**复旦法律评论（第三辑）**

中国法律与历史国际研讨会专辑

（除特别注明者外，论文均为本刊首次发表）

**东晋“沙门不敬王者”之争述评**

——从宗教自由的法理学视角

张 铮[[1]](#footnote-1)\*

一、庾冰与何充的辩论

二、桓玄与王谧的辩论

三、慧远的 《答桓太尉书》与《沙门不敬王者论》

结论

公元四至五世纪、中国的东晋时期，围绕着“沙门敬王”、即佛教的出家人是否应当遵守臣民礼拜君王的法律这一问题，出现了持续多年的大辩论。朝野上下、圣俗两界的多位高僧、重臣卷入辩论；各方提出的理据涵盖了关于宗教自由的现代法理学的几乎所有理据。西方学界直到十六、十七世纪，才出现在内容与水平上堪与颉颃的论述。本文在既有研究对这一重大理论事件的历史背景、信仰内容等角度的探究基础上，从宗教自由保护这一法理学视角进行探讨，并与现代西方相关宪法理论和制度对照。

**试论袁崇焕罪案**

张弘毅[[2]](#footnote-2)\*

一、袁崇焕罪案的历史背景

二、罪案肇始事件的法律分析

三、罪案实体问题的法律分析

四、罪案程序问题的法律分析

结语

本文详细讨论了袁崇焕对毛文龙“先斩后奏”行为的法律性质及后果，认为袁崇焕的确违律，只不过未被追究。袁崇焕在律例上的罪名应为谋反，并结合明廷宣布之罪状分析犯罪的建构逻辑，指出崇祯帝的内心确信能够超越客观证据，认定袁崇焕有罪。继而，文章探究崇祯帝的有罪确信如何在实际中形成，并由此总结出罪案的程序性特点。袁崇焕因他对崇祯帝之皇权的严重冒犯引发祸端，继而在皇权主导的司法程序中，被宣判专门用以维护皇权的谋反之罪。无论是实体法律还是司法制度都和皇权配合默契，使得“诏狱”案件的疑犯凶多吉少。

**明末清初的澳门初生宪政**

Jason Buhi（卜杰生）[[3]](#footnote-3)\*\* 文 张升月[[4]](#footnote-4)\*\*\* 译

一、入侵前夜的澳门

二、荷兰入侵与首任总督

三、系列灾难性事件

四、中国宪政秩序中的澳门存续

结语

对明朝来说，葡萄牙人在澳门的存在源于其经济实力。鉴于葡萄牙人在镇压海盗威胁、充当对日贸易中间人、以及定期上交“地租”与丰厚贿赂方面的殷勤服务，中国官府例外地允许这些外夷在其海岸安营扎寨。既然如此，在17世纪30年代末到40年代初，澳门遭受一系列重创之后，强大的明朝的确极有可能废止租约。英国的入侵、对日贸易的衰竭、以及紧随其后马六甲的陷落都使这个曾经繁庶一时的城市陷入混乱。然而，澳门还是在绝境中存活了下来，这很大程度上源自澳门议事会不懈的争取。他们积极筹立财政资金并最终渡过灾难浩劫，同时又使澳门初生的、立法导向的宪政秩序得以存续。本文试图通过历史及档案的研究对明末清初（1618年到1683年）澳门的宪政秩序进行重构，其中尤为关注澳门葡萄牙政府与明、南明及清政府之互动的宪政事件。

**礼者行政法也：十七世纪政治分层与清朝行政秩序的建构**

克 礼[[5]](#footnote-5)\* 文 黄心瑜[[6]](#footnote-6)\*\* 译

一、分层和秩序理念

二、规范

三、政治秩序的推进：相见礼、仪仗和典礼

四、外力和内力

结语

无论是历史上的人物还是现代学者，都认为礼是中国国家和社会的基石。但礼究竟是什么，是如何运作的？本文认为，清代礼帮助组织政治秩序以及理清官僚体制，可以被认为是一种行政法。 本文关注作为政治和行政秩序的清代礼系统的形成，探究相互交往的规则，尤其是军队、宗亲和官僚之间的交往规则，并且揭示名字、品级和官职是如何整合为内聚的系统，继而被编入法典。本文首先考察当时国家建立者的表述以及他们关于秩序和国家治理的观点，然后描述这些如何转化为衣饰礼、相见礼、随从和典礼等实践。本文进一步探讨了政治参与者赞同这种设置的原因，以及他们如何对其进行改造。

