

普通高等教育“十二五”规划教材



21世纪法学规划教材

中国法律史讲义

Lectures on
Chinese Legal
History

李启成 著

 北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

非外借

中国法律史讲义

Lectures on Chinese
Legal History

李启成 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国法律史讲义/李启成著. —北京:北京大学出版社, 2018. 1

(21世纪法学规划教材)

ISBN 978-7-301-29029-3

I. ①中… II. ①李… III. ①法制史—中国—高等学校—教材 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 303510 号

- 书 名** 中国法律史讲义
ZHONGGUO FALÜ SHI JIANGYI
- 著作责任者** 李启成 著
- 责任编辑** 李 铎
- 标准书号** ISBN 978-7-301-29029-3
- 出版发行** 北京大学出版社
- 地 址** 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址** <http://www.pup.cn>
- 电子信箱** law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博** @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话** 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者** 涿州市星河印刷有限公司
- 经 销 者** 新华书店
- 787 毫米×1092 毫米 16 开本 23.5 印张 587 千字
2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷
- 定 价** 58.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题, 请与出版部联系, 电话: 010-62756370

丛书出版前言

秉承“学术的尊严,精神的魅力”的理念,北京大学出版社多年来在文史、社科、法律、经管等领域出版了不同层次、不同品种的大学教材,获得了广大读者好评。

但一些院校和读者面对多种教材时出现选择上的困惑,因此北京大学出版社对全社教材进行了整合优化。集全社之力,推出一套统一的精品教材。

“21世纪法学规划教材”即是本套精品教材的法律部分。本系列教材在全社法律教材中选取了精品之作,均由我国法学领域颇具影响力和潜力的专家学者编写而成,力求结合教学实践,推动我国法律教育的发展。

“21世纪法学规划教材”面向各高等院校法学专业学生,内容不仅包括了16门核心课教材,还包括多门传统专业课教材,以及新兴课程教材;在注重系统性和全面性的同时,强调与司法实践、研究生教育接轨,培养学生的法律思维和法学素质,帮助学生打下扎实的专业基础和掌握最新的学科前沿知识。

本系列教材在保持相对一致的风格和体例的基础上,以精品课程建设的标准严格要求各教材的编写;汲取同类教材特别是国外优秀教材的经验和精华,同时具有中国当下的问题意识;增加支持先进教学手段和多元化教学方法的内容,努力配备丰富、多元的教辅材料,如电子课件、配套案例等。

为了使本系列教材具有持续的生命力,我们将积极与作者沟通,结合立法和司法实践,对教材不断进行修订。

无论您是教师还是学生,在适用本系列教材的过程中,如果发现任何问题或有任何意见、建议,欢迎及时与我们联系(发送邮件至bjdxcbs1979@163.com)。我们会将您的意见或建议及时反馈给作者,供作者在修订再版时进行参考,从而进一步完善教材内容。

最后,感谢所有参与编写和为我们出谋划策提供帮助的专家学者,以及广大使用本系列教材的师生,希望本系列教材能够为我国高等院校法学专业教育和我国的法治建设贡献绵薄之力。

北京大学出版社

2012年3月

目 录

1 导 论

上编 传统中国法制

19 第一讲 中国历史演进综述

- 20 | 第一节 中国国家的起源与周代封建制(—公元前八世纪)
- 24 | 第二节 第一次社会大转型(公元前八世纪—前一世纪)
- 27 | 第三节 帝制中国(公元前三世纪—十九世纪中晚期)
- 49 | 第四节 第二次社会大转型(十九世纪中叶至今)

57 第二讲 周代分封制下的贵族法制

- 58 | 第一节 周代的设官分职
- 59 | 第二节 周代法制(一):礼
- 62 | 第三节 周代法制(二):刑

69 第三讲 帝制法制之演变

- 69 | 第一节 帝制法制的奠基:秦代法制
- 80 | 第二节 中国帝制法制的初步形成:两汉法制
- 85 | 第三节 帝制法制的成熟:唐代法制
- 96 | 第四节 君权强化引起的帝制法制再变化:宋明法制
- 105 | 第五节 变革前夕的帝制法制:清代法制

111 第四讲 皇帝制度与传统法制

- 111 | 第一节 皇帝制度的建立与变迁
- 120 | 第二节 皇帝与立法
- 123 | 第三节 皇帝与司法

138 第五讲 帝制法制的目标:以“治吏”实现“吏治”

