

明镜高悬： 中国法律文化的多维观照

徐忠明 著

D929.2
20142

阅 览

明镜高悬：

中国法律文化的多维观照

徐忠明 著

Mingjing Gaoxuan:

Zhongguo Falv Wenhua de Duowei Guanzhao



中央高校基本科研业务费专项资金资助

中山大学新兴交叉学科项目“知识、信念与策略——明清司法制度的运作机理及其演变”（批准号：10wkjc11）

图书在版编目（CIP）数据

明镜高悬：中国法律文化的多维观照 / 徐忠明著.

桂林：广西师范大学出版社，2014.1

ISBN 978-7-5495-4574-2

I. ①明… II. ①徐… III. ①法律—文化—中国—文集 IV. ①D909.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2013）第 260501 号

广西师范大学出版社出版发行

（广西桂林市中华路 22 号 邮政编码：541001）

网址：<http://www.bbtpress.com>

出版人：何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

（南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码：530007）

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：13.125 字数：310 千字

2014 年 1 月第 1 版 2014 年 1 月第 1 次印刷

印数：0 001~3 000 册 定价：48.00 元

如发现印装质量问题，影响阅读，请与印刷厂联系调换。

序

据我观察,或许不够全面,当下的中国法律史研究,可谓非常活跃;刊布的学术论著之数量,也非常可观。然而,倘若我们换一个角度来观察,似乎又有不少令人遗憾的地方。一是史料范围好像越来越宽,种类似乎越来越多,却越来越局限于司法档案与契约文书,对其他常见史料,反而视而不见,或者视为无关轻重;二是研究主题偏重于司法实践和各种微观制度,诸如明清时期司法官员究竟是否“依法判决”这类问题,多少让人觉得有些老调重弹,论证方式亦皆似曾相识;三是除了少数被人誉为史料扎实、论证严谨的作品,很少能够读到在理论框架、概念工具与研究方法上具有开创性、刺激性的论著。在这种学术语境中,究竟如何操作方能有所突破,有所创新,确乎令人纠结不已。

伴随着“数据库”时代的来临,伴随着“E考证”实践的展开,倘若仅仅达到“史料扎实”与“论证严谨”这两条标准,那么,较诸以往的研究,已经来得容易很多。是以,我深深感到,未来的中国法律史研究,除了继续保持这种优良传统与严谨学风,尚要更多关注其他一些层面:问题意识的凝练、新理论和新方法的运

用、跨学科研究的尝试、多样性史料相互释证的推进，等等。不消说，这些工作的有效展开，对中国法律史学者提出了更高也更多的要求。具体而言，中国法律史研究，并不只是史料之搜集、爬梳、辨析与编排，而是要在这个基础上更上层楼，对中国法律史作出更具理论意义的分析和解释。通过新问题、新方法与新理论的切实运用，推动新史料的不断开掘，提升新史料的意义解释，并在三者之间形成有效的循环互动，冀以改变目前中国法律史的研究格局。

例如，就明清时期的司法实践而言，我们不仅要描述司法制度的组织架构，解释司法实践的常规技艺，而且要搭建一个据以分析司法制度运作的理论框架，深入探究司法权力背后的运作机制，解释司法官员与诉讼两造的心态模式和行为策略，评估司法实践之于社会秩序形成的作用与意义；除了考察常规司法实践，还要考察作为“例外”的司法实践，发现并且分析它们隐含的政治意义、法律意义与社会意义；以及，在比较视域下提炼明清中国司法实践的类型特征，最终给出具有规范性的解释与理论性的分析。换言之，对明清时期司法实践的探究，既不能仅仅满足于史料的挖掘和利用，也不能仅仅满足于“接近”历史真相的描述和解释，更要提出富有理论意义的概念工具与分析框架。

再如，在分析帝制中国的契约实践时，我们不仅要解读契约文书蕴含的概念、功能和意义，而且要分析不同契约文书之措辞和“吉祥语词”所蕴含的签约双方的情感因素与文化意蕴；进而，还要考究契约实践之于社会秩序的维系与变化的实践价值，乃至民间契约与国家律令之间的制度关系；在更高的理论层次上，还要提出能够超越英国法律史家亨利·梅因在《古代法》中概括

的“从身份到契约”这一著名社会发展公式的理论命题,以期概括帝制中国的社会类型与秩序结构。根据我的初步考察,帝制中国实际上是“纵向身份与横向契约”构筑而成的复合结构;这一结构,是建筑在“国家律令与社会契约”的双重规范之上的。可以说,如果离开了契约文书、契约实践与契约秩序来谈论帝制中国的社会结构、社会类型与秩序特色,恐怕难以探知历史真相。毫无疑问,对这些问题的深入研究,不仅意味着史料范围和史料种类的拓展,而且意味着不同学科之分析技巧的运用。

