

法史  
论丛

# 中国 法律与社会

王立民 主编



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

上海市重点学科建设项目资助

项目编号: T1001

D929

44

2006

# 中国 法律与社会

王立民 主编

主 编  
副 主 编  
撰 写

王立民  
洪佳期  
(以姓氏笔画为序)

丁凌华	王立民	王 沛
张伯元	李秀清	何勤华
冷 霞	杨师群	赵元信
俞 江	洪佳期	高 珣
殷啸虎		



北京大学出版社  
PEKING UNIVERSITY PRESS

**图书在版编目(CIP)数据**

中国法律与社会/王立民主编. —北京:北京大学出版社,2006. 12  
(法史论丛)

ISBN 7-301-11144-4

I. 中… II. 王… III. 法制史-研究-中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 123460 号

书 名: 中国法律与社会

著作责任者: 王立民 主编

责任编辑: 孙丽伟 朱梅全 朱 彦 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-11144-4/D·1594

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027  
出版部 62754962

电子邮箱: [law@pup.pku.edu.cn](mailto:law@pup.pku.edu.cn)

印 刷 者: 北京汇林印务有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 32 印张 541 千字

2006 年 12 月第 1 版 2006 年 12 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

---

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:[fd@pup.pku.edu.cn](mailto:fd@pup.pku.edu.cn)

## 序

长期以来,我校一贯重视中国法制史学科的建设。1952年,我校正式成立,以后便有老师专门从事这一学科的教学与研究。1979年复校以后,中国法制史便是本科生的主要课程之一。我校还成立了法制史教研室,自编中国法制史教材。从1981年起,我校正式招收中国法制史的硕士研究生,这是我校最早招收硕士研究生的硕士点之一。2001年起,我校开始招收法律史博士研究生,中国法制史是其中的一个方向。2004年,又有中国法制史方向的博士后进入我校的法学博士后流动站。同年,中国法制史课程被评为上海市精品课程。

我校中国法制史学科的发展与我们的导师、教师们的努力密不可分。他们是曾任中国法律史学会副会长的王召棠教授、曾任中国法律史学会执行会长和现任儒学与法文化研究会会长的陈鹏生教授,以及钱元凯教授、夏永孚和刘德骧副教授等等。正是他们的敬业和奉献,才使这一学科的新人逐渐成熟,教材不断更新,学术成果日益丰硕,教学方法也有改进。他们为我校中国法制史学科的建设奠定了根基,创造了一个很好的发展平台,提供了推进这一学科建设的良机。我们是在他们的基础之上,努力再上一个台阶,再取得一些新成果。他们为我校中国法制史学科作出的贡献永远值得我们崇敬和怀念。

近段时间以来,我校从事中国法制史教学与研究的同仁们陆续发表了一些有质量的论文。它们大多发表于核心期刊,有的还在《中国社会科学》、《法学研究》等一流期刊上面世。它们都从自己的研究角度出发,每篇就是一个专题,各成体系。这次汇编成书,以“中国法律与社会”为主题,用专著的形式,对这些论文作了一些必要的调整,使其更具整体效应。论文涉及的时间跨度较长,从春秋直至新中国。论文的内容也丰富多彩,有阐述法律思想的,有考证制度的,有论述法制的,等等。但是,有一点是共同的,那就是文章的内容中总有一些思想的火花,有自己的创新。这一创新集中体现在选题、观点等一些方面。“汉语‘法学’一词的起源及其流变”、“《鹖冠子》与

战国时期的‘法’观念”、“明代海外贸易立法之探讨”、“董康及《清秋审条例》”、“新中国刑事立法移植苏联模式考”、“新上海第一年刑案述评”等等都在课题上有所创新,这为文章内容的创新提供了前提。还有,“法学形态考”中对“中国古代无法学论”质疑的观点;“唐律四个重要问题的述评”中关于“化外人”相犯较难操作和操作后司法权丧失的观点;“两种清末宪法草案稿本的发现及初步研究”中关于甲残本和乙全本宪法草案都不是“李汪宪草”的观点;“上海的土地改革立法与近郊农村的发展”中关于上海土地立法的观点等等,都在不同程度上有所创新。总之,本书会使人阅后有所收获,不会“无功而返”。本书既可作为中国法制史学习者的必备之书,也可作为中国法制史教学与研究者的理想参考书。

