

何勤华 主编

法律文明史

— 第13卷 —

现代公法的变革



上卷

张进德 方 堃 王思杰 练育强 等著



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

何勤华 主编

法律文明史

— 第 13 卷 —

现代公法的变革

上卷

 商务印书馆
The Commercial Press

2017 年 · 北京



何勤华

1955年3月生，上海市人。北京大学法学博士。著有《西方法学史纲》《20世纪日本法学》《中国法学史》《法律文化史谭》等多部作品，在法学类核心刊物上发表论文180余篇。留学日本东京大学法学部，1992年起享受国务院政府特殊津贴，1999年获“第二届中国十大杰出中青年法学家”称号。2009年获“国家级教学名师”。曾任华东政法大学校长、教授、博士生导师。兼任全国外国法制史研究会会长。



张进德

1980年生，山东邹平人，法学博士。著有《司法文明与程序正义》《通往文明的对抗——司法的理念与技艺》《诉讼法通义》等。在《法学》《诉讼法论丛》等发表论文30余篇，在《法制日报》《法学家茶座》等发表短论70余篇。曾主持研究国家社科基金项目、国家社科基金重大项目子课题等多项课题。现为上海政法学院副教授、硕士生导师、诉讼法教研室主任。主要研究领域：诉讼法学。



王思杰

1987年生，江苏连云港人，法学博士。著有《希伯来圣经中的审判研究》。在《理论月刊》等学术刊物上发表论文10余篇，参与国家社科基金重大项目“法律文明史”（项目编号：11&ZD081）。现为厦门大学嘉庚学院法学院讲师。主要研究领域：法律史学。



方堃

1984年生，安徽淮南人，法学博士。参与研究国家社科基金项目，发表学术论文10余篇。现为安徽省委党校讲师，兼任安徽省直工委讲师团宣讲员，安徽省部分地市政府法律顾问、人大立法咨询专家委员、行政复议委员会委员等社会职务。主要研究领域：法律史学、行政法学。



练育强

1973年生，江苏东台人，法学博士，加州大学圣地亚哥分校（UCSD）访问学者，中国政法大学博士后研究人员。著有《城市·规划·法制——以近代上海为个案的研究》。曾主持研究国家社科基金项目、国家社科基金重大项目子课题等多项课题。在《中国法学》《政法论坛》《学术月刊》等发表论文数十篇。现为华东政法大学教授、硕士生导师。主要研究领域：宪法与行政法学。

国家社科基金 2011 年度重大项目

国家重点学科华东政法大学法律史学建设项目

总 序

新中国法和法学经过 60 多年的发展，已日趋成熟。表现在对法和法学的历史研究方面，也已经有了不少成果，出版了若干中国法制史、外国法制史、中国法律思想史、西方法律思想史以及各国法律发达史、比较法方面的著作，从各个角度、各个侧面对人类的法律文明成果进行了梳理和研究。《法律文明史》多卷本在吸收上述成果的基础上，进一步将其予以整合，发扬光大，完成一部系统阐述整个人类法律文明的起源、发展和演变的作品，为继承与传播人类文明做出我们应有的贡献。

一

文明一词，虽然在学术界尚有不同的理解，但大部分学者认为，文明是社会发展到一定阶段的产物，是较高文化的结晶，具体表现为物质生活水平（方式）、精神文化产品、典章制度规则，以及社会组织机构等，因而有了我们平时所说的物质文明、精神文明、制度文明和政治文明等诸种形态。

法律作为调整社会上人与人之间的经济关系、保障公民各项权利、规范政府权力的运作，以及维护社会正常秩序的规范体系，也是人类社会发展到一定阶段之后才产生的，是人类文明的重要组成部分，属于制度文明和政治文明范畴，同时又对制度文明和政治文明的发展与完善起着推动作用。由于法律文明包括了法律的物质文明、制度文明和思想（精神）文明，因此，法律文明的内涵非常丰富，而在历史上又经历了曲折的发展，留下了众多的法律文化遗产。而这些法律遗产，对我们今天法律文明的进步，意义重大。所以，要推进新时期法律文明的进步，必须先要了解法律文明的历史。

