

从独角兽到『六法全书』
寻找法律的印迹
(2)

中国卷

(第二版)

余定宇 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中国卷

寻找法律的印迹

(2)

从独角兽到『六法全书』

(第二版)

余定宇 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

寻找法律的印迹. 2,从独角神兽到“六法全书”/余定宇著. —2版. —北京:
北京大学出版社, 2018.10

ISBN 978-7-301-29391-1

I. ①寻… II. ①余… III. ①法制史—研究—中国 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第035941号

书 名 寻找法律的印迹(2):从独角神兽到“六法全书”(第二版)
Xunzhao Falü de Yinji(2): Cong Dujiao Shenshou Dao “Liufaquanshu”
(Di-er Ban)

著作责任者 余定宇 著

责任编辑 杨玉洁

标准书号 ISBN 978-7-301-29391-1

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址 <http://www.pup.cn> <http://www.yandayuanzhao.com>

电子信箱 yandayuanzhao@163.com

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社燕大元照法律图书

电 话 邮购部010-62752015 发行部010-62750672 编辑部010-62117788

印 刷 者 北京中科印刷有限公司

经 销 者 新华书店

880毫米×1230毫米 14印张 459千字

2010年1月第1次印刷
2018年10月第2次印刷 第1次印刷

定 价 69.00元



未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

第二版序

本书第一版于2010年年初在北京大学出版社出版发行后,至今已经八年了。

当初我壮游天下,进行漫长的“中国法律文化之旅”,历时三年、长途跋涉四万里、现场实地考察六十多处中国古代的法律遗迹,并从中分析了自蓝田人开始上百万年来中国法律遗产里的精华与糟粕,亦展望了中国法律与世界法律大融合的未来愿景,所以本书一出版便大受关心时政、法律和历史的读者们的欢迎。在中国图书市场一片萧瑟的寒风之中,该书却在八年内加印了四次,因此,我首先要向北京大学出版社的蒋浩副总编和前后几位编辑,致以最真诚的谢意。

另外,我还要对华东政法大学何勤华教授、著名法律文献学家田涛教授(已故)表示最诚挚的感谢。因为,这两位国内法学界的领军人物,虽然与我素昧平生,但却都对拙作青眼有加,他们不约而同亲自提笔为其作序,使拙作在法学界广大读者群中熠熠生辉、名重一时。而对此“象牙塔”里的喝彩声,我本人虽然身在“象牙塔”之外,但亦满怀感激。

不过,本书虽然得到法学界一些大师和读者的欣赏,但作为作者,我却总感到意犹未尽,总觉得还有若干不足和需要再拓宽之处。具体点儿说,第二版重新提炼了中国古代法律文化史上最光明的一面,即具有“公平正义特色的本质”的一面,并在以下三个方面进行了拓展,使内容更丰满、脉络更清晰。

第一,关于“中国法律文化的光明面”部分,第二版补入了对蓝田人、北京人的考古研究,补入了“黄帝问道崆峒”的传说和对《虞典》《吕刑》的解读及对甲骨文“灋”字的考证、研究,使中国古代法律史的光明一面,显得更“自古而

然”，论据更充足、立论更丰富多彩。

第二，关于“中国法律文化的阴暗面”部分，第二版也实事求是地进行了一些揭露与批判。例如：补入了盛唐武则天时期的司法黑狱、明代“方孝孺被灭十族”的惨剧、清代流毒绵延的“文字狱”等一些原先不忍细说的野蛮和丑恶的暴行。同时，第二版也用了一定的篇幅来揭示：即使在黑暗时期，中国的法律史也并非总是一团漆黑，而是在有“包青天文学”的流行之外，尚时时还有“村规民约”“变法维新”等许多进步思想同时活跃在民间。

第三，关于近代百年中国“法制的三次转型”部分，第二版的描述虽然颇为粗略，但却是首次在中国法史学界进行有系统、有意识的描述。其目的在于回答全书的灵魂问题，即“我们为何必须要走自己的路——有中国特色的社会主义法治之路”的公众疑问。当然，这个问题，是中国法史学界至今仍少有人关注、少有人进入的一个领域，而我们亦显然缺少一套比较成熟的策划，更遑论会像《舌尖上的中国》那样，推出一台台既长知识、又吸引眼球的普法好戏。因此，本人不揣浅薄，以一个“法律圈外人”的身份，毅然闯入这个迄今仍少有人涉及的领域，其目的亦在于“抛砖引玉”，为今日中国的法律学人和新闻界、出版界人士开一种“敢为天下先”的创新学风而已。

