

不应与不法

——以“不应得为”为中心的中西法治之辨

施奕

(闽江学院 法学院,福建 福州 350108)

摘要:与西方现代以权利为中心的法治理解不同,中华法系更多受到“礼法合一”与“德主刑辅”的影响而形成了以义务为中心的认知。唐律中的“不应得为”条是中华法系以礼入刑的典范,但在近世法治思潮中,其多被诟病为犯罪与刑罚上擅断主义之帮凶、“加剧了法的不确定性”,甚至被认为仅仅是一种价值判断,根本不具备规范性。但正如学者所言“‘不应得为’条是整部唐律有关罪与罚的灵魂原则,并不为过”,如果要以现代的罪刑法定评判“不应得为”的法意义,就更需要以现代法的理论来揭示它的立法意图和实践意义。“不应得为”以其作为成文法体系化路径上的类型化工具、应对成文法缺陷的法实践技术性手段和中华法系礼法合一的法教化工具,不仅展现了“明刑弼教”的中华法系独特刑法认知,更以鲜明的民族性和历史性塑造了中华法系本我的准确认知和正确理解。

关键词:“不应得为”;罪刑法定;违法行为;不法行为;中华法系

中图分类号:D929

文献标志码:A

文章编号:1001-5744(2025)06-0100-13

一 “不应得为”的现实序列

现代国家,必须是一个法治国家;国家要走向现代化,必须走向法治化。在中国式现代化的进程中,法治不仅是“治国理政的基本方式”,更是推进社会主义核心价值观建设的基本根盘。在实现中国式现代化的进路中,我们的法治国家视野也转入了“现代化”语境,同时,“宪政民主”“罪刑法定”“税收法定”“信赖保护”“意思自治”等也日渐成为现代法治的核心价值。相反,绵延三千多年中华法系中的“德主刑辅”“一准乎礼”“天人感应”“原心定罪”“德礼政刑,相为始终”等核心价值,似乎早已随着《大清民律草案》《大清新刑律》《中华民国临时约法》法制转轨,被认为难以符合现代国家治理中的科学性、民主性、明确性要求,而对于中华法系的传

承,也在宣统三年(1912年)的《清帝逊位诏书》所埋葬的封建帝制王朝中出现了根本性的断裂。

与西方法治强调之天赋人权并以权利为本位的基础架构不同,强调以礼入法、礼法结合的中华法系向来注重以伦理、责任作为行为规范之底色。在中国传统法治中并不存在与“自由”“权利”这些概念类似的事物,换言之,中国与西方虽然同样存在着公正、公平、诚信等法的基本原则,但是在二者的话语体系中却有着几乎完全相反的表达——一方关注对自由的修辞,而另一方关注等级与义务关系。在现代观念中,我们很自然地将自由与权利作为民主的基础,将刑法和严酷的刑罚视为民主的对立面。但是在古代中国,这种自由与权利的观念本身就不存在,为社会所普遍接受和认同的,则是为了治理庞大人口、多民族国家

收稿日期:2025-06-23

基金项目:2019年度国家社会科学基金重点项目“晚清民国及当今两岸判例文化的承与变”(19AFX004)

作者简介:施奕(1986—),福建福州人,闽江学院法学院法律系主任,博士,北京大学法学院访问学者,主要从事经济法、法律史、法社会学研究。

引用格式:施奕.不应与不法——以“不应得为”为中心的中西法治之辨[J].宁夏大学学报(社会科学版),2025,47(6):100-112.

而生的伦理准则中的义务与责任。

以权利为源动力的西方法治,形成了以基本权利为核心的权利体系,个体可以在划定的权利范围进行一些“法无规定即可为”的活动,唯对超越权利范围之“不法行为”须在法秩序中承担相应的民事、行政与刑事责任。而以责任为基础的中华法系,历来强调以伦理责任建构个体行为规范,并家国一体地推及天下,个体需在亲属、家族、国家等范围内因身份首先履行伦理义务,而后在国家制定法中对其“不应行为”(应为而不为与不应为而为)承担相应的责任。

从本质来说,儒家法的基础是具有普遍性的伦理准则,其注重通过礼(特定关系与仪式中的交往行为要求)与义(一般性的个体的行为要求)实现社会秩序,这一伦理准则不是一种纯粹的、强调其先定性和永恒性的自然法,而是一种在社会共同体生活中,在特定环境中,随时代变化发展,能够达到和谐大同的活的准则。与西方具有先定性的自然法所提供的权利基础一样,这里的礼与义为传统中国的法提供了义务基础。甚至可以说,在传统中国的制度语境中违律惩罚的正当性基础,正是在循礼与守义下的“应为”。

在“影响深远、成为封建主义‘中华法系’代表”^[1]的唐律中,这种义务基础以“十恶(总则)”“事应奏不奏(君臣关系)”“父母在别籍异财(父母子女关系)”“强嫁守丧期满寡妇(夫妻关系)”“应免除赋役而不免(官民关系)”等各种形式广泛地存在于名例、职制、户婚、厩库、擅兴等各律之中,为动态全面地实现伦理准则的基本要求,唐律更在杂律中专门设置了“不应得为”条。但是,也正是“不应得为”条的设置,使得原已因比附援引而受诟病的传统刑律体系更集中地受到了现代法治的批判^[2]。有学者认为其充分体现了封建刑法擅断主义的特点(高绍先教授将罪刑擅断厘定为中国封建刑法的三大基本原则之一,其中一个重要的理由依据就是“不应得为”的补救,认为“这充分体现了封建刑法擅断主义的特点”),是一种法外加罪^[3],混淆了罪与非罪的界限,将全部违礼之行为……亦可视作违法而予以惩治^[4]。

法是民族的法,在两百多年前德国法的现代化进程中,萨维尼通过将民族精神与历史发展相结

合,不仅使法律摆脱了纯粹理性的束缚,更赋予法律以深厚的社会根基。他以历史主义的方法论,将民族精神作为法律发展的内在动力,既有效遏制了法律制定中的主观专断,又保障了个人自由的实现,从而提升了法律体系的正当性基础^[5]。由此,不仅人在本质上是“历史性地生活着的”,“历史上的”法律也在发展中获得了实证法科学的品格,而正是在代表经验的民族精神和代表逻辑的法律科学之良性互动中,才能获得科学的法^[6]。与一百多年前在如洪波巨浪般袭来的西方思潮中被迫作出法治变轨的晚清不同,当今的我们有更多的时间更大的空间来进行思考和反思^[7]。本文也将以“不应得为”为中心,探讨中华法系中的罪与罚及其法治逻辑。

二 “不应得为”的法制度逻辑

“(不应得为)本条是整部唐律有关罪与罚的灵魂原则,并不为过”^[8]。所谓之不应得为,是指依据情理而不可为。其最早可以追溯到《尚书大传》中的“非事而事之者,出入不以道义,而诵不详之辞者,其刑墨。”自董仲舒提出“引经断狱”以来,汉代更数度出现了针对不当得为的处罚。在传统中国法制度中的不应得为,不仅是儒家引礼入法的重要通道,也是解决法治实践诸多模糊地带的重要手段。“不应得为”的原则,既是对儒家伦理精神的法律化表达,也是对法治实践中复杂多变情况的灵活应对,它在传统中国法治中扮演着不可或缺的角色。正因如此,最体现中国传统法特色的“不应得为”也成为西法东渐中的中西法认识、法文化交锋的前沿战场,究竟“不应得为”之法治逻辑为何?它在晚清变法中缘何作古?其与现代之罪刑法定有何冲突?

