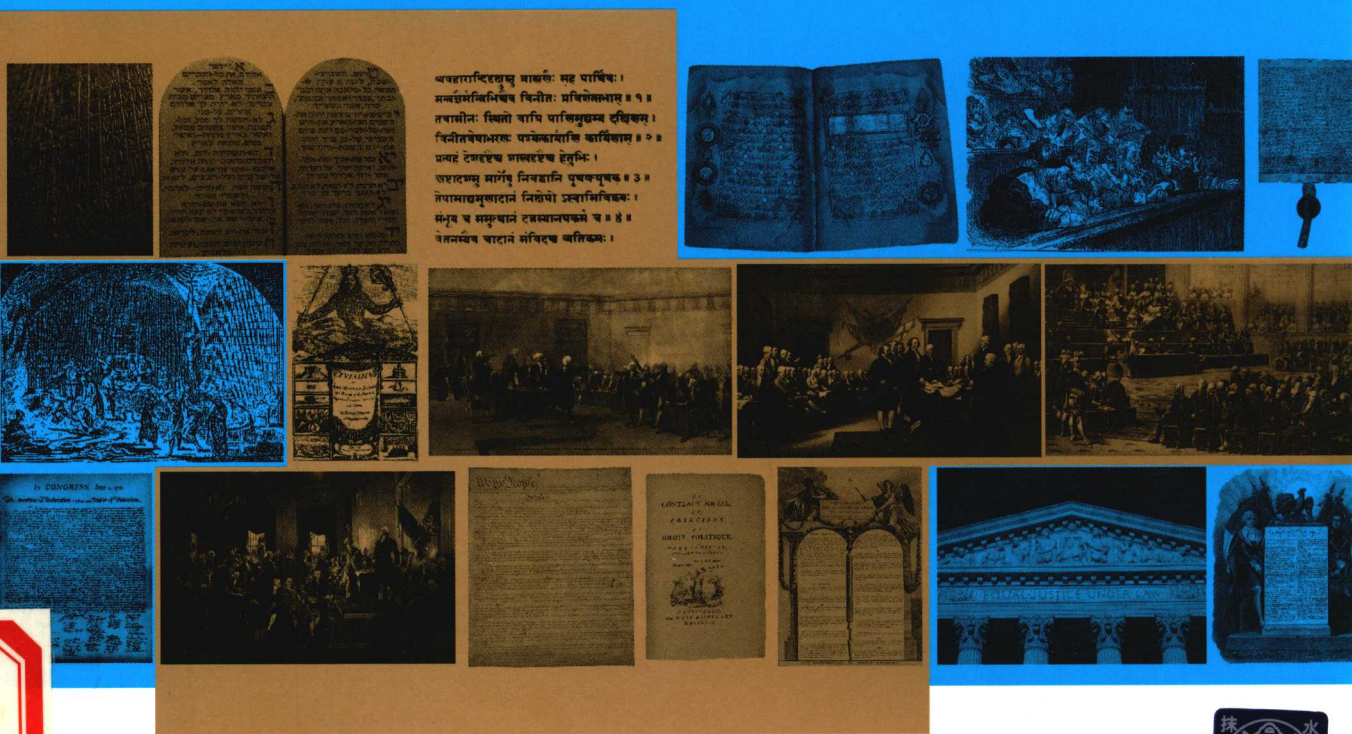


NEW HISTORY OF FOREIGN LEGAL SYSTEMS

新编外国法制史 / 上册

高鸿钧 李红海 主编

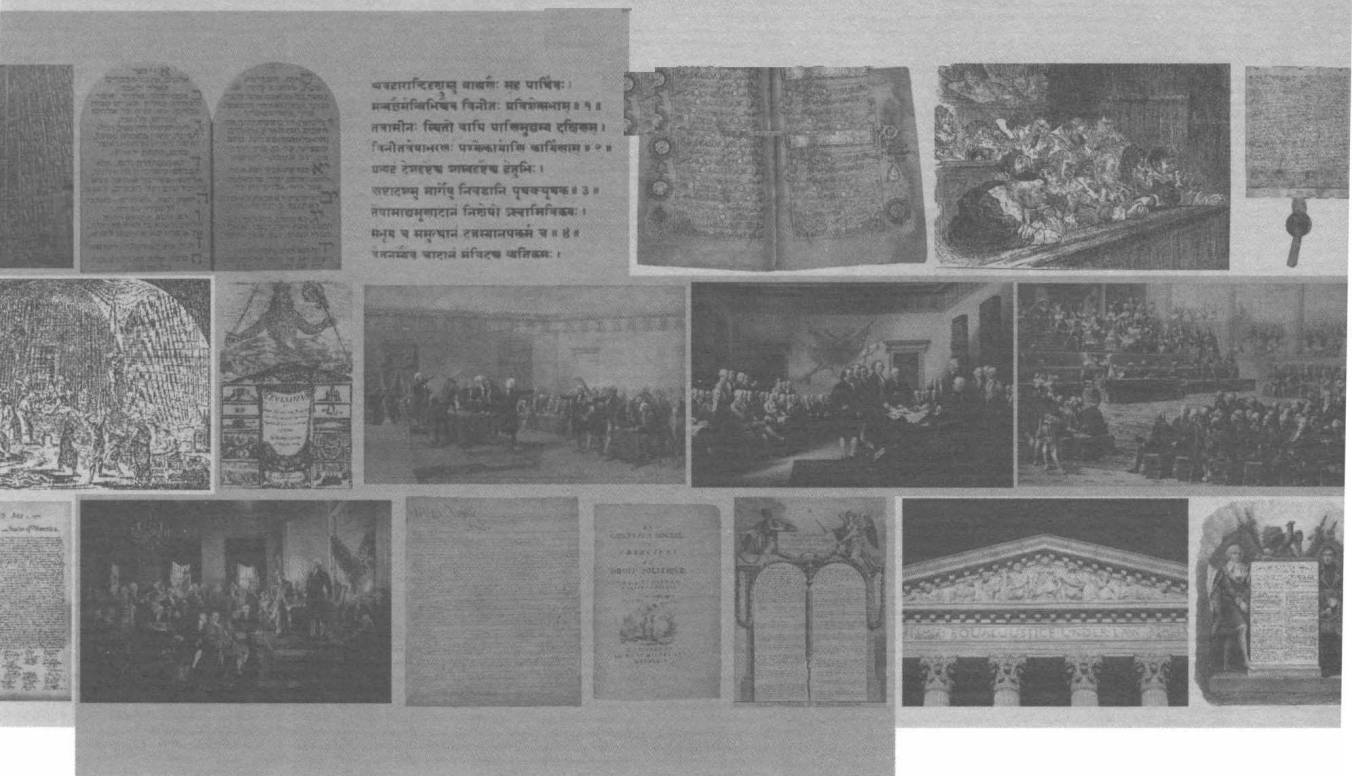


清华大学出版社

NEW HISTORY OF FOREIGN LEGAL SYSTEMS

新编外国法制史 / 上册

高鸿钧 李红海 主编



清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书为外国法律制度发展史方面的教材,时间从公元前 2000 年前的古代两河流域开始直至当代,穿越几千年;地域横跨亚非欧美数洲几十个国家,纵横数万里。内容涵盖古代两河流域、希伯来、印度、希腊和罗马的法律,中世纪的日耳曼法、教会法、封建法、庄园法、商人法以及后来的罗马法复兴;近代之后则按法系分类,欧陆包括法、德、俄、日等国法律的近代化,英美则包括英国和美国的各项主要法律制度;当代则主要讨论欧盟法的发展情况,最后还对伊斯兰法及非洲法也予以关照。

本书主要为高等院校法学院本科外法史教学之用,同时兼顾研究生和青年教师等;以法史学为主,兼顾部门法学(如宪法、民法和国际法等)。

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

新编外国法制史.上册/高鸿钧,李红海主编.--北京:清华大学出版社,2015

ISBN 978-7-302-37547-0

I. ①新… II. ①高… ②李… III. ①法制史—国外—高等学校—教材 IV. ①D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 174643 号

责任编辑:李文彬

封面设计:傅瑞学

责任校对:宋玉莲

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社总机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 刷 者:清华大学印刷厂

装 订 者:三河市新茂装订有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:185mm×260mm 印 张:33.25 插 页:2 字 数:642千字

版 次:2015年2月第1版

印 次:2015年2月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:66.00元

