

# 中国传统法研究中的几个问题

曾宪义 马小红\*

---

**内容提要:**一个多世纪以来,传统法在中国常常被视为法治的绊脚石而受到责难。这种旷日持久的责难形成了种种偏见。比如在中西法的比较中习惯以西方法的理论、模式为标准来割裂传统法的有机组成;在论述传统法内容时局限于刑,而基本排斥了最具特色的“礼”;过分强调法发展的一般规律,而忽视了不同文化背景下法所具有的特殊性。因此,在批判传统法的同时,我们需要反省对传统法的态度、反省研究中所持的标准、反省研究的方法,以求更准确、更合理地解读中国传统法。

**关键词:**传统法 比较法 法 礼

---

## 一、中国传统法的重新解读

19世纪末,在外力的作用下,中国开始偏离了数千年的历史轨道,走上效法西方之路。伴随着这一历史转折,从西方舶来的“法治”成了全社会关注的对象。转眼间,法治的进程在中国也有了百余年的历史。这百余年里,它给我们带来了无限的向往,但也给我们带来深深的失望和犹疑。“法”从未像近百余年来这样被人关注、给人以期望,但也从未像近百余年来这样在人们的观念中纷乱不一、理论与现实脱节、立法与司法抵牾。这种变革发展中的不尽如人意之处,这种失望、迷茫和犹疑的原因是多方面的,其中,法治在形式和表面上被全社会认同后,人们却有了一种不曾有过的缺乏自信的不安,则是十分明显的重要原因之一。

当我们捧读西方启蒙学者的著作时,我们可以感受到他们对古希腊、罗马的神往和“复古”的激情。他们用传统抨击现实的黑暗,并为曾有过的辉煌而自豪。正如马克思断言的那样,“没有希腊文化和罗马帝国所奠定的基础,也就没有现代的欧洲”。在启蒙思想家的巨擘孟德斯鸠的《论法的精神》、伏尔泰的《风俗论》、梅因的《古代法》等著作中,人们在看到一个历史的欧洲之同时,也看到了一个未来的欧洲。毫无疑问,西方启蒙思想家对未来的信心

---

\* 曾宪义,中国人民大学法学院教授;马小红,中国社会科学院法学所研究员。

《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第220页。

是建立在传统的复兴和发展之上的。

被西方殖民的民族和国家,历史与传统则远没有西方那样幸运。在国土被侵占、财富被掠夺的同时,它们的历史与传统也被冠以“落后文化”之名遭到破坏。五千年文明从未间断的中国也是如此——尽管中国文明的辉煌在汉唐、在宋明,直至在清代的康雍乾盛世是举世公认的。因为在殖民与被殖民的历史进程中,以国力论文化的优劣不仅成为殖民的借口,而且成为学界的准则。“文明”与“野蛮”、“进步”与“保守”的标准是用欧洲模式来衡量的。历史不幸验证了法国18世纪伟大思想家伏尔泰的预言:“对中国的礼仪的极大误会,产生于我们以我们的习俗为标准来评判他们的习俗,我们要把我们的偏执的门户之见带到世界各地”。

当19世纪后期西方用炮火打开了清王朝紧锁的国门时,中国文明随着西方殖民扩张的节节胜利,在学者的论著中成为一种怪异、保守、野蛮、恐怖、没有任何生气的“木乃伊”文化,在西方人的眼中,中国的哲学、宗教、法律、科技、甚至语言都处在幼儿时期。18世纪末至20世纪初,欧洲,包括美国,几乎没有一个思想家对中国文化不持批判和歧视的态度。如果客观地、历史地评价1840年后的中国历史,我们确实无法过于责备当时的许多人对西学——当然也包括西方的法治学说——的排斥和反感。但值得庆幸的是,一些具有远见的政治家、思想家和学者在民族生死存亡时刻摆脱了狭隘的民族偏见,在向西方寻求救国之路的同时,开始对传统进行反省和批判。应该肯定,19世纪末是中西文化大规模的冲突与融合的时代,也是民族的生死存亡之际,当时许多仁人志士向西方探索强国之路,学习西方的学术方法,吸纳西方的一些学术观点,是必然的而且是必要的。这种探索、学习与吸纳为中国近代民族的独立和解放、为中国法向近代的转折开辟了道路。但我们还应该认识到,这一百余年,我们始终未能摆脱以国势强弱论文化优劣的束缚,而这一点在对中国传统法的研究中表现尤为突出。

所以与捧读西方启蒙思想家著作时的感受相反,当我们阅读百余年来,尤其是近二十年来关于中国传统法研究的著作时,我们感受不到传统的震撼,找不到可以给我们自信的传统。相反我们时时感到的是一种苦涩和失落。一方面,中国古代法早已被批判得一无是处,它离我们越来越远,越来越模糊。但奇怪的是批判并未因其远离而减弱。1904年梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》中以西方法为标准,指出了几千年来一脉相承的中国法的不足:“法律之种类不备”、“私法部分全赋阙如”、“法律固定性太过”、“法典之体裁不完善”、“法典之文体不适宜”。而在中国古代法早已不复存在的近一百年之后,学界又发出了中国古代是专制无法的社会、中国古代法的概念过于狭窄、中国古代没有法学家阶层、中国传统法缺少价值认定和追求等等“宏论”。另一方面,许多学者为了证明中华法系的博大精深,用西方法的模式将中国古代法分为所谓的民法、刑法、经济法、行政法等等。似乎西方有的,中国早已有之。但从这种曲解历史的分类中,我们除了看到似是而非的所谓“借鉴”外,根本

[法]伏尔泰:《风俗论》上册,梁宋锵译,商务印书馆1995年版,第221页。

参见[德]夏瑞春编:《德国思想家论中国》,陈爱政等译,江苏人民出版社1995年版;周宁编著:《2000年西方看中国》,团结出版社1999年版;[美]明恩溥:《中国人的特性》,匡雁鹏译,光明日报出版社1998年版;[美]何天爵:《真正的中国佬》,鞠方安译,光明日报出版社1998年版。

