

汉语法学文丛

磨 镜
——法学教育论文集

张伟仁 著

清华大学出版社

汉语法学文丛

磨 镜

——法学教育论文集

张伟仁 著

清华大学出版社
北京

版权所有，侵权必究。侵权举报电话：010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

磨镜：法学教育论文集/张伟仁著. —北京：清华大学出版社，2012. 1
(汉语法学文丛/许章润主编)

ISBN 978-7-302-26984-7

I. ①磨… II. ①张… III. ①法学教育—中国—文集 IV. ①D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 198534 号

责任编辑：方 洁

责任校对：王荣静

责任印制：李红英

出版发行：清华大学出版社

地 址：北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编：100084

社 总 机：010-62770175

邮 购：010-62786544

投稿与读者服务：010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈：010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者：三河市金元印装有限公司

经 销：全国新华书店

开 本：155×230 印 张：21.25 字 数：293 千字

版 次：2012 年 1 月第 1 版

印 次：2012 年 1 月第 1 次印刷

印 数：1~3000

定 价：48.00 元

产品编号：025588-01

谈中国的法学教育

《西京杂记》说秦代咸阳宫中有一面巨大的镜子，能够照见人体内脏。有病的人可以用来照出病之所在。秦始皇常常用它来照宫女，其有“邪心”，因而显出“胆张心动”者，即予杀戮。后人不取此说，而强调“秦镜”可以洞察人之善恶、事之是非的神异功能，转而将此词用来称颂清明正直擅长断狱的官吏，至今人们涉讼之时还希望法官能“高悬秦镜”，作出合乎公平正义的判决。

中国古代有“以水为鉴”之说。出土文物中有许多铜盘，可能是盛了清水用作镜子的。铜器时代后期，多以青铜磨光为镜。此一工作很不容易，需要极大的耐性和高度的技巧才能磨出平滑明亮的镜子。

假如要一个人变得像一面“秦镜”一样，能在处理争议性的社会问题时，洞察隐情，判断是非，提出一个适宜的解决办法，这面“镜子”该怎么“磨”？

现在的人大约首先想到的是要这个人学好法律，因为法律厘定了是非，学好法律就可以判断是非。这个答案太粗浅，因为法律是由掌握了政治权威的人们所制定的一种规范，他们的智慧、能力毕竟有限，而且他们也难免有私心，所以法律必定不周全，甚至不正当或不妥当，因此法律不仅不是唯一的，也不是最好的用来判断是非的准则。

更重要的是，在解决争议的努力中，判断是非并不是最重要的一步，因为即使法律对某一种情况制定了明确的是非准则，实际上往往无法或不宜适用。为什么？因为第一，许多实际的问题并无绝对的是非可言，因而勉强适用法律而做成的黑白分明的处置，并不能真正解决这种问题。第二，在处理若干比较复杂的问题之时，虽然可以查清一些直接起因的是非，但是依据这个是非而作的判决只能给予争议的

一方一时之快,非但不能解决这问题的潜在症结,甚至可能使它更为恶化。所以在解决争议的努力中,更重要的是寻问这种努力的最终目的是什么。依照中国传统的看法,这个目的不只是判断是非,而且是使得争议双方甘愿地接受一种处置,让他们以及他们相关之人和社会全体都能安然继续相处。为了这个目的,人们在法律之外订立了许多其他的规范,包括道德、习惯、礼节以及由于血缘、地缘、职业、宗教、教育和特殊志趣而成立的各种团体的规章。这些规章定出了许多原则和细节,来指导并约束团体成员的行为,其目的并不在厘定绝对的是非,而在维系团体内部的长期和谐及发展,所以包括了许多关于和解、调停和仲裁的条款,用来协助双方互相体谅、原宥、退让,以达成虽然不尽满意而皆可以接受的协议。一般人自出生至死亡都处在这些团体中,依照它们的规章而生活,一辈子也未必知道法律,受到法律的保护或干预,万一遇到了纠纷争议,就依这些规章内的和解、调停和仲裁条款处理。如果这些条款没能促成适当的协议,或者事件涉及刑法,因而不得不由司法官司处理,人们也希望司法官不仅仅机械地依据法律断定简单易见的是非,而能通盘考虑与该事件发生当时的种种情势和长远的前因后果,对于可以适用的法律详细探究并阐明其“义”后才加以引用,作成广义上对当事人及整个社会而言都合乎公平正义的判断。

