



【法学研究】

质疑成说,重述法史

——四种法史成说修正及法史理论创新之我见

杨一凡

(中国社会科学院法学研究所,北京 100009)

摘要: 随着法律文献挖掘、整理取得重大进展,支撑法律史学的许多传统观点能否成立面临检验。本文在简述法史研究缺陷和需要重新审视的各种成说的基础上,重点针对至今影响颇大的“中国法律儒家化”说、明清《会典》“官修史书”及“行政法典”说、明清“律例法体系”说、古代“司法判例制度”说逐一驳正,剖析其认识误区,论证新见之理据。呼吁学界以“质疑成说”为突破口,重述法史,并就如何推动学科理论创新提出建言。

关键词: 质疑成说; 法律儒家化 “会典”性质; 法律体系; 判例

中图分类号: D929 **文献标识码:** A **DOI:** 10.16152/j.cnki.xdxbsk.2019-06-002

十二年前,我写过一篇题名《重新认识中国法律史》^[1] (P104-114) 的论文;六年前,又出版了以《重新认识中国法律史》为书名的专题文集^[2],就如何全面和客观地认识中国古代法律体系、中国古代社会矛盾和法律的功能、古代法制发展的基本线索和规律、古代司法制度、传统法制的基本特征等关系学科发展的重要问题及相关成说的缺陷,阐述了自己的观点。这次又以类似的题目,谈谈最近研读古代法律文献的新感受:即对四种成说修正及法史理论创新的想法。

为什么要反复强调质疑成说、重新认识中国法律史?这不是随意提出的,而是大量新的法律文献向我们提出了这个挑战。改革开放40年来,承蒙学界和出版界共同努力,法律古籍整理和出版取得了重大进展。这里仅汇报一下我主持的法律文献整理出版情况。从1994年到现在的25年来,已整理或影印出版法律古籍800余种^①。今后三年内,还将有《古代法制资料钩沉》《中国珍稀法律典籍集成》(修订

收稿日期:2019-06-06

基金项目:国家社会科学基金重大项目(16ZDA125)阶段性成果之一

作者简介:杨一凡,男,陕西富平人,中国社会科学院荣誉学部委员,法学研究所研究员,西北大学法史创新工程首席专家,从事中国法律史研究。

①大型法律丛刊收入文献数是《中国珍稀法律典籍集成》(14册)58种、《中国珍稀法律典籍续编》(10册)61种、《皇明制书》(4册)21种、《中国监察制度文献辑要》(6册)18种、《中国古代地方法律文献》(40册)137种、《古代榜文告示汇存》(10册,内含榜文告示1000余件)60余种、《古代乡约及乡治法律文献十种》(3册)10种、《中国古代民间规约》(4册,收入规约500余件)、《中国律学文献》(5辑,33册)60种、《历代珍稀司法文献》(15册)72种、《古代折狱要览》(16册)46种、《历代判例判牒》(12册)53种、《古代判牒案例新编》(20册)29种、《清代秋审文献》(30册)38种、《清代成案选编》(80册)55种、《古代珍稀法律典籍新编》(30册)35种、《清代判牒案例彙编》(100册)44种。

本)、《清代章程汇编》、明清食货、礼制法律文献等整理和编辑成果陆续出版。外国和我国台湾省数百家图书馆藏中华法律古籍调研大体完成。“十三五”国家规划出版项目“中华法律古籍基本库”编目和文献扫描已于2018年底完成。该库首期工程收入古代法律文献1800余种,约3亿余字。现在可以大胆地说,我们已掌握了现存古代法律文献的基本状况。

丰富的法律文献表明,长期流传的“中国法律儒家化”“以刑为主”“诸法合体”“民刑不分”“司法行政合一”“古代律学等同法学”“古代经济立法欠发达”及明清“律例法体系”说、《会典》性质“官修史书”或“行政法典”说、明代“无令”说、“清代成案系司法判例”说等支撑法律史学的重要论点,有些属于臆断,有些存在偏颇或缺陷,有些需要通过反复论证、争鸣方能判断其是否成立。鉴于中国历史上皇权实际控制地区实行的是成文法制度,明清时期习惯已普遍规约化,如何看待和准确阐述“习惯法”,需要继续探讨;鉴于古代社会中后期特别是明清时期,礼的内涵、令的称谓、律例的法律地位都有重要变化,如何科学地阐述礼与法的关系、律的地位变迁等,也需要慎密思考。

