



法国法律文化

French Legal Cultures

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

(英) 约翰·贝尔 / 著

康家昕 周青阳 李鹿野 / 译

清华大学出版社

法国法律文化

French Legal Cultures

比 较 法 学 丛 书

(英) 约翰·贝尔 / 著

康家昕 周青阳 李鹿野 / 译

清华大学出版社
北 京

内 容 简 介

本书通过对法国法律体系中民法、刑法、行政法以及宪法这四个主要法律分支的分析研究,提出了一种新的比较法律文化研究的范式,勾勒出了法国法律文化的全貌,消解了法律体系在整体上作为单一法律文化载体的传统观念,以文化多元论有力地批驳了文化一元论,是一部尝试将法律文化的比较法研究从私法领域推进到其他各个法律部门的力作。

在这个法律和司法合作成为欧洲一体化的主要手段的时代,本书加入了日趋白热化的比较法分析和争论。尤其在法国法律体系的分析方面,它是一个挑战准则和传统比较法研究进路的独特文本。

本书是研习比较法、欧洲法及法国法的法学本科生、研究生的基础读物,也适合在这些领域中写作、研究的学者及广大法学爱好者阅读。

原书名: French Legal Cultures

原书作者: John Bell

原版权为: © Reed Elsevier (UK) Ltd 2001

北京市版权局著作合同登记号 图字: 01-2010-8140

版权所有,侵权必究。侵权举报电话: 010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

法国法律文化 / (英)贝尔(Bell, J.)著;康家昕,周青阳,李鹿野译. —北京:清华大学出版社, 2012. 10

(比较法学丛书 / 高鸿均,贺卫方主编)

书名原文: French Legal Cultures

ISBN 978-7-302-29437-5

I. ①法… II. ①贝… ②康… ③周… ④李… III. ①法律—文化—研究—法国 IV. ①D909.565

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第165115号

责任编辑: 方洁

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 王凤芝

责任印制: 李红英

出版发行: 清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦A座 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者: 北京国马印刷厂

经 销: 全国新华书店

开 本: 148mm×210mm 印 张: 14.625 字 数: 341千字

版 次: 2012年10月第1版 印 次: 2012年10月第1次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 38.00元

产品编号: 037657-01

“比较法学丛书”总序

初民社会,各族群独处一隅,几与外界隔绝,孤立中遂滋生某种自信,或称诩“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“唯我德馨”。后偶与外族接触,亦对“非我族类”,多投以白眼,甚至极尽嘲讽之能事,必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族,前者对“男人奢侈”之放纵,令后者匪夷所思,后者对“女人放荡”之纵容,使前者难以理解。同样,禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝,而奉守食人之俗者,对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮,互斥异端,互为排斥,互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景,实多出于文化封闭,心理排外。

法,作为习俗结晶、文化符号之一种,其演进标志人类族群进化之轨迹:由隔离而接触,由孤立而群合,由独行而协作,由排斥而共存。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制,中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定,伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制;印度寡妇殉葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一,美国三权分立与英国议会主

权……凡此种种，或带有文化类型之印记，或标示族群生活之差异，或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知，由比较而显。各族法律，或貌合而神离，或形殊而神似。同名异物，存名实之辩；异名同物，厘表里之别。

比较法由是生焉。西有希腊先哲首开先河，中有战国法家初执牛耳。纵观古代，法之比较虽发轫早而源远流长，然仍显稚嫩。其零散而缺系统，偶然而非恒常，实用而欠学理，自发而无筹划，难于自成一体、独立一门。作为学术科目之比较法，实始于近代。西元十八世纪，法国孟德斯鸠氏，少习法律，壮则弃官，潜心法学，遍历奥、匈、意、德、荷诸国，考辨诸族习俗，比较古今法律，于风物人情中寻法意，由地理环境中探精神。孟氏所撰《法意》一书，为近代比较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历，后世传为佳话。迨至西元十九世纪，比较法学于英、法、德诸国蔚然成风，或设讲席以授业，或创专刊以传道，或建学会以交流。西元一九零零年，首届国际比较法大会开于巴黎，标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学，西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义，溢于言表。西人比较之意旨，多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”，形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后，种族偏见渐弱，然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来，比较法学著述之丰，前所未有；功用之广，遍布立法、司法；学理之通，惠及法学各科。

