

苏亦工 著

西瞻东顾

固有法律及其嬗变

清華法學文叢



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法學文叢

苏亦工 著

一瞻东顾

固有法律及其嬗变

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

西瞻东顾:固有法律及其嬗变 / 苏亦工著. —北京:法律出版社, 2014. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 7264 - 7

I. ①西… II. ①苏… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 279349 号

西瞻东顾:固有法律及其嬗变

苏亦工 著

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 26.5 字数 416 千

印次 2015 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 7264 - 7

定价:70.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

苏亦工

男，天津市人。北京大学法学博士（2000年）、北京大学法学硕士（1987年）、河北师范学院历史学学士（1984年），现任清华大学法学院教授。自1987年8月迄今先后在中国社会科学院法学研究所和清华大学法学院从事中国法律史、法律文化的研究和教学工作。1993年8月至1995年10月于美国华盛顿大学法学院、2001年8月至2002年8月于韩国首尔国立大学法学院、2003年7月于澳洲国立大学法学院从事访问研究，2008年7月至2009年1月在瑞士弗莱堡大学联邦研究所任客座研究员，还曾于1997年至2006年间五度赴香港大学法学院从事香港法律史研究。著作主要有《天下归仁：儒家文化与法》（人民出版社2015年版）、《中法西用——中国传统法律及习惯在香港》（社会科学文献出版社2002年初版、2007年再版）、《明清律典与条例》（中国政法大学出版社2000年版）、《中国近代警察史》（社会科学文献出版社2000年版），并有译著《法律现代主义》（中国政法大学出版社2004年版），古籍整理《历代判例判牍》第9册（中国社会科学出版社2005年版）等。先后在《中国社会科学》、《法学研究》、《中国法学》、《中国高校社会科学》、《国学研究》、香港《21世纪》杂志及Hong Kong Law Journal、韩国《法史学研究》、ÉTUDES CHINOISES等海内外刊物上发表学术论文七十余篇。

寻找 21 世纪的大学之道和法治精神

——新清华法学 20 周年丛书序

清华大学法学教育最早可以追溯到 20 世纪初庚子赔款的放洋生 (1909—1925), 他们当中有一部分当年远渡重洋学习法律, 是最早一批到美国读法律的中国人, 他们毕业后带着西方法治文明, 回到多灾多难的故土报效祖国。1928 年清华学校改制为大学, 法学院是最早设立的四大学院之一。新中国成立后, 1952 年全国大学院系调整, 清华大学被改造为工科学府, 文科专业并入其他高校。几十年里, 人们对清华工科院校的形象已经固化, 似乎忘记了清华本来就是综合大学, 今天教育部仍然把清华划归“理工”类院校。

1995 年 9 月 8 日, 在那个秋高气爽、天高云淡的早晨, 清华大学校长王大中院士宣布恢复法学教育, 复建法律学系。1999 年 4 月 24 日在法律学系基础上, 清华大学复建法学院。20 年后, 作为亲历这一过程的教师, 我仍然十分佩服清华大学领导当年的远见和果断。

20 年来, 81 位教师前后在这里全职任教, 目前在职 68 位, 还有 20 多位兼职教师曾经传道于此。20 年来, 八千多优秀法治人才从这里毕业, 走向法治建设和各行各业第一线。这是一个高端“移民社会”, 每一位学人的到来都有一个故事, 有一段曲折的道路。有的离开长期执教的学校, 加盟这家新式学堂, 尝试新理念, 探索 21 世纪的大学之道, 希望人生有一个全新的开始; 有的不远万里, 从大洋彼岸来到北京, 耕耘在这片法学新天地; 有的初出茅庐, 踌躇满志, 从世界各地的著名学府直接走入清华园, 开始自己对法学和法治精神的追寻。清华一度成为法学精英心中的“延安”或者说“新大陆”, 带

给人们无限的想象空间。英雄不问出处,无论何种原因“移民”到这里,大家都看上了清华园这块学术沃土和教育重镇,毅然决然迈出人生这关键的一步。一个学生在这里学习几年,称其为校友。这些老师大部分不在清华本校毕业,也许称不上严格意义的“校友”,但他们在清华的时间远远超出任何一个学生,那是十多年、几十年乃至一辈子的承诺、坚守、守望!正是这些老师的到来,才有新清华法学的故事和奇迹。

清华再次与法学相结合,不仅仅是物理上的叠加和积累,更是奇特的化学反应,形成了独特的气派、精神和品格,产生了“新清华法学”这一法学新流派。每一个人都是一个例外。每一个大学、每一个学院也都有自己与众不同的精神特质。大学的精神特质或者说品质特征是由老师、学生、校友在特定的地方、历史和文化背景下创造出来的共同的价值追求。那么,清华大学法学院,或者说清华法律学人具有什么样独特的精神特质呢?

