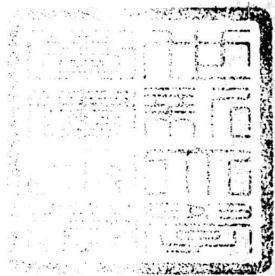


中国法学家自选集

法律文化史论



法律出版社

出版前言

中国社会自 20 世纪 70 年代末期起,进入了全面转型的急速变革时期。实事求是思想路线的重新确立、法律教育的恢复特别是社会主义市场经济体制的伟大实践和依法治国方略的实施,为法学研究提供了前所未有的良好环境和无限的发展前景。迄今为止,应该说,中国的法学研究水准已经有了长足的提高,各种学术成果相继出版问世,频频透露出“春江水暖”的消息……

在即将迈入 21 世纪的今天,整理近 20 年来的中国法学学术成就,丰富法学学术思想资源,倡导法学学术的恢弘气象,理应成为学术界和出版界责无旁贷的使命。鉴此,法律出版社决定推出《中国法学家自选集》大型系列丛书,以法学家为“经线”,以其各自的著述为“纬线”,大体勾勒出中国改革开放以来法学研究的发展轨迹。

我们推出的自选集,一方面展示了法学家的学术历程、治学心得和人生之路,一方面展示了法学家们的学术创见、理论体系和富有个人魅力的思想火花。但愿我们能心想事成,尽遂初衷。当然更重要的要倚仗中国法学界的鼎力襄助和法学家们勤勉、扎实的工作。

1998 年 9 月

目 录

序.....	1
学术述怀.....	1
导论:法律文化史论	1
一、外国法制史与法律文化史基础研究	
论外国法制史学的研究对象、体系和方法	15
新中国外国法制史学的回顾和展望	37
论希伯来法	45
略论罗马法形成和发展的特点	57
试论伊斯兰法形成和发展的特点	64
论《德国民法典》	75
行政法在西方社会生活中的作用	122
论法的国际化与法的本土化	125
二、日本法与日本法律文化	
日本的健康保险制度	131
论战后日本恢复和发展经济的法律措施	136
日本的监狱法制改革	149
日本的简易法院	153
论战后日本的行政立法及其特征	157
日本编纂《六法全书》的历史与现状	169

日本的教育立法简介	173
略论当代日本的法学体系理论	179
当代日本法哲学研究的新发展	183
日本法律文化研究的历史与现状	189
三、比较法与比较法律文化	
当代西方比较法研究的发展、热点及特征	199
行政诉讼的比较法透视	237
法律秩序的历史考察以及模式选择	245
中国古代伦理法观念的渊源及其流变	
——兼与西方宗教伦理法观念的比较	257
中国古代等级法观念的渊源及其流变	
——兼评西方法的等级观和平等观	266
宗族法观念的比较研究	275
“孝”与中国亲子法文化	292
中日法律文化近代化之若干比较	298
布莱克斯通与英美法律文化近代化	317
四、法学流派、思潮与新学科	
“法学”一词的来历	329
法学·律学·刑名之学	332
法学家的历史使命	334
当代中国法学新思潮述评	338
重视法学新学科建设	346
法制协调学：一门新的学科正在形成	349
法律教育学试探	352
法律伦理学体系总论	360
历史法学派述评	367

五、世界著名法学家小传

古罗马五大法学家小传	385
中世纪英国的著名法学家	394
日本近代法学的奠基人述略	405

序

本书是一本法律文化史研究的专题论文集,收录的40篇文章,除少量外,都是笔者近十年来在各报刊杂志上公开发表的成果。它们从各个方面对世界历史上一些著名的法典、法律制度、法律原则、法学术语以及法学家和法学流派的演变与规律作了探索。

导论:“法律文化史论”,阐述了本书的主题和中心思想,即关于法律文化史的定义、内容,它的研究对象、特点、学术意义,以及作为一种方法,其在法律史研究中的运用及其价值;第一部分“外国法制史与法律文化史基础研究”,主要讨论了外国法制史研究中的一些基础问题以及世界历史上几种主要法律制度发展中的特点,同时对法的本土化和国际化等问题作了阐述;第二部分“日本法与日本法律文化”,对日本现代法的主要制度,日本法律文化的历史发展及其基本特征等作了探索。笔者对日本法比较熟悉,发表的论著也比较多,收入本书的只是与主题相关的部分内容;第三部分“比较法与比较法律文化”,内容是对战后西方比较法的发展、特点,中国与日本、中国与西方的法律文化的分析和比较;第四部分“法学流派、思潮与新学科”,是笔者关于中国与外国的法学新思潮、新学科,以及一些法学用语和法学流派之演变的考证、分析的成果;第五部分“世界著名法学家小传”,收录了盖尤斯、格兰威尔、箕作麟祥等13名世界著名法学家的简历与作品,简单评述了他们对世界法律文化发展所作出的贡献。

自从1980年(当时笔者还在北京大学法律系念三年级本科)与

恩师李志敏教授等合作在《法学研究》上发表第一篇论文起,至今已断断续续在各种刊物上发表了近百篇作品,本书即是其中与法律文化史研究相关的部分成果,虽然有些尚未脱稚气和天真,但它们忠实地记录了笔者十余年来从事法律文化史研究的学术轨迹。将这些成果汇集出版,也算是笔者为我国法学研究作出的一点贡献。

作为一部纯学术作品,本书的面世,应归功于法律出版社领导的远见卓识和热诚支持,在此,谨表示笔者一片真挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法学院

1997年1月

学术述怀

千里之行,始于足下。

慎终如始,则无败事。

(《道德经·六十四章》)

我从小生活在农村。^① 父亲原在上海一家工厂当钳工,后支援内地建设去了四川。母亲在参加农业劳动的同时,一个人辛勤养育我们姐弟三人。

在我上小学四年级时,“文化大革命”爆发了。以后的小学以及中学生活,基本上已没有了学习的内容,都是在玩耍中度过。

1971年,我初中毕业,因为没有高中和大学可念,就回到家乡参加农业劳动。1973年8月,我担任了村里的宣传干事,1975年1月,又担任乡团委书记。这两项工作,使我能够广泛地接触农村中的各个层次。这一机遇,加之这几年中我始终没有脱离艰苦的农业体力劳动,使我对当时的农村有了比较深入的了解。此外,在白天劳动之余,每天晚上我都坚持自学。当时在农村所能找到的书籍是非常有限的,但学习的欲望是如此强烈,以致于我将当时所能找得到的书全

^① 原上海市川沙县,现为上海市浦东新区。

都通读了一遍。许多书,如马克思的《资本论》,恩格斯的《反杜林论》,范文澜的《中国近代史》和《中国通史简编》,王力的《古代汉语》,高亨的《商君书注译》,以及《史记》、《汉书》和《东周列国志》等,自己当时并不能完全读懂,但凭着自己有限的生活积累以及人生体验,对这些著作中的许多基本内容和主要观点连懵带猜倒是领悟了不少。

在农村的6年半时间,虽然岁月“蹉跎”,但使我养成了自学的习惯,对各种问题思考的习惯,并将自己领悟到的体会写出来的习惯。这些,对我以后的学术研究均有着重要的意义。

1977年底,我国恢复了高考制度,我很幸运地考入了北京大学法律系。在以后的四年中,我比较系统地学习了各门法律专业课程,并利用图书馆丰富的藏书,广泛地涉猎了法学、历史、哲学等文史学科,作了许多笔记。由于是从初中(实际程度是小学四年级)直接上的大学,所以在此四年中,事实上是初中、高中和大学一起上,许多中学知识的补习(自学),以及从ABC起步的英语学习,都占掉了我许多时间。

回顾四年大学生活,除了一些老师讲得好的法律专业主干课程留下了一点印象外,其余课的内容大多已经“还给了老师”。北大四年留给我的财富,主要是一种学习、研究的态度、方法和精神,我知道了如何去发现、解决问题,如何去收集资料、提炼思路,把自己的思想表达出来,撰写成论文。尤其是我的第一篇论文《试论买卖婚姻》(发表于《法学研究》1980年第2期,本书未收入),就是在李志敏老师的指导下,与两位师兄一起完成的。此外,北京大学创建以来就具有的追求学术、追求民主、追求科学、追求真理的传统,也牢牢地扎根于我的心中。许多恩师如甘雨沛、龚祥瑞、张国华、孙国华(给我们上了半年《法学基础理论》课以后就调去了人民大学)、饶鑫贤、蒲坚、沈宗灵、刘升平、李志敏、由嵘、杨敦先等甘于清苦、孜孜专心于学术研究的精神,深深地激励着我。我的同窗李克强、武树臣、郭明瑞、姜明安、傅长禄、陈兴良等刻苦勤奋学习的态度,也深深地影响着我,使我

在以后的学术道路上始终不敢松懈,唯恐辜负了老师的教育和培养,有辱于自己的母校。

1981年底,我考入了华东政法学院读研究生,回到了上海。当时的专业是外国法制史,导师是徐轶民教授。研究生的学习与本科生有很大的不同,完全是一种专业化了的学习生活。我与几位师兄(他们后来全部去了国外)一起,在徐教授的指导下,对自埃及、巴比伦、希伯来、古代印度、古代希腊和罗马开始的世界各个主要国家的主要法律制度的起源、发展、演变以及内在的关系等作了系统的梳理。许多经典作品,如莫理斯著、王学文译《法律发达史》、孟罗欧·斯密斯著、姚梅镇译《欧陆法律发达史》、威格摩尔(Wigmore, 1863~1943)的《世界法系综述》(A Panorama of the World's Legal System)、穗积陈重著、黄尊三译《法律进化论》(全三卷)等,均是在这一时期精读的。当时的我们,还没有象现在的研究生那样,可以从导师那里获得许多、甚至是来不及完成的科研项目。所以,我们有很多的时间来看书、作笔记,思考一些问题,也有许多时间化在专业外语的学习上。这虽然推迟了我们出成果的时间,但现在看来未尝不是好事,因为这使我们具有了比较扎实的专业基础和外语基础。

三年研究生的学习,给予我最大的收获是在徐轶民、陈鹏生等诸位恩师的指导下,进一步提高了科研的能力。徐轶民教授是我国外国法制史学科的创始人之一,在该领域具有深厚的专业功底。加之,徐教授一直参与国内几部大型辞书的撰稿,因此具有很强的驾驭文字的能力,我送交他的每一篇习作,他都一丝不苟地帮我修改,包括每一个段落、字、词,乃至标点符号。经过这样严格的训练,到毕业时我的论文写作基础已经打下。对我的硕士论文徐教授没有什么大的修改,就说明了这一点。陈鹏生教授是我国中国法律史学科的带头人之一,是中国儒学与法律文化研究的创始人,不仅课讲得非常好,而且眼界开阔、才思敏捷,具有很强的科研能力。我在研究生期间的第一篇论文《〈唐律〉债法初探》,就是在他的推荐之下在《江海学刊》

(1984年第6期)上发表的(本书未收入此文)。以后的中日法律文化比较、儒学与中国亲法文化、儒家思想的现代法文化价值以及中西法律文化比较等诸项课题的研究,也都得到了他的热情指导和帮助。

1984年12月,我研究生毕业,留在华东政法学院法制史教研室当了助教。从此开始了比较正规的法律史的教学和科学研究活动。

二

在法律史领域,我所从事的研究活动,主要体现在三个方面。

(一)外国法制史研究。在这方面,我的研究主要及于三个领域。

第一,关于外国法制史的基础研究。我先后写作了《论希伯来法》(1983年撰写,1990年发表)、《论外国法制史学的研究对象、体系和方法》(1986年)、《略论罗马法形成和发展的特点》(1987年)、《试论伊斯兰法形成和发展的特点》(1988年)以及硕士论文《论德国民法典》(1984年完成,1988年发表)等。其中,《论希伯来法》一文在当时属于填补空白的作品,受到了由嵘等几位外国法制史学科带头人的好评。而《论外国法制史学的研究对象、体系和方法》则提出了外国法制史的总论和分论的体系,这后来为一些院校编写教材时所采纳。

第二,关于外国法制史的现状与改革思路。外国法制史这门学科在我国真正得到发展,是在1982年以后。这一年,我国成立了全国外国法制史研究会,编写了第一本外国法制史的统编教材,并招收了第一届外国法制史专业的研究生。但是在商品经济浪潮的冲击下,作为一门历史学科,外国法制史的发展遇到了许多困难。无论在人才培养和出成果方面,均落后于其他兄弟学科。因此,如何使这门学科充满活力,获得更大发展,对每一个从事外国法制史教学和研究的学者,都是一个不可回避的问题。我比较早地参与了这一问题的

思考。前述《论外国法制史学的研究对象、体系和方法》事实上也是为此目的而作。在接下来的《外国法教学和研究的现状及改革意见》(1987年)、《新中国外国法制史学的回顾与展望》(1989年)、《外国法制史教学和研究:危机与出路》(1992年)以及《法律史研究需要方法论的变革》(1995年)等论说中,我对如何繁荣我国的外国法制史学科进一步谈了自己的想法。包括将外国法制史化整为零,开出多层次、多种类的课(如外国经济法史、外国科技立法史、外国公司立法史,以及韩国法制史、越南法制史等),运用多种形式筹措经费,出版外国法制史多卷本,编写论文集,以及引入文化学、社会学、经济学、文献学(考据学)等相关学科的方法,推动外国法制史学科的发展。

第三,关于日本法研究。日本法研究是我国外国法制史研究中的重点,这一方面是因为日本作为一个东方国家,在近代比较落后的基础上,通过学习、吸收西方先进的法律制度和法律文化,迅速地走上了法律近代化的道路,建成了法治国家,挤入了世界强国之林,它的经验对我国具有很大的参考价值。另一方面,也是因为我第二外语学的是日语,且两次赴日本进修,积累了比较多的资料。我在研究日本法方面发表的成果主要有《东京审判始末》(1986年,与余先予合作)、《日本防治卖淫法》(1986年)、《论日本的健康保险制度》(1987年)、《论战后日本恢复和发展经济的法律措施》(1987年)、《日本教育立法述评》(1988年)、《日本编纂六法全书的历史与现状》(1988年)、《论日本行政立法及其对我国的借鉴意义》(1989年)、《日本破产法》(1995年,与周桂秋合译),以及一些关于日本法学史和法律文化史方面的论著。这些成果,基本上都是介绍性的,自感尚未能拿出一些有研究深度的说理比较透彻的作品。但其中的《东京审判始末》和《日本破产法》两部作品,自己认为还是下了一些功夫,且是填补国内空白之作,对发展我国的日本法研究是有所贡献的。

1996年3月,我接受司法部的委托,主持编写了国家“九五”规划教材(基础系列)中的《外国法制史》一书。撰稿人为浙江大学的卢

建平、杭州大学的方立新、中南政法学院的郑祝君、西南政法大学的王人博、中国人民大学的王云霞、华东政法学院的周伟文、李秀清诸君，他们都是法学硕士和博士。是目前我国外国法制史领域里的中青年骨干。我们彼此取长补短，合作的非常愉快。经过一年的努力，现该教材已经出版。虽然还没有能够完全克服传统外国法制史学的各种缺陷，但我们已尽了自己的努力，使它在内容体系、资料来源、学术观点、引文注释的规范化等诸方面有了一些创新。我们期望它能够真正成为一部跨世纪的外国法制史学科的基本教材。

目前，我正与一些青年教师合作撰写几个主要国家的法律发达史系列。其中，《美国法律发达史》一书即将由上海人民出版社出版；《日本法律发达史》和《英国法律发达史》已经完成；《法国法律发达史》和《德国法律发达史》也正在撰写之中，可望在1998年底之前完稿。这一系列本来是十多年前由全国外国法制史研究会作为外国法制史多卷本而申报的国家重点科研项目，非常遗憾的是没有被批准，获得应该得到的赞助。既然如此，我们也只好自己动手干起来了。

外国法制史学科目前虽然落后于中国法制史、法理学、民法学和刑法学等学科，但该学科的重要意义以及其基础理论学科的地位是无可怀疑的。不管是法科大学的毕业生，还是从事法学教育与研究的同志，假如他不了解外国法制史，尤其是近现代外国法律制度和原则，那么，他们的知识结构就是不完整的。当代中国法学界最活跃的中青年学者中的许多人，如梁治平、高鸿钧、贺卫方、夏勇、张恒山、米健等均出身于外国法制史学科，就是一个突出的例证。由此，我完全有理由相信，在外国法制史学界的同仁尤其是一批青年人的努力之下，该学科一定会逐步走向繁荣，为中国的法学研究作出其应有的贡献。

(二)法律文化研究。法律文化研究，在我国勃兴于80年代中叶。陈鹏生、武树臣、梁治平、贺卫方、俞荣根、张中秋、刘作翔等学者在这个领域均作出了许多贡献。我的研究，基本上是在他们的影响

之下，就自己所熟悉的外国法制史和法学史领域，作出一些法文化的初步探索。我在这方面的成果主要体现在三个方面。

第一，关于日本法律文化的研究。这一方面的成果有《论战后日本法律文化研究的现状与特征》(1989年)、《石井紫郎与日本传统法律文化研究》(1991年)、《大木雅夫与日本比较法律文化研究》(1992年)、《川岛武宜与日本当代法律文化研究》(1992年)、《关于远东法观念的误解》(译文，1992年)、《日本法文化现代化的特点及其启示》(1993年)等。这些作品，有些收入了《当代日本法学》一书，有的是译文，基本上都是介绍性、归纳性的，说不上有多少自己的观点。

第二，中外法律文化的比较研究。这方面的成果主要有《行政诉讼的比较法透视》(1989年)、《中日法律文化近代化之若干比较》(与陈鹏生合作，1992年)、《儒学法文化对日本的影响》(译文，1992年)、《中国古代伦理法观念的渊源及其流变——兼与西方宗教伦理法观念的比较》(1992年)、《中国古代等级法观念的渊源及其流变——兼评西方法的等级观和平等观》(1992年)、《法律秩序的模式及其历史选择》(1993年)、《泛讼与厌讼的历史考察——关于中西法律传统的一点思考》(1993年)、《〈论语〉与中国亲民法文化》(1995年)、《试论儒学对日本古代法文化的影响》(1996年)以及与郝铁川等合作的《中西法律文化通论》(1994年)。与上述日本法律文化研究成果相比，这些成果的水准要高一些。比如，《中国古代伦理法观念的渊源及其流变》、《泛讼与厌讼的历史考察》以及《试论儒学对日本古代法文化的影响》，在发表当时均属于填补国内研究空白的作品。《中日法律文化近代化之若干比较》一文，比较详尽地叙述了中日两国法律文化近代化的经济基础、政治条件和社会背景，分析了其形同实异的各个方面，指出了日本法律文化近代化的成功，中国法律文化近代化的失败的原因所在。而在《法的国际化与本土化》(1996年)一文中，笔者则对法这一文化现象在各国之间的移植流转，法的国际化与本土化的含义以及两者之间的内在联系等作了阐述。

第三,法律文化史研究。国内学者对法律文化史的研究早已开始,许多搞法制史、法律思想史的同志发表的法律文化研究成果,事实上都是法律文化史成果,只是大家没有对它作出明确的界定而已。为此,我于1996年在《法学》(第10期)上发表了《法律文化史论》一文,对法律文化与法律文化史的内涵作了阐述,即“法律文化是指与法律有关的各种活动的创造性成果的积淀,包括物质的和精神的两个方面。法律文化史,就是关于法律文化发展的历史过程及其规律的描述的学问(科学),具体包括对历史上各种法律事件的出现和演变,各种法律制度和原则的兴衰,关于法律的名词、概念、术语,法学人物、学派、学说、理论等的形成和发展,以及在法律文化发展中它与经济、政治、道德以及其它社会文化现象的关系等的阐述。”当然,我的观点,未必会得到其他学者的完全赞同,因为我将法制史、法律思想史和法学史都纳入了法律文化史的研究范围之内,可能失之泛泛。但我认为,除此之外,还没有更好的界定方法,暂且充作一家之言吧。

法律文化研究,在我国正方兴未艾,其魅力不减的原因,在于无论从事法学中哪一门具体的分支学科的研究,若要深入剖析该学科中法律规定、原则和制度的背景,探寻其最终的决定力量,或者研究某个法律思想家、法学家的思想和作品,深入说明这种思想和作品诞生的原因和时代背景,你就必须要从整个社会文化入手。况且,法律制度、法律思想和法学学科本身也是社会文化的重要组成部分。因此,法律文化学作为一种方法,将是我们深化法学研究的必不可少的手段,我也想在这一领域继续努力,以深化自己的法律史研究。

(三)法学史研究。法学史研究在我国还未受到足够的重视。我从事这一领域的研究,始于研究生时代。当时,我从西南政法大学的林向荣教授那里借到了碧海纯一等编《法学史》(东京大学出版会1976年版)一书,深深为它的内容所吸引。林教授对法学史研究重要性的强调以及对该学科之重要学术地位的见解,又强烈地感染了我,使我对这门学科产生了浓厚的兴趣,并为中国到目前只有法制

史、法律思想史,而没有法学史而感到遗憾。从那时起,我就开始收集资料,构思体系,为撰写法学史系列,创建法学史学科而作准备。

我研究法学史的起步是与徐永康教授合著的《法学新学科手册》(浙江人民出版社1988年版)。该书首次对在我国迅速崛起的法学、法哲学、法社会学、法心理学、比较法学、经济法学、公司法、国际经济法学、司法口才学、人民调解学、经济刑法学、被害人学、社会治安综合治理学等135个新兴学科作了论述,对各部门法学新学科的含义、基本内容、主要特点、代表人物和作品、思想基础和实践价值以及发展趋势等作了说明。现在回过头来看,该书的论述还是很粗浅的,它主要是对其他学者研究成果的归纳和总结,对法学新学科也还停留在介绍、说明阶段,未能展开更深入的理论研究。它的价值,主要在于它在国内第一次单独以法学新学科为研究对象,使学术界意识到法学研究必须深入到对法学自身的研究之中,必须对诸如法学科或法学学派等这些对法学发展起重要作用的因素进行实证的研究。

三年后,我与徐永康、郁忠民又主编了《当代中国法学新思潮》(上海社会科学院出版社1991年)一书。在该书中,我们在法学新学科研究的基础上,进一步对十一届三中全会以来对中国法学产生巨大影响的若干理论思潮作了系统阐述。全书共十七章,着重分析、评述了法治与人治论争、法学更新论、法制建设协调发展理论、法治系统工程论等学说。对每股思潮的形成、代表人物和作品、基本内容、理论价值和社会影响、存在的问题以及今后的发展演变趋势等作了研究。我国已故著名法学家、前中国法学会会长张友渔先生对本书的评价为:尽管本书的研究“还是初步的,不够成熟;观点和论断不一定完全为人们所能同意,但毕竟开了一个很好的头,对法学乃至整个社会科学研究均有启迪作用”,它是“一件开拓性的工作”(见该书序)。事实上,该书的风格还是介绍性、归纳性的,缺少深层次的分析 and 讨论。但该书毕竟是国内研究法学思潮的第一本,它促使学术界

将视线移到法学自身的发展上来,而且由于其涉及的范围相对比较集中,所以,可以比前一阶段的法学新学科研究要深入一些。

我独立进行的研究法学史的第一部作品,是《法学史研究 I·当代日本法学——人与作品》(同上出版社 1991 年)。在该书中,我将研究的视野移向西方,并对当代西方法学之集大成的当代日本法学作了解剖。全书在对战后 45 年日本各个法学学科的发展、变化和特点作概述的基础上,重点对日本当代 35 位法学家的 35 部作品(原著)作了评述。该书首次比较系统、全面地对一个发达国家的 45 年法学的发展、现状和趋势进行研究,从而填补了我国关于外国法学研究的空白。我自己认为,该书的缺点是还没有完全摆脱笔者这几年来一直采用的介绍、归纳、总结这种写作模式,优点是在内容上,该书所使用的材料大部分是新的、第一手的,从而为我国学术界提供了比较丰富的资料和信息,为其他学者的进一步深入研究奠定了基础;在方法上,该书在我国首次采用了宏观概述和微观解剖相结合的研究方法。就某一个学科而言,既有对该学科的历史和现状的全面描述和介绍,又有对其若干代表作品的解剖和分析。我感到这种方法在法理学、法律史和比较法研究方面都是可以采用的一种较为理想的方法。

1996 年由政法大学出版社出版的《西方法学史》,是我独立完成的法学史系列研究的第二卷。该书运用马克思的历史唯物主义,对西方 2500 多年法学发展的历史作了比较系统和详尽的阐述,内容涉及古代希腊的法学思想、罗马法学的产生及其特点、中世纪西欧的法学、中世纪以后法、德、英、美、日等国法学的发展与特点,以及二次大战以后西方法学发展的概况和一般规律,并对西方各个国家、各个时期和各个部门法学学科的代表人物和代表作品作了评述。由于该书是国内第一本专门研究西方法学史的著作,而且其体系有一定特色,所以出版以后受到了读者的欢迎。但我知道,该书还有许多缺陷,比如,有些章节由于资料的缺乏,只能粗粗带过;有些内容如二

次战后西方的法哲学,由于国内的研究相对比较充分,所以我不再深入挖掘,而是用一些注,指明让读者去看某某学者的著作。这在体例上当然是允许的,但实质上反映了本人的偷懒思想。我想过几年再对该书作比较认真的修改和补充。

目前,我正在撰写《中国法学史》一书,试图在法学史研究方面开辟一个更加广阔的领域。因为对中国古代丰富的法律典籍,至今还没有人从法学史角度认真进行过梳理。我的一些先期成果已经发表,如《汉语“法学”一词的起源及其流变》、《法学形态考》、《先秦法哲学论考》等。下面我想对这些成果稍微作一些说明。

发表在《中国社会科学》(1996 年第 6 期)上的《汉语“法学”一词的起源及其流变》一文,前前后后化掉了我约三年的时间。她是《西语“法学”一词的起源及其流变》(《法学》1996 年第 3 期)的姐妹篇,构思写作几乎是同时开始的。当时写作的动机是,既然要研究法学史,首先就应当将“法学”这个词本身的来龙去脉搞清楚。但是,后者的资料在日本期间(1993~1994)就已收集完毕,而前者在当时只是收集到了有关“法学”一词在日本发展演变的资料(主要是几位日本友人提供给我的)。对“法学”一词在中国古代的发展演变线索的追踪,一时无从下手。后来,我在中田薰的《论支那律令法系的发达》^①一文中,读到了他引用的《南齐书》中孔稚珪的一段话,其中提到了有“法学”一词。我就马上找出《南齐书》,在《孔稚珪传》中确看到了有:“寻古之名流,多有法学。故释之、定国,声光汉台;元(帝)〈常〉、文惠,绩映魏阁”的文句。但在《南齐书》之前的文献中,有没有出现过“法学”一词呢?为了查清这一问题,回国以后,我化了近一年的时间,重新认真地通读了在《南齐书》之前面世的各种主要的史籍,如《史记》、《汉书》、《尚书》、《国语》、《左传》、《论语》、《孟子》、《荀子》、《墨子》、《管子》、《韩非子》、《淮南子》、《吕氏春秋》等。通读

^① 载中田薰著《法制史论集》第四卷,岩波书店 1964 年版,第 68~90 页。

完以后,才有了信心,知道“法学”一词确是在《南齐书》中第一次出现。写作该文遇到的第二个难点是搞清在日本产生的近代日文汉字“法学”一词是如何从日本传入中国的。为此,也化费了诸多时日。

《法学形态考——“中国古代无法学论”质疑》(《法学研究》1997年第2期)和《先秦法哲学论考》(《法学》1997年第6期)是《中国法学史》第一、二章部分内容的提炼。前者主要阐明中国古代存在法学,并且这种法学还是一种比较发达的形态,只是由于中国社会特定的历史条件,使中国古代法学具有了与古代罗马和近代西方的法学所不同的形态。该文的写作,当然是为我的中国法学史研究鸣锣开道的:假如中国古代不存在法学,那么还研究什么中国古代法学史呢?我的观点未必能为大部分学者所接受,但我是经过认真研究之后才得出上述结论的。后者主要是对先秦时期的法哲学作一番梳理,因为在这个领域,国内的研究已经很充分,我只是对这种法哲学的性质和特点发表了自己的一些看法。我自己认为,中国古代法哲学实质上是一种伦理法哲学、刑法(罚)哲学和政治哲学。我认为这一观点是对中国古代法哲学性质的一种比较适当的概括。

近一两年来,随着中国法制建设和法学研究的深入,中国法学史研究开始受到学术界的重视。1997年7月28至30日,《法学研究》杂志社和辽宁大学法律系在沈阳召开了“20世纪中国法学的回顾与前瞻”学术研讨会,我国法律史、法理学以及一些部门法学的著名学者参加了此会。大家就一百五十余年来中国法学发展的历史、特点、成就和不足展开了热烈的讨论,取得了许多共识。这次研讨会,无疑拉开了中国近代法学史研究的帷幕。《法学研究》、《中外法学》、《法律科学》以及《法学》将以此为起点,在今后若干年内陆续发表有关这一专题的研究成果。随着中国法学史研究的日益深入,中国法学也将获得进一步的发展。

三

在我学术成长的道路上,先后两次赴日本东京大学法学部的进修,具有重要的意义。

如上所述,我在大学学的是英语。考上研究生后,感到在国外,对法制史研究最发达的是日本。因此,作为研究生学习的第二外语,我选择了日语。1985年3月至1986年2月,我在上海外国语大学日语系强化学习了一年。1986年6月通过国家日语出国考试后,作为教委公派出国人员,于1987年2至7月在大连外国语学院日语系又进修了半年日语。在有了比较好的日语基础后,1988年4月,我被派送到东京大学法学部进修日本法制史。

在一年的时间内,我在石井紫郎教授的指导下,比较系统地听取了《日本民法》、《日本法律思想史》、《日本行政法史》等课,同时利用东京大学图书馆和法学部研究室图书馆,有计划地阅读了日本法制史的各种经典文献,并撰写了一篇两万余字的进修论文(该论文后来成了《当代日本法学》一书的写作大纲)。法学部对我的表现很满意,一年进修结束时,授予我一张结业证书。我看上面的编号为“1”,说明在赴东京大学法学部进修的留学生中,我是第一个拿到这种进修证书的人。这种证书虽然比不上那种毕业证书和学位证书,但也是对我这一年学习进修的肯定,所以我对它也是非常珍惜的。进修快结束时,石井先生问我愿不愿意考他的研究生。虽然在日本念博士是一个非常好的机会,但由于东京大学不承认国内的硕士学位,即我必须再从硕士念起,到博士毕业至少再化五年时间。加上当时自己家里的一些原因,所以,我向石井先生表示了马上回国的想法。对于当时的这一选择,我至今没有什么后悔和遗憾。

在日本一年的进修,我的收获是丰厚的。大体说来,包括三个方面。

第一,从日本学者那里,我学到了做学问的方法。应当承认,建国以后,中国的法制史研究,基本上是宏观的,是定性而不是定量的,也就是说,缺少微观的、个案的、考证性的研究。这种研究的缺点是出版的教材和专著往往大而广之,笼而统之,至于具体到某个问题,则谈不深,说不透。而日本学者的研究方法,刚好与我们相反。他们选择的题目一般都不大,但挖掘得比较深。比如仁井田陞和牧野巽合作的《故唐律疏议制作年代考》(载《东方学报》1931年第一、二册),仅仅为了考证《唐律疏议》的制作年代,就化了十几万字的篇幅。平井宜雄的《损害赔偿法的理论》(东京大学出版会1971年版)一书,30余万字的篇幅,探讨的也仅仅是日本民法典第416条这一条所涉及的损害赔偿问题。这种研究方法,对我的影响很大,我后来的有些论文(如《汉语“法学”一词的起源及其流变》等),也是采用这一方法。当然,我运用这种方法时,有了一些自己的创造,即将其与宏观研究的方法结合了起来。我认为,只有做到既有面,又有点,才能在此基础上构造一幅点与面相映生辉的绚丽画卷。

第二,学到了日本学者做学问的精神。在我所接触的日本法制史学界的学者,如东京大学法学部的滋贺秀三、石井紫郎、和仁阳、高见泽磨等教授,明治大学法学部的冈野诚教授,鹿儿岛大学法文学部的石川英昭教授等,都是非常刻苦勤奋的。可以说,他们将一生都献给了自己的研究事业。

在出国以前,我常常以为自己在同龄人中间是相当刻苦勤奋的。出国一看才知道,与日本学者相比,自己还差了一大截。日本的大学,研究条件比国内的要好,一般讲师以上(有些大学如东京大学等没有讲师,教师的起点是副教授)都有一间单独的研究室,里面放满了书。教师不在家里搞研究、备课,所有写作都在研究室里进行。所以他们也象一般的上班族一样,早上从家里赶到学校,晚上从学校赶回家里,当然在时间上没有一般的上班族那么严格。令我感动的是,东京大学法学部的许多老师,每天上午10点到研究室后,中饭和晚

饭就在学校吃,一直工作到晚上10点左右才回家,星期六和星期天、其他节假日、甚至大年三十晚上也是如此。当1988年岁末晚上10点,我整理书本资料准备回后乐寮(当时我住在后乐寮,即日中友好会馆),看到许多教授研究室的灯光还亮着时,我就明白为什么有些日本教授的成果是如此之多,有些研究搞得是如此之深刻。至今,一回想起当时的情景,我就告诫自己:不能松懈,搞学术研究是要全身心投入的。

第三,收集了大量的资料。研究社会科学,前提是必须掌握资料。能够去东京大学进修,对我收集资料来说,是一个最好的机遇。因为,东京大学的藏书在全日本是最为丰富的。

一般而言,东京大学所藏的资料,对教师、学生和进修生全部开放。所以,只要东京大学所有的,我都可以借到。资料的保存,在东京大学分为两类,一是由大学综合图书馆保存,二是保管在各个学部、研究所内,但在综合图书馆查找卡片时都能找到。综合图书馆的借阅方式,与国内图书馆的一样;而法学部的借阅方式,则和国内有巨大区别,即所有藏书都是开架的,教师、研究生和进修生(包括留学生)都可以自己进去查找,找到后将书带出来,然后自己填写卡片,写好后将卡片放入出纳台的抽屉里,把书带回自己的研究室。整个过程没有人监督你,图书馆的工作人员都在忙着干自己的活:新书的采编、分类、上架等。换言之,整个借书的过程,全凭你的自觉性。还书也是一样,你将书放在图书馆出纳台角落里一个指定放置“归还之书”的书架上就可以了,没有人来监督你。这种管理方式,对于不怀好意、试图窃书的人来说,是一个非常好的机会。但是在东京大学法学部一百多年的历史,大概还没有发生过偷书的现象,否则,他们肯定会采取防盗的措施,不会让你们自由拿取了。尤其是有些书是非常珍贵的孤本,在法学部也都可以自由借取。这从一个侧面反映了法学部教师和学生的素质。

由于只有一年的进修时间,靠传统的卡片式、笔记式抄录,是无

法收集多少资料的。必须利用最先进的办法,即复印机复印的方法(当然,一些线装书仍然要靠人工抄写)。好在图书馆和法学部研究室到处都有复印机,所以我是一边查,一边复,一个一个书架地进行。东京大学法学部所有的上千种杂志(从创刊号开始)、几十万册藏书,几乎都被我梳理了一遍,凡是与我进修课题相关者,我都把它们复印了下来。进修生按规定一年只能免费复印四百张,超出部分自己负担,每张纸10个日元,而我则超过了此数十倍。回国时,虽然由于石井教授的帮助,法学部免掉了我一部分费用,但仍不得不支付了一笔昂贵的复印费。这些复印的资料,回国时没有办法带,所以全部用船托运。在我后来的研究中,它们发挥了重要作用。至今,我对它们的利用,还只能说是冰山一角。

1993年4月,以申报课题的方式,我第二次获准赴日本做国家教委公派访问学者,单位仍是东京大学法学部,合作教授仍是石井紫郎,只是这一次他刚从法学部长任上下来,担任了东京大学的副校长,所以比以前更加忙碌。尽管如此,他对我的事情仍是非常关心,从专业学习到日常生活。

由于第一次进修结束回国(1989年4月)后,我对国内各大图书馆的藏书情况作了进一步的调查,所以更加清楚了哪些书国内是有的,哪些书国内还没有。这样,我收集资料时更加有的放矢。同时,我法学史系列研究的第一卷《当代日本法学》此时已经出版,所以我主要是为第二卷《西方法学史》(当时已有了讲义稿)和第三卷《中国法学史》以及构思中的其他几卷法学史系列收集资料,目标非常明确;所以效率也比较高。

第二次赴日时,妻子已在我之前到达了日本,在横浜飞鸟学院学习。考虑到两人一起出国不容易,所以规定的半年访问时间到期后,在得到国内学校的批准以及石井先生的帮助后,我又延长了一年。在这一年半的时间中,除了上述进一步收集资料外,我还与周桂秋小姐一起翻译了庆应大学法学部教授、日本著名民事诉讼法专家石川

明教授的《破产法》一书(1995年上海社会科学院出版社出版,改名《日本破产法》)。周小姐当时尚在神奈川大学法学部念本科(第二年便考上了横浜国立大学国际经济法专业的硕士研究生,现在日立公司本部就职),是一位品学兼优的高材生。我们合作的非常顺利和愉快。同时,经过李宁先生的介绍,与日本东京法思株式会社进行了一些协作,帮助他们编写、翻译一些函授用的教材。

两次进修访问的经历,对我在学术上的成长起了极为重要的作用。我深切地体会到,在国际交往如此频繁、广泛的今天,搞科学研究的人,如果不到国外去进修学习一段时间,不收集国外最新的资料,不与国外同行进行交流、切磋,是无法使自己的研究成果达到一个比较高的水准的。在这里,我认为主要有两个问题需要注意,一是国家应当加大资助教学和科研工作者出国的力度,放宽出国学习进修访问的条件,这点本钱化下去,从长远角度看,绝对是一本万利的事业。二是已经获得出国机会的同志,一定要珍惜在国外短暂的时间,利用它做对自己的研究最重要的事情。比如,其他事情,在国内也是可以办到的,但收集复印资料,尤其是当地国家特有的资料,回国后是再也没有机会办到了。因此,我认为对出国进修、访问的同志来说,收集资料是第一位的任务。当然,在时间和精力允许的情况下,广交一些国外朋友,也是一个重要工作。

四

回顾这些年的学术研究,我有如下几个体会。

“学术姓公不姓私” 当代日本著名法制史学家泷川政次郎(1897~1992)曾说过,学术是公众的事业,而不是某个学者乃至权威的私有物,某一研究领域或研究课题,大家都可以去参与。泷川政次郎的这段话是在批评日本另一著名法制史学家仁井田陞试图垄断敦煌学(史料)研究,不让旁人插手或只提自己在该领域的成就而掩盖

其他学者在这一领域的研究成果时所谈的。^① 泷川政次郎的批评是否实有其事,我们无意去考证,但他提出的这一观点,可以供我们参考。在学术领域各个学科、各个方面以及各个专题,都不是某个专家或某个权威的垄断物,每个人均可以去研究、去耕耘。即“学术面前人人平等”的含义,不仅包括年长者与年轻人、教授和讲师、学术权威与刚入门者之间地位平等,展开自由的对话和讨论,而且还包括研究领域、课题的公开化。不能认为某个学者在某个领域的研究中起步比较早,成果比较突出,就可以将该领域视为自己的私有物,而禁止别人来“插足”。如果这样,我们的学术就会停止不前,就会走向衰亡。如同一句老话所说:“一枝独秀不是春,百花齐放春满园。”

“学术研究必须规范” 学术研究的规范化是学术发展的条件之一。这当中,当然包括了学术用语、学术文体等,但核心问题是引文和注解的规范化。现在,许多教材就不用说了,就是一些论文和专著,也没有或很少有引文和注解。有些名称很好听的书,如《外国民商法》等,竟然没有一个注解!使人全然不知这洋洋洒洒的几十万言到底源自何处。

我自己深切地感到,没有引文和注解,一是对他人成果的不尊重(甚至是侵权);二是无法与其他学者进行对话,就有关专题的研究继续深入讨论、磋商;三是不利于知识集中和学术积累,因为带有详尽的引文和注解的一篇文章或一本专著,可以将有关这一问题的文献汇集在一起;四是容易使读者误入歧途,因为一旦在引用数据或资料时搞错了,而又未注明出处,读者也就跟着错,无法查对原始资料;五是使学术发展的链条就此中断。因为任何人的研究都是在既定的历史条件下,在前人研究的成果上继续前进,引文和注解使人们可以知道这一学术发展的线索。如今到你这里,由于没有引文和注解,人们

^① 见三浦周行、泷川政次郎著《令集解释义》,1982年国书刊行会重刊本,“序及解说”,第42页。

不知道你以前的链条是什么,你的东西源自何处,学术研究到你这里也就突然中断了。从这里也就可以知道,没有引文和注解,最终对你本人也没有什么好处,因为没有出处的资料和结论,别人是不敢引用的。比如我对那些没有引文和注解的论文和著作,常常是不敢引用的。

总之,关于学术研究的规范化问题,现在已到了应该解决的时候了。关于这个问题,苏力有很好的阐述,^① 我与他深有同感,这里就不再展开了。

“应当边述边作” 中国自孔夫子时代起,就有了“述而不作”的传统。后来在学术界又有了一句格言:“板凳须坐十年冷,文章不写一字空”。我体会其中思想是规劝学者尤其是年轻人先不要急于发表成果,而应把专业基础打得扎实一点,把学术功底练得厚实一些。所谓“不成熟的东西不要发表,”所谓“说说不要紧,发表一定要慎重”等,都是这个意思。

对于这一传统和精神,我一直深表赞同,并且也一直将其奉为座右铭。但是,随着现代社会的发展,我感到必须对上述传统作一些修正,即在信息爆炸的现代社会,我们也应提倡学术界的广泛交流与合作,主张学术批评和反批评,主张学者之间的思想火花的碰撞。为此,我主张可以“边述边作”,鼓励将不太成熟的作品拿出去发表,我自己这些年也是这么走过来的。因为,将不成熟的作品拿出去发表,让学术界评头论足,比放在家里自己一个人慢慢推敲,可能使其更快地成熟起来。所谓“以文会友”,所谓“以文对话”,说得就是这个意思。另一方面,“边述边作”,将不成熟的东西拿出去发表,也可以增加学术积累,避免一些不应发生的损失。因为,现代社会汽车、火车和飞机等工具十分发达,随之而来的各种交通事故也大大增加,加上癌症猖獗,有些肚里很有学问的学者如果突然去世,他的研究成果就

^① 苏力著《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第212~219页。

再也无法面世,这对学术界来说,无疑是一个重大损失。我的恩师李志敏教授,既精通英、法、德、俄等好几国外语,又有扎实的国学底子,并且很有思想。但他平时遵循“述而不作”的传统,不太发表东西。结果,当癌症夺取了他的生命时,他的学问就未能留给学术界。这的确是整个学术界的损失。

当然,这里应当注意的问题是,“边述边作”的前提是,我们对自己发表的成果要有一个清醒的认识,要有自知之明。不要认为出版了几本书,发表了几十篇论文,就自我感觉特别好。而是要经常反思自己作品中的缺陷和问题,听取学术界的批评和意见,力求使以后发表的作品质量更高。

“研究面不要太宽” 现在40岁以上70岁以下的一批学者,都有一个“先天不足,后天失调”的问题。即他们或者毕业后就遇上了各种政治运动,进牛棚或靠边站,或改行或下农村;或者在“文化大革命”中上山下乡,在农村劳动多年。因此,他们的外语水平、专业基础比起上一辈的专家学者明显要弱。我曾与复旦大学的一位政治学博士研究生导师(他今年65岁)交换过这一看法。他不无惆怅地说:在他们这一代人中,至今未能出现一位大家,这不是他们不努力,而是社会环境使然。我说,不仅是他们这一代,我们这一批人也不同程度地受到“文化大革命”的影响,虚度了许多光阴。

鉴于这种“先天不足,后天失调”的现状,我一直主张,我们研究涉足的面不应太宽,必须根据自己的性格特点、知识结构、外语程度以及身体条件,选择一个合适的专业和领域,潜心钻研,出一些成果。这是在现代社会知识的扩张十分迅速,学科分工越来越细密情况下的唯一选择。否则的话,这也搞一些,那也去研究一下,很可能到最后一事无成。

“应提倡学术批评” 1957年“反右”运动以后,我国就很少有认真的学术批评了。对任何一部作品,只能表扬,不能批评,已成为学术界一个不成文的规矩。近几年,这种情况稍有好转,各杂志也陆

续刊登一些书评之类的东西,对一些著作作出评述。但总体上还是只说好的,不讲缺点,即使讲缺点,也是轻描淡写,一笔带过,没有能够予以深入地分析、说明。

我认为,开展学术批评,对于繁荣法学研究,推动法学发展,具有极为重要的意义。只有表扬,没有批评,问题就不会暴露,真理也就无从诞生。套用余英时先生的话,就是没有经过批判的观点和意见,只是“正”。“正”必须经过“反”,即讨论和批判,然后才能上升到辩证法意义上的“合”。这种“合”,才具有真理的成分,才会产生力量。^①那么,如何开展学术批评呢?我认为应注意两点:

第一,从批评者角度而言,应当“对事不对人”,即成为讨论、批评对象的,应当是作品,而不是作者。必须针对作品的价值、优点、缺陷、它对前人的成就有否突破、比同时代的作品有何不同的地方等,由此展开认真的、说理性的评述。反之,如果不以作品为评述的对象,而将讨论、批评扩大至作者身上,就往往会造成对作者的误解、或指责、甚至伤害,不利于学术批评的正常开展。尤其在学术批评传统很淡薄的中国,更应当注意这一点。

第二,就受批评的一方而言,应当有一种大度的、宽容的情怀,以及广纳百川、以成大海的思想境界。不管批评是多么尖锐,甚至可能是误解、苛刻的指责,也应当冷静地思考、反思自己作品中的缺陷和问题。应当说,一部作品引发别人的讨论、批评,本身就说明这部作品的成功,至少说明它引起了学术界的注意,成为同行中人感兴趣的课题。

“自己走自己的路,不要去羡慕别人的成功” 学者之间,有些是可以相比的,有些则是不可比较的。因为每个人的知识结构、研究领域、家庭环境甚至身体状况都不同,即使是研究同一专业的人,也因具体情况的不同而不具有可比性。因此,我在这方面的体会是:

^① 余英时著《中国思想传统的现代诠释》,江苏人民出版社1995年版,第143页。

“自己走自己的路，不要去羡慕别人的成功。”

学术研究类似于生命历程中的“马拉松赛跑”，有些人由于聪明、勤奋等原因，可能在20多岁时就冲在了前面，取得了辉煌的成果；有些人则由于起步晚、领悟问题慢等种种原因，可能一直落在后面。但只要目标明确，方法对头，不停脚地往前赶，那么就有可能在年纪大的时候超越别人。相反，开始跑在前面的人，如果放松了，不努力了，也会落到后面。这里，关键是不能有“白头翁”的习惯，不要因为别人的成功就去羡慕别人，而怀疑自己的路是否走错了。而应当按照自己的既定目标，一步一个脚印地前进。须知，别人的成功，虽然可能有一些机遇好的因素，但主要是别人努力的结果。资料要靠一篇篇地收集，文章要靠一个个字地写，急躁不行，羡慕他人也没有用。在学术研究上没有任何捷径，有的只是吃苦的精神，老黄牛的实劲。

“要多读书，要有思考的时间” 对于从事教学和科研工作的同志，尤其是一些中青年骨干，现在各种赚钱的机会和诱惑很多。即使从学术上看，各种讲学、辅导、编讲义、写论著等机会也接连不断，弄得你整天忙忙碌碌，没有时间好好地读一些书，思考一些问题。

就我自己而言，研究生毕业后，在相当长的一段时间内，没有时间读书，许多资料、书籍也都是为了承担某个项目、完成某个课题、撰写某本著作，才去看、才去读。比如，要写《法学新学科手册》了，就去读有关新学科方面的文献；为了编《当代中国法学新思潮》一书，就去查找这方面的资料。结果，弄得自己成为一只开始作茧的“蚕宝宝”，只是不停地往外吐，而无法往里吃。即使吃一点，因为马上就要往外吐，所以也就没有时间咀嚼、消化，没有时间思考。但学术研究有它自己的规律，知识必须要有积累，才能构成体系，才能不断上层次。思考不能匆忙，必须静下心来，才能形成自己的见解和创意。

五

1998年1月16日，是我一生中难以忘怀的日子。这一天，整个北京城为大雪所覆盖，气温降到入冬以来的最低点：零下十二度。但在北京大学法学楼的小会议室里，却是春意浓浓。在这里，北京大学法律系组织的由该系教授萧蔚云任主席，该系教授王哲、赵震江、由嵘、李贵连以及中国人民大学法律系教授吕世伦、林榕年任委员的答辩委员会，全票通过了我的博士论文《欧陆私法学的起源及其流变》。上述各位委员，都是我国宪法学、法理学和法律史学的学科带头人。他们中，王哲教授是我的博士论文导师，他为这次答辩会能如期举行付出了辛勤的劳动。其他各位委员也是多年来一直在学术上关心我成长的恩师和前辈。他们在答辩会上提出的许多直率而中肯的意见，使我不仅看到了自己论文中的缺陷，也看到了自己这几年学术研究中的诸多不足。我将认真吸取诸位恩师的教诲，反思以往的教训，争取新的进步。

《诗经》上有一句话：“高山仰止，景行行止。”^① 说的是对于崇高的品德，我们虽然不能穷极其底蕴，但人们对其的仰慕、向往和追求则永远不会停止。品德修养是这样，科学研究也同样如此。我在学术道路上虽然才刚刚起步，成果不多，而且很可能毕一生之力也未必能达到多高的成就，但我对学术的仰慕、对事业的向往、对真理的追求将永远不会停止。

^① 《十三经》(上)，吴树平等点校，北京燕山出版社1991年版，第329页。

导论：法律文化史论

法律文化研究,在我国已经热了十余年,而人们对它的热情至今不减。这说明法律文化研究对促进我国法制建设和法学研究具有重要的现实意义。在法律文化研究中,人们对法律文化的概念、中国传统法律文化的特点、中西法律文化的比较以及中国传统法律文化与现代化的关系等问题已作了充分的探讨,但对法律文化史的研究则还没有很好地展开,本导论试对这个问题作些论述。

那么,什么是法律文化史呢?这个问题是与对法律文化的含义的理解相联系的。在我国,关于法律文化的定义已不下数十种。^①这些定义从各个侧面阐明了法律文化的内涵与外延,对我们都有启发意义,限于篇幅和本文的主题,这里不能一一加以评述。笔者自己对法律文化的理解是:法律文化是指与法律有关的各种活动的创造性成果的积淀,包括物质的和精神的两个方面。法律文化史,就是关于法律文化发展的历史过程及其规律的描述的学问(科学),具体包括对历史上各种法律事件的出现和演变,各种法律制度和原则的兴衰,关于法律的名词、概念、术语,法学人物、学派、学说、理论等的形成和发展,以及在法律文化发展中它与经济、政治、道德以及其它社会文化现象的关系等的阐述。



^① 见武树臣著《中国传统法律文化》第27~30页,北京大学出版社1994年版。

历史上各种法律事件,尤其是一些重大的法律事件,是法律文化史研究的首要内容。因为这些事件背后隐含着不同国家、不同民族和不同时代法律发展的文化特征。对这些事件的研究,有助于我们理解历史上某些法律制度为什么是这样而不是那样;为什么有些在古代曾经很有生气的法律制度后来消亡了,而有些却在全世界开花结果;以及为什么在大体相同的条件下有些国家的法律文化近代化成功了,而有些国家却没有。

在法律事件中,首先要提及的是立法事件。我们知道,英国和美国都属于英美法系,其传统是不成文法,没有民法典、刑法典、诉讼法典等大的法典。然而在宪法上,两国却走上了绝然不同的道路。在英国,宪法是由各种宪法性文件(如1215年《大宪章》),法律(如1679年的《人身保护法》、1701年的《王位继承法》等),惯例(如“国王不能为非”等)和习惯(如关于内阁制度以及活动方式的习惯等),以及某些国会的立法(如1937年的《国王大臣法》等)组成。但在美国,却制定了世界历史上第一部成文宪法典。这里,美国背离英国判例法传统,制定了宪法典,看似是一个普通的立法事件,但却反映了两国当时不同的历史文化背景。这就是,英国的历史比较长,宪法思想发源也比较早,而资产阶级和封建势力的斗争延续的时间又很长。因此,当资产阶级稳定地掌握政权时,在宪法领域已经有了比较完备的包括由上述各种法律文件和习惯组成的规范体系。在判例法的传统之下,它就不再努力去制定一部统一的宪法典了。而美国不同,它的历史很短,其居民的主体是外国移民,当他们登上美洲大陆时,就曾于1620年制定了《五月花号公约》,用以规范人们的政治行为。在殖民地的发展过程中,当地居民的理想主要是摆脱英国的殖民统治,争取民主权利和财产自由。这一理想在美国最早的宪法性文件《独

立宣言》(1776年)中表露无遗,并通过独立战争获得实现。但是,接着而来的1781年的《邦联条例》却使殖民地居民的这一理想受到了伤害。在此背景之下,1787年的制宪会议,将各州赋予的本来是修改《邦联条例》的任务转变为制定一部适用于整个国家的宪法。在此过程中,美国建国时期一批政治家和思想家,如杰佛逊(T. Jefferson, 1743~1826)、汉密尔顿(A. Hamilton, 1755~1804)和麦迪逊(J. Madison, 1751~1836)对孟德斯鸠(C. L. Montesquieu, 1689~1755)和洛克(J. Locke, 1632~1704)思想的深切理解,以及当时各州的成文宪法典等,也都对美国宪法的制定起了推波助澜的作用。因此,同属不成文法系的英国和美国,在宪法上出现不同的立法结果,并不是偶然的,而是两国法律文化发展的必然结果。

在近代民事立法中,情况也一样。法国和德国同属大陆法系,都继承了罗马法的传统,都以成文法典为基础,1804年《法国民法典》和1900年《德国民法典》在基本原则和主要内容上也都有许许多多的相似之处,但近代西方这两部主要的民法典之间还是有着重大区别。首先,前者是以《法学阶梯》为蓝本的,采用了三编制的形式;而后者以《学说汇纂》为模式,采用了五编制的体例。其次,前者比较简明扼要,通俗易懂,而后者则比较冗长,用语比较隐晦。再次,在法律制度的规定上,后者比前者要系统完备的多,尤其是对发展资本主义的商品生产起重大作用的法人制度,《法国民法典》没有作出规定,而在《德国民法典》中,则用了369个条文,予以系统规定。最后,在法学成果上,后者也远远超过了前者,近代资产阶级民法学,基本上是在《德国民法典》的基础上建立起来的。此外,尽管《德国民法典》颁布时间要比《法国民法典》要迟得多,但其保留的封建因素比法国的要多得多。法德两国民事立法上的这种差异,也应该到两个国家当时的法律文化中去寻找。《法国民法典》制定时,法国资产阶级处于上升时期,他们对自己的前途充满信心,希望用清楚、明确、简单的语言来表述自己的意志。拿破仑曾经设想,要使《法国民法典》成为一

部象《圣经》一样的作品,放在每个家庭的床头柜上,使每个公民在遇到法律问题时都能查阅,以维护自己的合法利益。而《德国民法典》制定时,资本主义已处在垄断时期,统治者需要用比较隐晦的语言来表达自己的意志。另一方面,由于《德国民法典》制定时,资本主义已经充分发展,股份公司已成为社会经济的主要载体,因此,该法典对法人作出了详细的规定,而《法国民法典》却未能这么做。此外,德国资本主义发展比较晚,资产阶级革命也具有较大的保守性,它事实上是一次资产阶级与“容克”(Junker)封建贵族的妥协。因此,尽管《德国民法典》比《法国民法典》晚出,但其保留的封建制度的残余却比较多。最后,《德国民法典》的制定在时间上比《法国民法典》晚了近一百年,制定时又花费了二十多年,这使得德国法学家可以从容不迫地对资本主义民法的体系、概念、原则以及各项制度作深入的探讨,对社会经济关系进行充分的概括和总结,从而构造起一个系统完备的民法学体系。

因此,某些法典条文之间的差异,反映出来的却是整个法律文化背景的不同,而这些对理解这些法典的精神或许比法典自身更为重要。

在执法方面也同样如此,某部法典制定出来以后,其能否执行,很大程度上取决于该国当时的法律文化背景。中国汉代以后关于肉刑存废的争论,日本明治维新以后关于旧民法施行的争论,以及本世纪上半叶美国关于禁酒的第18条宪法修正案的存废争论等,^①都说明了法律的执行问题决不仅仅是几项条文的问题,而是体现了一个国家关于法律文化的价值取向。

此外,历史上的其他一些法律事件,如1135年前后意大利的比萨人因攻陷阿马尔菲城而获得《学说汇纂》的手抄本,本世纪初法国

^① 该修正案于1919年生效后因无法执行而于1933年被废止。详见李昌道:《简介美国有关禁酒的宪法修正案》,载《外国法制史汇刊》第一集,武汉大学出版社1984年版。

考古队在中东苏萨城发现《汉穆拉比法典》,1975年中国湖北省云梦县发现《睡虎地秦墓竹简》,以及18世纪英国著名法律改革家边沁(J. Bentham, 1748~1832)在英国、19世纪美国著名法律改革家利文斯顿(E. Livingston, 1764~1836)和菲尔德(D. D. Field, 1805~1894)在美国倡导成文法典运动遭受失败等,都对相关国家和地区乃至整个世界法律文化的发展产生了划时代的影响,因此,它们也是法律文化史研究的重要内容。

二

除法律事件之外,法律文化史研究的第二个重要方面是法律制度。众所周知,我们目前适用的各项法律制度,都是不同时期、不同国家和地区形成和发展起来的,都是一种法律文化活动的成果积累,反映了各自的时代和民族特色。下面,我们就举几个比较典型的例子来阐述这个问题。

在现代各个国家中,法国的法院制度实行的是双轨制,即在普通法院之外,还存在着一个行政法院系列。而法国行政法院的历史演变,充分反映了法国近代宪政法律文化的特色。18世纪下半叶,法国爆发了资产阶级大革命。资产阶级为了排除封建势力对革命事业的干扰,在1790年8月和10月法令,以及1791年宪法中,都规定了法院不得干预行政机关的活动。这种规定,在排除法院(它曾经一度成为封建势力的堡垒)对行政事务的干预的同时,却为建立独立的行政法院开辟了道路。1799年,法国成立了“国政院”(Conseil d'Etat),它里面的诉讼处,后来就演变成了法国最高行政法院。而行政法院的活动结果,又产生了一套法律规范体系,从而使法国成了现代行政法的故乡。因此,如果要回答为什么现代行政法诞生在法国?为什么作为大陆法系代表的法国,其宪法、民法、刑法和诉讼法都是成文法典,而行政法却是判例法?为什么在英美等国,行政案件在普

通法院审理,而在法国却是由行政法院承担等问题,都必须从近代法国宪政法律文化的发展中去寻找。

我们知道,法国早在13世纪就有了检察官制度,而英国则迟至19世纪末才建立这一制度。那么,在这两个同属西方法律发源地的国家(前者是大陆法系的发源地,后者是英美法系的发源地),为什么在检察制度上出现如此大的差异呢?答案同样在于两国法律文化的不同。英国迟迟没有建立检察官制度,因为它早在12世纪就形成了陪审制度。11世纪,诺曼人入侵英国、建立起统一的中央集权的封建国家后,为了调查全国的土地状况,采用在大陆法兰克王国流行的“纠问式诉讼”方式,从当地居民中选择一部分人士,经宣誓后让他们作证。12世纪,巡回法官在各地审理土地纠纷时,沿用了这一制度,并使出庭作证的人固定在12名,他们就被称为“陪审员”(juror;jury-man)。在以后几个世纪中,陪审员的使用,从审理土地纠纷,扩大至其他民事案件,又从民事诉讼渗入到刑事诉讼,并在只管起诉的“大陪审团”之外,又发展起了从事审判工作的“小陪审团”,并于14世纪成为定制。既然有了公诉人身份的陪审团,社会对检察官的需求自然就不那么迫切了。那么,如果继续问:为什么起源于中世纪法国的“纠问式诉讼”不能在法国本土演变成为陪审制,反而在大洋彼岸的英国开花结果呢?这又得从当时英国所具有的各种特殊的法律文化背景中去寻求原因,如诺曼人对英国的入侵、作为征服者的威廉(William I the Conqueror,约1027~1087)需要调查全国的土地状况,英国封建中央政权的强大,以及巡回审判制度的实行等等。

众所周知,亲属相隐制度,是中国古代法上的一大特色。这一制度,最早起源于孔孟的理论。当叶公告诉孔子道:我那里有个坦白直率的人,他父亲偷了羊,他便去告发。孔子就回答:“吾党之直者异于是:父为子隐,子为父隐。——一直在其中矣。”^① 孟子在回答弟子所

① 《论语·子路》。

问的假如舜的父亲杀了人,舜应当如何办时,也说,舜将视抛弃天下如抛弃一双草鞋那样果断,然后背了父亲逃到海边,在那里愉快地过一生。^① 这一理论至汉代便被修入法律,汉宣帝地节四年的诏书明确规定:“亲属得相首匿”,^② 以后,唐律的《名例律》和明、清的法律都将“亲属相隐”作为一个重要的法律原则。“亲属相隐”这一制度在西方国家是不存在的,其原因就在于中国的封建法律是建立在宗法制度之上,而西方国家的宗法基础远不如中国强烈。非常有趣的是,中国的“亲属相隐”制度也影响到了日本,仿造中国隋唐法制制定的《养老律·名例律》(公元8世纪初)也设置了“亲属相隐”的条文,除了“谋反”和“大逆”等罪之外,发现亲属犯罪不得告发。^③ 这当中的原因,当然是和日本是东方国家,其法律生活以及人们的观念习惯与中国相近有关。

三

法律名词、术语、概念等的形成、发展和演变,也反映了其背后所隐含的丰富的法律文化的内容。下面,我们就举几个代表性的法律术语,来探讨一下它们的法律文化内涵。

在谈到“法人”一词的起源时,人们都会提及罗马法的规定。确实,在罗马共和国后期,已开始承认某些社会团体和经济实体享有人格的权利,如作为社会团体的国库、地方行政机关、寺院,作为商业营利团体的食盐社团、面包社团、船舶和矿业社团,作为财团性团体的慈善基金会等,法律还规定了这些团体成立的条件和程序等。罗马出现法人制度的萌芽,并不偶然,除了简单商品经济的高度发展以

① 见《孟子·尽心上》。

② 见张国华著《中国法律思想史新编》第205页,北京大学出版社1991年版。

③ 见大竹秀男、牧英正主编《日本法制史》第72页,青林书院1975年版。

外,还与当时关于人格理论研究的展开相关。比如,罗马著名法学家乌尔比安就曾对法人实体进行了较为深入的探讨,他指出:“在团体中,其成员是否经常变化不影响团体的存在,因为团体的债务并不是其个别成员的债务,团体的权利无论如何也不属于其个别成员的权利。”^①然而,同样的道理,由于罗马的商品经济只是一种简单的商品经济,作为法人形式的主要表现者公司还没有出现,加上当时的法学家对法人理论的研究还无法深入,因此,在罗马法上,法人制度是非常简陋的,没有能够从中抽象出“法人”的概念。只有到了18世纪末,随着资本主义商品经济的逐渐发达,近代法人团体公司的不断涌现,人们对法人制度的理论研究日益深入,才使“法人”一词的出现具有了物质和理论的基础。1798年,德国法学家胡果(G. Hugo, 1764~1844)在《实定法哲学之自然法》一书中,第一次明确地提出了“法人”之概念: juristische person。以后,德国法学家又对法人作了进一步的系统研究,如萨维尼(F. K. Savigny, 1779~1861)的“法人拟制说”和祁克(O. F. Gierke, 1841~1921)的“法人有机体说”等。至19世纪末,德国立法者又吸收了上述理论研究成果,从而在1900年《德国民法典》中用了众多的条文,系统地规定了法人制度。因此,“法人”概念的发展演变,事实上也从一个侧面反映了西方私法文化的发展轨迹。

关于西语“法学”一词的发展、演变,也说明了这个问题。该词的拉丁语为 jurisprudentia,是由 ius(法)和 providere(知识)两个词合成,约产生于公元前3世纪末,其含义为神事和人事的知识,正与不正的学问。中世纪以后,在西欧的复兴罗马法热潮中,“法学”一词也和其它法律概念一起,为当时注释法学派所吸收,并传播至西欧各个国家,演化为 jurisprudence(英、法语:法学)、jurisprudenz(德语:法学)。受该词的影响,又生出 legal science(英语:法学)、science du

^① 林榕年主编《外国法制史》第171页,群众出版社1994年版。

droit(法语:法学)、rechtswissenschaft(德语:法学)等用语;形成了一批表示“法学”这门学科的概念群。而“法学”一词的上述发展,不仅仅是一个名词的变迁,事实上也是西方整个法律文化的变迁,因为它涉及到了商品经济的发展、成文法的发达、自然法思想的传播、公平正义观念的勃兴以及法学这门科学从简单到丰富、从表层到深刻的发展规律。^①

在中国古代,“法”、“刑”、“律”三个概念常常被混用,在解释时常被互训。如《说文》曰:“法,刑也”。《尔雅·释诂》称:“刑,法也”,“律,法也”。这种状况,反映了中国古代国家起源于部落战争,法律起源于对异族的军事镇压、为维护同族内的统治秩序而实行的杀戮这种历史事实。虽然,随着中国封建社会的逐步发展、完善,在表示各代的法典时,最后不再用“法”、“刑”,而都使用“律”一词,但内含的刑事镇压的本质一直未变(晋代以后,“律”事实上成了刑法的专称^②)。因此,“法”、“刑”、“律”三个词,在中国古代包含了丰富的法律文化内容,对其进行考证和研究,可以从一个侧面探索中国传统法律文化的发展线索以及其基本特征。^③

四

最后,历史上一些重要的法学家和法学流派的出现以及其活动,也对世界法律的发展产生了巨大的影响。而这些法学家和法学流派的出现,则往往是与某一国家或某一时代的文化背景密切相关。

以前,在谈到1804年《法国民法典》的诞生时,人们往往说是全

^① 参阅何勤华:《西语“法学”一词的起源及其流变》,载《法学》1996年第3期。

^② 杜预《律序》:“律以正罪名,令以存事制”。

^③ 这方面已有很多成果面世,见梁治平、武树臣、张中秋、马小红等人的论著,这里,不再详细展开。

面继承罗马法的结果。然而,随着研究的深入,各种史料的发掘,学术界一般都认为该法典的制定,与吸收法国历史上习惯法学的成果相关,也就是说,《法国民法典》既吸收了罗马法学成果,又以法国中世纪的习惯法为基础。而对法国中世纪习惯法学作出系统总结、并为《法国民法典》提供某些比较成熟的制度、原则和术语的是法国18世纪著名私法学家朴蒂埃(R. J. Pothier, 1699~1772)。而朴蒂埃的成长,又与当时法国特定的历史文化背景密切相关,如15至18世纪法国习惯法的发展,罗马法学在法国的复兴,朴蒂埃所在的“奥尔良学派”的崛起,朴蒂埃的家庭和朋友的影响,以及朴蒂埃本人所具有的素质等,使他充任了法国传统法律文化向近代法律文化过渡的桥梁。

在美国宪政史上,违宪审查制的确立是一件非常重大的事情。1787年美国宪法并没有赋予联邦最高法院以违宪审查权,也没有一项国会的法律明确规定最高法院拥有这个权力。违宪审查权是美国联邦最高法院首席大法官马歇尔(J. Marshall, 1755~1835)在没有任何法律根据的情况下,于1803年在审理“马伯利诉麦迪逊”一案中确立的。因此,在一定程度上可以这么说,没有马歇尔,便没有违宪审查权。然而,分析马歇尔的成功时,也不能离开当时的历史文化背景。一方面,马歇尔于1800年出任美国联邦最高法院首席大法官和他作出这一判决,都与当时的党派斗争相关,即1800年联邦党人在总统大选中失败以后,他们急于谋求在司法部门的职位,以抗衡以杰佛逊为首的民主党人。另一方面,虽然美国宪法确立了三权分立的基本原则,但事实上,当时的司法权在三权中是最弱的。在马歇尔之前的三任美国联邦最高法院首席大法官在任内成绩平平,没有什么大的作为。最高法院的办公场所也只能在一所建筑物的地下室里,其在人们的心目中并没有什么地位。而这种局面无论在宪法理念上,还是在实际的政治生活中,都是不符合建国时期美国人的要求的。所以,即使没有马歇尔,也会有其他政治家、法学家出来。换句

话说,扩大联邦最高法院的权力是一种必然的趋势。当然,这么说,并不抹杀马歇尔个人在历史上的作用,因为他比任何其他人都干得好,干得漂亮。而马歇尔本人,同样也是当时历史的产物。作为美国独立战争中一位下级军官,马歇尔亲眼目睹了国家在四分五裂的情况之下的各种弊端,强烈意识到一个强大的联邦政府对美国的发展所起的作用,而以后的律师生涯和法官事务,又使他具有了高超的法律水平和成熟的政治手腕。所以,违宪审查权在马歇尔手中确立,的确是一种历史的必然。

19世纪初,在德国形成了以胡果和萨维尼为首的历史法学派。该学派强调法是“民族精神”的体现,如同语言一样,随历史的发展而自发地生成和发展,法律的渊源首先是习惯而不是立法,法学家的历史使命是对历史上的习惯法作出深入细致的研究,而在当时的德国这一步工作还没有完成,因而反对制定一部统一的民法典。许多学者基于这些方面,认为历史法学派是一种“反动思潮”,是为维护封建统治服务的。^①其实,从法律文化史角度来分析,这种评价是不公正的。因为,第一,当时,法国革命已经成功,建立了统一的民族国家,所以,可以制定一部统一的《法国民法典》,但德国当时还是邦国林立的割据状态,缺乏编纂统一的民法典的客观基础。第二,历史法学派提出从“民族精神”中寻求法的起源和法的本质,如同自然法学派提出从人类的理性中寻求法的起源和法的本质一样,虽然都不科学,但都是一种试图探索法这一社会现象的努力,给我们以方法论的启迪,不可全盘否定。第三,萨维尼等人虽然出身于封建贵族,在政治上与封建势力有着千丝万缕的联系,但从其整个思想体系和法学理论体系来看,是资产阶级的,而不是封建主义的。他构造的民法学体系,为近代民法学的诞生奠定了基础,对发展资本主义的商品经济作出

^① 见《中国大百科全书·法学》第372页,中国大百科全书出版社1984年版;《法学词典》第64页,上海辞书出版社1984年增订版。

了巨大的贡献。因此,历史法学派统治西欧近一个世纪,后来成为资产阶级私法之楷模的1900年《德国民法典》和《德国商法典》在历史法学派的思想孕育下诞生,都不是历史的偶然。我们只有从法律文化史的整体上分析历史法学派,才能对其作出恰如其分的评价。

象朴蒂埃和马歇尔以及历史法学派这样对法律发展作出巨大贡献的法学家、法学流派,可以举出许许多多。比如,1804年《法国民法典》能够在短短四个月中制定出来,除了其他各种条件之外,必须归功于拿破仑的支持和参与(在总数达102次的法典起草会议中,拿破仑参加了90多次);我们现代使用的大部分汉语法律词汇,来源于日本近代著名法学家箕作麟祥(1846~1897)在翻译法国六法全书时的创造性劳动;中国近代法律改革运动的展开,也应归功于大法学家沈家本(1840~1913)。而历史上的注释法学派、评论法学派、人文主义法学派、自然法学派、分析法学派和社会学法学派等,则分别从古典文献、人类的理性、法的逻辑结构以及法与社会之关系等各个方面,对法这一社会现象作了研究、阐述,使人类对法的认识不断趋于深化。

当然,法律文化史研究的内容远远不止这些,古今中外的各种法律原则、学说和理论,如公法学上的人权学说、“国家法人说”、“天皇机关说”、罪刑法定主义理论、法不溯及既往理论、罪刑相适应理论、无罪推定理论,私法学上的私人权利人人平等原则、所有权神圣不可侵犯原则、契约自由原则、过失责任原则,以及各种法律设施、各种法律运行机制、法院组织和庭审艺术、司法检验和勘查技术的兴衰消长,等等,都应当是法律文化史研究的重要对象。

五

法律文化史研究的展开,对我国的法制建设和法学研究将产生重大的影响。

第一,开展法律文化史研究,对我国的法学研究是一场方法论的革新。众所周知,在本世纪以来的近百年中,我国的法律史研究基本上是沿着四个途径展开的:中国法制史、中国法律思想史、外国法制史、西方法律思想史。我们在大学开设的课程、专业,我们所带的硕士生、博士生,也都是依从这四个方向进行的。这样做的好处是,发展线索比较清楚,课程体系容易确定,缺点是造成了制度和人物、思想的隔离,中国与外国对立,无法帮助学生或读者从整体上了解法律发展的历史。法律文化史的研究,将法制史、法律思想史、法学史等糅合在一起,既有制度,又有人物,又有思想,又有理论和学说,因而为人们提供了新的视角、新的方法,以帮助人们从宏观上、整体上把握法律发展的整体风貌,从而开辟了一个新的研究领域:不要认为法律史研究已没有什么东西可搞,而是大有可为。

第二,法律文化史研究,加深了我们对有些法律制度和原则的理解。比如,采用法律文化史的研究方法来分析三权分立原则,我们首先就要追寻古代希腊民主政治中关于分权的理论,阐述孟德斯鸠、洛克等人的学说的形成及其演变,论述美国建国时期政治学家和法学家如杰佛逊、汉密尔顿、麦迪逊等人的主张,讨论1787年美国宪法对三权分立原则的具体规定,以及马歇尔等人通过判例对该原则的发展等。再如,用法律文化史研究方法来探讨西方的法治传统,那么,我们除了讲清西方法治在制度上的规定和内容,法治的特点与历史沿革之外,还要提及古代希腊斯多噶(Stoic)学派的观点,亚里士多德(Aristotle,前384~322)的理论,古代罗马西塞罗(M. T. Cicero,前106~43)的学说,中世纪英国布雷克顿(H. D. Bracton, 1216~1268)、爱德华·科克(S. Edward Coke, 1551~1634)等人的理论,以及近代自然法学派、哲理法学派的贡献等。也就是说,将法制史、法律思想史和法学史融会在一起的综合研究方法,可以进一步加深我们对历史上一些重要制度和原则的理解和把握。

第三,法律文化史研究,为我们选择中国法律文化现代化的道路

提供了有益的启示。法律文化现代化研究,已越来越成为学术界讨论的热点。然而,目前人们对法律文化现代化的道路、模式、重点、难点等许多问题的看法是不一致的。而法律文化史的研究,至少可以从一个综合的视野上,为我们提供一个思路。比如,有学者提出以私法文化为基础来构造中国法律文化的现代化。然而,事实上在具有两千多年专制主义传统的中国,公法文化的薄弱可能更甚于私法文化。又如,在依据中国传统法律还是依据移植西方法律来建设中国法律文化的现代化问题上,学者间也存在着诸多分歧。而笔者认为,在这个问题上,我们不仅要顾及制度层的现代化,也要考虑到理论、思想、传统观念以及国民的感情、意识等深层次的问题。因此,在对待中国法律传统和移植西方法律文化的问题上,决不是简单的、仅仅以哪个为主就可以解决了的,而应当引入法律文化史的综合思考方法。

(原载《法学》1996年第10期,收入本书时在文字上作了个别订正)

一、外国法制史与法律文化史基础研究

论外国法制史学的研究对象、体系和方法

近年来,外国法制史学研究在我国已经初具规模,但法制史学界对该学科中的许多问题还存在着分歧。关于外国法制史学的研究对象、体系和方法,就是其中较为突出的问题。笔者试图对此作些论述,以求教于各位前辈和同行。

一、外国法制史学的研究对象

外国法制史学,作为一门法学和历史学的综合学科,其研究对象是除中国以外的世界各国法律制度发展的具体过程及其规律。

这里的“世界各国法律制度”,指的是国别问题。按照外国法制史学界的传统观点,国别被限制在“世界上各种类型的具有代表性的法律制度”这一范围以内。^①如古代巴比伦、印度、希腊、罗马、中世纪、近现代的法、英、德、俄、美、日等。作为一门大学课程,这当然是对的,因为在几十个课时内,是不可能把世界上一百多个国家的法律

^① 司法部统编教材《外国法制史》导言第1页,北京大学出版社1982年版。

制度史都讲到的。但作为一门学说,外国法制史学的研究对象就不能光局限于这些有代表性的国家的法律制度史了。如《外国法制史》教科书没有涉及到的古代埃及和希伯来,其法律制度在世界古代法制史上就占有重要地位。前者是世界上最早产生国家和法的地区。对它的法律制度开展研究,对我们弄清法的起源、法和原始社会习惯的区别以及埃及专制国家形成前东方城邦国家和法的形态等有重要意义;对希伯来法律制度的研究,又能帮助我们对基督教会法律制度的起源和内容以及它对近代资产阶级法律的影响等等问题的理解。又如,探讨教科书没有涉及到的中世纪、半殖民地国家如何适用、同化宗主国的法律,建立自己独立的法律制度的过程和内在规律,以及加强我国同这些国家的文化交流和友好往来,也都是有意义的。因此,外国法制史学的研究对象在国别方面,应当是除中国以外世界上所有国家的法律制度史。如果说,以前由于人员和资料的限制,我们的研究只能限于几个发达资本主义国家的话,那么,在外国法制史学研究已经初具规模的今天,我们完全可以对广大第三世界国家的法律制度发展史开展系统的研究了。

这里的“具体过程”,指的是历史发展问题,即世界各国法律发展的脉络以及主要的法律制度、原则的渊源与流变。外国法制史学应当把各国法律制度从产生至当代的全部历史作为自己的研究对象,对此,法制史学界没有分歧,但是以哪一段时期为重点的问题上尚有争论。有的学者认为,外国法制史学应以当代外国法律制度为研究重点,因为它们与我国现实的联系比较紧密,借鉴意义比较大;有的学者则不同意这种观点,认为这样一来,外国法制史学“史”的特点就没有了。同时,将重点放在当代,也容易与宪法、刑法、民法和婚姻法等部门法学的研究对象相重复。他们认为,《外国法制史》教科书在这方面安排得比较合理,把现代部分简略带过,从而体现了“史”的特点,也避免了与其他部门法学打架的现象。对于这两种观点,笔者赞同前者。因为,外国法制史学固然应当体现“史”的特点,将古代、中

世纪和近代外国的法律制度作为研究的基础。但是,我们所要建立的是具有中国特色的外国法制史学,即我们研究外国法律制度史的目的在于完备我国社会主义的、新型的法律科学体系,为加强社会主义法制、加快四个现代化建设服务。这样,就决定了外国法制史学的研究必须有基础、有重点,其基础就是古代、中世纪、近代外国法律制度,这是当代外国法律制度的渊源;其重点则应当是当代外国法律制度,这是目前我国进行立法和对外经济交往以及法律文化交流的重要参考资料。如果将外国法制史学的研究重点放在古代、中世纪和近代,忽视当代外国法律制度的研究,如《外国法制史》教科书那样,将现代部分简略带过,对第二次世界大战以后外国法律制度的发展变化一点也未涉及,那就不能真正起到为我国现实斗争服务的作用。^①同时,既然外国法制史学应以各国法律制度从产生至当代的全部历史为研究对象,那么,缺少了当代部分,这门学科就是落后的和不完全的,就不能揭示外国法律制度发展的全部历史进程,也就不可能建立起科学的、具有中国特色的社会主义外国法制史学。至于有的学者认为,外国法制史学的研究重点放在当代,会与各部门法学的研究对象相重复,这种担心也是没有必要的。各门学科都有自己的研究对象与研究角度,各部门法学的研究对象是各种类别的法律关系及其调整这类关系的法律规范,如民法学研究的是民事法律关系及其调整这种关系的民事法律规范,刑法学研究的是社会犯罪关系及其调整这种关系的犯罪与刑罚规范等,重点在中国现行的各部门法律规范。当然,各部门法学在研究中国的法律制度时,也适当研究一些外国相应的法律制度、原则和规定,研究它们的历史发展,但这种研究的角度是为了说明我国的法律制度和外国法律制度、现行的法律制度和历史上的法律制度的共同点和不同点,以加深对我国

^① 《外国法制史》教科书的上述问题,已引起该学科带头人的重视,1986年4月20日至5月底在杭州对此教科书作了重大修改。

现行各部门法律的性质、特点的理解,帮助人们更好地遵守、执行。而外国法制史学研究当代外国法律制度时,其角度在于说明现在外国的某项法律制度、原则是什么形态,它是如何产生发展的,它与外国历史上的一些法律制度和原则有什么渊源关系,其发展的规律是什么,它对我国的法制建设和经济发展有否借鉴意义等等。可见,各部门法学和外国法制史学的研究对象之间既有联系又有区别,研究角度各有侧重,外国法制史学研究为各部门法学研究提供理论材料和历史材料,部门法学研究又为外国法制史学研究提出新的方向和新的要求,它们相辅相成,各自成为我国社会主义法学体系的有机组成部分。因此,现代特别是第二次世界大战以后世界各国法律制度的发展变化,应当是外国法制史学的研究重点,我们不能自动放弃这一本学科的重要领地。

这里的“规律”,是指各国法律制度发展演变的内在联系。它要回答如下三个问题:(一)为什么法会发生历史形态的依次更替,如奴隶制法变为封建法又变为资本主义法,等等。(二)为什么在其发展更替时会呈现各种不同的形式,如法国资产阶级法是在比较彻底废除封建法制的基础上产生的,而英国资产阶级法则是在保留封建法制的形式下创立的,等等。(三)为什么在同一社会形态下法律形式会呈现出不同的特色,如法、德等国以法典为主要法律形式,而英、美等国以判例为主要法律形式,等等。马克思主义告诉我们:法律关系,既不能从它本身来理解,也不能用所谓人类精神的一般发展来解释。恰恰相反,它们根源于物质的生活关系。^①除此以外,对法律起作用的,还有其他各种复杂因素,如阶级斗争状况、国家的统治形式、各阶级代表人物的活动、人口、地理环境、民族风俗习惯和心理特点以及法学家的思想和学说等等。因此,同一社会形态中的各个国家、各个国家在其不同时期,其法律的内容、形式和发展都会呈现出不同

^① 《马克思恩格斯选集》第2卷第82页。

的特点。外国法制史学,就是要在马克思主义指导之下,通过运用唯物论的、历史的、比较的和其他新的科学方法,研究上述特点和产生这些特点的原因,探讨法律制度发展的外部和内部关系,来揭示各个国家以及其不同时期法律发展的规律,为健全我国的社会主义法制提供有益的经验。

为了进一步搞清外国法制史学的研究对象,有必要对外国法制史学和比较法学、外国法学的关系作一些讨论。

有的学者认为,外国法制史学大量的是通过比较外国各个国家、各个国家不同历史时期的法律制度来进行研究的,与比较法学的区别不显著,不如将外国法制史学改为比较法学更合适。笔者不能同意这种观点。不错,外国法制史进行研究时要大量运用比较的方法,但外国法制史学和比较法学之间存在着明确的界限。第一,如前所述,外国法制史学的研究对象是除中国以外的世界各国法律制度发展的具体过程及其规律,其特点是探讨法律发展的“具体过程”和“规律”。而“比较法(学)是指对不同国家的法律进行双边或多边的比较研究”,其特征是“通过比较的方法来研究法律”,以发现其异同并对异同原因作出适当评价,获取某种系统的法学知识。^①第二,就研究的具体范围而言,外国法制史学主要研究外国的法律制度发展史,不包括本国法的内容。而比较法学的范围则比较宽,它既有不同外国法之间的比较,又有本国法和外国法、古代法与现代法等之间的比较。因此,外国法制史学和比较法学各有自己的研究对象和研究重点,两者既有联系又有区别,其研究成果都会丰富对方的研究内容,推动对方研究的深入。

也有的学者主张,既然外国法制史学的研究重点是当代外国法,那么它与外国法学的界限就很难划分,不如将外国法制史学改为外

^① 沈宗灵:《比较法学的几个基本理论问题》,载《北京大学学报》(哲社版)1985年第10期。

国法学,外国法制史教研室(组)改为外国法教研室(组),也可以摆脱近年来外国法制史教学和研究坐冷板凳的局面。这种想法也值得商榷:不错,按照最近出版的《中国大百科全书·法学》卷的排列,不同国家、时期重要的法典、法规和法律制度,都被划进了外国法的范围。从这个角度看,外国法制史学的研究范围确实与外国法的外延发生了重合。但是,具体研究内容的重合,并不等于这两门学科可以合二为一,正如婚姻家庭制度既是社会学的内容,又是法学的研究对象一样。其实,外国法制史学和外国法学还是有明显的区别的。首先,外国法不等于外国法学,它只是后者的具体研究对象。作为一门综合学科,外国法学在对外国法进行研究时,是分成若干分支学科进行的。如外国法律哲学、外国各部门法学、外国法制史学、外国法学史学等。因此,关于外国法学的概念,我国法学界尽管至今尚未有统一认识,也未下过明确的定义,但可以认为,它的外延肯定要比外国法制史学宽得多。后者仅仅是前者的一个分支学科而已。其次,外国法制史虽然应将当代外国法律制度发展作为研究重点,但这是建立在对古代、中世纪、近代研究的基础上的,目的在于分析其发展的全部“具体过程”,揭示其内在联系,带有“史”的特点。而外国法学的研究基础和重点都在于现行的外国法律,它研究古代仅仅是为了更好的说明当代,古代法是它的一个内容。因此,正如不能将外国哲学史和外国哲学、外国文学史和外国文学等同起来一样,也不能将外国法制史学等同为外国法学。同时,将外国法制史教研室(组)名称改掉,这和学科的研究对象没有内在的联系。即使在外国法教研室(组)名称之下,外国法制史学仍然是一门主要的课程和独立的学科。至于认为外国法制史学多了一个“史”字,面太窄而受冷遇的看法,也不全面。在我国,以前不仅外国法制史学,就是外国法学乃至整个法学,都受到了左的思想冲击,未受到重视。近年来,这种影响虽仍然存在,但在一批外国法制史学学科带头人的辛勤努力下,该领域的研究已取得了可喜的成果,也出现了一批学术新秀。很清楚,外国法制史

学的领域不是太窄,而是相当宽。一百七十多个国家和地区,四千多年的法律文明史,需要更多的有志青年加入到外国法制史学研究者行列中来,以繁荣这门科学,更好地为我国的社会主义法制建设服务。

二、外国法制史学的研究体系

明确了外国法制史学的研究对象,其体系也就容易确定了,因为任何一个科学的体系,都是由它的对象所决定的。这里,所谓科学体系主要是指根据它的对象来确定本门科学所包括的具体内容以及研究这些内容的顺序安排问题。为了比较合理地确定我国外国法制史的研究体系,有必要对其发展的历史作些简单的回顾。

对外国法律制度史进行研究,早在古希腊和罗马时代就已开始了。如雅典的梭伦立法,曾研究吸收了希腊其他城邦国家的法律;罗马制定十二铜表法时,也学习借鉴了梭伦立法等等,但当时的研究只是零碎的,无甚系统可言。对外国法律制度史作出比较系统研究的,是十八至十九世纪法国的孟德斯鸠(1689~1755)和英国的梅因(1822~1888)。前者在《论法的精神》一书中,对古代中国、希腊、罗马、法兰克、英国等法律制度进行了详细的分析比较,指出了各自的弊端和成就,提出了符合新兴资产阶级需要的与封建法制相对的资产阶级法治国家的模式。而梅因,则通过对古代罗马、英国、爱尔兰、斯拉夫人、印度等法律的研究,揭示了某些规律性的东西,提出了“进步社会的运动,到此为止,是一个从身份到契约的运动”这一进步的著名论句。^①继他们之后,美国著名法学家威格摩(1863~1943)对历史上的法律制度作了进一步的系统研究,将其划分为:古代埃及法、古代美索不达米亚(即古巴比伦、亚述等)法、希伯来法、中国法、印度法、古希腊法、罗马法、日本法、穆罕默德法(即伊斯兰法)、凯尔

^① 梅因:《古代法》第97页,商务印书馆1959年中译本。

特法(即大不列颠人的法律)、斯拉夫法、日耳曼法、海商法(即中世纪后期地中海沿岸各城市通行的海商法)、教会法、英国法、罗马化法(即大陆法)等十六个法系。^①这种以法系为主干的体系,深化了对世界各国法律制度史的研究。^②但是无论是孟德斯鸠、梅因,还是威格摩,由于缺少科学的历史唯物主义的指导,因而都未能将外国法制史学发展成为一门科学,也未能确立一个能够揭示外国法律制度的本质及其发展规律的合理的研究体系。

将马克思、恩格斯创立的历史唯物主义运用于外国法律制度史的研究,正式冠之以“外国法制史学”的名称,并使其成为一门独立的科学,是苏维埃社会主义国家建立以后的事情。本世纪三十年代,苏联在一些法律院校中正式开设了《国家与法权通史》(后改名为“外国国家和法律制度史”)这门课程,将外国国家和法律制度史确定为其研究对象,以“揭露剥削阶级国家与法权历史的一切规律”。^③其体系为:

第一编,奴隶制国家与法权历史。包括东方(古埃及、古巴比伦)、古希腊、古罗马的国家与法权。

第二编,封建制国家与法权历史。包括法兰克、拜占庭、阿拉伯哈里发、法兰西、英吉利、德意志、中世纪城市、罗马天主教会、斯拉夫人、波兰、捷克斯洛伐克、奥地利、保加利亚、塞尔维亚等国和地区的国家与法权。

第三编,从英国革命到普法战争及巴黎公社时期的资产阶级国家与法权。包括英国、美国、法国、德国、奥地利、意大利、塞尔维亚、保加利亚等国的国家与法权。

^① 威格摩:《世界法制概览》序言第17~30页,1928年纽约英文版。

^② 继威格摩之后最著名的法系研究者是法国比较法学家达维(1906~),他于1964年发表了其代表作《当代主要法律体系》一书。

^③ 苏联司法部全联盟法学研究所编《国家与法权通史》第一分册第2页,中国人民大学出版社1955年中译本。

第四编,巴黎公社。

第五编,帝国主义时期资产阶级国家与法权。包括法国、英国、德国、意大利、美国、捷克、塞尔维亚、保加利亚、日本、中国的国家与法权。

建国初期,我国在法律院校中也开设了外国法制史这门课,但教材却是借用了苏联的。粉碎“四人帮”以后,随着法学的复苏和繁荣,我国外国法制史学的教学和科研也获得了发展。

1982年5月,在武汉成立了全国外国法制史研究会,编辑出版了《外国法制史》教科书。该书在苏联《国家与法权通史》教科书的基础上,作了许多新的突破和发展:

第一,将国家制度史部分全部拿掉,明确指出外国法制史学的研究对象是外国法律制度发展的规模性。

第二,将巴黎公社由原来的一编改为近代法国的法律制度中的一节,使比重较为合理。

第三,删掉了许多国家和地区的法律制度,如捷克、塞尔维亚、保加利亚、拜占庭等,使教科书较为简练。

但教科书在基本体系上仍沿用了苏联教科书的体系,即分为古代、中世纪、近代、现代的法律制度四个部分,各部分再论述该时代几个典型国家的法律制度。这种体系,对研究来说,已如上述显得太窄,束缚太多。而对于教学而言,通过近几年的实践也已暴露出一些问题:(一)纵横线索不清。比如,英国法律制度的发展,在中世纪部分中讲了后,因接着要讲俄国的法律制度,故被横的方向打断,在近代部分讲了后,因后面要讲法国的,故又被横的方向打断;隔了许多课时,到现代部分才能接着再讲,缺少连贯性,学生抓不住发展的脉络。(二)形式雷同。每章都从宪法、民商法、刑法、法院组织和诉讼讲起,二十多章差不多是一个面孔。这种排列,至少存在着两个缺陷:第一,学生学习时容易彼此相混、张冠李戴。第二,这种各自没有显著区别、形式雷同的排列很难达到外国法制史学的教学任务,即通

过比较各国各个时期不同的法律制度的特点来揭示其发展的规律。(三)内容繁杂、份量太重。在几十个课时内学习这浓缩了的三十多万字的教材,学生感到难以消化,从而影响到他们的学习兴趣。因此,无论从教学还是从研究的角度来说,改革和确定外国法制史学体系,是摆在每一个外国法制史学工作者面前的一项紧迫任务。

如前所述,外国法制史学的体系,应包括其研究的顺序安排和具体内容。基于上述分析,对于外国法制史学研究的顺序安排,笔者的观点是:(一)先个别后一般。毛泽东同志在谈到如何研究“近百年的中国史”时指出:“应先作经济史、军事史、文化史几个部门的分析研究,然后才有可能综合的研究”。^①从事外国法制史学研究也必须走这条路。只有在对一个国家的法律制度史作出分析研究、取得成果的基础上,外国法制史学的宏观研究才能深入。(二)先古代后近现代。恩格斯曾说过:“历史从什么开始,思维进程也应从什么开始”。^②外国法律制度,作为一种社会历史现象,有一个发生、发展和更替的过程。某一时代、某一国家的法律制度对后世的立法都会在不同程度上发生影响,而现代某项法律制度,也都有其历史渊源和发展过程。因此,外国法制史学研究,一般应顺应其历史进程进行,“顺藤摸瓜”,以取得最理想的成果。(三)先源后流。如前所述,资产阶级学者把世界各国法律制度的发展归之为若干法系的演变,如大陆法系主要源自古代罗马法,英美法系是从中世纪英国法律发展而来的,等等。这虽然未必科学,因为这样仍未能揭示外国法律制度发展的规律,但这种排列划分对确定外国法制史学的研究体系还是有帮助的。尤其是应当看到,现在第三世界广大国家的法律制度,都与历史上大陆法系、英美法系、伊斯兰法系等有渊源关系。因此,研究历史上各种法系的形成及其演变,对研究当代世界各国的法律制度是

^① 《毛泽东选集》合订本第760页,人民出版社1964年版。

^② 《马克思恩格斯列宁斯大林思想方法论》第214页,人民出版社1960年版。

有益的(四)先简单后详密。这门学科刚形成时,由于语言、资料和人手等的限制,不可能很详细、很周密。这两年,随着人员的增加、资料的积累以及研究人员外语水平的提高,外国法制史学的研究应逐渐向深入、细密的方向发展。

对于外国法制史学体系的基本内容,笔者认为可以这样表述:

一、外国法制史学总论(概论),包括:(一)绪言,主要涉及外国法制史学的研究目的、对象、体系、方法,它的发展历史,它和外国法学、比较法学、外国法学史、外国法律思想史、外国国家制度史等相近学科的关系。(二)古代法,论述古代法律的产生、特点和发展的一般规律以及若干国家中有特色的法律制度和法典。(三)中世纪法,论述中世纪封建法制的产生、特点和发展的一般规律以及若干国家和地区中的有特色的法律制度和法典。(四)近现代法,论述近代资产阶级法制产生的概况、特点,资产阶级法治国家的原则、内容和两重性,以及进入帝国主义时期后各资本主义国家法律制度的变化、发展及其规律,介绍近现代各国的有特色的法律制度和法典。(五)当代法,论述第二次世界大战以后的法律制度的发展、变化趋势及其规律性。

二、外国法制史学分论。包括:

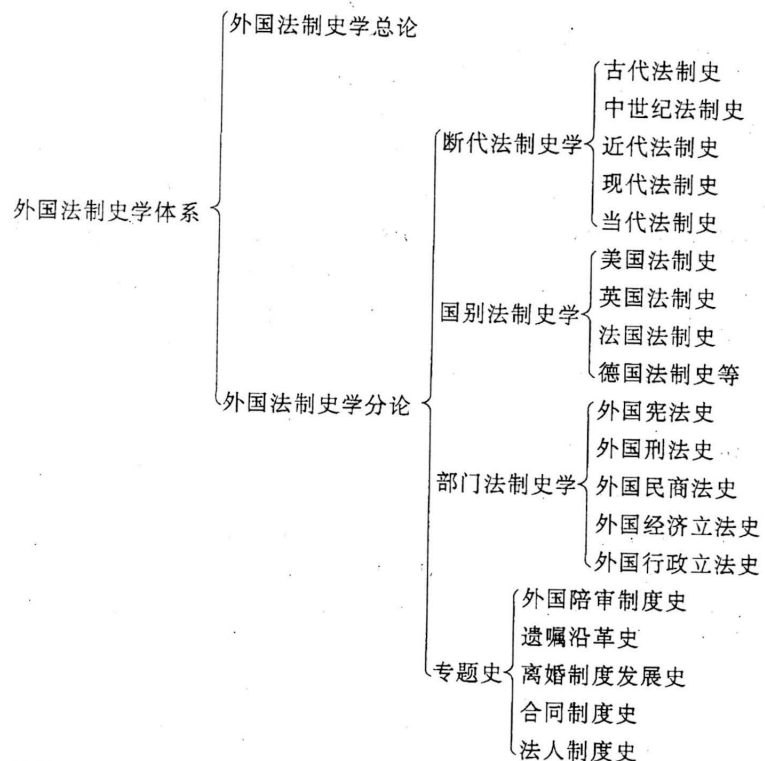
(一)断代法制史学。分为古代法制史、中世纪法制史、近代法制史、现代法制史、当代法制史。

(二)国别(地区)法制史学。如美国法制史、英国法制史、法国法制史、德国法制史、日本法制史、苏联社会主义法制史、印度法制史、东欧法律制度史、东南亚国家及地区法律制度史、第三世界国家法律制度史、大陆法系、英美法系,伊斯兰法系等。

(三)部门法制史学。如外国宪法史、外国刑法史、外国民商法史、外国经济立法史、外国婚姻家庭法史、外国监狱制度史、外国行政立法史等。

(四)专题史。如外国陪审制度史、外国合同制度史、遗嘱沿革史、离婚制度发展史、法人制度史等。

图示如下:



这种体系,照顾到了我国目前法制史学教学和研究这两方面,比较合理。

第一,它明确了外国法制史学的研究重点和研究方向。在这体系中我们可以看到:在断代法制史学方面当代法制史的研究是个薄弱环节;在国别法制史学方面,对印度、东欧、亚洲、非洲、拉美地区以及广大第三世界国家和地区法律制度的研究尚未很好展开,资料缺乏;在部门法制史学方面,外国行政立法史、外国经济立法史等新兴学科的法律史方面几乎未触及;在专题史方面,我们也未能推出一批有质量的专著和论文。因此,基于上述体系,我们可以把握当前以及

今后若干年内(如“七五”、“八五”、“九五”计划期间等)外国法制史学的研究重点和方向。

第二,它能够推动外国法制史学研究的深入和繁荣。如前所述,在传统的体系内,将研究再深入下去在横的和纵的两个方面都将受到束缚,产生一些矛盾。而按照图示体系,无论在横的纵的两方面都可以使研究深入下去,今后无论编辑外国法制史学多卷本还是出版丛书,在各方面都展得开,可以有一个比较确定的范围和体系。

第三,它有利于促进当前正在进行的法律教学改革。法学教学(包括外国法制史教学)改革,要求减少必修课、增加选修课,减轻学生死记硬背的负担,扩大他们的知识面,提高其解决实际问题的能力。上述图示体系,适合这种改革要求,能扩能收,可以开出适应不同年级、不同专业需要的不同层次的课程,即外国法制史学总论,可以作为法律院校各专业学生的必修课,课时可适当减少,从而减轻学生的压力,使他们在较短的时间内对外国法制史发展的脉络和基本特点以及著名法典等有个大致的了解。而外国法制史学分论,则可以作为数门或数十门选修课或讲座,在各个年级各个专业包括研究生中开设。

三、外国法制史学的研究方法

研究方法,通常是指人们在科学领域中从事的研究活动的方式,以及为达到某种研究目的而采用的手段的总和。用毛泽东的话来讲,研究目的好比是想渡河,而方法就好比“船”或“桥”,没有它,就不能达到摘取科学研究成果的“彼岸”。研究方法受研究对象的制约并为其服务。各门科学,除了其共同的方法即哲学的方法以外,根据其研究对象的不同,各自还有相应的适用于本学科的具体研究方法,外国法制史学也不例外。探寻这种研究方法,是每一个科学工作者的重要职责。在我国,由于长期存在的法律虚无主义的影响,过去我们不仅在外国法制史学的研究对象、体系方面,就是在研究方法上也很

少有人涉足。因此,总结前人的研究成果,探讨外国法制史学的研究方法,同样是摆在我们面前的一项紧迫任务。

在历史上,曾有相当长的一段时期,人们对法律制度史的研究采取的是注释式的方法。如十一至十三世纪中期的意大利注释法学派,就曾致力于对查士丁尼国法大全中的概念,片段乃至通篇文字进行详细的校注、解释。这种研究方法,对挖掘法律文化遗产、复兴罗马法并使其适用于中世纪后期的欧洲社会作出了巨大的贡献,因而其代表人物伊纳留斯(1055~1130)也被誉为当时的“法律明灯”。^①但这种就法律而研究法律的方法,并不能说明纷繁复杂的法律现象,并且很快成了研究继续深入下去的障碍。十八世纪中叶,法国法学家孟德斯鸠,在法律之外,从历史、生活、风俗习惯、人口、地理环境等种种方面去分析、比较和研究各种法律的“精神”,从社会的演进去探求这种力量在政治制度、法律方面所起的作用和一般规律,从而使法制史学研究耳目一新。《论法的精神》一书出版后,轰动一时,不到两年即发行了二十二版。虽然由于孟德斯鸠坚持有一个抽象的人类理性存在这种唯心的历史观,故最终未能将其研究方法提高到历史唯物主义的科学高度,但他这种带有唯物的、历史的、比较的研究方法却“是一个伟大的尝试,它在社会理论的‘前科学’时期,使法学向科学前进了一大步。”^②十九世纪中叶,马克思主义经典作家在对全部人类文化遗产进行总结的基础上,创立了历史唯物主义的科学世界观和方法论,为人们提供了社会科学研究的基本方法。本世纪三十年代,苏联法学家进一步将其运用于外国法制史学研究,将法律制度与经济基础以及国家等结合起来考虑,在揭示法律的本质、特点及其发展规律方面,取得了突破性的成果。第二次世界大战以后,随着科

^① 碧海纯一等编《法学史》第82页,东京大学出版会1976年日文版。

^② 张雁深:《孟德斯鸠和他的著作》,见《论法的精神》第18页。商务印书馆1982年中译本。

学的发达,以控制论、信息论和系统论为中心的科学方法论开始登上社会历史舞台。人们运用“三论”,不仅在自然科学领域,而且在社会科学中也获得了辉煌的成果,如在研究争论不休的中国封建社会长期延续的原因时,由于运用“三论”,建立了政治、经济和意识形态相互作用的“超稳定系统”的模型,结果获得了清晰的说明,从而开创了史学研究的新局面。目前,“三论”方法已经敲开了法学的大门,并开始叩击外国法制史学这扇偏门了。

基于上述回顾和分析,笔者认为,外国法制史学的研究方法应当是:

一、历史唯物主义的方法。运用历史唯物主义科学方法从事外国法制史学研究,要求我们做到如下三点:

第一,要唯物地看待法律制度的发展。即首先,要从生产关系的变化中寻找法律制度产生、发展和变更的原因。恩格斯指出:“根据唯物史观,历史过程中的决定因素,归根到底是现实生活的生产和再生产”。^①只有从社会的生产方式中,我们才能把握外国法律制度的发展脉络和内在联系。比如,为什么奴隶制法(包括极其发达的罗马法)发展到一定阶段,必然要被封建制法代替?按照唯物的观点,我们即可知道:法律属于上层建筑,它受经济基础制约。当社会的经济基础发生变化,如奴隶制的生产关系转为封建生产关系时,法律,如奴隶制法当然也要随着发生变化。其次,法律关系是复杂的,而由其所反映的社会关系更是纷繁多变。因此,探讨法律制度的特点及其发展变化的原因,除了生产关系之外,还要结合其他要素进行研究。比如,在同一奴隶制生产关系下,且工商航海同样相当发达的雅典和罗马,为什么后者的法律要比前者的发达许多倍?很明显,这除了从生产关系中去寻找原因外,还必须结合两国不同的哲学基础、宗教观念、人口、地理环境、统治阶级政策、法学家的活动、民族性格、风俗习

^① 《马克思恩格斯选集》第4卷第477页。

惯、统治时间的长短、国土版图的大小等一系列因素来进行考察。

第二,要采取实事求是的态度。科学的目的在于提供客观事物的真实状况,研究外国法律制度也同样如此。对于历史上的某部法典、某项法律制度,应实事求是地进行分析,作出评价,既不要随便拔高,也不要任意贬低,乱批一通。如对待罗马法,现代西方以及我国解放前的一些学者,都是极力称颂赞誉、褒得过分的。其实,罗马法中许多著名的概念、原则和制度,如法律行为、法人、占有、代理等,在当时或者是一种雏形、或者尚未成系统、或者还未理论化,只是经过近世法学家如胡果(1764~1844)、萨维尼(1779~1861)和祁克(1841~1921)等人的辛勤努力,才得以概念化、系统化和理论化,成为现代立法的基础的。而另一方面,苏联和我国以前的有些观点,对罗马法又贬得太低,以“奴隶法就是为奴隶主镇压奴隶服务”这一言而否定其全部成就和借鉴价值,忘记了它毕竟是“商品生产者社会的第一个世界性法律。”^①因此,坚持实事求是的态度是外国法制史学研究中运用唯物史观的根本要求。

第三,要历史地分析、评价法律制度。即首先,我们必须记住,“在分析任何一个社会问题时,马克思主义理论的绝对要求,就是要把问题提到一定的历史范围以内”。^②如过去,有的学者在评价罗马十二表法时,说它民刑不分,实体法程序法相混,宗教观念和道德规范都有,因而是“大杂烩”,且“野蛮残酷”、“形式主义严重”,等等。实际上这是离开了当时的具体历史环境,用现代目光看问题的结果。十二表法作为罗马历史上的一部成文法,是对以前习惯法的归纳汇集,在立法技术上当然不可能是很高的(民刑独立、实体法和程序法相分是近代的事情)。同时,在宗教观念浓厚、形式主义严重的古代罗马,十二表法保留一些宗教规范和形式主义的东西,在一定时期是

^① 《马克思恩格斯全集》第21卷第346页。

^② 《列宁全集》第20卷第401页。

有利于对法律的理解和遵守的。因此,分析评价法律制度史绝对不能用今人的眼光去苛求古人。其次,要把法律制度当作一个发展过程来看待。列宁指出:在从事社会科学研究时,“最可靠、最必需、最重要的就是不要忘记基本的历史联系,要看某些现象在历史上怎样产生,在发展中经过了哪些主要阶段,并根据它的这种发展去考察它现在是怎样的”。^①比如,同样一个资产阶级,因发展阶段不同,其法制的的内容是不同的。在它处在上升时期时,为了反对封建法制、争得和巩固自己的统治,曾提出了“法律面前人人平等”、“契约自由”、“罪刑法定”等符合社会发展方向的进步的法治原则;当它步入帝国主义阶段、走上下坡路以后,却制定了许多反共、反劳工、反罢工、种族歧视等反动落后的法律。而近数十年以来,由于经济危机和公害事件的冲击、人民民主运动的高涨、科学技术的进步等因素的影响,资产阶级又制定了一大批经济、环保、科技以及社会保障的法律,这些又是符合客观规律的进步的社会规范。因此,如果忽视资产阶级法制发展的历史过程,单取其中某一段时期的法律进行研究,就不能对资产阶级法制作出完整和恰当的评价。

从五十年代后期开始,在一个相当时间内,我们在运用历史唯物主义方法,从事外国法制史学研究时,存在着两个偏差。一是只强调历史唯物主义方法而排斥运用其他研究方法,如反对在不同社会制度国家法律之间运用比较的方法,就是一例。二是把历史唯物主义简单化为阶级分析一种方法,并且在任何问题上都贴上“阶级”两个字才放心。如一谈到剥削阶级国家的法律我们就强调其阶级压迫的作用,而忽视其在发展社会经济、组织教育、科技、文化管理等方面的功能。其结果,或者是无法说明繁纷复杂的法律现象,或者使研究牵强附会,陷入简单化、公式化的泥潭。这是我们在今后的研究中所应当避免的。

^① 《列宁全集》第29卷第430页。

二、比较的方法。比较是法学研究的传统方法。早在古希腊,大思想家亚里士多德(前384~前322)就曾对希腊各城邦的158部宪法进行过比较研究,从而为后世留下了一批著名的政治学和法学名篇。^①经过历代法学家的努力,至目前比较方法已成为法学研究的主要科学方法之一。

按照我国比较法学者的观点,从事法学的比较研究,一般应遵循如下步骤:(一)掌握资料,这是研究的出发点和基础。(二)反映情况,即在周密调查研究的基础上,用文字把某一事物的特征加以准确、客观地描述。(三)进行分析,即在区别材料或事物的表里、真伪、是非的基础上,分析各种事物所以不同的原因,并找出各种事物彼此之间的内在联系。(四)做出评价。^②这些步骤,也同样适用于外国法制史学研究。所不同的是,与部门法学相比,外语资料的收集和掌握,在外国法制史学的比较研究中占有更加重要的地位。因此,我们必须注意:第一,应尽可能多地占有各种语种的资料,进行全面的比较。第二,尽可能以其本国语资料作为比较的基准。如在比较法、德两国法律时,首先应是法文和德文资料,只有在找不到或不懂这两种文字资料时,才退居其次,找英文或日文或中文的。否则,仅依据一、二则资料或第二、三手甚至第四手的资料,那么,很可能越比较离事物的本来面貌越远。

在运用比较方法从事外国法制史研究方面,目前我们还存在着一些不足:即比较不同社会制度国家法律如社会主义法与资本主义法、不同历史类型法如奴隶制法与封建制法以及第三世界国家法律的作品非常少。此外,在比较研究中,比较法律条文的比较多,结合产生这些法律的各种具体历史条件,社会关系进行比较的著作和论文比较少。出现这种状况,除了资料缺乏、人员不够、语言障碍等因

① 王世杰、钱端升:《比较宪法》上册第13页,商务印书馆1947年版。

② 龚祥瑞:《比较宪法与行政法》第11~12页,法律出版社1985年版。

素外,主要是长期以来遭受左的思想影响的缘故。今后,随着这些问题的逐步解决,比较方法在外国法制史学研究中也将会得到越来越广泛的运用。

三、控制论、信息论和系统论的方法。外国法制史学研究的重要任务之一是不断把新的科学方法引进该学科中来,使之成为推动外国法制史学不断发展的锐利工具。当然,作为现代科学方法的控制论、信息论和系统论理论,其体系相当庞杂、内容极为丰富,且因它们原来属于自然科学的范畴,因此,并不是所有的内容都可适用于外国法制史学研究的。从该学科的具体情况看,对其研究有指导意义的是“三论”方法中的如下主要原理:

第一,系统观念。“三论”理论认为:在自然界和人类社会,事物都是以系统的形式存在的。任何事物,都可以看成是一个系统;同时,又可以看作是它所从属的更大系统中同其他事物相联系的一个子系统。据此原理,我们就可以从一个新的角度来认识外国法制史学研究中一些有争议的问题。比如,过去有的学者,根据希伯来法(公元前十一世纪~公元一世纪希伯来奴隶制国家的法律)中“罪不株连”、“拾金不昧”、“孝敬父母”、“诬告反坐”、“戏弄残废者为犯罪”以及为过失杀人犯设置免遭同态复仇之害的“逃城”等规定,得出了希伯来法以《摩西十诫》为基础,“构成了一种完美而且包罗丰富的法制”,其主要部门立法与近代立法“没有多大区别”的结论。^①用系统论方法来分析,这种观点显然是错误的。确实,仅就上述条文而言,它们是进步的,即使对我们当前的立法也有参考价值。但从整个希伯来法制系统来考察,我们即可看到:这些规定仅是希伯来法中的绝小部分,其余大部分法律则具有宗教性、原始性、残酷性的规范。如信奉异教者,一律以乱石击死;土地只能抵押,不能完全转移所有权(即所谓“绝卖”);不得与外族人通婚;弟须娶兄之遗孀(以使氏族财

① 莫理斯:《法律发达史》第16页,商务印书馆1933年中译本。

产不致外流);以牙还牙的同态复仇;夜盗挖墙、格杀勿论;等等。此外,如再进一步,将希伯来法制置于希伯来社会这个大系统内分析,那么,则可以看到,与建立在不发达的农业生产方式基础上的希伯来社会相适应,希伯来法制也是非常落后的,最突出的就是法制和宗教这两个子系统几乎是融为一体的,希伯来法的经典《摩西律法》同时也是犹太教的教义,只是在希伯来国家存在之日,统治阶级将其上升为具有一体遵行效力的法律规范而已。因此,评价历史上的法律制度,不能脱离其系统和社会整体。否则,就要误入“一叶障目、不见树林”的迷途。

第二,动态观念。按照“三论”的基本原理,事物是一个动态的系统和过程,处在不断的变化之中。这种变化是由系统通过处理不断输出和输入(反馈)的信息,达到内平衡和外适应而实现的。据此,我们可以认识到:比较完备的法制系统,不是一下子就能建立起来的,而是通过法律与社会之间无数次信息反馈而完成的。拿资产阶级的法制来说,英、美等国是在数百年间,以法院不断作出新判决(最近数十年来成文立法也很活跃)来完善其法制的。法、德、日等国也是通过法典的不断废、改、立来促进法制发展的。以日本的《所得税法》为例,在其颁布(1965年)至今的二十年中,就经过八十余次的修改。^①可见,法制系统是在运动中达到完善的。在这过程中,因信息反馈不全面或人们对反馈来的信息发生误解,而使法制系统与整个社会系统发生矛盾,因而给社会带来危害的事也是有的。其突出例子是美国禁酒法的颁布与废止。1918年,美国国会以宪法第18条修正案的形式颁布了禁酒法,规定在美国国内,一切酒类的制造、运输和贩卖都属禁止之列。由于该法制定时信息反馈不全面(五十多个州只有十九个州禁酒)。因此,它与整个社会系统和客观规律并不协调。如否定了各州内政自主原则,未给各地留有伸缩余地,条款过分严厉

① 日本《六法全书》第2611页,岩波书店1983年日文版。

(凡含酒精量在0.5%以上的饮料均在禁止之列,因而实际上连人们喝啤酒和葡萄酒的权利也被剥夺了)。因此该法制定后不仅无法实施,反而带来了酒类走私成风、酗酒者增加(从1910年的三十多万增至1923年的五十三万多)、国家税收锐减、各界人士怨声载道的恶果。罗斯福上台后,根据上述情况,先对禁酒法作了一次小修正,即大获成效。这一信息反馈回来,促使美国国会下定决心于1933年完成了废除禁酒法的第21条宪法修正案的立法程序,1934年因大多数州通过而正式生效。^②因此,用动态观念研究外国法制系统给予了我们如下启示:必须注重法制系统的变化以及其与社会之间的信息反馈,并从其动态中把握和预测其未来的发展趋势,从而大胆适时地进行法律的废、改、立活动,在动和静的运动中健全我国的社会主义法制。

第三,信息观念。信息一般是指“消息中包含的新内容、新知识、新消息”。^③它与控制和系统紧密相关,历来是科学研究不可缺少的要素。长期以来,人们在收集、储存和利用信息、资料时,实行的是几千年一贯制的人工抄录、制作卡片(笔记)方式,这显然是不能适应科学技术发达、信息瞬息万变的当今社会。特别是当代外国法律的发展,更是速度惊人。每小时有几十万个案件发生,每天有上万份判例作出,每月有成千个新法律颁布,仅就苏联而言,其规范性法律文件就有五万部。对此,仍然用小生产式的人工劳动方式从事研究显然跟不上时代的步伐。因此,必须在外国法制史学研究中树立信息观念,利用信息加工的现代技术来实现研究过程中的信息化和自动化。即首先,必须利用各种渠道如建立国际和校际法律信息交流关系、订购外文资料、在学者讲学访问时互赠图书刊物等,广泛收集外国法律

① 李昌道:《简介美国有关禁酒的宪法修正案》,载《外国法制史汇刊》第一集第189~192页,武汉大学出版社1984年版。

② 吴元梁:《科学方法论基础》第206页,中国社会科学出版社1984年版。

信息。其次,建立外国法律信息库,这方面各发达国家已有先例。如西德用了十年时间,化了十亿马克,组织了五百多人的班子,于最近建成了一个经济法规信息库。研究人员如要查阅某方面的法律,只要将其关键词(如水污染法中的“水”字)输入信息库控制系统,几分钟之内,即可将世界各地有关这方面的材料汇集在一起。再如,英国兰开斯特大学法学院等机构,也建立有称“taxis”法律信息检索系统。学校师生通过该系统可以查阅英美两国的包括尚未选篇成册的所有判例。再次,对教学和研究人员进行法律信息检索技术培训,使其能熟练地运用这种现代化手段。如果做到了上述三点,我国外国法制史学研究肯定会有一个突破性的发展。

可见,控制论、信息论和系统论的方法与马克思主义哲学密切相关。上述系统观念、动态观念、信息观念可以说是对辩证唯物主义和历史唯物主义的补充和发展。当然,运用“三论”方法从事外国法制史学研究只是作者的初步设想,尚有待于法制史学界同行的共同努力与进一步探索。但是,这里应当明确的是,将“三论”方法引入外国法制史学研究决不是为了赶时髦,而是该学科发展的客观需要。既然史学和法学研究,通过运用控制论、信息论和系统论的方法获得了巨大的成功,那么,为什么作为史学和法学之综合学科的外国法制史学,不能张开双臂欢迎“三论”这现代科学方法呢?

