



# 法律史的视界

梁治平自选集

梁治平 著



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

法律史的境界：梁治平自选集 / 梁治平著. — 桂林：  
广西师范大学出版社，2013.1  
ISBN 978-7-5495-2725-0

I. 法… II. 梁… III. 法制史—中国—文集  
IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 238930 号

广西师范大学出版社出版发行

( 广西桂林市中华路 22 号 邮政编码：541001 )  
网址：<http://www.bbtpress.com>

出版人：何林夏

全国新华书店经销

广西民族印刷包装集团有限公司印刷

( 广西南宁市高新区高新三路 1 号 邮政编码：530007 )

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：17.375 字数：419 千字

2013 年 1 月第 1 版 2013 年 1 月第 1 次印刷

定价：50.00 元

---

如发现印装质量问题，影响阅读，请与印刷厂联系调换。

# 目 录

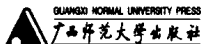
自序.....	1
“法”辨 .....	3
中国法律史上的民间法 ——兼论中国古代法律的多元复合格局.....	32
清代的习惯法与国家法.....	54
从“礼治”到“法治”?.....	74
法律实证主义在中国.....	93
世纪礼法之争:晚清遗产谁人继承?.....	135
法律的文化解释.....	150
法律史的境界:方法、旨趣与范式.....	222
人类的法:千年回顾.....	283
中国古法概说.....	288
说“抵” .....	296
文人判.....	303
诗谏.....	312
清官断案.....	317
法意与人情.....	325
法律中的人性.....	330

英国普通法中的罗马法因素.....	337
罗马名人祠.....	366
查士丁尼和他的法典.....	374
罗马法律中的希腊哲学.....	380
法律之文化观.....	388
法不等于法律.....	396
“公法”与“公法文化” .....	403
《清代习惯法:社会与国家》导言.....	415
《清代习惯法:社会与国家》跋.....	443
《明清时期的民事审判与民间契约》评论.....	457
《明清时期的民事审判与民间契约》跋.....	475
彼岸,不变的守望——梁治平先生专访.....	481
在边缘处思考(代跋).....	494
致谢.....	543

# 法律史的视界

梁治平自选集

梁治平 著



· 桂林 ·



## “法”辨<sup>①</sup>

—

19 世纪的历史法学派认为,一个民族的法乃是该民族以往历史 and 精神的产物,一如其语言和习惯。这个命题在下面意义上是正确的:作为文化要素的法和语言,都从各自的一方面反映出文化整体的特点。换言之,民族法与民族语言同是民族历史文化的产物,具有这种特定历史文化的鲜明性格。

把一种文字译成另一种文字,常常遇到“词”不达意的困难。问题的产生可能不在于译者掌握和运用语言的熟练程度,也与语言自身的表现力无关,而在于根本不可能找到一个恰合其义的对应词。这正是历史、文化差异的反映,由这种差异而造成的语言上的微妙隔阂也许是永远无法消除的。语言总是特定历史文化的产物,这便是明证。把这个结论作为起点,可以展开更有意义的探索:由某些字、词的产生,字形、字义的演变、确定来把握特定的社会现象,再由表现于这些社会现象之中的历史、文化特质反观这些字、词的内涵,提供新的解释。在这个过程中,一些为我们所熟知的字、词将获得新鲜的意蕴,而我们对于

---

① 原载《中国社会科学》,1986 年第 4 期。

相关社会现象的认识,也会得到进一步的深化。以下展开的正是这样一个过程,作为这个过程起点的,则是人们都很熟悉(至少人们自觉如此)的字:法。

至少可以从两个不同的方面来理解“法”。首先,这是文字学、语言学中的一个字、词;其次,它意味着我们称之为“法”的那种社会现象。作为字、词的“法”与作为社会现象的“法”密不可分。历史决定着观念,观念又左右着历史。这里,文字、语义、历史、社会诸因素须并重而不可偏废。否则,研究“法”的观念,或蔽于现象、流于肤浅,或仅知其然而不知其所以然,更遑论辨别不同文化中“法”观念的基本异同了。

法是一种特别的行为规范,关于这一点,争议不会太大。但是,如果问题涉及法的渊源、性质、特征诸方面,要寻求一致意见就很难了。与历史法学派同时的分析法学派强调法的强制性,视强制服从为法的要素之一。这种看法究竟含有多少真理性暂可不论,但把它作为本文的一般前提毕竟是有益的。至少,本文所涉及的那些词以及它们所表示的那种社会现象,无论是在上古时代的中国还是古代希腊、罗马,也无论其渊源多么古老,都可以看作是“社会的有组织的暴力”。

