

中华法系研究中的一个重大误区

——“诸法合体、民刑不分”说质疑

杨一凡

本文对中国古代的各种法律形式、大量有代表性法律的内容和体例结构进行了比较研究,认为从先秦到明清,历朝都存在多种法律形式,每一种法律形式都有其特定的功能。民、刑有分,刑事法律与各类非刑事法律有别,这些立法原则古今一以贯之。律典是刑法典,其内容属于刑事法律的范畴,决非是刑事、行政、军事、民事等法律规范的诸法合编。律典与其他形式的法律,是分工协调、诸法并用、相辅相成的关系。无论是从各种形式的法律的内容或体例结构看,所谓“诸法合体、民刑不分”说都不能成立。

关键词 中华法系 诸法合体 民刑不分

作者杨一凡,1944年生,中国社会科学院法学研究所研究员。

近百年来,学界对于中华法系的探讨一直没有间断,发表了大量有学术价值的成果。然而,在这一研究领域也出现了一些认识上的误区,其中影响最大的是把“诸法合体、民刑不分”说成是中华法系或律典的基本特征。从这一认识模式出发,不少著述以现见的几部律典为依据描绘中华法系,贬低或否定刑律之外其他法律形式的作用;从“君主专制工具”而不是全面、科学的视角阐述中华法系的基本精神,往往由此导致一系列不实之论。

鉴于法史研究中存在的一些重大缺陷多是与如何认识中华法系有关,也鉴于“诸法合体、民刑不分”是否中华法系或律典的特征这一问题仍存在争论,并直接影响着法史研究能否朝着科学的方向开拓,为此,本文就“诸法合体、民刑不分”说能否成立发表一点意见。

一、围绕“诸法合体、民刑不分”说的探讨

认为“诸法合体、民刑不分”是中华法系特征的观点由来已久。《政法论坛》2001年第3期发表的《中国古代的法律体系与法典体例》一文说:“20世纪30年代以来,法律史学者在总结传统的中华法系的特点时,提出了‘诸法合体、民刑不分’的观点,影响了半个世纪”。据我看到的资料,此说提出的时间恐怕还要早。1907年5月清政府民政部奏文云:“中国律例,民刑不分,……历代律文户婚诸条,实近民法”。李祖荫为介绍《古代法》一书所做的《小引》云:日本有的法学家把《古代法》作者梅因的“大凡半开化的国家,民法少而刑法多”的观点,奉

《光绪朝东华录》三十三年五月辛丑。

为至理名言，“据此对我国大肆诬蔑，说中国古代只有刑法而没有民法，是一个半开化的、文化低落的国家。就在中国，也有一些资产阶级法学家像鸚鵡学舌一样，把自己的祖先辱骂一顿。事实上，古代法律大抵都是诸法合体，并没有什么民法、刑法的分别，中国古代是这样，外国古代也是这样。”由此又可推知，提出此说者，是外国人先于中国学者。究竟此说最早是由谁人提出，有待详考。但20世纪30年代中国学者著述中的“诸法合体、民刑不分”说，实际上是对在此之前类似看法的沿袭或概括而已。

20世纪30、40年代，中国学界曾围绕中华法系进行过热烈的探讨。著名法史学者陈顾远、丁元普、程树德等均有长篇论文。其中陈顾远先后发表了《天道观念与中国固有法系之关系》、《儒家思想与中国固有法系之关系》、《家族制度与中国固有法系之关系》等论文。他在《中国过去无‘民法典’之内在原因》一文中，分别从程序法和实体法的角度，对中华法系“民刑不分”说提出质疑。20世纪60年代末，他在《中国文化与中国法系》这本专著中，对中华法系进行了较为系统的阐发，提出了不少灼识卓见，并再次对“民刑不分”说予以批驳。

然而近数十年间，上述研究成果在中国大陆法史学界未受到应有的重视。而“诸法合体、民刑不分”是中华法系基本特征的观点却被广泛沿用。从1982年出版的高等学校法学试用教材《中国法制史》，到1998年出版的高等政法院校规划教材《中国法制史》，都基于这一看法而做了理论阐发。中国人民大学出版社1981年出版的《中国法制史》是新中国成立以后较早沿用这一论断的法史著作，该书《绪论》写道：“从战国时李悝著《法经》起，直到封建末世的《大清律》，历代具有代表性的法典基本上都是刑法典，同时也包含着民法、行政法、诉讼法等各方面的内容，这种混合编纂的结构形式，就是通常所说‘民刑不分’，‘诸法合体’”。

在当代中国大陆学者中，较早对此说提出质疑和修正的是张晋藩先生。1988年，他在《再论中华法系的若干问题》一文中论述中华法系的特点时，把“民刑不分，诸法合体与民刑有分，诸法并用”概括为中华法系的重要特征之一，并对这一认识进行了论证：“民刑不分，诸法合体就主要法典的编纂形式而言，是一个特点，也有它的客观根据”；“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。”在1997年出版的《中国法律的传统与近代的转型》一书中，他又进一步阐述了这一观点，指出“法典的体例与法律体系是完全不同的概念，二者不能混淆，也不容混淆，否则会产生以此代彼、以此为彼的误解。那种从中国古代表性的法典的体例与结构出发，断言中国古代只有刑法，没有民法，无疑是混淆了法律体系与法典体例两个不同概念所致。”

近年来，随着有关中华法文化探讨的日趋热烈，围绕“诸法合体、民刑不分”是否中华法系特征的命题展开了新的学术争鸣，其观点也多歧义，概括起来是以下两种：

一种仍认为“诸法合体、民刑不分”是中华法系的基本特征。如《社会公共安全研究》2000年第2期刊载的《关于中华法系之刑法文化移植的探索》一文的“内容提要”中说：“中华法系，

见亨利·梅因（Sir Henry Maine, 1822—1888）《古代法》书首《小引》。该书发表于1861年，中文译本由商务印书馆（北京）1959年2月出版。

见《陈顾远法律文集》（（台）联经出版公司，1982年）第424—429页。

陈顾远：《中国文化与中国法系》，（台）三民书局，1969年。

法学教材编辑部《中国法制史》编写组：《中国法制史》，群众出版社，1982年，第4页。

司法部法学教材编辑部编《中国法制史》，中国政法大学出版社，1998年，第9页。

张晋藩：《法史鉴略》，群众出版社，1988年，第45—62页。

张晋藩：《中国法律的传统与近代的转型》，法律出版社，1997年，第311页。

从源流上考察,它是‘诸法合体、以刑为主’的法文化体系”。《光明日报》网站发表的《中西传统法律文化的审视》一文,认为中国传统法律是“‘诸法合体,民刑不分’、刑律为主的法规体系”。还有多篇论文持这一观点,不再赘述。

另一种观点认为“诸法合体、民刑不分”只是律典的特征,而不是中华法系的特征,如《中国古代的法律体系与法典体例》一文指出,把中华法系的特征表述为“诸法并用、民刑有分”是正确的,但同时又说:“中国古代从战国时期李悝作《法经》到清代颁《大清律例》,保持诸法合体的法典体例长达2300多年,直到20世纪初沈家本修律,仿照大陆法系分别制定了刑律、民律、商律、民刑事诉讼法和法院编制法等部门法,才最终打破了传统的法典编纂体例”。

在这两种观点之外,还有更多的著述在论述中华法系特征时,有意或无意地回避这一提法,反映了相当一部分学者对“诸法合体、民刑不分”说持质疑态度或尚未形成本人的成熟意见。也有一些学者就如何认识中华法系的特征写了商榷性文字,如范忠信《中华法系法家化驳议——中华法系研究之商榷》一文,就是针对能否把“法典法家化,法官儒家化,民众法律意识鬼神化”概括为中华法系特征而写的一篇专论。

我个人的意见是,要比较科学地界定中华法系的特征,至少应考虑到两点。其一,这一特征应是中华法系较之世界其他法系所独有的,可以作为中华法系标志性的显著特点独树一帜,并曾对世界的一些国家和地区发生过重要影响。其二,这一特征的表述,应全面符合中华法系的本来面貌。至于是否使用“诸法”一词并不重要,重要的是这种表述对于中华法系的法律形式、法律制度、法律思想和基本精神诸方面都是适用的,而不能把法系的部分内容的特点说成是整个法系的特征。

