

教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院

主办

中华法系

第八卷

朱勇 主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

教育部人文社会科学重点研究基
地中国政法大学法律史学研究院 主办

中华法系

第八卷

主 编：朱 勇

副主编：张中秋 林 乾

编 委：陈 煜（常务）

徐世虹 黄源盛

刘广安 单 纯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中华法系. 第八卷 / 朱勇主编. —北京: 法律出版社, 2016. 10

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0030 - 0

I. ①中… II. ①朱… III. ①法律体系—研究—中国
IV. ①D909. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 234692 号

中华法系(第八卷)

朱 勇 主 编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 13.5 字数 348 千

版本 2016 年 10 月第 1 版

印次 2016 年 10 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 0030 - 0

定价: 48.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

学术研究

张中秋:为什么要探讨中国传统法哲学 (3)

陈惠馨:《唐律》与 1751 年巴伐利亚刑法典

——反思全球化观点下法律交流与继受模式 (7)

夏 扬:中国传统法中的现代因素

——从封建法典的变化中寻找近代法律转型的社会与制度

基础 (33)

[韩]任大熙:唐律中损坏类型的规定研究 (53)

李晓婧:从民国初年“侮辱大总统案”审视租界司法的双

重性 (79)

朱仕金:唐宋判文演变法律文化探析 (95)

黄 丹:清代嘉道年间(1796~1850 年)自首制度研究 (115)

陈 迪:王杖简册所见“逆不道”罪探析

——兼论秦汉时期的上谳制度 (159)

陈 晶:乾嘉时期“人户以籍为定”律增修条例研究 (181)

宋朝忠:清末我国民族自治法制转型研究

——以国家与边疆危机下人口增长为视角 (200)

周 磊:司法监察:中华司法文明的重要表征 (234)

学术聚焦

李亮莹:从法规范论清代之开垦制度

——以乾隆朝《钦定户部则例》为中心…………… (257)

李万晋:清代武职人员所得之探讨

——以乾隆朝《钦定户部则例》“廩禄”与“兵饷”二门
为例…………… (301)

法治人物

李 鸣:法制为先 持法必严

——洪仁玕法律思想刍议…………… (361)

学术新人

郭 威:试论法律社会史学研究的意义及局限…………… (379)

齐伟玲:睡虎地秦简“中劳律”释读…………… (393)

学术动态

[美]劳伦斯·特赖布:宪法和宪法之外:美国总统权力的特征

——其与立法权力相互作用之概观(顾元译)…………… (405)

[美]庞 德:比较法与历史

——作为中国法的基础(陈煜译)…………… (412)

学术研究

【编者按】 本卷《中华法系》“学术研究”专栏部分刊载有十一篇研究论文,其中前三篇论文讨论传统法哲学问题,第一篇直接回答了为什么要探讨法哲学这一根本问题,第二篇通过唐律和德国历史上的法典比较来剖析中国探讨法哲学的重要性,第三篇则注重从传统中找到现代法制的元素。第四、第七、第八、第九这四篇,都是通过一个微观视角,来讨论某一制度的运行与发展,尤其是第四篇以唐律中的损害类型为考察对象,并对比现代韩国和中国的损害类型,以古鉴今,最具有典型性。而第五、第六、第十、第十一篇,则偏向于从文化角度来看古代制度和思想。总体而言,本卷“学术研究”专栏,偏向于制度研究,但从制度中得出思想,应该是本栏内十一位作者共同的努力方向。

为什么要探讨中国传统法哲学^{*}

张中秋^{**}

【内容摘要】 伟大的法系背后必有伟大的哲学。中华法系之能立于世界法系之林,并不单纯在于制度的合理,更在于法律哲学的发达。之所以要探讨中国传统法哲学,乃是因为:第一,中国自古至今一直是一个大国,大国必有其自身的哲学;第二,哲学乃成熟国家的标志,传统中国包括中国法的成熟,乃是哲学成熟的产物;第三,探讨中国传统法哲学,是我们的本分,更是作为一个中国国民的自身的需要。

【关键词】 中国 传统法哲学 道德

为什么要探讨中国传统法哲学?其一是因为大国需要哲学。大国需要哲学并不意味着其他国家和民族甚至个人不需要哲学,而是说大国需要有天下担当的哲学。有天下担当的哲学就要有天下观和方法论,亦意味着有相应的哲学,所以,毫无疑问,正在走向世界大国的中国需要有与它相应的哲学。同样,正在迈向法治大国的中国亦需要有与它相应的法哲学,因为这样的法哲学将给法治中国建设以世界观和方法论上的指导。其二是哲学是成熟国家的标志。成

