

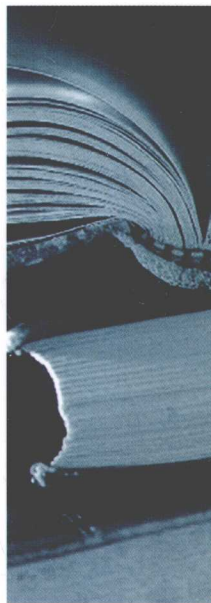
昆明理工大学法学文库 2

# 外国

施蔚然  
◎ 著

## 法律史要论

WAIGUO FALUSHI YAOLUN



中国人民公安大学出版社

昆明理工大学法学文库 (2)

# 外国法律史要论

施蔚然 著

中国人民公安大学出版社

·北京·

图书在版编目 (CIP) 数据

外国法律史要论/施蔚然著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2009. 9

ISBN 978 - 7 - 81139 - 692 - 8

I. 外… II. 施… III. 法制史—外国 IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 158876 号

外国法律史要论

WAIGUO FALUSHI YAOLUN

施蔚然 著

---

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

---

版 次: 2009 年 9 月第 1 版

印 次: 2009 年 9 月第 1 次

印 张: 8.5

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 229 千字

---

书 号: ISBN 978 - 7 - 81139 - 692 - 8/D · 597

定 价: 24.00 元

---

网 址: [www.cppsups.com.cn](http://www.cppsups.com.cn) [www.porclub.com.cn](http://www.porclub.com.cn)

电子邮箱: [cpep@public.bta.net.cn](mailto:cpep@public.bta.net.cn) [zbs@cppsu.edu.cn](mailto:zbs@cppsu.edu.cn)

---

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

---

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换  
版权所有 侵权必究

## 昆明理工大学法学文库总序

位于春城的昆明理工大学，是云南省规模最大、办学层次和类别较为齐全的重点大学，属中国著名大学之一。2005年，昆明理工大学被教育部评估为全国“本科教学工作优秀学校”。应该说，由这样的院校设立的法学院具备成为优秀法学院的实力，而情况也的确如此。1997年，由昆明理工大学法学系、社会科学系和思想政治系组成了法学院。2007年，法学院正式独立出来，从而使昆明理工大学法学院法学的发展走上了快车道。截至目前，全院教师有50余人，其中教授职称的有7人、副教授职称的有15人，博士生占全院教师的50%，这样的教师队伍在云南省各高校中绝无仅有。为使学院的教师、博士生、硕士生加强与国内同行的学术交流，我们在中国人民公安大学出版社的大力支持下，编辑出版了“昆明理工大学法学文库”，希望在向社会奉献研究成果的同时，得到同行的指教与扶持。作为工科大学的法学院，我们希望在学科建设上整体推进的同时，尽可能以工科的相关学科为支撑，发展自己的特色学科和专业方向，在环境与资源保护法学、国土资源法制管理、东盟法律制度研究、面向东盟的国际司法协助以及相对传统的“主流”学科等方面取得进展。

由于我院教师队伍分布在不同的专业领域，研究方向丰富多样，因而这套文库所包含的法学门类也比较广泛，从环境法学到经济法学，从刑法学到民商法学再到诉讼法学，充分展示出昆明理工大学法学院的综合实力，这对于从事不同专业研究和教学的老师们来说是个很好的交流平台，也是法科学生充分汲取不同专业给养的好机会。但同时，“昆明理工大学法学文库”也力图保持体例编排

上的严谨和统一。在编撰中，我们不仅注重形式上的统一性，而且重视各部著作对其研究领域前沿问题的描述和论证，力求将法学不同专业领域、运用不同研究方法得出的创新性成果向法学界各位同仁陆续汇报和展示。当然，由于水平所限，加之时间仓促，本文库中的谬误之处在所难免，诚恳地期望得到各界的批评指正！

对于昆明理工大学法学研究而言，此文库的推出只是展现其法学人风貌的成果之一，这只是个开始！对于刚刚完全独立出来的昆明理工大学法学院来说，虽然前方的路并不一定平坦，但我们对她寄予殷切的期望，本套文库就是对她的献礼。祝愿昆明理工大学法学院法学研究队伍不断发展壮大，祝愿我们的法学人才辈出，祝愿我们的老师桃李满天下，希望昆明理工大学法学研究在提升昆明理工大学高校地位的同时，也能够在今后，为整个国家的法治大业作出更多的贡献！

