

法律文明史研究

—— 第一辑 ——
创刊号

何勤华 / 主编



科学出版社

法律文明史研究

第一辑

创刊号

何勤华 / 主编

科学出版社

北京

内 容 简 介

本书收入法律文明史研究的专题论文 6 篇,包括:文明,法律文明,法律文明史;乱伦禁忌考;母权神话的开始——巴霍芬和麦克伦南母权理论比较研究;司法体制与近代早期英格兰巫术迫害的轻缓性;皋陶:中国历史上第一位大法官——一个关于皋陶的文献史梳理;《近江令》考——以奈良中期藤原氏家族政治为中心。这些论文从不同角度对法律文明史研究的相关问题进行了理论探索和案例分析,资料生动,论理有据,对学习法律、法律史的高校学生以及对法律史感兴趣的读者具有参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

法律文明史研究. 第一辑, 创刊号/何勤华主编. —北京: 科学出版社, 2018.5

ISBN 978-7-03-056565-5

I. ①法... II. ①何... III. ①法制史 - 世界 IV. ①D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 026710 号

责任编辑: 王 媛 李春伶 / 责任校对: 张怡君

责任印制: 张 伟 / 封面设计: 黄华斌

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码: 100717

<http://www.sciencep.com>

北京虎彩文化传播有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2018 年 5 月第 一 版 开本: 889×1194 1/16

2018 年 5 月第一次印刷 印张: 12

字数: 280 000

定价: 68.00 元

(如有印装质量问题, 我社负责调换)

《法律文明史研究》

顾问委员会 陈景良 陈 玺 高鸿钧 高 祥 侯建新 侯欣一
黄美玲 黄 洋 霍存福 蒋传光 李启成 龙大轩
彭小瑜 王云霞 王志强 汪世荣 杨一凡 尤陈俊
徐爱国 徐国栋 徐忠明 许章润 张 生 张中秋

编辑委员会

主 编 何勤华

委 员 陈灵海 陈 颐 高 珣 龚汝富 洪佳期 冷 霞
李秀清 苏彦新 王立民 王 捷 王 沛 魏 敏
徐震宇 姚 远 于 明 于 霄

发 刊 词

《法律文明史研究》经过三年时间的筹备，终于发刊了。

2011年10月，笔者申请的“法律文明史”课题，在学术同仁的全力帮助下，获得了国家社科基金重大项目的立项。在这个项目进行的过程中，在学校科研处等各个职能部门的支持下，我们成立了华东政法大学法律文明史研究院，希望在项目进行的同时，对法律文明史领域做一点并行的资料文献梳理和研究工作。这样，我们除了推出丛书和一批专著之外，就有了以不定期刊物来出版一本《法律文明史研究》院刊的设想。而今天，这一设想终于实现了。

关于文明的研究，在中国已经热了20多年。虽然学术界对文明有着无数的定义和解读，但基本点大体是一致的，即：所谓文明，就是指人类进化（发展）到一定阶段而形成的生存方式（样态）以及其所创造的成果。而法律文明的研究，在中国才刚刚开始。当然，由于我们所理解的法律文明是一个比较宽泛的概念，即法律文明就是人类文明中与法律相关的各项元素的总和，包括法律意识和法律思想，法典、判例以及法律规范，法律制度，法律实施、法律行为以及相应设施，法律教育，法律学术，法律遗存等。所以，法律文明需要更多的学术同仁和青年才俊参与该领域的研究。本刊的创办宗旨，也在于为有志于此者提供一个平台和窗口。

考虑到法律文明史研究在世界范围内都还处在一个方兴未艾的境界，尤其是在国内，年长者与年轻人基本上都处在同一条起跑线上，所以本刊主要面向年轻的读者和作者。在作者方面，本刊除诚邀在法律文明史研究领域已经颇有建树的专家赐稿外，主要发表硕士学位论文（全文收录）以及博士学位论文（章节摘要）。我们的想法（理想）是把本刊办成一份法史学界的“萌芽”杂志。我们的用稿范围不局限于华东政法大学，而是将视野放宽至海内外，挑选与法律文明史研究相关的优秀的硕士论文和博士论文。我们也希望各位导师推荐自己弟子的作品到本刊，当然更希望广大博士和硕士自己投稿，支持本刊的工作，一起来办好这份刊物。

法律文明史是一个宏大的研究领域，上下五千年，左右数十国，不仅涉及观念与制度，也包括学术与人物，还要面对众多的作品。因此，她是一片需要众多学人开垦的处女地，有志于此的法科学子会感觉其中需要探讨的问题众多，需要梳理的文献不少，还有许多传统的观点、定论，也需要我们去解读、去辨析。针对这一现状，本刊主要分三大领域，一是主题论文，主要对与法律文明史相关的观念、制度、文献等进行考证；二是评论（争鸣）栏目，主要对学术界既有的研究成果、结论、观点等进行检视和探讨；三是对法律文明史中的人物与思想（作品）进行考证和评述。当然，这是我们的主观愿望，能否达到这一目的，还需要学术界的支持和帮助。

法律是文明社会的重要标志和伟大成果之一。通过法律（良法）的治理，自然界和人性中美好的一面得到发扬光大，社会得以不断进步，人类日益远离愚昧，远离野蛮，远离专制与独裁，远离偏执和狭

隘，远离杀戮和恐怖，这就是进行法律文明研究和建设的终极目的。本刊如果能在这一进程中发挥一点启蒙作用，那就是对我们最大的安慰了。

何勤华

于华东政法大学

法律文明史研究院

2018年3月16日

目 录

专·论

1	文明，法律文明，法律文明史	何勤华
16	乱伦禁忌考	王伟臣
44	母权神话的开始——巴霍芬和麦克伦南母权理论比较研究	王帅
86	司法体制与近代早期英格兰巫术迫害的轻缓性	高童非

人·物

128	皋陶：中国历史上第一位大法官——一个关于皋陶的文献史梳理	何勤华 李琴 卢玮
-----	------------------------------	-----------

