

中华法系

第五卷

朱勇 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中华法系

第五卷

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. 第五卷 / 中国政法大学法律史学研究院主
编. —北京: 法律出版社, 2014. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6879 - 4

I. ①中… II. ①中… 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(2014)第 217247 号

中华法系(第五卷)

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

版本 2014 年 10 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 12.625 字数 313 千

印次 2014 年 10 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6879-4

定价:36.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

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,其中前八篇论文乃是作者在去年由本院承办的亚欧法律史论坛第二届年会上发表的报告基础上修订而成的。有关此次会议的情况可见《中华法系》第四卷中所刊的会议综述。内容围绕着中国法律史各个时期的制度、思想和文化而展开,感谢作者不吝赐稿。因篇幅所限,本刊打算分两期将参会论文全文刊出,除此次刊出的八篇之外,剩下篇什,拟于《中华法系》第六卷刊登。另外,本卷还收有其他研究论文三篇,为汉、唐、宋法制史研究,本卷论文风格各异,但均为有研究特色和思想深度的文章。

目 录

学术研究

张晋藩:传统法文化的民族精神及现代意义	(3)
朱 勇:从“仁政”到“人道”:清末刑法哲学的演变	(27)
张中秋:晚清中国对继受外国法的选择	(37)
林 乾:传统中国法的“人道”意涵 ——以清代“犯罪存留养亲”为中心的考察	(57)
陈惠馨:从欧洲中心与清末变法谈百年来亚洲与欧洲法律交流	(68)
赵晓耕:对法律体系与部门法理论的批判	(98)
张仁善:论近代中国法制移植的速成与法治目标的疏远	(122)
高汉成:1907 年大清新刑律草案的“欧洲痕迹”	(146)
陈新宇:从礼法论争到孔教入宪 ——法理健将汪荣宝的民初转折	(153)
张德美:唐代的户籍与计帐	(170)
陈 鸣:西汉中期的政治法律论辩 ——以《盐铁论》为中心	(182)
王 颢:试述宋代遗嘱制度的完善	(204)

学术聚焦

- [德]托马斯·杜威:法律翻译:欧洲视角下对法律史研究方法的思考(许兰译)……………(225)
- [德]Lena Foljanty:十九世纪欧洲比较法学研究中的东亚形象(许兰译)……………(237)
- [奥]Miloš Vec:普世主义和排他主义
——欧洲国际法学的歧视性之程度有多深?(许兰译)
……………(251)

法治人物

- 李 鸣:敦本务实 振其纪纲
——张居正法律思想刍议……………(279)
- 李 杰:《商君书》“利出一孔”思想及其历史影响……………(291)

学术新人

- 孙靖洲:清代恭请王命制度的渊源与流变……………(313)
- 李玫馨:制定法层面上的清代财产法……………(345)

学术动态

- [美]罗纳德·德沃金:“刺猬的困境”:生命与尊严,如何选择?
(陈煜译)……………(367)
- 朱仕金:法文化的困境与出路……………(386)

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,其中前八篇论文乃是作者在去年由本院承办的亚欧法律史论坛第二届年会上发表的报告基础上修订而成的。有关此次会议的情况可见《中华法系》第四卷中所刊的会议综述。内容围绕着中国法律史各个时期的制度、思想和文化而展开,感谢作者不吝赐稿。因篇幅所限,本刊打算分两期将参会论文全文刊出,除此次刊出的八篇之外,剩下篇什,拟于《中华法系》第六卷刊登。另外,本卷还收有其他研究论文三篇,为汉、唐、宋法制史研究,本卷论文风格各异,但均为有研究特色和思想深度的文章。

传统法文化的民族精神及现代意义

张晋藩*

【内容摘要】 传统法文化博大精深,其中蕴涵着伟大的中华民族精神。本文将从六个方面抽绎出蕴涵于法文化中的民族精神,不仅要说明民族精神如何影响着、规范着法文化的发展进程,更要说明弘扬优秀的民族精神对于中华民族的伟大复兴所具有的重要意义。

【关键词】 传统法文化 民族精神 现代意义

中华民族的伟大复兴是当代中国具有历史意义的伟大号召和动员令。为此,首要的是弘扬优秀的文化传统,它是支撑民族复兴的强大支柱,其中也包括优秀的法文化。其次要倡导优秀的、独立的民族精神,它是中华民族的魂,也是民族复兴的脊梁。