- 138 | 第一节 选官制度

- | | | |
|-----------------------|-----|-----------------|
| 147 | 第二节 | 官制设置与监察制度 |
| 158 | 第三节 | 官箴书与《戒石铭》 |
| 160 | 第四节 | 帝制法制的“简”与“繁” |
| 164 第六讲 帝制法制的功能:教化与威慑 | | |
| 164 | 第一节 | 儒家思想法制化 |
| 167 | 第二节 | 教化:追求“无讼”理想 |
| 174 | 第三节 | 现实威慑:刑网的编织 |
| 179 | 第四节 | 教化和威慑之关系 |
| 186 第七讲 帝制中国的立法制度 | | |
| 186 | 第一节 | 立法机构 |
| 190 | 第二节 | 法律形式 |
| 197 | 第三节 | 法律解释 |
| 203 第八讲 帝制中国的司法制度 | | |
| 203 | 第一节 | 中央专门司法机构 |
| 207 | 第二节 | 地方司法机构 |
| 209 | 第三节 | 司法人员 |
| 215 | 第四节 | 重要诉讼制度 |
| 222 第九讲 帝制中国的儒学、律学教育 | | |
| 222 | 第一节 | 法律人员的儒学教育 |
| 226 | 第二节 | 法律人员的律学教育 |
| 233 第十讲 传统婚姻、承继法制 | | |
| 233 | 第一节 | 婚姻制度 |
| 240 | 第二节 | 承继法制 |
| 247 第十一讲 家法族规、乡约与民间自治 | | |
| 247 | 第一节 | 家族治理与家法族规 |
| 254 | 第二节 | 乡约 |
| 259 | 第三节 | 帝制中国晚期的民间自我治理实践 |

下编 向民主法治迈进的近代中国法制

267 第十二讲 近代中国法制转型的动因

267 | 第一节 三千余年一大变局

274 | 第二节 领事裁判权

280 第十三讲 近代中国的宪政

280 | 第一节 近代中国宪政之肇端——晚清预备立宪

286 | 第二节 民初宪政(1912—1928)

297 | 第三节 党治下的“训政”与“宪政”

303 | 第四节 “有宪法无宪政”的历史反思

309 第十四讲 刑事法制的近代变迁

309 | 第一节 近代中国刑事法典的编纂

314 | 第二节 刑事法基本原则的变革

323 第十五讲 近代中国的私法

323 | 第一节 近代中国的民事立法

326 | 第二节 近代中国的商事立法

330 | 第三节 近代私法的基本特点

338 第十六讲 诉讼与司法制度的近代变革

338 | 第一节 近代中国诉讼立法

342 | 第二节 近代中国的司法机构

349 | 第三节 近代中国的法官与司法党化

353 | 第四节 近代中国的律师与陪审制度

358 结 语 近代中国的法治转型

363 索 引

366 后 记

导 论

一、何谓“中国法制史”

作为法学院学生,为什么要研习“中国法制史”?这是同学们自然会问的第一个问题。最简单的答案就是它是必修课,跟我们计算绩点、保研、就业有密切关系,因此要学。这么回答也对,但我们还要问,我们法学课程这么多,为什么教育部门会把它定为必修课?其中原因,我不能准确探知,也没这个必要。作为这门课的老师,我想谈谈自己的看法。

要回答“为什么”,必须大致搞清楚“是什么”这一先决问题。很多时候,你真正了解了“是什么”,“为什么”这个问题也就迎刃而解了。这里还需引申一句:倘若我们仅仅满足于了解“是什么”,自然是不够的。但如果还没有搞清楚“是什么”,便急于解释“为什么”,那无论你解释得如何头头是道,也总不免令人怀疑你那个所谓的“道”,不过是“心造的幻影”^①。具体到“中国法制史”这门课程,先必须大致了解其研习对象。顾名思义,“中国法制史”的研习对象是中国法律制度的历史。这里有三个关键词:中国、法律制度和历史。