产品编号:044843-01

新编外国法制史 (上册)

主 编 高鸿钧 李红海

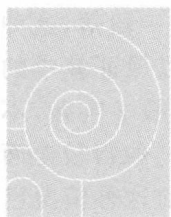
撰稿人(以姓氏笔画为序)

马剑银	王云霞	王志华	王洪亮	王献华
毕竞悦	吕亚萍	苏彦新	李红海	李 栋
李培峰	何志鹏	冷 霞	易延友	泮伟江
屈文生	赵立新	赵晓力	洪永红	耿 林
聂 鑫	徐霄飞	高仰光	高鸿钧	康 宁
章永乐	彭小瑜	鲁 楠	赖骏楠	薛 军

作者简介和分工

(以姓氏笔画为序)

- 马剑银 法学博士 北京师范大学法学院讲师 (第9章)
王云霞 法学博士 中国人民大学法学院教授 (第1章)
王志华 法学博士 中国政法大学比较法学研究院教授 (第20章)
王洪亮 法学博士 清华大学法学院教授 (第16章)
王献华 四川大学历史文化学院教授 (第3章)
毕竞悦 法律科学与管理交叉学科博士,神华研究院研究人员、工程师、经济师 (第29章)
吕亚萍 法学博士 中国人民公安大学讲师 (第30章)
苏彦新 法学博士 华东政法大学法学院教授 (第13章)
李红海 法学博士 北京大学研究员 (第5、21、23、31章)
李 栋 法学博士 中南财经政法大学法学院副教授 (第27章)
李培峰 法学博士 中南财经政法大学法学院副教授 (第26章)
何志鹏 法学博士 吉林大学法学院教授 (第33、34、35、36章)
冷 霞 法学博士 华东政法大学法学院副教授 (第22章)
易延友 法学博士 清华大学法学院教授 (第32章)
泮伟江 法学博士 北京航空航天大学法学院讲师 (第18章)
屈文生 法学博士 华东政法大学教授 (第24章)
赵立新 法学博士 河北师范大学法政学院副教授 (第19章)
赵晓力 法学博士 清华大学法学院副教授 (第28章)
洪永红 法学博士 湘潭大学法学院教授 (第42章)
耿 林 法学博士 清华大学法学院副教授 (第15章)
聂 鑫 法学博士 清华大学法学院副教授 (第25章)
徐霄飞 法学博士 中国人民公安大学讲师 (第17章)
高仰光 法学博士 中国人民大学法学院副教授 (第8章)
高鸿钧 清华大学法学院教授 (导论、第2、37、38、39、40、41章)
康 宁 北京大学法学院在读博士生 (第11章)
章永乐 政治学博士 北京大学法学院副教授 (第4章)
彭小瑜 北京大学历史学系教授 (第14章)
鲁 楠 法学博士 清华大学法学院讲师 (第12章)
赖骏楠 法学博士 上海交通大学凯原法学院讲师 (第10章)
薛 军 法学博士 北京大学法学院教授 (第6、7章)



