

法史思辨

——二〇〇二年中国法史年会论文集

主办：中国法律史学会

上海大学法学院

主编：倪正茂

地点：上海大学法学院

日期：2002年10月



法律出版社
LAW PRESS CHINA

法史思辨

——二〇〇二年中国法史年会论文集

主办：中国法律史学会

上海大学法学院

主编：倪正茂

地点：上海大学法学院

日期：2002年10月

法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法史思辨:2002年中国法史年会论文集/倪正茂主编.
北京:法律出版社,2004.12
ISBN 7-5036-5220-9

I.法… II.倪… III.法制史-中国-文集
IV.D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 119303 号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪	装帧设计/李 瞻
出版/法律出版社	编辑/上海出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶 松
开本/A5	印张/16.625 字数/417 千
版本/2004 年 11 月第 1 版	印次/2004 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939804
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939654	传真/010-63939701
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	客服热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	电子邮件/service@Chinalawbook.com
中法图第一法律书店/010-63939781/9782	中法图北京分公司/010-62534456
中法图上海公司/021-62071010/1636	中法图苏州公司/0512-65193110
中法图深圳公司/0755-83072995	中法图重庆公司/023-65382616/2908
中法图西安分公司/029-85388843	
书号:ISBN 7-5036-5220-9/D·4937	定价:25.00 元

题辞(代序)

正茂 教授 仁仲台启:

顷闻上海会议开得甚为成功,不胜高兴!传说台驾主编之《批判与重建》大有“引起地震”之势,尤所惊骇!因该书未蒙赐寄,经借来一读,果系发常人之所未发,咀嚼再三,顿开茅塞,因而无任感佩台驾诸公之远见卓识而庆幸中国法律史学之真正全面发展有日矣!贱恙最近有逐渐加重之势,今后文旂北指,倘能枉驾敝寓一叙,欣幸之至矣!

专此敬颂

撰安不一

鑫贤 再拜

二〇〇二年十一月十七日

按:此系已故的著名法史学前辈、中国法律思想史学会会长、北京大学教授饶鑫贤先生的来信。饶先生在病重时候依然关心法史学的发展,对2002年年会做了很高的评价。此后不久,饶先生驾鹤西去,而先生之教诲与期望,令人唏嘘不已。特此将饶先生的来信作为本届年会论文集的题辞,以表达后辈同仁对饶先生的怀念与感激。

编者

前 言

倪正茂

毫无疑问,2002年10月20日(报到日)至25日(离会日)在上海大学法学院举行的“中国法律史学会2002年年会暨学术讨论会”,已在中国法律史学会的历史上留下了浓重的一笔,成为永远值得回味、纪念的一次盛会,虽然这是我始料未及的。

到上大法学院工作不久,临赴山东大学参加1998年年会时,我一再受院领导之托,“引一些学术会议到我院来开”,遂在济南向学会领导提出了“办会”要求,并得到了首肯。詎料不久之后,该领导调离,“办会”失去了支点,心情之沉重是可想而知的。幸而有学界同仁的鼎力相助;我院的新领导班子也重视学术交流,并给予了大力支持,于是开始了如履薄冰、如临深渊、惴惴惕惕、兢兢业业的筹备历程。

首先必须选定一个好的会议主题。济南会议上,我第一个做了大会发言,题目是《法律史是人类解放自身的历史》。这引起了与会者的浓厚兴趣与热烈反响,竟至有同仁称之为“石破天惊”,还纷纷倡言重新研究中国法律史、重写中国法律史。学会领导不负众望、不失时机地决定:1999年、2000年的年会,讨论“法律史研究的新思维、新

