

中华法系的百年历史叙事

赵 明 *

内容提要：回顾中国现代法学的世纪历程，中华法系的历史叙事主要在进化论、民族论和法治论三种语境中展开。不同语境中的法史学者，通过将中华法系与其他法系相比较，揭示出了彼此有别的中华法系之历史面貌。在进化论语境中，中华法系因其古老而落后，丧失了型构现实生活秩序的生命力，需整体性地予以批判和否定。在民族论语境中，中华法系因其系统性、连续性和民族性而独具特色，整理、发掘、重述其历史谱系，既有助于增强民族文化自信力，也为重建“新中华法系”提供了重要的精神前提。在法治论语境中，中华法系以其“治乱之道”和“良法善治”的血缘伦理身份内涵表明，在前现代社会中法律不可能获得型构社会生活秩序的权威地位。法制现代化是不同语境下中华法系之历史叙事的共同追求，中华法系研究的百年学术史，实质上是一部追求法治文明的中国现代精神史。

关键词：中华法系 法制现代化 法治 法学话语

引言

19世纪下半叶，日本法学家穗积陈重率先提出“法系（族）”概念，并系统地阐明了自己的法系论。他基于人类文明演进的历史大视野，将世界多民族的法律文明秩序区分、归类为五大法系，即印度法系、中华法系、伊斯兰法系、英国法系和罗马法系。此时，对东亚诸国法律文明传统有着深远影响的中华法系，正遭遇欧洲法系所表征的现代法律秩序愈来愈严重的挑战。因此，自法系论加入现代汉语言法学知识谱系建构行列伊始，法律史学就因中国法学肩负的现代法律价值启蒙与技术革新之双重使命，而被赋予了一个关涉型构现代生活秩序的重大学术主题：在与世界各大法系的相互比较中，通过中华法系的历史叙事，描述、归纳并阐释中国法律文明传统之文化内涵及其精神特质，进而探寻、估量并预测其变革的方向与路径。

虽然正史“刑法志”记叙了我国历朝历代立法及法制运行的大体情况，《唐律疏议》等传世法典也展现了中华帝国法律体系之规范结构与核心内容，但它们作为史料，未必向后人精准

* 西南大学法学院教授。

呈现了中华法系的文化精神特质，人们也未必因此而对中华法系的独特个性和历史地位有着清醒而自觉的意识。史料的意义通常要在比较中得以呈现。如果说，比较法“本质上是一部学术史”，它不仅“首先是个人的精神产品的历史”，而且与“各个时代精神的根本倾向密切融合”；〔1〕那么，作为现代中国法学知识谱系的重要组成部分，中华法系的历史叙事，就是基于比较法视角的求真意志之体现，是学者们通过领悟自身所处时代之精神意向，将中华法系与其他法系进行比较，并从中进行价值反思和理论阐释的话语建构。

任何历史事件都不可能经验性地得以再现，只能再现于知识话语的构造之中。历史就其本质而言乃是叙事性的历史。发端于晚清，迄今仍在蓬勃开展的中华法系之历史叙事，尽管有赖于史料的不断发现、甄别与整理，但作为理论抽象和主观把握的学术话语建构，其关键并不在于对史实的考察、编排与记述，而在于对中国传统法律秩序之精神实质及当下境遇的揭示、阐释和判解，并基于法史学者内心深处的理想图景而预测其将来前途。置身于具体时代境况之中的学者们，其核心问题意识往往根源于经验的现实生活，无论对分析工具的概念选择和运用，还是对求解问题之工作方案的逻辑设计，都难免受到特定时代流行的话语模式的影响，他们对法律历史的叙事与论证其实是时代精神的智识呈现。

中华法系研究的百年进程大致可分为三个时期：20世纪20年代之前的发轫期，20世纪20年代至40年代的兴盛期，20世纪80年代以来的复盛期。〔2〕相应地，有三种基本的话语模式，即进化论的、民族论的和法治论的话语模式。法史学者在特定语境中的历史叙事，既各有其描述、阐释研究对象的独特术语、范畴和意图，也共享着作为方法论的操作概念：一是表达不因时代差异性而影响历史连续性主题的“传统”概念；二是基于某种原则将一系列支离破碎的事件聚合起来的“演化”概念；三是传达人们共同且融贯的文化心理情感和伦理信念的“精神”概念；四是借助诸多相似与重复现象而为传播和交流事实提供证据的“影响”概念。正是这四个概念，奠定了“中华法系”在不同语境中获得陈述和叙事的基础。法制现代化乃是三种历史叙事或明或暗的一致企求。中华法系研究的百年学术史，也是中国法律文明传统面对现代性挑战之个性彰显与精神突围的历史。法史学者在研究中华法系时所彰显的学术个性，很大程度上就成了时代精神的表达和象征。他们围绕中华法系之历史真实和未来怀想而建构的不同历史叙事，既呈现了法律秩序之现代转型的时代轨迹，也在显示中华法系现代命运的同时，表征了中国法制现代化历程的艰辛与曲折。

本文不拟探究法史学者研究中华法系的个性化思想追求与学术建构，而旨在通过区分并考察前后相继又彼此有别的三种历史叙事，整体性地揭示出法史学界对中华法系“历史命运”之学术判解的时代特征。在特定语境中开展的历史叙事，以及对中华法系之基本制度构架和核心价值取向的评判，各自呈现出鲜明的时代话语特色；而无论何种语境中的中华法系之历史叙事，实质上都是根据“现在”的伦理价值和法律技术标准，对“过去”之历史图景及其将来前途的描绘、重构与预见。即便是对“过去”法律秩序之构成元素的逻辑解析和“法制史”重组，也不意味着原教旨主义式地复归与固守“过去”，而是对建构现代法律文明秩序之可能性条件的历史追问和心智洞察。这其中，法律权威能否得以真正确立，是三种历史叙事给予人们破解晚清以降法制现代化难题最为重大的智识启迪。

〔1〕 参见〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，贵州人民出版社1992年版，第89页。

〔2〕 参见俞荣根等编著：《中国传统法学述论——基于国学视角》，北京大学出版社2005年版，第17页。

一、进化论语境下中华法系的否定性叙事

由穗积陈重发端的描述中华法系之历史叙事，深受当时盛行的“物竞天择、适者生存”的进化论话语模式影响，其否定性叙事特征异常鲜明而突出，与其说它是对中华法系知识的系统性陈述，毋宁说它是一种整体性的历史观照与价值评判。进化论话语模式下，建基于纲常伦理价值之上的中华法系，作为一种规范系统，既无力型构现代性社会生活秩序，也无法与欧洲法系接榫与相容，其命运只能是为通过移植而创立的崭新法律系统所替代。当时之学人之所以激烈抨击并全盘否定中华法系的价值观念和规范体制，根本目的在于呼唤现代法律权威意识，以获得突围传统、进行全方位变法革新的伦理信念和历史参照。

（一）对中华法系面临“解体”危机的揭示

留学英国伦敦大学和德国柏林大学的穗积陈重，深悟其师历史法学巨擘梅因思想的精髓。梅因的历史法学与萨维尼的历史法学已有重大不同。萨维尼强调特定民族法律制度的民俗起源及历史语境，他将所谓“民族精神”视为法律秩序得以创立、运行和生效的“自然”机制，试图从民族法律史中淬炼并提取体系化法典的诸元素；梅因则摒弃了萨维尼念兹在兹的“民族精神”之历史浪漫主义信仰，以其对诸多民族法律历史之比较研究的鲜明特色，使得源于德国的历史法学研究别开生面。1861年，梅因的经典作品《古代法》面世，其首要的智识推动力正是源自1859年出版的达尔文生物进化论巨著《物种起源》。他所谓的“法律历史”，已不再仅仅是供立法者为建构法律体系而提取逻辑元素的“历史素材”，而是通过比较，经验性地发现具有某种一致性方向的人类法律演化的过程。他认为，各民族的法律制度，“尽管其时空的距离足以排除外来启示的可能性，但所有制度的成长模式还是表现出统一性”。〔3〕具有深厚历史韵味且反映现代观念的法系论，在梅因的法律进化论中已是呼之欲出了。穗积陈重自谓“余盖五十年来常思法律进化论者”，〔4〕他构筑“法系”概念并阐明其法系论，可谓自觉地充分运用了梅因历史法学所储备的丰富理论资源，且成就了系统的法律进化论学说。

更为重要的催生穗积陈重法系论的力量，是其清醒的世界意识和强烈的民族危机意识。“法系”概念及法系论的提出是在1884年，这正是日本脱亚论甚嚣尘上的年代。福泽谕吉基于进化论的立场阐发了文明论，将人类文明划分为野蛮、半开化、文明三个必经阶段，据此而呼唤民族意识的觉醒，并明确提出日本应“以欧洲文明为目标”，实现民族精神的重塑。〔5〕穗积陈重的法系论与福泽谕吉的文明论在精神品质上如出一辙，都是基于民族危机意识而抱持人类文明进化的信念，断言“法律进化论者，法之时观也”，〔6〕二者在凸显法律的世界意识的同时，均将各大法系的自我生成与趋于固化的历史惰性，置于反思和批判的思维中心。优胜劣汰的法律进化论成为变法改制的精神动源，所谓“法律之进化，为社会力之自觉史”是也。〔7〕穗积陈重是日本近代民法学派的重要代表，由他系统性阐发的以“法律动学”为核心的法律