序

教材是课程内容的载体,教学大纲的具体化,是学生课下阅读的主要文本。教材的好坏,往往决定教学水平的高低。因此,我国高校一贯重视教材编写,视之为学科建设的基础性工作。外国法制史也不例外,自20世纪70年代后期我国恢复高等教育以来,本学科教师在长期荒废、起点很低、资料缺乏、信息闭塞的艰难条件下,团结奋斗,发挥集体力量,先后编写出版了各类教材达十余种。这些教材同我国法制建设的进步、法学的发展相适应,满足了我国不同时期、不同类型法学教育的需要,较好地完成了其历史使命。但和我国其他人文社会科学一样,这些教材不同程度具有明显的历史局限性,例如,内容陈旧,法制史上的一些重点问题论述不够或留下空白,早期编的无论体系和内容都明显存在苏联教本的影响,等等。随着我国法学的迅速发展,这些缺点日益凸显出来。

进入21世纪后,在我国改革开放、现代化建设快速发展的背景下,层出不穷的实践需要极大地推动了法学向前发展,法学研究领域不断拓宽,逐渐和国际接轨。反映在法学教育中,就是教学内容大为充实,新的学科、新的课程不断推出,法学前沿均有所涉及。在这种情况下,外法史课的地位有所下降,多数院校已将其改为选修课程。

这种状况同发达国家法制史学科的发展趋势大体上是一致的。在这些国家,法制史作为一门在法学体系中占重要地位的学科,一般认为是在18—19世纪随着历史法学派的兴起而形成和发展起来的,到19世纪中后期和20世纪初达到繁盛阶段,第二次世界大战后,受重视的程度和影响力逐渐减弱。但这一学科仍然存在,并在新的起点上,采用新的理论和方法,构建新的体系,推出新的著作,使它不断有所发展。所以,我们应该理性地、客观地看待外法史学科地位下降的现实。

在我国法学大发展、外法史学科的地位却相对下降的趋势下,编写教材工作逐渐冷却下来,自本世纪初始,已很少有系统的外法史教材问世。专业课教师的注意力和研究课题的选择表现出明显的多样性,他们根据自己的条件和爱好,或对国别法制史和法制史上重要问题进行深入研究,或从法制史的视角,以及在学科关联性和相互渗透性的层面上对其他学科(包括理论法学和运用法学)展开讨论,涌现出了一批高水平的论文和专著,对新时期我国法学的发展和法制建设的进步作出了很大贡献。



从全国范围来看,外国法制史教材编写自本世纪初暂告一段落,这种情况也是符合教材本身的特点的。教材具有相对稳定性,以保证教学的稳定性和连贯性,但教材也应具有先进性,经过一段时间的教学实践,不断总结经验,吸收学科发展的新成果,进行修订、增补,若学科取得较全面的、重大的发展时,则需要重新编写了。就外法史来说,目前这种情况已经显现。高鸿均教授经过近三年的筹备和组织编写,推出这本《新编外国法制史》教材,是非常适时的。

一本教材质量的高低,决定于其内容是否体现了该学科当前达到的最高水平,以及在体系、结构、写作方法和文字表达上是否便于学生阅读理解,也便于教师讲授(有别于专著)。

为达到这一要求,本教材主编者采取了非常有力的创新措施。

首先,在选撰稿人方面不考虑地区、学校间的平衡和其他因素(传统上这些因素往往会起到不小的作用),唯一标准就是被选者应是该领域的专家,对该领域的研究在全国处于领先水平,发表过相关的论文或专著;对资历和职称不作硬性要求,他们当中就有几位是毕业不久的博士生。本教材可以说是精英团队智慧的结晶。而且,这一措施是很彻底、很精细的,做到了每一章都由最有研究的学者撰写,因而在撰稿人人数上未作限制,全书多达30人(传统上是有限制的,一般为5人至8人)。

这种措施的采用,也是我国法学发展阶段的一种折射。我国法学当前已从主攻广度、兼顾深度逐渐进到主攻深度、继续拓广大度的时期,分工越来越细,要把对教材每一章这样小范围内的课题最有研究的学者选出来,人数必定不会很少,为保证写出全国最高水平的教材,对参与人数自然不能作硬性规定。

这样做的后果,全书统稿就成了极其费力耗时的艰辛工作,鸿钧教授的学术水平、学术勇气、创新精神,以及在科研团队的组织协调方面的卓越才能,笔者深表钦佩!

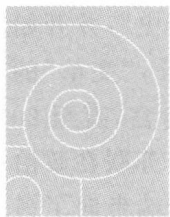
本教材编写采取的另一有力的创新措施,是设计编排了一个全新的体系。

外法史和其他涉及世界性、多国性的史学学科一样,在体系结构上有一个时间和空间的关系问题,也就是所谓的条块问题。对此,我国外法史学界见仁见智,进行了各种尝试,但总有顾此失彼之感,不太理想。本教材在古代法单列一篇,中世纪以后在按法系列篇的框架基础上,参考大百科全书的体例,把每一时期的核心内容列为一章,所有论述(包括材料取舍),都围绕这一主题展开,做到重点突出,使学生易于掌握,教师也有更多的发挥空间。这是本教材最大的创新。

本书完稿之时,高、李两位主编要我写序。作为外法史战线上的一名老兵,我提不出太多的推辞理由,遂欣然领命,拉拉杂杂,写下以上几段文字,希望对读者了解本书有所帮助!

