

WAIGUO FAZHISHI YANJIU WENXUAN

外国法制史研究文选

李启欣 著译



中国法制出版社

外国法制史研究文选

李启欣 著译

中国法制出版社

图书在版编目(CIP)数据

外国法制史研究文选/李启欣著译. - 北京:中国法制出版社,
2000.1

ISBN 7-80083-661-4

I. 外… II. 李… III. 法制史-研究-外国-文集 IV. D9
09.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 72390 号

外国法制史研究文选

WAIGUO FAZHISHI YANJIU WENXUAN

著译/李启欣

经销/新华书店

印刷/北京市通县兴普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/13.125 字数/300 千

版次/2000 年 1 月北京第 1 版 2000 年 1 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-661-4/D·637

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031)

定价: 28.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

序 言

李启欣教授多年来一面辛勤地主持中山大学法律学系和法政学院的行政工作，一面坚持硕士生导师的教学、科研，成绩卓著。最近辑了有关外国法制的论著和译文，汇编成《外国法制史研究文选》，即将付梓，嘱序于予。我综观全文 24 篇，有关印度宗教法 6 篇，伊斯兰宗教法 4 篇，英国法 7 篇，法国法、土耳其法、西班牙法、巴拿马法、美国法、国际商事仲裁及太平洋岛国法各一篇。值此世纪之交，联系本书著译所及，展望 21 世纪的外法史学，略贡一得之愚，与作者、读者以及同行专家共同商榷。

科学界预测，21 世纪各门学科（包括自然科学、社会科学、人文科学和技术科学）将不断交叉，加速融合，不同学科的作用和地位，将发生始料不及的新的变化。我国最近通过的宪法修正案第十三条明确规定：“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家。”因此，在我国社会主义初级阶段，法学必将在社会主义建设中继续发挥巨大作用。那么，法学各学科是否将会有所融合？比方说，外国法律史学原来包含外国法律制度史和外国法律思想史或西方法律思想史两个分支学科，是作为法学基础理论学科而定位的。但制度史和思想史二者似乎各不相谋，各说各的。本书作者对于宗教法的研究，宗教教义是思想，宗教化的法律是制度，完全是将制度与思想融合一起的。可以预料，外国法律史学在学科融合中将在更高层次上融合为一个学科。因为

21 世纪是信息时代和知识经济时代，法学院系的学生必须修习跨学科以及边缘学科知识，知识更新的速度加快，我认为大学法学院系本科生对外国法律史学不必再分两门学科学得那么详细了。当然，硕士研究生和博士研究生仍可按两门学科进行微观深入的学习和研究。

联系世界各国具体的法制实际，阐明法律制度的历史规律，从我国国情出发，展望未来，取得借鉴，对于我们外法史教学、科研工作者来说，是这些年来所一贯奉行的准则。本书关于英国法各篇，以及法国法、美国法等篇，以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论为指导，运用辩证唯物主义和历史唯物主义的观点和方法，总结各国法制的利弊得失、经验教训，阐明法律制度的历史发展的客观规律，目的在于对我国社会主义物质文明和精神文明的建设，对于完善社会主义民主和法制建设，对于社会主义法治国家的建设，有所借鉴。这一切都说明，外法史的教学、研究离不开“面向现代化、面向世界、面向未来”的“三个面向”。

法史学的功能，主要体现在它的学术价值和社会价值，也体现在它所提供的“外为中用”和“古为今用”。法史学是法学和史学的交叉学科，又是法学的基础学科，它不是应用法学。当前一些人颇具短见和偏见，一听说是法史学或有关法制史的著作就频频摇头，不屑一顾。他们不了解，正如欧美历史学者曾经说的“历史学是所有学科的综合”一样，“法史学是所有法律学科的综合”，它涉及各个部门法，知识覆盖面广，无可鄙薄。法史学论著具有重要的社会功能，它可以帮助人们通过认识过去更多地认识现在、认识未来、认识世界、认识中国。法史学实现社会功能的前提，是它的科学性，即它的学术价值，在其学术价值中体现社会价值，给人以智慧和启迪。因此，本书的学术价值在于它的