最突出的一点,清华法律学人无论研究理论实务,公法私法,实体程序,国内国际,无不秉承清华大学“自强不息,厚德载物”的校训,具有强烈的家国情怀,承载崇高的责任使命,饱含对人民、对国家深厚的感情。清华大学诞生于多灾多难的旧中国,起源于血雨腥风的战火,可谓民族耻辱的产物。从诞生那天起,清华大学就注定对这个国家、这个世界承担着特殊责任。也许正是戴着“赔款大学”这顶屈辱的帽子,使得一代又一代清华人特别爱国,历代清华师生先天下之忧而忧,以天下为己任,为民族复兴和国家崛起而发奋努力。从1910年第一位赴美国攻读法律的张福运,到1946年参加远东国际军事法庭审判日本战犯的中国法官梅汝璈和检察官向哲浚,以及钱端升、王铁崖、端木正、陈体强、龚祥瑞等等,一直到2010年把生命奉献给清华和国家法治事业、“一切学术为了中国”的何美欢,我们都能感受到一脉相承的清华特质和清华品格:他们精通国际,洞悉世情,又非常爱国,广阔的国际视野和发自内心对国家的热爱、对事业的执着完美结合在一起。一切学术为了中国,为了人类和平进步事业,为了那比阳光都珍贵的公平正义!这就是清华法律学人一贯的价值追求,也是永恒的大学之道。

清华法学的另一个特质就是对“道”、对真理的不懈追求。法学不仅仅是古代的“律学”或者近现代的法律学,也不仅仅是一套知识体系和技能技巧,而是关于公平正义、治国理政的大学问,终极追求是建构公正和谐的社会

秩序,保障基本人权,实现国家治理体系和治理能力的现代化。法治不仅是按照法律条款治理,更重要、更根本的是追寻法治的真谛,按照理性和法治精神治理。但法律的职业属性很容易走向只重视“术”、而忽视“道”的追求和传承。丧失理想和价值追求的职业是纯粹的技术技巧,是迷失方向的知识传授,是可怕的“术”。因此,法学研究绝非简单的职业技能研究,必须同时也是关于“大道”和真理的研究。只有建立在道德理性和人文关怀基础上的法治,才具有可持续性,因为不道德比非法更可怕。法律人永远不能让知识技巧超越人类美德的底线,不能忘记天上的星空和心中的道德律。古人讲“天理、国法、人情”表达了同样的期望和诉求。大学是文明的灯塔,是讲大道、讲真理、讲理想的地方,要引导社会,而非完全被社会所引导。大学之道,在明明德。1932 年清华法学院增设法律学系就提出“本学系宗旨,系对于应用及学理两方面,务求均衡发展,力避偏重之积习,以期造就社会上应变人才,而挽救历来机械训练之流弊”。今日清华法律学人继承了清华法学这一光荣传统,追求法治的大道大德和独立精神,带着崇高的理想和对真理的热切追求开展理论和实务研究。我们为此把“独立之精神,自由之思想”十个大字印在《清华法学》封面上,作为清华法律学人共同的学术座右铭,互勉互励。法学院大楼取名“明理”也有这方面的用意。

历史上的清华法学常常中断,命运多舛,这本身就是中国百年历史的真实写照,反映了法律、法学在中国命运的变迁。这 20 年来我也常常担心法学院会不会再次关门,这种忧虑曾经长期挥之不去。一直到 2014 年中共十八届四中全会,在中华民族历史上开启波澜壮阔的法治建设工程,我才坚信清华法学院今后再也不会关门!一个国家坚持开办自己的法学院,一百年、二百年乃至永远不动摇,不信法治建不成!只要有法学院在,法治就有希望。有位清华老领导当年参观百年哈佛法学院,看到十多栋雄伟的大楼屹立在法学院校园中,说了一句意味深长的话:光看哈佛法学院这么多大楼,就知道这个国家建设法治的决心有多大,就知道这是世界一流法学院。

