附带推介一下本书。

复仇问题是中国法律传统中最典型的争议问题之一，也是世界各国法律文化中最古老的共同问题之一。早在 1986 年我于中国政法大学攻读硕士学位时，即在杨鹤皋先生、曾宪义先生指导下附带地研究过这一问题。在杨鹤皋先生指导我完成的硕士论文《中国古代法律与道德关系论的反思》（该文后收入拙著《中国法律传统的基本精神》，山东人民出版社 2000 年版）中，我就专门以一定篇幅讨论过古代中国复仇案件审判的“屈法律以全道德”的处理模式问题。在我与曾宪义先生合著的《中国法律思想史研究通览》（天津教育出版社 1989 年版）中，我就专门把“关于复仇的罪与刑”问题列为中国法律思想问题史的一个重要专题（惜乎书中并未正式讨论）。我当时的想法是，先将这个问题特别标示出来，就像在一块荒地上插上一个标记，等着将来有时间再来开垦，亦即等待个人学术积累达到一定程度后再来写一部《复仇与中国法律文化》的专著。但是此后不久，在我偶然读到了日本学者日原利国的《复仇论》一文（收入辛冠洁等编《日本学者论中国哲学史》，中华书局 1985 年版），才发现日本学者对此早有相当系统的专题研究，于是就不敢再说自己要“拓荒”了，专就此一

课题做系统研究的念头遂冷却下来，一搁置就是二十多年至今。这次看到穗积陈重先生的《复仇与法律》，再次感受了日本学者的中国法律史研究的力度和深度，于是为自己当年明智地及时“停工”而庆幸。

穗积陈重先生的复仇问题研究，让中国法律史学者汗颜。在这一问题上，无论是广度或者深度，穗积先生都超过了百年来的中国史学者的研究。穗积先生的研究成就，有几点特别值得注意。

第一，穗积先生首先从“私力公权化”的角度来看待复仇制度，这是对中外法律文化关于复仇问题的选择之实质内涵的最好解读。在本书的第一篇文章《私力公权化在法之起源中的作用》中，穗积先生说：“法的起源与实质也正是这样的个体与总体的协调。换句话说，法是个人之力同化为社会之力，是个体力社会化的产物，这是私力公权化的产物。”把复仇问题与法律起源及本质问题联系在一起理解，一下子达到了前人所未达到的高度。在穗积先生看来，“复仇源自人类的种族保存性，故复仇现象乃人类的一般现象。因此，国家组织得以齐备、甚至能以团体公力保障团体成员的生存以及发展，是因为在任何社会都存在着复仇现象，如今的文明国家在过去也曾经经历过复仇时期，而文明半开化的国家现今仍残存复仇行为。总而言之，无论古今内外，在人类的聚居生活中，复仇是社会进化之路上某个时期必然要出现的现象。”先生的这一论断，给我醍醐灌顶之感。我从前曾懵懂地想过，复仇实际上是共同体的自卫行为；血缘团体是最早的共同体，为亲属复仇就也许是共同体的最初习惯法之一。在不同的共同体之间，为亲属复仇不仅仅是权利，甚至是义务；但是在同一个共同体之内，原则上当然会允许复仇，但必定要加以一定限制，因为必须尊重仇敌双方之间的共同权威——共同体公共权威。但是，我们发现，无论是古代中国还是古代日本，甚至古代欧洲，在复仇问题上的国家选择，有一个共同特征，就是私人复仇权力交由共同体统筹使用，亦即穗积先生所讲的私力公权化。这一公权化，实际包括两个方面：一方面是将私人原无限制的复仇权适当收归国家后统筹使用，这就形成了国家司法权审判权特别是刑罚制裁权；另一方面

是《周礼·地官司徒》“凡报仇雠者，书于士，杀之无罪”和曹魏《新律》“贼斗杀人，已劾而亡，得听子弟追杀之”（《晋书·刑法志》）之类规定，实为国家在特殊情形下重新有限授权私人复仇。前者强调的是一般情形，强调由国家统一代替人民个人行使复仇权，私人不得再擅自行使复仇权，以此建立国家统一的法律秩序，防止私斗私杀造成的更大混乱。后者强调的是特殊情形，当国家代理复仇有些鞭长莫及或难以及时兑现时，有限允许人民自行复仇。这两个方面合起来，正是“私力公权化”的选择。穗积先生不仅讨论了这种公权化，而且将其与法律起源问题联系在一起，特别有使人豁然开朗的感觉。

