

中山大學
法學文丛

案例、故事与明清时期的 司法文化

徐忠明 著



法学学术



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中山大學 法學文丛

案例、故事与明清时期的 司法文化

徐忠明 著



法学学术



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

案例、故事与明清时期的司法文化/徐忠明著. —北京:法律出版社,2006.7

ISBN 7-5036-6409-6

I. 案… II. 徐… III. 法制史—研究—中国—明清时代 IV. D929.4

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第065352号

© 法律出版社·中国

中山大学
法学丛刊

案例、故事与明清时期的司法文化

徐忠明 著

责任编辑 董彦斌
装帧设计 乔智炜

开本 787×960毫米 1/16

版本 2006年7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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 30.5 字数 421千

印次 2006年7月第1次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 7-5036-6409-6/D·6126

定价:44.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

中山大學 法學文叢

編委會

主任 劉 恒

副主任 周林彬 徐忠明

委員 馬作武 王仲興 劉 星 楊建廣

陳壁濤 黃建武 黃 瑤 程信和

謝石松 慕亞平 蔡彥敏

作者简介

徐忠明,男,1960年12月生,上海川沙人。1984年华东政法学院毕业,法学学士;1989年中山大学法律学系毕业,法学硕士;2002年中国政法大学毕业,法学博士。现为中山大学法学院副院长,教授,法律史专业硕士研究生导师;法学理论专业博士研究生导师。主要研究领域:中国法制史、中国法律思想史、比较法律文化。主要学术成果:《法学与文学之间》,中国政法大学出版社2000年版;《思考与批评:解读中国法律文化》,法律出版社2000年版,《包公故事:一个考察中国法律文化的视角》,中国政法大学出版社2002年版;另外,发表学术论文70余篇。

中国法律史研究的可能前景： 超越西方，回归本土？（代序）*

中华帝国乃是人类历史上的一个有着悠久历史和灿烂文化的古老国家，中华法系也是世界几个著名法系中的一枝奇葩，独具特色，自成一格。然而，自近代，随着西方强势文化的“侵入”，经由数千年的社会实践与知识追寻凝聚而成的中国传统法律文化，终于危象丛生而一朝解体。深究“解体”的原因，我们可以发现，事实上，并非仅仅由于西方强势文化的“侵入”所致，说到底，也与中国帝制时代逐步积累起来的种种病灶息息相关。^①譬如，社会经济发展与法律滞后之间的紧张和矛

* 本文原载《政法论坛》2006年第1期。

① 必须指出，虽然美国汉学家费正清提出的“挑战与回应”的解释近代中国社会变迁的理论模式已经遭到中外学者的严厉批评，但是，这一解释模式恐怕尚未完全失效。也就是说，在解释近代中国社会变迁时，尽管很有必要强调和凸现这一变迁的内因，但我们也不能遽尔排除作为外因的西方文化“侵入”这个关键因素。实际上，柯文提出“以中国为中心”的近代中国研究范式，所要表达的也是这个意思，而非一味忽略西方文化“侵入”中国这一事实的重要意义。就此而言，柯文模式不乏警醒作用和纠偏功效。参见[美]柯文著：《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》，林同齐译，中华书局1989年版。

盾,民间法律实践出现的新问题与官方意识形态持守的旧态度之间的脱节和背离,都是一望而知的悖论和困境。

在解释传统中国经学的发展变迁时,清儒皮锡瑞曾经指出:“学术随世运为转移,亦不尽随世运为转移。”^①近代以降,随着时势的转移,传统中国的思想学术也确实出现了随着时势转移的局面。从法律学术来看,20世纪初叶,乃是中国传统法律研究的转型时期,也是奠基时期。原本与经学密切相关的律学,^②渐次有了独立的品格,成了一门学科。再者,如果陕派律学健将薛允升可以视做传统中国法律学术的殿军人物,^③以及陕派律学的另一领军代表沈家本属于介乎传统律学与现代法学之间的过渡人物,^④那么顺着这一学术脉络,我们可以说,以往被法律史家所忽略的近代启蒙思想家和学问家梁启超无疑就是运用西方法学知识和法学理论建构传统中国法律思想史和法律

① [清]皮锡瑞著:《经学历史》,周于同注释,中华书局2004年版,第135页。

② 在我看来,秦代和汉初乃是传统中国律学的形成时期,制定法律和解释法律的权力操控于刀笔吏或文法吏之手;随着汉武帝推行“罢黜百家,独尊儒术”的政策,儒家渐次成为帝国官场的主角,并获得了制定法律和解释法律的权力,由此,律学与经学不断靠拢。这表现在律学的价值取向和解释方法两个方面。顺便指出,在研究传统律学时,以前学者往往就律学论律学,而与经学全不相干,这是一个缺陷。