由 嵘

2013年9月于北大畅春园寓所



前言

从历史的角度研究法律自古即有，因为从一种诡辩的意义上说，任何对当下法律的研究都不可能脱离对其过去的追溯。于是，优士丁尼进行法典编纂时回溯到了古典的罗马法；而中世纪罗马法复兴过程中的人文主义法学派，也更注重古罗马当时的史料，并力求“回到罗马法的原文”去……但从历史角度研究法律蔚然成风，则可能要晚至 19 世纪历史法学兴起之后，浪漫主义的兴起使得这个世纪几乎成为了一个史学的世纪，欧洲出现了一大批知名的法律史学家，萨维尼、耶林、斯塔布斯、梅因、梅特兰……群星闪耀，灿若星河。可以说，历史法学的出现在一定程度上改变了法学的基本研究方法，使得人们对法律的关注不再简单地停留在规则和技术层面，不再只进行简单的逻辑推演，或者只看它是否与某种抽象的道德或自然原则相符合，而是更注重法律发展的连续性并从其所处的社会背景中拣选最重要的因素予以考察，并由此探讨法律发展的一般规律。

在这样的思路和方法论背景下，19 世纪西方出现了很多法律史方面的经典著作。比如，萨维尼对中世纪罗马法的研究，斯塔布斯对英国宪政史的研究，梅因对古代法的研究，梅特兰对英国法律史的研究，等等。也开始或有了更多的法律史之类的课程，如梅特兰当年在剑桥就曾开设过《英格兰宪政史》的课程，其讲义还在身后被人出版并在一定意义上被奉为经典。但需要指出的是，就笔者所见，在英美法学院的课堂上好像从未出现过类似于我们当下这样的“外国法制史”的课程——也许在法德等欧陆法国家的法学院也从未出现过。个中原因，无论是西方人出于西方中心主义的自大而觉得其他地方的法律史无须关注，还是认为泛泛而谈世界法律史毫无意义，对我们来说这都是一个非常值得注意的现象。

据说，我们今天的“外国法制史”课程来自苏联。当时被称为“外国国家与法权通史”，内容涉及世界各主要国家和地区的法律的历史。至于苏联为什么会有这样的课程，同样是一个非常值得思考的问题；但不管怎样，在那个特殊的年代，我们全盘接受了那一套课程体系。那外国法制史究竟是怎样的一门课呢？它在我们的法学教育中经历了怎样的过程，有何意义，又存在哪些问题呢？下面我将作简单的梳理。

1949 年之后，如同其他领域一样，中国大陆的法学教育也全面采纳



了苏联的模式。“外国国家与法权通史”被更名为“外国法制史”,并开始产生了最早的一批外国法制史学者和教师。^①可惜好景不长,“文革”的十年浩劫将包括外国法制史学在内的几乎整个法学打入了冷宫,直至20世纪70年代末开始的改革开放。不过,20世纪50年代末与苏联在政治上的决裂,一定意义上使得改革开放后的法学教育从一个极端走向了另一个极端:从全面学习到全面抛弃。但已然形成的教学体系和模式却不像想象的那么容易被抛弃——很多东西一旦接受就产生了相应的路径依赖!于是在法学教育恢复之后直至今日,我们依然还有“外国法制史”这门课,还在编写和使用这类教材。

从全面学习到放弃苏联并转向欧美,可以想象,当20世纪70年代末80年代初法学刚刚恢复之时,中国大陆的法学对于外国尤其是西方法学知识的渴求会达到何种地步!而外国法制史又能在一定程度上提供这种知识,因此在整个80年代,外国法制史学曾经盛极一时,不仅产生了很多后来颇为知名的学者,而且产出了许多重要的专著和译著,外法史研究会(即今天的“全国外国法制史研究会”)也较早地形成了自己独立的行业性社团,外法史学者甚至成为了法学新思潮的引领者……

外法史专业的这种红火至少持续到了20世纪90年代中期,而这之后则每况愈下,直至今天。具体表现在:外法史课程从必修变成了选修,课时数不断被压缩,有的法学院甚至不再为本科生开设本课程;从事外法史教学和科研的教师也相对减少,很多法学院的外法史教学都由其他专业老师代讲,因此在人事编制上对此的需求也大大降低;报考外法史专业的研究生人数也很不景气,很多实际上是报考其他热门专业失败后被调剂过来的,因此也很难说对这个专业有多少兴趣;外法史专业的科研项目申请困难,看看每年的国家社科基金项目,倒不是说完全没有,而是说较之于其他专业实在少得可怜而几乎可以忽略不计;外法史专业的学术论文发表困难……总之,与20世纪90年代中期以前相比,外法史在整个法学专业中的影响力和地位都几乎沦落到了最末!

