

法律文化史研究

何勤华 主编

第三卷

美国早期州宪之政府结构初探

宋代孀妇财产权浅析

民国时期女子财产继承权的肇端

20世纪前30年典的考察与反思

上海会审公廨审判与租界社会

郑观应的法律思想

唐明律中良贱相犯规定之研究

《新译日本法规大全》述评（一）

繁荣中国法学的几点思考



商务印书馆

D909.1/16

:3

2007

法律文化史研究

(第三卷)

何勤华 主编

商務印書館

2007年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律文化史研究. 第三卷/何勤华主编. —北京: 商务印书馆, 2007

ISBN 978-7-100-05510-9

I. 法… II. 何… III. 法制史—世界—文集 IV. D909.1—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 073707 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到上海市重点学科建设项目资助

编号 T1001

Fǎlǜ Wénhuàshǐ Yánjiū

法律文化史研究

华东政法大学法律史研究中心

第 三 卷

何勤华 主编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 民 族 印 刷 厂 印 刷

ISBN 978-7-100-05510-9

2007 年 12 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2007 年 12 月北京第 1 次印刷

印张 17³/₄

定价: 34.00 元

序 言

自从德国法学大师柯勒(J. Kohler, 1849—1919)于20世纪初开创了法的文化研究以来,法律文化研究在世界各国都一直深受学术界重视,并日渐扩大着其影响。^①

20世纪80年代以后,中国法学界也掀起了法律文化研究的热潮,推出了不少优秀的作品,出现了陈鹏生、俞荣根、武树臣、梁治平、贺卫方、高鸿钧、张中秋、刘作翔、何勤华等一批将法律文化作为自己学术研究重要领域的学者。

法律文化史研究,是继受了法律史研究和法律文化研究之成果,并结合两者的方法而出现的一种新的研究思路和方法,它将历史上的法律文化即历史上出现的并对后世的法律发展产生重大影响的法律思想、法律制度、法律事件、法典、法学家等作为自己的研究对象,以法律是一种文化现象、法律的产生和发展是社会进化至一定阶段的经济、政治、宗教、道德、文学艺术等多种因素综合作用的结果之立场和方法来展开自己的研究,并阐述作为文化的法律的各种内在的和外在的联系,它是对法律史和法律文化研究的一种深化。

早在20世纪90年代初,我国学术界出版的几部著作如梁治平的《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》(上海人民出版社

^① 关于柯勒的生平及其学说,请参阅丘汉平:《现代法律哲学之三大派别》(载《法学学刊》第2卷第8期,1927年);何勤华主编《二十世纪百位法律家》,第297—301页,法律出版社2001年版。

1990年版)、张中秋的《中西法律文化比较》(南京大学出版社1991年版)、武树臣的《中国传统法律文化》(北京大学出版社1994年版)等中,就已经花了大量的篇幅研究中外历史上的法律文化。而在何勤华的《法律文化史论》(《法学》1996年第10期)一文中,则明确提出了“法律文化史”的概念,阐述了其内涵,^①并力倡以此种视角和方法来克服法律制度史、法律思想史等单独研究的缺陷,对法律史进行全方位的深入的研究。^②

本着涓涓小溪能汇成大海、粒粒细沙将垒起高山的学术探索精神,我们着手编辑《法律文化史研究》(多卷本)学术丛书,试图为中国学术界的法律文化史研究开辟一个发表成果的园地,提供一个学术积累的载体。本书每年出一卷,主要刊登我国学术界尤其是中青年学者在法律文化史研究领域中的原创性成果。我们希望《法律文化史研究》成为我国法律史学界学人的又一位良师益友,并为中国法律学术的发展作出贡献。

本卷的编辑出版,得到了上海市重点学科项目经费的资助。商务印书馆领导对本套丛书给予了高度重视和支持,责任编辑王兰萍副编审则为本书的编辑出版付出了诸多心血。对此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法学院

2004年元旦

① “法律文化史,就是关于法律文化发展的历史过程及其规律的描述的学问(科学),具体包括对历史上各种法律事件的出现与演变,各种法律制度与原则的兴衰,关于法律的名词、概念、术语,法学人物、学派、学说、理论等的形成和发展,以及在法律文化发展中它与经济、政治、道德以及其它社会文化现象的关系等的阐述。”参见何勤华:《法律文化史论》,载《法学》1996年第10期。