〔3〕 [爱尔兰] J. M. 凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，法律出版社2002年版，第311页以下。

〔4〕 [日] 穗积陈重：《法律进化论》，黄尊三等译，中国政法大学出版社1997年版，第1页。

〔5〕 参见 [日] 福泽谕吉：《文明论概略》，北京编译社译，商务印书馆1995年版，第9页以下。

〔6〕 前引〔4〕，穗积陈重书，自序。

〔7〕 同上书，第275页。

进化论,其要义有如威格摩尔所指出,在于视法系为“一个有血有肉的生命组织体”。〔8〕作为有机生命体,任何法系都必从生长到衰亡的生命历程,其生或死则由是否适合人类文明进化规律所决定,且无论其生或死都是整体性的。穗积陈重之所以配合脱亚论而主张日本融入欧洲法系,就因为他判定中华法系因其古老而丧失了生命活力,在各国相互竞争日趋激烈的现代世界格局中,正面临解体和死亡的严重危机。他基于日本法制现代化的目标而展开的中华法系之历史叙事,重在表达其进化论历史哲学的信念,而无意于考察法律历史的事实或梳理相关知识。

问题的关键在于,西方列强向东方世界的殖民扩张一发而不可收拾,这不单单是物质性的军事较量,更是一场精神性的文化比拼,用那时正兴盛繁衍的历史进化论语词来描述,是“野蛮”与“文明”、“落后”与“先进”、“保守”与“进步”、“传统”与“现代”的冲突和对抗。在对举的双方中,受殖民侵略的东方诸国被划归为前者,西方列强则属于后者,人类法律秩序演化的方向和道路则在于摆脱前者而归属于后者。如果说西方列强的殖民侵略是一种恶,这种恶所带来的挑战在很大程度上也是一种诱惑。它不仅促成了东方诸国民族意识的觉醒,而且促使其思考自己何以衰弱、列强何以强大。尽管东方诸国的民族意识自其觉醒伊始就内在地含有屈辱的成分,“向西方寻求真理”成为无奈和必须的选择,但自我救亡与雪耻的愿望也相应地与“世界性”意识勾连起来了,通过变法改制而融入现代法律文明秩序,成了民族精英们强烈的精神渴盼。这使得中华法系的历史叙事一开始就带有悲剧性色彩。在西方,法系论成为民族主权国家之现代法律与其法文化传统接续的证明,古老的罗马法系既是欧洲各民族主权国家法律的渊源,也是世界性的普遍法律原则之本源。在东方,法系论则成为证明其法文化传统整体性衰亡的基本理论,中华法系成了东亚各民族在走向现代世界历史舞台时,“应该”且“必须”抛弃的历史包袱。

(二) 对中华法系之“纲常名教”的检省与批判

尽管梁启超在1904年撰写《中国法理学发达史论》时才较早使用了“法系”概念,〔9〕而“中华法系”一词也并未进入晚清维新变法派人士的常用语词系统,但在他们共同采用的历史进化论话语模式中,无论对于中西方法律文明传统之精神异质性的判解,还是基于对中华法系作为传统之现实影响的深切感受,而强调通过移植现代西方法制以创立新的法律秩序,都与日本明治维新时代思想界的认知与企求高度一致。只不过,他们在心理情感上比穗积陈重更复杂得多,他们关于中华法系的否定性叙事,远比穗积陈重更为深刻地触及了中国传统法律文明秩序之核心价值观念与普遍性原则。

在鸦片战争中,西方殖民侵略所使用的坚船利炮,的确给依旧生存于传统农业文明秩序中的国人带来了强烈的心灵震撼。从龚自珍、魏源到洋务派再到早期改良派的所有有识之士,围绕着如何有效抵御外来侵略而展开过富有成效的思考与探索,提出了引进和学习西方近代自然科学、工艺技术及经济制度的战略性措施,并部分地付诸了实践,甚至也在政治法律制度方面提出了一些改革意见。但是,他们把这一切主要归结为“器”“用”层面的效仿与变革,至于“道”“体”,也即以“纲常名教”为核心的传统价值观念和基本原则,则被视为不可动摇且

〔8〕 [美] 约翰·H. 威格摩尔:《世界法系概览》,何勤华等译,上海人民出版社2004年版,第953页。

〔9〕 参见梁启超:《中国法理学发达史论》,载范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2000年版,第69页。

必须予以维护和持守的政治伦理根基。

维新变法运动的惊世骇俗之处，正在于对中华法系之“道”“体”的深刻检讨。康有为在其《实理公法全书》的开篇提纲挈领地写道：“凡天下之大，不外义理、制度两端。义理者何？曰实理，曰公理，曰私理是也。制度者何？曰公法，曰比例之公法、私法是也。实理明则公法定，间有不能定者，则以有益于人道者断，然二者均合众人之见定之。”作为富含现代科学精神和人文意义的话语表达，“实理”相当于欧氏几何学的“公理”，是人类政治、法律、道德诸多规范结构和制度体系得以创立的最高价值本源；“公法”类似于欧氏几何学的“定理”，其从“实理”逻辑地推演而来，是确保“实理”得以贯彻的各项基本原则；“比例”乃是运用“实理”“公法”系统，分析、比较世界各种政治、法律、道德诸多规范结构和制度体系，进而作出合乎人类历史进化趋势的优劣评判与去留取舍。与稷积陈重创发的法系论相比照，康有为所谓“实理”“公法”“比例”，分别对应于法律价值观、法律原则与法律规范。四条“实理”可谓典型的自然人性论，^[10]它们基于高度肯定人的自然情欲及其追求满足自然情欲的合理性，而要求尊重并弘扬人的主观能动性和创造性精神。据“实理”而推导出来的“公法”即是“人有自立之权”，个体维护其“自立之权”就是维护做人的资格。人与人之间的关系，理应是建立于“自立之权”基础上的平等关系，法律秩序的创设当然不应与此原则相背离。^[11]这无疑是对中华法系所持守的纲常名教之核心价值 and 原则的直接否定。

否定中华法系的核心价值和原则，乃是晚清维新变法派人士最基本的共识。谭嗣同疾呼国人“冲决网罗”，所谓“网罗”正是中华法系所维护的“纲常名教”，其要害则在于极力抑制个性的君主专制：“二千年来君臣一伦，尤为黑暗否塞，无复人理，沿及今兹，方愈剧矣。”^[12]专制政治仰仗着三纲五常的伦理价值支撑，既控制着人的外在行为，又钳制着人的内在心灵世界，极端蔑视人的感性存在。在这种内与外的双重禁锢之下，“中国之五伦……貌合神离，强遏自然之天乐，尽失自主之权利”，^[13]而“独夫民贼，固甚乐三纲之名，一切刑律制度皆依此为率，取便己故也”。^[14]严复针对韩愈在其《原道》一文中提出的中华法系之道统说，尖锐地指出其弊在于“知有一人，而不知有亿兆也”，且明确地以现代民权观对抗“收人人自主之权，而归诸一人”的君权思想。^[15]在严复看来，作为“泰西为治之通义”，个性的存在与自由发展才是国家救亡图强的基本前提；^[16]而“夫自由一言，真中国历古圣贤之所深畏，而从未尝立以为教者也”。^[17]梁启超同样深知传统的纲常名教对国人的影响之大，曾表明自己极力倡导自由民权的根本目的正在于，“使之得全其为人之资格而已，质而论之，即不受三纲之压制而已，不受古人之束缚而已”。^[18]他基于区分“仁”与“义”这两个儒家思想的核心

[10] 这四条“实理”是：“人各合天地原质以为人”；“人各具一魂，故有知识，所谓智也。然灵魂之性，各个不同”；“人之始生，便具爱恶二质。及其长也，与人相接时，发其爱质，则必有益于人。发其恶质，则必有害于人”；“人之始生，有信而无诈，诈由习染而有”。参见康有为：《实理公法全书》，载姜义华等编：《康有为全集》第1集，上海古籍出版社1987年版，第279页。

[11] 参见上引康有为文，第279页以下。

[12] 谭嗣同：《仁学》，载蔡尚思等编：《谭嗣同全集》，中华书局1998年版，第337页。

[13] 谭嗣同：《报贝元征》，载上引蔡尚思等编书，第198页。

[14] 前引[12]，谭嗣同文，第349页。

[15] 严复：《辟韩》，载王栻主编：《严复集》第1册，中华书局1986年版，第34页。

[16] 严复：《主客平议》，载上引王栻主编书，第117页以下。

[17] 严复：《论世变之亟》，载上引王栻主编书，第3页。

[18] 梁启超：《致康有为书》，载丁文江、赵丰田：《梁启超年谱长编》，上海人民出版社1983年版，第236页。

范畴,敏锐地发现传统儒学所强调的“爱人”,虽不是对他人自由权利的侵犯,却是对自身自由权利的放弃。^[19]

