

◆ 理论篇

## 法史学科体系探讨之我见

### ——兼谈与此相关的几个理论问题

杨一凡

(中国社会科学院法学所, 北京 100720)

**摘要:** 建立法史学科的科学体系实非易事, 传统法史研究还存在诸多缺陷, 如, 忽视了法的社会性; 用律典编纂史替代了立法史; 把法律思想与法律制度、立法与司法割裂研究; 以静态的法律史替代了动态的法律史等。法律史学研究正处在一个重要的转折时期, 在充分肯定学界已取得的成绩的同时, 承认缺陷, 改进研究方法, 继续推动法律史学走向新的繁荣是当代法史学者肩负的历史使命。

**关键词:** 法律史学; 中华法系; 静态法律史; 动态法律史; 法的起源; 法的社会性; 法史研究方法; 法史学科体系

**中图分类号:** DF09    **文献标识码:** A    **文章编号:** 1008 - 4525(2002)05 - 0020 - 06

如何把中国法律史的研究不断引向深入, 进而建立和完善这门学科的科学体系? 这是许多法史学者关注的问题, 为此, 开展广泛的学术研讨很有必要。

建立法史学科的科学体系实非易事。如果说简要地勾划出中国法律思想通史、中国法律制度通史、断代法律通史、部门法律史和其他专题类法律史这些分支学科体系的基本轮廓, 相对要容易一些的话, 那么要勾划出法律思想与法律制度、立法与司法等交融于一体发展变化的中国法律史的基本轮廓, 则要困难得多。而要对中国法律史和各分支学科的基本内容作出科学的阐述, 更是一项艰难的系统工程。因此, 要实现建立本学科科学体系的这一目标, 法史学者既要以执着求索的勇气, 不囿传统模式进行学术创新; 又要以扎实治学的态度和长期不懈努力的精神, 下气力搞好本学科的基础研究, 为学科体系的建立奠定坚实的基石。

确立正确的治史理论, 对关系到本学科发展的一些全局性问题作出科学的回答, 这是开展学科体系探讨首先要解决的问题。基于这一认识, 兹就学科体系探讨及与之相关的几个理论问题发表一点不成熟的看法, 敬请同仁教正。

#### 一、传统研究模式的缺陷

科学地认识中国法律发展史是一个由浅入深、由局部到全局、由不成熟到逐渐成熟的过程。近百年来特别是近 20 年来, 我国学界在法史研究领域发表了近万篇论文, 出版了上千部著作, 法律通史类的教材和著作也有上百种之多。无论是教材还是学术论文、专著, 凡是有一定学术建树的法史研究成果, 凡是开拓各类法律通史研究的成果, 实际上都已为建立本学科的学科体系做出了贡献。但正像任何一门学科在其完善的过程中都会存在这样那样的缺陷一

收稿日期: 2002 - 04 - 07

作者简介: 杨一凡, 男, 中国社会科学院法学所研究员。

样,由于我们对绝大多数法律文献还未及整理和研究,许多研究领域还未涉及或刚刚探索,总体来说法史研究还处于起始阶段,故学术研究中存在一些缺陷是难以避免的,不能因此苛求于前人,更不能因此贬低学界特别是老一辈学者在这方面的贡献。同时,也象任何一门科学都需要不断发展和完善一样,法律史学也必须不停顿地在前人研究成果的基础上有所创新和前进。

从我们现在能够达到的认识高度看,一些法史著述特别是法律通史类著述尚存有以下四种缺陷:一是把丰富多彩的中国法律史简单化,只注意了法的阶级性,而忽视了法的社会性,这就把具有多种功能法律的发展史无形中演化成了阶级斗争工具史。二是忽视了历史上实际存在的多种法律形式,在许多方面用律典编纂史替代了立法史。三是法律思想与法律制度、立法与司法割裂研究,未能较全面地反映中国法律发展史的概貌。四是对一些多代相承的基本法律制度和被封建王朝奉为立法、司法指导原则的法律思想在不同历史时期发生的变化,尚未通过深入的剖析予以揭示,以静态的法律史替代了动态的法律史。

法律史学的研究正处在一个重要的转折时期。在充分肯定学界多年来在法史方面取得的重要进展的同时,承认缺陷、改进研究方法,继续推动法律史学沿着科学的道路走向新的繁荣,是当代法史学者肩负的重要的历史使命。

