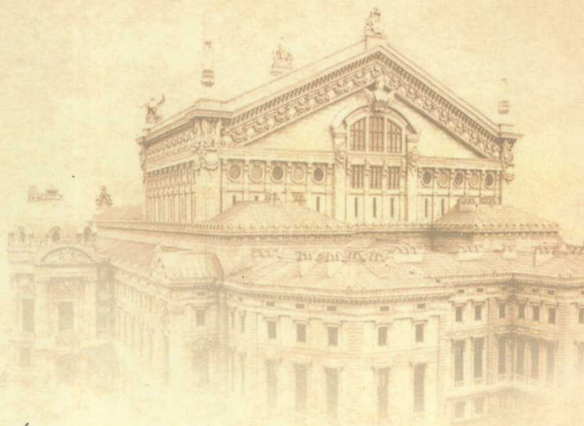


• 外国法与比较法文库

何勤华 主编



Origins of Legal Terms
法律名词的起源(上)

何勤华等 / 著

法、法律、法学、法哲学、法系、法律文化

宪法、宪政、权利、民主、自由、公民、行政法

民法、自然人、法人、法律行为、契约、商法、经济法

刑法、刑罚、保安处分、罪刑法定、犯罪学、被害人学

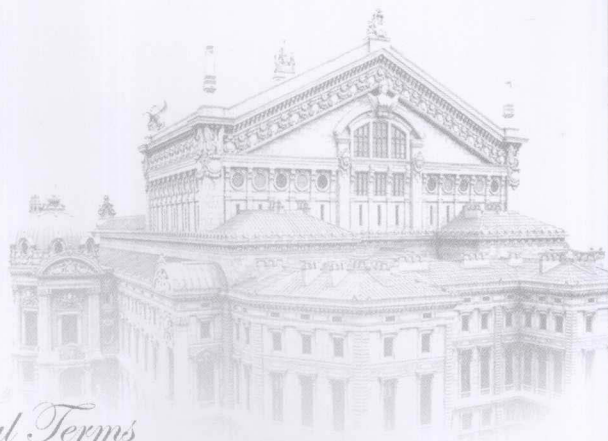
诉讼、法院、法官、检察官、律师、自由心证

国际法、领事裁判权、国际私法、海商法



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

- 上海市人文社科基地华东政法大学
外国法与比较法研究院建设项目
- 国家重点学科华东政法大学
法律史学科建设项目



Origins of Legal Terms
法律名词的起源(上)



何勤华等 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法律名词的起源/何勤华等著. —北京:北京大学出版社, 2009. 1
(外国法与比较法文库)

ISBN 978 - 7 - 301 - 14251 - 6

I. 法… II. 何… III. 法律 - 名词术语 - 起源 - 研究
IV. D9 - 61

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 142791 号

书 名: 法律名词的起源

著作责任者: 何勤华 等著

责任编辑: 丁传斌 徐 音 王业龙

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 14251 - 6/D · 2133

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

印 刷 者: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 30.5 印张 850 千字

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 68.00 元(上、下)

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

序

名词,按照词典上的解释,是“表示人或事物名称的词”。法律名词,就是表示法律这一社会现象中各种理念、制度、原则、程序、学说、术语等名称的用词,如法、法律、法学、宪法、民法、刑法、诉讼等。作为人类高级抽象思维的产物,法律名词是在人类社会之法律规范日渐成熟,人们的学识积累达到一定程度,语言学、文字学与逻辑学趋于完善,以及相应的文化创造能力不断增强的情况下出现并逐渐丰富的。

法律名词虽然只是一个个单词或词组,看似简单,但它们所蕴含的内容,却是丰富多彩、深刻广博的。透过一个个法律名词,我们就可以了解整个法律制度、体系,以及原则、观念等的基本内涵,以及其对社会巨大功能。同时,法律名词表面上只是一个符号,一个名称,但由于人类历史上的各个统治集团,各种政治力量,以及各位法学家、思想家,对它们都有自己的理解,自己的诠释。因此,通过对法律名词之起源与变迁的研究,就可以揭示法律名词背后所涌动的激烈的政治与法律斗争,以及深刻的社会变化,帮助我们对现实政治与法律制度以及社会的理解与把握。