第一，法律文明史的研究，可以为我国的法学研究梳理出一条人类法律文明发展进化的历史线索，提升我国法学研究的完整性和系统性，为新时期我国学术

研究的进步与发展做出贡献。如上所述，我们已经在法律史研究的具体领域，都有了多卷本专著的出版。但法律文明通史的研究，则还刚刚开始，需要我们做出努力来予以推进。

第二，法律文明史的研究，可以帮助我们吸收和借鉴古今中外法律文明发展的成果，为我国新时期的法治建设实践和法学研究进步所用。在法律文明的诞生与进化过程中，人类创造了辉煌的成就，如古代近东（两河流域）地区的成文法典，埃及的司法审判制度，希伯来的契约精神，希腊的宪政文化，罗马的私法文化，中世纪欧洲基督教会法中关于法律面前人人平等的精神以及近代部门法的萌芽，中华法系的制度遗产，伊斯兰法中的务实精神，以及近代资产阶级法律体系崛起过程中得以广泛传播和确立的法治传统和法治理念，第二次世界大战以后现代法的各项变革，如公民权利的尊重、政府权力的限制、国家公益事业的法律推动，以及人性化法律政策的出台，等等。所有这些人类法律文明发展过程中凝聚着的法律精华，都是我们现在建设社会主义法治国家所应当挖掘、吸收、利用的宝贵遗产。

第三，法律文明史的研究，还可以帮助我们整体上、从全局上来理解和把握法这一社会文明现象的产生、发展和演变。本书的研究，涉及的是关于法的文明的整体而不是法文明的某一部分。我们平时所说的中、外法律制度史，研究的是制度；中、外法律思想史，研究的是思想；中、外法学史，研究的是学说。前者属于物质文明和制度文明，而后两者属于思想文明、精神文明。在目前我国学术界，这几个部分的研究基本上是分开的，我们的教学和科研也相应分开进行，这样分门别类地进行研究，可以加深我们的研究层面，更好地理解 and 把握我们所要研究的对象的内涵与本质。本书试图顺应近年来人类文明史整体研究的趋势，将上述几个方面的研究整合在一起，从而获得与以往的研究所不同的视野、方法和成果。

第四，法律文明史的研究，还可以推动我国与其他国家间的法律文化交流。每一个国家，都有与其本国的政治、经济和文化发展水平相适应的法律文明形态，各个国家和地区间的法律文明形态既有相异相斥之处，也有相同相融之处。了解各个法律文明形态的诞生、发展和演变的历史，就能帮助我们加深彼此的了解和理解，在推动我们吸收、借鉴和引进国外先进的法律文明的同时，也可以将中国历史上和现代的法律文明介绍给世界其他国家与地区，通过法律文明的国际化和

本土化，以期营造一个和谐的世界法律文明秩序。

二

本书由 16 卷专著组成。第 1 卷《法律文明的起源》尝试用法学原理来解析历史学、考古学、人类学的最新研究成果，阐述在人类进入文明社会之前，调整、约束人们行为的那些规范的面貌，以及这些规范最后是如何转化成为各个部门法律的过程；最后一卷即第 16 卷《法的国际化和本土化》，主要描绘人类法律文明未来的发展方向。通过解析当前法的国际化和本土化双重现象，以揭示世界各国法律文明发展过程中的趋同化浪潮，以及在这种浪潮之中各个国家、各个民族又都保持了法的民族（本土）特色这两个法律发展规律的交叉作用现象。

而本书中间的第 2 卷至第 15 卷，共 14 卷，则尽可能系统翔实地演绎人类法律文明的漫长历程，依次分为四个进步的阶梯：古代（近东、远东和西方）法的足迹、中世（宗教、世俗和中华）法的遗产、近代（英美、大陆、苏联、中国、亚非拉）法的成长和现代（公、私和社会）法的变革，以及在这四个阶梯中法律文明具体形态的演变。具体分述如下：

第 2 卷《古代近东法》讲述法律文明源起之后，法律规范在古代近东地区，如埃及、巴比伦、亚述、赫梯、希伯来等国家与地区的发展演变。

第 3 卷《古代远东法》讲述远东地区，主要是中国，也包括日本、朝鲜、越南和印度等国家的法律的起源、发展和演变，以及远东上古时期法律文明对中华法系诞生、发展以及基本特征形成的影响。

