法律文化史研究

何勤华 主编

第五卷

论《汉谟拉比法典》的立法精神

日本残疾人福利法制的特征

近代移植日本银行法论略

中国著作权法总则初探

英国约翰·霍尔特法官的理念

西班牙解决巴斯克地区恐怖主义的艰难尝试

《大清新法令》述评

法律匡时因国艰 经史垂后待世评

眺望宪政的远景

近代中国部门法立法史料(二)

商務印書館

需要全本请访问 www.ertongbook.com

法律文化史研究

（第五卷）

何勤华　主编

商務印書館
创于1897 The Commercial Press
2011年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律文化史研究. 第5卷/何勤华主编. —北京：商务印书馆，2011
ISBN 978-7-100-08410-9

Ⅰ. ①法… Ⅱ. ①何… Ⅲ. ①法治史；文化史—研究—世界 Ⅳ. ①D909.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第119585号

所有权利保留。
未经许可，不得以任何方式使用。

FǍLǙ WÉNHUÀSHǏ YÁNJIŪ
法律文化史研究
第 五 卷
华东政法大学法律史研究中心主办
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
北京民族印务有限责任公司印刷
ISBN 978-7-100-08410-9

2011年11月第1版 开本 880×1230 1/32
2011年11月北京第1次印刷 印张 17½

定价：42.00元

《中华现代学术名著丛书》·政法卷

中国民治论	鲍明钤
中国官僚政治研究	王亚南
中国近百年政治史	李剑农
中国政治思想史	萧公权
新政治学大纲	邓初民
九朝律考	程树德
历代刑法考 上、下	沈家本
中国法律与中国社会	瞿同祖
中国法制史概要	陈顾远
比较宪法	王世杰 钱端升
中国商事法	刘朗泉
监狱学	孙 雄
Modern Democracy in China	鲍明钤
Law and Society in Tranditional China	瞿同祖

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,详细参阅丘汉平:《现代法律哲学之三大派别》,载《法学季刊》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。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

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"。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"(同上)。

目　录

比较法研究

论《汉谟拉比法典》的立法精神与人本主义思想…… 于殿利　3
日本残疾人福利法制的特征及启示…… 韩君玲　33
近代移植日本银行法论略…… 李　婧　44
中国著作权法总则初探
——法律文本的历史比较…… 王兰萍　63
英国普通法近代化的先驱
——约翰·霍尔特法官的理念及其影响 …… 李明倩　104
西班牙解决巴斯克地区恐怖主义的
艰难尝试…… ［西］何塞·路易斯·科斯塔　马贺译　127

《大清新法令》述评

序一 …… 王　涛　155
序二 …… 何勤华　157

清末新政改革的最高依据 …… 李秀清　162
所谓宪政 …… 李秀清　171
第一卷司法之主要内容 …… 孟祥沛　180
第一卷法律草案之点校前言 …… 汪世荣　189

立法的创新与守旧 …… 荆月新 202
中国沦为半殖民地的法律表征 …… 林 乾 218
1906 年《京师习艺所试办章程》之立法评价 …… 韩君玲 230
第三卷教育之点校前言 …… 王 健 246
第三卷军政之史料价值 …… 闫晓君 249
裹挟下的晚清财政立法与近代转型 …… 洪佳期 254
清末实业救国理念变迁及其立法述评 …… 陈婉玲 264
光绪"交通"法令中的民事法律 …… 曾尔恕 274
最后的典礼 …… 魏淑君 293
夕阳晚照中的光影 …… 魏淑君 298
宣统年,新开端? …… 李秀清 305
中西文化合流基础上的中国法制近代转型 …… 蒋传光 312
清末社会转型时期法律改革的重要文献 …… 曾尔恕 337
传统中国法律步入近代的可贵探索 …… 林 乾 347
清末九年变法得失考 …… 李 婧 354
苦心孤诣成新律,汇通中西应时局 …… 何勤华 360
清末的教育立法与教育公平 …… 王兰萍 368

