

中国法学精萃系列丛书



中国法史学精萃

(2002年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社
CHINA MACHINE PRESS

中国法学精萃系列丛书

中国法史学精萃

(2002 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



机械工业出版社

本书精选近十几年来全国报刊上公开发表的有代表性的优秀法史学论文编辑而成。主要包括：“论中华法系的形成与发展”、“论皇帝行使权力的类型与皇权、相权问题”等。涵盖中国古代法源、“法”辨、中国古代法律思想、律学考辨五个方面。这些论文代表了近十几年我国法史学的发展水平，可供高等院校法律专业高年级本科生、研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆资料室收藏。

图书在版编目（CIP）数据

中国法史学精萃. 2002 年卷/法苑精萃编辑委员会
编. —北京：机械工业出版社，2002. 9
（中国法学精萃系列丛书）
ISBN 7-111-10917-1

I. 中… II. 法… III. 法制史-中国-文集
IV. D929. 2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字（2002）第 069037 号

机械工业出版社（北京市百万庄大街 22 号 邮政编码 100037）
责任编辑：梁代军 封面设计：耿金云 饶 薇
责任印制：闫 焱
北京京丰印刷厂印刷·新华书店北京发行所发行
2002 年 9 月第 1 版·第 1 次印刷
1000mm×1400mm B5·11.375 印张·2 插页·385 千字
印数：0 001—4 000 册
定价：29.00 元

凡购本书，如有缺页、倒页、脱页，由本社发行部调换
本社购书热线电话（010）68993821、68326677-2527
封面无防伪标均为盗版

法苑精萃编辑委员会

编委会人员组成：（以下按姓氏笔划排序）

- 王保树 清华大学法学院院长、教授、博导
王家福 中国社会科学院法学所研究员、博导
王利明 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
公丕祥 江苏省高级人民法院常务副院长，南京师范大学教授、博导
石少侠 国家检察官学院副院长，吉林大学法学院教授、博导
付子堂 西南政法大学副校长、教授
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博导
田平安 西南政法大学教授、博导
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博导
江 平 中国政法大学终身教授、博导
李 龙 浙江大学法学院院长、教授、博导
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
朱景文 中国人民大学法学院教授、博导
孙宪忠 中国社会科学院法学所研究员、博导
张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导
张晋藩 中国政法大学终身教授、博导
陈卫东 中国人民大学法学院教授、博导

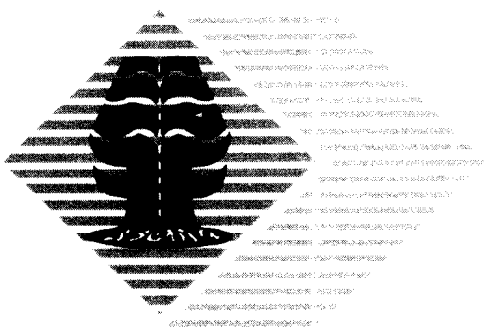
- 陈光中 中国政法大学终身教授、博导
- 陈兴良 北京大学法学院副院长、教授、博导
- 陈明华 西北政法学院院长、教授、博导
- 吴汉东 中南财经政法大学校长、教授、博导
- 吴志攀 北京大学副校长、教授、博导
- 何勤华 华东政法学院院长、教授、博导
- 郑成良 国家法官学院常务副院长、教授、博导
- 郑成思 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 郝铁川 中共上海市委宣传部副部长，华东政法学院教授、博导
- 赵秉志 中国人民大学法学院副院长、教授、博导
- 胡建森 浙江大学副校长、教授、博导
- 徐显明 中国政法大学校长、教授、博导
- 高鸿钧 清华大学法学院副院长、教授、博导
- 梁慧星 中国社会科学院法学所研究员、博导
- 黄 进 武汉大学教务长、教授、博导
- 崔建远 清华大学法学院教授、博导
- 曹建明 最高人民法院副院长、教授、博导
- 曾宪义 中国人民大学法学院院长、教授、博导
- 曾令良 武汉大学法学院院长、教授、博导
- 霍存福 吉林大学法学院院长、教授、博导
- 总 主 编
- 张文显 教育部人文社会科学重点研究基地——吉林大学理论法学研究中心主任，吉林大学副校长、教授、博导

