



陇籍法学家自选集
LONGJI FAXUEJIA ZIXUANJI

谢晖自选集

谢晖 著

非外借



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



陇籍法学家自选集
LONGJI FAXUEJIA ZIXUANJI

谢晖自选集

谢晖 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

谢晖自选集 / 谢晖著. —北京: 知识产权出版社, 2019. 1

(陇籍法学家自选集)

ISBN 978-7-5130-5696-0

I. ①谢… II. ①谢… III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 157368 号

责任编辑: 齐梓伊

责任校对: 王 岩

执行编辑: 樊纬航

责任印制: 刘译文

封面设计: 张 悦

陇籍法学家自选集

谢晖自选集

谢 晖 著

出版发行: **知识产权出版社** 有限责任公司

网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区气象路 50 号院

邮 编: 100081

责编电话: 010-82000860 转 8176

责编邮箱: qiziyi2004@qq.com

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

印 张: 28.75

版 次: 2019 年 1 月第 1 版

印 次: 2019 年 1 月第 1 次印刷

字 数: 450 千字

定 价: 88.00 元

ISBN 978-7-5130-5696-0

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

作者简介

谢晖 1964 年生于甘肃省天水市甘谷县，法学学士、哲学博士。现任甘肃政法学院特聘教授。享受国务院政府特殊津贴，教育部首届高等学校优秀青年教师，山东省首届泰山学者，青海省首届创新创业人才。出版、发表个人学术、文学作品 27 部，发表学术论文 230 篇，学术随笔和散文 220 篇。主编“法理文库”“公法研究”“民间法文丛”“法意文丛”以及《民间法》《法律方法》等学术丛书和刊物，组织和主持系列学术会议“全国民间法·民族习惯法研讨会”“全国法律方法论坛”等学术活动。主持 2016 年国家社科重大招标项目“民间规范与地方立法研究”，担任首席专家。

苍茫陇原涌法杰

——“陇籍法学家自选集”总序

谢 晖*

苍茫陇原大地，东西延绵 2000 余公里，自古就是中原、关中通往西域的必经之途。这种地缘优势，奠定了其在中国文化史上的独特地位。在当下世间衮衮诸公看来，那里似乎只是经济落后、土地贫瘠，高山光秃、大河浑浊，荒漠恶风、飞沙扬尘的代名词。诚然，和迅猛发展的我国东、中部、甚至和绝大多数西部省份相比，她在经济上、环境上、人民生活上的不如人意尽人皆知，但这不应该掩盖或遮蔽她在中华文明发展史上的伟大贡献，特别是她对中国的社会团结、制度构造以及对人民日常生活应对方面的创造性成就。

传说时代中人文始祖伏羲、女娲就生息、繁衍和发展在这块大地上，乃至今日游人到了甘肃天水，也可以深刻体会到几乎各个区县的民众说起伏羲爷来那种侃侃而谈、有板有眼的情形。“羲皇故里”给邑人所带来的自豪，常溢于言表，形诸笔端。这种世代相传，不仅影响了邑人，也影响了整个中华文化对伏羲女娲的悠长记忆。譬如在台北，“中华文化始祖太昊伏羲圣帝八卦祖师纪念馆”就建在“甘谷街”（甘谷是天水的一个县）上；再譬如被

* 作者系甘肃政法学院特聘教授。

称为与陕西黄陵黄帝公祭活动、山东曲阜孔子公祭活动并列的伏羲公祭活动，就每年在甘肃天水举办。

这种口耳传承，并非空穴来风。20世纪50年代以来陆续出土的秦安（天水的—个县）“大地湾文化遗址”，跨越年代从公元前8000年到公元前5000年，是迄今为止我国境内发现并挖掘的最早的新石器文化遗址之一。其文物遗存之丰富，被誉为发现了中国历史上的七（或六）个最早：中国最早的彩陶、中国最早的旱作农作物标本、中国最早的文字雏形、中国最早的“混凝土”地面、中国最早的宫殿式建筑、中国最早的绘画和中国最早的度量衡与十进制^①。先民们留存至今的这些伟大遗存，能否和口耳相传的当地伏羲故事相互印证，并作为信史的一部分？这自然不是一位法学者可以置喙的，但有合理的想象总比无好。

谈到伏羲女娲，谈到大地湾文化遗址，就不能不涉及先民们的规则/法律意识。传说中伏羲女娲举规执矩，就被认为是我们这个伟大的族群建立法律制度之伊始；传说中更多见的因伏羲画卦而创造文字、肇启制度的故事，几乎是人尽皆知的。《易·系辞》云：“古者包牺氏之王天下也，仰则观象于天，俯则观法于地，观鸟兽之文，与地之宜，近取诸身，远取诸物，于是始作八卦，以通神明之德，以类万物之情。”^②《左传》云：“太皞氏之龙纪，故为龙师而龙名……”^③《尚书序》曰：“古者伏牺氏之王天下也，始画八卦，造书契，以代结绳之政，由是文籍生焉。”^④《白虎通》则特别强调伏羲在我

