

法律史译评

Legal History Studies

(2014年卷)

周东平 朱 腾/主编



中国政法大学出版社

法律史译评

Legal History Studies

(2014年卷)

周东平 朱 腾/主编



 中国政法大学出版社

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

法律史译评. 2014年卷/周东平, 朱腾主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2015. 11
ISBN 978-7-5620-6460-2

I. ①法… II. ①周… ②朱… III. ①法制史—研究—中国 IV. ①D929

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第274015号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	25.5
字 数	445 千字
版 次	2015 年 11 月第 1 版
印 次	2015 年 11 月第 1 次印刷
定 价	56.00 元



杨一凡 *

周东平君、朱腾君主编的《法律史译评》即将推出，这是一部有益于推动国内外法律史学交流的学术成果。二君嘱我作序，我欣然领命。这里结合当代中国法律史研究的基本状况，以及编辑出版《法律史译评》的现实意义，谈一点粗浅的想法。

中华民族在漫长的历史发展过程中，创造了博大精深的法律文化，形成了相当完善的法律制度。中国法律史学是研究中国历史上法律制度和法律文化的产生、发展、功能、特色及其演变规律的一门古老而年轻的学科，从先秦至明清，不少古人已在研究它，但是用现代法学观点研究中国法律史还只有一百多年的历史。中国大陆学界在这一领域取得丰硕成果则是20世纪80年代初才开始的，从那时到现在，经过30多年的探讨，中国法律史学出现了前所未有的繁荣，出版了上千部著作和教材，发表了两万余篇论文。但从总体上看，这门学科的研究仍处于开拓阶段，大量的基本法律文献还未来得及整理和研究，法史研究的不少领域也只是初步的探讨。因此，不断开拓法律史研究，推动学科走向科学，是当代和今后学者肩负的责任。

回顾多年来法史研究走过的路程，法史研究中还存在着一些有待克服的缺陷：一是混淆古今法制的概念、内容及产生的历史条件的差别，不加

* 杨一凡，中国社会科学院法学研究所研究员、学部委员，原中国法律史学会会长。



分析地用现代法律术语和法律体系套用古代法制，得出了一些与历史实际不相符合的、似是而非的结论；或是以现代西方法治理念为坐标评析古代法制，贬低中国传统法制及法律文化在世界文明发展史中的地位和作用。二是忽视了中华法系“多种法律形式并存，中央立法与地方立法并存”的史实，局限于国家立法研究而不及于地方法制研究，按照“以刑为主”的模式描绘古代法制，在许多方面用刑律编纂史代替法律史。三是过于注重法在政治方面的功能，忽视其经济和社会功能，将丰富多彩的、复杂纷繁的法律运作与演进史，简化成统治阶级的工具史。四是法律思想与法律制度、立法与司法割裂研究，用静态的法律史代替动态的法律史，未能全面地揭示中国古代法制实施、运作和演变的真相，对于一些多代相承的基本法律制度和被君主奉为立法、司法指导原则的法律思想在不同历史时期发生的变化，尚未予以更深入的剖析。

当前，法律史学研究正处在一个重要的发展和转折时期。为了推动这门学科持续繁荣和走向科学，我们在充分肯定学界多年来取得的重要进展的同时，必须针对法史研究的缺陷和薄弱环节，拓宽研究领域，探讨尚未涉及或存有疑义的新问题，注重提高学术水平；必须坚持实事求是的认识论，改进研究方法；必须进一步加强与国内外法学界、历史学界、考古学界特别是法史学界的学术交流，吸收他们的学术创见，以开阔学术视野，更加全面、科学地认识和阐述中国法律发展史。因此，《法律史译评》的推出，可谓适当其时。古人说：“不识庐山真面目，只缘身在此山中”，学术研究有时也难免陷入类似的困境。只熟悉自己从事的某一狭小研究领域，只占有一部分资料，而不了解和掌握国内外与本人研究领域相关的学术成果，就很难突破“一孔之见”，或者在研究中失之琐细，不易见其宏大，无法从全局视野进行准确把握。多年科研工作的经验表明，只有那些全面掌握国内外相关研究成果并在此基础上勇于创新的学者，才有可能取得学术突破。所以，加强国外学术成果的翻译，是推动我国科学事业发展的一项极其重要的工作。新中国成立以来，在人文科学领域，学界已在翻译国外学术论著方面做了许多卓有成效的工作，举其要者，如商务印书馆