(一)“不应得为”的基础规范证成与法治逻辑

自唐律始,中华法系便以其“始以总则,终以专则,先列事律,后列罪律”^{[4]序言35}之内容丰富、体例严整而开始了延续千年的发展传承。由此,中华法系不仅在立法理念上形成了“德礼为政教之本,刑罚为治教之用”^{[4]3}的基石,更借由《唐律疏议》形成了以名例为总则,将经义阐发之注解(《唐律疏议》中的疏)、议论(《唐律疏议》中的议)、例解(《唐律疏议》中的问答)与律文并列的一体式法典化立法模式。但是,法之条文有限,而事之繁复无穷,法典并

不可能包罗万象地覆盖所有事项,因此乃有中华法系中之“轻重相举”“比附”之规定,而对于不落入“轻重相举”“比附”区间之违背伦理道义、违反(道德、管理)法则行为,则多设“不应为”条进行规制:

《唐律·杂律》“不应得为”:诸不应得为而为之者,笞四十(谓律、令无条,理不可为者)。事理重者,杖八十。疏议曰:杂犯轻罪,触类弘多,金科玉条,包罗难尽。其在律在令,无有正条,若不轻重相明,无文可以比附。临时处断,量情为罪,庶补遗阙,故立此条。^[9]

以篇目观之,唐律共有名例、卫禁、职制、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂律、捕亡、断狱十二篇,而“不应得为”条居于保护公私财产不受侵犯、惩治斗殴和维护封建、打击欺诈、骗人的犯罪行为等篇之后的《杂律》。《杂律》最早出现于李悝《法经》中的第五篇——《杂法》,亦即刑法典中具有明确行为规范的最后一篇,其主要规定了“轻狡、越城、博戏、借假、不廉、淫侈、逾制”等不宜列入其他各篇的法规。而在唐律中,总计2卷62条的《杂律》囊括了买卖、借贷、度量衡、商品价格、破坏交通、医疗事故等各方面的规定。概而言之,“古书分类中有‘杂’类,一些古书以‘杂’为名,同时,许多古书之中有‘杂篇’,名‘杂’的原因是内容驳杂,没有中心旨趣”,^[10]亦即,杂篇、杂律之设,意味着对主文的体系性的一种补充,而唐律中的杂律,本身属于“拾遗补阙,错综成文”的规定,其所处理的也是一些具有相对较轻微违法性,没有专门(职权)管理、难以专门归纳、缺乏明确评价的行为,而居于第四百五十条的“不应得为”条,更位列《杂律》之篇末,在英文上更有“Catch-all Statute”之译。

以条文观之,首先,“不应得为”所规范的,乃是所谓之“杂犯轻罪”,并在司谏者“量情为罪”的“临时处断”下,在笞杖两刑中予以确定;其次,得依本条处断的,须为“在律在令,无有正条”,亦即,在律、令文中没有明确的处罚规定,无法根据律条之罪名断罪;再次,“若不轻重相明,无文可以比附”,亦即律文中也没有类似的处罚规定,无法依据法理进行轻重相举之解释,无法援引相似之律条进行比附断罪;最后,“不应得为”所规范的,乃是具有伦理义务违反性、社会秩序破坏性的应受处罚的行为,只是在“触类弘多,金科玉条,包罗难尽”的立法技术限制下,才归入此条。

以具体适用观之,“不应得为”并非孤立适用之纯粹兜底条款,其不仅在总则中有所体现,还散布在各篇的具体罪名之中。据黄源盛先生统计,在疏议或问答中提出“不应得为”者,约略有三十一处。在总则性质的《名例》“犯罪未发自首”(第三十七条)中规定,“诸犯罪未发而自首者,原其罪。其轻罪虽发,因首重罪者,免其重罪……即自首不实及不尽者,以不实不尽之罪罪之,至死者,听减一等。”^[4]³⁶⁵但是,自首不实不尽者,应作何论?在谋杀的对象上,疏议即设一例,并在答中提出,如有人谋杀凡人却自首,谓之谋杀亲舅,因舅为缙麻尊长,处刑为流两千里,重于一般谋杀人的徒三年,即自首内容重于所犯,但行为人既已自首坦诚,谋杀亲舅之重罪得免,刑罚较轻的一般谋杀罪亦不必加罪。不过,亲舅与一般人毕竟有别,“坐是‘不应得为轻’,合笞四十。”^[8]²⁵⁸⁻²⁵⁹在卷十七的《贼盗》“口陈欲反之言”中,疏议乃谓:“若有口陈欲逆、叛之言勘无真实之状,律、令既无条制各从‘不应为重’。”^[4]¹²⁴⁴是故,“不应得为”虽然可以在一定程度上被称为刑罚的兜底条款,但其并非简单的空白罪状,而是在疏议中对轻重判断与笞杖两刑之适用进行了规范性的指引。

(二)“罪刑法定”的入室与“不应得为”的退隐

自唐律将“不应得为”列入正条始,后世各朝多收入此条。《大明律》第四百一十条规定:“凡不应得为而为之者,笞四十(谓律令无条,理不可为者);事理重者,杖八十。”^[11]承袭明律的大清律例亦在《刑律·杂犯》中规定:“凡不应得为而为之者,笞四十。事理重者,杖八十”,“不应得为”律这一概括性条款共在名例律及户律、礼律、兵律、刑律中以例的形式出现53次,以律的形式出现1次(其中名例律5项,户律13项,礼律3项,兵律2项,刑律31项)^[12],并以之广泛适用于“干犯伦理,及有害于国,有伤于民”^[13]之各种危害行为。

在西方现代法治思想的引介传播下,罪刑法定的原则也随之入华。现代之罪刑法定原则最早产生于十七十八世纪资产阶级启蒙运动之中,并最早规定于1789年法国《人权宣言》(此后在1791年的《法国刑法典》中得到明确)。罪刑法定的基本含义是“法无明文规定不为罪,法无明文规定不处罚”,其本质是一种入罪的形式理性^[14],它包含以下6个

主要内容:(1)排斥习惯法,其要求只能依规定犯罪和刑罚的成文法作为定罪判刑的依据,即所谓“除法律规定,不得科刑”。(2)禁止类推,这种类推主要是禁止入罪类推,对于有利被告的类推则多未予禁止。(3)不溯及既往,其要求应依行为时之法判断该行为是否犯罪。(4)明确性原则,其要求刑法应对犯罪构成要件及刑罚有准确的描述,即“不能使用笼统的措辞”,同样包括了法官的严格解释。(5)禁止绝对的不确定刑,即在刑罚种类和量刑上都应确定。(6)实体适当原则,这是在罪“形”(形式)法定上提出的更高实质要求,即根据行为侵犯的客体和行为危害社会的严重程度确定恰当之刑罚^[15]。