* 本文是作者主编的《道与法——中国传统法哲学新探》(中国政法大学出版社2016年版)一书的序言,现刊发于此,希望得到学界同道的关注和指教。

** 中国政法大学法律史学研究院教授,法学博士。

熟国家意味着其思想、制度、社会具有融贯性,亦即这三者能够同构共理贯通为一体,而贯穿其中的精神则是独立系统的哲学,反映到法上即是法哲学的存在。传统中国的思想、制度、社会具有融贯性,因而有自己的哲学和法哲学,但近代以来由于外力的介入和内生的矛盾,融贯性被打破,思想、制度、社会相悖离,自己独立系统的哲学和法哲学不再存在。今天,中国重新步入思想、制度、社会相融贯的轨道,正需要自己独立系统的哲学和法哲学来表达和指导;而且尽管中国有自己传统的法哲学存在,但这方面一直没有开展深入系统的研究。基于上述考虑,我们认为要建设法治中国,就要建构自己独立系统的法哲学,要建构自己独立系统的法哲学,就要从探讨、发掘和吸收中国传统法哲学开始。这样,才有利于建设具有融贯性的法治大国。其三是我们的本分,亦是我们的向往。我们都是专业学人,自然喜欢学术,但亦向往思想,所以,探讨中国传统法哲学,作为学术课题可以说是我们的本分,但如果又能够透过法哲学,展示中国传统法的思想光彩,领略它的深邃法理,体味它的人生智慧,以致批判地吸收其经验教训,那岂止是我们的本分,更是我们的向往了。

那么,又如何来探讨中国传统法哲学呢?这或许要从理解中国传统法哲学开始。大家知道,法是什么?法的价值是什么?以及如何实现法的价值?这是法哲学的三个根本问题,前两个问题涉及法的本体和价值,后一个问题涉及实现法的价值的方法;对前两个问题的回答构成法的世界观,对后一个问题的回答构成法的方法论;法的世界观和方法论合起来构成我们所说的法哲学。由此可见,虽然历史上中国没有西方那样完整系统的法学,但它有自己独立系统的法律学术,而指导这种法律学术的思想理论亦即法哲学,则潜存于中国博大精深的传统哲学中。中国传统哲学(特别是理学)的世界观是阴阳统一的世界观,阴阳统一的世界观的本质是道德,即道是世界存在的形式,表现为井然有序;德是世界存在的根据,表现为生生不息;道与德的有机结合构成了既生机勃勃又井然有序的完美

世界。因此,万物(包括人)在本质上都是道德的存在,它在天表现为阴阳,在地表现为刚柔,在人表现为仁义,在法表现为德礼与刑罚,亦即礼与刑。这就是贯通天、地、人、法的中国文化哲学。根据这个文化哲学,符合礼法规范的人就是有仁义的人,有仁义的人就是与天的阴阳、地的刚柔相合的人,与天的阴阳、地的刚柔相合的人就是天人合一中的人,天人合一中的人就是有道德的人。其实,这就是中国传统法哲学的文化原理和内在理路。据此,中国传统法哲学事实上已经回答了法哲学的三个根本问题,即法在形式上是德礼与刑罚,实质上是道德;法的价值在形式上是明刑弼教,实质上是使人成为有道德的人;实现法的价值的方法在形式上是礼法结合、德主刑辅,实质上还是基于道德、合乎道德,亦即基于道德一体、合乎德生道成;而这一切都是为了使人为人,亦即为了人的本质,同时亦是世界万物的本质,即道德的展开和实现。显而易见,这个回答和用意完全不同于西方或其他法学。这不仅意味着中国有自己独立传统的法哲学,而且亦昭示着我们应如何来理解和探讨中国传统法哲学。