参见《饮冰室合集》,《文集之十六·论中国成文法编制之沿革得失》,中华书局1989年版。

找不到传统法的精神之所在。因此,我们从现在的研究中看到的所谓的中国传统法,不仅已经被西学的武器批判得体无完肤,而且更被一些肤浅的比较割裂得支离破碎。与西方视传统法为动力相反,我们将历史与传统当成了包袱——这就是我们苦涩和失落的原因。就像一个成年人,或总是沉浸在对自己以往的自责中,找不到一点可以前行的资本和基点。或总是用别人的标准来色厉内荏地证明自己并不比别人差。在中国五千年的文明发展史中,历史与传统从未像百余年来这样暗淡,这样被国人所怀疑。

学术的发展总是与时代息息相关。21 世纪,西方的殖民已经成为历史的陈迹。以国势的强弱论文化的优劣,将西方法的模式作为唯一评判法律发达程度的标准理所当然应该受到质疑。当我们有暇从容地面对我们祖先留下的漫长的历史和传统时,有暇对百余年的传统反省和批判进行再反省时,我们不难发现百余年来我们对自己传统的深深偏见和误解。如果说这些偏见和误解在 19 世纪末与 20 世纪初是为时势所迫、不得不为的话,那么如今的误解和偏见则是囿于成见和习惯,不自觉而为之。正如有些学者指出:“在清算旧的传统和制度的时候,我们也要注意随意地斥责古人、斥责祖先、斥责他们创造的观念和制度,无视其中所蕴涵的智慧、知识和普遍道德,是 20 世纪中国人的文化病,即由中西文化冲突所导致的紧张症。”

对历史和传统的误解和偏见不仅有碍于学术的发展,而且有碍于我们对历史传统所应有的自信。正因如此,从以往的束缚中解脱出来,重新解读中国传统法不仅是学术的需要,也是时代的需要。

本文欲通过分析以往的研究方法和研究视野,阐述重新解读中国传统法的必要及今后研究中所应注意的一些问题。

## 二、比较法研究方法的缺陷

比较法研究是 20 世纪下半叶兴起的一种研究方法,其可以分为微观的比较和宏观的比较。《简明不列颠百科全书》对“微观比较法研究”和“宏观比较法研究”的解释如下:“前者的目的在于分析同一法系的各种法律。通过观察其分歧点,决定其是否合理,对别国的法律创新是否有价值。而宏观的比较方法则首先是研究彼此差别很大的法律兼制度,深入了解研究者不熟悉的制度及思想。微观学者的主要任务在于搜集资料,比如美国的 50 个州各有自己的制定法和普通法,就需要加以搜集和比较。宏观学者则不同,他在比较时必须按照新的标准去思维。比如,如果他是西方人,他就必须认识到,在远东,一个正直的人是不上法院打官司的,而且他不承认有主观方面的权利;反之,公民的行为,是受祖传的礼仪约束的。”

比较法研究的优势在于可以拓展学术视野,借鉴历史的或其他国家地区不同法系的经验,以完善自我。但是,不同种类的法形成自有其必然性和合理性,其无“优劣”、“好坏”、“进步落后”之分。打一个浅显的比喻:中国的茶叶与西方的咖啡,其优劣就无从论起。因为

---

夏勇主编:《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,“绪论”,第 21 页。  
中国大百科全书出版社《简明不列颠百科全书》编辑部译编:《简明不列颠百科全书》第 1 册,中国大百科全书出版社 1985 年版,第 685 页。

这两种饮料各有特色,而且适合不同人不同情况下的口味。饮咖啡者不必视饮茶者为落后,必要时也可饮茶;饮茶者也不必视饮咖啡者为野蛮,需要时亦可食以咖啡。但现实中的比较法研究,尤其是宏观的比较法研究,往往容易导致判断标准的简单化。两个或多个不同种类的法的比较,必取所谓“先进”一方为标准,另一方或几方则常常难免被冠以“落后”、“不文明”等帽子而玉石俱焚,或在比较中失去自我而变得非驴非马。

用近代学说理论研究中国传统法可以说始于西方的启蒙思想家。20世纪以来,中国学界开始借鉴西方的研究方法对中国历史上的法进行研究,形成了“中国法制史”和“中国法律思想史”两门学科。这种导入西方方法和理论的研究以1904年梁启超《中国法理学发达史论》和《论中国成文法编制之沿革得失》为始创,二十世纪三四十年代研究成果已颇具规模。关于中外学界对中国传统法的研究状况笔者将有另文进行陈述。通过对以往研究成果的总结和分析,笔者发现以往的比较法研究存在严重的缺陷。其主要表现于以西方法的模式为准则脱离中国历史文化背景,苛责中国传统法的简陋。

比如,梁启超于1896年写成的《论中国宜讲求法律之学》明言,“文明野蛮之界虽无定,其所以为文明之根原则有定。有定者何?其法律愈繁备而愈公者,则愈文明”,而中国“今日非发明法律之学不足以自存矣。”显然,梁启超的文明标准是西方的“繁备”且“公”的“法”,因为“西人以我为三等野蛮之国,谓天地间不容有此等人”的原因,是西方自希腊、罗马时便法律日益发达,而中国自秦汉以来法律却日益衰败。梁启超这样比较了中西法的不同:“秦汉以来,此学中绝,于是种族日繁,而法律日减,不足资约束。事理日变,而法律一成不易,守之不可守,因相率视法律为无物。于是所谓条教部勒者荡然矣。泰西自希腊罗马间,治法家之学者,继轨并作,赓继不衰,百年以来,斯义益畅,乃至以十数布衣,主持天下之是非,使数十百暴主,戢戢受绳墨,不敢滋所欲,而举国君民上下权限划然,部寺省暑议事办事,章程日讲日密,使世界渐进于大同之域。”<sup>〔10〕</sup>

