

论百年法史学中的“法”

秦 涛

(西南政法大学,重庆 401120)

摘 要:“法”是什么?这是中国法律史学的元问题。法律史学诞生一百余年来,“法制史”的语词外壳未变,但“法制”的内涵却先后发生五次变化。清末“法”是脱胎于传统政书的“法制—刑律”结构,在法系移植过程中呈现出“制度—法律”结构的过渡色彩。20 世纪 30 年代以后,随着法律民族主义的展开、社会法学的兴起,法制观变为“国家法规—社会制度”结构。中华人民共和国成立初期,社会主义法制观呈现为“国家制度—法律制度”结构。改革开放以来,法律史学与政治史学形成明确的学科区分,法制观随之转变为“法律制度”的单核结构。近年来,学界不满足于局限在“法律制度”视域内的法制观,进行了更加多样化、更符合中国古代法实际的学术新探索。

关键词:法;法制;法制史;法律史

中图分类号:DF09 文献标志码:A

DOI:10.3969/j.issn.1001-2397.2025.06.12 开放科学(资源服务)标识码(OSID):



目 次

- 一、前现代:中国传统法制的门类及其损益
- 二、20 世纪初:从“法制—刑律”到“制度—法律”
- 三、20 世纪上半叶:“社会”进入法律史的视野
- 四、中华人民共和国成立之后:从“国家与法权”到“法律制度”
- 五、结语

收稿日期:2025-10-08

作者简介:秦涛(1985—),男,江苏常州人,西南政法大学行政法学院讲师,法学博士。

“法”是什么?这是中国法律史学的元问题。^①当开眼看世界的清朝人惊叹于域外的“法律之治”,调转眼光试图在中国本土寻找“法”及其历史之时,法律史学就诞生了。近百年来,法律史学的种种重大争论,诸如中国古代是法治/人治、中国古代罪刑法定/非法定、中国古代司法与行政不分/区分、中国古代诸法合体/分体、中国古代有/无民法、中国古代有/无法学……都是这个元问题的次生问题。元问题的思考路径,规定了次生问题的答案范围。元问题如果没有确凿的回答,对次生问题的讨论必将因失去锚点而嘤嘤不休。

困难的是,中国古代的“法”并非坚确不移的物理存在,而是近百年来人们基于各自时代的现实关怀,在外部法学资源的映照之下,对中国传统典籍的相关记载进行再表述的文化产物。现实关怀、异域资源均随时空变换而流动不居,二者掩映之下的“中国古代的‘法’”这一概念便如水中月,不过是周遭环境映射出的光影效果罢了。百余年来中国学界在表述“中国古代法”的历史时,对这一元问题罕有理论的自觉。造成的结果是,自20世纪初第一部《中国法制史》刊行以来,法律史学的研究对象及其内涵、外延一直在随时代的变化而潜移默运。晚清民国时期,“法制史”内涵已历经早期演变;中华人民共和国成立后,学科发展在新的历史背景下持续推进,至2019年新编《中国法制史》(第2版)出版并沿用至今,“法制史”的名称虽未改变,其内涵却已历经20世纪上半叶和下半叶的阶段性演进,前后共呈现一波五折的嬗变,深刻折射出不同历史阶段的人们对“‘法’是什么”这一问题的差异化认知。本文将先讨论中国古代人对“法制”的自我表述,再以此为起点,考察“法”之词义的百年五变。

一、前现代:中国传统法制的门类及其损益

尝试回答“历史上的‘法’是什么”这一问题,是法律史学的开端。我们的考察不妨从此开始。

清末颁行的新学制,给“法制史”界定的范围相当广泛。1903年《奏定大学堂章程》云:“考史事者,分考治乱、考法制两门。考治乱,若《通鉴》及各种纪事本末之类;考法制,若《通典》《通考》及历代会要之类。”^②可见时人认为,全部历史大体分为“治乱史”(大致相当于今所谓“政治史”)和“法制史”,而“法制”主要记载于传统所谓“九通”“会要”这类政书之中。实际上,《奏定大学堂章程》将“治乱”“法制”二分的做法,沿袭自宋末马端临的《文献通考》。《通考·自序》认为:以司马迁《史记》为代表的正史,“纪传以述理乱兴衰,八书(引按:“书”即后所谓“志”)以述典章经制”;司马光撰《通鉴》详于理乱兴衰,故马氏撰《文献通考》以述典章经制。由序意可知,“志者宪章之所系”,历代正史的“志”也是“法制”的重要文献载体。^③

易言之,在清末范式转换之前,中国传统法制固有其自我表述,集中地保存在正史的志书、史部

^① 日本法史名家滋贺秀三、西英昭认为:“对‘法是什么’不做直接或间接回答,那也非法制史。”([日]冈本隆司、吉泽诚一郎编:《近代中国研究入门》,袁广泉、袁广伟译,当代世界出版社2022年版,第49页;另参见赵晶:《三尺春秋:法史述绎集》,中国政法大学出版社2019年版,第258页)笔者完全赞同这一判断。可以说,法律史学就是在思考“中国历史上的‘法’是什么”的那一刻诞生的。

^② 舒新城编:《中国近代教育史资料》(中册),人民教育出版社1961年版,第584页。

^③ 马端临:《文献通考》(第1册),中华书局2011年版,“自序”第1-3页。

的政书会要之中。正史诸志的名目、政书会要的类别,大体就是中国传统内部眼界所见的“法制”门类。以下便选取汉代的《汉书》十志、唐代的《通典》、宋代的《文献通考》,以及清末第一种法制史教科书《中国古今法制表》为例,考察传统法制的门类及其变迁。其中,《通典》分类简明,制度门类排序的逻辑性较强,故以之为正序。

表 1 中国传统法制门类损益表

汉志	通典	通考	法制表	
4. 食货	1. 食货	1. 田赋	1. 田赋	
		2. 钱币	2. 钱币	
		3. 户口	3. 户口	
		4. 职役	4. 职役	
		5. 征榷	5. 征榷	
		6. 市籴	6. 市籴	
		7. 土贡	7. 土贡	
		8. 国用	8. 国用	
百官公卿表①	2. 选举	9. 选举	9. 选举	
		10. 学校	10. 学校	
	3. 职官	11. 职官	11. 职官	
5. 郊祀 2. 礼乐 1. 律历	4. 礼	12. 郊祀	12. 礼制	
		13. 宗庙		
		14. 王礼		
	5. 乐	15. 乐	13. 乐制	
3. 刑法	6. 兵	16. 兵	14. 兵制	
	7. 刑	17. 刑	15. 刑法	
8. 地理;9. 沟洫	8. 州郡	23. 舆地		
	9. 边防	24. 四裔		
10. 艺文		18. 经籍		16. 封建
帝纪、宗王传②		19. 帝系		
		20. 封建		
		21. 象纬		
6. 天文		22. 物异		
7. 五行				

