

梁

LIANG

治

ZHI

平

PING

◎ 广西师范大学

出版社

自

梁治平 著

选

跨

276

世

纪

学

人

文

存

集

跨世纪学人文存

梁治平

自选集

梁治平 著

“九五”国家重点图书出版规划

◎ 广西师范大学出版社

2001/08

跨世纪学人文存
梁治平自选集
梁治平 著

广西师范大学出版社出版发行

邮政编码:541001

(广西桂林市中华路36号)

桂林市印刷厂印刷

*

开本:889×1194 1/24 印张:12.5 插页:2 字数:288千字

1997年9月第一版

1997年9月第一次印刷

印数:0001—3500册

ISBN 7-5633-2484-4/D·036

定价:(平)23.50元
(精)31.50元

丛书顾问

(按姓氏笔画排列)

王元化 王铁崖 张岱年 张政烺
李学勤 陈岱孙 周一良 季羨林
费孝通

出版说明

一代有一代之学术，一代有一代之学人。学术所依托者，学人也。学人须由学殖养成，非纯由天资铸就。学殖者渐，天资者顿，而学术的规律是“渐”的。基于这个“渐”的规律，出版人便有义务在当代学术的积累与整理上做一份工作，以助成学术之进步。这是我们出版此丛书的初衷。

新时期(20世纪70年代末开始)以来，中国学术界涌现出一批新学人。他们大多有过对社会动乱与变革的体察，受过“西风”渐欲迷人眼的种种思潮的冲激，有过放眼望洋的蹈厉，亦有过躲进小楼的沉潜。他们在80年代初崭露头角，继而渐趋成熟。90年代以来，这批学人更以一种成熟的心态，对新世纪的学术前景作了从容的思考。由此我们也就有理由期望他们在步入下一个世纪的时候，成为新世纪通博的学术大家。这样的大家是现代化中国所迫切需要的。因为一个民族，在其步入现代化的时候，尚不能对自身的存在作出健全、合理的解释与肯定，那便是崩溃的开始。学人的使命，究其根本正在于作出这样的解释与肯定。我们不能在拥有了技术之后却失去了精神。这在中国的现代化进程中，是可堪忧心的问题。

《诗》云：“知我者谓我心忧，不知我者谓我何求！”中国这一批新学人，多是这样的“心忧”之人，当其激切之初，曾蹈厉

于良知的煎迫；当其冷静之余，又沉潜于学理的涵泳。这样的“心忧”，是学界的好传统，也是中国学人最可宝贵的品质。他们的学术自选集、也许不一定能呈示其学术全貌，但肯定能够突出体现其宝贵的学术品质。我们出版这套丛书，就是希望这样的品质能够在 21 世纪的中国学人身上传承下去。

“跨世纪”只是一个象征的说法，并不是说未被列入“跨世纪”的人就无权迈进下世纪的门槛。“跨世纪”只是意味着，我们对新世纪中国文化的昌明与辉煌有着多么热切的期许，以及基于这热切期许而履行的对中国文化建设重任的自觉的肩负。没有这样的自觉，便没有迎接新世纪的真正准备，也就没有了开创未来的现实基础。丛书收入的，都是人文科学研究者的著述，我们想：人类存在的价值，其终极尤须以人文的尺度来衡估。

90 年代的沉潜，也许意味着中国学术界已进入了一个转型期，这样的转型是承前、也是启后。在这个重要的时期，我们出版这套“跨世纪学人文存”，旨在尽我们的薄力，倡学术之昌明。

是为说明。

广西师范大学出版社编辑部
一九九七年九月

自序

自1985年在《读书》杂志上发表文章算起，我的文字生涯已经有10年了。这10年里面，我以各种形式发表的文字，总数大约在100万言上下。这虽然不能算作多产，要在其中选出20多万字的一个集子，应该不是难事。不过，实际并非如此。

