

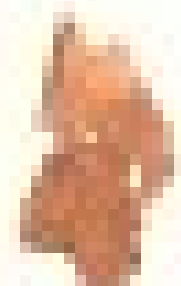
# 中国法制史学的发展



刘广安 高浣月  
李建渝等 编著

中国政法大学出版社

# 中国法制史的发展



中国法制史  
发展史

D929

49

2007

# 中国法制史学的发展

刘广安 高浣月 李建渝等 编著

中国政法大学出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

中国法制史学的发展/刘广安等编著. —北京:中国政法大学出版社,2007.2

ISBN 978-7-5620-3029-4

I.中... II.刘... III.法制史-史学-中国 IV.D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 023145 号

---

- 书 名 中国法制史学的发展  
出 版 人 李传敦  
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 14.25  
字 数 350 千字  
版 本 2007 年 3 月第 1 版 2007 年 3 月第 1 次印刷  
书 号 ISBN 978-7-5620-3029-4/D·2989  
定 价 30.00 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

# 前 言

《中国法制史学的发展》是中国政法大学“211 工程”《中华法系的复兴与和谐社会的构建》的子课题之一。

本课题由 10 个专题组成。每个专题中代表人物代表作的选择，依据著作发表时间的先后、学术影响的大小排列。通过对各种代表作的基本内容和特点的评介分析，以及相互影响、相互促进的关系和作用的考察说明，展现中国法制史学发展的主流成果和学术路径，为中华法系的复兴与和谐社会的构建提供法制史学方面的宝贵资源。因为课题完成时间紧迫，大量著作和论文难于仔细阅读领会，只好优先选择我们比较了解的代表人物的代表作进行评论。为提供更多的信息，我们编制了“中国法制史学主要论文目录”附录于 10 个专题之后，以供读者查考。

本课题只从某些方面展现了对中国法制史学的发展有影响力的学术成果，总结了这些成果所具有的领先性的价值和意义。要恰当地总结这些成果的优点，写出我们较为满意、别人看了会有所受益的评论，是非常不容易的。特别是对那些因为我们的学力所限、时间所限而未能评论的优秀著作，是深感遗憾的。我们期待着更多的法史学者来参与评论，以便更清楚、更准确、更全面地认识中国法制史学发展的优秀著作，为学界提供更有广度、更有深度的法史学评论。

本课题只选择了中国法律制度史方面的论著进行评论，中国法

## 中国法制史学的发展

律思想史、中国法律文献史、中国法律社会史以及中国法律文化史方面的论著未列入评论范围。断代法制史、行政法制史和经济法制史方面的论著,也未及选择评论。有关方面的评论,只好俟诸来日了。我们期望在不久的将来,能看到《中国法制史学通论》的大著作问世。

本课题的撰写分工如下:

刘广安、陈志红、李凤鸣、韩冰、胡谦、李燕、刘高勇、刘冰雪、赵建蕊编写宪法史、司法制度史、家族法史、民族法史、中华法系专题、中国法律儒家化专题、中国法律近代化专题评论和附录部分。

高浣月、高飞、严韡编写法制通史评论部分。

李建渝、苗文龙、李志刚、刘莉编写刑法史、民法史评论部分。

刘广安负责统稿工作。

# 目 录

## 一、法制通史

|                               |      |
|-------------------------------|------|
| 研究概况 .....                    | (1)  |
| 梁启超《论中国成文法编制之沿革得失》 .....      | (6)  |
| 杨鸿烈《中国法律发达史》和陈顾远《中国法制史》 ..... | (14) |
| 戴炎辉《中国法制史》 .....              | (20) |
| 张晋藩总主编《中国法制通史(多卷本)》 .....     | (30) |