从梁启超的这一段论述来看,梁氏对西方法尚不太熟悉,而对中国法可以与西方相应作出比较之处亦十分模糊。文中所言的秦汉以来的“此学”与西方的“法家之学”,各自的概念含混,内容更是大相径庭。但是,其对西方法的推崇和对中国法的贬损却是显而易见的。这种以西方法为标尺衡量中国传统法的短长,在研究之始已经“预设”了西方法的合理,其结论也自然是将西方法中有,而中国法中无的,视为中国法的缺陷;而将中国法中有,西方法中无的,视为中国法的烦琐、保守、落后之证。

此外,在古代法与现代法的比较中,我们面临着较中西法比较更为尴尬的境地。由于从文化背景、语境到法的体系、特征等各方面,中国古代法与现代法都存在着很大的差异,这种差异随着时间的推移愈来愈大,如果对古代法的“原貌”不能有整体的认识,就难免对古代法产生愈来愈多的误解和偏见。

《饮冰室合集》,《文集之十五》、《文集之十六》,中华书局1989年版。

关于中国法制史的研究状况,参见曾宪义、郑定编著:《中国法律制度史研究通览》,天津教育出版社1989年版;刘海年、马小红:《五十年来的中国法制史研究》,载《与时俱进的中国法学》,中国法制出版社2001年版。关于中国法律思想史的研究状况,参见曾宪义、范忠信:《中国法律思想史研究通览》,天津教育出版社1989年版;马小红:《中国法律思想史学科的设置和发展》,载《法律史论集》,法律出版社2002年版。

〔10〕《饮冰室合集》,《文集之一 论中国宜讲求法律之学》,中华书局1989年版。

笔者发现 19 世纪末至 20 世纪初的一些法史学家比较中西法的异同,尤其是论证传统法的特征往往能一语中的,不乏真知灼见,直到现在我们读来也不感到过时,并在研究中仍时时征引。如主持清末修律的清廷大臣沈家本认为中西法“道理自在天壤,说道真确处,古今中外归于一,不必左右袒也”,中西法的道理是“大抵中说多出经验,西学多本于学理。不明学理,则经验者无以会其通;不习经验,则学理亦无从证其是。经验与学理,正两相需也”。<sup>⑪</sup>再看程树德作于 1926 年的《九朝律考》对中国古代“律”历代相袭的精辟概括:“九章之律,出于李悝《法经》,而《法经》则本于诸国刑典,其源最古。春秋时齐有管子七法,楚有仆区法、茆门法,晋有刑书刑鼎,郑有刑书竹刑,其见于记载者如此。商君有言,不观时俗,不察国本,则其法立而民乱。自汉以后,沿唐及宋,迄于元明,虽代有增损,而无敢轻议成规者,诚以其适国本,便民俗也。”<sup>⑫</sup>这种对古代法体系、道理的言简意赅的论述,缘于对古代法及产生古代法的文化的透彻理解。十九世纪末至二十世纪初,中国古代法虽处在解体之中,但对当时人来说“古代”并不陌生,古代法作为一个完整的体系仍然存在,其为研究者的比较研究提供了准确的对象,而受国学熏陶的学者对古代法与传统的把握并不困难。再打一个浅显的比喻,如果将古代法比作苹果,而将西方法比作橘子,当时橘子尚是原汁原味的橘子,苹果也是原汁原味的苹果。两者的不同一目了然。

随着时间的推移,古代法的解体,人们对古代法原貌的认识日益模糊,加之研究者对国学的疏远,把握传统文化与古代法成为愈来愈困难的事情。三十年代有学者将中国古代法分为“刑法总则”、“刑法分则”、“民法总则”、“民法分则”,<sup>⑬</sup>而我们今天的一些教材和专著更是将古代法分为“民法”、“刑法”、“经济法”、“行政法”等等。用现代法的分类分割古代法,用古代法的某些资料附会现代法的内容或作为现代法的渊源,在今日的学界已经蔚然成风。其实,当我们费力从浩瀚的史籍中归纳出所谓的中国古代的民法、经济法、行政法时,法的古今比较已经误入了歧途。另一方面,一些研究者认为中国古代法的产生发展匪夷所思,他们用现代法的标准去要求古代法,认为古代法的规则、体系、精神与现代法格格不入,传统法的观念尽为现代法发展的阻碍。许多人甚至将现实中一些不尽如人意的地方,如法律制定的不完善、法律执行中的误差、司法中的腐败等等,归咎于中国古代法的传统不如西方优秀。其实,在我们批判古代法的一些“缺陷”时,存在着这样一些问题:一是由于古代法完全解体,而关于中国传统法整体的研究成果又十分匮乏,有机统一的古代法被机械地分割为制度、思想等条条块块,失去了“原貌”。所以我们认为的古代法的“缺陷”也许是子虚乌有的,是我们不能全面地了解古代法而产生的片面之见;二是我们所感到的古代法的一些缺陷是相对今日的标准而言的。它对于生活于古代社会的人们而言或许根本就不存在,就如同我们现在无法指责古代社会没有现代工业、现代技术和网络一样。

对中国传统法而言,目前比较法研究中的最大难题是原汁原味的古代法已经无法寻觅,而对古代法的认识愈模糊,比较法研究中的误解和偏见就会愈多愈深,我们也就愈难发掘传统法的精华和真正寻找到法的传统动力。

