

中国法学精萃系列丛书

中国法史学精萃

(2001 ~ 2003 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



高等教育出版社

内容提要

本书精选 2001 ~ 2003 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀法史学论文编辑而成。主要包括:“中国传统法研究中的几个问题”、“论中国古代的法律自然主义”等。涵盖总论、中华法系及其形成研究、法律断代史研究、法史专题研究、法学家思想研究、比较法史研究等几个方面。这些论文代表了 2001 ~ 2003 年度我国法史学研究的发展水平,可供法律专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考,也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目(CIP)数据

中国法史学精萃 2001 ~ 2003 年卷/法苑精萃编辑委员会编. —北京:高等教育出版社,2004.10

(中国法学精萃系列丛书)

ISBN 7-04-015941-4

中 ... 法 ... 法制史-中国-文集

D929.2 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 095357 号

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010 - 64054588
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800 - 810 - 0598
邮政编码	100011	网 址	http:// www. hep. edu. cn
总 机	010 - 58581000		http:// www. hep. com. cn
经 销	新华书店北京发行所		
印 刷			
开 本	787 × 960 1/16	版 次	年 月第 1 版
印 张	47.25	印 次	年 月第 次印刷
字 数	890 000	定 价	96.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号:15941 - 00

策划编辑 梁代军
责任编辑 宋 军
封面设计 张 楠
版式设计 马静如
责任校对 殷 然
责任印制

法苑精萃编辑部

主 任 王卫权
委 员 (按姓氏拼音排序)
姜 洁
梁代军
宋 军
吴 勇
张 杰

法苑精萃编辑委员会

编委（按姓氏笔划排序）

- 王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师
- 王保树 清华大学法学院教授、博士生导师
- 王晨光 清华大学法学院院长、教授、博士生导师
- 王家福 中国社会科学院法学研究所终身研究员、博士生导师
- 公丕祥 江苏省高级人民法院院长，南京师范大学教授、博士生导师
- 付子堂 西南政法大学副校长、教授
- 石少侠 国家检察官学院院长，吉林大学法学院教授、博士生导师
- 田平安 西南政法大学教授、博士生导师
- 龙宗智 西南政法大学校长、教授、博士生导师
- 石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博士生导师
- 江 平 中国政法大学终身教授、博士生导师
- 孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师
- 朱景文 中国人民大学法学院教授、博士生导师
- 米 健 中国政法大学教授，《比较法研究》杂志主编
- 李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博士生导师
- 李 林 中国社会科学院法学研究所研究员，《中国社会科学》杂志副主编
- 李昌道 复旦大学法学院院长、教授
- 张广兴 中国社会科学院法学研究所研究员，《法学研究》杂志社社长
- 张文显 吉林大学党委书记、教授、博士生导师
- 张晋藩 中国政法大学终身教授、博士生导师
- 邵建东 南京大学法学院院长、教授、博士生导师

- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博士生导师
吴志攀 北京大学副校长、教授、博士生导师
何勤华 华东政法学院院长、教授、博士生导师
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博士生导师
陈光中 中国政法大学终身教授、博士生导师
陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博士生导师
陈明华 西北政法学院院长、教授、博士生导师
周国钧 《中国法学》杂志主编
郑成良 上海交通大学法学院院长、教授、博士生导师
郑成思 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师
贺卫方 北京大学教授、博士生导师，《中外法学》杂志主编
赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博士生导师
胡建森 浙江大学副校长、教授、博士生导师
郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博士生导师
徐显明 中国政法大学校长、教授、博士生导师
高鸿钧 清华大学法学院教授、博士生导师
黄 进 武汉大学副校长、教授、博士生导师
崔建远 清华大学法学院教授、博士生导师
曹建明 最高人民法院常务副院长、教授、博士生导师
梁慧星 中国社会科学院法学研究所研究员、山东大学法学院院长、教授、博士生导师
曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博士生导师
曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博士生导师

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心

序

当今是知识爆炸的时代,又是时间四分五裂的时代,这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾,求知的本性与短促的人生的矛盾,这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约,加上人生必要时间的支付,即使再充分利用时间,每人每天也只有 24 小时,因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种,即对爆炸的知识进行甄别、挑选,取其精华,弃其糟粕。众所周知,著作虽多,但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从,是人生的原则,自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华,读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华,读经典著作是纲举目张、事半功倍,恰似“与君一席谈,胜读十年书”,可以说,不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是,是全球大势和时代主题,也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国,法学日益成为一门显学,每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认,法治是时代精神精华的贯彻,法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华,只有精华才配称为法学,只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准:

一是思路新奇。学术的生命在于创新,学术的发展新新不已,学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。



二是资料详实。思想没有全新的,学术是承先启后和不断推陈出新的,对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作,而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真,追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的,这就决定了学术思想必须深刻,不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在,也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军,慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中,最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华,而且是时代精神的超越,是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然,上述标准是很高的,也许身不能至,但心向往之。我们把它们作为行动的旗帜和追求的目标,并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说,我们希望达到以下目标:

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章,铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展,以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础,了解把握研究动态是为教为研之始,本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多,每个考生在复习过程中,都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读,极其烦难不便,本系列丛书恰能予以弥补,提供方便。

我们的工作把我们推到了“审判官”的位置,但我们没有火眼金睛或许有时还有眼无珠,难免良莠不分,取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时,也虔诚地希望公众热情参与,把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许,我们也会敬请有关专家、学者进行评选,以求名至实归、不负众望。

张文显

目 录

第一部分 总 论

曾宪义	马小红 中国传统法研究中的几个问题.....	3
徐祥民	对中国古代法制研究中几个思维定式的反思——兼论 战国前法制研究的方法	19
杨师群	中国古代法律样式的历史考察——与武树臣先生商榷	34
范忠信	中国“封建”法制史研究论纲	43
曾宪义	马小红 中国传统法的结构与基本概念辨正——兼论 古代礼与法的关系	59
任 强	中国传统法律思想的研究范式——以先秦儒家的 礼法思想为例	76
杨 昂	马作武 中国古代法律诠释传统形成的历史语境	93
邓红蕾	对峙·对话·合流·和谐——中国法律思想 史轨迹回顾及现代启示	108
徐忠明	关于中国法律史研究的几点省思	116

第二部分 中华法系及相关研究

范忠信	自然人文地理与中华法律传统之特征	139
吕世伦	邓少岭 天人合一境界中的中华法系之美	156
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”说质疑	166
崔永东	论中国古代的法律自然主义	190
王立民	中国古代刑法与佛道教——以唐宋明清律典为例	207
郭成伟	孟庆超 论“天道”观对中国传统法律的影响	220
公丕祥	传统东方法律文化的价值取向——马克思的理论分析	234
蒋立山	中国法律演进的历史时空环境	249

第三部分 法律断代史研究

高鸿钧	先秦和秦朝法治的现代省思	269
-----	--------------------	-----



吕 丽	汉魏晋“故事”辨析	287
刘笃才	汉科考略	307
崔永东	张家山汉简中的法律思想	321
张先昌	《开皇律》的修订及其在中国法制史上的地位	331
蒲 坚	释唐律“出入得古今之平”	340
何勤华	清代法律渊源考	346
王志强	清代成案的效力和其运用中的论证方式—— 以《刑案汇览》为中心	369
刘笃才	关于清末宪政运动的几个问题	387

第四部分 法史专题研究

胡大展	“灋”意考辨——兼论“判决”是法的一种起源形式	401
巩富文	中国古代法官责任制度的基本内容与现实借鉴	409
俞 江	“契约”与“合同”之辨——以清代契约文书为出发点	420
邓建鹏	健讼与贱讼：两宋以降民事诉讼中的矛盾	440
吕铁贞	略论中国封建社会商人法律地位	463
苏 力	制度变迁中的行动者——从梁祝的悲剧说起	471

第五部分 法学家思想研究

萧伯符	汤建华 法家思想体系论略	491
萧伯符	商鞅法治理论及其现代借鉴	503
王云飞	再论孙中山“五权宪法”	518
曾尔恕	黄宇昕 中华法律现代化的原点——沈家本西法 认识形成刍议	529
胡玉鸿	马克思恩格斯论司法独立	544
莫伟民	西方法哲学的近现代转型及其启示	573
马长山	西方法治产生的深层历史根源、当代挑战及其启示 ——对国家与市民社会关系视角的重新审视	589

第六部分 比较法史研究

夏新华	比较法制史：中国法律史学研究的新视角	611
王宏治	从中西立法过程比较《唐律》与《民法大全》	621
陈景良	讼师与律师：中西司法传统的差异及其意义 ——立足中英两国 12~13 世纪的考察	630
孟祥沛	东亚近代法制史上的两次大论争——清末	