## 二、刑法史

|                       |      |
|-----------------------|------|
| 研究概况 .....            | (43) |
| 蔡枢衡《中国刑法史》 .....      | (46) |
| 乔伟《中国刑法史稿》 .....      | (56) |
| 周密《中国刑法史纲》 .....      | (62) |
| 张晋藩等《中国刑法史新论》 .....   | (66) |
| 宁汉林、魏克家《中国刑法简史》 ..... | (85) |

### 三、民法史

|                                  |       |
|----------------------------------|-------|
| 研究概况 .....                       | (95)  |
| 潘维和《中国民事法史》 .....                | (97)  |
| 张晋藩《清代民法综论》 .....                | (100) |
| 张晋藩主编《中国民法通史》 .....              | (105) |
| 李志敏《中国古代民法》 .....                | (110) |
| 叶孝信主编《中国民法史》 .....               | (115) |
| 孔庆明主编《中国民法史》 .....               | (119) |
| 陈鹏《中国婚姻史稿》 .....                 | (121) |
| 陶毅、明欣《中国婚姻家庭制度史》 .....           | (124) |
| 张希坡《中国婚姻立法史》 .....               | (126) |
| 郭建《中国财产法史稿》 .....                | (131) |
| 黄宗智《清代的法律、社会与文化:民法的表达与实践》 .....  | (137) |
| 黄宗智《法典、习俗与司法实践:清代与民国的比较》 .....   | (142) |
| 白凯《中国的妇女与财产:960~1949年》 .....     | (149) |
| 张生《中国近代民法法典化研究:1901~1949年》 ..... | (153) |
| 俞江《近代中国民法学中的私权理论》 .....          | (156) |

### 四、宪法史

|                  |       |
|------------------|-------|
| 研究概况 .....       | (159) |
| 张晋藩《中国宪法史》 ..... | (161) |
| 荆知仁《中国立宪史》 ..... | (171) |

## 五、司法制度史

|                       |       |
|-----------------------|-------|
| 研究概况 .....            | (185) |
| 张晋藩主编《中国司法制度史》 .....  | (189) |
| 那思陆对司法制度史的研究 .....    | (202) |
| 其他学者对中国司法制度史的研究 ..... | (214) |

## 六、家族法史

|                     |       |
|---------------------|-------|
| 研究概况 .....          | (220) |
| 滋贺秀三《中国家族法原理》 ..... | (222) |
| 朱勇《清代宗族法研究》 .....   | (233) |

## 七、民族法史

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 研究概况 .....           | (239) |
| 刘广安《清代民族立法研究》 .....  | (241) |
| 徐晓光对少数民族法制史的研究 ..... | (249) |

## 八、中华法系专题

|                        |       |
|------------------------|-------|
| 研究概况 .....             | (256) |
| 杨鸿烈对中华法系的研究 .....      | (258) |
| 陈顾远对中华法系的研究 .....      | (266) |
| 张晋藩对中华法系研究的总结与开拓 ..... | (272) |
| 其他学者对中华法系的研究 .....     | (288) |

## 九、中国法律儒家化专题

|                   |       |
|-------------------|-------|
| 研究概况 .....        | (292) |
| 瞿同祖论中国法律儒家化 ..... | (297) |
| 祝总斌论中国法律儒家化 ..... | (306) |

## 十、中国法律近代化专题

|                      |       |
|----------------------|-------|
| 研究概况 .....           | (309) |
| 张晋藩对中国法制近代化的研究 ..... | (311) |
| 李贵连对中国法制近代化的研究 ..... | (321) |

## 附 录

|                    |       |
|--------------------|-------|
| 中国法制史学主要论文目录 ..... | (333) |
|--------------------|-------|

## 一、法制通史

### 研究概况

国人历来注重修史，史学所以源远流长；国人同样在意“国法”，律学因之薪火相传。作为这二者的交集，法律史学的传统自然由来已久。晚清以来，伴随着中国社会的近代化转型，法律史学同样经历着由传统向现代的嬗变。在介绍和移植西方法律制度的同时，为了系统比较中西法律传统，从而解决移植与继受的关系问题，近代以来的中国法学家开始着眼于中国法制通史的研究。

