

周聪 李莹 蒲杰 陈长宁 著

YU



PINGSHU

FANSI

反思与评述：

法律文化研究的多重建构

FANSI YU PINGSHU
FALU WENHUA YANJIU DE DUOCHONG JIANGOU



电子科技大学出版社

周聪 李莹 蒲杰 陈长宁 著

反思与评述：

法律文化研究的多重建构

FANSI YU PINGSHU
FALU WENHUA YANJIU DE DUOCHONG JIANGOU



电子科技
清华大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

反思与评述：法律文化研究的多重建构 / 周聪等著. -- 成都：电子科技大学出版社，2017.4
ISBN 978-7-5647-4286-7

I. ①反… II. ①周… III. ①法律—文化研究—中国
IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第068018号

反思与评述

——法律文化研究的多重建构

周聪 李莹 蒲杰 陈长宁 著

出 版：电子科技大学出版社（成都市一环路东一段159号电子信息
产业大厦邮编：610051）

策划编辑：李波翔

责任编辑：徐 波

主 页：www.uestcp.com.cn

电子邮箱：uestcp@uestcp.com.cn

发 行：新华书店经销

印 刷：四川永先数码印刷有限公司

成品尺寸：148mm×210mm 印张：8.75 字数：218千字

版 次：2017年4月第一版

印 次：2017年4月第一次印刷

书 号：ISBN 978-7-5647-4286-7

定 价：36.00元

■ 版权所有 侵权必究 ■

- ◆ 本社发行部电话：028-83202463；本社邮购电话：028-83201495。
- ◆ 本书如有缺页、破损、装订错误，请寄回印刷厂调换。

序 言

昔日梁任公先生曾说，史学进步的特征一为客观资料之整理，二为主观的观念之革新。这一道理知易行难，非有“上穷碧落下黄泉”的苦功与“不畏浮云遮望眼”的胆识不可。

四位作者虽有不同的学术兴趣，但均认同上述学术创新的方法。本书的章节编排也正是基于这一认识。上编“传统法律文化的源流”着重展现中华法系在历史上所形成的重要法律思想结晶。唯有先对本国历史怀有温情与敬意，才能在全球化时代中寻得一处安身立命之地，而不至于陷入“抛却自家无尽藏，沿街托钵效贫儿”的尴尬。正所谓“知常以观变”，中编“近代法制与法文化变革”主要关注于传统法制与法律文化在“三千年来之大变局”中的断裂与传承。下编“近代法史研究的新视野”将展现多层次的研究新趋势。我们反对将目光局限于传统观念上属于法制的部分，而是尽可能将一切“生产”正义的载体纳入多元化的规范体系之内。此外，该编还可展现几位作者身体力行地对新史料的爬梳及其初步成果。

目 录

上 编：传统法律文化的源流

第一章 安人宁国，善始慎终：魏徵法思想探析	2
一、魏徵以人为本的法思想之思想根源与现实基础	4
（一）以先秦儒学思想为主的思想根源	5
（二）隋唐之际社会动荡造就的现实基础	12
二、魏徵以人为本的法思想之内涵	16
（一）“为理之有刑罚，执御之有鞭策”的法律本体论	16
（二）“法有定科，人无执论”的法律价值论	20
（三）“设法与天下共之”，以诚信为本的法律运行论	24
三、魏徵以人为本的法思想之特征与影响	39
（一）主要特征	39
（二）历史影响	42
四、小结	46
第二章 历代刑法志中的儒家司法观念	49
一、以复仇案件为切入	49
二、历代刑法志关于复仇的记载	51
（一）前儒家化时期的记载	51
（二）儒家化时期的记载	53
（三）去儒家化时期的记载	58
三、历代刑法志关于复仇记载的整体分析	59

(一) 记叙模式的变化	59
(二) 复仇案件的共同特征	60
四、儒家司法观念的发展、实现方式与精髓	62
(一) 儒家司法观念的发展	62
(二) 儒家司法观念的实现方式：得君行道	63
(三) 儒家司法观念的精髓：惟齐非齐	64