而在中国,早在《晋书·刑法志》即提出“律法断罪,皆当以法律令正文,若无正文,依附名例断之,其正文名例所不及,皆勿论”之说,《新唐书·刑法志》亦有谓:“凡邦国之政,必从事于此三(即令、格、式)者,其有所违及人之为恶,而人于罪戾者,一断以律。”同时,在《唐律疏议·断狱律》“断狱不具引律令格式”条则专门规定:“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者答三十。若数事共条,止引所犯罪者听”^{[4]2063},即要求裁判定罪必须引用律、令、格、式正文,违者答三十,这也意味着对于习惯法的排斥。在具体解释和使用上,断罪并非仅仅强调对律文正条的直接引用,而是强调对基于司法实践、时代变迁的律文解释内容的全面明确,正如在《清史稿·列传七十八》中傅鼐提出的“断狱引用律例,宜审全文。若摘引律语,人人重罪,是为深文周内”,这种“宜审全文”的明确性要求,要求断狱应依法进行严格解释,也体现了相当的明确性原则,而在“笞四十和事理重者,杖八十”的条文中也有着明确的刑罚种类和量刑依据,从而排斥了绝对的不确定刑;在唐律《断狱律·赦前断罪不当》(第四百八十八条)引《狱官令》中同样有着禁止溯及既往的要求——“故《令》云:‘犯罪未断绝适逢格改者,格重听从犯时,格轻听从轻法’”。^{[4]2080}而在总则中出现的“诸断罪无正条,其应出罪者,则举重以明轻;其应入罪者,则举轻以明重”(《唐律·名例》(第五十条))^{[4]486},以及在分则中出现的“金科虽无节制,亦须比附论刑。岂为在律无条,遂使独为侥幸”(《贼盗律》[总第二百六十条]),其本身既是在立法不完善情况下的技术性司法手段,同时又是在法秩序上,对挂一漏万

的社会危害行为进行处罚的实体适当原则体现。

“将一切现行律例按照交涉情形,参酌各国法律悉心考订,妥为拟议。务期中外通行,有裨治理”^[16]。在晚清摇摇欲坠的统治下,西法既被视为一剂良药也被当作一剂猛药。与纲乾独断的帝制逻辑相同,中华法系也被视为擅断主义的落后法制,而这些在断罪上所开的比附援引之口,与在《杂律》中所规定的“不应得为”一同被学者诟病为“基本上与罪刑法定主义相冲突”^[17],即便修订法律大臣之沈家本,亦撰《断罪无正条》长文抨击比附援引之弊,力主罪刑法定。

在清宣统二年(1910年)颁行的《大清现行刑律》中,一方面,较为进步性地改变了吏、户、礼、兵、刑、工之编排方式,并抽离民事规定以区分民刑;另一面,则继续秉持“与《大清律》根本主义,无甚出入”之传统^[18],意图存续法脉。而“不应得为”亦得存于卷三十一《杂犯——不应为》之中:“凡不应得为而为之者,处四等罚。事理重者,处八等罚。注:律无罪名,所犯事有轻重,各量情而坐之。”比之笞、杖、徒、流、死五刑旧制下的笞四十与杖八十,过渡性的《大清现行刑律》中的四等罚与八等罚乃属罚金、徒、流、遣、死五刑中最轻的罚金刑,其中四等罚为银二两,八等罚为银十两。

而在沈家本与冈田朝太郎主导制定的,中国首部仿效西方国家刑法原则、体例的《钦定大清刑律》(1911年1月25日颁布)中,则以第十条明确了“法律无正条者,不问何种行为,不为罪。”自此,具有概括性、擅断性、模糊性的“不应得为”条,也正式作古。

三 现代法的本质与不法的界分

(一)法的自然理性及其本质

形式意义上之法,乃指由国家或地方自治团体等公法人所制定发布的,具有国家所赋予的强制力,通过司法管辖权来保障法规范适用之现行规范(总和)^[19]。形式意义上的法,强调其国家制定性、阶级意志性和效力强制性,虽然在外观上有“法者,编著之图籍,设之于官府而布之于百姓者也”的成文法与以 The doctrine of stare decisis 为路径的判例法之别,但其直接目的,无外乎借由法实现一定的客观社会秩序。之所以将此种社会秩序称为客观的,并不在于抹灭其中的统治阶级的意志性,而在

于强调其“允许和禁止人民做什么的正当理性”^[20]。

实质意义上之法,乃指基于人类之精神能力,为实现共通善,对于社会生活所作之整序。这里的共通善,是指各社会成员得以形成相互协同之合作基础,并得以依平等之地位,以自己责任的基础认知追求自己个别的特殊的善(个人价值追求),从而促进每个个体价值的更好实现。德国学者考夫曼认为“有效的法律必须与人相类似”,亦即,在法律的制定中应当实现人格与良知的类推,其规范内容应本于人民的社会道德良知。如果说法的形式性为法的施行提供了“显性的国家强制力”,那么法所具有的实质价值则为法的普遍认同提供了基础性的支撑,为法的有效实施提供了一种“隐性的社会强制力”。学者甚至提出,蕴含在制定法背后的正义性、正当性、伦理性等特定价值,乃是实定法效力的发生要件^[22]。

实际上,正如被誉为罗马法的灵魂的西塞罗提出的,“毫无疑问,创设法律,就是为了公民的福祉、国家的安全和人类的安宁与幸福;那些首先颁布这类法律的人们,向人民宣称,他们将把让人民生活变得荣耀和幸福的东西予以明文立法并付诸实施;这样制定颁布的东西,他们称为法律,如果违背所作承诺,制定颁布的对人民有害的、不公的任何规定,就根本不是什么法律。”^[20]⁷⁹法律固然需要由立法机关制定、颁布,需要国家有权机关予以保证施行,需要合法的官员进行依法、正确、有效地实施国家治理之形式外观,但法律并非由国家创制^[23],其仍然需要一般性的、实质性的理性认同。《查士丁尼法学总论》(*The Institutes of Justinian*)发扬了源自斯多葛学派的理性思想自然法思想(在罗马法的自然理性理解中,动物虽是一种与人共有肉身以及相应的本能,但欠缺理性的劣于人类的存在,但同样是一种法的主体),万民法成为自然理性为全人类创设之法^[24],由此,自然法不仅以一种法律的面目出现,还凭借自然权利获得了确定的内容和强力保证开始了实证化的发展^[25]。

理性的自然法作为西方法思想的中核,不仅在罗马法中率先得到了实践,更在灰暗、蒙昧的中世纪成为一盏思想解放的明灯。在文艺复兴运动中,源自自然理性的人的价值和尊严——人文主义开始超越天主教的宗教道德仪轨,将人作为独立的个

体从神的束缚中解放出来,渐次确立了人的主体地位,并从中孕育出了以自由、平等和人权等价值观念为核心的近代西方自然法精神。随着商品经济的发展和资本主义的出现,以格劳秀斯、洛克、霍布斯、卢梭为代表的资产阶级启蒙思想家,继续深化和发展理性自然法的概念。在将自然法作为一种正当的理性命令以衡量人类行为之善恶的同时,他们以一般自然理性出发开始着重阐发所谓的“天赋人权”,亦即人生而应具有神圣不可侵犯的并不可被剥夺的天赋的权利——生命权、健康权、自由权、平等权、财产权等,由此权利不仅成为近代自然法理论的核心,甚至可以说,近代自然法理论“根本就不是关于法律的一套理论,而是有关权利的一套理论”^[26]。但是,不论是文艺复兴还是十七十八世纪的资产阶级启蒙思想家,都注重于万民的、自然的、一般的权利阐释,未能将自然法与自然权利理论与本土的认知、历史和习惯结合起来,因而始终抹不去激进的、先验的和形而上的色彩^[27]。在克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolf)以理性为基点,以逻辑推演为手段,结合了普芬道夫的体系与托马修斯的实证化架构而编撰了兼备自然法理性主义精髓和实证主义效用的《自然法与万民法阶梯》(*Institutiones Juris Naturae et Gentium*)之后,伊曼努尔·康德(Immanuel Kant)则彻底地走出了以自然理性、伦理为中心的历史禁锢(这就是说,在康德看来,伦理标准是内在的,即它关注个人的动机,但不能为外在的权力所强制实施;而法律的标准则是外在的,即它关注个人的外在行为并强调外在的规范性。例如,“诚实地活着”是一种伦理上的而非法律上的强行规则;与此相反,“履行你的合同义务”是一种法律上的强行规则,但人们之所以愿意遵守它的内在原因,无论是伦理的或是非伦理的,均与法律无关),他认为自然法进路混淆了伦理和法律,进而混杂了不同行为类型的标准,因而主张将它们区别开来^[28]。

