



主办

法史學

【第一卷・2006】

CHINESE JOURNAL OF LEGAL HISTORY

约翰·汉密尔顿·贝克：英国法与文艺复兴

法史學刊

法史學刊

【第一卷·2006】

CHINESE JOURNAL OF LEGAL HISTORY
L E G A L H I S T O R Y

中国法律史学会 主办



社会科学文献出版社

SOCIAL SCIENCE LITERATURE PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

法史学刊【第一卷·2006】/中国法律史学会编. -北京:社会科学文献出版社, 2007.7

ISBN 978-7-80230-763-6

I. 法... II. 中... III. 法制史-丛刊 IV. D909.9-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 103089 号

法史学刊【第一卷·2006】

编 者 / 中国法律史学会

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目经理 / 王 绯

责任编辑 / 周兴泉 毛奕培

责任校对 / 杨晓星

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16

印 张 / 31

字 数 / 492 千字

版 次 / 2007 年 7 月第 1 版

印 次 / 2007 年 7 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-80230-763-6/D·238

定 价 / 59.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误,

请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

封面题字 王凌飞

编委会委员 (以汉语拼音为序)

高汉成 高旭晨 李明德 齐 钧

苏亦工 尤韶华 徐立志 杨一凡

张冠梓 张 群 张少瑜

编委会主任 苏亦工

编委会副主任 齐 钧

编 务 张 群

编者寄语

《法史学刊》是由中国法律史学会主办和编辑的专业性学术丛刊，内容涵盖中外法制史、中外法律思想史、法律文化等法律史学科的各个分支，间或也会旁及于法理学、部门法学、哲学、历史学、人类学、社会学等与法律史学相互交叉的学科领域。

《法史学刊》原名《法律史论集》，已出版6卷。推始其前身，则可追溯至20世纪80年代出版过的《法律史论丛》第1~3辑。

《法史学刊》虽然几易其名，但始终秉承百花齐放、百家争鸣的宗旨，以遵守学术规范、维护学术道德、增进学术交流、追求学术创新为原则，力争办成海内外法史学人沟通讯息、抒发心得、切磋学问、阐扬良知的学术园地。

《法史学刊》分设固定栏目和流动栏目。固定栏目初设“法史前沿”、“法律文化学苑”、“评论与介绍”和“史料解读与文献研究”四门，旨在反映法史学科的最新探索，展现法律文化研究的多彩景观，评析学术作品，介绍新见史料，解读文献，传扬知识。

流动栏目则视稿源状况并依同仁提议设立，我们鼓励读者、作者、编者间的交流互动。法史同人可以围绕某一专题展开深入的研讨，也可着重展示某一特定地域的制度和文化，还可以推介法律学人，畅谈学术思想、治学方法，甚至也不妨聊聊作者自己读书、游学的心得偶见，趣闻逸事

等等。

《法史学刊》固然离不开编委会同仁辛勤的双手，但更主要的还是倚重于学界同人的热心与宽容。我们坚信，没有读者、作者和编者的心灵沟通、心心相印，戮力同心，这个尚显稚嫩的学术园地便不可能绿树成荫，枝繁叶茂，四季常青。

《法史学刊》没有读者、作者和编者的畛域，没有老中青学者间的代沟，没有性别歧视，更不设夷夏之防。一句话，《法史学刊》是我们所有海内外学人共同的园地。

《法史学刊》编委会同人共识

2006 年仲秋

祝 辞

得悉中国法律史学会将发行《法史学刊》，极为欣喜。

常有人问：为什么要研究法史？我想研究历史的目的有二：一是满足我们对往昔的好奇；二是了解某些情事变迁的轨迹和将来的趋势，藉以帮助我们决定将来要顺势而行，还是改变方向，以及如要改变，应该在何处着力。研究法史的目的应该也是如此。

过去六七十年中，研究法史的人很少，大约因为中国近世一再改革法制，皆以西制为本，所以许多人觉得想要了解新制，应该探索其西方的渊源。但是真实这么去做的人很少，所得的成绩也有限，因为法制是一套人为的东西，不同的人群为了适应不同的环境和际遇，创造了具有不同特质的文化（特殊的语言、文字、器物、制度、理想、价值、信仰、见解、习惯等等）。一国的法制是该国文化的一环。要了解一国的法制，就必先了解该国的文化特质，以及形成这些特质的境遇。对于一个并未深受某一文化熏陶的人而言，要取得这样的了解，当然极其不易。如果他又有语文上的隔阂，则更不可能了。所以一般人谈外国法制，充其量不过是介绍一些皮毛而已，虽然可以用来与本国法制作些比较，看出一些异同，但对本国法制的了解，帮助毕竟有限。

