

南京大学亚太法研究所丛书

中国法律形象的一面

外国人眼中的中国法

张中秋 编

ONE ASPECT OF THE CHINESE LEGAL IMAGES

THE CHINESE LAW THROUGH A FOREIGNER'S EYES

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国法律形象的一面:外国人眼中的中国法/张中秋
编. —北京:法律出版社,2002.3
(南京大学亚太法研究所丛书)
ISBN 7-5036-3691-2

I. 中... II. 张... III. 法律—研究—中国—文集
IV. D929.4-53

中国版本图书馆(CIP)数据核字(2002)第009840号

出版/法律出版社
印刷/中国科学院印刷厂
责任印制/陶松

总发行/中国法律图书公司
经销/新华书店
责任校对/何萍

开本/A5
版本/2002年5月第1版

印张/11 字数/277千
2002年5月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
传真/(010)88414115
电话/(010)88414121(总编室) (010)88414137(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)
传真/(010)88414897
电话/(010)88414899 88414900
(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)
(010)88414934(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)
(021)62071679(上海公司)

商务网址/www.chinalaw-book.com

出版声明/版权所有,侵权必究。
书号:ISBN 7-5036-3691-2/D·3326
定价:21.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

南京大学亚太法研究所 丛书出版说明

学术的进步使我们无法停止下来,除非你放弃思考。现代社会的发展还使学术成为一项集体的事业。虽然有不少人包括我自己内心向往古典文明的创造方式,但我们又如何能不面对现实?人的一生总是想做的事很多,能做的很少,做成的更少。然而,如果我们连做事的愿望都没有,我们又能要求什么?有一个学术空间,从容开展一些学术活动,这是我们多年来的愿望。南京大学和法学院给我们以理解和鼓励,支持我们在新旧际会的二〇〇〇年建成这样一个机构,使我们的事业有了起步。

成立南京大学亚太法研究所,首先有利于我们的学科建设。同时还考虑到,中国是亚太地区的大国,不仅与亚太诸国有着重要的经贸、外交关系,还有着密切复杂的法律和文化关系。因此,尽管没有实体性的亚太法,但开展亚太地区国家法律的研究,显然是可行复有可为的。我们的亚太法研究设想从传统、理论和比较三个层面展开,具体有三个方向:一是亚太法律传统研究,主要研究以中国为中心的“中华法系与东亚法律传统”和以美国为中心的“美国法与西方法律传统”;二是亚太法律理论研究,着重从理论角度探讨亚太国家的法治与法律现代化问题;三是亚太法律比较研究,着眼于当代亚太国家的法律制度比较。为逐步实现这一设想,我们申请获准“南京大学 985 工程·亚太法研究项目”立项,组成学术委员会,筹划出版“南京大学亚太法研究所丛书”。“丛书”由三部分组成,一是相关文献资料的整理;二是专题著作的编撰;三是

域外相关研究成果的编译。“丛书”体裁不限,数量不定,愿在经年累月中慢慢展开,最终能汇入法学的汪洋大海。我们知道,这必定不易,但终不放弃。

我们真诚地感谢南京大学及其法学院和法律出版社的大力支持。同时,我们还要向那些为这套“丛书”提供思想和技术帮助的作者、译者、编者、读者和学界同仁致以诚挚的谢意。还有,大学为我们提供了适宜的生活方式,这项事业赋予它新的意义,我们愿为之努力。

南京大学亚太法研究所所长 张中秋 教授

编者的话：说明与致谢

编一本《外国人眼中的中国法》是我多年的心愿。但真正去做的时候，发现并不容易。首先要全面了解域外有关中国法的认识，对任何人都殊属不易，何况乎我！在这项工作的进行中，我还发现，外国人眼中的中国法就像中国人眼中的外国法一样，确是仁者见仁、智者见智，没有一幅完整的画像，有的是不甚相同以至多有冲突的侧面，感觉上有些破碎。也许这就是所谓真实的组合，至少为我们的认识提供了有益的视角。基于这些考虑，我为本书加了《中国法律形象的一面》这样一个正题以作某种限制。原计划也曾想为本书写一篇序文，谈谈我眼中的这本《外国人眼中的中国法》，材料和提纲都已就绪，但一想到每人都有自己的眼光，终于放弃。