这样的中国法律史研究,必将跨越法学和史学的固有藩篱而转向政治学、社会学、经济学与文化史等领域。换言之,跨学科之研究取向不可避免。我相信,这样的跨学科研究,对中国法律史学者之提出新问题、挖掘新史料、尝试新理论、运用新方法,必将带来新机遇、新挑战和新期待;同时,也必将对他们提出更高的学术要求,包括进行更多的学术训练。由此勾勒和描述的中国法律史图像,也将变得更丰富、更厚实,亦更令人信服。

以往,我给自己的学术定位,是在“边缘”思考,不凑热闹,不随同附和。而现在,虽然仍旧保持这样的学术姿态和研究兴趣,但是“边缘”的界域,已经有了不小的拓展,不再局限于“法律与文学”这一狭隘题域。当学者在梳理精英阶层的法律思想时,我所关注的是小民百姓的法律意识和法律心态;当学者在解释明清时期司法官员究竟如何“依法判决”时,我所关注的是他们具有怎样的法律知识以及这些知识如何影响他们的司法实践;当学者在一窝蜂利用司法档案时,我却利用正史“循吏列传”这类看起来最寻常、最平凡,甚至为学者所“不屑一顾”的史料,冀以解释那些两千余年来备受帝国官方认同和赞誉的地方官员,他

们的司法特点与典范意义究竟何在的课题；当学者在检讨常规司法实践时，我却研究“权宜司法”的政治意义和法律意义究竟何在的话题，或者说，我希望通过研究“例外”来深化对“常规”司法实践的理解。这里的“权宜司法”，是我正在写作的《权宜司法与政治控制：清代杖毙考论》这本小书的核心问题；当然，它也将展现相关法律问题的社会文化意义。足见，所谓“边缘”云云，不只指涉史料运用和学术姿态，而且指涉中国法律史研究的问题意识、概念工具、理论框架与研究方法，它的意涵颇为丰富，研究起来亦颇不容易，却值得我们为之付出。因为这也是推进中国法律史研究的一条可能路径。

收入本书的10篇论文，是我近来的思考和写作的积集。虽然不敢自誉有何特殊的创获或贡献，但也敝帚自珍。这是因为，本书可以代表本人的些许努力之所在。

第一组的两篇论文，是对“灋”和“律”进行观念史或概念史的梳理和解释。通过对“灋”的梳理，希望纠补以往学者否认“灋”意涵正义价值的看法；通过将法律之“律”与历法之律、音乐之律结合起来考察的进路，旨在揭示“律”作为“万事之根”的形而上的终极意义，以及作为“度量计算”的形而下的工具作用。第二组的两篇论文，前者是解读“明镜高悬”这块匾额所蕴含的神圣与凡俗的司法意义，是一篇对法律“器物”进行文化解读的尝试之作；后者是利用明代小说“插图”来考究不同角色之间的权力关系，进而解读司法场域的文化意义，是一篇法律图像学研究的试笔之作。第三组的两篇论文，在“虚构与真实”中，通过考察晚明诉讼文书的修辞策略与写作技巧，揭示司法文书存在虚构的根本原因；在“台前与幕后”中，利用晚清刑科题本与州县牧

令日记记录的同一案件的审理过程,揭示刑科题本为什么存在虚构的关键情节。如果将这两篇论文合观,可以帮助我们更好地理解司法档案研究可能存在的若干盲点和某些误区,避免那种“盲从档案”和“误解档案”的弊病。第四组的两篇论文,前者是考证历史记载中的包公断狱故事,以弥补正史记载的某些遗漏,从而丰富我们对包公的历史形象与司法实践的理解;后者是辨析清代抱告制度的源流、功能与性质,并且通过比较分析,给清代抱告制度以新的法律定位。第五组的两篇论文,第一篇是通过考辨《诗经·甘棠》一诗的史事和志趣,来勾勒和评论传统中国“送法下乡”的历史源流与实践意义;尤其是,通过仔细辨析先秦与汉代征引和解释《甘棠》一诗的文献,以为将它释作“送法下乡”的经典故事,与其原志并不切合;与此同时,还对“送法下乡”可能存在的困境作了必要的提示。第二篇是通过考察《水浒传》这部经典小说展现的犯罪故事,来解读“替天行道与江湖世界”的政治法律意义;特别是,小说讲述“替天行道与江湖世界”的故事,实际上是一个充满矛盾的叙事。

经由上述扼要介绍,读者也许可以看到,本书所涉内容,既有概念解读的文字,也有人物考证的篇什;既有史事考证的文字,也有文化解释的篇什;既有制度梳理的文字,也有司法实践的篇什;既有律条和档案的分析,也有诗歌和小说的研究,甚至还有器物 and 图像的解读。如此等等,显示出了一定程度的跨学科与多样性史料的研究旨趣。