从表中可以看出两点：
第一,即便中国传统内部,“法制”的范围也非一成不变。《汉书》连篇累牍的律历、天文、五行诸

① 《汉书·百官公卿表》记录了当时的官制。后世正史一般设《百官志》容纳职官制度。
② 《汉书》以本纪述帝系,以宗王传述封建。这一做法得到后世正史的延续。

志,均不再被《通典》目为“经国礼法程制”。^①侯旭东认为:《通典》以降的制度内涵“较之汉代今文经学家的看法精简了许多,正朔、律历、服色、徽号之类很少再纳入视野,占据核心的是涉及‘国政朝章’的部分。这种变化背后是天人感应观念的逐渐淡出。”^②汉、唐之间如此,其他代际当然也有类似的因革损益。

第二,制度门类虽然有增有减,制度样式却完全可以互相通约。例如《汉志》《通典》所谓“食货”,被《文献通考》区分为田赋、钱币以下八个不同的细目。选拔人才的“选举”制度,至宋代书院大兴之后,又可以区分出培养人才的“学校”制度。又如地方制度,或名“州郡”“边防”,或名“舆地”“四裔”,名称虽变,其实一也。这就是孔子所谓“虽百世,损益可知”。这与近代以降法律移植的过程中,新旧法律体系之间一时难以兼容的情状,形成了鲜明对比。以下用一个示意图来说明。

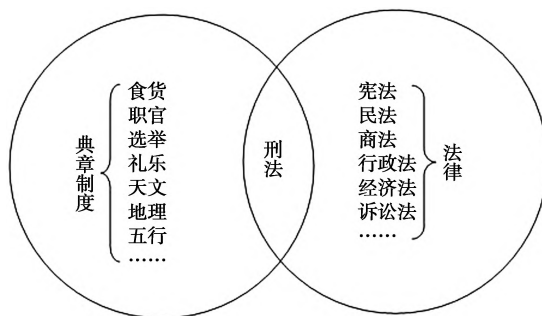


图1 古今“法制”范围示意图

两套制度体系各有其门类,门类之间无法不加改造地互相转换。当我们把“食货”理解为民法、商法或经济法,把“职官”比附为行政法,总感觉方凿圆枘,有不甚妥帖之处。梁治平先生指出,最早撰写法律史的梁启超“从一种普遍主义的立场出发”,将传统史料“剪裁、安排在一套现代社会理论和法律理论框架之中”时,^③也深感“其比附本不能十分正确,因彼我异形,有非可拟伦者也”。^④

不过也有例外——“刑法”似乎是两套制度体系唯一的公约数。中国古代有没有“民法”“宪法”“经济法”等,学界均曾有过争议,唯独“中国古代有没有刑法”似乎均无异辞。现在就以“刑法”为例,举重以明轻,阐明中西法律体系之异质。

“刑法”在中国传统制度门类之中,是“典章制度”的下位概念,与之并列的是食货、职官、选举、礼乐等,或天文、地理、五行、律历等,而现代的“刑法”属于“法律”的一员,与之并列的概念是宪法、民法、行政法、诉讼法等。来自两个体系的“刑法”除了中文名称完全吻合之外,内涵、外延真的会榫卯相合、分毫不差吗?这个问题值得深思。清末梁启超承用日本学者浅井虎夫的观点,认为中国古代刑法与行政法特别发达。^⑤中国古代法律“重刑轻民”可谓近代以来的通说。可是以中国古代人的内部眼界来看,却并非如此。《四库提要》说:“刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚。”——刑法是一个盛世种种制度门类中不可或缺的一环,但绝不应该发达,刑法发达是衰世、末世的表征。换言之,

① 李翰《通典序》云:“事非经国礼法程制,亦所不录,弃无益也。”

② 侯旭东:《什么是日常统治史》,生活·读书·新知三联书店2020年版,第189页。此处需要说明,《文献通考》的撰述目的是“集著述之大成”,与《通典》的实用目的不同,又宋代以降有制度复古的追求,故时代虽后,却将以上汉代制度的门类一并收纳。

③ 梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,载《中国文化》2002年第Z1期,第157页。

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2004年版,第175页。

⑤ 参见梁启超:《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2004年版,第174-177页。

四库馆臣显然会认为“康乾盛世”的刑法并不发达。《四库提要》的“政书类·法令之属”(此“法令”与“刑法”同义)仅收《唐律疏议》《大清律例》二种,可谓惨淡之极。^①再看《文献通考》,煌煌三百四十八卷,“刑”仅十二卷,只占总篇幅的3.4%。在《通考》《提要》编纂者眼中,中国古代的刑法绝不发达。

乾隆朝的四库馆臣与光绪朝的梁启超,相去仅一百余年,双方看到的中国古代法律典籍是一样的,为什么对“刑法”的判断有如此大的差异?原因在于“刑法”的概念不同。梁启超看到的是西方的、现代的与“民法”并置的“刑法”,所以得出了“重刑轻民”的结论;而马端临与四库馆臣看到的则是本土的、传统的与“礼法”对言的“刑法”,自然会认为“礼重刑轻”。^②

“刑法”尚且貌合神离,其他制度门类之互不通约,不待烦言而解。中国法律的近代化正是要将图一左半球的典章制度体系,转换为右半球的法律体系。孔子曾说:西周之后的制度变化,“虽百世可知也”。三十年是为一世,百世就是三千年。随着“三千年未有之大变局”的来临,制度的变化终于进入了即便孔子也不可预知的时刻。

二、20 世纪初:从“法制—刑律”到“制度—法律”

(一)“法制—刑律”结构的法制观

近代以来,中国人发现西方先进的秘诀在其制度,而西方制度一言以蔽之曰“法律”。他们准备将中国传统的法制,改造成西方式的法律。可是西方“法律”在中国的对应物是什么?他们找到的“法”各不相同。先举梁启超、蒋楷为例。