作为这一转型时期承前启后的标志性人物，沈家本与梁启超都为中国现代法律史学的建立发挥了举足轻重的作用。其中，沈家本的代表作《历代刑法考》系统整理了传统典籍中涉及法律史的文献资料，为后世留下了研究中国法制通史的参考样本。另一位中国近代法史学开山鼻祖梁启超在1904年完成了《论中国成文法编制之沿革得失》，成为检讨中国传统成文法的第一文。此后，他又陆续完成了《中国法理学发达史》（1905）、《先秦政治思想史》（1922）等相关论著，形成了其关于中国法制史的初步架构。作为起步阶段的探索，上述研究自然有其局限：比如沈家本，尽管有其较前辈法学家更为开阔的西学视角，但其研究方法仍旧脱胎于传统律学；而梁启超的

法史学研究则一如其相关学术领域,“注重启蒙救亡宣传而不重学理探索、论题宽泛浅尝辄止”,<sup>[1]</sup>故其成果只能说是完成了现代法律史学奠基的准备工作。

同一历史时期,日本学者在中国法律史研究领域也建树颇多,浅井虎夫、东川德治、中田薰等都在这方面作出了重要贡献。其法制通史性质的著作包括浅井虎夫《中国历代法制史》(1906)和《中国法典编纂沿革史》(1911)等,对中国传统法律的发展进行了粗略的描述。

传承沈、梁衣钵并在20世纪上半叶基本完成中国法制史学科奠基工作的是程树德、杨鸿烈、陈顾远等学者。其中,程树德的《九朝律考》(1927)、杨鸿烈的《中国法律发达史》(1930)、《中国法律思想史》(1936)、《中国法律在东亚诸国之影响》(1937)及陈顾远的《中国法制史》(1934)等作品皆系这一时期的扛鼎之作。总的来看,这一时期的通史类著作不同程度的继承了梁启超所开创的新史学传统并有所发展,史料的剪裁、编排已经被规范在一套现代社会理论和法律理论的框架之中,“借用西方法律学说、理论、分类和术语构筑中国法律史架构,这些都表明了20世纪初新旧交替之际中国法律史改造的方向。”<sup>[2]</sup>“在他们之后,中国法律史学者无论是以时代为纲构建著作体系,还是以制度为纲构建著作体系,无论是从儒家法律观的角度,还是从家族制度的角度,或是从传统法律现代化的角度研究中国法制史,都不同程度地受到他们著作的启发和影响。”<sup>[3]</sup>不过,受特定时代背景下资料与方法的局限,这一阶段的重要的著作

---

[1] 范忠信:“梁启超与中国近代法理学的主题和特征”,载《法学评论》2001年第4期。

[2] 梁治平:“法律史的视界:方法、旨趣与范式”,载《中国文化》2003年第19~20期合刊。

[3] 刘广安:“二十世纪中国法律史学论纲”,载《中外法学》1997年第3期。

大都以事实描述为主要特征,以系统整理传统法制史料为基本方法,其研究尚未形成比较系统明确的方法或基本指导思想。

1949年以后,中国现代学术在地域上分隔为祖国大陆与我国台湾地区两个区域,同时“深刻影响和改变了学术研究的方法、旨趣与范式。”<sup>〔1〕</sup>也使得法制通史的研究出现了两个分支的走向。

台湾地区关于中国法制史的研究持续未断,像陈顾远、吴经熊、戴炎辉、徐道邻、林咏荣、张伟仁等均有关于中华法系的思考和论作,但其着眼点主要集中在断代史、部门法与地方法的专题研究,其重要成果也以资料工作见长,大都为事实描述性的研究,只有戴炎辉的《中国法制史》(1966)、陈顾远的《中国法制史概要》(1964)、林咏荣的《中国法制史》(1960)及张金鉴的《中国法制史概要》(1973)等为数不多的通史类著作。其中,除戴著《中国法制史》作为法科教材而广为传播外,其他作品的数量和影响相对也比较有限。