图1 西周何尊铭文,圈内为“宅兹中国”字样

^① 参考朱维铮:《研究历史观念史的一部力作(代序)》,载饶宗颐:《中国史学上之正统论》,中华书局2015年版。

什么是“中国”？这个词我们经常用，主要是个政治概念。目前所知“中国”一词较早出现在公元前 11 世纪西周成王时期的青铜器何尊铭文中，该铭文记载了成王营建东都洛阳的史实，有“佳武王既克大邑商，则廷告于天曰：余其宅兹中国，自兹乂民”。^① 在这里，“中国”指的是以洛阳盆地为中心的中原地区。《尚书·梓材》有“皇天既付中国民”一句，同时出现了“皇天”“中国”和“民”三个概念，表明周王自认为皇天将民交给中国，因此要举行祭典。《诗经·大雅·生民之什·民劳》：“民亦劳止，汔可小康。惠此中国，以绥四方。”^② 这里“中国”与“四方”相对，是周人对自己居住地域的称谓，他们认为自己位于大地的中央，而四周的民族则分别被他们称为蛮、夷、戎、狄。故“中国”一词原指中原，随着中原不断向边陲扩散，同时边陲也不断向中原汇聚，中国的范围也就与日俱增，其意义几同天下。^③ 刘邦建立汉朝，陆贾将之视为“统天下，理中国”^④ 之大事。故自汉朝以来，“中国”一词逐渐演变成为正统朝代之指称。如在南北朝时期和宋代，对峙双方都自称“中国”。但各朝代并不把“中国”作为国名使用，直到 1912 年中华民国成立，才将“中国”作为“中华民国”的简称正式使用，使其首次成为具有近代国家概念的正式名称。中华人民共和国成立后，也简称“中国”。故可说，“中国”是中华民族生长发展过程中一种自觉的自我意识，“中国”与中华民族同具永久生命，而为中国人整体性的基本表征。

从历史演进的角度来看，“中国”所指称的空间外延不断变化，是在与外部世界相联系中成长或者说逐步成熟起来的。正是在这个意义上，梁启超把中国史划分为三个阶段：“中国之中国”“亚洲之中国”和“世界之中国”，他说：

第一上世史，自黄帝以迄秦之统一，是为中国之中国，即中国民族自发达自竞争自团结之时代也……第二中世史，自秦统一后至清代乾隆之末年，是为亚洲之中国，即中国民族与亚洲各民族交涉繁频竞争最烈之时代也……第三近世史，自乾隆末年以至今日，是为世界之中国，即中国民族合同全亚洲之民族，与西人交涉竞争之时代也。^⑤

中国历史上的法律制度是在与周边民族、亚洲各民族甚至与世界各民族相互交往、学习、借鉴过程中发展成熟起来的，故我们在研讨“中国法制史”时既要注意中国法制的主体性，又要认识到外部世界对中国法制的影响。

法律制度或者说法制是什么？简单说就是形成了制度的法律。先来看什么是法律。大家都熟悉马克思主义教科书关于法律的定义，它侧重从阶级对立的角度来强调法律的国家强制性特征，自有其道理，但可能不全面。因为法制除了国家法，还有社会法、民间法这些不具国家强制性或者国家强制性不够明显的部分。

我以为，法律是人类为追求公平正义和稳定秩序的规则表达，是达致真善美生活的重要制度手段。法律所涉及的基本问题大致包括：1. 人为什么需要法律？2. 法律的内容与权威取决于什么？3. 法有善恶吗？什么法律是好的或正当的？4. 法律与其他社会规范的区别

① 徐中舒主编：《殷周金文集录》，四川人民出版社 1984 年版，第 245 页。青铜器何尊于 1963 年在陕西宝鸡出土，刻有长达 12 行 122 字的铭文，现藏于宝鸡博物馆。何尊铭文的大意为：成王五年四月，周王朝开始在成周营建都城，对武王进行丰福之祭。周王于丙戌日在京宫大室中对宗族小子何进行训诰：何的先父公氏追随文王，文王受上天大命统治天下。武王灭商后则告祭于天，以此地作为天下的中心，统治民众。周王赏赐何贝 30 朋，何因此作尊，以为纪念。

② 大致意思是：老百姓也劳苦够了，求得可以稍稍安康。周王能否爱京师之民以安天下四方？

③ 参考汪荣祖：《明清史丛说》，广西师范大学出版社 2013 年版，第 5 页。

④ （汉）班固撰：《汉书》（第七册），中华书局 1962 年版，第 2112 页。

⑤ 梁启超：《中国史叙论》，载《饮冰室文集》（第三册），吴松等点校，云南教育出版社 2001 年版，第 1626—1627 页。

是什么? 5. 人应当如何生活? 6. 法律与人的自我实现及其生活的意义有什么关系?

在西方,有不少思想家思考并回答了这些问题,受这些思想的影响,形成了影响深远的法律制度,从而拥有了自己的法律传统。中国自近代以来,大规模继受西方法制文明,尤其是大陆法系。由于中国传统法制和西方法制根本属于两个完全不同的文化系统,其间差异不可以道里计,这就导致我们固有法律传统的根本断裂,从而今天的我们在理解传统法制时碰到了大困难。

