

中国法文化是一个复杂的集合体，
又是一个经过数次转折的流变体；
它容纳了不同价值的碰撞与融合，
也折射出不同文化的利弊与得失……

江必新/著

中国法文化的渊源与流变

THE SOURCE AND MOVEMENT
OF LEGAL CULTURE IN CHINA

- 先秦法家法思想述评
- 汉律的渊源及其流变
- 试论北齐律在中国封建法中的地位
- 论《唐律》“一本于礼”
- “以敕代律”说质疑
- 沈家本法制改革述论
- 南京临时政府民权主义立法述论
- 也谈《临时约法》被撕毁的历史教训

法律出版社



西南政法大学 学子学术文库

中国法文化的渊源与流变

THE SOURCE AND MOVEMENT
OF LEGAL CULTURE IN CHINA

江必新/著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法文化的渊源与流变/江必新著. —北京:法律出版社,
2003.9
(西南政法大学学子学术文库)
ISBN 7-5036-4434-6

I. 中… II. 江… III. 法学—文化—研究—中国—古代
IV. D909.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 069158 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑导	装帧设计/曹铀 胡欣
出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/莱芜市圣龙印务书刊有限责任公司	责任印制/张宇东
开本/A5	印张/10.25 字数/266千
版本/2003年9月第1版	印次/2003年9月第1次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939690	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	中法图第一法律书店/010-63939781/9782
客服热线/010-63939792	中法图北京分公司/010-62534456
网址/www.chinalawbook.com	中法图上海公司/021-62071010/1636
电子邮件/service@chinalawbook.com	中法图苏州公司/0512-65193110
书号:ISBN 7-5036-4434-6/D·4152	定价:22.00元

西南政法大学 学子学术文库

中国法文化的渊源与流变

西南政法大学学子学术文库编委会

主 任：梁慧星 龙宗智

委 员（以姓氏笔画为序）：

方 向 王卫国 尹 田 江必新

李 林 李连宁 张广兴 张建田

张新宝 张智辉 青 锋 卓泽渊

贺卫方 顾培东 黄松有 夏 勇

梁治平 景汉朝

秘 书 长：方 向 茅院生

总 序

西南政法大学建校至今已历 50 寒暑,中间虽遭遇“文革”之乱,停办近 10 年,但仍有 10 万之众的莘莘学子前后就学于此,歌乐山魂培育浩然正气,嘉陵江水滋养人文精神。10 万毕业生活跃于神州大地,为国家法治大厦之建设添砖加瓦,贡献才智,已形成法律界广受关注的西南法律人群体,造就了西南法律教育与这里的毕业生独特的品格与精神。

在校庆 50 周年到来之际,西南政法大学北京校友联谊会与法律出版社联合推出“西南政法大学学子学术文库”,这是对我们的母校 50 华诞的献礼,是对这所中国法律教育与学术研究重镇所取得成就的一次检阅,同时,我们也希望这 50 部著作能够成为后来者在法学研究和法律教育的道路上继续跋涉的阶梯,此外,还希望通过这些著作,能够向读者昭示西南政法大学的传统与精神。

体现在西南教育过程中以及学子著述里和行为上的品格与精神首先是强烈的忧患意识。忧患意识是中国知识分子的一种生生不息的传统。“士不可以不弘毅,任重而道远。仁以为己任,不亦重乎?死而后已,不亦远乎?”曾参的话最能够表现中国知识人的那种强烈的忧患意识和责任感。不过,近代以降,由于引进了西方的学术与教育制度,知识人有了不同的专业,因此在忧国济世与专业追求之间会有某种紧张关系。但是,对于一种在这个国家的历史上未曾存在过的新专业人士的法律人,他们与其他领域的人相比,在当今的中国注

