

西南 法学

SOUTHWEST
LAW REVIEW
Vol.1

(第1期)

主编 杜文忠

非外借



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

主
编

杜
文
忠

西南 法学

SOUTHWEST
LAW REVIEW Vol.1

(第1期)

图书在版编目(CIP)数据

西南法学. 第1期 / 杜文忠主编. -- 北京: 社会科学文献出版社, 2018. 11

ISBN 978-7-5201-3497-2

I. ①西… II. ①杜… III. ①法学-文集 IV.
①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第215638号

西南法学 (第1期)

主 编 / 杜文忠

副 主 编 / 周洪波 侯 斌

执行主编 / 李文军

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 郭瑞萍 高欢欢

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社(010)59367156

地址: 北京市北三环中路甲29号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心(010)59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm×1092mm 1/16

印 张: 11.25 字 数: 175千字

版 次 / 2018年11月第1版 2018年11月第1次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5201-3497-2

定 价 / 59.00元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心(010-59367028)联系

 版权所有 翻印必究



集人文社科之思 刊专业学术之声

刊 名：西南法学
主 办 单 位：西南民族大学法学院
主 编：杜文忠
副 主 编：周洪波 侯 斌
本期执行主编：李文军

Southwest Law Review Vol.1

编 委 会：张晋藩 武树臣 铃木敬夫〔日〕 崔钟庠〔韩〕
吴玉章 杜钢建 程燎原 许章润 王亚新
左卫民 李曙光 陈忠林 谢鸿飞 张玉敏
周友苏 齐爱民 杜文忠 周洪波

学科编辑：李文军 周湘雄 廖 瑜 才让旺秀 何 真 康 涛 罗 澍

编 务：肖 韵 张彩娟

第1期

集刊序列号：PIJ-2018-276

中国集刊网：<http://www.jikan.com.cn/>

集刊投约稿平台：<http://iedol.ssap.com.cn/>

编者的话

本集刊是作为西南民族大学法学院的学术平台而创办的。平台同时也是窗口，可以把这个历史悠久、积淀深厚却长期实力大于名气的法学院展现在学界同人面前。犹记两年多前初到这里工作之时，就觉得一个专任教师六十余人，《法学研究》、《中国法学》等权威刊物皆已留下不少名字，每年两三项国家社科基金立项的法学院，却一直没有自己的学术阵地，这未尝不是一个缺憾。2017年下半年，适逢学院当轴决定创办学术集刊，复经第六届全国学术集刊年会的智力启发，填补缺憾的时机似乎已经到来。说干就干。于是院长杜文忠教授动员几位老师，并嘱我任本期执行主编。编辑这本小册子的工程随即“破土动工”。不到一年时间，能成今日之模样付梓，对于一群毫无经验的人来讲，也算是聊以自慰了。

客观地讲，《西南法学》的创办，算不得适逢其时。环顾国内高校，很多兄弟院系主办的法学集刊步履维艰。对于这几年没有进入CSSCI来源刊的一众“难兄难弟”来说，抛却了创办之初的宏图壮志，气若游丝地勉力支撑可能已成常态。《西南法学》在此时萌芽出土，可谓逆时而动，当然更能感受到凛冽寒风。稿源缺少、所需支持的制度性障碍甚至几乎让它胎死腹中。不过，凭借一批有情怀的学科编辑和院领导的关怀，“凑齐一期稿件”这个一度让我觉得不可能完成的任务终于完成，而且稿件质量令人满意。像武树臣教授这样的法学名家慷慨支持更是让人感佩。在第一期编辑工作完成之际，看着阵容豪华的编委名单、类型全面又内容丰富的稿件，各位

编辑和编务的心血历历可见，也让我觉得在一个学术阵地上竖起旗帜的责任终于没有被辜负。虽然心中的忧思仍挥之不去，但我相信，凭借各位在第一期工作中表现出来的情怀与行动，刚刚破土而出的《西南法学》一定可以走得更远。它将在西南民族大学法学院深厚积淀的支撑下，承载着法学院的理想与希望不断前行。

