

## “事律”与“民法”之间\*

### ——中国“民法史”研究再思考

梁治平

**摘要:**自晚清法律改革,民、刑分立观念扎根中土,在中国旧地寻觅民法踪迹的旅程便已开始。这种尝试,在不同时期,因了不同需求,或受不同刺激,而有不同的表现。在历史研究中使用现代概念、范畴和分类既不可避免,也是必要的和有益的,但应明确区分事实与规范、功能与意义两个层面,如果运用不当,这种研究很容易变成当代人的偏见甚至研究者个人好恶在历史中的投射,而产生对历史的遮蔽和扭曲。为此,在非西方历史研究中,研究者应该把源自西方的现代概念视为具有认识意义的参照,而非用来解释历史的标准。应超越各种非此即彼、黑白分明的历史叙述,面对高度复杂、微妙的历史与社会现象,既能深入其中,又能出乎其外,通过审慎的比较和深入的分析,辨析不同传统的同中之异、异中之同。

**关键词:**民法;事律;事实;规范;意义

一位人类学家在回顾其研究生涯时说,当他们着手研究异文化法律制度的时候,当地那些与众不同的法律范畴的存在不断地让他们质疑“民事的”和“刑事的”这两个强有力的西方法律范畴。在他们看来,这两个范畴是源于一个特定的西方法律家传统的文化建构(cultural constructs),如今正在被推及不同国度(transnationalized),甚至被那些(比如)认为存在犯罪基因的人用生物学的方式来处理(biologized)。<sup>①</sup>

对中国近代法律发展稍有了解的人对这个判断应该不会感觉陌生。是的,无论西方的法律范畴在19世纪的中国人看来是多么新奇,在经过了百多年的观念传播和制度移植之后,那些原本是出于“特定的西方法律家传统”的“文化建构”已经变成了我们自己的法律文化的一部分,诸如“民事的”和“刑事的”这类法律概念和范畴,在相当一部分中国人的思想世界中,早已不再是“文化”,而成为“自然”。

这一切究竟是如何发生的呢?在政治变革、制度移植和社会变迁之外,文人学士们的工作有多重要?要把异文化的概念和范畴植入我们的意识乃至身体,变“文化”为“自然”不但要建立制度、确立规则、实施训诫,而且要有相应的研习、教化和思想规训。在此过程中,对历史的解释,一种看似与现实无涉的活动,一样地不可或缺。

光绪三十三年(1907),清民政部奏请厘定民律,先述通行“东西各国法律”的“公法私法之分”,而以刑法、民法分隶其下。然后讲到中国旧律“历代律文,户婚诸条,实近民法,然皆缺焉不完。”故而“因时制宜,折衷至当,非增删旧律,别著专条,不足以昭书”<sup>[1]</sup>(P. 743-744)。4年后,民律前三编告成,修律大臣俞廉三在进呈该草案的奏折中于中国“民法”言之更详,称“吾国民法,虽古无专书,然其概要,备详周礼地

作者简介:梁治平,中国艺术研究院中国文化研究所研究员。

① Laura Nader, *The Life of the Law*. University of California Press, p. 8(2002).

官司市,以质剂结信而止讼”。是周礼诸制,含“担保物权之始”,“婚姻契约之始”,以及“登记之权舆”。“其他散隶六典者,尚难缕举,特不尽属法司为异耳”。汉代,“九章旧第,户居其一”,至唐,“凡户婚、钱债、田土等事,摭取入律”,其制延续至今,“此为中国固有民法之明证”<sup>[2]</sup> (P. 2010)。

自然,这些说法都出于立法家,表明首先是实行者的立场。这种立场注重实践,讲求实用,以解决实际问题为基本考量,故于认识论、解释学方面的问题无所措意。由清末到民国,历次民法修订,辄伴以各省习惯调查,其方法无不是根据现代民法学说及法典体例制成问卷,而将散见各地之惯习,分门别类,纳入其中,似乎中国本地习惯与西洋舶来法典、学说之间原本契合无间,毫无扞格。而民国初立,法制不备,参议院、大理院干脆将《大清现行刑律》中有关“民商事之规定”,去除其“制裁部分及与国体有抵触者”,直接援引适用。对此,有论者谓“吾国旧律民事与刑事不分,此律关于刑事部分,几全未施行,而关于民事部分,至民国仍继续有效,此有效部分,可谓吾国之民事体法”<sup>[1]</sup> (P. 742)。

同样是以民/刑范畴运用于历史,著作家之所见与立法家略有不同,他们更注重现象的描述、区辨及解释。日人浅井虎夫所著《中国法典编纂沿革史》系最早论及此问题的论著之一,其说亦屡被中国著述者引用。该书述及中国法典内容上的特色,第一条便是“私法的规定少而公法的规定多”。具体言之,中国历史数千载,法典数百种,皆属公法,无一私法,且为今日私法典规定之事项,也都包含于公法典中,其内容亦甚少,“如亲族法之婚姻、离婚、养子、相续,物权法之所有权、质权,以及债权法之买卖、贷借、受寄财物等事,亦惟规定大纲而已”<sup>[3]</sup> (P. 3) <sup>[4]</sup> (P. 174)。在梁启超看来,此“私法部分全付阙如之一事”,乃是“我国法律界最不幸者”。然则,以中国“数千年文明之社会,其所以相结合相维护之规律,宜极详备”,何以“乃至今日,而所恃以相安者,仍属不文之惯习。而历代主权者,卒未尝为一专典以规定之,其散见于户律户典者,亦罗罗清疏,曾不足以资保障”?梁氏以为原因有二:一是因为“君主专制政体亘数千年未尝一变”。帝政之下,“法律纯为命令的元素,而丝毫不含有合议的元素”,故于一般私人之痛痒熟视无睹。再是因为“学派之偏畸”。历史上,儒家固常以保护私人利益为国家之天职,若纯采儒家所持主义以立法,则私法必不至视同无物。无奈儒家推重德礼,不重法律;重社会制裁力,轻国家强制力。而法家宗桃商、韩,只见君、国利益,不计人民之利益。“此所以法令虽如牛毛,而民法竟如麟角也”<sup>[4]</sup> (P. 174 - 175)。

从认识论角度看,以上基于不同旨趣得出的论断其实都基于同一个假定,即私法/公法、民事/刑事这类概念、范畴和分类皆具有客观真理的属性,拿来讲述中国法律的故事,不但全无障碍,而且可以保证呈现真实的历史。不仅如此,这些概念和范畴还隐含了某种规范含义,可以被用来衡量社会进步的程度。因此,“私法阙如”之一事便成了中国法律界之“最不幸者”。反之,在中国发现“民法”也成为一件既具挑战性又颇具意义的事情。实际上,这种尝试是与引入这些范畴同时开始的。只不过,人们认识上的结果不尽一致。以为律有户婚、钱债、田土诸条便是“中国固有民法之明证”,是认定中国“民法”在律;以为《周礼》既备“吾国民法”概要,是判定其存在于礼(蔡元培有“而今之所谓民法则颇具于礼”之说);认为中国数千年文明社会“所恃以相安者,仍属不文之惯习”,是相信“今人之所谓民事案”,用王世杰教授的说法,主要由习惯(法)支配。如此等等,不一而足。而这些说法据以划定“民法”之范围者,都不过是“今日私法典规定之事项”。这种对民法/私法的判定和运用,不啻是假定,所谓民法/私法者,不过是某类社会关系及其法律对应物的客观属性,而非基于特定世界观的文化建构。这样做固然有助于连接不同的法律传统,把原本是在“民法”传统以外生长起来的法律和社会纳入“民法”的世界,但同时也注定了,“中国固有民法”从一开始就难以摆脱其暧昧、可疑和残缺不全的性质。