第二，穗积先生在书中特别以相当大的篇幅讨论了复仇的国家限制问题，这也是复仇制度的文化解释中的最重要问题。先生的研究也给了我很多启示。在《私力公权化在法之起源中的作用》一文中，先生列举了“复仇义务者的范围”、“复仇责任者的范围”、“赔偿选择”、“避难地的设置”、“公许的必要”、“其他限制”（如复仇场所限制、复仇期间限制）等多个方面。在《复仇与法律》一文中，先生更具体地将这些限制归纳为“（一）规定复仇义务者的范围，（二）规定复仇义务者的顺序，（三）设置复仇避难地，（四）设置复仇调停的机构，（五）需要提交复仇申请，（六）需要获得复仇许可，（七）允许复仇赔偿”等七个方面。结合我此前的研究心得，我理解穗积先生所言复仇限制，实际上是复仇制度的主体成分。具体包括很多方面。所谓“复仇义务者范围”就是谁有复仇义务或权利，亦即不是任何人都可以主张为他人复仇；所谓“复仇义务者的顺序”，就是说亲友们为死者复仇的义务是有先后轻重之分的，不是对谁都有同等权利或义务；所谓“复仇责任者的范围”，是讲复仇对象问题，亦即对谁复仇，包括对直接加害人和他的亲属复仇的顺序范围限制问题；所谓“复仇的场所限制”即允许在哪些地域空间范围内复仇的问题；所谓“复仇的期间限制”，是说复仇必须是在国家制裁权已经适当行使之后，如“已劾（立案通缉）而亡”的情形，而不得在此之前。还有一种限制就是，对国家官吏执法行为不得复仇，此即《周礼

·地官司徒》所言“凡杀人而义者，不同国，勿令讎（仇），讎（仇）之则死”，亦即《春秋公羊传》所谓“父不受诛，子复仇可也；父受诛，子复仇，推刃之道也”的本意，这实际上是关于可以视为“仇”的行为的范围限制。总起来讲，有义务人限制、对象限制、场所限制、期间限制、仇行范围限制等五个方面。穗积先生的研究大大拓展了我的视野，丰富了我对复仇制度内容构成的认识。

第三，穗积先生就复仇的国家禁止或有限许可的制度补救模式问题进行了广泛的研究和阐发。他结合中国、日本、欧洲、阿拉伯、印度等国家或地区古代复仇观念、复仇制度及相关典型事例，全面整理了关于国家在禁止或有限允许复仇时的相关观念及规定。根据他的研究，结合我从前的思考心得，我们可以总结为以下几个方面。一是国家设置仇讎调停机构，如《周礼·地官司徒》中有“调人”一官，“调人掌司万民之难而谐之和之”，汉人郑玄注谓“难，相与为仇讎。谐犹调也。”亦即国家设置专门的“息仇”调解机构。二是复仇必须先进行国家登记备案，也许是国家审查，此即《周礼·秋官司寇》所言“凡报仇讎者，书于士”。三是在禁止复仇时的避难制度，此即《周礼·地官司徒》中的“父之仇，辟诸海外；兄弟之仇，辟诸千里之外；从父兄弟之仇，不同国。……弗辟，则与之瑞节而以执之”的“和难”制度，亦即后世的“移乡”避仇制度。《唐律·贼盗律》的“诸杀人应死会赦免者，移乡千里外”的规定，就是这一制度的典范。四是以赔偿息仇的制度，穗积先生特别介绍了欧洲中世纪的“赔命价”制度和与之相反的古代中国“禁止私和”（仇事）的制度。五是司法环节部分纳入复仇考虑，穗积给我们介绍了世界各国历史上（1）国家逮捕杀人者后移交受害人亲属处置，或（2）国家审判定罪后由受害人亲属参与执行刑罚的制度。这种制度或惯例，我想起中国历史上也存在过，《史记·齐太公世家》所载齐国要求鲁国遣返管仲“请得而甘心醢之”的记载就说明当时有这种国家司法纳入复仇考虑以满足受害人家属复仇愿望的制度，明清时代似乎也有请受害人子孙参加杀人犯死刑执行的事例或制度。穗积先生在这一方面的研究也

