

中华法系

第六卷

朱勇 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中华法系

第六卷

主编：朱勇

副主编：张中秋 林乾

编委：陈煜（常务）

徐世虹 黄源盛

刘广安 单纯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中华法系.第6卷/中国政法大学法律史学研究院主
编.—北京:法律出版社,2015.4

ISBN 978-7-5118-7767-3

I. ①中… II. ①中… III. ①法律体系—研究—中国
IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第067404号

中华法系(第六卷)

朱勇 主编

责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2015年8月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 14.25 字数 352千

印次 2015年8月第1次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7767-3

定价:42.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

学术研究

张晋藩:新路总是踩出来的

- 在第五届张晋藩法律史学基金会征文大赛颁奖活动上的
讲话 (3)

张中秋:期待中国新法学

- 读许章润教授新著《汉语法学论纲》有感 (12)

林 乾:因灾致变

- 乾隆朝群体性事件高发的“灾害”诱因 (22)

[日]水间大辅:21 世纪日本秦汉律令研究的动态 (45)

李秀清:域外法的引介及法律人的担当

- 中国的经验 (103)

王 涛:贝多芬第九交响曲与德国民法典的比较 (112)

[德]斯特凡·克罗尔:超越不平等:国际法——一个跨国领域

- (许兰译) (129)

杨怡悦:亲属容隐立法的类型化分析

- 以自由的社群主义为视角 (138)

魏 瑶:清代黔东南地区的基层诉讼

- 以《清水江文书》为研究中心 (163)

张 维:论唐代避讳之法律规制

——以《唐律疏议》为中心 (187)

张京凯:宋代户绝田若干法律问题研究 (218)

牛传勇:清代幼小犯罪赦宥制度之局限性

——以《刑案汇览三编》等判案为视角 (237)

王培松:论羌族习惯法与国家法的冲突与协调

——以北川羌族自治县为例 (253)

张 兰:清末民国以来我国实业教育法律制度的变迁与当代借鉴

——从实业教育到职业教育 (262)

李乃栋 刘家楠:晚清教案司法研究

——基于个案的考察 (279)

学术聚焦

程泽时 张 生:民国前期金融组织法的转型

——以固有合伙责任习惯的改造和重构为视角 (301)

周 雷:从行会本土规则到商会制度

——中国商业民间组织的近代转型 (329)

法治人物

李 鸣:王夫之法制体系学说探微 (349)

学术新人

武夫波:董仲舒法本体论初探

——基于法哲学研究的视角 (369)

潘 萍:宋代囚犯人道主义待遇初探 (394)

学术动态

[美]蒂姆·鲁斯科拉:无法之法:“中国法”只是一个悖论?

(陈煜译) (415)

张明新:中华民族优秀法律传统与当代中国法制建设新探 (435)

学术研究

【编者按】 本期《中华法系》“学术研究”专栏部分刊载有十五篇研究论文,其中前两篇论文乃是根据会议发言整理而成,体现了作者关于法律史研究的最新思考。第四篇为一在华工作的日本学者对于日本学界 21 世纪关于中国秦汉法律研究的学术史回顾,文章较长,给我们提供了大量的学术信息,且以中文写就,实属难能可贵。第五、六、七三篇文章为第二届亚欧法律史论坛上的发言,上一卷因篇幅所限,故本卷接着刊发。余下的篇章,为唐、宋、清历朝的法制史研究,本期论文风格各异,但都不乏独特视角,具有较高的研究价值。

新路总是踩出来的

——在第五届张晋藩法律史学基金会征文
大赛颁奖活动上的讲话

张晋藩*

【内容摘要】 抚今追昔,现在的学术环境比起过去好得多,诱惑也多。但是出于对法律史学的热爱,并且站在法律史学前辈学者的研究的基础上,今天的法律史学研究者有很好的条件来进行研究,只要凝练心神,潜心钻研,并且拓宽视野,理应做出比前人更大的学问。正所谓攻书不畏难,只要肯攀登,新路总是一步一步踩出来的。

