

中国政法大学法律史学研究院学术系列之
“海外中国法研究译丛”

丛书总主编：朱 勇 张中秋 朱 腾

传统中国法的精神

THE SPIRIT OF TRADITIONAL CHINESE LAW



「英」马若斐◎著

GEOFFREY MACCORMACK

陈煜◎译



中国政法大学出版社

THE SPIRIT OF TRADITIONAL CHINESE LAW
传统中国法的精神

中国政法大学法律史学研究院学术系列之
『海外中国法研究译丛』
丛书总主编 朱 勇 张中秋 朱 腾



「英」马若斐◎著
GEOFFREY MACCORMACK
陈 煜◎译



中国政法大学出版社

2013·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（CIP）数据

传统中国法的精神 / (英) 马若斐著；陈煜译. —北京：中国政法大学出版社，2013. 10

ISBN 978-7-5620-4962-3

I. ①传… II. ①马… ②陈… III. ①法律—思想史—研究—中国
IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第203712号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话	010-58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	9.625
字 数	290 千字
版 次	2013 年 10 月第 1 版
印 次	2013 年 10 月第 1 次印刷
定 价	28.00 元

传统中国法的精神

.....

THE SPIRIT OF TRADITIONAL CHINESE LAW

by Geoffrey MacCormack

First published in the English language

in the United States of America

by The University of Georgia Press

Athens, Georgia 30602

Copyright © 1996 by The University of Georgia Press

All rights reserved

版权登记号：图字01-2011-4921 号

中国政法大学法律史学研究院 “海外中国法研究译丛”编委会

顾 问 张晋藩

译丛总主编 朱 勇 张中秋 朱 腾

编 委 (按姓氏笔画)

【美】包 恒 刘广安 【日】寺田浩明

朱 勇 许章润 朱 腾

张中秋 李贵连 张晋藩

何勤华 陈景良 林 乾

高明士 高鸿钧 【日】高见泽磨

徐世虹 徐忠明 【韩】崔钟库

黄源盛 曾尔恕 霍存福

“海外中国法研究译丛”序

21 世纪的当今世界正以日新月异的速度结合为“地球村”。世界性的文化交流与学术研究的互动展现出前所未有的局面，凝聚人类智慧的学术成果不断面世。

中华传统法制文明有着悠久而从未间断的发展历程，其法文化底蕴极为深厚，遗留下的典籍资料确使人有汗牛充栋之感。正是由于中华法制文明所具有的独特价值，因而吸引了中外学者热衷于研究它、开发它、展示它。

中华传统法制文明虽为中华民族所缔造，但它是人类社会的共同瑰宝。它的文化价值不限于中国，而且也确实曾经佳惠于东方世界。中华传统法制文明虽然经过数千年中外学者的研究，但迄今为止尚有未开发和亟待开发的领域。这首先需要中国学者肩负历史使命去深入发掘，给中华民族的伟大复兴以法文化的支持；当然也需要外国学者倾注心力，共同开发。

远自汉唐以来，外国学者便认真研究中华传统法制文明，为中华法系矗立于世界做出了自己的贡献。根据“他山之石，可以攻玉”的理念，并本着“取人之长，补己之短”的理性认识，中国政法大学法律史学研究院出版了“海外中国法研究译丛”。在这个过程中，一些年轻学人千里奔忙，四处搜寻域外研究中国法律的佳作，觅得版权，又译介回中国，其心志深为嘉奖。余于此丛书即将出版之际，欣然援笔为序。

张晋藩

己丑年夏序于京中万柳颐园

在比较中抽绎传统法的真精神

(代译序)

