

[第四卷]

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

[第四卷]

中西法律传统

中南财经政法大学 编
法律史研究所

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4卷/范忠信,陈景良主编. —北京:中国政法大学出版社,2004.12

ISBN 7-5620-2679-3

I.中... II.①范...②陈... 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(2005)第 000919 号

- 书 名 中西法律传统(第四卷)
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 固安华明印刷厂
开 本 880×1230 1/32
印 张 12.375
字 数 295 千字
印 数 0 001-3 000
版 本 2004 年 12 月第 1 版 2004 年 12 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2679-3/D·2639
定 价 26.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(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 扬	武 乾
		屈永华	孔庆平	李培锋
		陈敬刚		
助	编	武 乾	李培锋	尤陈俊
英文翻译		何 鹏		

本刊由
中南财经政法大学法律硕士教育中心
资助出版

目 录

西方法律传统

- 1 古希腊的民主与法制（上）/贺卫方、任强
- 36 弹劾制度与英国的立宪进程/程汉大

西法东渐与中西比较

- 57 日本明治民法典的立法论争与家制度/赵立新
- 71 死缓制度的中外渊源及历史发展/金泽刚、张正新
- 91 宪法隐私权的历史考察及价值溯源/王琮雯

中国法律传统

- 122 唐律学的起源、演进与趋势/俞荣根
- 164 如何思考中国传统法制的现代意义/徐忠明
- 176 从碑铭看明清福建民间规约与社会管理/王日根
- 188 中国古代宗教与法律之关系的初步考察/蒋传光
- 222 酷刑、酷吏与中国法律传统/阎晓君
- 245 从《不平鸣稿》看明末徽州民间纠纷的解决模式/韩秀桃
- 267 古今中国“真相”了解体制暗合的思考/陈柏锋
- 291 烧埋银与中国古代生命权侵害赔偿制度/张 群
- 312 中国传统社会诉讼意识成因解读/尤陈俊

读书与评论

- 328 美国民主与法制的民情土壤
——托克维尔《论美国的民主》读后/李拥军
- 344 关于希伯来法的几个基本问题的商榷
——读何勤华《外国法制史》“希伯来法”章/冯定雄

资料与回忆

- 355 擦亮二十世纪中国法史学的丰碑
——《瞿同祖法学论著集》编辑札记/胡旭晟
- 362 杨鹤皋先生及其对中国法律思想史学科的贡献/范忠信

法学随笔

- 373 苏三起解·提审·传统法观念/瞿文喆

Contents

Legal Tradition of the Occident

He Weifang & Ren Qiang: Democracy and Legal System in Ancient Greece (Part A).	(1)
Cheng Handa: Impeachment and the process of Constitutional lawmaking of Britain.	(36)

Comparison of Eastern law & Western Law

Zhao Lixin: the Debate on Legislation of Japanese <i>Meiji</i> (明治) Civil Code and the Family System.	(57)
Jing Zegang & Zhang Zhengxin: the Occidental and Chinese Origins and Development of Respite of capital punishment.	(71)
Wang Qiongwen: the Development of Right of Privacy in the Occidental Constitutions and its Philosophy.	(91)

Legal Tradition of China

Yu Ronggen: the Origin, Development and Trend of Studies of Tang Laws.	(122)
Xu Zhongming: How to Consider the Modern Value of Chinese Legal Tradition.	(164)
Wang Rigen: To See Fujian Local Custom Law and Social Control in Ming and Qing Dynasty From Inscription.	(176)
Jiang Chuanguang: A Primary Study of the Relationship of Chinese Ancient Religion and Law.	(188)
Yan Xiaojun: Excruciation, Cruel Clerk and Chinese Legal Tradition.	(222)
Han Xiutao: To see the Models of Resolution of Civil Disputes in Huizhou in the Late Ming Dynasty From the book, <i>Bu Ping Ming Gao</i> (《不平鸣稿》).	(245)
Cheng Baifeng: Ponder on the Similarity of Ancient and Modern Inquiring Truth System in China.	(267)
Zhang Qun: the Origin, Development and Traits of <i>Shao Mai Yin</i> (烧埋银) System.	(291)
You Chenjun: A Primary Analysis of the Cause of Litigation Ideology in Chinese Traditional Society.	(312)