“法之义”是什么?据《荀子》所述,所指的是:①法律的终极目的,②说明此目的之正当性和妥当性的理论及其情理根据。法律的目的应该是协助一个国家达成它整体的目的。要了解一个国家的目的,应该要对该国的自然环境和历史文化有一个通盘深入的认识。至于法律的正当性及妥当性,因为法律条文不能自行证实此二点,所以需要有一套理论来加以说明。这套理论必需合乎情理。因为法律以外的规范,如道德、习惯等等,大多是经过极长时间从人生经验中提炼出来,合乎情理的,法律理论往往引它们为据,所以为了了解这些理论,必需研究道德和习惯等等规范。

如此说来,要“磨”出一面真正的“秦镜”,仅仅学习法律是不够的,

还要学许许多多其他的东西。以现代的知识分科而言,包括历史、哲学、文学、各种社会科学和一些基本的自然科学。这样的教育可以称为“法学教育”,而不是“法律教育”。

现在来看看中国的法学教育。因为我们能掌握的资料依其年代而异,年代愈远的数量愈少,可信度愈低,所以我们对于古代的情况只能依据情理大概地推论,对于较近的则可以叙述稍详。古代一般人民受到什么正式的教育不得而知;贵族们要学的包括礼、乐、书、御、射、数,其中似乎没有狭义的法律。《周礼》说在每年正月中央政府主官(大宰、大司徒、大司马、大司寇等)会分别颁布各种法令(“治象之法”、“教象之法”、“政象之法”、“刑象之法”等),悬于象魏,使万民观之,然后由其下属到全国各地“循以木铎”教导官民知法。基层官员(州长、族师)更于每月吉日教其属民“读法”。不过《周礼》并非记述周代史实之书,虽然那时候与后代一样,政府有必要使官民知道法令的要旨,但是关于人民如何观法,官员如何教民学法的种种叙述,大约都是猜测之词。

《左传》记载了春秋时期郑国执政公孙侨(子产)铸“刑书”和稍后晋国执政赵鞅铸“刑鼎”二事。他们这样做,大约都为了使人民知道确切的内容,但是《左传》没有提到他们如何教育人民去了解法律。

《吕氏春秋》说子产治郑之时,有个名叫邓析的人想出许多办法去刁难他,其中之一是教人们如何打官司,约定大案收一件长袍,小案收一套短衣裤,作为其束修,来求学之人“不可胜数”。他教他们将是说成非,将非说成是;一天说某事可行,另一天又说它不可行;想要一个人胜诉就可以教他胜诉,想要加罪于一个人就可以使他获罪。于是群人为之喧哗,郑国为之大乱。子产以此为虑,就将邓析杀了,并且陈尸于众,然后“民心乃服,是非乃定,法律乃行”。粗读此则故事,看不出邓析做了什么了不起的坏事。在现在人的眼光里,他不过教人一点法律的知识 and 诉讼的技巧而已。当时的诉讼事件大约不会很多,直接受教于他的人大约也属有限(“不可胜数”恐系夸大之词),怎么会引起郑国“大乱”?此事大约发生于子产铸刑书之后,诚然则不知子产加于邓

析的罪名是什么,或许他像孔子诛杀少正卯一样,只因为邓析“言伪而辩”可以“聚徒成群”,“饰邪营众”,形成了对政治权威一种间接的威胁吧?无论如何,这些传说可以表示,在春秋之时执政者对于法律教育的限制是很严酷的,偶尔有人教一点法律,其徒众不可能很多,其效果必定十分有限。

商鞅为秦国执政之时厉行以法为治,他知道要人民守法必先使人们知法,所以他在中央及地方设置了“法官”和“主法之吏”,“以为天下师”。人民想要知道法令的,可以去问法官和主法之吏。这些官吏必须作答,并且需将什么人在什么时候提出的问题和他们的答案写明在符券上,将左券交付问者,右券藏于官司,以为凭据。这是一种很特殊的法律教育方式——由人民提问,官吏作答,官吏是被动的,并无主动去教育人民知法的义务。为什么?可能因为如前所说一般人民生活其他规范之下,平常没有必要对法律有普遍的认识;只有必须法律的保护和干预之时,才去向官吏问清楚。这种问答的记录,对于司法官员很有实用的价值,所以他们会抄成副本,加以珍藏。睡虎地秦墓里保存了不少“秦律问答”的竹简,这个墓主便是一个秦代官吏。常人的墓葬被作为考古的对象而发掘得很少,不知是否也有这类陪葬之物,即使有,大约也只有少数几则墓主询问与己身有关的法律而得的“左券”。所以用这种方式来对一般人民传播法律知识,其效果是极为有限的。

