

印度殖民时期的法律变革

陈西西*

目次

- 一、司法管辖权的设立与统合
- 二、司法过程中的法律移植
- 三、立法过程中的法律移植
- 四、法律职业群体与法律教育的发展
- 五、总结与反思 “传统—现代观”与“多元文化观”

摘要 英国殖民统治时期，印度法受到来自英国的法律概念、制度与观念的挑战。英国统治者除了在印度建立起层级化的司法体系、程序主义和遵循先例的司法制度外，还在司法过程中，通过翻译印度古代法律文本、整合地方习惯法、引入衡平原则等方式改造与扩充印度法；在立法过程中，通过东印度公司制定规章和通过法律委员会开展法典化运动等方式推动法律发展。与此同时，印度现代法律职业群体得以形成，法学教育得以发展。这个过程中，印度法律制度与法律文化经历了从传统到现代的转型，但这种“传统—现代观”叙事受到“多元文化观”叙事的挑战。这两种叙事各有利弊，我们需要兼采二者之所长，认识并避免二者之所短。

关键词 印度法 英国法 法律移植 法律变革

印度法律传统历史悠久，影响广泛，是当今世界重要的法律文明之一。然而，自近代以来，印度法律传统受到西方的挑战。葡萄牙、法国等欧洲国家都曾殖民印度，但唯有英国在殖民争霸中胜出，并长期向印度输入英国法律制度与文化，在很大程度上改变了印度法律传统，最终形成了独具特色的英—印法（Anglo-Indian Law）^{（1）}，对现今印度法的规则体系、制度原则、内在

* 四川大学南亚研究所《南亚研究季刊》编辑，法学博士。

本文得到了以下项目的资助：教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“印度法系及其与中华法系的比较研究”（14JJD820018）；北京宸星教育基金会项目“印度法和伊斯兰法研究”（2019-03-003）。

（1）亦译为盎格鲁—印度法。另有“Anglo-Hindu Law”一词，其与“Anglo-Indian Law”的区别在于，前者指英国法与印度教徒之法律传统的混合体，重在属人性；后者指英国法与印度法律传统（包括印度教徒与穆斯林、锡克教徒、犹太教徒等全体印度人的法律传统）的混合体，重在属地性。本文并非局限于英国法对印度教徒之法律传统的影响，因此取“Anglo-Indian Law”一词。



机制与外在形态产生了重要影响。

事实上,伴随着英国的殖民扩张,英国法传入北美、澳洲、非洲和亚洲的许多国家和地区,表现出强大生命力。我们或许可以认为,在美国、加拿大和澳大利亚等国家,英国法并未遭受来自土著文化的强烈抵抗,因而英国法可以在那些国家落地生根、枝繁叶茂。但在面对印度高度发达的文明时,英国法为何依然能够影响印度法律传统?⁽²⁾传统印度法经历了怎样的变革?本文将从英印时期司法管辖权的设立与统合、司法过程中的法律移植、立法过程中的法律体系化发展以及法律职业群体与法律教育的发展等方面,试图回答上述问题。

一、司法管辖权的设立与统合

(一) 传统印度社会中司法管辖权的分散化

传统印度社会中权力的分享者呈现多样化与分散化特征。在18世纪初期的南亚次大陆,奥朗则布治下的莫卧儿王朝势力从北部克什米尔延伸到南部德干高原,是穆斯林建立的横跨辽阔土地的帝国。皇帝之下是势力范围甚广的莫卧儿贵族。随着帝国衰落,他们的命运面临挑战。帝国的都城德里之外是地方上包括印度教徒和穆斯林在内的包税人阶层,他们与帝国统治者关系紧密。在乡村中,村社作为传统印度的基本社会组织形态,在历史动荡时期总是能保存较为稳定的权力结构。在城市里,印度本土商人集团不仅活跃在农产品、工艺品贸易与资本市场中,而且在政治领域也逐渐扮演更加重要的角色。就个人而言,家户关系、宗教信仰及其种姓等级构成了一个人社会关系的主要内容。从这一自上而下的权力结构来看,这一时期莫卧儿皇帝、土邦王公、农村权贵、宗教团体、新兴商人以及后来的欧洲殖民者等个人和团体,分别在不同的社会结构中以及不同的地理位置上一起分享权力,呈现出差异化、等级化的特征。⁽³⁾

权力分享者的多样化与分散化也反映在司法领域。18世纪印度的司法管辖权亦由不同社会群体所掌握。在帝国内部,莫卧儿帝国延续了德里苏丹时期的司法制度。其司法体系可分为三级,皇帝作为一国之首,处于权力顶端。其次是在中央设置的司法部长(qazi-ul-quzat),负责任命与监督下级司法长官,并审理上诉案件。最后是在各省、地区以及较大的村庄设置的地方司法长官卡迪(qazi),负责审理地方上的民事与刑事案件。此外,地方税务官除了负责征税,还负责审理与土地相关的案件。⁽⁴⁾但到了18世纪晚期,这一官方司法体系基本上已名存实亡。在帝国行政机构之外的地方层面,存在着一个个由家族世袭统治的“小王国”,它们被视为18、19世纪印度地方法律的基本单元。这些小王国可能包含几十甚至上百个村镇。每个村镇可能包含几个小村庄,村庄中不同种姓之间的纠纷可能诉诸支配种姓解决,家庭与种姓内部的纠纷则

(2) 格兰顿在《比较法律传统》一书中提出了该问题,但并没有进行细致的解答。参见[美]玛丽·格兰顿、迈克·戈登、保罗·卡罗兹《比较法律传统》,米健、贺卫方、高鸿钧译,中国政法法学出版社1993年版,第109-110页。

(3) 参见[英]C. A. 贝利《印度社会与英帝国的形成》,段金生、蒋正虎译,云南人民出版社2015年版,第15-16页; Bernard S. Cohn, *The Initial British Impact on India: A Case Study of the Benares Region*, 19 *The Journal of Asian Studies* 418, 418-431 (1960)。

(4) See Salma Ahmed Farooqui, *A Comprehensive History of Medieval India: Twelfth to the Mid-Eighteenth Century*, Pearson Education India, 2011, p. 277.

由其领导者或种姓潘查亚特 (Panchayat)⁽⁵⁾ 解决。⁽⁶⁾

通常情况下,严重的刑事案件由莫卧儿帝国的政府机构管辖,但大部分民事案件与轻微的刑事案件则由村社头人、支配种姓或者潘查亚特管辖。当时的印度虽然处在穆斯林的统治之下,但占人口多数的印度教徒仍然遵循着前穆斯林时期的法律和习惯。即使是那些放弃了印度教皈依伊斯兰教的人,依然坚持印度教法的继承法和财产规则。⁽⁷⁾

(二) 英国殖民司法管辖权的设立

在莫卧儿帝国内众多的权力分享者中,英国东印度公司作为一股引人注目的殖民势力逐渐崭露头角。它在 1757 年普拉西战役后一举奠定自己毋庸置疑的地位,开启了此后对印度殖民统治的漫长历史。1765 年,莫卧儿皇帝颁布敕令,授权英国东印度公司成为孟加拉、比哈尔、奥里萨三个地区的迪万。据此,公司有权在上述地区征收赋税,并负责民事案件与税收案件的审理。加之公司拥有自己的武装力量,公司在这些地区的权力基本上构成了完全主权。⁽⁸⁾

1. 法院作为法律系统的中心: 从碎片化司法到统一化司法

1771 年沃伦·黑斯廷斯 (Warren Hastings) 受命担任第一任孟加拉省督后,他派遣英国官员作为税收官与法官进驻印度内陆地区,负责其势力范围内的土地税收的征收与民事案件的审理。此后,伴随着殖民势力的扩张,公司所设立的法院延伸至印度各殖民区域。公司所设立的法院称为“阿达拉特体系”(Adalat System),包括在管区主城周边地区⁽⁹⁾设立的诸多地区民事法院 (Mofussil Diwani Adalat) 与地区刑事法院 (Mofussil Faujdari Adalat),以及在加尔各答设立的民事上诉法院 (Sadar Diwani Adalat) 与刑事上诉法院 (Sadar Faujdari Adalat)。与此同时,英国议会也开始参与印度事务。依据议会通过的《1773 年管理法》(Regulation Act of 1773),加尔各答最高法院于 1774 年成立。此后,马德拉斯与孟买也分别于 1801 年和 1823 年设立最高法院,享有与加尔各答最高法院同样的司法管辖权。根据《1781 年管理法》(Regulation Act of 1781),公司设立的法院独立于议会设立的最高法院。于是,英国统治者在印度设立了一套双轨制的司法体系。1861 年,英国议会颁布《印度高等法院法》,取消在加尔各答、马德拉斯和孟买的三个最高法院,分别以高等法院取而代之;取消在管区主城周边地区建立的上诉法院,其记录与卷宗为高等法院所继受,由此完成了司法机构的统一。

