

正视传统 开创未来

——《美国学者论中国法律传统》座谈会纪要

在中国走向世界、实现现代化的过程中,如何看待自己的文化传统,使自己的国家既能与人类的共同文明相融洽,又能保持本民族悠久文化独特的个性,是我国一百多年来无数学者所一直思考和讨论的重要课题。只要中国的现代化目标一天没有实现,人们对这个课题的讨论就一天也不会停止。在思考这个问题时,换一个角度,看看外国人怎样看待我们的传统文化,一定会给我们许多有益的启发。由高道蕴、高鸿钧、贺卫方主编的《美国学者论中国法律传统》一书的出版给了我们这样一个机会。这本书是一个论文集,它收入了美国学者在最近几十年里研究中国古代法律史的若干篇有代表性的论文。文章研究的范围很广泛,既有从宏观角度对传统法律文化的评论,也有从微观角度对具体法律制度或法律现象的分析。它们向我们展示了具有不同文化背景和价值观念的西方学者对中国文化传统的见解和独特的分析方法。这样集中地翻译出版美国学者研究中国法律传统的论文在我国还是第一次,因此本书的出版在我国学者中引起了广泛关注。为有助于开阔我国学者的研究思路和方法更新,本刊编辑部约请在京的部分从事法律史、比较法史和法学理论研究的中青年学者就这本论文集举行了一次座谈会。座谈会讨论的问题主要有三个,即如何看待和借鉴美国学者研究中国法律史的方法、如何看待中国传统法律文化和如何更好地向我国学者翻译介绍西方对我国传统法律文化的研究成果。现将座谈会上的发言整理发表,希望能将这个问题的讨论引向深入。发言稿的顺序基本上按讨论题目的顺序排列,各人所讲的内容有侧重,也有交叉。为了尊重发言内容的完整,本刊编辑没有按专题对发言稿作分割编排或过多的改变。张中秋、霍存福没有参加座谈会,但是寄来了书面发言稿。参加座谈会的还有夏勇、高鸿钧、贺卫方和何敏等。

刘海年(中国社会科学院法学研究所所长、研究员):

《美国学者论中国法律传统》一书的翻译是成功的,它对我们研究中国传统法律有很大的启发思路的作用。美国学者从另一个文化传统的角度来看中国,这就将我们的思路带入一个新天地。我们研究中国问题,由于受到许多自身限制,无法看到事物本身真面目,所以要借鉴外国学者的研究成果。我们的传统法律文化是我们民族所固有的,这是一个无法回避的现实。研究者要正视这个现实,引进外面的东西要想到这个现实,要在这个基础上去创造现代化。这个文集集中的文章思路很广,涉及各方面的知识。我国中青年学者要打开思路,趁着年轻时眼睛好,多读一些书。不光要读本专业的、自己觉得有用的书,还要读各方面的书,包括中国的、外国的,可以是理论方面的书,也可以是各种小说等文学作品。读书多了,看问题自然就会深刻。

马小红(中国政法大学):

由于时间关系及此书的难度我没有通读完这本书,只就感兴趣的问题选读了三篇,即皮文

睿的《儒家法学：超越自然法》、高道蕴的《中国早期的法治思想》与卫周安的《清代中期法律文化中的政治与超自然现象》。我的体会主要有三点：第一，对中西法律传统的比较必须持严谨科学的态度，切忌生搬硬套的比附与望文生意。儒家法学为自然法，自梁启超《中国法理学发达史论》下此定论后，学界基本奉其为正统观点。西方将儒家法学视为自然法的历史则更早。这些年来虽然就此问题有所争论，但各说各的理。问题的症结在于我们既没有去深入了解西方自然法及其它学派的特征与内容，又没有对儒家法学中的自然观进行翔实的论证。将二者兼而论之的文章不可避免地失之于空泛。皮文睿的文章从自然法、均衡法、法律实证主义的概念、特征入手，又同儒学创始者孔子、孟子、荀子的有关论述详细比较，得出儒家法学更类似均衡法的论点。文章既甄别了自然法与均衡法的不同，又考证了孔、孟、荀三人思想的异同，无论是宏观的比较，还是细密的考证都令人心服。高道蕴女士的文章提出了运用西方理论解释中国传统法律应注意的事项，对我们也很有启发意义。如她认为，“只有被比较的法律发展时代相类似”，比较才更科学。以近代的西方标准评价古代中国的传统显然是不科学的。本着这一原则，作者分析了中国早期的“法治”思想。作者认为中国早期的“法治”思想虽与近代西方的“法治”有诸多不同，但具有中国古代特征的“法治”思想在“中华帝国的早期确实存在过”。这种实事求是的论证比一些学者强行用西方概念解释中国传统，认为中国古代没有西方近代意义上的“法治”，因而就没有“法治”的论点更为深入、客观。

第二，在史论结合的问题上中国学者必须有自己的立足点。许多人将“史”视为传统之学，将“论”视为舶来品，以为文章中有一些西学的名词便有了理论。其实这是一种误解。传统之学较“史”的范围更为广阔。司马迁作《史记》、司马光作《资治通鉴》不只是“史”，也有“论”。而且传统之学的精华之作都是史论结合的产物。外国学者可以站在西学的角度以西学理论解释中国之“史”，因为他们熟悉西方文化背景，以西学释中“史”得心应手，既可发挥自己的优势，又便于学者之间的相互沟通。但中国学者不应盲目效法他人，弃长取短，而应在吸取西学优点后创造出自己的“论”。只有如此，我们才能摆脱人云亦云的局面。加强理论研究，并不是要照搬西学，而是应在分析大量翔实史料基础上提出适合中国法律传统的理论。目前就中国法律史研究状况来说，我认为“史”更是薄弱环节，史料使用的讹误影响了“论”的正确。另外，在史料的取舍上我们确实存在着局限性与僵化现象。在“史”即史料的取舍上，卫周安女士的文章给了我很大启发。以往我们对鬼神断案的材料基本加以否定，弃而不用。如《折狱龟鉴》中的许多类似材料常常被视为无稽之谈。但卫周安女士从这些荒诞的史料中发现了深层次的东西，即清人的法律观。她通过对李毓昌案件的论述，揭示了清代法律运用时的特征及原因。这有利于我们更广泛地注意到大量的野史笔记，甚至传奇小说中提供的资料。