总策划 法苑精萃创作中心



法苑精萃编辑部

主任 刘保文
委员 (按姓氏拼音排序)
常淑茶 梁代军
孙森林 肖振生



序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有24小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用宏、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真

正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选《中国法学精萃》系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世谕人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把

它们作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

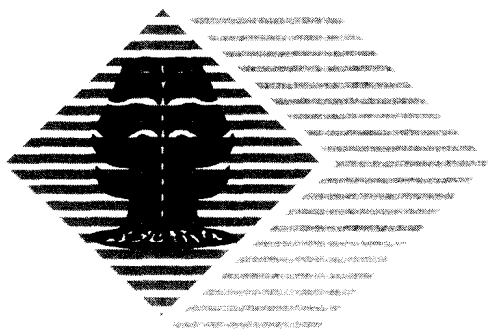
一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的认为有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛，或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

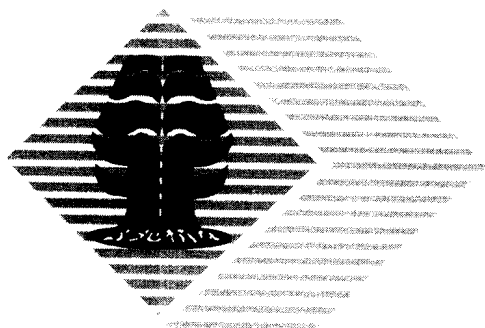
总主编 张文显



目 录

第一部分	中国古代法源	1
杨振洪	论中华法系的形成和发展条件	3
武树臣	中国古代法律样式的理论诠释	10
马小红	中国封建社会两类法律形式的消长及影响	27
饶鑫贤	中国法律思想史分期问题商兑	36
第二部分	“法”辨析	45
何勤华	汉语“法学”一词的起源及其流变	47
梁治平	“法”辨	61
高 恒	论中国古代法学与名学的关系	81
第三部分	中国古代法律思想	93
耘 耕	儒家伦理法批判	95

朱 勇 戚亚平	冲突与统一 ——中国古代社会中的亲情义务 与法律义务	109
刘 葛 才	论张斐的法律思想 ——兼及魏晋律学与玄学的关系	124
陈 景 良	试论宋代士大夫的法律观念	137
李 贵 莲	沈家本中西法律观论略	154
王 祖 志	孙中山五权宪法思想研究新见	166
乔 丛 启	融会中西 继承创新 ——孙中山法律思想的特色及其原因	175
第四部分	律学考辨	185
何 勤 华	秦汉律学考	187
王 侃	宋例辨析	206
张 晋 藩	清代律学及其转型	232
第五部分	中国古代法律适用	261
贺 卫 方	中国古代司法判决的风格与精神 ——以宋代判决为基本依据兼与英国比较	263
霍 存 福	论皇帝行使权力的类型与皇权、相权问题	282
艾 永 明	清末修律的“中外通行”原则	315
刘 海 年	中国古代的法治与社会经济发展	325
武 树 臣	让历史预言未来 ——论中国法律文化的总体精神与宏观样式	336
附录	历年全国主要报刊法史学论文索引	348



第一部分 中国古代法源

论中华法系的形成和发展条件

杨振洪

历史悠久、地域广阔的中华法系的形成和发展是诸多因素综合作用的结果。它和其他法系一样，是在发源地国的法律基本成熟以后，通过法律传播和法律移植所形成的法律文化圈。这种传播和移植有着深厚的社会、历史、文化等背景。以往研究这些条件的方家学者不仅寥若晨星，而且其研究往往囿于古代中国一隅之视野。本文试图探赜索隐，揭示中华法系形成和发展的历史前提条件、自然地理条件和思想基础，探讨在其形成发展过程中必不可少、功不可没的法律移植者和传播媒介。

一、中国奴隶制法和早期封建制法为中华法系的形成提供了历史前提条件

中华法系是由中国汉朝以后的中国封建制法和朝鲜、日本、越南的封建制法构筑的世界法系。在汉朝以前，中国就出现了相对发达的物质文明、先进的思想文化和法律制度，但汉朝时中国封建制法才基本定型，周边国家才开始移植中国封建制法，因此中华法系此时才问世。

