

南京大学学报特刊

南京大学法律评论

一九九七年春季号 (总第七期)

国内统一刊号 CN32-1084/C

ISSN0257-5892

ISSN 0257-5892



编辑、出版:南京大学法学院
南京大学学报编辑部
邮政编码:210008

编委会主任:程千帆

排 版:溧水人民印刷厂

印 刷:溧水人民印刷厂

发 行:南京市邮局

国外总发行:中国国际图书贸易总公司

国外代号:Q239 定价:8元

订阅、零售:全国各地邮局(所)

法律:理论、文化与历史

全球化与法

- 一个形成中的交接点 [澳大利亚]克里斯托夫·阿尔普(1)
- “自由、平等和?”:论博爱 [澳大利亚]玛格丽特·桑顿(13)
- 论立法的社会控制限度 郭道晖(25)
- 财产法史考略 吕世伦 彭汉英(34)
- 古典印度法对妇女婚姻的救济
- 离婚选择 [美]理查德·拉里维雷(40)
-

经济法与国际经济法

- 论反倾销司法审查中的诉讼权限(下) 范 健(45)
- 关于中国涉外经济法教学中的基本理论问题 孙南申(58)
- 论德国劳动力市场存在的问题 [德]汉斯约克·奥托(62)
- 国际环境法主体浅析 张梓太(68)
- 试论《反不正当竞争法》对软件商业秘密的保护 卞 清(72)
- 论企业经营范围 李友根(76)
-

传统中国法律文化专栏

唐律研究的新里程

——钱大群教授主撰唐律系列著作专评

饶鑫贤 俞荣根 霍存福(84)

唐律研究的新里程

——钱大群教授主撰唐律系列著作专评

饶鑫贤 俞荣根 霍存福

本世纪唐律研究领域中的一簇奇葩

饶鑫贤(北京大学法律系教授、博士生导师):

《唐律》,是我国现尚保存完整的最为古老的一部封建法典。它上集封建前期历代法典之大成,下示封建后期历代法典的模范,体系完备,包罗广泛,“一准乎礼以为出入,得古今之平”。在其问世以后的一千三、四百年间,不仅在我国立法史上曾被奉为圭臬,而且其影响远及于东北亚和东南亚一些国家,在世界法制史上成为被称为世界五大法系之一的中华法系中法典的代表。惟其如此,所以关于《唐律》的研究,历代史家辈出,史著如林,即使到了近代,亦不无具有重要影响的名著出现。现在,钱大群教授在多年潜心研究的基础上,突破陈旧的框框,主要以一人之力而为《唐律》之系列研究,进一步推出总篇幅达到一百三十多万字、可称鸿篇巨制的多部专著。其立志之坚,用力之勤,搜罗之广,研求之细,在在都予人以启迪,它们被誉为本世纪《唐律》研究领域中的一簇奇葩,我认为是允当的。

《唐律》系列研究计包括五部专著,即《唐律译注》(1988年江苏古籍出版社出版)、《唐律论析》(1989年12月南京大学出版社出版,与钱元凯合著)、《唐律与中国现行刑法比较论》(1991年9月

江苏人民出版社出版,与夏锦文合著)、《唐律与唐代吏治》(1994年8月中国政法大学出版社出版,与郭成伟合著)、《唐律与唐代法律体系研究》(1996年9月南京大学出版社出版)。它们各有专攻,各具特色。兹试就读后所见,分别略抒感触于次,以就正法史学界的同行诸公。

《唐律译注》为本系列的第一部专著,是作者为了使读者能自己研读《唐律》,“自己来对这一丰富的法律遗产进行批判和总结”而撰写的一个《唐律》律文和注文的译注本。立意良好,成果亦极完美。特别是作者的译注包括编纂,是在没有类似的成书可资参改的条件下进行的。而无论注释或翻译,却都作到了深入浅出,言简意赅。注释既旁证博引,务求准确,更前后呼应,相互参证,大有助于读者融会贯通。古律今译在法律条文的表达方面,原本具有一定的难度,而作者举重若轻,大抵作到了通俗易懂,扫除理解上的障碍,为古律的今译,提供了一个可资借鉴的范例。