用一本不足 13 万字的小册子，来系统阐释传统中国法的精神，实在不是一件容易的事。如果作者不是曲学阿世的话，要能做到这一点，我想其必须具备两个条件：其一，要有广博的学识，且有全局意识，这是所谓的“通达君子”，如此才可综览整体，以免挂一漏万。其二，要有抽绎的能力，“抽”指抽象概括，“绎”指分析说明，其实要把握事实的本质，都或多或少得具备这样的能力，否则所能得到的，依然是一堆芜杂的材料。就第一点而言，需要作者长时间“用心一也”，广闻博见，浸淫于传统法的材料中；就第二点而言，则需要作者“善假于物”，利用好的分析工具，训练出敏锐的眼光，从而切中肯綮。总之，“无冥冥之志者无昭昭之明，无惛惛之事者无赫赫之功”^{〔1〕}。而考察本书著者马若斐的学术经历和修养，我们就会发现，他之所以写作本书，或许的确应了冥冥中的机缘。

一、马若斐与传统中国法

马若斐，1937 年出生于英国，20 世纪 50 年代去悉尼大学求学，在大学中他就对中国文化和历史产生了浓厚的兴趣，当时他就看最早的英译本毛选。^{〔2〕}但他毕业后却并不以中国学为业，而是去牛津大学攻读法社会学、法人类学及其他法律理论，通常我们可以将之视为广义的法哲学范畴。1966 年，马若斐凭借着其关于斯堪的纳维亚实证主义学派巨子海耶斯特勒姆（Axel Hagerstrom）的研究论文，而获得法哲学博士学位。译者无意在此分析其关于实证主义法学派研究的观点和心得，也无需分析其到底接受了何种法哲学

〔1〕《荀子·劝学》。

〔2〕关于作者的生平履历，译者系从作者寄来的履历表及关于本书的“导论”中译得，为了避免条目繁琐，故译者将其导论置于“中文版序”中，读者可参看其中作者自述的学思经历。

理论。只是想强调一点，即马若斐是有较强的理论分析功底和哲学思维能力的，这在他后来的学术生涯中得以体现。

早在1962年，还在牛津大学攻读硕士学位时，他就该大学中的莫顿学院、莫德林学院、伍斯特学院担任法律通识讲座的讲席。博士毕业后，1966~1967年，他又去了悉尼大学担任法律通识讲座的高级讲师。一年之后，他又到苏格兰格拉斯哥大学担任民法讲师。1968年，他来到了阿伯丁大学，担任法理学讲席教师，1971年升任该讲座教授。从此之后，直到1996年退休的28年中，他一直服务于这所学校，期间曾两度担任该校法学院院长（1973~1976年；1985~1988年）；退休之后，他仍作为该校法理学的名誉教授而进行教学研究。鉴于马若斐长期辛勤的服务，2009年阿伯丁大学授予其荣誉博士学位。

在担任法理学教席的近30年中，马若斐主要开设了罗马法、法哲学、法社会学、比较法及传统中国法等多门课程。并且多次应邀出席国内外学术会议，且应邀至格拉斯哥、爱丁堡、圣安德鲁斯、伦敦政治经济学院、阿姆斯特丹、莱顿、布鲁塞尔等多所名校讲学。就其和中国的渊源而言，他曾经到访过中国香港、西安和云南等地。但是在20世纪80年代之前，中国法对他而言，只是比较法中的一个片段，更多的是在教学中提及，此时他的作品中，并未见多少中国法的研究的成果。而其学术的重心，在于罗马法和其他法律理论。

大约在20世纪80年代初，随着中国重新融入世界，外界对中国的关注也与日俱增。在此情形下，马若斐决定进行学术上的转型，将主要精力放在传统中国法的专门研究上。但凡做东西比较法研究的学者，是不可能不瞩目伟大的《唐律疏议》的，而该书也完全有资格代表中国传统法的最高成就，如果在中国法制史里面只剩下一本书可读，那么毫无疑问非唐律莫属。在这种情形下，马若斐的中国研究从唐律开始，自然也不足为怪。但是作为讲课时的一节和作为专门的研究，其要求是不一样的，所以必得先精读唐律。所幸的是，那年刚好有一位北大教授在阿伯丁大学教授中文，于是得此良机，马若斐博学之，审问之，遂得领略唐律之文辞的典雅、内