【关键词】 新路 治学经验 方法

在开拓法律史的“新路”上又多了一批勇士。我们的评选,不分博士、硕士或者是学士,只看文章的高下。我记得第一届评选的时候,有一位得一等奖的同学就是本科生。张晋藩法律史学基金会的论文评选已经进行了五届,获奖的同学差不多有八十几位了。已获奖的这五届同学,他们的学术经历或者求学历程是什么状态?从事法制史研究的有几位?虽然不从事法制史学的教学研究工作,但在其他岗位还在继续从事法制史研究的有几位?我们缺乏这方面的

* 作者系中国政法大学终身教授,博士生导师。

信息回馈。因此,需要建立一种信息回馈机制,也需要建立一种日常联络机制,以便我们将这些获奖的同学组织起来,共同参加一些法制史项目的研究。这样就不仅是获奖了,获奖之后,同学们还可以继续从事法制史研究。在这方面,我们还有一些工作需要做。

借此机会,我想跟大家谈谈治学方面的问题。今天不想讲什么大道理,就结合我的个人经历,实话实说地讲一些历史。

一、要珍惜今天来之不易的学习环境,也要尊重国家的期望

我讲这个话,是有感而发的。在改革开放之前的三十年,做学问,从事研究学术,有很多的政治压力,也有很多思想意识上的阻力。

当时在中国人民大学和我一起工作的一些同志,就因为发表了一些意见被打成了“右派”或者反党分子。例如,有一位研究宪法的老师,当时他可以说是宪法学的第一人。他由于不同意一位小学水平的县级农村干部做教研室主任,被划为一类“右派”。大家知道,当时划“右派”有六个等级,一、二类不能留在北京,都发配到边远地区。他就被发配到宁夏。当时他妻子还在人大法律系读书,是个团员。组织上动员她离婚。她不离婚,就被开除出团,一起发配到宁夏劳改,多年辛苦备尝。改革开放后,他当了一所大学的校长。他多次讲,如果不是他妻子的陪伴,他几次都自杀了。又如,我的同届研究生胡某某,湖南人,为人正直,但脾气古怪。他为什么被划为二类右派,我说不清楚。他被发配到内蒙古,在那里安家落户。直到改革开放后,他归队到厦门大学任教。他的硕士生林某某也是我的博士生。经林某某安排,我们在厦门见了面。谈起往事,他说没想到能活到八十岁。现在他妻子健康,子女都有工作。我们谈起研究生学习时的往事,真是悠然神往,不胜唏嘘。后来,他寄给我一段研究生学习时的回忆,如下:

当年,我们法律研究生班6个学习小组,组长的任务是组织、领导组员学习。晋藩是法律史组组长。每周一早课,晋藩向全组成员公布他精心制定的读书计划。其中详细列出书名、页码,详读略览的不同要求……这都是他利用周末业余时间精心安排的。每次都征求我们的意见。晋藩这样精心细致而且谦虚,真如一股温馨的暖流。〔1〕

1958年,法学界开展了批判旧法的政治运动,靶子就是法律的继承性。在中国人民大学提出法律继承性的,我是唯一的一位。这样,我就成为人大法律系批判旧法观点的代表人物。因为我写了一篇文章,实际上是一个讨论会上留下来的书面发言,被发表在《政法研究》(今天的《法学研究》)上。我在文章中论证了:为什么旧法可以继承?为什么阶级性不绝对地排除继承性?我的第一点理由,新生的阶级也有它的上升时期。它在上升时期的时候,眼界也是宽广的。它制定的法律有些也符合社会的前进趋势。因此,这一部分是可以批判继承的。第二点理由,法律总是阶级力量对比关系的一个反映。在剥削阶级的法律中,为了应付、敷衍或者缓和敌对阶级的反抗,它也制定了一些保护劳动人民的一些法律内容。这些内容,尽管立法者的意图是虚假的,但是我们可以将它利用起来,加以接受。第三点理由,法律规范并不特定地适用于某个社会,有些带有一般性的规范,比如杀人偿命,欠债还钱,奴隶社会、封建社会是这样,资本主义社会也是这样。我还列举了一些《大清新刑律》里面破坏电线杆的罪名。说资本主义是这样,社会主义也是这样。第四点理由,毛主席讲过“以其人之道还治其人之身”,我们可以将旧法中有利于劳动群众进行斗争的条款来“以其矛攻其盾”,无疑是可以

