

华东政法大学法律史研究中心 编

法律史研究

(第5辑)

欧美学者研究中国法律史
论文选译专号

本期执行主编：杨焯 方强
执行副主编：陈灵海 高珣



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

华东政法大学法律史研究中心 编

法律史研究

(第5辑)

欧美学者研究中国法律史
论文选译专号



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律史研究. 第5辑, 欧美学者研究中国法律史论文
选译专号/华东政法大学法律史研究中心编. —北京:
法律出版社, 2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9620 - 9

I. ①法… II. ①华… III. ①法制史—世界—文集②
法制史—中国—文集 IV. ①D909. 9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 132726 号

法律史研究(第5辑)

欧美学者研究中国法律史论文选译专号/
华东政法大学法律史研究中心 编

编辑统筹 财经出版分社
策划编辑 沈小英
责任编辑 刘晓萌
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 32.75

字数 528 千

版本 2017 年 3 月第 1 版

印次 2017 年 3 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9620 - 9

定价:99.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法律史研究》（第5辑）精选16篇论文翻译而成。本书的出版分别获得了16篇论文著作权人的同意和许可。

This translated collection consists of 16 English papers and is published with permissions of proprietors of original papers.

《周代的实体法与程序法》

Legal Institutions and Procedures during the Chou Dynasty
By Herrlee Glessner Creel

Creel, Herrlee Glessner. 1980. "Legal Institutions and Procedures during the Chou Dynasty" *Essays on China's Legal Tradition*, ed. Jerome Alan Cohen, R. Randle Edwards, and Fu-mei Chang Chen, 26-55. Princeton, N.J.: Princeton University Press. © 1980 Princeton University Press

Translated and published with permission of Karen Turner

《早期中国国家概念中的战争、惩罚与自然法》

War, Punishment, and the Law of Nature in Early Chinese Concepts of the State

By Karen Turner

Turner, Karen. "War, Punishment, and the Law of Nature in Early Chinese Concepts of the State." *Harvard Journal of Asiatic Studies* 53:2 (1993), 285-324. © 1993 Karen Turner

Translated and published with permission of Karen Turner

《社会变革与早期中国法律思想中的成文法》

Social Change and Written Law in Early Chinese Legal Thought
By Ernest Caldwell

Caldwell, Ernest. "Social Change and Written Law in Early Chinese Legal Thought." *Law and History Review* 32:1 (2014), 1-30. © 2014 by Cambridge University Press.

Translated and published with permission of Cambridge University Press.

《孝与唐之前的法律》

Filial Piety and the pre-Tang Law

By Geoffrey MacCormack

MacCormack, Geoffrey. "Filial Piety and the pre-Tang Law." *Fundamina: A Journal of Legal History*, n8 (2002), 137-164. © 2002 Geoffrey MacCormack

Translated and published with permission of Geoffrey MacCormack

《烫手山芋——1898年以前的中国上访制度》

Hot Potatoes: Chinese Complaint Systems from Early Times to the Late Qing (1898)

By Qiang Fang

Fang, Qiang. "Hot Potatoes: Chinese Complaint Systems from Early Times to the Late Qing (1898)." *The Journal of Asian Studies* 64:4 (2009), 1105-1135. © 2009 Qiang Fang

Translated and reprinted with permission of Qiang Fang.

《传统中国法制惩治强盗的研究》

Studies in the Traditional Chinese Law of Forcible Theft

By Geoffrey MacCormack

MacCormack, Geoffrey. "Studies in the Traditional Chinese Law of Forcible Theft." *The Journal of Comparative Law (an organ of the Association of Comparative Legal Studies)* 7:2, 207-257

© Geoffrey MacCormack

Translated and reprinted with permission of Geoffrey MacCormack.

《法律，法律，什么法律？

——西方学者何以对中国法无话可说》

Law, Law, What Law? Why Western Scholars of China Have Not Had More to Say about Its Law

By William P. Alford

Alford, William. "Law, Law, What Law? Why Western Scholars of China Have Not Had More to Say about Its Law." *The Limits of the Rule of Law in China*, edited by Karen G. Turner, James V. Feinerman, and R. Kent Guy, Washington U.P. 2000; pp. 45-64

in *The Limits of the Rule of Law in China*, edited by Karen G. Turner, James V. Feinerman, and R. Kent Guy, Washington U.P. 2000; pp. 45-64. © 2000 University of Washington Press.

Translated and reprinted with permission of University of Washington Press.

《权大于法？——中国法治理论古今谈》

Were Chinese Rulers above the Law? Toward a Theory of the Rule of Law in China from Early Times to the Present

By Qiang Fang, Roger Des Forges
Fang, Qiang. and Forges, Roger Des. "Were Chinese Rulers above the Law? Toward a Theory of the Rule of Law in China from Early Times to the Present." *Stanford Journal of International Law* 44:1 fall (2007), 101-146. © 2007 Stanford University Press

Translated and reprinted with permission of Stanford University Press.