方法”。在此基础上,学会领导在2000年安徽大学主办的年会结束时与我商定,2002年年会的主题为“中国法律史的体系、结构与特点”。显然,这是为“重写”做准备的。我在2001年的厦门会议上宣布了这一决定,与会者曾报以热烈的掌声。此后,有关会议的学术准备工作即围绕这一主题展开。从学会领导、会议主办单位到所有与会者长期地、“精心”地筹划、准备,围绕一个十分有意义的主题展开活动,这在中国法律史学会成立以来的二十多年中,是较为罕见的。说会议主题“十分有意义”,我和同仁们的一致认识是:尽管业已出版了有关中国法律史的大量著作,但指导理论层面上和史料准备层面上存在的严重问题,使大家不得不考虑重写中国法律史;如果不予考虑,让有的宏篇巨制成为管领今后20年乃至50年的中国法律史教学,势必造成重大的危害;堂堂中国,成百上千的中国法律史学者,应当撰就让21世纪的学子学得放心、称心的中国法律史著作,至少应当撰就不致日本、中国台湾学者不屑一顾甚至掩面窃笑的著作。有人在2002年年会的最后一次会议上忽然提出质疑:早已有那么多的法律史著作,还讨论什么“体系、结构、特点”?!这显然是不太了解1998年年会以来历届年会发展情况的缘故,也与学会领导与同仁的共同决定、共同愿望不相符合。何况,这一质疑既不是在厦门会议上提出,也不是在2002年年会之始提出,其本身倒是值得质疑的。好在这只是个别人。其他与会者都一致认为选定“中国法律史的体系、结构、特点”的会议主题,既适应中国法律史教学的需求,又切合此前研究与著述之实际,是历年会议发展的必然趋势,也是负责任的中国法律史学者的众望所归。

其次必须认真进行学术活动的准备。学术会议期间组织一些游览活动是必要的。旧友新知边徜徉美好河山,边交流切磋学问,乃中国文坛、学界之传统。但年会的主体活动,无论如何都应有会议形式的学术报告。从2000年安徽会议时起,2002年年会学术报告的组织工作就启动了。上海会议上辽宁大学祖伟教授的精彩报告和刘笃才教授的精当点评等,就是在九华山畔约定的。厦门会议后,更加紧

了这一方面的组织工作。我们认为,每届年会都应精心准备,而不应临时拉伕做几个“报告”算数;否则,对不起远道而来的与会者,也不起花花绿绿的一沓沓人民币。

为了配合会议的筹备工作,更好地成功举办2002年年会,考虑到大多数法律史工作者未能连续参加1998年以来的各届年会,我与杨一凡、陈晓枫、徐忠明在《社会科学报》上发表了一组文章,算是粗砖,以引美玉。在此基础上,又于2002年4月8日在上大法学院举行了一次小型会议,决定撰写一本小册子,题为《批判与重建:中国法律史研究反拨》。该书各篇的内容与年会主题“中国法律史的体系、结构与特点”如符合契,作者有俞荣根、杨一凡、田涛、陈晓枫、范忠信等,由我主编,法律出版社出版,赶上年会的最后一天发给了与会诸君。本论文集本应有该书各位作者的论文,因为该书已经出版,所以不再收入本文集。因此,2002年年会的论文集,可以看做是由两部分构成:一为本书;一为《批判与重建:中国法律史研究反拨》。全体作者的目的只有一个,即为重写中国法律史做应有的贡献。

经过两年的筹备,在会议举行之时,我提出并巨幅张挂了会议的口号:当好法律史学者!写好法律史著作!开好法律史年会!办好法律史学会!

关于“当好法律史学者”,从我个人的过去来说,《隋律研究》等只能使自己汗颜不尽;而展望时日无多的将来,由于年事已高,更由于学识浅薄,还由于不时旁鹜,在见马克思之前确确实实是永远做不到了。一般来说,没有历史学、法学、档案学、版本目录学等的丰富知识与深厚功底,是难以“当好法律史学者”的。除此之外,没有基本的学术道德,企图以党同伐异、肉麻吹捧之类不齿于人的勾当在法律史学界争得一席之地,也是当不好法律史学者的;而且,恐怕只能永远流为笑柄。好在中国法律史学界业已发展出拥有数以千计人员的宏大队伍,其中不乏长年累月默默无闻胼手胝足辛勤耕耘的年轻有为的佼佼才俊,他们实践着1983年西安会议上一批青年学者对自己也是对整个法律史学界提出的要求——“板凳要坐十年冷,文章不写一字