从清末修立民律至今,一个世纪过去了。今人对传统法律的认识,因为理论的提升,材料的发现,方法的改善,以及学术旨趣的改变,比较前人的认识有所不同而更加深入和丰富。尽管如此,早先因为“固有民法”而生的问题大多没有解决,在中国发现“民法”的冲动和努力也没有止息,而且,这种努力在相当程度上承续了前人设定的议题,而以新理论变换其面貌,以新材料充实内容。最显著的事例,便是

汉语学界的中国法制史教科书体系,其标准的做法,是用一套基本是欧洲大陆民法的概念体系来整理中国法制史料,讲述中国法律史。于是,读者在这里不但看到了今人熟悉的各种法律分类如民法、刑法、行政法、诉讼法,而且在诸如“财产法史”或者“民事法律”的标题下面,读到中国“民法”上有关“物权法”、“债权法”<sup>[5]</sup>或者“民事权利主体”、“民事权利能力”、“所有权”、“债权”的各种规定<sup>①</sup>。在此基础上,法制史学者甚至撰写了专门的中国“民法史”。<sup>②</sup>然而,无论其篇幅大小与详略程度如何,若是同罗马法以降的各种欧洲民法史相比,所有那些关于中国“民法”的论述都缺乏内在性、有机性和系统性,这根本上是因为,由现代人采集、捏合起来的“中国固有民法”,缺乏欧洲民法最重要的构成要素——民法学说,而以中国史料附丽于此类舶来学说的概念系统之下,除了显露出“民法”诸概念无法避免的外在性,也凸显出中国古代“民法”内容上的支离与贫乏。最终,它们仍无法改变浅井虎夫所说中国历史上“私法的规定少而公法的规定多”,且“其为今日私法典规定之事项,亦惟包含于此等公法典之内,绝无有以为特种之法典而编纂之”的基本情态。<sup>③</sup>这种情形的另一面,反映在中国法制史研究中,便是对“民法”传统的持续忽略。<sup>④</sup>这两种情形显然都无法令人满意。于是,在晚近一些新材料和新理论的刺激下,在中国发现“民法”的努力开始有了一些新的尝试。这其中,对秦汉时期“民法”的整理和发掘尤为引人注目。

自1970年代云梦睡虎地秦简和居延新简出土,秦汉法制令人叹为观止的丰富性便开始展现于世人面前,此后数十年,张家山汉简、包山楚简和里耶秦简等陆续出土,这些简册数量巨大,内容广泛,涉及当时政治、经济、法律制度者不在少数。<sup>⑤</sup>尤其是张家山汉墓出土的《二年律令》,内有汉初的数十种律、令,填补了不少史料上的空缺,为一直苦于史料欠缺的早期“民法”研究带来了新的契机。法制史学者们仔细研读载于简册的各种公私文书如券契、爰书、律令、案例,并与传世文献相参证,试图在此基础上勾画出当时更加完整的与“民事”相关的法律与社会生活图景。比如,美国学者宋格文就主要基于当时最新发现,结合传世文献,探讨了与汉代“契约法”有关的若干问题。<sup>⑥</sup>徐世虹教授以张家山汉简中的《二年律令》和《奏谏书》为主要依据,考察了汉代的“非刑法法律机制”<sup>[6]</sup>。而张朝阳博士新近出版的《中国早期民法的建构》一书(以下简称《建构》),则表现出一种更大的抱负,用作者自己的话说,这项研究是要“立足于中国早期法律概念和实践,从其内在逻辑出发,本土化地展现早期民法体系”<sup>[7] [P.9]</sup>。这段表述表明,作者不但力求研究的系统性,而且具有方法论上的自觉。有鉴于此,本文下面就以该书为主要讨论对象,对“民法史”研究做更具体更深入的思考。

《建构》从界分刑法和民法概念开始:“刑法关注与维护公共秩序,惩罚危害社会的犯罪行为,民法则用来规范并调整个体之间的财产关系、人身关系。”<sup>[7] [P.1]</sup>在接下来专门说明概念和方法论的部分,作者进一步指出,“民法”主要包括两个方面,即(1)“国家颁布的用以规范、调节<sup>⑦</sup>个人之间财产和人身关系的法规,主要涉及赔偿、债务、继承、分家等事宜。这些法规以界定个人利益为目的,无关公共秩序之

① 见比如张晋藩总主编的10卷本《中国法制通史》各卷“民事法律”部分,法律出版社1999年版。

② 民法通史方面有孔庆明等编著的《中国民法史》,吉林人民出版社1996年版;断代史方面有张晋藩的《清代民法综论》,中国政法大学出版社1998年版。在概念系统和体例结构方面,这些“民法史”著作与前述《中国法制通史》中相对应的部分大同小异,只不过作为部门法史,它们搜集和处理的相关史料更完备丰富而已。

③ 需要指出的是,尽管指出了中国与西方法律史上这类显见的差异,浅井虎夫的说法,如谓中国传统法典对于“物权法之所有权、质权”仅规定大纲云云,仍然不自觉地套用于西方的民法概念,似乎这些概念可以同样有效地用来讲述中国法律的故事。就这一点而言,断言中国传统“私法的规定少而公法的规定多”与主张中国固有民法并无区别。

④ 比如瞿同祖影响广泛的著作《中国法律与中国社会》,还有卜德和莫里斯合著的《中华帝国的法律》,都没有关注到比如契约以及商业活动方面的法律。

⑤ 研究者认为,1970年代睡虎地秦简的发现“开启了秦汉法律研究的新时代”,之后张家山汉简的面世“又为这一领域的研究带来更大的活力”,从而将秦汉法律的研究带入其前所未有的“繁荣期”。徐世虹、支强“秦汉法律研究百年(三)”,载徐世虹主编《中国古代法律文献研究》第6辑,社会科学文献出版社2012年版,第95页。有关出土文献在秦汉法研究领域产生的巨大影响,详参该文。

⑥ 参见宋格文“天人之间:汉代的契约与国家”,载高道蕴等编《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版。需注意的是,宋格文在文章的开始,便提到上引瞿同祖和卜德的著作,视之为忽略中国古代契约法的著例。

⑦ 原文为“调解”,疑为误植,径改。

维护。”；(2) “具有‘民事’特色的司法实践。即不采取抓捕、刑讯逼供等手段,不将责任人视作危害公共安全的罪犯。国家以搞清楚是非曲直、保护个人利益为目标,对责任方并不施加刑罚。”<sup>[7] (P.8)</sup> 作者运用于汉代中国的,就是这样一个“源于罗马法的当代概念”<sup>[7] (P.44)</sup>。

关于概念的运用,作者还做了两点限定。其一,如其书名所示,作者关注的是“中国早期民法”。所谓“早期”,主要指战国、秦汉时代。其二,作者所言“民法”,“专指由国家制定并依靠国家强制力执行的成文法”,而不包含礼、俗。这两项限定都很重要。其重要性主要还不是因为它们限定了研究的时段和范围,而是它们包含了若干重要判断,本文稍后还要回到这里,对这些或隐或显的判断加以讨论。在此之前,我们不妨先检视《建构》一书的基本架构和主要内容,而这一工作可以从其方法论开始。