现在,我校的法学专业是上海市的本科教学高地学科,法律史又是上海市重点学科,这些都给我校的中国法制史学科快速发展提供了一个极好的机遇。我们有信心和决心,发扬我们的导师、教师们的敬业精神,努力把这一学科建设再提升一个层次,为繁荣中国法学作出自己的贡献。

华东政法学院副院长、教授、博导

中国法律史学会执行会长

王立民

2006年4月于华东政法学院

# CONTENTS 目 录

---

<b>第一章 汉语“法学”一词的起源及其流变</b>	<b>1</b>
一、“法学”一词在中国的出现	1
二、“法学”一词在日本的出现及演变	3
三、“法学”一词传入中国	5
四、对“法学”一词更深层次的研究	7

---

<b>第二章 法学形态考</b>	
——“中国古代无法学论”质疑	15
一、中国古代有无“法学”	15
二、法学形态概念的界定	17
三、“法学形态”的多样性	20
四、中国古代存在比较发达的法学形态	24
五、中国古代法学形态的特点	26
六、结语	31

---

<b>第三章 古代判例考略</b>	<b>32</b>
一、古代判例种种	32
二、古代判例特点	48

---

<b>第四章 中国古代守丧之制述论</b>	<b>55</b>
一、先秦时期——从习俗到礼教	55
二、秦汉魏晋南北朝时期——从礼教向 法律的过渡	57

## CONTENTS 目 录

三、唐宋元明清——全面法律化时期	59
四、余论	63
<hr/>	
<b>第五章 宗祧继承论</b>	<b>66</b>
一、“宗祧”正源	66
二、宗祧继承的理论基础——血食观念	68
三、宗祧继承的形式流变——从大宗祧到 小宗祧	70
四、宗祧继承的法律保障——立嗣制度	71
五、宗祧继承与嫡长继承之比较	75
<hr/>	
<b>第六章 春秋时期法制进程考论</b>	<b>78</b>
一、三代法制遗产考论	78
二、春秋法制的主要方面	81
三、法制进程的特点与局限	86
<hr/>	
<b>第七章 《法经》论考</b>	<b>90</b>
一、《法经》的真伪	90
二、《法经》的历史地位	96
<hr/>	
<b>第八章 《鹞冠子》与战国时期的“法”观念</b>	<b>101</b>
一、“法”的概念	102
二、“道生法”与“从王之指”	104

## CONTENTS 目 录

三、从时代背景看“法”观念的变化	107
<hr/>	
<b>第九章 秦汉律典考述</b>	<b>110</b>
一、《法律答问》与“秦律说”	110
二、秦汉律中的“亡律”考述	122
三、秦汉律中的“收律”考述	137
<hr/>	
<b>第十章 张家山汉简反映的汉初土地制度</b>	<b>151</b>
一、汉初的土地国有制度	151
二、土地相对私有诸制度	154
三、双重经济结构的建立	158
<hr/>	
<b>第十一章 先秦至唐时期的家族主义法</b>	<b>163</b>
一、先秦至两汉家族主义法起源	164
二、魏晋南北朝“准五服制罪”原则之确立 与家族主义法	169
三、《唐律疏议》家族主义法	180
<hr/>	
<b>第十二章 《唐律疏议》——中国古代法律与历史 融合的典范</b>	<b>190</b>
一、法律与历史结合的内容	190
二、法律与历史结合的意义	193
三、法律与历史结合的原因	197