	“礼法之争”与日本“法典论争”的比较	646
孙光妍	于逸生 苏联法影响中国法制发展进程之回顾	662
李秀清	中国移植苏联民法模式考	677
唐永春	苏联法学对中国法学消极影响的深层原因——从马克思 东方社会理论出发所作的分析	699
附 录	2001 ~ 2003 年度全国主要报刊法史学论文索引	715

第一部分总论

中国传统法研究中的几个问题

曾宪义 马小红*

[内容提要] 一个多世纪以来,传统法在中国常常被视为法治的绊脚石而受到责难。这种旷日持久的责难形成了种种偏见。比如在中西法的比较中习惯以西方法的理论、模式为标准来割裂传统法的有机组成;在论述传统法内容时局限于刑,而基本排斥了最具特色的“礼”;过分强调法发展的一般规律,而忽视了不同文化背景下法所具有的特殊性。因此,在批判传统法的同时,我们需要反省对传统法的态度、反省研究中所持的标准、反省研究的方法,以求更准确、更合理地解读中国传统法。

一、中国传统法的重新解读

19世纪末,在外力的作用下,中国开始偏离了数千年的历史轨道,走上效法西方之路。伴随着这一历史转折,从西方泊来的“法治”成了全社会关注的对象。转眼间,法治的进程在中国也有了百余年的历史。这百余年里,它给我们带来了无限的向往,但也给我们带来深深的失望和犹疑。“法”从未像近百余年来这样被人关注、给人以期望,但也从未像近百余年来这样在人们的观念中纷乱不一、理论与现实脱节、立法与司法抵牾。这种变革发展中的不尽如人意之处,这种失望、迷茫和犹疑的原因是多方面的,其中,法治在形式和表面上被全社会认同后,人们却有了一种不曾有过的缺乏自信的不安,则是十分明显的重要原因之一。

当我们捧读西方启蒙学者的著作时,我们可以感受到他们对古希腊、罗马的神往和“复古”的激情。他们用传统抨击现实的黑暗,并为曾有过的辉煌而自豪。

* 中国人民大学法学院教授。

** 中国社会科学院法学研究所研究员。

正如马克思断言的那样，“没有希腊文化和罗马帝国所奠定的基础，也就没有现代的欧洲”。在启蒙思想家的巨擘孟德斯鸠的《论法的精神》、伏尔泰的《风俗论》、梅因的《古代法》等著作中，人们在看到一个历史的欧洲之同时，也看到了一个未来的欧洲。毫无疑问，西方启蒙思想家对未来的信心是建立在传统的复兴和发展之上的。

被西方殖民的民族和国家，历史与传统则远没有西方那样幸运。在国土被侵占、财富被掠夺的同时，它们的历史与传统也被冠以“落后文化”之名遭到破坏。五千年文明从未间断的中国也是如此——尽管中国文明的辉煌在汉唐、在宋明，直至在清代的康雍乾盛世是举世公认的。因为在殖民与被殖民的历史进程中，以国力论文化的优劣不仅成为殖民的借口，而且成为学界的准则。“文明”与“野蛮”、“进步”与“保守”的标准是用欧洲模式来衡量的。历史不幸验证了法国18世纪伟大思想家伏尔泰的预言：“对中国的礼仪的极大误会，产生于我们以我们的习俗为标准来评判他们的习俗，我们要把我们的偏执的门户之见带到世界各地”。

当19世纪后期西方用炮火打开了清王朝紧锁的国门时，中国文明随着西方殖民扩张的节节胜利，在学者的论著中成为一种怪异、保守、野蛮、恐怖、没有任何生气的“木乃伊”文化，在西方人的眼中，中国的哲学、宗教、法律、科技、甚至语言都处在幼儿时期。18世纪末至20世纪初，欧洲，包括美国，几乎没有一个思想家对中国文化不持批判和歧视的态度。如果客观地、历史地评价1840年后的中国历史，我们确实无法过于责备当时的许多人对西学——当然也包括西方的法治学说——的排斥和反感。但值得庆幸的是，一些具有远见的政治家、思想家和学者在民族生死存亡时刻摆脱了狭隘的民族偏见，在向西方寻求救国之路的同时，开始对传统进行反省和批判。应该肯定，19世纪末是中西文化大规模的冲突与融合的时代，也是民族的生死存亡之际，当时许多仁人志士向西方探索强国之路，学习西方的学术方法，吸纳西方的一些学术观点，是必然的而且是必要的。这种探索、学习与吸纳为中国近代民族的独立和解放、为中国法向近代的转折开辟了道路。但我们还应该认识到，这一百余年来，我们始终未能摆脱以国势强弱论文化优劣的束缚，而这一点在对中国传统法的研究中表现尤为突出。