第三，有关研究方法论及学科划分问题。许多人认为目前史学研究的方法有待改变，认为此书的出版将会带来方法论的革新。我认为此书的出版确实开阔了我们的学术视野，使我们可以换一个角度考察中国传统法律。但若说“革新”甚至“革命”似乎还为时尚早。方法论的革新不是一时一事可完成的，而且我们对西方学者研究方式感到新颖，西方学者对我们的研究方式也未必不感兴趣。抛弃自我的“方法论革新”将会导致邯郸学步的后果。俞荣根在《儒家法思想通论》中提到要“寻找中国法思想史上的‘自我’”，对我们的研究工作确实有指导意义。另外，此书在开阔了我们学术视野的同时，给我们的另一个启发是学科划分问题。目前许多人认为应以宏观研究为主流，学科不宜划分过细。其实学科划分与研究方法一样，不可强求一致或过多地人为干涉，应顺其自然。史料是客观的，理论、方法、学科划分可以多种多样，而且必须多种多样

才能将研究推向深入。我读的这三篇文章基本上都是宏观与微观结合在一起,很难说它是纯宏观的或微观的研究,也很难用法制史或思想史去界定。

另外,我想指出一点。本书在文章选译时还应该更全面一些。美国研究中国法律史的人是不是都是本书作者那样的立场?有没有说中国不好的?如果有,也应该收几篇有代表性的。

李明德(中国社会科学院法学研究所):

随着东西文明的相互冲撞和融合,中国传统法律的丰富宝藏引起了西方学者的极大兴趣。韦伯、费正清、李约瑟以及德克·博德和何四维等著名学者都对中国传统法律进行了深入而有益的探讨。不过,由于历史的局限性,他们所使用的范畴和方法都是西方的,他们研究的主要目的是以传统中国法律制度落后和没有法治的例子反衬西方法治的成就。一些人甚至由此而出发简单地指责中国未能发展出西方近代的法律制度。正如本书的作者之一安守廉批评昂格尔的那样,“他所关注的焦点更多地集中在中国为什么没有遵循欧洲的路线,而不是它实际上所遵循的是什么路线”(第71页)。本世纪六十年代以来,美国一批年青的汉学家开始以新的角度和方法探讨中国传统法律。在研究的方法上,他们不仅注重中西法律传统的比较,而且更注重中国传统法律发展的内在因素和不同于西方法律发展的独特道路及其意义。在研究的范畴上,他们不仅使用西方的概念和术语,而且更注重使用中国固有的法律概念和术语,以揭示中国传统法律发展的特征。本书的《导论》和《不可思议的西方》、《天人之间:汉代的契约与国家》、《中国早期的法治思想》等文章都强烈地反映了这一研究特点。

这样,《论传统》就向我们提出了一个问题:在我们偏重运用西方法律的概念和术语研究中国传统法律的同时,是不是也应该重新回归传统的概念和术语,发现其中的现代意义呢?近代以来,我们参照西方法律传统,运用其概念术语,在研究中国传统法律上取得了我们的祖先所无法想象的成果。可以说,这是一个不可超越的研究阶段。然而,运用西方的范畴和方法,并不能有效地描述中国传统法律的全景。本书作者之一高道蕴女士即说:“将西方式的理论适用于中国的情况,会忽略基本的认识论和宇宙论的概念对法律理论和制度的影响。”(第214页)其实,运用西方理论所忽略的远不止这些。“礼”作为一种比“法”更为普遍的行为规范,在实际生活中究竟起着什么样的作用?“情”在具体的行政、司法或调解过程中起着什么样的作用?对此,西方式的理论显然无法做出满意的回答。这一切都要求我们在运用西方传统方法和概念的同时,重新认识中国传统概念和术语的意义。可以断言,这一次的回归传统将具有崭新的意义。

任何学术研究,包括新方法和新范畴的使用,都不能脱离与现实的关系。近些年来,西方的一些人对法律的泛滥和僵硬感到失望。与此相应,传统中国不完全依赖法律,或不愿将法律作为解决社会问题的终极方式的作法,也引起了一些西方学者的赞同。高道蕴即指出:“中国古代制度也在为那些因僵硬的法治而感到幻想破灭的西方人提供一种积极的模式。”(第249页)应该说,西方学者运用中国的方法和范畴探讨中国传统法律,正是为了发现其中可供西方参考借鉴的东西。同样,对于我们来说,研究传统,回归传统的概念和术语,也是为了现实的法制建设。近代以来,我们对于传统的态度往往是批判多于借鉴,否定多于肯定。然而,历史不可以割断,传统的因素不会因为批判和否定而在现实生活中消声匿迹。冷静的态度似乎是深入探讨中国传统法律的独特发展道路,探讨传统法律发生作用的社会环境,同时考察近代以来中国社会所发生的种种变化,在此基础上将西方的法律制度嫁接进来。引进外国的法律制度,必须寻求与传统的结合点,使之形成一种在社会生活中真正扎下根来的新品种。

徐立志(中国社会科学院法学研究所):

读了这本书后,有三点感想:

第一,在八十年代以前很长的一个时期内,中国法史学的研究基本处于一种一统化的局面,研究者所持的理论和采用的方法较为雷同,产生的成果也缺乏个性。从八十年代后期开始,出现了向多样化发展的趋势,某些新的理论和方法被法史学界的一些学者所采用。目前,这个趋势仍在继续。在这种情况下,出版这本书是很有意义的,它给我们提供了很多有关美国人研究中国法律史和法律文化的信息,对于进一步活跃中国法律史的研究,发展多样化的研究局面,无疑会起到促进作用。

第二,书中所收论文,有些是较有水平和深度的。如宋格文的《天人之间:汉代的契约与国家》一文,通过对考古材料和其他一些原始材料的分析,对中国早期法律纯粹是刑法的观点提出了异议,得出了“在中国法律制度中,对私人契约的强制执行从一开始就存在”的看法。关于中国古代是否有与西方类似的民法的问题,是一个困扰许多法史研究者的复杂问题,学者间意见分歧较大。我们虽不能说由于宋格文的研究,这个问题就可以有一个结论了,但他的这篇文章,确实表明这方面的研究有了深入发展,他的研究是有价值的。

