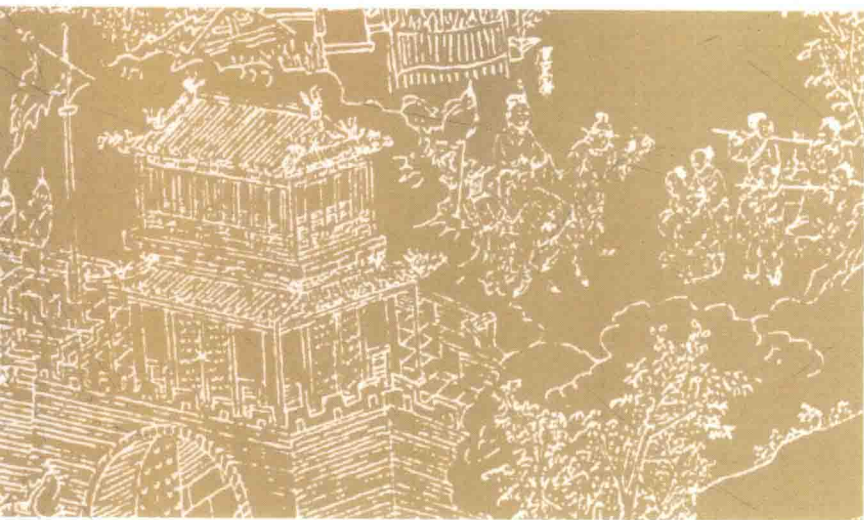


Legal Culture Forum

法律文化

论丛

主办：沈阳师范大学
承办：沈阳师范大学法律文化研究中心



第 1 辑
2013年6月

理论与实践：宋代法官是如何审理田宅诉讼的 陈景良

用法恒得法外意 霍存福

法的现代化与法律意识 金星

湖南省汝城县沙洲瑶族村朱氏文书 冯学伟 搜集、整理

以唐为中心看东亚法律 [日]仁井田陞 著,郑奉日 译

法律出版社
LAW PRESS · CHINA

Legal Culture Forum

法律文化

第 1 辑
2013年6月



主办：沈阳师范大学
承办：沈阳师范大学法律文化研究中心



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律文化论丛(第1辑)/霍存福主编. —北京:
法律出版社, 2013. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5543 - 5

I. ①法… II. ①霍… III. ①法律—文化—文集
IV. ①D909 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 248107 号

法律文化论丛(第1辑)

主办: 沈阳师范大学

承办: 沈阳师范大学法律文化研究中心

编辑统筹 政务出版分社

策划编辑 齐梓伊

责任编辑 齐梓伊

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制 吕亚莉

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印张 13.5

字数 280 千

版本 2013 年 6 月第 1 版

印次 2013 年 6 月第 1 次印刷

法律出版社(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司(100073 北京市丰台区莲花池西里 7 号)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 5543 - 5

定价: 38.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《法律文化论丛》编委会

主 任:郝德永

副主任:霍存福 贾海洋

委 员(按拼音顺序排列):

包玉秋 崔 红 郭洪渊 单晓华

吴 钧 杨玉凯 张乃翼

《法律文化论丛》编辑部

主 编:霍存福

编 辑(按拼音顺序排列):

冯学伟 金 星 佟金玲

武航宇 夏婷婷 张田田

前言

《法律文化论丛》面世了。

《法律文化论丛》是中型、专业性论文集,由沈阳师范大学主办、法律文化研究中心承办,法律出版社出版。

本论丛每年两辑,夏六月、冬十二月各出一辑。第1辑于2013年6月出版。

本论丛收录法律文化研究成果。凡有关法律方面的物质文化、精神文化研究作品皆在收载范围内,尤以精神文化中的制度文化、观念文化为主。鉴于我国目前已建成具有中国特色的社会主义法律体系,故在一定时期内,有关法律的观念文化方面的研究成果将是本论丛采稿的重点,但有关制度建构的研究成果也将酌情收载。

本论丛汇集所有研究古今中外法律文化的成果,并倡导今古相参、中西互证。

本论丛秉承视角新、话题新、观点新的编选宗旨,力争为读者提供最新科研成果。

本论丛不限研究成果篇幅长短,不限题材,不限写法。凡论文、评论、演讲词、调查报告、案例(事例)分析、随笔、札记、游记、访谈、外文翻译作品等,只要其内容是法律文化、且符合前述标准的,皆可入选。

本论丛倡导法律文化研究在广度上的推进,鼓励法律文化研究在原理层面、沿革传承、比较研究以及在部门法领域的深入,分别概括为“向上走”、“平行走”、“向下走”几个方向,包括:

法律文化学原理

中国传统法文化

中外法文化比较

主要部门法文化

同时,为深入文化研究,本论丛鼓励对与文化相关联的事项如伦理、逻辑、语言等,进行关系性探讨;此外,法律文化不只体现在法律条文中,有些故事可能是探讨文化的唯一素材;甚至,法律与文化的关系,也是值得探讨的,如此等等。基于此,并考虑分类准确及对作者撰写、读者阅读的引导性,本论丛栏目设置相对灵活,一级栏目与二三级栏目并行,主要栏目设置如下:

法律文化学

概念、范畴、体系

要素、结构、类型、模式、变迁等

传统法文化

情理法、法律制度、法律观念等

比较法文化

中西法文化比较

中外法文化比较

部门法文化

刑法文化

民法文化

契约文化

行政法文化

执法文化

司法文化

诉讼文化

审判文化

法官文化

法律与逻辑

法律与语言

法言寻踪

语素与法律

法律与文化

法律与故事

故事里的法律

品读堂

经典评读

学术批评

法律史料

书契积腋

法律博物馆

法律史独家资料

我家物件

学术通信

译林

学术论文翻译

研究经历翻译

欢迎海内外专家、学者赐稿。

投稿方式主要为电子版,邮箱为 flwhlc@163.com.

纸质稿件投送地址为:辽宁省沈阳市黄河北大街253号,沈阳师范大学法律文化研究中心《法律文化论丛》编辑部,冯学伟(收);邮编:110034

沈阳师范大学法律文化研究中心

《法律文化论丛》编辑部

二〇一三年六月

目 录

前 言	I
讲 演 录	本辑特稿
理论与实践:宋代法官是如何审理田宅诉讼的 ——2010年11月在中南财经政法大学 “学术前沿”上的演讲	陈景良/ 1
司法文化·执法文化	
“用法恒得法外意” ——魏晋玄学所追求的司法、执法境界	霍存福/ 15
论司法仪式的符号结构和象征意义	佟金玲/ 47
比较法文化	
古中国与古罗马动产买卖制度与理念的比较研究	武航宇/ 61
立法技术	
《大清律例》条文标题的功能考察	张田田/ 80
法言寻踪	
牵牛以蹊人之田,而夺之牛 ——“蹊田夺牛”所反映的损害赔偿限度概念	贾海洋/ 105
品 读 堂	
法的现代化与法律意识 ——评川岛武宜的《日本人的法意识》	金星/ 108
学术通信	
王宏治致霍存福 ——关于“官作鞭刑”	王宏治/ 118
书契积腋	
冯藏法律文书(一)	
湖南省汝城县沙洲瑶族村朱氏文书	冯学伟(搜集、整理)/ 120

法律博物馆

我家物件

外公外婆的婚事记录 夏婷婷/ 168

译 林

以唐为中心看东亚法律 [日]仁井田陞著 郑奉日译/ 174

投稿体例 209

法律文化研究重镇巡礼

沈阳师范大学法律文化研究中心 / 211

[本辑执行编辑:冯学伟 张田田]

· 讲演录 ·

本辑特稿

编者按:本文为2010年11月陈景良教授在中南财经政法大学为硕士生、博士生“学术前沿”所作的演讲。录音稿经过演讲者通校。为保持原貌,我们此次只校正了个别字句,并在必要之处增加了注释,其余一如其旧,仍保留讲座的口语风格,及现场互动情形。文字虽是口语化的,内容却是陈景良教授研究宋代司法传统的多年体悟及对学问的独到感受。

理论与实践:宋代法官是如何审理田宅诉讼的

——2010年11月在中南财经政法大学“学术前沿”上的演讲

陈景良*

目 次

前言

一、宋代司法理念

二、宋代法官审理田宅诉讼的实践

三、宋代法官审理田宅诉讼的程序及原则

结论

前 言

四年前,我曾经给《律师文摘》写过一篇卷首语。在那上面,我就说“人过五十,身居闹市,昼读古籍之书,夜与宋人梦语。宋代的讼学、讼师、法官、法理、司法是我关注的课题,而现在的律师、司法制度改革反倒使我陌生起来。”同学们一定要问我为什么会对宋代的法制、司法传统情有独钟呢?下面我就来谈谈这个问题。

我今天讲的是三个问题,今天这个讲座应该说是我的宋代司法传统专题研究之一。我曾经给我的系列讲座起了一个名字:“传统悠悠入梦来——宋代司法传统在现代中国的命运”。张晋藩教授是我的导师,上个月中国政法大学刚刚为张先生举行了执教六十周年暨张晋藩教授八十华诞庆典,其中有我写的一篇文章就叫“传统悠悠入梦

* 作者简介:陈景良,中南财经政法大学教授、博士生导师。

来”，讲中国传统法律的价值及其现代意义，在文章的结尾，我写了一首打油小诗，实际也是写我个人心路历程的，今读来供大家饭后之余一笑耳，叫作“心门实为史学开，传统现实两徘徊。问君何得书中醉，传统悠悠入梦来。”

今天上午，我要讲的题目是“宋代法官是如何审理田宅诉讼的”，其实是讲三个问题。一是宋代司法理念，二是宋代法官审理田宅诉讼的实践，三是宋代法官审理田宅诉讼的程序及原则。这三个内容，同学们不必一一记住。学术讲座试图给人两个东西：一是知识，二是启迪。至于历史的具体知识，记住更好，记不住也罢。因为历史上的知识有很多，记得越多，了解得越多，一个人的知识系统就越丰富，但是并非所有的历史知识都会给你带来现实的社会效益。所以有的历史知识，像宋代田宅诉讼中的“干照”、“断由”都是特有的名词，知道也好，不知道也不影响你的生活，因为它离我们已经太遥远了。