而作为现代大陆法的重要革新者,萨维尼为了挽救被拿破仑击溃的神圣罗马帝国,凝结一个具有民族性认同的德意志,提出了“民族精神”(Volksgeist)的概念以抵制来自法国的基于一般理性主义建构的法国民法典,他用扎实的法律史研究工作完成了对德国法教义的塑造,改变了过去形而

上的、通过理性构建法律的方式,将“历史上的德国法”转化为“现代的德国法”^[29]。萨维尼虽然继续以罗马法作为立论的基础,但他一方面将民族精神赋予了罗马法^[30],另一方面以法律科学的体系性发扬了康德的“权利的普遍法则”,从而彻底摆脱了既往自然法上以“义务”概念为中心的法的认知(由此可见,在从义务体系向权利体系的转变过程中,自律的意思尤为关键,它构成了康德的权利概念之基础),使得现代法律体系形成了以“自律的意思”为支撑的权利体系^[31]。由此,不论是在欧陆法或是以英国法为代表的判例法中(英国的判例法在法国法、德国法现代化之前,已经借由诺曼征服,逐渐形成了以民族和一般理性结合的国家法^[32]),既往以义务外观体现的、由理性所要求的规范性,都开始“在意志本身应当被看作唯一重要和有效的要素”的阐发下,转向了以意思自治、主体自律为中核的以权利中心主义的现代法体系。

(二)不法及其界分

如将法视为形式上之客观法、实质上之理性法和演进发展之权利法的话,那么不法则可谓违反客观法、理性法、权利法的否定性评价。与一般性描述的客观违法不同,不法具有更为复杂的社会性。德国目前权威的刑法注释书作者指出,“‘违法性’这一名称表明了规范与行为、‘被要求’的行为与实际行为之间的矛盾事实”^[33]。亦即,违法所指的是一种与既有法路径相矛盾、相反、相对抗的行为,它违背了法的形式外观所规范之要求,违反了法的实质内容所蕴含之价值,因而必须承担相应的后果。但是,基于其体现出的违背性和对抗性,一般所言之违法,所指涉的更多是一种法律构成要件的达致的明示违反,是对具有(借由形式微观和实质价值所共同形成的)客观性法秩序的冲击性违反。此种针对客观法秩序的冲击性违反一旦产生,该违法即告成立。

所谓之不法——“制裁是被当作对某种行为的一个后果,这种行为是被认为对社会有害的,且依据法律秩序的意图,是必须加以避免的。这种行为就称之为‘不法行为’”^[34]。在诸多理解中,多将不法与违法等同,一些刑法学著作也往往把“违法”与“不法”当作同义词,而未加严格区别。但是,正如韦尔策尔所指出的“违法性只是一种单纯的关系,

即两个关联环节之间的不协调,但是不法则是一种实体(Substantielles):违法行为本身。违法性是谓语(Prädikat),不法则是名词(Substantivum)。”^[35]不法不仅指的是一种状态,更是一种有待具体判断的特殊的实在。在德国学者的一般理解中,只有不法才拥有质和量,并因此具备质量和数量上的差异;可是被理解为对行为规范之违背的违法性,却总是始终如一,不允许有任何实质差别或层次等级之分;本质而言,不法更多指涉的是特定的、应予否定性评价的社会行为本身,因破坏不同法秩序既有刑事、民事和行政等之不法,也有在具体部门内的各种不法,“谋杀罪并不比盗窃罪‘更违法’,过失致人死亡罪的违法性也不比故意杀人罪‘更小’。但就不法而言,在谋杀与盗窃、一般身体伤害与严重身体伤害以及故意和过失、未遂与既遂行为之间却存在质和量的区别。”^{[33]76}亦即,在不法的评价中内在地涵摄了行为本身、行为符合要件性以及客观的法秩序违反性(违法性),其在量上的大小强弱,决定了行为人所应承担责任的种类和轻重。

违法行为作为一种特定的违反法秩序的行为,首先,体现在对形式意义上的法的违反上,即对于现行有效的法律规则的违反,如以刑事法观之,违法行为就是违反客观刑事法规定,符合“罪刑法定”的行为;其次,违法行为本质上更是对社会理性价值的严重违背,它因所具有的实质社会危害性而有惩罚之必要;再次,违法行为是违反一般性“自律意思”的,超出其本人权利行使范围,涉及他人的须对社会负责的那部分行为^[36]。

责任是义务切实履行的保障。法律正是通过法律责任实现对权利的保障以及对违反义务的救济,进而调整社会关系的^[37]。法律上之责任一般可以被分为功利性责任和道义性责任,功利性责任早期以恢复原状之义务体现在自然法之中,在以权利为中心的现代法上,则以具有补偿性的民事的侵权行为责任为主要形式。而道义责任,则来源于更为朴素的道德理性,与以客观损害后果为基础而成立的补偿性责任不同,道义责任的认定基础主要是主观过错,其惩罚虽然也考虑客观损害,但考虑的目的是为了确定主观恶性程度^[38]。

以此观之,在法语境下的不法可谓是违法的上位概念,既涵盖了行为本身的法规范冲突性(违反

客观法规范),也包括了行为的道义性违反(违反基础理性),还包括了行为的权利僭越(违反自律意思)。因此,现代法以权利为体系之核心,以责任为手段,根据不法的程度和大小,在量上进行细分,建构出了民事违法、行政违法和依据“罪刑法定原则”确立的刑事违法。

四 现代法治语境下的不应与不法

与西方的理解相类似,在中国传统认知中的法,所指的首先也是一种理性、客观、先验的规律,并且是一种有着较为强烈自然法则色彩的普遍性规律。《黄帝四经》中的“道生法。法者,引得失以绳,而明曲直者也”;老子《道德经》中的“人法地,地法天,天法道,道法自然”,也都将法认为是一种具有对象普遍性的、内容规律性的、道义正当性的准则。而律,则更多的具有现代法治中的制定法色彩,《说文解字》谓:“律,均布也。”也就是说律是一种科学合理、整齐划一的应用性比例法则,因此有师出以律、音律、格律等谓。而现代法律一词,乃是日本学者将传统中国的法与律结合的外来语,它巧妙地将法中所蕴含的正当性要求和律中所蕴含的国家规范性结合了起来,既涵盖了自然法与制定法,又兼备了实质法治和形式法治,为东方法治的现代化起到了“正其名”的作用。但是,也因为这个披上陌生而华丽外衣的新造词,使得以伦理、责任、义务为中心的中华法系成为陈腐的旧制度象征。

(一)不应是一种接近于不法的综合性行为评价

批评“不应得为”条之首要理由即在于其“法律的模糊性”^[39]。在学者对之的批判中,更有谓“此类规定不具有存在论意义上的定型意义,而仅仅是一种价值判断,完全不具有客观性。”^[40]近世对于“不应得为”之批判,多集中于罪刑法定之认识基础上,甚至将“不应得为”条作为中华法系不存在罪刑法定之代表。但是,罪刑法定所对应之违制面乃是“违法犯罪”行为,而“不应得为”中的不应,究竟是否对应于“违法”或是“不法”?