这样,传统印度社会中碎片化的司法权逐渐由法院吸收,司法体系向统一化方向发展。其中最直观的体现是,19 世纪英国统治者设立的法院受理案件数量庞大。这其中的原因可能是,

(5) 潘查亚特 (panchayat),意为五人长老会,是传统印度社会中负责司法、决策的乡村机构。参见陈王龙诗《古代印度村社司法中的潘查亚特及其现代影响》,载《南亚研究季刊》2018 年第 4 期,第 77 页。

(6) See Bernard S. Cohn, *Some Notes on Law and Change in North India*, 8 *Economic Development and Cultural Change* 79, 79-82 (1959).

(7) See Werner F. Menski, *Hindu Law: Beyond Tradition and Modernity*, Oxford University Press, 2009, pp. 156-157.

(8) See Herbert Cowell, *The History and Constitution of the Courts and Legislative Authorities in India*, Thacker, Spink & Co., 1872, p. 27.

(9) 最初,东印度公司在印度沿海建立商站,其中孟买、马德拉斯、加尔各答逐渐发展为具有规模的三个“管区城市”(presidency towns)。随着公司殖民势力的扩张,被公司殖民统治覆盖的广大区域发展成为“管区”(presidencies),孟买、马德拉斯、加尔各答则相应称为“管区主城”(presidency towns),而管区主城周围的区域则称为“管区主城周边地区”(mofussil districts)。



原先由传统纠纷解决机制处理的案件涌向这些法院，加之法院有权强制证人出庭，有权强制执行判决，与印度传统纠纷解决模式相比，英国统治者设立的法院更能实现当事人的权利，因而也更受当事人青睐。⁽¹⁰⁾ 当然，统一的司法只是一种显著的发展趋势。直到印度独立后，种姓会议、村社头人仍在实际生活中发挥定纷止争的作用。

2. 程序主义：从“广场式”司法到“剧场式”司法

除了司法权的统一化发展外，殖民时期的印度司法逐渐从村口或水井边的“广场式”司法转向法庭上的“剧场式”司法⁽¹¹⁾，呈现出更多程序主义的特征。

根据法人类学家伯纳德·科恩（Bernard S. Cohn）的考察与描述，在印度传统的纠纷解决过程中，参与者不一定只有诉讼双方，还有邻里乡亲；内容也不一定是某一个特定纠纷，而可能是长达几十年的一系列积怨；解决方式是支配种姓或者种姓潘查亚特主导下的长谈，宣泄双方怨气，达成妥协与和解，以维持彼此的关系，使大家能继续在一起生活。⁽¹²⁾ 此外，人们还可能在正义无法实现之时诉诸超自然力量，例如静坐绝食（dharna），通常是债权人坐在债务人家门口绝食，或雇佣婆罗门静坐绝食，对债务人施加压力，迫使债务人还债，若绝食致死，则会认为有死亡的诅咒降临在债务人身上；或者库尔（koor），即将牛或者年迈的婆罗门妇女置于柴堆上，若被火烧死，则死亡的诅咒也会降临在另一方当事人身上。⁽¹³⁾

但在英国统治者设立的法庭上，法官、双方当事人、律师与陪审团成为主要的诉讼参与者；人们必须遵照司法程序规则参与诉讼过程，包括聘请律师、提交诉讼文书、在特定的时间提交证据、出席审判、及时履行判决等；裁判者不再是生活在同一个社群中的头人或血缘关系的长者，而是与当事人没有关联的法官与陪审团；法律开始否定各群体在种姓阶序与宗教意义上的区分，并摆脱熟人社会关系，逐渐转变为“蒙眼女神”面前平等对待当事人；正义不再是经过集会长谈后的调解与妥协，而是明确一方为胜一方为败的裁判文书；为权利的斗争也不再通过自杀与诅咒，而是通过土地与权利的强制拍卖等方式实现。总之，在程序主义的司法模式中，参与各方按照各自明确的角色和定位进行程序化的表演。

英国程序主义的司法特性使程序法具有高于实体法的特征，例如“无令状则无权利”，程序瑕疵甚至会导致实体权利难以得到救济。⁽¹⁴⁾ 在印度，英国人的程序主义同样对印度实体法律规则产生影响。伦敦大学东方法学教授戴瑞特（Duncan M. Derrett）也曾说“英国的程序法改变了印度实体法，它在限制了某些实体规则的同时又扩大了另一些实体规则。”⁽¹⁵⁾ 例如在后文将提及的“丁达雅案”（Deendyal）中，法官认为债权人只能取得债务人的财产份额，而无权取得债务人之子的财产份额，其中一个理由是，他所提起的诉讼程序仅仅针对债务人，而不是针对

(10) See Marc Galanter, *The Displacement of Traditional Law in Modern India*, 24 *Journal of Social Issues* 65, 69-70 (1968).

(11) 有关“司法的广场化”和“司法的剧场化”的论述，参见舒国滢《从司法的广场化到司法的剧场化——一个符号学的视角》，载《政法论坛（中国政法大学学报）》1999年第3期，第13-18页。

(12) 参见同前注〔6〕，Bernard S. Cohn文，第79-93页。

(13) See Bernard S. Cohn, *From Indian Status to British Contract*, 21 *The Journal of Economic History* 613, 615-616 (1961).

(14) 参见高鸿钧、程汉大主编《英美法原论》，北京大学出版社2013年版，第256页。

(15) J. Duncan M. Derrett, *The Administration of Hindu Law by the British*, 4 *Comparative Studies in Society and History* 10, 40 (1961).

所有共有人，若债权人想要以债务人的全部家庭财产清偿债务，则他应将其他财产共有人列为当事人。⁽¹⁶⁾ 可见，在司法过程中，程序上的瑕疵完全可能影响实体权利的救济。

3. 遵循先例：从多元法律到判例法

在司法过程中，传统印度法与一些地方习惯被写入判例，对它们的解释也在判例中固定下来。这样，以遵循先例为基础，通过演绎进行决断的英国判例法，不仅赋予了印度本土法以稳定性，还在长期运作过程中，逐渐累积和发展出印度本土判例渊源，进而形成了判例汇编（law reports）。殖民统治早期，判例汇编只是个人行为，一些法官会将自己参与的案例出版成册，如加尔各答最高法院法官弗兰西斯·麦克纳顿（Francis Macnaghten）编写的《印度法考鉴》（*Considerations upon Hindu Law*），其次子威廉·麦克纳顿（William Macnaghten）编写的《印度教法的原则与先例》（*Principles and Precedents of Hindu Law*）等。⁽¹⁷⁾ 官方的判例汇编始于1875年，这一年《印度判例汇编法》（*Indian Law Report Act*）颁行。⁽¹⁸⁾ 正式建立的判例汇编制度与司法裁判中遵循先例的原则形成相辅相成之势。

在这个过程中，传统印度法发生一系列转变。首先，过去不成文的习惯法由长老谘议会颁布，但在英国人成为裁判者之后，长老和婆罗门变成证明习惯法存在的证人，他们失去了半司法半立法的地位。其次，通过案例与证据的记录过程，印度本土的法律、习俗、惯例等社会规范被整合进官方文件中，传统的属人法逐渐转变为殖民时期法律体系的一部分，成为主权者的命令。⁽¹⁹⁾ 最后，随着印度本土法律被整编进以遵循先例、具有高度技术性为特征的英国式司法之中，英国法遵循先例原则、判例汇编传统与法学方法被引入印度，使印度逐渐发展成为普通法体系的一员。

二、司法过程中的法律移植

通常来说，进行法律移植的直接方式是立法，例如，19世纪英国人通过法典化的方式将诸多英国法移植到印度，产生了《刑法典》《民事诉讼法》《刑事诉讼法》和《印度继承法》等重要领域的立法。⁽²⁰⁾ 然而，早在殖民初期，英国法就已通过设置于殖民地区的英国法院渗入南亚次大陆。由于英国法具有显著的司法导向特征，英国法官在发现、改造传统印度法，移植英国法的过程中发挥了重要作用。

（一）寻找与改造传统印度法

1772年黑斯廷斯提出，公司法院在处理涉及印度教徒和穆斯林的遗产继承、婚姻、种姓和其他宗教习惯与习俗方面的纠纷时，依照《古兰经》与法论“分而治之”。这一主张为后来诸多公司法规所确认，成为公司法院处理相关案件时（至少形式上）需要遵循的原则。但如何实践

(16) See Deendyal Lal v. Jagdeep Narain Singh, (1877) L. R. 4 I. A. 247.