《唐律论析》是全面剖析和讨论《唐律》的一部专著。作者高屋见瓴,提纲挈领,多方位、多角度、多层次地从唐初的制度和《唐律》制定的指导思想、《唐律》的性质、任务、目的到它的司法原则和诉讼制度,以及《唐律》制订之后对唐以后各封建王朝乃至东南亚和东北亚一些国家的影响,分别以类相从,条分缕析,作出自己的论断。其中虽多

有对前人研究成果的承袭,亦不乏作者独自的创发;所为论说,大都深中肯要。总体而言,这是一部全面了解《唐律》和对研究《唐律》具有指导意义的重要著作。

《唐律与中国现行刑法比较论》是从现代刑法学体系的角度研究《唐律》的另一部专著。这是《唐律》研究紧密结合实际的一个范例,此是作者研究《唐律》日益向深层发展的一个标志。一如书名所示,本书的突出特点是运用比较论的方法于古代法典的研究。采用这种古今对比的方法进行研究,最易遇到的一个问题,是穿凿附会,张冠李戴,驯至得出牛头不对马嘴的错误结论。而本书作者精研细究,广泛涉猎,举一反三,触类旁通,所为论断,大抵周至平允,具有很好的说服力。这既反映了作者严谨的治学态度,也体现了作者深厚的学术积累;至于在方法论方面对中国法律史研究作出的贡献,就更为明显了。

《唐律与唐代吏治》是对有唐一代的吏治思想、吏治立法和有关的各项制度进行全面、系统研究的一部专著。重点在于论析《唐律》作为一种国家手段在唐代整饬吏治的各个方面所发挥的重要作用和经验教训。全书共十六章,体系完整,组织周密。其中关于唐律对官吏选任与职权行使的监督,对官吏为政是否清廉谨慎,是否依法施政和依法办案的监督等各章的述论,无不对我国当前建立和健全公务员制度及其立法,具有重要的借鉴意义。最末一章“唐代吏治与大唐盛世”,实际上是全书的总结性评论。其中关于“吏治促进了唐代盛世出现”的论断,对我们研究当代的有关问题,尤其具有重要的启发作用。

《唐律与唐代法律体系研究》,是本系列各书中的最后一部。全书属于论文集锦性质,但又是前四书的继续和发展。其中前四篇可与《唐律与唐代吏治》一书结合研读,应视为该书的综合提高与深化。其它各篇除综合研讨《唐律》的体系之外,还涉及对唐代另一部法律典籍《唐六典》性质的讨论和对《唐律疏议》中几条律疏修改问题的意见。因此,本书在某种程度上也可视为前四书的补充,从中可以再一次体察到作者勤谨严肃的学风和求真务实的精神。

《唐律》研究系列五部专著先后出版了,这是

近年来法史学界很值得庆贺的大事之一。全系列各书涉及范围广,探索问题多,其中某一方面或某一部内容或还存在有待探讨和斟酌的问题,但使人获得的总体印象毕竟是擘剑恢宏,气象万千,文真理达,求索入微,充分表现了大群教授多年以来所积累的事业修养和学术造诣;深信广大读者会和我一样为此感到由衷的高兴!粗读各书,欣慰不能自己,因述所见如上,籍以为大群及其合作者们祝贺!

