



华东政法大学

法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

比较法学史

何勤华/著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA



上海市高校创新团队发展计划资助

华东政法大学

法律史硕士点招生三十周年 博士点招生十周年文丛

比较法学史

何勤华/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

谨以此书献给 20 年前去世的父亲

**只要你付出了
总会有所收获**

——题记

总序

1981年,经国务院学位办批准,华东政法大学开始招收第一届法律史专业硕士研究生;2001年,又开始招收第一届博士研究生。至今已过去了整整30年,我们为国家培养了244位硕士和180位博士,这一批高层次的法律人才,现分布在全国各地,工作在法学教育、法学研究、法律实务及其他各个领域,为我国的法治建设、理论研究和社会经济发展做出了重要的贡献。

为了纪念华东政法大学招收法律史专业硕士研究生30周年和博士研究生10周年,同时,为了让本专业团队在法律史研究方面的成果保留下来,为以后的学科发展做一些学术积累,经过商议,我们尝试编辑出版三个系列的著作。

第一系列是出版本学科之奠基人王召棠、徐轶民和陈鹏生三位教授的法学文集。自1981年本学科获准招收硕士研究生后,三位教授培养了一批又一批法律史专业的研究生,为学科的发展壮大做出了巨大的贡献。在此过程中,他们著书立说,出版和发表了大量有重大学术价值的研究成果,我们将其收集汇编,以三本法学文集的方式予以出版,在彰显他们业绩的同时,方便读者查阅、引用以及研究。

第二系列是出版自2001年本专业招收博士生以来一直工作在教学和科研第一线的三位中年老师何勤华、王立民和徐永康的文集。华东政法大学法律史博士,主要出自此三位老师的门下。这三本文集收录的有已经出版和发表了的作品,也有部分新创作的论著,虽不是系统的专著,但将分散出版和发表的文章按相关专题汇集在一起,可以为读者阅读和引用提供方便,这既是一个纪念,也是一种学术的积累。

第三系列是出版本专业新人即硕士和博士的论文集。考虑硕士人数比较多,且刚从本科上来,成果不是很多,故这次编集仅收录已经毕业的硕士的论文(主要是硕士毕业论文)。这些论文由于是在学校全脱产的状态下,花费3年时间潜心学习、研究完成的,故基本上具有较高水准,有些已在核心刊物上公开发表。现将其汇编在一起,分为

上、下两卷,取名《法律史的成长》。

本专业的博士,因其学习时间相对较长,且是在硕士毕业之基础上进入博士生的学习,发表的成果相对较多。因此,这次收集论文时,不仅包括已经毕业的,也包括了在读的博士生的成果。我们让每位博士选择一篇自己认为比较满意的文章(不管是新作,还是已经发表的文章),予以汇集出版。这些论文基本上都发表在中文核心期刊,有些还是权威期刊上,具有相当的学术理论价值。由于字数比较多,文集分为上、中、下三卷。经过大家讨论,书名定为《法律史的世界》。

这次纪念活动,也得到了本专业博士后流动站研究人员的认同和追捧,他们也希望能够加入进来,有一个展示自己成果的平台。华东政法大学法律史专业自2003年开始招收博士后,至今已经培养了39位博士后(大部分已经出站)。他们每人精选了一篇自己的得意之作,编成一本文集。由于博士后大部分都是跨学科、跨专业的,除了法律史之外,还有各部门法的,以及文、史、哲、社、经、管的,因此,将此文集定名为《法史学与社会科学》。

