

四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列

法律史评论

四川大学近代法文化研究所 主办 里 赞 主编

2012年卷 | 总第5卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列

法律史评论

四川大学近代法文化研究所 主办
里 赞 主编

2012年卷 | 总第5卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律史评论. 2012 年卷: 总第 5 卷 / 里赞主编. —
北京: 法律出版社, 2013. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 4802 - 4

I. ①法… II. ①里… III. ①法制史—中国—文集
IV. ①D929 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 068182 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧	装帧设计/乔智炜
出版/法律出版社	编辑统筹/法律教育出版分社
总发行/中国法律图书有限公司	经销/新华书店
印刷/北京京华虎彩印刷有限公司	责任印制/张宇东
开本/787 毫米×960 毫米 1/16	印张/22.25 字数/362 千
版本/2013 年 4 月第 1 版	印次/2013 年 4 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	销售热线/010-63939792/9779
网址/www.lawpress.com.cn	咨询电话/010-63939796
中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)	
全国各地中法图分、子公司电话:	
第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908	
上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995	
书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 4802 - 4	定价: 32.00 元
(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)	

本卷出版承以下资金资助

2013 年四川大学中央高校基本科研业务费研究专项(哲学社会科学)项目:中青年学者高水平学术团队建设“民国时期川省基层司法档案整理与研究”

学术顾问(以中文姓氏笔画排序)

王汎森(台湾中研院院士)

王挺之(四川大学教授)

叶文心(Wen-Hsin Yeh)(美国加州大学伯克利分校讲座教授)

田 涛(上海政法学院教授)

刘海年(中国社会科学院荣誉学部委员)

许章润(清华大学教授)

陈廷湘(四川大学教授)

苏成捷(Matthew Sommer)(美国斯坦福大学教授)

吴志攀(北京大学教授)

陈金全(西南政法大学教授)

陈春声(中山大学教授)

何勤华(华东政法大学教授)

罗志田(四川大学教授)

林富士(台湾中兴大学讲座教授)

贺卫方(北京大学教授)

施耐德(Axel Schneider)(德国哥廷根大学教授)

葛兆光(复旦大学教授)

彭慕兰(Kenneth L. Pomeranz)(美国加州大学欧文分校讲座教授)

霍 巍(四川大学教授)

编辑委员会

里 赞 刘昕杰 赵妮妮 钱向阳 王有粮 杨 晖 钟 莉

陈长宁 汤 敏

主 编

里 赞

副主编

刘昕杰 王有粮

特邀编审

丁小宣 何进平 徐亮工 郭 烁

编者的话

老话说，民以食为天！至少在农耕时代，此话无疑是真理。而今，一般来说，人们虽大致不会对此持有异议，可酒劲一上来，干出的事却往往与此等常识相悖。在城市化不断加速的时代，几千年来生长麦稻的土地渐渐被水泥覆盖，随之，乡村被城镇所取代，农事被商业所取代，青壮农民变成了打工者，乡下留守的老弱不再有对田野的希望。当土地被糟蹋的时候，农业始真正面临危机。所谓皮之不存毛将焉附，长此以往的“发展”下去，我们以及我们的后代上哪儿淘食？

与土地和农事的遭遇相类，学术上的人文类学科（包括法律史），在近年来所谓的学科调整中也不断陷入尴尬，尽管，我们这样一个古老国家历经几千年的人文传统自近代以降就受到边缘化的历史处理。人文学科以及与人文相似的基础理论社会学科的专业，任谁都说重要，可落到实处，却屡遭冷遇。从事此类学科的人，颇似农人，干的活是打底的，辛苦不说，还难以速成，汗珠子掉地摔八瓣（搞历史的查档案、拍片子，真是个体力活），收成还不确定，农事靠天，咱们这个得靠运气。榜地是有规律的活计，不按时节程式，不下苦力，庄稼是种不出来的，不如商事可以投机渔利。人文学术尤其历史研究，学术传承有序，规矩严明，靠的是缜密考据，不兴创新“穿越”，下的是苦力，要的是耐力。好些个明时务者，一早抽身转入他门，图别样快活，留下的恐多是些“执迷不悟”的痴者。痴者自有其乐，可以不在山珍海味、金银珠宝、升官发财，但制度性的体面还需维持，正如农人应当获得的尊敬。现如今似乎连这都有些成为奢望。教育部新近发布的高等教育本科主干课（必修课）目录，就明令取消了中国法制史课程。此事一