1906 年,梁启超发表《论中国成文法编制之沿革得失》,^③以“惯习—惯习法—成文法—法典”的法律进化谱系回视旧法,看到了从《法经》至《大清律例》《大清会典》这类“国家制定的成文法典”。以今天观点看,他对“法律”的理解似乎过于狭隘。1909 年,蒋楷在青岛特别高等学堂讲授“中律”,内容是《圣训疏》《经义表》《历代律目沿革》,也就是清朝列祖列宗的模范诏谕、先秦的儒家经典、秦汉以降的律令。^④以今天观点看,前两种似不应属于“法律”范围。^⑤在“法律”的词义尚未凝固的情况下,当时对“法是什么”这一问题的回答,可谓“那时没有王,各人任意而行”。

但相对的“王”也是有的,那就是官方表述。1902 年,清政府颁布《钦定学堂章程》(壬寅学制)。高等学堂的课程设置分中、西两套学问体系。中学部分以经、史、子、集四部之学为类,其中“典章制度”隶属于史学。西学下的政治科则分为政治学、法律学二目,分别括注为“行政法”“刑法总论分论”。这个时期,“典章制度”与“法律学”仍分属中西,泾渭分明。到了 1903 年实际颁布施行的《奏

① 参见永瑤等撰:《四库全书总目》,中华书局 1965 年版,第 711—712 页。

② 正文采取的是取巧的论证方式。就概念内涵而言,中国古代的“刑法”意义偏重于“法度”“秩序”而非“惩罚”,其义远较英文直译为“犯罪法”的“刑法”为广。偏重“法度”义与偏重“惩罚”义的“刑”字,在《说文解字》中分在“并”“刀”两个部首。参见王沛:《“刑”字古义辨正》,载王沛:《刑书与术——一种大变局下的早期中国法》,法律出版社 2018 年版,第 133—152 页。

③ 《梁启超法学文集》将该文隶于 1904 年,学界多沿其说。但程燎原据《梁启超年谱长编》引梁氏书信证明《中国法理学发达史论》一文当撰于 1906 年,其说甚确。参见程燎原:《中国近代“法理学”、“法律哲学”名词考述》,载《现代法学》2008 年第 2 期,第 146 页。按《论中国成文法编制之沿革得失》“自叙”云:“本论原为拙著《中国法理学发达史论》之附录”,则著作年代也应移置于 1906 年为宜。

④ 参见蒋楷:《经义亭疑》,国家图书馆藏 1911 年济南刊本,原书无页码。

⑤ 但在帝制中国,祖制、经义无疑是两种律令之上的高级法。蒋楷选讲祖制、经义、律令三种“中律”,意味深长。

定学堂章程》，中西之学开始交融。其中经学、文学、政法三科的公共课“中国历代法制考”，要求以时人汤寿潜编纂的《三通考辑要》、日本的《中国法制史》为临时教材，又特别说明所谓“法制”即《通典》《通考》及历代《会要》之类。政法科下分政治门、法律门，其中法律门的专修课有“中国历代刑律考”，教材部分要求“取《汉律辑本》《唐律疏义》《明律》及各史《刑法志》撮要自行编纂”。^①

简言之，清代官方对中国传统法制的自我表述是“法制—刑律”结构。在这个结构中，“法制”是大类，等同于前文所谓“典章经制”（可简称“制度”），囊括中国传统制度的所有门类，如食货、选举、职官、礼乐等等，当然也包括刑律；“刑律”是小类，等同于“刑法”，特指国家制定的刑事成文法。前者（法制）的主要文献载体是中国古代政书如“三通”（《通典》《通志》《文献通考》）、会要，后者（刑律）的主要文献载体是历代《刑法志》与律典。（参见图2）

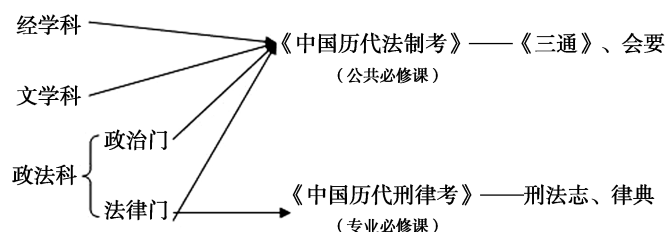


图2 清末法制史类课程开设示意图

要进一步理解清末“法制”的含义，可对三种早期的法制史教科书（汤寿潜《三通考辑要》、徐荣《中国古今法制表》、徐德源《中国历代法制考》）作个案分析。

1899年，汤寿潜编纂的《三通考辑要》梓行，自序谓旨在“宪古证今，咸务实用，人人能《春秋》决狱”。1903年《奏定大学堂章程》首设“中国古今历代法制考”课程，自注云：“此时暂行摘讲近人所编《三通考辑要》。日本有《中国法制史》，可仿其义例自行编纂教授，较为简易。”^②由于得到钦点，“汤蛰仙之《三通考辑要》当经济特科之顷，则不脛而走天下也”，^③成为各地学堂临时取用的通行教科书。《三通考辑要》的“法制”门类全同《文献通考》，从中可以看出时人理解的“法制史”之指谓。

1906年，泸州学正孙荣编纂《九通政要表》，后顺应学制改革，更名为《中国古今法制表》，经申请核准为大学堂教科书。该书所谓“法制”共计十六门，系将《文献通考》的二十四门删去经籍、帝系、象纬、物异、舆地、四裔六种，又将郊祀、宗庙、王礼归并为“礼制”而成，与“三通”之间的沿革关系十分清晰。（参见表1）值得特别注意的是，法国学者魁奈视为中国古代“基本法”的儒家经典（包含于“经籍”之中）被悉数剔除。^④

1906年，徐德源应北洋大学法律科之请，讲授主课《中国历代法制考》，其讲义在1912年出版。该书例言明确说：“马氏《通考》门类二十有四，此编集合之为八节”，即将《文献通考》的二十四门类概括为经济、财政、教育、选举、职官、礼乐、兵制、法典八类。经济、财政、教育云云虽然都是新名词，但装的却是田赋、钱币、学校之类的“旧酒”。其中“法典”是由“刑”改头换面而来（参见表2）。^⑤