在讲三个问题之前，我要说明一下我为什么对宋代情有独钟？过去有人说：人没有无缘无故的爱，也没有无缘无故的恨。为什么爱宋代如此深情？许多人不感到诧异吗？其实我告诉你有三个因素。大家看我写的这个（指板书）：“曾慕临川，遍睹史籍抒己见；近追先生（恭三），不逐流俗法新意。”临川是宋朝的王安石，王临川；这个先生指的是邓广铭，邓先生是宋史研究学会的会长，字恭三，但我不是他的学生。邓先生的学生很了不得，我这一生也没有在邓先生门下读书，只能说是私淑弟子。或者说，比较羡慕先生的为人，治学的品格，他对我研究宋代影响很大。“不逐流俗法新意”这是一个很高的境界，其实要做到，是不容易的，现在也没有做到。为什么呢，一是抒己见，二是法新意，这两点作为学人都是不容易完成的。独抒己见，表法外之意，不逐流俗，这是当年的章学诚为自己的学术立的一个目标。章学诚是清朝乾隆时期的大学问家。他讲的治学的一个境界。这个境界我们只是向往而已。一个人要有自己的志向和兴趣，学术是讲究个性的。范老师讲信访，我来讲就不会讲信访。信访不是我研究的对象。我生活在现实之中，问题意识是现实的，学术研究却是专业的。当然我绝不是说范老师讲信访就不好，他讲信访讲的生动、深刻，也倾倒你们诸位学子。但是它离我的学术专业很远。

邓广铭先生治宋学，研究宋代各个领域，产生了极大的影响。邓先生是山东临沂人，出生于1907年，卒于1998年，他是一个长寿的学者。为什么说邓先生影响很大，邓先生讲他一生有三个人对他影响最大。一是胡适，二是陈寅恪，三是傅斯年。傅斯年后来台湾当台湾大学校长。台湾地区的学者对他非常尊重，他是山东聊城人。作为史学家，他有一句名言，叫作“上穷碧落下黄泉，动手动脚找东西”。这是傅斯年先生讲的，实际上他是继承的兰克的史科学派，强调史料对于史学的重要性。历史文献是治史的基础。

关于邓先生，我可以给大家讲三个小事。一个是周作人当年曾到山东邓先生读书的高中去演讲，他后来回忆说他自己的演讲漫无头绪，也没作准备，完全是信手拈来，想到哪说哪，就像我的开头一样。但是下面有一个青年学子等他讲完之后说：周先生，这是你的演讲，我已经把它整理完毕。周作人看了看这个整理，他觉得这个学生的整理把

他的思路整理得异常明白,而且文章非常简约而又优美。周作人的讲演稿发表之后,就把稿费送给了这个青年学生。这个青年学生就是后来报考北京大学的邓广铭老师。周作人的名气很大,在邓先生到北大读书之后,适逢胡适做校长,他就做了胡适的助手。邓先生在三十多岁的时候写了《〈宋史·职官志〉考证》,还写了《〈宋史·刑法志〉补正》。大家知道,二十四史有一个题材叫“志”,写“志”是最难的。所谓“志”都是讲一个朝代制度的沿革,讲制度的沿革要追本溯源,要讲它的流变。没有几百年的历史眼光是做不了“志”的。所以中国古代有一个史学家说,一般的史家都可以写“本纪”、写人物“传”记,唯有写“志”最难。做“志”非通儒所不能为者。二十四史有《刑法志》、《食货志》,讲制度的沿革。邓先生能够写《〈职官志〉考证》、《〈刑法志〉补正》,去补宋史《职官志》、《刑法志》的缺陷,32岁啊,同学们有没有这个能耐呀?一般来说,你不要说去补,你连看懂都看不懂,更不知道它错在哪儿,从何而补啊?所以,陈寅恪看了他的书之后,对他大加赞赏,说诸史之中,《宋史》最繁,二十五史包括《清史稿》,《宋史》最为繁杂,《宋史》简装本排在书架上是二十四史中最为庞大的一部。而《宋史》又错乱讹误甚多,一般的人读且烦,更不要说为其补齐罅漏,他说这个年轻人钩稽之广,思维之密,殆无过矣。说以后新宋学之建立,必从邓氏始。要从邓氏开始,你看陈寅恪那时期也是大牌教授,竟对邓如此期许。

