

治吏:中国历代法律的“宗旨”^{*}

——读《法治是什么:从贵族法治到民主法治》

李启成

摘要:中国历代法律的宗旨是“治吏”。韩非子先从实效角度提出“明主治吏不治民”,王夫之为之赋予崇高的价值追求,提出“严以治吏,宽以养民”,从而将帝制中国法制精义一语道破。《法治是什么》以社会转型理论为依据,将中国历史上的法治分为贵族法治、帝制法治和民主法治三个阶段和两次转型,集中论述“治吏”这一宗旨在其中的不同表现形式。它是将法史学的微观考查和宏观视野很好结合起来的法史学著述范例。

关键词:宗旨;治吏;法治;转型;创新

《法治是什么:从贵族法治到民主法治》(以下简称《法治》)一书^[1],是研究中国历史上法治演变的精心之作。作者李贵连教授,以沈家本的精深研究著称海内外。关于中国法治的过去、现在和未来,作者数十年念兹在兹,造次颠沛不忘,日积月累,其研究思考的结晶得以面世。

近年来,中国法律史学界出现了一系列以小见大的专题研究成果,极大推进了相关学术研究。有此基础,如何以高屋建瓴之势进行整合和总结,加深学界对中国法律史的宏观理解,就成为法史学界要务。因这类专题研究在很大程度上解决了具体事实层面上的难题,即“是什么”的问题;按照学术自身的发展轨迹,下一步当然是要追问“为什么是什么”。通俗讲,是知其然后探究其所以为然。要回答好这个问题,必须将法史学的微观考察和宏观视野紧密结合起来,提炼出一以贯之的“宗旨”。如果仅限于微观考查,则可能会见树不见林;但没有微观考查这个基础,仅有宏观视野,其流弊可能是无根之浮谈。《法治》一书是将这两个方面很好结合起来的法史学著述范例。在我看来,该书主要回答了两个问题,即中国历代法治是什么,为什么是这样。其回答很精炼,即法治是“治吏”,因为只有用法来治吏,才能有好的“吏治”,才能长治久安,客观上造福天下苍生。因此,“治吏”就成为中国历代法治的“宗旨”。

一、作为历代法治“宗旨”的“治吏”

在经历了亡国之痛后,作为胜朝遗民,梨洲先生苦心孤诣,为保存故国道统,编著《明儒学案》一书,在“发凡”中断言“大凡学有宗旨,是其人之得力处,亦是学者之入门处。天下之义理无穷,苟非定以一二字,如何约之,使其在我。讲学而无宗旨,即有嘉言,是无头绪之乱丝也。”关于《明儒学案》的宗旨,有夫子自道“学问之道,以各人自用得着者为真。凡倚门傍户,依样葫芦者,非流俗之士,则经生之业也。此编所列,有一偏之见,有相反之论,学者于其不同处,正宜着眼理会,所谓一本而万殊也。”^[2]简言之,

作者简介:李启成,法学博士,北京大学法学院教授,博士生导师。

^{*} 本文系2015年国家社会科学基金一般项目“资政院第二次常年会议记录辑佚与研究”项目编号15BFX002,及2014年北京市社会科学基金项目“晚清资政院研究”项目编号14FXB005的阶段性研究成果。

梨洲先生认为真儒必有其“自得”之学;要“自得”于心,应由博返约,切实领会先儒论述之“一本万殊”。“一本万殊”所指向的“自得”就是梨洲先生的讲学宗旨。在我看来,《法治是什么》一书的宗旨就是“治吏”。“治吏”语出《韩非子·外储说右下》,云:

人主者,守法责成以立功者也。闻有吏虽乱而有独善之民,不闻有乱民而有独治之吏,故明主治吏不治民。说在摇木之本与引网之纲。故失火之嗇夫,不可不论也。救火者,吏操壶走火,则一人之用也;操鞭使人,则役万夫。^[3](P. 805-806)。