对于中国传统法哲学的探讨,如果要展开全面系统的精深研究,那真可谓是一项长期艰辛的工作。所以,尽管近代以来学界做了很大的努力,但全面系统的精深研究还谈不上。其中最重要的一个原因就是课题的艰深;此外,还有一个重要因素是时代使然,亦就是说时代还没有发展到中国需要法哲学,而且是自己的法哲学。现在时代到了,但课题依然艰深,因此,我们的研究只能从新的探讨开始。基于这样的考虑,我发起和主持编纂了这样一部集子,其作/译者多是我们创新团队和课题组的成员,以及在该领域卓有成就的同道好友;其作品大多是作者在有关该领域的不同方面所做的新思考新探讨,还有部分是为了彰显中国传统法哲学的某些特质而作的比较。虽然从文集目录和论文题目上看,这些作品并不完全是全面系统地探讨中国传统法哲学,但当你把它们仔细读完并把它们拼合起来,

你会发现这些不同方面的思考和探讨,一方面呈现出各自独特的视角、问题、方法和见解;另一方面又呈现出共同趋向于中国传统法哲学的精神、本体、价值、方法和现代转型等这些基本问题。所以,就这部集子的内容来说,它既是独立的又是整合的,而且还可以说是有所创新的,不知读者诸君以为然否?最后,我要对支持和协助我的朋友说,这项工作由于得到了你们的支持和协助,才得以顺利进行和完成,为此我要向你们表示我的感激之情,同时,亦希望本书是我们长年友谊、多年合作、共同探讨的新起点。

《唐律》与 1751 年巴伐利亚刑法典

——反思全球化观点下法律交流与继受模式*

陈惠馨**

【内容摘要】《唐律》与 1751 年德国地区巴伐利亚刑法典存在着很强的类似性,这一类似性是历史偶然还是德国对中国法律有意的继受,目前尚无法确切证明。但是传统中国法思想与法制度对德国启蒙运动产生过影响,则是毋庸置疑的。《唐律》与唐朝法律作为公元 7 世纪到 10 世纪,运用律、令、格、式、典不同法规范形式与礼等规范配合,其呈现之法律文化对于继受外国法已经一百年之久的华人社会具有重要启发意义。所以,研究唐朝法律的变迁,除了法律继受方面的价值之外,对于当代法理论与法哲学研究也具有重要意义。

【关键词】《唐律》 巴伐利亚刑法典 法律交流与继受 意义

一、前言

本文从《唐律》与 1751 年德国地区巴伐利亚刑法典的相类似性出发,探讨传统中国法规范对于德国近代法律体系的可能影响,并从全球化观点论述不同时期不同法文化的交流模式,最后,探讨华人社会

* 本论文曾经在 2015 年 9 月于甘肃省兰州市举办的“《唐律》与唐代法制学术研讨会”发表。

** 台湾政治大学法学院专任教授。

移植西方法律制度一百年之后,研究《唐律》或唐代法制的重要意义。

论文首先论述《唐律》与1751年德国地区巴伐利亚刑法典在体制上的相类似及可能历史因素,接着讨论传统中国文化与思想对于德国启蒙运动初期的影响,借此间接证明,唐律或传统中国法典理念对于德国近代法律制度的可能影响,主要探讨德国近代启蒙重要法哲学家与法学家, Samuel von Pufendorf,^[1] Christian Freiherr von Wolff。^[2] 这两位德国地区18世纪启蒙初期最重要的法哲学家,在当时都将中国作为理想国度代表,并参考中国制度提出德国地区新国家理念并影响德国法典化运动。论文第三部分则尝试分析近代以来,两种全球化法律交流模式与其意义。最后则分析《唐律》与唐代法制对于当代华人可能的意义。

二、《唐律》与1751年德国地区巴伐利亚刑法典的类似性——历史偶然或者继受？

笔者从1995年开始研究德国法制史;在阅读各种德国法制史相关文献中,从未注意到中国传统法律与德国近代法有所关连。2000年前后,在奥地利法学教授阿诺·布施曼(Arno Buschmann)编辑出版之《近代刑法史的文本——经典的法律》一书看到1751年德国地区《巴伐利亚刑法典》(德文为 Codex Iuris Bavarici Criminalis, 以下

[1] 关于 Samuel Freiherr von Pufendorf (1632 ~ 1694), 请参见德国维基网页 https://de.wikipedia.org/wiki/Samuel_von_Pufendorf, 最后访问时间:2015年8月12日。

