

王旭◎著

则例沿革稽考

法制溯源论丛 主编 高浣月



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

则例沿革稽考

法制溯源论丛 主编 高浣月

王旭
◎ 著

中国民主法制出版社

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

则例沿革稽考/王旭著. —北京:中国民主法制出版社, 2016. 1

(法制溯源论丛)

ISBN 978-7-5162-1099-4

I. ①则… II. ①王… III. ①法制史—中国—古代 IV. ①D929. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 321592 号

图书出品人:刘海涛

出版统筹:陈晗雨

图书策划:张琮军

责任编辑:唐仲江

书名/则例沿革稽考

作者/王旭 著

出版·发行/中国民主法制出版社

地址/北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63055259(总编室)

传真/(010) 63056975 63292520

<http://www.npcpub.com>

E-mail:flxs2011@163.com

经销/新华书店

开本/16 开 710 毫米×1000 毫米

印张/21.5 字数/400 千字

版本/2016 年 3 月第 1 版 2016 年 3 月第 1 次印刷

印刷/永清县金鑫印刷有限公司

书号/ISBN 978-7-5162-1099-4

定价/58.00 元

出版声明/版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

《法制溯源论丛》序

高浣月

中国的法制文明史绵延至今已四千多年,是世界法制文明中最为独特的风景线。近百年来,中国虽已艰难地完成了从古代到近现代法律的转型,但传统法律文化在社会生活和人们的观念意识中仍然有着顽强的生命力。所以,要真切地认识理解今天中国的法治,就必须了解中国历史上的法律制度;要建设中国未来的法治,同样也必须深刻地分析检讨中国的传统法律。这是我们这套《法制溯源论丛》问世的初衷。本套丛书试图厘清我国传统法律的沿革、演化历程,即先秦起源、秦汉奠基、魏晋南北朝融合、唐宋成熟、明清完备,研究内容涵盖传统法律体系、法律形式、法律制度及其运行模式等方面。

追溯中国法律传统,有两点是显而易见的:

第一,成文法的立法传统。历朝历代的统治者重视法律,把法律放置于“安民立政,莫此为先”的重要位置,特别强调“法,国之权衡也,时之准绳也。权衡,所以定轻重;准绳,所以正曲直”(《贞观政要·公平》)。唐太宗李世民已经认识到:“法者,非朕一人之法,乃天下之法。”(《旧唐书·戴胄传》)因此,中国虽经朝代更迭,但法律制度辗转相承,源流清晰,连续性、系统性和完整性都是其他文明所少见。中国古代形成了完整的成文法体系,有律、令、格、式、典、敕、例等多种法律形式,内容涉及大到国家政治、经济、军事、教育、宗教、司法等,小到百姓婚姻家庭、田土买卖、遗产继承等方方面面,卷帙浩繁,蔚为大观。在古代统治者看来,以成文法作为司法审判的依据,只是其作用之一,成文法更重要的作用是用法律的精神、法律的规则教化、警示和威慑民众,预防犯罪,减少诉讼,达到“刑期无刑”“狱讼衰息”“法立而不犯”的理想状态。所以,成文法集中体现了中国古代治国的理想与智慧,体现了中国古代立法技术的水平与高度。

第二,伦理法的核心内涵。中国古代法律充满了浓厚的伦理法色彩,儒

家的三纲五常,被细化为法律条文,道德规范法律化。法律以礼为本,不仅维护君王至高无上的地位和权力,确立人与人之间不平等的法律地位,还充分保障父权和夫权,把违反家族伦理道德的犯罪行为,如恶逆、不孝、不义、不睦、内乱等作为十恶重罪予以严惩,从而使伦常关系得到道德和法律的双重保护,特别是得到法律的强制保障。伦理法适应了古代以农业经济为主,人口缺少流动,家族、家庭结构稳定的国情。家庭家族作为当时社会的最小细胞,关系到国家的稳定。为此,统治者认可家法族规的合法存在,使之成为国法之外更容易为民众所接受的另一套规则体系和运行机制,在一定程度上弥补国法的不足和缺陷,保持了乡土社会乃至国家的有序和稳定,真正做到了家国一体、亲贵合一。