③ 我国台湾学者黄静嘉称薛允升为“传统法学的殿后人物”。参见“清季法学大家长安薛允升先生传”,载氏著《读例存疑重刊本》,台北:成文出版社1970年版,第11~34页。李贵连也有类似看法,参见“传统法学的殿后人和殿后作”,载氏著《近代中国法制与法学》,北京大学出版社2002年版,第234~242页。对传统中国律学源流和律学特色的讨论已经不少,可是对律学学派的研究目前尚不多见。有关晚清陕派律学的简要介绍,参见[法]巩涛(Jerome Bourcon):“西方法律引进之前的中国法学”,林惠斌译,载《法国汉学》第8辑“教育史专号”,中华书局2003年版,第239~241页。

④ 尽管杨鸿烈早有沈家本是媒介中西法律之“冰人”的论断,参见氏著《中国法律发达史》,上海书店1990年影印,第872页。但是,如果我们仔细考察沈家本的著述,也就可以发现,他的法律思想和研究方法基本没有超出传统中国经学或律学的思想范围和学术路数,譬如《历代刑法考》(中华书局1984年版)就是一个重要例证,其中只有《寄修文存》中的少数篇什与西方法学理论有关。相关评论,也见郑秦:“沈家本修律的历史环境及其再评价”,载氏著《清代法律制度研究》,中国政法大学出版社,1990年版,第143页。顺便指出,虽然沈家本是浙江归安人氏,但是他的律学研究属于陕派范围。参见前揭巩涛:“西方法律引进之前的中国法学”,载《法国汉学》(第8辑),第239页。

制度史的开路先锋。^①现在看来,把梁启超作为现代中国法律史研究的开拓者,根据要比过去将沈家本和杨鸿烈诸人视为开拓者来得充分。况且,与梁启超相比,沈家本比较传统,而杨鸿烈又属于晚辈。^②另一方面,我们如果以史学思想和史学方法为判准,也就可以发现,梁启超不仅猛烈批判传统中国历史编撰学的弊端,而且积极吸收西方历史编撰学的优点,进而提倡史学革命。譬如,1902年发表的《新史学》^③一文,即是梁启超批判传统史学与倡导史学革命的象征。根据这一学术语境,我们可以推断,梁启超于1904年先后写作的《中国法理学发达史论》和《论中国成文法编制之沿革得失》两文,即是在“新史学”思想指导下的具有现代范式特征的中国法律史的写作实践。^④据我看来,这两篇论文的法律知识和叙述框架基本上来自西方或日本学者的影响,而且处处与西方进行比较,诸如法概念——关于刑、法、律的考释,自然法与人定法,法治与礼治,公法与私法,民法、刑法、行政法,等等,不一而足,与杨鸿烈以及现在我们所见的中国法律思想史和法律制度史非常切合,而与薛允升和沈家本的研究路数迥然不同。换句话说,现代中国法律史的编撰乃

① 对此,我们只要检视梁启超所著《中国法理学发达史论》和《论中国成文法编制之沿革得失》两文即可知道。参见范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版,第69-182页。对此问题,范忠信在《认识法学家梁启超》中也有评论,同书,第1-13页。最近,在《法律史的视野:方法、旨趣与范式》一文中,梁治平教授也认为梁启超是现代中国法律史的奠基人。参见杨念群、黄兴涛、毛丹主编:《新史学:多学科对话的图景》,中国人民大学出版社2003年版,第575页。

② 梁启超是当年清华国学院的四大导师之一,而杨鸿烈乃是学生,也是唯一研究法律史的学生,与梁启超属于师生关系。后来,杨鸿烈东渡日本,继续研究中国法律史,卓然成家。有关杨鸿烈的生平事迹,我们所知不多,参见刘广安:“杨鸿烈与中华法系研究”,载杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社1999年版,第1-3页;李玉尔:“评杨鸿烈先生著《中国法律思想史》”,载《法制史研究》(创刊号),台湾中法史学会2000年版,第183-200页;范忠信、何鹏:“杨鸿烈及其对法律思想史学科的贡献”,载杨鸿烈:《中国法律思想史》,中国政法大学出版社2004年版,第1-8页。