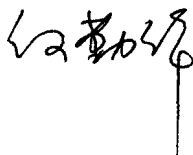
出版上述三个系列12本文集,对我国法律史学科的发展,具有很重要的意义。学术要靠积累,也要靠经常性的梳理,而将分散的论文汇编在一起,对学术积累和学术发展是有价值的。到目前为止,在国内学术界,还没有一个学科或专业做过这一工作。而我们这么做,对学说史的梳理和研究意义尤为重要。我们这一代人,年龄尚不算大,完成硕士论文、博士论文,或出版、发表一些论文、文章的时间也不太长,但现在为了做进一步研究,想找一本(篇)出来翻阅查看,有时却发现已经很难,家里找不到,甚至图书馆里也没有。此时,往往会埋怨自己,当初为何不把它们汇编在一起呢?因此,编纂上述三个系列的论文集,史料价值也是不容忽视的。

参与上述文集的整理、编辑、校对的,主要是华东政法大学法律史专业的青年老师和博士生、硕士生,由于他们辛勤的、出色的劳动,使得各个系列的文集能够顺利出版。因为在每一卷的序或者后记中,我们对做出贡献者会有专门的说明,故这里就不再一一列举了。

在华东政法大学法律史专业硕士点招生30周年、博士点招生10周年之际,我们出版12本学术文集,感到十分欣慰。华东政法大学法律史学科这30年的发展,事实上也是我国法学乃至整个社会科学30

年发展的一个缩影,它表明,随着我国经济腾飞、社会进步,学术研究也获得了迅速发展,虽然这种发展中还隐含着不少问题和缺陷,但毕竟我们的学术成长已经步入了正常的轨道。

当然,上述各文集的出版,只能说是向国内学术界同行以及广大读者做出的一份初步报告,我们的研究还在继续进行,文集中如有错误和缺点,也恳请读者诸君批评指正。



于华东政法大学
2011年8月15日

目 录

比较法学史刍议 / 1

法学形态考

——“中国古代无法学论”质疑 / 9

中世纪欧洲三大法学流派 / 29

《万国公法》与清末国际法 / 55

比较法在近代中国

——一个学说史的考察 / 82

改革开放与中国法学研究 30 年

——采访华东政法大学校长何勤华教授 / 108

新中国外国法制史学 60 年 / 132

新中国法学群英谱 / 155

附 录

淡泊名利,甘当人梯

——王召棠老师二三事 / 231

笃行致知,明德崇法

——陈鹏生老师教书育人七八事 / 237

亦师亦父,若宽若严

——追忆恩师徐轶民教授 / 247

后 记 / 267

比较法学史刍议*



法学史,是描述法学的起源、发展和演变之过程,揭示这一过程背后发挥作用的各种要素和关系,即法学发展之规律性的一门学问。比较法学史就是对各个国家、各个地区和各个时代之法学的发展历史和发展规律进行比较研究的科学。它在此处的含义,不是比较法学的历史分析,而是法学史的比较研究。

—

虽然,学术界对法制史的研究开展得比较早,如在中国,公元1世纪班固(公元32~92年)所撰写的《汉书》中,就开始了对历代法律制度发展演变史的阐述,《汉书·刑法志》就国家与法的起源、汉代以前历朝的立法史和司法制度史进行了比较系统的总结和阐述。^①由此,《汉书·刑法志》被认为是中国历史上最早的法律史研究作品。

在西方,早在公元2世纪古罗马时代,著名法学家庞波尼乌斯(Sextus Pomponius,约160年去世)在其罗马法《教本》(*Enchiridium*)一书中,就对自罗马王政时代(公元前8世纪)至庞波尼乌斯生活的时代(公元2世纪)约1000余年中罗马法律发展演变的历史进行了总结,成为西方历史上最早的一部法律史著作。^②