① 参见舒新城编：《中国近代教育史资料》（中册），人民教育出版社1961年版，第578-584页。

② 舒新城编：《中国近代教育史资料》（中册），人民教育出版社1961年版，第578-579页。

③ 章士钊：《国学讲习会序》，载《民报》第7号，1905年11月。

④ 法国学者魁奈将五经与孔孟之书视作“中国的基本法”，并认为足以对皇权构成制约。参见[法]弗朗斯瓦·魁奈：《中华帝国的专制制度》，谈敏译，商务印书馆1992年版，第49-58、72-75页。

⑤ 参见徐德源撰、孙大鹏辑：《中国历代法制考》，国家图书馆藏1912年直隶官书局印北洋大学校讲义，原书无页码。

简单归纳一下,清末的人们震骇于西方的“法律”,回头审视中国本土的法制,也想梳理出一部“法制史”。不过他们在中国历史上找到的“法制”并非宪法、民法、刑法、诉讼法等,而是食货、选举、职官、刑律等。这一阶段的“法制”几乎等同于“三通”的传统制度门类,而与西方法律之学基本无涉。宋人诗云:“大抵有基方筑室,未闻无址忽成岑。”清末搭建的上层建筑,虽然也许会改头换面使用“经济”“财政”“法典”之类时新名词,但我们必须觑破障眼法,看到底下的基址完全从中国传统制度门类脱胎而来。

(二)“制度—法律”结构的法制观

在清末,“法制史”除了从传统政书演化而来,也诞生了外来资源刺激下的混合结构。“癸卯学制”中列举的法制史教科书,除了源出“三通”的《三通考辑要》外,还有日本的《中国法制史》。1906年,浅井虎夫撰写的法制史论著中译本《中国历代法制史》出版;^①同年,梁启超在日本写作《论中国成文法编制之沿革得失》,发表于《新民丛报》。经由日本转贩的现代法学知识,开始参与表述中国传统法制史。

浅井虎夫的《中国历代法制史》是日本第一部成书的中国法制史。该书以朝代有序,历述自唐虞三代至明清的法制历史。每个朝代之下,再按制度门类设节。以法制门类较为完备的唐代法制为例,各节依次为:官职制度(中央、地方)、社会阶级、经济制度(土地、货币)、财政、救恤行政、交通行政、教育行政、宗教行政、军制、法源、诉讼法、刑法、民法。其中第一节(官职制度)至第九节(军制),仍是以新名词的新瓶,装“三通”传统制度门类的旧酒(参见表2)。但第十节开始画风陡变,分别是:法源、诉讼法、刑法、民法,显然已经改用西方法律体系的视角。浅井氏在例言中,特别标举两类参考书:第一类是正史的志书、九通、历代律典,这与上述传统“法制—刑律”结构吻合;第二类是布鲁奈《德意志法制史》、耶灵《罗马法制史》等西洋法学著作,这就不是传统法制门类所能吸收涵盖的了。^②简言之,日本作为东西方法系之间的中转站,深受不同制度观念的浸染。日人所著的《中国历代法制史》,其“法制”观由中国传统的“制度”与西方近代的“法律”拼凑而成,呈现出鲜明的过渡色彩。

与之情况近似的是陈汉章《中国法制史》。1917—1918年,陈汉章在北京大学执“中国法制史”教席,撰有讲义存世。他的《中国法制史》讲义分二卷:卷一“法”,包括宪法、公法、民法、刑法、税法(附圜法);卷二“制”,包括官制、学制、礼制、乐制、兵制。不难看出,“法”之卷采西方法律体系的视角,“制”之卷采传统法制体系的门类。这只是大略言之,实际上“法”之卷的刑法、税法(附圜法)也属于传统刑法、食货的范围。陈氏特别在目录下自注:宪法、公法、民法多采自“群经诸子”;税法以下至兵制,“叙次同《通典》《通考》”;居中较为尴尬的刑法,则取材于历代刑律、刑法志。^③这个结构与前举图一恰好若合符节。现以《中国古今法制表》门类为参照系,试将清末民初的数种法制史教科书所见法制门类演变情形结表如下:

^① 浅井虎夫的法制史论著,日本原版刊行于1904年,中译本更晚至1906年。如此,则1903年“壬寅学制”所谓的“日本有《中国法制史》”究竟何指,仍是一个问题。承赵晶教授指教,可能是“东京大学文科大学汉学科所开设的‘中国法制史’或是国史科开设的‘中国历史及法制’”的课程讲义。姑录以备考。

^② 参见[日]浅井虎夫:《中国历代法制史》,邵修文、王用宾译,古今图书局1906年版,“例言”第3-4页。

^③ 陈汉章:《中国法制史·目录略例》,载《陈汉章全集》(第五册),浙江古籍出版社2014年版,第145-148页。清末民初的学者往往采群经诸子的学说以附会西学,陈书诸部分取材之不同,当于此着眼。参见秦涛:《晚清民国的法史佚著与法史学》,载杨一凡、朱腾主编:《重述中国法律史》(第3辑),社会科学文献出版社2024年版,第97-99页。

表 2 1900—1930 年法制门类演变表

法制表	徐德源	浅井虎夫		陈汉章	陈顾远 ^①
田赋	经济	经济	土地	税法附屬法	食货制度
钱币			货币		
户口	社会阶级				
市采	救恤行政				
国用	财政	交通行政			
		财政			
职役					
征榷					
土贡					
选举		选举	教育行政		学制
学校	教育				
职官	职官	官职制度、宗教行政		官制	组织法规
礼制	礼乐			礼制	宗法制度、婚姻制度、 丧服制度
乐制				乐制	
封建					
兵制	兵制	军制		兵制	
刑法	法典	刑法		刑法	刑事法规
		法源			
		诉讼法			
		民法		民法	家族制度、钱债制度、 继承制度
				宪法	
				公法	

观察上表可知：

第一，“刑律”一支转为“法律”，由附属而蔚为大观。清末修律的前期思路，就是将《大清律例》分体为《刑律》《民律》《诉讼律》等等。中国传统意义上包容甚广的“刑法”，开始分体为包含刑法在

① 陈顾远是最后一位试图衔接传统制度门类的法制史学者，姑附于此，以便后续讨论。

内的部门法体系。^①梁启超的《论中国成文法编制之沿革得失》一文就是针对修律而撰的。他在文前罗列参考书目,虽然也有“九通”之类政书,但第一句话便暴露了其真实范围:“本论最重要之参考书,为二十四史中所有之《刑法志》及艺文、经籍志……”^②他仅以国家制定成文法典为视角,以历代刑律、会典为范围,得出“我国法律界最不幸者,则私法部分全付阙如之一事也”^③,便不足为奇了。浅井虎夫、陈汉章书的“法律”部分,也都是以西方部门法体系为纲,非传统“刑律”所能容纳。后来杨鸿烈著《中国法律发达史》,将历代法制分为法典、法院编制、诉讼法、刑法、民法,就是沿着这条路开展的。

