

利用新材料,发展新思维,重述中国法律史

杨一凡(中国社科院法学所研究员)

近年来,法律文献的搜集和整理取得了重大进展,已出版的古籍整理成果中收入历代法律文献500余种,字数达6000余万,尚未出版的法律古籍还有数亿字之多。丰富的法律文献遗产向人们展现了古代法制的本来面貌,也证明许多长期被学界公认的结论不能成立。

第一,在中国古代,典、律、例、令等多种法律形式并存,行政、经济、刑事、民事、军政、文化教育等多种法律并存,共同组成完整的法律体系,其中行政类法律占立法总数的70%以上,所谓“以刑为主”、“民刑不分”的观点缺乏坚实的依据。

第二,不同形式的法律有着不同的功能,编纂体例也是各种各样。除少数法律汇编文献外,还存在各种单行条例、则例、条约及其他法规法令。以清代而论,仅单行行政类则例即有近千种。魏晋以降,律只是诸多法律中的一种,属于刑事法范畴。以“诸法合体”表述中国古代法律的特征是欠妥当的。

第三,中国古代的经济立法比较发达。历代以令、则例等形式颁布的经济法规、法令不胜枚举,在各地自然条件千差万别和经济发展状况复杂多变的条件下,这些法规法令有效地调节着各种生产关系,保障着国家经济的正常运转,所谓中国古代经济立法不发达的结论有待商榷。

第四,令是中国古代三大基本法律形式之一,其称谓在不断变化。明代令的形式多样,“事例”实际上也发挥着令的功能。清代的“上谕”是令的别称,其数量万数之多,所谓“明清无令说”是站不住脚的。

第五,以往的许多重要结论,需要重新审视其是否正确。比如,所谓秦“廷行事”、唐代的“法例”、宋元的“断例”、清代的“成案”都是判例的观点,就是望文生义得出的不实论断。

第六,我们至今对中国古代许多重要的法律领域缺乏认识。对于历代“令典”、魏晋南北朝时期的“故事”、元代的“分例”、明代的“榜例”、明清的“事例”等还基本没有涉及,对于古代律学、法律体系、地方法制、民间规约等方面的探索还刚刚开始。

法律文献是研究法史的基础。为什么轻视史料、以论代史的现象长期得不到纠正?这说明我们的思维方法还存在问题,值得检讨。

忽视古代法制的历史实际,没有认真研读基本的法律文献,简单地以西方现代法治理念为坐标,生搬硬套地描述中国古代法制,是形而上学思维方法的具体表现。在这种思维方法指导下,中国古代法律文化被视为民主、法治、人权的对立面,把历史的研究变成了以今批古。这种思维方法忽视了中国在清代以前的相当长的历史时期内,曾经是世界上法制文明最发达的国家之一,忽视了现代法治文明是在古代、近代法制文明的基础上发展起来的。一些著述不顾中国古代立法、司法的历史实际,套用现代西方的法律理念、分类、内容去杜撰中国法律史,提出各色各样的错误命题。这里仅举几例:

第一,中国古代并无现代部门法的分类,也无“民法”这一概念,但是在地方法律、民间规约和各类史籍、历史档案、地方志、碑刻、民事判决文书中,仍保留了相当丰富的民事规范资料。一些著述因为中国古代没有编纂过民法典,就断言中国古代法律“民刑不分”或民事规范处在“原始状态”。

第二,中国古代的地方法律体系,是由地方法律、民间规约和习惯构成的。一些著述对现存

的丰富的地方法律、民间规约资料视而不见，简单地套用西方“习惯法”的概念替代地方法律体系，但是却向读者列举出古代汉族地区有哪些“习惯法”。这种无限扩大“习惯法”内涵的做法，造成了认识上的误区，影响了对中国古代地方法制的研究。

第三，中国古代律学以诠释刑律为基本内容，技术性和实用性是其基本特征。然而，有些著述套用西方法学的概念，把中国律学解释为古代法学，并与西方现代法学比较研究，得出了所谓“唐以后律学衰败”的结论。而事实是，律学作为表述文献学性质的名词是宋代才提出的，并在元、明、清三代不断发展。现存的数百种律学文献，除《唐律疏议》外，都是宋、元、明、清人撰写的。“唐以后律学衰败”说与历史实际大相径庭。

第四，中国古代并不存在现代西方判例制度意义上的判例，“判例”一词是清末才出现的。古代中国崇拜成文法，把一切法律规范都纳入成文法。有些朝代在司法审判中，规定案情在法无明文适用的情况下，经一定的立法程序和皇帝批准，把案例确认为定例，允许司法机构在审判中援引使用，这些定例是成文法的有机组成部分。“判例”一词不是中国古代法律的法定用语。今人法史著述中所说的中国古代“判例”，是对古代司法审判中可援引作为判决依据的这类案例的现代表述，与现代西方判例制度的内涵大不相同。一些著述套用西方判例的概念，说中国也存在同西方一样的判例制度，在学界造成了有害的误导。

第五，所谓“司法行政合一”是中国古代法制基本特征的观点，也是不加分析地套用西方现代法治概念的产物。中国古代的司法制度，从地方到中央有多重审级，民事、刑事案件的诉讼程序也不尽一样。民事纠纷主要是通过基层诉讼组织调解处理的，少数不服调解的案件，方由州县受理。明清两代特别重大的民事上诉案件，则是由户部受理。至于刑事案件，州县官只有判决笞、杖刑这类轻微案件的权利，徒以上案件由府以上司法机构审理，流以上案件由中央司法机构审理，死刑的判决还需由皇帝钦准。很清楚，除州县兼理司法外，府以上机构都有专职司法官员负责审理案件，并不都是“司法行政合一”。历史上州、县人户较少，经济收入有限，州县官员人数也很少，不可能设立诸如现在这样的立法、司法、执法部门，当时采取州县官兼理司法的做法是与实际相适应的。现在一些研究中国古代司法制度的著述，参照西方“三权分立”的理论，把中国古代司法制度概括为“司法行政合一”，进而给予负面评价是不合适的。我们应当实事求是地对古代司法制度的精华与糟粕给予恰当的分析 and 阐发。