第 4 卷《古代西方法》主要涉及古代西方，如希腊和罗马等法律的起源、发展和演变，重点论述希腊的宪政文明和私法文化，罗马详密的私法规范和在公法上的制度设计。

第 5 卷《宗教法》讲述中世纪宗教法的起源、内容与特点，三大宗教法（基督教、伊斯兰教和佛教）的彼此消长及相互影响，宗教法与社会的内在关系，宗教法在现当代的变异与影响，以及三大宗教法的主要内容、基本特点、对社会民众法律生活的影响等。

第6卷《中世欧洲世俗法》讲述中世纪欧洲世俗法的起源、内容与特点，欧洲几大世俗法渊源，如日耳曼法、王室法、封建地方法、商法和城市法等彼此消长及相互影响，世俗法与宗教法的关系，以及欧洲世俗法对中世纪欧洲社会发展的推动作用。

第7卷《中华法系》主要涉及中华法系的起源、内涵与特点，中华法系的基本内容，中华法系成员国日本、朝鲜和越南等国家法律的发展，中华法系对中国封建社会发展的影响，中华法系的历史地位等。

第8卷《英美法系》讲述英美法系的概念；英美法系的历史基础和理论渊源；英美法系的形成和发展；英美法系的特征；英美法系的主要成员和分支，如英国法、美国法、加拿大法和澳大利亚法的主要内容和基本特征，以及英美法系对世界法和法学发展的贡献。

第9卷《大陆法系》主要讲述大陆法系的概念；大陆法系的历史基础和理论渊源；大陆法系的形成和发展；大陆法系的基本特征；21世纪大陆法系国家法律的进步和变化，大陆法系的主要成员和分支，如法国法、德国法、日本法、意大利法和西班牙法等（重点是法国法）的主要内容和基本特征，以及大陆法系在世界法和法学发展史上的影响。

第10卷《苏联法》讲述苏联建立前的法制、苏联建立后的法制、苏联解体后的法制的主要内容、基本特征和发展演变，以及其经验和教训，阐述社会主义法律体系的形成、发展、演变的历史过程以及其客观规律。

第11卷《中国近代法》讲述中国法的近代化过程，包括西法东渐，西方法学观在中国的传播，西方的宪政、民商事法律、刑事法律、诉讼法律，西方的法律教育模式，西方的法学作品等的传入与本土化，中国法律近代化的成就与问题等。本卷还包括了对中国近代台湾、香港和澳门地区法律、租借地法律，以及红色革命根据地法律发展的论述。

第12卷《亚非拉地区法》讲述亚洲（如菲律宾、印度、韩国、越南、新加坡、马来西亚、泰国、印度尼西亚等国家）、非洲（如埃及、利比亚、阿尔及利亚、苏丹、肯尼亚、尼日利亚、南非等国家）和拉丁美洲（如巴西、墨西哥、阿根廷、智利、秘鲁等国家）的法的近代化过程，包括西方法的入侵，西方法学观的传播，

西方的宪政、民商事法律、刑事法律、诉讼法律，西方的法律教育模式，西方的法学作品等的传入与本土化，拉丁美洲法近代化的成就与问题等。

第13卷《现代公法的变革》讲述第二次世界大战以后世界各主要国家（以英、美、法、德、日、俄、中七个国家为主）的公法（宪法、行政法、刑法、刑事诉讼法）的变迁，阐述这种变迁的社会历史背景、原因和影响，总结这种变迁所体现的公法的发展演变规律。

第14卷《现代私法的变革》讲述现代时期世界各主要国家的私法（民法、商法、民事诉讼法）的变迁，阐述这种变迁的社会历史背景、原因和影响，总结变迁所体现出的私法的发展演变规律。

第15卷《社会法》讲述现代时期世界各主要国家的社会法（经济法、劳动法、社会保障法）的诞生和变迁，阐述这种变迁的社会历史背景、原因和影响，总结这种变迁所体现的社会法的发展演变规律。

三

本书涉及的许多研究话题，如世界法律文明史概念的提出和内涵的阐述，以及各国别法律文明史的分析梳理等，基本上是最近十几年才开始受到学术界重视的。因此，对其感兴趣并展开研究的学者，相当部分都是年轻教师及博士、博士后，本书就是将全国从事这些各个相关领域研究的年轻学者联合起来，组织在一起，将他们各自从事的研究以及成果整合起来，形成一项比较完整、系统的法律文明史的集大成式的补白性成果。所以，本书各卷的负责人和撰稿人，大多是副教授以下的学有专长、对相关问题有前期研究成果的年轻人。

