

新视野 法学教研参考书系

法理学与法史

问题点与文献源



丛书主编 蒋大兴
丛书副主编 曹 明
本卷主编 阮晏子



中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

新视野法学教研参考书系

法理学与法史

问题点与文献源



丛书主编 蒋大兴
丛书副主编 曹明
本卷主编 阮晏子

丛书编辑人员：(以姓氏拼音为序)

曹明 蒋大兴 刘凤 阮晏子 王渊 吴亚峰 徐聪颖 谢雪梅 喻胜云 周晔 郑彦鹏

中信出版社
CITIC PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学与法史：问题点与文献源 / 蒋大兴主编. — 北京：中信出版社，2004.4

ISBN 7-5086-0175-0

I. 法… II. 蒋… III. ①法理学 - 文献 - 汇编 ②法学史 - 文献 - 汇编 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 024539 号

法理学与法史：问题点与文献源

FALIXUE YU FASHI WENTIDIAN YU WENXIANYUAN

主 编：蒋大兴

责任编辑：王黎嘉 孙国伟

出版发行：中信出版社（北京市朝阳区东外大街亮马河南路14号塔园外交办公大楼 邮编 100600）

经 销 者：中信联合发行有限公司

承 印 者：霸州市长虹印刷厂

开 本：787mm×1092mm 1/16 印 张：43.5 字 数：680千字

版 次：2004年5月第1版 印 次：2004年5月第1次印刷

书 号：ISBN 7-5086-0175-0/D·172

定 价：82.00 元

版权所有·侵权必究

凡购本社图书，如有缺页、倒页、脱页，由发行公司负责退换。服务热线：010-85322521

E-mail: sales@citicpub.com

010-85322522

走过法学

法学十年，我们贡献了什么？

本套资料的汇编，最早可追溯到1998年。当时，我在南京大学兼任95级本科班的《公司法》教学。一些同学让我推荐较好的法学文章和著作，这使我意识到有必要自编一本能囊括重要公司法文献的小册子，供教学参考。1999年我留校任教，97级本科班的部分同学参与了我所组织的“公司法修改兴趣小组”^①，他们在检索相应资料的同时，事实上也帮助我部分地整理了近几年来的公司法文献资源。其后，我一直以个人力量断续且笨拙地进行着这项繁琐的工作。但很快，我就放弃了原有想法，我试图尝试一个更为庞大的计划——对近十年来中国法学研究的文献资料作一次比较系统、全面的分类目录汇编。于是，就有了我们今天所看到的这套“问题点与文献源”，共10卷。在丛书付梓之时，我认为有必要对本套文献目录选编中的若干问题作些说明，权代总序：

一、为什么选择1992—2002年的文献进行汇编

之所以选择十年来^②的文献进行汇编，是因为：其一，我们力量所限，不可能对建国以后所有法学文献作系统汇编。其二，建国以后的法制重建，在某种意义上中断了法学的学术传统。大体在20世纪90年代以后，法学才走向规范，开始研究一些真正的法律现象和问题。因此，该段时期的文献可能对法科学生以及现代法的

^① 遗憾的是，那些初步的研究成果因种种原因未能面世。

^② 此所谓“十年来”是为行文方便而借用的概数，实际上我们编排了11年的文献。全文其他处亦同。

研究人员,具有更大意义。其三,我们所能利用的文献范围局限了我们追溯选编的可能。基于以上几点,我们将选编时段定位为1992-2002年之间^③。

考虑到查阅的便利,我们结合了纪事和编年两种体例进行编排,即对我们厘定的每一问题的研究文献都以编年的方式透视其学术变迁的过程。通过对这些资源的整理,我们希望读者能从浩如烟海的文献篇什中,阅清中国十年来法学发展的路径;我们希望通过本套丛书向学界交代:法学十年,我们贡献了什么?

