

法律史论丛

—

编辑说明

《法律史论丛》是中国法律史学会编辑的学术论文集。内容包括中、外法制史与法律思想史四个学科的科学研究论文和有关学术资料。

开展法律史研究，总结法律史方面的历史经验，对于丰富马克思列宁主义的法学，探索阶级斗争的发展规律，健全我国社会主义的法制建设，具有十分重要的意义。同时，也将有助于中、外通史和政治史研究工作的开展。

编辑出版《法律史论丛》的目的，是为了调动从事法律史教学研究工作者的积极性，交流科研成果，借以推动法律史科学研究的迅速发展，并为从事政法实际工作的同志以及法律史爱好者提供一些学习参考资料。

《法律史论丛》努力贯彻百花齐放，百家争鸣的方针。提倡坚持真理，实事求是，发扬学术民主和勇于探索的精神。

《法律史论丛》是在科学的春天里破土而出的新苗。诚恳地希望广大读者培植它，爱护它，使它能够茁壮成长，与群葩竞艳。

编委会由下列同志组成（按姓氏笔划为序）：

邱远猷、张晋藩、张观发、赵国彬、饶鑫贤、高恒。

主编：张晋藩。

目 录

关于法制史的研究对象和方法问题

.....韩延龙 刘海年 (1)

编写《中国法制史》(多卷本)的初步设想

.....张晋藩 (15)

✓ 从历史上谈法制的两个问题张国华 (27)

法制的历史考察刘富起 孔庆明 乔伟 (37)

刑讯考栗劲 (52)

族刑连坐法的初步探讨乔木青 (68)

✓ 试论我国封建法制的专制主义特征

.....陈光中 薛梅卿 沈国峰 (86)

封建婚姻家庭制度剖析王忠 (107)

秦代法律制度初探林剑鸣 (122)

汉律篇名新笺高恒 (136)

论两汉刑法的基本原则肖永清 (154)

✓ 试论《唐律疏议》叶孝信 (179)

明朝内阁制度初探王侃 (204)

太平天国的官吏铨选升降制度杨一凡 (233)

革命法制保障人民权利的传统及其历史经验

.....刘海年 常兆儒 (252)

“废止肉刑”是我国新民主主义革命的一项重

要任务.....张希坡 (271)

中国婚姻制度大革命的开端

——重温《中华苏维埃共和国婚姻条例》

.....李忠芳 陈航(295)

《中国法律思想史》研究对象商榷饶鑫贤(312)

研究、编写《中国法律思想史》(多卷本)规划初拟

.....李光灿(319)

√ 从“贞观之治”看李世民的政法法律思想

.....饶鑫贤(329)

清初进步思想家的政法法律思想张晋藩(353)

评谭嗣同反封建的政法法律思想杨堪(368)

略论汉穆拉比法典徐尚清(390)

试论罗马法对英国法的影响由嵘(402)

略论美国最高法院的宪法解释权潘华仿(420)

略论孟德斯鸠的政法法律思想张观发(443)

附录:

√ 中国法制史论文资料索引(1949—1979年)

.....邱远猷辑(464)

我国法律史学界的空前盛会

——中国法律史学会成立纪实(479)

关于法制史的研究对象和方法问题

韩延龙 刘海年

法制史，既是法律科学的重要分科，又是历史科学中的一门专史。在发扬民主，健全法制，实现社会主义现代化建设的过程中，法制史这门学科的理论意义及其在实践中可能发挥的重要作用，正在引起学术界的广泛注意。遵循马克思主义的基本原理，大力加强法制史的研究工作，已经成为新时期向我国法学界提出的重要任务之一。

为了发展我国法制史的研究工作，就这门学科的研究对象和方法问题，展开深入的讨论，显然是完全必要的。

一、法制史研究的对象

任何一门科学都有自己特定的研究对象，没有特定研究对象的科学是不存在的。但是，长期以来，法学界对于法制史的研究对象并没有进行深入地探讨，在一定程度上妨碍了法制史教研工作的开展。按照全国法学研究发展规划，今后若干年内我们要编写出多卷本的中国法制史这样的著作，那么这门学科的研究对象就成了一个必须首先认真解决的问题。