他们放眼世界而检省中华法系,思想的矛头均指向“纲常名教”这一法文化传统的精神内核,迫切希望中华法系能够破除传统藩篱而融入现代法律文明秩序。康有为指出,“今吾中国之法,非经义之旧矣。在大地上为五十余国之一,非复大一统之治矣”,“守旧则辱,变法则强,辱与强,当国者奚取焉?”^[20]他与穗积陈重一样,心怀严峻的民族危机意识,主张仿行西方现代法律体系,全面变革传统旧法,重建符合时代要求和世界主潮的新的法律体系,因为“人有自主之权,又有互制之法,泰西之良法哉”。^[21]正是为了仿效“泰西之良法”,昭示使法律作为权威得以真正确立的现代价值系统,谭嗣同呼吁国人冲破中华法系之纲常名教的网罗,严复提倡“各得自由,而以他人之自由为域”,^[22]梁启超强调“国家譬犹树也,权利思想譬犹根也”。^[23]

(三) 整体性变革中华法系的必然性与艰巨性

清末维新变法论强调的是,整体性地变革中华法系沿袭已久的制度体系,进而创立符合世界主潮的新的法律秩序。此乃时势使然。自鸦片战争后的《南京条约》开始,在西方列强强加给清朝的一系列不平等条约中,有一项重要内容是领事裁判权,意即侨民在中国犯了罪或成为民事诉讼的被告时,只受其本国的领事或由其本国所设立的法庭依照本国法律审判,而不受中国法律管辖、裁判和制裁。西方列强的理由是中国法律太残酷野蛮,他们许诺一旦中国“整顿律例”,“与各国改同一律”,便放弃其领事裁判权。对此,康有为指出,“外人来者,自治其民,不与我平等之权利,实为非常之国耻”;^[24]“吾国法律,与万国异,故治外法权,不能收复。且吾旧律,民法与刑法不分,商律与海律未备,尤非所以与万国交通也”。^[25]他因此主张尽快参酌罗马法及英、美、德、法、日诸国法律,“重定施行”。^[26]更为重要的是,他希望通过变革旧法和创立新法,为维新变法运动提供权威性和合法性依据。无论为了收回治外法权,还是为了寻求维新变法的保障和支持,都必须从根本上否定传统法律体系,如杨鸿烈所说:“自清朝道光时鸦片战争以来,英美各国在华的领事裁判权确立,于是中国法系的本身就发生空前所未有的打击!”^[27]

被维新变法派视为“真理”而共同采行的历史进化论认知模式,既为他们开示了变革传统法律秩序的方向,也使其坚信雪耻而自强的正确道路,不是固守自己的传统,而是勇敢地变法、改制与全方位的自我革新。康有为通过托古改制式的历史叙事,将春秋公羊学的“三世”说与《礼记》中的“小康”“大同”说关联起来,提出并阐明了自己的“三世”历史进化论,描绘了由低级到高级不断进化发展的三种社会形态,以及与之相应的三种政制秩序:“或民主,或君主,皆因民情所推戴,而为天命所归依,不能强也。乱世,升平世,太平世皆有时命

[19] 参见梁启超:《新民说》,中州古籍出版社1998年版,第88页以下。

[20] 康有为:《日本书目志》,载姜义华编:《康有为全集》第3集,上海古籍出版社1992年版,第812页以下。

[21] 同上文,第781页。

[22] 严复:《天演论》,载王栻主编:《严复集》第5册,中华书局1986年版,第1393页。

[23] 前引[19],梁启超书,第96页。

[24] 康有为:《上清帝第六书》,载汤志钧编:《康有为政论集》上册,中华书局1981年版,第214页以下。

[25] 康有为:《请开制度局议行新政折》,载上引汤志钧编书,第352页。

[26] 前引[24],康有为文,第215页。

[27] 杨鸿烈:《中国法律思想史》下册,商务印书馆1936年版,第300页。

机遇，不能强致。……即如今大地中三法并存，大约据乱世尚君主，升平世尚君民共主，太平世尚民主矣。”〔28〕他实际上是把当时世界上并存的三种政制，即君主专制、君主立宪、民主制，看作人类政治文明进化的三级阶梯。在康有为看来，高级取代低级的秩序演化是不可阻挡的历史必然，他借助并阐发孔子的“微言大义”，将近代民主、立宪、议院、选举、独立、自由、平等一系列新观念、新思想、新制度和盘托出，进而提出了包括政治、法律、经济、军事、文化教育以及社会风俗习惯在内的全方位的维新变法主张。诚如列文森所论断：“康有为不是作为古代真理的重新发现者，而是作为打破传统观念之禁锢的思想自由的英雄，被人们奉为中国之马丁·路德的。”〔29〕

维新变法派所阐扬的个体自主性权利观念，与中华法系建基其上并竭力维护的纲常名教直接对立，否定纲常名教就必定要否定围绕夫权、父权和君权而建构起来的规范体系与制度秩序。晚清的遭遇是先前任何一个朝代所不曾有过的，它所面临的的确是亘古未有之巨变，全方位整体性地变法改制，虽可被阻却和拖延，但终究难以避免。变法改制是在中西文化价值理念交会、冲突的背景下展开的，“中华帝国的转型不再会是以往历史上曾有过的改朝换代，而是国家形态的重新建构”，即“朝代国家转变为民族国家”。〔30〕这意味着中华法系不再可能通过自身内部调整而得以延续，它将伴随着帝制的顽抗和完结而被新的法系所取而代之。

穗积陈重所谓的英国法系和罗马法系，带给日本变法改制的主要是“脱亚”的现实目标与前景，而他的法系论的知识构造，也主要基于对西方法理学与民法学的精深了悟和研究，与隶属于中华法系的日本法文化传统几乎无关。在法律进化论语境中，曾经成功地移植中华法系的事实，不难被阐释为日本善于学习“先进”而改进自身的历史与理论根据。从心理情感角度看，明治维新时代的日本学者对其自身法律文化传统可谓羞愧与骄傲并存：羞愧源于自身的无创造性，在明治维新之前，中华法系是其模仿和效法的榜样，颇具成效的明治维新又是以欧洲法系为师；骄傲则是因为自身具有开放性和主动学习他者的精神品质。

晚清维新变法派主要通过日本间接了解西方现代政治法律文明，他们基于日本明治维新的成功而鼓动清廷全面变法改制，收获的却是百日维新的惨败。法系论带给清末维新变法的，远不只是法律实践的方向与希望。“中华法系”表征的是中华文明自身的文化生命形态，“西学东渐”在价值观念和普遍性原则这个文化内核方面，给中国人造成的心灵震撼远比日本人强烈得多，由此衍生出来的重建中国法律文化系统的新方向与新规范，其落地生根充满异乎寻常的艰辛。“这需要一个由怀疑到肯定，由拒斥到吸收，由被迫回应到自觉重建的艰难过程，其间既有因顽固势力的食古不化所带来的守旧与开新的对立和冲突，也有因文化传统的本能拒斥而导致的人们理智与情感的两难困境。”〔31〕不过，穗积陈重提出并阐明的法系论，确认了中华法系为世界五大法系之一，中华法系也被公认为东亚诸国法律秩序建构的基本渊源。中国学者虽不像西方学界那样在接受法系论的同时，通过罗马法系而发现了本国法律传统的“连续”与“进步”，但他们也很快接受了法系论话语，并借由对“中华法系”的认识，对自身的法律文明传统之精神有了自觉意识。伴随着民族意识的觉醒，法系论话语内在具有的比较法意识与思维方式，有效地激发了人们建构中华法系知识谱系的高昂热情。

〔28〕 康有为：《孟子微》，中华书局1987年版，第104页。

〔29〕 [美] 列文森：《儒教中国及其现代命运》，郑大华、任菁译，中国社会科学出版社2000年版，第70页。

〔30〕 刘小枫：《现代性社会理论绪论》，上海三联书店1998年版，第205页。

〔31〕 赵明：《康有为与中国法文化的近代化》，《现代法学》1996年第5期，第21页。

二、民族论语境下中华法系的肯定性叙事

中华法系之古典秩序在进化论语境中遭受了否定，但中华法系之历史文化意义在民族主义话语模式中得到了表达和强调。无论1901年慈禧诏谕的清末修律运动，还是自20世纪20年代开始的中华法系之历史叙事，都在充分展现中国现代法学之价值焦虑和精神不安的同时，尽力将现代知识人的时代使命感与源于传统的民族精神情感相融合。法史学者坚信，如果传统不再昭示未来，一个民族的精神就将徘徊于黑暗之中，甚至不再有未来的希望。因此，他们致力于建构一个所谓真实的中国法律历史系统，以揭示其法律秩序的精神连续性和制度演进的因果性机制，并试图通过唤醒伦理道德的传统信念而使中华法系获得自我开新的精神力量。