另一方面,“由于受教条主义和左倾思想的干扰与影响,大陆的中华法系研究在20世纪80年代以前几成空白。”<sup>〔2〕</sup>关于中国法制通史的研究也相应的处于停滞状态。80年代以后,大陆的法制史研究开始恢复,法制通史类著述不仅在数量上有了大的发展,而且在内容、体系、观点等方面都有了大的变化。其中,最具权威性与代表性的,是1999年出版的多卷本《中国法制通史》:该书分10卷,总计500万言,参与撰写者70多人,前后历时近20年。相对于以前的研究者,《通史》的创作群无论是在基本素材的积累还是理论与方法的选择上都拥有更充分的空间,因而也得以建立一个庞大而相对完备的体系,为中国法制通史的研究提供一部里程碑式的巨著。在法制

---

〔1〕 梁治平:“法律史的视界:方法、旨趣与范式”,载《中国文化》2003年第19~20期合刊。

〔2〕 张中秋:“回顾与思考:中华法系研究散论”,载《南京大学法律评论》1999年春季号。

通史类著作中值得特别注重的是张晋藩编写的《中华法制文明的演进》一书。该书由《绪论》及12篇章组成,共90万字。《绪论》介绍了中华法制文明的内涵、历史传统和世界地位等问题;12篇按时间顺序,从夏商法制写起,历述西周、春秋战国、秦、两汉、魏晋南北朝、隋唐、两宋等各朝各代民事、经济、司法行政等法律制度与立法思想,重点阐释了中华法系由起源直至封建末代的法制文明的演进过程。作为教科书式的通史论著,其主要特色在于:①作者结合自己法律史治学50年之心得,系统地总结了中华法制文明的9大历史传统,即“引礼入法,礼法结合”、“以法治国,法为权衡”、“罪刑法定,援法断罪”、“家族本位,伦理入法”、“权法冲突,法吏互补”、“诸法并存,民刑有分”、“援法生例,以例辅法”、“无讼是求,调处息争”和“统一释法,律学兴起”。关于这一传统特点的探究由来已久,前述研究者如浅井虎夫、杨鸿烈、陈顾远、林咏荣等都有过自己的归纳,内地学者郝铁川在《中华法系研究》(1997)一书中也总结了“法律的法家化”、“法官的儒家化”和“民众法律意识的鬼神化”等三大特点。应该说,这个问题见仁见智,并无既定之通说,但作为新中国法史学的重要开创者,本书作者的这一概括综合考虑了法律由创制到运行再到其意识的各个层面,无疑具有相当的权威性,并对多卷本《中国法制通史》及其后的法制史研究产生了深远的影响。②书中对于中国传统社会形态与法制形态的演进做了高度的概括,这也体现在各篇章的标题中,如“儒家化的两汉法制”、“中华法系成熟与定型的唐法制”、“专制制度高度发展的明法制”等。这些论断在学术界虽然仍有争议,但其提出本身即突破了传统考据式研究就事论事的传统,将法制通史推向更深的研究层次——探究制度表象背后的规律性与时代特征。此外,作者在详尽介绍历代制度沿革的同时着意发掘其政治、经济、文化背景及由此形成的法律思想根源,将制度史与思想史乃至社会发展史作为一个整体而加以考量,使法制通史的研究真正上升到探讨“文明演进”的层面。③从篇章结构的安排来看,作者立

足于现代法学理论与部门法分类,而又能兼顾中国传统法文化自身的特点,在继承法律史学现代化转型成果的基础上有所创新。故而,雷洁琼在为该书所作的序言中说:“他(张晋藩)的新作《中华法制文明的演进》煌煌百万言,称得上是他 50 年中国法制史学研究的集其大成。”〔1〕