写到这里,尚有必要做点“破题”工作。书稿之所以取名《明镜高悬:中国法律文化的多维观照》,首先是因为里面收有一篇相关论文,其次是因为它能够涵盖本书的旨趣。这里,所谓“多

维”，系指本书涉及的史料、问题、方法与理论，比较驳杂，符合“多维”的外在标准。希望通过“多维”来观察中国法律的历史真相与若干特色。具体而言，是透过文字表达来解释思想观念，透过律例制度来理解社会秩序，透过实践行动来把握行为策略，透过人物塑造来理解文化意义，透过器物 and 图像来揭示文化特色，如此等等，不烦细述。要而言之，存留至今的各种史料，既是古人观察社会与实践、描述现象与事实、表达思想与情感的痕迹，也是我们透过史料丛林考察当时的社会现象，理解古人所思所想的凭据。凡此，均离不了历史学家“透视”史料的明锐目光。

然则“观照”又有何意？在《说文解字》中，许慎释“观”作“谛视也”。在《说文解字注》中，段玉裁对“观”作了进一步解释：“穀梁传曰：常事曰视，非常曰观。凡以我谛视物，曰观；使人得以谛视我，亦曰观。”在《明代的图像与视觉性》一书中，英国学者柯律格说：古典中国的“观”，具有审视或仔细检视的意思，这是《说文解字》已有的解释。在佛教和道教的影响下，“观”又获得了“内观”这一省思冥想的意义。对“观”的特点，柯律格接着说：不仅“观”的主体具有固定的视点，目光特别有穿透力，能够看到更多或更深的东西；而且“观”还意味着一种颇有人文化的考察事物的方式，从而与农民、妇女、稚童的“看”有着社会文化上的差异。足见，“观”的意蕴颇为丰富。许慎释“照”作“明也”。倘若我们将两者结合，那么“观照”即一种具有深度的观察事物的方式，不但具有察照事物的意味，而且还有反观自我的意思。就此而言，它与“明镜高悬”也有意义上的关联。这样一来，正标题与副标题就获得了相互解释的意义。

进一步说，法官与历史学家都需要有一面“高悬的明镜”，亦

都需要采取一种“观照”的研究姿态。只有这样，他们才能揭破案件真相与历史真相。由此，我们也就可以理解，实际上，法官与历史学家的工作性质具有天然的相同之处。所有这些，便是本书命名的全部理由。一言蔽之，本书之命名，象征着帝制中国司法官员以“明镜高悬”或“观照”来揭破案件真相，与现代历史学家以“明镜高悬”或“观照”来透视历史真相的双重意义。

表面看来，我像狐狸，一会儿研究这个话题，一会儿涉足那片领域；但实质上，我又觉得，自己更像刺猬。近十余年，自己一直埋首在明清时期法律文化这片不大的园地里默默耕耘，尝试用各种史料以研究各种话题。只不过，伴随着史料运用的渐次丰富多样，编织出来的这块明清时期法律文化的地毯，也变得日趋宽阔，色彩更加斑斓；与此同时，这块地毯也变得更加厚实。至于这些作品究竟写得如何，尚祈读者批评赐教。

是为序。

广州中山大学愚墨斋

2013年2月27日

目 录

灋与律

- 3 / 法与正义——早期中国“灋”观念起源
- 25 / 道与器——一种关于“律”的文化解说

器物与图像

- 49 / 明镜高悬——一块匾额的司法意义考释
- 88 / 索象于图——明代听审插图的文化解读

虚构的档案

- 151 / 虚构与真实——明代司法档案的修辞策略
- 178 / 台前与幕后——解读一起清代命案的真相

人物与制度

- 219 / 包公：历史形象与断狱故事考论
- 245 / 诉讼代理？——清代抱告制度考论

诗与小说

- 309 / 送法下乡？——对《诗经·甘棠》事志的考释
- 352 / 替天行道与江湖世界——《水浒传》读后

- 371 / 参考文献

- 402 / 跋

濶与律



法与正义

——早期中国“灋”观念起源

关于传统中国“法”的故事,已有不少学者作过专题的讲述,而且讲法各异。一百年前,梁启超先生所著《论中国成文法编制之沿革得失》一文,基于中西法律文化比较的视角指出:中国法具有“均平中正,固定不变,能为最高之标准,以节度事物者也”的意思,而且与西方法的语源略同。^①据我考察,此乃后来我国学者关于“法的故事”的经典叙述。可以说,各种法理学、中国法律史和中国思想史的教科书,基本上蹈袭了梁启超的解释。但是,这一“故事”仍有不同的说法。譬如,梁治平认为,在中国法律史上,法与“刑”并无根本差异;或者说,法的核心意思就是刑,与正义和权利这样一些西方法的基本理念邈不相涉。^②张中秋也曾指出:从法的价值取向来看,西方法追求的目标是实现正