## 二、治史理论的反思

如同任何一种科学的学科体系的产生本身就是一场思维革命一样,法史学者只有坚持实事求是的原则,进一步解放思想,创立科学的学术理论,才能为本学科科学体系的探讨和深入开展学术研究提供正确指导思想。不少法史著述之所以存在前面所说的那些缺陷,除各种客观因素外,一个重要的原因就是我们还从那些不符合实事求是科学精神的传统史学和法学理论中解放出来,还没有完全按照实事求是的认识论去审视中国法律发展史。

严格地讲,到目前为止,我们还没有认真地进行有关本学科治史理论的研究,对本学科不同于其他历史和法学学科的许多基本理论问题,还处于不完全明了的状态。在相当长的一个时期内,法史研究实际上在许多方面遵循的是改革开放前的史学和法学理论。新中国成立后,史学界在历史研究领域运用了阶级分析的方法,这无疑是一个重大的进步。但是受“阶级斗争为纲”错误思想的影响,阶级分析方法被绝对化,表现在对任何历史现象不管其本来的面目如何,一律贴上阶级斗争的标签。同样,在法学研究领域内,也受“阶级斗争为纲”思想的影响,把法律虚无主义、贬低传统法律文化、否定法的社会性等形而上学观点引进了学术研究。此外,史学界一些学者在理解“古为今用”这一学术方针方面也出现了偏差,忽视了只有科学的成果才能真正有益于社会这一基本观点,脱离本学科的特点,轻视史料的挖掘和研究,研究方法中出现了“以论代史”的倾向。法史研究由于对指导本学科研究的许多重大理论问题缺乏必要的探讨,因而自觉或不自觉地、程度不等地受到了上述形而上学观点的影响。

这种影响涉及到法史研究的诸多方面。例如,一些法史论文或著作套用“(统治阶级)法律条文概述+阶级本质+特色”的三段结构式概括法律制度史,套用“某阶级代表人物的政治法律思想+阶级局限性”的结构式表述法律思想史,把两千多年来中国的社会矛盾简单地概括为只是阶级矛盾,把一切法律都说成是“阶级斗争的工具”。受“阶级斗争为纲”思想的影响,在法律思想史研究领域,偏重于研究政治人物的政治法律思想,政治思想与法律思想也没有予以明确的区分,而对于律学和私家注律著作,对于行政、经济、民事、军事等立法方面的法律思想,司法实践中的法律思想等,则基本上没有深入地进行研究。然而,正是这些没有受到重视的法律思想,却恰恰是最能反映中国法律思想发展的具体进程和特色的部分。在法律制度史研究领域,也存在着类似问题。诸如此类涉及到法史的基本理论问题还有很多,因本文篇幅所限,不

再一一列举。

实事求是马克思主义历史唯物主义的精髓,也是法史研究应当遵循的基本治学原则。我们应当以实事求是的科学态度,从当时的社会条件出发,依据大量翔实的资料,重新、全面审视和科学地阐述中国法律发展史。大到法史的历史分期、法的社会类型、法律的体系、法的性质和功能、法律思想和法律制度发展的基本线索,以及如何认识农民起义建立的政权的法律思想和法律制度等,小到对某一具体法律的制定和实施、法律人物和法律事件的评析等,都应按照实事求是的精神进行研究。

### 三、关于法的起源和法律思想、法律制度的形成

科学地阐述法律思想、法律制度的产生和形成的历史背景、动因及其过程,是阐述中国法律发展史必须回答的问题。在这方面,我认为需要对以下三个问题进行探讨:

一是关于法的起源和成文法的形成。传统的观点认为法是阶级和国家出现后才产生的,但未能用确凿的论据予以证明。从现已发现的大量少数民族的法律文献看,远在氏族部落时期,带有强制性的成文的行为规范就已出现。对于与此相关的问题,诸如在阶级和国家出现以前是否存在法或者习惯法,习惯法属不属于法的范畴,对于法的概念如何认定和表述,从习惯法到成文法又是怎样过渡的等等,都应认真地进行研究并作出科学的解释。

