

中国政法大学教材

《民法学原理》参考读物

# 民法的体系与发展

——民法学原理论文选辑

李静冰 编

中国政法大学教材

《民法学原理》参考读物

# 民法的体系与发展

——民法学原理论文选辑

李静冰 编

一九九一年十月·北京

## 编者的话

民法是一种波澜壮阔的法系现象，它有文字可考的历史可以追溯到公元前451年的《十二表法》。从那以后，民法和民法学经历了从《优士丁尼民法大全》到《拿破仑民法典》以及以后的变迁，在二十多个世纪里，它发展成一门博大精深，妙不可言的法律和法学。本校教科书《民法学原理》的编著者们曾以其兼收并蓄的胸怀，尝试将这门法律的理论精湛之处尽容于60万余言的文字。我曾有幸被他们的创作精神感染，同时也同他们一起为因教科书体例篇幅限制而忍痛割舍的文字而叹息。选编这样一本书，权可聊作我们共同的慰藉。作为本书的编者，我有义务就本书的大体内容向读者略作交代。

诚然如历史表明的那样，民法是人类追求自身解放和社会进步过程中发展起来的一种文明成果，这颗果实直接产生于民法法系。那么民法法系意味着什么？民法与民法法系是什么关系？本书选编的第一篇论文《民法法系的含义》在一定程度上解释了这个问题。这篇论文编者译自《民法法系的演进》(The Making of Civil Law)一书，作者是美国佐治亚大学教授艾伦·沃森(Alan Watson)。

人们常说，不知道过去，就懂得不得现在，也难察觉未来。这句话也同样适用于民法。作为一种文化现象，了解民法发展的总体概貌，是学习民法的基础之基础，故此本书不惜篇幅地选编了澳大利亚的瑞安先生著的《民法的发展》。此文曾编入司法部统编教材《民法原理》参考资料一书。

英国法学家亨利·梅因(Sir Henry Maine, 1822 - 1888)有种论调：一个国家文化的高低，看它的民法和刑法的比例就能知道，大凡半开化的国家，民法少而刑法多，进化的国家，

民法多而刑法少。法国法学家孟德斯鸠（Montesquieu 1689—1755）也有类似的见解。孟德斯鸠说，当旅行家向他描述专制主义统治着的国家时，他们很少谈到民法。这大概是由于专制主义与民法精神相背离的缘故吧。在专制主义者看来，每个人都是被奴役的工具；但“在民法的慈母般的眼里，每一个个人就是整个的国家。”所以我从《论法的精神》中节选了两节，介绍给读者。

除了上述名言外，梅因还有一句更出名的名言，那就是“从身份到契约”。这句话是针对人的解放过程的描述，还是对法律发展的阐述，读者不访自己到《古代法》中去体味。学者们认为，西方的法律传统基本上是一元的。自然法是凝结这一元的法律传统的核心因素。然而自然法究竟是人向自然妥协的无奈情绪，还是人启发自我的一种形而上学的热忱，则是众说纷纭的一个历史谜语。无论如何自然法是重要的，它影响着人类思想，也影响着法律观念，尤其是民法观念。“真的，如果自然法没有成为古代世界一种普遍的信念，这就很难说思想的历史，因此也就是人类的历史，究竟会朝着哪一个方向发展了。”“我找不出任何理由，为什么罗马法律会优于印度法律，假使不是‘自然法’的理论给了它一种与众不同的优秀典型。”（梅因语）为了使初学民法的人能立刻感到自然法与民法之间灵与肉的关系，本书选编了梅因《古代法》的第四章，“自然法的现代史”。

《优士丁尼民法大全》问世不久之后，走过鼎盛期，罗马法曾经衰落。历史经过中世纪转至文艺复兴，人重新苏醒，文明再度繁荣，罗马法又勃兴了。在那以后接踵而至的思想启蒙运动更激动人心。投入这场运动的人们高举着个人主义、理性主义和激进主义的旗帜，直捣封建王朝，建立起资产阶级共和国。为了实现“平等、自由、博爱”，现代第一部民法典应运而生，这就是《拿破仑民法典》。自从它诞生的那天起，这部法典所弘扬的人性精神就成为整个民法法系的中心支柱。后来各国编纂的民法典，虽然或多或少的带点本民族特色，但基本精神是一致的。德国民

