

[第三卷]

中西 法律 传统

中南财经政法大学
法律史研究所 编

中国政法大学出版社

[第三卷]

中西法律传统

中南财经政法大学 编
法律史研究所

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中西法律传统.第3卷/范忠信,陈景良主编. —北京:中国政法大学出版社,2003.9

ISBN 7-5620-2512-6

I. 中... II. ①范...②陈... III. 法律-思想史-对比研究-中国、西方国家 IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 090841 号

书 名 中西法律传统(第三卷)
出 版 人 李传敦
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 13.875
字 数 330 千字
版 本 2003 年 11 月第 1 版 2003 年 11 月第 1 次印刷
印 数 0 001-3 000
书 号 ISBN 7-5620-2512-6/D·2472
定 价 28.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803
电子信箱 zt5620@263.net
网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

☆☆☆☆☆

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

主 编	范忠信	陈景良	
编委会成员	范忠信	陈景良	郑祝君
	萧伯符	程汉大	李艳华
	滕 毅	存 扬	武 乾
	屈永华	孔庆平	李培锋
	陈敬刚		
助 编	武 乾	李培锋	
英文翻译	何 鹏	尤明青	

目 录

中国法律传统

- | | |
|-----|------------------------------------|
| 1 | 1. 罪刑法定与非法定的和合
——中华法系的一个特点/俞荣根 |
| 45 | 2. 法律的历史叙事与文学叙事(下)/徐忠明 |
| 81 | 3. 碑刻史料中的宗法族规/李雷梅 |
| 114 | 4. 中国传统文化中的天法关系/陈会林 |
| 150 | 5. 私人财产之抑制与中国传统法文化/邓建鹏 |
| 166 | 6. 先秦君权正当性理论及其特征/陈秀平 |
| 180 | 7. 法律文化视野下的教化
——大小传统之间的沟通桥梁/汪雄涛 |
| 200 | 8. 中国古代公务回避制度及其主要特征/汤建华 |

西方法律传统

- | | |
|-----|-----------------------|
| 215 | 9. 英国中世纪的地方自治及其成因/李培峰 |
| 237 | 10. 欧陆法学家对普通法起源的出色解读 |

——冯·卡内基姆的

《英国普通法的起源》及其成就/陈敬刚

- 253 11. 中西法律传统中法官个人因素之作用/唐志容

中国法律近代化

- 277 12. 张之洞与中国法律近代化/邱远猷

- 302 13. 南京国民政府预决算法制的演进及特点/武 乾

学术评论

- 325 14. 关于中国法律史研究规范问题的思考/戴建国

- 355 15. 法律史研究视野中的习惯法问题/萧光辉

- 380 16. 读范忠信教授两部著作的感想/缪因知 唐俊杰

资料与回忆

- 388 17. 回忆林纪东老师/张伟仁

- 393 18. “最后的儒家”传承的儒家精神：

——回忆梁漱溟先生/范忠信

- 409 19. “二十世纪中华法学文丛”创办记/王健 胡旭晟
范忠信

Contents

Legal Tradition of China

1. Yu Ronggen: *Integration of legally punishment and illegally punishment : one characteristic of Chinese Legal System* (1)
2. Xu Zhongming: *Historical or Literary Narrations of law (continuer)* (45)
3. Li Xuemei: *Clan Rules In Epigraphy and Historical Data* (81)
4. Chen Huilin: *Relationships between the Sky and the Law in the Chinese Traditional Culture* (114)
5. Deng jianpeng: *The Controls of the Private Property and the Chinese Traditional Legal Culture* (150)
6. Chen Xiuping: *The Valid Reason and the Characters of Monarchical Power of the Period Before Qing Dynasty* (166)
7. Wang Xiongtao: *To See the Act of Teaching and Moralization From the View of Legal Cultural : A Bridge Between traditions* (180)

