

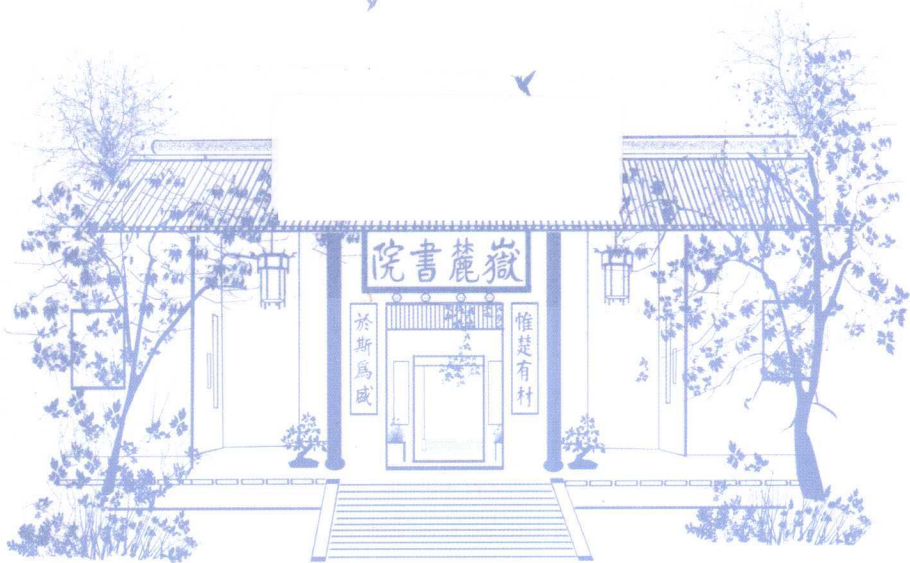
法律史·立场、方法与论域

FALVSHI LICHANG FANGFA
YU LUNYU



麓学库
法学文
四

肖洪泳 / 著



中国检察出版社



岳麓学库
岳法文

四

肖洪泳 / 著

法律史·立场、方法与论域

FAIYUSHI LICHANG FANGFA
YU LUNYU

本书受湖南大学法学
重点学科资助



中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法律史：立场、方法与论域/肖洪泳著. —北京：中国检察出版社，2015.5

(岳麓法学文库)

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1417 - 2

I. ①法… II. ①肖… III. ①法制史 - 研究 - 中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 085723 号

法律史：立场、方法与论域

肖洪泳 著

出版发行：中国检察出版社

社 址：北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址：中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

编辑电话：(010) 68650028

发行电话：(010) 68650015 68650016 68650029

经 销：新华书店

印 刷：保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本：A5

印 张：10.625 印张

字 数：292 千字

版 次：2015 年 5 月第一版 2015 年 5 月第一次印刷

书 号：ISBN 978 - 7 - 5102 - 1417 - 2

定 价：35.00 元

检察版图书，版权所有，侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

自序

人类是历史的存在，我们也总是期待历史给我们提供一些有益的经验、教训或启示。但可惜的是，人类文明史似乎表明，我们很难从历史中真正寻找到所需的智慧，历史往往很容易成为我们茶余饭后无聊的谈资。难怪尼采认为我们的确需要历史，但是我们的需求不应该完全等同于那些只是花园中的疲乏闲人，我们是为了生活和行动而需要历史，而不是将其作为逃避生活和行动的权宜之计，或是为了一种自私的生活和一种怯懦或卑鄙的行动开脱。换句话说，只有在历史服务于生活的前提下，我们才服务于历史，才不会让我们的生活受到残害和贬损。

可是历史如何能够服务于生活呢？这就不仅需要我们有热情洋溢的意志对过去进行一定的了解，而且需要我们有充分可靠的能力对过去进行研究和反思。了解过去已经发生的事实，这就形成了我们研究历史的对象，从而构成我们历史研究的学术领域，即历史研究的论域。研究和反思过去的的能力，这就需要我们培养起一种良好的历史态度，包括历史判断的立场与历史研究的方法。出于这样的认识，我一直将法律史的学术研究视为两个层面上的问题：一是法律史研究所应采用的立场与方法；二是法律史研究所应指向的对象与领域。前者是我们法律史研究的思想路向；后者则是我们法律史研究的事实材料。离开前者，我们的法律史研究将会成为杂乱无章的材料堆积，或者成为毫无生气的僵硬脸谱；离开后者，我们的法律史研究就会成为毫无根据的主观臆想。只有将二者较好地结合起来，我们的法律史研究才能真正服务于我们的法律实践与生活。本集子的出版，恰是对我十余年来这一法律史研究的学术路径的初步