二、“诸法合体、民刑不分”不是中华法系的特征

对于不能把“诸法合体、民刑不分”概括为中华法系基本特征的问题,张晋藩已在几篇文章中,从宏观研究和理论阐发的角度做过论述。最近,王立民撰写的《也论中华法系》一文,对古代西亚的楔形文字法、北亚的俄罗斯法和古希腊、罗马制定的有关法典的体例结构进行了分析,认为“诸法合体在世界古代社会中不为鲜见,决非仅为中华法系所特有,因此这不能成为中华法系的特点”。王立民文否定“诸法合体”是中华法系的特征的观点是正确的,但可惜没有从中华法系和律典自身的内容做进一步剖析。史料是法史研究的基础。鉴于尚无较为系统地剖析法律形式的角度去探索“诸法合体”是否中华法系特征的论著,本文着重从这一侧面进行考察,同时对“民刑不分”说何以不能成立做些补充论述。

(一)“诸法合体”不是中华法系的特征

我不反对从现代法学的观点去评判中国古代法律,但我们在研究法史时,应当尊重历史,实事求是地对各个历史时期的法制状况进行具体和恰如其分的分析,不能机械地用现代部门法的概念套用或衡量古代的法律。只要认真研读各类法律文献资料,就会清楚,无论是从历朝的法律形式还是从法律的内容看,都不能得出“诸法合体”是中华法系特征的结论。

中国古代存在着多种法律形式,各代的法律形式也不尽一样。从先秦至明清,就法律形式

刘纯:《中西传统法律文化的审视》,载《光明日报》网站 <http://www.gmd.com.cn>。

《政法论坛》2001年第3期。

《比较法研究》1998年第3期。

载《华东政法学院学报》2001年第5期。

而言，秦为律、命、令、制、诏、程、式、课、法律答问、廷行事等；汉为律、令、科、品、比；晋为律、令、故事；隋唐为律、令、格、式；宋于律、令、格、式外，重视编敕，并有断例和指挥；元代重视条格和断例；明清于律之外，注重编例，并有谕旨、诰、榜文、地方法规、乡规民约等。

历朝于律典之外之所以采用了其他法律形式，是因为它们具有律典所不能代替的功能。这里仅以唐代为例。唐代的法律形式为律、令、格、式。《唐六典》卷六云：“凡律以正刑定罪，令以设范立制，格以禁违正邪，式以轨物程事。”《新唐书》卷五六《刑法》云：“唐之刑书有四，曰：律、令、格、式。令者，尊卑贵贱之等数，国家之制度也；格者，百官有司之所常行之事也；式者，其所常守之法也。凡邦国之政，必从事于此三者。其有所违及人之为恶而入于罪戾者，一断以律。”考之于唐代史籍可知，律、令、格、式四者之中，律是定罪科刑的大法，只有违法犯罪，方一断以律；令规定等级名分和国家各项规章制度；式是有关国家机构的办事细则和公文程式；格的渊源是皇帝因人因事之需临时颁布的“制、敕”。因制、敕内容庞杂，执行中难免前后矛盾，或失时效，故唐朝定期由省部把增删后的格汇编成相对固定、普遍适用的成制，谓之“永格”。格以适用范围分为“散颁格”、“留司格”两种，散颁格颁行天下，留司格留在官府，不公开颁布。又据《唐六典》、新旧唐书《刑法志》载，唐一代编纂的律典有武德律、贞观律、永徽律等；令有武德令、贞观令、永徽令、开元令等；格有贞观初格7卷、贞观后格18卷、永徽留司格18卷、永徽散颁格7卷、垂拱留司格6卷、垂拱散颁格3卷、神龙散颁格7卷、太极格10卷、开元前格10卷、开元新格10卷、开元后格10卷等；式有武德式14卷、贞观式33卷、永徽式14卷、垂拱式20卷、神龙式20卷、开元式20卷等。“律令格式，天下通规”，它们在唐代法律体系中是既分工又统一的关系。令、式是从正面规定的各种规章制度，式是为贯彻律、令而制定的细则性法规，格实际上是对律、令、式等法律进行修正补充的措施。律用以惩罚犯罪，与令、格、式协调应用，共同筑构起国家的法律制度。律典只是诸法中的一种，把它的特征概括为“诸法合体”本身就很成问题，如果再以律典为据，把“诸法合体”演绎为中华法系的特征，那就甚为不妥了。

唐代处于中国古代法律制度的成熟时期，其法律形式以及唐律的编纂体例都比较规范。在此之前，中国的法律制度经过了一个漫长的发展过程。仅就律这一法律形式而言，其名称、内容、编纂体例也经历了一个由不规范到逐步规范的过程。律作为国家制定颁布的成文法典，出现在战国时期。秦国商鞅变法时，以李悝的《法经》为蓝本，改《法经》的《盗》、《贼》、《囚》、《捕》、《杂》、《具》六法为六律，并根据治国的需要增加了一些新的内容而编纂为秦律。据《睡虎地秦墓竹简》，当时秦的律名近三十种。秦统一中国后，未见有废除旧有律令的记载，这些秦律当继续沿用。汉承秦制，其《九章律》是在秦代六律的基础上，加进萧何所创的《户》、《兴》、《厩》三篇而成。在正律《九章律》之外，又有《傍章》、《朝律》、《越宫律》等，还颁行有杂律多种，内容涉及行政、经济、礼仪、司法等各个方面。从秦汉两朝法律的编纂体例看，律与其他形式的法律，既有综合编纂的，也有单行法，且单行法的数量为多。

《大唐六典》卷六《刑部》，三秦出版社1991年影印本，第139页。

《旧唐书》卷五 《刑法》。

表一 秦汉主要法律形式及代表性法律举要

朝代	法律形式	法律名称举例	文献出处
秦	律	秦律除《盗》、《贼》、《囚》、《捕》、《杂》、《具》六律外,尚有下述单行律 置吏律 效律 传食律 行书律 内史杂律 属邦律 除吏律 除弟子律 游士律 田律 廐苑律 仓律 金布律 关市律 徭律 赆律 公车司马猎律 藏律 傅律 军爵律 中劳律 戍律 屯表律 尉杂律 工律 均工律 司空律等	《睡虎地秦墓竹简》
	令	焚书令 田令 有罪者相坐诛、收族令	《史记·秦始皇本纪》 《睡虎地秦墓竹简》 《史记·李斯列传》
	程	工人程	《睡虎地秦墓竹简》
	式	封诊式	同上
	课	牛羊课	同上
	法律答问	法律答问	同上
	文告	语书	同上
汉	律	1. 正律 九章律 (9篇,综合编纂类) 傍章 (18篇) 朝律 (6篇) 越宫律 (27篇) (吕后)二年律令 (律令名28种,综合编纂类) 2. 杂律(单行律) 大乐律 尉律 上计律 酎金律 钱律 田律 田租税律 左官律 挟书律	《汉书·刑法志》 《晋书·刑法志》 《晋书·刑法志》 《晋书·刑法志》 江陵张家山汉简 《周礼·春官·大胥》注 《汉书·昭帝纪》注 《周礼·春官·典路》注 《续汉书·礼仪志》注 《史记·将相名臣表》 《周礼·秋官·士师》注 《史记·将相名臣表》 《汉书·诸侯王表》 《汉书·惠帝纪》
	令	1. 以甲乙丙为名(综合编纂类) 令甲 令乙 令丙 2. 以地区为名(综合编纂类) 乐浪掣令 北边掣令 3. 以官署为名(综合编纂类) 光禄掣令 大尉掣令 廷尉掣令 廷尉板令 大鸿胪掣令 御史掣令 4. 以内容为名(多为单行法) 秩禄令 宫卫令 品令	《汉书·宣帝纪》 《晋书·刑法志》 《晋书·刑法志》 《说文·系部》 《居延汉简释文合校》10·28 《汉书·燕王刘旦传》 《敦煌汉简释文》982 《汉书·张汤传》 《晋书·刑法志》 《疏勒河流域出土汉简》496 《武威旱滩坡出土汉简》8 《汉书·文帝纪》注 《汉书·张释之传》注 《汉书·百官公卿表》注