法家人物基本上以君主谋士、策士身份来著书立说,目的是给时君世主设计出一套足以“立功”的办法。这套办法,是君主以君位之“势”,明用“法”、暗用“术”,驱使臣民尽力于耕战,从而国富兵强,无敌于天下。君主如何才能明用“法”并把“法”用好?韩非即点出了“治吏不治民”的主张。理由在于吏的职责乃临民治民,直接治吏即等于间接治民。君主独居高位、大位,势不能直接治民,只有抓重点来治吏,达到纲举目张之效。韩非的“治吏”说,长处在于实效,故在随后的帝制时期,多被历代君主实际上奉为圭臬;其短亦在只讲实效而流于极端功利,且将民众完全视为被治理对象,故注定它最多能收效于一时,而非长久之计。秦汉统一帝国建立后,随着治理经验的累积,终于确立了以外儒内法为核心思想依据的治道。到明末清初,船山王先生感于国破之痛,以绝世之姿,精研历代治道,概括出“严以治吏,宽以养民”一语,将帝制中国法制精义一语道破:

宽之为失,非民之害,取吏以宽,而民之残也乃甚……故严以治吏,宽以养民,无择于时而并行焉,庶得之矣。^[4](P. 207-208)。

船山先生以为,这八个字只是“经”,在具体施行中还要讲“权”,拿捏好“治吏”与“养民”之间的分寸,即“治吏”服务于“养民”,其本身不是目的。治吏以严是原则,但不能一味僵化株守,在某些特殊情况下,为了不将“吏”逼得铤而走险,有必要在施行时暂予从宽。这样,船山先生一方面将“治吏”原则上升到历代治道核心内容的高度,另一方面,可能还更重要,是将法家的“治吏”说内化到儒家的“养民”说中,赋予了“治吏”说崇高的目标和价值追求。

即便如此,因为下述原因,使得无论是肇其端的韩非还是集其成的船山先生,都没能把“治吏”说背后的理由以清晰明白且系统化的方式表达出来,或者予以实证。第一,中国传统学术强调生活体验,行动中的“悟”,而不太注重以语言文字来系统论证。徐复观先生即指出“西方的思想家是以思辨为主,思辨的本身必形成一逻辑的结构。中国的思想家系出自内外生活的体验,因而具体性多于抽象性。但生活体验经过了反省与提炼而将其说出时,也常会澄汰其冲突矛盾的成分,而显出一种合于逻辑的结构。这也可以说是‘事实真理’与‘理论真理’的一致点、结合点。但这种结构,在中国的思想家中都是以潜伏的状态而存在。因此,把中国思想家的这种潜伏着的结构如实地显现出来,这便是今日研究思想史者的任务,也是较之研究西方思想史更为困难的任务。”^[5](P. 2) 船山先生是在《读通鉴论》一书中提出“严以治吏,宽以养民”的,该书之性质决定了作者只能是根据单个或者相近的数个历史事件以读后感的方式引申出该抽象命题,是“悟”了之后拿眼前的史实来印证。第二,韩非和船山先生都受时代限制。韩非虽长于说理,但未曾见过秦汉之后一统帝国法制之成形及其实际运作情况;船山先生虽见及之,但也未能看到法制近代转型之艰难复杂。今世学人,可能对固有治道的体悟不及船山先生之感同身受,也可能不及韩非的说理能力,但有机会看到更长时空范围内的法制演变轨迹,能借鉴西方学术长于言证说理的优势,于这些先贤提出的学术命题背后的理由进行更为明晰系统的阐述。这是《法治是什么》一书对我最有启发的地方,试看:

汉以后的帝国机制,规范包括宫中府中(或者说内廷外廷)、后妃宦官、宗室藩王、还是中央地方、文官武将等的制度规则,逐步建立、逐步完备,这就是韩非“明主治吏不治民”的思想理论制度化规范化……这种帝制法治/官僚法治怎样去“治”?这是一个非常庞杂的问题,但最主要的三个方面:一是官员的选任,二是官员的任职,三是官员的监督……将贤能选拔为

官吏 这些贤能居官之后 固可凭借其贤能更好地理政 更可凭借其贤能枉法营私 乃至谋反、谋逆 取君主而代之。臣下谋朝篡位 是君主们最关注的问题 而中国史书所记载的这类事件 可谓史不绝书。如何让这些贤能之官吏既能发挥其治国平天下之长才 又不致于威胁皇权? 传统中国法制主要在任职和监督这两个方面想办法^{[1] (P.64-67)}。