中国法制史这一学科之成立,直接受日本学界的影响。本学科产生的重要标志之一是《中国法律发达史》一书于1930年由上海商务印书馆出版,其作者杨鸿烈先生即曾留学日本。^①本学科的研究范围,自然也借鉴了日本学者相关论述。主要活跃于民国时期的著名法学者蔡枢衡先生曾指出:“不论是作为一种法学或史学,法制史一词显然都不是中国固有的,而是从东邻输入的外来语。日语‘法制’一词有两方面的意义:其一是写定法规或编纂法典。这在资本主义国家就是立法,相当于英语的 Legislation;另一是法律和命令的概括,相当于英语广义的 Law……由于专制时代只有命令,没有法律。立宪政治则分法令为法律和命令两种。所以专制时代的法规相当于立宪体制下的法律和命令两者的概括。和英语广义的 Law 含义相同的法制,实际是法律和命令的概括词……日语所谓法制史,实际是法律和命令二者的历史。”^②

受这个观察视角的支配,法制就是朝廷和官府的强制性规范集合。古代中国“出礼而入法”,故法主要是一些禁止性规范及其违反这些规范所予以的惩罚。自然地,中国刑法史成了中国法制史的重心。除去刑法史的法制史,便觉空洞无物。

日本法律的近代化是“脱亚入欧”背景下学习欧陆法的结果。我们学习日本建设自己的法制史学科,也就习惯于将欧洲大陆法系国家对于法律的分类,拿来将中国古代法强行加以分割,用这种方法,写出的中国法制史,差不多可以命名为“大陆法系视野中的中国法制史”。这就有了我们常见的一些名词,如中国古代的宪法、行政法、经济法等等;并进而引申出了一些可能不是问题的问题,最著者如中国古代为什么没有民法或者说民法不发达。在这种情况下,有学者感慨:“有的专著和论文力图从积极的方面挖掘和阐述中华法系的精神,但由于讲消极一面生动具体,讲积极一面空洞无物,内容阐述的大多还是君主专制、法自君出、维护皇权、重刑轻民、司法行政合一、法有等差、重农抑商、取义舍利、以政率法等等,给人留下中华法系从整体上说是‘糟粕大于精华’的印象。”^③

中国人的这种判断是进入20世纪之后才得以大行其道的。曾经有很长一段时间,很多欧洲学者承认中国在道德培育和政法制度方面的巨大成就。伏尔泰认为中国人科学不发达,是跟他们注意力不在此有关,因“中国人最深刻了解、最精心培育、最致力完善的东西是道德和法律……在别的国家,法律用以治罪,而在中国,其作用更大,用以褒奖善行”。^④这不

^① 大致在前后不久,丁元普、程树德和陈顾远等先生出版了直接以《中国法制史》命名的教科书。(参考张伟仁主编:《中国法制史书目》(第一册),中央研究院历史语言研究所专刊之六十七,1976年版,第442—443页。)其中丁元普曾在早稻田大学学习过,程树德毕业于日本法政大学,只有陈顾远没有留日经历。陈顾远于五四运动后在北大法科学习,对中国历代法制很感兴趣,授课老师为康宝忠,而康宝忠曾于20世纪初留学日本。这足见当时日本法学对本学科诞生之初所发挥的重大影响。

^② 蔡枢衡:《中国刑法史》,中国法制出版社2005年版,“序”,第6页。

^③ 杨一凡:《中华法系研究中的一个重大误区——“诸法合体、民刑不分”说质疑》,载《中国社会科学》2002年第6期。

^④ [法]伏尔泰:《风俗论》(上册),梁守铿译,商务印书馆1995年版,第216—217页。

是伏尔泰一个人的意见,当时的启蒙思想家基本上多持类似观点,莱布尼兹是这样说的:“如果说我们在手工技能上与他们不分上下、在理论科学方面超过他们的话,那么,在实践哲学方面,即在人类生活及日常风俗的伦理道德和政治学说方面,我不得不汗颜地承认他们远胜于我们。”^①重农学派的代表魁奈说:“中国的制度系建立于明智和确定不移的法律之上,皇帝执行这些法律,而他自己也审慎地遵守这些法律。”^②1810年,《大清律例》英文版问世,译者小斯当东(George Thomas Staunton),早年曾作为马嘎尔尼(Macartney)使团随员觐见过乾隆,对清帝国的印象总体来说较糟糕,但他在《爱丁堡评论》上撰文,对《大清律例》却评价甚高:“与我们的法典相比,这部法典的条文最伟大之处是其高度的条理性、清晰性和逻辑一贯性……尽管这些法律冗长烦琐之处颇多,我们还没看到过任何一部欧洲法典的内容那么丰富,逻辑性那么强,那么简洁明快,不死守教条,没有想当然的推论。”^③

其实,我以为与辉煌文明相适应,中国古代有当时很发达的法律制度、法律理念。这一点之所以然,我将在本讲学习方法的时候进一步展开。通过对法律概念和法律制度演变历程的梳理,我以为,用当今流行的法学语词来分析、指称传统法制,最好应照顾到法律系统乃至整个文化系统,不要机械将古今之间一一对应。