科学性——如实反映各国法制实际，作出科学的分析，因而在学术价值中又体现了它的社会价值。

我从本书特点提出了以上不成熟意见，意犹未尽。深深感到，身处日新月异的信息社会，只有学习、学习、再学习，坚持不断学习，坚持终身学习，从而扩大知识面，不断更新知识，才不致被时代潮流所淘汰。愿借此寄语外法史学界年轻一代，在前辈创建的基础上，继续发扬光大，为发展、繁荣具有中国社会主义特色的外法史学而共同努力！

陈盛清

1999年5月于合肥

目 录

序 言	(1)
-----	-----

—

古代印度法的渊源及其发展	(3)
古代印度债法	(26)
伊斯兰法的渊源及其发展	(71)
伊斯兰法在近代印度的演变	(87)
传统伊斯兰继承法及其现代改革	(102)
《古兰经》商事立法及其与希伯来法等的比较	(123)
英国法的历史渊源	(142)
英国货物买卖法背景论析	(174)
商事争端之选择性争端解决方式在英国的出现	(184)
战后英国两部国籍法的比较	(190)
当代英国法律援助制度	(199)
当代英国婚姻家庭立法	(209)
当代英国继承法	(224)
法国法律渊源及其发展	(248)
土耳其法律渊源及其发展	(260)
西班牙关于外国投资的行政审批制度	(287)
巴拿马的投资法和投资环境	(292)

二

古典印度法对妇女婚姻的救济

——选择离婚 [美] 理查德 W·拉里维雷 (299)

勿娶踝部多毛的女子

——古印度“法论”关于结婚的

特殊规范论析 [美] 理查德 W·拉里维雷 (309)

印度的法律和宗教 [美] 理查德 W·拉里维雷 (318)

古印度法论的当今价值与关联 [美] 理查德 W·拉里维雷 (338)

国际商事仲裁的前景 [美] 汉斯·史密特 (352)

美国民商事争端之选择性争端解决方式

评介 [美] 乔耳·歇沃尔兹 (358)

太平洋群岛的民族主义与

民族冲突 [澳] 格雷厄姆·哈索尔 (368)

附录

《澳洲商业法律实务》序 (401)

后 记 (405)

