

法史研究文集

西北政法学院
科研处
编

目 录

(外国法制史和法律思想史部分)

外国法制史研究中的几个问题·····	林榕年 (1)
古希伯来法研究·····	胡大展 (16)
试论古印度婆罗门法的种姓制度 ·····	冯卓慧 胡留元 (34)
英国陪审制度·····	贺卫方 (59)
西欧中世纪的宗教裁判所·····	高鸿君 (73)
英国侵权行为法的源流与演变·····	潘华仿 (88)
大陆法系探讨——法系研究之一·····	李昌道 (111)
法国不动产物权公示制度的历史发展 ·····	由 荣 (
菲律宾法制史概略·····	高鸿君 贺卫方 (144)



西方政治法律思想与中国的民主和法制建设

·····	谷春德 (165)
论托马斯·阿奎那的法律观·····	张学仁 (179)

试论自然法学研究的基本问题.....	严存生(197)
浅析洛克的主要法律思想.....	吴新耀(220)
评黑格尔的法律自由说.....	严存生(231)
黑格尔民法思想研究.....	吕世伦(268)
略论三大空想社会主义者的法律思想.....	倪健民(316)

外国法制史研究中的几个问题

(初稿)

林榕年

近几年来，在法学界和有关部门的热情关怀与大力支持下，外国法制史的教学和科学研究取得不少可喜成绩，但比起其他法学学科尚有很大差距，不少课题，需要深入探讨；一些教学实践经验，有待于进一步总结。这里，仅就外国法制史研究中的几个理论问题，谈几点粗浅看法，不妥之处，希望同志们指正。

一、法和阶级斗争

外国法制史是一门以马列主义、毛泽东思想为指导、研究世界上各种类型的，具有代表性的法律制度的基本内容、实质、形式和特点及其发展规律的科学。以马列主义、毛泽东思想为指导是这门学科区别于资产阶级法制史及其相关学科的根本特征。马列主义、毛泽东思想是无产阶级争取自身和全人类解放的理论武器，是对自然和社会现象进行综合、概括而抽象出来的科学原理。以马列主义、毛泽东思想为指导研究外国法制史，首先应当坚持这门学科的阶级性和科学性的统一，用无产阶级的世界观——辩证唯物主义和历史唯物论不断加深对法律制度的产生、本质、作用及其发展规律

的认识，根据已经认识的规律，指导科学研究的实践，推动法制史学科和法学的发展。

辩证唯物论和历史唯物论认为：社会存在决定社会意识，上层建筑决定于其赖以建立的经济基础。法是统治阶级的意志，属于意识形态范畴，是上层建筑的重要组成部分。法的内容既不能从法律本身来理解，也不能从人类精神的一般发展来理解，它根源于物质生活条件。法的发展不可能超出一定时代的经济结构，和由这种经济结构所制约的阶级斗争状况。“无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已”。^①

诚然，法对其赖以建立的经济基础有反作用；法又调整着社会关系和阶级关系，法是社会经济生活和阶级关系最集中和最具体的体现，因此研究法制史不仅应当以社会经济关系和阶级斗争的发展变化为基本线索，而且应当着重于法对经济制度和阶级关系反作用的研究。但是绝不能由此把法描绘成可以脱离经济基础而独立存在和凌驾于阶级斗争之上的东西。

前一时期，我国法学界曾围绕法的阶级性问题开展学术讨论。有的同志认为法有两部分，“一部分是普遍性的社会生活规范，包括调整统治阶级内部关系；另一部分是专政性的阶级压迫规范，专门对付被统治阶级的。各阶级社会大体如此”。持这种观点的同志认为“早在没有阶级、没有阶级斗争、没有国家的原始共产制的氏族社会里，法这种东西就出现了……”。（《法学研究》1980年第一期）还有的同志

