

中西 法律 传统



中南财经政法大学
法律史研究所 编

■第五卷■

中国政法大学出版社

D909.2

13

:5

2006

■第五卷■

中西 法律 传统

中南财经政法大学
法律史研究所 编



中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中西法律传统. 第5卷/中南财经政法大学法律史研究所编. - 北京:中国政法大学出版社,2006.3

ISBN 7-5620-2874-5

I. 中… II. 中… III. 法律-思想史-对比研究-中国、西方国家 IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 020638 号

* * * * *

书 名 中西法律传统(第五卷)
出 版 人 李传敢
经 销 全国各地新华书店
出版发行 中国政法大学出版社
承 印 北京一二零一印刷厂
开 本 880 × 1230 1/32
印 张 14.75
字 数 355 千字
版 本 2006 年 5 月第 1 版 2006 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2874-5/D·2834
定 价 36.00 元
社 址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)
58908285(总编室) 58908334(邮购部)
电子信箱 zt5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。
本社法律顾问 北京地平线律师事务所

主 编	范忠信	陈景良	
编委会成员	范忠信	陈景良	郑祝君
	萧伯符	程汉大	李艳华
	滕 毅	春 杨	武 乾
	屈永华	孔庆平	李培锋
	陈敬刚		
助 编	陈敬刚	尤陈俊	翟文喆
英文翻译	翟文喆		

目 录

西方法律传统

- | | |
|-----|---------------------|
| 1 | 古希腊的民主与法制（下）/贺卫方 任强 |
| 68 | 现代英国法院制度的历史变迁/程汉大 |
| 105 | 古罗马法中的嫁资返还制/崔兰琴 |

中国法律传统

- | | |
|-----|-----------------------------|
| 119 | 中华法系学述论/俞荣根 龙大轩 |
| 139 | 从简牍文书看中国传统财产继承制度/罗鸿瑛
胡仁智 |

- 163 《尉繚子》法律思想述略/张少瑜
- 185 “经义折狱”与中国传统法的精神/马小红
- 222 隋唐书《刑法志》研究中的若干
问题/[日]梅原郁撰 周东平译
- 243 中国商法史研究路径的反省/孙丽娟
- 270 《周易》与商周时代的婚姻家庭制度/黄震
- 283 清代法律中的类推/陈张富美撰 陈新宇译
- 296 明清小说与“刑始于兵”的记忆/翟文喆

近现代法制变革

- 315 杨兆龙法律观与新中国初期法治/周永坤
- 334 “五权宪法”思想的历史地位和启示/王祖志
- 348 中国近代诉讼审判机制转型初期的折衷
变通/张培田 李胜渝
- 369 从挂号道契看法律移植的内外影响因素/夏扬
- 391 现代中国法律信仰缺失的传统根源/陈会林

读书与评论

- 410 为往圣继绝学
——评徐道邻《唐律通论》/余钊飞
- 419 西方法律传统的形成及其宗教根源
——读伯尔曼《法律与革命》/于语和
包 蕊
- 435 法文化比较从哪里开始
——评崔永东《中西法律文化比较》/朱 腾

学术随笔

- 441 祭孔子文/张伟仁
- 444 清末民初画报中衙蠹与劣幕/尤陈俊
- 451 爱丁堡大学法学院学习见闻/何 鹏

Contents

Legal Tradition of the Occident

- He Weifang & Ren Qiang: Democracy and Legal System
in Ancient Greece (Part B) (1)
- Cheng Handa: The change of Modern Court System of the
Britain in History (68)
- Cui Lanqin: System of Dos Return in Roman Law (105)

Legal Tradition of China

- Yu Ronggen & Long Daxuan: Comment on Chinese
Legal Genealogy (119)
- Luo Hongying & Hu Renzhi: An View of Traditional
Inheritance Law by Bamboo and Wooden Slips
Document (139)

2 Contents

Zhang Shaoyu: A Short Comment about the Legal Thought of <i>wei liao zi</i>	(163)
Ma Xiaohong: The Spirit of Traditional Law of China and “Justice by Saint Book of Confucius”	(185)
[Japan] 梅原郁 (translated by Zhou Dongping): Some Problem about the Study of <i>Criminal Law</i> <i>Record of Sui Shu</i>	(222)
Sun Lijuan: A Reflect on the Way of the Study about the Commercial Law History of China	(243)
Huang Zhen: <i>Book of Changes</i> and the Marriage and Family System in Shang and Zhou Dynasty	(270)
Chen Zhangfumei (Translated by Chen Xinyu): The Analogy in Law of Qing Dynasty	(283)
Zhai Wenzhe: The Memory of “Law From War” from the Novel of Ming and Qing Dynasty	(296)