邓先生所处的时代是在抗日战争时期,他1907年出生,三十来岁正是日本侵华之时,面对的是山河破碎与亡国灭种指日可待的国运,对此邓先生该如何想?我们说,一个人研究的视角与人的秉性和他所处的时代以及周围对他的影响密切相关。所以,邓先生他就对辛稼轩也就是辛弃疾发生了浓厚的兴趣。为什么?因为大家读辛弃疾的词都知道他是豪放派词人,是主张抗金的,所以邓先生就对辛弃疾非常感兴趣,写《辛稼轩年谱笺释》。(板书)一般的学者,尤其是治学不深的人是做不了这种学问的。研究词学,研究古代词学,我们国家最厉害的一个学者叫夏承焘,是杭州大学的,他早在民国时期,20世纪30年代就是一个著名的教授,大牌教授。邓先生在三几年到西南联合大学去读书,经河内、昆明到达杭州,向夏承焘求教。夏承焘看了他写的《辛稼轩年谱笺释》之后,大为感叹,说见此青年之后,老夫再也不做辛稼轩的研究了。这更是一个了不得的期许。因为当时邓先生才32岁。这样一个32岁的青年屡屡受到这些大家的期许赞扬和提携,这就说明邓先生天资聪颖,对史学情有独钟。邓先生治学严谨,大体有二程之中小程之气象。知道二程吧?程颢、程颐那可是我们河南人啊!(笑声)洛阳二程,二程治学是什么气象啊,黄宗羲对二程曾经有个评价,说大程德性宽宏,规模广阔,有光风霁月之怀,胸怀非常宽阔,为人慈祥,对学生非常关爱。那种关爱是非常慈祥的关爱,就像张伟仁老师,非常谦逊。小程就不一样,小程气质刚方,学理密察,有孤峰峭壁之体,二人造德各殊,而为道一也。在对学生培养的德性上,一个严厉,一个慈祥,但是他们都对追求学问做出了重大的贡献,当然二程的学问是很大的了。我研究宋代,曾经到郟县,敬仰苏轼之文字,曾于三苏坟前吊东坡;而慕二程学问之气象,我去过嵩阳书院追二程。我陪张晋藩老师去过嵩阳书院两次,后来我自己也去过。嵩阳书院是二程讲学的地方。邓先生就有点像二程中的小程。

邓先生在1998年去世之后,学界写了一副挽联,“国学失导师,学子南北哭先生;直道挺儒林,矫俗惟凭孤剑勇。”邓先生临终时自己说:一生不愿意追逐世俗,写文章治学老想独发新意。当然邓先生史料功夫十分了得,写考证、笺释出身,他自己说,我一辈子都在与别人论战,与年轻人论战,与老一辈论战,与我同时代的人论战,文章可能有错,但都是发自己见。这可不得了,所以邓先生写的文章用的题目都是我们现在不敢用的。譬如说,《南宋陈亮叶适是功利主义学派的确解》,你敢不敢用,是不敢用的啊。我们一般地说,都是什么什么的浅说,或者是说略,或者说是试论,或者是论稿,他这叫“确解”,七八十岁时写的文章。的确的解释,正确的解释,确实的解释,叫“确解”。北大有一个张岱年老师的博士叫陈来,在邓先生去世三年之后,写了一篇文章,叫作《醉心于北京大学的史学家邓广铭》(《读书》),这上面也有,大家有兴趣可以去看。这是一个影响。

第二是对于宋代士大夫群体精神的关注,以及我读史书对宋代文化的了解,使我对于宋朝比较感兴趣。说到宋代,大家都了解,就是北宋和南宋。一个大体的时空观念是,北宋有多大的国土面积呀?北面是山西代县、雁门关一带,西到延安西边,现在的三边,再过去就属于西夏了。西南到云南,北宋的国土面积是280多万平方公里,是大还是小?在中国历史上她不是汉唐之盛象。中国自古就是大一统的国家,和欧洲一些国家相比,280万很大,超英赶德。南宋170多万平方公里,北宋时人口,徽宗时最多达到一亿多人口。但是宋代有一个重要的气象,文化发展被史学家和学界称为顶峰时期。陈寅恪说:中国文化造极于赵宋之时,大家一般了解到的唐诗宋词,还有唐宋八大家,唐宋八大家有六大家在宋朝,谁不知道三苏、欧阳修、王安石、曾巩这些人呢?影响太厉害了。欧阳修一代文豪,苏轼那支笔是你读到博士后也比不了的。(笑声)苏轼一生没有不可以表达的东西,什么东西到苏轼手下,表达得淋漓尽致,这是一个了不得的大才子,苏东坡。人民大会堂挂古人的条幅,一人能挂三幅的,中国历史上唯苏轼一人也。现在的文赤壁、武赤壁,文赤壁实际上看的就是苏轼的词,“大江东去浪淘尽”这些词。因此钱钟书老师曾经说,少年意气风发,你们读硕士的都是青少年,二十几岁的青年意气风发,遂学唐诗,及至暮年,才染宋调,宋代的文化被称作哲学的老人,它的运思之缜密,包括程朱理学,影响之深远,在中国文化上独树一帜。

