

中国法制史研究中几个问题

——以黄宗智两部专著的观点为例

翁里万晓

(浙江大学 光华法学院 浙江 杭州 310008)

[摘要] 在传统法制史研究中,往往将中国法制史研究置于一种与现代法制研究完全对立的状态,认为法制史研究仅仅是研究过去的事情,在这种观点指引下的法制史研究,往往与现代法制研究完全脱节。在这种研究理念指引下,导致法制史研究处于一种非常尴尬的式微状态。如何转变法制史研究的传统观念,将法制史研究与现代法制研究相结合,借鉴现代法制研究理念、研究方法,对传统法制史进行研究是目前阶段法制史研究亟需解决的问题。

[关键词] 法制史;传统法制;现代法制

[中图分类号] DF092

[文献标识码] A

[文章编号] 1672-0040(2016)05-0063-04

中国传统上对法制史研究的认知处于一种非常表面的状态,往往割裂法制史与现代法治研究之间的关系,即中国古代传统的礼教传统与现代社会的法律制度是格格不入的。在中国当今的法制史研究中,传统意义上的法制史研究已经在很大程度上不适应现代社会的研究需要了。在现代法制史研究中,转变法制史研究中的法制史价值导向、评断标准、方法论等,将法制史研究与现代法治研究相结合,借鉴现代法治研究理念、研究方法对传统法制史进行研究是目前阶段法制史研究亟需解决的一个问题。

一、法制史研究的困境

以阅读《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》《过去和现在:中国民事法律实践的探索》法律硕士系列丛书及司考书籍为切入点,在将其进行比较阅读的同时,由于受传统法制史研究观念的影响,笔者在之前的研究中也认为法制史仅仅是研究过去的、礼教的、传统的礼教制度,

并且一直以来对中国传统的法制文化有太多偏见和误解。黄宗智的《过去和现在:中国民事法律实践的探索》一书告诉我们,中国法制史仍然具有很高的研究价值,并且学者们对法制史不应该禁锢于传统的研究理念,不应该将中国传统意义上的法律与西方的法律及我们近现代意义上的法律完全对立起来,正如黄宗智先生告诉我们,中国的法制史传统与现代社会不应该是毫无联系的,更不应该是相互对立的,它们是有紧密联系的。我们应该从脱离实际的认识中解放出来去认识法制史,认识我们传统的礼教制度、法律,并且“今天中国已经完全有条件走出这种认识上和精神上的误区,重新认识自己的历史,包括古代和近、现代的历史,不仅是为了要更好地认识过去,也是为了要更好地认识现在和将来”^{[1]15}。黄宗智认为今天我国法制史研究的困境也是源于我们在认识上的一些错误,以及长久以来研究法制史方面的缺陷。我们的法学存在精神上和认识上的分裂状态,因为现代社会把中国法律和西方法律看作完

[收稿日期] 2016-05-04

[作者简介] 翁里,男,福建福州人,浙江大学光华法学院副教授、硕士生导师,浙江大学国际法研究所副所长;万晓,女,山东泰安人,浙江大学光华法学院研究生。

全对立的两个方面,是一种非此即彼的认识把占据主流的法律看作是西方法律,把中国古代传统的法律完全看作是历史传统,同时研究法制史的学者并不关注当代法律或者联系社会实际。在研究的侧重点上,仅仅是将法制史当作一种抽象理论,或者是社会制度来研究,而没有关注实际和实践,并且没有关注我国传统法律对当今社会法律具有借鉴意义。而以此方面进行研究可以结合中国的实际,与中国的国情相联系,对中国的今后立法实践有一定指导意义。黄宗智认为,将中国法律的现代和将来完全与过去相割裂来研究是不可取的。另一层次上的割裂是感情与认识上的割裂。虽然研究者在情感上非常热爱中国及中国的法律文化传统,在谈及现代意义上的法律和法学的时候,仍然推崇西方的法律。这样,在感情和认识上的对立,又形成一种精神上的深层分裂,而这样一种分裂状态也导致了我国法制史研究上的一种式微状态。在我们的所谓“正统”“权威”教材里,通常会将中国的古代法制史与现代的法律割裂开来,对于联系几乎很少涉及。比如对夏商西周礼法合一的中国古代法律,只是将其描述成中国古代的一种与现代法律几乎完全没有联系的社会法律制度,而没有做更深层次探究。从另一方面讲,现代法制的发展也需要一定的支撑,它对现代法制的稳固起着非常重要的作用,“缺乏世代相传的民族法律文化心理的支持与认同,无论现行社会秩序受到现行法律规则的怎样强化,它也是脆弱的、不稳固的”^{[2]355}。

黄宗智的《清代法律、社会与文化:民法的表达与实践》一书对四川巴县、河北坨县、以及台湾水府府和新竹县的清代628件民事案件,及民国时期的法律案件和满铁20世纪四十年代在华北农村所做的调查分析资料进行整理分析及研究。首先从资料来源来看,黄宗智的研究比较有说服力。研究的资料都是法律方面的,这些资料大部分是法庭档案及部分调查对象对当时法律制度的一些调查,并且包含了详细状词、诉词、供词官员的批示、衙役的报告、传票等,通过对这些一手资料的研究,可以得出更为真实的及当时的法律实践的真实情况。众所周知,明、清是属于我国经济、政治、文化转型的重要时期,社会问题相对其他时代尤为复杂,而此时我国法律制度的变化也非常明显。那么新的法律制度能否适应此时中国的经济、政治、文化变迁呢?能否适应社会的要求