第二,礼乐逐渐消失。浅井虎夫书中,传统体量最大的规范群“礼乐”彻底消失。陈汉章是旧派的学者,所以还设立了礼制、乐制的节目。实际上当时教科书的主流均无此二目,至今亦然。

总之,这一期的法制史多以传统法制为“制”,以“刑律”接引西方“法律”为“法”,形成“制度—法律”的法制观。“法律”不再能被“制度”完全包容,“法制”也就从一个偏正短语的单一结构(法之制),转变成了并列短语的二元结构(“法”与“制”)。20世纪20年代,程树德《中国法制史·例言》云:“法制史之范围,广义言之,凡法律、制度皆包含在内,质言之,《文献通考》之内容即中国法制史之范围也;狭义言之,即法律史是也。”^④这个定义清楚表明:这一时期的“法制史”就是制度史(《文献通考》诸门类)与法律史(传统律令接引西方法律)的合类。

三、20 世纪上半叶:“社会”进入法律史的视野

辛亥革命以后,清政府被推翻,新的国家政权成立,但法制与社会的面貌似乎并无根本的好转。人们逐渐认识到,国家革命之后还必须继之以社会革命。在此时期,西方社会学的新知源源不断输入,以社会形态更替解释历史的书籍引起关注,中国古代社会性质的论战在学界兴起。在这样的背景之下,人们不再满足于国家主义的法制观。他们再次回头,看到了中国“旧法”更加深广的社会背景。

第一位对“‘法’是什么”有充分理论自觉的法制史研究者,可能是冯承钧。冯承钧在1903至1911年间,先后在比利时、法国攻读法学,在法兰西学院从事研究,具有深厚的西学背景。1920年起,冯氏继陈汉章之后在北大任中国法制史教席,^⑤便展现出焕然一新的治学风格。冯氏《本国法制史纲要》绪论第一目“法之意义”开宗明义提出概念问题:“吾人于研究法制沿革之先,当明法字之义。”^⑥法制史上的“法”究竟是什么意思?这在梁启超处全不成问题,西方法学有的是现成理论,稗

① 前文已经说明,中国传统所谓“刑法”与现代部门法体系中的“刑法”并不一样,前者范围远较后者为广。张明楷先生也曾指出:中国古代的刑法是一种“全面法”而非“部门法”,内容涉及社会生活的各个方面,具有综合性。参见张明楷:《刑法在法律体系中的地位》,载《法学研究》1994年第6期,第56页。

② 《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2004年版,第121页。所谓“艺文经籍志”也不过用以查询已佚的刑律、法令的目录罢了。

③ 《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2004年版,第175页。

④ 程树德:《中国法制史》,国家图书馆藏京师大学校法科讲义。按此例言不见于正式出版的版本。

⑤ 参见冯承钧:《冯承钧著作集》(上),上海古籍出版社2015年版,“前言”。

⑥ 冯承钧:《本国法制史纲要》,载《冯承钧著作集》(上),上海古籍出版社2015年版,第7页。

贩之即可;在汤寿潜、孙荣处更不成问题,“三通”、会要有既定的格套与规模,袭用之即可;在浅井虎夫、陈汉章处亦不成问题,稗贩兼袭用,拼凑之即可。但是冯承钧却对法制史研究的材料与概念均深致不满。就材料而言,过去的研究者“不过掇拾《九通》、史志、会要、《周官》等书之大指,陈陈因袭,鲜有发挥,不知以科学方法阐发幽隐”;就概念而言,“考法字之义,在古代为刑之别名,而今人则皆以为法律。兹二者皆未能概括之意义,应另为说明也。”^①对于刑律的古义和法律的今义,冯氏均感不满,因此他另辟蹊径,试图寻找一个更具包容性的概念。

冯承钧的法学理论,深受社会法学派影响。他说:“法为社会环境所产生,与经济、社会、伦理等状况有相连关系,尤与过去之习惯风俗有不可离之趋势”,“此自孟德斯鸠以迄叶林所主张之说,亦即吾人所采用之说也。”就这样,“社会”映入了法律史的视野。冯氏不再纠结于“法”“制”“律”之类旧名,而采用功能主义的立场,提出“法之功用,在能区分利益”,“吾人可定法之意义为‘定分之规则’”。只要实际上具有维持社会秩序功能的规则,无论国家制定,还是民间自发形成,都属于“法”。这样一来,便将“法制”的范围空前拓宽了。^②由此,他特别提出:“今日之法即古代之礼,古代之法即今日之刑”,“是研究古代之法,必求之于礼”。^③这一论断是相当深刻的。在研究“古代法制”部分,冯氏着重讨论信仰、家族、产业制度,而后才切入国家与法,可谓瞿同祖法律社会史研究之嚆矢。遗憾的是,冯承钧的学术兴趣很快转移至中西交通史领域,讲义中汉代以下的法制史未能有同样精彩的发明。

陈顾远历经三十余年的思考,提出了更趋成熟的“法制”定义与门类划分。1934年,陈顾远《中国法制史》云:“为社会生活之轨范,经国家权力之认定,并具有强制之性质者曰法;为社会生活之形象,经国家公众之维持,并具有规律之基础者曰制。”他从国家强制、社会维持的视角,明确区分“法”与“制”。^④陈氏在1964年的《中国法制史概要》中进一步凝练:“法”就是国家法规,即国家制定的具有刚性强制力的法律,包括组织法规、人事法规、刑事法规;“制”就是社会制度,即社会自发形成并维持、经国家确认或默认、具有社会制裁力的制度,包括家族制度、婚姻制度、食货制度、宗法制度、丧服制度、继承制度、钱债制度。^⑤陈顾远对法制的分类名称,看似颇具传统风格,实际上是在“国家—社会”二元结构之下,对中西方法律的精心调和,已经不再是单纯的“吾家故物”。毫不夸张地说,这是原本格格不入的两大制度范式,经过法律史学者苦心孤诣的努力,在纸面上最完美的通约。

