

美国学者 论中国法律传统

编者

高道蕴(Karen Turner)

哈佛大学东亚法律研究中心/圣十字学院历史系

高鸿钧

中国社会科学院法学研究所

贺卫方

中国政法大学比较法研究所

中国政法大学出版社

1994·北京

凡 例

- 一、本书所选各文原载于不同书刊，体例未尽一致，编者已尽可能予以统一，如注释一律统一为页下连续编码式。
- 二、在保持文章完整性并且不伤及作者观点的前提下，编者对个别文章中针对西方读者但于中文读者不甚必要的内容略作删节，并在篇名页脚注中加注“有删节”字样。
- 三、所有引用的中国古典文献均回译为文言文，并参照通行版本作了核校。惟个别文献系作者直接从原始档案查出，编译者限于能力，难以一一核校，只能以白话译出。
- 四、西方人（包括本书各文的作者）有固定汉名者一律用其汉名；海外华裔人士有洋名者则尽可能核查资料，译回本名。日本人名也回译为相应汉字名。
- 五、作者个人信息以及致谢在各篇篇名页以“*”号注示；译者在中文目录以及篇末署名。经校对的文章篇末加署校对者名。

(京)新登字 185 号

美国学者论中国法律传统

MEIGUO XUEZHE LUN ZHONGGUO FALU CHUANTONG

编 者 高道蕴 高鸿钧 贺卫方
出 版 中国政法大学出版社
(北京学院路 41 号 * 100080)

责任编辑 丁小宣 宋 军

承 印 国家统计局印刷厂

经 销 新华书店

版 次 1994 年 6 月第 1 版

印 次 1996 年 3 月第 2 次印刷

规 格 850×1168 毫米 32 开

印 张 16.5

字 数 420 千字

印 数 3001—6001 册

定 价 21.50 元

ISBN 7-5620-1325-X/D · 1277

编者序言

本译文集收入文章 12 篇，它们原是由美国研究中国法律史的学者以英文发表的。这些文章产生于过去的 20 年间，作者们包括法律和历史等领域的学者，我们编选这些文章，旨在为中国的学者提供一个评论美国同行用于分析中国法律遗产的方法论、材料和论题的机会。我们切望，本译文集会对于那些对中国法律史具有共同的学术兴趣的学者们之间正在进行的国际对话有所贡献。

作为编者，我们愿在此对曾经为本译文的问世提供惠助的机构和个人表示感谢。我们特别感谢中国社会科学院法学研究所、中国政法大学和哈佛大学东亚法律研究中心对我们努力的支持。美国圣十字学院的研究和出版委员会与美国中国法律教育委员会为本书的翻译和出版提供了赞助，在此，我们向它们表示衷心的感谢。中国社会科学法学研究所所长刘海年教授和哈佛大学法学院东亚法律研究中心主任安守廉（William Alford）教授，对本译文集的出版也给予鼓励与支持，在此向他们两位特表谢意。

高道蕴（Karen Turner） 高鸿钧 贺卫方

Preface

This collection contains twelve articles originally published in English by American scholars whose academic research focuses on Chinese Legal History. These articles have been produced in the past two decades by scholars working in a range of disciplines, including law and history. We have selected articles that will offer Chinese scholars an opportunity to evaluate the methodology, materials, and themes that their American colleagues use to analyze China's legal heritage. It is our greatest hope that this collection of translations will contribute to an ongoing international dialogue between scholars who share an academic interest in the history of Chinese law.

The editors wish to thank several institutions and individuals who have helped with this project. In particular we want to thank the Institute of Law in the Chinese Academy of Social Sciences, China University of Political Science and Law, and the East Asian Legal Studies Program at Harvard University for supporting our efforts. The research and publication committee at Holy Cross College and the Chinese Legal Education Committee supplied the funding for the book's translation and publication. Professors Liu Hainien, Director of the Institute of Law, and William Alford, Director of the East Asian Legal Studies Program at Harvard Law School, deserve a special expression of gratitude for their encouragement and support.