容的丰博和技术的娴熟。

待得有唐律作为中国法研究的根基，再加上其好古敏求，马氏关于传统中国法的认识愈益深刻，这方面的成果也渐渐多起来，几年中，他出版了专著《传统中国的刑法》及《唐宋时期的契约法》、《唐律中的“六赃”》、《早期中国思想中的罪与罚》、《唐律中的职官责任》等大量论文。自1982年起，马氏几乎每年都有2~3篇传统中国法方面的论文问世，且体现了较高的水准。至20世纪90年代初，马氏的中国法研究逐渐蜚声于海外汉学界。

我很惭愧，因为未做过系统研究，所以对马氏的生平与学术只能按其自述介绍这么多。下面我们就围绕着这本《传统中国法的精神》来谈一谈马若斐中国法研究的思想方法和特色。

二、中国法的精神

法的精神是一个非常主观、私人化的概念，与法律追求的确定性背道而驰，本不应成为一个法学命题。但因孟德斯鸠的名著《论法的精神》风行世界，这一用语也成为一个核心术语。孟德斯鸠也没有给这一术语下过确切定义，但他用一段话，大致诠释了这一概念所涵盖的范围：

“法律应该同已建立或将要建立的整体的性质和原则有关系；不论这些法律是组成政体的政治法规，或是维持政体的民事法规。

法律应该和国家的自然状态有关系；和寒、热、温的气候有关系；和土地的质量、形势与面积有关系；和农、猎、牧各种人民的生活方式有关系。法律应该和政体所能容忍的自由程度有关系；和居民的宗教、癖性、财富、人口、贸易、风俗、习惯相适应。最后法律和法律之间也有关系，法律和它们的渊源，和立法者的目的，以及和作为法律建立的基础的事物的程序也有关系。应该从所有这些观点去考察法律……这些关系综合起来就构成所谓‘法的精神’。”〔3〕

这可以理解为法的精神虽然也关注规则本身，但更着力于规则

〔3〕〔法〕孟德斯鸠著，张雁深译：《论法的精神》，商务印书馆2005年版，第7~8页。

背后的思想和文化，体现的乃是创造并服从于该法的人类的文明。所以法的精神乃是沟通人类与法的一个桥梁，它关注价值，追求意义。而人们要探讨法的精神，也应该从文化与文明的角度整体把握，避免陷入到琐碎的考证和实用的“律学”中，从而一叶障目，不见泰山。

大约在20世纪90年代初，美国法学家艾伦·沃森^[4]决定主持编纂一套名为“法律的精神”的比较法系列丛书，内容要涵盖世界上的绝大多数的法系。在该丛书的总序中，他这样写道：“‘法律的精神’系列丛书意在揭橥世界各国法律体系的特质，故内容上对具体法律规则采择较少，更多着眼于对其宗教及道德背景、法律的复杂性、与抽象性的程度、法律的分类、法律的渊源、法律的家族等诸问题的阐释。本系列丛书涵盖罗马法、中国法、基督教法、犹太法、教会法、普通法、印度法、习惯法、日本法与国际法。”而马若斐作为一个比较法学者及中国法专家，很自然地就走进了沃森的视野。

而马若斐，基本也是按照沃森在总序中的要求去做的。所以本书中的中国法的精神，并没有谈及地理、气候、环境等对中国法的影响，也没有谈及政治法规和民事法规，而主要谈的是中国法的特征，确切地说，是历代法典的特征，其中的核心，自然是唐律。因为在这个领域钻研多年，且是在法哲学或法理学背景下研究的，所以对此自然驾轻就熟，这本书的写成，也不过是水到渠成之事。虽然也是一项命题作文，但就马氏而言，却并非为赋新词强说愁。

那么马若斐所理解的中国法的精神或者说中国法作为一个整体究竟有何种特征气质呢？

首先，中国法背后有一个成熟的哲学基础，主要是儒家和法家的哲学。法家更多造就了中国法的形式，而儒家则更多灌注了实质内容。马若斐认为：“法律在价值观念上基本是正统儒学的反映，只是在形式方面仍残存着当初法家思想的痕迹而已”（本书第一章第一节）。当然，它们是有机结合的，不能截然两分。儒法之外，