小树慢慢长，我们在路上。

李文军

2018年6月25日于学校大门内小树林

名家专论

“中国法律儒家化”命题的多向度反思	武树臣 / 003
-------------------------	-----------

专题论文

论案卷笔录证明力判断的限定性	邓 燕 张友好 / 025
法律与嫉妒	
——关于法律规制婚外性行为的观察	毕竞悦 / 038
计量方法在我国民法中的运用现状、困境及解困之道	吴爱辉 / 046
唐代贼盗类犯罪的规制面向探析	段知壮 / 058
民国社会救济制度的地方实践及其困境（1928—1945）	
——以荣县救济院为例的个案研究	樊英杰 / 073
论国民政府时期的监审合一体制及其启示	李相森 / 091
论检察机关提起环境公益诉讼的谦抑性	吴德成 金晓丽 / 102
“索贿”构成特征的反思与重述	李 凯 / 115
迈向“对抗—合作”的新型诉辩关系	霍子诗 华 雨 / 131

学术访谈

专访杜文忠教授：边疆法的历史与未来
——兼谈中国传统法律与文化 谢青山 / 151

会议综述

“多学科视角下的边疆法政研究”学术研讨会综述 杨华双 / 165

稿 约 173

第 1 期

西南法学

SOUTHWEST LAW REVIEW

名家专论

“中国法律儒家化”命题的多向度反思

武树臣*

【摘要】 在中国法史学界，“中国法律儒家化”是一个影响深远的学术命题。这个命题为描述古代刑法自秦汉至隋唐的演化过程提供了一个重要视角。但是，其不足之处是过于夸大儒家思想的影响力，相对忽视古代法律（刑法）自身的发展规律和法家学术的历史作用。因此，描述中国古代法律（刑法）的演变轨迹，应当采取多方位的角度。

【关键词】 儒家化 法家化 成文法 判例法 混合法

“中国法律儒家化”是一个影响很大的学术命题，由此衍生出中国法律“儒家化”、“法家化”等命题。这些观点分别反映了研究者各自对中国古代法律历史演进中的某一阶段或某一侧面的特征之理解，因此都具有相对客观性。但是应当指出，上述观点所谓“法律”实际上大都属于刑事法律，并未涉及刑事以外的诸如民事、经济、行政等领域的法律制度。而所谓法律的“儒家化”、“法家化”实际上或者在很大程度上只是“刑事法律”的“儒家化”、“法家化”。尽管笔者不太同意这种划分和表述，但是同时认为，

* 武树臣，山东大学法学院教授，山东大学文科一级教授。

学术研究应当尊重既有的约定成俗的成果和习惯，这些成果虽然受制于当时的文献不足，却仍然具有不可忽视的学术价值，而且已经被学界所认可，那么就不必全盘颠覆、另起炉灶。因此，笔者仍然沿用“儒家化”、“法家化”等名词，并试图注入新意。