出,虽旋即引发全国法律史学界强烈反弹,联署反对此决定,却再次证实了当下中国人文学科的不幸。其实,人文学科的不幸就是文化的不幸,尽管官方前不久才宣称已经意识到文化建设的迫切!人要想吃饭,就得保护好土地,国家乃至一个民族要想活的有点体面,就得养育文化,而养育文化就必须为人文学术多留活口。

法律史学科大概算是法学这一显学或应用学科中为数不多的具有较多人文属性的基础学科,因而它所负载的文化意义当然最为鲜明而丰富,自然其命运之不幸也首当其冲。然而,世风不济并不能消解掉它的重要价值。在国家寻求特色道路以及中国法学走向世界的过程中,法律史尤其是中国法律史的研究更凸显其独特的意义。钱宾四先生曾说过,“正如一个人走路,我们可以察看他的行踪和线路,来推测他想走向哪里去。同样情形,治史者亦可从历史进程各时期之变动中,来寻求历史之大趋势和大动向”。许多年来,中国大陆的法律实践,多以美国为代表的西方经验为借鉴,学习了不少外面的思想,引进了不少外来的制度,课堂上灌输了不少别人的理论,可是在治理上,究竟解决了多少问题却难以明述;更为不祥的是,在众声喧闹中,我们已经渐渐地忘记了自己,而我们口口声声模仿的那个所谓的“西方”,也不过是我们幻想出的或我们认为的那个西方。于是,在一路走过后,我们仍要不断地重复追问,中国向何处去。这样的历史事故,对中国而言已然不止发生过一次。审视当下,与其在空中楼阁中冥想中国的法学未来以及法治之路,倒不如立足于中国的历史与实践,或许从中能够有所领悟。

梁任公先生于近百年前将史学进步的特征归纳为,“其一为客观资料之整理,其二为主观的观念之革新”,此言置于今日也同样适用。随着近年来学术风气转型,法律史研究开始发生从“思想”到“学术”、从宏大叙事到微观实证的转变,特别是重视对基础资料文献的挖掘、整理与保护在相当程度地提高法律史研究的学术质量与学术水平的同时,也相应拓展了法律史学科的发展方向,学科的文化价值也随之提升。

几年前,我们有感于这一工作的重要性,故开辟了《近代法评论》这一园地,目的在于使从事本学科研究及关注、爱好本领域的学者团结起来,为大家提供一个学术争鸣的平台,并助益于学人之间的切磋琢磨,不断将法律史研究引向深入。一路走来,编著之艰辛也不断印证了这一学科所处的困境。近来看到法史学科的兄弟集刊相继停刊关张,经过审慎的考虑,我们决定将书名变更为《法律史评论》,既适当扩大此书的涵盖面,有助于打破学科内部的分割,结缘于更为广泛的学人,又试图努力弥补已经停办集刊的种种遗憾,增益中国法律史研究“充实而有光辉”的学术形象,共同担当艰辛却重要的学术使命。

想法有点大,不过都是心里话,是为序。

里赞识于 2012 年 12 月

目录

Contents

论文

春秋时期礼法二元结构的原因探析	范 辉 李强国 / 3
南宋纠纷解决的法律文化特质	
——以《名公书判清明集》立嗣案件为视角	赵胜男 / 14
论明代官员在田租征收中的法律责任	任晓兰 侯辰雪 / 32
论清末出洋考察大臣达寿的宪政观	柴松霞 / 38
1935 年《中华民国刑法》之“保安处分章”识小	朱 腾 / 48
近代中国刑法术语的输入与定型	
——《大清新刑律》对日本刑法术语的移植及改造	刘远征 / 64
民国初年司法诸相：司法转型与试法的人们	
——以江宁地方司法档案为例	何 东 / 76
宪政视角下的南京国民政府之农业金融制度史论	
——从地权理论到制度文本	李永伟 / 87
原生与继受之间：民国时期基层社会律师问题研究	杨 晖 / 97
裂变与碎片：民国妇女离婚权利研究	杨晓蓉 / 129
1948 年《埃及民法典》制订的历史考察	张小虎 / 157