简单凝练几句话 即大致勾勒出了西周晚期到汉代中期这六七百年的重大社会变化的原因: 即要一统天下必须放弃世官世禄制而选拔贤能 天下既一统后要监察贤能以治理天下 法治即围绕这一主题来设计。由此 将官员选拔制、任职制、监察制纳入到“治吏”这一宗旨中来 很有说服力地拓宽了法制史的研究范围 为“法治”提供了一种新的解说思路。

二、中国历史上的三大法治类型

法制是社会的一部分 必然受社会环境的制约; 相应地 法制史是整个历史的一部分 必受整个历史演进的限制。关于中国历史的演进, 《法治》一书以“社会转型”理论为据 认为中国史上出现了两次转型、三大定型 即大致以春秋战国到汉代中期属第一次大转型时期 自晚清至今属于第二次转型期。在这两大转型期前后 分别有三次定型 即三代的封建制 秦汉到清代中期的帝制以及即将完成转型的民主共和制。这种历史观 以唐德刚先生的阐述最具代表性^{[6] (P.8-9)}。这个中国史分期 对中国历史上各个重要组成部分的变与不变等现象具有很强的解释力 自有其合理性。本书即基本采纳了这种历史观 作者反复强调“转型 一般用在社会转型 以及由此而来的思想、文化、学术、政治、经济、制度等等的全面转型。这种转型 中国有两次。第一次是春秋战国。‘废井田 开阡陌 废分封 立郡县。’太史公总结的这十二个字 是这次转型的全部内容……第二次是 1840 年以后的中国社会转型。”^{[1] (P.7)} “这种转型 在中国社会总共发生过两次。第一次发生在两千多年前 从春秋开始 大体到汉朝由汉武帝完成。第二次从 1840 年(或许从 1800 年或更早时候的明清之际) 开始 到现在还转个没完。”^{[1] (P.9)}

法制的形成和常规运行必须要在较稳定的社会环境中才有可能 在社会变动剧烈的转型期 人的思想容易突破既有的限制而发生重大创新 故它是思想史的黄金时期; 与此相对 在定型期 社会在按常规运转 制度得以经历由产生到成熟逐步走向僵化的完整历程 又为下一阶段的转型准备了条件。考察中国历史上的法制 当然要将重点放在定型期。

如将法治视为一种规则之治 那可以说 至迟到西周初年 中国就已是一广土众民社会 不可能不借助规则的力量来治理 那就应有其成熟的法制形态。正是基于这个视角 作者认为与三个定型社会相适应 定型期各有其不同的规则之治 分别将之称为“贵族法治”、“帝制法治”和“民主法治”; 如侧重于从制度层面来观察 将之称为“贵族时代的法制”、“帝制时代的法制”和“民主时期的法制”亦可。

《法治》一书明确指出 “贵族法治”是传统意义上所说的维护分封制和宗法制的“礼治”。礼 就是这个时代的法。“别亲疏、殊贵贱”就是这种“法”的核心^{[1] (P.13)}。本来 由于礼在整个传统中国的重要地位 历代文人士大夫对礼极其重视 研究也特别深入。只不过到近代变法修律以来 将法视为刑 侧重于从历代传世法典中寻找固有的“法” 为引进西法作铺垫 在整个传统法制的研究中 礼慢慢淡出了研究者的视野。即便如此 但因礼对中国的影响实在太太 还是有不少前辈学者看到了封建时期“礼与法”的密切关系。本书即列举了萧公权、萨孟武两位先生的相关论述。如萧公权先生认为“宗法封建关系……制度尚礼” 到春秋时期 礼的内容有所扩大 礼“义亦遂与广义之法相混”。萨孟武先生则是以概括之词言之, “古代之所谓‘礼’乃包括‘法’在内” 礼只是法的一部分^{[1] (P.19-20)}。据作者在注释中说 对先秦法律思想有精深研究的张国华先生生前亦持此说。但他们都没明确提出 礼就是这个时代的法 更不要说将“礼治”等同于“贵族法治”。其中原因可能每位学者有别 但我以为 尽管跟这些前辈学者的学术研究路数、对学术的严谨审慎态度都有关 但最重要的 可能还在于那个“尊西人若帝天 视西