凸现于唐律学中的一家之言

俞荣根(西南政法大学法律史教授、副校长):

唐律是中国古代社会鼎盛时期的产物,它集秦汉以来法制之大成,为唐以后的元明清各代立法之楷模,并影响日本、朝鲜、越南等东亚诸国,成为中华法系的核心。因此,从唐代开始,治唐律者代有其人,对唐律的研究实际上已成为一门独立的学科。在唐律学史上,铭刻着沈家本、薛允升、陈顾远、杨鸿烈、戴炎辉、潘维和、杨延福等一大批我国学者的名字。

八十年代以来,我国法律史学者绍先贤之余绪,在唐律学园地里继续深耕细作,撰写了大量的专著和论文,把对唐律的研究更推向深入。南京大学教授钱大群先生主撰的唐律系列研究著作,堪称这一时期唐律学的代表性成果,不但形成显著的规模效应,而且成为一家之言凸现于学界,引起了国内外学术界的广泛关注。

钱大群先生从1986年到1996年的短短10年里,撰写出五部唐律研究的专著,洋洋百万余言,蔚为大观,自成一系。这已是超越前人的气派。钱先生选中一个研究课题,咬定不放,十多年如一日,殚精覃思,笔耕不辍,着实令人敬佩。综观钱先生的唐律系列研究著作,窃以为有以下一些特点:

一、从译注入手,循序渐进,步步深入,自成一系。从对唐律律文的研读入手,作者通过对《唐律》的逐字逐句注解,为对唐律的深入研究打下基础。这一阶段的成果以《唐律译注》为代表。此为其系列研究的第一步。第二步以《唐律论析》为代

表。作者专注于对唐律制订的背景、指导思想、篇章结构、原则制度、内容特点等都作了全面的分析论述。如果说第一步主要属于史料功夫,那么,第二步则将研究对象提升到了史论的高度。第三步的研究成果,已发表了两部著作。《唐律与中国现行刑法比较论》从现代刑法原则、刑法效力、犯罪构成、比附与类推、防卫与避险、犯罪阶段、共同犯罪、量刑、累犯与自首、数罪并罚及犯罪种类等多方面,将唐律同中国现行刑法进行了对比分析,从一个全新的角度对唐律再作全面研究。《唐律与唐代吏治》则是就一个专门问题——吏治进行研究,紧扣以法治吏这一具有现实意义的题目给人们以史鉴的启迪,在唐律研究深度上更迈进一步。第三步的研究不但需要前两步的研究作前提,而且更需要有史识来统摄史料和史论,才能将研究达到一个新的境界。第五部著作由10篇论文组成,用作者自己的话来说是“前四部之后的意犹未尽”的“升华”之作,实际上也是一部集史料考辨以及史论、史识于一体的集大成之作。这是作者唐律研究的第四步,也是总结10年的辛劳以竟全功的暂时收势之步。钱先生这种从基础开始,逐步深入,从全面研究再到具体问题的研究,由就唐律自身的学理研究进到以唐律为本的知古鉴今研究的方法,特别是他在唐律系列研究中体现出来的由史而论,史论结合,注重史识的研究作风,不仅遵循了史学研究的客观要求,而且充分反映了作者严谨而踏实的治学态度。我本人对唐律知之不多,但钱先生的唐律研究之路对我的教益颇深。我深信,有志于治法律史的年轻朋友会有与我同样的感想。

二、致力于古今、中外法典的比较研究。从古至今,对唐律研究的论著虽多不胜数,但以比较分析的方法去研究者却不多见。清人薛允升虽撰有《唐明律合编》一书,将唐律与明律逐条进行比较、分析与评价,但这种比较是相同类型、相同民族传统法律间的比较,不能揭示两者的本质区别。《唐律与中国现行刑法比较论》则以我国现行刑法的结构、理论为参照,并对唐律与现行刑法的罪名列表进行逐条比较分析。众所周知,中国现行刑法是引进吸收外国先进理论及刑事立法经验而制定的,那么,将唐律同中国现行刑法作比较,则既是

古今法律的比较,实际上又是中外法律的比较。这样,作者就站在了一个全新的角度去看待唐律,有助于对唐律作更为透彻的理解和确切的评价。

三、资料翔实。在唐律系列研究著作中,作者引用大量史料,计有《唐律疏议》、《唐六典》、《唐会要》、《新唐书》、《旧唐书》、《资治通鉴》、《通典》、《贞观政要》等十余种,特别是引用了一些新资料,例如《唐令拾遗》。《唐令拾遗》是日本学者仁井田升的唐制研究力作,仁井田升以基本沿袭唐《永徽令》并至今保存完整的日本《养老令》为依据,广泛采集中国古代典籍及日本史料,共复原唐令715条,约相当于唐令的二分之一(据史书载,贞观令1590条,开元令1546条,其他各年代条数略同)。该书是研究唐代法制的重要资料,近年栗劲、霍存福、王占通等又重新翻译出版。作者利用了这些、珍贵的资料,更增加其对唐律论析的力度。