《以太祖之名

——〈明太祖实录〉对朱元璋法哲学与中国文化认同的构建》

In the Name of 'Taizu': The Construction of Zhu

Yuanzhang's Legal Philosophy and Chinese Cultural Identity in the 'Veritable Records of Taizu'

By Yonglin Jiang

Jiang, Yonglin. "In the Name of 'Taizu': The Construction of Zhu Yuanzhang's Legal Philosophy and Chinese Cultural Identity in the 'Veritable Records of Taizu'."

Toung Pao (01/2010)96, 408-470. © Brill

Translated and reprinted with permission of Brill.

《明代中国（1368~1644年）的条例与婚约解除——对〈黄明条法事类纂〉卷一三的深度解读》

Precedents and the Dissolution of Marriage Agreements in Ming China (1368-1644),

Insights from the "Classified Regulations of the Great Ming"

By Dominiek Delporte

Delporte, Dominiek. "Precedents and the Dissolution of Marriage Agreements in Ming China (1368-1644), Insights from the 'Classified Regulations of the Great Ming'."

Book 13, Law and History Review 21:2 Summer (2003), 271-296. © 2003 by Cambridge University Press.

Translated and published with permission of Cambridge University Press.

《清代的宽宥与法律推理理论》

Filial Felons : Leniency and Legal Reasoning in Qing China

By Thomas Michael Buoye

Buoye, Thomas Michael. "Filial Felons : Leniency and Legal Reasoning in Qing China." Writing and law in late imperial China: Crime, Conflict, and Judgment ed. by Robert E. Hegel and Katherine Carlitz, ISBN 0295986913, pp. 109-124. © 2000 University of Washington Press.

Translated and reprinted with permission of University of Washington Press.

《中国的人治和法治——清代政府对地方官员的惩处》

Rule of Man and the Rule of Law in China: Punishing Provincial Governors during the Qing

By R. Kent Guy

Guy, R. Kent. "Rule of Man and the Rule of Law in China: Punishing Provincial Governors during the Qing." The Limits of the Rule of Law in China, edited by Karen G. Turner, James V. Feinerman, and R. Kent Guy, pp. 88-111. © 2007 University of Washington Press.

Translated and reprinted with permission of University of Washington Press.

《清代法的“长臂”

——清代杀人罪规范在民国法院中的影响》

The Long Arm of Qing Law? Qing Dynasty Homicide Rulings in Republican Courts

By Jennifer Neighbors

Neighbors, Jennifer. "The Long Arm of Qing Law? Qing Dynasty Homicide Rulings in Republican Courts." Modern China 35: 1 (2009), 3-37. © 2009 by Jennifer Neighbors.

Translated and reprinted with permission of SAGE.

《发掘治外法权——作为上海会审公廨之原型的理事同知》

Excavating Extraterritoriality:

The 'Judicial Sub-Prefect' as a Prototype for the Mixed Court in Shanghai

By Par Cassel

Cassel, Par. "Excavating Extraterritoriality: The 'Judicial Sub-Prefect' as a Prototype for the Mixed Court in Shanghai." Late Imperial China 24:2 (2003), 156-180. © 2003 by the Society for Qing Studies and The Johns Hopkins University Press.

Translated and reprinted with permission of Johns Hopkins University Press.

《晚期中华帝国的堕胎——例行节育还是危机处置？》

Abortion in Late Imperial China: Routine Birth Control or Crisis Intervention?

By Matthew H. Sommer

Sommer, Matthew H. "Abortion in Late Imperial China: Routine Birth Control or Crisis Intervention?" Late Imperial China 31:2 (2010), 97-165. © 2003 by the Society for Qing Studies and The Johns Hopkins University Press.

Translated and reprinted with permission of Johns Hopkins University Press.

《国家、主权与人民——中国与印度的“法治”比较》

State, Sovereignty, and the People: A Comparison of the 'Rule of Law' in China and India

By Jonathan K. Ocko, David Gilmartin

Ocko, Jonathan K. and Gilmartin, David. "State, Sovereignty, and the People: A Comparison of the 'Rule of Law' in China and India", in The Journal of Asian Studies, Volume 68, Issue 01, February 2009, pp 55-100:

Cambridge University Press. © Cambridge University Press

Translated and reprinted with permission of Cambridge University Press.