以上数语，旨在向各位读者和法史学界的师友们，汇报一下第二版的基本思路，希望有助于读者加深对“中国法律文化史”的全面认识，以及对“中国人为什么可以自豪”——不是以“人多、钱多、发展快”而自豪，而是以也有走在世界前列的“公平正义”的法律文化传统而自豪等问题的全面理解。而对于未来中国社会的“法治前途”问题，我认为：这正如“粤港澳大湾区”的混合型经济改革试验一样，其成败利钝都还是要取决于当代的中国人如何去对中国的法律文化传统“存精华、去糟粕”，或“古为今用、洋为中用”了。

我相信：道路虽曲折，但中国人的前途却总会是光明的。

余定宇

广州，珠江河畔

2018年3月2日 元宵节

推荐序一 法律,是一门活生生的历史

何勤华*

早在80多年前,美国学者威格摩尔(John Henry Wigmore, 1863—1943)就在《世界法系概览》(*A Panorama of the World's Legal Systems*)一书中,创造了一种以图文并茂的方式来讲述法律史的模式。作者通过对古代埃及、古代巴比伦、古代印度、古代希腊、古代罗马等众多国家与地区的法律古迹的实地考证,以500多幅现场照片,向人们演示了世界各个地区(16个法系)上下六千余年法律发展的轨迹,给读者以巨大的感染力,《世界法系概览》一书也因此成为世界法律史上的名著。

但是,从那以后,运用这种方式,以实地勘察、探寻法律发展印迹的方法来撰写、描述法律史的作品就很少见了。我们所看到的法律史著作,无论是大部头作品,还是小册子丛书,基本上都是文字性的、考证式的学术著作^①,往往让非法律史专业的读者望而生畏,无法领略到法律史的博大精深,以及其包含巨大知识容量的学术魅力。

正在此时,余定宇先生的作品面世了。2004年,法律出版社出版了余先生的《寻找法律的印迹:从古埃及到美利坚》一书,用散文式的写作、生动的笔触,向人们细细地述说了人类法律成长的历史故事,从尼罗河传说到巴比伦旧事,从西奈山传奇到法律的天问,再到古罗马的废墟、英格兰的原野、欧洲大陆的风云,以及新大陆的阳光——法治在美国的成长历程,内容丰富,文笔优美,读来非常轻松、愉悦。其中既穿插了相关的历史图片,也附有不少西方著名画作,还不时有

* 何勤华,华东政法大学教授,全国外国法制史研究会会长。

① 笔者在《中国法学史》(三卷本,法律出版社2006年版)一书中,也采用了图文并茂的方式,但叙述的方式和体例、风格,则完全是学术性的,是一本学术性、考证性的著作,而不是通俗读物。

“法学链接”，确实是一本雅俗共赏，兼具知识性、学术性与通俗性的好作品。

时隔五年，余定宇先生又完成了《寻找法律的印迹：从古埃及到美利坚》一书的姊妹篇：《寻找法律的印迹(2)：从独角神兽到“六法全书”》。作者花了数年时间，一路实地考察，追寻中国法律自古至今的演进历程，从出土文物“彩陶上的鱼”说起，追溯着汾水斜阳、壶口细雨、洛阳旧事、“刑鼎”故地等法律萌芽之地寻根觅迹，又顺着历史之轨一路探访秦国法典的生成（商鞅变法）、汉代法律的定型、隋唐法律的成熟、宋以后法律的流变，直到鸦片战争以后因各国列强入侵、西法东渐导致的中华法系的解体、“六法全书”的兴废、中国近现代法律体系的形成与演进。中国法律五千年的历史，在作者轻松流畅的语言中，由远至近，慢慢流淌，那么亲切，那么自然。

应该说，这两本书的风格是一样的，都试图用法社会学乃至法人类学的方法，通过走出书斋，实地考察，从法律发展所留下的足迹之中，从人们口耳相传的民间故事、神话传说之中，从一些考古出土文物、历史图片之中，探寻人类法律曾留下的印迹，知晓法律成长的历史。在中外法制史领域，基本上都是表情严肃的教科书和学术著作一统天下的现状下，作者的这种努力无疑是具有创新精神的，也是富有成效的——《寻找法律的印迹：从古埃及到美利坚》一书出版后深受广大读者的欢迎就说明了这一点。