照一般想法，自选集即是精华录，它应该能够反映作者的“最高学术水平”（出版方面的要求），然而，什么算是精华，“最高学术水平”又是什么意思？我们这一代学者，年龄都在40岁上下，其学术上的发展远未到盖棺论定的程度，何敢言“精华”或“自身最高学术水平”？退一步讲，即使只作阶段性评价，也很难判定最佳与次佳、最高与次高。就我自己来说，10年之间，思想前后有变化，文章类型有不同，如何论列次第、排定高下？也许，人们可以换一个角度来看自选集，即不再简单视之为精华录，而是把它看作对作者以往学术思想与活动的回顾和检视，倘若如此，则这部自选集的选文标准就应当不仅仅是“最佳”、“最高”或“最精”，同时也应该是“最具有代表性”，即能够尽可能全面地反映我在过去10年里的学术经历。我相信，这种自我反省不但于作者是必要的和有益的，它对于读者与作者之间的进一步沟通也是不可缺少的。

文章编排的主旨确定之后，剩下的就是技术问题了。这类问题主要有两个：一是如何避免自选集与旧著重合太多，二是怎样使不同时期和不同类型文章的编排条理明晰。

就其性质而言，自选集选收旧文原是无可避免之事，尽管如此，如果一本新书完全不能以新面目示人，那也就没有必要付梓。我的原则是，选文范围以单篇论文为主，除序、跋之外，专著中的篇章一概不选；已收入文集的论文非必选者不选；同等情况下，未发表的文字优先入选，已发表而读者不易搜罗者次之。至于文章编排，既要反映过去10年里学术活动之范围，又要兼顾思想变化之先后，而最终不流于杂乱，实在不是一件容易的事情。斟酌再三，最后决定将全部文字分为三类，即专论、散论和序跋。专论系相对完整和系统的学术思考，重在专精；散论在形式上更加自由灵活，可以涉猎广泛；序跋又不同，它们是对作者学术活动和著述的介绍、评价与再思，自有一种价值，尤其是在本书中，它们可以最小篇幅来展示作者思想的发展轨迹，同时可以补足本书不收专著和少收文集中文字的欠缺。上述三类文字皆依写成和发表之时间先后排列，庶几可令本书作者为学的途径能够比较清楚地呈现于读者面前。

感谢广西师范大学出版社给我这样一个机会，让我能够从头开始回顾这10年的历程。我也想借此机会感谢我的读者，他们给了我足够的信心和过多的赞誉，对于这些，我总是不敢忘怀。此外，我要特别感谢我的妻子莽萍，10年来，她给予我的帮助不可胜数，她不但承受诸多牺牲以为我提供尽可能好的研究和写作条件，而且常常向我提出不可多得建议和批评。公平地说，这部自选集也包含了她的一份贡献。

1995年9月于北京万寿寺寓所

目 录

自序.....	(1)
英国普通法中的罗马法因素.....	(1)
“法”辨.....	(23)
中国法的过去、现在与未来:一个文化的检讨.....	(46)
法律实证主义在中国.....	(69)
法律的文化解释.....	(101)
清代的习惯法与国家法.....	(156)
论清代的习惯与习惯法.....	(172)
泛论国家的经济职能.....	(192)
关于“进步”观念的几点思考.....	(205)
寻求建立中国的法律学.....	(213)
规范化与本土化:当代中国社会科学发 展面临的双重挑战	(217)
市场·国家·公共领域.....	(226)
《新波斯人信札》致读者的信.....	(234)
《法律与宗教》译者序.....	(236)
《寻求自然秩序中的和谐》导言.....	(246)

写在《寻求自然秩序中的和谐》书后·····	(251)
《寻求自然秩序中的和谐》再版前言·····	(256)
《法辨》自序·····	(266)
《法辨》后记·····	(270)
《法意与人情》自序·····	(273)
法学盛衰说·····	(275)
《法律的文化解释》代序·····	(279)
“宪政译丛”总序·····	(285)
主要著述一览表·····	(287)

