

TANG SONG SHI QI
SHE WAI FA LU YAN JIU

□ 吕英亭 著

唐宋时期涉外法律研究

——以外国人来华为中心

出版社

TANG SONG SHI QI
SHE WAI FA LU YAN JIU

□ 吕英亭 著

唐宋时期涉外法律研究

——以外国人来华为中心

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

唐宋时期涉外法律研究:以外国人来华为中心 / 吕英亨著.
—北京:光明日报出版社,2010.11
ISBN 978-7-5112-0922-1

I. ①唐… II. ①吕… III. ①法制史—研究—中国—唐代
②法制史—研究—中国—宋代 IV. ①D929.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 224544 号

唐宋时期涉外法律研究——以外国人来华为中心

作 者: 吕英亨 著

出 版 人: 朱 庆

责任编辑: 钟祥瑜

封面设计: 中联学林

责任校对: 贾文梅

责任印制: 曹 净

出版发行: 光明日报出版社

地 址: 北京市崇文区珠市口东大街 5 号, 100062

电 话: 010-67078241

网 址: <http://book.gmw.cn>

E-mail: gmcbs@gmw.cn

法律顾问: 北京市华沛德律师事务所张永福律师

印 刷: 北京天正元印务有限公司

装 订: 北京天正元印务有限公司

开 本: 710×1000 毫米 1/16

字 数: 234 千字

印 张: 13

版 次: 2011 年 12 月第 1 版

印 次: 2011 年 12 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 978-7-5112-0922-1

定 价: 45.00 元

版权所有 翻印必究

序 言

陈尚胜

自上个世纪初日本学者内藤湖南提出唐宋之际中国社会发生重大变化的观点后，学术界对于唐代社会和宋代社会的认识，虽然有着不小的分歧，但基本上都认同唐宋之际的中国社会确实发生了显著变化。人们所看到的主要变化在于：唐代门阀贵族政治至宋代完全没落，而通过科举制度所产生的官僚政治开始兴起；土地耕作形态也由部曲制演变为佃户制；货币经济在宋代开始勃兴，代之以唐代的实物经济。而在对外关系方面，日本学者西岛定生还提出，安史之乱以后唐朝与周邻国家间所维系的“册封体制”也开始出现危机，而唐朝的灭亡则使“册封体制”崩溃。从此，东亚世界的构成原理出现重大变化，开始由政治支配转变为贸易关系。

其实，清代乾隆时期官修《续通典》的作者们就已发现宋朝在处理涉外事务时行为模式的变化。该书卷十六中称，“宋、辽、金疆宇分错，敌国所产，各居其有，物滞而不流，人艰于所匱。于是特重互市之法，和则许之，战则绝之。既以通货，兼用善邻，所立榷场，皆设场官，严厉禁，广屋宇，以易二国之所无。而权其税入，亦有资于国用焉。”由此来看，他们认为宋代对外行为的一个突出模式在于“互市”贸易。质言之，由唐入宋，封建王朝的主要涉外行为也由封贡模式演变为互市模式。

“互市”在宋朝为何成为主要涉外行为模式？在清朝乾隆时期的官方学者看来，主要由于宋辽以及宋金的分立而客观上必须开展互市以促进物流，从而弥补因政治分裂所带来的物质匱乏局面。不过，战争纠葛不断的宋辽或宋金统治者都同意以两国之所有来“易二国之所无”，还在于当时经济的发展和市场交换的客观要求。因此，宋朝统治者才将“互市”贸易作为华夷关系的主要模式。而传统的“朝贡”贸易模式，在面对宋辽以及宋金间的“兄弟关系”而非“君臣关系”时也难以为继，甚至朝鲜半岛的高丽也放弃宋朝而朝贡辽朝及金朝，日本天皇和控制朝政的藤原氏也对宋朝皇帝的“回赐”以不合

“名分”而断然拒绝。面对着“华夷”关系巨变与经济高度发展需要市场交换的新形势，宋朝统治者充分吸收吴越统治者的成功经验，将“互市”模式从边关地区扩大到海外世界，在沿海主要港口设立市舶司机构，用以管理中外商民的海外贸易。这样既可以使华夷经济互惠，又不涉及华夷之间政治尊严的敏感问题；既可以给政府带来税收利益，又便利于民生从而减少社会矛盾。

