

中国法律史学文丛

中国现代法治及其历史根基

段秋关 著



創于1897

商務印書館
The Commercial Press

中国法律史学文丛

中国现代法治 及其历史根基

段秋关 著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

2018年·北京

图书在版编目(CIP)数据

中国现代法治及其历史根基 / 段秋关著. —北京: 商务印书馆, 2018

(中国法律史学文丛)

ISBN 978 - 7 - 100 - 15793 - 3

I. ①中… II. ①段… III. ①法制史—研究—中国—现代 IV. ①D929.7

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 022048 号

权利保留, 侵权必究。

中国法律史学文丛

中国现代法治及其历史根基

段秋关 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京冠中印刷厂印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 15793 - 3

2018 年 3 月第 1 版

开本 880×1230 1/32

2018 年 3 月北京第 1 次印刷

印张 17 1/4

定价: 68.00 元

总 序

随着中国的崛起,中华民族的伟大复兴也正由梦想变为现实。然而,源远流长,根深者叶茂。奠定和确立民族复兴的牢固学术根基,乃当代中国学人之责。中国法律史学,追根溯源于数千年华夏法制文明,凝聚百余年来中外学人的智慧结晶,寻觅法治中国固有之经验,发掘传统中华法系之精髓,以弘扬近代中国优秀的法治文化,亦是当代中国探寻政治文明的必由之路。中国法律史学的深入拓展可为国家长治久安提供镜鉴,并为部门法学研究在方法论上提供养料。

自改革开放以来,中国法律史学在老一辈法学家的引领下,在诸多中青年学者的不懈努力下,在这片荒芜的土地上拓荒、垦殖,已历30年,不论在学科建设还是在新史料的挖掘整理上,通史、专题史等诸多方面均取得了引人瞩目的成果。但是,目前中国法律史研究距社会转型大潮应承载的学术使命并不相契,甚至落后于政治社会实践的发展,有待法律界共同努力开创中国法律研究的新天地。

创立已逾百年的商务印书馆,以传承中西优秀文化为己任,其影响达致几代中国知识分子及普通百姓。社会虽几度变迁,物是人非,然而,百年磨砺、大浪淘沙,前辈擎立的商务旗帜,遵循独立的出版品格,不媚俗、不盲从,严谨于文化的传承与普及,保持与学界顶尖团队的真诚合作,始终是他们追求的目标。追思当年,清末民国有张元济(1867—1959)、王云五(1888—1979)等大师,他们周围云集一批仁人志士与知识分子,通过精诚合作,务实创新,把商务做成享誉世界的中国

品牌。抗战烽烟使之几遭灭顶，商务人上下斡旋，辗转跋涉到渝、沪，艰难困苦中还不断推出各个学科的著述，中国近代出版的一面旗帜就此屹立不败。

近年来，商务印书馆在法律类图书的出版上，致力于《法学文库》丛书和法律文献史料的校勘整理。《法学文库》已纳入出版优秀原创著作十余部，涵盖法史、法理、民法、宪法等部门法学。2008年推出了十一卷本《新译日本法规大全》点校本，重现百年前近代中国在移植外国法方面的宏大气势与务实作为。2010年陆续推出《大清新法令》（1901—1911）点校本，全面梳理清末法律改革的立法成果，为当代中国法制发展断裂的学术脉络接续前弦，为现代中国的法制文明溯源探路，为21世纪中国法治国家理想呈献近代蓝本，并试图发扬光大。

现在呈现于读者面前的《中国法律史学文丛》，拟收入法律通史、各部门法专史、断代法史方面的精品图书，通过结集成套出版，推崇用历史、社会的方法研究中国法律，以期拓展法学规范研究的多元路径，提升中国法律学术的整体理论水准。在法学方法上致力于实证研究，避免宏大叙事与纯粹演绎的范式，以及简单拿来主义而不顾中国固有文化的作品，使中国法律学术回归本土法的精神。