第三,书中展示了美国学者研究中国法律史和法文化的一些方法,从中可以看出,他们在方法的运用上一般是比较灵活和自然的。这一点很值得我们学习。其实,研究学问,方法本来就是多种多样的,具体采取哪一种方法,不仅要看研究的是什么样的问题,也要看自己的情况,因为每个人的思维结构并不是完全一样的。除了国外学者的一些方法可以借鉴外,中国的某些传统方法也并非在现代就全无价值,且不说大家都知道的考据的方法可以用于精密的微观研究,就是看起来似乎并不很科学的宏观体悟的方法,对于我们研究宏观问题也是有用的。

陈景良(河南大学法律系):

读过本书后有以下两点具体的认识:

其一,该书在史料的运用上,可谓是广采博集,精耕细作。这样说的依据是,首先,美国学者所使用的材料的范围十分广泛。就史料的种类看,既包括最基本的古典文献材料,如四书五经、史记、汉书、长编、宋会要等(132页注29、注35,130页注40,190页注68,195页注78,291页注34),还包括甲骨文、青铜器铭文、帛书、汉简、敦煌文书、地方志、小说、档案等(见98页注28,101页注40,222页注32,172页~173页注36、注37,282页注6,393页正文,414~415页引用文献)。就史料的来源说,美国学者与中国大陆学者相比,有一个得天独厚的条件,那就是对台湾、香港、日本学者的科研成果,搜集运用十分方便。据我不完全统计,本书的史料除中国大陆文献及英语著作作为主要来源外,其余应用最多的是日本、台湾学者的研究成果。尤其是对日本学者,本书在史料中涉及的就十几人之多,著名者如仁井田陞、斯波义信(204页)、滋贺秀三(262页注8)、曾我部静、那波利贞(282页注5)、牧野巽(288页注24)、日原利国、泷川政次郎、桑原鹭藏等(307页注17,308页注19,420页注16),台湾学者则有萧公权(389页注129)、黄静嘉(388页注125)、徐道邻、张伟仁(335页注118,509页)等。这说明美国学者十分熟悉国际上有关中国法制史研究的状况。其次,美国学者对材料的考证非常严谨、细致。说其严谨,首先表现为作者在论述其观点时多方考证,反复推敲。如马伯良先生在其《从律到例:宋代法律及其演变简论》一文中,为说明宋代法律中“格、式”与唐代的区别,他不惜在小注中大量引用中日双方的史料及科研成果,文字几乎超过该页正文的两倍(第281~282页注4、注5)。另外,我们还可以从美国学者对各种版本的鉴别比较中感受到其学风的朴实。这方面威廉·琼

斯的《大清律例研究》可说是个典范。他在对《大清律例》司当东译本的注释中详列了其优缺点并与台湾所藏版本进行了比较(第353~354页注1)。就其细致而言,本书所收的20篇文章中,有的作者对材料的引用可谓是不厌其详,琼斯、爱德华、蓝得彰文章的注释都在130个之上(第390、347、469页)。值得特别指出的是,马伯良先生在研讨宋代法律编纂问题时,通过大量的史料和详细的数字对比,竟然得出了宋神宗时每平均两个半月汇编一本法律规章的结论(281页)。问题细小到如此程度,就是在大陆学界,亦属难能可贵,可谓有日本学者之风了。

其二,美国学者在方法论上有所创新。概括说来,我以为他们的最大特点是:在法律史研究中普遍运用人文科学的研究方法。该方法的特征有三个方面,一是以考据为基础,二是人类学、考古学乃至社会学、经济学、语言学皆可作为法律研究的“它山之石”,三是法律研究不单以本学科为限,上述各学科的综合运用是该方法的一个典型特征。本书作者中,安守廉、郭锦、皮文睿等,都有使用这种方法的具体例证。该方法能拓宽人的视野,往往使研究者或在材料上,或在结论上有着新的发现,从而推动学术的发展,启迪人的心智。如皮文睿提出的儒家法学不是自然法而是均衡论法理学的观点,就是此方面一个典型的例证。这个观点强调儒家法学的实用主义特征,可以说是中的之论。

王振东(中国人民大学法学院):

面对西方人研究中国法律传统问题的角度与方法,我们应该更加深入地思考中国学者研究中国法律传统的思维视点或说是立脚点问题,也就是我们应该从什么角度、在什么层次上研究中国法律传统问题。长期以来,法律史学界侧重于研究历史上具体的法律制度或具体人物的法律思想是什么样子。这种训诂和资料积累意义上的复写式研究无疑是必须的,然而它却是初始的。我认为,目前条件下,我们有必要,而且在老一代学者资料研究的基础上,也有可能将对中国法律传统的研究引向深入。具体说,对中国法律传统研究的兴奋点可以集中在两个方面:其一是从整体上研究中国到底具有何种法律传统,或者说中国传统法律文化到底具有哪些特质;其二是中国法律传统应该如何回应当今中国社会法制现代化浪潮的挑战,即如何实现传统法律文化的创造性转化,发掘出这一转化的契合点。如果说前者是建立在多年微观研究基础上力图对中国法律文化传统整体式样的宏观把握,那么后者则是在此基础上对中国法文化现代化的更深层次的思考和探索。严格说来,后者才是我们研究中国法律传统的真正目的或者是落脚点。

与这种思维视点相联系,对中国法律传统研究的方法应该相应地有所突破。要打破传统的法制史与法律思想史研究分家的界限,研究者应该更多地从法哲学的角度思考法史学问题,法律史工作者需要更多的理性思维或思辨能力。只有如此,才能产生一批具有独立思维头脑的法律思想家意义上的法学家,而不仅仅是注释意义上的法律专门家或工具法学家。

张中秋(南京大学法学院):

本书的编者之一高道蕴在导言中说,这是一本对关于中国法的某些正统观点进行挑战的文集。从各篇的立论来看,此乃中的之言。详细的论述读者自己可以去各取所需,我在此处特别要指出的是,挑战或者说批评确实是西方的一个悠久传统,正是有了这样一个传统,西方的学术才发展到今天这个样子。在我们中国的学术史上,也曾经不止一次地出现过批评的风气,甚至可以说似乎也形成了一种传统,但与西方相比,这个传统的力量过分弱小了,而更加强有力的是祖述前人。迄至今日,我们的学术研究难道最缺乏而又最为大家习以为常的不正是没有一种严格的学术批评吗?不也正是缺少那种敢于对正统观点的挑战吗?而“严格的学术批评”

