

中华法系

第四卷

朱勇 主编

明 董其昌 二希堂法帖



東晉 王羲之



隋 智永
真草千字文



東晉 王羲之
此 事 帖



唐 蘇過庭 書譜



東晉 王羲之



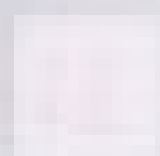
唐 懷素 自叙帖



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华法系

第二卷



中华法系

第四卷

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4卷 / 朱勇主编. —北京: 法律出版社, 2013. 12

ISBN 978-7-5118-5790-3

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(2013)第 302675 号

中华法系(第四卷)

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 13.875 字数 344 千

版本 2014 年 1 月第 1 版

印次 2014 年 1 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 三河市龙大印装有限公司

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 978-7-5118-5790-3

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)

目 录

学术研究

张晋藩:中国法制史记载的民族精神的遗传密码

——从“五音听治”说起 (1)

俞荣根:和:中华法系之魂 (4)

单 纯:过秦与正韩:论儒家对秦制及法家思想的批判 (53)

黄宇昕:论幸福的本质与德福关系 (84)

[韩]金英俊:《高丽律》的法律地位及复原问题 (151)

[美]司徒玛丽:加强德治与发现“别处”的中国法

——神灵、亲族、行会和礼尚往来(刘 佳 译 张书友 校)
..... (173)

曹 斌:比较视野中的制度与理想

——“中国梦”与“美国梦”之历史比较 (207)

李德政:礼刑异化与“弥散性”人格惩罚社会

——以《红楼梦》中三起女婢自杀事件为中心 (226)

学术聚焦

张中秋:坚持有理想的现实主义 做中国的历史主义法学

..... (258)

杨怡悦:传统中国法理研究述评 (265)

法治人物

李 鸣:无畏变革 法度贤才

——王安石变法思想辨析 (292)

富 童:改革:从理想到现实的距离

——以王莽法制改革为视点 (305)

学术新人

张淑雯:唐宋时期的宗祧继承制度再探讨

——以五服制度为视角 (317)

王 浩:从“五听”到“技术侦查”

——关于职务犯罪侦查审理的历史比较 (346)

学术动态

[加]吉恩·爱德华·史密斯:司法的定义者:马歇尔与马伯

里诉麦迪逊案(顾 元 译) (359)

[英]马若斐:早期中国法中的“合意”,“契约”和“债”

——对“责”、“负”、“债”、“约”、“券”等术语的考释

(陈 煜 译) (390)

张明新:理念与过程:近代亚洲与欧洲的法律交流

——亚欧法律史论坛第二届年会综述 (427)

学术研究

【编者按】 本期《中华法系》“学术研究”专栏部分刊载八位作者的研究论文,内容侧重于法律思想与法律文化。有的作者提出中华法系的灵魂所在,有的作者则通过比较的方式,指出由于中西法律思想的差异带来的现实影响。当然在法律制度方面,我们仍旧连载了一位韩国学者的论文,着重提及《唐律疏议》对《高丽律》的影响,由此可见中国法制域外影响力方面的具体情形。

中国法制史记载的民族精神的遗传密码

——从“五音听治”说起

张晋藩*

【内容摘要】 “五音听治”的内涵在于统治者放下身段,耐心倾听臣民百姓的呼声,从而改善国家之治理。这是我国独有的一种治理形式,这种制度,恰恰是民族精神遗传密码的体现。