CONTENTS

Preface	(1)
Roman Law Elements in English Common Law	(1)
Explicating ‘Law’ (Fa)	(23)
The Past, Present and Future of Chinese law:	
A Cultural Perspective	(46)
Legal Positivism in China	(69)
Cultural Interpretation of Law	(101)
Customary Law and State Law in Qing Dynasty	(156)
On The Custom and Customary Law in Qing Dynasty	(172)
On the Economic Functions of the State	(192)
Reflections on the Idea of “Progress”	(205)
In Quest of a Chinese Legal Science	(213)
Normalization and Indigenusness: The Double Challenge	
Confronting Contemporary Chinese Social Sciences	(217)
Market, State, and Public Sphere	(226)
<i>New Letters of Persians</i>	
To the Readers	(234)
<i>The Interaction of Law and Religion</i>	

Preface to Chinese Edition	(236)
<i>Searching for Harmony in the Natural Order</i>	
Introduction	(246)
More About <i>Searching for Harmony in the Natural Order</i> ...	(251)
Preface to second Edition	(256)
<i>Explicating Law</i>	
Preface	(266)
Postscript	(270)
<i>The Spirit of Law and Human Sentiments</i>	
Preface	(273)
On the Rise and Fall of Legal Science	(275)
<i>Cultural Interpretation of Law</i>	
Preface	(279)
<i>Constitutionalism Translation Series</i>	
General Preface	(285)
Catalogue of Main Works	(287)

英国普通法中的罗马法因素

一

由于各种各样的原因,罗马法与英国法的关系成为英国法律史上最难解的问题之一。传统的英国法理论认为,英国普通法是一个独立发展的制度,不曾受任何外来影响。

的确,与欧洲大陆国家相比,英国法律的发展独树一帜,但这并不是说,它完全离开了欧洲历史上罗马法传播的主流。实际上,罗马法对英国普通法的影响是多方面的。只是,这种影响的方式、时机、程度和性质,与欧洲大陆国家的情况迥然有别。本文的目的,正是要通过对有关历史的综合考察和对普通法制度的具体分析,尽可能深入、系统地研究这一问题。

二

大陆法系和英美法系的划分,隐含着历史渊源上的不同。一般认为,前者是在全盘继承罗马法学的基础上发展起来的。后者,特别是其

核心的英国普通法,则是在此之外独立发展形成的。大陆法系又称罗马法系,即可为证。

这种划分虽有一定的历史根据,其简单化倾向也是显而易见的。从世界史和文化史的角度来看,英国与其他欧洲国家同属一个文化体,有着共同的精神纽带,经历了相同的社会发展阶段,受到过同样的文化运动的洗礼。这一事实对欧洲诸民族法律的发展,必定产生深远的影响。

11世纪,以意大利为中心,欧洲出现了复兴罗马法的热潮。一时间,意大利吸引了欧洲各国的学者和有志青年。他们负笈千里,来到意大利,接受罗马法的训练。在当时,通过在书边空白处详加注释的方法研究罗马法成为一种专门的学问,掌握了这种方法的人则被称作注释法学者。这场运动的起因,据说是由于在亚马菲地方偶尔发现了查士丁尼《学说汇纂》的抄本。这个神奇的故事现在已经很少有人相信了。因为,与其说仅仅由于这本书的偶然发现,历史便表现出空前的热情,不如说正是历史的召唤使这部久已湮没无闻的著作重见天日。

9世纪以后,经历了几百年战乱的欧洲正在悄悄地复苏。社会生活趋于稳定,许多地方都出现了定期集市,一批中世纪的城市在罗马残破城市的基础上发展起来,特别是像热那亚、威尼斯这样一些港口城市,由于有地中海得天独厚的地理条件,迅速发展成为东西方贸易的枢纽。各地商贾云集于此,他们之间的纠纷渐渐由城市特别法院按商业惯例解决。半是由于历史传统,半是由于商业活动的性质,罗马帝国时期流行于地中海沿岸的商事法律首先在这里复活了。这些惯例和规则成为中世纪的“国际法”,传布甚广,影响极大,成为后来包括英国在内的欧洲各国海商法最重要的渊源之一。这样,到了11世纪,欧洲已经挣脱出“黑暗时代”,开始举步向前了。一切都在恢复,到处都需要秩序,需要干练的行政官员和法律实业者。当时的意大利罗马法学校向社会提供的,正是这种人才。