历史是什么?这个问题很难回答,没有一个标准答案。我自己受杜维运先生的启发较多,非常认可他的观点,“历史既不是往事(亦即不是过去),也不止于是往事的记录,而是史学家研究往事的成果”。^④既然历史是史学家研究往事的成果,那不同的史学家,受各自历史观和价值观的影响,写出来的历史自然就不一样。中国古人非常重视历史的教化功能,将褒贬书法用于历史书写之中,以惩恶扬善。美国历史教科书则不一样,读一读你会发现,越丢脸的事他们写得越细越深,比如歧视黑人、大萧条、虐待华工等。背后的理由之一是美国人不怕扬家丑给下一代,而是揭短以警醒后人不要再犯同样的错误。这两种不同历史观指导下的历史书写,各有其优点,可谓殊途同归,都冀望人类能从野蛮走向文明,应可互相镜鉴。

我很欣赏一种说法:在大学教书是为了帮助学生“从负数变成零”,而不是从零增加一些知识。我理解,这里所说的“负数”,在中国法制史的学习上,就是那些严重妨碍我们进行独立思考的历史教条。讲历史,首先是要求真,关于一桩事件、某个人物、特定制度,你先要找到相关的第一手资料,大致知道是什么。杜维运先生就讲到:“历史不可能全真,历史的最值得珍贵,却在于极近于真。所以史学家最主要的任务,是在尽可能将以往曾经发生的事实的真相,以及事实与事实间相互的真正关系,揭露出来。古今中外史学家兢兢业业所惨淡经营者在此。历史而流于虚妄荒诞,将毫无意义与价值。”“历史变动最剧烈的时代,每在朝代更易之际,历史的真相,也最易在此时失去。史学家此时因政治上的因素,往往不敢秉笔直书,旧朝殉国的烈士,守节的遗民,赴汤蹈火,呼天抢地,其忠义之迹,史学家固不敢为之留传;即旧朝完善的制度,优美的传统,也每被诬蔑或曲解。”“历史决不能属于胜利者的战利品,失败者与少数,绝不是历史的垃圾堆,史家也决不当有胜者王侯败者盗贼的观念,使自己属于胜利的一边,忙碌着去挑选胜利者。天地的元气,历史的真精神,往往存在于失败者与少数人之间。”^⑤有鉴于此,我们更需在这些关键的地方搜寻原始资料,以探求历史之真。

① [法]莱布尼兹:《中国近事:为了照亮我们这个时代的历史》,杨保筠译,大象出版社2005年版,第2页。

② [法]魁奈:《中华帝国的专制制度》,谈敏译,商务印书馆1992年版,第24页。

③ [英]约·罗伯茨编著:《十九世纪西方人眼中的中国》,蒋重跃等译,中华书局2006年版,第23—24页。

④ 杜维运:《史学方法论》,北京大学出版社2006年版,第20页。

⑤ 同上书,第258—266页。

光知道是什么还不够,还要问为什么,换言之即要有问题意识。著名考古学家张光直先生根据自己的研究经验提醒后学:

要从古代的历史中得出某个问题很满意的解决,从而使其他人能够信服,那么,单指出现象是不够的,重要的是要问一问“为什么”。只指出中国古代文明是以青铜器为特征,它有若干特点,比如有饕餮纹或龙纹、凤纹,说中国古代的文明就是这样,这是不够的。当然要研究中国古代的文明,得由此入手,正因为我们有这种形制和花纹的青铜器、玉器,因而中国古代文明才与其他的文明不同。不过这只是第一步,仅第一步是不够的;我们更要提出的是,中国古代文明“为什么”会有这样的特征?假如我们能够得出一个具体的能让人信服的答案来,才能使我们在这个问题的研究上,得到相当程度的自信和满足,也才能使其他人信服和接受。所以如果要研究古史、古代美术、考古学的话,我认为要时常想想下面几个单词:What、Where、When、How、Why。^①

张光直先生的指点,对于古代中国法制史的学习和研究当然也是很重要的。问题意识怎么产生,除了上面所谈到的知识本身是理所当然这一因素外,还与今天我们遇到的问题有关,因此,要试图架起古今之间的桥梁。东汉思想家王充曾讲:“夫知古不知今,谓之陆沈……知今不知古,谓之盲瞽。”^②德国历史法学派大家萨维尼曾讲:“历史,即便是一个民族的幼年,都永远是值得敬重的导师……只有通过历史,才能与民族的初始状态保持生动的联系,而丧失了这一联系,也就丧失了每一民族的精神生活中最为宝贵的部分。”^③我们对某些现实问题的关注和思考,有时不得其解。如这时能深入古今中西的历史中来考察,可能会给我们醍醐灌顶的启发。所谓太阳底下无新事,“后之视今犹今之视昔”,因人类最大的教训就是从不吸取教训。我们通常讲,历史是过去的现实,现实是正在发生的历史;历史是长新闻,新闻是短历史。比如说当今中国,要用什么来遏制官吏的腐败?西方怎么做的?传统中国是怎么做的?那些经验和制度在今日中国是否还有效?如果已无效或过时,其原因何在?这些都是值得思考的问题,也会提升我们的学习兴趣。