## CONTENTS 目 录

<b>第十三章 唐律四个重要问题的述评</b>	<b>201</b>
一、关于换刑制度问题	201
二、关于化外人相犯处理制度问题	204
三、关于过失犯罪问题	205
四、关于奴婢在法律关系中的地位问题	207
<b>第十四章 北宋前期司法监督制度系统考察</b>	<b>212</b>
一、多层次的审判监督制度	212
二、司法监察机构权限的扩大	216
三、监督措施实行的制度保障	220
<b>第十五章 南宋民事法制与社会变迁</b>	<b>224</b>
一、从《清明集》看南宋民事法制的内容	225
二、与同时期的西方比较分析南宋民事 法制发展的原因及影响	232
三、研究南宋民事法制与社会变迁的启示	240
<b>第十六章 《大元通制》“断例”的性质及其影响</b>	<b>244</b>
一、关于《大元通制》中的“断例”的性质	244
二、元朝盛行“断例”的原因及影响	251
<b>第十七章 明代海外贸易立法之探讨</b>	<b>256</b>
一、引言	256

## CONTENTS 目 录

二、海外贸易立法指导思想	257
三、海外贸易立法活动	265
四、海外贸易立法特点	268
五、结语	272
<hr/>	
<b>第十八章 清代法律渊源考</b>	<b>278</b>
一、律与例	279
二、习惯法与判例法	291
三、情理与律学著作	298
四、结论	306
<hr/>	
<b>第十九章 董康及《清秋审条例》</b>	<b>311</b>
一、对制度的细化及其评述价值	312
二、透视秋审制度的案例	316
三、恩威并用——朝审亲历记事	319
四、董康其人及法价值观的转变	320
<hr/>	
<b>第二十章 沈家本法律思想的学术源流探微</b>	<b>322</b>
一、中学	322
二、西学	326
三、新学	329

## CONTENTS 目 录

<hr/>	
<b>第二十一章 两种清末宪法草案稿本的发现及初步研究</b>	<b>334</b>
一、清末立宪史的研究现状	334
二、两种清末宪法草案稿本的发现及初考	335
三、两种清末宪法草案稿本的初步研究	339
四、两种清末宪法草案稿本的价值	348
<hr/>	
<b>第二十二章 法律移植与中国刑法的近代化</b>	
——以《大清新刑律》为中心	<b>350</b>
一、引言	350
二、《大清新刑律》对外国刑事法的移植	352
三、移植西方刑法的艰难——新刑律受到礼教派的种种责难	368
四、《大清新刑律》移植西方法的历史意义	374
<hr/>	
<b>第二十三章 从平政院到行政法院——民国时期</b>	
<b>大陆型行政审判制度探究</b>	<b>378</b>
一、行政诉讼制度在中国的发端	379
二、大陆型行政审判制度的首次确立和运行	
——民国前期的平政院制度	385
三、大陆型行政审判制度的重新启动	
——国民政府时期的行政法院制度	396
四、行政法院若干案例的摘录与分析	402

## CONTENTS 目 录

---

<b>第二十四章 近代中国的分家习惯与继承法移植</b>	<b>408</b>
一、近代中国的分家习惯	408
二、分家习惯与近代民事立法	415
三、结论	428

---

<b>第二十五章 近代中国的司法考试制度</b>	<b>430</b>
一、导论	430
二、近代中国司法考试制度的动力	431
三、司法人才选拔方式的选择	432
四、近代中国司法考试的实践	433
五、制度设计	437
六、近代中国司法考试制度探源	441
七、司法考试的作用	443
八、余论	444

---

<b>第二十六章 新中国刑事立法移植苏联模式考</b>	<b>445</b>
一、引言	445
二、强调刑法的阶级性,明确规定刑法任务、 犯罪概念及刑罚目的	449
三、反对罪刑法定主义,规定类推制度和 刑法具有溯及力	457
四、苏联刑法对我国具体犯罪规定的影响	464
五、结语	472

## CONTENTS 目 录

---

第二十七章 新上海第一年刑案述评	475
一、刑案的分类	475
二、打击犯罪的社会效果	479
三、审判刑案的特点	482

---

第二十八章 上海的土地改革立法与近郊农村的发展	487
一、上海土地立法的内容	487
二、上海土地立法与中央土地改革立法的关系	490
三、上海土地立法的特点	492
四、上海土地立法的作用	496