(写于1986年,其第三部分原载《社会科学》(沪)
1988年第3期)

新中国外国法制史学的回顾与展望

新中国四十年外国法制史学的发展,大体经历了三个阶段:

(一)形成与发展受挫阶段(建国初期至70年代末)。新中国建立以前,我国未设外国法制史这门课程,也没有这一法学学科,教学涉及到外国法制史的只是几个比较具体的领域,如罗马法、日耳曼法等。当时也出版过几本概论性质的外国法制史作品,如穗积陈重的《法律进行论》、莫理斯的《法律发达史》等,但它们都是译著,且尚未纳入高等教育的体系。新中国成立以后,我国首先在中国人民大学,接着在华东政法学院等院校开设了《国家与法权通史》与《苏联国家与法权历史》两门课程。前者按奴隶制、封建制、自由资本主义、帝国主义等时代顺序,讲述了古代埃及、巴比伦、希腊、罗马、法兰克、阿拉伯哈里发以及英、美、法、德、日等国的国家与法权历史,基本上囊括了苏联、中国之外的世界各主要国家。后者主要论述从基辅国家产生起至现代苏维埃社会主义时期苏联的国家与法权历史。50年代末至60年代初,仿照苏联教科书的模式,我国也编印了一批外国法制史教材,发表了若干外国法制史专业论文、译文。这样,外国法制史就作为一门高等院校法律教育的基础课程和一门独立的法学学科登上了中国舞台。由于中国革命一开始就受到苏联的深刻影响,整个上层建筑的建设也以苏联为模式,加上建国初期至70年代存在的

极左思潮与法律虚无主义,因此,该阶段外国法制史的教学与科研带有明显的时代特点,即以苏联教科书为基础;国家与法尚未分开,外国法制史事实上成了外国国家与法律制度史;虽然经历时间较长(近30年),但科研成果很少,论文译文总数不足一百篇;教学与科研呈日益萎缩状态,至“文革”爆发终于完全停止了发展。

(二)复兴阶段(70年代末至1982年)。十一届三中全会以后,随着法制建设事业的逐步发展,外国法制史学也获得了新生。1982年,成立了全国外国法制史研究会;在北京大学、中国人民大学、西南、华东等政法院校的外国法制史教材的基础上,编写出版了统编教材《外国法制史》(陈盛清主编,林榕年、徐轶民副主编,北京大学出版社版);在全国数十所法律院系开设了外国法制史必修课,并在安大、北大、人大、厦大、西南、华东、北京等政法院校开始招收外国法制史专业硕士研究生;发表了一批有质量的论文,如陈盛清的《论法制史的比较研究》、徐轶民的《罗马法学家在罗马法发展中的作用》(均载《外国法制史汇刊》第一集,武汉大学出版社1984年版)等。该阶段的特点为:在一定程度上摆脱了苏联的模式,将国家与法律分开,外国法制史的研究对象被限定为外国法律制度发展演变的规律;历时不长,但成就比较大,研究组织、教科书、论文集同时面世;基本上形成了全国统一的外国法制史教学和科研体系与秩序。

(三)迅速发展阶段(1983年至目前)。1983年以后,随着我国体制改革的深入,对外开放政策的进一步实施,外国法制史学也获得长足的发展,出现了与前一阶段不同的新特点:外国法制史学术活动非常活跃,研究会能如期每年召开年会;除大学本科外,成人自学考试、中央广播电视大学、司法干部函授等也增设了外国法制史专业;在外国法制史教学体系上,出现了一批基本摆脱苏联教科书模式、适合我国实际的教材;除论文的数量进一步增加外,还出版了一批有质量的外国法制史专著;一批硕士研究生和本科生走上外国法制史教学和科研岗位,进一步壮大了该学科的力量。

二

总结外国法制史学四十年尤其是后十年的发展,成就是巨大的。首先,成立了外国法制史教学和科研的协调组织机构——全国外国法制史研究会。该会成立至今已召开了8次全国学术性学术会议,围绕外国法制史教学和科研的重大课题,如外国法制史的研究对象与体系,外国法制史如何为我国的经济政治体制改革服务、如何面向世界、面向未来、面向四个现代化,当代各国法律制度的特点及发展趋势,港、澳、台的法律制度,伊斯兰法的社会价值与研究意义等进行了充分的讨论。其成果,有些已以论著形式面世,有些则被吸收进各法律院校的教学内容、体系当中。此外,研究会还正在组织编写当代外国法律制度丛书,酝酿编辑出版《外国法制史》多卷本。

其次,出版了一些外国法制史专业教材、资料。除统编教材《外国法制史》(1982年初版,1987年修订版)和《外国法制史资料选编(上、下)》外,1983年群众出版社出版了周枬、吴文翰、谢邦宇编写的统编教材《罗马法》,1987年中央广播电视大学出版社出版了徐轶民编写的全国电大外国法制史专业教科书《简明外国法制史》及《外国法制史教学大纲》,同年光明日报出版社出版了由嵯、孙孝堃编写的自学辅导教材《外国法制史简编》。与此同时,各政法院校还编写了一批校用或地区用教材。上述教材,在体系上有突破,在内容上有创新。如徐轶民的《简明外国法制史》、华东政法学院的《外国法制史纲》以及中国政法大学出版社1988年出版的同名教材,除了将国家与法明确分开之外,还打破了原来的将外国法制史分为古代、中世纪、近代、现代四个阶段,每一阶段涉及各个国家,各个国家中又分别阐述各个部门法这样一种体系错综、内容庞杂、不利于教学的传统模式,而将外国法制史按法律制度分成若干章,分别论述几个典型时代、典型国家的法律制度,线索清楚,简明扼要,适合于本科尤其是电

大、函授、自学考试等学生学习。又如,西南政法学院的《外国经济法制史》(何力等编写),围绕世界各主要国家经济法制的发展线索展开论述,使教材能适合于经济法系、国际经济法系学生学习,能比较紧密地服务于我国当前发展商品经济的需要。

再次,发表了众多的论文、译文、专著、译著。仅《中外法学》、《法学译丛》、《外国法学研究》等十四家杂志,自1979年以来发表的外国法制史论文、译文就有3500多篇,法律出版社等十几家出版社出版的外国法制史专著、译著达百余种。其中,林榕年的《外国法制史研究中的几个问题》(《汕头大学学报》1985年第1期),对外国法制史研究中遇到的法和阶级斗争、法和国家、法的批判和继承、法的历史类型和法系等问题作了深刻阐明。由嵘的《日耳曼法概说》(法律出版社1987年版),对现代西方法律两大渊源之一的日耳曼法的起源、发展、基本内容、与罗马法的关系以及对后世的影响等作了充分的论述。李昌道的《美国宪法史稿》(法律出版社1986年版),对世界上颁布时间最早、适用年限最长、影响力最大的现行美国宪法的沿革及其社会历史背景作了清晰的描述。由林向荣审定的外国法制史翻译丛书(西南政法学院印发),对大陆法系、法国法与英国法、英国法的渊源等专题作了介绍,推动了外国法制史基础建设。华东政法学院法制史教研室的《简明法制史词典》(河南人民出版社1988年版)中的外国部分(徐轶民主编),系建国以来第一部外国法制史专业词典,虽内容较为简单,但仍不失为从事该学科教学与科研的一本有价值的工具书。此外,周枬的《罗马法提要》(法律出版社1988年版)、曲可伸的《罗马法原理》(南开大学出版社1987年版)、江平、米健的《罗马法基础》(中国政法大学出版社1987年版),也在内容与体系上对罗马法作了许多新的探索。

再次,开设了内容丰富的必修与选修课。除外国法制史以外,各校开设的属外国法制史内容的课程还有:罗马法、法学史、外国法制史研究、比较法制史、外国经济法制史、苏联及东欧国家法律制度、当

代各国法律制度概论、外国宪法、外国刑法、外国民法等,从而适应了各个专业学生的不同需要。

最后,培养了一批专业人才,并将外国法制史知识普及到社会。目前,全国已有近二十所高校设立了外国法制史专业硕士点,已有50多名外国法制史专业的硕士研究生毕业,活跃在教学、科研和法律实务岗位上。同时,通过将外国法制史课程纳入电大、函授、自学考试教育体系,进一步扩大了外国法制史的社会影响。

三

回顾四十年外国法制史学的发展,也还存在许多缺陷,表现为:其一,某些过时的观念尚未改变。这里的观念,主要指指导思想。当然,外国法制史研究应以马克思主义为指导思想。但马克思主义体系庞大,且形成已有一百多年,因此以马克思主义中哪些观点作指导以及如何理解这些观点就是一个十分重要的问题,而过去我们往往很少注意这一点,因而出现了教学和科研中死板僵化、牵强附会、违背历史事实的错误倾向。比如,由于我们过分强调马克思国家学说中的国家与法同时产生密不可分的一面,因而在相当长的一段时间内将国家与法律的历史凑在一起,混淆了外国法制史的特定对象;由于我们片面理解阶级斗争的观点,因而对剥削阶级尤其是资产阶级的法制成果始终肯定不够。就是1987年修订版的《外国法制史》,在论述外国法制史的主要任务时还认为:“介绍世界上一些有影响的法律制度和原则”,只是为了“揭露剥削阶级法律制度压迫劳动人民的阶级实质”;即使是“批判地借鉴、利用和吸收”的东西,也仅仅是“外国历代统治阶级运用法律制度实行统治的经验”(该书第3页)。其二,体系尚未理顺。如前所述,几十年来,我们基本上沿用了苏联教科书“四大块”的体系,即按照历史概况、阶级结构、国家制度和法权的基本特征四部分论述的格局。《外国法制史》教科书虽然对此有

许多突破,如将国家制度史部分拿掉,删掉了许多不很典型的法律制度等,但在基本体系上沿用了苏联按年代、按国家、按部门法层层划分的模式,因而存在纵横线索不清、形式雷同、内容繁杂、份量太重的缺陷。1987年的修订本虽对此又作了一些修改,如删掉了巴黎公社的法律制度,补充了战后各主要国家的法律变化等内容,但基本上仍维持了原来的面目。近两年,中国政法大学、西南与华东等政法学院在突破旧的体系方面作了一些尝试,但就全国总的情况看,仍停留在统编教材的框框之内。其三,在外国法制史研究中使用的方法也比较陈旧。如在相当一个时期内,我们只强调历史唯物主义方法而排斥运用其他方法,即使在运用历史唯物主义时也往往将其简单化为阶级分析一种方法等。产生上述缺陷的原因,除了历史的、政治的以外,也与我们长期以来囿于建立在产品经济之上的法制模式有关。这种模式求稳怕动、强调一致排斥多元、重视义务轻视权利、注重法律的镇压功能忽视法律的管理协调作用等,作为这种法制模式之组成部分的外国法制史学,当然也不可能跳出这个白穴。

四

那么,如何改革、发展外国法制史学科,使其更好地为我们的社会主义实践服务呢?笔者认为,应做好两方面的工作。

第一,发挥外国法制史学科的特点与优势,更好地为我国的商品经济与改革开放服务。外国法制史的特点与优势,一个是“外”,一个是“史”。所谓“外”,是指它涉及的都是外国尤其是世界各主要国家的法律制度;所谓“史”,是指它总结的基本上是已经成为历史(当然也包括正在发展变化的)、形成经验的东西。而这些对发展我国的商品经济恰恰是最为珍贵的财富,因为世界各主要国家都是商品经济历史最长、最发达的国家,都有一整套建立在商品经济之上的法律机制,而这种机制又是经过数百年实践检验证明是适应并促进商品经

济发展的,学习这种机制就可以使我们少走许多弯路。具体言之,外国法制史学科在这方面发挥着三个作用:(1)参谋作用。目前,我国已有部分省市宣布将直接引进(移植)世界发达国家与新加坡、香港等地的法律来发展我国的商品经济。那么,这些法律中,哪些可以直接引进、照抄照搬?哪些必须经过修改后才能适用于我国?哪些完全不能为我所用?外国法制史学科将为此提供咨询、作出参谋。(2)培养作用。通过对本科生及研究生系统讲授外国法制史的各门必修与选修课程,增加学生的外国法制史(尤其是现代经济法制史)基础知识,更好地从事商品经济活动。事实上,我们已有一些外国法制史专业毕业的硕士研究生活跃在外贸、外经法律实务工作岗位上。(3)交流作用。通过外国法制史的教学与研究,派遣访问学者、进修生、留学生,互相交流图书、资料、情报,加强与世界各国的学术联系,外国法制史学科架起了一座交流中外法律文化的桥梁。

第二,加强外国法制史学科的自身建设,为建立适合有计划商品经济发展的法律模式作出贡献。将我国目前建立在产品经济之上的法律模式转变为适应、促进商品经济发展的法律模式,是包括外国法制史在内的各门法学学科的共同任务。就外国法制史学目前的情况而言,必须强调:首先,更新已经过时的外国法制史学观念,在坚持马克思主义指导的前提下,广泛吸收现代西方哲学、政治学、经济学、社会学、法学、心理学中的一切优秀成果,作为外国法制史教学与科研的指导思想,摒弃学习外国法制史只是为了“揭露剥削阶级法律制度压迫劳动人民的阶级本质”,只是为了加深对“马克思列宁主义关于法的理论的理解”这种片面的观点;重视对世界各国的公民主体观念、权利保障观念、权力制衡观念的发展史的研究,等等。其次,明确外国法制史教学与科研的重点,逐步增加当代外国法律制度发展变化内容的比重,以缩短其与我国社会主义法制建设实践的距离。第三,完善外国法制史学体系。目前的任务是要在各院校已作出诸多尝试的基础上,形成一个能适合研究生、本科、电大、函授、自学考试

等各种层次,适合法律学系、犯罪学系、经济法系、国际法系等各个专业的外国法制史教学体系,以使外国法制史学科跟上法学其他学科前进的步伐。第四,加强对外国法制史学方法论的研究,重点是突破以往方法论上的一元化,实行多元化。只要有利于外国法制史学科发展与繁荣的,什么方法都应吸收、什么手段都可以运用。第五,重视外国法制史学科的资料建设。作为一门历史学科,外国法制史学如果忽视资料的翻译、收集整理与积累就将一事无成。就目前情况而言,我国虽已出版了《外国法制史资料选编》,但它下限只到1946年,二次大战以后就成了一片空白。近两年,各部门法专业虽也陆续翻译出版了一些当代外国著名法典,如苏联和各加盟共和国的《立法纲要》、日本的《关于禁止私人垄断和确保公正交易的法律》等,但缺少统一规划、缺少系统性。因此,外国法制史学科应将这项任务承担起来,按年代或按国别翻译编辑出版当代外国法制史资料选。如碍于战后各国法典众多,卷帙浩繁,全部有困难,可以先搞一个目录索引,至少可以将已译成中文的部分的目录汇集起来,以为外国法制史教学和科研提供一部系统的工具书。

(原载《法学》1989年第8期)

论希伯来法

希伯来法是亚洲古代法的重要组成部分,在世界法制史中占有-一定地位。虽然,由于外国入侵和希伯来国家的灭亡,希伯来法的发展早已中断,但其法律文化仍保留至今,尤其是它的主要精神,通过宗教规范的形成影响了全世界的基督教国家。因此,希伯来法仍不失为法制史研究的一个重要课题。

希伯来法,是指公元前十一世纪至公元一世纪希伯来奴隶制国家全部法律的总称,主要渊源为《摩西律法》^①,其基本原则集中在《摩西十诫》(Ten Commandments)之中^②。

对希伯来法的形成,西方学术界一般持两种主张:“神授说”和“立约说”。前者宣称,公元前1320年,希伯来人(Hebrews,以色列和犹太人的祖先)在其先知摩西(Moses)的率领下逃出埃及,当他们流浪旷野满三个月的那一天,传说人们聚集在西乃山(Sinai)下,耶和

^① 亦称《妥拉》(Torah)或《摩西五经》(Pentateuch,即《新旧约全书》中的〔创世记〕、〔出埃及记〕、〔利未记〕、〔民数记〕和〔申命记〕)。

^② 它散见于《摩西五经》之中,要点为:只敬拜耶和華神;不得崇拜偶像;不得妄称耶和華的名字;要守安息日;要孝敬父母;不可杀人;不可奸淫;不可偷盗;不可作伪证;不可贪取别人的财物。

(Yahveh, 希伯来民族的神)降旨给摩西说:“你上山到我这里来住在这里,我要将石版,并将我所写的律法和戒命赐给你,使你可以教训百姓”。当摩西上山后,耶和华“就把两块法版给了他,是帝(耶和华)用指头写的石版”。^①此后,希伯来始有法律。这种主张,给希伯来法的产生套上了一层神圣的光圈,其反科学性是不值一驳的。“立约说”则认为,希伯来法是摩西与人民订立的一种契约。^②当年,希伯来人逃出埃及时,“摩西为上帝之代表[于西乃山下],设立公议之律法”,“以[此]教[育]人民,并树立社会道德之基[础]”。^③“立约说”固然比“神授说”前进了一步,但它仍然认为摩西是神(耶和华)的代表,并把法说成是神意的体现。同时,它又认定法是人们之间的一种契约,否认法是阶级矛盾、阶级斗争的产物,割裂法与经济基础以及国家的联系,掩盖了法的阶级本质。此外,法不可能形成于一朝一夕,而是在漫长的过程中逐渐形成的。可见,“立约说”仍然没有摆脱《圣经》传说的羁绊,未能科学地阐明希伯来法的形成。

马克思主义告诉我们,考察法的形成,必须和国家联系起来。公元前二千纪中叶,希伯来人进入迦南(现在的巴勒斯坦)地区时,还是一个游牧部落,处于氏族社会解体阶段。当其定居后,随着生产力的进一步发展,氏族内部阶级的分化和对外战争的频繁,希伯来国家开始形成。公元前十一世纪,由部落民众大会选出的扫罗(Saul)成为希伯来人的第一个国王。前1013~973年,犹太部落的首领大卫(David)建立了统一的希伯来国家。大卫的儿子所罗门(Solomon)在位期间(前973~933年),进一步加强和完善了国家组织。在此过程中,希伯来统治阶级不仅需要国家机器,也同样需要法律规范调整其

^① 《新旧约全书》第96页,第105页,[上海]中国基督教三自爱国委员会印发,1980年版。

^② 布朗(L. Brown)著:《犹太民族史》第12页,倪秀章译,商务印书馆1939年版。

^③ [美]都孟高《希伯来宗教史》第21页,第26页,[中]黄叶秋编译,中华圣公会1925年版。

内部关系,镇压敌对阶级的反抗,维护自己的经济利益和统治秩序。希伯来法正是适应这种社会发展的客观需要而和国家同时产生的。

作为希伯来法的主要渊源《摩西律法》,其形成也经历了一个漫长的过程。起初,希伯来国家通行的是习惯法,解释法律和执掌司法权的是国王和祭司。据史书记载:在扫罗和大卫王时代,人们每逢到节日就聚会在一起,听祭司们讲授口传下来的律法。后来,有些祭司就开始把这些内容记录下来。^①到犹太王约沙法在位期间(公元前874~849年),出现了由祭司编写的最早的成文法,包括希伯来习惯、宗教戒条和国王的赦令等内容。随着希伯来国家的发展,这种律法书不断增多,至公元前六世纪,最终形成《摩西律法》。^②从《摩西律法》的内容看,反映了这一发展过程。如《申命记》,基本上是重复前述《出埃及记》等部分的内容,只是修订之后的语言、文字更为精美而已。再如,关于证据制度,律法中有些场合规定只有判死刑者,才需要两名以上证人的证词;有些场合却又规定,所有的罪均须两名以上的证人。这种不一致,正是反映了随着希伯来国家的发展,对证据制度所作的补充。至于希伯来历史上有无摩西这个人物以及《摩西律法》是否出自他手,在学术界中一般均持肯定态度。因为,希伯来法既然是经过长时间的实践才形成的,同时在当时对希伯来人又具有权威的制裁力,所以在无可靠史料佐证的情况下,莫理斯的说法,还是可以赞同的,即“必须委诸于一个从前理想的或真实的人物即所谓该民族初期历史记载中某个模糊的人物。”^③

由于对希伯来法形成的认识不同,对其演变的看法也各相异。美国学者威格摩(J. H. Wigmore)在《世界法系综论》一书中,对此作

^① 郭罗氏编《旧约说略》第2~3页,中华圣公会1922年版。

^② [美]纳达夫、萨弗兰著《以色列的历史和概况》(上册)第20页,北京大学历史系译,北京出版社1973年版。都孟高、黄叶秋合编《希伯来民族史》第178页,中华圣公会1931年版。

^③ [美]莫理斯著《法律发达史》第45页,王学文译,商务印书馆1933年版。

了比较详细的叙述。他把希伯来法的演变分为五个时期:摩西法典时期(公元前1200~400年),该时期法律渊源主要为《摩西律法》,古典时期(前400~公元100年),法律渊源为法院的判例和对《摩西律法》的注释,他珥默(Talmudic,一译“塔尔麦德”)时期(公元100~500年),法律渊源主要是对《摩西律法》的注释和汇编,曾编成两部律法书:《密施拿》(Mishnah)和《支玛拿》(Gemara),中世纪时期(公元700~1500年),法律渊源为私人法典及注释,近代时期(公元1500~1900年),法律渊源为《摩西律法》的各种外国语译本。^①

这种划分的上限比较合理,对下限的认定却是不科学的。因为法律的演变与国家的发展、变化相适应,希伯来从公元前933年分裂为以色列和犹太两个国家后,前者在前722年即为亚述所灭,犹太从前六世纪起,也先后沦为巴比伦、波斯、希腊和罗马等国的属国,其法律的独立性也受到一定影响。公元70年,罗马军队镇压犹太人起义和焚毁耶路撒冷以后,希伯来国家和法律已不复存在,绝大多数希伯来人散居世界各地,少数留下的居民也适用罗马法,《摩西律法》只作为一种法律文化和宗教规范被保存下来。以后,耶路撒冷等地又先后成为拜占廷(公元395~638年)、阿拉伯(公元638~1099年)、东征十字军(1099~1250年)、回教马马禄(1250~1516年)和土耳其(1516~1917年)等帝国的属地。在侵略者的铁蹄下,希伯来民族已无独立的法制可言。^② 公元二至五世纪编辑的《密施拿》和《支玛拿》,以及十三世纪末出现的《左尔》(Zohar,也叫“光明”Splendor)等所谓“律法书”,囊括了宗教、哲学、天文、艺术、生物学、历法、植物学、医学等等内容,只不过是《摩西律法》研究、注释材料的百科全书而已,并不是具有国家强制力的法律规范。因此,把希伯来法的演变持续至近代的划分是不确切的。有的学者认为希伯来法的演变过程始

^① 引自张天福著《希伯来法系之研究》第4~5页,大东书局1946年版。

^② 苏佐扬著《以色列古今》第7页,(香港)基督教天人社1967年版。

于公元前2200年,^①也是违背历史事实的。因为那时的希伯来还处于原始社会状态,法并未产生。至于认为希伯来法是“自然法”,“自世界开始时便有拘束的效力”,含有“永久真理”的因素,从而将“继续具有拘束效力直到世界末日”的观点,^②更是荒谬绝伦,不值一驳。因此,希伯来法从前十一世纪形成后,其演变过程经历了两个时期:摩西法律时期(公元前11~6世纪)和法律混合时期(前6~公元1世纪)。后一时期,虽有外国军队及其法律入侵,但此时曾出现过犹太省长尼西米亚(Nehemiah)和祭司以斯拉(Ezra)重建希伯来国家和法律的举动,犹太一度恢复了国家的独立,《摩西律法》也成为主要的法律渊源。在耶路撒冷,希伯来人的“犹太公会”(Great Synhedrion)仍然是全国最高的司法机关(虽然从前一世纪中叶起,死刑要报罗马总督核准)。同时,由于法学家(也称为“文士”、“教师”或“拉比”)的出现,对《摩西律法》的讲授、研究也达到繁盛阶段。

二

可见,希伯来法的形成及其演变和希伯来国家的兴亡是紧密联系在一起,由于在它发展过程中希伯来社会特定的经济、政治和宗教等关系的影响,希伯来法也具有自己的鲜明特征。

第一,“宗教性”。法律规范带有宗教的性质,原是古代法的共同特征,而希伯来法表现得尤为突出。首先,《摩西律法》既是希伯来国家的法律规范,又是犹太教的经典。有些条文,如“不可杀人,不可奸淫,不可偷盗,不可作假证陷害人,不可贪恋人的房屋,也不可贪恋人

^① [日]小野清一郎著《法律思想史概论》第135页,邓定人译,南京中华法学杂志社1935年版。

^② 《法律发达史》第13页。

的妻子、奴婢、牛驴并他的一切所有的”等等规定,^①当希伯来国家存在之日,都是以国家强制力保证实施的法律规范;而当希伯来国家灭亡以后,它们又成为约束教徒行为的教规。同时,希伯来法中充满了大量的宗教说教。如“最重要的是要敬畏神,在它眼中,一切罪人都会显露的”。^②《摩西律法》“乃神人间所〔缔〕结之契约,神约定保护人民,而人民则约定顺〔从〕神之命”。^③如不遵守,瘟疫、痲病、热病、疟疾、刀剑、旱灾等等灾祸将降临于身,癣、疮、疥、痔将施加毒害,两军对仗,必将死于敌手,作物将颗粒无收,聘娶之妻将被他人奸污,所生之子也要被人掳去。反之,如果“行为完全遵循耶和华律法的,这人便会有福”。^④这些在愚昧落后的古代社会中,对《摩西律法》的实施无疑起了保证作用。

希伯来法所以带有强烈的宗教性质,将法说成是神意的体现,是统治阶级欺骗奴隶及其他劳动人民,保证法的实施的结果。另一方面,由于希伯来人在建国以前,是一个游牧民族,出于愚昧无知,对恶劣的自然条件的恐惧,便产生了最初的宗教意识,即对自然神的崇拜,形成了一些原始的宗教规范。希伯来国家形成后,奴隶主阶级为维护其统治,便将这些内容上升为法律规范,以约束人们的行为。因此,大卫王时就把耶和华定为护国神,所罗门又进一步建造了祭祀神的宏伟圣殿,供全国居民朝拜,借以象征国家的统一,表明其统治是奉了神的旨意。而《摩西律法》的内容,基本上都是由宗教戒条演变而来的。至公元前六世纪,当希伯来人被掳往巴比伦之后,犹太教进一步发展并最终定型之时,祭司在编辑犹太教教规的过程中,吸收了

① 《新旧约全书》第90—91页。

② [犹太]弗乐维约瑟夫(Flavius Josephus,公元37—100年)著《犹太古史》第135页,苏佐扬译,〔香港〕基督教天人社1970年版。

③ [日]穗积陈重著《法律进化论》第一分册第50页,黄尊三译,商务印书馆1929年版。

④ 《新旧约全书》第246页,第709页。

法律的内容,形成一部统一的《旧约全书》。从而,法律和教规便进一步溶为一体了。

第二,“民族性”。表现为:“独尊族神”。恩格斯指出:古代的神是民族的神。^①在希伯来人的观念中,是耶和华保护他们出了埃及,战胜了迦南地区的其他民族,耶和华与他们的民族不可分离,离开了耶和华,希伯来民族将会灭亡。这种意识为统治阶级所利用,这是希伯来法具有浓厚民族色彩的重要原因。如《摩西律法》中提到:“我是耶和华,你的神……。除了我以外,你不可有别的神”。^②扫罗王命令希伯来人只能祭祀耶和华,若信奉别族的神,均以石击死。《利未记》规定:以自己的儿子祭献于摩洛(其他民族的伪神)者,处死刑。^③

“不得与外族通婚”。《摩西律法》认为,娶外国妇女,会使犹太人血统混杂,还会由于所生子女只讲外国语言,丧失希伯来的“民族精神”。因此,当尼西米亚从波斯帝国返回耶路撒冷重建希伯来法制时,就把不得与外族人通婚作为第一件法律,并进一步规定:凡已经与外国人结婚者,得劝其退婚,将妻子送回原籍。

希伯来人还认为,只有自己的民族最洁净。为了保持这种“优点”,使本民族与外族维持一定区别,《摩西律法》禁止犹太人与非犹太人一起食肉;规定希伯来男婴出生后第八天须行“割礼”(割去生殖器的包皮),以示断绝邪念并保持与外族人的区别(少数寄居的外人加入希伯来民族或外族奴隶成为希伯来族奴隶主家庭之成员,也须行“割礼”);放债时内外有别,只对外族人收取利息,等等。

希伯来法具有民族特性绝非偶然。希伯来国家是在夺取了迦南地区各民族的土地之后建立起来的,它经常要和周围的非利士人

① [苏]柯洛尼茨基等著引自《马克思列宁主义论宗教》第51页,时代出版社1953年版。

② 《新旧约全书》第90页。

③ 《新旧约全书》第141页。

(Philistine), 阿玛利人 (Amalehites), 莫阿比人 (Moadites), 伊多米人 (Edomites), 迦勒底人 (Chaldean), 萨拉森人 (Saracen) 等发生战争。因此, 希伯来统治阶级特别注意本民族内部的统一, 并利用民族主义欺骗国内人民, 奴役其他民族, 为其统治服务。基于同样理由, 当希伯来人后来受到外族奴役时, 也极力利用所谓“民族精神”来振奋人们的斗志, 恢复国家的独立。这些, 是《摩西律法》具有强烈民族性的历史条件。

第三, “原始性”, 即希伯来法带有严重的原始社会遗迹。这与上述两个特征有关, 同希伯来不发达的经济也有内在联系。

希伯来法中, 对所有权转移的规定极少, 土地只能抵押, 不能完全转移 (即所谓“绝卖”)。《摩西律法》认为, 土地是耶和华所有, 是他赐给百姓耕种的, 故而只能在家族内继承, 不得转让他人。该法律记载: 当以色列国王亚哈 (King Ahab, 公元前 876~854 年在位) 打算购买皇宫附近居民拿伯 (Naboth) 的葡萄园时, 拿伯就对他说: “我敬畏耶和华, 万不敢将我先人留下的产业 [卖] 给你”。^① 反映了当时私有经济不很发达, 土地买卖甚少的状况。

《摩西律法》中关于弟娶兄之遗孀的规定, 表明在希伯来继承法中也带有部落生活的遗迹。该规定要求, 兄死后无子, 弟有娶嫂续嗣的义务和继承其兄财产的权利。如果弟不尽此义务, 嫂可在祭司和族人出席的场合, 脱去他的鞋子, 将唾液吐在他脸上, 以示剥夺其继承权, 并由最近男性亲属取代其位。其目的在于不使财产流散他族。值得注意的是, 希伯来继承法中, 尚无遗嘱继承, 这说明当时的经济远比古巴比伦、希腊和罗马等国落后。

在婚姻方式上, 希伯来保留了较多的掠夺婚的遗迹。《摩西律法》规定: “若有人污辱了一个未曾许配的女子 [在交出五十舍喀勒银子作聘金后], 他要娶她, 但如果女子的父亲不许可她嫁给他 [那么],

① 《新旧约全书》, 第 439 页。

他 [就] 要付出五十舍喀勒作为赔偿”。^① 这里, 污辱处女并不作强奸罪论处, 只视作强行成婚的方式之一, 若男方交出赎金 (经女方家长同意), 婚姻即可成立, 和掠夺婚相比, 似无多大区别。

此外, 原始落后的同态复仇原则在希伯来刑法中占很大比重。《摩西律法》规定: 若有人彼此争斗, 发生了伤害, “就要以命偿命, 以眼还眼, 以牙还牙, 以手还手, 以脚还脚, 以烙还烙, 以伤还伤, 以打还打”。^② 这个原则不仅适用于人, 也适用于家畜等动物。但在希伯来法中, 同态复仇的原则已带上鲜明的阶级色彩, 例如奴隶主杀死自己的奴隶, 当场毙命者仅受罚, 一两天后死亡者, 则免于追究。

恩格斯指出: 每一个历史时期人们的道德、宗教、法律等观念和思想, “可以简单地完全由这一时期生活的经济条件以及由其所决定的社会关系和政治关系来说明”。^③ 希伯来国家的生产力水平较低, 基本上以农业为主, 商品经济不发达, 动产不动产的买卖不多, 奴隶劳动规模也较小。加上宗教观念和民族主义思想的影响较大, 而国内阶级斗争又较缓和。可以说, 直到希伯来国家灭亡之时, 始终处在不发达的奴隶社会阶段, 这就决定了当时的法律制度比较落后。

三

但是, 资产阶级学者离开了希伯来法的上述历史发展和基本特征, 仅仅从某些条文出发, 从而对希伯来法作出种种唯心主义的评价。

有的学者认为, 《摩西律法》贯穿于各部门法中的总原则是“爱人”。如刑法以“公义 [公平, 正义] 为本位”, 民法“以道德为基本精

① 《犹太古史》第 439 页。

② 《新旧约全书》第 92 页。

③ 复旦大学法律系编《马克思恩格斯论国家和法》第 7 页, 法律出版社 1958 年版。

神”，而“刑罚则以人道主义为基础”，等等。^① 因为希伯来人曾在埃及受过奴役，懂得奴隶的痛苦，不忍心人们之间相互欺压、残杀，故而制定“仁爱”的、适用于全人类的“自然法”。^② 显然，这是超阶级的观点，是违背历史事实的。

我们知道，法律是阶级矛盾不可调和的产物，是一个阶级压迫、剥削另一阶级的工具。这种属性决定了法律不可能是对各个阶级一视同仁的。作为统治阶级意志的法，它可以具有镇压敌对阶级反抗又具有调整统治阶级内部关系的职能。希伯来法中某些所谓“仁爱”条款，如“不可作假证陷害人”；“不可放高利贷”，“不应该使别人痛苦而〔自己〕得财利”；“债务人若以衣服作抵押，债权人就必须照顾债务人夜间的需要而在日落以前归还”，如此等等，正是统治阶级为了调整奴隶主之间、奴隶主与自由民之间的关系，维持其统治秩序而制定的。但这些只适用于统治阶级内部，并不适用于广大奴隶。同其他奴隶制国家一样，希伯来并不例外，奴隶是没有人身自由，也没有权利能力和行为能力的，在法律上被称为“奴仆”或“奴婢”，其地位与“物”（比如家畜等）相同，可由主人随意买卖和处置。^③ 故“爱人”的“人”是不包括奴隶在内的。我们不能把调整统治阶级内部关系的条款推而广之，解释为适用于各个阶级、适用于整个人类，而对那些镇压奴隶反抗的内容视而不见。如果说希伯来法中确有一些要求减轻对奴隶的压迫、剥削的条文，也是统治阶级出于麻痹奴隶斗志的需要，或者是迫于形势不得不采取的一种权宜之计，如公元前 722 年，亚述灭了以色列，从而使得南部的犹太人惊恐万状，统治阶级为缓和阶级矛盾，一致对外，曾把债务奴役的期限定为六年。^④

① 《希伯来法系之研究》第 73 页。

② 袁定安著《犹太教概论》第 24 页，商务印书馆 1935 年版。

③ 《新旧约全书》第 92 页。

④ 周一良、吴于廑主编《世界通史》（上古）第 146 页，人民出版社 1973 年版。

事实上，希伯来法的阶级性是非常鲜明的。比如，《摩西律法》对侵犯奴隶主私有财产和统治秩序的各种行为都是严加惩处的，盗窃奴隶主的牛或羊，“就要以五牛赔一牛，四羊赔一羊”；夜盗挖墙，格杀勿论；无力偿还的窃盗犯，则卖为奴隶，以身价作为赔偿金，等等。尤其是对于危害统治阶级根本利益的行为，更不可能施以“仁爱”。

当然，说希伯来法具有鲜明的阶级性，并不排斥它的某些内容具有一定的合理性，如罪不株连、拾金不昧、孝敬父母、诬告反坐、戏弄残废者为犯罪等等。

也有的学者宣称，《摩西律法》是“世界上第一部对于我们有重要性的国内法典”，“在立法史上划出一个新纪元”。^① 希伯来法以《摩西律法》为基础，“构成了一种完美而且包罗丰富的法制”，其家庭、财产、继承、诉讼等立法和近代立法“没有多大区别”。^② 这种观点也是值得商榷的。

如前所述，希伯来法反映的是以农业为主的早期不发达的奴隶制经济关系，这就使整部《摩西律法》具有浓厚的宗教、民族色彩，保留了许多原始社会的遗迹。所有权、债、婚姻与家庭、财产继承和刑罚等制度都比较落后，在民事诉讼的举证方式上，甚至只有宣誓法一种。它的法律体系和内容，不仅不能与反映充分发达的奴隶制商品经济关系的罗马法相比拟，就是与巴比伦等其他一些古代奴隶制国家的法律相比，也要落后许多。同时，在世界法制史上，《摩西律法》颁布的时间也不是最早的。在它之前，有《亚述法典》、《赫梯法典》和《汉穆拉比法典》等；与它先后相差不多时间颁布的也有希腊的《德拉古法》、中国的《法经》和罗马的《十二表法》等等。尤其是由于希伯来国家的灭亡，其法律发展早已中断，只是在《圣经》中吸取并保留了希伯来法的精神而已。因此，希伯来法并不是“完美丰富”的法制。不

① 《法律发达史》第 12 页。

② 《法律发达史》第 16 页。

能把它夸大为在古代法中占有“最重要”的地位,更不能说成是近代各国国内法的“立法基础”。

当然,这并不是说希伯来法对后世的立法没有影响。应该说,《摩西律法》被保存在《圣经》里面这一特点,是使希伯来法在一定范围之内,以特殊的方式影响了世界法律制度发展的。

公元一世纪,《摩西律法》为在犹太教基础上发展起来的基督教所吸收。公元四世纪至十一世纪末,随着基督教势力对西欧大陆统治的确立,《摩西律法》成为教会法的主要渊源之一。不仅《摩西十诫》成为基督教教徒和教区内世俗居民的行为准则,而且希伯来法中的什一税制度、禁止收取利息、严惩巫术与邪术、镇压异教、神判法与誓证法等等,也都成为教会法的重要内容。从这个意义上说,教会法是直接继承了希伯来法的。由于基督教统治中世纪欧洲达五个多世纪(公元十至十五世纪)之久,教会法对欧洲封建法的影响是深远的,对资产阶级法制也有一定影响。其中,当然也包含了某些希伯来法的因素。

希伯来法对伊斯兰法也有一定影响。公元七世纪,伊斯兰教创始人穆罕默德在阿拉伯地区传教时,吸收了犹太教和基督教的许多思想,并承认摩西和耶稣也是“先知”。当阿拉伯国家形成,伊斯兰教的经典《可兰经》成为阿拉伯国家的法律渊源时,其中也包含着希伯来法的若干原则。如独尊一神、净身、禁止收取利息、禁食不洁净食物、土地为“安拉”(阿拉伯民族的神,也叫“真主”)所有、教徒须捐献自己财产的百分之十作为宗教施舍(类似“什一税”)等等。

公元十一世纪,诺曼人入侵英国。随后,有一部分犹太人移居该国。自公元1200年以后的百余年间,犹太人中间通行的希伯来法的某些规则,曾被英国统治阶级所认可,成为英国法律制度的一个组成部分。而教会法中的某些希伯来法的因素,至二十世纪初还被英国

的犹太人后裔视为行为准则。^①此外,以英国法为基础的美国法,也一度受到希伯来法的间接影响。^②

可见,希伯来法虽是希伯来奴隶主阶级意志的体现,是早期不发达的奴隶制类型的法,但它对后世剥削阶级的立法是有一定影响的。

(原载林榕年、李启欣主编《外国法制史论文集》,中山大学出版社1990年版)

^① [美]威格摩著《希伯来法系考》,谢德风译,载《法学杂志》第六卷第6期(1933年8月出版)。

^② 美国殖民地时期,有些地区曾以《圣经》作为判案的依据。L. M. Friedman 著参阅《美国法律史》第30页,1973年纽约英文版。

略论罗马法形成和发展的特点

罗马法,是指公元前八世纪至公元六世纪查士丁尼皇帝在位时期的罗马奴隶制国家全部法律的总称。它是古代奴隶制法中最发达的部分,对后世剥削阶级的民事立法产生了极为重要的影响,恩格斯曾誉为“商品生产者社会的第一个世界性法律”^①。

罗马法能成为高度发达的奴隶制法,是由当时罗马社会经济、政治状况所决定的,也与它形成、发展过程中的特点密切相关。因而,探索罗马法的发展,必须研究这些特点。

一、法学家的解答和著述

在罗马法形成和发展过程中,法学家起了突出的作用,这表现为:解答法律问题;指导诉讼;撰写契据;注释、整理和编辑罗马法的各种渊源,并著书立说。其中,解答和著述对罗马法的发展起了显著作用。

法学家的解答起初纯系一种个人意见,无法律约束力。到了奥古斯都(公元前27年至公元12年在位)时,授予某些法学家以解释的特权。哈德良皇帝(公元117~138年在位)时进一步规定,取得特许解答权的法学家之间,解答意见一致时,其意见即具有法律效力。无论法学家对法律问题的解答是否一致,这种活动对当时罗马法学

^① 《马恩选集》第四卷第248页。

的繁荣和发展,都起着重要的推动作用。与此同时,法学家也撰写了大量解释法律、阐述法理的著作,如公元前204年问世的埃利斯的《市民诉讼法》、公元160年前后面世的五大法学家之一盖尤斯的《法学阶梯》等。公元426年,东罗马皇帝狄奥多西二世(公元408~450年在位)和西罗马皇帝瓦连体尼安三世(公元423~455年在位)颁布《学说引证法》后,进一步使帕皮尼安、乌尔比安等五大法学家的解答和著述具有了法律效力。这样,虽然这些皇帝的规定实质是为了加强皇权、限制法学家的活动,但它却使少数著名法学家的解答和著述成了具有普遍约束力的法律规范,成为罗马法的重要内容之一。

法学家创制法律,这是罗马国家特有的现象。在古代埃及、巴比伦和印度等国,立法权和对法律的解释权掌握在以神的名义进行统治的君主和少数神职人员手中。在古代中国、希腊等国,虽也曾出现过一些阐述法律思想或编纂法典的人物,如中国的管仲、李悝、韩非,雅典的柏拉图、亚里士多德,等等,但他们的活动,在性质、作用和规模上都不能与罗马法学家相提并论。第一,前者人数很少,后者则是几十个乃至几百个,形成了一个法学家阶层。第二,前者不是严格意义上的法学家,有些是哲学家、政治家,主要是在阐述哲学思想和政治学说时,涉及法律问题。有些是行政官吏,在执政时受皇帝委托,进行了法典编纂活动;后者也大都兼有官职,但他们主要是从事于司法实践和法律研究或教学工作的,是职业性的法学家。第三,最重要的是,前者的学说、思想并不具有法律效力,而后的解答和著述则和法律相同,具有普遍的约束力。至于有的学者提到,在古代希伯来,也存在着一批解答诉讼问题,研究、教授法律的法学家,如希烈耳、亚基伯等。虽然这也是事实,但这些人的解答并无拘束力,并且由于所处的社会条件不同(如宗教的束缚,罗马对希伯来的征服以及不发达的商品经济和政治制度等等),他们对世界法律发展的贡献也是根本不能与罗马法学家相比拟的。

罗马法学家的解答和著述具有法律效力这一特点的产生,是有

深刻的社会原因的。首先,在罗马早期,已有解释法律、指导诉讼的僧侣阶层存在,他们的活动虽无重要意义,却为后来法学家解答法律和著书立说开了先河。其次,从公元前四世纪到公元一世纪,是罗马逐步向外扩张,成为一个横跨欧、亚、非三大帝国的时期,商品经济得到高度发展,社会关系十分复杂,反映早期罗马城邦国家经济政治关系的《十二表法》,已不能适应社会发展的需要,从而必须对原有的法律条文进行解释,或对法未规定者作出解答,这是当时历史条件下赋予法学家的任务。罗马共和国时期罗马法学家的活动已很频繁,帝国时期便达到极盛境地。最后,高度发达的希腊文化传入罗马,对法学家的著书立说,对罗马法学的繁盛,也产生了重要影响。

二、裁判官的“告示”

公元前367年,罗马设立最高裁判官(内事裁判官)。按照前五世纪颁布的《爱比西亚法》的规定,裁判官握有决定案件是否审理,被告能否抗辩以及决定诉讼程序等职权。当一个案件提出后,如当事人双方都承认其为事实,该案即由裁判官自己审理。如当事人对事实有争议时,裁判官即把案件移交给审理官(法官),并把审理方式、程序告诉后者,后者就依此审理案件事实,判断是非曲直。通过这种审理活动,裁判官便获得了创制诉讼程序规则的权利。

随着版图的扩大,对外贸易的发展,罗马涉外民事纠纷不断发生,而罗马市民法对此又不调整和处理,这就势必扩大、激化这种矛盾,不利于奴隶主阶级的统治。为此,公元前242年,罗马设立了专门处理罗马市民与非罗马市民之间以及涉外法律纠纷的外事裁判官。他们在办案时,或是对原有的市民法条文清除了其中的形式主义部分,作出新的解释,从中引出新的原则;或是参考外国、外地的习惯法规范,按照所谓“公平、正义”,保护公共利益的原则,结合当时、当地的情况审理案件;或是颁布一些解决具体问题的告示。这些判例不断积累,就形成了所谓“万民法”,成为罗马私法的一个重要

组成部分。更重要的是,按照罗马惯例,内事裁判官可以颁布各种告示,作为人人必须遵守的行为规则,从而使他们获得了直接立法的权利。这些告示日积月累,形成了所谓“裁判官法”,成为罗马法的重要渊源。由于它们适应形势变化,联系罗马社会的实际较为紧密,故在实践上比成文法更具灵活性。

裁判官告示和罗马法学家的解答、著述,是紧密联系的。后者,常常为裁判官接受,成为指导审判、发布告示的理论依据;而前者,则为法学家的活动提供了丰富的材料,比如对裁判官告示的注释、解答等等。两者相辅相成,推动着罗马法逐步发展。

裁判官拥有立法权这一特点,并非偶然。第一,如前所述,罗马社会法律关系复杂化,尤其是涉外关系频繁,为裁判官的审判、立法活动提供了客观需要。第二,罗马国家赋予裁判官的政治特权,也保障了他们立法的顺利进行。裁判官是罗马国家机构的重要组成部分,其地位仅次于执政官(罗马国家的最高官吏),这为裁判官创制法律创造了得天独厚的条件。相反,在古代专制君主制国家,虽也设有管司法的审判官吏,但他们若无皇帝授权,是没有立法权的,当罗马从共和国转为帝国时,裁判官的职权就逐步削弱了。帝国初期,一些皇帝为了维持自己的统治,还不得不保留共和国的外衣,他们并不马上剥夺裁判官的立法权,只是一方面,通过提出法案让元老院通过;另一方面,颁布特别诉讼手续令,干预司法活动。帝国中期,皇权进一步加强。公元130~138年间,皇帝哈德良命令法学家犹里安编订了《最高裁判官告示汇编》,规定此后裁判官在颁布告示时,只能局限于以往告示的精神,不得另创新原则。这样,裁判官立法的权利就此告终了。

三、系统的大规模的法典编纂

公元六世纪,皇帝查士丁尼(公元527~565年在位)进行的系统的、大规模的法典编纂,不仅是罗马法学之树结成的果实得以收获、

罗马法律得以传至后世的一个关键性步骤,也是古代法律发展史上的一大壮举。

古代其他国家,也都曾编纂过一些重要法典。如公元前六世纪希伯来的《摩西律法》,前十八世纪巴比伦的《汉穆拉比法典》,前七世纪雅典的《德拉古法》,前五世纪中国的《法经》,以及前二世纪至公元二世纪印度的《摩奴法典》,等等。但这些法典,有的只是宗教戒律,有的是习惯法规则或具体案例的简单汇集,并不是原则的、概括的规定。在法的系统性、理论性以及条文表现形式、立法技术等方面,都是不能与查士丁尼编纂的法典相比拟的,其立法规模与查士丁尼时代相比,也远为逊色。

查士丁尼编纂法典,首先从整理历代皇帝敕令着手。公元528年,他任命以特里波尼为首的十人法典编纂委员会,对当时有效的历代皇帝敕令,进行整理、汇总和删改,按照教会法、法律渊源、高级官吏的职务、私法、刑法和行政内容,编成章、节,并按各自颁布的时间顺序加以排列,注明颁布敕令的皇帝姓名等。法典共十二卷(保存下来的有九卷),于次年颁布,这就是《查士丁尼法典》。公元534年11月16日,又颁布了它的修订版。

公元530~534年,还先后编成了《学说汇纂》和《法学阶梯》。前者收集了罗马历代法学家(公元1~4世纪)的著述(五十多种),删去其中相互矛盾和不合时宜之处。全书共五十卷,除第三十、三十一、三十二这三卷外,都分成章、节,写明当时皇帝名字、作者和书名,于公元533年底颁布施行。《法学阶梯》是以盖尤斯的名著作为蓝本,进行删改、增补,按照“人法”、“物法”、“诉讼法”的次序,分章、节编排而成,共四卷,于公元533年底颁布,作为罗马国家法科学学生的钦定教科书,并具有法律效力。

查士丁尼死后,后人将他未列入《查士丁尼法典》的敕令,即自534年以后颁布的敕令汇编在一起,称为《查士丁尼新律》。保存下来共有124令,最后一令颁布的时间为公元555年。内容大部分属

于公法、行政法范畴,涉及私法者只有变更继承制度的规定。这四部法典,到公元十二世纪统称为《国法大全》,成为研究罗马法的主要资料。

上述主要特点,对后世剥削阶级法律的发展,尤其是对大陆法系和英美法系的形成和发展,产生了重要的影响。大陆法系是以系统的成文法典著称于世的,这一特点的形成,与查士丁尼编纂法典的活动有着渊源的关系。对英美法系来说,英美法尤其是衡平法的形成,是以法官创制法律为显著特征的,这也与接受罗马法学家和裁判官创制法律的影响有关。因此,研究罗马法形成、发展的特点,不仅能加深理解罗马法的内容、本质以及历史演变,而且对分析当今世界两大法系形成、发展的特点,也是有帮助的。

(原载《河北法学》1987年第6期)

试论伊斯兰法形成和发展的特点

伊斯兰法是中世纪阿拉伯封建国家的法律的总称。以《古兰经》为基础以教法为核心。由于阿拉伯社会具有特殊的经济、政治和宗教等历史条件,从而决定了伊斯兰法在其形成和发展过程中具有一些显著的特点。

一、《古兰经》奠定伊斯兰法的基础

《古兰经》是伊斯兰教创始人穆罕默德在传教过程中(公元609~632年),作为“安拉”的启示而发布的经文。穆罕默德生前,《古兰经》未及编辑成册,主要靠当时能背诵全文的弟子们四处传授。公元634年首任哈里发艾卜·伯克尔委托穆罕默德的得意弟子宰德进行编辑,随即成稿。公元645~646年,叙利亚和伊拉克的穆斯林为《古兰经》的读法发生了争执,为了有利于《古兰经》的统一,哈里发鄂斯曼采纳了法学家侯宰斐的建议,将原稿抄写七份,一份保存在麦地那,其余的分寄麦加、大马士革、也门、库法等地,并下令焚毁以往的一切抄本。这样,鄂斯曼下令抄写的《古兰经》就作为标准本流传于后世,世称“鄂氏本”^①。它包括教义、教法、格言、寓言、故事等,共三十卷,一百一十四章,六千二百余节。

《古兰经》不仅是伊斯兰教的教义,而且也是伊斯兰法的基本渊

① 《古兰经》,马坚译,中国社会科学出版社1981年版,第5页。

源。它所确立的伊斯兰法的基本原则是:(一)信仰“安拉”,放弃对其它神灵的崇拜。(二)服从先知(穆罕默德),以他的言行为自己行为的准则。(三)履行五项基本功课^①。(四)进行“圣战”,每个健康的成年男性穆斯林,负有传播伊斯兰教和参加侵略战争的义务。(五)禁食“不洁”食物,如猪肉等。(六)确定有关部门法的立法原则,如民法上的土地为“安拉”所有,由先知及其继承人哈里发支配;刑法上的末日审判、来世惩罚;婚姻家庭法上的聘金制、一夫多妻制、离婚妇女的待婚期限,等等。

《古兰经》之所以兼具法律性质,首先是它的许多基本原则“都是为了应付社会上发生之事而发的”^②、“《古兰经》不讲高深飘渺的理论,而是讲人生实际的问题”^③。宗教教义,作为一种社会意识形态,尽管它是一种“颠倒了的世界观”^④,但总是对一定社会现实的反映。《古兰经》作为宗教教义,它固然也宣扬宗教理想,规定宗教礼拜、仪式,如“两世报应说”、“安拉”面前信徒人人平等、做五项功课等等,但它基本上是为了解决社会现实问题而发布的经文。比如,为了统一阿拉伯部落民众思想,达到建立一个统一的阿拉伯国家的政治目的,穆罕默德发出了“除安拉外,别无主宰”的一神论启示,作为伊斯兰教的首要信条;为了树立穆罕默德在宗教和政治上至高无上的地位和权威,他又发出了“穆罕默德是安拉的使者,是先知”的启示,要求人们绝对服从他的领导;阿拉伯半岛统一前夕,为了使全部阿拉伯人都成为穆斯林,并维持信徒间的和睦团结,把在此以前劫掠阿拉伯商人的热情引向夺取外族、外国的土地和财富,穆罕默德发出了进行“圣战”的启示;公元625年3月“伍侯德”战役以后,为了供养战死的穆

① 即“念功”、“拜功”、“斋功”、“课功”、“朝功”。

② 胡祖利著《回教法史》,庞士谦译,月华文化服务社1950年版,第9页。

③ 同上第3页。

④ 《马克思恩格斯选集》第一卷第1页。

斯林的遗孀;穆罕默德又发出了每个穆斯林男子娶妻可以多至四名的经文^①。因此,正如美国学者沃尔指出的那样:“伊斯兰不仅是一种宗教信仰,而且是,一整套生活方式”^②。

第二,《古兰经》在传授、编纂的同时就具有法律效力。它的产生也标志着伊斯兰法的产生。《古兰经》的创造者穆罕默德不仅是一位宗教领袖,而且是一位政治首脑。早在阿拉伯国家统一之前的十年之中,穆罕默德已是麦地宗教社团、世俗事务的领袖。至《古兰经》传授完成之时,他已成为一位统一的国君了。因此,《古兰经》中的某些内容,与其说是“安拉”的启示,不如说是穆罕默德这位集大权于一身的专制君主的“敕令”。

《古兰经》的这种性质,是由它产生时的社会历史条件所决定的。公元七世纪初,阿拉伯半岛正处于氏族制度迅速解体,阶级社会逐渐形成的历史大转折时期。在麦加等城市中,氏族部落已分化出贵族和平民、奴隶主和奴隶;部落之间不统一,各行其是,彼此抢劫、械斗和血亲复仇的事件层出不穷;与半岛相邻的波斯和拜占廷两大帝国,为争夺贸易商道和半岛的财富,进行了长期的侵略战争,加深了半岛的经济危机和社会矛盾;在此情况下,摆脱危机、抵御外族入侵、建立强大的统一国家,成为当时社会上各个阶级的共同愿望和历史进程的客观要求,正是这种潮流把穆罕默德推上了历史舞台。因此,为了解决社会问题这个主要目的,穆罕默德结合半岛的情况,经过长时间的酝酿,打出了伊斯兰教的旗帜。他从创立新宗教入手,把社会变革和宗教革命结合在一起,动员和组织群众在宗教革命的形式下,进行了一次顺乎时代潮流的社会变革并获得了成功,《古兰经》就是这一变革的指导思想和理论总结,《古兰经》是由商业贵族阶级的代表穆

① (英)蒙哥马利·瓦特著《穆罕默德》,载《世界宗教资料》1982年第4期。

② (美)约翰·沃尔著《从伊斯兰史看伊斯兰复兴》,载《世界宗教资料》1982年第4期。

罕默德领导的、广大人民群众参加的政治斗争的旗帜和纲领,也是穆斯林夺取政权后处理各种社会问题的宪章。很明显,在阿拉伯半岛当时的具体历史条件下,伊斯兰教教义如果不针对社会问题,不反映一定阶级的物质利益,它就不能获得政治上的成功^①。“宗教斗争只有反映基于物质利益的社会矛盾,才能卷起巨大的政治风暴”。^②

二、“圣训”完善伊斯兰法的体系

“圣训”,是穆罕默德的老友及弟子回忆并口头流传下来的关于他的行为、言论和对某事表示沉默的传说,实际上是穆罕默德及弟子根据《古兰经》所确定的各种行为规则。

穆罕默德死后,《古兰经》成了固定不变的制度。凡是穆斯林之间发生的问题,都要到《古兰经》中去找答案。但是,《古兰经》毕竟不能囊括纷繁复杂的全部社会生活。这样,对于无法在《古兰经》中找到答案的问题,一律按穆罕默德的前例即从他的行为、言论和默示中寻找处理的办法,这就构成了“圣训”的基本内容。在穆罕默德死后的最初一百年间,“圣训”只是由穆罕默德的老友口耳相传,而后由穆罕默德及老友的门弟子传述,再后由再传门弟子传述。起初,统治阶级唯恐搅乱统治秩序,门弟子生怕传述错误,违背《古兰经》的精神,不敢把“圣训”汇集起来。首任哈里发艾卜·伯克尔就曾说过:“我们有《古兰经》,你们遵行其所许可,远避其所禁止的吧”。^③随着时代的发展,为了避免失传和伪造,公元八世纪以后,在哈里发政权的支持下,穆罕默德的弟子们开始了进行汇编“圣训”的工作,大体上可分为四个时期:(一)公元八世纪中叶,各地开始陆续编辑“圣训”。其中的代表作是麦地那伊玛目马立克的《穆宛塔圣训实录》(也叫《圣

① 金宜久著《试论(古兰经)的一神论思想》,载《世界宗教研究》1981年第4期。

② 周燮藩著《麦加时期的伊斯兰教》,载《世界宗教研究》1983年第2期。

③ 前引《回教法学史》第88页。

训易读》),书中除“圣训”外,还掺杂了弟子们的讲话和习惯法等内容。(二)公元八世纪末至九世纪初,为第二时期。这一时期,编辑“圣训”的目的是为了去伪存真,去芜存精。比较著名的有《阿卜杜勒圣训实录》、《艾哈默德圣训实录》等。(三)公元九世纪中叶至十世纪初,收集、整理和编辑“圣训”达到高潮,在原则、内容和体例上,也基本定型。这一时期出现了正统法学派——逊尼派的所谓“六大圣训集”,即《布哈里圣训实录》、《穆斯林圣训实录》、《提尔米迪圣训集》、《达乌德圣训集》、《奈萨仪圣训集》、《伊本马哲圣训集》。其中最权威的是《布哈里圣训实录》,作者伊本·布哈里是阿拉伯帝国的著名法学家,他从帝国各地搜集了穆罕默德的言行、默示六十多万段,从中精选出他认为比较可靠的七千三百多段,依照礼拜、朝觐、圣战等类别编辑汇总,历时十六年,成书九十七册,被公认为仅次于《古兰经》的圣典^①。(四)公元十世纪至十九世纪左右,“圣训”的汇编、注释工作始终未止^②,并出现了一些“圣训”节选的注释本,其中流传较广的是《布哈里圣训实录精华》。

“圣训”的基本单位是段,每段由传说的线索与本文两部份组成。本文部份紧接在线索之后,必须是直接交谈方式的内容方为有效。如《布哈里圣训实录精华》第171段(论吞食孤儿财产属七种不义之罪)写道:“阿布胡赖勒传,当圣人(穆罕默德)说:‘你们犯有七种不义者之罪’时,人们问道:‘使者啊!它们是什么呢?’圣人道:‘那就是:为真主举伴、行妖术、杀戮无辜者、放高利贷、吞食孤儿财产、逃避圣战、调戏清廉贞洁的穆斯林妇女’”。^③“圣训”的内容和安排,各种法学派和各种著作的版本虽不尽相同,但核心思想是一致的,主要包

① (美)威格摩著《世界法制概览》,1928年纽约英文版,第549页。

② 据统计,到20世纪为止,仅逊尼派的“圣训”汇录就不少于一千五百余种。见陈海英著《伊斯兰教的逊尼派》,载《世界宗教资料》1981年第1期。

③ 《布哈里圣训实录精华》第79页,中国社会科学出版社1981年中译本。

括对伊斯兰教原理和法律制度的进一步阐述;对穆罕默德情操、传教活动和家庭生活的记叙;论述穆斯林应遵守的各种法律规范和道德准则;论述伊斯兰教的各种社会主张;对《古兰经》某些经文的补充和解释,等等。

“圣训”是伊斯兰教的第二经典和伊斯兰法的第二渊源,对完善伊斯兰法的发展具有重要意义。比如,关于礼拜,《古兰经》只讲了鞠躬、叩头、跪拜和笼统的时间,“圣训”则规定了详细的仪式和具体的时间,又如,《古兰经》把事物分为洁美的和污浊的,前者可以食用,后者受到禁止,而介于两者之间的未作规定的事物,则是由“圣训”规定的办法加以解决的。此外,在禁止饮酒、禁收利息、确定残害肢体的赎罪金、过失杀死生灵的处理等社会生活方面,“圣训”也作了一系列的补充规定。正如许多伊斯兰学者说的:“圣训”是“解释和增补《古兰经》的,它和《古兰经》是不可分的。因为《古兰经》中有很多问题,没有‘圣训’的解释是无法遵行的”^①。

“圣训”之所以能够补充《古兰经》,进而完善伊斯兰法的体系,这是与阿拉伯社会当时的具体历史条件密切相关的。首先,阿拉伯国家建立以后,在短短的八十年间,就从原来一个半岛国家,迅速扩张成为一个东起印度西至西班牙的横跨欧、亚、非三大洲的庞大帝国。随着版图扩大,民族混杂,人口增加,社会关系日益复杂,原有的《古兰经》,便无法适应这些新的情况,因此,需要对其进行补充、完善。其次,如前所述,穆罕默德在生前就成为阿拉伯政教合一国家的领袖,享有至高无上的权威,是所谓“安拉的使者”,被视为“先知”和“圣人”。后来的统治者往往利用这一点,以其言行、默示的形式,加入自己的意志,来补充和完善《古兰经》。这种做法,比通过哈里发颁布敕令或由高级官吏发布告示的方式,更富有欺骗性,更易于维护其统治。再次,穆罕默德死后,前四任哈里发为了保持自己的统治地位,

① 前引《回教法学史》第3页。

都谨慎从事,并利用穆罕默德的余威,不敢越其雷池一步。而第四任哈里发阿里死后,整个阿拉伯帝国群龙争雄、派别叠起,他们为了吸引穆斯林群众,扩大自己的势力,争夺哈里发职位,都高举穆罕默德的旗帜,以其言论、行为和默示之名,行规定、阐述自己的利益和愿望之实,而各自传诵、汇编的“圣训”,正是进行这种斗争的重要方式。

三、法学家推动伊斯兰法的发展

在伊斯兰法发展过程中,伊斯兰法学家起了突出的作用。伊斯兰法的形成,与伊斯兰法学家的活动是分不开的。

伊斯兰法学家的活动,可以分为四个时期:(一)穆罕默德在世时期(公元632年前)。该时期的法学家,主要是穆罕默德的弟子,他们的主要活动是记录“先知”发布的经文和进行传授,并协助审理案件。(二)《古兰经》、“圣训”编纂时期(公元八世纪~九世纪末)。法学家除协助哈里发汇编《古兰经》外,主要是收集、编纂“圣训”。这一时期的法学家活动,奠定了伊斯兰法的基础。(三)伊斯兰法体系确立时期(公元九世纪末~十一世纪),法学领域人材辈出,法学流派活动频繁,法学著作琳琅满目。除得到中央政权阿拔斯王朝(公元750~1194年)支持的逊尼派(其中又分为哈乃菲派、马立克派、莎菲仪派和罕百里派)外,还有各封建割据王国支持、尊崇的什叶派、哈瓦利直派、奥扎尔派、达乌德派、托伯林派等等。法学家除继续汇编“圣训”外,还依据《古兰经》和“圣训”从事“比论”^①和“金议”^②,从而建造了以《古兰经》、“圣训”为基础,以“比论”、“金议”为补充的伊斯兰法学体系“沙里阿”^③,使伊斯兰法学达到繁盛的发展阶段。(四)法学衰

① Qiyas,又叫“比类”,即以《古兰经》和“圣训”的原理为依据,推论出处理新问题的原则。

② ijma,也叫“众议”,即通过集中法学家的意见而得出的处理某一案件的决议。

③ Shariah,原意为“引向泉水的道路”,在伊斯兰教义中,意思为“引导真正生命通往先知的大道”,后指伊斯兰法律、道德原则以及每个穆斯林必须赞同的信条。

落时期(公元十二世纪~近代)。由于阿拉伯帝国的分崩离析,宗教观念的束缚,西方列强的入侵,法学家对前人著作的盲从,伊斯兰法学逐渐衰落,法学家的作用也日益缩小。

伊斯兰法学家的活动,对伊斯兰法的形成和发展起了巨大作用。在理论方面,他们注释《古兰经》,编辑“圣训”,并依据“比论”和“金议”著书立说,从而使得伊斯兰理论化、系统化,创制了一整套完备的法律体系。在几个世纪中,法学著作品种繁多,数不胜数,最著名的有:沙菲仪的《法学原理》(也叫《服从使者》),艾卜·优素福的《土地税》、《功拜》、《天课》、《评论艾卜·哈尼法和伊本·艾比赖俩》,穆罕默德的《教法简集》、《教法全集》、《教法大全》,哈三的《法官》、《继承》、《遗嘱》,尔沙的《法律全集》、《比类法》、《剖取法》,阿布杜勒的《简易教法》,伊本·麦瓦子的《教法书》等等。这些著作,“代表了伊斯兰法的第三个伟大渊源”^①,它们涉及社会生活的各个领域,对新出现的各类问题,都依据适用的《古兰经》和“圣训”条文作出了解释、阐述和新的规定,如哈里发的权利和义务、法官的资格、战利品的分配以及所有权、物权、契约、侵权行为、婚姻、家庭、继承、遗赠、施舍、犯罪和刑罚等等。可以说,伊斯兰法能持续兴盛若干个世纪,并在当时能不断适应变化着的形势,都离不开法学家的活动。对此,美国学者威格摩中肯地指出:“这一整套伊斯兰法学知识完全是由法学家的著作,而不是由政府汇编的法典和颁布的法律所构成。”^②

在实践方面,法学家的活动解决了一系列社会现实问题,特别是当《古兰经》和“圣训”中没有涉及或互相矛盾的时候。比如,第二任哈里发欧默尔征服了伊拉克和叙利亚后,发生了如何处理新占领土地的问题,按照《古兰经》的规定,须将这些土地作为战利品,五分之四分配给战士,五分之一留给国家用于公益事业。但这样做既不能

① 陈海英著《伊斯兰教的逊尼派》,载《世界宗教资料》1981年第1期。

② 前引《世界法制概览》第552页。

满足阿拉伯国家日益增长的财政需要,也容易引起穆斯林内部争夺土地的矛盾。因此,欧默尔连续几次召集法学家协商,最终确定这些土地不按《古兰经》方式分配,而归国家所有,由原来居民耕种,国家实施征税,用以充实国库、犒赏军队。类似这样的问题很多,仅在法学家马立克的著作《穆宛塔圣训实录》中,解决实际问题的审判案例就有一千七百件。

在教育方面,伊斯兰法学家培养了一大批立法、司法和法学研究人才。仅麦地那“圣训”派法学家艾卜·则那得一人,就收有弟子三百名。其它如布哈里、马立克、罕百里、沙菲仪等人,也都是著名的法学教育家,其弟子遍布欧、亚、非三大洲广大地区。

伊斯兰法学家活跃的原因,首先在于随着阿拉伯帝国经济、政治的发展,各种社会关系日益增多、复杂,超出了《古兰经》和“圣训”所能适用的范围,从而需要法学家创制法律以满足社会的要求。其次在于伊斯兰法学家在政治上、宗教上具有的特殊地位。如最先依据《古兰经》、“圣训”从事“比论”、“金议”的法学家欧默尔、阿里等,本身就是兼政治首脑和宗教领袖于一身的哈里发;而各种派别的创始人以及其他法学家,如宰德、武百耶、哈尼法、马立克、沙菲仪、罕百里、布哈里等,都是穆罕默德的弟子或再传弟子,他们都是统治阶级中著名的政治、宗教活动家;尤其是伊斯兰法学家创制法律的权力是获得穆罕默德的默许,作为一条“圣训”流传下来的^①。第三,当时相当发达的阿拉伯文化,也为伊斯兰法学家的活动创造了有利条件。仅就图书馆来说,十世纪时,在伊斯兰教统治的西班牙首都科尔多瓦,就有公共图书馆七十多所,哈里发拥有的图书馆藏书已达五十万册。而在基督教统治的欧洲各国,即使到了十三世纪,也几乎不能看到一个君主拥有自己的图书馆^②。

① (美)希提著《阿拉伯通史》(上册),马坚译,商务印书馆1979年版,第470页。

② 前引《世界法制概览》第540~541页。

虽然在世界法制史中,伊斯兰法学家几乎可与罗马法学家相媲美,但伊斯兰法始终未能达到罗马法的发展水平,也不能象罗马法那样对世界产生深远的影响。这主要有两个方面的原因。第一,“每一种生产方式都产生出它特有的法律关系”^①。在罗马,奴隶制简单商品生产高度发达,奴隶制私有制充分发展,商品经济的各种矛盾也得到相当的表现,从而决定了调整这些关系的法律制度发展到最完善的地步。而资本主义社会又是以商品生产为基础的,因此,罗马法很容易为资产阶级所继承,并对近代世界发生巨大影响。伊斯兰法则不然。在其形成时,是建立在私有制不甚发达的早期封建制经济基础之上的,这种早期封建性质的法律体系,对资本主义世界并不会产生大的影响。第二,罗马法是世俗世界的法律制度,罗马法学家可以不受或少受宗教教义、宗教观念的束缚,放手创制法律规范,从事法学研究,构造法学体系。而伊斯兰法是宗教法,法学仅仅是神学的一个组成部份,法学家同时就是神学家,他们在研究法学时要受到宗教教义、宗教意识的严重束缚。如果背离了《古兰经》、“圣训”的轨道,就不仅会被视为异端邪说,为统治阶级所镇压,而且也会失去穆斯林信徒的支持而陷于孤立。伊斯兰法发展过程中,有些流派之所以逐步销声匿迹,原因也就在此。固然,各法学派别和法学家可以在对《古兰经》、“圣训”的理解、阐述、适用上各不相同,但这种分歧只是形式上的,“每一派都是本着‘圣训’,不过在采纳‘圣训’方面有见解的不同而已。”^②至于死扣《古兰经》和“圣训”的条文,解决具体案件的事例,更是举不胜举^③。

尽管如此,伊斯兰法在伊斯兰世界仍有重要影响,至今仍成为许

① 《马克思恩格斯论国家和法》,复旦大学法律系编,法律出版社1958年版,第10页。

② 前引《回教法学史》第121页。

③ 参阅《当代世界主要法系》第426~427页。(法)达维等著,1978年伦敦英文版。

多伊斯兰教国家的法律渊源,在结婚、离婚、继承、遗赠等领域内还占据统治地位^①,这显然是与伊斯兰法既是宗教的又是封建的,以及《古兰经》和“圣训”兼具宗教教义和法律渊源的特点相联系的,而目前伊斯兰教国家中法学家和伊斯兰法庭的权威地位、伊斯兰法学教育的繁荣,也与伊斯兰法学家在几个世纪中的卓越活动密切相关。

(原载《法律学习与研究》1988年第3期)

^① 如埃及宪法规定:“伊斯兰法典是立法的主要依据”(见《世界宗教资料》1981年第2期)。而在沙特阿拉伯,“除了《古兰经》和其它传统的伊斯兰教、法律渊源外,没有正式的宪法”(见《法学译丛》1983年第6期)。

论《德国民法典》

英国著名法学家斯库司特指出:《德国民法典》反映了最新的科学成就,并以现代的思想、技术和手段面对现代社会,“使许多世纪中法律研究的成果适应现代社会的需要,作为对现行法律完备和科学的阐述,它使德国人(在法律领域)获得了一个独一无二的地位。”^①斯库司特作为一名资产阶级学者,对本阶级的法典当然免不了许多夸张赞誉之词,但他对《德国民法典》的基本估价,却是应当重视的。《德国民法典》是近代德国资本主义私法的基础,也是帝国主义时代资本主义世界第一部最重要的法典,在世界法制史上占有显著地位。因此,加强对《德国民法典》的分析、研究,是法学研究的重要课题之一。

一、《德国民法典》的制定

(一)中世纪德国法律的发展

公元9世纪,德意志国家开始了自己的历史。封建时期的德国,经济上自给自足的自然经济占统治地位,政治上则以诸侯专权、邦国林立为显著特征。与此相适应,中世纪德国法律的发展缓慢而不统一,大体可分为两个时期:

习惯法汇编时期(9至14世纪)。各地适用的是习惯法,已由

^① (英)E. J. Schuster 著《德国民法典》(序)第5页,伦敦1907年英文版。

“属人主义”转变为“属地主义”。同时,出现了习惯法相联系的特别法(如“采邑法”等)。^① 随着社会的进步,法律也得到发展。至13世纪,出现了一批由私人编纂的习惯法汇编,最著名的是1215年由萨克森地区的承审官雷普鲁科编纂的《萨克森法典》。^② 这些汇编,虽然把口耳相传的习惯法规则变为成文的比较确定的行为规范,从而在一定程度上促进了法律的统一和发展,但由于它们体现的是各封建诸侯和地主阶级的利益,因而不可能消除整个国家法律分散的手段。^③

采用罗马法时期(15至18世纪)。由于15世纪初德国商品货币经济的发展,^④ 意大利复兴罗马法的成果和德国法学界的努力,以及神圣罗马帝国是罗马帝国的继承者的观念等原因,15至17世纪初,罗马法在德国被普遍采用,这对德国法的发展产生了重要影响:第一,在采用罗马法的过程中,1495年设立了“德意志帝国最高法院”,法官的半数(旋即全部)由罗马法学博士担任。^⑤ 他们依据罗马法以及公平、合理、正当的法令和惯例审理案件,逐步形成了一种通行于帝国的,以罗马法为主体、融合了教会法和地方习惯法的所谓“普通法”,推动了德国法律的发展。^⑥ 第二,这种“普通法”发展至16世纪,开始在德国各邦编成法典,如1532年《加洛林纳刑法典》、1794年《普鲁士邦法》等,它们是各邦法律统一的基础。第三,全部采用罗马法的结果,导致若干时期(15至18世纪末)内忽视了对日耳曼法

① (日)穗积陈重著《法律进化论》第三册第242页,商务印书馆1931年中译本。

② (德)Franz Wieacker著《近世私法史》第111页,铃木禄弥译,东京创文社1978年日文版。

③ 如《萨克森法典》就代表着大封建主的利益,它否认罗马教皇对封建社会的无上权利,同时,也要求限制德意志皇帝的权力。

④ 樊亢等著《主要资本主义国家经济简史》第234页,人民出版社1973年版。

⑤ 柚木馨著《德意志民法》第13页,东京有斐阁1955年日文版。

⑥ 黄右昌著《罗马法与现代》第15~16页,京华印书局1930年版。

和地方习惯法的研究和应用。^① 这对19世纪历史法学派的崛起有重要影响,也是《德国民法典》罗马法化的历史根源。

从中世纪德国的法律渊源看,是非常繁杂的。15世纪以前,主要是地方习惯法,此外还有教会法以及各种特别法。同时,罗马法也被部分采用。^② 15世纪以后,除“普通法”外,还存在着神圣罗马帝国的立法和商法。这些,是后来制定《德国民法典》的立法渊源。

(二)18世纪至19世纪德国的法律统一运动

18世纪初至19世纪上半叶德国资本主义经济的发展,将统一德国的政治和法律提到了各阶级的面前。然而,完成这一任务的不是德国资产阶级,也不是无产阶级,而是普鲁士容克阶级。这是由当时德国社会的具体历史条件所决定的:德国资产阶级出世太晚,很幼稚,没有独立完成统一事业的力量,害怕同无产阶级和人民群众结成联盟,只能依附于容克阶级来实现统一;德国无产阶级在政治上组织上没有充分成熟,无力实现无产阶级革命的统一道路;以俾斯麦为代表的普鲁士容克阶级,当时在经济、政治和军事等方面都占着优势地位,能够按照自己的意愿,通过王朝战争来实现国家统一。因此,1871年德意志帝国的建立,实质上是使普鲁士王朝和容克阶级的统治扩大到了整个德国。^③

18世纪中叶以后,德国各邦的法律开始趋于统一。巴伐利亚邦1756年颁布的《马克希米里安民法典》,拉开了近代德国编纂法典的

① 当时,“在大学和法院中,人们倾向于将现存的地方习惯和作法卑视为中世纪的多少有些野蛮的遗产,它们逐渐被更具灵活性的罗马法原则取代,这些原则更为适合一个商业正在日益发达的社会”(〔美〕兰·S·福特斯等《德国民法典》导言,见《法学译丛》1984年第一期)。

② “在德国,罗马法的继受在十三、十四世纪以前已经开始,而真正全面地继受是十五世纪中叶以后的事了”。见(日)碧海纯一等著《法学史》第124页,东京大学出版会1976年日文版。

③ 《俾斯麦统一德国的前提与后果》,见《德国史论文集》第66页三联书店1981年版。

序幕。^① 1780年,普鲁士国王腓德烈命令宰相卡蒙组织委员会进行立法,于1794年2月5日公布了《普鲁士邦法》,同年6月1日施行。奥地利在利奥浦二世执政时期,也委托自然法教授马梯尼起草法典草案并于1797年开始在部分地区试行。1801年,奥政府又任命法学家弗朗斯主持草案的修订工作,经过10年的努力,在1811年6月1日颁布了《奥地利民法典》,次年1月1日生效。^②

这些立法,一般具有如下特点:即以自然法理论为指导,以“普通法”为渊源,使所在邦内的法律得到基本统一,^③ 在封建性质的法典之中包含有不同程度的资本主义因素。因此,上述邦法,虽然是德国政治分裂、各邦独立的结果,未能消除整个德国法律分裂的状态,但较之以往已前进一步。^④ 它们“是19世纪德国民法的基础”,^⑤ 也为《德国民法典》的制定在指导思想、法律渊源和立法技术等方面作了准备。正是在这种基础上,全德意志能在十九世纪以后出现法律统一的趋势。^⑥

(三)关于制定统一民法典的论战

但在19世纪上半叶,德国除缺乏编纂统一法典的政治基础即国家尚未统一外,法学界的认识也很不一致。1811年,海德堡大学教授蒂鲍特散发了一本题为《论制定德国民法的必要性》的小册子,鼓吹编制一部适用整个德国的民法典,以进一步实现政治上的统一。作为自然法学派在德国的代表人物,蒂鲍特建议以当时的三部主要

① 前引(德)F·Wieacker著《近世私法史》第408页。

② 前引(德)F·Wieacker著《近世私法史》第423页。

③ 如《普鲁士邦法》颁布的结果,“除二、三特别例外,地方的法源几乎枯竭,而法典对于全国(邦)殆视为唯一立法源矣”。见《法律进化论》第三册第251页。

④ 如中世纪仅萨克森(Saxong)地区,就有二千多个独立的法院。见(法)达维等著《当代世界主要法系》第52页,1978年伦敦英文版。

⑤ 《外国民法资料选编》第73页法律出版社1983年版。

⑥ 如1834年成立“德意志关税同盟”,于1848年和1861年分别制定了《德国普通票据法典》和《德国普通商法典》。

法典,即1794年《普鲁士邦法》、1812年《奥地利民法典》和1804年《法国民法典》作为民法典编纂的模式。蒂鲍特指出,上述三部法典适当地表述了自然法的原则,符合资本主义社会的发展要求。他认为,由于有了上述模式,编纂德国民法典的任务是能够迅速完成的,而且为了建立和加强德国的法制,这项工作也应当尽快完成。这一主张获得一些人的赞同。

但也有许多人反对在当时的德国编纂法典,其代表人物是历史法学派的领袖萨维尼,他在名著《论当代立法和法理学的使命》中全力反驳了蒂鲍特的主张。萨维尼虽然也承认为了国民统一的目的而制定统一法典的意义,但认为这种立法的时代还未到来。^① 他认为,通过对自然法原则的推论来创制德国法典的作法是错误的,一个民族的法律,是这个民族发展史的产物,是该民族精神的体现。因此,对现存德国法及其历史发展作彻底的研究,是编纂合乎传统的德国法典的前提。他认为,由于几个世纪以前意大利法学家所解释的罗马私法已为德国正式接受,因此要对德国法律作彻底的历史研究,就应首先对罗马私法、旧德国法以及现代德国法律制度中的近代成份作历史的考察。过早的立法只会歪曲和违背民族精神。

“编纂法典之争”,不只是教授们的个人观点之争,它有着深刻的社会背景。19世纪初的德国,仍然是一个邦国林立、封建割据的国家。开始登上历史舞台的德国资产阶级,希望建立强大的民族国家,形成统一的国内市场,自由地发展资本主义。1815年拿破仑帝国的崩溃,为实现德国资产阶级的上述要求提供了条件。因此,在全德意志兴起了要求统一的运动。蒂鲍特提出的统一法律以促进政治统一的主张,就是这一运动的体现。但当时德国各邦的封建势力十分强大,他们害怕国家的统一会损害各邦的经济利益,也害怕编纂统一的民法典会增强资产阶级的力量,危及其政治统治。因此,极力反对资

① 前引(德)萨维尼著《德意志民法》第19页,第22页。

产阶级的上述主张,萨维尼就是他们的代表。从思想上看,至19世纪初,资产阶级自然法理论已在欧洲广泛流传,尤其是在法国已结出硕果。对法国大革命极为仇视的德国封建统治阶级,对此惶惶不安。他们需要有一种理论,来对抗自然法学说。历史法学派就是应这种需要而产生的。他们强调法律是民族精神的体现;如同语言一样,法律随着历史的发展而自发地产生和发展;法律的渊源首先是习惯法,而不是立法等等,以反对自然法学派提出的自然法高于实在法,是人类理性的体现;人类理性要求人人享有自然赋予的权利(天赋人权),法律面前人人平等,个人应有独立的意志和自由,国家必须实行法治,必须在自然法指导下重视立法等等思想,反对资产阶级立法,维护封建法制。

由于德国的具体历史条件,“编纂法典之争”在当时以萨维尼获胜而告结束。^①其结果,首先是延缓了民法典编纂和法律统一的进程,改变了《德国民法典》的面貌。其次,扩大了历史法学派的势力和影响,使之迅速崛起。该学派的法学家站在维护德国固有法律传统的立场上,埋头于罗马法、日耳曼法和地方习惯法的研究。由于德国资本主义经济的发展,封建贵族的日益资产阶级化,这些法学家的理论研究很自然地与当时德国的社会生活结合起来,并创建了系统的资产阶级民法学,使德国法学的发展走在资本主义世界的最前列,为《德国民法典》的制定奠定了基础。

(四) 民法典的制定和德国资本主义法制的确立

1873年12月20日,帝国颁布了帝国国会关于修改宪法第4条第13款的法律。根据这项法律,帝国的立法权扩及民事法律关系的所有领域,使民法典的编纂真正成为可能。1874年2月28日,组成

^① 德国当时的具体历史条件是:封建势力超过资产阶级;某些小邦唯恐制定统一法典会加强普鲁士的领导地位,削弱本邦独立的心理;资本主义发展尚不充分;德国政治上还未统一,无统一的立法机关等。

了以德国高级商事法院院长(后任法典起草委员会会议长)帕普为首的法典编纂准备委员会。同年6月22日,又增补六名成员,组成十一人法典编纂委员会。它在帕普和罗马法学者温德海德领导下,于1887年末,完成了法典草案。1888年1月31日,草案连同立法理由书五卷同时公布。这就是民法典第一草案。

第一草案公布后,受到了全国各地各界人士的批评。有的认为草案引用《法国民法典》的条文太多,罗马法化程度太深,忽视了对日耳曼法和德国固有法的吸收;有的说忽视德国当时的经济生活,距离德国现实太远;还有人指责其语言不通顺,条文结构形式具有严重的经院哲学色彩,一般公众难以理解等等。^①笔者认为,第一草案所以遭到非难,主要原因有三:第一,19世纪中叶以后,历史法学派分成罗马学派和日耳曼学派两大派别,学术上一直存在着分歧。温德海德虽然是罗马法权威,在法学界享有很高声誉,但由于他领导编纂的草案罗马法色彩太浓,理所当然地遭到了日耳曼学派的批评。第二,草案是以温德海德的教科书体系编纂的,用语概括、抽象,没有学过法律的人比较难懂,因而容易遭到一般群众的谴责。第三,19世纪70至90年代,是德国从自由资本主义向帝国主义过渡时期,社会经济生活变化很大,而草案对此注意不够,遭到了工商界的批评。

1890年初,帝国司法部把来自全国批评第一草案的六百多项意见,汇集成六卷意见书。同年12月4日,经联邦议会决议,组成了以肯特塞尔为代理议长的第二法典编纂委员会,包括十名常任委员(法学教授和法律实务家)和十二名非常任委员(主要是经济界的知名人士,有三名是农场主),负责参考第一草案批评意见书,着手法典的修改工作。1895年10月30日,修改后的草案提交联邦议会,即民法典第二草案。经联邦议会稍作修改,于1896年1月17日连同司法

^① (德)K. Zweigert 和 H. Kötz 著,大木雅夫译,《比较法概论》(上)第268页,东京大学出版会1974年日文版。

部的备忘录一起提交帝国国会,即民法典第三草案。国会将它交由二十人组成的委员会讨论,经过五十三次审议、修改,国会以二百二十票赞成,四十八票反对和十八票弃权的多数票通过。1896年7月14日,获得联邦议会协赞,^①同年8月18日经德意志帝国皇帝同意,于8月24日公布,并定于1900年1月1日生效。这就是本文所要论述的《德国民法典》。它与第一草案相比,在体系、用语上无多大变动,只是适应当时社会经济的变化,增加了一些新的内容。

德国容克贵族与资产阶级在着力编纂民法典同时,也开始了其他民事法规的修改编纂工作。1897年3月24日,公布了《强制买卖和管理法》(主要涉及不动产以及船舶的买卖、管理等内容)。同日又公布了《不动产登记法》(关于不动产登记的规定)。1898年5月17日,《非讼案件程序法》(关于监护、遗产和财产登记案件方面的管理权和程序的规定)也制定颁布。这三部法典和《德国民法典》同日生效。由于它们与民法典关系密切,是民法典的必要补充,因而被称为“民法附属法”。^②

1900年1月1日生效的还有三部法典:《德国商法典》,根据1861年《德意志普通商法典》修订,1897年5月10日公布;《德国民事诉讼法》,1877年7月30日颁布,经过修订,于1898年5月20日重新公布;《德国民法典施行法》,与民法典同时制定,共218条,分“总则”、“民法典和国家法的关系”等四章。^③

这样,以1871年宪法和1900年民法典为核心,以刑法典、商法典、民事诉讼法、不动产登记法、法院组织法等为补充,德国容克贵族和资产阶级建立了一套比较系统完备的法律制度,奠定了近代德国