然而这种教育方式竟被保存了很久——汉初还规定人民可以到丞相府向其法吏学习法律。究竟有多少人,为了什么目的去学,没有记录。《晋书·刑法志》说东汉有不少学者编纂了零星颁布的法条,并加以“章句”注释,共有数十家,“家数十万言”。其中有大儒马融、郑玄等,除了自己著述以外,还以其学教授子孙,往往历传数代,代数百人,可以称为法学教育比较兴盛的时期。但是自从汉武帝以儒学文饰其权谋之治,其后诸帝也都阳儒阴法——一方面用少数法术之士执政,一方面迭次下诏征召许多“贤良文学”,给以荣誉与虚衔——一般人民因而群起向慕儒雅,将讲究法律的人蔑视为不识大体,玩弄刀笔的鄙

庸之徒。人们既有这种心态,法学自然受到奚落。到了曹魏明帝之时,尚书魏凯有鉴于法学的重要,奏称律意“微妙”,需加研究,请准在朝廷设立“律博士”。其后诸代皆设此官,大约鼓励了一些人去学法律,直到元代此职才被废止。清末变法大臣沈家本认为元代此举导致了法学的急速衰微,为之感叹良深。其实如上所述,法学之衰早在汉代就开始了。

晋代得国不正,朝纲不直。知识分子多遁迹释道。法学讲究经世济民,更受鄙薄。南北朝时期门阀兴起,用“九品中正”选拔人才,所得多是不学无术、盗名欺世之辈,教育几同虚设,法学更不足道。后来为了改变这种情势,设立了科举之制。唐代考试有“明法”一科,但是不受重视。中举者前程有限,国家要职大多为“进士”科出身之人霸占,所以“明法”科行之不久便告中断。“进士”科重在儒道经义及诗赋,虽然也考一目曰“判”,但是应试之人大多以常理作答。当时名家张鷟所作《龙筋凤髓判》读来但觉其词藻华美。白居易的判词虽较平实,但也并没有多少对于法理的阐述。可见唐代法学并不发达。后人常常称道唐律博大精深,指出唐后历代律文无不以它为本,但是唐律内有关于民事的条文极少,而其刑事条文大致都沿袭秦汉之旧,其差异之处多由儒家加入,为数有限。《唐律疏议》一书对法条解释文义,并举例说明其应用的原则,但是都很简略,并没有深入探究法之“义”;当时除该书编者长孙无忌之外,也没有许多人以法学成就著名于世。

宋代司法制度混乱,皇帝动辄恣意干预,许多大臣也参与审理并非特别重大的案件,反复争辩不休,其中虽然有几位很能辨析法理,但是大多数只以常理立论,所以也看不出当时的法学与法学教育究竟发展到什么程度。

元代由蒙古族自大漠入主中原,其游牧文化与中国传统迥异,而且其祚甚暂,多以命令行事,对于各种制度及实践,建树者少,破坏者多,包括废除“律博士”一职,可见时人对于法学和法学教育全不在意。明太祖崛起于民间,深知奸吏鱼肉百姓之弊,登基之后屡颁“大诰”教谕官民,并规定凡是熟识“大诰”之人可以减罪,藉以鼓励大家学习。

后来“大诰”被废，明律里仍有关于定期在“申明亭”讲述法律之条。这些办法是否推广了法学教育，很难估计。

明代科举问题更多，主要因为进士科所考的“经义”试题只准出于儒家经典。明太祖以《孟子》放伐暴君之说为叛逆，他及其后诸帝，特别是清代康雍乾三朝之主，迭兴文字狱，又增加了许多忌讳，以致可以用作试题的经典文字愈来愈少，应试者又须依照宋儒章句作答，“代圣人立言”，要想表现一点对于法律制度的新见解是不允许的，因此士子当然不会关注法学。明清科举也考“判”，顺治十八年（1661年）京师会试时，“判”的试题是“欺隐田粮”四个字（清律“户律”、“田宅”内的一目之名）。该年考中进士的罗人琮答道：