① 张力刚：“试论大地湾遗址在中国史前考古上的六大之最”，载《丝绸之路》2014年第18期；也可参看中央电视台科教频道播出的四集纪录片《祖脉天水》（2016年9月7日始播）；甘肃省文物考古研究所：《秦安大地湾新石器时代遗址发掘报告》（上、下），文物出版社2006年版。

②（晋）韩康伯注：《周易·系辞下》，见《十三经注疏》，中华书局1980年版，第74页。许慎据此把我国文字的创生归功于伏羲，并延续成说，强调“古者庖牺氏之王天下也，仰则观象于天，俯则观法于地，视鸟兽之文，与地之宜，近取诸身，远取诸物；于是始作易八卦，以垂宪象。”（（汉）许慎撰，（清）段玉裁注：《说文解字注》，上海古籍出版社1981年版，第753页）。

③ 对此杜预注云：“太皞伏羲氏，风姓之祖也，有龙瑞，故以龙命官。”孔颖达疏云：“太皞以龙名官，春官为青龙氏，夏官为赤龙氏，秋官为白龙氏，冬官为黑龙氏，中官为黄龙氏。”（（周）左丘明，（晋）杜预注，（唐）孔颖达疏：《春秋》，见《十三经注疏》，中华书局1980年版，第2083页）。

④（汉）孔安撰，（唐）孔颖达疏：《尚书正义·尚书序》，见《十三经注疏》，中华书局1980年版，第113页。

国制度起源方面的伟大贡献：“古之时，未有三纲六纪，民人但知其母，不知其父，能覆前而不能覆后，卧之詘詘，行之吁吁，饥即求食，饱即弃余，茹毛饮血，而衣皮苇，于是伏羲仰观象于天，俯察法于地，因夫妇、正五行，始定人道，画八卦以治下，下伏而化之，故谓之伏羲也。”^①在实质上，所有文字就是人类对事物的命名手段。有了对自然万象、人世百态的命名，也就有了人类把握对象，安排交往的基本规范。在此意义上，画八卦、造书契与举规执矩、“制嫁娶之礼……^②”等伟大贡献一样，都可能是伏羲女娲时代，对中国文明之规范生活的最早谋划和安排。

此后的炎黄文明，亦和甘肃息息相关。炎帝部落早期主要活动在靠近今天甘肃天水市的陕西宝鸡一带，其发展卦象、制作五弦，勇尝百草、创造耒耜，种植五谷、教人稼穡等事迹，为我们这个向来主要以农立国的国家奠定了坚实基础。至于黄帝文明，相传更是直接源于今天之甘肃陇东南一带的文明成果。至今在甘肃省天水市的清水县一带，留有远近闻名的轩辕谷、轩辕溪和寿山（丘）等。尤其轩辕谷和寿山（丘），作为传说中轩辕黄帝的出生地之一，被广为传布。晋郭璞《水经》载：“帝生于天水轩辕谷。”据此，北魏郦道元云：“南安姚瞻以为黄帝生于天水，在上邽城东七十里轩辕谷。皇甫谧云：生寿丘，丘在鲁东门北，未知孰是。”^③尽管有此疑义，但至今除了甘肃、山东、河南等少许几地因黄帝出生地而有争议外，很少见其他地方争取此事。这不难说明，有所争议，总是有缘由的。无论如何，黄帝文明泽被

①（汉）班固文。（清）陈立撰、吴则虞点校：《白虎通疏证》（上），中华书局1994年版，第50~51页。

②（晋）皇甫谧：《帝王世纪》，见刘晓东等点校：《二十五别史》，齐鲁书社2000年版，第2页。

③（北魏）郦道元，陈桥驿校正：《水经注校证》，中华书局2007年版，第430页。应说明的是，皇甫谧在《帝王世纪》中，一方面，强调皇帝和炎帝的同源关系，并说明其长于姬水，说明他和西北、特别是甘肃息息相关。其后奠定了中国礼法文明之基础的周王朝，作为姬姓史上影响最大的一族，根据信史，就源于甘陕一带。在那个交通极其不便的时代，黄帝怎么能生于鲁地而长于姬水？何况在甘肃清水照例存在寿山（丘），皇甫谧作为陇上名人，在记述皇帝生地时，两次言及寿丘。其中只在后一次提及很突兀地说到“丘在鲁东门北”。可不无吊诡的是，这个结论是其在叙述了黄帝从出生、征战、徙居、定都、称帝、再徙鲁（鲁，史上本有西鲁——今河南鲁山一带和东鲁——今山东曲阜一带之分）之后提出的（（西晋）皇甫谧：《帝王世纪》，见刘晓东等点校：《二十五别史》，齐鲁书社2000年版，第5~9页）。这与前文在逻辑上的悖谬十分明显。故这最后一结论，是否为后世好事者刻意为之？令人不无疑惑！