总结或检验。

第一编“法律史的立场与方法”主要集结了四篇较早的论文，尽管回答的是深层次的理论问题，但无论行文还是思想上都略显稚嫩。这四篇文章除了“福柯的惩罚思想及对法学的意义”以外，基本上都是从文化或传统这一角度阐释法律史解释的立场与方法问题。随着近年来对法律史研究的日益拓深，我对法律史研究的立场与方法的思考也有了比较大的一些发展变化，只是由于近年来主要致力于中国古代死刑思想、秦简与秦律方面的研究工作，有关法律史的立场与方法的思考只有留待以后再进一步加以深入和完善了。

第二编“中国古代法律制度”中的四篇文章初步反映出我目前在制度史研究领域的三个关注点：一是简牍中的法律制度；二是佛教与中国古代法律传统；三是中国古代法律与教化之间的内在关系。随着近年来大量简牍的出土，简牍中的中国古代法律制度研究方兴未艾，而我有幸得以参加岳麓书院陈松长教授主持的“岳麓秦简与秦代法律制度研究”这一重大项目研究，很大程度上改变了自己过去对制度史研究兴趣不大或望而却步的心态。法律与宗教的关系问题一直是我所关注的，而佛教与中国古代法律传统是我进入这一领域的初步尝试。至于中国古代法律制度中的教化精神，毫无疑问构成了中国古代法律传统的主流倾向，我将在明清乡村教化法律制度的基础上全面深入这一问题的研究。

第三编“中国古代刑法思潮”中的四篇文章是我近年来集中发力的思考成果，重点考察了中国古代死刑思想中的一些基本问题，譬如死刑观的人性根据、死刑报应思想等。中国古代的法律制度主要是运用刑法这一手段建构起来的，深刻追溯其背后的思想根源是理解中国古代法律制度不可缺失的重要途径。我对中国古代刑法思想包括死刑思想的思考不仅有着浓厚的兴趣，而且也有着一个可能有些宏大得不切实际的研究计划。如果可能，将来或可写出一部中国古代刑法思想史或者中国古代死刑思想史之类的著作来。

第四编“近代中国的宪法思潮与实践”收集的三篇文章是我写作博士学位论文牵涉的主题，即中国近代以来的联邦制思潮及其

政治实践。这一主题曾在中国近现代有着非常广泛的争议和影响，也留下了许多可歌可泣、可圈可点的历史事迹，应该值得我们认真加以总结。我在这一领域也有着—个比较庞大的研究计划，但愿未来能够实现—二。

本集子所载文章，前后历经十余年，我的所思所想其实也已经有了相当大的发展变化，但是我还是愿意保持每篇文章的原貌，因为它们记录着我的心路历程。不管是否有些稚嫩或无趣，我都愿意面对，尽管这对自己颇有些残忍。但残忍未尝不是一种力量，可以迫使我时时刻刻提醒自己，人的精神世界成长是永无止境的。写到这里，不禁就想到了古希腊的先哲苏格拉底，我要永远铭记他给我们留下的智慧箴言：“认识你自己！”

肖洪泳序于长沙老鸦冲

2014年9月2日

目 录

自 序 (1)

第一编 法律史的立场与方法

第一章 法律文化与法律史解释 (3)

一、引言 (3)

二、法律史解释的进路转换 (5)

 (一) 法律史研究进路的转换 (6)

 (二) 概念的缘起：从文化到法律文化 (12)

 (三) 理论的进路：从文化解释到法律文化解释 (22)

三、法律文化解释的立场与方法 (26)

 (一) 法律文化解释的基本立场 (27)

 (二) 法律文化解释的分析方法 (33)

四、法律文化解释的缺陷及其克服 (45)

 (一) 具体缺陷及其克服 (46)