[2] Christian Freiherr von Wolff (1679 ~ 1754) 是德国有名的法学家与数学家,他在德国地区哈勒(Halle)教书时,有上千个来自各国的学生上他的课。他在1720 ~ 1726年间不断称赞中国及儒家学说。参见 Christian Wolff 著:《关于中国人的实践哲学》(德文:Rede über die praktische Philosophie der Chinesen, 拉丁文:Oratio de sinarum philosophia practica), Michael Albrecht 译, Felix Meiner verlag, 1985, Hamburg, Lxxix, Michael Albrecht 之说明。全书共324页。除了本文讨论的两位德国法哲学家之外,还有另外一位著名的法哲学家莱布尼兹(Gottfried Wilhelm Leibniz) (1646 ~ 1716), 对于中国儒家思想与政治、法律制度也非常关注。

简称《1751 年刑法典》),很讶异地发现这个法典体例跟《唐律》有高度相类似性。^{〔1〕}

《唐律》跟《1751 年刑法典》一样都是十二篇(章)结构,第一篇(章)类似今日刑法的总则规范。《1751 年刑法典》的结构跟《近代刑法史的文本——经典的法律》一书所收集从 1499 ~ 1925 年之间德国地区 9 种重要刑法典(包括 1925 年德国刑法草案)的结构完全不同。更令人讶异的是,这个法典曾经在 20 世纪初被德国重要刑法学家在书中介绍并将他列为德国近代第一部重要刑法法典。这些刑法学者中有艾伯特·弗里德里希·伯纳(Albert Friedrich Berner)教授及卡尔·宾定(Karl Binding)。^{〔2〕}艾柏纳教授在他 1898 年《德国刑法教科书》(Lehrbuch des deutschen Strafrechts)中提到 18 世纪中叶之前,神圣罗马地区之共同刑法原来主要受到《卡洛林那法典》的影响;但是由于当时《卡洛林那法典》的规定已经不足以符合实务审判需求,因此,当时各地区领主乃各自逐渐发展补充规定;其中第一个在德国地区取代《卡洛林那法典》效力的是巴伐利亚地区《1751 年刑法典》。^{〔3〕}

卡尔·宾定(Karl Binding)也在《德国刑法基础总则编》(Grundriss des deutschen Strafrechts; allgemeiner Teil)一书,将《1751 年刑法典》与 1768 年奥地利《德瑞莎刑法典》及 1794 年《普鲁士一

〔1〕 参见阿诺·布施曼(Arno Buschmann)编:《近代刑法史的文本——经典的法律》(Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit. Die Klassischen Gesetze), (München, C. H. Beck, 1998), 第 181 ~ 223 页。关于本文的内容请参见陈惠馨:《德国近代刑法史》,台北,元照出版有限公司 2014 年版,第 15 ~ 18 页。

〔2〕 这两个教授都是德国在 20 世纪初重要的刑法学者,卡尔·宾定(Karl Binding)的规范理论至今仍被德国刑法学界讨论不休。他的著作《规范及其违反》[Die Normen und ihre Übertretung. Vier Bände(1872 bis 1920)]是德国重要刑法理论之一。

〔3〕 艾柏纳教授在书中提到,《1751 年刑法典》后来被当代著名刑法学者保罗·约翰·安瑟伦·冯·费尔巴哈(Paul Johann Anselm von Feuerbach)所订定 1813 年《巴伐利亚王国刑法典》所取代。详细论述请参见陈惠馨:《德国近代刑法史》,台北,元照出版有限公司 2014 年版,第 114 ~ 115 页。

般邦法典》称为“地区刑法典”。〔1〕

有趣的是,在当今各种德国刑法史书籍中,提到近代以来欧洲地区刑法典时,仅提1768年奥地利《德瑞莎刑法典》及1794年《普鲁士一般邦法典》,不再提到《1751年刑法典》。多数书籍谈德国刑法发展史时,从1532年《卡洛林那法典》开始,接着就是1794年《普鲁士一般邦法典》或费尔巴哈在1813年为巴伐利亚王国订定《巴伐利亚刑法典》(bayerischen Strafgesetzbuches von 1813)。〔2〕

《1751年刑法典》在体例上分开订定实体法与程序法;在实体法部分区分原则性规定与各论性规定。实体法部分,共分为十二章。在第一章规定类似今日刑法总则有关犯罪与刑罚之各种规定,第二章到十二章则分别规定各种不同犯罪型态,如窃盗与强盗罪、杀人罪、妨害风化罪等。〔3〕