事实上，法律本身就是社会的产物，作为调整人们行为的规范体系，它与人类一起成长，它并不只是记录在文本上的死的文字，而是一门活生生的历史。只是在国家产生之前，它以风俗、习惯等形式，通过公共权力组织如氏族大会、长老会等贯彻执行；在阶级、国家产生之后，它就由军队、警察、政府、法院等国家机器来强制推行、实施。由于法律与人类一起成长，又是通过社会公共权力机构或国家来执行，所以在它的演变过程中，多多少少都会留下一些印迹，但这些印迹，在许多国家的正式法典中，或者在法学家的著作中，却未必都有记录。因此，像余定宇先生这样在国家制定法和法学家的作品的基础之上，进一步通过社会实地考察的形式来探寻法律成长的印迹的作品就显得弥足珍贵了。它开创了论述中外法律史的一种新的模式，一种新的风格，给读者以耳目一新的感觉。

鉴于以上各点，我愿意将上述我对余定宇先生的两部作品的一点读书心得，作为序，与本书的诸位读者分享，并以请教余先生及学术界朋友。

推荐序二 寻找与发现

田 涛*

在市场上可以找到近百本不同封面的中国法制史教科书,在很多情况下将其称作“不同封面”,或许带有溢美的评价,如果仔细观察,有些此类作品甚至连封面的设计也大同小异,只是作者的署名绝不相同,使人能够一望得知这些“专著”的区别。然而内容的相似性也是可以一望而知的,如果你有充分的耐心和足够的克制力,愿意翻检这些彼此雷同的书籍,你一定会赞叹法史学界将生物学的“克隆技术”使用到法学研究中的学术成就。无论是“历史的法律”,还是“法律的历史”,不会因为词语的表面翻新而令人钦服,当然这一做法或许和所谓的“体制”限制有关,据说学术界评定职称,或者荣升硕导、博导之时,都要向评审者提供“专著”,以代表被评定者的学术成果。只可惜中国只有一个,中国古代法律的历史也只有一个,而需要荣升者多矣,于是除了援引生物学的“克隆技术”之外,确是无他计可施。当然也有少数耐得住寂寞的人,对某一专题有所发挥,但也往往淹没在世风日下的潮流中,连个闪光的机会也没有。

如果换一个角度,甚至换一个观点,极易被批评为非主流、不正宗,用法学的术语大约就是“体制外”的意思。体制内的学者永远是主流,自然应当成绩斐然。所谓内外有别,应当是随着时空不断变化的一种辩证关系。想当年孔

* 田涛,著名法律文献学家,拍卖法专家,上海政法学院教授,清华大学、中国人民大学、武汉大学兼职教授。著有《接触与碰撞》《第二法门》《被冷落的真实》《我说·我想·我自由》等10余部著作;主编《黄岩诉讼档案及调查报告》《田藏契约文书粹编》等法史文献10余部。

丘还未发达的时候,在体制外周游陈蔡之间,饿得连饭都吃不上,及至后来孔丘进了大成殿,其他各家只得下野。体制外的学者有独特的长处,免去了诸如评级别、定职称、分房子的热闹,自然也就省去了体验讲宗派、论亲疏、争短长的幸福。体制外的人要想存活就必须独辟蹊径、甘于寂寞,自然也就多了些走弯路、遭冷眼、受排斥的快乐。余定宇先生不是法学家圈子内的人物,当被划作“体制外”,然而他的系列作品《寻找法律的印迹》,却常使体制内的学者们感到汗颜。

余定宇先生的《寻找法律的印迹:从古埃及到美利坚》,用叙事的方法,细细地述说了人类法律文化发展的历史,从尼罗河的传说、巴比伦旧事,一直到新大陆的阳光——法治在美国的成长历程。书中穿插了相关历史图片,有时又和法学互相链接,熔知识性与学术性于一炉,令读者神游其中,领略了一番法律文化的旅程。此后,余定宇先生又完成了《寻找法律的印迹(2):从独角神兽到“六法全书”》。这是作者继人类法律文化发生和发展之后,对中国法律自古至今的演进历程的探寻。作者从出土文物“彩陶上的鱼”“刑鼎故事”的法律萌芽说起,直到秦国的高鞅变法、汉唐法律的发展、明清法律的流变,以及西法东来导致的中华法系的解体、“六法全书”的制定颁布、中国近代法律体系的形成,观复而思今,发思古之幽思;追根而溯源,述历代之法制。作者用文学和社会学的方法,将艰涩晦暗的法律发展史娓娓道来,犹如小河流淌,涓涓滴滴,令读者耳目一新。