华夏，千古流芳。其造文字、修医书、立史官、藏书契、定姓氏、正音律等一系列举措，既为中华文明成功迈向组织化的制度时代奠定了基础，也因此使中华文明能够古今一脉，生生不息，流传至今。所以，源于甘肃、陕西的炎黄文明，既是中华文明之根，同时也无处不在地影响着中华民族之流。

至于周、秦文明源于甘肃，盛于陕西，影响所及，遍于华夏，盖无人有异议。周人之祖先不窋、公刘，就主要活动于今天甘肃庆阳一带。前者因为夏朝衰乱而失其官，率领周族部众虽“窜于戎狄之间”，但仍“不敢怠业，时序其德，纂修其绪，修其训典，朝夕恪勤，守以敦笃，奉以忠信，亦世载德，不忝前人。”^①而后者导演了著名的“公刘迁豳”，为其后周朝的王霸基业，奠定了坚实基础。其业绩正如《诗经·公刘》所言：“笃公刘，于胥斯原。既庶既繁，既顺乃宣，而无永叹。陟则在巘，复降在原。何以舟之？维玉及瑶，鞞琫容刀……笃公刘，于豳斯馆。涉渭为乱，取厉取锻，止基乃理。爰众爰有，夹其皇涧。溯其过涧。止旅乃密，芮鞠之即。”^②诗文中所提及的戎狄以及豳等地方，即今天甘肃庆阳和陕西临近地区。故出生于庆阳的明朝大文豪李梦阳曾诗云：“庆阳亦是先王地，城对东山不窋坟”。到了古公亶父再迁关中，直到周族统一天下，甘肃一直是周人最重要的后方基地。周统一天下后，既创造了分封制来解决央地关系这一宪政模式，也制定了严格的礼治以解决日常民事交往关系和行政管理关系，同时，还在“德政”之外，辅之以“吕刑”，初显“人文精神”，强调“明德慎罚”，抑制“天罚”“神判”，来应对日益世俗化的日常交往秩序。特别是在那个年代已经生产出了对后世影响甚大的依法定罪、罪刑相当（“中刑”）和疑罪从轻、众疑从赦的用刑原则；对故意（“非眚”）和过失（“眚”）犯罪、惯犯（“终”）和偶犯（“适”）相区别的用刑原则；对老人（“耄”）和孩子（“悼”）、正当防卫（“义杀”）不加刑的用刑原则；对数罪俱发，以重者论以及罚不连坐（“父子兄弟，罪不相及”）的用刑原则等^③。这些发明和规定，不但在今天看

① 徐元诰撰、王树民等点校：《国语集解·穆王将征犬戎》，中华书局2002年版，第3~5页。

②（汉）毛亨撰，（汉）郑玄笺，（唐）孔颖达疏：《毛诗正义·大雅·公刘》，见《十三经注疏》，中华书局1980年版，第541~544页。

③ 胡留元、冯卓慧：《夏商西周法制史》，商务印书馆2006年版，第404~410页。

来还很实用，甚至至今在某些时候、某些方面仍未完全做到（想想在数十年前的那个年代，仍然十分盛行的“龙生龙、凤生凤，老鼠生儿会打洞”的说法吧）。正是此种在那个时代借鉴了昔日传统，并发扬光大的严谨而规整，宪、礼、刑并用，赏罚分明的制度，才让孔子对它不吝赞美之词：“周监于二代，郁郁乎文哉，吾从周”^①！

秦文明自其先祖非子以来，世代放牧、经营在今陇东南一带。至今甘肃天水仍称秦城，那里多有秦亭一类的地名分布。非子放牧时代即有的朱围山，就矗立在今天天水市甘谷县西南一带。那里至今仍是叠叠山峦，盈盈碧草，登顶四望，无限苍茫。在那里出土的毛家坪文化遗址，是迄今为止我国出土的最早的秦文化遗址^②。与它毗连的礼县大堡子山、圆顶山“秦公大墓——西垂陵园”，更因为上世纪末期文物贩子和当地农民相勾结，为了盗墓“致富”，将主大墓被挖得千疮百孔、宝物尽失，成为我们这个民族和时代的“千古遗恨”！^③也因为那些丰富的考古发现，李学勤曾这样写道：“中国文化早期的一系列核心疑问和谜团，恐怕都不得求解于甘肃。”^④在这里，我感兴趣的是秦文明对中国后世法制文明不可磨灭的贡献。对此，孙皓晖在其600万字的《大秦帝国》中，以学者的情怀，文学的手法精心描绘、研讨了这一文明的功过得失。但查其制度成绩，绝非秦统一中国后短短二三十年的贡献，而是秦文明长期积累和发展的结果。例如，秦统一后向全国推进的郡县制，早在秦武公十年（公元前688年），伐邽、冀戎之后，就已开始。