【关键词】 中国法制史 民族精神 遗产密码 五音听治

中华民族有着四千多年未曾中断的历史,其法制文明的辉煌获得世界广泛的赞誉,而法文化底蕴的深厚称得上是思想的宝库。

正是由于立国悠久,因而在治国理政方面积累了极具现实意义

* 作者系中国政法大学终身教授,法律史学研究院名誉院长、博士生导师。

的历史经验与借鉴。这在古文献中多有记载。夏禹的“五音听治”可以说是恒河沙数中的一例,据《淮南子》卷十三《汜论训》禹之时,以五音听治,悬钟鼓磬铎,置鞀,以待四方之士,为号曰:“教寡人以道者击鼓,谕寡人以义者击钟,告寡人以事者振铎,语寡人以忧者击磬,有狱讼者摇鞀。”就是说夏禹统治天下,为了倾听百姓的呼声与要求,悬挂了五种乐器,凡是向大禹讲解为政之道的可以击鼓;凡是告诉大禹行仁义之事的可以击钟;凡是告诉大禹需解决之事者可以振铎;凡是以忧患相告者可以击磬;凡是向大禹申告狱讼者可以摇鞀。大禹听到不同乐器的声音就知道是何人以何事相告,以便请他觐见。由于来见者多,以至于吃一顿饭竟然有十次接待来访者。沐浴一次竟然束发三次以应对觐见的百姓。由于禹如此重视民众呼声与要求,因而得到了民众的拥护,顺利地传位于儿子启,建立了家天下王朝。启即位后在一段时间内也沿用了“五音听治”的做法。禹是夏朝的开国之君,去氏族社会不远,因此“五音听治”的记载可能反映氏族民主制的残余。

虽然这种制度只有在小国寡民的情形下方可施行,但它的意义在于为君者要接近民众,倾听民众的呼声,采纳民众的意见,从而形成君民和谐、上下相通的状态。

类似的记载也见于《吕氏春秋·不苟论第四·自知》:“尧有欲谏之鼓,舜有诽谤之木,汤有司过之士,武王有戒慎之鼗,犹恐不能自知。”尧、舜、汤、武王都是古代为人称颂的圣君明主,他们采取的这些措施就在于犹恐不能自知,也就是多方听取意见,改进政治。有关诽谤之木的记载,对后世颇有影响。

《后汉书·杨震传》记载东汉安帝时,杨震鉴于安帝因人上书言政得失,反而招来皇帝震怒而致下狱。为此杨震上书安帝说:“臣闻尧舜之世谏鼓谤木之立于朝,殷周哲王小人怨詈则还自敬德。”开明的君主多立诽谤之木于朝,以倾听民众的呼声。但后世倾听民众意见的诽谤之木逐渐演化为歌功颂德的华表。

值得一提的是清朝于关外肇基时期。努尔哈赤就曾于天命五年(1620)六月“树二木于门外,有欲诉者,书而悬之木,览其颠末而按问焉”(蒋良骥《东华录》卷一),这便是数千载“诽谤木”之遗风。

综括上述,从“五音听治”到后世立诽谤之木,所表达的不外乎执政者要倾听民众呼声,使民众得到表达意见的一种渠道,这是国家兴盛富强的根本。“以史为鉴,可知兴替。”在中华民族伟大复兴的今天,重视史鉴具有十分重要的意义。四千多年的中华文明古国记载了许多值得重视的发人深省的治国理政的经验。它是民族精神的体现也是民族的理性与智慧的结晶。我们要从丰富的宝藏中吸取滋养民族复兴的营养。

和:中华法系之魂

俞荣根*

【内容摘要】 “中道”是中国传统文化的“道统”，也是古老中华法系的“法统”之魂。“和”是道之用，也是法之用。国家与法律究竟是“斗”的产物与“斗”的存在，还是“和”的产物与“和”的存在？儒家的回答是后者。在儒家思想体系中，“和实生物”原本内含着“和实生法”；“中和”之道包含着“中和”之法；贵“和”之礼蕴蓄着贵“和”之法。儒家“中和”之法的特征有以下三个：“中和”、“中正”、“时中与权”。剖析儒家贵“和”之法，包含以下七个层面：道德与法律之“和”、法的天人之“和”、法统之“和”、实在法之“和”、综合为治之“和”、定罪量刑之“和”、法律生活之“和”。

【关键词】 儒家 中道 中华法系 和之法

伪古文《尚书》的《大禹谟》篇写道：

“人心惟危，道心惟微，惟精唯一，允执厥中。”