究竟什么样的因素,使得《1751年刑法典》与《唐律》在体例结构如此相类似?是历史的偶然,还是《1751年刑法典》就是在18世纪启蒙初期第一部学习中国传统法律体例的成品。有不少中国法制史研究学者询问我,究竟有无直接的证据,证明这部法律可能学习《唐律》。我多年努力收集相关资料,至今无法取得直接证据证明《1751年刑法典》就是参考《唐律》订定的。我能提出的仅是间接证据。例如,在《1751年刑法典》之前,德国并没有出现具有体系性的法典。许多德国教科书提到的1532年《卡洛林那法典》虽然名称上被称为法典,但219个条文彼此之间不具备体系与条文结构之间的逻辑性关系,在许多概念上的发展并不成熟。〔4〕《1751年刑法典》

〔1〕 参见陈惠馨:《德国近代刑法史》,台北,元照出版有限公司2014年版,第114~115页。

〔2〕 参见陈惠馨:《德国近代刑法史》,台北,元照出版有限公司2014年版,第114~115页。

〔3〕 参见陈惠馨:《德国近代刑法史》,台北,元照出版有限公司2014年版,第133~146页。

〔4〕 要了解1532年《卡洛林那法典》的体系,参见陈惠馨:《德国近代刑法史》,台北,元照出版有限公司2014年版,第59~97页。

被艾柏纳教授称为第一个在德国地区取代《卡洛林那法典》效力的法律早于 1768 年《德瑞莎刑法典》及 1794 年《普鲁士一般邦法典》两部法律存在;但有趣的是《1751 年刑法典》体例跟《唐律》有高度的类似性,但却完全不同于《德瑞莎刑法典》与《普鲁士一般邦法典》。^[1]

《1751 年刑法典》的实体法共有十二章,内容已经有总则(第 1 章)与分则结构形式(第 2-12 章)。下面两个表呈现《唐律》与《1751 年刑法典》十二篇(章)之比较及两个法典第一篇(章)条文对照。^[2]

表一 《唐律》十二篇(章)与《1751 年刑法典》12 章标题对照

《唐律》12 篇	《1751 年刑法典》12 章
名例	犯罪概念与刑罚
卫禁	窃盗与强盗的犯罪
职制	杀人罪
户婚	类似我国现行法律中的妨害风化行为
厩库	婚外性行为
擅兴	近亲间性行为
贼盗	对神亵渎的罪
鬪讼	对君主的侮辱
诈伪	伪造行为
杂律	野生动物保护
捕亡	乞丐、流浪汉以及类似行径的可疑人民以及放高利贷者的处罚
断狱	知情及协助犯罪者处罚

说明:

1. 本表由陈惠馨指导,刘孟如制作完成。

2. 本表《1751 年刑法典》内容取自陈惠馨:《德国近代刑法史》,台北,元照出版有限公司 2014 年版,第 134~141 页。

[1] 这两部法典在体例结构上比较接近当代德国刑法典。

[2] 本表是我请助理政大法学院基础法学组硕士生刘孟如同学参考我书写之《德国近代刑法史》第 133~146 页内容完成,在此感谢孟如的协助。

表二 《唐律》名例篇与《1751 年刑法典》第一章条文比较

唐律疏议 第一篇名例	1751 年巴伐利亚邦刑法典 第一章罪概念与刑罚
	第一条“犯罪的概念”
	第二条“犯罪之种类”
	第三条“故意与过失”
	第四条“不可归责之能力”
卷第一:笞刑五、杖刑五、徒刑五、 流刑三、死刑二	第五条“刑罚”
	第六条“禁止对于死刑再加刑罚” (Zusätze der Lebens-Straffen)
	第七条“永久的监狱刑”
	第八条“身体刑”(Leibs-Straffen)
	第九条(其他较轻之刑罚):“其他较轻的刑事刑罚既非身体刑亦非生命刑,大约可分为下面几种:(a)驱逐出一定的城堡、法庭或者行政区或者整了地区。(b)驱逐到一个确定区域并要求要停留在该处,没有得到许可不可离开。(c)被宣称不受尊敬者,可以受到公共的殴打(d)被关在监狱一定时间或(e)在教堂门前或其他公共的场所带着颈手枷展示(oder auf Schrägen)(f)没收财物(g)金钱刑罚(h)用水冲泡(i)Cassation(k)在城里或家里监禁(l)教会刑罚。”
	第十条“关于管辖权问题”
卷第一:流刑三	第十一条“驱逐出境”
卷第六:本条别有制、断罪无正条	第十二条“刑罚的衡量”
	第十三条“关于法定刑罚”