② “法律文化史的研究,将法制史、法律思想史、法学史等糅合在一起,既有制度,又有的人物,又有思想,又有理论和学说,因而为人们提供了新的视角、新的方法,以帮助人们从宏观上、整体上把握法律发展的整体风貌,从而开辟了一个新的研究领域。”参见何勤华:《法律文化史论》,载《法学》1996年第10期。

目 录

序 言	何勤华 1
-----------	-------

宪政法史研究

美国早期州宪之政府结构初探	张 彬 3
---------------------	-------

民商法史研究

宋代孀妇财产权浅析	黄冬云 45
民国时期女子财产继承权的肇端	刘 一 100
20 世纪前 30 年典的考察与反思	姜茂坤 149

司法制度研究

从传统走向现代

——中国判决理由的历史分析	胡 桥 203
上海会审公廨审判与租界社会	洪佳期 247

法律思想研究

郑观应的法律思想	朱作鑫 269
中国古代民本思想的形成、发展及其对传统 法律文化的影响	丁长二 317

法史探研

唐明律中良贱相犯规定之研究

——以主贱相犯规定为例 陈郁如 365

古亚述人的法律生活 魏 琼 392

《新译日本法规大全》述评(一)

引子 何勤华 409

宪政与民事法律移植与本土化的典范

——第一卷之点校前言 何佳馨 411

体认百年前的法规移译盛事

——第二卷之点校前言 李秀清 421

官制官规初探

——第三卷之点校前言 孟祥沛 442

“富国强兵”的法律制度供给

——日本明治教育军事立法述评 陈婉玲 杨 辉 450

日本明治时期经济立法的背景及其对中国的渗入

——第九卷之点校前言 王兰萍 461

运输通信类法规介绍

——第十卷之点校前言 费晶晶 484

准确理解法律文本的匙钥

——法规解字之点校前言 何勤华 493

书评及其他

再论《论立法和法学的当代使命》…………… 冯引如 499

智慧之旅 行者无疆

——《法律文化史谭》评析…………… 高 尚 533

我的商务情结…………… 冯卓慧 541

繁荣中国法学的几点思考

——访华东政法大学校长何勤华教授…………… 552

宪政法史研究

美国早期州宪之政府结构初探

张 彬

引 言

在美国法律史研究领域中,宪政史占据着显目的位置。在这方面,国内外学者均取得了丰硕的成果。不过略显遗憾的是,大部分研究美国宪政史的论著都聚焦于1787年制宪会议及其之后美国宪政的演变,而对于制宪会议之前的那段宪政史却甚少提及。对美国早期州宪的研究正是处于这种尴尬的境地。

所谓美国早期州宪,指的是1776年至1780年间,除了康涅狄格和罗德岛之外,十一个英属北美殖民地在脱离英国控制后,分别制定的最早一批州宪。^① 这批宪法以启蒙思想家的学说为指导,在历史上第一

^① 这里的“州”,即英文中的“state”一词。在本文中,其实应翻译成“国家”更为确切。因为当十三个殖民地宣布独立之时,尚未产生统一的美利坚国家,只有十三个存在于现今美国领土之上独立的国家,即“state”;即使在邦联时期,根据《邦联条款》的规定,美利坚合众国仍只是一个“为了建立共同防务、保障自由及相互间的共同福利”而构成的一个松散的联盟,各个“state”仍“保留其主权、自由和独立”,因此每一个“state”仍然是各自拥有独立地位的主权国家;直到美国1787年宪法生效,联邦制共和国成立之后,“state”才丧失了主权国家的地位,此时,方可称其为“州”。因此,真正从本意上来说,在独立之后至美国宪法生效之前这段时间内产生的“state constitutions”实为“国家宪法”,而非“州宪”。不过习惯上,我们通常仍将独立后至美国联邦宪法生效前的十三个“states”翻译为“州”,并相应地将“state constitutions”翻译为“州宪”。笔者在本文中也采用了这种约定俗成的方式。关于“state”一词含义的演变,参见褚乐平:《〈美国宪法〉批准史探》,《美国研究》2003年第1期。

次将天赋人权、人民主权、权力分立、基本人权等原则运用于实践之中,并对之后美国联邦宪法的制定产生了深远的影响。如1787年美国宪法所确立的分权原则、两院制度、高级法官终身制等,皆源自早期州宪。