出版支持

国家重点学科

华东政法大学法律史学科建设项目

上海市人文社科基地

华东政法大学外国法与比较法研究院建设项目

上海市研究生教育创新计划

“法律文明的互动与变迁”项目

编 委 会

(以姓氏拼音为序)

主任：何勤华 王立民

委员：陈灵海 陈 颐 丁凌华 董春华 高 珣
龚汝富 韩 毅 洪佳期 胡 骏 冷 霞
李 婧 李 倩 李秀清 马慧玥 茆 巍
屈文生 苏彦新 魏 敏 王海军 王 捷
王 婧 王 沛 徐永康 徐震宇 姚 远
于 明 于 霄 张长绵 赵智勇 周伟文

他山之石,可以攻玉

(代序)

方 强

中国传统文化除了历史久远、博大精深以外,还对外来的文化、人士和观点一向采取相当包容和尊重的态度。比如,传统文化中我们相当熟悉的名言:“海纳百川,有容乃大”“当局者迷,旁观者清”“他山之石,可以攻玉”“外来的和尚好念经”等都无不证明了吸收、重视外来文化的重要性。

不过,历史上许多著名学者都以中华文明为正统,轻视和排斥外族文化。如孔子在《论语·八佾》中说过“夷狄之有君,不如诸夏之亡也”,是指华夏诸侯即使没有国君,也比夷狄有君主强。^①《左传·成公四年》提到“非我族类,其心必异”,后世多以此话专指夷狄或外族。到了汉代和魏晋,似乎学者对夷狄的贬斥得到加强。东汉史学家班固在《汉书》中写道:“夷狄之人贪而好利,被发左衽,人面兽心,其与中国殊章服,异习俗,饮食不同,言语不通,辟居北垂寒露之野,逐草随畜,射猎为生,隔以山谷,雍以沙幕,天地所以绝外内地。”^②南朝历史学者范晔继承了班固对夷狄的看法:“夫戎狄者,四方之异气也。

^① 后世对此说有两种看法,还有一种认为孔子感叹华夏无君,连夷狄都比不上。杜道生注译:《论语新注新译》,中华书局2011年版,第15页。

^② (汉)班固:《汉书》卷九四《匈奴传中》,中华书局1962年版。

蹲夷踞肆,与鸟兽无别。若杂居中国,则错乱天气,污辱善人,是以圣王之制,羈縻不绝而已,不以伤害中国也。”^①

幸而学者对异族歧视并没有被许多君王接纳。实际上,史书中大量记载了古代君王对外来人才和文化的重视,并不在乎他们的出身是华夏还是外族。传说中的舜来自东夷,西周文王则是西夷人。东周春秋战国时代,群雄各展神通,不拘一格,广纳贤才。当时的英俊才士并非因为楚国或秦国偏处蛮夷之地而踟躅不前。晋才楚用、楚才晋用并不鲜见。位居三晋之一的赵国武灵王不以北方戎狄为蛮夷,诚恳向其学习胡服骑射,使赵国成为七雄之一。^②商鞅、孙臧、乐毅、苏秦、张仪等著名政治、军事和纵横家纷纷到异国为官,并能屡建奇伟功业。而任用他们的君王也不计国别、门第和出身,只要有才能,就能得到重用。公元前243年,当秦王嬴政发现韩国水工郑国实施的以大兴水利达到“疲秦”的计划后,下令驱逐外国门客。其中包括来自楚国的李斯。李斯因此写下著名的《谏逐客书》,指出“泰山不让土壤,方能成其大;河海不择细流,方能就其深;王者不却众庶,故能明其德”,恳请秦王撤回逐客令。最后,秦王被说服,召回外国客卿。身为楚人的李斯最后辅佐秦国一统天下,奠定帝业。

汉唐盛世是中华民族最引以为骄傲的时期。汉唐强盛的原因之一也许就在于其文化能够海纳百川、兼容并包。比如,汉武帝临终之前不以匈奴休屠王太子金日磾(jīn mì dī)是夷狄而嫌弃,反而想将太子(汉昭帝)托付于他。^③东汉初期,儒家学说经过汉武帝(公元前157~公元前87年)的“罢黜百家,独尊儒术”以及汉昭帝(公元前94~公元前74年)时期的“盐铁论”,地位得到极大的提升。^④但是汉明帝(公元28~75年)依然派了18名使臣到中亚寻找梦中的金神,最后在月氏国把佛教引入中国,并建立了中国第一个佛寺——白马寺。^⑤到了魏晋南北朝时期,南北诸国君王争相信佛,大肆建造浮屠和石窟。南朝梁武帝(公元464~549年)更是几次宣布要退位,到寺庙做和尚。^⑥

一代贤君唐太宗带有鲜卑人血统,所以能对汉族和其他民族一视同仁,不分

① (宋)范晔:《后汉书》卷三三《朱冯虞郑周列传》,中华书局1965年版。

② 参见(宋)司马光:《资治通鉴》卷三,中华书局1956年版。

③ 参见《资治通鉴》卷一九,中华书局1956年版。

④ 汉武帝的尊儒和汉昭帝的“盐铁论”,参见金春锋著:《汉代思想史》,中国社会科学出版社1987年版,第82~90页、第298~304页。

⑤ See Huajin Nan, *Basic Buddhism: Exploring Buddhism and Zen* (Newburyport: Weiser Books, 1998): 77.