汉字“法”的渊源极其久远,成字的确切年代似不可考。下面将要谈到它较为一贯的用法、含义。现在要解决的问题是,以之作为世界上其他语系、语族如希腊、罗马、日耳曼等语族中某些字、词的对译,能否“译”尽其义。考察这个问题可以从字、词本身入手。

拉丁语汇中能够译作“法”的词不胜其多,最有意义的却是两个,即 *Jus* 和 *Lex*。*Jus* 的基本含义有二:一为法,一为权利。罗马法学家塞尔苏斯的著名定义“法乃善与正义之科学”( *Jus est ars boni et aequi* )取其第一种含义;拉丁格言“错误不得产



生权利”(Jus ex injuria non oritur)则取后一种意思。此外,Jus 还有公平、正义等富有道德意味的含义。相比之下,Lex 的含义较为简单。它的原意是指罗马王政时期国王制定的法律和共和国时期各立法机构通过的法律。一般说来,Lex 具体而确定,得用于纯粹司法领域,可以指任何一项立法。相反,Jus 只具有抽象的性质。了解这两个词的含义非常重要,因为这种语言现象在印欧语系的希腊、罗马、日耳曼等语族中具有相当普遍的意义。<sup>①</sup> 在欧洲法律史上,这种词义乃至观念上的二元对立有其客观依据,并有深远的影响。本文的兴趣正是对 Jus 一类混权利、正义、法于一的特殊语言现象进行考察。需要略加说明的是,英文 Law(法)并不含有权利的意思,但同样清楚的是,这个字并非来自古代地中海文明。据考,它源于北欧,大约公元 1000 年时传入英格兰。部分由于这段历史,英国法律史大不同于欧洲大陆法律的发展。不过,英文中与 Jus 相近的词还是有的,如 Right。这个字的基本含义是权利,但也指作为一切权利基础的抽象意义上的法。

拉丁语中的“Jus”与“Lex”在中文里或可译作法和法律。但实际上,即便是法学专门人才在使用“法”和“法律”两个词时,也很难说能意识到其中如 Jus 和 Lex 那样的含义和对立。因为,古汉语中“法”、“律”都有自己特殊的含义,与今义相去甚

① 这一点由下表可见:

语种	希腊语	拉丁语	法语	德语	意大利语	西班牙语
I	Τοδικατου	Jus	Droit	Recht	Dritto	Derecho
II	γυμος	Lex	Loi	Gesetz	Legge	Ley

表中第一栏字兼指法、权利,同时又有正义、衡平、道德的含义,其义含混、抽象,富有哲学意味。第二栏字通常指具体规则,其义明确、具体、技术性强。

远,以至汉字“法”、“律”虽有两千年以上的历史,但作为独立合成词的“法律”却是近代由日本输入的,<sup>①</sup>其历史不过百年。要在这样短的时间里把一种全新的观念注入其中,谈何容易。

凡论及汉字“法”者,照例要引《说文》中的那个著名解说。“法”的古体为“灋”,《说文·廌部》:“灋,刑也,平之如水,从水;廌,所以触不直者去之,从去。”有人据以认为,汉字“法”在语源上兼有公平、正义之义,一如其他语族中“法”的古义。<sup>②</sup>这种说法不确。蔡枢衡先生以为,“平之如水”四字乃“后世浅人所妄增”,不足为训。考察这个字的古义,当从人类学角度入手。这里,水的含义不是象征性的,而纯粹是功能性的。它指把罪者置于水上,随流漂去,即今之所谓驱逐。<sup>③</sup>在远古社会,这应当是一种很厉害的惩罚了。蔡先生本人的解释确与不确姑且不论,他所选取的角度应该说是对的。传说中的廌是一只独角神兽。据《论衡》,獬豸(即廌)为独角的羊,皋陶治狱,其罪疑者令羊触之,有罪则触,无罪则不触,所谓“天生一角神兽助狱为验”<sup>④</sup>。这种我们今天称之为神判法的裁判方式通常与人类原始宗教思维有关,因此,几乎各民族的早期历史中都不乏其例。在中国,汉以后之法官以獬豸为冠服,取其去奸佞(触罪者)之义。总之,统观各家对“法”的诠释,平之如水也好,使罪者随水漂去也好,都没有超出一般程序上的意义,当然更不曾具有政治正义论的性质。把这种公道观与表现在 Jus 一类词中的正义论混为一谈,实在不甚妥当。更何况,这种文字学上的考辨只揭