这就是宋代儒学家极为赞颂的三代圣哲“十六字心传”，朱熹称之为“上古圣神继天立极”、“传有自来”的“道统”。^{〔1〕} 孔子说：“吾

* 作者系重庆市社会科学院研究员。

〔1〕 朱熹《四书章句集注·中庸章句序》。

道一以贯之。”〔1〕“一以贯之”就是有“统”。这种“一以贯之”的基本精神便是儒家之道的“道统”。它的内涵即“允执厥中”，简言之，就是一个“中”字。《中庸》云：

喜、怒、哀、乐之未发，谓之中。发而皆中节，谓之和。中也者，天下之大本也。和也者，天下之达道也。致中和，天地位焉，万物育焉。〔2〕

“中”，天命之性，亦天下万事万物之理，是道之本，道之体；“和”，乃道之用，是循天命之性而为之结果，亦即道所达到的状态。这种结果或状态就是无过无不及、不偏不倚、动静有常、守正有序的“中和”、“和谐”，如此则天地顺位，万物繁育。“中”是天命之性、万物之理，自然也是法之性、法之理；“和”是道之用，自然也是法之用，是立法、司法和守法所追求与实现的结果或状态。“中庸”、“中道”、“中和”，同样是中国古代法之“法统”。“中道”，“中和”，乃中华文化之精髓，同样是中华法系之精髓，是中华法系之魂。

“和”，作为道之用、法之用，其在法和法律中的地位与价值，极需要作出重新的思考和定位。

一、和实生物，和实生法

国家、法和法律究竟是怎样产生的？是什么原因产生的？我们的法理学教科书是这样阐述的：随着私有制、阶级和国家的形成，也就必然产生了法和法律。〔3〕这里包含着以下两个论断：其一，国家与

〔1〕《论语·里仁》。

〔2〕《中庸》第一章。

〔3〕高等学校法学教材《法学基础理论》（法学教材编辑部审订），法律出版社1982年版，第37页。

法产生的经济原因是私有制;其二,国家、法和法律产生的社会原因是阶级和阶级斗争。

教科书通常引用恩格斯的下列名言作为论证:

国家是社会在一定发展阶段上的产物,当人类社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面,而为了使这些对立面,这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面上驾于社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在“秩序”的范围以内;这种从社会中产生但又自居于社会之上并且日益同社会脱离的力量,就是国家。^[1]

对于这段名言,过去的解读重在强调国家与法是“阶级矛盾不可调和的产物”或“阶级斗争的产物”。从根本原因上讲,这样理解没有错。但恩格斯说的“斗争”是有限度的,这就是“把冲突保持在‘秩序’的范围以内”,即达到常言所谓的“斗而不破”的状态。为此,就需要建立共同遵循的行为规则,这便是法律。法律应是对立面不致同归于尽的关系的固化、规范化或保障。所谓秩序,即不同归于尽的格局关系。法律就是维系这种秩序和关系的。显然,我们还可以从恩格斯的这段话中读出:国家与法是互相冲突的对立双方为了不同归于尽而让步、妥协、中和的产物。法律在本性上不是为暴力革命式的阶级斗争而设置的,那种斗争压根儿反对法律约束;法律是追求和谐、维系秩序的产物,是双方维持“斗而不破”有序状态的行为规则。简言之,国家、法和法律是起于“斗”但成于“和”,也长治久安于“和”之中。所以,一味强调国家、法和法律生于“斗”、存

[1] 恩格斯:“家庭、私有制和国家的起源”,载《马克思恩格斯选集》(第4卷),人民出版社1972年版,第166页。

于“斗”，完全具有一种片面性。正是在这一角度上，我们不得不赞叹二千五百年前儒家思想家们的天才的猜测：国家、法和法律生于“和”、存于“和”。这就是所谓的“礼之用，和为贵。先王之道，斯为美。”^{〔1〕}他们认为，法和法律的价值与功能在于寻求“中道”、寻求“和”。

博登海默站在 20 世纪的高度反观历史，得出了同样的结论：无政府状态和专制政体都违背了人们生活于某种具有一致性、连续性和稳定性等特征的秩序之中的愿望，预防和解决这种问题的方法和手段就是法律。他写道：“法律试图通过把秩序与规则性引入私人交往和政府机构运作之中的方式在我们上节所描述的两种社会生活的极端形式（指无政府状态和专制政体——引者注）之间维持一种折衷或平衡。”他的结论是：“法律制度乃是社会理想与社会现实这二者的协调者。根据一般社会经验，我们可以说它处于规范与现实之间难以明确界定的居间区。”^{〔2〕}博登海默说的“折衷或平衡”、“协调者”和“居间区”，就是“中和”、“和谐”的结果或状态。