宪政语境下晚清修律的现代性检视 …… 马建红 376

名著导读

法律匡时因国艰 经史垂后待世评
——《历代刑法考》导读 …… 尹伊君 403
沈家本先生学术年表 …… 437
眺望宪政的远景
——《比较宪法》导读 …… 林来梵 441

王世杰先生学术年表…… 461
钱端升先生学术年表…… 465

近代中国部门法立法史料(二)

资政院总纲、选举两章(1908 年) …… 473
资政院院章(1909 年) …… 476
资政院议员选举章程(1909 年) …… 485
保送资政院硕学通儒议员简明办法十条(1910 年) …… 502
资政院议事细则(1910 年) …… 504
资政院分股办事细则(1910 年) …… 521
资政院旁听规则(1910 年) …… 529

学者随笔

漫话“史学就是史料学” …… 冯卓慧 533
淡泊名利,甘当人梯
——王召棠老师二三事 …… 何勤华 538

商务印书馆政法类良书推荐…… 545

比较法研究

需要全本请访问 www.ertongbook.com

论《汉谟拉比法典》的立法精神与人本主义思想

于殿利

古代西亚地区的楔形文字法，尤其是巴比伦法或《汉谟拉比法典》，通常被中外法制史研究者所低估，一方面是由于他们惯常以现代法律的视角和法律观念来考量古代法；另一方面也由于他们对古代美索不达米亚文化传统的了解和认识有限。例如，有学者对《汉谟拉比法典》这样评论道："这部法典缺乏'法律面前人人平等'的现代观念，奴隶是不被作为'人'看待的，当然也无人格可言。"①再如在谈到法律起源和《汉谟拉比法典》时，有学者就做出了这样的论断："法律从其产生时起，就是以否定绝大多数人作为人而存在为目的的，以限制绝大多数人的自由为使命的。在完整保存至今的最为远古的法典——《汉谟拉比法典》中，就明确宣布国王汉谟拉比为'众王之神'、'巴比伦的太阳'。在法律上称作'人'的人，为'阿维鲁'，包括僧侣贵族、高级官吏，部分地包括自耕农和手工业者。该等级虽然被法律确认为人，但在其内部，人格并不平等，并且与国王之间的关系为人与神的关系。另一部分是法律上拥有部分人格的人，为'穆什钦努'，包括王国对外征战中征服的居民和在王室田产上劳作的'佃耕者'。至于奴隶，则仅为所有权的客体，不具有任何人格。"②作者所阐述的阿维鲁、穆什钦努和奴隶三者之间的

① 马俊驹：《人格和人格权理论讲稿》，法律出版社2009年版，第33页。

② 马洪："法律上的人"，载《上海财经大学学报》2000年6月，第2卷，第3期，第29页。

法律人格关系，大体上是不错的，但因此而推断《汉谟拉比法典》以否定绝大多数人的人格为目的，以限制绝大多数人的自由为使命，便值得商榷了，因为阿维鲁作为人构成了古巴比伦社会的公民主体，很难说他们是少数贵族，他们应占人口的大多数，包括少数贵族，但更包括占人口多数的普通平民。穆什钦努的人口次之，奴隶的数量更是少数，而且很少从事生产劳动，只用于家内。另外，把国王与阿维鲁公民之间的关系说成是“人与神的关系”，更是有些望文生义了。

令人高兴的是，2009 年中国学者在外国法制史研究领域，具体地说是在古代西亚地区楔形文字法研究领域，取得了最新的成果，①那就是将人类民法的起源追溯到古代西亚地区，这是非常重要的发现，而且是有道理和根据的。这些民法规范所表现出的立法精神，能够从一个方面反映出古代美索不达米亚人的价值追求。因为“价值是内容，而规范则是形式。民事规范中的一般规定承载着一般价值，而具体条文或文书则负荷着具体价值。当适用其各项具体规定时，也就是在实现其所蕴涵的价值”。② 从民法的角度来审视，“古代西亚地区法律文明成就是以民事规范为载体，演绎了合意、对价、立约、诚实信用、情事变更乃至民事赔偿等原则与精神”。③ 不仅如此，“这些制度化的民事习俗，以其翔实而朴素的条文折射了人类社会早期法律的文明曙光，特别是内蕴的民事精神，闪烁着古代人对于人和人类社会直接相关的两大根本问题，即人与超自然力（神灵或非人所理解或控制的力量）以及人与他人之间关系的种种现实思考与制度实践”。④