① 参见实藤惠秀:《中国人留学日本史》第七章第十三节,三联书店,1983年。

② 《法学辞典》,上海辞书出版社,1980年,第454页。

③ 蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社,1983年,第170页。

④ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局,1981年,第253页。

示出“法”在语源学上的浅显含义,要真正把握其具体而丰富的内涵,还必须看它与其他字、词的关系。

据蔡枢衡先生考证,“灋”字古音废,钟鼎文“灋”借为废,因此,废字的含义渐成法字的含义。《周礼·天官大宰》注:“废,犹遏也。”《尔雅·释言》:“遏,止也”,“废,止也”。《战国策·齐策》注:“止,禁也。”《国语·郑语》注:“废,禁也。”法是以有禁止之义。“法禁”一词即可为证。又,法、逼双声,逼变为法。《释名·释典艺》:“法,逼也。人莫不欲从其志,逼正使有所限也。”其中也含有禁的意思。《左传·襄公二年》注:“逼,夺其权势。”《尔雅·释言》:“逼,迫也。”这里强调的是强制服从,乃命令之义。可见,“法”字的含义一方面是禁止,另一方面是命令。那么,以什么手段来保证这类禁止令行的规则呢?古音法、伐相近,法借为伐。伐者攻也,击也。这里,法就有了刑罚的意思。《管子·心术》:“杀戮禁诛之谓法。”《盐铁论·诏圣》:“法者,刑罚也,所以禁强暴也。”说的都是这一层意思。<sup>①</sup>禁止与命令,着重于法的功能,刑罚则主要是保证这种功能实现的手段。二者的联系实在密切。

古代文献中,至少有两个非常重要的字可训为法。一个是刑,一个是律。刑、法,法、律可以互训,如《尔雅·释诂》:“刑,法也”,“律,法也”。《说文》:“法,刑也。”《唐律疏议·名例》:“法,亦律也。”当然,古字内涵丰富,常与其他字、词互训、转注,以至辗转生义。又由于时代变迁,字的形、音、义也会有种种不同。所以,这里所注意的主要是刑、法、律三个词的一般关系,特别是其中的内在逻辑联系。从时间顺序上看,我们今天称之为

<sup>①</sup> 以上关于法字的考释请参阅蔡枢衡:《中国刑法史》,第5、6、41页。

古代法的,在三代是刑,在春秋战国是法,秦汉以后则主要是律。从三者之间关系来看,它们之间没有如 *Jus* 和 *Lex* 那样的分层,更不含有权利、正义的意蕴。不过,三者并非平列而无偏重。应该说,三者的核心乃是刑。这样一来,古时有些词的意思,现代人就不易理解了。如大家所熟知的“法制”一词,据《吕氏春秋·孟秋纪》:“是月也,命有司修法制,缮囹圄,具桎梏,禁止奸。”再如法官:掌法律刑狱的官吏;法吏:狱吏;法司:掌司法刑狱的官署。此外如法杖、法室、法科、法寺、法曹、法场、法辟、法禁、法网等等,无一不能归入今之所谓刑法的领域。<sup>①</sup> 先秦法家又有刑名之学之称,的确不乏根据。后世有刑名师爷的说法,指的是县衙里襄助县太爷处理法律事务的幕僚。透过这个名称,多少可以见到其渊源所自,更可以感受到中国古代法律文化的传统。

现在回到本文开始提出的问题:以“法”作为 *Jus* 一类词的对译能否言尽其义? 答案怕是不言自明。总之,在传统的层次上,中、西所谓法,文字不同,含义殊异,实在难以沟通。现在人常用的“法”字虽然已有了新的含义,但要完全道出 *Jus* 一词的真实意蕴,还是很困难的。所以,透过“法”与“*Jus*”之间语义上的歧异,我们看到的是不同民族历史进程和价值取向的不同,确切地说,是中西文化之间的差异。只有从这里入手,我们才可以对上述两种语言现象中的真正差异作出较为合理的解释。为此,我们必须从古代希腊、罗马和中国国家与法的起源谈起,在我们将要叙述的这段历史中,这两个方面是密切相连的。