CONTENTS

Preface	Chen Shengqing (1)
---------------	--------------------

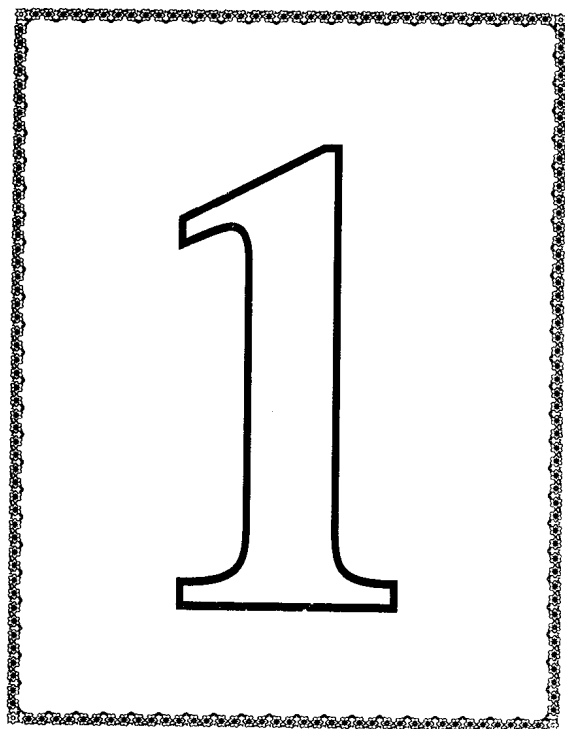
I

The Ancient Indian Law: Sources and Its Development	(3)
The Law of Obligation in Ancient India	(26)
The Islamic Law: Sources and Its Development	(71)
The Evolution of Islamic Law in Modern India	(87)
Traditional Islamic Inheritance Law and Its Modern Reform	(102)
Commercial Legislation in the Holy Quran and the Comparison with That in the Hebrew and Other Ancient Codes	(123)
The Historical Sources of English Law	(142)
Review of the Background to the English Sale of Goods Acts	(174)
The Appearance in England of Alternative Disputes Resolution (ADR) for Commercial Disputes	(184)
Comparison between two Post-war British Nationality Acts	(190)
Contemporary English Legal Aid System	(199)
Contemporary English Marriage and Family	

Legislation	(209)
The Law of Succession in Contemporary	
England	(224)
French Legal Sources and Its Development	(248)
Turkish Legal Sources and Its Development	(260)
The System of Administrative Authorization	
for Foreign Investment in Spain	(287)
Investment Law of, and Investment Climate in,	
Panama	(292)

II

Matrimonial Remedies for Women in Classical	
Hindu Law: Alternatives to	
Divorce	Richard W. Lariviere (US) (299)
Never Marry a Woman with Hair	
Ankles	Richard W. Lariviere (US) (309)
Law and Religion in	
India	Richard W. Lariviere (US) (318)
Dharmasāstra: Its Present Value and	
Relevance	Richard W. Lariviere (US) (338)
The Future of International Commercial	
Arbitration	Hans Smit (US) (352)
ADR of US Civil and Commercial	
Disputes	Joel Schwarz (US) (358)
Nationalism and Ethnic Conflicts in Asia-	
Pacific Islands	Graham Hassall (Australia) (368)
Appendix – Preface to “Practise of Australian Commercial	
Law”	(401)
A Postscript	(405)



古代印度法的渊源及其发展^{*}

古代印度法，指的是从吠陀时代（公元前 1500 ~ 前 600 年）到笈多帝国时代（公元 320 年到 6 世纪末）的奴隶制法，同时它也是以维护种姓制度为核心的种姓制法和以宗教信仰为基础的宗教法。

宗教在古代印度社会生活的一切方面占支配地位。当时居于统治地位的宗教是婆罗门教，因此古代印度法的突出特征表现为婆罗门教法。

古代印度法，无论在世界法制史上，还是在宗教史上，都有其特殊地位，在我国的外国法制史和宗教法的研究中，是一个重要课题，古代印度法的渊源及其发展，又是其中很重要的内容。

古代印度法的主要渊源，随着古印度社会、经济、政治、文化和宗教的发展，顺次表现为吠陀、法经和法论^{〔1〕}以及与之相适应的三个发展阶段。

* 本文曾发表于《南亚研究》1988 年第 1 期。收入本文集时作了必要的修正和补充。

〔1〕 古代印度有许多称之为法经（*Dharmasūtra*）和法论（*Dharmasāstra*）的著作。古代印度法论的著作先后有两种形式。早期的法论著作叫做法经，继法经而起的称之为传承（*Smṛti*），传承这个词在狭义上专指法论。法经用词句像歌诀那样简要的散文体写成，法论则用名为颂的韵律诗体写就，文体各异。法经宣称其为圣人所作，法论则几乎是宣称其为神赐。见《摩奴法论》（蒋忠新译），译者前言，中国社会科学出版社 1986 年版。据此，本文将《摩奴传承》（*Manu Smṛti*）等称之为《摩奴法论》等。本文论及的法经、法论的有关资料，主要参考和征引〔印度〕英特拉·提瓦、斯丽拉玛的《印度社会法律制度的发展》（联合出版公司 1980 年版，新德里）。