① 《论语·八佾》。

② 赵化成等：“甘肃甘谷毛家坪遗址发掘报告”，载《考古学报》1987年第3期；肖宇等：“秦文化探源：毛家坪遗址考古记”，载《大众考古》2015年第2期。

③ 李峰：“礼县出土秦早期铜器及祭祀遗址论纲”，载《文物》2011年第5期；中央电视台“探索·发现”频道：《〈甘肃古事〉之千古遗恨秦公大墓（上、下）》，2009年第324、325期。这是一场在任何一位文化人看来都深感耻辱的事件！该事件给我国秦文化研究造成的损失是根本无法弥补的，所以说是千古遗恨的事件毫不为过。好在2015年7月和9月，其中56件流失到法国的大堡子山精美文物被归还给甘肃省博物馆。笔者曾在该博物馆参观了部分归还文物。看着这些精美绝伦的文物，再想想更多流失海外，尚未追回的该墓葬被盗掘出卖的文物以及为了蝇头小利，刻意毁坏文物的犯罪行为，实在不禁令人捶胸顿足。当时作为观者，我虽忍住泪水，但与讲解员交谈时还是数度哽咽！为何如此伟大、精致的文明，在我们后人的手中就仅仅变成了几沓纸钱？为何我们的先人们在创造文明，他们的子孙却在无情地、野蛮地毁灭文明？

④ 李学勤：“《望遥星宿：甘肃考古文化丛书》总序”，载《甘肃社会科学》2004年第1期。

再如书同文、车同轨、衡同制、币同质等项改革，尽管是在秦统一后大刀阔斧地推行的，但在之前的法家思想中已多有阐述，在法家思想指导下的秦国的改革实践、特别是商鞅变法的实践中已有端倪。秦朝虽然二世而亡，但由秦国、继而秦朝所建立的法制，却成为中国百世法制之宗，所谓“汉承秦制”即是明证。因此，“……二千年来之政，秦政也，皆大盗也；二千年来之学，荀学也，皆乡愿也”^①，几可谓通说。无论后世的人们对这种法制影响有多少诟病，但其作为一种事实，仅仅诟病显然是不够的。它之所以至今仍在很大程度上影响着国人对法制的看法，与其自身的适应性特质怕是不无干系的。

秦文化以后，出自陇原、又对我国具有全方位影响，并且在世界文化史上占据一席之地的文化，就是唐文化。尽管唐朝天子李渊父子，皆从山西起家，但其根在甘肃。在李姓姓氏史上，甘肃向来占有最重要的一席。所谓“天下李氏，郡望陇西”，说的就是陇西在李氏文化史上的这种地位。我曾在贵州、广西一些深山调研中，不时能看到一些人家的堂屋里高悬着“陇西堂”的字样。问其所以，则回答说祖上来自甘肃陇西。从秦朝大将军李信，到汉朝飞将军李广，一直到唐代天子、文豪们，陇西李氏代有才杰。所以，李世民亲自主持编撰《氏族志》，强调“李氏凡十三望，以陇西为第一”。这种说法，虽然遭到后世学者的批判：“唐太宗重修《氏族志》，就是企图通过皇权的力量，把关陇贵族门阀定位一尊的尝试……”^②但无论如何，一个地方的一个姓氏对一个国家的历史文化具有如此大的影响者，怕举世亦所罕见！所以，“言李者称陇西”并非虚言。重要的是隋唐以来，我国制度经由秦汉以来数百年的发展，又为之一变。以《唐六典》为代表的行政法制，以《永徽律》为代表的刑事法制，皆以宏大庄严之格局，影响了后世，也影响了周边邻邦。陈寅恪在论述隋唐制度渊源时，把其分为礼仪、职官、刑律、音乐、兵制、财政诸方面，可谓全方位地阐述了隋唐制度。他曾自谓：“寅恪尝草隋唐制度渊源略论稿，于李唐一代法制诸端，妄有所论述。”^③对于隋唐二代的制度，他也推崇备至，强调“总而言之，二代的制度因时间与地域参错综

①（清）谭嗣同，加国润选注：《仁学——谭嗣同集》，辽宁人民出版社1994年版，第70页。

② 赵克尧：“《氏族志》与唐太宗的关陇门阀观”，载《复旦学报》1984年第2期。

③ 陈寅恪撰，唐振常导读：《唐代政治史述论稿·序》，上海古籍出版社1997年版，第1页。

合之关系，遂得演进，臻于美备……”^① 这位笃力追求“独立之精神，自由之思想”的史学家、思想家对隋唐制度（法制）的这种评价，在另一个侧面至少也表达了其对李唐文化和关陇集团的“同情的理解”、真心的赞美吧？