2 Contents

8. Tang jianhua: *The Challenge System and Its Traits of Official Business in Ancient China* (200)

Legal Tradition of the Western World

9. Li Peifeng: *English Local Autonomy and Its Cause of Formation in the Middle Ages* (215)
10. Chen Jinggang: *Outstanding Interpretations of the Origins of Common Law by Legists of the Continent* (237)
11. Tang Zhirong: *The Effects of Personal Factors in Legal Traditions of China and the Western World* (253)

Chinese Legal Modernity

12. Qiu Yuanyou: *Zhang Zhidong and the Chinese Legal Modernity* (277)
13. Wu Qian: *Development and the Traits of the Budget and Final Account System of Nanjin Government* (302)

Academic Comments

14. Dai Jianguo: *Thoughts of Normative Study of Chinese Legal History* (325)
15. Xiao Guanghui: *Matters of Customs in the View of Legal History* (355)

16. Miao Yinzhi, Tang Junjie: *Some Impressions of Two Works of Professor Fan Zhongxin* (380)

Data and Recollections

17. Zhang Weiren: *Recollections of Mr. Lin Jidong* (388)
18. Fan Zhongxin: *The Spirit of Confucianism Carried On By “the Last Confucianist”: Recollections of Mr. Liang Shuming* (393)
19. Wang Jian, Hu Xusheng, Fan zhongxin: *The Origination of “20th Century Chinese Legal Works”* (409)

[中国法律传统]

罪刑法定与非法定的和合 ——中华法系的一个特点

俞荣根*

建设现代法治应当注意开发利用本土法文化资源。本土法文化资源之荦荦大端莫过于中华法系。故尔，准确把握中华法系的内容特质不仅是中国法史研究的学术必需，且也关涉本土法文化资源的开发利用。

一百多年来，历辈学者筚路蓝缕，对中华法系的方方面面作过精细的研究，著述丰盈，成就沛然，功绩卓著。然而，学术研究很难不受历史时代和社会环境的影响，因此，一代学人总有自己的研究空间和课题任务。就中华法系研究领域而言，仅就其是否成文法系，成文法始于何时这一方面的研究，学界历来仁智互见，未臻一是。笔者在触及和思考这一问题时，^{〔1〕}又发现成文

* 西南政法大学博士生导师，现任重庆市人大常委、法制委员会主任委员。

〔1〕 见拙著：“道统与法统·辨析篇”，法律出版社1999年版，第92—113页。

法问题与罪刑是否法定的问题交织一体，互为因果，可谓一是俱是，一否俱否。本文似以罪刑是否法定入手，结合有关成文法问题来探讨中华法系在这方面的特点。以下除对问题的提出本身作简要绍述外，主要从古代中国有关罪刑关系的学说、思想及制度并在它们的结合上作考析论证，以求教于方家。

一、百年聚讼

关于中国古代法是否存在罪刑法定主义问题，学界真可谓是一人一议，甚至一人二议，百年聚讼，迄难定论。综罗各家，大致可归为三类：肯定说、否定说、介于二者之间的第三说。

(一) 肯定说

肯定说又可以细分为倾向说、有条件的肯定说、明确的肯定说等。

在中国法律史研究中，沈家本可称是持这一主张的第一人。他认为，“罪刑法定主义”并非西方法律独创，中国古代法中的“律无正条不为罪”的规定便是“罪刑法定”之意。他论证说，《周礼》中，大司寇的悬刑象于象魏之法、小司寇宪刑禁、士师掌五禁、布宪执旌节以宣刑禁等等，“实律无正条不处罚之明证”。〔1〕沈氏は倡导法律改革并在清末执掌过修律大印的，他为对付顽固派反对变法的思想武器便是高擎古圣贤的良法美意。一方面说，西方法律之精义皆存在于文武周孔圣贤遗意之中，另一方面又说，清朝法律非改不可。但既然祖宗制定和流传下来的法好得不得了，为什么继受中国大统的清王朝的法律又不行了呢？

