

## 中国法制史教科书编写臆说 ——评石冈浩等著《史料所见中国法史》

赵晶\*

2012年，日本和台湾地区的法制史学者先后推出了最新版的中国法制史教科书：石冈浩、川村康、七野敏光、中村正人合撰《史料所见中国法史》（法律文化社，以下简称《中国法史》）和黄源盛独著《中国法史学导论》（元照出版有限公司）。据笔者所知，此前布施弥平治所撰《中国法史学概要》（1973）、<sup>①</sup>李甲孚所撰《中国法制史》（1988），可能是日、台两地最晚近出版的相关教科书。由此可见，两地皆已三四十年没有相应的作品问世了。

滋贺秀三曾言：“某种科学要在学术界确立地位，为世人所承认，必须在大学里正规地系统地讲课。”<sup>②</sup>教学之于一门学科的意义，不言而喻。教科书作为指明学问门径、条理知识体系、展现系学科系统的必备用书，其撰写者应在考虑教学进度与读者理解能力的基础上，及时吸收最新的研究成果，相对准确、晓畅地表述知识信息，以及在前人编纂经验的基础上，精心地谋篇布局，甚至形成独自的风格体系、融入个人的问学体悟。

若是如此定位教科书的撰写，那么同行的最新成果自然应为吾侪所重视。由于大陆地区已有专文评介黄源盛的大作，<sup>③</sup>故而笔者将行文的起点定位于《中国法史》一书。该书作者分别是石冈浩（1963年出生）、川村康

\* 赵晶，中国政法大学法律古籍整理研究所讲师。

① 岛田正郎的《东洋法史》虽于1980年增订再版，但若以新撰成书为标准，则应属布施弥平治之书。

② [日] 滋贺秀三著《日本对中国法制史研究的历史和现状》，吕文忠译，《法律史论丛》第3辑，法律出版社，1983，第296页。

③ 李启成：《行深融豁 过渡津梁——黄源盛教授著〈中国法史导论〉读后》，《政法论坛》2013年第3期，第186~191页。

(1961 年出生)、七野敏光 (1955 年出生) 和中村正人 (1964 年出生),<sup>①</sup> 由川村康负责统稿。四位作者皆是日本中国法制史研究领域的中坚力量, 是以《唐律疏议》日文译注为目标的“唐律疏议讲读会”的成员, 其中川村氏和中村氏分别执译了《杂律》《断狱》; 就研究成果分布而言, 四位作者各擅胜场, 研究侧重分布于秦汉、宋代、元代、清代。这一作者群体, 既精于律学, 又谙熟各个断代的史料与研究积累, 可谓上佳组合。

以下将分中国法制史课程的意义、篇幅与结构、史料与解读、疑问四个部分逐一予以评介。当然, 笔者也不拟将本文定位于纯粹的书评,<sup>②</sup> 还想将笔触拓伸至自己对教科书编写理解上, 这自然不可避免地涉及笔者所使用过的各种前辈之作。之所以用“臆说”一词, 一则因为作者本人在中国法制史领域的教学与研究(甚至学习)上为时尚浅, 既无经验之谈, 观察亦相当有限; 二则, 中国大陆的教科书编写受制于诸如本科教学大纲等“官方文件”, 改进云云恐怕只是书生空想罢了。

## 一 中国法制史课程的意义

对于日本法科学生而言, 中国古代法制史(即该书所言的“前近代中国法制史”)在形式上是与日本及中国当代法制无甚关联的一门课程。如果将法学定位于实践学科, 法制史这种“虚学”的教学意义何在? 《中国法史》所枚举的理由大约有三: 第一, 历史学习的意义在于对当下的理解; 第二, 有助于理解现代中国法; 第三, 有助于理解日本法, 即不但明治以前的日本法深受中国古代法制的影响, 而且现代日本的文化与制度亦可追溯于古代中国。

如果说, 教科书一再申说学习理由以吸引外国学生选修本门课程具有相对合理性,<sup>③</sup> 那么中国法制史之于中国法科学生, 是否也需作如此强调? 从

① 四位作者的学术履历, 可见该书“执笔者介绍”部分, 第 228~229 页; 亦可参考陈新宇《外在机缘与内在理路——当代日本的中国法制史研究》之“东洋法制史学会员情况表”, 《政法论丛》2013 年第 3 期, 第 72~74 页。

② 对于该书, 日本国内也已出版专门的书评, 如〔日〕岡野誠《書評: 石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人著〈史料からみる中国法史〉》, 《法史学研究会会報》第 17 号, 2013 年 3 月, 第 175~179 页; 〔日〕松田恵美子《書評: 石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人著〈史料からみる中国法史〉》, 《東洋法制史研究会通信》第 24 号, 2013 年 8 月。

③ 20 世纪前半期, 由于领土扩张, 日本国内对于中国法制史的学习与研究热情极其高涨, 根本无需反复申说学习的意义。如《京都帝国大学史》载: 九一八事变之后, 为日本国内对中国问题的关注热情所影响, 京都帝国大学法学部于 1940 年特别增设了“东洋法制史”课程。参见〔日〕京都帝国大学编《京都帝国大学史》, 1943, 第 185、194 页。

