



批判与重建

中国法律史研究反拨

倪正茂 主编

法律出版社



倪正茂：中国古代法律功能再审视

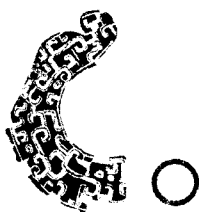
俞荣根：罪刑法定与非法定的和合——中华法系的一个特点

杨一凡：对中华法系的再认识——兼论《诸法合体，民刑不分》说不能成立

田涛：虚假的材料与结论的虚假——从《崇德会典》到《户部则例》

陈晓枫：《历代刑法志》：话语、语境与前见作用

范忠信：法律史研究的《文化解释》使命——兼论传统法律史研究的局限性



批判与重建

中国法律史研究反拨

倪正茂 主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

批判与重建:中国法律史研究反拨/倪正茂主编. —北京:
法律出版社, 2002. 10

ISBN 7-5036-3982-2

I. 批… II. 倪… III. 法制史—研究—中国—古代
IV. D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 077638 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京朝阳北苑印刷厂	责任印制/陶松
开本/A5	印张/10.25 字数/234 千
版本/2002 年 11 月第 1 版	2002 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法学学术出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-3982-2/D·3699	定价:18.00 元

序

在茫茫书海中,我们的这本小册子也许很快就会被淹没、淡忘,从人们的记忆中消失得无影无踪。尽管如此,我们还是觉得,有必要向读者诸君禀明撰写该书的缘起、心态与希冀。这或许有助于中国法律史研究的深入。

中国法律是有自己的发展史的,杨鸿达先生等就曾以专著述论过。但中国法律史研究在新中国成立后中断了。盲目仿苏的结果是,法律史与国家史混为一体、彼此不分,这当然大大有碍于借鉴法律发展史上的种种经验教训,大大不利于法治国家的建设。因此,粉碎“四人帮”后,老一辈法学家毅然决然地大笔为文,还中国法律史以本来面貌。上世纪80年代以来,陆续出版了中国法律通史、断代史、专题史400种以上,单篇论文更是数以千计、汗牛充栋。这些著作填补了新中国成立以来中国法律史研究的空白,解决了法律史教学的“书荒”,为培养法律人才立下了汗马功劳;这些著作还对成百上千个法律史实、概念、论断以及与之相关的规律性问题和理论问题作了探讨,因而有所发现、有所发明,从而为后来者的深入研究奠定了基础。我们以及我们的后人,都将对此深深感念!

但事物总是一分为二的。马列主义发展到毛泽东思想阶段也并未到达绝顶,还要随革命实践的不断发展而日益丰富与完

2 □批判与重建——中国法律史研究反拨

善,何况我们的法律史研究?更何况80年代的法律史研究成果在一定程度上可谓为匆忙上阵的“急就章”,而当时对“左”的观念几乎还未来得及开始批判。

于是有了我在1998年于中国法律史学会济南年会上的发言,题目是《法律史是人类解放自身的历史》,主旨是对把法律史简单化为阶级压迫史的批评。这一发言引起了与会者的浓厚兴趣,各大组会的讨论中,多半议论法律史的本质,并纷纷倡言重新研究中国法律史。学会领导遂决定:1999年、2000年的年会,均以“法律史研究的新思维、新方法”为中心。西南政法学院和安徽大学的同仁们很好地组织了这两次讨论。尤为重要的是,1999年的年会上,杨一凡等一些学者在向会议提交的论文或大会发言中强调指出,以往的法史研究中,许多著述在史料准备上存在着严重的缺陷,主要是,现已发现的很多史料均未使用,已知的大量史料还未整理以供研究之用;已经引用的“史料”中,有不少并非信史,“史料”不实的问题也很严重。

连续三届年会对中国法律史研究的反思,主要结论是两点:第一,必须修正法律史研究的指导性理论;第二,必须纠正史料准备之不充分、不科学。其必然逻辑则是指向:重新研究与撰写中国法律史。缘此,学会会长韩延龙教授决定,2002年由我在上海主持的年会,以“中国法律史的体系、结构和特点”为中心议题。

鉴于大多数法律史工作者未能连续参加各届年会,其他学界的理论工作者并不了解上述情况,关注中国法律史研究的上海《社会科学报》刊发了一组文章以广视听,作者是杨一凡、陈晓枫、徐忠明和我。编者的按语是:

20余年来,中国法律史工作者筚路蓝缕、开辟草

策,创建了学科体系,填补了学术空白,为学科建设和新人培养作出卓越贡献。但是,作为一门学科研究,有一批学者感到有必要在基本定位及方法论等方面进行全面反省。本版特邀南北名家数人,披陈点滴,以引发更多思考。