经过数千年法律文明的发展,应该说,我们现在所接触到的法律名词已经非常丰富了。然而,我们对法律名词的探索与研究,开展得还远远不够。在国外,19世纪英国学者梅因(Sir Henry Maine, 1822—1888)的《古代法》一书,曾对几个法律的核心名词如自然法、法律拟制、衡平、契约、婚姻、遗嘱、继承、财产、侵权和犯罪等的起源作过深入的研究,取得了巨大的成功。但自此以后,在这方面的研究就很少了,至今尚没有推出有分量的比较系统的作品。

本书《法律名词的起源》,就是想填补这一空白。它试图揭示我们现在所使用的一些主要的法律名词的诞生、成熟以及发展演变的历程,帮助我们对其历史与内涵的理解。本书共收词142个,一般每一个名词的阐述在三千字左右,也有些名词的字数达一万字以上,这主

要取决于该名词的历史演变时间的长短以及其内涵的深厚与否。本书既是一部研究型著作,又是法学领域里的一部工具书,可以为法学各学科的进一步深入研究和法律教育内容的进一步拓展提供基础。

本书的作者主要是华东政法大学法律史研究中心的青年教师以及博士和硕士研究生,也有一些是全国其他地区高校的教授和副教授。除笔者之外,他们是:王素芬、陈兵、任超、高珣、杨成炬、魏淑君、姚建龙、王铁雄、邓继好、余甬帆、蒋蓓妮、方堃、李梓、葛翔、岳丛啸、蒋文星、刘晓东、张雪、阎锐、穆伯祥、虞瑾。由于每一个撰稿人对所涉法律名词的熟悉程度、掌握资料的多少以及其历史与内涵的把握不同,也由于许多法律名词的资料在现有的中文文献中非常匮乏,加上参加编写的作者人数众多,所以完成的各个名词的风格和水准可能有所差异。此点,只能在以后通过继续研究来予以完善了。同时,也希望广大读者给予批评指正。

本书的编写出版,得到了上海市重点学科建设项目(编号T1001)经费的资助。上海外国语大学法学院院长助理张海斌博士、东南大学法学院常务副院长孟红博士、华东政法大学法律学院冷霞博士为本书部分条目的撰写提供了资料,台湾政治大学法律学系副教授江玉林、中国政法大学教授郑永流、清华大学教授肖江平、延边大学法学院教授宋炳庸、上海政法学院教授张金兴、三峡大学副教授欧阳庆芳等诸位先生,分别授权笔者,将他们研究法理学、法哲学、经济法、法律行为、法律逻辑、法律关系的专题论文收入本书。北京大学出版社的领导对本书的出版也给予了大力支持。副编审王业龙老师和责任编辑丁传斌、徐音则对本书的编辑校对花费了许多心血。余甬帆、葛翔、蒋文星、张雪、刘晓东除了校对自己的条目外,还帮助笔者校对了其他部分老师写的条目,付出了辛勤的劳动。对此,一并表示我们诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法大学

2008年9月1日

目 录

一 基础法律	(1)
法和法律	(1)
法学	(8)
法理学	(14)
法哲学	(28)
法系	(41)
法治	(47)
法制	(53)
法律关系	(58)
法律解释	(66)
法律逻辑	(73)
法律规范	(82)
法律秩序	(89)
法律体系	(102)
法律渊源	(113)
法律文化	(122)
法学流派	(130)
立法	(139)
比较法(比较法学)	(148)
法学方法论	(155)
中国法制史	(161)
中国法律思想史	(167)
六法全书	(170)
外国法制史	(173)

西方法律思想史	(176)
楔形文字法	(178)
罗马法	(179)
日耳曼法	(181)
教会法	(183)
普通法和衡平法	(185)
大陆法系和英美法系	(188)
二 宪政法律	(192)
宪法	(192)
宪政	(209)
权利	(215)
权力	(224)
民主	(233)
自由	(246)
内阁	(255)
公平	(263)
正义	(274)
公民	(283)
公务员	(293)
行政、行政权和行政法	(301)
行政主体和行政行为	(308)
行政强制和行政处分(行政处罚)	(311)
行政复议和行政诉讼(行政裁判)	(317)
行政赔偿(国家赔偿)	(322)
三 刑事法律	(326)
刑法	(326)
刑罚	(335)
刑事责任	(342)
故意和过失	(349)