所以与捧读西方启蒙思想家著作时的感受相反，当我们阅读百余年来，尤其

《马克思恩格斯选集》第3卷，人民出版社1972年版，第220页。

[法]伏尔泰，梁宋锵译：《风俗论》上册，商务印书馆1995年版，第221页。

参见[德]夏瑞春编，陈爱政等译：《德国思想家论中国》，江苏人民出版社1995年版；周宁编著：《2000年西方看中国》，团结出版社1999年版；[美]明恩溥，匡雁鹏译：《中国人的特性》，光明日报出版社1998年版；[美]何天爵，鞠方安译：《真正的中国佬》，光明日报出版社1998年版。

是近二十年来关于中国传统法研究的著作时,我们感受不到传统的震撼,找不到可以给我们自信的传统。相反我们时时感到的是一种苦涩和失落。一方面,中国古代法早已被批判得一无是处,它离我们越来越远,越来越模糊。但奇怪的是批判并未因其远离而减弱。1904年梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》中以西方法为标准,指出了几千年来一脉相承的中国法的不足:“法律之种类不备”、“私法部分全赋阙如”、“法律固定性太过”、“法典之体裁不完善”、“法典之文体不适宜”。而在中国古代法早已不复存在的近一百年之后,学界又发出了中国古代是专制无法的社会、中国古代法的概念过于狭窄、中国古代没有法学家阶层、中国传统法缺少价值认定和追求等等“宏论”。另一方面,许多学者为了证明中华法系的博大精深,用西方法的模式将中国古代法分为所谓的民法、刑法、经济法、行政法等等。似乎西方有的,中国早已有之。但从这种曲解历史的分类中,我们除了看到似是而非的所谓“借鉴”外,根本找不到传统法的精神之所在。因此,我们从现在的研究中看到的所谓的中国传统法,不仅已经被西学的武器批判得体无完肤,而且更被一些肤浅的比较割裂得支离破碎。与西方视传统法为动力相反,我们将历史与传统当成了包袱——这就是我们苦涩和失落的原因。就如一个成年人,或总是沉浸在对自己以往的自责中,找不到一点可以前行的资本和基点。或总是用别人的标准来色厉内荏地证明自己并不比别人差。在中国五千年的文明发展史中,历史与传统从未像百余年来这样暗淡,这样被国人所怀疑。

学术的发展总是与时代息息相关。21世纪,西方的殖民已经成为历史的陈迹。以国势的强弱论文化的优劣,将西方法的模式作为唯一评判法律发达程度的标准理所当然应该受到质疑。当我们有暇从容地面对我们祖先留下的漫长的历史和传统时,有暇对百余年的传统反省和批判进行再反省时,我们不难发现百余年来我们对自己传统的深深偏见和误解。如果说这些偏见和误解在19世纪末与20世纪初是为时势所迫、不得不为的话,那么如今的误解和偏见则是囿于成见和习惯,不自觉而为之。正如有些学者指出:“在清算旧的传统和制度的时候,我们也要注意随意地斥责古人、斥责祖先、斥责他们创造的观念和制度,无视其中所蕴涵的智慧、知识和普遍道德,是20世纪中国人的文化病,即由中西文化冲突所导致的紧张症。”

对历史和传统的误解和偏见不仅有碍于学术的发展,而且有碍于我们对历史传统所应有的自信。正因如此,从以往的束缚中解脱出来,重新解读中国传统

参见《饮冰室合集》,《文集之十六·论中国成文法编制之沿革得失》,中华书局1989年版。

夏勇主编:《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》,中国政法大学出版社2000年版,“绪论”,第21页。