空”。总有一天,他们会成为国内、国际同行崇敬钦羡、交口赞誉的学者,而不是自封的“祖师”和“权威”。“江山代有才人出,各领风骚数百年。”21 世纪的中国法律史学界,会有引领风骚的才人俊杰辈出之时,我们应有这样的信心,也应为此而馨香祷祝、额手称庆。

关于“写好法律史著作”,只能辩证地看待。20 世纪 80 年代之初的一些中国法律史著作,在解决书荒、培养学子方面的卓著功勋,应当永远感念、没齿不忘。何况其中确也有大量匠心独运、精心制作的法学精品,对哺育年轻学子起到了功不可没的作用。90 年代以来,法史界尤其是一批批青年才俊所写的论文的质量,显然已经超越了 80 年代的水平。“长江后浪推前浪,流水前波让后波。”完全可以预期,随着研究的不断深入,随着史料的不断发掘、整理与补充、丰富,随着研究思路与研究方法的更新,中国法律史研究的总体水平还将不断提高。

在《批判与重建》一书的《序》中,我写了这么一段话:“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丰富而日益丰富与完善,何况我们的法律史研究?更何况 80 年代的法律史研究在一定程度上可谓匆忙上阵的‘急就章’,而当时对‘左’的观念几乎还未来得及开始批判。”其中“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丰富而日益丰富与完善”一句,是从我在 1962 年所写哲学备课笔记上录下的。1964 年,林彪在《毛主席语录·前言》中发表了“顶峰”论。因此,为这一句及其他 475 句“三反”文字,“文革”中我被隔离审查 6 个月零 17 天,批斗 104 场,几乎每天都遭毒打。也正是这些批斗、毒打加上林彪的倒台,使我更加坚信事物发展的辩证性。连类而及,我也坚信法律史研究不应该也永远不可能停留在一个水平上;其中包括我自己的和同仁们的一些观点,也完全可能被怀疑、被修正、被批判。正因如此,我又写道:“(批判与重建)这样的标题,无疑是刺人耳目的。但这里的‘人’,首先是我们自己。我们的心态是:我们自己长期从事的中国法律史研究,也如凤凰涅槃、浴火重生,应该有所

反思、有所反拨、有所批判、有所重建,否则就可能死路一条、不得重生……”正因如此,在《批判与重建》一书所收拙作中,我写道:“现在对唐律‘十恶’条的比较具体细致的分析,也算是自己对自己的一点批判与‘反拨’吧。”在该书《序》的篇末我还写道:“人类至今还只是处在他的童年时代。相对于数千年的中国法律发展史来说,不足百年的研究,毕竟是太过短暂了;何况,任何个人的智慧与亿万人的集体智慧相比,都只是沧海一粟,极为微不足道,也可能是全盘皆错的。”我真诚地希望,我们的法律史学界永远以辩证的态度看待一切研究成果,承认我们的不足,庶几才不致永远为历史学界,为日本的、中国台湾的法律史学界所嘲笑。

关于“开好法律史年会”,这是法律史学界的共同要求。春花秋月,寒来暑往,研究与教学中有多少难题需要请教探讨;鸿雁传书,函电往返,终不如携手促膝彻夜畅谈。无论是以文会友、传情叙旧,还是会友论文、究诂学术,都需要开好年会。“鹊桥相会”的凄美故事中,牛郎织女也有个一年一聚的机会;我们的一年一度的学术年会,实在也不算多。因此,举办2002年的年会,对我来说,是全身心地投入了的。范忠信君在大会上颂赞了这次年会的“五个第一次”(第一次举行了一个没有领导人言不及义的讲话、仅用30分钟便结束的简短开幕式;第一次采用了与国际接轨的中心发言加点评的学术报告形式;第一次采用了电子屏幕……)对我们是极大的鼓励。作为会余活动,我们组织了与会学者和少年囚犯的“一对一”对话。上海少年儿童出版社为我们提供了200套600本赠送给少年犯的富有教育意义的书,每个学者还精心准备了一份送给谈话对象的礼品,勉励他们改造自新。一位学者送给一个少年犯的是一支钢笔和一个领带夹子。少年犯不解地说:“这个领带夹我用不上。”学者说:“你走上社会时,你会穿上西装,打上领带,堂堂正正做人,那时会有用的。”那少年犯两眼噙着泪花、双手哆嗦着恭恭敬敬地接过了钢笔和领带夹。这是一次心灵的震撼。几乎所有参与对话活动的学者,都为挽救失足青少年写下了震撼灵魂的教诲话语,都为他们人生历程的转折做出