二、为什么选择大陆、台湾地区和外文文献三大区域汇编

本套文献资料汇编,均区分为中文和英文部分。其中,中文部分又根据不同的问题点分别按大陆和台湾地区进行编排。由于历史原因,民国时期法科的学术传统在我国台湾地区得以延续。这种传统所贡献的经验对大陆目前正在进行的法治现代化改革无疑具有意义。长期以来,台湾地区学者在法科学中的研究能力也远甚于大陆学者。尽管近年来,随着两岸交流的增多,这种距离已经大大缩小,在某些领域,大陆学者甚至已经开始反超,但鉴于两岸相近的人文构成,台湾地区学者已经和正在进行的思考对我们仍有帮助。以上即为我们决定选编台湾地区文献的主要理由。但有待说明的是,台湾地区文献目录的汇编并不十分齐全。而且,考虑到我们所坚持的“一个中国”的政策,凡台湾地区文献中提到“中国”、“我国”或“全国”之处,我们皆在其后加星号,并以脚注注明“此处指中国台湾地区”;还有一些台湾地区的机构名称如“国立海洋大学”、“中央警官大学”、“最高法院”、“立法院”、“司法院”,台湾地区颁布的法律,均加引号,表明所指的均为中国台湾地区的大学、司法机构、法律;另外文章标题中有若干处提到民法、公司法、保险法等,泛指台湾地区相关法律,未再一一加引号注明。如有个别地方出现疏漏,那是我们的工作失误,请读者明察明辨。

本套丛书英文文献目录初稿基本由曹明汇集。选编英文文献的原初动机,意在通过该种汇编传递域外研究信息,藉此比较国内学者和域外学者的研究趣旨,观察两大区域的学术距离,为国内学者提示思考方向。需要指出的是,受资料储备的局

^③ 2003年的文献未进入我们的选编范围是基于两种原因:其一,本套丛书的编撰在2003年8月左右完成初稿,当时无法全面收集2003年的资料,其后,因为参编人员各自繁重的其他任务,续补2003年的资料变得十分困难;其二,法律出版社已就2003年的文献编辑单行本,于是,我们没有安排补编2003年文献资料的计划。

限,英文文献只是部分目录汇编,不能代表该年国外相关研究的全貌。而且,由于法律体系的固有差别,有些学科的英文文献不便于按大陆法传统根据问题点进行细致归类^④。此外,由于选编人员专业构成的差异,可能有些英文文献目录的识别存在歧义。以上数端,我们真诚地祈望读者谅解并指正。

三、为什么选编的范围不仅仅限于期刊

认真的读者在阅读过程中会发现,我们选编的文献目录并不仅仅限于公开出版的期刊。所涉学科领域中一些以图书形式出版的一流读本都进入了我们的选编范围。以民商法为例,梁慧星教授主编的《民商法论丛》、王保树教授主编的《商事法论集》、史际春教授主编的《经济法学评论》、徐杰教授和漆多俊教授分别主编的《经济法论丛》、陈安教授主编的《国际经济法论丛》、沈四宝教授主编的《国际商法论丛》、顾功耘教授主编的《公司法评论》、郭锋教授主编的《证券法律评论》等等,均属此类。

一些大学法学院(系)以图书形式出版传播学术思想的《法律评论》也一律列入选编范畴。诸如:北京大学的《北大法律评论》、清华大学的《清华法律评论》、复旦大学的《复旦民商法学评论》、湘潭大学的《湘江法律评论》、安徽大学的《安徽大学法律评论》、中山大学的《中山大学法律评论》等等。

上述安排首先旨在宣泄一种挑战现行学术评价标准的情绪——但请相信,这种宣泄完全出乎理性。众所周知,中国几乎所有较有影响的科研院校都厘定了用以评价属员科研能力的所谓核心刊或者学术榜期刊,惟有在上述刊物上发表论文才能作为职称晋升以及各种科研考核包括奖励的标准^⑤。上述出版物因其民间特点不能进入官方的评价体系,也绝难进入核心刊或者学术榜之列。这种状况导致了几乎所有有良知或价值中立的学术中人可能都难以忍受的后果。以××大学为例,在名不见经传的《××》杂志(已停刊)上发表一篇3000字左右的短文,可以享受核心刊待遇,获得数百元奖励,但在《××论丛》上发表一篇洋洋数万字的呕心之作,却只能拿到区区数十元奖励。虽然物质鼓励本身不应也不能成为学术研究的原动力,但

④ 有些英文文献本身并无作者名称,我们已就此做了校核,并非编辑错误。

⑤ 这种评价模式甚至已经普遍下移到研究生中,造就了只“写”文章,不好读书的风气,这应当不是法学教育的幸事。好在有些学校在试行过程中,已经发现这一模式的问题,开始检讨和宽缓那种不切实际的培养要求。