出版的《汉译世界学术名著丛书》、江苏人民出版社出版的《海外中国研究丛书》、中华书局出版的《日本学者研究中国史论著选译》、中国大百科全书出版社出版的《外国法律文库》等。我在主编《中国法制史考证》丛书时，也选编了50篇日本学者研究中国法制史的重要论文，出版后受到许多学者的关注，足见当前学界对于打开学术交流门户、深入推进学术对话的热切需求。我衷心地希望《法律史译评》能够为国内外的中国法律史学界加强学术交流、增进学术磋商架设起一座新的桥梁，也希望法史学界的中青年学者骨干进一步开阔视野，将中国法律史学研究推向繁荣，为中华法制文明的振兴做出贡献。

是为序。

2013年2月28日

于北京



序二 行深融豁

黄源盛*

世界上任何一个民族或任何一个国家的文化，除由于独创外，大都是因相互影响的结果。在各个不同的历史发展阶段，两个以上的民族或国家彼此接触之后，对于外来的文物制度，加以选择、吸收。就这样，文化因接触而传播，同时，也在他文化的激荡下，创造出自己独特的文明。

就法文化而言，也无非如此。古代东方，希腊诸邦其法律彼此相互影响，而环地中海地区，也曾广泛继受希腊法。就东亚来说，近世以前的日本、朝鲜、安南、琉球等地区也曾大量地继受传统中国律令体制。可以说，本土与外来法律的交融，乃古今中外法制史上的普遍现象；法的沿革发展，就如同政治、宗教、语言、艺术或经济一般，受到各个民族或各个国家文化、经验长期互换的影响。尤其自 18 世纪末叶以来，基于不同的政治、经济、文化等因素，愈来愈多国家扬弃其历史所逐渐形成的传统法，而根据当前本身的目的及需要继受外来法，发展出许多特质不同的法制。

从近代法律发展史看，1840 年鸦片战争以后的中国，国力日衰而西力东渐，国际地位一落千丈，中国面临被鲸吞瓜分的岌岌危机；1900 年八国联军之役后的清廷，外仍沦为列强的俎肉，内则受国民革命浪潮的冲击，

* 黄源盛，台湾辅仁大学法律系教授，“中央研究院”历史语言研究所兼任研究员，原台湾“中国法制史学会”理事长。

日益处于风雨飘摇之中。朝野忧时之士，无不以惶惑的心情，注视着在新环境下所涌现出的新问题，为了扭转内外情势，为了补偏救弊，他们不得不在困境中寻找出路，因而在光绪二十八年至宣统三年间（1902~1911年）引发了一场变法修律大业。自此，传统旧制产生巨大且深刻的形变与质变，而属于旧文化所孕育的法律体系也随之而遽变。可以说，这是中西文明激荡与选择的大时代，从悠远的法制历史与广阔的比较法史看，这是中华法系解体的时代，也是中国法律迈入近代化的新纪元。

而在法律近代化的进程当中，最值得一提的是，外国法典与法学文献的编译；清季译书事业本堪称繁盛，无论数量或内容成效均可观。大体说来，1894年甲午战前，以译泰西书籍为主，尤重英、法文人才的培养，唯太过囿于富国强兵之策，所务率属西洋格致及军事、工业之学。综观当时的编译事业，无论京师同文馆或江南制造局，均侧重于工艺、科技，鲜有涉及政治或法律者。经甲午败战，创巨痛深，船坚炮利政策显已失灵，有识之士对时局多所感悟，乃转以图谋政教、社会制度的变革。

