

「當然屬於專制，但卻是各類型專制中最好的一種」（孟德斯鳩） ——比較歷史視野下 帝制中國的威權型合法性

鞏 濤*

黃駿庚**譯

本文係筆者在北美中國史學者的學術會議上發言的續作。受到當下中國與西方國家之間關係惡化的影響，西方學者對中國歷史的看法發生了巨大轉變，而對此種現象的憂慮促成了本文的寫作。此種轉變最顯著地表現為一種觀點，其認為中國僅有規訓和秩序，而缺乏作為法治之基礎的真正法律。似乎僅有民主語境下的法治，方能孕育出唯一真正的法律體系。不同於此種簡單化的法律觀念，本文表明，遍覽世界歷史，法律都曾是統治的工具，其與民主理念的結合相當晚近，而且不乏含混與欺瞞。因此，評判一個法律體系，不應依據晚近關於法律應該是什麼的民主式偏見，而應基於該法律體系自身的術語和歷史發展。這也是孟德斯鳩（Montesquieu, 1689-1755）關於帝制中國之悖論性看法的啟發所在。按照孟德斯鳩的《論法的精神》（*De l'esprit des lois*, 1748）一書，中國是一個「專制政體」，但在其更加私密的筆記中，當孟德斯鳩注意到中國平衡的制度與精密的法律體系時，便弱化了這一判斷：「當然屬於專制，但卻是各類型專制中最好的一種。」換言之，不應根據統治的形態來預判法律體系的品質。秉持此種理念，本文沿著三個主要階段回溯了中國法律體系的演化。秦漢時期的古代「武士帝國」通過實證化、條目化、合理的任務導向以及將法律作為命令與管理官員之工具的觀念，為

* 法國里昂東亞學院資深研究員

** 華東政法大學涉外法治研究院講師

中國的法律體系奠定了基礎。在最初的架構下由於規則泛濫而引發的危機，經由在唐宋時期臻於成熟的「官僚帝國」編纂一般法典而逐漸獲得剋服。元朝造成了中國的法律與制度的深層斷裂，為明清時期「威權帝國」建立完整且全面之法律體系的最後階段做好了準備。進而，中國在世界上率先施行了真正的法律體系。這個以法典和條例為基礎的法律體系，不僅向普通民衆宣傳普及，而且伴隨著一批注釋性的手冊。由此，威權帝國為中國的現代國家形態奠定了基礎，後者的核心是在清末民初的改革運動中與西方法律接軌的現代法律體系。對中國現行法律體系的評判，應始於對這一偉大的遺產及其現代轉型的闡釋，而非將外來的法律概念強加於其上。

關鍵詞：專制、君主制、威權、絕對主義、法律體系、法典編纂、罪刑法定原則、法律教育、比較法

一、導言

民主太過容易陷入自我陶醉。古希臘的民主發明了「野蠻人」這一概念，用來從反面襯托其公民的美德與勇敢。正如托克維爾（Alexis de Tocqueville, 1805-1859）在評論新生的美利堅合眾國時所言：「民主制度廣泛地賦予了民眾關於國家及其自身的宏大觀念。」¹他寫道，其中一個主要原因，是「多數原則」促使政治家通過討好公眾來尋求公共輿論的支持，故而他們贊美這是一個由自由公民組成的、共享著傳承自光榮過去之優越價值的國家。結果，「大多數人都沉浸在對自身的持續崇拜之中」。²美國公民之所以「形成對自身往往誇大但卻總是有益的想法」的一大特殊原因，在於他們確信自己「從未服從於人，而只服從於正義和法律」。³此種想法是「有益的」，因為它能夠增強民主的自豪感，從而有效遏制任何濫用權力的企圖。此種想法又是「誇大的」，因為它讓美國公民相信「法律與正義」為他們的國家所獨享，而在不民主的國家則無法被推崇與想象。

托克維爾對具有開創性的美國民主的上述評論，很大程度上也適用於今天的西方民主。不可否認，現代公民對於世界的瞭解更加充分，對其複雜性有著更多認識。在這方面，連接著社會科學學者國際網絡的各所大學與研究機構，肩負著防止自我中心主義傾向再次復蘇的特殊職責。然而，當內憂外患來臨之時，傾向於詆毀其他文明傳統的舊有偏見會再次占據公共輿論的主流，而學者亦無法免受這一潮流的裹挾。

法律與正義對於中國文明的高度重要性，是我稱之為「我們這一代學者」的一大發現。此發現標志著對傳統漢學的重要突破，而這一點在安守廉（William P. Alford）一篇影響深遠的論文〈法律，法律，什麼法律？〉中展現得淋漓盡致，這個文章標題正是安守廉當初攻讀博士學位

1 Alexis de Tocqueville, *Democracy in America*, ed. Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop (Chicago: University of Chicago Press, 2000), 537.

2 Tocqueville, *Democracy in America*, 272 and 274.

3 Tocqueville, *Democracy in America*, 146.

時的一位指導教授在得知他希望研究中國法律史時的反應。⁴在法國，二戰以前對中國法律的興趣已然衰減，葛蘭言（Maecel Granet, 1884-1940）在他富有影響力的著作《中國思想》（*La Pensée chinoise*）中得出的那個雋永的結論仍然代表著主流：「既無上帝，也無法律」。⁵從 20 世紀 80 年代開始，得益於西方學術的重新定位，同時恰逢法律史學在中國大陸的復興以及在臺灣和日本的發展，中國的法律傳統不僅在學術領域，而且在思想開明的廣泛受眾之中重新獲得關注。我認為這對增進中國與西方之間的相互理解是一次重要的貢獻。

本文的寫作源於我對上述進步趨勢可能遭遇逆轉的憂慮。誠然，西方與中國以及其他非民主國家之間關係的惡化，並非本文討論的對象，但這也不應改變我們對待那些歷史有別於西方的國家的學術態度。我認為有必要重返那個根本且初始的問題，亦即「法律？什麼法律？」並且嘗試藉助比較歷史的洞見來作出回答。我並不追求新穎性和原創性，而是僅僅試圖通過展現我從這一領域的進展中收穫的教益，來盡量提供一種最為平衡的呈現。

我的討論始於啓蒙時代歐洲最初看待中國及其政體的猶疑態度，孟德斯鳩（Montesquieu, 1689-1755）可謂是一個代表。根據孟德斯鳩在其著名的《論法的精神》（*De l'esprit des lois*, 1748）一書中提出的三種政體類型，中國作為一個專制政體，在嚴格意義上不可能擁有法律。然而，孟德斯鳩本人及其追隨者又不得不承認，中國確實擁有法律。我接下來將探討專攻中國法律的學者的最新研究，他們再度質疑中國是否曾經擁有法律，抑或具備何種性質的合法性（legality），而這不得不讓我聯想到孟德斯鳩的悖論。此種游移不定的立場有兩個主要原因。第一個原因是對法律及其在歐洲和美國歷史上作用的過度理想化，這促使我舉出一些例子來說明西方的法律傳統亦曾何等專制。第二個原因是抗拒基於中國

4 William P. Alford, "Law, Law, What Law?: Why Western Scholars of Chinese History and Society Have Not Had More to Say about Its Law," *Modern China* 23, no. 4 (1997): 398-419.

5 Marcel Granet, *La Pensée chinoise* (Paris: Albin Michel, 1968), 476. 這是《中國思想》一書的結論：「我將以這樣的表述來概括中國風俗的精神特質：既無上帝，也無法律」（底線為引文原文強調處）。

法律自身的原則與實踐來理解它，這造成許多學者以西方法律的原則來評判中國法律，使之陷於不利的比較地位。

接下來，我開始探討中國的法律觀念，並從三個連續的階段來研究其歷史基礎。在古代，在我稱之為武士帝國（Warrior Empire）——因為軍事原則當時在整個社會中仍然占據主導地位——的秦漢時期，法律的基本要素得以奠定。法律成為一種客觀的、高度技術化的、細緻入微的控制手段，服務於國家對其官僚的約束。法律與條例的繁蕪帶來了混亂，而此種混亂局面經由數個世紀的逐步改革才得以解決。這促成了由唐宋時期的官僚帝國（Bureaucratic Empire）建構的第二個階段。一般化的法典編纂將罪刑法定穩固地確立為基本原則，由專門的司法機構加以適用，而法律的實施也成為官員為政之道中的一項重要技藝。蒙古入主中原以及元朝對中國式法典的回避，造成了嚴重的斷裂。這為第三個階段，亦即明清時期威權帝國（Autocratic Empire）⁶的法律體系創造了前提條件。奉行平民主義（populism）的明朝開國皇帝太祖朱元璋（1368-1398 在位），不僅回歸了古代的法典編纂模式，而且下令要求民眾和官員都應知曉他制定的法典，由此使法律成為威權統治的重要工具。威權法律成為中國為政之道的核心，通過大量的法律文獻實現傳播，其影響力拓展至整個東亞。本文的結語將追問在經歷現代轉型以後，這一偉大的法律傳統還有多少得以保留。

6 譯者注：雖然「autocratic」一詞更多譯為「獨裁的」或「專制的」，但譯者基於以下理由，將該詞譯為「威權的」：首先，作者之所以使用「autocratic」而非「despotic」來描述明清中國及其法律體系，即是有意反思孟德斯鳩等人使用的「despotic」一詞所暗含的貶義色彩。在中文語境中，無論是「獨裁」還是「專制」，顯然也都帶有明顯的貶義，因而無法表達出作者將「autocratic」視作一個中性的分析術語的意圖。其次，作者對「autocratic」一詞的理解與「authoritarian」一詞（在本文中亦有使用）基本一致，亦即用它來形容一種君主權力高度集中的統治狀態。因此，考慮到學界常將「authoritarian」譯為「威權的」，譯者亦選用該譯詞。

二、孟德斯鳩的遺產 ——作為矛盾統一體的中國法

「當然屬於專制，但卻是各類型專制中最好的一種」（Despotisme, certainement, mais le meilleur de tous）這句話，並沒有出現在《論法的精神》一書裡面，但可見於孟德斯鳩在一本名為「隨想錄」（*Pensées*）的筆記本上手寫的評論。孟德斯鳩在創作其後來出版的那些巨著的過程中，將自己記在這本筆記本上面的內容作為文獻和反思的來源。前述所引用的那句評論，就是出自這本筆記本裡面一個段落的結尾。這句評論與那類將中國視為「東方專制主義」（Oriental Despotism）之典範的陳詞濫調形成了對照，而後者恰恰是許多人從孟德斯鳩作品中得出的推論，故而在此值得對這句評論所在的整個段落加以引用：

第六章：中國儘管幅員遼闊，卻不得不柔化其專制統治的原因
……中國是一個混合政體，與專制統治非常類似，因為它的君主同樣手握大權；又與共和制有些相像，因為它的約束機制建立在確定的美德之上，而此種美德以父愛和尊重為基礎；與君主制也不乏契合之處，因為它融合了法律和規範有序的法庭，而且以堅持並勇於直言為殊榮。這三種相互平衡的因素，與維繫整個國家的自然環境和氣候條件結合在一起，使得即便帝國的龐大規模將其塑造為一個專制政體，中國亦是各類型專制中最好的一種。⁷

上述段落的句法有失規範，畢竟這是寫在私人筆記裡的內容，但其主旨卻是清晰的。這與《論法的精神》那種提綱挈領的寫法形成了鮮明對比，孟德斯鳩在該書中必須堅持他的模型，而依據這一模型，「專制」在理念上與共和制、君主制皆截然不同。「專制」政體之下的「統治原則是恐懼」，其大意指「除非使用棍棒，否則其民眾不接受統治」。更糟糕的是，帝制中國「試圖將法律和專制相結合」，結果使得專制變本加厲。

因此，在其所採用的以「三種政體」信條為指導的理論進路中，孟德斯鳩是一位「貶華者」（Sinophobe），帝制中國被他視作既非一個奠基

7 Charles Louis de Secondat, baron de Montesquieu, *Mes Pensées*, ed. Catherine Volpilhac-Auger (Paris: Gallimard, 2014), §1880.