如前所述,《建构》旨在“立足于中国早期法律概念和实践,从其内在逻辑出发,本土化地展现早期民法体系”。这一步工作,作者称之为“重构”,在此基础上,作者还要作进一步的“解读”,在后一环节,作者要“采取一些必要的当代-西化概念,以便探求固有民法发生和发展的动力”。基于这一安排,《建构》自然地分作两个部分:前五章为“钩沉篇”,后三章为“解读篇”。钩沉篇“通过梳理、排列原始法律资料,让早期民法的面貌自动呈现”<sup>[7] (P.9)</sup>。这就包括勾勒出早期法律中的民、刑之分,展示当时的“成文民法”并透过实例来看“民法”的实际运用。解读篇则以“六经注我”的方法,“给予中国早期民法一种当代的解读”,从而打通古今中西,“达成跨文化的沟通”<sup>[7] (P.9)</sup>。应该说,作者在两个方面的尝试都令人印象深刻。首先,作者熟知已经面世的出土材料,对既有之相关研究亦甚了解,而在处理这些材料时,无论是对简牍内容的释读、考辨,还是对其中所载故事、制度的还原,都表现出娴熟的手法,既能博采众说,又能成一家之言。其次,研究战国、秦汉法制,尤其“民法”部分,传世文献零散不足徵,近年来出土材料虽众,缺漏仍多,故研究者每立一说,无不以出土材料与传世文献互证,以求其完备。这方面《建构》虽无创新,但其方法运用不失巧妙,辄能予人耳目一新之感。再次,历来讲中国固有民法,只能以中国古代材料附丽于西方近代民法体系,《建构》则欲另辟蹊径,于早期“民法”专门词汇之外,寻绎出所谓“民法核心概念”如“名分”、“直”、“民-私”等,藉以在中国固有文化之上建构起早期“民法体系”,这种尝试,无论成败,都极值得赞许和注意。自然,《建构》可观之处不止此数端,作者不但熟稔于史料,且长于分析,更兼问题意识明确,论点鲜明,论证要言不烦,这些均增加了这项研究的吸引力。虽然,这并不意味着作者设定的目标能够轻易达成。基于前面提到的情形,作者要证明存在所谓“早期民法(体系)”显非易事,而要“给予中国早期民法一种当代的解读”,其正当性也不能用“一切历史都是当代史”或者“六经注我”之类名言来证成。盖因其中涉及的认识论和方法论问题相当复杂,仅一页篇幅的说明显然不够。实际上,“重构”与“解读”的两分法本身就难成立,“让早期民法的面貌自动呈现”的想法也未免天真。历史不会“自动呈现”,何况是需要艰难证成的“早期民法(体系)”。<sup>①</sup> 勿宁说,“重构”其实就是建构,就是“解读”,而这种作者自己也并不讳言的基于当代民法概念的“解读”不可避免是高度规范性的。“早期民法的面貌”正是,也只能经此人为的整理和建构才得以“呈现”出来。

古代律令典章名目繁多,内容庞杂,但若以近代“民法”眼光规范之,则最可注意者,无非户婚、田土、钱债方面的规定,而这些规定多集中于《户律》。有意思的是,中国最早的《户律》正可以追溯到汉初。照《晋书·刑法志》的讲法,秦律的基础是李悝所撰《法经》,《法经》六篇“皆罪名之制”,汉承秦制,萧何损益秦法,“益事律《兴》、《厩》、《户》三篇,合为九篇”。这便是著名的汉《九章律》,可惜的是,包含《户律》在内的《汉律九章》久已失传,不复得见,直到张家山汉简中的《二年律令》出土,人们才得一窥其概貌。《二年律令》计有律27种,令一种,其中的《户律》和《置后律》规定了家户、婚姻、田宅、继承等方面的事项,《贼律》、《杂律》和《田律》则杂有若干关于债务及损害赔偿方面的规定。这些规定不但与

<sup>①</sup> 出于方法上的考虑,作者声明在“重构”部分暂不用“民法”概念,而代之以“非刑事/法”一词,但这不过是一种单纯的策略。且不说作者自己就明言,他所谓“非刑法”指的就是“民法”,“非刑法”云云本身已经是一种基于近代法律分类和概念的说法了。

后世所谓户婚、田土、钱债在范围上大致相合,而且多不涉及刑罚,因此被研究者归入“非刑法”一类,《建构》则称之为早期“民法规范”或“成文民法规范”。作者力图证明,秦汉时期“民”、“刑”有别,不但有区别于刑法规范的“民法规范”或“民法规范”,而且有不同于“刑事诉讼”的单独的“民事诉讼”程序,以及与之相对应的机构上的分工。按作者的看法,“最晚在东汉时代,中国就正式形成了与刑法有区别的、用于调节私人财产关系的民法体系”<sup>[7] (P. 65)</sup>。这种看法的直接证据出自东汉大经学家郑玄关于狱、讼二字的经注,即所谓“争财曰讼,争罪曰狱”。不过,作者自己也承认,关于狱、讼二字,古人一直有不同解释。此外,考虑到汉代官吏职守的非专一性质以及古代司法与行政不分的关系,断言当时民、刑之间已有明晰的划分也嫌证据不足。相反,认为“汉代的狱讼(犹今言民事诉讼与刑事诉讼)”虽有种种差异,但是“整体而言,并无根本不同”<sup>[6] (P. 325)</sup>。这样的看法应该更稳妥些。退一步讲,即令接受郑玄的解释,狱、讼二字用语上的差别也不足以支持任何有关“理论化”的断言,遑论“体系”。毕竟,古人并未提出何种关于“民法”的理论。所谓理论,所谓体系,如前面提到的种种,其实都是今人从外面加上去的。不过,《建构》有意识避免落入简单套用现代/西方理论的陷阱,而希望“立足于中国早期法律概念和实践,从其内在逻辑出发,本土化地展现早期民法体系”。为此,作者提炼出“早期民法暗含的三个核心概念:‘名分’、‘直’、‘民-私’”。关于这三个基本概念及其在“早期民法”中的重要性,作者这样写道:

“名分”是指以一定的名义占有一份合法利益(资源),“直”是指对事实的如实描述,而“民-私”则意味着非官方的场域。它们是早期民法体系的基点,一切民法规范都是建立在这三个概念之上。民法适用于“民-私”领域内的利益纷争,这些纷争可以被理解为“名分”之争。“名分”不定,纷争不止;“名分”一定,各安其分。维护“名分”的法律手段就是诉讼。诉讼本身又可以被抽象为依法理来求“直”,“直”则获胜。所以这三个概念表明,早期民法具有相当程度的抽象能力和理性倾向,绝不是凌乱的规章堆砌<sup>[7] (P. 184)</sup>。

从本土概念入手去认识古代制度,这无疑是一种值得再三肯定的做法,《建构》一书最具价值的尝试也在此。而作者选取的三个概念,和他结合历史语境对这三个概念的辨析,也颇为独到,尤其是对“名分”观念的分析,相当细致和有趣。在先秦思想家关于礼法起源的论述中,定分止争总是排在首位的功能要素,因此,作者特拈出“名分”一词以立论,应该是切合古人思想的。不过,“名分”一词,即使作狭义的理解,也不单是一个法律、更不必说“民法”上的概念。正如在古人观念中“定分止争”不只是某一部分法律的功能,而是全部礼法的基本功能一样,“名分”概念具有丰富的政治-伦理和社会理论含义,适用于道德-文明秩序的诸多层面,而这意味着,讲求“名分”可以产生与作者所强调的基于个人之间平等关系的“民法”精神相悖的结果。比如,现代民法归入亲权范围的父子关系,在古人眼里是最典型的“名分”关系,而从这里则可以衍生出诸如“不孝”这样的罪名。《二年律令》中有不少婚姻家庭方面的规定,按现今看法就是“刑事”规范,这种古今之间的差异大多因“名分”而生。