与早期州宪的重要地位所不相称的是,对它们的研究却显得冷冷清清。以至于有美国学者感叹这个“崇高的课题”(heroic subject)没有得到它所应得到的深度关注。^①在我国,同样存在着这个问题。笔者翻阅了我国通用的一些外国法制史教材,发现绝大多数在述及美国联邦宪法的历史渊源时,仅提到了《独立宣言》和《邦联条例》,而完全忽视了早期州宪的存在和影响。^②在专门论述美国宪政史的著作中,虽然李昌道教授编著的《美国宪法史稿》(法律出版社1986年版)和王希教授撰写的《原则与妥协——美国宪法的精神与实践》(北京大学出版社2000年版)两书均对早期州宪作了论述,但较为简略。其他相关著作也都大体如此,甚至更为简陋。论文方面,笔者搜索的结果,只找到一篇和早期州宪直接相关的文章,即李剑鸣教授的《美国革命时期马萨诸塞立宪运动的意义和影响》(《历史研究》2004年第1期)一文。

有鉴于此,笔者不揣浅陋,尝试在研读早期州宪文本的基础上,对早期州宪所确立的政府结构进行概括论述,并对其特点进行总结。

① Willi Paul Adams, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era*, translated by Rita and Robert Kimber, the University of North Carolina Press, 1980, foreword.

② 在众多外国法制史教材中,笔者发现只有林榕年教授主编的《外国法制史新编》(群众出版社1993年版)一书提及早期州宪的情况,内容不到600字。

一、早期州宪的制定

历史学家多将 1763 年作为英国与北美 13 个殖民地^①关系史上的一个分水岭。在此之前,双方相安无事,各得其所。而此后,随着英国对殖民地一系列新政策的出台,双方齟齬不止,终至兵戎相见。在这一过程中,殖民地内产生了一些革命组织^②,它们日益壮大,不断侵蚀原有殖民地政府的权力,并在独立战争爆发前后成为殖民地的实际统治者。到 1775 年底的时候,不论是由英王还是由业主任命的总督,均无

① 从 1607 年的詹姆斯敦(Jamestown),到 1732 年的佐治亚(Georgia),英国人先后在北美建立了大大小小 16 个殖民地,经过整合兼并,这些殖民地最后剩下 13 个。按照与英王关系的不同,它们可分为三类:王室殖民地(royal colony)、业主殖民地(proprietary colony)和契约殖民地(compact colony)。

王室殖民地是由英国国王直接派遣总督管辖的殖民地,包括马萨诸塞、弗吉尼亚、新罕布什尔、北卡罗来纳、南卡罗来纳、纽约、新泽西和佐治亚;业主殖民地本质上是英国贵族在北美的封建领地,包括马里兰、宾西法尼亚和特拉华;契约殖民地是基于殖民者之间签订的共同协定或契约而成立的殖民地,包括康涅狄格和罗德岛。

② 其中较为重要的有通讯委员会(committee of correspondence)、省议会(provincial congress)、安全委员会(committee of safety)以及大陆会议。

通讯委员会最初是在萨穆埃尔·亚当斯(Samuel Adams)的倡议下,于 1772 年 11 月在波士顿成立。该通讯委员会完全独立于总督和殖民地议会而存在,只对波士顿镇会议负责。此后,马萨诸塞各地以及其他殖民地的激进分子纷纷采纳了这种模式。及至 1774 年 2 月,除北卡罗来纳和宾西法尼亚外,所有的殖民地都建立了通讯委员会。(Richard B. Morris, ed., *Encyclopedia of American History* (6th ed.), Harper & Row, 1982, p. 95.) 通讯委员会的主要任务,是收集英国对殖民地政策方面的最新情报,并在彼此之间保持密切沟通和联系,联合寻求应对之道。

省议会较早出现于马萨诸塞。1774 年 6 月,当马萨诸塞总督托马斯·盖奇(Thomas Gage)解散殖民地议会后,波士顿通讯委员会要求选举出一个省议会来掌管马萨诸塞政府。1774 年 10 月,第一届马萨诸塞省议会在塞伦(Salem)召开,“从此以后,马萨诸塞湾的有效政府就不再听命于总督和其他常规的王室官员,而是落入省议会之手。”(Willi Paul Adams, op. cit., p. 38.)