广义言之，人文学科恐怕不能以理性的功利性目的予以评估，否则无法创造实际价值的文史哲等传统学科将无以立足。自近代以来，国人因亡国灭种的压力以及被殖民、后殖民心态的影响，始终追随西方文化亦步亦趋。在此时代背景之下，若拷问中国法制史之教学与研究能否直接为当下法治社会之构建添砖加瓦，无疑是一种“强盗逻辑”的产物。为了回应这样的“强盗逻辑”，中国法制史教科书的编写者大多设专门章节予以探讨课程学习的意义与目的，借此论证自己存在的合法性与合理性，其苦心孤诣何其悲壮！

然而，在中国法制史作为必修课的情况下，不论学生为真心抑或被迫，修习课程并不源自选择自由、意思自主，苦苦劝诱也不可能改变大部分学子只为求取学分的功利心态；若其降格为选修课，则爱国主义教育之必需、传统文化之镜鉴等说教是否有足够魅力（这些说法能否成立，则另当别论），也令人高度怀疑。就课程设置而言，黄源盛的观察可资佐证：“在台湾，法律学系的中国法制史……民国四十八年至六十年间（1959<sup>①</sup>～1971）曾列为司法考试科目，声价顿高，惟自六十一年起不再列为应试科目后，从此跌入‘冷渊’，今各校已成或选修或免修的局面”；<sup>②</sup>就教科书的市场需求而论，陈顾远也有体会：“中国法制史课程虽为必修，实系冷门，抗战军兴，求愚著（指《中国法制史》，商务印书馆1934年版——笔者注）于重庆肆上，竟不可得……适去年高考，以中国法制史列入必试科目，此一课程声价顿高，而愚在二十五年前所写之中国法制史，竟在此热闹声中发现于肆矣！”<sup>③</sup>由此可知，在与传统渐行渐远（甚至割裂传统之言甚嚣尘上）之际，中国法制史课程及教科书的受众市场的大小只能取决于公权力。

方流芳在回答“为什么公司法研究的主要成果是制度批判、问题的提出和分析，而不是问题的解决方案”时说：“一个社会针对它自身的问题应当采取什么样的解决方案，不是，也不应当由学者决定，社会科学研究的贡献在于展示和剖析真实的问题，一旦问题得到充分的认识、自由的表达，政策就会或多或少地受到影响，政策确定之后，即使一时难以找到最好的解决方案，问题也能得到控制。”<sup>④</sup>无独有偶，张五常在悼念科斯的文章中亦作了类似表达：“我不相信经济学者有本领改进社会，更不同意改进社会是他们的责任。我认为经济学者的职责只是解释世事或现象，或者解释怎么样的政策

① 原文作“1949”，误，故改。

② 黄源盛：《中国法史导论·序》，元照出版有限公司，2012。

③ 陈顾远：《序》，林咏荣：《中国法制史》，自印增订第6版，1976，第1页。

④ 方流芳：《序言》，〔美〕罗伯塔·罗曼诺编《公司法基础》（影印本），法律出版社，2005，第16页。

会导致怎么样的效果”。<sup>①</sup>若以此定位学科、学者、课程的功能与价值，中国法制史未必是“虚学”，以历史的视角观察现实，以现实的困惑证诸历史，本来就是身处现实社会之法史学人“自发”而非“自觉”的本能反应。换言之，在这一理念下，若法制史被斥为“虚学”，社会科学之任一学门皆难以幸免。

事实上，随便检视民法、商法、刑法、诉讼法等法学其他核心课程的教科书，几乎每本都是开篇即奔主题，全然不见类似“功能论”的说法，这恐怕是“存在即合理”的底气使然。“吾侪所学关天意，并世相知妒道真”，<sup>②</sup>若法史学者有此自信，何必汲汲自辩？

## 二 篇幅与结构

《中国法史》分为五大部分，共20讲。<sup>③</sup>第一部分即第0讲阐述了学习中国法史的意义、中国法史的分期问题以及该书的构成与内容；第二部分动态勾勒了中国古代法典编纂与刑罚演变的历史过程；第三部分主要论述了司法机关、诉讼程序、司法官责任，以及审判所据最高法源的问题（如何处理道德与法律的冲突）；第四部分则以刑法为内容，主要涉及法定刑立法模式、中国古代是否存在罪刑法定主义、老幼废疾者、自首、正当防卫与共同犯罪的处理，以及六杀等；第五部分则是家族法，涉及婚姻与继承。

在具体写法上，除了法典编纂与刑罚演变依据朝代顺序逐次编排外，其余各篇则基本以唐代以后的史料（尤其是唐律）为基础，间或涉及唐—清之间的演变，尤其以日本现代法律制度作为参照对象，缕析异同，乃是一大特色。

此外，该书还特别设计了十五个专栏，分布于相关各讲之后，有介绍法律文献者，如专栏1“秦汉的出土法制史料”、专栏8“判语和刑案”；有涉及理论前提者，如专栏2“基本法典与副法典”；有关于古代立法技术及该书行文体例者，如专栏3“条文标示方法”；有提示学术争议者，如专栏14“女子分法之谜”。当然，更多的则是阐释具体制度、专有名词，如专栏5“对待官员的特别措施”（即议、请、减、赎等）、专栏6“八议”、专栏9

① 张五常：《悼科斯》（现题名：“据科斯路线建议两权分离曾被干部骂个半死”），凤凰网财经频道“诺贝尔经济学奖得主科斯逝世”专题，2013年9月9日，[http://finance.ifeng.com/a/20130909/10639941\\_0.shtml](http://finance.ifeng.com/a/20130909/10639941_0.shtml)。