(89) 共同犯罪	(357)
(101) 正当防卫和紧急避险	(364)
(70) 缓刑与假释	(372)
(99) 保安处分	(381)
(81) 累犯	(389)
(41) 自首	(395)
(81) 类推	(402)
(22) 罪刑法定	(409)
犯罪	(417)
犯罪构成	(425)
犯罪人	(432)
犯罪现象与犯罪原因	(436)
犯罪学	(441)
比较犯罪学与青少年犯罪学	(447)
犯罪心理学和犯罪社会学	(450)
被害人与被害人学	(453)
犯罪预测、犯罪预防和综合治理	(457)
四 诉讼制度与程序	(464)
(70) 诉讼、诉讼法和诉讼法学	(464)
(71) 诉权	(473)
(12) 起诉	(475)
(72) 法院	(477)
(22) 法官	(480)
(41) 检察院	(483)
(12) 检察官	(485)
(22) 管辖	(487)
(11) 当事人	(490)
(70) 律师	(492)
(72) 第三人	(496)

举证责任	(498)
无罪推定	(501)
强制执行	(507)
逮捕	(509)
回避	(513)
马锡五审判方式	(514)
自由心证制度	(518)
辩诉交易	(525)
五 民商事经济法律	(531)
民法	(531)
民法学	(542)
自然人	(551)
法人	(558)
法律行为	(562)
人格权	(572)
所有权	(580)
物权	(589)
债权	(599)
典权	(607)
契约与合同	(614)
侵权行为	(621)
民事责任	(627)
时效	(635)
代理	(646)
无因管理	(651)
不当得利	(653)
婚约	(661)
婚姻	(670)
继承	(677)

遗嘱	(685)
专利	(693)
商标	(698)
版权与著作权	(704)
知识产权	(715)
商法	(722)
商人	(727)
商号	(736)
商行为	(744)
商事登记	(750)
公司与公司法	(758)
保险	(764)
证券	(776)
期货法	(785)
票据	(794)
破产	(804)
经济法	(816)
财政法	(826)
劳动法	(831)
土地法	(838)
产品质量法	(843)
产业政策法	(851)
税法	(858)
价格法	(864)
宏观调控	(872)
市场监督	(880)
反垄断法	(886)
反不正当竞争法	(893)
反倾销法	(901)
社会保障法	(908)

消费者保护法	(913)
环境法	(919)
六 国际法	(927)
国际法	(927)
领事裁判权	(939)
国际私法	(942)
海商法	(951)

基础法律

法和法律

目前,中国法学界对西语中“法”和“法律”的形义区别研究,基本达成共识,^①普遍认为西语中(除英语外)“法”和“法律”两字的形与义是不同的。^②前者为 $\delta\iota\kappa\alpha\iota\omicron\nu$ (希腊语)、Jus (拉丁语)、Recht (德语)、право (俄语)、Droit (法语)、Derecho (西班牙语)、Diritto (意大利语);后者为 νόμος (希腊语)、Lex (拉丁语)、Gesetz (德语)、закон (俄语)、Loi (法语)、Ley (西班牙语)、Legge (意大利语)等。^③ 德语 Recht 及其他语种相应的字是指抽象的、广义的法律或实质意义的法律,即汉语中的“法”;德语 Gesetz 及其他语种相应的字是指具体的、狭义的法或形式意义的法,即汉语中的“法律”。^④ 英语则不然,law 既表

① 主要参见张文显主编:《法理学》,法律出版社1997年版,第45—46页;卓泽渊主编:《法学导论》,法律出版社1998年版,第11—12页;葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社1999年版,第38—39页;梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》,中国政法大学出版社2002年版;沈宗灵主编:《法理学》(第二版),高等教育出版社2004年版,第30页;郭道晖:《法理学精义》,湖南人民出版社2005年版,第2—3页。其他《法理学》著作在此不一一开列。