Karen Turner, Gao Hongjun, and He Weifang

目 录

编者序言

凡例

导言 高道蕴 (1)

第一编 早期中国法律的性质

不可思议的西方? 昂格尔运用与误用中

国历史的含义 安守廉 (高鸿钧译) (37)

法律与宗教: 略论中国早期法律之性质

及其法律观念 郭 锦 (84)

儒家法学: 超越自然法 皮文睿 (李存捧译) (118)

天人之间: 汉代的契约与国家 宋格文 (李明德译) (154)

中国早期的法治思想? 高道蕴 (高鸿钧译) (212)

第二编 唐宋时期的法典编纂与解释

唐律与后世的律: 连续性的根基 马伯良 (霍存福译) (257)

从律到例: 宋代法律及其演变简论

..... 马伯良 (刘茂林译) (279)

宋元法学中的“活法” 蓝德彰 (李明德、李 涵译) (302)

第三编 清律：政治、秩序和刑罚

大清律例研究·····	琼斯（苏亦工译）（353）
清代中期法律文化中的政治和超自然	
现象·····	卫周安（张少瑜译）（391）
清朝对外国人的司法管辖·····	爱德华（李明德译）（416）
千方百计上京城：清朝的京控·····	欧中坦（谢鹏程译）（472）
编后记·····	高鸿钧 贺卫方（510）

TABLE OF CONTENTS

Editor's Preface

Introduction *Karen Turner* 15

Part One: The Nature of Law in Early China

The Inscrutable Occidental? Implications of Roberto Unger's Uses
and Abuses of the Chinese Past *William Alford* 37

Law and Religion: A Brief Discussion of the Nature and Concep-
tions of Early Chinese Law *Laura Skosey* 84

Confucian Justice: Achieving a Humane Society
R. P. Peerenboom 118

Between Heaven and Man: Contract and the State in Han Dynasty
China *Hugh Scogin* 154

Rule of Law Ideals in Early China? *Karen Turner* 212

Part Two: Codification and Interpretation in the Tang and Song Periods

Tang Law and Later Law: The Roots of Continuity
Brian McKnight 257

From Statute to Precedent: An Introduction to Song Law and Its
Transformation *Brian McKnight* 279

"Living Law" in Song and Yuan Jurisprudence <i>John Langlois</i>	302
---	-----

**Part Three: The Qing Code: Politics,
Procedures and Punishments**

Studying the Qing Code—The Da Qing Lü Li <i>William C. Jones</i>	353
Politics and the Supernatural in Mid-Qing Legal Culture <i>Joanna Waley-Cohen</i>	391
Qing Legal Jurisdiction Over Foreigners <i>R. Randle Edwards</i>	416
I'll Take It All the Way to Beijing: Capital Appeals in the Qing <i>Jonathan K. Ocko</i>	472
Afterword <i>Gao Hongjun & He Weifang</i>	510

导 言

高道蕴

本译文集收入的论文全是美国学者的作品。不过，这些文章试图纠正在更大的学术圈子内——包括西方和中国——所流行的关于中国法的某些成见。在这篇简短的导言中，首先我将概要勾画这些文章的作者所提出挑战的关于中国法的某些正统观点，从而将本译文集中的文章置于其特定背景之中。然后，我将简要地评述这部文集中每一篇文章对我们理解传统中国法本来面目的贡献。

一、战后智识和历史背景

西方对中国法的评价一向是不一致的。一方面，某些学者指责中国未能构建行之有效的基于法治的“西方式”法律文化；而另一方面，一些学者对中国不愿将法律作为解决社会治理中问题的最终办法却表示赞赏。这些冲突的原因来自两个方面：一是在我们传统所认定的在良好政制中法律的功能的矛盾心理，二是中国儒家理想与政治现实的矛盾。