作者处理的另一个棘手的概念是“民-私”。<sup>①</sup>作者承认,重公抑私是早期思想的一般取向,秦汉法律上的“私”也大都以负面形象出现。但是与此同时,作者又指出,在涉及“民”的利益时,法律又采取了比较明确的认可和保护的立场。毫无疑问,相对于代表“公”的国家或官府,“民”为“私”,如此,对“民”的利益的认可与保护,便是对“私”或曰“合理的私”的认可与保护。所谓“民-私”,就是“法律予以广泛认可与保护的‘与‘私’有很多重合的‘民’的利益”。因为这个缘故,作者认为,“早期‘民法’名副其实地是‘民法’”<sup>[7] (P. 179)</sup>。这里的问题是,承认民利的法未必就是“民法”,就好像保护民私的法未可径称为“私法”。按法家的理论,“法”与“公”同义,同为“私”的对立项。法即是公,公即是法,大公以去私,法立而私灭,故“公法”连称。此所谓“公法”即是“国法”、“王法”,与罗马法上相对于私法而言的公

<sup>①</sup> 作者视为早期民法的第二个核心概念是“直”。作者认为,“直”是“对事实如实的陈述”,“求直”即是“确立事实”,而辨别曲直,就是分别“谎言与如实陈述”(第166-177页)。但是根据该词在当时和后来的基本用法,本文倾向于认为,古人所谓“直”,在伦理和法律的意义,指涉的是“理”,而不是单纯的事实。

法显非一事。这使得“私法”、“民法”一类说法放在中国古代语境里,都成了自相矛盾的表述。<sup>①</sup>古人没有发明出“民法”或“私法”这类概念,殆非偶然。当然,指出这一点并不是要否认在秦汉社会“民-私”也可以受到法律的认可和保护,而是要指出,这套认可和保护“民-私”的法律所遵循的逻辑,与传自罗马法的现代民法/私法的逻辑之间可能存在深刻的差异。

《建构》的最后一章讨论“早期民法产生和发展的动因”,作者指出,战国-秦汉时代促成早期民法的关键因素有三:商品经济、小家庭化和“个人有为”思想。其中,“前两者造成民事纠纷的增多,为民法的出现提供了客观条件,后者则提供了产生民法的思想动力,是最为关键的因素”。因为“归根结底,民法保护私人财产就是为了保护‘个人有为’”<sup>[7] (P. 204)</sup>。作者的这一判断把我们带到一个比较研究中的关键点,即事实背后的规范性指向,或有别于法律功能的法律的意义。

所谓“个人有为”按作者的说法,“是指具有自主性的个体通过积极有‘为’将自己塑造成理想中的个人:即通过自主行动追求个人利益和价值”<sup>[7] (P. 195)</sup>。的确,战国以降,礼崩乐坏,随着分封制度解体,传统共同体瓦解,离散化的个人出现了,他们新的社会条件下,顺应时势,竭其所能,追逐富贵名利,通过“有为”来改变其社会地位和生活状况,而新兴王权之间的竞争也为个人欲望的满足提供了机会。然而,存在这一现象或事实是一事,当时人赋予这一事实什么意义是另一事,为此立法则又是一事。作者将“个人有为”视为催生“民法”的“主观思想动力”<sup>[7] (P. 195)</sup>,更视之为“民法”所欲达成的目标,就不简单是在描述前述现象,而是透过解释赋予其事一种强烈的规范性含义。不过,作者自己也承认,“个人有为”并非古人的说法,古代文献中也没有相关讨论。因此,关于古代“个人有为”的思想,作者多从当时人的言说和行为中去分析、推论。令人不解的是,作者在这个部分集中讨论了荀子的礼治思想,认为“他强调通过‘文学修养’来提高等级,从而享有相应的资源,和商鞅倡导的军功爵制度思路如出一辙”<sup>[7] (P. 204)</sup>,却没有对商鞅本人进而一般法家思想做更深入的讨论。其实,正是法家推行的一系列政策为“个人有为”提供了制度背景。从现代观点看,法家堪称古代的行为科学家,他们观察人类行为,洞悉和利用人性弱点,以政令为工具,赏罚为手段,建立起一套有效的激励和惩罚机制,军功爵制度就是其中典范。既然是论功行赏,自然以承认甚至鼓励“有为”、分别“有为”的程度并对“有为”的结果作出准确评估为前提。相对于封建时代社会阶级固化、上下不能流动的情形,这当然可以视为思想上的时代之变,名之为“个人有为”也未尝不可。但这恐怕还不是作者所推重的保护“民-私”进而催生“民法”的那种“个人有为”思想。因为,激励“个人有为”的政策和法律,比如军功爵制、名田宅制等,根本上不是出于对个人欲求的尊重,而是为了“驱民于农战”,实现富国强兵的目标。基于同样立场,民也不是具有自足价值的平等主体,而是国家提防、操控、利用的对象,故法家思想中多弱民、愚民、制民、驱民之论。了解这一点,有助于我们认识作者所谓“早期民法”的性质。

在讨论“民-私”概念时,作者从《二年律令》中引用了几条律文,这几条律文都出自《户律》,被视为中国“早期民法”的例证和典范,兹引录其中两条:

民欲先令相分田宅、奴婢、财物,乡部嗇夫身听其令,皆参辨券书之,辄上如户籍。有争者,以券书从事;毋券书,勿听。所分田宅,不为户,得有之,至八月书户。留难先令、弗为券书,罚金一两<sup>[8] (P. 334)</sup>。

民大父母、父母、子、孙、同产、同产子,欲相分予奴婢、马牛羊、它财物者,皆许之,辄为定籍<sup>[8] (P. 181)</sup>。

更值得注意的是作者对这些律文的解释:

这些律文都涉及“民”的利益:赋予“民”制订遗嘱的能力,析产的能力,立户的能力。这些

<sup>①</sup> 《明公书判清明集》中有“民讼各据道理,交易各凭干照”的说法,有学者据此认为:中国民法概念……肇始于南宋。参见孔庆明等编著《中国民法史》第2、第416页。这种看法望文生义,武断牵强,其谬误似不待论者指证。

语境中的“民”都可以被理解为有独立意志和行动能力的个体,并且其意愿和行动受到法律尊重。例如“民欲先令”、“欲相分”、“欲别为户”等用语都体现了对个人意志的重视;如果有某种想法,则可做某事。这其中,“民欲先令”一项信息最充分,最值得品味。官员在这个过程中完全没有主动干预的权力,只是“身听其令”而已,只负责记录“民”所欲之事。并且,如果官员对先令有所拖延或刁难,则要受到惩罚。这显然表明,制订遗嘱一事,属于个人的行为领域,权力完全在“民”这一方。“民”可以按自己的意志,对自己的财产进行安排,国家不得干涉<sup>[7] (P. 181)</sup>。