意在通过批评实现超越,其超越的途径必须是“严格的、学术的”。这种严格的学术性不仅要体现在选材、论证和立论上,而且也要贯彻到最琐碎而又不容轻视的注解上。本书中的每篇文章均有大量的注,以至该书几乎到了每一篇都有注,有的仅注释即达半页以上。例如,高道蕴的《中国早期的法治思想》一文即有110个注,R·爱德华教授的《清朝对外国人的司法管辖》居然有178个注,而且每一个注都是那么认真。这使得那些专以注解经典、解释法条、考证文字的中国学者也相形见绌。凡是搞研究的人都有这样一个体会:注释不容易。小小一个注,颇费神思,有时翻箱倒柜忙了半天,也不过是为了几个字。但若论学术和功夫,这大概是减免不了的,就像下棋有规则一样,学术研究也有它必须遵守的规则。然而我经常看到一些“高论大作”,洋洋上文言,尽是作者自己的思想创造,而不见一点前人的贡献,真让人自叹弗如。现在我又发现另外一种现象,书或文章写得极其一般,却一本正经附上很多注,列上很多参考书,但仔细一检查,居然文不对注,大都属于虚乌有。这样的注,我想注的不是文章而是脸面。

学术也是一种人生,或者准确一点说是一种适宜于某类人的一种生活方式。既是生活方式,就存在着友谊、理解和交流。本书的开篇之作《不可思议的西方?昂格尔运用与误用中国历史的含义》是一篇很有意思的文字。作者安守廉乃汉学名家,他所评论的对象昂格尔也是美国最敢于表达观点的批判法学派的代表人物之一。名家评名家(之作)这本身就是一个有趣的文化现象,更值得称道的是,安氏在他文章的鸣谢注中专门对昂氏表示谢意,因为这篇批评性的文字在刊发前曾先请昂氏阅读。这种把学术和友谊融解在理解之中的做法,也算得上是一段学坛佳话了。事实上,该书的所有原作者对批评都抱有一种文化上的理解和尊重,这与故意棒杀或抬轿不啻有霄壤之别。

赵晓耕(中国人民大学法学院):

本书中多数文章均体现出美国学者不囿于成见,对传统观点检讨审视的精神。以宋格文的《天人之间:汉代的契约与国家》一文为例,文章以小见大,中外并述,有理论有实证,特别是其中有关中国传统民事法规的判定标准的理论性概述,使我这个偏好这方面研究的中国学者有一种“蓦然回首”之感。作者在文中提到不能仅以成文法典与正统儒学观念来推衍传统法律,因为“成文法的规定,与令人惊讶的实际走向之间,存在着巨大的差距”,“一旦我们走出这类经典,注意地方社会的实际材料,就会明白,中国法律传统不像通常所想象的那样单一”。接着他又十分小心地在注释中解释由于“感觉和定义之间的差距”,他将“由国家司法系统强制履行的契约当作契约‘法律’”。对习惯于演绎思维传统的国人来说,他也许显得过于谨慎了。因为我们正是视“刑杀”为最初的“刑法”,只是对“契约”是否可视作“契约法”却过于斤斤计较。这种思维定式的误人还表现在许多研究领域。我们的这种好演绎的习惯使我们见到“判例”则曰有“判例法”,见到文官则曰有“文官制度”,如此等等。或许多少有几分“古已有之”的心理?或许如乡下人进城“怕别人瞧不起”?仅此一念之差,不过是表明自己瞧不起自己而已。

该文作者的理论概括更具说服力,他指出那种认为“某一特定契约概念是普遍的”观点无助于我们客观审视古代法律,“甚至在历史地分析英国契约时,现代普通法关于契约定义的局限性也是显而易见的”。他借用一位学者的话说:“任何以现代法律理论来考察中世纪契约的试图都是毫无意义的,因为它只可能导致当时不存在契约法的荒谬结论。”可惜这种“荒谬”在我们有些研究领域仍未被注意。作者强调,“从理论上讲,契约行为所引发的一般道德观念又是绝然不同的。因而,必须谨慎,不要把产生于西方传统的概念框架照搬适用于中国的情形”。相比之下我们的研究有时则不够谨慎。新的研究方法的引入不仅仅在于学术改良上的价值,更在于

对我们民族传统文化的影响。与其每每提及我们的长处,不如时常自省自身的短处——即使偶一用之新方法,也是“洋为中用”者多。不是吗?人人皆言中华法系重刑轻民,可却鲜有人愿在“轻”了多少,前后“轻重”有何变化上化功夫,而更愿就“轻”的原因进行论述。对一事物“量”的把握尚成问题时,过多地就其“质”的问题广为评述,是否多少缺少点学术上的严肃性?这里不过再次提醒我们:一种新的研究方法从引入到变成我们的一种自觉的思维方式,这中间会有很长的一段路要走。

刘广安(中国政法大学):

华盛顿大学威廉·琼斯教授在西方法律传统和中国法律传统的研究中有相当精辟的见解,这在《大清律例研究》一文中有所反映。他把规定个人与个人之间权利义务关系的西方法律制度与《大清律例》比较研究之后,揭示了中国法律传统的一个特征:法律是行政的一个方面。他认为,清朝的法律是行政的一个重要组成部分,它的发布只是为了实现帝国政府的目的。民间生活细节,只有对政府有用时,才会受到注意。他将清律中有关户部的规定与西方的民法进行了比较,指出了中西方法律传统中民法的重大差异。这些见解为我们深入研究中国法律传统,提供了新思路,开辟了新境界。但由于中国法律传统的内容十分广泛,涉及的问题很多很复杂,琼斯教授仅根据《大清律例》、《刑案汇览》和《佐治药言》等少量材料,就对中国法律传统的许多重大问题作出推断并下结论,难免有片面和失当的地方。如他认为中国没有分析法典或分析法律关系的传统,就是对中国古代注释律学没有多加研究而轻易下的结论。他认为中国古代法律不是科举考试的科目,也没有任何在职训练的规定,则是对中国古代法律教育情况没有全面了解的轻率断语。他还认为中国古代没有提出过抽象化的法律适用原则,认为律典更像一种内部行政指示,只不过是皇帝的敕令而已。他还认为律典是一种极为奇特的法律,不包括财产规范、契约规范等等。这些看法不但反映出琼斯在中国法律传统材料的了解方面存在较大的局限性,也反映出他采用的研究方法、分析问题的视角和评定法律的标准尚有值得改进之处。