(17) See Kailash Rai, *History of Courts, Legislature and Legal Profession in India*, Allahabad Law Agency, 2002, pp. 379–391.

(18) See Muhammad Munir, *The Judicial System of the East India Company: Precursor to the Present Pakistani Legal System*, 13 Annual Journal of International Islamic University 53, 63–64 (2005).

(19) 参见 [英] 梅因《东西方乡村社会》，刘莉译，苗文龙校，知识产权出版社2016年版，第49页。

(20) 后文第三部分将讨论19世纪印度法典化运动成果。



这一原则?英国法官所要解决的第一个问题是,什么是法论。⁽²¹⁾

1. 编译印度古代法律文献:从“达摩”到“法”

为探明何为印度教法,英国法官中涌现出一批精通梵文、阿拉伯文和波斯文的学者,他们被后人称为东方学家。其中,在传统印度法领域最为著名的东方学家有哈尔赫德(Nathaniel Halhed)、威廉·琼斯(William Jones)、科尔布鲁克(H. T. Colebrooke)和麦克纳顿(W. H. Macnaghten)等。

哈尔赫德(Nathaniel Halhed)受黑斯廷斯任命,主导印度法律翻译与汇编。他们聘请孟加拉梵学家,从梵文文献中筛选出法律条文,将之译为波斯文,再由哈尔赫德从波斯文翻译为英文,形成《印度教法典》(*A Code of Gentoo Laws*),于1774年出版。这部法典成为指导英国法官断案的依据。⁽²²⁾1783年,当威廉·琼斯被派往加尔各答担任最高法院法官后,他着手学习梵文,并提议启动更大规模的印度法翻译项目。在对印度法的理解方面,琼斯更像一个律师而非东方学家,因为在他看来,法律只是法论之法(*shastric law*),并不包括不成文的习惯。⁽²³⁾他将《摩奴法论》从梵文翻译为英文,并节译了吠陀文本。在1794年琼斯逝世时,他已经完成了梵文与阿拉伯文的法律汇编。随后,科尔布鲁克接手琼斯的工作,于1797年出版了《印度合同法与继承法汇编》(*The Digest of Hindu Law on Contracts and Successions*)。⁽²⁴⁾他翻译的《密塔娑罗》(*Mitākṣarā*)与《达耶跋伽》(*Dāyabhāga*)成为解决印度人之间继承纠纷的重要法律渊源。此后,麦克纳顿父子、斯特兰奇父子等人相继出版了诸多关于印度教法与伊斯兰法的著作。例如,马德拉斯最高法院大法官托马斯·斯特兰奇(Thomas Strange)的著作《印度司法相关的印度法律基本原理》(*Elements of Hindu Law Chiefly Relates to the Administration of Justice in India*),对法官处理印度教法案件均具有重要的价值。⁽²⁵⁾

通过翻译古代经典文献发现印度法的过程,是一个法文化的翻译过程,其中难免出现难以实现互译与对应的情况。最典型的例子是,英国法官将“达摩”(Dharma)理解为“法律”(law),将梵文法律文献“法论”(dharmaśāstra)视为欧洲的“法典”(code)或“制定法”(statutes)。但事实上,达摩概念既不同西方的“法律”(law)概念,也不同西方的宗教(religion)概念。“达摩”原意是坚持、维持和秉持,它在宏观上是指宇宙万物的总体平衡,在微观上是指宇宙所有组成部分为实现宇宙总体平衡的自我方式。⁽²⁶⁾因此,万物皆有其达摩。达摩规范人的行为,规定人应当如何饮食,何时劳作与休息,如何处理神人关系、人际关系等。印度教法是达摩的一部分,而达摩融合了法律、宗教、道德等规范,并非法官们所寻找的实证法(positive law)。⁽²⁷⁾这个例子体现出英印两国法律观念的核心差异,也给法官的司法工作带来

(21) 由于欧洲与伊斯兰教的交流具有较长的历史,欧洲学者对《古兰经》和伊斯兰法的理解多过对印度教与印度法的理解。

(22) See Bernard S. Cohn, *Colonialism and Its Forms of Knowledge*, Princeton University Press, 1996, p. 27.

(23) See Duncan M. Derrett, *Religion, Law and the State in India*, Faber & Faber Ltd., 1968, p. 244.

(24) 参见同前注〔22〕, Bernard S. Cohn书,第16-27页。

(25) See Horace H. Wilson & William H. MacNaghten, *Principles of Hindu and Mohammadan Law*, Williams & Norgate, 1862, pp. 17-19.

(26) 参见高鸿钧《古代印度法的主要内容与特征——以〈摩奴法论〉为视角》,载《法律科学(西北政法大学学报)》2013年第5期,第29-30页。

(27) See Ludo Rocher, *Hindu Conceptions of Law*, 29 *Hastings Law Journal* 1283, 1285-1286 (1978).

挑战。譬如, 依据传统印度法, 符合达摩的收养关系需要举行宗教收养仪式 (dattahoma) 后才能建立, 但在英国法官看来, “收养”作为一种法律行为, 独立于宗教仪式, 因此收养关系的成立无需以宗教仪式为前提。⁽²⁸⁾ 从“达摩”到法的转变, 可以看出英国法官在司法过程中, 以一种世俗之法的态度理解、诠释与改造着印度本土宗教之法。

在达摩与法的互译中, 西方人关于文本确定性的观念发挥了不可忽视的作用。印度文化是一种口语文化, 并不十分注重文本确定性。对于法论文本, 印度本土梵学家认为它们只是理想之法, 在现实生活中总是因时而异, 因地制宜。但英国文化是一种书写文化, 他们追求法律的文本确定性, 从而实现期待的稳定。因此, 琼斯等东方主义者在面对印度法律实践中的多样性和复杂性时, 主张回到古老的法律文本,⁽²⁹⁾ 而忽视了多元的地方习惯。

2. 国家法吸收地方法: 从习惯到习惯法

在寻找印度传统法律的过程中, “法论”似乎成为印度教法律渊源的统称, 这足以显示出英国人对印度法律现实复杂性认识不足。在司法实践中, 英国法官很快发现, 仅凭借梵文法律经典与《古兰经》, 根本无法解决现实中的纠纷, 因为各不相同的地方习惯才是印度本土法律的现实情况。此时, 是否应赋予地方习惯以法律效力, 如何处理地方习惯与《古兰经》、法论等宗教法律规范之间的冲突等问题使英国法官陷入困惑。在这些问题的答案中, 潜藏着英国法律制度与法学思想移植至印度的丰富细节, 因此本文将借助孟买最高法院大法官埃尔斯金·佩里 (Erskine Perry) 所审判的一个案例——赫尔贝诉索娜贝 (Hirbae and Others v. Sonabae)⁽³⁰⁾, 对此问题进行剖析与说明。

赫尔贝的父亲哈吉佩 (Hadjibhae) 与萨尤姆 (Sajum) 是兄弟, 他们一起在孟买经商。哈吉佩去世后, 萨尤姆继续占有着哈吉佩的财产。在萨尤姆去世前, 他订立了一份遗嘱, 并任命妻子拉希玛贝 (Rahimatbae) 和嫂子索娜贝为遗嘱执行人。于是哈吉佩之女赫尔贝诉至法院。她主张, 由于他们信仰伊斯兰教, 作为穆斯林妇女, 根据《古兰经》, 她有权继承父亲遗产的一部分。但被告却反驳道, 原、被告双方所属的柯贾 (Kojahs) 种姓是一支单独的伊斯兰教派, 有着不同于伊斯兰教的法律与习惯。根据他们的种姓习惯, 女性无权获得其父亲的遗产。