特别需要指出的是，本书作为2011年度国家社科基金重大项目的最终研究成果，研究的对象非常宏大，涉及的学科面也比较广，要完成它，并且完成得好，必须要有一支年富力强、朝气蓬勃的学术团队，而且这个团队是齐心协力的、和谐的、稳定的、有时间保证的，而不是临时“拉郎配”的。

本书的写作集中了全国20多所高校、研究机构的100余位中青年学者，从2008年开始组建，至今连续工作已经有八年，大家在一起召开总课题和子课题各

类会议不下百余次，各位学者互相尊重，彼此协调，配合得非常默契。虽然，在这五年多的时间内，大家从事的是一种非常艰巨的高强度思维劳动，但却也是一种提升所有参加本书撰稿的作者科研创造力的非常有效的、难得的学术训练。由于大家的齐心协力，我们不仅顺利地完成了整部书稿的撰写任务，而且在此过程中，培养出了一批优秀的青年法学人才。

四

那么，本书的学术价值体现在哪里？对我国乃至世界法学研究的贡献有哪些呢？笔者以为，大体有以下几个方面。

首先，我们构建了一个全新的总体研究框架，将极其丰富、精彩纷呈的人类几千年法律文明的起源、发展和演变的内容融入其中，以帮助学术界对这一文明史领域的了解和理解。

其次，本书中，有些问题，学术界还没有触及，我们这里提出来了，也进行了史实论证。比如，关于法律文明的起源，我们现在是将其界定在人类社会进入比较经常性的群居生活，形成公共社会，产生了调整人们行为的规范（风俗习惯。古代社会重视宗教，故也包括宗教的禁忌等），但这些规范还没有凝练提升为法律的层次，我们就将处在这一阶段的社会规范，视为“法律文明的起源”。确定这一阶段法律文明最早的起源，还是有相当难度的。我们现定位在南方古猿（*Australopithecus*）之后的非洲能人（*Homo habilis*）“奥杜韦遗址”（Oldowan），它距今已经有 100 多万年的历史了，被考古学家初步认定为游群社会，已经出现了“权力”“国体”“政体”“公共社会机构”等意识之萌芽。而进入古代近东苏美尔社会，乌尔纳姆法典（公元前 22 世纪）等各成文法典的制定颁布之后，我们就将其视为法律文明已经产生。接下来就是发展、演变和完善，就不属于“法律文明的起源”之研究范围。

又如，关于宗教法，我们这里重点阐述了基督教会法、伊斯兰法和佛教法。对于前两者，学术界都是认可的，也出版了若干专著（如彭小瑜的教会法研究，吴云贵、高鸿钧、马明贤、哈宝玉等的伊斯兰法研究等）。但对佛教法，法学界

还有分歧，许多学者不认可佛教还有法律，佛教戒律也是法律。因此，在此领域，相应的研究还不多。而我们认为，作为一种影响广泛、涉及人群众多的组织，佛教也有自己的法律规范，约束着教徒和相关成员，虽然其表现形态与基督教和伊斯兰教有很大的不同。为此，我们将三大宗教法整合在一起，并对佛教法的内涵、产生、发展与制度、特点等做了初步的阐述。

再次，本书中，还有一些问题，学术界虽然有所触及，但都是没有定论，也没有比较成熟的观点，我们也提出了，并且进行了论证、肯定。如古代印度在地理和法系上是否算远东？古代越南和朝鲜国名如何称呼？香港、澳门、台湾区际法能否纳入近代中国法律体系？在第二次世界大战以后世界各国法律发展纷繁复杂的情况下，仅用3卷篇幅，即“公法”“私法”和“社会法”来概括是否合适？以及将刑事诉讼法归入公法、民事诉讼法归入私法这一大陆法系的传统分类是否适合于当下中国？用“法的国际化”和“法的本土化”两大趋势来概括未来人类法律文明进步与进化的规律是否恰当？等等。我们的态度是，抛砖引玉，以求共识。