读了琼斯教授这篇论文,我再一次感到,东西方不同国家的学者要了解 and 评价对方的法律传统,由于各自文化背景的不同,价值观念的不同,加上接触材料的限制,要作出真正具有学术价值的判断,在材料的掌握和研究方法的应用等方面,都还应该作更艰苦的努力。

李力(中央民族大学):

本世纪初中国学者引入西方近代法学研究方法来系统研究中国古代的法律,形成中国法律史这个学科。这比起传统的考据学、引经注律的注释方法确实是一大进步。由于方法的改革,出现了一批高质量的法律史著作,如陈顾远的《中国法制史》、杨鸿烈的《中国法律发达史》、瞿同祖的《中国法律与中国社会》。五十年代至今,中国法律史的研究更加成熟,也出现了一批质量较高的作品,尤其是八十年代之后。但是从另一方面来看,由于诸多原因,法律史的研究也出现了危机,表现在方法上僵化和史料上不扎实,很多作品雷同,缺乏个性,研究深度不够,甚至出现人云亦云、以讹传讹的学术“躁动”现象。看一看美国学者眼中的中国法律传统,我们或许可以更加冷静地反思、检讨近一个世纪以来中国学者对中国法律传统研究的得失,以求将来研究的深入。以熟知西方法律传统的外国学者对中国法律传统的看法为参照物,来对比我们以对西方近代法律传统的认识来考察中国法律传统,可能会有相当的收获。《美国学者论中国法律传统》一书出版的意义就在于此。

当然,美国学者以“西洋镜”看中国法律传统也有偏颇之处。翻检本书,其中最明显之处就是:《法律与宗教:略论中国早期法律之性质及其法律观念》(郭锦)、《清代中期法律文化中的政

治和超自然现象》(卫周安)以西方的宗教观来剖析中国古代的礼和鬼文化;《儒家法学:超越自然法》(皮文睿)以西方自然法学说来阐述儒家法思想。受西方文化传统浸泡的西方学者无论如何都难以以中国传统的思维来考虑中国传统文化中的礼、鬼神、仁以及中国人的宗教观。就好像我们今天的一些学者以现代西方法律体系、理论、原则诠释中国法律传统时所产生的认识一样。这两种倾向都是我们应尽力避免的。为了方法论而夸大方法的作用,为了史料而选择史料,都是行不通的短期行为。历史本是什么样子,我们就尽可能地还其本来面目。

张琪(北京大学法学院):

我们现今正努力建立的契约制度在 2000 年前的汉代就已存在,听起来有点不可理解。但美国学者宋格文以大量的史料细致论证了当时契约的形式、作用及其强制履行。宋格文承认,“契约作为确立经济关系和加速社会资源转移的手段,基本上是现代西方的概念”。作者注意避免将“产生于西方传统的概念框架照搬适用于中国的情形”,但是“汉代的法律体系实际上维护了私人契约制度”。对作者的论证,我表示信服。

虽然汉代契约与我们今天所要建立的现代契约制度有很大不同,但我们还是可以从《天人之间:汉代的契约与国家》一文中得到一些有益的启示。其一,作为中国法律文化主流的儒家理论对契约制度是排斥的,“汉代儒家的伦理价值观与经济运行的实际要求之间存在着冲突”。根据儒家理论,“商业活动得以进行的私人交易可能是对伦理秩序的腐蚀”。正是由于儒家的这种态度,所以“强迫一个债务人还债以致使他的生活出现危机,这在道义上和法律上都是非正当的”(〔美〕金勇义:《中国与西方的法律观念》,辽宁人民出版社,第 167 页)。“儒家学说与私人商业活动的冲突是后期中国历史的显著特征”。的确如此,儒家对契约的态度不仅影响了中国历史上契约制度的发展,更影响了中国商品经济的发展。这是文化的作用。

其二,不独伦理观念可以冲击法律义务、法律责任,国家政策也左右着法律责任的“命运”。宋格文通过分析西汉高祖和东汉光武帝前后两次对奴婢买卖契约的废除,指出国家政策的突然变化以及诏令溯及既往的效力不仅会取消契约的预期效力,而且会使买方的损失无法得到赔偿。从法律制度的分析上,我们又一次看到了法律对政治的服从,并且这种服从也并不以一定的法律程序和对法律利益的补偿为条件。合法性以及尊重、服从法律并没有独立的意义。合法性本身倒是需要从天人关系或家庭与社会关系中得到证明的、第二性的东西。法律上的权利、义务与责任还有什么价值呢?时至今日,法律责任仍未得到自己的应有地位。据国家统计局公布,1994 年底,中国工业企业应收回而未能收回的帐款净额,已高达 6314 亿元(《瞭望》1995 年第 11 期)。欠债有理,欠债有利,已是不争的事实。在其他领域,人们也总是习惯以道德说教或政治决定解决法律问题,以道德责任或政治责任代替法律责任。汉代契约反映了当时中国经济、道德、法律的相互作用,这种相互作用至今还有影响。

武树臣(北京大学法学院):

众所周知,中国的近代意义的法律和法学是伴随着西方文明成果的介入而起步的。所谓西方文明,严格地说是西方文明中的一支——大陆法系的法律文化成果。因此,不论是鸦片战争后研究《万国公法》,清末修律引入西方法律,还是五十年代移植苏式法学,都洋溢着大陆法系的传统气息。而这种传统又与中国封建时代偏重成文法的惯性力不谋而合,因而在法的概念上不自觉地宣布:“法是国家制定的并保障实施的特殊行为规范”。这与《韩非子·定法》所谓“法者,宪令著于官府,赏刑必于民心,赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也”的命题是暗通的。这种传统观念,对于崇尚法官主观能动性和重视判例的英美法系的传统树苗而言,无异是一块不毛的盐