 (二) 个案分析：中国近现代法律文化的转型 (49)

五、结论 (54)

第二章 传统与法治 (58)

一、梅因古代法的分析思路 (59)

二、现代法治需要的传统 (62)

三、现代法治的理性基础 (65)

第三章 历史法学的使命	(70)
一、自然法思想的进步与局限	(70)
二、历史法学的形成	(71)
三、历史法学的宗旨	(74)
四、历史法学的民族主义立场	(77)
第四章 福柯的惩罚思想及对法学的意义	(80)
一、公开处决的潜在危险性	(82)
二、刑事司法的人道转向	(85)
三、规训机制的诞生	(89)
四、福柯的历史观及对法学的意义	(95)

第二编 中国古代法律制度

第一章 秦代刑事诉讼程序	(101)
一、侦查	(102)
二、起诉	(105)
三、审讯	(109)
四、判决	(113)
五、上诉	(115)
六、奏谏	(120)
七、余论	(124)
第二章 唐代对佛教的法律调整	(127)
一、设立管理机构	(127)
二、完善僧籍制度	(130)
三、严格僧尼活动	(135)
四、限制寺院经济	(140)
五、结论	(143)

第三章 蒙元对佛教的法律调控	(145)
一、推行信教自由	(145)
二、完善僧官制度	(147)
三、编修禅门清规	(149)
四、保护寺院经济	(150)
第四章 明初乡村教化的法律制度	(152)
一、教化的组织化：里老法律制度	(152)
二、教化的司法化：申明亭法律制度	(155)
三、教化的礼法化：乡饮酒礼制度	(158)
四、教化的教育化：社学法律制度	(161)
五、结论	(163)

第三编 中国古代刑法思潮

第一章 中国古代刑法的人性基础	(169)
一、作为理性存在的人性刑法	(170)
二、作为社会存在的人性刑法	(174)
三、作为历史存在的人性刑法	(179)
四、性善与性恶：关于犯罪与刑罚的人性论争	(184)
五、结论	(191)
第二章 中国古代死刑观的人性根据	(193)
一、性善论：教化主义死刑观的人性根据	(193)
二、性恶论：威慑主义死刑观的人性根据	(199)
三、性有善有恶论：预防主义死刑观的人性根据	(205)
四、结论	(213)
第三章 中国古代死刑报应思想	(217)
一、私力复仇：死刑报应思想的孕育	(217)
二、报应司法：作为报复刑的死刑	(220)

三、刑官报应：死刑适用过程中的司法伦理	(226)
四、结论	(230)
第四章 沈家本与中国近代死刑思想的转换	(234)
一、从仁政到法权：死刑改革的基本依据	(234)
二、从限制到废除：死刑改革的基本步骤	(239)
三、从威慑到教养：死刑改革的基本目标	(243)
四、结论	(247)

第四编 近代中国的宪法思潮与实践

第一章 近代中国的联邦主义思潮及实践	(251)
一、晚清联邦主义思潮的输入	(251)
二、应对集权的联邦制：1910年代的联邦主义思潮	(254)
三、寻求统一的联邦制：1920年代的联省自治运动	(260)
四、消解对抗的联邦制：二十世纪三四十年代的联邦主义余音	(266)
五、结论	(276)
第二章 中华民国宪法案（1925）的联邦制架构	(280)
一、国家与地方事权的联邦制分配	(281)
二、国家与地方关系的联邦制调整	(284)
三、国家机关的联邦制组成	(287)
四、地方制度的联邦制建构	(290)
五、结论	(293)
第三章 陈炯明的联治民主制建国方略	(298)
一、民初中央与地方关系的困境	(298)
二、陈炯明联邦建国思想的提出	(301)
三、陈炯明的地方自治实践	(304)
四、陈炯明的联省自治方略	(308)

五、陈炯明的中国统一方案	(311)
六、陈炯明的联治民主制	(315)
七、陈炯明的共和理想	(318)
后 记	(322)