而随着互市贸易的兴起，海外商人也开始频繁来到市舶司港口甚至进入内地侨居，宋朝政府又是如何对他们进行管理的？这就需要我们研究宋朝的涉外法律。应该说，这个问题由于关涉法学，在历史学界还是比较疏忽的课题；而在法学领域，又因为它事涉中国与外国关系史，现实研究又是那么引人注目，竟然更是少人问津。英亭自2002年随我攻读中外关系史专业博士学位后，即愿进行跨学科的尝试，投身于宋朝涉外法律史研究领域。这部《唐宋时期涉外法律研究——以外国人来华为中心》，就是2006年她的博士学位论文修改本。我以为，这部著作不仅对于拓宽唐宋法律史研究领域有着积极意义，而且对于内藤湖南所提出的唐宋社会变化论问题也提出了重要补充证据。另外，海外汉学界一直关心和探讨的一个重要学术问题是，前近代时期中国与其邻邦交往及互动模式是什么？我以为也只有这样对中国历代封建王朝的涉外制度分别进行研究才能找出答案。故乐而为序。

2011-10-11 于山东大学

目 录

CONTENTS

绪 论	1
第一章 唐朝涉外法律	18
第一节 唐朝以前涉外法律之演变	/ 18
第二节 唐朝对外政策、涉外制度与对外关系	/ 24
第三节 唐朝涉外法律	/ 31
第二章 宋朝对外政策与对外关系	74
第一节 宋朝对外政策	/ 74
第二节 宋朝对外关系	/ 83
第三章 外国官方人士入宋法律	88
第一节 外国使节来华享有之权利	/ 89
第二节 关于外国使节在宋朝境内行为的法律	/ 93
第三节 关于外国使节入贡的特别法律规定	/ 98
第四章 宋朝涉外民事法律	100
第一节 关于入宋居住及生活的法律	/ 101
第二节 关于宗教信仰及就学的法律	/ 107
第三节 涉外婚姻与继承法律	/ 108

第五章 宋朝涉外经济法律	116
第一节 贸易与税收法律	/ 116
第二节 禁止钱银出界法律	/ 133
第六章 宋朝涉外刑事与诉讼法律	139
第七章 宋朝涉外法律渊源、特点及性质	143
第一节 宋朝涉外法律渊源	/ 143
第二节 宋朝涉外法律的特点	/ 145
第三节 宋朝涉外法律的性质	/ 150
第八章 唐宋涉外法律之比较	152
第一节 外国官方来华人士入境及在境内活动法律之比较	/ 152
第二节 涉外民事法律之比较	/ 157
第三节 涉外经济法律之比较	/ 161
第四节 从唐宋涉外法律之比较看唐宋社会变化	/ 163
结 语	170
附 录	172
参考文献	185
后 记	193

绪 论

一直以来，学术界的研究自然地将法学与历史学分成了两个不同的领域。虽然两者之间也有交叉，如法学界有对法制史的研究，历史学界也有对政治法律制度的研究，但两个学科间的分工却较为明显。具体到涉外方面，则可知法制史的研究虽有中外之分，但其重点在于各国的国内法律，即其法律本身的形成与发展、内容与特点问题，对于涉外法律却极少专门研究。同样，历史学界的对外关系史研究，也往往侧重于中国历史上各朝代与海外及周边各国的政治、文化交流和经济贸易往来，而涉外法律方面尚存在很大缺憾。因此，将法学与历史学两个学科加以整合，将涉外法律与对外关系进行综合研究，可使双方互为补益。一方面对外关系的研究将为涉外法律的形成与变化提供可靠的历史依据，另一方面，涉外法律的研究也会大大丰富对外关系史的内容。

一、唐宋时期涉外法律研究之意义

所谓“涉外”，就是含有涉及外国因素的意思。按照现代法律观念，任何一种法律都是调整某一特定的社会关系，当一种社会法律关系具有涉外因素，即其主体、客体或内容三要素中有一个或一个以上的因素具有涉外成分时，这种关系就是涉外法律关系。因此涉外法调整的是一个国家的国家机关、单位、社会团体以及公民同外国人、无国籍人和外国组织发生的社会关系，虽然它的渊源包括国际公约、国际条约和国际惯例等国际法规范，但国内法规范仍是调整涉外关系的主要依据。

唐宋时期的涉外法律当然不能完全等同于现代涉外法律，但是我们仍然可以借助涉外法律关系这个理论模型来探寻中国传统涉外法律的起源和发展，分析唐宋时期及其以前涉外法律的内容和演变。