① 参见范忠信选编《梁启超法学文集》,北京:中国政法大学出版社,2000年版,第77—81页。

② 参见梁治平《法辨》,收入氏编《法律的文化解释》,北京:生活·读书·新知三联书店,1994年版,第280—309页。

义,中国法向往的境界是建构“无讼”的社会。^① 值得注意的是,朱苏力运用福柯式的知识考古学方法分析了近现代中国学者把许慎《说文解字》对“法”的解释与西方法(正义或权利)勾连乃至等同起来的原因——利益集团的操控和法律移植方面会通中西法律的需要。在他看来,迄今为止学者对“法”的考证毫无学术意义。^②

仔细思索上述研究成果,我觉得尚有进一步推敲的余地。其一,对“法”的解释与审判实践脱离;其二,对“法”的训诂与其他概念割裂。基于这一考虑,我想从司法角度来重新讲述中国“法”的故事;进而,与其他概念结合起来考释中国“法”的理念。

一、从司法审判角度来讲“灋”的故事

日本著名中国法律史学者滋贺秀三曾经指出:在欧洲法律史上,所谓“法”,与诉讼有着本质上的相同之处;也就是说,法的原意是指通过诉讼达到的“正义”的结果,因此希腊语 δικη、拉丁语 Jus、德语 Recht、法语 droit 都有“妥当”和“正义”的意思。^③ 关于西方法的语源分析,梁治平在《法辨》中也曾作过相应的解

① 参见张中秋《中西法律文化比较研究》,南京:南京大学出版社,1999年版,第319—368页。

② 参见苏力《“法”的故事》,收入氏著《制度是如何形成的》,广州:中山大学出版社,1999年版,第143—145页。顺便指出,虽然苏力讲述的“法的故事”颇有新意,但是,他一笔勾销其他学者解读“法的故事”的学术意义,似乎有失偏颇;况且,即使他所讲述的故事,也并非最后一种讲法。

③ 参见[日]滋贺秀三《中国法文化的考察》,收入滋贺秀三等著,王亚新、梁治平编《明清时期的民事审判与民间契约》,北京:法律出版社,1998年版,第4—7页。

释。^①然而与滋贺不同的是,他的语源解释没有关注中西“法”理念差异背后的诉讼实践。这一疏忽多少也会影响我们对中国“法”的理解。据此,我想沿着滋贺教授的思路讲述“法”的故事。^②

谈论中国法之起源的时候,学者往往援引《左传·成公十三年》所谓“国之大事,在祀与戎”一言,作为论证中国法起源的两种不同路径的依据。祀,是指部族之内的祭祀,也是礼的源泉;因此《说文解字·示部》释作“礼,履也,所以事神致福也”^③。戎,则是部族之间的战争,与刑的起源密切相关;一如《国语·晋语》所记“夫战,刑也”,可谓直截了当。^④衡诸早期中国法的历史沿革与规范结构,这一论证策略非常有效,也与事实吻合。但是,如果考究一下“礼”与“刑”的运作方式,那么,我们也就可以发现,事情或许并非如此简单。换句话说,我们固然可以说“刑”起源于部族之间的杀伐和争战,然而随着公共权力(政治国家)的兴起,如何处置部族成员的违法犯罪,依然是一个悬而未决的

① 参见梁治平《法辨》,收入氏编《法律的文化解释》,第281—282页。

② 必须指出的是,如若细细琢磨滋贺教授的思路,我们可以发现,他的中西法文化比较研究的逻辑前提似乎并不一致。也就是说,滋贺教授在考察西方法的时候,非常关注“原型”和特征;但是在探究中国法的时候,尽管特征问题依然受到重视,概括也极为精湛,却将“原型”问题置之不顾。在我看来,这种比较前提上的错位,无疑将会影响我们对中西法观念之差异的理解。

③ 王国维更有引申性的解释:“奉神人之事通谓之礼。”具体考释,参见氏著《观堂集林(外二种)》,石家庄:河北教育出版社,2003年版,第143—144页。

④ 参见杨鸿烈《中国法律思想史》(上海:商务印书馆,1936年初版),北京:中国政法大学出版社,2004年版,第146—149页;顾颉刚:《史林杂识初编》,北京:中华书局,1963年版,第82—84页;钱钟书:《管锥编》(一),北京:中华书局,1979年版,第285页。其后,不少中国法律史著作均有类似的讨论,不赘。