显然,对古代律文的这种理解和解释完全是现代的,透过这样的解释,不但现代民法上的一些基本概念,如行为能力、个人意思自治等呼之欲出,现代社会某些具有自由主义规范含义的基本观念如私域与公域、个人与国家等也隐约可见。问题是,对于这套符合现代读者思想习惯、看上去似乎言之成理的解释,古人会怎么想?首先,一个基本事实是,作者关于这些法律的解释,无法在古代著作家那里得到印证。不惟如此,顺着作者的思路去检索古代文献,也找不到相应的讨论,更不用说系统的学说和理论了。诚然,古代法律的某些规定可能会让今天的研究者联想到比如“行为能力”这个词,但不可否认的是,古人没有同等或类似概念,也从未将此类问题视为一个法律上的基本范畴来处理。那么,在作者提到的语境中,“民”都可以被理解为有独立意志和行动能力的个体,并且其意愿和行动受到法律尊重”吗?根据前面提到的法家的政治哲学、法律思想及实践,这种看法显得似是而非。至于说古人相信存在一个“个人的行为领域,[其中]权力完全在‘民’这一方。‘民’可以按自己的意志,对自己的财产进行安排,国家不得干涉”,这几乎就是一个当代自由主义的政治和法律表达,甚至在今天的中国还没有完全实现。那么,如何理解和解释那些律文的内容方为恰当?

不错,根据《户律》,“民”有田宅,“民”为立户、分产、遗嘱、交易诸事,律“皆许之”。但正如前面指出的,法律允许“民”如何,这是事实问题,法律为何如此规定,出于何种考量,欲达成怎样的目的,这是规范问题。事实相同或相近,而规范含义不同或不尽同,这种情形在比较文化研究中至为常见,也很值得重视。宋格文在研究汉代“契约法”时,就非常自觉和明确地区分了事实和规范这两个层面。比如涉及汉代契约的叙述,他就强调要慎用“自由决定”一类语词。因为“在观念上,把经济上的自由决定的事实与自由决定的规范含义区别开来是很重要的。在规范的含义上,这个词一直与现代西方联系在一起”<sup>[9] (P. 178)</sup>。这并不是说研究者不能使用“自由决定”一类字词,而是说研究者要谨防这样做时把这类词的西方/现代的规范含义带入他们的研究对象。宋格文写道“从事实的角度看,[西方]经济领域中契约当事人自由决定的实际含义,与中国的情形相似。但从理论上,契约行为所引发的一般道德观念又是绝然不同的。”<sup>[9] (P. 189)</sup>具体说来,西方契约法中当事人的自由决定权通常被视为目的,具有规范意义。这种意义并非简单源于当事人自由决定这一事实,而是来源于一些更一般也更深刻的考量,比如契约自由、个人自治、甚至契约神圣的观念。据此,“由当事人的意愿或同意来规定私人契约的执行,具有头等重要的意义”<sup>[9] (P. 188, 241-243)</sup>。这种区分事实与规范、功能与意义的方法,<sup>①</sup>尤其适用于一种“立足于中国早期法律概念和实践,从其内在逻辑出发”的研究。循此,我们可以将上述《户律》律文放到一个不同但是更具“本土性”的图景中去理解。

首先,关于“民”的活动范围,律文典型的表述是“许之”或“勿许”,而且,被指示的对象是各级官吏,发令者自然是国君。官吏违令,当“许”而不许,“勿许”而许之,皆有处罚。这是一个由君-吏-民构成的自上而下的纵向强制结构,在这样的结构中,“身听其令”的“令”只因君令“许之”而有效,并无自主的权威性。观察范围扩大一点,我们可以清楚地看到,整个《户律》主要是围绕着国家对土地的分

<sup>①</sup> 我把这种区分为法律文化研究的出发点。关于这种研究方法更详细的讨论,参见拙文“法律的文化解释”,载梁治平编《法律的文化解释》(增订版),三联书店1998年版。

配和与之相关的户籍管理展开的,它的第一部分内容是关于基层居民组织比(五家)和里(五比)的管理,接下来是关于按爵制分配田宅的详细规定,对违反规定的行为,如不著户籍、冒用他人户籍或代替他人占田、自报年龄不实等,皆有处罚。再往下则是有关“民”立户、分产、继承的各种规定,其重点在对这类活动的管理。简331至简333提及多种簿记材料,如民宅园户籍、年细籍、田比地籍、田命籍、田租籍等,并就官府对这些文书的制作、保管、使用、修改、核对等做了极为详尽的规定。紧接其后的,便是前引有关“先令”的规定<sup>[8]</sup>(P.334-336)。在这条规定里,“乡部嗇夫”被要求“身听其令,皆参辨券书之,辄上如户籍”<sup>[8]</sup>(P.51-56)。民以先令分割财产,官吏不但被要求在场,而且要制作一式三份的文书,按保管户籍的办法来管理,这显然不是出于对个人意志的尊重,而是为了实现有效的社会控制和管理。因此之故,法律对“留难先令、弗为券书”的官吏予以惩处也就很容易理解了。观察的范围再扩大些,我们还会发现,《建构》所谓“早期民法”,无论是其目为“较为纯粹的民法”的《户律》和《置后律》,还是“也可以算作民法”的《傅律》,或者散见于《贼律》、《杂律》和《田律》等处的“关于债务、赔偿等民法性质的律文”<sup>[7]</sup>(P.11),大体不出此社会控制的纵向结构之外。从法律的角度看,这个结构的早期典范可以出自李悝之手而被商鞅施行于秦国的《法经》为代表。汉初萧何制律,在被目为“罪名之制”的《法经》6篇之外,增加了《户》、《厩》、《兴》3篇,古人称之为“事律”。按杜预的解释“律以定罪名,事以存事制”,则“事制”与“罪名”相对,大体属于后世“令”规范的范围。唐代制度,“律以正刑定罪,令以设范立制”。汉代,律、令尚无这样区分,至少以《二年律令》所见,无论《盗》、《贼》、《捕》、《亡》,还是《户》、《兴》、《田》、《市》,皆名为律,而且一事一律,律名繁多。在这样的法律结构中,可归入“事律”范围的,自然不止《户》、《厩》、《兴》3篇,其区别于《盗》、《贼》诸篇目的,是其主要内容非与罪名直接相关,而是各种制度性规定,涉及社会、经济以及行政管理等诸多领域,也包括田宅、户籍、析产、继承以及债务、赔偿等方面的事项。<sup>①</sup>最后,如果把整个《二年律令》放在战国以降变法思想和实践的背景下来观察和理解,我们就很容易看到一个在不断生成、不断完善同时又具有自身一致性的法律系统,在这个系统中,《建构》视为“早期民法”的那部分法律,并不是一个独立的类别,也不存在某种理论、学说或原则使之有别于其他法律。当然,这并不意味着当时的法律没有内部的分化。商鞅改法为律就是一种改变,<sup>②</sup>“事律”的出现又是一种改变,只不过,这些改变及其造成的差别未必就是今人称之为民、刑的那种。毋宁说,它们自成系统,这个系统渊源深厚,源远流长,包含《户律》在内的“事律”,不过是其中的一个部分,由《二年律令》所见的秦汉法律,也不过是其漫长历史中的一个环节。