到 1774 年年底的时候,除了纽约、宾西法尼亚和佐治亚以外,所有的王室和业主殖民地都建立了省议会,并由省议会任命安全委员会(committee of safety)作为常设机构,在其闭会期间代行内容广泛的各项权力。省议会及其安全委员会,大多成为各殖民地的临时统治机构。

法在殖民地行使权力了。

不过,尽管革命组织逐渐取代了英国的原有政府体系,但是由于殖民地的政治领袖们认为这些机构只是暂时的、超越法律的权宜之计,特别是省议会和安全委员会身兼立法和行政职能,权力过于集中,是对自由的一个潜在威胁。因此,他们希望创立一个常规政府,以保持社会的良好秩序并巩固殖民地的独立地位。

大陆会议 1776 年 5 月 10 日的决议及其序言^①,以及随后《独立宣言》的发布,大大推动了政治领袖们的上述希望并朝着现实方向迈进。在 1776 至 1777 年间,除了康涅狄格和罗得岛两地之外^②,其他的 11 个殖民地大都制订出了宪法,并据此成立新政府。

(一) 早期州宪的制定经过

第一部宪法诞生于新罕布什尔。1775 年 12 月 27 日,省议会任命了一个委员会起草宪法。仅仅九天之后,1776 年 1 月 5 日,省议会便投票通过了宪法。该宪法的制定,本意“绝不是寻求脱离大不列颠的独立”,而是在原来的总督和部分参事会成员离开殖民地,导致殖民地政府瓦解的情况下,“为了保持和平与良好的社会秩序,以及殖民地居民的人身和财产安全”,“不得不”建立一个新政府的需要。新政府存续时

① 5 月 10 日的决议建议“有足够的政府力量应对当前危局”的各个殖民地,“建立一个能代表人民意愿的政府,以最大程度上维护各殖民地人民以及美洲整体的幸福和安全”。(*Journals of the Continental Congress*, IV, p. 342, in <http://lcweb2.loc.gov/cgi-bin/query/r?am:mem/hlaw;@field>)

5 月 15 日,大陆会议通过了上述决议的序言,指出,既然英国已经“将殖民地居民置于王权的保护之外”并对殖民地开战,那么,“对殖民地中的各种王室权力进行彻底镇压,并将所有权力交由人民行使,以维护殖民地内部的安宁、美德、秩序,捍卫人民的生命、自由和财产权利,已成为当务之急”(*Journals of the Continental Congress*, IV, pp. 357—358, in http://memory.loc.gov/cgi-bin/query/D?hlaw;3:./temp/~ammem_G8p2:;)

② 康涅狄格和罗得岛两地由于原本就享有高度的自治,因此仍然保留了殖民地时期的特许状,只是删除了其中所有提到英王权威的地方,并在用语上,以“州”代替“殖民地”。两个州分别到 1818 年和 1842 年才分别用宪法替代了原来的特许状。

间限定在“目前与英国发生冲突这一段不幸和不自然的时期内”^①，因此，这只是一部临时宪法。1784年，完全以马萨诸塞宪法为模版的第二部宪法取代了上述临时宪法。

和新罕布什尔一样，南卡罗来纳的宪法也是临时性的。1776年2月8日，南卡罗来纳省议会任命了一个委员会来讨论制定宪法的问题；2月11日，成立了宪法起草委员会；3月4日，草案拟就。此后两周，省议会逐条讨论了草案。3月26日，省议会通过了宪法。和新罕布什尔1776年的宪法一样，该宪法也是临时性的，只在与英国冲突期间方才有效。1778年3月19日，该临时宪法被一部永久性宪法取代。

最早的一部永久性宪法，制定于弗吉尼亚。1776年5月15日，弗吉尼亚省议会任命了一个委员会起草权利宣言和宪法。5月27日，由乔治·梅森(George Mason)起草，并经过起草委员会审核的权利宣言草案在省议会上二读。此后几天，大会反复讨论该草案。1776年6月12日，在三读之后，该草案以无记名投票方式通过。委员会接着立即忙于宪法的起草。6月29日，大会正式采纳了该宪法草案。第二天，帕特里克·亨利便被选为弗吉尼亚的第一任州长。^②

新泽西宪法的生效时间仅仅比弗吉尼亚宪法迟了两天。1776年6月21日，新泽西省议会以54对3票通过了大陆会议同年5月15日的建议，随即起草宪法。从6月27日到7月2日，省议会对宪法草案进行了热烈的讨论。7月2日，草案得以通过。1777年9月20日，新泽西议会对此宪法进行了修改，将宪法中“殖民地”(colony、colonies)的

① *Constitution of New Hampshire* (1776), in Robert L. Vexler, ed., *Chronology And Documentary Handbook Of The State Of New Hampshire*, Oceana Publications, 1979, p. 57.