事实上, 柯贾种姓是 400 年前由印度教徒改宗的穆斯林, 但他们对先知和《古兰经》一无所知, 他们的穿着、语言、行为举止、法律制度仍保留着印度教的特征。于是, 被告主张的种姓习惯是否真实存在? 法院是否应当赋予柯贾人的种姓习惯以法律效力? 如果种姓习惯具有法律效力, 又该如何处理习惯法与宗教法之间的关系? 这些问题成为法官必须裁断的问题。

在询问了柯贾种姓的诸多证人后, 佩里法官承认被告所主张的继承习惯存在。但这样的习惯是否具有法律效力? 佩里法官认为, 英国法采取奥斯丁的观点, 主张主权者的认可与支持是习惯具备法律效力的关键。他又补充道, 习惯要具有法律效力, 必须满足布莱克斯通提出的 7 个条件: ①存在很长时间; ②一直被遵循; ③被平和默许; ④具备合理性; ⑤必须确定; ⑥具有强制性; ⑦习惯必须相互一致。⁽³¹⁾ 在确认柯贾种姓的这一习惯存续时间久远、不违背公共利

(28) See Ludo Rocher, *Studies in Hindu Law and Dharmaśāstra*, Anthem Press, 2012, p. 654.

(29) 参见同前注 [22], Bernard S. Cohn 书, 第 71 - 74 页。

(30) See Erskine Perry, *Cases Illustrative of Oriental Life, and the Application of English Law to India, Decided in H. M. Supreme Court at Bombay*, Rayner & Hodges, 1853, pp. 110 - 129.

(31) See Kunal Parker, *Interpreting Oriental Cases: The Law of Alterity in the Colonial Courtroom*, 107 *Harvard Law Review* 1711, 1711 - 1728 (1994); Pandurang V. Kane, *Hindu Customs and Modern Law*, University of Bombay, 1950, p. 44.



益、且不与官方制定法冲突后，佩里法官认为，法庭应当认为该习惯具有法律效力。

于是本案出现了这样的冲突：依据原告所主张的《古兰经》，女性享有继承权；而依据被告所主张的习惯法，则女性不享有继承权。当习惯法与宗教法冲突时，应支持何者？对此，佩里法官再次充分展示了英国法学家的实证主义法律思想。他将日耳曼征服者保留了罗马人的属人法与英国对印度的征服进行类比，认为黑斯廷斯提出的“不干涉原则”的精神与出发点是允许被征服民族保留他们的法律与习惯，而非确立《古兰经》的绝对权威。因此，当习惯法与宗教法冲突时，他选择尊重印度人的本土习惯。据此，佩里法官事实上否认了《古兰经》高于习惯法的法律位阶，而是将它们视为处于同等地位的、可供法院选择的法律渊源。由此，他明确了行使主权的法院对规则进行选择、解释与适用的权力。这样，在国家法吸收地方习惯的过程中，国家法的至高地位逐渐得以确立。

可见，在习惯向习惯法的转变过程中，虽然没有借助立法活动，但布莱克斯通的习惯法证明规则、奥斯丁的实证主义法律思想以及欧洲的主权者观念已经通过法官的司法判决渗入印度，使印度的地方习惯、法律制度以及法律思想都发生了重大转变。

（二）通过“正义、公平与良心”原则扩充与改造印度法

在发现印度法的过程中，英国法官除了通过翻译印度梵文法律文本与承认习惯法外，还通过“正义、公平与良心”（Justice, Equity and Good Conscience）这一原则，引入域外法，填补司法过程中所遭遇的法律空白，或在法官认为适宜时排除印度本土法律的适用。

“正义、公平与良心”原则的确立可以追溯到 1683 年英国查尔斯二世发布的特许状。该特许状授权东印度公司任命一位法官与两名商人组成法庭，以“正义、公平与良心”原则、普通法、商人惯例等为依据审理案件。⁽³²⁾ 后来，类似的规定出现在公司设立于各地的法院规章之中。⁽³³⁾ 此外，1774 年特许状授权位于加尔各答、马德拉斯和孟买的三所最高法院根据英国国内衡平法院的法律规则和程序进行司法裁判。据此，公司法院和最高法院都有权依据衡平原则进行司法裁判。

“正义、公平与良心”原则受到殖民地法官的青睐，原因有四。首先，印度本土法律在很多领域均有空白。当出现法律空白时，法官可以根据“正义、公平与良心”原则寻找应当适用的法律。其次，当英国法官认为根据印度本土法律裁判显失公正与合理时，他们可以依据衡平原则排除印度法，引入英国法。再次，由于在印度生活着印度人、穆斯林、波斯人和亚美尼亚人等各种有着不同肤色、不同信仰与不同文化的群体，当他们相互出现纠纷且不能找到合适的法律规则适用时，法官也可通过衡平原则选择恰当的法律进行裁判。⁽³⁴⁾ 最后，很多从事司法工作的英国人是东印度公司雇佣的税收官，他们没有经过专门的法学训练，因而赋予法官一定程度的自由裁量权，符合现实之需，有助于法官开展司法工作。

1. 扩充印度法：从印度法到域外法

“正义、公平与良心”原则并没有明确内容，它更像一座桥梁，可以通往印度教法、伊斯兰法、本土习惯法、英国法等法律渊源。例如，在一起遗产纠纷中，尽管当事人一家既不是穆斯

(32) See Sumeet Malik, *V. D. Kulshreshtha's Landmarks in Indian Legal & Constitutional History*, 11th Edition, Eastern Book Company, 2016, p. 42.

(33) See Bijay K. Acharyya, *Codification in British India*, S. K. Banerji & Sons, 1914, pp. 95-95.

(34) See J. K. Mittal, *Indian Legal & Constitutional History*, Allahabad Law Agency, 1973, pp. 320-321.

林,也不是印度教徒,但法官发现印度教遗产规则在这个家庭中一直得到遵循,因此,根据“正义、公平与良心”原则决定对他们适用印度教继承制度。⁽³⁵⁾ 在拉姆拉坦·帕利诉阿斯米·库玛·达特 (Ramratan Kpali v. Ascimi Kumar Dutt) 一案中,法官则以“正义、公平与良心”原则为指引,决定适用美国法中关于权利人对共同侵权人放弃追索的法律规则。⁽³⁶⁾

但总体来说,英国法成为依据衡平原则而援引的主要对象。⁽³⁷⁾ 例如,就诉讼代理人 (next friend) 的重大过失是否能构成未成年人提起新诉讼的基础这一问题,印度法律中并无规定,加尔各答高等法院的法官在确认英国衡平法承认未成年人的此项权利后,依据“正义、公平与良心”原则,认为印度的未成年人也应当享有此项权利。⁽³⁸⁾ 再如,英国法官还根据衡平原则,引入英国衡平法上的“禁止反言” (estoppel) 规则,认为妇人有意地收养行为使她不能以未获得亡夫的授权为由而主张收养关系无效。⁽³⁹⁾ 英国枢密院的观点是,如果对印度社会环境来说是可行的话,“正义、公平与良心”原则大体上可以被解释为英国法规则。⁽⁴⁰⁾

此外,一些体现衡平原则的英国法律谚语也被引入印度,例如寻求公正的人必公正行事 (A party seeking equity must do equity), 凶手不能从其罪行处获益 (A murderer cannot benefit from his crime) 等。以后者为例,在肯查瓦诉格里玛拉帕·查纳帕 (Kenchava v. Girimallappa Channappa) ⁽⁴¹⁾ 一案中,就继承人杀害被继承人后是否仍享有继承权这一问题,若根据《摩奴法论》第9章第201颂的规定,印度教法并没有剥夺凶手的继承权,⁽⁴²⁾ 但英国法官根据“任何人都不能从其不法行为中获益”这一法律原则否定了凶手对被害人的继承权。

2. 改造印度法: 从身份之法到契约之法

衡平原则的适用,不仅引入了域外法,也改变着印度本土法律。

以印度财产制度为例。在印度,财产通常以家庭成员共有的形式存在,但与家庭共有财产分割和继承相关的法律制度在不同地区存在差异。在主要遵循《达耶跋伽》的孟加拉地区,家父作为一家之主,对家庭共有财产具有处分权,家子在父亲去世之前并不享有财产权,但在家父与其兄弟之间可能存在共有关系。在孟加拉之外的大部分地区,人们主要遵循《密塔娑罗》中的财产规则,即家子在其出生之后随即取得家庭财产共有人的地位,理论上他们可以在父亲在世时主张分割家产,但实践中分家却鲜有发生。在1877年丁达雅·拉尔诉贾迪谱·辛格 (Baboo Deendyal Lal v. Baboo Jugdeep Narain Singh) ⁽⁴³⁾ 一案中,托弗尼·辛格 (Toofani Singh) 以家庭财产抵押进行借款,最终还款不能,只得拍卖家产,清偿债务。其子随即诉至法院,主

(35) See Raj Bahadar v. Bishen Dayal, (1882) ILR 4 All 343.