自唐代以还，在法律制度方面，虽然周秦汉唐的深刻影响绝不仅是遗风余韵，但甘肃人在我国制度实践中的活跃程度越来越低，越来越远离法制建设的中心。特别是宋元两代数百年间，整个朝廷，很少见有出身于陇籍的重要官员，更遑论其对整个国家制度的影响了。明清两代，这种情况虽略有改观，但仍不尽人意。据有人统计，彼时出身于陇籍的进士翰林共有 514 名^②。其中有清一代，甘肃共考中进士 350 人，“所占全国进士的比例尚不足八分之一，位居各行省之末，因此，甘肃也成为文风荒落的典型。”^③ 在这些进士中，真正能有大作为、特别是在制度上有大作为者极为罕见。比较知名的朝廷大员有李梦阳、胡瓚宗、巩建丰、牛鉴、安维峻等寥寥数位，且多以道德文章名世。他们对制度建设的影响，也都在其职权职责范围之内^④。

一个国家的制度建设，无疑也反映了其背后的思想精神。陇籍出身的历史文人对中国制度史的整体影响，自然会或多或少地反映其精英思想、人民精神、地域文化、族群性格等等。除此之外，甘肃历史上也产生过对后世具有相当影响的一些思想家和文人，但按照今传文献，对制度建设涉猎较多、享誉古今的，只有王符的《潜夫论》一书。诚如有人所言：“该书的大部分论述，都是围绕着当时社会中的现实问题展开的。它涉及文治武功、刑法赏罚、经济策略、伦理道德、社会习俗、学习修身、看相占卜等各个方面。但其中研讨最多、最为重要的，则是作者所提出的一整套经世治国的方略。”^⑤ 当然，众所周知，在古代中国，奉行文人治政，政治的诗性修辞风格远甚于

① 陈寅恪：《隋唐制度史渊源略论稿》，中华书局 1963 年版，第 117 页。

② 张镗编著：《甘肃明清进士翰林传略》，香港天马图书出版有限公司 2005 年版。

③ 陈尚敏：“清代甘肃进士的地理分布”，载《中国历史地理论丛》2009 年第 4 期。

④ 有一份专门以清代甘肃籍循例为例，研究循例养成机制的文章，可资参考以说明彼时陇籍官员之于制度建设的影响（杨银权：“论中国古代循良的特点及养成——以清代甘肃籍循良官吏为例”，载《青海民族研究》2015 年第 1 期）。

⑤ （汉）王符原，张觉译注：《〈潜夫论〉全译·前言》，贵州人民出版社 1999 年版，第 13 页。

其理性逻辑精神。用李泽厚的观点讲，这是一种典型的“实用理性”^①。在这个意义上，甘肃出身的历代文人学士，与祖国其他地区出身的文人学士一样，其诗词歌赋、书画文章，或许都能进益于彼时国家的法制建设。

二

近代以还，列强侵袭、战乱频仍，吾国进入制度崩坏、“棋局”迷乱、前途莫测、天翻地覆的巨变时代。此种情形，被困顿于近代国家、民族危亡，并穷于应付时祸的李鸿章称为“三千余年一大变局也”^②！这一变局，既让无数仁人志士反思变局产生的内外根由，也让无数芸芸众生深陷于变局所带来的一系列灾难中。一个秩序沦丧的世界，即使对一个小邦而言，都会祸患丛生，更何况我国自来就是一个体量巨大的政治实体，自从元代以来一直到清代中叶，其体量，无论从国土、人口、经济、政权还是体制看，都几乎不间断地保持在世界政治实体之最前列。但随着西学东渐、西政东移、殖民统治在全球的推动，安于东亚一隅的这个庞大的政治帝国，再无力以其强大的内在吸引力维系那种被称为“朝贡体系”的世界秩序了，它自身被深深地裹挟到朝贡体系的替代产品——殖民体系中去了，从而这个表面庞大的国家，不过是个徒有空壳的“巨人”。对此，有学者指出：

“在汉朝的力量衰落以后，朝贡一词就已被确认，以致它既可用于与蛮族的外交关系，也可用于与它们的贸易往来。中国在隋、唐时期重新强大后，这种唯我独尊的理论也得以复苏。可以指出，在唐朝时代，皇帝的恩泽已远达四裔。这给中国的优越感和非中国人的贡属地位提供了坚实的基础”；

“表面上看，清朝的统治到十八世纪晚期正处于空前的鼎盛时期。但是到十九世纪中期，它就证明是一个驱壳中空的巨人。”^③

之所以驱壳中空，乃是因为既有的制度面对这种突如其来的变革不但无

① 李泽厚：《中国古代思想史论》，人民出版社1986年版，第303~306页。

② 转引自梁启超：《饮冰室合集·中国四十年来大事记》（6），中华书局1989年版，第39页。

③ [美]费正清编：《剑桥中国晚清史（1800~1911）》（上卷），中国社会科学出版社1985年版，第34页、38页。

所适从，而且惊慌失措。数千年来一以贯之、运用自如的制度一下子变得“哗啦啦似大厦倾”！面对淑世危局，有人寻求改良弊政，倡导君主立宪，以起弊振衰，挽救危亡。有人笃行启蒙救国，开展“新文化运动”，以改造文化之根，“一切问题，由文化问题产生；一切问题，由文化问题解决”^①，从而达到“借思想文化以解决问题”^②的目的。还有人则坚信革命的力量，唯有革命，才是解决问题的根本出路，才能推翻既有的制度，也能赶走、甚至消灭外来的侵略者。于是，在这个大变局中就出现了所谓“救亡压倒启蒙”^③的独特景象。百多年来，革命一词顺理成章地成为这个国家最重要的主题词。如今虽然有人强调要“告别革命”^④，可革命的情结仍然深嵌在至今健在并活跃的数代人记忆深处，是他们无法离析的观念基因。