⑥ 参见方立天主编:《中国佛教简史》,宗教文化出版社2001年版,第237页。

华夏蛮夷。他曾经严厉批评那种重视汉族但是贬低夷狄的观点和做法,并表示他将平等关爱所有民族。正因为此,他被少数民族尊称为“天可汗”。^①唐太宗的以身作则对后世唐朝皇帝有很大的影响。唐玄宗(公元685~762年)在位时,胡人安禄山因为善于奉承拍马,得到玄宗的宠信,被任命为河东节度使。贵妃杨玉环还将安禄山视为干儿子。^②尽管安禄山叛乱给唐朝造成沉重的打击,但是也说明唐朝皇帝用人不在乎华夏还是蛮夷。唐末黄巢起义后,沙陀人李克用尽忠尽责,辅佐唐室击败黄巢起义军。正是由于唐朝统治者的宽广胸怀,才使各族精英除少数人外,都能够对唐朝忠心耿耿、恪尽职守。《诗经·大雅·文王之什》所说的“济济多士,文王以宁”正是这个道理。

1399年明太祖朱元璋去世后仅一年,燕王朱棣发动“靖难之役”,力图篡夺侄子建文帝的帝位。1402年朱棣占领南京后称帝,史称明成祖。与其父皇朱元璋一样,朱棣有吞吐天地之志,所以对异族人才与汉族一视同仁。郑和原为穆斯林,得到朱棣的宠信。1405年开始奉命下西洋达7次之多,最远到达阿拉伯和非洲等地。不仅比欧洲航海家早到半个世纪,而且郑和舰队的“宝船”比哥伦布的船要大得多。还有学者甚至声称郑和的船队首先发现了美洲。^③

明朝中后期,欧洲的宗教革命促使罗马教皇派遣“耶稣会士”到其他国家传教,以重振天主教。以利玛窦为首的罗马耶稣会士自16世纪末到达中国。利玛窦带来的西方技术和地图让中国人更多地了解西方。他传教所奉行的“本土化”策略也得到明朝皇帝和百官的包容和信任。^④著名科学家徐光启和不少其他官员都受洗成为天主教徒。清朝统治中国后,对西方传教士比明朝更加尊重。年轻的顺治皇帝以耶稣会士汤若望为贵宾,曾一度将其视为“祖父”。^⑤康熙即位后,依然尊重传教士,不把他们看成“夷狄”,而且从他们那里了解到很多有关当时欧洲政治和科技的知识。如南怀仁帮助清朝革新了历法,其他传教士的翻译和参谋让康熙在1689年与俄国顺利交涉签订了《尼布楚条约》,第一次划定中俄北方边境。^⑥遗憾的是,由于罗马教皇反对利玛窦等耶稣会士对中国实行的“本土化”策略,导

① Ping-Ti Ho, “In Defense of Sinicization: A Rebuttal of Evelyn Rawski’s ‘Reenvisioning the Qing’”, in *The Journal of Asian Studies*, 1998, pp. 123–155.

② 参见(宋)司马光:《资治通鉴》卷二一七,中华书局1956年版。

③ See Aliya Ma Lynn, *Muslims in China* (University Press, 2007): 34; 郑和舰队及首先到达美洲, 参见 Gavin Menzies, 1421: *The Year China Discovered the World* (New York: Harper Collins, 2012)。

④ 利玛窦的“本土化”策略是允许中国天主教徒继续祭奠祖先。

⑤ Jonathan Spence, *To Change China: Western Advisers in China* (U. K.: Penguin Books, 2002)。

⑥ See Peter C. Perdue, *China Marches West: The Qing Conquest of Central Eurasia* (Harvard: Harvard University Press, 2009): 172.

致清廷与天主教决裂,使中国失去了进一步了解西方近代先进文化和科技的桥梁。^①

随着清朝国力在乾隆时期步入顶峰,加之与西方的交流中断,清朝统治者夜郎自大,以天朝上国自居,不屑与西方“蛮夷”多做交流通商,仅开放偏居南隅的广州为通商门户。1793年由于英国公使马可尼勋爵(lord Macartney)拒绝对乾隆行中国式的叩拜礼,傲慢的乾隆拒绝接见并同时坚辞英国的扩大通商请求,从而丧失了与西方强国交往了解的一次良机。

正当清政府由盛转衰的时候,英国却正经历人类史上第一次工业革命。与此同时,英国还拥有当时世界上最强大的海军。当英国商人走私鸦片到中国遭到钦差大臣林则徐的没收和销毁后,英国国会授权派遣远征军到东亚“教训”中国。鸦片战争的惨败并没有引起国人的太多注意。以魏源、冯桂芬、曾国藩、李鸿章等为代表的早期开明官员首先看到西方的强大,积极主动地收集和了解有关西方的地理、政治和风土人情。魏源的《海国图志》和徐继畲的《瀛寰志略》都是充分利用西方传教士和其他途径编写的有关西方地理、历史和社会的著作。然而,他们在呼吁向西方学习科学技术的同时又坚信中国的文化传统优于西方,提出“师夷长技以制夷”和“中学为体、西学为用”,成为日后洋务运动的旗帜。

