

中青年法学文库



法学与文学之间

徐忠明 著

中国政法大学出版社



—中青年法学文库—

法学与文学之间

徐忠明 著

—中国政法大学出版社—

图书在版编目(CIP)数据

法学与文学之间/徐忠明著. —北京:中国政法大学出版社, 1999. 10

ISBN 7-5620-1908-8

I. 法… II. 徐… III. 法制-研究-中国-古代 IV. D929
. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 40938 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 军事科学院印刷厂

开本: 850×1168 1/32 13.25 印张 331 千字

2000 年 1 月第 1 版 2000 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1908-8/D·1868

印数: 0001-3000 册 定价: 23.00 元

社址: 北京市海淀区西土城路 25 号

邮编: 100088 电话: 62229803 或 62228801

声明: 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装, 由本社发行科负责退换。

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中，经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就，成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是，正如其他任何国家的文化传统一样，中国古典学术文化的发展并不均衡，也有其缺陷。最突出的是，虽然我们有着漫长的成文法传统，但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降，随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立，法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而，一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途，经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足，后天又失调，中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始，改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来，我国的法学研究水准已经有了长足的提高；法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过，至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为，法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学，法学与生活现实固然有更为紧密的联系，但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜，或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面，它必须在价值层面以及理论分析上给实在

H042/11

法以导引。在建设性的同时，它需要有一种批判的性格。就中国特定的学术背景而言，它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡，追求适度的超越，从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图，而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命，而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地，成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道，要使这样的构想化为现实，除了出版社方面的努力外，更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才，非一木之枝”；清泉潺潺，端赖源头活水。区区微衷，尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

自序

我“混迹”高等学府，全拜计划分配之赐；我“专攻”中国法律史，只因组织安排之缘。一切均属偶然，并非我之本愿。不过，星移斗转，瞬息之间，光阴逝去十有余年。其间，在这相对宽松的工作空间里，坐在落落寂寞的板凳上，从事极为偏冷边缘的中国法律史的教学和研究，倒也渐渐安心做起“学问”来了。这份安心源于自己好静不好动的性情，但说到有点高不可攀的学问，惟有“惭愧”两字庶几能够表达我的真实感受。然而不管怎么说，这些年来，漫无目的地读了几本闲书；读得久了，自然会有一些想法，也就生出一种把它形诸笔墨的欲望。这里汇集的文字，就是这种欲望的结果。

这本文集取名《法学与文学之间》，用意在于里面收录的文字分为两个部分：一是研究中国古典文学作品中的法律问题，这是命名的基本理由；二是检讨中国古今法律中的一些问题，可以归入法学这个名目。如此安排，也算有两面兼顾的意思。

说到我之“移情”中国古典文学中的法律问题，缘由大抵如下：

其一，记得刚刚走上讲台教授中国法律史的时候，整个教科书的叙述模式使我慢慢失去信心。那种沿着王朝嬗替、根据历代正史典籍、律令规章“描述”上下 4000 余年的中国法律史，未免显得有点枯燥乏味；不仅自己讲得勉强，学生也听得无味。这时，过去曾经阅读的中国古典文学的知识渐次复活；于是，渐渐思谋引据文学作品中的“法律故事”与有关法律规定相互释证，增加一点讲课的情趣，以使课堂气氛活跃起来。做到了没有？对此，时至今日我仍无把握。不过，从此我确实开始收集一些这样的资料。真正从事这一方面的写作，是在 1990 年“下乡挂职锻炼”期间。我“挂职”的地方是广东山区的一个县城——罗定。每天下班之后，闲来无事，只好读些闲书，其中的一本就是曹雪芹的《红楼梦》，当然，这已是第二次重读了。我的第一篇有关文学中的法律问题的习作，就是讨论《红楼梦》里的刑事诉讼问题的，名叫《从薛蟠打死张三命案看清代刑事诉讼制度》，发表在《法学文集》（《中山大学学报》丛刊 1991 年号）上。嗣后的研究，主要还是为了满足课堂教学的需要，并无其他特别的更高奢望。现在回过头来想想，那篇文字写得极为粗拙，而且不免有点浅薄幼稚。

其二，尽管开始的想法比较浅薄幼稚，可是，在读了诸如陈寅恪先生《柳如是别传》那样伟大的著作后，感觉逐步有了些许变化；特别是在渐渐领悟陈寅恪先生“文史互证”的研究“理路”的重要意义之后，我的想法有了改观，研究也就变得自觉起