总之,中国传统法律内容丰富、卷帙浩繁、体系完整、风格独特,其沉淀下来的历史精华,值得学界去细致考证、发掘。中国的法治之路必须注重利用中国本土的资源,注重中国法律文化的传统与实际。我们推出本套论丛,作为中国传统法制研究的成果发布平台,唯希望能起到抛砖引玉作用,让更多的优秀成果出现。

是为序。

大题大做固然神浑气灏,但需要斫轮老手运斤成风的功力,而大题小做往往如同小孩子穿大人的衣服,虚浮不合体,浑身上下鼓鼓囊囊,撑不起来,导致好题目被轻而易举地糟践了。就研究方略而言,小题大做较为切实可行。所谓小题大做包括两方面含义:

一是做小问题一定要与终极关怀、与学术史上的大问题相联系。做小问题的目的在于阐述大问题,做学问讲究正大中和、广大通明之境,宜先立乎其大,虽小处落笔,但不是细碎相逐,囿于一隅,蔽于一偏,而是大处着眼,以小观大,否则即便不是牛角越长越歪,也会钻牛角尖而无法自拔。例如,以钱锺书为代表的以“管锥”之功求打通方式就是见微知著,以微引博。反观有些学者发表的论文,一个问题涉及上千年,随手牵引撷取一些资料就可以立论,表面上取材宏富,但漫然全无伦纪、类例,我对此颇感怀疑,起码说明选题太大或者研究不深入。中国传统的治学方法讲求持例犹持军,殆类例攸分,学术自明,以其先后本末具有。步德茂的《过失杀人、市场与道德经济:18世纪中国财产权的暴力纠纷》(*Manslaughter, Markets, and Moral Economy: Violent Disputes over Property Rights in Eighteenth-Century China*)一书,在一些中国学者看来似乎比较死气沉沉,不引人入胜,但其中的研究方法十分值得借鉴。这说明西方的正规学者是经过严格学术训练的,不属于野狐禅。

二是小问题不可随意划过,必须全力以赴,才能取得学术上的突破,否则多逞空辩,徒作大言,很大程度上不过只是“门面语”或“口头禅”,无所刻入,自以为没问题,其实问题很大。在格林兄弟为我们留下的萨维尼关于法学方法论的讲义笔记中,萨维尼就曾指出,所有的体系都通达于哲学。对纯历史性体系的阐述将会通达于某种统一性、某种理念,这种统一性与理念构成体系化阐述的基础,这就是哲学。但萨维尼在讲义中提到,有些时候法学的哲学性研究取得的平庸成果由于作者自身悟性和功力所限制,往往很快就被淡忘并遭到鄙视,而那些因为从事历史性研究而不是哲学性研究从而

被视为中等水平学者的成果却往往受到重视,以至于在法学研究中一些伟大的天才被充分培养成优秀的历史性研究者。这似乎颇为符合中国“愚者千虑,必有一得”的说法。我在自己的五卷本《法律、资源与时空建构:1644—1945年的中国》中借用德国人的概念将知识产权法律角度下创新程度较低的平庸之作称为“小硬币”(kleiner Münze)。的确,但凡大学问家都没有眼眶子浅的商人那种“数小钱”的习惯,不过我们也应该看到,连篇累牍的充满大词的理论凌空蹈虚,仅仅是空头支票而已。这种空头支票其实一文不值。许多貌似宏大的系统即便借助于行政力量的广泛宣传,但空言浮词终究经不起时间的推排销蚀,最终都时过境迁,雨打飘萍,湮没于历史的黄尘古道。学问之道,讲求一棒一条痕、一掴一掌血的笃实,抓铁有痕,踏石留印,美成在久。就我多年阅读王旭的文字体会而言,其思想的绵密、文笔的摇曳委实令人心折,经常以一种陌生化的视角带来一种出人意表的新奇感受,而试观呈现在读者面前的这部著作,除了保持这种思想独创性的学术取向之外,数载绣花针功夫显示的用力之勤、考订之赅洽,想必自有公论。