於公民美德之上的共和國，亦非一個以維護貴族榮譽為信條的君主國，而是一個建立在十足的奴性基礎之上的專制政體。出於一種耐人尋味的矛盾性，當孟德斯鳩步入這一領域，開始審視那些恰好堪稱是對中國「法律精神」之最佳揭示的具體制度或運作細節時，他卻成為了一位並未明言的「親華者」（Sinophile）。

即使上述教條主義的立場妨礙了他進行公開的表達，對孟德斯鳩而言，帝制中國的法律已然被他視作「另一種法律」，在歐洲的法律體系之外提供了另一種可能性。在孟德斯鳩看來，帝制中國的法律固然並非歐洲將要效仿的範本，但它也是一種值得加以理解的重要治理制度，並且有可能為緩解歐洲法律制度的某些弊病提供方案。孟德斯鳩的這種立場，曾激發了他的公開仰慕者小斯當東（Georges Thomas Staunton, 1781-1859）的靈感。小斯當東是第一位翻譯《大清律例》的歐洲人，他在《大清律例》英譯本的〈譯者序言〉裡面的如下這段總結性評論，與孟德斯鳩那些最為親華的觀點同聲相應：

最後，作為政治家和哲學家，我們應該更仔細深入地瞭解中國的如下內容：中國民生政策的原則、運作和效果，中國那些獨特的法律，以及中國政府的基本制度及其構成。中國的這些東西絕非完美，但肯定是最古老的。倘若我們從其持續存在的時間來判斷，則可以說，這是人類所經歷過的一套最為穩固、最契合本國民眾稟賦和性格的制度。⁸

小斯當東並沒有對帝制中國某些刑罰措施的嚴酷性視而不見，但他也描述了那些實際緩和了此類刑罰規定在字面上的嚴厲程度的程序。更為重要的是，小斯當東將他論述的重點放在了《大清律例》這部法典整體的合理性上面：

8 George T. Staunton, translator's preface to *Ta Tsing Leu Lee; Being the Fundamental Laws, and a Selection from the Supplementary Statutes, of the Penal Code of China*, facsimile reprint (Taipei: Ch'eng-wen 成文, 1966 [1810]), xiii. 在同一序言的頁 xxv 中，小斯當東稱贊孟德斯鳩的《論法的精神》「正確地理解了這個備受關注的非凡民族的法律」。譯者注：此處的翻譯參考了屈文生和靳璐茜的譯本，同時根據英文原文略加調整。參見屈文生、靳璐茜譯，〈小斯當東《大清律例》（英譯本）譯者序（1810年）〉，收於喬治·湯瑪斯·斯當東（Georges Thomas Staunton）著，屈文生譯，《小斯當東回憶錄》（上海，上海人民出版社，2015），頁 205-206。

因此，將《大清律例》中的各門類內容比作一組連續的數學題，這樣做或許並不恰當，但確實需要考慮到如下這種令人困惑的情形，亦即要想公正全面地理解《大清律例》中每一門類的法律規定，則需要對位於該門類之後和之前的其他門類內容都有通盤瞭解。⁹

儘管小斯當東青睞抽象的體系（這種偏好是許多啟蒙思想家的典型特徵），但他還是關注到了中國法律的主要特質：中國的法典編纂方式具有合理性，各種法律規定遵循著以罪刑相當為依據的同一套基本標準，並且擁有明確的適用規則來調節刑罰實施時的寬嚴程度。總之，就中國法律的整體架構而非其具體細節而言，中國原本可以擁有第一個名副其實的法律體系，進而能夠為歐洲樹立典範。

三、孟德斯鳩悖論的新近復蘇

隨著時間的推移，孟德斯鳩上述關於中國的悖論性看法，為理解晚近以來發生在那些謹慎且出色的觀察者們之間、圍繞中華人民共和國現行體制展開的論辯，提供了一個有趣的視角。

（一）「威權型法」的兩種進路

為了更貼切地理解東亞的法律傳統及其向現代法律體系的轉型，一些重要的研究提出了「威權型法」（Authoritarian law）這一概念。¹⁰此種

9 Staunton, translator's preface to *Ta Tsing Leu Lee*, xxviii. 譯者注：此處的翻譯參考了屈文生和靳璐茜的譯本，同時根據英文原文略加調整。參見屈文生、靳璐茜譯，〈小斯當東《大清律例》（英譯本）譯者序（1810年）〉，頁217。

10 Randall Peerenboom, ed., *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France, and the US* (London: Routledge, 2003); Weitseng Chen (陳維曾) and Hualing Fu (傅華伶), eds., *Authoritarian Legality in Asia: Formation, Development, and Transition* (Cambridge: Cambridge University Press, 2022); Tom Ginsburg and Tamir Moustafa, eds., *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008). 關於實際運作中的威權型合法性，有一項出色的案例研

做法為那些將「法律秩序」(legal order)之形式與「法治」(rule of law)實際區分開來的進路開闢了新的領域，以便更準確地評估「那些強威權型的國家僅僅就法律做出工具性承諾，便可發展甚至強化自身，而無需進行激進的民主改革和／或政治改革」。¹¹無論此種威權型發展趨勢是否被視作邁向法治與最終的民主的「過渡」階段（後者被視作一套成熟的法律體系的正常發展過程），又或者它是否是一種可能且持久的替代性方案，這都是一場由於中美兩國關係的當下進程而變得異常激烈的爭論。就此而言，可能存在著如下兩種不同的進路。一種進路是從對何謂法律所做的某種比較性、理論性的界定出發，此種定義基於內聚性的考慮而傾向於做嚴格的限制；另一種或許可被稱為「相對主義」(relativism)或「歷史主義」(historicism)的進路，它強調法律不能（或者說，確實不應該）被簡化為其在西方的晚近發展，而應當被理解為歷史以及各種環境因素的產物。上述第一種進路將我們導向一場零和遊戲，即認為真正名副其實的法律只有一種類型，特定法律體系之成就的發展程度，必須根據該理想型的基準來加以判定。當如此行事時，正如孔傑榮(Jerome A. Cohen, 1930-2025)曾尖銳指出的那樣，隨之而來的風險便是「將我們的理論與他人的實踐進行比較」。¹²

郭丹青(Donald Clarke)是上述第一種進路的積極擁護者，他撰寫了一篇標題醒目的英文文章——〈中國的秩序與法律〉(Order and Law in China)。¹³對於「中國是否存在法律體系」這一先決問題，該篇文章提供的如下最終答案是否定的，或者說並不完全予以肯定：「要想更好地理解人們慣常使用法律詞彙來加以描述的中國的那些制度，不妨借助如下這種不同的理論視角，即那些制度在廣義上旨在維持秩序，或者從狹義上講是為了維穩（就該詞彙在中文中的那種特定意涵而言）。」按照郭丹

究，參見 Mary E. Gallagher, *Authoritarian Legality in China: Law, Workers, and the State* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

11 Chen and Fu, *Authoritarian Legality in Asia*, 2.

12 Jerome K. Cohen, "Is There Law in China," *The International Trade Law Journal* 5 (1979): 84. 這番嘲諷針對的是那些通過「從事最糟糕的比較法研究——將我們的理論與他人的實踐進行比較」來「復興傳教士精神」的人。底線為筆者所加。

13 Donald Clarke, "Order and Law in China," *University of Illinois Law Review* 2022, no. 2 (2022): 541-596.

青的此種說法，中國存在「秩序與法律」，因為法律在那裡被當作實現秩序的一種工具，但是，它缺乏一個真正的法律體系所應具備的那些基本要素，而真正的法律體系乃是一種建立在「法治」基礎之上的有關「合法性」的正確信念。的確，「合法性並非國家強制所做的任何事的同義詞」，由此呈現在讀者面前的，是一個關於「合法性」的嚴格的甚至是限制性的定義，即「合法性」關乎規則的制定以及規則的適用（此點將在後文中加以討論）。該文章最終聚焦於「法治」：「在那些關於中國的討論中，我們經常可以看到這樣的斷言，即認為中國雖然可能沒有法治（rule of law），但在那裡確實存在著經常被人們視作一項成就的「利用法律進行的治理」（rule by law）。而中國的這種狀態，在一個其另外一端為法治的連續體上面占據了某個位置。」¹⁴

儘管如此，我們還是在郭丹青所做的分析中發現了前文提及的那種「過渡」範式。隨之而來的是一個揮之不去的問題，正如裴文睿（Randall Peerenboom）在二十多年前就提出來的那樣，¹⁵中國在「邁向法治的漫長征途」上走出了多遠？這種範式提供了一種衡量的尺度，用來判定中國究竟是在進步還是倒退，又或者是陷入「利用法律進行的治理」的泥沼而停滯不前（這種情況實際上會被嘲笑為「窮人家的法治」）。

（二）將問題歷史化——「合法性」及其評判標準

郭丹青的上述分析，立足於他對司法制度運作的細緻研究，列舉了關於案件是如何建構起來並予以解決的許多例子。此種做法不是我意圖在此採用的討論方式。我也不打算參與到關於中國現行制度是否可被稱作「合法的」（legal）的語義爭論當中去。我將只對此種語義爭論所依賴的一些隱含假設提出質疑。讓我感興趣的是，被郭丹青看作認定中國的現行制度並不完全是「合法的」的許多充分理由，在我看來都屬於帝制中國晚期的法律在學習西方進行改革之前就具備的特徵。在此試舉兩例：

14 Clarke, "Order and Law in China," 556.

15 Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).

1. 「案例資料庫」（case databases）和「判例法」（case law）

有些觀察者認為，中國提交司法審查的案件數量在逐漸增多，這反映了在中國出現了正在建立一種健全的「法治」的跡象。然而，郭丹青提醒我們：

如果（中國的）律師們能夠通過搜尋案例來獲得對手頭案件之適用規則加以論證的依據，那麼確實可以如此認為。但是，在（中國的）律師們所做的論證中，似乎並沒有看到關於案例的論證。相反，（中國的）律師們看起來主要是基於如下兩種原因才使用案例資料庫。首先，他們這樣做可以節省研究手頭案件的成本。此前那些關於相同問題的案例，可能會援引亦可適用於本案的法律法規。其次，律師們可以借此獲知特定的承辦法官（或其直接隸屬的法院）在與本案案情相似的先前案例中是如何裁判的，抑或在相關問題上是持何種立場。這將有助於律師們制定有效的訴訟策略。換言之，他們查閱案例的目的，是為了從中尋找到接下來可能會發生什麼事情以及如何構建一項主張的線索……。他們查閱案例，並非為了從中概括提煉出一條規則。¹⁶

易言之，中國的律師們並非在案例中尋找「判決依據」（*ratio decidendi*），而正是「判決依據」這種隱藏在案件之中的理性內核，使得判例法成為一個合理融貫的法律體系；中國的律師們只是在驗證手頭的案件是否與先前由上級機關認可的那些決定相一致。這種情況顯然會阻礙將中國的法律體系吸納進普通法的大家庭。不過，研究帝制中國晚期法律制度的專家，將會由此聯想到那種將司法判決轉化為「成案」的方式。「成案」在英語中通常被譯為「leading case」，但對其更準確的翻譯是「settled affairs」。成案被大量彙編出版，用作幫助地方衙門「援引可適用於本案的法律法規」的資料庫。這些成案是編纂例文的基本素材，而例文則被定期添入《大清律例》之中，作為對相關律文的補充。清代的司法官們被禁止援引成案或者依據成案來裁決案件，因為司法官們的決定本身並沒有權威性。司法官們在裁決案件時只能夠適用《大清律例》，故而他們

16 Clarke, "Order and Law in China," 588. 底線為筆者所加。

必須等待那些篩選出來的成案被添入《大清律例》而成為其中的例文。不過儘管如此，被大量彙編出版的成案集，使得當時從事法律實務的人們對立法的總體趨勢有很好的瞭解，而這為他們提供了關於哪些法律可能適用於手頭的案件以及如何適用的全面理解。這顯然並不符合標準的普通法，但卻是那套承繼自明代的舊法律體系直到 19 世紀後期仍然能夠保持一定活力的原因。這裡的問題不在於中國是否擁有一套無可挑剔的「判例法」制度，而在於中國是否正在恢復將「案例資料庫」（或稱「成案」）作為成文法的補充以及更新法律內容的一種來源的傳統？

2. 「法外」（extra-legal）的概念

郭丹青將「法外」定義為「不願意將合法／非法（legal/illegal）這種區分應用於某些實踐」，在此種情況下，「法外」並不僅僅意味著「非法」，更確切地說，它是指「合法性（legality）與非法性（illegality）的概念根本無法適用於或者至少無助於理解相關實踐的一個領域」。的確，「法外領域的存在，揭示了一種思考合法性的不同方式。而且，此種差異並非根源於神秘的文化差異，而是根源於中國的實際政治結構。」¹⁷

應當承認的是，在中國當下，「法外領域」是中國共產黨所做決定的保留領域，而這些決定由於其形成方式並不公開而被我們認為是任意的。碰巧的是，「法外」是帝制中國法律中的一個基本概念，它指向彼時位於法律體系之最頂層的權威——皇帝。清代的統治可能是威權的，但「法外」卻是由法律來嚴格限定。此方面的最佳例子，或許是那套被稱為「秋審」的死刑案件核准制度。此種程序每年都會調集一批由各地上報至中央的死刑案件。這些死刑案件被仔細加以覆審後，按照其罪行嚴重性程度的不同，分成從「情實」到「可疑」的四類，所有的覆審結果都會受到由豐富的成案所構成的案例庫的指引。那些在秋審後被歸入「情實」的案件，意味著接下來將嚴格依據法律執行死刑；不過，在象徵性地舉行於秋季的秋審大典中，皇帝會在百官群臣的見證下，行使其「法外」的至高權力。那些被皇帝用朱筆勾決的人犯接下來將被實際執行死

17 Clarke, "Order and Law in China," 562-563. 底線為筆者所加。

刑，而其他的人犯則會緩決留待下一次的秋審。在許多時候，這種處理結果實際上是由司法官員們根據各案件的罪行嚴重程度決定的。「法外」也包括了一些不那麼仁慈的做法，例如在由皇帝最終核准死刑的正常覆審程序遇到阻礙而無法運行的某些情況下，總督、巡撫可以皇帝的名義將死刑人犯就地正法。¹⁸此處重要的是，「法外」確實是一個法律概念，它有著相當明確的定義和嚴格受限的適用領域。正如下文將揭示的那樣，「法外」在這種用威嚇（*commination*）來調節威懾（*deterrence*）的法律體系中居於核心的位置。

我完全贊同郭丹青的如下觀察，即認為中國使得我們面臨「一種思考合法性的不同方式」；但與郭丹青的看法不同的是，我認為這種差異不應當導致我們否認中國法律體系的品質。它不過是一套與我們西方不同的法律體系。這是非常輕易便可給出的肯定，但它將使我們的思考走向另外一條更艱難的道路：暫且先不論「法治」或者「合法性」，倘若當事人不擁有被認可的權利，沒有律師為他們辯護，以及缺乏「遵循先例」原則賦予司法裁決以司法權威，我們是否還有可能構想一種法律的存在？

在這裡，我們再次遭遇那個被複雜化並擴展至諸多現代維度的「孟德斯鳩難題」。我對此問題的興趣來自如下兩點觀察：首先，作為一名歷史學家，我有一種感到不安的印象，可以佐證明清時期中國法律的某些特徵正在 21 世紀的中國逐漸地部分回歸。其次是我注意到，「孟德斯鳩難題」的持續存在，標誌著我們既有的概念和詞彙無助於完整地理解中國的法律體系。下文旨在對不同的法律體系進行公允的比較，從而更好地解釋中國法律體系的歷史演化和概念獨創性。

18 見 Eric Schluessel, "The Law and the 'Law': Two Kinds of Legal Space in Late-Qing China," *Extrême-Orient Extrême-Occident* 40 (2016): 43ff.

