

学科规训下的“中国法传统有没有民法”问题

周伟

(清华大学法学院, 北京, 100084)

摘要:“中国法传统有没有民法”问题是现代中国民法学一个自始以来的困惑。现代民法学通过否认民法品质的中国属性来确认自身, 但是中国法传统下的“固有民法”有一套自己的逻辑。这一问题的核心是, 现代中国民法学的品质应如何? 必须借助对现代中国民法学“学科规训”历史起源和现状的分析, 以法的历史性弥补法的科学性的不足, 反思现代民法学学科知识“分门划界”的建制过程, 推动现代中国民法学知识生产机制的真正确立。

关键词: 学科规训; 中国法传统; 民法学; 法律社会学; 法律史

中图分类号: D90-052

文献标识码: A

文章编号: 1672-3104(2011)02-0102-05

一、问题的提出与意义

中国法传统有没有民法? 对此问题的讨论纷繁复杂、经久不息, 本文则是对这一讨论的再讨论、再反思。纵览现代中国西化的民法学教科书, 大多都暗示中国法传统没有民法, 这是排斥历史的教义法学的必然结论, 是现代学科规训的直接后果, 因为学科话语受制于某种排他机制, 它由一系列的禁令、边界、注释、方法、理论、习俗和教义组成。学科规训不是字面上的文字游戏, 它牵扯着知识与权力、规范与社会这类大问题。

中国法传统有无民法也是一个关联着现代中国法学的诞生与发展的关键问题, 因为它直接勾连中西法律文化的类型学比较, 西方法学需要这个最不一样的他者证成自身, 中国法学又由此反省自身。在一般的比较法研究中, 欧陆民法法系与中华法系适成对极, “孕育了罗马私法同时又深受其影响的西方文化可以被恰当的称之为‘私法文化’的话, 中国文化则可以说成是‘礼法文化’。”^①极端立场例如日本学者因袭梅因的说法, “大凡未开化的国家, 民法少而刑法多”, 认为古代中国法律文化低下。^②东亚学人初识现代欧陆民法竟是如此的自卑、错愕甚至焦灼。有没有民法成了法律传统是否开化、是否现代的主要标签。

这绝不是茶杯里的风波。“中国法传统有没有民法”问题反映了中国法律学人面对现代西方法冲击的焦虑、尝试和反抗。什么是他们的焦虑, 这种焦虑促

成了怎样的作为, 这些作为塑造了现代中国民法学甚至整个中国法学怎样的品质? 今日中国民法学的概念框架、问题意识、方法论及学科发展的推动力均与此密切相关。

学科规训的视野实际上就是一种结合法律社会学和法律史的视野, 它提供了对知识与社会关系的如下思路: 现代学科知识所生产、强化的一系列分类原则、排他机制实则是它力图维系的社会结构的表征和符号, 学科规训又进一步生产和再生产对这些表征和符号的信念与认同, 塑造与这种社会结构相适应的心智结构, 从而也就是在肯定这种社会结构。本文将依据这一思路, 来探讨现代中国民法学如何与现代中国的国家建设相契合, 如何确立一种新的知识类型和心智结构, 又如何推动这一新的表征体系构造新的社会结构。^③为方便讨论, 笔者将只关注两个时期: 西法东渐的起点时期(学科确立)和晚近以来的反思时期(学科反思)。

二、通过法律史证立新法学

在西法东渐起点时期, “中国法传统有没有民法”这类“外来的东西我们自家有没有”的问题是外来新的法学知识类型在中国社会得以证立必须回应的。概括地说, 大致可分为三种典型立场: 以梁启超和王伯琦为代表的否定派; 以杨鸿烈、戴炎辉和胡长清为代表的“固有民法”派; 以蔡元培、史尚宽和陈顾远为代表的民法与礼俗合一派。值得注意的是, 多位民法学者