是非常深入和有见地的。

穗积先生的这本书，是关于法律史研究的一部力作，特别是可以看成是一部中国法律文化史力作。尽管是以全球法律文化中的复仇现象为讨论对象的，但是因为中日历史文化的特别亲缘关系，穗积先生在该书中更多地是以中国历史史料和历史背景为研究基础的。作为一个中国法律史学者，读着这本书我格外感到亲切。在此之前，我只读过穗积先生的《法律进化论》，这是早在1929至1934年间即由中国学者萨孟武、陶汇曾、易家铨等先后翻译过来，由上海商务印书馆出版的一本法学名著。1997年我主持的“二十世纪中华法学文丛”时，在第一批书目中即列入了《法律进化论》（王健校勘，中国政法大学出版社出版）。因为出版和研读该书的缘故，我后来对穗积先生的其他著作也特别有兴趣。我相信，《复仇与法律》一书的中文本问世，将为我们了解和借鉴日本学者的中国法律史研究打开又一个新的窗口。

谨向魏磊杰博士的辛勤劳动表示崇高的敬意，也向读者郑重推荐这本有助于理解中国法律文化的好书，也借以表达对穗积陈重先生的深深怀念。

浅思点滴，匆草成文，权且当作序言。

范忠信

2013年1月1日于余杭古镇凤凰山麓

序 言

本书是家父穗积陈重遗著《法律进化论》的第四部《复仇与法律》，共收录了《私力公权化在法之起源中的作用》、《复仇与法律》、《扣押乃民事法之起源》以及《刑法进化论》四篇文章。

第一篇《私力公权化在法之起源中的作用》，是家父在大正五年十一月八日晚于东京律师会馆内的演讲内容。根据当晚演讲整理出来的笔记已经遗失，但万幸的是当时的备忘录还保留着。该备忘录分为上下两册，上册是一些零碎的演讲记录，下册则大多为正式文章。将这两册备忘录与《日本律师协会录事》（第二百一十三号）刊登的平松市藏先生演讲笔记合二为一，尽可能模仿家父的演讲口气进行增补，再由编者细心分出章节、标上注释，遂形成该篇。由于大家认为它是下一篇《复仇与法律》的腹稿，叙述了其大纲，因此将其置于本书的首位。

第二篇《复仇与法律》是本书的核心部分，遂以此题目统合全书，然实际上此篇文章尚未定稿。家父似乎打算将完稿编入《法律进化论》第一部《法源论》中的《原力论》，因此在草稿上并无标记总结性标题。编者将这部分命名为《复仇与法律》，想来如果家父仍旧在世，也可能会将此部分做如此命名。

本篇草稿中由家父本人最终整理出来的有四份，分装三袋。第一袋中的第一份题为《私力公权化、复仇纪》，第二袋中的第二份题为《个体力公权化、复仇限制纪、三、避难地》，在首页上同时还标记着此为“大正十年八月于叶山”整理出来的“第二稿”。第一份的首页上盖了个⊙的印章，这是家父用来标记未定稿的记号。再者，根据他通常完成三稿甚至四稿的写作习惯，很明显这份尚未定稿。第三份和第四份皆被收在第三袋中，与前两份相比更加不完整，第三份首页上标有题目《赔偿纪》，但是没有日期。估计是在前两份整理后一并整理出的文字。除此之外，袋中还发现