② 陈寅恪：《挽王静安先生》，陈美延编《陈寅恪集·诗集》，三联书店，2001，第11页。

③ 详细目次，可参见本文附录。

“不应为条与坐赃条”等。

相较于既往日本的中国法制史教科书（如仁井田陞《中国法制史》），《中国法史》削减了相当篇幅，这大约体现在三个方面：第一，除法典编纂与刑罚外，唐代以前的法律制度基本未加措意；第二，即便是作为论述重心的唐代以后法制，也不再关注土地法、交易法、身分法、行会法、亲族法与宗族法、村落法等内容；第三，叙述对象仅限于古代中国。

这样的结构设计自然有其合理之处，笔者个人以为：

第一，随着出土文献的大量发现，秦汉法制史的研究虽然获得极大推进，但许多观点仍非定谳之论，以此为教科书内容，需要对学术史及诸家之说予以充分展开，若仅示以其中一说，则有误导之嫌。《中国法史》在法典编纂部分曾提出了一个聚讼不休的难题：《法经》六篇与《九章律》是否真实存在？该书首先提出了质疑的理由：《法经》编纂的说法首见于《晋书》，较此更早的《史记》与《汉书》皆无相关记载，且《史记·萧何世家》中也未见萧何增加律三篇之事与“九章”之语；其次，又列出了二者真实存在的可能性：《睡虎地秦墓竹简》含有战国魏律，从秦律与魏律的关系看，魏文侯时李悝所定《法经》之存在不能遽然否定，且《睡虎地秦墓竹简》中有多见与户口、军役、租税征收等相关的行政规定，萧何所增“事律”三篇多与行政运行相关，为上述秦法增加刑法规定而入汉律，亦有可能；最后，该书又对滋贺秀三关于“六篇”“九章”的看法作了专题介绍，即“3”的倍数是前近代中国人在制度记述时常用的数字，东汉法律世家将法置于儒家经典的地位，由此出现“法经六篇”“九章”之语（第11~12页）。如此复杂的论证过程，且作者亦未明确给予一个倾向性的观点，这恐怕在一定程度上会令初学者迷惑不已。<sup>①</sup>更何况，另有学人对《晋书·刑法志》等相关记载予以彻底质疑，<sup>②</sup>上述讨论尚不能全面覆盖目前的研究成果。秦汉法制已然如此，资料更为欠缺、文字更为古奥的先秦法制恐怕更不易廓清。《中国法史》将叙述重心后移，不失为一种策略。

相较于《中国法史》对学术争议的申说、比较，中国大陆的法史教科书则多“独断”之语，即便如民法等其他学科教科书中常见的“A说”“B说”“折中说”“通说”等枚举方式，都几乎绝迹于此。这恐怕不仅仅是出于篇幅

① 冈野诚也有类似看法，参见〔日〕岡野誠《書評：石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人著〈史料からみる中国法史〉》，第177页。

② 〔日〕廣瀬薰雄：《秦漢律令研究》，汲古書院，2010，第68~69页。转引自徐世虹、支强《秦汉法律研究百年（三）——1970年代中期至今：研究的繁荣期》，徐世虹主编《中国古代法律文献研究》第6辑，社科文献出版社，2012，第105~106页。

或难易的考虑吧？

第二，中国法制史虽为法学课程与学科门类之一，但究其本质，亦为一种专门史。虽然官制科举、军事外交、财税贸易等皆应被视为中国法制史学习所需的背景知识，如不知各代官僚行政机构设置，便无法理解诉讼审判机构及其管辖层级，但这并不意味着中国法制史的教科书应该对应现代法意义上的“行政法”而设计“职官法”的内容；又如，为了迎合现代部门法之“经济法”而设置经济法规的篇章，内中所涉赋役、榷征、商税等，几乎全是经济史所关注的话题。虽然诚如陈顾远所言“此不过编著体例上之争，尚非中国法制之史的重要问题”，<sup>①</sup>且当下学科门类的设置几近一种随意（或其他利益驱动）的“行政行为”，一味强调法制史、经济史、政治制度史等划分，实在无助于培育博文通识的学养，有伤人文学科设置之本意，但是课程设计因受限于“培养方案”中课时均衡等考虑以及讲授者的知识结构，其内容必然无法包罗万象，只能求其大者。以中国政法大学法学本科课程设置为例，中国法制史为 54 课时，如欲全面铺开“广义”之法制史，且相对准确地介绍各种制度、现象之源流（如唐代赋役中的“杂徭”，其复杂程度导致学说纷纭，至今未能定谳<sup>②</sup>），恐怕得不偿失。<sup>③</sup>《中国法史》将“以具备经济史知识为前提的土地法与交易法”（第 5 页）作为进阶学习的内容而略过不述，可谓明智。

事实上，精简篇幅、集中主题也是中国大陆法制史教科书编写的趋势，如范忠信、陈景良主编的《中国法制史》在第二次修订时，“对全书文字进行了较大规模的删节”，“使总章数由二十一章减少为十六章”，“尽量删除原书关于经济管理法制、赋税徭役法制、科举和治吏法制、军事法制、民族和边疆管理法制等方面的内容”等，<sup>④</sup>便是例证。