定要遭遇更多的坎坷。在人民共和国成立之后,法律教育很快就处在受抑制的状态。实际上,20世纪50年代前期如西南政法学院等政法学院的成立与其说是对法律教育发展的起点,不如说是限制法律教育的举措。因为每一所政法学院都是在合并若干所综合性大学法律系的基础上而建立的;政法学院的出现其实大大缩小了中国法律教育的整体规模。比规模更重要的变化是,“政法”这样的概念所预示的法律教育内容与目标与既有传统的断裂。

因此,在政法学院里的人,无论是教师,还是学生,一开始就处在一种压抑的心态之中。我们看当时涉及法律教育的主流话语,完全是排斥法治的。到了20世纪60年代,这种排斥愈演愈烈,终于导致法律教育的完全停滞。教师下放劳动,学校纷纷解散。在这样的情况下,法律界知识分子的忧患真正是刻骨铭心,难以排解。文革浩劫之后,法律教育虽然恢复,法治建设也逐渐提上日程,但是书本上法律理论与社会中的实际状况之间的巨大反差仍然是法律人经常面临的巨大痛苦。尽管位居西南,多少有些“处江湖之远”,但是这种由于专业的特殊性而加剧了的忧患意识却没有须臾少缓,甚至正因为与政治中心距离的遥远而更有所强化。

在法律教育以及法学研究方面,这种忧患意识与理性和开放的精神相结合,形成了西南法律人好学深思、平等讨论的尚智风气和不自盲从、不迷信的学术品格。尤其是复办后的一段时间,校园里面百家争鸣,学术墙报放言无忌,新论叠出,一些观点或论证,今天读来,或不免稚嫩,但是,在当时的舆论环境下,却颇有石破天惊之感。正是这样的校园风气,培育了西南法律人那可贵的怀疑和批判精神。

怀疑和批判不是一种情绪化的表达,而是建立在广阔而深邃的知识积累基础上的理性论证。最初,设置单科型政法学院的目标正是为了培养偏于技术化或工匠型的法科人员;不在一个综合性大学里,学生以及教师的知识视野就必然受到限制,批判精神便无从发育。然而,西南法律人的独特之处在于,他们意识到了这种教育体制的局限性,并且付出极大的努力,力求突破这样的局限性。图书馆里

的手不释卷,山荫道上的玄思妙想,宿舍卧谈中的唇枪舌剑,无不显示出这所专业略嫌单一的大学中的师生们不拘泥于法学一科、寻求超越的努力。这样的追求在我们的毕业生身上已经有多样化的体现:除了那些从事法律教育和法学研究的人们经常在作品中显示出他们多学科的知识修养之外,不少校友进入政坛,或从事着法律之外的业务而且胜任愉快,一些人甚至成为戏剧作家、旅行(作)家、诗人、哲学家。相信随着母校向综合性大学的不断迈进,我们的毕业生在这个特色方面将更加令人瞩目。

对于人而言,50岁已经是“知天命”的年龄。但是,就大学而言,50岁只能说是世界大学之林中的一颗幼树。尽管我们的母校已经形成了一种独特的精神和传统,在人才培养方面也取得了巨大的成就,但是,我们还需要为建设一所伟大的大学而作出艰巨的努力。作为校友,在献礼的同时,我们也表达对母校美好前景的衷心祝福,祝愿母校的优良传统不断发扬光大,祝愿我们的校园永远桃李芬芳,祝愿我们的校友人才辈出,在不断提升母校地位的同时,也为整个国家法治大业的成就作出更多的贡献。

邈邈学府,在蜀山中。孜孜弘道,惟我学子。

《西南政法大学学子学术文库》编委会

2003年8月6日

序

历史之于人类就好象记忆对于人一样。如果我们对过去一无所知,我们就无法了解、把握现在与未来,我们所想做的一切都将从零开始。

作为一个法律人,每立一法、建一制、推一政、审一案,必须深谙其利弊得失、成败利钝之道,否则,其用心虽善而果则为恶,画虎不成反类狗熊。要善国济世、兴利除弊,非有丰富而深刻的法文化史的记忆不可。这也是我在法文化方面倾注一定注意力的基本动因。