如此安排，如果不是拿学术开玩笑，就是学者自己丧失了起码的评价能力。因此，我们常常会萌生此等疑问：为什么各学科最有影响的一流论丛都不能进入我们的学术评价体系呢^⑥？

显然，从某种意义上说，上述安排体现了我们编写人员的一种个人偏好——我们“擅用”了选编的权力为我们所理解的学术读本正名。而且，如此安排还旨在为学界提供尽可能丰富的学术信息，故我们甚至扩大了以书代刊的收编范围，一些并非属于该学科领域一流的出版物也进入了我们的视野。我想，基于上述理由，这种“扩编”同样也应是是可以原谅的。

四、为什么将丛书基调定名为“问题点与文献源”

对书名的厘定颇费了一番周折。最后，决定将本套丛书定名为“问题点与文献源”，是因为我们认为：培养法科学学生的问题意识和批判精神，似乎未被现今一些法学院（系）给予足够重视^⑦。还有很多学生不能理解，学术本身是一个积累过程——我曾不止一次遇到过本科以及研究生同学讨教“有无速成写作论文的经验”。在惊讶会有这种提问的同时，我也感受到作为教师的负担和责任^⑧。实际上，法科研究如同专利发明，如果未对某一领域的文献作充分了解，即着手撰写论文，极易制

⑥ 有人将这一现象归咎于学校而非本专业的过错，也有人将这一现象归咎于不同学科平衡的需要，据说有的学科并无以书代刊的所谓一流论丛，如此安排，意在避免厚此薄彼，确保待遇公平。但我们认为，上述理由都不能成立，学术评价指标只有一个标尺，那就是学术。任何其他借口都不应损伤这一基本标尺。

⑦ 这一结论还可从两方面得到证明：其一，法科教材总是平稳有余，而对现行制度的理论基础检讨不足。诸多教员也并不主张和习惯学生在课堂上与其进行针锋相对、不给任何“面子”的探讨。其二，法科学生（无论是本科生，还是研究生）在临近毕业论文选题时，总是惶惶不安，不知如何以及到哪里寻找论题。

⑧ 我一直认为，无论是何种层次的学生都不应当为论文而论文，为写作而写作，如果非到有话想说，不得不说的程度，就毋宁三缄其口。尤其是本科阶段，应当大量阅读，努力思考，不停批判。

造学术泡沫,收获“无效专利”^⑨。如果我们不站在前人的肩膀上,又怎能比前人看得更远?但在法学领域,因为前述学术传统的中断,这种“忘记”或者“不愿攀登”前人肩膀的现象并不少见。民国时期的一些重要法学文献直到现在才开始引起学界重视,即是适例^⑩;一些学术中人反映,时下有些所谓××教材,实际并无多少××成分,甚至不能达到前人的水准。我们期望,对选定学科文献源的整理,将有助于我们攀上前人的肩膀。我们相信,本套丛书将给法科学生一个“问题桶”,对本套丛书的阅读可以增强法科学生对法学问题的了解,培养所谓“问题意识”。因此,在确定文献编撰体系时,我们一方面参考了各学科较有权威的教材,以保证本套丛书能直接作为教辅用书,减少教员翻找学生参读文献之苦;另一方面,我们直接根据文献篇名确定了各学科内部问题点的编排体系,以便查阅。当然,这样的编排标准,可能使各科体系未必能够经受起严格的科学以及学理逻辑检验——从而可能有悖于我们最初的考虑——通过问题点的整理建立一个逻辑严密学术性强的学科体系,对此,我们惟愿能得到读者的理解。

五、关于编务的其他说明

言及编务诸项,我想还应交代以下四点:

首先,我们原拟在每卷文献源的后面附录部分法学院(系)的研究生“招生简章”、法学刊物的“投稿指南”和法学研究的“常用网站”。此等安排是在对部分读者进行个别访谈的基础上确定的,旨在增强本套丛书的实用性,为读者提供更多方便。为避免重复和方便读者,我们将上述内容单行成书,形成了与本套丛书相关联