中国传统涉外法律起源于何时，史籍记载少之又少，仅能从零星个案中推测出先秦统治者调整涉外法律关系的基本原则。汉代是古代中外关系的探索时期，形成了质子制度、和亲制度、经贸制度以及相关法律，均与处理涉外事务

息息相关。经过魏晋南北朝的继承和演进，中国传统涉外法律在唐代正式形成并在宋代得到发展。

美国学者斯塔夫里阿诺斯在他的著作《全球通史》中曾这样评价，从6世纪到16世纪，“这1000年是中国的政治、社会和文化空前稳定的时期。……在这1000年中，中国社会比世界其他任何社会，向更多的人提供了更多的物质保障和心理上的安全感。”^①其中，唐、宋时期是中国历史上最开放、海外贸易最发达的时期，陆上和海上丝绸之路远播中华文化的同时吸收异国文化，其外在表现即为大批外国人被吸引来华。涉外法律的制定自然成为封建君主维持其统治所要直面的问题。事实上，唐、宋时期的法制建设非常发达，《唐律疏议》是中国封建法制文明成熟的标志，自唐律开始形成了举世公认的中华法系，而《宋刑统》则是继唐律之后最辉煌的法律成果。虽然《宋刑统》经常被认为是唐律的翻版，但其远绍唐律，近承周律，作为宋朝的基本法典，其作用不可低估。而这两部法律著作都记载了对化外人的管理规定，特别是对化外人相犯所秉持的属人主义和属地主义相结合的原则，更是开创国际私法之先河。这些都说明涉外法律问题在当时确实是非常重要的问题。尤其是，宋代对外关系因为北方少数民族政权的存在而在海外国家的朝贡、对外贸易等方面极具特色，研究其涉外法律则更显必要。

同时，中国封建统治者如何处理涉外事务，尤其是对外国来华人员制定了什么样的法律和规定，这都是处理涉外问题的标准，法律以其自身具有的严肃性和稳定性还可以使我们从一个比较客观的角度来研究唐宋时期的对外关系史问题，并深化对中国传统涉外制度的认识。

由此可见，开展对唐宋时期涉外制度与法律问题的研究，具有极其重要的学术意义。它不仅可以深化人们对于唐、宋涉外制度与法律的认识，把握唐宋政府处理涉外事务的基本规律，而且有助于我们深入探讨唐、宋涉外制度和法律与社会发展、对外政策之间的相互关系，从中探寻中华民族的民族性问题，而这也正是学科综合的意义所在。

同时，在今天全球一体化的形势格局下，我国国内对外开放程度不断深化，中外联系不断加强，同时还在加快法制建设、力求建立法治国家。在这样的国家与社会发展的实践中，提出对涉外法律的研究，从历史中寻找制定涉外法律的经验，也具有非常重要的现实意义。

① [美] 斯塔夫里阿诺斯：《全球通史》，上海社会科学院出版社，1999年，第429页。

二、学术界研究述评

诚如上述，涉外法律研究跨越历史学、法学两个学科。学科分类的细化使跨学科领域受到的关注较少，这也是唐宋涉外法律研究相对薄弱的原因之一。

令人欣慰的是，有很多学者曾对涉外法律问题有所涉及，对唐宋时期尤其是唐代外国人来华现象给予了大量关注，并对《唐律疏议》中“化外人”条进行了辨析和界定。

对于外国人来华问题，日本学者桑原鹭藏有《隋唐时代来住中国之西域人》^①，而冯承钧先生也曾作《唐代华化蕃胡考》^②对来华胡人和蕃胡的华化进行了精确考证。在此基础上，上世纪50年代，向达先生的《唐代长安与西域文明》^③以详尽的史料，对唐代传入中国的西域文明与唐朝都城长安有关系者，分类整理，系统论述。它以流寓长安的西域人、西市胡店与胡姬、开元前后长安的胡化、西域传来的绘画和乐舞、长安的打毬活动、西亚新宗教的传入六个题目为线索，从钩稽进入长安的西域各国使者、商人、胡姬等各种人物开始，揭示开元前后长安所受西域文化的影响，再具体研究西域绘画、乐舞、娱乐、宗教等对长安的影响，至今仍是唐代中西文化交流史方面的力作。

70年代，台湾学者谢海平所撰《唐代留华外国人生活考述》^④，同样以极其丰富的史料对蕃胡在唐的分布情况、生活情形、唐朝政府对蕃胡的管理及蕃胡引起的问题、蕃胡入唐对文化生活的影响四大问题进行了考述，不仅对分布在唐朝各地的各种外国人进行了说明考证，而且就唐政府对蕃胡的管理和法令问题稍有涉及。