令人黯然神伤的是,在我们这样一个历史悠久的国度里,许多人不把历史当回事,弃之如敝履,传统甚至被视为前进路上的绊脚石。读史本来使人睿智,使人变得成熟,故一些在政治上经过厮杀后等待时机的高层人物往往都以读点历史作为一种修炼,而如今对于历史的鄙夷,恰恰反映了一种不成熟的鲁莽,仿佛青春叛逆期厌学的坏孩子一样。现代人对于历史具有根深蒂固的肤浅偏好,即厌薄历史、破坏传统。有人就曾经对洪耀莲开玩笑:“历史这两个字,读来有点像‘立死’,乃是要死的学术。”^{〔1〕}殊不知欲断今日事,须知往日情(Things present are judged by things past),承新仍返诸旧。各种学人多喜就目前现状论断是非,则一时共以为甚确,历久仍不知其妄,长此以往,学问之道,遂难言矣。实际上,名垂千古的伟人通常都会自觉地资鉴历史,具有厚重的历史感。只有那些平庸之辈才会鼠目寸光,才会对历史不屑一顾,对于祖先的文化遗产无动于衷,直欲空中起楼阁,无苗收籽粒。《庄子·秋水》有云:“井蛙不可以语于海者,拘于虚也;夏虫不可以语于冰者,笃于时也。曲士不可以语于道者,束于教也。”^{〔2〕}井底之蛙的眼界本来就小,偏偏又呆在井底下,不知千仞深海,以为天只有巴掌大,不以自己之短为短,遂不会有借高处看世界的冲动,也不会有陈子昂登幽州台的那种“前不见古人,后不见来者。念天地之悠悠,独怆然而涕下”的感触,不会善待自己的历

〔1〕 洪耀莲:《历史在近代学术中之位置》,《师大月刊》1936年第26期。

〔2〕 张耿光译注:《庄子全译》,贵州人民出版社1991年版,第276页。

史遗产。恰如以史为鉴的唐太宗所感叹：“大矣哉，盖史籍之为用也。”“不出岩廊，神交千祀之外；穆然疏纡，临睨九皇之表。”^{〔1〕}历史是延长我们经验知识的神器。沈家本由刑部官员外放直隶保定府知府，其在《刑案汇览三编》序言评议中曰：“《汇览》一书，固所以寻绎前人之成说，以为要归；参考旧日之案情，以为依据者也。晰疑辨似，回惑祛而游移定。故法家多取决焉。顾或者曰：今日法理之学，日有新发明，穷变通久，气运将至，此编虽详备，陈迹耳！故纸耳！余谓：理固有日新之机，然新理者，学士之论说也；若人之情伪，五洲攸殊，有非学士之所能尽发其覆者。故就前人之成说而推阐之，就旧日之案情而比附之，大可与新学说互相发明。”^{〔2〕}在西方，“历史是生活的老师”（*Historia est Magistra Vitae*）。人们在历史传统面前，无法摆脱过去之神，无法与旧世界一刀两断，“只有屈服于历史所产生的巨大客观力量”^{〔3〕}，把过去置诸脑后以便重新开始生活完全徒劳无益。“我们遨游在过去之中就像鱼儿遨游在水中，我们无法从中逃遁。”^{〔4〕}卡多佐说，法律是生长的，“现行的规则和原则可以告诉我们现在的方位、我们的处境、我们的经纬度。夜晚遮风挡雨的客栈毕竟不是旅行的目的地。法律就像旅行者一样，天明还得出发。它必须有生长的原则。”^{〔5〕}费肯杰为此也慨然指出：“伟大的法学家不是只有在实体法的领域，将传统的法律素材搜集、转换及现代化地传递于将来的世代。只有当他将实体法的研究与一个新的方法论的观点相结合，此一观点并为后世所肯定及继受，才是伟大的法学家。萨维尼及耶林二人伟大之处均在于此。”^{〔6〕}赫拉克利特为物理世界写了这样的格言：上升的路和下降的路是同一条路。这在某种意义上同样可以运用于历史的世界。^{〔7〕}不知来，视诸往！蓦然回望历史是为了对于未来的高瞻远瞩，这就是西方学者所谓的以退为进（*reculer pour mieux sauter*）的认知策略，与中国人温故知新的理念如出一辙。如龚自珍的名言“欲知大道，必先为史”^{〔8〕}，言

〔1〕（宋）宋敏求：《唐大诏令集》（卷八十一），《修〈晋书〉诏》，中华书局2008年版，第467页。

〔2〕（清）沈家本：《刑案汇览三编序》，载《历代刑法考·寄穆文存》，中华书局1985年版，第2224页。

〔3〕〔德〕威廉·狄尔泰：《梦》，载田汝康、金重远主编：《现代西方史学流派文选》，上海人民出版社1982年版，第9页。

〔4〕Eric Hobsbawm, *On History*, London: Weidenfeld & Nicolson, 1997, p. 3.