第一编

法律史的立场与方法

第一章 法律文化与法律史解释*

一、引言

人类社会的法律历史，往往为我们所错误对待。我们很容易把法律史当作过去一些陈旧材料的堆积，从而忽视了历史对我们现在的影响。“但事实上，我们之所以是我们，乃是由于我们有历史，或者说得更确切些，正如在思想史的领域，过去的东西只是一方面，所以构成我们现在的，那个有共同性和永久性的成分，与我们的历史性也是不可分离地结合着的。”^①因此，我们的法律，只有在本质上与历史上的法律有了联系，才能够真正而有效地存在。我们也唯有对法律历史有着充分而深入的理解，才能准确把握我们法律的现在，并推知未来。因此，理解法律史应当成为我们法律研究中的一个重要主题。“理解是围绕着一个历史性人类设立起来的那些高于自身的本质性目标的最高斗争”^②，通过对法律历史的理解，才能获得一种历史性的人类法律存在的基础，并不断得以接近人类法律的本质性或终极性目标。“世界上没有永恒的法律，但是却有

* 本章是在我硕士学位论文的基础上修改完成的，其中关于法律文化的解释立场与解释方法等问题曾经与胡旭晟教授合作撰写《作为一种立场与方法的法律文化》一文并公开发表于《法学家》（2004年第6期）。而后，又曾略作修改以题《法律文化：法律史解释的一种理论进路》全文刊发于《湘江法律评论》（第八卷）。此外，李交发教授、夏新华教授、张全民教授、胡平仁教授、王晓天研究员提出了一些非常中肯且颇有价值的意见，一并致以诚挚的谢意。

① [德]黑格尔：《哲学史讲演录》（第一卷），贺麟、王太庆译，商务印书馆1959年版，第7—8页。

② [德]马丁·海德格尔：《尼采》（上卷），孙周兴译，商务印书馆2003年版，第565页。

着一个永恒的目标，亦即最大限度地发展人类的力量。我们必须努力把特定时空中的法律变成达致特定时空中的那个目标的一种工具，而且我们也应当通过系统阐释我们所知道的文明的法律先决条件来完成此项任务。”^①因此，法律史应当主要致力于理解特定时空中的法律，但这并不意味着理解的本质就在于对特定时空中的法律进行复制或者单纯重构。相反，由于理解者所处的时空背景不同，因而我们总是以“不同的方式”进行理解，这种理解始终是一个创造性的过程。所以，拉伦茨认为，“要理解语言表达，或者是透过未经思虑地直接领悟，或者透过思虑的方式，质言之，透过解释”，“‘解释’是一种媒介行为，解释者借之以理解本有疑义之文字的意义”。^②可见解释对于理解具有至关重要的作用，理解的创造性，其实质就是解释的创造性，或者说必须通过解释的创造性才能得以实现。^③所以，伽达默尔认为，“解释学的出发点是构筑桥梁，在过去中重新发现最好的东西”^④，因而“解释在某种特定的意义上就是再创造”^⑤。法律史解释的目的是在理解的基础上进行

① [美] 罗斯科·庞德：《法律史解释》，邓正来译，中国法制出版社 2002 年版，第 219—220 页。

② [德] 卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆 2003 年版，第 85 页。

③ 对于“理解”与“解释”的关系，笔者赞同解释是理解的媒介这一观点。只有通过解释，我们才能获得对原生事物的理解，因此理解与解释尽管在认识过程中水乳交融，但仍有着明显的区别。贝蒂认为，我们可以把解释刻画为旨在和面向理解的过程，解释按其任务就是要让事物得以理解。为了把握解释过程的统一，我们必须把理解视为通过语言的中介而实现的理解的基本现象。参见 [意] 埃米里奥·贝蒂：《作为精神科学一般方法论的诠释学》，洪汉鼎译，载洪汉鼎主编：《理解与解释——诠释学经典文选》，东方出版社 2001 年版，第 128 页。

④ [德] 伽达默尔：《哲学解释学》，夏镇平等译，上海译文出版社 1994 年版，第 27 页。

⑤ [德] 伽达默尔：《真理与方法》（上卷），洪汉鼎译，上海译文出版社 1999 年版，第 155 页。

一种创造性活动，从而进一步加深对法律史的理解。对法律史解释来说，这种创造性必须莫基于理解的基础上而绝非任意的曲解，其意味着解释者对解释对象、判断前见、解释方法以及解释环境的整合过程。解释者在这一过程中所持的理论进路不同，其所得出的效果或结论也绝非一样。^① 本章所要着力探讨的，就是法律史的法律文化解释的理论进路。

