

# 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;如何看待中国生

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想立生意。儒家法学为自然法，自梁启超《中国法理学发达中

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

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

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

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

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

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

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由民法的重心差异。这些见解为我们深入研究中国法律法

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很难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

象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,



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。

我的感想之三且,具体的法律实践活动不同而小异,大同小异,且法律文化研究

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。

仁者曰仁,智者曰智,这是学术本身的要求。对于本书所译立音的观点,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):

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

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限。所以,这些应当称之为中学立音的成里虽然都是从具体的个别的历史问题着手,但所

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:甘由之——且“五言上修辞性”的解读法,即通过从析“特字今以词之选用乃句法结构”而推司

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