〔1〕 参阅“修订法律大臣沈家本奏刑律草案告成分期缮单呈览并陈修订大旨折”（光绪三十三年八月），载《清末筹备立宪档案史料》，中华书局1979年版。

解释这一矛盾的惟一方法是遣罪于秦汉以来的历朝历代：都怪这帮小和尚把经念歪了。这仍然是一种“托古改制”的理路。沈氏说，自汉朝“决事比”之风一开，流弊滋生，其后虽有小兴小革，但难挽大势，先圣遗意渐至荡然。唐律有比附之事，由于限制甚严，还算不错。明律著有“比附援引”之明文，罪刑法定惨遭大劫。清律沿袭明律，继续“引律比附”，且无条件扩大适用，殆无“罪刑法定”可言。^{〔1〕}

沈家本身为修律大臣，其奏议难免有应势之处。但他更是一位谙熟中国法律史的大家，他的学术观点对海内外中国法史学界影响很大。

蔡枢衡是中国法学界的老前辈，并长期从事刑法和中国刑法史研究。他的《中国刑法史》虽然迟至1983年才出版，但其研究成果早已闻著于世。他与沈家本一样，认为中国古代很早就存在着“依法裁判”的“罪刑法定主义”。

他详尽地追述了古代法律史上罪刑法定主义的消长过程。写道：“黄帝、少皞、颛顼都是依法裁判。若用后世的名词来表达，显见五帝时代前期所奉行的是罪刑法定主义。”五帝时代后期的唐尧和虞舜同样“重视践行罪刑法定主义”。这一传统在有夏一代由于奉行“比附援引”而被委弃，但“商、周三代却都实行罪刑法定主义”。他认为，罪刑法定主义意味着伸张君权，抑制官权，因而，“罪刑法定和比附援引，自亦君臣斗争的表现之一”。据此，罪刑法定主义经春秋、战国、秦汉的式微，到晋代又得以“恢复”，其证明便是《晋书·刑法志》所载刘颂主张的“断罪皆

〔1〕 参见沈家本：《历代刑法考·明律目笺一》，“断罪无正条”。又，参阅黄源盛：“沈家本法律思想与晚清刑律变迁”，台湾大学法律学研究所博士论文，1991年11月，第147-158页。

当以律令正文”。他说,“这和《吕刑》所谓无简不听,显然语异意同。”至于《唐律》,蔡氏坚定地说:“唐律的断罪无正条,并不违反罪刑法定原则。”他也认为,到明代,“罪刑法定主义又转化为自己的对立面。……清律沿而未改。”^{〔1〕}这与沈家本的意见相一致。

有的法史学者把公布成文法并宣明法制作作为依法断罪、罪刑法定的首要条件,并认为春秋时代郑铸刑书、晋铸刑鼎为我国公布成文法之始。照此推论,春秋以前显然不可能有罪刑法定的条件。这与沈家本、蔡枢衡所持的五帝,或商、周时代就存在罪刑法定主义之说不同,但他们又认为秦代是罪刑法定的。孔庆明先生是这一主张的代表。他论证说:“《秦简》没有‘不溯既往’的记载,但有赦免时不究既往的原则,这当中包含了不溯既往的精神。”因此,“这一规定又体现了罪刑法定的原则精神”。^{〔2〕}他认为,《秦简》中的“比”和“例”的适用,是给“罪刑法定提供了补充条件”,而不是否定罪刑法定,因此,“秦刑律基本上坚持罪刑法定的原则”。^{〔3〕}

由于《唐律》是中华法系的成熟的代表之作。因此,各家《唐律》研究者大多会论及《唐律》是否罪刑法定,而论析中国古代有无罪刑法定主义的学者又大多会举《唐律》以为例证。

《唐律》专家杨廷福先生指出,《唐律》中有“轻重互明”的规定,“给予司法官较灵活引用和解释律文之权”,但仍肯定《唐律》有“罪刑法定主义的倾向”。^{〔4〕}这一看法与陈顾远先生相