[4] 美国佐治亚大学教授，著名的法律史家、比较法学家，其代表作《民法法系的演变及形成》已经被译成中文，于2009年由中国法制出版社出版发行。

法律还体现了别样的特征，有些为中国法所独有，但又不能完全归之于儒法两家，比如法律的保守性和象征性等，这些在马若斐后面的论著中专门谈到了。

其次，就中国法的分类而言，马若斐认为存在着三大部门：一是刑事法，这是中国法的主体，历代法典基本上都是刑法典；二是行政法，在法典之外，占据了重要的位置；三是民间法，是国家法之外的规则形态，同样可视为法律的渊源，尤其在民间讼案的审判上，更是发挥着重要的作用。马若斐很谨慎，他忌讳谈“民事法”，主要有两个原因：其一，是他认为民事法并非中国法的主流，且历代官员总倾向于调处息争，或推回家族解决，“仰亲族示复”。所以不足以代表中国法。其二，则是作为一个法学概念，说中国传统上有“民事法”，也不够确切。马自然承认中国法中有许多的民事规则，但若因此就说有这个法律部类，似乎也并不严谨。

但是在本书中，马也并未谈行政法或民间法的特征，这又是什么原因呢？这是因为行政法的精神和刑法的精神相通，其背后体现的理念很多是一样的。所以谈了刑法也就相当于谈行政法。当然，更为关键的是，虽然行政法也能被视为中国法的典型，然而因为政治体制的差异，其所表现的逻辑西方人难以理解。且历代行政法数量惊人，要想用短短篇幅梳理清楚不易。于是他说了一句话：“我一直认为要想真正正确地理解传统中国行政法或民间法，西方学者还有很长的路要走”（本书第二章第一节前）。这真是大实话，不要说在西方，就是中国的法律史学者，对此的研究，又能说有多深呢？

所以，在介绍完基本哲学理念和分类后，马开始以刑法为中心，考察法典所表示出来的精神。

第一，法的整体特征，或者说给人的总体印象，乃是其保守和象征色彩。所谓保守，表现在实体法上，在于结构总体没变，即便篇名、条款数目改变了，但是规则的逻辑结构及核心内容变化绝少。马氏举最有代表性的三大类罪来加以阐释，即谋反大逆、盗窃和杀人，这三种犯罪在法典中也是规定得最详尽的。而表现在程序法上，至少从唐至清，基本的司法程序几乎也未有多大变化，在死刑复核上更是一脉相沿。为何法律如此这般保守呢？在于儒家对过

去的尊重，儒家认定有些价值观念是永恒的，诸如“道之大源出于天，天不变道亦不变”，“君臣之义，无所逃于天地之间”等，这些观念落实到日常洒扫应对中，就变成“礼”，落到家国管理统治上，则变成了法典中的规则。中国人之所以普遍重视过去，重视经验，原因在于他们相信这些东西具有永恒的价值。这样一来，法律的象征性也就不难理解了。一方面有些法律因时而异，已经失去了执行的可能，但是它表示了某种永恒价值，所以即便不可执行，也要作为具文存在于法中。但更为重要的则是这些内容，表明的是国家对人民的一种希望，一种核心道德，国家希望通过法典，来宣扬其核心价值观。所以马若斐睿智地指出：“所以有时，法律的教化意义显然要高于惩罚意义。比如，历代同姓不婚的规定，似乎（也许从来）没有被实际执行。然而，却始终作为一条禁令存在于法典中，其意乃在于强调家庭的稳定延续并保家声不坠。”（本书“中文版序”）

第二，刑法的伦理基础，仍源自儒法，后来被宋代新儒家改造，具有了强烈的道德主义色彩。虽然道德的内涵各代并不完全相同，但是其核心是不会有变的，所以马若斐得出结论：“法典不仅事关道德的履行，而且意在促使皇帝的臣民按照‘三纲’的要求去做。所有的王朝都围绕着君臣、父子、夫妇之间的义务去制定其刑事政策。所不同者只是立法者对这些义务的具体规定而已……尤其是在理学的影响下，明清时期法律的重心逐渐放到了臣对君的忠、子对父的孝，以及妻对夫的贞上（这也是对所有妇女的要求）。甚至在理学产生之前，法律就总是关心这类道德义务的履行。我们所述的法律规则，或多或少都具有‘象征’意义，它们表达了道德的要求，但并不奢望被严格执行，它们关注更多的是外在的基本人际关系如何处理，而非内在的义务本身。”（本书第四章第四节）