旧文勘校

专题:法律解释

常识的法律解释	胡长清 著 杨晓蓉 点校 /173
论法律之解释	胡毓杰 著 杨晓蓉 点校 /176
论法律解释权	袁家斌 著 杨晓蓉 点校 /180
论法律解释之本质	楼蔚森 著 杨晓蓉 点校 /184
法律解释论 [日]石阪音四郎 著	涂身洁 译 李雪飞 点校 /191
法律解释上之英美法源	罗 鼎 著 韩 飞 校 /208

书评

言于史,志存今

——评俞江《近代民法学中的私权理论》	谢 晶 /229
--------------------	----------

皇权的政治危机与法律的工具性:解读《叫魂》的

政治与法律	杜军强 /238
-------	----------

经典的另一种解读方式:读《风与草:喻中读〈尚书〉》	李雪飞 /245
---------------------------	----------

历史需要书写,抑或是演绎?

——读《历史与变革——新中国法制建设的历程》	李 洋 /252
------------------------	----------

法律儒家化过程中的女性

——读《公主之死:你所不知道的中国法律史》	白 霞 /261
-----------------------	----------

变革与连续:《中国近代民事司法变革研究——以奉天

省为例》读后感	刘 颖 /269
---------	----------

历史语境之下的法律史研究

——李艳君《从冕宁县档案看清代民事诉讼制度》读后	
--------------------------	--

钟 莉 /278

源于本土的“海外中国”

——史景迁《王氏之死》读后 赵 崧 /284

批判与构建:评大木雅夫《东西方的法观念比较》 韩 飞 /291

“传统”的进路:法律“文化类型”研究视角的转向

——《梁治平自选集》读后 汤 敏 /300

传统与变迁:马作武《法律史思辨录》读后 王 珏 /309

中国传统法观念考察:《情理法与中国人(修订版)》读后

李 蕊 /317

档案选录

民国新繁县司法档案选录

王有粮 柳 剑 /327

论文

- ◎ 春秋时期礼法二元结构的原因探析
- ◎ 南宋纠纷解决的法律文化特质
- ◎ 论明代官员在田租征收中的法律责任
- ◎ 论清末出洋考察大臣达寿的宪政观
- ◎ 1935 年《中华民国刑法》之“保安处分章”
识小
- ◎ 近代中国刑法术语的输入与定型
- ◎ 民国初年司法诸相：司法转型与试法的人们
- ◎ 宪政视角下的南京国民政府之农业金融
制度史论
- ◎ 原生与继受之间：民国时期基层社会律师
问题研究
- ◎ 裂变与碎片：民国妇女离婚权利研究
- ◎ 1948 年《埃及民法典》制订的历史考察

春秋时期礼法二元结构的原因探析*

范 辉 李强国**

春秋时期在我国历史上具有浓厚的一笔,它表现在诸多方面。就礼法关系而言,其变化是明显的。无论是强调“有差等”的礼,还是追求“刑无等级”的法,都绝对地维护君王的绝对权力。春秋时期法从礼的附属中脱离出来,在思想上与先前的礼的辩论,也只不过是给统治者的统治方式提供另一种选择,即选择何种统治方式才能更好地利于君主的统治和维护社会的秩序。从这个角度来看,春秋时期的法与礼并无本质的区别。但随着成文法的公布,春秋时期的礼法关系却发生着巨大的变化。当时社会已逐渐舍弃以往的一元礼治的方式转而求助于一元法治的方式,但并未完全走上一元法治的道路(春秋与战国时期则是处于由一元礼治向一元法治过渡之际,完全的一元法治模式则是之后的秦王朝),而礼与法的关系则明显地表现在形成了一个礼法结合的二元结构的模式。

西周时期礼法未分的关系为什么在春秋时期成文法公布之后会发生变化?为什么又是在春秋时期形成与西周时期不同的礼与法二元结构关系呢?本文就这一问题予以分析。

一、周王室权力的衰落

周朝制度上,周天子本作为“受命于天”的天之元子,是天下所有姬姓宗族的大宗,居于至高无上的绝对支配地位;王位由嫡长子世袭继承,其余庶子则作为小宗分封为各地诸侯。各地诸侯在各自封国内又是同姓宗族的大宗,其世袭职位由嫡长子继承,其他庶子作为小宗分封为卿大夫。卿大夫在自己