此外，《中国法史》采用专题划分设计（以下称“专题模式”），即分“法与刑罚”“法与裁判”“刑事法”“家族法”。这种分章体系并非创自该

① 陈顾远：《中国法制史》，中国书店据商务印书馆 1934 版影印，1988，第 3 页。

② 参见李锦绣《敦煌吐鲁番文书与唐史研究》，福建人民出版社，2006，第 198 ~ 210 页。

③ 当然，亦有作者未尝自限其作为“教材”，如此便无需计较教科书与课时安排之间的关系。如林咏荣所著《中国法制史》稿成，以陈顾远昔年之书“渊博，（学生）间有接受困难，且亦讲教不完”为刊印其稿之理由，陈顾远回答道：“实则愚著向为参考用书，非为教本者，二十年来另有教材为用”。（参见陈顾远《序》，林咏荣：《中国法制史》，第 2 页）只是，对于应付考试、求取学分者而言，教科书是唯一读本，参考用书并无价值；对于想要深入了解官制、赋役等专门之史者，彼学之著述亦称宏富，法史学者所著之“参考用书”在彼学领域能占据何种学术地位、具有何种学术价值，实是需要甄别评估。

④ 范忠信、陈景良主编《中国法制史》（第二版）之“第二次修订说明”，北京大学出版社，2010，第 4 页。

书，早在20世纪三十年代、五十年代，中国学者陈顾远、日本学者仁井田陞即如此谋篇布局，此后台湾地区林咏荣、戴炎辉、李甲孚等所撰《中国法制史》教科书也莫不如此。而中国大陆的教科书（包括日本学者布施弥平治的《中国法史学概要》<sup>①</sup>）通常依朝代顺序编排，在某朝某代中再以部门法进行分节（以下称“通史模式”），其缺点十分明显：“这样的写法容易造成内容的重复，而且在篇幅有限的情况下易于形成面面俱到而缺乏深度”，<sup>②</sup>“一方面是叙述历史的分量过重，使读者容易混淆法制史和普通历史的区别……另一方面是将各部门法的发展变化的叙述因为朝代的原因而割裂开来……”。<sup>③</sup>鉴于此，以笔者目力所及，继郭建、姚荣涛、王志强合著《中国法制史》之后，杨一凡、<sup>④</sup>廖宗麟等也纷纷转向了以制度为纲目，叙述其流变的专题模式。当然，这样的写法也未必毫无缺陷，如果说通史模式割断了部门法的发展线索，那么专题模式则难以展现某朝某代的整体法律状况。对此，邓建鹏和黄源盛进行了另一种尝试，即虽然全书仍采用通史模式，但在对各代制度的叙述中仅取其有别于前代的最具时代特色的内容，且意图沟通制度史与思想史。在邓著中，被既往教科书于各朝各代反复提及的“婚姻制度”如三媒六聘、七出三不去等，仅出现在第一章第三节“西周的法律制度”中（暂且不论西周时期是否已然出现了这些原则或制度），且在该节简略地提示了这些原则在后世的变化，<sup>⑤</sup>这就避免了通史模式最为诟病的“内容重复”；而黄著在先秦部分侧重法律思想，在秦汉部分以出土法律文献、制度及其运作、春秋折狱为内容，继而融合制度与思想以阐发唐律，标举“法制的变与不变”及司法考试和案牍判语来凸显宋元法制之特色，等等，“以‘历史时代’区分为经，以‘问题导向’为纬”，“兼采变与不变的‘静态’与‘动态’观察法”，“虽然未必对于历代法制的各种动态细节都加查考，但是对于若干重要问题的观念如何形成、如何演变，必须有所洞悉”。<sup>⑥</sup>这些写法皆足为后来者借鉴。

第三，虽然《中国法史》的作者并未明确言及该书不涉及近代中国法制的理由，但笔者猜测原因如下：从知识、经验获取角度言，近代以后逐步西化的中国法制，对于日本的法科学生而言恐怕并不陌生，毕竟日本也经历了

① [日] 布施弥平治：《中国法史学概要》，八千代出版社，1973。

② 郭建、姚荣涛、王志强：《中国法制史》（第二版），上海人民出版社，2006，第7页。该书初版由上海人民出版社于2000年出版。

③ 廖宗麟：《新编中国法制史》，中国检察出版社，2007，第3页。

④ 杨一凡主编《新编中国法制史》，社会科学文献出版社，2005。

⑤ 邓建鹏：《中国法制史》，北京大学出版社，2011，第41~44页。

⑥ 黄源盛：《中国法史导论》，第30页。

类似的阶段，在某种程度上，他们可于日本近代法制史的学习中获取中国近代法制变革的部分印象。而且该书在“中国法史的学习意义”中也已申说，考察曾经作为日本法文化母体的古代中国是深入理解现代日本法的一种途径，这自然与近代中国法制史无涉。

