



Legal Traditions of the West and China

中西法律传统



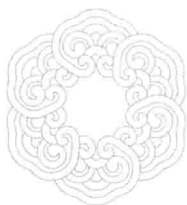
· 第11卷 ·

主 编 陈景良 郑祝君
执行主编 李 栋



中国政法大学出版社

Legal Traditions of the West and China



中西法律传统

· 第11卷 ·

主 编 陈景良 郑祝君
执行主编 李 栋



中国政法大学出版社

2015 · 北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中西法律传统. 第11卷/陈景良, 郑祝君主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 12
ISBN 978-7-5620-6538-8

I. ①中… II. ①陈… ②郑… III. ①法律—思想史—对比研究—中国、西方国家
IV. ①D909. 2②D909. 5

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第302065号

出 版 者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm × 960mm 1/16
印 张 19.5
字 数 310 千字
版 次 2015 年 12 月第 1 版
印 次 2015 年 12 月第 1 次印刷
定 价 44.00 元

感谢中南财经政法大学法学院对本刊的资助!



目
录

台湾地区法律史学者治学访谈

法史经验谈：研究方法与当代价值	
——张伟仁先生访问录	/ 3
法史经验谈：研究方法与当代价值	
——黄源盛先生访问录	/ 11
法史经验谈：研究方法与法律移植	
——陈惠馨先生访问录	/ 28
法史经验谈：研究方法与法学教育	
——高明士先生访问录	/ 42
法史经验谈：学术历程与研究旨趣	
——陈登武先生访问录	/ 56

台湾地区法律史学者论文

第十八层地狱的声音：宗教与宋代法律史研究法	柳立言 / 71
从《洪范》与《周礼》论西周之法度	张永祥 / 121

唐代的法律知识教育与取才

——以“律学”和“科举”为观察视角

杨晓宜 / 177

中国法律传统

黄宗羲式法政秩序原论

——基于《明夷待访录》文本的分析

王小康 / 199

东吴法学院法律人才培养及其启示

李 栋 / 222

西方法律传统

陪审团裁判传统与排除合理怀疑标准的确立

潘 驰 / 255

作为法律论证一种新进路的论题学

王世柱 / 290

《台湾法律史学人专刊》编辑手记

昨日邻家乞新火，晓窗分与读书灯

舒 砚 / 305

《中西法律传统》第十二卷征稿启事

/ 309



台湾地区法律史学者
治学访谈



法史经验谈：研究方法与当代价值

——张伟仁先生访问录

访问/整理 舒 砚*

受访者：张伟仁，台湾“中央研究院”研究员，哈佛大学法学博士（S. J. D.）。曾于台湾大学、加州大学洛杉矶分校、哈佛大学、耶鲁大学、康奈尔大学、纽约大学、法兰西学院等校任教。康奈尔大学及纽约大学曾分别授以其“胡适讲座教授”、“环球法学讲座教授”，哈佛大学法学院并以其名设立奖学金，资助华文地区学者赴该院进修。其主要著作有《中国法制史书目》、《清代法制研究》、*Traditional Chinese Legal Thought* 等，现在正在撰写 *Struggle for Justice in Late Imperial China* 及《寻道》二书。

访问时间：2014年11月27日，19:10~20:10

访问地点：台湾“中央研究院”中餐厅

舒 砚：先生幼时接受过传统文化的学习，后来又在英美学习法学多年。您的文章总是能很深刻地抓出中国传统法律的特质，是否得益于这种兼备中外的学习背景？美国法学家庞德早在1948年就提出应以法律史和比较法作为中国法学发展的基础，您对此是怎么看的？

张伟仁：可以这么说吧，反正我也不敢讲我对东西方的东西都懂，但我对中国的东西是了解得可能稍微多一点的。因为我从小就阅读过很多古籍，后来又继续做法律史的研究。但是对西方的东西，我的了解还是很有局限的。虽然我在美国读过很多年的书，但是要做比较研究，是应该要对整