在我看来,广义上的法文化是某一时代有关法的“硬件”(如制度、设施等)与“软件”(思想、意识、观念等)的总和。任何时代、任何国度的法文化都是复杂多变的。它既可能是一个矛盾的集合体,也可能是一个不规则的流变体。要把握某一时代或国度的法文化的特质,必须善于把握其主流的价值取向以及占支配地位的文化主流。

在我看来,中国古代法文化之流是一个非常复杂的集合变异体。它包含了先秦诸子百家的思想观念,也包含了佛、道的某些因子。但其主流在于儒法两家关于法的观念的加减乘除。本书正是基于这种理念来定位中国古代法文化的精神实质的。

从信史的角度看,中国法文化的源头至少应当追溯到夏,但就夏

商二朝而言,由于“文献不足征”,很难把握其法律思想的全貌。而西周不仅有《尚书·周书》、《左传》、《史记·周本纪》的详细记载以及其他文献的佐证,尤其是大量金文的出现为我们研究中国法文化的源头提供了一定的资料。我对中国法文化的研究的起点也正是从西周开始的。在《西周“明德慎罚”思想述论》一文中,我不仅对夏商二朝的有关法文化的记载进行了关联性叙述,而且对春秋战国至汉以后的儒家的相关思想进行了概略的叙述。

中国的法文化,萌芽于夏商而初步形成于西周,以后经过了以下主要转折点:一是春秋战国以及秦朝的法家思想占主导地位(尽管先秦有过百家争鸣的局面);二是两汉的儒法合流(其后至清末虽有量的积累,但无质的改变);三是清末变法中国法文化与西方法文化的碰撞与融合;四是辛亥革命时期的旧民主主义立法;五是新民主主义时期的民主立法。我对这几个重要阶段的法文化的主流都进行了一些梳理。我深深知道,要完整地描述中国法文化的流变过程几乎是不可能的,至少非我之力所能及。我所采取的方法是在一些重要阶段或时期撷取若干“浪花”以反映、见证其流变过程,以期“以一叶而知天下秋”、“以一斑而知全豹”。但这种作法显然难于避免“管中窥豹”、以偏概全之弊,这是我不能不提醒读者特别加以注意的。

这个集子所收集的是我在原西南政法学院(现更名为西南政法大学)求学期间(绝大部分是攻读硕士学位期间)的习作的一部分(还有一些已经散失)。其中有的已在《法学研究》、《法学杂志》、《比较法研究》等刊物发表。这些文章大都是在杨和钰教授、杨景凡教授尤其是导师张警教授的指导下写成的。于今日的眼光来看,这些文章确实带有诸多的“稚气”,但它留下了我对中国法文化探讨的足迹,可以说每篇文章都有自己的结构和风格。我觉得作为西南政法学院的莘莘学子之一,在庆祝母校五十周年之际,野人献曝,亦有其特别的意义。

江必新

2003年6月20日于北京

目 录

序.....	1
西周“明德慎罚”思想述论	1
先秦法家法思想述评	15
论“礼”的本源、流变与特征	32
孟子“人性论”探微	42
商鞅“改法为律”质疑	53
汉律的渊源及其流变	
——兼论汉律的法制系统	58
评汉代“春秋决狱”	88
《魏律》篇目考	97
从《魏律序略》和《张裴律表》看魏晋时期律学的发展	101
试论北齐律在中国封建法中的地位.....	112
论《唐律》“一本于礼”	123
“以敕代律”说质疑	135
两宋防治官吏“犯赃”的法律对策	142
论《大明律》对官吏的控制	200
沈家本法制改革述论.....	217
南京临时政府民权主义立法述论	
——南京临时政府是如何建立“民权主义”的法律体系的.....	236
也谈《临时约法》被撕毁的历史教训	251
“礼法结合”是中国封建法的基本特征	258