^① 根据1871年德意志帝国宪法,凡法律案都须由联邦议会会议决,经帝国国会通过,再由联邦议会附议通过,才能交皇帝批准公布。

^② 前引柚木馨著《德意志民法》第26页。

^③ 同上第24~25页。

资本主义法制的基础。这些法典互相作用、互相补充,调整着德国资本主义社会错综复杂的经济关系,维护着统治阶级的利益,促进了德国资本主义的迅速发展。

二、《德国民法典》的渊源

可见,《德国民法典》的制定,是中世纪以来德国经济、政治和法律发展的必然结果。其内容除继承《法国民法典》所确立的各项资本主义民法制度和原则之外,同时也集德国以往法律之大成。^①《德国民法典》的主要渊源约有六端。

(一)罗马法

《德国民法典》吸收罗马法是比较全面的,特别是债权法(如罚金、定金、违约金、标的物的瑕疵、无因管理、不当得利、诚意保证、公平原则、回复原状、契约以不能给付之物为标的者无效等)、物权法(如所有权、役权、质权制度等)以及住所、法人制度等,基本上都直接源自罗马法。

但是,法典编纂者并没有把罗马法的制度、原则原封不动地搬入民法典,而是对它们进行了改造,使之适合于近代德国资本主义社会的需要。如“不当得利”源于古代罗马,但在罗马法上只是规定了“特别之诉权”,如因不法原因之诉权、非债清偿之诉权等,并没有对“不当得利”作概括性的规定。《德国民法典》则把“不当得利”发展为一项独立的法律制度,放在第二编“债务关系法”第二十四节加以系统规定,从而使它更好地为现代社会服务。又如,关于对所有物之请求权的移转制度,在罗马法上,规定请求权不得由权利人移转,但权利人可以把请求权的利益让渡给第三人,第三人虽不直接取得请求权,但能享受由此而生之间接利益。这样,就形成一种迂迴繁琐的制度。

^① 《法国民法典》是《德国民法典》的主要渊源,因在第三、第四部分中将详细分析这一点,故在此仅论述德国中世纪的法律渊源。

《德国民法典》采纳法学家的学说,对此加以改造,规定接受请求权之人(第三人)既然在事实上已接受了请求权成为真正的权利人,那么,法律就承认和保护他的权利,而以前的权利人则因移转而丧失了他的请求权。从而使请求权之移转制度成为一项直接的、方便的制度,更好地发挥其作用。^①

(二)日耳曼法

德意志属于日耳曼民族,11世纪以前曾广泛适用日耳曼法。15世纪德国全面复兴罗马法以后,这些日耳曼法逐步发生变化:有的与罗马法相溶合,成为德国的“普通法”;有的被吸收于教会法、商法和地方习惯法之中;也有的由于调整对象(早期封建关系)的消失而消亡。进入19世纪,历史法学派尤其是该学派中的“日耳曼学派”,着手发掘德国固有法(地方习惯法和日耳曼法)的原则、精神,并发表了一批研究日耳曼法史料和规则、体系的著作,如腓克(Ficker)的东日耳曼继承法研究资料、马屋拉(Maurer)的北日耳曼法讲义和冯·阿米拉(V·Amira)的北日耳曼债务法讲义等。^②这些就成了《德国民法典》的渊源之一。

拿占有制度来说,《德国民法典》的有关条文是罗马法和日耳曼法相结合的产物。在罗马法上,占有是指人对物进行的实际控制,它是一个事实而非一种权利。^③同时,数人共同占有“不能同时存在”。^④在日耳曼法上,占有既是指对物实际控制的事实,也包括对占有物要求得到法律保护的一种权利。^⑤而且,同一个物有几个人能取得孳息时,都承认他们是占有者。罗马法上的占有,虽然在本质上与日耳曼法上的一样,是为了保护有产阶级侵夺、吞并劳动人民财富

① 《现代法学之根本趋势》第5~6页商务印书馆。

② 前引(德)F·Wieacker著《近世私法史》第508页。

③ 周枏等著《罗马法》第171页,群众出版社1983年版。

④ ⑤ 李宜琛著《日耳曼法概说》第39页,第38页,商务印书馆1944年版。

的手段。但是,由于它与物权分离以及不承认数人共同占有,因而不能充分保护占有者对物的权利,不能满足容克贵族资产阶级的要求。因此,《德国民法典》把日耳曼法和罗马法揉合起来,规定占有是对物的事实上的控制,并须有占有的意思(第854、857条);它既是一种事实也是一种权利,因此,当占有遭他人妨害时,可请求法律保护(第859—864条);允许数人共同占有(第866条)等等。从而创造了近代资本主义社会比较完备的占有制度,有效地维护了资产阶级的私有财产。

此外,《德国民法典》上的共有制度(第1007—1011条)和动产所有权的取得时效制度(第932—935条),也受到日耳曼法上“合有”、“总有”制度以及所有者不得向第三人的善意占有追及原则等的深刻影响。^①

(三)教会法

德国在10世纪以前已开始受到教会法的影响。^②12世纪以后,这种影响便日渐扩大。其原因在于,教会在德国有强大的传统势力,教会法上某些制度和原则(绝大多数来自罗马法)比地方习惯法优越,以及14世纪以后德国各大学中大规模地讲授罗马法和教会法等。17世纪以后,随着基督教会的衰落,教会法在德国也逐渐失去势力,仅在婚姻家庭关系、遗嘱等方面保留着影响。

在原则上,《德国民法典》确认了教会对世俗生活尤其是婚姻家庭生活的支配权(第四编“亲属法”第一章第八节),在具体内容上也吸收了教会法的某些内容。如教会从维护神权统治和封建的婚姻关系出发,规定结婚必须通过一定的宗教仪式,举行结婚宣誓,接受教会的祝福和进行结婚登记;规定禁止结婚和撤消婚姻关系的条件等。《德国民法典》在第1305、1309、1310、1318条等内容中,较多地保留

① 李宜琛著《日耳曼法概说》第67页。

② (美)威格摩著《世界法制概览》第935页,第1019页,纽约1928年英文版。

了上述规定的痕迹。又如,教会法为确保封建家长制家庭关系,维护父权和夫权的统治,规定父亲对子女享有完全的支配权;夫为一家之主,妻应处于依附地位等等。受此影响,《德国民法典》规定了亲权(第1305条)、夫权(第1354、1355、1363条)等内容。此外,在遗嘱继承方面,教会法也保留了它的影响,如《德国民法典》第五编“继承法”第三章第六节中规定的遗嘱执行人及无遗嘱时指定遗产管理人的制度,就是源自教会法。^①《德国民法典》吸收教会法(它实质上是一种封建法),是由德国资产阶级与容克贵族相妥协这一政治特点所决定的。

(四)地方习惯法

如前所述,在整个中世纪,地方习惯法在德国一直占有重要地位,以各种形式影响着德国法律的发展。18世纪以后,德国各邦开始编纂统一的法典,地方习惯法是重要的法律渊源。19世纪初,随着历史法学派的兴起,地方习惯法也交上好运,被说成是德意志“民族精神”的体现,“全部法律的基础”。从而在德国出现了发掘、研究地方习惯法的运动,涌现了一批总结、阐述习惯法原则的著作,如普赫塔的《论习惯法》、贝塞莱的《民众法和法律家法》等。这些,为《德国民法典》吸收习惯法作了准备。

在民法典第一草案中,曾试图用专条规定习惯法仅在为法典明确认可的情况下才继续生效,以限制其作用。但第二草案取消了这一规定,原因是法典编纂者想使习惯法继续成为补充帝国立法和州法的辅助性法律。^②

《德国民法典》所受习惯法的影响,首先表现在它的某些条款直接来自习惯法。例如,关于失踪人死亡的宣告,罗马法上没有规定,德国采用罗马法后,就在这个问题上发生了困难:一个人失踪以后,

^① 《欧陆法律发达史》第173页,商务印书馆中译本。

^② 前引(英)E·J·Schuster著《德国民法原理》第5页。

他的财产应如何处理?萨克森某法院就引用《旧约全书》以为救济。该书上说,人的生命为七十年。^①该法院即据此假定一个失踪的人活着已满七十岁的话,就分三次去传唤他,第三次未到,法院即可宣告他为死亡。这个办法,渐渐成为当地的一种习惯,并为各地方法院所采用,也为《德国民法典》包括各邦立法所承认。^②

《德国民法典》受习惯法的影响,还表现在它用若干条文(包括民法典施行法)对习惯法的地位作了专门规定,如对某些公众的感情受历史传统影响较深的社会领域,规定由州法和习惯法调整(土地占有、采矿的习惯等);在某些社会关系方面,《德国民法典》规定了总的原则,而具体实施则参考州法和习惯法(第919条关于相邻土地设置界标的规定等)。^③

《德国民法典》承认地方习惯法的效力,是由于社会生活千姿百态、纷繁复杂,靠一部民法典不能完全解决问题;同时,《德国民法典》保留了较多的封建制度的残余,而德国封建时代又是以数百种习惯法为基本法律渊源的,因而民法典受习惯法影响较深;此外,德意志帝国虽然高度集权,但形式上毕竟是一个联邦制的资本主义国家,因而在立法上也不得不给予各州以一定的权限,从而使习惯法在国家法制中占有一定地位。

(五)中世纪商法

自中世纪以后,德国一直受到商法的影响。^④当它创建资本主义法制时,虽然实行民商分立制度,但上述影响,仍较多地保留在《德国民法典》中。如第一编“总则”中关于从事航海的失踪商人死亡宣告的规定(第16条),关于会社(公司)的规定(第54条);第二编

^① 《新旧约全书》诗篇九十章第十节。

^② 见《德国民法典》第14条。

^③ 前引(英)E·J·Schuster著《德国民法原理》第9页。

^④ 如“汉萨同盟”,曾全面适用中世纪商法的经典之一《维斯比法》。到十八世纪,普鲁士等邦国又仿照法国《1681年海事条例》制定了自己的商法。

“债务关系法”中关于缔结契约中要约和承诺的规定(第151条),关于契约以贸易惯例之信义解释的规定(第157条),关于债务者有诚实、且从交易上之习惯履行给付之义务的规定(第241条),关于买卖交换契约以及物的瑕疵之担保的规定(第七章第一节)等,都保留了商法的影响。此外,“许多以前仅仅是商法才有的规则现在已表现为总的法律原则而从商法领域移到了《德国民法典》中”。^①因此,1900年《德国商法典》规定,在该法典中没有规定的一切商事法律关系,按照民法典的原则处理。

(六)德国法学发展的成果

15世纪末以后,在罗马法复兴运动,尤其是后期注释法学派的影响下,罗马法在德国各大学中作为一门法律科学被研究、传授,职业的法学家阶层开始形成。这样,德国法学开始兴盛起来,^②经过法学家几个世纪的努力,至19世纪,终于走在世界前列。^③

在19世纪下半叶至19世纪末的一个半世纪中,德国法学发展大致经历了三个时期:(一)自然法学说传播时期(18世纪下半叶)。随着17、18世纪资本主义的成长,资产阶级自然法思想在欧洲得到迅速传播,德国也受到广泛影响,出现一批自然法学者和阐述自然法思想的著作。如托马斯和他的《自然法和万民法的基础》、福尔夫和他的《系统考察之自然法》(全九卷)以及蒂鲍特和他的《论制定德国民法的必要性》等等。(二)历史法学派统治时期(19世纪上半叶)。从19世纪初开始,历史法学派逐步支配了德国法学界。该学派的基本理论,在其经典著作如胡果的《实定法哲学之自然法》、萨维尼的《论当代在立法和理学方面的使命》和普赫塔的《论习惯法》等之中得到系统阐述。(三)目的法学派抬头时期(19世纪下半叶)。19世纪

① 前引(英)E·J·Schuster,著《德国民法原理》第9页。

② 前引碧海纯一等编《法学史》第122页,第125页。

③ (美)威格摩著《世界法制概览》第935页,第1019页,纽约,1928年英文版。

50—60年代,在研究历史法学的同时,德国又出现了研究“目的法学”的运动,其代表人物是耶林。在其名著《罗马法在其各个发展阶段中的精神》和《法律的目的》中,他系统地表述了“目的法学”的基本理论。^①

上述各法学学派的兴衰交替,直接反映了德国从资本主义成长向帝国主义过渡、资产阶级崭露头角到屈服于封建势力的变化过程。在18世纪下半叶至19世纪末的这个过程中,由于各法学学派的努力,19世纪德国的法学取得了重大成果。首先,从研究罗马法着手,建立了近代资本主义社会最系统、最完备的民法学体系。公元160年,盖尤士曾编写名著《法学阶梯》,提出了私法的体系。^②查士丁尼皇帝编纂的《学说汇纂》,在法律的理论化、系统化方面又前进了一步。据此,萨维尼于1840年至1849年,在《现代罗马法体系》中提出了建立近代罗马法新体系的设想。^③普赫塔在《体系的方法》一书中进一步提出了“结构法律学”的方法,构造了“私法体系学”。^④60年代以后,又出现了温德海德的名著《潘德克顿法学》教科书,^⑤它在胡果、蒂鲍特、普赫塔研究《学说汇纂》结构的成果上,^⑥进一步完善了总则、物权、债权、亲属和继承五编的民法学体系,从而为《德国民

① “目的法学”(又称“利益法学”)的基本观点为:法律是人类有意识的为了社会利益这个目的而创造出来的。这是资本主义发展到帝国主义时代社会改良主义在法律上的反映。见李达著《法理学大纲》第61~62页,法律出版社1983年版。

② 河上伦逸著《德国市民思想和法律理论》第124页,第123页,东京创文社1978年日文版。

③ 船田亨二著《法思想史》第305页,第308页,第330页,东京劲草书房1975年日文版。

④ 河上伦逸著《德国市民思想和法律理论》第124页,第123页。

⑤ “潘德克顿法学”(Pandektenrecht),我国也有译为“普通法学”、“罗马法继受法学”,是指基于研究《学说汇纂》(希腊文为Pandectae)而发展起来的十九世纪德国法律科学。

⑥ 最先把民法分为总则等五编的是胡果和蒂鲍特。见梅仲协著《民法要义》第21页,公诚法律会计事务所发行,1943年版。

法典》的结构体系奠定了基础。

其次,这些学说为《德国民法典》的制定提供了理论依据。自然法思想,为民法典确认各项资本主义民法原则,如公民的民事权利一律平等、契约自由、遗嘱自由等奠定了理论基础;历史法学派的学说,为民法典吸收、改造德国固有法,将德国法律的历史和现状结合起来提供了理论指导;依据目的法学派(属于社会法学派)的理论,《德国民法典》开始强调社会利益、国家干预等原则,如对私有财产所有权无限制原则和过失责任主义的限制,强调社会公益、诚实信用等等。可以说,《德国民法典》的理论基础就是揉合在一起的上述三派学说。

再次,从德国中世纪各种法律渊源中发掘了大量有重大价值的法律材料,有利于《德国民法典》的制定和德国法学的发展。如伦德的《德国普通私法的原则》、普赫塔的《教会法概论》、格里姆的《德意志法律》、贝塞莱的《继承契约之原理》、来尼尔的《永久告示录》、米台斯的《帝国法和民众法》、斯太恩的《日耳曼史料集》和海纳尔的各种蛮族法典校对本等等。

最后,以罗马法为基础,以其他法律渊源为补充,结合当时德国实际创造了一系列近代资本主义民法的基本制度、原则、概念和术语。如罗马法上只有一些间接代理的零星规定。德国法学家据此创造了现代通用的直接代理制度。^①又如,萨维尼的《论占有权》一书,基于各种各样的占有概念,抽象出了近代资本主义的具有普遍意义的“占有”概念。^②此外,关于请求权之移转制度、法律行为、无因管理、不当得利、试品买卖、社团与财团、信托、广告、处分、善意、同意等等概念,也都出自德国法学家之手或由他们作了重新解释。正如许多资产阶级学者所说的那样:“在法律用语和技术、法律结构和概念

① 前引《现代法学之根本趋势》第6页。

② 船田亨二著《法思想史》第305页,第308页,第330页,东京劲草书房1975年日文版。

构成等方面,《德国民法典》是德国潘德克顿法学及其抽象、精密学说的产物”,^①是“德国概念法学的集大成者”。^②

综上所述:(1)德国容克贵族、资产阶级是在全面继承以往法律,包括奴隶制和封建制的各种法律渊源的基础上建立起自己的法律大厦的。(2)《德国民法典》对上述法律渊源的吸收是不均等的。其中以吸收罗马法为最多,这主要是由于民法典制定时,德国社会资本主义商品生产已占绝对优势,需要一种规定详细、体系完备的资本主义法律体系来调整各种复杂的社会关系这一历史条件所决定的。另一方面,由于德国统一时保留了浓厚的封建制度残余,又使《德国民法典》保留了日耳曼法、教会法和地方习惯法的深刻影响。(3)这种继承经过了一个“去粗取精”的消化吸收过程,在这个过程中有突出贡献的是德国法学家,这种继承的“目标在于维持当前和过去之间的联系,并充分反映由现代社会和经济发展所引起的生活状况的变化。”^③这样,就使《德国民法典》成为把以往法律渊源改造成为适合现代资本主义社会需要的典范,成为德国容克贵族、资产阶级维护其政治统治和经济利益的精巧工具。因此,《德国民法典》源于中世纪、近代德国社会而又服务于近代德国社会,这是我们分析、研究《德国民法典》的基本出发点。

三、《德国民法典》的基本内容和主要特征

《德国民法典》是19世纪末向帝国主义过渡时期资产阶级国家编纂的规模最大的一部法典,按照温德海德的《潘德克顿法学》教科书的体系分为五编,即“总则”、“债务关系法”、“物权法”、“亲属法”和

① 前引《比较法概论》(上)第271页,第274~275页。

② 船田亨二著《法思想史》第305页,第308页,第330页,东京劲草书房1975年日文版。

③ 前引《德国民法原理》第8~9页。

“继承法”。各编之下设章、节、款、项、条,共 35 章,86 节,2385 条。^①在内容上,《德国民法典》一方面继承《法国民法典》所确立的一系列资本主义民法制度和原则,详尽地规定了资本主义社会的各种财产关系和与财产关系相联系的人身关系。另一方面,由于《德国民法典》制定时,德国已开始进入帝国主义阶段,同前述德国资本主义发展、政治与法律统一的特点以及 19 世纪德国法学相当发达等原因,又使《德国民法典》具有自己的特点,在许多方面不同于《法国民法典》。它既肯定了自由资本主义的民法制度和原则,又作出了许多新规定以适应垄断资本主义发展的要求,同时还保留了封建制度的残余。在法典体系、立法技术等方面,《德国民法典》也有许多特色。这些特征,在法典基本内容中有所体现。

(一)第一编“总则”

在体系上,《德国民法典》打破了传统的罗马法系民法典的模式,创造性地将“总则”列为独立的一编,以对整部法典的基本制度和原则作出抽象、概括的说明,并对一些概念、术语作出解释。如有关民事权利主体(自然人、法人)和它们之间的权利义务关系(法律行为)的规定,关于物、所有权、契约、代理、时效、正当防卫、紧急避险、担保、土地抵押的概念等等。至于以后的四编,只是“总则”编的扩展和具体化而已。这种体例,使民法规范在反映社会经济关系内容方面,比以往的法典更趋于合理和完善。这一成就的取得,当然是与前述德国 19 世纪法学的发展分不开的。根据德国法学家的观点,法典应是法律科学的具体体现。因此,必须有完备的体系、严密的逻辑、抽象的概念术语等等,尤其是一部民法典,它首先就必须对民事权利义务关系作出总的概括的规定,而实现这一要求,设立总则是必要的。同时,《德国民法典》的制定,经过了二十二年的磨砺,立法者深感当

^① 在草案中,本来还附有第六编“外国法的适用”,后为联邦议会并入《民法典施行法》中,即“国际私法”部分。

时社会变动的迅速,预见到靠一部法典是不能全部规定未来社会发展的,因此,必须使条文概括、抽象,以便让法官在实践中自己掌握和灵活运用。而规定一个抽象的总则,是实现这一目标的手段之一。此外,自《潘德克顿法学》教科书问世之后,德国法律界对五编制的民法体系极为熟悉,设立总则也被德国法律界认为是理所当然的事。

在内容上,“总则”编首次系统地规定了“法人”和“法律行为”两项制度,这是一大特色,对资本主义民法的发展具有重要贡献。

法人组织源远流长,早在罗马法上,就有社团和财团的规定。^①但是,明确的法人概念,直至 1798 年才由德国法学家胡果在《实定法哲学之自然法》一书中提出。^②1804 年《法国民法典》中,虽在第一编对民事权利的主体作了详细规定,但这里的“人”专指自然人,并不包括法人。《法国民法典》所以没有规定法人,首先是由于当时法国的资本主义发展还处在前期(工场手工业)阶段,作为法人的主要形式股份公司还未充分发展。^③其次是法国资产阶级对封建等级团体极为憎恨,害怕封建贵族借此复辟。因为封建后期的法国,这类团体众多,尤其是教会团体,拥有巨额地产,政治上也有强大势力。大革命时期曾决定取消所有的团体组织,^④拿破仑上台以后,对法人团体也持敌视态度。故而对设立法人,提出极为苛刻的条件。^⑤再者,当时的立法者深受自然法思想的影响,一方面认为自然人享有的是自然权利,法人享有的是法律权利,法律权利低于自然权利,并且随时会被法律改变,因而是无足轻重的。^⑥另一方面,认为法人的存在,将限制个人的意志自由,只要人们集中在一个团体里,就必须相互约

^① (法)Pierre Guiho 著《民法教程》第 227~228 页,1981 年里昂法文版。

^② (德)Herbert Wierdemann 著《公司法教程》第 191 页,1980 年德文版。

^③ 前引《主要资本主义国家经济简史》第 196~197 页。

^④ (法)Pierre Guiho 著《民法教程》第 227~228 页,1981 年里昂法文版。

^⑤ 同上。

^⑥ 《资产阶级民法讲义》第 42 页,北京政法学院 1982 年印发。

束。“因而必须抛弃在国家与个人之间的任何媒介(包括法人)。”^①

随着资本主义的发展,尤其是生产的集中、资本的积聚,大公司的成批涌现,明确规定法人为民事权利的主体就成了资本主义国家民事立法的一个突出问题。同时,自从胡果于1798年提出“法人”(juristische person)概念之后,德国法学界对法人作了许多研究和探讨,如萨维尼的“法人拟制说”,祁克的“法人有机体说”^②等等,法人理论的日趋成熟也需要在立法上加以肯定。

顺应这一时代潮流,《德国民法典》在“总则”编中,除较系统地规定自然人的出生、权利取得、失踪死亡之宣告、住所等等之外,还特别详尽地规定了法人制度。如在法人的分类方面,法典把法人分为“社团”、“财团”^③和“公法之法人”。此外,在法人的设立(第21、22、80条)、法人机关(第26、27、30—32条)、法人的登记(第二项)、法人所在地(第24、80条)、法人的章程(第57—59条)、法人的消灭(第41—43条)以及法人的债务清偿(第47—53条)等方面,法典也都作了系统的规定。

应当肯定,法人制度的规定,较正确地反映了德国资本主义经济发展的客观要求,具有一定的历史进步性;法人被赋予民事权利主体的地位后,就有了独立的意志和利益。而资本主义商品关系的一个重要方面就是在财产关系中重视和强调独立的意志和利益。因而,法人制度促进了资本主义商品关系的巩固和发展。同时,法人本身是人的集合体和财产的集合体的有机的统一,其中最主要的是财产,即资本的联合。因此,法人是资本积累、资本集中、资本控制的有效

① 前引《民法教程》第228页。

② “法人拟制说”把法人说成是法律虚拟的组织体;“法人有机体说”认为法人和自然人一样,也有自己特殊的机体,如人格、财产和内部的各种系统。

③ 这种划分并不科学,因为在任何法人中,既有人又有财产。不同的是社团是先有人(社员),再由人出资(股份、会费等)构成法人的财产;而财团则是先有财产(一般是由捐赠行为而设立),然后由专门委任的人去管理、经营。

法律手段。此外,法律赋予各种政治、职业、文化、科学团体以独立法人的地位,就可以更好地保护它们的利益,这符合资产阶级民主制度的要求,能充分发挥资本主义社会上层建筑的作用,使之更好地为其经济基础服务。

法律行为,是权利主体所从事的,旨在设定、变更和废止民事法律关系的行为。首次使用这一概念的也是德国法学家胡果。他于1805年在《潘德克顿法学》一书中,把人们在民事法律关系中的各种行为概括起来,用“法律行为”(rechtsgeschäft)一词加以表述。经萨维尼及其学生进一步宣传、解释,该词成为德国潘德克顿法学上的重要概念,并最终为《德国民法典》所吸收。法典是从下述四个方面对法律行为作出规定的:

(一)行为能力。由于法律行为是一种人为的法律事实,只有具有行为能力的权利主体才能为之。因此,法典首先对行为能力作了规定。如无行为能力之人的种类(第104条);已满七岁之未成年人行为能力的限制(第107条)等等。

(二)意思表示。法律行为以行为人的意思表示为其必备要素。法典对此作了详细规定。如意思表示须由当事人一方对另一方为之(第116条);意思表示须真实(第117—118条),发生错误或出于诈欺与不法胁迫的取消之(第119—120条,第123条);意思表示须按法定方式作出(第125—129条),其内容不得与法律和善良风俗相抵触(第134—138条)等等。

(三)契约。当双方当事人的意思表示取得一致(合意)时,法律行为即可成立,民事权利主体之间就达成一种协议——契约。由于法律行为是缔结契约的必备要素,因而法典除了在第二编“债务关系法”中详细规定了各种具体的契约之外,在法律行为一章中也用了整整一节对契约的主要原则作了规定。

(四)法律行为的条件和期限。在许多法律行为中,可以订有一定的条件的期限,以限定法律行为的效力。按照法典的规定,法律行

为附有停止条件时,系属于此条件之效力,以条件到来而发生(第158条);法律行为附有期限时,其效力的发生准用附条件法律行为之规定(第163条)。

实践证明,“法律行为”是对民事法律关系中各种具体行为的共同特征所作的概括,是符合社会客观经济规律的科学概念。它不仅为各资本主义国家所继承,也为各社会主义国家所沿用。虽然,哪些行为被当作法律行为以及它们能够引起哪些法律后果等等,要取决于表现为法律的统治阶级的意志以及决定这种意志的社会生活条件。但是,《德国民法典》关于法律行为的规定,对推动契约制度的发展,调整商品生产中各权利主体之间的法律关系,促进德国资本主义的经济,无疑起了重要作用。

(二)第二编“债务关系法”

将“债务关系法”单独列为一编紧接在总则之后,是《德国民法典》的又一特色。按照大陆法系的传统,债法或被列入物权法之内(《法学阶梯》),或列在物权法之后,但与继承等混在一起(《法国民法典》),这一方面是古代社会物权法(主要调整土地等不动产关系)占有异常重要的地位;另一方面,也由于当时的法学理论不够发达,如罗马法学家就认为,对物的权利是所有权,对人的权利是债权,因而将所有权和债权并列在一起。《法国民法典》制定时,虽然资本主义商品生产已开始发达,契约自由原则盛行,但由于《法国民法典》编纂时比较匆忙,法学家来不及对债法理论作较深入的探讨,从而将契约、继承、婚姻财产等内容统统包罗在“取得财产的各种方法”这个题目之内,没有把债法独立出来。而《德国民法典》的制定比《法国民法典》晚了一百年,在此期间,不仅资本主义商品经济更加发达,契约已成为一切经济活动的纽带,统治阶级从现实生活中认识到,必须给债法更突出的独立地位;而且,德国法学家经过一个世纪的努力,债法理论已成为近代民法理论中最发达、最重要的部分之一,论述债法的著作比比皆是,将债法列为第二编的五编制民法教科书已臻于完善。

因此,《德国民法典》将债务关系法独立出来,列为第二编,有着现实的基础和理论根据。

按照《德国民法典》的规定,“债务关系法”为七章613条。法典将契约作为产生债的主要原因,并继承了《法国民法典》所确立的“契约自由”原则,对它作了极为详尽的规定。比如,法典关于契约的性质和意义所作的规定是:契约是法律行为之一种(第一编第三章);是双方的而不是单方的法律行为(第151条),须在双方当事人意思表示一致时才发生效力(第154条);双方当事人必须按照法律和善良风俗达成协议(第309条)。又如,关于契约的种类,法典在第二编第七章“各个之债务关系”中规定了十多种,有买卖、借贷、租赁、雇佣、承揽、经纪(居间)、合伙等,表明了“契约自由”原则已渗入社会生活的各个领域。再如,对契约的缔结、担保(定金和违约金)、解除等,法典也都有详细的规定。这些,说明契约制度在德国资本主义社会占有突出的地位,它是实现资本流通、榨取剩余价值的基本法律形式之一。

其次,为适应垄断资本主义发展、工人反抗资本家斗争的深入、帝国主义时代雇佣关系地位日益重要这种形势发展的需要,《德国民法典》在契约制度的规定上,比《法国民法典》又有一些发展,^①突出表现在法典专列一节对人身雇佣契约作了详细规定,以调整工人和资本家的关系,保护后者的利益。比如,法典规定,因雇佣契约的订立,工人有替资本家工作的义务,资本家有支付报酬的义务;雇佣契约的标的物,得为各种“劳务”(第611条)。这样,工人迫于生活签订雇佣契约后,就得将“劳务”(劳动力)出卖给资本家,任凭其支配和剥削。又如,法典规定,工人的劳动报酬事先如未约定,则按习惯上的报酬额支付(第612条);不定期的雇佣契约,“随时得为雇佣关系解除之告知”(第623条);定期的雇佣契约,“有重要之事由,则各当事

^① 《法国民法典》对雇佣契约规定很少,还有一个原因是法国另有劳动法典。

者得不照告知期间而告知雇佣关系之解除”(第 626 条)。这些规定,使容克贵族和资产阶级可以根据经营上的需要,任意解雇工人,而工人出于谋生显然是不可能行使法典规定的“权利”的。

(三)第三编“物权法”

按照《德国民法典》的规定,物权主要是指所有权、占有权、地上权、役权、先买权、抵押权、质权、留置权等“直接存在于物上之绝对的财产权”。^①由于物权(核心是所有权)所保护的生产资料私有制是资本主义社会的基础,因此,各资本主义国家都极为重视物权立法。《法国民法典》在第二编“财产及对于所有权的各种限制”中,对物权法作了规定。《德国民法典》则将第三编明文定为“物权法”,并作了更为详尽、系统的规定,共有九章 433 条。从这些规定看,比较突出的是:极力维护资本主义私有财产和保留许多封建制度的残余。前者体现在对所有权的一般规定上,后者表现在土地所有权及其他物权制度方面。

在所有权的一般规定上,法典基本上继承了《法国民法典》所确立的私有财产所有权无限制原则,对所有权的定义、内容和保护等等作了系统、周密的规定,使之成为维护资产阶级和容克贵族私有财产权,保证他们对劳动人民进行无限制剥削的精巧工具。如法典规定:“物之所有人,在不违反法律或第三人权利之范围内,得自由处分某物,并得排除他人对物之一切干涉”(第 903 条);土地所有人之权利,不仅“扩充到地面上之空间与地面以下之地壳”(第 905 条),而且“定着于土地之物,特别是建筑物及与土地尚未分离的土地出产物”,“与土地所有权结合的权利”,都属于土地的构成部分(第 94、96 条);所有者,当其物为他人侵夺、占有时,“得请求物之返付”(第 985 条);“占有者,须将权利拘束发生后所取得之收益,还付于所有者”(第 992 条),如“因自己之过失”,使物遭受毁损或灭失时,须向所有者作

出损害赔偿(第 989 条);“占有者,以被禁止之私力,或因犯罪而取得占有时,应遵侵权行为损害赔偿之规定,对所有者负责”(第 992 条);如果侵权行为者不能或不愿意作出赔偿时,所有者可以向法院起诉,以求得救济(第 1003—1004 条)等等。但是,也必须看到,由于《德国民法典》制定时,资本主义经济比 19 世纪初叶的法国更为发达,需要在一定程度上限制土地所有者的利益,保护工业资本家的权益,以及在自由资本主义向帝国主义过渡时,要求限制自由资本主义民法原则(私有财产所有权无限制、契约自由、过失责任)的改革浪潮已开始兴起等原因,《德国民法典》已对私有财产所有权无限制原则规定了一些限制。如权利的行使不得以损害他人利益为唯一目的(第 226 条);他人为了消除紧迫损害需要使用所有人的财产时,如这种损害比使用所有人财产带来的损害为大,所有人就不得拒绝(第 904 条)。又如,法典在肯定土地所有权上达天空下至地心原则的同时,也作了一些限制(例如第 905 条规定,他人干涉不会给所有者带来任何损害,则所有者不得禁止这种干涉;第 906 条规定,工业生产上瓦斯、蒸气、臭气、煤烟、噪音、震动等的侵入,如对土地使用没有影响,或影响很少,或地方习惯认为相当者,则土地所有者不得禁止等等)。

在土地所有权和其他物权方面,法典表现了浓厚的封建制度残余。首先,法典用了大量的篇幅,详尽地规定了对地主的土地所有权及基于土地私有而产生的其他权利,如地上权、役权、先买权、抵押权等等。仅第三编第八章“抵押权土地债务定期土地债务”一章,就用了整整九十条条文。其次,法典竭力保护地主、富农和高利贷者对农民土地的掠夺,如规定土地抵押债务期满,债权人于通知土地所有人之后,在土地登记机关进行所有权的登记,即取得该土地的所有权(第 1141 条)。这就是说,劳动人民向地主、富农和高利贷者借债,以土地作押无力偿还时,土地就归后者所有。再次,法典关于庄园制度(第 593—594 条,第 2312 条)、土地附属物之保护(第 586—589 条)、土地相邻关系(第 909—923 条)、土地出产物之取得(第 955 条)、小

^① 李祖荫著《民法概要》第 440、673 页,湖南大学 1944 年版。

作制度(第 1123—1125 条)等等规定,也都带有比较浓厚的封建残余。

(四)第四编“亲属法”

由于资产阶级将亲属关系视为一种财产关系,把亲属关系上的许多行为看成是契约行为,因此,亲属法在资本主义社会仍被规定在民法典之中,只不过在《法国民法典》中,把它混在民事权利主体的规定之中,而《德国民法典》将它独立成编而已。

一方面,《德国民法典》在形式上继承并发展了《法国民法典》所确立的婚姻制度方面的各项资本主义原则,如婚姻以当事人双方之合意为实质要件(婚姻自由)(第 1332 条),婚姻因意思表示之错误或因欺瞒、胁迫等情况而取消(第 1333—1335 条),父母拒绝同意成年子女的婚姻时子女可请求法院救济(第 1308 条),寡妇可以再婚(第 1348 条),禁止重婚(第 1309 条)等等。同时,适应帝国主义时期工人阶级、劳动妇女争取提高妇女权利和地位的斗争不断高涨,以及资产阶级为了扩大雇佣劳动力的来源,让更多的妇女参加社会工作这一形势发展的需要,《德国民法典》规定妇女的法律地位,比《法国民法典》的规定已有所提高,如妻子具有诉讼权,享有独立财产(特有财产)的处分权(第 1357、1360、1365—1369 条)等等。

另一方面,从整个有关亲属的立法精神看,《德国民法典》仍保留有许多封建制度的残余,维护着男女之间在民事权利方面的不平等地位。首先,在结婚方面,法典规定了一系列繁复的仪式、程序以及众多的条件。如承认婚约制度(第一章第一节);未满二十一岁之子女的婚姻,须征得父亲之同意(第 1305 条);因通奸而离婚者不得与其相奸者结婚(第 1312 条);结婚须颁布结婚公告(第 1316 条),须有一定之仪式,须向户籍官吏登记并由其证婚(第 1324、1317—1322 条);结婚须遵守宗教上之各项义务(第一章第八节)等等。这些,无疑在事实上限制了婚姻自由以及妇女和子女权利的实现。其次,在家庭生活方面,法典贯彻了以丈夫为中心的“夫妻一体主义”。如结

婚以后,妻从夫姓(第 1355 条);“夫处决关于婚姻上共同生活之一切事务,对于住址及住屋,尤有特定之权”(第 1354 条);妻在家庭事务中有代夫管理之权,但实施的法律行为必须以丈夫姓名出现(第 1357 条)等等。再次,在夫妻财产问题上,法典也明确规定了夫妻间的不平等地位。如“妻之财产,因结婚隶属于丈夫之管理及收益(婚资),妻在婚姻中取得之财产,亦属于婚资”(第 1363 条);“凡婚资所属物件,夫有占有之权利”(第 1373 条)等等。此外,在其他民事权利方面,按照法典的规定,妻虽可单独订立契约,但若按契约所担负的义务和因婚姻关系对丈夫所担负的义务相冲突时,丈夫可以请求解除契约(第 1358 条)。这就是说,妻子订立契约的权利不得与对丈夫所负之义务相抵触,从而在实际上剥夺了妻的行为能力。

(五)第五编“继承法”

继承作为一种法律制度,是一定社会经济基础之上的上层建筑。在资本主义社会中,它是建筑在生产资料私有制基础之上,为维护资产阶级私有财产和剥削特权世代相传的法律工具。因此,德国容克贵族和资产阶级对继承立法也非常重视。在体系上,《德国民法典》比《法国民法典》进了一步,后者只是在第三编“取得财产的各种方法”中,用两章的篇幅对继承作了规定。而前者则把继承单独列为一编,并用了九章、464 条的详细规定。在内容上,《德国民法典》废除了德国封建制法中男女不平等的长子继承制,确认并发展了《法国民法典》所确立的子女平等分配遗产和遗嘱自由等资本主义民法原则。同时,适应垄断资本进一步发展的要求,法典规定遗嘱处分财产的范围比《法国民法典》规定的更为扩大。这些特征主要表现在法定继承、遗嘱继承和特留分制度上。

法典规定,法定继承人及其继承顺序为:(一)被继承人之卑属亲(子女)。如该卑属亲中有在继承开始时已去世者,其子女可代其参加继承(代位继承)。(二)被继承人之父母及其卑属亲(兄弟姐妹)。(三)被继承人之祖父母及其卑属亲(伯、叔、姑等)。(四)被继承人

曾祖父母及其子女。(五)同族远亲。至于配偶,法典并未专门规定属于哪一个顺序,而是根据情况参加各个顺序的继承。如配偶与第一顺序同为继承人时,可得遗产的四分之一;与第二顺序之亲属祖父母同为继承人时,可得遗产的二分之一;如果第一、第二顺序之亲属及其祖父母均不在时,可得遗产之全部(第1931条)。关于遗产的分配,法典规定,当继承人为一人时,遗产归其独得;继承人为数人时,遗产在数人中平均分配。这些,体现了“亲属无限制继承主义”和配偶、子女平均参与遗产分配的原则,与私有财产无限制的资本主义民法原则是完全一致的。

关于遗嘱继承,在法典中规定,遗嘱继承人包括:法定继承人中之一人或数人(第2066—2069条);继承时卑属亲中尚未出生之胎儿(第2070条);立遗嘱人的朋友、同事、部属、仆人(第2071条);不特定之贫民(第2072条)等等。同时,法典规定,立遗嘱人之遗嘱须具有一定方式才为有效,即遗嘱须在若干名法官、公证人及其他证人面前订立;遗嘱须由立遗嘱人亲笔书写或亲口叙述;如口头叙述遗嘱的须由法官、公证人书写后,经本人过目或念与本人听过(第2231、2238条);遗嘱上须写明立遗嘱的日期和地点,并有立遗嘱人以及在场人员的签名、盖章(第2231、2242条);遗嘱须用德语,不懂者可聘请经过宣誓之翻译代书,必须用外国语者,也须有德语的副本(第2240、2242、2245条);遗嘱可由立遗嘱人自己变更和撤消(第2253—2258条)。此外,法典还规定,立遗嘱人可以通过遗嘱方式,将其财产之一部赠与某个或几个特定人(遗赠)(第三章第四节)。所有这些,体现了资本主义遗嘱自由的原则。

特留分(也称“遗留分”)是指被继承人必须为各法定继承人保留而且不得以遗嘱处分的遗产份额。^①它起源于罗马法和日耳曼法,^②

为法国资产阶级所接受。其意义在于对遗嘱自由稍微加以限制,以保障妇女、儿童和老人的合法利益,维护资本主义社会的统治秩序。按照《法国民法典》的规定,立遗嘱人用遗嘱处理遗产时,得为法定继承人保留一定数额,如有婚生子女一人时,遗嘱处理不得超过二分之一;婚生子女二人时,不得超过三分之一;婚生子女三人及三人以上时,不得超过四分之一(第913条)。《德国民法典》继承了这项制度,用了一章(第五章)35条的篇幅,专门加以详细规定。如特留分数额为法定继承人应继分的二分之一;享有特留分权利之人为在继承时被排除的被继承人的子女、父母和配偶(第2303条);特留分请求权于继承开始时成立(第2317条),其时效为三年(第2332条);应得特留分之人若有虐待、危害被继承人等行为时,后者可取消其特留分(第2333条)等等。但《德国民法典》的规定,比《法国民法典》有所发展。在《法国民法典》中,采用的是“全体特留分主义”,即特留部分,为列举的法定继承人全体保留;而计算标准,仅就遗产若干之几而定之。依此办法,应得特留分的数人中,如有丧失继承权者,其特留分归其他应得特留分之人(第913条)。而《德国民法典》则采取“各别特留分主义”,即特留之部分,为列举之继承人各别保留,而计算标准,就各继承人应继分若干分之几而定之。依此办法,应得特留分之数人中,如有丧失继承权者,其特留分即算入遗嘱处分之部分,与其他应得特留分之人无关(第2303条)。这些表明《德国民法典》关于遗嘱处分的规定,比《法国民法典》的更为扩大,这是适应资本主义私有财产进一步发展的需要的。

四、《德国民法典》的历史地位及其影响

(一)《德国民法典》的发展

《德国民法典》颁布以后,由于基本上符合当时德国的国情,适应进入帝国主义时代以后资本主义民法发展的趋势以及本身所具有的

① 李祖荫著《民法概要》第440、673页,湖南大学1944年版。

② 五十岚清著《比较民法学的若干问题》第283页,一粒社1976年日文版。

种种特点,因而不仅得到统治阶级和法学家的交口称赞,^①而且保持了长久的生命力,至今仍然发生着效力。当然,在其实施的八十多年中,随着德国社会经济、政治和法律等的发展,《德国民法典》也发生了许多重要变化。

从民法典颁布至第一次世界大战时期,是其全面适用和德国资本主义法制进一步巩固时期。此时,民法典被当作处理各种民事法律关系的主要依据,享有极高的权威。同时,为适应该时期中德国资本主义飞速发展、社会关系急剧变化的新形势,统治阶级在民法典之外,还颁布了一些单行法规,补充调整各种民事法律关系,以巩固资本主义法制。如1900年7月16日生效的《德意志帝国贸易调整条例》、1901年6月19日实施的《出版契约法》、1908年的《动物饲养人条例》(对滥用契约自由作了一些限制)、1909年的《不正当竞争法》(禁止一切不正当竞争)以及1915年11月11日的《取缔高价买卖令》等等。^②

1919年魏玛共和国的建立,开始了民法典的第二个发展时期。由于当时德国形势的影响,^③1919年颁布的《魏玛宪法》比较强调社会公益,资产阶级民主色彩较浓。一方面,它认可了民法典和与它相近时期颁布的其它民事法规的效力,另一方面又作出许多新的规定。首先,宪法肯定并发展了民法典规定的资本主义民法原则。如“经济自由”、“工商业自由”(第151条)、“契约自由”、禁止重利(第152条)、所有权受宪法保护(第153条)、保护财产继承权和土地所有权(第154—155条)等等。其次,宪法修改了民法典的某些内容。在“社会化”口号下,对私有制实行了一些限制,规定所有权负有义务、

① 前引《比较法概论》第278页。

② 前引《近世私法史》第581页。

③ 1918年11月德国人民革命的果实虽然为资产阶级篡夺,但高涨的革命形势已对德国社会打上了深刻的烙印。

在它行使的同时应当增进公共福利(第153条);国家可依法对继承财产进行征收(第154条),联邦得依法将私人企业“收归国有”(第156条)。又如,宪法修改了民法典关于妇女和非婚生子女地位的规定,强调男女在婚姻等社会关系中地位平等(第109、119条);国家扶助儿童、保护产妇(第119条);非婚生子女与婚生子女共享有同等权利(第121条)等等。此外,宪法对智力创造,如著作权、发明权和美术权等的保护也作了规定。第三,在宪法精神指导下,还制定了修改、补充、发展民法典规定的一些单行法规。依据宪法关于“劳力受国家特别保护”的原则,1920年2月4日颁布了《劳工法》,承认并保护工人的某些权益等等。当然,《魏玛宪法》对民法典的上述修改、补充,只是形式上的、不完全的,同时,其实施还要再打许多折扣。但这些规定在当时还是有进步意义的,它是德国工人阶级和劳动人民革命斗争的结果,是他们保护自己权益的法律武器。^①

1933年1月30日,以希特勒为头子的纳粹党上台,开始了为期十二年的法西斯专政。纳粹政权为了实现奴役国内外各族人民的野心,推行一系列法西斯政策,在“国家社会主义”的招牌下,实施极端的独裁统治,撕掉一切资产阶级民主的外衣,全面破坏资产阶级自己创建的法制,恢复固有的封建法统。民法典虽然在形式上仍然适用,但实际上已为纳粹政权制定的一系列法西斯法律所取代。纳粹政权颁布了一系列扶助垄断资本、打击中小企业的法律,如1934年7月25日《卡特尔变更法》、同年11月27日的《德国经济有机建设的法律》、1933年5月12日的所谓《小商人保护法》以及1937年10月的《股权改革法》等,修改了民法典确立的法人设立、法人登记、法人撤消等等原则。1933年9月29日颁布的《世袭农地法》,^②修改或取消了民法典关于土地所有权、男女享有平等的继承权等等规定,复活

① 参阅《马恩全集》第23卷第313页。

② 参阅《外国法制史》第342页,北京大学出版社1982年版。

了中世纪长子继承等法律制度,以培植富农经济,巩固、发展纳粹在农村中的统治支柱,保证兵源,并为正在发展的垄断企业获得充分的劳动后备军。1933年6月1日的《失业缓和法》和1934年1月20日的《国民劳动秩序法》等,废弃了民法典和《魏玛宪法》关于雇佣关系的规定,确立了妇女为家内奴隶、资本家与工人是主人和仆从的地位,并恢复、建立了最野蛮的封建的法西斯奴役制度。此外纳粹政权还通过颁布单行法规,如1933年11月23日的《婚姻及养子制度之滥用禁止法》、1935年9月19日的《保护德国国民的血缘及名誉的法律》等,规定婚姻是将日耳曼种人的血缘关系和民族延续于后世的社会制度,推行反动野蛮的人种政策,禁止德国人与犹太人和有色人种结婚,并对后两者加以残酷迫害,歧视非婚生子女,恢复男尊女卑、家长制的婚姻家庭关系等等,从而修改、废止了民法典和《魏玛宪法》规定的婚姻家庭法的各项制度和原则。

1945年法西斯专政垮台以后,民法典进入第四个发展时期。二次大战以后,由于种种原因,德国被划分为两部分,即德意志联邦共和国和德意志民主共和国。从二次大战结束到八十年代,两者的社会状况都发生了重大变化,民法典也随着不断变化。

这一时期,西德的生产和资本进一步集中,商品经济的规模越来越大,出现了更能符合大商品生产和垄断经济的新的经济和法律形式。科学技术迅速发展,对各种知识产权的保护日益显得重要。国际贸易、国际合作和其他国际交往越来越密切,经济和社会生活越来越依赖于这种贸易和合作,从而要求对国内民法规范作出相应的修改、补充。为了应付战后频繁的经济危机,国家对社会经济生活的干预作用日益加强,无产阶级和劳动人民争取民主权利的斗争深入开展,使资产阶级不得不在形式上注重对公民各项权利的保护。

这些变化,使民法典不断得到修改和补充。其形式有:(一)通过宪法或特别立法,直接对民法典的条款作出废止、修改和更新。如基本法第6条关于保护非婚生子女权利的规定,修改了民法典的相应

条款;1967年的《损害赔偿法修正草案》对民法典第831条作了修正等等。至目前,法典原有的2385条条文中,已有八百多条被废除、修改或更新。^①(二)颁布单行法规,补充民法典的规定,用以调整以往未涉及的民事法律关系。如1965年的《股份公司法》,补充了民法典关于法人制度的规定,为公司特别是股份公司的扩大、发展以及它们之间各种各样的联合提供了必要的法律依据。从1949年到1982年的三十三年里,西德制定的三千多个法律中,百分之七十是这类民事、经济法规。^②(三)通过法院,尤其是联邦最高法院的活动,解释或重新解释、补充民法典的规定。如1956年7月14日“停车费”一案的判决,更改了民法典关于行为人因契约上之过失而负赔偿责任的规定。^③1968年11月28日某养鸡场主A诉某药厂D的判决,改变了民法典关于雇主对受雇人侵权行为的责任原则。^④(四)学者的解释(学说)在司法实践中也是更改民法典条款的重要形式(虽然西德法律对此没有明文肯定),如有关保护公民人格权方面的民法学说,改变了民法典第823、847条款的适用。^⑤

从内容上看,对民法典的修改、补充也是很广泛的。表现在所有权方面,首先是修正了私有财产所有权无限制的原则。按基本法第14条规定:“财产权负有义务,限其使用应有利于公众”。其次,为了配合国家对某些经济实行国有化,基本法规定,为了公众利益,财产可依法定方式有偿征收(第14条),土地、自然资源等财产,如为社会化目的可转变为集体所有(第15条)。战后颁布的其他一些国有化法令,进一步把一些私人不愿经营的公用经济部门,如水、电、煤气、铁路等收归国有。自战后三十年来,西德政府已使百分之二十的企

① 《法学译丛》1984年第一期第19页。

② 《法学研究》1983年第四期第62页。

③ 王泽鉴著《民法学说与判例研究》第一册第100页,三民书局1980年版。

④ 同上第二册第162页。

⑤ 王泽鉴著《民法学说与判例研究》第一册第38,39,48页,三民书局1980年版。

业成为国有经济。^①

在契约制度方面,二次战后的经济不景气和人民斗争运动高涨,迫使统治阶级对“契约自由”原则作出修改,以缓和阶级矛盾,维护统治秩序。它颁布经济稳定法,实行计划化,对涉及国计民生的重大契约关系作出干预;制定卡特尔法,禁止大企业和大企业的联合组织在生产产品或提供劳务方面签订限制竞争的卡特尔契约,以保障竞争自由,抑制垄断,发挥中小企业的生产积极性;制定标准契约法、分期付款买卖法等,规定消费者购买商品可以分期付款,并在签订契约后一周内如对所购商品不够称心,有解除契约的权利等等,以提高商品质量,扩大销售市场,解决六十年代以后存在的严重商品过剩。^②正如西德科隆大学教授海·休布纳指出的那样:在许多范围内,“我们已经放弃了19世纪的原则,即一个人可以通过契约去安排和决定他自己的法律关系。今天,这个原则已被适当的社会行为这个原则所代替了”。^③

人格权是与公民人身密不可分的精神方面的重要权益。比完全不承认人格权的《法国民法典》进了一步,《德国民法典》对保护人格权益作了一些规定,但仍未承认一般的人格权。^④随着战后西德人口集中、交通发达、电讯普遍而深入以及新工艺器材(如窃听器、远距离照相机等)的发明,人格随时有遭受侵害之虞,其情形之严重,非民法典制定时所能预见。同时,法西斯专政对公民人格的严重侵害,唤起了人民对人格保护的重要性的认识。尤其是统治阶级认识到,为了缓和阶级矛盾,维护资本主义社会的长治久安,必须对人民的权益作出形式上的保护。因此,西德政府在有关判例和特别立法中开始

① 《法学研究》1980年第四期第56页。

② 同上第57页。

③ 前引《外国民法资料选编》第81页。

④ 见《德国民法典》第823条。

承认一般的人格权。如1958年3月14日的“骑士案件”、1961年9月19日的“人参案件”和1967年的《损害赔偿规定修正补充草案》等。^①

在婚姻家庭法方面,根据基本法和1957年的《男女平权法》,确定了男女平等和非婚生子女与婚生子女地位平等的原则,^②西德各级法院尤其是联邦宪法法院对民法典作了许多修改。^③它们废除了民法典第1363条关于“丈夫对妻子的财产有管理与使用收益权”的规定,妻子可不经丈夫的许可而从事一种职业,夫妻双方可以各用自己的姓,允许非婚生子女对其生父的继承人有一种用金钱代替实物的继承请求权等等。^④

此外,在侵权行为的责任(过失责任)、知识产权的保护等方面,民法典也被修正和补充。

在民主德国,对资本主义性质的《德国民法典》的适用范围当然受到了限制。建国初期,《德国民法典》虽被作为法律渊源之一,但其效力已部分地为一些单行法规所取代。如在婚姻家庭法方面,东德于1955年制定了《关于婚姻缔结以及解除的命令》,1965年又进一步制定了《德意志民主共和国家庭法典》,作为调整婚姻家庭关系的基本法规。^⑤进入六十年代以后,东德也开始了自己社会主义民法典制定,并于1960年颁布了第一部新的民法典,但其中仍保留了《德国民法典》的条文。七十年代以后,东德又着手对1960年民法典的修订工作。1975年6月19日,颁布了新的民法典,即《德意志民主共和国家庭法典》,1976年1月1日生效。至此,民主德国才彻底废止了《德国民法典》。因此,《德国民法典》自从颁布以后,不仅在西德,

① 前引《民法学说与判例研究》第一册第39、48、310页。

② 前引《比较法概论》第284页,第287页。

③ 前引《当代世界主要法系》第138页。

④ 前引《外国民法资料选编》第92页。

⑤ 前引《比较民法学的若干问题》第261页。

而且在东德也发生着一定的影响。^①

(二)《德国民法典》对世界各国的影响

《德国民法典》颁布后,在国外也发生了重要影响。“作为法律学上专门的事业,《德国民法典》是一杰作,也是当时欧洲法学最新和最现代化的产物。它不仅是世界上最进步的法典,受到了普遍的欢迎;而且在欧洲乃至全世界,与《法国民法典》一起,成为后来立法的楷模”。^②

在欧洲,希腊于19世纪末就深受德国法学家温德海德的《普通法》教科书的影响,当时制定的民法典草案,保留了整部《德国民法典》的印记。四十多年以后,即在1940年3月3日完成,1946年2月23日生效的《希腊民法典》,也仍然保留了上述影响。其中,债法部分几乎可以说是《德国民法典》的抄本。在匈牙利,根据1867年的《宪法协定》着手编纂的民法典草案,也是以《德国民法典》为蓝本的。^③1928年《匈牙利民法改正案》仍然保留了这一痕迹。波兰1925年的《登记法》和1927年的《债务法》,同样受到《德国民法典》的影响。就是原来一直属于法国支派的意大利,在制定其民法典(1942年3月16日颁布)时也参酌了《德国民法典》。其他如荷兰、捷克斯洛伐克、南斯拉夫、奥地利、瑞士以及斯堪的那维亚各国,在不同程度上无不受到《德国民法典》的影响。即使自己创建了一套法律体系的英国,其著名法学家詹克斯于1921年编的《英国民法汇纂》,就是仿照《德国民法典》的体例而成的。^④在美洲,巴西、秘鲁等国同样受到了《德国民法典》的影响。

亚洲各国受《德国民法典》影响最深的,首推日本。它自1882年

① 限于资料和本文中心议题,对《德国民法典》在东德的发展只能作一简略介绍。

② 前引《近世私法史》第589页。

③ 同上第591页。

④ 李祖荫著《比较民法》第10页,1933年北平朝阳学院出版。

3月起,就派了伊藤博文等人赴欧洲向德国法学家格奈斯特等学习立法经验。1890年由法国学者保阿索那特帮助起草的旧民法草案被否定以后,1893年成立的民法典调查会便以德国民法草案为主,参照《法国民法典》重新制定新民法。1898年7月16日施行的《日本民法典》,无论在体系上还是在内容上,都与《德国民法典》神貌相似。1902年(光绪28年),清朝政府委任沈家本、伍廷芳等人为修订法律大臣,1907年设立修订法律馆,聘请日本法学家松冈义正、志田钾太郎等人来华后,也仿照德、日两国民法典起草民律,至1911年(宣统三年)完成草案,即《大清民律草案》,但因清王朝覆灭,未及实施。中华民国时期,继北洋政府的民事立法之后,国民党政权在1929年5月23日至1931年5月5日先后公布了总则、债权、物权、亲属、继承五编。这部民法典深受《德国民法典》的影响,除内容上增加了一些旧中国半封建半殖民地特点的规定之外,体系上完全是以德国民法典为蓝本的。此外,亚洲各国中受《德国民法典》影响较深的,还有泰国。

以社会主义国家而论,1922年10月31日通过(1923年1月1日施行)的《苏俄民法典》,显然是参酌《法国民法典》和《德国民法典》制定的,但后者的影响更深。^①该法典除将亲属编抽出之外,体例上仍保留了总则、物权、债、继承四编。在内容上,关于民事权利主体(公民、法人)、法律行为、代理、期限、时效、私人所有权、契约、债的担保和消灭、继承等规定,也程度不同地受到《德国民法典》的影响。^②

(三)《德国民法典》在大陆法系中的地位

《德国民法典》对世界各国的影响是巨大的。虽然由于它继承了罗马法的内容和成文法典的传统,吸收了《法国民法典》所确立的各

① 在它制定过程中,列宁曾指示:“凡是西欧各国文献和经验中所有保护劳动人民利益的东西,都一定要吸收”。见《列宁全集》第三十三卷第173页。

② 前引《比较法概论》第287页。

项资本主义民法原则,因而理所当然地被资产阶级学者划入以《法国民法典》为代表的大陆法系之中。^①但《德国民法典》还具有与《法国民法典》不同的一些特点,以及两者各有一批宣扬和鼓吹者,致使许多学者将大陆法系分为两派:以《法国民法典》为代表的“法国派”和以《德国民法典》为代表的“德国派”。^②笔者认为,在基本内容和阶级本质上,《德国民法典》和《法国民法典》基本是一致的。前者关于私有财产所有权、契约、侵权行为的责任、夫妻以及父母子女的法律地位、法定继承与遗嘱继承的结合等等规定,都来自后者。但是,两者确实存在着如下一些主要区别:

第一,两者制定的政治基础不同。《法国民法典》是在资产阶级革命比较彻底的情况下制定的,它所保留的封建残余比较少,尤其是对封建教会干预世俗事务的权利,废除得比较彻底。《德国民法典》是在资产阶级屈服于容克贵族,建立起君主制资本主义国家的基础上制定的,法典中封建的色彩比较浓厚。

第二,两者所反映的经济基础不同。《法国民法典》反映的是自由资本主义的经济基础,强调个人自由,对资本主义三大民法原则几乎不加限制,也没有规定法人制度。而《德国民法典》制定时,资本主义自由竞争进入垄断阶段,法典反映的是垄断资本主义的经济基础。因此,它开始强调社会利益、国家干预,对资本主义三大民法原则已有某些限制,对法人制度也作了详细规定。

第三,两者的法学成果不同。《法国民法典》制定的年代较早,起草的时间也较短,立法者只是继承了罗马法学理论、资产阶级自然法学说以及大革命时期法国的法学发展成果,未能对资本主义民法理论作深入的探讨。《德国民法典》则不同,它的制定比《法国民法典》晚了近一百年,起草工作也长达二十二年之久。因此,德国法学家曾经从容地“继续着罗马法教科书上大学学派(潘德克顿法学派)的研

① ② 《当代世界主要法系》第49,第67页。

究工作”,^①对资本主义民法的体系、概念术语以及各项具体制度、原则进行深入的探讨,对社会经济生活进行概括和总结,将自然法学派、历史法学派和社会法学派的学术成果都融于《德国民法典》之中,从而取得了比《法国民法典》更高的成就。仅就法典体系而论,《德国民法典》“五编”的结构,要比《法国民法典》“三编”的结构更科学更合理,因为“任何科学的安排方法都不会在一本书(《法国民法典》)中把继承和捐赠、契约和侵权行为、婚姻财产、特殊契约、抵押和时效等这类毫不相干的内容都纠合在‘取得财产的不同方法’题目之下。”^②

第四,两者的立法指导思想不同。与上述第二、第三点相联系,处在自由资本主义时期的法国资产阶级,对自己的前途充满信心,敢于并要求用公开和明确的方式,在法典中表明自己的意志。另一方面,当时的立法者为了避免“一般归罪于法学家的法律专业化、技术化、复杂化的问题”,也要求“建立简单、无技巧、通俗易懂的法律制度”。^③因此,《法国民法典》的立法指导思想“就是用清楚、明确、直截了当的方式表述法律,以使公民无需请教律师和法院就能读懂法律,知道他们的权利和义务。法国编纂者们曾经设想过,1804年的《法国民法典》会成为象摆在家庭书架上的《圣经》一样广为流传的书籍,它具有清楚的条理和易懂的语言,使公民能够自己认定他们的合法权利和义务”。^④《德国民法典》则不同。一方面,处在帝国主义时代的德国容克贵族、资产阶级为适应日新月异的社会经济生活,对付日益发展的工人运动和阶级斗争,以维持其政治统治,立法时需要采取比较隐晦曲折的方式,用抽象、概括、笼统的条文来表述自己的意志。另一方面,在起草中起主导作用的法学专家,坚持认为“法典乃

① 前引《当代世界主要法系》第49页,第67页,第86页。

② 前引《外国民法资料选编》第33页。

③ ④ (美)约翰·亨利·梅利曼著《大陆法系》第31页,顾培东、禄正平译,西南政法学院1983年印。

为裁判官而编订,非为俗人(平民百姓)而编订。故法典之价值,在于使裁判官容易理解,至于俗人能否理解,则无(考虑的)必要”。^①在这种思想指导下,《德国民法典》除采用严密的逻辑结构,专设一编“总则”外,还尽可能多地互引条文和使用抽象概念,从而成为统治阶级尤其是司法机关手中可以随意解释和适用于各种场合的精巧工具。

上述区别,表明《德国民法典》具有与《法国民法典》不同的鲜明特点。这些特点,使《德国民法典》在大陆法系中占有显著地位。它的颁布,推动了大陆法系的发展,使之更加发达、完善。可以说,《法国民法典》和《德国民法典》是大陆法系发展过程中的两个里程碑。

五、研究《德国民法典》的现实意义

恩格斯指出:“没有奴隶制,就没有希腊国家,就没有希腊的艺术和科学;没有奴隶制,就没有罗马帝国。没有希腊文化和罗马帝国所奠定的基础,也就没有现代的欧洲。我们永远不应该忘记,我们的全部经济、政治和智慧的发展,是以奴隶制既为人所公认,同样又为人所必需这种状况为前提的。在这个意义上;我们有理由说,没有古代的奴隶制,就没有现代的社会主义。”^②同样,我们也可以说,没有奴隶制、封建制和资本主义法,也就没有社会主义法。《德国民法典》作为有重大成就和巨大影响的资本主义法典,对于我国的民事立法,促进四个现代化建设事业,无疑具有重要的研究、借鉴意义。

第一,“民法的作用,在本质上就是确认各人与各人之间的现存的,即在一定情况下是正常的经济关系”,^③这种经济关系的内容之

^① 前引《法律进化论》第三册第268页。

^② 《马克思恩格斯选集》第三卷第220页。

^③ 恩格斯,《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》第43页,人民出版社1972年单行本。

一是一定范围的商品经济关系。而我国四个现代化建设的重要任务之一就是发展社会主义的商品经济。虽然,我国社会主义商品经济与资本主义商品经济有着本质区别,即前者建立在公有制经济基础之上,后者建立在私有制基础之上,因而反映在民法规范上,就有社会主义性质的和资本主义性质的两种,我们必须严格分清。但是,既然社会主义社会和资本主义社会都存在着商品经济,商品经济又必然有共同的规律(如价值规律等),这些规律又是不能以人们主观意志而改变的,那么,反映在民法规范上就必然有一些共同的内容。这些共同的内容就是我国社会主义民事立法所需要借鉴的。如果我国的民事立法和经济立法能够充分借鉴《德国民法典》中反映并调整商品经济关系的这部份规范,对促进我国社会主义商品生产,加快四化建设步伐,必然会有所裨益。

第二,我们目前正在建设具有中国特色的社会主义法律体系,完备社会主义法制,这就要求我们完备各部门法,尤其是象民法这样基本法的立法。作为上层建筑之一的民法,一方面由经济基础决定,另一方面又有相对的独立性,有其自己发生、发展和变化的历史。^①我国古代虽然也有各种民事法律关系,但是现代民法的体系和各种制度则是来自欧洲。当然,民法具有鲜明的阶级性,不同性质的民法都是产生于各自不同的社会经济条件,并为不同的阶级利益服务的。但同时,民法又有继承性,不同性质的民法之间存在着历史的联系,不能完全割断。因此,研究、借鉴《德国民法典》也是加强我国的民事立法、完备社会主义法律体系的需要。

第三,随着我国对外开放政策的实施,我们在对外贸易、投资、所有权、知识产权、损害赔偿、继承、婚姻等各个民事领域中都有涉外的纠纷和案件。在这方面,国际私法给我们指出了在涉外民事纠纷中应该适用那个国家的法律问题。至于在适用外国法时,该国的实体

^① 参阅《马克思恩格斯全集》第十二卷第760页。

法是如何规定的,这就要靠研究《法国民法典》、《德国民法典》等外国现行法典才能了解和解决。尤其是与牵涉到我们国家或公民的利益和纠纷是在外国解决时,了解外国法的意义更大。

就我国情况来看,《德国民法典》中可资借鉴的有:

第一,作为资产阶级民法科学的结晶,《德国民法典》是我们社会主义民法科学研究的重要资料。如前所述,19世纪德国的民法科学相当发达,在此基础上制定的《德国民法典》,既是一部法典,也是一部系统完备的民法学教科书,它的体系、原则、各项具体制度以及许多概念术语,都是世界民法科学的宝贵财富。对此进行深入研究,无疑将有助于我们建立比之更加科学、发达的社会主义民法科学。

第二,《德国民法典》的某些具体内容,也可以为我国民事立法所借鉴。比如,在所有权方面,《德国民法典》对私有财产的保护是极为详尽细致的,这些规定,与我们保护社会主义公有财产和劳动群众集体财产虽然有本质的区别,但其保护的具体做法,对我们是有参考价值的。尤其应当看到,随着我国经济体制改革的深入,仅在所有制的形式方面就已出现了许多新问题。如土地、森林、草场、果园、花圃、池塘、加工厂等承包给农、林、牧、副、渔、工专业户,虽然这些生产资料的所有权仍在国家和集体手里,并且承包也有期限,但至少在承包期内,这部分公有财产的占有、使用、收益之权已转入专业户之手。面对这些新问题,特别是在目前干扰、侵害专业户合法权益时有发生的情况下,如何保护承包合同的正确履行以及保护专业户对承包的生产资料的占有、使用、收益之合法权益,就是我国民事立法所要考虑的重要课题了。而在这方面,《德国民法典》规定的占有制度、相邻关系、界标设置、共有、地役权、所有权保护之诉等,对我们是有重要启示的。

又如,在契约制度方面,《德国民法典》对契约订立、契约公证、契约种类、契约担保、契约解除等等都有详细规定,其实质当然在于保证容克贵族、资产阶级对工人阶级和其他劳动人民的经济剥削。但

这些规定除了具有为资本主义社会服务的性质以外,还包含着反映商品经济客观规律的内容。这些,我们是也可以也是必须继承的。就拿契约之标的物的瑕疵的系统规定来说,它反映了商品生产的基本规律——价值规律的要求,对保证各民事主体准确履行契约,提高产品质量,保护广大消费者(单位)的利益,促进我国城乡的商品生产,扩大对外贸易并提高我国在国际上的信誉等等,都是有参考价值的。

再如,保护公民人格权已成为我国宪法规定的基本任务之一(第37—40条),但这一任务的实现,还要靠民法、婚姻法、刑法等部门法作出进一步的规定。从我国目前的情况看,侵害公民人格权,使受害人不能正常工作、学习,甚至危及安全和生命等现象还时有发生。因此,加快制定民法典,保护公民人格权是刻不容缓的。在这方面,《德国民法典》以及战后补充的保护公民人格权的规定,对我们同样具有借鉴意义。虽然,这些规定只是形式上的,也没有超出资产阶级民主的范围。但我们完全可以把这些保护形式吸收过来,使我国保护公民人格权的规定更为广泛、系统和完善,并真正做到内容和形式的统一,成为保护广大劳动人民合法权益的重要法律武器。

此外,《德国民法典》规定的其他民法上的一些基本制度和原则,如公民的民事权利一律平等,从事民事法律行为之民事主体必须遵守诚实信用、善良风俗,过失责任和无过失责任的结合,法定继承与遗嘱继承的结合,遗留分等等,也都可以为我国民事立法所吸收。

第三,在立法技术上,《德国民法典》同样具有可供借鉴之处。所谓立法技术,一般包括法典形式(体系、结构)、编纂方法和编纂技巧三个方面。

从体系上看,《德国民法典》的“五编制”对我国的民事立法有借鉴价值。当然,这并不是说我们应当仿照“五编制”的体系来制定我国的民法典,这在事实上已不可能也没有必要,因为自《德国民法典》颁布以来的八十多年间,民法典的体系已经有了重要突破和发展。早在本世纪20年代初,《苏俄民法典》就破天荒地将“亲属”编分了出

去,使其作为单行法规以《苏俄婚姻、家庭和监护法典》之名公布(1926年11月26日公布,1927年1月1日施行)。这种做法当然是科学、合理的,因为在社会主义制度下,婚姻家庭关系已不是一种从属于财产关系的人身关系,而是一种具有特殊性质的人身关系,婚姻家庭领域内的财产关系是由这种人身关系而发生,并完全依人身关系为转移的。1964年6月11日颁布的《苏俄民法典》,则根据20世纪经济、科技、文化的发展,国际交往的频繁等新变化,在修改民法典体系上再一次作出了努力。它在总则、所有权、债、继承四编外,又增加了第四编“著作权”、第五编“发现权”、第六编“发明权”、第八编“外国人和无国籍人的权利能力,外国民法、国际条约和协定的适用”等四编。1975年6月19日通过,1976年1月1日生效的《德意志民主共和国民法典》,也进一步适应当代经济发展、经济立法日益发达的新形势的需要,将民法和经济法明确分开,彻底突破了《德国民法典》“五编制”传统的窠臼,取消了总则部分。它仅在第一编中简要地规定了公民、企业和其他组织的行为原则、任务及法律地位;有关行为能力、代理等等规定,则作为订立契约关系的主观条件列入第三编“有关物质和文化生活的契约”之中;关于禁治产、死亡宣告和时效等制度则作为特殊的民事法律关系规定在最后一编。这样,就避免了繁琐的概念和定义的重复,使整部法典比较通俗易懂,便于掌握和执行。

我们借鉴《德国民法典》体系的立足点是在于把它与它以前和以后的民法典作出比较,进一步探讨民法规范采用何种形式更能准确地反映、把握“社会生活的经济条件”,^①更好地调整我国的社会主义商品经济关系。事物是由内容和形式两个方面构成的。一般说来,内容决定形式,形式表现内容并为内容服务。民法典按其内涵划

^① 恩格斯:《路德维希·费尔巴哈和德国古典哲学的终结》第43页,人民出版社1972年单行本。

分,其结构体系属形式。而它的规定(制度、原则等)是内容。民法典的内容决定其形式,而这种内容,又来自社会“经济关系的要求”。^①因此,民法典采用哪种结构体系,最终要受其调整的经济关系的客观规律所决定,认识这种规律是一个长期的过程。从《十二表法》民刑不分到《法学阶梯》的旧三编制、《法国民法典》的新三编制、《德国民法典》的五编制、《苏俄民法典》(1964年)以及《德意志民主共和国民法典》的新体系,反映了人们对民法规范表现社会经济关系的形式的认识,有一个不断深化的过程。我们只有在深入研究、全面总结这一过程的基础上,才能制订出一部体系完备,较准确地反映社会经济内容的具有中国特色的社会主义民法典。

从编纂方法上看,《德国民法典》的起草体现了三个方法。第一,专家立法和听取实际部门的意见相结合。一般说来,资产阶级囿于其阶级局限性,在立法时总是委托一些专家学者关起门来搞。但是,在有些情况下,他们也能广泛听取各行各业有产阶级的意见。《德国民法典》的起草就经历了这种情况。第一草案因为是几个法学家闭门造车,与现实距离甚远,结果被各界人士否定了,意见书汇编有六卷之多。吸取这一教训,统治阶级一方面吸收了各种批评意见,另一方面,改组了编纂委员会,充实了许多实际部门的人才,从而使公布的《德国民法典》比较切合德国的实际。这种立法者与实际部门相沟通的方法,虽非自觉地采取,但对我们仍有启发:要使法典较好地反映客观经济规律、正确表现社会现实生活,就必须自觉地采取立法者与人民群众相结合的方法,广泛听取各行各业的意见,集中人民群众的一切智慧。

第二,历史和现实相结合。如前所述,《德国民法典》吸收了历史上许多法律渊源,并将其与现实生活相结合,从而起到了“古为今用”的效用。这对我们也有启迪:我们中华民族有着悠久历史文化,尤其

^① 马克思:《哲学的贫困》,见《马克思恩格斯全集》第四卷第122页。

是处理人们之间的民事纠纷方面,有不少好的习惯、传统美德,如诚实守信、尊老爱幼、帮助乡邻、拾金不昧等等,我们的民事立法对此均可予以吸收,以为现实生活服务。

第三,法学研究成果与司法实践相结合。《德国民法典》的许多制度、原则、如代理、法人制度等,都是立法者将法学研究成果与司法实践相结合而创设的。这虽不能冠之以“理论联系实际”的原则,但作为一种立法方法,也是值得我们借鉴的。

从编纂技巧看,《德国民法典》确有很高的成就。如其条文排列十分严谨、逻辑性很强;大量运用互引条文的方法,虽然实际部门适用时要麻烦一些,但可省去许多条文,可缩短法典的篇幅;使用了许多抽象、精确的概念术语,如法律行为、法人、代理、占有、要约与承诺、定金、违约金、无因管理、不当得利、特留分等等。这些概念术语,有的来自以往的法律,是人类几千年法律文化发展的结晶;有的虽属《德国民法典》首创,但经过八十多年的适用,已为各国民法所普遍接受。作为人们物质和精神生活关系在语言上的表现,^①这些概念术语是人类法律文化的珍贵遗产,我国的民事立法是可以继承的。

澳大利亚民法学家瑞安曾说过:“《法国民法典》和《德国民法典》概括了在历史发展的某个阶段上法国人民和德国人民对法律所做的贡献,它们的颁布使上述进程达到了最高潮。这两部法典在民法的发展史上形成了一个新的转折点,但很显然,民法的发展并没有由于这些法典的颁布而告结束”。^②需要强调的是,自1922年《苏俄民法典》颁布以后,世界民法的发展出现了一个比法、德两国民法典的颁布更大的进步,即社会主义民法典登上了历史舞台,从而使几千年来一直仅仅调整私有制财产关系的民法规范改变了性质,发挥了更大的社会作用。只要我们坚持马克思主义法学原理,认真总结我国的

① 马克思、恩格斯:《德意志意识形态》,见《马克思恩格斯全集》第三卷第421页。

② 前引《外国民法资料选编》第39页。

实践经验,深入开展对古今中外民法规范的研究,吸收其中的一切精华,就一定能编纂一部比《法国民法典》、《德国民法典》和《苏俄民法典》成就更高的具有中国特色的社会主义民法典,从而为世界法律文化的发展作出我们中华民族应有的贡献。

(本文系作者的硕士论文,完成于1984年。其摘要刊登于史焕章主编《华东政法学院法学硕士论文选》,上海社会科学院出版社1988年版)

行政法在西方社会生活中的作用

行政法,是国家机关为调整国家行政机关在行使、指挥、组织、监督诸职能过程中发生的各种社会关系而制定的法律规范的总称。现代西方的行政法,是资产阶级经过革命、“三权分立”原则得到贯彻、行政权得以独立的产物。法国大革命时创建了“国政院”,负责行政立法和司法。在英美法系,行政法与委任立法紧密联系,源自1834年英国对《济贫法》的修订活动。20世纪尤其是第二次大战后,英国的行政立法进一步活跃,如1950年一年制定的法规就达2144项,比议会立法多了三十倍。目前,西方各发达国家都制定有详尽的行政法规,建立起了比较系统完备的行政法制。如日本,战后四十年来,共制定各种行政法律、法令达1500余种,将行政组织、公务员管理、行政诉讼、财政业务、合同的登记与管理、政府专卖事业、警察管理、保安防卫、消防、气象、出入境管理、移民、土地和道路管理、文化教育、军事等全部纳入了行政法制的轨道。

高度发达的现代西方行政法,在西方国家的社会生活中发挥了重要作用。

一、确保宪法和法律的贯彻实施

它通过内阁法、国家机关组织法等,使宪法规定的政府各种职能得到实现;通过国家公务员法,对国家大小官吏的编制、职责等作出明确规定,为法治提供了组织保障;通过财政法、预算决算法、会计法等,使国家财政制度基本原则得以具体实施,等等。所以行政法

亦被称为“活动的宪法”、“具体化的宪法”。

二、健全资产阶级民主制度和法制生活

通过各种行政组织法,处理好行政机关和权力机关、司法机关,行政机关内部以及行政机关和它的工作人员,行政机关和所属企、事业单位、社会组织、团体、行政机关及其工作人员与公民等的关系,使资产阶级民主的各项原则得到具体实现。通过确立“依法行政”、“无法律即无行政”的根本原则,将行政机关的各项活动都纳入法律、法令规定的轨道,以法治国。通过各种行政法律监督措施,以防止其滥用权力、侵害公民权益等行为。

三、精简国家机构,提高行政效率

日本于1969年5月16日颁布了《关于行政机关职员定员的法律》,对国家公务员编制进行削减整顿。至1981年,共削减了中央各机关公务员128000人。在七十年代英国当时的希思政府采取一系列法律措施,将许多相近的部进行合并,减少了各种扯皮推诿现象,提高了办事效率。

四、促进经济、文教、卫生等各项事业的发展

二次大战后,西方各国鉴于行政任务日趋广泛,行政内容日趋复杂化、多样化的现实,改变了用法律限制、束缚行政权力的传统做法,而赋予其各种法律权力,进行充分、有效的行政法律管理,从而促进了经济、文教、卫生等各项事业的发展。正如日本学者雄川一郎所说:在现代,“法作为某一国家政策的具体体现,与其说它的职能是抑制行政,莫如说是授权行政,与其说它在限制现有行政的活动范围,莫如说它是在促使行政发挥其应有的作用,并具有相应促进的职能”。

五、保障公民的法定权利

二次大战以来,针对行政机关及其工作人员侵犯公民利益而引起的行政案件愈益增多、公民对政府的不满情绪日渐增长的形势,西方各国都普遍加强了行政诉讼活动。在大陆法系,除享有“行政法院母国”之称的法国进一步加强了行政法院的职能活动之外,意大利、联邦德国、比利时、希腊、荷兰等国也先后建立或恢复了行政法院。英美法系诸国,近年来也建立了许多行政裁判所。如英国,目前行政裁判所的种类已超过五十种,总数超过两千多个。有些国家如日本,还制定了《职务执行命令等诉讼规则》、《行政不服审查法》、《行政案件诉讼法》等法律,对行政诉讼作了周密规定,以保障公民的各项法律权利。

(原载 1987 年 7 月 27 日《世界经济导报》)

论法的国际化与法的本土化

笔者认为,法的国际化,并不是指所有国家的法律都必须成为国际法,而是说任何一个国家的法律在其形成、发展和演变中,都不可能是孤立的,而是或多或少地受到其他国家、民族和地区法的影响,移植了其他的法律;法的本土化,则是指任何一个国家的法律,要发挥其内在的价值、功能和社会作用,必须与其本国(本民族、本地区)的政治、经济、文化、历史传统以及风俗习惯等密切结合,成为该国文化的一个组成部分,为人们所接受并自觉遵守。法的国际化和本土化是一个普遍的社会现象。

在世界各国法律发展中,接受外国法律影响,将别国法律移植到自己国内,使其本土化并取得巨大成功的最典型例子便是日本。

早在日本推古天皇时代(6世纪末7世纪初),执政的圣德太子(574~622)为了解决国内的各种矛盾,就开始了直接从中国移植政制与法制的活动。从600年起,圣德太子向中国派遣了一批批使节和留学生(僧),通过他们,使中国的文化源源不断地流入日本,603年公布的《冠位十二阶法》和604年颁布的《宪法十七条》,其贯彻的基本思想,都是儒家化了的的中国法律学说。645年“大化革新”后以《大宝律令》和《养老律令》为基础建立起来的日本政治法律制度,几乎是中国隋唐政治与法律制度的全面移植和照搬照抄。比如,在法律体系上,《养老律》的篇目为:名例上、名例下、卫禁、职责、户婚、厩库、擅兴、贼盗、斗讼、诈伪、杂、捕亡、断狱,共10卷十三篇。这里,除

了将唐律十二篇改为十卷外,其内容编排并无什么差别。^① 在法的分类上,日本也深受中国的影响;比如,在中国,至唐代,法律形式固定为律令格式四种,对此,日本也完全模仿,即它们既有《大宝律》,又有《大宝令》,既有《弘仁格》,也有《弘仁式》。在法律内容上,中国有“五刑”,日本也有“五刑”;中国有“十恶”,日本有“八虐”(去掉中国“十恶”中的“不睦”和“内乱”,保留谋反、谋大逆、谋叛、恶逆、不道、大不敬、不孝、不义,称“八虐”),中国有“八议”,日本有“六议”(去掉中国“八议”中的“议勤”、“议宾”,保留议亲、议故、议贤、议能、议功、议贵,称“六议”),等等。

“明治维新”以后,日本又开始向更为先进的西方发达国家学习法律,掀起了第二轮更大规模移植外国法律的高潮。比如,1889年《大日本帝国宪法》,就仿照了1850年普鲁士宪法。据国内学者称,在宪法的条款内容上,76条条文中,只有3条是日本自己的创造,其余几乎全部抄自普鲁士宪法。^② 1898年《日本民法》,无论在体系、内容、原则以及名词概念上,大量照抄了1888年德国民法典第一草案,如法典的五编制体系、民事权利人人平等各项资产阶级民法原则、法律行为与法人等各种概念术语等。此外,日本的商法、刑法、民事诉讼法和刑事诉讼法等,也都不同程度地照搬了法国、德国的立法成果。

一般而言,法的国际化,大都是先进国家的法律侵入、影响落后国家的法律,换言之,人们一般都是去移植、吸收比自己发达国家的法律,如古代日本之移植中国法,近代日本之移植西方法,近代德国之移植法国法,近代美国之移植英国法,近代中国之移植日本法和

^① 据日本《本朝法家文书目录》所知,引自《日本历史大辞典》第9卷“养老律令”条(作者:吉村茂树)。

^② 林榕年主编:《外国法制史新编》第417页,群众出版社1994年版。当然,事实上带有日本特点的不止这3条,如关于日本天皇与军队的关系的规定等,也是有日本特色的,它们后来成了“军部”体制的法律依据。

西方法,现代中东国家之移植西方法等。但有时,也由于某种特定的原因(如革命、战争以及历史传统等),会产生近现代国家移植、吸收(或曰复兴)古代社会的法律,文明比较发达的国家(或民族)吸收文明程度比较落后的国家的法律(或习惯)。前者的例子,如近代法国、德国之全面复兴罗马奴隶制帝国时代的法律(近代或资产阶级商品经济的立法吸收古代简单商品经济的法律成果),现代德国、美国之吸收中世纪日耳曼法的精神、原则、内容等。后者的例子,如中国古代比较发达成熟的汉族法律(魏晋时代以后的法律),吸收当时属于比较落后的氏族、鲜卑族、羌族、匈奴族(南北朝时期的秦、燕、魏、周等国)的法律,或者说这些民族的习惯法影响了汉族的立法。元代的蒙古族法律、清代的满族法律等,对汉族的法律也有影响。因此,各个国家、民族之间法的交流、影响、移植(国际化与本土化),既不受时间的限制,也不受空间的限制,它是法律文化进步、发展的一个普遍现象,也是法的形成、发展、进化的一个客观规律,并不依人的主观意志为转移。

既然法的国际化和本土化是法律发展的一个客观规律,那么,我们就应当遵循这一规律,使我国社会主义法律的发展走最少的弯路,达到最大的效益。这里,比较重要的有两个问题。

第一,必须进一步解放思想,更新观念,积极地、主动地、全方位地学习发达国家的法制经验。当前,建立社会主义市场经济体系,全力发展商品经济,已经成为我们的基本国策。而要完成这一宏伟目标,必须全面加强与之相适应的法律运行机制(包括立法、执法、守法和法律服务等)。而在这方面,英、美、法、德、日等发达国家拥有丰富的成熟的经验,吸收这些经验,可以使我国少走许多弯路,多、快、好、省地建设我国的商品经济的法律运行机制。诚如乔石同志所指出的那样:“凡是国外立法中比较好的又适合我们目前情况的东西,我们都应当大胆吸收;他们走过的弯路,也值得我们借鉴。有些适合我们

的法律条文,可以直接移植,在实践中充实、完善。”^①

第二,必须处理好法的国际化和本土化的关系。从哲学角度看,法的国际化和本土化是一对矛盾。它们既互相对立,又互相统一。法的国际化,强调了法在各个国家间的交流、影响;法的本土化,强调了法要有本国、本民族的特色。前者强调了法的普遍性,后者强调了法的特殊性。而法的普遍性寓于法的特殊性之中。也就是说,任何先进的法律制度,只有与各个国家、民族的实际相结合,才能发挥它的效用,才能体现出它的普遍性(指导力)。反之,任何国家、民族的法律,也只有它们在它们对本国、本民族的政治、经济、文化等发展具有重大的促进作用时,它才能显示出自己的优点和特色,才对其他国家和民族拥有魅力,人家才会来学习你、吸收你,你才能走向国际。“法的本土化中包含有法的国际化”,“只有先民族化,才能后国际化”,说的就是这个道理。

一般而言,对法的国际化和法的本土化之间的关系,谈到这里也就可以了。但笔者认为,对此问题还有进一步展开、多说几句的必要。法的本土化,有两种实现方式,即消极地、被动地适应和积极地、主动地推进。前者大都发生在受他国侵略、压迫的场合,如古代西欧、英国等接受罗马法,近代印度之移植英国法,鸦片战争以后中国的立法改革等,这既使人民遭受痛苦,法的本土化的效果也不理想。虽然,它最终也会带来法的国际化的结果,如现代印度和中国的立法中,都相当程度地吸收了西方法律的要素,但付出的代价很大。后者一般出现在后进的国家力图改变自己落后的局面,积极主动地向先进国家学习的场合,如近代法国、德国之复兴罗马法,近代日本之移植西方法等,它往往伴随着人们思想观念的更新和法律意识的高涨,应当说是法律文化的一种良性进化。就我国目前吸收外国法的性质而言,也属于后者。笔者以为,为了将我国的法的国际化和本土化工

^① 《在八届全国人大常委会第二次会议上的讲话》,载1993年7月3日《人民日报》。

作做得更好,我们一方面要大力发展社会主义商品经济,培育使移植来的调整商品经济的法律得以生根、发育、开花、结果的土壤;另一方面,在法制建设中,既要注意吸收外来法的长处,又要创造自己的法律文化特色,并使两者有机地结合起来。在这方面,小提琴协奏曲《梁祝》为我们提供了很好的启示:假如《梁祝》的内容没有民族特色、不是非常优秀的话,那么,即使采用西洋的方式(小提琴协奏),它也不会走向世界;反之,假如它不采用西洋的方式,那么,即使它的内容再好,也肯定不会象现在这么风行世界,如同民乐合奏《春江花月夜》、二胡独奏《二泉映月》那样。因为,这里有一个让外国人熟悉、让外国人接受的问题。

(原载《长白论丛》1996年第5期)

二、日本法与日本法律文化

日本的健康保险制度

日本的健康保险涉及的人数多,金额大,制度比较完备,是日本医疗保险事业的两大支柱之一。因此,对其作些介绍,对我国的保险立法工作将是有益的。

一、日本健康保险制度的作用和目的

日本现行的健康保险制度是根据 1922 年 4 月颁布的《健康保险法》(法律 70 号)建立的,主要内容为医疗保险。起初,它是一种以受《工厂法》调整的职工(包括女工)为对象的疾病保险,在 1926 年后获得了比较大的发展,至今已有六十年的历史。第二次世界大战以后,健康保险进一步扩大了适用对象,成为日本社会保障制度的重要一环。目前,日本约有 2600 万民间企业工人和其 3300 万家属参加了健康保险,被保险人占了日本总人口的一半还多。

日本健康保险的目的,在于将民间企业的工人及其家属中被扶养者作为对象,给予业务外的伤、病以保险待遇,使其生活得到安定。由于民间企业工人也是受雇者,因此,健康保险在日本也被称为“被雇佣者保险”。它与以地区居民为对象的“国民健康保险”一起,成为日本医疗事业上支持国民都能得到保险的两大支柱。

在日本,在受伤生病之时,能享有接受医疗的机会,被称之为社

会保障制度。目前,它已成为保护国民的“健康的文化生活”所不可缺少的因素。健康保险就是通过解决伤、病的医疗问题,用保险的手段来达到上述目标的法律制度。应当注意的是,这里的“伤、病”是“业务外的伤、病”,业务内的伤、病是“工人灾害补偿保险”的内容。此外,健康保险与《生活保护法》所规定的“医疗扶助”也不同。后者是指由社会出资,对那种因贫困连最低的生活也不能维持者,给予其最低的必要的医疗待遇的制度。

二、日本健康保险的适用对象

健康保险的适用对象,是根据《健康保险法》第13条规定的业务种类、平时雇佣工人五名以上的工厂企业的工人以及由他们扶养的家属。从业人员不满五人的工厂企业所雇佣的工人,除了他们是“任意包括被保险人”之外,原则上不适用健康保险,他们和其家属一起,按照“国民都应得到保险”的原则,可以加入作为地区保险的国民健康保险。但是,由于目前日本的国民健康保险水平仍然比较低,这些从业人员不满五人的小企业的工人,虽然也处于被雇佣者之地位,但因工作单位不同,在医疗保险上所得到的待遇也是不平等的。

如上所述,健康保险的被保险者是雇员五人以上的工厂企业的工人。他们与雇主订有雇佣契约,但这种契约并非是加入健康保险的必要条件,一名工人能否加入保险,只要他证明事实上存在着雇佣关系就可以了。被保险者的资格,根据《健康保险法》第17条至18条的规定,从工人受雇的那一天起取得,至被解雇的那一天的第二天丧失。但事实上,在日本司法实践中,被保险人资格的取得或丧失,取决于企业主的申报、受雇者和都、道、府、县知事的确认与否,凡经过这些程序的,其资格的取得和丧失就算有效。

健康保险的对象,除上述被保险人(工人)以外,还包括由他们所扶养的亲属。其范围,《健康保险法》第1条第2项作了规定,即除配偶、子女等与被保险者有民法上身份关系者之外,还包括了与被保险

者有密切生活关系者。即被扶养者资格的认定,以“依靠被保险人维持生计”为要件。如果是被保险者的配偶、直系尊亲属和子女以外、三亲等以内的亲属,只要是与被保险者同在一个家庭生活的,也属于“被扶养者”之范围,但必须与被保险者存有扶养关系,其年收入不满八十万日元,并且是不满被保险者的年收入的二分之一。在这种情况下,该亲属才被承认为是扶养者,取得享受保险的资格。此外,不属于被保险人同一家庭,但与被保险人有扶养关系,如他年收入不满八十万日元,且此收入比从被保险人那里获得的资助为少,那么,原则上该人也被承认为是被扶养者。

三、健康保险的支付

健康保险对被保险者及其被扶养者的伤、病所作的保险支付,一般分为“医疗支付”和“金钱支付”两种。

(一)医疗支付。对被保险者业务外的伤、病,原则上不支付金钱,而对其作出“疗养的给付”(治疗),但在某些情况下,也可支付一定的“疗养费”。所谓“疗养的给付”,是指让当事人上都、道、府、县知事处登记,到指定的保险医生和保险医院就医,免交全部费用。但被保险人,在接受“疗养的给付”时,自己必须支付初诊八百日元、入院后一天五百日元中的一部分手续费(该制度是1983年以后开始实行的)。

健康保险的医疗保险,除让被保险人去医院就医外,在保险机关认为实施这种“疗养的给付”有困难,或出现某种紧急情况时,可以由保险医院以外的医疗机关承担这种保险医疗;在保险机关认为必要时,也可以支付“疗养费”以取代“疗养的给付”。此时,被保险者在一次性付给医疗机关医疗费,减去自己应承担的一部分手续费以后,可以向保险机关报销领取他所支付的其余各项费用。

对被扶养者的伤、病,当事人可以得到相当于需要疗养费用的70%(在住院的场合,可得到80%)的家庭疗养费(《健康保险法》第

59条第2项)。但在实际上,因为相当于疗养所需之费用的70%部分是由医疗机构代为支付的,被扶养者只是支付疗养费30%,因此,医疗机构常常不支付现金,而是让当事人去医院就诊。

(二)金钱支付。在不能为被保险者的伤、病的疗养提供服务的场合,保险机关可以每天支付相当于平均日工资60%的“伤病费用”,即劳务报酬工资的支付代替了“疗养的给付”。这样,健康保险就从对伤、病的治疗发展为对伤、病者疗养(休养)期间的的生活作出保障的一种制度。但是,工人在停职休养期间,因为可得到工资的一部或全部,故有时这种“伤病费用”会被减额或不予支付。在伤、病疗养休假期间,如工人在自己家里从事家内劳动或副业生产,据此有所收入的话,保险机关要否支付“伤病费用”?在七十年代以前,日本学者对此问题是有争议的,但1974年最高法院在一项判决中明确了这个问题,即在工人从事家内劳动等获得收入的情况下,他仍可以领取“伤病费用”。

四、健康保险的经费来源

日本健康保险的经费,大部分来自被保险人和其雇主支付的保险金,一部分是由国库开支的补贴。

保险金,由保险金率乘以被保险者的平均工资而决定,由被保险人和雇主分别负担。保险金率以及保险金分担的比例,在政府掌管健康保险和工会掌管健康保险中是不同的。前者,保险金率为平均工资的8.5%,由被保险人和雇主各自负担一半;后者,保险金率由工会在平均工资的3%至9.5%的幅度内自由掌握,原则上让工人和雇主各负担一半,但工会也可酌情让雇主多出一点。1983年以后,从全国1704个工会的情况看,保险金率平均为8%,其中,被保险人出43%,雇主出57%。此外,在保险金方面,从1978年1月以后,日本政府还设置了从工人在工资外所得奖励、奖赏等收入上征收来的“特别保险金”。这笔资金,因为不包含在一般保险金(按照保险金率

与平均工资之关系计算出来的保险金)之内,因而被认为是医疗保险事业上新开辟的经济来源。在政府掌管健康保险的场合,征收的特别保险金占工人工资外收入的1%,由工人和雇主各出一半;在工会负责健康保险的情况下,按照规定,工会虽然可以在工人所得奖励、奖赏收入的1%的范围内征收特别保险金,但实际上,这样做的工会很少。从1983年的统计数字看,征收特别保险金的工会只有183个,仅占健康保险工会总数的百分之十。

健康保险经费的另一部分由国库支出。国家除了支付使健康保险事业正常开展所需的全部管理费用之外,在政府掌管健康保险的场合,国家支付的保险金补助达到全部保险金的16.4%。在工会负责健康保险的情况下,原则上对支付保险费国库不予补助,但在工会财政窘迫时,也请求国库予以补贴。

五、健康保险的管理

在日本,健康保险的管理,主要分为两个系统,即工会系统和政府系统。在适用健康保险的工厂企业内,如果组织了健康保险工会的,对被保险者的健康保险事业由该工会负责。至1983年,全国共有健康保险工会1704个,作为工会成员的被保险者有1194万人,被扶养者为1643万人,两者合计达2837万人。对健康保险工会管辖以外的健康保险事业,由政府掌管。至1983年,政府掌管健康保险的被保险者为1604万人,被扶养者为1657万人,两者总数达3261万人。

(原载《法制建设》1987年第1期)

论战后日本恢复和发展 经济的法律措施

战后日本的迅速崛起,引起了世界各国的高度重视。人们用“惊人的日本”、“升起的太阳”形容日本经济的高速度发展,并指出推动其发展的各种因素,如美国的帮助、朝鲜战争、剩余劳动力的利用、高度的投资率、教育先行、(职工)对企业的“忠”心等等。^① 这些观点都是很有见地和中肯的。但笔者认为,上述各种分析仅是从经济角度而没有结合整个社会系统来考虑,都忽视了日本经济高速发展的另一个重要原因,即经济恢复和发展过程中制定的法律措施的调整作用。事实上,这种调整是卓有成效的,在资本主义国家中也具有典型意义。分析这些法律措施的特点,其制定的背景、指导思想、实际效果和利弊得失,对促进我国当前的经济改革和经济建设,加强社会主义法制将是大有裨益的。

一、法制建设与经济建设同步发展

法制建设与经济建设同步发展,是战后日本恢复和发展经济的法律措施的重要特点,也是战后日本经济立法的战略指导思想。它的形成和贯彻,与战后日本特定的历史条件是分不开的。

^① 辽宁大学日本研究所编《日本经济的发展》第2-5页,辽宁人民出版社1979年版。

二次大战结束时的日本,是一个千疮百孔的烂摊子。各列岛饱遭轰炸,经济受到严重破坏,国民生产总值倒退到二十年代初的水平。殖民地包括大部份重要资源供应地丧失殆尽,苦心抢掠积聚起来的国外财产也荡然无存。六百万复员军人和日侨被遣返回国,成千上万的失业大军踟蹰街头,人民典卖子女糊口……。面对这样一种局面,日本的经济要恢复和发展,就必须进行社会改革,消除军国主义和封建主义残余,调整落后的产业结构,优先发展造船、机电、化工等重点工业,解决失业和吃饭问题。而要完成这一艰巨的任务,光靠经济政策是不够的,还必须制订法律措施。这是因为:(一)当时日本的经济仍然保留着浓厚的封建因素:农村中的地主土地所有制占统治地位;带有封建色彩的家族统治关系在垄断组织内盘根错节;工矿企业资本家对工人的剥削方式也带着浓厚的封建性质。不运用法律手段,消除这些因素,日本的资本主义就不能迅速发展。(二)二次大战之前和战时,日本颁布了一系列发展军工生产、统制国民经济的法律。至战后初期,这些法律还维护着军国主义的经济体制,阻碍着和平经济的复兴和发展,必须用新法律取代它们。(三)战后初期日本劳资矛盾极为激烈,其原因之一是战前日本对工人的残酷压榨,从未制定过劳动立法。因此,已作为一支政治力量登上战后历史舞台的日本工人阶级,强烈要求制订劳工法,进行劳动改革。(四)在战后物质奇缺的情况下,要恢复和发展经济,必须用少量的钱办最急的事,发展关键产业,以带动整个国民经济的发展,并在经济发展过程中,建立比较合理的产业体系。所有这一切,都要求国家制订各种法律措施,对经济活动进行全面的干预、调整,正是在这种历史条件下,日本统治阶级意识到了在恢复和发展经济的同时,必须加强法制,用法律措施为经济的改革、恢复和发展开辟道路,使经济建设和法制建设同步发展。其主要表现就是在经济恢复和发展的各个时期,日本政府不失时机地制订了一系列相应的法律措施为经济建设服务。

(一)战后经济恢复时期(1945-1955)。在美军占领当局的指导

下,日本先后制定了《持股公司整理委员会令》、《禁止垄断法》、《关于彻底改革土地制度案》、《工会法》、《关于限制武器、飞机等生产的文件》、《临时煤炭矿业管理法》、《工业标准化法》等一系列法律。根据这些法律,日本解散了作为财阀核心的持股公司,促进了资本所有权和经营权分离,使一批具有新思想、新技术和新的企业管理艺术的经营骨干掌握了日本企业;限制了地主的土地保有面积,多余的土地强制出卖,使四分之三的农户买到了土地,出租土地率下降到5.9%,并废除了实物地租,基本上消灭了农村封建生产关系;规定工人有组织工会和罢工的权利,实行八小时劳动日制度等,调整了劳资关系;排除了日本军国主义化的经济力量,确立了战后日本和平经济体制和比较合理的产业体系。从而,结合其他政策和措施的贯彻,这一时期日本经济得到了迅速恢复(至1955年,日本的工矿业生产恢复到了历史上最高水平),并为下一时期的经济腾飞打下了基础。

(二)经济高速度发展时期(1956-1973)。其中心任务在于扭转科技落后状态,调整工业发展布局,开发城乡商品市场,加速各级各类专门人才的培养,扩大对外贸易,以迅速实现整个国民经济的现代化,赶超世界先进水平。为此,日本政府在法制建设方面也加快了步伐,围绕上述中心任务制定了大批法律、法令。逐步形成了调整国民经济的比较完备的法制。仅就经济法部门而言,^①至七十年代中期,日本就制订了一千三百多种法律和法令。^②这种系统的法制又有力地推动了经济的发展。通过连续十八年的保持年增长率10%左右的经济腾飞,至1973年,日本基本上实现了国民经济的现代化,并一跃成为资本主义世界第二经济大国。

(三)经济低速稳定发展时期(1974-)。自1974年石油危机以

^① 日本关于经济法的概念是狭义的,是指以《禁止垄断法》为核心包括了银行法、消费者保障法和百货店法等的市场竞争法。

^② 《岩波六法全书》,1983年日文版。

后,日本经济结束了腾飞,进入了低速稳定发展阶段。适应该时期经济发展的要求,日本政府制定了一系列对付结构性经济不景气,扩大国内外市场,摆脱“滞胀”;节约能源,合理使用土地,对付公害,保护自然环境;调和大、小企业关系和劳资矛盾,保护消费者利益,以维护社会经济秩序等的法律措施,从而充分发挥了作为上层建筑之重要组成部分的法的反作用,在世界经济普遍不景气的情况下,使日本的经济仍保持着5%左右的年增长率,发展速度居世界首位。