① 魏琼：《民法的起源——对古代西亚地区民事规范的解读》，商务印书馆 2008 年版。
② 同上书，第 4 页。
③ 同上。
④ 同上书，第 13 页。

古代美索不达米亚人的法典尤其是《汉谟拉比法典》所体现出的立法精神，反映出了明显的人本主义思想，具体来说就是以法律上的“人”为本，以阿维鲁公民为本，因为他们构成了古巴比伦社会公民的主体。

一、社会秩序与公民权利

国家的形成是为了使纷乱的社会走向有序，是为了维护公民共同体的集体利益，因此也是为了维护个体公民每个人的利益，因为只有公民共同体的集体利益得到了维护和保障，每个个体公民的利益才能得到维护和保障。正如恩格斯所说：“国家作为第一个支配人的意识形态力量出现在我们面前。社会创立一个机关来保护自己的共同利益，免遭内部和外部的侵犯。这种机关就是国家政权。”[①]政府的创立是为了执行国家的意志，而制订和颁布法律则是确立秩序的重要手段和措施。

1. 法律即秩序

有关“法律是什么”或“什么是法律”的命题，不仅不同学科的学者有着不同的理解和认识，就在法学界内部也远没有统一的“答案”，各种分支学科、学术流派和研究方法也正是由此分出。但无论如何，总还是有些共同的“认识”，比如法律意味着秩序等。首先，法律本身就意味着一种内在逻辑方面的秩序。马克斯·韦伯就不仅从法学的角度，而且从社会学和经济学的角度论述了法律的秩序性。他说：“法律的着眼点，或更确切地说，法学教义的着眼点，着重的是（法律）陈述的正确意义；这些陈述的内容构成了一种秩序——一种被看作是对特定人群的行为有规约作用的秩序。换言之，它试图确定这一秩序运用于哪些事

① 恩格斯：《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》，载《马克思恩格斯选集》第四卷，人民出版社 1997 年版，第 253 页。

实以及用什么样的方式来处理这些事实。为此目的，法理学家在假定了法律陈述之经验有效性的前提下，审视每一个陈述并试图以下述方式来规定每一陈述之逻辑上的正确意义，即把所有陈述都看成是可以组合在一个系统中的，这个系统在逻辑上是圆融贯通，不存在内在矛盾的。这种系统就是法学意义上的'法律秩序'。"①

其次，法律重要的目的和宗旨，因此也是任何立法者想要达到的结果，是在全社会范围内建立起秩序。无疑，在自身确立"内部秩序"的前提下，法律才能有效地规范整个社会的秩序，有效地确立在法律本身系统之外的"外部秩序"。一个自身充满矛盾的法律不但不能形成一个系统，根本就无法实施和执行。这种秩序包括政治秩序、经济秩序、社会秩序和文化秩序等，这些秩序又根据其所涉及的主体和范围，划分为公法和私法两大领域。

建立法律就是要确立秩序，确立每一位公民都从中受益的秩序。美索不达米亚的统治者们对这其中的道理显然有着深刻的理解，这种理解首先表现出的就是把建立秩序确定为一种立法精神。美索不达米亚人以其悠久的立法传统，向世人昭示了他们对秩序的尊重与渴望，美索不达米亚文明以及美索不达米亚人为人类文明的发明创造所做出的突出贡献，也向世人证明了他们立法传统的有效性和先进性。

在美索不达米亚人看来，他们"在地球上的法律是与宇宙的法则和宇宙间的秩序相和谐一致的"。② 在这样的基本认识和前提下，美索不达米亚人的法律在其内部运行方面呈现出许多自己的特色。对此，美

---

① 马克斯·韦伯：《经济、诸社会领域及权力》，三联书店、牛津大学出版社 1998 年版，第 2 页。

② E. A. Speiser, "*Cuneiform Law and the History of Civilization*", Proceedings of American Philosophical Society, Vol. 107, No. 6, December, 1963, p. 538.