但是,对法学史的研究则是比较晚近才出现的。格劳秀斯(H. Grotius,1583~1645年)在其名著《战争与和平法》一书中,曾对历史

* 本文是国家重点学科华东政法大学法律史学科、上海市人文社科基地华东政法大学外国法与比较法研究院重点研究项目的阶段性成果。

① 何勤华著:《中国法学史》(第1卷),法律出版社2006年版,第236~239页。

② 何勤华著:《西方法学史》,中国政法大学出版社2003年版,第45页。

上(从古希腊时代开始)各位先贤(如亚里士多德、^①普鲁塔克、^②西塞罗、^③保罗、^④特里丰、^⑤赫莫吉尼亚、^⑥狄翁·布鲁萨恩西斯、^⑦科瓦鲁维亚斯、^⑧康纳努斯^⑨等)关于公民权利(人身权和财产权保护)的理论、占有和时效理论、关于契约及其效力的学说、关于国家的地位及其责任的理论、条约理论、外交使节与外交关系的理论、关于战争与和平的学说等做了非常详尽的叙述和评价,其内容已经涉及诸多法律学说史、比较法学史的问题,虽然不很系统,但也已经显示了格劳秀斯对以往法律学说的重视。因此,《战争与和平法》,在一定意义上也可以说是西方历史最早的法学史和比较法学史的著作。

1748年,法国著名启蒙思想家孟德斯鸠(Montesquieu, 1689~1755年)出版了《论法的精神》一书,这部凝聚了作者20余年心血的作品,不仅对历史上各种类型的法律制度以及法律事件等做了详细的描述和分析,而且对自亚里士多德(Aristotle, 公元前384~前322年)以来历史上关于政体的学说、洛克(J. Locke, 1632~1704年)以后关于分权的理论以及历代关于法与其他各种社会现象、人类生活环境之关系的理论,进行了全方位的审视和研究,开启了法社会学、比较法、法律史、法学史和比较法学史等多门学科研究的先河。尤其是他对政体理论史、分权学说史的梳理,为后世学术界的宪政及部门法学史(学说史)的研究提供了非常有益的经验。

进入19世纪以后,德国历史法学派的代表萨维尼(F. C. Savigny, 1779~1861年)以其《占有权论》(1803年)、《论当代立法和法学的使命》(1814年)、《中世纪罗马法史》(第1版6卷,1834~1851年)和

① 亚里士多德,古希腊政治学家、法学家、哲学家,著有《政治学》等作品,详见后述。

② 普鲁塔克(Plutarch),古希腊传记作家、哲学家,著有《名人传》(Parallel Lives)、《论文集》(Symposiacs)等。

③ 西塞罗,古罗马政治家、法学家、哲学家、雄辩家,详见后述。

④ 保罗(Paulus, 约222年去世),古罗马五大法学家之一。

⑤ 特里丰(Tryphon),基督教圣徒、哲学家,曾与另一位基督教圣徒查士丁(Justin)争论,著有《对话录》。

⑥ 赫莫吉尼亚(Hermogenianus),君士坦丁大帝时期的法学家。

⑦ 狄翁·布鲁萨恩西斯(Dion Chrysostom, 约公元40~112年),古希腊修辞学家、哲学家,其作品和演说在罗马享有盛名。现存一部“讲演稿”80篇,以及其他一些作品的残篇。其中4篇是对特洛伊人的演说:《论王权》。

⑧ 科瓦鲁维亚斯(Covarruvias),中世纪西欧教会法学家。

⑨ 康纳努斯(Franciscus Connanus, 1508~1551年),中世纪末期西欧著名法学家。

《现代罗马法的体系》(全8卷,1840~1849年)等力作,傲视欧美法学界。在萨维尼的作品中,不仅有历代法律史料的整理和研究,也有自罗马以来各种占有权学说、民法体系理论的梳理和评述,有罗马法学家法学理论的分析 and 总结。正是由于萨维尼的辛勤劳动,才初步形成了近代民法学的体系,并将历史上的特别是中世纪罗马法和法学的成果传达至后世。可以说,萨维尼对近代法学史和比较法学史的研究作出了巨大的贡献。