③ 梁启超:“新史学”,载氏著《饮冰室文集》(之九),中华书局1989年版,第1-32页。

④ 笔者如此推断的理由乃是,在《新史学》中,梁启超特别表彰杜佑《通典》具有“不记事而纪制度,制度于国民全体之关系,有重于事焉者也。”前揭《饮冰室文集》之九,第5页。这一表彰虽然与杜佑“非徒因袭而能创作”的史学贡献有关,不过更多的是与梁启超非常重视历史编撰应该“叙述人群进化之现象”有关。这是因为,它对于培养国民的国家意识和群体意识具有很高的价值。参见同书第3页,第5页。准此而论,梁启超写作中国法律史确实与“新史学”的意图息息相关,乃是“新史学”的身体力行。

是梁启超研究范式的一种自然延伸与不断发展。

时至今日,现代意义上的中国法律史研究已经走过百年历程,其所积累起来的学术成果可谓车载斗量,汗牛充栋。近来,对于这些学术成果的回顾与反思,也已成为学者的关注对象。^①但是,本文的写作意图并非回顾和反思这段具有百年之久的学术史或学科史,而是在此基础上进一步思考“中国法律史研究的可能前景:超越西方,回归本土?”的问题。

一、超越西方:理论与概念

对咱们中国来说,鸦片战争之后,西方强势文化的“侵入”已经成为一个无法摆脱的既成事实;反过来讲,处于“落后”地位的中国也已(无论被迫抑或自觉)走上了一条西方化的不归路。就思想学术而言,西方影响可谓无孔不入。这种影响导致的后果有四:第一,在“现代化叙事”的强势话语笼罩下,西方被看做是先进也是现代的象征,从而取得了文化霸权的地位;中国反而成为一个西方的他者,一个腐朽挨批的待罪被告。进一步说,考量传统中国文化的优劣长短,也要以是否“现代”作标准。^②与此相关,第二,由于西方乃是先进和现代的典范,也就当然成为学术体制和思想理论的原产地和输出地;随着西方现代学术体制的导入,传统中国的思想学术又一次出现了“道术将

^① 暂时撇开“学术综述性质”的论著不谈,关于中国法律史研究的学术史成果近来时有所见。譬如,徐忠明所著《思考与批评:解读中国法律文化》(法律出版社2000年版)虽然属于学术评论,但也有一些论文涉及这一话题;徐忠明:“法律的历史叙事与文学叙事——阅读中国古代法律的视野拓展”,载《中西法律传统》(第2卷和第3卷),中国政法大学出版社2002年版,2003年版,第1~58页,第45~80页;王志强:“中国法律史学研究取向的回顾与前瞻”,载前揭《中西法律传统》(第2卷),第59~90页;前揭梁治平:“法律史的视野:方法、旨趣与范式”,载杨念群、黄兴涛、毛丹主编:《新史学:多学科对话的图景》,第573~606页;倪正茂主编:《法史思辨:2002年中国法史年会论文集》,法律出版社2004年版,这本文集所收论文基本上是关于中国法律史研究的学科史与学术史的回顾。

^② 事实上,即使有些主张中国法制建设应该挖掘“本土资源”的学者,对于“本土资源”是否有效,是否值得加以利用,也往往是以能否融入“现代”社会、是否符合“现代”要求为衡准的。

为天下裂”^①的情形。换句话说,面对西方思想学术的冲击,传统中国的思想学术体系随之瓦解。第三,基于现代西方学术体制的支配,撇开中国本土的西学教育与西学研究不谈,即使所谓的“国学”研究,我们看到的也是另外一幅思想学术“地图”。这幅“地图”的疆界乃是现代西方的学术分类体系,而填补这一“框架”(疆界)的砖瓦则是中国的本土材料。^② 第四,至于说到传统中国社会发展之规律,所谓“五朵金花”就是西方理论“认知控制”的结果。关于传统中国社会类型的研究,事实上也是以西方社会为背景的比较概括。例如,西方属于流动社会,传统中国则是乡土社会;西方属于法理社会,传统中国则是礼俗社会。^③ 无论如何,西方已经成了我们研究传统中国的“走不出去”的背景,就像“如来佛的手掌”一样,法力无边。不妨说得绝对一点,如

① 语出《庄子·天下》。根据庄子的描述,中国历史上第一次出现“道术将为天下裂”乃是“天下大乱”的春秋战国时期,它是“王官之学”解体的结果。对这一时期思想分化的讨论,参见[美]余英时:“轴心突破与礼乐传统”,载氏著《现代儒学的回顾与展望》,三联书店2004年版,第392~413页。有关传统学术体制的近代转型的研究,参见左玉河:《从四部之学到七科之学》,上海书店出版社2004年版。

