



美国学者论中国法律传统

(增订版)

Recent American Academic Writings on Traditional Chinese Law

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

高道蕴 高鸿钧 贺卫方 编

清华大学出版社

美国学者论中国法律传统

(增订版)

Recent American Academic Writings on Traditional Chinese Law

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

编 者

【美】高道蕴

哈佛大学法学院东亚法律研究中心

圣十安学院历史系

高鸿钧

清华大学法学院

贺卫方

北京大学法学院



清华大学出版社

北 京

图书在版编目(CIP)数据

美国学者论中国法律传统(增订版)/高道蕴,高鸿钧,贺卫方编. —北京:清华大学出版社,2004

(比较法学丛书/高鸿钧,贺卫方主编)

ISBN 7-302-08035-6

I. 美… II. ①高… ②高… ③贺… III. 法制史—研究—中国—古代—文集 IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 006285 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

印 装 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 140 × 203 印张: 22.375 字数: 517 千字

版 次: 2004 年 1 月第 1 版 2004 年 1 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-08035-6/D · 100

印 数: 1 ~ 5000

定 价: 40.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话: (010)62770175-3103 或(010)62795704

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“惟我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思;后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊陶片放逐与古罗马

陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪至近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主权……凡此种种,或带有文化类型之印记,或标示族群生活之差异,或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知,由比较而显。各族法律,或貌合而神离,或形殊而神似。同名异物,存名实之辩;异名同物,厘表里之别。

由是比较法生焉。西有希腊先哲首开先河,中有战国法家初执牛耳。纵观古代,法之比较虽发轫早而源远流长,然仍显稚嫩。其零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体,独立一门。作为学术科目之比较法,实始于近代。西元十八世纪,法国孟德斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、德、荷诸国,考辨诸族习俗,比较古今法律,于风物人情中寻法意,由地理环境中探精神。氏所撰《法意》一书,为近代比较法学奠基之作。其人其事颇具传奇色彩,遂为后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、德诸国蔚然成风,或设讲席以授业,或创专刊以传道,或建学会以交流。西元一九零零年,首届国际

比较法大会开于巴黎,标志比较法学进入国际化之阶段。然此阶段之比较法学,西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义,溢于言表。西人比较之意旨,多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”,形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后,种族偏见渐弱,然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来,比较法学著述之丰,前所未有;功用之广,遍布立法、司法;学理之通,惠及法学各科。

吾华夏民族,得益农桑,泽被礼义,“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦,其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄,尊而滋傲,国人遂目比邻为蛮貊,视异族为夷狄,或夜郎自大、目空四海;或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹,有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异,以娱视听;道闻途说,以炫机巧。考其究竟,实多因古时山隔水阻,交通滞塞,言语不通,鲜有接触。故直至盛唐,国人眼中之“西天”不过印度,亦不足为怪。其时西人眼中的中国,亦如烟如雾,若迷若幻。

列强自西徂东,国门洞开,当务之急,救亡图存。始办洋务,复议变法,西学东渐,“夷律”汉译。五大臣赴洋考察,虽得欧法皮毛,犹存借鉴之诚;众学子负笈旅欧,

任中西文化参差,亦竟比较之力。数十年间,西法如潮涌入,吾华夏几千年法统,竟成一曲挽歌!法学遂兴,然非汉家故物;比较因起,实多舶来新宪。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会,相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪,为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业,其中影响较大者,当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》、李祖荫之《比较民法》影响一代学人,至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》,虽未冠比较之名,实为比较法学之论坛也,其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时长辈学人,忆及当年盛况,颇多感慨,其情其景,宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代,千山万水,不成障碍,黄种白种,弗为隔阻,孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分,互为仇讎;中西两立,几断音讯。当此之际,比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户,恍如隔世;再度开眼,宛若梦醒。今是昨非,议补天之计;劫余思生,虑长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遂为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。译比较法学专著多

种,其中影响较大者,为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部,其卷帙浩繁,实属空前,中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部,篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效涓力之愿。故联络学界同道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今,察鉴中外,为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士,为丛书策划出力,同道著译诸君通力合作,编者深怀谢忱。

丛书付梓之日,赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

编者序言(初版)

本译文集收入文章 15 篇,它们原是由美国研究中国法律史的学者以英文发表的。这些文章产生于过去的 20 年间,作者们包括法律和历史等领域的学者,我们编选这些文章,旨在为中国的学者提供一个评论美国同行用于分析中国法律遗产的方法论、材料和论题的机会。我们切望,本译文集会对于那些对中国法律史具有共同的学术兴趣的学者们之间正在进行的国际对话有所贡献。