从川流不息到门前冷落,从天鹅到丑小鸭,那么,在过去的近20年中,外法史为什么会经历如此大的变化呢?我个人认为这与外法史专业本身存在的问题和整个社会的发展密切相关。如前所述,在20世纪80年代初法学恢复之初,法学界亟须关于西方法律的基本知识,而外法史则恰好可以在这些方面提供帮助,因此它在那个时代多少起到了思想启蒙的作用。但随着法学专业的不断发展,这些关于西方法律的基本知识逐渐普及,法学界不再满足于一知半解而要求对外域法律有更多更深入的了解,而外法史在过去的20多年里却始终踟躇不前,并未将对外国法律

^① 关于外法史学科发展的历史,请参看全国外国法制史研究会编:《孤寂的辉煌》,北京,商务印书馆,2012;中国人民大学法学院法制史教研室、中国人民大学法律文化研究中心编:《林榕年教授与新中国外国法制史学科60年》,北京,旅游教育出版社,2012。



的研究推向深入,因而无法为法学界提供新的营养从而证明自己的实力和正当性,其衰落也就是情理之中的事了。这一点可以从过去外法史教材的体例和内容得到证实。

一门教材水平的高低,离不开体例和内容两个方面,外法史教材也不例外。就体例而言,如果要将世界各地法律发展的历史尽收囊中,那可能有两个选择:或者以时间为轴,或者以国别地区为轴,或者二者结合。应该说,过去的外法史教材基本上是二者结合为主。比如,总体上以时间来划分为古代史、中世纪、近现代几大部分,然后又在每个时间段下选择最有代表性的国家和地区进行阐述。^①如古代一般都会谈到古埃及、希伯来、两河流域、印度、希腊和罗马;中世纪又会包括西欧总体(比如讨论日耳曼法、教会法和罗马法复兴)和具体的法兰克、德意志和英格兰,东欧的拜占庭,俄罗斯法,中东的伊斯兰法和远东的日本法等;近现代则会以法系为线索予以展开,欧陆以德国、法国法律的法典化及具体制度为内容,英美则以英国和美国为代表,有的还兼顾伊斯兰法和以苏联为代表的社会主义法系以及非洲法;当代则主要涉及欧盟法。

在有限的页码和课时范围内要兼顾如此庞杂的内容,你可以想象本科生究竟能得到多少?效果又如何?实际上,如何在有限的空间范围内展示上述庞杂的内容,是外法史教材所必须解决的问题。我个人认为,外法史教材在体例方面有重大突破的可能性不大,而只能在内容方面做文章。为此我总结了三条思路。第一条是由嵘教授所倡议的,编写多卷本的外法史教材,每个时期或国家都自成一卷。我觉得这个应该是整个外法史学界努力的方向,其成果也必定是未来外法史学的集大成,但显然它需要以对各个国家和各个时期法律史的深入研究为基础。不过对本科生而言,这可能又显得过于厚重而缺乏可操作性,当然其作为拓展性阅读的参考资料是必要的。第二条思路就是像国外法学院那样,只关注重要的主题,如罗马法、欧盟法、英国法等,而不关心其他,或者将那些其他留给少数有兴趣的学者去研究。这条思路有所为有所不为,但对本科生来说却是相当实用的,我个人其实非常倾向于这条道路。第三条是尊重现有的格局,体例上不作大的变动,但在内容上予以深度提炼,将每个主题、每段时期最重要的问题揭示出来,并以之为基础,以点带面,让学生通过重点问题来把握每一个主题。

第三条思路实际上是前两条较为“理想”的道路和当下现实之间的一个妥协,而本教材就是这一思路的实践。但实际上,无论是哪条思路,都必须以对内容的深入研究为前提。承接上文外法史困境的话题,这可能

^① 这方面可以由嵘教授主编的教材为代表,其无论在体例的完整和合理性方面,还是内容的丰富程度方面,无论是作者队伍还是再版重印的次数,在过去的20年中都堪称外法史教材中的佼佼者。由嵘主编:《外国法制史》(21世纪法学系列教材),北京,北京大学出版社,1993年12月第1版,2003年第2版,2007年8月第3版,印刷次数不详。可以说,在外法史教学和教材的编写方面,由嵘教授在过去的20多年中贡献卓著!

也是外法史学科走出这种当下困境的唯一办法,即每个外法史学者都必须将自己的研究推向深入。我认为,任何研究都必然以探寻自然或社会发展的基本规律然后再将这些规律用于现实为指向,而与你所关注的是部门法或法律史关系不大。较之于部门法更为关注当下的法律和现实,法律史无非是用过去的材料来探寻法律发展的一般规律而已,其手段方法可能会与前者有所不同,但最终目的还是一样的。因此,外法史研究自不必妄自菲薄,而要意识到自身的价值和优势所在。从这个意义上说,一项研究的终极价值不在你所处的领域,而在于你能否提出有价值的问题并展开扎实的研究。基于此,我觉得外法史研究可以从以下三方面予以深入展开:一是注重对国别史的研究,尤其是那些主流或影响力大的国家的法律史,如德国、法国、英国、美国、日本、俄罗斯等;二是加大对专题史的研究,如罗马法史、中世纪法律史、西欧近代法律史、美国宪法史、日本法律近代化、商法是如何融入英国普通法的等;三是可以注重对断代史的研究,如第二部分中提到的中世纪法律史、西欧近代法律史等。

实际上以上三条道路都是为了使外法史研究具体化、专门化和深入化,让研究者成为某一领域真正的专家,从而不仅在知识上可以贡献于法学界,而且可以从所研究问题的价值、意义及其结论的合理性上为法学界树立榜样。值得欣喜的是,这些年法学界(包括外法史学界)已经有很多年轻学者实际上就是在朝着这个方向努力,他们已经成为了某些领域内的专家,如薛军对罗马法的研究,赵晓力对美国宪法的研究,屈文生对普通法令状制度的研究,冷霞对英国衡平法的研究,等等。

