

法律文化史研究

何勤华 主编
第二卷

根据上帝的意志而结合

试论人身保护令制度

清乾隆时期刑科题本之研究

建立中国的衡平审判机制

淮南律师

“旧民法”与明治民法

德国近代文化传统变迁下的历史主义法学

民间法研究的反思性解读

《新译日本法规大全》探微

 商务印书馆

法律文化史研究

(第二卷)

何勤华 主编

商务印书馆

2005年·北京

图书在版编目(CIP)数据

法律文化史研究. 第2卷/何勤华主编. —北京: 商务印书馆, 2005

ISBN 7-100-04792-7

I. 法… II. 何… III. 法制史—世界—文集
IV. D909.1—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 133990 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

本书得到上海市重点学科建设项目资助

编号 T1001

Fǎlǜ Wénhuàshǐ Yánjiū

法律文化史研究

华东政法学院法律史研究中心

第 二 卷

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 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-04792-7/D·384

2005 年 12 月第 1 版

开本 880 × 1260 1/32

2005 年 12 月北京第 1 次印刷 印张 15 3/8

定价: 26.00 元

华东政法学院法律史 研究中心

华东政法学院法律史研究中心成立于2004年6月,在“上海市重点学科建设项目”的资助下现已初具规模。中心硬件设施优越,研究人员工作室、资料室、会议室一应俱全,还配有专职秘书,负责中心日常事务。所属法律史专业网站“法史网”(www.fashi.net)也于2005年底正式开通。

中心研究队伍日益壮大,科研成果丰硕。现有专职研究人员20余名,海内外客座教授30余名,下设12个专业研究所。2005年,中心成员获得国家社会科学基金、上海市哲学社会科学基金、司法部、教育部等课题,新近出版《法律文化史谭》、《律学考》、《出土法律文献研究》、《日耳曼法研究》、《20世纪比较法学》等著作,在《中国社会科学》等核心期刊上发表高质量的学术论文,《法律文化史研究》、《法律史研究》、《外国法与比较法研究》等连续出版物有序推出。

在法律史专门人才的培养上中心发挥重要作用。2005年,“外国法制史课程建设”获得教育部高等教育国家级教学成果二等奖,“国家级精品课程”《外国法制史》、“上海市精品课程”《中国法制史》的课程建设继续完善,法律史专业博士后、博士生及硕士生的培养规模进一步扩大,一批批法律史专业人才正从这里走向全国各地。

中心为法律史的教学、科研搭建起广阔的交流平台,我们愿借助这一平台,与广大法律史研究者一起努力,共同促进法律史学科的发展。

2006年2月23日，华东政法学院法律史研究中心与上海市法学会外国法与比较法研究会共同承办“西法东渐与上海近代法文化”学术研讨会暨上海市法学会“外国法与比较法研究会”成立大会。来自上海市政法委、市高院、市法学会的领导及全国部分高校、研究机构的专家学者50余人参加了会议。

复旦大学董茂云教授主持“外国法与比较法研究会”成立大会。上海市法学会常务副会长史德保、中国法学会比较法学研究会副会长米健教授及上海市法学会外国法与比较法研究会总干事、华东政法学院校长何勤华教授先后发表了热情洋溢的讲话，他们对学会的成立表示由衷的祝贺，并对学会将在今后的研究活动中发挥积极作用寄予热切期盼。

华东政法学院徐永康教授主持“西法东渐与上海近代法文化”学术研讨活动。来自北京大学、清华大学、中国政法大学、复旦大学、上海社会科学院、同济大学、华东政法学院等高校、科研机构的学者就该议题作了深入而精彩的发言，学者们对上海近代法文化的重要研究价值、上海租界法制、近代上海法学教育等问题进行深入探讨，在热烈而友好的气氛中，不同观点得到碰撞与交流，学者们的认识获得了升华。

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中重要领域的学者。

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1990年版)、张中秋的《中西法律文化比较》(南京大学出版社1991

^① 关于柯勒的生平及其学说,详细请参阅丘汉平:《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。

2 序 言

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”。参见何勤华:《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、法学史等综合在一起,既有制度,又有事物,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”。参见同注①。

