

中华法系

第一卷

朱勇 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华法系

第一卷

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 舫



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中华法系:第1卷/朱勇主编. —北京:法律出版社, 2010. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1648 - 1

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(2010)第 259570 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

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/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/10.125 字数/257 千

版本/2010 年 12 月第 1 版

印次/2010 年 12 月第 1 次印刷

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 - 5118 - 1648 - 1

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

创新、传承与山水之间

——《中华法系》发刊辞

朱 勇*

学术的价值在于创新,也在于传承。在“创新”成为主旋律、成为学术成果价值评判最高标准的今天,我们不妨多关注一些“传承”。

中华法系,博大精深,源远流长。从秦始皇到清宣统,除了首尾两大社会转型期之外,两千年的帝制时代,实现社会控制的基本手段是以儒家思想为主导的法律体系。这就是我们的中华法制。

中华法系,土生土长,乡情乡音。农耕生产对天人和谐、人际和睦的仰仗,自然经济对家庭秩序、社会稳定的倚重,都成为国家治理的重要原则,并体现在中华法系的基本精神之中。

中华法系,关注国家与民族的自身发展,关注如何实现人际和睦、家庭和谐与社会稳定。在这里,没有政治家们为其政治目的而提出的响彻云霄的口号,没有利益群体为了招兵买马、聚集力量而竖起的诺言大旗,更没有为了海外扩张、跨国获利而实施的强权规范。

近代世界,国际交往的增加,打破了古老帝国的宁静,以“闭国自治”、“独善其身”为外交准则的中国,仓促中被迫进入国际交往大环境。面对这一巨变,中华民族既缺少技术、经济领域的应对资本,也缺

* 朱勇(1955—),男,安徽合肥人,中国政法大学教授,法律史学研究院院长,博士生导师。

乏政治、法律范围的制度准备,更缺少思想、文化层面的应变资源。这是一次全面、彻底,但又仓促、轻率的变革。回首变革,我们发现,儒家思想、中华法制,与皇帝的龙椅、女人的裹脚布一起被彻底抛弃。

百年之后的今天,中国与世界面临新一轮的重大变革。变革就意味着选择。在这场由再变革而引起的再选择之中,中华民族的传统元素被我们的思想家、政治家乃至大多数国民所再关注。符合中华民族的国情民风,在调整社会关系、维持社会秩序、实现社会和谐方面具有独到作用,且为两千年历史所证明行之有效的中国传统法制,其基本精神和基本价值,再次引起国人的兴趣。

近年来,学界同仁对于中国传统法律、中国法律近代化,对于中华法系,给予了高度的关注,并产生了一大批重要的学术成果。中国政法大学法律史学研究院,作为教育部人文社会科学重点研究基地,我们也始终以中华法系作为重点研究领域。我们希望,《中华法系》的出版,能够为中华法系的研究,提供一个新的园地。我们的目标是:“弘扬中华法律文化,探讨现代中国法治;比较中外法律传统,构建新型中华法系。”我们的宗旨是:“坚持学术自由,鼓励学术创新;守护学术经典,培育学术新人。”

子曰:“知者乐水,仁者乐山。”中华法系,既有水之灵动,更有山之厚重。创新,改革,竞争,跨越,当今中国的主流话语表明,其“灵动”特性已发挥得淋漓尽致并将长时间继续。我们的《中华法系》将充分发掘、展示并弘扬中华法系的“厚重”之性。

目 录

朱 勇:创新、传承与山水之间

——《中华法系》发刊辞 (1)

学术研究

张晋藩:我对中华法系认识的发展轨迹 (1)

高明士:中华法系基本立法原理试析 (16)

刘广安:对中华法系的再认识 (33)

王 涛:现代西方哲学主要关键词与中华法系研究 (43)

李 青:东亚国家接受中华法系的社会历史根源

——以朝鲜为视角 (62)

张中秋:西方法学的局限与中国传统法文化的价值

——以西方实证主义法律观和自然法理论为例 (69)