只不过，中国近代法制史之于中国学生乃至中国研究者而言，则具有与之不同的重要意义，尤陈俊以为：“从某种程度上讲，它将是一种有着直接现实意义的学术实践。这不仅是因为，从清末变法开端，后来通过法律继受建立起来的知识系统，与现代法学有着更多的共融性，因此更能够在学术上做适度对接，更重要的还在于，这一百多年来的法制实践，已经构成了深刻影响我们今天的（新）法律传统”。<sup>①</sup>这种论断显然有“功利性”诉求，与上文所述爱国主义等说教有殊途同归之意。事实上，如此论说未必全然准确，持论者本人也在后文中有所说明：“帝制中国时期的法律文化基因，在今天仍有遗存，对它们的学术研究，也因此仍会具有模糊的现实性。故而，只有限制在清末以来的法律发展历史与今天更为直接地存在着相对承袭性的意义上，上述的这一判断才可能成立”。<sup>②</sup>对此，笔者以为：即便学科与课程的存在确须以具有实用价值为前提，那么对于当下中国而言，“直接”的“承袭”对象与“模糊的”“基因”“遗存”究竟谁发挥着更大的影响，这恐怕不能单纯以时间远近予以论定。如方流芳认为：“清末的‘官办’、‘官督商办’、民国的‘国营事业’、‘公营事业’和中华人民共和国的‘国有企业’有一线贯通的思路——在中国社会占支配地位的企业应当是那些由国家控制的企业”。<sup>③</sup>这样的一以贯之的“思路”应追究至何时？起码不是始于近代中国。又，严复这段为当下宋史学者多番强调之论，也颇值玩味：“若研究人心政俗之变，则赵宋一代历史，最宜究心。中国所以成于今日现象者，为善为恶，姑不具论，而为宋人之所造就什八九，可断言也”。<sup>④</sup>人文社会学科之所以饱受争议，恐怕在于“科学”祛魅之未果，相关结论之孰优孰劣无法精确计算，全凭个体感官经验作出判断。因此，以“价值”衡量古代、近代，永远不可能得出令所有人都满意的结论。法制史“功能论”或许应该休矣。

---

① 尤陈俊：《知识转型背景下的中国法律史——从中国法学院的立场出发》，《云南大学学报（法学版）》2008年第1期，第113~114页。

② 尤陈俊：《知识转型背景下的中国法律史——从中国法学院的立场出发》，第115页。

③ 方流芳：《试解薛福成和柯比的中国公司之迷——解读1946年和1993年公司法的国企情结》，梁治平编《法治在中国：制度、话语与实践》，中国政法大学出版社，2002，第314页。

④ 王栻主编《严复集》，中华书局，1986，第668页。

又，中国共产党领导的革命根据地法制乃至于中华人民共和国成立之后的法制建设，是否应该进入中国法制史的教科书？仁井田陞在修订《中国法制史》时增加了有关土地改革法和新婚姻法两章，其理由是：“历史不仅仅存在于过去的岁月里，现在和未来也都将融入历史的发展中。我对历史的观察，是与现在联系在一起的，毋宁说是以现在为出发点而面向未来。因此若将第二个方面的问题（指有关土地改革法与婚姻法——笔者注）置之度外，就不能对中国历史，对中国独具特色的法的历史，作完整的把握。实际上，对中国的过去，是要联系新中国的变革也就是对过去的否定中，才能够理解的”。<sup>①</sup> 其实，中国学者也曾对此进行过尝试，如薛梅卿、叶峰所撰《中国法制史稿》（高等教育出版社，1990）。这种尝试之初衷令人钦佩，然其所遇到的技术难题（如档案不解密）及政治难题，恐怕会导致相关论述有“隔靴搔痒”之嫌。

### 三 史料与解读

史料是史学研究的基础，中国法制史研究之推进、热点问题之形成，既来自于对传世史籍的深入解读，也部分仰赖新史料的不断涌现。《中国法史》密切追踪新出史料，如以叙述的方式提到韩国于2007年公布的元代《至正条格》残卷（第30页）；又如发挥了天一阁藏明钞本《天圣令》的史料价值及吸收了相关唐令复原成果。冈野诚对后一做法表示了审慎态度：“《天圣令考证》（指《天一阁藏明钞本天圣令校证附唐令复原研究》，后简称《校证》——笔者注）中的复原唐令（包括条文序号、字句）仅是中国研究者的试行意见，作为资料对待时需要注意”。<sup>②</sup> 应当说，冈野氏的提醒有其合理性，《校证》一书所复原的唐令条文及其排序未必能与历史上真真实存在的“唐令”完全符合，而且中日学术界对此亦多争论。<sup>③</sup> 但是，就目前的研究而言，许多争论只能说是各执一词、仁者见仁，无法判定孰优孰劣，那么径直使用《校证》的复原成果也未尝不失为一种可行之法，否则《中国法史》将《唐令拾遗》《唐令拾遗补》“作为资料对待”，是否也应提

① [日] 仁井田陞：《中国法制史·增订版序》，岩波书店，1963；牟发松译，上海古籍出版社，2011。需要注意的是，仁井田氏对于此研究的“价值”定位是“学术指向”而非“实用目的”。

② [日] 冈野誠：《書評：石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人著〈史料からみる中国法史〉》，第178頁。