可见,日本使法制建设与经济建设同步发展,前者紧密为后者服务的做法符合社会发展的客观规律和经济与法制协调发展的要求,是一个成功的经验,对我们有重要借鉴意义。建国初期,我国也曾面临恢复和发展社会主义国民经济的艰巨任务,但当时以及以后一个相当时间内,我们忽视制订必要的法律措施,尤其是调整社会主义商品经济关系的民法和其他各种主要经济法规迟迟未能颁布,这无疑是我国经济发展缓慢的重要原因之一。正是在吸收我国历史上法制建设正反两个方面的经验教训,借鉴外国立法的长处,结合当前我国经济改革的实践的基础上,最近,中央领导同志提出了“一手抓建设、一手抓法制”的战略方针。它的贯彻实施,对我国经济和法制的协调发展将产生深远的影响。

二、发展经济和社会综合治理相结合

发展经济和开展社会综合治理,特别是消除和防止因工业迅速发展而带来的消极后果——公害相结合,是法制建设与经济建设同步发展这一指导思想的必然要求和具体体现、展开。当然,由于受私有制社会阶级本质决定,日本统治阶级并不是积极主动地实施这种结合的,而是走了一条“先发展经济、后治理污染”以及水来土挡似的被动地采用法律调整措施的消极道路。

早在明治时代,日本就相继发生了1880年足尾铜矿山矿毒、1899年别子铜矿山烟害、1918年广岛市电动机泵噪声等污染大气、

水质,造成地面沉降的公害事件。但在本世纪五十年代之之前,日本的公害还停留在局部地区,所以,最初对公害的控制是通过地方自治团体制定的公害防治条例进行的,如东京都于1949年至1955年间制定的《工厂防治条例》、《噪声防治条例》和《煤烟防治条例》等。

五十年代中叶以后,随着以原油代替煤炭之能源革命的发生,大型化工联合公司的出现,地方性防治公害法律之执行不力,垄断资本家只顾盲目生产赚钱等,致使全国各地都出现了公害问题,且程度日趋严重。最后,终于爆发了震惊世界的四大公害事件:1956年熊本水俣病事件、1961年四日市气喘病事件、同一时期的富山骨痛病事件和1964年至1965年新泻水俣病事件。这些公害事件,使日本的水质、空气、土壤等均受到严重污染;成千上百的居民因受汞、镉和二氧化硫毒害而死亡、终身残废或遭受痛苦;居民与工矿企业的矛盾冲突趋于白热化;资产阶级为赚钱而经营企业的条件(土地、人力、资源等)也日趋恶化;在人民压力下作出的法院判决,通过确立无过失责任原则,使制造公害的企业作出了巨额赔偿。尤其是,资产阶级和劳动人民生活同一自然环境之中,一样地呼吸空气、饮水、吃食物。上述公害事件直接影响到资产阶级自身的生存。因此,这一切迫使日本统治阶级不得不重视在生产的同时,加强对公害的预防,开展社会综合治理。从五十年代后半期开始,日本开展了大规模的防治公害、加强环保的立法。1967年,制订了《公害对策基本法》。1970年第六十四届临时国会,又一并修改了八件现有的公害法,制定了《防治公害事业费企业负担法》、《关于处理与清扫废弃物法》、《海洋污染防治法》、《关于公害损害人身健康犯罪处罚法》、《关于农业用地土壤污染防治法》和《水质污染防治法》等六个公害法,这届国会也因此被称为“公害国会”。^①至1983年底,日本已颁布了一百二十多种防

^① 野村好弘:《日本公害法概论》第54页康树华译,中国环境管理、经济与法学学会1982年出版。

治公害、保护自然和人类生活环境的法令,^①将工业生产的各个环节都纳入了环保法制的轨道,并设置有一整套贯彻这些法规的机构,从而基本上控制了公害的蔓延,改善了环境。有的日本学者甚至预言,如果日本能够坚持执行现有的环保立法,那么,到2000年,日本的饮用水可以象矿泉水一样干净。与此同时,日本还制定了大批开发城市、合理利用土地、水利、气象、抗灾、消防、水防、住宅建设、医疗卫生、保险、矿业开发、旅游以及保护消费者利益等法律措施,比较好地处理了发展经济和社会综合治理的关系,对经济建设起了促进作用。

我国是社会主义国家,从根本上说,国家利益和人民利益是完全一致的。因此,我国能够自觉地采取法律调整的手段,保护和改善环境,处理好发展经济和开展社会综合治理的关系。但是,由于十年浩劫的破坏,长期以来对环境保护的忽视以及法律虚无主义的影响,因此,我国虽然未出现过如日本四大公害事件那样的恶性污染,但公害问题也是相当严重:我国最大的城市上海的上空粉尘弥漫;贯穿上海全城的苏州河水乌黑腥臭,黄浦江和长江的水质也开始受到污染;黄土高原水土严重流失,黄河里淤沙越积越厚;各地滥伐森林、破坏草原和毁坏耕地的事也屡有发生。虽然这几年我国陆续制订了以《环境保护法》为中心的一批法规,但工农业生产的各个环节尚未完全纳入环保法制的轨道,环保执法机构和环保司法也未完全配套。因此,吸取日本的教训,在大力发展生产的同时,注意环境保护,抓好社会综合治理,避免日本走过的弯路,无疑是我国当前的一项战略任务。

三、发挥本国优势和吸收外国先进科学技术相结合

二次大战以后,日本面临的困难是原材料匮乏,科学技术落后。发展国民经济和人民生活所需资源,如小麦、玉米、羊毛、棉花、

^① 《岩波六法全书》,1983年日文版。

木材、铁矿石、铁矾土、锡、镍、原油等几乎都要依赖进口；而科学技术水平，则落后于欧美二十至三十年。但此时日本也有长处，即劳动力资源丰富、便宜。成千上万失业大军的存在，不仅使资本家可以出低薪即能雇到工人，而且可以压低在职职工的工资水平。此外，日本加工工业比较发达，特别是造船等行业在战争中遭受的破坏较轻，具有迅速恢复生产的潜力。这些决定了日本恢复和发展经济只能走这样的道路：通过利用廉价的劳动力资源，节约资金，恢复和扩大生产，增加出口，多创外汇，以进口原材料和先进技术，赶超欧美等发达国家。为此，日本政府先后制订了一系列扬长避短、吸收外国先进技术的法律措施。

首先，制订了《劳动关系调整法》(1946年)、《劳动标准法》(1947年)、《工人受灾补偿保险法》(1947年)等法律，在保持比其他发达国家工人工资低得多的条件下，逐步解决工人的就业，开发劳动力资源，协调劳资关系，改进企业管理，提高劳动生产率，为经济的恢复和发展提供必要的条件。

其次，从1945年至1952年间先后制订了《临时物质供求调整法》、《金融紧急措施法》等法律，采取财政补贴、低息或无息贷款、税收优惠等措施，扶植、发展造船、机电等重要产业，扩大出口。同时，通过制订《出口检查法》(1957年)、《日本贸易振兴会法》(1958年)等法律，在鼓励和资助出口的同时，加强对日本产品的质量检查，提高了其在国际市场上的竞争能力和信誉。从1955年至1977年，日本的实际出口额增长了几乎二十一倍，增长速度居世界之首。从而积累了大量外汇，以进口必需的原料和燃料，弥补了日本资源不足的先天缺陷。

第三，先后制订了《工业标准化法》(1949年)、《专利法》、《实用发明法》、《图案设计法》、《商标法》(以上四法均于1959年制订)等一百五十多种科学技术法规，形成了一套系统完备的法制，鼓励企业进行技术革新、发明、创造活动，利用一切手段，大量引进、消化先进科

学技术。从而迅速改变了科技落后的面貌，在二十年不到的时间里，实现了科学技术的现代化。

第四，制订了《石油供应适度法》(1973年)、《关于能源使用合理化法》(1974年)、《促进开发和使用代替石油之能源法》(1980年)等法律，使合理使用原料、燃料制度化、法律化。

实践证明，日本在发挥本国优势和吸收外国先进科学技术相结合方面的立法是成功的。它是战后日本法律措施的重要特点之一，也是法制建设与经济建设同步发展的又一具体体现，对我国也有重要借鉴意义。我国也有长处和短处，如地域广阔、资源丰富和劳动力众多，而同时经济不发达、资金不足和科学技术落后等等。如何借鉴日本以及其他发达国家的立法经验，运用法律手段，发挥我国的优势，克服不足，对建设具有中国特色的社会主义经济强国是很重要的。

四、经济建设和人才建设相结合

早在明治时代，日本就意识到培养各类人才，特别是科学技术和经济管理人才的重要性。它效仿普鲁士帝国，重视发展教育事业，把“文明开化”与“富国强兵”等并列为三大国策。二次大战以后，经济的恢复与腾飞、外国先进科学技术的吸收和消化，教育本身的发展，国际间情报、商品技术等竞争的加强，都迫使日本统治阶级比以往任何时候都更注意狠抓教育。

1947年，日本制定了《教育基本法》和《学校教育法》，进行大规模的教育改革，确立了九年义务教育制，使日本在六十年代末高中普及率就达到90%以上，从而提高了全民族的文化水平，为经济建设提供了众多的有文化的工人，也为高等教育提供了充足的学生来源。

为了赶超世界先进国家，培养高、精、尖的专门人才，从五十年代下半期开始，日本大抓了高等教育。先后制定了《大学设置标准》(1956年)、《私立学校令》(1957年)、《教员许可令》(1958年)等，多

次修改了《学校教育法》、《教育职许可法》、《教育公务员法》等法律,使高等教育获得了迅速发展。至1984年底,日本已有各类大学(包括短期大学、函授大学)1155所,在校学生人数达2,363,436人。^①仅就法律专业而言,1985年一年的毕业生就达二十万人,他们中除一小部分担任律师、法官、检察官和大学教师职务之外,其余全部充实到各大公司、企业、地方行政机关,从事法律、经济、企业管理、税务、会计、专利行政、环保、劳资协调等工作。

此外,经济现代化还需要大批中等技术人才,并要求提高在职职工的文化水平。为此,日本先后制定了《职工训练法》(1958年)、《高等专门学校设置标准》(1961年)、《关于技能教育设置等的规定》(1962年),多次修改了《社会教育法》,使日本的中等专门教育和职工技术训练以及社会教育获得了迅速发展。至1984年底,兴办了各类中等专门学校2804所,在学人数达479,934人,各种社会教育设施1420所,每年有二十多万人接受这类教育。同时,让在职职工免费接受职业训练,使其掌握先进的科学技术和现代企业管理知识。^②

从四十年代末至1984年,日本共制定了各种重要的教育法规二百多个。^③可以说,日本战后的经济恢复和腾飞与他们在经济建设的同时,狠抓教育,注意人才建设是分不开的。正如日本前首相福田纠夫在总结日本成功的经验时所说的那样:“资源小国的我国,经历诸多考验,得以在短时期内建成今日之日本,其原因在于国民教育水平和教育普及的高度。”^④

自从党的十一届三中全会以来,我国政府已经意识到了教育对发展国民经济的重要意义,将人才培养列为国家重点发展战略之一。

① 《教育小六法》,学阳书房1984年日文版。

②③ 《教育小六法》,学阳书房1984年日文版。

④ 《东京新闻》(夕刊),1977年1月31日,转引自孔凡静著《日本经济发展战略》第120页,中国社会科学出版社1983年版。

1986年4月颁布的《义务教育法》,表明我国在运用法律手段发展教育方面迈出了坚实的一步。但是,我们必须看到,我国的教育法制仍然是比较落后的。因此,必须在《义务教育法》的基础之上,制定各种各级各类教育法律、法令,以形成一套比较系统的教育法制,使我国的经济建设与人才建设同步发展。

五、经济立法和经济司法齐头并进

日本政府在制定法律时,为了保证其贯彻实施,还注意加强经济司法的工作,使立法和司法齐头并进。

首先,日本政府在每颁布一项法律时,一般同时也颁布该法律的施行法。如1959年在颁布《专利法》、《商标法》等四个科技大法时,同时也颁布了四个法律的施行法。在这些施行法中,规定了该法的执行机构、执行细则、违法之处罚方法、涉及该法内容之审判的效力等,从而使该项法律能确实得到贯彻。

其次,注意设立相应的执法机构,配置相应的执法人员。如为了使1970年“公害国会”通过和修改的数量众多的环保法规得到实施,1971年,日本政府制定了《环境厅设置法》,并据此法成立了环境厅,统一进行防治公害、保护环境的行政工作。^①又如,日本政府在制定《关于能源使用合理化的法律》时,规定对一些能源消耗量很大的工厂,由通商产业大臣指定为“能源管理指定工厂”。这种工厂企业应从持有“能源管理师”执照的人员中选任能源管理人员,负责能源使用合理化的有关业务。能源管理师是执行节能的核心人物,拥有实权,工厂的负责人对他们的意见应表示尊重,而职工则应服从他们的指示,从而使该法得到了较好的执行。^②再如,目前在日本各大公司

① 野村好弘,《日本公害法概论》第66页,康树华译,中国环境管理、经济与法学会1982年出版。

② 金明善:《战后日本的经济立法》,载《法学研究》1981年第2期。

内都设立了独立的专利局,负责专利法的实施工作。这种公司专利局拥有众多的工作人员,最多的甚至超过三百多名。^①

第三,战后日本法院也加强了对经济案件的审理工作,以保证经济法规的贯彻实施。如战后通过对各种受害居民起诉的公害案件的审判,作出有利于居民的判决,促进了防治公害、保护环境工作的开展。又如,在加强专利司法的基础上,早在1965年,日本就已编集出版了《专利法判例百选》,1985年又出版了修订版。虽然,我们对战后日本一共处理了多少经济案件不能作出精确的估计,但从上述专利法判例中已可看出日本的法院在执行经济法规中是相当活跃的,起了重要的作用。

从我国情况看,这几年已颁布了一批经济法规,但由于对这些法律的宣传不够深入,执行不够有力,各地经济司法机构尚未健全,某些企业领导和职工对法律不很重视,故我国现有的经济法规的实施效果尚不能令人满意,违法现象屡有发生。因此,借鉴外国的有益经验,包括日本使经济司法与经济立法齐头并进的经验和加强经济司法工作,是我们当前加强经济法制的一项重要任务。

六、国内立法和国际立法相结合

当代经济是世界性经济,国与国之间的商品贸易、技术转让、合资开发和经济交往等极为频繁。因此,要求各国在经济立法时,一方面应在国内法中考虑到各种涉外因素,制订单行的涉外经济法规;另一方面,也应注意参加有关的双边和多边条约,以利国内经济的发展。就日本的情况而言,其国际经济交往尤为频繁,它要从中东各国进口石油,从加拿大、澳大利亚、南美、非洲进口铁矿石,从苏联进口木材,从美国和西欧引进先进技术和设备,在美国、苏联、欧洲、中国

及其东南亚各地推销商品等等,可以说,离开了国际贸易,日本连一天也无法生存。因此,日本更加重视参与国际间的经济立法活动。比如,在商业企业、知识产权、金融保险、证券交易、商品买卖等国内立法中,比较注意处理好与美、英、法、意、西德以及中国等国家的关系。与此同时,又先后参加了经济、科教、就业、劳务、海商、货运、工业所有权和知识产权、生物工程、关税、贸易、金融、票据、农林牧副渔业、经济司法协助等八百多种双边和多边条约,从而使国内立法和国际立法结合在一起,促进了经济发展。^①

我国自七十年代末以来,在国内立法和国际立法相结合方面做得是比较好的。我国不仅制订了一批调整涉外经济关系的国内法,如《中外合资经营企业法》(1979年)、《中外合资经营企业所得税法》(1980年)、《外国企业所得税法》(1981年)、《涉外经济合同法》(1985年)等,对外国独资企业或中外合资企业的法人地位、经营原则、税收优惠、风险补偿和经济合同事项等作了详细规定,以吸引外国资本,引进外国先进技术。而且,还先后参加了1929年在华沙签字的《关于统一国际航空运输某些规则的公约》(1958年)、1883年在巴黎签订的《关于保护工业产权的国际公约》(1984年)等,与朝鲜、罗马尼亚、苏联、美国、欧洲共同体等八十八个国家签订了经济贸易条约或协定。但是,我国在参与国际经济立法活动方面,还是有差距的,有些比较重要的公约我们尚未加入。如1965年3月在华盛顿签字、1966年10月正式生效的《关于解决国家与他国国民间投资争端的公约》(简称“华盛顿公约”),对解决国与国之间因投资产生的法律争议,改善投资气氛,鼓励国际投资者向发展中国家投资等都起了积极的作用。至1985年,已有90多个国家(包括南斯拉夫和罗马尼亚等社会主义国家)参加了该公约,但我国对参加与否至今仍无表示。笔者认为,在进行国内立法的同时,积极参与国际间的经济立法活动,

^① (日)别册《法律学家》第86卷(1985年12月出版)第6页(《专利判例百选》序言)。

^① 《岩波六法全书》,1983年日文版。

应是我国经济立法的重要战略任务之一。

综上所述,日本在恢复和发展经济时制定的法律措施是颇具特色和卓有成效的,但我们也不能由此得出结论说,这些措施就是完美无缺的。这里,有一点是必须指出的,即由于资产阶级的历史局限性,私有制社会的本质属性,决定了日本在把握法律和社会客观规律关系方面,是有很大差距的,因而制定的法律措施中,也有一些对后来经济的发展产生了不利影响。比如,在恢复和发展造船、钢铁等重要产业时,日本政府曾制订了一些“促进法”和“振兴法”,它们在当时对这些产业的发展是起了巨大作用的。然而,这些法律措施的贯彻(当然还有其他许多原因),使这些产业发展得过猛、过快。这样,当世界经济形势一变,就使日本处于极为被动的局面:若干能建造一百万吨以上船舶的船坞,由于超巨型船舶无人订货而成为废物;规模巨大的钢铁工业,由于新型材料如强化塑料、工业陶瓷制品的迅速发展,不得不压缩规模,“减量经营”,从而将大批工人抛向街头。又如,日本在战后为打破自耕农经济关系,发展农业资本主义,曾颁布了一系列鼓励中下层农民脱离农业的法律。从而带来1955年至1974年间,每年约有四十万劳动力从农业流入城市的后果。至七十年代中期,终于使农村劳动力锐减,人口过疏,农业成为由老爷爷、老奶奶和老妈妈经营的“三老农业”,从而影响了农业直至整个国民经济的发展。虽然,自1980年以后,日本颁布了《(人口)过疏地区振兴特别措施法》等法律,力图改变这些地区的面貌。但积重难返,一时难以奏效。因此,日本的教训与其经验一样给了我们很多启示,如加强经济立法的预测、保持新旧法律交替时法的稳定性、开展法制系统工程的研究和建设等等。

(原载《国外法学》1987年第1期,后收入司法部教育司编《司法部直属院校“七五”期间优秀论文集》,北京理工大学出版社1994年版)

日本的监狱法制改革

日本现行的监狱法,是1908年(明治41年)颁布实施的。该法由总则、收监、拘禁、戒护(实施强制力保护监狱的秩序)、作业、教诲及教育、给养、卫生及医疗、接见与通信、领置(强制剥夺被监者所持物品而加以保管)、赏罚、释放、死亡共十三章75条组成。对各种行刑的细节,该法没有涉及,而是由同时施行的“监狱法实施细则”予以规定。为了保证监狱法的贯彻实施,日本政府还进一步颁布了“行刑累进处罚令”、“犯罪者预防更生法”以及其他许多法律法令。用当时的眼光来看,监狱法是相当进步的,因为它在世界上比较早地采用了法定自由刑的执行方法,因此,当时被誉为“囚犯的自由大宪章”。但是,随着社会的进步,监狱法就逐渐不适应时代的发展要求了。尤其是伴随着第二次世界大战以后以尊重人权为中心的民主思想的发展,社会各界要求修正监狱法的呼声越来越高。在此情况下,日本政府在战前历次修正活动的基础上,进一步掀起了监狱法的改革高潮。

1946年,日本政府在财团法人刑务协会设置了行刑法修正委员会,该委员会制定并向司法大臣提出了以采用“作业赁金制”(保护服刑者的因参加监狱劳动而获得的报酬的制度)等为主要内容的“关于监狱法修正的建议纲要”和“附带建议纲要”。同年,在司法大臣之下,又设置了监狱法修正调查委员会,该委员会提出了“监狱法修正

纲要”。1948年,日本司法省行刑局制定了“修正监狱法设想”、“少年行刑法设想”、“未决拘禁法临时草案”和一至四稿的“行刑法草案”。1949年,日本政府改变了全面修正监狱法的态度,依据现行监狱法的体系制定了“修正监狱法的法律(矫正设施法)草案”,但没有能够颁布。间隔了几年后,自1954年起,以法务省矫正局为中心,又着手开始了修正工作。1958年,在矫正局设立了监狱法修正准备会,1964年制定了“刑务法(暂名)临时纲要”。1976年3月,在法务省法制审议会上,提出了重点修正监狱法、制定被收容者的待遇的基本法的“监狱法修正设想”,并设置了监狱法修正委员会。1979年12月,该委员会最后审定了“监狱法修正纲要”,并正式予以颁布。

“监狱法修正纲要”包括一百零九项条目的本文和四项附带事项,其要点为:(一)关于整顿被收容者的给养、保健及医疗的规定;(二)关于被收容者的宗教信仰问题;(三)整顿被收容者的不服判决之申诉救济制度;(四)确立新的囚犯待遇制度;(五)关于被收容者之外出、外面作业及外宿问题;(六)关于被拘留者的待遇;(七)关于囚犯和被拘留者与外界人员的会面、通信以及他们外出交通问题;(八)有关监狱制度改革的其他各项问题,等等。“监狱法修正纲要”的颁布,使战后日本监狱立法的改革大体告一段落,但监狱法修正运动并未停止,仍在继续之中。

二

经过改革后的现行日本监狱法制,大体上包括如下内容:

(一)监狱法的基本原则。依据1946年1月司法次官的命令,确立了日本监狱的三项基本原则,即第一,人权尊重原则;第二,更生复归原则;第三,自给自足原则。

(二)监狱。在日本,监狱是拘禁被判处徒刑者、未决犯拘禁者的设施。自1922年(大正十一年)监狱被称为刑务所之后,历经几十年

修正,现行的监狱既是刑事设施,也是矫正设施,包括刑务所(拘押刑事罪犯)、少年刑务所(拘押少年罪犯)和拘置所(拘押未决犯人)三种。监狱的经营管理由监狱法及其实施规则、行刑累进处罚令等调整,监狱的设置,则根据法务省设置法决定,其内部组织则依据刑务所、少年刑务所及拘置所组织规程(1949年法务省府令第四号)决定。监狱之下设有分监(刑务支所、拘置支所)。1981年以后,全国有刑务所58所、刑务支所9所、少年刑务所9所、拘置所7所、拘置支所106所。^①

(三)监狱行政。在日本,监狱行政是司法行政的一部分,由法务省矫正局主管。同时,将全国分为八个矫正管区,分别设立矫正局的分支机关。在此之下,是各监狱的监狱长(即刑务所、少年刑务所、拘置所所长),他们受法务省大臣及矫正局、管区之长官的指挥监督,负责管理监狱事务。

(四)监狱人员。在监狱里服务的国家公务员,按照职称等级分为法务事务官、法务技官、法务教官及其他职员。在法务事务官这一职务内有矫正监、矫正长、矫正副长、看守长、副看守长、看守部长、看守七个等级。在法务技官这一职务内,有医务技官(医师、药剂师)、作业技官、分类技官、其他营养人员、X光透视技师、卫生检查医师、护士、护师等各个等级层次。法务教官主要负责对收容者进行教育。其他职员则负责监狱的零杂事务。1981年以后,日本监狱的任职人员,正式定编的有16877人,其他非常勤编外人员保持在210人左右。^②

(五)监狱作业时间。监狱立法改革之前,日本监狱的在押犯人和其他收容者,是按照法务大臣规定的时间从事作业劳动的,即休息时间之外,每天工作八小时,一个星期四十八小时。1973年4月1

^① 日本犯罪学研究会编《犯罪学辞典》第73页,成文堂1982年版。

^② 同上第74页。

日,日本政府为了使在监犯人的作业时间与社会上公民的平均工作时间相一致,并发挥犯人的生产积极性,提高工作效率,将作业时间由每星期的四十八小时改为四十四小时,并进一步规定,矫正设施的长官,可以根据各地具体情况、监狱的特点、作业的种类等,适当延长或缩短作业时间。

(六)监狱的检查制度。根据监狱法第7条和第41条以及其他改革法令的规定;为了检查各地监狱在对待收监犯人的生活待遇及其他监狱事务方面有无违法现象、各监狱在刑罚执行方法上是否有不当行为以及在矫正(改造犯人,使其从良归善)方面有无好的经验等,实行监狱的检查制度。其做法是:(一)由法务省大臣命令所属高级官员,下去进行实地巡视检查,倾听在监犯人的意见和申诉。这种巡回检查每两年至少有一次;(二)定期阅读审查各地监狱上报的档案材料;(三)各矫正管区的长官必须对所属各监狱作定期的巡回检查;(四)各监狱长应对所管监狱之各项事务作经常性的检查。

(七)监狱慈善、恩惠措施。按照日本法律的规定,在监犯人除享有属于正当的、由监狱方面保护的权力,如正当休息、疾病的治疗、看书阅报、接受教育(包括各种技术和专业教育)、与家属亲友会面和通信、从事监狱作业获得一定报酬、不服行政处罚时提出申请获得救济等的权利之外,还享有获得慈善帮助、享受恩惠待遇的权利,如在监犯人死亡埋葬时享有宗教仪式的权利。这种宗教仪式的开支主要来源于按照监狱法没收归入国库的财产,如姓名、地址不明者寄来而犯人又拒绝接受的金钱和物品等。日本是一个信奉各种宗教、礼仪繁多的民族,因此,监狱慈善、恩惠事业经费的相当部分,被用于宗教事业。

(本文写于1986年12月)

日本的简易法院

按照日本宪法第76条第1项的规定,简易法院是下级法院^①的一种,是依据1947年5月3日实施的《法院法》而创设的。它作为小额的民事诉讼和轻微的刑事诉讼案件的第一审法院,也处理一些其它简易诉讼案件。简易法院依据宪法规定的民主主义理念的要求,采用联系国民、方便民众的简易诉讼程序,对法官的任命也不象其他法院那么严格。因此,日本学者认为,日本的简易法院有点类似于英、美等国的治安法庭或基层法院(Magistrates' Court)。目前,日本全国共有这种简易法院五百七十五所^②。

一、简易法院对民事案件的审理

1982年9月以后,简易法院对不超过九十万日元诉讼金额的民事案件拥有第一审审判权。对不动产诉讼,如在九十万日元以下的,简易法院和地方法院一起行使管辖权。对有些属于简易法院管辖的民事案件,简易法院如认为合适的话,或在原告申请被告同意的场合。可将其移送地方法院审理。此外,简易法院还拥有促使当事人当场和解、进行民事调停、发布公示催告程序等各项权利。

^① 在日本,下级法院包括地方法院、家庭法院和简易法院三种。前者受理可以判处禁锢以上刑的犯罪案件;中者受理危害少年福利的成人犯罪;后者管辖可判处罚金以下刑的犯罪。

^② 伊藤正己主编《国民法律百科大辞典》第1卷第585页。1985年日文版。

按照日本法律的规定,实行第一审程序的法院,通常可以采取简易程序,即(一)起诉时可以用诉状,也可以以口头的形式;(二)通知开庭审理日期等,不发传票只用电话也为有效;(三)辩论时不一定都使用书面辩护状;(四)当事人一方在规定的时期内不能出席法庭,可提出准备好的书面陈述;(五)和解书、判决书等,在文字上可以简化;(六)证人、鉴定人不出席法庭接受讯问,代之以书面证词、鉴定意见也为有效。

此外,为了使审判有助于对国民进行法律意识的教育,设立了司法委员制度。该制度规定,每一简易法院可以从所在地区具有良好品德和渊博学识的居民中选任十名之内的司法委员,他们是非法律专职人员,其职责是帮助简易法院进行调解,以及对法院审判工作提出意见,在法院开庭审判时被邀请参加。每一个案件一般可邀请二名司法委员。担任司法委员之居民,可享有获得奖金、报销来回路费 and 住宿费等待遇,其人身权利受法律保护。

二、简易法院对刑事案件的处理

简易法院对犯有刑法规定的罚金^①以下的罪,或犯有盗窃罪、未遂罪、侵占罪^②、窝赃罪等的案件拥有第一审管辖权,但是,由家庭法院^③处理的成人的刑事案件则不在此列。简易法院虽然不能对罪犯科以禁锢^④以上的刑罚,但作为例外,对特定的罪,也可以科处

① 罚金是日本所判主刑之一(日本的刑罚分为死刑、惩役、禁锢、罚金、拘留、科料和没收。其中,没收为附加刑)。日本刑法规定,罚金的数额为二十日以上(减轻时可以减为二十元以下)。《罚金等临时措施法》(1948年)作了修改,把罚金的数额改为四千日以上。

② 侵占罪,是指将自己受委托保管的他人物品和公家财产占为己有的行为。

③ 参见注①。

④ 禁锢和惩役,都是拘置在监狱内的自由刑,分有期和无期两类。有期为一个月至十五年,加重时可判至二十年,减轻时可减为一个月以下。禁锢和惩役根据是否使受刑人服定期役来区别。

三年以下的惩役^①。此外,简易法院如认为某一刑事案件应判处超过上述限度的刑罚的话,那么,可以将其移送地方法院审理。

简易法院在审理刑事案件时,可以采用略式程序。比如,在法院对犯罪嫌疑分子存有不同意见时,根据检察官的请求,可以不开庭,而采用书面审判的程序。简易法院依据这个程序,对罪证属实者,可以用略式命令处其二十万日元以下的罚金与科料^②。

简易法院在审理交通案件时,还可采用“即刻审判”的方式。如对违反《道路交通安全法》或基于该法发布的命令的案件,简易法院可依据《交通案件即刻审判程序法》及其实施规则,作为刑事诉讼程序中的一种例外,可以使用简易程序,即刻审判。

此外,在检察官和司法警察职员^③对法官提出发布逮捕、搜查、扣押犯罪嫌疑分子之请求的场合,与地方法院法官一样,简易法院的法官也可以发布这种令状。

三、简易法院的法官

1. 法官的资格。简易法院的法官,由:(一)担任高等法院长官或法官之职务者;(二)担任助理法官、检察官、律师、法院调查官等司法职务者或大学法律系教授、副教授在职已满三年者;(三)从事多年的法律实际工作并拥有其他必要的学识、经验者,经过简易法院法官选考委员会的选考,而被任命。

2. 法官的身份。简易法院的法官,属于宪法第80条规定的下级

① 禁锢和惩役,都是拘置在监狱内的自由刑,分有期和无期两类。有期为一个月至十五年,加重时可判至二十年,减轻时可减为一个月以下,禁锢和惩役根据是否使受刑人服定期役来区别。

② 科料是日本所判主刑之一,类似于中国的罚款。它和罚金的区别在于数额的不同。日本刑法规定,科料的数额为十钱以上二十日元以下。《罚金等临时措施法》把科料的数额改为二十日元以上四千日元以下。

③ 司法警察职员是司法警察员和司法巡查两者的总称,主管搜查等事项。

法官之列,与其他下级法院的法官一样,依据最高法院掌握的名册,由内阁任命。任期十年,退休年龄为七十岁。

3. 法官审判的组织形式。简易法院的审判,常常实行“独任制,”即有一名法官即可开庭审案。

四、简易法院的司法行政事务

各简易法院的司法行政事务,在简易法院法官为一人时,由该法官处理;如法官为两名时,由最高法院指定的那名法官负责。当简易法院因房屋的修建、法官的缺员等,不能处理审判事务时,管辖该所在地的地方法院,可以命令该简易法院将其事务之一部或全部移交其他简易法院。

由于日本的简易法院具有数量多、规模小、程序简单、方便居民、帮助公民树立守法意识等特点,它开始为外国学者所注意。目前,我国正在酝酿政治体制的改革。这一改革,也将触动我国现行的司法体制。因此,介绍、研究外国的司法体制改革的经验(包括日本的简易法院),对我们的改革将是有益的。

(原载《海外法学》1986年第1期)

论战后日本的行政立法及其特征

战后日本,是世界上行政法最为发达的国家之一,制定有众多的行政法规,建立起了一整套系统、完备的行政法律制度,培养出了一大批训练有素的行政官员,在资本主义各国中享有“办事迅速”、“效率显著”的声誉。因此,对日本行政法的内容、历史、现状及其社会作用作些分析、研究,对正在着手政治体制改革的我国,将是非常有益的。

(一)

在日本,对什么是行政法,学者的解释虽各相异,但基本点是比较一致的,即所谓行政法,“是指关于行政权的组织和作用的国内公法”。^①其法源包括宪法、法律、行政命令(广义上,是国会以外一切国家机关制定的法规;狭义上,是执掌行政权的政府各级各类机关立的法规)、条约、地方公共团体的条例和规则。以及习惯法、判例法、条理法(公平、正义等观念)、行政先例法等等。^②其基本内容包括:(一)国家行政与地方行政;(二)国家行政组织;(三)地方自治行政组织;(四)公务员制度;(五)行政作用(即行政行为、行政强制、行政处罚);(六)警察行政;(七)福利行政;(八)财务行政;(九)教育行政;

① 伊藤正巳主编《国民法律百科大辞典》第二卷第241页,1985年日文版。

② 成田赖明、荒秀等编《现代行政法》第32-41页,有斐阁1978年日文版。

(十)行政救济;(十一)行政争讼;(十二)行政案件审理,等等。^①

由上可见,日本的行政法具有如下几个特征:

第一,行政法是国内法。^②

第二,行政法属于公法范畴。即国家机关、社会公共团体在与普通公民站在同一立场上(即作为法人)从事各种经济活动如签订合同等时,适用的是民法、商法等私法。只有当这些机关、团体作为警察权、财政权等公的权力主体,从事对公民实施强制命令等公的行为时,才适用行政法。

第三,行政法是关于行政的法律,是关于行政权主体的国家和公共团体的组织、权限,各机关相互间关系等的行政组织的法律(该部分一般被称为“行政组织法”)以及国家、公共团体和国民之间在公法上的关系即行政作用、行政救济等的法律(该部分一般被称为“行政作用法”)的总和。

第四,日本的行政法规则存在于宪法、法律、命令、规则、以及各项单行的行政法规之中,而不是表现为一部综合性的、概括性的“行政法典”或“行政法通则”。

第五,行政法涉及的范围非常广泛。有十多个方面,其法规也很繁多。1983年出版的岩波《六法全书》就收录了行政法规一千五百多个。

第六,行政诉讼在日本行政法制中占有重要地位,不仅有关于行政诉讼的成文法规,而且,行政判例法也是其法律渊源之一。

(二)

日本的行政立法,最早可追溯到明治时代中期。当时,以日本帝

^① 参阅田中二郎著《行政法》,劲草书房1982年日文版新版。

^② 不过,目前西方包括日本开始出现行政立法的国际化,即国际行政法的趋势。

国宪法的制定、公布(明治22年,即1889年)为中心,辅之以刑法典(1882年)的公布实施,形成了一个法制建设的高潮。在这当中,日本的行政立法也开始活跃起来,并在仿照德国(更确切地说,是普鲁士)法制基础上,确立了近代日本行政法制的基本框架。如1888年,日本确立了行政市、镇、村制度;1889年,又确立了府县制和郡制,并颁布实施了《行政审判法》和《土地收用法》;到1900年,以《行政执行法》为中心,又制定了一系列调整行政法律关系的单行法规。

二次大战以后,这种以德国法制为模式的行政法体制开始发生了重大变化,即英美法系的各项行政法制度开始传入日本。如在制度方面,废除行政法院、确立了司法审查制度、采用了行政委员会制、并重视行政活动中的事前程序等等;在实体法上,将行政法置于公法和私法之间的“二元论体制”(来源于大陆法系传统)虽没有完全崩溃,但已有重大变化。即确立了行政法是公法、主要调整对象是行政行为、行政强制以及作为公的权力开展活动的行政救济等活动的体制。^①与此同时,随着战后日本经济、政治的发展,如经济飞速增长、和平民主运动高涨、行政权(尤其是管理经济的职能)的扩大、公务员管理的制度化、法律化等,日本的行政法也获得高度发展。制定了《内阁法》(1947年)、《国家行政组织法》(1948年)、《国家公务员法》(1947年)、《人事院规则》(一至十七,1949-1976年)、《行政不服审查法》(1962年)、《行政案件诉讼法》(1962年)、《财政法》(1947年)、《会计法》(1947年)、《烟草专卖法》(1949年)、《物品管理法》(1956年)、《消防法》(1948年)、《灾害对策基本法》(1961年)、《道路交通法》(1960年)、《国土利用计划法》(1974年)、《教育基本法》(1947年)、《学校教育法》(1947年)、《私立学校振兴助成法》(1975年)等一大批法规,将国家的各类行政活动都纳入了法制轨道。因此,当代日本的行政法制,是大陆法系、英美法系以及日本本国经验的集大成

^① 成田赖明、荒秀等编《现代行政法》第24页。

者,具有自己的鲜明特征,并挤入了行政法制最发达之国家的行列。

(三)

日本行政法制的基本内容主要体现在数量众多的各项单行法规之中。限于篇幅,下面仅就战后日本几部主要的行政法规作些介绍和评述。

(一)行政组织法。主要有《内阁法》和《国家行政组织法》两部法规。前者于1947年1月16日颁布,同年5月3日实施,至1983年已被修改了十五次。有十八条正文,加一个附则。其要点为:内阁由总理大臣和二十名以内的国务大臣组成;内阁为执行其职务,可召开内阁会议,会议由总理大臣主持;内阁总理大臣的职权为:代表内阁指挥监督行政各部门的工作、排除裁决各大臣间的纠纷、中止各部发布之行政命令等;为使内阁顺利开展工作,成立内阁官房(类似于中国的国务院办公厅),设官房长官,由国务大臣兼任,协助总理大臣处理内阁各项事务,等等。《国家行政组织法》于1948年7月10日颁布,至目前已修改了六十六次。包括附则在内共二十四条,加两个附表。其要点为:该法主要调整内阁领导下的各行政机关的组织管理关系;规定了行政机关的设置、废止、职权及其行政机关首长的权限;关于政务次官和事务次官的职权,前者每省、厅设一至二名(相当于中国的副部长),由该省、厅的长官提出经内阁同意而定,并协助长官工作;后者各省、厅也设一至二名,协助大臣处理具体事务,一般从文官中选任,不受内阁分化组合之影响。

(二)《国家公务员法》。1947年10月21日颁布,至1983年已修改了五十次。其要点为:1.将国家公务员分为特别职与一般职,前者指内阁总理大臣、国务大臣、内阁法制局长官、特命全权大使等十八种人;一般职是上述十八种高级官员以外的各级行政官员,如文部省的事务次官,法制局的秘书官等。2.中央人事行政机关的规定,如

人事院和人事官的职权等。3.选任官吏的标准。除禁治产者、^①犯罪分子、受过行政罢免处分的人之外,任何日本公民经过考试均可成为公务员。4.违反公务员法的法律责任。

(三)行政案件诉讼法。在日本,违反行政法规而又未达到构成刑事犯罪程度的案件,称为行政案件,如官吏在执行公务中侵害了公民的利益等。处理这类案件的法律主要有:1962年的《行政不服审查法》和《行政案件诉讼法》、1947年的《执行职务命令等的诉讼规则》等。其中,《行政案件诉讼法》最为重要。它由总则、抗告诉讼^②、当事人诉讼^③、民众诉讼^④和机关诉讼^⑤、补则等五章组成,共45条(外加补则11条)。但应指出的是,如前所述,日本的行政法院于二次战后已被取消,故行政案件诉讼应向所在地法院指起。

(四)财政法。在日本,财政包含着国家(或公共团体特别是地方团体)为了取得收入而对国民行使命令、强制执行等权力(如征收赋税、对违反财政义务的强制执行和处罚等)和管理使用所取得的财产两个方面。关于财政的法律除前述《财政法》、《会计法》等之外,还有《关于国债的法律》(1964年)、《预算决算及其会计令》(1947年)、《国有财产法》(1948年)、《关于预算执行职员等的责任的法律》(1950年)、《会计检查院法》(1947年)等几十种。其中,《财政法》最为重要。它有五章四十七条,加附则八条,对日本财政活动的基本原则,如国民收入、支出、岁入、岁出、专卖价格、公债发行、国有财产的处分

^① 按照日本民法第7条的规定,禁治产者是指“处于心神丧失常态”的人。

^② 抗告诉讼是指对行政厅行使公的权力不服而提起的诉讼。

^③ 当事人诉讼是指认为行政机关作出的、意在一定当事人之间确认或形成某种法律关系之处分或裁决不公正而提出的诉讼。

^④ 民众诉讼是指要求弄清不符合国家或公共团体的机关的法规之行为正当与否的诉讼。

^⑤ 机关诉讼是指关于国家或公共团体各机关相互之间因权限划分或行使而产生之纠纷的诉讼。

和管理、会计年度、预算、决算等作了概括性的规定。

(五)土地管理法。主要有《土地征用法》(1951年)、《城市计划法》(1968年)、《国土综合开发法》(1950年)、《国土利用计划法》(1971年)、《道路法》(1952年)、《城市公园法》(1956年)、《河川法》(1964年)、《海岸法》(1956年)、《水道法》(1957年)等等。通过这些法律和法令,日本基本上将土地征用和管理、国土资源综合利用、城市开发和建设、江河湖海的管理使用等全部纳入了法制轨道。

(六)警察行政。是日本行政法的重要内容之一。调整日本警察行政的主要是《警察法》(1954年颁布,至目前已修改了二十一次)。主要内容有:1.警察的职责:保护公民的生命、身体健康和财产,维护社会公共秩序等。2.国家公安委员会,主管全国警察事务。3.警察厅,是设在公安委员会内的具体执行机关。在它之下,各道、府、县设警察本部(东京都的警察本部则叫警视厅)。4.警察职员分类、职权、武器配给等。

(七)教育行政。教育立法在日本也属于行政法制的內容。早在明治时代,日本就意识到培养人才的重要性,它效仿普鲁士帝国,将“文明开化”与“富国强兵”等并列为三大国策。二次大战以后,日本鉴于国内外飞速发展的政治经济形势,比以往更为注意抓教育,抓人才的培养,1947年,制定了《教育基本法》和《学校教育法》,进行大规模的教育改革,确立了九年义务制教育,使日本在六十年代末就基本上消灭了文盲(文盲率为0.7%),高中普及率达到90%以上。从而为经济建设提供了各种有文化的人才。从四十年代末至目前,日本共制订了各种重要教育法规二百多个,对教育工作的各个环节都作出了详细的规定。

(四)

高度发达的日本行政法,在战后日本社会生活中发挥了重要作

用:

第一,确保宪法和法律的贯彻实施。如日本政府通过《内阁法》、《国家行政组织法》等,使宪法规定的政府各种职能得到实现;通过《国家公务员法》、《关于国家公务员职价制的法律》(1950年)、《关于一般职职员的工资待遇的法律》(1950年)等,对国家大小官吏的编制、职责、报酬等作出明确规定,为法治提供了组织保障;通过《财政法》、《会计法》、《预算决算及会计令》等,使国家财政制度基本原则得以具体实施,等等。因此,有的日本学者也把行政法称为“活动的宪法”、“具体化的宪法”。^①

第二,健全资产阶级民主制度和法制生活。日本政府通过行政立法,处理好行政机关和权力机关、司法机关、行政机关内部以及行政机关和它的工作人员,行政机关和所属企、事业单位、社会组织、团体、行政机关及其工作人员与公民等的关系,使资产阶级民主的各项原则得到具体实现;通过确立“依法行政”、“无法律即无行政”的根本原则,将行政机关的各项活动都纳入法律、法令规定的轨道,以法治国;通过各种行政法律监督措施,以防止行政机关滥用权力、侵害公民权益等行为。

第三,精简国家机构,提高行政效率。1969年5月16日,日本政府颁布了《关于行政机关职员定员的法律》,对国家公务员编制进行削减整顿。至1981年,共削减了中央各机关公务员十二万八千人。此外,日本政府通过行政立法,对行政体制的其他方面,也进行了精简改革,如使各种审批、颁布许可证件等行政工作程序简单化、合理化,使行政事务电子计算机化、行政工作机构运转效率化等等。

第四,促进经济、文教、卫生等各项事业的发展。如上所述,二战后,日本鉴于行政任务日趋广泛,行政内容日趋复杂化、多样化的现实,改变了用法律限制、束缚行政权力的传统做法,而赋予其各种

^① 引自邱生《日本行政法的地位及其特点》,载《国外法学》1985年第4期。

行政立法的权限、制定了众多的行政法规,进行充分、有效的法律管理,从而促进了经济、文教、卫生等各项事业的发展。正如日本学者雄川一郎所说:在现代,“法作为某一国家政策的具体体现,与其说它的职能是抑制行政,莫如说是授权行政,与其说它是在限制现有行政的活动范围,莫如说它是在促使行政发挥其应有的作用,并具有相应促进的职能”。^①

第五,保障公民的法定权利。二次战后,针对行政机关及其工作人员侵犯公民利益而引起的行政案件愈益增多、公民对政府的不满情绪日渐增长的形势,日本加强了行政诉讼立法和行政案件审理活动。除制定了前述《行政案件诉讼法》等一批法规对行政诉讼作了周密规定之外,还注重对行政案件判例的编集整理工作,出版了《行政判例百选》(1962年初版,收判例107个。1986年新版的判例百选,分上、下两册,收案例203个)^②,以充分发挥行政判例法在行政诉讼活动中的作用,保障公民的各项法律权利。

(五)

当前我国正在着手政治体制改革,为了顺利完成这一艰巨任务,我们必须全面系统地总结以往我国在政权建设方面的经验教训,周密调查、研究我国目前所处的政治状况。同时,也应当研究、吸收外国在这方面的有益经验。作为行政法制高度发达的国家——日本,其法制虽属资产阶级性质,是为资本主义社会服务的工具,但也不应为我们所忽视。笔者认为,战后日本的行政法中的如下内容,是应当并且可以借鉴的。

第一,行政法的表现形式。形式是内容的体现,受内容制约的。

^① 引自西冈久著《现代行政与法》,贾前编译,载《国外法学》1985年第5期。

^② 有斐阁《别册·法学家》1987年5月第92期。

行政法的表现形式也是由其内容即行政法律关系所决定并为其服务的。如前所述,日本行政法的表现形式是各种单行的行政法规,而不是统一的行政法典。实践证明,这种形式比较适合飞速发展、变动频繁的战后日本社会。就我国情况而言,处在改革中的行政法律关系也是变动不定的。如国家行政权与企业自主权的界限如何划定?行政机关和公民间的权利义务究竟包括哪些?在商品经济条件下出现的微观管理向宏观管理转变、直接管理向间接管理转变过程中政府行为的方式如何转变等等。这些问题用一部统一的“行政法典”是不能解决问题的,^①只有因时制宜地制定各种单行的行政法规,并逐步配成套,才能形成比较系统、周密、完善的行政法制,更为有效地保障我国政治体制改革的顺利完成。

第二,日本行政法中的一些原则和具体制度,对我国的政治体制改革也有启示作用:

(一)“依法行政”原则。该原则是资产阶级法治原则在行政活动中的贯彻和体现,是行政法的根本原则,其内容包括:1.行政权的作用不得和法律相抵触;2.非有法律根据,不得使人民负担义务或侵害人民的权利;3.非有法律根据,不得免除特定人应负的义务或为特定人设定权利;4.在法律允许行政权作出自由裁量的场合,其裁量决定应属合法。战后,日本法学界对“依法行政”原则虽作出了一些新的解释,以发挥行政权在处理当代纷繁复杂的社会事务中的积极作用,但“行政权的行使必须严格依照法律的规定,不得滥用及侵害公民的利益”这一基本点没有变。十一届三中全会以来,我国先后颁布了全国人大和地方各级人大、国务院及地方各级政府、人民法院和人民检察院的组织法,颁布了《国务院任免行政人员办法》、《治安管理处罚

^① 当然,对目前我国许多学者提出的要制定一部似于《民法通则》那样的,比较概括原则地规定行政活动中一些基本问题的《行政法纲要》或《行政法通则》的建议,笔者则表示同意。

条例》等近一百个重要的行政法规,开始将国家管理活动的一些方面纳入了行政法制的轨道,但行政活动中还有相当多的领域尚处在无法可依的状态,有些方面即使有了法律,不予执行、遵守,滥用行政权的现象仍很严重,尤其是行政机关及其工作人员侵害公民利益的事件时有发生。从而在相当程度上影响了我国的经济建设,损害了我们党和政府的威信。因此,确立“依法行政”这一现代行政法的基本原则,应是我国政治体制改革的重要任务之一。

(二)干部(公务员)管理制度。国家机器运转的好坏、政治体制改革的成败,很重要一点是取决于干部管理的完善与否,因为一切行政活动都是要靠人去完成的。在这方面,日本的经验中至少有四点应当重视的:

1. 关于人事官的规定。日本法律规定,人事官掌管关于干部的职阶制、考试、任免、报酬、进修、身份、奖惩、处理上诉、确保其它有关人事行政的公正、保护职员利益等事务,肩负重任。为了保证其职权的实现,日本法律规定了一系列人事官的特权,如可连续任职三届(十二年);除特殊情况(如身心障碍、做了不正当行为等)外,不得强行罢免;弹劾人事官须由国会起诉、最高法院审判;人事官待遇由法律规定,不得任意变动等。同时,为防止人事官滥用权力,法律又对其作了必要的限制,如强调人事官须人格高尚、懂得民主和注重实效原则、办事能力强;自任命之日起前五年当过政党负责人、政治顾问和其它具有同等政治影响力的政党人员或从任命之日起前五年经过公选当过国家、都道府县的公职候选人者不得任人事官;任命人事官,其中不得两人属于一个政党或者同一大学学部毕业,等等。这些规定,既保证了人事官能相对独立地、有效地行使职权,又从组织和制度上避免了结党营私、培植亲信等腐败现象(当然,在资本主义现实生活中,这是很难避免的)。

2. 关于职阶制的规定。日本将一般职的所有官员都按职阶制进行了分类,其标准为每位公务员从事的职务种类、复杂程度,责任大

小。从而做到各在其位、各司其职、各得其酬、各负其责。

3. 公务员的考试与任免。日本法律规定,官员的任用一律经过考试和考核;公务员录用考试对所有公民一律平等,并须公开进行;提升职员一律通过下级在职官职人员的竞争考试;如遇通过考试人多、录用人少之情况时,凡未被录用人员一律编入“录用候补者花名册”之中,以便以后录用或提升;凡未经过考试或考核者,不得安排任何官职;除法律规定外,对职员不得强行降职、休职和免职,等等。

4. 保证行政效率,各部门首长须对所属官员作定期检查评定,并根据评定结果采取适当措施(如降职、免职、休职等)。而评定工作好坏的标准,并非完全出自首长的个人意志,而是由《国家公务员法》、《工作评定根本标准规则》(1952年)和《关于工作成绩评定手续与记录的政令》(1966年)等法规予以严格规定的。

所有这一切,对我们开展政治体制改革,完善干部管理制度、克服官僚主义弊端、杜绝各种不正之风等都是很有借鉴意义的。

(三)行政诉讼制度。建立比较系统的行政诉讼制度,是我国政治体制改革的一项不可缺少的重要内容。因为它在国家政治生活中起着巨大的作用。如保障人民民主权利和公民的合法权益。促使社会主义民主进一步扩大;减少行政纠纷与行政案件,维护安定团结的政治局面,促进社会的长治久安;形成民诉、刑诉、行政诉讼三位一体配成套的诉讼机制,以完善社会主义法制;督促行政工作人员尽职尽责,提高行政效率,减少官僚主义,杜绝各种不正之风等等。目前,建立行政诉讼制度已成为世界法律发展的重要趋势之一,不仅各资本主义国家,就是南斯拉夫、匈牙利、波兰、捷克斯洛伐克等社会主义国家也都建立了行政诉讼制度。就我国情况而言,我们已制订了一批有关国家行政管理方面的法律、法规,但关于行政秩序、行政强制执行、行政诉讼等程序法非常不完备,因而使行政管理方面的实体法“有法难依”,许多行政“官司”告状无门,有些则因此而使矛盾激化,

酿成严重后果。对此,我国许多领导干部、专家学者大声呼吁,要求加强行政程序立法,建立行政诉讼制度。在这方面,日本法律对行政诉讼的周密规定,如对行政处分之不服申请的种类、方式、审查不服申请请求书记载事项、审理方式、行政处分执行的停止、中止,申请手续的合并与继承,判决方式、判决的生效与拘束力,程序上各类错误的救济,抗告诉讼、当事者诉讼、民众诉讼、机关诉讼,以及行政诉讼的原告与被告、案件的管辖与移送、共同诉讼、第三者参加诉讼、行政机关参加诉讼、诉讼期间、诉讼费用等等,对我国行政诉讼制度的建立,也是具有重要的参考作用的。

(原载《世界法学》1989年第5期,收入本书时有补充)

日本编纂《六法全书》的历史与现状*

1868年“明治维新”以后,日本迅速走上了近代“法治”国家的道路,开始了大规模的立法活动。为了让全体国民了解众多的法律,使其更好地贯彻,并活跃法律教育和法学研究,有必要将颁布的法律分门别类,加以汇编。于是,日本开始了声势浩大、在世界上也颇有影响的《六法全书》的编纂工作。1885年,日本汇集出版了《大日本六法类编三部作》。1890年,在《大日本帝国宪法》(1889年)刚刚颁布,民法典等其他几部主要法典正在起草时,又出版了长尾影弼编的《日本六法全书·完》。这两部书,被认为是日本现代《六法全书》的雏型。

在日本,“六法”这个词有狭、广两种含义:1873年日本出版的箕作麟祥翻译的《法兰西法律书》中写道,法兰西法律包括宪法、民法、(民事)诉讼法、商法、刑法、治罪法(刑事诉讼法),明确列举出六大法典。从此,以上述六种主要法典为基础的用法至今未变。这是狭义的“六法”。另一方面,中国古代的“法经六篇”、《唐六典》等对日本形成现代型的《六法全书》的名称也产生了重大影响。于是,日本就在上述(法国观念)六大法典的基础上,同时收录其附属的法律、法令,通称为“六法全书”或“六法”。这是广义的“六法”。

1921年以后,日本各出版社开始出版发行小型的《六法全书》,

* 本文系与韩来璧教授合作完成。

但在当时,它们仅仅是所谓的“法令集”而已。1928年,岩波书店发行了便于携带的《六法全书》,它附有参照条文,可以和其他法律相互对照,从而奠定了现代型《六法全书》的基础。

目前,日本国家级的法律(包括法律、政令、规则等)共有五千多件,其中国会制定的约有二千五百多件。它们都由政府负责收录在《官报》中。与此相适应,民间出版社依据不同的目的,出版有大型、中型、小型的《六法全书》。大型的主要以法学专家、学者为对象,约收录法律八百多个。中型的主要为法律院校师生以及专家学者服务,约收录法律350余个。小型的收录了约120至180个法律,主要作为大学法律教育参考书使用,因其体积小,便于携带,也颇受专家、学者欢迎。

由于各出版社都努力编纂有创造性、有特色的《六法全书》,因而扩大了其销售市场,使它广为普及。目前,全日本大、中、小各种类型的《六法全书》的总销售量为70万部,比10年前增加了20万部。

一般说来,六大法典(宪法、民法、刑法、商法、民诉法、刑诉法)是《六法全书》的当然内容。因此,各出版社在编纂时,只能在全书的编排结构,各自附属法令的收录范围,公法、私法、诉讼法等的分类方法上下功夫,力求推陈出新,使之有别于其他同类书,以便赢得读者。在日本,国会制定的法律是在政府《官报》上公布的,法律的修改与废除也在《官报》上刊出。各出版社都及时将其中公认是重要的法律收入《六法全书》,法律若有修改废除,也对《六法全书》作相应的修改补充。因而,《六法全书》每年的修订版就用《△△年版》出版发行。这样,读者也就必须每年都要购置新版的《六法全书》。《六法全书》向小型化、廉价化方向发展,上述情况是其原因之一。一般来说,日本《六法全书》从当年秋季至第2年1月间出版发行。

日本《六法全书》与其他国家的《法令集》、《法律汇编》、《法律大全》等相比,具有自己的鲜明特征:

第一,附带有“参照条文”。自1928年《岩波六法全书》首次将

“参照条文”收入以来,这种做法就成为当时该书的一大特色。所谓“参照条文”,是指汇编一个或数个大法或重要的法规时,将与其有关的法令、法律条文或索引都附列其后,以便于查找、引用和从事研究。目前,这一做法已为各出版社所普遍采用。

第二,收录了一部分判例。战后,日本法律发生了重大变化,形成了以法、德等国的大陆法为基础,以英、美等国的法律为重要补充的基本框架。与此相适应,日本各法律院校的教学也开始采用判例分析的方法。在这种背景之下,1970年由三省堂修订出版的《模范六法》一书,在收录以六大法典为首的重要法律、法令的同时,在各法规或条文上也附上了重要的判例,开创了《六法全书》编纂的又一新风格。

第三,形式各异,种类繁多,具有可读性。如前所述,各出版社编纂的《六法全书》都别具匠心,各有特色。如在收录法令数量上,有大、中、小型之别;在分类上,有按宪法、行政法、民法、商法、经济法等部门分类的,也有按公法、私法、诉讼法等分类法编集的,等等。此外,编排格式新颖,目录索引俱全,文字也颇流畅,很能吸引读者。

近几年,随着日本国内经济、科技、文化、教育等事业的发展,与世界各国交往的扩大,立法活动也得到了加强,法律、法令数量大大增加,法律教育和法学研究也进一步活跃。在这种情况下,原来那种以法律院校师生、法学研究人员、法官与律师等法律专业工作者为读者对象,以六大法典为主、吸收其他有关法律的综合性的《六法全书》,已不能满足社会需要了。于是,日本各出版社编集各种专业的《六法全书》,如《教育六法》、《环境六法》、《劳动六法》、《运输六法》等。目前,这样的专业六法全书已超过100种,它们在内容和编排技术上,对综合性的《六法全书》都有补充与发展,这标志着日本编纂《六法全书》的工作进入了一个新的水平。

日本的《六法全书》不仅深受日本各界人士的欢迎,而且也世界各国政府和学者所重视。人们从《六法全书》这个窗口看到了日本

现行法律的基本内容和法律的废、立、改。因此,日本《六法全书》是各国研究日本法的基本参考资料,也是当代世界法律文化的重要组成部分。日本编纂《六法全书》的经验,对我国法律编纂工作也有借鉴意义。

(原载《外国法学研究》1988年第3期)

日本的教育立法简介

日本的教育立法,虽然在明治时代已开始,如明治政府于1886年即发布了《帝国大学令》、《师范学校令》、《中学校令》等法规,但其真正发达则是在第二次世界大战以后。从四十年代末起至目前,日本已制定了一大批教育法律、法规,其中比较重要的就有二百个。从而保证了教育事业的繁荣,促进了早出人才,快出人才,造就了一大批教学、科研、企业管理、工商经营等领域的高级人才,为日本战后经济高速发展打下了基础。现将其教育立法简单作一介绍。

(一)教育基本法。日本国宪法明确规定:战后日本教育的核心是“民主主义”和“自由主义”,如思想自由(第19条)、学术自由(第23条)和全体国民都有接受教育的权利和义务(第26条)等。在宪法精神指导下,1947年,日本制定了“教育基本法”。该法共由十一条条款组成,宣告了日本教育的宗旨是为了实现日本国民的理想,即为人类的幸福和世界和平作出贡献。同时,对教育的目的、方针、教育机会均等、义务教育、男女共学、学校教育、社会教育、政治教育、宗教教育、教育行政等基本原则也作了规定。以此为基础,日本又制定了一系列具体实施的法律和法令。

(二)学校教育。在日本,学校教育被看成是教育中心。规定学校的制度、设立准则、教育课程等的法律是“学校教育法”,它于1947年和“教育基本法”同时颁布。根据这一法律,日本实施了“六三制”(小学六年、中学三年的义务教育制度)。该法还分别对小学、中学、高中、大学、高等专门学校、特殊学校、幼儿园、专修学校等的目的、教

育目标、学习年限以及教科书、就学义务、职员、设立义务等作出了规定。1954年,日本又进一步制定了“关于确保实施义务教育学校教育的政治中立临时措施法”。该法强调了学校教育,特别是中小学校教育公正性,以确保教育事业的繁荣。

此外,为了保证学校的教育水平,日本政府通过立法改革了教科书制度。1948年,颁布了“关于教科书发行的临时措施法”,将战前实行的“国定”(国家统一编定)制度改为“审定”(各学校自己编写好后由文部省审查决定)制度。为了消除实施义务教育的经济障碍,依据日本宪法第26条关于“义务教育应是无偿的”规定,1952年,政府制定了“关于义务教育各学校教学用书无偿供应法”,1953年又制定了“关于义务教育各学校教学用书无偿供应措施法”,开始实行义务教育教科书免费供应制度。为了保证等级规模相对稳定及适当的教职员人数等,1958年,日本政府制定了“关于公立义务教育各学校的学级编制和教职员定数标准法”,1961年,又进一步制定了“关于公立高等学校的设立、规模设施、教职员数标准法”,对学校教育作了组织上的保证。

(三)教育职员。教师是教育的主要力量,其状况如何对一个国家教育的发展极为重要。因此,日本政府将教师的培养、使用和任免等纳入了法制轨道。日本政府除制定了“国家公务员法”(1946年)和“地方公务员法”(1950年),对教育公务员的身分、任用、服务、薪水等问题作出规定以外,还制定了“教育公务员特例法”(1949年),对上述两公务员法尚未规定到的问题作了规定,如公立学校教职员的任免、期限、处分、申诉及其审查机关,教师的职称、培养以及纠纷的处理等。此外,日本政府于1949年还制定了“教育职员许可法”,对取得教育职员的资格(许可证)标准,资格审定与授与,许可证的分类、取得及失效等问题,作了详细规定。

关于教育职员的劳动标准、工会组织、就职合同、工资待遇等项问题,日本政府除了在“地方公务员法”中规定可以适用“劳动标准

法”的有关条款外,还制定了各种条例、条令。比如,1950年制定的“关于一般教育职员待遇法”和同时期各都、府、道、县政府的有关条例,对教育公务员的工资待遇作了规定。1974年规定的“关于保证学校教育水平提高而确保实施义务教育各学校之教育职员人才的特别措施法”,作出了中小学校和盲、聋学校以及养护学校的教育职员的待遇应比其他学校高的规定,^①以保证这类学校的教育质量和防止人才外流。1971年制定的“关于国立及公立义务教育各学校教育职员待遇的特别措施法”,进一步规定,对中小学校和盲、聋和养护学校以及幼儿园的教育职员,依据他们的职务及工作态度,每月多支付工资的4%作为教职调整报酬。此外,为了保护教育系统妇女的利益,1955年制定了“关于女子教育职员分娩补助法”,1975年制定了“关于义务教育学校中女子教育职员以及医疗设施、社会福利设施中护士、保姆等育儿休假法”。

(四)教育行政。日本的教育行政机关,在中央是文部省,在地方是都、府、道、县以及市、区、街、村的教育委员会。在地方,由于教育行政被认为是地方公共团体的事务,因此,它的活动主要遵循“地方自治法”(1947年)。在该法的原则指导之下,1956年,日本政府又制定了“关于地方教育行政的组织与管理法”,对各级教育委员会的设置、职权、学校和其他教育行政机关职员身份的取得、在其他地方公共团体中的教育行政组织的管理原则,各教育行政机关相互间的关系等作了具体规定。同时,该法取代了1948年制定的“教育委员会法”,将教育委员会由选举制改为任命制,削弱了教育委员会的独立性,加强了地方政府及公共团体对其的领导和监督,确立了教育的一元化领导体制。

^① 养护学校是指接受精神不健全者、肢体伤残者、不能接受正常义务教育之其他病弱者,给予高中以下文化知识及技能教育的专门学校,与盲、聋学校并列,1984年全日本共有养护学校七百所。

(五)教育财政。日本各地的教育经费,一般占各地地方公共团体预算的十分之三,与基建(土木)费用并列,是地方财政支出的最大负担。为了确保教育财政的正常运行,日本政府制定了一大批法律和法规,主要有:“地方财政法”(1982年最终审定)、“地方交付税法”(1950年制定,1982年修订)、“义务教育费国库负担法”(1952年制定,1976年修订)、“市、街道、村立学校职员报酬负担法”(1948年制定,1977年修订)、“义务教育各学校设施费国库负担法”(1978年最终审定)、“公立学校设施灾害、复旧费国库负担法”(1953年制定,1962年修订)等。这些法律、法规对教育财政法制确定了两项要点:(一)原则上,学校的设立者负担学校的经费,即国立学校由国家,公立学校中的高等学校由都、道、府、县,中小学校由市、区(街道)、村各自负担。但作为例外,市区(街道)、村立学校教育职员的报酬,由都、道、府、县一级负担。(二)原则上,国家财政与地方财政彼此分开,地方所属学校的经费由地方负担,但当对教育事业作出补助时,其补助金的二分之一或三分之一由国库负担。

(六)教育奖励。为了鼓励办学、上学各个方面的积极性,日本政府制定了各种帮助振兴教育、奖励教育职员及学生的法律、法令。第一,为了解决学生上学后在经济上的负担(如学习用品、上学路费等),制定了“关于对就学困难的儿童和学生发放就学奖励国家援助法”(1956年)和“关于盲、聋学校和养护学校学生奖励法”(1954年)。第二,为了对学习成绩优秀、但继续就学困难的学生作出经济帮助,制定了“日本育英会法”和“日本育英会法施行令”(均于1944年制定,1982年最终审定),确立了实行发放学习贷款的制定。第三,对于一些重要的系科,为了维持其发展水平、充实其设备、资助其创办人,制定了“理科教育振兴法”(1953年)、“产业教育振兴法”(1951年)、“高等学校的定时制度及通信教育振兴法”(1953年)。第四,为了帮助偏僻地区和人口稀少地区教育的发展,以适应不断变动之社会经济需要,提高全民族的文化水准,制定了“偏僻地区教育振兴法”

(1954年)和“人口稀少地区振兴特别措施法”(1980年)。

(七)学校保健、学校环境。搞好教育,必须使学生有健全的体魄,为学生创造良好的学习环境。为此,日本政府制定了“预防接种法”(1948年)、“结核预防法”(1951年)、“沙眼预防法”(1919年制定,1982年最终审定)、“传染病预防法”(1955年)、“学校保健法”(1958年)等一批法律,对学校师生的健康保护、传染病预防、校医的配备、学校保健计划的制定与实施等作了详细规定。

此外,为了解决战后初期学生吃不饱的问题,日本政府于1954年制定了“学校给食法”,对学校给食开张的手续、经费、食粮管理等作了规定,确立了学校给食制度。为了鼓励学生晚间学习,1956年制定了“关于设置夜间课程的高等学校给食法”。为了保护学生上学的安全,对学生的负伤、疾病、灾害、死亡以及其他不幸事件在经济上作出帮助,1982年制定了“日本学校健康会法”。

(八)教育福利。在这方面,日本政府也制定了一批法律、法规,其中比较重要的有:1947年的“儿童福利法”、1950年的“生活保护法”、1970年的“身心障碍者对策基本法”及1982年的“地域改善对策特别措施法”等。

(九)私立学校。日本在对国立、公立学校加强法律治理的同时,也大力鼓励私人办学,用法律手段调节私立学校发展中涉及的各项问题。1949年,日本政府制定了“私立学校法”,强调私立学校应以自主性为核心、以公共性(即面向公众、面向社会)为宗旨,规定了私立学校的设置、学校法人地位、学校的行政管理和监督等各项问题。1970年,制定了“日本私学振兴财团法”,规定:凡基于本法规定成立的私学财团,可以从国家那里获得补助金和贷款。1957年,又制定了“私立学校振兴助成法”,进一步对维持私立学校和教学条件、减轻学生的上学负担、学校编制定员等作了规定。这两个法律对促进私立学校的稳定发展起到了积极的作用。

(十)社会教育。战后日本的教育,已不限于在学校进行,在学校

之外,对成人、妇女、青少年也实施了有组织的教育,即社会教育。为此,依据“教育基本法”,日本政府于1949年制定了“社会教育法”(至今已先后经过了十五次修正),规定了国家及地方公共团体的任务、社会教育委员会主任与委员的职责、公民馆(群众性文体活动的场所,类似我国的文化馆)、通信教育等的设施与管理方针等。围绕该法,日本政府又制定了一批促进社会教育提高国民文化修养和身体素质的法律和法规,如“青年学级振兴法”(1953年)、“图书馆法”(1950年)、博物馆法(1951年)、“体育振兴法”(1961年)、“文化财产保护法”(1950年)等。

综上所述,日本的教育立法虽然其目的是为了培养资产阶级国家所需要的各级各类专门人才,以达到资本主义社会的长治久安,这和我国的教育目的是有本质区别的,另外有些立法也往往流于形式,不能全部兑现,如给教师的奖励,许多场合因地方财政拮据而不能发放等,但总的来说是系统和完备的,教育的各个环节都被纳入了法制的轨道。这一点,对完备我国的教育法制、把教育搞上去,早出人才快出人才,实现四化宏图大业无疑是有借鉴意义的。

(原载《海外法学》1988年第1期)

略论当代日本的法学体系理论

当代日本的法学,通过继承日本封建法学遗产(主要以中华法系为基础),采用大陆法系之基本原则和框架(明治维新以后),吸收英美法系的许多学说、观点(主要是二次大战以后),从而兼容并蓄,日渐发达。虽然,日本法学界在学习封建中国和近代欧陆法律时一直存在“拿来主义”之倾向,至现代又深受英美实用主义法学思潮的影响,故在法学研究方面比较务实,致力于注释的、应用法学的领域,其关于法学体系的理论也不十分细密。但该体系融合了东西方法学之精华,符合日本国情,颇具特色。因此,对其作些介绍,对我国的法学理论研究不是没有意义的。

按照日本法学界比较一致的观点,“法学,就广义而言,是关于法以及法的现象的学问的总称”^①。根据这个定义,日本学者将法学体系分为如下几个层次:

一、实用法学(广义的实定法学^②)。按照其与司法实践联系的紧密程度,又分为法解释学和立法学、法政策学两大类。实定法学这个概念,一般用于以法解释学为说明对象的场合,但如果不仅从解释既存的实定法^③之法解释学角度,还从包含着与新的实定法制定相

① 伊藤正己主编《国民法律百科大辞典》第7卷第137页,1985年日文版。

② 指以实定法(positive Law,也称实在法)为研究对象的学问。

③ 按照日本学者的解释,实定法是现实存在的习惯法、(法院)判例法和由立法机关制定的法律、法规。

关的立法学、法政策学的意义上认识的话,它就被理解为广义上的实定法学,即实用法学。

(一)法学解释学(狭义的实定法学)。是从事解释实定法的学问。但是,这里的“解释”,比古汉语或英文中的“解释”的含义要广,即不但包括了文法和语句上所作的说明,也包含了就法律作出定义和类推等解释。日本学者认为,这样的解释学对法的适用是不可缺少的。比如,在日本现行民法关于“私权应服从公共福利”^①、“私权的享有,从出生开始”^②等条文中,什么是“私权”?其范围包括哪些?等等,必须有相应之解释,才能使其准确地、有效地得以实施。法解释学从古代罗马以来(中世纪意大利的前后期注释法学是其辉煌时期)即处在西方法学的中心地位,直至法学开始发达的十九世纪为止,一谈起法学,通常就是指法解释学,日本也深受其影响。现代日本的法解释学,其范围主要包括实定法的各个领域:即公法学(包括宪法学、行政法学等)、民事法学(包括民法学、商法学、民事诉讼法学等)、刑事法学(刑法学、刑事诉讼法学等)、社会法学(劳动法学、社会保险法学等)、经济法学、国际私法学、国际[公]法学等等。

(二)立法学、法政策学。是指根据新的立法和法的修改,对实现一定政策有效的法规进行研究为主要任务的学问。正如美国曾制订了《禁酒法》^③,企望根绝饮酒的弊害,结果反而事与愿违,不仅禁不了酒,反而出现了大量秘密制造、贩卖酒的黑市。这一著名事例说明,没有远见和预测,违反社会发展客观规律的立法措施,并不是实现政策的有效手段。因此,日本学术界认为,在规定作为法律调整对象的人们的行为时,除考虑统治阶级的意志外,还必须考虑人们的习惯、道德、经济以及其他各种各样的要素。为了实现一定的政策,作

①② 岩波书店《六法全书》第979页,1983年日文版。

③ 《禁酒法》(the prohibiton Law),详细内容参阅李昌道:《简介美国有关禁酒的宪法修正案》。载《外国法制史汇刊》(第一集)第189~192页。武汉大学出版社1984年版。

为上述种种要素的经验总结和知识成果的立法学(法政策学)就是社会所需要的。这样的立法学(法政策学),随着法的总的目标(社会综合治理)的展开,也逐步成为法学研究的重要课题。

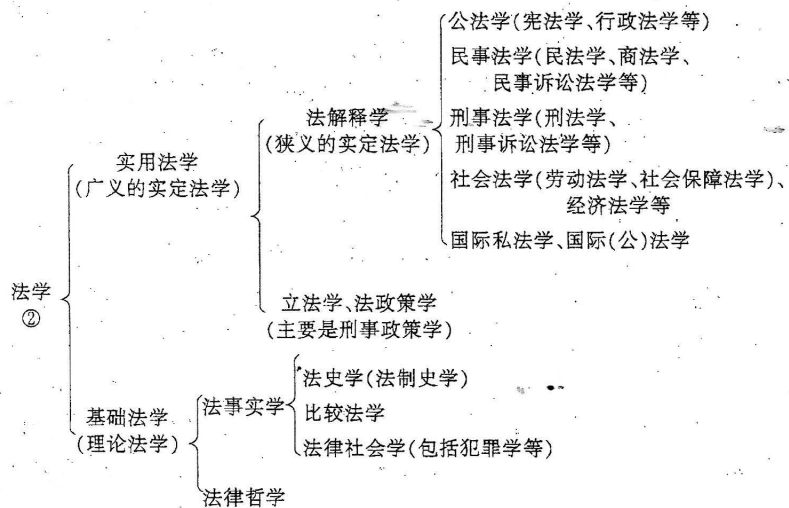
二、基础法学,也称理论法学。日本学者认为,基础法学如同与“临床医学”相对立之“基础医学”一样,是以哲学的考察为目的,从整体上对法以及法的现象进行研究的学问,从而与作为应用科学之“实用法学”相对应。基础法学又可分为:

(一)法事实学。包括“法史学”、“比较法学”、“法律社会学”等,它分别从历史、地理、社会等角度,将法和法的现象作为一种事实来观察、研究,以获得各种知识。(1)法史学(法制史学)。对法的历史比较早作出系统研究的是以萨维尼(Savigny, 1779~1861)为首的德国历史法学派和英国的法律史学家梅因(maine, 1822~1888)。在日本,奠定法史学之科学基础的著名法学家穗积陈重(1855~1926),他在其名著《法律进化论》中,对世界各国法律制度的发展演变作了精辟的论述。二次大战以后,日本的法史学研究进一步获得发展,从法史学中分化出了日本法制史、东洋法制史、西洋法制史三个分支。(2)比较法学,又称比较法、比较法研究。通常有狭义和广义之分。从狭义上解释,就是泛指对不同时期、不同国家的部门法的特点进行比较研究,如比较宪法、比较民法、比较刑法等。从广义上解释,比较法学不仅指一个个具体的法律部门,还包括对世界各个法系、法的理论与实践、法的边缘和相邻学科,法的背景以及法的研究与改革动向的比较研究等。目前,日本在大量翻译西方比较法著作的基础上对世界各国法律的介绍、研究也十分活跃,比较法学成为研究和教育的重要学科。(3)法律社会学。是运用社会学的原理和方法,研究法律现象的一门学问。法律社会学自1913年由奥地利法学家埃利希(Eugen Ehrlich, 1862~1922)在《法律社会学基本原理》一书中首次加以系统论述以后,随即便风行欧美、影响世界其他国家。日本在第二次世界大战以前就受到欧美法律社会学的影响,战后,该学科继续

获得发展,并开始渗入法学各个领域,出现了许多分支学科,如宪法社会学、教育法社会学、经济法社会学、犯罪社会学等等。

(二)法律哲学。因具有哲学的理论性和抽象性而与法事实相区别。在西方,法律哲学作为法学的一门学科和课程,一般是指以哲学的观点和方法,从理论思辩的高度对法的基本问题进行研究、作出解释的学问。在历史上,法律哲学是以探讨“正义是什么?”的法律价值论为中心而发达起来的。目前,受欧美法律哲学思潮之影响,社会学法学、分析实证主义法学、新康德主义法学和新黑格尔主义法学、新自然法学以及“马克思主义法学”^①等流派,在日本学术界都很活跃。

下面将日本的法学体系(按照学科的性质分类)图示如下:^②



(原载《上海法学研究》1995年第6期)

^① 二次战后,日本有一部分学者开始致力于运用马克思主义的一些观点和方法来研究法律现象,并出版了一批作品。这在日本被称为马克思主义法学思潮。

^② 伊藤正己主编《国民法律百科大辞典》第7卷第138页。

当代日本法哲学研究的新发展

在《战后日本法律哲学的发展与特征》(《法学》1990年第9期)一文中,笔者曾对二次大战后至80年代末日本法哲学的发展以及基本特点作了论述。本文在此基础上,拟对1989年至1995年间日本法哲学研究的发展进一步作些补充和评述。^①

一、日本法哲学学会的活动及其成果

日本法哲学学会成立于1948年,基本上每年举行一次年会,对法哲学界的一些热点问题进行专题讨论。80年代末以来,法哲学学会的活动进一步活跃,讨论问题的深度和广度也超过了60~70年代。比如,从1989年起,该学会依次对“法律秩序的形成和变动”、“现代社会中的‘个人——共同体——国家’”、“关于法思考自身当前的研究状态”、“东亚法哲学的现状与展望”、“实践理性与法”、“生与死的法理”、“权威与共同体”、“权威与解释”、“市场的法哲学”等重大课题进行了讨论,其成果分别收入《实践理性与法》(日本法哲学学会编,有斐阁1994年版)、《生与死的法理》(日本法哲学学会编,有斐阁

^① 本文依据的基本文献为:松浦好治:《法哲学》,载《法律时报》1989年第12期、同1990年第12期;名和田是彦:《法哲学》,载《法律时报》1991年第12期;大塚滋:《法哲学》,载《法律时报》1993年第12期、同1994年第12期;龟本洋:《法哲学》,载《法律时报》1995年第12期;中原精一编:《现代法的创造性展开》(成文堂1991年版);J. Llompарт著:《一般法哲学》(成文堂1991年版);阿南成一著:《现代自然法论的课题》(成文堂1991年版)等。

1995年版)等专题论文集中。

日本法哲学学会除积极组织本学会的年会外,还热心参与“法哲学·社会哲学国际学术联合会”(IVR)的研究交流活动。如1989年8月在苏格兰爱丁堡召开的、以纪念法国资产阶级革命二百周年为宗旨、以“启蒙、权利、革命”为主题的联合会第14次世界大会;1991年8月在德国格廷根召开的、以“法系统与实践理性”为主题的联合会第15次世界大会,日本法哲学学会都派出了强大的阵容参加(出席爱丁堡大会的日本学者达20余人)。法哲学学会的这些活动,不仅开阔了日本法哲学界的视野,扩大了国际学术交流,也培养起了一批能与国际法哲学研究者对话的中青年学者。

二、法哲学研究的主要论著

80年代末以来,日本法哲学界的理论研究取得了丰硕的成果,据笔者的初步统计,从1989年以来,出版的著作(包括译著)达100余种,发表的论文约有一千多篇。

在这些论著中,影响比较大的有:矢崎光圀、长尾龙一编:《法哲学的思考》(平凡社1989年版),该书是一本论文集,涉及科学与技术社会(后工业社会)中的法和道德,自由主义和社会共同体,法和国家与公民之间的关系等众多的法哲学课题;八木铁男著:《分析法学与现代》(成文堂1989年版),作为作者《分析法学的研究》(成文堂1987年版)一书的续篇,本书着重对以奥斯汀为代表的英国分析法学在现代的命运、英国法哲学是如何在批判、修正分析法学的基礎上获得发展的状况作了论述;长尾龙一编:《正义与无秩序》(国际书院1990年版),收录了田中成明、桂木隆夫、小林公、森村进等中青年法哲学家的论文,集中对法律秩序的建立和维持作了论述。桂木隆夫著:《自由社会的法哲学》(弘文堂1990年版),从如何才能建立一个不强迫要求拥有独立的个性和理想的人接受他人的价值观的秩序展开了充分的论述。长谷川晃著:《权利·价值·共同体》(弘文堂1991

年版),基于“对于权利的确立和实现而言,任何时候都不象今天这样迫切和现实”这样一种理念,对权利的概念、支持权利的本源(价值,即“公正的理念”)、基于权利而存在的社会秩序状态等问题,结合英美的规范正义论作了分析。中原精一编:《现代法的创造性展开》(成文堂1991年新版),从“调和与创造——现代社会与法”这一立场出发,对涉及现代社会中法的各种问题,如宪法与当代宪政制度、民法与战后社会的变化、犯罪与司法公正、现代企业与法、现代社会中妇女的地位与法、诉讼制度与人权保障以及国际社会新秩序与法等作了探讨。J.Llompert著:《一般法哲学》(成文堂1991年新版),对什么是法哲学、法哲学与其他相关学科的关系、关于法哲学的思考的历史沿革、对各种法现象的分析考察、对法的综合的哲学的考察等问题进行了充分论述。宇佐美诚著:《作为公共决定的法——解释法律实践问题的尝试》(木铎社1994年版),打破了传统的法哲学研究仅仅停留在司法领域的做法,而是倡导一种新型的法哲学研究,即着眼于国民参与的立法、行政活动的法哲学研究。基于与个人相对的“全体国民”之公共性概念,将法视为一种公共决定的实践。篠原敏雄著:《市民法学的基础理论》(劲草书房1995年版),基于黑格尔、马克思等人的理论,对特殊性和普遍性、个人的主体性和共同存在性进行了新的解释,以构筑现代市民法理论的体系和内容。

总之,这几年,的确是日本法哲学研究的收获季节。以上列举的仅仅是其中很小的一部分成果,而对于许多优秀的论文,限于篇幅,这里只能忍痛割爱。

三、法哲学研究的热点问题

80年代末90年代初,日本法哲学界讨论的热点问题还是比较多的。前一时期曾经争论过的一些问题,如法律解释、民事纠纷的法律解决、人格权与抵抗权以及正义论和自然法论等,都仍然是学者们所关心的问题。这里,限于篇幅,仅对正义论作些论述。

对正义论的关心,在日本自二次大战结束时就已经出现,并不断增强。80年代末以来,日本法哲学界对正义问题的讨论更趋热烈,这不仅表现为研究正义论的成果空前增多,而且还体现在对正义论的两个核心问题——自然法和公民权利的保障的研究进一步深化上。

首先,80年代末以来,正义论研究的成果空前增多,推出了如寺崎峻辅、塚崎智、盐出彰编:《正义论的诸相》(法律文化社1989年版),田中成明、深田三德监译:《正义论》(未来社1989年版),初宿正典等译:《和平·自由·正义》(御茶水书房1990年版),小林公著:《合理性选择和契约》(弘文堂1991年版),川本隆史著:《现代伦理学的冒险》(创文社1995年版)等一大批著作和译著,以及熊谷彰矩:《效率与公平——关于〈法与经济学〉的笔记》(载《青山经济论集》第39卷第3号,1989年),伊藤恭彦:《J·罗尔斯的正义原理和制度理论——作为适合于协调·正义的制度的福利国家》(《法学协会》连载,1989年),中村晃纪:《社会正义与人权》(载《转换期的世界与法》,国际书院1989年版)等众多优秀论文。在这些论著中,日本学者对正义与自由、正义与人权、正义与相对主义、正义与社会福利、个人和团体利益、现代企业精神与价值观、平等和公共道德、自由主义与合理主义、规范正义与自由正义、司法制度与社会公正、纳粹立法的反正义性、法律秩序与自由人格、人的尊严与国家权力、安乐死与个人意志以及社会正义等问题作了广泛的研究。

其次,自然法的研究更趋活跃。如前所述,自然法是西方正义论的法律基础。80年代末以来,一方面,《年报·自然法研究》在日本恢复出版,这清楚地表明了人们在关心以生命伦理和社会正义为核心的正义论时,对自然法研究的钟情。通过《年报·自然法研究复刊I·自然法——反省与展望》、《年报·自然法研究复刊II·自然法的复权》(同创文社1990年版),日本法哲学界对自然法在法哲学史上的地位、脑死亡与现代社会伦理、理性与意志、自然法与社会实践等问题

作了探讨。另一方面,日本学术界在自然法研究方面还进一步推出了一批优秀成果。其中,最具水平的是阿南成一著《现代自然法论的课题》(成文堂1991年版)。在该书中,作者对自然法的基础、自然法的认识、自然法的概念、自然法的发展与现状,以及社会伦理与自然法、婚姻家庭与自然法、现代科学技术与伦理等问题作了系统论述,并对古老的自然法在今天的命运、地位、作用和价值等人们所关心的问题作了探讨。

再次,公民权利的保障更加受到重视。自亚里士多德以来,正义论遇到的主要问题,就是如何保障公民的基本权利。这种权利,在中世纪曾经一度受到严重压抑,但在资产阶级革命以后则迅速扩展、上升,至现代终于演化成为公民的基本人权。但是,公民基本人权的形成,并未解决正义的问题。因为,一方面,公民权利的享有,它的范围,它受到侵害时的补偿,在各个国家、各个地区、各个阶级和阶层之间是不同的。另外,从自由主义的立场出发和从国家主义、集体(团体)主义的立场出发,在对公民权利的认识和理解上会得出完全不同的结论,即在现代社会,尤其是后工业社会,国家、团体和个人之间的权利(力)平衡、社会正义与自由正义之间的关系受到了前所未有的挑战,法律偏向任何一方,都会带来不公正(非正义)的结局。这也是为什么罗尔斯的《正义论》受到人们的如此重视、学者如此热衷于正义与人权问题研究的原因所在。在这个问题上,日本学者虽未达成一致的共识,但他们对人的权利和人格、人的尊严、“合理人”、“超个人主义的规范理论”、社会连带关系和个人自由、价值相对主义、多元社会的理想与法、“自己决定权”、“个人自律”、人的良心与抵抗权等一系列问题的热烈讨论,表明了他们对这个问题的浓厚兴趣以及研究程度的深入。

四、法哲学研究的新特点

80年代末以来,日本法哲学研究一方面保持了前几个时期的基

本特征,如对法哲学的独特理解、学术争论比较活跃、法哲学研究课题的广泛,受西方法哲学的影响比较深等。^①另一方面,也呈现出一些新的特点,主要有:

第一,对外国法哲学的研究十分活跃,不仅推出了一大批论著,而且涉及的领域十分广泛。比如,在国家方面,法哲学研究涉及英、美、法、德、俄、北欧、中国、印度等世界上主要国家;在时间跨度上,从柏拉图、亚里士多德,到斯多噶学派、托马斯·阿奎那、格老秀斯、布莱克斯通、边沁、奥斯汀、梅因、康德、黑格尔、马克思、萨维尼、耶林、韦伯、凯尔森等;在对外学术交流方面,除上述定期参加“法哲学·社会哲学国际学术联合会”的活动外,还与美国、法国、德国、中国等举行学术研讨会,共同编辑出版论文集。^②这些活动,都进一步促进了日本自身的法哲学研究。

第二,日本法哲学界已顺利完成了老、中、青学术梯队的交替工作。从近几年日本法哲学界发表的成果来看,一方面,20~30年代出生的一些学者,如碧海纯一、阿南成一、八木铁男、矢崎光圀、井上茂、稻垣良典、天野和夫、长尾龙一、村上淳一等还在勤奋地耕耘。另一方面,则是一大批40~60年代出生的中青年学者,如田中成明、名和田是彦、龟本洋、大塚滋、石川英昭等开始活跃在法哲学研究的第一线。这种状况,不仅使日本法哲学研究在近几年硕果累累,而且也保证了进入21世纪后日本法哲学研究事业的继续发展。

(原载《法学》1996年第6期)

^① 参阅何勤华,《战后日本法律哲学的发展与特征》,载《法学》1990年第9期。

^② 比如,在中日法哲学界合作方面,推出了天野和夫和王叔文等编《依据审判的法创造》(晃洋书房1989年版)等。

日本法律文化研究的历史与现状

一、法律文化的含义

目前,在日本对法律文化(亦称“法文化”)虽尚未形成一个比较统一、完备的概念,在法学教科书和法学辞典中也找不到这个词以及关于该词的解释、说明,但法学界对此已作出许多有益的探索,发表了一些专著和大量的论文。从这些著作和论文中我们可以看到,日本学者对法律文化的含义大致有四种不同的理解:

有的学者认为,法律文化表示的内容虽然主要是法律制度、设施等,但基本精神植根于人们的观念、意识中。东、西方法律制度之所以不同,是由于法律所以产生、发挥社会功能的文化背景不同。而这种文化背景的一个重要的也可以说是基本的因素,就是人们的法律意识或法律观念。正是在这个意义上,在日本,人们理解法律的社会意识背景时,将其称为“法律意识”,或者有时就称为“法律文化”。在这部分学者看来,法律文化就是法律意识。持这一观点并对此加以详细论述的学者主要有日本著名法社会学者川岛武宜和比较法学者大木雅夫等人。

有的学者认为,所谓法律文化,实际上指法律所赖以产生和发展的传统的历史的文化背景,离开了对传统的、历史的文化的研究,就不可能揭示法律文化这种社会现象的本质和特征。因此,他们认为,广义的法律文化,不仅包括在法律体系和文化体系交错、重复之领域内生成的,以西方的“法治主义”和东方的“德治主义”相区别为基石

的法律的结构和社会功能,还包含了在以与“合法的支配”(即法治国)相异的东方传统思想支配之下的人们的风俗、习惯、规范、实践活动等内容。持这种观点的主要有日本著名法社会学者田中茂数。此外,倾向于田中茂树这一观点的学者,还有东京大学教授石井紫郎、札幌学院大学教授铃木敬夫等人。

也有的学者认为,法律文化应是社会各界人士对法律的态度、价值判断、意见等一切已经形成的以思想意识形态为特征的文化要素。他们认为,“所谓法律文化,是隐藏在社会上各种力量,或者说各种利益集团、个人所主张的、对该社会的法律制度提出的各种各样要求背后的一种社会现象或因素。它表现为人们的态度、价值观、行动方式。其表现方式或表现特征可以从各种具体问题中看到。比如,人们对法院和法律工作者所抱有的想法即是其中的一个:审判、法律是否公平?什么时候以什么理由利用法院、律师和诉讼手段为好?法律中有哪些部分是正当的应加以利用?普通公众对法律具有哪些知识?等等。这些就是可以举出的法律文化的具体的问题。”由于法律文化问题涉及面较广,因此,它的学术交叉性不仅仅局限于基础法学(如法哲学、法社会学、法史学、比较法学等)内的各个领域间,“还存在于法学和人类学以及(说得更具体一点的话)存在于文化的多样性相适应的多种社会科学之间,因此,法律文化的概念比法律思想要广泛得多。”日本著名法哲学家矢崎光圀等人即持这种观点。

还有部分学者认为,法律文化的概念,应在与“法的象征的功能”(symbolic function,如修辞学上的、语言学上的)之关系上提出,将各外国社会学者、法社会学者的论述作为线索加以考察。这里,所谓“法的象征的功能”,说的是与法的工具属性(如解决纷争、判断价值、统治社会等)相对应的非工具属性的侧面,即作为真实反映我们社会形象而创造出来的象征性的一种理论体系来认识。从这个理论视角出发,应在现代法律文化理论或多元法律体制理论正在研究的“主要是一国内部的不同种类的法律体系间的抵触与调整的问题的同时,

考察构成法的多元性的各种水平的法自身的非工具的、象征的侧面,即应针对法律文化的特殊性、个别性,依据可以包含从法这种文化的象征性的侧面进行一般考察的属性来加深、扩大法律文化的概念”。东京都立大学法学教授北村隆宪等人持这一观点。

上述四种观点,虽然有所区别,各有特色,如第一种观点抓住了法律意识这一法律文化的核心;第二种观点力图从人类社会传统的历史文化的背景中说明当今各种法律制度的差异;第三种观点在注重法律意识的同时,还强调了人们的行为方式以及各门学科在法律文化研究中的作用;第四种观点虽然实际上并未给法律文化下一个明确的定义,只强调应从法作为文化的一种所代表的社会生活的象征性角度来研究法律文化,等等,但它们都有一个比较一致的地方,就是都比较注重法律文化的背景(如社会意识、历史传统、多种学科的交互影响等)的研究,力图从中挖掘出决定法形成、发展以及发挥其社会功能的文化力量,揭示法律文化的科学内涵。

二、法律文化研究的历史沿革

日本的法律文化研究,虽然早在大正时代(1912至1926年)即已开始,如1923年,日本就出版了由早稻田大学教授中村万吉翻译、德国著名法学家F·柏劳尔茨哈伊姆(Fritz·Berolzheimer)写的《法律及经济的文化史的观察》一书。该书对日本法学界来说虽只是一本译著,但译者翻译此书的行为本身及译者关于该书的述评,都表明了当时日本学者对法律文化研究的兴趣。但从总体上说,当时的法律文化研究尚处在一种萌芽状态。第二次世界大战之前及战争期间,由于日本军国主义思想的逐步升级以及对学术自由、人们的思想的压制,法律文化研究也几乎处于停顿状态。二次大战以后随着日本经济的恢复和发展,人民革命意识的高涨,资产阶级民主改革的成功,日本的法律制度也发生了重大的变化,在吸收、改造法国、德国等大陆法系成果的基础上,又引进了英美法系的各种先进的制度,从而

建立起了系统、发达的现代日本资产阶级法律制度。但是,法律制度建立起来后,是否就能够得以顺利贯彻实施,起到其应有的社会功能呢?换言之,作为以“德治主义”为传统的东方民族的日本人,将以“法治主义”为原则的西方人的法律制度引入自己国土以后,是否同时也具有了一种心理承受力,是否就能使西方法律种子开花结果呢?这便成为日本法学工作者所关心、注目的一个新问题。在这种背景之下,从60年代中叶起,首先是法社会学者,接着是其他专业的法律工作者,开始对法律文化进行比较系统的研究、探索。1965年10月至11月,东京大学教授川岛武宜以“日本人的法律意识”为题,为东京市民开设了专题讲座。1967年5月在川岛对其讲座内容进行修改补充后,日本岩波书店公开出版了这一同名著作。该书的出版,吹响了日本法律文化研究热潮的前奏曲。1977年5月至1978年6月,东京都立大学教授千叶正士以“法和文化”为题,在日本评论社编辑出版的《法律时报》上,连续发表系列论文,对法学与文化、法律意识研究的课程、法律意识类型的比较研究、法律和语言等作了详尽系统的阐述,表明了日本法学界对法律文化这一课题的重视。进入80年代以后,日本学术界对法律文化研究的热情进一步高涨,出版了一些有影响的著作和大批论文。1983年,日本出版了比较法学家大木雅夫的专著《日本人的法观念——与西洋法观念的比较》,对东西法律观念之异同、造成这种异同的历史背景与社会原因等作了深入系统的探讨。该书的出版,标志着日本法律文化的研究进入了比较研究的阶段。1986年出版的千叶正士的《要说世界的法律思想》、1987年出版的矢崎光圀的《日常世界的法律构造》等书,进一步补充和发展了川岛武宜和大木雅夫的法律文化思想。与此同时,日本法学界还组织了多次专题讨论会,发表了许多专题论文,探索法律文化涉及的各个层次的问题。如1982年《法律学家》杂志发表的日美法律文化比较研究的系列讨论文章,以及田中茂树的《关于法律相通文化比较上的习惯、常例和传统问题》、金城正典和大桥英寿合写的《对失足青少年的

家族的相应行动和传统文化——以对黄教的信仰为线索》等。从1983年起,日本法社会学学会利用召开年会之际,组织法学家就日本的法律意识进行座谈,并连续三年将年刊《法社会学》改为《法意识研究》专辑,对日本人的法律意识研究概况、历史基础,外国人对日本人法律意识的评价以及宪法意识、行政法意识、刑法意识等进行了专题讨论。在对法律文化的理论问题进行学术讨论的同时,日本政府和法学界还开始就日本公民的法律意识进行各种社会调查,如1987年日本政府发表的《犯罪白皮书》的副标题就是“关于犯罪及犯罪者处理的国民意识。”所有这一切都表明,日本法学界以法律意识为核心,对法律文化已展开了比较系统的研究,并且已开始向深度和广度发展。

三、日本法律文化研究的基本特征

从已发表的成果来看,日本的法律文化研究具有如下几个鲜明的特征:

第一,以法律意识为法律文化研究的核心与出发点。这一特征,集中体现在川岛武宜的《日本人的法律意识》一书中。该书分为六章,对日本人的法律意识作了系统而深入的探讨。

作者认为,所谓法律意识,包括三个方面:法律认识,即人们对现行法律的了解程度、人们关于法律关系的认识水平;法律价值,即人们对法律抱有何种价值判断;法律感觉(或称法律感情),即人们对法律持何种态度?对与法有关的政府机关、法院、法律工作者(特别是法官、检察官与律师)等抱有什么感情,是亲切?抑或淡漠?抑或反感、憎恶?甚至敌视?等等。作者认为,正确把握法律意识这三个方面,是开展法律文化研究的关键。

在对法律意识的含义作出基本说明的基础上,川岛武宜进一步指出,在日本,人们的法律意识还是相当弱的,虽然,早在一百年前的明治时代,日本政府就效仿西方法、德等国,在短短的十年中就制定出六部基本法典——宪法、民法、商法、刑法、刑事诉讼法和民事诉讼

法,奠定了近代日本资产阶级法制的基础。但人们的思想则远远未能跟上法律近代化的步伐,尚处在“前近代的”法律意识的阶段上。在家庭生活、单位工作、团体生活、商业贸易活动以及公民的其他日常生活中未能树立起法律的绝对权威。究其原因,是因为日本近代资产阶级法制的迅速建立,主要不是社会的经济的文化的原因,即社会文明发展到了要求建立系统的近代法制的程度,而是出于政治上的考虑,或者说是一种政治手段,即当时的日本,急于摆脱西方列强强加的“治外法权”的屈辱地位,力图通过自己建立一整套系统的法制这一点来与西方列强谈判,撤销“治外法权”。结果,这一努力随着六大法典的制定成功也获得了结果。1911年,日本全部废除了西方各国在日本的“治外法权”。但是,日本人的法律意识并未成熟到西方人的具有“法治主义”传统的那种程度。另一方面,法律制度是诸社会现象中较为表层的东西,无论是学习、模仿、移植都较为容易,而法律意识则是隐藏在人们内心信念中的较为深层的东西,它的形成、发展、改变,在相当程度上受着社会历史的传统的文化约束,有一种习惯的堕性。而日本无论在古代还是在中世纪,都深受中国传统文化的影响,并在此基础上形成了以中国儒家、道家的“德治主义”为核心的日本传统意识,要摆脱这种传统束缚,则并非在短期内所能实现。人们可以制定一条“对父母须尽孝”的法律,但如果以为有了它天下人都马上能成为孝子了,那这种想法就太幼稚可笑了。因此,提高日本人的法律意识是日本法学工作者的长期任务。

为了帮助人们加深对日本人法律意识弱化现象的理解和改变这种状况,川岛武宜接着从“关于权利和意识的意识”、“所有权的意识”、“契约的法律意识”、“民事诉讼的法律意识”四个方面作了具体分析。川岛指出,所谓日本人的法律意识弱化,最主要的是缺少权利意识。出现这一现象,主要是因为在日本历史上,是没有“权利”这个词的。幕府统治末期(19世纪中叶)的西洋学学者,在翻译荷兰外来语“regt”时,曾为无相应的词而大伤脑筋。至明治时代,人们还是吃

不准是将其译为“权理”还是“权利”。而日本历史上没有“权利”这个词的原因是因为没有使用该词的必要。当时的普通民众所具有的就是义务意识,接受上面(皇帝、诸侯、官吏、主人)的命令。当然,当时的个人也有土地、房子,这时,或者在借钱给别人成为债权人时,也会有一种“权利”意识,但这与近代西方的“权利”意识是两码事。后者是民主、法治社会中人与人之间的一种社会关系,是建立在以个人为社会主体的基础上的一种思想意识。川岛认为,日本固有的缺少权利意识的传统直到目前还影响着日本社会,在所有权上、在契约关系上、在民事诉讼活动中都有着具体、充分的表现。改变这种状况,是日本法律文化研究的核心问题。

第二,注重比较法律文化的研究。日本学者认为,进行法律文化研究是为了提高公民的法律素质和完善法制系统,建设一个高度发达的法治国家。要完成这一任务,必须学习外国的法制经验,吸收外国的法律文化。因此,他们十分注重比较法律文化的研究。体现这一特征的首先是前述大木雅夫的《日本人的法观念——与西洋法观念的比较》一书。该书共分五章,在对法律观念与法系的联系、东西方法律观念的联系与区别、日本法学界对法律观念的种种看法进行分析之后,进一步对西洋和远东的含义、西洋法上的“法的支配”与“为权利而斗争”的传统、英国的王权与法、法国的“法律优越”原则、德国的“法治国”思想、远东法圈与帝王思想、中国的法律传统(儒家轻法、道教重德、法家严刑)、日本人的法律意识的形成等一系列问题作了深入的比较研究。

注重比较法律文化研究,其次体现在1981年10月30日至11月1日由日本日美文科系统学术交流委员会召开的“日美法律文化比较研讨会”上。这次会议邀请了矢崎光圀、藤仓皓一郎、丹宗昭信等十多名日本著名法家举行座谈,就“日美法律文化的比较研究”、“从律师的实务活动看日美法律文化”、“日本与美国的文化与法——社会心理与法概念的比较”、“日本人对法态度与行动”等课题