法学家康拉德·茨威格特 (Konrad Zweigert) 和海因·克茨 (Hein Kötz) 合著的《私法方面的比较法概论》(“Introduction to Comparative Law”), 一书, 对此有精辟的论述, 本书里的《略论德国民法典及其世界性影响》和《瑞士民法典的制定及其特色》, 选自于该书。

既然西方的法律传统基本上是一元的, 那么东方中国的法律传统是什么样子呢? 中国历史上曾有过民法现象吗? 有人说有, 就有人说没有。我们折衷说有但不发达。不发达的原因是什么? 请看《中国古代民法不发达之原因》一文。该文选自台湾学者潘维和先生的《中国民事法史》一书。

就实质而论, 可以说民法是西方文化的产物。中国古人本来也可以发明这种东西, 无奈总是睡大觉, 失去了获得这种“专利权”的机会。我们没有专利权, 但对专利产品还是可以享用的。因此我们聪明的先人在本世纪初大模大样地引进了民法。民法引进中国后, 局面如何呢? 台湾学者王泽鉴先生《民法五十年》一文有中肯的论述。

1949年, 共产党打倒了国民党, 废除了《六法全书》, 新政权要不要民法, 要个什么样的民法, 当权者对这个问题思考了几十年, 选择了几十年, 民法学因而也徘徊了几十年。这段历史载于佟柔先生所著《中华人民共和国民法学四十年》一文。

从根本上讲, 法律应当源于人追求自我解放的内心渴求。人追求自我解放, 意味着人要超越自然, 超越社会, 最后超越自我。在追求超越的过程中, 每个人相互的冲突是难免的。理性告诉人们必须求助于一种和谐的规则来协调彼此关系, 于是便有法律的需要。因此法律的内容应当是人内心追求的表现, 这种表现出来的规则又反过来调整人的行为。人追求解放, 就等于追求自由。自由的个体性特征, 就在于它彻底地归属于心灵。心灵的自由是否能完整的表达为自愿的行为, 则完全取决于他是否有充分的财产, 他的财产是否有安全保障。历史告诉中国人, 假如一个社会把人当成

就应当让人拥有归自己支配的财富。发展经济是追求自由的必经之路。1986年，在思想解放运动的推动下，在提倡发展商品经济的条件下，《中华人民共和国民法通则》诞生了。针对这部法律的思想内容，参加起草工作的江平先生曾撰文作过凝炼的剖析。与此同时，另一位参加过起草工作的杨振山先生撰写了《社会主义初级阶段理论与我国民法学》一文，探讨商品经济理论与民法理论之间的天然联系。

民法通则颁布，的确是件令国人振奋的事，但就在举国一片欢呼雀跃声中，青年学者方流芳却以勇敢、警醒的笔触撰长文，对民法通则品头论足了。方先生在《〈民法通则〉评析》一文中，肯定了民法通则的历史意义和作用，但却毫不留情地批评了民法通则的立法技术。这种批评无疑属于学术史上立功建业之举。但我认为法学批评最好包括法律思想价值和立法技术两方面。最深刻的批评应是思想性的。尤其是在中国，法律首先面临的是内在价值因素问题，方才是技术问题。我很推崇方先生的眼光和文笔，但我认为假若法学批评浮于技术层面而不深入价值内核，很不过瘾。我猜方先生落笔冷静或是本人血质使然，或是拘于时风所至。管它过瘾不过瘾，它耐人寻味，所以我向读者推荐它。

法学是门学问，学问的根本问题是方法论问题。这几年中国法学研究太不注重方法论问题。既然理论上都那么不在乎方法论，实践中就更不拿它当回事儿了。我请读者细心读下李宜琛先生《民法之研究方法》和王泽鉴先生《最高法院判决在法学方法上之检讨》这两篇文章。他们有助于读者学习《民法学原理》的第二章，“民法学方法论”。