昆明理工大学法学院院长  
博士、博士生导师 曾粤兴

## 引论：历史中的外国法律

史学界关于世界历史的分期，至今仍难有定论。在西方，文艺复兴时期就有人把历史分为“古代”、“中世纪”和“近代”。这种历史分期方法曾在西方史学界长期沿用，此后不少史学家又在以上三时期之后加上“现代”或“当代”，从而形成四阶段分期法。<sup>①</sup>应当明确的是，以上分期方法基于欧洲历史而形成，可视为是一种“欧洲中心论”的历史分期方法，对非西方国家或地区的历史未必适用。马克思主义史学也将世界历史分为四个阶段，不过与前一个“四阶段分期法”不同，马克思主义史学的理论基础是历史唯物主义关于社会经济形态发展的理论，马克思主义史学家一般都以“古代”相当于原始社会及奴隶社会阶段，“中世纪”相当于封建社会阶段，“近代”相当于资本主义社会阶段。而“现代”则是指以俄国十月革命为起点的一个历史时期。有学者认为，以上“古代、中世纪（中古）、近代、现代”四种分期方法在理论上完全可行，但人类历史发展并不平衡，因此在世界史的分期断限问题上仍存在着分歧。<sup>②</sup>

本书对外国法律的历史分期基本采用“古代、中世纪（中

---

① 吴于廑、齐世荣主编：《世界史：古代史编》（上卷），高等教育出版社1994年版，吴于廑所作“总序”第1页。

② 吴于廑、齐世荣主编：《世界史：古代史编》（上卷），高等教育出版社1994年版，吴于廑所作“总序”第2页。其中，有学者认为“中世纪”一词只适用于西欧历史，没有普遍意义，所以该用“中古”一词标示“古代”和“近代”之间的阶段。笔者同意这样的观点。

古)、近代、现代”的四阶段分期方法，但对“中世纪”一词的使用，将严格限定于对西欧历史的描述。<sup>①</sup> 以下作简要概述，以期对外国法律史有个概貌性的认识，方便以后各部分的梳理与探讨。

#### 一、古代法（公元前 3000 年—公元 5 世纪）

古代法可算目前所知人类最古老的法律。具体而言，古代法的时间跨度为公元前 3000 年——公元 5 世纪（476 年）西罗马帝国灭亡。按照马克思主义的观点，人类的古代法就是奴隶制法。古代法最早出现于西亚的两河流域和非洲的埃及。公元前 3000 年左右，西亚两河流域和苏美尔地区出现城市国家，各城市采用不发达的习惯法。之后是尼罗河流域出现国家的雏形，实施着简单的习惯法。公元前 2000 年代中叶，印度河流域产生了文明，实施不成文的习惯法即古印度法。公元前 11 世纪，产生希伯来国家，出现希伯来法，主要渊源为《摩西十戒》。当亚非形成国家和法的时候，除爱琴海地区外的欧洲、美洲及大洋洲仍处于蒙昧状态。在欧洲，公元前 2000 年代出现了以克里特岛和迈锡尼为中心的爱琴文明。公元前 8 世纪，出现古希腊城邦国家，公元前 6 世纪，罗马国家形成，古希腊法和古罗马法相继形成。

古代奴隶制国家和法存在了很长时间。从人类历史发展的长河来看，古代法是宝贵的法律文化遗产。两河流域各国互相更迭，其法律一直存续到公元前 6 世纪新巴比伦王国被波斯帝国灭亡为止。古埃及经过早王朝、古王国、第一中间期、中王国、第二中间期、新王国和后王国几个时期，公元前 524 年被波斯所灭。希腊城邦最后为马其顿人所侵占，公元前 2 世纪中叶，马其顿王国和希腊又被罗马征服，成为罗马国家的一个行省。罗马从王政时代开始，经历了共和国和帝国两个时期，持续了 1000 年以上。其法律发展到相