此外，张广达先生、荣新江先生则对分布在丝绸之路上的粟特商胡建立的聚落及其生活状况、他们所起到的传播多元文化和多种宗教的作用多有阐述，这些都可看作是对涉外法律关系中法律主体的研究。

在唐朝涉外机构研究方面，黎虎先生的《汉唐外交制度史》^⑤一书运用大

① 参见《内藤博士还历纪念支那学论丛》，何健民汉译《隋唐时代西域人华化考》，中华书局，1939年。

② 参见《东方杂志》第27卷第17号，收入《西域南海史地考证论著汇辑》，中华书局，1957年。

③ 向达：《唐代长安与西域文明》，河北教育出版社，2001年。

④ 谢海平：《唐代留华外国人生活考述》，台湾商务印书馆，1978年。

⑤ 黎虎：《汉唐外交制度史》，兰州大学出版社，1998年。

量的具体史料系统地论述了唐朝专职的涉外机构，以及唐朝后期外交管理体制的变化，可谓填补这一方面学术空白的巨著。程喜霖的《唐代过所研究》^①则完整地论述了过所制度，上溯过所制度之源，分析其演变与消逝，对唐代过所的申请、勘发程序、勘验原则与过程及其与交通贸易关系等做了详细论证。

在唐朝涉外法律制度方面，日本学者的研究起步较早。二十世纪上半叶，日本学者中田薰发表了《唐代法律中外国人的地位》^②一文，对来唐外国人的法律地位进行了探讨。此后，仁井田陞撰文《中华思想与属人法主义、属地法主义》^③对“化外人相犯”条的性质进行了界定，将其定义为唐朝解决涉外法律冲突的准据法，对这一问题的深入研究起了巨大的推动作用。

中国学者在这一研究领域取得的成果也同样可圈可点。首先，在中国法制通史类著作中，如张晋藩《中国法制通史》^④、曾宪义《中国法制史》^⑤和叶孝信《中国法制史》^⑥等，都对唐代的涉外法律问题或多或少有所介绍。其次，在研究唐朝律令体系的学术著作中，如戴炎辉的《唐律通论》^⑦、杨廷福的《唐律初探》^⑧和乔伟的《唐律研究》^⑨都对唐律中的“化外人”条所体现的涉外原则加以了肯定。郑显文《唐代律令制研究》^⑩一书，则将唐朝的涉外法律专列一章加以论述，从涉外民事法律与涉外经济法律的角度，分析了涉外法律在唐代律令体制下的特点。

专著之外，有关唐朝涉外法律制度的学术论文也陆续发表，尤其是对“化外人”条定义的辨析和内容的分析，取得了不少成果。其中，苏钦在《唐明律“化外人”条辨析》^⑪一文中，对唐律中的“化外人”从渊源方面给予了明确定义，认为“化外人”一词反映了由于华夏族（汉族）的“礼教文化”与夷狄习俗文化的差异而形成的“内”“外”观念，既承认这种区别的客

① 程喜霖：《唐代过所研究》，中华书局，2000年。

② [日]中田薰：《唐代法律中外国人的地位》，收入《法制史论集》第3卷下，岩波书店，1985年。

③ [日]仁井田陞：《中华思想与属人法主义、属地法主义》，《法制史研究》1952年第3期。

④ 张晋藩：《中国法制通史》，法律出版社，1999年。

⑤ 曾宪义：《中国法制史》，中国人民大学出版社，2000年。

⑥ 叶孝信：《中国法制史》，复旦大学出版社，2002年。

⑦ 戴炎辉：《唐律通论》，台湾中正书局，1965年。

⑧ 杨廷福：《唐律初探》，天津人民出版社，1982年。

⑨ 乔伟：《唐律研究》，山东人民出版社，1985年。

⑩ 郑显文：《唐代律令制研究》，北京大学出版社，2004年。

⑪ 苏钦：《唐明律“化外人”条辨析》，《法学研究》1996年第5期。

观存在,又含有要采取教育感化的方式使其逐渐通晓礼义的意向。虽然唐代已有“外国人”这个概念,但两者绝不属于同一概念,“化外人”条主要不是规定国与国之间的法律效力范围,而是着眼于调整与“礼教”法律文化有差异和冲突的民族的法律适用问题。