四、注重创新。唐律研究历史悠久,中外法史专家用力甚勤,论著颇丰。在这样一个高起点上作研究,难度很大,每前进一步都要付出不同寻常的代价。在唐律系列研究著作的论述中,作者注重创新,提出了不少颇有新意的观点。比如,《唐律论析》中提出,唐律不是“诸法合体”的法典的论点。作者指出,唐律是严重违反令、格、式及行凶作恶构成犯罪后适用的法律,只是刑法,不包括其他部门法律。虽然唐律中有大量的官吏失职及违法的内容,但那是官吏渎职犯罪及惩罚的规定,而非官吏的任用、品第、职责等的系统规定,唐代另有有关官吏职责等的法律,如《官品令》、《考课令》等;唐律《户婚律》涉及婚姻家庭,但它是对妨害婚姻家庭的犯罪及惩罚的规定,而不是婚姻法本身,唐代婚姻制度的规定在“嘉礼”之内。上述观点同法史学界所持的认为唐律是一部“诸法合体”的法典的观点大异其趣。在《唐律与唐代吏治》中,作者提出唐代吏治是一种开明吏治,作者指出,唐初通过系列立法,建立起完备的官僚制度,将君臣安危与共视作为发挥吏治效应的前提,宣扬为吏之道在于“仁义抚民”,君主审慎择官并放手任用,广开言路,大臣厉言切谏以使君主改过警非;同时又以刑法手段保持官吏的清廉。这样,在开明专制的前提下建立起开明吏治,开明吏治又保证开明专制,并最终促成唐初政权稳定、吏治清明和大唐

盛世的到来。作者将吏治同法律制度、政治制度联系起来考察,对唐代吏治的论述较之就事论事之作,明显要站得高些,看得远些。《唐律与唐代法律体系研究》一书,除前四部新观点的“升华”外,还进一步汇集了作者关于《唐六典》性质等方面的诸多独到见解,书中的《唐律立法量化技术运用初探》和《谈〈唐律疏议〉三条律疏的修改问题》两文,不仅考辨细切,而且新论迭出。钱大群先生的唐律系列研究著作大大丰富并推进了唐律学,是我国改革开放以业法律史学界值得一书的研究成果。它已成为治法史者不可不读的著作。钱大群先生正值炉火纯青的学术成熟期、收获期之际,尽管他将他的第五部唐律研究著作称作“收场之作”,但以他的学术责任心、事业心而论,唐律研究这一个常研常新的课题必将还会激起他的著述热情。这也许可称之为欲罢不能吧!所以,钱大群教授贡献于法史界的唐律研究成果,决不会仅此而止。这也正是我辈法史界同仁所厚望的。

对历史走向的把握

霍存福(吉林大学法学院教授、《法制与社会发展》常务副主编):

常与学生言:“治法史者,一部《唐律》足矣。”此语当然只以我的兴趣偏好为言。多年来,我一直以《唐律》为念,但有关《唐律》研究文字寥寥,确有点对它不起。像大群先生孜孜研究,搞出系列著作者,未敢想过。近接到大群先生第五本著作《唐律与唐代法律体系研究》,抚卷良久,感触颇多。这里,暂不谈大群先生对具体问题的创见及细微之处的挖掘之功,仅就两个宏观问题谈些感想。

一、大方法与小方法——方法论的尝试

在研究方法上,大群先生既在使用着新的方法,也在倡导新的方法,比较研究方法即如此。这一大方法的应用,产生了《唐律与中国现行刑法比较论》,它第一次将唐律与现行刑法连接起来——“不相干的”变成了相干的,或许使一些人感到突兀。但正是这种大胆的比较,才发现了历史的流动和现实的进程;共同的、不同的,普遍性、特异