〔5〕〔美〕本杰明·内森·卡多佐：《法律的生长》，刘培峰、刘骁军译，贵州人民出版社2003年版，第11页。

〔6〕Wolfgang Fikentscher, Ulrich Himmelfmann, Rudolf von Jherings Einfluss auf Dogmatik und Methode des Privatrechts. In: Gerhard Luf (hrsg.): *Der Kampf ums Recht. Forschungsband aus Anlaß des 100. Todestages von Rudolf von Jhering*. Berlin: Duncker & Humblot, 1995, S. 95.

〔7〕〔德〕恩斯特·卡西尔：《人论》，甘阳译，上海译文出版社1992年版，第227页。

〔8〕（清）龚自珍：《尊史》，载龚自珍：《龚自珍全集》，王佩诤校，上海古籍出版社2007年版，第81页。

简意赅地说明了回向过去以服务现实的关系。章太炎曾一言以蔽之曰：“欲省功而易进，多识而发志者，其唯史乎？”^{〔1〕}历史指引我们前进。与传统的对话，乃是深化其知识体系、坚定其自由信念。对于历史，我们不能选择，不能回避。历史的分析和讨论，特别是对历史上的制度思想的分析和讨论，并非仅仅是一种学术上的兴趣，而是因为历史的经验往往会对现实有所裨益。所谓：“物有本末，事有终始，知所先后，则近道矣。”^{〔2〕}毛泽东同志有两句话：一句叫作“今天的中国是历史的中国的一个发展”^{〔3〕}；另一句叫作“如果要看前途，一定要看历史”^{〔4〕}。这两句话联系起来，就讲清了历史、现实与未来之间的关系，揭示了应该总结、承继从孔夫子到孙中山这一份珍贵遗产的重要性。历史不过是业已逝去的现实，而当未来变成现实时，今天的现实也就成为新的历史。历史不是为了历史而历史，史学则应当通过通变明道来鉴古知今和究往穷来。

卡尔·施密特(Carl Schmitt, 1888—1985年)在《论法学思维的三种模式》(Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934)中所关注的是法学思维方法的类型，而不是法学表现的类型。施密特是以“法”究竟是指规则或法规(规范)、决断或是秩序，来区分法学思维方法之规范论(das Regeln-und Gesetzesdenken, 或者 Normativist)、决断论(das Entscheidungsdenken, 或者 Dezisionist)与具体秩序论(das konkreten Ordnungs-und Gestaltungsdenken)三种不同类型。毋庸讳言，规范论作为法学思维类型存在自身的局限性，但同样不可否认的是，规则是法学研究的核心，法教义学在大陆法系国家法学研究中的地位不言而喻，塑造了意蒂牢结以迄当下的法条主义思维模式。即便如今社科法学大行其道，超越法律成为一种时尚，但空心化的流弊也值得警惕。对我国古代法律体系的问题虽不乏研究者，但是仍然有一些基本问题有待深入展开。2002年杨一凡教授在《中国社会科学》发表的《中华法系研究中的一个重大误区——“诸法合体、民刑不分”质疑》即指出了中国法制史研究中对法律体系和法律形式这些基本问题仍然存在着重重大误解，表达了正确认识法律形式、重建中

