

法的 历史实践

从
康熙
到
路易十四

刘星——著



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



法的历史实践：

从康熙到路易十四

刘星◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法的历史实践：从康熙到路易十四 / 刘星著. —

北京：中国法制出版社，2018.9

ISBN 978-7-5093-9665-0

I. ①法… II. ①刘… III. ①法制史—对比研究—中国、西方国家 IV. ①D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 178287 号

策划 / 责任编辑 靳晓婷 (tinajxt@126.com)

封面设计 李 宁

法的历史实践：从康熙到路易十四

FA DE LISHI SHIJIAN: CONG KANGXI DAO LUYISHI

著 者 / 刘 星

经 销 / 新华书店

印 刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开 本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印 张 / 17.25

字 数 / 400 千

版 次：2018 年 9 月第 1 版 / 2018 年 9 月第 1 次印刷

书 号：ISBN 978-7-5093-9665-0

定 价：69.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码：100031

传真：010-66031119

网址：<http://www.zgfs.com>

编辑部电话：010-66034242

市场营销部电话：010-66033393

邮购部电话：010-66033288

(如有印装质量问题，请与本社印务部联系调换。电话：010-66032926)

修订序言

本书于10年前出版。现在最没有争议的事情可能就是时间飞速逝去，于是，一切关于本书的写作和思考，仿佛很容易回到眼前。今天看，当然是我自己觉得，本书的写作目标、理论预设、叙事策略和讨论的基本内容依然有意义。原因在于，中国的语境中，关于法律法学历史比较研究的话语传统几乎没有明显的更迭。

没有更迭，也许是“令人欣慰”的表现，因为法律法学的话语稳定有利于法律制度框架的稳定，还有利于这种制度的统一性和普遍性。但中国依然处于转型时期，还可能是较长时间的，而社会思想上“越来越不服谁”的现象似乎还是与日俱增。如此看来，所谓稳定和现实转型之间便存在一种紧张关系，法学家的“稳定”预期还是会落空的。简单再说一次，法律必须稳定但又不能一成不变（庞德语），也几乎毫无新意亦于事无补。怎么稳定，怎样避免一成不变？知易行难，这一直是两边不得罪、号称“稳健”的语句判断的软肋。就此而言，法学有必要允许在紧张关系中寻找切入点，进一步，允许不那么“稳定”的思考，尤其是具体、微观一点的，从这一个推入另一个的，尽量不要大词化的中庸。针对法律制度，法学的历史比较研究不免有间接、迂回的意思，其试图

通过某些人文社会科学的学术建制潜入法律制度的思索建制。而如果具体化，寻求思想、事物、人物、场景的微观联系，能在法学的历史比较研究中推演并有序展开，且由此不知不觉地对法律制度的当下思考产生一点摇动，就是值得努力的一项工作。正是在这个意义上，本书当年定下的一个小目标，依然有价值。

这次修订做了一些事情。首先，修改了书名，原版是《一种历史实践——近现代中西法概念理论比较研究》。之所以修改，是编辑及出版社其他朋友们的建议。他们认为现在的书名会比较活跃，也更有情景感。我赞同这个想法，因为，即使是认真的学术作品，注意语词的更好展现依然是重要的，尤其是在这个越来越重视叙事策略的年代。其次，凡引用涉及他人观点的，尽量换用最新版本。再次，翻译文献，尽量换用晚近的。最后，一些文字或信息讹误，尽力清扫订正。

要特别感谢中国法制出版社靳晓婷编辑。她一直给予鼓励和支持。对这本书，又是一如既往。而且她对修订版编辑孜孜不倦，颇为令人感动。当然还要感谢中国法制出版社，总是以不断出书的方式给予鞭策，使我觉得只有继续写作，用心写作，方能不愧这份诚挚的惠泽。

刘 星

2018年7月于北京慈云寺

前言（致谢）

多年以来，我一直在思考一个问题：法学学者撰写的关于法学、法律的历史比较，是否不同于，或者在多大程度上不同于，历史学者撰写的关于法学、法律的历史比较？

众所周知，一个事实是，前者学科话语中的历史比较，时常就是后者学科话语中的历史比较的一部分。换言之，前者撰写的目标，也是后者撰写的目标；或者这样来说，历史学者在从事内容更为广阔的历史比较的时候也在不断从事法学、法律的历史比较。从这一事实来看，法学、法律学者手中的法学、法律的历史比较研究，似乎是没有“学科”意义上的独立性的，似乎实际上是一般意义的“历史学术”的内在分支。进而言之，在这方面，法学、法律学者似乎从未展示自己的“身份标记”。