一国的文化不是一成不变的。近百年来我国文化受了西方文化的冲击而产生了许多变化。将来是否会“全盘西化”，使我国的法制也完全与西方的相同，因而我们必须探究西方法制的渊源，才能深入了解我国西化了的法制？

我想这问题本身有二点不当：第一，虽然人们的境遇和习惯都是可变的，但是大致而言，境遇变迁之后，少数人的行为会有一些较快的、肤浅的改变，而大多数人的习惯则不会有快速的、根本的改变。人数愈多的社会，变化愈慢。所以任何“全盘”的变化，是难以预期的。以法制改革而言，纸上的法规制度很容易抄袭，但要加以实施，便会遭遇许多困难。如果勉强行之，结果必为过淮之橘。我国近世变法，大多如此。

第二，虽然近来世界情势变化很大，各国都在相应而变化，这种变化可以称之为“现代化”，但未必是“西化”，因为各国有不同的文化特质，其现代化的途径、步伐，甚至目标，都可以不同，不必随着西方走。事实上西方曾经走过许多歧途，目前的各种制度和实践也有许多问题。我国因于近世屡为西方及其学徒日本所挫，丧失了自信、自尊，以致崇洋媚外，对东西洋的事物盲目地模仿，结果画虎不成，将自己弄成了一个怪物，左右相乖，上下交悖，形体虽存，特质尽失，只能被人牵着亦步亦趋，可悲！可悲！

所以要了解我国现行的法制及其实践，应多致力于我国传统法制的研究，深入地探讨我国的文化特质，以及它们与法制间的相互关系，进而去发现人们在传统法制下的习惯，辨认这些习惯在今日的遗迹，然后才能看出新法制在今日社会中的问题，考虑如何改进这法制或改变人们的习惯，使我国法制和社会走出一条自己的、现代化的路。幸而近来国内外有不少学者也有同感。我读过一些他们的文章，显然在做这样的努力，很值得钦佩。现在有了《法史学刊》，他们多了一片耕耘的园地，一定会有极丰硕的成果栽培出来。我在欣喜之余，诚心为之祝祷。