三壤则于禹贡，国有常供；九赋严于周官，下无偏累。盖税责诸民，而民出乎土。今某不念什一之维收，敢谋八江而背公。支吾惟心，类十四桥之鲋；上下其手，若七十三钻之龟。虽耿寿昌常平之刺莫施，而王安石青苗之术不及。彼欲遁于法外，我必置之刑中。

试题和答案都极为简单，看不出问者和答者需要什么法学知识。士子中举任官之后，如需适用法律，有一些可能会努力在职自修；大多数都只忙于收税和应付上司交办的公私事务，将司法的工作交给幕友和书吏去做，使他们成为了一群专门从事司法业务的基层工作人员。他们的法律知识是怎么取得的？时下无人能够做充分的说明，依据现有的一些资料只能看出清代幕友们所受的法学教育的大概情形。值得注意的是，他们大多是科举考试的落第士子，在学习法律之前，已经受过相当完整的传统制式教育，对于中国文化已有了相当深度的认识，因而可以接受“法学”教育，而不仅仅是“法律”教育。从他们留下来的一些著述来看，他们处理司法事务时不仅能妥善地引用法律，并且能够顾及道德习俗，做得通情达理，可见他们所受的教育是很成功的。

清代晚年中国在东西列强的侵华战争中节节失败，中国人失去了自尊和自信，处处卑躬屈膝，东施效颦。在法制方面他们抄袭了许多外国的条文、制度和实践；在法学教育上也不分青红皂白，大量引进了

外国的科目、课程、教材和教法。抄袭的弊病已经被许多人指出，无须赘述；现在让我们来看看新式的法学教育。对此有兴趣的人大约都知道它的梗概，此处只要谈谈它的一些问题。

要了解这种教育，最简易的一步是看一下目前大多数法律系的课程表。只要稍一浏览，就可发现表上所列的百分之九十以上是部门法，有关基础法学的课程寥若晨星，与法学密切相关的文、史、哲以及政治、经济、社会、心理、文化人类等等课程不见踪影。如果去旁听几堂课，听到的几乎全是教师对于技术性条文的琐细诠释，对于这些条文的历史缘由和当前的社会很少析述，对于法律以外的其他规范及其运作更是绝口不提。这样的教育太偏窄，因为法律是一种指导并约束人们社会行为的规范，如果对人和社会的了解太少，想要学好法律是不可能的，至多只能学到一点技术性的规则而已。

如果再仔细分析一下，我们会发现课程的内容几乎全是外国的东西——教材大多是从外国书刊翻译过来的，教师的讲述也用了许多外文词。学生上课前读教材如读天书，上课时听讲述如听谜语，觉得高深莫测，只好熟诵强记，很少能够进一步思考所学的这些东西与实际社会的关系；学成之后从事各种关涉法律的工作时，当然会遇到许多学识与实务之间方枘圆凿、扞格不入的问题，不知如何处理。

即使是有关当前社会的课程，多数的教师也只以外国学说和原则为据，对于有关的法条加以阐释和评论，进而将中国与外国的法条做一番比较。因为他们对于中外社会的了解都很有限，所作的比较也都很肤浅。

目前有些大学还开设“中国法制史”，但是究竟应该讲些什么，多数的教师都不清楚，因为他们没有兴趣也没有能力去认真研究，只能拿一些前人所写的教科书来照本宣科，敷衍了事，或者在读了一点外国人研究中国法制传统所得支零破碎的成果之后，拾人牙慧，叫喊贩卖。此外还有两种人各别提出了一些理由来为自己的无知辩护——一种人认为中国既已“继受”了外国法，就应该将中法史当作外法史看待，不必特别重视，如果要知道中国现行法制的由来，不如去学外法