进行了研讨,从而进一步提高了学术界对比较法律文化研究的兴趣。

日本人注重比较法律文化研究,还表现在札幌学院大学教授铃木敬夫撰写、翻译的一系列现代中国和亚洲的法律文化研究论文中。在当前日本法学界“往欧洲一边倒”的形势之下,铃木教授不随波逐流,而是孜孜不倦地致力于中国和亚洲的法律思想和法律文化研究。从1982年起,先后发表了《法的支配——朝鲜殖民地统治法的成立过程》、《社会主义法小考》等论文,并且将中国大陆法学工作者张友渔、陈守一、张宏生、沈宗灵、王叔文、孙国华、高铭暄、刘智、陈学明,中国台湾学者吴经熊、香港学者廖光生,以及南朝鲜学者金龙德、李恒宁等人的法学论文译成日文,在《法学研究》(北海学园大学法学会编)和《札幌学院大学法学》上连续刊载。铃木教授认为:亚洲的这些法律思想,分别代表不同的法律文化类型,是值得重视的一种社会现象。他指出,亚洲尤其是中国,这几年法学发展很快,并且建立了独具特色的法学体系,这一体系的思想理论基础是马克思主义、毛泽东思想,但却受着中国几千年传统文化的影响。如何处理传统文化和法律现代化的关系,是中国法学发展的关键问题之一,也是日本学者应该关心、注目的课题之一。

第三,致力于传统法律文化的研究。凡是探讨、研究法律文化的日本学者,几乎每个人都要涉及日本现代法制、法律意识与传统文化之关系问题。前述川岛武宜和大木稚夫的著作,都曾用专节、专题对此作了论述,而日本的法制史学者,则都将一定的法制置于历史上各个文化圈中考察。如东京大学教授石井紫郎,在《法社会学讲座(九)》一书第五节“日本”中,对日本人的法律意识、法律观念、法律文化与日本传统社会之关系作了论述。作者认为,日本的法律近代化,是在全盘吸收西方法律制度的情况下实现的,因此,搞清法律近代化与日本传统社会的意识、文化的关系,对于认识现代日本的法律制度就是一个至关重要的问题。石井教授认为,日本人缺少法律意识(尤其是权利意识),是与日本古代社会的传统文化相联系的。那么,日

本古代社会的传统文化是一种什么状况,它又是如何影响法律制度的形成、发展、变化以及人们的法律意识的消长呢?作者从中国唐朝的律令制对日本社会的影响、日本中世纪的超越权利的“理性的法”(“道理”,它规定着实定法和权力)在人们社会生活中作用、以及以稻米耕作为主的日本农业社会与日本列岛的地理环境对日本人意识思想的影响等角度,对上述问题作了阐述。又如,日本国学院大学法学部教授白井骏在《古代印度刑事法律史研究序说》中,将印度的法制史置于古代印度社会之特定环境中加以考察,认为古代印度的刑事法制是与文化价值相关的印度社会的经济、法律、道德、宗教生活的必然产物,是亚洲文化圈中与中国法律文化圈相联系又相区别的“古印度法律文化圈”的成果。并且认为,这也是理解现代印度人的法律意识的一个重要历史线索。

第四,注重社会调查,将法律文化研究与社会现实生活密切联系起来。日本学者并不满足于给法律文化下个定义,或者是仅仅探讨一下法律文化的结构、层次等理论问题的研究,而是紧紧围绕社会现实问题,开展各种社会调查、民意测验等活动。如在《日本人的法律意识》一书中,川岛武宜教授就对当时人们关心的租佃雇工、赁借等方面的民事纠纷、交通事故、离婚、民事调解等案件作了大量统计,用数字、表格说明问题。1987年,日本法学界还进行了“犯罪与国民性”、“青少年犯罪与国民意识”、“对司法机关的国民意识”等课题调查,以及对罪犯、罪犯亲属、一般公民、法律院校学生等法律意识的调查,被调查者对犯罪的危害性、对法律特别是刑法的社会价值、法律的教育功能、司法机关的作用、社会舆论在法律实施中的作用,以及人们的感受、态度、希望、看法、对法制的影响等诸多问题作了回答,学者并据此进行了深入的分析、讨论,从而进一步推动了法律意识为主的法律文化的研究,并使其具有了深厚的民众与社会基础。

(原载《中外法学》1989年第6期)

三、比较法与比较法律文化

当代西方比较法研究的 发展、热点及特征

比较法(英语 Comparative Law, 法语 Droit Compare, 德语 Rechtsvergleichung, 意大利语 Dirittó Comparato)是上个世纪中叶诞生、本世纪初形成体系的一门新兴的法学学科。二次大战以后,比较法研究越过西欧,影响到美洲、亚洲与大洋洲,成为一股世界性的法学思潮。不过,在这股思潮中,发展最快、成果最多,并起主导作用的仍是英、法、德等国。为此,本文拟就战后西方五个发达国家比较法研究的发展、热点及新的特征作些阐述。

一、战后西方各国比较法研究的发展

1. 英国

二次大战以后,英国的比较法学获得了比较大的发展。大战结束不久,英国就出版了当代西方著名比较法学家 H·C·格特里奇(H·C·Gutteridge, 1876 - 1953 年)的代表作《比较法——法律学习和研究的比较方法导论》(Comparative Law, An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research, Cambridge University Press, 1st ed 1946, 2nd ed 1949)。该书内容涉及比较法的领域,比较法的历史与价值,比较法与国际私法、国际公法的关系,比较的过程,

判例法的比较模式,制定法的比较解释,法律专门用语的问题,比较法与法学教育,私法的统一运动,统一法的性质与特点,统一的机构等十三章。该书出版后,不仅在英美国家具有很高的权威,在大陆法系各国也有相当影响,并持续至今。^①

50年代末60年代初,英国的比较法研究又有新的发展。首先,英国根据E·W·密斯·汉姆林(Miss·Hamlyn)的遗嘱,设立了以促进比较法与人种学发达并使其普及为目的的汉姆林财团,它的一项事业就是出版比较法关系丛书。在它的许多成果中,1960年出版的由M·C·萨特德(Setalvad)撰写的该丛书之一《在印度的英国法》(The Common Law in India, the Hamlyn Lectures Series, 1960)一书,为英国比较法学界吹来了一股新风。根据作者的介绍,本书旨在阐述印度法在与英国普通法相联系中,并且适合印度自己的国情而发达成为一个独立体系的历史。该书的第一章,主要叙述了印度接受英国法的历史过程,指明,印度法不仅接受了英国普通法的各项原则、制度、而且还潜移默化地吸收了英国法中“衡平、正义、良识”等的原理。当然,这种接受都是以在印度能行得通为前提。作者指出,这种接受,在陪审制度、人身保护令状、法官的独立、遵循先例主义、法的统治等方面表现得尤为突出。第二章阐述了在民法方面,印度法是如何以英国的继承、契约、约因、(民事)错误、证券、不动产、侵权行为、国家责任等具体制度为蓝本而建立起了自己的法律体系。第三章和第四章则分别论述了刑法、宪法方面英国法对印度法的影响。由于作者是站在比较法立场上阐述印度法和英国法之关系的,因此,该书不仅是当时西方国家了解印度法的概说书,而且也是普通法学中的

^① 比如,印度学者M·P·Tandon等人在其近著Comparative Law (Alla-habad, 1984)一书中,在论述每个问题时,几乎都大段地引用了格特里奇的作品。格特里奇1876年出生,1900年起从事法律实务,1919年以后,主持伦敦大学商法讲座;1930年起,又担任剑桥大学比较法讲座之教授,著有比较法、国际私法及商法等作品20多种,其主要著作《比较法》已被译成法语、日语、西班牙语。

一本比较法作品,尤其是它深深触及到平时不太为西方比较法学者所重视的印度法内容,从而扩大了英国比较法研究的范围。

其次,随着对各国法律制度比较的深入,该时期英国学术界对伊斯兰法的研究也有进一步发展。1959年,伦敦大学教授J·N·D·安德逊(J·N·D·Anderson)^①出版了其力作《现代世界的伊斯兰法》(Islamic Law in the Modern World, 1959)。该书是作者以他在1958年访问纽约大学时作的系列讲演为基础修订补充而成,主要涉及伊斯兰法的概念、伊斯兰法与近现代生活、伊斯兰的婚姻法与离婚法和伊斯兰继承法、伊斯兰法世界的现代法律发展倾向等五个部分。该书对现代西方的伊斯兰研究及比较法学的发展发生了重大影响。

70年代末以后,英国在比较法基础理论如比较法的概念、体系与方法等研究深入的同时,对各种法系、各种法律制度的比较研究有了进一步的发展,这方面有三本书具有代表性意义:一是由霍克(M·B·Hooker)教授^②写的《东南亚法律史概说》(A Concise Legal History of South-East Asia, Oxford, Clarendon Press, 1978)一书。该书从东南亚各国法律传统入手,分析了它们对作为继受法的西方法的态度以及彼此的冲突与融合过程。具体包括:(一)身份法。以三个法域为三章,即以印度法为中心,包括泰国、缅甸、柬埔寨等国法律在内的印度法域,包括伊斯兰教各国法律的穆斯林法域,以及以中国法为中心的东亚法域,并分别予以论述。(二)契约法。作者重点阐述了西方各国法律如英国法、法国法、荷兰法和西班牙法等对东南亚各国的影响。从该书的内容可以看出,作者是从比较法的立场,对西方法与东方法的交流史作了宏观描述。二是由伦敦大学教授布特勒

^① 安德逊是西方最负盛名的学者之一,除上述著作外,还出版了数十种关于伊斯兰法的论著,如Islamic Law Africa, London, 1954; Law Reform in the Middle East, International Affairs, 32, 1, 1956, 等等。

^② 霍克是Eliot College, University of Kent at Canterbury的比较法学教授。

(W·E·Butler)出版的《苏联法》(Soviet Law, London, Butterworths, 1983)一书。作为巴特沃兹社推出的“世界法律体系”(Legal systems of the world)丛书中的第一册,该书是系统论述苏联法的教科书,其内容主要包括由苏联法的意识形态基础、苏联法的法源、苏联的法学教育等三大部分内容组成的总论以及由宪法、民法、婚姻法、劳动法等各部门法内容组成的各论。由于西方近十余年间尚未出版过苏联法的概说书,因此,布特勒此书的出版,填补了这领域的一项空白。同时,在此之前,由于苏美冷战等国际环境,西方对社会主义法律很少研究,即使研究,也是站在“你必须了解敌人”之立场上,为帮助西方决策人物更好地掌握苏联的国情而开展对苏联法的研究。而布特勒的此书,则一反以前西方学者的态度,真正站在了比较法角度开展了对苏联法律的认真研究。因此,该书对西方国家的所谓“异质法”研究起了巨大的作用。三是海姆侯兹(R·H·Helmhorz)于1987年出版的《教会法与英国法》(Conon Law and the Law of England, 1987)一书。它从三个角度,即教会法与英国法院适用的法的关系;在世俗法不健全之法域,教会法的作用、影响以及与世俗习惯、文化的融合;在英国普通法发展过程中教会法的影响,对教会法与英国法作了比较分析。由于在英国,对教会法和英国法之关系尚缺少认真系统的比较法与法制史研究,因此,本书的出版,丰富了英国比较法学的內容。另外,由于该书是作为哈姆布莱顿出版社(Hambledon Press)的历史丛书之一册出版的,故在英国学术界也享有较大影响。

2. 美国

与西欧大陆国家及英国相比,美国的比较法学起步要晚得多。虽然在18世纪下半叶曾出现了一些通晓大陆法知识、使用大陆法资料的著名英美法学者,如詹姆斯·肯特(James·Kent, 1763-1847)、约瑟夫·斯托里(Joseph·Story, 1779-1845)等,但比较法研究直到20世纪初叶才受到学者的重视。但接着而来的第一次世界大战的爆发,世界和平希望的破灭,使法学家们忙于讨论第二次世界大战是否

会来以及创造一种应付这种战争的政治和法律制度上,比较法研究受到冷落。

二次大战以后,随着国际形势的飞速变化,尤其是美国的资本主义世界霸主地位的确立,美国各大学的法学院开始调整自己的国际法与外国法研究计划,比较法研究开始得到重视,从事比较法的学者也开始增多。进入50年代,美国已有二十多所大学的法学院开始了比较法的系统研究。1952年,美国出版发行了《美国比较法杂志》(The American Journal of Comparative Law)。1955-1956年,哈佛大学法学院又开设了六讲十一个专题的比较法讲座。随后,美国又与日本等其他西方资本主义国家建立了双边法学交流的关系,从而使比较法研究在美国获得了较大的发展。但总的说来,该时期美国比较法研究存有很大缺陷,即将比较法研究作为美国国际政治斗争和外交政策的一个手段,具有强烈的实用主义色彩。这一点,在它对苏联社会主义法的研究方面表现得尤为充分。

60年代以后,美国的比较法研究开始发生转机。一方面,世界政治、经济的格局逐渐发生了变化,日本和欧洲大陆的复兴,向美国的霸主地位提出了挑战,使美国更加重视对日本及其欧洲大陆问题包括法律制度的研究;另一方面,中国的逐步崛起以及中苏关系的破裂,显示了中国社会主义经济、政治及法律制度的独特性,使美国在加强对苏联法研究的同时,也开始对中国的法律倾注热情。此外,该时期西欧大陆比较法研究的理论成果,如功能主义方法、异质法研究的可行性论证等等也开始影响美国学术界。这样,60年代以后的美国比较法研究,逐步拓展其研究领域,并开始向科学的比较法学历过渡。这方面必须提及的有如下五个方面。

首先,对比较法的基础理论研究获得了新的进展。1961年,出版了由美国法学泰斗庞德、法国著名刑法学家安塞尔(M·Ancel)以及比较法学家勒内·达维德等人撰稿的《20世纪比较法与冲突法》(20th Century Comparative Law and Conflicts Law, 1961)一书。它

收录了美国、法国、德国、日本等西方三十八位学者的比较法、外国法及国际私法论文。其中,前面九篇是关于比较法基本理论的论文,如庞德的论文在对美国各州法律各自为战作出分析后指出,现在比较法的任务“已不是作为显示各国法律分立的混乱的海图,而是制作世界法地图的写生簿(sketchbook)”。安塞尔的论文对比较法的历史、比较法发展遇到的障碍以及比较法的效用作了分析。而达维德、康拉德(Konrad)与茨威格特(Zweigert)的论文,则分别对比较法学者颇感兴趣的“法系论”作了阐述。由于该书作者都是法学界著名人士,加上涉及各主要西方国家,因此,该书在西方比较法学发展中具有一定影响。1963年,美国又出版了由著名法理学及刑法学者霍尔(Jerome·Hall, 1901-)写的《比较法与社会理论》(Comparative Law and Social Theory, Louisiana state University, 1963)一书,它共分比较法的理论、法的社会学、概念论(主义)、法的社会实体、社会的构造、功能以及问题的解决、法向系统化科学的发展等六章。与前述《20世纪的比较法与冲突法》不同,霍尔的著作作为比较法总论的一本体系书,对美国的比较法学界发生了更大的影响。尤其是作者将比较法与社会学理论以及法的社会功能联系起来,从而给美国比较法研究带上了美国这一社会学故乡的特色。

其次,加强了对日本法的研究,1963年出版了由梅伦(A·T·von Mehren, 1922-)主编的《日本法——变化社会中的法律秩序》(Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society)一书。它分为三个部分:(一)法律制度与法律秩序;(二)个人、国家和法;(三)法律和经济。该书既是美、日法律文化交流的成果之一,也是用比较法系统阐述日本法律制度及与此相关的美国法律的一本概说书,对东西方比较法学者都有参考作用。1965年,随着日美法学会工作的展开,在美国《日本法》(英文版年刊)的出版,进一步加强了美国对日本法的研究活动。

第三,功能主义比较法研究在美国开始抬头。以前的比较法研

究,往往注意各种法律制度、法学之间的相异,注意揭示其差异背景和文化传统,因而认为各大法系间的统一是不可能的。而功能主义的比较法则认为,各国法律制度的内容、结构虽然各不相同,但由于有相类似的经济背景和政治体制,因而从法律的社会作用(功能)来看,各国会作出相同的法律救济措施。因此,虽然各国的法律体系、具体内容各不相同,但是,它们都有其一致性,这就是法律的社会作用(功能),而功能主义比较法的任务,就是发现各国不同法律体系中的相同因素,以改进本国法律制度和寻找各国不同法律统一的途径。代表这一倾向的力作之一,就是1968年出版的兹尔辛格(R·S·Schlesinger)的《契约的结构——对各法系之共同核心的研究》(Formation of Contracts: A study of the Common Core of Legal Systems, 1968)一书。它从分析法的结构入手,强调以判例的功能研究为表明方式的比较方法,并以契约成立之法律领域为模式,证明其中存在着各国法律制度间的法律救济方面的共同因素(Common Core, 共同核心),以向学术界表明,通过功能的比较法方法,在传统上认为不可能相同的许多法域中存在着法律制度的统一的可能性。

第四,对西方另一大法系大陆法系的研究热情日益高涨。这方面有两部作品值得重视:一是1969年由斯坦福大学法学院教授约翰·亨利·梅利曼(John·Henry·Merryman)出版的《民法传统——西欧和拉丁美洲法律制度概述》(The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal systems of Western Europe and Latin American)^①一书。它站在探讨英美法系和大陆法系这两大法系之异同点的立场上,对大陆法系的基本问题作了论述,包括大陆法系、英美法系和社会主义法系概说,大陆法系的历史起源,资产阶级革命对大陆法系的影响,大陆法系渊源、法典解释及法典编纂,法官、法律解释与法学家,民法一般原理、公法与私法的划分、诉讼程序等诸多内容。该书虽然篇幅

^① 该书已有顾培东、禄正平的中译本,取名《大陆法系》,知识出版社1984年版。

不大,却是我们了解大陆法系的一本很好的入门书。二是1977年由梅伦(mehren)和高德莱(J·R·Gordley)合著的《民法法系——比较法研究导论》(The Civil Law System: An Introduction to the Comparative Study of Law, 1977)一书^①。它的目的虽是从比较法的角度对大陆法系作了一个概括的论述,但它与其他同类书相比,又有自己鲜明的特色,即它具有教科书与资料书(相关法规、学说、判例的精华集萃)相结合的讲义参考书的性质。该书规模宏大,共1243页,由公法、侵权行为、契约等五个部分组成,即第一部分,历史的制度与背景;第二部分,法国公法的诸相;第三部分,侵权行为责任;第四部分,契约责任;第五部分,司法过程。书末还附有法国民法典、德国民法典的相关条文,相应的判例与索引等。由于本书的作者梅伦是美国享有盛誉的比较法学者,^②加上该书内容丰富、论述深刻、资料齐全,因此,该书是当代美国比较法学的一部重要作品。

第五,进入80年代以后,美国比较法学界又出现了一种新动向,就是对中国法尤其是中国传统法律文化的研究获得学术界的日益重视,推出了不少成果。这方面,比较有影响的是两部作品:一是由考恩(J·A·Cohen)、爱德华兹(R·R·Edwards)和陈畅(音译,原文为Chang chen·F)编集的《中国法律传统文集》(Essays on China's Legal Traditon, Princeton University Press, 1980)一书。该书系根据参加1969年在意大利召开的国际会议的九名学者提交的中国法制史的论文编集而成。在该书的序言中,编者强调:为了理解现代中国和传统中国的联系与区别,必须对中国古代法本身进行深入的研究。本书收录的论文涉及面十分广泛,有对中国古代法律制度和程度的研究,如克里尔(H·G·Creel)的《周朝的法律制度与法律程序》、宫崎市

^① 该书系1957年梅伦著同名著作的修订本,由高德莱博士协助完成。

^② 梅伦早年就读于哈佛、巴黎、苏黎世等大学,1946年任哈佛大学副教授,1953年起任正教授。

定的《宋代的司法制度》等,又有对近代中国法制的论述,如布劳克曼(R·H·Brockman)的《19世纪后半叶台湾的商事契约法》、鲍德(D·Bodde)的《中国清代法的老年、青年与弱点》等,还有对中国法与外国法的关系的研究,如亨德逊(D·F·Henderson)的《中国法对18世纪日本德川幕府法的影响》等等。应该说,本书是中国、日本、美国等国学者对中国传统法律文化研究的集体成果之一。二是1981年由美国学者金勇义(Hyung I Kin)出版的《中国与西方的基本法律观念》(Fundamental Legal Concepts of China and the West, 1981)一书。^①该书将中国传统法律置于世界法文化的背景之中,对中国传统的法律观念(自然法概念、公平概念、法权概念、责任概念等)进行了深刻的剖析,并将其与西方的法律观念作了比较。该书既是美国中国学研究的名著,又是西方比较法律文化的力作之一。

3. 法国

法国是比较法学的故乡。世界上第一个比较法讲座“比较立法讲座”是在法国设立(1831年),第一个比较法学会“比较立法学会”是在法国诞生(1869年),第一次世界比较法大会也是在法国召开(1900年)。二次大战以后,法国学者继承了上述优秀历史传统,在比较法领域,孜孜于新的发掘与耕耘,使战后法国的比较法研究仍然走在世界各国的前列。

在50年代末60年初,法国的比较法研究已克服了二次大战带来的危机,开始显露出勃勃生机。该时期有代表性的论著大体为:

(1)杰姆布·梅林(R·Jambu - Merlin)的《突尼斯的私法》(Le droit prive en Tunisie, Paris, 1960)。在法国,对非洲各国法律的研究一直是比较研究的重要领域。二次大战后,这方面的研究得到了进一步的发展。本书即是这种研究的成果之一。它从比较法的角

^① 该书已由陈国平、韦向阳、李存捧译成中文,取名《中国与西方的法律观念》,辽宁人民出版社1989年版。

度,对突尼斯的混合法律体系,即伊斯兰法、法国法、希伯来法以及当地的习惯法与制定法的关系,尤其是伊斯兰法与法国法对突尼斯私法制度的影响作了阐述。该书是各国比较法学者了解非洲法的入门书之一。

(2)弗奇里埃(R·Fusilier)的《议会主义的君主制》(Les Monarchies parlementaires, 1960)。该书从比较法角度,以君主制、议会内阁制、民主主义的要素等为基轴,对瑞典、挪威、比利时、荷兰、丹麦等国的统治机构作了详细论述。该书既是法国60年初比较法研究的成果之一,也是我们了解法国比较宪法学发展的参考书。

(3)安塞尔(M·Ancel)的论文《比较法研究的当前的价值》(Valeur actuelle des études de droit Comparé, 1961)。^①在此文中,安塞尔围绕如下三个问题展开了充分的论述:(一)比较法学的历史,作者将其发展划分为三个时期,即偶然的、经验阶段(早期);哲学的、政治阶段(中期);实利的、科学的阶段(20世纪),并指出了各自的特征。(二)比较法发展遇到的障碍,包括19世纪法学上的民族主义、20世纪初的法律实证主义、法学的专门化倾向等。(三)比较法学的的作用。作者认为,比较法的作用就在于通过对事实的探究以合理地阐明关于法律及正义的人类经验的共同要素。该作品虽然只是一篇论文,但作者提出的新颖见解受到了国际比较法学界的重视。

(4)如同英美比较法学者在战后加强了对大陆法系的研究一样,大陆法系诸国也日益重视对英美法的研究,并推出了一批成果。在50年代末60年代初的成果中,有两部著作是比较有代表性的,即一是劳基埃斯(H·B·des·Rozières)的《民商两法的区别与英国法》(La distinction du droit civil et du droit commercial et le droit anglais, Paris, 1959)。该书围绕在大陆法系各国一直存在着的民商法统一论和民商法分离论的争论,从比较法的角度对英国法的立场进行了分

^① 载 Mehren 等主编(The 20th Century Comparative and Conflicts Law), 1961年。

析、论述,内容涉及对英国民商两法之区别的历史考察以及民商两法技术性统一在实体法或程序法上的意义等。应当说,本书是大陆法系学者对英国民商法研究的重要成果之一。二是旦克(A·Tunc)的《美国法》(Le Droit des Etats - Unis, 1964)。该书作者旦克是法国著名美国法专家,著有《美国宪法制度》(1953 - 1954年)、《美国法概说》(1955年)等作品。在本书中,作者通过对美国宪法史、政治制度与司法制度、法源与法律技术以及黑人问题等,对美国法律制度作了论述。是大陆法系学者了解美国法的一本不可多得的入门书。

(5)安塞尔(M·Ancel)的论文《法国比较法100年》(Cent ans de droit comparé en France, 1970)。^①对自1869至1969年的法国比较法的历史作了回顾,并将比较法置于法国法的一般发展之中,在与法国比较立法学会的活动与贡献相关联之角度,进行了分析和阐述,对法国比较法今后的发展作了展望。该论文起到了法国比较法史的导论的作用。

进入70年代以后,法国的比较法研究有了新的发展。其中,有三位学者的成果尤为令人瞩目。

(1)莱翁丹——让·康斯坦丁内斯库(Leontin - Jean·Constantinesco, ? - 1981)的《比较法概论》(Traité de droit comparé)一书。该书共分三卷,即第一卷《比较法序说》(1972年)、第二卷《比较的方法》(1974年)、第三卷《比较法学》(有内容预告,但至作者1981年11月逝世尚未公开出版)。仅就该书的前两卷来说,内容已很丰富,体系也较宏大。对比较法的各种定义,比较法的历史发展,法的比较方法的诸种问题,比较法的目的和功能以及作为科学的比较法的体系等问题都有涉及。该书不仅在法国,在世界上也可称得上是一部大部头作品。

(2)罗迪埃尔(René·Rodière, 1907 - 1981)的《比较法导论》(In-

^① 载法国比较立法协会会刊《比较法国际杂志》1970年特别号。

roduction an droit comparé, 1979)一书。^①该书由一个序论及三章正文构成,主要内容为介绍比较法的基本知识,阐明各国法律制度分歧的原因以及法律体系的分类,论述有关比较法功能的各种不同观点,介绍当前世界法律统一运动的发展与成果,确定比较研究的方法与比较法的定义,等等。作为法国达罗斯要说丛书系列之一,本书篇幅不大,仅160多页,作者原来想以此书为比较法导论,在此基础上对比较法作进一步的研究,但由于作者于1981年突然去世,使他无法完成这个愿望。但尽管如此,作者关于比较法学的基本思想已在本书中得到了反映。

(3)达维德(René·David, 1906-)的《当代主要法律体系》(Les Grands Systemes de Droit contemporains, Dalloz, 1982)一书。^②该书共分四大部分,对法系的历史形成、法的结构与渊源、英国法、美国法、西欧大陆法、伊斯兰法、印度法、中国法、日本法、非洲各国法以及东欧社会主义各国法的发展、结构、渊源等作了全面的论述。该书被誉为世界比较法学之名著,自1964年初版以来,至1982年已再版八次,并被译成德、英、意、西、中等九国文字,不仅为法国比较法学,也为世界比较法学的发展作出了贡献。

4. 德国

德国也是西欧大陆比较法研究十分活跃的国家,二次大战以后,这种传统得到了进一步的发扬光大。纵观其发展的全过程,大体可以分为三个时期:

(一)比较法研究复兴时期。大战结束以后,经过十多年的发展,至60年代,西德的比较法研究开始得到全面复兴,推出了一批优秀

^① 该书已有两个中译本,即陈春龙译的取名《比较法概论》(法律出版社1987年版)和徐百康译的取名《比较法导论》(上海译文出版社1989年版)。

^② 该书初版于1964年,1982年的修订版已由漆竹生译成中文,由上海译文出版社1984年出版。

论著,其中比较有代表性的是:

(1)茨尼彻(A·F·Schnitzer)的《比较法律学》(Vergleichende Rechtslehre, 1961)一书。该书比其第一版(1945年)增加了近一半内容。作为一本比较法的入门书,该书对比较法的各个基本问题作了论述,它是西德战后最先出现的比较法概说书之一。

(2)桑德罗克(Otto·Sandrock)的《比较法的思想与方法》(über Sinn und Methode zivilistischer rechtsvergleichung, 1966)一书。它将比较法分为三类,即思辨的比较法(法哲学家们构造的理论体系中的比较法的各种观念的总称)、应用比较法(构成国际法的辅助手段)和纯粹比较民法(民法发展过程中的比较法因素)。该书虽然篇幅不大,但具有作者独立的见解和新的观点。

(3)60年代中叶整理出版的德国著名比较法学家拉贝尔(E·Rabel)的三卷本论文集《E·Rabel, Gesammelte Aufsätze, 1-3 Bde》。拉贝尔被誉为德国比较法学的创始人,他先在慕尼黑大学创设了比较法研究所(1916年),而后又担任“凯塞—威廉”(Kaiser-wilhelm)外国及国际私法研究所的第一任所长(1926年),他的一系列论著及其活动为德国的比较法学奠定了基础。这三卷论文集的出版,对德国比较法的发展具有重要意义。

(4)勒贝(Loerber)的《国家权力形态契约——苏联的计划契约与西德的强制契约的比较法研究》(1969年)。该书以“国家权力形态契约”(Der hoheitlich gestaltete Vertrag)为核心,对苏联计划契约法作了深入研究。内容包括计划契约的形成过程(第二章)、形成的手段(第三章)、形成的目的(第四章),计划契约的地位(第五章)等。尤其是该书第一章比较方法的问题,对苏联60年代比较法的现状作了详细分析。

(二)比较法研究繁荣时期。进入70年代,德国的比较法研究进入繁荣阶段,尤其是德国当代著名比较法学者茨威格特(Zweigert)的研究活动达到高峰时期。1971年,茨威格特和克茨(Kotz)合力推

出了代表作《比较法导论》(Einführung in die Rechtsvergleichung) 第一卷“基础理论”(Grundlagen)。该书由总论和世界上的各个法系两部分组成,对比较法概念、功能、方法和历史沿革以及西方比较法研究中的重大课题“法系论”作了系统而详尽的论述。连同作者于1969年已先行出版的该书第二卷“各项制度”(Institutionen, 是对私法上的合同法、不当得利法和侵权行为法的比较研究),它们一起构成了私法领域的比较法巨著(二卷仅正文即有883页,且系小字排版)。该书不仅在西德,就是在世界上也发生了巨大影响,被西方学者誉为战后德国比较法学的划时代作品。^①从60年代起,茨威格特还主持了由国际法律科学协会发起、由世界各国数百名著名比较法学者参加的大型工具书《国际比较法百科全书》的编写工作。全套书共十七卷,自1971年起陆续出版。^②该书被各国比较法学者公认为代表了战后比较法发展的最高水平。^③

该时期除了茨威格特的上述成果外,比较有代表性的还有埃伯特(K·Hans·Ebert)的《比较法》(Rechtsvergleichung, 1978)。该书由六个部分二十二章67节组成,大体内容为:第一部分,比较法的基本问题;第二部分,法系论;第三部分,世界上的各个法系;第四部分,比较方法论;第五部分,比较法的课题、作用与成果;第六部分,结论的考察。该书虽然在体系和观点上都大量地袭用了茨威格特与克茨的《比较法导论》一书,但作为一部系统的、全面的教科书,该书的学术价值还是值得充分肯定的。

(三)进一步发展时期。80年代以后,西德的比较法研究获得了进一步的发展。首先,1981年,为庆祝德国著名比较法学家茨威格

^① 参见野田良之:《书评·茨威格特与克茨著、大木雅夫译〈比较法概论〉》,载日本比较法学会编《比较法研究》第37号,1975年。

^② 该书的第一卷《各国报告》已于1983年由上海社会科学院法学研究所译成中文,法律出版社于1986年出版,取名《各国宪政制度和民商法概要》。

^③ 参见沈宗灵著《比较法总论》第23页,北京大学出版社1987年版。

特七十寿辰,西德出版了一部九百多页的比较法论文集,由汉堡大学国际私法教授本斯丁(H·Bernstein)、马克斯·普兰克外国法及国际私法研究所所长德洛伯尼格(Drobniig)、克茨(Kotz)主编,四十九名学者撰稿。它分为国际私法、比较法与法的统一、私法与经济法、宪法、法学一般等五个部分。在比较法与法的统一部分,收录了安塞尔(Ancel)、巴耶尔(Bayer)、克茨、达沃森(Dawson)等十五位学者的论文。这些论文对法学理论、大陆法系与英美法系的关系、欧共同体法、比较教育、比较法的发展等作了论述。该书可以说是反映了德国比较法研究80年代初的新成果。

其次,1981年德洛伯尼格和道珀菲尔(Dopffel)发表了《德国立法上比较法的利用》(Die Nutzung der Rechtsvergleichung durch der deutschen Gesetzgeber)一文,对当时在德国颇有争议的比较法对立法的辅助作用进行了论述。作者通过对德国比较立法的历史(主要是十九世纪初叶)、两次世界大战对比较法的阻碍的回顾,以及禁止垄断法、婚姻法及刑法等立法领域的比较分析,阐明了比较法在现代各国立法事业中的巨大作用。

再次,1984年,德国明斯特大学法学院院长格罗斯菲德(B·Groosfeld, 1933-)发表了《比较法研究的制约因素》一文,对德国、美国等国比较法的现状以及比较法研究上的各种制约因素,如文化、地理、人种、语言、风俗及习惯等作了充分阐述。该文在某种程度上表达了西方比较法学者对比较法学发展前景的忧虑,代表了当代西方比较法学发展的一种新动向。^①

5. 日本

日本的比较法研究最早可以追溯到日本明治时代穗积陈重(1855-1926)等人的研究业绩。二次大战以后,日本的比较法学获得了进一步的发展:1950年成立了日本比较法学会,1959年成立了

^① 该文系作者于1984年在日本鹿儿岛大学所作的讲演。

日本法国法学会,1964年成立了日本美国法学会,1976年成立了日本德国法学会;同时创建了日本(中央大学)比较法研究所(1949年)、早稻田大学比较法研究所(1958年)、东洋大学比较法研究所(1960年)。出版了定期刊物《比较法研究》(比较法学会编)、《比较法杂志》(中央大学编)、《比较法学》(早稻田大学编)、《比较法》(东洋大学编)等定期刊物;此外,在东京大学、京都大学、明治大学等40多所大学中开设了比较法总论及各论的课程。这些,都显示了日本的比较法研究和教学日益繁荣的趋势。这当中,尤其值得一提的是战后日本还推出了一大批有质量的比较法论著,其中有代表性的有:

(1)中央大学日本比较法研究所1962年编辑出版的两卷本《比较法论文集》(欧文版)。该书撰稿人涉及英、美、法、德、日、意、加、西、瑞士等15个国家43名学者,内容包括比较法总论以及各个部门法制度的比较研究。该书既是日本比较法学界50年代成果的总结,也扩大了日本比较法学在国际上的影响。

(2)伊藤正已主编的《外国法与日本法》(岩波书店1966年)。该书对日本近代法的成立史、日本法对外国法的继承、比较法与日本法学等问题作了充分详细的论述。其作者都是日本久负盛名的外国法、比较法专家。作为日本最权威的学术专著系列《现代法》之第十四卷,该书在日本具有广泛的影响。

(3)五十岚清的《比较法入门》(日本评论社1968年)、《比较法学的历史与理论》(一粒社1977年)。五十岚清是当代日本头号比较法学家,自50年代以来,已连续发表了近百种比较法的论文与专著。在《比较法入门》中,作者对比较法的定义、历史发展,法学理论与日本法,大陆法与英美法,资本主义法与社会主义法,比较法的研究方向,以及对英国学者格特里奇、瑞士学者谢尼茨尔(A·Schnitzer)和法国学者阿明让(P·Arminjon,出身俄国后逃亡国外)的比较法学说的评价等。《比较法学的历史与理论》则对德国、美国和日本等国的比较法学的历史和理论作了论述,并对法系论作了总结。

(4)宫崎孝治郎主编的《新比较婚姻法》(多卷本,劲草书房1960-1978年)。该书从比较法角度,对英、美、法、德等欧美国家以及亚洲各国的婚姻法的诸项制度作了详细的研究,十分系统,并附有西文翻译,欧美学者也能看懂。可以说,该书是世界比较婚姻法领域中的一部巨著。

(5)樋口阳一的《比较宪法》(青林书院1977年初版,1989年修订版)。该书对比较宪法的含义、体系、沿革以及对英、美、法、德等欧美各国的宪法历史与现状及其特征作了详细论述,尤其是从比较法的角度对近代西方立宪主义的历史、现状与社会意义作了深入剖析。该书不仅是当代日本宪法学的重要成果,也为丰富日本的比较法学作出了贡献。

(6)大木雅夫的《日本人的法观念——与西洋人的比较》(东京大学出版社1983年)。该书站在比较法的立场上,对法律观念这个法律文化中的重大课题作了深入分析,内容涉及法系的分类标准、东方和西方的含义、东西方法律观念的差异、西方的“法的统治”与“为权利而斗争”、东方(尤其是古代中国)的德治主义等诸多问题。该书的出版,标志着日本比较法研究已开始深入到法律文化比较的深层次之中。^①

二、战后西方比较法研究的热点

1. 比较法的含义

自比较法研究兴起之后,西方学者中对比较法一词的理解一直存有诸多分歧。二次大战以后,这个问题仍然是比较法学者讨论首要问题。

英国学者格特里奇在《比较法》(1949年第二版)一书中指出,将

^① 关于战后日本比较法学的发展,详细请参阅何勤华:《当代日本比较法学的发展与特点》,载《社会科学》(沪)1990年第5期。

比较法作为法(Law)来下定义,将会导致无休止的争论,“因为它(比较法)本身没有象法那样的自己调整对象,因此,这里不具有给比较法下定义的余地。那些关于比较法的各种各样的定义,实际上并未指出比较法的性质,而仅仅是根据比较法的目的而作出的对比较法的描述。”他认为,对比较法下定义,“本质的问题或重要的问题,不是问比较法是什么,而是问比较法的目的是什么。”据此,他对西方学者依据比较法的目的所下的各种定义概括为“描述比较法”(Descriptive Comparative Law)、“应用比较法”(Applied Comparative Law)与“抽象的或思辩的比较法”(Abstract or speculative Comparative Law)等几类,并对应用比较法,即比较法研究不仅仅是描述或获得外国法的知识,还在于通过比较方法的使用,来为一定的社会目的(如立法等服务意义上的比较法作了较多肯定。因此,格特里奇事实上只是为如何理解比较法指明了方向,并未对比较法下一个明确的定义。

法国学者阿曼戎、诺尔德与沃尔夫在其合著的《比较法导论》(Traite de droit comparé, 1950)一书中说,“所谓比较法,就是使世界上现行的各种法律体系的规范以及制度彼此接近而进行的比较研究活动。”^①这个定义,将比较法与世界法律的统一运动联系在一起,带有一种建立“普遍的比较法”(Scienza del diritto comparato universale)的理想。这是西方许多比较法学者曾共同持有的观点。

瑞士学者谢尼茨尔在《比较法学》(Vergleichende Rechtslehre, 1961)一书中说,“所谓比较法学,是通过论述法律、研究其因果关系、寻求解决当时(社会)事态的适当方法的努力,将法置于时间和空间上加以互相对照的研究活动”。^②这个定义,将比较法学理解为一门学问,强调比较法学的社会应用性和时空上的一致性。此外,这一观点强调了德语中 Vergleichende Rechtslehre(比较法学、比较的法律

① 转引自五十岚清著《比较法入门》第2页注1.日本评论社1968年版。

② 转引自五十岚清著《比较法入门》第2页注1.日本评论社1968年版。

学)和 Rechtsvergleichung(法律比较、比较法)两个词的差异,前者带有学问、学科的性质,后者只意味着法的比较过程,而不是作为一个法的部门的科学。而在英语中,Comparative Law(比较法)、Comparative Jurisprudence(比较法学)和 Study of Comparative Law(比较法研究)三个用语的含义则比较一致,都是指对不同国家的法律进行的比较研究。^①

日本学者五十岚清在《比较法入门》(1968年)一书中指出,“所谓比较法,简言之是以比较在各种法律体系中的法律制度以及法律功能为目的的学问。”^②这个定义,既继承了西方学者格特里奇、阿曼戎等人的观点,即注意到了比较法的工具作用以及比较法的目的,也有自己独立的见解,即明确表示比较法是一门法学学科(学问)。

德国学者茨威格特和克茨在《比较法概论》(1971年)一书中认为,“所谓比较法,是将各种法律秩序置于各自的精神与样式上连结起来的研究活动,或者是将各种法律秩序上的能比较的法律制度与能比较的法律问题的解决(方式)连结起来的研究活动。”^③这个定义,强调了对各种不同的法律制度的内在精神与方式的一致性与可比性,强调了寻找对各种法律问题的解决方式的重要性。它比前面几种观点更加清楚地指出了比较法的功能与目的。

法国学者达维德在《当代主要法律体系》(1964年)一书中认为,比较法是一门新近发展起来的科学,是整个法律科学的组成部分,其意义在于推动法制史或法哲学的研究,帮助人们更好地认识与改进自己的本国法,推动国际间法律文化的交流等。^④法国的另一位学

① 参见 Gutteridge, Comparative Law, pp1-2; 沈宗灵著《比较法总论》第4页。

② 五十岚清著《比较法入门》第1页。

③ 茨威格特和克茨著《比较法概论》第8页,大木雅夫译,东京大学出版会1974年版。

④ 达维德著《当代主要法律体系》第7-9页,漆竹生译,上海译文出版社1984年版。

者勒内·罗迪埃尔在《比较法导论》一书中也认为,比较法是为了重新使法学具有意义的一门人文科学、它是促使国家之间了解的一个因素。^① 达维德和罗迪埃尔的见解,强调了比较法的作为一门科学的属性,强调了比较法对整个法学的改造和更新意义,阐明了比较法的国际文化交流作用。

英国学者沃克(D·M·Walker)在《牛津法律指南》(The Oxford Companion to Law, 1980)中指出,比较法“是对在两个或两个以上的法律体系中,就有关事项的观点、制度和规则进行统一的、彼此对应的研究”,它“还不是一项法律原则或法律体系(a principle or body of rules of Law),它是研究法律、法律条文或法律专题的途径、方法和技术手段”。^② 美国学者乔治·A·萨非里乌在《比较法在立法上的运用》(1982年)中表达了相近的观点,他指出,“比较法不同于财产法、契约法或者侵权行为法。它不是由一批原则和规则组成的。它一直被称为一种方法”。这种方法可以使我们对各国法律的比较研究而获得单就一个国家法律研究时所无法得到的深知远见,比较法又是一种分析和选择的工作过程,它通过比较,选择不同法律制度的思想、原则、规则、个别制度或者惯例。^③ 沃克和萨非里乌的观点,在强调对不同法律制度、原则进行比较研究,试图使其统一化的同时,特别强调了比较法的工具作用、技术手段作用。这个定义,实际上继承了自格特里奇以来的英国比较法研究传统,即重视比较法的目的以及它作为认识法律的工具技术功能。

上述各位西方学者关于比较法的表述尽管不同,但其中心内容是一致的,即比较法是对不同的法律制度(或法系)进行的比较研究。分歧只是在于对比较法到底是一门法学学科还是一种研究方法的看

① 罗迪埃尔著《比较法导论》序言第1页,徐百康译,上海译文出版社1989年版。

② Walker, The Oxford Companion to Law, p. 261.

③ 引自《法学译丛》1983年第4期。

法上。以格特里奇、沃克、萨非里乌等为首的英美学者认为,比较法仅仅是一种研究方法或是一种技术手段。^① 而以阿曼戎、诺尔德、沃尔夫、达维德、罗迪埃尔等为首的法国比较法学者,则认为比较法不仅是一种研究方法,也是一门法学学科。^② 但进入70年代以后,由于比较法在事实上已牢固地确立了自己的学科地位,如有了自己的研究对象,有了自己的研究机构和组织,定期召开比较法国际会议已成为一项制度,比较法被纳入了世界大多数国家法律院系的课程等。因此,讨论比较法是一门学科还是一种研究方法,在西方已逐渐失去重要意义。

2. 法系论

自从日本学者穗积陈重于1884年在《法律五大族之说》一书中提出“法系”一词,1904年在《新日本民法典论说》中将世界各国法律划分为7大法系,美国学者威格摩尔(J·H·Wigmore, 1863-1943)于1928年在《世界法系综览》一书中进一步将世界上各种法律制度分为16个法系以来,法系已成为比较法研究中的一个重要概念。二次大战以后,法系理论进一步受到了各国学者的重视。成为当代西方比较法学的一个重要课题。如同日本学者大木雅夫所言,“如果说,‘比较法是一门独立科学还是一种方法’等类问题曾经是法原论的中心课题的话,那么,在现在,关于法系分类的问题已成了讨论的热点。”^③

法系虽然是当代西方比较法学的一个重要概念,但各国学者对其的表述,则是有分歧的。这从法系一词的表述方法上即可窥见一、

① 格特里奇的观点虽然很模糊,但从他在《比较法》第1章中的总体论述来看,他是倾向于将比较法看作是一种研究方法的。

② 但法国学者康斯坦丁内斯库与日本学者五十岚清将达维德归入主张比较法仅是研究方法的一派,参阅《法学译丛》1983年第2期;五十岚清著《比较法入门》第1页。

③ 大木雅夫:《关于法系论的批判的考察》,载《上智法学论集》第23卷2号,1980年。

二。在英文中,表达法系一词的有 Legal family(法律家族)、Legal group(法律族群)、Legal genealogy(法律系统)、Legal system(法律系统、法律制度)、Legal tradition(法律传统)等。这些词虽然比较相近,但毕竟有区别,其中 Legal system 一词用的最广。在法文中,意思不尽相同的 Famille de droit(法律家族)与 Systemes juridiques(法律体系)这两个词也都被用来表示法系。在德文中,表示法系则用 Rechtsfamilien(法律家族)和 Rechtskreise(法圈)两个词表示的。当然,用词尽管不一致,但这些词的基本含义大体是接近的,即法系是指由若干国家和地区组成的、具有某种共同特征或共同传统的法律的总称。

战后西方围绕法系问题而展开的理论研究,主要涉及:(1)面对数量众多的各国法律制度,能否分为若干个大的法系?(2)如果可以分的话,那么,以什么作为划分法系的标准?(3)如果找到了划分标准,那么,具体应当将各国的法律制度分为几个法系?针对这些问题,西方学者又展开了争论,并提出了各自的理论体系。

谢尼茨尔在《比较法学》一书的第二部分“历史”中对法系论作了论述。他认为,划分法系既应遵从传统的做法,即依据种族和语言,又应当依据一定的大文化圈来进行。据此,他将世界上的法律制度分成五个法系,即(1)未开化民族的法,如直至今日仍未开化的那些土著居民的法律等;(2)古代文化民族的法,如埃及、美索不达米亚(巴比伦)、希腊、罗马等的法律;(3)近代欧美法,主要是大陆法系和英美法系;(4)宗教法,包括犹太教、基督教、伊斯兰教的法律;(5)亚洲各国的法,如土耳其、印度、中国、日本、蒙古等国的法律。谢尼茨尔在进行法系分类时,不仅注意到了人种、语言等因素,还注意区分不同的大文化圈,并以此为划分法系的标准,这是比前人进步的地方。但是,他把过去的法(已死亡的法系)和现在的法混合起来的做法以及忽视苏联法的存在,则受到了西方学者的广泛批评。然而,谢尼茨尔在本书再版(1961年)时,基本上仍然坚持了自己的立场,并

且对他之后对法系作出新的分类的达维德与阿曼戎等人进行了批判。当然,他对自己的分类也作了一些修改,尤其是增加了法系论部分的篇幅(从194页增加到了278页)、并将第五个法系“亚洲各国的法律”易名为“亚洲与非洲法”,这是考虑到了1945年以后亚非国家法律迅速发展的现实而作出的修改。

法国学者阿曼戎、诺尔德和沃尔夫在《比较法导论》中,从作为独立学科的比较法的首要问题是解决法系的分类的立场出发,批判了以往关于法系的分类,阐述了自己的观点。他们认为,作为法系分类的前提,首先是对私法体系进行分类,其次,这种私法体系应限于近代各文明国家(民族),而区分法系的具体标准则不是地理的、人种的等诸种外部条件,而是依据法律制度的起源、派生以及相类似的关系,即接近于对语言所作的分类。据此,他们将世界上各国法律分为:(1)法国法系,它源自罗马法,对世界发生巨大影响,并派生出了许多小的法系,如荷兰、意大利等,并渗入社会主义国家的法律之中;(2)德国法系,是罗马法与日耳曼法的结合,它对奥地利、瑞士、日本等国发生重大影响;(3)斯堪得那维亚法系,主要国家为瑞典、挪威、丹麦、芬兰,它们自成体系,区别法、德、英等国的法律;(4)英国法系,以判例法为主要渊源而发达起来,基本上未受罗马法的影响,作为其派生法系,有美国以及其他英语系各国的法律;(5)苏联法系,它是一种新型的法律体系,具有独创性等优点,在基本原则和内容上也区别于各资本主义国家;(6)伊斯兰法系,在伊斯兰教的影响下形成,波及亚洲、非洲的广大国家与地区;(7)以印度法为主的法系,该法系的产生、存在也与印度的各个宗教相连。阿曼戎等人的法系理论,与谢尼茨尔的相比,已大大前进一步,具有独到的见解,分析也较细致、合理、客观,但他们忽视中华法系以及中华人民共和国法律的存在与发展,这不能不说是一个遗憾。阿曼戎等人的法系理论由于作者的相继去世而未能加以发展、完善,但其基本观点,对后来的比较法大师如法国的达维德、德国的茨威格特等人的学说产生了巨大影响。

法国学者达维德在《比较民法原论》(1950年)一书中,用了近180页的篇幅,对法系作了论述。他以意识形态的观点以及法律技术的观点,将现代世界的法律制度分成五个法系:(1)西欧法系,里面又分成法国法圈与英国法圈两个子系统。达维德认为,这两个法圈都源自基督教的道德基础,自由主义的政治、社会原理以及资本主义的社会结构;(2)苏联法系,是社会主义的新型的法律体系,达维德认为,为了改革西欧法系的各种弊端,重视研究并参考苏联法的内容和原则是必要的;(3)伊斯兰法系,以神学为基础,以宗教法和世俗法的结合为特征,是了解这个法系的关键;(4)印度法系,以印度的宗教为基础,这种宗教是与基督教和伊斯兰教不同的另一宗教派系;(5)中国法系,包括受中国影响的日本等国的法。达维德认为,这个法系的特点是强调了礼的重要性,将礼作为社会统制的第一性的基础,法仅仅是第二性的,而在制定法中,又以刑罚法为中心。达维德的这一分类,显然比以前两种分类更加合理一些。他对中国法在世界法制史上的地位也给予了更多的注意与论述。当然,由于受时间的限制(该书于1950年出版,当时新中国还刚刚建立),他仅对中国的封建法与国民党的立法作了一些分析,并以此为预测中国法律发展的前景的立足点。这显然是很遗憾的。1964年,达维德又出版了《当代主要法律体系》一书,对法系作了新的分类,将世界各国法律分为罗马日耳曼法系、社会主义各国法(苏联及东欧法)、普通法(英国法与美国法)、其他的社会秩序观与法律观(伊斯兰法、印度法、远东各国法、非洲各国法)等四大法系。这一新的分类,一方面考虑到了世界形势的发展,将非洲各国法律纳入其著作中,对苏联以外的社会主义国家的法律也给予了更多的注意。另一方面,在论述中国法时,虽增加了新中国法律的内容,但总的指导思想则往往将古代中国法、法观念与新中国的法、法观念混淆在一起。这就不能不使其论述失去了一定光

彩。^①

德国学者茨威格特和克茨在《私法上的比较法概论》第一卷(1971年)中,对法系理论进一步作了详细阐述。他们在总结谢尼茨尔、阿曼戎、达维德等学者的法系理论的基础上,进一步提出了自己的见解。他们认为,划分法系的标准,除了上述学者提出的人种、语言、意识形态等要素外,还应当注意各个法律秩序以及由它们组成的各个法律体系的各自的样式(stile,还可译为“文体”、“风格”、“方式”等),通过分析这种法律样式(Rechtsstile),并追寻决定这种法律样式的各种因素,如某个法律制度的历史发展,支配这一法律制度的法学思考方法,有特征的各种法律制度、法源的性质以及其解释,意识形态等,才能对法系作出正确的分类。据此,他们将世界各国的法律划分为:(1)罗马法系,包括法国、意大利等国家的法律;(2)德国法系,包括德国、奥地利、瑞士等国的法律;(3)英美法系;(4)北欧法系;(5)社会主义法系;(6)其他法系,包括远东法系、伊斯兰法系、印度法系等。应该说,茨威格特和克茨的上述分类和达维德的基本相近,只是达维德注意到了非洲各国法律的发展,而前者并未予以充分论述。但是,与达维德不同,首先,茨威格特和克茨在划分法系时,更加强调了法律的历史传统和法的观念;其次,除了叙述各个法系内法律的发展、法律结构、法律渊源等之外,他们还专门抽出该法系中具有特色的制度加以重点分析、论述,如在阐述英美法系时,作者重点论述了信托制度,在论述德国法系时,重点论述了“无因的物权契约理论”,在论述罗马法系时,着重阐述了非婚生子女的法律地位等。这就使得各法系之间的差异更能为读者所理解。^②

^① 参阅沈宗灵著《比较法总论》第494页。

^② 战后西方比较法学者关于法系理论的观点,除上述之外,还有一种比较有代表性的观点是将世界各国法律分为“民法法系”、“普通法法系”及“社会主义法法系”的“三分说”。见 Glendon, Gordon, Osakwe, Comparative Legal Traditions, West Publishing Co, 1982。

应当看到,法系理论虽然不很科学,因为它未能揭示出各法系间的质的差异,如同在伊斯兰法系中,既有封建的法律规定,又有资本主义的法律制度;同在远东法系中,既有社会主义中国的法又有资本主义日本的法律等等。但是,作为法律比较研究的手段,法系的分类对比较法具有重大的理论意义和应用价值,因为,不对各国的法律制度加以分类,事实上就无法进行比较。而如果将世界各国的法律按其性质分为资本主义与社会主义两大类,来进行比较分析,也是远远不够的。^①只有将各国法律按照其历史传统、法律结构和内容特征等划分成若干个系统,才可能对其进行比较细致的、深入的研究。因此,在这个意义上,法系理论对推动西方的比较法研究的发展作出了巨大贡献。^②

3. 英美法与大陆法

二次大战以后,英美法成为大陆比较法学者的重点研究课题,这方面的著述十分丰富,其中,比较有代表性的是达维德的研究成果。1949年,达维德与人合作出版了《英国私法研究导论》(Introduction a l'étude du droit privé de l'Angleterre, 1949)一书,1964年,在《当代主要法律体系》一书中,以近四分之一的篇幅对英美法作了论述,1965年和1973年,又单独出版了《英国法》(Le Droit Anglais)和《英国契约法》(Les Contrats en Droit Anglais)。这些作品,表明了达维德对英美法的精深造诣。达维德认为,研究英国法比研究大陆法更加困难,因为前者几乎不受罗马法的影响,它走的是独立发展的道路,不了解这一点,就不能真正弄懂英美法。达维德指出,英国法与大陆法的发展明显不同的是其普通法与衡平法的形成及其在英美国家生活中的巨大作用。在法律结构上,重视判例的作用是英美法区

^① 如匈牙利学者就将世界各国法律制度分为资本主义型、社会主义型和发展中国家型三大类。参阅 Gy·Eörsi, Comparative Civil Law, Budapest, 1979。

^② 参阅沈宗灵著《比较法总论》第38-39页。

别于大陆法的显著特征。虽然,进入19世纪后,英美两国已制定了众多的成文法,但判例法传统在英美两国仍占据统治形式。从这一点出发,在英美两国,诉讼制度特别发达,律师也特别活跃。在上述作品中,达维德还对英美法上一些具有特色的原则与制度以及遵循先例原则、法律的正当程序、信托制等作了阐述。此外,在西方学者的著作中,东京大学教授田中英夫的《英美法总论》(上、下,有斐阁1986年版)一书,也可以说是一部力作。该书总结了日本多年研究英美法的成果,如高柳贤三的《英美法概论》、田中和夫的《英美法概说》等,对英美法作了全面、系统的论述。

与英美法一样,二次战后,大陆法也仍然是西方各国比较法学者关心的重点。这方面的系统成果当属前述美国学者梅伦(A·von Mehren)和高德莱(J·R·Gordley)合著的《大陆法系》一书。在该书中,作者认为,对于一个掌握英美法的人来说,学习一点大陆法知识尤其是大陆法学者的思维方式和分析方法是非常有益的。而这些,光靠读一、二本介绍大陆法的书是不够的,还必须阅读一些大陆法国家的判例、学说和文献资料。而本书即为此而编。在该书的历史部分,作者指出,传统的论述大陆法的著作,总是强调两点,一是与大陆国家私法法典化相对,英国没有出现这种事实;二是与大陆法国家全面接受罗马法相对,英国没有接受罗马法。但是,人们却很少问:为什么大陆国家必须将私法法典化?为什么全面接受了罗马法?作者认为,英国早在中世后期就形成了全面统一的审判机构以及通行全国的普通法,而法国在1804年民法典制定前法律还处在四分五裂之中,正是这种法律的混乱,成了法国民法典的母亲。在德国,直到19世纪末,还没有统一的法典,当时法律既有用德语、法语写的,也有用希腊语、拉丁语、丹麦语写的,法律语言不统一,法律也极其混乱,又没有统一的司法机关。正是在这种历史背景下,为了向邻国法国看齐,19世纪末才开始了大规模的私法法典化运动。而关于罗马法的继受,由于英国已有了统一的司法机构和统一的法律,故也就失去了

继受罗马法的必要。通过对大陆国家法的历史发展的叙述,作者对法国公法的诸种形态、侵权行为责任、契约责任、司法过程等作了详尽论述,并对相应的判例作了分析。

4. 苏联及东欧社会主义法研究

在西方,早在20年代即开始了对苏联法的研究。但是,一方面,当时西方对苏联持的是敌视态度;另一方面,随后不久便出现了法西斯主义的泛滥,因此,二次大战以前西方对苏联法的研究并未真正展开。

二次大战以后,一方面,苏联的崛起、东欧各社会主义国家的建立以及其所取得的巨大成就已成为客观事实,使西方资产阶级学者不得不刮目相看。另一方面,随着西方比较法研究的复兴和发达,异质法律制度比较得到绝大多数比较法学者的肯定,苏联和东欧各社会主义国家的法律日益引起西方学者的兴趣,并成为比较法学的一个重要课题。

西方比较法学者研究苏联社会主义法,主要有四种方式:(1)在总论性的比较法专著中,对苏联法辟以专章予以论述,如达维德在《当代主要法律体系》中以第三部分“社会主义各国法”为题,对苏联及东欧各社会主义法的历史、渊源与结构等作了论述;茨威格特和克茨在《私法上的比较法概论》中,以第五编“社会主义法系”为题;对马列主义的法律观念、社会主义法系的发展、社会主义各国的司法、所有权、社会主义的计划经济契约等作了分析;五十岚清在《比较法入门》第七题第六部分中,以“苏联法”为题,对西方各国研究社会主义法的状况作了分析。(2)撰写概论性介绍、评述苏联、东欧社会主义的作品,如英国伦敦大学教授贝特勒(W·E·Butler)的《苏联法》(1983年)、日本东京大学教授山田升的《德意志民主共和国法概论》(上、下,1982年)等,对苏联和东德的社会主义法律制度作了系统的全面的论述。(3)直接翻译苏联及东欧的法学著作与论文,并附以详细的书评,如1962年日本学者黑木三郎在翻译东德国家与法理论研

究所编著的《国家与法的马列主义理论》(柏林1956年版)时,就附上了近3万字的长篇书评。(4)在比较法的杂志上,定期连载报道苏联及东欧国家的立法、司法及法学研究之文献,如日本比较法学会编的《比较法研究》,每期都辟出数十页篇幅,连载苏联的立法文献。

从西方各国研究苏联、东欧法的内容来看,大体集中在如下几个问题上:

(1)苏联法与西方法的异同。如法国学者安塞尔(M·Ancel)在《社会主义法与西洋法的比较》^①一文中指出,社会主义法系与西方法的根本区别有三:一是西方法具有悠久的历史传统,而社会主义法则是一种崭新的法律体系;二是社会主义法作为社会政治革命的结果,带有过渡的性质,而西方法则不具有这种性质;三是社会主义法基于马克思主义意识形态,带有统一性,而西方法则具有多元化倾向。但同时,社会主义法与西方法也有相缓和、相一致的因素。比如,以私法为中心的制度与概念,与大陆法系的比较接近;社会主义法系内部,也在出现强调地区特殊性的多元化发展倾向等等。安塞尔指出,由于上述情况,可以将西方学者观念中的大陆法系与英美法系两分法改为大陆法、英美法与社会主义法之三分法,在比较内容上,除法源、解释方法、规范内容之外,还要加上社会要素。安塞尔认为,针对上述情况,西方比较法学者应当克服社会主义法是社会主义革命带来的成果而予以敌视的态度,社会主义国家的比较法学者则应当克服西方法是资产阶级法而加以排斥的做法,而是抱着各取所长、补己之短的态度,认真地开展东西方的比较法研究,为此,应当加强社会主义法系与西方法之间的交流与合作,如共同出版著作、交流学术成果、召开各种双边或多边的比较法学会会议等等。在方法上,则应大力采用比较法的功能主义方法,注意吸取社会主义法与西

^① 载 Zoltán Péteri 编《Imre Szabó 教授献呈论文集:法理论与比较法》,1984年。

方法这两种不同法律制度中的共同精华,以完善自己的法律体系。^①

(2)苏联与东欧社会主义法律体系中的某项制度、原则研究。如英国伦敦大学教授基拉尔菲(A·Kiralffy)从50年代起,就撰写了一系列苏联社会主义法律变革的论文。其后,又发表了多篇研究苏联民法的论文,并将1964年的俄罗斯民法典以及民事诉讼法典译成了英语。70年代以后,他又专心致志于国营企业及商业的法律的研究。又如日本学者上田宽,自70年代始专攻苏联社会主义犯罪学,在《比较法研究》、《立命馆法学》等刊物上发表了一系列的专题论文,对苏联犯罪学的历史、现状,苏联犯罪学的指导思想与基本原则,苏联政府预防和治理犯罪的各项对策以及成效等作了深入研究,为日本的犯罪学研究提供了许多有益的借鉴。

(3)关于苏联、东欧法的宏观分析。如贝特教授在前述《苏联法》一书中,对苏联法的意识形态基础、苏联法的渊源、苏联的法律教育以及苏联宪法、民法、婚姻法、劳动法等部门法作了全面介绍、论述,对苏联的涉外关系法(外国人的法律地位、外国贸易条约在苏联国内法上的地位等)也作了分析,对苏联共产党的法律地位也作了阐述。该书还试图对苏联革命前的法律史作出总结。又如,日本学者山田升在前述《德意志民主共和国法概论》中,对东德社会主义法律体系的各个部分,即宪法、经济法、劳动法、社会保险法、刑法、刑事诉讼法、民法、婚姻法、无体财产法、民事诉讼法、国际私法等作了比较系统详尽的论述(该书有1000多页)。此外,与布特勒教授不同,山田升不仅对东德的法律体系作了概述,而且将其与西方国家的法律体系作了比较。因此,该书具有一定的思想深度与理论价值。

5. 伊斯兰法

伊斯兰法也是战后西方比较法学者关心的热点之一,无论是他

^① 日本学者铃木辉二在《东西比较法序说》(载《法学新报》第85卷,1978年)一文中,也表示了与安塞尔相同的见解。

们将世界各国法律划分为五大法系还是七大法系,伊斯兰法始终是其中的一个法系。这不仅是因为伊斯兰法在中世纪曾有过辉煌的历史,而且即使在目前,伊斯兰法在亚洲和非洲的广大穆斯林国家仍保持了强大的生命力。

西方比较法学者论述伊斯兰法的作品很多,其中比较有力度的当属安德逊(J·N·D·Anderson)的《现代世界上的伊斯兰法》一书。如前所述,安德逊是英国伦敦大学教授、西方著名伊斯兰法学者。本书是根据安德逊根据其三次对伊斯兰各国的实地调查、二次出访中东、一次出任尼日利亚政府立法顾问等经历及所获资料而完成的。在本书中,安德逊首先指出,与西欧法在本质上是世俗法相反,伊斯兰法在本质上是宗教的,这种宗教性说的是法的永恒性和不变性。在西欧,法律发展过程中尽管也受到了基督教的强烈影响,但当其遇到社会变化时,法律也能相应地发生巨大变化,即由于法律是由权威人士或机构(国王或大臣、或法学家、或后来的国会、法院等)制定的,因而法律也将随着人士和机构的变化而不断发展;而伊斯兰法尽管至现代也发生了许多变迁,但在理论(教义)上、本质上是不变的。因为在伊斯兰国家,只有安拉才是唯一的立法者。安德逊接着指出,伊斯兰法与西欧法的第二点区别是西欧法调整范围较窄,而伊斯兰法则极为广泛,许多在西欧属于道德规则调整的事项,在伊斯兰世界也都受伊斯兰法规范支配。安德逊认为,虽然有上述区别,但至现代,伊斯兰法还是发生了巨大变化,并日益与西欧法趋于混合。比如,在商事法领域,《古兰经》规定,禁止收取利息、缔结投机契约。但是,这种禁止贸易行为的规定,等于不承认商人的市场活动。因此,从比较早的时期起,穆罕默德的继承人们就利用种种变通的方法,事实上修改了《古兰经》的上述规定:他们用假装买卖的方式来掩盖借贷行为,以规避《古兰经》禁止利息的规定。随着西方帝国主义列强对穆斯林世界的入侵,伊斯兰法进一步发生变化。比如,伊斯兰法也采用了西方法典一样的立法方式,建立了各种世俗法院,吸收了一些西欧法的

原则与制度(如婚姻法中给予妻子解除婚姻的权力、限制童婚、限制丈夫的单方离婚宣言等)。在埃及、约旦、叙利亚、尼日利亚、摩洛哥、黎巴嫩,都出现了大规模的法律改革运动。最后,安德逊对现代伊斯兰中保留封建传统痕迹最多的婚姻法和继承法作了详细分析。

三、战后西方比较法研究的基本特征

与二次大战前相比,战后西方的比较法研究具有一些鲜明的特征:

第一,比较法研究的范围日趋扩大。一方面,比较法研究的国家,从战前的以法、德两国为中心的西欧一元化局面,逐步发展为战后以西欧法、德、英、美洲的美国、加拿大,亚洲的日本等为中心的,由世界各国学者一起参加的多元化局面。尤其是日本,建立了多层次的比较法学会,设置了比较齐全的比较法研究机构,出版了多种比较法杂志以及多种著作。这种局面,改变了战前少数几个国家独霸比较法研究的局面。另一方面,比较法研究的内容、范围也得以大大扩展,从比较法的定义到比较法的对象、范围、作用、功能、方法、历史,从英美法和大陆法,扩展到北欧法、苏联法、东欧法、伊斯兰法、印度法、远东法以及拉美法、非洲法,从私法领域扩大到了宪法、行政法、刑法及诉讼法,从法的历史传统、法律渊源、法律结构,扩大到法学教育、律师培养、法律社会学、法律文化学、法律大类学等等。这些,都使战后西方比较法研究比战前的具有了更广泛的社会课题和更深厚的理论内涵。

第二,异质法之间的可比性获得确认。关于异质法(即社会主义法与资本主义法)之间能否比较的问题的讨论最早始于本世纪30年代。^①当时,在苏联,作为社会主义国家法律体系的概括,出现了“社

^① 松下辉雄:《法制度的异质性与比较的可能性》,载山口俊夫主编《东西法文化的比较与交流》,有斐阁1983年版。

会主义法”的概念,并对此产生了各种学说。这引起西方学者的注意和重视。但是,二次大战的爆发,阻止了这种研究的可能性。二次大战以后,在苏联之外又出现了一批社会主义国家,并形成了强大的社会主义阵营与西方形成对峙。为了了解对手,西方学者不得不开始对以苏联为中心的社会主义法的系统研究。但是,在50年代,异质法之间的可比性问题并未得到解决。这一方面是因为冷战的局面阻碍了社会主义法与资本主义法之间的交流,另一方面,也是由于在许多西方学者的观念中,社会主义法还未形成独立的法域,它充其量只是马克思列宁主义的意识形态的复述。进入60年代,一方面,苏联、东欧国家出现了一些改革,出现了社会主义的商品经济关系,东西冷战的局面有所改善,东西方的经济、贸易和文化交往也日趋活跃。另一方面,社会主义国家的立法工作也得到广泛开展,一个独立的、与西方法律既有联系又有区别的法律体系开始形成。这样,无论是社会主义国家还是资本主义国家,都需要进一步了解对方,包括其法律制度。于是,在1969年和1972年的国际比较法圆桌会议上,异质法之间的可比性问题得到了认真讨论。许多学者认为,社会主义法已形成了一个独立的法系,值得进行研究;社会主义法系中有许多问题和西方法中的问题有共同性,可以进行比较。随后,随着功能主义比较法(后面将予以阐述)的兴起,异质法之间的可比性问题便得到广大学者的肯定;在达维德、茨威格特、勒贝(Lieber)、五十岚清、大木雅夫等学者的论著中,开始了比较认真的社会主义法与资本主义法之间的比较研究。如勒贝认为,在社会主义法与资本主义法之间进行比较研究是可行的,但尚有许多障碍,即第一,关于“法”,双方的观念是完全不同的;第二,双方在经济制度和社会秩序上也并不相同;第三,即使在社会主义法系内,各国的法律之差异也很大。因此,只取一个社会主义国家的法进行比较,并以取得的结论来代表社会主义法系的总体是危险的;第四,在社会主义国家,行政命令占据着主导地位,判例法并无权威,这给西方学者分析问题带来了困难;第

五,双方对法律用语(如“托拉斯”等)的理解不同;法律体系(如对公法与私法的划分)也不同。^①茨威格特进一步认为,如果考虑到上述障碍,那么,我们感到,在下述领域内社会主义法与资本主义法是可以进行比较,并且有可能通过比较法的媒介作用,使东西方法律趋于统一。这些领域就是:行政法,如授予领导权力的程序、保护公民免受公职人员非法行为侵害的方式等;刑事法,如传统犯罪(财产犯、人身侵害犯等)、白领犯罪(经济犯罪)等;狭义的私法(民法),如各种具体的合同,个人财产继承、家庭关系,民事违法行为的责任等;以及私法的其他部门,如知识产权法、国际贸易法、国际私法、诉讼程序等;经济法的某些领域,如企业的活动、经济合同;劳动法,如劳动合同、疾病保险等。^②

很清楚,异质法之间可比性的确立,加强了社会主义国家与资本主义国家的联系与合作,促进了东西方法律文化的交流,有利于世界的和平与民主。目前,随着科学技术的进步,国际经济、文化合作的扩大,异质法之间的可比性已得到了各国包括社会主义国家比较法学者的普遍赞同。^③

第三,功能主义比较法(functionalist comparative Law)的流行。所谓功能主义法学研究方法,是一种将法与社会的现实之间的相互作用为问题的前法社会学方法(即这个方法发展的第二阶段就是法社会学,然而当法社会学形成后,功能主义方法并未退出历史舞台,而是被广泛运用于比较法、法律史、法人类学、宪法、商法等研究领域)。比较法研究中的功能主义方法,意味着着重于分解不同法的共同结构,具体分析那些从社会救济的观点作出的判例的实际功能。

^① 引自五十岚清著《比较法入门》第141页。

^② 茨威格特和普特法尔肯合著《论不同社会制度中相同法律制度进行比较的可能性》,载王正泉等译《国外比较法学论文选辑》,群众出版社1986年版。

^③ 参阅沈宗灵著《比较法总论》第9-11页。

功能主义研究方法的创始人是现代社会学之父,法国学者孔德(A·Comte, 1798-1857)。孔德认为,社会作为有机体,是无数的个人有规则地连续集合,虽然每个个人是独立的,不同的,但他们总是用各种手段自然地协作,起着各自应起的功能。^①孔德的学说为法国社会学家迪奥凯姆(E·Durkheim, 1858-1917)所继承和发挥。迪奥凯姆认为,一个社会的制度与精神具体体现在法律、语言以及其他各种社会因素方面,人类社会的各项制度都是有机联系在一起并充满了活力,发挥着各自的功能。^②从而将功能主义方法引入了法律社会学研究领域。二次大战以后,西方比较法学者接受了孔德和迪奥凯姆的观点,并将其运用于不同法律制度(包括异质法)的比较当中。如茨威格特和谢尔辛格(R·S·Schlesinger)等人认为,法律比较可以分为两类:不作评价的比较与作出评价的比较,前者的目的仅仅在于更好地、更深刻地了解外国法,以推动本国法的实际运用和促进本国法律教育;后者的目的是要对不同的法律制度作出批判性的评价。因此,这种比较纯粹是功利性的,它是对不同法律体系解决相同的社会现实问题的办法进行比较。他们认为,尽管社会主义法和资本主义法是两种不同的法律制度,但由于社会是一个有机体,其中的各个部分都有其合理的存在根据和发挥着自己的功能,因此,这两种法律制度都面临着(或要解决)一些相同的社会问题。因此,功利主义的比较法研究的出发点不是这种法律制度,而是法律手段所解决的具体社会任务(或法律救济手段),如对犯罪、契约、继承、婚姻等的对策。^③这样,功利主义的比较法研究方法就为西方异质法比较提供了理论根据和方法论基础,从而使战后西方的比较法研究出现

^① 孔德:《社会静力学与社会动力学》,引自欧力同著《孔德及其实证主义》第128页,上海社会科学院出版社1987年版。

^② Walker, The Oxford Companion to Law, P. 385.

^③ 前引茨威格特和普特法尔肯的论文《论不同社会制度中相同法律制度进行比较的可能性》;Schlesinger, Formation of Contracts, P. 2, 1968.

了明显区别于战前的局面。

第四,法律文化的比较日趋发达。战后西方对法律文化的比较研究的兴趣最初是在60年代末达维德和茨威格特的作品中呈现出来的。他们在研究东方法律时,发现在这些国家(中国、日本等),对有些问题的理解,光从立法文件或判例中并不能找到,而是必须深入到东方的传统文化中去,才能得到满意的答案。他们逐渐发现,在东方国家,即使已经实现了现代化(日本的场合)或社会主义(中国的场合),但其法律尤其是法律的实施中仍包含了大量传统文化的痕迹。他们感叹地说,在日本,即使合同包含了详细规定,这也没有多大意义。协议双方对这些规定并不特别注意,因为,最后总有可能“按良心达成协议”以“求得和谐的解决”,但这一点在欧美各国是无法建立的。^①因此,要真正理解东方国家的法律制度,必须同时研究东方的传统法律文化,即光有法律的比较是不够的,还必须同时进行法律文化的比较。这样,法律文化的比较在西方就开始兴盛起来。1976年,美国学者埃尔曼(H·W·Ehrmann)出版了《比较法律文化》(Comparative Legal Cultures, New Jersey, 1976)一书,^②该书试图通过对一个或数个国家的或多或少的“共同法律”的研究,将理性运用于法律,其“基本着眼点是当代法律文化的比较”。为此,作者首先回顾了法律文化的发展史,描述了历史上经常发生的法律制度从一种文化向另一种文化转移的现象。接着,作者分析了法律文化的含义,指出,法律文化是一整套的价值观念,它涉及法律的性质,法律在社会中的地位,法律制度的组织及应用,法律的制定、适用、完善及其讲授,律师和法官的训练方式和习惯,民众对法律的想法,人们求助于法律的目的,阶级结构与法律制度运用与否之间的关系,等等。它起着连接国民的行为方式与国家的管理活动的桥梁作用,起着引导人们朝某

^① 前引茨威格特和普特法尔肯的论文。

^② 该书的中译本已由三联书店于1990年出版,译者贺卫方、高鸿钧。

一种社会生活方式前进的巨大作用。它的形态受其所属的大文化背景的影响以及一定的社会历史条件的限制;是该社会文化环境中的次级制度。最后,作者从法律渊源、法律的目的、法律职业者、法律的方法与手段、法律的限度等几个角度,对欧美、苏联及中国、日本等国法律文化特征作了比较。虽然,这种比较在许多方面还停留在法的比较阶段,还未全部升华到法律文化的比较上来,对新中国的法律文化的论述也因受年代限制而不能不带有局限性。但作者的论述无疑在法律的系统比较方面开了先河。1981年,美国学者金勇义出版了《中国与西方的基本法律观念》,对法律文化的核心问题——法律观念进行了认真研究。他认为,中国传统的法律观念,从狭义上说,是法家和儒家思想的合流,而其核心则是儒家的思维模式。从广义上说,则是西方现代法律引入以前中国的非现代的封建法律观念。这些法律观念的特点就是更多地依靠儒家的礼中的道德原则来调整社会关系,习惯法更甚于成文法典,家族主义更甚于个人主义,封建主义更甚于民主主义,等等。这些与西方的法律观念都是不同的。此外,中国传统中的自然法观念、公平观念、权利观念等,与西方也有许多差异。作者指出,尽管今天的中国已发生了巨大变化,但人们还是可以清楚地看到掩盖在表面现象之下的古老中国传统的特点,如强调法律的实用主义、强调走群众路线,强调诉讼中的调解,等等。金勇义的观点,虽未必全面,但确有不少深刻精辟之处。1983年,日本学者大木雅夫出版了《日本人的法观念——与西洋人的比较》一书,对欧美及日本学者关于东西方法律观念差异之研究成果作了总结,批判了忽视东西方法律文化差异的观点以及过分强调这种差异的观点。大木雅夫认为,一般而言,西方重视权利和法治,东方重视义务和德治,但是,如同古代东方曾有过中国法家的“法治主义”一样,在西方也曾有过德治主义的流行,尤其是基督教义中的非法律意识至今仍然影响着欧美社会。因此,分析、比较东西方法律文化的异同,应着力于研究东方的法治主义是如何消退、德治主义是如何成长以

至于统治整个社会的,其社会历史背景是什么?相反,在西方,法治主义又是通过什么途径取得今天这种地位,以及现代东西方法律文化又是如何接近、其障碍是什么?等等。只有这样,才能给我们把握法律文化比较的正确方向,为比较法研究提供具有指导性的理论观点。很清楚,法律文化的比较研究是比较法研究内容的扩展与角度的深化,它是目前西方一股具有生命力的思想潮流。^①

四、结语

从上述分析中,我们可以得到几点启示:第一,二次大战以后,西方各国的比较法研究均获得了长足的发展,它对西方社会的政治、经济与文化生活以及外贸、教育等起了巨大的作用,比较法的重要意义已得到了西方学者的普遍承认。第二,使战后比较法获得发展的动力是它与西方社会问题的紧密结合以及各种新方法尤其是功能主义方法的运用(事实上功能主义方法的使命本身就是解决具体的社会问题)。第三,限于本文课题的范围,笔者在文中未涉及苏联、东欧以及我国的比较法研究。然而,事实上西方比较法研究的影响早已渗入到这些国家(在苏联、东欧是50年代末,在中国则是70年代末),比较法已成为一种世界性的文化现象,成为当代社会国际交往中不可缺少的工具。因此,我们必须对我国比较法研究的发展进行反思,对比较法学者提出更高的要求,从而促使在我国还是一门年轻学科的比较法学尽快发展,以赶上国际法律文化进步的潮流。

(本文第一部分的要点原载《上海法学研究》
1993年第4期)

^① 对比较法律文化研究,东京大学名誉教授野田良之也有出色的论述,参阅其所著《试论比较法文化学》一文(载早稻田大学印发《比较法与外国法》1978年。中译文见《比较法研究》1987年第4辑,战宪斌译)。

行政诉讼的比较法透视

自《中华人民共和国行政诉讼法》于1990年10月1日开始实施以来,行政诉讼案件明显增多,仅1990年10—12月,全国各法院受理的行政案件就达五千多件,比上年同期上升90%多。同时,也出现了一些问题,如有些法院对行政案件的受案范围把握不住,有些法院对行政诉讼当事人的范围认识不清,还有一些干部和群众对行政诉讼的知识知之甚少,这些都反映出在我国普及行政诉讼法律知识的重要性。为此有必要对行政诉讼的一些基本问题作一番比较性的透视、分析,以利于我们进一步加深理解《行政诉讼法》的精神实质。

一、关于行政诉讼的历史必然性

行政诉讼([英] administrative action, [法] contentieux administratif)发端于17、18世纪的法、英、美等国而勃兴于现代世界,这是历史的必然。首先,作为一种抑制官吏特权、保障公民合法权益的手段,行政诉讼不可能在奴隶制、封建制的等级社会中产生,而只能随着代议制、三权分立、法治主义、私人权利平等等资产阶级民主政治的确立而获得充分发展。并且,因为在缓和国民基本人权与国家行政权力间的矛盾,协调统治阶级内部各种利益方面发挥了巨大作用而获得资本主义社会的普遍重视。其次,行政诉讼迎合了现代国家行政管理发展变化的需要。进入20世纪以后,随着商品经济的高度繁荣,国家对社会经济干预的加强,行政管理权能的迅速扩大,行政机关及其工作人员与公民乃至社会发生的矛盾、冲突日益剧烈,出现

了许多新的法律问题和法律关系,这些仅仅依靠民事诉讼和刑事诉讼已无法解决,从而迫使资产阶级不得不建立一个新的法律部门——行政法,并通过相应的诉讼程序(行政诉讼)来加以调整。再次,行政诉讼是法律制度发达的必然要求。在古代与中世纪,由于立法与司法水准的低下,往往是诸法合体、实体法与程序法不分。而资产阶级法律制度的确立,从根本上改变了这种状态,使民法、刑法、行政法等各个部门法的调整对象更为明确,各种诉讼技术更加完善。这样,行政诉讼才能与刑事诉讼、民事诉讼并列,并成为现代诉讼制度的三大部分之一。正因为行政诉讼的出现具有上述历史必然性,对现代社会的法制建设具有重大意义,所以,各国都以不同形式建立了行政诉讼制度。

我国从80年代初开始重视行政诉讼法制的建设,自1982年《民事诉讼法(试行)》规定法院可以适用民事诉讼法来审理行政案件以来,至今已有近150余个法律规定了可以作为行政案件起诉的情况。从1986年武汉市中级法院成立全国第一个行政审判庭以来,到1990年12月全国30个高级法院全部建立了行政审判庭,90%以上的中级法院和基层人民法院也建立了行政审判庭,1987年,最高法院行政审判庭也开始了工作。而1990年10月1日正式生效的《行政诉讼法》,更使我国的行政诉讼法制建设跃上了一个新台阶。

通过上述比较法的分析,我们可以得到两个启示:一是我国建立行政诉讼制度,是对世界各国法律发展经验的总结,也适合了我国社会主义法制建设的现实需要。二是我国行政诉讼制度的建立具有速度快、发展猛的特点,因此,我国广大人民群众,包括许多干部,甚至一些法院的干部,在思想上尚缺少承受力。故而要使建立起来的行政诉讼制度高效运转,真正深入人心,必须化费巨大努力,尤其是应重视行政诉讼法理论的研究和行政诉讼知识的普及。

二、关于行政诉讼的机构

《行政诉讼法》第3条规定:“人民法院设行政审判庭审理案件。”这项规定明确了我国行政诉讼的机构是普通法院,而不是其他机关,这是在对中外历史经验作出总结后的选择。

在外国,设立行政诉讼的机构主要有三种模式,(1)英、美、日等国的由普通法院行使行政诉讼审理权的模式;(2)法、德、意等国的在普通法院之外另设行政法院的模式;(3)南斯拉夫等国的既设置有行政法院又授予普通法院一部分行政诉讼权限的模式。从比较法角度分析,采用何种模式,并不取决于人们的主观意志,而是由各国当时具体的经济、政治、文化、历史及法制建设诸项条件决定的。

英国的行政诉讼制度是在17世纪确立的。当时,一方面,在议会与国王的权力斗争中,议会和普通法院法官结成了联盟,排除了在普通法院之外设立行政诉讼机构的可能性。由于这场政治斗争以议会胜利而告终,因而,作为胜利成果之一,普通法院承担行政诉讼职能的权能被保存了下来。另一方面,由于对公法与私法没有明确的划分,在许多人的观念中,政府机关与公民的地位是平等的,因而政府与公民间的诉讼与公民之间的诉讼适用同样的法律,向同一法院(普通法院)起诉是理所当然的。如果将行政机关之不法行为交由行政法院审理,则是保护了官吏特权,是违反法治原则的。此外,英国资产阶级在创建法制的过程中,也受到资产阶级思想家关于“三权分立”理论的巨大影响,但英国资产阶级根据本国的特点,在接受这一理论时,作了符合自己国情的解释,即强调司法对行政的监督,认为只有普通法院才能承担起对行政案件的审理职责。

法国资产阶级革命成功后,政府所发布的法律曾一再遭到作为封建势力堡垒的普通法院的反对,为了排除司法对于行政的无端干涉,法国资产阶级于1790年颁布法律明文规定:“司法权今后将永远与行政分离,法官不得以任何方式干扰行政机关行使职权”。1796

年又立法规定,废除行政法令案件只能由普通法院审理的状态,禁止普通法院“审理任何行政活动”。从而为后来拿破仑建立独立的行政诉讼机构扫清了道路。同时,在法国,公法与私法界限分明,将调整公法关系的行政诉讼置于行政法院的管辖之下,以与私法关系由普通法院处理相区别。此外,与英国不同,法国资产阶级虽也信奉孟德斯鸠的“三权分立”理论,但基于上述两个原因,他们对孟氏理论作了有利于自己的解释,即认为行政诉讼是行政机关自己的事情,如果将其交给普通法院审理,就会造成司法机关乱用职权、干涉行政权的后果。这样,在法国,就形成了在普通法院之外又创建一套独立的行政法院来承担行政诉讼的模式。

而在南斯拉夫,一方面,由于受大陆法系影响等历史原因,具有通过行政法院解决行政诉讼的传统;另一方面,解放初期,在社会主义原则指导下,南斯拉夫建立起了由多种机关监督行政权的综合体系,因而相对削弱了司法对行政的监督,使许多行政诉讼作为民事纠纷转归普通法院审理。此外,由于南斯拉夫是一个地方自治色彩很浓的联邦制国家,未能在全国形成划一的司法组织形式。在这些特定的历史条件之下,使南斯拉夫既设有独立的行政法院(如克罗地亚共和国等),又在联邦及部分自治共和国保留了普通法院的行政审判权。

我国在创建行政诉讼制度过程中,依据的是马克思主义法学理论和中国的实践经验。前者认为,在社会主义条件下,行政机关也好,司法机关也好,其权力都来自自由人民选举产生的代议机关(在我国是全国人民代表大会),并受后者监督;由司法机关统一行使审判权(包括行政审判权)是社会主义法制的一项基本原则;行政机关之行为只要是违法的,就必须受司法权管辖。因此,我们没有必要在普通法院之外再建立一套行政法院体系。另外,从我国的实践来看,截至1990年底,各级人民法院审理的第一、第二审行政案件已达38000余件,积累了丰富的经验。因此,《行政诉讼法》明确规定我国

的行政诉讼机构为人民法院行政审判庭,也是符合我国实际情况的。

从《行政诉讼法》实施以来的情况看,虽然还有一些问题,但行政审判庭基本上较好地承担起了行政诉讼的艰巨任务。笔者认为,为了更好地搞好我国的行政审判工作,目前须解决好以下四个问题:第一,必须尽早地在尚未有行政审判庭的法院内建立行政审判庭,以完善我国行政诉讼的组织体系。第二,从目前情况看,有些法院虽建立了行政审判庭,但人手太少,机构设置不全,不能有效地工作。也必须进一步充实这些审判庭的人员,加强其组织机构设施的建设。第三,必须加强对行政审判庭组成人员的行政诉讼法等专业知识的培训,提高其理论水平和法律素质。第四,应加强对行政诉讼法的司法解释以及相关法律、法规的配套立法工作,使比较简单的行政诉讼法条文更好地适合丰富的行政审判之活动的开展。

三、关于行政诉讼的参加人

行政诉讼的参加人是指与诉讼争议的具体行政行为有利害关系而在整个或部分诉讼过程中参加诉讼的人,包括原告、被告、诉讼中的第三人与诉讼代理人。从比较法角度看,行政诉讼参加人中争议较大的是如何确定原告、被告的范围问题。

在西方,早期的行政诉讼对原告资格限制较严,其用意在于防止滥诉和维持正常的社会统治秩序。然而,随着时间的推移,那种担心由于原告资格过宽而出现人为地制造行政纠纷的想法是多余的。由于诉讼所需巨额的费用、大量的时间,除非其利益受到较大损害,否则人们一般不会以诉讼为乐事。同时,随着西方民主运动的高涨,公民对行政机关监督的意识日益增强,迫使统治阶级不得不放宽对原告资格的限制。于是,西方各国如英、美、法、日、意等逐步完善了确定原告范围的基本原则,即“权益受行政行为侵害以及不服该行政行为之人”,其法律表述更为宽松,既包括自然人也包括法人。

借鉴这些国家的经验,本着保护公民的合法权益之宗旨,我国

《行政诉讼法》对原告范围的规定比较广泛,除公民与法人之外,其他组织如合伙、有关的外国机构、处于筹建中的企业、团体等,也具有原告资格,它们的利益受到我国各级行政机关的不法行政行为侵害时,均可以向人民法院的行政审判庭提出诉讼。

关于被告的确认,有些国家(如美国、苏联等)以及历史上的有些国家,如本世纪50年代以前的英国将公职人员也作为行政诉讼的被告。然而,由于这种做法会带来许多弊端,如使公职人员在执行职务时畏首畏尾、害怕负责,影响政府的工作效率;因公职人员的资产有限,使被害人的损失难以获得切实的补偿等;以及认为公职人员在业务范围内的行为是为公益而非为自己所为,让其承担不法行为之后果失公平的学说、判例日益增多,目前各国一般都免除了公职人员之责任而仅将政府作为行政诉讼的被告。我国《行政诉讼法》也将行政诉讼的被告限于作出具体行政行为的行政机关。即我国的公职人员是依行政机关赋予的职责、以行政机关之名义行使职权的,在这种情况下,让其承担责任显失公平。而且,让公职人员承担责任,如发生该公职人员死亡等情况时,原告的损失就无法得到补偿,而由行政机关负责,即使它被撤消或合并,也可以将继续行使其职权的行政机关作为被告。至于公职人员超越了职务范围的不法行为,则可以通过民事或刑事诉讼来追究其责任。

从《行政诉讼法》实施以来的情况看,笔者认为,在被告问题上,还有两个问题有待进一步明确:第一,关于共同被告。法典第25条第3款规定,两个以上行政机关作出同一具体行政行为的,共同作出此行为的机关是共同被告。但是,有许多场合,这种具体行政行为的界限不很清楚,如因各个行政机关的互相扯皮,推诿行为,可否算是共同的具体行政行为?如算,审理时如何判断?如不算,现实生活中许多公民的人身权与财产权损害恰恰是由这类行为造成。因此,共同被告之规定需要在实践中进一步完善。第二,一般而言,行政诉讼是因行政相对人不服行政机关的具体行政行为而引起的,因而在一

般情况下,被告是作出具体行政行为的行政管理主体。但在现实生活中,有些行为的责任可以追溯到其上级委托机关。如果不以有关的上级行政机关为被告,就可能助长这些机关的渎职行为。为此,根据行政责任的普遍性、绝对性和周延性的特点,法典第25条第4款对委托的行政机关可以作为被告作了明确规定。然而,在现实生活中,有时作出委托的行政机关与被委托之行政机关、组织及个人等之间的关系、委托之事项、范围是不清楚的,因此,在审判实践中《行政诉讼法》的该项规定就显得过于简单、笼统,有必要加以充实和进一步具体化。

四、关于行政诉讼的受案范围

行政诉讼的受案范围,是指法院对行政机关的哪些行政行为拥有司法审查权。从国外情况看,对行政诉讼受案范围的确定,主要采用两种方式。一是概括式,即在立法上做出统一的规定。如英、美、日、苏、南斯拉夫等国,规定法院除可以审理由具体行政行为引起争议的案件之外,还可以审理由抽象行政行为(即行政法规、条例、规章等)引起争议的案件。概括式的优点是立法简洁、对保护公民的合法权益比较充分,缺点是受案范围过宽,标准不易掌握,容易对行政权的活动产生干扰等。二是列举式,即由法律列举出行政案件的种类和范围。列举式的优点是受案范围清楚、标准容易掌握、对行政权的干扰少,缺点是受案范围太窄、立法过于繁琐,对行政权的监督比较软弱。

根据上述国外的经验教训,结合我国行政立法尚不完备、行政诉讼刚刚起步等具体实际,我国《行政诉讼法》将概括与列举两种方式结合起来,一方面列举出不服行政处罚决定、不服行政强制措施决定、认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权、认为行政机关拒绝履行或不予答复符合法定条件申请颁发许可证和执照之行为、认为行政机关拒绝履行或不予答复当事人申请行政机关履行保护人身权和

财产权的法定职责、认为行政机关没有依法发给抚恤金、认为行政机关违法要求当事人履行义务、认为行政机关侵犯其他人身权和财产权等八类案件为法院受案范围。另一方面,又规定人民法院应当受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

《行政诉讼法》实施以后,在受案范围上也出现了诸如有些法院对受案范围掌握得过宽,造成权力分管乱、越权现象严重;而有些法院则将受案范围限制得过窄,将许多应当受理的案件排除在外,不利于保护当事人的合法权益的现象。学术界普遍认为,《行政诉讼法》规定的受案范围在总体上是过于狭窄了,应承认行政机关的具体行政行为之外,法院对抽象行政行为(如英、美、日、苏等国那样)和内部行政行为(如行政机关对其工作人员的惩罚、任免等)也应有管辖权。笔者认为,从各国情况看,我国《行政诉讼法》规定的受案范围并不算很窄,采用概括和列举相结合之方式,已使我国的受案范围要宽于那些只规定列举式的国家。同时,由于我国有近150余个法律、法规规定了可以向人民法院起诉的行政案件;因此,我国行政诉讼的受案范围事实上是比较宽的。从实践上看,受案范围掌握得过窄过宽的现象在我国均存在。此外,在我国,对何谓抽象行政行为?内部行政行为中惩罚、任免之含义如何等,也还没有一个统一的认识。因此,考虑到当前中国的具体国情,笔者认为,解决行政诉讼受案范围的重点仍应从提高各级行政审判庭之法律水平、明确可诉行政行为与不可诉行政行为的界限入手。待条件日渐成熟后,再将行政诉讼的受案范围扩大至抽象行政行为和内部行政行为。

(原载《社会科学》[沪]1991年第10期)

法律秩序的历史考察 以及模式选择

法律秩序可以有多种解释,笔者认为,其核心就是法治系统工程的实际存在状态和法律运行所要达到的目标。在现代法治社会,法律秩序作为社会秩序的基础,它不仅是政治、经济、文化教育等各种秩序形成、巩固、发展的保障,而且也已经渗透到它们的方方面面。因此,法律秩序是一种文化现象,是法律文化建设的目标归结点。为了形成一种适合我国当前改革开放形势需要的法律秩序,我们有必要对中外历史上的法律秩序状态以及结构模式作一番较为深入的比较研究。

一、中国古代法律秩序的结构模式

以刑法为核心的诸法合体的法律体系 在中国近二千年的封建社会中,各部门法是合在一起的。比如,中国的古代社会最典型的法典《唐律疏议》就包含了犯罪和刑罚,官吏职务、管理和惩罚,婚姻、家庭和继承,土地所有权及其保护,户籍管理,军队调遣,斗殴与诉讼,商品契约,物价管理等内容。以后的《宋刑统》、《大明律》、《大清律例》等,也大体如此。诸法合体的法律体系,是古代法律秩序中法律规范结构的特色之一,古代巴比伦法、印度法、希腊法等都具有这种特性。但以刑法典为基础构成一个完整的法律体系,而且这种体系能够延绵二千多年,一以贯之,则是中国古代法律秩序的一大特色,

它包含了许多文化内涵,如中国国家和法形成的特点,经济交换关系简单的农业社会、高度集权的君主专制体制以及儒家思想的影响,等等。

重视制定成文法典的法律传统 自公元前 536 年郑国子产作刑书,颁布中国历史上第一部成文法以后,中国便开始了制定成文法典的传统。从春秋战国时的《竹刑》、《法经》,到秦汉以后各代的法典,显示了古代中国人对编纂法典的巨大热情。

重视成文法典之传统的形成,最初是因为在春秋战国时代封建地主阶级处于上升时期时,他们力图通过颁布成文法,打击奴隶主贵族在司法上的专横和特权并改变这种社会现实。而当封建地主阶级夺取政权以后,他们便进一步需要用法典将其胜利成果和新的等级特权,以及其建国治世的意志,稳定社会秩序的要求等固定下来,让全体民众(包括其本阶级成员)遵守。中国长期统一、稳定的局面,中央专制集权的有效推行,统治经验的不断积累,也是使中国成文法典形式能一直延续二千多年的重要社会历史原因。

重视成文法典,对古代中国的法律秩序的形成和发展产生了巨大的影响,使中国在重要的国家生活方面,如皇帝的地位、官吏的权限、国家政治秩序的维护等领域,始终都是有法可依的,这在很大程度上稳定了中国封建地主阶级的统治秩序,也可以说是中国古代封建社会为何能长生不死的原因之一。

重实体、轻程序、行政司法合一的法律运行机制 在中国古代,与实体法相比较,程序法要弱得多。这表现在两个方面:一方面,法律中对程序法的规定比较少。如《唐律疏议》十二篇中,只有《斗讼律》和《断狱律》两篇是关于诉讼程序的规定,而在这两篇中,真正讲诉讼程序的也很少,另一方面,中国古代法院体系很不完备,以中国最强盛的唐代而言,在中央,尚有比较系统的审判机构,如大理寺、刑部、御史台等,但在地方上,就没有专门的法院,而由行政机关代行(辅以专管司法的属吏)司法审判权。

重实体法、轻程序法,行政和司法的交叉混合,使中国古代法律秩序的维持具有了自己的特色——由行政机关代行司法职能,司法缺少独立性,善于用行政手段处理国家政事,而不善于用法律来解决。这一点也给现代中国社会带来了深刻的影响,如直到 80 年代初,我国在处理社会主义革命和建设问题时,运用的几乎还都是行政手段,很少去考虑法律上的程序问题。

封建正统法律思想的干预作用 任何一种法律秩序,其形成和发展、稳定,都离不开一定的法律思想的指导。然而在中国,以儒学为核心的正统法律思想对秩序的指导作用过分强大,以致它渗透进了法律条文和具体案件审判之中,变成了对法律的具体运行的干预。这种干预,从中国人的观念上分析,形成了中国古代特有的强烈的伦理法色彩;从法律秩序上看,它发挥着双重作用:一方面,使中国法律变成一种广义的封建伦理道德秩序;另一方面,也使中国古代法律秩序得以不断巩固、加强——因为这种法律思想协调了中国立法和司法之间可能出现的矛盾,弥补了古代法律不健全的缺陷,抑制了贪官污吏徇私枉法可能给法律秩序带来的破坏作用,甚至它可以作为一种“补充性”法律渊源,去“填补”法律运行中的“漏洞”,如“春秋决狱”、“以礼办案”等等。

以儒学为核心的封建思想对法律秩序的干预,法律秩序中过多地溶入了政策和道德的内容,而法律则由于“喧宾夺主”被挤在一边,是中国古代社会法律秩序的一大特色,也给现代中国社会法律生活带来巨大影响。应当说,新中国建立以后的前 30 年中,法律秩序是客观存在的,但这种法律秩序相当不稳定,它一大半是依靠了政策和道德力量的支撑,一旦政策发生了重大偏差,道德又被弃之不顾——如十年“文化大革命”那样。那么,社会主义法律秩序便荡然无存,社会陷入一片“无法无天”的混乱状态。因此,如何吸取历史上的教训,建设好社会主义法律秩序,将是我们面临的一项重要任务。

无刑、无讼的价值取向 一定的法律秩序,必然有某种相适应的

法律价值取向,对古代中国人来说,最理想的法律秩序便是无刑、无讼,人们能够仁爱礼让、和睦相处、安居乐业。

当然,在上述法律秩序价值取向中,诉讼可以不要,刑杀可以减少,但法还是要的。不过,这里的法,应当是构成法律秩序中的次要成分,或者说,靠法建立起来的法律秩序并不是理想的秩序,如道家所言,应是无为而治;如儒家所说,应是“克己复礼为仁”;如法家所倡,则是“以刑去刑”。到了唐代,经过几千年封建统治的实践,统治阶级对这种理想秩序追求的表述更为完整,如唐太宗李世民就曾经对其臣属说过:“朕看古来帝王,以仁义为治者,国祚延长;任法御人者,虽救一时,败亡亦促。”“是以为国之道,必须抚之以仁义,示之以威信,因人之心,去其苛刻,不作异端,自然安静。”^①而康熙在《圣谕十六条》中说得更明白:“朕惟至治之世,不以法令为亟,而以教化为先。……盖法令禁于一时,而教化维于可久。”虽然,历代统治阶级从未能真正实现这样一种理想的法律秩序状态,即使在短暂的几个封建统治鼎盛时期,如汉初的文景之治、唐初的贞观之治等,离上述理想的法律秩序仍有相当距离。但中国古代一些开明统治者对这种法律秩序以及其价值取向的追求和实践却是真实的。

二、西方社会法律秩序的结构模式

以私法为核心的诸法合体的法律体系 在罗马早期的《十二表法》中,就有实体法和程序法、公法和私法,即使在高度发达之《国法大全》中,也仍然是诸法合体的。这一切都说明了古代法律秩序的原始性和简单性,因而构成法律秩序的法律规范体系并无科学的分类和层次。但是,与中国古代社会以刑法为核心的法律体系不同,在古代西方,法律体系的基础是私法。正是由于私法的核心地位,因而能够使它为后世资本主义商品经济社会所采用,近代法国、德国、包括

^① 《贞观政要·论仁义》。

不成文法国家英国,无不以民法规范作为国家法律体系的基础。中西方法律文化中的诸种差异,如对个人权利的态度,法律面前人人平等原则的形成,等等,也都与此有着渊源关系。

重视制定成文法典的传统 从第一部成文法典《十二表法》开始,在罗马开始了编纂成文法典的传统。至公元6世纪的《国法大全》,终于将成文法典成果集于一身,并奠定了重视成文法典的传统。