毫无疑问,在中国法律史上,秦汉法律的地位相当特殊。就这里讨论的问题而言,《户律》或所谓“事律”的出现便是汉律的一大发展。《建构》一书也正是专就此一点发挥而成。但颇有趣味的是,在把这一新的发展视为“早期民法”典范的时候,作者似乎陷入了一种矛盾境地。一方面,着眼于中国“早期民法”的发展,作者对战国、秦汉时代法律发展的重要性予以高度肯定,认为“这是古代民法发展的结晶期,奠定了中国传统民法的基础”<sup>[7]</sup>(P.8)。但是另一方面,作者又说“遗憾的是,在以后的历史发展进程中”,“早期民法”适用于其中的“这个非官方、非公家的利益领域”,“不但没有扩大,反倒不断萎缩。国家不断介入,从而不断将其纳入公的范围里”<sup>[7]</sup>(P.183)。按照这样的看法,“早期民法”的传统后来并没有被发扬光大,而是逐渐萎缩而式微了。如果是这样,其重要性何在?作者说“这一时代产生的民法规、概念、实践等对后世影响深远”<sup>[7]</sup>(P.8),如果不考虑作者所谓“早期民法”的特别含义,这种看法应该是没有争议的。只不过,它不会指向《建构》所说的那种令人遗憾的早期传统的式微甚至中断,而是指向一

<sup>①</sup> 徐世虹教授将“事律”之“事”解为“职事”、“职守”之意,并以秦汉律中的《户律》、《金布律》诸例,指明其显见的机构+律或职事+律的职事特征。此说可以佐证本文对秦汉律所做的观察。详参徐世虹“文献解读与秦汉律本体认识”,第249-257页。载2015年台北《中央研究院历史语言研究所集刊》第86本第2分。感谢徐世虹教授在最近的一次会议上以此文相赠,令笔者不至错过这一重要研究。

<sup>②</sup> 李悝作《法经》和商鞅“改法为律”均为中国早期法律史上的大事,然此二事之有无及真实含义向有争议。晚近关于此问题的研究,参见徐世虹“文献解读与秦汉律本体认识”,第231-249页。

个更大的连续而完整的法律传统。

强调中国法律传统的连续性和完整性,当然不是要否定这一传统形成和发展过程中的阶段性,以及特定时空和条件下法律发展所表现出的各种差异。实际上,从殷周到先秦,从秦汉到隋唐,继而宋、元、明、清,法制虽历代相沿,其前后变化也可以说无代不有,无处不在,言秦汉法,亦不可不注意其间的变化。

根据《建构》使用的关键性材料,“早期民法”上起自战国晚期,下至东汉末年,这一时期确是中国历史尤其是政治与法律发展上的一个关键时段,而其关键之处,恰在其承上启下的转变特征。单就法律发展而言,除了前面提到的萧何定《九章律》,董仲舒开启的经义决狱是同样具有标志性的重要事件,此外如循吏群体的成长,也对当时法律的发展有重要影响,而这些事件的意义不尽相同。如果说萧何定律主要还是承接秦律的传统,则董仲舒的经义决狱和循吏的听讼实践,就是对前一种传统的平衡、改造和丰富了。关于这一点,作者并非没有认识。《建构》附录收录的一篇文章专门讨论了循吏听讼实践对于“早期民法”后来发展的影响。作者的基本看法是,西汉中、后期开始,教化型“法官”发明并推广了一种“内省式纠纷解决机制”,这是“早期民法”的传统后来不但未能蔚为“大江大河”,反而成为“小溪甚至地下暗流”的一个重要因素<sup>[7] P. 244</sup>。但在《建构》正文中,同样的材料却被用来说明“早期民法”的发展,其“削弱了发展、完善民法体系的原动力”<sup>[7] P. 244</sup>的意义并未被展示于读者。这也意味着,内在于被称为“早期”的这段战国及秦汉历史发展中的变异的一面被遮蔽或忽略了。<sup>①</sup>与此有关的另一个问题是,无论董仲舒还是被视为循吏的诸公,他们的司法实践都凸显出中国法传统的一个重要特征,即经义、礼俗同为法律上的重要渊源。中国法的这一特点甚至也表现在作者极为看重的《二年律令》中。徐世虹教授就指出“当我们关注到律令在汉代社会中凸显的非刑法功能时,同样也不可忽视源于另一种样式的约束力,这就是礼与习俗。”<sup>[6] P. 322</sup>徐教授举出的事例,就包括《建构》视为“早期民法”中最具代表性的出自《户律》的那两条律文<sup>[6] P. 322-325</sup>。自然,在这个问题上,有关具体例证的运用与解释容有讨论余地,结论也可能因人而异。但重要的是,探究诸如中国古代“民法”这样的主题是否应把礼、俗等规范排除在外,《建构》以古时礼、法有别为由,将礼、俗排除出“民法”考察范围,理由并不充分。盖因礼、法关系极富变化,因历史时段、行动场域、问题层面以及具体语境的不同而不同,只说它们属于不同概念范畴并不解决问题。进一步说,因古人说的“法”、“律”不同于礼、俗,“本着回归古代的立场,本书所说的‘民法’排除了礼俗”<sup>[7] P. 8-9</sup>,这种说法恐怕更不恰当,因为基于“古代的立场”,根本就没有“民法”的概念,“民法体系”更是无从谈起。相反,若真的是本着古人的立场,遵循古代制度发展的内在逻辑,我们对中国古代“法”的认识,便不能不把经义、礼俗甚至更多的东西考虑进去。

显然,《建构》凭借“名分”、“民-私”、“个人有为”等概念所构造的“早期民法体系”具有高度的建构性和规范性,而同这一尝试形成反差的是,作者建构此“体系”的努力不过是要证明,“早期民法具有相当程度的抽象能力和理性倾向,绝不是凌乱的规章堆积”<sup>[7] P. 184</sup>。问题是,无论《法经》还是在其基础上发展起来的《九章律》,原本就不是凌乱的规章堆积,而是高度理性化、体系化的。同样,作为其观念支持的政治法律思想也是高度理性化和体系化的,以至于此种证明的必要性,如果不是要按照现代民法概念人为地构造出一个中国古代的“早期民法”,并不存在。相反,遵循其内在逻辑,我们能看到的中国古代法的系统性和体系化程度必定远远地超乎于此。如果人们在这里没有看到像比如查士丁尼的《法学阶梯》那样区分公法与私法,自然法、万民法和市民法,以及人法、物法、诉讼法一类的体系和论述,那只是因为它所出自的那种法律和文化传统,有着明显不同于古希腊-罗马文明的思想方法和观念形态。

<sup>①</sup> 史学研究中以秦汉为一阶段固然有其根据,但这一阶段迁延数百年,既前后相承,又内多变化。所谓汉承秦制,但言其相承,而天下型国家的最终建立,君亲师传统的重构,又是社会转型完成后的结果。故研究秦汉法,对此两个方面均应有所照应。

《建构》名之为“早期民法”的那部分法律,就是这个传统形成过程中的一个有机组成部分。<sup>①</sup>延至唐、宋,法制文明臻于成熟,蔚为大观,对应于秦汉《户律》、《置后律》的法律制度与实践,比较秦汉时期,也远为细密繁复,比如与“词讼”相关的词汇用语,其数量即可以千百计,然而它们正是在秦汉法的基础上发展起来,且受着同一种精神和原则支配的。有意思的是,后人以“户婚、田土、钱债”名之的这一类法律事务,其在整个法律体系中的位置,甚至比它们在秦汉时期所表现出来的样态更加“别具一格”,因此也似乎更有理由被视为“民法”。而事实上,它们也确实被清末民初的法律家们刻意改造,进而当作“民法”来加以运用。