张伟仁 敬祝 2006年2月于台北

目 录

○编者寄语 / 1

○张伟仁：祝辞 / 1

一 中国民法史专题研讨

邓建鹏：战国至三国土地的法律调整——基于出土法律文献的研究 / 3

何莉萍：南京国民政府土地政策和土地立法之评析 / 22

胡兴东：元代民事法律中的习惯法因素 / 32

田东奎：水册、碑刻、传说：近代中国水权纠纷民间解决的历史人类学分析 / 44

林泽新：中国近现代亲属、继承法变革的背景及其效果 / 61

王新宇：民国时期婚姻立法特点与动因分析 / 85

乔素玲：观念与制度的落差：新中国成立初期的性别意识与婚姻法执行 / 97

二 法史前沿

戴建国：唐代流刑的演变 / 113

林 乾：清代严治讼师立法——“以例破律”解析之一 / 128

欧中坦：清代司法制度与司法文学交流 / 139

梁临霞：论批呈词——从宝坻档案看清朝土地债务案件的受理 / 160

森田成满：清代命盗案件的法源与推论的结构 / 178

徐立志：《大清民律草案》现存文本考析 / 193

约翰·汉密尔顿·贝克：英国法与文艺复兴 / 215

三 法律文化学苑

陈弘毅：古今中外酷刑现象的反思 / 235

蔡晓荣：华洋商事纠纷与晚清法律移植：一个民间的视野 / 254

四 区域文化与地方法制

解 锐：德属胶澳租借地法制述略 / 265

常光玮：法治大厦之基石——民国时期山西大学的法学教育 / 281

五 评论与介绍

张锐智：罗马法学家法律思想述要 / 307

孟庆超：1943年《中华民国违警罚法》中的程序性内容解析 / 321

赵立新：日本法的现代化与英美法——兼论普通法的精神 / 334

六 学海漫游

孙良国：古典契约理论的矛盾——以理论的预设与现实冲突为视角 / 349

俞鹿年：北魏前期的地方职官 / 359

何悦敏：虞弘墓浮雕画寓意试解 / 395

七 史料解读与文献研究

张伯元：有关古人堤汉律简的两个问题 / 421

尤陈俊：明清法律知识的另类空间：透过日用类书的展示 / 428

张维新：解读清末《宗室觉罗诉讼章程》 / 438

蒋 隽：民国法制侧影——《中国法》及其作者让·埃斯卡拉 / 453

八 法史学人

苏亦工：追念钟威廉 (William C. Jones) 教授及其对中国法研究的贡献 / 471

Contents

○ Preface / 1

○ Chang Wejen: Congratulations / 1

I . Theme Discussion: On the History of Chinese Civil Law

Deng Jianpeng: *Laws on Land Adjustments from Warring States to Three Kingdoms: A Study Based on the Unearthed Documents* / 3

He Liping: *A Comment and Analysis on the Land Policy and Legislation of the Regime of National Government in Nanjing* / 22

Hu Xingdong: *Factors of Customary Law in the Civil Law of Yuan Dynasty* / 32

Tian Dongkui: *Irrigation Records, Inscriptions and Legends: An Historical Anthropology Analysis upon the Unofficial Settlement of Water Right Disputes in Early Modern China* / 44

Lin Zexin: *The Background and Effect of the Reform of Modern Chinese Family and Succession Law* / 61

Wang Xinyu: *An Analysis on the Characteristics and Motivations of the Marriage Law during the Republic of China* / 85

Qiao Suling: *The Gaps Between Conceptions and Systems: Consciousness of Gender and the Implementation of the First Marriage Law of the People's Republic of China* / 97

II . Frontier of Legal History Studies

Dai Jianguo: *Banishment and Its Transform in Tang Dynasty* / 113

- Lin Qian: *Exploration of Legislation On Lawyers Administration in Qing dynasty and Its Effect* / 128
- Jonathan Ocko: *Interpretive Communities* / 139
- Liang Linxia: *Rejection Or Acceptance: Finding Reasons For The Late Qing Magistrate's Comments On Land And Debt Petitions* / 160
- Morita Shigemitsu: *The Formation of Sources of Law and Its Reasoning on the Cases Involving Homicide and Robbery in Qing Dynasty* / 178
- Xu Lizhi: *A Textual Research on the Draft Civil Code of Great Qing Dynasty* / 193
- J. H. Baker: *English Law and the Renaissance* / 215

III. Forum on Legal Culture

- Albert H. Y. Chen: *Reflections On The Legal History Of Torture* / 235
- Cai Xiaorong: *The Trading Disputes between Chinese and Foreign Merchants and the Legal Transplants in Late Qing Dynasty: A Folk Perspective* / 254

IV. Regional Cultures and Local Legal Institutions

- Xie Kun: *A Brief Introduction to the Legal Institution of Jiao-Ao, the German Leased Territory* / 265
- Chang Guangwei: *A Study on the Legal Education of Shanxi University during the Republic of China* / 281

V. Comments & Introduction

- Zhang Ruizhi: *The Legal Thoughts Of Classical Roman Jurists* / 307
- Meng Qingchao: *An Analysis of Procedural Content in Contravention Punishment Law of Republic of China (1943)* / 321
- Zhao Lixin: *The Modernization of Japanese Law and the Anglo-American Law* / 334

VI. Roam around Academic World

- Sun Liangguo: *The Inconsistency of the Classical Theory of Contract* / 349
- Yu Lunian: *An Introduction to the Local Government post system in the Early Northern-Wei Dynasty* / 359
- He Yuemin: *An Attempt of Deciphering the Metaphors of Relief in the Yu Hong Tomb* / 395