当然,在西方历史上,严格意义上的第一部法学史和比较法学史作品当数麦克道纳尔(Sir John Macdonell)和曼逊(Edward Manson)合著的《世界上伟大的法学家》(*Great Jurists of the World*)^①一书了。该书是美国著名法学家威格摩尔(John H. Wigmore, 1863~1943年)主编的11卷本丛书“欧陆法律史丛书”中的一种,与其他各卷主要论述法律制度史(如德国法律史、法国公法史、法国私法史等)不同,该书主要是对自古罗马至近代欧洲2000余年中有着巨大影响力的26位法学家(如盖尤斯、^②乌尔比安、^③巴尔多鲁、^④居亚斯、^⑤贞提利斯、^⑥朴蒂埃、^⑦培根、^⑧孟德斯鸠、贝卡利亚、^⑨萨维尼、耶林^⑩等)以及其理论学说进行了详细的阐述。作者评述的法学家,涉及各个历史时期,也涉及不同的国家与地区,不仅有生平事迹和学术贡献的评述,也有不同理论和学说的比较分析。

在笔者的视野内,外国语文献中直接署“法学史”书名的著作是德

① Boston, 1914.

② 盖尤斯(Gaius, 公元130~180年),古罗马五大法学家之一。

③ 乌尔比安(D. Ulpianus, 约170~228年),古罗马五大法学家之一。

④ 巴尔多鲁(Bartolus, 1314~1357年),中世纪意大利后期注释法学派(评论法学派)的主要代表。

⑤ 居亚斯(Jacques Cujas, 1522~1590年),中世纪法国人文主义法学派的主要代表。

⑥ 贞提利斯(A. Gentilis, 1552~1608年),英籍意大利法学家、近代国际法的创始人之一。

⑦ 朴蒂埃(R. J. Pothier, 1699~1772年),中世纪后期法国著名私法学家、罗马法学家,其作品构成了1804年《法国民法典》的主要法理和立法渊源。

⑧ 培根(F. Bacon, 1561~1626年),近代英国著名法学家、哲学家、科学家。

⑨ 贝卡利亚(C. B. Beccaria, 1738~1794年),近代意大利刑法学家,启蒙思想家,刑事社会学派的代表之一。

⑩ 鲁道夫·耶林(R. von Jhering, 1818~1892年),近代德国著名法哲学家、民法学家、罗马法学家,近代欧洲利益法学派的代表之一。

国法学家苏尔兹(F. Schulz)的《罗马法学史》(*History of Roman Legal Science*)^①和日本法学家碧海纯一、伊藤正己、村上淳一主编的《法学史》^②。前者对罗马法学的诞生、发展、历史分期以及在各个时期的法学家及其作品做了详细的介绍和评述。例如,关于罗马法学的诞生,作者明确指出:“随着《十二表法》而来的时期(公元前5~前3世纪),罗马法学还一直处在它的幼年期——法学的青春期是在共和国的最后一个世纪(公元前1世纪),而成熟期是在哈德良(P. A. Hadrianus, 公元117~138年在位)皇帝时期(公元2世纪)。”^③关于罗马法学的兴盛,作者指出:“在图拉真(Trajanus, 公元98~117年在位)和哈德良皇帝时期,这一(法学)发展的曲线确实达到了它的顶点(如同元首政治达到了它的顶点一样)。(法学家)尤利安(Julian)的《学说汇纂》是这一时期罗马法学的最伟大成果。法学家支配的法学一直延续到了元首政治的末期。尤利安以后,虽然在法学上不时出现一些微小的衰退,但在整体上,一直到3世纪中叶,法学仍然保持在一个相当的水平上。”^④此外,作者还对罗马各个时期叫得出名字的200多位法学家的生平事迹以及作品、学说做了论述。

后者即碧海纯一、伊藤正己、村上淳一主编的《法学史》,是一本体系化的法学史著作。它从罗马法学的诞生起步,分别介绍和评述了法、德、英、美等国的法学发展历史,最后以介绍、评价和批判日本的法学结束,虽然由多人写就,但因为作者都是相关研究领域里的一流学者,故全书给人以一气呵成的感觉,资料翔实,论证有力,语言流畅,是一本少见的上乘之作。作为一个东方国家,日本原本也是一个法制后进的国家,其法和法学的发展都是通过学习模仿西方列强的经验而达到比较发达之境界,因此在探索研究法学发展的历史时,还无底气创作一部《日本法学史》的作品,其推出的第一部法学史著作《法学史》,重点描述的是罗马以及近代西方各主要国家的法学史,其实就是一部西方法学史。但也正是这一特点,正是日本学者将古代罗马以及近代法、德、英、美的法学史,与日本的法学史进行了比较,因而使日本的法

① Oxford, 1946.