2 中国法文化的渊源与流变

中国历代职务犯罪监督制度述评·····	268
新民主主义革命时期人民民主政权法制特点述论·····	290
跋·····	311

西周“明德慎罚”思想述论

“明德慎罚”是西周时期重要的法律思想,^①也是西周最具借鉴价值而且对后世影响最为深远的一种思想体系。探讨这一思想的基本内容,研究这一思想所产生的历史根源及其对后世的影响,从而揭示中华法系和中国法文化的基本理念,具有重要的意义。

一、“明德慎罚”思想的提出及在西周的具体体现

“明德慎罚”见于《尚书·康诰》(即周康王时期发布的诰命):^②“惟乃丕显考文王,克明德慎罚,不敢侮齔寡,庸庸、祗祗、威威、显民。”《尚书·多方》(周成王时期发布的诰命)也有“明德慎罚”的记载:“乃惟成汤克以尔多方简,代夏作民主。慎厥丽,乃劝。厥民刑,用劝。以至于帝乙,罔不明德慎罚,亦克用劝。”这两则诰命虽然都是成康时期周统治者对商朝贤明君主以及周文王治国思想的基本概括,但实际上是借古喻今,劝导臣下按此思想治国,并向殷遗民、百姓标榜其德政。从现有的金文资料来看,西周的全部铜器铭文中,只有明德、明刑之类的词组,而没有“明德慎罚”连用的记载。“明德慎罚”连用似始于战国。但《尚书·周书》通说是周人的作品。应该说,“明德慎罚”作为一种思想体系是成立的。而且这一思想在西周的法律制度上也有诸多具体的体现。

① 学术界大都将“明德慎罚”作为西周的立法原则或指导思想,本文认为目前尚无充分证据,但作为一种主流的法制思想是可以成立的。

② 一说《康诰》是周公平定三监及武庚叛乱之后,封康叔于殷地以统治殷遗民,康叔上任之前,周公给康叔讲的训诫之词。但据《史记》记载,《康诰》为周康王所作。

(一)在治国的方略上,将德治置于重要地位

夏统治者自诩“天命有德”,^①以此论证其统治的合法性。周朝的统治者更多地强调要“以德配天”。在现存的典籍以及西周铜器铭文中,“德”字是一个使用频率较高的字,^②足见“德”在西周政治生活和社会生活中具有重要的地位。从现存的典籍中,我们可以大体窥见西周统治者关于“德”的理论与实践:

一是要“敬天保民”。周康王告诫臣下:“有叙时,乃大明服,惟民其敕懋和。若有疾,惟民其毕弃咎。若保赤子,惟民其康义?”。意思是说,为政必须讲究次序,必须先德而后刑;只有教民团结协和、弃恶从善、保民如子,天下才可以大治。

二是要“以礼治民”。传说周公制礼。根据《礼记·曲礼》的记载:“夫礼者,所以定亲疏,决嫌疑,别同异,明是非也。……道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分争辩讼,非礼不决,君臣上下,父子兄弟,非礼不定;宦学事师,非礼不亲;班朝治军,涖官行法,非礼威严不行;祷祠祭祀,供给鬼神,非礼不诚不庄。”《左传·襄公二十六年》在总结“古之治民者”的经验时说,认为“有礼无败”,并认为以下三个方面是最重要的:“劝赏而畏刑,恤民不倦,赏以春夏,刑以秋冬,是以将赏为之加膳,加膳则饫赐,此以知其劝赏也;将刑为之不举,不举则彻乐,此以知其畏刑也;夙兴夜寐,朝夕临政,比以知其恤民也。”

三是“任贤、敬贤”。《尚书·康诰》强调“庸庸、祗祗”,意思是任用那些应当任用的人,尊敬那些应当受到尊敬的人。为了形成任贤敬贤的风气,广纳治国人才,周统治者甚至敢于吸收殷贵族中的贤能者进入自己的政权机构中任职。据《史记·周本纪》记载,早在文王时,由于文王“礼下贤者”,“辛甲大夫之徒皆往归之”,“文王亲自迎之,以为公卿,封长子”。武王克殷后,又“释箕子之囚,封比干之