康有为曾提出“变法者须自制度、法律先为改定”，就在这种思维激荡下，译书范围终渐扩及法政、经济、社会等领域。更因朝野钦羨明治维新的成就，译书重心渐趋势于日本，以为“日本维新以后，以翻译西书为汲汲，今其国人于泰西各种学问，皆贯串有得，颇得力于译出和文之文书”。京师同文馆乃于光绪二十二年（1896年）添设东文馆；翌年，梁启超也创办大同译书局于上海，专以翻译日本书籍为主，而辅以西文，且以政学为先，而次始及于艺学。据统计，单就西方法学法律的输入，自1864年美国传教士丁韪良（William A. P. Martin）译出《万国公法》后，维新派的译书机构相继出版了十八部外国法律法学著作；及至1895年维新运动失败后，法律法学输入骤增，民间译局遍及各省。

晚清修律大臣沈家本虽出身旧学根柢，但对于欧西及日本法制的长短了然于心，除积极筹办修订法律馆外，更倡言“将欲明西法之宗旨，必研究西人之学，尤必编译西人之书”、“欲究各国之政治，必先考各国政治之书。非亲见之，不能得其详；非亲见而精译之，不能举其要”。尤秉持



“参酌各国法律，首重翻译”的理念，推崇日本明治维新时“君臣上下同心同德，发愤为雄，不惜财力，以编译西人之书，以研究西人之学”的务实精神。为此，沈氏极力延聘欧、美、日归国留学生，并通过外交途径，搜购各国最新法典及参考书籍，斟酌取舍，进行大规模的法学法律文献翻译，这是修订法律馆开馆以来一项极其重要的工程。

沈家本也深知翻译为制定新律的基础，故推动翻译工作极为审慎。他说：“译书以法律为最难，语意之缓急轻重，纪述之详略偏全，抉择未精，舛讹尽见。”在其后他一手创办的“法律学堂”三年课程中，均列外国语文为必修课目，可见其重视之一斑。沈氏又一向治学谨严，鉴于先前日本译述西洋各国法律多尚意译，致讹误过多，终改归直译；唯恐翻译失实，除对传统旧律用语作谨慎考订外，又要求译员“力求信达”，且对每件译文，沈氏尽可能亲与译者逐句逐字，反复推敲，务得其解。这种大规模而有计划的翻译外国法律和法学著作，几经反复推研，业绩丰硕，不但引进西方及日本的近代法律思想，为传统法律文化注入一股新血；同时，也为当时修订新律提供了方向，为继受欧陆近代法律开辟了生路。

时光匆匆，一百年过去了；政权几经更迭，由专制帝国而民主共和，由北洋政府而国民政府，由南北一统而分裂分治；当今，海峡两岸关于各个应用部门法的翻译书籍，虽质量良窳不一，仍比比可得，而纯从法律史角度进行译评者，却相当罕见。或许，可以这么说，三十多年前，在中国法史学研究上，日本及美国等地区一直都是重要的基地，在运用当代法学与史学方法进行传统法的研究，似乎走在华人研究社群的前头，同时也取得了一些令人瞩目的成就，得出诸多富有启发性的论著，这种新方法和新观点引起两岸学术界的关注，经译成中文后，深深影响了华人社会的法史研究走向。

不过，也无须讳言，国外学者研究传统中国法律问题，由于自身学术背景、学术传统以及文化环境等原因，常不可避免地陷于本位主义式的理论观点和诠释方法；因而部分的研究成果仍不免给人有“雾里看花”甚或“见树不见林”的印象。所幸，近二十多年来，台湾、中国大陆的法史