<sup>⑪</sup> [清]沈家本:《历代刑法考》第4册,中华书局1985年版,第2217页。

<sup>⑫</sup> 程树德:《九朝律考》,中华书局1963年版,第1页。

<sup>⑬</sup> 参见杨鸿烈:《中国法律发达史》,上海书店1990年版。

### 三、研究视野方面的不足

中国传统文化以“和谐”为最高追求。家族中的亲人之间、邻里之间、社会上不同的行业之间、朝堂上君臣之间、人类与自然之间等等的和美相处是太平盛世的标志,而太平盛世就是古人所认为的人类最大的幸福。作为农业社会的中国,古代的人们从未将“发展”作为目标,而和谐、美满、幸福在中国人的观念中从来都比发展更为重要。伏尔泰这样评价中国人的精神生活:“中国人没有使任何一种精神艺术臻于完善,但是他们尽情享受他们所熟悉的东西。总之,他们是按照人性的需求享受着幸福的。”<sup>⑭</sup>

对和谐的追求导致了中国文化的圆通特征。形象一点说,可以把中国传统文化比喻为一个“圆”,社会的一切皆在圆中。政治、经济、军事、教育、法律、道德、哲学、宗教、科技等等皆为圆之一部分。各个部分相互依赖、密不可分。而这个圆的核心可以用一个字高度地概括,那就是“礼”。因此,我们研究中国古代的政治、经济离不开礼,研究中国古代的军事、教育离不开礼,研究中国古代哲学、科技离不开礼,研究中国古代的人际关系、日常社会生活,甚至家具、建筑等等也离不开礼。礼浸透于中国古代社会的方方面面,是中国古代文明的标志。

中国古代社会礼与法的关系早已为中外学者所关注。但是,由于礼的复杂性及中国传统学术擅长形象思维、抽象思维薄弱的原因,近代以来关于礼与法的研究进展缓慢。所以孟德斯鸠《论法的精神》与法国重农学派思想家弗朗斯瓦·魁奈《中华帝国的专制制度》等著作中对中国“礼”的理论分析直到现在仍为学界时时征引,奉为圭臬。

孟德斯鸠说:“中国的立法者们所做的尚不止此。他们把宗教、法律、风俗、礼仪都混在一起。所有这些东西都是道德。所有这些东西都是品德。这四者的箴规,就是所谓礼教。中国统治者就是因为严格遵守这种礼教而获得了成功。”“有两种原因使这种礼教得以那么容易地铭刻在中国人的心灵和精神里。第一是,中国的文字的写法极端复杂,学文字就必须读书,而书里写的就是礼教,结果中国人一生的极大部分时间,都把精神完全贯注在这些礼教上了;第二是,礼教里没有什么精神性的东西,而只是一些通常实行的规则而已,所以比智力的东西容易理解,容易打动人心。”“中国人是生活完全以礼为指南,但他们却是地球上最会骗人的民族。”“那些不以礼而以刑治国的君主们,就是想要借用刑罚去完成刑罚的力量所做不到的事,即树立道德。”<sup>⑮</sup>

魁奈说:“中国早期的几位帝王都是很好的统治者,他们所制定的法规和所从事的主要活动都无可厚非。人们认为他们通过颁布公平的法规,倡导有用的技艺,专心致力于使他们统治的王国繁荣。但是后来几位君主沉溺于安逸、荒淫和暴虐,他们作为邪恶的典型,使他们的后世子孙认识到,当一位中国皇帝使自己招致其臣民的蔑视和怨恨时,他便面临着废黜的危险。曾经有过擅弄兵权的君王,竟敢诉诸武力来实行独裁专制,结果军队不愿受命被利用来祸国殃民,唯一的办法就是放下武器,背弃那些君王。没有哪个民族比中国人更顺从他

<sup>⑭</sup> 前引〔2〕,伏尔泰书,第461页。

<sup>⑮</sup> [法]孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1961年版,第313、314、316、317页。

们的君主,因为他们受到良好的教育,深知统治者和他的臣民的职责是相互联系的;他们尤其鄙视那些违反自然法则和败坏道德伦理的人。要知道这些伦理戒律构成了这个国家的宗教和悠久而令人赞佩的教育制度的基础。<sup>①⑥</sup>

从孟德斯鸠和魁奈对中国礼仪道德和法律的论述中,可以看出由于地域、文化、语言、观念的隔膜,西方思想家难以对中国社会的“礼”给予正确的把握和理解。无论是孟德斯鸠的批判,还是魁奈的赞扬都充满了偏见和误解。孟德斯鸠将中国的礼看成是缺乏精神性的、琐碎的、表面的、虚伪的规则,在谈到中国的礼时,他甚至武断地说:“在拉栖代孟,偷窃是准许的;在中国,欺骗是准许的”。<sup>①⑦</sup> 魁奈则将中国的伦理道德与西方的自然法相比拟,并不恰当地认为“中国的法律完全建立在伦理原则的基础上”,“详细地研究自然法则,正是君主及其所任命来执行具体行政管理事务的学者们的主要目标”。<sup>①⑧</sup>

就中国学界来说,古人对礼与法密不可分的关系有很透彻的论述。三礼、历代《刑法志》、流传至今的唐宋明清的律书、政治家与思想家的著述、大臣的奏章、甚至科举考试的内容都常常会涉及对礼与法关系的论述。礼与法的关系在古人的思想观念中是不言而喻的,即使没有受过什么教育的农民也能准确地感悟和把握礼与法之间的联系和区别。

《大戴礼记·礼察》记:“凡人之知,能见已然,不能见将然。礼者,禁将然之前,而法者禁于已然之后。是故法之用易见,而礼之所为生难知也。”礼云礼云,贵绝恶于未萌,而起敬于微眇,使民日徙善远罪而不自知也。”

《后汉书·陈宠传》载陈宠言礼法关系:“臣闻礼经三百,威仪三千,故《甫刑》大辟二百,五刑之属三千。礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里者也。”

《唐律疏议》卷一《名例》疏议:“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相须而成者也。”

《清史稿·刑法一》:“中国自有书契以来,以礼教治天下。劳之来之而政出焉,匡之直之而刑生焉。政也,刑也,凡皆以维持礼教于勿替。故《尚书》曰:‘明于五刑,以弼五教。’又曰:‘士制百姓于刑之中,以教祗德。’古先哲王,其制刑之精义如此。”