最后，本书还从新的角度，对一些法律史上的问题进行了探索。比如，本书将古代希腊法和罗马法整合在一起，作为一个整体的“古代西方法”，对其进行了描述和评述；又如，本书通过将人类法律文明的进步划分成为“古代法的足迹”“中世法的遗产”“近代法的成长”和“现代法的变革”四个阶梯，将其糅为一个有着内在发展逻辑的整体，对其进行了全方位的梳理，并通过设计“古代近东法”“宗教法”“中华法系”“英美法系”“大陆法系”等卷，将其精华和亮点予以突出、彰显；再如，本书以“法的国际化和法的本土化”两条发展线索，来概括总结人类法律文明进化和进步的未来趋势，给学术界提供了比较大的思考路径和分析空间。

五

本书的写作，已历时八年，经历了诸多坎坷。但因法学界和历史学界众多朋友、同仁的支持和帮助，最终得以完成。2008年，本书先是作为一个重点项目，得到了国家重点学科华东政法大学法律史学科的经费支持。2009年，本书得到商务印书馆领导王涛、于殿利等先生的支持与襄赞，通过了选题论证，在商务印书

馆的出版计划中获得立项。2010年,本选题又被纳入原国家新闻出版总署选定的国家“十二五”重点图书出版规划。2011年,在国家社科规划办领导以及法学界同行专家的全力支持下,本书最终获得了国家社科基金2011年度重大项目的立项(项目批准号11&ZD081)。

本书的构思、立项、写作,八年上了四个台阶,实属不易,完全是由于相关专家的全力支持推动才得以实现。虽然,列举式地提及一些同仁和朋友的做法,可能会犯挂一漏万的错误,但我在此还是要提及如下一些专家的名字,他们在本书的课题立项、书稿写作以及结项评审等各个方面,给予了真诚的帮助,他们是:王家福、张文显、关保英、吴汉东、应松年、徐显明、黄进、王利明、郑成良、李林、刘作翔、孙宪忠、陈景良、霍存福、汪世荣、徐祥民、武树臣、杨一凡、赵秉志、陈兴良、徐爱国、梁根林、许明月、姚建宗等。此外,历史学界的侯建新、赵文洪、陈文海、赵立行、骈宇騫等专家,也为本书的编写出版提供了无私的帮助。在本书出版之际,对上述专家仅表示我们一片真挚的谢意(此外,各卷后记中我们也会对相关热情帮助人士给予感谢)!

本书的写作和出版,获得了国家社科基金的资助,得到了国家重点学科华东政法大学法律史学科建设经费的资助,得到了华政配套科研经费的资助,也获得了上海市人文社科建设基地华东政法大学外国法与比较法研究院建设经费的资助,得到了国家新闻出版总署以及商务印书馆的出版规划项目支持,也得到了商务印书馆总经理于殿利、副总编辑陈小文、学术中心主任郑殿华的帮助和支持。而政治与法律编辑室前主任王兰萍编审、现主任王曦,则从本书提出编纂思路之时就开始全程参与,出谋划策,对如何把住书稿的质量等予以指导和帮助,责任编辑马冬梅、洪霞、吴婧、金莹莹、朱静芬对本书所有书稿的编辑、修改、定稿等一系列的事务付出了极大的心血。可以这么说,本书如果没有王兰萍以及这样的编辑团队的全力支持,本书就不会以现在这一面貌问世。对此,也表示我们一片诚挚的谢意。

本书作为华东政法大学历史上获批立项的第一个国家社科基金重大项目,在项目书的起草、论证、修改,以及最后申请等过程中,得到了时任科研处处长的罗培新教授以及科研处所有成员的热忱帮助和支持。在项目的申请和论证过程中,上海市社科规划办原主任荣跃明教授也给予了精心指导和多方面的无私帮助。本

书作为华东政法大学法律史学科的重点项目，该学科的大部分老师都参与了本书的写作和编纂工作，许多老师放下了自己手头的工作，专心致志地投入到本书的撰稿之中，从而保证了本书按时保质地顺利完成。对此，一并表示我们真挚的谢意。本书的写作团队达到了百余人，许多撰稿人都是中期甚至后期参与进来的，他们不计较在书中的署名排序，也从不提及经费报销和稿费之类的事项，完全是友情参与，令笔者深受感动、倍感温暖。对此，我们会在每一卷的后记中特别提及，这里就不一一致谢了。