罗马法的第二次复兴起源于德意志诸国,发生在1400~1700年之间,史称“罗马法的继受”(Reception)。它同后期文艺复兴和宗教改革

运动遥相呼应,成为一个更为广泛的运动的一部分。^①从意大利学成归来的罗马法学者,先在大学,继而在帝国最高法院获得立足点,并着手取代各地粗野无知的贵族审判员,扫荡最多只是部分罗马化的中世纪习惯法。^②这一运动对在欧洲大陆进一步确立罗马法的地位,有直接的作用,对于19世纪席卷全欧的法典编纂运动,有着深远的影响。

虽然,古代文明辉煌的大厦早已崩颓,它却留下许多有用、甚至是精致的材料,后人就用这些材料建造了更巍峨、更宏伟的建筑。这就是历史,这就是文明的发展史。当中世纪的欧洲摆脱了普遍的无政府状态,当它的商业经历了复苏而日益高涨,当它的社会生活愈来愈复杂,因而感到需要更为精巧的调节手段时,它“发现”了罗马法。适应发达的简单商品生产的古代罗马法,比之中世纪分散、保守的地方习惯法,具有经济上、文化上无可比拟的优越性。“在罗马法中,凡是中世纪后期的市民阶级还在不自觉地追求的东西,都已经有了现成的了。”^③正是在这种广阔的历史背景下,罗马法在欧洲的复兴就成为不可避免的了。身为欧洲大家庭一分子的英格兰也无法躲避这洪流的冲击。

1066年,诺曼底公爵威廉入主英格兰,是为威廉一世。在英国法律史上,这一事件具有划时代的意义。诺曼人不仅带去了法语和决斗裁判法,还带去了一批精通罗马法和教会法的高级僧侣。通过他们的活动,英格兰接触到了当时欧洲文化的主流。从此,“英国离开了北欧并跻身于法国文化和地中海文化之列”^④。这一事件决定了英国法的整个前途。

“诺曼征服”最直接最重大的结果,是建立了一个强有力的国王政府,这在当时的欧洲是独一无二的。

1086年,威廉一世颁布了《全国土地调查清册》,这不仅显示了中央政府的强大有力,同时也表明了它欲施行划一统治的决心。这样的政

① D. M. Walker 把这场运动局限于德意志诸国,Plucknett 则认为,这是欧洲各国接受古典罗马法,取代只是部分罗马化了的的中世纪习惯法的广泛运动。见 Plucknett, *A Concise History of the Common Law*. p. 43. (N. Y. 1929) 本文倾向于后一种意见。此外,这场运动在较小程度上也是教会法的复兴。在德意志,继受罗马法与教会法的复兴互为表里。

② 详见戴东雄:《中世纪意大利法学和德国的继受罗马法》,载《固有法制与现代法学》,台湾成文出版有限公司1978年版。

③ 《马克思恩格斯全集》第21卷,人民出版社1965年版,第454页。

④ 《世界史便览》三联书店1983年版,第231~232页。

府,有力量、也必定要实行统一的法制。更何况,王室立法的传统自公元9世纪的艾尔弗雷德之后风行不辍,威廉一世自命为盎格鲁—撒克逊人最后一位国君忏悔者爱德华的继承人,也是为了承袭这一传统。此外,就自然条件而言,英格兰境内地势平坦,河流狭窄,界限确定,也宜于适用统一的法律。尽管如此,英格兰统一法制的形成还是经历了大约两百年的时间。