争·鸣

144	《近江令》考——以奈良中期藤原氏家族政治为中心	袁也
-----	-------------------------	----

《法律文明史研究》稿约启事	176
---------------	-----

ABSTRACTS	180
-----------	-----

文明，法律文明，法律文明史^[1]

何勤华^[2]

【摘要】所谓文明，就是指人类进化（发展）到一定阶段而形成的生存方式（样态）以及其所创造的成果。法律文明就是人类文明中与法律相关的各项元素的总和，包括法律意识和法律思想，法典、判例以及法律规范，法律制度，法律实施、法律行为以及其相应设施，法律教育，法律学术，法律遗存等。与人类文明经历了游团（Bands）、部落、酋邦（Chieftdom）、国家四个阶段相一致，法律文明也经历了上述四个起源阶段，而当国家与法律定型后，法律文明又经历了古代法、中世纪法、近代法和现代法四个时期的发展。

【关键词】文明 法律文明 法律文明的起源

（civilization）一词，起源于18世纪的法国。

在此过程中，文明的内涵也在不断发展，日益丰富。孟德斯鸠（Montesquieu，1689—1755年）、大卫·休谟（David Hume，1711—1776年）等人认为，文明与政治自由相关。而亚当·弗格森（Adam Ferguson，1723—1816年）在《文明社会史论》（1767年）一书中，不仅正式使用了civilization一词，而且对其内涵进行了解读，强调了蒙昧—野蛮—文明这一传统的阶段划分。经一个世纪后进化论人类学家托马斯·亨特·摩根（Thomas Hunt Morgan，1818—1881年）的实践，文明的概念得到了重新诠释。“文明社会”的标志，就是以地域和财产为基础的政治组织，即主权国家。“文明”绵延之原因，在于人类智识的不断进化。

文明的概念以及学说传入近代亚洲以后，最先对此做出反应的是日本启蒙思想家福泽谕吉（1835—1901年）。他经过思考和出洋考察，写了一本影响很大的书《文明论概略》，该书对文明一词做了比较深入的研究。他指出：文明有狭义和广义两种解释，狭义的解释就是指“单纯地以人力增加人类的物质需要或增多衣食住的外

现代西语中的“文明”（civilization）一词，源于18世纪法语civiliser（动词）及其相对应的分词，而civiliser最早可追溯到拉丁语civitas一词（表示城市和城邦^[3]），civitas一词于公元1世纪中叶形成。^[4]到了中世纪，civitas除保留其原有的政治意义（公民之权利^[5]）以外，也增加了“人性”（humanitas）或“都市性”（urbanitas）的意义，即一种基于城邦居民习俗的“人性”。

以civitas为词根的英语civility，在其后数世纪的发展中，逐渐获得了如下含义：因优质教育而养成的、社会某一特定阶层所具有的良好行为方式，它与野蛮（barbarity）相对立。之后，英语中又出现了civilization一词。在法语中，由拉丁语civitas一词发展而来的civilité，被认为不适合于表达形成于18世纪的关于“文明”的含义。为了表达新的“文明”的含义，需创造新词，这就是civilisation，它来源于法语civiliser（动词）及其相对应的分词。由于这一历史事实，西方学术界认为现代文明

表装饰”，而广义的解释，文明“不仅在于追求衣食住的享受，而且要砺智修德，把人类提高到高尚的境界”。^[6]福泽认为，文明范围虽然很大，但不外乎物质和精神两个方面，文明是“人的安乐和精神的进步”，且文明不是一个静态的，而是一个动态的概念，“文明的发展，是有阶段的”^[7]，它是指“正在不断前进的过程”，“归根结蒂，文明可以说是人类智德的进步”^[8]。

至现代，关于文明的讨论更加热烈，说法也更多。约瑟夫·德累乌（Joseph Drew）在对国际比较文明研究学会会员进行调查之后指出：“事实上，对于构成文明的内容是什么，除了宽泛的论述之外，成员们也没有能够达成一致意见。”^[9]大体而言，当前学术界比较强调文明的如下八种含义：文明是开化的行动，开化的状态；城市、城邦和治理精英具有重要意义；突出文明发展阶段的进步性特征；文明中包含有独立、自由、认同等元素；文明体现的是一种生产性社会以及其所取得的成果；文明是人类社会各种事项的总和，具有社会群体性、综合性；发达的物质-科技-文化-精神对文明发展的意义；通过与文化一词的比对，来进一步阐述文明的内涵。

在中国，“文明”一词也很早就出现了。按照《周易》《尚书》《礼记》等文献的记载，“文明”一词最早的内涵，主要表示文采光明。之后在两千多年的发展中，文明一步步过渡到表示与野蛮相对的有文化的上层次的人类社会的较高阶段和所取得的成就。近代以后，西方的文明观念开始传入中国。到了20世纪以后，人们用文明对译 civilization 一词。1949年中华人民共和国成立以后，我们对文明的认识和理解虽然是多元的，但是在将文明视为进化、进步、发展、人类物质和精神成果等核心要素上，大家的认识基本上是一致的。

通过对“文明”一词演变的简单梳理，笔者认为，所谓文明，就是指人类进化（发展）到一定阶段而形成的生存方式（样态）以及其所创造的成果。其标志为：私有制的产生；阶级的形成；创造财富的能力达到了能够养活一部分无须直接从事生产（获取食物）的人口，从而形成了社会

分工；在聚落、村落、城邑发展的基础上，形成了城市（城邦）；国家的正式诞生与运作；法律的基本定型；文字的诞生；除了物质生活之外，还形成了相应的精神（宗教、艺术、建筑等）生活。

