

中国政法大学法律史学研究中心学术年刊
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助



2006

法律史学科发展 国际学术研讨会文集

张中秋 编

中国政法大学出版社

中国政法大学法律史学研究中心学术年刊
教育部人文社会科学重点研究基地资金资助

法律史学科发展 国际学术研讨会文集

张中秋 编

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律史学科发展国际学术研讨会文集/张中秋编. —北京:中国政法大学出版社,2006.6

ISBN 7-5620-2928-8

I.法... II.张... III.法制史-研究-中国-国际学术会议-文集
IV.D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 064727 号

.....

书 名 法律史学科发展国际学术研讨会文集
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 15.75
字 数 435 千字
版 本 2006 年 9 月第 1 版 2006 年 9 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2928-8/D·2888
定 价 32.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
通信地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电子信箱 z5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

中国政法大学法律史学研究中心
学术年刊编委会

顾问 张晋藩

主编 朱 勇

执行主编 张中秋

编 委 (按姓氏笔画)

[美] 包 恒 刘广安 朱 勇

[日] 寺田浩明 李贵连 许章润

何勤华 陈景良 郑 定 林 乾

张中秋 张晋藩 范忠信 郭成伟

徐世虹 徐忠明 高鸿钧 崔永东

[韩] 崔钟库 黄源盛 曾尔恕

曾宪义 霍存福

《学术年刊》序

《学术年刊》是我国教育部人文社会科学重点研究基地·中国政法大学法律史学研究中心创办、定期出版的学术刊物。它的出版将会给广大的法史学、法文化学、比较法学和法社会史学的研究工作者提供一个学术园地，以便交流心得、切磋学问、开拓新的研究领域，探究法制的发展规律。这对于提高法律史学的研究水平、传承良好的学风、扶植中青年新生力量将会有所裨益。我们期望各位同道热心支持这个年刊，共同花费心血浇灌这块学术园地，使它能够成为法律史学春深花圃中的一株持久不谢的新葩。

张晋藩

2005年4月30日

目 录

第一部分

中国法制史学发展历程的反思和期望	张晋藩 (3)
中国法史学基础问题反思	刘广安 (11)
中国法律史的学科史反思	黄 震 (19)
论作为法律科学的中国法律史	陈 煜 (32)
外国法制史学科的历史及若干问题的思考	曾尔恕 黄宇昕 (56)
探索原创,深入民间,开创法史学新天地	陈金全 胡仁智 (70)
关于法律史学科发展的一点想法	马小红 (76)

第二部分

法律思想的形成 ——面对古典的创造	任 强 (89)
中国法律史研究的可能前景:超越西方,回归本土?	徐忠明 (111)

传统中国律学论辩

- 兼论传统中国法学的难生 张中秋 (138)

宋代“法官”、“司法”和“法理”考略

- 兼论宋代司法传统及其历史转型 陈景良 (164)

循法与悖法的矛盾与妥协：酌于情法之平

- 关于中国传统司法审判特质的探析 顾 元 (190)

- 神秘数字的法文化蕴涵 何柏生 (201)

第三部分

学科体系、研究方法与文献利用

- 中国法律史研究突破路径之浅见 林 乾 (235)

- 浅论中国法制史的综合研究方法 屈永华 (241)

- 法史研究的学术功能 卜安淳 (249)

- 论法律史研究中的法理意义 王 申 (266)

- 想像中国的方法：法史研究之意义 张薇薇 (274)

法学史研究：以一项部门学史研究为例

- 关于“中国监狱学史”研究的若干历史理论问题

- 郭 明 (285)

- 传统中国“法律人”的角色定位及功能分析 张仁善 (301)

Some Examples of the Impact of the Study of Legal History

on Common Law, European Law, Chinese and Israel

- Law* David C. Buxbaum (315)

第四部分

重视判例资料的深入研究——以南宋民事判词为例 … 屈超立 (325)

张家山汉简《二年律令》中的刑罚原则与刑罚

体系 …………… 崔永东 (334)

新材料、新视野——敦煌吐鲁番文书与中国法律

史学研究 …………… 郑显文 (349)

《顺治律》制定颁布时间考释…………… 王宏治 (362)

国民民法典的编订：政府与法律家的合作

…………… 张 生 李 彤 (370)

我国选举制度的演进与障碍 …………… 徐永康 (381)

羌族家庭习惯法试析 …………… 李 鸣 (393)

川西与纳楼土司故地家法族规中的法文化

——云南建水民族村寨调查之一 …………… 张晓蓓 (411)