如果翻开中外学者编写的法制史专门著作，我们就会看

到，这些著作的作者对法制史研究对象大体上有以下几种不同的理解：

第一，把法制史理解为法律编纂史或法律沿革史，依照这种观点写成的法制史，基本上是一部立法史。

第二，把法制史理解为国家制度、政治设施和法律制度的演变史。它虽阐述一定类型的法律制度的实质和特点，但却用很大的篇幅讲述社会阶级结构、经济体系，以及国家政权组织等等。依照这种观点写成的法制史，基本上是一部内容庞杂的国家制度史。

第三，同上述观点相类似，认为法制史的研究对象既包括法律制度，同时也包括国家一系列具体制度，例如选官制度、田赋制度、货币制度、土地制度等等。过去陈顾远、丁元普等学者编写的《中国法制史》采取的就是这种观点。

第四，把法制史理解为各种法律制度的历史部分的综合或专题汇编。这是某些外国学者采取的观点，他们编写的中国法制史著作就是按刑法、民法、诉讼法、亲属法、身份法的体系编写而成的。在我国学者中，也有人持这种观点。

第五，把法制史理解为主要是探讨刑法的制定、内容、沿革及其对后世的影响。这种认识是从中国封建时代法律形式上的民刑不分而来的。依照这种观点写成的法制史，就会是一部刑法史。

综上所述，在法制史研究对象问题上，不论国内、国外，从来就存在着各种不同的理解。它们各有所据，也各有所长，但从法制史这门学科所承担的任务看，也都有一定的缺陷。今天，我们就是要据摭众说，取其长者，认真探讨这门学科的研究对象问题。

不同学科的研究对象，都是由它们所具有的特殊的矛盾

和特殊的本质决定的。只有研究矛盾的特殊性，才有可能区分科学研究的领域。正如毛泽东同志指出的，“对于某一现象的领域所特有的某一种矛盾的研究，就构成某一门科学的对象。”^①

因此，要解决法制史的研究对象问题，必须把握法制史这门学科的矛盾特殊性，搞清这门学科同其他学科的联系和区别，尤其要搞清它与法学、政治学中各具体学科的联系和区别。

马克思主义指出，建立在经济基础之上的政治法律制度 and 与之相适应的社会意识形态，是社会的上层建筑。法是社会上层建筑的重要组成部分，它同其他部分的区别，就在于法是调整相互对立的阶级之间和统治阶级内部关系的特殊形式，是统治阶级为了维护和巩固一定阶级社会中现存的经济、政治和其他秩序而由国家制定或认可的行为规则的体系，并以国家强制力为后盾，以保证其遵守和执行。

不是别的，正是法的这一特殊本质，把包括法制史在内的整个法律科学同其他社会科学严格地区分开来。

基于上述特征，法制史的研究对象只能是以法律制度的产生、发展、变化和消亡为主线，探讨历史上不同类型的法律制度的实质、特点、主要内容及其历史发展规律的科学。

法制史不一般地研究国家的历史问题。但是，国家和法自其产生之日起，就存在着极其密切的、不容分割的关系。国家既是法的制定者，又是法的维护者。法制史所要研究的，只是国家作为法的制定者和法的维护者的活动和作用，包括立法、司法机关的活动。当然，法制史也要研究历史上

^① 《矛盾论》，《毛泽东选集》第1卷，第284页。

不同类型的法对于维护国家统治的作用。

法制史不一般地研究阶级斗争史。阶级斗争史是社会发
展史研究的对象。但是，法是阶级斗争不可调和的产物和表
现，而且只要阶级和阶级斗争还存在，法就必然是统治阶级
手中镇压敌对阶级和阶级敌人的强大武器。因此，我们要用
马克思主义关于阶级和阶级斗争的学说指导法制史的研究，
揭示一定类型的法律制度的阶级实质及其在阶级斗争中所起
的作用，同时阐明阶级斗争对法律制度发展变化所起的影
响。

法制史也不一般地研究属于经济史范畴的田赋制度、货
币制度、土地制度等等。但是，历史上各种类型国家，调整
一定社会的财产关系的经济立法和经济司法，应当是法制史
研究的内容。

