

Lecture 5: 平之如水：法律制度和法律精神

Lecturer: 阎步克

Scribe: 方屹

Disclaimer: *These notes have not been subjected to the usual scrutiny reserved for formal publications. They may be distributed outside this class only with the permission of the Instructor.*

5.1 引言

法字据说象征“平之如水”

5.1.1 什么是法律？

定义 5.1 应然：用以维护权利、寻求正义的一套规范与程序

实然：由国家制定、并以国家强制力保证实施的，反映统治阶级意志的规范体系。法律是国家的统治工具。

观点 5.2 实证法学派：

自然法学派：

历史法学派：

孟德斯鸠：倘若一个国家的法律适用于另一个国家，那是罕见的巧合。（“英式法律在香港，陪审团制度在日本，都相当成功”）

5.1.2 中国传统法制

中国传统法制的特点：

1. 皇权高于法律。【对比】“王在法下”
2. 理性地寻求司法正义。神秘主义色彩较淡（既是中国法制的特殊性，也是中国文化的特殊性）。【对比】神判法

3. 发达的法律体系，以法治国。
4. 司法行政部分、法律行政化。“官僚制的法”
5. “礼”高于法，视法为刑律
6. 特权与腐败造成有法不依

中国传统法的象征：獬；西方：女神

观点 5.3 1. 法治源于英国，“王在法下”，*Rex-Lex*→*Lex-Rex*;

2. 美国，政府在法律之下；
3. 国家法制主义：既非传统人治，也非现代法治。法律用作社会控制工具。
4. 於兴中《“法治”是否仍然可以作为一个有效的分析概念》

5.1.3 概念：法系

5.2 从五刑到秦律

5.2.1 早期国家的法律

5.2.1.1 法令起源：因乱作刑

马克思恩格斯对国家的定义：

1. 按照地域编制国民。国家行政力
2. 公共权力。军队、监狱及其他强制机关

殷商，羑里，据说曾经关押周文王，有演易亭。

5.2.1.2 五刑：以刑统罪

五刑特点：

1. 墨劓剕宫大辟《尚书吕刑》，以刑统罪。现代法典通常以罪统刑。
2. 是一个肉刑体系。肉刑，给人体造成永久性伤害、使人体残缺不全的刑罚。

“中国早期的刑罚往往跟烹调有关”——某历史学博士生。“中国早期政治制度和饮食有关”，《酒之爵与人之爵》

5.2.1.3 劳役刑·礼与刑

特点

1. 劳役刑的发达
2. 礼刑之等级性。刑不上大夫，“刑”特指肉刑。

5.2.1.4 法律与文化精神

西方法律象征：报应女神，代表无情的正义；正义女神，天平（天平被中国所接受，各大法学院系、中国人民法院）

5.2.1.5 理性地寻求公平正义

1. 多数民族有“神判法”（ordeal），中国只留下一个獬豸（独角神羊）传说。
2. 瞿同祖：中国有史以来，就以刑讯获得口供，不依赖神判法了
3. Robson：神判法是普遍的习惯，世界很少有国家不曾使用。唯一的例外是中国

“法：刑也，平之如水，从水，所以触不直者去之，从廌去。”许慎《说文解字》

獬豸元素在中国各大院校、法院中常用。

“北大历史系的 logo 是我设计的”

“我”所看到的唯一一例神判法案例在《墨子明鬼》，齐庄君判二臣之罪。

欧洲 神明裁判，13 世纪才废除，在社会早期也有其意义。

少数民族地区 在中国少数民族地区，神判也被广泛使用。但是，在汉族地区，如瞿同祖所说，在正规史料中看不到神判。

5.2.2 从《法经》到秦律

公开发取代秘密法，成文法取代习惯法

5.2.2.1 法经：中华法律之祖

1. 郑国子产铸刑书，前 536 年。叔向：昔先王议事以制（请对此予以足够重视。说明通过贵族会议来决定判决很早就出现了），不为刑辟，惧民之有争心也。民知有辟，则不忌于上。
2. 晋国铸刑鼎，前 513 年。孔子：民在鼎矣，何以尊贵？
3. 李悝制《法经》六篇：盗、贼、囚、捕、杂、具
4. 商鞅制秦律：改法为律（有一些新的材料似乎与此相悖，但目前仍可成立）

梅因《古代法》强调成文法的重要性；丹宁勋爵“正义不仅应该实现，而且应该以人们看得见的方式实现”。

5.2.2.2 秦律

湖北云梦睡虎地秦简，出土大量秦律文书。

秦简中之法律答问：

1. 父盗子，不为盗。今假父盗假子，何论？当为盗。
2. 或斗，啗人？若颜，其大方一寸，深半寸，何论？比痍痛。（“当时一定有法医”）

5.3 帝制时代的法典

5.3.1 不断趋繁的汉律

背景：汉武帝时期，国家机器高速运转，“后来又疯狂运转”。发展过程：

1. 萧何《九章律》→

2. 武帝：律令 359 章，大辟 409 条，1882 事，死罪决事比（决事比，类似于判例）13472 条。

3. 东汉：断罪所当用者，26272 条，7732200 余言，览者益难。

“人治这个提法，我总觉得不符合中国古代的法治现实，中国古代不是法治，但也不是人治，中国古代皇帝是以法治国的。”

1. 律：基本法典。

2. “天子诏所增损，不在律上者为令”

3. 科：补充细则

4. 比：与判例法有可比性

秦汉法律特点：

1. 律令不分。律的庄重性更高，律令在性质上没有区别，仅仅在形式上有区别。

2. 礼律部分。《上计律》后世在令、《大乐律》后世在礼。

盐铁论：律令尘蠹于栈牖，吏不能遍睹，而况于民乎。

5.3.2 从律令科比到律令格式

5.3.2.1 魏晋之际，律令分途

“汉代文化高度繁荣，法学家写作了大量法学著作，而这些法学著作都有法律效力。”

1. 魏：魏律，魏令

2. 晋：晋泰始律-刑律，晋令-政府组织法，晋故事-规章制度

3. 唐代：律令格式。

5.3.3 唐宋明清的法律

5.3.3.1 唐律令

《唐律疏议》是中国现存最早的完整成文法典，是《永徽律》及《律疏》（长孙无忌为永徽律著疏，并有法律效力）之合称。

律令制度向外辐射

5.3.3.2 敕·例

宋：敕令格式 《宋刑统》以敕令格式附律

明清律改以六部为纲

宋明又有编例 例与时而变，适应社会随时变化的状况。

明神宗以例附律。

清代律例 清代律和例有冲突，用例不用律。

5.3.4 中外对比

- 西欧中世纪，成文法实际上毫无用处，因为很少有人知道如何读写。每个小型封建领主，都有通过自己的法庭施行的法律。赞恩《法律的故事》
- 欧洲划时代的加洛林法典，不但在时间上比唐律晚了九百多年，其发达程度也不及唐律。甚至和欧洲十九世纪的刑法典相比，唐律也毫不逊色。中田薰，仁井田升

中国法学成就最高的是刑法典，西欧是民法典。

5.4 刑罚体系的变迁

5.5 礼治主义与家族主义

5.6 等级主义与国家主义