编成这样一部集子，不是甚至完全不是编者能克尽其功的，关键是作者、译者和出版者的支持。没有这种支持，愿望不能成为现实。因此，我要特别感谢前辈学者陈鹏生教授、蓝海昌教授、李贵连教授、包恒先生和学界同道高鸿钧教授、贺卫方教授、何勤华教授、詹学农学友，他们真诚热情地允许我选用他们自己翻译或主编的杂志和书籍中的译文；同样，我还要向青海人民出版社、香港《二十一世纪》、《中外法学》、《法学译丛》、《比较法研究》、《中国史研究》、《社会主义研究》、《南京大学法律评论》诸杂志社和编辑部致以诚挚的谢意。古人云：学术乃天下之公器，但今天公器的利用应不悖于现代的知识产权。我为能得到这么多的支持而编成此书感到由衷的高兴。谢谢大家。

南京大学亚太法研究所所长 张中秋 教授

目 录

编者的话:说明与致谢 张中秋(1)

第一部分 关于法的观念

论中国的法律观

..... [美] 本杰明·史华兹(高鸿钧译)(3)

传统中国法律的基本观念

..... [美] 德克·博德(柯一健译)(8)

道·理与法——黄老之学中的三个关键性概念

..... [美] 冉云华·周一宁译(金起元校)(16)

中国法思想的基础

..... [日] 泽川英昭(张中秋等译)(30)

中国法律现象中的儒家思想因素及其他因素

..... [日] 高见泽磨(42)

第二部分 关于法的传统

中国早期法治传统比较观

..... [美] 高道蕴(高鸿钧译)(51)

中国传统法思想与现代法治主义的法哲学根基

..... [韩] 李在龙(58)

中国的传统法思想和现代的法发展

..... [日] 刘得宽(李贵连译)(74)

第三部分 关于法的制度

中国法的渊源

- [英]帕瑞·凯勒(桂万先译)(97)
- 论中国古代法制的发展——中国古代的法和国家
- [日]池田雄一(147)
- 法家以前——春秋时期的刑与秩序
- [日]蛸山明(安莉译译 孔智华 高伟民校)(153)
- 初唐法律论
- [英]崔瑞德(张中秋译)(188)
- 唐户婚律立嫡违法条论考
- [日]冈野诚(姚荣涛译)(209)
- 清律中的枷刑制度
- [美]德瓦·博德(詹学农译 李 铁校)(228)
- 清代民事审判与西欧近代型的法秩序
- [日]寺田浩明(潘 健译 王亚新校)(244)
- 中国法律纠纷的解决
- [美]罗伯特·F·尤特(周 红译)(256)
- 中国村民委员会组织法的贯彻执行情况探讨
- [美]欧博文(266)
- 美国、英国和中国的法律教育制度比较
- 蓝海昌 邓建煦 [美]费能文 [英]白立朴(283)

附录部分 其 他

- 关于远东法观念的误解
- [日]大木雅夫(何勤华译)(295)
- 中国与日本“公私”观念之比较
- [日]沟口雄三(贺跃夫译)(309)
- 法治与德治——立宪主义的基础
- [日]大木雅夫(丁南乾译)(327)

第一部分 关于法的观念

论中国的法律观

[美] 本杰明·史华兹* (高鸿钧译)

本文不想论及中国数千年所具有的全部法律观念,而只想谈谈儒家的法律观念。

所谓典型的儒家观念,它围绕着一种基本的二分法,即礼与法概念的区分。该种划分不仅具有特殊的古代根源,而且它与中国历史上的某些重要事件相关联。

礼是与孔子的伟大形象相联系的,而法则与专横暴虐的秦王朝相关联。现在,我们可于惯用的英文中找到礼、法这两个词的对应词。礼被译作“Propriety”,而法则被译作“Law”。基于这种翻译,人们可能认为,在中国对于“Law”的任何讨论,都将围绕中文“法”这一概念。不幸的是,实际情况颇为复杂。与“Propriety”这个在含义上苍白无力的词相比,礼的意蕴显得更为广泛丰富。另一方面,西方的“Law”、“Droit”、“Recht”等词,其含义较为宽广,而中国“法”一词的含义则可能显得狭窄。

在礼的概念背后,隐含着某些假定,它们类似于西方“自然法”概念中的某些假定。其中假定之一,便是认为人类世界和非人类世界存在一种永久性的“自然”秩序(道)。就人类社会而言,这种道是一种规范性的东西——它告诉我们人类社会应当是什么样子。

* 史华兹(B. I. Schwartz),美国哈佛大学教授,西方著名的中国问题专家,曾撰有《中国共产主义和毛的兴起》、《对财富和权力的探索:严复与西方》等著述。《中国的法律观》(1947)曾载于由密尔顿·柯兹编辑的《法律下的政府与个人》一书中,后又被收录在《根本不同文化中的法律》(1983)中,此文在西方被认为是一篇论述中国古代法律观的代表性文章。此据《根本不同文化中的法律》所录部分译出。