20 年来,清华法律学人在学校大力支持下,一方面广筹资源,兴建大楼,让法学院永远扎根清华园沃土和中华大地上,表达对法治建设的坚定承诺;另一方面,在继承清华法学优良传统基础上,锐意改革,推陈出新,极大扩展了法学的内涵和外延,为法治中国建设贡献才智,为中国法学增添新的光彩

和荣誉。这20年既是历史的延续,也是伟大的开端。清华法学的故事时隔多年,不仅延续下来,而且扎根、升华,不断发扬光大,深入人心。在全面推进依法治国新的历史起点上,在决定中华民族前途命运的这场“广泛而深刻的革命”中,清华法律学人没有缺位,也不能缺位,必将发挥更大的作用,扮演更重要的角色。清华法学必将不负众望,不辱使命,焕发出新的生机与活力,再造新的辉煌,“历千万祀,与天壤而同久,共三光而永光”。

在这个特殊的历史时间节点上,在全面推进依法治国元年,为庆祝清华大学恢复法学教育20年,清华法律学人把自己多年的学术成果汇编成册,分批出版,意义非凡。尽管大家研究的具体领域不同,学术理想和观点也有差异,语言风格自然也各不相同,但是透过每篇文章的字里行间,人们仍然能够看到其中的共性,看到新清华法学鲜明的精神特质和价值追求。每一篇文章,每一行文字,都是呕心沥血之作,都是用真心、带着理想和深厚的情感写出来的学术精品。我不善于写序,也无法完全概括同事们取得的学术成就,只是把我所理解的清华法律学人对21世纪大学之道和法治精神的探寻加以初步总结归纳,与诸君切磋共勉,并聊以为序。

王振民

2015年5月5日

于清华园明理楼

自序

时间过得飞快,一晃来到清华园任教已经四年了,迨至明年,清华法学院复建将届廿载,正一步步走向成熟和辉煌。暑假前,欣闻院里有意为本院教师出版一套自选文集。自忖来院时间虽短,贡献固属微不足道,但在这二十年的复建过程中,毕竟也与本院同人共度了四分之一的时光,还是应当有所表示的吧。于是不揣简陋,盘点旧文,裒为一编,定其名为《西瞻东顾:固有法制及其嬗变》,以誌躬逢嘉期之盛意!

收入本书的文章,其写作起自甲子(西历1984年)迄于甲午(2014年),其中发表于西历二十世纪八十年代的2篇,九十年代的8篇,余下的17篇,都发表于新世纪,合计共27篇,析为7卷。从某种意义上说,本书也算是对个人滥厕法律史学科三十年来所作的一个小结吧!

本书前两卷虽然只有4篇文章,但是篇幅较大。按照西方法学的分类方法,其内容涉及清代的立法、司法及刑事与民事等不同的部门,从多个不同的角度展示了固有法制的面貌。卷三探讨了西法东渐过程中,中国大陆、台湾地区、香港乃至威海卫等不同地域的法制改革的不同特征和表现,也提到了国人自主型和外人主导型两种不同的法制改革模式。卷四比较了中日韩三国法律现代化道路的异同,重点描述了韩国民法典的修订过程。卷五的内容比较庞杂,主要是介绍英美学界的中国法研究状况,附带也谈及笔者游学美国时的几点心得和感受。卷六追述了中国近现代法律变迁过程中两位举足轻重的人物——沈家本和董必武——此二人分别在大清朝灭亡前夜和中华人民共和国开国早期担任过新型法制的擘画者。面对截然不同的中西法制,两人的选择是相同的:弃旧图新,舍中求外。但是在面对错综复杂的中西文化时,两人又都表现出一定的犹疑和困惑,这也是当今中国人,甚或东亚诸国

人依然未能真正解开的心结。卷七保留了笔者初入法史领域时的习作以及其后二十余年间的片段思虑。

本书所收各文虽然牵涉的主题比较广泛,但总体上还是围绕着以清朝为代表的固有法制及其在西方文化和法律影响下所发生的变异这条主线而展开的。西方法制,如今已统治东亚百年有奇,虽貌似文明精致,然因植本于个体,囿限于小我,加之其所依托之文化崇尚功利,煽惑斗争,迷信人为,终不脱野蛮粗鄙之本质,难期持久,在人类的历史长河中,未必不是昙花一现。本书取名“西瞻东顾”云者,既是对近代以来西法东渐历史的回顾,也是对未来中国固有法制复兴远景的前瞻。

本书所收文章发表于不同的时期,如果换一种表述,也可以说本书的写作跨越了三十年的时光。此次编纂过程中,原则上只对过去发表的文章做技术性的校订,除个别内容的增补外,基本上保持了原来的学术观点不动,并不强求先后的一致。这也是对自己学术历程的一种尊重吧!