---

后记	499
----	-----

# 第一章 汉语“法学”一词的起源及其流变

现在我们所使用的“法学”一词,是一个舶来品,它的故乡在古代罗马,是经过二千余年的发展、演变,才为西方各个国家所接受,<sup>①</sup>并于近代传入中国。那么,汉语“法学”一词的起源、流变是什么样的?它反映了古代、近代中国人怎样的法律意识和法律观念?本章将对此进行探讨。

## 一、“法学”一词在中国的出现

在中国近代以前的辞书(如《康熙字典》)或现代出版的解释中国古典文献的辞书(如《甲骨金文字典》、《辞源》、《辞海》等)中,是没有“法学”一词的。据高名凯、王立达和实藤惠秀等中日学者的研究,“法学”一词是近代中国人在向日本学习的过程中,从日本传入中国的。<sup>②</sup>然而,这个结论仅仅在如下意义上才正确,即现代含义的汉语“法学”一词是从日本传入的,而“法学”一词早在中国古代即已出现。

在我国,“法”和“学”字出现得都很早,至今已有近三千年的历史了。在我国古语中,“法”字写做“灋”。在我国现存最古老的文字甲骨文中,已出现了“廌”字,写做𠄎(读 zhi)<sup>③</sup>,相传是一种善于审判案件的神兽。有的学者认为,该字事实上就是我国法的缔造者蚩尤部落的图腾<sup>④</sup>。在西周金文中,便出现了“灋”字,写做𠄎(克鼎)<sup>⑤</sup>。战国时代,出现了“灋”的简体字“法”。然而,一直到秦代,“灋”字仍被频繁地使用(这从前几年考古发现的云梦秦简《语书》中可以得知),有时也与“法”字一起出现在同一篇文章中。<sup>⑥</sup>汉代以后,“灋”字逐渐消失,为“法”字所取代。

① 参见何勤华:《西语“法学”一词的起源及其流变》,载《法学》1996年第3期。

② 参见〔日〕实藤惠秀:《中国人留学日本史》,三联书店1983年版,第329页。

③ 参见方述鑫等编著:《甲骨金文字典》,巴蜀书社1993年版,第718页。

④ 参见武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第128—129页。

⑤ 参见方述鑫等编著:《甲骨金文字典》,巴蜀书社1993年版,第720页。

⑥ 参见《周礼·天官冢宰第一》、《周礼·地官司徒第二》等。

“学”字比“法”字出现得更早。在甲骨文中,便已有了“学”字,写做“𠩺”。在金文中,“学”字有进一步的发展,写做“𠩺”<sup>①</sup>。古代“教”、“学”通用,释义为:一、教也,《静簠》:“静學(教)無斃”;二、學也,《静簠》:“小子罪服罪小臣罪尸仆學射”;三、學戍,神名。<sup>②</sup>至春秋战国时代,在孔子、墨子、荀子、韩非子等诸子百家的文献中,上述含义的“学”字已是频频出现,如《论语》一书的开篇是“学而”,《荀子》一书的开篇是“劝学”等。

“法”和“学”连在一起,作为专门用语“法学”使用,最早是在南北朝时期。《南齐书·孔稚珪传》云:“寻古之名流,多有法学。故释之、定国,声光汉台;元(帝)〈常〉、文惠,绩映魏阁。”<sup>③</sup>至唐代,在白居易的《策林四·论刑法之弊》中,有“伏惟陛下:悬法学为上科,则应之者必俊也;升法直为清列,则授之者必贤良也”<sup>④</sup>。然而,“法学”一词虽已出现,但极少使用。在表示对法律之学问时,人们一般都用“律学”一词(孔稚珪和白居易使用的“法学”一词,其含义仍接近于“律学”,与现代“法学”一词有重大区别)。