参与了这一时期的讨论，这提示我们这一问题与现代中国民法学的奠基具有历史的和逻辑的关联。

（一）民事法还是私权法

首先，否定派认为民法阙如是中国法传统带来的大不幸，“我国法律界最不幸者一，私法部分全付阙如之一事也”。“我国法律之发达垂三千年，法典之文，万牛可汗，而关于私法之规定，殆绝无之”。^[1]更进一步地说，否定派看到：第一，以西洋民法固有意义衡之，中国法传统没有民事法，“观之唐律以至《大清律例》之内容，仍未脱政事法及刑事法之范围。……公法与私法，民法与刑法等名词，原系来自西洋，如其意义在吾国未有变更，则谓吾国在清末以前，无民事法之可言，谅无大谬”。第二，律令所载民事关系之规范是刑事法不是民事法，“（历代律令）中户役、田宅、婚姻、钱债等篇，虽亦含有个人与个人间应遵循之规范，但其所以制裁者，仍为刑罚，究其目的，仍在以政府之政治力量，完成安定秩序之作用。其间之关系，仍为公权力与人民间之关系，仍属公法之范畴，与所谓民事法之趣旨，不可同日而语。如现行刑法有侵占、诈欺、背信、重利等罪之规定，其中无不含有民事上债权物权关系之规范在内，但其为刑事法而非民事法，固不待言也”。^[2]其主旨不外是说，中国法传统没有主体平等的品质，也没有私权利—义务关系的内涵，当然也就没有民法。

其次，“固有民法”派着眼于成文律令，以传统国家正式典章中的民事规范类比民法。“在现在应该算是私法典规定的事项也包含在这些公法典里面，从来没有以为是特种法典而独立编纂的。并且这些公法典里的私法的规定也是很为鲜少，如亲族法的婚姻、离婚、养子承继，物权法的所有权、质权和债权法的买卖、借贷、受寄财物等事也不过只规定个大纲而已，简略已极。”^[3]他们力证成文法中有实质的民法，“虽古无专书”，“散隶六典者，尚难缕举。”“凡户婚钱债田土等事，摭取入律……至今未替，此为固有民法之明证”。“所谓户役、田宅、钱债者，皆民法也。谓我国自古无形式的民法则可，无实质的民法则厚诬矣。”^[4]

再次，民法与礼合一派以传统国家典章之外的礼俗类比民法，“今之所谓民法则颇具于礼”。^[5]“礼为世界最古、最完备之民事法规也”；“世人常谓中国只有刑法，而无民事法规，实属大误。礼所定者，大抵以关于人事及亲属二方面为多耳”^[6]，“吾人宁可认为民法与礼合一说，或习惯法（礼俗惯例）较能赅固有法系中民事法之形成、发展或其本质、作用。”^[7]这种条件

反射式的抵抗想辩白的是，现代民法所规范的那部分人生活在古代中国是礼俗规范的。这种说法有比附之嫌，但它揭示了一个重要的面相。

我们发现，争论的核心是到底应该以民事法还是私权法来界定民法？

（二）私权的引入

18世纪和19世纪是欧洲新旧制度更替的时代，现代社会科学的学科化与专业化都发生于这一时期。作为后进国家，19世纪末以后西法东渐的起点时期正是中国学人热诚地向西方寻求真理的时期，因而这一时期中国现代民法学的学科建构过程具有高度的模仿性。

在上述“中国法传统有没有民法”这一问题的争论中，社会精英在具体分歧背后的总立场、总态度是高度一致的，各家都促成了一种新观念的确立，即私权是现代民法的核心。即使某种意义上认可古代中国有民法的学人，也承认它是落后的、发展缓慢的。他们以为中国固有民法不是形式意义上的民法，它尤其见绌于现代欧陆民法。这种批评其实是说传统中国固有民法不够现代，准确地说是不够不上西方的现代，评判的尺度已然改变了。这是清末变法修律以来社会精英的共识，它指引了现代中国民法的发展方向。第一，那些认定传统中国有固有民法的，他们立足于恩格斯的论断，“民法准则只是以法律形式表现了社会的经济生活条件。”^[8]他们认为，中国古代商品经济自来发达，必然有发达的今世视之为民商法的类似调整规范。因此，中国古代当然有实质意义上的民法，只是这类法律规范的发展被专制国家、封建社会长期扭曲了。第二，由于经济生活条件的决定性，它的逻辑必然是：既然社会的经济生活条件变异了，民法准则也要顺势变迁；中国社会要现代化，中国民法也该具有现代性；西方社会已经现代化了，具现代性的西方民法就值得我们借鉴。第三，中国经济社会发展异常落后，需要进行现代性改造；中国民法也需要如此。因此，那些认为传统中国固有民法的人士尚且认为中国固有民法需要改造，何况根本否认中国有民法的人士。“历史问题的遮掩和重构，原是法制转型的首要任务。”^[9]因此，上述争论实际上是按照现代西方民法理念倒追历史、重述事实，从而证成新的法学知识类型。

私权的引入是“分门划界”的学科规训得以确立的前提，它“使得个人利益的观念终于有了确定的附着物，并且，‘私权’的运用也使得私益的存在从此获得了正当的可能性，……由于概念的产生，才使附着于概念上的学说及规则得到了阐扬、分析和构建的可