本书规模宏伟、工程浩大，参与撰稿的作者人数众多，各位作者的外语水平、专业素养、写作风格、语言特征等都不同，因此，存有错误、缺点以及疏漏，亦在所难免。尤其是，本书的作者队伍中，虽然集聚了英、法、德、意、日、韩、俄、越、西班牙、葡萄牙，以及希腊语、拉丁语等各语种的人才，但由于他们都很年轻，且许多人学习这些外语的时间还不太长，因此，在阅读、翻译和引用原始文献等方面，可能会存在这样或那样的问题。此点，恳望广大读者能够予以谅解，并予以批评指正。

本书的写作，我们遵循的宗旨就是百花齐放、百家争鸣，每一位撰稿人可以拥有自己独立的学术观点，主编都不予干涉。同样的道理，每一位撰稿人在其承担的部分中所论述的内容和观点，也只代表其本人，我们都以文责自负的原则对待之。当然，对学术讨论和学术观点之外的问题，笔者作为主编将承担全部的责任。

长期的构思写作终于化成作品出版，多年的编纂愿望得以如愿以偿，对一名学者而言，世上还有比这更加幸福的事吗？我庆幸自己生活在中华民族重新崛起的盛世，众多学界前辈、法学精英一直想做但因国家的长期动荡而未竟之事，在我们这一代人手中终于完成了。我们应该感谢我们这个时代！我想，这种感恩的心态，将永远激励我们在学术的道路上奋进。

何勤华

于华东政法大学

法律文明史研究院

2016年元旦

总 目

001	导 论	何勤华
022	第一章 现代宪法的变革	
022	第一节 绪论	练育强
051	第二节 基本权利	姚岳绒
115	第三节 国家形式	刁振娇 陈 阳
183	第四节 选举制度	李忠夏
230	第五节 司法审查	张卓明
342	第二章 现代行政法的变革	
342	第一节 “二战”后传统行政法向现代行政法的转变	陈越峰
379	第二节 行政组织法的变革	方 堃
412	第三节 行政行为法的重构	方 堃 渠 滢
446	第四节 行政程序法的发展	江利红
460	第五节 行政救济法的完善	方 堃
501	第六节 中国行政法的形成与发展	方 堃
565	第三章 现代刑法的变革	
565	第一节 绪论	卢 玮 王思杰
578	第二节 “二战”后刑法理论的发展	王思杰 郑旭江 卢 玮
615	第三节 “二战”后刑法进步的表现 I 犯罪篇	王思杰

686	第四节 “二战”后刑法进步的表现Ⅱ刑罚篇	王思杰
751	第五节 “二战”后刑法发展的特征	王思杰
792	第六节 新中国刑法的发展与展望	张勇虹 王思杰
821	第四章 现代刑事诉讼法的变革	
821	第一节 绪论	张进德
834	第二节 西方主要国家的刑事诉讼改革	魏化鹏
866	第三节 西方刑事诉讼法发展中的重要问题： 兼与中国的比较	张进德
947	第四节 新中国刑事诉讼法的变革	张进德
996	附 录	
	一、“二战”后西方国家及联合国等国际组织	
	关于宪法、行政法的重要立法年表	张卓明 练育强
	二、“二战”后西方国家及联合国等国际组织	
	关于刑法、刑事诉讼法的重要立法年表	王思杰 张进德
1010	索 引	张进德
1018	后 记	
1020	《现代公法的变革》作者简介	

目 录

001	导 论
001	一、现代
002	二、公法
004	三、变革
005	四、公法变革之共性
005	（一）基本人权的保障
006	（二）对公权力的监督和约束
007	（三）实体法的日益完善、程序法的更加公平
007	（四）立法思路的拓展，法律措施的多元
012	（五）各国交流与合作加强，公法的国际化趋势凸显
019	五、本书的体系
020	六、结语
022	第一章 现代宪法的变革
022	第一节 绪论
022	一、文献综述
023	（一）有关“二战”后战败国宪法的确立及发展方面的文献
025	（二）有关宪法权利发展方面的文献
027	（三）有关违宪审查制度研究方面的文献
029	二、宪法学家与作品
029	（一）美国
035	（二）英国
037	（三）德国