也正是因为已经有了这样的基础,本教材才本着前述提到的思路,邀请了国内外国法研究方面的专家,依其多年的研究,在一个适当的篇幅内来阐述相关的主题。事实上,除前面几位外,本教材还邀请了彭小瑜教授撰写教会法,苏彦新撰写中世纪西欧罗马法的复兴,王献华撰写希伯来法,章永乐撰写希腊法,何志鹏撰写欧盟法,王志华撰写俄罗斯法,赵立新撰写日本法,洪永红撰写非洲法,我本人则撰写了英国法的几个章节,这些在国内外法史教材的编写中可能还都是第一次。而作为主编的高鸿钧老师为了撰写印度法一章,专门花了很长时间阅读了大量的英文文献,本章在迄今为止的外法史教材中也是独一无二的。此外我们还邀请了一些部门法的学者来编写相关的章节,如王洪亮撰写德国民法典,徐霄飞撰写法国宪政,耿林撰写法国民法典,易延友撰写对抗制等。这样的编写团队保证了本教材所涉众多主题的专业性和深度,相信应该是对国内外法史教学的一个重要推动。当然,我们也清楚,目前国内对国别史、断代史和专题史的研究仍然存在很多不足——实际上可能只是一个起步,但我们已经看到了希望,因为如前所述已经有了一些学者在朝着这些方向努力,而且取得了一些成绩。相信未来我们会拥有一批希伯来法、两河流域法、希腊法、印度法、罗马法、中世纪法、英国法、德国法、法国法、美国法、日本法、俄罗斯法等等的专家,到那时外法史的教学和研究将进入一个新的时



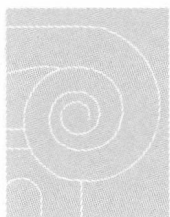
期:或许如由嵘教授所期望的那样,我们就可以编写多卷本、专题性的外法史教材了。

而在体例方面,我们也作出了新的尝试。在延续既有的古代法一编(包括两河流域的楔形文字法、古希伯来法、古印度法和古希腊、罗马的法律)后,我们将欧洲中世纪作为单独的一编,重点突出了日耳曼法、教会法和罗马法复兴三大主题,同时兼顾了此时法律多元化的特点,对封建法、城市法、商人法等也作出了描述。其后则分别以欧陆法、英美法和伊斯兰法三编继之,目的是为了对当今世界影响最大的三种法律体系的来龙去脉作出交代。第六编为欧盟法,意在将近半个多世纪以来欧洲的一体化及其在法律上的变迁作出回应。最后,在世界法律史上,俄罗斯、日本也是无法回避的重要主题;另外,近年来随着中非关系的加强,非洲法也成为了新的关注点。这三者在历史上曾借鉴吸收过多种外来法律文明,无论是横向还是纵向地看,已很难说是典型的大陆法或英美法制度,而往往是多种因素的混合体,因此将此三者纳入了最后一编,以求展示法律发展的多样性和复杂性。

关于本教材还需要特别说明的是,由于特殊的师承关系,本教材意在延续由嵘教授所开创的外法史教材的编写传统和谱系,并希望能够在未来将这项事业传承下去。为此,我们并不故步自封,夜郎自大,而是希望面对全国师生和研究者的批评和意见,并热忱欢迎国内外优秀的外国法研究者(包括其他领域的学者)的加入,相信深入的专业研究和开放的精神必定会使外法史的学术薪火越烧越旺,使良好的学术传统得以延续!

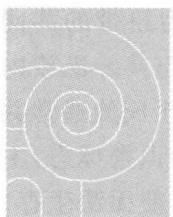
最后,我代表高鸿钧老师向所有的编写者表示衷心感谢,正是你们的参与才保证了本教材的与众不同;同时特别感谢彭小瑜和王献华两位史学界教授的热情参与,他们的专业水准和敬业精神令人钦佩!我们还要感谢清华大学出版社的李文彬编辑,她在本教材的策划和出版过程中起到了关键作用,可以说没有她的工作也就不会有这本教材的出版。

李红海



目 录 法律成长的精神向度

导论 法律成长的精神向度·····	1
第一章 汉谟拉比法典·····	23
第二章 《摩奴法论》与古印度法·····	35
第三章 摩西五经和古代希伯来法·····	68
第四章 古希腊法·····	83
第五章 罗马法的渊源·····	113
第六章 罗马私法·····	132
第七章 罗马公法·····	171
第八章 日耳曼法·····	204
第九章 封建法·····	223
第十章 庄园法·····	250
第十一章 城市法·····	260
第十二章 中世纪商人法·····	281
第十三章 罗马法的复兴·····	298
第十四章 教会法·····	331
第十五章 法国民法典·····	357
第十六章 德国民法典·····	395
第十七章 法国宪法与宪制·····	422
第十八章 德国宪法与宪政·····	447
第十九章 日本法·····	465
第二十章 俄罗斯法·····	487
后记·····	516



导论 法律成长的精神向度

顾名思义，“外国法制史”的范围极广，加上本国法制史，就等于世界法制史。然而，历史上各个族群、民族或国家的法制史千姿百态，千差万别，很难进行整体上的系统描述。因此，大多法制史学者所从事的都是族群、民族或国别法制史研究。

但是，有些学者不满足于此，便尝试进行跨国法制史的比较研究，法国孟德斯鸠和英国梅因的著作，^①便是成功的例证。后来，特别是20世纪的重要比较法著作，在跨国法乃至世界主要法系的比较研究领域，取得了重大进展。

展示各国法律多样性和复杂性，从而增进人们对不同法律理念和制度的理解和包容，是外国法制史的应有之义。但外国法制史和比较法的更高追求也许是，透过不同法律规则和制度的描述和分析，探究法律与社会、自然环境之间的关系，揭示不同法律体制及其社会的内在气质和基本精神，提炼不同法律体制演进和发展的某些共性。在这方面，孟氏和梅氏都做出了开创性贡献。但严格讲，孟氏著作偏重法律社会学研究，而不是旨在系统描述和阐释不同国家的法制史。梅氏著作虽是比较法制史之作，但其所涉及的范围主要限于古希腊、古罗马、英国和印度法制史。