籍如神圣”^①的时代氛围,对他们产生了或大或小的影响,他们在不同程度上将法治仅仅视为一种与宪政息息相关的“神圣”治理模式。这通常来说没有什么问题。但如果我们认为蔡枢衡先生所讲的“事实告诉我们,法治这东西是八面玲珑的。它可以和君主同居,也可以和民主结合,还可同独裁握手”^{[7](P.58)}有启发的话,侧重从制度所发挥的功能角度来观察,本书的结论自然就顺理成章了。所以,本书作者李贵连教授明确讲“我赞同这些前辈之说,坚持认为,从规则、规范这个角度切入观察,西周的‘礼’就是后来的法。虽然在礼的规范中,有很多是属于伦理道德方面的规范,但是作为贵族行为的准绳,礼是各级规则必须遵守的规则规范。后来的孔子,正是根据周礼的这种作用,才把它概括为‘为国以礼’的‘礼治’。”^{[1](P.20)}本书之所以要将“礼治”阐述为“贵族法治”,除了这个学理上讲得通的理由外,更重要的还在于以“法治”这个关键词来贯穿中国古今之“治道”,一方面为第一次大转型中社会治理之规范由“礼”逐渐变为“法”提供了更顺畅的解释框架,另一方面更可凸显随后定型的帝制法制之特征。

如果说本书对“贵族法治”的概括,乍一看能给人强烈耳目一新之感,萌生寻求其所以然的兴趣,在我看来,本书最大的贡献是对帝制法治特征的总结。

在儒、法两家学说共同推进下,经多代先辈的努力,完成了从分封制到郡县制、贵族宗法世袭制到官僚委任制的第一次社会大转型;近似地,通过法家和儒家的次第登台和影响,以外儒内法为思想内核的帝制法制得以建立并顺畅运作,“治吏”成为帝制法治的“宗旨”。

该书关于此点的论证,比较充分。作者选择了中华法系最有代表性的法典《唐律疏议》中的502个条文进行数量上的统计,得出结论“《唐律疏议》中直接规范官吏的条文占条文总数的54.6%,其他的条文,除了一些纯技术或程序方面的条文外,其他的规范对象多是‘民’,或者是包括‘官吏’在内的所有民众。即便是这些重在规范‘民’的条文,也是需要‘官’的行为才有实现的可能。”^{[1](P.71)}一般而言,条文的数量多并不一定能充分证明其重要性,还需进一步指出这“量”中还有“质”。作者见及于此,又从帝制中国最后一朝大经大法《大清律例》中挑选直接“治吏”的律、例及其相关的案例来进一步论证,得出了这样的结论“就拿清代的成文法来说,除了最基本的律例之外,还有大量的则例、会典、单行法规、地方法规等。这些卷帙浩繁的成文规条,一个很重要的特色就是强化对各级官吏的管理,力图保证各级官吏既是皇帝的忠实执法者,又是合格的牧民者,最终实现稳固的皇权专制。”

时间步入近代,帝制中国在王朝周期性循环由盛转衰之际遭遇方兴未艾的西方列强,形成中国史上“三千余年一大变局”(李鸿章语),开始了艰难曲折的第二次社会大转型,延续了两千余年的帝制法治亦不能继续维持下去。自晚清开始,经黄遵宪、沈家本、孙中山、章太炎一直到蔡枢衡等为代表的一代代政治家或法政学人的努力,开始了法治转型。其间还出现了“党治”这一转型过程中的过渡形态。该书颇有洞见地指出:在民初乱局中,“孙中山先生的思想,完成了由‘法治’到‘党治’的过渡。建立党国,实行党治。他的后继者,通过武力北伐,1928年后终于在南京建成党国合一的中华民国。从此,中华民国就是党国(国民党),党国就是中华民国。党国时代,帝就是国,国就是帝。现在,党就是国,国就是党,一而二,二而一。党国可以说就是帝国的变种。”^{[1](P.211-212)}但不管党国在当年是如何地煊赫,但历史潮流,浩浩荡荡,顺之者昌,逆之者亡,孙中山先生有鉴于此,即认定党治只是一过渡期,最终要由训政进到宪政,且训政仅有6年期限。到了宪政的真正实现,也意味着第二次社会大转型的初步完成,也就正式进入了民主法治阶段。因此之故,本书在结尾部分乐观地指出“民主法治毕竟是社会历史发展的必然。而且,民主法治应该有多种模式,而不应仅仅是西方美国的模式。因此,我又坚信民主法治,这个法制现代化的诉求,最终一定会实现……”^{[1](P.227)}