第三，刑法规范的取向，乃在于处于关系中的人。在译此书时，我常常斟酌，为什么马若斐要用整整两章，来探讨社会关系，并举大量案例，来说明社会关系对定罪量刑的影响。现在我得出一个结论，那就是虽然马若斐没有明说，但实际上他要表示，中国法的规范取向，不在于一个个独立的人，而在于关系中的人。关系

的不同决定了其法律上的待遇的不同。传统中国基本上是一个静态的社会，社会流动性并不大，出了家族就到了国家政府，基本上不存在纯粹的公共“社会”，所以法律不需要过多考虑流动中的人，商业法和财产法，在统治者看来，几乎是微不足道。要管理家族中的人，只要找到其家长；要管理政府中的人，只要找到其官长，一切都能得以解决。传统上要评价一个人，首先看的就是这个人和其他人的关系，或者要看他在一个关系中处于何种位置，而不是看这个人本身。关系对于中国人的重要性，那是世界上任何地方都无法比拟的。马若斐必定深刻地体会到了这一点。在刑事法规中，首先得分清楚犯罪人和被害人是何种关系，然后才能决定此罪与彼罪，轻罪与重罪。才能相应地确定刑罚的种类和轻重。在刑事判决中，我们动辄就会看到这样的句子“查，子于父母伦纪攸关”，在在都说明了在中国法中，法意与人情是难以切割的，审判案件时，为什么会有情理法之说，很大原因乃在于规范的取向是关系中的人，而不是独立个体。

第四，刑法所要体现的道德观是以人为本。《唐律疏议》开篇即论道：“禀气含灵，人为称首。”所以中国的刑法完全是世俗的、以人为本的法律。这一点在我们看来稀松平常，那是因为我们从来没有感受过宗教压迫，日常生活中也少有宗教气息。但是马若斐处在基督教文化氛围很浓的西方，猛然看到早在七世纪的唐朝，就已经如此强调人的地位，而对比当时的西方，还处在神学的一统天下之中，则他内心的震撼，我想是可以体会得出的。再联想到他所研究过的罗马法，更多是一种纯粹实用的规则，与人类的道德关联度虽然有，但必定无中国法这么强调礼法结合，一准乎礼，那么中国法的道德主义色彩，一定是一个无法回避的特色。中国人的根本道德观乃是人本，其具体德目因时而异，但仁义礼智，则一以贯之。自孟子提出过“四端”^[5]学说之后，中国人普遍承认“人之初，

[5] 所谓四端，指出人心有恻隐、羞恶、恭敬、是非四端，四端发为道德行为则表现在仁、义、礼、智四个方面。孟子说过：“恻隐之心，人皆有之；羞恶之心，人皆有之；恭敬之心，人皆有之；是非之心，人皆有之。恻隐之心，仁也；羞恶之心，义也；恭敬之心，礼也；是非之心，智也。”（《孟子·告子上》）

性本善”。刑法自然也得适应这样的根本道德观，表现这样道德观的规则有很多。马若斐从慎决死刑、矜恤弱者、自首宽大和严男女之防四个方面来加以探讨，其实很有代表性。慎决死刑，乃是基于生命价值最高这一理念；矜恤弱者，乃是“仁、义”的外化；自首宽大，乃是相信人皆有羞恶之心，能够改过迁善；至于严男女之防，更是注重是非，倡导做人的节操。虽然严男女之防似乎在中国表现出过于保守的特点，但这并不是禁欲主义的要求，而只是提倡节制与洁身自好而已。