①《马克思恩格斯全集》第4卷，第121—122页；

主张：“既然法律早在原始社会就出现，说明它不仅仅是阶级社会的现象；……未来无阶级社会，必然仍需法律”（吉林大学学报》1980年第1期）这说明，对于如何正确理解马克思主义法学关于法具有阶级性这一基本原理，确实存在分歧。不仅涉及法学研究的方向，而且也为法制史学界提出了如何运用马列主义的立场、观点、方法分析历史资料，阐明法的产生、本质、特点及其发展规律的任务。

关于法的生产和本质问题，在马克思主义产生以前，历代思想家曾经发表过许多见解，古代东方的思想家差不多都把法律归结为“神的授予”或“君主的意志”；希腊多数哲学家则把法律归结为“自然法则”或“公众的意志”；罗马法学家赛尔苏斯（Selous）认为“法律的真意是正义与公平”。在我国的古文献中，也有“鑒，刑也，平之如水，从水，所以触不直者去之，从廌去”（《说文解字》）的记载，同样也把法解释为“公平”“正义”的准则。这些见解固然触及到法的外部现象：即法是衡量人们行为的尺度和必须遵守的准则，然而都没有，也不可能揭示法的真正本质。到了近代时期，资产阶级提出“法律是公共意志的表现”，“所有的人在法律面前都是平等的”，法律的用意“在于保护公共的和个人的自由”（《1793年法国宪法》）等主张，这些主张并没有给古代思想家早已形成的固有观念增添多少新内容，仅仅是使之更加完整，更加理论化，更加适应资本主义剥削方式的需要罢了，因而同样回避了法的本质问题。

恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》里分析了大量历史资料之后明确指出：当私有制和阶级产生以前，人类处于氏族制度下，那时既没有国家，也没有法，法是伴随私有制的

出现、阶级的产生和国家同时形成的。在形成过程中，经历很长一段变氏族组织为国家机关，用习惯法代替原始习惯的历史过程，当国家区别于氏族组织，习惯法区别于原始习惯的全部标志具备以前，人类社会仍然处于氏族制度解体时期，没有跨进“文明时代的门槛”。形成过程的习惯法尽管是私有制和阶级斗争的产物，但都不免带有自氏族习惯脱胎而生的痕迹，如民众大会共同决定问题，公社成员集体负责，解决纠纷公开辩论，施行神明裁判，血亲复仇，同态复仇的原则，等等。甚至当人类进入阶级社会以后，这些痕迹仍然保留数世纪之久，这样的情况，在古代社会的“法典”里是屡见不鲜的。

因此，既不能因为法在原始公社解体时期产生而否认法是阶级斗争的产物；也不能因为法是阶级斗争的产物而否认阶级社会确立以前已经有了法。法的存在只是表明社会已经出现阶级划分；占统治地位的有产者阶级为了使这种现象永久化，使有产者阶级剥削无产者阶级的权利以及前者对后者的统治固定化，需要将本阶级的意志变为国家意志而取得法律的一般表现形式罢了。开始，人们并不懂得什么是法，当人们意识到法的意义时，法早已形成了。

至于习惯法是怎样靠部分地改造氏族习惯、部分地用创造新规范来排挤掉他们；统治阶级的意志如何通过取代氏族机关的“公共权力”变为国家意志并取得法律的一般表现形式；氏族制度解体时期出现的习惯法或成文法（如雅典的德拉柯立法、梭伦立法等等）是不是完整意义上的法；关于这些问题，目前还缺乏具体的论证，这就要求我们以尊重实际的工作精神，严肃的工作态度，在马克思主义法学已经达到

的成就的基础上，下一番苦工夫进行具体而深入的专题研究。应当重视借鉴和吸收资产阶级学者的研究成果，但更应牢记列宁的教导：“始终都要记住历史上社会划分为阶级这一基本事实”^①

二、法和国家

人类社会发展的历史证明，法不仅根源于物质生活条件，而且同国家有密不可分的联系，它们都是私有制出现，阶级产生、阶级斗争“达到不能调和的地方，时候和程度”^②的产物，都是统治阶级对被统治阶级实行专政的工具。马克思恩格斯在《德意志意识形态》里曾经指出：经济上占统治地位的阶级“除了必须以国家的形式组织自己的力量外，他们还必须给予他们自己的由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式”^③这个分析，科学地揭示了法的经济根源和阶级实质，同时也指出了法和国家的密切联系。没有国家的制定或认可并作为后盾，法就无从确立和难以发挥强使人们必须遵守的作用；同样，没有法，国家也难以组织，难以实现对敌专政，维护有利于统治阶级社会制度和社会秩序的任务。