目 录

序 言	何勤华
-----------	-----

法律制度研究

根据上帝的意志而结合

——希伯来的婚姻家庭制度	徐 菲(3)
--------------------	--------

试论人身保护令制度	屈文生(65)
-----------------	---------

法律实践研究

清乾隆时期刑科题本之研究

——以调奸本妇未成致本妇羞忿自尽类型案件为中心	
-------------------------------	--

.....	陈郁如(105)
-------	----------

建立中国的衡平审判机制

——由一起疑难案件引发的思考	胡 桥(225)
----------------------	----------

淮南律师

——关于法律职业的一个实证研究	黄德启(249)
-----------------------	----------

法典研究

“旧民法”和明治民法

——日本民法近代化过程中的两块里程碑	孟祥沛(299)
--------------------------	----------

2 目 录

法学史研究

- 德国近代文化传统变迁下的历史主义法学…………… 朱晓喆(349)

探索与争鸣

- 民间法研究的反思性解读…………… 陈冬春(393)

法律史料研究

- 《新译日本法规大全》探微…………… 王 爽(435)

- 清末法学书目备考(1901—1911)…………… 俞 江(450)

附 录

- 希伯来民族大事年表…………… (482)

- 《圣经·旧约》目录…………… (483)

法律制度研究

根据上帝的意志而结合

——希伯来的婚姻家庭制度

徐 菲

“我从你旁边走过，看见你的时候正动爱情……，又向你起誓，
与你结盟，你就归于我。”

摘自《旧约·以西结书》

作为西方文明的一大源头，根植于东方的希伯来法具有很高的研究价值，但国内学术界对这一领域涉及并不多。本文以《圣经》和被称为“犹太法典”的《塔木德》为主要依据，对希伯来的婚姻家庭制度作了较为全面而详尽的考察，旨在从一个侧面为读者提供了解这一古代法律制度的机会。

一、综 述

（一）希伯来婚姻家庭制度的历史发展和主要特征

1. 历史发展

希伯来人就是古代的犹太人，他们是世上少有的因为守法而形成

的民族。^①其历史源于《圣经·旧约》记载的远古传说,终止于公元135年罗马帝国摧毁耶路撒冷第二圣殿并将希伯来人驱逐到世界各地。期间,希伯来婚姻家庭制度从原始的部落习惯法逐步发展成具有判例法特征的口头律法。《圣经·旧约》对这一时期的希伯来婚姻家庭制度有详细记载。^②

此后,希伯来史因为希伯来国家的灭亡而被犹太史所取代,希伯来人被称为犹太人。这其实是一种人为的划分,事实上在希伯来人被驱逐后长达1800年的世界性大离散中,希伯来法的发展并未中断,相反,对希伯来法的研究进入了成熟期,规模宏大的口头律法汇编《塔木德》(Talmud)^③就完成于这一时期。在世界各地的宗主国,希伯来法作为实体法虽然受到很大制约,但希伯来的婚姻家庭制度作为属人法,却始终被世界各地的犹太人以不同的方式在适用并发展着,为保持犹太人的宗教信仰和民族性发挥了关键的作用。

进入现代特别是二战以后,希伯来婚姻家庭制度对犹太人的约束逐渐减弱,其内在原因主要是大多数现代犹太人不再认为这些法律的

① 在犹太教的认识中,《圣经》前五卷即《摩西律法》,是上帝耶和華通过摩西为希伯来人立的法,是神法;而《圣经》其他部分和口头律法的汇编《塔木德》等,都是人们对神法的解释和演绎。所有这些涉及人们生活和思想的宗教规范又被统称为“律法”。遵守律法就是信守上帝的和约,是犹太教作为一神教的本质所在。

② 《圣经》分为《旧约》和《新约》两部分,《旧约》不仅包括被希伯来人称为“神法”的《摩西律法》,还记载了希伯来民族的历史,它是犹太教的经典,也是希伯来法的核心部分。

③ 《塔木德》(Talmud)在希伯来法中是仅次于《圣经·旧约》的法律渊源,在希伯来文的原意为“学习、指导”。它将《圣经·旧约》成书后几百年间数百位犹太律法学家讲解阐释《圣经·旧约》以及审理各类案件形成的大规模口头律法汇编成集,内容庞杂、卷帙浩繁,头绪纷纭,从宗教、伦理、医学到饮食、洗浴、着衣等无所不包,不仅是一部诠释《圣经·旧约》的权威性法典,还是一部希伯来民族的思想史。最具权威的《巴比伦塔木德》成书于大约公元三到六世纪(本文引用的就是英文版的《巴比伦塔木德》),主要有《密西拿》(Mishnah)、《革马拉》(Gemara)和《米德拉什》(Midrash)三部分组成。关于希伯来婚姻家庭制度的主要规定集中在《密西拿》部分。