（一）清末修律对中华法系的智识抉择

现代法学的“中国传统”开篇之时，正是西方自然法传统呈现颓势而法律实证主义处于兴盛之际。与此相应，梁启超整理并发掘“中国法理学发达史”，象征着中华法系之历史叙事不再受制于进化论话语模式，而代之以具有实证主义特征的史学考辨与重述。这与兴起于20世纪初的“整理国故”运动相吻合，其重心不在比较诸法系，而在建构中华法系本身之历史演化的知识系统，以此表明现代中国法学具有自我建构理论体系的历史前提和正当性伦理基础。

在历史进化论语境中，维新变法派对中华法系之古典秩序及其义理的阐释，不过为了托古改制，以追求法律文化传统脱胎换骨的新生态。百日维新之后担负修律重任的沈家本、伍廷芳，因具备现代法律思想素养，而深知建基于个体权利本位之上的现代法律体系，不仅对“亲亲尊尊”的传统宗法伦常秩序构成冲击，而且与家长式君权独断的“政统”水火不容，这就要求他们成为极高超的法律实证主义技术专家。譬如，沈家本的《历代刑法考》就试图通过传统技术性语词的现代转义，而从内部激活律典的意义世界，以表达并证明当下修律的政治意义与道德价值。他们那时通过法律移植所作出的任何法律技术上的变动，都容易让人敏感到精神文化价值的变迁以及政治体制的变革。当时的修律也确实是推进晚清政治变革的一个重要手段，它并不意味着现代法律生活方式的即刻开启。尽管在技术规程上，通过改制和法律移植而逐步推出了现代意义上的法典，有了现代意义上的法律规则体系，甚至有了现代意义上的司法系统，但人们对传统法律文化资源的民族情感诉求也越来越急迫而强烈，致使中国现代法学知识谱系和法律制度体系的构造，都陷入某种尴尬而无奈的境地。其后的民国年间，在清末修律基础上制颁的《六法全书》，在形式上标志着现代法律规则系统规模已成。但是，当时牵动整个社会意识和认知心理的，并不仅仅是从事实证研究的所谓部门法学，而仍然主要是关于“中华法系”知识谱系的构造，及其历史叙事中强烈涌动着的“复兴中华法系”的民族情绪。

清末修律贯彻的是“中西汇通”原则：“我法之不善者当去之，当去而不去，是之为悖。彼法之善者当取之，当取而不取，是之为愚。夫必熟审乎政教风俗之故，而又能通乎法理之原，虚其心，达其聪，损益而会通焉，庶不为悖且愚乎。”^[32] 沈家本关于中国历代刑罚的系统考证，除了必须考虑现实政治情势，以便修律得以进行外，更主要的目的在于，探寻和发掘传统与现代、东方与西方法律文明相互沟通的路径。在他看来：“夫吾国旧学，自成法系，精微之处，仁至义尽，新学要旨，已在包涵之内，乌可弃髦等视，不复研求。新学往往从旧学推

[32] 沈家本：《寄谿文存》，商务印书馆2015年版，第206页。

演而出，事变愈多，法理愈密，然大要总不外‘情理’二字。无论旧学、新学，不能舍情理而别为法也，所贵融会而贯通之。”〔33〕

就修订大清刑律的宗旨而言，沈家本的主张与维新变法派是一致的，即“期于通行中外，法权渐可挽回”，“变法自强，实基于此”。〔34〕但是，沈氏不再囿于进化论立场及其话语模式，而是试图在法律移植中兼容民族法文化传统与精神，他与维新变法派之差异，如同德国以萨维尼为代表的历史法学派之异于英国以梅因为代表的“古代法”研究，后者视法律传统为瞭望文明进程的窗口，前者则基于对“民族精神”的尊重，运用法律科学的逻辑实证主义方法，从罗马法规范体系中淬取有助于现实社会生活秩序建构的基本素材。萨维尼的历史法学尽管关注的是德国的现实问题，但其阐发的基本原理可适用于解释其他民族的制度变迁，因而鼓舞了欧洲诸多国家的法律史研究。沈家本参酌中西作出的刑罚史考证，同样开了中国法律史学的先河。诚如杨鸿烈所说：“沈氏是深入了解中国法系且明白欧美、日本法律的一个近代大法官，中国法系全在他手里承先启后，并且又是媒介东方西方几大法系成为眷属的一个冰人。”〔35〕

（二）中华法系“史述”中民族性特征的凸显

世界上没有尽善尽美的法律，进化论话语为人们通过法律移植而突围自身传统提供了长久持续的动力，但成功的创法改制又无法离开民族情感的道德支撑。民族论话语并不与进化论话语相对抗，它立足于对法律生活秩序之现实状况的关注，视法律为民族情感和文化精神有机发展的历史现象，并认为法律发展的每个历史阶段都具有需要且值得法律科学慎重对待和研究的丰富矿藏。对于世界上的任何法系而言，根据其是否“长久适用”未必能推衍其现代价值，但不科学地探究其“长久适用”的原因，则根本无法进行有意义的价值审查。有如威格摩尔所说：“任何一项法律制度都是在具体种族或国家特殊的社会、政治背景下产生的，如果不在这种特殊的社会、政治背景之下，按照法系演变的时间阶段顺序对整个法系进行整体、综合研究，我们就不可能真正完全理解这一法系。”〔36〕正是基于此，中国法律史学者承继沈家本而系统地建构起了中华法系之知识谱系。自20世纪20年代至20世纪40年代，中华法系研究已是声势浩大且成绩斐然，其从时间界限、阶段划分、内容沿革、基本精神、空间范围以及世界地位诸方面，型构了三足鼎立的“中国法律史”、“中国法律思想史”和“中国法律域外影响史”，牢固地建立起了影响深远的表达与阐释中华法系的经典叙事模式。〔37〕这一叙事模式的最大特点在于，极其鲜明地凸显了中华法系的民族性特征。

如果说任何法系的民族性特征都是在一定时空中形成的，“我们中国的法律自然也是中国民族固有的产物”，〔38〕它必定意味着自身内在的文化精神的涵养，意味着这种内在精神的自我变迁与延续，它也将最终凝练、积淀为独特的法律文化谱系。用陈顾远的话说，“中国固有法系为世界最古法系之一，在世界各大法系之林中，具有其灿烂光明卓尔不群之风格，独树一帜

〔33〕 前引〔32〕，沈家本书，第210页。

〔34〕 同上书，第5页。

〔35〕 杨鸿烈：《中国法律发达史》，中国政法大学出版社2009年版，第492页。

〔36〕 前引〔8〕，威格摩尔书，第952页以下。

〔37〕 代表作有程树德于1925年出版的《九朝律考》、杨鸿烈于1930—1937年间出版的《中国法律发达史》《中国法律思想史》《中国法律对东亚诸国之影响》、陈顾远于1934年出版的《中国法制史》等；居正还于1935年倡导成立了“中华法学会”，不定期出版以“恢复中国本位新法系”为宗旨的《中华法学杂志》，此乃发表研究中华法系之学术论文的重要刊物。

〔38〕 前引〔35〕，杨鸿烈书，第1页。

帜，与众不同”。^[39]之所以与众不同，是因为中华法系的民族性特征犹如盐之于水的关系，全面而深刻地渗透在中华法系的法律历史、精神和传统之中，“数千年来支配全人类最大多数，与道德相混自成一独立系统且其影响于其他东亚诸国”；中华法系因此“必不至蒙天演而归淘汰”，其“法律与道德接近”，很可能是对人类法律文明作出的一大贡献，而“实有注意之价值”。^[40]

尽管“今古律之存者，皆自唐以下”，^[41]但法史学通过对各类史料的甄别与梳理，还是能够就中华法系的法律史作出较为详尽而系统的叙事，并断定，至少自秦以降，历代王朝致力于律令典章的制定，而逐渐形成了“律系”或“律统”。如果将“礼制”视为中国固有的重要的法律样式和形态，中华法系的历史还可追溯至西周早期的“制礼作乐”；如果认为西周早期的“制礼作乐”是对夏商“典刑”的人本主义改造和系统性提升，中华法系的历史就更为悠久了。由于家国一体的宗法伦理政治自夏至清几无改变，历代立法都是在继承、吸收的基础上进行改造与创新，使得中华法系的整体制度架构越来越完善而稳固；西晋出现的泰始律令，表明“中古时代法典大备的开始”，^[42]且直接影响隋唐，与唐代律令法典体系一起流播海外，成为法律地理空间扩展和定型的标志，进而发展为名副其实的“天下之法”。中华法系“实有其广收博取之功，并非偶然所致”，^[43]乃至“中国法律绵延四千年才不至中断”，在世界五大法系中“能独立自成一个系统”。^[44]

中华法系因其独特的精神气质与价值内核，融合道德观念、伦理规范与法律制度为一体，的确可以“礼法传统”或“礼法之治”相标称。然而，“世人对于中华法系之认识每多误解”，“且仅知其偏，不知其全，错觉陋识，自亦因此而出，如谓中华法系民事、刑事不分，如谓中华法系道德、法律混淆，皆是”。^[45]“诸法合体、民刑不分”的判定，的确是支撑进化论语境下中华法系之否定性叙事的重要理据。为辨正这一严重误解，陈顾远从政治制度、狱讼制度和经济制度三方面梳理并重述了中华法系的制度史；^[46]杨鸿烈则运用纵向断代与横向分类相结合的方法，搭建起了自己重述中华法系的制度史框架，既突破了程树德《九朝律考》的传统体例，也丰富了陈顾远重述的法制内容。他在通过纵向断代展示自殷周至清代之制度沿革的同时，还通过横向分类详述了法典、法院编制、诉讼法、刑法总则、刑法分则、军法、民法的规范结构和内涵。^[47]