固然，国家和法是两个相对独立的社会现象，不能认为国家就是法，法就是国家，更不能由此推论出国家和法不能各自成为一门独立的科学；但是也不能由此得出国家和法不

①《列宁选集》第4卷，第45页；

②《列宁选集》第3卷，第175页；

③《马克思恩格斯全集》第3卷，第378页。

能成为一名统一学科的结论。国家和法究竟分为两门独立学科还是合并为统一学科，应根据学习对象和课程设置的不同情况具体设定，不应强求划一。

有的同志从论证法在氏族制度时期就已存在出发，否认法和国家密切不可分的联系，认为“法这种东西不是阶级斗争的产物，……它的出现开始同国家也没有关系”（《法学研究》1980年第一期）这种观点是过份夸大国家和法各自相独立一面而忽视它们之间的统一面的必然结果。还有的同志认为：把国家和法联系起来研究是“苏联框框”，是“教条主义的表现”。其实，翻开历史，把国家和法联系起来研究者，古已有之，并非自苏联始。柏拉图的《法律论》除了着力渲染法律的作用之外，以大量的篇幅设计他的“理想国”方案；在他那里《国家论》和《法律论》是紧密联系在一起的。近代时期，孟德斯鸠的《论法的精神》，几乎以三分之二的篇幅对各国古今政体作了比较研究，在继承亚里士多德政体分类学说的基础上，创立了著名的“三权分立”的理论。资产阶级著名法制史学者梅茵的《古代法》《古代制度史》，《古代法和习惯》，详细的介绍了古代各国的政体。现代资产阶级的法制史著作中，如美国学者莫里斯的《法律发达史》，日本学者田中周友的《世界法制史概况》和《比较法制史讲义》，也都不同程度的介绍了各国政府机构。当然，资产阶级学者都是从“公法”角度阐述国家政权的，因而不可能揭示国家和法的实质及其发展的客观规律，他们或者把古代法的发展划分为“神授法”、“习惯法”和“成文法”三个时期，（梅因《古代法》、穗积陈重《法律进化论》）；或者把法的发展归结为从单一刑法到

民，刑不分，再到民、刑分立；或者归结为从公法到公法和私法合体，再到公法和私法分立；等等。然而尽管如此，他们都没有忘记阐述国家问题。因此，认为把国家和法联系在一起研究就是“苏联框框”是没有根据的。

三、法的批判和继承

列宁指出：马克思主义“绝不是离开世界文明发展大道而产生的编狭顽固学说”，而是“哲学、政治经济学和社会主义的最伟大代表的学说的直接继续”^①研究法制史应当批判地继承历史上的法学遗产。过去相当长的一段时期内，人们由于受“左”的思想影响，对于批判继承历史上的法学遗产视为“禁区”，不敢问津。党的十一届三中全会以后，随着拨乱反正的进行，才开始对法律继承性问题重新探讨，并取得了基本一致的看法。然而究竟应如何正确理解法律的继承性，人们的认识却不尽一致，有的认为剥削阶级的法学遗产（如法律的某些概念和术语）可以批判继承，法律制度和原则不能批判继承；有的认为处于上升时期的剥削阶级的法律制度可以批判继承，下降时期的则不能批判继承；也有的同志认为，剥削阶级法律中具有“社会性”的法律规范可以批判继承，具有阶级性的法律规范则不能批判继承。实际上批判继承并不是“兼收并蓄”而是推陈出新，在新的基础上达到新的综合。批判继承历史上的法学遗产，总结历代统治阶级运用法律制度实行统治的经验，不仅是法制史的一项重要任务，也是法律制度发展的一般规律。法律制度的发展史，从一定意义上说正是不同类型、不同形式的法律制度在其相互