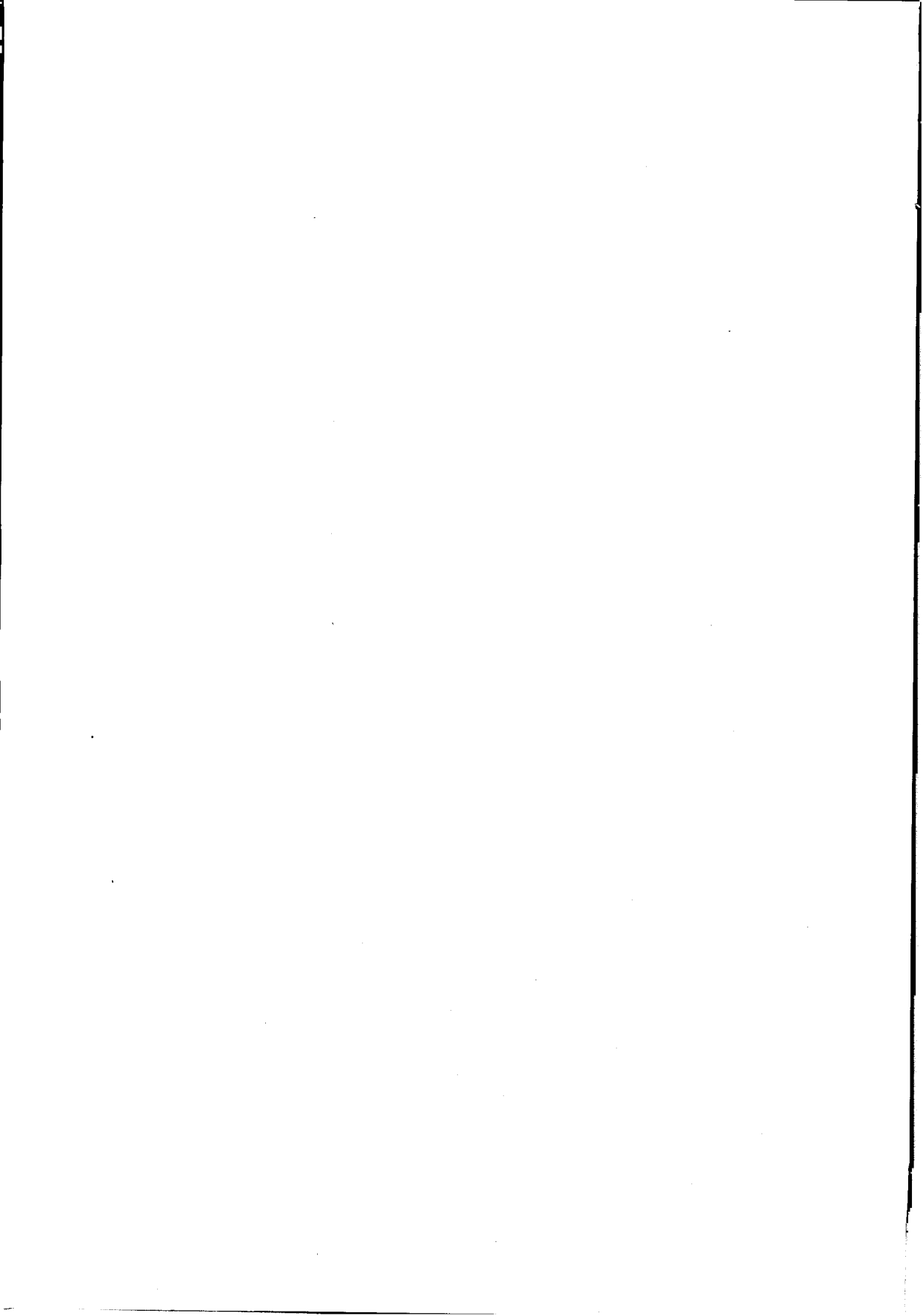
VII. Studies on Historical Materials

- Zhang Boyuan: *Two Questions Concerning gurendi Bamboo Slips of Laws in Han Dynasty* / 421
- You Chenjun: *Approaching the Legal Knowledge in a Different Way: Encyclopedias for Routine Use in the Dynasties of Ming & Qing* / 428
- Zhang Weixin: *A Research on Regulation of Imperial Clansmen's Lawsuits* / 438
- Jiang Jun: *The Profile of the Legal System of the Republic of China; An Introduction to Jean Escarra and his Le droit chinois* / 453

VIII. Legal Historians

- Su Yigong: *A Delayed Commemoration of Professor William C. Jones and His Contributions to Chinese Legal Studies* / 471