如果说鸦片战争前后清朝的有识之士学习西方文化是被迫而局部的,那么中日甲午战争,尤其是八国联军攻占北京城以后的学习西方则是主动而全方位的。1894~1895年的甲午之战,清军惨败于日军,并签下屈辱的《马关条约》,让很多爱国人士(如郑观应等)将日本的成功归因于1889年的帝国宪法和君主立宪。他们强烈要求学习西方和日本制定宪法和实行议会制。保守派慈禧太后虽然反对光绪的新政,但是在被八国联军赶出北京城后,深感改革的必要性,下诏改革,拉开了清末新政进行全面西式改革的序幕。1905年日本击败俄国,成为黄种人的骄傲,大批中国留学生和官员涌入近邻日本学习强国的经验。近代启蒙学者严复将西方著名思想论著(如《天演论》《论法的精神》《原富》等)翻译成中文,希望国人能更多地了解和借鉴西方社会。

鸦片战争后,随着列强通过不平等条约强迫清政府打开国门、允许外国人自由进入中国并在租界享有治外法权,很多外国传教士、学者、教师和医生等也进入中国。其中一些人将西方文化,如基督教、西医、科技、文学、法律、教育理念等,带入中国。中国文化在遭到强烈冲击的同时,也受益匪浅。美国著名传教士和学者丁韪良(William Martin)帮助清政府翻译了亚洲第一本《万国公法》,并创造了很

^① See Jonathan Spence, *Emperor of China: Self-Portrait of K'ang-Hsi* (U. K. Vintage, 1988).

多我们今天非常熟悉的法律和政治词汇,如“权利”等。^①同样来自美国的巴克(Peter Parker)医生和传教士将西医带入中国,并在广州建立医院,治愈了不少中国病人。^②

1877年德国地理学家费迪南·冯·李希霍芬(Ferdinand von Richthofen, 1833~1905年)首先提出了中西交流的“丝绸之路(Seidenstrassen)”这一概念。最近中国政府提出的“一带一路”规划也正是延续了古代的“丝绸之路”。^③再者,世界七大奇迹之一的“万里长城”坐落于中国北方,绵延数千公里,据说是太空中唯一能看见的人类工程。然而,让国人引以为傲的长城并非先由中国人发现或重视。对清政府来说,因为国家版图跨越长城南北,长城失去了其首要的防御功能,加之城墙在国内几乎各省都有,所以没有受到重视。而对于西方人来说,依山而建的雄伟长城在西方从未见过,因而对其赞赏有加。结果“出口转内销”,长城成为国人的骄傲。每年都有数十万的游客到达长城。

西方学者不仅对中国近代的法律、教育和医学造成巨大的影响,而且对中国历史和哲学也有很大的贡献。我国台湾地区学者陈荣捷认为,17世纪天主教传教士到中国,模仿西方哲学历史之进程将宋明理学称为新儒学(Neo-Confucianism)。近代以来中国学者受西方影响,也采用新儒学之名,以代理学。^④

1901年开始的清末新政,既是摇摇欲坠的清政府所企望的灵丹妙药,也是古老的中华第一次向西方进行的全面而主动的学习和借鉴。清政府除了引进近代西方先进的教育、军事、警察、监狱制度,还大刀阔斧地改革延续千年之久的法律制度。短短数年之间,清政府废科举、创新军、除酷刑、兴立宪、建模范监狱,并以西方法律为范式,将刑律和民律分开。新的《大清民律草案》专门针对民法,内容基本上照抄了德国的《民法典》。虽说中国古代有民法的存在,但从来没有一部民法典,所以清末制定的《大清民律草案》有着划时代的意义,对中华民国和中华人民共和国都有深远的影响。1908年修订法律大臣沈家本聘请了日本著名法学家志田钾太郎、松冈义正、冈田朝太郎三人一同修订《法院编制法》,该法首次提到西方大陆法系具有的行政诉讼以保护民权免遭政府的侵害。

正当清政府不遗余力地向西方学习时,革命党领袖孙中山等人也以西方近代

① See Lydia Liu, *Clash of Empires: The Intervention of China in Modern World Making* (Harvard: Harvard University Press, 2009): 128.

② See Jonathan Spence, *To Change China: Western Advisers in China* (U. K.: Penguin Books, 2002).

③ Frances Wood, *The Silk Road: Two Thousand Years in the Heart of Asia* (Berkeley: University of California Press, 2004): 9.