有许多因素影响了现代西方对中国法的研究，对这些因素的

探讨必须从韦伯关于宗教、法律、经济以及国家之间的关系的著作出发。韦伯在他有影响的著作《中国的宗教》(1951年英文版)中,指出了传统中国宗教和政治文化所特有的某些特征,这些特征使得甚至在像中国这样高度发达的文明,却没有取得在16世纪以后的西方出现的现代自由民主国家中达到顶峰的制度成就和法律成就。^{〔1〕}韦伯将植根于家庭和地方习俗并享有独尊地位的儒家意识形态与中国世袭国家的专横特征联系在一起。在他看来,中国的统治精英不是通过正式的法律或普遍的道德准则将其权威合法化,而是“完全以家长的方式处理事务”。^{〔2〕}韦伯不是汉学家,他的分析只是基于他写作时被翻译过去的少量中国古代典籍。不过,尽管自韦伯以后西方汉学研究有了进展,也有更多的新文献可供利用,西方汉学家却常常继续重复着韦伯19世纪关于中国的观点,这一点着实令人吃惊。费正清在《东亚:伟大的传统》中对中国法的描述可以作为这方面的例子,这部教科书可能比其他任何美国有关出版物都对更多的学者具有影响,费正清用韦伯式词语对中国与西方法律作了比较:

法律的概念是西方文明的荣耀之一,而在中国,法家学说虽然深深影响了中国人对所有法律的态度,但是,二千余年来,它一直不受重视。这是因为法家的法律概念与罗马的法律概念相比,有着较大的缺陷。西方的法律一直被认为是上帝或自然的某种更高级命令在人间的体现,而法家的法律只代表了统治者的命令。中国很少甚至没有发展出民法保护公民;法律大部分是行政性的

〔1〕 马克斯·韦伯:《中国的宗教》,汉斯·H·格斯翻译和编辑(纽约:自由出版社,1951)。

〔2〕 同上书,第149页。

和刑事的，是民众避之犹恐不及的东西。^{〔3〕}

像韦伯一样，费正清的评论详细论述了中国古典时代及它未能产生一种可与西方古典法律相媲美的法律制度。他把中国法描述为是刑事的而不是民事的；是世俗的而不是以宗教原则为基础的，是支持国家权力而不是限制专制的。另一些对于法律给予更细致观察的汉学家。在消除这些关于国家法律文化的消极观点影响方面所为很少。李约瑟在著名的《中国科学技术史》关于中国古典法律理论章节中，也指责中国未能明确提出一个作为检验和评断官方法律基础的自然法概念，从而延缓了近代法律的发展和科学的进步。^{〔4〕}另一位研究中国法的西方先驱博德（Derk Bodde），承认清代法律制度事实上十分重视正式的法律，但是。他却争辩说，官方的法律完全脱离了普遍的道德关心，而几乎专门地集中在对抗国家犯罪定罪量刑的程序方面。^{〔5〕}像许多同时代学者一样，博德也接受了儒家精英的观点：整个中国历史上官方权力的滥用，不应归咎于难免出错的法官，而应归咎于残酷的法律。博德还像大多数西方学者一样，认为仅有的使中国法获得活力的道德关心来自儒家的理想，这种理想就是，在确定刑罚时，考虑更多的应是家族和身份，而不是犯罪本身的性质。但是，西方学者并没有把这种儒家的道德说教因素看作是对公正法律的一个贡献，而是看作强化中国法律制度中不如人意的特殊的和习惯性因素的手段。

〔3〕 费正清：《东亚：伟大的传统》（波士顿：休顿-米佛林，1960），第84页。

〔4〕 见李约瑟：《中国科学技术史》（剑桥：剑桥大学出版社，1956），第2卷。

〔5〕 德克·博德和克拉伦斯·莫里斯：《以190个清代案例作为例证的中华帝国的法律》（巴黎和海牙：莫顿公司，1961）。

考虑到清代中国是比先前高度极权的国家，他们发现中国帝国的二千余年历史几乎没有变化。因此，自1950—60年代以来的西方汉学著述中，中国法律文化更经常的是当作反衬西方独特成就的例子，而不是被当作一种具有内在动力的法律制度来探讨。