续表一

朝代	法律形式	法律名称举例	文献出处
		任子令 予告令 功令 受所监临令(以上为职官管理类) 田令 水令 马复令 金布令 缗钱令(以上为经济管理类) 祠令 祀令 斋令(以上为礼仪类) 戍卒令 公令 卖爵令(以上为军事类) 狱令 箠令 谏狱令(以上为司法类) 胎养令 养老令(以上为养老、胎养类)	《汉书·哀帝纪》 《汉书·冯野王传》 《史记·儒林列传》 《汉书·景帝纪》 《后汉书·黄香传》 《汉书·儿宽传》 《汉书·食货志》 《汉书·高帝纪》注 《汉书·食货志》 《汉书·文帝纪》注 《汉书·郊祠志》注 《汉书·祭祀志》注 《史记·将相名臣表》 《汉书·何并传》 《史记·平准书》 《汉书·百官公卿表》注 《汉书·刑法志》 《汉书·平帝纪》 《后汉书·章帝纪》 《汉书·文帝纪》
	科	谏法科 首匿科 宁告科 钻燧科 亡逃科 异子科 投书弃市科	《后汉书·郭躬传》 《后汉书·梁统传》 《后汉书·陈忠传》 《后汉书·陈宠传》 《后汉书·陈忠传》 《晋书·刑法志》 《晋书·刑法志》
	品	仪品 守御器品 复作品 就品 赎品 烽火品约	《汉书·梅福传》 《散见简牍合辑》203简 《居延新简》EPT56 280 - 281 《敦煌汉简》1262简 《居延新简》EPT56 35 - 37 《居延新简》EPT16 1 - 17
	比	决事比 死罪决事比 辞讼比 法比都目 嫁娶辞讼决 决事比例 司徒都目 廷尉决事	《周礼·秋官·大司寇》注 《汉书·刑法志》 《东观汉记·鲍昱传》 《汉书·鲍昱传》 《晋书·刑法志》 《晋书·刑法志》 《晋书·刑法志》 《新唐书·艺文志》

表中列举并非秦、汉全部法律。为节省篇幅，法律文献出处也只标出一种。

从秦汉两代的法律看，其法律形式、体例结构和内容十分纷杂。以汉代为例，律分正律、杂律，杂律多是单行法规，内容也相对单一。如《大乐律》是关于宗庙祭祀与任官仪式的法律，《田律》是关于农事、田赋管理的法律等。令是仅次于律的重要法律载体，其体例结构依内容之不同，既有综合编纂的方式，也有大量的单行法。而综合类的令，有以甲、乙、丙为名者，如《令甲》、《令乙》、《令丙》等；有以地区为名者，如《北边挈令》、《乐浪挈令》等；有以官署为名者，如

《廷尉挈令》、《大尉挈令》、《大鸿胪挈令》等。面对如此众多的、体例结构多样的法律，简单地用“诸法合体”概括其特征是不合适的。

中国早在夏商周时期，就出现了行政、民事、经济、军事、礼仪等方面的法律规范，秦汉以后各朝也颁行了大量的律典和刑事法律之外的各种形式的法律。然由于年代久远，明代以前的法律大多失传。检现见的明清两代法律典籍，占法律总量绝大多数的是有关行政、经济、军事、礼仪方面的法律，仅单行法就数百种，且编纂体例和内容大多并非是“诸法合体”的。这里仅把明代颁行的部分单行法列表：

表二 现见明代的行政、经济、军事等单行法举例

类别	法律名称	版本及藏馆
职制 宗藩	诸司职掌	大连市旅顺口图书馆、日本东洋文库和尊经阁文库藏明万历七年保定巡抚张鹵校刊《皇明制书》二十卷本；北京图书馆、清华大学图书馆、日本名古屋的蓬左文库和京都的阳明文库藏南直隶镇江府丹徒县官刊《皇明制书》十四卷嘉靖刻本；日本日比谷图书馆市村文库藏丹徒县官刊《皇明制书》十四卷明万历四十一年补刻本。
	南京工部职掌条例	北京图书馆藏清抄本
	六部条例	中山大学图书馆藏明抄本
	六部纂修条例	天津图书馆藏明抄本
	六部事例	天一阁、中山大学图书馆藏明抄本
	吏部条例	北京图书馆、日本蓬左文库和阳明文库藏南直隶镇江府丹徒县官刊《皇明制书》十四卷嘉靖刻本；日本日比谷图书馆市村文库、东京大学东洋文化研究所藏《皇明制书》丹徒县刊本明万历四十一年补刻本。
	吏部四司条例	天一阁藏明抄本
	考功验封条例	天一阁藏明抄本
	朝覲事宜	辽宁省图书馆藏明嘉靖刻本
	宪纲事类	同《诸司职掌》注 另：上海图书馆藏嘉靖三十一年曾佩刻本；南京图书馆藏明刻本。
	风宪事宜	北京图书馆藏明万历四十年刻本
	台规	北京图书馆藏明刻本
	都察院巡方总约	上海图书馆藏明末刻本
	出巡条例	重庆市图书馆藏明万历刻蓝印本
	皇明藩府政令	南京图书馆藏明刻本
	宗藩条例	北京图书馆藏明嘉靖礼部刻本
	礼部奏议宗藩事宜	天一阁藏明刻本
洮岷文武禁约	北京图书馆明万历宝铠刻本	
经 济	两院发刻司道酌议钱粮征解事宜	北京图书馆藏明万历四十四年刻本
	重订赋役成规	北京大学图书馆藏明万历刻本
	催征钱粮降罚事例	天一阁藏明万历五年福建布政司刻本
	盐法条例	上海图书馆藏嘉靖刻本，大连市旅顺口图书馆藏清抄本
	工部为建殿堂修都城劝民捐款章程	天一阁藏明嘉靖刻本
	工部厂库须知	北京图书馆、南京图书馆藏明万历刻本
	漕议单	天一阁藏明抄本
	天津卫屯垦条款	北京图书馆藏明天启刻本
礼 仪	洪武礼制	同《诸司职掌》注 另，北京图书馆藏《皇明制书》七卷明刻本、天一阁藏明刻本
	礼仪定式	同《洪武礼制》注 另，天一阁藏明嘉靖二十四年徽藩刻本
	稽古定制	同《洪武礼制》注
	孝慈录	同《洪武礼制》注
	节行事例	同《诸司职掌》注

续表二

类别	法律名称	版本及藏馆
军政军事	军政条例	同《吏部条例》注
	军政条例类考	北京图书馆藏明嘉靖三十一年刻本
	军政条例续集	天一阁藏明嘉靖三十一年江西臬司刻本
	军政	天一阁藏明嘉靖二十六年刻本
	军政事宜	北京图书馆藏明万历五年庞尚鹏刻本
	兵部武选司条例	天一阁藏明抄本
	军令	天一阁藏明嘉靖二十六年刻本
	营规	天一阁藏明嘉靖四十年刻本
	守城事宜	天一阁藏明刻本
	哨守条约	天一阁藏明刻本
	楚边条约	北京图书馆藏明万历四十五年吴国仕刻本
	御倭条款	上海图书馆藏明万历四十五年刻本
	御倭军事条款	北京图书馆藏明嘉靖刻蓝印本
	明代御倭军制	华东师范大学图书馆藏明刻本
学校教育	国子监监规	天一阁藏明万历刻本
	学校格式	日本东洋文库、尊经阁文库藏明万历七年保定巡抚张卤校刊《皇明制书》二十卷本
民事	教民榜文	同《洪武礼制》注
其他	西都杂例	天一阁藏明抄本
	宁波府通判谕保甲条约	天一阁藏明嘉靖三十四年刻本

明王朝之所以颁行如此众多的各类单行法，其目的虽然也有“辅律”的用意，但更重要的是用这些法律进一步完善国家的法律制度。因此，不能把这些法律简单地说成是律的“补充法”，也不能用“诸法合体”概括明代的法律体系。