何勤华

2010年6月22日于上海

序 一

早在 1980 年代初，西北政法学院（现为西北政法大学）的学生曾经向我描绘他们校园内的一幅图景：夏日傍晚，华灯初上，月色朦胧，热浪渐退，师生们三五成群地拥向校园（现在的老校区）太过狭小的空地上，去迎候第一缕凉风。这时，总能看到一位“关西大汉”，慈眉善目，体格健硕，边幅不修。上着一袭背心，下套宽大休闲短裤，手摇一把大蒲扇，谈笑风生，七分诙谐，三分严谨，声含磁性，语如流珠，亦智亦趣，说到兴头上，一只大手抓住听者，那就意味着讲者不由自主地进入到高潮阶段，接下来的场景往往精彩无比，笑料共故事齐飞，闲趣与哲理共生——这就是他们的段秋关老师。如今只有一点需要更正：他并非“关西大汉”，而是洛阳才子。

一

20 世纪七八十年代之交，法史学充当着法学繁荣的马前卒。北京大学法律系则是法史学的一大重镇，其中的中国法律思想史学科有号称“张、饶”二师，“张”即张国华教授，“饶”乃饶鑫贤教授。在我们这些京外后学心目中，那真是如雷贯耳的人物。就“文革”后高校复办法科的学科和课程体系建构而言，二位先生当之无愧，是中国法律思想史学科的主要创始人和领军者。知情人告诉我，“张、饶”身边还有“哼哈二将”，也十分了得。果然，不久就在当时的一些高档学术刊物上读到了

他们的大作。其署名，一位姓李名贵连，一位姓段名秋关。他们是我国恢复研究生招生后的第一届法科研究生，入学后不久即成为“张、饶”主编的《中国法律思想史纲》(上、下)的主要作者。这部书奠定了中国法律思想史的学科地位，成为各高校法科中这一课程的教材之教材。

不用说，与李、段相识那一刻，相互间都有相见恨晚的感叹。我们年龄相仿，经历相似，而今有缘成为学科同道，发誓一辈子拒绝“门派”、“山头”观念和“文人相轻”之风，学研自由，相互尊重，永远做好学友、好同道、好兄弟。回顾 35 年之交谊，我们做到了！

其后，贵连主攻近代，尤其是对沟通中西法学和法制的“冰人”沈家本的研究，称得上独步法史天下。秋关则以论明代思想家丘濬的法律思想一文轻取法学硕士学位。他致力于打通中华法律制度和法律思想的古今之变，先后有“试论秦汉之际法律思想的变化”、“中国古代法律及法律观略析”在《法学研究》、《中国社会科学》上发表，又有译著《中国刑法史研究》、独著《〈淮南子〉与刘安的法律思想》等书的出版。紧接着，襄助李光灿、张国华先生完成国家“六五”、“七五”哲学社会科学规划重大项目《中国法律思想通史》多卷本的编著。又与法律史学界中生代的另一位牛人、也是我们的好友——杨教授一凡共同担任其中明代卷的副主编，成为本丛书主编之一和本卷主编饶鑫贤先生的左臂右膀。圈内曾有“杨一凡的道路，段秋关的方法”之雅谚，适成当时学研中国法律史之青年学子的榜样。

秋关豁达大度，富有人缘，又精力过人，笔耕甚勤。他溯源穷流、探微知彰，上揭桀三代礼与刑之滥觞，中横扫春秋战国儒、墨、道、法、黄老新道家，以及汉魏之诸子，下论析近现代中西法律冲突与交融和中国法制转型之艰难与前景，于是又著《新编中国法律思想史纲》而总其成。此书 2008 年出版后，不仅简体字版一而再三，又有繁体的台北版上市，足见其受学林青睐之程度。

二

我以为自己是很懂本书作者的。当年,我每向西北公干,无论顺道不顺道,都会在西安歇一脚,与秋关小酌一下。他南下主持汕头大学法学院院政后的第三年,即偕家人专程绕道重庆,踏进我在歌乐山下的那间陋室。我亦曾应约与老伴去汕头与他们贤伉俪相聚,欣赏这所有港资背景特色的新型高等学府。法学院在他打理下所取得的骄人成绩,我也领略到特区改革开放的一窗南风。他尽管小我三岁,却也同属40后,都已跨入“古稀”之年。退休赋闲,自应享受生活,静静地欣赏人生的晚霞。诚然,我们自信既非脑满肠肥、无所事事之徒,亦非满腹牢骚、自命不凡之辈。因为读了几年书,懂得些社会责任和担当的道理,只要脑未呆,眼不盲,手脚能动,总想做点与学问有关的事,也不会停滞思考。但说实在的,还是得服老,无论如何,铺新摊子,开新课题,得慎重。反正我是力不从心了。