四、初步的評論—— 法律在歷史上的真實樣貌， 反對法律浪漫主義

一旦穿越了現代性的薄層，歷史學家將遇到更為契合威權模式的法律、法律體系和法，而不是「法治」(rule of law)、「法治國」(*staatrecht*)或「法治國家」(*état de droit*)。尽管法律往往被認為專屬於民主與「法治」，但法律的出現要遠早於後兩者。這本應是老生常談，然而我在最近一些作品中常常看到的關於法律的理想化觀點，促使我對西方法律（實際上是所有法律）的威權傳統進行簡要概述。

我認為有必要回溯一下，中世紀的法學家和教士重新發現並傳承至近代的「羅馬法」，並非羅馬共和國的法律，而是西元 5 世紀的《優士丁尼民法大全》，後者明確地囊括了所有用來保護皇帝之神聖威嚴的恐怖手段。這為宗教審判，以及法國王室法學家們（*Légistes*）對聖殿騎士團（Knights Templars）進行的原始史達林主義（proto-stalinist）審判——皆屬於在「國家理性」（Reason of State）驅動下法律工具化的例子——提供了思想和程序的源泉。博丹（Jean Bodin, 1530-1596）的兩部重要作品已經證明，對於人文主義法學家而言，15 世紀造成數萬人受害的獵巫運動和世俗國家的構建同樣至關重要。《共和國》（*La République*）作為第一部對絕對主義架構下的民族國家進行綜合的、概念性的描述的著作而聞名，而對巫術以及獵巫者用以根除巫術之方法展開學術分析的《巫師的魔鬼附身妄想》（*De la démonomanie des sorciers*）則被人們淡忘。¹⁹若將都鐸王朝通過控制教會和宗教迫害來實現國家建設撇開不談的話，普通法看似更能免受這些威權模式的影響。然而，即便是在輝格黨奉行的議會自由主義之下，也頒布了所有國家中最为嚴苛的刑法，這部刑法以「血腥法典」（bloody code）之名流傳於世。²⁰在這些最為嚴酷的規定獲

19 Jean Bodin, *Les Six Livres de la République*, an abridged version of the Paris 1583 edition (Paris: Librairie générale française, 1993); *De la démonomanie des sorciers*, ed. Virginia Krause, Christian Martin, and Eric MacPhail (Geneva: Droz, 2016 [1598]).

20 不完全的統計傾向於證明，英國處決的死刑犯，可能比更加「威權」的德國與法國之總和還要多。參 V. A. C. Gatrell, *The Hanging Tree: Execution and the English*

得緩和的數十年後，阿拉巴德（Ernest Alabaster, 1872-?）方才在其傑出的《中國刑法評注》的導論中寫道：

§ 24. 至於中國的刑法，雖然允許在審訊犯人時施加酷刑是其無法忽視的污點，針對謀反和弑親的刑罰極為殘忍，枷號刑也不容辯解，但是如果理解其程序，《大清律例》仍然遠比我們的制度更為精確和完善，也絕非通常所認為的野蠻殘酷到令人髮指。²¹

至於由日本首先發起、中國隨後仿效的東亞法律現代化，驅動這一重大轉型的從來都不是對「法治」的追求，而是法律人對「富強」的向往。處在競爭之中的兩種模式，分別是拿破崙時期和德意志第二帝國時期的法典編纂風格。後者之所以為日本所青睞，並非出於法律方面的原因，而主要是因為它是戰勝國的法律制度，理應比方才復興的、遭受大革命之個人主義理想污染的法蘭西共和國更加威權。²²

從其晚近歷史來看，美國似乎與威權型法無關，但美國的法治也不乏陰暗面。我將在此引用托克維爾的觀點，他深入比較了美國法律與西班牙的威權主義在新大陸造成的破壞：

西班牙甘冒天下之大不韙，使自己遭到奇恥大辱，以史無前例的殘酷手段，也未能減絕印第安種族，甚至未能阻止印第安人最後分享了他們的權利。而美國人用十分巧妙的手段，不慌不忙，通過合法手續，以慈善為懷，不流血，不被世人認為是違反偉大的道德原則，就達到了雙重目的。以尊重人道的法律的辦法消滅人，可謂美國人之一絕。²³

托克維爾強調取得這一結果的最有效工具即是法律：美國人「絕不允許任何人占有（印第安人）的土地，除非按契約的方式正當地獲取。」

People 1770-1868 (Oxford: Oxford University Press, 1994), 9, 327.

21 Ernest Alabaster, preface to *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law and Cognate Topics* (Taipei: Ch'eng-wen 成文, 1968 [1899]), lxii. 據阿拉巴德這位出庭律師所說，這本書「主要依據的是查洛納·阿拉巴德（Chaloner Alabaster）爵士的寫作」，而此人是他的父親並且「於某個時期擔任在中國的英國總領事」。

22 Éric Seizelet, "Les implications politiques de l'introduction du droit français au Japon," *Revue internationale de droit comparé* 43, no. 2 (1991): 367-388.

23 Tocqueville, *Democracy in America*, 334-335. 譯者注：此處的翻譯參考了董良果的譯本，同時根據英文版略加調整。參見托克維爾（Alexis de Tocqueville）著，董良果譯，《論美國的民主》（北京，商務印書館，2017），頁 434-435。

對於這位美國民主的提倡者和理論家而言，「法治」或者更準確地說財產權的法律效力，在特定情形中可能比完全專斷的統治更富有危害性和破壞力。這將促使我們在看待每個法律體系時，須考慮其組成部分、所宣稱的理想與目的，以及實踐效果和可能的錯判。在歷史的法庭面前，沒有一個法律體系應該被假定為無罪。

儘管如此，郭丹青仍然正確地指出了「合法性（或法律）不是國家的強制行為的同義詞」，這對中國古今的所有法律體系而言皆能成立。法律最普遍的特徵就是通過正式的約束來限制強制力的運用。關於中國傳統制度的法律品質和法學品質，現在是時候呈現其正面的因素了。我會盡力展現這些因素如何在歷史進程中出現，又如何在帝制中國晚期的法律體系，即所謂的威權型合法性中獲得鞏固。

五、中國合法性觀念的一些基本因素

關於中國各個歷史時期之法律史研究取得的顯著進展，使得我們能夠基於對中國法律在不同時期之演進的準確分析，更為全面地理解中國法律的獨創性。總之，我們現在有可能建構一種法律通史，而不是重複那些轉述自王朝歷史的陳舊敘事。我們不會將「中國法」視作一個抽象概念、一個悖論或者西方法律的陪襯，而是在一定程度上追蹤其長期演化，在帝國制度的進程中確認其巨變。我們現在所嘗試理解的「中國法」，由若干層面疊加而成，其最終的粘合力是人為的而非自然的，是大量實用性調整和知識性反思的結果，而正是這一複雜與混合的整體應該被理解為「法」。為了明晰起見，我將區分以下不同階段：（一）武士帝國的法律（秦漢時期，大約為西元前 3 世紀至西元 2 世紀）；（二）官僚帝國的法律（主要是唐宋時期，約為 7 至 13 世紀，但其發端為 3 世紀的晉朝）；（三）威權帝國的法律（主要是明清時期，14 至 19 世紀末期，但元代是向威權法律體系過渡的必要階段）。

六、武士帝國法律的合法性要素

我們對於這段法律之形成期的認識，主要進展來自於在墓葬中發現的可以追溯至秦朝與漢朝早期的準法律文本。我使用「準法律」（para-legal）這一表述，是因為迄今為止發現並且復原的並非法律原件，而是當初出於不明目的而放置在墓葬中的抄本。²⁴這些文本與傳統的主流敘事，尤其是與官方的王朝歷史相抵觸，並且部分證偽了後者。五十年來的學術釋讀、謄錄、翻譯以及相關的辯論，大幅修正了我們的觀念。由葉山（Robin D. S. Yates）和李安敦（Anthony J. Barbieri-Low）合寫的精湛的綜合性著作，使我們有可能全面認識這一形成期。因為篇幅所限，在此甚至無法總結他們這項傑出的研究成果，但我會從中提取最為持久的、可以被視為中國後世法律之基石的要素。

（一）法律作為針對官員的命令與約束

最具開創性與影響力的觀點，或許表現為葉山和李安敦對秦漢法律文本的翻譯方式。他們從一個帶有預設的提問開始：「這些文本運用了何種語言」，更確切地說，「法律針對的是哪些人：是普通人，還是執行法律的法律官員？如何在翻譯中呈現這些差異？」對句法的細緻考察顯示，「文本中有相當多的『指令性』術語，即發出命令的術語。」這與西方法律中常見的「預測性」修辭形成鮮明的對比，後者通常用「不得」這一法律將來式來表述。總之，「這一語法和修辭的句子結構表明法律針對的是官員而非普通人。」²⁵

就我們所討論的領域而言，這一句法的轉變堪稱哥白尼式的革命。這意味著中國法從一開始就與我們固有的法律概念不同，後者針對的是我們這些民眾，採取附條件的將來語氣：「你不得殺人」或「如果你殺人，

24 Anthony J. Barbieri-Low and Robin D. S. Yates, *Law, State, and Society in Early Imperial China: A Study with Critical Edition and Translation of the Legal Texts from Zhangjiaashan Tomb No. 247* (Leiden: Brill, 2015), 107-109.

25 Barbieri-Low and Yates, *Law, State, and Society*, 34ff.

將承受 X 或 Y」。實際上，中國法是一項命令，採取祈使語氣，針對的是國家官吏：「對於 X 罪行，應該如此判刑」或者「適用刑罰 Y」。這一點影響重大，因為這一基本句法出現在從古代到 20 世紀早期的所有中國法典之中（儘管明代以後發生了重大變化，下文將詳述）。我們擁有的關於唐代、明代、清代法律的英文、法文乃至其他語言的所有譯本，都因為受到法律首先且主要針對的是普通人這一西方假定的影響而有失準確，從而造成了大量誤解。

這看似僅僅關乎修辭，但其實標誌著法律的起源與性質的根本區別。法律不是神聖立法者的誡命，由人類負責解釋、調整並適用於更為世俗的事務。在最早的王朝這一久遠的奠基時期，法律是向國家官吏傳達命令與核查他們如何適用的世俗工具。固然，帝國權力是天生神聖的，並且被賦予宗教魅力與職責，但是以其名義頒布的法律並不負責向臣民傳播這種神聖性——有其他管道承擔此種職能。法律是傳達命令和規訓官員行為的世俗工具。

（二）用標準化樣式表達、以法律術語「律」為名的實證法

秦漢時期頒布了實證法，「實證」（positive）意味著法律的創造和傳播是為了獲得準確和可見的效果。法律被劃分為不同條款，這些條款通過標準的樣式準確地指出，在極為廣泛的活動之中，哪些人類行為應該受到處罰以及如何受到懲罰。由於遵循了罪刑相當的一般原則，並且趨於形成系統的融貫性，這些法律被稱為「律」，與音階、格律詩共用同一個術語。這個術語至今保留在對法律的現代表述（「法律」）之中。它們也會嚴格規定法律應該如何適用、由誰適用以及在何種制約之下適用。一個典型例子是關於刑事訊問的一系列規定：法律要求指定的訊問人讓嫌犯不間斷地發言，除非出現一些足以揭穿他的錯誤或矛盾，而只有在嫌犯堅稱被證偽的事實為真時才可以施加笞刑；使用笞刑的情形必須如實寫入訊問記錄。²⁶

26 Barbieri-Low and Yates, *Law, State, and Society*, 156; Maxime Korolkov, "Arguing about Law: Interrogation Procedure under the Qin and Former Han Dynasties," *Études*

總之，法律是統治者用來指揮與控制其官吏的工具，更正式的說法是，法律是國家在各個領域公開地控制其自身行為的主要手段，而且在技術層面高度精細。因此，法律採用極其標準的樣式書寫，依照行為的不同領域加以分類編排，兼具實用的底色與合理的結構。這些仍然是後世法典的顯著特徵。

（三）刑罰等級的統一性

最後一個基本特徵是適用的統一性：法律適用於所有人——除了皇帝。統一性並非法律面前人人平等，因為臣民在地位上（更準確地說，是等級上）並不平等。舉國的戰事方才終結，社會仍舊按照最初基於軍功劃分的等級來加以組織，從而形成了一個為帝國效力的貴族階層。實際上，一些經典作品談及了戰爭與刑罰之間的關聯，認為刑始於兵。²⁷以統一的獎懲等級為標誌，顯而易見的相似性存在於最高級別的貴族和最低級別的罪犯之間，後者應處以「終身刑」（life penalty），例如髡刑和流放。一個人根據其功過而升降等級，地位越高者降級的風險越小。官方規定的刑罰標準對所有人都相同，但每個人所受刑罰的嚴重性則取決於其原來所處的等級。²⁸

進入漢代，隨著國家漸趨安定與社會相對繁榮，這一尚武精神趨於消褪，附帶著不同程度之繁重奴役和身體羞辱的流放，逐漸取代了過去那些致人傷殘的殘酷刑罰。包括死刑在內的所有刑罰變得可以贖免，一種新的商業理念蓋過了原有的軍事等級。²⁹廣泛存在的、受到嚴格規制的贖刑成為中國法長期的特徵，在後世的法典中被設置為第一條的附

chinoises 30 (2011): 37-71.