Chinese Legal Modernity

Zhou Yongkun: The Legal Thought of Yang Zhaolong and the Legal System in the Initial Period of PRC	(315)
Wang Zuzhi: The History Status of the Thought of “Five Right Constitution” and it’s Apocalypse	(334)

Zhang Peitian & Li Shengyu: Compromise of Initial Period of Reformation of Surrogate Suit and Adjudgment System ...	(348)
Xia Yang: A View of Inside and Outside Factor of Law Transplant from the Study of "Registered Bargain"	(369)
Chen Huilin: The Traditional Culture Cause for the Absence of Legal Belief in Modern China	(391)

Perusal & Remark

Yu zhaofei: <i>Comment on Code of Tang Dynasty</i> by Xu daolin	(410)
Yu Yuhe/Bao Rui: <i>Law and Revolution</i> by Harold J. Berman	(419)
Zhu teng: <i>Comparison of Chinese and Western Legal Culture</i> by Cuiyong dong	(435)

Essay of Law

Zhang Weiren: Sacrifice for Confucius	(441)
You Chenjun: Bad Private Secretary and Government Runners of the Pictorial Printed in the End of Qing Dynasty and the Beginning of the ROC	(444)
He Peng: Study in Law School of Edinburgh University	(451)

[西方法律传统]

古希腊的民主与法制（下）

贺卫方 任 强*

四、雅典的民刑法律制度

（一）雅典的法律渊源

在雅典古文献中，themis 是指神所启示的裁决、指示或判决，dike 表示世俗法律。R. 考斯特拉认为：“随着早期法律制度的成长，神的法律制度走向隐退之途，即使在荷马史诗中，themis 的观念也在渐渐地让位于 dike。”^{〔1〕} 后来，nomos 这个词出现了，它的含义除了表示“习惯”、“习俗”之外，也表示“制定法”。与 nomos 相对应的还有“psēphismata”一词，它表示

* 作者贺卫方，北京大学法学院教授，博士生导师；任强，中山大学法学院副教授。

〔1〕 R. Köstler, ‘Die homerische Rechts- und Staatsordnung’, in E. Berneker (ed.), *Zur griechischen Rechtsgeschichte* 180. 转引自〔爱尔兰〕J. M. 凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，汪庆华校，法律出版社2002年版，第7页。

“命令”、解决方案、裁决等具体的、特别的以及辅助性的或者可执行的具体措施。所以，雅典的法律泛指法律、命令、习惯。在三者当中，法律和命令的效力要高于习惯，尤其是当制定法典的浪潮席卷希腊时，制定法占据了绝对的上风，如果一个古老的习惯没有出现在现有的成文法中，但是在实践中一直有效，人们就偏好把它归于一个虚构的立法者所创造。^[2] 大约在公元前403年，雅典就颁布过这样的法律：“在具体的案件中，不允许使用不成文法。”^[3] 法律和命令都是法庭判决的依据，审判员在开始审判的时候往往要发这样的誓言：“我将根据雅典人民和五百人议事会的法律和命令来投票。”在雅典，法律的效力要高于命令，如果命令违反了法律，法庭就会宣布命令无效。公民大会和议事会的命令的效力要低于法律，未经6 000人的秘密投票，不许制定仅仅针对个人，而不能普遍适用于所有雅典公民的法律。^[4] 另外，立法或者废法的程序要比通过或者取消命令的程序缓慢得多，复杂得多。^[5] 当然，对有些特殊事件，城邦可以颁布特赦令。

（二）雅典公民法定义务

雅典城邦是轮番为治的公民团体，城邦自然高于它的每一个

[2] H. J. Wolff, 'Gewohnheitsrecht und Gesetzesrecht', in E. Wolf (ed.), *Griechische Rechtsgeschichte*, 112. 转引自〔爱尔兰〕J. M. 凯利：《西方法律思想简史》，王笑红译，汪庆华校，法律出版社2002年版，第9页。

[3] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws: A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 91.

[4] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws: A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 91.

[5] Raphael Sealey, *The Athenian Republic: Democracy or the Rule of Law?* The Pennsylvania State University Press, University Park and London, 1987, p. 32.