拙作题为:《法律史不是阶级压迫史》,全文如下:

误区:阶级压迫史

20 年来的中国法律史研究以及整个法律史研究,都犯了一个基本性的错误,即定性错误:把法律史当作阶级压迫史,掩盖了法律史的真正本质。

流行的观点认为,在没有法律规范的原始社会里,人类是非常自由的,因为那时“没有阶级的压迫”;而一旦有了法,人类(至少是人类的大多数——奴隶)就失去自由了。从奴隶制法到封建制法,从封建制法到资本主义法,都是阶级压迫的法,充斥其中的只是血淋淋的阶级压迫,因而,法律史是阶级压迫史,是可诅咒的血泪史。但与此同时,有关著作论及中华法系时又是喜形于色、赞赏有加的,论及唐律时更是诩许“辉煌”、颂叹备至的。这无异于自己打自己耳光。

其实,法律史包括中国法律史,本质上是人类解放自身的历史。

人类只有也正是在创造文化包括法律文化的活动中获得自由的。法作为人类活动整体的有机组成部分

4 □批判与重建——中国法律史研究反拨

分,在人类历史进化的各个阶段,其积极作用与历史功绩,不可抹煞、不可否定、不可轻视。

人类的历史实质上是争取自由的历史,包括利用法来摆脱人类自身的束缚。初民社会是一种无身份关系的社会,不需要法律加以调整,诚如恩格斯所说“历来的习俗就把一切调整好了”(《家庭、私有制与国家的起源》)。但其时的“习俗”是战胜部落可以随意杀死或活生生地吃掉战败者尤其是其中妇女、儿童的“习俗”。当初民社会“历来的习俗”演变成习惯法时,由习惯法保障着的古代身份关系,是人类从几乎毫无生命安全保障可言的无身份关系的社会,向前大大跨进一步的标志。初始的身份关系下的人类的自由与安全,比此前的无身份关系下的自由与安全要多得多。这是一次空前的人类社会关系的质的飞跃。尔后,从奴隶制身份关系到封建制身份关系,从封建制身份关系到资本主义制契约关系,每一次都是人际关系的质的飞跃。其意义就在于自由的逐步获得与提高,即身份关系下的某些不自由被摆脱了,人类获得了或增加了新的自由。但个体的契约关系是在无产阶级与资产阶级整体的身份关系下展现的,雇主与雇工由“饥饿纪律”加上国家暴力维护着隐性的身份关系,无产阶级整体为资产阶级所役使。正因如此,为了取得新的自由,人类前赴后继,浴血斗争,努力朝以社会主义法来保障社会主义自由的解放之路迅跑。人类正是这样为了摆脱人本身的束缚其自由的力量,创造法、改进法、发展法、完善法的。

法律史也是人类摆脱自然界束缚、争取对自然的

自由的历史。与人对自身自由的束缚力量相比,人类以外的自然界束缚自由的力量要大得多。即使是贵为帝王、总统,也只能在自然界的淫威面前扼腕喟叹。人类至今仍只在极小的意义上“战胜”危害其生命自身的自然力量。科学技术的进步,仍只在极低的程度上改变人类臣服于自然的困境。即便如此,对于所有一切“战胜”与“进步”来说,与其力而厥功至伟者,不是宗教,不是道德,不是政令,更不是伟人的言论,而是法律。正是最原始的禁止族内婚的习惯法,才保证了人类的“再生产”与“扩大再生产”,获得了人类健康繁殖的若干自由,中国自先秦以来,汉、唐、宋、元、明、清,历代历朝,都有不少为着调节与自然斗争中形成的社会关系的法律法规或条文。正是这些,构成了中国法律史的一个重要方面。

公民应成为法律的主人

随着历史的发展和社会的进步,世界各国都将走向以调节与自然斗争中形成的社会关系的立法为主,其他的立法作为基本的社会立法——用以调节人际交往中形成的社会关系的立法则降至次要的地位;历史地看,二者将长期处于交互消长的过程中。但不管处于什么状况,全都是为着使人类摆脱社会与自然的压迫,都是为着争得更多的自由,争取越来越彻底的解放。

由此可见,把法律史定性为阶级压迫史是何等片面。但此前的 400 种以上的中国法律史著作、教材,却

6 □批判与重建——中国法律史研究反拨

都是以阶级分析为纲、以阶级斗争为经、以彻底批判为纬编织起来的。这样做，既违背马克思主义历史唯物主义；又违反法律史发展的客观事实；还造成了对法律史本来面目的错误认识；更连类而及地产生了对当代法律的错误认识。谓予不信，请看事实：