(36) See Duncan M. Derrett, *Justice, Equity and Good Conscience in India*, in Duncan M. Derrett, *Essays in Classical and Modern Hindu Law: Current Problems and the Legacy of the Past*, Vol. 4, E. J. Brill, 1978, pp. 19-20.

(37) 参见同上注,第14页。

(38) See Ramnandan Dobey v. Lalla Sheo Churn Lal, (1895) ILR 22 Cal 8.

(39) See Rani Dharam Kunwar v. Balwant Singh, (1912) 14 BOMLR 485.

(40) See M. C. Setalvad & Padma Vibhufhan, *The Common Law in India*, Stevens & Sons Ltd., 1960, p. 53.

(41) See Girimallappa Channappa Somsagar v. Kenchava San - Yellappa Hosmani, (1921) 23 BOMLR 213; Kenchava San-Yellappa Hosmani v. Girimallappa Channappa Somsagar, (1924) 26 BOMLR 779.

(42) 《摩奴法论》第9章第201颂内容为“不能人道的人,丧失种姓之人,生来的瞎子或聋子、疯子、痴子、哑子和一切残废人都无权分享财产。”《摩奴法论》,蒋忠新译,中国社会科学出版社1986年版,第194页。

(43) 参见同前注 [16]。



张根据《密塔娑罗》的财产权制度，他与父亲是家庭财产的共同共有人，债权人不能拍卖共有财产以偿还父亲的个人债务。此案的特别之处在于，债权人同时也是司法拍卖的买受人。于是产生了家庭财产共有人与司法拍卖买受人之间的权利冲突。

该案最终上诉至英国枢密院司法委员会。司法委员会的法官们认为，辛格在抵押家庭财产进行借款时，存在《密塔娑罗》中共有财产处分所要求的“合法的必要性”，即处分行为是为了家庭的利益而非个人挥霍，比起那些没有正当理由而处分家庭财产的债务纠纷，本案中的债务人更应以家庭财产承担债务，而债权人更应获得法律保护。同时，司法委员会依据遵循先例的原则，认为先例中已有在债务人财产份额限度内给予债权人法律保护的做法，因此本案中债权人有权获得债务人在共有财产中的份额的权利，并可以通过共有财产分割程序实现自己的权利。这样，法院通过鼓励共有财产分割的方式，实现了家庭财产共有人与债权人之间利益的平衡。

在鼓励共有财产分割方面，孟买高等法院认为，只要买受人支付了合理对价，共有人对其共有财产份额的处分均为有效；而马德拉斯甚至承认共有人有权将其财产份额赠与他人。法院意识到无论是出售还是赠与，自由处分家庭共有财产均与印度传统的联合家庭财产制度不符，但他们认为这样的变化是基于“衡平”而逐渐发展起来的，必须允许债权人取得债务人的财产份额，并允许他通过共有财产分割实现自己的权利。⁽⁴⁴⁾

共有财产分割是个人财产从家庭财产中析出的必经之路，是从身份社会向契约社会转变的重要一步。英国法官在司法过程中，以“衡平”为由，通过诸多先例逐渐发展出利于共有财产分割、流转与债权保护的法律制度，不仅满足实践的需要，也避免了社会经济转型过程中的剧烈变化，同时还促进了个人权利观念的发展。

综合上述可见，在司法过程中，英国法官借助衡平原则，不仅通过引入域外法与法律格言，丰富了印度法的内容，同时也改造印度本土法律，使之能够适应社会经济的发展。

三、立法过程中的法律移植

立法是殖民时期印度法律发展的另一个重要方式。英国殖民政府在印度的立法事业可以分为两个大的历史阶段，第一阶段是1833年以前东印度公司主导的规章（Regulations）制定阶段⁽⁴⁵⁾，第二阶段是1833年以后由总督会同理事会及其下属机构印度法律委员会推动的法典化运动。

（一）东印度公司的规章制定：从村社公有制到土地私有制

1833年以前，东印度公司在印度各省的殖民统治各自为政，其立法也各省不一，呈现分散化的特征。早在1601年伊丽莎白女王就通过特许状授予东印度公司制定合理的法律、章程（constitutions）、命令（orders）与条例（ordinances）的权力。《1773年管理法》规定，在孟加拉政府成立最高理事会，马德拉斯和孟买的省督会同理事会隶属于孟加拉的总督会同理事会。同时，该法维持了对总督会同理事会立法权的授予。1807年，英国议会通过立法，同样确认了马德拉斯与孟买的省督会同理事会的立法权。这样，孟加拉、马德拉斯和孟买各省省督会同理事会都各自享有立法权。

(44) See *Suraj Bansi Koer v. Sheo Prasad*, (1879) 6 IA 88.

(45) 1833年之前各省督会同理事会制定的法律称为“规章”（Regulations），而1833年以后总督会同理事会制定的法律称为“法”（Acts）。

1793年，孟加拉省为了将现存的各种规章体系化，通过1793年第41号规章，将公司在孟加拉的所有规章聚合成为规章汇编（code of regulations），马德拉斯与孟买也分别于1802年与1799年整合了它们各自的规章体系。⁽⁴⁶⁾ 1813年，各省理事会的立法权进一步扩张，此后各省制定了大量规章。据统计，截止到1834年，孟加拉、马德拉斯、孟买的省督及其理事会分别通过了675、251、259部规章。⁽⁴⁷⁾

值得注意的是，虽然东印度公司声称尊重印度本土法律，但他们真正关心的是如何征收税赋以满足殖民之需。因此，这些公司法规中重要的一部分当属关于土地确权与税赋征收的立法。

在莫卧儿时期的印度社会中，土地占有形式分为三种，分别是国王的封建领地、贾吉尔达尔的领地和柴明达尔的领地。其中，贾吉尔达尔领地指莫卧儿皇帝分封给有军功的将领的非世袭土地，是17世纪莫卧儿印度地权制度的主要形式。柴明达尔领地指田赋征收人所管辖的土地，是当时地权制度的次要形式。⁽⁴⁸⁾ 贾吉尔达尔或柴明达尔并不是土地的所有权人，土地实际上由村社进行占有和使用。英国人认为，如果要征收赋税，就必须确认土地所有权人及其应纳土地税额。这个过程被称为“土地整理”。英印政府的土地整理主要包括孟加拉的柴明达尔土地整理、马德拉斯和孟买的莱特瓦尔土地整理，以及联合省等地区的马哈尔瓦尔土地整理。

首先进行土地整理的地方是孟加拉。英印政府颁布了一系列土地整理规章，并于1793年承认孟加拉、比哈尔、奥里萨的柴明达尔为土地所有者，而耕作的农民成为依附于地主的佃农。⁽⁴⁹⁾ 柴明达尔从包税人成为包税地主，只需在固定的时间上缴固定的税额，税额一经确定，永久不变。这样，通过将曾经的包税人阶层柴明达尔变成地主阶层，英国殖民者培养了一批为殖民利益奔走的本土利益集团。