作为编者,我们愿在此对曾经为本译文集的问世提供惠助的机构和个人表示感谢。我们特别感谢中国社会科学院法学研究所、中国政法大学和哈佛大学东亚法律研究中心对我们的大力支持。美国圣十字学院的研究和出版委员会与美国中国法律教育委员会为本书的翻译和出版提供了赞助,在此,我们向它们表示衷心的感谢。中国社会科学院法学研究所所长刘海年教授和哈佛大学法学院东亚法律研究中心主任安守廉(William Alford)教授对本译文集的出版也给予了鼓励与支持。在此向他们两位特表谢意。

高道蕴(Karen Turner) 高鸿钧 贺卫方

Preface (first edition)

This collection contains twelve articles originally published in English by American scholars whose academic research focuses on Chinese Legal History. These articles have been produced in the past two decades by scholars working in a range of disciplines, including law and history. We have selected articles that will offer Chinese scholars an opportunity to evaluate the methodology, materials and themes that their American colleagues use to analyze China's legal heritage. It is our greatest hope that this collection of translations will contribute to an ongoing international dialogue between scholars who share an academic interest in the history of Chinese law.

The editors wish to thank several institutions and individuals who have helped with this project. In particular we want to thank the Institute of Law in the Chinese Academy of Social Sciences, China University of Political Science and Law, and the East Asian Legal Studies Program at Harvard University for supporting our efforts. The research and publication committee at Holy Cross College and the Chinese Legal Education Committee supplied the funding for the book's translation and publication. Professors Liu Hainian, Director of the Institute of Law, and William Alford, Director of the East Asian Legal Studies Program at Harvard Law School, deserve a special expression of gratitude for their encouragement and support.

Karen Turner, Gao Hongjun, and He Weifang

导 言

高道蕴

本译文集收入的论文全是美国学者的作品。不过,这些文章试图纠正在更大的学术圈子内——包括西方和中国——所流行的关于中国法的某些成见。在这篇简短的导言中,首先我将概要勾画这些文章的作者所提出挑战的关于中国法的某些正统观点,从而将本译文集中的文章置于其特定背景之中。然后,我将简要地评述这部文集中每一篇文章对我们理解传统中国法律本来面目的贡献。

一、战后智识和历史背景

西方对中国法的评价一向是不一致的。一方面,某些学者指责中国未能构建行之有效的基于法治的“西方式”法律文化;而另一方面,一些学者对中国不愿将法律作为解决社会治理问题的最终办法却表示赞赏。这些冲突的原因来自两个方面:一是在我们传统所认定的在良好政制中法律的功能的矛盾心理,二是中国儒家理想与政治现实的矛盾。

有许多因素影响了现代西方对中国法的研究,对这些因素的探讨必须从韦伯关于宗教、法律、经济以及国家之间的关系的著作出发。韦伯在他有影响的著作《中国的宗教》(1951年英文版)中,指出了传统中国宗教和政治文化所特有的某些特征,这

些特征使得甚至像中国这样高度发达的文明，却没有取得在16世纪以后的西方出现的现代自由民主国家中达到顶峰的制度成就和法律成就。^① 韦伯将植根于家庭和地方习俗并享有独尊地位的儒家意识形态与中国世袭国家的专横特征联系在一起。在他看来，中国的统治精英不是通过正式的法律或普遍的道德准则将其权威合法化，而是“完全以家长的方式处理事务”。^② 韦伯不是汉学家，他的分析只是基于他写作时被翻译过去的少量中国古代典籍。不过，尽管自韦伯以后西方汉学研究有了进展，也有更多的新文献可供利用，西方汉学家却常常继续重复着韦伯19世纪关于中国的观点，这一点着实令人吃惊；费正清在《东亚：伟大的传统》中对中国法的描述可以作为这方面的例子，这部教科书可能比其他任何美国有关出版物都对更多的学者具有影响，费正清用韦伯式词语对中国与西方法律作了比较：

法律的概念是西方文明的荣耀之一，而在中国，法家学说虽然深深影响了中国人对所有法律的态度，但是，两千余年来，它一直不受重视。这是因为与罗马的法律概念相比，法家的法律概念有着较大的缺陷。西方的法律一直被认为是上帝或自然的某种更高级命令在人间的体现，而法家的法律只代表了统治者的命令。中国很少甚至没有发展出民法保护公民；法律大部分

① Max Weber, *The Religion of China*, tran. and ed. Hans H. Gerth, New York: Free Press, 1951.