中华民族自形成之日起,经历了数千年的发展过程,逐渐形成了代表中华民族特质的民族精神,它是中华民族凝聚力的内核和民族生命力的源泉。由于国情因素的多样性,使得民族精神中既有超越时空的优秀部分,也杂有历史沉淀下来的保守部分。为了中华民族的伟大复兴,我们有责任传承超越时空的优秀民族精神,这是一个极具现实意义的历史任务。

民族精神作为民族活动的主导表现在社会生活、国家生活的方

* 作者系中国政法大学法律史学研究院教授,博士生导师。

方面,它与法文化的关系是十分密切的。在法文化的形成与发展的历史中都蕴涵着民族精神的元素,从而显示出与其他民族国家法文化相区别的特殊性。历史法学派通常认为,法律乃是一个国家民族精神的体现及产物。萨维尼曾经说过:“民族的共同意识乃是法律的特定居所。”^{〔1〕}这个所谓的“共同意识”其实就是民族精神。

本文试图从以下六个方面抽绎出蕴涵于法文化中的民族精神,不仅要说明民族精神如何影响着、规范着法文化的发展进程,更要说明弘扬优秀的民族精神对于中华民族的伟大复兴所具有的重要意义。

一、法律的发展不受宗教干预,体现了理性务实的民族精神

被马克思称为“早熟的文明小孩”^{〔2〕}的古代中国,早在黄帝时代,三苗的首领蚩尤便摆脱了神灵的羁绊,制定了法律。《尚书·吕刑》中说:“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑,曰法。杀戮无辜,爰始淫为劓、刵、椓、黥。”《尚书正义》曰:三苗之国君,“习蚩尤之恶……而更制重法,惟作五虐之刑,乃言曰此得法也”。三苗活动在长江流域,较之黄河流域更适合于原始农业,因而很早便出现了财产的私有制和激烈的阶级分化。杜预在为《左氏春秋》文公十八年作注时指出:“贪财为饕,贪食为餮,即三苗也”,“民皆巧诈,无有忠于信义”。正是为了压制被剥削者的反抗,出现了最早的刑罚。至夏朝建立,已经形成了稳定的国家形态,并在三苗“五虐之刑”的基础上建立了“墨、劓、刵、宫、辟”的五刑系统,一直沿用至汉初。《吕刑》的记载说明了三苗之祖摆脱了原始宗教的羁绊,而以现实主义的态度,通过立法解决日益尖锐的阶级矛盾。

〔1〕 [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第9页。

〔2〕 《马克思恩格斯论中国》,人民出版社1953年版,第3页。

夏商时期由于生产力水平极端低下,局限了人们的视野,对自然界种种现象充满了敬畏,因而假借天意动用刑罚。所谓“天讨有罪,五刑五用”^{〔1〕}。商朝统治者崇尚神权政治,设计了上帝与帝廷,但商朝的上帝与西方宗教中的上帝完全不同。商朝的上帝是由商王死后升格而成,这个上帝实际上是商王的祖宗神。商王对于上帝尊崇备至,以期祖先的亡灵维护其现实的政治统治,这种宗教实际上带有宗法的色彩。至商末,纣王亲自控制了占卜,体现了神权政治的没落。由于纣王“重刑辟”,使得国势衰微,终于在“受有亿兆夷人,离心离德”^{〔2〕}的严峻形势下,被西北方部落国家——周所推翻。商王的天道观随着商朝的灭亡而发生动摇。以周公旦为代表的周朝统治者,鉴于商亡的教训,把关注的焦点由天上转移到地上,从神转移到人,提出了具有充分理性的一系列观点作为新王朝的治国方略。

其一,提出“人无于水监,当于民监”^{〔3〕}的命题,把人心的向背看作是国家兴衰的根本。其二,提出“皇天无亲,惟德是辅”^{〔4〕},即天只赞助有德之人为君,周之代商正是周人有德所致。其三,提出“明德慎罚”的法制原则,强调以德主宰用刑,摆脱商朝的神断法。其四,通过制礼作乐,建立礼乐政刑综合为治的国家管理制度。以上充分显示了周统治者在治国理政方面表现出的理性的光辉,其影响极为深远。