一 关于“中国法律儒家化”命题及其影响

20世纪40年代，陈寅恪先生首先提出“刑律儒家化”的命题：“古代礼律关系密切，而司马氏以东汉末年儒学大族创制晋室，统制中国，其所制定之刑律尤为儒家化。既为南朝历代所因袭，北魏改律，复采用之。辗转嬗蜕，经由齐隋，以至于唐。实为华夏刑律不祧之正统。”^①此后，瞿同祖先生率先系统论述“中国法律之儒家化”问题。他指出：“秦汉的法律是法家所制定的，其中并无儒家思想的成份在内”，“归纳言之，中国法律之儒家化可以说是始于魏晋，成于北魏、北齐，隋唐采用后便成为中国法律的正统”，“儒家化是中国法律发展史上一个极为重要的过程，中国古代法律因此而产生了重大深远的变化”，所谓儒法之争“亦即差别性行为规范及同一性行为规范之争”，所谓法律儒家化“也就是怎样使同一性的法律成为有差别性的法律的问题”。^②瞿同祖先生的观点在历史学界特别是中国法史学界影响很大。许多教材、论文都在不同程度上沿用了这一论断。正如有人总结的：“瞿先生的这个观点目前国内仍居绝对主导地位，接受该观点的学者及其著作或教材不胜枚举，海外学者接受此观点者亦居多数。”^③20世纪70年代以后，随着睡虎地秦墓竹简、张家山汉简等出土文献的出现，其所反映的看来应当属于儒家思想的内容引起重视。因此，有学者提出，古代法律的儒家化从战国秦汉时期就已经开始。^④在这之前，余英时提出“儒学的法家化”。^⑤祝总斌亦撰文指出，晋代的晋律是古代法律儒家化成果

① 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿》，河北教育出版社，2002，第102页。

② 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局，1981，第270—346页。

③ 苏亦工：《唐律“一准乎礼”辩证》，《政法论坛》2006年第3期。

④ 孙家洲：《试论战国秦汉时期立法指导思想的演变》，《杭州师院学报》（社会科学版）1986年第1期。

⑤ 余英时：《反智论与中国政治传统》，载《历史与思想》，联经出版公司，1981，第31页。

的集中体现。^① 张纯、王晓波提出汉代法家被儒家化、儒家被法家化的观点。^② 郝铁川提出“封建法典法家化”一说，认为李悝法经、竹简秦律和后世法典一脉相承，都是“法家化的法典”，古代法律未曾儒家化。^③ 对此，范忠信提出批评意见。^④ 杨振红撰文，在对中国古代法律儒家化、法家化问题进行总结性评论的同时，以大量出土秦汉律文献为证据，描述了秦汉社会的等级秩序和家庭伦理秩序，指出中国法律之儒家化说的前提——秦汉的法律是法家所制定的，其中并无儒家思想的成分在内——是对秦汉律特质以及中国历史上儒家、法家思想的误读；秦汉律的基本框架、原则和内容商鞅所确立，秦汉律所构建和维护的家庭伦理秩序亦应当源于商鞅。这种秩序，是从其建立伊始就已经存在了，而不是法律儒家化的结果。这样的结论显然与儒家化或法家化的认识有相当大的距离。^⑤ 吴正茂则指出，“法律儒家化”的立论将礼排除在法之外，忽略了对君臣关系的考察。^⑥

而在海外学界，在总体赞同瞿同祖先生“中国法律儒家化”观点的同时，也产生了一些修正、商榷的意见。比如：“‘法律儒家化’这一命题夸大了儒家思想对早期法典的影响”；儒家关于礼的思想“对中国法律哲学的发展具有巨大意义，但是许多学者高估了它对中国法律发展的影响”；法律儒家化这一说法“过于模糊宽泛”；在中国古代法律的发展过程中，“儒家思想的影响并不是唯一的因素，我们也可以其他方式解释这些制度产生的原因”；“家庭中的不平等、尊卑长幼的区别，以及孝的概念，均产生于孔子生活的年代之前”；“十恶中许多罪行的产生也早于儒家思想的出现”；“晋代依丧服定罪的制度，很可能只是为了维护家庭内部秩序”；“儒家思想对家庭制度的影响，主要在于地方习俗，而不是刑律的制定”；汉代统治者从来没有正式“推行任何哲学流派所提倡的理想行为模式”；即使是秦律、