学习中国法制史,在一定程度上,就是在认识中国人的生活方式、思维方式及其变化。尽管这种生活方式、思维方式,到现在已发生巨大改变,但我们还是要承认,有些生活方式,尽管被看作是极其“落后”的,却依然存在,有其价值和背后的道理。故了解中国古代法制,就不仅仅在回顾过去,发思古之幽情,还有应对现实和未来的可能。中国当代法制,一定是在中国社会历史大背景中发展起来的;学习外国法律,也是为了解决中国自身的问题;基于我们对法律的理解,即使外国法律在外国实行得很好,在中国社会则未必收获良好的效果。总之,既不要食洋不化,也不要食古不化。钱穆先生在其名著《国史大纲》中批评了不顾自身实际情况,盲目效仿他人的“假革命”行为,值得深思。他说:

文化与历史之特征,曰“连绵”,曰“持续”。惟其连绵与持续,故以形成个性而见为不可移易。惟其有个性而不可移易,故亦谓之有生命、有精神。一民族文化与历史之生命与精神,皆由其民族所处特殊之环境,所遭特殊之问题,所用特殊之努力,所得特殊之成绩,而成一种特殊之机构。一民族所自有之政治制度,亦包融于其民族之全部文化机

^① 张光直:《从商周青铜器谈文明与国家的起源》,载《中国青铜时代》,生活·读书·新知三联书店2013年版,第483页。

^② 《论衡·谢短》,载黄晖撰:《论衡校释》(第二册),中华书局1990年版,第555页。

^③ [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》,许章润译,中国法制出版社2001年版,第86页。

构中而自有其历史性……一民族政治制度之真革新，在能就其自有问题得新处决，辟新路径。不管自身问题，强效他人创制，冒昧推行，此乃一种“假革命”，以与自己历史文化生命无关，终不可久。中国辛亥革命，颇有一切推翻故常而陷于“假革命”之嫌……当时似误认为中国自秦以来，即自有王室以来，一切政制习惯多是要不得。于是乃全弃我故常之传统，以追效他邦政制之为我所素不习者，此则当时一大错也。即如考试与铨选，乃中国政制上传袭甚久之一种客观用人标准，民国以来亦弃去不惜。如是则民治未达，官方已坏，政局乌得不乱……而所以犹谓之“假革命”者，以我民族所遇之问题，犹是我民族特有之问题，却不能亦随别人之政制与理论而俱变也。^①

总之，学习“中国法制史”课程的意义，同时也是重要的学习目标之一，用我老师李贵连教授经多年思索而总结出来的十五字箴言，即通古今之变，明中西之异，究当世之法：

第一“通古今之变”，就是了解法律的整个变化过程。孔子的观点，是思想，但没有成为制度。孔子的思想后来成为制度，这个制度在社会上是怎么实施的，就会有很多问题。比如“容隐”制度。如果父亲把母亲打死了，告发不告发？容隐不容隐？这要靠实际的判决来决定。父亲打死母亲，社会上没有吗？有的。父亲把爷爷打死了，儿子要不要容隐，社会上没有吗？没有的话就不成其为社会了。“容隐”是法律，“子孙违反教令”也是法律，为什么清末法律改革，子孙违反教令争议很大？如果父亲教令和母亲教令不一样，怎么办？当时包办婚姻，父亲定了这个，母亲定了那个，这是不是都是教令？父母同意了，爷爷不同意，怎么办？一思考具体制度，这里面有很多问题，所以一定要通达古今的变化。这些制度可都是维持了几千年的，要思考古今是怎么变的。第二，要“明中西之异”……外法这么大一个范围，而中国一个朝代就有多少材料，外法搞这么大范围，那么多国家，没办法做到“地熟”，资料怎么看得过来？真正要搞外法的话，比如说英国，住他个七八年，可能搞出点名堂。不然，一定要和中法结合起来。中国近代把传统的法一下子反过来接受西方，但又不是完全接受西方，传统还是受影响的。同一个概念，中国和西方可能就不一样。所以要搞明白中国和西方的概念到底是怎么一回事。西方传进来的一些即使很基本的概念，像民主啊，民权啊，人权啊，由于观念不一样，翻译过来会有差异在里面……第三，要“究当世之法”。这十五个字，我自己不能完全做到，但我觉得，我们法史应该朝这个方向努力。^②