杨勤峰《论化外人相犯》^①则从概念外延方面分析了“化外人”是中国古代的一个法律术语,产生于中国古代特定的历史条件下,其外延在不同的朝代各不相同,因此对化外人相犯案件,历朝的处理也不尽相同。

沈寿文《〈唐律疏议〉“化外人”辨析》^②另辟蹊径,从“疏义”中举例说明的高丽、百济入手进行分析,认为唐律制定本条的立法者尽管以“文化”的观念来界定“化外人”的内涵,但可能导致了具体案件法律操作的困难,因此不得不通过“疏议”进行解释,采用“国籍”的标准进一步廓清“化外人”的外延。以现代人的思维来看,《唐律疏议》所言的“化外人”实际上包括了“外国人”和“少数民族”。

姜歆《唐代“化外人”法律地位探析——兼论伊斯兰教在唐传布的法律因素》^③,在前人对“化外人”分析、定义的基础上,具体讨论了唐代律、令、格、式各种法律形式中包含的对“化外人”的规定,这些法律条文不但确立了“化外人”在唐的法律地位,保障了“化外人”的各项权益,而且使伊斯兰教在唐时开始传布。

邹敏《关于唐律“化外人相犯”条的再思考》^④也认为“化外人”包括外国人和部分少数民族,并且把唐律“化外人相犯”条放在大格局上与中华传统法律文化联系起来,从唐代的治边思想、治边政策、文化内涵、民族关系等方面进行相关探讨,指出“化外人相犯”条不仅适用于处理外国人在大唐境内的犯罪,是唐代处理涉外案件的原则,也适用于与唐朝关系比较疏远的少数民族,是当时少数民族适用法律的特别规定。

相对而言,“化外人相犯”条引起了学术界的广泛关注,并在这一专题研究上取得了不小的成果,但对唐代涉外法律制度整体仍缺乏系统全面的论述,在对涉外律令体系、涉外民事、经济法律制度的发展与影响方面的研究也不够深入,而法律条文在多大程度上得到具体实践,更是我们需要关注的重点。

同样,宋代涉外法律亦缺乏全面系统的研究。不过,在其相关领域,如宋

① 杨勤峰:《论化外人相犯》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2004年第4期。

② 沈寿文:《〈唐律疏议〉“化外人”辨析》,《云南大学学报》2006年第3期。

③ 姜歆:《唐代“化外人”法律地位探析》,《宁夏社会科学》2006年第3期。

④ 邹敏:《关于唐律“化外人相犯”条的再思考》,《贵州民族研究》2006年第5期。

代法制史和宋代对外关系史方面,学术界的研究成果却颇为丰硕。总体来看,在宋代法制史方面,学者大多专注于对法律本身的研究,如宋代法律的编纂、法律形式、性质、体系,宋刑统与其他法律形式的关系等等。对宋代对外关系的研究则大多集中于宋朝政府与海外国家的政治外交或文化交流以及经济来往,如宋朝与高丽、交趾等国的往来、宋朝与辽、夏、金政权的和战等等,探讨朝贡体制之外,研讨文化交流。其中,研究北宋政治的论著多于南宋,而研究南宋经济和艺术的论著超过北宋。总之,无论是从涉外角度探究宋代法律,还是从法律角度研究宋代对外关系,两者都还存在很大的缺憾。

(一) 学术界对宋代法律的研究状况

和其他学科相比,由于宋代法律资料发掘整理较迟,常见的宋朝基本法典《宋刑统》又通常被认为只是唐律的翻版,影响了人们对宋代法律的深入探讨,因此对宋代法律的研究起步较晚,力度也不够。直到20世纪80年代中期,宋代法制史的研究才逐渐繁荣起来,在立法活动、刑事法律、民事法律、诉讼法律等各方面都取得了很多的成果。

80年代中期以后,有关宋代法律的综合性研究包括:郭东旭《宋代法制研究》^①,除涉及宋代法制的主要内容外,在一些学者较少或没有注意的方面也做了深入研究,并且善于把宋代的法制同当时的政治、经济背景联系起来加以考察,从法律史视角予以新的探讨,从而拓宽了宋代法制研究的领域。由张晋藩主编、多人合作完成的《中国法制通史》^②第五卷是宋代法制分卷,分立法思想与立法活动、行政法律、民事法律、经济法律、刑事法律、司法制度、辽金法律制度七章,是迄今为止对宋代法制所作的最全面的论述。戴建国《宋代法制初探》^③,注重于实证研究,收录了作者多年来的成果18篇文章,也是一部包括立法、法典法规、刑罚、法律制度、法律机构等方面的综合性著作。而何勤华的《中国法学史》^④与通常法制史著作体例内容不同,重点放在对中国法学史框架体系、发展线索、基本内容和主要特征的阐发上,是从一种新的视角研究中国法律史的一次可贵尝试。其中第二卷第五章《中国古代法学的成熟——宋元时期》,是对宋代法学的评述。