② 东京大学出版会 1976 年版。

③ F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, p. 5.

④ Ibid., p. 99.

学史研究一开始就带上了比较的色彩,比较法学史研究也因而得以诞生,并成为此后各法学史研究者的共同选择,如笔者的《西方法学史》讲述的是西方各主要国家的法学发展史,《中国法学史》虽然以中国古代的律学和近代以后的法学为研究对象,但是在许多章节都开展了与西方和日本法学的比较。

二

那么,经过一二百年时间逐步兴起的比较法学史研究,具体包括了哪些内容呢?笔者认为,比较法学的研究大体包含了如下六个方面:

第一,关于法学的诞生、发展之过程的比较。例如,中国古代法学的诞生和发展,与古代罗马法学的诞生、发展之过程,就有许多异同;近代英美法系的法学,和大陆法系的法学的诞生、发展也有相当多的共同点和区别;近代中国的法学,和日本的法学之间,既有很多模仿、相似之处,又有许多变异和发展的地方。对这些相同点和差异(变异或本土化)的比较研究,可以使我们了解各个国家、各个地区和各个时代之法学的传承、特征以及未来走向,提升我们对世界法学发展的整体认识。

第二,法学体系之内容变迁的比较。法学体系的内容非常丰富,从大的方面来分,有理论法学、技术法学和实务法学等;从部门法学来分,有法理学、法史学、宪法学、行政法学、民法学、商法学、经济法学、环境与资源法学、知识产权法学、刑法学、诉讼法学、国际法学等。对法学体系内容变迁之比较,具体如中美商法学的比较、中法行政法学的比较、中日刑法学的比较等。这种比较研究,不仅可以大大丰富我们法学体系的内涵,而且可以为我国的立法提供历史的、域外的经验和教训,为我国的依法行政、建设法治政府和司法制度的改革等,提供理念和知识的借鉴。

第三,法学家史上经典作品的比较。例如,古代希腊思想家柏拉图(Plato,公元前427~前347年)的《法律篇》与亚里士多德《政治学》的比较,古代希腊斯多葛学派的自然法作品与古罗马法学家西塞罗

(Cicero, 公元前 106 ~ 前 43 年)的自然法著作的比较,近代英国思想家洛克的《政府论》、法国思想家孟德斯鸠的《论法的精神》以及卢梭(Jean J. Rousseau, 1712 ~ 1778 年)的《社会契约论》之间的比较,德国法学家萨维尼的《现代罗马法体系》和法国法学家惹尼(F. Géný, 1861 ~ 1956 年)的《实存私法上的解释方法与法源》的比较,等等。通过这种经典作品的比较,可以让我们知道整个法律科学之内容递嬗和思想传承,对法学史学科有更深入的理解和把握。