**十八世纪末广州地区基层政府长官司法知识的考察**

黄心瑜[[7]](#footnote-7)\*

一、律学知识与司法经验

二、日常知识

三、地方性知识

结语

清代基层政府长官面对的是诉讼繁多、情伪百出的地方社会。本文以嘉庆年间广州府十四县的知县群体为代表，从出身背景、任官经验等方面考察基层政府长官群体所具有的特点，并据此探讨其具备的司法知识。为了能良好地履行其司法职能，基层政府长官所必须具备的知识可分为律学知识与司法经验、日常知识和地方性知识三类。实践是基层政府长官积累以上三类知识的主要途径；就知县的整体司法知识结构而言，经验知识为重，而理论知识偏轻。这样的知识结构和重视案件事实的制度要求相互呼应。

**讼师秘本成为清代诉状蓝本之原因探析**

白 阳[[8]](#footnote-8)\*

一、清代诉状的官方规范及其境遇

二、柳暗花明又一村——讼师秘本对民众诉讼需要的满足

三、“有法不依、执法不严”——百姓侥幸心理的“催化剂”

虽然清代官方对诉状做出了一定的规范，但其在实践中却难以发挥作用。而另一方面，民众有解决“细事”纠纷、保障权益的急迫需要。讼师秘本正迎合了这种需要，使其在官方的严厉打击下仍能拥有广阔的市场，得以继续流传，进而成为清代诉状的蓝本。此外，州县官员较少严格按照律例对捏词耸听、乃至涉嫌诬告的行为进行处罚，这在无形中也助长了人们怀着侥幸心理仿照讼师秘本书写状词，以期案件引起州县官的注意和审理。

**清代对法律专家的管控及皇权的局限性[[9]](#footnote-9)\***

陈 利[[10]](#footnote-10)\*\* 文 朱 晖、白 阳[[11]](#footnote-11)\*\*\* 译

一、清政府对幕友的矛盾心态和政策

二、秋审中幕友的角色

本文分析清代中央政府在利用和有效管控刑名和钱谷幕友时所面临的严峻挑战，并进一步展示了正式官僚体系外的法律知识和法律专家在清代政治和司法体系中所占据的重地位。雍正和乾隆等清代皇帝曾先后尝试了各种措施来笼络和控制幕友，但他们都无法让地方官摆脱对幕友的依赖，也无法像对待讼师那样将所有幕友变成法律打击的对象，由此形成的清代幕友政策和官方对幕友的刻画都体现了朝廷这种自相矛盾而又无可奈何的心态。清代皇帝对很多地方官及其幕友所办理的秋审案件多有抱怨，其中很重要的原因就是为了捍卫皇权不可侵犯的传统以及对幕友掌控地方司法的不满。表面上不受臣民限制的皇权在实际运用过程中却受到了诸多限制，依靠法律知识来安身立命的清代司法幕友就是这样一种既维护又限制了清代统治者权力的力量。