二是在论述法律思想、法律制度产生的社会背景时,如何对当时所面临的社会矛盾给予恰如其分的分析。我们以前在阐述法律思想和法律制度形成的历史条件时,往往从阶级矛盾和阶级斗争的角度予以概括。然而,无论是古代还是近、现代社会,并非只存在阶级矛盾,还有大量的并不属于阶级斗争范畴的各类社会矛盾,有统治集团内部的矛盾,平民与平民之间的矛盾等。各个王朝尤其是由少数民族建立的王朝,还存在程度严重的民族矛盾。不同的历史时期、不同的朝代所进行的频繁的立法,各种立法活动所面临和需要解决的社会矛盾并不完全相同,每次立法的针对性也是很具体的。我以为对那些用于解决阶级矛盾、巩固阶级压迫和剥削制度、镇压劳动人民反抗的法律,应当运用阶级分析的观点予以评判;但对于那些用于行政、经济、文化和其他社会生活管理以及处理民族矛盾和一些对外关系方面的法律,就应当按照历史实际客观地阐述当时的社会矛盾和立法的背景。

三是阐述法律制度的形成过程时,应进一步揭示立法的指导思想和动机。同样,在研究法律思想的形成时,也应结合社会背景和立法的实践进行。历代历朝在立法过程中,无论是某一法律思想的提出,还是某一法律的制定,都有其深刻的社会原因,同时所有的法律都是在一定的立法思想指导下制定的。只有将立法的社会背景、立法思想和立法实践结合起来进行研究,才能对法律思想和法律制度的产生和形成过程作出全面、正确的阐述。

### 四、对中华法系的再认识

传统的观点认为“诸法合体、民刑不分”是中华法系的基本特征,已发表的许多法律通史类论文和著作也是基于这一认识去论证中国法律发展史的。按这一模式撰写的法律通史与刑法史在内容上也大同小异。我认为,用“民刑不分、诸法合体”表述古代律典的特征本身就很成问题,以其概括中华法系的特征更是失之偏颇。

现存的极其丰富的法律文献表明,在中国古代法律体系中,律典是封建国家的刑法典,其内容是对有关违犯国家和社会基本制度的行为进行刑事处罚的规范。律典属于刑事法律的范畴,只是诸多法律中的一种。中国古代法律如按内容分类,除刑事法律外,还存在行政、经济、民事、文化、军事、少数民族和对外关系等方面的立法。从法律的体例结构分类,既有综合性编纂方式,也有大量的各类单行法律法规。从法律的立法形式看,更是多种多样,有关法律形式

的名称以及各朝注重的法律形式也不尽一样。如秦有律、命、令、制、诏、程式、课、法律问答等，汉有律、令、科、品、比，唐有律、令、格、式，宋于律令、格、式之外又有编敕断例和指挥，元注重条格，明、清两代则广泛适用例等。此外，历朝还有诰、榜文、告示、地方法规、乡规民约、民族习惯法等多种法律形式。

大量的刑事之外的单行法，更是民刑、刑政相分的。如现存的唐代的有关格式残卷，宋代的《吏部条法》、《天圣令》，明代的《诸司职掌》、《教民榜文》，清代的《户部则例》等。就立法的数量而言，单行法要比综合编纂类法律多得多。我们过去之所以把中华法系的特征概括为“诸法合体、民刑不分”，其基本原因是忽略了在律典之外还存在着其他形式的法律。因此，我们应当全面地考察中国古代法律文献和立法状况，对中华法系作出准确的概括和科学的阐述。

### 五、正确评估历史上法律的功能

历史上法律的制定、实施和变革，都是基于治理国家或社会、经济生活的某种需要而制定的，法律以多种各具特色的形式，发挥着维护统治集团的权益、维护社会秩序、实行社会经济生活管理、协调社会各阶层人们的相互关系和权益等各种功能，因而具有阶级性和社会性两种属性。只有正确地认识和区分法律的属性和功能，才能正确地评价不同形式法律的历史作用。

传统的观点由于只肯定法律的阶级性而否定法律的社会性，所导致的后果不仅是许多著述忽视了对大量的刑事以外的其他形式法律的研究，还在评价律典与其他形式法律的相互关系和历史作用时，把两者对立了起来。如在对宋代的编敕、元代的条格、明清的条例等论述和评价方面，多是不加分析地对后者采取贬低或否定态度。事实上，律典的刑事职能，并不能包罗万象般地替代封建国家的行政和社会经济生活管理的其他职能。律典颁行后，因在较长时间内保持相对稳定，历代为了适应社会发展和时局变化的需要，有针对性地解决社会生活和司法实践中出现的新的问题，往往是通过各种形式的立法以补充律典的不足。离开了其他形式的法律，律典在司法实践的许多方面也很难操作。因此，我们绝不能贬低律典以外的其他立法的作用。以明代为例。虽然在某一时期也曾出现过“以事制例”、“条例浩繁”的弊端，但从现已发现的数百万字的各种条例文献来看，基本上是按照“例以补律”的立法原则制定的，与律文和律义冲突的条例极其罕见，这就要求我们应当重新审视以前的研究结论是否正确。