以上节文代表了中国古代人们对礼与法关系理论上的主流认识,即礼是法之根本和“精义”之所在。但一般来说,法律在执行中所遇到的种种复杂状况要远远超出人们的认识和理论的归纳。所以在古代的一些“判”中,我们常常可以看到一些下层官吏、甚至尚未入仕而参加科举的士人对礼与法关系的精彩论述。

流传至今的一些古代判文颇类我们今天的案例分析。其来自司法实践,经过一定的文辞修饰作为考核、考试或准备应考的练习题的内容而出现。如敦煌文书 P3813 卷为唐初时的判集,存判文 19 道:“判文皆采唐代事例,引律令条文为断,而所标之人名,或拟于古人……盖系取材于现实,而又加以虚构润色者。判文之法律意识极强,文笔朴素,剖析具体,……疑出自法吏之手。”<sup>①⑨</sup>

①⑥ [法]弗朗斯瓦·魁奈:《中华帝国的专制制度》,谈敏译,商务印书馆 1992 年版,第 35 页。

①⑦ 前引[15],孟德斯鸠书,第 316 页。

①⑧ 前引[16],魁奈书,第 72 页。

①⑨ 刘俊文:《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》,中华书局 1989 年版,第 450 页。

在这 19 道判词中,有一则判问:“奉判:秦鸾母患在床,家贫无以追福。人子情重,为计无从,遂乃行盗取资,以为斋像。实为孝子,准盗法合推绳。取舍二途,若为科结?”这一道判问显然涉及礼与法的关系。一个贫穷的人为了能有钱为母亲身体康复而祈祷神灵的庇佑,不惜以身试法沦为盗窃之人。其孝心于礼应与旌表,而其盗行于法应受惩罚。对此问,判词答道:“秦鸾母患,久缠床枕,至诚惶灼,惧舍慈颜,遂乃托志二乘,希销八难;驰心四部,庶免三灾。但家道先贫,素无资产,有心不遂,追恨曾深。乃舍彼固穷,行斯滥窃,辙亏公宪,苟顺私心,取梁上之资,为膝下之福。今若偷财造佛,盗物设斋,即得着彼孝名,成斯果业,此即斋为盗本,佛是罪根,假贼成功,因藏致福,便恐人人规未来之果,家家求至孝之名,侧镜此途,深乖至理。据礼全非孝道,准法自有刑名。行盗理合计赃,定罪须知多少,既无定匹数,不可悬科。更问盗赃,待至量断。”判词否定了为母乞福而行盗是合礼之举,并认为,如果将这种偷盗行为视为孝子之行,实质是承认了“斋为盗本,佛是罪根”,从而也就否定了神明、曲解了孝心。从这位不知名的判词作者对礼与法关系的娴熟论述中,可以想见古代社会的法律环境:风俗的熏陶、日常的教育将礼与法早已铭刻在每一个人的心中。

20 世纪,古代社会渐渐离我们远去,对于古人来说越是一些习以为常、不言自明的事情,就恰恰越是为现代人难以理解和误解的事情。虽然后世治中国法史学者无不强调中国古代社会中法与礼的密切关系,但遗憾的是从目前的一些法史专著和教材中,我们对中国古代法制的认识似乎多局限于“刑”、“律”,对礼法关系的论述也多局限于立法指导思想与一些具体的“以礼入律”的某些条款上,如八议入律、准五服以制罪入律等等。其实这种对礼与法关系的局部论述在强调了礼与法局部统一的同时,恰恰扩大了礼与法的对立,并将礼排斥出法的研究范围。也正是因为这种局限于局部的研究导致了学界对中国传统法的片面认识,如认为中国古代法“以刑为主”、“法律意识淡薄”等等。

过于关注古代社会中礼与法的矛盾是 20 世纪以来解读传统法的最大失误,而导致这一失误的主要原因是我们在对传统法的整体结构、传统法中的主要概念缺少梳理的情况下,就匆匆忙忙地开始了中西法的比较。于是,中国古代法、西法、现代法混为一谈。比如,我们在强调古文中“法,刑也”的含义时,却无视或忽视古文中“法”字所体现和具有的“常也”(自然规律)、“制度也”、“礼法也”(风俗习惯)等意义。<sup>②①</sup>我们用已经扩展了的现代意义上的“法”去对比古人狭义的“法”。在古代法、传统法、现代法的体系中,我们无法为“礼”找到应有的准确的位子。其实,本世纪初严复在译《孟德斯鸠法意》的按语中就指出:“西人所谓法者,实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分,以谓礼防未然,刑惩已失。而西人则谓凡著在方策,而令一国之必从者,通谓法典。至于不率典之刑罚,乃其法典之一部分,谓之平涅尔可德,而非法典之全体。故如吾国《周礼》、《通典》及《大清律例》、《皇朝通典》诸书,正西人所谓劳士。若但取秋官所有律例当之,不相侔矣。”<sup>②②</sup>

可惜的是当时及以后的学界都未能重视严复这一极为准确的比较,仍然将礼,甚至将典、例等都从法史的研究范围中排除,以至 20 世纪 80 年代后,将中国古代法律片面理解为“刑法”甚至“刑罚”成为学界潮流。有学者对中国古代法律文化作了这样的概括:“说中国传

<sup>②①</sup> 参见《康熙字典》。

<sup>②②</sup> 孟德斯鸠:《孟德斯鸠法意》上册,严复译,商务印书馆 1981 年版,“按语”,第 7 页。

统文化里面没有个人,也就是说没有个人权利这种东西。然而没有个人权利,实际上就等于一般地没有权利。……现代人也许很难设想一个完全不讲权利的社会,但是这样一个社会不仅历史上真实地存在过,而且不乏文化上的合理。它强调绝对的和谐,强调人与人、人与自然乃至宇宙之间的洽合无间。于是争讼成了绝对的坏事,法律亦被认为是‘必要的邪恶’。”现在我们可能比较容易地了解到,为什么中国古代的法律只是‘刑律’;为什么在古人的心目中,争讼之事乃是绝对地不可取;又为什么在如此源远流长而又丰富多彩的文化里面,竟然找不出与‘权利’相对应的概念,等等。”<sup>⑫</sup>