或在柏拉图的意义“真正”是什么样子。西方的自然法概念所注重的是如何使现实与所谓自然秩序相符合的问题。而在儒家那里,这种秩序首先表现为,儒家所维护的现实社会结构。这种社会结构基本是一张人际关系之网。人们处于不同的等次中。社会不仅将个人置于一定的位置,而且还为每个人应如何作为提供规范性的规定。“父”这一概念不仅关系到社会地位,而且还规定了某种被认为正确的行为方式。这些人际关系,含有非个人的味道,注重人们之间的社会关系。儒家将这些关系归纳为“五种关系”,即父子、夫妇、长幼、臣民和朋友(最末这种关系才是最富“个人化的”)关系。儒家认为这些范畴囊括了全部社会关系。

在这种结构中,礼是有关这些关系的行为规范。它根据个人在社会中的角色,确定人与人之间的行为标准。因此,礼具有广泛的含义。礼一词取自古代一种祭鼎之名,礼的许多规范涉及祭祀祖先和神灵的仪式,本属宗教仪式的范畴。但是,礼包含着支配人(以相应的社会角色)与神、后人与祖先和人与人之间关系的众多行为规范。其中,规定着人与人之间行为规范的礼,构成了孔子观念中“道”秩序的核心,尽管宗教仪式仍继续构成整个“道”秩序的一个组成部分。

礼的另一面则是强调它与道德力量而非外部强制力的联系。重视道德力量或精神力量,把所有与外部强制力相关联的东西都视为恶,是儒家的特色。在这一点上走得较远的格兰奈特(Granet)认为,中国人把道德力量奉为魔力。在儒家看来,道德完善的人会自然地实践社会角色对他的要求,将毫不犹豫地服从于礼。君子在言行中所显示的道德犹如一道强光,可以把别人照亮。故他们特别强调样板和适当教育的作用,强调个人的道德修养与完善。关于个人道德完善与礼的关系,儒教内部观点不一。一些人主张礼仅仅是个人道德完善的体现。另一些人认为,通过教育,使人实现道德改善恰是礼本身。还有一些人坚持,只有古时圣贤才天生地具备完善的道德,而整个人类必须在礼的陶冶下才能获得

这种道德。不过,他们皆认为,道德和礼是密不可分的。

在“理想”的儒家秩序中,政府机构的作为是极为有限的。一方面,善治者和管理者应依礼为民众提供一种好的行为典范(应注意的是,许多礼的义务被加之于统治阶级);另一方面,则应以礼教化民众。在这种理想的制度中,国家的统治完全依靠道德力量,而不是外部强制力。

当考察礼名义下的具体规定时,我们发现,礼涉及许多可归之于西方的民法或私法的内容,如结婚、离婚、赡养父母、送终责任、家庭内部的财产处置以及妾的地位等。但从整体上看,作为一种规范体系,礼并没有全部涉及西方法律范围内的广大区域。

礼不是一种旨在顾及各种情况的规范体系,而是一种教化工具,是滋育道德的手段。实际上,在一个盛行礼的社会中,膨胀的个人利益受到了有效的抑制。尽管人们可以主张个人利益,这些利益在规定范围内是合法的,但这些利益冲突却能根据礼的标准而被轻而易举地解决。双方随时准备和解、忍让,诉讼往往是不必要的东西。就此而论,任何较为明确的民法制度将会成为多余之物。

儒家礼的概念与我们对“个人权利”的态度截然不同。我们把维护个人利益奉为美德,为“权利”罩上一层神圣的光环。而他们轻视个人利益,解决权利纠纷的总倾向是让而不是争。这是礼的一些主要特征。根据西方的某些法的定义,礼的功用无疑属于法的范畴。但它只能在有限的范围内是法。大概绝大多数西方法的概念主要焦点集中在各种特定条件下人的行为。法律问题以在法律行为中涉及的问题为限。而礼的主要集中点是社会等次关系,这些行为规范所以重要,是因为它们与这些关系相关联。

孔子及其弟子们实际上极其清晰地意识到现实与理想的社会秩序相去甚远。在人类社会,有许多因素阻抑礼的倡行,可能整个时代礼都不能通行。甚至有一种观点认为,在经济上极度贫困时期,群众不可导之以礼。在所有礼不能通行的地方,必须用法

(通过刑罚的威慑)来维持秩序。因此,法与刑罚密切相联,“法”变为刑罚一词的同义语。在现实和字面的意思上,法代表制裁,其首要含义是指刑法。在礼不能有效地维护公共秩序的场合,必须诉诸于法。

