

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

..... 总主编 曾宪义

中国传统法律文化研究

第九卷

借鉴与移植：
外国法律文化对中国的影响

● 本卷主编 叶秋华 王云霞 夏新华



 中国人民大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

……总主编 曾宪义……

中国传统法律文化研究

第九卷

借鉴与移植： 外国法律文化对中国的影响

• 本卷主编 叶秋华 王云霞 夏新华
撰 稿 人 (按撰写章节顺序)

王云霞 叶秋华 张彩凤

张志京 夏新华 黄树卿

汪鸿兴 赖早兴 刘友华

谭桂珍 何志辉 肖伟志

杨利华 李 温 刘海鸥

陆 静

中国人民大学出版社

• 北京 •

《中国传统法律文化研究》（十卷本）

秘书处

负责人：庞朝骥 冯 勇 蒋家棣

成 员：（按姓氏笔画排列）

马慧玥 王祎茗 吴 江 张玲玉

袁 辉 郭 萍 黄东海



中国人民大学法律文化研究中心 组织编写
曾宪义法学教育与法律文化基金会

引言

一、写作缘起

世界各国的法律文化虽然是在其特定的政治、经济、文化土壤中孕育和发展起来，却不是截然封闭的环境中成长的，通常会由于某些主动或被动的原因而受到外来法律文化的影响。这种受外来法律文化影响的现象在古代社会可能只发生在局部地区，尚属孤立现象。而自近代以来，伴随着西方国家的殖民扩张，这种现象愈演愈烈，逐渐成为一种世界性的现象。许多东方国家被迫放弃了沿袭几千年的法律传统，转而接受西方法律文化，或者依据西方法律文化的主要原则和精神对传统法律文化进行大规模的改革，使其适应现代社会的发展。

中国作为东方主要国家也未能幸免。鸦片战争以来，西方法律文化在坚船利炮的护卫下向古老的中华帝国倾泻而来，中国社会自此发生了剧烈的变化。晚清政府从顽强抵制到被迫宣布变法修律，匆忙中进行了宪制和司法改革，并颁布了仿效西方大陆法系的《钦定宪法大纲》、《大清新刑律》、《钦定大清商律》、《大理院审判编制法》等法律法规，编成《大清民律草案》、《刑事诉讼律草案》和《民事诉讼律草案》等西式法典草案，使延续了几千年的中华法系逐渐走向解体。民国开始后，虽然一度军阀混战，政治局势风云变幻，但孙中山先生所倡导的民主共和思想已经成为中国政制发展的主流，专制、独裁已不再能够深入民心，只有继续推进清末已经开始的法制近代化进程，才能保障民主共和政体，才能适应晚清时即已开始发展的近代商品经济的需求。因此，民国时期成为中国历史上较为集中的吸纳外国法律文化的一个时期，并形成了形式上较为完备的“六法”体系。

新中国建立后，我们摧毁了国民党的“六法全书”及其法统，但模仿乃至移植外国法的倾向却并未有所减轻，只不过把模仿的对象从西方资本主义国家转向兄弟社会主义国家苏联。模仿苏联法的做法早在革命根据地时期即已开始，甚至对国民政府的政治体制和执政思想也有一定影响，新中国成立后则在全国范围内全面移植苏联法制及其文化，不仅新中国成立初期颁布的宪法带有明显的苏联印记，刑法、土地法、婚姻法、经济法等领域的苏联影响也比比皆是，甚至我们的立法结构、行政管理体制、司法体制和法学教育体制也是模仿苏联的产物。改革开放以后，基于恢复社会主义民主法制，以及建立社会主义市场经济和社会主义法治国家的需要，借鉴、吸收和接受外国先进的法律文化成为我国法制发展的一个新的动力。经过30年的努力，我们从西方发达国家以及周边新兴工业化国家和地