在漫长的古代社会,无论立法、司法都不同程度地彰显出理性的思考。就立法而言,早在周初便提出因时立法、因势立法、因地立法、因族立法。《尚书·吕刑》“刑罚世轻世重”;《周礼》“一曰刑新

〔1〕《尚书·皋陶谟》。

〔2〕《尚书·泰誓中》。

〔3〕《尚书·酒诰》。

〔4〕《尚书·蔡仲之命》。

国用轻典,二曰刑平国用中典,三曰刑乱国用重典”^{〔1〕},一直被后世奉为立法的主臬。在《尚书·酒诰》中就群饮一事规定:周人“群饮,汝勿佚,尽执拘以归于周,予其杀”。这是吸取殷人好酒亡国的教训而制定的法律,但对于殷人嗜酒则从策略考虑“勿庸杀之,姑惟教之”,这可以说是最早的因族立法。因族立法,实际上是因俗而治,它适应统一多民族国家的国情需要,既带有族的特性,也带有地方的特性。清朝制定的《理藩院则例》、《西藏章程》、《回疆则例》,适用于苗疆的条例等等,沿袭了因俗而治的传统,可谓民族立法之大成。就立法技术而言,从舜时皋陶造律的因案成律,到清朝的因案成例,反映了由个别调整上升为一般调整的规律性认识,彰显了中华法制文明的先进性。

就司法而言,从周朝起便强调“中罚”,“不偏为之中”,“中罚”即公平、公正司法。只有刑罚得中才符合中道,才能达到和的效果。春秋战国时期社会的变动推动了百家争鸣,法家学派主张“援法断罪”、“一断于法”,加强了法律的权威。西方资产阶级革命时期所提出的罪刑法定原则,晋朝的刘颂在公元三世纪便已经提出了:“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断之,其正文名例所不及,皆勿论。”^{〔2〕}至唐朝,《唐律疏议》明确规定:“诸断罪皆需具引律令格式正文,违者答三十。”此后,宋明清律皆仿此规定,间有所增减而已。援法断罪是司法文明、司法理性的具体表现。

周初形成的以五声听狱讼也突出地表现了司法中的理性考量。所谓“五声听狱讼,求民情:一曰辞听,二曰色听,三曰气听,四曰耳听,五曰目听”^{〔3〕}按东汉郑玄注:“观其出言,不直则烦;观其颜色,不直则赧然;观其气色,不直则喘;观其听聆,不直则惑;观其眸

〔1〕《周礼·秋官·大司寇》。

〔2〕《晋书·刑法志》。

〔3〕《周礼·秋官》。

子视,不直则眊。”〔1〕“五听”是在总结大量司法实践经验与研究犯罪者心理变化的基础上所形成的。它不仅摆脱了神断法的束缚,而且具有一定的科学依据,对后世极有影响。

宋朝淳佑七年(1247年),宋慈撰成《洗冤集录》。这是我国历史上第一部系统的法医学著作,也是世界上比较早的法医专著。《洗冤集录》要比西方最早的法医学著作——1602年意大利人菲利斯的《医生关系论》早了300多年。《洗冤集录》被世界许多国家翻译,说明了它在科学上的价值。

正是由于中国古代的法制建设充满着人文精神与理性的判断,因此,很少受到宗教的干预。早在东汉时期,本土的宗教——道教产生了,印度的佛教也传入中国。这些宗教虽然影响过统治者的自然观、政治观、宗教观,但它们的作用并没有深入到政治法律领域。相反,宗教的存在一定要依附于政治势力,所谓“不依国主,法事难立”〔2〕一旦宗教势力膨胀干预了政治,便会遭到打击。唐朝安史之乱以后,均田制度遭到破坏,寺院占有大量土地,势力膨胀,交结藩镇,影响到国家的统治,因此唐武宗下令灭佛,在全国范围内拆毁庙宇,强制僧侣还俗,使佛教遭到沉重打击。

再如康熙初年,允许西方传教士到中国传教,但当罗马教皇下令中国的信徒不得礼拜祖宗时,康熙帝立刻下旨驱除传教士出境。可见中国古代的统治者对于宗教保持高度的政治警觉,不使其干预现实中的政治活动与立法、司法措施。西方中世纪存在的教会法与宗教法庭,在中国古代是没有的。