〔1〕 章太炎：《教学弊论》，载上海人民出版社编：《章太炎全集·太炎文录续编》，黄耀先、饶钦农、贺庸点校，上海人民出版社2014年版，第94页。

〔2〕 (宋)朱熹：《四书章句集注》，中华书局1983年版，第3页。

〔3〕 毛泽东：《中国共产党在民族战争中的地位》，载毛泽东：《毛泽东选集》第2卷，人民出版社1977年版，第533页。

〔4〕 毛泽东：《从历史来看亚非拉人民斗争的前途》，载中共中央文献研究室编：《毛泽东文集》第8卷，人民出版社1999年版，第383页。

国传统法律体系的宏愿。^{〔1〕} 2009年,杨教授再次在《注重法律形式和法律体系研究 全面揭示古代法制的面貌》中呼吁关注法律形式的研究,其认为目前学术界对于中国古代法律体系的认识仍若明若暗,缺憾犹多。时至今日,对于各代的立法形式及立法成果大多未进行切实探讨,以各种法律形式制定的行政、经济、军政、民事、文化教育诸方面的法律法规大多还未进行研究,关于古代地方立法形式及立法成果的探索也是甫始初兴。在中华法制文明发展史上,例具有其他法律形式不可替代的独立存在的价值,在国家社会经济生活中发挥了极其重要的作用。清代条例、则例、事例的内涵是什么?其功能有何不同?清代的成案是否具有判例性质?省例是不是一种法律形式?如此等等,不一而足。如果对这些关系到如何认识清代立法状况的基本问题昧然莫明,就很难全面阐述清代法制的面貌。准确地区分和检讨古代法律形式,堪称打开传统法律宝库之门的铃键所在,有助于厘正以前研究中的失误,对于正确把握古代法律的内在发展脉络具有正本清源的作用,对于实事求是地从内部重新认识、阐发中国传统法律文化具有基础作用。^{〔2〕} 早在1998年,张建国教授在中田薰的《关于中国律令法系的发达》以及续作《关于中国律令法系的发达的补考》^{〔3〕}、大庭脩的《律令法体系的变迁》^{〔4〕}和堀敏一的《中国律令法典的形成》^{〔5〕}等等研究基础上认为:“律令体系是指以律令为主体、包括众多法形式和内容的法律体系,是一种基本由现代所说的公法构成的成文法体系,历经战国秦汉魏晋南北朝,到隋唐时期发展到一个高峰。此后律令体系嬗变的结果与早期中华帝国律的地位已有所不同,而令更是逐渐消失了。”^{〔6〕} 唐以前法律形式的基本样态是律令体系,令在唐代臻于成熟的巅峰,虽然此后仍然存在,但重要性衰退,明清时期主要是律例体系,个中法律形式的断裂和延续以及二者之间的关系殊堪玩味,发人深省。而则例因革损益发展进程的完整通盘研究为回答此问题提供了一种有效的致思方向,有利于发现中国传统法律递嬗的某些内在特点,非原

〔1〕 杨一凡:《中华法系研究中的一个重大误区——“诸法合体、民刑不分”质疑》,《中国社会科学》2002年第6期。

〔2〕 杨一凡:《注重法律形式和法律体系研究 全面揭示古代法制的面貌》,《法学研究》2009年第2期。

〔3〕 [日]中田薰:「支那における律令法系の発達について」,『比較法雑誌』1951年第1卷第4号。中田薰:「支那律令法系の発達について」補考,『法制史研究』1953年第3号。

〔4〕 [日]大庭脩:「律令法体系の変遷」,『泊園』第13号(昭和49年6月10日)。亦见大庭脩:《秦汉法制史研究》,林剑鸣等译,上海人民出版社,1991年,第1—13页。

〔5〕 [日]堀敏一:「中国における律令法典の形成—その概要と問題点—」,唐代史研究会編『中国律令制とその展開—周辺諸国への影響を含めて—』,刀水書房1979年版。

〔6〕 张建国:《中国律令法体系概论》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)1998年第5期。

始要终而推寻之,固未易言其因仍会通也。这就是本书作者选择则例作为接近古代法律内部视角的切口的命意之所在。

中国人做学问讲求“会通”,贵会通以求,不贵分别以观。《周易·系辞上》第八章及第十二章均有云:“圣人有以见天下之动而观其会通。”^[1]郑樵在《通志·总序》揭櫫会通之意:“百川异趋,必会于海,然后九州无浸淫之患。万国殊途,必通诸夏,然后八荒无壅滞之忧。会通之义大矣哉!”^[2]会也称会同,按郑樵的话来说就是“横通”,含有寻求共同规律的意思;通也称纵通、通变,是指贯通古今,穷究原委,考察普遍法则。“会通”的思想包含“会同”和“通变”,洵为重要的方法论观念。其实质在于反割裂,以决壅蔽为己任,对同一命题进行多角度、多层次的观照,呈现出时空上纵横贯通的学术模样。郑樵提出“总天下之大学术”的主张,认为学术不必为经史子集的分部而隔断,而应该融会贯通,通过“会”和“通”将天下“异趋”“殊途”的各种学问、知识会集贯通起来,以弄清历史的发展趋势,极古今之变。历史宜于会通,会通往往借助于历史。会通之道既失,古今遂成间隔。参其异而会其同,斯得之矣。如果会通的方法用得妥当,用得到家,则可以产生互相启示的作用,还原被学科割裂的知识之共生完整性,疏通被断代割裂的历史因革之内在脉络,透视被成见所遮蔽事物真相之深层本质。