Perusal & Remark

- Li Yongjun: American Public Feeling of Democracy and Law ——use
Tocqueville's *De La Démocratie en Amérique* as reference.
..... (328)
- Feng Dingxiong: Discuss on Some Basic Issue of Hebraic Law——
read chapter *Hebraic Law in Foreign Legal System* , edited by Prof.
He Qinghua. (344)

Data & Recall

- Hu Xusheng: Set the Monument of Science of Legal History in the
twentieth century. (355)
- Fan Zhongxin: Prof. Yang Hegao and His Contribution to the Science
of Chinese Legal Ideology. (362)

Essay of Law

- Zhai wenzhe: *Su San Qi Jie* , Send under Guard and Chinese Tradi-
tional Legal Ideology. (373)

古希腊的民主与法制（上）

贺卫方 任 强*

提起西方法治文明，古希腊应该不是一个陌生的名词。这个和我国一样有着几千年历史的文明国度，其辉煌的法律文化遗产是西方法治文明的源流，至今仍然保持着对西方国家法律制度的影响。不了解古希腊的法制史，就无从了解西方国家法律的来龙去脉。我们知道，罗马人为世人创造了令人叹为观止的法律体系，但他们最伟大的律师小普利尼却以钦佩的口吻说：“记住一点，他们（希腊人）把法律给予了我们。”^{〔1〕} 所以，西方各国讲授其本国法制史者，都要从古希腊开始，再慢慢讲到他们本国。这一点和中国法制史大有不同，中国法制史可以从夏商周的本土历史讲起，自成体系。西方法制史则支流旁出，体系繁杂，但是它们的源头却都在古希腊。

以我们今天的眼光来看，人们也许觉得奇怪，希腊人既没有

* 作者贺卫方系北京大学法学院教授，博士生导师；任强系北京大学法学院博士后研究人员。

〔1〕 [美] 约翰·麦·赞恩：《法律的故事》，刘昕、胡凝译，姜渭渔校，江苏人民出版社 1998 年版，第 94—95 页。

细致阐述法律的观念、建构起系统的法律体系和法律程序，也没有发展出像样的法庭，更没有培养出职业化的律师，为什么要把它的法律提到这么高的地位呢？原因在于古希腊人，尤其是雅典人（下面着重介绍雅典的法律），在人类历史上第一次真正把民主的精神引入了法律。因此，当一个国家的立法没有不同阶层的人们的磋商和博弈，当这个国家的法律不是在民主的阳光下运作，当它的法律裁决缺乏正义、公平的保证的时候，这个国家根本还没有做好迈入法治社会门槛的准备。从这一点上来说，即使雅典算不上一个完全的法治社会，但是，这个城邦却为人类法治的发展积累了宝贵的民主经验和法律智慧；我们今天的民主、法制、政治公开性等观念，都是从雅典人那儿学来的，可以说，雅典在世界法制史上具有卓越的地位。今天，当我们展开西方法制发展的画卷时，一定不能跳过古希腊这一精彩的篇章。

一、雅典的公民与公民权

雅典是一个城邦。亚里士多德在《政治学》中指出：“城邦的一般含义就是为了维护自给生活而具有足够人数的一个公民集团”；“城邦本来是一种社会组织，若干公民集合在一个政治团体以内，就成为一个城邦”。^{〔2〕} 生活在雅典城邦，是不是城邦的公民至关重要。公民有权参加城邦的议事和审判，也就是说，每一个公民都享有城邦的治理权和诉讼的审判权。除此之外，公民权还体现在人身自由和土地所有上。在雅典，只有公民才享有人身自由权和土地占有权。公民身份是占有土地的前提，而土地占有又是公民身份的基础。占有土地是公民的特权，不管一个外邦