---

<sup>①</sup> 吴于廑、齐世荣主编：《世界史：古代史编》（上卷），高等教育出版社 1994 年版，吴于廑所作“总序”第 2 页。

当的高度，对后世有很大影响。西欧中世纪国家和法的历史就是在西罗马帝国崩溃的基础上开始的。

## 二、中世纪（中古）法（公元5—17世纪）

中世纪是西方特有的历史分期，时间跨度大致从公元476年西罗马帝国灭亡至1640年英国资产阶级革命为止，约1200年。在欧洲，中世纪又可分为早期、中期和晚期。关于中世纪早期西欧大陆的法律，勒内·达维德这样写道：“在中世纪早期的黑暗中，社会倒退到更加原始的状态，一些掌管法律的机构的存在以及编纂蛮族法律这一简单事实似乎使人相信法可能还存在，但法的统治已经终止。个人间和社会集团间的纠纷都通过弱肉强食的法则或首领的专断来解决。”<sup>①</sup>在基督教世界里，个人权利被仁慈、博爱所取代，16世纪在德国还有一句谚语这样说：法学家是不好的基督徒。此话虽针对罗马法学家而讲，但对一切法学家都适用：法律本身是不好的东西。<sup>②</sup>后来发生的罗马法复兴运动才将欧洲又拖回到“法治”的轨道。经过中世纪中期的发展，西欧的法由日耳曼法、罗马法和教会法三大支柱组成，三者互相融合形成的混合体，成为连接西方的古代法和近现代法之间的一座桥梁。中世纪的后期，文艺复兴、宗教改革和地理大发现等促进了民族国家的兴起，西欧各国的法律逐渐走向统一，反映资本主义关系的制度也不断完善，西方法律已经走到了近代的前夜。值得指出的是，英国法律从11世纪起就开始走上了与西欧大陆不同的道路，从而形成了自己的传统与特色，这种不同，成为西方民法法系与普通法法系两大法系的滥觞。

<sup>①</sup> [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第37页。

<sup>②</sup> [法] 勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第38页。



非西方国家法律则显现出不同景象。这个阶段是伊斯兰法的黄金时期。公元7世纪与伊斯兰教和阿拉伯国家同时形成的伊斯兰法，随阿拉伯帝国统治范围的扩大与伊斯兰教的传播而适用于许多国家和地区，形成伊斯兰法系。在南亚，公元5—7世纪产生了印度教，印度教是婆罗门教和佛教融合的产物，印度教法因此成为婆罗门教法和佛教法的混合物。公元10世纪，正当印度教兴盛之际，伊斯兰教也扩张到该地区，公元13—16世纪，伊斯兰教在印度北部和中部确立了统治地位，伊斯兰法成为这些地区的主要法律。日本经过公元646年的“大化革新”后，确立了天皇中央集权的君主专制制度，并开始了成文法的编纂。从公元12世纪末期起，日本进入幕府统治时期，天皇沦为傀儡，幕府依靠诸侯和武士进行统治，于是产生了“武家法典”。在这一历史时期，日本的法律受中国法律影响很深，属于中华法系的组成部分。

### 三、近代法（1640—1917年）

如果以1640年英国资产阶级革命爆发作为近代的起点，我们会看到西方法律的两大传统逐渐在这一阶段得以形成。民法法系的形成经历了自罗马法时期至19世纪的漫长过程，如前所述，在此过程中，除罗马法外，影响该法系的法律还有日耳曼法、教会法、习惯法、商法、封建法、城市法等。此外，该法系的最终形成，还有赖于一系列历史事件的出现，它们分别是：罗马法复兴运动、18世纪法国大革命、古典自然法学理性主义思潮的冲击、19世纪欧洲大陆的民法典编纂运动等。<sup>①</sup>在近代，西方还形成了另一法系——普通法法系。与民法法系一样，普通法法系的形成也经历了一个漫长的过程。一般说来，它起源于12世纪在不列颠开始出现的普通法，此后，为弥补普通法的不足，英国又产生了衡平法，制定法也不断增多。近代以后，英国虽然还保留了法律的传统形式，但在英

<sup>①</sup> 沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社1998年版，第65页。

国资产阶级革命和古典自然法学理性主义思潮的影响下，其内容不断资本主义化。与此同时，英国法的影响不断扩大到包括北美殖民地在内的世界广大地区。美国的独立，虽然让美国法曾经摇摆于民法法系与普通法法系之间，但最终美国法还是保留了普通法法系的传统并走上了一条具有自己特色的法律，成为普通法法系的另一支柱，普通法法系得以形成。<sup>①</sup>

西方两大法系在法律渊源、法律分类、法律概念和术语、法律推理方式、对待法典化的态度、诉讼制度、法院及法官的社会地位等方面都存在差别，但也形成了一些共同原则。例如，两大法系在宪法领域都确立了主权在民、三权分立、法律面前人人平等、民主、法治、私有财产神圣不可侵犯、政教分离等原则；在民法领域都确立了无限私有制、契约自由、过错责任等原则；在刑法领域都确立了罪刑法定、罪刑相适应、法不溯及既往、刑罚人道主义等原则；在诉讼法领域都确立了无罪推定、自由心证等原则。进入垄断资本主义时期，两大法系的法律又发生了如下变化：宪法方面，由于行政权力不断扩大和议会主权受到削弱，导致授权立法的盛行；民法方面，民事权利平等原则进一步扩大、无限私有制和契约自由原则受到一定限制、无过错责任原则开始出现；刑法方面发生了从重视客观犯罪结果到重视主观犯意、从偏重报应刑到偏重目的刑和教育刑的转变；诉讼法方面则通过发展和完善法律进一步确保了司法独立。<sup>②</sup>