碱地。改革开放以来,尽管我国向英美国家派遣了留学生并翻译出版了不少英美国家的法学著作,但这些因素对我国法学、法律教育乃至法律实践的影响仍显得十分微弱。《牛津法律大辞典》在中国的翻译出版也显得姗姗来迟。中国法律近代化由于步履匆匆难免有些闪失。这些闪失包括:第一,在面对世界法律文化成果之际没有进行全面审视而向大陆法系一边倒。第二,没有“善待”自己民族的法律文化遗产,这主要指判例法机制。这一特征在“学贯中西”的近代法学大家沈家本的思想中表现得尤其突出。美国学者关于中国法律文化的研究成果的学术价值,就在于在一定程度上可以弥补上述两个不足之处。这是因为,它们启发我们不要仅仅按照大陆法系的思维模式来思考问题,同时也告诉我们,中国传统法律文化中的某些遗产是具有现代价值的。正是出于这些理由,我认为该书的出版是值得重视的事情。

我的感想之一是:换一个研究的视角,有助于深入发掘民族法律文化遗产。美国学者研究中国法律传统的特点之一,是注重具体的实际操作层面的法律实践活动,即活的法律。因此,他们常常从具体的判例或社会惯例出发,研究由此体现的原则,及其与法典中的相应概念之间的联系,法官的地位与作用等,从而赋予中国古代判例制度以一种带有宏观的理论性的价值。这比起从法典到法典的描述来,显得别有生气。

我的感想之二是:独辟蹊径,推陈出新,选小题目,作大文章。美国学者并没有在被视为定论的权威命题面前停止不前,相反,他们通过研究更新了一些过时的结论,包括亨利·梅因的“家内契约不可能存在”,以及普遍认为的中国古代无神判因素,中国古代老百姓尽量避免打官司等观点。美国学者成功地选择了一些看起来并不大的研究题目,而这些成果却包含着一般性的理论意义。

我的感想之三是:人类的法律实践活动大同而小异,由同见异,由异见同,是法律文化研究的基本方法。在中国古代和欧洲大陆法国家,成文法(制定法)的权威都来源于统一的君主和庞大的官僚机器;法官弗兰克关于“自由裁量的正义雄辩”与儒家贤人政治的理论如出一辙;“法”与“人”的冲突与调整,无论从理论上还是制度上,都成为人类法律实践活动的主旋律。美国学者发现,汉代的契约惯例不仅与罗马的惯例同时产生,而且在形式上极为相似,但深藏其中的价值观却迥然相异,这就导致它们各自不同的发展途径。

我的感想之四是:借他人之器,攻自家之玉,本国学者正可以大有作为。本国学者从他国学者的研究成果中吸收新鲜的观点特别是研究方法,从多种视点出发来研究本国文化,无疑是大有好处的。这仅是问题的一个方面。另一方面,本国学者对本国文化的理解总是更加深切的,只不过司空见惯、习以为常罢了。在赞誉外国学者的研究成果时,切忌妄自菲薄。事实上,外国学者对中国传统文化在整体把握上总存在不如人意之处,我们亦不必“为洋者讳”。他们的有些观点,我似乎是难以苟同的。比如,认为“中国法律一般不追究罪犯的心理状态”,“在中国不存在法律分析”,法家的犯罪定义“是以非等级制的方式来界定的”,等等,都显得有些生硬。

信春鹰(中国社会科学院法学研究所):

这是一件精品,表现在它选择了一个有意义的角度。中国的法律传统是什么,西方学者历来评价不一。从韦伯开始,西方一些著名的思想家们对中国法律传统的评价基本上是批评性的。他们认为,中国在历史上虽然发展了高度的文明,但是却未能形成西方意义上的法治。中国历史上虽然有从历史角度来看达到相当水平的法律典籍,但是法律在社会中从未真正占统治地位。世袭国家的专横掩盖了法律的权威,与之相适应,市民社会中也从未形成西方意义上的法律文化。法律的核心是刑事的而不是民事的,法律的作用是用来支持国家权力而不是限制

它。大量的著述顺着这样的思路进行研究,使这样的观点成为西方法律学术界对中国法律传统评价的主流。而本书所选译的前五篇文章都试图纠正这种根深蒂固的偏见。

仁者见仁,智者见智,这是学术本身的要求。对于本书所选文章的观点,我不敢妄加评论。但是,我敬重这本书所倡导的模式,那就是不唯名,不唯古,以事实为根据,通过对大量材料的实证分析,得出或者是让读者自己得出结论。当然,这些论文本身就是鼓励向权威挑战的宽松的学术环境的产物。

朱勇(中国政法大学):

我以为本书在方法上,至少有两点对于我们从事法律史研究有可借鉴的价值。第一,更多地注重于分析,而不是评价。阶级分析和历史评价,是我们多年来从事法律史研究摸索、发展起来的重要方法(严格地说,阶级分析仍然是一种评价的方法。它通过对于对象的阶级属性、阶级作用的分析,最终归结于对于对象的阶级定性和阶级评价)。为了系统、深入的研究,对某项法律制度的优劣得失及其阶级性、在历史上的作用等作出恰当评价,这是法律史研究的一项重要内容,它对于我们把握对象的阶级实质和历史意义有着重要作用。但就法律史研究而言,尚不能就此止步。对于历史上的某项法律制度,通过研究,既要认识其阶级性、历史性和规律性,更重要的是要分析该项制度在当时社会的实际功能。这就需要加强对于其内容和结构的具体分析,尤其需要综合考察对法律制度的实施产生影响的其他各项社会因素,从而尽可能贴近地认识法律在当时社会的实际功效。因而,在注重历史评价、阶级评价的同时,应更多地注重于对历史上的法律制度的功能分析。第二,在研究方法上拓宽视野。法律条款是相对稳定的,但法律条款远远不是法律制度本身。在具体的适用过程中,法律制度必然表现出其丰富的多样性。在当今社会,仅仅通过对文字上的宪法、法律、法令、法规等文件的研究,我们肯定不能了解我国现行法律的真实面目。在古代也一样。为弥补这一不足,就必须将法律文件放到社会现实之中去,综合研究其他各项相关制度,各种与法律实施密切相关的社会因素,包括社会法律思潮、民众的法律意识等。美国学者在研究中国古代法律时,笔触极为广泛。大到政治体制、社会形势,小到某个案件相关人一次梦中的一个动作,某司法机构建筑物的位置和方向等。大的环境,小的动作,他们都分别从不同视角去观察,以求揭示法律制度真实的整体形象。就具体方法而言,英美法系国家的学者所擅长的案例分析方法,对于我们有直接的借鉴意义。通过案例分析,既能了解法官、当事人乃至整个社会对于法律的认识,更能把握法律在调整社会关系、规范社会行为、化解社会冲突方面的实际功能,从而认识法律制度的真实面貌。