法不仅是学术的需要,也是时代的需要。

本文欲通过分析以往的研究方法和研究视野,阐述重新解读中国传统法的必要及今后研究中所应注意的一些问题。

二、比较法研究方法的缺陷

比较法研究是 20 世纪下半叶兴起的一种研究方法,其可以分为微观的比较和宏观的比较。《简明不列颠百科全书》对“微观比较法研究”和“宏观比较法研究”的解释如下:“前者的目的在于分析同一法系的各种法律。通过观察其分歧点,决定其是否合理,对别国的法律创新是否有价值。而宏观的比较方法则首先是研究彼此差别很大的法律兼制度,深入了解研究者不熟悉的制度及思想。微观学者的主要任务在于搜集资料,比如美国的 50 个州各有自己的制定法和普通法,就需要加以搜集和比较。宏观学者则不同,他在比较时必须按照新的标准去思维。比如,如果他是西方人,他就必须认识到,在远东,一个正直的人是不上法院打官司的,而且他不承认有主观方面的权利;反之,公民的行为,是受祖传的礼仪约束的。”

比较法研究的优势在于可以拓展学术视野,借鉴历史的或其他国家地区不同法系的经验,以完善自我。但是,不同种类的法的形成自有其必然性和合理性,其无“优劣”、“好坏”、“进步落后”之分。打一个浅显的比喻:中国的茶叶与西方的咖啡,其优劣就无从论起。因为这两种饮料各有特色,而且适合不同人不同情况下的口味。饮咖啡者不必视饮茶者为落后,必要时也可饮茶;饮茶者也不必视饮咖啡者为野蛮,必要时亦可食以咖啡。但现实中的比较法研究,尤其是宏观的比较法研究,往往容易导致判断标准的简单化。两个或多个不同种类的法的比较,必取所谓“先进”一方为标准,另一方或几方则常常难免被冠以“落后”、“不文明”等帽子而玉石俱焚,或在比较中失去自我而变得非驴非马。

用近代学说理论研究中国传统法可以说始于西方的启蒙思想家。20 世纪以来,中国学界开始借鉴西方的研究方法对中国历史上的法进行研究,形成了“中国法制史”和“中国法律思想史”两门学科。这种导入西方方法和理论的研究以 1904 年梁启超《中国法理学发达史论》和《论中国成文法编制之沿革得失》

中国大百科全书出版社《简明不列颠百科全书》编辑部译编:《简明不列颠百科全书》第 1 册,中国大百科全书出版社 1985 年版,第 685 页。

《饮冰室合集》,《文集之十五》、《文集之十六》,中华书局 1989 年版。

为始创,二十世纪三四十年代研究成果已颇具规模。关于中外学界对中国传统法的研究状况笔者将有另文进行陈述。通过对以往研究成果的总结和分析,笔者发现以往的比较法研究存在严重的缺陷。其主要表现于以西方法的模式为准则脱离中国历史文化背景,苛责中国传统法的简陋。

比如,梁启超于1896年写成的《论中国宜讲求法律之学》明言,“文明野番之界虽无定,其所以为文明之根原则有定。有定者何?其法律愈繁备而愈公者,则愈文明”,而中国“今日非发明法律之学不足以自存矣。”显然,梁启超的文明标准是西方的“繁备”且“公”的“法”,因为“西人以我为三等野番之国,谓天地间不容有此等人”的原因,是西方自希腊、罗马时便法律日益发达,而中国自秦汉以来法律却日益衰败。梁启超这样比较了中西法的不同:“秦汉以来,此学中绝,于是种族日繁,而法律日减,不足资约束。事理日变,而法律一成不易,守之不可守,因相率视法律为无物。于是所谓条教部勒者荡然矣。泰西自希腊罗马间,治法家之学者,继轨并作,赓继不衰,百年以来,斯义益畅,乃至以十数布衣,主持天下之是非,使数十百暴主,戢戢受绳墨,不敢滋所欲,而举国君民上下权限划然,部寺省暑议事办事,章程日讲日密,使世界渐进于大同之域。”

从梁启超的这一段论述来看,梁氏对西方法尚不太熟悉,而对中国法可以与西方相应作出比较之处亦十分模糊。文中所言的秦汉以来的“此学”与西方的“法家之学”,各自的概念含混,内容更是大相径庭。但是,其对西方法的推崇和对中国法的贬损却是显而易见的。这种以西方法为标尺衡量中国传统法的短长,在研究之始已经“预设”了西方法的合理,其结论也自然是将西方法中有,而中国法中无的,视为中国法的缺陷;而将中国法中有,西方法中无的,视为中国法的烦琐、保守、落后之证。