中编：近代法制变革

第三章 清末近代司法机构构建探究	68
一、传统司法机构和清末官制改革	68
(一) 传统司法机构的设立概况	68
(二) 清末官制改革的实施	70
二、司法独立的争取及法律的制定施行	72
(一) 司法权与行政权及司法行政与审判的分离	72
(二) 法律的颁行进一步推进司法的独立	76
三、大理院及各级审判厅的构建	81
(一) 大理院的构建	81
(二) 高等审判厅的构建	84
(三) 地方审判厅的构建	85
(四) 初级审判厅的构建	86
四、检察厅的构建及司法机构人员的选任	87
(一) 检察厅的构建	87
(二) 近代司法机构主要人员的选任	90
第四章 晚清各级审判厅的裂变与承继	92
一、晚清各级审判厅的设立及研究	92
(一) 晚清各级审判厅的设立	92

(二) 晚清各级审判厅的研究	94
二、从试点到推广：晚清各级审判厅的构建	96
(一) 各级审判厅建立的背景及基础	96
(二) 从天津试办到全国推广	98
三、晚清各级审判厅的法官及其审判	100
(一) 法官考试：晚清各级审判厅专职法官的产生方式	100
(二) 从判牍出发：晚清法官的审判	103
四、设立晚清各级审判厅的功与惑	107
(一) 晚清各级审判厅设立之功	107
(二) 晚清各级审判厅设立之惑	109
第五章 法社会学视野下的法律知识传播	113
一、法律文化研究与法律知识传播	113
二、社会变迁与法律知识传播	114
三、法律知识传播的载体与内容	117
四、文字空间与社会空间的勾连	122
五、小结	125
第六章 中国民事法律实践的过去与现在	130
一、社区调解	131
二、集权的简约治理	133
三、离婚法的实践	134
四、民事判决与调解	135

下编：近代法史研究的新视野

第七章 “据调查之同情”：民国时期的民族习惯法研究	140
一、五族共和与民族习惯法研究	140
二、东北区域的民族习惯法	142

(一) 满族	143
(二) 蒙古族	143
三、西北区域的民族习惯法	145
(一) 维吾尔族	146
(二) 回族	148
四、西南区域的民族习惯法	150
(一) 藏族	150
(二) 彝族	153
(三) 苗族	160
(四) 瑶族	162
(五) 傣族	165
五、东南区域的民族习惯法	166
(一) 黎族	167
(二) 畲族	169
(三) 高山族	171
六、小结	172
第八章 比较法视野下的商会制度	175
一、西方商会制度的源流与演进	175
(一) 早期西方商人、商事法律及商人团体	175
(二) 中世纪西方的行会制度	177
(三) 西方商会制度的产生	179
二、中国商会制度的源流与演进	181
(一) “工商食官”制度及传统工商业概况	181
(二) 中国传统商人组织	185
(三) 商帮、会馆及公所	188

第九章 民国法史研究的新视野：荣县档案述略	193
一、民国档案与民国史研究简述	193
二、荣县概况	195
三、荣县档案的发现和整理	197
(一) 民国荣县档案的发现	197
(二) 民国荣县档案的保存现状	198
(三) 整理进展	200
四、荣县档案的全宗体系	201
五、荣县档案的特点和价值	204
(一) 数量巨大	204
(二) 相对完整	205
(三) 种类丰富	205
(四) 系列史料	205
第十章 近代司法档案与法史研究概述	211
一、西部地区	212
(一) 巴县档案	212
(二) 南部县档案	222
(三) 冕宁档案	228
(四) 自贡档案	231
(五) 新繁档案	234
(六) 陕甘宁档案	238
二、中部及东部地区	240
(一) 河北高等法院档案	240
(二) 获鹿档案	242
(三) 宝坻档案	246
(四) 黄岩档案	249

(五) 龙泉档案	252
(六) 上海会审公廨档案	256
三、我国台湾地区及其他研究	258
(一) 我国台湾淡新档案	258
(二) 利用多个档案进行的研究	261
(三) 利用其他档案进行的研究	265
(四) 相关著作略述	266