③ 参见赵晶《〈天圣令〉与唐宋法典研究》，徐世虹主编《中国古代法律文献研究》第5辑，社科文献出版社，2011，第262~292页。

醒其“注意”？

以此反观中国大陆的法制史教科书，其对于新史料的敏感度始终不惬人意，而对于传世史料的解读也偶有轻率之论。如西夏法典存世者有《贞观玉镜将》（又译为《贞观玉镜统》）、《天盛改旧新定律令》《亥年新法》和《法则》等，其制定、颁行起自西夏崇宗贞观年间（1101～1113），经由仁宗天盛初年<sup>①</sup>（天盛元年即公元1149年），到神宗光定年间（1211～1224），历经100余年，反映了西夏的立法水准与法制状况。虽然上述法典皆为西夏文，于法史学人而言，释读困难，但早在1988年，便已出版了名为《西夏法典——〈天盛改旧新定律令〉（1～7章）》的汉译本，<sup>②</sup>1995年出版了《贞观玉镜将》的汉译本，<sup>③</sup>使用便利。然而，在笔者印象中，除薛梅卿主编《新编中国法制史教程》在第七章第二节专设一目“西夏《天盛改旧新定律令》简介”（中国政法大学出版社，1995，第234～237页）外，当时的教科书鲜有措意西夏法制者。进入21世纪以后，这种现状并未得到明显改善，大部分教科书依然满足于利用“刑法志”，粗线条地勾勒“辽金”法制以展示少数民族政权的立法特色，而忽略西夏，即便有所涉及，也仅以《天盛改旧新定律令》为介绍对象，并未涉及其他法典。又如，中国法制史教科书一般会以《周礼》等传世文献为据构建西周时期的司法机构体系，将“司寇”视为当时的司法官。若将这种观点证之以青铜器铭文，则其结论不免令人怀疑。有学者考证认为：“就目前所见的相关材料看，司寇之设大致还只能定在两周之际”，“至于西周末年王朝是否专门设有司寇之官，目前还是不太容易说清楚”，“如《周礼》所述的具有相对独立性的司法职能部门的‘司寇’之建制，只有在宗法等级社会逐步解体过程中才能得以萌芽并走向完善，而在西周甚至于春秋中期以前是不太可能的”。<sup>④</sup>换言之，即便青铜器铭文存在“司寇”一词，也不能想当然地将它与《周礼》所载之职官等同，“在金文中出现某人掌管某事的记载，仅仅根据这一点，我们

① “……我们推测《天盛律令》是在任得敬刚入朝不久，权势还没有很大膨胀的天盛初年颁布的”。引自史金波、聂鸿音、白滨译注《天盛改旧新定律令·前言》，法律出版社，2000，第3页。

② [苏联]克恰诺夫俄译，李仲三汉译、罗矛昆校，宁夏人民出版社，1998。此后，中国学者史金波、聂鸿音、白滨据苏联东方文献出版社刊布的原件照片翻拍制版，译注了《天盛改旧新定律令》（科学出版社，1994）。

③ 陈炳应：《贞观玉镜将研究》，宁夏人民出版社，1995。

④ 陈絜、李晶：《彝季鼎、扬簋与西周法制、官制研究中的相关问题》，《南开学报（哲学社会科学版）》2007年第2期，第110页。又，李峰认为西周晚期的铭文可证明，出现在人名之前的“司寇”便是职官名，参见李峰著《西周的政体：中国早期的官僚制度和国家》，吴敏娜等译，三联书店，2010，第79～80、98页。

似乎还不足以充分肯定在西周就设有这一类职官”。<sup>①</sup>法制史教科书理应采取这种更为谨慎的态度。

当然，也有部分教科书对史料保持了相对敏感性且持论谨慎，如前述初版于2000年12月的郭建、姚荣涛、王志强合著的教科书，即已吸收了戴建国《天一阁藏明抄本〈官品令〉考》（《历史研究》1999年第3期）的成果；<sup>②</sup>又，马志冰主编的教科书认为：“古代文献所载夏桀囚禁商汤的夏台（均台），只是王城里的一座宫室；而殷纣王关押周文王的羑里，则是一座城垣。它们充其量是一种临时软禁囚所，并非一般意义的监狱”。<sup>③</sup>以目前所见史料看，此乃善论。

#### 四 两点疑问

对于该书，笔者亦略有疑问，借此求教作者以及学界先进。<sup>④</sup>

第一，该书将中国历史划分为三大阶段：以春秋战国为止，为“前帝政国家期”；秦至清，乃是以皇帝为中心的“帝政国家期”；清亡以后，则为“民主政国家期”。具体落实到法制史研究上，“前帝政国家期”是法律萌芽时期，“帝政国家期”则是以律这一刑法法典为国家法之核心的时期，“民主政国家期”则是以宪法作为核心的近代西欧国家法体系逐步形成的时期。在“帝政国家期”中，法史的时代区分可以隋唐为界一分为二，而且与作为“经济史”分期的“唐宋变革”不同，应将变革期定位在“南北朝时期”（第3~4页）。就此分期问题，冈野诚提出了质疑：该书一方面将“帝政国家期”的法史分界定于隋唐，另一方面又称变革期在南北朝，其原因何在？<sup>⑤</sup>这的确令人疑惑，而且关于分期的论断尚有以下两个问题：第一，内藤湖南认为：“唐宋时期一词虽然成了一般用语，但如果从历史特别是文化史的观点考察，这个词其实并

① 张亚初、刘雨：《西周金文官制研究·前言》，中华书局，1986，第3页。即便如此，该书还是将“大量描述官员职责的词语看作是职官的名称”。引自李峰著《西周的政体：中国早期的官僚制度和国家》，吴敏娜等译，第46页。

② 郭建、姚荣涛、王志强：《中国法制史》，第105页。

③ 马志冰主编《中国法制史》（第二版），北京大学出版社，2012，第28页。

④ 冈野诚亦有所论，凡与冈野氏不谋而合者，笔者便不再提及。参见〔日〕岡野誠《書評：石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人著〈史料からみる中国法史〉》，第177~179頁。