不过，并不是二战后一段时间内所有对中西法律的比较评论都染有消极中国观的色彩。某些美国律师和法学家比学术理论家更懂得在人的判断与正式法律之间维持平衡的内在问题，他们对于中国传统对正式法律的怀疑表达了更积极的态度。例如，最有争议的战后法律现实主义者之一弗兰克（Jerome Frank）法官，在他的《审判法庭》中就揭示了奢谈法院坚持真正法治的美国式伪善。^{〔6〕}他赞赏早期历史上中国人的直言坦率：法律的判决最终是人的判决，判决更多地是受法官个人偏见而不是正式法律的影响。他还称颂中国人，因为他们更喜欢非正式的调停而不是正式的法律解决。另一位同时代著名的法理学家庞德也以赞许的观点看待中国传统法律的某些东西。^{〔7〕}他争辩说，中国在寻求“现代的”法律制度时不必放弃自己的遗产。庞德于1948年在中国撰写的著述中强烈主张，处在现代化过程中的国家必须在以下两方面保持平衡：一方面是全盘接受新法律以适应形势，另一方面是维持过时的法律传统。要做到这一点，就应把每个国家已经经受历史考验的道德体系看作新的立法基石。对于中国，他指出：“中国具有被接受为伦理习俗的传统的道德哲学体系，这种哲学体系可能被转化为一种据以调整关系和影响行为的公认的理想，这一点可能是一个有利因素。”像弗兰克一样，庞德发现，中国在作出判决

〔6〕 见杰罗姆·弗兰克：《审判法庭：美国司法的神话与现实》（普林斯顿大学出版社，1949）。

〔7〕 罗斯科·庞德：“作为中国法基础的比较法律与历史”，《哈佛法律评论》，第61卷（1948），第749—762页。

时采用的灵活而基于道德的方法是可取的。

我们如何解释战后美国出现的这些对中国十分不同的评价呢？我认为，在我们自己文化中关于法律深重的矛盾心理已经影响了我们对中国法的看法。在西方，关于法律的性质和功能的不同观点，可以追溯到我们古典的传统。对此，人们虽然熟知，但是仍然有必要重提一下。人们仍然认为亚里士多德是法治最早的代言人，他坚持主张以先例为基础的法律必须指导总是受人类弱点驱使的君主。柏拉图赞赏哲学王，认为能够基于普遍的理想而不是正式的法律作出判断。这种法治与人治理想之间的冲突如此深嵌于西方的传统中，以致关于正式的法律价值和理想渊源的争论持续至今。例如，在 20 世纪初期，法律实证主义者主张，法律的合法性基于它与主权利力的命令的联系。他们的反对者即自然法思想家则更关心公民服从国家法律义务的性质，和使法律变得值得服从的价值和伦理。

关于法律这些矛盾的态度在 1950 年代趋于激化，当时西方世界开始反思在纳粹德国以“法律”名义所带来的恐怖的深渊。最棘手的问题是这样—个不可否认的事实，即德国的堕落不应归咎于外来的思想，而应归咎于西方法治传统和形式的失败。人们对于法律之所以合法只是由于其程序正确这一观点产生了怀疑，在这种气候下，自然法理论家在西方取得发言权。自然法理论的最著名代表人物之一富勒（Lon Fuller）在 1954 年所写的一篇文章中指出：“纳粹的独裁统治通过蓄意利用法律形式操纵权力，这方面是空前的。”〔8〕富勒的论述是基于以下信念：法律形式主义不足以防止不公正，因为法律可以被屈从于不道德的目的。他指出，我们不应孤立地看待正式的法律，而应把它看作具有自身内在目