〔1〕 朱勇主编:《思学集——张晋藩先生职教六十周年暨八十华诞纪念文集》,中国政法大学出版社2010年版,第548页。

继承的。我在“继承”前都加“批判”二字,表示继承的选择性。除了四点理由,我还从方法论上讲辩证法的“否定之否定”。对旧法应当持否定态度,但是否定不是简单地说一个“不”字,否定中间还有肯定,这就是“否定之否定”。我用这个方法论来论证了阶级性不绝对地排斥继承性。这样,我的文章惹祸上身,运动的风暴就对准我了。当时在人民大学开辟一个大字报专栏,该专栏的一个大标题就是“请张晋藩老师入老君炉”,就是要让我去老君炉里熬炼出火眼金睛来。在当时,大字报很多,同学们创造了一种形式,把竹子编成了西瓜形的筐,还糊上了绿色的纸,然后把给这个老师写的大字报,放到西瓜形状的筐里,给老师送来,名曰“送西瓜”。我在一次大会上作了发言,当时发言有个简报,是56年前的一份简报(1958年3月25日《跃进快报》),我现在还保留着,我念一段给大家听。(展开简报的时候,张晋藩教授风趣地说:“学历史的,都喜欢保留档案资料。”会场顿时笑声迭起。)

看,法权史教研室的讲师张晋藩老师出现在台上了,他第一句话说的是:“我从心里欢迎同志们给我送的大西瓜。”这时台下喊出了:“西瓜大而甜,送给老师张晋藩!”张老师说:“亲爱的同学们,送吧,越多越好,越大越好。”张老师说:“我一定要把自己的旧法观点、修正主义、娇气、傲气一扫而光。”同学们喊:“张老师是好样的!”

这是56年前的简报,我至今仍保留着这份材料。当时做学问是有着政治压力,弄不好就是政治问题,就会被上纲上线。马克思讲过一句话:做学问要有下地狱的精神。

从1957年“整风反右”开始,1958年反对旧法观点,1959年反右倾,1960年反修教学检查。这四年,运动是经常性的,不断的。当时很多著名的学者、著名的老专家也受到批判。我在这也介绍一

下。尚钺是老历史学家,是第二次国内革命战争时期的老党员。他写了一本名为《中国历史纲要》的书,提出一个历史分期的观点——魏晋封建论。该观点与毛泽东在《中国革命与中国共产党》谈到的周秦封建论是不同的。由此,尚钺受到批判。还有,大家所熟知的红学家俞平伯曾写过一篇文章,考证《红楼梦》关于“瘦怡红群芳开夜宴”这一段。他的文章考证这天晚上在怡红院开庆祝贾宝玉生日的活动中谁挨着谁坐。结果受到了批判。由批评俞平伯进而批判他的老师胡适。这个批判从1954年开始,一直持续到1956年,进行了两年。从哲学、史学、文学、考据学、法学等方面进行全面的批判。以上可见,学术批判运动是经常的,不断的。在那样的学术环境下,人们做学问、治学是很困难的。

除了政治压力外,还有一种是思想意识上的压力,有些是莫名其妙的。例如,1950年我读研究生时,当时党中央提出“向科学进军!”的号召。人民大学的总顾问苏联专家说:培养你们做研究生就是培养你们做红色专家。在向科学进军的时代,又要做红色专家,使我非常兴奋,经常谈到这一点。不曾想却惹来批评,说我只想做红色专家,不想做劳动者,有剥削阶级思想。至于发表文章,更被批评为名利思想。1954年8月6日《光明日报》刊载了我的一篇文章——《旧民主主义宪政运动的破产》,我当时是助教,能在《光明日报》发表学术文章,是很不容易的,我当然高兴。在我这篇文章发表前三天,发表了中国科学院近代史研究所荣孟源写的宪政史的文章。三天之后发表我一个小助教的文章,由此就带来一个问题——名利思想。以后发表文章,不管在什么情况下,都摆脱不了名利思想的影子。不仅是我,凡是发表文章的,都逃脱不了名利思想。到1958年,为了避免名利思想,合写的文章,我把自己的名字摆在最后,而且所有的稿费一律上交总支,我想这样总能摆脱名利思想了吧!