除英国之外,在西欧大陆,各国都继承了罗马的这一传统,以1804年《法国民法典》为发端,在19世纪的西欧,形成了一个编纂成文法典的高潮。

西方和中国都重视成文法典的编纂,这反映了法律发展的共同性,也表明了在一一般情况下,法律秩序都需要一定的成文法律规范作基础。但是,古代西方编纂法典的起因与文化背景和中国是不同的:古罗马制定成文法主要是平民反对贵族斗争的胜利成果,体现了民主性和平等性,自《十二表法》以后,每颁布一个成文法典,平民的政治、经济、法律地位便提高了一步,法便愈加接近民主;而在中国,情况则不同。制定成文法是新兴地主阶级上升时的进步要求,然而,地主阶级掌握政权以后,便以新的特权代替了旧的特权,法的平等性不是加强,而是削弱了,封建社会愈发展,等级制度就愈严密和完善,至唐代“八议”、“上请”、“赎罪”、“官当”等的入律,封建等级秩序也最终定型。因此,在中西方重视成文法典的相同传统之下,却包含了深刻的法律文化差异。

程序与实体并重、司法与行政分离 在西方,从古代起,诉讼程序在法律体系中便占有相当的地位。在罗马早期的《十二表法》中,有关诉讼程序的规定,曾列于法典之首;在《查士丁尼法学阶梯》中,诉讼法也是三个组成部分之一。至近代,西方各国都将诉讼程序置于一个相当重要的地位,先后制定了独立的《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》,形成了比较完备的近代诉讼程序机制,使实体法规定有了具体的可操作的规范,对以法治国为原则的资产阶级

法律秩序的形成、巩固起了巨大的作用。这一点,与中国的情况也有很大的不同。在中国大陆,由于古代程序法落后于实体法传统的影响,直到近年才形成较为健全的诉讼程序体系:刑事诉讼法一直至1979年才实施,民事诉讼法到1982年才颁布试行(1991年4月正式颁行),而行政诉讼法的施行,则迟至1990年10月1日。

在西方,古希腊时代已有了司法独立的萌芽。到了罗马时代,便已有了行政和司法分离的实践,到了近代资产阶级掌握政权以后,便全面确立了“司法独立”、“行政权和司法权分离”的制度和原则。由于这样一种历史原因,因而在西方,比较早的克服了行政干预司法,用行政手段处理国家各种政治问题的单调局面,而代之以“依法行政”,将政府的各项工作法律化、制度化的局面。这就在近代西方形成的法律秩序中,比较有效地克服了行政干预一切事务带来的主观任意性的弊端。这也与中国有很大的差异。

自然法对西方社会法律秩序的影响 在西方社会法律秩序形成过程中,自然法起了巨大的指导作用。自然法最早起源于古希腊时代的斯多葛学派的法律思想,至罗马法学家西塞罗时,便得到了系统的阐述。按照西塞罗的观点,“依照自然而生活是最好的”,而法律这种“最高的理性”,便是“从自然生出来的”,它“指导应做的事,禁止不应做的事”。这种“理性,当在人类理智中稳定而充分的发展了的时候,就是法律”。^①因此,在西塞罗的法律思想中,最理想的秩序便是由自然法指导下确立起来的法律秩序,而这种法律秩序,应是理性的、平等的,在这种法律秩序中,不论人们的国别、种族、社会地位如何不同,即便是奴隶,也都是“与上帝共同享有理性”的公民。尽管西塞罗的法律秩序观,带有中国古代大同世界的理想色彩;但认为这种秩序的基础是法律则是非常深刻的,诚如他的名言所示:“为了得到

^① 引自张宏生主编《西方法律思想史》第58页,北京大学出版社1983年版。

自由,我们才做了法律的臣仆”。^①

在自然法的指导下,西塞罗提出了他的法律秩序(共和主义法律秩序)模式:国家的所有官吏均由民主选举产生;元老院为国家最高权力机关,但其主持人则是由平民大会选出的保民官担任,只有平民大会才有权处死公民和剥夺罗马公民的公民权;公民每年选出执政官负责国家行政事务,行使行政管理权;国家设立监察官,负责对元老院和执政官进行监督;法律应当被严格执行,在法律面前应当人人平等,“不应提出个人例外的法律”,“权力从属于法律”。^②因此,西塞罗的法律秩序观,显然是以自然法为基础,以民主、平等、法治为特征的。

古代希腊、罗马的自然法思想,对后世资产阶级追求法律秩序理想时产生了巨大的影响。从荷兰法学家格老秀斯(1583-1645),到英国法学家洛克(1632-1704)、法国法学家孟德斯鸠(1689-1755)、卢梭(1712-1778)、德国思想家康德(1724-1804)等,都从人性出发,认为自然法是人类理性的体现,是人类社会制定法的基础,并进而提出了形成法律秩序的一系列原则:

——国家起源于国民和政府之间的社会契约,因而主权在于国民(卢梭语);如果政府的所作所为违反了人民的意志,人民可以起来推翻它(斯宾诺莎、洛克语)。

——法律来自人类的理性和全体国民的意志,具有至高无上的权威(格老秀斯、孟德斯鸠语),因而,它必须被严格执行,无论是国王,还是总统、首相,乃至每个国民,都必须不折不扣地遵守法律,在法律面前没有任何特权(洛克语)。

——人类生而自然平等和自由,享有各种天赋的权利,这种权利是神圣的,不可剥夺的;保护公民的各项权利(基本人权)是法律秩序

^① 引自张宏生主编《西方法律思想史》第65页,北京大学出版社1983年版。

^② 同上第66页。

的基本目的。

——“权力有腐败的趋势”，“一切有权力的人都容易滥用权力”；为了防止权力的滥用和腐败，必须对权力进行制约，因此，立法、行政和司法三种权力必须分开，并且互相进行监督（孟德斯鸠、阿克顿语）。这种三权分立的机制，必须有法律依据——应在法律上作出明确的规定。

——最理想的社会，是法治社会，如同德国思想家康德所言：“由法律来调节人们相互间关系的生活，才是文明的社会”，只有在这种社会中，人们才能过上“一种用法律来规定的秩序”的生活，人类的理性才能得到完全的发展。

这样，如同在中国古代发展起了无刑、无讼等的法律秩序理想一样，在西方古代和近代，形成了以资产阶级的自由、平等、民主、法治为基础的法律秩序理想。这种理想，虽在以后 200 多年的发展中有了很大的修正，如资产阶级为了巩固自己的统治，对付不断高涨的民主运动以及日趋严峻的经济危机，加强了政府对国家经济、政治生活的干预，从而强化了社会法思想对资产阶级法律秩序的影响力，在法律秩序模式中又注入了诸如强调社会公共利益、限制个人滥用权利和自由等内容，但现代西方社会法律秩序的框架中，仍保留了自然法思想的巨大影响。追求法律上的公平正义，通过法院来解决各种纠纷，已是西方社会法律文化的基本价值取向。

三、建设具有中国特色的社会主义法律秩序的思路

法律秩序的指导思想 任何一种法律秩序，其中都内含有一种占据着主导地位的思想，在中国古代是儒家学说，在西方，则是自然法。而在目前，我们应当坚持马克思主义法学思想。这种思想，当然不只是马克思的一些论述，而是包含了列宁、毛泽东、邓小平等马克思主义革命家的法律思想在内的思想，其基本原则是：

——创建法律秩序，必须紧紧围绕社会主义经济建设这个中心，

以确立有利于经济发展的社会秩序和法律环境为自己的最终目标；

——为了使法律秩序能达到上述目的，必须使法律秩序的内部成为一个十分严密的体系，构成法律秩序的各个要素（立法、执法、守法以及法律教育、法学研究等）之间结构严谨、充分协调；

——在法律秩序结构之内，有社会主义道德意识形态的配合，但是其主体是法律，即已经确立起了法律的绝对权威，法律已得到了全社会的普遍尊崇，依法办事已成为各项工作的准则；

——法律秩序既是静态，也是动态的。由于法律秩序内部的各个成分经常在变动，因此，使法律秩序不断完善的过程永远不会完结。中国封建社会的法律秩序形成、演变有 2000 多年，也没有能达到封建统治阶级所想要达到的那种程度；资产阶级创建法律秩序已有 300 余年，但直到目前问题仍然不少，犯罪率居高不下，社会治安状况很差，司法丑闻不断曝光，成为困扰资本主义法律秩序的一些难题。因此，我国人民应当有思想准备，将创建法律秩序作为长期的任务。但是，在每个时期，集中力量解决法律秩序中几个关键环节，则是完全应当和可能的。

从目前我国国情来看，创建社会主义法律秩序主要应解决如下一些问题：

立法 加强社会主义立法，建立一个比较完善的社会主义法律体系，是创建社会主义法律秩序的首要条件。就我国目前的现状来看，社会主义立法工作中最薄弱的环节是经济、行政、民事立法，尤以民法典的制定工作为要。虽然，在新中国 40 多年的历程中，我们制定了众多单行的民法规范，如《经济合同法》（1981 年）、《婚姻法》（1950 年、1980 年）、《继承法》（1985 年），并于 1986 年颁布了《民法通则》，从而为我国民事法制建设提供了基本法律依据。但由于民法典的迟迟未出台，致使我国社会主义法律秩序至今仍有一大片空白，未能形成一个完整严密的法律体系。

执法 在建设社会主义法律体系的基础上，严格执法是创建社

会主义法律秩序的根本保证。应该说,近十年来,我们立的法律、法规并不少,从宪法、刑法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、中外合资经营法、食品卫生法、兵役法、专利法、商标法、森林法、环境保护法等大法,到《治安管理处罚条例》、《律师暂行条例》、《外汇管理暂行条例》等法律、法规,我们在经济、政治、文化、教育、社会生活等各个方面,已基本上做到了有法可依,但在执法方面,则存在着相当的问题,有法不依、执法不严的情况非常突出。造成执法难的原因是多方面的:

——有的党政干部自以为可以包揽一切,把自己所握的权力凌驾于法律之上。在具体表现上有的直接出面阻挡法院干警;有的幕后指挥;有的设置各种障碍。

——有的地方干部大搞地方保护主义和本位主义,采取与法院不合作、不协调的态度,如目前许多财政金融系统,不与法院执行财产刑的行为相配合等。

——也有的是法律不健全,导致了执行无力。比如,民事、经济责任只能执行财产,不能执行人身,对欺诈赖帐以及挥霍无度因而无力承担经济责任的被执行人,没有任何强制措施。同时,现行司法处罚过轻,范围狭窄,其它部门又难以很好配合,结果处罚不易落实,等等。

——还有的是法院系统本身重审理、轻执行的偏向近年来无实质性的改变,往往讲得多,具体措施少。法官队伍素质有待于进一步提高。

而在执法难的诸种原因中,最为突出的原因是体制不健全、法规不配套以及人们在心理上缺乏承受能力。这在我国经济领域的大法《企业法》的执行上充分体现了出来。《企业法》自1988年颁布,到目前几乎没有能很好地执行。造成这种状况的原因,就在于《企业法》的执行,有赖于我国经济体制的相对稳定,而目前我国的经济体制,恰恰处在一个激烈变化时期;同时,与《企业法》相配套的各种单行法

规也没有形成系统,因此,《企业法》规定的许多制度、原则,在实践中无法得到贯彻;此外,人们对《企业法》关于破产等的规定缺乏心理承受能力,一时还不可能全面予以接受。因此,在今后若干年中,如何完善我国的执法机制,将是建设社会主义法律秩序的一个重大课题。

法律教育和法学研究 我国的法律教育,自70年代末以来,已取得了长足的发展。1976年时,全国只有两所大学(北京大学、吉林大学)的法律系招收学生,而目前,全国已有70余所法律院系招生。我们已经开设了100多门法律专业课程;形成了研究生(博士、硕士、研究生班)、本科生、大专生,以及电大、函授、自学考试等不同层次的高等法律教育体系;编写了与此相适应的不同层次的全国统编教材。目前,我国每年约有2万余名法律专业本科毕业生,他们活跃在各级政府部门、公检法司机关,以及贸易、金融、海关、文教、科技等领域,为我国社会主义建设作出了巨大的贡献。然而,从形成我国社会主义法律秩序的角度来看,我国的法律教育还存在着不少问题:

首先,我们的教材必须进行更新。在我国,从80年代初逐步编写了一批各种层次的全国统编教材,这在当时为恢复和发展我国的法律教育事业起了不小的作用。但是,十多年来,这批教材中,有相当一部分已经内容老化,需要修改。然而,这种修改工作尚未能跟上去;

其次,在我们的法律教育中,理论和实践相脱节的现象还十分突出,课堂上讲的是一套,而实际生活中存在的又是一套。对此,也必须加以认真分析和研究;

再次,我们的法律专业设置、学科分布等,与我国社会主义现代化建设的差距比较大。我国传统法律教育中的“强项”如法制史、法学基础理论等,其毕业生社会并不很欢迎;相反,社会上十分紧缺的专业如经济法、国际经济法、贸易法、金融法,税法等,在我国传统法律教育中又是比较弱的部门。因此,如何协调这方面的矛盾,也是创建社会主义法律秩序中所应当解决的问题。

与法律教育同步,我国的法学研究事业,在近十年中也得到了长足的发展。我们已经推出了一大批法学专著、论文、教材以及各类法律知识普及读物。但是,与我国社会的发展相比,我们的法学研究也落后于法制建设的实践的,其突出表现是在建设具有中国特色的社会主义法律体系、法律秩序方面,我们还未能拿出有份量的“拳头产品”来。因此,今后,我们的法学研究应当将建设具有中国特色的社会主义法律秩序作为自己的首要课题。

加强社会主义法制宣传 创建社会主义法律秩序,除了以上几个方面外,普及法律知识,提高我国公民的法律意识,也是一个重要的途径。在这方面,我们已做了许多工作。从1986年开始的全国范围内普及法律常识的教育取得了重大成果。但是,在过去的5年中,我们的普法工作也存在着一些缺陷,如普法工作中的形式主义,普法的面还比较窄,普法的形式还比较单调,普法内容中的重义务轻权利倾向,以及有些干部不能带头,等等。这些缺陷,已经在1991年开始的第二个五年普法规划中得到了纠正。总之,只有中华民族法律意识的极大提高,社会主义的法律秩序才有了坚实的社会基础。

具有中国特色的社会主义法律秩序,既区别于西方社会建筑在表面平等、但实质上不平等的经济基础之上的资本主义法律秩序,又不同于中国古代那种追求无刑、无讼的封建伦理性法律秩序;它既强调包括加强社会主义道德在内的社会主义精神文明在建设社会主义法律秩序中的作用,又注重法的地位和法的核心作用。因此,这是一项艰巨的任务。它既有赖于我国社会主义市场经济的逐步发展,又有赖于立法、执法机制的逐步完备,更有赖于公民法律文化素质的提高。

(原载《中南政法学院学报》1993年第3期)

中国古代伦理法观念的 渊源及其流变

——兼与西方宗教伦理法观念的比较

法律和道德、宗教等混合在一起,从而使法律带有强烈的伦理色彩,这是古代法的一个共同特点。然而,由于中国特定的历史文化条件,中国古代法的伦理化倾向特别突出,由此演变成的伦理法观念也特别强烈。这是中国古代法观念与西方古代法观念的一个重大差异。

伦理法观念来源于伦理法实践,其萌芽见于夏、商、周三代。当时,在法律思想界,占统治地位的是神权宗教伦理法观念,这种观念,奉行“天罚神判”的原则,假借天神的名义而实施司法制裁,将宗法制、奴隶主的道德和法制要求、对天命和鬼神的崇敬以及皇帝的权威等掺合在一起,目的在于将皇帝说成是受命于天,替天统治百姓,以维护奴隶主的恒常秩序。

春秋战国时期,随着封建的生产关系的兴起,原封不动地保持宗教伦理观念已不能适应时代发展的潮流了。于是,奴隶主阶级中的改革派孔子,提出了一整套以维护奴隶主阶级的“礼”的秩序的世俗

伦理法观念,这一观念也被称之为“德治”学说,其中心思想是主张统治人民不应仅仅靠刑罚,而更应注意道德教诲。这一学说,经过战国中期孟子的发挥,影响进一步扩大,成为儒家学说中的一个重要内容。

至汉代,由于大儒董仲舒的全力提倡和汉武帝的大力支持,儒家的德治学说通过“引经断狱”和“以礼入律”的方式,逐步渗入到立法和司法实践之中,开始了所谓“中国法律的儒家化(道德化)”进程。从引经断狱来看,不仅在两汉时期风行全国,还一直延续到了隋唐五代。仅当时的判例集《疑狱集》中就记录了数十例,可见影响之深远。而从“以礼入律”来看,从曹魏的“八议”入律,到《晋律》确立“准五服以制罪”的原则;从《北魏律》的“官当”法律化,到《北齐律》的“重罪十条”等,都十分清晰地显示出伦理化在不断地深入和扩大。而隋唐时期,中国封建法律达到了较为完善之程度,法律的伦理化也最终完成,“唐律的一准乎礼”,表明了以礼为核心的儒家伦理道德已成为中国法律的最高价值和终极目标,成为评价法律是否有效的基本标准。^①

二

随着法律伦理化进程的深入,在人们(统治阶级乃至庶民百姓)中逐步形成了一系列伦理法制度与观念:

忠君 忠君观念来源于奴隶制神权法观念中的“尊尊”,经过儒家学派的提倡、阐述,到两汉时演变成为“君为臣纲”。董仲舒对忠君观念作了哲学上的理论阐述:“天子受命于天,天下受命于天子;”^②君主“立于生杀之位,与天共持变化之势”,有代天行罚奖赏的绝对权

^① 张中秋:《中西法律文化比较研究》第123页,南京大学出版社1991年版。

^② 张国华主编《中国法律思想史》第168页,法律出版社1982年版。

威。在统治阶级的努力下,自汉律开始,将“不忠”确定为大逆不道,到了魏晋时代,又对各种不忠情况进行分类,定为“重罪十条”,至隋唐时代,终于在法律中明确规定了以“忠君”为核心的“十恶”犯罪。忠君,君为臣纲,这种封建统治阶级的伦理道德,在披上了法律这件外衣之后,经过长期的贯彻实施,在统治阶级、封建士大夫以及庶民百姓中,都产生了广泛的影响,成为一种全社会性质的法律观念。

恤民 恤民观念来自西周时代奴隶主统治阶级代表人物周公等人的“保民”思想:“民之所欲,天必从之”。^①到孔子时,他便系统地提出了以爱人本意的“仁”的学说:“樊迟问仁,子曰:‘爱人’”。^②这个“爱人”原则中,包含了伦理法观念的诸多内涵,如父慈子孝,兄弟弟恭,“君使臣以礼,臣事君以忠”等等。

孔子、孟子等儒家学派的恤民观念,被后世学者称之为“民本思想”,这种“民本思想”,其实质还在于劝告统治阶级要施行仁政,要取得人民的支持。这一学说确实也为一些开明君主所重视和吸收,被作为统治经验制定为基本国策。汉文帝的“与民休息”政策,轻徭薄赋的立法措施,唐太宗李世民的“以民为本”、“为君之道,必须先存百姓,若损百姓奉其身,犹割股以啖腹,腹饱而身毙”^③等等,都是很好的例证。

恤民从汉代时开始入律,到唐太宗时立法达到系统化之地步,如为了体恤民困,他于贞观初年规定,停止诸方进贡珍贵异品,限制营建宫室,破除厚葬的陈规旧俗,规定葬制一律从简,如有违反,依法问罪,以及一系列体察民间疾苦,恤刑慎杀的立法措施,包括重修《武德律》,对死刑一再从轻,等等。

恤民,这一封建的伦理道德,作为统治阶级经验的总结,在被制

^① 张国华主编《中国法律思想史》第23页,法律出版社1982年版。

^② 《论语·颜渊》。

^③ 《贞观政要·论君道第一》。

定为法律规范时,也开始渗透到社会一般成员,尤其是封建官吏和士大夫的观念之中。在人们的观念中,评判一个官吏好坏的标准之一,就是能否恤民。它与“父母官为民作主”、“清官”意识等渗合在一起,成为中国古代特有的封建伦理法观念的重要内容。

三纵 三纵观念早在西周制礼定法时已有所体现。在汉代的法律中,进一步规定对妇女不用黥、劓、刖等肉刑,也不公开处死。而在唐律中,这种三纵观念在法律中得到了全面体现。《唐律疏议》规定:年龄在70岁以上,79岁以下;15岁以下,11岁以上,和患有废疾等,为了怜念他们,审判时不加拷讯,在他们犯了应被判处流刑以下刑罚时,可以用财物收赎。对于孕妇,怀孕时不受刑,产后也要过一百天才能行刑,如违反者,法官要被判处徒刑。

录囚 是封建时代上级司法机关通过对囚犯的审理,检查下级司法机关审判的案件是否合法和有无差错,以便发现冤狱随时平反的一种制度,是封建统治者恤刑省罚,宽待囚犯的一种表示。该制度最早始于汉代。到南北朝时,梁、宋等朝也实行过由中央有关官署或中央与地方长官共同录(虑)囚的制度。唐代法律规定,“凡禁囚皆五日一虑”。至宋朝,令各州长史“五日一虑囚”,后改为“十日一虑囚”。明清两代虽无定期录囚制度,但君主随时可以诏令录囚。

亲属互为容隐 亲属互为容隐是中国伦理法观念在诉讼制度中的具体体现。它最早由孔子系统提出:“父为子隐,子为父隐,直在其中矣”。^①至汉代,当统治阶级将儒家思想奉为正统的意识形态,并将其溶入法律之中时,孔子的这一思想便被确立为一项重要的司法原则。据《汉书·宣帝纪》记载,宣帝地节四年(公元前66年)曾专为亲属互为容隐下了一道诏令,上称:“父子之亲,夫妇之道,天性也。虽有患祸,犹蒙死而存之。诚爱结于心,仁厚之至也,岂能违之哉!自今子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母,皆勿坐。其父母匿子,夫匿

① 《论语·子路》。

妻,大父母匿孙,罪殊死,皆上请廷尉以闻”。

至唐代以后,容隐的范围更为扩大,不但直系亲属和配偶包括在内,只要是同居的亲属,不论有服无服,都可援用此律,便是不同居的同姓大功以上亲属,以及大功以下的孙媳,夫之兄弟,兄弟妻,和外祖父母、外孙,也包括在内,明清法律的范围进一步扩大至妻亲,连岳父母和女婿也一并列入。不但谋匿犯罪的亲属,即使是漏泄其事或通报消息给罪犯,使之逃匿也是无罪的。^①

当然,在中国古代,儒家伦理法观念的根本目标在于维护封建阶级的统治秩序,而最高统治阶级也只有当儒家伦理法观念对其统治有利时才加以提倡、鼓励、贯彻。因此,如果当亲属所犯的不是一般的罪行,而是如同谋杀、谋大逆、谋叛等大罪时,法律便不允许亲属互为容隐了,人们的观念中也就不敢存有容隐之念了。

审案中施教化于民 由于儒家道德原则成为中国法律的出发点和归结点,因此,执行这种法律就成为一种执行中国封建统治阶级的道德的活动,法庭成为进行教化的场所。法庭的教化,不仅推及于诉讼当事人,还往往经法官的努力,使其影响当地的父老百姓。清人汪辉祖就曾强调升堂断讼(吸引路人公开审案)的教化作用:在升堂断讼之场合,“大堂以下伫立而观者不下数百人,止判一事而事之相类者为是为非皆可引伸而旁达矣,未讼者可戒,已讼者可息,故挞一人须反复开导,令晓然于受挞之故,则未受挞者潜感默化,纵所断之狱未必事事适快人隐,亦既共见共闻,可无贝锦绳玷之虞。且讼之为事大概不离乎伦常日用,即断讼以申孝友睦姻之义,其为言易入,其为教易周”。^②

这种利用儒家思想教化人民的活动,在上,得到了帝王君主的全力支持,如康熙在其执政的第九年(1670年),就曾颁布过著名的《圣

① 瞿同祖:《中国法律与中国社会》第56页,中华书局1981年版。

② 参阅梁治平:《礼与法:法律的道德化》,载《学习与探索》1989年第4期。

谕十六条),宣称:“朕惟至治之世,不以法令为亟,而以教化为先。……盖法令禁于一时,而教化维于可久。若徒恃法令而教化不先,是舍本而务末也”。^①在下,由于经那些深受儒家伦理法观念影响的地方行政官(兼法官)的推波助澜,影响更为深远。甚至在判词之中,有时也会出现大段的说教、感慨,道德上的愤怒和申斥,先贤圣哲语录以及具有道德教训意味的古代故事的引述。

三

中国古代伦理法观念,除上述诸种表现之外,还有复奏,放任复仇,严惩亲属相奸等形态,这种法观念是中国古代社会的必然产物:中国古代社会是以一个一个宗法小农家庭为经济细胞的,在这种家庭中,年长的男性为一家之长,然后,依辈份大小、年龄长幼、性别差异形成一个宝塔形的系列结构,这种家庭本身就是一个独立的王国。在这个王国中,需要一定的伦理准则,儒家的伦理道德宣扬的是“父慈、子孝、兄良、弟悌、夫义、妇听、长惠、幼顺”等等,因此,它适合了维持中国古代家庭秩序的需要,成为家庭伦理道德准则的基点。

中国古代国家,是在继承、强化原始社会末期胜利了的氏族首领的基础上发展起来的。到封建社会,这种原始的宗法性受到削弱,但家天下的局面更为坚固。在家天下的条件下,国、家合为一体,家是国的基础,国是家的扩大。在这种情形下,儒家的“在家行孝,出门尽忠”,“忠孝一体,忠为大义,孝为小义”,以及“尊尊”、“亲亲”的伦理观,便是封建统治阶级的治理国家的最好精神武器,因此,历代统治阶级不仅大力鼓励、倡导儒家的忠孝节义的伦理观,并且大力予以实践,将儒家的道德观纳入到立法、司法活动中,使法律成为贯彻封建地主阶级正统伦理思想的武器及其附庸。

^① 引自孟昭信:《康熙大帝全传》第54页,吉林文史出版社1987年版。

从中国官吏阶层来看,它们都是经过严格的科举考试以后,被选拔到中央和地方的各级行政管理岗位,而贯彻着儒家伦理道德原则的儒家经典(四书五经),在中国古代被当成科举考试的官定内容。因此,虽有许多是靠继承爵位而任官,属不学无术之辈,但绝大多数是饱读儒家经典的封建士大夫,即使是贫家子弟,经过多次考试大关之后,也已成了货真价实的儒学志士,一旦他们就任百姓之“父母官”,行使朝廷立法和司法之职时,将儒家伦理观念注入法律,或将已被道德化了的法律施教于民,便是十分自然的事情了。

中国古代伦理法观念,对近代中国人的法律生活产生了巨大影响。现实生活中的“唯上不唯下”、“人情重于法”以及“法律不是万能的,必须借助道德等其他手段来施行”、“丧尽天良,必须从重从快”等等思想和观念,乃至亲属犯法,互相包庇等等,在我们平时都很熟悉且习以为常的用语中,都渗透着中国古代伦理法观念的传统与痕迹。这些传统观念和痕迹中的有些成分,对于我们今后处理法律和道德之关系,更好地加强社会主义法制和精神文明建设有一定的积极意义,但在总体上,中国古代伦理法观念,对于我们今天加强社会主义法律的权威,严格实行法治,是一种观念阻碍。

四

在西方,虽然早期的立法曾与伦理道德相混合,如在希腊早期的德拉古法律中曾规定一个人“懒惰”的话,将被处以极刑等等。但是,随后不久,西方的法律就开始与道德分离,走上了独立发展的道路。

在罗马,即使是在《十二表法》中,就已经显示出法律和道德彼此分离的状况,如各种民事诉讼,即使是再小的事由,也由法庭处理;债务人如在规定的期限内还不出借款,债权人可以将其(即使是左邻右舍)出卖为奴或杀掉(在有多个债权人时可以肢解债务人的身体);对奇形怪状的婴儿,应立即处死;任何人非经审判,不得处死刑;死者的

丧衣以三件为限,出丧时妇女不得无节制地嚎哭。这些,与中国古代伦理法观念之下,由乡邻父老处理各种民事纠纷,怜贫恤困,大办丧事等等,都是不同的。至公元3世纪,罗马人已经发展起了一种独立的、完备系统的私法规范体系,在这一体系之内,伦理道德的色彩几乎看不见了,人们的衣食住行,人们的婚姻生活、家庭生活、经济生活等的各个方面,都由法律独立地规制、调整。

有的学者认为,与中国古代法律受儒教(学)伦理影响相对应,古代西方法律受到了宗教伦理的巨大影响,这是对的。但是,他们又认为,这种宗教性影响在罗马时代即已有,如《十二表法》就是一部法律和宗教相混杂的法典。其第十表即规定了“宗教法”,^①这是不正确的。事实上,在罗马早期,法已和宗教分开,《十二表法》是一部世俗社会的习惯法汇编,其第十表虽冠以“宗教法”之名,但几乎没有宗教内容。该表规定的主要是如何节俭办丧事、移风易俗的问题。虽然在公元四世纪基督教成了罗马国教,但整个罗马帝国时期,宗教伦理对法律的影响并不是很大的。宗教伦理对西方法律的影响,是从西欧进入封建社会以后才开始的。当时,罗马法律已随着罗马国家的灭亡而消失,而日耳曼人的法律又比较简陋,相反,基督教却随着信徒的增加而势力大增。这样,基督教的教义就成为当时人们日常生活的重要行为规范。

然而,与中国古代法律的伦理化过程和内容不同,西方的宗教伦理对法的影响,从未达到水乳交融的程度。在中世纪,教会法是一种独立的法律渊源,虽然,它渗进了封建法之中,或者说封建法在婚姻家庭继承等领域沿用了教会法的规定,但这种渗透是可以分离的,也就是说,即使是在这种场合,也可以分辨出法律中哪些是宗教性的原则、规定,哪些是封建法或地方习惯法的内容。到近代以后,资产阶级尽管也承认基督教会法的某些内容的合法性,或者在法律体系中

保存了教会法的少量原则,如关于遗嘱执行人的规定等,但法律与宗教伦理的界限是比较清楚的,这和中国古代、近代的情况是不同的。

在西方法律和道德(宗教伦理)发展的独特现实之下,产生了和中国古代不同的西方社会的法观念,这种法观念,虽然在自然法的基础上,出现了正义法、理性法等法律和道德要求的一致;在基督教神学法观念中,宗教伦理成为束缚人们思想、行为的桎梏。然而,自然法的观念,在强调人类正义、理性等道德要素的同时,更强调维护人的平等、自由的本性,强调天赋人权和社会契约论,强调人权和法治,主张尊重人、理解人、解放人,这与无视、反对人的自由、权利、平等的封建伦理法观念是针锋相对的。至于宗教伦理法观念,作为封建专制制度的帮凶,曾扼杀了许多进步人士,但它早在中世纪后期就已经开始动摇,到资产阶级革命时,更受到了毁灭性的冲击。并且,即使是这种法观念,与中国伦理法观念也是不同的,因为在宗教伦理法观念中,并存着二元结构,即神法(宗教法)和人法(封建国家法),这种结构,否定或限制了国王的权威,这与中国儒家伦理法观念中的君主至高无上是不同的。同时,在宗教法观念中,至少在表面上强调上帝面前信徒人人平等,而在中国,即使是儒家的“仁政”、“爱人”说教,仍是以“尊尊”、“亲亲”等宗法、伦理、等级原则为前提的。

(原载《法学》1992年第3期)

^① 张中秋:《中西法律文化比较研究》第153页,南京大学出版社1991年版。

中国古代等级法观念的 渊源及其流变

——兼评西方法的等级观和平等观

中国古代的等级法观念,自夏、商、周三代开始萌芽,至近代数千年而不衰,其影响渗透到立法、执法乃至人们社会生活的各个方面,对中国国人心理的影响一直延续至今,成为中国传统法律观念的重要组成部分。对其进行剖析,可以使我们对中西方法律文化的异同有更深入的理解。

等级法观念来源于等级法律运行的实践。在中国周代,社会的等级划分已十分明确,天子、诸侯、卿大夫、士、庶人五个等级,各个不同等级的人,身份地位、权利、义务都不相同;礼仪、服饰、器用都有严格的规定,不能僭越。

进入封建社会以后,地主阶级在反对奴隶主阶级等级特权的同时,确立了自己的等级制度。在秦国,自商鞅变法时,便定爵位二十级,各依等级享有相应的政治、经济特权。汉以后,仅在统治阶级之中,正式的官的等级就有九等(九品),各等(品)中又有无数的类别,各依官品、爵位、类别享有不同的特权。这种等级制现实,不仅使以

周礼、孔子学说为代表的奴隶制等级观念生存了下来,而且进一步得到了强化,等级观念渗入到了社会生活的方方面面,如饮食(如天子食太牢,诸侯食牛,卿食羊,大夫食炙,士食鱼豚,庶人食菜),服饰(如隋唐宋时,紫、朱、绿、青四色只有官品才能服用),住房(如称呼上便有宫殿、府邸、公馆、第、宅、家等)。丧葬(如棺木不同,礼仪不同,抬柩人数不同,坟墓不同等)。祭祀(如等级不同的庙数也不同,祭品多少不同等)。即使是对一个人的死,也可以有不同的称呼,如称帝王的死为“崩”,三品以上官为“梦”,五品以上官为“卒”,小官及庶人为“死”,等等。

在中国古代的等级法制度及其观念中,影响最大的是八议、上请、官当、“刑不上大夫,礼不下庶人”以及忌讳等。

八议

起源于西周。据《唐律疏议·名例七·八议》称:现在的“八议”就是周代“八辟”。这里的“辟”意思为“法则”,“八议”即是关于亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾八种人的特殊处罚法则。从曹魏起,就将八辟吸收进了法律之中,规定了八议制度。八议之制既符合封建地主阶级的政治、经济利益,因为在中国封建社会,以皇帝为首的地主阶级,具有整体利益的一致性;又符合地主阶级的伦理原则,因为它解决了统治阶级集团,皇帝和大臣,大宗和小宗,大官和小官之间不同利益的不同等级保护及其特权的分配,而归根到底,八议之制符合了君主专制集权的中国古代国情,因为即使是对八议之范围内的统治阶级成员犯了罪的减、免,最终仍必须由皇帝一个人决定,皇帝完全可以根据自己统治的现实需要,来处理各种违法犯罪的臣属。因此,在本质上,八议之制与“忠君”观念,家天下意识等是一致的。

上请

是指上述“八议”者之近亲属以及官至五品以上的人,若犯了流罪,可以减一等处罚,如果犯了死罪,可以不依一般司法程序,而是上请皇帝裁决的制度。它与“八议”虽然名目不同,但却有异曲同工之

妙用,是“八议”之制的进一步扩大和延伸。如同“八议”之制的根本目的在于维护封建地主阶级的统治秩序,因而其对象犯了“十恶”之罪不适用“八议”一样,上请也不适用“十恶”犯罪,并且由于“上请”之对象的社会地位较低,对其限制要更多一些,如“十恶”之外,对于反逆缘坐、杀人、监守内盗、盗、略人和受财枉法者,即使属于“上请”之范围,也都不能适用请权而减免其刑罚。

官当

是指官吏犯罪以后,可以用其官职予以折抵,从而不受或少受刑罚的制度。其萌芽在商、周时代即已出现。至唐宋时代,对“官当”的规定可以说是达到了无微不至的程度,官当虽然至多只能比徒三年,但另以种种方式使不致实徒实流。例如,有一官现任六、七品职事官兼带六品以下勋官,犯了流罪,例减一等,合徒三年,依据官当法, he 可以先以职事官中最高的一官(六品官)当徒一年,再以勋官当徒一年,还剩一年徒刑, he 以前任过八品官又可以当徒一年,正好将罪除尽。即使仍不能抵当他所应得的罪, he 也不必忧虑,法律上规定得很清楚:“诸以官当徒者,罪轻不尽其官,留官收赎,官少不尽其罪,余罪收赎”(《唐律疏议》卷第三:“以官当徒不尽”)。

在中国古代,以官当罪的事例是很多的,这当中,康熙皇帝以功赦罪犯鳌拜可算是突出的一例。据史籍记载:康熙擒拿住鳌拜后,公布其死罪共有七大项,但这样一个“罪大恶极”的叛臣,最后处理结果仅六个字“以功免死拘禁”。虽然,这个处理包含有康熙笼络人心的策略考虑,但鳌拜的官位(四大辅政大臣之一)和赫赫战功不能不说是一个重要原因。

刑不上大夫,礼不下庶人

此语最早见于《礼记·曲礼》,后曾在中国古代社会广泛流传。虽然,中国学术界目前对这句话的含义有多种理解,但它作为中国古代社会等级法律制度的现实在人们观念中的典型反映,则是无可非议的。

首先,在中国古代社会,刑主要是针对老百姓的。如秦律规定,盗赃一钱以上便要斩左趾。即使是对人民生活中的细枝末节等类“犯罪”,秦律也都要处以严厉的刑罚。明太祖朱元璋统治时期,广东儋州陈逢愆率领百姓反抗朝廷,朱元璋不仅把陈逢愆问斩,还把他手下的一千四百人全部割掉了鼻子。

其次,“刑不上大夫”是中国古代等级法观念的一个原则,这是就其本质说的,事实上,统治阶级成员中有人犯了罪,也是要对其施以刑罚的。如郑国国君突(史称郑厉公)依据周刑杀贵族傅瑕,商鞅在秦国遭到车裂的酷刑,李斯被秦二世腰斩灭三族,以及唐太宗李世民处死外甥赵节,明太祖朱元璋杀丞相胡惟庸,等等。但是,这种对大夫(贵族)上刑,或者是这些人犯的罪实在是太大,不处罚不足以维护封建统治秩序;或者是与最高统治阶层发生了矛盾,影响到其政治统治。一般而言,在中国古代各个王朝中,对大夫的处刑总是有别于庶民百姓。其出发点仍是维护统治阶级的等级特权的“尊严”。

第三,礼作为一整套完整的宗法等级制度,其本质是确立中国古代统治阶级内的等级特权关系。一方面,礼规定社会各阶级、阶层间的尊、卑、贵、贱等级秩序。另一方面,礼宣扬忠君、孝亲等道德伦理观念,所谓礼者,“父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信”,等等,其核心仍是等级观念,至于礼的其他内容,如祭祀、朝觐、冠婚等礼仪制度,也从头到尾贯彻了等级原则。因此,“礼不下庶人”中的礼,的确首先是适用于统治阶级中各个阶层的。

第四,礼经过中国古代历代统治阶级的认可、提倡、宣传,逐步演变成为适用于社会全体成员的法律。此时,礼是下庶人的。康熙皇帝颁布充满儒家之礼要点的《圣谕十六条》后,又由臣属将其逐条详加阐述和注释,以《圣谕象解》20卷之名,印行全国,让每一个老百姓都知道、都遵行,此事就说明,礼也规范着庶民百姓的行为。但是,礼下庶人,并不能减少礼所体现的等级色彩。事实上,让老百姓了解礼,遵守礼本身,就是为了让其知道等级名分,不要去僭越。因此,无

论是“礼不下庶人”还是“礼下庶人”，其本质都是强调了中国古代的等级法观念。

避讳

这里,主要是指避皇帝之“讳”。在中国古代,皇帝位于等级社会宝塔的塔尖上,至高无上,极为尊贵,因此,任何对皇帝形象的损坏都是不能容忍的,甚至某些事实上无损于皇帝一根毫毛的也是皇帝所忌讳之处(如名字、出身、外貌、年号等等),也是碰不得的,否则,将受到法律的严惩。可以说,避讳在中国古代,不仅与忠君观念联为一体,也是等级社会法观念的极端表现,它对每个古代中国人的行为方式,都是至关重要的。在中国古代,最早系统实行避讳的是秦始皇。他规定,全国臣民对秦始皇及其祖先的名字,在记事、上书甚至言谈话语中都要避讳,不得直呼,其它必须使用涉及皇帝姓名的字的地方,以异音同义词代替。至汉代,避讳制度得到进一步发展,如汉朝时,中国的丞相称为“相邦”,但由于“邦”字恰好和汉高祖刘邦的名字相同,为了避讳,故将“相邦”称为“相国”。而实行避讳最严格的莫过于朱元璋了。由于朱元璋出身贫寒,当过和尚,入过起义队伍红军(当时被地主阶级骂为“红贼”),因此,凡是“光”、“僧”、“秃”、“贼”等字以及相关的字,都是禁忌的,甚至与这些字同音的字,如“生”、“则”等,也都不得使用。如当朝的林元亮、赵伯宁、蒋镇、贾翥、许元等数十人,因为在文章、表奏中使用了这类字眼,被朱元璋全部处死。

三

中国古代等级法观念,除了上述表现以外,还体现在官贵民贱、父尊子卑、男女有别、良贱有序等方面,可以说,等级法观念已渗入到中国古代社会的每一个细胞——阶层、集团、家庭、行业之中,规范着人们的日常生活。

应该说,中国古代等级法观念在经济基础上和伦理法观念同出

一源:它们都是在家长领导下的一家一户、自给自足的小农经济的产物。同时,等级法观念的形成和发展,也与儒家学派和法家学派的倡导有关,前者将自然界中天地相异、日月有别等状态、秩序来解释人类社会,得出人类应是分等有序的等级社会的结论;后者通过将君主的意志绝对化,使君主取得了至高无上的地位。但是,与伦理法观念稍有不同,等级法观念对中国社会的影响之所以如此巨大,主要的原因是在政治上。

等级制度,其政治核心是特权,而这种特权,由于具有经济内容,因此,在中国古代,谁的特权大,特权多,谁获得的经济利益和物质享受也多。而特权中最高级者即是整个国家,这个国家,不是人民的,而是皇帝的(至少在观念上),或是皇帝一个家族的(家天下),皇帝对国家的一切拥有所有权(特权),这个特权是不能让与的(除非被人推翻)。因此,这一特权是皇帝的命根子,绝对不能丢掉。各级官吏,根据他们与皇帝关系的亲疏及对“皇帝的国家”功劳大小,获得自己的特权——封地、爵位以及各种经济、政治的利益。这种特权,可以囊括社会生活的一切方面,甚至娶多少妻妾,也是根据各个人的特权有否、大小而决定,在这种社会状态下,皇帝以及下面的各级官吏无不竭力为维护整个等级秩序,为自己的特权而奋斗——包括运用立法和司法的手段,等等。

等级法观念对中国现代社会的影响是巨大的,虽然,公开的等级制度已不复存在,但特权观念却在一部分人的心中沉淀了下来。尤其是在某些领导干部的思想深处,常常有凌驾于群众之上、不愿受法律制约的意识在作怪。虽然,这样的领导在目前是越来越少了,但在我国,要彻底清除等级法观念,将宪法中规定的“法律面前人人平等”的原则落实到每个中国公民(包括干部)的观念中,则还需要我国人民作出巨大的努力。

四

在剥削阶级社会中,是不可能排除干净等级制度和等级法观念的。这一点,西方社会与中国并无两样。然而,由于西方社会特定的历史文化条件,使其法观念在等级性方面也呈现出不同的特点。形象一点地说,西方社会法上的等级观念和等级观念犬牙交错,走过了一条马鞍形的发展道路。

在早期希腊(雅典)社会中,除奴隶被当作是“说话的工具”之外,在自由民当中也是等级森严的,氏族贵族享有政治、经济以及适用法律上的种种特权。公元前621年的德拉古立法,曾试图缓和下层自由民和贵族的等级矛盾,结束了以前法律不成文,仅仅为贵族掌中玩物的局面,但其维护的仍是贵族的利益。公元前594年梭伦当上执政官以后,试图进一步缓和贵族与平民之间的矛盾,颁布了取消债务奴役制的“解负令”,规定凡自由民均可参加民众大会,等等。但梭伦仍按财产的多少将自由民分成四个等级,并规定只有第一等级才能担任最高官职。

随着雅典社会商品经济的发展,奴隶主民主范围的扩大,等级制度开始衰落,等级法观念也日趋淡化,而平等观念则开始兴起。这表现在三个方面:首先,当时执政的是工商业奴隶主阶级,他们为了自己的切身利益,必须倾全力发展商品生产和商品贸易,并将其制定为基本国策,而这一国策的实行,客观上打击了早期的奴隶主阶级的等级法观念,促进了平等法观念的形成和发展。其次,当时的雅典,由于实行的是民主制,因此,国家的最高统治者执政官均由公民选举产生,并没有至高无上的帝王的存在,从而也就没有“家天下”以及依与皇帝之关系亲疏,对皇帝贡献大小为依据形成的宝塔形等级系列及其观念。再次,由于建立了整个公民阶层都可参加的民众大会和陪审法庭,故凡犯法的人,均将受到一视同仁的处罚,从而也就没有“八

议”、“上请”、“官当”等一系列等级法律特权,也没有“刑不上大夫,礼不下庶人”等的等级法观念,在公民中有的只是谁犯罪谁就得受处罚的平等法观念。当然,在雅典发展起来的平等观,只能是奴隶主阶级内部的平等,带有诸多历史的局限。

在罗马早期,通行的是市民法,它除了带有浓厚的形式主义色彩以外,还具有强烈的等级性。比如,它规定贵族与平民之间不得通婚,罗马市民不得与从事卑贱职业者结婚;子女必须服从家长的指挥,丈夫对妻子享有夫权;居住在罗马的其他民族的自由民,没有选举权和被选举权,等等,违反这些等级法规定,不仅当事人的权益得不到法律的保护,也要受到社会舆论的谴责。

然而,在罗马市民法所确立起来的等级法制度和观念并未维持多长时间,从公元前三世纪开始,随着罗马商品经济的发展,统治阶级不得不在市民法体系之外,运用公平、正义的衡平原则,创设起了以保护罗马市民以外其他自由民的万民法和最高裁判官法。到公元212年,罗马帝国又颁布法令,宣布罗马境内的每一个居民(奴隶除外)都享有完全的、平等的公民权,从而使商品生产所必需的平等要求,成为全体居民的共同观念。在这种观念之下,即使是奴隶,也并不是绝对被鄙视的。如奴隶可以被主人解放,被自由民和贵族收为养子,继承其社会地位和财产等,而这与中国的情形是不同的。

中世纪以后,在罗马帝国的废墟上,建立起了各个封建王国,这种王国以封建领主所有制为经济基础,人们依据对土地占有的多少,形成了宝塔形的等级社会结构:最上面的是国王、大封建主(公爵、伯爵)以及高级僧侣(主教)。其次是他们的陪臣中小封建领主(男爵、子爵、骑士等),他们之下是小封建领主,再下面则是依附于封建领主的农民和农奴,这种等级制不仅表现在对土地的拥有上,也表现在衣、食、住、行、称谓、姓氏以及对犯罪的处罚等各个方面。比如,按照公元五世纪法兰克王国《撒利法典》的规定,同样是犯罪,因被害人的地位不同,所受的处罚也不同。如杀死一个国王亲信,罚款600索里

达;杀死一个自由法兰克人罚款 200 索里达;杀死一个普通罗马人罚款 100 索里达;杀死一个奴隶只是赔偿主人 30 索里达。

但是,西欧的封建等级社会和中国古代有许多不同,因此,在此基础上形成的法观念也不同,一方面,西方社会等级制度延续的时间比中国相对要短得多;另一方面,西欧社会中的等级关系是依靠所谓“双务契约”来确立的,即依靠上下级之间的“合意”成立,上级在要求下级尽各种义务的同时,也必须承担各种责任,如果上级封主不做到此责任,下级附庸也可不尽义务。这点,和中国古代单向的、以上凌下的等级制不同。同时,在中世纪西欧,即使在君主专制时期,国王的权威也不是绝对的,它要服从上帝的意志,要受大封建主的制约,受到法律的规范。这样就使西欧的等级制度远不如中国古代那么严密、完整。在这种情况下,中世纪西欧当然不可能形成如同中国那样严密的等级法观念。

资产阶级兴起以后,随着资本主义商品经济的全面发展,等价交换的平等要求渗入到社会生活的各个方面,也溶入到了宪法、民法、刑法等各个法域,并使法律上人人平等的原则成为国民的基本观念。虽然,资本主义社会的平等始终只能是形式上的,因为资本主义社会人与人之间在经济上的不平等,使人们无法在事实上做到平等,法律的平等要求也无法得以彻底实现。就拿美国黑人而言,他们占了美国人口的 12% 左右,但在比较体面的职业(如律师、法官、医生、科学家等),只占 1% 左右,他们中的大多数人从事的是重体力劳动。但资本主义社会毕竟摧毁了封建等级法律制度,在法观念上实现了一场革命。

通过以上论述,我们是否可以得出这样的结论,商品经济的发展与等级法制度和观念成反比,与平等法观念成正比。这就告诉我们,发展中国的社会主义商品经济,是荡涤中国社会几千年等级法观念、特权思想的根本途径。

(原载《法学》1992 年第 9 期)

宗族法观念的比较研究

与西方社会比较注重个人的价值,以个人为本位相对,中国古代社会十分重视家、宗的利益,无论在法律中还是在习惯上,家和宗都占有十分突出的地位。这是中国古代法律观念的核心之一,也是区别于西方社会法律观念的首要特征。

一、宗族法观念的沿革

在中国氏族社会生活中,社会组织是以血缘关系为纽带组成的氏族、部落,为了使这种社会生活有秩序,必须通过血缘亲疏来调整家族内部关系,必须维护族长、家长的统治地位和世袭特权。在这种背景之下,出现了最早的族规、家法,并形成了早期的宗法观念。当中国进入阶级社会之后,夏、商、周三代奴隶主阶级,利用这种宗法观念,大肆宣扬“尊祖敬宗”和以“亲亲”、“尊尊”为原则的宗法思想,借以维持其建立在血缘关系之上的奴隶制宗法等级制度。比如,在西周,统治阶级就建立起了一套系统的宗法等级制度,内容包括将子孙分为大宗(嫡长子)、小宗(次子、庶子),由嫡长子继承王位(或者其他爵位)的嫡长继承制,以及崇拜祖先的种种祭祀活动规则。在这种制度下,也进一步强化了以“亲亲”、“尊尊”、“上下有序”等为核心的宗法观念。

进入封建社会,随着儒家学说成为中国封建法律观念中的核心内容,宗族法观念也成了中国古代法律观念的基本特点之一。尤其是奴隶制时代的宗法观念,经过春秋战国时代孔子、孟子的阐述,汉

代大儒董仲舒的发挥,宋代程朱理学的全面总结,加上历代统治阶级的大力提倡,终于演变成为以“三纲五常”为核心的、包括习惯、学说、原则、礼仪、规范、制度在内的观念体系,如亲属与外姻,同姓不婚、异姓不养、父权与夫权、同居共财、祖先崇拜、父子一体等等。

二、宗与外姻

由血缘关系、配偶关系或两者组合的关系所联结起来的近亲,一般广称为“亲族”(亲属)。在中国古代,在规定亲族关系上,起决定性意义的是“宗”的概念,以它为中心,才能考虑亲族的分类,建立类似于亲等的制度。

所谓“宗”,简言之,就是排除了女系以后的亲族概念。即从共同的祖先那里延续下来之男系血统的各个分支的总括就是“宗”。在中国民间,一般俗称为“宗族”、“同族”等等。女子在自然属性上,从出生到死亡,一直是娘家的同宗(即“父宗”),但在社会意义上,与“宗”的所属关系,则不取决于出生,而是取决于婚姻即因结婚而属于夫家的“宗”(“夫宗”)。养子在社会意义上属于养父的“宗”,但因中国古代实行异姓不养的原则,故养子只是在同宗内改变了其地位而已。但是,这种自然的或社会的属性,并不影响法律的独立规定,即在法律上,男系血族以及其妻被统称为“本宗”或“本族”,女系血族以及妻的娘家被统称为“外姻”,而“亲属”则是这“本宗”与“外姻”的合称。在古代中国,人们对这种亲属关系的观念是非常明确、清楚的。而在西方和日本,外祖父与祖父,外祖母与祖母,叔叔、伯伯、舅舅、姨夫、姑夫,伯母、婶婶、舅母、姨母、姑母,以及哥哥和弟弟,姐姐和妹妹等,各自都用同一个词来表示。

中国关于“宗”的观念的确具有特殊性。在西方,罗马早期法律也曾规定过法亲制度,即凡是男系的亲属,不管关系远近,都属于法亲之范畴,享有继承财产之权。这种法亲,又分为家庭成员、族亲(同一祖先之下的儿子、孙子、玄孙及其妻室)和宗亲(同一姓氏同祭一个

祖先者)。这种法亲既与中国古代的“宗”有相似之处,却又有很大不同。因为在罗马,法亲不以男系血缘为基础,即使是亲生儿子,一旦被解放(即被父亲承认为独立,脱离父权),他便不属于法亲之列。而在中国,子孙长大后,尽管另立门户,但仍在“宗”之范围内。当然,在罗马帝国后期,法亲已为血亲所替代。但这种替代的过程,也是子女人格独立、获得财产和人身自由权利的过程。因为在血亲制度下,同宗、同族的观念更为淡漠,代之而起的是一个一个小家庭,西方社会的宗法制度的破坏也从此开始。而在中国,宗法制及其观念的影响一直延续了两千多年。

与“宗”的含义相适应,在古代中国,计算亲等没有明确的尺度,而是用办丧事时穿的衣服(服丧)的不同来表示,即用“斩衰”(父母、丈夫之场合)、“齐衰”(祖父母、伯叔父之场合)、“大功”(共一个祖父的亲属之间)、“小功”(共一个曾祖父之亲属之间)、“缌麻”(共一个高祖父之亲属之间)等(象征)五种等级的孝服(五服)来表示。这与罗马社会明确分清亲等关系也不一样。

在中国,亲族相互间的身份,是用辈和年龄表示的。辈份高为“尊”,反之为“卑”。同辈中,年龄大者为“长”,小者为“幼”。这样,依据五服与尊卑、长幼而确定的亲族身份,对亲族中出现的相互加害的罪刑的量定有极大的影响。这是中国封建刑法的重要特征之一。

三、同姓不婚、异姓不养

亲族关系衍生出来的最直接、最基本的法律效果与法律观念,就是同宗的男女不得结婚,异宗的男子不得成为正规的养子,即“同姓不婚,异姓不养”。在上古时期,同姓与同宗是一致的。但是,战国时代以后,由于各种因素,如功臣赐姓,义子袭姓,为避仇杀而改姓,胡人姓汉姓等,同姓就开始不等于同宗了。同姓不婚的习惯也开始有了变化。虽然,自唐律以后,各法律上都是禁止同姓通婚的,但是,在现实生活中却是大量存在。因此,从实质上说,上古时期的同姓不

婚,其后已发展成为同宗不婚。学术界一般认为,我国古代规定同姓不婚的理论根据在于自上古以来就形成的“男女同姓,其生不蕃”(妇女怀孕率低,后代不兴旺)。这种说法基本上是对的,但还须补充两点,一是在古代中国人观念中,在同一血统的男女间进行肉体交合,是不吉利、不道德的。这和“近亲相奸,不吉不伦”的观念是一样的。二是在于“取于异姓,所以附远厚别也”(《礼记·郊特牲》)。附远就是加强周族姬姓贵族与异姓贵族间的联系;厚别,就是严格维护宗族的伦常关系,使周的宗法等级制度不致被破坏。

在上述同姓(宗)不婚观念支配下,中国的法律规定了禁止在一定范围内的亲族间婚姻,对违反者将施以刑罚。从唐、明、清代的法律来看,一个男子不得与下列四种类型的女子结婚:同宗的女性;同宗者的妻、妾,这是同宗不通婚制度与观念的延伸;一定范围内的外姻中尊卑辈份差异者,如妻子的母亲、女婿的姐妹、妻子的前夫的女儿等;同母异父姐妹。

异姓不养(准确地说,是异宗不养)虽得到法律的确认,但实际执行时比同姓不婚原则要宽松得多。在中国古代,异姓不养原则的理论依据,一是《左传·僖公十年》所言:“神不歆(喜欢)非类,民不祀非族”的思想。因为在无亲生子,收养他人为儿子时,其目的主要是为了维护祖先的祭祀。而如果养子与祖先不是同一血缘,就是对祖先神灵的亵渎,就是不吉利。“国拥立异姓者承继王位,国即亡;家拥立异姓者承继家业,家则败”宣扬的就是这种思想。二是,如果允许收养异姓者,让其改姓,承继宗祀,那么过了若干年,生父家与养父家的后代在不知前辈之事实的情况下,可能发生通婚情况,从而不能从根本上维持同姓不婚原则。

可见,同姓不婚,异姓不养的根本思想、观念是一致的,都是为了维护“宗”的利益,维护血统的纯洁性,以及男尊女卑、父子一体等的封建秩序。

在古代西方,早期也曾禁止在法亲之间结婚,但这种禁婚范围比

同姓的范围小得多,大约等于同宗不婚。以后这种禁止时松时紧,并不很严格。众所周知,在法国作家大仲马的名著《基督山恩仇记》中,还有嫡堂兄妹(主要人物弗南和美茜蒂丝)结婚的事例。而堂兄妹结婚在中国是绝对禁止的。对于收养,西方的规定更加宽松,在罗马,不仅异姓之间可以收养,即使是异族人、外国人,甚至是奴隶,也都可以成为养子。这种情况,既是西方宗法观念不如中国强的结果,反过来也对原存在的宗法制度以腐蚀作用,给了当事人以更多的自由和权利。

四、父权与夫权

与“宗”相联系,在中国古代的家庭关系中,居主宰地位的是父权与夫权。在中国古代,家一般有广义和狭义之分。广义的家,是指同一家系的人们的总称,如人们习惯所称之“一家子”、“本家”、“族家”、“自家”、“当家子”,以及“系谱”、“家乘”等。这种广义的家的含义,大体相同于“宗”的内涵。狭义的家,是指共同进行家计的生活共同体。当然,在古代中国,“家”一词也包括一定的财产在内。因此,概言之,中国古代的家,是指共同维持家系或家计的人们,观念的或现实的集团以及由该集团支配的财产的总称。

在中国古代上述家的这种含义上,中国的家与罗马法上的“家”(Familia)有惊人相似之处。在古代罗马,家是指在家长管辖下的一切人和物的总和,包括妻子、儿女、买入的市民、奴隶、牛马和其他财物。在这样一种家当中,起主要作用的是家长,它是父权和夫权的结合体,即对子女来说,尊长(父母、祖父母、曾祖父母等)是最重要的,对女性来说,丈夫、兄长是最重要的。因此,尊长中的男性便是家的核心,便是家长。无论在罗马,还是在中国,家长都享有诸项大权。在中国古代,家长不仅负责对外呈报户籍、交纳赋税,掌管家庭财产之权,而且享有教令、惩戒甚至杀死子女之权。在古代罗马,家长享有主持祭司(率领全家成员祭祀祖先)、充任法官(审理家庭纠纷及家

庭成员之犯罪)、指挥家庭成员劳动、管理支配家庭财产以及出賣子女为奴(以维持家计)、乃至杀死子女等等特权。然而,细分起来,古代罗马与古代中国的家长权又有诸多区别,比如,在罗马,家长虽可以处罚子女,但对重大事项必须征求亲属会议的意见。到共和国末期(公元前2世纪以后),家长对子女的婚姻、财产的权力都已受很大限制,出现了子女自主的婚姻和子女自己拥有的财产(如服兵役、当官所得的财产,外亲授予的财产等)。至于家长杀害婴儿之权,早在公元前5世纪的十二表法时就被禁止。而在中国,一直到近代,祖父母、父母在,子孙仍不得别籍异财。至于家长教令惩戒子女之权,一直到20世纪上半叶国民党统治时期仍然盛行。即使是家长杀死子女问题,虽然至汉代已受禁止,但民间杀子孙情况仍不断出现。一直到明清法律,仍规定,只要子孙有殴骂等不孝行为,家长杀死他们是可以免罪的。由此可知,古代西方与中国的家长权虽有诸多相似,但中国的家长权远远强于西方,延续时间也远远长于西方,因而对人们观念的影响也特别深。究其原因,主要是两点,一是小农经济的宗法社会之基础,二是在宗法制下,维护家长权具有现实的政治意义——维护家天下的君主专制权力。

五、同居共财

在宗法制的家的含义中,同居共财(家族共产制)占有重要地位。这种同居共财关系,是以亲子关系为中心,通过若干中间财产的分异(如儿子成家进行分家析产等),使其子孙数世一直延续下去。这样,同居共财就是家庭生活的本质要素。其中,一组夫妇及其子女组成的单位,加上应属于他们的财产,又常称之为“房”。所谓“男有室,女有家”就是这个意思。在这种与“宗”相联系的家、房的概念中,既有身分关系又有财产关系——同居共财关系。这是从法律观念上理解中国家与家庭财产制的一个不可忽视的方面。

一般而言,在中国,同居共财中的同居,指的是法律上的同居,而

决不仅仅指居住于同一家室(屋)之事实。对于这一点,日本东京大学教授滋贺秀三在对中国家族法作了十多年专门研究之后,作出了很好的说明。他认为,同居共财包含三个要素:

第一,家庭中各人劳动所得作为家庭全体成员的所得而属于单一的共同会计即家计之中。比如,家庭中全体成员均是农民的话,他们共同耕种共同收获的果实就是全家的收入。如果某个家庭成员是经商或从事副业的,那么,他的净收入也归于全家的收入之中,为大家共同享用。家庭成员个人私设小金库的行为为法律观念、习惯等所不容许。

第二,同居之各人必要的生活消费,依据全面的共同会计而平均供应,而不问是谁赚来的钱、物。

第三,在支付上述全体家庭成员消费需要之后的节余,也作为全体家庭成员的共同资产即家产而积蓄下来。其中,最安全而最保值的积蓄方法是选择好的土地买下来,无论是自耕还是出租,均可产生收益。^①

由上可知,同居共财是指收入、消费、资产保有等全面的共同计算关系。在接受家产得到扶养这一点上,所有家庭成员是平等的,但在分割家产时,男女则是有差别的。

为了使读者加深对同居共财的理解,我们再来考察一下家产分割的状况。在中国古代,关于家产分割,大体有“分析”、“分异”、“分财”、“析居”、“分家”等等用语。在中国,家产分割与家父之死并无必然的联系,家父生前也常进行家产分割。家产分割一般在所有兄弟间进行。如有幼小的弟弟时,一般则委托于长兄,长兄事实上成为他的监护人。如有外出多年未归、音讯全无的兄弟,在家的兄弟虽然在事实上管理使用全部财产,但形式上总是为外出的兄弟留有应得的份额。总之,同居共财既有合理,也有不合理之处,即由于家产集于

^① 滋贺秀三:《中国家族法的原理》,第74页。创文社1967年版。

一处,便于应付社会上各种灾难,养活全家人口,这是合理之处;但它又使勤俭之人和懒惰之人在事实上受到不平等的待遇,这是同居共财的不合理之处。当家庭成员感到其不合理的意识非常强烈时,就进行了家产分割。在家产分割时,原则上一般请数名第三者来参与、协商财产如何分配,然后制定一些文书,如“分书”、“分契”、“分约”、“分关”、“关书”、“关约”、“分单”、“分家单”等等。^①兄弟数人共同制作,并各自保存一份,家产分割的内容,一般有土地、家屋、家畜、农具、家具、谷物、现金等等。

中国古代的同居共财制度是在中国古代宗族法习惯、国家立法、儒家学说、宗法观念以及小生产的现实社会条件等多种因素综合作用之下形成、发展起来的,其目的是为了维护宗法体制的经济基础,保持其无限延续性。这种情况与西方的并不相同。我们前面已经说过,在古代罗马,由于经商、当兵、做官等等原因,子女较早地获得了经济支配权。在中世纪,教会法和封建法律规定了父权和夫权,子女尤其是妇女几乎很少有财产支配权。但由于当时遗嘱继承的存在,教会对遗产的管理干预,以及日耳曼封建法规定的法定继承并不排斥女子(他们可得男子的二分之一)^②等原因,家庭财产制的宗法性远不如中国那么严重。至16世纪资产阶级兴起以后,逐步形成了家庭夫妻共同财产制和分别财产制两种体制,在这两种财产制下,家长对财产的支配权都受到了冲击,宗族法观念也进一步趋向淡漠。

六、父子一体与祖先崇拜

宗族法观念的核心是“亲亲”、“尊尊”,以及三纲(君为臣纲,父为子纲,夫为妻纲),其目的是维持宗法血缘等级关系,保持正常的家族内秩序,以便修身、齐家、治国、平天下。为了维护宗族的秩序和利

益,必须强调父子一体(也称父子同气)和祖先崇拜。

父子一体,在中国古代包含了三层意思:父子之血缘关系最为亲密;父子同居共财;父子人格的归一。这在中国古代的继承制度上表现得最为突出。在中国古代,其继承具有特殊性,即在以同居共财为核心的家制度下,父与子的财产关系不会因父的死亡而解消。父的死亡只意味着共财集团中少了一个成员而已,财产则如从前一样,为残存成员的子女继续保有。这与英美法上看到的遗产管理人、遗产执行人等的制度完全不同。英美法上的制度及其观念,是为了避免死者的遗产与继承人的固有财产相混淆,但在中国同居共财的观念下,父与子之间自始就只有一个混合了的财产。而这种财产,一般是不允许女儿、女婿插足的。西汉时有个案例,曾很典型地表明了这种观念:

沛县有个富翁,家财两千万。他有一个儿子,才数岁,就死了母亲,又没有别的亲属;一个女儿,为人不贤。富翁病危,思念恐怕女儿争夺家财,儿子必然不能保全,于是便叫来族人,立下遗书,将家财全部交给女儿,只剩下一把剑,说是等儿子15岁时交给他。后来,女儿连剑也不给儿子。儿子来到郡里控诉,太守何武便拘捕了女儿和女婿,察看富翁的手书,回头对掾史说:“女儿已经够强悍的了,女婿又这样贪婪卑鄙。老人怕他们杀害自己的儿子,同时估计小儿即使得到这份家财也不能保全,所以暂且交给女儿与女婿,其实不过是寄存在他们那儿罢了。剑,是用来决断的;限年15岁,是因为儿子这时智力足以自立。老人猜度女儿和女婿不还给儿子剑,儿子就要上告州县,或许能得到验证查实,使冤情得以伸理。这些平庸的人怎能考虑得如此深远呢?”于是,全部夺回了家财,交给儿子。听说的人都赞叹佩

^① 滋贺秀三:《中国家族法的原理》第84页。

^② 由嵘:《日耳曼法简介》第72页,法律出版社1987年版。

服。^①

这里,富翁的远虑,何太守的决断,无一不为父子一体的宗法观念所左右。从遗书字面本身看,分明是让女儿继承全部遗产,因为不符合宗法制度,才被官府完全改变。更值得深思的还在于上述引文的最后一句:“听说的人都赞叹佩服”。这说明,何太守的行为即维护父子一体宗法制度的行为,是受到当时社会观念普遍支持的。

除继承之外,父子一体的宗法观念还渗透到社会生活的其他各个方面:

南朝宋文帝时,剡县人黄初的妻子赵氏,打死了儿子黄载的妻子王氏。案发后遇到大赦未被处死。王氏有父母及儿子黄称在,依法应将赵氏流徙二千里。司徒左长史傅隆评议说:“父子关系,至为亲近,形体虽分,实则同气。黄称与黄载的关系,就等于黄载与赵氏的关系,他们虽说是三代人,合起来却是一体。黄称虽有失母之深创巨痛,却绝无仇恨祖母的道理,所以古人不因父命而绝祖父之命。如果说黄称可以杀死赵氏以复仇,那么其父黄载应当怎么办呢?……虽然赵氏终身内疚,黄称也至死悲痛,但是他们之间的祖孙之义却是永远不能断绝的,事理本来就是如此。”^②

与父子一体紧密联系着的祖先崇拜,在中国古代集中表现在三个方面。第一,“孝”为本。这种孝的观念,不仅体现在法律中,如仅唐律就规定了告言诅骂祖父母、父母;祖父母、父母在别籍异财;供养尊长有缺;居父母丧,身自嫁娶;闻祖父母、父母丧,匿不举哀;诈称祖父母、父母死等多种不孝罪,还渗入到人们的日常生活之方方面面。

据《宋史·孝义传》记:宋代并州太原有一名孝子,名叫刘孝

① (宋)郑克编撰:《折狱龟鉴译注》第462页,刘俊文译注,上海古籍出版社1988年版。

② 《折狱龟鉴译注》第178-179页。

忠。母亲患病三年,孝忠割股肉、断左乳给母亲吃;母亲心剧痛,孝忠就在手掌中燃起火代母亲受痛,母亲的病才得以好转。过了几年,母亲去世,孝忠便自卖己为富家的奴仆,换得钱以葬其母。富家知道了他的孝行,便收养他为儿子。后养父母双目失明,孝忠就为他舐,七天后双目恢复能视。地方官知道此事后便召见孝忠,给以衣服、钱帛、银鞍勒马,将其提拔为宣陵副使。开宝二年(969年),宋太祖亲征太原时召见刘孝忠,对其进行了表扬和安慰。

当然,对于不孝行为,法律就要严加惩处了,且比其他罪行更为严厉:

南朝宋的孔深之任尚书比部郎时,安陆郡应城县人张江陵与妻子吴氏共同詈骂母亲黄氏,咒她快死,黄氏忿恨自缢。案发后,恰逢大赦。法律规定:“儿子杀害、打伤父母的,遇赦仍要处以枭首之刑;詈骂父母的,遇赦仍要处以弃市之刑。妻子谋杀丈夫的父母,也要处以弃市之刑;遇赦,免刑补兵。”张江陵咒骂母亲,母亲因而自杀,情节比打伤母亲要严重。如果同于杀害父母之罪,则似乎过重;处以打伤和詈骂父母之罪,又似乎过轻。法律规定只有打母遇赦仍处以枭首,没有骂母亲致死遇赦应处何罪。孔深之评议说,“杀伤诅咒父母,为法律所不容;詈骂母亲致死,没有可以宽恕的道理。张江陵虽然遇到恩赦,仍当处以枭首之刑。妇人本以义合,恩爱不同于血属。黄氏所恨的,本意并不在吴氏。赦免吴氏的死罪,处以补兵,符合正法。”诏命按孔深之的议论处理,但吴氏仍处以弃市之刑。^①

按照中国古代法律,即使斗殴时误杀了他人,一般也只处以徒刑,而不孝罪的处刑显然要重得多。吴氏因为同属主犯,故虽是“义合”,诏命也不赦免,同处死刑。

① 《折狱龟鉴译注》第192页。

第二,延续子孙。宗法制度要延续,必须靠血缘关系代代相传。因此,在中国古代,“不孝有三,无后为大”是人们的普遍观念。在当时法律规定的休妻(离婚)之七个条件中,未能生育儿子是排在第二项的条件。为了不使香火断绝,中国规定了同姓收养制度。养子不仅对一对夫妻组成的家庭无亲生子时是必要的,而且对同居共财的数个兄弟组成的系统中某个兄弟无亲生子时也是适用的。除了年幼者,只要是成年男性,即使他生前未收养,死亡后为了他的目的也要收养一个养子,以在围绕家产人格之权利义务关系上继承由死者(在血缘关系生长之树上)原来占有的位置。

第三,祭祀祖宗。这是宗法制度的基本组成部分,也是中国古代“礼”的重要内容。在中国人的观念中,死后的祭祀与生前的奉养、死亡时的丧葬一起,构成了子女对父亲“孝”的三种形态。如同得到子女奉养的老人是幸福的一样,得到子孙祭祀的“鬼”也是幸福的。在中国古代,祭祀有家祭、族祭两种,前者由家长主持,后者由族长负责。无论是哪一种祭祀,其目的都是歌颂祖上功德,希望祖先保佑本族(本家)的兴旺发达,联络本宗感情,维持本族的各种秩序,以达到整个社会的和谐和稳定。^①

七、宗族法观念的渊源及其流向

中国古代宗族法观念的形成并非偶然,而是中国古代特定的社会状况的产物。如前所述,中国古代国家的形成,是通过氏族兼并战争而实现的,其结果是战胜之氏族首领上升为统治全国的君主,宗法血缘关系不仅未被打破,反而由于政治地位的上升而更加巩固。进入封建社会以后,奴隶制宗法体制被打破了,但上台的封建君主实行的仍是家天下的统治方式,为了使这种家天下万世不变,就需要保留并强化宗族法制度与观念。而在西方,雅典和罗马国家的形成,是通

^① 前引滋贺秀三著《中国家族法的原理》第一章。

过氏族内部平民与贵族的斗争,通过各项立法改革,在摧毁旧的氏族组织的基础上实现的。因而,古代雅典和罗马的宗法制度一开始就不如中国的那么坚固。在经济上,中国古代(直至清末)一直是宗法小农经济占统治地位,小农经济的维持和发展,除了依靠自然条件之外,主要依靠生产的经验技术和强壮的劳动力。这就决定了具有生产经验的长者和拥有体力的男子在生产中的重要地位,也自然形成了长辈对下辈,父亲对子女,丈夫对妻子的领导与指挥。可以说,小农经济经营方式是中国宗族法制度和观念长生不死的经济基础。而在西方,则无这种经济基础。在西方,古代是希腊、罗马的商品经济,在中世纪,则是封建领主制经济占统治地位。从思想上看,在小农经济社会中产生的中国特有的儒法两家学说,又反过来有力地影响了宗法制度和观念的发展与普及,从孔子提出“正名”学说(君臣、父子、夫妇各有其名分,各尽其职责),韩非提出:“臣事君,子事父,妻事夫,三者顺则天下治,三者违则天下乱,此天下之常道也”之理论,到汉代董仲舒、班固正式提出三纲原则,宋代朱熹将三纲神圣化等等,这些都对中国宗族法观念的发展起了推波助澜的作用。应该说,孔子、董仲舒、朱熹等人的理论也是中国特有的。在西方从公元3世纪以后开始兴盛至今的基督教教义,尽管也强调家长的权力,强调妻子对丈夫的服从,但这种教义对超人格神的信仰,一神教的原则,以及在上帝面前信徒人人平等的观念,与中国宗族法观念则是格格不入的。

中国古代宗族法观念,发展到封建社会末期达到了鼎盛时期。从北宋开始,除了正统的宗法组织(国家政权体系)之外,长江流域及华南各地地方性宗族组织迅速发展。北宋大臣范仲淹置义田族产,文学家欧阳修、苏洵修谱收族,一时为各地效法。进入清代,宗族组织更是普遍建立,“天下直省各郡国,各得数百族,落落参错县邑间”。^① 乾隆29年,江西巡抚辅德巡查本省建有宗祠的宗族,一省之

^① 引自朱勇著《清代宗族法研究》第8页,湖南教育出版社1987年版。

中,竟达 8994 族。^① 这种现象,几乎一直延续到了 20 世纪中叶。

新中国建立以后,按照人民当家作主原则,建立起了各级政权组织,宗法制度和宗法观念曾受到了前所未有的冲击。然而,传统观念的影响是巨大的,清除历史的沉淀物也并非一日之功。在当代中国人的日常生活中,宗族法观念仍然强烈地影响着人们的行为方式。

首先,传宗接代思想根深蒂固。在一部分中国人尤其是农村和边远地区农民的观念中,“不孝有三,无后为大”、“不生个儿子,就会断子绝孙”的思想,仍然顽固地在起着作用。由这一观念引发,出现了“生个儿子乐哈哈,养了女儿瘪笃笃”,以及用“B 超”仪器来检查怀的是否男孩,乃至发展到将生下的女婴杀死的现象,甚至出现了使西方人瞠目结舌的奇怪现象——“超生游击队”。

据安徽省计划生育委员会在 1990 年一份名为“超生游击队回村了”的调查报告上说:光该省固镇县华巷乡一地,就有外流的“超生游击队”四十三户。该县瓦町乡陈徐村一对夫妇,因超生甚至从 1987 年起就“游击”到了江西。据该县计划生育部门统计,仅 1989 年,全县就征收了超生罚款 1295890 元。该报告还说:在“全国五千万流动人口中,有多少是‘超生游击队员’?谁也说不清,但到处都有其身影。”^②

除安徽以外,其他省也都有关于“超生游击队”的调查报道。在有些地区,为超生年青的育龄夫妇甚至自愿远离现代文明,重返深山老林,过起“野人”般的生活。而超生的目标只有一个:就是为了生一个儿子,而为了得到儿子,即使已生了一个、两个甚至三个、四个女孩,她还要再生直至有了儿子为止。据《人口研究》杂志的调查,在陕西、河北两省尚无子女的妇女中,希望第一胎是儿子的占 90% 以上,在已有一个女孩的妇女中,希望第二胎是儿子的占 95%,而已有二

① 引自朱勇著《清代宗族法研究》第 8 页,湖南教育出版社 1987 年版。

② 《人口与经济》1990 年第 6 期。

个女孩的妇女,则百分之一百地想再生个男孩!^①

为了得到儿子而超生的现象,固然有经济的、习惯的原因,如在农业劳动中,女子体力不及男子;中国的习惯是女子婚后移居夫家,生了女儿无法“养老”,等等,但“延续香烟”的中国古代宗族法观念的影响不能不说是一个重要的社会原因。

其次,修建祠堂、坟墓的现象在某些地区愈演愈烈。修建祠堂,是为了祭祀祖上;建立坟墓,也是为了崇上祖先。两者是宗族法观念的重要物化表现。在各宗族法规范中,对此都有明确规定,如江西南国府太平县馆田李氏所订《李氏家法》规定:“夫茔墓乃祖宗体魄所藏,子孙命脉攸关,非眇小也。……今后祖冢颓废者,宜垒砌之;遗失者,加培封界。”^② 湖北麻城鲍氏所订《鲍氏户规》规定,“祖宗丘墓、祠宇,无故毁坏者,免祀。杖一百”。近几年,随着对外开放的深入,海外华人寻根问祖风气日盛,国内一些地区大肆修建祠堂、坟墓,乃至借此大搞封建迷信活动的现象也有所抬头。尤其是在福建、浙江等地,有些坟墓修建得比农民的住房还要考究、豪华。这种现象,无论是对我国的经济建设,还是社会主义精神文明建设都具有消极作用。

再次,由于宗族法观念的影响,各宗族间的纠纷、械斗在一些地区有死灰复燃的趋势。《福建审判》1990 年第 2 期曾作过如下报道:

福建周宁县法院林业庭,自 1986 年成立以来审理的 50 余起山林纠纷案件中,有 90% 都是当事人视林地为自己“祖宗山”而与争夺方发生械斗,引起纠纷诉至法院的。其中,1989 年夏季,浦源乡萌源村与端源村为了争夺“虎山岗”山场,双方聚集 800 多本族村民,手持锄头、扁担、柴刀、木棍进入山场,以占有“祖宗山”为名发生纠纷,互相毁坏对方的林木、农作物,引起械

① 《人口研究》1991 年第 1 期。

② 朱勇著《清代宗族法研究》第 218 页,湖南教育出版社 1987 年版。

斗。同年,咸村乡光夏村与玛坑乡坪坑村均视“肥坑”山场为自己“祖宗山”引起纠纷,双方相持不下。光夏村聚众100多人到山场将其林木一扫而光。坪坑村村民去阻拦,无奈人少(该村仅10余户),被迫打到坪坑村,抢走了锄头,毁掉了大量地瓜与农作物。严重地影响了当地生产和社会秩序。

上述事件,在广东、广西、江西、浙江、四川等地均有发生。这里,宗族、村落间的纠纷、械斗,虽然有经济上的原因以及领导工作上的疏忽,但村民中残留的宗族法观念不能不说是一个重要的动因。

更有甚者,宗族法观念甚至还以“加强农村精神文明建设”的幌子,竟堂而皇之地出现在农村一些地区的村规民约中:

据1991年1月26日《人民日报》报道:湖南省宁远县近年来出现了包含有如下内容的村规民约:(1)对村内人处罚宽,对村外人处罚严,如外村人耕牛违禁处罚金20元,本村人则5元;(2)村与村互相钳制,即订规约针对“冤家村”; (3)以村规民约取代国家法律,如不准本族(村)青年与“冤家村(族)”的联姻等。

这种现象虽然是个别的,但它提醒我们:清除宗族法观念确实是当前我们加强社会主义法律观念的一项重要任务。

最后,宗族法观念也是目前社会上亲亲相护、结党营私等不正之风的思想渊源之一。自力救济,一直是宗族法观念的重要内容。这种救济,包括两个方面:暴力相助与经济接济,前者要求“族属同气,休戚与共”,包括上述村落、宗族间械斗,就是导源于这一观念。后者强调同族成员间的互相帮助,互相接济,“子姓之众,皆祖宗一脉所分也。顾一树千枝,总是一树;一源万派,总是一源。今日子孙当知本根之是庇,患难相顾,有无相济,尽其欢欣所爱洽。”^①这种观念,其优点是强化了我国农村乡邻互助的优良传统,其缺点则是助长了社会上的亲亲相护、互为包庇之歪风。“一笔写不出两个‘王’字,何必

那么顶真”,“本家子弟不帮忙,靠谁帮忙?”“亲不亲,一个姓”。于是,各种不正之风由此而生,甚至还出现了本族党政干部为族中犯了罪的子弟作伪证、竭力包庇开脱的怪现象。

消除当代中国人心中的宗族法观念的影响,是一个长期的任务,它不仅需要大力发展社会主义商品经济,以摧毁宗族法观念赖以生存的经济基础——以小农经营为主的农村自然经济,也需要更新传统,在思想领域进行持久的反封建斗争,更需要在全国国民中大力普及法律知识,提高中华民族的法律观念,并使边远地区以及广大农村的各项管理工作进入法制化的轨道。

(本文写于1992年3月)

^① 朱勇著《清代宗族法研究》第217页,湖南教育出版社1987年版。

“孝”与中国亲子法文化

亲子,与夫妻一起,构成文明社会人类一纵一横之基本法律关系,具有丰富的文化内涵。对两千余年中国亲子关系发展发生重大影响并使其具有东方特色的就是“孝”,它是中国古代亲子法文化的基础。那么,在当前我们建设适应市场经济发展之新的亲子法文化时,“孝”是否还有保留甚至发扬光大的价值?这是一个人们感兴趣的问题。

孝最早起源于何时,已难考证。大约在夏商周三代,随着个体家庭和私有制的产生,小农经济的出现,家长因掌握生产劳动指挥权、财产处分权以及丰富的生产经验和技能而逐步树立起自己的权威,并相应形成了子女崇敬、事奉家长的义务观。这种义务观在中国古代特定的历史条件(宗法伦理社会)下,便逐渐演化成了孝的意识。《尔雅·释训》曰:“善父母为孝”,周书谥法云:“至顺曰孝”,表达了这一过程和现实。而到了孔子时代,孝便发展成为比较系统的理论(孝道)。

按照《论语》和《孝经》等史籍的记载,孔子的孝包括了尊敬和赡养父母,对父母的过错进行谏劝和掩盖,致丧过世的父母,按礼祭祀先祖,爱护子女,和睦兄弟,忠于君主,教化民众,等等。而其核心,则是“善事父母”,以便在家行孝,出门尽忠。这些思想包含了双重的价

值:其一,儿女对父母的敬养和父母对儿女的慈爱。这是孔子孝的思想中的合理部分。它代表了人类的天性,顺应着自然界的规律,因而得到了后世中国人的普遍认同,形成了中华民族的传统美德。其二,等级属性(名分)和宗法伦理属性(父子容隐等)以及由孝及忠,以稳定统治阶级的家、族、国的正常伦理秩序。这是将孝推及到了政治领域。这在孔子时代,或许是合理的,但后世历代封建统治集团出于维护自己统治秩序的需要,对这一点加以广泛宣传和利用,并将其发挥到极端,从而扭曲了孝的本义。

扭曲之一:某些孝子典型的树立,背离了人的正常心理。如《宋史·孝义传》记:“刘孝忠,并州太原人。母病经三年,孝忠割股肉、断左乳以食母;母病心痛剧,孝忠燃火掌中,代母受痛。母寻愈。后数岁母死,孝忠佣为富家奴,得钱以葬。富家知其孝行,养为己子。后养父两目失明,孝忠为舐之,经七日复能视。……刘钧闻而召见,给以衣服、钱帛、银鞍勒马,署宣陵副使。开宝二年(969年),太祖亲征太原,召见慰谕。”这种典型的树立,无疑在社会上培植起了一股愚孝的风气。

扭曲之二:不孝入十恶大罪。在正面宣传孝子的同时,统治阶级也对各种不孝行为施以重罚。仅就我国古代著名法典《唐律疏议》来说,不孝罪就包括对直系尊亲属供养有阙、诅詈尊长、居父母丧身自嫁娶和匿不举哀以及诈称直系尊长死亡等十余种。对这类犯罪,轻者处以杖刑、徒刑,重者则被处死。对不孝的处罚,还被广泛运用于司法实践。《折狱龟鉴·贾黯诛意》记:贾黯伺读,判流内铨时,益州推官乘泽,在蜀三年,不知其父死。及代还,铨吏不为领文书,始去发丧。既除服,且求磨勘(勘验资历及政绩,以定升迁)。黯言:“泽与父不通问者三年,借非匿丧,是岂为孝乎?”卒使废田里。

这种扭曲以及对孝中等级、宗法、伦理色彩的强化,使中国古代的亲子法文化带有浓厚的宗法性、伦理性、等级性和子女对父母的单向义务性,成为压抑青年人之独立性、创造性和权利意识的工具,这

是违背中国人民的根本意愿的,也是孝道发展的异化状态。

二

在西方,并未出现与中国古代“孝”对应的概念,但这并不是说,西方历史上没有孝的观念。在早期希腊和罗马,人们也很讲究子女对父母的敬养,柏拉图曾说过:“一个人对生他养他的亲人所欠负的一切,必须尽其所能地加以回报:第一,用财产资助;第二,亲自伺奉;第三,奉献整个灵魂。他回报的是那些亲人在他幼年时代所给予的无法估量的照顾,以及为他所付出的辛勤劳动。他如今在亲人们老迈力衰、最需要照顾时,回报他们的深恩。”(《法律》IV, 717C)这段话,意思与孔子所说的孝的第一层含义极为相近,所不同的是,他没有将这种敬养引向极端。相反,在希腊罗马时代,法律规定亲子关系时,大多场合强调父母与子女的双向义务。尤其是随着希腊罗马商品经济的兴起,公民权的普及,子女的地位不断上升,亲子关系也被纳入平等的法律轨道之中。罗马后期的法律甚至规定,父亲杀死儿子将被定以杀亲重罪,处以极刑。这样,就使古代西方孝的观念和重视子女权利的平等观结合了起来,使孝具有了更多的合理性。

资本主义兴起以后。在商品经济和民主政治的作用下,亲子关系变得更加民主和平等。与此同时,敬养父母的观念和实践也未淡化。这一点,从西方用语中也反映了出来。比如,在拉丁文中,虽然没有与“孝”完全对应的词,但有与此相近的用语 *pietas*, 它表述的意思与中国孝的内涵极为接近,即表示:(1)虔诚(对神);(2)孝敬(对父母);(3)友爱(对他人);(4)忠诚(对国家)。由该词派生出来的法文 *pieux* 和德文 *pietät*, 内涵也一样。

因此,有的学者所谓西方国家实现了工业化,但精神文明却下降了,人们之间充满了竞争,缺少爱心,亲子关系也很淡漠,他们是“经济的巨人,伦理的侏儒”的提法,应当说是一种误解。不错,资本主义

的发展,带来了诸多问题,如在“时间就是金钱”的观念下,子女没有时间来经常陪伴父母;由于商品经济下工作、人口的巨大流动性,以及人的独立意识的增强,子女与父母分居的比较多,从而加剧了父母的寂寞感,等等。但是,一方面,敬老爱幼是人类的本性,西方社会绝大多数的人也都是遵循这一规律的;另一方面,战后资产阶级通过立法,强调子女对父母的义务(如西德 1980 年便在民法典中增订了这一内容),发展了各种社会福利保障和公益事业。因此,西方的亲子关系并不象我们想像的那样冷淡和隔绝。据美国学者马丁·怀特 1984 年对底特律的调查,一次大战前结婚的人中,曾和父母在一起生活的要占 42%;60 年代前后结婚的,占 30%;之后结婚的人中虽大为减少,但仍在 10% 以上。并且,即使分居后,他们之间的距离也是很近的,以便互相照顾。70 年代的一项调查表明,美国老人大约有 75% 住在离其孩子住地只驱车半小时便可到达的地方。1977 年进行的一项全美调查表明,56% 的被调查者都说,他们每月都有好几个晚上要同自己的亲属相聚。美国学者斯特雷布的另一项调查表明,美国各代人之间的团结和凝聚力是极其强的(见袁亚愚著《中美城市现代的婚姻和家庭》第 240—242 页,四川大学出版社 1991 年版)。原本属于东方民族,现已进入工业化的日本和我国台湾,孝的观念也未淡化。比如,据台湾弘儒学会王宇清先生介绍,台湾学者 1977 和 1982 年在青年中的抽样调查结果表明,被调查者中认为在现代生活中向父母尽孝是“仍然有些或十分必要”的,占总数的 98%。

三

综上所述,孝的观念以及实践,历经奴隶社会、封建社会、资本主义社会和社会主义社会而不衰,与现代商品(市场)经济也不矛盾,它遵循和表述了人类亲子关系发展的规律。人,包括动物,刚生下来

时,总要依赖父母的养育才能自立。那么,当子女长大后,尤其是当父母年老后,作为一种回报,子女孝敬父母、供养父母是顺理成章的事。人类不管进化到何种文明程度,总是有一个出生,到长大,到衰老的过程。因此,强调子女对父母的孝与父母对子女的慈,应是一个全球性的永恒的主题。因此,在当前我们加强社会主义亲子法制建设中,对“孝”无疑是应予保留并且应当发扬光大的,父慈子孝仍应是我们当代亲子法文化的基础。这里,需要进一步明确的是:

第一,倡导“孝”,是当前建设社会主义精神文明的需要。改革开放以来,我国的经济建设获得了巨大的发展,但精神文明的建设状况并不令人十分满意。表现在亲子关系上,已是成年的子女依赖父母,衣来伸手,饭来张口者有之;辱骂、虐待父母者有之;身为党员干部,将年迈的父母赶出家门流落街头者有之;父母尚未咽气,兄弟姐妹就为争夺父母“遗产”吵闹斗殴者有之。这些现象虽然极为个别,但败坏了社会风气,也给下一代造成了不好的影响。改变这种状况,首先当然是要发展生产力,推动社会福利保障事业;同时,也必须加强社会主义亲子法制建设,依法保障老年人的权利。而在这方面,用法律将“孝”这一传统美德肯定下来,无疑有着积极的意义。

第二,倡导“孝”,并不是怀古倒退,而是对中国封建文化的一种扬弃。由于前述对“孝”的扭曲,自“五四”以来,许多青年知识分子对“孝”都进行了猛烈的批判,这是进步的表现。但从“五四”至“文化大革命”,我们在批判“孝”的过程中,把它合理的部分也给否定了,这就造成了人们思想的混乱,似乎“孝”是不好的,是虚伪的,倡导“孝”就是要复辟封建制度。历史证明,这是一个很大的误解。应当承认,建立在民主、平等以及尊重子女权利基础上的“孝”,完全可以成为新时期亲子法文化建设的有机组成部分。

第三,倡导“孝”,可以更有成效地普及中华民族的亲子法文化意识。我国的婚姻法,在阐述亲子关系时,一般用“敬老爱幼”这一术语,经过多年宣传,它也已深入人心。因此,有些同志认为不必再提

“孝”等概念,只须将它们吸收进“敬老爱幼”中即可。这一观点是对的,但笔者认为可以进一步深化。法律文化,具有多种层次,既包括法律规定等制度文化,也包括人们的法律意识。而在普及人们的法律意识时,光有“敬老爱幼”就显得单调和不够了。比如,对“孝子”一词,要用“非常尊敬、很好地赡养老人的儿子”等语句来表达,很费力。“慈父”的表述也同。何况有些词是无法用其他语句来确切表达的。因此,笔者以为,不仅可以恢复已经成为中华民族美德的孝道,使用易于为人民所接受的关于“孝”的用语也是必要的。

(本文原以《孝能否倡导》为标题,刊登于1993年5月4日《文汇报》,收入本书时在文字上作了个别订正)

中日法律文化近代化之若干比较*

自公元645年“大化革新”后采中国唐制而加入中华法系之日本,其封建法律制度与中国有诸多相似之处:接受儒学的巨大影响,以刑为核心的成文法表现形式,民事领域的习惯法调整传统,法律规范中义务性条款的主导地位,法律教育的不发达与审判制度的不健全,注重调解厌恶诉讼的法律意识,缺乏权利意识的法律观念,等等。开始法律文化近代化时面临的内外条件也大体相同:发生时间都在19世纪后半叶,国内的封建体制都已极为腐朽,资本主义生产关系都不发达,都有受西方列强吞并、奴役的危险性,等等。然而,日本的法律文化近代化取得了成功,成为一个与西方发达资本主义国家并驾齐驱的法治国;而中国的法律文化近代化却归于失败,陷入了半殖民地、半封建的法律世界。这是为什么?