**从“故禁故勘平人”律例的修订看清代刑讯制度的变化**

谭家齐[[12]](#footnote-12)\*\*

一、晚晴刑讯的流弊

二、清初针对佐贰官滥用刑讯等问题的改革措施

三、雍正、乾隆时代问刑的流弊与刑讯规定的更新

四、嘉庆朝对“非刑”管制的加强

五、晚清刑讯的发展

六、总结

本文以《大清律例》之《刑律•断狱上》内载“故禁故勘平人”条为讨论中心，探讨清初以来此律所附条例的内容演变。明代原律规定下的刑讯已有不少流弊，但这些 大都在顺治及康熙两朝得到了针对性的改善。不过，自雍正、乾隆时代开始，由于人犯往往会机巧地利用官员于刑讯中的限制为审案带来不便，而理刑官员又多有钻营律例的缝隙，以未有明文禁用的新款刑具处置人犯。此等超越律例规范的“法外之刑”，令清政府须以更强力的措施规管刑讯，让承审官吏变得动辄得咎。由于官吏担心使用刑讯会带来罪责，大半的刑讯手段，特别是最酷烈的夹棍与拶指等方法，在光绪朝以前基本上已无人敢公开使用，甚至使晚清的刑部官员批评在正式司法程序中搁置了主要的刑讯手段，乃是“矫枉过正”的极端做法，反而妨碍了司法的运作。刑讯原来正逐步离开司法的舞台，实无待外力的影响与大规模的司法改革，彻底废除刑讯本来就只是时间的问题。

**清代与现代审判实务中的父母子女关系**

——以《大清律例》与1930年制定的《民法亲属编》为例[[13]](#footnote-13)\*

陈惠馨[[14]](#footnote-14)\*\*

一、本文目的：清代中国与当代台湾地区法规范与审判之比较

二、《大清律例》建构之父母子女关系与审判实务

三、1930年《民法亲属编》父母子女关系规范设计与现代实践

四、结论

本论文主要分析华人社会法规范制度与审判实务中之父母子女关系。讨论的法规范主要是《大清律例》与1930年代订定、现在在台湾地区继续有效之《民法亲属编》；而在审判案件主要运用清朝《刑案汇览》相关案件以及台湾地区目前地方法院相关案件。《大清律例》通过“恶逆”、“不孝”等概念建构父母子女关系。1930年代，中国学习德国与日本而制定之《民法亲属编》，则主要从父母与未成年子女关系出发规范父母子女关系；已经成年子女与父母的关系则仅在扶养章以及成年人监护制度中加以规范。目前台湾地区各地方审判机构有关父母子女关系常见之案件则主要与子女身分确定有关之案件主。近年来，台湾地区立法机关修改民法亲属编有关成年人监护制度及子女扶养父母相关规定。本文将以《大清律例》与1930年代订定《民法亲属编》为核心，分析其有关父母子女关系法规范设计与法院审判制度并说明传统中国文化与社会变迁之关系。

**民初行政诉讼中的庙产兴学争议初探**

——以平政院裁决书为基础的分析

蔡博方[[15]](#footnote-15)\*\*

一、 建构“庙产兴学”研究对象：公产公用过程中地方官署的公平性

二、当事人身份分析：作为管理者与被管理者的“住持”

三、裁决结果的分析：民国十年的关键分水岭

四、结论与讨论

清末民初之间，“庙产兴学”运动不只引起了本土佛道教的财产争讼，更产生了继受西方法律概念的司法效果。在私法、民事法的领域中，“社团法人”概念的本土化与寺庙财产相关的争议案件有着高度关联，在公法、行政法的领域中，庙产兴学的案件构成了一种历史正义的问题，亦即：平政院如何审理地方行政官署在前清或民国政府时期对于庙产兴学事件的行政处分，并分别做成“维持”、“取消”、“变更”之裁决。本文以平政院时期（1914-1928）与寺庙相关的23个案件为基础，讨论裁决书中的各种法律论理。本文发现，平政院在当时的庙产法规之基础上，提供了进一步的法律解释。平政院对于庙产兴学中的“公产公用”理念进行了法律技术上的建构，即限制“赠与方—受赠方”的身份、权利与属性。赠与行为的发动者必须是具有庙产管理权利者的住持，而非原施主或其他地方团体，赠与行为的接受者则必须具有公益属性，而非私人。另一方面，平政院为了处理清末至民初的过渡状态，进行了两种法律解释策略。最后，本文初步评论了平政院裁决中的创造性与其未受重视的历史错失之处，并且以此为基础来讨论现代中国形成过程的几个公法关键议题。