来。当然，对陈寅恪先生如此精深复杂的著作，我根本不敢讲自己有何深切的理解，只能说从中获得某种启发而已。我的学习与陈寅恪先生的研究不仅在方法上，而且在精深程度上，都有不同。后来，读了一些其他学者的相关研究，比如美国著名法学家波斯纳《法理学问题》（中国政法大学出版社1994年版）中的有关讨论。与此同时，我对中国传统的历史叙事与文学叙事的问题也有关注，以期从中找出两种叙事模式之间的内在关联，增加研究的理论深度和学术价值。由于自己资质的愚钝，对此问题的探索进展甚为缓慢；对此问题的理论把握依然很是浅显。现在汇集出版，只是希望得到学界同仁的批评指教，以待将来进行更为深入、成熟的研究；因为我相信，中国古典文学作品中的法律问题是一座有待“开采”的中国法律史研究的“富矿”，值得全面挖掘。

其三，对于我来说，研究中国古典文学作品中的法律问题，还有一个更为重要的原因，就是我深深感到：以往的中国法律史研究，比较注重对官方正史记载和法律典籍规定的分析、解释，而对其他法律资料的利用则显得比较薄弱。在我看来，就中国法律史研究而言，尽管官方正史记载与法律典籍规定是必不可少的首要材料，但是，我们也都知道，在被称为“史官文化”的中国传统社会里，卷帙浩繁的二十五史乃是帝皇将相的“家谱”而已，里面编织的是“正统”的意识形态话语，背后支撑的是帝皇专制的权力系统；然而，它对民间社会百姓大众的生活世界、思想情感等等，往往缺乏真切翔实的描述。恰好于此相反，文学作品的叙事角度虽然不乏“正统”意识，但是，其中毕竟有着更多的民间的思考、民间的视角。对于宋元明清时期的戏曲、小说、笔记、传说、故事等等来说，它的民间视角是非常突出的，它对民间社会百姓大众的日常生活描述也是极为细腻周到的，它们也构成了百姓大众的一个知识源泉。所有这些，很可弥补官方正史

记载和法律典籍规定之不足，值得引起我们的注意。换句话说，从民间社会的视角出发，利用文学作品来检讨中国法律史，将有助于我们全面地、真实地理解和把握中国传统法律的某些真情实况，尤其是对了解百姓大众的法律意识、法律心态助益莫大。

也许，试图补正以往中国法律史研究的某种不足，是我转向古典文学作品中的法律问题探索的一个小小的“野心”与真正的“动机”。

二

这里尚有一个问题值得稍事解释。

人们可能会问：文学作品乃是“虚构”或“想像”的产物，它与历史的“真实”颇有距离，故而利用古典文学作品来研究中国法律史，究竟是否能够恰如其分地解释某些问题？实际上，其中还包含着什么是历史的“真实”这样一个重要的理论问题。这是两个非常庞大复杂的问题，在此自然无法展开讨论。老实说，我的学识也难以胜任。

据此，我只想说说自己在研究过程中渐次形成的一些浅显的想法。

首先，历史的“真实”与文学的“真实”并不完全等同，这是一个常识问题。对于历史“真实”来讲，历史叙事的根本特征就是记载已经发生的事情，而非其他可能或应当发生的事情，这里没有假设存在的余地。就此而言，历史叙事是对在时间与空间中活动和展开的“真人实事”的“客观”记载，其中没有“虚构”和“想像”得以容身之处。与此相反，文学叙事可以充分借助“虚构”的能力与发挥“想像”的空间。不过，尽管文学“真实”不是“真人实事”意义上的“真实”，因此与历史“真实”

不同；然而，一般地说，文学叙事是对在社会生活中的人物和事件的恰如其分的、合乎逻辑的“真实”概括。在这个意义上，文学“真实”依托的社会生活，其实与历史“真实”凭借的社会生活是基本相通的，两者之间没有本质上的差异。

其次，虽然历史特别强调客观性与真实性，但是在哲学上，历史叙事乃是基于历史学家的记载而“建构”起来的，因此它的实际内容可能并非完全“符合”以往事实本身；个中原因，或是由于认知事物的局限，或是出于意识形态的制约，或是基于特定思想意图的束缚，等等。就此而言，所谓历史“真实”其实也是人为“建构”的产物，故而，这种“真实”只有相对的意义。正是在这个意义上，文学“真实”与历史“真实”也是可以相互支持、相互弥补、相互释证的。除此之外，无论是历史叙事还是文学叙事，都是通过语言这个“中介”得以完成的；而对语言来说，往往无法对实际存在的客观事件予以纯明透彻的再现，所谓“言不尽意”乃是人类语言的一个“宿命”。进而，人们也是通过语言这个“中介”进入历史的，在“阅读”历史的过程中，语言的含义并非确定不变。这样，在作者与读者之间自然也会产生某种互动；与此同时，不仅历史的意义会有变异，而且历史的“真实”也会发生变化。