〔1〕 参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第128-137页。

〔2〕 孔庆明:《秦汉法律史》,陕西人民出版社1992年版,第107-108页。

〔3〕 见孔庆明,前引书,第116-117页。

〔4〕 参见杨廷福:《唐律初探》,天津人民出版社1982年版,第126-129页。

近。陈氏也认为唐律有罪刑法定主义的倾向。^{〔1〕}

王立民先生说：“唐律的个别条款还流露出罪刑法定的思想，即律无明文规定的不科罪，把它作为依法断狱的一个表现。”他把这些定格为“罪刑法定的萌芽思想。”^{〔2〕}

戴炎辉先生是这样论析的：如果以近代罪刑法定主义的定义而言，在包括唐律在内的中国古代律典中均不曾存在，唐律也未从正面规定罪刑法定主义，它是从侧面令官司断罪须引正文，所以，从原则上是承认罪刑法定的，但因律条至为个别且具体，故另有弹性的处理规定。^{〔3〕}

陈朴生先生看到唐律所规定的法官裁量权过大，但仍许其为“间接承认罪刑法定主义之原则”。^{〔4〕}

如果说，上述唐律专家虽持肯定说，但还比较谨慎，那么，另外一些学者就显得直捷明快了。

如张金鉴先生说：“唐代断事采法文明定主义。”^{〔5〕}杨鸿烈先生更是早在20世纪的30年代就举唐律中《断狱律》和《职制律》的条文为证，指出：“以此两条的条文为例，就可知道有唐一代是怎样厉行罪行法定主义了！”^{〔6〕}董声先生认为不能用西方近两百年的法治成就来看唐律，并明确指出，罪刑法定主义的观

〔1〕 参见陈顾远：“从中国文化本位上论中国法制及其形成发展并予以重新评价”，载陈顾远：《中国文化与中国法系》，三民书局1969年版，第96页。

〔2〕 王立民：《唐律新探》，上海社会科学院出版社1993年版，第9页。

〔3〕 参见戴炎辉：《中国法制史》，三民书局1964年版，第24页。

〔4〕 参见陈朴生：“罪刑法定主义之演进及其运用”，载《东吴法律学报》第1-2期（1977年5月）。

〔5〕 张金鉴：《中国法制史概要》，正中书局1973年版，第100页。

〔6〕 参见杨鸿烈：《中国法律思想史》下册，商务印书馆1936年版，第100页。

念或思想,唐律已经有了。^[1]

日本学者对中国法律史研究有自,持罪刑法定主义肯定说者亦不少。如,奥村郁三的《旧中国的罪刑法定主义的性质》、《旧中国的法文化——罪刑法定主义》;冈野诚的《中国古代法的基本特征——围绕“罪刑法定主义制度”》;成官嘉造写有《前汉谡与法的类推解释——以中国固有的罪刑法定主义为中心》、《前汉罪刑法定主义与事后法的禁止》等文。^[2]仁井田璠认为晋及后魏法律已有关于罪刑法定主义的条文。他论析说,这种法定主义,不同于西方近代严格意义上的在个人主义、自由主义学说下以保障个人自由而产生的法定主义,而是相对的,在君主、官员的擅断下受到制约的法定主义,因而它与擅断主义相对立而存在,但中国古来已有罪刑法定主义的制度是没有问题的。^[3]他还指出,晋朝的刘颂提出罪刑法定主义的主张,早于西欧一千年以上。^[4]此外,泷川政次郎、小野清一郎等学者也有同样的主张。总的说来,日本学者对中国古代罪刑法定主义是有条件的肯定,他们注意从东西方历史和文化的差异性中来加以论说。