我的学生刘海年,他说他上图书馆得偷偷摸摸地进去,生怕被人看到。一个学生,进图书馆居然是胆怯的。为什么呢?就是当时在

热火朝天地搞运动,你却进图书馆,脱离了火热的斗争。所以,在那个时候,做学问是很难的,有政治上的压力,也有思想意识上的压力。

到“文化大革命”时期,“名利思想”又升格了一步,叫“白专道路”。文革时期,许多人检查几乎都是“白专道路”,没有一个人敢说自己是又红又专,都是白专。我常想,不仅我们这些小教员们,就连那些老专家们也都是白专,甚至我们国家的一些老同志也不敢说自己是红的。

所以,今天我对大家说:要珍惜现在的学术研究环境,要珍视国家把你们培养成才的重托。因为我经历过前三十年“左”的思潮的影响,切身感受到今天的学术环境来之不易。

其次,谈谈我在青少年时代影响至深的两段小故事。我在小学六年级的时候读了白光翻译的《居里夫人》。读完之后,我深受感动:科学家居里夫人那么热爱她的工作,那么珍惜时间!这本书对我一生都有影响,不敢浪费时间。这是一件事。还有一件事。1952年我做教员之后,当时的系主任何思敬要我去请侯外庐先生到法律系作报告,谈国家起源问题。他的国家观、国家起源论,大家都熟悉,他引用了《尚书·盘庚》的一句话:“人惟求旧,器非求旧,惟新。”“人惟求旧”是说人还是氏族社会的领袖;“器非求旧”是说制度已经不是氏族民主制而是国家制了;“惟新”指国家起源走的是改良主义道路。这是他的国家起源观,这个理论对我也很有影响。但是更有影响的,我在接他送他的时候,便想:我已经做教员了,我将来一定要做像侯外庐先生这样的学者,受人尊敬,被人请去讲学。这是青少年时代,对我有影响的两件事情。我也希望你们在思想上确立一个标杆,确立一个奋斗的目标。

二、谈谈治学的经验和方法

讲到治学的经验,我想跟大家谈三点:

第一,希望大家治学要持之以恒,要下苦功夫。做学问,讲究的是滴水穿石、绳锯木断这样的功夫。切忌一曝十寒,一定要持之以恒,而且要下苦功夫。我觉得我们那个时候做学问和你们今天也有很大的不同。那时候看参考书,要先到图书馆查卡片。查了卡片去借书,还不一定能借得到。借来书了,自己再做卡片,做笔记,然后才把书还了。这是一个苦功夫,也是一个笨功夫。不像今天,电脑一开,要什么有什么。我有时候感觉你们现在做学问容易了,需要什么,网上都能查到。这样就妨碍你们下苦功夫。做学问讲究的就是功夫。所以,我希望你们,尽管从电脑上能下载许多你们需要的资料,但你们还要由此及彼,由表及里,由它提供的线索再去看看原著。还要认真读书,勤于思索。讲起做卡片,我1982年到美国讲学的时候,美国那时照样还是用卡片。国会大厦图书馆的大厅里面差不多有50米长,摆了两行卡片柜,大家可以在那查卡片。我到耶鲁大学讲学的时候,图书馆的馆长是美籍华人,姓马。他给了我一个小信封,里面有几张卡片,上面写着:“耶鲁大学图书馆收藏,张先生著作编目。”原来,这是耶鲁大学编目卡片收集了我的三本书:《科举制度史话》《旧中国反动政府的制宪丑史》和《中国宪法史略》。1982年的时候,美国还照样使用卡片。当然现在都不用了。所以,做学问没有什么捷径可寻,就是要下功夫。历史学家范文澜前辈说了:“板凳要坐十年冷,文章不写一字空。”