最后，以中国传统学术而言，所谓“文史一家”乃是人们的共识。一方面以文学依托史学，另一方面则以文学补充史学。例如《诗经》是文学性的作品，然而又是先秦历史的重要记载。又如《史记》是地地道道的史学作品，但也是充满文学“虚构”和“想像”的作品，把它视为文学作品在一定程度上并无根本不妥。对于某些文学作品，中国古人往往也是将其视为历史作品看待的。譬如明代小说家冯梦龙把“三言”视为“六经国史之辅”，说见《警世恒言·叙》；再如清朝评论家张竹坡则称“《金瓶梅》是一部史记”，参见《批评第一奇书〈金瓶梅〉读法》等等，不

遑枚举。另外，在中国学术传统中，以文探史、以文释史也有极为悠久的历史。到了现代史学大师陈寅恪先生手里，这种“文史”之间“互证互释”的研究方法得以发扬广大，他的《元白诗笺证稿》、《论再生缘》和《柳如是别传》三部不朽作品，就是经典范例。

经由上面简单的讨论，笔者认为，以中国古典文学作品为资料探讨中国法律史问题，不仅是可行的，而且是很有学术价值的。进而，通过两者之间的“互证互释”，对于加深理解中国法律史与中国文学史实有双重意义。当然，这一研究的困难也是显而易见的，因为它要跨越历史、法律、文学三个学科领域，故而我的实践是否成功，自己实在没有把握。对此，一则有待自己的深入思考，二则尚待学界同仁的批评指正。

三

下面，我想对这本文集的编集作一简单的解说，以期勾勒出其中的脉络与题旨。

首先谈谈第一编“古典文学与法律史学”的题旨和脉络。讨论中国古典文学作品中的法律问题，可供检讨的内容自然很多（有的学者认为，“法律文学”研究的对象可以分为：对文学中的法律进行研究与把法律作为修辞的文学研究两个题域。我的研究仅仅涉及第一方面的内容），只是收入这本集子的文字主要是有关司法方面的文章。个中原因，在我看来，可以借用瞿同祖先生的以下意见给予说明。瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》一书“导论”中指出：“研究法律自离不开条文的分析，这是研究的根据。但仅仅研究条文是不够的，我们也应注意法律的实效问题。条文的规定是一回事，法律的实施又是一回事。某一法律不

一定能执行，成为具文。社会现实与法律条文之间，往往存在着一定的差距。如果只注重条文，而不注意实施情况，只能说是条文的、形式的、表面的研究，而不是活动的、功能的研究。我们应该知道法律在社会上的实施情况是否有效，推行的程度如何，对人民的生活有什么影响，等等。”“在法律史的研究上，这方面的材料比较缺乏”；故而“除了利用古人的有关记事外，并引用个案和判例作为讨论法律实效问题的根据”（中华书局1981年版）。正是基于这样的考虑，笔者主要利用古典文学作品的有关资料检讨中国传统社会的司法制度与实际运作，进而分析其中的司法风格和审判精神等问题。在具体的研究过程中，笔者比较注重法律规定与文学描述之间的相互释证；一则旨在解释法律执行的“实际”效果，二则意在说明文学描述的“真实”程度。笔者的最终目的，是为将来重建中国法律史提供一些有趣、生动的史料，以及提供某种考察中国法律史的视角。

具体地说，在这本文集中，笔者批判性地考察了中国古代司法中的以下几个方面：明代刑事诉讼的程序，清朝州县司法审判中的酷吏、讼师、衙役，清官的司法方法、审判精神、平反冤狱，民间社会百姓大众的清官信仰、诉讼观念、公正意识，司法审判过程中如何协调天理、人情、国法之间的关系，等等。事实上，这些问题已经大抵包括中国传统司法制度及其运作过程中的基本环节与主要内容：除此之外，另有两篇讨论明朝经济法制与古代希腊法律文化的文字，不忍割爱，一并收入。