---

<sup>①</sup> 参见《辞源》有关条目。

## 二

希腊古代史以其多中心而颇具特色。本文当然不能一一论及希腊各城邦国家形成的历史,下面单提出雅典国家,一方面是为了说明的方便;另一方面则是因为,雅典国家的产生被认为是“一般国家形成的一种非常典型的例子”<sup>①</sup>。这样说的理由之一是,雅典国家的产生没有受到任何外来或内部的暴力干涉。<sup>②</sup>的确,早在雅典国家出现以前,社会内部的变化已经腐蚀了古老的氏族制度。社会分工的扩大逐步瓦解了旧有的血缘组织,新的以职业标准划分的集团出现了。又由于奴隶劳动的扩大和因为商业缘故而移居雅典的外邦人日益增多,社会构成愈益复杂,并产生了一系列新的社会要求。然而,旧的氏族组织完全无法满足这些新的要求,它已经过时了。这便是雅典国家产生的契机。最初,正在产生的国家在每个部落中设12个小规模的区,恩格斯认为,这个设施具有两个特点:其一,它造就了一种与人民大众分离的公共权力;其二,它第一次不依亲属集团而按地域来划分居民。<sup>③</sup>这是导致雅典国家最终形成的意义深远的一步。

从纯粹的氏族组织到真正的国家形态,这中间不仅有漫长的行程,而且有无数的“中间形态”。遽下断语,未免失之武断。但也可以把历史当作一个逻辑整体来分析、描述。这样,不但可

---

① 《家庭、私有制和国家的起源》,《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社,1972年,第115页。

② 同上。另外一点理由是:“高度发展的国家形态,民主共和国,是直接由氏族社会中产生的。”关于这一点,学术界是有争议的。参阅顾准:《希腊城邦制度》,中国社会科学出版社,1982年。

③ 《家庭、私有制和国家的起源》,《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社,1972年,第110页。

以抽出所谓本质特征,而且还可能找出重要的事件,作为历史的里程碑。在古代希腊、罗马国家形成的历史上,可以作为这样里程碑的,正是法。公元前594年的梭伦改革是我们所熟知的。由于改革措施悉以法律形式公布,因此这次改革又以“梭伦立法”而载入史册。梭伦立法依财产多寡分公民为四个阶级,确定了它们各自的权利,但仍保持了部落的划分,这是国家制度中唯一可见的氏族残余。这种状况延续了近一个世纪,直到公元前509年的克利斯提尼改革,雅典国家才最后完成。

由氏族迈向国家的进程,每一步都在法律上反映了出来,这个现象颇值得注意。因为,它涉及法的职能、法在社会中的地位等一系列问题,也与国家所由形成的途径有关。我们注意到,梭伦改革的背景是贵族与平民两大集团的激烈争斗。当时,矛盾已经激化到这样的程度:必须寻求一种新的社会秩序,使社会冲突缓和下来,否则,两大集团可能同归于尽,社会也会因此而崩溃。梭伦以“民选调解官”(Aesymenites)的身份出而立法,这件事本身就很说明问题。恩格斯指出:

国家是表示:这个社会陷入了不可解决的自我矛盾,分裂为不可调和的对立面而又无力摆脱这些对立面。而为了使这些对立面、这些经济利益互相冲突的阶级,不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭,就需要有一种表面上驾驭社会之上的力量,这种力量应当缓和冲突,把冲突保持在“秩序”的范围以内;这种……力量,就是国家。<sup>①</sup>

---

<sup>①</sup> 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社,1972年,第166页。

这正是雅典国家产生过程的写照。

国家是凌驾于社会之上的力量,这不啻是说,法律是凌驾于社会之上的力量。梭伦立法的全部权威,甚至从古代希腊一直到近代西方所谓法治的全部秘密,就在于此。

在雅典国家,各阶级权利、义务的分配悉由法律规定。自由民、公民,这些都是十足的法律概念。按照亚里士多德的定义,这类身份是由依法享有权利的性质和多寡来确定的。<sup>①</sup>另一方面,国家的组织、管理方式因时因地而异,一切取决于利益集团力量的消长。这是政体问题,同时又是“宪法”问题。所以,雅典国家的党争终究要反映到法律上来。从梭伦、克利斯提尼和伯里克利的立法中可以清楚地看到这一点。利益集团的对立、冲突,必然导致对正义的不同理解,对宪法(政体)的不同要求。这两个问题是联系在一起的。从流传至今的希腊古代文献中可以看到,对于法律、权利、正义和道德的探究总是交织在一起的。智者吕哥弗隆说,法律是“人们互不侵害对方权利的保证”,亚里士多德则认为,法律“应该是促成全邦人民都能进于正义和善德的[永久]制度”。<sup>②</sup>当法律与正义目的相符时,二者甚至可以合而为一。捍卫一种宪法同时就是保全一种政体,实现一种正义,合法的同时就是合乎正义的。<sup>③</sup>虽然智者曾借助自然法的观念对城邦法(人定法)的正义性提出质疑,甚至加以否定,目的却在于以好的合乎正义的法律取代坏的邪恶的法律。毕竟,法律乃是凌驾于整个社会之上的力量。古希腊许多伟大的思想家都认识到,作为“普遍通则”的法律的统治较之作为