士大夫群体又具有一个特有的胸怀,我让学生做的PPT收集了一些人物的头像,北宋著名的士大夫群体像范仲淹、欧阳修、王安石、苏轼都是大家耳熟能详的,他们有个什么样共同的精神呢?日本学者做了一个概括,说宋代士大夫的主流意识是“先天下之忧而忧,后天下之乐而乐”,最重要的意识是天下担当的意识。宋代士大夫群体的主流价值观念就是“以天下为己任”的一种社会担当意识,是最了不起的。日本学者、中国学者很多人专门去探讨这个问题。我在博士期间写的论文就是士大夫与宋代司法传统,专门考察士大夫这样一个群体,这个群体对我的影响也是比较深的。

再一个我们再来看近代的大学者、政治家严复怎么评价宋代的。严复又叫严几道,严又陵,他说中国社会现代的这种现象十有八九是来自宋朝:“古人好读前四史,亦以其文字耳!若研究人心政俗之变,则赵宋一代历史最宜究心。”古人好读《史记》、前《汉

书》、《后汉书》、陈寿的《三国志》，是因为它们文字优美；若论中国政治、社会变革之影响，他认为十有八九来自赵宋之时。再来看大家都比较熟悉的一个学者，前些年非常风靡一时，就是美籍华人学者黄仁宇，有一本书，搞刑事訴訟法的、民法的，但凡读点书想在学术上有点新意的人，都会说，读读《万历十五年》吧。黄仁宇先生说，中国的朝代每个各有不同，而以赵宋最为显著，赵宋为最甚，它的时代特征最为明显。还有葛兆光老师，大家知道葛兆光教授吗？他的《中国思想史》，他说中国现实生活中的思想、道德、伦理、风俗不是汉朝的，不是唐朝的，多数是宋代遗留下来的。再就是余英时先生，他在《朱熹的历史世界》这部名著中说，宋代士大夫的主体自觉意识，既表现在文化上，也表现在政治上，是汉唐及明清的士人所不及的，这都是学界对宋朝的评价。

所以当我考虑到这些的时候，实际上这是学术上的分析；真正来自社会生活中的感悟，实际上我个人研究的兴趣，就在于说，我研究生毕业之后就一直在河南大学，而河南大学就坐落在七朝古都开封，她现在是一个没落又试图新兴的城市。在北宋的历史上，她是世界上的大都市，可以比肩现在的纽约和东京。因为它那个时候有120万人，中间有汴河、惠济河各种河流纵横，尤其是张择端的《清明上河图》，大家比较熟悉。这次去参观世博会中国馆，就见展出《清明上河图》，现代化让上面人物动起来了。

我毕业之后因为到了河南大学，我的导师就说，你到底以研究什么为重点呢？我硕士毕业论文写的是元朝的，为什么写元朝？因为《元史》在二十四史中除《三国志》外，它是篇幅最小的，先挑容易的下手。但是《元史》容易吗？不容易，我写的《元朝民事诉讼及民事法规探微》，其实我一涉及才知道，元史研究是个世界性的学问。后来想考元史的博士，南京大学韩儒林老师是元史学会会长，他回了一封信很认真，说欲考元史博士，研究元史之学问，必在语言上有所突破，至少要懂四到五门外国文字。我一想我们本身先天外语基础就有问题，我和范老师这些五几年出生的人，外语在当时是比较糟糕的，考大学外语是参考分，到大学开始学ABCD，光一个英语就够我费劲的了，哪有时间读波斯语、俄罗斯语，还有藏语、蒙古语，我就此却步。在元朝（研究中），我就发表了两篇文章，一是1988年的叫《英宗新政与〈大元通制〉》，发表在《江海学刊》上，这是我第一篇文章发表，当时高兴得喝了两场酒。（笑声）第二篇就是《元朝民事诉讼及民事法规探微》，发表在2000年的《法律史论集》上，是我的硕士论文，中间很多观点早已经被学界所采纳。中国古代民事诉讼独立成篇，我们这边姚莉研究刑事诉讼，还有民诉的学者都说中国民事诉讼独立成篇在元朝，我说这是我硕士论文中提出的观点，其中一个章节考订元朝民事诉讼独立成篇的时间，后来就没有再研究元朝，转入宋代。

同学们可以看到，我的感受是一个人的兴趣是和自己的禀赋、社会现实的关注乃至其他因缘际会密切相连。正因如此，我才进入宋代，研究宋代法律史。

研究宋代法律史，有哪些研究的视角、体会和自己的一些感受呢？我最早写的一篇文章是1989年发表在《史学月刊》上的《两宋法制历史地位新论》，后来这篇文章被宋史学界汪圣铎老师在《中国历史学年鉴》上最早加以引用；2001年包伟民主编《宋史研究百年》，其中《宋代法律制度》是戴建国老师写的，他把这篇文章收录进去了。后来在20世纪90年代初，我写了《宋代海外贸易立法叙略》、《宋代吸引外商的法律措施》等文