凡谈及中国古代之法制,论者多认为“唐律、令、格、式都是刑法”^[41]。但在这里,我们应当先理清一个重要概念——法的调整对象、规范内容与强制力实施方式(制裁手段)。法的调整对象,指法之

指向,即法欲对何种社会关系(行为)起作用,法之规范内容,系指法以何种方式调整人们行为,而强制力实施方式(制裁手段),则指将用何种、如何适用法律后果保障法的施行。在这三者之中,现代法律一般根据法律调整之对象综合法律的规范内容对法律进行类型化,而不采用制裁手段对其进行归类,例如,将调整民事关系之一系列内容归入民法,将调整严重危害国家、社会行为的一系列内容归入刑法,但是,与一般类型化方式不同,由于刑法调整对象的高度社会危害性与严重刑罚往往一一对应,因此也多采用制裁手段进行统摄。在法制并不发达的中国古代也长期更加关注直接实现的制裁手段,如在《新唐书·刑法志》中同样记载了“唐之刑书有四,曰律、令、格、式”,这里《新唐书》所要指明的,并不是说律、令、格、式皆为刑法,应当理解为律、令、格、式之中皆有唐代的刑罚,而在唐代的刑罚中所囊括的制裁手段,既包括了现代的刑事处罚也包括了大量的行政处罚。日本学者仁井田陞亦认为令是非刑罚法典,是命令法,是行政法^[42]。

行政法与刑法之间,本身即具有“剪不断理还乱”之联系——“学界对行政刑法性质归属的探讨一直争论不断,主要有‘行政法说’、‘刑事法说’、‘双重属性说’、‘独立说’四种具有代表性的观点。”^[43]其究竟应归属刑法或是行政法,至今仍未有定论(认为应归属于刑法规范的以张明楷教授为代表:“行政刑法,就是国家为了维护正常的行政管理活动,实现行政管理目的,规定行政犯罪及其刑事责任的法律规范的总称。”^[44]而以德国系认识为主的学者如林山田则认为,其应属行政法“称其为行政刑法乃自其外形上的观察所得,自其本质观之,则仍为行政的一部分,系属于行政法的领域”)。在20世纪早期的理论中,仍有认为行政法与刑法本身并无质上之不同——“即便同属大陆法系的法国,行政犯与刑事犯区别之理论,并不存在。”唯在“社会危害”之量上有所区别,在其“罚内容”与“制裁量”^[45]上划定其核心领域从而将其与刑法区分开来以保护人民之正当权利^[46]。而这一点,在古代封建社会自然无可期待,故而,在法律规范的强制力实施方式(制裁手段)上,无论是律还是令,多采用刑罚之手段。

正因为刑事法乃针对具有高度秩序破坏性行

为之惩罚,故历来要求其有明确甚至一一对应的罪刑规定。而所谓“概括条款”,乃指立法时,对于某些律条,仅就原则概括作规定,而赋予法官就具体案件有公平衡量、妥善运用之权。此种概括条款,法条本身极为抽象,须于具体的个案中予以价值判断,其规范意旨才能具体化。用当代的话来说,乃法律对于某种合法或违法的行为,未具体指明其构成要件,而仅有笼统的规定。概括条款见于各种法律领域之内,其在民法或行政法,已属司空见惯,但在今日的刑事立法,则不常见^[47]。“不应得为”条,正是这样的一种概括条款,但它由“不应得为”进行之法律评价,并不是强调构成要件合致性的违法,在它的实践上,并不因为构成要件之合致而遭定罪处罚,而须全面地考量其行为本身的性质(实害性),行为在法规范中的可类推比附性(法规范性)以及行为的道义性违法程度(违礼程度),并综合性地在程度、范围、轻重上作出量的评价,从而定罪量刑,在这样的理解下,“不应得为”所规范之行为,明显地更与可以量上的大小强弱进行评价的不法行为接近,而非绝对的、严格的、一次达成的违法。

另外,应当看到的是,在古代司法实践中,“不应得为”条往往作为重罪存疑时的减轻条款。粗看起来,我国传统司法者的自由裁量权好像大极了,几乎和立法者相近。但仔细观察一下,不难发现因“得依违制”等条所加的处罚,都是极轻的笞杖,与我国传统的“朴作教刑”的观念相符,在理论上并不构成司法权的滥用。换言之,在刑法、行政法、民法不分,补偿性责任与道义性责任混同的礼法社会中,以“不应得为”进行处罚的行为虽然广泛地包括了有违风俗、背弃伦常、违反礼制、失职失察等现代法上的民事、行政和刑事行为,但是其处罚的本身与行政法之区别亦不甚大,例如在1910年的《大清现行刑律》中,不论是一般“不应得为”(不应得为轻),或是事理重之行为(不应得为重),其所适用的均是最轻的罚金刑。

在我国的实证法语境下(包括民法典和行政处罚法、行政强制法、行政许可法、刑法),不法有且仅出现在现行《中华人民共和国刑法》的第二十条中,而相对之“违法”则在刑法中出现共计33次,其中总则1次,归属量刑第六十四条的“犯罪分子违法所

得”,分则共32次,广泛出现在法律后果(并处违法所得一倍以上五倍以下罚金)、罪状(违法所得数额较大或者有其他严重情节的),以及由司法解释确定的罪名中(如第一百八十六条【违法发放贷款罪】)之中(见表1)。另外,在下位的全国性法文件中,不法共出现44次,其中在最高人民法院、最高人民检察院的复函、通知等司法解释中出现4次,分别公布于1951年、1988年和1991年,且均已失效;其他则广泛分布于教育部、中国互联网络信息中心、中国银行业监督管理委员会(已撤销)等部门的规范性文件之中。

表1 在刑法、行政法、民法实体法中出现的不法与违法表述

	刑法	行政处罚法	行政强制法	行政许可法	民法典
违法	33	60	19	9	8
不法	4	0	0	0	0
总计	37	60	19	9	8

由此观之,不法似乎并不是我们在实证法中的一个较为普遍的规范性概念。是故,在学者的论著中,多将不法视同违法——“在中国长期形成的法制环境及法理学语境下,如果确定行为属于‘违法’(与‘不法’基本同义),则势必对行为人带来法律责任问题(违法必究)——中国语境下对行为性质的判断已经包含着对行为主体基本状况的判断。”^[48]唯在条文的具体分析中,不法乃有与违法区分之必要,根据张明楷教授的解读,刑法第二十条之不法不仅包括一般的违法行为,而且包括纯客观的不法侵害行为,因而不等于犯罪^[49]。

在现代刑法理论上,基本形成了以犯罪论构建应罚性和以刑罚论构建需罚性的两条路径,其中犯罪论主要讨论犯罪成立的各个规范要件,而罪责的相关问题则被归入刑罚论之中。借助这样的概念分别,在刑罚论上的不法体现的是社会整体秩序认知上的违序行为,它也因违背一般理性认知和国家社会秩序而具有“可罚性”;而违法性是指在法益侵害的客观评价上的“应罚性”,“需罚性”指的是结合犯罪人个体情况进行需不需要认为是犯罪而处罚的判断,“当罚性”则对应罪责刑相一致的处罚(具体上的)要求;另外,在犯罪论上的不法也是

一个更为基础的概念,它是一种综合性的、社会性的行为评价,既包括了现行法、国家法,也将传统法、民间法囊括在内,违法则将该行为限定在现行的刑事、行政和民事法律之中,在刑法意义上乃指从立法上所抽象出的一般人的价值立场对行为进行的评价,相应的犯罪则是社会危害性、刑事违法性与应受处罚性结合的刑事违法行为^[49]¹³,至于刑罚,则是在排除结果性、偶然性、个体性后对违法行