② Max Weber, *The Religion of China*, tran. and ed. Hans H. Gerth, New York: Free Press, 1951, p. 149.

是行政性的和刑事的,是民众避之犹恐不及的东西。^①

像韦伯一样,费正清的评论详细论述了中国古典时代及它未能产生一种可与西方古典法律相媲美的法律制度。他把中国法描述为是刑事的而不是民事的;是世俗的而不是以宗教原则为基础的;是支持国家权力而不是限制专制的。另一些对于法律给予更细致观察的汉学家在消除这些关于国家法律文化的消极观点影响方面所为很少。李约瑟在著名的《中国科学技术史》的关于中国古典法律理论章节中,也指责中国未能明确提出一个作为检验和评断官方法律基础的自然法概念,从而延缓了近代法律的发展和科学的进步。^② 另一位研究中国法的西方先驱博德承认清代法律制度事实上十分重视正式的法律,但是他却争辩说,官方的法律完全脱离了普遍的道德关心,而几乎专门地关注对反抗国家的犯罪定罪量刑的程序。^③ 像许多同时代学者一样,博德也接受了儒家精英的观点:整个中国历史上官方权力的滥用不应归咎于难免出错的法官,而应归咎于残酷的法律。博德还像大多数西方学者一样,认为仅有的使中国法获得活力的道德关心来自儒家的理想,这种理想就是,在确定刑罚时考虑更多的应是家族和身份,而不是犯罪本身的性质。但是,西方学者并没有把这种儒家的道德说教因素看作是对公正法律的一个贡献,而是看作强化中国法律制度中不尽如人意的特殊的和习

① John King Fairbank, *East Asia: the Great Tradition*, Boston: Houghton Mifflin, 1960, p. 84.

② 见 Joseph Needham, *Science and Civilization in China*, vol. 2, Cambridge University Press, 1956.

③ Derk Bodde and Clarence Morris, *Law in Imperial China Exemplified by 190 Ch'ing Dynasty Cases*, Paris and the Hague: Mouton & Co., 1961.

惯性因素的手段。基于清代中国是比先前更高度集权的国家这一事实,他们发现中国帝国的两千余年历史几乎没有变化。因此,自20世纪50—60年代以来的西方汉学著述中,中国法律文化更经常的是被当作反衬西方独特成就的例子,而不是被当作一种具有内在动力的法律制度来探讨。

不过,并非“二战”后一段时间内所有对中西法律的比较评论都染有消极中国观的色彩。某些美国律师和法学家比学术理论家更懂得在人的判断与正式法律之间维持平衡的内在问题,他们对于中国传统中对正式法律的怀疑立场表达了更肯定的态度。例如,最有争议的战后法律现实主义者之一弗兰克法官在他的《审判法庭》中就揭示了奢谈法院坚持真正法治的美国式伪善。^① 他赞赏早期历史上中国人的直言坦率:法律的判决最终是人的判决,判决更多的是受法官个人偏见而不是正式法律的影响。他还称颂中国人,因为他们更喜好非正式的调停而不是正式的法律判决。另一位同时代著名的法理学家庞德也以赞许的观点看待中国传统法律的某些要素。^② 他争辩说,中国在寻求“现代的”法律制度时不必放弃自己的遗产。庞德于1948年在中国撰写的著述中强烈主张,处在现代化过程中的国家必须在以下两方面保持平衡:一方面是全盘接受新法律以适应形势,另一方面是维持过时了的法律传统。要做到这一点,就应把每个国家业经历史考验的道德体系看作新的立法基石。对于中国来说,他指出:“中国具有被接受为伦理习俗的传统的道德哲学体系,这种哲学体系可能被转化为一种据以调整关系和影响行

① 见 Jerome Frank, *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*, Princeton University Press, 1949.

② Roscoe Pound, “Comparative Law and History as Bases for Chinese Law,” *61 Harvard Law Review*, 749~762 (1948).

为的公认的理想,这一点可能是一个有利因素。”像弗兰克一样,庞德发现,中国在做出判决时采用的灵活而基于道德的方法是可取的。

我们如何解释战后美国出现的这些对中国十分不同的评价呢?我认为,在我们自己文化中关于法律的深重矛盾心理已经影响了我们对中国法的看法。在西方,关于法律的性质和功能的不同观点可以追溯到我们古典的传统。对此,人们虽然熟知,但是仍然有必要重提一下。人们仍然认为亚里士多德是法治最早的代言人,他主张以先例为基础的法律必须指导总是受人类弱点驱使的君主。柏拉图赞赏哲学王,认为他能够基于普遍的理想而不是正式的法律做出判断。这种法治与人治理想之间的冲突如此深嵌于西方的传统中,以致关于正式的法律价值和理想渊源的争论持续至今。例如,在20世纪初期,法律实证主义者主张,法律的合法性基于它与主权者命令的联系。他们的反对者即自然法思想家则更关心公民服从国家法律义务的性质和使法律变得值得服从的价值和伦理。