章,后来就转向宋代的司法传统,士大夫和宋代司法传统之间的关系。

就做学问而言,邓先生一生最佩服的就是章学诚的一句话,我昨天上课也对学生讲:章学诚认为治学问两种途径,独断者多高明之见,沉潜者尚考索之功,邓先生对章学诚的推崇主要在章学诚治学的心胸和志向,心胸和志向其实就是我写的这句话“独抒己见,表法外之意”就是他从不从流俗。要做到这一点是不容易的,人治学当有这种志向。我研究宋代,在博士期间主要是把士大夫作为一个共同的群体,对士大夫进行研究来切入宋代的司法传统和宋代的法律文化,其实这这也是一个大的题目。

做硕士论文和博士论文有所不同,硕士论文应当是“小题大做”,博士论文题目可以稍稍大一些,用副标题来限制它。同学们会问“小题大做”是什么意思啊?“小题”就是自己的选题在三年硕士期间以及自己专业领域范围内,能够操作它,能够驾驭这个材料,“小题”就是操作手段和可驾驭,你不能动不动就写中国传统法律文化、中国司法传统,这样的大东西你不知道从何下手。所谓“大做”,就是这个小题能够和大理论密切相连,从一个小的方面作为切入点,从宋代司法传统中的一个讼师、讼学或者宋代司法传统中的人,人有很多种类,士大夫是个群体,还有另外一个群体胥吏,还有茶食人、幹人,这些人又是一个群体,他们都是社会生活的下层,譬如说你写宋代司法活动中的茶食人、幹人与宋代司法,你就要收集茶食人、幹人的材料,这是一个小的选题,你可以小处着手。

我一直要做的就是茶食人与幹人,他们之间的关系,与司法制度的关系,与司法传统的关系,从这两类人中来找材料,这个肯定是个有新意的选题。史学界对这个东西没有研究,但是它有难度,是个小课题,以小见大,从这个出发可以分析宋代司法的传统,宋代司法传统特征、精神。那么这个问题就大了。司法传统是个大的问题,怎么看待它更是大的理论问题,怎么评价它又和我们现实眼光密切相连。我想这可以叫作以小见大,小者可操作,是选择的角度,可操作的视角;大者通过小彰显其大理论、大的价值判断,和我们现实生活密切相关,引起我们的反思。人不都是想出名。有的人说,一辈子治学读书,写了很多东西不为人所知,不出名;有的人写了一篇文章就出名了。那就是与你选题和这种大理论是否挂上钩密切相关。

一、宋代司法理念

我们下面来看,宋代的法官是怎样审理田宅诉讼案件的,这个内容,实际上不是很重要。我给大家说这样的选题,重要的是,这样的选题潜藏意思是什么,其实就是问题意识。你写个东西,作一篇论文,或者一个演讲,必然有一个问题意识,我的问题意识是有三个东西潜在在里面。第一个,宋代的法官是怎样判案子,是否如学界人们所说的是属于卡迪式司法。这个诉讼法学界、法律史学界,如贺卫方、高鸿钧等教授在清华大学组织过学术研讨会,我也做过主持人,张伟仁老师也参加过。贺卫方、高鸿钧等都持有这样的观点,都认为中国古代的法官翻手为云、覆手为雨,是卡迪式司法审判,想怎么判就怎么判,简直是个大坏蛋。到现在外法史的学者还持这种观点。第二个,到底宋代司法判决有没有一定客观性与确定性。第三个,就是当我们研究这些问题的时候,通过鲜活的历史事实和具体历史文献材料来彰显中国古代的田宅、婚姻、财产诉讼在社会生活

中的地位,从而思考中国古代有没有所谓的民事审判?是否有民法?民法的标准到底怎么定?这就告诉我们:宋代的民法何以成为可能?我们是往这里追问的。这是个潜在的东西,这个论证试图去说明这个东西,这个论证处于探索之中,这里面隐含着问题的意识和一些假设,但这个假设不能凭空的捏造。我一直在思考,世界上各个民族由于文化价值不同,对人的认识不同,它的法律价值判断是不一样的。中国古代没有民事权利主体的概念,中国古代没有民法典,但是是否说没有民事法律生活呢?要结婚怎么办?男女是否可以没有不通过结婚的程序要求就可以胡乱在一起生育子女?这不可能嘛。男女有了家庭,必须有规则秩序,有了财富之后怎么看待,人死了怎么分割财产,没有去世前怎么分家,这不都是中国老百姓过日子的逻辑与规则吗?也就是说,过日子离不开婚姻、家庭与财产,而婚姻的缔结、家庭的组合、财产的传递都必须遵循一定的逻辑与规则。只不过与西方相比,中国人的观念与逻辑及其规则有所不同罢了。这个不同是什么呢?观念、规范与规范的性质。就观念而言,西方重个人,中国重家庭;就财产制而论,中国是家产制,西方是个人财产制;就规范而言,大陆法系的西方多以法典规范人之生活,而中国则是法典与习俗兼备;就规范的性质而言,西方以私法为主导,而中国则是公私并重,不仅有以刑为主的法典,且有反映民事关系的乡规俗例为补充。乡规俗例在中国文化里既是显规则又是潜规则。人总要过日子的,所以学问一定是来自对生活的感受,学问如果不是和社会生活密切相关,这个学问是做不出来的。我个人有这种体悟,学问一定是来自对社会生活的观察、思考,生活就是过日子。怎么过日子?做人,柴米油盐,谁也离不开,离开了就是神,是大总统;做人的意义,在过日子中怎么立身立其本。人与人之间区别不是古今、中外的不同,西方人黄头发、蓝眼睛,中国人黑头发、黑眼睛,这是最根本的差异吗?不是,最大的差异在文化,在于文化价值判断,中国人与西方人的文化价值判断不一样。既然有这样潜含的意思,我们看宋代的法官,宋代经常用法官、司法、法理这些词。