① 《尚书·皋陶谟》。

② 如明德、敬德、懿德、哲德、元德、雍德、弘德、逸德等,均可以作修德等理解。

墓,表商容之间”,标榜其重贤重德。微子降周时,周统治者以礼相待,平定武庚叛乱后,微子又被封为宋侯。

四是“以德抚民”。周穆王曾经说:“先王之于民也,懋正其德,而厚其性;阜其财求,而利其器用;明利害之乡,以文修之。使务利而避害,怀德而畏威,故能保世以滋大。”^①史载周文王修德行善,致使百姓“耕者皆让畔,民俗皆让长”,使虞芮之人深感惭愧和羞耻。

五是治先刑后。要正确设定刑罚在治国中的地位。《周礼·天官·冢宰》言建邦六典,将治、教、礼、政四典置于刑典之前。^②《周礼·夏官·司马》在设定大司马之职时,先言建邦之九法,而后言九伐之法(刑罚)。^③

六是善用赏罚。春秋时的归生在总结西周的治理经验使说:“善为国者,赏不僭而刑不滥。赏僭,则惧及淫人;刑滥,则惧及善人。若不幸而过,宁僭无滥。”

(二)在刑罚的目的上,以崇礼弼教作为首要目的

一是“弼教”“乞福”。早在夏代,就有“慎徽五典,五典克从”^④的说法。所谓五典即为五常之教,指父义、母慈、兄友、弟恭、子孝。周穆王曾明确要求“士制百姓于刑之中,以教祗德”。^⑤并说:“典狱非乞于威,惟乞于富(通‘福’)”;“惟敬五刑,以成三德。”^⑥“罚惩非

① 《国语·周语上》。

② 《周礼·天官·冢宰》:“大宰之职,掌建邦之六典,以佐王治邦国:一曰治典,以经邦国,以治官府,以纪万民;二曰教典,以安邦国,以教官府,以扰万民;三曰礼典,以和邦国,以统百官,以谐万民;四曰政典,以平邦国,以正百官,以均万民;五曰刑典,以诘邦国,以刑百官,以纠万民;六曰事典,以富邦国,以任百官,以生万民。”

③ 《周礼·夏官·司马》:“大司马之职,掌建邦国之九法,以佐王平邦国;制畿封国,以正邦国;设仪辨位,以等邦国;进贤兴功,以作邦国;建牧立监,以维邦国;制军诘禁,以纠邦国;施贡分职,以任邦国;简稽乡民,以用邦国;均守平则,以安邦国;比小事大,以和邦国。”

④ 《尚书·尧典》。

⑤ 《尚书·吕刑》。

⑥ 《尚书·吕刑》。三德指正直、刚克、柔克。

死,人极于病”。^①

二是先教后刑。据说尧时“象以典刑”,^②意思是示民众以常刑。《礼记·礼运》也说:禹、汤、文、武、成王、周公诸代,均“刑(通型)仁讲让,示民以常”。商汤作“汤誓”,盘庚迁殷作告示。周朝的文、武、成、宣诸朝都比较注意教化的作用。《礼记·乐记》说:“……礼以道其志,乐以和其声,政以一其行,刑以防其奸,礼乐刑政,其极一也。”可见,把刑罚作为治国的最后手段。据《周礼·夏官·司马》记载:“正月之吉,始和,布政于邦国都鄙,乃县政象之法于象魏,使万民观政象,挟日而敛之。”意即将教令书写在邦国大门之上,以教化万民。周康王明确宣布,对某些犯罪“勿庸杀之,姑惟教之。”^③周宣王时鲁侯孝“肃恭明神而敬事耆老;赋事行刑,必问于遗训而咨于故实;不干所问,不犯所咨。”经樊穆仲推荐被周宣王树为“能训治其民”并可以“导训诸侯”的典型。在《尚书·周书》中,各篇既讲“教”,又讲“刑”,但主要是讲“教”,而且各篇均是先讲“教”,后讲“刑”。《尚书·周书》中以“诰”为名的有《康诰》、《酒诰》、《召诰》、《洛诰》诸篇,而“诰”本身就是“教”的意思。