是法学家引导法律，还是法律牵着法学家走，这是个学术史问题，中国“法学幼稚”却是个现实问题。这个问题无情地敲打着中国法学研究者的自尊心。有多少人敢于直面这惨淡的现实？有多少人在扪问有愧的内心？几年来，我们目睹了法学界里太多的堕落，太多的气馁。但我们更看中那么几个夜里挑灯看剑者的

沉勇。他们在进行着自我反省，他们在探索，他们更寄望于在法学院就读的青衿学子与他们同行！

本书的中心思想，到此昭然若揭。我不否认一年来选编本书各篇文章所耗费的苦心，带有我个人浓厚的感情和强烈的倾向性。不过我的倾向是编辑者理所当然的倾向，而每篇文章作者的观点的倾向却分外鲜明。我欣赏他们鲜明的观点，也好心好意请读者一起欣赏，但读者有权利完全不欣赏，这不是趣味不投的缘故，是因为这些作者都是法学家，而“每位法学家必须顺从其自然，他的工作将面临每一种认识，每一种真理所遭遇的命运；开始之际，被认为异端邪说，最后则被贬为陈腔滥调，他所享有的，只是在此两极之间短暂胜利的喝彩！”

李静冰

91年5月27日至30日

于法大新校。

# 目 录

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 编者的话                     | 3   |
| 民法法系的含义(〔美〕艾伦·沃森)        | 1   |
| 民法的发展(〔澳〕瑞安)             | 17  |
| 公法与私法的划分(〔美〕亨利·梅利曼)、     | 52  |
| 各种政体民法的繁简(〔法〕孟德斯鸠)       | 58  |
| 以民法为根据的事情就不应当用政治法加以规定    |     |
| (〔法〕孟德斯鸠)                | 61  |
| 自然法的现代史(〔英〕亨利·梅因)        | 63  |
| 从身份到契约(〔英〕亨利·梅因)         | 85  |
| 天主教的婚姻制度和教会法对世俗法的影响(贺卫方) |     |
| .....                    | 88  |
| 略论德国民法典及其世界性影响(〔德〕康·茨威格特 |     |
| 海·克茨)                    | 116 |
| 瑞士民法典的制定及其特色(〔德〕康·茨威格特   |     |
| 海·克茨)                    | 131 |
| 中国古代民法不发达之原因(〔台〕潘维和)     | 139 |
| 民法五十年(〔台〕王泽鉴)            | 151 |
| 中华人民共和国民法学四十年(佟柔)        | 191 |
| 《中华人民共和国民法通则》剖析(江平)      | 202 |

|                          |     |
|--------------------------|-----|
| 社会主义初级阶段理论与我国的民法学（杨振山）   | 216 |
| 《民法通则》评析（方流芳）            | 227 |
| 民法之研究方法（李宜琛）             | 265 |
| 最高法院判决在法学方法论上之检讨（〔台〕王泽鉴） | 269 |
| 法源论（〔台〕郑玉波）              | 295 |
| 论民法中的诚实信用原则（徐国栋）         | 301 |
| 国家是法人（〔荷〕克拉勃）            | 321 |
| 社会所有权化与所有权社会化之研讨（〔台〕洪宝川） | 329 |
| 明清土地制度和契约关系的发展           |     |
| （杨国桢）                    | 337 |
| 个人财产与个人人格（刘再复 林岗）        | 350 |
| 契约法思想的趋向（〔台〕李钟声）         | 356 |
| 关于“版权”和“著作权”两个用语的由来      |     |
| 和使用情况（刘波林）               | 371 |
| 从1976年美国新著作权法探讨著作权立法     |     |
| 的新趋势（〔台〕贺德芬）             | 378 |
| 自由不得抛弃（龙显铭）              | 412 |
| 产品责任现况之检讨及其发展趋势（〔台〕王泽鉴）  | 421 |
| 慰抚金（〔台〕曾隆兴）              | 445 |

〔美〕 艾伦·沃森

## 民法法系的含义

这篇比较法论文有两个彼此联系着的目的：首先，阐明民法法系的特征和澄清民法法系区别于普通法法系的原因，这种研究有助于去理解法律究竟怎样演进的，它与周围的环境有什么联系；然后再向英美国家的学生分析现代民法法系的特征。