伴随西方的扩张，西方国家法律与非西方国家法律在近代以后有了全面接触，但对于东方国家而言，这种“接触”无疑是一种屈辱，因为西方法律与非西方法律的全面接触不是一种双向的交

<sup>①</sup> 沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社1998年版，第173页、第199~207页。

<sup>②</sup> 由嵘、胡大展主编：《外国法制史》，北京大学出版社1989年版，第171~178页。

流，而是西方国家对非西方国家展开扩张的一种单向行为，非西方国家不得不面对法律的变革。日本不断向西方学习，最终按德国模式确立了本国的法律体系；伊斯兰世界也开始了法制变迁的历程，但备尝艰辛。

#### 四、现代法（1917年以后）

两次世界大战期间，德国和日本的法制都曾法西斯化，这是一种历史的倒退。第二次世界大战以后，西方国家的法律出现了趋于一致的趋势，欧洲共同体法的出现促进了西方两大法系的融合，西方国家的法律不断朝着民主、进步的方向发展，许多独立的、新的法律部门也在西方国家普遍出现。非西方国家的法律则由于民族独立国家的兴起而不断发展，逐渐形成既有时代特色，又有各自国家特色的法律制度。社会主义法系的出现与发展无疑是现代法制史中影响最重大、最深远的因素。<sup>①</sup> 20世纪80年代末，前苏联解体、东欧剧变后，社会主义国家在坚持社会主义基本方向的基础上，结合国情对本国法律进行了较大改革，使社会主义法律体系更具有了自己的特色。<sup>②</sup> 进入21世纪以后，法律全球化的浪潮不断席卷世界各国。

本书将在贯彻已故著名学者吴于廑关于“世界从分散走向一体”学术思想的同时，坚持人类学关于文化多元的理论，在写作过程中尽量少做简单化处理，尽量让史料本身说话，尽量介绍有关的理论研究状况，在此基础上再展开一定程度的讨论。具体讲，本书打算通过梳理西方法律的源起与流变以及非西方法律的兴衰历程，进一步反思外国法律史的研究方法、法律的概念、法学的研究

---

① 由嵘、胡大展主编：《外国法制史》，北京大学出版社1989年版，第283~289页。

② 何勤华主编：《外国法制史》（第四版），法律出版社2006年版，第11页。

对象、法治及法学教育等法学理论问题，以“世界从分散走向一体”、“文化多元与法律多元”的理论对外国法律史进行历史与逻辑相契合的研究，力求体现外国法律史的规律性与多样性。

## 目 录

引论：历史中的外国法律 .....	( 1 )
一、古代法（公元前 3000 年—公元 5 世纪） .....	( 2 )
二、中世纪（中古）法（公元 5—17 世纪） .....	( 3 )
三、近代法（1640—1917 年） .....	( 4 )
四、现代法（1917 年以后） .....	( 6 )
上篇：西方法律的源与流 .....	( 1 )
一、希腊法：西方法的摇篮 .....	( 1 )
（一）希腊法的历史 .....	( 1 )
（二）雅典宪法 .....	( 3 )
（三）法治学说与自然法思想 .....	( 6 )
二、罗马法：征服世界的法律 .....	( 11 )
（一）罗马法的历史 .....	( 11 )
（二）罗马法的分类 .....	( 17 )
（三）罗马私法的主要内容 .....	( 19 )
（四）罗马法的影响 .....	( 19 )
三、日耳曼法：西方法的重要基础 .....	( 20 )
（一）日耳曼法的历史 .....	( 20 )
（二）日耳曼法的特点 .....	( 26 )

(三) 日耳曼法对西欧法律的影响 .....	( 27 )
四、教会法：西方法的魂魄 .....	( 29 )
(一) 教会法的历史 .....	( 29 )
(二) 教会法的基本制度 .....	( 33 )
(三) 教会法的影响 .....	( 34 )
五、罗马法复兴：西方法的重生 .....	( 37 )
(一) 罗马法的局部保留 .....	( 37 )
(二) 罗马法复兴的历史进程 .....	( 38 )
(三) 罗马法复兴的意义 .....	( 42 )
六、城市法和商法：西方法的精灵 .....	( 45 )
(一) 城市法 .....	( 45 )
(二) 商法 .....	( 50 )
七、民法法系：历史最为悠久的西方法律传统 .....	( 53 )
(一) 法国法 .....	( 54 )
(二) 德国法 .....	( 70 )
八、普通法法系：西方法律传统的另一枝奇葩 .....	( 81 )
(一) 英国法 .....	( 82 )
(二) 美国法 .....	( 100 )
中篇：非西方法律的兴与衰 .....	( 120 )
一、楔形文字法：曾经的辉煌 .....	( 120 )
(一) 楔形文字法的历史 .....	( 120 )
(二) 《汉穆拉比法典》 .....	( 125 )
二、印度法：独具特色的法制文明 .....	( 130 )
(一) 印度法的历史 .....	( 130 )
(二) 《摩奴法典》 .....	( 136 )