了贡献。由于种种原因,未能将参观游览活动组织得更如人意,生活安排也不够美满,因为不可能再次承办会议,所以,将永远引为极大的憾事。

今后的年会将办得一年比一年好,这是不必置疑的。我想借此机会说的是:据传 80 年代曾出现过有人以不正当手段“竞选”中国法律史学会会长,致使有的学者老泪纵横、悲痛欲绝的事。假若果真如此,那么,90 年代这种丑事已经绝迹了。这是一大进步。为了保证会议有人承办,90 年代曾有过一个决定:谁主办年会,谁就是当年的“执行会长”。虽然有人悄悄使刁,成了他们的灵魂污点,但不能否定这一决定的实际作用。当然,同时也应承认,这总是一种权宜之计。而且,把“执行会长”甚至“会长”看得如同贾宝玉脖子上的那块“通灵宝玉”,或不惜奋力摘取,或拿在手里玩弄花样,实在可笑乃至卑劣。我真诚地希望,今后再也不要实行这种“奖励制度”了,这不是中国法律史学界的光荣。中国法律史学界在 21 世纪应“百尺竿头,更进一步”,实行“义务办会”的制度。“义务办会”不仅仅是承办单位的义务,也应成为每一个会员的义务。厦门大学周东平老师自告奋勇担当此次大会的摄像师,为同仁们留下了光辉映像。此次大会收到了杨景凡先生、叶孝信先生、俞荣根先生、郭健先生、徐祥民先生、范忠信先生、陈景良先生、钱大群先生、徐晓光先生等的大批赠书,他们就是顶呱呱的“义务办会”者。上海市法学会为 2002 年年会提供了学术指导与经费支持,还有其他许许多多的单位、个人为年会做出了贡献。在衷心感激他们的同时,作为法律史学会会员的我们,还有什么理由不“义务办会”呢?

关于“办好法律史学会”,老朽无权置喙,也就“免开尊口”了。

2002 年年会闭幕已有多时,本应如同往届那样,“时光如涛荡泥土”,一切都成陈迹,从人们的记忆中淡化、弥散、消失的,然而这次却不。某些事法史界流传甚多,“版本”也不同。但愿只是以讹传讹、夸大其词,或者落井下石、幸灾乐祸,这里就不去谈它了。有确切证据的,是手头的一摞摞信件。几乎全部的信件,则无不是赞誉有加、褒

奖备至的。实在本不应提起诸如此类之事,但因有无中生有、无端指责在先,便也不妨略录二则,以求公允,以正视听。

一为苏州大学一教授的数千字来信,内云:“我开的会不多,但也有过一些。我以为,这次的上海会议是我参加的所有会议中最好的一次。这是一次纯粹的学术会议,纯粹的学者参加,没有官员到场做‘监控’、表示‘重视’。点评也是很好的,只是点评人都是同一单位的人,这一点稍不尽如人意。到会的人数也创法史学界之最,至少在我参加的会议中,此次会议的人数是最多的。会议安排也紧凑,没有浪费。这些,恐怕都跟你的一向作风有关……我真心地感谢你,感谢你组织这么好的一次学术会议……”

一为北京大学饶鑫贤教授的短简,内云:“顷闻上海会议开得甚为成功,不胜高兴!传说台驾主编之《批判与重建》大有‘引起地震’之势,尤所惊骇!因该书未蒙赐寄,经借来一读,果系发常人之所未发,咀嚼再三,顿开茅塞,因而无任感佩台驾诸公之远见卓识而庆幸中国法律史学之真正全面发展有日矣!……”