丰富的法律文献还表明,法史研究的一些重要领域亟待开拓,研究的方法也需要改进。比如,现行中国法律思想史实质上还是一部刑法思想史,对吏政、食货、礼制、军政、民事诸方面的法律思想基本没有挖掘。就刑法思想而言,还是套用先秦至秦汉儒家、法家的基本观点“照葫芦画瓢”,好像汉以后的法律思想没有什么发展,这不符合中国古代刑法思想发展的实际。又如,食货法律是中国古代法律体系的重要组成部分,近年开始的元代以前食货法律资料辑佚和明清食货法律整理的初步成果表明,食货法律无论是立法总量,还是在国家治理中的重要性,都不亚于刑事法律。以往也有一些研究中国古代经济立法的成果发表。古代“食货法”的内涵比较宽泛,具有经济、财政金融、行政诸法相结合的特色,且不说用“经济立法”表述“食货法律”使用的概念有欠准确,就研究状况而论,还只能说是刚刚开始。又如,在中国古代法律体系中,既有朝廷颁布的法律,也有地方官府为实施朝廷法律颁布的大量实施细则性政令、法令,它们共同构成了完整的法律体系,但地方法律以及相关的民间规约研究至今没有受到应有的重视。忽视了法律体系中的这个重要环节,就很难揭示法律实施的真相。再如,多年的研究经验表明,只有把司法制度、司法指南类文献、判牍案例类文献结合研究,才能比较客观地揭示古代司法制度的真相。以往的研究中,对司法指南类文献涉及甚少,对于判牍案例类文献,又存在重案例、轻判牍的倾向,这就一定程度上削弱了研究成果的科学性。

基于以上所述,我以为,质疑成说,重述法史,已是关系到法律史学科发展能否走向科学面临的重大课题。重述法史,是法史学科的自我革命和完善。“重述”一词的本意,是“再次详细复述”。“重”是双音多义字。我们所说的“重述”,除“复述”外,还强调“重新认识和阐述”,即纠偏正误,弥补缺失,开拓新领域,创立新说。因此,重述法史与以往的学术成果,不是随意否定的关系,而是继承、修正、完善的关系。

因本文篇幅所限,不可能一一介绍自己对这些成说的看法,仅就四种法史成说能否成立简述一孔之见。

— “中国法律儒家化”说修正

半个多世纪以来,“中国法律儒家化”作为阐述汉以后中国古代法律史的重要学术观点,在国内外产生了广泛影响,几乎所有的法史教科书和论述古代法律史的著述都采用这一论断,它成为绝大多数学

者普遍接受的成说,至今仍在国内学界占主导地位。诚然,也有一些学者对此说提出质疑^①,但并没有受到人们应有的重视。武树臣教授新作《礼法融合与古代刑法文化的演进——兼论“中国法律儒家化”命题的不足》,深入剖析了儒家法家的学术渊源、政见分歧及归宿,阐述了秦汉以降正统法律思想的确立与刑法实践的演进,指出“‘中国法律儒家化’说忽略了法家思想和在法家思想影响下形成的刑法制度的历史地位。西汉以后的儒家思想已非先秦儒家思想,而是经过荀子、董仲舒加工改造,将儒家思想和法家思想重新融合之后形成的古代正统法律思想。此间,法家思想在古代刑法实践中始终发挥着实际的不可或缺的作用。”^②我赞同他的观点,并在其研究成果的基础上补充以下几点。

其一,需要指出的是,陈寅恪先生在20世纪40年代是从研究礼与刑律关系的角度提出了刑律“儒家化”的命题^{[3][P102]}。瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》中,又从研究魏晋以降儒家思想与刑事法律相互关系的角度,比较系统地论述了“中国法律之儒家化”的问题^{[4][P327,329,345,346]}。他们所说的“法律儒家化”,实际上是指刑事法律而言,没有涉及行政、食货、军政诸法律。瞿同祖先生后来还强调说“我这书《中国法律与中国社会》绝对不是法制史,法制史的内容范围要比这更多,还要有法典、审判等等内容,而我那书里面都没有。《中国法律与中国社会》作教材用不够,只可以作为备课的重要参考书之一。”^[5]可见,瞿老也是反对用“法律儒家化”表述中国古代法律、中华法系的特征的。但许多学者却忽视了他的本意,把这个论断的内涵无限扩大,说成是包括行政、食货、军政等在内的古代一切法律乃至中华法系的特征,这是不妥当的。

其二,中国法律是不是都“儒家化”了?我翻阅了《中国法律古籍基本库》^③收入的390余种古代立法类文献,感到这个论断不好成立。在中国古代,律、令、例等各种法律形式并存,吏、户、礼、兵、刑、工各类法律并存。从立法总量看,刑事立法只占较小一部分,以明清两代为例。明朝颁布的20多种基本法律,除《大明律》《大诰》《问刑条例》外,其他都是非刑事法律。《中华法律古籍基本库》收入清代立法和法律汇编性文献253种,刑法类为31种,占立法总数的12.2%。从户类、兵类、工类法律看,绝大多数法律并不具有“儒家化”的色彩,也不都是在儒家思想指导下制定的。如户类法律也深受农家思想的影响,兵类法律则受兵家思想影响不小,法医类文献则受医家影响较多。客观地讲,儒、法两家对古代法律影响巨大,儒家思想在吏政、礼制、刑事、民事法律领域的影响占主导地位,但墨、名、阴阳、道、农、兵、医、杂等诸子百家,也不同程度地影响着法律制度和法律文化,简单地用“儒家化”表述似过于绝对。