以上的论述不仅曲解了古代法与现代法间应有的界限,而且透出了 20 世纪 80 年代后,学界存在的一种普遍的浮躁气息。这就是机械僵化地在古代法律中寻找西方法或现代法律中的“相对应概念”,在连一些基本史料都未能读完的情况下,根据一些反映局部地区和领域的资料,甚至根据一些偏僻的尚未得到证实的传说、笔记中的孤证,就“绝对”地断言中国传统文化缺东少西。作者一句“中国古代法律只是‘刑律’”便轻松地、毫不负责地将浩如烟海的中国古代法律典籍所反映的法律的种种现象一笔勾销,似乎历代的法律只是区区几百条或千数条的律文。暂且不说先秦法律,不说复杂的礼,就是秦以后,诸如程式、科比、格式、令典、例等等也决非“刑律”可以概括。“中国古代法律只是‘刑律’”颠倒了中国古代“刑律”只是法律的一种这一历史的真实。作者认为的“争讼”在中国古代是“绝对的坏事”和“绝对地不可取”的结论也过于“绝对”,果真如此的话,我们就无法解释晋时为什么于朝堂外设“登闻鼓”、宋代的包公为什么会打开开封府衙的大门、中国古代为什么流传着那么多百姓拦轿喊冤的故事,以明察善断、执法如山闻名的清官为什么会名留青史,受人怀念。作者毫无根据地认为中国古代传统文化“追求绝对的和谐”,而这个“不乏文化上合理的”文化又使法律在人们的心目中成为“必要的邪恶”,暂且不说合理的文化抹杀了法律的正义在逻辑上是否解释得通,就是从史料方面说我们也难以寻出古人将法律视为“必要的邪恶”的证据。我们看到的只是古人对法律“惩恶扬善”所寄予的希望,是对法律在某些情况下会产生负作用的训诫。法律在古人心中为“必要的邪恶”是今人强加于古人的不实之辞。当作者只究其一点地认为中国古代文化“强调绝对的和谐”的时候,恰恰忘记了中国古代文化的和谐最忌讳的就是“绝对”。和谐是在矛盾中的和谐,是“动”和“静”两个方面的和谐,“和谐”抑制了“争讼”只是事情的一个方面,另一方面,为了长久的和谐,地方官员将很大一部分精力投入到理讼断狱中。为了求证自己“预设”的“理论”,对传统文化不做整体的考察而只究其一点并将之绝对化正是目前学风浮躁之典型表现。<sup>⑬</sup>而令人担忧的是,这种产生于浮躁学风中的浮躁之论对学术和社会的影响却不仅广泛而且长期不能消除。

鉴于此,笔者认为研究中国传统法的当务之急不是从史料中寻章摘句地证明自己预设的所谓理论体系,也不是在浩瀚的史料中寻找与现代法、西方法相对应的概念,而是应该扎扎实实地梳理传统法中的基本概念,诸如礼、法、礼制、礼治、礼义、法制、法治、刑、律、刑律等等。只有如此,我们才能完整地认识中国传统法,并发掘本土的法资源以贡献于世界、贡献于未来。

⑫ 梁治平:《寻找自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社 1997 年版,第 219 页以下。

⑬ 学术浮躁的表现还有:不以详实的资料证实自己的观点、大量使用转手资料、对所用资料的来源不做交代、引用他人的研究成果不做说明、对虚假和错误的资料不做考证以讹传讹、对一些重要资料断章取义等等。

#### 四、对古代法的发展规律与模式认识过于单一

法的发展规律与发展模式是法学研究中最为基础的问题,在人类发展史上,基于人类社会的共性,法的产生和发展当然具有普遍的规律。但是,人类社会伊始,其生存形态、社会组织方式、原始的信仰都与其生活的地理环境有着密切的联系。不同的地理环境,造就出不同的文化类型,也造成了法产生的路径、偏重的内容、追求的理想、发展的规律、社会的作用等不尽相同,因此,不同地区和国家的法有着不同的发展模式。

迄今为止,中外学者,尤其是在古代法发展规律与模式的理论研究中卓有建树的西方学者,在研究法的发展规律和模式时所依据的资料,多源于西方的古代社会。中国传统法方面的资料由于种种原因,尚未得到应有的发掘和利用。而中国又恰恰是世界史学最为发达、史料最为丰富的国家。它不仅有举世无双的五千年一脉相传的历史,而且有二千七百余年不间断的文字记载的历史。<sup>②4</sup> 由于史学的发达,我们祖先留给我们的历史资料,其丰富、系统与真实都是世界其它国家和地区所无法比拟的。以往,我们多强调法的发展的一般规律,所以往往多用中国传统法的资料为西方的理论作注释,而忽视自我特色的研究,忽视不同社会环境中的法的不同的发展规律和模式的研究。比如我们宁愿不顾事实地用中国的“礼”去附会西方的“民法”,将中国古代法律体系割裂为“刑法”、“民法”等,而不实事求是地去研究中国传统法的礼法融合的结构特色。中国传统法资料运用的不足,实为古代法研究中的重大缺憾。因此,见诸西方法学著作中的一些关于法的发展规律和模式的总结,只能说在一定程度上反映了法的发展规律,西方法的模式也只是多种多样的法的模式的一种。要客观、系统地考察法的发展规律和模式,仅以西方古代法的资料为依据是远远不够的。