为所进行的特殊的、严厉的国家强制力体现。在这样的分解下,所谓之不应得,更多的乃是在以礼入法要求下对于“社会整体秩序认知上的违序行为”的综合性行为评价,广泛地涵盖了现代理解下的违法、犯罪和刑罚。它用一种类型化的方式将礼之桩钉打入法的刚性框架之中,为客观上存在不足和缺陷的法提供了实践的技术工具,以实质的谦抑性发挥了独特的法教作用(如图1)。

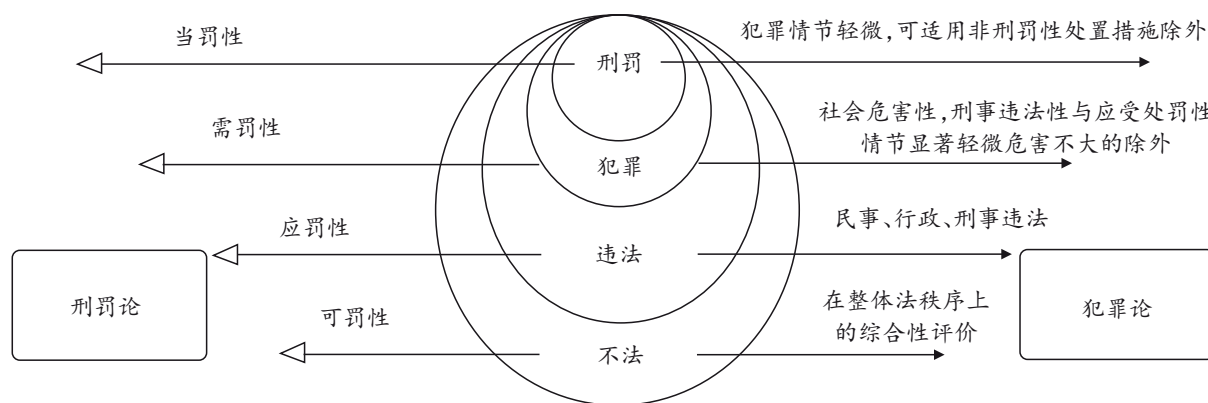


图1 不法与违法的体系

然而,鉴于犯罪论和刑罚论割裂了对犯罪行为整体性的评价,在德日的刑法理论发展中,也开始关注实现以整体性的视角,将刑罚作为基点判断犯罪行为的处罚合理性,相应地,传统罪刑法定理解下的“以罪定刑”也转向了一种“以刑定罪”的新思考路径^[50]。而这一点,本身也与唐律在具体适用上以主条款“基础刑”为基准,通过罪状、伦理、比附援引等进行定罪量刑之体例有所类似,或可谓与中华法系的整体律典体例颇有相近之处。

(二)“不应得为”的应然定位及其在现代法中的可能展开

实际上,我们在审视延续上千年的“不应得为”条时,不仅应当看到它在具体法规范的适用,在这个角度上或许它更多地体现了对于罪刑法定特别是形式上罪刑法定的突破;也应当看到它在法体系上作为成文法体系化路径上的类型化工具,还应当看到它在法实践(特别是司法实践)所发挥的重要技术性功能,更应当在中华法系的礼法合一、社群主义追求中看到它的法教化作用。在这样的整体化视角下,我们才能看到“不应得为”的全貌,并且更能管窥中华法系之全貌。

1.“不应得为”是成文法体系化路径上的类型化工具
自《左传·昭公六年》载“三月,郑人铸刑书”始,一种将代表着统治者权力的国家法令以成文法的形式公之于众的统治方式,开始打破“民知有辟,则不忌于上”^[51]的神秘主义认知,渐渐成就了对于法治国家的朴素认识,亦即,统治者应当通过明确清楚的文字形式向社会公布其法令,让人民知道应当做什么,不应当做什么,何者为合法,何者为非法。然而,在立法技术粗疏、法系统化思维落后的时期,以这种形式公布的成文法究竟能够在何种程度上为臣民提供明确具体的行为规范?或者说,成文法究竟应当明确具体到何种程度,才能够为臣民提供清晰的行为指引呢?

在接下来相当长的时期内,成文法国家的统治者都将致力于颁布尽可能多的条文作为完备法制的关键,奉行法家思想的秦朝在武力上达成统一之后,即“改封建为郡县,法令遂由一统”。然而,秦朝在客观上的立法技术缺陷并无法应对庞大的疆土和数量众多的臣民,代而行之的是多以事而立法,规定了相当繁复的单行法令,这种事无巨细俱行规定的法令,在外观上呈现出了“繁于秋荼,而网密于凝脂”(《盐铁论·刑德》)之样貌。汉朝虽然吸取了

秦朝的教训不再颁行严刑酷法,但也未能改变律条规定日益膨胀的状况——“凡断罪所当由用者,合二万六千二百七十二条,七百七十三万二千二百余言,言数益繁,览者益难”(《晋书·刑法志》)。

继李悝在《法经》中以盗、贼、网、捕、杂、具六篇之分,将财产保护、人身保护、罪犯追捕、审判狱、定罪量刑进行类型化后,以董仲舒为代表的儒家开始正式介入法的制定和实施之中。在董仲舒塑造的以天为价值本源、以天子为国家最高代表的、上下协调一致的金字塔式的伦常政治体系(秩序)中^[52],大义、伦常、道德成为国家法度的新基点。“明乎经变之事,然后知轻重之分,可以适权矣”^[53],一种新的以礼为中心的类型化手段成为中华法系的核心,于是《曹魏律》(新律)首次出现了一议亲,二议故,三议贤,四议能,五议功,六议贵,七议勤,八议宾的八议,《晋律》更首次出现了后来被置于篇首的体系化的准五服以治罪条款。而在唐律中得以成文化的“不应得为”条,本身就是中华法系中的礼法合一的重要体现,它不仅极大地改变了事无巨细悉需立法的做法,更架设了体系内扩展与体系外衔接的通道^[54],使背负着巨大伦理道德包袱的中华法系得以轻装上阵,能将更多的精力放在维护统治秩序、惩治恶性犯罪行为之上。

(三)“不应得为”是应对成文法缺陷的法实践的技术性手段

在中国的传统政治语境下,虽然在中央早有廷尉、御史大夫等之分,但在地方上,自秦始形成了行政司法混同,且司法依附于行政的基本格局。汉在郡县制的基础上逐步细化了县以下的司法机构:如贼曹主管捕拿惩治盗贼,辞曹主管辞讼,决曹负责惩治犯罪,掾掾管辖决狱和断狱等。虽有事职之分工,而司法从属、依赖于行政的基本路径始终没有改变,在中国式的“简约型司法体制”之下,地方行政长官在治理民政、征集赋税、募集兵役、应对考科之外,再要应对各种如山案牍本就力不从心。在成文法中,法律之线条使得整个国家和社会的整体法秩序的边界得以明晰,新的案件只能在因成文法的局限性而产生的较多空白处,由法官作出裁判^[55]。而地方之行政长官与司法长官并无专门之分工,在重案或律有明文之案上,固须细审蛛丝马迹查证材料,并“具引律、令、格、式正文”明以断罪。但对于其他明文不载,又无可比附的偶发性、轻微性