第五，刑法体现了充分的合理性和高超的立法技术。马若斐以审判程序为例来说明其合理性，意在表明，中国人对于司法，讲究证据的应用、推理的逻辑和处断的适当。而高超的立法技术，则更为马若斐心仪。只需要看他读唐律时的悸动，就能表现出来：“有此机缘，我才能逐渐地领会到唐律文字的精妙和典雅。虽然对其结构和技术上的术语还不能完全理解，但是唐律的简洁、精确和明晰却已使我震撼。随着识力的加深，唐律的谋篇布局、‘名例’及其他各律之间的区分、罪的分类、量刑情节的条分缕析、故意与过失的界定、‘以’、‘准’等简洁的处断公式，更是令我钦佩莫名。”（本书“中文版序”）所以在本书中，他就着力对这些技术问题进行了考量，并通过具体的案例加以证明。

除了从静态规则中抽绎出以上精神外，马若斐还不忘探究法律在现实中的情形。他早就发现事实与规范之间存在的差异：“法律的实践看起来与理论上并不完全一致。例如，在大量的杀人案件中，当缺乏明确的法条时，地方督抚和刑部常常会征引刑部先前的成案，即使成案中缺乏既定判决，他们至少也会比照先例中出现的事实从而加以处理。所以刑部的判决似乎发挥着‘先例’的指引功能，在法典缺乏明确的条款时，它就会被当作为定罪量刑的权威依据。”（本书第二章末节）于是他专门花了一章来叙述类推处理和比附成案，意在说明，中国虽然缺乏西方的所谓的“法律漏洞补充技术”，也缺乏西方法官的那种自由裁量权，但是当存在法律缺漏时，中国人却有自己独特的智慧，以保证法律统一、有效地施行。

第六，马若斐还介绍了刑罚的地位和功能。对于地位而言，刑

罚其实不是中国人的首选，所谓“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，因为相信人性本善，所以中国人更倾向于“教化”，教化的好，自然可以“讼简刑清”，那是为政的最高境界，但是“性相近，习相远”，如果此善“性”被“习”所染，那么势必需要“复性”，如何复性呢，工具很多，刑罚就是其中的一种，所以最终的结论就是刑罚乃“弼教”之具，这就是刑罚的地位。至于功能，在他看来，主要有三：威慑、改造和报偿。在西方，报偿的功能，尤其是偿还的功能居于首位，然而在中国，则是威慑的功能居于首位。这也许可以用来解释为何说西方的法是权利型法，而中国的法是义务型法。

这便是马若斐眼中的传统中国法的“精神”，他如抽丝剥茧一般，先拉开历史的大幕，然后从唐律入手，最后回归到法律实践，从而系统而又简明地抽绎出了传统中国法的精神。

三、比较视野和语义分析

其实从以上对马若斐此书思想内容的介绍中，我们已经可以体察到他运用的方法。他运用的方法很多，比如法社会学、法诠释学等，但是最为核心的两点，是在比较视野和语义分析两者上面。

先来看比较，用比较法来研究中国，这几乎已经成为汉学家不可避免的宿命，更是一种天然的优势。因为人都会在既定的知识和学科框架下考虑问题，所以既有的知识就是其在面对中国问题时的参照系。即使他没有刻意地去进行比较，或者根本想避免比较，但是潜意识中，是无法回避自己的本国立场的。何况，虽然我们常说“同情”的理解，但是同情的理解何其难哉！要想做到同情，必须在面对历史问题之时，假设自己处于同一情景，最大限度地还原同一背景，站在换位思考的角度下，追问：“设我为彼，当何所思？”最终合情合理地探求出其中的原因。能够还原背景就已经不容易了，而要让缺乏中国生活经验的汉学家换位思考，实在是勉为其难。相比较而言，“西方中心论”是最便捷的方法，先广泛搜集材料，然后用自己熟悉的思想、观点、方法，来解读中国问题，最后回馈西方读者，这是汉学家自然而然的方式。很多汉学作品的观点，我们中国人看起来很平常乃至荒谬，却能为西方人广为接受，