三、“治吏”宗旨与法史研究

从贵族法治以来,“治吏”都可说是这三类法治形态的宗旨,到后来,“治吏”可能变得越来越重要。

① 邓实“国学保存论”,载1904年《政艺通报》,甲辰第3号,第4页。

就“贵族法治”而言,这个时期,法即是礼。尽管礼有差等,但其规范对象主要是周王和各级贵族,故有“礼不下庶人”之说。当时实行世官世禄制,所谓的“吏”按照其职责来说,就是各级贵族。所以“贵族法治”的宗旨亦可说是“治吏”。到未来的“民主法治”,作为公权力的直接执行者,“吏”当然是法所重点“治”的对象。只不过与“帝制法制”的皇帝“治吏”不同,在“民主法治”下,是人民来“治吏”,借用孙中山先生的话来说,是“政权”治“治权”。

本书重点在帝制法治部分明确揭示了“治吏”的重要地位,于此透露出了本书之“宗旨”。大致可分两个层次,即为什么帝制下的皇帝要特别重视“治吏”以及“治吏”宗旨在帝制时期法制领域中的体现。关于这两点,前面已择要提及,不再重复。我这里仅举一例,即明确“治吏”是帝制法治的“宗旨”,将如何有助于帝制中国时期相关法制的研究。

在帝制中国的司法活动中,比附援引与断罪引律令密切相关,是重要制度。自近代引入西方罪刑法定制度以来,晚清以降的法律改革者多将之视为类推,是司法擅断的集中表现,与文明的罪刑法定制度处于直接对立面,主张将之彻底废除。究竟比附援引制度是不是这样的呢?如将它与“断罪引律令”结合在一起考察,就会发现它们分别是帝制法治的一体两面,其中,“断罪引律令”是正面,是主要面;比附援引是反面(还包括“不应得为”),是辅助面。它们都是帝制中国的君主为了更好地治臣民尤其是司法官员而使用的有效法律工具^[8]。其中的道理可以简要解释为皇帝为“治吏”,必须尽可能严格压缩官吏在司法过程中的自由裁量空间。这样,最好的办法就是在成文法律的编纂中取绝对确定法定刑,杖一百就是杖一百,绝对不能在杖六十到杖一百这个范围内任司法官员裁量。以《大清律例》为例,律例每条都定有绝对明确的处罚,如“谋杀人”律第一款规定“凡谋[或谋诸心或谋诸人]杀人,造意者斩[监候],从而加功者绞[监候],不加功者杖一百、流三千里。”^{[9][P.420]}《大清律例》中不少条款有加几等、减几等之具体规定,主要是照顾律例文字表述的精简。如“滥设官吏”条规定“凡内外各衙门官有额定员数,而多添设者,当该官吏[指典选者]一人杖一百,每三人加一等,罪止杖一百、徒三年。”^{[9][P.144]}假设某官员滥设官员7人,则处罚为杖一百,加二等。加减方法亦有完全确定的规定,《大清律例》有“加减罪例”律条,按照其规定,某种犯罪之处罚,经加减之后,结果依然完全确定。^①正因每个条款的刑罚完全确定,所以清律自雍正朝开始,为了司法官查找科刑的便利,有《大清律总类》的编纂,即按笞杖徒流死五种刑名,将各种应得刑罚之罪行分别归门入类。乾隆五年颁行的《大清律例》卷40-47即为这种编排方式的“总类”。如前面的例子,杖一百加二等,其处罚为杖七十、徒一年半。这种绝对确定刑的好处是皇帝能控制各级司法官员,达到“主者守文”的效果。

这里稍作引申。受西方汉学家的影响,一些西方学者在读了中国古代法典之后,看到中国成文法条规定得较为具体,将其背后的原因想当然地归结到中国人抽象思维能力欠缺。当然古代中国人的思维有强调悟证、重经验归纳的特征,但也有先秦之名学,当印度佛教,尤其以唯识宗为代表的诸多宗派传入中国后,中国精英层的抽象思维能力无疑会较之前有所提升,可为什么中国的法律没有随之提高其抽象化程度,反而条文更为繁琐具体?这种从思考方式和思维能力角度的解释非常欠缺说服力,是一种皮相之论。中国成文律条一方面以王朝为周期,由简而繁;另一方面从历代王朝加以平行比较,会发现越到后来越繁琐。这恰好与君主专制日渐强化,对“治吏”的要求越来越高紧密相关。因此,中国成文法的绝对确定法定刑以及相应的具体化规定,是背后的“治吏”逻辑使然,主要不是什么立法者抽象能力不