的不当行为上,裁判者即以“不应得为”条进行快速便捷的处断。

另外,异于一般上的“无讼”思想,日本学者夫马进论断中国至迟在宋代已经进入讼案频发时期,诉讼问题已经相当严重,明清时期更是令官员不胜其烦,为此他还提出了“诉讼社会”的概念^[56]。特别到了明代,随着商品经济的发展和私人海外贸易的发展,诉讼更成为一种常态,明中前期的宣德年间江南地区已是“讼牒纷繁”,循吏赵豫治理下的松江府就“患民俗多讼”^[57];明代中期海瑞也指出:“江南民风刁伪,每放告日,状动以三四千计”^[58]。在民事、行政、刑事不分而统归一律的立法体制下,如何在法实践上更迅速更及时地惩罚犯罪,既是维系理性公正的必然要求^[59],也是遵循和服从司法资源投入与所取得成果之比例的效率原理的内在要求^[60]。如果说出自人类朴素的正义感的比附援引,为裁判者提供了通过更大的视角捕捉事案的共同本质部分,寻求其类似性的视野,以及立足于为了推论某件事案是否包含在构成法律规范的语言里所进行的抽象化之思考过程而为法律体系不完备下之定罪量刑提供了准绳的话,那么“不应得为”也与比附援引一同,成为传统政治体系逻辑下,立法上所赋予的纠纷高效解决、秩序快速恢复的法实践技术手段。

(四)“不应得为”是中华法系礼法合一的法教化工具

“不应得为是谓律令无条理不可为者。此乃循儒教‘以德礼坊民’之意戒侥幸之徒而设。”^[61]

法本身乃是一种理性的重述。在自然法的认知下,道德上的善行为与人的理性行为是一致的,而在中华法系的语境下,道德礼义不仅是一种义务,更是一种人格完善的自然追求,《论语·学而》有谓,“君子务本,本立而道生,孝悌也者,其为仁之本与”^[62],因此,由父慈子孝兄友弟恭所连带发生的各种义务,从来不是一种外在强制义务,而是个体自生自发的,基于自律意思的,掌握自然之道、知轻重、通权变的人格基础。特别在以礼入律、引经断狱的法律儒家化之后,作为国家大典的国律不仅承担着惩治犯罪的功能,而且在基础教育缺失、文化程度较低的整体社会环境下,儒家早就以天人感应、微言大义、三纲五常等价值开枝散叶到国家的统治秩序和社会秩序之中。如果说孟子提出的“徒

善不足以为政,徒法不足以自行”还只是一种劝导性思想的话,法律的儒家化则为礼的法律化提供了实证法的路径,使得以“循三纲五纪,通八端之理,忠信而博爱,敦厚而好礼”^[53]³⁷⁰之“善”换下了伦理纲常的布衣,借由法这一技艺穿上了封建的朝服,而原本强调刚性、强调面面俱到的法也借由儒家的明经变、知轻重,借由“不应得为”获得了更好的实践可能。

“不应得为”条,本身并不是作为突破“断罪皆须具引律、令、格、式正文”之限制,实现擅断主义的工具,其实证法上的立法目的与比附相类,是一种以德礼为基准的综合性评价手段,既指引行为,又体现规范,并以其行为程度之轻重予以处罚,所体现的是中华法系在“德主刑辅”主导下保持立法和法实践体系化的独特技艺。诚然,“惩罚是一种教育措施,它同样也是形成动机的一种手段,这些动机部分地防止作恶者重复其行为(矫正),部分地防止他人做同样的行为”^[63]。就刑罚本身而言,其就具有双向的教育作用,只是这种教育更多地体现在“明刑弼教”这一层面上,而“不应得为”的法教,则以相对之轻刑化处置和重罪存疑从轻的处置而更符合“德主刑辅”的要求。

“美德是充分发展的理性,必定存在于自然法之中,高尚品质亦然。”^[20]⁴⁵中华法系所注重之纲常伦理,本质上是为了塑造更为健全的人格/美德,实现人的更好发展。如果将“以控制为目的使政治权力和国家法律逾越其界限进入民间社会领地,使本该由民间方式或是非国家方式调整的行为纳入国家政治法律调整行列”^[64]作为“不应得为”的实质的话,应当说仍然停留在形式意义上的法功能实现或史学、社会学的法史认知上,而以法学法律史,结合法的本质和民族精神的视角观之,“不应得为”的入律,本身有着与民法上“依实践确定的学理和惯例”“依法理”“依政策”进行的裁判有异曲同工之处,唯在民刑混同、行政罚与刑事罚不分的粗疏法制理论指导下,“不应得为”仍不免成为加剧法制不确定性、加大司法擅断可能的不法之法。

五 结语

不论是诟病或是赞誉,中华法系都已经在一百多年前的那次轰轰烈烈的变法中退出了历史舞台,取而代之的则是同样诞生于两千多年前的另一种

成文法(罗马十二铜表法)。自此,以天赋人权为发端的现代权利观成为法治的核心,以罪刑法定为代表的刑法体例、刑罚制度和刑法原则等西方法治体系也成为百年来中国人所因循的“新制”。但是,我们在接受了“灵魂不归法律管”的观念而使道德与法律各成泾渭之后,却并未接受“风能进雨能进国王不能进”的朴素认知。正如两百多年前德国法的现代化中所秉持的“民族精神”,现代法治从来不能脱离历史的土壤。

“传统法典的作用主要在于对民众进行教化、警示和威慑,而不在于司法判决。”^[65]蕴含在中华法系和传统认知中的“礼法合一”以及自《唐律疏议》设条并延绵至1910年的“不应得为”,并不应被视作行擅断的绳民之具,它所发挥的也不只是“以德礼坊民”的教民之用,更为重要的是,它以法为路径,兜底性地补全了礼的系统,塑造了一个“齐之以礼,有耻且格”的重礼守法、爱国爱家的民族法治共同体。然而,随着西法东渐所带来的以“民”为中心的思想解放,同时也松开了“礼之应为”的枷锁。

习近平总书记在中共中央政治局第十次集体学习时强调:“中华法系源远流长,中华优秀传统文化法律文化蕴含丰富法治思想和深邃政治智慧,是中华文化的瑰宝。要积极推动中华优秀传统文化创造性转化、创新性发展,赋予中华法治文明新的时代内涵,激发起蓬勃生机。”^[66]在中国的法治现代化、社会主义的法治现代化进程中,要解决中国发展中遇到的治理问题、社会问题和时代问题,我们既要坚定改革开放保持向外看的眼界,更需要在中内看往回看。在我们的法治现代化中,固然必须强调发挥法治的一般理性价值,应当注重吸取西方先进国家的法治研究成果,但同时更需要把目光放到民族精神和体系化的历史实践中,以法为经以历史为纬,去发现属于我们的特殊价值,敢于开展一场实证性的探索,在注释和阐发中迎来一场新的“文艺复兴”。

参考文献:

- [1]杨廷福.唐律研究[M].上海:上海古籍出版社,2012:前言.
- [2]俞荣根.罪刑法定与非法定之和合[M]//俞荣根.文化与法文化.北京:法律出版社,2003:113.
- [3]张晋藩.中国刑法史新论[M].北京:人民法院出版社,1992:268.
- [4]刘俊文.唐律疏议笺解[M].北京:中华书局,1996:1946-