史；另一种人说历史资料多不可靠，想要知道中国传统法制的实践，不如去看小说。前说在学界颇为流行，但是误解了“继受”的意义。欧洲国家在没有制定本国的正式法典之前，常常直接引用罗马法；大多数的殖民地在独立后，也往往沿用原殖民国之法。这两种情形都可以称之为“继受”。中国近代虽然抄袭了许多外国法，在实务上却没有直接引用任何一国之法，所以这些谈“继受”之人，对于外法史并无多少了解。至于那些认为小说比史料更可靠的人，显然对于汗牛充栋的传统中国法制运作纪录（历代君臣为立法、司法而作的题奏和谕旨，各级司法机构实际审理事件的档案，曾经参与立法、司法工作之人的著述等等）一无所知。无论他们将什么看做是中国法制的渊源或基础，这两种不能或不愿探究中外法史之人数典忘祖的说法都令人啼笑皆非。

以上是我认为目前中国法学教育里最严重的几个问题。这种教育会产生怎样的后果？

第一，因为它偏窄浅薄，一般学法之人仅仅抱着一些中外法条和学说咬文嚼字，不知法律之外还有其他规范，法学以外还有别的学问，对于中外文化和现实社会大多茫然无知，至于世界情势、时局趋向和人类应该追寻的理想，更无法掌握，目光如豆，只能以极小的观点去看问题，犹如坐井观天之蛙。

第二，因为这种教育崇洋忘本，教的几乎全是外国的东西，一般学法之人没有能力去探究其背景，只好熟诵强记，然后开口闭口不是外国某一法学家怎么说，就是外国某一法条、某一制度、某一实践如何如何，犹如学舌的鹦鹉。

第三，因为这种教育重在讲述技术性的法条，忽视了学生的德育，以致他们大多成了擅长利用法律、钻研条文的“法匠”或“刀笔吏”，不仅在工作时无视于职业道德，甚至在个人生活里也悖理背义，而且自以为是，不知廉耻。

从这些后果来看，这种教育是失败的。

时下教法、学法之人可能会觉得我所说的很不中听。但是我并没有无的放矢，滥事批评，而只是陈述从自己经验中得到的一些观

感——我学法、教法 50 多年,在台湾大学法律系求学时的老师如梅仲协、王伯琦、史尚宽等都是渊博的法学家,对于中外法制都有相当深切的认识,但是因为那时已经施行新式的法学教育,他们也多以外国的学说诠释中国的法制,所以有一段时期我也像一只鸚鵡,成日在口中搬弄一些外国东西,而且因为自己学了一些法律就动辄夸夸然评判人物和事件的是非,洋洋自得,狂妄自大。当时教中国法制史的陈顾远老师学贯古今,对中国传统法文化的见解极为精辟,但是我和大部分同学一样,认为这门课与现代法制无关而不加注意。幸好当时我有不少外系的朋友,经由他们的介绍而听过一些政治、经济、社会、历史、中文、哲学、心理、人类等领域的课程,认识了几位名师如萨孟武、李济之、毛子水、陈雪屏等,才知道除了狭义的法学之外还有许多相关的学问。法律系毕业后考进了政治学研究所,读了更多法学以外的书籍,才使我没有完全变成一只井底之蛙。到美国后在耶鲁上了“比较法学方法”的课,才知道对于外国社会和文化了解太少,所以从此不敢轻言“比较研究”;又因为听了一些外国学者讲述中国传统法制,好像在听天方夜谭,对于他们讲述的内容茫然不知底细,对于他们提出的问题全都无法作答。心中羞惭,难以言喻,所以决定尽弃以前所学的国际公法,转到哈佛改学法制史。之后在国内和欧美讲中国传统法制和法理,认识了不少一流的学者,与他们切磋中外法学共同关注的问题,看出了中外法文化里一些相对的长处和短处,但是也认清了自己对中外法文化所知的浅薄。这些经验在别人看来也许没有多少意义,对我而言,常常引起许多惭愧、懊悔的情绪,很是痛苦,所以当我看到今日的许多接受法学教育的莘莘学子似乎多少在重复着我的经验,就不禁想大声呼喊,教他们不要再犯我以前的错误。

由于这些经验和情绪,我先后写了几篇有关法律教育的文章,收集在这本小册子里,供给学法之人参考。因为主旨大致相同,所以行文不免有不少重复之处,希望读者原谅。

为了使读者能够容易掌握本书主旨,所集诸文并没有依照写作先后编排,而先列了“清代的法学教育”一文,将中国传统法学教育作了

一个简单的介绍。第二、三两篇——“良幕循吏汪辉祖”和“陈天锡先生访问记”——举出了两个例子，说明传统法学教育产生的成果。第四篇“传统观念与现行法制”，指出学习中国法制史的重要性。第五篇“学习法律的一些问题”，告诉现在学法之人应该注意的一些事项。