能。”^[10]清末修律是现代中国民法的起点,美国传教士丁韪良(W.A.P. Marin)1864 年翻译的《万国公法》,第一次定义了中国现代意义的权利概念,权利乃“凡人理所应得之分”。在这一时期,第一次将公法和私法在形式上区分开来,第一次构建形式意义上的民事法律规范体系——1911 年《大清民律草案》。新学理在现代教育制度的支撑下进一步强化,变法修律和培养新式法律人才是同时进行的,现代法学教育技术——书写、考试和评分——把世俗的知识变体为神圣的知识,从而使得这一学科具有“规训世界”的力量。从此,私权及民法学进入了中国。

(三) 民法学的普世化

新的民法学知识类型一旦得以确立,它就将自己的历史痕迹抹杀,宣称自己是没有历史的,是自在永在的、自我证成的、普世的、绝对的概念框架和价值体系。从而这套学理成为了不需要反思的概念体系,现在要做的只是用演绎法把这些学理具体的落实下来。完成这些任务,法条本本,教科书,再辅之以口号和大词就足够了。

可是问题在于:(1)中国民法学人呼吁中国市民社会的出现,呼吁尊重和保护私权利,他们与宪政主义者有着高度一致。在此,他们做了价值判断,他们对中国社会的历史道路做出了评判并提供了未来。这恰恰表明现代民法是有价值前提的、历史的、非普遍的。(2)现代民法学的学科规训是教义学式的、概念逻辑体系式的一门法律科学,它是价值中立的、非历史的、普遍的。在此,现代民法学并不能支撑中国民法学人的前述主张,何况正当性证成。(3)前述 1 能够为现代民法的运作提供必须的政治、社会、道德、文化前提;前述 2 能够回避现代中国民法学历史性的中国处境,回避民法在中国的实践后果。(4)这套遮蔽了历史和价值前提的现代民法概念体系又使得历史的、特殊的中国固有民法沦为传统资源,丧失主体性,中国传统礼俗作为一种需改进的特殊性得以安置。人们不大关心的是,这个有着概念明晰、逻辑严密、体系完整法典传统的国家(比如唐律疏议),为什么没有这样处理固有民法?

只是这种方式还是行不通。这套学科规训所力图维系的社会结构迟迟没有落实下来、生发出来。现代中国法律实践长期挥之不去的“法律自法律,社会自社会”^[11]的状况,这种习惯法异常活跃而制定法又“徒法不能以自行”的尴尬格局,再加上“山沟沟里出来的马克思主义”的政法实践都在不断地质疑、颠覆、扭转这套学科规训所讲的新学理。

三、回到法律史反思新法学

晚近以来的反思时期首先是对 20 世纪 90 年代以来中国知识界寻求进入全球文化生产体制,与国际接轨的反思;其次是对现代中国学术史及其运作机制的反思。“中国法传统有没有民法”问题在这一时期主要是法律史学者关注,民法学者鲜有介入,毕竟新的法学知识类型已经没有了证立自身的焦虑。这一系列的反思已经相当深入,触及了现代中国法学的一些核心问题,^④学者们清醒地意识到必须回到中国法律实践的历史研究,尤其是再发掘、再认识被西方法学话语遮蔽的那些部分,进而反思中国法学的西方法学世界观。“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。……惟有如此,才可能把中国法律史从博物馆中挪移出来,重建中国法律历史的现实意义。”^[12]

(一) 中国固有民法是可能且实有的

近年来,对大量传世司法档案、民间契券的法律史研究已经使得我们能够大致把握中国法传统下民事法的历史实践。从法律渊源上来说,“中国固有民法是以成文的律例与不成文的习惯法和情理等‘正律’以外的广义的民法渊源为其重要的表现形式”,^[13]一套位阶由高而底的多层法源——法理、成文法、礼俗、习惯等。