马德拉斯和孟买的土地整理均采莱特瓦尔制。莱特指农民，莱特瓦尔制土地整理指政府直接与莱特签约，只要莱特按时缴纳足额地税，就能永久占有和使用土地。莱特所应缴纳的税额30年不变。马德拉斯之所以没有采取柴明达尔制，是因为柴明达尔所缴纳税额一经固定永久不变，但随着荒地开垦，柴明达尔所得地租越来越多，而政府的地税收入却不能增加，因此，他们决定采用非永久确定税额的方式进行土地整理。⁽⁵⁰⁾

此后英印政府颁布1822年第7号规章、1833年第9号规章、1871年《旁遮普田赋法》等土地改革立法，对联合省、中央省、旁遮普三地进行土地整理，但并非依靠柴明达尔或莱特，而是将马哈尔（即村社）作为直接向政府缴纳地税的主体，因此这些地方被统称为马哈尔瓦尔制土地整理，但具体实施中三省又各有不同。⁽⁵¹⁾

人与地关系的转变同时也是人与人关系的转变。经过土地整理，土地所有权和田赋税额得到确定，逐渐确立了土地私有制，对印度传统的村社结构造成破坏。在传统土地制度下，村社占有和使用土地，村社中各种姓团体对土地的产出享有不同程度的权利，他们都依附于土地之上，靠土地而生。但英国土地整理剥夺了诸种姓团体分享土地产出的权利，将土地权利赋予与

(46) 参见同前注〔33〕，Bijay K. Acharyya书，第56-58页。

(47) 参见同上注，第58页。

(48) 参见黄思骏《印度土地制度研究》，中国社会科学出版社1998年版，第189-190页。

(49) 参见同上注，第193页。

(50) 参见同上注，第197页。

(51) 参见同上注，第204-208页。



政府签约的主体，如不能按时缴纳地租，其土地就会被拍卖。土地一经拍卖，原来的地主和佃农就会失去土地，背井离乡。拍卖的土地被城市商人购得，于是产生一批不在地地主。所以，殖民时期的土地整理冲击与逐渐瓦解了村社的传统血亲关系和团结关系。

总的来说，在土地整理的过程中，土地私有逐渐取代村社共有，契约关系逐渐取代宗法种姓关系。因此，俄国社会学家马·科瓦列夫斯基并不认同东印度公司尊重印度本土风俗习惯与法律制度的说法，因为作为传统社会关系中最重要土地关系已经被彻底改变。⁽⁵²⁾

(二) 法律委员会的法典化运动

1833年以后，英国统治者决定采用法典化的方式整理、改造印度法，输入英国法，可谓英国人在印度开展的“法律工程”的高峰。

采用法典化的方式大规模立法的原因有三。首先，三个管区政府各自立法的情形，导致印度各地法律混乱庞杂，缺乏确定性。其次，“正义、公平与良心”原则虽然使非专业法官灵活断案，但也给法官造法大开方便之门。麦考莱（Macaulay）曾言，“在一个存在绝对统治但又缺乏严谨道德体系的国度，法官造法将会成为一种诅咒，是时候使地方治安长官知道他们所执之法为何，使人们知道他们所守之法为何”。⁽⁵³⁾最后，1833年东印度公司的贸易职能被剥夺后，大量欧洲人涌入印度从事贸易，他们既非为英国国王工作，也非为公司工作，而是一群代表着大英帝国经济繁荣的商人、殖民地农场主。这些来自欧洲的非官方人口（non-official population）在印度即使作恶多端也往往能逃脱法律的制裁。因此，英国官员希望借助此次法典化运动，将这些新兴白人特权群体纳入法律规制之内。⁽⁵⁴⁾

19世纪中期的法典化运动也有相应的思想作为基石。受到当时理性主义、功利主义与民族主义的影响，边沁、麦考莱、梅因等人在大陆法系兴起的法典化运动感染下，亦主张通过法典化对英国法进行系统化与明晰化。在功利主义者边沁看来，法律应该用以实现最大多数人的最大幸福，但普通法却被维持在一种复杂而令人琢磨不透的状态，只为增加律师和法官群体的收入，因而他主张推动实用主义立法科学，以制定出清晰的、周延的、连贯一致的法典，使每一个人都能读懂法律，成为自己的律师。⁽⁵⁵⁾麦考莱在追随边沁法典化主张的同时，认为“没有哪个国家如印度一般如此需要一部法典”，“制定完整的成文法典是作为启蒙与慈父般殖民专制政府应当承担的”。⁽⁵⁶⁾梅因也重新审视功利主义法学追求科学与逻辑精准的态度，认为印度法治混乱的唯一治疗方法在于制定统一的、简单的、编纂成典的法律。⁽⁵⁷⁾

(52) 参见 [俄] 马·科瓦列夫斯基 《公社土地占有制，其解体的原因、进程和结果》，李毅夫、金地译，中国社会科学出版社 1993 年版，第 116 页。

(53) 同前注 [33]，Bijay K. Acharyya 书，第 92 页。

(54) See Elizabeth Kolsky, *Colonial Justice in British India*, Cambridge University Press, 2010, pp. 69-73.

(55) See Brian Z. Tamanaha, *Law as a Means to an End*, Cambridge University Press, 2006, p. 43.

(56) 同前注 [33]，Bijay K. Acharyya 书，第 90-92 页。

(57) 梅因支持立法与法典化，但理由却与边沁、麦考莱所持的实用主义哲学不同。他从比罗马十二表法更早的历史阶段开始考察，试图总结与归纳法律产生与发展的路径，将立法视为与法律拟制、衡平共同构成的三位一体的法律发展机制之一。他批判边沁的学说看不到法律拟制、衡平与立法之间的区别；他主张遵循历史的研究方法，重视法律与社会之间复杂关系，并在此基础上认识立法在推动社会进步过程中的作用与意义。参见 [美] 卡露娜·曼特娜 《帝国的辩解——亨利·梅因与自由帝国主义的终结》，何俊毅译，华东师范大学出版社 2018 年版，第 51 页、第 165 页。

1833年，麦考莱被任命为印度总督理事会的法律代表，次年他与其他几位法学者组成了第一届印度法律委员会。他们在编纂法典过程中面临的迫切问题是，法典化过程中应当秉持尊重当地法律的原则而只是简单整理当地习惯法与宗教法，还是制定统一适用于全印度的法典；多大程度上尊重当地法律、宗教与习惯；哪些领域保留印度本土的属人法，哪些领域制定统一适用的属地法。对于这些问题，麦考莱确立了一项原则，即“能统一的地方统一；必须存异的地方存异；但必须保证确定性”。⁽⁵⁸⁾ 1840年，第一届法律委员会政府提交了《属地法报告》（*lex loci Report*），还起草了印度第一部《刑法典》以及《民事诉讼法》，虽然这些法律在第一届法律委员会存续期间没有获得通过，但却为之后正式法典的颁行奠定了基础。

1853年，第二届法律委员会成立，继续从事印度的立法工作。他们在仔细研究过上届同仁们的成果后，决定采取相同的立场，主张在考虑印度本土体制与条件及人们的宗教、习俗和品性等特殊性的基础上制定法律。此外，他们还主张将最高法院与公司法院进行合并，结束二元司法体制，这项提议在1861年获得实现。第二届法律委员会共提交了四份法律报告，他们继续修订第一届法律委员会拟定的各草案，并取得丰硕成果。其中，《民事诉讼法》《刑法典》与《刑事诉讼法》分别于1859年、1860年、1861年获得通过。⁽⁵⁹⁾

1861年12月，第三届印度法律委员会成立。这届委员会被要求“以英国法为基础为印度制定实体法”。他们共提交了七份报告，分别关于继承、合同、流通票据、证据、财产转让以及刑事诉讼法修正等主题，其中最重要的是适用于非印度教徒与穆斯林的其他所有印度人的《继承法》，该法在1865年获得通过。此间，由亨利·梅因领导的印度政府立法部（Legislative Department of the Government of India）同样投身于法典化工作。1866年由梅因负责起草的印度《公司法》获得通过，它是在1862年英国《公司法》的基础上进行修正与增减而成。詹姆斯·斯蒂芬（James Stephen）是梅因的继任者，在他与梅因主持立法工作的10年间，有诸如《宗教捐赠法》《法定受托人法》《承运人法》等多部法律获得通过。⁽⁶⁰⁾