如果的确可以这样认为，那么，人们的一个疑问也就是自然而然的：从事历史比较的法学、法律学者的学术，为什么不能、不应归入一般历史学者的学术？甚至更为严重的疑问是：为什么在“历史比较”活动中的法学、法律学者不能、不应归入一般的“历史学者”的行列，比如，划入大学的历史系或者科研机构的历史研究所，而非要自我意识极强地坚守“法律、法学”的学者身份？此外，与此相关的另外一个困惑是：“历

史学家”在研究历史比较问题的时候，是更为“历史科学”的，是更为实证的，他们似乎会自然地并且有理由地认为，法律、法学学者在这方面的作为，不是那么“历史科学”的、实证的（因为，我们时常可以看到“历史学”对“法学史学、法律史学”的另眼相待）。这里的一个思考路向是这样的：法学、法律学者撰写的历史比较，似乎不能因为“是与法学、法律有关的”，所以就可以称为“不同于历史学者”。

我们当然可以这样回答：法学、法律学者撰写的历史比较，在法学、法律方面是较为细致的，或说较为“专业”，相对而言，一般的历史学者的历史比较，是较为“大概”的，或说较为“外行”；因为，一般的历史学者总是不太清楚法的渊源、法的要素、司法机构的性质等“专业知识”。这样回答，似乎是可以的。但是，仔细思索，可以发现这样的回答应该说是没有解决问题。因为，一般的历史学家，时常正是以其细腻考据的方式触摸到了这些“专业”方面，尽管，可能是不自觉的。一般的历史学家，总是关心“过去”的方方面面，包括宏观的，特别是包括微观的，因为，不断辨别、细划、梳理、分析具体思想、活动、规则、秩序、事件、过程、因果等各种因素，是一般历史学家的基本兴趣所在。甚至我们时常可以发觉，一般的历史学者，在法的渊源、法的要素、司法机构的性质等方面的考察，由于历史研究的细致实证，是更为具体微观、条目清晰的。所以，法学、法律的“专业”，不能成为“界限”。

另一方面，我们当然可以转换思路，比如，就像遭遇交叉学科研究的趋势一样，去这样回应：法学、法律学者的历史比较研究，是“法律与历史”的交叉运作。但是，面对法学、法律这方面的真实研究状况，这种回应是苍白、脆弱的，甚至是过于勉强的。因为，在目前这种所谓“交叉研究”中，人们除了发现法学、法律的内容一般性地被置入历史研究叙事，或者简单地“相互结合”以外，似乎无法看到任何“新”的东西，更不用说可以像在“法律与经济”“法律与文学”“法律与政治”的交叉研究中那样，看到新的理论预设、思考框架、知识增长。因此，这种回应也没有解决问题。

或者，我们可以干脆反向思路地这样回答：在某些情况下，法学、法律学者的历史比较，甚至他们的“学术身份”，的确是归入“历史学科”的。然而，事实上，这样的研究以及人员的“学术身份”，时常还是“法律学科”的，比如，被归入了大学的法学院，或者科研机构的法学研究所；它们或者他们，时常还是希望得到“法律”的身份认同。作为一个典型例子，我们总能发现，在面对社会中的公共法律实际问题的时候，它们或者他们，时常试图以“法学的专业名义”，或者“法学家、法律家”的名义，发表意见。因此，这种回答依然没有解决问题。

就此而言，我一直觉得，“是否不同于”，“在多大程度上不同于”，对于法学、法律的历史比较研究来说，是一个真问题；我应该利用一个机会，在这方面作出一些尝试，至少，应该在某些层面上论证，历史比较性质的法学史、法律史，其实具有“学科”的合法性与正当性，具有自己实质性的理论、模式、知识。

2002年，我申请到了国家社会科学基金项目——“近现代中西法概念理论比较研究”。我感到，我可能得到了这样的机会，因此，我开始了这样的努力。这个项目有关“近现代”，因此是“历史”的，同时有关“中西”，因此是“比较”的，当然最重要的是它又是有关“法概念理论”的，因而是“法学、法律”的。这的确可以使我展开努力。