在儒家看来,由于人类社会中总有些必须由法来控制的因素——人类现实几乎不可避免地具有这种令人感到缺憾的因素——因此,在一般事物的性质中法仍占据一种令人感到缺憾但却合理的地位。法是一种必要而又应加以贬抑的东西。

儒家的一位代表人物(指叔向一译者)曾针对当时一位公布刑法典(铸法于刑鼎之上)的执政者予以猛烈的攻击。认为其具有两种过错,即偏重于法和将法公诸于世。他认为该种法律会不可避免地导致民众的好讼精神。这样,民众就不会把尊上视为道德行为的楷模,而将“征于书,而徼幸以成之……弃礼而征于书”。这里,我们注意到,构成好讼精神的心理与构成礼的心理是大相径庭的。在同一段话中另一要点能表明全部儒家对待法的态度。他指出“先王…临事而议罪”(关于刑罚)。儒家认为,倘导之以礼,争端是易于解决的,这种观点使儒者产生一种偏激——既然事实上“没有两种相同的情况”,故对试图将所有可能的情形归纳于某种一般化的法律范畴之下这种做法持怀疑态度。其结果,我们可以设想由礼指导的法官,会(在一定限度内)将法典简单地视为规定某种指导的东西,而在他的判案中将主要依赖案情的特性。他甚至可以基于先前典籍描述过的情形作出判决,而将法典的规定置诸一旁。故一位中国学者指出:“实现公正的是判决,而非法律。”

依我之见,这些便是儒家法概念的某些主要特征,虽然随夫子之死在其后数世纪中曾有进一步发展,但是,在其死后的动乱年代儒家的福音并没有立即被接受。不过,儒家学说确立的许多基本对立论题(其无疑具有更古老的思想基础)为后世思想的运作提供了基准框架,注意这一点是十分有趣的。在公元前第四和第三世纪,一批被称为“法家”或在当代西方作品中称之为“法律学家”的

政治哲学家应运而生。他们在法的性质这一问题上所持的观点与孔子显然相似。法即指直接以制裁为基础的刑法。民众只能通过求诸趋乐避苦的原则加以引导。不过,法家不仅接受了这种定义,而且还坦率大胆地认为社会秩序只可靠法来维持。当时的时势使他们坚决排斥将礼和道德作为治理社会的原则。他们的思想不仅以重新估价法律为特色,而且具有浓重的中央集权主义倾向。他们主张:统治者用法在其治域内确立一种森严的秩序,一方面使人民变成其驯服工具;另一方面在经济、政治和军事上增强国力,从而在“战国”时期的各国间斗争中赢得最终胜利。公元前三世纪将中国统一于中央集权帝国之下的秦王朝,便是法家理论的产物。这个王朝绝对排斥礼的作用,崇尚严刑酷法,很快便被推翻了。其失败教训使后来的统治者走向了礼法合一的道路。

瞿同祖教授曾称之为“法律的儒家化”,即与礼联系密切的法律问题在法典中受到特殊的重视,破坏“五种关系”的严重犯罪被处以特别严厉的刑罚。在漫长的封建社会中,儒家的观念和学说被奉为正统的学说。它不仅决定了中国法律的基本特征,而且影响着人们对法律的认识和判断

(原载《中外法学》1991年第3期)

传统中国法律的基本观念

[美] 德克·博德* (刘 健译)

一、中国法的范围和意义

近代以前中国成文法的最大特点是对刑罚给予了压倒性的重视;在范围上,它们仅仅是长期统治着中国社会的道德规范的法典化;只有其他较轻的惩罚措施宣告无效时,人们才会用它们,因此,尽管中国传统社会有着一个引人注目的庞大的成文法体系,但它仍然不是一个法律本位的社会。

重视刑罚的法律意味着对于民事性质的事件要么完全置之不理(比如对于契约),要么只是在刑罚方面予以有限度的处理(比如对于财产权、继承和婚姻)。法律对保护个人和团体对于另一个个人和团体所拥有的权利(特别是经济权利)的兴趣是次要的,它也不根本保护个人或团体针对国家而拥有的权利。它真正关心的是那些道德和礼仪上的不得体行为,或者在中国人看来属于侵害、扰乱社会秩序的刑事犯罪。法律的存在似乎仅仅用来阻止这类行为的发生,而它们一旦发生时,为了恢复社会的和谐,就要求运用法律进行报复。在中国人的思维里,侵害社会秩序意味着侵害了整个的宇宙秩序。在他们的世界观中,人的领域和自然界的领域是一个不可分割的整体。