但打开秋关大作《中国现代法治及其历史根基》文稿一看,我真傻眼了。有两点没想到:一是他70开零的年龄,还真敢写这么一部规模宏大的新著!二是他竟不捡自己熟门熟路的法律思想史这出拿手好戏来唱,而是从直面法治和法治中国这个现实关节入手,将法理思考与法史研究结合起来,遍论欧美主要国家的法治思想与制度,再反思中国现代法治之根基与路径选择,来了个中外法治的大历史、大视野比较研究。我不得不承认,自己对这位学术同道的了解太不够了。

从1970年代末到本书杀青之时,秋关用了整整35年的学术生命里程,实现了自己学术上的三个发展阶段:第一阶段,用中国的方式阐释中国传统法律文化;第二个阶段,以西方的方式分析中国古代法律与法律观;第三阶段,用现代法学的视野与比较法学的方法发掘、解读中

国法治的历史根基。这第三个阶段的学术跨越,是他退休之后完成的。秋关说,这是他近十年来关于中国古今法治思想与实践、探索与总结、经验与教训的学术思考。可见,这部新著正是他第三阶段的学术结晶。秋关学兼中西、与时俱进,我对他的认知却没有与时更新。

仔细体察这部新著的整体构思,确有一番独具之匠心。作者念兹在兹者,是揭示中国现代法治建设可资开发选用的本土资源和历史根基。走向法治,无疑是人类政治文明的必然趋势。而其历史根基不同,法治之实现路径和模式或许有所差异。也就是说,法治文明也是多元的。作者开章明义,指出现代法治是什么,为什么建设“法治中国”是历史大趋势和必然选择,应当怎样设定它的目标和方向,才符合历史的逻辑与现实的合理诉求,又怎样来保障它的实现。这一系列立论的重要依据之一,需到历史根基中去寻找。我在此斗胆任性一句:《中国现代法治及其历史根基》就是一部认识与建设法治中国的寻根之作。

在上卷的最后,作者笔锋一转,明确指出,当代世界是个多元化的共同体,实行不实行法治,取决于各国自己的选择;而实行法治的国家,又因各自的历史传统、现实国情、政权性质与文化基础的不同而采取不同的表现形式。接着逐一剖析英国法治、美国法治、法国法治。这三个堪称西方世界老牌的成熟的具有典型意义的法治国家,它们的法治思想、法律体系,以及立法、执法、司法、守法制度,都有值得我们观察、认识与借鉴之处。由于三国各自的历史根基不同,呈现出不尽相同的法治样式。既有法治国家的共同要求,又独具各自的传统与现实特征。当然,也暴露出法治模式的不足或缺陷,说明法律并不万能。在中国建设法治国家,必须从国情与实际出发,形成自己的特色。我想,作者的用意大概正在这一点上。

三

说到中国现代法治的历史根基，窃以为，至今仍然是一个见仁见智的学术问题。倘若一说到中国历史上也有过什么所谓的“法治”，并把秦始皇打扮成这种“法治”的祖师爷，总让人感到有些寒颤与别扭。凭我自己浅薄的经历，一旦颂秦“法治”之歌响彻起来之日，便是百姓受虐、社会知识精英遭凌辱、民众基本权利被剥夺之时。作者在新著中，完全排除这种唯秦“法治”是颂的嘈杂声，而是把自秦孝公、商鞅时期开始的秦国政治法制改革，直到秦王嬴政翦灭六国、一统天下，至二世而亡，作全面的历史考察，给以冷静而理性的评述。严复在其译著《法意》中作“案语”曰：“然则秦固有法，而自今观之，若为专制之尤者。”秋关发明其意，指出：法家“以法治国”的主体是君主，“法治”学说成为中央集权、君主专制的理论依据；秦帝国奖励耕战乃农业社会，秦法虽多却并未体现公民权利。因此，所谓秦代“法治”的实质仍属人治范畴，准确一点可称为“君主法制”。