此外,在立法、刑事、民事法律等具体领域,研究成果也颇丰。

其中,对宋代立法活动的研究集中在宋代的编敕、对《宋刑统》的评价

① 郭东旭:《宋代法制研究》,河北大学出版社,1997年。

② 张晋藩主编:《中国法制通史》,法律出版社,1999年。

③ 戴建国:《宋代法制初探》,黑龙江人民出版社,2000年。

④ 何勤华:《中国法学史》,法律出版社,2000年。

及律敕关系上。如郭成伟、沈国峰《神宗变法与北宋编敕的发展》^①即对宋代律敕关系进行了探讨,认为编敕的产生和发展,乃是封建皇权加强后在法制上的表现,不能一概否定神宗的“以敕代律”。戴建国《宋代编敕初探》^②也就宋代编敕的修纂、体例的变化、作用和特点、修纂的历史背景等问题作了系统深入研究,然后指出,宋代把相对稳定的作为基本法典的《宋刑统》与具有灵活变通特性的编敕有机地结合起来实施,从而既保持了律等常法的继承性和稳定性,又有效地解决了现实中不断出现的新问题。而对于律与敕的关系,是否宋神宗以敕代律之后《宋刑统》便名存实亡的问题,学术界争论较大。郭东旭《宋刑统的制定及其变化》^③坚持传统的说法,认为宋神宗以敕代律后,《宋刑统》的实际法律地位已经是名存实亡,《宋刑统》并非终宋之常法。而郑秦《律文恒存,格敕损益——五代宋元的立法概况》^④则认为神宗改律令格式为敕令格式,虽大大提高了敕的地位,但是律并没有被废止或取代,宋律刑统终宋之世都保持着最高的法律地位。江必新、莫家齐《“以敕代律”说质疑》^⑤更从根本上对以敕代律说提出了质疑,认为从《宋史·刑法志》不能得出宋代以敕代律的结论,并具体论述了神宗以后敕律并用的史实,指出敕乃用来补律之未备,补律之未详,补律之偏颇。不过文章也承认在两宋司法实践中,敕的地位越来越高,律的地位越来越低,其后,敕的效力逐渐优于律条,到宁宗时,敕的效力甚至还不如例。戴建国《宋刑统制定后的变化——兼论北宋中期以后〈宋刑统〉的法律地位》^⑥同样认为虽然宋刑统的许多内容和规定有些废而不用,有些被订正修改,但终宋之世,宋刑统依旧是宋代通行的法典,从未被敕所取代,宋代律敕并行不悖,只是在法律效力上敕优先于律首先适用而已。薛梅卿所著《宋刑统研究》^⑦更进一步认为宋刑统在因袭旧制的基础上还有应时的新造一面,刑统长期适用于司法实践,终宋之世未尝废止。

在刑事法律方面,主要是针对宋初制定的折杖法和“贼盗”重法的研究。首先是关于折杖法的性质是附加刑还是代用刑的问题,历来看法不同,薛梅卿

① 郭成伟、沈国峰:《神宗变法与北宋编敕的发展》,《法律史论丛》第3辑,法律出版社,1983年。

② 戴建国:《宋代编敕初探》,《文史》第42辑,1997年。

③ 郭东旭:《宋刑统的制定及其变化》,《河北学刊》1991年第4期。

④ 郑秦:《律文恒存,格敕损益——五代宋元的立法概况》,《法学杂志》1984年第5期。

⑤ 江必新、莫家齐:《“以敕代律”说质疑》,《法学研究》1985年第3期。

⑥ 戴建国:《宋刑统制定后的变化——兼论北宋中期以后〈宋刑统〉的法律地位》,《上海师范大学学报》1992年第4期。

⑦ 薛梅卿:《宋刑统研究》,法律出版社,1997年。

《北宋建隆“折杖法”辨析》^①、安国楼《宋代笞杖刑罚制度论略》^②、戴建国《宋代刑罚体系研究》、《宋代从刑考》和《宋折杖法的再探讨》^③都作了具体研究。郭成伟、郭东旭等学者也对宋代的重典治“贼盗”的问题进行了考述。