其三,刑事法律“儒家化”的论断,也与法律古籍的记载不相吻合。我查阅了唐至明清260余种古代律学和司法文献序^④,其中出现“法家”“儒家”字样53处,内有“儒家”2处,“法家”51处。详阅这些

① 对“中国法律儒家化”观点提出质疑的著述主要有:余英时《反智论与中国政治传统》,载《历史与思想》,台北联经出版社1981年,第31页;郝铁川《中华法系研究》,上海复旦大学出版社1997年,第1-56页;马若斐(Geoffrey Mac-Cormack)《重估由汉至唐的“法律儒家化”》,载蔡京玉译、柳立言主编《中国史新论·法律史分册》,台北中研院,联经出版事业股份有限公司2008年,第106-139页;杨立言主编《传统中国法律的理念与实践》序,台北中研院史语所2008年,第67页;杨振红《从出土秦汉律看中国古代的礼、法观念及其法律体现——中国古代法律之儒家化商兑》,《中国史研究》2010年第4期;吴正茂《再论法律儒家化——对瞿同祖法律儒家化之不同理解》,《中外法学》2011年第3期。

② 武树臣《礼法融合与古代刑法文化的演进——兼论“中国法律儒家化”命题的不足》,见《“质疑成说、重述法史”学术研讨会会议论文集》,中国法律史学会东方法律文化分会、常州大学史良法学院编,2018年10月14日。该文将收入杨一凡、陈灵海主编《重述中国法律史》专题文集,中国政法大学出版社,2019。

③ 《中国法律古籍基本库》是“十三五”国家出版规划项目,杨一凡主编,已于2017年12月完成了编目和文献扫描,定由社会科学文献出版社出版。

④ 张松、张群整理《古代法律文献序跋选辑》(收入杨一凡主编《古代法律资料钩沉》,即将由社会科学文献出版社出版),收入古代法律文献序跋213篇,其中律例、律学类67篇,案例判牍类57篇,司法检验类19篇,官珍政书类60篇,其他10篇。我在撰写此文时检索了该书中的“法家”“儒家”出现次数。在此向两位整理者表示致谢。

文献序跋可知,古代法律典籍中从未出现过“儒家化”三字,中国古代中后期“儒家”“法家”与先秦“儒”“法”的含义也差异较大。古“律”“法”同义,“法家”亦称“律家”。明清人通常把从事法律职业且有贡献的人士称为“法家”,把注释律学有重要成果的人士称为“律家”或“法家”。不少法律文献作者自称法家,并把多种律学文献称为法家成果。如朱续曾《重刊宋本棠阴比事》序云“和氏之《疑狱》揜摭故实,乃法家之成案”^①;金师文《律例歌诀》序云“此《律例歌诀》一书,不详编者姓氏,大抵名法家先辈之所为也”^②;张廷骧《办案要略》序云“王荫庭先生为乾隆中叶法家老手,著有《刑钱必览》《钱穀备考》《政治集要》等书行世。”^③如此等等。有些法律古籍索性以“法家”命名,如《法家体要》《法家哀集》《新刻法家透胆寒》等。这些法家也都很“重礼”,它们的“礼法观”与儒家毫无二致。元人柳赞在论及法家与儒家的关系时说“法家之律,犹儒者之经。五经载道以行万世,十二律垂法以正人心”^④,认为二者是“道”与“法”融合的关系。既然古人同时肯定儒、法两家在制定完善刑事法律中的作用,律学家又往往自称法家,今人的一些著述统统把“律家”界定为“儒家”,把法律和律学都说成是儒家的成果,就不太合适了。

另外,就古代中后期立法、司法指导思想而言,也不全是儒家法律思想,比如明初朱元璋推行“重典治国”方针,是以“乱世用重典”“先刑后教”为特色的“明刑弼教”思想为理论指导,颁行了《大诰》峻令和诸多酷法。“重刑”“先刑后教”显然是与儒家的“慎刑”“先教后刑”主张对立的,能说《大诰》峻令也是“儒家化”吗?又如,典例、律例关系理论是明清两代最重要的法律思想,这一理论的内容相当丰富,包括“以典为纲,以例为目”“革冗琐难行,法制划一”“常经之法与变通之法并用”“律例并重”等诸多观点,它应是吸收了历史上法家、儒家等诸家学说形成的具有时代特色的正统法律思想,不加分析地把它划归于儒家思想显然是不适宜的。

二、明清《会典》“官修史书”“行政法典”说修正

关于明清《会典》的性质,学界长期存在争议,其中史学界持“官修史书”说者居多,法学界持“行政法典”说者居多。两种对立的观点各说各话,并行传播,鲜见争鸣。

(一)“官修史书”说修正

要弄清明清《会典》是法典还是“官修史书”,必须解决三个疑义:一是《会典》编纂的目的是什么?二是典文是否都具有法律效力?三是《会典》是否行用?