② 当年陈寅恪对国人东渡日本接受“国史”训练所发的感慨,现在虽有改观,但也不容乐观。在中国研究领域,所谓“西方产出理论,中国供给材料”的说法颇有流行。当然,这也是事实。数年前,学界关于近代中国“公共领域”的争论,可谓西方提供理论架构,中国填补材料的典型例证。这一争论的问题意识来自西方,理论学说也来自西方,乃至从事具体研究的学者同样来自西方尤其是美国,尽管中国学者也曾加入讨论,一度颇为热闹。这里,中国社会本身只是一堆材料,听任西方理论(哈贝马斯)予以解释。对于这个例子的评论,参见[美]艾尔曼著:《经学、政治和宗族——中华帝国晚期常州今文学派研究》,赵刚译,江苏人民出版社1998年版,第18~19页,有关“代中文版序”的文字。顺便一提,艾尔曼也有中国学者“对理论的高度嫌恶”的观点。同书,第20页。

③ 比如,费孝通的“乡土中国”的著名研究,无疑是研究中国事实而后得出的理论概括;但是,它的西方背景还是一望而知的事实,尽管比较荫蔽。有关的评论,参见龚鹏程:《游的精神文化史论》,河北教育出版社2001年版,第1~23页,特别是第一章“引言:乡土中国?”。在我看来,龚鹏程的质疑实际上并不能推翻费孝通的论断,但是也有提示作用。再如,基于韦伯“新教伦理与资本主义”的命题,启发了海内外众多学者参与儒家伦理与明清经济变迁和商人精神的讨论,其中以余英时的“中国近世宗教伦理与商人精神”的阐述最为发人深恩,也赢得了满堂喝彩。参见[美]余英时:《中国近世宗教伦理与商人精神》,安徽教育出版社2001年版。但是,其中问题也颇不少。有关评论,参见杭之:“评余英时《中国近世宗教伦理与商人精神》”,载氏著《一苇集》,三联书店1991年版,第207~238页。也见单世联:“韦伯命题与中国现代性”,载 <http://www.opentimes.cn/ta/200401/2004-34-02.htm>,2005年3月8日访问。我想追问的是,余英时这一研究的问题意识究竟是否真实,提问是否有效,依然不无疑问。

果离开西方的参照与理论,我们几乎不能思考中国问题。

这是一个宿命?

可以讲,上述四点概括仅仅涉及传统中国研究的比较宏观的侧面。就西方思想学术对中国的具体影响而言,不同学科自然有深有浅;应该说,对法学研究的影响最为全面深入。这是因为,对迈向现代化的中国来说,法学可谓一门地地道道的西学——舶来品,洋玩意儿。加上政府主导下的法律移植运动的全面推进,必然导致中国法学的学术研究唯西方的马首是瞻,亦步亦趋,用“东施效颦”这个成语来形容,最称贴切。在这种情况下,中国的法学研究也就显得缺乏“自主性”(被西方法学所宰制)与“中国性”(本土化)的品质。^①

如果我们能够理解乃至原谅现代中国法学研究的西方化问题,那么,时至今日,对传统中国法律研究依然笼罩在西方化脉络下的操作,也就变得无法理解。此乃因为,前者与法律移植相关,也就是说,如若我们意欲理解和运用被移植到中国本土的西方法律,那么,采用与西方法律伴生形成的法律概念和法学理论似乎在所难免;^②不过,我们还是应该也有必要对西方法律体系和法学理论进行中国化的解释和改造,以便应对和解决中国问题,实现创造性的转换;^③舍此,恐怕再也别无良策。可问题是,学者往往“不此之谋”而决

^① 有关这一问题的详细讨论,参见邓正来:“中国法学向何处去?”,载《政法论坛》2005年第1期。

^② 当然,如果我们继续在西方法学宰制下进行现代中国法学的知识生产,问题依然不少。据我看来,其中最为吃紧的问题乃是:这种法学知识的生产方式将会继续遮蔽中国本土的问题意识——包括法律实践与法律理论两个层面;进而,还会导致被移植到中国本土的西方法律文本与中国本土的社会生活和价值体系之间的严重脱节,从而成为没有“血肉”和“灵魂”的法律文本的躯壳;同时,也会助长当下中国法学研究的形式主义之弊害。长此以往,法学研究不仅可能尾随法律实践而非指导法律实践,而且法学理论研究也会堕乎西方法学之后。与此有关的讨论,也可参见萧揭邓正来:《中国法学向何处去?》。