④ 参见陈荣捷著:《宋明理学之概念与历史》,台湾“中央”研究院1996年版。

的民主共和思想为武器号召民众反对专制腐败的满清“鞑虏”。孙中山所倡导的“三民主义”可以说就是美国总统林肯 1863 年在哥德斯堡演说中所提出的“民有、民治、民享”的翻版。1912 年建立的中华民国与西方主要国家的政治体制非常相似,不仅有参众两院,而且有经选举产生的议员。1913 年 4 月美国总统威尔逊承诺在袁世凯政府召开国会的当天承认中华民国,理由是中华民国“把美国看作他们的朋友和典范”^①。

“五四”运动后,一些爱国志士受到俄国“十月革命”的鼓舞,逐渐接受了西方的马克思主义。两年后,俄共领导的共产国际帮助建立了中国共产党。尽管国民党最后决定与中共分裂,但是 20 世纪中期中国最重要的两个政党都接受了列宁的以党治国理念。20 世纪 30 年代初期,中共的领导权基本把持在以王明为首绝对忠于共产国际的“28 个布尔什维克”手里。^②当时的中央苏区“在共产国际的强大影响下”,以苏联为榜样,建立起“一套直接脱胎于苏俄的政治、经济、军事动员及意识形态体制”。^③

中国共产党向苏联学习马列主义的热潮在取得政权后并没有消减,反而更是将苏联视为“老大哥”和榜样。朝鲜战争后,中国与西方的关系步入冰点,促使中国更紧密地与苏联站在一起,共同维护共产主义世界并积极帮助周边共产党取得政权。20 世纪 60 年代中苏决裂,尤其是毛泽东发动的“文化大革命”使中国在一个时期中同时与西方和苏联为敌。1972 年中美关系缓和以及美国总统尼克松历史性的访华,但是并没有打开西方文化进入封闭中国的通道,中西交流仍然举步维艰,仅限于部分的旅游观光。

1978 年十一届三中全会制定的改革开放政策,20 世纪 80 年代西方文化伴随着中国对外开放之春风鱼贯而入,各种西方哲学、文学著作纷纷出现在书店中。当时以介绍西方文化为宗旨的《走向未来》丛书让对马克思主义以外的西方文化充满想象的青年学生了解到近现代西方的主流思潮。这种对西方文化如饥似渴的需求同样又催生出更多的译著。但是总体来讲,当时对西方文化著作的翻译仍

^① Arthur S. Link, ed., *Papers of Woodrow Wilson*, Princeton: Princeton University Press, 1978, p. 27, 250, 465; 方强:《理想主义还是现实主义?——美国总统威尔逊的对华政策》,载《史学集刊》2010 年,第 84~89 页。

^② See Jerome Chen, “The Communist Movement 1927–1937” in Lloyd E. Eastman, Jerome Chen, Suzanne Pepper, Lyman P. Vanslyke, eds., *The Nationalist Era in China 1927–1949* (Cambridge: University of Cambridge Press, 1991): 58–9.

^③ 高华:《红太阳是如何升起的:延安整风运动的来龙去脉》,香港中文大学出版社 2000 年版,第 74 页。

然有很多不足,大量译著集中于近现代西方的哲学、政治学、历史学和经济学,对西方学者研究中国传统文化、历史,特别是法律史的得力之作却重视不够。

令人欣慰的是,近年来许多国内外学者和国内的出版社对这个问题非常重视。比如,江苏人民出版社出版了一系列《海外中国研究》丛书,将国外研究中国文化历史的著作引入中国,帮助国内学者了解国外中国研究的最新著作和理论。美国加州州立大学历史系教授姚平和美国著名的研究中国历史的学者伊佩霞(Patricia Ebrey)联合主编了《当代西方汉学研究集萃》,由上海古籍出版社出版。该套论文集分为上古史、中古史、思想文化史、宗教史和妇女史五个分卷,将近数十年海外研究中国的名家名篇翻译成中文。笔者也有幸参与了其中的翻译工作。

遗憾的是,近年来国内翻译的海外中国研究,缺乏研究中国法律史的力作。最近的一本专门介绍翻译海外中国法律史研究的论文集是《美国学者论中国法律传统》,由美国著名中国法律史学者高道蕴(Karen Turner),清华大学法学院教授高鸿钧和北京大学法学院教授贺卫方联合编译,清华大学出版社于1994年出版。作为第一本海外研究中国法律史的译著,该论文集重点在于纠正美国学术界长期以来受到马克斯·韦伯以及费正清、李约瑟、博德、昂格尔等早期美国学者影响对中国法律史的误解或者不太符合实情的观点。比如,昂格尔认为中国法纯粹是“工具性和官僚政治的法”,所以缺乏西方法治所需要的来自外界宗教的挑战。但是哈佛大学学者安守廉(William Alford)反驳说,中国正式的法律早在周朝就已经出现,而且对政治权威的外部制约是以“天命”的形式出现的。针对李约瑟有关儒家的礼相当于自然法理想的观点,皮文睿的研究表明儒家思想并非自然法,而是在“一种既定的环境中,为获得和谐社会的具有文化价值的引导之中”。儒家的“礼”不是普遍原则,而是一些“历史性和社会性的必要规范”。^①