自穗积陈重提出并阐明法系论伊始，中华法系“是否存在民法”就是一个重大问题，且一直影响着中国学界对中华法系“历史真相”的判解与知识建构。陈顾远、杨鸿烈等法史学家，比照欧陆法系之法律体系重述的“制度史”，也未必能厘清和解决这一问题。在他们的历史叙事里，“家族”、“阶级”和“儒家化”三者，在历史悠久、结构完备、内涵丰满的制度史大厦中占据着核心位置，他们也以此阐释中华法系区别于其他法系的民族精神和制度特征。而在瞿同祖的历史社会学规范化叙述中，“法律承认贵族、官吏、平民和贱民的不同身份。法

[39] 陈顾远：《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》，中国政法大学出版社2006年版，第66页。

[40] 参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，中国政法大学出版社1999年版，第11页，第539页以下。

[41] 程树德：《九朝律考》，中华书局1963年版，第1页。

[42] 前引[35]，杨鸿烈书，第142页。

[43] 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿》，生活·读书·新知三联书店2009年版，第126页。

[44] 前引[35]，杨鸿烈书，第1页。

[45] 前引[39]，陈顾远书，第540页。

[46] 参见陈顾远：《中国法制史》，中国书店1988年影印版，第139页以下。

[47] 参见前引[35]，杨鸿烈书，第4页以下。

律不仅明文规定生活方式因社会和法律身分不同而有差异，更重要的是不同身分的人在法律上的待遇不同”，这“代表法律和道德、伦理所共同维护的社会制度和价值观念，亦即古人所谓纲常名教”。身份等级和法律特权规定作为儒家化礼法传统的核心内容，^[48]与体现平等主体之意思自治的民法精神有着本质性差异。

上述瞿同祖的规范化叙述与阐释表明，陈顾远、杨鸿烈等法史学家关于中华法系之“民法史”的叙事，确乎可谓典型的现代法律话语建构。尽管其与历史存在的法律秩序本身并不甚吻合，却表明他们对现代法律秩序演进方向是十分敏感的，因此试图矫正进化论历史叙事所勾画的中华法系之最初形象，并开释出中华法系对现代法律文明秩序的肯定性价值和意义。“中国传统文化，简言之，系以人类幸福为领域，以伦理道德为基础，重视个人对社会之义务，轻视个人对事物之权利。盖古人所谓治国平天下者，虽所指之天下非属今日之全球人类，而其努力之方向则为此也。并从人类本性上重视人伦之序，道德之行，以推己及人为念，以尽己救世为旨，以及所谓亲亲之义、中庸之德、忠恕之道是也。故其所影响于固有法系下之法制者亦在此焉。”^[49]就制度秩序的整体性价值评判而言，这的确给予人们检视建基于原子式个人主义的民法系统以重要参照。

（三）中华法系历史连续性与断裂性难题的处理

“比较”意味着划界与融通，意味着断裂与连续，意味着在彰显个性的前提下寻求共性。法系论因其内在具有的比较法视野，使得人们对中华法系之历史的意义阐释和价值评估必定超越民族性，而具有世界性和当代性内涵。事实上，通过法律史、法律思想史、域外影响史，无论法史学者如何成功地建构了博大而深邃的中华法系的知识谱系，都不过是历史叙事中的辉煌；直面中华法系“解体”的现实，中华法系的历史连续性与断裂性问题，就成了法史学甚至现代中国法学无法回避的思想主题。

早在清末修律之时，中华法系之历史连续性与断裂性就已经是无法绕开的难题了。当时所谓法理派与礼教派的争论，焦点就在于是否应突破等级身份制的礼教传统，构造一个体现权利主体自由与平等原则的现代法律体系。法理派反对“无夫奸”和“子孙违反教令”两种行为入刑，既体现了“法律与道德相分离”的法律实证主义思想方式，也体现了尊重个体独立人格的自然法学思想路径。突破中华法系的等级身份制藩篱，迎接“权利”时代的到来，成了中国现代法学发端的思想动源和理论标志。

就其连续性而言，中华法系经法律儒家化、法律与礼教相融合，的确自成一独立系统。它“表面上是明刑弼教，骨子里则是以礼入法”，解决了“怎样使同一性的法律成为有差别性的法律的问题”。^[50]正因为如此，肇始于罗马法系的公法与私法之划分，在表征礼法之治传统的中华法系中几无萌生的可能。礼与法（刑）二者，虽然都是关涉人们外在行为的规范体系，但并不意味着私法与公法之判分。“礼治与刑治之相互为用”，^[51]其根本意图在于凝聚和表达共同的治理理念。帝国法制体系留给人们日常生活以广阔的“自治”空间，从国家立法意志的角度讲，不能称之为“民法”，因为它属于“礼制”的范畴，而建基于家庭（族）集合意义之上的“礼制”，不以创立体现个体权利和意思自治原则的民事法律关系为目的，而以等级

[48] 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第326页以下。

[49] 前引〔39〕，陈顾远书，第66页以下。

[50] 前引〔48〕，瞿同祖书，第329页。

[51] 陈顾远：《中国法制史概要》，商务印书馆2011年版，第329页以下。

性社会秩序的建立与维护为核心使命。“礼刑合一”导致“君君、臣臣、父父、子子”的等级秩序，在帝国政治社会中不仅得以延续，且通过纲常名教，进一步演变为君对臣、夫对妻、父对子的绝对支配性权力关系，并以此为基础建立起了上下有等、长幼有序、尊卑有别的社会秩序之稳固结构。

“刑制”与“礼制”二者，尽管都要求“本于人性，出于人情，守亲亲之义，尚中庸之德，达忠恕之道”，^[52]但终究因与现代平等人格之精神存在着难以化解的矛盾和冲突，在现代法制体系中都面临“失效”的问题，也即表征对于理解“中国文化有直接的意义”的礼法传统之中华法系，^[53]必定面临“断裂性”的现代命运。这恰如杨鸿烈所说，自鸦片战争以来，“欧美学说大量输入，如‘保障人权’和‘权利’‘义务’的思想深入中国青年脑里，于是对过去那样‘礼’‘法’分不清的法律或政治的制度自然深为不满；何况自与欧美通商，沿江海一带的工商业团体应时兴起，社会经济逐渐发达，旧日比较简单落后的法制实在不足应付新环境”，其结果“是发现本国旧有法律的缺憾，而想借欧美各国的法系加以补救改正，于是法律的思想乃起一大变化”。^[54]

法史学者虽然借助包括“礼典”“律典”“书判”“书契”“族规”“乡约”在内的各类丰富史料，致力于总体性揭示并系统性描述中国人法律生活历史的真实面相，提出并阐释了蕴藏于法律历史之中的作为传统的精神特质和民族性特征，但又不可能不受自己置身其间的时代价值趋向的影响。他们通过具有连续性、因果性和目的论特征的系列概念建构起的中华法系之话语体系，实际上仍然融贯了进化论话语中法律秩序现代化转型的理智观照和精神焦虑。譬如，杨鸿烈诊断中华法系，“因地势和历史的关系，没有与自己文化相等或文化比较优越国家来交换影响，就不能不几千年来都离群索处，惟以同化邻近西北东北的野蛮游牧民族为最大能事”，且“各种制度学术，只能希望其不为外来的野蛮民族所摧毁消灭就于愿已足，而进步缓慢”，乃至“到了清代中叶，就呈现出动摇倾覆的预兆”。^[55]他对中华法系“终结”之势的清醒判断与情感伤痛跃然字间。

在民族论语境下展开的中华法系之历史叙事，将本属现代意义的法制纳入中华法系的谱系之中，而呈现传统与现代的连续性。杨鸿烈的《中国法律发达史》，把中国法制的历史划分为三个时期，即“胚胎时期”“成长时期”“欧美法系侵入时期”。对规范技术层面上的“断裂”这一事实，他是承认的，其所建构的“连续性”的法制史叙事，意在通过“现代法制”而阐明传统的意义，期望唤醒人们对于传统的意义自觉，因为如果丧失了基于传统的民族主体性，现代法律秩序的创立是不可能获得成功的。与此相关，法史学者试图通过对中华法系之结构性要素的重新编码，以揭示其历史真实和民族性特征；在强调民族精神和文化传统之重要性的同时，最大程度地呈现出中华法系与欧洲法系在制度要素和规范构成上的相似性，进而论证中华法系与现代法律秩序的相容性。尤其像陈顾远那样，通过发掘和阐释传统伦理文化的人文精神，反衬欧洲法系在文化精神上的“缺陷”，将呈现中华法系“断裂性”的现代性法制变革的意义降低到最小程度。^[56]他们视自己的法律史叙事为一种具有现实性的实践力量，既有益于