1. 纂修《会典》的目的 从《会典》序、《会典》奏议和史籍的记载看,明清两代编纂各《会典》的目的都是为了“完备一代大法”,“使臣民遵行”。正德《会典》是两代编纂的首部《会典》,其编纂的目的在于增修《诸司职掌》^⑤。《诸司职掌》详记国家职官建置、职掌和活动规则,比较全面地规定了国家的基本制度,是洪武末至正德初被历朝遵行的国家“大法”。《诸司职掌》实际上是明初的《会典》,只是未以“会典”命名。该书刑部“宪科”“比科”“司门科”“都官科”的“律令”下,详记《大明律》律名门。因《大明律》当时已刊布天下,该书为节省篇幅,未记各律条内容。以往著述因疏忽所致,把它误判为行政法律。正德《会典》收入《诸司职掌》全文,“以《诸司职掌》为主,类以颁降群书,附以历年事例,使领其事,

① (宋)桂万荣撰《棠阴比事》卷首朱续增《重刊宋本棠阴比事序》,日本江都青藜阁刻本。

② (清)佚名辑《律例歌诀》卷首金师文《律例歌诀序》,清光绪刻本。

③ (清)王又槐撰《办案要略》卷首张廷骧序,清光绪十八年浙江书局刻本。

④ (唐)长孙无忌等撰《唐律疏议》卷首柳赞《唐律疏议序》,元至正崇化余志安勤有堂刻本。

⑤ (明)徐溥等纂修、李东阳等重校《明会典》书首李东阳等《进大明律会典表》,明正德六年刻本。

事归于职”^①，“事类纲目一依《诸司职掌》”^②。

2. 《会典》是否具有法律效力 明正德《会典》和清乾隆、嘉庆、光绪《会典》采用典、例分编体例,明万历《会典》和清康熙、雍正《会典》采用典、例合编体例。就《会典》内容结构看,由典文和事例两部分构成。典文是祖宗“常经”法律的整合,具有法律效力。事例由现行事例和远年事例组成。毫无疑问,现行事例具有法律效力。“官修史书”说之所以发生误判,是因为《会典》中记载了大量的远年事例。其实,《会典》收入的远年事例,都是按照“斟酌古今足法万世”的要求,从浩瀚的前代事例中精心选择仍能够适用的事例编成的。古代法律的编纂方法与现代不同,遵奉祖宗成法被看作为政权和法律合法性的重要标志。远年事例一旦编入法典,就被赋予法律效力。许多古代法典法律都是这样编成的。事例属因事立法,为防止官吏任意用法,明清两代规定《会典》中远年事例的适用,必须呈报皇帝允准。

3. 《会典》是否行用 修史是为了“存信史”“供稽考”。《会典》是否行用,这是区分它是“法典”还是“官修史书”的重要标准。可惜多年来,已发表的著述都没有研究这个判断《会典》性质的要害问题。检索明清史籍就会发现,有关《会典》实施的记载比比皆是。仅据《度支奏议》《明经世文编》《丝绢全书》《国朝典汇》《南京都察院志》《万历会计录》《工部厂库须知》《国朝列卿纪》《宜焚全稿》《皇明从信录》《皇明书抄》《续文献通考》《马政纪》《王国典礼》《西园闻见录》等15种文献统计,“明会典”字样出现上千次,其中行用的记载有200多处。既然《会典》被广泛行用,把它的性质界定为“官修史书”是不妥当的。

(二) “行政法典”说修正

把《会典》的性质说成是“行政法典”也是不恰当的。理由很简单:明代两部《会典》把《大明律》458条列入典文,康熙、雍正《会典》把《大清律例》列入其内,嘉庆、光绪《会典》都把《大清律例》列入《大清会典事例》,仅乾隆《会典》因《大清律例》《中枢政考》等书已单独刊行,为节省篇幅没有收入,但对此作了特别说明。既然刑律被列入《会典》,把它说成是“行政法典”就犯了简单的常识性错误。那么,明清《会典》的性质是什么呢?阅读《会典》序、有关《会典》的奏议和明清史籍可知,明清人把《会典》称为“大法”或“大经大法”。“经”者,“常道”也,“大经大法”,即经久适用的国家“大法”。

三、明清“律例法体系”说修正

中国古代“法律体系”与“中华法系”是两个内涵既有关联又有区别的概念。“中华法系”是与世界法律比较的意义上提出的,其内容包括法律的历史传统、独特的法律制度、法律思想、法律文化等,其地域涉及中国古代及受影响的东、南亚诸国。“法律体系”则是从法律形式、分类和整体法律结构的角度提出的。本文所说的“中国古代法律体系”,是指古代中国各个朝代的全部法律规范按不同法律形式及其表述的立法成果组合形成的体系化的、有机联系的整体。