^⑨ 朱苏力教授在给北京大学2000届新生讲述如何研究法学时,曾告诫大家在无学术积累之前,不要急于想写论文。他说:“同时我还要告诉大家大学头三年不要写文章,坦白说你们没有能力写,你们的经验和学识都还不够。现在你们还处于一种模仿的阶段,要找到自己的思想还需要很长的时间,我鼓励大家要好高骛远,如果连眼睛都不往高处看,你又会怎么往高处走呢?立志当存高远,这样可以使你不拘泥于理论,而在更广阔的空间里纵横。……因此要博览群书,如经济学、社会学、人类学以及哲学等相关学科经典的当代的许多著作,博思广益,这对以后的法学研究将会起莫大的作用。”参见苏力:《如何研究法学》,资料来源:南京大学小百合站 <http://bbs.nju.edu.cn>。

^⑩ 中国政法大学出版社在这方面做了许多卓有成效的工作。例如:该社出版的“二十世纪中华法学文丛”以及由何勤华教授主编并经该社出版的“中国近代法学译丛”均是其中典范。此外,法律出版社出版的由何勤华、李秀清和成颀所编《新中国民法典草案总览》(上、中、下卷)也开始表达这种“重视”。

的读物。但应注意的是,上述信息多来自间接渠道,个别可能不甚准确,且其内容本身处于变动之中,具体运用时,烦请读者以所涉主体适时公布的信息为准。

其次,编辑这套丛书的辛苦远甚于我们当初的想象。一则是专业方面的原因,尽管所有参编人员都有法学背景,这有助于我们对“问题点”的安排和把握,但除曹明先生外,我们均未经过文献编辑的训练,好在曹明先生始终以专业的眼光在凡例等内容和形式方面严格把关,保证了我们顺利脱稿。事毕,几乎所有直接参编的人员都成了文献查阅的专业人士。我想这项作为副产品的技能必将使他们在未来的研究和工作中受益无穷。同时,这也启发我们:在本科生、研究生乃至教师等科研人员中开设文献查阅讲座或课程,在时下这个学术空前活跃的年代,具有何等重要的意义^①。二则是十年法学研究资源的规模超出了我们的预计,以致我们最终不得不借助大量的外力来完成最初的文字录入。虽然这在一定程度上保证了进度,但同时也大大增加了编录成本和可能的错误,尽管我们花费了大量时间进行校改,希望尽可能少犯错误,但却无法保证不犯错误,我们愿意接受因此而遭至的读者批评,并希望有机会能在未来的某一天由我们或者其他人来继续改进这项工作。

第三,尽管作为一个紧密的团队,在不算短的合作期间我们建立了难忘的友谊,但根据“权利自享、文责自负”的传统,仍有必要交代一下我们在编辑过程中的具体分工。我主要从事一些宏观方面的组织、协调工作,具体负责全套丛书的创意策划、选编范围的确定、编辑体例的安排、问题点的审核、统稿以及出版联系事宜。大量具体工作是由曹明先生会同南京大学法学院研究生喻胜云、谢雪梅、阮晏子、吴亚峰、周晔、王渊、刘凤、郑彦鹏、徐聪颖完成。繁重的工作使我们在炎炎夏日有时仍不得不一天工作十几小时,全体成员的那种敬业精神,令我感动。全套丛书的基础性工作——文献目录的首次录入和校对,基本上都是集体劳动的产物。其后,我们根据专业背景在意思自治的基础上确定了各学科的主执行人。问题点的草拟以及分类编排、最终校改,均由各学科主执行人负责完成。因此,主执行人实际上也担当了该学科文献编排的责任人。考虑到不同学科之间文献资源规模大小的不同,我们在有些学科之间作了调整,部分参编者担当了两个以上学科文献编排的主执行。尽管我们一再强调这份来自不易的作品是一项集体智慧的产物,但作为组编者,我仍然应当特别感谢喻胜云,他自愿担任了参编者的义务联系人,承担了大量额外工作,并以其敬业精神排解了诸多我们在编排过程中遭遇的困难。我还要感谢南京大

^① 我们所在的南京大学,已由图书馆出面组织了多次此类讲座,对学术研究者而言,无疑如雨后甘霖。

法学院周燕小姐，她牺牲了业余时间，为我们首次录入付出了辛勤的劳动。中国工商银行江苏省分行王中先生始终竭尽所能，为我提供着各种学术方面的援助，本套丛书的付梓，同样离不开他的帮助，在此一并致谢。