[52] 前引[39]，陈顾远书，第63页。

[53] 参见江山：《历史文化中的法学》，法律出版社2003年版，第57页。

[54] 前引[27]，杨鸿烈书，第300页以下。

[55] 前引[35]，杨鸿烈书，第490页。

[56] 参见前引[39]，陈顾远书，第49页以下。

民族伦理主体精神的培育，也有助于现实生活中法律秩序的构建与维护。

不过，民族论语境下的中华法系之历史叙事，尽管极大地调动了民族文化自尊的情感与信念，强调了民族性伦理精神之赓续的重要性，但难以否认的事实是，中华法系在具体的法律规范和制度层面，确乎丧失了型构现代生活秩序的能力和权威性。

三、法治论语境下中华法系的反思性叙事

1979年中国法学界开展的“法治与人治问题”大讨论，^[57]不仅再度激发起法史学者研究中华法系的热情，促成了20世纪80年代以来持续至今的中华法系研究的复盛期，而且将当代中华法系研究置于法治论语境之中，使得中华法系的历史叙事聚焦于两大主题：一是围绕传统政治法律文化是否构成现代法治追求之障碍的问题进行的历史考察；二是基于传统法律文化之创造性转化的立场，探寻法治文明秩序建构的本土资源。前者集中体现为对中华法系之“治乱之道”的审视与反思，后者集中体现为对中华法系“良法善治”之理念和智慧的阐发与评论。究其根本，两者均指向法律权威这一型构现代文明秩序的精神内核。

（一）对中华法系“治乱之道”的审视与反思

历经百年的中华法系之历史叙事总与法治话语休戚相关。法治及其相对的人治，作为法学话语，始于梁启超“救时”的“法治主义”：“逮于今日，万国比邻，物竞逾剧，非于内部有整齐严肃之治，万不能壹其力以对外。法治主义，为今日救时唯一之主义”；“自今以往，实我国法系一大革新之时代也”，而“法律者，非创造的而发达的也。固不可不采人之长以补我之短，又不可不深察吾国民之心理，而惟适是求”。^[58]无论“救时唯一之主义”，还是“我国法系一大革新”，抑或“深察吾国民之心理”，都是基于人类文明进化论的信念，对法律作为型构现代社会生活秩序之至上权威的强烈呼吁。这同样为在民族论语境中明确提出“重建中国法系”的居正所强调，他将梁启超的呼吁落实为“重建中国法系”的第一条具体措施，即“由过去的礼治进入现代的法治”，认为“我们须知礼治在过去曾经完成它在历史上的使命，我们不能够凭二十世纪的眼光来抨击它的不合理，但是如果到现在还以为礼治与法治应该合二为一，甚至以法律为表示礼治之用，那却断断不可”。^[59]

当代法史学者关于中华法系的历史叙事，就其学术意图而言，与20世纪40年代前的民族论话语是一脉相承的，即为促进中华民族之伟大复兴而重塑中华法系，有如张晋藩所说，“传统文化的继承是民族复兴的重要组成部分”，“中国传统法律文化的传承与改造就成为中华民族文化复兴的重要支点，而传统法律文化的再生集中体现在重塑中华法系上”。^[60]尽管复盛期的中华法系研究承继了“中国法制史”“中国法律思想史”的理论框架和叙事模式，但在法

[57] 1979年初，在全国法学规划会议的推动之下，中国法学界开展了关于法治和人治的大讨论。《法学研究》专门开设了“关于法治与人治的讨论专栏”，为这场讨论提供了阵地。1980年初，中国社会科学院法学研究所举办了全国第一个“人治与法治”专题讨论会，会议吸引了400多名专家参加。这次讨论会的论文，由群众出版社于1980年公开出版，取名《法治与人治问题讨论集》。

[58] 前引[9]，梁启超文，第71页。

[59] 参见居正：《为什么要重建中国法系》，载罗福惠等编：《居正文集》下册，华中师范大学出版社1989年版，第497页以下。

[60] 参见张晋藩：《重塑中华法系与中华民族的伟大复兴》，载赵相林主编：《政法评论》2001年卷，中国政法大学出版社2001年版，第1页以下。

治论语境中具体开展的话语建构,则特别凸显了法律本身在中华法系中是否具有权威地位的问题。“我国是经历了二千多年封建专制主义长期统治的国家。专制主义的一个特点,是统治者个人具有绝对权威……而十分轻视树立法律和制度的极大权威。”〔61〕俞荣根在系统阐明儒家法思想与中华法系之内在关联的基础之上指出,“伦理至上”居于传统心理文化结构的核心地位,“血亲情感以追求宗法伦理价值上的善为目标;义务本位实质上是伦理本位,因为这些义务的内容不是家族主义的孝悌伦理,便是由孝悌推行出去的忠信之类伦理;关于权威主义,传统法文化心理曾企图以‘圣王’的伦理道德型权威来改变赤裸裸的政治力量型权威”。〔62〕

在中华法系固有的语言系统中,“治”与“乱”相对举,所谓“天下之生久矣,一治一乱”。〔63〕尽管决定先秦诸子思想主题的,正是“天下”之治乱兴衰,但只有以“法律权威”为灵魂的法治话语,才从根本上洞穿了中华法系“治乱之道”的密码与症结所在。人类法治话语始于古希腊思想家,同样聚焦于“治乱之道”的柏拉图,无论在《理想国》中探究的“哲学王”,还是在《法律篇》中提出的“以法律为治”,所推崇的始终都是立法者的理智态度和法律的理性精神。亚里士多德则以“自然”为起点开始其政治学研究。〔64〕对于他通过经验性地考察希腊城邦诸多政体及其演变而获得的发现,当代中国法史学者尤有切肤之感:“法治的优越性在于:法是经众人审慎考虑后制定的,同个人或少数人的意见相比,具有更多的正确性;法无感情,不会偏私,具有公正性;法不会说话,不能象人那样信口开河,今天这样讲,明天那样讲,具有稳定性;法是通过规范形式、特别是借助文字形式表达,具有明确性。”〔65〕古希腊哲人坚信,“法律为治”才是理性的、正义的权威统治。中华法系的“治乱之道”,则寄望于“圣王”或“君子”的“德行”。尽管诸子百家直面“礼崩乐坏”而“务为治”,但他们不仅未能自觉建立起“逻各斯(话语)”与“治道”之间的智识性关联,而且一致性地否认“语言”的秩序功能。道家倡导“绝圣弃智”,主张“处无为之事,行不言之教”,反对语言的自我追问,认为“道可道,非常道;名可名,非常名”;〔66〕法家倡导“力”的哲学,其“刑名法术”实以君主之“势”为尊;儒家倡导“克己复礼为仁”,认为“巧言佞色鲜矣仁”,须“听其言而观其行”,〔67〕强调“修身”而尤重“德行”。与古希腊“正义”话语的“逻辑本能”相对照,先秦诸子的治道话语体现了鲜明的“伦理本能”,致使言“治”异乎寻常地肃穆而严厉。即便“圣人”“圣王”“君子”“大人”们具有言“治”的资格,其“言”也多是诗性化的,无意于语言本身的逻辑规定性与确定性问题,而“在君主的权力并不受法律制约,而法律也不曾成为权力基础的情形下,强调君主道德风范的学说自然很容易为人所接受”。〔68〕

法治论话语清晰地凸显了中华法系与王权专制之内在关联。亚里士多德依据经验历史的“一人政治”(王权),抽离出“法治”之逻辑要素,否定了王权作为型构公共生活秩序之权威力量的可能。〔69〕历史上的中华法系则视王权为经验生活秩序的至上权威,正如张晋藩所论

〔61〕李步云等:《论以法治国》,载《法治与人治问题讨论集》,群众出版社1980年版,第43页以下。

〔62〕俞荣根:《儒家法思想通论》,广西人民出版社1998年版,第23页。

〔63〕杨伯峻:《孟子译注》,中华书局1960年版,第154页。

〔64〕〔古希腊〕亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1983年版,第43页。

〔65〕谷春德等:《论人治和法治》,载前引〔61〕,《法治与人治问题讨论集》,第100页。

〔66〕朱谦之:《老子校释》,中华书局1984年版,第3页以下。

〔67〕杨伯峻:《论语译注》,中华书局1980年版,第3页以下。

〔68〕梁治平:《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,上海人民出版社1991年版,第59页。

〔69〕参见前引〔64〕,亚里士多德书,第154页以下。

断的那样，“无论中国奴隶制还是封建制国家，都采取以王或皇帝为主宰的专制主义政体。君王的意志是法律的基本渊源。君主发布的诏、令、诰、谕、敕是具有最高效力的法律形式，也是指挥国家活动和司法实践的最有权威的根据”，〔70〕其“治乱之道”在根本上取决于“王道”“君心”的推行和落实，无论在价值目标的设定上，还是规范和制度体系的构造，都始终以王权为中心。俞荣根对此从思想史角度高度概括道：“孔子主张‘礼乐征伐自天子出’。墨子认为天子的职责是‘一同天下之义’。商鞅、韩非都强调君主应当‘独视’、‘独听’、‘独断’、‘独行’、‘独治’。先秦诸子百家都是赞成王权主义、君主至上的……汉代开始，儒法合流，君主主义的理论又得到了封建君主制的支持而不断发展，形成了纲常名教。理想主义的儒家思想家们曾极力论证：只有道德高尚的‘圣人’才能代天牧民，制法行罚，实行‘王道’政治。”〔71〕