改良的目的是引进新生因素，以维系既有制度；启蒙的目的是改变文化基因，以图为新的制度建立基础；而革命的目的，则在于把旧的一切连根拔起，冲决一切罗网，破坏一个旧世界，建立一个新世界。改良和启蒙的双重失败，使得相关制度建设也浅尝辄止，最终将变革推向了“武器的批判”。无论哪种变革，其中举事者，也主要是“春江水暖鸭先知”的东南沿海人民，特别是广东、湖南、福建、浙江、江苏一代的人士。而身处内陆的陇原大地，对此种情形的反应甚为迟钝，甚至和邻近的陕西也不能相提并论。有位“好事者”在网上就晚清、民国和共和国以来，各省的“名人”制作了一份名录，结果陕西在全国位列第七，而甘肃位列第二十七，仅有杨静仁、马鸿逵、马步芳和王进喜四人入选^⑤！尽管其入选标准大可怀疑，但它也大体上反映了在那个民族危亡的紧要关头，不同地域的人们对之感悟和觉醒的程度具有明显的差异。

如果说改良和启蒙，本身以制度的温和转型为基本使命，从而寻求制度

① 钱穆：《文化学大义》，中正书局1981年版，第3页。

② [美]林毓生：《中国意识的危机——“五四”时期激烈的反传统主义》（增订再版本），穆善培译，贵州人民出版社1988年版，第44~93页。

③ 李泽厚：《中国现代思想史论》，东方出版社1987年版，第25~41页。

④ 李泽厚、刘再复：《告别革命——回望二十世纪中国》，天地图书出版公司2004年版。

⑤ http://www.360doc.com/content/13/0603/10/3966739_290094412.shtml，2016年10月4日访问。

的文化联系理所当然的话，那么，革命则旨在砸碎一切旧的制度牢笼。尽管它不排斥在未来建立一种制度，但它在当下的任务就是要打碎、消除既有的制度，从而使人们对既有制度的一切只有刻骨仇恨，丧失同情理解。尽管如此，但人民的柴米油盐、生活日用总需要有序应对。因此，一方面，在清末和民国期间，在边远落后的甘肃也开始有了法学教育，其标志就是1909年（光绪元年）甘肃法政学堂的成立，并进而在1913年，在法政学堂基础上筹办了甘肃公立法政专门学校。但是这所学校，究竟聘任了彼时哪些著名的法学家担纲教授，又培养了哪些著名的法学家或法律家，至今查来，却云烟渺茫^①。只是在这所学校基础上成长起来的兰州大学，其学术影响和社会声誉，可谓誉满华夏、声震神州。另一方面，在共产党领导的陕甘宁边区变成全国革命的中心之后，为了边区秩序建设，无论在立法领域，还是在司法领域，都有不菲的制度建设成果^②。

这其中最值得甘肃人骄傲和自豪的，是至今在我国司法实践中仍被称道和运用的“马锡五审判方式”。马锡五虽是陕北人，但其创造的独特的审判方式——深入乡下、主动调查，实事求是；依靠并教育群众，听取并尊重群众意见；简化手续，方便群众诉讼，不拘形式展开审判；依法办事，原则与灵活相结合，清正廉明等司法经验，却是在陇原大地上创造的。他在担任陕甘

① 如今所能查到的，只有当时任职甘肃法政学堂校长兼教务长的蔡大愚先生，曾留学于日本政法大学。彼时任职于甘肃的兰州本地人水梓先生，也曾毕业于京师法政学堂。遗憾的是笔者未检索到他们两人留有什么法学著作。但可以肯定，他们在促进甘肃法学教育，甚至在推进甘肃积极融入共和思潮方面，功绩斐然。整个民国时期，曾在甘肃任教，后来也被学界普遍认可的学者只有原籍天津的吴文瀚先生一人。但他在民国时期也没有留下什么重要的法学作品，根据《陇上学人文存·吴文瀚卷》所附录之《吴文瀚先生作品题录》，民国时期，先生在《商职月刊》分别发表过“行使债权履行债务应依诚实及信用方法”（1935年第4期）；“评修改商会法要点及今后商会之形态”（1936年第3期）；“各国商事法规之特质及其比较”（1937年第5期）。而在发表文章当时，先生还未赴甘肃任教（这些文章，应当是先生在1930~1936年于朝阳大学法律系本科部就学时的作品。因为先生在彼时的甘肃学院任教，是1945年以来的事）。民国时期在陇工作期间，先生还有无其他法学作品，我搜寻数日，一时也没有具体所获。