中国古代“法官”这个词,是指两个意思,一个是各级司法官员,我在2006年在《法商研究》上发表文章涉及过相关问题的考证;第二是指镇妖辟邪的道术之士,道教的道士搞得辟邪的,也叫“法官”。我们要问的是,宋代的法官,他拥有什么理念呢,谁可以成为司法主体?在中国古代社会,尤其是宋代,做法官的,用士大夫来称呼最为合适。士大夫多是通过科举考试,经过吏部主授或者皇帝考核任免的官员。他们读儒家之书,具有儒家知识。但是宋代士大夫还有其他特征,随着国家官僚机器的成熟,加上土地私有制的发展和商品经济繁荣,宋代士大夫关心政治、政事和吏事,即他们不仅是读儒家经典的知识分子,同时他们还关心政治,关心社会现实,关心吏事,因为宋代士大夫的出身比汉魏晋唐不一样,因为宋代科举考试很成熟了。经过考证,宋代士大夫60%出身于庶民阶层,中小地主加自耕农乃至贫困人家的子弟,通过勤学苦练,砥砺气节和节操,通过科举考试成为士大夫。古代的科举制度在宋代完善,现在高考中还有体现,宋代的如糊名制度、锁院制度、誊录制度。誊录就是让人誊录试卷,防止批阅试卷者能认识考生笔迹。这个历史上出现过,欧阳修想选拔曾巩,因为誊录选拔错了。所以宋代科举考试完善了,完善了对谁有好处呢?完善对于庶族知识分子等中下层知识分子有好

处,所以庶族地主出身的比较多,如范仲淹、欧阳修。王安石的父亲是个小县官,范仲淹是母亲改嫁,欧阳修从小跟随母亲在河边沙滩上用芦苇练字。后来还有王炎,活了80多岁。王炎当过小县令,是湖南临湘的县令。史学界把士大夫群体称为复合型人才,即读儒家经典或经书。为什么要读经书?在中国古代人看来,不读经典是无以治国立身,杜佑说不读经典无以立身,古代儒家知识分子要读经书,晓孔孟之道,就像我们现在读马克思主义、毛泽东思想、“三个代表”和科学发展观理论等一样,官方意识形态是最重要的部分,不可缺少。公务员就是要了解这些,怎样立党为公、执政为民。第二方面的就是对于政务工作的实际知识。第三就是法律知识。宋代有个司法考试,我们现在也叫司法考试。《选举志》对宋代法律考试记载很详细,要考《宋刑统》,要考案例分析,和现在司法考试很相似。士大夫作为主体,我们接着要思索:士大夫他们在司法过程中,怎么完成国家赋予的职责,持有什么样的司法理念。司法理念大体分为三个层次,一个中国文化的大背景之下,宋代的司法理念,在具体的理念之上有个大理念,就是民本与仁政思想。中国文化有一个很大的特色,就是以人性善为基础,强调组织国家,管理社会,必须以民意为本,以民为治国之邦本,这叫民为邦本。这句话谁先说的啊?管子有一句话说,夫以民为本,本固则邦宁,此霸王之始也。富国强兵必须以民为本。后来儒家、法家也讲民本,儒家讲“天视自我民视,天听自我民听”,“民之所欲,天必从之”,这都是《尚书·泰誓》里面的话。民本思想展开来说,就是把老百姓看作是国家治国的邦本。

君权与百姓之间的关系,古人有一个形象的比喻,即“水能载舟,亦能覆舟”。民本思想在戏剧、小说等文学作品中被称为民心向背——得民心者得天下。你们看过《雍正王朝》一类的电视剧,皇帝都成为关心民瘼、爱民如子的大圣人,主题曲就唱到“得民心者得天下”。这种思想确实是来自一个开明的君主,只要不乱来,就不敢忽视民心。这就是民本思想,又称仁爱思想。它是制约君主专制的一个理念。就这个问题,中国的古籍读五本就可以不再读了,因为它们的主导思想就是讲民本、仁政,内容大同小异。反映在司法上,它们表现为什么呢?民本思想包含着中国传统文化对于人的尊重,对于人的价值尊严的尊重。孟子说:“富贵不能淫,贫贱不能移,威武不能屈。”要养天地浩然之气。孟子还讲:“生,亦我所欲也;义,亦我所欲也。二者不可得兼,舍生而取义者也。”这里面都体现着对人的内在价值的尊重。人的内在价值又被古人看作天爵天禄,当然还有一般意义上的官爵官禄,但古人常为之慨叹“命运无常”,今人也说“今天是高官,高官有资源,能捞很多钱,一旦被双规,生命全玩完。”古代人也发现权力、地位、俸禄转瞬即逝,让人感到十分可怕。官爵官位可得可失,而内在的价值即天爵天禄,别人夺不去,夺不去的是人的内在品质、道德修养和人的价值尊严。不因为出身高贵、贫穷和财富而在内在品格和价值上有所差异。即使我目不识丁,也要堂堂正正做人。农村出来的学生,父母不识字,但勤劳的母亲会告诉我们应该怎么样做人。