第四，本套丛书的编写实际上也是站在前人肩膀上的产物。我们在编排过程中吸取了一些同类文献的经验和教训，这明显有助于我们提高编排的质量，我们希望透过这一作品本身的意义来彰显我们对有关人员的感激。

最后，我们整个文献编排团队要特别感谢中信出版社为我们提供了出版和学习的机会。该社负责本套丛书的每一位责任编辑，都以我们难以想像的耐心、精细的编辑眼光和超常的编辑能力，不断地向我们传递着一种态度和精神。

蒋大兴

2004年2月20日凌晨

于南京大学南园15舍

目 录

第一编 法律思想史与法学史

第一章 西方法哲学、西方法学史 / 1

一、古希腊古罗马的法哲学 / 1

二、中世纪的法哲学 / 2

三、自然法 / 2

（一）一般讨论 / 2

（二）古典自然法学 / 3

（三）新自然法学 / 5

四、哲理法哲学 / 5

五、功利主义 / 6

六、历史法学 / 7

七、马列主义 / 7

八、分析实证主义 / 10

（一）一般讨论 / 10

（二）奥斯丁 / 10

（三）凯尔森与纯粹法学 / 10

（四）哈特与新分析法学 / 11

（五）制度法理学 / 11

九、韦伯 / 12

十、实用主义 / 12

十一、自由主义 / 13

（一）哈耶克 / 13

（二）诺齐克 / 13

（三）罗尔斯 / 13

（四）德沃金 / 13

（五）其他 / 14

十二、后现代法学 / 14

目 录

- (一) 后现代主义 / 14
- (二) 女权主义 / 16
- (三) 批判法学 / 16
- (四) 法律与文学 / 16
- 十三、其他 / 16
 - (一) 法律心理学 / 16
 - (二) 法律修辞学 / 17
 - (三) 行为法学 / 17
 - (四) 人文主义与人本主义 / 17
 - (五) 其他 / 18

第二章 中国法律思想史、中国律学史 / 19

- 一、通论 / 19
- 二、先秦 / 21
 - (一) 概论 / 21
 - (二) 儒家 / 21
 - 1. 一般讨论 / 21
 - 2. 孔子 / 24
 - 3. 孟子 / 25
 - 4. 荀子 / 25
 - (三) 法家 / 26
 - 1. 概论 / 26
 - 2. 管子 / 27
 - 3. 韩非 / 27
 - 4. 商鞅 / 28
 - (四) 道家 / 28
 - (五) 墨家 / 29
 - (六) 其他 / 29
- 三、汉朝 / 29
 - (一) 董仲舒 / 29
 - (二) 班固 / 29
 - (三) 司马迁 / 29
 - (四) 其他 / 30

四、三国魏晋南北朝	/ 30
(一) 诸葛亮	/ 30
(二) 其他	/ 30
五、隋唐	/ 30
(一) 杨坚	/ 30
(二) 唐太宗	/ 30
(三) 其他	/ 30
六、宋朝	/ 31
(一) 朱熹	/ 31
(二) 包拯	/ 31
(三) 王安石	/ 31
(四) 欧阳修	/ 31
(五) 二程	/ 31
(六) 其他	/ 31
七、元朝	/ 32
八、明朝	/ 32
(一) 朱元璋	/ 32
(二) 海瑞	/ 32
(三) 刘基	/ 32
(四) 王夫之	/ 32
(五) 其他	/ 33
九、清朝	/ 33
(一) 黄宗羲	/ 33
(二) 努尔哈赤、康熙与乾隆	/ 33
(三) 伍廷芳	/ 33
(四) 洪仁玕与太平天国	/ 33
(五) 曾国藩	/ 34
(六) 严复	/ 34
(七) 郑观应	/ 34
(八) 维新派	/ 34
(九) 沈家本	/ 34
(十) 其他	/ 35
十、律学	/ 35
十一、孙中山与民国其他人	/ 36

目 录

- (一) 孙中山 / 36
- (二) 民国其他人 / 37
- 十二、中共的法律思想 / 38
 - (一) 毛泽东 / 38
 - (二) 邓小平 / 39
 - (三) 江泽民 / 51
 - (四) 其他 / 54