将法律史扩及社会领域,不仅是法制史学界的一时新潮,亦是中国史学界的风尚所趋。吕思勉是近代史学的大家,特别看重“社会”与历史的关系,指出:“夫历史者,说明全社会者也。惟全社会能说明全社会。故昔之偏举一端,欲以涵盖全史者,无有是处。而在今日,则历史与社会两学,实相

① 冯承钧:《本国法制史纲要》,载《冯承钧著作集》(上),上海古籍出版社2015年版,第7页。

② 冯承钧:《本国法制史纲要》,载《冯承钧著作集》(上),上海古籍出版社2015年版,第8-9页。

③ 冯承钧:《本国法制史纲要》,载《冯承钧著作集》(上),上海古籍出版社2015年版,第21页。

④ 陈顾远:《中国法制史》,商务印书馆1934年版,“序言”第1页。

⑤ 陈氏实际只写了家族、婚姻、食货三种制度,其余四种未及就。参见陈顾远:《中国法制史概要》,商务印书馆2011年版,序言第2页。又:陈氏将“法规”与“制度”分开,“制度”不包含“法规”,这是符合“制度”词源的用法。这个问题很深,此处不便展开,笔者拟另撰文讨论。只说结论的话,所谓“刑于百度,其最远乎”,刑法是不能算作严格意义上的“制度”的。

附丽。历史所以陈其数,社会所以明其义也。明乎此,则研治史学,若探骊而得珠。”^①有学者评论吕思勉的学术贡献为“用‘社会’取代‘国家’或‘群体’作为主题词,则是通史主旨的一大深化”。^②

吕思勉没有狭义上的“法制史”专著,但在社会学视野观照下,为法制史研究拓展出新境。1942年,吕著《中国通史》“刑法”章明白地指出:“法律的来源有二:一为社会的风俗,一为国家对于人民的要求。”前者即陈顾远所谓社会制度(制),后者即国家法规(法)。由此出发,吕思勉构建起更加精密复杂的制度史观:制度的表层是刑法与法制政令,是国家制定的、成文的、强制的;制度的中层是礼与风俗习惯,对于表层的法制政令有决定、转移的作用;制度的底层是时势、人心与社会变迁,大势所趋、人心思治乱,构成了治乱之原。^③

再将目光移到社会学、民俗学领域,胜景更加夺目。^④随着美国学者孙末楠民俗学说的引进^⑤、社会人类学功能学派的传播,学界兴起对“社会制度”的浓厚兴趣^⑥,对“法”的讨论也越加精细。1947年,瞿同祖将法制史、社会史讲稿撰写为《中国法律与中国社会》,云:“法律是社会产物,是社会制度之一,是社会规范之一。它与风俗习惯有密切的关系……任何社会的法律都是为了维护并巩固其社会制度和社会秩序而制定的,只有充分了解产生某一种法律的社会背景,才能了解这些法律的意义和作用。”^⑦

必须注意,瞿氏所谓的“法律”是以“刑律”为中心的国家制定成文法,也就是中国古代的律令。当今学界每每批评瞿氏的“中国法律儒家化”,认为仅涉及刑律,未免取义过狭,这是未能深入学术史体会作者用心的表现。实际上,要了解瞿同祖法律观的全貌,必须阅读几篇更早的佚文。1934年,瞿同祖与民俗学者黄石以《北京晨报·社会研究》为擂台展开论战。瞿氏发表《俗、礼、法三者的关系》,认为全部的社会制度可以区分为风俗、礼制、法律三个部分。黄石随即发表《民俗社会学的三分法与四分法:论风、俗、礼、制四者的关系》,认为“风”“俗”应当分列,“法律”应易名为“制”,提出四分法。瞿氏发表回应文章《论风与俗、制与法的同异问题》,仍坚持三分法的合理性。^⑧论战双方的是非得失姑置不论,从中我们不难看出,将“风”“俗”“礼”“制”之类社会制度纳入法律史研究范围,已经成为当时的新潮。在这一学术史脉络中重新审视《中国法律与中国社会》,便不难发现,该书分别从家族、婚姻、阶级等社会制度,巫术、宗教等风俗入手,研究置身其中的国家法律,书名的全称也许可以理解为“中国国家法律与中国社会制度”。这与陈顾远将“法制”区分为“国家法规”与“社会制度”异曲同工。

总之,民国时期的学术界受到社会学、民俗学以及法学内部的社会法学派影响,他们看到的

① 吕思勉:《论学丛稿·中学历史教学实际问题》,载《吕思勉全集》(第11册),上海古籍出版社2010年版,第545页。

② 王家范:《史家与史学》(增订版),北京师范大学出版社2019年版,第25页。

③ 参见秦涛:《论吕思勉的法律史学》,未刊稿。

④ 除了下文提到的瞿同祖、黄石,其实费孝通、吴文藻等学者也在社会视野下对“法”有相当的体认。费孝通《乡土中国》虽非法制史著作,但其“差序格局”“礼治秩序”等概念均对法制史有重要影响。

⑤ 孙末楠的 Folkways 学说对法史学(尤其是对瞿同祖)的影响,参见岳永逸:《终始:社会学的民俗学(1926—1950)》,北京师范大学出版社2023年版,第41—112页。

⑥ 参见吴文藻:《论社会学中国化》,商务印书馆2017年版,第492—557页。

⑦ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,“导论”第1页。

⑧ 瞿同祖:《俗、礼、法三者的关系》,载《北平晨报》,1934年4月25日,第1版;黄石:《民俗社会学的三分法与四分法:论风俗礼制四者的关系》,载《社会研究》第52、53期;瞿同祖:《论风与俗、制与法的同异问题》,载《社会研究》第55期。

“法”是“国家法规—社会制度”结构。法律史学发展至冯承钧、陈顾远、吕思勉、瞿同祖等人,已经打破“三通”的窠臼,亦不再摭拾西洋的名词,而能沟通中西方的制度体系,圆融为一了。

四、中华人民共和国成立之后:从“国家与法权”到“法律制度”

(一)20世纪50—60年代:“国家—法权”结构的法制观

中华人民共和国成立前夕,侯外庐聘请杨绍萱为北京师范大学历史系讲授中国法制史。^①杨绍萱指出:新法学“是一部战斗的法学,今后应该清算一部中国法制史,应该批判旧的一套法律习惯,这是中国法制史上一个转折点的工作”。^②