^① “加减罪例”条规定“凡称‘加’者,就本罪上加重[谓如人犯笞四十,加一等,即坐笞五十。或犯杖一百,加一等,则加徒减杖,即坐杖六十、徒一年。或犯杖六十、徒一年,加一等,即坐杖七十、徒一年半。或犯杖一百、徒三年,加一等,即坐杖一百、流二千里。或犯杖一百、流二千里,加一等,即坐杖一百、流二千五百里之类]。称‘减’者,就本罪上减轻[谓如人犯笞五十,减一等,即坐笞四十。或犯杖六十、徒一年,减一等,即坐杖一百。或犯杖一百、徒三年,减一等,即坐杖九十、徒二年半之类]。惟二死、三流各同为一减[二死谓绞、斩,三流谓流二千里、二千五百里、三千里,各同为一减。如犯死罪减一等,即坐流三千里;减二等,即坐徒三年。犯流三千里者,减一等亦坐徒三年]。加者,数满乃坐[谓如赃加至四十两纵至三十九两九钱九分虽少一分亦不得科四十两罪之类]。又加罪止于杖一百、流三千里,不得加至于死。本条加入死者,依本条[加入绞者不加至斩]。”田涛等点校《大清律例》,法律出版社1998年版,第123页。

够的产物。《法治》一书明确指出,“治吏的成文规范越来越严密细化、处罚越来越重,恰与君主专制逐渐登峰造极的走向相吻合,其内在的原因就在这里。”^{[1] [P.78-79]}这就非常有助于纠正一些西方学者将中国成文规条的繁多归因于中国人抽象思维能力不发达的偏见。

大凡一种制度,有其利必有其弊。如有多种制度可供立法者选择,立法者选择何种制度,端赖其利弊权衡。绝对确定刑之好处在此,弊端亦显然,最显著者为罪行多为具体,难以归纳抽象,否则即会破坏罪刑均衡的规律,处罚有失公正。这样一来,律例条文难免失于繁琐,且其规范对象有限;表现在“在适用上不无窒碍,不能切合实际。故要用各种方法,对律文予以弹性。”^{[10] [P.22]}轻重相举、比附援引等制度即因此而生。所以,比附援引的主要功能不在类推适用以扩大罪的范围,而是保证具体案件的“情罪允协”,即通过比附某条律例,以确定当前案件罪犯的具体刑罚。换句话讲,与其说比附援引是破坏罪刑法定的类推解释,不如说是帝制中国一种特殊的寻求罪刑均衡的法律发现和运用技术。

如前面对比附援引制度性质和功能分析尚无大谬的话,那晚清在新刑律制定颁行过程中的争议可能就出现了“对象错误”的问题,即与比附援引针锋相对的不是罪刑法定,而是量刑,即法官如何妥当行使自由裁量权的问题。由于皇帝没有了,比附援引自然在废除之列。但在废除比附援引制度的同时,它在帝制法治中所发挥的量刑功能必须给予充分重视。晚清民国的法律改革者在这方面重视不够,主要表现在两个方面:第一,没能将比附援引制度与君主专制之间的关系进行有效地厘清,改革者遂将复杂的问题简单化,以为只要废除了这个落后制度即已毕其功。殊不知,比附援引乃专制皇权的必要制度设计,只要有专制帝制存在,就需要有此制度。随着要求民主法治的呼声渐涨,处于转型期中的各类专制者要为其专制打上民主法治的旗号,更需“缘法而治”的外衣,就要先编织铺天盖地的法网。要编织这个法网,既然传统手段不可用,专制者就要想些新办法、新制度来承担其功能。这个新制度,就是《惩治盗匪法》就是革命罪、反革命罪等。这种因借尸还魂而生的新制度,比旧制度本身愈加恶劣,危害更大。如何清理专制余毒及改良专制得以生存的社会土壤,较之废除专制之下的某个具体制度可能更重要,也更急迫。第二,晚清开始推行罪刑法定制度,立法上自然采取了相对确定刑,正式赋予各级法官以自由裁量权。如何规范法官恰当行使这个裁量权就成为一重要问题。晚清民国的法曹虽没有把这个问题解决好,但逐渐意识到这个问题的严重性,很是做了一些努力。1915年的《修正刑法草案》,除死刑或有兼及无期徒刑者外,余概只规定一等之法定刑,大大限制了法官的裁量权。1918年的《刑法第二次修正案》废除有期徒刑五等制,改于“分则”各罪中明定有期徒刑之年月,加减刑时也以几分之几为标准,将其具体化;设置减刑专条,具体罗列科刑时应行注意之事项。这都是在继续限制法官的裁量权。1928年《中华民国刑法》沿袭了此种限制。1935年的《中华民国刑法》第8章“刑之酌科及加减”共17条,全是为了规范法官如何行使自由裁量权。尽管如此,但时至今日中国,如何保证法官在具体案件中法定刑范围内妥当量刑,将罪刑法定主义所要求的保障人权落到实处,有效防止司法官滥用裁量权而出现畸轻畸重之弊,仍是个待克服的大问题^[11]。