^③ 过去,学者每每注重传统中国文化的创造性转换问题;但是据我看来,对用以改造中国社会的西方法律体系和法学理论也要进行一番创造性转换,才能使之行之有效。必须指出的是,我们对于作为学术研究与社会改造的西方法律和法学理论,应该作一区别,不可混为一谈。如果纯粹是进行西学研究,也就谈不上转换问题;倘若把它当做改造中国社会的资源,那就非得进行一番创造性转换才行。

意一味追慕西方，其结果自然是患上了“得形忘意”^①的弊病。对后者来说，由于传统中国的律令体系和律学理论与西方法律体系和法学理论之间的差异甚巨，^②据此，如果我们也不加反思地简单挪用西方的法律概念和法学理论来进行分析研究，这肯定是一件不可思议的事情。

然而，自从梁启超发表《中国法理学发达史论》和《论中国成文法编制之沿革得失》两文以来，中国法律史研究一直处于现代西方的史学理论和法学理论的支配之下，迄今已有百年历史。在某种程度上，这种研究范式已经成为中国法律史研究的新传统。诚如鲁迅先生的那句名言所说：世上本没有路，走的人多了，也便成了路。仔细透视这一新传统，我们可以发现以下问题。这里，我想对此稍加整理，以期彰显这条“学术之路”的问题之所在；与此同时，也为下文进一步思考“回归本土”是否可能的议题奠定一个基础。

首先，西方社会历史类型支配下的中国法律史研究。我们知道，随着西方社会理论尤其马克思主义历史理论的导入，关于传统中国的历史类型（社会性质）问题，曾经引起了历史学家的热烈讨论，产生了各种不同的看法。^③譬如，对于如何认识以及怎样划分传统中国的社会性质——中国有无奴隶社会？何时产生奴隶社会？中国有无封建社会？何时产生封建社会？以及“亚细亚生产方式”的争论，如此等等，不一而足；但是，到了后来，他们渐渐地获得了一种共识，^④认定传统中国也有西方意义上的奴隶社会和封建社会。进而相信，作为人类社会发展的—条基本（普遍）规律，既然西方曾经先后出现原始社会、奴隶社会、封建社会、资本主义社会、社会主义社会，^⑤那么中国社会也理应如此。所以，1949年以后的中国法律史论著（特别是教科

① 苏亦工：“得形忘意：从唐律情结到民法典情结”，载《中国社会科学》2005年第1期。

② 按照梁漱溟的说法，中国文化与西方文化走的根本不是一条道。参见氏著《中国文化要义》，学林出版社1987年版。根据滋贺秀三的意见，中国法律文化与西方法律文化处于“彼此对极”的位置。参见氏著“中国法文化的考察”，载《比较法研究》1988年第3期。

③ 有关这一问题的详尽讨论，参见[德]罗梅君著：《政治与科学之间的历史编纂：30和40年代中国马克思主义历史学的形成》，孙立新译，山东教育出版社1997年版；也见[美]阿里夫·德里克著：《革命与历史：中国马克思主义历史学的起源，1919—1937》，翁贺凯译，江苏人民出版社2005年版。