诺曼人开国之初,居优势的是各地方习惯法,但是,较之欧洲大陆的情形,它又有自己的特点。首先,英格兰没有大量幸存下来的罗马后裔不列颠居民,所以,既不曾产生“西歌特人的罗马法”一类的“摘要”,也不曾形成杂糅了许多罗马法因素的地方习惯法,这样,在当地居民的意识里,罗马法便成为外国的制度。在特定的历史条件下,这种意识可能成为吸收罗马法的严重阻碍。其次,与各种地方习惯法并行的,还有国王法院适用的法律,这种法律虽然也吸收了某些地方习惯的因素,但它本身不是任何一种地方习惯法,它的效力高于地方习惯法,它的发展逐渐取代了地方习惯法。这个过程可以简述如下:国王定期或不定期地派出巡回法官,到各郡处理行政、司法方面的问题。王室法院除对一部分案件(主要是同王室利益有较直接关系者)有排他性管辖权外,还可以根据当事人的选择对其他案件行使管辖权。由于国王法院适用的证据规则更为合理,对判决的执行也更迅速有力,它很快就压倒了地方法院。^①考虑到国王政府强大的政治、经济力量,王室法院适用的法律注定要成为通行全国的普通法。当然,王室法院适用的法律也是逐步形成的。最初,受害人向国王请求救济(这是一项古老的日耳曼权利),根据他的申请,国王(通过大法官厅)颁布一纸令状(“诉讼开始令”),上面载明诉讼事由及当事人姓名等事项,责令所在地郡守协助传唤被告,到王室法院受审。开始,令状没有固定的格式,因人因事而异,后来,随着令状的增多,逐渐形成了一些固定格式。诉讼当事人必须根据自己的案情选择合适的令状,如果选择有误,就会败诉。日后蔚为大观的英国普通法,正是循着这一途径发展起来的。

^① 参阅 R. C. van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*. Cambridge University. pp. 33~34. 1974.

综观 11~13 世纪英格兰法律的发展,有两点特别值得注意。其一,当整个欧洲还为地方习惯法所支配的时候,英格兰的君主已经建立了统一的中央集权式的司法组织,并着手适用通行全国的划一法律。其二,英国普通法的形成是经验式的,从令状到令状,由案件的逐个积累而成,并非由某种单一的理论或抽象的前提演绎出来。前者决定了当时英格兰适用统一法律的迫切性和鲜明的实践性,后者则确定了最早的法官集立法者、法官和法学家于一身的特点,也决定了英国式法律教育的经验特点。

那么,在英国普通法草创的过程中,是否存在罗马法的影响?如果有,是否具有独特的性质呢?

如上所述,11 世纪时,席卷欧洲大陆的罗马法复兴正如火如荼,方兴未艾。11 世纪的诺曼人大举入侵也把这股罗马风带到了英格兰。当年随同威廉进入英格兰的,有一位大陆罗马法复兴的先锋人物 Lonfranc,他曾以僧侣身份为诺曼人入侵赢得教皇的支持,后出任坎特伯雷大主教,极受威廉一世的信任。他的一个后继者 Theobold,也很重视罗马法的研究,曾经邀请当时的意大利罗马法学者 Vacarius 到牛津大学讲授罗马法,在英国法律史上,这是在大学里研究、讲授罗马法的开始。实际上,爱德华一世以前的历代国王身边都有这样一些高级僧侣。他们是国务活动家,是学术活动(包括罗马法研究)的庇护人,还是知识渊博的学者和王室法院的法官。他们的活动在很大程度上维系着英格兰法学与欧洲文化主流的联系。通过他们,查士丁尼的罗马法和意大利注释法学派的研究成果才被介绍到英格兰,从而影响了英国法律的产生和发展。

现在,我们要弄清楚,那些汲汲于构筑自己的法律大厦的英格兰法学家们,究竟依靠什么来完成他们那巨大的工程呢?固然,他们熔铸了某些英格兰的地方习惯,使之成为统一的整体,但是,冶炼的催化剂从何而来呢?他们会毫不顾惜地把古代文明坚固的材料置诸一旁吗?当然不会。实际上,在英格兰最早的法律文献里,罗马法概念、方法、格言比比皆是。正如一位学者所说:“某些共同的趋向是可以觉察的。用科学方法研究的风气在波伦亚复活之后的大约一世纪后,到处都感到有必要为各种司法体系提供一种既明晰而更有有机性的结构。……总