FANSI YU PINGSHU
FALUWENHUA YANJIU DE DUOCHONGJIANGOU

上 编

传统法律文化的源流



第一章

安人宁国,善始慎终:魏徵法思想探析

唐初“三省制度下的集体相权”^①在制度结构上具有相当程度的合理性,落实这种合理性所产生的直接的正面效果就是贞观之治。魏徵是初唐名相^②,其同侪包括位列凌烟阁的长孙无忌、萧瑀、房乔(玄龄)、杜如晦、李靖等人,他们与唐太宗一同造就治世,魏徵于众相之中又以善谏之名而显。所谓“谏”者,指对皇帝言行的过误加以指陈匡正,谏言的内容反应陈谏之人的思想。研读魏徵谏言中蕴含的思想,有助于厘清其对于贞观治世形成所起到的特出作用。

对魏徵思想的研讨,始自其所立身的有唐一代。根据传世文献中的记载,与魏徵同朝为官的宰相王珪称其“耻君不及尧、舜,以谏诤为己任”;稍晚编撰《旧唐书》的后晋史官亦赞其“根为道义,发为律度”;明末清初思想家王夫之,在《读通鉴论》中专门分析了魏徵对宰相封德彝轻民言论的驳斥之语,并大有褒誉。

近代以来的唐史研究多以政治制度为主线展开宏观及中观历史研

① 这是余英时先生在其《“君尊臣卑”下的君权与相权——〈反智论与中国政治传统〉》一文中的表述。详余英时:《中国思想传统及其现代变迁》,桂林:广西师范大学出版社,2004年版,第314-336页。

② 实际上唐朝并无名为“宰相”的官职,“宰相”实为一集合名词,皇帝在大臣本职之外授予其“参预政事”“参知政事”等名号,实际上就是赋予该官员相权。如魏徵本人就在贞观三年以秘书监之职参预朝政,跻身“宰相”之列。

究，尤其是论及初唐政治时，每有“李世民集团”“唐初统治集团”等语现诸字里行间，注重群体特征的呈现而缺乏对初唐时期政治家及其思想的单独辨析和细化探究。法律史领域，在俞荣根教授主编的《中国法律思想史》，马小红教授所著的《中国古代法律思想史》，以及已故的曾宪义教授主编的《中国法制史》等教材中，均用“李世民及其集团”“唐初统治集团”等提法指向唐太宗君臣，以《唐律疏议》为依托，从法典的角度挖掘初唐法律思想，由此取得了十分重要的研究成果。将唐太宗君臣的法律思想进行群体性的研究，当然是必要的，而且是重要的，因为初唐的治世并非一人之力一日之功可达，以贞观律为例，就是集合了贞观一朝君臣的集体智慧所得的成果。但是仅有宏观研究似失之片面，应对个体分析加以完善。就目前法史学界的个体研究而言，尚未有专著或学术文章专论魏徵的法律思想，尽管魏徵通常被视为政治人物，但其思想中具有法律意味之处亦大有可观。

就传世文献的记载而观，魏徵的法律思想所涉及的内容，大部分属于法律哲学范畴。有鉴于此，作者在广泛吸取前人研究成果的基础上，试图通过对传世文献的研读，考察魏徵的法思想：从其产生、发展和完善的思想根源和现实基础切入，以见诸史籍的案例和魏徵的言论为基本材料，以法的视角从法律本体论、价值论和运行观三个角度爬梳魏徵的法律思想，并分析其法思想的特征、影响及意义。

本章研究使用的主要材料是唐武则天时期宰相王綝（字方庆，以字显）所撰之《魏郑公谏录》，该书共计五卷，编录魏徵事迹一百三十一条，主要内容为魏徵与唐太宗之间的君臣问对。王方庆在序言中说明了其编撰目的：唐太宗皇帝“虚襟以待谏”，魏徵“事有必犯，知无不为”，君臣之道“成百代之楷模，固一时之准第”，于是他“采听人谣，参详国典，撰成谏录，凡为五卷”，旨在“平仲春秋，不遗

其实录；宣尼家语，兼叙其对问”。该书的版本有二，一是清代学者王灏辑录的《畿辅丛书》^①之一种；二是中华书局1985年据《畿辅丛书》本排印的新本，我们使用的即为后一版本。另外，新旧两唐书，北宋司马光所撰《资治通鉴》，唐吴兢所撰《贞观政要》等传世文献亦为本章撰写所参考的重要资料。