19世纪下半叶,在西方列强的压力下,在人民革命斗争的推动下,清政府被迫进行了法律改革,并开始打开国门,向西方以及东邻日本等国家学习,包括大量翻译他们的法律和法学书籍,现代意义上的“法学”一词也从日本传入中国,逐渐印入中国士大夫的意识中。19世纪末20世纪初,无论在司法官员和知识分子的论文,还是在法律学堂的课程、讲义,以及政府官员的奏章中,“法学”一词都已被广泛使用。比如,在梁启超的《论中国宜讲求法律之学》(1896年)一文中,不仅突出强调了“法律之学”,而且明确提出了“法学”之用语,即“天下万世之治法学者”<sup>⑤</sup>。20世纪初叶,严复在翻译孟德斯鸠的《法意》时,也使用了“法学”、“法学家”等词。<sup>⑥</sup>而在沈家本的作品中,“法学”一

① 方述鑫等编著:《甲骨金文字典》,巴蜀书社1993年版,第267页。

② 同上书,第268页。

③ (梁)肖子显编:《南齐书》,中华书局1972年版,第837页。

④ 《白居易集》(第四册),顾学颉校点,中华书局1979年版,第1357页。

⑤ 梁启超:《饮冰室文集》卷一,中华书局1989年影印版,第93页。据笔者所见,这是中国近代最早提出“法学”一词的论著。当然,梁启超此处虽然用了“法学”一词,但其关于“法学”的观念还是中国传统型的。因为他认为这种法学“是研究规范人群同类不相互吞食的号令”的学问,而这种号令是“明君贤相”为百姓所立。为此,他对中国历史上法学的兴衰作了简单的回顾,强调在“发明西人法律之学以文明我中国”的同时,“愿发明吾圣人法律之学,以文明我地球”(同上)。所以,梁启超这里所讲的“法学”一词的内涵与沈家本在《法学盛衰说》中对“法学”一词所阐述的相同,基本上接近于中国古代的“律学”。

⑥ 当然,在严复所译《法意》一书中,“法学”一词还出现得极少。在大多数场合,孟德斯鸠原文中使用的是“罗马法学家某某”,而严复都将其译为“罗马法家(有几处用了‘律家’)某某”。这说明在严复的观念中,“法学”的意识还不是很强。

词出现得更多。他的著名论文《法学盛衰说》(写成于1908年前后),全文不过两千余字,但“法学”一词出现了20次。<sup>①</sup>在法律课程设置方面,在1905年3月开办的京师法律学堂之三年制本科和一年半制速成科,1906年7月设置的直隶法政学堂之二年制预科,都正式开设了“法学通论”的课程。<sup>②</sup>在一些政府官员的奏章中,“法学”一词也不断出现,如在《大清光绪实录》卷五八三、光绪三十三年十一月己酉(1907年12月26日)条中,我们就看到如下文字:“翰林院侍读学士朱福铤奏:……请聘日本法学博士梅谦次郎,为民商法起草委员,下修订法律馆,寻奏。查欧洲法学系统,均分法、德、英三流。日本初尚法派,近尚德派,自当择善而从。”<sup>③</sup>可见,尽管近代中国人对“法学”一词的理解还很不一样,但自19世纪末以后它开始大量出现则是事实。

## 二、“法学”一词在日本的出现及演变

由于近代意义上的“法学”一词及其观念是在近代中国学习西方文化过程中从日本输入的,所以有必要考察“法学”一词在日本的出现和演变历程。

在古代日本,并没有“法学”一词。<sup>④</sup>神龟五年(728年),日本仿造中国隋唐官制,设置了律学博士。从此,在日本出现了“律学”一词和以此为业的职业身份。8世纪中叶,“律学”博士改称“明法”博士。<sup>⑤</sup>以后,“律学”、“明法”又常称为“明法道”、“明法科”,但“法学”一词始终未曾出现。

明治维新前后,随着日本国民革命意识的高涨,西方的各种法律制度和法学理论也开始传入日本。1868年,在福田孝平所著《日本国当今急务五条之事》(载1868年4月10日《中外新闻》)和津田真道编译的《泰西国法论》中,首次使用了“法学”一词。当然,前者只是提出了“法学”这一用语;而在后者的“凡例”中,则对此作了比较详细的说明:“法学,法语称之为 *jurisprudence* 或 *science du droit*,英语称之为 *jurisprudence* 或 *science of law* 或