② 准确地讲,我们是在对传统西方民族中使用拼音文字的民族国家的语文文化考察后得出该结论,不包括现代意义上的“西方”边界内所有国家之语文文化。

③ 参见前掲梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》,第63页,脚注1。俄语词汇是由本文作者加入,特此说明。

④ 参见王勇飞主编:《法学基础理论参考资料》(修订版),北京大学出版社1985年版,第88页。

示“法”也表示“法律”,只是表示抽象的、广义的“法”用 the law,表示具体的、狭义的“法”用 a law 或复数 laws。

但是,就“law”一词是否含有“权利”、“正义”、“公平”等涵义仍有不同意见。据学者考证,英语 law 不含“权利”、“公平”、“正义”之义,^①而只有“规则”(rule)之意。英语中“权利”、“公正”、“正义”之意,通常用“right”一词表述。^②

事实上,将西方语言中“法”和“法律”作上述区分,在中国法学研究历程中是逐步演进的。早在 1902 年,由国学大师王国维翻译的日本学者矶谷幸次郎的《法学通论》一书中,就指出了西语中“法”的广义与狭义之分,涉及了“法”、“法律”、“权利”、“正理”诸概念,从观念与实质层面进行了初步界定。^③但是,由于是译著,虽国维大师精通翻译理论,毕竟基于时代及专业基础之局限,其中之精髓要义在译著中尚未能作进一步的阐明。

继后,虽西学东渐,但囿于当时次殖民地之社会政治气氛及意识形态、农业社会的经济发展水平及传统之民族观念等历史因素,加上沈家本学派的翻译注释学风,一并引致了对西语中“法”和“法律”作深入的、观念与实在哲学层面区分的思维空间的限制。比如,1933 年,张映南讨论了欧洲法律文字的广、狭意义之区分:“就今日所用法律之语意,又有广狭之差。所谓广义法律者,一切条例规则及其他习惯法等,皆包含之者。若就狭义而为言时,则非经制定法律手续而成者,不得谓之为法律。”^④张先生在此处注意到了“法律”之广、狭意义的区分,但是其角度并非发于实质与形式之哲学层面的考察,而是主要聚焦于法律的技术层面——法律形式概念的考察,没有进一步深入下去。再如,1937 年,丁元普讨论了欧洲各民族国家关于法律

① 参见前掲梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》,第 63 页。

② 参见[英]L. B. 科尔森:《朗文法律词典》(第 6 版),法律出版社 2003 年英文影印版,第 372 页。亦可参见前掲梁治平:《法辨——中国法的过去、现在与未来》,第 63 页。

③ 参见[日]矶谷幸次郎:《法学通论》,王国维译,何桂馨点校,中国政法大学出版社 2006 年版,第 53—54 页。

④ 张映南:《法学通论》,大东书局 1933 年版,第 8—9 页。

的意义,“欧洲罗马法关于法律之意义,依拉丁语称为 Jus,而在罗马,当王政及共和时代,其制定法律皆曰 Lex。至德语称 Recht,法语称 Droit,意语称 Diritto,皆法律之定名也。英语则称为 Law,虽有时用规则,则曰 Order,用条例,则曰 Statute or Rules,其他称条款,曰 Bill,称律,例曰 Code,而普通之称法律名词,则皆曰 Law。”^①在这里,丁先生仍未从观念与实在层面区分欧洲法律之文字的差别,只是更多地关注实在技术层面的不同分类。

随着社会的发展,次殖民地身份的消失,学者潜心研究成为可能,加上学者哲学基础素养的提升等因素的综合,逐步形成了哲学性与规范性并重的研究风气,^②从而使我国法学界对西文中“法”和“法律”的不同构词方式所体现在哲学层面的意义,开始有了比较全面的认识。如在我国台湾地区,1959年和1960年翻译出版了庞德的《法律道德与正义》和《法的任务》两部著作,其中都明确指出了西文“法”和“法律”的不同构词方式在哲学层面的区分。^③