这个研究是不顺利的。因为，一方面，我要阅读大量的历史资料，思考大量的理论问题；另一方面，写作起来，在严格遵守“历史研究”“比较研究”“法学（法律）研究”规矩的同时，还要尽可能地将也许存在的具有新质的理论、模式、知识之间的关系梳理清楚。一旦落笔，并非易事。我需要在细节的历史资料中穿行，在连贯的理论分析中推进，并且需要将两者“零距离”地结合起来。这是一个挑战。当然，现在研究算是告一段落。结果究竟如何，不得而知，有待读者的评判。

我要感谢一些师长、学兄、朋友。在本书的某些内容分析和理论提炼上，苏力教授给我提出了很好的智识与建议，其对经验——包括历史方面——资料的敏锐洞悉、对理论概括的娴熟驾驭，使我获得了极大的

收益。同样，冯象博士以其宽阔的学术视野、锐利的问题意识，肯定了我书中的某些主题的选择，给我很大鼓励。同样非常重要，我要特别感谢张文显教授、张保生教授、邓正来教授。他们曾经邀请我在吉林大学理论法学研究中心、中国政法大学研究生院讲学，讲述法学、法律历史研究中的知识社会学的问题，以及近现代中西法学关系的理论问题，使我得以获得他们以及吉林大学、中国政法大学学友们的批评，进而反思本书中的某些研究方法和思路。另外需要感谢陈金钊教授、黄文艺教授、舒国滢教授、王健教授、谢海定博士、谢晖教授、姚建宗教授、於兴中教授、张少瑜编审等，他们或者在某些场合允许我通过讲学方式，或者以私下交谈方式，或者以提供外文文献资料的方式，使我得以获得各种促进研究的可贵信息。另外，要感谢《比较法研究》《法学》《法制与社会发展》《政法论坛》等杂志的编辑朋友，他们允许我的一些相关研究论文先期发表，并且提出了一些宝贵意见。

我还要感谢中山大学法学院的一些博士研究生和硕士研究生，比如，边宁、陈颀、陈文琼、丁晓东、黄静、梁文生、林晓燕、刘燕、马丽、王芳、颜晓辉、钟莉……他们要么慷慨地帮助我查找资料，要么毫不客气而又友好地在课堂上讨论本书某些内容的时候提出意见，要么十分大度地提出一些建议，给我许多帮助。北京大学法学院的博士研究生李斯特也是特别需要提到的。他帮助我查找了某些重要资料，而且阅读了书中的某些内容并提出意见。谢谢你们！

当然，还要感谢允许我在法律出版社出版本书的徐雨衡编辑。她传达了苏力教授将此书纳入《法律与社会文丛》的建议，提出了期待并且给予了鼓励。谢谢！

我想，从事研究工作的学者们都会遇到一个问题：怎样使新的研究超越自己原有的研究，让其有个“又上一层”的意思？用简单的话说，就是“怎样使其进步”。如果别人不仅会提到你的以前研究，而且会提到你的现在研究，这也许就是一种侧面肯定的他者答复。学术研究，尽管有实质性的自我提升的问题，但是，更为重要的是也有面对学术市场

的问题。在很多情况下，甚至在很大程度上，学术市场决定了学术生命力。而市场的概念，正是考验、检测的概念，它在一个重要方面回答着“怎样进步”的问题。我憧憬着，并且有些惶恐不安地等待考验和检测。

刘 星

2006年10月于广州康乐园

目 录

导 论

- 一、“史学”研究 / 003
- 二、“比较”研究 / 009
- 三、思路和观点 / 019
- 四、内容、方法和材料 / 029

第一章 “法律”概念是怎样被使用的

- 一、问题与限定 / 041
- 二、“法律”一词以及“法律”概念是怎样实践的 / 047
- 三、语词实践的背后 / 055
- 四、进一步的分析 / 061
- 五、结论 / 066

第二章 “法律” 字词是怎样实践的

- 一、问题和思路 / 075
- 二、“康熙世界” 的汉文“法律” 一词使用及其语境 / 081
- 三、“孟德斯鸠世界” 的“法律” 字词使用及其语境 / 089
- 四、“康熙世界” 的话语实践及其背景 / 093
- 五、“孟德斯鸠世界” 的话语实践及其背景 / 099
- 六、深入比较和三点推论 / 107
- 七、法律意义的地理学科话语 / 113
- 八、历史资料的运用的解释以及结论 / 115