宋代是一个商品经济高度发展的社会，与之相适应，宋朝政府制定了比以往朝代更为周密的民事法律制度，不仅大大丰富了宋代法律内容，也对后世产生了重要影响。在民事法律研究方面，赵晓耕尝试较早。其《试论宋代的有关民事法律规范》对宋代民事法律规范作了初步探讨，提出了一些独到的看法。其后出版《宋代法制研究》，收录了《两宋的民事立法》、《宋代的民事法律述略》、《宋计法述》等关于宋代民事法律的文章。此外，赵晓耕的《两宋商事立法》还论述了两宋的市场与市场管理法规、禁榷律法、对外贸易律法和商税制度。^④

宋代的继承制度在中国史上颇具特色。莫家齐《从〈名公书判清明集〉看宋朝的继承制度》^⑤对《名公书判清明集》所反映的继承制度、土地交易法作了探讨。王善军：《从〈名公书判清明集〉看宋代的宗祧继承及其与财产继承的关系》^⑥也以此书为基础论述了宋代宗祧继承的条件和权利主体、宗祧继承人的确立、宗祧继承与财产继承的关系。而袁例《宋代女性财产权述论》^⑦则以详尽的史实论述了宋代女子于父家财产的继承、女子随嫁资财、寡妇财产权益的得失等问题，提出了颇有新意的见解，是宋代女性财产权研究的一篇有影响的文章。

中国古代法制“诸法合体，民刑不分”，乃是学术界的传统看法，叶孝信主编的《中国民法史》^⑧对这个问题做了有益的探讨，认为中国古代是存在民事法律制度的。此书第五章《两宋民法》系统而又详细地对宋代的所有权、

① 薛梅卿：《北宋建隆“折杖法”辨析》，《中国政法大学学报》1983年第1期。

② 安国楼：《宋代笞杖刑罚制度论略》，《河南大学学报》1991年第1期。

③ 戴建国：《宋代刑罚体系研究》，收于漆侠等主编《宋史研究论文集》，宁夏人民出版社，1999年；《宋代从刑考》，《中华文史论丛》第64辑，2000年；《宋折杖法的再探讨》，《上海师范大学学报》2000年第6期。

④ 赵晓耕：《试论宋代的有关民事法律规范》，《法学研究》1986年第3期；《宋代法制研究》，中国政法大学出版社，1994年；《两宋商事立法》，《法学家》1997年第4期。

⑤ 莫家齐：《从〈名公书判清明集〉看宋朝的继承制度》，《法学杂志》1984年第6期。

⑥ 王善军：《从〈名公书判清明集〉看宋代的宗祧继承及其与财产继承的关系》，《中国社会经济史研究》1998年第2期。

⑦ 袁例：《宋代女性财产权述论》，收于杭州大学历史系宋史研究室编《宋史研究集刊》二，1988年。

⑧ 叶孝信主编：《中国民法史》，上海人民出版社，1983年。

债、婚姻,尤其是继承、民事诉讼法作了细致而精到的论述,是宋代民法史研究的填补空白之作。此后孔庆明等著《中国民法史》^①,第六章《宋朝民事法律制度》对债的关系论述较为详尽。但宋代是否存在作为独立法律部门的民法,在学术界还有一定的争论。

除了对具体法律制度的研究,学者们对包括宋朝法律在内的中华法系的特征、性质等问题也作了大量的探讨。如张晋藩认为中华法系的基本特点是法自君出,受儒家伦理道德观念的强烈影响,家族法在整个法律体系中占有重要地位,民刑不分、诸法合体、律外有“法”等。^②林剑鸣认为中华法系的基本特点是君主为法权渊源,礼法合一、对于个人的地位和权力一直没有予以应有的规定,刑法的残酷性异常突出等。^③这些观点都从儒家学说与中国古代法制的比较考察中确认了儒家伦理是中国古代法文化的基本精神,而郝铁川则独出心裁地认为中华法系的价值观念由三部分组成,即:法典的法家化、法官的儒家化、大众法律意识的鬼神化。^④另有学者从总体精神和宏观样式的视角来阐释中国传统法律文化,认为中国传统法律文化的基本精神是与“个人本位”相对应的“集体本位”,即法律规范的社会功能在于通过对个人行为的制约来维护某种社会团体的利益与秩序,或者说,是从维护社会整体安宁的角度出发,来设计个人的权利;中国法律文化的宏观样式是“成文法”与“判例法”相结合的“混合法”,等等。^⑤而夏锦文则主张从形式意义和实体价值两方面来把握中国传统法律文化的整体面貌。就形式意义而言,中国传统法律文化在法律的外部特征和社会地位上缺乏独立性和自治性;在法律的内在结构形式上表现为公法与私法不分、诉讼法与实体法合一的诸法合体的法律结构体系;在司法过程的运行机制上表现为司法与行政合一,行政长官兼理司法。而在内在精神和实体价值取向上,中国传统法律文化的最大特色就是法律的道德化或伦理化,以宗法伦理理性为核心的传统中国法律制度,充分反映了儒家伦理精神对法律生活的深刻影响。^⑥这些观点都从特定的角度总结并表述了中国古代法律文化传统的主要精神风貌和形式特质,反映了中国古代法律文化和法律生活的基本事实。