第二编 法律制度史

第一章 中国法制史 / 57

- 一、通论 / 57
- 二、先秦 / 66
- 三、秦与秦汉 / 67
 - (一) 秦 / 67
 - (二) 秦汉 / 68
- 四、汉与汉唐 / 69
 - (一) 汉 / 69
 - 1. 汉 / 69
 - 2. 春秋 / 71
 - (二) 汉唐 / 71
- 五、魏晋南北朝 / 72
- 六、隋与隋唐 / 72
 - (一) 隋 / 72
 - (二) 隋唐 / 73
- 七、唐与唐宋 / 73
 - (一) 唐 / 77
 - (二) 唐宋 / 78
- 八、宋与宋元明清 / 78
 - (一) 宋 / 78
 - (二) 辽 / 80

- (三) 西夏 / 81
- (四) 金 / 81
- (五) 宋元明清 / 81
- 九、元 / 82
- 十、明与明清 / 83
 - (一) 明 / 83
 - (二) 明清 / 83
- 十一、清 / 85
- 十二、1911—1949 年 / 93
- 十三、其他 / 98

第二章 外国法制史 / 101

- 一、通论 / 101
- 二、欧洲 / 101
 - (一) 欧洲通论 / 101
 - (二) 古希腊与古罗马 / 102
 - (三) 英国 / 103
 - (四) 德国 / 104
 - (五) 法国 / 104
 - (六) 俄罗斯 / 105
 - (七) 奥地利 / 105
 - (八) 其他 / 105
- 三、美洲 / 105
 - (一) 美国 / 105
 - (二) 加拿大 / 107
- 四、亚洲 / 107
 - (一) 日本 / 107
 - (二) 新加坡 / 108
 - (三) 印度 / 108
 - (四) 伊斯兰 / 109
 - (五) 其他 / 109
- 五、澳大利亚 / 110

目 录

六、非洲 / 110

第三编 法 理 学

第一章 法学导论 / 111

一、法学 / 111

(一) 法学 / 111

1. 法学 / 111

2. 市场经济与部门法学 / 114

(二) 法学基本范畴 / 115

(三) 法学研究 / 115

(四) 建国以来法学界重大事件研究 / 116

(五) 学术规范 / 117

(六) 法律英语 / 119

二、法理学 / 119

(一) 法理学与法哲学及其关系 / 119

(二) 法理学人 / 125

三、法学教育与教学 / 125

四、法学方法论 / 139

(一) 概述 / 139

(二) 法律类型学 / 143

(三) 比较法的历史与方法 / 143

(四) 法社会学 / 145

1. 理论、方法与述评 / 145

2. 运用 / 148

(五) 法和经济学 / 150

1. 理论、方法与述评(包括法理问题的经济分析) / 150

2. 立法、司法及守法的经济分析 / 155

3. 产权的经济分析 / 156

4. 合同法的经济分析 / 163

5. 侵权法的经济分析	/ 163
6. 刑法的经济分析	/ 164
7. 宪法的经济分析	/ 166
8. 行政法的经济分析	/ 166
9. 经济法的经济分析	/ 167
10. 商法的经济分析	/ 170
11. 诉讼法的经济分析	/ 170
12. 知识产权法的经济分析	/ 171
13. 国际法的经济分析	/ 172
(六) 像法理学那样思考	/ 172
五、书评与研究综述	/ 177
(一) 书评	/ 177
(二) 研究综述与会议综述	/ 181
 第二章 法的起源与发展	 /184
一、法的起源	/ 184
(一) 初民的法	/ 185
(二) 法的起源	/ 185
(三) 习惯法与民间法	/ 189
二、法的历史类型与当代世界主要法律体系	/ 189
(一) 法律传统与法律样式	/ 190
(二) 大陆法系与英美法系及其比较	/ 192
(三) 中华法系	/ 193
三、法律文化	/ 193
(一) 法律意识与法律观念	/ 193
(二) 法律文化	/ 198
(三) 礼与法	/ 213
(四) 法律多元	/ 214
四、法律发展	/ 214
(一) 法律发展	/ 214
(二) 法的继承与本土化	/ 216
(三) 法的移植	/ 219
(四) 法与全球化	/ 222