本篇导论尝试从法律成长的精神向度，考察法律演进的总体趋势。笔者认为：世界法律的演进和发展过程，呈现出以下基本特征：从族群之法到世界之法，从神灵之法到人世之法，从情感之法到理性之法，以及从特权之法到平权之法。以下分述之。

一、从族群之法到世界之法

狩猎社会是氏族社会的较早阶段。当时，人类为适应迁移不定的游

^① 参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，北京，商务印书馆，1982；[英]梅因：《古代法》，沈景一译，北京，商务印书馆，1984。



牧生活方式,队群的人数通常都很少。^①这种以血缘关系为纽带的共同体,内聚力极强,成员群聚而居,群猎而食,唇齿相依,荣辱与共。氏族内部高度一体化,人际几无群己之别,财货多无公私之分。一个氏族通常共享一个姓氏,一种图腾,作为认同的符号。成员个体之间的识别标志,主要是血缘远近、年龄大小以及体貌特征。一个人离群索居,便无法生存。故将某人放逐族外,便是当时最严厉的惩罚。

队群规模不断扩大,形成了族群。族群之间很少接触,自然形成了美化本族和排斥外族的心理习性。例如,美洲的印第安人自称是精选的民族,犹太人自称“上帝的选民”,各民族的早期神话和史诗中,常常都流露出这种独尊自大的心理。

这种独尊自大的心理有助于增进族群的团结与内聚,增强抗御恶劣环境的信心与勇气,增加对外族的防范与竞争能力。但这也产生了负面效应,各个族群在美化自己的同时,形成了“非我族类,其心必异”的排外倾向。在氏族社会初民的眼里,一切与自己行为举止不同的外族,都是不可思议的“异类”,或者根本就不属于人类。族群之间对有限生活资源的竞争加剧了这种排外情感。于是,初民多都对外族人极尽嘲讽、贬低和丑化之能事,甚至将其妖魔化。当时,一次屠杀外族的战争,无异于一次狩猎活动。^②因为对于初民们来说,这种活动有助于培养勇武精神,消灭竞争对手,夺取现成的生活资源。胜者可尽情享受败者的财物,尽兴品尝败者躯体的美味佳肴。^③即便在改变了食人习惯之后,胜利者也可物尽其用,将战俘用作奴隶,任其使役。遇有外族人闯入本族领地,通常是格杀勿论。如果不同族群之间能够和平共处,则属例外。

氏族社会的族群内部,并不存在现代意义上的正式法律。秩序的维系主要诉诸伦理习俗。这些习俗包含着人们的情感与理性,融汇着人们的经验与教训,承载着人们的价值信念与行为模式,并因口耳相传、世代相袭而得以延续。习俗包含着人们行为的基本行为规则,指示哪些行为被鼓励,哪些行为被抑制,哪些行为被允许,哪些行为被禁止。人们对这些作为习俗的规则心照不宣、心知肚明、心领神会。伤风败俗的违禁者,要受到习俗的惩罚。

从功能上看,这些习俗便是族群内部的习惯法。它们与特定族群的

^① 例如,南美洲印第安人中的富伊加人(Fuegians)很少有超过12人以上的团体;通古斯人(Tungus)很少有10个帐篷连在一起的;澳洲的原始游牧民族人数通常不多于60人。参见W. Durant, *The Story of Civilization*, I, New York: Simon and Schuster, 1954, p. 21.

^② 例如,在氏族时代的贝都因人劫掠成风,后来的诗人对这种风气进行了描述:“我们以劫掠为职业,劫掠我们的敌人和邻居。倘若无人可供我们劫掠,我们就劫掠自己的兄弟。”转引自[美]希提:《阿拉伯通史》,上册,马坚译,28页,北京,商务印书馆,1990。“劫掠自己的兄弟”似是夸张之语,如果族群内部盛行互相劫掠,则会导致生活失序,族群解体。

^③ 据考证,几乎所有氏族社会的族群都有过食人的习惯和嗜好,诸如爱尔兰人,古代西班牙的伊比利亚人(Iberia)、皮克特人(Picts)以及11世纪的丹麦人都有食人的习惯。在这些部落中,人肉是大宗的交易品,人们不知何为葬礼。参见W. Durant, *The Story of Civilization*, I, New York: Simon and Schuster, 1954, p. 10。据考证,中国上古时期也经历过食人的阶段,参见蔡枢衡:《中国刑法史》,27~28页,桂林,广西人民出版社,1983。



生活方式融为一体,坚不可摧,牢不可破。如果说血缘关系是族群存续的自然基础,那么习俗则是族群维系的伦理纽带。族群将这些习俗奉为本族的“专利”,仅仅适用于族群内部成员。在他们看来,外族人不配适用这套“正确”或“先进”的习俗。在古希腊,除非订有互惠条约,否则法律不用于外国人;在古罗马,早期的市民法也拒绝适用于外邦人;在古印度,雅利安人的宗教和社会待遇,不适用于其他种族。总之,在氏族社会,族群之法是一种封闭之法和排外之法。