第四,法学发展史上著名人物的比较。无论是西方,还是东方,无论是中国,还是美国以及其他国家,在法学发展史上,都曾涌现出一批著名的法学家,由于他们的非凡的学术创造力、高度的思想智慧以及勤奋刻苦的敬业精神,推动着各自的法律科学向前发展。这些著名法学家,在西方古代,有柏拉图、亚里士多德、西塞罗、乌尔比安、帕比尼安、盖尤斯、保罗、阿佐、阿库修斯、居亚斯等,在古代中国,有荀况、韩非、李斯、张释之、张汤、于定国、郭躬、陈宠、张斐、刘颂、孔稚珪、封氏家族等,在近代西方,有孟德斯鸠、布莱克斯通、边沁、贝卡利亚、梅因、胡果、萨维尼、费尔巴哈、普赫塔、奥斯丁、戴雪、惹尼、耶林、祁克、李斯特、梅特兰、庞德、霍姆斯等,在近代以后的东方,有穗积陈重、美浓部达吉、牧野英一、我妻荣、沈家本、伍廷芳、董康、江庸、张知本、王宠惠、吴经熊等。将这些法学家进行比较研究,不管是他们的生平,或是他们的著作,还是他们的思想,都是非常有意义的。

第五,法学史上研究方法的比较。在世界法学发展史上,涌现过各种各样的研究方法,如中世纪欧洲的注释方法、评注方法、人文主义方法,近代西方的分析实证主义方法、历史方法、哲理方法、社会学方法、经济分析方法,等等。由于法学研究方法的不同,往往会形成不同的法学流派,如注释法学派、评论法学派、人文主义法学派、分析实证主义法学派、历史法学派、哲理法学派、社会学法学派、经济分析法学派,等等。对各种不同的法学方法的比较研究,可以使我们深化对方法论的认识,在研究中丰富方法论的运用,加深对法学的内涵、特点和发展演变的规律的把握。

第六,对推动法学发展之哲学基础和理论指导的比较研究。法学作为一门学科,其形成和发展,离不开某种哲学世界观的指导,离不开一定的理论学说的引路,也离不开社会上占主流地位的价值观的推

动。而对这种哲学世界观、理论学说和价值观的比较研究,可以使我们对法学史的内涵的认识与理解,加深对法学发展史上显现出来的特点的认识与把握,也加深我们对法律发展规律的认识与把握。比较法学史,有了这种比较研究,才能上升为一门真正的科学。

三

比较法学史研究,有其重要目的。从学术角度观察,主要是丰富我国法学史研究的历史内涵和方法手段。一方面,中国自1840年“鸦片战争”后,开始走上了学习移植西方法和法学的道路,1901年开始由沈家本(1840~1913年)、伍廷芳(1842~1922年)牵头领导的修律变法,以移植西方法和法学、创建中国近代资产阶级的法和法学体系为目标。至中华民国中叶(20世纪30年代),这一目标从形式上来看,已经基本达到。但是,评价一个国家法学的发展和进步,只关注该国自身的法学发展的历史是不够的,还必须将其置于近代世界,至少是近代亚洲的视野内考察,才能得出比较客观合适的结论,而比较法学史研究在这方面就可以有所贡献。通过和西方各主要国家的法学史,以及日本、印度等亚洲国家的法学史的比较,我们就可以了解我国法学诞生起步的源头以及在世界、在亚洲的地位。另一方面,开展比较法学史的研究,可以在我们原来的比较方法、实证方法、训诂方法、统计方法等以外,再增加一种新的方法和手段,或者新的视角,更有利于法学史的研究。

从实务角度来分析,“他山之石,可以攻玉”。我国的法制建设,面临着许多难点和热点法律问题,解决这些问题,要求我们法学研究工作者深入实际,面对问题,从我国自身法学发展的历史经验和教训中采摘可以解决这些问题的方法、手段和措施,但从外国法学发展的历史中,吸收好的经验,为我所用,也是一个有效的途径。尤其是我国近代以后的法律制度(包括原则、术语等),基本上都是从西方移植过来的。因此,在消化、吸收、转化这些外来的法律制度、原则和术语,解决当前中国的法律难题过程中,借鉴、移植外国尤其是西方(即母国)的法学理论和法律学说,总结他们在用法学理论、学说指导法制建设实