法制史更不一般地研究属于军事史范畴的兵制。法制史
所要研究的，只是军法的制定、执行及其在整个法律体系中的
地位和作用。

根据以上分析，我们认为，以历史上不同类型国家的法
律的创制、法律的执行和法律的遵守及其历史演变为主要研
究对象的法制史所应着重探讨的问题是：

1. 法律制度的产生，历史上不同类型国家法律制度的历
史演变和动因，不同类型法的各种形式，不同形式法的效力
和相互关系，立法原则、内容、特点、技术方面的问题和本
质。也就是说，要研究一定的统治阶级是在什么样的历史条
件下，通过什么方式把本阶级的意志提升为法律的。

2. 历史上不同类型国家的执法原则、执法机关及其活动
的特点和规律。也就是说，要研究统治阶级在把本阶级的意
志提升为法律以后，是怎样贯彻执行。

3.历史上不同类型社会中的各个阶级对各项法律制度采取的态度及其变化。也就是说，要研究不同阶级社会中守法的状况及其规律。

4.在历史上不同类型的社会里，统治阶级的政策、道德、政治措施，以及社会上各类代表人物的政治法律思想、活动对于该社会法律制度的形成、实施、发展、变化所起的影响。这就要求我们对于政治、哲学特别是法律思想史予以应有的重视。

5.历史上不同类型社会的各项法律制度在该社会不同的历史阶段上对社会生产力发展所起的推动或阻碍作用，不同类型的法律制度对经济基础和上层建筑其他部分所起的作用。

6.封建社会农民起义中建立的政权所颁布的具有法律效力的口号、檄文、教义，也应注意研究。

这里需要强调指出的，是对于中国共产党领导下的革命法制建设的研究。中国革命法制史是中国法制史的不可分割的组成部分，研究中国革命法制史，具有重要的现实意义和学术价值。过去由于林彪、“四人帮”干扰破坏，这个重要的研究领域实际上被宣布为不可涉猎的禁区，因此，严重地阻碍了这门学科的研究和发展。目前，经历过这段斗争的许多老一辈无产阶级革命家依然健在，资料也比较丰富，我们应当不失时机地把这方面的研究开展起来，力求作出成绩。革命法制史和古代法制史，有着共同的对象和规律，但也确有其不同于古代法制史研究的一些特点，其中之一就是研究对象的性质发生了根本变化，这一变化不能不对革命法制史的体系、结构等等产生深刻的影响。当然，这是一个今后需要专门加以讨论的问题。

二、法制史的研究方法

历史上各个时期的法学家，虽然对法的历史的解释和论述，提出过某些有价值的论点，但从根本上说来，他们的历史观仍然是唯心主义的。所以，“在很长的历史时期内，大家对于社会的历史只能限于片面的了解。”^①

马克思主义的科学为我们提供了研究一切社会历史现象及其客观规律的钥匙，这就是马克思在著名的《政治经济学批判》的序言中对历史唯物主义基本原理所作的经典论述。他说：“生产关系的总和构成社会的经济结构，即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定社会意识形态与之相适应的现实基础。物质生活的生产方式决定着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。不是人们的意识决定人们的存在，相反，是人们的社会存在决定人们的意识。”^②把这一光辉的历史唯物主义原理应用于研究法的历史，造成了法制史学科发展中的革命性变革，使它摆脱了唯心主义和形而上学的枷锁，成为真正的科学。

建国三十年来，我国法制史和法律思想史教研工作者，正是以马克思主义阐明的上述基本原理为指导进行科研和教学工作的，因而取得了可喜的成果，并为我们今后继续前进奠定了坚实的基础。

但是，我们不能不看到，由于长期以来法律虚无主义的影响，特别是林彪、“四人帮”鼓吹历史唯心主义，大搞形而上学，使法制史的研究方法问题，即要不要坚持历史唯物

^① 《实践论》，《毛泽东选集》第1卷，第260页。

^② 《〈政治经济学批判〉序言》，《马克思恩格斯选集》第2卷，第82页。

主义，以及怎样运用历史唯物主义基本原理的问题，造成了很大的混乱。林彪、“四人帮”宣扬反马克思主义的唯意志论和实用主义方法论，使唯心主义泛滥。我们的任务就是要拨乱反正，还历史的本来面貌，为此，在法制史的研究工作中，必须坚持马克思主义的方法论。