“王道”政治不可能诉诸法律权威。在亚里士多德的法治话语中，没有公民，就没有城邦，这意味着切断公共政治生活与自然血缘伦常的关联，家庭的扩展产生不了政治生活世界，城邦公共生活秩序由代表理性的法律所规定和构造。尽管法律本身面临着变革，但变革的动力源自其自身理性化程度的减弱或提升，法律因此成为透视政治伦理之品质的窗口。“城邦本来是一种社会组织，若干公民集合在一个政治团体以内，就成为一个城邦，那么，倘使这里的政治制度发生了变化，已经转变为另一品种的制度，这个城邦也就不再是同一城邦。”〔72〕而历史上的中华法系从未孕育公民观念，只有臣民概念。臣民又叫子民，标示着君臣身份之等级关系，君对应于父，臣对应于子。基于自然血缘的宗法人伦关系乃是政治社会结构的原初型态，国是家的扩大，家国一体。“中国古代的统治者和为他们服务的思想家，从实践中深知‘天下之本在国，国之本在家’，因而竭力宣扬‘家齐而后国治’。中国奴隶制的法律便已确认家长拥有统治族属成员的无上权力，所谓‘天无二日，国无二君，家无二尊’。进入封建社会以后，儒家的纲常伦理思想发展成一套完整的三纲五常学说，并通过国家法律的形式，确认和维护封建四权——政权、族权、神权、夫权的统治。”〔73〕而君权的正当性又不源于宗法人伦体系，君权神授，君权的转移并非因为法律自身的变革；君主始终在法律之外，法律乃是君主治理臣民的“刑赏二柄”，绝非型构社会生活秩序的权威本身。

（二）对中华法系“良法善治”的阐发与评论

法治论语境中的历史叙事表明，中华法系之“良法善治”与亚里士多德奠基的法治话语之间，既有相似之意，也有相异之处。“相似”在于二者都强调“法律及其执行不能背离社会道德”“法律必须与道德相向而行”；〔74〕“相异”在于尽管二者都关涉法律之道德性，即法律之正义性问题，却有着不同的意蕴。

古希腊、罗马时代的公民概念主要强调自由人的法律身份。公民纯粹为了公共生活的至善目的而超越私的生活，参与城邦政治生活乃是其生命的荣耀。对于公民资格的法律规定相当严格，政治权利和荣誉的分配是与公民资格相匹配的，讲究的是公共生活世界的正义精神，也即超越生物性意义的人之作为公民的品德。培育公民品德的最好教材，就是作为权威本身的法

〔70〕 张晋藩：《中华法系特点探源》，《法学研究》1980年第4期，第48页。

〔71〕 前引〔62〕，俞荣根书，第14页。

〔72〕 前引〔64〕，亚里士多德书，第115页以下。

〔73〕 前引〔70〕，张晋藩文，第49页。

〔74〕 俞荣根：《超越儒法之争——礼法传统中的现代法治价值》，《法治研究》2018年第5期，第3页以下。

律。^[75]中华法系之“良法善治”，其核心内涵则在于德主刑辅和明刑弼教，从思想渊源上说，是“兼采儒墨法诸家之说而贯通之”，^[76]尤其是儒法论争而合流的结果；从立法创制角度言，是“制礼以崇敬”与“作刑以明威”兼顾，而定型于“礼刑合一”的制度架构；从法律适用的司法实践来看，是“仁恩以为情性，礼义以为纲纪，养化以为本，明刑以为助”，^[77]追求情、理、法相互融通的和谐之境。俞荣根将其条分缕析为六个面向：“以礼法为良法善治之‘治法’，以中道为良法善治之治道，以君子为良法善治之‘治人’，以德政为良法善治之治政，以乡治为良法善治之基础，以刑罚为良法善治之‘利剑’。这一治国方略之统称，可谓之‘礼法之治’。”^[78]尽管“礼法之治”中的“礼法”可被视为体系化的“礼乐政刑”之缩名，“不是‘礼’和‘法’，或‘礼’加‘法’，也不是指‘纳礼入法’，或‘礼法融合’。‘礼法’是一个双音节词汇，一个名词，一个法学上的法概念，一个法哲学上的范畴”，^[79]但它恰如梁治平所指出的那样，中华法系通过“道德的法律化”和“法律的道德化”，而将法律与道德“完全地融铸于一了”。^[80]这就从根本上排除了能使法律自身保持一致性的普遍的理性精神和原则，排除了法律隔离源于情欲和情感意志之人为干扰的自足性与独立性的可能，其结果就是“前主所是著为律，后主所是疏为令”，^[81]君主“垂法而治”“以法为治”，君权本身却超越于“法”之上。俞荣根因此而断定，无论奉天敬德、亲亲尊尊、事亲忠君的立法，还是经义决狱、原心论罪、亲亲相隐的司法，中华法系的“良法善治”体现的都是“血缘伦理正义论”；^[82]人们对于法律的服从不是基于内心对法律本身的信服，而是基于上下有等、长幼有序、尊卑有别的绝对支配性权力关系的身份认同。

在法治语境中展开的中华法系之“良法善治”的探究，尤其凸显了“治”所具有的源于自然血缘的伦理身份蕴涵。在很大程度上，正是围绕“法制”与“法治”两个概念所展开的论争，推动着中国现代法学的演进，实现了从“法制”到“法治”的话语转换，标志着中国现代法学的成熟。^[83]其根本理由在于，传统政治法律文化虽有发达的法制，法律却无由确立自身的权威地位；法治意味着对作为平等主体的公民自由与权利价值的追求与确认，这恰恰是传统政治法律文化所严重缺失的东西。中华法系的各类“法制”，其“制”既有裁断、制止、控制、规定、制订等动词含义，也有制度、法式、样式、帝王的命令、礼仪规矩等名词含义。就型构社会生活秩序之功能而论，“制”意味着通过礼、刑、律、令、格、式、敕、科、比、例等诸多法律形式，^[84]控制、制约、调整人们的行为，经人们的服从与遵守，而获致社会基本秩序的建立和维护。如此法制，世界各大法系皆有其史可述，且不考虑所谓良法或者恶法的价值评价问题。然而，法治有着与法制根本不同的精神品质，它不仅仅指向关涉秩序的立

[75] 参见[美]斯蒂芬·B.史密斯：《黑格尔的自由主义批判》，杨陈译，华东师范大学出版社2020年版，第57页；[美]阿伦特：《过去与未来之间》，王寅丽、张立立译，译林出版社2011年版，第99页。

[76] 前引[9]，梁启超文，第77页。

[77] 邱汉平：《历代刑法志》，群众出版社1988年版，第1页，第225页。

[78] 俞荣根：《礼法之治：传统良法善治方略钩沉》，《法治现代化研究》2017年第5期，第1页。

[79] 俞荣根、秦涛：《律令体制抑或礼法体制？——重新认识中国古代法》，《法律科学》2018年第2期，第21页。

[80] 前引[68]，梁治平书，第260页。

[81] 班固：《汉书》，中华书局2005年版，第2017页。

[82] 参见俞荣根：《儒学正义论与中华法系》，《法治研究》2014年第1期，第4页。

[83] 参见郭道晖、李步云、郝铁川主编：《中国当代法学争鸣实录》，湖南人民出版社1998年版，第565页以下。

[84] 参见杨一凡：《中华法系研究中的一个重大误区——“诸法合体、民刑不分”说质疑》，《中国社会科学》2002年第6期，第80页以下。

法活动和典章制度，更意味着对法制作价值判断；它既是一种制度秩序，同时还表征着人们对某种理想、某种价值目标的追求，如体现正义的自由、平等、人权等价值。纵观人类历史，不是任何一种法律和法律制度都能朝着自由和人权的价值目标趋进，也不是任何一种法律和法律制度模式都能实现这种价值目标。人们通常所谓的法治，作为一种治国方略，它当然离不开法制；与法治相对举的，显然不是法制，而是人治。据此而检视中华法系，它因具备体系严密而完整的法制，而与法治存有相似性，它也因将法律建立在纲常名教之伦理价值基础之上，导致法律体系欠缺自身独立与自足的能力。