一

无论是西方，还是中国，关于“法律文明”的解释很少。一方面，英语中“法律文明”（legal civilization）一词，是在一个较为宽泛的语境下使用的，legal civilizations 近乎被等同于 legal systems（法系）。另一方面，英美人使用更多的是 legal culture（法律文化）一词。^[10]在法语领域，法律文明一般也是用法律文化（la culture juridique）一词取代。在德语中，法律文明一词表达为 rechts zivilisation，如 menschliche rechts zivilisation（人类法律文明），但使用不广泛。意大利语中也有法律文明（civiltà giuridica）一词，但该词一般是相对于“法律传统”（tradizione giuridica）而言。^[11]法律文明包括当代，而法律传统关涉的仅仅是过去。

近代以来中国的法学研究中，有关法律文明的论述很少，至今出版的各种辞书对“法律文明”均没有设置条目，也没有相应的说明与解释。学者在著述中，对法律文明虽略有提及，但说法很分散，如有提“法律文明”的^[12]，有提“法律制度文明”的^[13]，有提“中华法律文明”“汉语法律文明”“欧陆法律文明”“中国传统法律文明”“西方法律文明”“盎格鲁-美利坚法律文明”的^[14]，也有提“法制文明”^[15]“法治文明”和“法律文明秩序”的^[16]，等等。

虽然提法不一样，但表达的意思大体相同，上述说法基本上都是指向法律文明，并涵盖了法律理念和意识、法律制度与原则、法律的实施与运作等，只是在一些细节上略有区别。总结上述学术界对法律文明的认识，笔者认为，可以给法律文明下一个比较简单的定义：法律文明就是人

类文明中与法律相关的各项元素的总和, 包括法律意识和法律思想, 法典、判例以及法律规范, 法律制度, 法律实施、法律行为以及相应设施, 法律教育, 法律学术, 法律遗存等。

具体而言, 所谓法律意识和法律思想, 就是人们对法律的认识、看法、观念和评价, 它是法律文明的首要元素。在文字还没有发明前, 人们之间的交流, 前人与后人的思想传承, 只能通过口耳相传, 法律意识和法律思想的最初形态, 只存在于一些人类早期的传说(神话)和考古出土的遗存中, 或者后世法典的规定中(字里行间)。这些传说、神话中关于法律的一些认识、看法和观念, 可以为我们了解初民的法律意识和法律思想提供线索。

所谓法典, 是人类法律文明最为直接和最为经典的体现。到目前为止, 通过考古发掘, 我们所发现和知道的人类最早的法典, 都集中在古代美索不达米亚。^[17]如《乌尔纳姆法典》(*Code of Ur-Nammu*, 公元前 2095 年前后)和《汉谟拉比法典》(*The Code of Hammurabi*, 公元前 1765 年)等, 构成了上古社会文明的重要标志。而在公元前 5000—前 2900 年时期的初民社会, 文字正在孕育, 记录人类法律规范的材料, 还没有达到丰富和成型的阶段, 我们只能根据分散的、零碎的、关于规范人们行为的风俗、习惯等, 来分析、解读和还原当时的法律内容和法律形式。古代美索不达米亚是这样, 其他产生过古代埃及、中国、印度、希腊和罗马等文明的地区也是这样。

所谓法律制度, 就是由法律规范所确定、定格了的约束人们各个方面行为的一整套规则, 如婚姻制度、土地制度、刑事法律制度等。在文明社会, 法律制度一般都由成文法典, 或者成体系的得到编纂的判例所确立。而在初民社会, 法律制度主要是由风俗、习惯以及酋长、部落联盟首领等的命令等所确定, 通过口耳相传得以保留传承。^[18]从现有的传世文献和考古资料来看, 早期人类的法律制度, 主要产生在部落联盟形成、酋长等权贵阶层出现之时。比如, 英国法史学家梅因(Maine, 1822—1888 年)在阐述古代希腊

法律制度的产生时, 就曾详细分析了在原始社会父权制度下, 父亲和家族首长对家庭成员行使审判权对整个法律制度诞生的催化意义。^[19]

法律的实施, 对维护社会生产与生活秩序都是至关重要的。即使在法律规范慢慢形成的过程中, 在公元前三四千年的初民社会中, 情况也一样。在美索不达米亚, 考古学家在古代亚述都城尼尼微(Nineveh)附近的阿尔帕奇耶土丘(Tell Arpachiyeh)发现了一处公元前 6000—前 5000 年曾经兴旺过的史前人类村落和生活遗址, 这里显示了法律实施的遗迹。在古代埃及, 我们对古王国时代(公元前 2686—前 2181 年)法律运作的状况已经有所了解, 由于古王国时代, 离埃及酋邦时代(公元前 3400—前 3100 年)尚不太远, 因此, 该时期法律实施的情况, 与之前酋邦时代法律规范实施的情况相差不会太远。

法律教育, 几乎与法律同步形成, 只是最早的教育是在约束人们的风俗、习惯等规范的口耳相传的过程中(由祭司、长老和首领等)形成的。而当出现符号(文字)之后, 这种教育就转化成为书写记录传授的方式了。通过对传世文献和考古资料(遗存)的研究, 笔者发现人类最早的法律教育大约于公元前 5000 年诞生于两河流域的苏美尔文明。考古学家在早期城市尼普尔(Nippur)的遗址发掘出了学生学习用的泥板以及师生曾经使用过的校舍。考虑到附近其他城市已经有大量的出土泥板, 其上的文献记录着当时政府文件、契约文书等社会生活状况^[20], 完全可以推测尼普尔书吏学校中也应该有支撑上述社会活动的法律教育(萌芽), 以培养适应社会需求的各种经贸法律人才。^[21]

法律学术, 是人们对法律规范进行研究的過程及其成果。从早期人类在立法、司法过程中体现出来的对法律规范的钻研活动和遗存中, 我们也可以发现体现在其中的人类的法律学术以及成果。比如, 从目前所流传下来的埃及古王国时期的一些文学作品, 如《大臣乌尼传》(*Autobiography of Weni*)、《哈尔胡夫传》(*Autobiography of Harkhuf*), 我们就可以间接地了解到与法律活动