一、魏徵以人为本的法思想之思想根源与现实基础

“从中国古代到近现代，不仅存在法思想传统，而且其资源十分丰厚。”^②三代以降人渐开化，仓廩实而知礼节，中国传统的法思想自产生至丰备经历了漫长的历史演变。春秋战国百家争鸣，三教九流不一而足，各种学派的学说中或多或少包含了法思想。先秦思想家已经开始对“法”及其相关范畴进行探问切磋，其中很多看似宏大粗疏的论说，饱含对法的一般原则的抽象。这些思想精华为后世法思想的发展铺埋了丰厚的底蕴，当中尤以儒家法思想对其后的中国社会影响最为深刻。经过以法为教的秦代和崇尚黄老的汉初之后，儒家思想占领了意识形态领域的制高点。始于西汉的法律儒家化、儒家法律化历程漫长而坚韧。观诸自汉迄清的历史，各个朝代的政治家、思想家，都以他们的智慧不断丰富着传统的儒家法思想的内涵，或立言，或践行，或二者兼具，在中国法律思想史的天空洒满熠熠星辉。本章涉及的主要人物，初唐政治家、贞观之治的主要缔造者之一——魏徵，就是这样一位居安思危，以匡正皇帝为己任，追求百姓安宁、社会和谐，主张安人宁国的儒家法律思想的代表人物。

^① 《畿辅丛书》所刊均为校雠较精而流传较少的版本。

^② 付子堂：《法理学高阶》北京：高等教育出版社2008年版，第24页。

（一）以先秦儒学思想为主的思想根源

根据俞荣根教授的观点，自汉至唐，是儒家伦理法学说的整合时期。在这段时期内，儒家法律思想以先秦儒学为主体，吸收、融合和综合百家之术，最终被确立为主流法律思想。这种整合完成于隋唐之际^①（其标志就是唐律的制定和施行），正是魏徵活跃于历史舞台的时代。作为儒臣的魏徵，其法思想表现出十分浓厚的儒家法思想特征，和所有儒家法思想代表人物一样，魏徵坚持将“三纲五常”视为理国为政的基本原则。在魏徵给皇帝的上书中论述该问题的篇章颇多，如：“国之大纲，在于父子君臣，不可斯须而废也。”^②又如：“帝王所重，在乎定君臣、明父子、正夫妇，三者不乱，然后内外教化。”^③此外对其法思想影响最大的，当为孟子和荀子的学说。

1. 孟子的“仁政”学说

儒家亚圣孟子对孔子学说发展的主要成果在于以孔子“仁学”为基础创立了“仁政”学说。这一学说是一个相对完整的政治法律思想体系，它建立在孔子仁学的框架下，继续孔子的仁学法思想，强调国家统一的重要性，发展了民本主义思想；以“民贵君轻”为其理论基础，又批判性地提出“辅贤伐暴”这一在当时的历史条件下十分具有进步意义的口号。魏徵受孟子仁政学说的影响主要体现在两个方面。

第一是孟子所提倡“遵先王之法”^④的仁政之法。魏徵肯定皇帝是国家的最高法源，皇帝应当使自己的行为符合所谓“圣人”的标准，皇帝既“大如天地”^⑤，理应“信如四时”^⑥，“居人上者，其身

① 俞荣根：《中国法律思想史》，北京：法律出版社2000年版，第127页、第133页。

② [后晋]刘昫等：《旧唐书·魏徵传》，北京：中华书局1975年版，第2555页。

③ [唐]王緝：《魏郑公谏录》卷五，北京：中华书局1985年版，第59页。

④ 《孟子·离娄上》。

⑤ [唐]王緝：《魏郑公谏录》卷五，北京：中华书局1985年版，第59页。

⑥ [唐]王緝：《魏郑公谏录》卷五，北京：中华书局1985年版，第59页。

正，不令而行；其身不正，虽令不行”。^①贞观十六年（公元642年^②）是魏徵去世的前一年，年逾花甲且卧病不起的魏徵已经无法上朝，皇帝在给他的诏书中写道：“不见数日，忧愤甚深，自顾过已多矣、言已失矣、行已亏矣”^③，因嘱魏徵在家养病期间一旦听闻朝政有失，如有劝谏则“可以信来具报”。于是病榻上的魏徵向皇帝上书，他一再强调：“尧、舜率天下以仁，而人从之；桀、纣率天下以暴，而人从之”^④，“下之所行，皆从上之所好”^⑤，皇帝若欲使国家人民长治久安，则须效法古圣，施行仁政。