**法律民族化运动：以民族主义解读民国司法史**

江照信[[16]](#footnote-16)\*\*

一、民国司法史：不只是制度转型与变迁

二、司法界组党与司法界入党：民国两次司法党化

三、民族主义的经济分析：一个可能的总体经济视角

四、司法“不经济”：法官罢工与司法行政罢工

五、司法民族主义：民国司法进程的性质

本文思考的问题在于如何从整体上去理解与评价民国司法的进程与意义。我们在制度转型与变迁之外，需要注意司法的政治参与。民国司法在整体上可以视为一个法律民族化运动，其中民族主义是这个运动的政治意识形态，也是司法进程的基本动力所在。本文以民国两次司法党化与五次司法罢工的史实为例进行分析，旨在梳理民族主义与司法进程之间的这种联系。

**陕甘宁边区司法体系的革命：程序与技术的革新**

丛小平[[17]](#footnote-17)\*\* 文 白 阳、杨冰郁[[18]](#footnote-18)\*\*\* 译

一、建设行之有效的新型司法体系（1937-1943）

二、司法体系革命之混合型新模式的探索（1943-1946）

三、以社会改革为目标，改革司法策略与庭审技术

四、马锡五审判方式：改进司法工作，安抚地方社会

结论

本文讨论1940年代陕甘宁边区司法建设过程中的程序与技术革新问题。在创建边区司法体系时，中共的陕甘宁边区政权需要面对三个性质迥异的司法传统：即中共从江西带来的苏维埃时期的革命理想，从西方移植过来的司法理念和体系、经由在国民政府司法体系工作过的司法专家介绍到了边区，还有源自晚清时期的地方司法实践与民间惯例。文章认为，由于上述不同司法传统与观念之间的相互渗透、相互作用，边区司法工作者最终创造出了一种混合型的司法体系，该体系不同于上述三个法律传统，但却兼容并蓄，有所创造，尤其在司法程序与庭审技术与方法方面有所革新。本文认为，这种程序与技术革新的目的在于动员民众积极参与公共事务，推进婚姻家庭改革，同时有助于稳定乡村社会。总之，陕甘宁边区司法体系通过积极承担社会改革责任，在推动边区政府实现革命理想方面起到了积极作用。

**前工业时代中英社会等级与财产习惯法的形成[[19]](#footnote-19)\***

张泰苏[[20]](#footnote-20)\*\* 文 张升月[[21]](#footnote-21)\*\*\* 译

引论

一、前工业时代中国的等级与法律

二、中国财产体制中的相对平等主义

三、模式与理论

四、实证研究

结语

比较法学家与经济学者们常认为中国传统法律与习惯的使命在于巩固上层统治者的经济与政治统治，因而对贫苦大众可谓异常“专制”。但这一判断往往经不起推敲：恰恰相反，相对于近代初期的英格兰，清代与民国时期财产法体系最为显著的一大特征便在于对社会贫穷阶层的诸多保护，特别表现在其赋予已典卖土地原主的极为强大的赎回权。在两国社会中，土地抵押常常发生在贫困而非富裕农户群体，中国习惯法却允许债务人无限期地保有回赎权，而英国债务人如果无法在一年内赎回便意味着永久地丧失这一权利。

本文认为，清代与民国时期财产体制中的相对平等主义倾向根源于中英乡村共同体划分社会地位与等级的不同方式。极具等级性的“儒家”亲缘网主导着众多中国乡村的社会与经济生活，在这一网络中，个人的地位与等级很大程度上取决于年龄与辈分资历而非个人财产，以至于许多低收入农户能够分享到与他们财富并不匹配的地位与等级。相形之下，在近代初期的英格兰，雄厚的土地财富往往是高等地位的先决条件，这也有效地将低收入者隔绝于乡村社会政治权威之外。因此，中国小农在社会博弈中抢占了更多的话语地位，因而能够争取到更为有利的财产法体制。似非而是地，儒家亲缘等级的盛行反而在事实上推动了宏观层面上政治与经济的平等。