法律史研究表明法家实践一度抑制了固有民法的发展,古代礼法却没有阻碍固有民法的发展。在最引人瞩目的财产法领域,战国时代法家推行的国家对经济社会的有力控制是财产法发展最糟糕的时期。秦商鞅的“事本禁末”和《管子·海王》所反映的齐法家“官山海”主张,意味着民事法律关系的窒息,《睡虎地秦墓竹简》展示了秦昭王至秦一统后,涉及商品流转的物法及债法的法条和案例甚为少见。^[14]礼法结合时期的汉朝至清朝却是另一番景象,虽然民事纠纷被视为“薄物细故”,朝廷不大管,乡土社会自行解决。但是在传统司法中,官府实则对于“薄物细故”的处理是妥善、慎重的。^[15]这些修齐治平的司法官员民事司法的总体水平远远好于我们的想象。因此,第一,汉墓出土的买地券常见“民有私约如律令”之类为结语。第二,唐开元 15 年有专令明确承认“诸公私以财物出举者,任依私契,官不为理”,契约文书也有“官有政法,民从私契”的说辞。第三,清朝民事法律研究表明,“清代法律在民事方面确实强调禁与罚而非正面地肯定权利,这在官方表达的层面尤其如此。不过我们很快会

看到，在实践中，清代法制在处理民事案件时几乎从不用刑，并且经常对产权和契约加以保护。”^[16]

综观中国法传统的历史实践，中国固有民法实践有着自身的逻辑。首先，民法的精神在于只要不违背强制性的规范，意思自治的当事人就可以自由创设法律关系，中国固有民法实践同样支持这一逻辑。中国法传统的人伦优位实则是对政治权力的抵制与消解，中国百姓之自由、自在、自足、自乐的生活具有当然的正当。历代常言的不扰民、与民休息之类的主流话语自然地划开了公与私，为民间社会留了余地。而且中国法传统中成文律令的位阶也不高，国家法的独断与至上权威是一个现代现象。

其次，礼法传统下的契约实践远比现代民法广泛，这是现代民法学科规训下的“分门划界”无法涵盖的。“古代中国一切民事行为和关系——不是民事法律关系和民事法律行为——都是以契约为载体，并被契约所规定。进一步，凡是违背契约的行为或关系就是中国传统社会中的例外行为或违法行为。……完全可以说，调整中国传统社会秩序，带动整个社会运转的，不是民法或其他什么法律，而是活跃的契约活动。”^[17]

再次，它是礼法模式下的身份法，“同一规范，在利用社会制裁时为礼，附有法律制裁时便成为法律。”^[18]契约也是身份法之下的身份契约，这是非权利、非平等的契约，这就打破了我们过往对契约的教条化、意识形态化的理解。早期西方契约法也不是我们想象的那样，它直到18世纪都“不是强制执行私人协议，而是履行习惯性的实践做法和传统规范。……契约法也关注人们之间与身份、职业或社会责任相关的习惯义务”。^[19]它也是镶嵌在传统社群的道德风习之中的一套规范，陪审团制又使得普通人信守的社会正义标准得以介入、矫正私人之间的契约。尊重个体意志自治、鼓励平等主体自由交易的现代契约精神并不是理所当然的。

同样地，中国法传统在礼法模式下也合理地安置了这类问题。礼法模式下固有民法的不足更多是在与现代西方民法的比较中夸大的。循着中国法传统的自身逻辑理解中国固有民法，它的理论是可理喻的，它的实践也是可把握的。

（二）寻求私权的中国属性

这种寻求私权的中国属性的法律史回溯，它并不必然是对现代中国民法学科规训的质疑和颠覆，这些反思其实强化了既有的学科规训。这种把学科规训历史脉络的复杂性揭示出来的做法，依然是在强化现代民法学的知识权威。因为所有这些讨论都只不过是力图在现有框架下做一些或大或小的修正。更重要的是，

中国法律学人对这套知识背后的权力结构有着或多或少的体认，我们深切懂得，资本主义的全球扩张和现代世界结构造成了一种新的时势，民法及其所维系的私权利日益神圣不可侵犯，大写的权利和法治已经深入人心，而且已初步形成新的全民共识。现代中国法律学人所做的是在新的全球文明秩序的结构中按照通行公认的法权构造落实私权利。

因此，上述反思的前提依然是中国古代缺乏现代私权观念；缺乏知识学意义上的民法学，即一套学科规训所必须的确认机制和区分规则；而今天的民事生活已经迥异于传统社会，当代中国的社会结构已经发生了重大变迁，现代民法的那套话语也日益贴切起来。这种揭示法律实践的历史复杂性的努力实则是要补正现代中国民法，救济它造成的“法律自法律，社会自社会”的尴尬，使其真正适应现代中国的时空处境。

四、结语

现代中国民法学应该具有怎样的品质，理论和实践并没有提供唯一的答案。只要中国法律学人不丧失主体性，以法的历史性弥补法的科学性的不足，现代中国民法学的现代性、中国性、学科性及其知识生产机制就能真正确立下来。