李典蓉:蒙元的馈赠:试论“烧埋银”对中华法典的影响 (81)

陈 煜:清代刑罚制度考论 (108)

黄源盛:从准情酌理到诚信原则

——以民初大理院判解例为中心的考察 (131)

张德美:通往程序正义之路

——清末民初诉讼制度改革简论 (172)

学术聚焦

- 单 纯:论孔子对“礼”的政制规范性解释 (184)
- 邵 方:论礼的本质及其法律意义 (207)

法治人物

李 鸣:社会转型中的智者

- 试论龚自珍的法律变革思想 (226)

学术新人

- 朱 腾:论汉代天人合一论法理念的社会基础及核心命题 (241)

学术动态

- 【以色列】阿尔弗雷多·M.雷伯勒、巴勃罗·勒纳(顾元、黄毅译):
以色列的比较法研究 (276)

学术研究

【编者按】为配合《中华法系》创刊号的成立,本期“学术研究”栏目内,列有中华法系讨论专文四篇,分别讨论作者研究中华法系的心得与中华法系的传播问题;列有相关的制度讨论文章三篇,分别为蒙元时期的烧埋银制度、清代的刑罚制度和清末民初诉讼制度的改革方面的内容,借以从具体的角度展示中华法系的魅力及其制度遗存。此外,还收有比较法文化作品一篇,从比较中借以彰显中华法文化的原理和意义。我们力求从多个角度,使得中华法系的制度、思想、文化及其影响力能得以全面地再现给读者,并能为当下法制建设提供某种有益的启示。

我对中华法系认识的发展轨迹

张晋藩*

【内容摘要】我对中华法系的认识,不是一蹴而就的过程,而是逐步深化,在前人的基础上通过学习,通过阅读,融入新知,从而渐渐地深入到其本质。在比较了民国时期前人的研究成果后,结合新中国成立以来诸家的研究,从而对中华法系有了更深刻的认识,现阶段弘扬和复兴中华法系,只有在掌握其内核的基础上,找到跨

* 张晋藩(1930—),中国政法大学法律史学研究院名誉院长,中国政法大学终身教授,博士生导师。

越时空的优秀法文化精髓,方能得以实现。

【关键词】 中华法系 认识 发展

20 世纪初期,梁启超首先揭示中华法系的价值与世界地位;“近世法学者称世界四法系,而吾国与居一焉,其余诸法系,或发生蚤于我,而久已中绝;或今方盛行,而导源甚近。然则我之法系,其最足以自豪于世界也。夫深山大泽,龙蛇生焉,我以数万万神圣之国民,建数千年绵延之帝国,其能有独立伟大之法系,宜也。”^{〔1〕}其后一代法制史学者,如程树德、丁元普、杨鸿烈、陈顾远等又从多方面、多层次论证了中华法系的流变、特点及对东南亚各国的影响,在恢复中华传统文化,提高中华民族自信心,以抗拒外来威胁的思潮中,提供了重要的法文化资源,其影响颇为深远。

新中国成立以后,在马克思主义法学思想指导下,认为只就形式上的差异,简单划分成若干系统的法系,未能触及法律的实质,因而是科学的,故而很长一段时间无人涉猎中华法系问题,更遑论著述。

1980 年在科学的春天到来之际,厦门大学的陈朝壁教授发表《中华法系特点》一文,可视为 20 世纪 40 年代关于中华法系研究的回响,由此启动了研究中华法系的新的时代浪潮。同年我在《法学研究》第四期上发表《中华法系特点探源》,文中概述了中华法系的基本特点:(1) 皇帝是最高的立法者和最大的审判官;(2) 法律受儒家伦理道德观念的深刻影响;(3) 家族法在整个法律体系中占有重要地位;(4) “诸法合体”,司法受行政的干涉;(5) 律经常受其他法律形式的补充和制约。但此文的重点不在于阐述中华法系的特点,而在于阐明形成中华法系的社会历史根源。文章认为中华法系的特点首先与中国所处的自然地理环境有关,“中华民族所处的地理