此外,在古代法与现代法的比较中,我们面临着较中西法比较更为尴尬的境地。由于从文化背景、语境到法的体系、特征等各方面,中国古代法与现代法都存在着很大的差异,这种差异随着时间的推移愈来愈大,如果对古代法的“原貌”不能有整体的认识,就难免对古代法产生愈来愈多的误解和偏见。

笔者发现19世纪末至20世纪初的一些法史学家比较中西法的异同,尤其是论证传统法的特征往往能一语中的,不乏真知灼见,直到现在我们读来也不感到过时,并在研究中仍时时征引。如主持清末修律的清廷大臣沈家本认为中西

关于中国法制史的研究状况,参见曾宪义、郑定编著:《中国法律制度史研究通览》,天津教育出版社1989年版;刘海年、马小红:《五十年来的中国法制史研究》,载《与时俱进的中国法学》,中国法制出版社2001年版。关于中国法律思想史的研究状况,参见曾宪义、范忠信:《中国法律思想史研究通览》,天津教育出版社1989年版;马小红:《中国法律思想史学科的设置和发展》,载《法律史论集》,法律出版社2002年版。

《饮冰室合集》,《文集之一·论中国宜讲求法律之学》,中华书局1989年版。

法“道理自在天壤,说道真确处,古今中外归于一,不必左右袒也”,中西法的道理是“大抵中说多出于经验,西学多本于学理。不明学理,则经验者无以会其通;不习经验,则学理亦无从证其是。经验与学理,正两相需也”。再看程树德作于1926年的《九朝律考》对中国古代“律”历代相袭的精辟概括:“九章之律,出于李悝《法经》,而《法经》则本于诸国刑典,其源最古。春秋时齐有管子七法,楚有仆区法、茆门法,晋有刑书刑鼎,郑有刑书竹刑,其见于记载者如此。商君有言,不观时俗,不察国本,则其法立而民乱。自汉以后,沿唐及宋,迄于元明,虽代有增损,而无敢轻议成规者,诚以其适国本,便民俗也。”这种对古代法体系、道理的言简意赅的论述,缘于对古代法及产生古代法的文化的透彻理解。19世纪末至20世纪初,中国古代法虽处在解体之中,但对当时人来说“古代”并不陌生,古代法作为一个完整的体系仍然存在,其为研究者的比较研究提供了准确的对象,而受国学熏陶的学者对古代法与传统的把握并不困难。再打一个浅显的比喻,如果将古代法比作苹果,而将西方法比作橘子,当时橘子尚是原汁原味的橘子,苹果也是原汁原味的苹果。两者的不同一目了然。

随着时间的推移,古代法的解体,人们对古代法原貌的认识日益模糊,加之研究者对国学的疏远,把握传统文化与古代法成为愈来愈困难的事情。30年代有学者将中国古代法分为“刑法总则”、“刑法分则”、“民法总则”、“民法分则”,而我们今天的一些教材和专著更是将古代法分为“民法”、“刑法”、“经济法”、“行政法”等等。用现代法的分类分割古代法,用古代法的某些资料附会现代法的内容或作为现代法的渊源,在今日的学界已经蔚然成风。其实,当我们费力从浩瀚的史籍中归纳出所谓的中国古代的民法、经济法、行政法时,法的古今比较已经误入了歧途。另一方面,一些研究者认为中国古代法的产生发展匪夷所思,他们用现代法的标准去要求古代法,认为古代法的规则、体系、精神与现代法格格不入,传统法的观念尽为现代法发展的阻碍。许多人甚至将现实中一些不尽如人意的地方,如法律制定的不完善、法律执行中的误差、司法中的腐败等等,归咎于中国古代法的传统不如西方优秀。其实,在我们批判古代法的一些“缺陷”时,存在着这样一些问题:一是由于古代法完全解体,而关于中国传统法整体的研究成果又十分匮乏,有机统一的古代法被机械地分割为制度、思想等条条块块,失去了“原貌”。所以我们认为的古代法的“缺陷”也许是子虚乌有的,是我们不能全面地了解古代法而产生的片面之见;二是我们所感到的古代法的一些缺陷是相对今日的标准而言的。它对于生活于古代社会的人们而言或许根本就不存在,

[清]沈家本:《历代刑法考》第4册,中华书局1985年版,第2217页。

程树德:《九朝律考》,中华书局1963年版,第1页。

参见杨鸿烈:《中国法律发达史》,上海书店1990年版。