* 本文为中国政法大学博士研究生创新实践活动资助项目“再论春秋时期礼法二元结构的形成”的阶段性成果,项目编号:2011BSCX02。

** 范辉,中国政法大学法学院;李强国,中国政法大学法学院。

的封地又是同姓宗族的大宗,其封职也由嫡长子世袭继承,其他庶子作为小宗分封为士。这样,便形成了由周天子、诸侯、卿大夫与士等各级宗主及其成员构成的金字塔式的等级结构;各个等级之间既是大小宗关系,也是上下级关系;每一个等级都必须服从上一等级。而周天子当然地位居金字塔的顶端,不仅是所有同姓宗族的大宗,而且通过“娶于异姓”^{〔1〕}的联姻原则,又成为其他异姓宗族的共主。

春秋之初,周平王迁王室至洛阳,处于郑、晋两国之间。郑与晋两国是周王室的同姓,两国的祖先又都是有功于周王室的功臣。在西周时期,当周王室危难之时,郑与晋两国都多次前去相救。周平王在诸侯国兼并愈演愈烈之际迁都在这两国之间,企图借助于宗法关系与郑、晋两国的势力保住周王室的尊荣的目的是十分明显的。然事与愿违,强大起来的郑国不愿再念及以往周王室与郑国的宗法君臣情义,反而在诸侯国中率先藐视王室。郑武公、郑庄公先后在周王室中任执政之职。在此期间,两人尤其是郑庄公并不顾忌大宗与小宗的区别,对周平王有名无实的宗主地位不以为然。年迈的周平王于是暗中谋算将执政之职分给虢国,以此来削弱郑庄公在周王室中的权势。但计划还未实施,早已有人将此计划泄露给了郑庄公。郑庄公得知此事后,不仅不反省自己,反而对周平王大兴问罪。面对怒气冲天的郑庄公,周平王竟胆怯地否认自己有分权的企图,为了进一步表示对郑庄公的信任,周平王还忍气吞声地答应与郑国相互交换人质。周王室派出王子狐到郑国为人质,郑国派出公子忽到周王室作为人质,“周郑交质”^{〔2〕}才算平息了这场“分权”引起的风波。不久后周平王去世,平王之孙年轻的姬林即位天子,是为周桓王。而郑庄公对年轻的桓王更加无礼,在朝中也更加专横跋扈。郑庄公竟肆无忌惮地派军队到王畿中强行收割属于周王室的庄稼,对外又假借天子之名征伐宋国。周桓王在对郑庄公屡次暗示与抑制均不奏效的情况下,于是率领周、蔡、卫、陈诸侯国联军讨伐叛逆宗法之道的郑庄公,而郑庄公自恃郑国的强大亦不示弱,率领郑国军队列队相应。在这场周天子与诸侯国的交锋中,更显示了周王室的衰弱,结果是王室军队大败于郑国,而交战中郑国大将更是一箭射中周桓王的肩膀,使他险些被郑国军队活捉。这场军事上的较量威慑了周王室,尤其是郑国大将的那一箭不仅射断了周王室与诸侯国之间仅存的一

〔1〕《礼记·郊特牲》。

〔2〕《左传·隐公三年》。

点点宗法等级的联系,也射落了周王室四百年来的尊贵的权威。从此之后,周天子便成为诸侯国手里的一张“王牌”而已,周王室的地位急剧下降。

《史记·周本纪》中记载,“昭王之时,王道微缺”至“穆王之时,王道衰微”再到“懿王之时,王室遂衰”。王道由微缺而至衰微直至遂衰的过程,既是春秋时期华夏族与其他周边民族争斗的过程,更是以血缘维系的宗法的断裂、王室与分封诸侯疏远的结果。期间宗法血缘等级制度的维系已成为十分困难的事情了,而王室的衰微又给宗法制以致命的打击。春秋时期强大起来的诸侯国已不再安命于相对于周天子而言的小宗地位,不愿继续听从周王室的调遣。春秋前期的齐桓公、晋文公之时,诸侯争霸尚能打着“尊王”的旗号,但“攘夷”的权责已从周天子下移至诸侯国,这正是对王室微弱的嘲讽。而更令王室难堪的是强弱不一的诸侯国全然不顾骨肉之情,恃强凌弱,相互吞并。周天子不仅无力保护弱小的诸侯国,阻止诸侯国间的战争,而且自身也被排挤在强国之林以外,难保天下共主的地位。