中国传统法作为法的一种类型,在发展中自然与西方法有相同之处。比如它在发展过程中也依次经历了神判法时代、习惯法时代和法典时代。在法典产生的初期“不管它们的主要性质是如何的不同,它们中间都夹杂着宗教的、民事的以及仅仅是道德的命令”。<sup>②5</sup> 中国古代社会家族制度虽然十分发达,个人常常被作为家族的附属物而存在,但在历史的发展中,“‘个人’不断地代替了‘家族’,成为民事法律所考虑的单位”<sup>②6</sup> 这一规律与世界其他地区与国家也并无二致。西周以前“人”的一切关系都是一种血缘家族关系,一个人的身份等级、其所享有的权利和承担的义务都决定于其出生的家庭。而这种缘于血缘的等级、权利和义务是其终身难以改变的。在西周,父家长对子女的权力是极少受到限制的,而其对家族的义务也是责无旁贷的。春秋战国,尤其是秦汉以来,家长对子女的权力在得到法律保护的同时也受到法律的限制。一定程度脱离血缘家族羁绊的人与人之间的社会关系得到发展,出

<sup>②4</sup> 中国有文字的历史至少应从商代甲骨文算起,距今 4000 年。至少西周时,王室与各诸侯国已经有了专门记述历史的史官。今人所见《春秋》记事始于鲁隐公元年,即公元前 722 年。《左传·昭公二年》记晋国使臣韩宣子使于鲁,“观书于大史氏,见《易》、《象》与鲁《春秋》。曰‘周礼尽在鲁矣,吾乃今知周公之德与周之所以王也。’”杨伯峻综合前人观点以为韩宣子所见《春秋》为鲁《春秋》原本,故记事始于周公。参见《春秋左传注》第 4 册,中华书局 1981 年版,第 1226 页以下。

<sup>②5</sup> [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆 1959 年版,第 9 页。

<sup>②6</sup> 同上书,第 96 页。

身已经无法决定一个人一生的尊卑贵贱和荣辱。中国古代社会的“礼”由血缘社会规范演变为官僚政治社会规范的过程也恰好证明了法的这一普遍发展规律。

丰富的中国传统法资料可以证实法的一般发展规律,并为关于法的理论研究提供大量详实的证据,这一点自不待言。就目前而言,更重要的问题是我们如何解释中国传统法的独到之处。

百余年来,我们的研究一直在中西文化的比较中进行。而比较的定位,中国传统文化又始终处在弱势。所以对中国传统法的一些独到之处,我们常常受西方学者的影响而给予消极的评价。比如梅因在《古代法》中认为一个国家民事制度的变化和发展是产生“静止的社会”和“进步的社会”的原因。梅因这样评价东方的法律:“世界有物质文明,但不是文明发展法律,而是法律限制着文明。研究现在处在原始状态下的各民族,使我们得到了某些社会所以停止发展的线索。我们可以看到,婆罗门教的印度还没有超过所有人类各民族历史都发生过的阶段,就是法律的统治尚未从宗教的统治中区分出来的那个阶段。在这类社会中的成员,认为违犯了一条宗教命令应该用普通刑罚来处罚,而违背了一个民事义务则要使过失者受到神的惩戒。在中国,这一点是过去了,但进步又似乎就到此为止了,因为在它的民事法律中,同时又包括了这个民族所能想象到的一切观念。”<sup>①</sup>

受梅因的影响,我们对传统法中缺乏发达的民事法律制度而深感自卑。但实际上我们不仅从古代的乡规民约、家族法和禁忌中可以看到大量的相当于今天民事法律性质的“细事”规则,即使在国家制定颁行的法律中也不乏“一切公民间的关系上”的法律。孟德斯鸠这样定义民法:“社会是应该加以维持的:作为社会的生活者,人类在治者与被治者的关系上是有法律的,这就是政治法。此外,人类在一切公民间的关系上也有法律,这就是民法。”<sup>②</sup>土地、房屋及一切物品的租赁、典当、买卖等规定是中国传统法不可或缺的部分。租赁、典当、买卖契约的签订除交易者双方外,还必须有“保人”的画押、签字。以双方自愿、平等为原则产生的契约(起码形式上如此)具有法律的约束力,一旦双方产生纠纷,契约就是官府判断是非曲直的法律依据。可以说中国古代不存在“民法”、“刑法”这种法律类型的划分,但这并不是说中国古代就没有类似民法性质的法律规则。只是中国古代社会法律的类型划分另有标准,比如从宏观上说礼与法、从法的体系上说汉代的律令科比,唐代的律令格式等等。而这种划分的标准应该是更符合当时中国社会的实际状况。

再比如,孟德斯鸠这样评价中国法律:“中国的皇帝所感悟到的和我们的君主不同。我们的君主感到,如果他统治得不好的话,则来世的幸福少,今生的权力和财富也要少。但是中国的皇帝知道,如果他统治得不好的话,就要丧失他的帝国和生命。”中国虽然有弃婴的事情,但是它的人口却天天在增加,所以需要辛勤的劳动,使土地的生产足以维持人民的生活。这需要有政府的极大注意。政府要时时刻刻关心,使每一个人都能够劳动而不必害怕别人夺取他的劳苦所得。所以这个政府与其说是管理民政,毋宁说是管理家政。”这就是人们时常谈论的中国的那些典章制度的由来。人们曾经想使法律和专制并行,但是任何东西和专制主义联系起来,便失掉了自己的力量。中国的专制主义,在祸患无穷的压力之下,

<sup>①</sup> [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第14页。

<sup>②</sup> 前引[15],孟德斯鸠书,上册,第5页。

虽然曾经愿意给自己带上锁链,但都徒劳无益;它用自己的锁链武装了自己,而变得更为凶暴。”因此中国是一个专制的国家,它的原则是恐怖。<sup>〔29〕</sup>

孟德斯鸠的这一段论述对中国传统法的研究可谓影响深远。“中国传统法缺乏宗教信仰的支持”;“中国传统法只注重法律的控制作用,而忽视或漠视法的价值”;“中国古代社会是专制无法的社会”;“中国古代有法律而无法学”等等许多被现代人奉为“定论”或在教材中成为“通说”的观点即源于此。