中华法系与其他法系一样，不是无源之水。任何法系都有历史渊源。印度法系以古代南亚次大陆奴隶制法——婆罗门法为历史渊源，阿拉伯法系以早期伊斯兰法为历史渊源，大陆法系以罗马法及其在中世纪的继承者——“欧洲普通法”为历史渊源，英美法系以日耳曼法和英国中世纪的法律为历史渊源。中华法系则是以中国奴隶制法和早期封建制法为历史渊源，其中奴隶制法主要是西周奴隶制法中的“礼”，早期封建制法主要是“律”——刑法，它们是中华法系历史渊源中的两大源流。作为中华法系的历史渊源或历史传统，它们构筑了中华法系的始基，为中华法系的形成发展提供了“遗传基因”。这种基因虽未决定后来中华法系形成发展的具体过程，却为其发展的可能性做了种种质的规定和限制，决定了

中华法系的基本式样。

中华法系国家都是在氏族制度没有充分解体就跨进阶级社会门槛的。中国在氏族公社解体和国家形成的过程中,原有以血缘关系为基础的父亲大家族的外壳和传统被改造成奴隶制的宗法制度,家族自治纪律变成了宗族法,家国一体,亲贵合一。西周时周公依据宗法制度的嫡庶、长幼、亲疏等项关系,吸收夏商的典章制度和周人原来的习惯法,确立了“亲亲”“尊尊”的立法原则。有的学者认为,对后代法律思想和法制影响最大的中国早期法律或法学著作“一为《周礼》,另一为李悝的《法经》”^①。中国《唐六典》、《元典章》、《明会典》和《清会典》,朝鲜李朝《经国大典》,日本《大宝令》,立法时都参照了《周礼》。

中国早期封建制法是指秦律及其以前的封建制法,许多学者把李悝的《法经》不视为中华法系的历史渊源,而是视为中华法系的组成部分。这势必会自相矛盾,因为法学界公认儒家的法律思想是中华法系的理论基础,而包括《法经》在内的中国早期封建制法与儒家法律思想方枘圆凿。春秋战国是礼崩乐坏、群雄争霸的时代,两种社会制度新旧交替,阶段斗争异常剧烈。在这种时代背景下制定的法律必然以镇压、防范敌对阶段的反抗和破坏活动,维护封建统治秩序为己任。因而从《法经》到秦律这些早期封建制法都是刑法典。这种立法模式和法典编纂体例对中华法系发生了深远影响,中华法系国家的法典几乎都是刑法典。

二、特殊的地理环境为中华法系的形成发展提供了得天独厚的自然地理条件

一个法系往往是以发源地国为中心,中心国法律向周边地区和国家传播辐射,从而形成和扩展法律文化圈。在亚洲地区出现的三个大法系——中华法系、印度法系、伊斯兰法系,概莫能外。

在东亚,直到清初,中国的社会发展水平高于周边国家和地区,中国长期是东亚文化中心。其相对先进的社会制度和优秀的法律文化成了周边国家学习和移植的对象。而中国具有半封闭的温带大陆型地理环境,东濒茫茫沧海,北连大漠,西南耸立着世界最高的山脉喜马拉雅山,这种地理环境促使其法律文化传播的走向为向东、向东北、向东南。

中朝两国唇齿相依,山水相连,陆路直通。中国的山东半岛、辽东半岛和朝

^① 陈朝璧:《中华法系特点初探》,载《法学研究》1980年第1期。

鲜沿岸隔着渤海和黄海形成不规则的半圆形,彼此相距不远,水上交通亦较为方便。朝鲜半岛三面临海,只有陆地与中国相连,也具有相对封闭的地理环境。这种地理条件非常有利于中朝法律文化的交流。

中日一衣带水,隔海相望,旧石器时代中国大陆与日本列岛之间原有“陆桥”相连,后因地形变化,日本成了四面临海的太平洋上的一个群岛国家。日本邻近的国家中,当时只有中国是法制发达的国家。古代日本开始向海外学习法律文化,无疑以中国的为首选对象。

越南地处中南半岛东部,东面和南面临靠北部湾和南海,北和中国山川相连。相邻的地理条件特别有利于古代越南移植中国封建制法。

总之,中、日、朝、越四国地理位置接近,远离其他法律文化中心,这为中华法系的形成提供了得天独厚的“地缘”。

三、儒家学说的广为传播为中华法系的形成 和发展奠定了思想基础

在中国春秋战国时代,百家争鸣,儒学是显学。汉武帝时,“罢黜百家,独尊儒术”。儒法合流、儒道互补以后形成的汉代儒学跃居社会意识形态中的主导地位,儒家法律思想成了近两千年封建法律的理论基础和指导思想。