自从西周灭亡进入春秋时期,周王室在强大的诸侯国面前便显得微弱。学者金景芳先生在其著作《中国奴隶社会史》一书中将井田、分封、宗法与礼称为中国奴隶社会全盛时期的四大支柱。然而自春秋以降,这四大支柱在内外交错的侵蚀中纷纷折足剥落,直至春秋末期的全面瓦解。而维护西周时期社会和谐稳定的上述四大支柱井田、分封、宗法与礼的崩溃是随着西周王权的衰落一起的。

二、传统礼治秩序的失灵

“我国自三代以来,纯以礼治为尚。”^{〔3〕}自三代以来的社会,一般都称为“礼乐社会”或称为“礼治社会”。“礼治”社会思想认为,基于社会中每个人的才能情性是以社会优异或社会成功为条件的社会选择;此外,有一种存在于亲属关系中的分异,以辈分、亲等、年龄、性别等条件为基础形成的亲疏、尊卑与长幼的分野。贵贱上下大小决定了每个人在社会上的地位与行为;尊卑、亲疏、长幼则决定了每个人在家族乃至宗族内的地位和行为。所有上述两种社会差异的总和就是礼治调控下的社会秩序,在这种社会秩序下,根据不同的人群应该分别适用不同的社会规范——“礼”。“礼”便是维持与保障这种社会差等性的外在工具。于是,无论君臣父子兄弟夫妇朋友,还是冠婚

〔3〕 范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社2004年版,第70页。

丧祭宫室衣服饮食言语进退等等,凡一切人事,无一大小,而悉数纳入礼的范围。日本学者穗积陈重在谈到早期社会礼治发达的缘由时说:“当社会发展之初期,民智未昧,不能依于抽象之原则以规制其行为。故取日用行习之最适用于共同生活者,为设具体的仪容,使遵据之。则其于保社会之安宁,助秩序的发达,最有力焉。”〔4〕

礼使人的生活方式互不相同,则每个人的欲望的满足又有多有少。因此,在内部,礼又足以节制人欲,杜绝争乱,使贵贱、尊卑、长幼、亲疏有别,完成伦常的理想。礼既是富于差异性,则因人而异,所以贵有贵之礼,贱有贱之礼,尊有尊之礼,卑有卑之礼,长有长之礼,幼有幼之礼,礼仪三百,繁杂万分,不是可以随意运用的。每个人必须按着自己的社会地位去选择相当的礼,合乎这个条件的为礼,否则便为非礼。而春秋时期已经破坏和抛弃了上述两方面的礼的要求,贱用贵礼,卑用尊礼,诸侯僭越谬乱,不如其分,是为“礼崩乐坏”的直接表现。

“礼”所包含的这些烦琐制度必须是以强大的王权为基础,一旦王权衰落,上失其位,下越其职,礼的实施也就失去了权力的保障。而周代的分封制度中恰恰存在这样的缺陷,在周代所建立的“天子建国,诸侯立家,卿置侧室,大夫有贰宗,士有隶子弟,庶人工商各有分亲,皆有等衰”〔5〕的政治体制下,上一级的封主对下一级的封臣,虽说是有一定的控制力,但这种控制力是很薄弱的,封臣对于封主只是履行一定的义务,而其封地内的一切事务,如司法、赋役、吏治等则完全自主,这样“凡有封土即有人民,得组织武装,为独立之资”〔6〕形成一股强大的分离势力。到了西周末年,犬戎的进攻终于使这一隐患暴露出来了。周王室在遭到犬戎攻击而被迫东迁之后,王权逐渐衰落。前面提到的郑庄公给周桓王的肩头一箭,不仅使周天子的威严扫地,也宣告了“弑君三十六,亡国五十二”的乱世春秋的开始。既然都可以以下犯上,那么僭用上级的礼仪也就没有什么大惊小怪的了,“礼坏乐崩”就这样悄悄开始了。自周王室东迁进入春秋时期之后,政治失纲,社会失序,以宗法血缘关系为基础的社会政治体系逐步瓦解,礼治秩序逐步趋于崩溃。而“礼崩乐坏”对时人的思想观念也有极大的冲击,先前的“礼乐征伐自天子出”也随着王权的衰落变成了“礼乐征伐自诸侯出”,又演变成“礼乐征伐自大夫出”,最终变成

〔4〕 穗积陈重:《法律进化论》,中国政法大学出版社1998年版,第135页。

〔5〕 杜预注:《左传正义》,艺文印书馆2007年版,第97页。

〔6〕 董书业:《春秋史》,上海古籍出版社2003年版,第370页。