作者给自己的新著定有一个基调。他说过：在当代世界的大国之中，中国是唯一的，保持着五千年延续未断历史的大国。这样一个历史悠久、传统深厚的大国要进行转型，绝不能割断历史，也无法抛弃传统。包括法律文化在内的中国传统文化，是我国现行各种制度的思想基础，又是构建“中国特色”的决定因素。

作者纵观古今中外的国家运行模式，归结为神治、人治、法治、自治四种，并给以这样的解读：“神治奥秘玄妙，人治直接有效，法治稳定可靠，自治乃理想模式，现在尚达不到。按其效能来说，神治适合于牧业社会，人治适合于农业社会，法治适合于工业社会，自治适合于更高级的社会。”同时指出，一个国家采取何种方式运行，取决于两个方面：一

是该国所处的自然社会环境与生产生活方式，一是该国人民或民族的意愿与选择，二者缺一不可。在当今世界，人类已结成命运共同体，法治社会成为各国人民的共同向往，而中国人民选择了实现现代国家的法治之路。以民主制度为政治基础，以市场模式发展经济，体现公民权利的法律具有最高权威，国家机关及其公务人员严格依法行为与活动，保障社会公平与正义的实现，法律独立自主运行，是法治国家的基本要求 and 有力支柱，是我们奋力建设的现实目标。一句话，当下的中国只适合法治！必须走向法治！！只能走向法治!!!

四

作者认为，无论中国古代还是西方古代，都不存在符合他在本书开篇中所揭示的法治范畴。古代中国的“法治”或“礼治”不能直接用来作为现代法治建设的思想基础。中国古代的“礼治”、“德治”或“法治”、“礼法合治”皆属于人治范畴。

说到“德治”，不免借这个话头啰嗦两句。中国古代词语中并无“德治”一词。它是近代学人为回应西方法治文化的冲击，而将孔子关于“为政以德”的思想简缩而来。始创之人，便是大名鼎鼎的梁启超先生。他细嚼《论语》“为政以德”之旨，在告诫时君世主及各级官僚应当以民为本、体恤百姓，实行德教、施以德政仁政。本书作者把这样的“德治”划入人治范畴，实乃的当之论。

所以，媒体上流行的“以德治国”与古贤所谓“为政以德”不尽是一码子事。古贤所谓“为政以德”者，必先以德修身、以礼克己，有以身作则、言传身教才有德教，有仁心才有仁政，有君子之德方有德政。用当下的话说，“为政以德”之说，确是抓住了“为政者”，即有权力者这个“关键少数”。正人必先正己。为上不正，焉能正人！若如此来理解“德治”

二字,此“治”乃“治身”、“修身”之意。在汉语中,“治”本为多义字。“治国”之“治”,乃统治、管理之义。“治医”之“治”,乃治病救人之义。“治学”之“治”,乃读书做学问之义。统治、管理之“治”,即“依法治国”是也。“以德治国”,绝不是用道德来统治、管理国家。道德只能治身、治己、律己,不可能也不应当去治人、律他。还有一点,以为法治就是只讲法不讲德,所以要拿德去充填、去补救、去纠偏。这种认识出于先秦法家对儒家德、礼的否定,而造成今人对现代法治的一种误解。法治必须建立在良好的政治道德、社会公德之上,为政者要有从政道德,各行各业应恪守职业道德,老百姓具有公民素质,讲公民道德。本书上卷中强调,法治肯定道德品质的重要,并将公认的道德信条作为基本的法律原则,同时提倡执政者严格自律,带头执法。其所论及的英、美、法之法治,均是如此。世上本不存在抛开道德的法治学说,也不存在不讲道德的法治实体。道德建设乃法治固有内涵之义,而非外在之方。