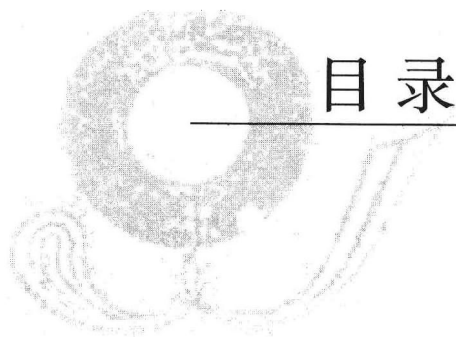
这些零星的文章虽然都与中国法学教育有关，但是想要藉以说明如何学习法学，磨出一面面明亮的“秦镜”，当然是不够的。野老献曝，所见浅陋，不免贻笑大方。然而我希望读者能花一点时间去思考我所强调的一点：法律是许多社会规范的一种，学习法律的人一定要先认识其他规范与法律的异同和关系，然后去探究法之“精义”和社会的理想，并且检讨法律和法制的理论以及实践是否能促成此理想的实现。为了做好这些工作，学法之人应该先取得相当深度的人文、社会科学的知识，并且要树立对知识的忠诚，不为潮流所驱而独立思考；更要培养“法士”的德性，不被权所屈，不受利所诱，而扶弱挫强，为公平正义而奋斗。

如果学法之人愿意想一想我在诸文中一再强调的这一点，对于中国法学教育的传统和将来作一番仔细的检讨，并且设计出一套比较妥善的法学教育方法，那么我将这几篇小文重刊，就可以免于灾及梨枣之讥了。

诸文已经分别在几个学刊上发表过，现在收集成书重新出版是清华法学院许章润教授的建议。他为此事费了许多心力，使我十分感激。此书编辑刊印的过程中，清华大学出版社的方洁老师和清华大学法学院王进文、许小亮二位同学提供了许多协助，在此一并向她（他）们致谢。

张伟仁

2010年隆冬于北京清华园



目录

第一章 清代的法学教育	1
第一节 前言	2
第二节 清代正规教育概述	6
第三节 清代法学教育概述	28
第四节 清代幕友的法学教育	37
第五节 结语	86
第二章 良幕循吏汪辉祖——一个法制 工作者的典范	94
第一节 前言	95
第二节 生平	99
第三节 理讼	101
第四节 治事	128
第五节 待人	138
第六节 律己	155
第七节 哲理	162
第八节 结语	172
第三章 清季地方司法——陈天锡先生访问记 ...	179
第一节 前言	180

第二节	陈天锡先生的生平	184
第三节	访问所得记要——清代末年的地方政府 司法工作	186
第四节	结语	215
第五节	附录	217
第四章	传统观念与现行法制——“为什么 要学中国法制史?”一解	221
第一节	引言	222
第二节	传统观念里的法律与其他规范	227
第三节	传统观念里的立法者和法律的主要功能	251
第四节	传统观念里的司法者和司法制度	260
第五节	传统观念和社会行为	271
第六节	对传统观念、态度和行为的检讨	278
第七节	结语	286
第五章	学习法律的一些问题	289
第一节	前言	290
第二节	个人的经验	291
第三节	什么是“法”?	305
第四节	怎样学习法律	311
第五节	结语	319
索引		320

第一章 清代的法学教育

第一节 前言

第二节 清代正规教育概述

第三节 清代法学教育概述

第四节 清代幕友的法学教育

第五节 结语



第一节 前言

在目前的社会里,大家都觉得我们的法制有许多问题。如果加以追问,所得的答案大约可以归纳为两类:一是法规不够或不当,一是司法官的学识不足、操守不良。至于怎样才能解决这些问题,一般人都会想到要补充并修正法规,提高司法官的待遇,加强他们的训练等等。

这些看法大致不错,但是不够周详。的确,一个法制是由法和人两个部分所组成的。法的部分包括了厘定各种权利、义务的实体法,创立各种立法、司法机构的组织法和指导这些机构如何运作的程序法;