二、如何学习“中国法制史”

关于如何学习中国法制史，首先欲明了的一个重要前提是学习中国法制史的目标为何。在大致弄清楚这个目标后，才能进一步谈与此紧密相关的学习态度和方法问题。下面我将根据自己的理解对这些问题分别略加阐释。

（一）在提升人文素养的基础上培养专业技能

关于学习中国法制史的目标，前面我引用了李贵连老师所总结的“通古今之变，明中西之异，究当世之法”，这里我想用更通俗一点的说法，那就是希望同学们能在提升人文素养的基础上培养专业技能。

① 钱穆：《国史大纲》（下册），商务印书馆1996年版，第911—912页。

② 李贵连：《法史学的十五字箴言》，载《检察风云》2011年第15期。

国内法学院所开设的各种课程中,跟文史哲等人文学科有密切关系的不多,尽管法史学到底属于史学还是法学有争议,但无论如何,“中国法制史”一课与人文学科联系最紧密。在大学学习法律,念部门法,不可不读法理学与法史学;念法学,还要读政治学、经济学、社会学,甚至还要读一点自然科学,更得读史学与哲学。后者读通了,前者的气象自然就大了;越是专门之学,越要有大气象、大格局为支撑。“为学要如金字塔,要能广大要能高。”这就是专与博之间关系的重要一面。进一步讲,专门之学深入了,始能博观旁通,“要合之以见其大,必先分之而致其精。”^①大学存在的意义,不仅仅是培养工程师,更是要培养合格乃至优秀的公民,要让他们去领略浩瀚的历史和多种多样的文明。换句话说,大学之所以为“大”,就在于师生要一起寻“道”,而不是仅仅止于“技艺”之授受,要由“技艺”进乎“道”。

我一直在思考这个问题:我们以前批评法官职业化程度不够,是司法不能让人满意的原因之一,可为什么有了职业训练和考试,法学院毕业生成了司法人员之后,反而出现了用专业知识和词汇进行包装内容更荒谬的判决结果,民众对某些司法人员或判决依旧不满意的情况。职业化不够还可说是不“知”;现在职业化程度高了,结果还是如此,那就是“知而不能行”,甚至是“知”之后明白其中的利害而更不愿“行”,问题可能更复杂也更严重了。解决之道惟何?那就先要探究其原因。固然,不能完全归责于司法人员本身,跟整个体制和社会大环境紧密相关,但不管怎么说,司法官员人文素养的欠缺则是其中的重要原因。要提升司法官员的人文素养,那大学法科教育就更应注意于此。为什么呢?一则我们的教育,从小学直到中学,尽管也在提倡素质教育,但实际上仍是应试教育在主导,可以说,真正的人文素质教育自大学才开始。而大学法科职业教育随学生进入大学之门即开始,缺乏专门的人文教育阶段,故强化人文教育是当今国内改进大学法学本科教育的当务之急。东汉王充有段批评文法刀笔吏的话值得深思和警惕:“文吏幼则笔墨,手习而行,无篇章之诵,不闻仁义之语。长大成吏,舞文巧法,徇私为己,勉赴权利。考事则受赂,临民则采渔,处右则弄权,幸上则卖将。一旦在位,鲜冠利剑;一岁典职,田宅并兼,性非皆恶,所习为者违圣教也。”^②我们法学院的学生要避免成为舞文弄法的“刀笔吏”甚至无视苍生民命的“酷吏”,在上学时就应该精读一定数量的中外人文名著,陶冶我们的情操,提升我们的人文素养。

有学者在当下中国做过问卷调查,发现:人们的功利性阅读占其主要部分,有的人甚至终其一生,都在功利性阅读里打转。为考试、为文凭、为职称、为升迁、为炫耀等,目的非常明显,甚至目的前置,即书还没读,读书目的已全然呈现出来。这种阅读方式尽管未必全非,但显然不是理想阅读之境。其实,读书除了实用乃至改变人的生存处境外,更重要的作用在于,读书是为了不受蒙骗,明白自己的权利与义务,争取做一个有尊严而体面的人。

超越一般的功利性,往高里说,读书就是读书,是一种人生情趣、生活方式。为什么我们有必要将读书视为一种很理想的生活方式呢?冯友兰先生在《新原人》一书中指出人生境界由低到高,大致可分为四个层次:自然境界(一切顺从本性或习惯,对宇宙人生毫无觉解)、功利境界(为私、为个人利益生活)、道德境界(为公、为社会利益而生活)和天地境界(彻底了解人生意义,与宇宙合而为一)。^③方东美先生也有类似看法。^④如我们承认人生境界有高下