〔1〕 范中信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 69 页。

环境,一方面使得文明发达较早,规定了中国奴隶制国家形成和发展的途径;另一方面也深刻地影响着封建社会的经济和政治。中华法系之所以长期未受外来因素的影响而改变或中断,以及它在陈陈相因的缓慢发展中所表现出来的保守性、连续性和特殊性,都是和中华民族所处的地理环境分不开的。”

其次与生产方式的特点有关:

“第一,中国奴隶制解体和封建社会形成的过程,就是从打破土地国有制确立土地私有制开始的。从此土地可以继承也可以买卖……一方面产生了大量自耕农;另一方面也出现了为数众多的官僚地主、商人地主。封建中央集权制度与法制就是以地主土地所有制为经济基础的。

第二,在自然经济占主要地位的封建社会里,个体农民经济是社会经济的基本单位……封建的家长制家庭,就是建立在这个经济基础之上的社会细胞组织。家长所拥有的管理、监督生产和支配家庭财产的权力,是封建的小生产经济存在和发展的要求。封建国家用法律维护家长制,调整家庭成员之间的权利义务关系,……因此,家族法在中华法系中占有重要的地位。同时,由于封建个体经济的闭塞和保守,使得封建家长制能够长期存在的家族法也得以辗转继承。

第三,由于中国封建社会很早就流行着土地买卖,一些工商业者和高利贷者,乐于把利润和利息用来购买土地,使利润、利息地租化。……造成货币资本不能大量积累,商业资本不易转化为工业资本,成为封建社会长期停滞的原因之一。马克思曾经指出:‘在中国,那就更缓慢了,因为在这里,直接的政治权力没有给予帮助。’^[1]由此便不难理解为什么在两千多年的中国封建法系中很少有实质性的变化,即使是法典编纂形式也是如此。

[1] 《资本论》(第3卷),第373页。

最后,与宗法制度的长期统治有关。由于得到政权的强制维护,封建制的宗法制度和精神,一步步地扩展到整个社会,影响着千千万万个家庭。……而封建法律从巩固地主阶级的国家统治出发,强制地全面维护封建的宗法制度,由此便不难理解为什么在中华法系中父权与夫权占有那样突出的位置。”

1980年以后,在教学与研究的实践中,我对中华法系的特点有了一些新的考虑。1984年我在《政法论坛》第4期发表《再论中华法系的若干问题》,共分四个部分:(1)关于中华法系的概念;(2)关于中华法系的断限,亦即起讫年代;(3)中华法系的特点;(4)研究中华法系的意义。但此文重点在“中华法系的特点。”经过几年的研究与思考,我将中华法系的特点概括为以下六点:

1. 以儒家学说为基本的指导思想和理论基础,但也融合了道释的某些教义……可以说以儒家学说为主导,儒道释三教在不同时期对封建法制各自起了不同程度的影响。

儒家思想对封建法律影响的主要表现是:

(1)以法律的形式确认儒家三纲——“君为臣纲,父为子纲,夫为妻纲”的不可侵犯,违者定以重罪,治以严刑。

(2)贯串“德主刑辅”、“明刑弼教”的精神,指导立法、司法,借以“严上下之别”,“明尊卑之义”。

(3)通过春秋决狱和用礼对民事诉讼的实际调整,使儒家经典法典化。

(4)确认秋冬行刑,使儒家“则天行刑”制度化。

2. “出礼入刑”,礼刑结合。

礼刑结合的具体表现是:

(1)礼所调整的宗法伦理方面的法律规范,构成了封建法律的基本内容。

(2)凡属调处一类的民事和轻微刑事案件,礼起着法的实际调整作用。

(3)对于某些案件的判决,“于礼以为出入”,亲疏、遵卑同罪异罚。

(4)区分血缘亲疏的“五服”之制,是断罪量刑的重要根据。

3. 家族本位的伦理法占有重要地位。

4. 立法与司法始终集权于中央,司法与行政合一。

5. 民刑不分,诸法合体与民刑有分,诸法并用。

中国从战国李悝著《法经》起直到最后一部封建法典《大清律例》,历代具有代表性的法典都采取以刑法为主,诸法混合编纂的结构形式,……是和自然经济长期占统治地位,礼所起的实际调整作用以及封建专制制度下统治的严酷等各种特定的条件分不开的,……但绝不能由此得出结论,说中国古代只有刑法而无其他法规。……中国古代主要法典的编纂结构形式是诸法合体、民刑不分的,但就封建法律体系而言,却是由刑法、民法、诉讼法、行政法、经济法等各种法律部门所构成的,是诸法并用,民刑有分的。

6. 融合了以汉民族为主体的各民族的法律意识和法律原则。

《北齐律》无论体系结构与基本内容,都为隋唐律奠定了重要的基础。……辽、金、元的法律除保持其民族特色外,均以唐宋律为渊源,并对明律的某些方面有所影响。特别是清朝在入关以前就执行一条“参汉酌金”的立法路线,入关以后更将这条路线推广到全国。

从此文可以看出我对中华法系特点的认识较之1980年有所发展。譬如,提出了中华法系在文化上的多源头,区分了法典的编纂体例与法律体系的不同;论证了中体法系是以汉族为主体,中华民族共同缔造的。这三点是民国时期中华法系论著中没有提到的。

在进入21世纪前的世纪之交,中国共产党发出了中华民族伟大复兴的号召。在这样的历史背景下,我于1999年南京大学《法律评论》第11期发表《重塑中华法系的几点思考》,后又于2001年《政法论坛》发表《重塑中华法系与中华民族的伟大复兴》,此二文的中心思想在于论证中华民族的伟大复兴首先是文化的复兴,在文化复兴

中中华法文化的复兴又是重要的一部分,而中华法文化的复兴又以复兴中华法系为集中体现,故尔提出重塑中华法系问题。但重塑绝非复旧,“而是将现实性与历史性相结合,世界性与民族性相统一,特别是复兴中华法文化固有的超越时空的理性思维成果与伦理道德精神,以显示中华民族的伟大创造力和中华法制文明的伟大价值。”

“中国是一个具有深厚法文化土壤的国家,在中华法系形成的过程中,很少融合外来的法文化。中华法系的变异是内部各派法文化相互排斥、吸收与融合的结果,因而带有十足的民族性、本土性。”

“重塑的中华法系绝不是保守的、排斥外来文化的,相反只有融入现代优秀的法文化,才能使重塑的中华法系具有现代的特点。”

“如果说中华民族曾经以其优越的法文化长期滋润过东方世界,它也必将以其所拥有的更加丰富的法文化,而傲然自立于世界进步的法制之林。”

为了传承民国时期中华法系的研究成果,并展示研究中华法系的价值,我于2007年撰写《中华法系研究的回顾与前瞻》一文,并以此为题主编了一本论著,于2007年8月由中国政法大学出版社出版。

自20世纪初梁启超撰文,提出中华法系的世界地位。由此发端,民国时期涌现出一大批关于中华法系的论著,其中具有代表性的,如:杨鸿烈、丁元普、程树德、陈顾远等人的著作。杨鸿烈于1937年出版的《中国法律在东亚诸国之影响》一书,充分肯定了中华法系的世界地位,指出:“若以诸法系之历史比较,则中国法系延长数千余年,较最古之埃及、美塞布达米亚等法系之寿命而犹过之,且影响于东亚诸国如朝鲜、日本、琉球、安南、西域者,尤非埃及、美塞布达米亚等之局促一隅者可比,故谓中华法系为世界最大法系之一,谁曰不宜?”他认为中华法系是法律“与道德相混自成一独立系统”,其影响及于朝鲜、日本、安南、琉球。他希望珍惜“数千年来我祖宗心