由此可知,中国传统法文化中无论是制度的构建、法律规范的制订、法律生活的缔造与法律文化的延伸以及在司法中的法律运行,都不是偶然的,都打上了中华民族理性务实民族精神的烙印。

〔1〕《周礼》,郑玄注。

〔2〕《高僧传·释道安传》。

在农业立国的古代社会,作为社会主体的农民,所关注的是一家人的温饱,是再生产的准备,是应付国课的筹措等等,这些都是摆在面前不容半点轻忽的现实问题。尽管他们也祈求上天的保佑,但在现实的功利面前这种“吁天”,实际上已经下降到无足轻重的地位,这是理性务实民族精神形成的物质基础。正因为如此,即使是中国本土的道教也只是少数统治者的笃信,在民间的影响力极为微弱。佛教的信徒虽较广泛,但也只是个人的信仰,于国家的政治法律生活并无实质性影响。

在理性务实民族精神形成的过程中,儒家文化起了积极的作用。儒家是人本主义的提倡者,主张“人为万物之灵”。〔1〕孔夫子不仅“不语怪力乱神”,〔2〕而且明确表示:“敬鬼神而远之”,〔3〕“未知生,焉知死”,〔4〕“未能事人,焉能事鬼”。〔5〕可见,他是立足现世,以积极务实的态度关注人生,由此提出了“仁者,爱人”的伟大命题。这与西方宗教关于彼岸世界的说教完全不同,他所关注的是现实主义的此岸世界。如同子产所说:“天道远,人道迩,非所及也,何以知之。”〔6〕

孔子之后,孟子将“仁者,爱人”进一步发展为“仁政”学说,从而把人们关注的焦点吸引到政治主张上来。儒家思想从汉武帝时被确立为统治思想以后,由于它符合专制制度的政治要求,更贴近传统的国情和人们重伦理的心理状态,因而不断深入人心,成为中华民族精神的文化源头。

〔1〕《尚书·泰誓》。

〔2〕《论语·述而》。

〔3〕《论语·雍也》。

〔4〕《论语·先进》。

〔5〕《论语·先进》。

〔6〕《左传·昭公十八年》。

二、德主刑辅、明刑弼教的法制原则,体现了厚德亲伦、以德化民的民族精神

早在周初,周公旦鉴于商朝失德亡国,提出了明德慎罚的治国方略,强调“明德”、“敬德”、“成德”作为施政的理论基石。经过两汉儒家对于刑德的论证,为德主刑辅法制原则奠定了深厚的理论基础,至唐代,《唐律疏议》又将“德礼为政教之本,刑法为政教之用”的本用关系提升为与自然现象“昏晓阳秋”一样永恒而不变。德主刑辅的法制原则至明代又有了新的变化,明太祖朱元璋总结元朝政治,提出了明刑弼教的治国理念。德主刑辅、明刑弼教的法制原则,体现了厚德亲伦、以德化民的民族精神。所谓“亲伦”就是以伦常关系为重,伦常关系被法律化为条文,获得强制性的维护与推行;所谓“以德化民”,就是以刑罚为后盾,施以仁德感化民众,使之自觉地遵守法定的权利义务。

除此之外,法律对于老幼妇残等社会弱势群体实行恤刑原则。这不仅是司法人道主义的表现,也是明刑弼教的一端。汉时,矜恤老幼妇残的恤刑已经见诸法律,至唐代,此项法律已经定型。《唐律疏议·名例》规定:“诸年七十以上、十五以下及废疾,犯流罪以下,收赎……八十以上、十岁以下及笃疾,犯反、逆、杀人应死者,上请;盗及伤人者,亦收赎。”〔1〕《唐律疏议·断狱》规定:“诸妇女犯死罪,怀孕,当决者,听产后一百日乃行刑。若未产而决者,徒二年;产讫,限未满而决者,徒一年。失者,各减二等。其过限不决者,依奏报不决法……诸妇人怀孕,犯罪应拷及决杖笞,若未产而拷、决者,杖一百;伤重者,依前人不合捶拷法;产后未滿百日而拷决者,减一等。失者,各减二等。”唐律还规定:“诸犯罪时虽未老、疾,而事发时老、疾者,依老、疾论。若在徒年限内老、疾,亦如之。犯罪时幼小,事发