呢?黄宗智对此进行了缜密思考,并做出了很好回答。他还提出了“第三领域”以及对马克思·韦伯法律制度给予回应。“第三领域”概念脱胎于哈贝马斯的“公共领域”的原始构想,它以国家和社会也就是所谓的官方与民间的二元对立为构想,他认为在国家的法律与民间解决纠纷的惯例之间存在互动,并且认为这种互动格局并非起源于清代,也不仅局限于中国。对于这一说法,梁治平持反对意见,认为官府在处理民间案件中并不以这些“民间法”为主,更不会在审判过程受到“民间法”的约束和影响,民间法与国家法之间界限模糊会导致两者之间缺乏必要张力,因此,两者互动产生的“第三领域”也缺乏生成基础,因此,认为中国的法律秩序既不是二元的也不是三元的,而是比二元模式和三元模式更为复杂模糊的关系模式,并将其定义“习惯法的秩序空间”。其次,在对情、理、法三者之间关系的解读上,黄宗智认为三者之间应当将法律放在最高地位,“法”即国法,主要是指《大清律例》;“情”主要是指具体民事案件的情节、情况或者是现实存在的人情;“理”是指天理,是人们思考事物时所遵循的,也是对同类事物普遍适用的道理,情理是法的基础,法律就是情理被实证化的部分,是情理发挥作用的一种媒介,不仅法律本身的解释依据情理,而且法律也可因情理而被变通。”^{[3]17}读黄宗智这本书,笔者的感触非常深刻。它不同于我们的司法考试和我们的法律硕士入学考试用书,被标榜为权威性用书,要求考生以一种固化模式,将这些内容一股脑的记住,在这过程中没有所谓的思考更没有探讨,以提出自己的见解。而黄宗智的这本书恰是给了我们一种思考模式,并且是对正统的法制史的一种质疑,由此法制史研究“不仅要从典章文献入手,而且要从国家活动中去把握法制的本质与规律”^{[4]15}。

对于法制史研究方面缺乏联系实际的思考,全盘西化,在我们现在见到的教科书中也可以找到很多例子,例如,将《唐律》和《大清律例》以现代的法律分类方法进行划分,分别将其分划成刑法、民法等现代部门法,将唐六典归为行政法规,甚至用现代法律体系的理论立场来评价中国古代成文法,并将其特点归为“诸法合体”或者“诸法并存”,这些说法看似与中国近代法学规范相符,实际上是与中国国情相脱节。今天我们还可以看到书店的很多著作,如中国古代诉讼法、中国古代

民法史、中国古代刑法学等。现代法学的研究范式似乎已经成为我们的正统范式,深深影响了当代法学学者在法制史上的思考和研究。他们共同的缺陷是忽视了中国古代的法制其实是一种远复杂于现代的法律体系的,而这些固化的思维模式不利于今天的学者以一种开拓创新的思维来研究法制史,这也是我们今天法制史研究岌岌可危的一个重要原因。研究中国法制史就应该将其放在我国古代封建制度的背景下,如果我们将我们的研究模式全盘西化,以现代法学的视角去研究中国古代的法律传统,认为中国古代就有民法、刑法、诉讼法、行政法等这样精细的部门法,那我们古代的一些法律现象就很难解释了。所以,今天研究中国法制史时,我们切不可将我们的思维模式固化,应结合当时社会背景来考量一些法律现象。

另一些值得关注的问题是,对于我们所使用的所谓正统权威教科书在古代法制史的编写上也存在一些值得考量和探究的问题。例如,对先秦时期这部分法制史内容,一直存在很大争议。杨洪烈认为夏朝不可能有法律,因为没有足够的史料来佐证。陈晓峰认为,西周的礼带有原始社会的烙印,是根据自然外观形态分类设置的行为规范,而不是根据制裁手段、部门法分类等来设置的规范体系。也有学者对于铸刑鼎,以及对于九刑是否真实存在提出异议。而对于不存在异议的部分,我们正统权威教材并没有在用词上注意,而对于叶绍信的教材,则有很多地方是值得我们细细研读的,正如老师所说的,它是教科书这一正统范式中的“非主流”,它对正统范式的很多方面有很大突破。叶版教材首先在用语上是谨慎的,他对很多缺乏确凿史料证据的论点都使用了很谨慎的用语,如“可能”等,体现了作者不迷信正统权威,实事求是的治学态度。并且叶版教材在内容收录上注重吸纳最新研究成果,并试图去克服法制史过于空洞的研究现状,注重吸纳一些典型案例。笔者认为叶版教材最重要的地方在于它突破了传统范式束缚,给我们提供了一种研究中国古代法制史的新思维模式。