〔2〕〔古希腊〕亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆1965年版，第113、118-119页。

人多么富有，他也不能购买属于城邦的一小块土地。农民往往由于拥有一小块土地，才有资格成为城邦公民集体的一员。^{〔3〕}

但是，并不是生活在城邦的每一个人都是城邦的公民，都享有公民权。

雅典的宪法规定：只有父母双方都是雅典人的公民，才能取得公民权。公民在18岁时在他们德莫^{〔4〕}的名册中登记。当他们登记时，德莫成员通过宣誓投票对他们是否登记为公民做出决定。首先要审查，他们是否达到了法定年龄。如果认为没有到年龄，就把他们再次划归儿童之列。其次要审查，这个候补人是否为合法出生的自由民。如果投票结果认为他没有自由民身份，他可以向法庭申诉；德莫成员在自己人中选出5人和他辩论，如果判决他没有登记的权利，国家就把他出卖；如果他胜诉，德莫成员必须让他登记。最后，雅典议事会要检查登记者的名单，如果发现任何人未满18岁而被登记为公民，允许他登记的德莫成员就要受罚金的处分。^{〔5〕}

“只有父母双方都是雅典公民的人才能享有公民权”这一法令，在公元前5世纪以前并没有得到严格执行，当时一个人只要他的父亲是公民，他就能成为公民，而不必考虑他的母亲是否是雅典公民。例如，雅典改革家克利斯提尼的母亲阿加里斯特是希巨昂人，他的外祖父是希巨昂的统治者，他则因为自己的父亲麦

〔3〕 裔昭印：《古希腊的妇女——文化视域中的研究》，商务印书馆2001年版，第49页；黄洋：《古代希腊土地制度研究》，复旦大学出版社1995年版，第157—158页。

〔4〕 deme，是部落的基层单位，在乡村叫村落，在城市叫行政区。

〔5〕 [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46—47页。

加克利斯是雅典人而成了雅典公民。^[6] 公元前 451 年—前 450 年, 执政官伯里克利重申了“父母都是雅典人者才能成为雅典人”这一法律, 而且法律具有追溯既往的效力, 执行得十分严格。公元前 403 年—前 402 年, 这条法律又重新颁布了一次, 进一步加强了对公民权的控制。^[7] 这条法律曾经引起许多曲解、欺骗和舞弊, 引起许多诉讼。当时被揭发、变卖为奴隶者, 约有 5000 人。^[8] 如, 在公元前 346 年, 一个叫欧克西塞奥斯的人受到欧博利德斯的指控, 说前者的父母不是雅典人, 他却成功地登记为雅典公民。经过德莫成员的投票, 他被驱逐出德莫, 被剥夺了公民权。面对失去公民权的威胁, 欧克西塞奥斯不顾一旦败诉会被没收财产和卖为奴隶的危险, 毅然把案子提交给雅典法庭。^[9]

为了保证公民成员的纯洁性, 雅典人对公民权的关注甚至到了过敏的程度。在雅典甚至有一条这么奇怪的法律, 一个人如果犯了强奸罪, 惩罚是支付货币罚金; 如果一个人犯的是通奸罪, 准许将通奸的男子就地处死。^[10] 因为如果一个妇女自愿和没有公民权的男性通奸, 并怀孕了, 为了掩盖事实的真相, 她可能不得不声称, 她丈夫是孩子的父亲, 这样一个本来没有公民权的男

[6] 裔昭印:《古希腊的妇女——文化视域中的研究》, 商务印书馆 2001 年版, 第 65 页。

[7] D. M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, London, 1978, p. 67.