（一）坚持阶级分析和历史分析的统一。马克思主义对于分析任何一个社会历史现象所提出的要求，就是要把问题提到一定的历史范围之内，对每一特殊的历史情况进行具体的分析。法律制度同世界上其他任何事物一样，也有其发生、发展、消亡的过程，要正确地认识和解决有关它的一切问题，“最可靠、最必需、最重要的就是不要忘记基本的历史联系，考察每个问题都要看某种现象在历史上怎样产生，在发展中经过了哪些主要阶段，并根据它的这种发展去考察这一事物现在是怎样的。”^①只有对法律制度进行阶级的历史的分析，把握发展变化的基本环节，才能充分揭示它们的阶级实质和客观规律，而评价任何法律制度的标准，只能是根据它在历史上所代表的究竟是新生的进步的阶级，还是腐朽的反动的阶级，对社会发展曾经起过的是推动的还是阻碍的作用。

在人类社会的发展史上，奴隶制社会取代原始氏族社会，使人类社会进入了它的文明时期。奴隶制法律及其司法机构的产生，是社会生产力发展到一定阶段的必然结果，在历史上曾经是正常的、合理的现象。恩格斯曾经说过：奴隶制度“甚至对奴隶来说，这也是一种进步，因为成为大批奴隶来源的战士以前都被杀掉，而在更早的时候甚至被吃掉，现在至少能保全生命了。”^②但是，奴隶制的法律制度和奴隶社会的

① 《论国家》，《列宁选集》第4卷，第43页。

② 《反杜林论》，《马克思恩格斯选集》第3卷，第221页。

其他上层建筑一旦变成社会生产力发展的桎梏，它们存在的合理性和正当性也就随之消失，而必然地要为封建制的法律所代替了。

封建法律出现的初期，对于摧毁陈腐的奴隶社会的经济基础和上层建筑，曾经起过革命的作用。如果联系当时的阶级关系的背景去考察，我们就会发现，商鞅的“连相坐之法，造参夷之诛”，虽然主要是为了镇压劳动人民的反抗，但同时也是对中国奴隶社会以宗法血缘关系为基础的社会制度的破坏。当然，历史发展到今天，如果有谁还要实行族诛连坐的酷法，那无疑是公然的倒行逆施。但在当时的具体历史条件下，却是应当加以具体分析的。

封建法律同封建社会历史发展的行程相适应，它大体上也可以划分为早、中、晚三个时期。每一个较大的封建朝代的法律，也各有其不同的发展阶段。在不同的时期和不同的阶段，封建法律也必然各有其不同的特点，对社会的发展起着不同的作用。一项法律制度，在彼时可能是有利于生产发展、起历史进步作用的，在此时却可能成为生产力发展的障碍。如地主阶级重农抑商政策及有关法律规定，在封建社会初期，曾经促进了封建经济的发展，而在封建社会后期，当资本主义萌芽在封建母体中孕育滋生的时候，它就成为商品经济发展、从而成为整个社会发展的桎梏。有的法律制度，尽管是为了维护剥削阶级统治的需要，但也应当历史地注意它产生的客观效果。对于在资产阶级革命中形成的代议制度、法律面前一律平等、天赋人权口号，以及无罪推定、有利被告、罪行法定等立法和司法原则，均应加以具体分析。以近代中国法律制度来说，从一八四〇年开始，随着帝国主义侵略的逐步深入，中国封建法律制度也开始了半殖民地化的过

程，如果说领事裁判权的确立是发端，那么清末的“司法改革”则是这个过程的一个重要步骤。毫无疑问，这次“改革”是同中国半殖民地半封建的社会性质相适应的，是帝国主义、封建势力和官僚买办势力维护其统治的需要而采取的措施。但是，这次改革吸收了西方资本主义国家法律制度的某些原则和规定，触动了二千多年来的封建法律体系，对于中国资本主义的发展，客观上起了一定的促进作用，因而不能不说是近代法制史上的一个值得注目的事件。

法制史的研究应以揭示一定法律制度的阶级实质为首要任务，否则法制史学科就会失去严整的科学性，但是，揭示法律制度的阶级实质并不是法制史研究的唯一任务，更不是它的全部任务。既然法律总是“由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个的个人恣意横行。”^①