---

① 《政治学》第三卷前五章对公民身份有详尽的讨论。亚里士多德:《政治学》,商务印书馆,1981年。

② 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆,1981年,第138页。

③ 恩格斯:《家庭、私有制和国家的起源》,《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社,1972年,第275、147页。

“个别事例”的个人命令更为优越。对于“法治”的推崇构成了《法律篇》(柏拉图)和《政治学》的基调。正好比古希腊政治哲学的繁盛导源于其社会政治生活的发达一样,希腊人的“法治”观念以及反映在希腊语中法律与权利、正义等观念的密切联系,正是以其国家与法产生的历史为客观依据的。

罗马国家形成的历史略同于雅典。虽然,罗马王政时代(公元前753—公元前510年)的历史并不十分清楚。但我们确知,在这个时代的晚期,社会集团之间的争斗已经十分激烈,以至恩格斯肯定地说,革命的原因就在于平民与罗马人民(*populus romanus*)之间的斗争。<sup>①</sup>据说第六代勒克斯塞尔维乌斯·土利乌斯效法希腊,尤其是梭伦立法制定了新制度,取消原氏族、部落的划分,将全体罗马自由人按财产多寡分为六个阶级,重新分配政治权利。“这样,在罗马也是在所谓王政被废除之前,以个人血缘关系为基础的古代社会制度就已经被破坏了,代之而起的是一个新的、以地区划分和财产差别为基础的真正国家制度。”<sup>②</sup>此后,平民与罗马人民的冲突就转而为平民与贵族的斗争。早期罗马的全部立法都是由此产生并在这个范围内进行。从公元前509年的瓦莱里阿法开始,平民取得的每一项胜利都在立法上确定下来。我们可以举出一系列立法来说明这个历史进程。比如,公元前367年的李启尼乌斯—赛克斯提乌斯法确认了平民担任执政官和其他高级官职的权利,取消了对平民和贵族通婚的法律限制;若干年后的霍腾西阿法(公元前287年)则使平民议会的决议成为具有普遍拘束力的国家法律。当然,最著名的还要数公元前451—公元前450年颁布的

---

① 参见《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社,1972年,第125页。恩格斯认为,平民由外来移民与被征服地的居民构成,因而有罗马人民与平民对抗一说。  
《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社,1972年,第124页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社,1972年,第126页。



《十二表法》，这部法典构成了全部罗马法的基础。关于它下面还要谈到。

显然，前面关于雅典国家与法的一般结论也可以适用于罗马。这主要是因为历史过程本身的近似。但另一方面，也要注意，由于两种文明接触、渗透的结果，希腊社会法的观念在很大程度上影响甚至支配了罗马法学家。这方面的表现主要在后者对自然法思想的接受和运用。自然法思想产生于古代希腊，除与其国家与法的一般发展特点有关外，还与希腊自然哲学有很深的渊源。在欧洲历史上，自然法观念的产生、发展和传播构成了完整的一章。西方文化中的二元法观念、法律至上论和把法、权利、正义等概念放在一起考虑的思维方式都与这种思想有关。可惜，本文不能停下来考察这段历史，我们必须把注意力放在国家与法历史的初期，考察法、权利、正义等观念之间历史联系的由来。为此，提及自然法是很有必要的。自然法的观念在法之外同时包容了权利、正义等道德意识，从这个事实本身也可以窥见当时希腊人的法思想。虽然，自然法是相对于现行的人定法而存在的，但这正像 *Jus* 和 *Lex* 之间的对立一样，纯粹的形态只有在逻辑上才是可能的，在现实生活中，二者是紧密相连的。罗马法的基本分类：市民法、万民法、自然法，三者通用一个 *Jus*。从这个词本身是看不出“道德法”与现行法的区别的。甚至，*Lex* 也常常被当作 *Jus* 的同义词来使用。的确，我们无法证明，在实际生活中，抽象的“法”（如 *Jus* 一类）可以兼指权利、正义，而具体的“法”（*Lex* 一类）却跟这些概念完全不相干。随着社会的发展，分化的趋势是必然的，然而，它们所由产生的毕竟是同一个社会。在这种意义上，它们的性质并无不同。把它们放到不同的文化背景上来比较时，这一点尤为突出。