苏力(北京大学法学院):

我们发现,在这些著作中,所谓的法制史与法律思想史,或法史与法理之分都变得极为模糊了。在读这些著作时,我们在制度中看到了思想,从事件、程序中看到了思想,看到了理论。作者在研究制度和思想时,把现代的法律理论和其他的许多学科的思想都融合在一起了。这种研究成果,很难按我们曾认为是天经地义的学科谱系图而给予归纳。这必定、也应当影响我们自己的研究风格,打破那种划地为牢的学科界限,可以更加随心所欲不受限制地进行研究。在研究中,我们将具有更多的自我、更多的主体性。我们的研究成果也将具有更多的理论意蕴和普遍意义。例如,讲法律制度的变化时,我们就不应仅仅作一种描述,而需对变化作出一种理性的阐述;讲思想史,就不能停留在查人头上。因为一个案件的审判和处理,一些习惯做法,一个历史事件本身就可能体现了一定的思想。因此,制度史和思想史是可以结合起来的。

许多学人都强调这些著作给我们带来了一些新的研究中国传统法律的方法。在赞同大家

的前提下,我想强调可能被忽视的另外一点:我们也许不能过分关注方法;特别是不能把方法同作者的著作分离开来。说实话,我很怀疑在考察历史这种智识性的研究中有纯粹的方法。方法是别人或后人的总结,因此不能脱离原作者的论述来谈论一般的方法。这种注重方法,弄不好只是再次把对某个或某些具体研究非常有效的研究过程程式化,到处套用,最终还是僵化。伽达默尔在讨论阐释学时反复强调,不能把阐释学当作一种方法,而是人的一种存在的方式。也许我们在进行研究时,更要注意保持一种开放的心态,注意拓宽我们的学识。要读书,让我们的学识在我们的研究过程中自然地流露出来。严格说来,方法不是运用的,而是流露或体现出来的。因此在这个意义上方法也不是读一本或几本方法论著作就可以学来的,而需要在我们有比较深厚的学术理论素养的基础上对具体的研究问题不断思考中逐渐形成。

讲这一点,并非否认需要研究美国学者的方法,但绝不能以为我们的学术弱点仅仅在于没有方法。例如,从具体的问题入手,以小见大,讲求实证,注意发现和利用新材料,这可以说是一种方法。但如果没有学识,不注意学术素养的培养,不多读书,读各个学科的书,仅使用这种方法不会得出任何真见解,即使材料就在我们眼前也会“儿童相见不相识”,而且在文章中方法和思想也会是两张皮。殷墟出土的甲骨,在王国维之前也有许多人关注,但却当作中药材来关注,只是由于有了王国维,这同一种物体才变成了珍贵的文献。这并不是由于王国维有一种方法,也不是这些物体在王国维手中发生了什么物理或化学变化,而主要是由于他的学识,这种主观性的学识改变了对象的意义和价值。也许我们可以套用一句艺术家的老话,“美是到处都有的,缺乏的只是发现美的眼睛”。

正因为需要这种基本的判断,才提出学术素养的问题;也正因为此,所以我们读有些外国学者关于中国法律的论述,尽管极为精彩,但放下书,又总感觉到不完全是那么回事。比如,这本书中蓝德彰对围绕阿云之狱的争论所做的分析,相当细致精彩,细微透剔。但似乎总觉得这不大象中国人的思路,而有点象是在分析美国的法律和案例。我们的古人真地是这样逻辑缜密地分析这个案件了吗(我这并不是批评蓝德彰先生的研究,因为也许问题出在我自己)?历史无法复原,我们无法把王安石、司马光等人叫回来问一问。这种“隔”的感觉,可能与语言概念的流变有关。语言是与文化不可分的,一旦把语言概念变了,思维的逻辑就会有变化。我的这种怀疑有可能是我的问题,但也可能是作者的问题。也许我们现在需要作者的路数。但我总觉得这样一来,中国历史上作为自在的法律传统就变形了,用福柯的话来说,就是被征服了,被作为一些材料纳入了另一种文化之中了。因此一种文化的基因就会消失,中国法律史就只剩下一些材料,而骨子里已很难说是中国法律史了。

霍存福(吉林大学):

马伯良研究唐律中含蓄的程序内容的方法是一种新颖的方法。从一个最基本的假定——唐代州县官该如何处理一个活生生的诉讼案件,及一个规定具体、细密的实体条款——斗殴人出发,马伯良开始了探寻暗含于唐律中的程序步骤。这个程序步骤被推断为一种逻辑分析顺序:首先确定犯罪人与被害人之间是否有亲属关系,如果有,是什么亲属关系;其次是嫌疑犯的年龄、性别等个人情况及被告的身份如何。如果是共犯,逻辑顺序则是:先看是否属于“共犯罪而本罪别”,其次看是否属“同谋”。问题又涉及到犯罪类型的区别——暴力犯罪与其他犯罪的不同的首从犯确定方法,进而转入“准共犯”的公务连坐和家族缘坐,便又牵引出公罪与私罪问题。对被串连起来的唐律这些基本规定所进行的逻辑分析步骤,实际代表着唐代官员司法操作的根本程序规则。罪之有无、大小,各个参与者的角色等,都要在形式上是适用实体法而实质上

是适用其中程序的过程中,一步步澄清、落实。因之,马伯良的潜意识是:唐律的诸多规定,与其解释为实体规范,毋宁理解为程序规范。这便是马伯良的独到之处。

无疑,马伯良抓住了事情的关键。正如他在文中所说:“以往对中国法典的学究式观点,集中于它们的表面现象,不足以解释它们所显示的长时期连续性的程度。”这种倾向,不唯美国如此。同样是对唐律为何被后世全盘照搬或明显模仿这个老问题,也同样是那些常见且大家习用的材料,马伯良没有象学者们惯常那样,去揭示唐律的典型性质,说明它的承前启后,归纳它的立法技巧,分析它的适中——因为这一切都还不过是表象。问题在于,除此而外,唐律还为后世提供了什么?这就是程序,我们可以叫它“非程序的程序”。尽管“非程序”,却还是“程序”。欧美人重程序,程序保障被视为西方民主、自由的一整部发展史。这种特殊的心理——文化背景和价值尺度,是马伯良考察问题的现成的视角。我们常说思路在新颖,是个独出心裁的问题;而心裁独出,就一定能思考独到。在人类思想历程中,有价值的思维往往得之于我们不习惯的东西。故越是域外之物,越能开启我们之所蔽。