由于这些原因,官方的法律总是从国家自上而下垂直性地作

* 德克·博德(Derk Bodde),美国汉学研究的开创性学者,1960年代曾在宾夕法尼亚大学法学院与Clarence Morris和W. A. Rickett合作,首次讲授中国法课程。

用到个人,而不是直接在两个个人之间的水平方向上起作用。如果一项争议牵涉到甲和乙两个人,甲并不直接对乙提起诉讼,相反,他向当局投诉,然后由当局裁定是否对乙起诉。这里不存在帮助个人辩护的私人法律职业,甚至在官府里也是如此,因为法律仅仅是社会上数种补救性机构中的最后一种。专门从事法律工作的官员只在较高层次的行政机构中出现。在政府的法律最直接地作用于人民的最低层的县级机关,执法作为行政性功能的一种,由县令来行使。这就是说虽然县令缺乏任何正式的法律训练,他却被迫扮演由侦探、起诉人到法官和陪审员所有这些角色。

中华帝国的法律是儒家道德规范的体现。在中国,也许远胜于其他大多数文明,普通人对于这种道德规范意识和接受主要是习惯的强有力影响造成的,而远远不是依靠什么正式制定的法律制度。一个人出生对所属的家族,以及对于乡村群体具有非正式的影响力的老龄士绅集团常常起着对他们的成员灌输道德戒律、调解争端,或者如果需要的话加以纪律约束和惩罚的作用。

除开这种非官方机构的工作,政府方面有其他的补充性程序,后者脱离正式的法律体制而独立起着作用。在中国,每个人都通常向这种法律外机构和程序寻求指导和认可,而不是诉诸正式的司法制度。卷入后者通常被认为是一条走向灾难之路。

根据上述原因,人们可能断言,西方人忽略中国法律的真正确理由是这种法律本来就不值得重视。但是,这个结论在下述几点上是不恰当的。首先,法律是衡量文明的试金石,与西方文明相比,它在中国的不同作用显示出两种文明间值得仔细研究的基本社会差别。其次,虽然上述种种法律外机构具有显著的重要性,但由于它们工作方式的非正规性和历史记载的散见性,因此它们的所言所行已经很难取得了。相反,中国正式法律文献的数量巨大,并且较易取得,其涵盖的时间跨度也大。这些材料包括行政机构类书中有关法律的章节,史书中记载法律发展的《刑法志》部分,法律实案的汇览,以及与以上几种相比最为重要的各王朝法典。特别是

后者,具有连续性和权威性,是考察中国官方社会和政治价值观念方面无可匹敌的重要工具,而这种价值观在每一朝代都在发生着变化。

二、法律、宗教和经济

几个主要古代文明的成文法都具有一个引人注目的特征,这就是它们与宗教的密切联系。当然并非所有这些文明都创造出了成文法体系,但当它们创造出这样的体系时,其成就的标志往往是把它们所使用的法律归源于神意,至少在文明的初始阶段是这样。他们的基本信念是法律由上帝或诸神赐予,或者由上帝和诸神向人类揭示。

毋庸置疑,这种信念构成了犹太和伊斯兰法律的真正背景。在我们所知的世界最早的美索不达米亚成文法中,情况也是如此。比如,在刻有著名的汉谟拉比法典(公元前 1728~1686)的石柱上,浮雕显示汉谟拉比从正义之神萨马叙(Shamash)那里接受神的委托,制定法律。在汉谟拉比法典的序言中,汉谟拉比说:“天神(Anum)和风神(Enlil)赋予我汉谟拉比,虔诚敬神的天子,以保护人民福祉之权,使这片土地上正义战胜邪恶,弱者不受强者欺压。”

另一方面,在埃及,目前还没有发现成文法,这显然是因为作为地球上活着的神的法老除了把他自己的话当作法律之外并不需要其他的法律。在印度也是这样,其早期并不存在我们观念中所认为的法律。最与之相似的东西是 dharma,这个词可翻译为“法律”,但是更确切地说,它指的是“宗教律法”,因此常有神的涵义。直到公元前 323 年,才出现了纯粹的世俗法观念,但这一发展为时甚短,在阿索卡(Asoka)国王死后的政治大分裂中未能继续下去。

让我们把目光从亚洲移向欧洲。柏拉图在其著名的《法律篇》的开头,让他的主人公毫不犹豫地把法律的起源归于神。同样,在罗马,虽然法律早就世俗化了,但西塞罗仍然引用他同时代最睿智的人的话,得出结论说:“法律不是人类思想的产物,也不是人颁布