作者沿着长江两岸,大河上下,对中国历史上与法律的发生发展相关的地方,进行了大量的实地考察,甚至根据法律故事和传说的线索,沿着名山大川上下求索。按照作者的说法“本书写作的目的,是想与广大的读者们一起,以一种‘法律’的视角,来观察中国历史五千年之兴衰,以探求我们民族未来发展之法诫”。读完此书之后,我以为作者的目的显然已经达到,并且是沿着另类的“法律的视角”,审视了中国法律的发展轨迹。尤其是书中“西法东来”部分,从广州十三行开始,直到“香江走马”“澳门西望”,作者描绘了西方法律在中国的传播。作者毫不掩饰自己的“另类视角”,在余定宇先生的眼中,“中国的故事,需要从许多不同的视角来观察、阅读,才能最大限度地接近读懂”。于是读者们神游作者为我们设定的幽幽思古之局,徘徊法史发展之境,未必敢言“读懂”二

字，倒也是乐在其中。

也许作者毕竟是书生，或者身为赤子，难免轻信古人，就一个“法”字，便可看出究竟。作者以为即使是在这样一种最初级的阶段上，我们的祖先们，也已经深刻地认识到：无论是“法”还是“刑”，都一定要讲究“公平”。所以，古人便们在独角兽的旁边加上了“三点水”的偏旁，从而体现了“公平如水”的法律观。但是我以为最初的“灋”字，上从“吉”，下从“曲”，旁边是“獬豸”的“廌”，应当是由巫师戴上神兽的面具，通过占卜的方式判断是非曲直，与“公平如水”毫不相干。法律从发生之日起就不曾公平过，法律的发展历程中也不曾公平过，与其说公平是法律的追求，不如干脆说公平是法律的障眼之术。但是这并不影响《寻找法律的印迹(2)：从独角神兽到“六法全书”》是一本好书，因为这种对公平的追求，正是所有善良人的真诚愿望。

目 录

Contents

导 言

中国人的“法治”观	001
-----------------	-----

第一章 “根”的寻觅

1-1 蓝田寻根：“人之初，性本善”？	011
1-2 燕京觅魂：那堆燃烧了50万年的篝火	017
1-3 彩陶上的鱼：半坡村民的心声	025
1-4 黄帝的王道：“涿鹿之战”和“问道崆峒”	031
1-5 唐尧故园：寻找“独角神兽”的故乡	041
1-6 大槐树下：《舜典》里的“恤刑”思想	048
1-7 壶口瀑布：大禹的呐喊	055

第二章 “法”的萌芽

2-1 殷墟甲骨文：“画地为牢”的传说	067
2-2 中国文字博物馆：对“刑”“灋”二字的研究	074
2-3 周公测景台：“求天地之正中”	081
2-4 洛阳游记：对“天子驾六”和《吕刑》的解读	090
2-5 郑韩故城：子产与邓析的传奇	096

2-6 函谷关访道：老子不知何处去？	104
2-7 孔庙徘徊：中国法学的十字街头	114

第三章 法典的生成

3-1 疏雨过中条：《法经》的余响	125
3-2 消失的古城墙：“栌阳”无人识商鞅？	131
3-3 坑儒谷吊古：韩非和李斯的下场	140
3-4 法家的失败：与秦始皇的一场虚拟对话	149
3-5 灞桥折柳：汉高祖的“约法三章”	157
3-6 废除肉刑：汉文帝的“文景之治”	164
3-7 霸陵夕照：张释之的“执法不阿”	170
3-8 独尊儒术：孔学怎样成为官方立法思想的主流？	175

第四章 法制的流变

4-1 大漠孤烟：烽火台下的“官告民”案例	185
4-2 赵娥复仇：春秋决狱与法律正义的严重冲突	195
4-3 大明宫漫笔：《唐律疏议》为何行之不远？	204
4-4 请君入瓮：武则天时期的司法丑闻	214
4-5 南淝河随笔：《包青天》为何会火遍大江南北？	221
4-6 宋慈《洗冤集录》：三月桐花满路开	230
4-7 白鹿洞迷惘：南宋“法学”的衰微	238

第五章 “重刑主义”的再抬头

5-1 苏三监狱：“三班衙役”该吃谁去？	251
5-2 孝陵秋思：个性复杂的明太祖	259
5-3 明刑之酷：雨花台下的“灭十族”惨剧	264
5-4 午夜星光：于家村的“村规民约”	270
5-5 秦淮河夜话：“清风不识字，何必乱翻书？”	277
5-6 公车上书：康有为的“变法梦”	285
5-7 瀛台泣血录：光绪临终前的灵魂跃动	292