以上是关于从“治吏”这个帝制法治的“宗旨”入手分析一个具体法律制度的例子,可能还有不少其他的法律制度也可从这里入手进行较深入探究。这即是说,本书能够起到一些中心线索的作用,有心人还可从很多方面予以更深入全面的补充论证。一本有价值的学术专著,应该留给读者深思玩味的空间。

四、关于法史研究的“创新”问题

学术研究的创新无外乎新材料、新论证方法和新观点,三者必居其一,否则谈不到任何创新。《法治》一书的创新主要来自于观点的创新,其所利用的材料都是常见材料,方法也没什么特别新奇的。这让我发生了一点感慨,即法史学研究在现今的情况下如何能有所创新的问题。

随着信息电子化的飞速发展,我们可以预期,研究者要在自己的研究领域找到别人很少用过的“新”材料越来越困难,常见的研究方法也就是那么几种,故可能的创新之处在于“常见”材料的新解读。

先来看研究方法问题。近一二十年来,受国外,尤其是美国学术研究潮流的影响,以社会科学方法研究史学、法学问题的风气日益浓厚,对整个学术确实起到了一些实质性的推进作用。可以说,中国学术的创新离不开这种研究方法上的突破。具体到法史领域,这些研究方法上的创新主要集中在实证统计和量化分析上,比如,研究者通过对大量司法档案资料中的某些要素进行量化,得出相应的研究结论,有时亦颇具启发性。但绝大多数研究者主要还是在运用传统的研究方法,^①其重要原因之一就是受限于这些新研究方法的适用范围。

著名史学家杜维运先生针对一般的历史研究道出了这样的体会:“量化永远是有限度的,过去所留下的资料,总非齐全,亦非尽真,由此衍生的结论,难言十分精确。以资料最丰富的行政、外交或经济趋势一类的历史而言,其中经常是有神秘性的,有些事永远非局外人所得而知。因此史学家可以尽量运用量化方法,但不能迷信量化方法。历史的最神秘处,往往须用量化以外的方法去寻觅;人文的历史研究方法,永远是史学家必须运用的方法。”关于史学方法的承旧与创新,他有这样的心得:“历史的珍贵,不在新旧,而在良劣。”^{[12] (P. 338)} 这些告诫,应引起法史研究者的注意。

既然研究方法上的完全创新亦属有限,那法史学的创新就主要体现在“常见”材料的新解读上。如何才能从“常见”材料中读出新意,见人所未尝见、未能见?《法治》一书给我们提供了一个很好的例子:即建立在系统精读“常见”材料的基础上,研究者慢慢产生一个能将这些材料贯穿起来的中心线索,然后以这个中心线索来看是否能妥当解释这些材料。这个中心线索就是研究者观点方面的创新,这个解释过程实际上也就是论证过程。《法治》一书的中心线索就是“治吏”,亦即其“宗旨”所在。