如前所述,分别民、刑,乃是清末法律改革的一项重要内容。宣统二年四月七日,法律馆与宪政编查馆会奏请旨颁行《现行刑律》,其中说道:

《现行律》户役内承继、分产、婚姻、田宅、钱债各条,应属民事者,勿再科刑,仰蒙俞允,通行在案。此本为折衷新旧,系指纯粹之属于民事者言之,若婚姻内之抢夺、奸占及背于礼教违律嫁娶,田宅内之盗卖、抢占,钱债内之费用受寄,虽隶于户役,揆诸新律俱属刑事范围之内,凡此之类均照《现行刑律》科罪,不得谥为民事案件,致涉轻纵。<sup>②</sup>

这段话提到“应属民事者”,又特别区分出“纯粹之属于民事者”,颇耐人寻味。何谓“应属民事者”?光绪三十三年《各级审判厅试办章程》第一条规定“凡审理案件分刑事、民事二项,其区别如左:一、刑事案件,凡因诉讼而审定罪之有无者,属刑事案件。二、民事案件,凡因诉讼而审定理之曲直者,属民事案件。”<sup>③</sup>稍后的《上海地方审判厅收理民刑诉讼案件办法通告》说的更加具体“凡关于户婚、田土、钱债、契约、买卖纠葛,但分理之曲直者,为民事。凡关于命盗、杂案一切违反法律行为,定罪之轻重者,为刑事。”<sup>④</sup>定罪之轻重,辨理之曲直,这种区别古已有之,只不过不具有今人试图加于其上的民、刑之分的意味。单就其法律效果而言,“户婚、田土、钱债、契约、买卖纠葛”,虽只关涉理之曲直,其处断却可能产生今人目为刑事上、行政上及道德上的效果。清末改革家决定对于“应属民事者”不再科刑,无疑是以现代民、刑分立观念改造旧法的一个重要尝试。但是与此同时,他们又区分出所谓“纯粹之属于民事者”,而对同样是“隶于户役”的另外一些事务保留刑罚,如对违律嫁娶仍予科刑(其源头可以直溯秦汉法律)。这种做法在保留旧法遗绪的同时,也透露出传统区分罪之轻重、理之曲直的一套固有标准。其中,对事之轻重的区分就很值得注意。前引法律馆同宪政编查馆会奏折中“不得谥为民事案件,致涉轻纵”一语,透露出来的正是这方面的消息。曾经参与变法,主持设立天津各级审判厅的袁世凯如此区分民刑之事“各国诉讼,民刑二事,办法迥乎不同,盖民事只钱债细故,立法不妨从宽;刑事系社会安危,推鞠不可不慎。”<sup>⑤</sup>中国传统最重人伦,凡事讲求纲常(名分)义理,对于“户婚、田土、钱债、契约、买卖纠葛”这类现代民法视为基本的事务则以“薄物细故”视之。又因为此类事务皆出于日常生活,平淡琐细,不似命盗案件牵涉广泛,后果严重,传统上也可以制度上另行安排,交由州县自理,便宜行事。以至于清末改制之时,法部大臣在其关于各级审判厅试办章程的奏折中还说:

闾阎之衅隙,每因薄物细故而生,苟民事之判决咸宜,则刑事之消弭不少。惟向来办理民事案件,仅限于刑法之制裁,今审判各厅既分民事为专科,自宜酌乎情理之平,以求尽乎保护治

<sup>①</sup> 有研究者认为,萧何做所之《九章律》乃是一个“罪名之制”与“事律”并存的体系。徐世虹则罗列战国至汉初近十种出土法律文献的律名,认为“它们所呈现的是由性质较为明确的刑律之篇与涉及国家各项事务的职事之律构成的一个体系”。徐世虹“文献解读与秦汉律本体认识”,载2015年台北《中央研究院历史语言所集刊》第86本第2分,第257页。

<sup>②</sup> “呈进现行刑律黄册定本请旨颁行折”,转引自黄源盛“民刑分立之后——民初大理院民事审判法源问题再探”,载柳立言主编《中国史新论·法律史分册》,联经出版公司2008年版,第318页。

<sup>③</sup> 同上,第318-319页。

<sup>④</sup> 同上,第319页。

<sup>⑤</sup> 袁世凯“保定府知府凌福彭卓异引见陈政绩片”,转引自黄源盛“民刑分立之后——民初大理院民事审判法源问题再探”,载柳立言主编《中国史新论·法律史分册》,联经出版公司2008年版,第323页。

安之责。<sup>①</sup>

这类说法所表露出来的,其实是一种过渡时期新旧杂糅的民刑观念,它们明显是中国式的。法条上看,民、刑俨然已经分立,但在认识上,二者的差别只在轻重之间耳。结果,便出现了研究者所看到的情形“清末虽然在各级审判厅的审理机制内区隔了民、刑案件的分类作法,但是绝大多数的审判官员,对于这套舶来的民刑区分概念,往往只是作望文生义的理解,尚无法运用自如。”<sup>②</sup>

从清末的民、刑分立,到传统的户婚田土钱债与命盗重案之分,从重新区分和界定罪之轻重与理之曲直,到早前的别事律于罪名之制,如此回溯历史,我们所看到的,便是一个经历漫长时日并种种变化、改造、完善而逐渐发展起来的独具一格的法律传统。在如此呈现出来的传统中,《建构》称之为“早期民法”的制度与实践并不是一个先是异军突起、之后又黯然失色(如果不是陨落的话)的明星,越过千年岁月,与现代社会中的“民法”遥相辉映,而是整个有机体生长的一个部分,既独具特色,又融入整体,出自既往,滋养来者。如此理解,则所谓“早期民法”实不宜称为“民法”,因为在规范和意义层面,它并不具有现代民法的特性。因此,把不加引号的现代民法概念直接应用于古代,得出的很可能只是一个满足现代人心理习性的失真的古代图像。那么,我们在认识和描述古代世界时还能使用现代概念吗?回答是,不但能够,而且不可避免。至少对生活在当下的我们来说,中国古代法律之真实性格的呈现,就是在以现代法律概念为参照背景的情况下才变得可能和富有意义。因为,别样的生活,尤其是业已进入到我们的生活甚而多少成为我们的生活的别样的生活,为我们认识自己以往的经验提供了一种无可替代的参照系,因此也为我们开启了认识古代世界的独一无二的窗口。然而,正因为存在诸如认识的、情感的、利益的纠葛,这种机会也很容易变成陷阱,甚至是致命的诱惑。受此诱惑,研究者所勾画出的古代世界图景,便可能成为他们自己观念甚至好恶的投射物,似是而非。