27 「大刑用甲兵。」（《國語·魯語上》）「象曰：師出以律，失律，兇也。」（《易·師》）參 Jérôme Bourgon, “Fictions légales et réalités militaires: les lois de la partie ‘Armées’ dans le code pénal des Qing,” in *La Guerre et le droit*, ed. Jean Baechler and Pierre Delvolvé (Paris: Hermann, 2017), 44.

28 Barbieri-Low and Yates, *Law, State, and Society*, 215; 陶安あんど，〈秦漢刑罰體系の研究〉（東京，創文社，2009）。

29 陶安あんど，〈秦漢刑罰體系の研究〉，頁 375 以下；Jérôme Bourgon, “‘Ceux qui ont été exécutés ne peuvent être ressuscités’: heurs et malheurs de l’abolitionnisme dans la Chine impériale,” *Beccaria* 1, no. 1 (2015): 13-50.

錄，先後規定刑罰的等級以及贖刑的適用。即便如此，最初形塑了整個法律體系的軍事架構，仍然留下了潛在的深遠影響。

七、官僚帝國的法典編纂

儘管有著令人驚歎的品質，特別是其實證性和法律條文的部分標準化，秦漢時期的法律並沒有像下一個時期那樣實現「法典化」。在其那部合寫的學術傑作的結論部分，葉山和李安敦強調，中國後世法典的絕大多數要素已經清晰可見地出現在秦漢時期的立法之中。他們說得沒錯，但是更準確地講，這些要素尚屬雛形，它們散落在過於細碎的條文之中。這些條文根據國家活動的各個領域而被重新編排，遵循著控制與約束行政事務的技術路徑。此外，律並非惟一的法源。大量案例、類比判決以及其他不明權威的指令相互競爭，因而面對刑罰規定與行政性規章無法明確區分的複合體，司法機關難以決定應該適用哪些文本。同時還存在來自儒家經典的干預，其神聖權威可能會推翻實證法。最著名的例子可能是董仲舒（約 179-約 104 BCE）與其他學者提出的「春秋折獄」。³⁰在《漢書》的一個著名段落中，班固（32-92）提供了關於這一繁蕪局面的重要描述和數字，儘管無法對此加以證實：「律令凡三百五十九章，大辟四百九條，千八百八十二事，死罪決事比萬三千四百七十二事。」關於死刑，我們還能夠從漢成帝的一道詔令中找到另一個模糊的數字：「今大辟之刑千有餘條」。³¹

相較於西漢，東漢的情況更是進一步惡化。晉朝則開啟了邁向作為後世典範之唐律的漫長征途。³²唐朝實際上繼承了四個世紀的改革遭

30 黃源盛，〈兩漢春秋折獄「原心定罪」的刑法理論〉，《政大法學評論》85（臺北，2005），頁 1-12；Sarah A. Queen, *From Chronicle to Canon: The Hermeneutics of the Spring and Autumn according to Tung Chung-shu* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996).

31 Ban Gu, *Hanshu* 23.15b, translated by Anthony F. P. Hulsewé in *Remnants of Han Law* (Leiden: E. J. Brill, 1956), chapter titled "The Han Code.", 26ff.

32 我們對此的瞭解，來自於兩份重要的關於晉朝和隋朝官修史書中「刑法志」的翻譯和注釋。Étienne Balázs, *Études sur la société et l'économie de la Chine médiévale II: Le Traité juridique du "Souei-chou"* (Leiden: E. J. Brill, 1954); Frédéric Constant,

產，而這些遺產已經由其前朝（即短命的隋朝）加以綜合並編纂成法典。主要的發展可以總結如下。

（一）律被單獨確立為帝國法典以及規範的層級化

唐代直接廢止了絕大多數與成文法相衝突的舊有規則，特別是案例以及用於類比的「平行案例」(Parallel Case)。通過賦予其刑罰的壟斷權，律被確立為法律體系的核心，其他三類規則，即令、格、式，基於我們對殘存文獻的理解，則被限制在行政組織和紀律的範圍內。確切地說，只有律被編排為法典，包含數量有限並且固定的條文（在唐代為 502 條），分為 12 個章節。這些章節仍然保留了技術性和實用性的方面，但更多的篇幅則專注於法律概念。法典的首章「名例」是一大創新，來自於「罪刑法定」的綜合原則和適用複雜立法所需之特定技能與知識。法典的基本原則是「罪刑法定」，這意味著嚴重的罪行僅有在某個法條對其如此定性時才能判處刑罰，並且刑罰僅能依據法典的明文規定作出。³³第一則條文按照由輕到重的嚴厲程度羅列了五種法定刑罰（笞、杖、徒、流、死），每種刑罰又細分為不同等級，以便提供相當規整的增減範圍，與罪行的嚴重程度相匹配。這一條文還規定了贖刑的等級，允許在許多情況下將身體刑轉化為罰金。法典首章的剩餘部分包括了指定有權審理案件之人以及指導他們如何適用這些刑罰的規則：如何處理年幼或者年長的嫌犯，如何在集體犯罪中分配刑罰責任，如何評估貪腐，以及如何將財產數額換算為刑罰等級。在法典的專門篇章中進行總體性安排，尤其是第一部分總論的「規則之規則」(rules on the rules)，展現出顯著的實踐合理化和法律概念的體系化。

ed., *Le Traité juridique du Livre des Jin* (Paris: Les Belles Lettres, 2024).

33 Jérôme Bourgon, "The Principle of Legality and Legal Rules in the Chinese Legal Tradition," in *China, Democracy, and Law: A Historical and Contemporary Approach*, ed. Mireille Delmas-Marty and Pierre-Étienne Will, trans. Naomi Norberg (Leiden: Brill, 2012), 169-188.

（二）法典編纂及其知識背景

孕育了唐代偉業的幾部法典都附帶有注疏，這證明了推動法律創新的高水準知識成果的存在。這些注疏的工作訴諸於經典學識，其重點不在於像援引《春秋》那樣來處理案例，而在於法典編纂本身的意義：字數和條款的數量均相當有限的薄薄一冊法典，如何涵蓋人類行為的無限可能性？這裡的典範是按照玄學重新加以詮釋的《易經》。³⁴正如為一部重要的法典作序並注釋的張斐（1423-？）所坦言的，《易經》和法典有著根本上相同的功能：預言所有可能的事情，為聖賢採取正確的行動或行為而做準備。此種做法的準確性源於，在有限的體系中識別出預設的典型情形後，適用正確的程序進行處理。

上述知識發展的背景是官僚帝國的興起，伴隨著貴族的出現及其在官僚等級制中的迅速攀升。此種社會—國家主義的（socio-statist）關鍵轉變出現在法典中，有三個顯著的例子：

1. 豁免：法律的統一適用仍為基本原則，贖刑則作為補充。但第三條「八議」加劇了不平等，其為八種特權人士（皇族、官員、賢能等等）提供了特別程序，只要皇帝未曾許可，他們就可以免於酷刑訊問。儘管這些特權不像歐洲貴族享有的那樣是世襲的，僅僅是與官職或地位相關聯的豁免，但仍然破壞了自秦以來的統一法律適用。這一輕微的矛盾在後世法典中一直延續至 20 世紀初。
2. 新事物：在佛教於西元最初幾個世紀傳入中國時，宗教、罪孽、來世和祖先被寫入了法典。不同朝代的更迭推動著法典的編纂，為法典留下了斷斷續續但一直存在的印記，即通常稱為「十惡」的第三條。這一條文緊接著「五刑」等級和「八議」豁免，成為

34 Constant 的 *Traité des Jin* 提供了關於玄學對法典編纂之影響的出色分析，他依據的是 Rudolf G. Wagner, *Language, Ontology, and Political Philosophy in China: Wang Bi's Scholarly Exploration of the Dark (Xuanxue)* (New York: State University of New York Press, 2003), 83-125. 一項開拓性研究，參見 Benjamin E. Wallacker, "Chang Fei's Preface to the Chin Code of Law," *T'oung Pao*, 2nd ser. 72, no. 4/5 (1986): 229-268. 另可參見 Jérôme Bourgon, "Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du *Commentaire du code des Jin* par Zhang Fei," *Extrême-Orient Extrême-Occident* 21 (1999): 139.

刑罰適用的第三項基本原則。它專門規定了具有特殊嚴重性的犯罪類型，這些犯罪因為嚴重侵害了帝國的根基而被排除在皇帝的大赦之外。³⁵「十惡」更準確地說是褻瀆或者罪惡，因為它們被認為違反了基本的道德價值，亦即違逆了皇帝、尊長、上級等不容褻瀆的權威，破壞了家庭和人性的基礎。如果說被界定為精神罪惡的「十惡」概念源於佛教傳統，那麼其性質則由儒家定義，儘管它對來世以及其他「聖人所不語」的事物給予了新的關注：與弑親和弑君相似的可惡罪行是殺害三個以上的同一家庭成員——因而很可能造成絕戶的威脅；如果只殺害了一人，但將其肢解，也是同樣嚴重的罪行，例如將某人的身體部分切割下來用於施展巫術。祖先遺體與日俱增的重要性、祖先對生者的影響，以及表現為祠堂中牌位傳承的祖先與宗族建設之密切關係，所有上述這些塑造了官僚階級的世家大族形而上學，都通過「十惡」的條文獲得了法律保障。「十惡」條款捍衛了在官僚帝國期間興起的新形態的儒家思想。³⁶

3. 民事：關於「戶婚」的專門章節規定了家庭財產使用的等級制度（第 155 條），對占有超過允許數量之土地的處罰（第 164、163 條），使用或出售土地的條件（第 165-166 條），嫡妻的長子被指定為合法繼承人，相較之下妻妾的其他兒子則權利有限（第 158 條），以及收養子嗣的嚴格條件（第 157、159 條）。³⁷儘管運用了與其他部分相同的刑事句法加以表達，此章的條文意圖規定的則是被現代歷史學家視作「民法」的內容，即便「財產權」（無論是個人的還是集體的）等基本元素付之闕如。事實上，此章致力於將以下兩方面內容結合起來，一是依據家庭規模和耕作類型定期重新分配土地的制度，二是對家庭以及建立在父系繼承上之宗

35 Wallace Johnson, *The T'ang Code, Vol. 1: General Principles* (Princeton: Princeton University Press, 1979), 17, 119.

36 對於「十惡」，姜永琳有不同的譯法，這是因為他完全專注於明代法典，著眼於明太祖對皇帝威嚴的格外強調。見 Jiang Yonglin (姜永琳), *The Mandate of Heaven and the Great Ming Code* (Seattle: University of Washington Press, 2011), 58ff.

37 參 Wallace Johnson, *The T'ang Code, Vol. 2: Specific Articles* (Princeton: Princeton University Press, 1997), 128ff.

族存續的保護。

伴隨著法典編纂的是法律職業化（legal professionalization）的興起，或者更準確地說是在職業官僚之中司法專業化（judicial specialization）的出現。儘管李安敦和葉山發現了秦漢時期職業化的跡象和某種程度上的「法律人精神」（lawyer spirit），但是線索仍然很少，法律精神也很難與一般的行政理念相區分。³⁸我們已經注意到，在始於晉代之法典化進程引發的議題背後，既有法律實踐者，也有理論家（一些名為「律博士」），在唐代則真正出現了專家，或者是在新的司法機構（如大理寺和刑部）任職的官員，或者是士大夫（scholar-official）。士大夫的判決頗具權威性，不僅是為人效仿的司法判決，而且成為科舉考試策論部分的試題。正因如此，白居易（772-846）所寫的一些判詞在宋代甚至更晚近朝代的考試中都相當熱門。³⁹法律專業化在宋代到達頂峰，成為王安石（1021-1086）「新法」改革的重要方面。實際上，王安石為提升官僚隊伍的品質和效率而提出的主要建議之一，就是減少官和吏之間的差距，其方式是通過設立授予及第者（與進士的級別相同）以司法官職的明法科，來選拔後者與提升前者的專業水準。⁴⁰法律手冊、專著、判例集等書籍在宋代也獲得了發展，湧現出了第一批專業經典，例如為法醫鑒定提供了範例的《洗冤集錄》以及《名公書判清明集》。實際上，法律技能和知識的提升，招致了對王安石變法的批評，人們指責他讓士大夫淪為德才平庸的吏，這些人「唯讀律不讀書」（因而無從養成儒家經典教導的崇高精神）。⁴¹儘管對法律技能的排斥是整個改革事業終歸失敗的重要原因，但是法律思想取得的進步、其通過專業書籍實現的傳播，以及在官僚考試中的呈現，

38 Barbieri-Low and Yates, *Law, State, and Society*, 103ff. 此部分討論了據稱暗含「雙關語」的法律案件，這些「雙關語」使案件成為供「司法吏員」取樂的文學文本。

39 Tony D. Qian, "Classical Learning and the Law: Erudition as Persuasion in the *Dragon Sineus*, *Phoenix Marrow* Judgments of Zhang Zuo," *Tang Studies* 35 (2017): 30.