这些关于法律的矛盾态度在20世纪50年代趋于激化,当时西方世界开始反思在纳粹德国以“法律”名义所造成的恐怖的深渊。最棘手的问题是这样一个不可否认的事实,即德国的堕落不应归咎于外来的思想,而应归咎于西方法治传统和形式的失败。人们对于法律之所以合法只是由于其程序正确这一观点产生了怀疑,在这种气候下,自然法理论家在西方取得了发言权。自然法理论的最著名代表人物之一富勒在1954年所写的一篇文章中指出:“纳粹的独裁统治通过蓄意利用法律形式操纵

权力,它这方面是空前的。”^①富勒的论述是基于以下信念:法律形式主义不足以防止不公正,因为法律可以屈从于不道德的目的。他指出,我们不应孤立地看待正式的法律,而应把它看作具有自身内在目标与道德性的整个法律制度的组成部分。

西方社会中对法律的冷峻批判并没有随着冷战时代的结束而消失,在学术圈内,批判法学派的代表人物对西方资产阶级提出了激烈的批评。他们认为,法律不过是维护统治阶级利益的工具。这种观点反映了在当今美国广泛流行的对法律的失望。例如,探讨普通民众看待法律方式的人类学家已经注意到,美国人认为他们的社会过于好诉。大多数美国人都指责这种迷恋运用法律方法解决那些本应由非正式手段解决的问题的倾向,认为这是由于职业律师的贪婪,这种倾向的结果是瓦解了社会共同体的价值。不过,尽管人们对当今法律制度实际运作存有深深的疑虑,大多数美国人——不管他们是在学术圈之内还是之外——依旧坚定地将法治奉为自己的理想。他们确信,美国政府应该继续坚持美国缔造者的主张:真正的共和制必须以“法治而不是人治为基础”。

总之,美国研究中国法律史的学者通过一个模糊的镜头观察中国。因而,对于西方学者来说,中国既是值得称道的避免过分依赖法律的高度发达文化,同时,又由于未能为法治发展出更坚固的制度基础而应受到指责。

这种“毁誉参半”的态度正在开始改变。在过去 20 年间,来自中国的新的法律材料以及自文化大革命结束以来重新恢复的

① Lon Fuller, “American Legal Philosophy at Mid-Century: A Review of Edwin W. Patterson’s *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*,” 6 *Journal of Legal Education*, 457~485 (1954).

对中国文化中法律的兴趣,已经促使原先并非法学家的汉学家们重新评价中国的法律。例如,著名汉学家史华兹和格雷厄姆的新近著作,就弱化了法家应对中国严厉的法律制度负责的观念。经过对中国政治文化的广泛研究,他们不是把早期的法家描述为专制的帮凶,而是描述为改革者:他们试图运用公开的法律控制中国君主那种将个人利益置于国家利益之上的自然倾向。^① 关于清代制度的新观点已经开始改变我们对中国末代王朝的理解。其中特别重要的是巴特利特和盖伊的著作,他们的著作揭示了清代帝国试图努力缓解专制的官僚政治与皇权之间的紧张关系。^②

二、对中国法律的新近再评价

本译文集收选的文章继续沿循这种现实和按其本来面目探讨中国法的趋向。它们一般集中在中国历史的三个时期:先秦与秦汉帝国时期、宋代和晚清。这种安排代表了美国中国法律史学界的现状。战国和帝国早期之所以引起了学者们的重视,是因为从睡虎地和马王堆出土的材料已经补充了此前仅仅可从历史典籍中获得的材料,也因为中国的学者已经运用这些材料重新评价了他们对早期中国的观点。美国的汉学家一直对宋代抱有兴趣,因为宋代被认为是中国制度和智识历史的转折点。

① 见 Benjamin Schwartz, *The World of Thought in Ancient China*, Harvard University Press, 1985; Angus Graham, *Disputers of the Tao*, La Salle, Illinois: Open Court, 1989.

② 见 Beartrice Bartlett, *Monarchs and Ministers: The Grand Council in Mid-Ch'ing China, 1723—1820*, Berkeley: University of California Press, 1991; R. Kent Guy, *The Emperor's: Scholars and the state in the Late Ch'ien-lung Era*, Harvard University Press, 1987.