舆论的“导向”，几乎千篇一律地宣传“法律是无情的”以及“法网恢恢，疏而不漏”之类，潜移默化地把人们“导向”了法律的对立面。其认识论的历史根源，概出于对法律史定性的错误。连年的“普法”，几乎全都以规劝乃至告诫公民们不触“法网”为务，竭尽全力“防止违法犯罪”，其方法则是告之以必须时刻提防、担心受到法律的制裁。

这些普遍性的工作与议论造成的结果至多是诚惶诚恐地规避法律的惩戒，小心翼翼地力求成为消极的守法者。所谓“消极守法”，即以不犯法为“守法”。不犯法确为“守法”，但充其量只是守法主体，而非法律的主人。社会主义时代应造就公民们成为法律的主人，自觉主动地守法、创造性地守法。而做到这一点与科学认识法律史的本质是分不开的。为此，对此前的中国法律史研究等等作深刻的反思，乃是当务之急。

一凡君的题目是《传统研究模式亟待修正》，全文如下：

研究模式的缺陷

近百年来特别是近年来，我国学界在法史研究领

域发表了近万篇论文,出版了数百部著作,法律通史类的教材和著作也有上百种之多。无论是教材还是学术论文、专著,凡是有一定学术建树的法史研究成果,凡是开拓各类法律通史研究的成果,实际上都已为建立本学科的学科体系做出了贡献。但由于我们对绝大多数法律文献还未来得及整理和研究,许多研究领域还未涉及或刚刚探索,总体来说法史研究还处于起始阶段,故学术研究中存在一些缺陷是难以避免的,不能因此苛求于前人,更不能因此贬低学界特别是老一辈学者在这方面的贡献。同时,也像任何一门科学都需要不断发展和完善一样,法律史学也必须不停地在前人研究成果的基础上有所创新和前进。

从我们现在能够达到的认识高度看,一些法史著述特别是法律通史类著述尚存有下列四种缺陷:一是把丰富内涵的中国法律史简单化,只注意了法的阶级性,而忽视了法的社会性,这就把具有多种功能法律的发展史无形中演化成了阶级斗争工具史。二是忽视了历史上实际存在的多种法律形式,在许多方面用律典编纂史替代了立法史。三是法律思想与法律制度、立法与司法割裂研究,未能较全面地反映中国法律发展史的概貌。四是对一些多代相承的基本法律制度和被封建王朝奉为立法、司法指导原则的法律思想在不同历史时期发生的变化,尚未通过深入的剖析予以揭示,以静态的法律史替代了动态的法律史。

转折时期的使命

法律史学的研究正处在一个重要的转折时期。在充分肯定学界多年来在法史方面取得的重要进展的同时,承认缺陷、改进研究方法,继续推动法律史学沿着科学的道路走向新的繁荣,是当代法史学者肩负的重要的历史使命。如同任何一种科学的学科体系的产生本身就是一场思维革命一样,法史学者只有坚持实事求是的原则,进一步解放思想,创立科学的学术理论,才能为本学科科学体系的探讨和深入开展学术研究提供正确指导思想。不少法史著述之所以存在前面所说的那些缺陷,除各种客观因素外,一个重要的原因就是我们还没有彻底从那些不符合实事求是的认识论去审视中国法律发展史。

严格地讲,到目前为止,我们还没有认真地进行有关本学科理论的研究,对本学科不同于其他历史和法学学科的许多基本理论问题,还处于不完全明了的状态。在相当长的一个时期内,法史研究实际上在许多方面遵循的是改革开放前的史学和法学理论。新中国成立后,史学界在历史研究领域运用了阶级分析的方法,这无疑是一个重大的进步,但受“阶级斗争为纲”错误思想的影响,阶级分析方法被绝对化,一律贴上阶级斗争的标签。同样,在法学研究领域内,也受“阶级斗争为纲”思想的影响,把法律虚无主义、贬低传统法律文化、否定法的社会性等形而上学观点引进了学术研究。此外,史学界一些学者在理解“古为今用”这一学

术方针方面也出现了偏差,轻视史料的挖掘和研究,研究方法出现了“以论代史”的倾向。法史研究由于对指导本学科研究的许多重大理论问题缺乏必要的探讨,因而自觉或不自觉地、程度不等地受到了上述形而上学观点的影响。