同秦、汉、唐、明四朝一样，中国古代其他朝代的法律，虽名称和法律形式有所差异，法律的体例结构也有综合与以类单编之分，但刑事法律与民事、行政等非刑事类法律是明显区分的。各代于综合性法律外，也都颁布了大量的单行法。清代颁行的单行法数量之多，为历朝之最。只要我们花费些精力，查阅一下史籍中有关颁行法律的记载，并搜集和查阅现见的中国古代法律文献，就会得知真相。

(二) “民刑不分”也不是中华法系的特征

半个世纪以前，陈顾远在《中国过去无“民法法典”之内在原因》一文中，曾对“民刑不分”说进行了有力的反驳。他指出：中国数千年间，有刑法法典而无民法法典，“论其原因，由于绝对无民事法概念而致此乎？抑由于学者所称‘民刑不分’而始然乎？此皆皮相观察，非属探本之言。”他先从程序法的角度进行辩驳：

所谓程序法上之民刑不分，即否认讼狱有其划分之论。谓小曰“讼”，婚姻田土之事属之；大曰“狱”，贼盗请赎之事属之，非因争财争罪而别，乃由罪名大小而殊。但无论如何，两事在历代每有管辖或审级不同，各有诉讼上之相异。例如汉代，刑事审则由乡而县令而郡守而廷尉，乃四级审也。民事审则由乡而县令而郡守（或国相）而州刺史，虽亦为四级，其最后审则为州刺史，非廷尉也。又如唐代，刑事审，例由发生之县推断之，再上而州而刑部、大理寺也；民事审，例由里正等审讯之，不服者申详于县令，再不服者申详于州刺史，不及于刑部、大理寺也。且里正等以仲裁调解为主，而人民不敢告官，实际上仅兴讼于县而止。虽曰婚姻田土之事，如经有司审理，依然在刑事范围之内，得为刑讯而判罪焉。惟管辖既不尽同，审级又非一致，纵非如今日民诉刑诉之截然划分，亦不能谓无

或然之区别。其在程序法上不能有民诉、刑诉之并立者，当然由于实体法上无民事、刑事划分之观念所致。此观念之所以无之者，与程序法上民刑不分无关，乃另有其内在原因，遂不能进而有民法法典或民事实体法之产生也。

该文还从实体法的角度，反驳了“民刑不分”说：

所谓实体法上之民刑不分，则非事实问题，乃学者之错觉问题。……若谓由于实体法之民刑不分，尤以清末变法删改清律例为现行刑律而为民事实体法之准据，北政府大理院更奉现行律为断民事案件之准绳为据，认其为无民法法典或民事实体法之原因是在。实亦不然。今日刑法法典中同有牵涉民事者在，例如由重婚罪而知偶婚制之承认也，由遗弃罪而知扶养制之存在也，由侵占罪、窃盗罪、毁损罪而知物权保护之重要性也，由诈欺背信罪、妨害农工商罪而知债的关系之必然性也。苟舍民法法典于不论，何尝非“民刑不分”？所以不然者，因另有民法法典与之并存，遂不能以刑事法典中牵涉民事关系在内，即认为民事实体法合并于刑法法典内也。中国过去固无民法法典或民事实体法，仍有另一形态之礼，其中一部分实相当于民事实体法者在，即不能因“律”或“刑统”、“条格”之内容牵涉民事实体法，竟谓中国过去“民刑不分”。

陈顾远的论证虽然还欠充分，没有运用大量的、翔实的民事法律规范以及民事习惯资料阐述中国古代的民事法律制度，但他关于不能把包括律典在内的中国古代法律说成是“民刑不分”的论断是有道理的。

地下出土的铜器铭文表明，至少在西周时期，就出现了调整所有权、债权、婚姻家庭关系的民事规范。在审判制度中，已明确将刑事、民事案件予以区分，提出了“争罪曰狱，争财曰讼”的诉讼原则。各诸侯国民事案件由乡官处理，涉及要处以刑罚的案件，则提交给士或士师审理。从秦汉到明清，随着经济的发展和社会的进步，民事法律规范也在不断增加，不仅刑律之外的其他形式的法律中包含着大量的民事法律规范，而且也颁行了一些单行民事法规。例如，明代洪武三十年颁行的《教民榜文》，对老人、里甲理断民讼和管理其他乡村事务的方方面面，如里老制度的组织设置、职责、人员选任和理讼的范围、原则、程序及对违背榜文行为的惩处等，都做了详尽的规定，堪称中国历史上一部极有特色的民事和民事诉讼法规。中国古代的民事案件，大多是由乡规民约、家族法、民事习惯和儒家礼的规范来调处的，现存大量的这一方面的法律文献充分证明了这一点。据我所知，仅浙江、江苏、上海等省市一些图书馆收藏的这类文献就达数万件。

近十多年来，已有数十部研究中国古代行政法史、民法史、经济法史、军事法史等专著问世。当代中国学者研究中国部门法史的丰硕成果充分表明，所谓中华法系“民刑不分”的观点是错误的。

三、律典“诸法合体、民刑不分”说值得商榷

认为“诸法合体、民刑不分”是律典特征的理由，通常的解释是：“中国封建时代颁行的法典，基本上都是刑法典，但它包含了有关民法、诉讼法以及行政法等各个方面的法律内容，形成了民刑不分，诸法合体的结构”；“中国古代在诸法合体的结构形式中，始终以刑法为主，并

见《陈顾远法律文集》第425—426页。又见陈顾远《中国文化与中国法系》第52—53页。

《周礼·地官·大司徒》郑玄注；《十三经注疏》，中华书局1980年影印本，第708页。

以统一的刑法手段调整各种法律关系”。

我赞同中华法系是“民刑有分”、“历代主要律典是刑法学”的论断，但以为律典的特征是“民刑不分、诸法合体”的观点值得商榷。

其一，律典是刑法学，大量的行政、民事诸方面的法律并未包括在其内。律典“诸法合体、民刑不分”说承认中华法系是由诸部门法构成的、民刑有分的，承认律典是刑法学，但同时又说律典是“诸法合体、民刑不分”，这种说法在逻辑上是自相矛盾的。刑法学属于刑事法律的范畴，是否以刑调整法律关系是刑法学同民法、行政法等诸部门法的根本区别。倘若律典是“诸法合体”，包括民法、行政法等部门法的内容在内的话，怎么能把它仅归于刑事法律的范畴呢？倘若历朝代表性的律典都是“民刑不分”的话，又怎么能把中华法系的特征概括为“民刑有分”呢？显然，这一观点混淆了律典的性质，不恰当地扩大了律典所包括的法律内容的范围。

在中国古代的多种法律形式中，律典作为刑事法律只是其中的一种。历朝的民事、行政、经济、军事等法律，大多包含在令、敕、条例、条格等形式的法律中。除此之外，还有大量的单行法，内容极其丰富。从前文表一、表二可知，汉代、明代的行政、经济、军事诸方面的法律数量巨大，且未包括在律典之内。其他朝代的情况也大体如此。律典之外的其他形式的法律，设置了国家社会生活各方面的行为规范，以“简当、稳定”为编纂要求的律典不可能也无法把其他形式的法律都包括进去。

其二，律典调整的是刑事而不是全部法律关系。律典“诸法合体、民刑不分”说认为中国古代始终是以统一的刑罚手段调整各种法律关系，这种论点并不符合史实。从先秦到明清，刑事与民事、行政、经济、军事等法律调整的法律关系范围是不同的。西周时期，周公制礼，吕侯制刑，礼与刑成为当时两大部门法。礼是调整行政、经济、军事、民事、诉讼各方面的综合大法，刑是定罪量刑的法律。“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，（刑、礼）相为表里者也”。自商鞅“改法为律”，“律”从此成了中国古代刑法的专用名称，其中律典成为秦以后各朝的主要刑事法学。礼的名称虽数千年一以贯之，但其性质却颇有变异。作为行为规范的礼，其内容涵盖了包括民法在内的诸部门法。自秦汉以后，还出现新的法律形式“令”。“令，教也，命也”。是采取“应为”、“不应为”的方式，从正面规定了国家的基本制度和社会生活规范。魏晋以后，大量制令，“令”愈显独立，统治者新制定的包括民事、行政等规范在内的法律法规，多归于“令”。礼、令与规定如何处刑的律典不同，一般不直接规定具体的刑罚。正如《晋书》卷三十《刑法志》云：“军事、田农、酤酒，……不入律，悉以为令，违令有罪则入律”。历朝的法律形式虽然名称有所变化，但律所调整的始终是当时社会中的各类刑事关系。