(三)在刑法的内容上,根据不同情况不断调整打击重点

历代统治者都知道,刑网太密,打击面愈宽,越不利于统治的维护。因此,每个朝代都不时调整其打击的重点。如尧命皋陶作刑所打击的重点是“寇、贼、奸、宄”^④四种犯罪,以及“昏(己恶而掠美)、墨(贪以败官)、贼(杀人不忌)”^⑤三种职官犯罪;夏启时打击的重点是“威侮五行、怠弃三正”以及“弗用命”的行为;^⑥商汤重点打击“不

① 《尚书·吕刑》。意即刑罚不是为了杀人,而是为了使人极于病苦而不敢犯罪。

② 《尚书·尧典》。

③ 《尚书·康诰》。

④ 《尚书·尧典》。

⑤ 参见《夏书》转引自《左传》昭公十四年。

⑥ 《尚书·甘誓》:“尔不从誓言,予则孥戮汝,罔有攸赦。”

能敬命”^①者以及“不从誓言”^②者；商盘庚重点打击“不吉、不迪，颠越不恭，暂遇奸宄”^③等犯罪；周成王时打击的重点是《周礼·夏官·司马》所说的九种行为^④以及《周礼·秋官·司寇》所列举的诸种行为；^⑤周康王重点打击的对象是“寇攘奸宄、杀人于越货”者，^⑥并将“不孝不友”作为“元恶大憝”加以惩罚；^⑦周穆王命甫侯作《甫刑》，其打击重点是“诸侯不睦”。这种不时调整打击重点的做法，虽然有违法的稳定性原则，但可以避免在同一时期全线出击，造成用刑太多的局面。

（四）在刑事政策上，强调根据刑罚所追求的目的轻重有致。

在夏代，尧即有“钦哉，钦哉，惟刑之恤哉”的警告。周代统治吸取商纣滥刑的教训，更加强调恤刑和省刑。

一是注意分清犯罪的故意和过失、惯犯和偶犯。在夏尧时，即有“眚灾肆赦，怙终贼刑”^⑧的刑罚原则，意即对过失犯罪予以赦免，对坚持罪过不改的从重处罚。周康王明确宣布：“人有小罪，非眚，乃惟终，自作不典，式尔，有厥罪小，乃不可不杀。乃有大罪，非终，乃为眚灾，适尔，既道极厥辜时乃不可杀。”^⑨意思是说：如果某人犯罪造成的危害小，但不属于过失，而且坚持错误不改，这是故意违法，即使罪小也不可不杀；某人如果犯罪造成了大的危害，但能改过，或者因过失或意外事件而犯罪，并属于偶犯，虽然要追究其刑事责任，但因

① 《史记·殷本纪》：“汤曰：汝不能敬命，予大罚殛之，无有攸赦。”

② 《尚书·汤誓》。

③ 《尚书·盘庚中》。

④ 《周礼·夏官·司马》：“以九伐之法正邦国：冯弱犯寡则眚之；贼贤害民则伐之；暴内凌外则坛之；野荒民散则削之；负固不服则侵之；贼杀其亲则正之；放弑其君则残之；犯令陵政则杜之；外内乱、鸟兽行则灭之。”

⑤ 《周礼·秋官·司寇》：“凡杀其亲者焚之。杀王之亲者辜之。凡杀人者踏诸市，肆之三日。刑盗于市。凡罪之丽于法者亦如之。唯王之同族与有爵者杀之于甸师氏。”

⑥ 《尚书·康诰》。

⑦ 《尚书·康诰》。

⑧ 《尚书·尧典》。

⑨ 《尚书·康诰》。