(习惯、巫术、宗教和权力运作等)相关的研究成果信息,并可以倒过来反溯之前的酋邦首领、巫师和祭司等所进行的传达部落联盟决议、神谕、习惯等的活动,以及对此进行解释、宣传、教育。^[22]

法律遗存,是指人类到目前为止所发现的各种出土文献、器物、遗址(民居、宫殿、神庙、城廓等)以及墓葬中体现法律文明活动与成果的物质,是我们的前人在创建法律文明活动中所遗留下来的物品与印迹,如在古代美索不达米亚出土的反映公元前21世纪初两河流域立法活动的成果结晶《乌尔纳姆法典》;在中国陕西省出土的记录“大禹治水”事迹的《遂公盨》;在印度被发现的孔雀王朝第三代君主阿育王(Asoka,约公元前273—前232年)于统治时期在岩石上刻写的法令碑文等。

三

作为文明的组成部分,法律文明的历史,与人类文明起源的历史进程是一致的。

美国人类学家埃尔曼·塞维斯(Elman R. Service)在《原始社会组织的演进》一书中,将人类文明起源的历史,划分为四个阶段,即游团(bands)^[23]、部落、酋邦(chiefdom)、国家。笔者以为,与文明的起源、发展的历史相一致,人类法律文明的早期历史,也经历了四个阶段。

(一) 游团时代法律文明的萌芽

法律,作为一种对人类行为的规范,不管是成文的法典,还是不成文的风俗和习惯,它的产生基于人类各种行为的反复进行,因而它在一代代人心留下印迹,形成可以遵守践行的引领和禁止的规则。由于具有这样一种性质,法律文明在人类刚产生至新石器时代晚期(公元前7000年前后)的200万年期间,进步和发展步伐很小。在这一段极其漫长的时期,即人类的游团时代,法律文明只处在萌芽阶段。

(二) 部落时代法律文明的曙光

随着生产力的提高和农业的发展,人类从洞穴中走了出来,盖起了简陋的房子,形成了小型的聚落点。^[24]随着食物供给的增加、人口规模的增大,社会变得日益复杂,劳动分工更加细密,也更加专业化,私有制得到发展,财富不断增长,且越来越集中到少数人手里,人类终于从游团时代进入了部落时代。在古代美索不达米亚,这个过程大约从泰尔·哈苏纳文化(Hassuna Culture,公元前6500—前6000年)开始。在埃及,大概在公元前5000—前3500年前后。在印度,发生在公元前3200—前2600年的哈拉巴文明(Harappan Civilization)时期。而在中国,则是在仰韶文化和龙山文化前期(公元前5000—前2700年)。此时,各种法的意识和规范开始出现,法律文明的曙光开始照耀。

(三) 酋邦(聚落)时代法律文明的诞生

部落的进一步壮大、发展,就形成了由各部落组合而成的部落联盟,这就是酋邦了。在古代美索不达米亚,酋邦大约出现在乌鲁克和捷姆迭特·那色文化(Uruk-Jemdet Nasr Culture,公元前3500—前2800年)时期。在埃及,一般被认为是在公元前3500—前3100年,大概是考古学家确定的涅伽达文化Ⅱ期。在希腊,则是在米诺斯文明(Minoan Civilization,约公元前3000—前1450年)和迈锡尼文明(Mycenaean Civilization,公元前1600—前1200年)之后的“黑暗时代”(公元前1200—前800年)。在罗马,酋邦社会是从罗马王政时代开始的,该时代具有酋邦社会的典型特征。^[25]在中国,考古学界一般将酋邦时代说成是中心聚落或者都邑国家时代,其时间大致为公元前2700—前2000年的龙山文化中后期。黄河中游地区陶寺遗址,长江中游的石家河文化、下游的良渚文化,都是

其典型。这一时期大约相当于传世文献记述的黄帝、唐尧、虞舜、大禹时代,是中国法律文明开始诞生的时代。

(四) 国家时代法律文明的成型

酋邦的继续发展,就把人类带入了文明时代,国家产生,法律成型。

在美索不达米亚,进入国家阶段的是公元前2334—前2193年由塞姆人国王萨尔贡(Sargon)在阿卡德(Agade)建立起来的第一个帝国。^[26]“阿卡德人”“阿卡德语”随之兴起。之后,苏美尔人(Sumer)建立了强大的乌尔第三王朝(公元前2112—前2004年),颁布了著名的《乌尔纳姆法典》(Code of Ur-Namma),该法典是迄今发现的人类最早的成文法典^[27],它使苏美尔文明达到鼎盛阶段。^[28]在埃及,公元前3100年,美尼斯(Menes)统一上下埃及,建立大一统的埃及王国,这是尼罗河流域国家诞生的标志。在中国,大约是在夏王朝(公元前2070—前1600年),中国开始进入阶级社会,国家形态日益成熟,法律文明诞生。

四

法律文明诞生之后,大体经历了四个历史时期的发展,最终实现了法律文明的现代化。

(一) 古代法的时期

古代美索不达米亚,是以一系列成文法典为该时期的标志,尤其是巴比伦王朝的第六位国王汉谟拉比(Hammurabi,公元前1792—前1750年),更以其非凡的才智再次统一了整个美索不达米亚,并颁布了《汉谟拉比法典》,它成为人类步入文明社会之初的瑰宝。在古代埃及,虽然没有成文法典传世,但据国外学者的研究,其法律还是比较发达

的。^[29]甚至在上下埃及酋邦时代适用的习俗和惯例,在公元前3100年建立统一国家之后仍然被保留了下来,贯穿了之后的3000年。^[30]

而在东方,中国学术界通过对史料的梳理,爬梳出夏王朝的若干刑罚^[31],如“夏后氏正刑有五,科条三千”^[32];“夏刑大辟二百,膺辟三百,宫辟五百,劓墨各千”^[33],这些关于夏王朝刑罚的传世文献记载,虽然还没有得到考古遗存的印证,但多少可以为我们了解夏代法律提供一些线索。在古代印度,公元前2—公元2世纪形成的《摩奴法典》,已经表明早期宗教法律体系开始形成。