西周史官史伯有段论述“和”的名句：

夫和实生物，同则不继。以他平他谓之和，故能丰长而物归之。若以同裨同，尽乃弃矣，故先王与金、木、水、火杂以成百物。^{〔3〕}

“和实生物”，其中也包含着和实生法的天才猜测。“物”，泛指万事万物，法和法律自然是其中之一。

〔1〕《礼记·礼论》。

〔2〕恩格斯：“家庭、私有制和国家的起源”，载《马克思恩格斯选集》（第 4 卷），人民出版社 1972 年版，第 166 页。

〔3〕《国语·郑语》。

和实生法,不仅体现在国家与法的发生过程中,而且体现在一部部法律、法规的制定过程中。

立法过程其实是各种利益主体相互博弈的一个过程。这种立法博弈的场景不必舍近求远,也不用舍中求外,看看我国近年来的一些立法就能一目了然。立法机构、政府部门、学者、公众舆论、社会团体、大型企业等都对立法过程发挥着影响,并成为中国立法背后不可忽视的力量。立法机关的责任就在于恰当地处理好各方关系,改进立法质量和立法水平,做好各方博弈力量的平衡,实现立法的中和与社会的和谐。这需要提高立法博弈的透明度,涉及各方尤其是广大人民群众利益的法律草案在进行表决前必须向社会公开,广泛听取各方意见,强化博弈各方力量的对抗性。同时,要保障博弈各方的公平参与,为各个相关利益主体提供表达自身意见的渠道。

我国《立法法》第5条规定:“立法应当体现人民的意志,发扬社会主义民主,保障人民通过多种途径参与立法活动。”这种立法的民主原则肯定并保障了各种利益主体参与立法博弈的正当权利。

《立法法》第6条又规定:“立法应当从实际出发,科学合理地规定公民、法人和其他组织的权利义务、国家机关的权力与责任。”这是要求立法机关折衷允当地平衡各种利益诉求,使权利与义务、权力与责任的设置相对称、相协调,达到立法的中正与中和。这是一条立法的科学原则。

立法过程决不只是单纯行政权力主导下的利益分配形式,而是多种利益、多元主体的言说空间。尽管在立法实践中,不是每一部法律、法规都做到了多元利益的平衡和协调,尽管一些法律、法规中掺入了“部门利益”和“团体利益”,尽管不少“立法听证会”和向社会公开征求对于法律草案的意见等立法民主形式沦为“应付”或者“作秀”,但却实实在在地彰显了立法博弈的存在,证明了立法过程就是寻求各种利益诉求,以及权利与权力的平衡点的过程,就是实现“和”的过程。

2011年个税修法的过程中,从草案一审到面向全国征求民意,从公布民意征集结果到草案二稿的审议,民众、人大和政府之间意见往返折冲,各方你来我往,讨价还价,是一次充分而又典型的通过立法博弈最终求“和”而成功立法的案例。

2011年6月27日提交全国人大常委会审议的个税草案二审稿,只是降低了累进税率第一级的税级,而无视83%的反对意见,坚持个税起征点为3000元。按照惯例,很多民众以为此轮个税立法的博弈已经结束,民意又一次完败。其实不然,在6月27日以后的3天时间内,立法机构内的博弈仍然相当激烈。28日、29日,全国人大法律委员会又两次召开会议逐条研究了常委会组成人员的审议意见,而全国人大财政经济委员会、常委会预算工作委员会和国务院法制办、财政部、国家税务总局负责人也都列席了会议。可想而知,会中博弈的激烈程度。最后,法律委员会建议将起征点提高至3500元,并获得全国人大常委会通过。这当然是各方博弈后妥协的结果,也就是“和”的成果。

恩格斯描述了历史发展的“平行四边形”对角线原理:

历史是这样创造的:最终的结果总是从许多单个的意志的相互冲突中产生出来的,而其中每一个意志,又是由于许多特殊的生活条件,才成为它所成为的那样。这样就有无数互相交错的力量,有无数个力的平行四边形,由此就产生出一个合力,即历史结果,而这个结果又可以看作一个作为整体的、不自觉地和不自主地起着作用的力量的产物。因为任何一个人的愿望都会受到任何另一个人的妨碍,而最后出现的结果就是谁都没有希望过的事物。所以到目前为止的历史总是像一种自然过程一样地进行,而且实质上也是服从于同一运动规律的。但是,各个人的意志——其中的每一个都希望得到他的体质和外部的、归根到底是经济的情况(或是他个人的,或是一般社会性的)使他向往

的东西——虽然都达不到自己的愿望,而是融合为一个总的平均数,一个总的合力,然而从这一事实中决不应作出结论说,这些意志等于零。相反地,每个意志都对合力有所贡献,因而是包括在这个合力里面的。〔1〕

历史发展不以个人意志决定,而是“无数个力的平行四边形”,是“一个总的平均数”、“一个总的合力”。形象地说,这个“总的合力”,恰如平行四边形的对角线。当然不是笔直的一条对角线,但不论其多么不直,在时间的维度上,它决不会是平行四边形的边线,而只会是一条不规则的对角线。这就是“无数互相交错的力量”的“合力”。“合力”所呈现的,便是平行四边形的对角线。“合力”者,“和”之力也。

人类历史发展轨迹是如此,法的发生和发展也是如此,法律和法规的制定还是如此。

法者,“中”之道,“和”之用。

“和实生物”,“和实生法”。

二、“中和”之道,“中和”之法

在儒家先哲们看来,“中”、“和”是自然界、人类社会存在和发展的普适性法则。北宋程子论曰:“中者,天下之正道,庸者,天下之定理。”〔2〕中庸作为自然、人生和政治的“正道”、“定理”具有普遍性和至上性。《中庸》作者从各个角度对此作了论述。作者说:“君子之道,造端乎夫妇,及其至也,察乎天地。”“夫妇”,指匹夫匹妇。意思是说,中庸之道无处不在,从匹夫匹妇的日常生活开始,发展到其极

〔1〕“恩格斯致约·布洛赫”(1890年9月21~22日于伦敦),载《马克思恩格斯全集》(第37卷),人民出版社1971年版,第461~462页。

〔2〕朱熹《四书集注·中庸集注·题解》。

至处，充溢彰明于整个天地之间。所以，“君子之道，费而隐。”“费”是形容中庸之道的用途广大，“隐”是说中庸之道的哲理精微高明。作者指出，就中庸之道的平常而切日用而言，“夫妇之愚可以与知焉”，“夫妇之不肖，可以能行焉”；但就其精微高明而言，“虽圣人亦有所不知焉”，“虽圣人亦有所不能焉”。因此，中庸之道既是普遍的，又是至上的、难以穷极的。故作者引“子曰”云：“天下国家可均也，爵禄可辞也，白刃可蹈也，中庸不可能也。”〔1〕

中庸之道的核心命题在“中和”。前文说过，“中”是道之本，“和”乃道之用。儒家中和主义的法价值、法思维方法论意义在中国古代法中“一以贯之”。诸如儒家的“刑中”、“中罚”观，显然是中和主义的司法运用。荀子就说过，“中和者，听之绳也”。〔2〕中和也是立法的指导原则，史称《唐律》“一准乎礼，得古今之平。”“平”，就是公平，古代亦叫“中正”、“中平”，指宽严得当、轻重适度、立法得中得和的意思。“中和”还包涵“时中”、折中损益等原则。“时中”、折中损益始终是古代社会审时度势、变法改制的思想武器。上文提及，法是提升为国家意志的统治阶级意志，作为全社会的行为准则，作为社会秩序、政治秩序、经济秩序的规范形式，其特点之一正是应当稳定、平衡、和谐，中和主义求和谐、求衡平、求稳定的价值指向和思维方法自有与之相契合之处。

由此可见，儒家“中和”之道在法理的内涵上，可分疏为“中和”、“中正”、“时中”等范畴，它们都含有丰富的法学意义。

1. 中和

郑玄释“中庸”云：“名曰中庸者，以其中和之为用也。”〔3〕孔子

〔1〕 以上引文均出自《中庸》。

〔2〕 《荀子·王制》。

〔3〕 孔颖达《礼记正义·中庸》引郑玄《目录》。