五

在中国古代,用来表示法律的术语不仅仅是法、律、刑等几个词语。对此,深通中西法学之异同的思想家、翻译学鼻祖严复早有卓见:“西文‘法’字,于中文有理、礼、法、制四者之异译,学者审之。”记得作者早年就在自己论著中称引过此语。本书中,他进一步发挥道:中国古代具有法律含义的词语除礼、法、刑、律,以及天罚、天命、天志之外,还有令(行政性命令)、格(行政性规定)、式(行政规程)、典(政事法汇编)、例(刑事、政事、民事等执法、司法规定);有时还将宪(永久性的规定)、制(禁止性的规定)、禁(临时性禁令)等术语与法字搭配使用。如宪令、法制、律例、法禁等。同时,具有法律效力的规定并不限于制定法,在圣旨、榜

示、礼教、乡规、族规、民约及民俗中亦有很多规矩准则，在现实中起着民事、政事，乃至刑事法规的作用。实际上，对于法律现象进行阐发的除了法家之外，还有儒、道、墨、黄老、阴阳等诸子百家；对于法律制度或立法、执法、司法进行研究的除了刑名学、律学之外，还有儒学、玄学、黄老学、道学、理学等等。

这里涉及中国法律史的研究对象问题。长期以来，法史学界似多认同以“律令体制”界定中华法系的说法。“律令体制”说源自日本学者。其影响所及，市面上的中国法制史教材几乎只是律令的立法史、司法史。就连为数不多的几部中国古代民法史，也是将历代正律中有关户婚田宅之类的条款作去刑化阐释后，当作其主线建构起来的。中国法律思想史的教材亦多囿于析论历代思想家、政治人物关于礼与律/礼与刑关系、以刑和罚为骨干的法制改革及其立法、执法、司法之学说与观点为内容。流行已久的中华法系“以刑为主”特点说，便是“律令体制”说的一种变体。我曾在中国法律史学会一次年会上呼吁：以“律令体制”说去讲中国古代法和中华法系，只讲了它们的一半，甚至连一半都不到。中华法系是礼法体制而非律令体制，律令是礼法中的律令。说到这里，又忍不住要搬出严复《法意》中的“案语”：“西人所谓法者，实兼中国之礼典。”中国古代之法至少有三个面相：一为礼典，《大唐开元礼》是其典范；二为律典，《唐律疏议》堪称大成之作；三是以礼俗为主干而开枝散叶的乡约、族规、寨规、少数民族习惯法等。它们都是礼法的组成部分。

本人学浅而不敏，这些千虑而一得的孔见，实来自包括秋关在内的学术同道之启迪。1989年，作者在其《中国古代法律及法律观略析》一文中论道：在中国古代，虽然立法、司法向以刑律为重，不像古罗马那样明确地区分万民法与市民法、私法与公法；但是历朝历代都有大量关于朝仪、职制、荐举、考试、兵役等政事方面，土地、货财、婚姻、家族家庭等

民事方面,以及有关市贸、税赋、钱币、盐铁茶、工役等其他方面的制度和规定。它们没有以“法”或“律”为名称,又独立于“律”之外,但无疑都属于今天“法律”的范围,也不能将其仅归为刑法。可见,差不多在30年前,作者已突破“律令体制”说、“刑民不分”说的窠臼。这样的认知,在当时的法律史学界,实属先声夺人。在本书的下卷第八章中,设有“中国古代对‘法律’的理解”一节,其中专论“‘礼’中含有法律,不能等同于道德”,明确地将古代“礼”中成文化、规则化的《礼典》,以及民间礼俗规约等等,纳入了古代法的范畴。

总之,作者的这部新著中关于现代中国法治建设之历史根基的阐释,可圈可点之处甚多,读者自可翻检赏析,我再列举下去,恐会招来饶舌调唇之讥了。

作者曾有一段关于“从纵向脉络角度看中国法治的历史根基”的总归纳,颇有诗意。抄录于下,与读者分享:

墨家“天法”信仰是最先的思想启迪;
 法家“法治”理论及其实践植入了最初根系;
 汉初“无为而治”与大唐盛世是古典法治的突出表现;
 正统的“礼法合治”使古典法治中庸稳定;
 明清之际“天下之法”理论为现代法治的最早启蒙;
 清末修律和“五权宪法”表现了中国与西方、古典与现代法治的融合。

秋关说,他走笔至此,感慨万千,不禁性至情趋,掩卷自问。曾赋诗一首:

“银杏常绿,胡杨枯存;
 中华传统,何以浮沉?”