* 《中西法律传统》编辑，中南财经政法大学硕士研究生。

个的文化、整个的体系有深入的了解才可以的，不是在美国读几年书看几本书就能够做比较研究的。实际上，你接触得稍微多一点以后，你反而会觉得你知道的其实太少。所以，我一直不敢做比较研究。现在好像大家都流行做比较研究，我觉得这个是需要很大的勇气的。因为你对比较的两者，都要有深刻的了解，否则只是粗浅的了解便开始做比较，不是浪费笔墨、浪费纸张、浪费别人的时间吗？现在的学界就是有问题，大家都不静下心来做研究，懂得了一点皮毛就在那里做比较。真正稍微懂得一点中国东西的人，就知道他所说的中国东西是非常肤浅的。假如是懂得西方东西的人，他就晓得这种比较研究对西方的认识不仅肤浅，而且错误百出。因此，我听人家讲要做比较研究，就很害怕，就觉得这个人一定是非常了不起的人。我自己则是不敢做这个东西的。我现在写书就写中国的东西，我都不做西方的东西，不做比较研究。当然我在美国读书很久，在那里教书，我接触到的东西也许是比一般人要多一些。

对于庞德先生的论断，我是持同样的观点的。前面一点他讲得很好，我们要研究一个国家的法制，就必须要知道这个法制的背景、法学的传统、法文化，不是仅仅只有法律，法律是文化当中的一小部分，要了解法律，你必须要从文化的角度着手。从文化的角度着手有什么好处呢？它可以训练我们。目前在西方有些国家，他们想要了解一点东方的东西，他们就会觉得受到很大的挫折感，为什么呢？原来他们听中国学者讲中国的东西，觉得中国的学者对自己的东西了解得很有限，因此他们不能有更多的了解。可是他们会问一些问题，则中国学者难以回答。因为世界上有不同的法系，有许多不同的细节上的规定，但是一个法律制度它所追寻的、要追问的一个问题，在某一个高的程度上来讲，是古今中外共同的要追问的一些问题。比方说，人类为什么要有法律？人类已经有许多其他的规范了啊，在政治权威还没有建立之前，人类已经建立了许多规范，在法律出现的时候就已经有了政治权威。那为什么还要有法律？法律跟其他规范之间有什么差异？为什么有人会在一个社会有了很多规范之后，又另制定一套叫做法律的东西，然后要求人去遵循？这些人是具有什么样的资格的人？他们追寻的是什么？他们是怎么样去制定法律的？他们制定的法律和制定的其他规范有什么不一样的地方？制定这些法律的程序是什么？执行这些法律的程序是什么？这些问题都是古今中外所共同的追问。所以呢，西方



的人如果对于中国法学的世界是完全不知道的，但是他们想要了解中国的东西，就都会问这些基本的问题。可是我所接触过的西方的学者，他们对现在中国的学者都很失望，因为中国人对中国的法制的基本问题，也就是刚刚提出来的这些问题，都答不周全。所以我认为，庞德的话前面一半是很好，就是要了解中国法制的历史、了解中国法制的文化，要了解中国整体的文化，法律史当然是其中之一。但是想要做比较研究，现在在理论上是对的，因为通过比较可以看出自己文化的特点、自己文化跟人家不一样的地方。但是实际上，如果缺乏对所比较的两个文化的系统了解，比较研究就没有什么意义了。

舒 砚：最近大陆法史学界对法律史研究方法又进行了诸多讨论，特别是有一批年轻学者强调采用社会科学的方法研究法史。您曾经也提到过社科方法对研究法史的重要性。您对大陆年轻学者提出社会科学方法研究法史是怎么看的？您觉得法律史研究应持何种方法或态度？

张伟仁：现在讲社会科学的方法，其实做研究有一个共同的方法，没有什么特别的。但是有一些研究有一些特别的方法，有的研究强调谱系，从谱系里面可以看出。有些人对是非对错的研究，是从社会学的观点来看，有的人是从人类学的观点来看、从伦理学的观点来看，等等。可是呢，社会作为一个整体，任何学问整体的研究都要归类到某个学科，没有说我做法史就要用某一种方法，你要用某种方法你就是偏于一面，就不能够整体评价，所以真正要做法史的研究牵涉到整个文化演变的过程。所以最后这方面呢，各方面都要顾及，不会说我只用某一种学科的方法研究法史，这个是一个很偏颇的观点。

舒 砚：无论法史研究是否繁荣，似乎总不能很好地响应法史研究有何之用的质疑。作为基础学科，法史研究似乎很难给部门法研究以贡献，您是怎样看待法史研究有何之用的疑问的？

张伟仁：人类的文化，每向前走一步，或者是向后退一步，或者是向旁边跨过一步，都不能说是突然冒出来的，人都是从最简单开始向前走一步。因此，一定要了解你是怎么样来的，这是第一点。第二点呢，整个文化拥有某种力量，不管向哪个方向走，你作为一个学者在这个里面你不知不觉就受其影响，你假如在研究里面不注意方法，这股力量你没有充分地了解的话，那自己就像一个没头的苍蝇到处乱窜。第三点就是，当然社会