① 祝总斌：《略论晋律之儒家化》，《中国史研究》1985年第2期。

② 张纯、王晓波：《韩非思想的历史研究》，联经出版事业公司，1994，第249页。

③ 郝铁川：《中华法系研究》，复旦大学出版社，1997，第1—56页。

④ 范忠信：《中华法系法家化驳议——〈中华法系研究〉商榷》，《比较法研究》1998年第3期。

⑤ 杨振红：《从出土秦汉律看中国古代的礼、法观念及其法律体现——中国古代法律之儒家化商兑》，《中国史研究》2010年第4期。

⑥ 吴正茂：《再论法律儒家化——对瞿同祖法律儒家化之不同理解》，《中外法学》2011年第3期。

二年律令出现了孝的规定，也不能“推论出它们一定是在儒家思想的影响下产生的”；儒家经典所记载的礼的差异性原则，“这个原则本身并不是儒家思想的一部分”，而是源于“古老传统”；当法律出现差异性规定时，“我们不能仅用儒家思想的影响来解释这些规定被编入律法或诏令的缘由，必须考虑到其他方面的因素”；“尽管‘法律儒家化’这一命题替中国法律从汉至唐的发展提供了一种明显的解释，但是否还有其他解释是同样甚至更加有效？”；“我们必须认为，‘法律儒家化’这一命题无法有效地解释秦汉至唐代法律的发展”。^① 杨立言指出，“影响立法和司法的因素是多元的”，“假如只拿着儒家化去理解中国传统法律，恐怕只能得其一隅”。^②

上述观点反映了学者各自对中国古代法律或刑法制度演进过程的理解，因此都具有相对客观性，对我们今天的思考均具有启发性。同时也说明，瞿同祖先生“中国法律儒家化”的观点影响很大，它的学术意义不仅在于试图揭示中国古代法律或刑法制度演变的规律性本身，还在于推动学术界关于这个重大课题的继续探讨。

二 对“中国法律儒家化”命题的宏观评价

笔者认为，“中国法律儒家化”是一个虚拟的命题。其理由有以下几点。

第一，所谓“中国法律儒家化”之“化”即变化，就是一种过程。既是过程就应当有始点和终点。“中国法律儒家化”的逻辑起点是，某个时代的法律本来没有儒家因素，后来逐渐加入儒家元素，使法律演变成儒家式的法律。“法家化”之说与之同理，指某个时代的法律本来没有法家因素，后来逐渐加入法家元素，使法律演变成法家式的法律。其实，这个逻辑起点是虚拟的、不存在的。远在儒家之前，古代中国思想当中就包含丰富的成果。这些思想成果中的某一部分被后来的儒家所推崇，而另一部分被后

^① 参见马若斐（Geoffrey Mac Cormack）《重估由汉至唐的“法律儒家化”》，蔡京玉译，载柳立言主编《中国史新论·法律史分册》，中研院、联经出版事业公司，2008，第106、110、113、115、136、137、139页。作者附注：由于篇幅所限，这里只摘录主要观点，没有一一标明作者及原始外文文献出处，特表歉意。同时，向专门整理这些观点的马若斐先生表示感谢。其中，有些观点属于马若斐先生本人。特请读者注意。

^② 柳立言主编《传统中国法律的理念与实践》，中研院史语所，2008，第6、7页。

来的法家所推崇。所以儒家、法家并不是他们所推崇思想的原作者。这样，如果用“儒家化”、“法家化”的名词来概括某种变化的性质，实际上是极不准确的。把法家的法律定性为“同一性的法律”，把儒家的法律定性为“有差别性的法律”，从而把“中国法律儒家化”定性为从“同一性的法律”到“有差别性的法律”的演变，不论从起点还是终点，都很难成立。

第二，在儒家和法家诞生之前，中国古代法律实践中已存在崇尚“礼”和崇尚“法”的思想萌芽。即使儒家、法家从来没有问世，古代法律也会按照自身的规律发展下去，并在某种程度上容纳“礼”和“法”的思想元素。儒家、法家的功绩在于总结历史、评判当今、筹划未来。他们从不同角度崇尚古代法律文化的某一个侧面，各自形成了相对独立的思想体系。后人为了简洁地评价某一思想的属性，慢慢习惯于用“儒家的”、“法家的”这样的概念去说明古已有之的思想元素。须知，“儒家的”、“法家的”这样的概念实际相当于作品的标签，而不是原产地证书。忽视这一点，就不免产生错觉，似乎这些法律思想是儒家或法家创造出来的。其结果是数典而忘祖，喧宾夺主。