如何正确阐述中国古代的法律体系,学界存在不同看法。这里仅就长期流传的明清“律例法体系”说提出质疑。

(一) “律例法体系”与明清立法实际相抵牾,难以自圆其说

“律例法体系”说与明清立法实际有五大抵牾:其一,此说是今人对明清法律体系的概括,但明清史籍中却没有这样的记载。明清人所说的律例关系,是指刑律与刑例的关系,而不是律与各种形式的法律的关系。其二,《会典》是明清两朝的“大经大法”,在法律体系中居于最高地位,刑律是《会典》的组成部分,它与《会典》是纲与目的关系,此说颠倒了《会典》与刑律的关系。其三,明代除《大明律》外,还有

① (明)徐溥等纂修、李东阳等重校《明会典》书首明武宗正德四年十二月十九日《御制大明律序》,明正德六年刻本。

② (明)徐溥等纂修、李东阳等重校《明会典》书首《凡例》,明正德六年刻本。

《大明令》《诸司职掌》《大明集礼》《宪纲》《大诰》《皇明祖训》《礼仪定式》等12种基本法律。清代的基本法律还有《大清通礼》和各部院寺监则例等多种,它们与《大明律》或《大清律》没有从属关系。“律例法体系”说把明代12种法律和清代多种基本法律排除在外。其四,嘉庆、光绪《会典》把《大清律例》收入《会典事例》,“律例法体系”说对这种编纂方式难以作出解释。其五,明清例除刑例外,还有吏、户、礼、兵、工诸例,立法数量超过刑例多倍,它们与律并没有类似母法与子法这类关系。因此,以“律例法体系”表述明清法律体系是把多数法律排除在体系之外,显然是错误的。

(二) 明清典例法律体系的确立和完善

明初变革传统律令体系,按照朱元璋“法贵简当”和“常经与权宜之法”并用的立法原则,为简化法律形式,把单行“令”的称谓更换为“事例”,以“制书”表述国家典章制度,以“例”表述“权宜之法”。当时法律草创,缺乏立法经验,颁行的基本法律称谓各异。洪武末,随着国家“大法”《诸司职掌》的颁行和《大明律》的定型,初步建成了以典为纲、以基本法律和例为目的新的法律体系。在这个法律体系中,《诸司职掌》为“大经大法”,《大明集礼》《大明律》等12种法律为国家基本法律,包括条例、事例、则例、榜例在内的例为“权宜之法”或“可变通之法”。

洪武末至弘治近百年间,明朝“衙门名目、制度改革、官员品秩、事体更易,又多与国初不同”^[6] (P132-133),《诸司职掌》已不能完全适应治理国家的需要,朱元璋颁行的13种基本法律彼此也有重复或抵牾之处,为整合祖宗成法,纂修统一的完备法典,于弘治十五年起编纂《会典》。“会典”,即汇祖宗成法之意。正德《明会典》的编纂,标志着明代典例法律体系的进一步规范。正德《会典》颁行后,明代法律体系的构成是《会典》为“大经大法”,《大明律》和后嗣君主精心修订的条例为“常经之法”,包括则例、榜例在内的事例为“变通之法”。万历《会典》采取典、例合编体例,重修的目的是使“大经大法”更加规范和完善,法律体系的构成没有新的变化。

清朝沿袭明代,进一步完善了典例法律体系。与明代比较,在完善法律体系方面的主要进展是:一是《会典》内容和结构更加严密、规范;二是提升了则例的地位:则例成为表述国家基本法律的形式,以则例形式颁布了大量的规范中央机关活动的规则;三是《大清律例》的地位有所下降。总体上讲,仍然是沿袭了明代的典例法律体系。

四、古代“司法判例制度”说修正

近20年来,论证古代“司法判例”“判例法”“判例制度”的著述日渐增多^①。中国古代是否存在“判例制度”,学界存在争论。我对这个问题还没有进行全面研究,仅介绍一下研读史料形成的初步看法。

(一) 本人以前对“判例”的理解

2005年,我和徐立志教授主持整理和出版了《历代判例判牍》^[7],当时,我们认为中国古代不存在西方那种“法官造法”的判例制度,在该书《前言》中指出“在对历代判例的认识方面存在着许多误区。有的著述把一些朝代的法律形式乃至一般性案例误认为判例,还有一些著述在把中国古代判例与英美法系的判例进行比较时,认为二者基本类似而没有对其差别做科学的分析。”^[8] (P5) 鉴于中国古代审判活动中曾存在“比附断案”的情况,一时又找不到合适的法律术语表述,便仿效前人著述,采用了“判例”一词。在《历代例考》一书中,我又对使用“判例”一词的特定含义进一步作了解释:“‘判例’一词不是中

① 近20年来出版的研究古代判例和判例制度的专著有十余部,发表论文数十篇,其中以“判例制度”为论文名称的有:余海民著《中国传统判例制度及其现代价值研究》,硕士学位论文,2004;杨思斌《中国古代判例制度的演变与基本特征》,《法学杂志》2008年第2期;吴秋红《中国古代判例制度的缺失与当代判例制度的确立》,《湖北行政学院学报》2005年第6期;陈婷《中国古代判例制度之现代构建》,《市场周刊(理论研究)》2007年第1期;胡兴东《中国古代判例制度形成的法文化语境》,《人民法院报》2016年7月8日等。