二、解决法制史研究困境的对策

对中国法制史研究,笔者结合自身浅见谈一些感想。中国古代法律虽然在很多方面有其固有弊端,并且无法与现代法律在应用价值方面进行

争锋,但它和我们现代社会的立法及我们国家法律演进等方面有密切的联系。正如近代思想家龚自珍所说“欲望其国者,必先灭其史”,我们在当今社会做法学研究的过程注重以史为鉴,注重与中国现实国情相联系是有必要的。

1. 解决传承与创新的问题

传承是传承中国法律传统中的精华部分,考究其与中国当今社会法律的契合点,以及它与中国国情相结合,来指导我们当今的立法。所谓创新是指突破正统固化研究模式,对传统礼法进行新的、符合实际的解读。比如,对以人为本,以德治国和依法治国相结合、立法并用的法律模式、人与社会、自然相结合的传统法制思想,我们在传承的同时也要进行相应创新,将传承与创新有机结合在一起。

2. 注重与现实相结合,并寻求中国法制史研究的新模式及方法

对于当今法制史日趋式微的一个重要原因,笔者认为,在研究传统法律传统时,很多学者以非此即彼的固化思维来看待,认为现代的中国法律是全盘西化的法律,古代的法律已经完全退出历史舞台,在研究传统法律时,只是将其看作一种文物。正如黄宗智所说,如果将现代社会的法律看作一个人,一个只有现在和未来,而没有过去的人,是很难想象的。而对于这样的法律也是根本不可能的。所以,对于古代的法律传统,我们应该注重考究它存在及演变的社会背景,并探求中国法制史研究的新模式。并且,实现中华法系复兴,重塑中华法系也必须将“现实性与历史性相结合、民族性与历史性相结合”^{[5]3},因此探求法制史研究的新模式,并积极与现代法制研究相结合具有重要意义。

3. 改变中国法制史教材束缚学生思维的现状

注重挖掘学生的兴趣,冲破固化范式对学生在研究上的约束。像叶版教材那样,提倡一种素质教育,关注学生的兴趣点,和对学生的引导,而不是为其提供中国法制史的范式,要求学生将其进行机械记忆,应付考试,完全不关乎实际,不关乎学生的兴趣,不关乎创新思维。正如黄宗智所提出的观点,“这里要倡导的是建立一种新型的、关心实践和运作,也就是说现实世界的中国法律史研究。”更加注重对于实践历史的研究,原因是“实践历史要比理论历史贴近历史实际,而正是面对历史实际,我们才有可能跳出百年来中国的

自我否定和历史之与现实隔离。”

三、结语

中国法制史研究不能脱离实际,也不能完全与现代法制研究和西方法制研究完全对立,非此即彼,将导致中国法制史研究处于一种孤立状态,只能停滞不前,不可能有所突破、有所发展,也绝不能与现代法制研究相互依存、相互借鉴,共同发展。中国当今的现实以及中国法制史研究的现状告诉我们,法制史研究不能全盘西化,也不能完全否定与现代法制研究之间的联系。中国现代法制史研究需要引入现代法制研究的理念,需要在现代法制研究理念的指引下,进行,借鉴现代法制研究的价值观、方法论等。对于法制史的研究,也要突破传统法制史只重理论研究,缺乏对实践关注的弊端,现代法制史研究不能仅仅将研究禁锢于理论层次,脱离了实践,只谈理论,便谈不上中西的取长补短,更毋庸说建立可以在现代世界中适合中国实际的、独特的法律。这里要倡导的是建立一种新型的、关心实践和运作的,即现实世界的

中国法律史研究。只有这样我们才有可能跳出百年来中国自我否定和历史与现实隔离的状态。法制史的研究也要突破所谓“权威”“正统”的观念,以发现与创新为导向,突破正统固化的研究模式,对传统礼法进行新的、符合实际的解读,突破法制史教材传统的、固化思维模式的影响。

[参 考 文 献]

- [1]黄宗智. 中国法制不能拒绝历史[J]. 法制资讯, 2013, (10).
- [2]公丕祥. 法律现代化的理论逻辑[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
- [3]黄宗智. 清代的法律、社会与文化: 民法的表达与实践[M]. 上海: 上海书店出版社, 2007.
- [4]张晋藩. 中国法制通史: 总序[J]. 南京大学法律评论, 1999 (1).
- [5]张晋藩. 重塑中华法系与中华民族伟大复兴[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.

(责任编辑 鲁守博)

Reflections on Issues in the Studies of Chinese Legal History ——With Viewpoints from Works by Huang Zongzhi as Examples

Weng Li , Wan Xiao

(Zhejiang University Guanghua Law School , Hangzhou 310008 , China)

Abstract: Studies of traditional Chinese legal history incline to put Chinese legal history in a position totally opposite to studies of modern law , deeming that legal history studies center only around things in history. Legal history studies under such viewpoints are often divorced from modern legal studies. What's more , this orientation also brings legal history studies into an embarrassing decline. Issues concerning legal history studies that need urgent handling at present are as follows: how to change the traditional viewpoints on legal history studies; how to integrate the study of legal history with that of modern law; how to approach traditional legal history studies by applying modern theories of legal study and methodology.

Keywords: legal history; traditional legal system; modern legal system