④ 据我看来，这更多是一种政治意义上的共识，而非纯粹学术意义上的共识。

⑤ 共产主义乃是未来的理想社会，不在历史科学讨论的范围之内，暂时可以不去管它。

书)的叙述,基本上是以奴隶社会法律制度、封建社会法律制度、半殖民地半封建社会法律制度这样的模式出现的。这种结论表面上看起来好像是符合历史发展规律的,但实际上是“反历史”(ahistory)的。以封建社会为例,我国历史学界的通说认为:战国之后,中国逐步地进入了封建社会,可是与西方封建社会相比,显然差异远远多于共性。在欧洲,自从罗马帝国崩溃以后,渐渐地迈向了野蛮社会;期间,经历了一个极其漫长的历程,西方学者认为,一直要到12世纪之后方才形成封建社会。这里,我们略去细节,只观大体,也就可以发现,在法国,形成的是“封臣的封臣不是君主的封臣”的封建体制;在英国,随着1066年诺曼征服建立起来的是“封臣的封臣也是君主的封臣”的封建模式。就英法两国而言,这种不同的封建模式导致了国家权力(特别是中央与地方)结构的巨大差异。也就是说,在法国,分权色彩比较浓厚;在英国,集权性格相对明显。^① 战国之后的中华帝国,乃是一个王室国家,配上官僚制和郡县制,一望而知,它与西方(英法两国)国家之间的差异甚巨。如果把传统中国社会也称为封建社会,除了产生误导,不可能产生什么建设性的意义。^② 准此而论,时至今日,值得我们认真思考的是:对全球社会来说,西方恐怕只能说是一种“独特的”社会类型。据我看来,马克斯·韦伯的比较宗教社会学所要解决的问题,就是欲图证明西方社会的独特性;否则,作为“原生型”的资本主义社会何以只在西方率先出现?如果这一理解不错的话,那么,必然就会引出人类社会“多样性”的论断。事实上,被以往中国历史学家所崇奉的导师卡尔·马克思,也从未说过人类社会普遍一律的话,若非如此,所谓“亚细亚生产方式”就不会是一个问题。面对“多元化”的全球社会,如果我们仅仅把西方作为判准,实在有点不可思议。换句话说,如何克服或者超越这一具有浓烈的西方中心主义色彩的中国法律史的叙述模式,必将成为我们

^① 关于西方封建社会的历史进程和特征,西方学者也是众说纷纭。经典性的研究,参见[法]马克·布洛赫著:《封建社会》,张绪山译,商务印书馆2004年版。新近研究的有关评论,参见黄春高:“‘封建主义’的解构与未来——评苏珊·雷诺兹:《封土与封臣:中世纪史的再诠释》”,载李猛编:《韦伯:法律与价值》,上海人民出版社2001年版,第405~425页。

^② 对“封建”一词在中国社会史研究中的运用,参见潘洪其:“近代以来中国社会史讨论中‘封建’概念的演变”,载《学人》(第4辑),江苏文艺出版社1993年版,第183~211页。

今后努力的方向。这一方向,就是“回归本土”,面对历史事实,提出新的理论。^① 我始终认为,如果中国法律史研究尚有学术意义,那么这种理论上的考量必将成为这一研究的题中应有之义。换句话说,中国法律史研究所要提供的不仅仅是一堆杂乱无章的材料,更要提出一套帮助人们深入理解人类法律文化的理论工具,这是它的一个重要使命。

其次,西方法学学科分类体系宰制下的中国法律史研究。人们常说,法律没有自己的历史,它植根于人类社会生活本身,^②因而我们必须将法律置于社会历史语境当中进行观察才是行之有效的办法。但是,我仍然希望在讨论传统中国法律时,我们应该或者可以更多地着眼于法律自身的历史变迁;也就是说,通过这种特定视角的观察来重新建构传统中国法律的历史变迁的线索和特性;进而,在“中国法律与中国社会”的互动关系中再来体察传统中国法律的特性,给出历史类型的理论概括。基于这样的理论前提,我们可以这么说,与传统中国社会的独特历史发展一样,传统中国法律也是自成一格,独具特色。譬如,随着三代时期中国政治文明(国家)的兴起,法律也相伴而生。值得我们注意的是,中国早期国家的形成和发展的独特路径,不仅与血缘共

① 就中国法律史研究而言,实际上这种努力已经在不知不觉中开始了。例如,武树臣主笔的《中国传统法律文化》(北京大学出版社1994年版)就没有采用奴隶社会、封建社会的分类模式,而是“把自传说时代至清期末期的历史称为‘古代’,把这一漫长时期的中国社会称为‘中国古代社会’。”第56页。在我看来,这种处理办法或许应了美国历史学家柯文的观点。他的观点可以分为两个层面:一是不同文化之间的比较研究,这种研究的重点不是某一社会内部的历史变迁,而是把注意力集中在某一文化的比较稳定持续的属性和特征——即文化的固有特性上——容易使人对于历史采取相对静止的看法。二是“中国中心之取向”的研究,这种研究的焦点在于一个文化(中国)内部的前后情况的不同,比较强调中国文化内部在时间上经历的变异,就扶植了一种对于历史更加动态、更加以变化为中心的看法。参见前揭《在中国发现历史——中国中心观在美国的兴起》,第77页。其他的传统中国法律文化研究,基本上是第一种研究范式——法律文化的类型研究。譬如,梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,上海人民出版社1991年版;张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1991年版。我自己也曾做过一点尝试,参见“从类型角度谈中国法律史的叙述模式”,载《法商研究》2003年第3期。