血造诣之宝贵财产,不惟不至纷失,且更进一步力采欧美之所长、斟酌损益,创造崭新宏伟之‘中华法系’”。^[1]

丁元普最早提出“复兴中华法系的精神”的口号,他在1931年发表的《中华法系成立之经过及其将来》的论文中,运用西方法哲学的原理研究中华法系问题,并且通过与罗马法的比较论证了中华法系之精神,他说:“要之,吾中华法系传统之精神,固由于礼刑一致之观念,而其进展之途径,实由宗法而扩大为国法(观刑律服制图及婚姻户役诸篇可见),而我国之刑法,独臻发达,与罗马式之法典,注重于民法,各有其历史与环境之关系,正不足为诟病了。”^[2]

程树德于1934年《法律评论》第19期发表“论中华法系”,强调“法系之盛衰,与国家之强弱为正比例。中国国运不振,故法系随之而微,非必其法系之果不善也。”^[3]

陈顾远在1936~1937年间连续发表《儒家法学与中国固有法系之关系——关于中国固有法系回顾之一》、《家族制度与中国固有法系之关系——关于中国固有法系回顾之二》、《天道观念与中国固有法系之关系——关于中国固有法系回顾之三》,这三篇文章涉及了中华法系的基本问题。他强调要研究中华法系,非研究儒家思想不可。论文还使人信服地认识到家族制度与塑造中华法系息息相关,只有利用家族制度的优点而发挥其效用,才能真正建立中国本位新法系。

综括民国时期中华法系研究的主要成就是:(1)论证了中华法系在世界上的地位;(2)梳理了中国法律史的渊源流变;(3)阐明了学术研究促进法律改革与进化的意义。当然民国时期的中华法系

[1] 杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社1999年版。

[2] 丁元普:“中华法系成立之经过及其将来”,载《现代法学》1931年第1卷第4~5期。

[3] 程树德:“论中华法系”,载《法律评论》1934年第11卷第19期。

研究者也存在着许多问题,最普遍的就是常常以中国古文献中所记载的制度与西方现行的某些制度进行简单比附,似乎中国古已有之,以致造成望文生义之感。

关于中华法系的价值我在文中提出以下几点,我认为:

“1. 中华法系体现了中国文化的博大精深,可以看做是中华法制文明的集中体现。中华法系具有惊人的感染力和渗透力,使得周边国家的法律制度、社会风气乃至生活习惯,都带有中华法系的烙印,形成了一个以儒家学说为主导的法文化圈。”

2. 中华法系是中华民族理性与智慧的结晶和伟大创造力的体现,包含了许多跨越时空的合理性与民主性的制度因素和丰富的思想资源。

3. 中华法系是生成于中国本土上的一个法系,它源远流长,具有强大的生命力。它的悠久性、完整性、系统性、典型性,是世界上其他法系所不具备的。

4. 中华法系的命运是和古代中国的命运紧密联系在一起的。国家的存在与持续发展是中华法系的强大支持力量,而中华法系又对国家的稳定与兴盛发挥着重要的作用。

为了说明中华法系确有超越时人的民主性因素,我于2005年9月在《河北法学》上发表《人本主义——中华法系特点之一》,指出:“人本主义是中国传统法文化的哲学基础,也是中华法系的特点之一。”其在法律上的表现就是:

其一,德主刑辅,明刑弼教。

人本主义所推崇的重人伦、尚德性;重教化、轻刑责的观念,终于演化为德治与法治的结合,教化与刑罚的兼施,既缓和了社会的矛盾,也在一定程度上实现了法律作为社会调节器的作用。”