〔1〕《唐律疏议·名例·老小及废有犯》。

时长大,依幼小论。”^{〔1〕}上述矜恤老幼妇残的法律一直延续到晚清修律为止。

中国古代形成的以伦常关系为基础的伦理法是和厚德亲伦、以德化民的民族精神密切联系着的。中国古代经过由家而国的路径,进入文明社会。因此宗法制度成为覆盖整个社会的一项制度,以致伦常关系是最重要的社会关系,伦理道德成为最基本的道德规范。如同《礼记》所说:“今大道既隐,天下为家。各亲其亲,各子其子,货力为己。大人世及以为礼,城郭沟池以为固。礼义以为纪,以正君臣,以笃父子,以睦兄弟,以和夫妇,以设制度,以立田里。”^{〔2〕}孟子对于伦常关系有过精彩的论述:“使契为司徒,教以人伦,父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信。”^{〔3〕}孟子所说的君臣、父子、夫妇、兄弟、朋友间的人伦通称为“五伦”。他还论证了以德化民的价值:“以德行仁者王……以德服人者,中心悦而诚服也。”^{〔4〕}宋儒程颐说:“父子君臣,天下之定理,无所逃于天地之间。”^{〔5〕}儒家的伦理道德学说就是以此为核心而展开的,经过儒家的论证形成了一整套的道德哲学,既是控制社会的精神力量,也是控制人心的不变的信条。人们遵守道德的自觉性,也体现了自身境界的提升和人生价值的尊重,以之律己,可以净化灵魂;以之待物,可以彼此和睦。由此形成了教化为先,刑为其后,明刑在于弼教的社会意识,以便与厚德亲伦的民族精神相契合。这种民族精神不仅对中国也对相邻的东方国家具有重大的影响。中华法系之所以被相邻国家所接受,其原因就在于此。

〔1〕《唐律疏议·名例·犯时未老疾》。

〔2〕《礼记·礼运》。

〔3〕《孟子·滕文公上》。

〔4〕《孟子·公孙丑上》。

〔5〕《二程遗书》卷五。

三、纵向传承但有兴革的法律缔造,体现了自强不息,坚韧进取的民族精神

中国古代所处的封闭的地理环境,加上专制制度的强制禁锢,妨碍了中国与外国的法文化交流。中国古代法律发展是由粗疏到细密,由简单到复杂,由低级到高级,纵向传承的轨迹。由于法律植根于社会,社会的发展推动了法律的发展。因而法律虽然具有历代传承的因袭性,但基于不同时期社会生产方式与社会关系的变化而有所发展变化,形成了特有的时代特点。孔子在考察夏商周三代礼的源流关系时曾经指出:“殷因于夏礼,其损益可知也,周因于殷礼,其损益可知也。”〔1〕自“夏有乱政”而制《禹刑》,商有《汤刑》,周有《九刑》,秦有《秦律》,汉有《汉律》,魏有《新律》,晋有《泰始律》。其后,唐宋元明清也各有律,其间源流清晰,损益可考。

中国法律的历史是在传承与创新中逐渐发展起来的,传承是以历史所提供的资料为基础,创新是在传承的基础上的某些突破。因而创新较之传承更为艰苦,历时也更为长久。因为创新首先需要认真总结前代法律的成功经验与缺失,使新立之法避免前车之覆。创新也需要认真分析把握社会的主要矛盾,从而确立立法的主要方向,以有利于矛盾的解决。创新更需要先进的思想家、法学家,将其思想认识与理论见解注入到新的法律中去,开创法律的新天地。以战国时期《法经》为例,《法经》总结了战国时期各国制定成文法的经验,是集大成之作。《法经》的编撰者李悝洞察了魏国的主要矛盾,遂以盗贼为《法经》打击的重点,提出了“王者之政莫急于盗贼”的立法指导思想。李悝作为早期法家思想的代表人物,秉承“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”〔2〕的法治精神,强调贵族高官违法犯罪依律处刑。《法经》六篇开辟了法律封建化的路径,具有里程碑的意义。商

〔1〕《论语·为政》。

〔2〕《史记·太史公自序》。