一、吠陀经阶段

吠陀 (Vedas) 是南亚次大陆最古老的宗教经典,^[2] 又是古代印度法的最初渊源。

法国学者迭朗善在他所译的《摩奴法论》法文本序言中提到:“吠陀的古老是无可争辩的。又,吠陀是最高的正统著作,它的典据不断为法论所援引。”^[3]《摩奴法论》宣称:“法的根是全部吠陀”,(二,6)“摩奴为任何人规定的任何法,全都是吠陀中的教示。”(二,7)^[4]

吠陀时代(约公元前 1500~前 600 年)是雅利安人原始公社制度瓦解和奴隶制社会形成的时代,是奴隶制城市国家、种姓制度、婆罗门教和婆罗门教法形成的时代。

吠陀宣称,它规定了古代印度居民的“永世不变”的生活准则和行为规范,即“梨多”(Rta,一般指宇宙理法)和“达磨”(Dharma,意为事物秩序、法)。“达磨”是“梨多”在人类社会中的表现,是神的意志。这便是婆罗门教的基本纲领之一的“吠陀天启”在古代印度法中的具体体现。

吠陀提出了成为古代印度法核心内容的种姓制原则。雅利安人侵入南亚次大陆后,在早期吠陀社会中形成两个种族集团:胜利者雅利安瓦尔那和被征服者黑色瓦尔那或称为“达萨”。雅利安人强迫达萨成为奴隶,奴隶作为一个阶级,在早期吠陀时代开

[2] 参阅黄心川:《印度的吠陀——读恩格斯关于宗教定义的一些体会》,《世界宗教研究》,1982 年第 2 期;方广钊:《吠陀文献简介》,《世界宗教资料》,1984 年第 3 期。

[3] [法]迭朗善译,马香雪转译:《摩奴法典》,商务印书馆 1982 年版,第 3 页。

[4] 据蒋忠新译:《摩奴法论》,中国社会科学出版社 1986 年版。

始形成。早期吠陀社会产生了双重的社会规范和法律规范，一种适用于雅利安人，另一种则适用于被征服的达萨。早期吠陀时代，雅利安人中已有祭司（婆罗门）和军事贵族（罗闍尼耶）之分，不过区别尚不显著，身份也非世袭，至于一般平民（吠舍）则已处于他们的统治之下，随着社会阶级分化的进一步发展和早期吠陀时代的结束，终于形成了四个种姓：婆罗门、刹帝利、吠舍和首陀罗。首陀罗中的绝大部分是被征服的达萨。《夜柔吠陀·鹧鸪氏本集》将首陀罗置于与马、运输工具等同的地位。（7·1·1·6）《百道梵书》甚至将首陀罗与谎言、罪恶、地狱并列。（14·1·1·31）《他氏梵书》更宣称，依主人之命，首陀罗可以被杀掉。（35·3）由此可见，古代印度最早的法律规范一开始就贯穿着暴力和种族主义的原则，种姓压迫和阶级压迫交织在一起。

与此同时，吠陀还确认了妇女的从属、无权和低下地位，《梨俱吠陀》在述及新娘和女奴时，使用的是同一个词即 Vadhu。（8·19·36·37）并且宣称，男孩不得将父亲的财产分给姐妹。（2·31·2）《百道梵书》把妇女与首陀罗、谎言、罪恶和地狱并列，并宣布妇女不得拥有财产或继承权。《夜柔吠陀》的《慈氏本集》宣布不准妇女出席萨巴（Sabha，萨巴可能是由部落长老组成的部落议事会）。吠陀时代印度妇女的这种低下地位及其形成原因，既有与其他古代文明国家相同的方面，也有其本身特殊的方面。雅利安人在侵入南亚次大陆前后，即已存在强固的父权制和形成了最初的阶级压迫，“最初的阶级压迫是同男性对女性的奴役同时发生的”，^{〔5〕}这是相同的方面。至于特殊的方面，首先是与雅利安人的军事活动和军法有关，雅利安人认为达萨之所以败在自己手下，是因为达萨的军队有大量女兵，而女兵是萎靡不振的