西方法律传统基本上是一元的，几乎完全相同的法律历史因素浸透入每个民族国家的法律产物中：罗马法，日尔曼习惯法，教会法和采邑法等等。然而蔚然壮观的现代西方法律制度呈现出普通法法系与民法法系并立之势，普通法法系由英国法演变而来，民法法系则与罗马法有着重要的历史渊源关系——尽管常常难以道个清白——或许民法法系是罗马法和英国法的混合物。一方面在民法法系和普通法法系都发生过类似的工业革命，它们的社会和经济环境惊人地相似，另一方面在每个法系内部，每个国家的政体从民主政府到专制政府各有千秋，尽管如此，两个法系的分野是明摆的。其结果在任何两个民法法系国家的法律制度之间，比在任何民法法系与普通法法系国家的法律制度之间，更具有相似性。民法法系法律制度的一致性，以及它与普通法法系法律制度的区别，尤其体现在法律制度总体结构方面，体现在与人，财产，继承，债有关的，属于传统私法范畴的法律规定方面，体现在程序法和证据法方面。两个属于民法法系的国家，譬如说，法国和海地其社会的，政治的，经济的，文化的环境或许绝然不同，与此相反，一个属于民法法系的国家和一个属于普通法系的国家，其社会的，政治的和经济的环境或许如出一辙。民法法系与普通法法系的对峙状态为世所公认，但它们都却共存于一个一元化的文化传统之中，这意味着某种有影响力的力量在决定着某个民族法律的

形成，不过这种力量并不来自于某个民族根深蒂固的社会、政治、文化基础。本书的目的就是要挖掘出这种力量的根源，并且对这种力量极其重要的作用作出解释。

“民法”这个术语，与一系列专门的或半专门的术语的历史一样悠久。尤其是在罗马法中，“民法，” *ius civile*，主要是指仅限于与适用于市民的有关法律部门。<sup>1</sup> 罗马法中适用于外国人的部分——事实上也就是最有影响力的一部分——被称为 *ius gentium*。在中世纪，“民法”专用来指罗马法，以及在罗马法基础上发展起来的法律，以与教会法相区别。这个术语直到现代仍然用来指私法，与刑法或军法相对称。但对于比较法学家而言，

“民法”这个术语具有特别含义，它用来特指西欧大陆国家（包括斯堪第纳维亚）的法律制度，以及深受西欧大陆国家法律制度影响的国家（例如拉丁美洲一些国家）的法律制度。

这些民法法系的法律制度与西方其它国家的法律制度，在整体上的细微差异并不能够轻易地察觉。仅仅说这些法律制度从罗马法派生而来，或深受其影响，恐怕还不够深刻。它们并不是完全由罗马法派生而来，或深受其影响，远远不是那么回事儿。现代法典的起草者们摈弃了许多罗马法中的实定法条文。罗马法的本质与现代法典的本质在基本方面，存在着许多差异。<sup>2</sup> 质言之，大多数民法法系国家的重要法律部门，以及这些法律部门重要的组成部分，几乎完全不是从什么罗马法规范中衍生而来的。例如，在罗马法中，根本没有什么婚姻财产制度可言，可是婚姻财产制度却延续了好几个世纪，直到目前为止，它仍然在现代民法制度中占据着突出的地位。难道我们能够断然否定这部分制度不享有民法的特征吗？其次，无论是法官还是学者对现代法典所作的解

---

1. 参见《法学总论—法学阶梯》1.2.1.1.

2. 见 R. B. Schlesinger, "Comparative Law: Cases—Text—Materials", 3rd. ed. (Mineola, N. Y., Foundation Press, 1970), pp. 230f.