通兼统与同两义,统则互补,同则相合。然而,因为任何两种互补的事物,必有其相合的一面,所以,互补之通往往淹没于相合之通,所谓“会通”被简单等同于会同,忽略“会通”思想中“变通”的一面。“比勘以观其异,则重分析,分析不厌其详;会通以见其同,则重综合,综合不妨其略。”^[3]毋庸讳言,郑樵提出会通的思想由于强调历史的联系、因依,在强调“通”的同时削弱了“变”的内涵,具有使“会通之旨”偏向于“相因之义”的内在理论倾向,对于《周易》中通变思想的精华不够重视。《说文》二卷下:“通,达也。”段注云:“达之训行不相遇也。通正相反。”朱熹在《周易本义》卷三中注释说:“会,谓理之所聚而不可遗处;通,谓理之可行而无所碍处。”^[4]在《朱子语类》中,朱熹又解释“会通”之义云:会以物之所聚而言,通以事之所宜而言。“且如事理间,若不于会处理会,却只见得一偏,便如何行得通?须是于会处都理会,其间却自有个通处。……会而不通,便窒塞而不可行;通而不会,便不知许多曲直错杂处。”^[5]朱子此说对我们认识、理解这一领域的特定属性

[1] 徐子宏:《周易全译》,贵州人民出版社1991年版,第369页。

[2] (宋)郑樵:《通志》第1册,中华书局1987年版,第1页。

[3] 徐梵澄:《〈玄理参同〉序》,载《徐梵澄文集》第4卷,上海三联书店2006年版,第47页。

[4] (宋)朱熹:《周易本义》卷三,李一忻点校,九州出版社2004年版,第272页。

[5] 黎靖德编:《朱子语类》第5册,王星贤点校,中华书局1986年,第1913页。

有所启发。学术之会通在于义理之互证,并非使两两悖逆对立的方面会合拢来就行了,而是要使之贯穿起来,既相遇又不遇,将其历史上的不同面貌一一呈诸笔端。殆“比勘以观其异,则重分析,分析不厌其详;会通以见其同,则重综合,综合不妨其略”^[1]。西周末年史伯提出“和实生物”的命题,即意在强调通过不同事物间的差异、矛盾及其平衡达致相互融通,实现事物的有机结合,从而产生新事物、创造新东西。求同思维亦称收敛思维、汇聚思维、聚合思维、封闭思维,这种思维往往呈现向轴心集中辐辏的特征,可以提高我们分析、综合、抽象的能力。但这并不意味着可以颀然强将多个事物聚置一处,不能敝心力于蹇浅地“合二为一”,处处唯此是求,处处以此求之势必窒碍不通,而是不仅求其同,也须存其异,因同见异,即异求同,别异观同,并存不废,既重视对“理之所聚而不可遗处”的把握以理清“许多曲直错杂处”,又注意做到“理之可行而无所碍处”以避免“窒塞而不可行”,从而达到论之有据、言之成理的有价值、有意义的“通”。斯蒂文·贝斯特(Steven Best)、道格拉斯·凯尔纳(Douglas Kellner)指出:“视角一词意味着每个人的视点或分析框架绝不可能完全如实地反映现象,它总是有所取舍,总是不可避免地受到观察者本人现有的假设、理论、价值观及兴趣的中介。视角这一概念同时也意味着没有哪个人的视点能够充分地说明任何一个单一现象的丰富性和复杂性,更不用说去完全地说明一切社会现实的无穷的联系和方面了。”^[2]伽达默尔认为,“视域就是看视的区域,这个区域囊括和包容了从某个立足点出发所能看到的一切。”^[3]“理解一种传统无疑需要一种历史视域”^[4]。真正的会通类似于伽达默尔所谓的“视域融合”,不是一种视域吞并另一种视域,而是先将异己视域与自己的视域区别看(观异),然后通过平等的对话达到视域融会(会通)。学者需要找到两者的契合点来“会通”,以期“宛转关通”;而同时,欲有所阐发,又必然是在元理念的主导作用下寻求最小公分母,既不是把两者强扭在一起,也不是求其枝末之同,似通而又未通,迷离恍惚,难以置辨,而是举本统末,以本为纲,求其本体层面的贯通。热衷于抽取表面相似的点、为会通而会通的所谓“会通研究”,属于会通研究方法的误用;将会通研究等同于东拉西扯的牵强比附,则是对会通方法的误