⑤ 〔日〕岡野誠：《書評：石岡浩・川村康・七野敏光・中村正人著〈史料からみる中国法史〉》，第177頁。

没有甚么意义”。<sup>①</sup> 亦即内藤氏对于“唐宋变革”的判断，是基于“文化史”的视角，这一“文化”的内涵包罗万象，“是政治、经济和学术文艺等的总和，几乎是历史的整体发展”，<sup>②</sup> 这似乎与《中国法史》所定位的“经济史”领域有相当差距。第二，有关分期的问题，应该区分“时期”与“过渡期”，如内藤湖南的分期论认为：中国史的第一期是有史以来到东汉中期，为上古；此后是第一过渡期，即东汉后半期到西晋前期；第二期是五胡十六国到唐中期，为中世；此后是第二过渡期，为唐末到五代时期；第三期是宋元时代，为近世前期；第四期是明清时代，为近世后期。<sup>③</sup> 其中，“过渡期”亦可等同于“变革期”，亦即这是发生剧烈变化的历史阶段，此前与此后则是两个特征相对明显的“稳定期”。若以此为前提，则该书所谓“帝政国家期”的法史分期或可表述为：秦至西晋为帝政国家期前期，东晋南北朝为变革期，隋唐以后为帝政国家期后期。

第二，该书在叙述梁朝刑罚等级时提到，作为财产刑的赎罪可分为九个等级，即赎死（金二斤）、赎髡钳五岁刑笞二百（金一斤十二两）、赎四岁刑（金一斤八两）、赎三岁刑（金一斤四两）、赎二岁刑（金一斤）、罚金十二两、罚金四两、罚金二两、罚金一两（第44页）。然由《隋书》卷二五《刑法志》所载“罚金一两已上为赎罪。赎死者金二斤，男子十六匹。赎髡钳五岁刑笞二百者，金一斤十二两，男子十四匹。赎四岁刑者，金一斤八两，男子十二匹。赎三岁刑者，金一斤四两，男子十匹。赎二岁刑者，金一斤，男子八匹。罚金十二两者，男子六匹。罚金八两者，男子四匹。罚金四两者，男子二匹。罚金二两者，男子一匹。罚金一两者，男子二丈”可知，<sup>④</sup> 梁朝财产刑共分十等，该书为何删去“罚金八两”一等？又，该书同页还言道：“赎死即罚金二斤则由男性纳绢十六匹、女性纳绢八匹来代替”。然而，赎罪十等分“赎五等”与“罚金五等”，<sup>⑤</sup> “赎〇〇刑”作为实刑与“罚金”别为两种刑罚，“赎死即罚金二斤”之表达是否略失严谨？

① [日] 内藤湖南著《概括的唐宋时代观》，黄约瑟译，刘俊文主编《日本学者研究中国史论著选译》第1卷，中华书局，1992，第10页。

② 柳立言：《何为“唐宋变革”》，氏著《宋代的家庭和法律》，上海古籍出版社，2008，第6~10页。

③ 参见[日]谷川道雄著《战后日本的中国史论争·总论》，夏日新译，刘俊文主编《日本学者研究中国史论著选译》第1卷，中华书局，1993，第317~318页。

④ (唐)魏征等撰《隋书》，中华书局，1973，第698页。

⑤ [日]仁井田陞：《中國における刑罰體系の變遷》，氏著《補訂 中國法制史研究·刑法》，東京大學出版會，1991，第98頁。

## 五 余论

若将浅井虎夫所撰《支那法制史》<sup>①</sup> 作为最早的中国法制史教科书，则本学科教科书之编纂已逾百年。百年间，无论是通史模式还是专题模式，无论是谋篇布局还是援入新说，中日两国学者皆为此作出了卓越的努力。《中国法史》体现了目前日本中国法制史研究者对于研究与教学的思考心得，值得中国同行细细体味。尤其是该书将中国古制与现行日本法制进行比较、评析，更能体现法史学之法学属性。或许中国大陆的法制史教科书及课程设计亦可作如下尝试：对《大清律例》<sup>②</sup> 进行系统的规范解释，辅以古法古判、古法今判、今法古判等案例分析与古今对比，全面引入法律教学的方法，强调对规则系统与法律原理的灵活运用，而非知识点的识记。如此，本门课程的授课群体宜定位为拥有基础法学知识的高年级本科生，至于通史式法史教学则可置于研究生培养方案中。

在西风东渐依旧盛行之当下，中国法制史学科边缘化乃是大势所趋。2012年年底至2013年年初所发生的中国法制史被取消法学类核心课程之“风波”，即便在不久的将来再度上演且最终“成真”，也未必会影响法史学者与二三才俊共享教学相长之乐。如此，教科书依然是学科事业中的重要一环，期待有更多的如《中国法史》《中国法史导论》般优质教科书不断涌现。

**附记** 2012年7月15日，笔者收到川村康教授寄赠的《史料所见中国法史》一册，而在该书版权页上赫然印着“2012年7月15日初版第1刷发行”字样，这岂非是天意？感谢川村康、黄源盛两位先生慷慨赐下新作，使笔者在2013年3月1日第一次踏上中国政法大学本科中国法制史讲台时，已充分吸收了两地学人最新的教学成果。鉴于当下日版书籍流通的现状，谨此抄译《史料所见中国法史》一书目录，与至今尚未寓目者分享。最后，承蒙徐世虹教授、王志强教授、游逸飞博士等师友不吝赐正，一并申谢！