近几年,学术界对中日经济近代化或政治近代化等作了较为充分的比较研究,取得了诸多成果^①。而对中日两国的法律,尤其是法律文化近代化的比较则触笔极少,至今尚无系统之论著问世。为此,

* 本文系与陈鹏生教授合作完成。

^① 如依田喜家著《中日近代化比较研究》孙志民、瞿新编译,上海三联书店1988年版、王晓秋著《近代中日启示录》,北京出版社1987年版等。

我们拟对此问题作一些论述,以引起学术界对这一重大课题的重视和关注。

二

要比较中日两国法律文化的近代化,首先应弄清“法律文化近代化”之含义。虽然,学术界对此术语尚无定义,论述也不多,但对“法律文化”和“近代化”的含义已作了许多探索。因此,我们可以依据以往的研究成果,对“法律文化近代化”一词作出明确的阐述。

我们认为,所谓“法律文化近代化”,即是“法律文化的资本主义化”,换言之,包含如下几层含义:

第一,相对于封建社会诸法合体、民刑不分,实体法和程序法相混之状态,法律文化近代化使宪法、行政法、民法、刑法等部门法各自独立,实体法与程序法分开,使法律体系合理化、科学化。

第二,相对于封建社会法律的等级特权、专横野蛮、株连无辜、刑讯拷问、无视公民的基本人权以及种种不人道现象,法律文化近代化确立了天赋人权、主权在民、三权分立、法律面前人人平等、法无明文规定不为罪、法不溯及既往、罪刑相适应、无罪推定、禁止非法控告、逮捕或拘留以及宪法中的选举制与违宪审查制、民法中的所有权神圣和契约自由、诉讼中的辩护制等原则和制度。

第三,相对于封建社会“朕即国家,君言即法”,依靠人治轻视法的权威的状况,法律文化近代化强调法是公民代议的产物以及这种法的无上权威,确立了依法行政的治国原则,将国家的政治、经济、文化、科技、教育等一切活动纳入法治的轨道。

第四,相对于封建社会法学或依附于神学或屈膝于政治权力的“婢女”地位,法律文化近代化使法学成为一门独立的学科,开始了自己的发展道路,并日趋缜密化、合理化、科学化。

第五,相对于封建社会人们缺乏权利意识、法律意识以及诉讼意

识等,法律文化近代化树立了全体公民的权利意识、法律意识及诉讼意识,形成了一个比较重视遵法守法的社会秩序。

以上五种含义,囊括了法的物质文化(含制度文化)和精神文化之近代化的基本方面。显然,在一篇论文中对中日两国法律文化近代化之各个方面都进行论述是不可能的。因此,下面的比较只能涉及法律文化近代化的制度建设侧面。但是,就是仅从这一侧面入手,我们就可以从中得到深刻的启迪,即日本法律文化的近代化是怎样比较顺利地发展的,而中国却怎样走过曲折的历程的。

三

按照日本权威法制史著作《日本近代法发达史》的观点^①,日本法律文化近代化的形成和确立,大体经历了两个时期,即法律的准备期(1868~1888年)和法制的确立期(1889~1914年)。

1867年底发生的明治维新。把大久保利通(1830~1878)、西乡隆盛(1827~1877)、伊藤博文(1841~1909)等一批立志改革、具有创新思想的下级武士推上了政治舞台。在他们的领导下,日本开始了自上而下的大规模的社会改革,法律的发展也进入了新的时期——资产阶级法律的准备期。在这期间,日本政府在法律改革方面,迈出了如下几个有力的步骤:

第一,颁布一系列宪政法令,改革封建官僚政治体制。1867年12月9日,以天皇名义发布的“王政复古”诏书,废除幕府统治,成立天皇政府。1868年3月14日,天皇政府发表“五条誓文”,强调要依照西方资本主义,建立日本的政治制度。1868年7月,公布《政体书》,规定由天皇亲自执政,下设太政官辅佐天皇,中央机关实行“三

^① 全十一卷,由鹤饲信成、福岛正夫、川岛武宜、迁清明主编,劲草书房1958~1967年版。

权分立”。1871年7月,宣布“版籍奉还”,在全国废藩设县,铲除地方封建割据势力,使日本成为一个统一的近代民族国家。1885年,天皇政府又宣布废除太政官制,改行内阁制,任命伊藤博文为首任内阁总理大臣,组织日本第一届内阁。所有这些,都为1889年《大日本帝国宪法》的颁布实施铺平了道路。

第二,运用立法手段,改革封建的土地制度、税收制度及等级制度。1872年,明治政府下令废除封建领主土地所有制,允许一切人自由买卖土地。1873年,颁布地税改革法令,改实物地租为货币地租,按地价的5%向土地所有者征税。这两个法令,既使明治政府能在全国征税,为发展资本主义进行原始资本积累,又使地主富农通过丰厚的地租收入,投资于银行和企业发展资本主义,还使众多农民破产,从而为资本主义生产提供廉价的劳动力。与此同时,1871年7月,明治政府颁布法令,改革封建等级制度,宣布贵族与平民地位平等,将以前的宫廷贵族与诸侯称为“华族”,武士改称为“士族”,并依原不同等级发放货币封禄公债,使其或改行官僚、地主和资本家,或沦为小商人或出卖劳动力的无产者。

第三,通过立法,推行“殖产兴业”之国策。1868年3月,设立了商法司。5月,该司颁布《商法大意》,废除了入股上的封建行会垄断,允许股的买卖自由,并废除各地的关卡,打通了全国各地的贸易流转线路。1869年,颁布法令废除了铜输出的限制,废除各藩的专卖特权以及各藩禁止本藩米谷出藩的禁令,允许普通百姓拥有大型船舶从事航运业。1871年,废除了对利息的限制。1872年8月,颁布法令允许农民兼营商业,并废除了地租、房租、工资方面的各种限制,实行自由契约的制度。同年11月,颁布《国立银行条例》,设立了国家银行。1873年,废除了对米麦输出的限制。1874年,颁布股份交易条例。1876年8月,颁布美商公司条例。进入1880年以后,又颁布了一系列发展保险事业的法令。这一切,都为确立资产阶级的民商法制度作了准备。

第四,颁布了一系列改革教育、文明开化的法令。1871年,制定了《大学规则》和《中小学规则》,设立了管理全国教育的文部省。1872年,颁布关于近代学制的条例规定,将学校教育分为大、中、小学三个阶段以及培养师资的师范学校和专业人才的专门学校。据此,至1875年,日本已设小学二万四千多所^①。进入1880年以后,日本进一步确立了近代教育的三条方针:(1)普及高等教育;(2)创立科技教育机构;(3)尽力掌握欧美的先进科技知识。所有这些,也都为近代资产阶级教科文卫法制提供了历史基础。

第五,开始了各大法典编纂的准备工作。从明治初年开始,日本就开始了六大法典的编纂工作。1868年,政府命箕作麟祥(1846~1897)着手翻译《法国民法典》。1873年由司法省民法寮起草了“民法暂定规则”,共2085条,1877~1878年,以箕作麟祥等为首的起草委员会完成了三编制民法典草案。1880年,日本成立了民法编纂局,任命法国人保阿索那特(Boissonade, 1825~1910)为起草民法典之负责人。他于1887年拿出了民法典草案,1890年颁布(称旧民法)。与此同时,日本又先后制定出了刑法典和治罪法(同于1882年施行,均由保阿索那特起草)、宪法典(1889年实施)、民事诉讼法典(1880年制定,未实施)等。这样,在1889年宪法颁行前日本虽未完成各大法典的制定实施任务,但已为各大法典的出台做了充分的准备。

从《日本帝国宪法》(1889年)颁行至1914年,日本近代法制建设进入了一个确立期,即除宪法之外,各大法典已陆续颁行。1898年《日本民法典》开始实施;1899年《日本商法典》正式生效;1907年公布实施了《裁判所构成法》、《行政裁判法》、《刑事诉讼法》,1908年又实施了新的刑法典。这样,在日本就建立起了一个比较健全的近代资本主义法律体系,确立了一系列资产阶级法治原则,完成了从封

① 上引鹤饲信成等主编《日本近代法发达史》第1卷第108页。

建法律向资产阶级法律的各种变革。因此,可以认为,至第一次世界大战爆发,日本的法律(制度)文化近代化已经实现^①。

鸦片战争前夕,清王朝已进入“日之将夕,悲风骤至”的衰世。及至鸦片战争爆发,资本主义的炮舰轰开了中国的国门,千年封建帝国开始崩溃了,为了挽救腐朽、没落的满清封建统治,清政府不得不开始了法律改革。这一改革,大体上也可分为两个阶段^②。

从1840年鸦片战争至1900年义和团运动,是法律改革的前期阶段。在这一阶段,清政府在法律上采取了下列三项措施:首先,从1840~1870年30年间,先后四次对《大清律》进行了修订。其次,秉承帝国主义列强的意志,在《中英五口通商章程及税则》(1843年)等一系列不平等条约中,逐步确立了丧权辱国的领事裁判权制度。再次,大量翻译了西方的法律与法学文献,如美国传教士丁韪良(1827~1916)翻译的《万国公法》、《公法千章》,英国传教士傅兰雅翻译的《各国交涉公法》、《公法总论》等^③。从这些法律文化的变化中,已显露出了中国法律文化近代化的基本走向:对封建法律的改良,对帝国主义的屈服,对西方法律和法学的引入。

20世纪以后,随着阶级矛盾和民族矛盾的进一步加剧,清政府不得不加快了法律改革的步伐。1902年,发布修订现行律例的上谕。1903年下令设立修订法律大臣,开始了各大法典的修订编纂事业。

在宪政法制方面,1905年,慈禧派载泽、端方(1861~1911)等五大臣出洋考察各国宪政。1906年9月1日,颁布了预备立宪的上谕。1908年8月,颁布了由宪政编查馆制订的《钦定宪法大纲》,共23条,包括正文“君上大綱”和附录“臣民权利义务”。1909年8月,

① 大竹秀男、牧英正主编《日本法制史》第292~328页,青林书院1985年新版。

② 曾宪义:《清末修律初探》,载《法律史论丛》第三辑,法律出版社1983年版。

③ 云岭:《清末西方法律、法学的输入及影响》,载同上书。

颁布《资政院院章》，规定作为皇帝御用“议会”之机关资政院（1906年成立）的职权。然而，这些均未能欺骗住人民。1911年10月10日，辛亥革命爆发。为了对付革命，麻痹人民，11月3日清政府公布了宪法《重大信条十九条》，表面上对皇权作了一些限制，但仍规定了皇帝的万世不易及其享有行政权、军权等实权。随着辛亥革命的胜利，《十九信条》也被丢进了历史垃圾堆。

在刑事法领域，1910年9月颁布了《大清现行刑律》，对《大清律例》作了一些修改。12月又颁布了《大清新刑律》，依照西方刑法典模式，分总则和分则两编，确定死刑、无期和有期徒刑、拘役、罚金为主刑，剥夺公权和没收为从刑，并进一步规定酌减死罪、死刑惟一、删除比附、惩治教育以及罪刑法定等新的刑法原则和缓则、假释制度，取消了部分等级特权。但该刑律仍规定了五条封建性的“附则”，规定了皇帝总揽司法的人事权和案件的审判权，以及以三纲五常为源的原则，确立了领事裁判权制度。因此，《大清新刑律》虽具西方资产阶级刑法典之形，却为半殖民地半封建法典之实^①。

在私法领域，1911年8月完成了《大清民律草案》。它依照德、日民法典之体例，分总则、债、物、亲属、继承五编，规定了资产阶级民法的一般原则。但该法典同时又保留了封建民事法律的法统。与此同时，从1903年起，清政府开始着手编订商法，先后颁行了《商人通则》、《公司律》、《破产律》。1908年10月起，又聘请日本法学家志田甲太郎起草《大清商律草案》，分为总则、商行法、公司法、海船法、票据法五种，但未及颁行，清政府已为辛亥革命所推翻。

在诉讼法领域，1906年曾编成《大清刑事、民事诉讼法》。它以西方和日本的诉讼制度为模式，采用了资产阶级的公开审判制度、陪审制度和律师制度，因遭各省督抚反对而未颁行。1910年12月，又编成《刑事诉讼律草案》和《民事诉讼律草案》，但也都未及颁行。

^① 周密著《中国刑法史》第368页，群众出版社1985年版。

从上述中日两国法律文化近代化之具体过程看，我们可以得到一个鲜明的印象，即“形同实异”。从表面上、形式上看，中日两国法律文化近代化极为相似，具有许多共同点：

首先，均是在西方帝国主义冲击之下实行的，并都想以引进资产阶级法律为条件收回治外法权。从日本情况来看，1853年以后，德川幕府在西方列强的武力威胁下，先后不得不与美、英、法、俄、荷等国签订了不平等条约，承认了领事裁判权，丧失了关税自主权，陷入了半殖民地的边缘。明治维新后，日本新政府便把修改这些被视为国耻的不平等条约为主要议程，同各国进行交涉。而西方列强却提出，条约的修改必须以在日本实行欧美式的立法为前提条件。在有关各国的强烈要求下，明治政府便开始了上述一系列的法典编纂活动。就中国而言，1902年在与各国修订商约期间，英、日、美、葡四国表示，如清政府改良司法现状，“皆臻完善”，可以放弃治外法权（领事裁判权）。在帝国主义的压力下，清政府不得不下诏，“参酌各国法律”，修订现行律例，“务期中外通行”。并从1905年以后开展了比较系统的各大法典的修订编纂工作。然而，可悲的是，日本于1911年实现了全面废除西方列强加之治外法权的目标^①，而中国则在半殖民地、半封建的泥潭中越陷越深。

其次，均以西方资产阶级法典为立法模式，大量照搬西方资产阶级法律成果。在明治政府的立法过程中，日本一方面派遣各种法律代表团，出国考察西方政治和法律制度。1871年12月，派出了以岩仓具视（1825～1883）为首，包括木户孝允（1833～1877）、大久保利通、伊藤博文等维新领导人及各部门负责人在内的大型代表团，先后访问了美、英、法、比利时、荷兰、德、意、俄等十二个国家，历时一年九个月，对这些国家作了全方位的考察。而法律制度，是他们考察的主要目标之一。另一方面，日本大量地翻译、引进西方的法律文献，如

^① 川岛武宜著《日本人的法律意识》第2页，岩波书店1967年版。

光箕作麟祥一人,在1875年,就完成了法国宪法、民法、商法、刑法、诉讼法和治罪法的全部翻译工作,取名《法兰西法律书》,以资明治政府编纂法典之用^①。与此同时,日本还聘请了许多西方法律专家,直接从事法典编纂与指导工作。如被称为“明治维新的保姆”的美籍传教士威尔贝克^②、“日本近代法之父”的法国学者保阿索那特以及德国法学家鲁道夫等就是其中的代表人物^③。这些,都使日本各大大法典带有严重的西方色彩。清政府的立法与此十分相似。一方面,也曾派出多批官员和学者,考察欧美及日本的法制,如1905年派出载泽等人出洋考察九国宪政代表团,1906年派出修订法律馆之赴日法律代表团,以及各地自费出国考察法制之官员。另一方面,沈家本主持修订法律馆后,立即着手大规模地翻译西方法典的事业,先后翻译了法、荷、德、意、日、俄、比等国的刑法、民法、刑事诉讼法、民事诉讼法等共34部法典^④。与此同时,清政府也聘请了一批外国法律专家来中国讲学,参与立法工作,如日本法学博士冈田朝太郎、日本大审院判事法学士松岗义正等。

再次,在立法内容上,都不同程度地保留有封建的法统。如日本的宪法保留了君主制,强调了天皇的权力。日本的民法保留了封建的永小作制度和户主身份地位继承的“家督继承”。刑法中保留了反对皇室罪等。而清政府的《钦定宪法大纲》则强调了皇帝总揽立法、行政、司法大权,《重大信条十九条》仍把“大清帝国皇统万世不易”作为第一条,《大清新刑律》除设五条封建的“附则”之外,还明文规定了危害皇室罪以及以维护父权、夫权为中心的封建家庭制度等,《大清民律草案》对地主的所有权作了详尽规定,对父母包办子女婚姻等也

① 伊藤正己主编《外国法与日本法》第22页。岩波书店1966年版。

② 田中彰著《岩仓使节团》第27页,讲谈社1977年版。

③ 潮见俊隆、利谷信义主编《日本的法学者》第46页,日本评论社1975年版。

④ 前引云岭:《清末西方法律、法学的输入及影响》。

作了肯定。只是在总体上,日本建成了资产阶级法律体系,保留了封建法的残余,中国却是试图在西方资产阶级法律形式的装饰下维护封建法统。

中日法律文化近代化之“实异”表现为:

第一,从事法制近代化的主体不同。在日本,随着明治维新的成功,实际掌握国家权力的是大久保利通、木户孝允、西乡隆盛、伊藤博文、江藤新平(1834~1874)等一批具有资产阶级思想的改革派,在他们的领导下,法律改革活动得以真正地、全面地顺利展开。虽然,在编纂法典中也曾有过争论,但阻力并不很大^①。而中国情况不同,中国比较大规模地开展法律改革是20世纪以后。此时,戊戌变法已被血腥镇压,义和团运动也惨遭失败,国家实际权力仍握在一批最反动、最保守、最落后的满清皇族手中。尽管立法大臣沈家本等也被赋予一定权限,但立法的目的、指导思想、内容等大政方针均操于最高统治者手中,即使沈家本作出多次妥协,最后仍免不了被贬削官的结局。因此,在以满清皇帝等为首的这种实权人物控制下,立法是不可能取得与日本法律改革一样的成果的。

第二,立法的目的不同。固然,表面看来,中日两国近代立法之目的都与废除西方列强强加之不平等条约尤其是治外法权有关,但实际目的全然不同。日本明治政府的领导人,不仅要解除西方列强所加之耻辱,而且要大力发展资本主义,建立独立的强大的资产阶级民族国家,与西方列强平起平坐,成为亚洲的主宰,进而称霸世界。这一点在1875年很流行的一本大众启蒙书籍《明治之光》中就已表露得很清楚,该书中有一段是这样的:“在现今之文明世界,若西方之

① 日本编纂法典中的争论,主要是指围绕1890年旧民法和旧商法的公布而展开关于要否延期实施这两部法典的争论,它以“延期实施派”的暂时胜利而结束。详细请参阅井田良治、山中永之佑、石川一三夫著《日本近代法史》第160~162页。法律文化社1982年版。

冠军为英吉利,东方则愿为名实相符之日本。希大家善体此意,振奋精神,努力学习。”^①中国清政府的立法目的并不在此。如前所述,以慈禧为首的满清统治者是中国历史上最反动的分子,直至19世纪末,他们还顽固地恪守“宁肯亡国,不可变法”的立场。义和团运动以后,他们眼看其统治将难以维持,这才被迫开始修订法律,但目的也仅仅在于欺骗人民,保住其统治的根基。至于这种法律改革将使中国法律导向何方,是半殖民地法?半封建法?他们并不在意。这一点,在载泽等五大臣出洋考察回来的奏折中,也可窥见一斑。该奏折称依照西方立宪有三大利:“一曰,皇位永固;一曰,外患渐轻;一曰内乱可弭。”^②中日两国立法之目的既然不同,其结果当然就相异了。

第三,由于立法的不同,立法之内容也必然有异。日本明治维新以后的立法改革,在贯彻西方资产阶级法律制度方面比较彻底,如议会制(虽权力非常有限)、内阁制、所有权神圣、契约自由、罪刑法定主义、民诉中的当事人进行主义,以及律师制度、陪审制度等等,在明治政府的各大法典中都有比较明确的规定。而中国,虽在立法尤其是依照德、日而制定的民刑法律中,对上述制度和原则中的大部分也有规定,但其程度和范围均不及日本。同时,日本明治维新以后的各大法典也比较完备,相反,清政府至灭亡也未及颁布一部宪法典,而日本最先颁布的就是《大日本帝国宪法》。此外,清政府的立法内容中还明确规定了帝国主义在中国的各项特权,表明法律已具有半殖民地半封建的性质,这也是与日本明显不同的。

第四,法律改革的准备工作也不相同。日本各大法典的编纂施行,虽然基本上是在1889~1899年这十余年间实现的,但其法律改革的准备工作早已开始。在1889年以前,日本已颁布了一系列改革

法令,对封建法统开始进行清算,而中国在1902年开始修订法律之前,虽已有近60年“修律”之历史,但并无一点进步之变化。1906~1911年的修订法律,也都是在匆忙之中进行的。

第五,实施程度不同。光从立法形式和内容上还不足以显示中日两国近代法律的本质区别。从日本情况看,各大法典都得到了切实贯彻,有的如民法典、商法典、刑法典等,至今还在日本生效。而中国则不同,清政府的《大清商律草案》、《刑事诉律草案》及《民事诉律草案》等,根本未及颁行;《大清新刑律》和《大清民律草案》虽然颁布,但未及实施;即使是施行的《重大信条十九条》,也不过生效了几个月。这些都说明,对社会生活而言,清末立法的影响几乎是微乎其微的。这无疑是中国法律文化近代化的一个重大差异。

四

中日法律文化近代化出现上述“形同实异”之现象,具有深刻的社会背景。

从经济上看,一方面,明治维新前日本的封建经济与中国的就不同。中国的地主与商人、高利贷者可以互相转化。因此,中国的地主制是开放的。特别是历代封建专制统治陈陈相因地奉行“重本抑末”政策,商品经济受到极大的限制,封建地主阶级与封建官僚统治在政治上的勾结日益密切,因而造成当时的商贾纷纷通过“求田问舍”的途径,跻身于地主阶级之列。这样,“学而优则仕”之官僚、富有农民和商人均可以通过购买地产进入地主阶级行列。这种开放性使整个地主制机制获得了稳定性,具有强大的再生能力。封建土地所有制不但是清王朝反动统治的经济基础,而且在整个近代中国,一直到辛亥革命都未发生实质性的变化。这就使建立在这种封建经济基础上的封建法律制度的改革,变得更加艰巨和复杂。而日本不同,由于土地(分封)占有结构的封闭性,即使商人和高利贷者很富有,也无法成

^① 藤家礼之助著《日中交流二千年》第193页,张俊彦、下立强译,北京大学出版社1982年版。

^② 张晋藩主编《中国法制史》第332页,群众出版社1982年版。

为大封建主和武士。而领主与武士出于等级观念,又耻于成为商人或高利贷者,因此,日本的地主制是封闭型的,它缺少中国地主制那种再生的能力。这样,那些不能转为幕藩领主的商人及高利贷者,就成为反对幕藩封建制的经济势力。虽然,18世纪初由于开发新田等,在日本也形成了新兴地主,但因为挤不进幕藩领主之行列,而不得不兼营萌芽状态的资本主义工业,成为商人、地主、资本家三位一体的“豪农”,他们也构成了支持明治政府法律改革的社会基础。另一方面,在日本幕藩经济结构中,下级武士的生活很不稳定,他们既不像中国的地主那样拥有私有地,也不像欧洲的骑士那样拥有领地,他们只能凭借幕藩领主给予的微薄俸禄生活,到幕藩末期,许多武士已不能维持生计,只得另谋生路,或经商、办企业,从事手工业;或改行当教师、医生,甚至沦为游民。他们对幕藩领主十分仇恨。他们也成为支持近代法律文化改革的社会基础,而在中国封建经济中,则并无武士这一特殊的阶层。

此外,在日本,17、18世纪,其商品经济发展要比中国更普遍一些^①,这是中日两国近代法律文化产生巨大差异的深层原因。在中国清末,除皇室贵族和大部分晋绅地主以外,大量的中小地主仍生活在农村,其生活物资主要来源于对佃农或雇工的剥削所得,对商品与货币的需要尚居次要地位,当时基本的市场结构仍是地方小市场^②。直到鸦片战争以后,中国的民族工商业才逐步发展起来,但就整个近代中国而言,资本主义商品经济是十分微弱的,甚至到了辛亥革命,一家一户的小农经济仍然占据统治地位。日本就不一样,德川幕府的统治阶级,几乎所有成员,包括将军、大名等幕藩领主及绝大多数

^① 王家骅:《试论近代中国和日本走上不同道路的内部历史原因》,载《日本史论文集》,辽宁人民出版社1985年版。

^② 方行:《中国封建社会的经济结构和资本主义萌芽》,载《历史研究》1981年第4期。

武士都过着城市寄生生活,他们必须委托商人与高利贷者将农民的实物年贡变卖为货币,再买回各类生活用品,这样,就使农产品贡物进入了商品市场。同时,由于财政危机,领主就不得不在表面上禁止农民经商的同时,在一定程度上允许农民的商业性农业,这也推动了整个社会的商品生产。在18世纪末19世纪初,日本以江户、大阪、京都和各地城市为骨干,在全国已形成了一个商业网络和市场。这样,在明治维新前的日本封建社会中,已经出现了一定的资本主义生产关系和这种关系的社会力量。明治维新后,日本政府对这种关系和社会力量又大力予以发展。因而在明治20年后开展大规模法律改革时,其商品经济远远超过中国。

经济基础的差距,决定了中日两国近代社会思想、观念的不同变化和发展,这也必然在两国法律文化近代化进程中反映出来。在这方面,突出地表现在儒家思想的影响上面。本来,儒学对中日两国的文化都深有影响,同是两国封建法律的重要基础,但进入近代以后,日本资本主义商品经济得到迅速发展,摧毁了儒学所赖以存在的自然经济形态这一基础,儒学在日本的影响便开始衰退,或被从商品经济的角度加以新的阐述和利用。而在中国,作为封建正统的儒家法律思想,不但一以始终地在两千多年封建社会中占据统治地位,即使进入近代,儒家的三纲五常的思想观念,仍然渗透到各个领域。虽然,近代改革派的改革以及对西方资产阶级法律和法学的引进,初步打破了儒家思想一统天下的局面,但由于并没有对长期占统治地位的儒家思想观念进行系统的总结和批判,以三纲五常为核心的儒家伦理礼教的思想机制仍然在发挥作用,封建统治阶级中的顽固派和保守派,继续崇奉儒家思想,反对政治和法律的改革,这就难免使中国法律文化的近代化进程,每前进一步都会引起强烈的反响和激烈的斗争。清末修律中出现的礼教派与法理派的斗争,正是这种斗争的一次集中的表现。可见,和日本相比较,是根深蒂固的儒家纲常礼教思想成为阻挠中国法律文化近代化的严重障碍,而近代中国,又没

有像日本那样发达的资本主义商品经济,以作为发展资产阶级民主与法学的基础。因而,近代中国法律文化要完成向近代化发展的过程就不可能。

在政治上,日本明治维新前后的政治体制与中国清末的政治体制也很不相同。在明治维新前夕,以德川家族为代表的封建中央集权势力,受到两种力量的制约。一种是天皇家族,虽然该时期天皇是一个傀儡,无什么实权,但毕竟他是“天子”、“皇帝”,是日本民族的象征。因此,天皇的存在对幕府是一个潜在的危险,一旦某种势力借天皇之名与幕府作对时,就会得到全国人民的支持。另一种更可怕的力量就是各藩的大名。在幕藩体制下,德川将军对各幕领地并不拥有直接的行政权,各藩大名在其领地上相对独立地拥有立法权、司法权、行政权、税收权,还有自己的军队。这种政治权力机制,就使在面临封建危机和民族危机时,统治阶级可能会作出不同的反应,某些藩在人民压力和改革派的推动下,采取符合形势发展的决策,成为培植改革力量的根据地,明治维新法律改革的中坚力量就是来自各藩改革派。同时,改革派夺取一个藩也比夺取全国更为容易一些。明治维新以后,改革派掌握了财、政、军实权,法律改革的推行当然就更加顺利了。中国不同,它拥有高度集权的中央政府,政治体制是一元化的,几乎可以不受限制地乱用其暴力,即使在内忧外患、濒临亡国之时,它也不允许有与中央政府之政策不同的反应,而它自身又不可能作出顺应时势的对策。魏源、林则徐的了解西方的主张完全被其否决,戊戌变法又惨遭镇压,在这种政治条件下的法律改革能有什么实质性的成果呢?明治维新的成功以及雄心勃勃之明治开明政府的领导,与此相对的中国戊戌变法的失败以及腐朽、没落、反动、专制之清政府中央集权统治,是造成中日法律文化近代化之“实异”的最直接原因。

在历史传统和文化观念上,日本自古以来就有向外国学习的传统。由于日本自身的历史包袱并不重,它在公元3世纪以前尚无文

字,在7世纪以前也无比较系统的政治制度和法律,它的语言文化和政治、法律文化都是在学习中国的基础上,结合本国的具体情况创造而成。尤其是以“大化革新”为代表的对中国法律文化的大规模吸收,使日本一跃而成为古代东方社会最发达之中华法系的成员之一。在一千多年的历史发展中,使日本民族认识到了吸收外来法律文化加以改造、发扬光大对发展本国的法律文化是一个极好的捷径。虽然,德川幕府从1639年起曾实行了长达200多年的“闭关锁国”政策,但这并未能磨灭日本民族学习、吸收外来文化的传统。而且就是在锁国期间,日本也没有放弃向中国、荷兰等国学习先进的技术^①。明治维新以后,日本进一步加快步伐,全方位地引进西方的经济、政治、法律、科技教育等总体文化。与此相反,中国在近代以前,一直是东亚最先进的国家,中国的地理环境,使它远离产生欧洲文明的地中海和产生印度文明的印度河流域。古代的中国人把自己的国家称为“中国”或“中华”,而周围的国家则称为夷(东方国家)、蛮(南方国家)、戎(西方国家)、狄(北方国家),都是尚未开化的野蛮人。在这种情况下,中国统治阶级具有充分的自信心,而缺少一种向外来文化学习的观念。同时,在中国又比较早地出现了相当完善的孔子(公元前551~前479)的以“礼”为核心的儒家思想,这进一步使中国人将“礼”看成是中国的优秀传统,将有无“礼”作为衡量文明与野蛮的标志。即使在西方人超过中国,打败清政府的情况下,清统治者仍因西方人不懂“礼”而将其视为野蛮人。在这种观念下,中国统治阶级很难放下架子,真心诚意向外国学习,即使是同样学习西方法律文化,效果也不一样。如据梁启超的报道,江南制造局从1865年左右开始译印有关西学的书籍,到甲午整整三十年。前后只售掉一万三千本。而同时日本的福泽谕吉在明治初期所刊印有关西方文化的书,销路

^① 信夫清三郎著《日本政治史》第1卷第26页,周启乾译,上海译文出版社1982年版。

极佳,其中有一本在1866年出版之后,立刻就销售了75万册^①。这反映了在当时中国,统治阶级及知识界对西方文化有一种排斥的“国粹”心理。这也必然影响旧中国法律文化的近代化。

最后,中日法律文化近代化进程中的国际环境,对其结局也发生了重大影响。日本法律文化近代化的过程,也是日本国际地位提高、成为远东之霸主的过程。明治维新的成功,使日本避免了沦为半殖民地的危险。1894年的中日甲午战争,1905年的日俄战争,使日本成为远东最大的帝国主义国家。这种国际地位,使日本在法律文化近代化中,不仅没有半殖民地的性质,而且还具有了军国主义、扩张主义的特色。与之相反,中国近代化在大规模法律改革前,已经历了二次鸦片战争和一次甲午战争的惨败,受到了1900年八国联军的蹂躏,条约越订越不平等,殖民化一步步加深,到沈家本立法时,中国在国际上已成为各列强任意宰割的对象。这种国际环境,又使中国法律文化近代化的进程与日本进一步拉开距离,最终归于彻底失败。

五

中日法律文化近代化之“形同实异”,对中日两国法律文化现代化之走向发生了巨大影响。

第一,由于中日法律文化近代化之结局不同,使两国现代法律的命运也不相同。在日本,由于有了近代法律改革的成功基础,现代以后资产阶级法律获得了进一步的发展、完善,成为现代西方法治健全的少数几个国家之一。无论在法律体系,还是立法和执法机构、法院、法律教育与法学研究以及改造罪犯的矫正设施等方面,在世界资产阶级国家中都已属于一流水平。而中国,直至1949年,我们的法

^① 张源:《晚清思想发展试论》,载姜义华等编《港台及海外学者论近代中国文化》,重庆出版社1987年。

律制度还处在半殖民地、半封建的状态。虽然,建国以后,在中国共产党的领导下,我国已加快了社会主义法制建设的步伐,从而大大缩短了与法治发达国家之差距。但无庸讳言,我们的法律制度在总体上还是不够完善的。

第二,由于法律文化近代化的成功,使日本的现代总体法律文化(主要是法的精神文化)水准大大提高。必须注意的是,日本近代法律改革的成功,主要是法的制度文化,其法的精神文化的近代化,事实上是在第二次世界大战以后才开始得以全面实现的。如同日本著名法学家川岛武宜所言,日本法律文化近代化带有一种法典编纂的超前性与法律意识的滞后性的特点。他认为,直到本世纪50年代,大多数日本人的法律意识还具有前近代性质^①。但尽管如此,随着日本法的物质文化的近代化,社会生活的法律化,以法治国经验的积累,以及法律教育、法学研究的蓬勃开展,日本社会法的精神文化也开始达到近代化之水平。与此相反,在中国,由于法律制度文化的近代化没有成功。因此,隔了几十年,我们先还得解决法律的制度文化建设,以尽快建立和完善社会主义的法律体系。所以,法律的精神文化的建设起步较晚,发展也较慢。我国公民的法律意识处在前近代的现象比比皆是,封建法律文化残余在人们的社会生活中还大量存在。这些,都使我国法律文化现代化之任务特别繁重。

第三,由于中日法律文化近代化之结局不同,致使法律对两国社会生活、经济发展、政治体制变更,以及科技、文化、教育、卫生等事业的作用也显示出差异。在日本,自明治维新以后,政府颁行的各大法典,对发展资本主义商品经济起了积极的推动作用,发挥了良性的引导功能。而在中国,无论是清末的立法,还是北洋政府、国民党统治阶级的立法,由于是半殖民地半封建的法律文化形态,因此,它成为地主、官僚、买办资产阶级以及帝国主义镇压中国人民反帝反殖反封

^① 前引川岛武宜著《日本人的法律意识》第1章“问题”。

建的正义斗争的武器,成为严重阻碍社会生产力发展、文化进步的障碍。这就使追求法律文化进步之中国人民也不得不将其抛弃,以为实现中国法律文化的现代化扫清道路。

通过上述的分析比较,使我们看到,中日两国虽然在传统的法律文化上都深受儒学的影响,有着相同或相似的特点,但由于两国法律文化近代化这个关键性的转变过程不同,因而在法律文化的现代化发展上产生了差距。历史给人以启迪,通过中日两国法律文化近代化进程的比较研究,我们将更深刻地认识到,中国法律文化现代化建设无疑是任重而道远,从而激励我们在总结历史的教训,吸取外来的经验的基础上,为建立起具有中国特色的现代法律文化而奋起直追。

(原载《中国法学》1992年第2期,收入本书时在文字上作了个别订正)

布莱克斯通与英美 法律文化近代化

英国是世界上最早从事法律近代化并且获得成功的国家。早在17世纪中叶英国资产阶级革命过程中,它就通过国会制定新法律和改造封建时代的旧法律这两个途径,来创建适应资本主义商品经济关系发展的近代法律体系。在这个过程中,英国近代著名法学家布莱克斯通发挥了巨大的作用。本文试就布莱克斯通的法哲学和私法学理论对英国(包括后来的美国)法律文化近代化进程的影响作些论述。

布莱克斯通(Sir William Blackstone, 1723~1780),生于伦敦一缙商之家,12岁时便成为孤儿,由母亲的哥哥托马斯·毕格(Thomas Bigg)养大。^①1738年入牛津大学彭布罗克学院(Pembroke College, Oxford)学习数学、逻辑学、建筑学、希腊和罗马的古典作品,以及莎士比亚的作品。1741年加入“中殿法学协会”(Middle Temple),1745年,成为民法学士(Bachelor of Civil Law)。1746年,获出庭律师(Barrister)资格而开业。1751年,任大学校长法院的陪席法官。

^① Sir W. Holdsworth, A History of English Law, Vol. X II. P. 703. London, 1977.

1753年6月23日回到母校牛津大学担任英国历史上第一位英国法讲座的教授,从而名声大振,因为它“宣告了英国法的新纪元的到来”。^① 1758年,又担任“维纳讲座教授”(Vinerian Professor of English Law)。1761年,担任国会议员,1770年后辞去教授职务,担任民事诉讼法院和王座法院的法官。晚年致力于刑法方面的改革,如提出废除残酷的刑罚、改革监狱和矫正院的设施等。

布莱克斯通的主要作品有:《英国法分析》(Analysis of the Laws of England, 1754)、《大宪章和森林宪章》(The Great Charter and Charter of Forest, 1759)、《从1746至1779年威斯敏斯特各法院判例报告》(Reports of Cases determined in the several courts of Westminster Hall from 1746 to 1779, 1781)以及不朽的《英国法释义》(Commentaries on the Laws of England, 1765~1769)等。而其法哲学和私法学理论,主要集中在后者之中。该书是布雷克顿以来又一本系统论述英国法整体的著作,而且成就更大。该书不象大陆法系学者那样,仅把法学理论理解为是法律条文的解释学,把法学限制在范围很小的法学家的圈子内,而是试图将法学从法学家的专有领域中解放出来,变为普通市民手中的工具。在该书中,布莱克斯通强调:“英国法的知识,不仅对法律家,而且对所有有教养的英国人都是必要的”。^② 这在当时,无疑是一个伟大的主张。

除绪论以外,本书分为:一、人的权利;二、物的权利;三、私的违法行为(侵权行为);四、公的违法行为(犯罪)等几个部分。很清楚,这种分类是仿照罗马法的模式,但是具体内容,则是以英国法为对象的。如在人的权利这一部分中,除身份法之外,还包括了作为公的关系上的人的权利的国王的权能与个人的自由权,以及关于宪法的阐

^① J. H. Wigmore, A Panorama of the World's Legal Systems, Vol. III. P. 1094, 1928.

^② 碧海纯一、伊藤正己、村上淳一编:《法学史》第232页,东京大学出版社1976年版。

述;在物的权利中,也对英国封建制度作了论述。至1780年布莱克斯通去世,该书在英国已出了八版。^③

在布莱克斯通的法学理论中,对英国法律文化近代化贡献最大的是他的以自然法为核心的法哲学和私法学理论。

—

与洛克(J. Locke, 1632~1704)一样,布莱克斯通也深受早期资产阶级自然法思想的影响,尤其是德国自然法学家普芬道夫(S. Pufendorf, 1632~1694)的思想,对布莱克斯通有很大影响。但与洛克不同的是,在布莱克斯通的法学理论中,他已经将自然法思想和历史主义结合了起来,即布莱克斯通在吸收自然法的同时,注意从历史的、发展的角度来观察、认识英国的法律,因此,在布莱克斯通的思想中,已经将自然法具体化,即将普通法看成是自然法、理性法,因而带有了英国化的自然法特色。

在《英国法释义》第一卷中,布莱克斯通对法作了如下论述:“在最一般、最概括意义上的法,指的是行动的规则,适用于整个自然界,不管是生物还是非生物、合理的还是非合理的。所谓法,是由某位上级规定下级必须遵从的行动的规则。在这个意义上,人们称法为重力的法、机械的法、动植物的法。但如果将法的范围限制得更小一点,那么,它是指人类行动和行为的规则,由以下几类组成:自然法——由造物主规定的、可以通过理性之光来发现的人类行为规则;神的法或启示法——在《圣经》中可以看到,它是‘原始的自然法’(original law of nature)的一部分;人定法,它与前两种法律相对立;国际法——由于国家之间是平等的,所以国际法是不能由谁来命令的,它依据的是自然法的规则。共同社会之间的相互协定、条约、同盟、

^③ Sir W. Holdsworth, A History of English Law, Vol. X II. P. 712.

合意,其解释也依据自然法;国家法(municipal law)——所谓国家法,‘是命令(做)正确的事、禁止(做)恶事,是国家最高权力规定的市民的行动的规则’。”^①

由于成文法关系到每一个市民的切身利益,所以,布莱克斯通对其定义作了进一步的分析。他指出:这里的“规则”(rule),不是针对特定的个人的一时的命令,而是永续的、统一的,并且是普遍的规定,它与“建议”(advice)、“劝告”(counsel)不同。对后两者,人们可以遵守,也可以不遵守。而法是禁止性命令(injunction);规则也与契约不同,后者是由当事人作出的合意,而法是对当事人发出的命令。契约的用语是“我打算做此事,或不打算做此事”,而法的用语是“你应该做此事,你不应该做此事。”^② 布莱克斯通认为,由于法是国家最高权力作出的关于市民行为的规则,因此,必须要让国民知晓,其方法是多样的。在普通法的场合,可以通过长期的习惯和传统来告知社会;而制定法则是通过政府文件或印刷物向社会公布。由于这当中的原则是必须向社会公布,所以,事后法是必须予以禁止的。

布莱克斯通进一步指出,为了使法达到命令做正确的事、禁止做恶事的目的,法的内部构成应当是:一、宣言性的要素;二、指令性的要素;三、救济性的要素;四、制裁性和惩罚性的要素等。布莱克斯通认为,在上述法的四种要素中,最有效的是惩罚性要素,因为尽管法规定应该做什么、不应该做什么,但如果人们都不予理睬的话,那么,它就等于一纸空文。由此可以看出,法与由国家的强制力实施的刑罚相连接,人定法的主要责任、义务也在于此。

① 石井幸三:《布莱克斯通的法学思想》,载《龙谷法学》第10卷第3号,1979年。

② 同上。

三

在布莱克斯通时代,处理私法关系的法律主要是普通法和衡平法,所以,布莱克斯通的私法学理论首先是从对这两种法律的阐述入手的。他指出:

“英国的国家法,可以分为不成文法即普通法和成文法即国家制定法两种。普通法是不成文法中的一种,是普遍的习惯。在古代,它通过记忆和习惯而得以保存流传,现在我们则是通过包含了关于法律习惯的文书(Monuments)和证明书(Evidences)的法院记录、判决报告书、判决文以及著名专家学者的论文来保存这些习惯法,并使其流传下去。……但是,这里产生了这样一个问题,即这些习惯法是如何为人知道的?又是通过谁使其具有效力的呢?回答是,通过各个法院的法官,他们是法的受托者、法的代言人(Orades),因此,他们的先任的司法决定,是构成作为普通法之一部的习惯的存在的最重要、最权威的证据,同样情况的诉讼被重新提起的场合,遵从以前的先例……是一个被确立下来的规则。……后任的法官,也被要求进行宣誓:不以他个人的感情,而是遵从全国通行的法和习惯来作出决定,不是发明法,而是维持、说明古法。但是,这个规则,在以前的判例很明显的是违反理性的场合,将是例外。……在此场合,以下之事便构成法的原理,即在先例和规则不是明显不合理和不公正的场合,(法官)必须遵从。……这与在(罗马)市民法上,皇帝决定的规则对将来也起导向作用是一样的。”^① 初看,布莱克斯通的理论是保守的,但他对此又提出了以下近代的观点,即“法官只是宣告、表明法,而不是制定、改造法”,“判决由法官来表明、裁定,但这不是他们的决定和宣

① W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, I. 引自石井幸三:《布莱克斯通的法学思想》(二·补充),载《龙谷法学》第10卷第4号,1979年。

告,而是法的决定和宣告。”^①

那么,这样的普通法和衡平法的关系如何呢?布莱克斯通认为,两者在四个方面是相同的,即第一,衡平法院和普通法院一样,并无缓和普通法之严格性的权限;第二,两种法院都必须遵从立法者的意图来解释制定法;第三,对诈欺、偶发事故、信托,两种法院都有管辖权;第四,在衡平法院初期,虽然不适用遵循先例的原则,但经过弗兰西斯·培根(Francis Bacon, 1561~1626)和费因兹(Finch, 1621~1682)等人的努力,衡平法院与普通法院一样,也已适用此原则了。布莱克斯通指出,当然,普通法和衡平法之间还是有区别的,如衡平法院进行审判的方法,即证明方法、审理方法、救济方法以及管辖问题等,与普通法是不同的。

土地法,历来是英国私法中的一个重要内容,对此,布莱克斯通作了详细论述。他指出,土地法理论,是一个非常难的领域,对此,必须具备对“封(建)的性质和理论以及封建法的一般了解”。当然,成为论述土地法之基础的,不是“古老的英国的土地保有状态”,而是“新的英国的土地保有状态”的理论,主要是利特尔顿和科克的理论。布莱克斯通在对封建的土地法作出说明的同时,也开始注意近代资产阶级性质的土地所有状态。因此,他的土地法理论和传统的土地法理论已经不同。比如,按照封建土地法的理论,定期不动产权是属于人的财产的、带有不动产性质的动产。但在布莱克斯通的《英国法释义》(第三卷)中,定期不动产权未被放在人的财产的章节中加以论述,而是作为不动产权的一种,作为“自由保有权以下的不动产权”,置于不动产权的“期间的构成”中叙述的。同时,在阐述土地法时,布莱克斯通还引入了罗马法的成果,将财产法分为不动产法和动产法(在英国封建土地法理论中,财产一直被分成物的财产和人的财产两

^① W. Blackstone, Commentaries on the Laws of England, I. 引自石井幸三:《布莱克斯通的法学思想》(二·补完),载《龙谷法学》第10卷第4号,1979年。石井幸三论文。

类),这样,在论述动产时,也必然带来一些新的观念。布莱克斯通对此解释说,近年来,这种财产(动产)有了很大发展,出现了许多新的形态,而英国的法院,还是用传统的财产分类法(人的财产和物的财产)来处理,这显然是不适当的。因此,许多法官不得不借用罗马法的规则。此外,布莱克斯通对封建的土地法理论阻碍了近代资本主义商业迅速发展的局面进行了批判。比如,他对将土地置于长期流通之外而予以永久限制(买卖)的做法、对因封建长子继承制(无遗嘱继承)而产生的财产过分集中的缺陷,都进行了批判,并提出了改革的建议。

当然,受时代的限制,布莱克斯通对有些资本主义的经济关系的认识还是不很清楚的。比如,布莱克斯通认为,通过遗嘱来处理不动产,仅仅是与作为无遗嘱不动产继承相区别的、不动产取得方法中的一个方法,而不能赋予其独立的法的地位,等等。

总之,布莱克斯通私法学理论的功绩在于对自布雷克顿以来的英国封建普通法进行了系统的总结和理论阐述,并融入当时已经出现的资本主义法律关系,但对资本主义私法关系作出系统说明则超出了布莱克斯通的使命。

四

以上,我们比较多地引用了布莱克斯通的法哲学和私法学理论。当然,这只是《英国法释义》这部伟大的作品中极小的一部分内容,但仅仅从这些内容中,也已可以看出布莱克斯通的理论及英美法律文化近代化之间的内在联系。

首先,布莱克斯通的理论在一定程度上刺激了边沁的学说的出台。

边沁(J. Bentham, 1748~1832),是英国近代著名的法哲学家和法律改革家。他出身于律师家庭,曾在林肯学院(Lincoln's Inn)攻读法律,后从事法理学和立法学研究。1832年,出资创办了《威斯敏

斯特评论》，全面宣传自己的法学理论和政治主张。由于边沁曾在牛津大学旁听过布莱克斯通的英国法讲座，因此，他也可以算是布莱克斯通的学生之一。布莱克斯通的理论，在两个方面（自然法和普通法〈判例法〉的完美性质）影响（或刺激）了边沁的法学研究和法律实务活动。正是在反思、批判布莱克斯通的理论的基础上，边沁提出了法律改革的学说，并建立起了功利主义的分析实证主义法学。

边沁认为，法律改革应着重于两个方面：一是改变法律的本质，即改变衡量法律好坏的标准及其价值；二是改变法律的形式，即制定和编纂法典。边沁指出，避苦求乐、追求人类幸福，应从法律改革和立法开始，一项好的符合功利主义原则的法律，必须符合“导养生存、达到富裕、促进平等、维持安全”的目的。而按照这种标准，来衡量当时的法律，则可以发现它既古老又不完善，既不能促进平等，又不能保障安全，更不能给人带来任何幸福。因此，决不能象布莱克斯通那样，一味赞美，而是应当进行改革。即对英国的法律，除了批判以外，不管过去的成就如何，都要重新写过，都要重新立法。新制定的法律必须符合：完整性、普遍性、简洁明确性、结构严谨性等要求。边沁不仅在理论上大声疾呼，而且也予以身体力行。他曾经草拟了宪法、民法、刑法以及国会改革要点等。这些努力，虽然未能全部实现，但对英国的立法实践的确发生了巨大的影响。1832年，英国议会选举制度改革的成功，以及对刑法与监狱的改良，1834年济贫法的变更，1848年卫生法规的制定，1873年统一审判制度法的实施，以及证据法的改革等等，都包含了边沁理论和心血的结晶。

与此同时，边沁也竭力反对自然法理论，认为自然法、理性法的说法，都是内容不明确的、使人误入歧途的邪说。他批判了洛克的自然法理论和布莱克斯通的法律来自人们的契约的学说，强调法律是自人类社会的产生起就存在的。边沁认为，法律，就是主权者自己的命令或采纳的命令的总和。它是强加于公民身上的义务，由强制力保证。在君主制下，主权者是君主；在民主制下，主权者是人民（议会

是他们的代表)。由于法是意志的体现，而世上只有主权者和上帝是有意志的，故世上只有人为法和神定法两种。而这两种法律的内容实质就是人的本性；是避苦求乐的功利主义。

很清楚，边沁关于法律的功利主义、主权命令说、义务性，都是18世纪末以后，资产阶级现实的统治在法学理论上的表现，是英国资产阶级要求进一步改革普通法，强调制定法的功能，要求公民的普遍服从，追求资产阶级的更多利益的客观反映。诚如波斯特玛(G. J. Postema)所言：“边沁是英美法学史上一位关键性的人物。他第一次对英国的功利主义和法实证主义作出了详细的阐述和论证，并使这两种学说完美地结合在一起。”^①而在边沁的学说中，布莱克斯通的影响（不管是正面还是反面）则是随处可见的。

其次，布莱克斯通的理论对奥斯汀的学说产生了巨大影响。

奥斯汀(J. Austin, 1790~1859)，近代英国分析法学的代表。青年时代服过兵役，后担任律师。1826年在新设立的伦敦大学担任法理学教授。主要著作有《法理学范围的确定》(The Province of Jurisprudence Determined, 1832)以及死后由他夫人及学生出版的他的《法理学讲演集》(Lectures on Jurisprudence, 1863)等。

众所周知，构成奥斯汀学说的基础，是主权者命令说。他指出，法律是“在独立的政治社会中单个的主权者或拥有主权的集团，对其社会成员下达的直接或间接创设的一般命令。”^②正是这种主权者的命令，构成了法学之对象的实定法。制定法也好，判例法也好，都是主权者的命令，经过法官承认的习惯也是。当然，作为主权者直接意思表示的制定法，要优先于判例法。至于命令的内容，奥斯汀认为，它是一个人（君主）或一部分人（统治集团）所表明的一种希望，要求他人或另一部分人按照这种希望去进行或停止某种行为，即作为

^① G. J. Postema, Bentham and the Common Law Tradition, Preface, Oxford, 1986.

^② 碧海纯一等编《法学史》第234页。

或不作为。这样,奥斯汀就将法律的本质与命令、义务和制裁等联系在一起。由于奥斯汀判断法律与否的标准就是其是否主权者的命令,而法律一经制定,人们就只有执行的义务。因此,法律是否合乎正义,法律好坏、如何,都不影响其效力;从而导致了“恶法亦法”的理论。这是分析法学的一大特色。

一般而言,奥斯汀的理论主要是继承了霍布斯(T. Hobbes, 1588~1679)和边沁的学说,但他的理论与布莱克斯通的关于法是由国家最高权力命令的规则的理论、关于法是命令做正确的事、禁止做恶事的观点、关于法的构成要素的学说之间的联系,显然是无法否认的。^①

第三,布莱克斯通的理论,对美国资产阶级法的创建也发生了巨大的影响。

事实上,早在18世纪,布莱克斯通的作品的影响就已超出英国国界,波及到了美国。1765~1769年,布莱克斯通的《英国法释义》出版后,立即在美国受到了热烈的欢迎,成为美国人学习法律的主要教材,以及了解、掌握英国普通法知识的捷径。1771~1772年,该书在美国印刷发行,16美元一套的书(四卷),在当时竟然十分畅销。840名美国订阅者购买了1557套。这在当时是一个令人惊奇的数字。^②

1784年,美国法官塔宾·里弗(Tapping Reeve)在康涅狄克州的利兹菲尔德(Litchfield)创立了美国历史上第一所法律学校。它实施的讲义就模仿了布莱克斯通的著作的体系,所不同的是它更多地讲

^① 此外,布莱克斯通的理论对英国近代著名法学家梅特兰(E. W. Maitland, 1850~1906)、戴雪(A. V. Dicey, 1835~1922)和霍兹沃思(Sir W. Holdsworth, 1870~1944)等人的理论也产生了巨大影响,参阅 Sir W. Holdsworth, A History of English Law, Vol X II, P. 723~737。

^② Lawrence M. Friedman, A History of American Law, P. 88~89. New York, 1973。

授商法,而少讲或不讲刑法的内容。^①与此同时,美国历史上第一个开设大学法律教授职位的威廉·玛丽学院(William and Mary College)的第二任教授图克(St George Tucker),于1803年出版了布莱克斯通的《英国法释义》的美国注释版(附有详细的笔记和相关参考资料),作为学生的教材。^②

1826~1833年,美国著名法学家肯特(J. Kent, 1763~1847)模仿布莱克斯通的《英国法释义》的体系,出版了四卷本《美国法释义》(Commentaries on American Law)。该书除了将国际法单独作为一个部分独立出来,压缩了刑法部分之外,其他体例基本上都与布莱克斯通的著作相近。因此,肯特的作品被当时的学者认为是布莱克斯通著作的“美国版”。^③19世纪上半叶美国另一位著名法学家斯托里(J. Story, 1779~1845)也模仿布莱克斯通的“释义”(commentaries)方式,撰写了《美国宪法释义》(1833)、《冲突法释义》(1834)、《衡平法理学释义》(1836)、《代理法释义》(1839)等大量作品。

一般认为,肯特和斯托里是近代美国资产阶级法律体系的缔造者。当肯特的《美国法释义》出版后,班克罗夫特(G. Bancroft)就指出:“现在,我们终于知道了美国法律是什么,我们知道了它是一门科学。”^④而肯特和斯托里的理论又是在布莱克斯通的学说的基础上创立起来的,因此,可以说,布莱克斯通也为美国法的形成作出了贡献。

第四,布莱克斯通对英美法学的近代化作出了贡献。从世界法学发展史角度来说,布莱克斯通的理论有三个重大的意义:其一,它不满足于仅向法律实务家提供技术性的知识,而是将英国法作为一个发展了的统一体看待,将法学从与其他科学分离的状态下解放出

^① Ibid, 279.

^② Ibid, 280.

^③ Ibid, 290.

^④ Ibid, 288.

来,将其与其他社会科学结合在一起考虑。在这个意义上,布莱克斯通的理论,可以说是开创了一门真正学术意义上的法学学科;其二,在布莱克斯通的时代,普通法已趋于稳定,从基本原则到各项具体制度,都已有充分的研究。这时,赋予法学家的历史使命,就是将普通法予以体系化、定型化。而布莱克斯通的著作恰恰作到了这一点。因此,布莱克斯通的作品为英国普通法定型化并传至后世(包括世界各地)奠定了基础。其三,就英国私法学而言,在布莱克斯通之前,曾有格兰威尔(R. Granville, 1130~1190)、布雷克顿(H. D. Bracton, 约1216~1268)、利特尔顿(D. Littleton, 1407~1481)以及科克(S. Edward Coke, 1551~1634)等人的理论,但是,他们的学说基本上还是封建的、旧时代的,因此,尽管格兰威尔关于令状的研究、布雷克顿关于判例的研究、以及利特尔顿和科克关于土地法的研究,曾对英国私法学的发展起了巨大的作用,但对英美私法近代化的贡献比布莱克斯通要小得多,而布莱克斯通在系统总结封建时代私法学成就的基础上,结合18世纪英国资本主义商品经济发展实际,对私法领域的各种问题作了系统阐述,因此,布莱克斯通的著作一出版,就马上受到了资产阶级的广泛欢迎。直至20世纪,布莱克斯通的理论仍为人们所尊崇。^①所以,虽然布莱克斯通的法学理论后来受到了上述边沁等人的批判,但其在英美法学史上的地位仍是不可动摇的,他对英美法的近代化所作出的贡献也是应当充分肯定的。诚如霍兹沃思所言:“正是在布莱克斯通的《英国法释义》和其它著作中所蕴含着的成就,使他在英国法律史上获得了一个不朽的地位。”^②

(原载《法律科学》1996年第6期)

^① Sir W. Holdsworth, A History of English Law, Vol X II, P. 717.

^② Ibid, P. 709.

四、法学流派、思潮与新学科

“法学”一词的来历

在我国古代文献中,虽然偶尔也能见到“法学”一词,但现代意义上的“法学”却是西方文明的产物。该词拉丁语为 Jurisprudentia,是由 ius 和 providere 合成,前者解释为法律、正义、权利,后者表示先见、知晓、聪明、知识等,两者合成一词 Jurisprudentia,就表示有系统有组织的法律知识、法律学问。

从古代罗马法学家留下来的文献来考证, Jurisprudentia 至少在公元前3世纪末罗马共和国时代就已经出现。前254年,平民出身的科伦卡纽士担任了大神官,他开始在公开场合讲授法律的条文。前198年,执政官阿埃利乌斯进一步以世俗官吏的身分讲授法律、著书立说,从而使法律知识面向社会,成为一门世俗的学问。这门学问,就称为 Jurisprudentia。至公元2世纪罗马帝国前期, Jurisprudentia 一词已经被广泛使用。当时的五大法学家之一的乌尔比安就曾对 Jurisprudentia 下过著名的定义:“法学是神事和人事的知识,正与不正的学问。”至公元6世纪,查士丁尼皇帝在编纂《国法大全》时,就把这一定义收了进去,从而使它得以传至后世。

公元11世纪,经过长时期沉寂之后,西欧出现了复兴罗马法的运动。当时,以伊纳留斯为首的注释法学派,以意大利的波伦那大学为中心,对查士丁尼的《国法大全》进行系统的注解、讲授。至13世

纪,这种注释活动越出意大利,波及法国、德国以及其他欧洲国家,从而使古代罗马法学的文化遗产包括拉丁语“法学”这一用语在欧洲各国得到广泛传播。

在法国,人们在创造自己民族语言的同时,也吸收了拉丁语的诸多成果。其中, Jurisprudentia 这一用语,也以 Jurisprudence 的构成,融入到法语之中,用来表示“法学”、“法律解释”、“判例”等含义。

在德国,从中世纪末期开始,以拉丁语 Jurisprudentia 为词根的德语 Jurisprudenz(法学)和既表示权利、又表示法律、还表示权利与法律之学的 recht 就已经出现。德国历史法学派的代表人物萨维尼,正是在研究 Jurisprudenz 和 Recht 的基础上,进一步引入历史学的研究方法,创造了 Rechtswissenschaft(法学、法律科学)一词。这样,近代以后的德国,共有三个词,可以从不同的侧面来表示“法学”这一含义。此外,在意大利和西班牙, Jurisprudentia 也成为表示“法学”一词的词根,而分别融入这两个国家的法律用语之中。

英国和欧洲大陆不一样,由于在中世纪已发展起了以判例为基础的普通法体系,所以并没有走全面复兴罗马法的道路,但它却吸收了罗马法的许多原则和术语,包括“法学”一词。1758年,英国著名法学家布莱克斯通在牛津大学首次用英语讲授英国法以后,进一步推动了英语“法学”概念的发展,至19世纪,终于出现了四个表示“法学”的词: Law、Legal science、juristic science 和 The science of law。

可见,“法学”一词,自公元前3世纪开始出现 Jurisprudentia,发展到现代由英、法、德等各种语种、十多个名词表现的一门科学的专用语,经历了2300多年的演变过程。“法学”一词的这种演变,反映了法学发展的如下一些规律,即“法学”一词的形成和发展,和商品经济以及其包含的权利平等、公平交换等内在要求紧密相关,与鼓吹公平、正义和个人权利的自然法学说密切相连,得益于西方社会特有的如立法尤其是成文法的发达、法与宗教或神学的分离(法的世俗化)、职业法学家阶层的出现以及比较宽松的学术环境等历史文化条件,

也是一个内容不断丰富、含义日渐深刻的漫长发展过程。

(原载1996年2月20日《文汇报》)

法学·律学·刑名之学

在《“法学”一词的来历》(载《文汇报》“学林”第504期)一文中,笔者对西语“法学”一词的形成和演变作了介绍。本文试图对汉语“法学”一词的发展演变再作些补充论述。

在中国古代,表示法律这门学问一般用“法学”、“律学”、“刑名之学”等词(偶而也用“刑名”、“名法”、“法理”、“法律”等)。其中,“刑名之学”一词出现最早。如司马迁在《史记》中,称商鞅“少好刑名之学”(卷六十八·商君列传第八),韩非“喜刑名法术之学”(卷六十三·老子韩非列传第三)。“法学”一词出现于南北朝时期。(南齐书·孔稚珪传)引孔稚珪一段话说:“寻古之名流,多有法学。故释之、定国,声光汉台;元(帝)〈常〉、文惠,绩映魏阁。”在唐代白居易的著名政论《策林四·论刑法之弊》中,也有“伏惟陛下:悬法学为上科,则应之者必俊义也;升法直为清列,则授之者必贤良也。”而“律学”作为一门学问和研究领域,约成于汉代。南齐崔祖思说:“汉末治律有家,子孙并世其业,聚徒讲授,至数百人”(《南齐书·崔祖思传》)。《晋书·刑法志》也曰:“叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄诸儒章句十有余家,家数十万言。”但“律学”一词的正式出现,则是在魏明帝时国家设立律(学)博士之后(《晋书·刑法志》)。当然,这三个词,虽然同表法律之学问,但在内涵上是有所区别的:一般而言,“刑名之学”带有对“刑”(形)、“名”进行辨析的特征,故有的学者称其为是中国古代的“法律逻辑学”;而“律学”与“法学”相比,则带有更多的刑罚、义务、现行律例注释的色彩(当然,中国古代的“法学”一词与近现代西方以权利为内核的“法学”之概念是不可同日而语的)。

自宋以后,“法学”和“刑名之学”不再被使用,在表示法律之学问科目时,人们一般只使用“律学”一词。个中原因,大凡有三:第一,秦汉以后直至清末,中国的成文法典都以“律”冠名,人们比较自然地称研究“律”的学问为“律学”;第二,自魏晋以后,我国在中央政府设置了律(学)博士之职,律学不仅成为研究法律的学术,也是一种官职,科举考试中的科目;第三,在中国古代,虽然“法”、“刑”、“律”彼此相通,可以互为诠释,如《说文》曰:“法,刑也。”《尔雅·释诂》称:“刑,法也”,“律,法也”。但在士大夫的法律意识中,“法”、“刑”、“律”还是有一些差异的,至少“法”比“刑”和“律”更多一些公平、正义、自然客观的内涵。因此,在法律生活中充斥了律例、法律的等级森严的社会中,人们只被强制要求履行义务而很少有权利,因而使用“律学”而不使用“法学”是很自然的。而“刑名之学”的出现,本身是与战国时期讲究名辩的名家、强调定分正名的法家的活动相联系的,当这两个学派衰落之后,内涵相对狭窄的“刑名之学”也就消失了。

我们现在使用的汉语“法学”一词以及真正所表达的观念,最早是从日本输入的,当然,在日本古代,事实上也没有“法学”一词,当时在表达法律之学问时,因受中国汉文化的影响,用的是“律学”、“明法道”、“明法科”等词。在“明治维新”、学习西方的热潮中,1868年,在津田真道的作品中,作为与英文 Jurisprudence、Science of Law 以及 Law、法文 Science du droit、德文 Rechtswissenschaft 等词的对应词,首次使用了“法学”一词。“戊戌变法”前后,日文汉字“法学”一词在日中法律文化交流(如派遣留日学生、翻译日本法学著作、聘请日本法学家来华讲学等)活动中,和“民法”、“法人”、“法律行为”等词一起传入了中国。至本世纪初的清末立法改革时,“法学”一词在中国已广为流传,无论在官员的奏章、各法律学堂的课程以及法学家的著作中,都已频频出现。正是从此时起,现代意义上的“法学”一词开始了在中国发展的艰难历程。

(原载1996年5月29日《文汇报》)

法学家的历史使命

社会主义市场经济的出现,使我们步入了一个急剧变革的新时代。这个时代,不仅向社会学家、经济学家、伦理学家提出了诸多崭新的课题,也赋予了法学家以重大的历史使命:如何为中国的改革开放设计出一种明晰的法制思路?如何及时、充分、有效地回答社会主义市场经济形成和确立过程中出现的种种棘手问题?如何从法学理论的高度去解释、说明我国目前制定的各种法律、法规并用法学研究的成果去推动我国立法和司法的发展?如何认识、弘扬当代中国社会主义法的精神?如何提高法学家的文化品位,跳出“法学幼稚”的境地,与社会科学的各个学科展开积极的对话?等等。如果我们不能面对这些问题,没有一种使命感,我们就不可能有所作为,就会愧对我们的时代。

那么,如何认清形势,肩负起时代赋予我们的历史使命呢?我们认为,从法学家自身来说,主要应在五个方面作出努力:

一、提高自身文化素养。这种素养,也有的学者称之为“文化品位”,并对此作了许多阐述(见葛洪义、尹伊君、谢晖等先生在《法学》上展开的讨论)。我们认为,这里所说的素养,事实上是指这么一种素质,即作为一个法学家,要想有所作为,必须设计好自己的知识结构,打好扎实的理论基础。这种基础包括:对社会科学领域的经典著作如马克思和恩格斯,毛泽东和邓小平,梁启超和孙中山,孟德斯鸠、洛克、萨维尼和韦伯等人的作品有系统的了解;掌握哲学、经济学、政治学、社会学、历史学、伦理学乃至文学等人文科学的基础知

识;具有丰富的法律史知识(以便使我们在分析每个现实的法律问题时,都可以有历史的深度和厚度)。此外,精通一门以上的外国语(以便我们可以直接阅读国外原始文献,避免因利用第二手或第三手资料而出现人云亦云或以讹传讹的现象)以及对各部门法知识有系统的了解,也是新时期法学家必备的基本素质。

二、提高法学家的主体意识。主体意识有多种理解和多种层次,如对新思想和新观念的追求、对科学和真理的忠诚、实事求是的学术态度、独立的人格和立场、高度的社会责任感、强烈的爱国心和事业心以及时时不能忘怀的历史使命感等等。但目前法学界议论的比较多的则是法学家的独立的人格。大家越来越意识到,如果法学家的独立人格不能独立,只是依附于某种政治力量或某种学说观点,不能或不敢提出自己的学术见解,那么,我国社会主义法学的发展和繁荣只能是一句空话。数千年的法学发展史已经证明了这一点。

三、培养起自己的专业特色。与古代希腊时代相比,当前人类的知识总量已经增长了不知多少倍。因此,现代已经再也不可能出现象亚里士多德那样的百科全书式的学者了。即使在法学领域,由于分科的日益细密,也已不可能再出现对法学全般都有精深研究的法学家了。今后出现的,只能是在某个部门法领域出类拔萃的人物。基于这种现实,我们就应当将自己的时间和精力投放在某一门法学专业上。而在我们从事自己的专业研究时,则应当做到越深越好,越专越好,务必穷尽。这包含如下要求:尽可能地穷尽本专业的资料;把握国内外学术界在本专业领域的最新发展动态;对本专业的一些基本问题有自己的独立见解;和与本专业相关的实践部门建立起了经常的联系。

这里应当多讲几句的是,对法学家应当是“专家”还是“通才”,法学界的认识是不一致的。我们认为,法学家当然应当是以研究法律(静态)和法律现象(关系)以及规律性(动态)为自己的本份。舍此就不会成为法学家。当然,能够出现既以法学为业,又能影响其他人文

科学的法学大师如孟德斯鸠等,是最为理想的。但是,我们能说仅以研究法律为业的古代罗马法学家或近代德国法学家没有对人类作出巨大贡献吗?所以,问题不在于是否以法律为研究对象,而在于以什么观念、用什么方法、从什么角度来研究,对研究的问题发掘得深不深、分析得透不透。

四、要有一种群体意识。萨维尼(F.C.von Savigny, 1779~1861)在其名著《现代罗马法的体系》第一卷的序言中曾说过:“我们在学术上的成功,得益于所有各种精神活动的合作”(小桥一郎译,成文堂1993年版,第9页)。很清楚,一个人的力量再大,精力再充沛,也无法穷尽法学的各个领域。要肩负起时代赋予我们的历史使命,繁荣和振兴我国的社会主义法学事业,我们不仅需要培养少数高、精、尖的学科带头人,更应当发挥群体优势,做好传、帮、带,不断培育新人,形成如同古代罗马和近代德国那样的法学家群体和阶层。目前,我们在这方面的工作总体上还是不错的,但缺少的是一种群体意识。法学家的活动,具有独立职业者和小生产者的特征,这就很容易造成大家关起门来搞研究,孤军作战,而很少学术交流,学术争鸣,学术批判。因此,加强学者之间的交流和协作,培养一种宽容、大度的学风,尤其是积极开展学术争论,应当是我们今后的重点。

五、要深入实践、深入理论、深入史料。我国新时期的文学要繁荣,有赖于作家们深入社会生活。法学虽然和文学不一样,但要发展,要繁荣,同样有赖于法学家的三个深入。这里,深入实践,说的是法学家应深入立法和司法实践,参与法律的制定和运作,以使自己的研究有针对性;深入理论,说的是无论是搞法理的还是搞部门法的,都应当扎扎实实地钻研一点法学以及相关学科的基础理论,以提高自己的理论素养;深入史料,是要求法学家在借鉴古代或外国的经验时,应当尽可能地攻读原著,掌握第一手资料。深入实践,人们讲的比较多了;但深入理论和史料,以前则往往为大家所忽视。则我们认为,这一点对法学工作者尤其是青年学者特别重要。

要使法学家承担起时代赋予的历史使命,除了提高法学家自身的素质以外,还应当创造一个良好的社会环境。这种环境,涉及许多因素,但从世界法学发展史来看,最根本的是三条:第一,要让法学家有参与政府立法和司法以及法制总体建设的机会和途径;第二,要创造一种宽松的学术环境,形成一种百花齐放、百家争鸣的局面;第三,要提高法学家的社会地位,在全社会形成一种尊重法学、尊重法学家的氛围。良好的社会环境,并不靠恩赐,而要靠法学家自己争取。法学家应当用自己的参与行动,自己的学术成果,自己的生存方式,来影响科学,影响社会,影响历史。

回顾世界法学发展史,每个民族都曾肩负过时代赋予的不同的历史使命。但在事实上,并不是每个民族都能够完成这一历史使命而使自己光辉灿烂。这既有客观的因素,也有主观的原因。只有抓住机遇,肩负起时代的重任,才能有所作为。如古代罗马的西塞罗、乌尔比安、帕比尼安、盖尤斯、保罗、莫特士梯努斯等法学家阶层,近代德国的萨维尼、胡果、普赫塔、费尔巴哈、李斯特、温德海得、耶林、祁克等法学家群体。

中华民族是一个伟大的民族,过去,由于种种原因,在法制建设和法学研究方面,我们落后了。然而,随着我国改革开放的深入,我们终于迎来了法学的春天。只要我们勇敢地迎接挑战,肩负起时代赋予我们的历史使命,从一件件小事做起,我们一定能够超越古代罗马,超越近代德国,超越现代欧美,干出一番事业,为人类作出应有的贡献。

(原载《法学》1995年第1期)

当代中国法学新思潮述评

法学思潮,是指社会某一时期在法学领域内反映法制建设发展的要求而形成的、对法学乃至整个社会科学发展产生较大影响的思想潮流,包括各种法律思想、学说、观点、理论、对策等。法学发展史表明,法学思潮的形成和发展,既是法学繁荣的标志,也是法学发展的必要条件。在西方,古代罗马曾出现过各种法学流派和众多的法学思潮,从而推动了罗马法学的迅速发展,并使古代罗马成为西方法律文化的发源地。在中国,春秋战国时期也曾出现过许多法律思潮,推动了当时的法律发展。十一届三中全会以后,随着“百花齐放、百家争鸣”方针的进一步贯彻实施,我国法学理论界也出现了众多的新思想、新学说、新观点,对此,笔者冠之为“当代中国法学新思潮”,并试图对其作些分析、评述。

一

目前中国有哪些法学新思潮呢?笔者认为,主要有如下一些:

(一)在“法治”与“人治”论争中形成的“依法治国”理论。该理论认为,依法治国,就是要坚定不移地实施十一届三中全会提出的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的方针;社会主义法治是历史经验的总结,是现代化事业的必然要求;实行法治必须坚决摒弃人治,改人治为法治;社会主义法治具有民主性、平等性、公开性、严肃性、权威性等基本特征。在社会主义国家,实行法治是理所当然的

事;但在我国现阶段,无法可依、有法不依、执法不严的现象远未绝迹,以依法治国是我国一项长期的艰巨任务。

(二)法学更新论。它是我国法学界在讨论法的基本理论问题时所提出的变革和发展传统法学理论的思想、观点、建议等的总和,涉及到法的阶级性与社会性的概念,阶级对立社会中法的本质属性;我国社会主义法的本质,关于法的继承性,法是不是阶级社会特有的现象和关于法的定义等基本理论问题。

(三)法制建设协调发展理论。它所研究的是法制建设与社会经济基础以及其他上层建筑之间、法制建设内部各个部分之间协调发展的一般规律。该理论着重阐明法制建设协调发展的理论根据、内容及相互关系,法制建设不协调的症结;宪法在法制建设协调发展中的地位与作用,改革开放与法制建设的协调发展,法制建设协调发展中的法律监督,各部门法之间及部门法内部的协调发展,法律意识对法制协调发展的影响,法制建设协调发展的具体措施;法制建设协调发展中法学理论的指导作用,创立法制协调学的设想等问题。

(四)法学新学科建设理论。这是随着近几年我国法学新学科的出现和对新学科研究的深入而形成的,该理论具体包括对新学科产生原因、发展阶段、基本特点、社会作用等的分析;对新学科发展之基本规律的探讨;对法学新学科的范围与界限、命名,法学新学科的引进与中国特色,法学新学科的研究方向及发展趋势的阐述等项内容。

(五)法律文化学。该理论基于对中国传统文化的深刻反思而逐步形成的,以法律文化,即法律观念、法律知识、法律心理、法律经验、法律技术、法律传统以及法律制度和法律思想体系中与观念、传统相关的内容等为研究对象,着重揭示、阐明中国传统法律文化的社会价值及其和现代化的冲突与协调对策,帮助提高中华民族的法律文化水准。

(六)法治系统工程论。它是我国科学工作者运用系统论、控制论、信息论等现代科学方法,将我国法制建设包括立法、司法、守法、

法学研究与法律教育等作为一个巨大的工作系统,对其涉及的各种具体问题探讨、研究而提出的各种观点、对策和理论的总和。具体涉及系统工程的一般理论、进行法治系统工程研究的现实意义、法治系统工程的方法与构成;关于系统工程运用于法学研究与协调我国司法机关之间关系的设想;系统工程理论在青少年犯罪综合治理中的地位与作用等问题。

(七)立体监督论。在我国,立体监督是指在全社会中建立多角度、多层次、多系统的方式配套、效应互补的分层有序、相互衔接、持续有效的监督(权力制衡机制)。立体监督论通过对立体监督的基本原理、核心、种类、形式的内容,立体监督在国家生活中的地位和作用;立体监督的基本条件等研究,为我国社会主义监督机制的建立与完善提供理论指导。

(八)经济犯罪学。以经济犯罪的理论与实践为研究对象,从探讨经济犯罪的概念入手,着重研究、阐明我国近几年经济犯罪增长的社会原因、经济犯罪形态特征的多元性、防治经济犯罪的刑事立法对策与刑事司法措施、经济犯罪学的学科体系等问题。

(九)电脑辅助量刑专家系统论。它是我国法学工作者综合运用现代系统论、控制论和信息论的理论成果,采用数学模型的技巧和电子计算机的技术,集有关法律规定与专家型审判人员的经验以及他们正确适用法律定罪量刑的案例于一体,并根据审判人员提供的案情事实信息,运用系统储存的法律和有关知识进行推理判断,为审判人员审理刑事案件提供最佳量刑方案的科学实验设计和理论研究体系。

(十)社会主义初级阶段法制建设理论。它着重研究社会主义初级阶段基本理论与法制建设之关系,初级阶段法制建设的基本特点与近期目标,初级阶段法制建设中的补课问题,初级阶段法制建设的基本原则与主要任务,初级阶段的部门法制建设与展望等问题。

(十一)“一国两法”理论。它是对实行“一国两制”后的我国社会

主义制度和资本主义制度长期(至少50年)和平共处状态下法律现象的描述与说明。该理论认为,“一国两法”是“一国两制”的题中之义。1997年、1999年香港、澳门(将来还有台湾)成为我国特别行政区之后,我国将存在社会主义与资本主义两种制度的局面。为了使“一国两制”的新构想成为牢靠的现实,必须要有法律手段予以保障,这手段就是“一国两法”,即以大陆的社会主义法律体系为主,包含香港、澳门与台湾的资本主义法律体系在内的我国新的法律体系。这种法律体系有利于特别行政区的稳定和繁荣,有利于整个中华民族的振兴和发展。“一国两法”是一个全新的理论问题,它将向我国传统法学提出尖锐的挑战,促使法学家们对法的阶级性、协调性以及法的历史类型更替等作进一步的深入研究。

此外,还有新科技革命挑战论、经济行政法论、商品经济的民主与法制模式理论等。

我国法学新思潮的形成,有着深刻的社会历史背景。首先,这是我国近十年政治经济形势发展的必然要求。十一届三中全会以后,我国在坚持四项基本原则的同时,对内致力于现代化建设,开展了经济体制改革;对外实行开放,并提出香港、澳门、台湾回归祖国,实行“一国两制”的重大国策。在这种形势下,出现了诸多需要由法律规范来保护、调整的新的社会关系,也出现了一系列需要用法学理论来说明、指导的新的法律问题。“一国两法”理论等法学新思潮就是适应这种社会要求而登上了中国法学舞台。

其次,这是对中国传统法律文化以及几千年法制建设历史经验的深刻反思的必然结果。随着拨乱反正的正确路线的贯彻实施,法制建设的加强,法学界的一批有识之士愈益不满足于我国法制建设的现状,开始对中国法制的历史作深层的研讨,试图探求中国长期以

来法治原则难以实现的根本原因;以寻找一种防止类似“文化大革命”悲剧再次重演的制衡力量。正是在此基础上,产生了“以法治国”理论、法律文化学、立体监督论等法学思潮。

再次,这是现代科学发展,各门学科综合与分化加剧的必然结果。现代科学发展的趋势是社会科学各学科彼此渗透、社会科学和自然科学间交叉与融合,在法学领域表现为法学与其他学科结合而成的法学新学科的出现。

第四,现代新科技革命的冲击,要求我国法学界作出适当反应,提出相应的对策。现代新技术革命 50 年代始于欧美,经过三四十年间的迅猛发展,产生了一系列新技术,如微电子技术、遗传工程、光导纤维、激光技术、新型材料、新能源、空间技术、海洋开发等等。这些新科学、新技术的出现,使传统的伦理道德和法律观念、法律规范、法律制度受到了广泛的冲击与影响。于是,法治系统工程论、新科技革命挑战论、电脑辅助量刑专家系统论等应运而生。

最后,法学新思潮的产生,也是法律与法学自身发展规律的内在要求。社会、经济、科技、文化的发展要求我们最大限度地发挥法律和法学的社会功能。要发挥这种社会功能,必须加深认识法律和法学的内在本质,探寻其发展的规律性。正是针对这种社会需要,我国法学工作者着力于法律的起源、本质、社会功能、法律与社会经济基础及其他上层建筑的协调的研究,从而形成了法学更新论、法制协调发展理论等思潮。

三

纵观上述这些法学思潮,从中我们可以看到一些显著的特点:一是形成时间短,发展迅速。这些法学思潮,时间长的,从 1978 年始初见端倪;时间短的,则是从 1985 年以后才开始影响整个法学界的。就整体而言,这些思潮都是十一届三中全会之后才逐步形成的,历史

很短。然而至目前,各股思潮都已有许多倡导者和一批追随者。二是彼此相连,交互影响。各股思潮虽然内容相异,各具特色,但彼此间存有内在的逻辑联系,互相渗透与影响。如法学更新论、法律文化学、立体监督论等思潮的形成,都是基于对中国法制史的深刻反思;法制协调发展理论、法律伦理学、法律心理学等的形成,得益于各学科的综合、交叉与彼此渗透;而“法治”与“人治”的论争,则为解放思想,开展学术争鸣,引发其他各股法学思潮奠定了思想基础,等等。三是实践性强,具有鲜明的中国特色。上述思潮中,虽也有个别如新科技革命挑战论、法律心理学等,是在国外法学思潮的影响下形成、发展起来的,但绝大多数都是在我国法制建设实践的召唤下应运而生的,具有鲜明的中国特色。尤其是法制建设协调发展理论、法学新学科建设理论、法律伦理学、立体监督论、社会主义初级阶段法制建设理论以及“一国两法”理论等,完全是在中国土地上成长起来的,带有明显的“东方特色”,其发展已引起世界各国法学工作者的瞩目。四是参加人员多,规模巨大。这些思潮目前已席卷我国整个法学领域,吸引了绝大多数法学理论工作者。从老一辈的著名法学家如张友渔、陈守一、陶希晋等,到许多中年法学学术骨干,乃至一大批崭露头角的青年学者,都加入了法学新思潮的研究行列。其规模之广、声势之大是前所未有的。

四

上述法学思潮的形成与发展对我国的法制建设和法学研究具有十分重要的现实意义。

第一,对我国法制建设的实践具有指导意义。法学新思潮源于实践又指导实践,其形成和发展有力地推动了我国社会主义法制建设的发展。比如,法律伦理学的研究与应用,为执法部门分清法律与道德的界线奠定了理论基础。在司法实践中,一些执法部门常常为

一些法律与道德问题所困扰;或者混淆了两者的界线,将道德问题看作法律问题,使当事人受到过于严重的处罚。将法律问题当作道德问题,使某些已构成犯罪的不法分子未能受到应有的法律制裁;或者将法律与道德对立起来,不能结合运用,影响了处理这类问题的效果。法律伦理学通过对法律规范与道德规范、法律关系与道德关系、法律评价与道德评价等的分析、阐述,有助于我们加深对法律与道德问题的认识。又如,改革我国的干部人事制度,是我们长期以来想要解决却一直未能很好解决的一个难题。对此,行政法制论的倡导者提出应建立社会主义国家公务员制度,将各级各类干部分为政务公务员和事务公务员两类,前者实行任期制,由中国共产党提名、国家权力机关选举或任命;后者实行常任制,通过考试选拔、招聘,无任期限制(类似西方的文官),以对干部进行科学管理,并为其贯彻实施提出了许多具体措施。这些都为党的“十三大”所认可,成为我国今后改革干部人事制度的重点内容。

第二,推动了我国法学乃至整个社会科学的发展与繁荣。长期以来,由于受“左”的思想影响,我国的法学研究存在着两个比较大的弊端。一是习惯于经典著作——法律条文——注释性研究这样一种理论思维方式,轻视对社会实践中的法律新问题的研究,甚至对许多问题,如要否法治、如何实现法治,社会主义社会是否也会产生犯罪,要否对党政机关实施监督、如何实施监督,资产阶级法律中有无科学进步的东西、能否学习与吸收,等等,一概斥之为非马克思主义的,根本不予承认。二是忽视对法律和法学自身发展规律的研究,尤其是在法学史学和法学学(研究法学及其发展规律的科学)方面留下了一大片空白,从而阻碍了法学的进一步发展与完善。法学新思潮研究,一方面,强调了社会主义法制建设实践的决定作用,另一方面,着眼于当代法学史与法学学领域里的开拓性研究,从而将法制建设实践——法学——法学学等环节紧密结合起来,糅为一体,克服了上述两个弊端,推动了法律科学的发展。同时,法学新思潮涉及面

广,内容丰富,除法学以外,还涉及哲学、社会学、文化学、政治学、伦理学、心理学、经济学、教育学以及数学、电子计算机科学、生物遗传学等众多的学科。因此,法学新思潮大大丰富了这些学科的内容,推动了其发展。

第三,法学新思潮研究,促进了中外法律文化的交流。十一届三中全会以后,我国实行了对外开放的政策,开始介绍、引入了许多国外的法律原则、制度和法学成果,这无疑是十分必要而且今后还应这么做。但在将中国的法律制度和法学发展成果介绍给国外法学界方面,则存有很大的差距。法学新思潮研究,通过对近几年我国法学领域各种理论的归纳、总结、评述,为国外法学研究者及其他对中国法学感兴趣之人士提供了一个窗口。从这个窗口,他们可以看到当代中国法学发展的现状与趋势,了解中国法学理论界的勃勃生机,从而促进了彼此间的法律制度、法学成果与法律文化的交流。

(原载《社会科学》(沪)1989年第12期)

重视法学新学科建设

近两年,我国法学领域的一批改革者开始致力于法学现代化的建设,对一些重大问题,如法学如何为我国的经济、政治体制改革服务?如何迎接新技术革命的挑战?法学的内容如何更新?等等,作了深入的探讨,但对法学新学科的建设尚缺少足够的重视。笔者以为这恰恰是上述诸问题得以解决的关键,具有相当的紧迫性和必要性。

第一,这是深入进行经济体制改革的需要。为了使现行法律最大限度地发挥作用,并及时总结和解决其在制定和实施过程中的各种问题,引进外国的有益经验,就需要加强经济法学以及其分支学科如合同法学、金融法学、保险法学、票据法学、乡镇企业法学、个体经济法学。我国经济体制改革的目标是要建立符合中国国情的社会主义商品经济体制。为达到这一目标,必须加强法律的宏观和微观调整,尤其是要确立适合商品经济发展的法律观。因此,需要大力加强法律与经济关系的研究,分析法律在经济活动中的三种(保护、促进和阻碍)作用,以探索最佳的法律规范和最适当的调整角度,为国家立法机构提供决策意见。这一切,只能通过建立一门新学科即法律经济学才能较为圆满地实现。此外,随着我国经济关系的日益复杂,还需要加强经济刑法的研究。

第二,是迎接新技术革命挑战的需要。首先,新技术革命的发展,需要法律来干预、调整该领域中新出现的各种问题,加强科技立法。那么,科技法规如何制定?其基本原则和主要内容应包括哪些?

我国历史上和国外有无可借鉴的经验?等等。这些,就需要创建一门新学科即科技法学来予以研究、解决。其次,新技术革命的发展,改变了传统的财产关系,使一些介于人身权与财产权之间的如著作权、专利权等知识产权取得了财产性质,对这些权利主体以及相关的社会关系的保护也显得十分重要。为此,就必须加强知识产权立法和知识产权法学研究。再次,新技术革命的发展,也产生了许多新的科学部门,如航天技术研究所、深海探测和利用委员会以及外层空间和宇宙开发部等等。与此相适应,也出现了一些需要法律来调整的新的社会关系和技术关系。要提高这些领域的立法水平,有效地调整该领域的法律关系,必须求助于航空法学、海洋法学、外层空间法学以及宇宙法学等新兴学科的建设。

第三,是为了适应现代化科学发展客观规律的需要。现代科学发展的客观规律是各学科的综合化和系统化。这当中,有社会科学各学科的彼此渗透,也有社会科学和自然科学间的交叉与融合。在这种形势面前,法学要想与其他学科并驾齐驱,就必须适应上述客观规律,在法学的综合学科和边缘学科建设上有所突破。如法律社会学,从社会学角度来研究各种现行的法律规范、法的起源与本质以及法律的社会功能和社会价值等等。这样将比单纯从法学角度研究更加能够深刻地揭示法律与社会之间的内在联系,帮助人们加深对各种法律现象的认识。此外,法学伦理学、法学教育学、法律语言学、法律文献学、法律预测学、司法文书学和法医学等边缘学科的建设,也都有助于人们加深对法学与伦理学、教育学、语言学、文献学、预测学、文书学、医学等相互关系的理解,解释一些单靠某一门学科的知识所未能解释的问题,迅速取得科研成果。

第四,是为了改革研究方法,提高人们的认识能力的需要。法学现代化的发展,必须用现代科学的各项成果充实法律科学,以各种方法多层次地研究法律现象。这样,就向法律工作者提出了加强一些既是学科又是研究方法的新科学的建设的紧迫任务。如系统法学、

综合法学和信息法学的建设,有助于我们运用系统论、控制论和信息论等现代科学方法去分析法律现象,解决我们以前所不能解决的一些理论问题。司法统计学的研究,有助于将统计方法引入司法活动的各个环节,使司法工作规范化、精确化、科学化。此外,法律心理学、犯罪心理学、法律逻辑学、经济分析法学、计量法学、电脑法学等学科的创立,使心理学、逻辑学、经济分析、数量计算、电子计算机等各种方法进入法学领域,这对实现法学的现代化,具有极大的意义。

第五,是为了加强国际间交往的需要。现代社会是国际化社会,随着我国对外开放政策的贯彻实施,我国与外国的经济、政治和文化交流越来越频繁。这样,就不仅需要研究与外国交往中所发生的各种法律关系,而且还要了解外国现行的经济、政治、法律等各项制度。为此,加强国际经济法学、国际发展法学、国际劳工法学、国际旅游法学、国际组织法学、国际条约法学、国际刑法学以及外国法制史学、西方法律思想史学、比较宪法学、外国刑法学、外国民商法学等学科的建设,就成为一项非常紧迫的战略任务。

法学新学科建设,属于法律科学体系建设范畴,它植根于立法和司法的实践,又反过来指导、促进立法和司法工作的完善。就国外情况而言,二次大战以来,已经形成或正在形成的新学科已达一百六十多个,占法学各分支学科总数的百分之九十以上。而在我国,目前国家正式承认、可以授予硕士学位的法学学科才十多个,1984年出版的《中国大百科全书·法学》卷,也只列了十四个分支学科,这与我国法制建设和法学研究的发展是不相称的。因此,适应我国社会发展的各种需要,转变对法学学科的传统观念,重视法学新学科建设,是摆在我国学术界面前的一项紧迫任务。

(原载《法学》1987年第2期)

法制协调学:一门新的学科 正在形成

提出建立“法制协调学”的设想并以此命名,是基于法学研究的已有成果和该课题讨论的实践情况。党的十一届三中全会为我国历史揭开了一个新的篇章,同时也是我国法制建设史上新的里程碑。几年间,我国法制建设迅速发展,呈现出可喜的景象。但由于种种原因,我国法制建设同经济基础之间,法制建设同其他上层建筑之间,以及法制系统各个部门之间也暴露出了某些不协调的现象。同时,社会主义经济建设以及同各种违法犯罪行为斗争实践的发展,又对法制建设协调发展提出了更高的要求。这些情况引起了我国法学界同志的极大关注。1984年春,《法学》编辑部率先倡议,开展我国法制建设协调发展问题的讨论,至今,这一讨论不断向深度和广度发展,几乎所有的法学报刊杂志都参加了这场讨论,发表的文章数以百计,1986年5月,全国性的“经济、法制协调发展理论讨论会”又在上海召开,在这场大讨论的基础上,一门崭新的法学新学科:法制协调学逐渐形成。

法制协调学的性质和特点,决定了它不象某些学科那样具有相对固定的研究内容;它往往是视法制建设过程中所遇到的各种问题,而灵活地变化着自己的研究范围。从近两年的讨论情况来看,法制

• 本文系与徐永康教授合作完成。

协调学的研究内容主要集中在这几个方面:提出法制协调发展问题的理论根据,法制不协调的表现及其症结,法制建设协调发展的内容及其相互关系,法制建设协调发展的具体措施,等等。围绕这些问题,许多学者发表了自己的看法。有的同志还由此生发开去,试图探讨历史上的法制协调问题,以为借鉴。

建立法制协调学除了具有上述现实基础外,还具有其理论依据。法制协调学是一门为解决法制建设中的各种不协调问题而探索事物间存在的各种协调规律,研究建立法制协调机制的科学,它是法学与协调学相结合的产物。这门学科存在的价值,既在于使法学学科增加一个更高的层次,也在于从一个侧面充实了协调学的内容,并使之具体化。法制协调学的任务,是为了让法制的各方面在更大范围、更高层次上协调一致,以保证法制建设合乎规律地发展,从而充分发挥其为社会主义革命和建设服务的整体效能。

开展法制建设协调发展问题的研究与讨论,并进而建立法制协调学,是我国社会主义法制建设的需要。随着我国社会主义经济建设的发展,我国法制建设不协调的矛盾也将日益明显,研究解决法制不协调的问题,建立法制协调机制,已成为我国法制建设中一项具有战略意义的迫切任务。并且,法制协调虽然是近几年在经济体制改革中提出的课题,但从长远来看,这也是一个不可忽视的任务。我国法制建设的发展,要求改变传统的法律仅仅是镇压敌人、保护人民工具的“小政法”意识,确立法律为经济建设服务,进而建立法治社会的“大政法”观念,由不协调到比较协调是必经之路。面临这种情况,我们有必要在近年开展法制建设协调发展问题讨论的基础上,进一步创立一门法制协调学,使这场讨论不致于成为暂时性的、松散的讨论,使之在理论性和系统性上提高一步,成为一个长期的、比较稳定的研究课题,成为一门相对独立的学科。

法制协调学是一门全新的学科,它必然具有许多其他法学学科所没有的特点,比较突出的主要有两个,一是其研究角度广,二是其

研究方法新。

这门学科研究的对象,决定了它必须全方位地,或者说多维地、立体地去研究涉及法制协调发展的各方面问题。在这里,它毫无疑问要与宪法学、刑法学、民法学、诉讼法学等许多法学学科的研究内容相交叉,同时又要探讨经济、文化发展等方面的问题。与其他法学学科不同的是,法制协调学站的角度更高,涉及的方面更广,综合性更强,它对法制建设整体发展所起的作用也是其他法学学科不能企及的。

鉴于法制协调发展是一项规模浩大的社会工程,如果在研究方法上仍局限于传统的演绎、归纳的方法,那显然是不够的。不少研究者在运用马克思主义辩证唯物主义的哲学方法去分析问题解决问题的同时,也开始引进一些新的科学方法如系统论、控制论、信息论去研究法制协调问题,并已初步取得成效。法制协调学在研究角度、研究方法等方面所作的尝试,不仅给法学学科园地带来了一股清新的气息,它也将给法学理论的创新和繁荣以有益的启迪。

(原载《法学》1987年第6期)

法律教育学试探

法律教育学是研究法律教育^①这一社会现象及其规律的科学。它以一定的教育理论(学说)为指导,以一定的法律制度、法学思想以及法学研究、教学成果和司法实践经验为基础,吸收教育学的基本原则和基本方法,来揭示法律教育的特殊规律。具体说来,法律教育学的研究对象包括:法律教育的本质、目的,法律教育的方针、原则、制度和方法;法律院校的师资配备、课程设置、课时安排、课堂教学和司法实习的比例以及考试方式的确定;立法人才、司法实践人才(公安人员、检察官、法官、陪审员、律师、法律顾问等)和法律教学研究人才(资料员、助教、讲师、教授、实习研究员、助理研究员、研究员等)的知识结构、道德品质等的设计、培养;法律教育体系的层次(公民义务法律教育、法律专业学校教育、立法和司法人员专门教育、法学研究和教学人才教育、社会法律教育)以及彼此的关系;法律专业的教师、研究人员、大学生、研究生的思想活动与组织管理;法律情报信息的搜集储存,法律图书资料的管理、使用等等。

法律教育学是从法学和教育学中分离出来的一门边缘学科,它与法学和教育学存有密切的联系。因此,要进一步理解法律教育学

• 本文系与徐永康教授合作完成。

^① 法律教育有广义、狭义之分。狭义的法律教育仅指法律院校所实施的正规教育;广义的法律教育则还包括了公民义务法律教育、立法和司法人员的专门教育、法学理论工作者的进修培训以及社会法律教育等等。本文作者持广义之观点。

的研究对象,必须弄清它与法学和教育学的关系。

首先,法律教育学与法学关系密切。从历史上看,法学和法律教育几乎是同时产生的:当人类社会产生了法律之后,就有学者开始从事研究和讲授活动,从而出现了法学和法律教育。从研究内容看,法学以法律及其制定、实施等问题为研究对象,而法律教育则以法律为讲授内容,两者都以法律的存在为基础,因法律的发展而逐步发达,有什么样的法律发展水平,就有什么程度的法学和法律教育。同时,法学和法律教育的发展又反过来影响、促进了法律的发展与完备。此外,法律教育学是在吸收法学研究、教学的成果以及有关的法学思想的基础上逐步形成的,它既是法学发展的结果,又是法学发展、繁荣的重要内容,因此,法律教育学的研究,将对法学的发展产生重要的影响。

其次,法律教育学与教育学也有着密切的联系。教育,从广义上讲,泛指一切使人们获得知识、提高认识的活动。教育学,就是研究教育现象、揭示教育规律的科学。法律教育是整个国家教育活动的组成部分,虽然,法律教育具有自己的特殊内容和特殊规律,但一般说来,它和教育的关系是部分和整体的关系。作为研究法律教育的一门学问,法律教育学一方面是教育学的一个分支,它适用教育学的一般原则、方法,以教育学理论为指导,是教育学理论的具体体现和发展;另一方面它又有自己的特殊的原则和方法,吸收了法学研究的各项成果和理论,它研究的问题超出了教育学的领域而进入法学,具有跨学科的性质。因此,法律教育学的研究和应用,既丰富了教育学的理论和实践,又繁荣了整个社会科学。

再次,要搞清法律教育学的研究对象,还须阐明它和教育法学的关系。后者是以教育法律及其在制定和实施过程中出现的问题为研究对象的科学,它与法律教育学有着密切的联系。就我国目前的教育法律而言,它对教育目标、教育管理、学校制度、课程设置、教育经费来源和分配、教育人员的资格和待遇、教育设施等一系列问题都有

规定,而教育法学,则对这些问题都有研究。作为教育的组成部分,法律教育当然也要遵循教育法律的规定,以实现其制度化、法律化的目标,因而,教育法学对法律教育有指导作用;而法律教育学的研究成果,作为法律教育的经验总结,对教育立法和教育法学的发展也有促进作用。但是两者的区别又是非常明显的:法律教育学在于揭示法律教育的特殊规律性,并不涉及政治、经济、哲学、文学、物理、化学、数学以及机械工程、建筑材料、医学生物等各个专业教学;教育法学则以教育法律为研究对象,这些教育法律,不仅仅管理法律教育,而且对整个教育制度以及各学科教育都有调整作用。

在我国,法律教育学还是一门新兴的学科,处在创建之中,学术界对其研究体系尚未形成比较成熟的看法。因此,笔者对此只能提出一个初步的设想。

(一)法律教育的基本方针、原则和方法。教育方针是国家或党在一定历史阶段提出的教育工作发展的总方向,是教育基本政策的总概括。法律教育的基本方针,既要贯彻我国关于教育的总方针,又应当体现我国法律教育的特殊方向和特殊政策。据此笔者认为,我国法律教育的基本方针可以表述为:坚持四项基本原则;以培养德、智、体、美、劳全面发展的法学研究人才、法律教育人才、立法和司法实践人才,提高、培养每个公民的法律意识为基本目标;以坚持法学研究与司法实践相结合、法律教育与法律运用相结合、专业教育和社会教育相结合为根本途径。

法律教育的原则,是根据法律教育的基本方针,按照一定的教学目的和任务,反映教学过程的规律而制定的对教学的基本要求。它是教学经验的概括和总结。从我国目前的情况看,法律教育的原则主要有:科学性原则,重视思想品德教育原则,理论联系实际原则,教师主导作用与学生的主动性相结合原则,循序渐进原则,直观性原则。

法律教育的办法,是法律院校师生为了共同完成教学任务,在教

学过程中所采取的手段和方式的总称,它对于实现教学任务具有重要意义。目前,我国法律教育主要采用如下7种方法:讲授法,讨论法,演示法,参观法,调查法,实习法,模拟法庭。

(二)法律院校的师资配备和课程设置。科学、合理地确定法律院校的师资配备,是法律教育学研究的重要内容之一。就我国的状况而言,近几年法律教师的队伍已有很大发展,老、中、青梯队开始形成,法律教育已纳入正常的发展轨道。但在师资配备方面,尚存在一些问题。如教师数量不够,有些课无人上,有些课只能靠拼大班应付,影响教学效果;教师素质比较差,有的大学教员只有大专文化程度,有的远远超过退(离)休年龄,有的讲外国法却不懂外语;教师之间没有明确的职称分工或名实不符,如有些教授、副教授、讲师、助教承担的教学任务几乎完全一样;许多指导研究生的教师“榜上无名”,而挂名的导师事实上并不“指导”,甚至有的研究生毕业时,其导师还未见过他的面,叫不出他的名字;教师的进修、培养和知识更新等尚未受到足够的重视,对教师使用得多,培养提高得少,许多教师长期疲于应付上课,无机会更新自己的知识,提高自己的专业和外语水平,等等。这些,都应在教学改革过程中逐步加以解决。

课程设置,是实现教学目的、形成法律人才的合理的知识结构的重要环节。目前,我国法律院校本科课程的设置一般为:第一学年,主要是公共课和基础课,如中共党史、大学语文、哲学、外语、法学基础理论、法制史等。第二学年,除公共课和基础课外,开始开设专业课,如刑、民法、行政法、刑事诉讼法等(第一学年和第二学年的课程几乎都是必修课)。第三学年,除必修的专业课外,开始有一些选修的专业课,如罗马法、外国商法、比较婚姻家庭法、外国刑法、知识产权法等。第四学年,主要安排毕业实习和论文答辩。学生在四年中一般要学35至40门课程。这样的课程设置,基本上适合我国目前本科学生的接受能力和培养法律人才的要求,但也存有一些缺陷。如前三学年课程设置偏紧,第四学年偏松;必修课太多,选修课太少,

学生缺少选择余地;有些课程设置未遵守循序渐进的原则,难度较大的在前,容易的反而在后;自然科学的课开得太少,不利于培养“立体型”、“全方位”的专业人才,等等。这些,应当引起我们的重视。

(三)法律教育考试制度的改革。采取何种方式检查学生对所学知识的掌握程度,一直是教育(包括法律教育)学界所关心的问题。从我国目前法律教育的情况看,考试制度主要采用两种方式,即闭卷考试和开卷考试或写文章考查。前者主要适用必修的公共课和专业课,后者一般为各选修课所使用。对于这种传统的考试制度以及其对启发、培养学生的独立的创造思维能力所产生的消极影响,学术界早已有人予以指出和论述,但采用何种比较好的考试制度来取代它,则至今尚未有比较一致的看法。因此,改革现行的考试制度,既是法律教育学的重要研究内容,也是摆在广大法律教师面前的一项紧迫的实践任务。

(四)法律人才的知识结构设计。人的知识结构设计,应与其所从事的工作、担负的职责相一致,它是教育学研究的重要内容。法律人才的知识结构设计,同样是法律教育学研究的范围。它主要包括三方面的内容。第一,司法实践人才的知识结构。在我国,由于这些人才从事的主要是法律执行过程中的各项具体工作,因此,决定了他们的知识结构应具备有扎实的法律基础知识、精熟的法律实务知识、广泛的社会生活知识等。第二,法律教育和法学研究人才的知识结构。这些人才,担负着法律的讲授和理论研究任务,因此,在他们的知识结构中,除了应具有扎实的法律基础知识外,还须具有系统的理论法学(如法律哲学、法学史等等)知识,精通一门以上外国语,并对社会学、经济学、教育学等其他社会科学知识有较多的了解。第三,立法人才的知识结构。这类人才从事着法律的制定、解释这种极为重要的工作。为此,他们除必须具备法学理论和司法实践两方面的广博知识之外,还应具有很高的外语水平,掌握各种数字调查、分析、统计知识,通晓工业、农业、商业、外贸、教育、卫生等各部门的生产和

管理,精熟立法过程中的各种技术等等。法律教育学就是要通过对上述法律人才的知识结构的设计,来检验我国法律教育的课程设置是否合理,并提出教学改革的要求。

(五)法律教育体系。我国目前法律教育的体系,主要包括五个层次:1. 公民义务法律教育,包括小学、中学的法律基础课教育,非法律专业的本科、大专、中专和技术学校的法律公共课教育,干部、职工的普法教育等。2. 法律专业学校教育,包括研究生教育、本科教育、专科教育、中等专业学校(如司法学校、警察学校等)教育等。3. 立法和司法人员的专门教育,如函授教育、脱产进修、专业技术培训等等。4. 法学研究和法律教育人才的业务(包括外语和专业)培训。5. 社会法律教育,如法律专业自学考试、针对广大公民的各种法律讲座、广播电视法律宣传节目等。法律教育学作为一种理论体系,当然不满足提出或描述法律教育体系的内容,它还必须探讨各个部分之间的内在联系。笔者认为,法律教育的五个层次,是一个有机的整体,其中,第二层次是我国法律教育的中心,第一、第五两个层次是法律教育的基本任务,第三、第四两个层次则是法律教育的必要组成部分。就我国情况而言,五个层次的教育都应当加强,但目前尤其需要加强的是第二个层次的教育。

法律教育学是随着法律教育日益发达而产生的。作为一门学科,它的出现既是社会进步、法制逐步完备的必然结果,也是社会继续发展、国家进一步加强法制的必然要求。当前,在我国开展法律教育学的研究,加强该学科的建设,具有十分重要的意义。

(一)可以提高我们对法律教育规律的认识,有助于法律教育的改革。我国的法律教育事业有了很大的发展,但同时也出现了一系列在法律教育改革中急需解决的问题。比如,教学计划如何制订才更符合法律教育的客观规律,师资配备、课程设置如何安排才算合理,研究生培养(授课内容和授课方式等),和本科生培养应有哪些不同的具体要求,如何加强法律专业的学生思想工作和组织管理以端

正他们的思想方向和更好地调动他们的学习积极性,法律图书资料储存、管理如何改进,考试制度、毕业生分配制度等如何改革,等等。法律教育学的研究将有助于上述问题的解决。

(二)有助于我们确定法律教育、研究人才和司法实践人才的合理的知识结构,做到早出人才,多出人才,出好人才。就我国目前的情况而言,我们对法律人才知识结构的设计尚处在自发阶段。学校开设什么课,学生就得学什么课;学校分配什么人才,用人单位就只能接受什么人才,最多只能在“要”与“不要”或要成绩好与成绩差的毕业生之间作出选择。有些实际部门需要的人才,学校拿不出;有些实际部门认为应当掌握的知识,学校开不出有关的课等等。而开展教育学研究,通过对法律专业毕业生分配去向之各类部门的调查与预测,可以提出法律人才知识结构设计的整体方案,有助于人才的培养。

(三)可以帮助我们确定、并随时调整法律教育体系的层次。法律教育,作为一个整体应长期加强、发展,但就法律教育内部各个层次而言,重点放在哪个层次,则应视我国经济的发展、政治形势的变化、法制建设的要求的不同阶段而不断调整。从目前我国情况看,司法战线人员奇缺、司法队伍青黄不接,这种状况当然决定了我国目前应大力加强第二层次即法律专业学校教育,为国家多培养法律人才。但过了若干年,当法律专业毕业生源源流向社会,司法队伍有了一定的数量和质量时,就应适当控制法律院系的数量和招生人数,而将重点放到第一、第五即公民义务法律教育和社会法律教育方面来,以培养全体公民的法律意识。

(四)加强法律教育学的研究,还将推动和促进法学和教育学乃至整个社会科学的发展与繁荣。恩格斯在论述科学发展的内部规律时曾指出:有两种或多种学科的边缘地带是新学科的生长点,最容易

取得成果。而边缘新学科的诞生,又将对相邻各学科发生巨大影响。^① 法律教育学的研究和建设即如此,它不仅会促进法学和教育学的发展,也将进一步丰富我国社会科学的内容——社会科学的百花园中又多了一株鲜丽的小花。

(原载《中南政法学院学报》1987年第4期)

^① 参阅《马克思恩格斯全集》第20卷,第635—636页。

法律伦理学体系总论

从目前国内外的研究情况看,作为一门学科和一个学术领域,法律伦理学尚未完全定型,对法律伦理学的含义,学者的认识不一致。1984年,笔者在《法学伦理学》(载《文汇报》1984年7月21日)一文中曾指出:“专门把法律关系和伦理关系(道德关系)结合起来研究,并从法学和伦理学中独立出来的学问,就是法学伦理学。”笔者的上述定义虽嫌简单,但基本点是对的:第一,法律伦理学研究的道德,不应仅仅局限于法律职业道德之范围内,还应涉及人们日常法律生活中的道德问题,如人工授精、安乐死、婚姻法实施过程中的道德问题等。第二,法律伦理学涉及的法律,应当包括法律之各个领域,如宪法、民法、刑法、诉讼法等,而不应仅局限于司法或律师问题。第三,法律伦理学研究法律和道德问题时,不能仅仅停留在个别介绍、一般论述上,而是应深入到两者的辩证关系,如法律关系与道德关系、法律评价与道德评价、法律与道德的彼此融合与转化等问题中,才能构成一门科学的法律伦理学。第四,法律伦理学运用的方法,不应局限于法学和伦理学内,而必须广泛借用社会学、心理学、生物学、政治学、文化学的方法,等等。笔者认为,从上述各点出发,开展法律伦理学研究,是建设具有中国特色的法律伦理学的基本思路。

作为一门学科或研究领域,法律伦理学应包括哪些内容?换言之,法律伦理学的理论体系应如何构筑?笔者认为,法律伦理学的理论体系可以分为总论和分论两个部分,分论部分,就分析阐明我国实际生活中的法律与道德问题(本文略),而总论部分,则涉及如下几个

基本理论问题:

1. 法律与道德的概念、本质

按照马克思主义的法学观,法律是“国家按照统治阶级的利益和意志制定或认可、并由国家强制力保证其实施的行为规范的总和”。其本质为:它是阶级社会的上层建筑,其内容由该社会的物质生活条件所决定;它是统治阶级意志的表现,其主要属性是阶级性;它是阶级统治的工具,在我国现阶段则主要是发展社会主义市场经济的工具;它是由国家强制实施的行为规则。

按照马克思主义的伦理学观,道德是一种由社会的经济基础所决定的、依靠社会舆论和人们的内心信念来实施的社会规范,其本质在于:第一,它是一种建立在一定经济基础之上的规范体系,是评价人们的思想与行为之社会价值的尺度,是一种行为准则;第二,它是一个历史范畴,每一种社会形态都有与其相适应的道德;第三,在阶级社会中,道德具有阶级属性,即每一个阶级都有本阶级的道德观、道德标准与道德规范。

2. 法律规范与道德规范

法律规范与道德规范之间有着密切的联系:如两者都是约束人们行为的社会规范;都属于上层建筑,受一定的经济基础所制约;都具有社会价值尺度的作用,即对人们的行为作出一定的价值评价;法律规范和统治阶级的道德规范的目的总是一致的,即为维护统治阶级的经济利益和社会秩序服务;等等。

法律规范和道德规范又具有明显的区别:前者是阶级社会所特有的社会现象,是一定历史阶段的产物;后者则贯串于整个人类社会。前者无论何时都体现着统治阶级的利益,后者则不同,社会上有几个阶级,就有几种道德规范;前者由国家制定或认可,一般都有各种正式的文字记载的表现形式,如宪法、法典、条例和命令等;后者则

是由于人们的社会生活的日积月累而约定俗成,一般没有特定的表现形式,只存在于人们的社会意识和信念中。前者由国家强制力和一些专门机构来保证实施;后者则是通过社会舆论倡导以及依靠传统习惯和人们的信念来维持的。最后,在调整社会关系的范围上,道德规范一般比法律规范要广泛一些。

3. 法律关系与道德关系

法律关系是法律上的权利和义务关系,它包括三个要素:法律关系的主体,如公民、法人;法律关系主体的权利和义务;法律关系的客体,即权利与义务所指向的对象,包括物和人们的行为。道德关系是道德规范在调整人们行为的过程中形成的一种社会关系,如友谊关系、爱情关系、师生关系等。与法律关系一样,它也包含了主体、权利与义务、客体三个要素。

一方面,法律关系与道德关系有着密切的联系:两者属于同一层次,都是物质关系的上层建筑;两者的产生,一般都要通过它的参加者的意思表示,如由于合同的签订而产生的法律关系,必须通过签订合同之各方当事人的意思表示。因相识恋爱而形成的爱情关系,也必须通过当事人双方的意思表示,等等;两者都是由一定的规则(法律和道德规范)在调整人们行为的过程中形成的。

另一方面,法律关系与道德关系又不完全相同。首先,两者的调整方式不同,法律关系是由国家强制力作后盾的法律规范予以调整的,道德关系主要是由靠舆论强制来贯彻的道德规范来调整的。其次,两者涉及范围不同,道德关系比法律关系涉及范围要广,由法律规范调整的社会关系如婚姻、家庭、买卖关系等,道德规范也予以调整,而有些由道德规范调整的社会关系如友谊、爱情关系等,法律则不予调整。再次,两者存续的时间不同,法律关系仅存在于阶级社会,而道德关系将长期存在下去,与人类社会共存。

4. 在道德与法律形成过程中彼此渗透与影响

道德是社会经济关系的产物,当然,除社会经济关系之外,道德的形成和发展也受到地理环境、气候、民族习惯、人口以及上层建筑其他部分的深刻影响,尤其是宗教和法律,对道德的发展起了巨大的影响和渗透作用。

就法律而言,它对道德的影响和渗透表现为两个方面:一方面,法律帮助道德规范的贯彻和实施,如中国历代封建统治阶级都用法律将《周礼》及儒家的《四书》、《孝经》等系统的道德规范奉为经典,要求每个人必须遵循。另一方面,某些道德规范本身就渗透着法律的规定,或是由法律演化而成,如“男尊女卑”、“嫡庶相别”、“尊尊亲亲”等,至清末,由于中国人民民主运动的高涨而不得不退出了封建法律舞台,仍变为中国传统之道德。

另一方面,法律作为统治阶级意志的体现,是随着阶级的出现、国家的形成而产生的。其形成晚于道德。作为一种社会规范,法律的形成主要是社会经济发展的结果,但同时也深受其他各种社会因素的影响。其中,道德对法律的影响与渗透占有显著地位。其表现之一为:有些法律规范,本身就是由道德规范演变而成的,如中国封建法律中的“不敬”、“不孝”、“不睦”、“不义”等,即由封建道德规范转变而成。又如,诚实信用本是一条道德规范,当资产阶级感到它对调整契约关系有利时,就将其规定到了法典,如1900年《德国民法典》等中去,成为现代资产阶级民法的一条重要原则。道德对法律的影响和渗透表现之二为:道德规范帮助法律实施,如中国的儒家就极力强调用德治、礼治协助刑(法)的贯彻,新中国建立后,我们也一直非常重视社会主义道德教育在建设社会主义法制中的作用,并取得了巨大的成就。

5. 违法行为与不道德行为

违法行为,是指一切违反国家的宪法、法律和行政法规的行为,一般分为民事违法、行政违法和刑事违法三类。其中,最严重的是刑事违法即犯罪。对于所有违法行为,必须追究其法律责任和进行相应的法律制裁。为此,必须分清违法行为的性质、情节和造成危害的后果,以便实行不同的法律制裁。不道德行为,是指违反道德规范的行为,如违反爱情道德的喜新厌旧行为,违反勤俭节约社会公德的铺张浪费行为,违反商业道德的不礼貌待客行为,等等。在现实生活中,这种不道德行为是大量存在着的。

违法行为与不道德行为之间,既有联系又有区别。一方面,从广义上讲,一切违法行为同时也都是不道德的行为,如杀人行为、强奸行为、撕毁合同的行为等;某些不道德行为在特定的情形下也是一种违法行为,如负有特殊责任的人(如消防队员等)发现火灾不去扑灭之行为等。尤其应看到,不道德行为和违法行为之间并没有不可逾越的界线,在许多情形下,两者的区别只是量少与量多、情节轻与重的问题。如赌博行为、骂人行为、打架行为等等。另一方面,违法行为与不道德行为之间又有本质区别,两者在表现形式、内容、带来后果等方面都是不同的,如违法行为必须是违反了某项法律的规定,其后果则是将受到法律制裁,而不道德行为则不是这样。

6. 在实施社会主义道德教育活动中法律的作用

社会主义道德教育是建设社会主义精神文明的重要内容。就我国目前的历史条件来看,社会主义道德教育主要包括全心全意为人民服务教育,集体主义思想教育,社会主义劳动态度教育,爱护公共财物教育,热爱科学、坚持真理教育,以及爱国主义与国际主义教育等。在这些教育活动中,我国社会主义法律发挥着重要的作用。比如,我国的宪法、刑法、民法通则等关于“努力为人民服务”是各级干

部应尽的义务,公民应当参加劳动和热爱劳动,社会主义公共财产神圣不可侵犯,国家厉行节约、反对浪费,国家发展教育事业、提高全国人民的科学文化水平,公民必须维护国家统一和全国各民族团结,公民必须保守国家秘密的规定等等,对中华民族社会主义道德的形成均起到了积极的指导和保障作用。

7. 在社会主义法制建设中道德的作用

首先,社会主义道德是社会主义法制建设的必要补充。一方面,社会主义道德体现了我国宪法的基本精神,如“五爱”、“遵纪守法”等等。另一方面,社会主义道德通过对社会一切领域各种矛盾的调节,为社会主义法制建设提供良好的社会条件。此外,社会主义道德作为上层建筑的组成部分,能协同社会主义法制调整经济领域内的生产、流通、分配等各种关系,促进我国现代化建设的稳步发展。

其次,社会主义道德是社会主义法制建设的精神支柱。道德规范是借助社会舆论实施的,除一些纯属技术、程序性质的行为外,人们的行为一般均受其评判、调整。同时,法律不能惩罚思想方面的“罪过”,但道德可以通过社会舆论予以谴责。此外,法律制裁有时效和责任年龄等限制,而道德法庭的“审判”和人的内心反思、谴责是任何人也逃避不了的。

再次,社会主义道德是社会主义法制建设的重要保障。具体表现为:加强社会主义道德建设,可以预防和减少犯罪;道德建设是实行社会综合治理的重要环节;道德建设有利于对犯罪分子的改造;对执法者来说,道德建设也是不可缺少的修身课程。

8. 关于人们行为的法律评价与道德评价

法律评价是人们依据各种法律规范对社会成员包括自己的行为进行违法与合法、罪与非罪的判断活动。在我国,人民是法律评价的基本主体,他们可以对自己及他人的行为作出法律上的判断,只是这

种判断是否正确,还将由国家司法机关依据“以事实为根据、以法律为准绳”的原则来检验定夺。这种群众与专门机关相结合的法律评价对我国社会主义法律的实施有重要影响,对提高公民的法律意识也有重要的促进作用。

道德评价是直接依据一定社会或阶级的道德准则,通过社会舆论或个人心理活动等形式,对他人或自己的行为进行善恶判断,表明褒贬态度。在我国,不断进行社会主义道德评价,提高社会成员的善恶判断的能力和弃恶为善的自觉态度,就不但可以使社会风气得到改善,而且也有助于公民个人道德水平的提高。

在阶级社会中,法律评价和道德评价之间有着密切的联系:两者都是人们的一种心理、思维和社会活动;都以一定的标准(法律规范与道德规范)为依据,对别人或自己的行为作出善与恶、合法与违法的判断;两者互为促进,共同为提高人们的道德品质和法律意识服务。当然,法律评价与道德评价也有区别,如道德评价的手段或表达方式,主要是社会舆论、传统习惯和人的内心信念;而法律评价则不包括传统习惯这一部分,它所运用的社会舆论也主要是国家的、公开的、正式的(如报刊、电视、广播等),很少包括那些某部分社会成员私下里发出的非正式的舆论,如所谓“发发感慨”、“随便说说”、“凭心而论”、“说句公道话”等等,法律评价的手段,主要是司法机关作出的判决和决定。此外,道德评价的作用,主要有三个,即对道德行为的善恶起裁决作用;对当事人及其他社会成员进行教育的作用;对人们的行为起道德调节作用。而法律评价除此之外,还具有对人们的行为违法与合法、罪与非罪作出的裁决作用,其性质与后果比道德评价要严重得多。

(原载《中州学刊》1993年第3期)

历史法学派述评

18世纪末19世纪初,在德国形成了以胡果和萨维尼等为首的历史法学派(Historische Rechtsschule)。该学派诞生之初代表了德国封建贵族的利益,在以后的发展中逐步演变成为资产阶级的重要法学流派之一,并统治欧洲法学界长达近一个世纪。如美国著名法学家庞德(Roscoe Pound, 1870~1964)所说,在19世纪,有各种各样的法理学理论,“但这一历史进程的主要线索则是历史法学派的兴起、称雄和衰落。”“在上个世纪(19世纪),历史法学派基本上代表了法学思想发展的主流。萨维尼创立的历史法学派的兴衰史虽不构成整个19世纪的法学思想史,但它却是这个历史的核心和最主要的内容。”^① 本文拟对该学派的代表人物、主要观点以及在世界法学史上的地位作一些分析(限于篇幅,关于英国的梅因,本文从略)。

历史法学派的先驱者是霍伯特(Hauboldt)和贝克曼(Beckmann),他们在格廷根大学的文献学家海纳(Heyne)的影响下,开始从事古典法律文献的研究。而历史法学派的创始人则是胡果。

胡果(Gustav Hugo, 1764~1844),1782年起入格廷根大学学

^① R. 庞德著、曹玉堂和杨知译《法律史解释》“作者前言”,华夏出版社1989年版。

习,1788年任该大学讲师,1792年担任教授,并一直工作到去世。其间,1819年起担任枢密院顾问。胡果的主要著作有《作为实定法哲学的自然法》(1798)、《市民法教科书》(全7卷,1792~1802)、《查士丁尼罗马法教科书》(1832)等。

历史法学派的核心人物是胡果的学生、德国著名私法学家萨维尼(F. C. von Savigny, 1779~1861)。他生于法兰克福一个贵族家庭。1795年进入马尔堡(Marburg)大学学习。1800年,以论文《论犯罪观念的竞合》获得该大学法学博士学位。同年,留校担任讲师,主讲刑法以及乌尔比安《学说汇纂》的最后十册书、继承法、债法、法学方法论和罗马法史。^①1810年,柏林大学建立,萨维尼应邀担任法律学教授,并一直到1842年退休时为止。他在柏林大学讲授《学说汇纂》以及继承法、乌尔比安和盖尤斯的理论和《普鲁士邦法》(Prussian Landrecht)。1812年,萨维尼出任柏林大学校长(时年33岁)。1815年,萨维尼与艾希霍恩等共同创办了《历史法学杂志》。萨维尼的主要作品有《占有权论》(1803)、《论立法及法学的现代使命》(1814)、《中世纪罗马法史》(1815~1831)和《现代罗马法的体系》(1840~1849)等。

继胡果和萨维尼之后,历史法学派的另一位主要代表是萨维尼的学生普赫塔(Georg Friedrich Puchta, 1798~1846)。他出生于法官家庭,柏林大学毕业后,历任慕尼黑、马尔堡和莱比锡等大学的教授。1842年萨维尼退休后,普赫塔接替他担任柏林大学罗马法教授。普赫塔的主要著作有《习惯法》(全2卷,1828~1837)、《潘德克顿教科书》(1838)、《教会法入门》(1840)和《法理学教程》(全2卷,1841~1847)等。

除胡果、萨维尼和普赫塔外,历史法学派的代表还有艾希霍恩

(K. F. Eichhorn, 1781~1854)、温德海得、耶林、格林、祁克等。

二

历史法学派的基本观点,主要体现在胡果、萨维尼和普赫塔等人的理论中。

胡果最先将历史性的实用主义批判引入法学领域,他在对“历史性的”自然法理论表示赞同的同时,反对纯理论的自然法学和法典化了的自然法思想。他在《作为实定法哲学的自然法论》中阐述的就是这一观点。胡果认为,由于法学家从事的是文科研究,并不进行任何实验,所以他们的一般性的思索对立法没有价值。他指出,一定民族的各种法规、法律,不会顾及一般性的自然法,如同医生在开处方时,总是具体情况具体分析而不会顾及医学的一般原则一样。因此,历史主义的个别化的观察方法与一般化的认识方法是对立的。

基于上述理由,胡果批判了启蒙主义立法者对法发展的僭越。他指出,“将自己的意见提供给统治者的法学家,一般而言,并不比同时代的其他人贤明多少。”^①他们试图将法纳入各种法律之中的努力,完全是荒谬的,法的本质之源是习惯法。从现存的历史和比较观察中,必然导致出将来应发生的事情。而与此相对,自然法并不是追求正确的、合目的的事物的标准。这是因为,法律关系是复杂的,与自然法不符合的事情,往往会被(自然法学者)任意解释的缘故。当然,在这一点上,胡果还不是站在民族精神的意识上,而只是站在由孟德斯鸠在继承法国道德论过程中确立起来的经验主义立场上对自然法理论进行了批判。^②

系统论述历史法学派之基本观点的是萨维尼。他通过对法的产

^① Sir John Macdonell and Edward Manson, *Great Jurists of the World*, P. 563, Boston, 1914.