〔5〕《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第61页。

——abālā，以后便以 abālā 这个词作为妇女的同义语并长期使用，以示对妇女的轻蔑；其次是与雅利安人中男女比例不协调、男多女少有关，雅利安男子往往从被征服者中劫掠妇女为妻室，而被征服者是处于被奴役和受压迫的低下地位的。《夜柔吠陀》所属的《波罗尸伽罗家范经》的内容表明，出身于被征服种族的妻子是受到猜疑的，她们被猜疑为对丈夫不忠诚并且带来罪恶。因此，丈夫应履行宗教礼仪和祈祷，以使罪恶转移到妻子先前的情人或配偶身上去。古代印度妇女的低下地位，表现为多重性的不平等地位。古代印度的法律规范按照种姓和性别引伸出对妇女歧视的准则，这样的歧视，就其本质方面而言，是一切古代文明国家的法所同具的。

吠陀是古代印度最早提出有关司法制度的术语、内容和某些原则的文献。《梨俱吠陀》提到萨巴和萨米提 (Samiti) 这样两个机构。萨巴既是政治的、司法的集会，也是从事掷骰子或其他社交活动的场所。《夜柔吠陀》所属的《波罗尸伽罗家范经》称萨巴为：“纠纷”和“激烈”，表明萨巴是一个激烈争辩和论战的场所，是一个解决纠纷的场所，在萨巴中要取得对问题的确认是十分困难的，为此，《波罗尸伽罗家范经》提供给萨巴成员 (Sabhyas) 用来击败对手使其无言以对的魔法咒语。以后，萨巴一词被作为法院的同义语使用，Sabhyas 一词也作为陪审法官同义语使用。至于萨米提则是一个比萨巴更大的实体，它辅佐国王执行法律，萨米提包括国王祭司在内，国王祭司还起着首席大臣和军事顾问的作用。《夜柔吠陀》提到，国王是首席法官，国王加冕时接受祭司的祝福，祭司要求国王无论对强者还是对弱者都必须公正无私地行使审判权。(10·27; 4·7·4)《百道梵书》宣布，国王和婆罗门祭司是法律的确认者。(3·106) 与《波罗尸伽罗家范经》相类似，在《鹧鸪氏本集》中有祈求萨米提成员保持和谐与

融洽无间精神的祷文诗句。这些都是为了保证统治阶层能够顺利地实施司法权的反映。在《婆闍婆尼耶本集》和《鹧鸪氏梵书》中，还首次提出了用以表示法官的专门术语 *Prasnavivāka*，意即讯问或辨明问题的人。(30·10; 3·5·6)

吠陀作为古代印度法的最早渊源，不仅提出了传统印度法的理论基础和基本原则，而且吠陀经典本身也成为古代印度的世俗政权制定法律依据。但是，吠陀并不是法律汇编，也还没有在法律规范和其他的社会规范之间给出任何清楚的界限。吠陀之被认为是规定了印度人永世不变的生活准则和行为规范的圣典，正如马克思所指出的：“婆罗门教徒只是以承认自己绝对有权诵读吠陀经来证明吠陀经是神圣不可侵犯的。”〔6〕

在古印度法发展史上，能称为法律著作的，是约在公元前600～前300年间编纂的“法经”。

二、法经阶段

法经是吠陀文献中经书之一，它宣称为古代圣人所作，使用的是相当古老的语言。法经不同于其他吠陀文献的主要特征，在于法经中法律规范开始同其它的社会规范区别开来，法律概念开始呈现出可以使人们得以理解的轮廓。法经规定了古代印度最初的行政法、民法、刑法、继承法和诉讼程序的准则，尽管法经对它们的规定还不很具体、对它们的说明还不很详细，但是，在吠陀文献中能称之为法律著作并起着法的作用的（即使在不完全意义上），毕竟只有法经。对于研究古代印度法的产生、发展和演变，法经是非常重要的文献。

〔6〕《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第115页。