吾读其书至此,不可辜负其志,遂应之曰:

礼法之治，中华法统；
实现法治，人心所同。

俞 荣 根

2017年3月5日 丁酉惊蛰

于海南盈滨双栖居

序 二

此值秋关大作《中国现代法治及其历史根基》出版之际，我欣喜之余，仅以四点琐言，表达恭贺之意。

其一，作为从事法律史学研究的一位学者，我深感这部新作对于推动法史学科的建设有着不寻常的意义。

一部中华法律文明发展史，是法律思想与法律制度交融一体，向前推进的历史。法律思想是法文化的灵魂。任何具体法律制度和重要法律的制定，都有其社会背景和主权者的明确立法意图。忽视法律思想研究，就难以揭示法律制度形成和演变的规律。要科学地阐述中国法律史，必须坚持法律制度与法律思想研究并重。20世纪80年代，是我国学界法律思想研究的鼎盛时期，诸多的研究成果，为法学研究、法学教学注入新的活力和智慧，有力地推进了改革开放新历史条件下的民主法治建设。然而，近20年来，随着高等院校法律院系法律思想史课程列为选修或者取消，法律思想史专业被边缘化，研究者寥寥寂寂，学术成果区区可数。法律思想史有其他学科不可替代的独立存在价值。期待这部著作的问世，能够提升人们对法律思想在法治建设中先导作用与理论基础的认知，唤起学界对法律思想研究的关注。

其二，作为秋关的学友，我为他老有所为点赞。他的这种潜心学术、勇于探索、不断进取的精神，很值得我们效法。

记得在1981年至1986年期间，我和他出任李光灿、张国华主编的国家社科重点项目《中国法律思想通史》明代卷副主编（该卷主编是饶

鑫贤教授),两人时常切磋学问,亲密无间。秋关刚直大度、博学、幽默、思维敏捷,他不仅高水准地完成了所承担的课题写作,还先后有《中国法律思想史简明教程》、《〈淮南子〉与刘安的法律思想》等著作和多篇论文发表;其硕士论文《丘濬法律思想述评》,因有重要学术突破获学界好评;其参加撰写的《中国法律思想史纲》(张国华、饶鑫贤主编)是新中国法律思想史研究的奠基之作;他还为促进中日法文化交流,翻译了多篇日本学者的法史论文。那时,我和不少同仁都认为,秋关才华横溢,坚持下去,必成大家。

在此后 20 多年中,因工作需要,他先后任汕头大学法学院院长、西北大学法学院院长,以主要精力从事学院建设和培养法律人才。同时,又受聘担任省、市政府的法律顾问、法院与检察院的咨询专家,以及律师、仲裁员、独立董事等,做讲座、忙培训、参与重大决策或疑难案件的处理,身体力行地推动法治建设。每每从媒体上看到这些报道,我都忍不住要竖指夸赞。在此期间,他又发表了不少有关法律思想、法律文化、中国共产党廉政法制研究、毒品犯罪研究、台湾现行法律方面的论著。

我们深知,人的精力终究有限,身兼繁重的科研组织与社会工作,就很难静心钻研学术。他轻易不动笔,出手则不凡。出乎意料的是,2006 年退休不久,中国政法大学出版社出版了他近 40 万字的《新编中国法律思想史纲》,一改时下流行的以朝代与人头为篇目的体例,按照思想演进发展阶段并与制度实践相结合,进行法律思想范畴史研究。在本论中阐述了中国古代的六类法律观念、十大法律学说;在余论中对传统法律观与现代法理念的冲突、衔接和转化、更新做了深入的论证。更没想到的是,现在又撰就了这部既为法治中国绘制建设蓝图、又努力发掘其历史根基的新著,更加令人欢欣鼓舞。秋关年已七旬,仍能像年轻人那样以炽热的心,潜心研究,勤奋笔耕,其精神可嘉可励可志。祝