40 Brian E. MacKnight, "Mandarins as Legal Experts: Professional Learning in Sung China," in *Neo-Confucian Education: The Formative Stage*, ed. Wm. Theodore de Bary and John W. Chaffee (Berkeley: University of California Press, 1990), 499ff.

41 「讀書萬卷不讀律」是蘇軾（東坡）給其弟弟的建議，後來成為了真正的儒生用來對法律職業與研究表示蔑視的固定用語。參見清·沈家本，《沈寄謫先生遺書（甲編）》下冊（臺北，文海出版社，1964）寄謫文存卷 1，〈設律博士議〉，頁 37a。

都是難以抹去並且不會倒退的發展。舉例來說，科舉考試中對法律知識的考察，就貫穿了整個宋代，又經由元代延續至明代。⁴²

鑒於法典化、理性化、職業化、書籍傳播等諸方面的進展，唐宋時期的法律可以被稱為成熟的「法律體系」嗎？不盡然如此。首先，如果說法典及其注疏是一項名副其實的成就，我們對於其應用以及更一般性的背景則知之甚少。即使擁有周全的注釋和訓練有素的官員，一部刑事法典也無法自成一個法律體系，而是需要與其他規則發生有序的連接，並且與之保持常態化的互動。例如，我們對唐代的行政法規就知之甚少。人們嚴重懷疑《唐會要》是否僅僅是紙面的彙編而非真實有效的法規。假設法律體系是存在的，那麼它在宋代前期顯然陷入了與漢代的法律泛濫頗為相似的危機。宋代的法典名為《刑律統類》（通常簡稱為《刑統》），仍然是唐代法律的變體，由帝國的臨時法令（敕）加以補充，以緩和已經過時數百年的陳舊規定。成文法淪為具文，敕又不足以使成文法復蘇，「先例」（例）逐漸作為對其他法律形式的替代而獲得運用，因而自神宗朝（1048-1085）以降，正值王安石通過變法嘗試在官僚制中推行法律培訓的時期，「從成文法到先例」進程就開始了。實際上，這些「先例」並非上文提及的所有司法判決，而是由個別機構採取的、受到皇帝或者中央部門認可的措施之彙集。儘管例如今已經全部佚失，我們僅僅能夠通過制度通史的記載瞭解到其中的一小部分，例似乎是按照時間順序編排的，並且定期進行修訂。⁴³雖然可能在融貫性方面有所嘗試，例與成文法之間的銜接仍然不乏問題，而後者即便已經過時，依舊是惟一融貫的法律體系。換言之，這些「先例」是否確實是法律適用過程中產生的真實先例，以及是關於哪些法律的先例，我們現在也並不清楚。正如下一部分將展現的，作為邁向威權型合法性的關鍵一步，將「先例」整合至帝國的法典之中是明代的創新。

另一個不宜在唐宋時期使用「法律體系」之表述的重要原因在於：

42 Benjamin A. Elman, *Civil Examinations and Meritocracy in Late Imperial China* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013), 23-24.

43 典型的制度史，例如《續資治通鑑長編》。參 Brian E. McKnight, "From Statute to Precedent: An Introduction to Sung Law and Its Transformation," In *Law and the State in Traditional East Asia: Six Studies on the Sources of East Asian Law*, edited by Brian E. McKnight (Honolulu: University of Hawaii Press, 1987), 115 and 127n13.

直到此時，法律，亦即成文法、司法判決以及所有相關的知識和技能，都被嚴格控制在官僚群體內部。法律並未成為公共的，即使一些嚴苛的儒家學者貌似對此嗤之以鼻，它仍然是官僚帝國及其地方官員、下屬胥吏的領地。建立一個真正的法律體系是威權帝國的使命。

八、威權帝國的法律體系—— 矛盾性的進步：從零開始的蒙古法律

在朝向威權帝國的轉變中，蒙古人在中國的統治發揮了重要作用。就如元朝一度中止了科舉制度，雖然在最後幾年恢復，但卻仍置之於邊緣地位，元朝的統治者從未頒布一部基於唐宋模式的法典。確實，中國此前的立法與蒙古帝國的擴張和民族多樣性並不匹配：「儘管自稱為天下，宋朝是一個等同於漢族的『民族國家』(national state)，元朝則是以民族多元為基礎的『世界國家』(world state)。」⁴⁴另外，蒙古的統治者傾向於通過實用的、臨時的決定來實現治理，而不是受制於古老的治理原則。有時會被稱作「元代法典」的《元典章》(全稱為《大元聖政國朝典章》)，不應被視為一部「法典」。⁴⁵首先，它從未被正式頒行，因為它事實上是知名官員進行私人彙編的成果。其次，它沒有遵循繼承自唐代、經歷了宋代之補充的律的模式。相反，直至 1322 年，《元典章》都是對中央部門生成之判例的彙編，而中央部門被劃分為組織國家活動的六個機構：吏部、戶部、禮部、兵部、刑部、工部。⁴⁶這僅僅是一種實用的安排，在為機構的日常活動帶來便利性的同時，也導致了由於相互矛盾的判決而愈演愈烈的失序，此種不融貫也給社會帶來了越來越多的

44 Michael Langlois, "Law, Statecraft, and the Spring and Autumn Annals in Yüan Political Thought," in *Yüan Thought: Chinese Thought and Religion under the Mongols*, ed. Hok-lam Chan (陳學霖) and Wm. Theodore de Bary (New York: Columbia University Press, 1982), 90.

45 參 Paul Ratchnevsky, trans., *Un code des Yuan*, 4 vols. (Paris: Presses Universitaires de France, 1937-1985).

46 Bettine Birge, *Marriage and the Law in the Age of Khubilai Khan: Cases from the Yuan Dianzhang* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2002), 213ff. 對該書的評論，參見 Macabe Keliher, "Law in the Mongol and Post-Mongol World: The Case of Yuan China," *China Review International* 23, no. 2 (2016): 113ff.

張力。

在征服中國的過程中，蒙古人廢除了現存的法典，並且摧毀了諸如禁止收繼婚等習慣的實踐。他們最初嘗試讓法律標準化從而平等地適用於元朝統治下的所有群體，但卻遭遇了反對、衝突以及地方的社會張力。基於現有實踐而作出的判決，又因朝廷的看法和考量而被推翻，進而在人們相互懷疑並且對社會實踐、價值與理想提出質疑的過程中，引發了更多的訴訟。⁴⁷

士大夫階級對日益加劇的混亂的反應，是邁向構建威權法律體系的決定性一步。在婚姻和家庭秩序這一特殊但關鍵的領域，柏清韻（Bettine Birge）呈現了當時的理學家們如何利用漢蒙之間關於婚姻和家庭的觀念衝突來推行自己的觀點。在中國的父系制度中，出嫁的女兒可以獲得嫁妝，從而在夫家擁有最低限度的自主和財產，保留了一旦喪偶可以選擇是否再嫁的自由。蒙古的收繼婚意味著寡婦必須嫁給其亡夫的兄弟，這使得女性淪為宗族的財產，不享有任何財產和自主。儘管強烈反對收繼婚，理學家和地方官們還是利用了婦女權利惡化的狀況，以提倡一種關於儒家父系宗族的原旨主義觀點。依據這種觀點，婦女失去了在過去享有的絕大多數權利。理學家們的具體作用是通過重新解釋中國經典，將法律和司法的創新發展為一套新的正統觀念。由此奠定了明清法典中「戶婚」部分的基石。

相同的辯證法在更廣泛的範圍內上演，因為對中國法典的排斥在理學家之中引發了強烈的反響與影響深遠的理論闡述。舉例來說，王惲（1227-1304）作為向蒙古人傳播中國政治思想的關鍵人物，不僅受命編纂《世祖實錄》，而且是一位頗具權威的判官。在其撰寫的《承華事略》、一部專門為即將登基之君主編寫的參考讀物中，王惲勸勉其陛下立法：

法者輔治之具，一日闕則不可。歷觀自古，代有成憲，子孫守而不失，如周之《三典》、漢之《九章》是也。今國家有天下六十餘年，大小之法尚未定議。內而憲台天子執法，外而廉司州郡法吏，是具司理之官而無所守之法，猶有醫而無藥也。至平刑議斷旋旋為理，未免有酌量准擬之差，彼此重輕之異。臣愚謂宜將先

47 Keliher, "Law in the Mongol and Post-Mongol World," 121.

朝擬定律令頒為《元年新法》。⁴⁸

當時有少數學者在立法的呼籲上更為激進。他們主張通過經典文本來賦予皇帝特權一種準憲法的 (quasi-constitutional) 價值。首先,「他們經常影射具有王朝『憲法』性質的事物,而根據這種『憲法』,生殺獎懲的權力由天子獨享」,而這些成文法(或律)被視為「成憲」,「憲」在現代漢語中即是「憲法」的意思。⁴⁹針對元朝的猶豫不決和恣意專斷,漢人學者重申了強力和清晰的法律原則必然具備威懾和統一的功能:

國之立法曰殺人者當某刑,傷人及盜者當某刑,使為惡者畏法而不敢犯,犯之則必當以法。雖有奸臣老吏,不能高下其手。據罪舉法,或失之輕,或失之重,則官吏抵罪。是以善人有法可倚,良吏有法可守,奸惡有法可恐、可怖、可殺。小大貴賤,惟法之是,視而不敢幹越,不怒而威,死而不怨。茲非人君之大權、天下之公器歟?⁵⁰

對成文法的上述呼籲,從實踐層面反映了關於法律及其與司法判決之關係的深刻反思,而此種反思同時也大大豐富了律學。律學是關於成文法的研究,其目的是運用根植於法律本身的理性觀念,並且將權威注疏所強調的經典含義與之對照,從而強化成文法的內在一致性並提升使用者將其運用於原始案件 (original case) 的能力。在唐代以前的法典編纂時期,律學的做法是以《易經》為範本,將法典視為一部占卜手冊。這一傳統在元代獲得恢復,不過通行的範本是在漢代就已經為審判提供靈感的《春秋》。據傳,孔子 (551-479 BCE) 在《春秋》中隱晦地表達了評價並且懲罰弑君和弑親這類極惡罪行的標準。這部經典的基本含義在於能夠「權衡」犯罪的確切嚴重程度,從而提前阻止或者威懾潛在罪犯,最終挽救他們與受害者的生命。⁵¹

48 Herbert Franke, "Wang Yün (1227-1304): A Transmitter of Chinese Values," in *Yüan Thought: Chinese Thought and Religion under the Mongols*, ed. Hok-lam Chan (陳學霖) and Wm. Theodore de Bary (New York: Columbia University Press, 1982), 173.

49 Langlois, "Law, Statecraft, and *The Spring and Autumn Annals* in Yüan Political Thought," 108.

50 Langlois, "Law, Statecraft, and *The Spring and Autumn Annals* in Yüan Political Thought," 111.

51 Langlois, "Law, Statecraft, and *the Spring and Autumn Annals* in Yüan Political Thought," 118. 關於對《春秋》的「預測性」甚至是「預言性」解讀,參見 Queen,

由此，通過直接呼籲制定帝國法典，將法典的正當性構建於激進且原教旨主義的理論之上，元代學者已經做好了將法律作為威權統治之重要工具的準備。

九、明代革命—— 法律體系作為威權統治的工具

關於明朝的開國皇帝朱元璋如何利用特別法令來強制推行他的意志、恐嚇他的官員、清除社會上的腐敗以及據說是蒙古人帶來的不良風俗，學界已經有充分的研究。⁵²此種干涉主義（interventionism）和平民主義（populism）的做法，在明朝並未隨著開國君主的去世而中止，因為它已經融入到明代法典之中。除去形式上的相似，這部法典在精神上與唐代法典截然不同。以下這則條文尤其能夠代表此種新的威權型合法性：

第63條 講讀律令

1. 凡國家律令，參酌事情輕重，定立罪名，頒行天下，永為遵守。
百司官吏務要熟讀，講明律意，剖決事務。每遇年終，在內從察院，在外從分巡御史、提刑按察司官，按治去處考校。若有不能講解，不曉律意者，初犯罰俸錢一月，再犯笞四十附過，三犯於本衙門遞降敘用。
2. 其百工技藝，諸色人等，有能熟讀講解，通曉律意者，若犯過失及因人連累致罪，不問輕重，並免一次。其事於謀反、逆叛者，不用此律。
3. 若官吏人等，挾詐欺公，妄生異議，擅為更改，變亂成法者，斬。⁵³

From Chronicle to Canon.