① 参见《沈寄穆先生遗书》(上),中国书店1990年影印版,第924—925页。

② 参见汤能松等编:《探索的轨迹——中国法学教育发展史略》,法律出版社1995年版,第166—169页。

③ [日]岛田正郎:《清末近代法典的编纂》,日本创文社1980年版,第25页。

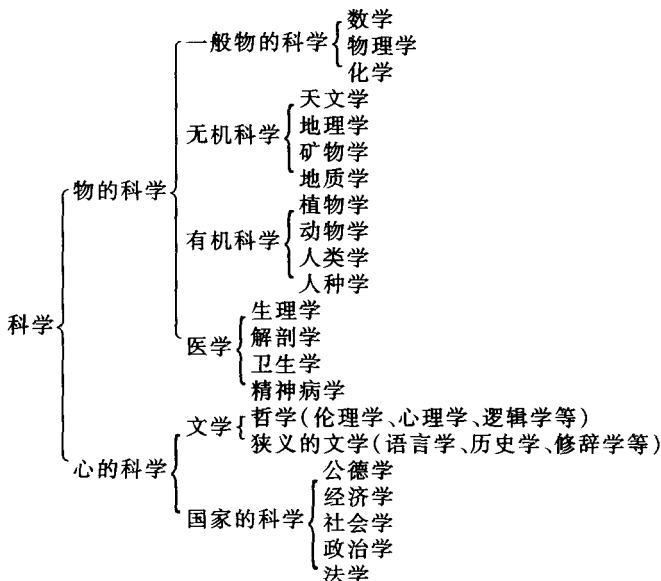
④ 笔者曾就此问题查阅了各种日本法律古籍,并特地请教了专门研究法制史的东京大学教授石井紫郎、明治大学教授冈野诚、国学院大学教授高盐博等先生,他们的一致答复是:在他们所看到的日本古籍中,没有发现“法学”一词。

⑤ 参见日本国史大辞典編集委员会编:《国史大辞典》第14卷“律学博士”条(作者:久木幸男),吉川弘文馆1993年版。



单称 law, 德语称之为 Rechtswissenschaft。<sup>①</sup> 汉土的语法与英语相似, 故将此学的总名译为‘法学’。”<sup>②</sup> 明治四年(1871年)以后, 在日本政府的文件中, 也开始广泛使用“法学”一词。而作为课程讲义的名称, 则是由穗积陈重(1855—1926年)于明治十四年(1881年)在东京帝国大学法学部首次使用的, 即 Enzyklopadie der Rechtswissenschaft (“法学通论”)<sup>③</sup>。至 19 世纪末, “法学”一词在日本已成为基础性概念。在一些法律论著, 如高桥达郎编译《英国法学捷径》(1883年)、河地金代译《法学通论》(1886年)、穗积陈重著《法律学的革命》(1889年)、冈村司著《法学通论》(1900年), 以及各大学法学部的法学通论讲义中, “法学”一词都已被广泛使用。

根据东京大学法学部教授冈田朝太郎著《法学通论》的阐述, 当时日本人对“法学”一词的理解, 已是近代型的、西方型的。比如, 作者认为: “法学者, 乃国家的科学之一部分。国家的科学者, 乃心的科学之一部分。”这话乍听起来颇令人费解, 但若看看冈田朝太郎所画的关于“法学”的位置图便可了然:<sup>④</sup>



图一 冈田朝太郎关于“法学”在科学中之位置图

① 原文中是日语片假名, 笔者据其读音将其恢复为上述法、英、德语。

② [日]津田真道编译:《泰西国法论》“凡例”, 载《明治文化全集》第13卷, 1929年初版。

③ 参见[日]穗积陈重:《续法窗夜话》, 日本岩波书店1936年版, 第139—140页。

④ 参见[日]冈田朝太郎:《法学通论》(汪庚年编:《京师法律学堂讲义》, 载《法学汇编》第一册), 宣统三年(1911年)北京顺天时报馆排印, 第1、2页。