日本东京大学中国法制史资料藏书 …………… 李 青 (420)

中国法史研究在韩国的现状和展望

…………… 林炳德 任大熙 金仙槿 (435)

附录部分

张晋藩先生在“法律史学科发展国际学术研讨会”

闭幕式上的发言 …………… (459)

4 目 录

法律史学科的宏观进展与微观深化

——“法律史学科发展国际学术研讨会”综述 …… 张明新 (463)

2005 年法律史学科新进展 …………… 张中秋 陈 煜 (475)

第一部分

中国法制史学发展历程的反思和期望

张晋藩*

中国法制史是法学的基础学科,它阐明了法学各个分科历史发展的源流关系,因而较之法学分科的内容更加丰富。中国法制史又是历史学的一个分支,属专门史,因而较之一般的历史学尤为深邃。因此决定了研究中国法制史不仅需要文史哲方面的知识还需具备法学的功底,因而是一门艰深的学问。从古到今研究中国法制史的学者代有人出,相关的文献、著作汗牛充栋。

自汉以来正史中大多列有刑法志专章。《汉书·刑法志》阐述的中国法律起源论,尽管不够科学,但对后世却有着深远的影响。而成书于唐代盛世的《晋书》刑法志,不仅记载了针对汉末律例杂乱无章所进行的带有总结性的立法工作,并且阐述了律学的成就,及其对立法、司法的重要指导作用。尤其是在论证“画一之法”与君主“临事以制”二者的关系上着墨颇多,反映了汉魏以来“法者,天子与天下共之”的理念。历代刑法志可以说基本上是一部集法制通史与断代法制史;法制史与法律思想史于一体的法律史学专著,可以说源远流长。由于中国古代“刑”与“法”通,所谓“刑,法也”,而在君主专制政体下又重刑轻民、重公权轻私权,因此无论是上溯法律的沿革,还是叙述本朝的立法过程,都以刑法为中心。这种将刑法史与法律史等同起来的叙史方式,无疑是不全面的,不符合中国法制历史的实际。历代刑法志的这个根本性

* 张晋藩,中国政法大学终身教授,中国政法大学法律史学研究中心名誉主任,博士生导师。

缺陷,向我们提出了研究中国古代法律体系的课题。目前,我承担的编写《清史刑法志》的课题,便将“刑法志”改为“法律志”以更符合清朝法制历史的实际,并得到清史典志组专家们的认同。

进入20世纪以后,日本法学家以中国法制历史为研究对象,创造了内容较为宽泛的中国法制史的框架、体例,对于此后半个世纪的中国法制史学的发展起了重要的影响。

1949年中华人民共和国成立以后,以马克思主义的历史观、国家观、法律观为指导,着手创建新的法制史学体系。1950年9月中国人民大学招收第一批法制史学(四位)的研究生,其中外法史二位:胡大展,厦门大学教授,关子健,已经过世;中法史二位,孙炳珠改教宪法,只有我固守中国法制史。在第二批研究生中,留在人大的是张希坡;第三批研究生中,留在人大的是高树荫,不久改行外调;留在人大的第四批研究生是邱远猷,不久外调。此后,1962年招收中国法制史导师制的研究生刘海年等四人外,迄至改革开放前,人大再未招收法制史研究生。

1951年2月中国人民大学法律系成立了国家与法权历史教研室。由系主任老法学家何思敬教授主持,并从华北人民革命大学调来刘奇同志担任教研室主任,并邀请两位专家参加,一是老史学家尹达,一是民法学家李祖荫。民国时期有南陈(瑾昆)北李(祖荫)之说。

50年代初,在“一面倒”学习苏联的历史背景下,由苏联专家担任导师,以苏联学者编写的国家与法权通史和苏维埃国家与法权历史为基本教材,成为编写中国国家与法权历史的范式。苏联学者认为没有国家就没有法权,所以国家与法权不应分割,只讲法权史是不科学的。基此,清末以来法律学堂开设的中国法制史的课程,一律改为中国国家与法权历史,至于30~40年代的中国法制史著作均被视为资产阶级的法学著作,而在图书馆尘封起来。1956年曾有人提出中国国家与法权的历史改为中国法制史,由是而在小范围内讨论究竟采用中国国家与法权历史的名称还是中国法制史的名称,即所谓“定名之争”。但在当时绝大多数都主张采用前者,以致这次争论没有引起重视和影响,不了了之。