---

① [日]浅井虎夫：《支那法制史》，東京博文館藏版，1904。后为邵修文、王用宾所译，古今图书局、晋新书社发行，1906。

② 笔者一度主张以《唐律疏议》为讲授对象，王志强教授以为《大清律例》条例细密，与律文两相对照，更有优势。诚然如是，故改。

附录：石冈浩、川村康、七野敏光、中村正人：《史料所见中国法史》，法律文化社，2012年，229页。

序

**第0讲 本书以何为课题？**

1. 学习中国法史的意义；2. 中国法史的时期区分；3. 本书的构成与内容；中国王朝略图

**第一部 法与刑罚**

**第1讲 律令法体系如何形成：从周到隋**

1. 成文法的形成：春秋时代；2. 法经六篇与九章律：从战国时期到秦汉；3. 睡虎地秦墓竹简：战国末期的秦法；4. 张家山汉墓竹简“二年律令”：西汉初期的律与令；5. 基本法典的形成：三国魏的新律十八篇；6. “律令”基本法典的形成：西晋的泰始律令；7. 副法典的形成：北朝的律令；8. 唐律的原型：隋的开皇律；专栏1：秦汉的出土法制史料

**第2讲 律令法体系如何演变：从唐至清**

1. 律令法体系的完成：唐前半期；2. 再副法典的时代：从唐后半期到五代；3. 从编敕到敕令格式：从北宋到南宋；4. 征服王朝的法：从辽到元；5. 律例法体系的形成：从明到清；专栏2：基本法典与副法典

**第3讲 五刑的刑罚体系如何形成：从周到隋**

1. 周的五刑；2. 死刑、劳役刑、财产刑：秦的刑罚体系；3. 西汉文帝的刑罚制度改革；4. 向秦的刑罚体系回归：魏、晋的刑罚体系；5. 南朝的刑罚体系；6. 走向五刑的形成：北朝的刑罚体系；7. 唐律五刑的原型：隋的刑罚体系；专栏3：条文标示方法

**第4讲 五刑的刑罚体系如何演变：从唐至清**

1. 唐律的五刑；2. 五刑的崩坏：从唐后半期到北宋前半期；3. 演变的五刑与追放刑体系的并存：从北宋后半期到南宋；4. 征服王朝的刑罚：从辽到元；5. 新五刑：从明到清；前近代中国法制年表；专栏4：十恶

**第二部 法与裁判**

**第5讲 裁判的构造为何？**

1. 裁判案件的区别；2. 裁判机关的审级；专栏5：对待官员的特别措施

**第6讲 裁判如何进行？**

1. 起诉；2. 调查与宣判；3. 拷问；专栏6：八议

**第7讲 拷问为何必要？**

1. 自认的必要性；2. 拷问的实态；3. 官箴所见的劝诫；专栏7：五服；男系男性五服亲属图

**第8讲 裁判官如何平息纷争**

1. 阻碍起诉；2. 对健讼的处理；3. 裁判官的任务是教化；4. 教谕式调停；专栏 8：判语与刑案

**第 9 讲 如何处理误判？**

1. 过则勿惮改；2. 重新审问直至服判；3. 责难误判的方向

**第 10 讲 如何解决法与道德的冲突？**

1. 尽忠舍孝；2. 复仇为孝之最；3. 复仇是违法行为；4. 妥协的理论构成

**第三部 刑事法**

**第 11 讲 犯罪与刑罚如何对应？**

1. 相对法定刑与绝对法定刑；2. 绝对法定刑不足的弥补；3. 前近代中国法与“犯罪法定”；4. 前近代中国法中是否存在罪刑法定主义？专栏 9：不应为条与坐赃条

**第 12 讲 高龄者、年少者与残废者如何处理？**

1. 法律规定的处理；2. 与现代日本的比较；3. 实际的应对；4. （罪犯的）亲人是高龄者与残废者的时候；专栏 10：五流

**第 13 讲 自首者如何处理？**

1. 唐律的自首；2. 即便自首也不宽恕的情况；3. 前近代中国法对自首的期待

**第 14 讲 正当防卫被承认吗？**

1. 正当防卫为何？2. 前近代中国的正当防卫；3. 与现代日本正当防卫的区别

**第 15 讲 如何处理共同犯罪？**

1. 共犯处罚的一般原则；2. 例外的共犯处罚；3. 为一般人的感觉所熟悉的前近代中国法的共犯观念

**第 16 讲 杀人如何被类型化？**

1. 六杀：典型的六种杀人类型；2. 谋杀；3. 故杀与斗杀；4. 戏杀；5. 误杀；6. 过失杀；专栏 11：六赃

**第四部 家族法**

**第 17 讲 如何举行婚姻？**

1. 前近代中国的婚姻；2. 婚姻成立的阶段；3. 制度的弊端；专栏 12：宗族与姓

**第 18 讲 如何进行离婚与再婚？**

1. 离婚；2. 寡妇的再婚；专栏 13：妻与妾

**第 19 讲 家产如何继承？**

1. 家产的管理处分；2. 家产的分割与户籍的分割；3. 家产均分的原则；

中国古代法律文献研究【第七辑】

4. 家产分割的现实；专栏 14：女子分法之谜

**第 20 讲 无子之时该如何处理？**

1. 无儿为嗣时的处理之法；2. 成为养子者；3. 养子择立人；4. 不能成为养子者；专栏 15：赘婿与接脚夫

供进一步深入学习的书籍目录

后记