这种影响涉及到法史研究的诸多方面。比如,一些法史论文或著作套用“(统治阶级)法律条文概述+阶级本质+特色”的三段结构式概括法律制度史,套用“某阶级代表人物的政治法律思想+阶级局限性”的结构式表述法律思想史。把两千多年来中国的社会矛盾简单地概括为只是阶级矛盾,把一切法律都说成是“阶级斗争的工具”。受“阶级斗争为纲”思想的影响,在法律思想史研究领域,偏重于研究政治人物的政治法律思想,政治思想与法律思想也没有予以明确的区分,而对于律学和私家注律著作,对于行政、经济、民事、军事等立法方面的法律思想,司法实践中的法律思想等,则基本上没有深入地进行研究。然而,正是这些没有受到重视的法律思想,却恰恰是最能反映中国法律思想发展的具体进程和特色的部分。在法律制度史研究领域,也存在着类似问题。

实事求是马克思主义历史唯物主义的精髓,也是法史研究应当遵循的基本治学原则。我们应当以实事求是的科学态度,从当时的社会条件出发,依据大量翔实的资料,重新、全面审视和科学地阐述中国法律发展史。大到法史的历史分期、法的社会类型、法律的体系,法的性质和功能,法律思想和法律制度发展的基本线索,如何认识农民起义建立的政权的法律思想和法律

制度等,小到对某一具体法律的制定和实施、法律人物、事件的评析等,都应按照实事求是的精神进行研究。

晓枫君的题目是《寻找新的价值评价标准》,全文如下:

价值评价标准失当

法学家和历史学家,他们的立场与视线是互立且互峙的。法学家从法律制度的内部把握秩序的统一性、有机性和连续性,据此提出支配社会成员的规范“应该怎样”,历史在这里仅仅是实在法的背景;历史学家则是在时间的序列中,将繁多的“应该怎样”的规范排列出来,寻求这其中支配着连续传递关系所依据的规律性规定。这种相互对峙的视线,在法史学者的研究中则需要交汇:一方面,每一个时空中各种规范如何形成秩序的内在原因,本身又是解释发展进程的原因,它作为一种社会现象也属于历史;另一方面,法律在历史过程中不断归向统一、不断更新秩序内容的进程,则有赖于各时代秩序与规范的正确理解才能完成解释。将法学的实证分析视线交汇于史学的历史分析的视线,则要求法律史的研究者,在理念上完成法与史的融合,不仅仅是以史为据,论从史出,更不能忽视史论结合,归纳确当。研究者的理念,如果仅仅是希望其研究完全契合于在占有资料之前已经从历史传习而来、一般政治理论中推导出来的定论的话,那么就很难避免简单化的错误,甚至难逃“证不出”的尴尬。中国法制史学目前的研究状况,就存在着这种缺陷。

中国法制史研究的理念误失,首先表现为价值评价标准失当。自《汉书·刑法志》以来,历代法史作者,因受儒家思想的影响,追求德化天下,以致刑措。而法繁刑酷,经常被认为是“乱邦用重典者也”,“毒刑以坏政”。于是汉孝文帝“刑罚大省”,“有刑措之风”被认为是盛世之治;唐太宗制律“削烦去蠹”、“变重为轻”,定律典十二篇五百条等举措,被誉为“民乐其安,重于犯法,致治之美,几乎三代之盛时”。相反,“秦法繁于秋荼,而网密于凝脂”刻薄寡恩而亡;“魏、晋理乱,莫不皆以刑而致败坏”,也是后世统治者的老生常谈。将刑罚持平,科条简要作为正价值,予以褒誉;将刑罚残酷,繁法多制为负价值,予以贬责,是历代《刑法志》编写的主线和基本的价值评判标准。这个价值标准所据原理,说到底“是‘德礼为政教之本,刑罚为政教之用’的儒家学说,反映了‘三代之盛,至于刑措’的儒学价值追求。再进一步说,刑措的理想在法律文化上的是将法律等同于刑罚,再将刑罚直视为工具的传统观念。”

然而十分欠妥的是,现在流行于法学教育中的“中国法制史”教材,基本上肯定了历代《刑法志》的价值评判。其不同于《刑法志》之处,仅在评论时换上了与时事相融的词语。例如将秦法、重典、酷刑,多论之为表现了封建制度的专制性、残酷性;而将孝文帝改革刑制,唐太宗改重入轻之类,则论之为具有人民性、进步性。整个中国法制历史,在有些论者那里,基本上是一部于法典编纂上、刑制设置上由重而轻的历史。稍作研析,不难断明,这些论述的立场和视线还是儒家学说,是用阶级分析理论的词语包装后的历代《刑法志》。