在中国古代法律中，虽然没有出现专门的民事诉讼法典，但在诉讼中也注意把民事、刑事加以划分，《周礼·秋官·大司寇》云：“以两造禁民讼，入束矢于朝，然后听之；以两剂禁民狱，入钧金三日乃致于朝，然后听之”。郑注“讼谓以财货相告者”，即为民事诉讼；“狱谓相告以罪名者”，即为刑事诉讼也。民事、刑事诉讼自古有别，历朝也都注意把二者予以区分。叶孝信主编《中国民法史》以及其他此类著作，对中国古代民事法律规范、民事诉讼制度进行了比较系统的论证。张晋藩主编的《中国法制通史》在阐述历代法制时，也是把刑事、行政、经济、军事、民事、诉讼等法律制度列为专章进行研究的，该书中对包括民事诉讼在内的民事法规做了

《后汉书》卷四六《陈宠传》。

《大唐六典》卷六《刑部》，三秦出版社1991年影印本，第137页。

上海人民出版社，1993年。

法律出版社，1999年。

比较全面的叙述。因此,不能仅以刑事法典为据,就断定中国古代是以统一的刑法手段调整各类法律关系。

民、刑有分,刑、政有别,这些立法原则古今皆同。固然,在古代律典中也有一些按照现代法学理念看来,应以民事、行政法等调整的社会关系却用刑法处理的问题。出现这种现象有其深刻的社会和思想根源,与在封闭的自然经济条件下,儒家礼教、家族观念对立法的影响有关,也与古人对违法犯罪行为的认识有关。历朝律典中那些涉及民事内容的刑罚规定,在当时的立法者看来,都是属于“出礼而入刑”的范围,与所谓的“民刑不分”无关。正如《中华人民共和国刑法》中规定了侵犯财产罪,我们不能因此说它是“诸法合体、民刑不分”。

其三,综合性的编纂形式是中国成文法典普遍采用的,并非为律典所独有。中国古代的成文法典,除律典外,令典等非刑事类法典的编纂也很发达。春秋以前,有法而无典。春秋以降,始有法典的编纂。据史载,晋国赵盾“始为国政,制事典、正法罪、辟刑狱、董逋逃、由质要、治日滂、本秩礼、续常职、出滞淹。既成,以授太傅阳子与太师贾佗,使行诸晋国,以为常法。”这部法典当时尚未公布。战国时李悝所撰《法经》,是中国最早公布的成文法典。制律典以正刑名,始于秦汉;制令典以存事制,始盛行于魏晋;以会典形式记载典章和法律制度,始于唐而继于明清。魏晋以后的大多数朝代都曾制定令典,“设范立制”,与律典并行。令典是以行政类法律为主,包括有经济、民事、军事、司法行政等法律规范在内的综合性法典,在国家的法律制度中占有非常重要的地位。据《唐六典》和历代《刑法志》记载,魏修律18篇时,曾制定《州郡令》45篇,《尚书官令》、《军中令》180余篇。晋令为2306条。南北朝时期,南宋、南齐沿用晋令。梁、陈各制令30卷;北齐有《新令》40卷,又有《权令》2卷。隋朝制定有《开皇令》、《大业令》各30卷。唐代令典修订频繁,其中《贞观令》为30卷,1590余条,其他令典仅存其名称难以详考。宋代的《天圣令》、《庆元令》等,明代的《大明令》,亦是令典性质。

就历朝令典的编纂体例而言,也是与律一样,采取综合编纂的方式。这里仅将晋、梁、隋、唐四种有代表性的令典与同期颁行的律典的篇名列表比较于后(见下页表三)。

律典与令典篇目比较的结果表明,其相异之处主要是法典的性质和功能不同,律典是刑法典,有明确的刑罚规定;令典是以行政类法律为主的非刑事综合性法典,一般没有具体的刑罚规定。二者相同之处是,律典和令典调整的法律关系范围都很广泛,国家和社会生活中各个方面几乎都有所涉及。律典与令典的一些篇名也有相同或相似之处,这反映了律典从“正罪名”,令典从“应为”和“不应为”两个不同的方面调整着各类法律关系。律典与令典的关系,是分工协调、诸法并用、相辅相成的关系。那种认为封建国家以刑法统一调整各类法律关系,进而得出“诸法合体”是律典特征的观点,是对中国古代法典编纂状况缺乏全面的分析而得出的偏颇结论。

其四,律典的编纂体例为多种形式的法律和法律文献所采用,将其表述为“特征”似为不妥。现存的法律和法律文献,有些是朝廷颁行的,也有不少是大臣、执法法司或官吏、文人辑录编辑的,无论是刑事法律,还是其他形式的法律,都是既有综合性的编纂体例,也有分类编纂的。这里仅以人们所熟悉的唐至明清的一些代表性法律或法律文献的编纂情况为例(见表四)。

《左传》文公六年。

表三 晋梁隋唐律典、令典篇目比较

朝代	律典	令典
晋	晋律 20 篇 1. 刑名 2. 法例 3. 盗律 4. 贼律 5. 诈伪 6. 请赅 7. 告劾 8. 捕律 9. 系讯 10. 断狱 11. 杂律 12. 户律 13. 擅兴 14. 毁亡 15. 卫官 16. 水火 17. 廨律 18. 关市 19. 违制 20. 诸侯	晋令 40 篇 2 306 条 1. 户 2. 学 3. 贡士 4. 官品 5. 吏员 6. 俸廩 7. 服制 8. 祠 9. 户调 10. 佃 11. 复除 12. 关市 13. 捕亡 14. 狱官 15. 鞭杖 16. 医药疾病 17. 丧葬 18. 杂上 19. 杂中 20. 杂下 21. 门下散骑中书 22. 尚书 23. 三台秘书 24. 王公侯 25. 军吏员 26. 选吏 27. 选将 28. 选杂士 29. 宫卫 30. 赎 31. 军战 32. 军水战 33—38. 军法 39—40. 杂法
梁	梁律 20 篇 1. 刑名 2. 法例 3. 盗劫 4. 贼叛 5. 诈伪 6. 受赅 7. 告劾 8. 讨捕 9. 系讯 10. 断狱 11. 杂律 12. 户律 13. 擅兴 14. 毁亡 15. 卫官 16. 水火 17. 仓库 18. 廨律 19. 关市 20. 违制	梁令 30 篇 1. 户 2. 学 3. 贡士赐官 4. 官品 5. 吏员 6. 服制 7. 祠 8. 户调 9. 公田公用、仪迎 10. 医药疾病 11. 复除 12. 关市 13. 劫贼、水火 14. 捕亡 15. 狱官 16. 鞭杖 17. 丧葬 18. 杂上 19. 杂中 20. 杂下 21. 宫卫 22. 门下散骑中书 23. 尚书 24. 三台秘书 25. 王公侯 26. 选吏 27. 选将 28. 选杂士 29. 军吏 30. 军赏
隋	开皇律 12 篇 1. 名例 2. 卫禁 3. 职制 4. 户婚 5. 廨库 6. 擅兴 7. 贼盗 8. 斗讼 9. 诈伪 10. 杂律 11. 捕亡 12. 断狱	开皇令 30 卷 1. 官品上 2. 官品下 3. 诸省台职员 4. 诸寺职员 5. 诸卫职员 6. 东宫职员 7. 行台诸监职员 8. 诸州郡县镇戍职员 9. 命妇品员 10. 祠 11. 户 12. 学 13. 选举 14. 封爵俸廩 15. 考课 16. 宫卫军防 17. 衣服 18. 鹵簿上 19. 鹵簿下 20. 仪制 21. 公式上 22. 公式下 23. 田 24. 赋役 25. 仓库廨牧 26. 关市 27. 假宁 28. 狱官 29. 丧葬 30. 杂
唐	贞观律 12 篇 1. 名例 2. 卫禁 3. 职制 4. 户婚 5. 廨库 6. 擅兴 7. 贼盗 8. 斗讼 9. 诈伪 10. 杂律 11. 捕亡 12. 断狱	贞观令 1 546 条 1. 官品(上下) 2. 三师三公台省职员 3. 寺监职员 4. 卫府职员 5. 东宫王府职员 6. 州县镇戍狱读关津职员 7. 内外命妇职员 8. 祠 9. 户 10. 选举 11. 考课 12. 宫卫 13. 军防 14. 衣服 15. 仪制 16. 鹵簿(上下) 17. 公式(上下) 18. 田 19. 赋役 20. 仓库 21. 廨牧 22. 关市 23. 医疾 24. 狱官 25. 营缮 26. 丧葬 27. 杂令