对中华法系“治乱之道”和“良法善治”的反思性叙事，旨在服务于现代法治秩序之民族主体性精神的历史建构，其在“强调现实的日常生活世界和具体的生活场景对于中国法治的基础与本源意义”的同时，也必定通过重述法文化传统，以发掘并阐释法治文明秩序之本土资源。“中国法治的基本向度必须是也必然是现实的中国人自己。”^[85]作为现代法学重要概念的法治，自其被引入中华法系之历史叙事开始，就意味着对传统专制政治的检讨和批判，意味着诉求蕴含正义品质的法律自身之权威地位的确立；而离开民族文化精神传统的辅助与支撑，法律又难以获得型构现实生活秩序的权威地位。尽管中华法系“随着法制的近代转型而终结”，^[86]其所蕴含的伦理价值理念仍然鲜活地存在于国人的心理情感和生活世界之中。因此，现代中国法治既要“认真对待权利”，也要“认真对待传统”，重塑“现实性与历史性相结合、世界性与民族性相统一的中华法系”，乃是一个关涉法治中国建设的重大课题。^[87]譬如，基于自然秩序观的“顺天则时”的立法技术与司法规程，融合法律、道德、礼仪、习俗为一体的家法族规，综合考量人伦亲情、法律规范、乡规民约的宗族调解与乡里调解，这诸多“历史的传统既不可能简单地抛弃，也无法回避了事，唯有勇敢地正视它，深刻地认识它，才能有效地改造它，以推动社会发展”。^[88]尤其是蕴含在亲属容隐、存留养亲、原心论罪、罪刑法定与非法定、息讼止争及无讼诸原则与理念中的“和”的终极价值关怀，“不仅显示了人类对自身、自然和人与自然关系的理解，也代表着人类对至善至美的体验程度和能力”，其作为“人世生活与人间秩序的理想状态的合理预设”，对公平、正义、秩序、效率的现代法治价值理念有着巨大的涵养功能。^[89]认真对待作为传统的中华法系，绝不是“发思古之幽情”式地咏叹已经过去了的秩序，而是通过深度勘察并整体性地反思传统，获取创设新制度文明的历史智慧和力量。民族性的生活方式和伦理情感，既可以作为历史叙事中的知识性内容，也可以成为现代法治秩序的意义呈现方式。

结 语

中华法系研究的百年学术史，实质上是一部追求法治文明的中国现代精神史。进化论语境中的中华法系之历史叙事，发出的是摧枯拉朽式的反传统的声音，虽匆忙、偏激而半生不熟，却振聋发聩、撼人心魄。否定旧秩序不意味着立即就能获得新秩序，但其锐意创新的勇气难能

[85] 参见姚建宗：《法治的生态环境》，山东人民出版社2003年版，第39页。

[86] 张晋藩：《人本主义——中华法系特点之一》，《河北法学》2005年第9期，第86页。

[87] 参见张晋藩：《重塑中华法系的几点思考》，《南京大学法律评论》1999年春季号，第70页。

[88] 参见刘广安：《中华法系的再认识》，法律出版社2002年版，第18页以下。

[89] 参见潘丽萍：《中华法系的和谐理念》，法律出版社2006年版，第7页以下。

可贵。民族论语境中的中华法系之历史叙事，展现了中国法律文化传统的博大精深和独特个性，其传递给人们的悠久而厚重的历史感，在激发并增进中华民族文化自信心的同时，也有助于涵养创造性地转化法律文化传统所必备的沉稳而从容的理智态度与智识能力。肯定民族伦理精神不意味着必须重返旧秩序，却是对德性生活与生存力量的有力召唤。法治论语境中的中华法系之历史叙事，接纳了理性地审视和评判古典文明秩序的标准和尺度，其所推进的现代汉语言法学知识谱系的建构，既意味着现代法律价值启蒙，也意味着整体性的法律技术革新。构筑现代民族国家的法治话语，将此双重使命尤为耀眼地凸显出来了。融合法律的世界意识与民族精神为一体，可谓现代中国法学的理想主义，它呼唤着新中华文化的诞生，因而必定一再重新揭示现代与传统之间不可摧毁的深刻关联。

就中华法系本身而言，它作为规范体系、制度体系与意义体系的合一体，展现为身份等级秩序的血缘宗法文明型态，体现、塑造并不断地强化着中华民族的文化心理结构，以“三纲五常”为核心的伦理价值最终内化为人们的“家—国—天下”情怀。当其与现代法治文明相遇时，伦理价值冲突不可避免，整体性的制度变革势在必行。中华法系朝向现代法治文明的转化，也不仅仅意味着古典语词被现代法言法语所替代，不仅仅意味着法律规范及其结构技术化的调整与修补，而是从根本上意味着文化价值系统和法律制度体系的重建，意味着政治伦理实体的重建，也即现代公民意识与民族国家意识的培育和塑造，意味着“家—国—天下”秩序观的本质性改变。总之，这一切都意味着涵摄生活世界、规范世界与意义世界的新文明秩序的创立。

作为传统，中华法系留给我们的，是伟大而不朽的纪念碑，它凝聚着先辈探索、试验、抉择法律生活秩序的经验与智慧。传统是先辈创造的结果，也是后辈继续创造的起点。就法律规范和制度体系的具体内容而言，其本就呈现为不断变革的历史。传统给予我们的正是开拓新的法律生活世界的强大信念，它召唤我们以自己时代的精神气质和价值选择去衡量、评估历史。传统是既定的，却能为我们提供许许多多潜在的可能性，它期待着我们对它的发声，期待着我们对它的创造性转化。在此意义上可以说，本文所述中华法系的三种历史叙事，无论否定性叙事，还是肯定性叙事，抑或反思性叙事，都是对中国传统法律秩序之现代际遇的理性审思和命运承负，是对中华民族习惯性法律思维和观念意识的自我调整与革新，是对法律传统融入现代文明之文化期待的心理情感表达和伦理价值回应。法史学者所谓“重塑”或“复兴”中华法系，并非重返传统的法律秩序，他们在不同语境中展开的历史叙事，虽然彼此有别，却都是真诚地呼唤现代生活秩序的话语建构，正所谓“周虽旧邦，其命维新”。

任何时代人们的公共生活秩序都需要权威。伽达默尔把权威理解为人的理性行动本身，“权威不是现成被给予的，而是要我们去争取和必须去争取的，如果我们想要求权威的话。权威依赖于承认，因而依赖于一种理性本身的行动，理性知觉到它自己的局限性，因而承认他人具有更好的见解。权威的这种正确被理解的意义与盲目的服从命令毫无关联。而且权威根本就与服从毫无直接关系，而是与认可有关系”。^[90] 历经百年的中华法系之历史叙事，究其根本，正在于对型构“现代中国”之权威的理性认知，进化论、民族论和法治论语境中的中华法系研究，都指向法律作为至上权威之地位的确立。只不过，认知通过比较得以开展。特定语境中

[90] [德] 汉斯—格奥尔格·伽达默尔：《诠释学 I：真理与方法——哲学诠释学的基本特征》，洪汉鼎译，商务印书馆 2007 年版，第 380 页。

的历史叙事，尽管都要求理论认识的逻辑连贯性，但各自通过比较而对相似性与差异性的呈现和强调则有所不同。

如果说“话语只是被言词符号所表象的表象本身”，^[91]那么学者们在特定语境中对中华法系的知识建构、解释、理解和评价，都只是提供接近其隐秘历史的不同路径，并不意味着求真意志的正确或错误、先进或落后。现代法治文明是不同话语模式共同的精神目标和价值追求，正是法治理念和法制现代化诉求，开启了中华法系之历史叙事本身。法治话语在书写中华法系“历史”的百年进程中，也获得了自身的传播与证明。随着人们对法律作为型构现代生活秩序的权威力量之信念的增强，法治话语也获得了表达现代生活真理观的权威性。因此，法治话语不是仅为现代中国人抽象设计的生活理想，而是通过对法律文化历史与传统的体察和省思，从内部激活人们创造崭新生活世界的热情和能力。中华法系在丧失自身对于现代生活秩序建构与维护的话语权力之际，因其自身的辩证法以及当代法治中国的建造，赢得了凤凰涅槃般的尊严。

Abstract: Looking back on the development of modern Chinese legal science in the past century, the historical narrative of Chinese legal tradition has mainly been carried out in three contexts, i. e., evolution, ethno-nationalism, and the rule of law, and legal historians in different contexts have constructed different historical truths of the tradition in comparison with its counterparts. In the context of evolution, the Chinese legal tradition is old and backward, and has thus lost the vitality of being able to construct the real-life order. As a result, it needs to be criticized and negated in its entirety in order for China to enter into an advanced legal civilization. The construction of the Chinese legal tradition in the ethno-nationalistic context is unique for being systemic, continuous and ethno-nationalistic, the review and re-statement of which will not only help strengthen national cultural self-confidence, but also constitute an important spiritual prerequisite for the construction of the “New Chinese Legal Tradition”. And the Chinese legal tradition as presented in the rule of law context manifests consanguinity-based ethical identity connotations of “fighting chaos” and “good law and just governance”, revealing the impossibility for law in pre-modern societies to obtain an authoritative position in shaping and maintaining social order. The modernization of legal system has been the shared goal of all the historical narratives as constructed in these different contexts, and the century-old academic history of the Chinese legal tradition has essentially been a spiritual history of pursuing the rule of law civilization in modern China.

Key Words: Chinese legal tradition, modernisation of the legal system, the rule of law, legal discourse

[91] [法] 福柯：《词与物：人文科学的考古学》，莫伟民译，上海三联书店2016年版，第85页。