国宾夕法尼亚大学教授、著名亚述学家 E. A. Speiser 进行了如下归纳和论述[①]：

(1)法律所确立的真理永远有效，不因时间的推移或个人的变化而有所改变。因此，法律所包含或反映出的真理既是没有时限的，也是非个人的，不受个人情感影响的。在阿卡德语中表示“法律”的词汇 *kittum u mēšarum*，它们在字面上的意思就是“真理与正义”，而且表示的是一种“永恒的真理”。

(2)在这种情况下，对法律的解释权不能留给双方当事人的任何一方，取而代之的是，必须把法律的解释权委托给专业或职业法官。

(3)为了努力使自己的判决与既定的规范相一致，法官们通常要查考先前的判例。在这种追求下，他们不仅要援引法律汇编或法典，而且还要援引包含有法律短语和句式的综合性法律词典，这类综合性的法律词典早在汉谟拉比之前若干世纪的公元前 2000 年就已经出现了。

(4)职业审判员和判例的有效性，与成文法律文献、其普遍存在性以及恭敬的操控性等最高权威一道，手手相传，代代相传。这就是为什么美索不达米亚人如此强烈地虔信文献，尤其是法律文献的原因，书面文字既是个人社会权利的切实保障，也是人类社会与宇宙之间和谐秩序的切实保障。

(5)把事情付诸文字不仅是对对方或双方的约束，更是对法律制定者等更高权威的约束。这种庄严的法律责任和义务通过圆筒印章的使用，得到了强化。在美索不达米亚，圆筒印章从根本上来说是个人的替代者，甚至是个人本身的一部分。谁若是没有属于自己的圆筒印章，通常便被视为没有自尊。

---

① 参见 E. A. Speiser, “*Cuneiform Law and the History of Civilization*”, pp. 537—538.

2. 社会秩序是人应该享有的基本权利

社会秩序是人们企盼和应该得到的权利，同时他不是自然产生的，必须通过追求，通过人们的共同追求才能获得。正如卢梭所说："社会秩序乃是为其他一切权利提供了基础的一项神圣权利。然而这项权利决不是出于自然，而是建立在约定之上的。"①这个约定也不可能是建立在自发的基础之上的，而只能建立在有组织的基础之上，这个有组织的活动之一就体现在国家颁布的法律上。"我们今天所了解的人以及整个文明史上所知道的人，无论在现在和过去都一直处在各种群体、集团或相互关系当中的，这些群体、集团或相互关系实质上包含着一种它们赖以存在的内部秩序。这种内部秩序是靠某种社会控制来维护的，也就是依靠其他人对每一个人施加压力来迫使其在维护文明社会方面履行义务，同时制止其反社会行为，即与社会秩序的基本原则相背离的行为。"②所以，"在每一个政治上有组织的社会里面，都存在着我们称为法律秩序的东西，即一种高度专门化的社会控制形式。"③

伊新国王李必特·伊什塔尔在其所颁布的《李必特·伊什塔尔法典》的序言中，便开宗明义地指出：

> "当安和恩利尔为了建立境内的法律，为了消除众人的怨言，为了防止敌意与暴力的武装，为了满足苏美尔及阿卡德的生灵，选择李必特·伊什塔尔即贤明的牧人而其名尝为嫩兰尼尔④所称的李必特·伊什塔尔来领导国家的时候。
>
> 我，李必特·伊什塔尔，尼普尔的恭顺牧人，乌尔的忠实的

① 卢梭：《社会契约论》，商务印书馆2009年版，第4—5页。

② 罗·庞德：《通过法律的社会控制 法律的任务》，商务印书馆1984年版，第73—74页。

③ 同上书，第75页。

④ 恩利尔神之绰号。

需要全本请访问 www.ertongbook.com