便是这个理由。

比如我们问：大清律例是不是一部法典？这在我们中国人看来根本不成其问题，但在西方却引发了很多争论。乃至钟威廉（William C. Jones）在谈到大清律例时，竟然说道：“在提出这些建议时，我作了一个大胆的假设，即《大清律例》实际上是一部法典，而且是大清帝国的核心法典，正像法国民法典和德国民法典在法国和德国所起的作用那样。”〔6〕相信所有治法史的中国人看到这里面的“大胆”、“实际上”两个词的时候，都会忍俊不禁。但在西方人看来，这实在是一个严肃的问题。这实质上代表了中西法律观的差异。之所以钟氏要如是说，其实还是拜比较所赐。试想假如能够予以同情理解，还需要如此“大胆”吗？

再回到马若斐，比较对他而言，更是家常便饭，说得极端一点，他一辈子从事的，就是比较，早年比较不同的法律理论，中岁比较罗马法和英美法，之后又比较西方法和东方法。马若斐学识渊博，懂得多种文字，除母语英文外，精通法文、德文、意大利文、拉丁文等，这一点我们从本书后面的参考书目中就能看出。所以相较其他学者而言，马氏在做中国研究时，更主动地应用比较法，且不但能求异（这是最为常见的），还能求同（这点不太容易，循此路径，可接近同情）。

比如在比较中西先例的问题时，他发现绝对不能望文生义，中文中的“先例”含义丰富，既可表示纂入律例中的“条例”，也可表示尚未纂入例但已经获得皇帝批准的“通行”，此外还可以表示刑部之前判过的“成案”，各种例的效力是不一样的，在援引成案方面，中西表面上比较相似，但是其中有本质的差异，西方有关于如何援引先例的规则，而中国则无；西方援引先例之后，即可定案，但中国则援引之后，还需要皇帝的批准，方能成为法律推理的根据。这样的比较，不但可以让我们了解中西异同，对中国的例也有更深的认识。比如有些学者一直觉得中国古代也有判例法，《刑

〔6〕 钟威廉：“大清律例研究”，苏亦工译，载高道蕴、高鸿钧、贺卫方编：《美国学者论中国法律传统》（增订版），清华大学出版社2004年版，第393页。

案汇览》、《驳案续编》之类的书不断出现，且经常比附判例，不就是其存在的证明吗？对此马若斐认为，中国只有判例，而无判例法。为什么呢，可从比较得出：

“在英美法中，对何种先例于法庭审判具有拘束力有着至为繁复的规定，而传统中国法中则无此规则，理论上，由司法官员所作的判决对日后的案件审判并无拘束力。即使是皇帝对特定案件所作的判决，除非明确宣布其嗣后通行著为定例，否则仍无拘束力。个中原因在于皇帝必须将立法权牢牢紧握在自己手中，并尽量保证其所定之法对帝国所有地区都能一体适用、敦行不怠。”（本书第九章第二节）

这下，我们就能一目了然其中的原因，乃在于皇帝必须保证口含天宪，专制集权的面目一下子展露无遗。

马氏的比较，不仅仅只是用英美法和中国法比较，他还能用罗马法和中国法进行比较，我们看本书“附录一”《早期中国法中的“合意”，“契约”和“债”——对“责”、“负”、“债”、“约”、“券”等术语的考释》这样一篇文章，就注意比较这些术语和罗马法的同异。其中“结论”部分提到：

“我们可以说如果我们希望汉代及此前的中国已经存在着契约法，那么就意味着司法机关对于自愿达成的协议有强制执行力。然而，这样的情形少之又少。至少，契约法必须规定个人间的协议在何种条件下才具备法律效力（强制执行力）。它可以规定合意本身就是其具备法律效力（就像罗马法中的合意契约那样）的充分必要条件；也可以规定只有当一定的事实发生时，比如标的物交付（就像罗马法中的不动产契约那样）、口头或书面文字形式具备（就像罗马法中的口头契约和书面契约那样）时等等，作为契约具备法律效力的特别要件。从这个角度来看，该法可能会根据构成形式的不同而将契约分成不同的类别……早期中国似乎并不存在这样的契约法。没有证据显示官府决心创设出一套规则，用以妥善解决因合同