释，肯定与罗马时代的法学家著作或执政官教令所出的解释，大相径庭。再说，简单地谈什么“派生”或“重大影响”恐怕还不足以探明这些制度的渊源，举英国法为例，英国法的一些法律部门，譬如，地役权法和买卖合同法，在不同的时代里，在不同的程度上，也受到过罗马法规则及其原则的影响。

有人认为，民法法系与普通法系之间的主要区别，就在于前者是法典化的，反之后者是非法典化的，这种主张有明显的不足之处。<sup>3</sup>就一点而论，民法法系的法典化成就，只不过是一个现象而已。例如，《法国民法典》——被普遍地认为是当代法典形式的最早模式——于1804年才开始生效，然而在第二次世界大战之前，希腊却根本没有什么法典之类的东西。难道我们能说，这些国家在那之前不在民法法之列吗？当然不能。当德国的一些邦有自己本邦法典的时候，譬如，普鲁士就有自己的1794年的“*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*,”然而如此同时，莱茵河畔的一些邦却继承了《法国民法典》。难道我们能说，在1900年《德国民法典》(*Bürgerliches Gesetzbuch*)生效之前，德国境内的一部分地区属于民法法系，而另一部分地区却例外吗？肯定不能那么说。进一步讲，一些地方无疑在普通法司法管辖权之内，但却是法典化的，如众所周知的加利福尼亚州就是如此。<sup>4</sup>

3. 参见Lawson, “Common Lawyer,” p. 47; Merryman, “Civil Law Tradition” pp. 27ff.

4. 下述一段话清楚地暴露出辨别民法法系一般特征的重重困难，见Von Mehren and Gorddley, “The Civil Law System,” 2nd ed, (Boston, Little Brown, 1977), p. 3: “西方世界的法律制度，为比较的目的起见，即以法国与德国法为代表的民法法系和根源于英格兰的普通法法系。当拿民法法系与普通法法系作比较的时候，总是要强调两个不同点。第一，在民法法系里，私法的大部分领域都被法典化了。法典化却不是普通法法系的特点。第二，民法法系在不同程度上受到过罗马法的强烈影响。罗马法对普通法的影响却不那么深刻，几乎无孔不入。这两个区别点不应用来混淆两个法系的界限，民法法系与普通法法系共存同一个传统之中。两法系却都是西欧文化的发展结果；它们维持着许多共同的价值。两者都是西方文明的产儿。

F·H·劳森(F·H Lawson)采用“民法”这一术语,意指“长期以来,被普通法法律家看成是专长于民法的法学家们所关注的那个法律体系;换言之,也就是那个深受罗马法影响,并且用罗马法分类法进行研究的法律体系。”<sup>5</sup>然而,随着罗马法研究在普通法司法管辖权区内法学院的失势——譬如说美国几乎从来没有积极地进行过罗马法研究——这种使民法法系区别于其它法系的经典式研究方法,越来越不那么重要了。

民法法系的历史渊源于罗马法,事实上只是它的一般特征,这个历史渊源关系而且需要根据具体情况具体分析。尽管定义之中并无魔法可言,但是人还是可能确定一个抽象的概念,并且能使之区别于其它现象,甚之还能找到作更深刻分析的方法。<sup>6</sup>若给民法法系下个通用的定义,那就是指一个法系,在这一法系中,无论是过去还是现在,优士丁尼(Justinian)的《民法大全》(Corpus juris civilis)的全部或部分内容都被当作属地法,或至少被当作直接的且具有最高效力的强制力;或者指从这一法系派生而出的其它法系。

从这个定义中,可以得出这么个结论,即在民法法系内部,实体法的明显特征虽然不直接地,或间接地仿效罗马法具体规则的结果,但在相当程度上,它们大都由罗马法衍生而来。因此,现代法律规范与罗马法是否一致都或相似,不是关键所在。另外一个结论是,民法法系的标志也不是法典。再者,这个定义也确定了一个标准,一方面用来划分普通法系与斯堪第纳维亚法律的明显界线,另一个方面也用来说明那些国家被普遍地认为属于民法法系。不过这么一来,有可能过分强调了罗马法对于英格兰(普遍地这么认为)或对于斯堪第纳维亚的影响,但不会有谁敢主

5. “Common Lawyer,” p. 2

6. 关于给法律概念下定义方面的困难,参见 S. J. Shumlan, “Jurisprudence and the Analysis of Fundamental Legal Terms,” *Journal of Legal Education* 8 (1956): 437ff.