② 尽管这种说法听起来有点萨维尼主义,但仍然具有某种“真理”的意味。关于萨维尼的这种意见,参见[德]萨维尼著:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版。

同体之间的征战杀伐有关,^①而且与“人惟求旧,器惟求新”的“维新路线”相关。^②正是这种“维新路线”导致了传统中国法律体系的独特结构:刑与礼。随着帝制国家的形成以及诸子百家的兴起——特别是儒法两家对“礼与法”的言述和论辩,形成了这样一种结局:一则是国家层面的律令体系的完善,一则是社会层面的礼俗和人情的基准意义。其间,礼不仅与刑结合,而且与律令(包括“典”和“会典”在内)融汇,基于“礼从俗,政从上”^③的发生学特征,礼与情理、道德、习惯也维持着非常紧密的亲和社会关系,从而形成了国家权力一元化与法律体系多元化的格局。^④据我看来,这一法律体系的政治与社会背景乃是传统中国之国家与社会“一体化”这个事实。^⑤然而,对传统中国这样一种独具特色的法律体系,现代学者根据大陆法系的法学分类体系做了极其“化约”的形式主义的处理。其中,最为突出的观点是“律令格式都是刑法”^⑥的断案,从而一笔抹杀中国本土法律知识分类体系的特性。还有一种意见,乃是按照大陆法系有关刑法、民法、经济法、行政法、诉讼法的法律知识的分类体系,强行划分传统中国以律令与情理和礼俗为基本架构的法律知识体系。^⑦虽然这种做法对于我们审视传统中国法律体系调整的具体内容或者社

① 对此问题的讨论,参见前掲梁治平:《寻求自然秩序中的和谐》(第一章“家与国”),第6~32页;也见前掲张中秋:《中西法律文化比较研究》(第一章“法的形成:部族征战与氏族斗争”),第1~18页。

② 关于中国早期国家(商周)产生的这一独特路线的详尽讨论,参见侯外庐、赵纪彬、杜国庠:《中国思想通史》(第1卷),人民出版社1957年版,第3~22页,这一部分为侯外庐所写;也见氏著《侯外庐史学论文选集》(上),人民出版社1987年版,第42~73页。

③ 语出《慎子·逸文》。所谓“礼”颇有哈耶克“自发秩序”的性质,而“政”却有人为政治的特色;因此,如何调和两者之间的关系也就成为了中华帝国法律发展史上的一个基本问题。我在写完这段文字之后,读到秋风整理的《发掘宪政转型的古典资源》(《新原道》(第2辑),大象出版社2004年版,第237页)的对话录,其中对“礼从俗,政从上”也有类似的解释,也请读者参考。

④ 对此提法的解释,参见季卫东:“中国司法的思维方式及其文化特征”,载西北政法主办:《第三届“法律方法与法律思维”研讨会论文》2004年8月25日~2004年8月29日。

⑤ 当然,这并非说传统中国的国家与社会之间毫无界限,而是说国家与社会之间没有法律上的区隔;换句话说,两者之间的关系是相对模糊的。我觉得,这也是中西国家与社会关系之间的一个基本差别。

⑥ 王立民:《唐律新探》,上海社会科学院出版社1993年版,第46~60页。

⑦ 这是目前中国内地的各种中国法律史教科书的基本叙述框架,在此不烦枚举。

会关系不无启发意义；但也不必讳言，这种做法也会伤害我们对传统中国法律知识体系的认知。还应指出，鉴于法律文化研究的根本旨趣在于寻求不同法律文化之间的“差异”这一特定取向，也同样出现了依据西方法律知识体系对传统中国进行归类的操作。在这种情况下，由于西方法律和法学乃是当然的判准，因而，凡是与西方法律和法学不合的内容，学者往往以“没有”来回答。比如“民法”问题就是一个例证。在有些学者看来，由于传统中国缺乏个人主义、权利本位和私法自治这样一些被西方民法视为社会基础与观念基础的东西，所以，传统中国没有“民法”可言。这种说法固然有理，但是中国古人也要结婚生子和组织家庭，也有买卖交易和借贷租赁之类的活动。所有这些，都是谁也无法否认的最为基本的社会生活的事实。据此，我想追问的是：如果这些活动不是民事行为，那么它们又是什么行为呢？如果调整这些行为的法律不是“民法”规范，那么它们又是什么性质的法律呢？这是近来一直困扰我的，思考传统中国法律的挥之不去的疑难问题。也就是说，如果我们不加思索地把这些法律规范简单地“装入”西方法律知识分类的框架当中，难免会有“枘凿不投”的隔膜；反之，如果我们一股脑儿地“抛弃”这些看起来确有民事性质的法律规范，或者把它们仅仅视为刑事法律，恐怕也非妥善之举。对此问题，我想留待下文再予考察。^①