三十年间,笔者对于中西法制及其背后之文化的认识发生了很大的转变,逐渐意识到西方人对中国固有法制及文化的批评太多主观的偏见;而国人对于西方法治的认知,也有不少盲人摸象式的误解或想当然的迷信。可知现今之所谓比较法,实在应称作“法比较”,即身陷西方既有法制框架之内的比较,缺乏超脱其上的透辟观察和深层辨究。故其所谓之比较,已有先入为主之西方法制为其价值基准,焉能望其客观、公允乎?

王国维先生说:“诗人对宇宙人生,须入乎其内,又须出乎其外。入乎其内,故能写之;出乎其外,故能观之。入乎其内,故有生气;出乎其外,故有高致。”^①此言对于法学研究也是适用的。我们研究法律,既要能深入法制构造之内做具体而微的写真,又须能跳出具体的法律的技术细节之外而从社会的、文化的、价值的高点去观察体会。

笔者以为,从文化上看,中西法律的最大差别在于其所塑造和期待之“人”的不同。西方法律上的“人”,是抽象的“个人”,说穿了,即利益中的人;而其所谓“权利”,归根结底仍不得不以物质上的或财产上的利益为计算单位。反观中国固有法律,则很难找到类似西方法律上的抽象“个人”。无论

① 王国维:《人间词话新注》,滕威惠校注,齐鲁书社1981年版,第100页。

贵贱、尊卑、长幼、良庶,几乎无“人”不处于一定的伦理关系之中。因此,如果一定要将“人”抽象化的话,那么不妨说,中国传统法律中的人是伦理中的人而非利益中的人。由此我们又可进一步看清为什么西方法律会以“权利”为本位,西方法学家又为什么会特别强调要“为权利而斗争”,此皆其法律背后之功利主义文化和斗争哲学使然。而中国固有法律之所以不似西方法律之注重“个人”和“权利”,并非是由于中国人对法律和个人的轻忽、蔑视,实亦由于儒家对于法律在社会中的作用及“人”的意义有截然不同于西方文化的理解。梅汝璈先生指出:

中国历代之有合“礼”(自然法)与“法”(现实法)而成的法治制度,以及那种法治制度之足以维持当时的社会秩序,那几乎是确定无疑的事实。但是中国民族之不承认法治为最理想的政治原则却也是我们所不能否认的。孔子曾评述过他自己的司法生活。他说:“听讼吾犹人也,必也使无讼乎?”当然,要“使无讼”,那却不能专恃法律本身,而非依靠教育、道德以及其它多种的社会节制不可。由此看来,我们知道儒家所代表的中国哲学思想,它的目的是双方的:一方面它要由“礼”与“法”的普及来保障社会上一种有效的法治生活;它方面它又要用各种社会节制之通力合作,去提高一般人的道德生活。儒家的极竟目的,诚如汉儒董仲舒所谓,是“在使人人有士君子之行”。但是要使一个人有“士君子之行”,他最先必具的条件便是“守法”,所以中国历来对于法治,在学理上和实际上,都是很重视的。^②

简言之,中国法律与中国文化所追求的目标是一致的:都是要确保人之为“人”。所不同者,固有法律上之所谓“人”,系合乎最基本的伦理要求之“人”,而不是单纯追求利益的动物。至于成圣成贤,乃儒家道德理想及礼治的目标,并非朝廷律例的基准。因此,西方法学名流们若波斯纳辈,从中国文化立场上看去,也不过是些“重财轻命”的“愚昧野蛮”之徒而已。^③