张，优士丁尼的《民法大全》在那里也具有约束力或直接的强制性。

这个通用的定义同时也排除了，即厄尔思特·里维（Ernst Levy）所谓的“以日尔曼各邦率先‘继受’罗马法。”<sup>7</sup>为代表的法律体系，这一关于民法法系的概念。虽然西哥特人的国王尤里克（Euric）于475年左右制定的法典，“Codex Euricianus”明显地受到了罗马法的重大影响，由于它是早于优士丁尼执政的一个半世纪之前制定的，因此与优士丁尼的《民法大全》毫不相干。从那时起，在相继的几个世纪里，罗马法对日尔曼法的影响与日剧增，但人们还是认为，日尔曼法仍然独立于拜占庭的法律汇纂之外。由于日尔曼法通常认为不属于民法法系，就有必要将其从民法法系的概念中排除出来，以证实这个通用定义的正确性，不过，仅以它们再也不代表活法为根据，不足以解释这个看法。可是公众仍然认为，罗马法的影响是巨大的。

这个通用定义也表明或许有不同层次的“开化”程度。一种法律制度，“在目前”把《民法大全》当作权威，与那种“在过去”把《民法大全》当作权威，与那种“在过去”把《民法大全》当作属地法法律部门的法律制度相比较而言，在更深层的含义上更属于“民法的”。对于绝大多数民法法系的国家而言，改变现状的决定性运动是将私法法典化。再说一遍，在法典化之前，《民法大全》对于民法法系的浸透程度，可能象《民法大全》的权威程度那样，一个地区与另一个地区不尽相同。

接受《民法大全》，并把它当作权威，这种后果并不是立即都能感受到的，在经过相当长的时间后，它才浮现并壮大起来。不同的法律制度，与不同时期开化的特殊程度相吻合。换言之，这个定义虽然未能揭开一个事实，民法法系的显著特征，也许就象意识形态的影响的结果那样，或许就象法律制度之外，似乎要

7. 参见他的 *Gesammelte Schriften* (Cologne, Graz, Böhlau, 1963), I, 201ff.

重新归类的影响的结果那样微不足道。这就是既具有普通法又具有民法因素的情形，被认为是“混合型”的法律制度。这类法律制度的现实例子就是南非（除非它仍然被划归民法法系），路易斯安娜，波多黎各以及苏格兰。<sup>8</sup>根据通用定义，以上所列的前三个国家地区至少曾经属于民法法系。苏格兰也不例外。尽管《民法大全》从来不是那里的属地法，但却具有很高的强制性、权威性。因此，在1648年第一次出版的《苏格兰的法律制度》*Institutions of the law of scotland*一书中，乔治·麦克尼茨爵士（Sir Georger mackenzie）写道（1.1.）：

罗马法，或曰市民法，是指在一国主权之下的民族或人民的特别法和习惯法。

罗马人在衡平原则和正义方面造诣颇深，思维缜密。他们的皇帝优士丁尼把他们全部的法律汇集成册，这就是为大多数文明国家所称颂的罗马法（因为它优美）；由于这部民法，有口皆碑，所以在我们苏格兰，除了那些已经从其威力下退出的成文法或习惯法外，它仍然享有深远的影响。我们国会的法案中的普通法所指的就是罗马法。

在更早些的时候，出于不同的但却同样重要的目的，托马斯·克雷格（Thomas Craig）在他的《采邑法》“*Ius feudale*”（1.2.8）一书中写道：“但是，我们身处我们这个王国却受着罗马人的法律的支配，迄今为止，它们仍然与自然法和正确的理性保持着和谐。”理性和自然法将与罗马法相提并论，在以后的论述中还会详述。克雷格于1608年谢世，他的大作直到他死后于1655年才问世，但在此之前，这篇著作就已经蜚声于律师界，并且以手抄本的形式流传；事实上，我在此摘引的这段文字，托马斯·

---

8. 见B. Beinnart, “Codification and Restatement in Uncodified Mixed Jurisdictions,” *Jewish Law Annual* 2 (1979): 126ff. 东欧社会主义国家的法律制度同样曾属于民法法系。不论它们之中任何一国是否仍然视若民法法系，或视若一种新型的混合法系，或视若颇受指责的独特的社会主义法系。