〔8〕 朗·富勒：“世纪中叶美国的法哲学：评爱德文·W·帕特森的法理学‘法律中的人和思想’”，《法律教育》，第 6 卷（1954），第 457—485 页。

标与道德性的整个法律制度的组成部分。

西方社会中对法律的冷峻批判并没有随着冷战时代的结束而消失。在学术圈子中，批判法学派的代表人物对西方资产阶级提出了激烈的批评。他们认为，法律不过是维护统治阶级利益的工具。这种观点反映了在当今美国广泛流行的对法律的失望。例如，探讨普通民众看待法律方式的人类学家已经注意到，美国人认为他们的社会过于好诉。大多数美国人都指责这种迷恋运用法律的方法解决应由非正式手段解决问题的倾向，认为这是由于职业律师的贪婪，这种倾向的结果，瓦解了社会共同体的价值。不过，尽管这种对当今法律制度实际运作的深深疑虑，大多数美国人——不管他们是在学术圈子之内还是之外——依旧坚定地将法治奉为理想。他们确信，美国政府应该继续坚持美国缔造者的主张：真正的共和必须以“法治而不是人治为基础”。

总之，美国研究中国法律史的学者通过一个模糊的镜头观察中国。因而，对于西方学者来说，中国既是值得称道的避免过分依赖法律的高度发达文化，同时，又由于未能为法治发展出更坚固的制度基础而应受到指责。

这种“毁誉参半”的态度正在开始改变。在过去 20 年间，来自中国的新的法律材料以及自文化大革命结束以来重新恢复的对中国文化中法律的兴趣，已经促使先前原先并非法学家的汉学家们重新评价中国的法律。例如，著名汉学家史华兹（Benjamin Schwartz）和格雷厄姆（Angus Graham）的新近著作，就弱化了法家应对中国严厉的法律制度负责的观念。他们经过对中国政治文化广泛的研究，不是把早期的法家描述为专制的帮凶，而是描述为试图运用公开的法律控制中国君主将个人利益置于国家利益

之上自然倾向的改革者。^{〔9〕}关于清代制度的新观点已经开始改变着我们对中国末代王朝的理解。其中特别重要的是巴特利特 (Beatrice Bartlett) 和盖伊 (R. Kent Guy) 的著作, 他们的著作揭示了清代帝国试图缓解专制的官僚政治与皇权之间的紧张关系的努力。^{〔10〕}

二、对中国法律的新近再评价

本译文集收选的文章, 继续沿着这种现实和按其本来面目探讨中国法的趋向。它们一般集中在中国历史的三个时期: 先秦与秦汉帝国时期、宋代和晚清。这种安排代表了美国中国法律史学界的现状。战国和帝国早期引起了学者们的重视是因为从睡虎地和马王堆出土的材料已经补充了前此仅仅可从历史典籍中获得的材料, 也因为中国的学者已经运用这些材料重新评价了他们对早期中国的见解。美国的汉学家一直对宋代抱有兴趣, 因为宋代被认为是中国制度和智识历史的转折点。当然, 清代的材料比以前各代的材料丰富得多, 自 1970 年代以来, 西方的学者更容易接触清代的材料。

本译文集的前五篇文章, 试图纠正根深蒂固的关于中国法特征的成见。古典中国的政治理论补充了安守廉 (William Alford) 用

〔9〕 见史华兹:《古代中国的思想世界》(坎布里奇: 哈佛大学出版社, 1985); 安格斯·格雷厄姆:《道的争辩者》(拉撒尔, 伊利诺斯: 开放庭院, 1989)。

〔10〕 见巴特利特:《皇帝与大臣: 1723—1820 年间清代中叶的军机处》(伯克利: 加州大学出版社, 1991); R. 肯特·盖伊:《皇帝的四件珍宝: 乾隆时代后期的学者和国家》(坎布里奇: 哈佛大学出版社, 1987)。