二、法律史解释的进路转换

法律史之所以成为我们永恒的研究对象，是因为我们可以通过对法律史的研究赋予其新的意义，以对我们现在面临的问题提供一些重要的启示。因此，法律史研究的根本任务在于对法律史作出一种新的解释，通过这种解释以呈现出法律史对我们所具有的意义。而“对于新意义的探求，都是不断地通过此前存在过的文化取向而折射出来的”^②，文化作为人类社会的意义之网，不仅是法律赖以存在的基本维度，而且也是我们研究法律史时进行意义探求不可

^① 伽达默尔在《真理与方法》一书中首次提出让真理与方法分离开来的理由。他认为，由培根和笛卡尔分别开创的归纳法与演绎法，以及人文科学从自然科学那里借用来的方法所造成的控制意识使人不断异化。在这种异化面前，真理不再是对存在和人的生活意义的揭示，而是变成与人相异的东西，并且人类只能通过方法才能获得它。然而，方法并不能保证人获得真理，方法并未给人提供一条通向真理的康庄大道，相反，真理困惑着具有方法的人，方法使真理异化并将之放逐在外。参见严平编选：《伽达默尔集》，编选者序，上海远东出版社1997年版，第3页。但我认为，伽达默尔这一主张并没有否定方法的重要性，也没有否定方法对真理的影响。他主要是反对将自然科学方法作为普遍适用的标准而贯彻到人文科学的各个领域之中，反对将方法作为发现真理的唯一途径，从而倡导一种理解问题的普遍性，或者说一种解释学问题的普遍性。其实，这本身也是一种方法，只是这种方法的运用对伽达默尔所理解的真理来说缺乏一种控制意识。因此，方法的运用不一，我认为仍将深刻影响甚至决定学术研究的效果或者结论。

^② [美] 本杰明·史华兹：《古代中国的思想世界》，程刚译，江苏人民出版社2004年版，第3页。

或缺的路径依赖。法律文化作为文化整体的组成部分，其所具有的
解释张力可以为法律史解释提供一种新的理论进路。

（一）法律史研究进路的转换

历史学最能纠缠我们头脑的是，它声言要描写的事实乃是过去
客观的事实，“秉笔直书”成为许多史家坚定的信条。一些历史学
家“要求一种客观性和公正无私性，并且摒弃单纯是反映（作为
一厢情愿的想法的产物的）我们的感情或利益的那种对过去的重建”^①，
他们孜孜以求对历史进行一种客观描述，并把有关原始资料的广泛
知识与大量的考证工作结合起来。而另外一些历史学家则认为这种
客观描述性的历史学根本就不可能存在，因为任何一个撰写历史学
著作的历史学家都不可能摆脱自己的主观判断与价值偏见，所以
我们还不如“把历史学想象为一种特殊的游戏；如果我们要好好地
玩它，我们就必须按规则来玩”^②。

造成这种紧张的对立，不仅关系到我们对历史事实客观性与否
的看法，而且也决定着如何理解“历史”这样一个概念的内涵。
在英文、德文与法文中，“历史”这个词的含义相当模糊，它既
指现实也指我们对现实的认识。英文用“history”一词，而“
story”一词也有故事、事迹、逸事、史话之意。德文则区别
“Geschichte”与“Histoire”这两个词，前者既指现实也指我们对
它的认识，后者则仅指认识或我们重建、讲述、撰写过去的方式。
在法语中，有时可以用“historiographie（历史编撰）”这个词来
与模棱两可的“histoire”形成对立，以特指撰写历史的方式。^③ 由此

① [英] 沃尔什：《历史哲学——导论》，何兆武、张文杰译，广西师范大学出版社 2001 年版，第 114 页。

② [英] 沃尔什：《历史哲学——导论》，何兆武、张文杰译，广西师范大学出版社 2001 年版，第 114 页。

③ 关于“历史”一词在英文、德文、法文中的具体分析，参见 [法] 雷蒙·阿隆：《论治史》，冯学俊、吴泓缈译，生活·读书·新知三联书店 2003 年版，第 95 页。