霍普爵士 (Sir Thomas Thomas Hope) 在他的《高级执业者》“Major Practicks”一书中,也曾引用过,从最近的资料分析,霍普的这部著作出版时间是1633年。霍普同时还引证了15, 16世纪苏格兰人的各种不同的法规,他认为那些就是苏格兰允许适用罗马法和普通法的例证(1.1.14)。虽然霍普错了,但他错却错到点子上去了,他这是关于苏格兰受罗马法重大影响的最高度的评价。

苏格兰对于罗马法的态度并不典型,在除意大利和德国之外的大多数欧洲大陆国家里,《民法大全》是直接的也是最高的强制力;但它的任何部分都没有被当作属地法看待。荷兰法学家格朗维根 (Groenewegen) 在他于1649年第一次出版的“De Legibus abrogatis”一书中认为,许多国家都接受了罗马法,只不过在一些地方享有比较高的权威性,在另外一些地方稍逊一筹罢了:

2. 例如法国,它既没有接受罗马法,也不奉行它,迄今为止,人们发现它不过是凭仗着理性;因此,当法国的法官们就职的时候,他不必宣誓说他将遵守优士丁尼的民法大全。3. 然而,在低地国家 (指荷兰、比利时、卢森堡—译注),罗马法却享有更高的权威;由于罗马法的一切方面都富于最高的理性和衡平,它在这些国家的法庭上往往作为正义和衡平的例证,被正式引用,而且最终它也是当成法律接受的,即使到现在,我们中间大多数人仍然认为它是负载着力量和权威的法律规则。因此,许多国家在制定法律的过程中,还常常借鉴罗马法,把它当成普遍接受的法律:1599年12月18日,关于无遗嘱继承的告文的第14条,就是一个例子。按照惯例,这些国家的法庭的法官宣誓遵奉罗马法。4. 不过除以上所述国家外,弗里斯兰群岛人最固执地信奉罗马法。5. 可是,罗马人的民法在低地国家享有权威,这项既定的规则也有许

9.1.序言.6, 引自B.Bejuart, Groenewegen: De legibus abrogatis (on Abrogated Laws) (Johannesburg, Lex-Patria, 1974), I, 7f.

许多多的例外情况。<sup>⑩</sup>

格朗维根接着就开始列举种种例外情况。这段论述揭示出罗马法的权威程度，一个国家与另外一个国家或许不同，甚至在一个国家境内，例如联合省，也不一样。这本著作还阐明了罗马法权威性继受，诚然如事实那样，是个渐进的过程。<sup>⑪</sup>

法国的情况则极其复杂。法国分为两个区域：南方被称为 Pavs de droit écrit（“成文法地区”）罗马法是那里的习惯法；北方被称为 Pays de droit Coutumier（习惯法地区——译注），地方习惯法在那里占据主导地位。习惯法地区占据整个法国面积三分之二左右。在一个时期内，每个男爵领地内都有自己的习惯法，等到了15世纪中叶，这个数目已经减少到了有60个左右的通用习惯法，和3000个地方适用的特别习惯法。正如琼·布里森德（Jean Brissand）描述的那样，那“与法的统一相去甚远，但它向前进了一大步。”<sup>11</sup>习惯法的复杂多样性意味着，关于罗马法在法国的地位的任何一种陈述都不可能是千真万确的，但在一般合同方面，甚至整个债的关系领域则完全由罗马法支配着，因为法国的习惯法几乎没有这些方面的内容。在法律的其它领域，甚至一些不相干的方面，也经常借鉴罗马法。<sup>12</sup>16世纪的法学家们曾对罗马法提出过质疑，但却从未得出个令人心服的一般结论。盖伊·科克维尔（Guy Coquille 1523—1603）认为，

罗马法不是我们的普通法，在法国不具有强制力，但它

10. 参见 R. Feenstra, “Zur Rezeption in den Nieder Landen,” “L’Europae i i diritto romano, I, 243ff; B. H. D. Hermesdorf, Römische Recht in den Niederlandenden, part V. 5a of Ius Romanum, medii aevi (Milan, Giuffé, 1963)。

11. 见 “General survey”, p. 261。

12. 参见 J. Brissaud in General Survey, p. 208; A. Esmein, Cours élémentaire d histoire du droit français, 15th ed, by R. Genestal (Paris, Sirey, 1925), p. 687。