^①《列宁全集》第19卷，第1页。

影响和依次交替过程中批判继承的历史。

希腊是欧洲法律制度产生最早的地区，早在公元前十二世纪到公元前六世纪，就已形成了几十个城邦国家，相应地产生了各个城邦的习惯法和成文法。由于各国经济发展极不平衡以及自然环境和历史条件的影响，古希腊各国一直没有形成统一的整体，因而也没有形成统一的法律体系。所谓希腊法，实际上是各个城邦多种法律的组合。但是，由于有着共同的民族传统和语言文字以及频繁的经济和政治交往，各城邦使用的法律概念和术语大抵相同。正是在这个意义上，产生了“希腊法”概念。公元前四世纪，希腊被马其顿征服成为马其顿帝国的一部分。亚力山大马其顿帝国又先后征服了埃及、巴勒斯坦、叙利亚、美索不达米亚，以及近东其他地区，因而出现了希腊各城邦和东方各国法律相互融合过程，即所谓“希腊化时期”（公元前四—一世纪），埃及法，楔形文字法和希伯来法按属人主义原则与希腊各城邦法同时适用。在此以前，希腊法还影响着地中海另一端的意大利半岛，传说罗马的十二铜表法，正是在考察了西西里希腊、翻阅那里的法令文件之后制定的。公元前三世纪——公元前一世纪，罗马征服了希腊马其顿帝国，先后占领了帝国的所有属地，欧洲的法律制度从此纳入罗马法发展的轨道。

罗马法是我们所知道的“简单商品生产即资本主义以前商品生产的完善法”^①它对简单商品生产即资本主义以前商品生产的各种关系，都有极为详尽而具体的规定；它之所以发展得如此“完善”，除了取决于罗马国内经济的发展和阶

①《马克思恩格斯全集》第36卷，第169页。

级力量对比情况之外，也是总结和吸收各国立法和司法实践经验的结果。它起着承上启下，继往开来的作用。罗马法关于公法和私法的划分以及人法、物法、诉讼法的体系，一直成为后世剥削阶级，特别是西欧大陆资产阶级民事立法的重要依据。人法的理论导源于希腊斯多葛学派的自然法思想，然而罗马法学家却在先驱者提供的物质的和精神的材料的基础上创立了“自然人”和“法律人格”的理论，这一理论奠定了“民事权利主体”和“法人”学说的基础。后世民法关于权利能力与行为能力的区分，在罗马法里早已得到详尽的论证。

罗马法中的对物诉讼 (actiones in rem) 和对人诉讼 (actiones in personam)，实际上指的是“对物权”和“对人权”，它是物权和债权划分的理论依据。罗马法关于所有权是“（所有）人对物的最完全的支配权”的定义，以及关于占有、使用、收益、处分权利的原则，直接被1804年法国民法典所继承，其他像关于所有权的取得方式包括先占、添附、加工、埋藏物、孳息、时效、引渡、遗赠等原始取得和传来取得的方式；关于他物权包括役权、地上权、永借权、质权等极为详细而具体的制度；关于物权的保护等等，对后世民法都有巨大的影响。

在债权法方面，特别其中有关契约、准契约包括“无因管理”，“不当得利”等基本原则，备受资本主义国家的重视，以至先后被拿破仑法典和德国民法典以及欧洲其他国家民法典所采用。1805年德国法学家贺古 (Gustav Hugo (1764—1844年)) 根据罗马法上已经阐明的权利主体 (人) 所从事的旨在设定、变更及消灭民事法律关系的各种

行为的必备条件和原则概括出“法律行为”(Rechtsgeschäft)的概念。这一概念不仅被资产阶级各国民法所接受,而且被社会主义民法所使用。

此外,在西欧各国的商法和遗嘱继承里,到处都可找到罗马法影响的痕迹。

在整个中世纪,罗马法对欧洲各国的影响,几乎从来没有间断过,而且从十二世纪到十六世纪是“罗马法复兴时期”。西欧封建法制史正是罗马法与日耳曼法以及天主教法相互融合的历史。在这个基础上终于形成了以罗马法为主体的“大陆法系”和以日耳曼法为主体的英吉利法系。近代时期,罗马法的影响已经跨出欧洲范围,影响所及到达亚、非、拉等世界各地。廿世纪初,罗马法又经过日本影响到中国,从1906年日本法学博士岗田朝太郎来中国法律学堂讲授刑法开始,到国民党政府编纂《六法全书》,旧中国法律的内容和体系发生了根本性变化,实际上已经成为大陆法系的分枝。