这就说明民本思想既然蕴含着对人的内在价值和尊严给予充分的理解和尊重,它就必然表现在世俗生活当中的司法机制上。中国古代是成文法国家,秦汉之后历朝历代都有法典。法典是皇帝制定的,按照西方的理论即为实在法。实在法是调整世俗生

活的,因此人的生命尊严、价值尊严要体现物质生活,体现在财产上。因此遇到命盗大案、财产诉讼纠纷,法官能不重视吗?中国古代把刑狱看作一个大事。这个刑狱多指盗和人命大案。贼盗并不仅指偷盗东西,古代刑律中“杀人无忌”谓之“贼”,指的是一种残忍,没有忌讳。杀老人、儿童,残害良民,主要是指危害人的生命的一种犯罪。古代没有抢劫罪,但有强盗、窃盗罪,“强盗”是指明火执仗以器械抢财产,“窃盗”是指秘密窃取他人财物。有强盗、窃盗和人命大案发生时,封建官府十分重视。宋太宗说过:“朕以庶政之中狱讼为切,钦恤之意,何尝暂忘。”因为刑狱是治理国家、管理社会的头等大事,皇帝说时刻不敢忘记。宋代皇帝从五代十国过来的,当时军阀混战,兴王易姓,司法掌握在牙校、军卒之手,杀人手段很残酷,挖眼、挑筋、活埋经常发生且不讲究司法程序,司法黑暗,军人控制司法,这是当时的总体情况。宋立国之后,惩五代十国之弊,开始司法改革,表现在上层统治者就是一种重视刑狱的诉讼理念。作为士大夫,欧阳修当年曾被贬官至夷陵(今宜昌),因地处偏远,没有书读,就在公务之余读诉讼档案。他发现很多冤屈之事,就说而今之后于此不敢忽也。这是士大夫重视刑狱的诉讼观念。怎样做好一个法官?宋代典籍里有:法官之任,人命所系;法官之命,命运所悬。因此,遴选刑狱之官要慎重。

“法官之任,人命所悬”。法官的职责关系到人民的生命,所以不敢忽视。宋太宗983年在《戒石铭》中告诫群臣:尔俸尔禄,民脂民膏;百姓易虐,上天难欺。在有关婚姻、田宅诉讼中,在南宋及宋元典籍中,“民事”是指大的民事概念,指凡是与民生密切相关的事情都被称为民事,为政者以民事为急,和民生相关的一切政务事务,都是官方要认真对待的,出现了一批特别关注民事案件受理的官方政书,也包括轻微犯罪案件。

请大家记录下李元弼撰写的《作邑自箴》、陈襄所撰的《州县提纲》以及胡太初撰写的《昼帘绪论》,其次还有大家熟悉的郑克的《折狱龟鉴》,尤其值得一提的是,郑兴裔的《检验格目》和大法医学家宋慈的《洗冤集录》。我在举办“宋代司法理性与经验”专题讲座时,就把《大宋提刑官》这部电视剧的场面作为背景,宋慈是路一级的提刑官。在田宅诉讼上,有个叫王炎的(宋代叫王炎的有两个人,北宋的和南宋的,我们谈到的是南宋的这个王炎,南宋的王炎一生都不济),15岁启蒙,30多岁中进士,后在临湘当官,是个县令。古代小县就几千口人,临湘就在现在的岳阳附近。这个很有意思,在《全宋文》这里面(《全宋文》这是一部大书,一套数万元),其中有一册是讲王炎的,最有意思的是他留下的一篇完整的审理田宅诉讼的心得体会的东西。王炎这样的人物,头像搜索不到,江西人,乾道五年进士,史书记载:“炎出于一介孤生,辛苦半生之久,方得一官,蹉跎一纪之余,方脱选调,法当试县,无所规避。因念民户争讼,诣县赴诉者,所以求决其曲直之情,为县令者于剖决之际,自宜审之重之,不可苟也。”

王炎讲,在临湘这样一个几千人口的小县里,告状的十有八九是因田宅纠纷引起的,因为土地和房子是民间最大的财富,故审理时,务必要格外重视。宋代的土地一是可以“典”,“典”是中国的创造,生活中需要钱,但又舍不得卖,因为宗族之家业,卖掉会被骂为不肖子孙、败家子,因此想出一个“典”来。另外,“抵当”、“倚当”这些都是宋代的名词,就是以土地收益为基础,去借贷,像抵当一般都是有主债务,比如借了范忠信5