《美国学者论中国法律传统》这本译文集具有良好的学术价值,为翻译和介绍海外法律史论文集开了一个好头。然而该论文集的出版距今20余年,其中大部分论文都是20世纪八九十年代的论文,对于日新月异的法律史学术界来说略显陈旧。再者,该论文集仅是关注美国的中国法律史研究,却忽视了其他海外国家和华裔的重要中国法律史论文。虽然用许纪霖教授的话来说,美国汉学研究“一直在国际汉学界执牛耳”,^②但是仅仅翻译出版美国学者的中国法律史研究论

① 高道蕴、高鸿钧、贺卫方等编译:《美国学者论中国法律传统》,清华大学出版社2001年版,第15~16页。

② 许纪霖:《史学研究不过是“瞎子摸象”》,载共识网:http://www.21ccom.net/articles/read/article_2013020476528.html,最后访问日期:2013年2月4日。

文,不得不说是该论文集的一个短板。

一、本译文集出版的原因和特点

鉴于国内翻译的海外研究中国法律史的论文很少,而且最近出版的《美国学者论中国法律传统》一书相距今日已颇有时日,其中很多论文的观点不是早已被国内学者熟知,就是相对过时并被新的观点取代。为了让国内广大法律史学者能够了解最新的海外研究中国法律史的论文和观点,在华东政法大学法制史研究中心陈灵海教授倡议和主持下,笔者和杨焯、姚远、于明等华东政法大学的青年才俊一起组成翻译委员会。本文集先由华政博士研究生、硕士研究生进行翻译,然后由翻译委员会成员负责审稿、定稿,确保翻译质量。法律出版社的刘晓萌编辑为本译文集的出版提供了热情的帮助,并负责联系海外的版权及出版事宜。

本译文集主要收录翻译了最近一二十年发表在西方重要法律和历史学报中有关中国法律史的论文。与《美国学者论中国法律传统》一书不同,本译文集中的论文并没有对西方中国法律史研究中出现的误解或较为陈旧的观点作进一步的修正和反驳,大多数论文都专注于中国法律史的局部或制度史等更为细致和详尽的研究。这对国内法律史专家、研究生和本科生来说不仅能够了解西方对中国法律史的最新研究成果,而且还可以帮助他们了解西方法律史研究中常用的新视角或新方法论。

为了全面反映海外近年有关中国法制史研究的最新成果,翻译委员会克服了经费、版权等难题,尽最大可能收录了中国法制史各个时段的论文,力求涵盖上自先秦下至清末的所有论文。本集中的论文大体可以分为先秦、前唐、明代、清代、比较法研究、制度通史以及对西方研究中国法律史的批评和建议七大类别。

二、论文主要内容和学术贡献

(一) 先秦

本译文集的第一大类是先秦阶段。其中,主要收录了美国著名中国法律史学者顾立雅(Herrlee G. Creel)的《周代的实体法与程序法》,^①欧内斯特·康佩里(Ernest Caldwell)的《社会变革与早期中国法律思想中的成文法》,^②高道蕴的《早

^① 原载 Jerome Alan Cohen, R. Randle Edwards, and Fu-mei Chang Chen, eds., *Essays on China's Legal Tradition*, Princeton, N. J.: Princeton University Press, 1980, pp. 26-55。

^② 原载 *Law and History Review*, Volume 32, pp. 1-30 (2014)。

期中国国家概念中的战争、惩罚与自然法》。^①

顾立雅教授是美国第一代汉学家,长期执教于著名学府芝加哥大学,是该校中国及东亚研究的奠基人。他对金文分期断代中的构拟王年历谱,商周“天”“帝”崇拜(“天”与“帝”的起源及二者关系、天道观念变化),西周政府的组织结构和运行机制都有自己独到的研究。值得一提的是,顾立雅教授运用社会学和政治学的理论方法对西周王朝政府的组织、财政、司法以及政府的管理技术等做了深入探讨,他认为“Feudalism”是一种政府的组织形态,尽管西周初期的政府并不是一个真正的官僚体制,只能是个原始的、初型的官僚体制,然而王室的官员确实具备许多官僚制的特征。