学界急起直追，无论研究议题的深刻性与研究方法的灵活性，俨然有后来居上之势；唯受限于种种因缘，大陆学界对于境外法律史的研究现况仍缺乏畅通的管道。

实际上，就台湾方面来说，法史研究者虽为数不多，却时有可观的论著问世，虽然，大陆的学术期刊或论文集偶会刊载其研究成果，毕竟零散；就日本方面言，此前，虽曾有过大规模组织翻译日文论著，但大多为十几年甚至几十年前的作品，难以及时反映最新的研究动向，加上受限于语文的障碍，能直接披阅日本文献者，仍属有限；就欧美方面言，尤缺少经常性地推出法史相关论著，大大阻碍了大陆学界对境外法律史学术状况的全盘掌握，这不能不说是件遗憾的事！

欣喜的是，周东平与朱腾二位先生推出《法律史译评》一书，将致力于刊载台湾学者的首发论文，以及日本、欧美等国最新研究成果的译文，并拟借此平台，推动海内外学界的及时沟通与交流，这是法史学界的一件功德事，他山之石，可以攻玉！伴随着充分的交流和信息的便利，相信，对于研究视野的开阔、读史心得的相互砥砺，一定会有很大的帮助。期盼此书能兼具广度与深度，也殷望译文能求其确实与通达；“行深法史，融豁古今”为法史园地注入一股源泉活水，使更富于进取性与创意性。发刊伊始，感奋之余，谨缀数语，为之祝、为之祷！

2013年癸巳

外双溪·犁斋



目 录

序一	1
----------	---

序二 行深融豁	4
---------------	---

秦汉交替时期民、夷之归属及编成

〔日〕渡边英幸 著 朱 腾 译	1
-----------------------	---

前 言	1
-----------	---

一、再论秦律中的“夏子”	5
--------------------	---

二、关于《奏谳书》中的“降为汉”	13
------------------------	----

三、归属并被编入后的人们——里耶秦简“户籍简”中的 楚爵与秦爵	19
--	----

四、异民族与郡县民的大相径庭	23
----------------------	----

结 语	27
-----------	----

汉初的诸侯王与礼、法

〔日〕阿部幸信 著 朱 腾 译	30
-----------------------	----

一、问题所在	30
--------------	----



法律史译评 (2014 年卷)

二、诸侯王与礼	34
三、诸侯王与法	40
结 语	42

秦朝和西汉的法律与传播

〔美〕陈力强 著 马 腾 雷桂旺 译	44
一、公共刑罚和威慑力	46
二、威慑力之外的信息传播	47
三、刑罚和公众注意力	50
四、平民百姓和法律程序	52
五、通过法律改革的信息传播	57
六、公众观念	60
结 语	65

法律辩论：秦汉审讯程序

〔俄〕马 硕 著 朱 潇 译	67
前 言	67
一、程序正义理论下的讯问规则	68
二、《奏谳书》的讯问笔录	70
三、程序正义、法律知识与帝国的意识形态	83

秦汉时代的户籍与个别人身支配——关于户籍地的考察

刘欣宁 著译	86
前 言	86
一、作为身份标识的户籍地	87
二、户籍地发行的凭证文书	95



三、失去户籍地之人	103
结 语	110

从汉律到唐律——裁判规范与行为规范

〔日〕富谷至 著 薛夷风 周东平 译	112
前 言	112
一、出土汉简所见的汉律及其适用	113
二、唐律的引用及其实效性	122
三、从汉律到唐律的变化	128
结语——从裁判规范到行为规范	155
书评：富谷至《从汉律到唐律——审判规范与行为规范》	
〔日〕水间大辅 著译 周东平 校	158

隋唐王朝朝贡体制的构造和展开

〔日〕榎本淳一 著 周东平 陈进立 译	160
前 言	160
一、关于朝贡体制的构成	161
二、朝贡体制的展开	166
结 语	171

唐代官文书体系及其变迁——以牒、帖、状为中心

〔日〕赤木崇敏 著 周东平 王威驷 译	176
前 言	176
一、唐代前半期的官文书体系	178
二、8世纪以降的官文书体系	194
结 语	205



法律史译评 (2014 年卷)