个别公民，它就必然要规定公民对城邦的义务。雅典的法律规定，一般公民对城邦的主要义务有两种：一是服兵役。每一个成年公民都有服兵役的义务，如果逃避兵役，十一人法警^[6]将把他关进监狱，提交法庭审判。另外，任何人也可以因此来起诉他。如果发现他真的有罪，法庭将会给他施以处罚。如果他交不起罚金，他就要坐牢，一直到他交清罚金为止。^[7]二是当公差。雅典的法律规定，任何人一旦被城邦选中，即使他已经承担了别的公差，也有为这一公事服务的义务。否则，他将会遭受城邦的处罚。^[8]另外，雅典富有的公民还有义务承担一些特殊的公职，其中最繁重的一项是“三层桨战船司令官”。三层桨战船司令官不仅要指挥船只，而且要承担一年的管理、修理和保养船只的费用。^[9]

（三）雅典的犯罪与刑事法

雅典的刑事法律与民事法律虽然有区别，但是不严格。

在雅典，谋杀是最严重的犯罪行为，它既属于犯罪行为，也

[6] 十一人法警是由议会通过投票选举出来的管理犯人者。盗窃者，绑架者，以及被逮捕的行动者，如果承认了自己的犯罪行为，就由十一人法警执行对他们的死刑；如果他们不承认自己的犯罪行为，就由十一人法警把他们带到法庭。如果法庭判决被告的犯罪成立，就由十一人法警执行处罚。十一人法警也有权把有争议财产在充公之前提交法庭审理。See, Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws; A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 149.

[7] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws; A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 100.

[8] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws; A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 130.

[9] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws; A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 129, 130, 155.

属于亵渎神祇的行为。不论是蓄意杀人，还是过失杀人，除了接受严厉的处罚之外，都要因为污染了雅典城的泥土要赎罪，泥土净化的典礼严格而繁复。雅典法律在一般情况下禁止寻仇报复，但是，在某些特定情况下，允许直接报复行为。例如，公元前5世纪的法律规定，当男子发现他的母亲、妻子、妾、姊、妹、女儿，与人通奸，他有权立即将通奸的男人杀死。^[10]

但是，无论是谋杀，还是过失杀人，假如受害者在临死之前答应宽恕凶手，则不得对凶手采取任何行动。^[11] 颁布于公元前409~公元前408年的雅典法律规定：过失杀人者要被流放。^[12] 由祭仪执政官审判犯人或者共犯，由50岁以上的元老院成员组成的审判庭作出判决。如果受害者的父亲、兄弟、儿子都同意宽恕凶手，可以不处罚凶手；只要其中的一人不同意，则宽恕无效。如果受害者没有上述的亲属，那么同意宽恕与否，将由他的堂兄弟以及堂兄弟的儿子作出；同样，只要其中的一人不同意，就足以撤回宽恕。在过失杀人案中，如果受害人没有亲属，在得到50岁以上的元老院审判员的许可之后，将在死者所在的部落挑选出10个人来决定是否宽恕凶手。这条法律在纳入过失杀人之前，就已经适用于杀人了。受害者的堂兄弟和堂兄弟的儿子将会在市场宣布对凶手的控告，受害者的堂兄弟，堂兄弟的儿子、女婿、岳父以及部落的人都有责任向50岁以上的元老院审判员控诉凶手。当犯人已经戒绝在市场、运动场、泛雅典神庙出现时，如果有人谋杀了他，谋杀者将会受到如同谋杀一个（无罪

[10] Aristotle, *On the Constitution of Athens*, Tr. E. Poste. London, 1891, p. 57.

[11] Glotz, G., *The Greek City*, London, 1929, p. 236.

[12] 据亚里士多德的说法，流放的期限为一年。参见〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第229页注2。

的）雅典公民一样的处罚，50 岁以上的元老院审判员将对此进行判决。如果有人的财产被他人以暴力及非法手段抢劫，财产所有人在自卫中杀了劫掠者，不负任何的赔偿责任。^[13]

按照雅典的法律，强奸公民的妻子或者女儿，盗窃、绑架、行劫、投毒、放火都可以被处以死刑，但是强奸奴隶和外来者不算犯罪。^[14] 一个人强奸了奴隶或者外邦人，惩罚是支付货币罚金；如果一个奴隶或者外邦人与雅典妇女通奸，准许将通奸的男子就地处死。^[15] 雅典法律对盗窃罪还做了这样的规定：“如果被盗窃的财产被追回，盗窃者将被处以所盗窃财物两倍的罚金，如果被盗窃的财产没有被追回，除了对罪犯处以法定制裁之外，还要处以所盗窃财物 10 倍的罚金。如果法庭决定对盗窃者增加刑罚的话，他还得戴 5 天 5 夜的足枷。当案件被提起的时候，任何人都可以向法庭建议给盗窃者增加刑罚。”^[16]

另外，雅典议事会和任何一个公民也可以控诉行政官员的贪污、受贿行为，将罪犯绳之以法。颁布于大约公元前 6 世纪的法律对行贿受贿都做了规定：“如果任何一个雅典人接受贿赂，或者提议一个人向另一个人行贿，或者以答应损害人民和任何一个城邦公民个人的方式贿赂某人，无论他使用了何种手段或者策

[13] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws: A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 72.