区的法治建设中吸取了许多经验，逐步建立了比较完善的有中国特色的社会主义法律体系。

可以说，从近代以来，中国法制的发展一直离不开对外国先进法律文化的借鉴、吸收和模仿，外国法律文化对中国法制的发展产生了不容忽视的影响。当然，这种影响有时是被动接纳的反映，有时是主动学习的结果，有时却是被动与主动的结合，甚至是反被动为主动的抉择。这种影响对中国法制的发展到底起到了怎样的作用？是促进了中国传统法制的更新，使中国法制实现了现代化，还是改变了中国法制发展的原有轨迹，使我们迷失了前进的目标？抑或在不同历史时期其作用并不相同？要全面评价这个问题，就必须对近代以来外国法律文化影响中国的背景、渠道、进程和表现等加以全面梳理和阐述，将外国法律文化影响中国法制的效果置于具体历史环境中去分析和审视。历史是现实和未来的基础，只有对外国法律文化影响中国的全部历史进行客观的总结和评价，才能对今天的社会主义法治建设中如何处理本土法与外来法、传统法与现代法的关系有所裨益。

二、本书的结构和思路

本书共分三编、十一章：

第一编是外国法律文化影响中国总论，从宏观上描述和分析外国法律文化影响中国的基础和历史进程。该编包括两章：第一章分别阐述对中国产生过较大影响的大陆法、英美法、苏联法和其他外国法律文化的形成背景和基本特性，旨在提供其影响中国法制的外在原因和基础；第二章以历史发展脉络为主线，将外国法律文化影响中国的进程划分为清末以前、清末时期、民国时期、新中国成立前后以及改革开放以来五个阶段，对不同阶段外国法律文化影响中国的原因、渠道、表现和特点进行总体分析和评价。

第二编是外国法律文化影响中国分论，以部门法为脉络，从微观上描述外国法律文化影响中国的具体内容、形式和特点。该编包括五章：第三章的主题是宪政文化，从近代以来中国人对外国宪政文化的认识入手，以日本、德国、英国、美国、法国和苏联六国的典型宪政原则和制度在中国的传播和实践为样本，剖析了外国宪政文化对近代以来中国宪政的影响；第四章的主题为刑法文化，分别阐述了大陆法系、英美法系和苏联刑法的基本原则、重要理论和主要制度对近代以来中国刑法发展的影响；第五章的主题是民商法文化，分别对大陆法系、英美法系和苏联民商法的重要观念、原则和制度在近代以来中国各阶段民商事立法与实践中的具体影响进行了分析和论证；第六章的主题是诉讼法文化，从近代中国对外国诉讼法文化的抉择入手，具体分析了英美法系、大陆法系和苏联的司法理念与制度、刑事诉讼与民事诉讼文化对中国诉讼法发展的影响；第七章的主题为国际法文化，以近代以来中国国际法文化发展的历史为脉络，对各历史时期国际法的主流观念、理论与实践对中国的影响进行了阐述和分析。

第三编是外国法律文化影响中国个论，旨在通过对近代中国受外国法律文化影响最深的几个地区法制状况的描述，从个案的角度来具体分析和审视外国法律文化对中国产生影响的途径、表现和效果，以期实现以一斑窥全豹的功能。该编包括四章：第八章选取近代租界为观察视角，介绍了租界的设立和租界法制的具体内容，分析了外国法律文化在租界的实施状况，并通过几个典型案例探讨了中西法律文化的冲突，最终对租界法律文化对中国社会和法制现代化的影响进行了总体评价；第九章以我国香港地区法制为样本，介绍了

英国法律文化影响我国香港地区的背景以及英国法律文化在我国香港地区的全面移植过程,分析我国香港地区宪政制度、法律渊源、法律体系和司法制度受英国法律文化影响的具体表现,并对我国香港地区法制受英国法律文化影响的特点和效果进行了总体评价;第十章以我国澳门地区法制为样本,描述了葡萄牙法律文化影响我国澳门地区的背景和历史进程,分析了殖民时期葡萄牙法制在我国澳门地区的全面实施,以及我国澳门地区法制的本地化状况,并对葡萄牙法律文化在我国澳门地区的影响进行了总体评价;第十一章以日据时期的我国台湾地区法制为观察视角,描述了我国台湾地区受日本法影响的背景和过程,介绍了日据时期我国台湾地区法制的发展状况及日本法律文化的具体影响,对日本法在我国台湾地区的具体实施和运作进行了分析,并对日本法的持续影响及其效果进行了总体评价。