一 中国民法史专题研讨



战国至三国土地的法律调整^{*}

——基于出土法律文献的研究

邓建鹏^{**}

一 引 言

20 世纪 80 年代至今，中国大陆出版的大部分《中国法制史》教科书及相关著作认为商鞅变法“废井田、开阡陌”，废除了奴隶制，建立封建制。在土地所有制方面的表现是废除了井田制，建立了土地私有制。这些法律史教科书或论著通常还认为，商鞅“为田开阡陌封疆，而赋税平”，即在秦国范围内废除了井田制，进一步承认所有土地都可以私有和买卖，由国家统一收税，确立封建土地私有制，从而首次将法律与确认土地货财的所有权联系起来，并将自商鞅变法改革之后的古代中国定性为私有制社会。^① 类似著作认为，古代中国土地所有制被定性为地主土地所有权为核心的私有地制，土地所有权是土地所有制的法律表现，有什么样的所有制就有什么样的所有权关系，因此私有制与（私人）所有权是一对不可分离的命题。有的学者在探讨汉代契约时，进一步提出，当时不论大宗的土地买卖，还是少量的土地买卖，都要订立契约。因为

* 本课题系中央民族大学“十五”科研规划重点项目，项目编号：10502C04。

** 中央民族大学法学院讲师，法学博士。

① 类似观点可参见 20 世纪 80 年代以来至当前中国大陆各种版本的《中国法制史》、《中国法制通史》、《中国民法史》、《中国民法通史》或者一些《中国法律思想史》教材与论著，恕不一一列举。

作为买方来说,只有把握买契,才算取得了土地所有权,他才能够如马克思所说的那样,“把它作为排斥其他一切人,只服从自己个人意志的领域”^①。

学界有关中国古代推行以土地为核心的私有财产制的观点,主要基于有限的传世文献,^②他们将土地私有制的出现时间推定为战国前后。近数十年来,从战国至三国时期出土的一些法律文献反映了当时国家对土地进行法律调整的意志,对深入辨析土地私有制问题提供了重要素材,也为探讨当时土地权利的状态提供了原始依据,然而,学界探讨战国前后土地制度的转变时,甚少充分关注上述重要法律文献。为此,本文将基于出土法律文献,分析当时国家法律调整土地的方式,进而探讨土地私有制一说是否存在相应的历史基础。

二 秦对土地的法律调整

1972年,湖北省云梦县睡虎地秦墓出土的秦简记载了战国晚期至秦始皇时期秦的一些法律,主要见于其中的“秦律十八种”。^③“秦律十八种”内容非常广泛,其中的《田律》涉及国家对土地及农业的法律调整。《田律》主要内容为:管理农业的官员要及时报告降雨后农田受益面积和农作物遭受风、虫、水、旱等自然灾害的情况,不许任意砍伐山林,居住在农村的百姓不准卖酒等等。尤其值得注意的是,《田律》中存在否认秦普遍施行土地私有制的内容:“入顷芻橐,以其受田之数,无𧇗(𧇗)不𧇗(𧇗),顷入芻三石、橐二石。”即,每顷田地应缴的芻橐,按照(农民)所受田地的数量缴纳,不论垦种与否,每顷缴纳芻三石,橐二石。据此,秦晖认为过去史学界有个标准的论点,即商鞅废井田、开阡陌而推行了“土地私有制”。如今史学界仍坚持此种说法的人怕已不多,因为70年代以来人们从睡虎地出土秦简与青川出土的秦

① 参见叶孝信(主编)《中国法制史》,北京大学出版社,1996,第96页。

② 比如,一些传世文献提及商鞅废除井田制,允许民众买卖土地,《史记》卷五《秦本纪》记载孝公十二年,“为田开阡陌”;《汉书·食货志》记载:“秦孝公用商君,坏井田,制阡陌……除井田,民得买卖”等等。

③ 有关云梦秦简记载的秦律内容,可参见刘海年、杨一凡(总主编)《中国珍稀法律典籍集成》甲编第一册《甲骨文金文简牍法律文献》,科学出版社,1994,第375~695页;或参见睡虎地秦墓竹简整理小组《睡虎地秦墓竹简》,文物出版社,1978。