其他零星的手稿。

念及家父在大正十年九月与十月整理这些手稿之时，《五人组法规集》和《五人组制度论》业已出版，紧接着就是对《法律进化论》原稿的整理，准备出版第一部和第二部，因此家父应是全力倾注在前者上，而对之前埋头创作的《复仇和法律》草稿，就先整理出章节，暂压箱底，期待日后补足完稿。事后由于大正十二年的大地震，《法律进化论》的出版曾一度停滞，然万幸的是，次年（大正十三年）七月就出版了第一部和第二部，于是家父就立刻执笔创作第三部。然而在此书杀青前，令人悲伤的大正十五年四月八日到来，《复仇与法律》遂成遗稿。

那么，出版这个未定稿是否合适？读了原稿就会知道，这份稿子尚未达致家父最初的全部写作计划。文稿中往往能够看到类似“参见某某的著作”、“需再查实”、“应在此插入某某内容”、“接下来应讨论某某问题”这样的标注，有好几处还贴了便签，以便提醒事后增补。文章的遣词造句也未经充分推敲，亦有不少地方衔接不甚流畅。家父在措辞上一向谨慎，因此，编者确实很担心，将如此不甚完整的草稿原样出版，究竟是否合乎故人之意？然而，另一方面，如若家父呕心沥血的作品由此被埋没世间，又是万分遗憾。而且前面提到的◎，是表示未定稿但在充分整理的基础上亦可发表的记号，于是编者便尽力整理，以求出版。

然而，此番整理工作绝非易事。诚如前文所述，原稿里不仅存在衔接不甚流畅、措辞不甚成熟、字义不明、只有括号而没有文字等诸问题，甚至有些连内容和排序都无法确定。想来，如此作法可能意在——也就是上文提到的——只暂作归纳，预备着日后修改之用。例如第二份《避难地》首页上有个与手稿内容顺序不同的目录，旁边标注着“是否应以此顺序编排？”。编者原初依循这个目录重新排序，结果却发现逻辑不通，于是还是根据手稿顺序编排，将各标题编入目录中。第三份里的《赔偿纪》首页也有内容的次序，基本就依此顺序编排，但是最后的《赔偿的额度》和《赔偿的分化》两部分，编者根据自己的判断调换了顺序。另外，整理成第四份的草稿是本书第二百五十六页（本文库第二百二十

四页倒数两行)^[1]的《赔偿为任意报酬》以下的部分，但是从该部分文体推断，这是家父在之后零星写下的文字，他似乎欲将它们并入《赔偿纪》的其他地方。然现在要使这些文字各归其位且衔接自然，着实不太可能。有鉴于此，只好在《第七目 赔偿》后面原样保留这些片段。除此之外，在其他袋里留存的零星手稿中，有些不忍割爱的文字，就分别穿插在合适的位置。就这样姑且归纳出了《复仇与法律》，但是否合乎故人之意，编者甚感不安。然而，事到如今已无他法，万般热心于编撰此书的植木教授都叹息道：“念及故人已逝，连笔迹都无从辨析。”

第三份名为《扣押乃民事法之起源》也是家父打算纳入“法律进化论”之宏大体系中而创作的，正如手稿首页上标明的“明治四十四年八月于静浦初校”那样，这是一份保持当年初稿原貌遗留下的手稿。如今将此原稿收录，编者仅添加了注释。题目也遵照手稿首页的《个体力集中、私力公权化、扣押乃民事法之起源》命名^[2]，排列在复仇论之后也应妥帖。

作为附录发表的《刑法进化论》也是有些年头的。^[3]它是家父在明治二十一年九月十九日于“大学通俗讲谈会”上的演讲。幸运的是，在演讲稿上保留着他亲自添加的朱批，本书亦一并收录。关于刑法进化，家父在前一年（明治二十年），在《法学协会杂志》上连载了《刑法进化主义》，但不知何故这篇文章并未完结。家父关注“法律进化”并以此作为毕生研究之课题，起始于明治九年至十四年的欧洲留学时期。学成归国那年（明治十四年），他首先在《明法志林》上发表了《法理沿革史》，明治十五年又在该杂志上发表《婚姻沿革史》，明治十九年在《法学协会杂志》上连载了《刑法进化主义》。接着在明治二十年到二十一年间发表的有关刑法进化的论文与演讲，自然皆为上文所涉的法律进化研究的一部分，其中的《刑法进化论》一文之内容渐趋充实，