此信中“引起地震”四字,据说是一位与会者写在发给他的《批判与重建》扉页上的,全句是“这是一本引起地震的书”。这一评价不必再评价,但俞荣根教授在年会最后一刻所说“这本书捅破了一层纸”的断言以及他和二十来位学者简短发言中一致重申中国法律史学界应当形成良好的学术批评风气,确是绝对正确的。

学术研究,贵在批评。本论文集集中几乎所有的论文,都体现了学术批评的精神。有的是泛泛的批评,有的指名批评某书某文,有的则是直截了当地批评某人某观点。无论哪一种,都是发展中国法律史学的必要。批评未必正确,不正确的批评还可反批评,学术是在论辩中发展、前进的。

开一个学术会议很难,开好一个学术会议则更难,能够将学术会议的论文结集出版则难上加难矣。2002年上海法史年会结束已经两年了,我们有意延宕至今才将与会者的论文化身千百,奉献给学界,或许多少有些遗憾。不妥之处,恳请各位同仁海涵。之所以这样

做,是想让这段令人遗憾的时间给我们大家重新思考的机会。令人兴奋的是,年会上一些引起争执的尖锐问题,如今已经棱角尽退;某些以论代史的空泛研究,如今已经光环不再;某些不顾史实的胡编乱造,如今已成逝水落花;某些花里胡哨杂糅中西的皮相研究,如今迹近掠影绝尘。时空给了我们两年的思索,当这一文集奉献给读者的时候,我们欣喜地看到,几代学人中有不少已经将2002年的那次年会看成一个转折。不少同仁或修改著作,或进一步思索,总之是进一步推进法律史研究的“可持续发展”与“科学发展”。当然,我们需要更多的时间来加以思索,我们需要更多的时间去加以证实,而这些时间便是历史。唐人刘禹锡诗云:“千淘万漉虽辛苦,吹尽狂沙始到金。”金光闪闪的法律史真知灼见,一定会在如涛时光的荡涤下涌现。

2004年9月于上海

目 录



倪正茂 / 1



中国法律史学的学科结构与学科制度	黄震 / 1
中国法制史的学科视野与研究方法	闫晓君 / 14
中国法制史研究方法之探讨	柳正权 / 25
“两张皮”、危机与历史转折	
——关于中国法律史学科体系的一点思考	王强 / 36
中国法律史的体系建构	韩慧 / 46
中国法律思想史学科的对象与体系	刘新 杨晓青 / 54
中国法律史学科体系结构的几个问题	祖伟 / 63
研究中国法律史的几点断想	周子良 / 76
关于中国法律史学科体系、结构与特征的几点看法	
	金敏 / 85
反思法律史研究中的类型学方法	
——中国法律史研究的另一种思路	陈景良 / 93
研究范式的转换与中国法律史学科的性质和体系	夏锦文 / 109
关于中国法律史研究规范问题的思考	戴建国 / 120

比较法制史:中国法律史学研究的新视角	夏新华 / 145
中国法律史学史	
——一个学科史问题的透视	韩秀桃 / 160
“法制史”、“法律发达史”、“法律史”	
——一个历史维度的观察	徐彪 / 179
法制史:法律治理国家的历史	占茂华 / 185
从类型角度谈中国法律史叙述:一个导论	徐忠明 / 196
王字释义,王权辨析	
——中国传统法律的命脉	高积顺 / 216
中华法系“以刑为主”特点质疑	艾永明 / 239
新中国审判制度曲折发展史实考论	张培田 / 256
广州武汉国民政府法制体系(纲要)	张希坡 / 294

不能忽视“封建”法制史	范忠信 / 308
二十世纪唐代“典”、“判”研究回顾	周东平 / 322
财富观与正义对中西方社会的影响	陈晓枫 付春杨 / 333
关于近代法律史研究的几个问题	武乾 / 345
关于唐代法律史研究的几个问题	李玉生 / 353