^① F. Wieacker 著、铃木禄弥译《近世私法史》第470页,创文社1978年版。

^② 同上第471页。

生、法的本质和法的基础三个问题的阐述,表达了该学派的代表性理论。

萨维尼认为,“法律只能是土生土长和几乎是盲目地发展,不能通过正式理性的立法手段来创建。”^①他指出:“一个民族的法律制度,象艺术和音乐一样,都是他们的文化的自然体现,不能从外部强加给他们”。“在任何地方,法律都是由内部的力量推动的,而不是由立法者的专断意志推动。”^②法律如同语言一样,没有绝对停息的时候,它同其他的民族意识一样,总是在运动和发展中。“法律随着民族的成长而成长,随着民族的壮大而壮大,当这一民族丧失其个性时,法便趋于消逝。”^③

萨维尼认为,法的这种产生也不是毫无规律可言的,它的发展呈现几个阶段。第一阶段,法直接存在于民族的共同意识之中,并表现为习惯法。第二阶段,法表现在法学家的意识中,出现了学术法。此时,法具有两重性质:一方面是民族生活的一部分,另一方面,又是法学家手中一门特殊的科学。当然,能够促使该阶段法发展的法学家,必须是那种具有敏锐的历史眼光,又有渊博知识的人,而这样的法学家现在在德国还很少,所以,在德国还未具备开展统一立法的条件。第三阶段,就是编纂法典。但即使是到了此阶段,也要谨慎立法。

对法的本质,萨维尼认为,法并不是立法者有意创制的,而是世代相传的“民族精神”的体现;只有“民族精神”或“民族共同意识”,才是实在法的真正创造者。在《现代罗马法的体系》中,萨维尼指出,法律的存在与民族的存在以及民族的特征是有机联系在一起。在人类的早期阶段,法就已经有了其固有的特征,就如同他们的语言、

^① 见《美国百科全书》第24卷第312页,1978年版,引自张宏生主编《西方法律思想史》第369页,北京大学出版社1983年版。

^② 同上。

^③ 萨维尼著《论立法及法学的现代使命》第11页,引自山田升著《德国的历史法学》,载尾高朝雄等编《法哲学讲座》第4卷第44页,有斐阁1957年版。

风俗和建筑有自己的特征一样。“在所有每个人中同样地、生气勃勃地活动着的民族精神(Volksgeist),是产生实定法的土壤。因此,对各个人的意识而言,实定法并不是偶然的,而是必然的,是一种同一的法。”^①这种同一的法,反映的是一个民族的共同意识和信念。因此,立法者不能修改法律,正如他们不能修改语言和文法一样。立法者的任务只是帮助人们揭示了“民族精神”,帮助发现了“民族意识”中已经存在的东西。

最后,萨维尼对法的基础作了阐述。他指出,法的最好来源不是立法,而是习惯,只有在人民中活着的法才是唯一合理的法;习惯法是最有生命力的,其地位于远远超过立法;只有习惯法最容易达到法律规范的固定性和明确性。它是体现民族意识的最好的法律。萨维尼的这一观点,是将历史法学派关于习惯法的观点发挥到了极端。

继胡果、萨维尼之后,普赫塔进一步阐述了该学派的观点。在《习惯法》这部著作中,普赫塔运用费希特(J. G. Fichte, 1762~1814)和黑格尔的历史哲学、辩证法的技巧,对从罗马法主义的民族精神转向专家支配的过程进行了分析。他继承并发挥了萨维尼在《论立法与法学的现代使命》中提出的法发展三阶段的学说,认为法的进化经历了“朴素的时期”、“多样性时期”(即经验性的判例时期)和多样性和学问性结合的“高层次统一性时期”(即学者性的法律家统治时期)三个阶段。而在这最后一个时期,只有学者性的法律家才能制定法律。普赫塔认为,作为民族的“机关”的这种法律家,在学说和判例中的法形成中占有特殊的地位。

在《潘德克顿教科书》中,普赫塔进一步对学者性的法律家的作用作了阐述,并将其与自然法理论以及“潘德克顿法学”的方法论结合起来。该教科书依据的是后期历史法学派提倡的理性法理论的演绎方法,即不是从各种法律、命题以及判例中概括、抽象出概念,而是

^① 萨维尼著,小桥一郎译《现代罗马法的体系》第一卷第42页,成文堂1993年版。

从概念中演绎出教条式的命题和判例。这种方法虽被后来耶林批评为是“倒置法”，但却为后期历史法学派中“潘德克顿法学”的繁荣奠定了方法论基础。^①

三

随着历史法学派的发展,在该学派的内部也出现了分化,即尽管大家都强调法是民族精神的体现,法学研究的首要任务应是对历史上的法律渊源的发掘和阐述,但在哪一种法体现了德意志民族的精神、哪一种法最为优越这一点上产生了分歧。因此,便形成了强调罗马法是德国历史上最重要的法律渊源的罗马学派(Romanisten)和认为体现德意志民族精神的是德国历史上的日耳曼习惯法(德意志法),强调应加强对古代日耳曼法的研究的日耳曼学派(Germanistik)。

罗马学派的代表人物,除了前述胡果、萨维尼和普赫塔之外,还有温德海得(B. Windscheid, 1817~1892)和耶林等人。该学派强调当前德国法学家的任务,是对德国历史上的罗马法穷根究底,进行深入研究,发现其中内含的原理,区别其中哪些是有生命力的,哪些是已经死亡了的。比如,胡果在前述《作为实定法哲学的自然法》等著作中,对罗马法的诸项原则、制度进行了研究,并在历史上首次提出了“法人”(juristische person)和“法律行为”(Rechtsgeschäft)这两个现代民法学上重要的概念。萨维尼在《中世纪罗马法史》等著作中,也对罗马法的各种渊源、制度、原则、概念以及与近代民法学的关系进行了系统的研究。无论是胡果,还是萨维尼,都试图在研究罗马法的基础上构造一门概念清楚、体系完整的民法学学科,正是在他们的努力下,罗马学派开始向概念法学发展。

^① F. Wieacker 著、铃木禄弥译《近世私法史》第 483 页。

19 世纪中叶以后,罗马学派内部又开始分为两派,一派以温德海得等人为代表,在研究《学说汇纂》的基础上,使概念法学发展得更充分、更加系统化,从而形成了“潘德克顿法学”(Pandektenwissenschaft)。另一派则以耶林为首,逐步意识到概念法学的弊端,主张对法不应当仅仅作历史的、概念的研究,还必须从法的目的、法的技术、法的文化等角度来研究。

历史法学派中的罗马学派转变为“潘德克顿法学”,是当时德国社会发展的必然结果。19 世纪中叶以后,德国开始出现统一的趋势,统治阶级开始认识到,统一的德国对于其挤入帝国主义列强是必要的。为此,在德国出现了统一立法的趋势。1848 年以后,《德意志一般票据条例》开始在德意志关税同盟的绝大多数盟国实施。60 年代,《德意志一般商法典》在绝大部分德意志同盟加盟国实行。其后制定民法典的呼声也甚高。而在这些现象的背后,则体现了国家的意志。这无疑刺激了“潘德克顿法学”的成文法至上主义。

“潘德克顿法学”的体系,是由专事研究《学说汇纂》的学者海塞(Heise)创立,而其起源则可追溯到德国著名法学家沃尔夫的学生达埃斯(Darjes, 1714~1791)和纳特布莱德(D. Nettelbladt, 1719~1791)。^① 致力于 19 世纪中叶“潘德克顿法学”的学者,主要有凡格罗(K. A. Vangerow, 1808~1870)、布林兹(A. Brinz, 1820~1887)、阿恩兹(L. Arnts, 1822~1880)、温德海得、贝克(E. I. Bekker, 1827~1916)、莱格尔斯伯格(F. Regelsberger, 1827~1916)、戴恩布格(H. Dernburg, 1829~1907)等等。其中,最有代表性的是温德海得。

温德海得 1847 年任巴塞尔(Basel)大学教授,后历任格赖夫斯瓦尔德(Greifswald)、慕尼黑、海德堡等大学的教授。1874 年任莱比锡大学教授后,一直到去世。其间,1880 至 1883 年参加民法典编纂工作。他既是“潘德克顿法学”的核心人物,也是后期历史法学派的

^① F. Wieacker 著、铃木禄弥译《近世私法史》第 465 页。

主要代表。温德海得的代表作品有：《关于前提的罗马法理论》(1850)、《条件成就的效力》(1851)以及《潘德克顿教科书》。温德海得的理论主要集中在后者中。

该书是德国“潘德克顿法学”的集大成。首先，该书在对所有“潘德克顿法学”文献进行概括、整理和阐明内容的同时，站在客观的立场上对其进行了公正的批判；其次，该书体系完整、理论结构严密，不仅在各项制度研究上运用了由概念的形式逻辑性操作构成的系统的法学方法，而且将其推广到了整个私法学领域；第三，传统的“潘德克顿法学”作品，或偏向于理论，或偏向于实用。而本书则第一次将理论和实用结合在一起，它是对以往“德国普通法”理论的集大成，在理论界和实务界都具有极大的权威，不仅支配了整个德国的民法学，而且也深深地影响了1900年《德国民法典》(1888年的民法典第一草案，曾被说成是“小温德海得”。温德海得对民法典的影响可见一斑)。^①

“潘德克顿法学”的特点，一是对概念的分析、阐述非常完善。如近代资产阶级民法中的各种基本概念和术语，在“潘德克顿法学”中都已得到阐明；二是注重构造法律的结构体系，尤其是温德海得在《潘德克顿教科书》中确立的五编制的民法学体系，成为1900年《德国民法典》(包括后来的日本和旧中国等的民法典)的渊源。三是以罗马《学说汇纂》作为其理论体系和概念术语的历史基础。“潘德克顿法学”，顾名思义，它是《学说汇纂》(Pandekten，音译“潘德克顿”)的注释学。这是近代德国民法学明显区别于《法国民法典》的地方(后者以查士丁尼《法学阶梯》为蓝本)。四是在一定程度上具有脱离现实、从概念到概念、从条文到条文的倾向。

在温德海得将“潘德克顿法学”发展至顶峰的同时，以耶林为首

^① 奥田昌道著《温德海得》，载伊藤正已编《法学者——人与作品》第20页，日本评论社1985年版。

的“目的(利益)法学”(功利主义法学)也在罗马学派内部形成。

鲁道夫·耶林(Rudolph von Jhering, 1818~1892)先后在柏林、海德堡、慕尼黑、格廷根接受法律教育。1843年，在柏林大学通过论文审查，取得教授资格，开始讲授罗马法。随后，历任巴塞尔、罗斯托克、基尔、吉森各大学的教授。1872年，赴格廷根大学任教。在该大学，他一直工作到去世。^①耶林的主要作品有《罗马法的精神》(全四册，1852~1863)、《为权利而斗争》(1872)、《法的目的》(全2卷，1877~1884)。在这三本书中，耶林对“潘德克顿法学”只注重概念、脱离社会现实利益(权利)斗争、脱离社会法的目的的倾向进行了批判。

在《罗马法的精神》一书中，耶林首先分析了权利的概念。萨维尼将权利定义为“意思的力”，耶林不同意这一定义，而主张应将权利定义为“在法律上受到保护的利益”。^②在《法的目的》中，耶林又对人的目的和动机作了研究，这种目的或动机形成两个大的系列——个人的和社会的。个人对社会行为的利己动机有两种：报答(Lohn)和力(Zwang)；社会动机也有两种：义务的观念和爱的观念。^③这一学说为强调个人利益和社会利益相结合的新功利主义法学出台创造了条件：目的是法的创造者，而目的就是利益，利益又有个人的和社会的，两者不可偏废等等。这些思想，对以后的社会学法学的勃兴也产生了重大影响。

西方学者这样评论耶林：“作为一名法学教授，他享有巨大的声誉。他的作品影响更大，其发行量超过同时代任何一位法学家的著作。……他被认为是历史法学派中罗马学派的最后一位代表人物。……通过他的论述法学的一些基本问题的作品，如《为权利而斗争》

^① Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the World, P. 591.

^② 村上淳一著《耶林》，载伊藤正已编《法学者——人与作品》第28页。

^③ Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the World, P. 595.

等,他成为19世纪最为知名的学者。”^①

四

历史法学派中另一个学派日耳曼学派,其特点是埋头于德国本民族法(日耳曼习惯法)史料的收集、整理和研究。其创始人是艾希霍恩,代表人物有米特麦尔(K. J. A. Mittermaier, 1787~1867)、阿尔普莱希(W. Albrecht, 1800~1876)、格林(Jacob Grimm, 1785~1863)以及祁克等。该学派自1830年以后,开始与罗马学派决裂,而1846年在吕贝克召开的“日耳曼法学家大会”则是这种决裂的公开化。

日耳曼学派坚持历史法学派的基本观点,认为法是“民族精神”的体现;该学派也赞成罗马学派的研究方法,主张用逻辑的、概念的、体系的手段来研究历史上的法律。但是,与罗马学派不同,该学派主张发掘德国私法自身发展的历史。如艾希霍恩在其著作《德意志法律与国家史》(全4卷,1808~1823)和《包括封建法的德意志私法入门》(1823)中,对历史上的德意志帝国以及各邦的法源进行了总结,首次阐明了德国宪法、私法、刑法和诉讼法的发展历史,为创建日耳曼法学科作出了划时代的贡献。阿尔普莱希在对德国历史上有名的Gewere(占有)制度进行深入研究之后,指出,将德国法上的所有权、他物权和占有权与罗马法上的等同起来是完全错误的。比如,在德国物权上的Gewere,就是一个独自的具有德国色彩的概念。“所谓Gewere,是指在对物的人的关系上被授予具有物的效力的一种权利。不拥有Gewere的人的利益,只及于人的债权的效力。此时,德国法上的特色,通过这个物的性质不在于某种权利的绝对性,而是与

^① Ibid, P. 592.

对物的人的关系无关的、依据独自の物权法则这一点显示了出来。”^① 贝塞拉(G. Beseler, 1809~1888)进一步指出,继受罗马法,对德国人民来说是一种“不幸”,应当克服在继受罗马法基础上发展起来的法律家法和德国民众法的分离倾向,复活德意志自身的法律传统。盖尔伯(C. F. W. Gerber, 1823~1891)在1846年发表的《普通德国私法的学术原理》以及后来的论著中,认为,为了使德国法学从“其只是一种事实的关系形态”这种传统观念中解脱出来,必须将内含于德国法律关系之中的各种理念抽象出来,并使其成为一种历史的、有机联系的、精炼过的法律命题和法律制度。这种使德国私法理论化、体系化的理想,在1857年他与耶林合作创刊的《民事法学年报》中得到了实现。

与罗马学派为近代民法学的体系、原则、概念和术语奠定了基础相对,日耳曼学派的贡献除了为近代提供社会团体主义理念之外,还表现在促进了近代商法学和有限证券法学的发达方面。而对日耳曼法学的总结、整理和定型化作出巨大贡献的则是祁克。

祁克(O. F. von Gierke, 1841~1921),1857年进入柏林大学学习法律,师从上述日耳曼法学的大师贝塞拉。1860年获得博士学位。毕业后,先在自己的家乡开业当律师。1867年入柏林大学,担任讲师。^② 1871年升任副教授。后又任布雷斯劳大学和海德堡大学的教授,1887年,继其授业恩师贝塞拉,出任柏林大学的私法学教授,并一直工作到他1921年去世。这当中,还曾两次担任柏林大学的校长。^③ 祁克的理论主要集中在他的《德意志团体法论》(全4卷,1868~1913)和《德意志私法论》(全3卷,1895~1917)等著作中,其内容

^① 碧海纯一、伊藤正已、村上淳一编《法学史》第151页,东京大学出版会1976年版。

^② 石田文次郎著《祁克》第5~6页,三省堂1935年版。

^③ 石川武著《祁克》,载伊藤正已编《法学者——人与作品》第38页。

非常广泛,其中,关于法的本质、法和道德的关系以及社会法思想代表了他的历史法学派的基本立场。

祁克指出:“所谓法,是指法规以及法律关系整体,而法规则是将人的自由意欲置于外部并且以绝对的方法予以制约的规范。”^①他认为,“法以国民对法的确信为根据,法规是规定(国民)各自意志的界限,要求正确生活秩序的理性的表白。”^②“法是表示出来的社会的确信,所以是人类社会生活的准则。法的渊源是(人类)的共同精神。……法的理念是正义。各法规的最高目的是实现正义。”^③康德认为,如果丧失了正义,人类就丧失了地球上生存的意义,祁克予以展开说,“法的直接目的是实现正义,正义是不可丧失的人类价值。……如果法律不忠实于正义,只以实利为目的,那么,法的公正严肃就不复存在,实利也得不到。”^④

1917年,祁克发表了最后一篇重要论文《法律与道德》。在这篇论文中,祁克对法律与道德的关系作了深刻阐明。他指出,法和道德具有紧密的联系,以1900年《德国民法典》为例,其中相当多的条款规定,如果违反了社会道德义务,法律将给予处理。同时,法和道德都是精神性社会的生成物,法的渊源有在社会中无意识发生的信念中产生和在自觉创造的信念中产生两种情况,前者是习惯法的场合,后者是立法的场合。道德也有从无意识的信念中发生和从个人自觉形成的一般信念中产生的场合。前者是社会的共同行为规范,后者是被形式化了的伦理规则。^⑤

祁克认为,法与道德也有根本的区别,即法具有强制力。由于文明社会中强制力由国家独占,所以法和国家互为因果。道德则不然,

① 石田文次郎著《祁克》第174页。

② 同上第178页。

③ 同上第180页。

④ 石田文次郎著《祁克》第221页。

⑤ 同上第199~200页。

它的目的是人的内心服从,它与国家的强制力遥遥相对。同时,法律源自社会信念,而道德则源自个人信念。法律是允许、命令和禁止人的行为的规范,而道德则以人的思维为对象,着重于人的内部的意志决定。两者有交叉又有区别。在相交叉的领域,两者都有拘束力,而越出了交叉的范围,则属于两者各自管辖的领域。当然,一般而言,道德管辖的范围比法律要大得多。此外,法和道德也有冲突之时,即对道德允许的,法有时会禁止,如家长处死十恶不赦的败家子等;对道德禁止的,有时法律却是允许的,如许多不道德但却尚未触犯法律的行为等。因此,必须协调两者的关系,既要发挥道德的规范作用,也要倡导法律的教化作用。^①

在《德意志私法论》第一卷中,祁克还对社会法思想作了阐述,他指出,“与人的本质一样,在法律上也存在着个人法和社会法的差别。这是因为,人作为个人在其是一种独立的存在体的同时,也是构成社会的成员。”^②祁克认为,“个人法是从主体的自由出发,规律个人相互平等对立的关系的法律;社会法将人视为拥有社会意志的成员,将人视为整体的一分子。……所以,社会法是从对主体的拘束出发,规律有组织的全体成员的法律。”^③在《国家法的基本观念》之论文中,祁克进一步指出:“社会法,是从人的结合的本质出发,对人的共同形态的内部存在进行整理,从小的团体到大的团体,从低的团体到高的团体,日积月累的建设性的法则;是从夫妻到家庭、从家庭到村落,逐渐向上、逐渐扩大,最终至国家的构造起来的组织法。”^④

总之,祁克的理论,既是对历史法学派观点的继承,又有许多创新,尤其是他的社会法思想,对后来社会学法学的诞生发生了巨大的

① 石田文次郎著《祁克》第213~214页。

② 同上第76页。

③ 同上第77页。

④ 同上第78~79页。

影响。诚如西方学者指出的那样：“祁克首次在个人法领域之外，提出还存在着社会法领域，这是对现代法学的最大功绩。”^①

五

关于历史法学派，我国还没有开展过比较系统的研究，各种涉及该学派的西方法律思想史的著作以及个别文章，对其分析也很简略，且大多依据马克思的个别论述对其作了否定的评价。^②笔者认为，这是值得商榷的。对历史法学派，至少可以作出如下四点评价：

第一，历史法学派对近代民法学的形成和发达作出了贡献。近代第一部民法典诞生于法国，但由于当时法国学术界对法典的过分崇拜，导致了忽视习惯法和判例法，而仅仅以法典条款为研究对象的注释学派的诞生，该学派统治法国近一个世纪，阻碍了民法科学的发展。^③与此相对，在德国，由于学者们埋头于对罗马私法和日耳曼私法的研究，从内容到原则，从概念到体系，从而创立了一个庞大的民法学体系，形成了近代民法学学科。而为此作出巨大努力的德国法学家，几乎无一例外都是历史法学派的成员：胡果、萨维尼、普赫塔、艾希霍恩、耶林、温德海得、祁克等。可以说，如果没有历史法学派，那么，近代民法学就不会达到如此高的水准。

第二，历史法学派在挖掘、整理、恢复人类法律文化遗产方面作出了贡献。众所周知，现代西方的法律制度和法学学科，其历史基础是罗马法和日耳曼法。前者从中世纪起就开始受到学者的重视，如意大利波伦那大学的前、后期注释法学派（伊纳留斯、阿佐、阿库修斯

以及巴尔多鲁等）、16世纪法国的“人文主义法学派”（阿尔恰特、居亚斯等），以及18世纪法国私法学家朴蒂埃等，都对罗马《国法大全》进行了整理、注释。历史法学派在此基础上，进一步予以总结、汇集、出版，从而使古代罗马法的经典文献能为创建近代法学服务。其中，萨维尼的《中世纪罗马法史》（全6卷）不仅收集了11世纪以前西欧各地区流传的罗马法文献，而且对注释法学派形成以后各位学者研究罗马法的作品作了汇编、整理，对中世纪西欧各大学的罗马法教育作了考证和论述，从而成为一部罗马法的资料宝库。直至今日，西方学者在研究中世纪西欧法学史时，依据的主要还是萨维尼的这部作品。^①后者即日耳曼法，虽然从11世纪后，也为一些学者所研究，但大规模从事这项工作的是历史法学派中的日耳曼学派。尤其是祁克，他的《德意志私法论》和《德意志团体法论》，在保存、恢复和阐明日耳曼法方面所取得的成果，至今还没有一个学者所能够超越。

第三，在历史法学派中，人物众多，且观点也非一致。如在法源理论上，除萨维尼比较严格坚持以习惯法为基础、反对编纂统一的法典之外，胡果在阐述法的渊源时是将习惯法和制定法并列在一起说的；祁克则将立法（成文法）、判例法、习惯法和自治团体的规范同列为法的渊源，而其中立法是第一位的；^②耶林则批判了萨维尼关于习惯法优越的观点，强调法必须从道德和宗教中独立出来，采取掌握强制力的国家命令的形式即制定法的形式；而温德海得则专心致志于罗马成文法的研究，并积极投身于《德国民法典》的编纂事业。又如，在对待自然法的态度上，除萨维尼的否定立场比较坚决外，历史法学派中其他学者都采取了较为宽容的态度：胡果赞成历史主义的自然法理论，耶林强调罗马法中的自然法原则（“不变的并且普遍的要素”），祁克则主张自然法学说中的核心部分：法的理念是正义、法

① 石田文次郎著《祁克》第73页。

② 参阅张宏生主编《西方法律思想史》第374页。

③ 参阅何勤华《十九世纪法国注释法学派述评》，载《南京大学法律评论》1995年秋季号。

① Sir John Macdonell and Edward Manson, Great Jurists of the World, P. 573~575.

② 石田文次郎著《祁克》第131~142页。

的目的是实现正义等。诚如西方许多学者指出的那样:历史法学派只是在一些理论观点和主张上与自然法学说相左,而在本质上是一样的,它仅仅在自然法的内容加上了人文主义、国民意识等内容,使其更为丰富、更加适应社会的现实。尤其是在历史法学派孕育下诞生的“潘德克顿法学”,其体系和概念,大多属于自然法学。^① 这些情况说明,历史法学派有一个形成、发展和衰落的过程,其内部成员的立场、观点也各相异,不能以萨维尼否定自然法理论、提倡法是民族精神的体现、反对编纂统一的法典而否定该学派对世界法学发展的整体贡献。

第四,即使是萨维尼,笔者认为也是应当肯定的。这里涉及的问题是:一、萨维尼的作品《中世纪罗马法史》和《现代罗马法的体系》,对近代民法学的诞生所起的作用,是任何其他法学家的著作所不可替代的。二、萨维尼提出的“法源自民族精神”的观点,如同自然法学派认为法起源于人的理性一样,是人类在认识法的形成方面作出的努力之一。它拓宽了人们的视野,促使人们在比较虚无的“人类理性”之外,去寻找法的起源的途径。正是受了萨维尼这种历史主义的、民俗学的法学研究的启发,后人便进一步将社会学的、文化学的、经济学的方法引入了法学之中,从而创立了法社会学、法文化学、法经济学等,丰富了人类认识法这一社会现象的手段。因此,萨维尼的观点是人类试图科学地认识法的起源的无数智慧链条中的一环,不能全盘否定。三、至于萨维尼的政治立场,由于其出身贵族,加上他反对自然法学派和反对编纂法典等,人们往往将其视为是代表了大封建主的利益,是反动保守的。但从他的学术成果,以及他从政时的表现来分析(1842年他担任普鲁士政府的司法大臣后,曾专心于改革贵族制度、拥护城市自治、淡化婚姻法中的宗教色彩、确保出版自由、制定德意志普通票据条例和德意志普通商法典等),说19世纪

40年代后的萨维尼是一名资产阶级政治改革家和法学家并不过分。

(原载《法制与社会发展》1996年第2期,
收入本书时略有订正)

^① Franz Wieacker 著、铃木禄弥译《近世私法史》第465页。

五、世界著名法学家小传

古罗马五大法学家小传

苏尔茨在《罗马法学史》一书中明确指出：现代法学起源于中世纪意大利的波伦那法学派（即注释法学派），而该学派的诞生，得益于罗马的《国法大全》，因此，罗马法学是现代法学的基础。^① 罗马法学为何能达到古代世界最发达之形态、为何能成为现代法学的历史基础？除其它各种条件之外，一个重要的原因是在古代罗马存在着一个职业的法学家阶层。

在古代罗马，从公元前3世纪开始，伴随着法学的诞生，发展起了一个职业的法学家阶层。至帝国前期，法学家的活跃程度达到了顶点。据史书记载，该时期是罗马法学家群星璀璨时期，出现了众多的著名人物。其数量，根据法国18世纪著名私法学家朴蒂埃（R. J. Pothier, 1699~1772）的统计，是92人；^② 按照日本学者户仓广的统计，是60余名；^③ 而苏尔茨在《罗马法学史》中，则列出了其中的26名，^④ 如斯卡喔拉（Q. M. Scaevola, 公元前95年的执政官，著有18卷《市民法》）、拉贝奥（M. A. Labeo, 公元前50~公元20，“普洛克鲁

① F. Schulz, History of Roman Legal Science, P. 100, Oxford, 1946.

② Sir J. Macdonell and E. Manson, Great Jurists of the World, P. 465. Boston, 1914.

③ 户仓广：《古典时期罗马法学者的群像》，载《国士馆法学》第1号，1968年。

④ F. Schulz, History of Roman Legal Science, P. 226~241.

斯学派”(Schola Proculus)的创始人,留下著作400多卷)、普洛克鲁斯(S. Proculus,约公元1世纪中叶人,“普洛克鲁斯学派”真正的领袖,《学说汇纂》引用其作品有134段)、卡必多(C. A. Capito,公元22年去世,“萨宾派”(Schola Sabinus)的鼻祖,公元5年的执政官,留有《法学杂记录》等作品)、萨宾(M. Sabinus,公元64年去世,“萨宾派”的代表,著有3卷《市民法论》)、庞波尼乌斯(S. Pomponius,约160年去世,代表作是关于萨宾学说的35卷注释书。《学说汇纂》收录他的作品有578个段落)、尤里安(S. Iulianus,公元2世纪初叶人,出身于非洲,主要作品有90篇《学说汇纂》等)以及杰尔苏(Celsus,与尤里安同时代人,主要作品是39篇《学说汇纂》)等,但贡献最大、名声最响的是被公元426年的《学说引证法》(Lex Citationum)宣布为其学说和作品具有法律效力的五大法学家,即盖尤斯、帕比尼安、乌尔比安、保罗和莫迪斯蒂努斯。^① 本小论仅对这五位法学家的简历和主要作品作点介绍。

一、盖尤斯

盖尤斯(Gaius,约130~180),罗马帝国前期著名法学家,迈克道纳尔和曼逊著《世界上伟大的法学家》一书介绍的第一个人就是他。

关于盖尤斯的生平,确切的史料很少,“我们甚至不知道他叫什么名字,在哪儿出生,居住在什么地方。”^② 据意大利法学家朱塞佩·格罗索(Giuseppe Grosso)的考证,盖尤斯是个姓,使用该姓的人在当时很多,有些还是很有名的人物。^③ 迈克道纳尔和曼逊进一步举出

^① 也有学者认为莫迪斯蒂努斯无资格进入五大法学家行列,因为《学说汇纂》只引用了他344段语录,比庞波尼乌斯(收入578段)、拉贝奥(收入540段)和尤里安(收入456段)等人的都少,见户仓广:《古典时期罗马法学者的群像》。

^② Sir J. Macdonell and E. Manson, Great Jurists of the World, P. 2.

^③ 朱塞佩·格罗索著、黄风译《罗马法史》第358页,中国政法大学出版社1994年版。

了这些人的名字,如盖尤斯·庞波尼乌斯(Gaius Pomponius)、提图斯·盖尤斯(Titus Gaius)和盖尤斯·诺斯特(Gaius Noster)等。^④ 目前,学术界一般的看法是,盖尤斯约出生于哈德良(Hadrian)皇帝统治时期(公元117~138年),活跃于皮乌斯(Antoninus Pius)皇帝统治时期(公元138~161年),死于康莫德乌斯(Commodus)皇帝统治时期(公元180~192年),^⑤ 家乡是希腊或叙利亚,或者生活在这两个地方。^⑥ 因为从盖尤斯的著作的内容来看,他对罗马行省(上述两地当时都是罗马的行省)的法律非常熟悉。他的工作主要是教书和著述,因为他与乌尔比安和帕比尼安相反,当时的人们很少提到他。

在学术上,盖尤斯属于“萨宾派”,这从他在其作品《法学阶梯》中常常提到自己的老师萨宾,以及将“普洛克鲁斯学派”的人称为“另一学派的学者”中可以看出。^⑦

盖尤斯是一位多产的法学家,根据《佛罗伦萨索引》(Florentine Index)的统计,盖尤斯的著作共有13种,但该索引没有能详加说明。^⑧ 在这些著作中,其代表作无疑是四卷本《法学阶梯》(Institutes),该书不仅是当时各法律学校的教材,成为查士丁尼编纂同名法典《法学阶梯》时的范本,同时,也是唯一的一部完整地传至后世的古代罗马法学家的文献。这在一定程度上应归功于该书的普及程度。该书大约成于161年前后,内容简明扼要,非常通俗,且体系完整,分人法(第1卷)、物法(第2、3卷)和诉讼法(第4卷)三大部分,有关私法的问题几乎都已涉及,很适宜作法律学校和市民自学法律用的教材,因而该书当时流传很广。

现在我们看到的《法学阶梯》一书,是1816年为德国历史学家尼

^① Sir J. Macdonell and E. Manson, Great Jurists of the World, P. 2.

^② Francis de Zulueta, The Institutes of Gaius, Part II; Introduction Oxford, 1953.

^③ Sir J. Macdonell and E. Manson, Great Jurists of the World, P. 4, 5, 7.

^④ 朱塞佩·格罗索著、黄风译《罗马法史》第358页。

^⑤ Sir J. Macdonell and E. Manson, Great Jurists of the World, P. 8.

布尔(G. Niebuhr)在意大利北部的弗罗那(Verona)图书馆中发现的,系5世纪的抄本,用羊皮纸写成,仅缺3张,但上面又写着后人的作品,因而字迹很难辨认。柏林学士院获得此信息后,立即派遣高森(Goeschen)和贝克(Bekker)两位学者赶赴弗罗那,与已在那里的贝夫曼·霍尔威格(Bethmann-Hollweg)博士一起解读,并让德国著名法学家萨维尼(F. von Savigny, 1779~1861)进行鉴定,最后确认该手稿确系盖尤斯的《法学阶梯》,遂于1820年出版了校订本(由高森校订)。^①《法学阶梯》的英译本、俄译本和日译本等早已面世,中文译本也将与读者见面。该书的手抄本面世后,人们在埃及和西欧各地又陆续发现了它的其它一些片断,这些片断订正并补充了弗罗那抄本的错误和缺页,从而使我们对该书的了解更为全面。

与《法学阶梯》相关,盖尤斯还撰写了其它的法学作品,如关于各州长官的告示的32卷注释书、市民法务官的告示的注释书,关于信托、诉讼案件、各种法令、嫁资的著作,以及《日用法书》(Res cottidianae,该书曾被后世学者称为“黄金书”,是进一步阐述《法学阶梯》的著作)。

盖尤斯生前并没有象帕比尼安等人那样声名显赫,仅仅是一位教师和著作家。直至426年《学说引证法》颁布,他才被置于五大法学家之中,与帕比尼安、乌尔比安、保罗等人齐名。

盖尤斯的法学思想,主要集中在《法学阶梯》一书中。

二、帕比尼安

帕比尼安(Aemilius Papinianus,约140~212),帝国前期罗马著名的法学家。师从斯卡喔拉,毕业后去贝鲁特法律学校执教。由于他与后来成为皇帝的塞维鲁(Lucius Septimius Severus,193~211年在位)既是同学又是姻亲,关系特别密切,因此,后来就到了罗马,担

任帝国的高级法律职务,并于203年担任了被认为是副皇帝高位的近卫都督之职,行使军事和司法大权。乌尔比安和保罗都曾在由他任院长的帝国最高法院担任过陪席法官。他的法院,也正是由于乌尔比安和保罗这两位当时已很出名的法学家的加盟,影响相当大。就连自尊心很强、不愿意称赞他国成就的英国人,如15世纪的著名法学家利特尔顿(D. Littleton, 1407~1481),也以帕比尼安的法院曾在英国巡回办过案而自豪。^①

211年,当帕比尼安在英国巡回审判之际,塞维鲁皇帝突然驾崩。在两位皇子的争权斗争中,帕比尼安因反对皇子卡拉卡拉(Caracalla, 211~217年在位。原名 M. A. Severus Antoninus,即安敦尼)暗杀其兄杰达(Geta)、并拒绝为卡拉卡拉的可耻行为作辩护而被其处死。^②

帕比尼安的代表作有37卷的《法律问答集》(Questiones)、19卷《解答集》(Responsa)、19卷《解说书》(Difinitiones)。此外,还有许多论文,其中许多是用希腊文写成。帕比尼安继承了其老师斯卡喔拉的方法,通过对具体案件的解答来阐述法律的含义和精神,议论非常深刻并富有哲理。由于这一原因,帕比尼安的学说具有很高的权威性,直至4世纪,君士坦丁皇帝仍命令属下整理他的学说,尊重其权威地位。《学说引证法》进一步规定,在五大法学家的意见相左时,以帕比尼安的为准则。进入6世纪,查士丁尼皇帝为了纪念帕比尼安,将当时法律大学的高年级学生称为“帕比尼安弟子”(Papinianistae)。《学说汇纂》大段摘录帕比尼安的作品(共601段),也表明了他在当时的学术地位。

由于帕比尼安的作品已经全部流失,所以,我们现在研究他的法学理论和思想,主要是通过查士丁尼《学说汇纂》来进行的。在《学说

① 船田亨二著《罗马法》第1卷,第345页,岩波书店1943年版。

① 户仓广:《古典时期罗马法学者的群像》。

② Sir J. Macdonell and E. Manson, Great Jurists of the World, P. 19~20.

汇编》中,虽然不能把握帕比尼安的整体理论,但可以大体了解其主要的观点,比如,关于市民法,帕比尼安曾下了一个定义:“市民法是后来产生于法律、平民会议决议、元老院决议、皇帝谕令以及法学家的权威学说的法。”^①而这个定义,一直被认为是一种经典的学法。又如,收录在《学说汇纂》中的帕比尼安关于法律的定义,也被认为是权威性的。他指出:“法律是所有人的共同规范;是智者们的决议;是对有意或因无知而实施的犯罪的惩罚;是整个共和国民众间的共同协议。”^②可见,由于前人的劳动,帕比尼安的许多法学理论和思想被保存了下来。

三、乌尔比安

乌尔比安(Domitius Ulpianus,约170—228),生于叙利亚,先在贝鲁特法律学校教授法律,后去罗马从事法律实务工作,与帕比尼安和保罗等人相交甚密。当过皇帝的法律顾问。卡拉卡拉皇帝统治期间,担任皇室档案馆长官。^③222年升任皇帝的近卫都督。228年死于士兵的暴乱。

乌尔比安留下了23种著作。其中,卡拉卡拉皇帝统治时期创作的关于敕令的庞大的83卷注释书(Ad Edictum)是他的代表作。^④此外,还有注释萨宾著作的51卷注释书,用简洁笔墨写成的《罗马法原理》(Fragmenta),以及关于私法中各个问题的论著。

曾经有许多学者认为,罗马法学的衰落源自乌尔比安和保罗,因为他们两人的作品已没有创新,而只是总结、归纳、整理和汇编前辈

^① D.1,1,7pr.引自黄风译《民法大全选译·正义和法》第38页,中国政法大学出版社1992年版。

^② D.1,3,1.引自同上第54页。

^③ Sir J. Macdonell and E. Manson, Great Jurists of the World, P.35.

^④ Ibid, P.34.

法学家的法学遗产。^①这一观点有一定道理,但认为由于整理、汇编前人的学术成果因而对法学发展没有贡献,就有点偏颇了。事实上,乌尔比尼不仅是罗马法学的集大成者,其作品具有百科全书的特色,查士丁尼《学说汇纂》共摘录了9142段法学家的著述,其中排名第一的就是乌尔比安,为2464段。而且,他的劳动中,也有许多创造性成果,如关于公法和私法的分类、关于“法学”的定义以及关于奴隶制度违反自然法的见解等。虽然,他的著作以总结和整理为主,但他在“明确而系统解释前人作品以及当时法律文献方面极为优秀。他是完成清晰明确的解释作品的大师。在罗马法学家中,他是与另一位明确解释法律之大师盖尤斯齐名的法学家。”^②

与帕比尼安一样,乌尔比安的作品也没有单独流传下来,我们现在所能看到的,主要是保留在《学说汇纂》中的一些著作摘录。但是,如前所述,由于《学说汇纂》收录了乌尔比安作品的大量段落,因此,通过《学说汇纂》,我们基本上可以把握他的法学理论和思想的主要方面。

四、保罗

保罗(Julius Paulus,约222年去世)。斯卡喔拉的弟子,曾与乌尔比安一起,担任帕比尼安的罗马帝国最高法院的陪席法官,后升任海利奥嘎巴鲁斯(V. A. B. Heliogabalus, 218~222年在位。别名Elagabalus)和塞维鲁(Alexander Severus)两位皇帝的近卫都督。

据说保罗留下了70余种法律著作,其中最著名的是关于告示的80卷注释书。此外,还有26卷《法律问答集》、《解答集》,关于萨宾学说的16卷注释书以及其他帝国前期的著名法学家学说的注释

^① Ibid, P.40.

^② Ledlie, Great Jurists of the World, P.39.转引自户仓广:《古典时期罗马法学者的群像》。

书。此外,他还留下了关于法律问题的各种论文集。与乌尔比安一样,保罗的主要贡献不在于创新,而在于对各种法律问题作出明确和系统的注释。他的注释具有极大的权威;《学说汇纂》采摘了他 2081 段作品,清楚地说明了这一点。

保罗的著作,对后世的立法活动也产生了巨大影响。公元 5 世纪,当日耳曼人在原来的罗马帝国领土上建立起蛮族国家、开始编纂法典时,曾不同程度地采用了保罗的作品。^① 在欧洲西部,保罗的论著也具有极高的权威,后来德国各个邦国的立法都曾受到过其影响。在法国南部,至中世纪末,保罗的作品也一直是法学家们的重要研究对象。^②

从《学说汇纂》中可以得知,保罗关于法律的理论是极为丰富的,不仅包含所有权、债、契约、继承、嫁资、亲属关系等各个实体法领域,而且还涉及司法管辖权,诉讼的定义、种类和程序,举证责任,律师代理,以及关于 ius(法)的各种含义等。尤其是他的一些名句,后来就成了千古传诵的法律格言,如“做法律所禁止之事的人是在违反法律,而那些不触犯法律言词却违背法律精神的人则是在对法律实行欺诈”等。^③

五、莫迪斯蒂努斯

莫迪斯蒂努斯(Herennius Modestinus, 约 244 年去世)。乌尔比安的学生。在五大法学家中,他的名声最小,《学说汇纂》引用的法学著作段落中,莫迪斯蒂努斯的只有 344 段,不仅比庞波尼乌斯(被收录 578 段)少,也比拉别奥(被收录 540 段)和尤利安(被收录 456 段)

① 前引船田亨二著《罗马法》第 1 卷,第 549 页。

② Hans Julius Wolff, Roman Law, An Historical Introduction, P. 139, University of Oklahoma Press, Norman, 1951.

③ D. 1, 3, 29, 引自前引黄风译《民法大全选译·正义和法》第 61 页。

等人少。

莫迪斯蒂努斯的代表作主要有《解答集要点》(Responsorum libri xix)。此外,还有《论规则》、《学说汇纂》、《论典型案例》、《论法定免责理由》等。根据《学说汇纂》录下的莫迪斯蒂努斯的作品,我们大体可以知道他的法学理论和观点。比如,在法的基本理论方面,莫迪斯蒂努斯认为:“法律的功能在于:命令、禁止、允许和惩罚”;^① 在成文法律和判例法之关系上,他明确主张前者的效力高于后者;在债法方面,他提出了债务人的定义:“债务人(debitor)是指那些可以向他们索取财物、即使是违反他们的意愿也可以这样做的人”,^② 以及契约的各种理论。此外,在海运借款契约、债的履行之可能性、债的产生和消灭以及罚金等方面,莫迪斯蒂努斯也提出了不少权威性的见解。

古罗马五大法学家的出现,是古代罗马社会特有的现象,是当时罗马国家法律文化发展的必然结果。^③ 虽然,五大法学家的出现,在罗马法学发展史上具有双重意义,即一方面大大提高了法学家在社会上的地位——他们的学说与作品取得了与法典同等的法律效力,无论同时代其他国家还是后世任何其他国家中的法学家,都未曾获得过这种待遇,这是积极的一面。另一方面,五大法学家的出现,也是罗马法学开始走向衰落的标志——后来的法学家只满足于注释这五大法学家的作品,重复前人的研究成果,法学也失去了前进的动力,这是消极的一面。然而,不管后人如何评说,古罗马五大法学家对世界法学发展的贡献,则是永存的。

(原载《中央政法管理干部学院学报》1996 年第 5 期)

① D. 1, 3, 7, 引自前引黄风译《民法大全选译·正义和法》第 56 页。

② D. 50, 16, 108, 引自丁玫译《民法大全选译·债·契约之债》第 2 页,中国政法大学出版社 1992 年版。

③ 关于古罗马法学家阶层出现的社会历史原因,请参阅何勤华著《西方法学史》第 2 章第 1 节,中国政法大学出版社 1996 年版。

中世纪英国的著名法学家

中世纪英国,是西方法律文化的两个发源地之一(另一个是古代希腊和罗马),在世界法律史上占有极为重要的地位。大体而言,中世纪英国对世界法律文化发展所作出的贡献,主要表现在三个方面:其一,确立起了“法治”(rule of law)的根本原则;其二,发展起了以“遵循先例”(Stare Decisis)为核心的判例法传统;其三,产生了比较系统的封建“法学”(jurisprudence; law)。这三个方面,对近代西方文明的发生和发展都产生了巨大和深远的影响。而这三者的诞生,都离不开中世纪英国的一批著名法学家的活动。

中世纪英国的著名法学家,后世比较确切地知道其事迹的就有许多,如格兰威尔、布雷克顿、利特尔顿(D. Littleton, 1407~1481)、福特斯库(Sir John Fortescue, 活跃期在 1430~1470 年之间)、杰曼(C. St. Germain, 1460~1540)、爱德华·科克、弗兰西斯·培根(Francis Bacon, 1561~1626)、塞尔登(Selden, 1584~1654)、海尔(Hale, 1609~1676)等。其中,对英国法律文化的发展贡献最大的是格兰威尔、布雷克顿和爱德华·科克。

一、格兰威尔

格兰威尔(Ranulf de Granville, 1130~1190), 1163~1170 年间,曾在亨利二世(Henry II, 1154~1189 年在位)手下担任约克郡(Yorkshire)的郡长(Sheriff)。1173 年,又担任兰卡郡(Lancashire)的郡长。1174 年,他被任命为英国军队的负责人之一,领导属下在阿

尔恩维克(Alnwick)打败了苏格兰人。之后,他又回到约克郡任郡长,并一度担任威斯特摩兰郡(Westmoreland)的长官。1176~1179 年间任皇室巡回法官(Justice in eyre)。1180 年起任英国司法长官(Justiciar),在这个岗位上,他不仅是国王的法官和得力的法律顾问,还是一名出色的将军,帮助国王从事与威尔士的战争和那些背叛国王的王子们发动的战争。^①

格兰威尔的理论,主要体现在其《中世纪英格兰王国的法和习惯》(Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae)一书中。当然,在英国,学术界对格兰威尔是否就是该书的作者是有争论的。有人认为,该书是由格兰威尔等三名最高法院法官一起执笔的;也有人认为,该书是当时的司法大臣或正在研修的法院书记官撰写的。但最近,认为该书是格兰威尔所著的观点又重新受到了学术界的重视。^②此外,关于《中世纪英格兰王国的法和习惯》一书的成书年代,学术界也有诸多考证。目前,学者根据收入该书中的令状的发布时间、内容,以及关于在位皇帝时间的记述,确定该书的执笔时间为 1187 年 11 月 28 日至 1189 年 7 月 6 日之间。^③

《中世纪英格兰王国的法和习惯》一书分十四章,内容主要涉及关于直属受封地的诉讼,圣职推举权的诉讼,关于身份的诉讼,寡妇产权的诉讼,嫁资、赠与、遗嘱以及法定继承人,请求遵守和解转让诉讼,关于与臣属的誓言以及继承费并列的公有地侵害的诉讼,俗人的金钱债务诉讼,诉讼代理人,关于不履行领主的裁判、隶农的回复诉讼以及州长官所掌的民事诉讼,各种权利诉讼的审判,在国王法院中的刑事诉讼等等。此外,对不动产法、契约法以及世俗管辖和宗教管

^① Sir William Holdsworth, A History of English Law, Vol II, P. 188-189, London, 1936.

^② B. Lyon, Dictionary of Middle Ages. 引自格兰威尔著、松村胜二郎译:《中世纪英格兰王国的法和习惯》译序注一,明石书店 1993 年版。

^③ 同上。

籍的关系问题也有充分的论述。^① 格兰威尔的著作,在英国法学史上具有如下重要意义:

首先,通过记录、整理、汇集国王关于各种诉讼的令状,使后世法学家得以了解当时的审判实践、诉讼程序以及普通法形成时的状况。比如,通过《因对方当事人不出庭而让当事人占有的令状》,我们可以了解到当时的土地占有情况:

“国王对郡长官说,朕对你命令如下:在朕的法院中,她(M)与R之间进行了诉讼,请你立即让M占有该村庄中某某面积的一块土地。因为该土地的占有,由于R的不出庭而被朕的法官判给了M。特此证明。”^②

又如,通过《关于身份的诉讼之令状》,我们知道了当时身份纠纷的情况:

“国王对郡长官说,R向朕提出了请求:根据他的起诉状,他本身是一个自由民,但N想把他贬为隶农身份。因此,朕命令你:如果上述R为了主张他的权利而向你保证诉讼进行的话,请将该诉讼案件在该日移交至朕或朕的法院的法官面前审理。并且,请保证这一段时间内R的安全。此外,为了弄清楚将他贬为隶农身份的理由,请通过想在此时出庭的善良的召唤人,将N唤来。你必须将这些召唤人连同本令状一起送至法庭。作为R的证人。云云。”^③

在该书中,格兰威尔整理的这类令状(writ)共有76个,可以说极具价值。

其次,对与令状相关的诉讼方式、程序作了论述,阐明了国王法院的管辖权,并立足于当时普通法的审判实践,带有学术分析的特

色。比如,在关于上述身份诉讼的说明中,作者是这样分析的:“关于身份问题的诉讼,一般是指在甲与乙之间进行的场合,即这种诉讼是在某人欲将他人从自由民降格为隶农身份之场合,或者被指控为隶农身份的人声称自己是自由人之场合发生的。但是,如果在某人起诉被指控为隶农身份的人是自己的隶农的场合,他就必须取得由国王发给郡长官的隶农回复令状(breve de nativis),并且在当地的郡长官面前以该令状为凭证,向该隶农的所有者提起诉讼。”^④ 又如,在分析某些当事人不出庭的理由时,作者就列举了在家生病、出庭途中病倒、因海外经商、因正在为国王做事、因去圣地巡礼、因避同村人之嫌等各种场合,并逐个作了详细论述。这一点对英国后世判例法学的发展发生了巨大的影响。

再次,吸收了教会法和罗马法的法律观念和法律形式,来构筑自己作品的概念和体系。比如,在序文一开始,作者就模仿查士丁尼《法学阶梯》的做法,宣称:“王权,不仅在于装备镇压反抗国王的反乱者和各个民族的武力,也在于装备为统治臣民和和平者所需要的法律。”^⑤ 在对诉讼进行分类时,也将其分为公诉和私诉两种,并详细说明了各自的管辖主体和对象等。由于该书具有这一特点,使经过格兰威尔等人的手发展起来的、在王室法院中适用的法,优越于其他法院所适用的习惯法和程序法,使其逐步演变为通用全国的普通法。^⑥

英国著名法制史学家霍兹沃思(Sir W. Holdsworth, 1870~1944)是这样评价格兰威尔和他的作品的:“格兰威尔在法律史上的地位是由他的那部著作奠定的,该著作被认为是(英国历史上)论述

^① B. Lyon, Dictionary of Middle Ages. 引自格兰威尔著、松村胜二郎译:《中世纪英格兰王国的法和习惯》译序注一,明石书店1993年版。

^② 同上第39页。

^③ 同上第97页。

^④ B. Lyon, Dictionary of Middle Ages. 引自格兰威尔著、松村胜二郎译:《中世纪英格兰王国的法和习惯》译序注一,明石书店1993年版。

^⑤ 同上第21页。

^⑥ 碧海纯一、伊藤正巳、村上淳一编《法学史》第223页,东京大学出版社1976年版。

普通法的最早的专著。……在很长的时间内,这部著作一直被视为英国法的标准教科书。”^①

二、布雷克顿

布雷克顿(H. D. Bracton, 约 1216~1268),也叫布雷顿(Bratton)、布列顿(Bretton)。关于他的出生地和出生时间,现在还未发现确切的史料。根据学者研究的现有成果推断,他可能出生于德文郡(Devonshire),是布雷顿佛兰芒人(Bratton Fleming)的后裔,或出生于德文郡布雷顿佛兰芒采邑,因为他拥有该采邑的领地。^②

布雷克顿走上法律和宗教职业的道路,应归功于他家族的朋友关系和社会关系。从1212年起,他家族中就有人担任布雷顿佛兰芒教区的教区长和主教(均从事法律事务)。布雷克顿的法律生涯中的相当时间也化在该地区,并曾担任该地区寺院的教士。1245年,布雷克顿出任巡回法官,并于1246年担任约克郡的巡回法官。1248年以后,又担任英国西南部的巡回法官和王座法庭的法官。1259至1261年,布雷克顿被任命为泰因海德(Teignhead)和比迪福德(Bideford)教区的教区长。1264年,又进一步担任巴恩斯塔普尔(Barnstaple)教区的副主教。^③

有一个传说认为,布雷克顿在牛津大学学习或者听过罗马法的课,但目前还无确切的资料证明。他的法律知识包括一些罗马法的原理,或许是在任王室官员期间在教会学校内学习的。从他的作品中,我们可以很清楚地知道他阅读过《查士丁尼法典》、《法学阶梯》和《学说汇纂》,尤其是对中世纪意大利注释法学派的大师阿佐(Azo

① Sir William Holdsworth, A History of English Law, Vol II, P. 189~190.

② Ibid, P. 232.

③ Ibid.

Portius, 约 1150~1230)的作品十分熟悉。^① 在任法官职务期间,布雷克顿不仅是国王的一位精明能干的大法官,也是当时政治事务中的一个重要人物。比如,在1264年,他就曾被委任试图去解决莱姆人(Lyme)和达特茅斯人(Dartmouth)之间在海洋问题上的纠纷等。^② 布雷克顿去世的时间,大约是在1267年12月至1268年9月之间。^③

布雷克顿的法学理论,主要体现在他的《关于英国的法和习惯》(De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque, 1250)一书中。该书分为两大部分。第一部分是一个比较长的绪论,残留至后世的是几篇关于各种诉讼方式的论文。在这些论文中,布雷克顿对仿照罗马法之分类而成的人法、物法和诉讼等作了说明。在第二部分中,他继承了格兰威尔的传统,通过对令状进行注释的方式,对各种诉讼方式作了详细的分析、阐述。

布雷克顿的著作虽然有模仿格兰威尔的地方,但在法学史上的地位比格兰威尔的作品要高得多。

首先,该书是从宏观角度,对英国普通法的整体作系统说明的第一部作品,直到五百年以后布莱克斯通(W. Blackstone, 1723~1780)的作品问世,还没有一个学者的成果可以超过它。

其次,布雷克顿为了自己司法实务和理论研究上的方便,以笔记的方式记录、整理、解释了众多的判例(数量共达二千余例)。在他的著作中,他又引用和参照了这些判例,或对其进行赞扬,或对其进行批判,从而使判例成为他阐述法理的基本素材。^④ 布雷克顿这么做,为以后的法学家提供了范式:人们形成了阅读他作品中的判例,进行

① Ibid, P. 232~233.

② Ibid, P. 234.

③ Ibid.

④ (英)普鲁克内特(T. F. T. Plucknett)著、伊藤正已监译:《英国法制史》第478页,东京大学出版会1959年版。

讨论,再予以适用的习惯。这一习惯的再进一步发展,就开始了编纂判例集和《法律年鉴》(Year Book)的伟大工作。因此,布雷克顿的作品,对实行判例法主义的英国来说,具有划时代的伟大意义。

再次,与格兰威尔相比,布雷克顿接受罗马法的影响更深。当然,对此,英国学术界有诸多争论,但如上所述,布雷克顿深受意大利注释法学派的代表人物阿佐等人改造过的罗马法的深刻影响则是无可怀疑的。英国著名法制史学家霍兹沃思曾就这个问题指出:“我们不能说布雷克顿论述的法在本质上都是英国法,罗马法的影响只是形式上的。毫无疑问(在布雷克顿的著作中),记录了一系列纯粹的英国法的原则,并且在许多方面,布雷克顿的论述都与罗马法的原典不同。但是很清楚,布雷克顿使用了罗马人的术语、罗马人的格言、罗马法的原理,并在英国本土比较贫弱的基础上确立起了比较合理的体系。他在其著作中,论述了纯粹是英国法的部分,在论述巡回审判(assizes)、进入令状(writs of entry)、权利令状时,布雷克顿的心中便自然而然地浮现出了罗马法的实例和罗马法的用语。”^①在当时普通法尚很少涉及的法域(如契约和过失等),布雷克顿借用了罗马法的原则予以说明。同时,在构造普通法体系时,他也借用了罗马法的原则和术语以及分类等等。因此,虽然布雷克顿的作品的基本内容都是英国的司法实践,但在形式(包括部分内容)上,受到了罗马法的巨大影响。所以,布雷克顿的著作,在一定意义上,也是罗马法和英国法相结合的产物。

布雷克顿在生前,就已受到法学界的尊崇。1350年以后,他的著作的手抄本受到了进一步的欢迎。随着印刷术的出现,1569年布雷克顿著作的第一版面世。由于布雷克顿思想中包含有反抗王权、法律至上的精神,对当时的市民阶级极为有利,所以人们争相传阅他的作品。在1640年资产阶级革命过程中,布雷克顿的著作又出了第

^① Sir W. Holdsworth, A History of English Law, Vol II, P. 286.

二版。他的影响一直持续到近代以后。^①

下面,我们录下布雷克顿的几段法律格言,以表示对这位中世纪英国著名法学家的纪念。

“没有法律就没有国王”;^②

“国王本人不应受制于任何人,但他却应受上帝和法律的约束,因为造成国王的是法律”;^③

“在执行法律时任何人的权力都不能大于国王,但国王如果犯法就应像最微贱的平民一样受到法律的制裁”。^④

三、科克

爱德华·科克(S. Edward Coke, 约 1551~1634),是中世纪末英国最负盛名的法学家。“作为一名法官和一位国会反对派的首领,科克的经历对于巩固普通法的至高无上的权威是最重要的因素之一,这种权威,不仅高于16世纪出现的各种部门法律,而且也高于除英国国会之外的英国的任何机关和个人。”^⑤正是由于科克的不屈不挠的奋斗,才使对后世法的发展有巨大意义的“法治”(Rule of Law)原则得以确立(该原则由前述布雷克顿最先提出)。

科克的生平履历,大体可以分为三个时期:第一个时期是自他出生至1606年任普通法法院大法官之前;第二个时期是从他任大法官至1616年被免职;第三个时期是1616年至1634年他去世。^⑥

科克约生于1551年或1552年的2月1日。在剑桥大学的“三

^① 前引普鲁克内特著《英国法制史》第486页。

^② 引自弥尔顿著《为英国人民申辩》第172页,商务印书馆1958年版。

^③ 引自(美)萨拜因(G. H. Sabine)著;盛葵阳、崔妙因译《政治学说史》(上)第265~266页,商务印书馆1986年版。

^④ 引自同上弥尔顿书第172页。

^⑤ Sir W. Holdsworth, A History of English Law, Vol V, P. 424.

^⑥ Ibid, P. 425.

一学院”(Trinity College)毕业后,进入克利福特律师学院(Clifford's Inn)学习。1578年开业从事律师业务,不久就赢得了大批的客户。1586年,科克被任命为诺里奇市(Norwich)法院的首席法官,1591年,又被任命为伦敦市法院的首席法官。1592年,出任英国副总检察长,同年又担任英国国会下议院的议长。1593至1606年,任英国检察总长。^①

1606年,对科克来说是非常重要的一年,在这年中,他被任命为普通法法院首席大法官,而这个职位与他的性格是非常一致的,使他首次可以就普通法的地位问题自由地发表自己的意见。然而,与此同时,也导致了科克领导的普通法法院与英国其它法院以及法律部门之间的冲突,而后者,又得到了当时英国国王詹姆士一世(James I, 1566~1625)的支持。按照科克的观点,普通法是英国最高的法律,法官除了服从法律之外,不受任何机关和个人的约束和控制,他们是普通法的唯一的阐述者;而按照詹姆士一世的观点,法官,就象任何其他文官一样,只是国王陛下的官员。因此,只要国王认为有必要,他就可以取代他们,由他自己来决定任何事情。^② 这种状况,决定了科克的大法官生涯是不平静的,必然是在与国王的冲突中度过。这些冲突,涉及到了教会与世俗的司法管辖权之争、国王与法院的关系等重大问题。由于与国王的冲突日益激烈,1613年,在弗兰西斯·培根的策划下,詹姆士一世将科克调离普通法法院,改任王室高等法院的首席法官。国王此举原是想笼络科克,以为他在这个位置上不致于损害王室的利益。但科克不买帐,继续为争取普通法的至高无上的权威而战斗,在与大法官法院的冲突中,进一步触犯了国王的利益。这样,1616年11月14日,科克终于被免去职务。在解职第二天,张伯伦(Chamberlain)就正确地总结了这次免职的原因,

① Ibid, P. 426。

② Ibid, P. 428。

他指出,四个“P”字使他失败并下台,那就是傲慢自负(Pride)、擅发禁令(Prohibitions)、蔑视王权罪(Praemunire)和特权(Praerogative)。^①

1616至1620年,科克似乎是在怀着重新可以得到国王的信任并执掌权力的希望中度过的。1620年,科克回到下议院,成为国会中反对国王的反对派的首领。1628年,他又倡导起草了著名的《权利请愿书》(Petition of Right)。这是一份用来保卫人民基本权利和自由的伟大的宪法性文件,它宣告任意监禁是非法的;强调人身保护令的作用;禁止军队未经征得房主的同意而擅自驻屯,并主张如无国会的同意不得征集公债和征收税款等。1625年继承王位的查理一世(Charles I, 1600~1649)不得不同意了这一文献中的要求。这可以说是科克一生中最光辉的事件。^②

《权利请愿书》颁布后的几年时间,科克是在斯托克波吉斯(Stoke Pogis)渡过的。1634年,这位活跃英国法学界近50年的著名人物在该地去世。^③

科克的法学理论,主要体现在他的《英国法概要》(Institutes of the Laws of England, 1628~1644)一书之中。该书分为四个部分。第一部分在科克生前即已出版,是对利特尔顿的《土地法论》的精密注释;第二部分是从1215年《大宪章》(magna carta)颁布以后至詹姆士一世之间约39部主要的制定法的注释,其中大量是关于公法的内容,它们阐述了宪法的一些基本原则;第三部分为刑法,以叛逆罪为中心,对各种类型的犯罪作了解说,并对刑的执行、恩赦等也作了阐述;第四部分涉及法院的管辖权,主张普通法的审判权应优先于其他

① Ibid, P. 440。

② 参阅上海社会科学院法学研究所编译《法学流派与法学家》第301页,知识出版社1981年版。

③ Sir W. Holdsworth, A History of English Law, Vol V, P. 454。

法院。由于该书内容十分丰富,所以被西方学者称为是英国法的百科全书。^①

按照霍兹沃思的观点,科克法学理论的历史地位表现为:一、以16世纪的观点对英国法的整体作了叙述;二、将分散在《法律年鉴》中的判例意见归纳整理,抽象出实定法的规范;三、将《法律年鉴》和近代的判例集,即将中世纪的法律文献和近代法律文献融合于一体;四、博采当时各种法院之审判经验,以推动法的发展;五、科克的作品,使英国普通法在这个因文艺复兴、宗教改革、罗马法继受而急剧变革的世纪(16世纪下半叶至17世纪上半叶)内,保持了其历史发展的连续性。^②

由于中国以前接受大陆法系的成果比较多,加上查阅大陆法系的史料比中世纪英国的要方便,因此,我们对古代希腊和罗马以及中世纪西欧大陆的法律文化研究得相对比较充分一点,而对中世纪英国的法律文化的研究则非常少,这是我国法学研究中的一大缺憾。本小论,试图对此作些探索,以引起学术界的重视,一起来开垦这块处女地。

(原载《上海法学研究》1996年第5期,
收入本书时略有补充。)

① 前引碧海纯一等编《法学史》第228页。

② Sir W. Holdsworth, A History of English Law, vol. 5, P. 489~490.

日本近代法学的奠基人述略

日本的近现代法学,奠基于明治时代初期,是当时全面移植西方法律文化的结果。在这一过程中,明治初期的一批法学家发挥了重要作用。他们中,既有外国人,如法国法学家波斯凯(G. Bousquet, 1872年赴日,在司法省讲授法国法)、保阿索那特(Boissonade, 1873年赴日,参与立法和讲课)、德国法学家莱斯勒(H. Roesler, 1834~1894, 1878年赴日,起草日本商法典)、泰哈喔(H. Techow, 起草日本民事诉讼法典)、鲁道夫(O. Rudolf, 起草日本裁判所构成法)等,又有留学西洋回国的日本学者,如箕作麟祥、穗积陈重、富井政章(1858~1935)、梅谦次郎(1860~1910)、穗积八束(1860~1912)等。限于篇幅,本文仅就箕作麟祥、保阿索那特、穗积陈重和梅谦次郎的业绩作一些论述。

一、箕作麟祥

箕作麟祥(1846~1897),出生于江户(现在的东京),是当时津山藩的人。小名贞太郎,25岁那一年改名为麟祥。祖父是津山藩御医箕作阮甫,父亲是阮甫的养子,后来娶了阮甫的第三个女儿,生了麟祥。由于父亲早死,箕作麟祥事实上是在祖父的养育下成长的。他从5岁起能诵读三体诗,10岁时曾在金泽藩藩主面前朗读无标点的

《陈龙川文集》，从而赢得了“神童”的称号。^①

由于祖父精通“兰学”（荷兰文化），所以，箕作麟祥也自小对兰学怀有极大的兴趣，13岁时已能够将一些简单的作品译成日语。此后，箕作跟随中浜万次郎学习“英学”（英国文化）。由于学习成绩优秀，16岁那一年被幕府看中，任命为藩书调所（次年改为“洋书调所”，第三年改为“开成所”）的教授助理。1863年，箕作的祖父去世，他继承了祖父的职位，任开成所的助理教授。以此为开端，他一边在开成所工作，一边开了一所“英学”的私塾，传授弟子。1867年，幕府派遣德川昭武赴法国巴黎参加万国博览会，箕作麟祥充任随员。临行前的几个月，他突击学习了法语。结果，在滞留法国期间，为德川昭武作翻译时，他竟然能异常流利地运用两国文字，从而深得法国人的赞赏。^②

1868年，箕作随德川昭武回国，此时，明治新政府已经开始运转。同年6月，他受聘担任明治政府开成所的官员，不久又任由维新派首脑伊藤博文（1841～1909）担任县令的兵库县的洋学传习所的教师。1869年，箕作到东京，任外国官（外务省的前身）的翻译官员，并开始着手翻译法国六法全书。鉴于翻译工作工程浩大，困难重重，他提出了赴法国留学的申请，但由于他是当时该部门的主力，无法离开，因此，政府当局聘请了两位法国法学家即前述布斯凯和保阿索那特来日，协助箕作的工作。

其间，箕作麟祥的职务不断变化，承担的任务越来越重。1871年4月20日，箕作被任命为大学大博士，同年7月27日，任文部大教授，9月24日，任文部少博士兼司法少判事编辑辑案专务。1872年，任司法中判事；1873年，任司法省翻译局局长；1880年3月5日，任太政官大书记官，4月10日，任元老院议官，成为民法典编纂的核心

^① 潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第3页，日本评论社1975年版。

^② 潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第4页，日本评论社1975年版。

人物；1888年，被授予法学博士学位；1891年，出任贵族院议员。从1890年起至1897年去世，任和法法律学校（法政大学的前身）的校长。

箕作麟祥对日本法律文化近代化所作出的贡献，主要表现在三个方面。

第一，系统翻译了法国的六法全书，以及众多的法学著作，将法国的法律文化成果引入日本。据不完全统计，箕作翻译的作品共有：法兰西法律书·刑法5册，法兰西法律书·民法16册，法兰西法律书·宪法、诉讼法，法兰西法律书·治罪法1册、商法10册。此外，《法国政典》12册，《国际法》5册，《万国政体论》，《法国法律提要》，《法国民法详说》，《法国民法解释》20册等，从而为日本当时的立法事业提供了充足的范本。

第二，克服重重困难，通过翻译活动，将西方的法律用语和法律观念引入了日本。事实上，从1870年箕作开始正式受命翻译法国六法全书起，他就被置身于日本法律文化近代化的旋涡之中。众所周知，日本作为一个东方国家、中国的近邻，其传统法律文化是在中国的影响下发展起来的。因此，明治维新以后，当西方的法律文化传入时，许多人并未能适应形势的变化。比如，当箕作将法语 *droit civil* 译成“民权”时，就受到了保守派的强烈攻击。他们认为，在“士”与“民”之间存在着严格的等级界限的当时，怎么可以将“权”授予“民”呢？^① 鉴于此，1875年，箕作在《万国丛话》（10月号）上发表他的名为《国政转变论》的译文，阐述了为了保障人民的自由，必须改变政府的主权所属，如果政府未能保障人民的自由和权利，人民可以改变它、废除它的观点，明确提出了国民的抵抗权和革命权。^② 该译文的发表，在赢得民权论者的一片赞颂的同时，也遭到了保守派的强烈攻

^① 潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第1页，日本评论社1975年版。

^② 同上第8页。

击,甚至差点使他丢掉了政府官员的职位,只是由于当时的司法大臣大木乔任的出面说情,才使他渡过了难关。在翻译其他法律用语时,情况也一样。“动产”、“不动产”、“义务抵消”、“未必条件”、“宪法”、“治罪法”等,每一个用语都可能带来东西方法律文化的冲突与碰撞。

除了观念上的差异之外,两种全然不同的语言环境,也常常使箕作束手无策。在箕作翻译法国六法全书时,除了“权利”和“义务”等个别用语已有汉字译文之外(前者来自日本“兰学”的研究成果,后者来自汉译本《万国公法》),没有一本现成的法律译著,也没有一本法律外语辞典可供查阅。箕作硬是在这种一无所有的情况下,将法国六法全书中成千上万的法文法律术语,译成对应的日文汉字。可以毫不夸张地说,中日两国现在所使用的法律用语中的绝大部分,都是箕作麟祥留下来的文化遗产。

第三,积极参与立法事业,为日本近代各大法典的出台竭尽全力。如上所述,从明治维新一开始,箕作就参加了编纂法典的工作。他是日本民法典的主要起草人之一,是日本公司条例的起草委员,也是日本商法典的编纂成员。虽然,由于在“法典争论”^①中,延期派获得了胜利,因而包括箕作麟祥和保阿索那特等人的多年心血的旧民法和旧商法最后没有能够实施,^②但箕作作为日本近代法典编纂所作出的巨大贡献,则是世所公认的。

^① “法典争论”是明治中期就旧民法的实施问题而展开的论战。1890年,法国人保阿索那特完成了民法草案,预定于1893年实施。由于该草案法国色彩太重,与当时日本国情不甚相符,受到了日本保守派的反对,出现了实施派与延期派的尖锐对立。争论的结果是延期派获胜。1892年第三届议会通过了延期实施旧民法(包括旧商法)的决议。参阅大竹秀男、牧英正编《日本法制史》第301~306页,青林书院1975年版。

^② 旧商法中的第1编第6章商事公司,第12章票据及支票,第3编破产等内容,于1893年得到施行。

二、保阿索那特

保阿索那特(G. E. Boissonade de Fontarabie, 1825~1910),出生于法国巴黎郊区。当时,由于其父母尚未结婚,故作为非婚生子,没有登记父亲的名字。直至31岁,其父母正式结婚(此时,父亲已81岁,母亲72岁)后,他才成为婚生子。与其母亲出身贫贱相反,他的父亲出身贵族,是大学里的教授,并被选为法国学士院会员,是当时一位著名的希腊学专家。在这种家庭氛围中,保阿索那特自幼对希腊法、罗马法、印度法和犹太教法感兴趣。^①

1849年,保阿索那特从巴黎大学法学院毕业,在担任巴黎上诉法院的律师的同时,进入巴黎大学法学院念博士课程。1852年取得博士学位后,参加了1856、1858、1864年的教授资格考试,至第三次终于合格,于1867年成为巴黎大学法学院教授,主讲罗马法、刑法、经济学,此外,还开设了民法、商法和民事诉讼法等课程。

1872年,日本司法大臣江藤新平派遣司法省官员河野敏镰等赴欧洲考察司法制度,年底抵达巴黎。日本驻巴黎领事馆就委托法国方面推荐一名法学教授来为这批考察官员和留学生上宪法和刑法课。当时,巴黎大学法学院官员、道德和政治科学学士院会员杰劳(Charles Giraud)就推荐了保阿索那特。因为,在保阿索那特参加教授考试和申报学士院论文奖时,杰劳是主考官和评委,对他的学术水平和才能非常了解。由于保阿索那特的讲课非常生动,因而日本政府决定增补保阿索那特为赴日外国法律专家。

当时,与其他法国人一样,保阿索那特对日本所知甚少。促使他赴日的原因虽不十分清楚,但希望了解远在千里之外的这一东方神秘国家的探奇心理,以及能够亲自参加日本各大法典的起草工作对一名法学家而言无疑是最大的荣誉这两个原因,大概是没有疑问的。

^① 前引潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第30页。

但没有想到的是,他在日本一呆就是20年!1873年9月28日,保阿索那特离开家乡,经过近2个月的远航,同年11月15日到达日本横滨。

对保阿索那特来说,当时日本交给他的任务主要有三:其一,作为司法省的法律顾问,负责起草法律草案,回答各种法律制度上的问题;其二,担任明法寮(司法省法律学校的前身)的法律教师,培训法律人才;其三,在完成司法省的工作之外,兼任太政官所属其他各部门,如法制局、元老院、外务省、陆军省等的法律顾问,解答各种法律疑问。由于当时在日的外国法律专家很少,所以,保阿索那特的工作是非常繁重的,而他对日本近代法律文化的贡献,也是在这三个方面体现出来的。

第一,通过授课,将近代法国的法律知识以及西方法律观念引入日本。保阿索那特从到达日本的第二年起,就在明法寮陆续开设了《性法讲义》(即《自然法讲义》)、《刑法撮要》、《法国诉讼法讲义》、《法国民法契约编讲义》、《日本民法草案》等课程,同时,还在法制局、东京法律学校和明治法律学校(明治大学的前身)等兼职上课。

保阿索那特在讲课中,除了将各部门法知识传授给学生外,还将西方的法观念,特别是自然法(droit naturel,日本初译为“性法”)思想灌输给日本法学界。自然法思想在近代法国曾广为流传,成为大革命的有力思想武器,法国资产阶级在许多法律文件中都明确阐发了自然法思想的基本原则,即“在世界上,存在着一种充任所有实定法各个部门之源泉的、普遍的、不变的法,这种法,就是支配整个人类的自然理性。”^①《法国民法典》的主要起草人包塔利斯(J. E. M. Portalis, 1746~1807)在他的《民法典序论》中进一步指出:“理性,在不受限制地统治所有人类的意义上,被称为自然法。”^②而保阿索那

① 前引潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第41页。

② 同上。

特在讲课中,就是以在法国占统治地位的这种自然法观念作为其理论基础。其结晶,就是他的讲稿《性法讲义》(1877年出版)。

第二,作为法律顾问,为日本近代法制建设出谋划策。1875年5月,日本成立大审院、制定大审院章程时,保阿索那特向负责起草该章程的井上毅(1844~1895)提供了许多建设性意见。从留下来的文献来看,当时向保阿索那特咨询的问题,远远超出了法律范围,如官吏新闻记者(兼职禁止)问题、里昂府警察事务问题等。同时,保阿索那特也不被动地等待日本方面的提问,而是对日本法制改革中的各种问题主动提出建议,其中最著名的就是提出了“废除拷问意见书”。1875年4月15日,一次偶然的机会,保阿索那特看到了日本拷问犯人的现场,他当即表示了强烈抗议,在接下来的讲课中,他作了废除拷问制的长篇演说,随后又向司法部官员提出了废除拷问制度的建议书,并要求以废止拷问制作为撤消治外法权的前提之一。在保阿索那特的努力下,1880年10月8日,太政官布告第42号决定删除拷讯的规定。

第三,参与了各大法典的制定工作。保阿索那特在这方面的活动,对日本法制近代化的贡献最大。1877年,保阿索那特起草了刑典草案,1878年起草了治罪法草案(以上两部法典草案于1882年1月1日起正式实施)。1883年完成了《日本诉讼财产查封法草案》(由于日本后来倒向了德国法,故民事诉讼法典委托前述德国法学家泰哈喔起草,保阿索那特的草案没有能够成为法律)。与此同时,从1881年起,保阿索那特受命起草日本民法典,经过10年时间的艰苦劳动,终于在1890年完成了草案,并预定于1893年实施。然而,令保阿索那特遗憾的是,这部凝聚着他多年心血和希望的法典草案由于受到日本保守派的反对,最后未能施行。

虽然,保阿索那特于1895年3月离开日本时带着一种复杂的感情:这里既留下了他劳动的汗水,有他成功的喜悦,有与日本学术界20年合作的情谊,但日本民法典草案的失败,又使他心里充满了惆

帐和心酸。然而,无论如何,保阿索那特对日本法律文化近代化所作出的贡献,则将永留史册。

三、穗积陈重

穗积陈重(1855~1926),出生于四国伊予的宇和岛藩。先入藩校名伦馆学习,内容涉及汉学、国学(日本文化)、英语、算术和柔道等。1870年,作为大学南校贡进士被选入东京,次年1月入学。1874年,开成学校开设了英吉利法学科,穗积陈重等9人作为法科学生入学。1876年8月,穗积赴英国留学,10月进入伦敦大学,1879年毕业后,转入德国柏林大学学习。1881年6月回国,入东京大学(1877年由开成学校改名而成)法学部担任讲师,次年2月升任教授兼法学部长。在此期间,他作为延期派成员参加了“民法典争论”,旧民法被否定后,他又参加了明治民法的制定,并发表了众多的研究成果。1912年,穗积辞去了东京大学法学部教授的职务,成为东京大学名誉教授,回归故乡。1915年,被授予男爵称号。1916年,成为枢密院顾问官。1917年任日本学术界最高地位的学士院院长。1925年出任枢密院议长。1926年4月去世。

穗积陈重是日本近代法律文化的主要奠基人,他的贡献是多方面的:

首先,他创造了日文汉字“法理学”(源自德文 Rechtsphilosophie,原译“法论”、“法哲学”)一词,创立了法理学这一学科。这一贡献,不仅对后来日本法学的发展产生了重大影响,也为中国人引入西方法理学开辟了道路——中国最早的法理学的名称和内容,也来自穗积陈重等日本学者的成果。

其次,倡导和传播了资产阶级的法学观。第一,提出了不仅要确认公民在公法上的权利,也要维护他们在私法上的各种权利,传播、培育、保护这种权利意识,是法学家的历史使命;第二,在家族法方面,强调一夫一妻、合意婚(婚姻自由)、夫妻男女平等、离婚自由、财

产继承平等,提倡妇女参加社会活动,提高妇女的文化水平;第三,通过《法典论》(1890年)一书,系统阐述了法律是公民的自由和权利的重要保障形式;在《法兰西民法的将来》(1903年)中,介绍并引入了当时法国最新的自由法学派的代表人物,如惹尼(F. Geny, 1861~)、狄骥(L. Duguit, 1859~1928)和萨来伊(Saleilles, 1855~1912)等人理论;在大著《法律进化论》(全3卷,1924~1927)中,除宣扬进化思想之外,也对欧洲其他各种资产阶级的法律学说作了介绍。尤其是在穗积的晚年,他对当时欧洲出现的社会主义法学思潮给予了较多的肯定,认为其虽未全部包摄真理,但许多观点都是切中(资本主义社会)时弊的。^①

再次,系统提出了法律进化论的思想。1884年,穗积指出:世界上的法律制度,一般可以分为五大家族(法系):印度法系、支那法系(中华法系)、回回法系(伊斯兰法系)、英国法系和罗马法系(大陆法系)。这五大法律家族互相竞争、彼此消长,内中的规则是优胜劣汰。这方面最典型的例子是支那法系的解体。他认为,处于劣势地位的法族,如果不思进取,不搞改革或改良,那么,必然会被历史所淘汰。他指出,日本作为支那法系的一个成员,也面临着这一威胁。正是穗积的这种危机意识,为日本学习西方法律文化、改良本国法制提供了理论根据。在《法律进化论》一书中,穗积对法律进化论作了进一步的阐述。

与法律进化论相联系,穗积又提出了法律改良主义理论。他指出,全体国民,在遇到国家实行恶法虐政时,是抛弃祖国出走呢?还是力图对它进行改良?他认为应采取后一种立场,即要以百折不挠的精神,改良这种不法的“法制”,这是国民的义务。^②

最后,穗积陈重积极参与了明治民法典的编纂工作。1893年,

^① 前引潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第68页。

^② 同上第60页。

日本在否定了旧民法之后,成立了法典调查会。该调查会由伊藤博文担任总裁,穗积陈重、富井政章和梅谦次郎任会员,仁井田益太郎等三人任候补会员。而其核心人物,无疑是穗积陈重。他在《法典论》中提出的法律是公民权利的保障形式的思想,他关于婚姻家庭进化的观点,他对日本习惯法的尊重态度,都深深地影响了民法典的体系、原则和具体内容。1896年,公布了民法典的前三编,即总则、物权法和债权法;1898年,又公布了后两编亲属法和继承法。整个法典于1898年起施行。穗积陈重的心血,也与民法典一起,融入到日本整个近代法律文化之中。

此外,穗积陈重也是日本近代法哲学、法史学和比较法学的创始人之一,对这些学科的形成和发展作出了贡献。

四、梅谦次郎

梅谦次郎(1860-1910),出生于出云国(现在的根岛县)地区,父亲是云州候的御医。1875年,入东京外国语学校法语科学习。1880年入司法省法学校。1884年获得法学学士学位,毕业后进入司法省工作,兼司法省法学校的教员和翻译。1885年,司法省法学校被并入东京大学法科大学,梅谦次郎出任该大学的教师。同年12月,乘船赴法国留学。1886年2月,梅谦次郎抵达法国,进入里昂大学法学院。1889年,又转入德国柏林大学。1890年回国,任东京大学法科大学教授。1893年3月,日本成立法典(起草)调查会,梅谦次郎出任起草委员会委员。1897年,梅谦次郎担任了东京大学法科大学校长,同年兼任法制局长官。1899年,他出任和佛法律学校校长。1900年,又任日本文部省总务长官。1903年,他将和佛法律学校改名为法政大学,并任该大学的总理。^①

作为日本近代法学创始人之一,梅谦次郎对日本近代法和法学

的发展作出了巨大的贡献。

第一,梅谦次郎为日本近代民事立法作出了巨大的努力。早在梅谦次郎留学回国之际,日本就爆发了要否施行旧民法的“法典争论”。1880年,日本在元老院内成立了民法编纂局,委托法国著名法学家、前述巴黎大学法学院教授保阿索那特起草民法典。1890年,日本公布了保阿索那特的民法草案,即财产法(财产编、财产取得编、债权担保编、证据编)和身份法(人事编、继承编),并预定于1893年施行。由于该草案(俗称旧民法)全面移植法国民法典的内容,与当时保留浓厚的封建残余的日本社会不甚相符,故招来了法学界保守人士的强烈反对。1891年,这种反对达到了高潮,出现了围绕要否实行该法典的激烈争论。与赞成施行旧民法的“断行派”相对,反对者以东京大学法科大学英国法专业法学士为主,组成了要求民法典延期施行的“延期派”,其代表穗积八束甚至提出了“民法出、忠孝亡”的极端观点。梅谦次郎积极参与了这场法典论争,并站在“断行派”的立场上,全面阐述了在日本实施旧民法的必要性和可能性。他的活动,使他事实上成了“断行派”的代表人物。由于日本保守势力的强大,这场法典论争最后以旧民法延期实施(事实上是废止)、“延期派”获胜而告终,但梅谦次郎却因此争论而声名大振,成为全国知名的人物。这为他进入日本最高立法阶层、参与1898年日本民法典的编纂铺平了道路。

1893年3月,日本成立了法典调查会,由伊藤博文任总裁,西园寺公望(1849~1940)任副总裁,梅谦次郎与穗积陈重、富井政章一起,担任起草委员会的委员。1893年4月28日召开了第一次起草委员会会议,至1898年4月15日的法典调查会会议,起草委员会一共召开了202次调查会议,25次整理会议,从事民法典的编纂工作。在法典起草过程中,梅谦次郎发挥了重要作用。他思维敏捷,知识广博,且精通法语,遇到关键的词、句子,他都可以从国内外的民法典和民法著作中,找到相应的说明,解决各种疑难问题。1896年,法典调

^① 前引潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第73-89页。

查会公布了总则、物权、债权三编,1898年又公布了亲属、继承两编,整部民法典于1898年7月16日开始施行。

由于1898年日本民法典虽然在形式上以德国1888年民法典第一草案为蓝本,但在实际上仍大量参考了法国民法典的内容,以保阿索那特的旧民法为基础,因此,对精通法国民法的梅谦次郎而言,起草民法典的工作,给了他一个充分显示自己知识才能的机会。在这部法典中倾注的梅谦次郎的心血,早已为日本法学界所公认。穗积陈重评价说,梅谦次郎在起草民法典中所起的巨大作用,仅从他在起草委员会各次会议上总共发表了3852次发言这一点上即可得知。^①日本著名法学家牧野英一(1878~1970)也说,梅谦次郎“作为日本民法典起草委员之一而将名垂千古”。^②

第二,为日本近代民商法学体系的创立作出了卓越的贡献。梅谦次郎虽然英年早逝,但却是日本法学史上最勤奋、最多产的法学家之一。早在日本民法典和商法典制定前,他就出版了多种民商法作品。1890到1893年,他出版了五卷本的《商法义解》;1891年,出版了《日本买卖法》;1892年,出版了《日本民法和解论》;1892至1893年,出版了《民法债权担保篇》(共两卷);1893年,出版了《改正商法讲义》;1894年,又出版了《公司法纲要》等。

1896年,在编纂民法典的过程中,梅谦次郎发起成立了法典质疑会,并出任会长,创刊发行了《法典质疑录》。同年,梅谦次郎的代表作《民法要义》第一、二卷面世。至1900年,该书的最后一卷出版。这部分总则、物法、债法、亲属法、继承法五卷,总共3000页的巨著,被日本学术界公认为日本民法典的权威解释书、日本民法学的奠基之作,它奠定了近代日本民法学的体系,在梅谦次郎生前已经出了40版,被视为“任何想了解日本民法典的立法精神的人都必须阅读

① 穗积陈重《法窗夜话》,岩波书店1916年版,第329~330页。

② 牧野英一《梅谦次郎先生与穗积八束先生》,载《法律时报》第14卷第11号。

的、永垂千古的名著”。^①

之后,梅谦次郎又陆续出版了《民法讲义》(1901年)、《民法原理》(1903~1904年),进一步丰富了日本民法学的理论体系。由于1898年日本民法典自颁布实施以来,虽然经历了多次修改,但一直是现行的、有效的法典,所以,梅谦次郎的著作,至今仍是日本民法学的经典之作。

第三,梅谦次郎为日本乃至中国的法律教育作出了贡献。如前所述,1897年,梅谦次郎出任东京大学法科大学校长。1899年,他出任和佛法律学校校长。1903年,他将和佛法律学校改名为法政大学,并任该大学的总理。在此期间,他不仅对法政大学的教学内容和教育管理体制进行了许多改革,还为发展中国的留学生教育作出了努力。1903年,梅谦次郎在法政大学创办了中国留日学生法律速成科,积极吸收中国短期留日学生,使法政大学成为当时中国留学生最集中的场所。在对中国留学生的致词中,梅谦次郎曾说过如下一段话:

“日中两国自古以来就拥有同文同教的关系,在根本的道德观念上是一致的。而日本先于中国研究西方的文物制度,采其之长补己之短,比较研究东西的得失利弊,将其折衷调和,编纂出了自己的法典。因此,中国在编纂新法典时,以日本的法典为模式是合适、合算的。希望学生诸君体察此意,完成学业,为自己的国家作出贡献。”^②

在速成科的基础上,梅谦次郎又设置了中国留学生法律普通科,使中国学生有了进一步深造的机会。据统计,当时直接或间接受到梅谦次郎教育的中国留学生有1042人。^③其中,不少留学生后来都

① 东川德治著《博士梅谦次郎》第193页。引自前引潮见俊隆、利谷信义编《日本の法学者》第86页。

② 前引东川德治著《博士梅谦次郎》第72页。

③ 前引潮见俊隆、利谷信义编《日本の法学者》第88页。

成了1911年辛亥革命的骨干,一些则成为中国现代史上的风云人物,如汪精卫、沈钧儒等。就拿汪精卫来讲,他在留学期间还是比较进步的。当时,汪精卫因学习成绩优异而被法政大学列为“首席学生”。当时清政府的驻日公使对此大为光火,就向梅谦次郎抗议:“他(指汪精卫)是革命党人,将他列为首席学生是不合适的吧。”梅谦次郎将此话作为耳边风,未予理睬。^①

1906年,梅谦次郎作为法政大学的总理赴中国访问,当时的清政府提出聘请他来华帮助立法,而梅谦次郎当时有事不能离开日本,故推荐了冈田朝太郎、松冈义正、志田钾太郎和小河滋太郎来中国,担任清政府立法顾问和北京等法律学堂的教官。^②而这些人的活动,对中国近代的法律改革起到了一定的积极作用。因此,梅谦次郎对中国的清末立法和法律教育改革也是作出一定贡献的。

(本文完稿于1997年3月)

^① 前引潮见俊隆、利谷信义编《日本的法学者》第90页注6。

^② 同上第89页。

图书在版编目(CIP)数据

法律文化史论/何勤华著.-北京:法律出版社,
1997.6

(中国法学家自选集)

ISBN 7-5036-2144-3

I.法… II.何… III.法律-文化史-研究
IV.D909

中国版本图书馆CIP数据核字(97)第07140号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京宏伟胶印厂

开本/850×1168毫米1/32 印张/14.125 字数/345千

版本/1998年11月第1版 1998年11月第1次印刷

印数/0,001—3,000

社址/北京市广安门外六里桥北里甲1号八一厂干休所(100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-2144-3/D·1775

定价:20.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)