1879年，第四届印度法律委员会成立，他们被要求放慢立法节奏，转而注重巩固现有立法以及淘汰不再合时宜的法律。⁽⁶¹⁾ 这届法律委员会的工作主要集中在信托、地役权、冲积地与洪积地法律、雇主雇员关系、流通票据与不动产转让等领域，成果主要为1881年通过的《流通票据法》、1882年通过的《信托法》《财产转让法》以及《地役权法》。⁽⁶²⁾

这四届印度法律委员会均存在于殖民时期，独立后的印度继续采用法律委员会的形式，对殖民时期的法典进行修订和继续开展新的立法工作。由上可见，自19世纪中期以后，英国加大了对印度法律移植的力度，法典化工作包括程序法、实体法，立法工作也愈加详细，且在可行的范围内尽可能统一法律，而只在立法阻力较大的领域保留了印度本土法律。

在东印度公司制定法规与法律委员会制定法典的过程中，虽说英国统治者的态度是尽量尊重印度本土法律，但仍不可避免地改动了其中一部分。例如在公司法规时期，英国人废除了贝拿勒斯婆罗门免于死刑的规定，废除了奴隶制，将静坐绝食讨债的做法、焚烧寡妇的习俗入刑，

(58) *Hansard's Debates*, 3rd Series, Vol. 19, p. 533, 转引自同前注〔33〕, B. K. Acharyya 书, 第92页。

(59) 参见同前注〔33〕, Bijay K. Acharyya 书, 第64-65页。

(60) 参见同上注, 第66-69页。

(61) 参见同上注, 第69-70页。

(62) 参见同前注〔34〕, J. K. Mittal 书, 第371-372页。



允许寡妇再婚，禁止因转变信仰而剥夺其财产权等。⁽⁶³⁾ 在法典化时期，原先适用印度教法与伊斯兰法的合同法领域也随着 1872 年《印度合同法》而得到统一；在遗产与继承法领域，除了法定例外情况，1865 年《印度继承法》也同样适用于所有人；由《印度赠与法》的司法裁决发展而来的《印度遗嘱法》也获得通过，并扩大了人们的遗嘱自由等。这样，一些英国法被引入印度，而属人法领域的诸多印度本土法律也获得确认或改变，它们以一种复杂的形式共存于新的法律系统之中。

四、法律职业群体与法律教育的发展

法律职业群体与法律教育构成法文化的重要内容。法律职业群体以“法和不法”为基础代码进行沟通，使法律区别于宗教、政治等其他社会系统。他们在专门的机构中接受学习、培训，他们分析、解释、反思与评价法律，使法律成为一门科学。

(一) 法律职业群体的发展

英国殖民时期，印度的法律群体向着契约化、职业化方向发展。以律师群体为例，根据美国著名梵文学者卢多·罗切尔（Ludo Rocher）的考察，在古代印度并不存在职业律师。古代的诉讼中，当事人可能会有自己的代表，但该代表参与诉讼并非因为自己精通法律，而是因为与当事人有亲密的私人关系。⁽⁶⁴⁾ 这与殖民时期产生的职业律师阶层不同。在哈尔赫德编译的《印度教法典》中曾有规定，当原告或被告因故不能出席审判时，他们应依己所愿任命一个人作为他们的代理人瓦吉尔（vakil）；如果代理人胜诉，则其当事人胜诉；若代理人败诉，则其当事人败诉。1793 年东印度公司颁布法规，授权民事上诉法院根据法官的推荐任命瓦吉尔。法官经过民事上诉法院的许可，可以免除瓦吉尔的职务。1846 年的《律师职业法》（*Legal Practitioners Act*）规定，无论何种国籍与宗教都可以成为辩护人；1853 年《律师职业法》规定，在女王陛下法院（Her Majesty's Court）注册的事务律师与出庭律师可以在公司法院辩护，但本土印度律师却不能在最高法院辩护。⁽⁶⁵⁾ 一个人若想成为瓦吉尔，需要通过相关考试，到 1940 年时甚至要求获得法学学士学位。

法律职业群体是法文化的承载者，他们的崛起体现出殖民时期印度法文化的变化，尤其是瓦吉尔这一印度本土律师阶层。“vakil”一词来自阿拉伯语，原指政治人物所委托的，与自己存在血缘关系或政治上隶属关系的利益代理人。但英国人所理解的瓦吉尔，是指熟悉法律法规，有良好品质的诉讼代理人。他们构成司法体系的一部分，站在法庭与当事人之间，为自己客户的利益辩护。⁽⁶⁶⁾ 这种律师与当事人之间的契约关系与传统印度社会中以亲属关系或依附关系为基础的代理关系存在差别。当然，从身份关系到契约关系的转变并非纯粹。实践中，一些律师与自己客户的关系仍是基于他们之间的亲属或同乡关系。⁽⁶⁷⁾

(63) 参见同前注〔33〕，Bijay K. Acharyya 书，第 270-271 页。

(64) See Ludo Rocher, "Lawyers" in *Classical Hindu Law*, 3 *Law & Society Review* 383, 399-400 (1969).

(65) 参见同前注〔17〕，Kailash Rai 书，第 354 页。

(66) 参见同前注〔13〕，Bernard S. Cohn 文，第 626 页。

(67) See Bernard S. Cohn, *Anthropological Notes on Disputes and Law in India*, 67 *American Anthropologist* 82, 107 (1965).

（二）法律教育的发展

在殖民时期，印度的职业法律教育也获得相应发展。1855年，孟买建立了政府法律学院（Government Law College），此后加尔各答、马德拉斯也分别建立法学院。在1886—1896年间，印度的法学院从17所增至34所。⁽⁶⁸⁾以政府法律学院为例，其学制为3年，课程包括家庭、继承等伊斯兰法与印度教法，还包括合同法、商人法、侵权法、刑法、衡平法、证据法、程序法、国际法等内容。⁽⁶⁹⁾除了印度本土法律院校的发展，很多富裕的印度人也送孩子前往英国学习法律，例如甘地、尼赫鲁等人都有在英国学习法律的经历，他们在印度民族独立运动与独立后国家的政治建设中扮演了重要角色。

值得注意的是，英国在印度开展的教育事业与传统印度教育存在根本不同之处。传统印度教育中，知识仅掌握在少数人手中，只有婆罗门、刹帝利或吠舍这些“再生人”才有机会接受教育。不可接触者作为一个庞大的群体，被隔离于知识之外。同时，传统印度教育教授的内容多为传统知识，而非科学主义、人文主义的西学知识。在英国人建立的学校中，学生虽然多出身上层种姓，但理论上接受教育的权利并不受种姓、性别、宗教信仰的限制。例如，印度社会活动家、宪法之父安培德卡尔，虽然出身不可接触者家庭，但他分别在萨塔拉和孟买的公立学校上过中学，并考入位于孟买的埃尔芬斯通学院。他还赴美国哥伦比亚大学深造，并取得政治学博士学位；后又赴英国伦敦大学与格雷律师公会学习，取得博士学位，并获得律师资格。归国后，他在孟买高等法院担任律师，后又担任孟买公立法律学院的教授。他领导了要求废除不可接触制度的马哈德水塘事件与纳西德寺院事件，并积极争取宪法对不可接触者的保护，成为印度广大底层群众中最具威望与影响力的人物。

知识垄断是掌权者防止自身权力被颠覆的方式，而平等接受教育的权利使低种姓群体有机会参与到社会公共事务之中，促进科学领域专业化、公共领域大众化，这是现代国家形成与发展的前提。殖民时期，包括法律教育在内的英式教育，对打破知识垄断，形成人们的公共参与能力，进而挑战殖民统治、种姓制度等社会禁锢具有不可忽视的作用。

五、总结与反思：“传统—现代观”与“多元文化观”

从上述英国殖民统治时期印度司法体系的设立、司法中的法律移植、立法中的法律体系化发展以及法律职业群体与法学教育的发展过程可以看出，印度法律制度与法律观念经历着从传统向现代的转型。印度建立了层级式的司法体系和明确的司法管辖权；在司法过程中，英国法官运用英国法所特有的技艺理性与实用主义，将英国法律概念、制度、观念输入印度，逐渐实现对印度法律传统的改造与转型；在立法过程中，实现了印度土地整理与土地私有权的确立，以及法典化运动式的法律发展；同时促成了职业法律群体的形成和法律教育的发展。总的来说，殖民时期的印度法律变革可以概括为：国家法吸收地方法，主权者成为法律权威的来源；司法体系逐步建立，司法管辖权逐渐统一；个人权利观念得以发展，身份之法向契约之法转变；法律与宗教逐渐分离，宗教之法向世俗之法发展。

我们可以看到，英国对印度的统治工具是笔，而不仅是剑；统治方式是法律，而不仅是暴

(68) See Arjun P. Aggarwal, *Legal Education in India*, 12 *Journal of Legal Education* 231, 233 (1959).