表四 现见唐、宋、西夏、元、明、清代代表性法律和文献编纂体例一览表

法律名称	文献内容纲目
唐律疏议	名例 卫禁 职制 户婚 廨库 擅兴 贼盗 斗讼 诈伪 杂律 捕亡 断狱
大唐六典	三师 三公 尚书都省 吏部 户部 礼部 兵部 刑部 工部 门下省等(下略)
宋刑统	同唐律
天圣令	(前 20 卷缺) 田令(卷二一) 赋令(卷二二) 仓库令(卷二三) 廨牧令(卷二四) 关市令(卷二五) 医疾令(卷二六) 狱官令(卷二七) 营缮令(卷二八) 丧葬令(卷二九) 杂令(卷三)
吏部条法	差注门 奏辟门 考任门 宫观岳庙门 印纸门 荐举门 关雉门 改官门 磨勘门
庆元条法事类	[缺] 职制门 选举门 文书门 [缺] 榷禁门 财用门 [缺] 库务门 [缺] 赋役门 农桑门 道释门 公吏门 [缺] 刑狱门 当赎门 服制门 蛮夷门 畜产门 杂门
西夏天盛律令	卷一谋逆门等 10 门 卷二八议门等 9 门 卷三盗杀门等 15 门 卷四弃守大城门等 7 门 卷五季校门等 2 门 卷六官披甲马门等 7 门 卷七番人叛逃门等 7 门 卷八烧伤杀门等 7 门 卷九诸司判罪门等 7 门 卷 十续转赏门等 5 门 卷十一矫误门等 13 门 卷十二无理注销诈言门等 3 门 卷十三许举不许举门等 7 门 卷十四误殴打斗争斗门 卷十五取闲地门等 11 门 卷十六农人利限门等 8 门 卷十七斗尺秤换卖门等 7 门 卷十八缴买卖税门等 9 门 卷十九分畜门等 13 门 卷二十罪则不同门等 2 门

续表四

法律名称	文献内容纲目
通制条格	户令 学令 选举 军防 仪制 衣服 禄令 仓库 廐牧 田令 赋役 关市 捕亡 赏令 医药 假宁 杂令 僧道 营缮
元典章	诏令 圣政 朝纲 台纲 吏部 户部 礼部 兵部 刑部 工部
大明律	名例律 吏律 户律 礼律 兵律 刑律 工律
大明令	吏令 户令 礼令 兵令 刑令 工令
诸司职掌	吏部职掌 户部职掌 礼部职掌 兵部职掌 刑部职掌 工部都察院大理寺等职掌
御制大诰	共 236 条(篇名略)
弘治问刑条例	同《大明律》,未列篇名
嘉庆问刑条例	同上
万历问刑条例	同上
大明会典	宗人府 吏部 户部 礼部 兵部 刑部 工部 都察院等(下略)
大清律例	同《大明律》
六部则例	吏部 户部 礼部 兵部 刑部 工部 督捕衙门
大清会典	宗人府 内阁 吏部 户部 礼部 兵部 刑部 工部 理藩院等(下略)

唐、宋、元、明、清几朝关于法律和法律文献的编纂体例不外乎两种，一是以官职为纲分类，如《大明律》、《大明令》、《诸司职掌》、《问刑条例》、《大清律例》、《六部则例》以及明清《会典》等。二是以事则为名分门，如《唐律疏议》、《天圣令》、《吏部条法》、《庆元条法事类》、《西夏天盛律令》、《通制条格》等。采取这两种编纂形式的目的，是为了内容条理清晰，便于官吏和法司检阅。如果把律典与同一朝制定的这类法律进行比较，就可知综合性的体例结构不是律典所独有的。

首先，以律典与刑事法律比较。以《大明律》与《问刑条例》为例。《问刑条例》是明代中后期最重要刑事立法，其中弘治《问刑条例》、嘉靖《问刑条例》作为独立编纂的刑事法规，与律并行达 85 年之久。这两部条例的内容是补律之不足，涉及的罪名与明律也没有明显差异。《大明律》与《问刑条例》相比较，除了法律形式不同外，法律性质、结构并无不同。

其次，以律典与同一朝颁行的综合性法典、法律比较。表四中列举的《天圣令》、《吏部条法》、《诸司职掌》、《大明令》等均属于刑典以外的其他法律，其中《天圣令》、《大明令》系令典，《诸司职掌》是行政类法律。如用同一朝代颁行的律典与这些法律比较，可知它们之间的区别主要是内容和功能上是否以刑罚调整法律关系，在体例结构上并无根本性的差异。

再次，律典与官修典籍类法律文献相比较。《大唐六典》、《元典章》、《大明会典》等官修典籍，虽然其内容以行政类法律为主，但也与律典一样，体例结构采取综合性编纂方式。以《大明律》与《大明会典》为例。《大明会典》所依据的材料是以洪武二十六年（1393）校修的《诸司职掌》为主，参以《大明律》、《大诰》、《大明令》、《礼仪定式》、《教民榜文》、《军法定律》、《宪纲》等 12 种法律、法规和百司之法律籍册编成，并附以历年有关事例。其中，《大明律》被全文收录，而其他法律多是摘选或概括，属于法律文献汇编性典籍，将其称为行政法典似欠妥当。以《大明律》与《大明会典》相比较，前者属于刑法典，而后者则是律、令、诰、式、榜文等多种法律的文献汇编，采用的是综合性的编纂体例。

总之，用“诸法合体”表述律典的特征，对中国古代律和律典编纂的极其复杂的状况，不能做出清晰和科学的解释。

中国在战国至隋唐以前，律的体例结构和内容甚为纷杂。如秦代于正律之外又有许多职官、

经济、军事方面的单行律，汉代于正律《九章律》之外，《傍章》的内容是“礼仪与律令同录”，《越宫律》是有关警卫宫禁的法律规定，《朝律》是诸侯百官朝会制度的法律规定。另外，历史上也有一些朝代并未颁律或其法典不采用律名。如南朝宋、齐两代未曾定律，宋代沿袭唐法，然《宋刑统》书名、体例却仿效后周《显德刑统》，不用律名，内容又多附敕令格式。元代重视条格，其法典、法律也未使用律名。纵观两千余年律和律典名称、编纂体例、内容之变化，并不能简单地以“诸法合体”表述其演进过程和特点。倘若用“诸法合体”表述律典的特征，那么对于未制定律典的朝代或没有采取律名的法典，又如何进行解释。我认为，既然律典的体例结构较之其他形式的法律并无特别之处，尤其是律典的内容并没有包括行政、民事等部门法在内，为了在表述其特征时更加全面和准确，防止产生不必要的误解，应当彻底摒弃“诸法合体”这一提法。

四、重新认识中华法系

“诸法合体、民刑不分”说实际上把律典之外大量的各种形式的法律排除在中华法系之外，其消极后果是不言而喻的。它影响了对部门法史的开拓研究，又导致中华法系研究的一系列重大偏颇。因此，我们应以实事求是的科学态度，重新、全面审视和科学地阐述中华法系，大到法系的起源、发展阶段和断限，法的性质和功能，法系的特征和基本精神，小到对某一具体问题的认识，逐一进行探讨。这里在前文驳论的基础上，仅就与中华法系特征相关的两个问题做些简要的论述。