在变，新的问题出现，要用新的方法去改变它，才能去应对它。外在的环境在变，外在的、物质的环境也好，精神的环境也好，很快就变了，而你却没有看到。但是呢，如果我们仔细想一想，人有没有在变呢？中国人跟西方人、跟日本人、跟印度人是不一样的，为什么不一样呢？不是说他们生物体有什么不一样，而是说他生活在这环境里面，也不不知不觉受这个环境的影响。所受的影响都是以前的影响，以前的影响不是说十年、二十年、一百年的影响，而是几千年的影响。对中国而言，影响有几千年的，这个影响一般人没有去想。但是你去想一想，几千年以前人的智慧，在其以后，能见证的人够不够多？但是这表示，现在的人比以前的人就聪明一些。以前的人最普通的里面也知道许多事务。也有以前的人，他的精神、思想，是可以拿来与今天做一个比较的。中国人的许多基本的想法，不管你是农村里长大、没有读过什么书，或者是你读了基础的教育甚至是到了国外去留学，甚至留在国外工作，但是你去跟他们谈，他们的许多基本的想法，还是跟西方人不一样。因为我有许多朋友，他们还是继续留在美国，留在欧洲，但他们没有被那个社会完全容纳。

举个例子，中国人对父母、子女、夫妻这些关系，对这些的看法是孝敬、爱老优先，西方呢，他们有没有这些观念呢？当然有，但是他们对这些事的看法跟我们真的不一样。我有个很好的朋友，美国人，他也是在学术上有很高的成就，他跟他太太结婚以后，因为父母不喜欢他这个太太，在中国人的反应里面，尤其在古代，父母可能会让儿子休妻。我这个朋友呢，就因为这些冲突，他就从结婚以后第二年开始，就跟他父母断绝关系，到现在为止他也已经是七十来岁了。他从二十来岁就跟父母断绝关系，现在几乎五十年与他父母没有联系。当然后来他父母也过世了，完全不来往。这个事情呢，在西方当然也不是一个常见的、典型的现象，但是故事讲出来，欧洲的朋友、美国的朋友没有觉得是什么不可忍受的。可是这个你在中国可以接受吗？现在不是说像古代那样公婆要赶走儿媳，可是子女可以这样做出断绝关系的事吗？即使有的人自己要这样做，但是这些话讲给一般人听，一般人会接受吗？

因此，研究的关键在于，你要去研究中西方的这个问题，你如果对整个中西方文化的背景不了解，你做出来的研究就非常肤浅，非常皮毛。再者呢，我最讨厌的就是，有的人抄袭西方人的句子，说是现代人写的文



章。第三种呢，就是说某某大师怎么讲，讲出来，没有自己的思想。这些大师呢都是西方的，中国的好像是没有，可是你作为一个中国人，你能够确切了解他们的心理吗？你能够了解他们为什么这么做吗？所以说，你这里问这个问题呢，这样讲，从很多方面来看，要研究中国的问题，你要懂得中国文化的东西，你要晓得你自己也是这个文化的一部分，你自己本身就有偏见，你要把自己以前的偏见彻底清除掉也不是不可能的，可是再进一步讲，也是没有这个必要的，什么东西没有偏见呢？所以说，这些都是相对的，我们要找出我们自己从情理上看，是一个自己可以接受的东西，就是我们的根本，然后才能够去判断自己的过去，也能够再判断别人的过去，自己的根本都不了解，根本没有资格去做比较研究，也不能够去做自己的研究，更不要说去做别人的研究。

部门法现在变成完全是一个技术性的东西，可是事实上部门法也是法律的一部分，所以就每一个部门它自己的专业领域也有它的历史。契约法有契约法的历史，侵权行为（法）有侵权行为（法）的历史，刑法有刑法的历史，所以对部门法部分也要有所了解，你要晓得部门法是怎样演变的。我们现在都是抄袭西方的部门法，你也要晓得西方的部门法它是怎么演变的。西方继承法，就英国来讲，所谓长子继承制，*primogeniture*，可是并不是完全没有其他诸子的份儿，比如说这个官爵只能长子继承，但是财产是诸子均分的。你要了解西方的这些东西，把它们搬来是可以适用在我们身上的。首先，跟我们社会的传统相符。其次，更重要的是，完全撇开传统，从情理上来讲，诸子均分财产也符合情理。西方的制度，许多在情理上是站不住的。他们也知道很多制度从他们自己的情理上也站不住，它产生这个制度就是历史的传统。总之呢，人对于自己所生活的环境，这个环境是怎么样产生的，对人会产生什么样的影响，如果不能有充分的了解，是很难做出很好的学问的。