纵观世界历史,任何一个民族的发展或迟或早都不免与外界发生联系,因而在经济、政治、文化以及法律设施等方面,也会彼此交流,相互影响。印度的法律制度在公元前1000年以前,几乎是孤立自守、独立发展的,它的闻名于世的《摩奴法典》编纂于公元前三世纪,完成于公元后四、五世纪。开始是奴隶主阶级的法,而后又在适应封建经济发展的过程中,成为封建主阶级的法。它在适应不同历史时代统治阶级的需要而不断发展和完备过程中,把法律规范、宗教规范、道德规范融冶一炉,先是集婆罗门教之大成,而后又吸收佛教和印度教原理。正因为如此,它不仅能在印度适用

一千多年之久，而且还通过大乘和小乘佛教的传播，影响到日本、朝鲜、东南亚各国以及中国的西藏、蒙古等地区。时至今日，泰国国王的加冕仪式还保留着婆罗门教的遗迹。公元1000年以后，随着阿拉伯帝国的入侵，伊斯兰传入印度，1750年印度沦为英国的殖民地，英吉利法又在印度占统治地位。《摩奴法典》的影响和适应范围开始缩小，但其中不少内容，仍以习惯法的形式保留至今。

亚洲西部的阿拉伯地区，同欧洲有着悠久的历史交往，公元六世纪由穆罕默德创制的伊斯兰法，实际上是犹太法、基督教法和阿拉伯氏族部落习惯三者的巧妙结合。穆罕默德在发布安拉（真主）启示——《古兰经》时，确认摩西和耶稣也是“先知”，他自己不过是“先知的先知”；从伊斯兰法的“五功”（念功、拜功、斋功、朝功、课功）中，不难找到摩西“十戒”和《旧约书》的痕迹。公元八世纪，伊斯兰法在阿拉伯帝国“圣战”旗帜下传播到亚洲、非洲和欧洲的广大地区。伊斯兰法借着它的宗教性质使得不论居住任何国家的穆斯林必须恪守。十九世纪，奥斯曼帝国统治下的伊斯兰国家先后沦为英、法等资本主义国家的殖民地。伊斯兰法经过几度改造、变相存留，逐渐被资本主义法律所排挤，然而直到今天，许多阿拉伯国家的宪法中仍然肯定伊斯兰法是立法的基本依据，伊斯兰法的某些原则和制度继续有效。

因此，世界法制史不过是不同类型法律制度的依次交替以及新法不断批判继承旧法的历史。

社会主义法律本质上不同于剥削阶级法律，但是社会主义法律是在剥削阶级法律发展的基础上，破旧立新的过程中建立起来的。社会主义法律建立和发展的历史，从一定意义

上说也是对剥削阶级法律批判继承的历史。

新中国的法律制度是从一个具有几千年悠久文化的旧中国发展而来的，不可能完全消除旧中国法律文化影响的痕迹，同时它又直接继承了新民主主义革命时期立法和司法实践的优良传统，吸收了列宁斯大林领导时期苏联社会主义法制建设的经验。这就使新中国的法律具有不同于其他社会主义法制的特点。而且应当成为探讨什么是具有中国特色的马克思主义法学和社会主义法制的出发点。应当肯定，批判继承历史上的法学遗产，取其精华，去其糟粕，使古为今用，洋为中用，对于建设具有中国特色的马克思主义法学和社会主义法制具有十分重要的理论意义和实践意义。

四、法的历史类型和“法系”