第六章 旧律的崩溃

6-1 十三行聆听：东西方法律文化的早期冲突	303
6-2 香江走马：立法会大楼上的“正义女神”	315
6-3 澳门北望：《盛世危言》对中国的深远影响	324
6-4 城南旧树：“沈家本修律”的昨夜西风	335
6-5 津门故里：街角的铜像——严复	346
6-6 越秀山头：伍廷芳的五堂普法课	354
6-7 《中华民国临时约法》：孙中山的“宪政”思想	365

第七章 法制的转型

7-1 珞珈山下：王世杰的《比较宪法》	377
7-2 金陵风雨：“六法全书”怎样被扫地出门？	385
7-3 开封夜雨：“阶级斗争法学”的肆虐	393

7-4 风雪柴达木：牙膏皮里的《人权宣言》	400
7-5 公审“四人帮”：“苏联法系”的破产	407
7-6 天安门前的反思：“英美法系”能否“再领导世界100年”？	412

结束语

走自己的路：“有中国特色的社会主义法治”道路	418
------------------------------	-----

附 录

寻找中国法律的印迹：北大法律人在路上	420
--------------------------	-----

“黑夜给了我黑色的眼睛，我却用它来寻找光明。”

——顾城《一代人》

导言 中国人的“法治”观

长期以来，中国人就以“历史悠久、文化辉煌、地大物博、人民勤劳勇敢善良”而自傲于世。但我个人觉得，上述那些自豪感还缺少了一个很重要的中国特色，那就是：中国人五千年来，对“公平正义”百折不挠的追寻。

中国人凭什么自豪？除上述那些优点之外，我们凭的就是对和平的热爱、对“公平正义”的热爱，以及对“法治”理想的真诚信奉。

但当今世上，中西方国家对“什么是法治”，却有两种不同的看法——

两千三百多年前，古希腊的亚里士多德就第一个提出了“法治”的概念。与此同时，他还在其名著《政治学》里，提出了一个关于“何谓法治”的著名论断。他说：“法治应包含两重意义：其一，已成立的法律应获得普遍的服从。其二，大家所服从的法律，本身又应该是制定得良好的法律。”

一是“守法”，二是“良法”，两者完美的结合，这才是走向“法治”的不二途径。看来，这简简单单的两句话，便是西方哲人头脑中最朴素的“法治”观。

可惜，这两句话，仍停留在对一个狭小半岛的政治观察上面，未能扩展到对“天下”——对那种汇全球的大山、大海、大沙漠、大草原于一体的国际政治秩序的思考之上。



居延海风光——“大漠孤烟直,长河落日圆”



但比亚里士多德还要早两千多年,即大约四千多年前,我们民族的“人文始祖”黄帝,便早已在中华大地上播下了一颗“胸怀天下”的、被人们称为“王道”的法律文化种子。这种“王道”的最核心目的,也是简简单单的两句话,一是“保境”,二是“安民”。而推行的手法亦不外乎两种:一种是“以恤制暴”,而另一种是“以德服人”。后来随着历史的渐渐发展,这种中国式的“贤人政治”也渐渐地演变为一种“中国式的法制”。

可以看出:中西方的法律文化体系有很大的不同。首先,在“法哲学”的认识上,西方人普遍相信“人性本恶”,但中国人却普遍相信“性本善良”。由此而推论:西方法律认为政府与人民都是“恶”的,要加以监督、制约和束缚。而中国法律却相信皇帝和“清官”是“善”的,是“为民父母”的,而作为“祖国的儿女”,我们应“天下兴亡,匹夫有责”。出发点与目的地都有如此巨大的不同,因此,二者之间的观点便经常相互对立、相互冲突,跌落到一个令中西方法律学人都纠缠不清的泥潭里去了。

其次,中国法制历来关注的重心是“公法”(即刑法、行政法等),而西方法律关注的重心却在“私法”(即民法),这就在中西方民众中间引起了对法律的不同观感。再者,在“司法原则”方面,西方的法官,从公元12世纪的英国亨利二世时代开始,便讲究“平等诉讼、公正审判”,而中国的执法部门,却从公元前5世纪的战国时代开始,便一贯讲求“维持秩序、维护官府的权威”。但在秦汉之后,随着中国官僚政治制度的建立及在其后两千多年的漫长嬗变之中,中国官僚的权势是经常失控,而“重刑主义”也是经常泛滥,因而,便令中国“法制”与西方“良法”的差距越来越大。

其实,我们应该把观察中国法律的眼光放得更长远一点——严格来说:中国法律文化的传统是分为前后两个时期的。前一个时期是“从黄帝到战国”。这个时期的法律传统,讲求“王道”,不论