（一）中华法系的特征和基本精神

对于中华法系的特征和基本精神，具有代表性的意见有这样几种：

日本学者浅井虎夫认为中华法系有三个特点：（1）私法规定少而公法规定多；（2）法典所规定者，非必现行法也；（3）中国法多含道德的分子也。

陈顾远把中华法系归纳为八个方面：（1）礼教中心；（2）义务本位；（3）家族观点；（4）保育设施；（5）崇尚仁恕；（6）减轻讼累；（7）灵活其法；（8）审断有责。

近年来的一些著述关于中华法系的主要特征，可以归纳为以下内容：（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、释的某种教义；（2）“出礼入刑”，礼刑结合；（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，司法与行政的合一；（5）民刑不分，诸法合体与民刑有分，诸法并用；（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。

对中华法系特征的论述，可谓各色各样，但法律伦理化、礼法结合、家族本位这几点是多数学者的共识。我认为，对中华法系特征的表述，要注意它与世界其他法系相比较所具有的特色，更要注意它是否反映中华法系的基本精神。

中华法系为世界五大法系之一，是代表中华文明的灿烂瑰宝，在世界法制文明史上占有重要地位。中华法系的精华对于当代法制建设仍具有借鉴作用。有的专著和论文力图从积极的方面挖掘和阐述中华法系的精神，但由于讲消极一面生动具体，讲积极一面空洞无物，内容阐述

参见《晋书》卷三《刑法》、《汉书》卷二二《礼乐志》。又参见程树德《九朝律考》（中华书局，1963年）第16页。

浅井虎夫：《中国法典编纂沿革史》，陈重民译，内务部编译处，1915年。

陈顾远：《中国法制史概要》，（台）三民书局，1977年。

的大多还是君主专制、法自君出、维护皇权、重刑轻民、司法行政合一、法有等差、重农抑商、取义舍利、以政率法等等，给人留下中华法系从整体上说是“糟粕大于精华”的印象。中华法系果真没有积极意义的内容吗？不是，只是由于作者仅注重从刑典法律条文的表象去研究，对中华法系的深邃内涵和孕育其形成的文化基础缺乏了解。

博大精深的中华文化是中华法系形成的思想文化基础，离开对中华文化的全面研究，就无法揭示中华法系的基本精神。陈顾远在研究法系文化以及阐述中华法系的基本精神方面，做出了重要贡献，他在《中国固有法系之简要造像》一文中，将中华法系的特质简述为六点：一是中国固有法系之神采为人文主义，并具有自然法像之意念；二是中国固有法系之资质为义务本位，并具有社会本位之色彩；三是中国固有法系之容貌为礼教中心，并具有仁道恕道之光芒；四是中国固有法系之筋脉为家庭观念，并具有尊卑歧视之情景；五是中国固有法系之胸襟为弭讼至上，并具有扶弱抑强之设想；六是中国固有法系之心愿为审断负责，并具有灵活运用之倾向。他又在《从中国法制史上看中国文化的四大精神》一文中将其缩约为四：“天下为公的人文主义”、“互负义务的伦理基础”、“亲亲仁民的家庭观念”、“扶弱抑强的民本思想”，指出中华法系“因民本思想而无民权制度之产生”，“因家族制度而无个人地位之尊重”。陈顾远关于中华法系的本质及其基本精神的论述，也可能有需要探讨之处，但他提出的见解无疑较之那些贬低中华法系的论述，要全面和中肯得多，值得我们认真思考。他把中华法系与中华文化结合起来研究，为开拓中华法系的积极精神所做的努力应该予以肯定。

（二）正确评估律典以外其他形式法律的作用

“诸法合体、民刑不分”说把律典作为描绘中华法系的主要依据，因而在评估律典与其他法律形式的关系上，往往把二者对立起来，不加分析地否定或贬低其他形式法律的作用。这种情况在许多著述中屡见不鲜，尤其是对宋代的编敕、明清例的作用的评价方面，表现的尤为突出。

传统的观点忽视和否定宋代编敕的作用主要表现在两个方面，一是无视附于《宋刑统》中的敕令格式的作用，认为“《宋刑统》照抄唐律”，“是唐律的翻版”；二是未对宋代编敕的历史背景、内容、沿革变化及《宋刑统》与编敕的关系做深入的研究，便断言宋代“因敕代律”，造成“律遂存于敕之外，无所用矣！”

对于前一种观点，薛梅卿在《宋刑统·点校说明》中曾力陈见解予以反驳，指出：“《宋刑统》的刑事法律制度、户婚民事律条、诉讼法律规定都对《唐律疏议》有所变改、更新或完善。名例、户婚、贼盗、断狱等篇增入不少新条款，合全书所附敕令格式、起请及议等，多达230余条，近于全书条文的二分之一，……尤其是新增户婚民事律条令敕，对于行为能力、所有权、继承、负债的确认、调节或保障已非《唐律》所及，而女子继承、户绝资产、死商钱物、典卖倚当、负债出举、不当得利的详尽规定，更可谓对《唐律》的重大发展。”可见所谓“《宋刑统》照抄唐律”的观点，主要是因忽视了附于《宋刑统》中的敕令格式而造成的。

认为宋代编敕是“以敕破律”、“以敕代律”、“《刑统》的实际法律地位已是名存实亡”的观点，也不符合史实。

修纂编敕，是宋代三百多年历史中最主要的立法活动。据《宋史·艺文志》不完全记载，宋代的各种编敕就有80余部，北宋前中期的编敕与北宋后期、南宋的编敕的内容，也有很大的不

《中国文化与中国法系》，第138—151页。

同上书，第120—137页。

如陈顾远便持这一观点，见《中国法制史概要》第77页。陈顾远还认为：“《宋刑统》‘实亦全部为唐律也’；见陈顾远《中国法制史》（中国书店，1988年）第39页。

同。如宋太祖时的《建隆编敕》，太宗时的《太平兴国编敕》、《淳化编敕》，真宗时的《咸平编敕》、《大中祥符编敕》，仁宗时的《天圣编敕》、《庆历编敕》、《嘉祐编敕》，神宗年间的《熙宁编敕》，均是把不同种类的法律规范混合编纂，其中行政、经济、民事、军事等法律规范占很大的比重。自宋神宗元丰七年后至南宋末年，则采取敕令格式分类编纂，其中的敕是刑事法律。故研究宋代的编敕时，首先应弄清各种编敕的内容，不可把敕一律说成是刑事法律，进而得出“以敕代律”的结论。

对于《宋刑统》与编敕的关系以及宋代是否存在“以敕代律”问题，戴建国在《宋代编敕初探》、《宋刑统制定后的变化》两文中进行了扎实的考证，认为宋代“敕与律都是在行的法律形式。两者并行不悖，敕从未取代过律，仅在法律效力上，敕享有优于律首先适用的权力。”并指出：“敕优于律而首先适用的司法原则，自《宋刑统》颁布实施起，就成为宋代的定制。”据《宋刑统》卷三十《断狱律 断罪引律令格式》：“今后凡有刑狱，宜据所犯罪名，须具引律、令、格、式，逐色有无正文，然后检详后敕，须是名目条件同，即以后敕定罪。后敕内无正条，即以格文定罪。格内又无正条，即以律文定罪。”考之宋代诸法律文献，可知戴建国的观点是言之有据的。

宋代在长期保留北宋初年制定的《宋刑统》的情况下，为了适时调节新的社会矛盾，采取具有因时制宜、灵活变通特点的编敕方式，对常法和成制进行修正和补充。其编敕的宗旨是：以敕补律之未备，以敕补律之未详，以敕纠律之偏颇，以敕变律之僵化。所以，虽然宋代存在编敕过于庞杂的弊端，在司法实践中也出现过各种不能正确处理敕、律关系的问题，但编敕的主导作用是不断完善当时的法律制度。