核心部分是上帝亲自制定的。^① 现在,只有大约百分之十五的以色列人和大约相似比例的美国犹太人仍然遵守希伯来法有关婚姻家庭的主要规定。^② 尽管如此,希伯来婚姻家庭制度不仅在以色列仍被宗教法院即希伯来法院(又称“拉比法院”)作为民事判决的主要依据,^③在西方学界特别是美国法学界,对希伯来婚姻家庭制度的研究也一直受到重视。希伯来人的婚姻家庭观在西方法律文化领域始终倍受推崇。

2. 主要特征

早在一神教为基础的希伯来法产生之前,希伯来婚姻家庭习俗已经存在,并深受多种中东文化特别是古巴比伦文化的影响。而一神教的产生赋予了希伯来原始婚姻习俗全新的开始。概括地说,上帝使婚姻成为宗教生活的重要内容,婚姻由此多了一些神圣,也多了一些义务。因此,希伯来婚姻家庭制度的演变是在世俗和宗教的双重作用下完成的,并因而形成三大最重要的相关特征:

首先,婚姻在犹太教中被视为神圣的结合,一个人对上帝的义务和对家庭的义务不但没有冲突,而且是合二为一的。因此这一制度全面规范了从婚姻到家庭关系的几乎所有方面,甚至具体到夫妻间性的权利和义务。对这些律法的遵守既是一种家庭责任,更是一种宗教义务,二者不可分离。这也是希伯来法区别于几乎所有其他古代法和现代婚

① Elliot N. Dorff and Arthur Rosett, *A Living Tree: The Roots and Growth of Jewish Law*, p. 567, New York: State University of New York Press, 1988.

② 同上。

③ 在以色列,希伯来法院不仅在人身权案件上有管辖权,还可以为涉及财产争议的双方当事人进行仲裁。这种仲裁权可以理解为是对希伯来法的适用,因为以色列从未颁布过法律授予希伯来法院仲裁权,它是以认可旧法的方式默认希伯来法在婚姻家庭关系上的全面适用。当然,这种适用仅仅局限于愿意服从宗教法庭判决的正统犹太教徒。参见 Haim H. Cohn, *Jewish Law in Ancient and Modern Israel*, KTAV Publishing House, Inc., 1971, p. 248.

姻家庭制度的特征,即以宗教法律形式对人们婚姻家庭生活的几乎所有方面加以规范,并由此形成十分独特的生活方式。现代美国学者论述希伯来法的婚姻家庭制度,总是提醒读者注意该法的这一明显和其他法律制度不同的特征。^①

其次,希伯来法对婚姻的态度比较宽容,具有明显的多元文化特征。虽然希伯来社会信奉一神教,以大量死刑维护全民族对上帝的信仰,但人们的婚姻家庭观却始终具有较强的世俗性,对法律的遵守相对比较宽松。如《塔木德》虽曾禁止一夫多妻和异族通婚,但实践中一夫多妻和异族通婚十分普遍。此外,该法的多元性和宽容性还表现在婚姻家庭习惯法的发展具有逐步进化的特点。比如《圣经·旧约》先是记载了大量近亲结婚的例子,后来又有大量禁止性规定。除了极个别时期外,希伯来历史上并未强行推行过某一种婚姻家庭制度,而是随着希伯来人和周边民族的融合自然而然地演变着。

另外,还应当特别强调的是,希伯来婚姻家庭关系具有很强的契约性。法律上婚姻被认为是一个男人、一个女人和国家三方之间的关系。现代婚姻家庭制度中,国家的作用越来越大,而当事人协议的作用却十分有限。相反,“在希伯来法的历史中,无论是婚姻关系的成立还是解除,主要都是当事人之间的行为,司法系统在其中发挥的作用很有限。”^②比如,在希伯来法中,法庭无权宣布解除一桩婚姻并发布离婚判决,而只有丈夫才有离婚权。^③此外,希伯来法不仅强调男女双方的合意在成立婚姻时的重要性,还承认双方协议解除婚姻的合法性。希伯

① Elliot N. Dorff and Arthur Rosett, *A Living Tree: The Roots and Growth of Jewish Law*, p. 567, p. 441, New York: State University of New York Press, 1988.