宋代中国的法与刑罚——日本的研究轨迹

〔日〕 德永洋介 著 周东平 肖秋莲 译	207
前 言	207
一、先驱性的研究成果和课题	209
二、围绕法典编纂的诸问题	212
三、新刑罚体系的成立和刑事制度的展开	221
结 语	227

明代内阁职务形成过程之研究——以经筵制度的成立为分析焦点

〔日〕 高桥亨 著 周东平 王韵茜 译	230
前 言	230
一、正统时期进讲的性质	233
二、土木之变与景泰进讲	242
结 语	251

光棍律的成立及其背景——清初秩序形成的过程

〔日〕 山本英史 著 熊绍帷 译	254
前 言	254
一、“光棍”为何	256
二、光棍例与其适用	259
三、另一项光棍例与其适用	265
四、光棍例的成立	270
五、光棍例成立的背景	275
结 语	279

**从清朝有关旗人与民人户口法规范谈清朝法制的变迁**

陈惠馨 著	285
前 言	285
一、有关新清史的讨论——汉化或者殖民观点对于法制史 研究的意义	287
二、清朝法制如何延续明朝法制——详译明律、参以国制定 大清律	288
三、清朝大清律（户律）户役门有关“人户以籍定”条规定 比较	289
四、清朝《户部则例》对于旗人与民人户口规定及其变迁	297
结 论	301

**关于清代刑事裁判中州县官的应对方式的考察——以淡新档案中的
盗案科刑案件为例**

〔日〕铃木秀光 著 孟 焯 译	303
序 言	303
一、淡新档案中的盗案	305
二、州县官的对策	320
结 语	326

清代冒充捕役问题研究

〔美〕马礼彬 著 陈 煜 译	346
前 言	346
一、冒充捕役犯罪概述	352
二、裂缝：欺诈者乘虚而入	359



法律史译评 (2014 年卷)

结语：裂缝与反思 375

无法之法，或“中国法”是一个悖论吗？

〔美〕络德睦 著 郑金鹏 译 378

序 言 378

一、法治的歧义：弊于法理，利于政治 380

二、法治政府，而非人治政府：审判与制裁 382

三、上海会审公廨 385

四、会审公廨的会审法 386

五、超越“法治” 390

秦汉交替时期民、夷之归属及编成^{*}

〔日〕渡边英幸^{**} 著 朱 腾^{***} 译

前 言

通过征服六国以及随后的郡县制的实施，秦始皇将文明发祥以来众多“邦”持续并存的“天下”世界^{〔1〕}首次统合为单一的“秦”。不过，以“秦”一国来统治“天下”的局面在二世皇帝时期就已露出破绽，反秦势力蜂起与秦楚战争的结果是，秦跌入灭亡的深渊，以楚的项羽为盟主且诸侯王并立的西楚霸王体制宣告成立。“天下”重新回归到复数的“邦”并立的世界。项羽的霸权亦非永存，在楚汉战争中胜出的汉王刘邦再次对“天下”加以统合，但已然复活的诸侯国并立的影响却仍强劲地延续着。汉初的统治体制则是在继承战国秦、统一秦时期的国制之遗产以及楚汉战争时期诸侯分封体制之现实的基础上组合而成

* 本文原题为“秦汉交代期における民・夷の帰属と編成”，载《歴史研究》五九，2013年。

** 渡边英幸，日本爱知教育大学教育学部讲师。

*** 朱腾，中国人民大学法学院副教授。

〔1〕 此处所说的“天下”是指以黄河、长江流域出现的新石器时代诸文化为渊源，且因夏商周时代中原王朝之影响以及东周时期诸侯国的同伴关系而形成的具有文化共通性与超越国界之归属意识的地域。具体来说，它涵盖了战国诸国的全部领土，大概包括自长城以南至长江及其诸支流之流域的广阔空间。参见渡边信一郎：《中国古代の王権と天下秩序》，校仓书房2003年版；拙著：《古代“中华”观念の形成》之“序章”，岩波书店2010年版。