52 尤其可以參見 Edward L. Farmer, *Zhu Yuanzhang and Early Ming Legislation: The Reordering of Chinese Society Following the Era of Mongol Rule* (New York: E. J. Brill, 1995), x, 259.

53 參見 Jiang Yonglin, trans. and intro., *The Great Ming Code / Da Ming lü* (Seattle: University of Washington Press, 2004), 59. 底線為筆者所加。

明代的法律規定所有官員都必須熟知法律，以達到能夠引用和解釋任何條文的程度。而在過去的那些朝代中，官員從未被強制要求具備基礎的法律知識。能否熟知法律，將決定官員們的職業發展與級別升降，在不合格的情況下甚至會施加身體刑（實際上是可贖免的）。與蘇軾（1037-1101）在反對「新法」過程中提出的主張形成鮮明對比的是，所有級別的士大夫都不僅需要讀「萬卷書」（在科舉考試中經常考察的經典及其注疏），而且還要讀法律。這不僅僅是為了他們的職業以及司法判決的公正，也是為了將這些法律灌輸給他們治下的民眾。

更具有開創性的是，上引明律條文的第二段鼓勵平民，亦即「百工技藝，諸色人等」閱讀法典，甚至為此提供了一項交易：如果他們能夠援引自身觸犯的法律，則可以免除對他們的指控！這或許是一種有爭議的教化方式，但卻醒目地說明了這位奉行平民主義的皇帝所追求的目標：從今以後沒有人可以無視法律！這是一項革命性的舉措：法律在此前一直是皇帝管理其官僚的工具，它的知識和傳播被限制在國家機構以及作為其附屬的學者群體之中——就像在朝鮮、日本、越南等中華法系的其他國家一樣。

這是明清時期法律著述異常繁榮的法律前提。不僅有附帶「私人」注釋的商業版本的法典，還包括所有的通俗化形式，如主題要覽、韻律歌訣、概要表格甚至是圖解。⁵⁴自此，作為法典知識的「律學」，成為一種廣為流傳的法律文化，通過私人的出版商傳播，使普通人能夠在公堂之上運用法律捍衛自己的利益。這些多樣化的文獻是由三類法律專業人士生產的。來自中央機構特別是刑部的法律官僚，製作了具有權威性與創新性的明清法典注釋，以期為法典使用者提供法律規則的一致性和可預期性。省級官員和地方官也可以為法典撰寫具有啟發性的注釋，但其關切更多在於通過收集案例和先例，來說明成文法典的適用以及他們自身管理地方司法的技術。事實上，法律的公共化（communalization）在省級和地方官員層面的擴散，同時伴隨著被稱為「刑名師爺」的具有法

54 見 Pierre-Étienne Will, *Handbooks and Anthologies for Officials in Imperial China: A Descriptive and Critical Bibliography*, 2 vols (Leiden: Brill, 2020), vol. 1, sec. 4.1.2, "Rearranged and Simplified Presentations of the Code and Regulations," 536-595.

律專長之私人幕僚與日俱增的影響力，他們的技能本質上是從法典的條文中選擇出正確的名目來證成判決。有清一代，供地方官使用的法律文獻，絕大多數由這些私人幕僚生產，他們屬於沒有任何官方職位的學者。不過，法律公共化最為引人注目的後果，無疑是「私人律師」的數量激增，這些被稱為「訟師」的人為平民代寫訴狀。這實際上是平民開始能夠接觸法律的一個意外後果，過去由某些讀書世家掌控的技藝，在明清時期成為無處不在的職業，走向公開的實踐，並通過大量的「訟師秘本」實現傳播。⁵⁵

儘管明清法典仍然使用相同的語法書寫，將法律視作針對國家官僚的命令，但是其公共化則相當於像對待官員一樣對待所有平民。舊的風格仍在延續，卻有著極為不同的意義和效果，使得法律成為所有人共用的語法，而這正是法律體系的決定性條件。

（一）威權法律對弱者的保護

明代立法者的另一項創新體現了絕對主義綱領的特點：保護最弱勢的民眾免受包括濫用職權的官員在內之地方豪強的侵害。

第322條 威逼人致死

1. 凡因事威逼人致死者，杖一百。若官吏公使人等，非因公務，而威逼平民致死者，罪同。並追埋葬銀一十兩。
2. 若威逼期親尊長致死者，絞；大功以下，遞減一等。
3. 若因奸、盜而威逼人致死者，斬。⁵⁶

在某種程度上，上述條文與朱元璋的特別立法保持一致，旨在懲治涉嫌貪腐和濫用職權的官員與地方豪強。這是通過傾聽甚至鼓勵最弱勢的、

55 關於法律職業的三分法，參見 Jérôme Bourgon, “The Emergence of a Community of Jurists in the Late Imperial and Early Republican Periods (1740-1930),” in *China, Democracy, and Law: A Historical and Contemporary Approach*, ed. Mireille Delmas-Marty and Pierre-Étienne Will, trans. Naomi Norberg (Leiden: Brill Academic Publishers, 2012), 192-210; 一項關於刑名幕友的專門研究，參見 Chen Li (陳利), “Legal Specialists and Judicial Administration in Late Imperial China, 1651-1911,” *Late Imperial China* 33, no. 1 (June 2012): 1-54.

56 參見 Jiang, *The Great Ming Code*, 176. 底線為筆者所加。

受壓迫的民眾之控訴來實現的，而這種控訴在此採取了最極端的表現形式：以自殺來抗議。法律對嚴重程度進行了分級：官員造成民眾自殺的，處以杖刑和賠償；晚輩造成其尊長自殺的，處以絞刑；任何人（官員、平民或者其他人）因脅迫通奸或者搶劫造成他人自殺的，處以斬刑。

這實際上是對刑事責任觀念的徹底顛覆。唐代法典以其巧妙地將過往立法中種類繁多的殺人罪歸納為五類而聞名，這五類殺人罪按照責任的等級加以劃分：從過失殺人（「過失殺」）到預謀殺人（「謀殺」），再到臨時起意殺人（「故殺」）以及存在可能的減免責任事由的情況，所有這些都以考量嫌犯的心理狀態或者犯罪意圖為前提。此種立法建基於個人為自己的行為和意圖負責、不為他人的行為和意圖負責的觀念。⁵⁷誠然，中國的法典也承認在叛亂案件中的集體責任，但這在明代以前一直都是法律對皇權的特殊保護使然。如今，家庭內部衝突的受害者、性暴力與搶劫的受害者，都可以獲得皇帝在面對叛亂時享有的相同保護——只要他們因為過於悲痛而選擇自殺。這相當於將自殺列為一項法律訴求，將其作為一種正當的法律救濟手段予以鼓勵。

隨著時間的推移，上述規定也有了不同的發展：第一段對於司法活動影響不大，令造成尊長自殺之晚輩負罪的中間一段獲得了更多的適用，而對脅迫姦姦處以最嚴厲懲罰的最後一段，則成為清末編輯的案例彙編中最受關注的問題之一。在清代法典的最後一個版本中，這則律文已經附有挑選自三個多世紀之司法判決的至少 25 條例文。在關於性侵犯造成女性自殺的大量學術研究中，絕大多數都圍繞此展開。近年的研究聚焦於性別不平等、清朝對女性貞節的推崇以及性壓迫等議題，尚未充分揭示這一問題的法律或者法理層面。刑罰不再按照意圖的等級與罪行相當，與其相當的是受害者遭受的傷害，或者更準確地說，是受害者因憤懣而給自己造成的傷害。這給性和家庭這些最為私人的事務帶來了無窮無盡的國家干預。

前述引用的這兩則條文是明代制定的絕對主義法律的典型：法律不

57 Jacques Gernet, “À propos de la notion de responsabilité dans l’ancien droit chinois,” in *Il diritto in Cina*, ed. Lionello Lanciotti (Florence: Leo S. Olschki, 1978), 127-137; reprinted in Jacques Gernet, *L’intelligence de la Chine: le social et le mental* (Paris: Gallimard NRF, 1994), 70-79.

再主要致力於規範國家機構以及在有限領域內連接統治者與社會。通過要求每一個人瞭解法律，以及保護弱勢群體從而削弱地方豪強，法律變得更加富有系統性與干預性。但對於威權統治者及其地方官下屬而言，法律的此種變化則大有裨益。用孟德斯鳩的話來說，這是一個既重視法律又專制暴虐的體系。

（二）仁恕司法——皇帝和地方官之間關於法外特權的爭奪

威權法律的另一個標志是圍繞皇帝的「好生之德」對司法系統的全面重組。皇帝的仁政發展出了一套高度精密的程序，可以說是整個法律體系的中心。如前所述，這套程序被稱為「秋審」，是法律體系的「法外」核心。實際上，這裡必須再次強調，儘管程序的結果是法外開恩（其目的在於凸顯皇帝仁政的超法律性質），但它仍然是省級和中央司法機構之間耗時五個月按照法律展開形式化交流的結論，以便確定每一項死刑判決如何以及為何被歸入四種正式類別，其中三種意味著自動減刑，只有第一種「情實」要呈交御筆勾決。因此，秋審制度也產生了大量規則和先例，構成了法律文獻中的專門部分。所有這些都從整體上提升了省級和中央司法官員的法律技能。有清一代，秋審處作為刑部下屬的專門機構，彙集了清朝最為優秀並且最具影響力的法律專家。⁵⁸

大體上看，在法律體系中被如此細緻構建起來的「法外」核心，扮演了密閉系統中的排氣管（exhaust pipe）或者鐘錶裝置中的擒縱器（escapement）的角色：編纂為法典的法律體系變得如此系統性，以至於其高度的自動化特點反而會威脅自身。在理想的情況下，地方官是按照法典自動提供判決的人，「法外」則是使鐘錶持續運轉或者系統不至於崩解的前提條件。⁵⁹在法學和哲學的意義上，這意味著將惡之手段用於

58 見 Will, *Handbooks and Anthologies*, sec. 4.1.6, “Autumn Assizes,” 768-797.

59 這是對馬伯良(Brian E. McKnight, 1938-2021)作品的歸納，參見 Brian E. McKnight, *The Quality of Mercy: Amnesties and Traditional Chinese Justice* (Honolulu: University of Hawaii Press, 1981); Jérôme Bourgon, “‘Sauver la vie’: De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l’empire,” *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 133 (June 2000): 32-39.

追求共同善的邊沁式（Benthamian）最大化：即便懲罰本身即意味著惡，但仍必須被視作有益的手段，用於克服作為更大的惡的犯罪；但是懲罰的惡因此又必須通過法律以外的人為手段來減少。對於刑罰這一鐘錶裝置，司法「擒縱器」是游離在外但卻不可或缺的保障，既維護了法律體系在終極意義上的公正，也確保了刑罰的「慎重」（慎刑）乃至「吉祥」（祥刑）。

因此，刑法必須與威嚇相伴。威嚇不僅僅是威懾，而是使達摩克利斯之劍（Damocles sword）高懸、在有限且無法預測的情形下落下的藝術——就像用御筆勾決將要行刑的死刑犯一樣。法律條文和司法判決必須是確定的和可預期的，從而可以通過確保所有潛在的罪犯（包括我們所有人！）都將無一例外地遭受刑罰而實現威懾。相較而言，威嚇是在真正的罪犯之中做出篩選，決定哪些人能夠部分減免應受的刑罰，而哪些人則必須承受所有刑罰，以維護法律的威信。在任何法律體系中，最嚴厲的刑罰（首先是死刑）都搭配著一定程度的威嚇，差別在於此種法外程序的受認可程度和精細程度。⁶⁰

這是威權國家的計畫，將地方官弱化為遵從法條的自動售貨機，以服務於仁慈的皇帝。即便這是法律絕對主義的產物，但將權力過度集中在一個獨一無二的仁慈施予者周圍，可能會由於在下層的司法系統中引發過度的順從與被動，對法律體系造成破害。另外，這對那些奉行「君子不器」之準則的士大夫而言，更是一種持續的羞辱。從《易經》卦辭中擷取的「君子無敢折獄」、「君子以明慎用刑而不留獄」等箴言形成了一個強大的學術傳統，確保了地方官必須在其司法判決中施行仁政。《易經》這部經典對法典觀念的影響在上文中已經述及，明清官員和學者從中提煉出六個「刑獄卦象」。經由注釋，這些卦象成為了專業的司法倫理學（judicial deontology）手冊和論著的核心內容，為仁慈的裁判者提供

60 Jeremy Bentham, *Théorie des Peines et des Récompenses*, trans. E. Dumont (Paris: Bossagne, 1825), 81; Jean Carbonnier, *Flexible droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10th ed. (Paris: LGDJ, 2001), 146-147, n. 19. 威嚇是一種具有正面效果的法律上「無效」（或者效力不確定）的類型：「採取威嚇的方式，即效力的不確定，能夠節省刑罰的成本，這是非常有益的。」

了準則和典型案例。⁶¹通過在其中注入仁恕司法的新理想，有些官員重新利用了過去的宋代經典案例集，例如著名的《棠陰比事》。⁶²在這些被改寫為具有教育意義之故事的案例中，一位好的地方官在審理死刑案件之時猶豫不決，直至其母親或者妻子勸他為了子孫而手下留情，因為擔憂冤死之人將化身怨鬼向施害者尋求報復。在此，儒家的仁恕與佛教對因果報應（karma）的重視交融了。

這一司法倫理學及其奇特的表達（卦象、因果報應的敘事），或許可以僅僅被看作個別學者在致仕以後的玄想，但我們同樣能夠在吳訥（1372-1457）、丘濬（1421-1495）等明代重要官員的有影響力的作品中看到這些內容。吳訥在 1425 至 1439 年間擔任御史，他重新編排了《棠陰比事》並使其更具教化意味；更重要的是，他也是《祥刑要覽》的作者。《祥刑要覽》無疑是一部最有影響力的司法倫理學手冊，直至清末還在出版和傳抄。⁶³吳訥的倫理學並非對仁慈之情的浪漫表達，而是以經典之真正含義為基礎的教條建構，以符合孔子對正義的真實理解。《祥刑要覽》後來的續作，亦即《祥刑古鑑》（1863）一書，對此種觀念有很好的總結。該書的作者宋邦德，在 1856 至 1871 年間任職於刑部，特別是其間曾在秋審處工作，並自 1873 年起任長沙府知府，1875 年卒於官，被百姓稱頌為百年不遇的循吏。在該書中以「定讞必平恕」為題的一個段落裡，宋邦德寫道：

刑律最嚴所以責成承審官求情法之平也。惟誣枉無縱，而尤必以慈祥愷惻之意行乎其間。孔子曰：「其用法一也。思仁恕則樹德；加嚴暴則樹怨」。至哉言乎！⁶⁴

61 Jérôme Bourgon, “Des châtements bien tempérés: La devise *shenxing* 慎刑 dans les manuels pour fonctionnaires,” *Études Chinoises* 35 (2016): 41-72.