**论早期教会法及其特征**

赵立行[[22]](#footnote-22)\*

一、世俗王权与教会法的成长空间

二、早期教会法的立法方式和特征

三、早期教会法规的宗旨和原则

早期教会法和王权有着非常深切的关系，王权的支持不仅保证了基督教会的生存和发展，也给主教裁判权和教会法的发展提供了空间。但是王权君临教会的结果，造成教会很难形成统一的权威，所以教会立法更多采取“公议”的形式，基督教全体主教会议成为主要的立法机构。同时，当时法律编纂也带有分散和随意性，其法律汇编多由私人编纂，而且带有地方特色。反映在法律的内容上看，此时教会法反映了教会初期的需求和特点，即主要集中在统一教义、基本仪式和对教职人员行为的整肃上。尽管这一时期的教会法带有不成熟的特点，但是其积累的法律素材和立法方向为后期教会法的系统化打下了基础。

1. \* 张铮，上海交通大学法学院博士。 [↑](#footnote-ref-1)
2. \* 张弘毅，复旦大学法学硕士，上海市第一中级人民法院法官助理。 [↑](#footnote-ref-2)
3. \*\* Jason Buhi，香港大学法律系博士研究生；北京大学国际法学院（PKUSTL）讲师。 [↑](#footnote-ref-3)
4. \*\*\* 张升月，复旦大学法学院硕士研究生。 [↑](#footnote-ref-4)
5. \* 克礼（Macabe Keliher），印第安纳州大学法学院博士后（Jerome Hall Postdoctoral Fellow, Indiana University Maurer School of Law）。 [↑](#footnote-ref-5)
6. \*\* 黄心瑜，复旦大学法学院博士研究生。 [↑](#footnote-ref-6)
7. \* 黄心瑜，复旦大学法学院博士研究生。 [↑](#footnote-ref-7)
8. \* 白阳，复旦大学法学院博士研究生。 [↑](#footnote-ref-8)
9. \* 本文的英文原版发表于陈利和曾小萍（Madeleine Zelin）合编，由Brill于2015年初出版的Chinese Law: Knowledge, Practice and Transformation, 1530s-1950s），第255-286页。 [↑](#footnote-ref-9)
10. \*\* 陈利，美国伊利诺伊大学法学院法律博士（J.D.），哥伦比亚大学历史系博士学位（Ph.D.），现为加拿大多伦多大学历史与文化系副教授、中国法律与历史国际学会会长。 [↑](#footnote-ref-10)
11. \*\*\* 朱晖，哥伦比亚大学历史学学士（2015），巴黎政治学院经济学学士（2016）；白阳，复旦大学法学院博士研究生。 [↑](#footnote-ref-11)
12. \*\* 谭家齐，英国牛津大学东方学博士，香港浸会大学历史系助理教授。 [↑](#footnote-ref-12)
13. \* 本刊对文中部分概念的表达做了文字性编辑。 [↑](#footnote-ref-13)
14. \*\* 陈惠馨，台湾政治大学法学院教授。 [↑](#footnote-ref-14)
15. \*\* 蔡博方，台湾大学社会学博士，台北医学大学医学人文研究所助理教授。 [↑](#footnote-ref-15)
16. \*\* 江照信，山东大学法学院副教授。 [↑](#footnote-ref-16)
17. \*\* 丛小平，美国休斯敦大学历史系副教授。 [↑](#footnote-ref-17)
18. \*\*\* 白阳，复旦大学法学院法律史专业博士研究生；杨冰郁，西北工业大学人文经法学院副教授。 [↑](#footnote-ref-18)
19. \* 本文译自Taisu Zhang, *Social Hierarchies and the Formation of Customary Property Law in Pre-Industrial China and England*，62 Am J. Comp L. 171 (2014)。 [↑](#footnote-ref-19)
20. \*\* 杜克大学法学院副教授。 [↑](#footnote-ref-20)
21. \*\*\* 张升月，复旦大学法学院硕士研究生。 [↑](#footnote-ref-21)
22. \* 赵立行，复旦大学法学院教授。 [↑](#footnote-ref-22)