关于中西法律及其背后之文化上的差异,这里只能点到为止,不遑多论。《大学》有言曰:“苟日新,日日新,又日新。”笔者问学有年,于今愈益体会到

^② 梅汝璈:“中国旧制下之法治”,载吴经熊、华懋生编:《法学文选》,中国政法大学出版社2003年版,第175页。

^③ 参见拙著《明清律典与条例》,中国政法大学出版社2000年版,第5页。

此言的深意。

回首过去三十年来自己走过的学术道路，真是愧不堪言。编成本书，非但不敢沾沾自喜，反而有许多莫名的惶恐，惟盼能像楼宇烈先生说的那样：

看看自己过去写的一些文章，反省一下自己的学术、思想历程，也希望能从中悟出一些新的思考方向和道理来。^④

这大概就是孔夫子所谓“温故知新”的意思吧！想到这里，方始敦促我鼓足勇气整理出这些旧作。至于读者能否从中获得一点启迪，则非笔者所敢奢望者也。

甲午秋九月寒露前一日记于北京天通苑寓所

^④ 楼宇烈：《温故知新——中国哲学研究论文集·前言》，商务印书馆2004年版，第1页。

目 录

卷一 固有法律(上)

- 一、因革与依违:清初法制上的满汉分歧一瞥 003
- 二、官制、语言与司法:清代刑部满汉官权力之消长 039

卷二 固有法律(下)

- 三、清律“光棍例”之由来及其立法瑕疵 069
- 四、发现中国的普通法:清代借贷契约的成立 108

卷三 西法东渐

- 五、比较法对中国近现代法律变革的影响及其不足 139
- 六、简评清末法律移植的效果 143
- 七、香港适用中国传统法律及习惯的个案研究 149
- 八、不变而变:《史德邻报告》与香港华人习惯权利之废兴 168
- 九、英租威海卫法律制度的研究及其意义 189
- 十、中国台湾地区立法制度简评 192

卷四 东顾彷徨

- 十一、无奈的法典:中日韩三国民法现代化道路之比较 199
- 十二、韩国民法典的修正及其背景 214

卷五 西望咨嗟

- 十三、另一重视角:近代以来英美对中国法律文化传统的研究 245

十四、当代美国的中国法研究	260
十五、追念钟威廉教授及其对中国法研究的贡献	277
十六、现行美国破产法与个人债务调整	291
十七、法律教育与市场经济：美国法律教育之我见	304

卷六 前贤仰止

十八、谈谈沈家本	319
十九、沈家本先生未刻书述略	324
二十、开国前后的民主法治构想及其中辍：纪念董必武诞辰 115 周年	344
二十一、历久而弥新：研究董必武民主法制思想的当代意义	370
二十二、珍视传统的革命家：从董老研究资料的搜集说起	379

卷七 赘余自珍

二十三、卫太子狱辨	387
二十四、法律史学研究方法问题商榷	392
二十五、《北京警察百年》序	402
二十六、《现代美国劳资关系法律制度变迁研究》序	406
二十七、《石缝中的文明》序	410

卷一 固有法律(上)

一、因革与依违*：清初法制上的 满汉分歧一瞥

目 次

- 一、明律之因革
- 二、清律之依违
- 三、旗汉之分治
- 四、结论

老一辈清史学家孟森先生说过：“清之代明，纲纪仍旧，惟有节目之迁流，自非详考不足标其大异之点。”^①此言不谬，清承明制，就宏观结局上说，当然不错；但从其过程和细节上看，却远非如想象的那般顺势自然，依样画虎。须知满洲入关之初，曾经围绕着如何建立新王朝的法制发生过许多分歧和争执，其原因和背景固属复杂，但边腹文化的差异，应是一个不可忽视的元素。

王钟翰先生曾经指出：“纵观有清一代三百年间的政治斗争和社会冲突差不多都带有民族矛盾和民族斗争的色彩。”^②确实，满汉矛盾是贯穿于整个清王朝数百年间的基本社会矛盾。尤其是清军入关初年，满洲统治者强力推行剃发、易服、圈地、投充和逃人法等暴政，造成了极大的恐怖；而大清王朝的法制框架，也正是在这个时期奠定的，自然更难超脱出满汉斗争的樊篱。

* 原载《清华法学》2014年第1期。

① 孟森：《明清史讲义》，里仁书局1982年版，第397页。

② 王钟翰：“四库禁毁书与清代思想文化”，载《王钟翰清史论集》第3册，中华书局2004年版，第1457页。