在古代希腊,公元前7—前4世纪,各城邦国家普遍进入成文法阶段。这些立法主要有公元前621年《德拉古法》、公元前594年《梭伦法律》、公元前509年《克里斯提尼立法》、公元前440年《伯里克利立法》以及阿提卡地区的《阿提卡法典》《哥尔琴法典》《罗得岛海商法》等。而在罗马,公元前451—前450年《十二铜表法》(Lex Duodecim Tabularum)的制定与颁布,表明罗马的国家已经稳定,法律基本成型。

(二) 中世纪法的时期

就世界各大法律文明的情况而言,人类最早的法律文明——古代美索不达米亚法律,在《汉谟拉比法典》之后的1200多年,约公元前550年为波斯帝国国王居鲁士(Cyrus II of Persia, Cyrus the Great,公元前550—前529年在位)所中断。在埃及,古代法经历了2300多年的发展之后,至公元前8世纪开始解体。首先是内部战争,然后是亚述、波斯、马其顿等势力的入侵与占领,埃及最后被罗马统帅恺撒(Gaius Julius Caesar,公元前100—前44年)于公元前49年所征服,埃及成为罗马的一个行省,古代埃及法消亡。古代美索不达米亚和古代埃及的法律都未能延续至中世纪,这两大文明的中世纪法律史,是外族人统治以及推行外族法的历史。

在古代印度,公元前 1500 年前后由雅利安人创立的吠陀宗教法律体系,经过婆罗门教、佛教和印度教的推进,至公元前 500 年前后因波斯人的入侵而受到冲击。之后,印度于公元前 325 年为马其顿国王亚历山大所占领,亚历山大去世后,印度出现了第一个统一王朝——孔雀王朝。孔雀王朝衰落后,印度进入了政治动荡的列国时代。经历了贵霜帝国和笈多王朝等政权以后,公元 8 世纪初开始,印度受到了伊斯兰世界突厥人的不断入侵和占领,其进程一直延续至 18 世纪英国的入侵。因此,印度的中世纪法律文明,实际上是在两条线索上展开的:一条是印度教法,信奉和遵行者占了印度人口的大多数;另一条是伊斯兰教法,信奉和遵行者占有 20% 左右的人口份额。虽然有外族的入侵和征服,但印度古代法的核心——种姓制度没有受到冲击,反而得以保存。

在希腊,由于罗马的入侵,古代辉煌的法律文明被迫中断,被吸收进了罗马法体系之中。西罗马帝国灭亡以后,希腊法成为东罗马法,即拜占庭帝国(The Byzantine Empire, 395—1453 年)^[34]法的一部分,失去了自己独立发展的可能。而西罗马帝国于 476 年灭亡后,其统治版图也被由日耳曼民族所创建的各“蛮族国家”所瓜分,其法律事实上也已经退出了历史舞台。这样,罗马法借助拜占庭帝国的统治,从古代延续到了中世纪,直到 1453 年拜占庭帝国为奥斯曼帝国所灭,罗马法律文明也为伊斯兰教法律文明所取代。而在西欧,中世纪前期,除少数地区仍然保留、使用罗马法之外,大部分地区则是日耳曼法、封建王室法、地方习惯法的世界。至 11 世纪以后,在罗马法复兴运动的带动下,罗马法才重新登上历史舞台,并推动了商法和城市法的形成和发展。

由于世界各个地区的社会经济、政治、文化和宗教等在从古代向中世纪过渡阶段经历了不同的状况,世界各地法律文明的过渡、转型也发生了巨大的差异:一些原来辉煌的法律文明消亡了,如美索不达米亚、埃及等;一些被其他法律文明所吸收、肢解,如希腊、罗马;也有一些则随着

新的经济关系、政治变动、宗教传播、社会结构以及文化更新而兴起,并逐步壮大,成为中世纪西欧主要的法律文明形态,如日耳曼法、商法、封建王室法、地方习惯法,以及基督教会法、伊斯兰教法等。

日耳曼法是欧洲中世纪早期各日耳曼国家中适用于日耳曼人(Germani)的法律,起源于公元 1 世纪时期日耳曼人口耳相传的部落习惯。日耳曼法以其内含的封建因素,适应逐渐封建化的社会制度和日耳曼国家权力而登上历史舞台。无论在封建法发展的哪一阶段,日耳曼法始终是其主要的构成部分。另一方面,日耳曼法以其完全不同于罗马法的制度,向人们展示了一种全新的法律观念、法律文化,尤其是它的法人制度以及团体人格理论,财产保障中的占有制度、所有权制度,财产转让中的对善意受让人的保护制度,货物买卖中的代理人制度,财产的信托制度,以及它的政治民主。它对其他法律的尊重和宽容,进一步丰富了人类的法律文明。^[35]

教会法(canon law)是指在不同历史时期关于基督教会本身的组织、制度和教徒生活准则的法律,它起源于公元 1 世纪,在公元 5—15 世纪时达到鼎盛阶段,成为中世纪西欧的一个大一统的法律体系。教会法对近代资产阶级的各个部门法的形成和发展产生了巨大的影响。比如,教会法在它所确立的权力层次结构上的理念,对近代宪法产生了重大影响。又如,西方国家婚姻家庭制度,就长期受到教会法的浸染。在当代西方国家中,某些国家的离婚法仍保留着教会法的规范。再如,教会法注重保护寡妇利益,要求结婚时丈夫必须保证抚养其妻,这也直接导致了西方国家“抚养寡妇财产”制度的建立。此外,在财产法方面,教会法在不动产占有方面发展了一套较为完善的理论与制度。近世法律中关于占有权的保护和长期占有、取得等制度方面的完善,在一定程度上要归功于教会法学家。最后,在近代的刑法和诉讼法的成长方面,教会法也发挥着重要影响。^[36]