当然,建立可被认同的法律史历史价值评价系统,也殊非易事。但是,我们至少不能认为关于历史评价的标准问题是一个已经解决妥当的问题,听任研究滑入到传统儒学中去。

法理理念的缺失

由前一个问题所引出的第二个理念问题,是法史研究遵从法理的理念。将20世纪初至30年代的法制史著作与50年代之后戴炎辉等人的《中国法制史》相比,不难看出早期著作如陈顾远著《中国法制史》、杨鸿烈著作《中国法律发达史》,在规范秩序与社会属性这两个层次的关系上,有较大的跳跃,对相当一部分法律规范,直接进行社会效益论或优劣论的分析,使读者难免有牵强之感。当然,这其中的原因,主要在于法制史学创立较晚,发展还欠充分。它本应在学科的发展中得以完善,但是,在国内改革开放之后,相当数量的中国法制史著作,仍然保留了这种法理欠缺的特点。许多论者将一部分古代法律规范,跃过秩序的分析,直接论说其锋芒所向或其保护的對象,然后简单作出结语,是几近于政治批判。

所谓法理的分析,理应是自规范而至于秩序,自秩序而至于社会。“十恶”离不开捕亡与断狱,“六赃”离不开监察与纠举,规范总不能离开秩序而独立的发挥作用。而且,仅有一部分规范的介绍,而缺乏关于秩序的总结与分析,则背离了法律体系本身的统一性、有机性的法理认识。

就法理问题进一步而论,由于古代制度与现代制度“名物”不同,结构不同,制度联结也不同,其规范性当以现代法学原理,尤其是部门法原理予以识别和认定,这是法制史学者所必须承担的工作任务。例如,关于“十恶罪”的规定,本应解读为一种刑罚适用制度,它以罪名这种较为形象的表述方法,规定了在刑典其他各篇中已构成犯罪的行为,于符合某种条件时即“罪入十恶”,实行重罪加重处罚(如不宥)。但是,绝大多数的中国法制史教材,都不愿意动用现代部门法法理来进行分析,所以,“十恶”就是“十恶”,“永佃”即是“永佃”,“直诉”解为“直诉”,相当多没有经过解析的古代制度和规范,要求读者和学生生吞下去,没有起到专门史的应有作用。

法制史上因理论更新而创出经典作品的先例并不乏见。亨利·梅因将进化论引入法史研究,成功解说了从身份到契约的运动;朱塞佩·格罗索用规范分析方法(他又自称为自然方法)解读罗马法的史料,写下了《罗马法史》的巨著,主观观照的更新,是新视线投视的始端,应将是中国法制史学创新完善的转折点吧。

志明君的题目是《重构中国法律史研究语境》,全文如下:

历史叙事的传统范式

一个社会有法律,也就必然会有谈论法律的话语,进而形成研究法律的传统或者范式。据此,我们可以发现,关于中国法律(制度和思想)的历史叙事与理论

解释,可谓源远流长;而存留至今的各种法律著述,也颇为丰富。譬如先秦法家,尽管他们的法律言述很有“制度设计”及“权力攫取”的用心,现实性、功利性很强,但是,也不乏对于法律制度的历史检讨与法律思想的理论阐释。就拿《秦简·法律答问》这个“文本”来说,如果当时没有法家的“理论遗产”的依托,肯定不会出现如此精深的法律解释的成果。再如汉朝以来,儒家从“解经”到“注律”的学术路径,尽管不乏谋求“政治霸权”及“文化霸权”的意图,不过我们还是应该承认,对于“律学”的最终形成,儒家掀起的那场法律解释运动实有根本性的作用。就“律学”看,虽然法律概念的微观解析与法律功效的宏观阐释,都是极为重要的内容,但是,对于相关制度的历史叙事同样占据显要地位,不仅像《唐律疏议》和《大唐六典》这样的官方文本(有关“注释”部分)是如此,而且像《唐明律合编》及《读例存疑》之类的私家著述也是如此。另外,作为一个视历史为“资治通鉴”工具的中华民族,班固《汉书》以后的官方历史典籍,对于法律都有记述,从而形成了关于中国固有法律的历史叙事范式。需要指出的是,对于这种叙事范式,我们现在依然缺少细致扎实的探讨,缺乏具有解释力和说服力的分析。在这个意义上,我们不仅要研究中国固有的法律文化传统,而且还要研究中国固有法律的历史叙事范式。

法律语境的建构

在中国的历史语境里,前面提到的研究范式基本