其二,明德慎罚、重惜民命。

西周统治者从殷“不敬厥德,乃早坠厥命”^{〔1〕}的结局中吸取了教训,制定了“克明德慎罚”的方略。明德提倡尚德、敬德;慎罚促使刑罚得中。明德是慎罚的精神主宰,慎罚是明德在法律上的具体化。明德慎罚的出发点就是以人为本、重惜民命。汉文帝、汉景帝之废除肉刑,北魏孝文帝之废除“门房之诛”,唐太宗之删去“兄弟连坐俱死”之法,都以“民命为尤”、“爱民厚俗”相标榜。以《贞观律》与《隋律》相比,死罪减少 92 条,改流罪为徒罪 71 条,并首创死刑三复审、五复审与“九卿议刑”之制,影响着唐以后的封建法制达千余年之久。

其三,矜恤老幼孤寡,宽宥残疾废疾。

汉初,对老、幼、妇、残有罪者,均予以减轻。惠帝时,“诏民年七十以上,若不满十岁,有罪当刑者,皆完之”^{〔2〕}即减轻处刑。景帝时,对于“年八十以上,八岁以下,及孕者未乳、师、侏儒当鞠系者,颂系之”,^{〔3〕}就是对这几类人不带刑具。宣帝时,“自今以来,诸年八十以上,非诬告杀伤人,它皆勿坐。”^{〔4〕}成帝时,“年未满七岁,贼斗杀人及犯诛死者,上请廷慰与闻,得减死”^{〔5〕}。至西汉末,平帝元始四年,针对“苛暴吏多拘系犯法者亲属、妇女、老弱,构怨伤化,百姓苦之”的严酷现实,为了缓和日趋尖锐的社会矛盾,特别下诏,明敕百僚:“眊悼之人(八十曰眊,七岁曰悼),刑罚所不加圣王之制也……妇女非身犯法,及男子八十以上,七岁以下,家非坐不道,诏所名捕,他皆勿得系。”^{〔6〕}

〔1〕 参见《史记·乐书》。

〔2〕 参见《汉书·惠帝纪》。

〔3〕 参见《汉书·刑法志》。

〔4〕 参见《汉书·宣帝纪》。

〔5〕 参见《汉书·成帝纪》。

〔6〕 参见《汉书·平帝纪》。

至唐代,随着封建法制的成熟和定型,对于老幼妇残的恤刑作出明确的规定。《唐律疏议》:“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”;“九十以上,七岁以下,虽有死罪,不加刑。”还特别规定:“诸犯罪时虽未老、疾,而事发时老、疾者,依老、疾论”;“犯罪时幼小,事发时长大,依幼小论。”“妇人犯流者,留住、收赎”;“妇人年六十及废疾,免流配。”

此类法律不仅形成早,而且历朝历代辗转相承,具有连续性和一贯性。是基于人本主义而形成的具有民族特色的法律规定,这在同时期的世界法制史上是少有的。

其四,存留养亲,免死承祀。

《唐律疏议》:“诸犯死罪非十恶,而祖父母父母老疾应侍,家无期亲成丁者,上请。”

大明律仿唐律专列“犯罪存留养亲”条:“凡犯死罪,非常赦所不原者,而祖父母、父母老疾应侍,家无以次成丁者,开具所犯罪名奏闻,取自上裁。若犯徒流者,止杖一百,余罪收赎,存留养亲。”由唐律的“权留养亲”到大明律的“存留养亲”,显示了此项规定经过长时期的实施,收到了有助于稳定社会的效果,因而在法律上由“权”改为“存”,以示固定之意。

《大清律例》沿用明律,并将“留养承祀”正式定为秋审免死的条件。

中国古代的人本主义是比较理性的思维方式,对于摆脱神的束缚,使人们的思想和行为从宗教迷信中获得解放,起了不可忽视的作用。人本主义的法律化,所形成的特有传统构成了中华法系的特点之一。

近年来,我着力于思考中华法系中少数民族的贡献问题。在修订《中国法律的传统与近代转型》一书时,我专门增加了一项“中华法系,各族缔造”作为中国法律的一个重要传统。我以为,中国自秦