封建王室法(royal law),是公元5世纪以后由各日耳曼封建王国的王室所颁布,在王国境内普遍适用的世俗法。王室法是中世纪西欧重要的法律渊源。一方面,与地方习惯法相比,王室法更具有统一性、稳定性和可预测性,其效力要高于地方习惯法,在王国政权有效期间,凡是与王室法相冲突的习惯法,都将归于无效。另一方面,与商法和城市法相比,王室法的调整范围更广,内容更加丰富。比如,婚姻家庭的保障规则,叛国、杀人、强奸、绑架、盗窃等犯罪的界定及其处罚,对法律和法令进行解释的传统,关于社会公共秩序的法律保障,关于城市管理等的规定,有关商品交易、商品买卖、物价、铸币、税收、雇佣等的政府规制措施,各种“和平法令”,以及关于不得奢侈浪费、不得侵犯或骚扰他人住宅等的禁止性规范等,在后来法国和德国的近代立法中,都被不同程度地继承了下来。

在中世纪欧洲,还存在着一种法律渊源,这就是封建地方习惯法。它调整的领域是非常广泛的。比如,人的社会等级和身份关系,领主的各项特权,骑士制度,领主的婚姻同意权,悔婚费,采邑继承人的权利和义务,土地分封的规则,封臣(或附庸)与封主(或领主)的关系,封地的所有、占有和使用,封地的转让规则,封地的租佃,寡妇和鳏夫的财产制,长子继承制,封建领主法庭的审判程序,领主司法权的保护及其运用,证据(证言^[37])的取得及其效力等级,等等。可以这么说,在当时,除了罗马法、日耳曼王国各大法典以及教会法等调整的领域之外,其他事务都是由封建地方习惯法来规范的。而这些习惯法,后来经过法学家个人和政府汇编整理后,成为了法国大革命时期立法、拿破仑系列法典以及大陆法系的重要历史渊源。^[38]

中世纪后期,随着西欧商业的逐步复兴,规范商人活动、调整商业运作的中世纪商法也开始形成,并得到迅速的发展。起步早的是海商法。^[39]11世纪以后,出现了数部影响巨大的海事法典:《康梭拉多海商法典》(Consulate del mare)、《奥内隆法典》(Rolse D' Oleron)^[40]、《汉萨海商法

典》(Hanseatic Laws of the Sea)等。^[41]在海商法发展的同时,陆上商法也从欧洲各城市之间进行商业贸易活动时通行的习惯法中慢慢演化出来,并从调整集市营业规范,向流通票据、合伙契约、商业保险、新型商业联合体的章程等进化,而同期发展起来的商事法庭,则通过受理各种商事纠纷和商人案件,做出了各种具有指导性的判例,这两条路径汇合在一起,使中世纪欧洲的陆上商法日益进步和发达。上述海商法典和陆上商法中的基本原则,后来都被路易十四(Louis XIV, 1643—1715年)时期的法国1681年《海事条例》、1673年《陆上商事条例》^[42]所吸收,而这两个条例则是后来1807年《法国商法典》的历史基础。

随着中世纪后期城市的兴起^[43],城市特许状、城市立法和行会章程,以及为城市市民所认可的习惯、城市法院的判例以及一些城市同盟(如1241年由德意志北部城市吕贝克和汉堡订约成立的“汉萨同盟”,Hansa Teutonica)等制定的规则也慢慢凸现,从而形成了一个新的法域:中世纪欧洲的城市法。虽然,城市法已经退出了历史舞台,但其所创造的法律文明成果,对近代资产阶级的法律产生了重要影响。城市法赋予城市市民以人身自由权和平等权,并赋予当时的市民阶级以积极参与城市的政治生活、城市组织的活动的权利,从而为近代宪政法制提供了历史借鉴;城市法肯定了市民民事权利的主体资格,这对近代民法制度的确立具有重要的启蒙意义;城市法也规范了城市活动中形成的公证人制度,公债、保险、银行、公司等制度,税收和物价管理规定,关于劳动条件的设置以及对劳动者的一些保护性规定,关于城市土地管理、城市规划、房屋租赁、环境卫生的规则,等等。这一切,为近代行政法、商法、经济与社会立法等所吸收。

当然,在中世纪法的发展中,最为重要的无疑是罗马法。^[44]上述中世纪商法、城市法乃至教会法的崛起,都与11世纪罗马法在欧洲的复兴运动紧密相关。可以说罗马法的复兴,将整个古典罗马法律文明(已经吸收融入了希腊文明)带入了中世纪的欧洲,从而为欧洲之后法律的发展做

出了巨大的贡献。具体而言,近代编纂成文法典的传统,公法与私法的分类,人法、物法和诉讼法的三编制以及总则、物权、债权、亲属、继承的五编制的法典体系,对法的概念术语(如法、法律、法学、民法等)的精确界定,对法律原则和原理的详细阐述,对法典条文的系统解释(注释),法律教育中注重教师的课堂系统讲授、要求学生法律知识全面了解和把握、强调培养学生的演绎推理(思维)能力,以及法人、法律行为、契约、侵权行为、代理、时效、他物权、占有、不当得利、无因管理等法律制度,都是由罗马法提供历史原型的。^[45]

中世纪除欧洲法律文明之外,在西亚地区,伊斯兰教法律文明开始兴起。伊斯兰教法是伊斯兰教所规定的法律体系的总称。^[46]从公元610年开始,穆罕默德(Muhammad, 570—632年)在麦加传教。他以犹太教、基督教以及西亚地区其他一些宗教的原理与知识为基础,加入自己对世界与人生的感悟,创立了伊斯兰教,并在信徒的支持下打败了麦加贵族,使整个阿拉伯半岛都皈依了他的教义,他于632年建立起了阿拉伯王国。在此过程中,以《古兰经》为经典的伊斯兰教法律文明诞生了。穆罕默德去世后,其继任者继续对外扩张。经过倭马亚王朝(Umayyad Dynasty, 661—750年)和阿拔斯王朝(Abbasid Dynasty, 750—1258年),地跨亚、非、欧的阿拉伯帝国建立了,伊斯兰教法的体系也最终形成。伊斯兰教法律文明在中世纪曾影响了广袤的地域,成为东方(中华)文明与西方(欧洲)文明之间的一个跨越欧、亚、非地区,融汇东西方文明的重要的文明形态,它在人类的中世纪文明史上占有重要的地位,直到今天其影响还广泛存在。