最后，西方法学概念遮蔽下的中国法律史研究。众所周知，中国古代先贤向来极其重视“词与物”的内在关联，也非常清楚“词对物”的建构作用。^②虽然庄子说过“名者，实之宾也”^③的话，似乎“名”只有派生性的意义，仅仅是对“物”的表达；但是一旦由“名”所建构起来的秩序产生之后，它的宰制力量也就非同寻常。对法家来说，他们同样也特别强调“循名责实”^④的制度意

^① 这牵涉到“回归本土”如何可能的深层问题。也正因为如此，我在标题中特意打了一个问号。因为据我看来，虽然“回归本土”是一种必须；可问题是，如何回归？以及“回归本土”是否就要抛弃西方？如果不是“非此即彼”的处理问题，那么我们又将怎样对待？

^② 譬如，福柯对“词与物”的知识考古学研究，就充分展现了“词”的秩序意义和宰制力量。其中涉及的内容非常广阔，也极为复杂。参见[法]米歇尔·福柯著：《词与物——人文科学考古学》，莫伟民译，上海三联书店2001年版。坦白地说，对如此深奥的著述，我只能从中获得点滴启发而已。

^③ 《庄子·逍遥游》。

^④ 《韩非子·定法》。

义；所谓“人主将欲禁奸，则审合刑名者，言与事”^①的说法，即是一例。就儒家而言，对“名”的作用，也是致意再三。甚至提出了一套“正名”的政治理论和法律思想，成为建构社会秩序的关键所在。孔子就把“正名”作为维护政治秩序的前提，他说：“名不正，则言不顺；言不顺，则事不成；事不成，则礼乐不兴；礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足。”^②这套“正名”思想的基本纲领，乃是“君君臣臣，父父子子”^③的伦理信条。可见，名或者词的宰制力量非常，现代学者也有所谓“词的暴力”的说法。明白了关于“词”（也是概念）这一层意思之后，我们可以认为，如若以西方现代法律概念来解读传统中国法律的固有概念，将会出现怎样的结果。例如，一方面学者认为传统中国没有权利概念；可另一方面，在讨论传统中国权利概念时他们又要追根溯源去找传统中国固有的“权利”两字的含义，由此也造成了一些无谓的“词”的混淆；说得直白一点，那是找错了方向。根据现在的研究成果，我们发现，这种混淆的根源出自美国传教士丁韪良用汉字“权利”来翻译美国学者惠顿所著《万国公法》中的“right”一词。^④据我看来，这种研究进路无疑不仅遮蔽了我们探究传统中国权利概念的视线，而且还压抑了传统中国法律中的权利概念。这是因为，一旦发现古代汉语“权利”两字没有西方“right”的意蕴，人们就会断言传统中国法律缺乏权利概念，进而断言中国古人没有权利意识。果真这样吗？我对这一断案深感疑惑。事实上，在《慎子·逸文》有关“兔子的隐语”里，^⑤讲的就是一个权利的故事；所谓“定分止争”四字，说的也是设

① 《韩非子·二柄》。顺便一提，引文“言与事”就是“名与实”的意思。有关解释，参见林铭钧、曾祥云：《名辩学新探》，中山大学出版社2000年版，第44页。

② 《论语·子路》。

③ 《论语·颜渊》。

④ 对“权利”一词的详细考证，参见李贵连：“话说‘权利’”，载前揭《近代中国法制与法学》，第437~450页；也见冯天瑜：《新语探源——中西日文化互动与近代汉字术语生成》，中华书局2004年版，第363页。至于那时为何用汉语“权利”来翻译英语“right”的原因，金观涛和刘青峰认为：“近代中文里之所以用权利译rights，是为了表达rights法律含义中对国家或个人权力和利益两方面的界定。”参见“近代中国‘权利’观念的意义演变——从晚清到《新青年》”，载《中央研究院近代史研究所集刊》（台北第32期），1999年12月，第209~260页。

⑤ 也见《商君书·定分》。李贵连认为“定分止争”具有权利的内涵，参见前揭《话说“权利”》。也见徐忠明：“权利与伸冤：传统中国诉讼意识的解释”，载《中山大学学报》2004年第6期。