性,古已有之的和现今缺乏的等等,都在这里铺陈开来。比较是深刻化,比较是再发现,大群先生于比较中注意到的诸点,确是耐人寻味的。而最重要的,诚如大群先生在该书原《序》所言:“中国近现代刑法制定的整个历史,……从未能对封建刑律……进行推敲、分析考虑予以参省借鉴”。现在这种比较将从未联结的东西,最早而多方面联结起来,不敢说这种比较已臻完美,但它已给我们提供了许许多多;也不必说古今法律语言、社会环境的差异被惯常理解为古今难以沟通的原因,而事实上,沟通的程度要看我们做了什么和怎么去做,大群先生的比较表明法律史学者在这方面是大有可为的。

大群先生在研究中也努力和提倡一些小方法,《唐律立法量化技术运用初探》一文,是他用新方法解析唐律的一种有益尝试。“量”的问题,是每一个唐律研究者都不能忽略的问题。戴炎辉先生曾注意到唐律中刑罚加減之“量”,大群先生则在更广的范围内注意到“量”。量以及量化问题是法律的基本问题。一切事情的制度化、法律化,终究是个量化问题。量化是明晰化、定型化,实用性和可操作性皆源于这一点。正是在可操作性这一点上,大群先生抓住了量化问题的要害。尽管唐律的“量”及“量化”问题,实际不止大群先生论文中所列数端,但该论文所提示的方法论意义却是非常有用的。

二、立足历史与关切现实——对历史走向的把握

历史研究者容易对他所熟悉的史事、思想、资料等发生感情,产生偏爱,这是正常而自然的。大群先生多年来从事唐律研究,因而对唐代法律颇多褒扬。但伴随着这些褒扬,我们更可以感觉到他对现代法制的深深关切;研究唐代的吏治法律,他关心着当今的廉政;谈立法量化技术,浸透了对现代立法技术的关注;谈法律内容的比较研究,注重当今法制的观照。这种关切更因了他对历史走向的把握而深刻。

大群先生同意这样的说法:东西法律文化的接触,以中国法律文化影响了大陆法系的“大陆律例”,近代西方法律制度又反过来影响了中国,从而使法律文化的交流在这里兜了一个圈子。大群

先生断言:西方法律文化影响下的法制本身消极面的存在,使得东方法律文化(尤其是中国传统法律文化)“在世界范围将可能有一个在新的基础上的重温时期”。对这种历史走向的预言,不啻是一

种信心,更是充分研究基础上的一种确信。靠了这种确信,大群先生展开了他饶有兴味的唐律研究,从论述到考证再到研究方法的探寻,都倾注并充满着这一文化态度。

新书架

法律与资本主义的兴起

[美]泰格 利维著 学林版

大 32 开 317 页 定价:17.00 元

本书是一部在西方有影响的著作,共六个部分,深入研究了法律与资本家崛起、商人在封建秩序中寻求地位、市民阶层律师与王权及城市发展、资产阶级上升时期、资产阶级的胜利和造反的法理学。

中华民国开国法制史

——辛亥革命法律制度研究

邱远猷、张希坡著 首都师大版

大 32 开 500 千字 625 页 平装 估价 23.00 元

1997 年 8 月出版

ISBN7—81039—813—X/D·7

本书由著名中国法律史学家邱远猷、张希坡教授合著,全面系统深入地论述从同盟会成立至南京临时政府结束,中华民国开国时期的法制思想与建设,在中国历史上具有新展宏图 and 近代化的重要历史地位。它是建国后第一部研究辛亥革命法制的高水平学术专著,挖掘了鄂、苏、浙、赣、桂、川、黔等省《临时约法》及其它大量稀珍史料;纠正了某些论著中的讹误;颇多创见,论述精当,注释详细,图表简明,附有主要参考书目。