① 吕思勉:《汉朝大历史》,北京联合出版公司2012年版,“代序”,第5页。

② 黄晖撰:《论衡校释》(第二册),中华书局1990年版,第545页。

③ 冯友兰:《中国现代哲学史》,广东人民出版社1999年版,第264—265页。

④ 著名哲学家方东美先生于1969年在夏威夷召开的第五届东西方哲学家会议上作学术报告“人与世界在理想文化中的蓝图”,将人生境界分为物质境界、生命境界、心灵境界、艺术境界、道德境界和宗教境界等逐渐上扬的六大层次;生命精神不断将下层境界点化,从而跻身进入上一层的境界,最终旁通统会,以成就深微奥妙、高贵的人,即充分恢复了神性的“神人”。(秦平:《大家精要·方东美》,云南教育出版社2008年版,第119—120页。)

之别,那人生的重要意义就是逐步提升我们的人生境界。虽然我们提升自己人生境界的途径很多,但多读经典名著无疑非常重要。

(二) 深入其中,同情理解

学习中国法制史的目标既然是要让学生在提升人文素养的基础上培养专业技能,以古鉴今就变得特别重要。既然要以古鉴今,就先要明白古代法制的内涵、存在的理由和根据、发挥作用的各种条件等。要回答这些问题,即便是尝试解答,都需要学习者深入其中,同情理解古人和古代法制。

在不同文化的人群之间,认识事物的角度和对之进行分类的标准未必一样。在此基础上可能形成完全不同的生活方式,产生迥异的规则体系。反过来说,这种规则体系可能代表了该群体的核心观念和价值判断,如果用其他文化的规则分类标准来看待,可能显得极为紊乱,难以理解。但是,习惯在此规则中生活的人们,决不会觉得他们的生活杂乱无章。恰恰相反,他们正可在这种规则体系下找到生活的价值和生命的意义。因而,当我们叙述某个法律体系或规则体系的时候就应该进入他们自己的思想系统中予以描述,这样才能够理解他们的生活和思想世界。

不幸的是,现今对于中国古代法的认识,恰恰存在这样的问题:中国法制史几乎成为“大陆法系视野中的中国法”,这无疑取消了中国法的自我认知和解释。更严重的是:当今大多数中国人对自己的历史文化、法制体系丧失了自我解释的能力,觉得它们特别陌生。所以有学者戏称,西方法制史成了本国法制史。

罗马人将法律分为自然法、市民法和万民法,将法律部门分为人法、物法和诉讼法。到了16世纪,欧洲大陆国家将法律分为神法和人法,人法分为自然法和实证法,实证法又分为公法和私法,公法又分为宪法、刑法、程序法律,私法又分为民法、商法,民法又分为财产法、家庭法、契约法和侵权法。而在英国,17世纪以前只存在普通法和衡平法,直到17世纪才发展出所有权概念,至今它也没有欧陆法意义上的民法概念。^①这并不意味着,在此之前,英国人的财产毫无保障,只是保护方法不同。这个例子可以启发我们重新审视中国传统法制。

要做到同情理解中国古代法,光明白古代法制具体内容不够,更要思考法制背后的道理或原理。本来这是我开的另一门课“中国法律思想史”的主要讲授对象。大家在课堂上也可往这个方向多想想。近些年已有学者在这方面作出了卓有成效的探索。东吴大学刘龙心教授积累了多年的制度史研究经验,很有感触地讲了这段话:“从枯燥无味的制度中,我看到了活跃于制度底层人群的活动和思考,也看到了曾经参与建构体制的人,最终也不免被制度形塑;制度不再是孤悬的条文,也不是乏味的规章,制度背后所反映的是人们对问题思考的路径以及对时代所做出的反响……冰冷的制度下,掩藏的往往是流动而多变的思想;制度史的观察,不能无视于人群的活动与思考。”^②在法史学界,刘广安教授即提出要注意制度史料与思想史料之间的互相补证作用。^③黄源盛教授精当阐释了其间的原由:“法律制度是具像的、是现实的;而任何制度,其所以产生、所以存在、所以发展,可说都有某种思想或理论为其后盾,而思想也因制度而获得落实,两者相成为用。研究中国法制,当知其背后思想上的根据,如此,规范与法制才不致被认为是偶然之举;探讨思想,也须知其对规范与制度的影响,否

① J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Fourth edition, Butterworths, 2002, pp. 229—237.

② 刘龙心:《学术与制度——学科体制与现代中国史学的建立》,新星出版社2007年版,“自序”、第11—12页。

③ 刘广安:《令在中国古代的作用》,载《中外法学》2012年第2期。