经过整风反右等一系列政治运动以后,1961年初提倡大兴调查研究之风、稳定教学秩序,这时中国人民大学国家与法权历史教研室开始编写《中国国家与法权历史》讲义,并于1963年出版了《中国国家与法权历史讲义》,共三卷。我负责编写第一卷“古代部分”,曾宪义、范明辛(已故)编写第二卷“近代部分”;张希坡编写第三卷“解放区部分”。这套讲义在名称上虽仍沿袭国家与法权历史的名称,但在体例上却有显著的改进。按苏联教材的结构分为四部分:①历史概况;②阶级结构;③国家制度;④法权,通称为“四段论法”,(1961年以前,我们编写的教材大多仿此)。但在这次编写的讲义中,打破了四段论的机械排列,较大地加重了法律部分。这套教材在“文革”前曾起了相当的作用。

1979年在法学研究进入新的历史时期之际,成立了中国法律史学会。在这个会上讨论了法制史学的研究对象问题,我提出“要严格审定研究的对象和研究范围,改进过去存在的对象不清,内容庞杂的倾向”。^{〔1〕}经过讨论,明确了法制史学的研究对象只能是法制而不是国家与法,并与此同时恢复中国法制史的名称。

在这次会上,一个重要成果就是与会同仁同意了我提出的编写《中国法制史》多卷本的建议。我的建议是有感而发的,1978年美国教授兰德彰告诉我:“此前,世界召开过三次中国法制史国际研讨会,但都未请大陆学者,因为我们只知道杨鸿烈,可是他已经过世了。”由此深切感到需要通过编写《中国法制史》多卷本,使中国学者的成就为世人所知,进而把中国法制史学的中心牢固地建设在中国。我说:“如果说30年代汉学的中心在德国,那么今天研究中国法制史,其中包括断代史、专史最活跃的是日本。外国学者热心研究中国法制史是值得欢迎的,对他们的成果应予以重视。但我们自己更应感到肩上担子的分量,激起奋发图强的雄心。30年代我国爱国的历史学家为了夺回汉学中心,曾经付出了极大的努力,取得了辉煌的成果,造就了一代卓越的史学家。今天

〔1〕 张晋藩:《中国法律史论》,《编写中国法制史多卷本专著的设想》,法律出版社1982年版。

面对尖锐的挑战,如果我们只满足于前人的成果,甚至让我们的后代向外国学者学习中国法制史,那岂不是一种罪过!因此,编写出中国法制史多卷本,是时代的需要,斗争的需要,是义不容辞的责任!”〔1〕

会上我还就研究方法、收集资料、开展专题研究等作了发言。我提出:“不仅要典章文献入手研究法制史,而且要从国家活动中去把握法制的本质与规律……中国法制史也要见人、见思想。”〔2〕在这里反映了我在研究方法上力求改变静态研究的传统,使静态研究与动态研究结合起来,既见人物、见思想;也见事件、见活动,还法制史生动的本来面貌。

在史料问题上,我提出:“需要大力发掘、整理、编纂中国法制史的史料,使文献资料、地下文物、社会调查、历史档案、私家笔记等等结合起来,其中也应包括农民起义中发布的具有法律效力的檄文、告示、口号、规约、教义、军律等。在浩瀚的中国法制史的史料中,有些需要重新辨伪审定,有些需要酌加注释,因而也是一项不可等闲视之的科研工作。如果从甲骨文中有关法律问题编起,可以想见其卷帙的繁博。因此,必须组织力量,通盘规划,分工合作,积极落实。这项工作对于推动中国法制史研究具有极其重要的意义。”〔3〕我始终认为不以丰富的史料为依据的法史研究是空的,但是徒有史料缺乏正确的理论加以分析、运用,也难以发挥史料的价值。

为了编写《中国法制史》多卷本,我强调“要以坚实的专题研究为基础”,并设计了十个专题:“①中国国家和法起源的具体途径;②封建专制主义的政治制度 2000 多年来螺旋上升的基础、历史作用与深远影响;③儒家(包括宋明理学家)提倡的纲常名教对于立法与司法的影响;