### 六、科学地阐述历史上法律变革的进程和发展规律

中国法律史是与中国社会发展史交融在一起发展变化的。法律作为历朝治理国家和管理经济、社会生活的工具，是随着社会的发展而不断变革和完善的。由于历史的发展是曲折复杂的，法律在其发展的进程中因受到各种因素的影响，也呈现出极其纷繁复杂的现象。但纵观两千多年的中国法律发展史，从总体上说，“因时变革，不断发展、完善”是法律思想和法律制度演进的主旋律。法律条文从表面上看是静态的，而法律的制定过程和实施历来都是动态的。即便是在国家政局比较稳定的时期，法律也是随着社会经济的发展 and 司法活动的实践，在逐步发展和完善，并未处于停顿状态。因此，我们应当用发展的、动态变化的观点去论证和阐述中国法律发展史。

以发展变化的观点研究中国法律史，在法律思想史研究领域，应特别注意对封建社会中后期法律思想的发展变化进行深入研究。传统的观点认为，自汉代中叶“德主刑辅”成为立法、司法的指导原则之后近两千年中，中国古代法律思想基本上处于停滞状态。这种结论不符合历史的实际，且不说中国封建社会中后期各朝存在着丰富的行政、经济、民事、军事等方面的立法和司法思想，就是以刑法思想而论，是在“德主刑辅”的总体框架下，因时变革不断发展的。以明代为例，围绕着《大明律》、《大诰》、《问刑条例》的制定，统治集团就先后提出过“重典治国”、

“明刑弼教”、“律例关系”理论等法律思想。从明代现存的 30 余部律学和私家注律文献以及《皇明条法事类纂》中,我们不难看到,其法律思想是何等多彩和富有特色。这里需要指出的是,律例关系理论是明、清两代法制建设中曾长期居于指导地位的重要法律思想,也是封建社会后期法律思想的精华,在法律思想史研究中应给予充分的重视。

用发展变化的观点研究中国法律制度史,需要在研究立法的同时,注重司法制度和司法实践活动的研究。封建社会法律的制定和实施之间,往往存在着不小的距离。只有把立法和司法结合起来研究,并注意对官史、野史、历史档案、判例判牍作综合考察,才能真正揭示法律实施的真相。

## 七、法史研究方法的创新

为了逐步克服法史研究中存在的缺陷,推动学术水平不断提高,鼓励大胆探索、提倡研究方法的创新是十分必要的。我在《明初重典考》一书的《后记》中,曾就改造法史研究方法的问题发表了一些拙见,并把这些看法用“四个结合”加以表述。即:一是把律典与各种形式的法律结合研究,以比较全面地阐述各代的立法状况;二是把立法与司法结合研究,以揭示法律实施的真相;三是把法律制度史与法律思想史结合研究,以揭示两者的相互关系和较为准确、全面地反映法律史的面貌;四是把法律思想、法律制度的形成与当时社会的政治、经济、文化诸历史背景结合研究,以揭示法律产生的深层动因及其发展规律。上述的观点是二十年前写的,今天看来还不一定全面和严谨,但它大体反映了我的这样的认识:进行法律史学研究,应当是在充分地占有史料的基础上,采取全方位、多层次的综合考察的研究方法。

在史学和法律史学的研究中,长期以来,也有许多学者一直坚持运用“论从史出”、“史论结合”的研究方法,对此,应在以后的学术研究中继续发扬。这里需要强调指出的是,坚持“论从史出”、“史论结合”的研究方法,必须重视对基本法律史料的挖掘、整理和研究。现已发现的数百万字少数民族习惯法和乡规民约,引起了我们对法律起源的思考;现存的数千万字判例判牍资料,大量的律学著述以及数百种其他形式的法律法规,使我们看到了法律通史类著作在阐述中国法律史方面的不足;而近百年来海内外学者发表的数千篇考证法史的论文,使我们倍感钻研史料的重要。只有重视对基本法律史料的挖掘、整理和研究,我们才能不断有所发现,才能为法史研究开辟更加广阔的天地。