② 杨永华、方克勤：《陕甘宁边区法制史稿（诉讼、狱政篇）》，法律出版社1987年版；杨永华：《陕甘宁边区法制史稿（宪法政权、组织法篇）》，陕西人民出版社1992年版；张世斌：《陕甘宁边区高等法院史迹》，陕西人民出版社2004年版；汪世荣等：《新中国司法制度的基石：陕甘宁边区高等法院（1937-1949）》，商务印书馆2011年版；侯欣一：“陕甘宁边区高等法院司法制度改革研究”，载《法学研究》2004年第5期；朱未：《抗战时期陕甘宁边区巡回审判制度之研究》，湖南师范大学（2012年）硕士学位论文等。

宁边区高等法院陇东分庭庭长时，通过身体力行而深入群众、调查取证，巡回审判、就地解决，经常能公正地处理民间纠纷，自然也深受彼时民众的欢迎。直到今天，仍是全国法院系统所学习的楷模^①。过去，他的办案故事通过现代评剧、舞剧等形式被搬上舞台，搬上银幕，曾影响了数代人。这就是著名的评剧、舞剧作品《刘巧儿》。如今，以他名字命名的大型电视连续剧《马锡五》，在《马锡五传》的基础上也于上海隆重开拍^②。在庆阳华池县，还专门开办了“马锡五审判方式陈列馆”^③。这些事实都说明，其所创造的“马锡五审判方式”已经穿越了那个时代，也成为我们这个时代鲜活有用的经验^④。

之所以谈及“马锡五审判方式”，一方面是想说明，即使是革命时代，只要想维持一种有利于革命的相对安定的秩序，就无可避免地需要法律，需要司法。另一方面是想说明，在甘肃这块土地上诞生的“马锡五审判方式”之所以成功，既是马锡五独特审判技术、风格和实践的成功，同时也是甘肃、特别是庆阳人民之于何种司法才可接受的表达之成功。正因为他们对何种司法有益于民众有坦率、明确的表达，才真正帮助了该实践的成功。马锡五尽管并非法学科班出身，但其司法结果的可接受性，怕是那些法学家们的现代

① 例如，最高人民法院院长周强在甘肃法院调研时强调：“在协调推进‘四个全面’战略布局的时代背景下，继承弘扬马锡五审判方式，对于促进司法为民、公正司法，全面推进依法治国具有重要意义。”（宁杰：“周强：弘扬人民司法传统深入推进司法改革为经济社会发展营造良好法治环境”，载《人民法院报》2016年8月27日）。同时可参见梁长远：“弘扬马锡五审判方式推进执法办案第一要务”，载《人民法院报》2015年12月2日；张立勇：“论马锡五审判方式在当代的继承与发展”，载《人民司法》2009年第7期。对马锡五审判方式的这种重视，不仅在甘肃、河南这些中西部地区的法院得以呈现，甚至在广东这个当今中国经济最发达的省份，高级法院系统也专门组织会议，继承延安精神，学习马锡五审判方式（参见“延安精神与马锡五审判方式座谈会在穗举行”，<http://www.weixinla.com/document/26030393.html>，2016年10月4日访问）。

② “大型历史题材电影电视剧《马锡五》筹拍启动”，<http://ent.people.com.cn/n1/2016/0704/c1012-28522187.html>，2016年10月4日访问。

③ 先朝阳：“马锡五审判方式理论研讨会在华池县举行马锡五审判方式陈列馆同时开馆”，载《甘肃日报》2016年1月9日。

④ 对“马锡五审判方式”，曾作为马锡五的“学生”，担任过多年新疆高级人民法院法官，并顶着政治风险处理了大量十分棘手的疑难刑事案件，被新疆民众亲切地称为“吴青天”的西北政法大學吳效先老師，曾親口告訴我馬錫五的言傳身教、辦案手法、邏輯思維對他後來處理這些疑難、複雜案件的深刻影響。在我的建議下，吳先生把他所辦的部分影響甚大的案件寫出來並出版。可惜該書出版後不久，先生即溘然長逝，其更多的辦案經歷和經驗無以再現！吳效先：《平冤十記——一位老法官的辦案回憶》，中央文獻出版社2007年版。