舒 砚：随着工业化、信息化与都市化的发展，传统社会的变迁越来越大，社会发展整体上仍在走西化的道路。在此情形下，您觉得中国法律史研究应该以什么方法向什么方向做研究更好，或者说中国法律史在未来应该向何处去？与此相关的是，最近大陆领导人很强调传统文化对国家建设的作用，大陆一些新儒家都跃跃欲试，准备有所作为，开始文化自信与制度自信。明年（2015年）是新文化运动一百周年，可能会有很多争鸣。

您觉得在此环境下,法律史学人应该发出声音吗?应该发出何种声音?

张伟仁:法律史要发出什么声音呢?我认为,认真思考问题的人,不管思考什么问题,就是我现在讲的,一定要从整体文化来看,所以不仅仅是做法制史的人有什么想法。将来的文化是世界融合的,没有说哪一个文化一定要走自己的道路。要思考问题,就是我讲的,人类文明有一些共同的问题,你要从这个角度去看。法学,古今中外有一些共同的问题,你要从这个角度去看,看之后比对这些结果,你就会发现中国人对某一个问题是有传统的看法,西方人对同一个问题有另外一种看法。可能你这样想,不要说中国人一定从中国里面抽出一个什么东西,或者西方的东西,你要完全站在更高的一个层次来看,从人类的观点来看,从世界的观点来看,哪一个合情合理的,才能指导人类向前。也就是说,一定要从中国里面找出一些东西来,一定要照这个做,非要照这个做,这是非常愚蠢的,这就跟以前全盘西化一样,同样是愚蠢的。你一定要站在一个高的层次来看,而从人类的立场来看,站在整个地球的环境来看,某一个做法是否是对的,这个做法可能有中国的价值,可能有西方的,可能有印度的。

舒 砚:今年(2014年)上半年开始,大陆开启了新一轮的司法改革,主要包括摆脱行政权力对司法的干预,建立法院省以下直属管辖,形成司法管辖与行政区划适当分离的司法体制,在此情形下建立司法人员的分类管理等。您认为传统司法对大陆的司法改革能提供哪些启示?

张伟仁:现在喜欢讲司法权的独立,这其实是一个西方的观点,可是西方人也没有完全做到。为什么呢?也许这个问题不是法律自己的问题,不是只由一批特别的技术人才去做的。最严重的社会问题,往往不是依靠专业技术解决的。但是司法问题除外,都是由专业人才处理。但是这还不够,只有极高度智慧的人才能认识社会整体的目标,要看很多方面,才能很好地处理社会问题。

举个例子来讲,美国最高法院的判决,你仔细去看,真正追求正义的判决几乎没有,绝大部分的判决都是政治性的判决,它希望给社会带来变化。其实美国口口声声说按照宪法,都是假话。最近有出版一本书,说美国正确的明智的政治制度,是美国最高法院,它既是法院也不是一个法院,它基本上是一个政策性机构。所以从种族歧视的问题来讲,民族平等、性别、同性恋这些问题,这些问题是法律的问题吗?所以呢,最后靠



最高法院的判决。其实这是有问题的，最高法院九个人，不是民选出来的，他们的意见有时候是非常错误的，不过他自己却很自信。曾经有一个判决，认为对政党的政治献金啊，个人的，不应该有限制，因此政治选举被财团财阀控制，民主政治都不是。我家里兄弟姐妹六个人，只有我在台湾，其他人全部在美国，入美国籍了。他们认为美国选举对一般人没什么用，选举就是财阀控制。政客呢，以为他自己了不起，其实他们受制于别人。最高法院的法官呢，别以为他们有什么了不起，也就是换一段时间，一批保守的人换一批激进的人。在每一个社会，对什么是正义、什么是公平，这个社会应该是真正能表达意见的。真正一个自由的人，是一个独立的人，有独立的创见的人。跟着人家去跑的，这种行为其实是在督促你冷静地思考。

舒 砚：先生您很强调中国多神论宗教观念对中国人法律观念的影响，似乎先生您把这种多神论的宗教观念看成法律观念的核心。但是目前大陆无神论仍是主流，而且儒家似乎也对鬼神敬而远之，存而不论，只讲慎远追终。您觉得传统的多神论将来在中国法治建设中可以扮演何种角色？