第三章 “法律” 一词使用、翻译的话语实践

- 一、问题 / 123
- 二、传教士的汉文“法律” 概念的使用与翻译 / 127
- 三、语词使用、翻译的西方语境 / 132
- 四、斯当东语词实践的微观背景 / 138
- 五、马礼逊语词实践的微观背景 / 142
- 六、麦都思和郭实腊的语词实践的微观背景 / 148
- 七、在语词实践的深层继续挖掘 / 153

第四章 近代法律概念理论的语境分析

- 一、问题与方法 / 165
- 二、近代时期其他学科人物对法学人物的影响 / 170
- 三、近代时期法学人物法学知识的双重相对自主 / 179
- 四、具体法律知识与法律实践对法律概念研究的意义 / 193

五、近代法学人物本身的“百科全书”现象 / 206

六、结论 / 219

第五章 对法律实证主义的另类反叛

一、问题、思路和限定 / 223

二、美国的早期实用主义法学法律概念理论的观点与依据 / 238

三、中国的早期左翼革命法学法律概念理论的观点与依据 / 246

四、两种法律概念理论的观点比较：差异 / 256

五、两种法律概念理论的观点比较：类似 / 262

六、两种法律概念理论的依据比较 / 266

七、暂时的结论 / 276

第六章 近现代法学学术话语背景和社会政治背景的意义

一、问题与思路 / 283

二、美国的法律概念理论的法学学术话语背景 / 288

三、中国的法律概念理论的法学学术话语背景 / 300

四、经过法学学术话语背景而展开的深入比较 / 311

五、经过社会政治背景而展开的深入比较 / 323

第七章 法学理论和个人主体实践的关系

一、问题和限定 / 341

二、美国的个人主体实践 / 347

三、中国的个人主体实践 / 362

四、个人主体实践的深入比较：差异 / 369

五、个人主体实践的深入比较：类似 / 376

六、补充性的总体结论 / 388

第八章 “法学权威”在近现代法学话语和法律实践中

一、问题和必要的说明 / 395

二、以批判法学权威的方式确立法学权威 / 399

三、通过“选定”机制而产生的法学权威 / 405

四、中国法学学术在“法学权威”上的自我选择 / 409

五、影响西方法学权威在中国定位的因素 / 412

六、中国学者的“学理研究” / 417

七、一个中国法学学术的焦点 / 421

八、中国法学是世界法学的一个组成部分 / 426

九、法律实践与法学权威 / 431

参考文献 / 438

一般索引 / 501

人名索引 / 512

导 论

每一项实践都保持着自己的特性及其特殊的形态、保持着自身的种种形式和存在条件，从而使这种实践得以维持下来。^[1]

[1] [英] 斯图亚特·霍尔：《编码、解码》，王广州译，罗钢校，载罗钢、刘象愚主编：《文化研究读本》，北京：中国社会科学出版社，2000年，第345页。

在本书中，我将展开“近现代中西法概念理论比较研究”。这类研究，也许是人们熟悉的。但是，我希望本书研究具有独特性。所谓独特，是就相关的问题、思路、内容、方法而言的；我的问题、思路、内容、方法，期待能有别于一般常见的法律、法学上的历史比较研究；更为重要的是，它们希望提供一个新的法学历史的理解方案，当然包括新的知识提炼。在导论中，我主要在这些方面作出说明。

一、“史学”研究

“近现代”一词，标志着历史含义。因此，我首先需要从“史学意识”进入。

在近现代，西方民族国家的法学家，以及法律家，提出了各种各样的法律概念理论；与此类似，当然同样是在近现代，处于现代性焦虑的中国的法学家以及法律家，也提出了各种各样的法律概念理论。怎样研究、认识、理解它们？

对于学者而言，甚至对于一般读者而言，最为熟悉的可能就是曾经阅读过的西方法学史，以及中国法学史这类学科作业中的话语梳理。在这些“史学”中，我们了解了西方，了解了中国，我们大致知道了西方各种理论之间的历史关系，彼此的横向联络；知道了中国各种理论之间的类似关系和联络。于是，西方以及中国的“理论”，被我们研究、认识、理解了。经由这里，西方和中国的那些理论，被当作知识也被我们记忆了，也许，一种“经验”或“教训”也被我们“经历”了。

这样把握近现代西方或者中国的法律概念理论，是正常的；在一定意义上，也是具有合法性的。因为，“史学化”的撰述，以及它所引发的知识记忆，为人们带来了较为清晰的这一时期的法律概念理论的大致