理论很难解释的^①。这对于生于斯、长于斯的甘肃法学家和律师而言，既能近水楼台地享受这份思想和司法实验，也能够在此基础上进一步深化其思想和司法实验。

中华人民共和国成立伊始，在打碎旧的国家机器基础上，建立了新的国家政权和法律体制，但习惯了暴力革命观的人们，对于通过法律的和平理性、甚至有些温情脉脉的方式来解决问题的方式反倒不太适应。因此，在此后将近三十年的时间，几乎是法学、法学家和法学教育的赋闲时代。一大批法学家要么改行，要么被打倒。而整个国家法学家之命运多舛，众人皆知。反倒是此前法学家十分稀缺的西部地区或因为国家建设之需，或因为改造“右派”之需，一些法学家被发派到这里。如在宁夏，著名法学家韩幽桐就在1958~1963年间担任宁夏回族自治区高级人民法院院长，著名法学家、我国当代宪法学和法律逻辑学的奠基人吴家麟先生因为右派身份被发派到宁夏^②，却在那里获得了学术上的大成功、大声誉。在甘肃，也有萨师炯、梁选青、以及民国末年已经在兰州工作的吴文瀚等法学家把其一生奉献于此。但不无遗憾的是：除吴先生之外，其他学者的学术水平基本保持在民国的水平上^③。即使吴先生，所发论著也往往困于时代，言不由衷^④。是的，在一个把法律视为“用绳绳绑人的”^⑤时代里，期待法学和法学家有大作为，这怎么能切合实际呢？^⑥

甘肃法学的真正发展，与全国一样，是伴生于改革开放以来国家法制建

① 相关的分析，喻中：“吴经熊与马锡五：现代中国两种法律传统的象征”，载《法商研究》2007年第1期。

② 汤翠芳：《执子之手》，宁夏人民出版社2009年版。

③ 其中萨师炯先生在民国时期独著有《共产主义与法西斯主义》（1939年出版）一书，与钱端升等先生合著有《民国政制史》一书；与萨孟武合著有《宪政的原理及其应用》。此外，他还编有《地方自治法规》一书（王勇：“仰之弥高、风范永存：纪念萨师炯先生”，载 http://www.weixinnu.com/tag_article/1988764215，2016年10月4日访问）。

④ 范鹏主编：《陇上学人文存·吴文瀚卷》，甘肃人民出版社2010年版。

⑤ 谢晖：“从‘绳绳绑人’到‘治国之才’”，见谢晖：《象牙塔上放哨》，法律出版社2003年版，第24~27页。

⑥ 值得一提的是金少英（1899~1979，曾任西北师范大学历史系主任）所撰著的“秦官考——‘秦会要订补职官篇’补正”（载《西北师范大学学报》1958年第1期）一文，不但引致文献学界的轰动，而且对法学研究来说，也是十分有益价值和参考作用的论文，甚至它就是一篇法律史学的杰出论文。

设的脉动而来的。只是相比较而言，在不久前法学尚默默无闻，至今文教仍严重落后、经济也极欠发达的甘肃，突然崛起了一批令国内同道刮目相看的法学家，还是不能不令人既为之欣喜、又为之思索的。据有些“好事者”统计，甘肃以20位的“上榜”人数，位列全国各省法学家排名之第9位（第1位是湖南省，“上榜”60人；第2位是河南省，“上榜”57人；并列第3位的是江苏省和浙江省，各“上榜”55位……）。其中甘肃省“上榜”的20人是：“法理学：刘翰、冯玉军、任强、刘作翔、谢晖、於兴中、陈夏红；法史学：胡留元、冯卓慧、王健、汪世荣；民商法学：李明德；刑法学：吴宗宪；诉讼法学：柴发邦；经济法学：王鼎勋、徐德敏、甘培忠、靳文辉；国际法学：徐泉、王瀚。”^①在这份名单中，有个别是不准确的，如徐德敏先生，就并非甘肃人，也没有在甘肃工作过。但同时至少漏掉了如下二十余位值得特别一书的学者：任先行（退休前一直工作于甘肃——当然，这一标准可以存疑）、李功国（退休前一直工作于甘肃）、满达人（退休前一直工作于甘肃）、陈志刚、马玉祥、米健、张世明（出生并成长在张掖）、顾永忠（出生并成长在白银）、周林彬（出生并成长在兰州）、张翔、马光远、金俊银、李玉璧、韩君玲、王志华、王勇、王斐弘、李占荣、任尔昕、史玉成、牛绿花、刘光华、吴双全、贺海仁等在法学界已有突出贡献的学者。这样一个特色鲜明、实力强大的法学学术群体，在土地如此贫瘠、经济如此落后、教育资源如此不足的甘肃产生，无论如何，是值得称颂和关注的一件事！在如上统计基础上，如果按照人口比例来重新排列，甘肃法学家在“榜单”上排列第一、二位，应当不是什么问题。特别值得嘉许的是，在当今中国法学界，活跃着一批更为年轻、厚积薄发的陇籍法学家，如王存河、卢建军、王立志、吴国喆、杨强、曹明、魏小强、杜强强、汪公文、王宏英、郭武、迟颖、王慧、李玉虎、张建军、马海峰等。相信陇籍法学家这种生生不息、薪火相传的情形，一定能够在未来时日里，使陇籍法学家和陇原法学更加熠熠生辉，争奇斗艳在我国法学的百花园中。

^① “中国大陆各省法学家排行榜出炉”，载 http://www.360doc.com/content/16/0306/22/7393317_540065120.shtml，2016年10月4日访问。