张伟仁：多神论在中国思想当中是特别的主流，中国人就是排斥一神论，这一点是中国很了不起的。排斥一神论呢，就培植了人的思想，因为一神论，是唯一的一种想法主宰，所以现在世界上，一切的动乱，在我看来都是一神论搞出来的。现在回教跟基督教，两个都是一神论，当然我一直觉得佛教它比较好，佛教是不相信神的，也不是无神论，佛教是像中国一样是相信圣人的，一个道德完美的人他可以影响别人，但并不是说他的想法就是主宰你的。相信神的话，像圣经里面一样，那是等而下之的。现在像在中南半岛，好几个国家都是佛教的，却有很强烈的暴力倾向，缅甸尤其排斥回教，这是有历史因素的。因为以前没有很明显的国界，回教徒排斥佛教，佛教徒跟他们有所争斗，其实这是等而下之的，真正好的佛教徒不是这样做的。在斯里兰卡就是锡兰，也有这样的，也是佛教徒跟其他教徒争斗。其实在很单一的佛教徒的国家里面，宗派之间的斗争很少。但是，我认为最好的一种人生哲学还是孔子儒家的。但是，对于孔子的学问，很多人还是不是很了解的，还有很多地方太深奥，所以中国人能够静心思考问题的人呢，假如要相信宗教，安慰他的心灵，佛教是个比较好的

选择。

舒 砚：先生认为多神论的观念在中国未来法治发展过程中可以扮演一种什么样的角色？台湾目前社会状况下，存在各式各样的宗教组织，而实际上各宗教组织可能教义差别并不大，这种宗教局面会不会太过混乱？

张伟仁：这个不一定是多神的观念，最好说是中国人不相信一神的观念，这是为什么呢？这是因为许多理想的状况，使得中国人又不会沦为囚犯。对于台湾目前这种宗教局面不必感到担忧，不用大惊小怪。真正的宗教都只是少数几个人在弄，等而下之的是骗钱的，有的呢他不一定是骗钱，因为他有一些离奇想法，有些人呢跟着一起相信，这些都无所谓，这些对社会的影响微乎其微。反一神教，就是反统治性的思想，这种心态对中国的，不仅是法律，对中国整个文化的理念都有很大的影响，这一点呢，就比西方强。西方是怎样跳出耶稣的思想的统治的呢？西方人呢，近代的西方人宗教观念已经比较淡薄了，都是比较理性的一套了。我们中国呢，不需要像他们经过这么多年才能够克服这一些，我们呢早就解决了这些问题。有人就说呢，宗教呢就是愚昧的人的鸦片，许多人是需要鸦片的，当他很痛苦的时候，所有的止疼药都没有用，鸦片止疼，当什么都不管用的时候只有那个有用。有人相信宗教，无可厚非，是他们的需要，这些人假如都是因为他自己个人的情绪的需要也没什么关系。但是如果把他所信的东西作为唯一的真理强加于人，这就是世界动乱的主要原因，古今中外动乱的一个主要原因就是一些人把自己的意志强加于别人。



法史经验谈：研究方法与当代价值

——黄源盛先生访问录

访问/整理 舒 砚

受访者：黄源盛，台湾大学法学博士。现任辅仁大学法律学系专任教授，“中央研究院”历史语言研究所兼任研究员，政治大学、东吴大学法律学系兼任教授，《法制史研究》主编。曾任中国法制史学会理事长（2009.3~2013.3），日本京都大学法学部研究员、访问学者，东京大学东洋文化研究所外国人研究员。研究专长为法史学及刑法学。著有《汉代春秋折狱之研究》（硕士学位论文）、《沈家本法律思想与晚清刑律变迁》（博士学位论文）以及《中国传统法制与思想》、《民初法律变迁与裁判》、《法律继受与近代中国法》、《中国法史导论》等书，另著有法制史相关学术论文几十篇。近十年来致力于《民初司法档案》的整编与研究，纂辑有《大理院民事判例全文汇编》、《大理院刑事判例全文汇编》及《平政院裁决录存》等法制史料百余册。

访问时间：2015年1月8日，16:30~18:00

访问地点：台湾政治大学综合院馆南栋3楼教师休息室

一、法律史治学之路

（一）国学奠基

法史，名称有很多种，有法制史、法律史、法文化史等，不论其名称为何，它是一门整合了史学与法学的人文社会学科，是以法律为主，以历史为辅；而如果要谈及中国古代法史的话，还涉及国学与经学等问题。

提及治法史之路，万般因缘和合，我大四学习中国法制史课程时，看