注释：

- ① 梁治平：《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》，中国政法大学出版社1997年，第249页。梁治平此言洞见到了礼法文化与中国固有民法样态之间的逻辑联系。
- ② 转引自李昱冬：《从〈大清律例〉到〈民国民法典〉的转型——兼论中国古代固有民法的开放性体系》，中国人民公安大学出版社2003年，张晋藩序。
- ③ 作为学科规训集大成的大学则是“让各类不同的计划、功能、知识、规范和目的栖息的躯壳，而这些东西一定要通过‘管治工程’（的协调）才会被奉为主臬及生产种种相互的关系。”参见[美]华勒斯坦等：《学科·知识·权力》，三联书店1999年，第201页。
- ④ 参见黄宗智：《过去和现在：中国民事法律实践的探索》，法律出版社2009年；俞江：《关于“古代中国有无民法问题”的再思考》，载《现代法学》2001年第6期，第35—45页。代表性的讨论还有张晋藩：《论中国古代民法研究中的几个问题》，《政法论坛》1985年5期，第1—13页；詹学农：《中国古代民法渊源的鉴别问题》，《比较法研究》1987年第2期，第60—66页；张晋藩：《论礼——中国法文化的核心》，《政法论坛》1995年3期，第75—77页；怀效锋：《中国古代民法未能法典化的原因》，《现代法学》1995年1期，第82—85页；王亚新、梁治平编：《明清时期的民事审判与民间契约》，法律出版社1998年；徐忠明：《从西方民法视角看中国固有“民法”问题——对一种主流观点的评论》，何勤华主编：《法的移植与法的本土化》，法律出版社2001年，第507—536页。

参考文献：

- [1] 梁启超. 论中国成文法编制之沿革得失[C]//饮冰室合集·文集之十六. 北京: 中华书局, 1989: 52-53.
- [2] 王伯琦. 民法总则[M]. 台北: 台北国立编译馆, 1963: 15.
- [3] 杨鸿烈. 中国法律思想史(下)[M]. 上海: 上海商务印书馆, 1936: 250-251.
- [4] 胡长清. 中国民法总论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 16.
- [5] 蔡元培. 蔡元培全集(第三卷) [M]. 北京: 中华书局, 1984: 193.
- [6] 梅仲协. 民法要义[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1998: 14.
- [7] 潘维和. 中国近代民法史[M]. 台北: 台北汉林出版社, 1982: 54.
- [8] 马克思恩格斯选集(第 4 卷)[M]. 北京: 人民出版社, 1995: 253.
- [9] 冯象. 政法笔记[M]. 苏州: 江苏人民出版社, 2004: 70.
- [10] 俞江. 近代中国民法学中的“私权”及其研究[J]. 北大法律评论, 2001, (2): 480.
- [11] 蔡枢衡. 中国法理自觉的发展[M]. 北京: 清华大学出版社, 2005: 81.
- [12] 黄宗智. 过去和现在: 中国民事法律实践的探索[M]. 北京: 法律出版社, 2009: 7.
- [13] 李显冬. 从<大清律例>到<民法典>的转型——兼论中国古代固有民法的开放性体系[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2003: 412.
- [14] 孔庆明, 胡留元, 孙季平. 中国民法史[M]. 长春: 吉林人民出版社, 1996: 72-79.
- [15] 张伟仁. 学习法律的一些问题[EB/OL]. <http://www.lawsz.cn/Soft/UploadSoft/200702/20070228110912774.doc>, 2010-05-30.
- [16] 黄宗智. 民法的表达与实践: 清代的法律、社会与文化[M]. 上海: 上海书店出版社, 2001: 7.
- [17] 俞江. 是“身份到契约”还是“身份契约”[J]. 读书, 2002, (5): 57.
- [18] 瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京: 中华书局, 1981: 321.
- [19] 甘贝尔. 作为意识形态的契约法[C]//法律中的政治——一个进步性批评. 北京: 中国政法大学出版社, 2008: 353.

“Is There Civil Law in Chinese Legal Tradition” Under the Disciplinarity

ZHOU Wei

(School of Law, Tsinghua University, Beijing 100084, China)

Abstract: Is there civil law in Chinese legal tradition? This is a big confusion for Chinese civil law. Chinese civil law has its own logic under Chinese legal tradition in ancient times. Modern civil law identifies itself by denying civil law which belongs to Chinese legal tradition. This problem is a key to modern Chinese civil law. We should employ historical vision to aid scientific vision for law studying. Thus, we should promote modern Chinese civil law to be established in real essence.

Key Words: disciplinarity; Chinese legal tradition; civil law

[编辑：苏慧]