胡旭晟(中国人民大学法学院):

这部文集为我留下了这样的极为深刻的总体印象:以开阔的眼界透视中国法律传统的深层次。这种开阔的眼界首先体现为广阔的文化和学术背景。就后者而言,它一方面表现在,这些美国学者们无不具有深厚的西方文化背景,从而能够以一种国际性的眼光来看待中国这一特定国度里的古老传统,将他们对中国法律传统的考察置于一种文化比较和世界法律文化的大背景之下。比如,马伯良在分析唐律与后世法律间的沿革关系时,他首先论及的是查士丁尼《国法大全》的历史影响以及这种影响与唐律之异同;而郭锦一谈到西周法律的性质,便立刻想到梅因的法律系统发展理论。不过,这些美国学者们广阔的背景知识更能引起我兴趣的还是其另一方面——开阔的学术背景。因为,如果说上述文化背景是先有的、也是我们难以完全超越的,那么,学术背景知识则完全是学者人为的、可以不断超越的;而恰恰在这一点上,我国目前的法史学者们普遍存在着知识结构单一化的缺陷。从本书的论文中,我感觉到这些美国学者们具有颇为深厚的法理学、部门法学、甚至法学以外之哲学、伦理学、宗教学和社会学等等学术背景知识。这种开阔的学术背景使得他们对中国法律传统的考察具有一种较高层次的理论把握,也使得他们的作品具有浓厚的人文气息和思辨色彩,理论性很强。例如皮文睿对儒家法学的分析就首先借助于他对自然法学说与德沃金法律均衡论的理解,而高道蕴对中国早期法治思想的研究也同样是以其对法治理论的认识为基础的;这种理论思辨色彩甚至在文章的大小标题和行文风格上也处处呈现出来。正是由于这样,他们的论文才常常给人以如下的印象:与其说是史学论文,还不如说是法理学论文。显然,他们已在相当程度上打通了法史学与法理学之间的界线。所以,这些应当称之为史学文章的成果虽然都是从具体的、个别的历史问题着手,但所探究、所揭示的则更多地是法学领域中各种普遍性的问题。

美国学者们的开阔眼界也体现在史料运用上的独具慧眼。他们虽然也使用那些较为“正宗”的史料,但其眼界却远不局限于此。比如,他们对于西周铜器铭文和马王堆帛书之类的考古出土材料要比我们更为重视一些,也运用得更自觉、更多一些。本书中,在史料运用方面最具特色的,大约要算宋格文的文章。他在汉代法典中缺乏契约资料的情况下,依据当时实际生活中大量的社会惯例,对汉代契约进行了深入而独到的研究,这对于我们国内学者应当是颇有启发的。此外,爱德华以唐朝以后的历代法典及清代官方的各种奏疏和上谕为依据考察治外法权在中国的起源,这也算得上是独辟蹊径;而蓝德彰、卫周安以具体的案例材料和有关法律问题的

散文诗《刑统赋》及其注疏做主要材料,同样是别具一格的。

美国同行们开阔的眼界还体现为研究方法上的多样化。我国学者研究中国法律史所惯用的传统方法,是对有关文献和文物加以归纳、整理,从而叙述律典的立法历史和法律的基本内容;威廉·琼斯在这部文集中将其称为“正史的研究方法”(第360页)。与国外同行们相比较,我们的研究方法显得过于单一化,还谈不上每个学者自身的个性。而从本文集中,我们看到,美国学者虽然在思维方式上因受自身的经验主义哲学传统影响,大多都习惯于一种归纳推理的方法,但在具体研究方法上,每个学者却不拘一格、各具特色。例如,郭锦在《法律与宗教:略论中国早期法律之性质及其法律观念》一文中研究西周铜器铭文时所用之方法就颇为奇特。他不是象我们通常所做的那样专注于叙述和解释铭文的内容,而是采用了他所说的另外两种解读法:其中之一是“语言上修辞性”的解读法,即通过分析“特定含义词之选用及句法结构”来搜寻铭文表层文字所隐含的潜在意义;其二是“功能上修辞性”的解读法,也就是将铭文视为器物的一个组成部分,并超越铭文本身去对器物的用途、功能、甚至铸器人的身份等等,做更为广泛的研究。再有,本文集中不同的作者曾在多处运用“个案分析方法”,即通过解剖小的事例来分析和阐明大的问题,这同样是极有价值的。比如,蓝德彰通过对阿云之狱的剖析探讨宋代的法律观,卫周安运用十九世纪初李毓昌案件分析清代中叶法律文化中的政治和超自然现象,欧中坦通过研究“京控”这一细微、且常为人所忽略的具体制度来揭示清代法律制度的本来面目,等等,这些都是相当精彩的。

除了其开阔的眼界给我带来诸多启示之外,美国学者们在许多研究领域所达到的深度也给我留下了深刻的印象。可以毫不夸张地说,这些美国同行在许多方面都深入地触及到了中国法律传统中最内在的层次。他们对于中国法律传统的研究很少停留于表面性的东西,而总是试图揭示历史表象背后的因果关系和逻辑原则;至少,他们没有象我们许多中国学者所做的那样只满足于从史料中归纳出某些表层的制度和思想,他们力图把握的是中国法律传统的“内部活动方式和基本原理”。而且,从本文集来看,这些美国学者们对中国法律传统之内在精神和内在逻辑的探究是颇有深度、从而也是相当成功的。例如郭锦对西周时期法律权威背后之宗教权威的分析,宋格文对汉代契约背后之价值观的研究,马伯良对《唐律》表层条文之下逻辑分析程序的归纳,蓝德彰对宋元法律活动中刑罚适用问题的探讨,卫周安对清代法律文化中政治和超自然现象的揭示等等,这些都相当清晰地透视到了中国法律传统中最隐秘的深层次。虽然我们未必赞同他们所有结论,但却不能不承认其研究是相当精深的;若再由此反观国内法史研究中普遍存在的表层化缺陷,我们就更应该有所启迪,而不能无动于衷了。

责任编辑:张少瑜

责任校对:张少瑜