62 參見宋·桂萬榮編，明·吳訥刪補，《棠陰比事》（1442）。最早版本的《棠陰比事》由桂萬榮在 1234 年出版，已經由高羅佩（Robert van Gulik, 1910-1967）翻譯，參見 R. H. van Gulik, trans., *T'ang-yin-pi-shih: "Parallel Cases from Under the Pear-Tree": A 13th Century Manual of Jurisprudence and Detection* (Leiden: E. J. Brill, 1956). 這其實是一部展現偵查斷案之洞察力的判例集。吳訥在 1442 年出版了「續編」和「補編」的版本，與原始版本有較大差異，因為該版本傳達了作者在《祥刑要覽》中也闡釋過的祥刑和仁恕司法的理想。

63 明·吳訥，《祥刑要覽》（1442）。

64 清·宋邦德編，《祥刑古鑑》（1864），頁 6a。孔子的引文來自《孔子家語》卷

即使司法倫理學在當時的目標是完善和強化以皇帝仁政和秋審為中心的法律體系，然而對於正義感與探求刑法之真正含義的自主理念的培養，仍有著轉變為關於仁政之競爭的危險。這一矛盾在明代獲得了較好的控制，在清代則發展為了潛在的衝突，而到了嘉慶帝(1796-1820 在位)在公開的諭旨中指責地方官為了救生(例如罪犯)不救死(例如受害者)而令罪犯逃脫時，則演變為了公開的對抗。⁶⁵在絕對主義的法律體系中，仁恕司法造成了皇帝與地方官之間關於誰能夠行使「法外」特權的潛在衝突。

(三) 邁向一部通過逐步植入司法案例而保持活力的法典

另一位非常有影響力的司法倫理學提倡者是丘濬，其巨著謙遜地以《大學衍義補》為題，在 1487 年出版。⁶⁶作為一位與吳訥同樣富有權威的官員，丘濬將其作品編排為 160 章，作為一部關於良善統治的著作獻給明憲宗成化皇帝(1464-1487 在位)。在歷史的回顧中，《大學衍義補》被視為在清代蓬勃發展之「經世致用」思想的先驅。⁶⁷實際上，整部作品相當於是對國家職能的描述，運用了法學的或者至少是教義學的方法，將這些職能之真正含義的理解與「經意」聯繫起來。這本是闡釋和論證各種原則、思想或者活動的常見方法，但是丘濬卻把它提升為一種普遍方法，以將國家活動的整體描述為一個綜合系統。

該書的第九部分題為「慎刑憲」，包含 14 卷；這個標題本身就反映了丘濬將仁恕司法作為明代法律體系之基本原則的意圖。前兩卷(即全書的卷 100、101)為「總論刑制之義」，實際上是吳訥及其追隨者在論

2〈致思第八〉。

65 Bourgon, “Saver la vie,” 38.

66 明·丘濬，《大學衍義補》(收於《景印文淵閣四庫全書》冊 712-713，臺北，臺灣商務印書館，1983-1986，影印國立故宮博物院藏本)。目前，卜正民(Timothy Brook)正在編輯一部專門討論這本中國經世巨著的書，我參與了其中關於法律部分的章節。

67 Lee Cheuk Yin (李焯然), “Confucianism in Action: Qiu Jun’s Views on Good Government as Reflected in his *Daxue Yanyi Bu* 大學衍義補,” *Ming Qing Yanjiu* 15 (2007): 31-64.

著中提出之司法倫理學的更為博大精深的版本。因此，這兩卷的論述從《易經》中典型的「刑獄卦象」開始，教導人們吉祥地使用刑罰，以及呼籲饒恕服法之人的性命。這一貢獻對於中國乃至日本和韓國的法律學者都產生了深遠影響。⁶⁸

然而，丘濬對於法律史的主要貢獻，體現為致力於「定律令之制」的接下來兩卷（卷 102、103）。這兩卷同時對明太祖向唐代立法模式的回歸表達了尊重與忠誠，丘濬煞費苦心地贊揚了明太祖的立法成就。不過，贊頌為轉折奠定了基調，丘濬繼而指出包含 460 條律文的法典「用之餘百年于茲」，故而「其中固有不用者矣」。接下來，他又不經意地提及那些所謂的「先例」（例），乃是因為法典有所不逮而「權宜以救時弊」的產物，但這些例在法庭中不斷累積而國家卻從未嘗試加以整理。面對此種讓他聯想到漢朝和宋朝之法律混亂的局面，丘濬提出了一項冒險的建議：

伏乞特下明詔，如漢人所云者，命在廷大臣及翰林儒臣，會三法司官，將洪武元年以來，至于成化丁未以前事例，通行稽考，會官集議，取其可為萬世通行者，節其繁文，載其要語，分類條列，以為一書，頒布中外，與大明律並行。⁶⁹

如果我們還記得前述的《大明律》第 63 條的最後一段規定「妄生異議，擅為更改，變亂成法」的官員將被處以斬刑，那麼可以說這個建議相當於是死罪之舉。固然，在上呈明代皇帝的提議中，這位機敏的官員並未建議將數百則「先例」直接植入法典，因為這將給他帶來殺身之禍。然而，由最高司法機構頒行經過細緻修改、校訂以及「分類條列」的例，並且使之與《大明律》「並行」，已經構成了明太祖力圖嚴禁的對立法的大幅變革。不同於漢宋兩朝對「先例」的匯編，明代的條例則經過修改、

68 尤其可以參見蘆東山（蘆野德林，1696-1776）的《無刑錄》（1755；陸奧宗光編，東京，元老院，1877），其靈感來源於《大學衍義補》中的「慎刑憲」部分，並摘錄了其他代表「慎刑」思想的書籍內容，「慎刑」思想指導中國的官員應以極大的「謹慎」或「顧忌」（慎）來運用刑罰。在朝鮮，丘濬與吳訥以及同一思想流派的其他作者著作啟發了丁若鏞（茶山，1762-1836）的《欽欽新書》（1822）。

69 這是對丘濬在援引《漢書·刑法志》時所做評論的摘錄，參見丘濬，《大學衍義補》卷 103，頁 5b-6a。前述即將出版的由卜正民編輯的書翻譯了這整段評論，具體收錄於該書第九部分「慎刑制度」的相關章節。

校訂並且按照與成文法相同的方式編排，隨時可以植入《大明律》。由此就形成了司法案例「資料庫」的雛形，用以補充成文法的不足。

將例植入法典的做法，在此後數十年間逐步實現，首先是以非正式的形式，最終在 1610 年經由皇帝認可的《大明律集解附例》正式地達成。在這部法典中，例被附加在律文之後，作為對律文規定的具體說明或者例外處理。對明太祖禁令的完全推翻，至此已耗費了超過兩個世紀的時間。還需再經歷一個半世紀，明代這些有限的例才會大幅擴張，在地位上上升格為「對律的補充」，進而在 1740 年的《大清律例》中取得與律相同甚至更高的法律效力。就此而言，丘濬有力推動了一種新的法典編纂模式的形成，此種模式同時兼顧了法典的穩定和判例法的活力。

丘濬促使我們注意到中國的法律改革中一個經常被忽視的方面：在通常被理解為僅僅是官僚問題的改革背後，有著司法或者法學的知識背景。那些「君子法官」表面上理想化甚至道貌岸然的準則，實則與通過結合精選的司法判決為法典注入活力的實用主張遙相呼應。因為只有一部更具適應性的法律，才能允許一位認真的地方官來踐行他的仁慈。這同樣與將法律塑造得更為融貫與易於解釋的意圖相呼應，從而官員、胥吏乃至平民皆能理解法律，也就能夠避免奸惡胥吏與跋扈官員設下的法律陷阱。這些道德、司法與實踐層面的內容，構成了一套統一、全面的法律思想，而這正是由丘濬的著作發揚光大的「經世致用」的核心。

十、結論

令孟德斯鳩及其諸多追隨者詫異的是，「法律」和「專制」並存於帝制中國，其形式是適應於威權君主制的精密法律體系。即使清晰且充分的法律要素在中國古代的武士帝國時期就已經存在，即使可以確定在官僚帝國時期形成了一個強有力且具有開創性的合法性概念，但我認為只有明代建立的威權帝國才清楚地發展出了一個名副其實的法律體系。

這確為一個法律體系，不是（或者不僅僅是）因為通過雄辯有力與邏輯嚴密的法律，在老練且順從的官吏的執行下，國家的強制活動獲得

了良好的組織。之所以稱之為體系，是因為它包含了足夠多不同的法律概念和多樣的規則，同時具有足夠多的技巧和思想將它們結合在一起，通過對矛盾的容許與控制（例如其「法外」核心），來積極回應絕大多數（儘管不是全部）的社會變遷。在其威權統治達到頂峰後，就在皇帝看似已經集所有的仁慈於一身並且坐擁為其效忠的整個集權的司法體系之時，這個體系也隨著認可地方官個人職責的教條獲得建構而形成了一種平衡力量。在向社會生活的變遷保持著開放的同時，這個日益複雜的體系通過矛盾而實現不斷演化。

威權國家在建立法律體系之時，也向平民敞開了法典的大門，從而允許並且鼓勵法律文化走向繁盛，使之成為整個中華文化的重要組成部分。這既包括大眾文化，以偵探小說為載體，由於它們實際上是將司法案件改編為小說，故而被稱為「公案」，也包括士人文化，表現為被排除在「書」之外的法律著作，這些著作與《春秋》、《易經》等經典展開了充分對話。

帝制中國在建構成文法律體系方面的先驅地位，無助於我們評判當今中國法律體系的品質如何乃至是否存在。更審慎地說，作為進一步研究中國法律在 20 世紀現代化改革中之連續性的一個起點，本文認為，如此宏大的法律體系和法律文化，無論其經歷了何種挫折，都不可能憑空消失。如果注意到針對中國法律與合法性的相同質疑，在歐洲國家的法律制度顯然尚未比明清中國更加發達（可能甚至還遠遠不如）時就已經出現，那麼我們將能夠洞見這場爭論的真正核心：無法開展公正的比較，因為公正的比較應該是基於各自的立場和語境來呈現每個比較對象自身。當孟德斯鳩將中國確立為「專制」的典型時，他實際上意圖論證，較之路易十六（Louis XVI, 1754-1793, 1774-1792 在位）的絕對君主制，議會君主制和貴族制度更加優越——這是以法國或者歐洲為出發點的考量。作為一個足夠開明與坦誠之人，孟德斯鳩承認中國真實的法律和制度並不符合專制的模型，從而留下了一個令他的諸多追隨者深陷其中的難題。時至今日，我的體會是，關於中華人民共和國法律制度的分析和評價，仍舊受到了與之類似的「民主」與「威權」之間教條式對立的污染。在此種二元對立的結構中，只有「民主」被認為具備真正的合法性，

而「威權」則不過是舊的專制的翻版，因而被視作沒有法律、專斷恣意的統治。我希望本文已經表明，中國的威權統治建立了前現代最為精密的法律體系，而且包含自身的約束和平衡機制。立足充分的歷史儲備和公正的比較，採取同樣的非教條主義進路，將有助於我們更加理智地評價當今中國的法律體系。

徵引文獻

一、文獻史料

- 宋·桂萬榮編，明·吳訥刪補，《棠陰比事》，1442（1211）。
- 明·丘濬，《大學衍義補》，收於《景印文淵閣四庫全書》冊 712-713，臺北，臺灣商務印書館，1983-1986，影印國立故宮博物院藏本。
- 明·吳訥，《祥刑要覽》，1442。
- 清·宋邦德編，《祥刑古鑑》，1864。
- 清·沈家本，《沈寄篔先生遺書（甲編）》下冊，臺北，文海出版社，1964。
- 丁若鏞（茶山），《欽欽新書》，1822。
- 蘆東山（蘆野德林）撰，陸奧宗光編，《無刑錄》，1755，東京，元老院，1877。
- Jiang, Yonglin (姜永琳), trans. and intro. *The Great Ming Code / Da Ming lü*. Seattle: University of Washington Press, 2004.
- Johnson, Wallace. *The T'ang Code, Vol. 1: General Principles*. Princeton: Princeton University Press, 1979.
- . *The T'ang Code, Vol. 2: Specific Articles*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- Ratchnevsky, Paul, trans. *Un Code des Yuan*. 4 vols. Paris: Presses Universitaires de France, 1937-1985.