第三，“儒家化”、“法家化”的名词之所以不十分准确，是在于儒家思想、法家思想本来就是交叉的，而不是壁垒森严、截然对立的。换言之，儒家思想当中包括一定程度的法家思想，法家思想当中也包括一定程度的儒家思想。在某种事物既是甲又是乙的情况下，非宣布这个事物是甲而不是乙，这在事实和逻辑上都是容易出问题的。事实上有些法律制度的产生既可以说是儒家化也可以说是法家化。中国古代法律文化的演进，是一个漫长的、综合的、全方位的过程，特别是西汉以后，儒法思想逐渐融合，形成礼法兼容的正统法律思想，先秦儒家、法家之间的学术界限已经淡化，已经分不出哪一阶段、哪一领域是儒家化而不是法家化，哪一阶段、哪一领域是法家化而不是儒家化。

第四，中国古代法律或刑法的价值取向是双元的，既坚持维护宗法家族伦理秩序的“礼”，又实行维护集权君主政体的“法”。这种双元的价值观，集中表现在唐律名例律的“十恶”制度中。综观十恶之目，除“不道”系指灭绝人道的杀人罪之外，其余九条中，有四条（谋反、谋大逆、谋叛、大不敬）是维护中央集权的君主政体的，有四条（恶逆、不孝、不睦、内

乱)是维护以父权为核心的宗法家族秩序的。剩下的“不义”之条则两者兼而有之。简而言之,“礼治”的宗旨在于使“人之所以异于禽兽”或者说使“人之所以为人”。这个“人”不是个体自然人,而是宗法家族意义上的“人”,即使人作为宗法血缘网络中的一个结点而存在。“法治”的意义在于使臣民作为集权官僚机器上的小小螺丝钉而发挥作用,它是实现皇权的重要环节。这种二元的法律价值观使人不仅成为“人”,而且必须履行家族和国家赋予的双重义务。历代王朝法官的社会职能之一就是在家族之礼和国家之法间寻求平衡。因此,“中国法律儒家化”命题忽略了双元价值观对中国古代刑法的影响,过分强调儒家学术的地位,而忽视了先秦法家学术在中国古代刑法中的作用。

第五,由于过分关注甚至夸大儒家思想的影响,以致完全忽略了古代刑法实践本身发展的规律性。比如,“原心论罪”强调分析犯罪行为人的主观心理状态——故意还是过失,然后分别做出裁判。这一原则既是对以往刑法理论——区别犯罪的故意(非眚)、过失(眚)——的继承,又是对秦汉刑事司法中存在的“客观归罪”^①的一种矫正。如果只是因为“原心论罪”源于《春秋》,而《春秋》又是儒家经典,就把“原心论罪”的出现定性为“儒家化”,那就失之毫厘,谬以千里了,更何况“春秋决狱”只是当时驳议奏谳制度的一个组成侧面而已。

三 中国古代法律的演进轨迹既是“儒家化”也是“法家化”

在学术界,所谓“中国法律儒家化”是一个历时久远、影响深刻的学术命题。其立论以为,秦的法律是在法家思想影响之下确立的,没有体现儒家思想的成分。及至汉武帝时代,以确立儒学的官方正宗作为开端,中国法律开始儒家化过程,以唐代《唐律疏议》颁布为其终点。其实,此命题的起点并不能完全成立。因为第一,在儒家、法家出现之前,中国古代法律实践活动已经取得丰富成果,形成了自己的基本特点并且一直延续下

^① 武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社,1994,第415页。