〔1〕 张晋藩:《中国法律史论》,《编写中国法制史多卷本专著的设想》,法律出版社 1982 年版。

〔2〕 张晋藩:《中国法律史论》,《编写中国法制史多卷本专著的设想》,法律出版社 1982 年版。

〔3〕 张晋藩:《中国法律史论》,《编写中国法制史多卷本专著的设想》,法律出版社 1982 年版。

④以保障家长统治权为中心的家法、族规在整个法律体系中的地位;⑤民刑不分,诸法合体的成因与它所反映的社会关系;⑥法治、人治、礼治、德治的相互为用;⑦中央政府对少数民族地区司法管辖的深入,对巩固统一多民族国家的作用;⑧明清刑名书吏对诉讼的操纵;⑨西方资产阶级法制的影响及其在中国的变种;⑩社会主义法制发展的道路和特点;等等。”〔1〕

《中国法制史》多卷本,从提出到1998年成书出版,共历时19年。其间参与其事并担任分卷主编的杨廷福、林剑鸣、乔伟均已过世,他们作出的贡献值得铭记。在这个过程中,我对于中国法制史研究对象、方法、资料、前景的反思,是经过“文革”之后痛定思痛的结果,也是法学春天到来时,在认识上的否定之否定的一种经历。1981年我撰写出版了《中国法制史》第一卷〔2〕和1982年我主编的《中国法制史》统编教材,就是当时认识的产物。

《中国法制史》第一卷较之《中国国家与法权历史讲义》第一册,有了很大的改进。但我认为仍然没有完全摆脱以刑法涵盖诸法的传统束缚,以致对古代的行政立法和民事制定法缺乏应有的论述,我一直在思考着中国古代法律体系问题。

1983年8月在西安召开了法史学会第一届年会,我对中国古代法律体系作了发言,提出“民刑不分,诸法合体的提法应改为‘民刑有分,诸法并用’……过去梅因的‘古代中国无民法’的观点影响很大,实际上,古代统治者对财产关系是很重视的,这在立法上也有表现,至少从西周就是这样,到了宋代则更为重视。清朝的户部则例就是民法性质的单行法。过去说民事用刑法解决,但许多问题事实上不用刑法,而是用调处解决。然而也应看到,中国古代的确没有独立的民法典。”“……中国古代法律体系,到唐代已形成以律为主,并与格、令、式、典、敕、例

〔1〕 张晋藩:《中国法律史论》,《编写中国法制史多卷本专著的设想》,法律出版社1982年版。

〔2〕 《中国法制史》第一卷是我个人撰写的。之所以三人署名,是因为这个署名也适用于第二卷、第三卷、第四卷。但可惜仅出版了第一卷。

等形式互相结合,反映了法律调整的多样性,标志了封建法制的成熟。但我们过去对这方面研究还远远不够……法制史研究要开创新的领域,如行政法史、经济法史都应研究,道家与释家对法律的影响也是值得我们研究的。对少数民族的法制史,也应重视。”〔1〕

西安年会上我的发言有的还不够准确,更不充分,但它反映了我要根据中国古代法律体系来研究法制史的想法,力图打破传统的“诸法合体、民刑不分”的思想束缚。此后,我在一系列论著中,详细分析了法律体系与法典体例的不同,并在实践中致力于法律体系的研究。1992年出版了由我撰写的《中国古代法律制度》一书,就是体现这一认识的成果。此外,还组织撰写了《中国刑法史稿》、《中国刑法史新论》、《中国行政法史》、《中国民法史》、《清代民法综论》、《中国民事诉讼制度史》、《中国司法制度史》等专著。

由于一时找不到确切的词语来概括中国古代的部门法史,因而,只能借用现代部门法的名称,加以概括,难免给人以削足适履之感。最近在编写清史法律志时,我将清代民法改为“民事制定法与民事习惯”;经济法改为“经济体制与运行管理法”,行政法改为“行政机关组织法与职官法”等等。这种改变也不一定科学,但觉得更能贴近中国古代法制历史的实际。这可以说是我在认识上又一次否定之否定的经历。

下面谈谈我对于进一步发展中国法制史学的几点看法:

1. 法制史研究需要总体把握与多角度相结合。法制史学是非常复杂的、深邃的,不能简单化。恩格斯曾经说过:“历史好像是一个圆,但截取每一段都可能是直线。”〔2〕直线只是历史的一部分,不是整体,不是真实的全部的发展历程。历史又像一座大厦,任何光源也不可能照彻每个角落,所以需要从多角度进行研究。只有总体把握与多角度相结合,才有可能揭示中国法制史的一般规律和特殊规律。

〔1〕 中国法律史学会首届年会,1983年8月17日第7号简报。

〔2〕 恩格斯:《自然辩证法》一文,选自《马克思恩格斯选集》,第二卷下册,人民出版社1972年版。