[8] 顾准:《希腊城邦制度——读希腊史笔记》, 中国社会科学出版社 1982 年版, 第 171 页。

[9] R. Just, *Women in Athenian Law and Life*, London and New York, 1989, pp. 15-16.

[10] R. Just, *Women in Athenian Law and Life*, London and New York, 1989, p. 68;
[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。

性的后代就有可能取得公民权。在雅典人看来，这种危险显然要比强奸大得多。

当公民登记被审查通过之后，他们的父亲会在部落举行会议，在宣誓之后，选定 40 岁以上的 3 个优秀男性来监督他们，然后在他们所在的每个部落中选举一个将军来统率他们全体进行军事训练，并且履行“执干戈以卫社稷”的义务。等到两年期满，他们便成为普通公民集团的成员。^[11] 他们通过这样的程序就取得了公民权。

其实，在执政官梭伦（约公元前 638—前 559 年）改革之前，绝大部分的雅典人是没有公民权的。因为德拉古在公元前 621 年制定的雅典第一部成文法规定，不能自备武装的人没有公民权。梭伦担任执政官后，对雅典的政治和经济进行了大刀阔斧的改革，他把全体雅典人按照财产的多寡分为四个等级（收入一般以粮食来计算，工商业者则按他们的货币收入折合成实物来计算）：每年收入达 500 麦斗^[12]者称 500 斗级；每年收入达 300 麦斗者称骑士级，意思是有力量自备马匹，充当骑士；每年收入达 200 麦斗者称双牛级，意思是养得起两头牛；其余收入在 200 麦斗以下者称日佣级，意思是这些人很少财产，不得不充当佣工。在这四个等级的公民中，一、二等级的公民可以担任执政官和其他官职，第三等级只可以担任低级官职，第四等级不能担任任何官职。但是，四个等级的公民都有权参加治理城邦的公民大会，都有权成为审判法庭（审判团）的成员。^[13]

[11] [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 46—47 页。

[12] 1 麦斗约合我国 5.2 斗。

[13] [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 10—11 页。

当然，即使在梭伦改革之后，得到雅典公民权的人数虽然增加了，但是，仍然只是雅典总人口中的较少一部分人。以下几类人不得享有公民权：

第一，奴隶。雅典的奴隶由未被赎回的战俘、被掠奴队掳掠回来的外邦人、捡回来的被遗弃的婴儿、不务正业的无赖汉以及罪犯组成。在雅典的奴隶拍卖场上，一天卖掉 1000 名奴隶并不稀奇，有时候可以卖掉 2000 名。在拍卖场上，随处可见奴隶被赤裸裸地检查以及讲价出售。一个奴隶的价格大约是半个到 10 个“米那”（值 50 到 1000 美元）。雅典公民把奴隶买回去后，或者供自己用，或者用来投资。出租奴隶的利润高达 30%。^[14] 奴隶是主人的私有财产，个人不享有任何权利。他们不能为了自己的利益向法庭起诉，只能完全依靠自己的主人。奴隶如果犯了过错，马上就会遭到鞭答；如果被自由人殴打，不得还手保护自己；在法庭上，奴隶提供的证词要通过拷问才能被使用。^[15] 梭伦虽然颁布过“解负令”，取消了公私债务，恢复了债奴的公民身份，并永远禁止把雅典公民变为奴隶。但是，这只是缓和雅典贵族与平民尖锐矛盾的必要策略，只是将沦落为债奴的雅典平民解救了出来。由于雅典的奴隶中很少是雅典人，对于数量庞大的其他奴隶而言，“解负令”与他们是不相干的，更不要说给他们公民权了。例如，公元前 5 世纪时，雅典的奴隶估计超过 10 万名。根据公元 3 世纪的文献，雅典的奴隶曾经达到 40 万人！虽然有些历史学家对这个数字表示怀疑，但是，不可否认的事实

[14] [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 204 页。

[15] D. M. MacDowell, *The Law in Classical Athens*, London, 1978, p. 245; [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 204 页。