国古代法律的法定用语。今人法史著述中所说的“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。”^{[9][P11]}当时作这种解释的用意,是担心借用“判例”一词表述古代故事会造成概念的混淆,误导读者。今天看来,把古代“比附断案”表述为“判例”仍有两个缺陷:一是“判例”一词与西方英美法系“判例”以及现代法学使用的“判例”的内涵、性质不相吻合;二是古代中国无“判例”这一法律术语,用以表述“比附断案”的法律形式分别是“比”“断例”“事例”“通行成案”,它们属于成文法的组成部分,使用“判例”一词会误导读者产生中国古代实行的是“成文法与判例相结合”制度的结论。“比”“断例”“事例”“通行成案”这些古代的法言法语,生动具体体现了不同历史时期比附断案的法律形式及其变化,今人也能够读懂,用不着借用现代法律语言替代。

(二) 古代“司法判例”说的缺陷

1. “判例”一词不是古代的法定用语 古代史籍中尚无“判例法”“判例制度”这些称谓的记载。“判例”作为法律用语,最早出于清抄本《刑事判例》《刑部各司判例》两书。此两书辑有清朝道光案例,可知其成书时间最早是道光年间。两书书名也不是官府命名或君主钦定,至于是抄者所写,还是后人所加,尚待考证。然据《刑部各司判例》“刑律”卷首赫然标有“通行”二字,可断定该书名中“判例”二字的含义,是指通行成案。清朝的“通行”是尚未被编入条例、则例,由各部院通令在全国或特定范围内遵行的皇帝谕旨及臣工条奏的统称,是为补律例之不足而立法,它虽具有“案”的外部结构形式,却被赋予类似定例的法律效力,可以在司法和行政事务中援引适用,故不再具有纯粹的“案”的性质,而属于制定法的范畴。仅以两书书名,还不能说清代已有“判例”“判例法”的称谓。因此,今人著述中所说的古代司法“判例”“判例法”“判例制度”,并非历史上的法言法语,而是今人用现代法律用语作出的表述。

2. “司法判例”说对“故事”“成案”的内涵、性质和功能论述有误 古代行政事务和司法审判中援引的事案,汉、魏晋时期多称为“故事”,隋唐以后多称为“成案”,故事是成案的前身。“故事”的本意为旧事、旧史,即已发生的事件、史实,又称为“先例”。“故事”内容广泛,以往的案例、规范、制度都称为“故事”,既有司法方面的故事,也有仪礼、职官及行政管理方面的故事,且后者的数量较多。

古人所说的“成案”,通常是用以指称已办结的公文卷宗,也指办理的行政诸事务的先例或诉讼中判定的案件。就成案内容而言,大体可分为两种类型:一类是行政公务类成案,一类是以刑案为主的司法成案。行政公务类成案是在具体的行政过程中产生的,通常采用公文的形式。其内涵有广义和狭义之分。从广义上讲,凡是各级衙门办理公务形成的包括吏政、食货、礼仪、军政、外交诸方面的成案,都属于行政公务成案。狭义即清代法律文书所说的可“援照”的行政先例成案,是指经皇帝钦准、中央机构咨准具有规范性且能反复适用的成案,地方长官批准的可反复适用的地方事案,也属于行政成案的范畴。行政成案对行政事务具有指导意义,是各级衙门处理行政事务的权宜办法,在以后的行政管理中,如出现法无明文规定的情况,可报请皇帝或上级批准,在特定的事务,或特定的区域,或特定的时限内援用。司法成案是通过审判活动产生的,以具体案例为表述形式。其内涵也有广义和狭义之别。凡诉讼中已结案的案件都属于司法成案的范畴。狭义即一些臣工条奏、法律文书中所说的“成案”,是指案情在没有律、例正文援引的情况下,以比附方式判决并经中央机构咨准或由皇帝钦准但尚未被确认为“定例”或“通行”的案件。

古代的“故事”“成案”,并不都是司法案例,也不是所有的“故事”“成案”都可以比附援用,只有经皇帝钦准上升为法律的“故事”,或经皇帝批准确定为“定例”或“通行”的成案,才具有法律效力。“定例者,法也。成案者,事也。”^①古人对“案”与“法”的内涵有严格的区分。事案有参考和“案生法”的功能,但不具有法律效力,只有上升为法的事案才能在行政和司法中援用。“司法判例”说的致命性缺陷,

① (清)孙纶辑《定例成案合镌》序,清康熙六十年刻本。

是混淆了事案和法的性质、功能。

3. 中国古代是否实行判例制度 除先秦、秦汉和元代我尚未深入研究外,就其他朝代来说,各朝都禁止在司法活动中援引成案,由此可断定这些朝代不存在法定的判例制度。现在至少可以肯定,中国古代没有普遍实行过判例制度。