[1] 徐梵澄:《〈玄理参同〉序》,载《徐梵澄文集》第4卷,上海三联书店2006年,第47页。

[2] [美]斯蒂文·贝斯特、道格拉斯·凯尔纳:《后现代理论:批判性的质疑》,张志斌译,中央编译出版社1999年,第339—340页。

[3] [德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》,洪汉鼎译,商务印书馆2011年,第427—428页。

[4] [德]汉斯-格奥尔格·伽达默尔:《真理与方法——哲学诠释学的基本特征》,洪汉鼎译,商务印书馆2011年,第431页。

解。这种顾此失彼的研究思路不注意信息摄取的有差别的多样性的累积、涵蓄与有机整合,使得思想流于粗疏、简单、原始和同一,从而不可能实现知识的创造。牵强附会,曲为之说,有可能使“会通”因定向发挥的解读得到充分“证明”,不通而勉强求其通,其所谓通处往往不是真通而是“笼通”。

《易》云“穷则变,变则通,通则久”。宋代张载说:“合内外,平物我,此见道之大端。”^{〔1〕}会通研究不能以比勘事毕而止,否则有如桑蚕食叶而不能抽丝,不过卢陈旧说,博取成文,随人步趋而已,必须具有超而越之之志,运以别识心裁,心营意造,在董理旧说基础上创新发挥,疏通致远,从整体和根本上考虑问题,化人为我,折衷归一,摆脱旧说樊围,以成一家之言,具有自家面目。这种重构超胜的极顶境界是一种异质性的原创思维,致力于自己独辟蹊径的凿空创通,为后人留下足迹。在近代,有志之士就对清政府“待本国商人如制佣奴,而待外国商人如奉骄子”^{〔2〕}表示不满。因近百年历史的发展落后而导致的民族自卑心态使得崇洋媚外现象至今在我国社会各界各个领域都还广泛存在,崇洋媚外导致社会大众往往下意识地盲目崇拜国外的所有做法而否定自我的一切(优劣)。“迷信是人类本身存在的一部分;在我们以为已把它全部清除了的时候,它却藏身在最出人意料角落里,而一旦它相信自己是万无一失,就又突然地冒了出来。”^{〔3〕}西方的学术目前船坚炮利,大举入侵,以至于中国学者面临不公平竞争。人们对自己的文化不了解,不感兴趣,言必称西方,沦为西方学术的消费者,知识的权威性不是来自对问题的深入研究,而是隐以西方的法律为无上正等正法,以西方人的言说为论衡的圭臬,恰如邓实所言“尊西人若帝天,视西籍如神圣”^{〔4〕},似乎连月光也是外国的亮派。苍蝇附骥,捷则捷矣,难辞处后之羞;莠萝依松,高则高矣,未免仰攀之耻。蔡枢衡在上世纪对于中国法学呈现出的次殖民地风景图的描绘栩栩如生:在法哲学方面,留美学成回国者,例有一套庞德学说之传播;出身法国者,必对狄骥之学说服膺拳拳;德国回来者,则于康德派之施塔姆勒法哲学五体投地。^{〔5〕}时光荏苒,这种有人无我的景象并未绝迹。元代张国宾《相国寺公孙合汗衫》第三折:“近寺人家不重僧,远来和尚好看经。”^{〔6〕}距离产生美。远方的风景被猎奇心理所摄取,遂难免目不见睫。人