其次说说第二编“法律传统与现代变迁”的题旨和脉络。从学术史的角度讲，中国法律史研究迄今已有将近百年，其中的成就与缺陷，史料与资料，是笔者近年比较关心的学术课题，有关的问题已在《开拓与创新——张晋藩先生〈求索集〉读后》（《中国法学》1997年第6期）一文当中有所讨论。另外，对于中国传统法律文化的宏观研究，笔者已在《中国法律精神——从传统

到现代》(即将出版)一书中作过分析。因此,收入这本集子中的文字乃是“法边馀墨”;虽然如此,其中也可大致分成两个话题。一是关于中国古代法律的几篇考证文字,诸如“法”与“正义”的关系,这是一个颇有争议的问题:“仵作”之源流,这是一个一向被学者忽略的问题;罗马法对中国契约制度的影响,这是一个由中西文化交流引出的问题;关于唐朝法律体系性质的解释,这是一个涉及中国法律史研究方法的问题。总括地说,中国传统法律文化有些什么特点呢?在《中华法系研究的再思》中作了必要的检讨,等等。在这些文字中,笔者不仅试图重建中国法律史的“史实”问题,而且试图揭示某种研究中国法律史的方法问题。而我自己更为看重的,就是其中蕴涵的一些研究方法。当然,做得如何,还请方家学者批评指正。二是关于中国法律的现代化问题。这里,笔者对于晚清“新政·修律”的内在“理路”作了必要的梳理;此外,还从比较法的角度对于法律“移植”问题作了历史和哲学的解释,并且点出问题之所在——它的可能与局限;再者,笔者又从“国家与社会”的视域考察了中国法律变迁的历史与现实,包括古代的、晚清的、当代的,并为人们理解法律变迁提供一个分析和解释的视角;最后,提出中国法律现代化的价值目标与可能途径。在笔者看来,仅仅这些文字的简要讨论,对于研究中国法律的现代化来说,那是远远不够的;可是,这些看似不成系统的、断断续续写就的、简短零星的散策,其实乃是围绕中国传统法律的现代变迁所作的思考的结果,所以,其中也有“内在一贯”的逻辑在矣。

对于中国法律史研究来说,我比较偏爱那种带有思辨色彩的研究路数,亦即偏爱那种能够穿透“文本”表层,深入挖掘和阐释其中的意义结构,并且形成理论解释模式的研究方法;可是,对于那种旁征博引、丝丝入扣、严密扎实的“乾嘉学派”的考据风格,却也特别欣赏,其中蕴涵的“智慧”与逻辑令人赞叹。我

想，一方面，没有对于历史资料的广博考究，重建中国法律史将是根本不可能的事情；当然，这个“重建”实际上是努力“逼近”历史的“真实”。另一方面，假如没有合乎逻辑的理论解释框架，那么深藏于历史背后的“意义”也就难以显示出来；如果这样的话，中国法律史之于我们，它的价值必将削弱；甚至历史学本身能否成立，也恐成为问题。收入这里的文字，大致是笔者在这两个方面所做努力的小小结晶，与我自己的理想尚有很大的距离。

总而言之，这本文集蕴涵的区区微意，就是试图重新思考中国法律史的某些问题。它的更为深层与内在一贯的志趣，不在具体的观点和结论，而在问题和方法。

1998.12.19.

目 录

总序	(I)
自序	(V)

第一编 古典文学与法律文学	(1)
包公杂剧与元代法律文化的初步研究	(3)
中国传统法律文化视野中的清官司法	(42)
《窦娥冤》与元代法制的若干问题试析	(61)
《金瓶梅》“公案”与明代刑事诉讼制度初探	(76)
从明清小说看中国古人的诉讼观念	(102)
《活地狱》与晚清州县司法研究	(117)
《金瓶梅》反映的明代经济法制释论	(146)
古代希腊法律文化视野中的《安提戈涅》	(186)

第二编 法律传统与现代变迁	(203)
皋陶与“法”考论	(205)
“忤作”源流考证	(223)
与《罗马法与中国古代契约法》作者商榷	(233)
国家与社会：汉代“独尊儒术”及其对当代法制 建设的启示	(249)
关于唐代法律体系研究的述评及其他	(262)
中华法系研究的再思	(284)
从比较法律文化看法律移植	(301)

晚清法制改革引出的两点思考	(316)
中西比较：市民社会与现代法制的成因	(336)
西方市民社会与现代法制建设及启示	(374)
中国市场经济法制建设的目标与途径	(389)
 后记	 (405)

第一编

古典文学与法律文学