② Glenn, H. P., *Where Heavens Meet: The Compelling of Religious Divorces*, *American Journal of Comparative Law* 1, p. 3, 1980(28).

③ Louis M. Epstein, *The Jewish Marriage Contract: A Study in the Status of the Woman in Jewish Law*, New York Jewish Theological Seminary of America, p. 1, 1927.

来古老的格言这样描述婚姻：“是契约，而不是性交成就了一桩婚姻。”^①同时，虽然早期希伯来法强调丈夫在婚姻特别是离婚中的绝对主导权，但后来大部分时候也赋予了妻子一些离婚主导权。^②

上述现象固然受西亚买卖婚姻习俗的影响很大，如《汉谟拉比法典》就规定了婚姻必须以契约为基础。^③同时也不可否认，希伯来的婚姻契约在早期也明显具有其它古代法的特征，即婚姻契约并非结婚双方的权利义务（如罗马法规定的那样），而是联姻双方家庭的契约关系。但希伯来婚姻契约的独特之处在于它更注重财产关系，并突出表现在嫁资制度上。这一制度规定男女双方结婚时的嫁资应作为女方的个人财产，一旦婚姻破裂或丈夫早逝后将用于保障妻子日后的生活。反之，如果妻子不履行婚姻的法定义务，也将受到扣减嫁资的处罚。希伯来法不仅规定嫁资是婚姻成立的必要条件，还对嫁资协议的基本内容作了规定。在男女不平等的古代社会，这不得不说是体现着契约精神的婚姻制度。

此外，希伯来婚姻的契约性还表现在注重男女双方合意，特别是女方的同意，始终是希伯来婚姻的必要条件。《旧约·创世记》中记载了希伯来人始祖亚伯拉罕的儿子以撒的求亲过程。亚伯拉罕派仆人去家乡为以撒求亲，当仆人替以撒向利百加求亲时，是利百加的父亲和哥哥先承诺了亲事，然后再向利百加征求意见，利百加表示同意，这门亲事

① Elliot N. Dorff and Arthur Rosett, *A Living Tree: The Roots and Growth of Jewish Law*, p. 567, p. 440, New York: State University of New York Press, 1988.

② 关于离婚权，希伯来法后来有很多变通规定，比如承认特定情况下女方的离婚权，但法律程序是由法庭强制男方在休书上签字，以解除婚姻。此外，在乱伦等犯罪的情况下，法庭也可以强制解除婚姻，但法律程序同样是强制男方休妻。因此，至少在程序上，希伯来法始终强调男方的离婚权。

③ 《汉谟拉比法典》，杨炽译，高等教育出版社1992年，第128、130条。

才定了下来。^①《塔木德》也正是根据《圣经·旧约》的上述规定,始终强调女方对婚姻的同意权。虽然和现代婚姻的双方合意相比,这种双方共同意思表示尤其是女方的同意主要还是一种形式,但在古代社会还是比较少见的。

(二) 希伯来的婚姻家庭观

1. 婚姻体现上帝的意志

希伯来人认为婚姻是男人和女人根据上帝的意志而结合,其目的有两个,即相伴和生育。根据《圣经·旧约》的说法,上帝制造第一个女人夏娃是为了让第一个男人亚当有个伴,因为上帝认为“让那人独居不好,我要为他造一个配偶帮助他。”^②同时,《圣经·旧约》中上帝给人类的第一个命令就是要男人和女人“生养众多,遍满地面”。^③希伯来人的婚姻家庭观就是建立在这样的宗教信仰之上。

首先,希伯来人认为婚姻体现了上帝对人类的爱,是上帝创造了男人和女人并让他们相互依靠和愉悦,因而婚姻本身也是为了爱,幸福的婚姻总是和对上帝的感恩联系在一起。希伯来法因此明确保障婚姻的这种享受幸福的权利。《旧约·申命记》规定,“新娶妻之人,不可从军出征,也不可托他办理什么公事,可以在家清闲一年,使他所娶的妻快活。”^④

婚姻在犹太教中被视为体现上帝意愿的神圣的结合,而不像在其他东、西方文明中那样通常被视为人性的弱点。和天主教神职人员不得结婚相反,包括大祭司在内的所有犹太教神职人员都可以结婚。由

① 《旧约·创世记》第24章第51—58节。

② 《旧约·创世记》第2章第18节。

③ 《旧约·创世记》第1章第28节。

④ 《旧约·申命记》第24章第5节。