“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已。”^②那么，历史上一切法的制定（立法）和执行（司法）虽然都是统治阶级有意识活动的结果，但是，不管统治阶级的主观认识如何，这种有意识的活动归根结底是由一定的社会条件决定的。因此，任何一项法律制度产生、发展和在历史上的消失，都有其客观规律可寻。对历史上各种类型的法律制度，不作大量的认真研究，只简单地加以肯定或否定，不是科学的态度，因而也就无助于对事物本来面目的认识。今天的法制史研究，就是要运用历史唯物主义的基本原理，对历史上的法律现象进行科学的概括和总结，只有这样，法制史这门学科才能以其固有的规律性丰富

① 《对民主主义者莱茵区域委员会的审判》，《马克思恩格斯全集》第6卷，第292页。

② 《哲学的贫困》，《马克思恩格斯全集》第4卷，第121—122页。

历史唯物主义的基本原理，也才能更好地做到“古为今用”和“洋为中用”。

（二）坚持从历史事实出发。法制史，作为历史科学的一门专史，其基本任务是以大量的实证材料揭示历史上不同类型法律制度的本来面目，阐明法律制度发展变化的具体规律，这就决定了我们对它的研究，不能从概念和定义出发，而只能从事实出发。马克思曾经说过：“在历史科学中，专靠一些公式是办不了什么的。”^①显然，如果不注意详细占有材料，不注意史论结合，是无助于法制史研究的发展的。

为了详细占有材料，做到从事实出发，要注意对历史上不同类型的具有代表性的法典进行研究，弄清它们的内容和与之相联系的社会经济、政治条件，以从中了解不同类型法律制度发展的一般规律。作为上层建筑的法律，一旦形成，就对经济基础保持相对的独立性，因之具有相当的稳定性。如中外闻名的《唐律》，不仅开创了宋、元、明、清法律之先河，而且在战国、秦汉的封建法律中便可找到它的渊源。又如，产生于十九世纪初叶，维护自由资本主义生产关系的《拿破仑法典》，今天，在早已进入帝国主义时期之后，仍然是资本主义立法的蓝本。这说明，对具有代表性的法典进行研究，不应该而且也不能够代替对不同国家不同时期的具体法律进行研究。也就是说，要了解各国法律制度的具体情况，一定要注意研究各国具体的法律表现形式。

法的表现形式是为极其复杂的社会关系决定的。社会关系的复杂性决定了法的形式多样性。在任何一种经济形态的国家里，法律体系都是由法的不同表现形式构成的，而且在

^① 《政治经济学的形而上学》，《马克思恩格斯选集》第1卷，第130页。

同一经济形态国家的不同历史阶段，法的表现形式也会有所不同。例如，在中国封建社会中，法的表现形式除律之外，还有敕、令、典、格、式、科、例、比等等。律是法的主要表现形式，在封建法律体系中占有重要位置，但法制史并不就是律史，法制史应当而且必须包括更加广泛的内容。在深入研究律的同时，重视加强对法的其他形式的研究，显然是十分必要的。皇帝的诏敕是封建社会法的最基本的渊源，具有最高的法律效力。诏敕在其颁行之初，实际上是统治阶级的现行政策，但是统治阶级政策的每一重大变化，都不可避免地要以法律形式表现出来。律外有刑，令外有罚，主要出自诏敕。所谓“有敕者不以格式，有格式者不依律令”，封建法律的这一基本特点，一方面说明了诏敕在封建法制中具有至高无上的地位，同时也说明律、令、格、式等封建法律形式，可以随时因帝王的诏敕而废止。所以，如果不对包括诏敕在内的法的各种不同形式进行全面综合的考定，就很难对一定时期的封建法制作出符合历史真实的阐述。