三、伊斯兰法：从历史深处走来 .....	(142)
四、近代以来伊斯兰国家法制变迁历程 .....	(149)
(一) 外来影响：接受西方式的法律 .....	(150)
(二) 勇敢探索：迈向世俗化与时代化 .....	(157)
(三) 新时代的变化：伊斯兰法复兴 .....	(165)
五、透视近代以来伊斯兰国家法制变迁：社会与国家 .....	(173)
(一) 变迁特点：贯穿始终的旋律 .....	(173)
(二) 变迁原因探：以文化为视角 .....	(176)
六、日本法：传统与现代之间 .....	(181)
(一) 日本法的历史 .....	(181)
(二) 日本的主要法律部门 .....	(184)
七、樊篱与突围：非西方国家法制变迁联想 .....	(191)
(一) 怎样看待法律与富强的关系 .....	(193)
(二) 怎样看待西方法律与非西方法律的关系 .....	(194)
(三) 非西方国家的法制向何处去 .....	(196)
<b>下篇：外国法律史沉思录 .....</b>	<b>(201)</b>
一、外国法律史研究方法反思：从如何处理史料说开去 .....	(201)
(一) 《汉穆拉比法典》与两河流域的法制状况 .....	(201)
(二) 纸莎草资料体现的罗马法制度 .....	(204)
二、如何理解法律：其他学科的启发 .....	(207)
(一) “从身份到契约” .....	(207)
(二) 文化的结构与功能 .....	(208)
(三) 文化的传播 .....	(209)
(四) 分类理论 .....	(210)
(五) 法律是一种地方性知识 .....	(211)

三、如何理解法治：价值及发展模式 .....	(218)
四、如何理解法学：以法国习惯法学的演进为例 .....	(225)
(一) 法国习惯法学的形成与发展 .....	(225)
(二) 法国习惯法学的特点 .....	(228)
(三) 法国习惯法学历史作用评价 .....	(229)
(四) 法国习惯法学的当代启示 .....	(230)
五、如何理解法学教育：遵循规律 .....	(233)
六、如何理解法律史：法律全球化与多元法律文化 .....	(237)
参考文献 .....	(243)
后记 .....	(254)



## 上篇：西方法律的源与流

### 一、希腊法：西方法的摇篮

#### （一）希腊法的历史

在碧波万顷的爱琴海边，有一个历史悠久的国度——希腊。今天，希腊以其数量众多的历史遗迹和风光旖旎的海洋风貌吸引着世界各地的游客。但是，本书所讲的“希腊”，并不是一个国家的名称，只是一个地域范围的界定；此处的“希腊法”，也不是一个国家法律的概念，而是泛指存在于古代希腊世界所有法律的总称。何为“古代希腊世界”？这要从古希腊的历史讲起。

美国历史学家房龙将人类早期的文明中心依次分为埃及、巴比伦、希腊和罗马等4个。在他的笔下，希腊是接过埃及和两河流域的文明火炬并即将“照亮”欧洲的那个火炬手。<sup>①</sup>从人类早期的两河流域文明和埃及文明中吸取充足养分之后，希腊文明最终达到了一个新的高度，也成为“民主制度的摇篮”。<sup>②</sup>

希腊文明最早的发祥地是克里特岛。大约从公元前2000年开始，先在克里特、后在希腊半岛出现了希腊最早的文明，统称爱琴

<sup>①</sup> [美] 亨德里克·房龙：《人类的故事》，刘缘子等译，生活·读书·新知三联书店1988年版，第87页。后人的研究证实埃及文明的产生晚于两河流域文明的产生，本书从此说。[美] 斯塔夫里阿诺斯：《全球通史——1500年以前的世界》，吴象婴、梁赤民译，上海社会科学院出版社1999年版，第105页。

<sup>②</sup> 何勤华主编：《外国法制史》（第四版），法律出版社2006年版，第49页。