上世纪50年代,国家政治、法律生活均受到苏联的影响。“中国法制史”课程改名为“中国国家与法权历史”。其中的“国家制度”是“统治阶级政治观点的适应”;其中的“法权”是指“高升为法律的统治阶级的意志”。^③

1956年,中国政治与法律学会召集“中国法制史问题”座谈会,讨论应当恢复“法制史”的旧名,还是使用“国家与法权历史”的新名。其中张映南认为:“‘法’当然是法律,‘制’就是国家制度。‘法制史’三字就是国家与法的历史,言简意赅。”必须注意,他虽然沿用“法制史”的旧名,但其意涵早已不同于过往,而反映一种新的法制观。“‘法’当然是法律”,陈顾远、瞿同祖们也会同意;“‘制’就是国家制度”,这句话却不知是有意还是无意,将上一期的“社会制度”悄悄置换为“国家制度”。这样一来,同样的“法制”二字,其内在结构就从“国家法规—社会制度”,变成了“法律制度—国家制度”。但更多的与会者认为“‘制度就是国家’的解释,很难使人信服”,“必须多加解释,才能使人理解为‘国家与法的历史’,因为‘法制’这一概念,自有其特定的含义”。^④

在这样的情势下,“法制史”的旧称最终被“国家与法权历史”取代。1956年,华东政法学院马列主义关于国家与法的历史教研组编印《中国国家与法的历史参考资料》,在新的样式之下,仍将“国家制度”分为官制、兵制,将“法律制度”分为律令、刑名。^⑤名目古色古香,似乎仍有“三通”之意,实际上用的已是“国家与法权理论”的通行结构。例如法律出版社1959年出版的《中国国家与法的历史参考书》便将国家制度分为国家机关、军队,而后讲述法律制度。西南政法学院国家与法权历史教研室编《中国政治法律制度史讲义》,书名中的“政治”对应“国家”,“法律”对应“法权”,并在扉页特别括注:“即中国国家与法权历史讲义。”^⑥

1963年,中国人民大学国家与法权历史教研室计划编写四编三册的《中国国家与法权历史讲义》,其中第一分册为奴隶制、封建制部分,由张晋藩先生执笔。该书各重要朝代均先写政治制度与

① 方光华主编:《侯外庐学术思想研究》,生活·读书·新知三联书店2015年版,第385页。

② 杨绍萱:《中国法律变迁史略与新法学观》,载《新建设》1950年第6期。这应是他讲课内容的一部分,其《中国法制史》讲义后来整理发表于1982年的《史学评林》。

③ [苏]尼·格·亚力山大洛夫:《国家与法权理论提纲》,中国人民大学马列主义关于国家与法权理论教研室译,中国人民大学1954年版,第3页。

④ 《中国法制史问题座谈会发言摘要》,载《法学研究》1957年第1期,第49-53页。

⑤ 华东政法学院马列主义关于国家与法的历史教研组编印:《中国国家与法的历史参考资料》(第1分册),1956年8月自印。

⑥ 西南政法学院国家与法权历史教研室编:《中国政治法律制度史讲义(初稿)》,1964年2月自印。

国家机构,再写法律制度。以西汉为例,法律制度分为“立法概况”“法律的基本内容”,后者包括:“以严酷的刑罚镇压人民反抗,保护封建地主阶级的统治”“维护封建中央集权的君主专制制度,加强封建国家的统治效能”“保护封建的经济基础,推行加强中央集权的经济政策”“维护封建的婚姻家庭制度”“确立了保护官僚贵族地主特权统治的量刑定罪原则和审判制度”。这些内容其实就是立法、刑法、行政法、经济法、民法、司法,与后来的教材结构并无二致。

“国家制度—法权”结构的法制观,将法律属性与国家性质捆绑在一起。在此种法制观下,“中国法制史是中国政治、法律制度史的简称。它所研究的正是中国国家 and 法律的产生和发展规律的历史”。^①

(二) 改革开放以来:“法制”就是“法律制度”

改革开放之初,法律史学界普遍强调对于法律制度的重视。在这样的背景下,1979 年第一届法律史学年会上,肖永清先生明确说:“我所理解的法制,就是法律制度。”张警先生也提出将“法律制度史”与“国家制度史”切割的观点:“我们的意见,最好以狭义的、即属于司法范围的刑法、民法、诉讼法、法院组织法以及与此有关的法制为对象,也就是说,不包括国家制度史在内。”^②就这样,“法制史”的旧名得以恢复。不过必须注意,此时的“法制”已经成为“法律制度”的缩略语,而非“法律”与“制度”的合称了,范围相较之前的任何时期均大大限缩。

张晋藩先生早在 1963 年编写《中国国家与法权历史讲义》时,就对苏联“以国家制度为主,以法律制度为辅”的格局感到不满。全书一定程度突破了苏联的“四段论”论述模式(即经济基础、阶级结构、国家制度、法律制度),叙述法律制度的文字占三分之二以上。^③ 1982 年,同一位作者执笔“高等学校法学试用教材”《中国法制史》的“绪言”时,明确强调:“为了突出中国法制史是一门以法律制度为中心内容的专史,本书集中叙述各个历史时期国家的立法活动和法律的主要内容、特点、作用,以及司法机关和诉讼制度。一般不涉及政治制度。”(着重号为引者添加)并对“中国法制史”给出明确定义:“中国法制史是研究中国法律的起源,各种类型的法律制度的实质、特点、作用及其发展演变过程与规律的科学。”^④在今天看来似乎老生常谈的内容,在当时却是确立为研究对象的愿望勇于扬弃的成果。

“以法律制度为中心内容”的法制观一直影响到 21 世纪初的《中国法制史》教材。该书绪论云:“中国法制史是研究中国历史上法律制度发生、发展、变革及其规律的科学。”虽然相去三十余年,却与 1982 年的教材保持一致。2018 年,教育部公布的《普通高等学校本科专业类教学质量国家标准》将“中国法制史”课程更名为“中国法律史”。^⑤ 因为在此种法制观下,“法制”与“法律”是同义的,都是“法律制度”的简称。