## 八、法史学科体系探讨与法史基础研究

建立科学的中国法律史学学科体系是一项长期而艰巨的工程。为了扎实而富有成效地推动法史学科体系的探讨,并为本学科体系的建立奠定坚实的基础,我认为在今后若干年内,起码应做好下述工作:其一,召开几次“中国法律史学学科体系研讨会”,就这一问题进行广泛的讨论,初步草拟出本学科体系的要点。其二,继续加强稀见法律文献的搜集和整理,并组织学者对基本法律资料进行深入研究;其三,不断开拓新的研究领域,提高学术水准。尤其是要加强对法史研究的一些薄弱领域,如法律文献学、律学、各类法律文化学、各部门法史、司法制度、判例判牍、习惯法、乡规民约、民族法史、地方法史和中外法史比较等领域的研究,不断推动法史研究向新的广度和深度进军。其四,要特别重视断代法律通史的研究。只有撰写出若干论证扎实的断代通史,才能进一步把中国法律通史的研究提高到一个新的水平。

在法史研究领域,与探讨学科体系关系最为密切的是法律通史的研究和写作。无论是中国古代法律史、近现代法律史,还是断代法律史,或其他专题类法律通史,由于其担负的任务是比较系统地反映我国法律制度和法律思想的本来面目和揭示其发展变化的规律,其内容涉及到法律史学的诸多方面,因而法律通史的整体结构、研究内容及其深度,在相当程度上体现了

◆ 理论篇

## 案例是法治的细胞

白建军

(北京大学法学院, 北京 100087)

**摘要:** 案例是法治的基本单位,它包蕴着几乎所有与法有关的信息,是实现法治统一、公正、高效的管道与载体。中国法治现代化离不开案例研究,离不开案例信息的科学整合。

**关键词:** 案例;法治;案例教学;判例法

**中图分类号:** DFM-0592 **文献标识码:** A **文章编号:** 1008-4525(2002)05-0025-03

通常,随处可见的东西,不可能是最有价值的东西。但有一种东西例外,这就是司法案例。案例是法治的基本单位,是法治的最小单元。它既包含着立法要素,又包含着司法要素;既包含了实体规则,又包含了程序性规范;既包括字面上的法律,又包括案例中当事人及法律人心目中所理解的法律;既包括法官所适用的法条,又包括法律适用活动本身对法律的生动解释。从这个意义上说,司法案例是微缩的法治,法治是案例构成的整体,案例中包蕴着几乎所有与法有关的信息。然而,司法案例中的巨大价值尚未得到足够的重视。

案例具有直观性,是看得见的法典,是摸得着的规则。法治社会的一个基本特征就是同等情况同等对待,同案同判。然而,其中相同或不同的判断尺度,与其说在法官手里,不如说在当事人以及公众心目中。公民是通过案例中一个个生动具体的故事、纠纷和处理结果去感受法律、体会法律的。如果司法实践中同案不同判,实际上在向人们传递消极信息,法治原则将无

收稿日期:2002-06-29

作者简介:白建军,北京大学法学院教授,北京大学实证法务研究所所长。

我们对本学科学科体系的认识水平。对学科体系的探讨愈是深入,法律通史的研究和写作水准就会愈高。反过来,对有关法律通史的治史理论、整体结构、内容纲要、研究方法以及法史发展的基本线索等重大问题进行探索,本身就是学科体系探讨的重要组成部分。

断代法律通史的研究是撰写中国法律通史的基础,也是推动法律史学科体系探讨的重要突破口。鉴于较之其他类法律通史而言,断代法律通史的时间跨度和史料搜集的范围相对要小,除明、清等少数朝代史料浩瀚外,学者们在原来多年研究的基础上,如能集中精力主攻某一断代法律史研究,经过几年或更多一点时间的努力,极有可能在这一学术领域内取得重要突破。所以,我认为在探讨法律史学科体系的同时,应提倡断代法律通史的研究。这样做,有益于把学科探讨的收获运用于断代法律通史的写作,也能以断代法律史研究的学术创新,把学科体系的探讨不断引向深入。

(责任编辑:丁亚秋)