第二,希望大家要沉静治学,力戒浮躁。做学问要沉下心来,安坐冷板凳,切忌浮躁。沉静不下来,就很难继续坚持下去做学问。我教的博士生中,有很多很有才干,学术上也很有前途,但就是沉静不下来,走入仕途了。做官了,做司局级干部了,到你退下来的时候,你才感觉到你空空如也。做学问的人,做领导工作多年后退下来,如朱老师所讲,他要回归学术了。回归学术,这才是真正的正道。他会感到其乐无穷,一点没有失落感。我在退下来的时候,我曾经讲过:“我要把做行政工作失去的时间追回来。”今天的社会的

风尚,容易使人浮躁。希望大家沉静下来,好好地研究学问。不管是将来从事什么工作,研究法制史学都是很重要的一门学问,它可以使你们增长才智,可以使你们真正能够高屋建瓴地看待问题。我刚才听到有一篇文章是谈论法统问题的。我在2011年的时候,就辛亥革命百年,专门谈了一下民国时期的法统。我为什么谈法统问题呢?因为前几年经常有人提到共产党统治的合法性问题。有人多从暴力革命建立政权来进行论证。我当时就感到:为什么我们不谈我们的政权合法性问题呢?新中国成立之初便制定了《共同纲领》,作为临时宪法。很快又制定了1954年《宪法》。这就是共产党统治合法的根据,这就是我们人民民主政权的法统。法统问题,大家从法学词典里有时候很难找到,实际上就是谈统治的合法性问题。在民国时期提出法统问题的是吴佩孚。吴佩孚提道:“我们直系掌握政权了,要建立我们的法统。我们的法统即要合乎宪法的统治。”于是乎,他匆匆忙忙地制定了贿选的宪法——《中华民国宪法》。国民党时期,国民党讲过法统不容中断。它的法统从什么时候开始呢?是从1931年《训政时期纲领》以及后来的《训政时期约法》开始的。《约法》提出:在国民大会召开之前,由国民党代表大会来执行国民大会的权力;在国民党代表大会闭会期间,由国民党政治会议来代行权力。这就是国民党统治合法性的法律依据,也就是它所谓的法统。我们进行了新民主主义革命,建立了人民民主专政的政权。我们的合法性就是制定了《共同纲领》和1954年《宪法》,确立了共产党的领导地位,这就是我们的人民民主法统。我发表这篇文章之后,特别叮嘱我的博士生杨宗科写一篇论法统的文章。后来,他的论文写成了,而且写得很好。

第三,希望大家从事法制史研究时,要拓宽视野,力求“左右看宽、前后看远”。法制史学是研究古今中外的,左右看宽。也就是说,进行中外法制比较研究,才能看清楚中国法制历史的世界地位和价值。另外,要站在历史的高点,要看得远一点,才能看到法制近

代化的阶段性发展和它发展的前景。我记得我在读研究生的时候,法律系主任何思敬给我讲过:研究历史,既要有显微镜的方法,也要有望远镜的方法。显微镜的研究方法,就是研究问题要观察细致;望远镜的方法,就是研究问题要有一定的前瞻性。这样,做法制史学,才会感觉到充实。左右看得宽一点,视野才会更宽广;前后看得远一点,对历史发展的前景才会有信心。

总而言之,做法制史学是一门很艰苦的学问,但是做这门学问,你会感觉到它的深邃,它的宽广,它的价值。法制史学绝不是钻故纸堆,它研究历史,又跳出历史,面对现实,又为我们今天的治国理政提供历史的借鉴。习近平同志任总书记后,很强调历史。他的报告中引用了不少历史方面的材料,特别是法制史方面的材料。法制史学的生命力就在于它能为当前的法治建设提供历史的借鉴。希望获奖的同学,不要以此为满足,而要以此为起点。趁此机会,鼓励大家在法制史学研究上取得新成果,在开辟新路上作出你们的贡献。就讲这么多吧,谢谢!

(录音整理:张京凯;录音:张军江)