吾华夏民族，得益农桑，泽被礼义，“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦，其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄，尊而滋傲，国人遂目比

邻为蛮貊，视异族为夷狄，或夜郎自大、目空四海，或坐井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹，有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异，以娱视听；道听途说，以炫机巧。考其究竟，实多因古时山隔水阻，交通滞塞，言语不通，鲜有接触。故直至盛唐，国人眼中之“西天”不过印度，亦不足为怪。其时西人眼中的中国，亦如烟如雾，若迷若幻。

列强自西徂东，国门洞开，当务之急，救亡图存。始办洋务，复议变法，西学东渐，“夷律”汉译。五大臣赴洋考察，虽得欧法皮毛，犹存借鉴之诚；众学子负笈旅欧，任中西文化参差，亦竟比较之力。数十年间，西法如潮涌入，吾华夏几千年法统，竟成一曲挽歌！法学遂兴，然非汉家故物；比较因起，实多舶来新突。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会，相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪，为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业，其中影响较大者，当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》及李祖荫之《比较民法》，影响一代学人，至今仍饮誉海内。东吴法律学研究院之《中国法学杂志》，虽未冠比较之名，实为比较法学之论坛也，其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时之长辈学人，忆及当年盛况，颇多感慨，其情其景，宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代，千山万水，不成障碍，黄种白种，弗为隔阻，孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分，互为仇讎；中西两立，几断音讯。当此之际，比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户，恍

如隔世；再度开眼，宛若梦醒。今是昨非，议补天之计；劫余思生，处长治之道。民主法治之论，遂成治道共识；自由人权之题，遽为时尚话语。法学园地，比较法学焕发新姿。廿年之间，硕果累累。译比较法学专著多种，其中影响较大者，为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部，其卷帙浩繁，实属空前，中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部，篇中亦不乏真知灼见。吾辈研习比较法学多年，虽生性愚钝，初无建树，然夙怀为其勉效微力之愿。故联络学界同道，不避浅陋，新辑比较法学著译数部，缀成“比较法学丛书”。意在博稽古今，察鉴中外，为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士，为丛书策划出力，同道著译诸君通力合作，编者深怀谢忱。

丛书付梓之日，赘言志之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

中译本序

几十年来,大量国外比较法著作被译成中文,推动了国内法学界对外国法律制度和法律文化的认知和理解。在这些中文法学译著中,关于英、美和德、日之作,颇呈“车水马龙”之势,相比之下,涉及法国法之作则显得“灯火阑珊”。本书中译本的问世,或克聊补这种缺憾。

一般认为,法国人来谈论法国的法律文化,更能体现原汁原味。然而,在比较法学领域,来自异域的观察者,常能发现“参与者”熟视无睹并习焉不察的特点。例如,韦伯对英国法的透视,就独具慧眼;而劳森对大陆法的观察(*A Common Lawyer Looks at the Civil Law*, 1955),也颇多洞见。本书作者贝尔现为英国剑桥大学比较法学教授,长期从事比较法和欧洲法的研究。他的专业智识,确保了对法国法内容的准确理解和恰当把握,而他的异域法眼,足使全书的字里行间都贯穿着比较之韵。本书共分七章,第一章讨论了法律文化问题,其余六章从不同维度描述和阐释了法律制度及其背景。通过这部译作的阅读,读者可以对当代法国的法律制度和法律文化,获致整体的印象和概观的理解。