(二) 否定说

持否定说者大多观点明确、态度显明。

20世纪20年代,法学博士、后为民国要人、出任过国民政

[1] 参见董声:“我国古代有无罪刑法定主义?——兼论唐律的地位与价值”,载《中华杂志》第3-7期(1965年7月)。

[2] 参见俞荣根等编:《中国法律史研究在日本》,重庆出版社2002年版,第98、99、100、235页。

[3] 参见仁井田璠:《补订·中国法制史:刑法》第五章,东京大学出版会1980年版。

[4] 见仁井田璠,前引书,第174页。

府外交部长，时任北京大学法律系系主任的王世杰教授在北京大学《社会科学季刊》第三卷第一号上撰文，综论中国法系有五大特点。其中的第三点是“科比”之制：“凡律无正条之事件，执法人一方面固尚得诉诸律文以外之经义，一方面尚得比律文而科罪，所谓‘无律文则无刑罪’的原则，是中国历来所无的观念。”〔1〕

当代法史学界，明确持否定说并作过详尽论析的至少有两家：《中国刑法史新论》〔2〕和《中国刑法史精要》〔3〕（以下简称《新论》和《精要》）。

《新论》的作者写道：“资产阶级针对中世纪欧洲所盛行的罪刑擅断主义而提出的罪刑法定主义原则，具有鲜明的时代特色、深刻的阶级内容和积极的社会意义。在中国封建社会，尽管律文中有着一些类于现代刑法关于追溯效力的规定，但是却没有也不可能形成罪刑法定主义原则。尽管中国古代一些具有远见卓识的思想家也提出了近于‘法无明文规定不为罪’的主张，如晋代刘颂在其上惠帝疏中所云：‘又律法断罪，皆当以律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文名例所不及，皆勿论。’但这一主张根本不可能为封建统治者采纳而上升为法律原则。”接着，作者分析了不可能采纳的两种原因。一是中国封建社会君主专制的高度集权统治，导致皇帝一言立法，一言废法，罪刑擅断；二是礼对罪刑法定主义原则和观蓬的冲击与否定，表现在：（1）以礼调整各方面的民事法律关系，并调处一些轻微的刑事案件；（2）

〔1〕 转引自杨鸿烈：《中国法律发达史》上册，上海书店重印本1990年版，第4-5页。

〔2〕 张晋藩、林中、王志刚：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版。

〔3〕 高绍先：《中国刑法史精要》，法律出版社2001年版。

相当多的判决须“于礼以为出入”；(3)关于“不应得为”罪名的规定纯系依礼(或理)定罪断刑，是“法外加罪”。因此，作者认为，那种以为中国古代刑法中“早具罪刑法定主义精神，并对此颇加赞誉”的观点，是“有失片面”的。^{〔1〕}

《精要》将“罪刑擅断”厘定为中国封建刑法的三大基本原则之一。作者的理由有四：(1)“刑法渊源广泛，凡律、令、格、式，同为一代刑典”，因此，“可用作定罪量刑的依据繁多，而这些依据有的只是针对一时一事，与刑律之间冲突、矛盾之处甚多，特别是皇帝的令，可随皇帝个人的兴趣和注意力的变化而出，带有很大的随意性，根本无法实行罪刑法定”。(2)“皇帝量情处分”。“皇帝不仅可以立法，而且也是最高的司法长官，生杀予夺，大权在握。”(3)“广行类推，比附论罪”。“大量适用比附、类推是构成罪刑擅断的一个重要组成部分。”(4)“不应得为的补救”。汉律有“不合众心”、“不当得为”等罪，唐律有“不应得为”之罪，明、清律也有“不应为”的规定，“这充分体现了封建刑法擅断主义的特点。”据上四条，作者认为，尽管封建刑法中“确有法无明文不罚，法不溯及既往及从旧兼及从轻的精神，但……从总的原则看，起根本作用和决定作用的是灵活擅断、比附类推”，而不是“有的学者认为的……罪刑法定原则”。^{〔2〕}

在诸多否定说中，值得一提的是台湾当代青年法史学家黄源盛先生的研究成果。他认为，传统旧制中不存在“严格意义的罪

〔1〕 见张晋藩，前引书，第267—273页。

〔2〕 见高绍先，前引书，第131—137页。