随后,这种区分也体现在我国学者自身的论著中。比如,1980年台湾学者袁坤祥在其《法学绪论》中指出:就西方语言来说,法律一语,在英文中为 law,且有 a law 与 the law 的区别。law 者,是指定律、定则或原理、原则而言,a law 是指法律的单体,亦即所谓狭义的法律,the law 是指法律全体,亦即所谓广义的法律。通常称法的实质意义拉丁文用 Jus、德文用 Recht、法文用 Droit 以表示,兼有公平正直之义,而制定法则拉丁文为 Lex、德文为 Gesetz、法文为 Loi,颇与中文的“法律”相当。^④

1986年,梁治平先生在《中国社会科学》上撰文,详细分析了印欧语系中不同民族使用不同文字表示“法”与“法律”的情况,并指出

① 丁元普:《法律思想史》,上海法学编译社1937年版,第1—2页。

② 有关中国法学研究范式早期转变的分析,请参见蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第86—97页。

③ 参见王勇飞主编:《法学基础理论参考资料》(修订版)上册,北京大学出版社1985年版,第94—95页。

④ 参见袁坤祥:《法学绪论》(第5版),三民书局1980年版,第2页。

各自所含有的不同意思。梁先生认为,拉丁语汇中能够译作“法”的词不胜其多,最有意义的却是两个,即 Jus 和 Lex。Jus 的基本含义有二:一为法,一为权利。此外,Jus 还有公平、正义等富有道德意味的含义。相比之下,Lex 的含义较为简单。它的原意是指罗马王政时期国王制定的法律和共和国时期各立法机构通过的法律。一般说来,Lex 具体而确定,得用于纯粹司法领域,可以指任何一项立法。相反,Jus 只具有抽象的性质。这种语言现象在印欧语系的希腊、罗马、日耳曼等语族中具有相当普遍的意义。与 Jus 相对应为 δικαίον (希腊语)、Droit (法语)、Recht (德语)、Diritto (意大利语)、Derecho (西班牙语);与 Lex 相对应为 νόμος (希腊语)、Loi (法语)、Gesetz (德语)、Legge (意大利语)、Ley (西班牙语)。前者兼指法、权利,同时又有正义、衡平、道德的含义,其义含混、抽象,富有哲学意味;后者通常指具体规则,其义明确、具体、技术性强。^①

之后,我国大陆学者所主编的有关法理学著作,与袁氏的认识亦大抵相同。例如,1993 年卢云主编《法理学》一书论道:在西方国家的词汇中,英语的“law”既相当于汉语的“法”或广义的“法律”,也可以相当于狭义的“法律”,视其使用场合而定。而在欧洲大陆各国中,则多以两个词分别表示广义和狭义的“法律”,如拉丁文的“Jus”和“Lex”;法语中的“droit”和“Loi”;德语中的“Recht”和“gesetz”;俄语中的“право”和“закон”等。它们同汉语一样都含有公平、正义或正直的意思。^②同年出版的张文显的《法学基本范畴研究》一书,也表达了相似的认识:在西文中,除英语中的 law 同汉语中的“法律”对应外,在欧洲大陆各主要民族语言中,广义的法律(法)与狭义的法律分别用两个不同的词来表达,如拉丁文的 Jus 和 Lex;法语中的 droit 和 Loi;德语中的 Recht 和 gesetz;俄语中的 право 和 закон,等等。特别值得注意的是,Jus、droit、право 等词语不仅有“法”的语义,而且都

① 参见梁治平:《“法辨”》,载《中国社会科学》1986 年第 4 期。

② 参见卢云主编:《法理学》,四川人民出版社 1993 年版,第 26 页。

兼有权利、公平、正义等内涵。^① 由是,我国法学界就西文语言中关于“法”和“法律”的认识趋于成熟,即从哲学性与规范性,观念性与实在性等层面予以全面把握。

有关“法”与“法律”之中文形义的发展之认识,在我国法学发达史^②上大抵历经了先秦时期、秦汉时期、唐帝国时期、清末民初、新中国时期,其中新中国时期又可分为两个阶段:其一,新中国建立至20世纪80年代改革开放,其二,改革开放以后至今。如按照国家形态划分,我们尝试将其划分为上古前帝国时期、中古帝国时期以及近现代共和国时期这三个重要阶段。我们拟从字词的构成与字词的内涵两个层面,予以综合阐明。