其实,在丰富的中国传统法的资料中,可以否定这些“定论”和“通说”的例证可以信手拈来。中国古代的县衙州府的公堂之上,官的意志并不能决定一切,皇帝更不是可以凌驾于法律之上而为所欲为。事实上,古代法律在为官治民提供依据的同时,也为被冤之民保护自己提供了渠道。起码自秦时起就有的、称为“读鞠”、“乞鞠”的上诉制度就在一定程度上约束了官员的枉法或用法不当。如果上诉失败,人们甚至可以通过击“登闻鼓”、告御状的形式为自己讨一个说法。宋代有一位名叫马麟的人,与人斗殴,致对方重伤,被官府拘押。按律,伤者在一定时限内死亡,则为殴杀罪。若超过时限,则为殴伤罪。结果伤者在超过时限四刻(约现在的50分钟)时死亡。官府定马麟殴杀罪,判死刑。马麟的儿子马宗元据律上诉,终使官府更改了原判。<sup>〔30〕</sup>这种通过法律渠道维护个人权利的案例在史籍中并不匮乏。唐代武则天时发生过一件著名的徐元庆复仇案。武则天赞赏徐元庆为父复仇之举,主张免其死罪,改判流放。谏官陈子昂在分析了案情后主张对徐元庆先处以死刑“以正国法”,再树碑立坊“旌其闾墓”以表彰孝道。最终,陈子昂的主张被采纳。这一案例一百年后又被柳宗元重新剖析。<sup>〔31〕</sup>可见古人对法的制定与执行都十分慎重。皇帝及各级官吏,只要想维系自己的统治,治理好国家就不应该也不能为所欲为。

此外,中国传统法也绝不是如有些学者所认为的那样只是缺乏精神的条文的堆砌。自成体系的、完备的法律决不会是古人的随意之作。在中国与日本保留至今的300余部中国古代律学著作足以使中国古代没有法学的观点不攻自破。另外,在律学的资料中我们所看到的情况是:关注法的最终价值的实现正是中国传统法的典型特征。中国传统法的价值体现于对道德理想的追求中。换句话说,道德是法的精神和灵魂。法条也好,司法也罢,只有在不背离道德的情况下法律才能得到普遍的认同。相反,法律若违背了道德就会引起人们的非议,甚至是执法者的抵触。中国古代法网不可谓不密,但法对孝子、烈女、侠客、义士却常常网开一面,这种表面看起来的“曲法”之举,目的正在于追求法制背后的法的精神的实现。

由此看来,这样的理解也许更合理:中国传统法的发展在表现出法的一般发展规律的同时,还有其特殊的发展规律,形成了与中国古代社会的自然环境、文化背景相辅相成的法的模式。西方法也是如此。法的发展模式过去不是、现在与将来也不应该是唯一的。而中西方法的诸多差异并非绝然对立,在一定的条件下是可以互补的,比如中法强调人们的自律,西法则重视制度的制约;中法重实体,西法重程序;中法在礼教的文化背景下视法律为维护

〔29〕 前引〔15〕,孟德斯鸠书,上册,第128页以下。

〔30〕 参见《折狱龟鉴》卷四《议罪·马宗元诉郡》。

〔31〕 参见《柳宗元集》卷四《驳复仇议》。

道德之器,故而形成道德信仰,西法在宗教气氛的熏陶下养成法律至上的法治信念。在中国传统的观念中,法的追求目标是社会的和谐,法的核心是源自人类天性的“人情”;而西方始终将正义作为法所追求的目标,法的核心是维护人们与生俱来的“权利”。在立法上,中法重经验,强调法由“人”制定;而西法重学理,强调“法官是法律的仆人”。在法的实施中,中法重变通以尽人情,同时格外注重对法的负作用加以限制;而西法重规范以示公平,同时格外用力发挥法的积极作用;等等。而这些差异在交通不畅、信息不通、相对封闭的古代是理所当然的。梅因及孟德斯鸠认为西方法是促进社会进步的动力,而东方法是制约社会发展的障碍及西方法优于东方法,完全是一种偏见。因为中西方传统法的差异根本无优与劣、先进与落后之分,所有的只是环境与历史所赐的“不同”而已。而在法的未来发展中,中西方传统法中的精华都可以作为现代法的营养而被汲取。

百余年来,尤其是近二十年来,传统法在中国常常被作为法治的绊脚石而受到责难,若要对传统法做一些实事求是的肯定,实在是一件十分困难的事。困难的原因在于我们已经习惯了用别人的标准评判自己,习惯了用批判代替对传统的研究。本文指出中国传统法研究中的不足,意在说明我们应该而且必须摆脱“习惯”的束缚,在批判传统法的同时,还应该反省我们对待传统法的态度,反省我们在研究中所持有的标准、所运用的方法。只有如此,我们才能更准确、更合理的解读中国传统法。

---

**Abstract :**For over a century , the traditional law has been criticized as an obstacle to the development of the rule of law in China. This long - drawn - out criticism has resulted in various prejudices , such as using western legal theories and models to cut apart the organic components of the Chinese traditional law in the comparative study of the Chinese and Western laws , limiting the discussion of the contents of the Chinese traditional law to the criminal law only and basically excluding from the discussion the “ rites ”(Li) , which are most representative of the Chinese traditional law , and over-emphasizing the universal rules of the development of the law while ignoring the particularities of the law in different cultural backgrounds. Therefore , while criticizing the traditional law , we need to reflect on our attitude towards and the criteria and methodology used in the research of the traditional law so as to have a more accurate and reasonable understanding of the Chinese traditional law.

---