中国古代实行成文法制度,成文法的编纂形式、体例多样。有精心制定的法典、法律,也有随时颁布的各种变通之法。就法律文本的形态而言,有些是由概括抽象的条文组成的,有些是由皇帝诏令或臣工题奏、官府文书组成的,还有一些是由案例组成的,或者在立法文本中夹杂有案例。比如,“例”作为古代重要的法律形式之一,就其内容表述形式而言,有些是以抽象的、概括的条文表述的,有些是采取具体地阐述案例的表述方式。又如清代的“通行”成案,就是在朝廷来不及修例的情况下,把具有普遍适用性的案例冠以“通行”之名,颁发各地遵行。一些著述把记有案例的法律文本定性为“判例”,这与其不清楚古代成文法编纂的体例和方式有关。

以上浅见,敬请读者指正。如今,“重述法史”已成为愈来愈多学者的共识。阅读近年发表的有关“中华法系”“传统法律思想”“礼与法”等方面著述,使我深切感受到,多年停顿的中国法律思想史研究又恢复了改革开放初期那样的生机。“如何科学地阐述中国法律史”已成为学界普遍关注的议题。但同时也感到,重述法史是艰辛的探索,为避免重复出现前人研究中产生的偏差,有两个突出问题需要关注和解决。

其一,诸多古代法律用语、概念理解的不一,名称使用的混乱,需要学界尽可能形成共识予以规范。从已发表的成果看,有关“中华法系”“中国法律体系”“法律形式”“法律样式”“礼”“德治”“人治”“法治”“礼治”“律学”“法学”“诏令”“令”“经济法”“食货法”“判例”“判例法”“判例制度”“大经大法”“例”“故事”“成案”“习惯法”“平民法”“习惯”,等等,有些歧义较大,有些概念混淆不清,有些各说各话,这成为影响学术研讨深入开展的障碍。如果能够围绕这些概念、名称的规范使用,召开一些研讨会,对绝大多数法律用语内涵的界定形成共识,这对于推动重述法史目标的实现将极其有益。

我以为,古代法史研究中使用学术概念有必要坚持两个原则:一是凡是今人能够读懂的古代法律术语,最好仍使用古人的法言法语,不必用西方现代法律用语替代。二是如果有些法律现象、法律问题的概括只能借用现代法律术语才能表达清楚,使用现代法律术语表述时,概念的内涵、外延应完全一致。比如,古人把经济和财政管理方面的法律统称为“食货法”,就不宜用“经济法”来替代,因为古代的食货法还包括钱法、钞法和户口管理等。又如,在研究中华法系和法律体系时,我认为使用“中华法系”“古代法律体系”“法律形式”这三个概念较好。“法律形式”是用以表述各种法律规范的外在表现形式,法律体系是从立法角度表述某一朝代或某一历史时期全部法律的组成、分类和整体结构,“法系”则是与世界法律比较的角度表述中华法律和法文化的特色和全貌。再如,在表述古代基层管理法律制度时,使用“地方法律”“民间规约”“习惯”这些概念比较科学,应摒弃“民间法”的概念,慎用“习惯法”“乡规民约”的概念。因为古代中国除蒙古进入中原前、清入关前及少数民族地区存在习惯法外,皇权控制地区特别是明清时期,汉族地区的“习惯”已规约化,“乡规民约”既有官府颁行的,又有民间组织制定的自律性质的,在使用这些概念时应恰如其分,防止泛化。

其二,要强调加强中国法律史学理论的研究。理论是学术的灵魂。任何一门学问要奠基在科学的基础上,必须有科学理论的指导。法史学科亦是这样。要让法律史学成为一门存信史、存思想智慧、传播法律文明精华的学问,必须创立一套符合历史实际、区别于其他专业的学科理论。我们应当承认,现在的中国法律史学理论是苍白的、滞后的、漏洞百出的。造成这种局面的原因是多方面的:与中国法律思想史未列为法律院校必修课、不受重视有关,与专业基础研究积累不够有关,与研究禁区多有关,与生搬硬套西方法律术语讲中国法的故事、研究方法欠科学、功利学风盛行有关。为此,我们应当认真总结

以往法史研究的经验教训,采取有效措施,扎扎实实地推进法史理论研究。这里,我提三点建议:

一是以质疑成说为突破口,破中有立,修正旧说的错误或缺陷,在破旧中建立新说。“质疑成说”本身就是理论创新。最近,我和陈灵海教授主编的《重述中国法律史》第一辑,以“质疑成说”为中心议题,收入专题研究性成果 20 篇,其中 13 篇是对“法律儒家化”、中国古代法律体系“律令说”、成文法公布、汉九章律、魏律颁行时间、《唐律疏议》制定的朝代、明清“律例法体系”说、明令、明清《会典》的性质、清代成案的性质等方面的成说专题驳正;另 7 篇就法史研究和文献考订中的疑义、前人不确之论或涉及的成说予以考辩,提出新见。这部文集将在 2019 年年底出版。学术在争论中发展,真理愈辩愈明。我们编辑此书的目的,是期望能够以“重述法史”为学术目标,大兴勇于求真、勇于争鸣的良好学风,推进法史理论的创新。