这个“宗旨”的提出和论证当然是一种概念化。这种概念化,在一定程度上是学术研究的重要目标,甚至可以说是终极目标。余英时先生曾以王国维先生的《殷周制度论》一文为例指出:“现代‘国学’与传统考证之间的一大区别即在‘概念化’(conceptualization)之有无或强弱。‘概念化’是达到‘纲举目张’的不二法门,系统的知识由此而建立。”^{[13] (P. 143)}

尽管这种概念化意义重大,但具体“概念”又非研究者所能轻易提出。下面略举几例。余英时先生受美国历史学界学风的影响,积几十年对中国知识人的研究之功,应该是做了不少概念化的努力,但最终成型的概念也很少,最为著称者,当数士大夫行道途径自明代中叶开始,有个“得君行道”向“觉民行道”的转变;徐复观先生研究古代思想史,于周初思想的变化提出了“忧患”意识。这样的例子,在近代学术名家那里,还有不少。就法史学而言,瞿同祖先生在借鉴前人研究成果基础上总结出的“法律儒家化”为其著者。通观这些“概念化”较为成功的范例可知:这些研究者,终其学术研究漫长岁月,一生所提出的这种“概念化”命题一般也就是一到两个,至多也不会超出三个以上,且提出的时间多是在研究者有了数年、数十年的研究积累之后,有的甚至在晚年反观总结一生的治学轨迹时才不得已提出,尚惟恐其不够严谨,误导后学。因这种“概念化”是学者一生学术“宗旨”高度凝练之结晶,甚至是研究品格之透露。反之,一个学者,如果经常“概念化”,那就不能说是学术“宗旨”的透露,只能说是学术观点的某种特定表达而已,其为学之严谨可疑,其概念的意义当然会大打折扣。

综上,“治吏”这一概念,是该书作者李贵连教授在法史领域数十年研究和探索,以“通古今之变,明中西之异,究当世之法”为目标指导下所提出的关于中国法治演变历程的“宗旨”。我等后学会玩味,自可从中获益。

参考文献:

- [1] 李贵连《法治是什么:从贵族法治到民主法治》,广西师范大学出版社2013年版。

^① 当然法史学者还运用了其他一些新方法,比如法律与文学、心理分析等方法来阐述某个人或某些阶层的法律观念、意识等。限于其运用范围及影响,本文不再一一展开。

- [2] 黄宗羲“明儒学案发凡”,载《明儒学案》(上册),沈芝盈点校,中华书局1985年版。
- [3] 陈奇猷校注《韩非子新校注》(下册),上海古籍出版社2000年版。
- [4] 王夫之《读通鉴论》(上册),中华书局1975年版。
- [5] 徐复观“研究中国思想史的方法与态度问题(代序)”,载徐复观著《中国思想史论集》,上海书店出版社2004年版。
- [6] 唐德刚“自序:告别帝制五千年”,载《晚清七十年》(第1册),远流出版事业股份有限公司1998年版。
- [7] 蔡枢衡《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版。
- [8] 李启成、李贵连“帝制法治的两面——‘断罪引律令’与比附援引制度的思想基础”,载《清华法学》2012年第6期。
- [9] 田涛等点校《大清律例》,法律出版社1998年版。
- [10] 戴炎辉《中国法制史》,三民书局1966年版。
- [11] 李启成“清末比附援引与罪刑法定存废之争”,载《中国社会科学》2013年第11期。
- [12] 杜维运《史学方法论》,北京大学出版社2006年版。
- [13] 余英时《中国文化史通释》,生活·读书·新知三联书店2011年版。

Governing Officials

——The purpose of Chinese Legal System in the Past Dynasties

Li Qicheng

Abstract: The purpose of legal system in the past dynasties is governing officials. Han Fei first proposed that the wise monarch tends to regulate the officials instead of ruling the people from the point of the effectiveness. Wang Fuzhi thought to give high value pursuit, and put forward *strict with government officials, be wide to raise the people*, which hit the legal gist to imperial China. *What Is the Rule of Law* based on the theory of social transformation, so that the rule of law in Chinese history can be divided into aristocratic rule of law, imperial rule of law and democratic rule of law. The three periods and two transformation focusing on streamlining officials in different manifestations. *What Is the Rule of Law* is the example of legal historiography which combines the microscopic observation with the macroscopic view.

Keyword: Purpose; Governing officials; Rule of law; Transformation; Innovation

(责任编辑 晨 晖)