第二是孟子由“民贵君轻”的民本主义思想而生发出的经济法律主张。魏徵主张轻徭薄赋，认为“竭泽而渔非不得鱼，明年无鱼；焚林而牧，非不获兽，明年无兽。”^⑥据此向皇帝提倡“薄税敛”“取于民有制”，这与孟子所谓“数罟不入洿池”“斧斤以时入山林”^⑦等可持续发展的经济法律思想如出一辙。

2. 荀子“以礼乐节之”的礼法一体论

先秦儒学的最后一位代表人物是荀子，他在《性恶》篇中一反儒家传统提出“人之性恶；其善者伪也。”^⑧而后又加以阐释，认为“今人之性，生而有好利焉，顺是，故争生而辞让亡焉。生而有疾恶焉，顺是，故残贼生而忠信亡焉。生而有耳目之欲，有好声色焉，顺是，故淫乱生而礼义文理亡焉。然则从人之性，顺人之情，必出乎争夺，合于犯分乱理而归于暴。”荀子思想的理论基点就是“人之性恶”，

① [唐]王琳：《魏郑公谏录》卷五，北京：中华书局1985年版，第59页。

② 为行文之便，以下逢以皇帝年号纪年，只在其后以阿拉伯数字标注公元纪年，而省略“公元”“年”三字。例如，贞观元年（627）。

③ [宋]司马光：《资治通鉴》卷一百九十六，北京：中华书局1956年版，第6176页。

④ 同③。

⑤ [唐]王琳：《魏郑公谏录》卷五，北京：中华书局1985年版，第59页。

⑥ [唐]王琳：《魏郑公谏录》卷一，北京：中华书局1985年版，第1页。

⑦ 《孟子·梁惠王上》。

⑧ 《荀子·性恶》。

他从人性的角度指出犯罪的根源为“恶”这一人的本性，只能“师法之化，礼义之道”，“而归于治”。^①荀子在《性恶》篇中将“礼义”与“法度”并称，将“法”的观念引入“礼”，对孔子的以仁释礼有所发展，并且以此为基础，形成了完整的礼法思想，影响深远。魏徵的法思想，受荀子礼法思想的影响颇深，具体而言，主要是以下三个方面的影响。

首先，是荀子提倡的以礼法治国的理念。《荀子·法行》篇中有“礼者，众人法而不知，圣人法而知之”之论，指出统治者应当明确地以礼法作为治国原则。魏徵始终坚持皇帝当以礼法治国的观点。贞观元年（627）皇帝就应当定立何种治国原则向群臣征询建议，根据两唐书等史料记载，众臣几乎一边倒地认为皇帝应当行霸道，而魏徵却坚持反对，指出要效法古圣行“帝王之道”，以礼法治国。

第二，在德刑关系方面，荀子将西周“明德慎罚”的观念进一步发扬为“先德后刑”“德主刑辅”的模式，又在此基础上明确提出“刑当罪”“法胜私”的刑事司法原则。魏徵上《谏太宗十思疏》讨论了德刑关系，并论证了赏罚分明的重要性。他在开篇写道：

臣闻求木之长者必固其根本；欲流之远者，必浚其泉源；思国之安者，必积其德义。源不深而望流之远，根不固而求木之长，德不厚而望国之治，虽在下愚，知其不可，而况于明哲乎？^②

他认为“德义”是治国的源流与根基，皇帝如果不能积德义，则虽“董之以言行，振之以威怒，终苟免而不怀仁，貌恭而不心服”，无望致治。况且皇帝“当神器之重，居域中之大”，身处法律效力的

^① 《荀子·性恶》。

^② [后晋]刘昫等：《旧唐书》卷七十一，北京：中华书局1975年版，第2551页。本段引文皆出于此处。