二、近人研究

（一）中文

- 黃源盛，〈兩漢春秋折獄「原心定罪」的刑法理論〉，《政大法學評論》85，臺北，2005，頁 1-12。

(二) 日文

陶安あんど，《秦漢刑罰体系の研究》，東京，創文社，2007。

(三) 英文

Alabaster, Ernest. *Notes and Commentaries on Chinese Criminal Law, and Cognate Topics*. Taipei: Ch'eng-wen 成文, 1968 [1899].

Alford, William P. "Law, Law, What Law?: Why Western Scholars of Chinese History and Society Have Not Had More to Say about Its Law." *Modern China* 23, no. 4 (1997): 398-419.

Barbieri-Low, Anthony J., and Robin D. S. Yates. *Law, State, and Society in Early Imperial China: A Study with Critical Edition and Translation of the Legal Texts from Zhangjiashan Tomb no. 247*. Leiden: Brill, 2015.

Birge, Bettine. *Marriage and the Law in the Age of Khubilai Khan: Cases from the Yuan Dianzhang*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2017.

Bourgon, Jérôme. "The Emergence of a Community of Jurists in the Late Imperial and Early Republican Periods (1740-1930)." In *China, Democracy, and Law: A Historical and Contemporary Approach*, edited by Mireille Delmas-Marty and Pierre-Étienne Will, translated by Naomi Norberg, 192-210. Leiden: Brill, 2012.

———. "The Principle of Legality and Legal Rules in the Chinese Legal Tradition." In *China, Democracy, and Law: A Historical and Contemporary Approach*, edited by Mireille Delmas-Marty and Pierre-Étienne Will, translated by Naomi Norberg, 169-188. Leiden: Brill, 2012.

Chen, Li (陳利). "Legal Specialists and Judicial Administration in Late Imperial China, 1651-1911." *Late Imperial China* 33, no. 1 (2012): 1-54.

Chen, Weitseng (陳維曾), and Hualing Fu (傅華伶), eds. *Authoritarian Legality in Asia: Formation, Development, and Transition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

Clarke, Donald. "Order and Law in China." *University of Illinois Law Review* 2022, no. 2 (2022): 541-596.

Cohen, Jerome K. "Is There Law in China?" *The International Trade Law Journal*

- 5 (1979): 73-86.
- Elman, Benjamin A. *Civil Examinations and Meritocracy in Late Imperial China*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2013.
- Farmer, Edward L. *Zhu Yuanzhang and Early Ming Legislation: The Reordering of Chinese Society Following the Era of Mongol Rule*. New York: E. J. Brill, 1995.
- Franke, Herbert. "Wang Yün (1227-1304): A Transmitter of Chinese Values." In *Yüan Thought: Chinese Thought and Religion under the Mongols*, edited by Hok-lam Chan (陳學霖) and William Theodore de Bary, 153-193. New York: Columbia University Press, 1982.
- Gallagher, Mary E. *Authoritarian Legality in China: Law, Workers, and the State*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Gatrell, V. A. C. *The Hanging Tree: Execution and the English People 1770-1868*. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- Ginsburg, Tom, and Tamir Moustafa, eds. *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- Gulik, Robert van, trans. *T'ang-yin-pi-shih, Parallel Cases from Under the Pear-Tree: A 13th Century Manual of Jurisprudence and Detection*. Leiden: Brill, 1956.
- Hulsewé, Anthony F. P. *Remnants of Han Law*. Leiden: E. J. Brill, 1956.
- Jiang, Yonglin (姜永琳). *The Mandate of Heaven and The Great Ming Code*. Seattle: University of Washington Press, 2011.
- Keliher, Macabe. "Law in the Mongol and Post-Mongol World: The Case of Yuan China." *China Review International* 23, no. 2 (2016): 107-125.
- Korolkov, Maxime. "Arguing about Law: Interrogation Procedure under the Qin and Former Han Dynasties." *Études chinoises* 30 (2011): 37-71.
- Langlois, John D. "Law, Statecraft, and the *Spring and Autumn Annals* in Yüan Political Thought." In *Yüan Thought: Chinese Thought and Religion under the Mongols*, edited by Hok-lam Chan (陳學霖) and William Theodore DeBary, 89-152. New York: Columbia University Press, 1982.
- Lee, Cheuk Yin (李焯然). "Confucianism in Action: Qiu Jun's Views on Good Government as Reflected in His *Daxue Yanyi Bu*." *Ming Qing Yanjiu* 15

- (2007): 31-64.
- McKnight, Brian E. *The Quality of Mercy: Amnesties and Traditional Chinese Justice*. Honolulu: University of Hawaii Press, 1981.
- . “From Statute to Precedent: An Introduction to Sung Law and Its Transformation.” In *Law and the State in Traditional East Asia: Six Studies on the Sources of East Asian Law*, edited by Brian McKnight, 111-131. Honolulu: University of Hawaii Press, 1987.
- . “Mandarins as Legal Experts: Professional Learning in Sung China.” In *Neo-Confucian Education: The Formative Stage*, edited by W.T. de Bary and J. Chaffee, 493-515. Honolulu: University of Hawaii Press, 1990.
- Peerenboom, Randall, ed. *Asian Discourses of Rule of Law: Theories and Implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France, and the US*. London: Routledge, 2003.
- . *China's Long March toward Rule of Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Qian, Tony D. “Classical Learning and the Law: Erudition as Persuasion in the *Dragon Sinews, Phoenix Marrow* Judgments of Zhang Zuo.” *Tang Studies* 25, no. 1 (2017): 20-50.
- Queen, Sarah A. *From Chronicle to Canon: The Hermeneutics of the Spring and Autumn according to Tung Chung-shu*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- Schluessel, Eric. “The Law and the ‘law’: Two Kinds of Legal Space in Late-Qing China.” *Extrême-Orient-Extrême Occident* 40 (2016): 39-58.
- Staunton, George T. Translator's Preface to *Ta Tsing Leu Lee; Being the Fundamental Laws, and a Selection from the Supplementary Statutes, of the Penal Code of China*, facsimile reprint, i-xxxv. Taipei: Ch'eng-wen 成文, 1966 [1810]. 譯者參考：屈文生、靳璐茜譯，〈小斯當東《大清律例》（英譯本）譯者序（1810年）〉，收於喬治·湯瑪斯·斯當東（Georges Thomas Staunton）著，屈文生譯，《小斯當東回憶錄》，上海，上海人民出版社，2015，頁196-221。
- Tocqueville, Alexis de. *Democracy in America*. Edited by Harvey C. Mansfield and Delba Winthrop. Chicago: University of Chicago Press, 2000. 譯者參

考：托克維爾（Alexis de Tocqueville）著，董良果譯，《論美國的民主》，北京，商務印書館，2017。

Wagner, Rudolf G. *Language, Ontology, and Political Philosophy in China: Wang Bi's Scholarly Exploration of the Dark (Xuanxue)*. Albany: State University of New York Press, 2003.

Wallacker, Benjamin E. "Chang Fei's Preface to the Chin Code of Law." *T'oung Pao*, 2nd ser. 72, no. 4/5 (1986): 229-268.

Will, Pierre-Étienne. *Handbooks and Anthologies for Officials in Imperial China: A Descriptive and Critical Bibliography*. 2 vols. Leiden: Brill, 2020.

（四）法文

Balázs, Étienne. *Études sur la société et l'économie de la Chine médiévale II: Le Traité juridique du "Souei-chou."* Leiden: E. J. Brill, 1954.

Bentham, Jeremy. *Théorie des Peines et des Récompenses*. Translated by E. Dumont. Paris: Bossagne, 1825.

Bodin, Jean. *Les Six Livres de la République*. An Abridged Version of the Paris 1583 Edition. Paris: Librairie générale française, 1993.

———. *De la démonomanie des sorciers*. Edited by Virginia Krause, Christian Martin, and Eric MacPhail. Geneva: Droz, 2016. First published 1598.

Bourgon, Jérôme. "Le rôle des schémas divinatoires dans la codification du droit chinois. À propos du Commentaire du code des Jin par Zhang Fei." *Extrême Orient-Extrême Occident* 21 (1999): 131-144.

———. "'Sauver la vie': De la fraude judiciaire en Chine à la fin de l'empire." *Actes de la Recherche en Sciences Sociales* 133 (2000): 32-99.

———. "'Ceux qui ont été exécutés ne peuvent être ressuscités': Heurs et malheurs de l'abolitionnisme dans la Chine impériale." *Beccaria* 1, no. 1 (2015): 13-50.

———. "Des châtiments bien tempérés: La devise shenxing 慎刑 dans les manuels pour fonctionnaires." *Études Chinoises* 35, no. 1 (2016): 41-72.

———. "Fictions légales et réalités militaires: Les lois de la partie 'Armées' dans le code pénal des Qing." In *Guerre et droit*, edited by Jean Baechler and Pierre Delvolvé, 41-54. Paris: Hermann, 2017.

- Carbonnier, Jean. *Flexible Droit: Pour une Sociologie du Droit sans Rigueur*. 10th ed. Paris: LGDJ, 2001.
- Constant, Frédéric, ed. *Le Traité juridique du Livre des Jin*. Paris: Les Belles Lettres, 2024.
- Gernet, Jacques. “À propos de la notion de responsabilité dans l’ancien droit chinois.” In *Il Diritto in Cina*, edited by Lionello Lanciotti, 127-137. Florence: Leo S. Olschki, 1978. Reprinted in his *L’intelligence de la Chine: le social et le mental*, 70-79. Paris: Gallimard NRF, 1994.
- Granet, Marcel. *La Pensée chinoise*. Paris: Albin Michel, 1968.
- Montesquieu, Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de. *Mes Pensées*. Edited by Catherine Volpilhac-Augier. Paris: Gallimard, 2014.
- Seizelet, Éric. “Les implications politiques de l’introduction du droit français au Japon.” *Revue internationale de droit comparé* 43, no. 2 (1991): 367-388.

“Despotism, Certainly, But the Best of All” (Montesquieu): China’s Autocratic Legality in a Comparative Historical Perspective

Jérôme BOURGON*

Translated by HUANG Jungeng**

This article is a sequel to a talk delivered at a conference of US and Canadian historians of China. It proceeds from concerns about a sea change in the attitude toward Chinese history, one related to the current deterioration of the relationship between China and the West. Its most manifest expression was the idea that China had only discipline and order, but no genuine law, to provide the basis of a rule of law. It is as if a true legal system must stem from the rule of law as understood in democracies. Contrary to this reductionist vision of law, the article shows that, throughout world history, law was an instrument of domination, and became associated with democratic ideals very late, and not without ambiguity or prevarication. Therefore, a legal system must be assessed not according to recent democratic prejudices of what law should be, but according to its own terms, and its own historical development. This is where Montesquieu’s paradoxical vision of the Chinese empire is enlightening. According to his *Spirit of the Law* (1748), China was a “despotism,” but in other more confidential writings, Montesquieu mitigated this judgment: “Despotism, certainly, but the best of all,” once its balanced institution and sophisticated legal system are taken into consideration. In other words, the form of the government

* Director of Research, IAO-CNRS-ENS de Lyon.

** Lecturer, East China University of Political Science and Law.

should not lead one to prejudge the quality of its legal systems. In this spirit, the article retraces the evolution of this legal system, along three main periods. The antique “Warrior Empire” of the Qin and Han dynasties laid the foundation by a positivistic, itemized, rationally task-oriented, concept of Law as a tool for commanding and controlling public agents. The crisis of this first set-up caused by the proliferation of regulations was gradually overcome thanks to the general codification under the “Bureaucratic Empire,” which came to maturity between the Tang and Song dynasties. The profound disruption of Chinese law and institutions by the Yuan dynasty prepared the way for the last phase, which was the edification of a complete and overall legal system by the “Autocratic Empire” of the Ming and Qing dynasties. The Chinese empire was then in advance on the world to implement a genuine legal system, founded on a set of codified laws and regulations, which were publicized towards commoners, accompanied by great array of explicative handbooks. Thus, autocratic empire laid the foundation of the Chinese modern state, with at its core the modern legal system, which was combined with Western legislations during the reform movement of the Late Qing and early Republic. Attempts at assessing the present legal system of China should start by taking into account this great legacy and its modern transformation, instead of imposing on it an extraneous conception of law.

Keywords: despotism; monarchy, autocracy, absolutism, legal system, codification, principle of legality (of crimes and punishments), legal education, legal comparatism