① 孔庆明等:《中国民法史》,吉林人民出版社,1996年。

② 张晋藩:《中华法系特点探源》,《法学研究》1980年第4期。

③ 林剑鸣:《法与中国社会》,吉林文史出版社,1988年。

④ 郝铁川:《中华法系研究》,复旦大学出版社,1997年。

⑤ 武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社,1994年。

⑥ 夏锦文:《社会变迁与法律发展》,南京师范大学出版社,1997年。

同时,西方对中国法律的评价也各有特色。战后初期,韦伯在他极有影响的著作《儒教与道教》^①中,指出了传统中国宗教和政治文化所特有的某些特征,是将植根于家庭和地方习俗并享有独尊地位的儒家意识形态与中国世袭国家的专横特征联系在一起。在他看来,中国的统治精英不是通过正式的法律或普遍的道德准则将其权威合法化,而是完全以家长的方式处理事务。而费正清在《东亚:伟大的传统》中也同样用韦伯式词语对中国与西方法律作了比较,把中国法描述为刑事的而不是民事的,是世俗的而不是以宗教原则为基础的,是支持国家权力而不是限制专制的。^②另一位研究中国法的西方先驱布迪认为,中国官方的法律完全脱离了普遍的道德关心,而几乎专门地关注对反抗国家的犯罪定罪量刑的程序。仅有的使中国法获得活力的道德关心来自儒家的理想。这种理想就是,在确定刑罚时考虑更多的应是家族和身份,而不是犯罪本身的性质。^③法国著名的比较法学家勒内·达维德在其《当代主要法律体系》中将中国传统法的特征总结为天理与人际和谐、法的次要作用、礼高于一切、非讼等。^④但是,西方学者并没有把儒家的道德说教因素看作是对公正法律的一个贡献,而是看作强化中国法律制度中不尽如人意的特殊的和习惯性因素的手段。李约瑟在其著名的《中国科学技术史》的关于中国古典法律理论章节中,还从科技发展层面指责中国未能明确提出一个作为检验和评断官方法律基础的自然法概念,从而延缓了近代法律的发展和科学的进步。^⑤不过,西方学者对中国法律的新近再评价,已经在试图纠正这种根深蒂固的关于中国法律特征的成见。^⑥

可见,无论中国还是西方学者,在研究宋代法律方面一般都专注于法律本身,如法律的编纂、形式、性质、体系等等,而在涉外法律方面却鲜有专门研究,只有少数学者曾对这个问题有所涉及。高树异先生早在1978年就对宋代外国人在中国的法律地位作了论述并就“冲突规范”及“治外法权”问题做了探讨。^⑦胡天明也从财产继承、居住、婚姻、教育四个方面论述了外国人在

① [德] 马克斯·韦伯:《儒教与道教》,商务印书馆,1995年。

② [美] John King Fairbank:《East Asia: the Great Tradition》, Boston: Houghton Mifflin, 1960.

③ [美] D·布迪、C·莫里斯:《中华帝国的法律》,江苏人民出版社,2003年。

④ [法] 勒内·达维德:《当代主要法律体系》,上海译文出版社,1984年。

⑤ 李约瑟:《中国科学技术史》,(北京)科学出版社,1975年。

⑥ 高道蕴、高鸿钧、贺卫方主编:《美国学者论中国法律传统》,清华大学出版社,2004年。

⑦ 高树异:《唐宋时期外国人在中国的法律地位》,《吉林大学学报》1978年第5~6期。