又如，“皇帝独揽司法权”也被描述成中国古代司法制度的基本特征，却没有思索一下，全国那么多案件，皇帝独揽得过来吗？君主行使死刑复核权，就如现在最高人民法院行使这类权利一样，目的是防止滥杀无辜，不能不加分析地把这种做法作为专制制度进行批判。当然，古代有些朝代在政治生活不正常的情况下，确实出现过君主独揽司法大权、滥杀朝臣和平民的现象，这种情况只是在特定的历史时期发生过，我们不能采取以特殊替代一般的形而上学方法，笼统地将其表述为中国几千年司法制度的基本特征。

形而上学思维方法之所以久盛不衰与急功近利的浮躁学风有关。我国学术界现行的考评制度和学术评价体系，带有强烈的功利主义色彩。在这种机制下，一些学者没有时间或舍不得花时间研读文献，又急于发表作品，最便捷省力的办法就是从西方法律著述中搬用一些可能自己也未弄清楚的名词、理念，或沿用前人的成说，匆忙写书和发表文章，这样，错误百出就在所难免。

中国法律史学正处在一个重要的转折和发展时期。推动法律史学走向科学，是当代中国法史学者肩负的历史任务。要实现这一目标，当前须认真做好以下几项工作：

第一，要弄懂和把握法史研究的 A、B、C，即从法律形式及其表述的内容入手去揭示古代法制的面貌。历史上各代的基本法律形式、法律体系是什么？有哪些重要立法成果？这是研究中国法律史研究须把握的 A、B、C。关于这个问题，还不能说已经得到很好解决。以清代为例。

清代的法律体系是怎样组成的?《清会典》属于什么性质的文献?如何认识典、则关系?清律是《会典》的一部分,与《会典》是何关系?人言“清以例治天下”,怎样认识例在清代法律体系中的地位,条例、则例、事例之间的功能有何区别,各有哪些代表性立法成果?省例、成案是何性质?如果这些基本问题弄不清楚,就很难全面、正确地阐述清代法律制度。其他各代也都存在类似问题。

第二,运用辑佚和考证的方法,揭示明代以前法制的基本面貌。明以前各代的法律文献大多失传,给研究工作带来很大困难。然而,从现存的各种史籍、出土文物、碑刻资料和历史档案中辑佚散见的法律资料,通过精心考证,仍可大体弄清这一时期法制概况。要组织力量搞好明以前各代法律资料的辑佚和考证,为断代法史和法律通史研究提供基础成果。

第三,注重出土文物中法律资料的挖掘和研究,这是揭示古代法律起源、形成以及先秦、秦汉法制面貌的重要工作。秦汉及其以前法史研究能否取得重要突破,能不能对长期令人不解的许多法史疑义做出科学解释,关键取决于对出土文物中法律资料研究的深度。我国学者如华东政法大学的张伯元、王沛、王捷等,在金文和战国简研究方面取得了一些重要突破,厘正了一些前人在律的起源、战国法制和汉“九章”研究方面的失误。因法史学界懂甲骨文、金文等古文字的学者甚少,研究汉简的学者也不多,这一领域研究难度甚大,需要各方面予以支持。

第四,注重司法指南性文献与判牍、案例等实证资料的结合研究。司法研究是法史研究的薄弱环节,有关中国古代司法制度的认识误区较多,其中之一即是对古代司法运作程序、操作规则等方面的指南性文献研究不够。为此,我主持整理了《历代珍稀司法文献》(5卷本)、《古代折狱要览》(20卷本)。这两书收入司法指南性文献100余种,期望能够为推动中国古代司法制度研究发挥一些作用。

第五,推进法史教材的改革。目前国内使用的许多法史教材内容陈旧,已不适合教学需要。许多高等院校都有各自的法史教材,但内容大同小异。由于受法史研究现状的限制,想很快编出一本结构体系合理、比较全面阐述中国法律发展史的教材是有困难的,但先编出一本消除重大错误观点的教材还是可行的。建议由有关高等院校牵头,集中断代法史和法律通史研究方面学术功底深厚的学者,通力合作,尽快编出一部水准较高的简明的中国法律史,以应急需。

中国法学知识体系的建构必须重视从中华法制文明中寻求资源

陈景良(河南大学教授)

中华民族历史悠久,曾创造出以儒家思想为核心价值的中华法系。然自近代以来,在西方文明东渐下,中华法系逐步解体,但其精神却作为中国文化中的一部分已植根于中国人的日常生活中。在社会转型、改革开放深入发展的今天,如何在学习西方法治经验的同时,于本民族的法制文明中寻求历史的智慧,构建一个符合中国实际的法学知识体系,便是一个重大而又迫切的课题。对此,我从一个法律史学者的视野出发谈两个问题:一是以中国古代的私有财产制为例,说明西方罗马法传统的法学理论在解释中国历史时的不确当性,二是寻求中国百姓过日子的规则与逻辑。

用西方法学理论解释中国历史具有必然的不确当性。当我们拿它来解释中国的历史及现实时,应该深切反思它所产生的历史条件,洞察其局限性。就中国法律史的具体问题而言,我们能否运用西方所有权的理论,也即是当今中国民法学者的物权理论解释中国古代的私有制?显然不行。中国历史上的私不同于西方罗马法传统中的个人权利之私。在中国,个人不是私有权利的个