以上可以算是对中国法制通史研究概况的一个简要回顾,基于篇幅与学养所限,难免挂一漏万,不尽周全,只希望能对我们了解该学科的研究脉络有所裨益。

---

〔1〕 张晋藩:《中华法制文明的演进》,中国政法大学出版社 1999 年版,序。

## 梁启超《论中国成文法 编制之沿革得失》

作为近代著名的思想家、文学家,梁启超早已为世人所公认。而今,随着对其研究的深入,其“法学家”的称号也终于实至名归了,对于身处乱世的任公来说,其法学成就、法学贡献是不容忽视的,这一点仅从其为数众多的法学著述即可见一斑。其于1904年著成的《论中国成文法编制之沿革得失》即为经典之作,洋洋洒洒数万字,在论述考证中国历代成文法编制的基础上,对中国传统成文法的渊源、公布和缺点进行了详尽的评述,可谓中国传统成文法讨论之第一文。

称其为“中国传统成文法讨论之第一文”,从形式上来说可以其著成时间为证。此文著成于1904年,是国人对中国传统成文法加以系统研究的第一篇专著,“此后两年,日本人浅井虎夫的《支那法制史》才被译为中文。15年后即1919年,浅井虎夫的《中国法典编纂沿革史》才译介至中国。”〔1〕

从实质上来说,“第一文”的称谓,更大程度上来自于文章本身所具有的意义和成就。

1. 梁启超在此论著中第一次运用了“中国法制史”这一概念,开

---

〔1〕 范忠信:“梁启超与中国近代法理学的主题和特征”,载《法学评论》2001年第4期。

创了近代意义的中国法制史学科,并在研究方法、研究视角等方面独辟蹊径、突破创新,为后世中国法制史研究提供了基本框架。他从黄帝尧舜之时开始考察,沿着战国、两汉、魏晋、唐宋、明清的时代轨迹,梳理出中国传统成文法产生、发展,以至成熟的清晰脉络。进而站在一个相对宏观的角度,归纳出传统成文法的渊源、公布及其缺点,极大的更新了中国法制史的研究方法。

2. 为了厘清中国成文法前进的时代轨迹,梁启超对战国以前的成文法、李悝的成文法、两汉的成文法、魏晋的成文法、唐代的成文法、宋代的成文法、明清的成文法,都予以专门研究。经过旁征博引、比较分析,得出结论:①春秋是中国传统成文法正式诞生时期。他对战国以前承载君主诏敕、法律雏形的典籍进行深入研究,并将古代礼、法关系加以论辨,认为,“我国成文法之起原,不可确指”,但是“逮于春秋,社会形势一变,法治主义,应于时代之要求,而句出萌达。于是各国政治家,咸以编纂法典为当务之急。”“可知成文法典,至其时而已大具矣。”②两汉魏晋是中国传统成文法大发展时期。“后汉魏晋之交,法典之资料益富,而编纂之体裁亦益讲,有组织之大法典,先于世界万国而其成立”。③唐宋明清是中国传统成文法的成熟时期。“唐宋明清,承流蹈轨,滋粲然矣,其所以能占四大法系之一,而灿然有声于世界者,盖有由也。”

对于中国古代编制成文法的人物,梁启超首推魏国李悝,他认为“语中国法制史上最重要的人物,则李悝其首屈一指矣”。他认为李悝对中国法制有两大贡献:①奠定了其后成文法的基础,认为“后世一切法典之对于《法经》,非徒母子血统的关系,而实一体化身的关系也”。②集先秦成文法习惯法之大成。认为李悝编制公布的《法经》网罗了各诸侯国的成文法以及习惯法,“我国法律之统一,自《法经》始”。梁氏把李悝的《法经》与法国的《拿破仑法典》相提并论,推崇之意,由此可见。

3. 关于成文法的渊源。在对历代相传的成文法系统论述的基