1994年,年逾89的顾立雅教授去世。他的学生、芝加哥大学中国文学教授芮效卫(David T. Roy)在讣文中这样评价其恩师的一生:“他的去世标志着一个时代的结束。他是早期中国文明研究的大师,美国汉学界公认的元老。他将芝加哥大学建设成为东亚研究的重镇。”而《中国之诞生》(*The Birth of China*)是顾立雅教授的成名作,其最大的特色是利用了当时最新的考古发现资料,成为西方第一部利用甲骨文和金文对商周史进行综合描述的著作。我们也应该注意到本篇译文中所提到的高本汉(Klas Bernhard Johannes Karlgren),其研究以青铜器型式、纹饰为主,他使中国青铜文化引起了西方学界注意。

在《周代的实体法与程序法》一文中,顾立雅教授以《易经》《尚书》《诗经》、184篇精选青铜铭文为基础,为我们勾勒了周代法制图景,他将时间界定为两段:周代初期(西周)与周代晚期(东周)。在不同篇章分别以《康诰》《左传》《论语》《商君书》《韩非子》等文献的部分段落以及从青铜铭文中解读出来的案例为切入点,探讨诸如“天与政权合法性、正当性的关系”“中国早期法律的家族本位”“中国早期行政立法化与国家建构”“春秋法典化运动与中国早期法律秘密性”“礼与法以及法律儒家化”“法律的自然化”等问题。他认为西周天子对广袤领土实施强有力控制,在“天”的监督下(法律的自然化),周天子以传统为主要渊源的法律为工具承担了为天下公正司法的重任,而司法中对于私人契约的关注度、诉讼中允许双方当事人派代理人参与与后世相比都令人惊讶。春秋时期的法典化运动在作者看来并不昭示以前的做法就是法律秘而不宣,“法律儒家化”的说法也是值得商榷。最后作者认为周武王与法家具有相似性——以“极权”的社会组织方式整合国家,以法律塑造政府威权。

这里顺带提及顾立雅教授写作本篇论文的时代背景。新中国成立后,中国考

^① 原载 *Harvard Journal of Asiatic Studies* 53(2):285-324(1993)。

古学取得瞩目成就,许多重要的古代遗址和墓葬相继被发现,其中河南、陕西、山西、北京、河北等地先后出土了大量的商周王室及诸侯国的青铜器,对西周史的重构意义重大。而今陕西省西安市西南 12 公里的沔河两岸,是所谓的西都“宗周”,是西周的王都和宗庙所在地,1961~1962 年在沔西张家坡西周墓地清理出一批殷遗西周早期青铜器,为“幸旅”“敢”“木”诸族之物。而顾立雅教授写作本文所采用铭文的出土时间截至于此。因此受时代限制,顾立雅教授铭文素材有限,可能其观点当今看来有失偏颇,但仍不失为一篇值得重视的论文。

欧内斯特·康佩里是海外中国法律史研究的新锐,现在英国伦敦大学法学院任讲师,专攻法律史、中国文学和亚洲法制。2014 年康佩里在《法律和历史评论》中发表了《社会变革与早期中国法律思想中的成文法》一文,对周朝时期的成文法进行了深度研究,对前人有关周代成文法是贵族阶级向平民阶层的妥协的观点提出质疑。通过《左传》中几篇有关成文法文章揭示了社会变革与成文法的互动关系。成文法是贵族发起的改革的产物,同时又是调节社会秩序的工具。作者就此提出了三个论点:一是,早期中国人对于成文法的使用是对社会控制手段变革的需要,是当时的社会政治状况决定的;二是,其认为成文法不仅调整了贵族与普通平民之间的关系,同样也调节了贵族之间的内部冲突;三是,当时的中国人,尤其是当权者认为,成文法能够增强法律效力的功能。

为了论证上述观点,作者以《左传》为中心,考察了春秋战国时期不断变化的社会政治状况。以这样的社会变迁背景为依据,其分析了《左传》中的五篇文章,证实了这样一种不断增长的意识,即成文法具有产生社会和政治秩序的价值。然后作者把早期中国成文法的发展置于全球背景下,将其同其他前现代法律传统的成文法相对比。比较言之,考察文字与建立在成文法基础上的法律意识之间的关系,为正在进行的有关世界其他国家成文法发展的争论提供了新的视野。同样对于研究中国法律史的学者们,提供了一个在全球视野内分析中国法律发展的全新视角。

高道蕴教授是中国法律学人熟知的美国汉学家,1994 年她曾与高鸿钧和贺卫方教授联合编译了《美国学者论中国法律传统》。高道蕴教授是耶鲁大学东亚研究硕士,密西根大学中国历史博士。现任圣十字学院(College of the Holy Cross)历史系教授,哈佛大学法学院东亚法学研究项目资深研究员。《早期中国国家概念中的战争、惩罚与自然法》是高道蕴教授在《哈佛亚洲研究学报》上发表的关于中国早期法治理念的力作,对美国汉学界了解中国历史上的法治传统有重要的意义。在论文中,高道蕴基于战国和汉代早期的著作,论证古典晚期的中国先哲们已为制定法、规范准则和有组织的暴力之间设定了可行的界限。虽然他们