② Ellen Lloyd Trover, ed., *Chronology And Documentary Handbook Of The State Of Virginia*, Oceana Publications, 1979, p. 13.

字样替换成“国家”(state, states)。^①

新泽西之后,特拉华也迅速地制订出了宪法。在1776年春天的时候,特拉华的殖民地议会仍没有被革命的省议会所取代。“直到6月15日,当它要求所有的公职人员从那天起,不再以英王的名义,而是以纽卡斯尔(Newcastle)、肯特(Kent)和苏塞克斯(Sussex)县政府的名义,继续在特拉华行使职权时,它才在事实上创建了一个向共和主义过渡的政府。”^②

1776年7月27日,议会决定选举一个制宪会议(constitutional convention)来制定宪法。9月2日,制宪会议选出一个委员会来起草《权利宣言》,几天后,又选出一个委员会来起草宪法。9月11日,制宪会议通过了《权利宣言》。9月20日,大会接受了对宪法草案的修改意见,第二天,宪法便开始生效。

宾西法尼亚像特拉华一样,在1776年春天的时候仍然保留着殖民地时期的议会。5月20日,超过4000名费城居民举行集会,认为应该召集一个省议会来重组政府。选举这个大会的组织工作将由费城及各县的检查委员会(committee of inspection)来担任。现存议会则保持到新政府完全成立时为止。

1776年6月,在费城检查委员会的发动下,108名各县的检查委员会代表齐聚一处,举行了为期一周的大会。他们的主要任务是为选举一个制宪会议做准备工作。7月15日,新选出的96人制宪会议开始进行商议。《权利宣言》的第一稿于7月25日提交给会议;宪法草案于8月19日拟就后,在接下来的四周内,几乎每天都对其进行讨论。1776年9月27日,大会同意了权利宣言和宪法的最后版本。第二天,

① *Constitution of Delaware*, in <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/states/de02.htm>, note 2.

② Willi Paul Adams, op. cit., p. 74.

两者均被通过并立即生效。

和宾西法尼亚等州宪法一样,马里兰的宪法中也包含了《权利宣言》。1776年7月3日,马里兰省议会决定选举出一个新的大会,来制定宪法,建立一个新政府。8月14日,新选举出的53名“马里兰自由人代表大会”(Convention of the Delegates of the Freemen of Maryland)成员首次碰面。11月3日,该大会通过了《权利宣言》;11月11日,通过了宪法。

继马里兰之后,北卡罗来纳也制订出了自己的宪法。1776年4月13日,北卡罗来纳地方代表大会任命了一个委员会起草宪法。5月11日,代表大会通过了组成一部临时宪法的各种决议。相较于新罕布什尔、南卡罗来纳和新泽西,北卡罗来纳选择了一种更具有临时意味的解决方式。它的宪法主要就是为整个殖民地建立一个安全委员会。“从1776年5月中旬到11月中旬这关键性的几个月中,当其他殖民地的议会正在开会,达成重大决定并颁布宪法之时,北卡罗来纳却显得特立独行,正被一个仅有13人组成的安全委员会统治着。”^①1776年8月,安全委员会宣布将在10月15日举行选举,选举出来的代表不仅要通过法律,还将起草宪法。

1776年11月12日,新的代表大会召开。在一个月时间内,起草委员会就准备好了宪法和权利宣言的草案。12月17日,大会通过了《权利宣言》。第二天,宪法草案也被大会投票通过了。^②

佐治亚像北卡罗来纳一样,开始时采用了一种过渡性的安排。1776年8月,当独立的消息传到萨瓦纳(Savannah)后,安全委员会便开始安排选举新的代表大会。1776年10月初,新的代表大会在萨瓦

① Willi Paul Adams, op. cit., p. 82.

② Robert I. Vexler, ed., *Chronology And Documentary Handbook Of The State Of North Carolina*, Oceana Publications, 1979, p. 12.