本书的三位青年译者,认真斟酌译句,反复核对译名,并相互审阅校正,几易译稿,其中康家昕作为牵头者,付出了更多的

时间和精力。笔者最后抽查了每人的部分译稿,认可了本书的翻译质量。当然,译事如婚姻,缺憾在所难免。

值此书中译本加入“比较法学丛书”之列,是为序。

高鸿钧

2012年1月29日

序 言

我特意为书名里的“文化(cultures)”选用了—个复数名词。 v.
我想指出,在法国法中存在着许多截然不同的“亚文化”,这一点十分重要。

这种进路源于以下考虑,撰写英国法和法国法学术著作的主要是私法领域的法律人。法国法学家[如达维(David),达隆(Tallon)和通克(Tunc)]和非法语作者们如戈德利[(Gordley),劳森(Lawson),尼可拉斯(Nicholas),冯·梅伦(Von Mehren),茨威格特(Zweigert)、克茨(Kötz),罗格朗(Legrand),鲁登(Ludden)和萨缪埃尔(Samuel)]都从私法的视角撰写了很多富有洞见的作品。这对于英语读者深入理解法国法来说是非常重要的学术贡献,我也是从这些作品获益匪浅的其中—人。然而我的观点是,从私法学家的视角和兴趣来观照的法国法只是整幅图景的一部分。本书希望透过以私法与刑法、行政法和宪法作比较来使读者相信,这幅图景原比我们所看到的要丰富得多,而且有些被私法学家们强调的为法国法所独有的特征,在其他法律分支中却有着显著不同的重要性。本书对于提供—个在不同分支中的法国法律文化的可靠重述,尚嫌过于简短。然而这是一个开端,意在鼓励同—方向的进一步研究。

一、所谓法国法与众不同的特征

让我从比较私法学家们发表过的对于法国法的见解谈起。从那些被许多学者确认为“与众不同”的特征中,我且挑出七项作为核心内容:(1)法律(*loi*)和制定法(*écrit droit*)优位;(2)法典法的系统性和原则性;(3)在法律发展中,作为法律权威和影响者的法理(*la jurisprudence*)和学说(*la doctrine*)具有相对的重要性;(4)为了构建法律思维,使用一些独特的概念;(5)相对于救济,更注重个人权利;(6)存在着职业司法阶层和律师职业的优越地位;(7)独具特色的法院结构。以上各项将在后面的章节详细讨论,但在这里先勾勒出传统法国法图景的几条主线,也不无用处。

vi. 茨威格特和克茨指出,法系的“样式”(style)是由其历史背景,由“在法律事务中,它的占统治地位的典型思维方式”,由它引以为法律渊源、特别与众不同的概念或习惯及处置它们的方式,以及由它的意识形态所决定的。^[1]上面列出的特征主要与法律渊源和法律概念——从中能产生出一种思想方法和心智类型——有关。就是这一思想/心智地图的结构构成了皮埃尔·罗格朗(Pierre Legrand)观点的基础。这一观点认为,比如说,与英国法相比较,存在着一个与众不同的法国法心智。^[2]这一

[1] K. Zweigert and H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law* (3rd edn trans T. Weir, Oxford 1998), p. 68.

[2] P. Legrand, *European Legal Systems are not Converging* (1996) 45 ICLQ 52; see below, p. 15. B. Nicholas in D. Harris and D. Tallon, *Contract Law Today* (Oxford 1989), p. 385. 也谈到了英国法律人与法国法律人之间在“基本心智态度”上的一个差异。

观点是作为一个整体的分析给出的,前面所列个别的特征只构成这一分析的其中一部分。历史为这些特征提供了一种解释并且成为一个持久的参照点。意识形态的内容则被表达得比较节制和含蓄。资本主义市场经济和自由民主的政治体制被作为背景的一部分,并且在任何情况下对于有着不同法律传统的西方国家来说都是普适的。然而在一个更加细致的研究中,我们将要进一步识别出不同法律分支的不同关注焦点,以确认这些分支是否确实值得被贴上这样一些标签。

(一) 法律(loi)优位

尼可拉斯指出,在法国,“在首要和典型的意义上,法律是一批由国家实施的规则,它们将从法典、不断增加的规定,以及立法者对法典的补充之中被发现。”^{〔3〕}这是一个对于法律基本原则的宪法性表述,也是一个关于法律渊源层级的出发点。这一表述提供了一个核心的法律概念,并且形塑了法律推理过程。达维指出:

在一种十分宽泛的意义上,制定法在法国所扮演的角色与司法判决在普通法国家所扮演的角色相同。立法机关所制定的规则提供了一个出发点,律师和法官们以这些规则为基准来追求他们的目的;同时也提供了对于手头问题的一个最为公正的解决办法。^{〔4〕}

达维同时也指出,法律应当首先被视为一批关于组织和行

〔3〕 B. Nicholas, *The French Law of Contract* (2nd edn, Oxford 1992), p. 5.

〔4〕 R. David, *French Law* (1959, English trans by M. Kindred, Baton Rouge 1972), p. xiii.