[1] 此处应指日文原著所属系列丛书的页码。——译注

[2] 日文原著便是如此标明。——译注

[3] 在日文原著中，编者是将《刑法进化论》一文作为附录的。在翻译本书时，译者将其调整为正文部分。特此说明。——译注

形成了三十年后的《复仇与法律》。花费三四十年之心血去精研同一个题目同一个想法，正是家父为学面貌之真实体现。有鉴于此，在编辑过程中，也一并将此文收录，以表追思。

提起追思，编者便想起家父对我国复仇故事特别怀有兴趣。他喜欢戏剧《忠臣藏》、《曾我》之类的普通事例，自不必多说，而且，在他的藏书中还收集了如下诸多复仇故事。我想，大概就是对复仇的法学兴趣及对复仇传奇的兴趣使然，他才燃起此类研究热和收藏热的。

奥州泉敌讨 ^[1] （抄）	十册
敌讨高田马场（抄）	二册
明和锻冶杀报实录（抄）	十册
敌讨雪之屈（抄）	十册
会津荒川武勇传（抄）	五册
浓州敌讨鉴（抄）	二册
水户磐船地敌讨一件（抄）	一册
宽文拾年牛入敌讨拔写（抄）	一册
伊贺越敌讨实录略记童伪寄（抄）	一册
播州茨木敌讨（抄）	十册
奥州岩沼/摄州驹池敌讨云水录（抄）	五册
郡山非人敌讨（抄）	十册
敌讨透顶香（抄）	五册
石井明道士（抄）	十六册
敌讨千岛之玉川（抄）	十册
千住原敌讨花实日记（抄）	三册
敌讨农家勇功传（抄）	十册
敌讨挂川实录（抄）	十册
天下茶屋敌讨（抄）	四册
毛谷村实传（抄）	四册
宇都宫金清水（抄）	三册

〔1〕 敌讨，即复仇之意。——译注

敌讨有马土产（抄）	十册
敌讨艳勇弁（抄）	十册
敌讨成平冢念力石（抄）	三册
敌讨浅间岳（抄）	十册
敌讨女予让（抄）	五册
肥前国伊佐君实记（抄）	五册
敌讨莺酒屋前篇（版）	三册

较之上述的这些珍本，对我家而言极其珍贵的复仇故事，乃是家父的祖父重麿翁的手抄本。我的祖先是伊予宇和岛的伊达家的家臣，俸禄为二百五十石的物头^{〔1〕}。所谓物头乃是一个纯粹的军衔，但到了重麿这里，就开始具有了向学的色彩。重麿二十五岁时拜在本居大平的门下，编修国典，也著有若干著作，但重麿翁留给子孙最宝贵的遗物，就是他手抄的书籍。那是重麿翁从多方借来忠臣、义士、孝子、节妇的野史书籍，从头到尾手抄一遍，多达数十种上百卷，例如《三楠实录》、《楠正行战功记》、《武勇忠士传》、《白石英勇传》《赤穗精义内侍所》、《仙台萩》、《松田系图》之类。听闻他喜好写作，晚年依然笔耕不辍，大暑天里也在蚊帐中赤背执笔书写。那些手抄本至今依然保留，连装订也是他自己亲力亲为，在每个汉字上标注假名，还在假名词汇旁边标注汉字等，十分细心。重麿翁的手抄书是家父少年时代的最爱，经常拿到廊下不分昼夜地阅读。

上述列举的重麿翁手抄本中包含不少有关复仇的故事，在上文提及的七部手抄本中就有三部是关于复仇故事的。可以想见，这些故事培养了少年时代的家父对复仇这一主题所具有的特殊兴趣。很幸运的是，前文叙述的《女敌讨松田系图》——出自《忠婢阿札传》（戏剧《镜山》便改编于此）——是传家之宝。由此，为纪念此作品乃激发家父研究复仇问题之肇端，特取开卷两页照片作为本书的首页插画。在相片中能够看到的藏书印“櫻垣内”，乃是重麿翁之师大平所赠的国学家称号，模仿本居家的“藤垣

〔1〕 足轻大将。——译注