传统观点对于律外法律形式所做的不公正评价，就发表的著述的数量而言，莫过于对明清两代例的作用的贬低或否定。现在的不少法史著述和教材，或是照搬前人著述中的不确之论，或者引用《明史·刑法志》中“由于人不知律，妄意律举大纲，不足以尽情伪之变，于是因律起例，因例生例，例愈纷而弊愈无穷”这句话，便断定明代是“以例破律，以例坏律”。然这句话中的“人不知律”，指的是司法实践中少数人的问题，并非是指整个朝廷的立法而言。何况《明史·刑法志》也有“其法外遗奸，列圣因时推广之而有例，例以辅律，非以破律也”的记述，不可断章取义。我曾对 37 种明代条例和法律文献进行过校勘或审阅过点校的书稿，并未发现例与律文有多少明显相冲突之处。明代的例的内容相当广泛，除刑例外，多数是行政、经济、民事、军事诸方面的法律规范，其内容多为律典不备或不详，且无具体刑罚规定，一般不存在“以例破律”的问题。持“例以破律”观点的学者，基本上都是把明代的例局限于刑例，这一认识上的偏差，难以得出正确的结论。那么，就与律典关系密切的刑事条例而言，是否“例以破律”呢？对此，我在《明代 问刑条例 的修订》一文中曾进行过考证，结论是：“经过精心修订、整齐划一的明代三大《问刑条例》，其主导方面是例以补律，以例辅律”。赵姗姗在《问刑条例 与 大明律 比较分析》一文中，对明律和明代三部《问刑条例》的条款逐一进行了比较，其结论同拙文观点一致。如弘治《问刑条例》的 279 条例文中，有 114 条属新增条款，131 条属补充条款，18 条属修正条款，只有 4 条是与律文相冲突的条款。另外还有 4 条与律文完

见戴建国《宋代法制初探》（黑龙江人民出版社，2000年）第40页。

《明史》卷九三《刑法》。

见刘海年、杨一凡主编《中国珍稀法律典籍集成》乙编第1—6册（科学出版社，1994年）。又见杨一凡、田涛主编《中国珍稀法律典籍续编》第3、4册，即将由黑龙江人民出版社出版。

见杨一凡主编《中国法律史国际学术讨论会论文集》（陕西人民出版社，1990年）第341—358页。

全一致，大概是为了强调而重复。至于万历《问刑条例》则附于律后，其立法精神也完全符合律义。可见，就立法而言，明代刑例作用的基本方面是补律、辅律而不是破律、代律。

对于清代例评价也存在类似的偏颇，即认为清例是“以例破律”，“以例代律”。事实上，清代的例的内容涉及国家社会生活的各个方面，包括各种性质的法律规范和行政规章，其法律名称有“条例”、“事例”、“则例”、“条规”等多种，以刑例为依据评估律例关系，是以偏代全。清代刑例与律关系的主导方面也是以例补律、辅律。以代表性的刑事法典《大清律例》为例，与律文“绝对排斥”的条例，在《大清律例》全部近2000条条例中所占的比重微乎其微，至多不过百分之二三，远不能代表律例关系的主流。”

明清两代的制例在当时的立法和司法实践中发挥了积极的作用，这与当时统治集团已形成比较成熟的律例关系理论有极大关系。律例关系理论是明清两代最重要的立法和司法的指导思想，也是律典与条例相互关系的基本理论。明代永乐初至弘治年间，曾围绕律例关系问题进行了长达近百年的争论，最后形成一套有时代特色的律例关系理论。它的基本观点是：既重律，又重例，律例并行；律与刑例的关系是：“盖立例以辅律，贵依律以定例”。所谓“贵依律以定例”，就是在编纂条例时，要以“辅律”为出发点，以明律为立法基础，按照律的基本精神和立法原则去进行。清王朝继承和发展了明代的律例关系理论，并把其作为立法和司法的指导思想。清代制例的基本要求是，例当“与律义相合”，例以补“律所不备”。清末薛允升把清代律例的关系概括为：“凡律所不备，必藉有例，以权其小大轻重之衡。使之纤悉比附，归于至当”。由于明清两朝基本上坚持按照这一立法原则制例，进一步完善了当时的法律制度。

在明清两代的法律体系中，律、例是最基本的法律形式。律为“常经”，长期稳定不变。适时制例、编例以补律之不足，是国家基本的和经常性的立法活动。通过制例对少数过时的律文进行修正，也是国家完善法制的重要措置。在司法实践中，律、例并行，例在国家法制中发挥着极其重要的作用。评价例的作用和功过是非，不能以是否“以例破律”、“以例代律”为尺度，而应当以它在司法实践中发挥的是积极还是消极的作用为标准。由于明清两代的编例内容浩瀚，对例的作用的评价，应当区别不同情况具体分析，不可把经过朝廷精心修订的各种条例、则例、事例、条规等，同某一时期某位君主随心所欲颁行的事例一概而论，也不可因为在司法实践中存在着奸吏曲法、蓄意以例破律的问题，就断定明清两代是以例坏法，进而全盘否定例的作用。明清两代虽然也出现过“因事起例”、“驯致条例浩瀚”、“得失混杂”的弊端，但一般说来，在司法实践中造成不良后果的，多是那些属于君主个人随心所欲、临时颁行的事例，或是不法官吏曲法、坏法造成的，且在法律实施中是局部发生的问题。

重新研究和正确认识中华法系，是关系到法史研究走向的重大命题。为此，应当坚持实事求是的治学基本原则，认真总结近百年来中华法系研究中的经验教训。只有这样，我们才能使中国的法律史学真正成为科学。

〔本文责任编辑：王好立〕

赵姗姗：《问刑条例与大明律比较分析》，载《法律史论集》第2卷，法律出版社，1999年，第644页。

苏亦工：《明清律典与条例》，中国政法大学出版社，2000年，第242页。

舒化：《重修问刑条例题稿》。

薛允升：《读例存疑》总论。

paper then investigates the social shaping mechanism of technology , expounding the influence of social needs , selection , appraisal , and control on technological formation and development on its essence , characteristics , functions , values and development . It is vital for technical innovation and social development to get rid of the traditional thinking on technology , improve the social conditions for technological development and create a good social environment .

(8) **An Important Area of Misunderstanding in the Study of the Genealogy of Chinese Law**

—**Doubts about “ All Laws Were Incorporated into One and There Was No Difference Between Civil and Criminal Laws ”** Yang Yifan · 78 ·

Through a comparative study of various forms of law and the contents and layouts of a large number of representative statutes this paper concludes that there were many forms of law in each of the dynasty from pre-Qin period all the way to the Ming and Qing dynasties , with every form of law performing its specific functions . China 's traditional genealogy of law clearly distinguished between civil and criminal laws and these legislative principles were consistent throughout the Chinese history . *L Ülian* in the Chinese law system referred to the criminal code , and not an amalgamated compilation of criminal , administrative , military and civil laws . *L Ülian* coordinated and complemented other forms of law , each with its own jurisdiction . In terms of contents and format of the various forms of law the argument that in the traditional Chinese genealogy of law “ all laws were incorporated into one and there was no difference between civil and criminal law ” does not hold water .

(9) **A Study on the Justification of Rule of Virtue and Rule of Law**

—**With a Review of Legal Cultural Tradition of China and East Asian Countries** Sun Li · 95 ·

Traditional “ rule of virtue ” in China consisted of two steps : first , the unification of morals , then their integration with law . This was possible and even proper in a patriarchal society and under despotic rule ; it operated , however , at the expense of law and against the nature of morals . Within the framework of the modern rule of law and legal spirit it is unable to operate for lack of justification . Forced operation would run counter to rule of law and the nature of morals . A comparison of the functions and attributes of morals and law shows that the legitimacy of the rule of law lies in its respect for human rights and freedoms and , more importantly , in its procedural legitimacy , i. e , the legitimacy of its procedures guarantees that of its outcomes . In these terms the rule of law is a fundamental virtue , i. e . , an institutional virtue providing preconditions for individual and other moral choices .

(10) **Institutional Transformation and Changes in Stratification Structure**

—**Continued Reproduction of the Pattern of Relative Relations among Social Strata** Li Lulu · 105 ·