庞德论中国的法制改革和法律教育	汪汉卿 刘军 / 361
-----------------	--------------

重视新中国法制史教学论纲	王立民 / 375
《新编中国法制史》刍议	柏桦 侯欣一 / 383
本科法学教学中法律史教学改革若干问题思考	汪世荣 / 397
中国封建社会的断代和中国法制史的教学与科研	董长春 / 405
清末法制与法学教育改革的几个问题	林明 / 417

一部优秀的法律史著作

——施瓦茨《美国法律史》对我们编写
教材的启示

张文艳 廖文秋 / 432

中国古代的经义决狱与司法公正
略论元、明、清时期的傣族法律
错案中的历史

高其才 罗 昶 / 442

方 慧 赵元信 / 461

——蛮夷律初考

王平原 / 476

《大明律例》考略

张伯元 / 494

深深的脚印

——读钱大群教授的《中国法律史论考》

萧光辉 / 506

/ 512

法律史学科的体系、结构、 特点和研究方法

中国法律史学的学科结构与学科制度

黄 震*

世纪交替的时候往往是多事之秋。上个世纪末才提出建设社会主义市场经济，“依法治国”和“以德治国”的口号已经先后被热烈讨论过；刚刚迈入新世纪小康社会的人们又遇上中国实现加入世贸组织、北京成功申办奥运和足球闯进世界杯等一连串振奋人心的大事。然而，法律史学却逐渐淡出人们热闹的视线，未能“与民同乐”。中国法律史学似乎因为未能充分提供建设市场经济和法治国家的“本土资源”，也无法直接与 WTO 等国际规则接轨，在“史学危机”之中被推挤到了学术的边缘。有学者曾承认：“法律史研究，目前遇到了很大的困难，人才流失，经费不足，各个分会无法开展活动，《法律史论丛》连着好几期压在出版社许多年未能面世。”^① 进入新世纪后，“近来国家的两项举措引起了法史界的震动，一是在统一司法考试的预案中没有法律史的考核内容，一是在同等学力人员申请法律专业硕士学位的有关考试中取消法律史。这两项举措将对法律史的生存造

* 中央财经大学法律系副教授。

① 何勤华：《法律史研究需要方法论的变革》，《政治与法律》1995年第5期。

成相当大的冲击”。^① 显而易见,中国法律史学的生存空间已经被压缩到令人窒息的地步。

难道法律史学真成为了“夕阳学科”? 法律史学遭遇困境的问题症结到底是什么? 法律史学的出路在哪里?

20世纪80年代末期以来,中国法律史学一直在不断反思和求索。学者们开始检讨法律史学的学术观点、研究结论等学科内容;继而回顾法律史学的发展经历,形成法律史学对20世纪90年代中国学术思潮的回应;进而发现法律史学的研究方法和研究范式也需要反思和总结,这种自省精神至今还在进一步深入渗透法律史学研究中,从而催生了法律史学科意识的自觉。

然而,上述现象和问题仅仅从学科内在的单一视角来观照是不够的,正如方文先生指出:“学科发展史是学科理智史和学科制度史的双重动态史。”^② 基于此,本文尝试借鉴科学学的学科结构理论和知识社会学的学科制度理论,以学科发展过程中学科结构与学科制度的双重互动关系作为分析框架,重新审视中国法律史学的百年进程,并试图回答上述法律史学面临的问题,探寻中国法律史学在21世纪的创新之路。

一、从学科到学科群:中国法律史学的百年历程

“学科”是西文“discipline”的汉译,汉语中原本没有固定而专门的表达。“discipline”一词经过长期的历史沿革形成了多层意思:第一层指对学生的训练,尤其是智力和品德的规范和训练;第二层是处

^① 高珣、林华昌等:《中国法律史学会暨儒学与法律文化研究会2001年学术年会综述》,《光明日报》2001年12月25日版。

^② 方文:《社会心理学的演化:一种学科制度视角》,《中国社会科学》2001年第6期,第126页。