朝鲜近水楼台,儒学捷足先登。儒家经典一直是达官贵人和贵族子弟必读的教科书。“封建官僚从儒教摄取了统治国家所必要的一切实际知识和封建道德标准。因此,要做官必须攻读儒教经典。封建国家兴办的学校,其教育内容都是儒教”^①。朝鲜李朝时推行所谓全方位的“儒化政治”,李太宗“有强烈的愿望用儒术来建立礼治主义的情境架构。……这里,对一个杂乱无章的社会,儒术中的名、位、令、正及礼义的概念,便显出其意义及作用”^②。儒家思想的灌输为朝鲜封建制法沿着中华法系的发展轨道运行提供了理论导向。

四世纪末,百济博士王仁携带《论语》和《千字文》东渡日本,献于日本应神天皇,作为皇太子的教科书。六世纪中叶,百济又先后派五经博士段扬尔、汉安茂等人携带《礼》、《乐》、《论语》、《孝经》等儒家经典东渡日本。公元 604

^① 朝鲜民主主义人民共和国科学院历史研究所:《朝鲜通史》(上卷),第2分册,吉林人民出版社1973年版,第309页。

^② 黄枝莲:《亚洲的华夏秩序》,中国人民大学出版社1992年版,第63页。

年，圣德太子制定的治国根本纲领《十七条宪法》亦是以儒家学说为指导思想，其中许多条款是儒家的格言，如“以和为贵”、“以礼为本”等。律令制时代，《大宝律令》将儒学规定为一门重要课程，大学或国学中必须讲授《论语》、《孝经》，甚至以体罚制度强迫学生接受儒家思想。在相当长的一段时期中儒家经典成为惟一的教科书。757年，孝谦天皇诏令全国每家都要有一本《孝经》。当时选考官吏的试题，几乎都是儒学内容。据九世纪日本《本朝见在书目录》记载，当时日本藏有汉文书籍1568种，共16725卷，这说明中国当时的文献典籍已有一半东传日本。儒家学说的潜移默化和受官方推崇，为古代日本大规模移植中国封建制法提供了舆论导向和思想基础。

越南古时一度曾作为中国的藩属，儒家思想的影响更为直接。越南独立后也是以儒家思想作为治国的理论基础，统治者以儒学作为建国治民的典范，作为建立各种政治和社会制度的金科玉律。越南没有像周边的泰国、柬埔寨那样成为佛教国家，与儒学的广为传播具有直接的因果关系。

总之，儒家学说先声夺人，广为传播，统治者大都由儒学熏陶出来，这为东亚各国法律的儒家化，形成共同的德主刑辅的立法和司法指导思想，为古代朝鲜、日本和越南大规模移植渗透着儒家思想的中国封建制法律，未雨绸缪，奠定了必要的思想基础。

四、移民和留学为中华法系的形成发展造就了法律移植人才

法系的形成发展过程是法律信息传递、加工、整理和接收的过程。在这个过程中，法律的传播和移植不是自发地进行的，而是在一批独具匠心的法律人才的主持下自觉进行的，须有一批既对本国国情了如指掌又通晓“母法国”法律的人才穿针引线，鸣锣开道。在古代东亚，这种法律人才基本上是通过移民和留学来提供的。虽然由发源地国移居迁徙周边国家的人和到发源地国留学的人中多数不是法律专家，但是不乏其人。“明法”是中国唐宋科举常设科目之一，来华留学的朝、日、越三国的部分学子参加过“明法”科的学习和科举。

部分迁徙到朝鲜的中国移民和留学中国的古代朝鲜贵族子弟将中国先进的生产技术和中国的法律文化带到了朝鲜，他们是移植中国封建制法律的主要理论骨干和实际运作者。《汉书·地理志》燕地条关于“箕子去之朝鲜，教其民以礼义田桑织作”的记载虽无法证实，但不容置疑的是，战国时邻近朝鲜的中国燕、齐两地的民众成批地迁徙到朝鲜去，西汉初燕人卫满等千余人又迁徙朝鲜，汉武帝