为的实体规则,然后才是第二性的关于审判程序和执行的规则。^{〔5〕}这与在普通法的发展中对程序重要性的强调,以及救济作为其法律思考焦点的重要地位,是截然不同的。

(二) 法典化的法

vii. 茨威格特和克茨挑出 1804 年《法国民法典》(Code Civil)作为法国私法的核心,并且认其为法国对于其他国家法律发展的主要贡献。^{〔6〕}正如尼可拉斯所言,从公元 532 年查士丁尼的《民法大全》(Corpus Iuris Civilis)以降的罗马法一直是“书本之法”,尽管现在的这本“书”被称为《法国民法典》。^{〔7〕}《法国民法典》的特征不仅仅在于它是成文法,更在于它是系统的、完整的和原则性的。以至于出现了一种尝试,意图从民法典结构的基础之上来敷演出整个法律的相关领域以及所有的法律推理操作。法律被原则性地规定这一事实,使其通过不断发展以适应新的形势成为可能。虽然在中世纪和文艺复兴时期,法律人习惯于依据确定和不可更变的《民法大全》中的文句来执业,但他们却使其原理适应于该法一千年之后的生活。以一种相似的方式,法国的法律人已经不得不依据《法国民法典》来进行推理。

尼可拉斯认为法律的起草和法律的目的解释是法典法与普通法之间最大的差别。^{〔8〕}由于没有像普通法中的制定法(statutes)那样对于可能发生情形的详细规定,《法国民法典》和各种法律中的文句自然显得十分简略。《法国民法典》第 1156 条到第 1164 条通常作为立法和合同的解释原则来适用。

〔5〕 Ibid, p. ix; also David, op cit, p. vi.

〔6〕 Op. cit, p. 74 and Ch. 8 关于《民法典》的继受。

〔7〕 *French law of contract*, p. 4.

〔8〕 Ibid, pp. 5~6.

(三) 法律权威: 法理与学说

法律渊源的层级反映出政治和历史的背景。古代政体中的法国最高法院(parlements)被认为阻碍了改革,大革命就是要试图推行立法者的意志以使改革继续前进。1790年8月16日到24日的法律——《法国民法典》第5条再次确认——禁止法官从事制定一般或监管性的法律声明的工作。他们只能审判案件,而不能像最高法院那样以案件为契机宣布对于将来有效的一般规则。但如若法律的规定不清晰或不充分,那么法院依然应当依据第4条的要求对眼前的案件作出判决。这在传统上被视为只赋予了司法判决以较低的权威。在理论上,司法机关仅是成文法的解释适用者,而非一个其本身即具有正当性的权威。^[9]当然,在实践的意义上,学者们承认,经过了二百多年的解释适用,法国私法的大量领域已经有效地从制定法(droit écrit)转移至判例法体系。^[10]但法国的学者们总是在用一些奇妙的理论架构来解释这样一种运作的原理——即就算不存在作为法律渊源的司法判决,司法对法律的发展仍然能够发生。^[11]

[9] M. Troper, C. Grzegorzczuk and J-L Gardies, in D. N. MacCormick and R. S. Summers, *Interpreting Statutes* (Aldershot 1991), p. 177: “法官完全不使用‘漏洞’这一概念。他们遵循一种正式的(决断主义的)观点——运用一切可能的解释和论辩技巧来避免法律中漏洞的出现,即使有一些漏洞还出现在特殊的法律文本中……法国法官倾向于将填补漏洞伪装成解释法律。”

[10] See Ripert quoted by Zweigert and Kötz op. cit, p. 96.

[11] 这一争论在 S. Belaid, *Le pouvoir créateur et normatif du juge* (Paris 1974)一书中得到了最好的概述和分析。该书文选可参见 O. Kahn-Freund, C. Lévy and B. Rudden, *A Source-book on French Law* (2nd edn, Oxford 1979), pp. 116~152.

viii
在这里没有像普通法系那样对于先例的狂热崇拜。^[12] 下级法院能够并且确实拒绝遵循当今最高法院(Cour de cassation)的判决,而且这种法院间的冲突经常迫使上级法院改变他们的想法。^[13] 分权的宪法原则自然给法官的身份带来了冲击。孟德斯鸠(Montesquieu)认为法官是“法律的喉舌”(bouches de la loi),这样一种对于法官的工具主义印象并没有传递出一种他们在判决制作(decision-making)上具有较大自治权力的观念。^[14]