[14] 参见 [美] 理查德·A·波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 95 页。

[15] 参见 R. Just, *Women in Athenian Law and Life*, London and New York, 1989, p. 68. 以及 [美] 杜兰：《世界文明史——希腊的生活》，幼狮文化公司译，东方出版社 1998 年版，第 86 页；[美] 理查德·A·波斯纳：《性与理性》，苏力译，中国政法大学出版社 2002 年版，第 95 页。

[16] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws: A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 70.

略，他都将剥夺公民权，他自己、他的孩子和他的财产都要充公。”^[17]

雅典法律还就以下各类案件做了规定：虐待父母案，这种案件任何人只要愿意，都可以担任原告，即使诉讼失败，也不能对他处以罚金。虐待孤儿案，此案的成立取决于孤儿的保护人。虐待女继承人案，此案的成立也取决于保护人或者女继承人同居的亲属。心神失常控告案，即一个人控告另一个人心神失常时损害了他的财产；^[18] 伪造货币案，这种案件是雅典与其他城邦结盟所规范的主要内容之一，目的是禁止伪造货币或者防止外邦模仿本邦的货币，加强各个城邦之间的货币流通，保护本邦的金融秩序。^[19]

（四）雅典的刑罚

雅典的刑罚种类有：鞭笞、罚金、褫夺公权、烙火印、抄家、放逐以及死刑，比较少使用监禁。有一只希腊瓷瓶，上面画着一个奴隶，手脚被捆绑，吊在空中，遍体鳞伤。^[20] 明显是遭到了鞭笞。罚金是雅典最常使用的处罚，而且越来越重，以致人们经常批评政府利用不公正的判决以自肥。雅典法律允许已经定罪的被告与提起控诉的原告自行商定他们认为合理的罚金或者刑

[17] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws: A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 69.

[18] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws: A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 100. 以及〔古希腊〕亚里士多德：《雅典政制》，日知、力野译，生活·读书·新知三联书店1957年版，第60页。

[19] Ilias Arnaoutoglou, *Ancient Greek Laws: A Sourcebook*, London and New York, 1998, p. 57.

[20] Glotz. G., *The Greek City*, London, 1929, p. 281.

罚，法庭从他们建议的处罚中选择其一。谋杀、亵渎神祇、叛国，要被抄没家产以及判死刑。但是，在审判之前，依法将会被判死刑的罪犯，通常可以选择自愿流放和放弃财产而免于一死。如果被告是雅典公民，他不屑于逃亡，也不愿意被流放，执行死刑时，为了尽量减轻他的痛苦，就会给他服用毒胡萝卜提炼成的毒药。犯人服下之后，从脚开始麻痹，渐渐遍及身上，最后到达心脏时死亡。苏格拉底就死于这种刑罚。如果奴隶被判死刑，可能被残忍地活活打死。^[21] 有的死刑犯是被活活从悬崖上丢下谷底摔死，有的死刑犯则是在处死之后从山崖上抛下。如果因为谋杀罪被判死刑，刽子手当着受害者亲属的面执行死刑，这显然残留着血亲复仇的遗迹。^[22]

（五）雅典的经济与公共义务法

在涉及城邦的公共秩序和经济活动方面，雅典法律也做了相应的规定。

在大约公元前6世纪时，雅典颁布了关于私人空间与公共场所相邻关系的法律。法律规定：“任何人筑墙或者修桥，不许移动界碑；如果他筑了一堵小墙，必须留出一足的空间（30公分）；如果他建一座房子，要留两足的空间；如果他挖一个沟或坑，留出的空间要和它们的深度一样；如果他挖了一个蓄水池，留出的空间要有一张臂的长度（1.9米）；种植橄榄树和无花果

[21] Tucker. T. G., *Life in Ancient Athens*, Chautauqua, N. Y., 1917, p. 263.

[22] 参见[美]杜兰：《世界文明史——希腊的生活》，幼狮文化公司译，东方出版社1998年版，第193页。