就第一种较为传统的阶段划分而言,在我国近现代法学著作中处处可见,且其依据来源大抵相同,基本上没有较大争议,但是在主流认识之外亦存留其他观点。^③ 就主流认识而言,例如王振先在1929年出版的《中国古代法理学》一书中指出:

法本字为灋,按《说文》“灋、井也,平之如水,从水,廌所以触不直者去之,从廌去,”《说文》廌下又云:“廌解廌兽也,似牛一角,古者决讼,令触不直者。”又云:“法令文省,古文金。”然则法之语源,实含三种意义,释之如下:(一)法、井也,含有模范之意……《尚书·吕刑》云,“苗民弗用灵。制义荝,唯作五虐

① 参见张文显:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第28—29页。

② 有关我国古代是否存在法学的认识,以及中国法学史的发展阶段之划分,请参见何勤华:《中国法学史》(修订版,3卷本),法律出版社2006年版。

③ 如20世纪中国法学家蔡枢衡先生认为,说法“平之如水”,乃“后世浅人所妄增”。当“灋”这个字在汉语中刚出现时,人们的思维水平还没有达到较高的程度,以至可以从抽象出“公平”、“均直”之类的含义。他认为,在“灋”这个字的意义构成里,“水”的含义不是象征性的,纯粹是功能性的,是指把犯罪者置于水上,随流漂去。就是说,这里的“水”并非指“公平”,而是指“惩罚”。参见蔡枢衡:《中国刑法史》,广西人民出版社1983年版,第170页;蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第230—232页。我国现代著名法学家苏力先生则提出,在先秦的文献中,并没有强调水“平”特征的文字,相反的,强调水自上而下流动的文字倒是不少。所以,“法”字的水旁,意味着古人强调法是自上向下颁发的命令。参见苏力:《“法”的故事》,载《读书》1998年第7期。

关中之型,曰法。”《易蒙初六》曰:“发蒙利用茻人,用说,桎梏以往吝。”《象》曰:“利用井义人,以正法也。”又《系辞传》:“见乃谓之象,井义乃谓之器,制而用之谓之法。”皆是表明法为模范之意。(二)法者平之为水,从水含有均平之意……法与律皆有均平之义,《说文》律下云,“均布也。”段注^①云:“律者所以范天下之不一而归于一,故曰均布。”……《大学衍义补》亦云,“春秋之世,子产所铸者,谓之《刑书》,战国之世,李悝所著者,谓之《法经》,未义律名也。律之言昉于《虞书》。盖度量衡受法于律,积黍以盈,无锱铢爽,凡度之长短,衡之轻重,量之多寡,莫不于此取正。律以著法,所以裁判群情,断定诸罪,亦犹六律正度量衡也,故制刑之书以律名焉。”……自商鞅改法为律以相秦,《萧相国世家》云,“何独先入收秦律令,”自是以后,法遂与律通用,所谓均平之意,益显然矣。(三)法从廌去,所以触不直去之……又法字与式字同训,《说文》式下云,“法也,从工弋声。”又云:“工,巧饰也,象人有规矩。”段注云:“直中绳,二平中准,是规矩也。”是则式之取义在工,而工义中正平均为本,如绳之直,如准之平,释式即所以释法也。……综上所述,则吾国最初法字之概念,固为均平正直,能立最高之模范标准以制节事物者也。^②

唯据史乘所载,法典编纂之最早可靠者,首推李悝之法经,至秦商鞅始名法曰律,杜氏通典载:“魏文侯师于李悝,选次诸国法,著法经,以为王者之政,莫急于盗贼,故其律始于盗贼;须劾捕,故著囚二经;其轻狡,越城博戏供假、不廉、侈、踰制,以为杂律一篇;又以其律,且其加减,是故所著六篇而已,然皆罪名之制也。”法经六篇之名,唐律疏议卷一所叙较为清楚:“魏文侯师于李悝,集诸国刑典,造法经六篇,一、盗法;二、贼法;三、囚法;

^① 段注,是因为清人段玉裁注过《说文解字》,故此处王先生简曰为段注。其版本可参见(汉)许慎撰,(清)段玉裁注:《说文解字》,上海古籍出版社1981年版。

^② 王振先:《中国古代法理学》(第二版),商务印书馆1929年版,第6—9页。