历史上有四种不同类型的法律制度，即奴隶制的、封建制的、资本主义的和社会主义的法律制度。前三种类型的法律制度与历史上依次交替的三个剥削阶级占统治地位的生产关系相适应，是剥削阶级类型的法律制度。社会主义类型的法律制度建立在生产资料公有制的基础之上，本质上不同于前三种类型的法律制度。四种类型的法律制度依次交替的客观事实，反映了法律制度发生、发展、变化的规律，奠定了法制史学科体系的基础。

外国法制史是世界上各种类型的法律制度发生、发展、变化的历史，它不同于国别法制史，也不同于部门法制史，更不同于法学基础理论（或法学通论）。它要总的、具体的揭示历史上各种类型的法律制度发生、发展、变化的一般规律和特殊规律，它必须按照不同国家法律制度演变

过程中合乎逻辑的年代顺序安排自己的体系。因此，外国法制史的体系既要考虑同一社会经济形态中不同国家的法律制度在基本的、主要的方面属于同一类型，也要考虑它们的不同特征；时间界限大体上应以世界史的历史分期为标准。

资产阶级学者通常把世界历史上各种不同类型、不同时期、不同国度的法律制度，按照它们之间的某种联系和继承关系划分为许多“法系”（Legal genealogy，原意为家系，血统、家谱）或“法律家族”（Legal family），于是某一国家的法律被称为“母法”，另一些国家的法律被称为“子法”。全世界的法律，都按照“法律家族”的延续，分属于不同谱系之中。至于按什么标准划分法系，资产阶级学者则众说纷纭，莫衷一是：有的按地域，有的按国别，有的按民族，有的按宗教，有的按法律文化特征，有的按影响，等等。甚至在同一著作中，不同法系取不同标准。二次大战后，法国学者达维（Rene' David）在其所著《当代世界主要法系》中把当代世界主要法系归纳为罗马—德意志法系（即大陆法系），普通法系（即英吉利法系）以及以苏联和东欧国家的法律为代表的社会主义法系。

总之，资产阶级学者是根据各国法律的外部特点和外部联系来划分法系的，尽管它对研究外国法制史和比较研究各国法律制度有一定参考价值，但是，它既不能揭示法律的阶级实质，也不能阐明法律发生发展和变化的内在规律，所以不能成为法制史学科安排体系的依据。

近几年来，国内不少报刊和著作，论述法系问题，但对法系的解释很不一致。一种是类似资产阶级学者的家谱意义

的解释，一种把法系称作“法律传统”；一种则按英语字面意义，把法系解释为“法律体系”（legal system）；在一些探讨所谓“中华法系”特点的文章中，虽然没有对法系这一概念作出明确肯定的解释，但这些文章却着力剖析中国古代的法律制度而极少涉及中国古代法律与外国法律联系的问题，似乎所谓“中华法系”指的就是中国古代法律制度，法系似应作“法律制度”解，这说明，法系问题确是一个值得继续深入探讨的问题。而关键在于确切理解“法系”的原义（legal genealogy or legal family）。离开“法系”原义把“法系”作扩张解释，是有助于问题的解决的。有的同志把“法系”解释为“法律传统”，认为西方法学著作中所讲的法系既不同于法律体系，后者指的是某一国家的各部门法的总称；也不同于法的历史类型，即根据不同社会形态来划分法的类别；西方法学家所讲的法系，主要是根据法的历史传统来对法律加以分类；①同时还引用恩格斯批判杜林时说过的一段话，似乎认为恩格斯早已肯定过法系的分类。恩格斯是这样说的：“杜林先生不但对唯一的现代法即法兰西法完全无知，而且他对直到现在仍然独立于法律权威罗马法之外而向前发展、传播于世界各大洲的唯一的日耳曼法，即英吉利法，也同样无知”②其实，恩格斯在这里既没有给法系下定义，也没有涉及法系划分。恩格斯在这段话之后，紧接着嘲笑杜林对罗马法和普鲁士邦法也是一知半解

①参见《法学基础理论》（高等学校法学试用教材）第112—113

页。

②《马克思恩格斯选集》第3卷，第149—150页。