当然，提倡法制史研究从事实出发，并非要我们去“罗列一般例子”。以中国封建司法来说，在漫长的封建社会里，的确有少数开明君主和刚直不阿的臣属“执法如山”，“秉公持平”，反对和遏制地主豪强、皇亲国戚、达官显贵追求法外特权的企图。这些人的事迹至今仍然脍炙人口，广为流传，他们的思想和作法对我们也有一定的借鉴作用。但这在整个封建社会毕竟是表现于少数人身上的个别事例，不可能从中引出足以表征整个封建司法的一般规律。只有掌握与这个问题有关的大量材料，并借助于典型的分析，才能找出全部历史现象的客观联系和相互依存关系。这样我们就不难发现，地主阶级基于大土地私人占有而产生的追求法外特

叙的无限贪欲，是对封建社会司法和守法经常起作用的因素，统治阶级中个别有识之士的作为，只能在一定程度上和一定时期内缓和但却不能完全消除这个因素的作用。

（三）科学地对待法学遗产，反对片面化。长期以来，在怎样正确对待法学遗产的问题上，一直存在着严重的分歧，对于主张法学遗产可以批判地借鉴和吸收的同志，采取极端粗暴的压制态度。林彪、“四人帮”横行时期，更是把这个问题宣布为不准任何人探索的禁区。实践证明，这对法制史的研究造成了非常有害的后果。

马克思主义是怎样对待法学遗产的呢？是怎样处理新法和旧法的关系呢？近来不少同志从理论上作了很好的分析，这里，我们只想列举两件历史事实加以说明。一九一八年，苏俄起草民法典时，列宁向当时主持其事的库尔斯基发出指示：“凡是西欧各国文献和经验中所有保护劳动人民利益的东西，都一定要吸收。”^①资产阶级的法怎么会保护劳动人民的利益呢？特别是，资产阶级旧法怎么能为无产阶级新法所吸收呢？这是形而上学者所难以理解的。一九五四年，毛泽东同志在谈到我国第一个宪法草案时说过这样的话：“这个宪法草案也总结了从清朝末年以来关于宪法问题的经验，从清末的‘十九信条’起，到民国元年的《中华民国临时约法》，到北洋军阀政府的几个宪法和宪法草案，到蒋介石反动政府的《中华民国训政时期约法》，一直到蒋介石的伪宪法。这里面有积极的，也有消极的。”^②这同样也会使形而上学者迷惑不解，无产阶级的宪法只能是无产阶级阶级斗争

① 《给德·伊·库尔斯基的信》，《列宁全集》第33卷，第173页。

② 《关于中华人民共和国宪法草案》，《毛泽东选集》第5卷，第126—127页。

经验的总结，怎么也会是清末以来宪法问题的经验总结呢？然而，这些不容抹煞的历史事实却说明，马克思主义对历史上的法律制度总是采取批判的分析的态度。主要是揭露和扬弃，同时也包含借鉴和吸收。

过去对主张异质法也可以批判地借鉴和吸收的同志提出过这样的责难：你们认为旧法可以借鉴和吸收，那就是主张旧法所反映的剥削阶级的意志也可以继承。这种责难显然是没有根据的。我们历来认为，一定类型的法只能是一定统治阶级意志的表现，但是对于早已丧失效力的旧法的批判吸收，是为现实而借鉴，并且要经过无产阶级的审定和改造，怎么能说是对剥削阶级意志的继承呢？例如，在如何利用法律手段为统治阶级服务的经验问题上，在法典的编纂方法和技巧方面，以及在某些技术规范的利用方面，旧法对于我们都有一定的参考价值。在我国社会主义立法过程中，大量地参考中外剥削阶级的法律，这是人所共知的事实。这说明，异质法能否借鉴和吸收是一个在实践中早已解决了的问题，为什么对于这一合乎事物客观发展规律的现象却拒绝从理论上给予科学的阐明呢？

历史上，社会主义革命对旧法采取的做法不尽相同，大体上有三种不同的情况。第一种做法以苏联为代表，十月革命以后，苏维埃政权并没有立即宣布废除一切旧法，而是要求司法工作人员本着无产阶级的利益，按照社会主义的法律意识，指导旧法的执行。这种状况一直延续到一九二二年。从一九二二年起，在列宁的亲自主持下，开始了大规模的法典编纂工作。《苏俄刑法典》、《苏俄土地法典》等等，都是在这个时期颁行的。第二种做法以罗马尼亚为代表。罗马尼亚建国后，一直沿用旧的刑法典，其间虽曾对某些条款作