人类社会在后来的发展中,族群之法的壁垒逐渐被打破,排外倾向也有所减弱。这主要表现在以下几个方面。

第一,国家破除了族群法律藩篱。伴随生产工具的改进、种植作物技术和驯化动物能力的增强,人类由狩猎社会进入了农业社会。定居的生活方式和劳动生产力的大幅度提高,使得族群的财富和人口数量空前增加,族群的规模迅速扩大。在氏族内部,成员开始分化,个体意识趋于强化,阶级冲突不断激化,血缘关系逐渐弱化。财产私有制的产生和氏族内部关系的复杂化,致使原有的氏族管理体制日渐失灵,简单的族群习惯法日益失效,由此氏族社会走向解体。于是,国家应运而生。

国家作为更大的“组织容器”,把不同的氏族、部落容纳其中。统一领土的地域疆界,取代了氏族社会的血缘“疆界”;超越族群的国家意识,取代了狭隘的族群意识;国家专门机构制定或实施的官僚法,取代了族群的习惯法;全国通行的属地法,取代了仅仅约束族人的属人法。我们看到,在古希腊的雅典,先是梭伦以财产多寡划分公民等级,破坏了氏族血缘关系的壁垒。其后,克里斯提尼则彻底取消了4个部落,代之以10个选区,摧毁了氏族组织及其排外的习惯法,将所有氏族成员都置于雅典城邦国家的统一法律之下。在古罗马,“王政”时期仍然是氏族社会,但氏族组织已经逐渐开始联合,当时有300个氏族,每10个氏族组成胞族,10个胞族组成1个部落,共形成了3个部落。针对氏族内部的财产私人化和由此带来的经济分化,第六王图里乌斯(Tullius,约公元前578—前535年在位)进行了重要改革:根据财产状况将人们划分为5个等级,并将原来按照血缘关系形成的3个部落,按照地域划分为4个部落,由此打乱了原来部落的血缘界限。古罗马进入共和时期之后,各个氏族、部落都服从统一的国家权力,而原来各个氏族、部落的法律也让位于统一的市民法(ius civile)。万民法(ius gentium)的出现,使罗马法进一步适用于境内的外国人。在阿拉伯半岛,伊斯兰教国家产生前,各氏族、部落都奉行自己的习惯法。穆罕默德通过他的宗教事业,用一神教取代了多种偶像崇拜,用新生的伊斯兰国家取代了分散各个部落,并用以国家权威保障的伊斯兰法取代了各个部落的习惯法,由此实现了国家之法对族群之法的超越。

当然,国家产生之后,并没有彻底消除族群之法,因为国家之法在某种程度上容忍并吸收了某些族群之法。但是,国家的产生,在人类社会的



演进中毕竟是一种重大转变,法律适用的范围空前扩大。

第二,文化传播推动了法律移植。在人类社会早期,各个族群之间处于封闭状态,鲜有文化交流的机会。族群偶有接触,对异己文化如果不加排斥,也不过敬而远之而已。伴随文明的演进,各族群之间的接触和交流日益增进。由此,族群对异己文化由惊异和排斥,转向了容忍和理解,并进而借鉴和移植异族文化。这种文化的借鉴和移植,也带动了不同族群之间法律的借鉴和移植。

翻开历史,我们仅以世界几个主要文明为例,就会发现文化互动如何影响了族群、民族和国家法律的传播。古希腊是历史上的主要文明之一,当时存在众多城邦国家。它们相对独立,形成了不同的政体和法律。不过,由于地域的便利和特殊的结盟关系,使得各城邦国家在文化上有着广泛的接触和交流。这促进了各城邦国家之间法律的借鉴,其中雅典在其强盛时,法律对其他城邦的影响尤其广泛,以致雅典法律是否便于被希腊其他城邦国家所采用,竟成为判断雅典法律本身是否适当的标准。^①古罗马创造了古希腊所无法比拟的物质成就,但是,在文化方面却从古希腊那里汲取了丰富的营养。例如,自然法思想就取源于古希腊,而万民法则受到自然法思想的启发。中世纪后期,古罗马文化的复兴,推动了罗马法在欧洲各国的广泛传播和继受,进而为现代欧陆各国大规模地继受罗马法,奠定了重要基础。印度文化在亚洲各国的广泛传播,推进了这些地区许多国家不同程度地接受了印度法。伊斯兰文化在西亚和非洲的传播,使这些地区的许多国家都接受了伊斯兰法。同样,中国文化在东亚的传播,带动了东亚诸国大规模地移植了中国法。^②实际上,在古代,印度法系、中华法系和欧陆法系的形成,主要得益于文化的传播。

第三,宗教扩张推进了法律统合。在人类社会早期,宗教往往以氏族为单位,每一族群都各有其宗教。通过宗教崇拜,特定族群形成共有的精神权威、共享的价值信念和共同的超验体认。如果说血缘是氏族和部落得以维系的自然基础,那么在人类生活的早期阶段,宗教则是人们的精神食粮:在苦难的生命历程中获得超越的精神慰藉,在多变的现世生活中寄望神灵的佑护。宗教,宛如一盏心灵的烛光,伴随人类渡过了早期的漫漫长夜;如同人们精神的方舟,协助人类渡过了波涛汹涌的汪洋。当神话世界观转向宗教世界观,当多神教崇拜转向一神教崇拜,标志着人类试图摆脱氏族或部落的狭隘意识。

世界几个主要宗教都以共同信仰为纽带,主张信仰者不分种族、血统,只要信仰虔诚,都是“上帝的子民”,都可以得到救赎。这就突破了氏族社会的血缘关系,而且超越了国家的界限,将所有信徒都置于共同神灵和教义之下。所有宗教都有其作为教规的法律,一些影响较大的宗教还

① W. Durant, *The Story of Civilization*, II, New York: Simon and Schuster, 1966, p. 262.

② 详见杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,北京,中国政法大学出版社,1999。