自晚清法律改革,民、刑分立观念扎根中土,在中国旧地寻觅民法踪迹的旅程便已开始。这种尝试,在不同时期,因了不同需求,或受不同刺激,而有不同的表现。近几十年,因为地下文物的出土和地方司法档案的开放,寻觅民法踪迹的努力,在传统历史研究的前后两个时段——秦汉与明清——再起高潮,且均有引人瞩目的成绩。<sup>③</sup>这些努力和成绩,在新材料的整理及相关历史研究方面的贡献固不待言,其对于纠正那种认为中国古代法只是“刑法”并因此忽略对不具典型“刑法”特征的法律领域及活动的研究的情形,无疑也具有积极意义。《建构》一书的结尾写道“早期民法对古代社会发展的历史意义值得我们深入思考;它更促使我们重新、全面认识古代法律的性质,跳出‘维护专制统治’这一窠臼,转而关注其积极、人性化的一面。”<sup>[7](P.208)</sup>这种问题意识无疑有其合理性。长期以来,广为流行的东方专制主义说,被当作一个简明易用的标签,用来说明和解释中国社会的诸多现象——从国家性质到家庭结构,从集体心理到个人行为,从政法体制到伦理观念,从生产方式到国民性——进而被视为中国社会长期停滞、无由进步的根本原因。中国历史上“私法阙如之一事”,就如我们在梁启超那里所看到的,也被归之于专制主义。这里,中国法律之未能进化与中国社会的不能进步可以说互为因果。于是,民法之有或无,其发达程度,便成为衡量社会进步的一项重要指标。现在我们都知道,这种思想其实是所谓法律东方主义的一部分,因此,跳出这种思想便具有批判和超越法律东方主义的意味<sup>[10]</sup>。不过,批判和超越法律东方主义并不能简单地通过在中国发现“民法”得到实现,相反,这种反向的努力很容易变成法律东方主

① “酌拟各级审判厅试办章程”。转引自黄源盛“民刑分立之后——民初大理院民事审判法源问题再探”,载柳立言主编《中国史新论·法律史分册》,联经出版公司2008年版,第323页。

② 黄源盛“民刑分立之后——民初大理院民事审判法源问题再探”,载柳立言主编《中国史新论·法律史分册》,联经出版公司2008年版,第323页。与此形成对照的,是北洋政府时期民国大理院的民事审判活动,后者展示出“传统的创造性转化”的可能性及其限度,同时也帮助我们了解新旧法律之间的异同。详参前揭文。

③ 晚近关于清代“民法”的研究,黄宗智所著《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》流传最广。《建构》“导论”在批评美国学者威廉·琼斯持有的中国无民法说时,特别提及黄宗智的清代民法研究。但实际上,黄氏的研究,无论其成立与否,都不能用来支持《建构》的观点。因为黄氏把清代的民间词讼直接叫做民事,而将与之对应的律例条文称为民法,实际是把从《建构》角度看需要证明的问题当成了研究的前提。此外,《建构》既然把“早期民法”看成是一个后来受到抑制的传统,逻辑上便很难与清代民法论相洽。

义的另一表达。因为它也把“一个特定的西方法律家传统”(a specific Western lawyering tradition)当成了可以普遍适用的规范性标准。于是,只有当法律的发展同“民法”联系在一起的时候,其“积极、人性化的一面”才展现出来。这种看法隐含了这样的判断,即中国法律史上居主导地位的“刑法”确乎就是“维护专制统治”的工具。具有讽刺意味的是,这其实正是它所批评的专制主义论者的观点,只不过后者还认为,中国传统法律仅仅是“刑法”,仅仅是“维护专制统治”的工具,既然如此,它当然是非人性的,不具有任何进步的、积极的意义。<sup>①</sup>

然而,要纠正上述刻板单调的历史认识,发现中国古代法“积极、人性化的一面”,还有一种更切实有效的路径,一种真正超越法律东方主义的路径。循此路径,中国法只能在一种切合其文化与文明的形态中去认识,而此种文化与文明,既非西方文明的初级形态,更不是其反面/负面形态。勿宁说,它不过是特定条件下人类面对共同或类似问题时的不同应对,以及因此而产生的不同经验。这些经验经过长期积累和演变,各具面貌,各成系统,但是追根溯源,又未尝不能相通。这种情形为不同文明之间的对话、沟通和了解提供了可能。正因为如此,我们可以在不同经验的观照下去深入认识和理解另一种文明。透过诸如民法这样的概念、范畴去观察中国法就是如此。这时,需要我们回答的问题,与其说是中国历史上有无民法,不如说是相对于西方人透过诸如私法、民法这类概念创造、范畴设定或者文化建构所处理的问题,中国人的应对之道是什么,这种应对具有什么意义,呈现出何种形态,形成了怎样的传统,创造出什么样的局面,产生了什么样的问题,等等。在这样的研究中,浓缩为基本概念、范畴的西方经验并不是筛选中国史料的标准,而是富于启发性的弹性参照。相比之下,研究者在描述中国经验时是否用了带引号的“民法”一词并不重要,因为那不过是某种比照,帮助我们认识古人经验,而如此呈现出来的经验也只是研究者借助于各种认识和表达工具勾画出来的一幅古代世界图像,随时可能被修正和重绘。这样说并不意味着研究者可以随心所欲,根据个人好恶随意发挥。相反,它要求研究者具有高度的反思意识,超越各种非此即彼、黑白分明的历史叙述,面对高度复杂、微妙的历史与社会现象,既能深入其中,又能出乎其外,通过审慎的比较和深入的分析,辨析不同传统的同中之异、异中之同,进而深化和丰富我们对于研究对象的认识和理解。毫无疑问,这样一种充满挑战与未知的思想上、智识上的探险,在我们还是刚刚开始。

#### 参考文献:

- [1] 谢振民编著《中华民国立法史》(下册),中国政法大学出版社2000年版。
- [2] “民律前三编草案告成奏折”。载怀效峰主编《清末法制变革史料》(下卷)。中国政法大学出版社2010年版。
- [3] 杨鸿烈《中国法律发达史》(上),商务印书馆1930年版。
- [4] 梁启超“论中国成文法编制之沿革得失”,载《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版。
- [5] 戴炎辉《中国法制史》,台北三民书局1979年版。
- [6] 徐世虹“汉代社会中的非刑法法律机制”,载柳立言主编《传统中国法律的理念与实践》,中国台北中央研究院历史语言所2008年版。
- [7] 张朝阳《中国早期民法的建构》,中国政法大学出版社2014年版。
- [8] 张家山二四七号汉墓竹简整理小组编著《张家山汉墓竹简[二四七号墓]》(释文修订本),文物出版社2006年版。
- [9] 宋格文“天人之间:汉代的契约与国家”,载高道蕴等编《美国学者论中国法律传统》,中国政法大学出版社1994年版。
- [10] [美]络德睦《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版。

<sup>①</sup> 严格说来,这并不是瞿同祖、卜德或者琼斯等人的观点,尽管他们的研究都“忽略”了中国古代的“民法”,而是中国宽泛意义上自由主义者的一般看法,尽管他们中的绝大多数人对中国法律史都知之甚少,而这个人数量极大,且远不限于政治和法律领域。

## Between “Acting Law” and “Civil Law”

### ——Reconsideration of the Study of “History of Civil Law” in China

*Liang Zhiping*

**Abstract:** Since the late Qing legal reform, the concept of separation of civil and criminal matters had taken root in China, initiating the journey to find the traces of civil law. At different times, due to different needs, or by different stimulations, these attempts have different expressions. The use of modern concepts, categories in historical research is both inevitable, necessary and useful, but it should be clearly differentiated between the facts and norms, the function and the meaning of two levels, if used improperly, this research can easily become the historical reflection of the prejudice even personal preferences of modern people, resulting in obscuring and distorting the history. To this end, in non-western historical studies, researchers should regard modern concepts derived from the West as a reference for cognition, rather than the standards to interpret. We should surpass the various historical narratives which clearly distinguish non-or other, black and white, in the face of highly complex, subtle historical and social phenomena, both in-depth and macroscopic analysis are required, through careful comparison and in-depth analysis, we can discover the differences and similarities among distinct traditions.

**Keywords:** Civil Law; Acting Law; Fact; Specification; Signification

(责任编辑 晨晖)