- 1947.
- [5] 约阿希姆·吕克特, 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼. 法律方法与法律现代性[M]//盛桥, 译. 清华法学: 第9辑. 北京: 清华大学出版社, 2006: 15.
- [6] 李栋. 萨维尼历史法学的提出及其内在逻辑[J]. 高等教育评论, 2020(1): 89-109.
- [7] 李启成. 冈田朝太郎与晚清废除比附援引——兼论法律进化论在近代中国的影响[C]. 中国法律史学会2012年学术年会论文集: 1049.
- [8] 黄源盛. 汉唐法制与儒家传统[M]. 增订本. 桂林: 广西师范大学出版社, 2020: 254.
- [9] 长孙无忌. 唐律疏议[M]. 刘俊文, 点校. 北京: 中华书局, 1999: 522.
- [10] 张庆路. 古书“杂篇”与秦汉各种《杂律》[J]. 宁夏大学学报(人文社会科学版), 2019(3): 69-70+87.
- [11] 大明律: 卷二十六[M]. 怀效锋, 点校. 北京: 法律出版社, 1999: 205.
- [12] 刘志勇. 清代《不应为》律及纠纷解决[J]. 民间法, 2011(1): 201-208.
- [13] 薛允升. 唐明律合编[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 731.
- [14] 陈兴良. 刑法教义学中的形式理性[J]. 中外法学, 2023(2): 285-306.
- [15] 马克昌. 刑法[M]. 北京: 高等教育出版社, 2022: 9-11.
- [16] 徐晓光, 石泉长. 清末的法制改革及其历史意义[J]. 社会科学辑刊, 1992(6): 98-102.
- [17] 那思陆. 清代州县衙门审判制度[M]. 范忠信, 尤陈俊, 校. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 122.
- [18] 谢振民. 中华民国立法史[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2000: 21.
- [19] 伯恩·魏德士. 法理学[M]. 丁晓春, 吴越, 译. 北京: 法律出版社, 2013: 28.
- [20] 西塞罗. 论法律[M]. 北京: 法律出版社, 2022: 43.
- [21] 阿图尔·考夫曼. 法律哲学[M]. 刘幸义, 译. 北京: 法律出版社, 2011: 222.
- [22] 青井秀夫. 法理学概说[M]. 东京: 有斐阁, 2007: 112.
- [23] 尤根·埃利希. 法律社会学基本原理[M]. 叶名怡, 袁震, 译. 北京: 九州出版社, 2007: 347.
- [24] 撒路斯提乌斯·喀提林阴谋·朱古达战争[M]. 王以铸, 崔妙因, 译. 北京: 商务印书馆, 1995: 93.
- [25] 爱德华·S. 考文. 美国宪法的“高级法”背景[M]. 强世功, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 1996: 5-11.
- [26] 登特列夫. 自然法: 法律哲学导论[M]. 李日章, 梁捷, 王利, 译. 北京: 新星出版社, 2008: 107.
- [27] 陈林林. 从自然法到自然权利——历史视野中的西方人权[J]. 浙江大学学报(人文社会科学版), 2003(2): 81-86.
- [28] 马蒂阿斯·雷曼. 19世纪德国法律科学[M]//常鹏翱, 译. 易继明. 私法: 第5辑第1卷. 北京: 北京大学出版社, 2005: 198.
- [29] 弗朗茨·维亚克尔. 近代私法史——以德意志的发展为观察重点: 下册[M]. 陈爱娥, 黄建辉, 译. 上海: 生活·读书·新知三联书店, 2006: 372-386.
- [30] 弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼. 论我辈从事立法与法学之禀赋: 上[M]//袁治杰, 译. 王洪亮, 田士永. 中德私法研究: 第12卷. 北京: 北京大学出版社, 2015: 143.
- [31] 顾祝轩. 体系概念史——欧陆民法典编纂何以可能[M]. 北京: 法律出版社, 2019: 110.
- [32] 张千帆. 先例与理性——也为中国的司法判例制度辩护[J]. 河南社会科学, 2014(2): 8-12.
- [33] 陈璇. 刑法中社会相当性理论研究[M]. 北京: 法律出版社, 2010: 76.
- [34] 凯尔森. 法与国家的一般理论[M]. 沈宗灵, 译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1996: 56.
- [35] 汉斯·韦尔策尔. 目的行为论导论: 刑法理论的新图景[M]. 增补第4版. 陈璇, 译. 北京: 中国人民大学出版社, 2015: 25.
- [36] 约翰·斯图亚特·密尔. 论自由[M]. 程崇华, 译. 北京: 商务印书馆, 1959: 10.
- [37] 陈金钊. 法理学[M]. 北京: 北京大学出版社, 2002: 238.
- [38] 孙笑侠. 公、私法责任分析——论功利性补偿与道义性惩罚[M]. 法学研究, 1994(6): 28-35.
- [39] 方乐. 转型中国的司法策略[J]. 法制与社会发展, 2007(2): 62-71.
- [40] 元轶. 澳门刑事法学论[M]. 北京: 知识产权出版社, 2015: 17.
- [41] 王立民. 论唐律令格式都是刑法[J]. 法学研究, 1989(4): 76-77+96.
- [42] 大庭修. 秦汉法制史研究[M]. 林剑鸣, 译. 上海: 上海人民出版社, 1991: 1.
- [43] 李晓明. 论刑法与行政刑法的并立[J]. 法学杂志, 2017(2): 84-94.
- [44] 张明楷. 行政刑法辨析[J]. 中国社会科学, 1995(3): 94-117.
- [45] 赵秉志. 国际刑法大会决议[M]. 赵秉志, 卢建平, 王志祥, 译. 北京: 中国法制出版社, 2011: 91-92.
- [46] 吴庚. 行政法之理论与实用[M]. 台北: 三民书局, 2016: 480.
- [47] 黄源盛. 唐律不应得为罪的当代思考[J]. 法制史研究, 2004(6): 47-48.
- [48] 冯亚东, 邓君韬. 德国犯罪论体系对中国之启示[J]. 国家检察官学院学报, 2009(1): 32-37.
- [49] 张明楷. 犯罪论基本问题[M]. 北京: 法律出版社,

2017:25.

- [50]冯亚东.罪刑关系的反思与重构——兼谈罚金刑在中国现阶段之适用[J].中国社会科学,2006(5):125-134+208.
- [51]杨伯峻.春秋左传注[M].北京:中华书局,1981:1275.
- [52]崔涛.董仲舒的儒家政治哲学[M].北京:光明日报出版社,2013:145.
- [53]董仲舒.春秋繁露:卷三·玉英[M].凌曙,注.北京:中华书局,1975:80.
- [54]张生.中华法系的现代意义:以律典统编体系的演进为中心[J].东方法学,2022(1):26-37.
- [55]黄源盛,施奕.从判例要旨到指导案例——法秩序一致性视野下的判例制度演绎[J].法治现代化研究,2020(6):71-90.
- [56]夫马进.中国诉讼社会史概论[M]//徐世虹.中国古代法律文献研究:第6辑.北京:社会科学文献出版社,2012:1-3.
- [57]张廷玉.明史:卷二百八十一[M].北京:中华书局,1974:7213.
- [58]海瑞.海瑞集:上册[M].陈义钟,编校.北京:中华书局,1962:237.
- [59]切萨雷·贝卡里亚.论犯罪与刑法[M].黄风,译.北京:中国法制出版社,2005:69.
- [60]汪海燕,张小玲.刑事诉讼效率与刑事证据立法[J].安徽大学法律评论,2002(2):204-215.
- [61]戴炎辉.中国法制史[M].台北:三民书局,1989:23.
- [62]论语[M].张燕婴,译注.北京:中华书局,2006:2.
- [63]莫里茨·石里克.人何时应该负责任[M]//徐向东.自由意志与道德责任.南京:江苏人民出版社,2006:59.
- [64]刘志勇.清代《不应为》律及纠纷解决[J].民间法,2011(00):201-208.
- [65]刘广安.令在中国古代的作用[J].中外法学,2012(2):369-378.
- [66]习近平在中共中央政治局第十次集体学习时强调 加强涉外法制建设 营造有利法治条件和外部环境[N].人民日报,2023-11-29(1).

【责任编辑 王 涛】