二是彻底走出“以刑为主”的窠臼,放宽视野,全面开发古人的法律思想和法律文化精华。恕我直言,相当多的法史学者对古代法律文献特别是对礼制、食货、军政、地方法律、民间规约等很少研读,对刑事法律、司法、律学、判牍案例文献了解也有限。在这种情况下,虽有良好的创新意愿,实际上还是用少量刑事法律或某一时期的刑事法律讲古代法的故事,这就会出现理论抽象的误差,也很难发现新的理论研究选题。以明清两代为例,“明刑弼教”是重刑政策的重要理论支柱,“律例关系论”是刑事法律的指导思想,典例关系学说是构建明清法律体系的理论指南,清统治者的食货法思想是乾隆朝创建食货法体系的理论基础,刑事、行政处罚分开思想为清代处分则例的制定开辟了道路。然而,这些重要的法律思想至今未受到关注。如果认真挖掘、辑佚和研究古代法律资料,就不难看到,任何新的法律制定都有其背景和深刻的思想动机,法律思想随着法制文明的进程不断发展变化,绝非简单的重复。因此,研究某一理论选题时,不全面了解古代法律制度,不重视全面占有资料,不下“力图穷尽资料”的笨功夫,就很难写出高水准的成果。

三是倡导交叉、比较的研究方法。所谓交叉研究,就是法律思想研究要与法律制度研究相结合,与古代哲学思想研究相结合。食货法律思想研究则要与古代经济财政制度、思想研究相结合,如此等等。所谓比较研究,就是要重视中西法文化比较研究,古代各个时期法律思想变化的比较研究。与古代法律从来都是政治的从属物一样,法律思想也是各代正统统治思想的组成部分。只有坚持交叉、比较研究的方法,才能准确理清法律思想与其他思想的相互联系与区别,并准确阐述有自身特色的理论。

法史学科的发展和走向科学,需要几代学者不懈努力。我们是站在前辈的肩膀上进行学术探索的,既要充分尊重前辈学者的成果和贡献,也应敢于质疑成说,弥补前人研究中的失误和缺陷,不断把法史研究提升到更高的水平。当然,要在短时期内实现重述中国法律思想史、建立科学的法律史学理论体系的目标是不可能的,但是,只要学界同仁看准了开拓前进的方向,抓住一些影响学科发展的重大理论问题,分工合作,每一课题用“十年磨一剑”的精神攻坚克难,并开展学术争鸣,不断完善,我相信在今后 20 年内,创新法史理论的目标就有可能实现。

参考文献

- [1] 杨一凡. 重新认识中国法律史[M]//《纪念中国社会科学院建院三十周年学术论文集》(法学研究卷). 北京: 方志出版社, 2007.
- [2] 杨一凡. 重新认识中国法律史(专题文集)[M]. 北京: 社会科学文献出版社, 2013.
- [3] 陈寅恪. 隋唐制度渊源论稿[M]. 河北: 河北教育出版社, 2002.
- [4] 瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京: 中华书局, 1981.
- [5] 王健. 瞿同祖先生谈治学之道[J]. 中外法学, 2005(2): 252-256.
- [6] 陆容. 菽园杂记: 卷 11[M]. 北京: 中华书局, 1985.

[7] 杨一凡 徐立志. 历代判例判牍: 12 册[M]. 北京: 中国社会科学出版社 2005.

[8] 杨一凡 徐立志. 历代判例判牍: 前言[M]. 北京: 中国社会科学出版社 2005.

[9] 杨一凡 刘笃才. 历代例考: 绪论[M]. 北京: 社会科学文献出版社 2012.

[责任编辑 霍 丽]

Questioning Traditional Theory and Restating Legal History: Opinions on Amending Four traditional Doctrine of Legal History and Innovating Legal History Theory

YANG Yi-fan

(Institute of Law , Chinese Academy of Social Sciences , Beijing 100009 , China)

Abstract: With the significant progress in the discovery and arrangement of legal documents , many traditional viewpoints supporting legal historiography are being challenged. On the basis of a brief description of the defects in legal history study and traditional theory that need to be re - examined , this paper analyses four traditional doctrines including the " Confucianism of Chinese Law" , the " official history books" and the " Administrative Code" in the code of the Ming and Qing dynasties , " decree system" of the Ming and Qing dynasties and "judicial precedent system" of Chinese ancient times , and point outs their irrationality and demonstrates the reasonability of the new legal. It calls for the academic circles to question traditional theory and restating legal-history , and making suggestions on how to promote the innovation of discipline theory.

Key words: questioning traditional theory; law confucianization; nature of " codes of Ming and Qing dynasties"; legal system; precedents