当然,在论述人类中世纪法律文明时,最有特点的还是中国。一方面,中国的法律文明历史悠久,其诞生时间与古代巴比伦、古代埃及和古代印度几乎同时。另一方面,在所有古代法律文明中,只有中国一脉相承,没有中断。在古代与中世纪的交替过程中,中国也一样是紧密相联,自然转换。作为古代中国法律文明重要标志的秦

汉法律,经过魏晋南北朝近400年的过渡,自然而然地转型为以隋、唐、宋之法律为代表的中世纪法律,并通过向周边国家(日本、朝鲜和越南等)的扩散、传播而形成了世界五大法系之一的中华法系(另外四大法系为英美法系、大陆法系、伊斯兰教法系和印度法系)。而中华法系集中体现了中世纪中国法律文明的发展与变迁、主要内容、基本特征以及精神与灵魂。

(三) 近代法的成长时期

公元16世纪以后,随着新大陆的发现,近代民族国家的崛起,资本主义生产方式的兴起,宗教改革以及资产阶级启蒙运动的冲击,中世纪的法律文明开始向近代法律文明演进,近代法逐步成长。首先崛起的是英美法系,它由中世纪英国法转换扩张而成。从1640—1688年,经过40多年斗争,英国资产阶级夺得了统治权,建立了君主立宪制国家。统治者一方面通过制定新的资产阶级法律,另一方面通过对中世纪普通法和衡平法做出新的解释,终于建立起了比较系统、发达的近代法律体系,并通过殖民扩张,形成了一个世界性的法律体系,即英吉利法系。美国原是英国的殖民地,1776年《独立宣言》的发表,标志着美国在采纳英国法的基础上,制定出适合自己国情的法律和法规,建立起了近代法的体系。由于美国法是以英国判例法为基础建立的,因而美国法成为英吉利法系的主要成员,英吉利法系也因此被称为英美法系。但美国法有许多自己的创造,如美国制定了世界上第一部成文宪法,美国比英国更加重视成文法的制定,美国法律被分成联邦法和州法两个体系等。

紧随英美法系而崛起的是大陆法系,它以法国近代法为基础。法国原是西欧典型的封建制国家,1789年的大革命使它迅速走上了创建资产阶级国家与法的道路。拿破仑(Napoléon, 1769—1821年)执政后,在《人权宣言》的基础上,以短短的六年时间,就迅速制定了宪法以及民法典、商法典、民事诉讼法典、刑事诉讼法典、刑法典,建立起了当时

世界上最为系统完备的资产阶级法律体系——大陆法系。该法律体系成为世界各国学习的楷模。大陆法系最主要的成员国为德国、意大利、西班牙和日本等, 此外, 还有中国、泰国、越南、柬埔寨、匈牙利、罗马尼亚、土耳其、波兰等众多国家。可以这么说, 在近代人类法律文明的发展中, 大陆法系是拥有国家和地区最多、影响最为巨大的法律体系。

说到近代法的成长, 不能不提及苏联法的崛起和发展。1917 年俄国发生“十月革命”, 之后建立起了社会主义国家, 形成了苏联法体系。苏联法体系虽然属于大陆法系谱系, 但是在苏联社会 70 多年的运行之下, 它也形成了自己的传统。这一传统, 以 1936 年苏联宪法为核心, 包括了 1922—1924 年制定并颁布的刑法典、民法典、土地法典、刑事诉讼法典、民事诉讼法典、劳动法典、森林法典和劳动改造法典等 8 部法典。^[47]当然, 在苏联的法律体系中, 土库曼斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、塔吉克斯坦、哈萨克斯坦的法律属于苏联法律体系, 但它们又被称为“中亚五国”, 在历史上都是中国西域地区的重要番国, 地理位置十分重要。而且中亚五国还受到了伊斯兰教的影响, 在丝绸之路的商贸往来中也一直起着重要的作用。爱沙尼亚、拉脱维亚、立陶宛在波罗的海的旁边, 被称为波罗的海三国, 三国法律受德国法影响很大, 但同样属于苏联法律体系。

20 世纪初中国的立法变革, 也是人类近代法成长中的一个大事件。就人类法律文明的演进而言, 近代时期东方落后, 西方急速向前、进步。英美法系的形成, 大陆法系的兴起, 引领了世界法律近代化的潮流, 其迅速发展波及到亚非拉各个国家与地区, 对中国的冲击也不小。1840 年鸦片战争爆发, 西方的法律文明跟着进入了中国。沈家本于 1901 年开始修律变法, 张开双臂欢迎近代西方法学观念和法律制度的进入: 从翻译西方各国以及日本的法典和法学著作, 到创办一批法政学堂、聘请西方以及日本的法学专家前来授课, 再到邀请西方和日本的立法专家, 以西方的理念和精神制定中国自己的法典。沈家本的修律变法事业

虽然因 1911 年清王朝的灭亡戛然而止, 但接下来的中华民国南京临时政府、北洋政府、南京国民政府, 都传承了沈家本的修律变法成果。这一修律变法成果在 1928—1935 年南京国民政府制定的“六法全书”中得以发扬光大, 中国近代法律体系形成。而在此过程中, 近代租界的法制最先形成, 并成为引领中国法律近代化的范本。更主要的, 并逐渐成为主旋律的是中国共产党领导下的革命根据地法律, 它们一起奏响了中国法律近代化的交响曲。