〔1〕 (宋)朱熹编、(清)张伯行集解:《近思录》卷二,中华书局1985年,第85页。

〔2〕 《论中国宜保护商务》,《东方杂志》第1卷第9期。

〔3〕 [德]歌德:《歌德的格言和感想集》,程代熙、张惠民译,中国社会科学出版社1982年,第8页。

〔4〕 邓实:《国学保存论》,载于《政艺通报》甲辰(1904年)第3号。

〔5〕 蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年,第98—99页。

〔6〕 张国宾:《相国寺公孙合汗衫》,徐征等主编:《全元曲》第5卷,河北教育出版社1998年,第3003页。

既易于贵所闻而贱所见,所以也易于贵远贱近,向声背实。一些彻头彻尾、彻里彻外的崇洋媚外者媚眼向西方,附会西人,迎合西学,国外学者一研究什么,马上去跟人家凑泊。异国他乡的学者微藉风声,便被国人所心醉魂迷向慕,延颈企踵,甚于饥渴。某些外国人一到中国,中国那帮在国内牛气冲天的学霸,跟在后面自卑自贱。其实,外国学者研究中国问题并不见得精深,中国问题的研究应该由中国人掌握话语权,而让外国学者擅胜,实在是我们的耻辱。我在与许多外国汉学家谈论问题时,发现他们对许多中国历史问题都知之甚少。他们用的大多都是西洋镜,所见的世界与中国自然都是“西洋镜里的世界与中国”,甚至错将“镜相”当“真相”。但是,由于中国的推崇,这些在本国寂寂无名的人物在中国被宠坏了,自以为在中国如同来自宗主国的国王或总督,趾高气昂,不可一世,将逾格礼遇视为理所当然,反而将中国人视若贱民。中国人才济济,一些中国学者扎实的力作在外国汉学家的心目中也不是视若无物的,我们应该具有中流砥柱的坚定信心。如主持清末修律的清廷大臣沈家本所言,“道理自在天壤,说道真确处,古今中外归于一,不必左右袒也。”^{〔1〕}关键在于我们自己要挖掘得够深,掘井汲泉,磨穿铁砚,直到别人称你为“世界的惧畏”。

王旭在取得博士学位后数年又反复打磨自己的论文,但任何研究都不可能尽善尽美,而正是存在继续努力的空间,我们对于王旭博士的未来学术前景寄望尤殷。忝为人师,故为之序,借用梁启超《说希望》一段文字表达对中国学术未来的期冀并与王旭博士共相勖勉:旭日方东,曙光熊熊,吾其叱咤羲轮,放大光明以赫耀寰中乎!河山伏流,牵涛怒吼,吾其乘风扬帆,破万里流以横绝五洲乎!^{〔2〕}

张世明

2015年11月26日于中国人民大学明法楼

〔1〕 (清)沈家本:《王穆伯佑新注无冤录序》,沈家本:《历代刑法考·附寄穆文存》第4册,中华书局1985年,第2217页。

〔2〕 夏晓虹编:《梁启超文选》上集,中国广播电视出版社1992年,第274页。

导 论

一、问题缘起	1
二、学术史回顾	4
三、研究的理论和方法	12
四、基础文献	13
五、研究结论	15

第一章 唐以前则、例字源字义考释

第一节 则字源字义考	19
一、则在古代典籍中的字义	19
二、则字源争议	20
三、甲骨文贝、贞、鼎字形争议	23
四、金文中的则字形变化	24
五、隶书则字变化及定型	29
六、从字形到字义	30
第二节 例字义考	31
一、例的字形和字义	31
二、例的思维从经学到律学的转变	31
三、例的法律含义变化	33

第二章 则例作为法律术语的开端

第一节 唐代则例概念的含义	37
一、唐代则例用法的史料考察	37
二、从例的技术理解唐代则例的产生	45
第二节 五代时期则例的发展	51
一、则例的使用范围和含义	51
二、五代则例演变分析	61

第三章 宋代则例的多样性和形式发展

第一节 宋代则例的多样性	65
一、税收则例	65
二、中纳则例	75
三、折算则例	80
四、俸禄待遇则例及支请实践	82
五、赏赐则例	86
六、差役则例	92
七、宴设则例	102
八、其他使用则例的场合	103
第二节 宋代则例形式的发展	105
一、则例存在的形式和发展过程	105
二、则例的形式与名称	110

第四章 元代则例作为法律形式的转型

第一节 则例的种类和内容	119
一、俸禄待遇方面的则例	119
二、收江南粮鼠耗则例	120
三、市舶则例	122
四、用水则例	123
五、站户余粮当差则例	126
第二节 元代例与则例的关联	126
一、元代以例为名称的法律广泛出现	126
二、例与则例	128

第五章 明代则例的扩张

第一节 则例内容扩张	133
一、税收则例及相关的优免则例、劝借则例、加耗则例	133
二、折算则例	144
三、俸禄待遇则例	145
四、征输则例和漕运则例	148
五、中纳则例和捐纳则例	149
六、其他则例	153
七、则例内容和含义的扩张	155