(69) 参见同上注，第237—238页。



力；英国在印度地区官员的工作更多是作为法官发挥他们的司法能力，英国的影响也更多是通过广泛建立的法院得到体现，而不仅仅通过政府行政机构。同时，这一时期的法律教育与法律职业传统创造了一个印度法律职业群体。可以说，英国的殖民统治之所以产生如此巨大且持久的影响，是因为它依靠法院和法律，而不仅仅是政治与军事强力。

印度法律现代化与其社会关系的现代化呈现正相关关系。殖民时期的印度建立了现代官僚制度和文官选任制度，个人与国家的联系更加紧密，而不是禁锢在传统的身份团体之中。英国人通过邮政、电缆、铁路等通信技术，将印度整合为一个内部联系更加紧密的国家；宗教、语言、历史、建筑等领域的知识生产也为印度人的自我认知与民族主义的孕育提供了温床。正是在这个过程中，印度法律出现了梅因所说的从“身份”到“契约”的变化。

然而，笔者在阅读过程中，也看到来自“多元文化观”对“传统—现代观”的批判。“多元文化观”对传统文化与地方知识抱有更多温情。这种观点认为，将近代以来印度法律所经历的历史变迁总结为从传统到现代的转型，是一种简化历史复杂性的做法。“‘传统—现代’史观不仅抽取了过去的历史价值，未来也变成没有历史的。因为一旦所有民族都完成了从传统到现代的转化，虽然科技在进步，经济在发展，但明天的社会形态只是今天的延续”。⁽⁷⁰⁾

伦敦大学东方与非洲研究学院教授维纳·蒙斯基可谓“多元文化观”的代表者。他认为，传统印度法从不曾消亡，它保留了印度特殊文化的因素，以一种温和而安静的方式抵抗西方现代的、以国家为中心的法律；它仍作为非官方的法律存在于印度教徒的生活之中，我们应以一种超越传统与现代性之敌对论述的视角理解印度法。他甚至认为，20世纪80、90年代，印度法律正在回归传统，并超越现代性，进入一种后现代的境界。⁽⁷¹⁾人类学家斯利尼瓦斯（Mysore N. Srinivas）教授也提出，印度社会文化的发展不仅是一个西化的过程，同时也是一个“梵化”的过程。“梵化”指人们试图使自己的生活方式更接近上层种姓，例如吠舍种姓的人以刹帝利的生活方式改变自己，试图在自我认知与社会认可方面提升族群的种姓地位。“西化”指在英国等西方国家的影响下，印度在社会制度、意识形态、价值观念、科学技术等领域发生的系列变化。“梵化”过程贯穿前殖民时期、殖民时期与独立后的印度历史，而“西化”始于英国殖民时期，且其重要性日益增加。⁽⁷²⁾虽说“西化”与“现代化”有诸多重合之处，但“西化”一词过于强调西方在现代化进程中的影响，而忽视其他文明对现代化的可能贡献。因此本文认为“现代化”一词比斯利尼瓦斯教授所选择的“西化”更为恰当。但尽管如此，斯利尼瓦斯教授的观点依然给人启发。一方面，我们可以看到，无论是司法机构、法律制度还是法律观念，一系列符合现代性描述的变化确实发生了。国家法取代了很多地方传统法律与习惯，成为社会规范的主要内容；国家司法管辖权与过去相比覆盖更广的范围，成为最重要的司法权担纲者；权利、法治、权力分立、司法独立、民主等观念融入印度人的政治法律观中。但另一方面，在婚姻、种姓、继承等领域的传统法律依然以“活法”的方式存在于现实生活之中。一些服务于英国殖民政府的知识分子与团体甚至开始采取一种更为婆罗门化的生活方式，例如更为严格地实施洁净

(70) 金观涛《展望第三个千年》，载《二十一世纪》2000年2月号，第20页。

(71) 参见同前注〔7〕，Werner F. Menski书，第30页、第210页、第545页。

(72) See Mysore N. Srinivas, *Social Change in Modern India*, University of California Press, 1966, pp. 1-6, 46-47.

与污染的原则，摒弃喝酒与婚礼铺张的习俗，更严格地禁止种姓间通婚等⁽⁷³⁾ 以此作为确认自己身份与认同的方式。

那么，我们究竟应当如何评价学者针对印度殖民时期法律变革所作的两种解释？即如何理解自由主义者主张的“传统—现代观”与文化主义者主张的“多元文化观”之间的紧张关系？

本文认为，“传统—现代观”与“多元文化观”各有其优点与局限性。“传统—现代观”抓住现代化进程中的解放力量，以权利—义务关系取代传统依附关系，强调人从传统的身份束缚中解脱出来。现代法治理念认可生命、自由等价值的普世性，认可法律面前的平等性。但“传统—现代观”也容易与西方中心主义挂钩，突出西方文化在与非西方文化竞争中的优越性。“多元文化观”正是针对现代主义所暗含的对非西方文化的压迫力量，指出印度、中国、非洲等非西方国家的特殊性，鼓励世界文化的差异化发展。但多元文化观不免面临相对主义难题。究竟应该如何处理“传统—现代观”与“多元文化观”之间的冲突？本文认为，应从以下三个方面进行理解。

首先，肯定与珍惜法律现代化在基本价值与基本权利方面的成果。尽管是在外来殖民压迫的历史情境下，印度殖民时期的法律变革确实某些方面取得了进步，这主要体现在法治、平等、自由等观念与制度在印度生根发芽，例如废除寡妇殉葬的萨蒂（sati）制，若改变宗教信仰则没收财产等制度，取消婆罗门特权，破除了上层种姓对知识的垄断等。1950年《印度宪法》将生命权、自由权、平等权等权利列为宪法基本权利。与对低种姓群体和女性进行压迫剥削的漫长历史相比，这是印度法律现代化的珍贵成果。

其次，在将基本价值与基本权利于宪法中焊定的基础上，尊重法律文化与生活方式的多样化。法律制度应该扎根于法律文化，从而避免使制度沦为纯粹的手段。法律应当是内心认可的一种生活方式，承载特定的价值与意义。⁽⁷⁴⁾ 例如印度宗教有众生平等的信仰和不杀生的传统，这可以作为对现代文明中人类中心主义所造成的诸多弊端的弥补与克服；再如印度教文化主张万物皆有其达摩，达摩中暗含的伦理观，既不同于西方的权利观，也不是完全的义务观，而是一种责任伦理观。这种责任伦理观可以缓解现代化过程中个人沦为原子化个体的孤寂与无力感。

最后，我们也要注意，不能因为现代化过程所产生的问题而放弃对平等与自由的追求，不加反思地回归传统。例如，离婚自由使印度教男性更容易将妻子赶出家门，因此有人主张应当放弃离婚自由，回归传统婚姻制度。本文认为，这里的主要问题并不在于是否要放弃婚姻自由原则，而在于女性是否受到法律的有效保护。相较于恢复女性对男性的依附，更应该做的是完善女性在婚姻关系中，以及女性在受教育、工作等方面的权利保护。

综上所述，对于印度法律之变革，单纯地以“传统—现代观”或“多元文化观”进行分析都是片面的。在“传统—现代观”下，我们认可法律现代化的解放力量，坚持和珍惜人类社会在自由、平等方面的进步；在“多元文化观”下，我们看到传统文化与传统法律并未消失，它们成为各国在现代化过程中不断回顾自身历史，从而确认文化与身份认同的库藏。

(73) 参见同前注〔3〕，C. A. 贝利书，第151—153页。

(74) 参见高鸿钧《法律文化的语义、语境及其中国问题》，载《中国法学》2007年第4期，第36页。