在法律近代化浪潮的裹挟下, 亚非拉各国也开始了法律近代化的进程。在亚洲, 自 17 世纪初开始, 西方的法学观念和法律制度就开始影响伊朗、伊拉克等西亚国家, 印度等南亚国家, 越南、泰国等东南亚国家, 以及中国、日本等东亚国家, 从而促使以西方大陆法系和英美法系两大法系为基础的近代亚洲资本主义法律体系的形成。在非洲, 近代以来, 非洲在英国和法国等西方国家的侵略、殖民之下, 也形成了深受大陆法系和英美法系影响的近代埃及法、阿尔及利亚法、利比亚法、苏丹法、肯尼亚法、尼日利亚法、刚果(金)法、南非法等。在拉丁美洲, 16 世纪初, 葡萄牙、西班牙殖民者开始入侵。至 16 世纪末, 英国、法国和荷兰殖民者经过激烈争夺, 分割了圭亚那地区和近海的一些岛屿。从此, 拉丁美洲进入了长达 300 年的殖民统治时期。在此过程中, 葡萄牙、西班牙、法国、荷兰以及英国的法律逐步渗入拉丁美洲地区, 并形成了独具特色的以墨西哥、巴西、阿根廷、智利和秘鲁等为代表的后来在世界法律文明史上占有一席之地的近代拉丁美洲法律体系。

(四) 现代法的变革时期

1945 年第二次世界大战结束以后, 我们迎来了现代法变革的时代。

在公法领域, 一方面, 第二次世界大战后, 世界各主要国家的公法发生了巨大变化, 如: 种族歧视、男女歧视、弱势群体歧视等法律的逐步废除, 秩序行政、给付行政和公务行政等立法的改变, 酷

刑的废除、死刑的减少以及刑罚的轻缓化,刑事訴訟领域的国际化,两大法系之当事人主义和职权主义的融合,以及打击犯罪与保障人权并重、公正与效率的平衡等。另一方面,第二次世界大战后,世界各主要国家对传统法律体系和内容进行了大量创新,如:各种保障人权的新机制的创设——公民新型基本权利(环境权、健康权、隐私权等)的创设与保障;宪法保障机制的加强——违宪审查制度的普及以及多元化;行政诉讼、行政许可和行政听证以及政府的政务公开、程序公开、信息公开等法律制度的逐步建立;罪刑法定、刑罚的人道主义等刑法基本原则成为各国刑事立法追求的普遍价值取向;为维护人类的和平、幸福和安全而对恐怖犯罪、毒品犯罪、有组织犯罪、环境犯罪、食品犯罪等犯罪新形态的打击与防范;刑事诉讼领域中在审前程序、审判程序、协商性司法调解和处置(以美国的辩诉交易为中心)以及无罪推定原则的确定、证据制度的完善;等等。此外,第二次世界大战后,法律的变化和创新也带来了世界各主要国家的法律运行和法律生态的巨大变革。在宪法方面,各主要国家普遍确立了民主、平等、和平、法治的价值取向,立宪主义的重生、宪法权利的发展、宪法保障的加强成为世界宪法发展的基本趋势;在行政法方面,依法行政、限制公权力的滥用成为现代行政法运作的基本原则,服务行政、法治政府建设和公民权利保障成为行政立法和行政司法的主要内容;在刑事法方面,在加大对严重危害人民生命财产安全的犯罪(如毒品犯罪、恐怖犯罪、环境犯罪、计算机网络犯罪等)的打击的同时,非犯罪化和轻刑化也已经成为各国刑法发展、进步的普遍趋势;在刑事诉讼方面,突出证据意识,强调保障被告人的各项合法权利,进行周密细致的制度安排和设计,也是当前各个国家一直强调和坚持的信念。

在私法领域,第二次世界大战以后,各国民法、商法和民事诉讼法也经历了巨大的变革。一方面,就民法而言,近代社会两部主要的民法典,即1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》都被反复修改。即使一直享有比较稳定之声誉的1898年

《日本民法典》,自公布实施以来,至2016年也已经经过了25次大的修改,平均每5年左右就有一次大的修改。^[48]而在民法的内容方面,也发生了巨大的变化,其变化之一就是民法向英美法系学习、靠拢。例如,第二次世界大战以后,西班牙的民事立法就开始向英美法系靠拢,1973年的《土地改革发展法》、1999年的《平行财产法》、2000年的《建筑规范法》等,其立法形式和内容,都受到了美国财产法很大的影响。^[49]又如,在法国,1970年7月17日通过了对《民法典》第9条的修改,规定“任何人均享有私生活受到尊重的权利”,但第9条没有进一步明确说明应受保护的“私生活”的具体内容,因而,界定“私生活”的内涵,就由法院的判例来完成了。而在审判实践中,判例对“私生活”的概念做出了十分广阔的解释,将人的家庭生活、个人生活、感情生活、联系方式、通信内容、收入、健康状况、信仰、娱乐活动,甚至个人的工作时间和地点等都纳入到“私生活”的范围之内予以保护。^[50]同时,除对与私生活有关的各个方面进行正面保护之外,法国最高法院1996年9月15日的一项判例还明确宣布:因侵犯他人私生活引起的损害赔偿责任的成立,不再以侵权行为已经造成损害结果为前提,这间接地强化了法律对于私生活进行保护的力度。^[51]

另一方面,就商法而言,进入现代时期之后,其变化也十分激烈。例如,它将原来的经典成文法典转化成为各个部门法的通则。1807年《法国商法典》在刚颁布时有648个条文,目前还继续有效的只有140条,保留了1807年时行文的只有30条。原商法典的许多内容,如商事公司、商业登记、海商、破产、银行、有价证券及其交易、商业租约、营业资产等,已经独立并另行颁布了单行法律。商法典经过修订后,虽然还就商人、商业会计、商品交易所、居间商、担保和行纪商、商业行为证据、汇票和本票、商业时效和商业法庭等做出规定,但已经越来越有原则,慢慢演变成为一部商事法律领域里的通则了。^[52]又如,对一些相同或相近的法域中的法律或法典中的相关部分重新整合,推出新的比较系统完整的单行法律。