践的经验,是一个成本低、见效快的合适途径。比如,我国法学界关于一些重大法律理论和实务问题如法的本位、人权的性质、法律解释、法律与道德的关系、良性违宪、司法审查权、行政主体、行政处罚权和行政许可权、行政复议的性质、国家赔偿与民事赔偿之关系、纠纷的解决机制、无罪推定、检察机关的性质与定位、民事诉权的定位、民事裁判的既判力、证明标准等,在各国法学史上都曾发生过,并且在有些国家已经有了比较好的解决方案和结论。

就中国的现实状况来看,我们在比较法学史这一领域还没有很好地展开研究,还有许多空白需要填补。这种空白,首先,可以从国别法学史研究起步。比如,我们现在已经出版了日本法学史的作品,^①但至今还没有出版西方其他主要国家如英国、美国、法国、德国等的法学史。其次,可以从部门法学史研究深入。到目前,我们已经出版了中国各部门法学史的作品,如高铭暄、赵秉志编著的《新中国刑法学研究60年》(中国人民大学出版社2009年版),江平总主编的《共和国六十年法学论争实录》(厦门大学出版社2009年版),里面分法理学、宪法学、行政法学、民商法学、经济法学、诉讼法学等各部门法学的论争等,但至今尚无专门研究外国部门法学的作品。最后,外国法学专题(如契约、共犯、法律冲突、法律教育等)史的研究,我们也有许多展开的研究空间。^②

此外,上述关于法学的诞生、发展之过程的比较,法学体系之内容变迁的比较,法学史上经典作品的比较,法学发展史上著名人物的比较,法学史上研究方法的比较,以及对推动法学发展之哲学基础和理论指导的比较研究,也是我国比较法学史研究当前需要予以重点关注的。笔者认为,在填补各个国家的法学史(包括部门法学史、专题法学史)研究的空白之前提下,我们开展比较法学史研究就有了坚实的学术基础。随着我国与世界各国交流的日益活跃和密切,随着法和法学国际化进程的加快,比较法学史研究也将有一个良好的发展前景。

① 何勤华著:《20世纪日本法学》,商务印书馆2003年版。

② 在外国法学专题史的研究方面,最近内蒙古大学副教授焦应达完成的博士论文“苏联法学教育研究”(华东政法大学2011年4月打印稿)可以说是一个很好的尝试。

法学形态考

——“中国古代无法学论”质疑

法学形态是法学理论研究中一个重要的问题,它关系我们对中国古代到底有没有法学这个有着重大分歧的问题的基本看法。因此,尽管法学形态以前还没有人提起过,研究它也有相当的难度,笔者还是想对它作一些探讨。

一、问题的提出

中国古代有没有法学,这是一个颇有争议的问题。

中国、日本和美国等大部分学者一般都认为,中国古代有法学,而且比较发达、完善,如中国近代著名法学家沈家本在《法学盛衰说》一文中,就详细论述了中国古代法学在战国、秦汉、魏晋、隋唐、宋元以及明清等各个阶段的发展过程,并得出了“法学之盛衰,与政之治忽,实息息相通。然当学之盛也,不能必政之皆盛;而当学之衰也,可决其政之必衰”的著名论断。^① 中国现代著名法制史学者陈顾远也在《中国法制史》一书中指出,战国时期是中国古代法学的最鼎盛时期,具体表现为“法理探讨,战国为最著”,“律文整理,战国集其成”等。^②

此后,中国学者如张国华、张晋藩、林剑鸣、高恒、武树臣、俞荣根、周密、王洁卿,日本学者如中田薰、仁井田陞、滋贺秀三、大庭脩、八重津洋平、中村茂夫,以及美国学者蓝德彰(John D. Langlois Jr.)等,包括中国权威的法学辞书《中国大百科全书·法学》,都不同程度地表达了与沈家本和陈顾远相近的观点。

但近年来,也有一些学者认为,中国古代没有法学,法学是西方文

^① (清)沈家本撰:《历代刑法考》(四),中华书局1985年版,第2143页。

^② 陈顾远著:《中国法制史》,商务印书馆1934年版,第42~43页。