① 肖永清:《学习中国法制史初探》,载《法学研究》1963 年第 3 期,第 56 页。

② 肖永清等:《关于法制史研究对象和方法问题的讨论发言摘要》,载《法学研究》1979 年第 5 期,第 17-18 页。

③ 张晋藩:《法史人生》,法律出版社 2015 年版,第 142 页。

④ 法学教材编辑部《中国法制史》编写组:《中国法制史》,群众出版社 1982 年版,第 19 页。

⑤ 要说有所改变,那就是“中国法律史”包括“中国法律制度史”(即“中国法制史”)和“中国法律思想史”。华东政法大学新出《中国法律史入门笔记》就说:“‘中国法律史’是有机融合‘中国法制史’‘中国法律思想史’‘中西法律史比较’等内容后出现的新课程。”参见王沛主编:《中国法律史入门笔记》,法律出版社 2023 年版,“前言”第 4 页。换言之,“法律史”的范围反而较“法制史”更广,这恐怕是清末至中华人民共和国成立初期的人们所意想不到的,也是近百年来学术史演变阴差阳错的结果。

换言之,自清末以来的《文献通考》体系终于被彻底抛弃,“法制—刑律”的大法制观、“制度—法律”“社会制度—国家法规”“国家制度—法律制度”的二元法制观均被抛弃。(表3)“法”就是“法律制度”。

表3 1900—2020年中国法制史中的“法制”概念演变一览表

序号	时间	“法制”概念	
		法	制
1	1900—1911年	法制(内含刑律)	
2	1906—1930年	法律	制度
3	1930—1949年	国家法规	社会制度
4	1949—1977年	法律制度(法权)	国家制度
5	1978年迄今	法律制度	

五、结语

学术探索仍在继续,变化继续发生。“法制就是法律制度”的法制观在表述中国传统法制时,存在许多不足。

早在张晋藩先生总主编《中国法制通史》十卷本时,便有作者意识到了这个问题。第一卷“夏商周”分册的作者就已清楚意识到,“以部门法总结归纳各代法律内容与制度是西方法律及法学传入中国以后才出现的”,与中国古代法制难免有隔阂;但是“为了便于读者掌握,也为了与全书的体系保持一致,我们采用了以部门法归纳三代法律内容的写法”。^①这一模式被称为“教科书模式”。^②2020年的西南政法大学校编教材《中国法律史》,对“教科书模式”感到不满,但既不愿回归旧的制度门类,也未能提出新的分类体系,只得将通用的“司法制度(或诉讼法)”易名为“狱讼制度”,将民法、刑法、行政法……笼统地置于“法律制度内容”节下。^③

法史学并未甘于现状。早在20世纪末,学界就开始大规模整理晚清民国的法律史学文献,一度中断的学术传统得以接续。^④随着国际交流的展开与发展,海外的中国法制史研究成果也不断地引进。中国法律史学的法制观再一次进入“此时没有王,各人任意而行”的时代。日本学者的律令说、^⑤杨一凡先生的“大法—常法—权时之法”结构、^⑥俞荣根先生的礼法论、^⑦梁治平先生的法律文

① 蒲坚主编:《中国法制通史》(第1卷“夏商周”),法律出版社1999年版,第9页。

② 梁治平:《法律史的视界:方法、旨趣与范式》,载《中国文化》2002年第19、20期,第162-163页。梁文对“教科书模式”进行了深刻的观察与批判,但对“法律制度”法制观似缺乏同情的理解,而将之视作1949年以降一脉相承的范式。实际上如前所述,“法律制度”法制观是对“国家—法权”法制观的重大突破。

③ 龙大轩主编:《中国法律史》,法律出版社2020年版。笔者参与了该书的编写,深知其中甘苦。

④ “二十世纪中华法学文丛”是有关文献整理中规模最大的一种。“文丛”总序描述当时“文化断裂”的形象云:“人们常叹:《尚书》《周易》乃至秦汉野史随处可见,几十年前的法学著译竟一书难求!”

⑤ 日本学者的“律令说”更接近“国家制度—法律制度”结构的法制观。律是法律制度,令是各项国家基本制度。

⑥ 参见杨一凡:《重新认识中国法律史》,社会科学文献出版社2013年版,第3-68页。杨氏将会典为代表的“大法”冠于律典为代表的“常法”之上,不是对“三通”传统的简单回归,而有更深的苦心。

⑦ 俞荣根先生的“礼法论”是对日本学者“律令说”的反思,简言之,即试图超越“律令说”的国家制定法立场,采取更为广阔的社会制度立场。关于“律令说”的来龙去脉与“礼法论”梗概,参见俞荣根、秦涛:《律令体制抑或礼法体制?——重新认识中国古代法》,载《法律科学(西北政法学报)》2018年第2期,第15-27页。

化论^①……均具有相当强的解释力与影响力。多元探索的背后,是对中国传统法制的自我体认,对中国法治现状的深切关怀,对西方中心法律观的扬弃,对中国本位法律观的追索。■

The Evolution of the Concept of fa (Law) in a Century of Legal Historiography

QIN Tao

(Southwest University of Political Science and Law, Chongqing 401120, China)

Abstract: What is fa (law)? This question constitutes the foundational inquiry of Chinese legal historiography. Over more than a century since the emergence of legal history as an academic discipline, the lexical form of fazhi shi (legal history) has remained stable, yet the conceptual meaning of fazhi (legal system) has undergone five major transformations. In the late Qing, the notion of fa was rooted in the traditional administrative discourse of “law – punishment” and progressively shifted toward a transitional “institution – law” structure through the transplantation of modern legal systems. From the 1930s onward, with the rise of legal nationalism and the flourishing of sociological jurisprudence, fazhi was reconceptualized as a layered structure of “state legislation—social institutions.” After the founding of the People’s Republic of China, the socialist conception of fazhi took shape as a framework defined by the relationship between “state institutions” and “legal institutions.” Following the reform and opening-up, legal history distinguished itself from political history and consolidated its disciplinary identity, leading to a reduction of fazhi into a single-centered concept focused narrowly on “legal institutions.” In recent years, however, scholars have increasingly sought to move beyond this institutionalist lens, engaging in more diversified and empirically grounded explorations that align more closely with the complexities of China’s historical legal practices.

Key words: law; fazhi (legal system); legal history; history of law

本文责任编辑:董彦斌

^① 梁治平“法律文化”的方法论阐释,集中见于梁治平:《法律史的视界》,广西师范大学出版社2013年版。他采用法律多元主义的立场、法律文化解释的方法,将目光下沉到“民间法”“习惯法”,上窥到“体现于经典和礼义之中的一些原则和规范”,并尝试不同文化类型之间的通约之道,从理论层面强有力地突破了国家制定法的界限。