被赋予较低位阶的判例法及其注重在个案中对法律进行解释的特点,为学说(la doctrine)以及在大学中占主导地位的法律学者留下了空间。正如尼可拉斯指出的,这是一种对罗马法传统的延续,在这种从11世纪罗马法复兴开始承续的传统中,法学家在法律咨询和对法律进行体系化整理的工作中扮演着主要的角色:

在法国,学说(doctrine)承继了在欧洲普通法(ius commune)时代为大学所享有的权威。这种权威由于司法在宪政体制中被赋予——正如我们所看到的——相对次要的地位而扩大。^[15]

具有代表性的文献体裁是专题著作(treatise)、学生指南(student manual),以及随案例一起在法律评论上刊载的司法判决评述(note d'arrêt)。对于达维来说,这种法律科学为获得正义所必需的各种规则提供见解来源,它虽被视为必要的,但并不

[12] See M. Troper and C. Grzegorzczuk, in D. N. MacCormick and R. S. Summers, *Interpreting Precedents* (Aldershot 1997), Ch4.

[13] See below, p. 78.

[14] See generally, J. P. Dawson, *The Oracles of the Law* (1968).

[15] Op. cit., p. 20.

是独一无二的。^[16] 然而,除去其在与法律之间关系中的这种批判性角色之外,法律学者(doctrinal writer)提供了关于法律的系统性论述,这些论述将零散的立法改革的成果整合在一起;他们还提供了关于法院所作出的法律解释适用的论述。

这些不同的法律权威的重要性还与一种更加概念化的法律方法有关,这一方法反映出了学术的影响。劳森指出:

民法法系法律人希望在他们依法行事之前能够清晰地知悉他们所不得不遵循的抽象法律概念和学说的明确形式和限度。……对于普通法法律人,只要他们知道一个法律概念能够执行他们希望执行的实际有限的任务,则他们更加倾向于在尚处于一知半解的状态下使用这一概念,而将其他可能性留给日后的考虑。^[17]

尼可拉斯也指出了法国法系以大量概念和原则进行推理与普通法系以一种更加实用主义的方式来进行操作之间的对照。^[18] 我希望在本书中探讨,究竟在多大程度上,法律的概念主义方法和实用主义方法或曰增补性的方法(incremental approach)之间的对比就是法国法系与普通法系之间的对比,或者说究竟在多大程度上,在学术化和学说化的推理与司法化和实践化的推理之间实实在在地存在着差异。

(四) 法律概念

所有的法律体系都拥有其与众不同的法律概念。他们提供

[16] Op. cit., p. xii.

[17] H. Lawson, *A Common Lawyer looks at the Civil Law* (Ann Arbor 1953), p. 66.

[18] B. Nicholas in D. Harris and D. Tallon, *Contract Law Today*, p. 13.

ix. 了一种法律世界的思维地图,在这幅地图中,特定的法律问题得以定位。英国律师们使用“信托”(trust)、“受托人义务”(fiduciary duties)等概念,民法法系的法律人则使用完全不同的概念。劳森指出:

……民法法系和普通法法系之间的首要差别并非方法或者说处理法律资料的方式之间的差异,而是概念本身的差异;而且此外,尽管概念在其一般特征上常有差异,但最意味深长的差异在于一个简单的事实——这两套概念是不相同的。^[19]

对于茨威格特和克茨来说,同时也对于萨缪埃尔和罗格朗来说,反映在《法国民法典》中的与众不同的法律概念对于法律思维的构建十分重要。私法关系必须用《法国民法典》所使用的概念术语来进行分析,这是因为《法国民法典》为私法提供了一整套概念框架。比方说,一个自然人的财产总体被作为其“全部财产”(patrimoine)来讨论,其中包括其所欠下的债务——这是一种英国法律人所不熟悉的财产概念(除了在继承和破产等领域)。在《法国民法典》中,还有一整套甚至连其他民法法系国家的法律人都不使用的其他有特色的概念。

(五) 权利与救济

达维和萨缪埃尔^[20]主张,法国法律人区别于普通法法系法律人之处在于他们关注权利(le droit subjectif),而非救济。英国法是通过令状体系发展起来的——在这一体系之中,一种权

[19] Op. cit, p. 209.

[20] See David op. cit, p. ix; G Samuel, “‘Le droit subjectif’ and English Law” [1987] CLJ 264.