本卷的创新之处在于,重点突出“借鉴、移植与影响”三个方面的内容,在结构上分别从观念、原则、制度以及立法技术等方面重点展开论述。介绍西方法律的理论与制度的目的在于突出借鉴的价值,对外国法律文化在我国的移植过程的必要叙述将有利于对其本土化的结果评估及原因分析,进而突出其影响,以期为中国在全球化背景下法律的移植及其影响提供历史借鉴和理论分析框架。

三、本书的论述范围及近似术语辨析

关于本书的主题和范围,有几个问题需要预先交代:

一是关于“外国”。本书主题为“外国法律文化对中国的影响”,但不可能涉及中国以外所有国家的法律文化。从中国法制发展的实际情况出发,我们的论述范围实际上主要涉及近代以来对中国传统法律文化的转型或者说中国法制的现代化产生过深入影响的西方主要国家的法律文化,尤其是英、美、法、德、日等国的法律文化,当然,也包括曾在新中国成立前后深刻影响中国的苏联法律文化。鉴于外国法律文化影响中国的方式并不一定以国别的形式出现,而且外国的法律制度、原则之间也互有影响,我们在阐述具体问题时有时很难严格区别哪些制度、原则来源于哪个国家,只能大致按照英美法系或大陆法系来加以描述。对于近代以前曾经影响过中国的外国宗教法律文化,限于资料的占有情况以及我们的研究水平,本书只涉及佛教、基督教和伊斯兰教,其中,佛教法律文化传入中国后在很大程度上本土化了,我们所列举的某些其对中国产生影响的表现也许与其最原始的特征已经有很大距离了。此外,虽然国际法作为调整国与国关系的准则并非属于哪个“外国”的法律体系,但国际法的理论与规则确实来自外国,在近代作为外国法律文化的一部分最先受到清政府的重视而加以采纳,并对近代中国法制的发展产生了重大影响,而且国际法学作为近代法学的有机组成部分也是很难撇开的,因此本书将国际法文化也作为一个主题纳入考察的范围。

二是关于“法律文化”。“法律文化”是一个内涵十分复杂的概念,我国法学界对其并未形成统一认识。比较通常的看法是:法律文化是人类法律实践活动及其成果的总和,应该包括法律思想、法律规范、法律设施和法律艺术四大基本要素。本书从外国法律文化对中国产生的实际影响出发,并不涉及外国法律文化的所有要素,仅涉及法律思想(包括观念、理论)、法律规范(包括具体制度和原则)和某些法律设施(如司法机构、法学教育机构等)。至于法律艺术,本书仅涉及立法技术,如法典化问题,以及判例法的某些具体问题。

三是关于“影响”。本书研究的主题是“外国法律文化对中国的影响”，但在写作过程中，经常涉及外国法律文化的“移植”、“借鉴”、“吸收”、“接受”、“引进”、“模仿”等问题，并且有时这些术语间互换。当然，它们之间的区别也是明显的：“移植”指的是有意识地将一个国家或地区、民族的某种法律在另一个国家或地区、民族推行，并使其接受，从而成为后者法律体系有机组成部分的活动。“借鉴”一般是指将本国法律与某种更先进的外国法律进行对比、鉴别，并从这种法律中获得启发，从而改进本国法律，并不一定非要原封不动地采用这种外国法律。“吸收”他国法律则强调了对他国法律的主动、有机的采用，并使之成为自己法律的一部分。“接受”或者说“采纳”他国法律都是指一国客观地采用、实施他国法律，既包括主动采用、实施他国法律，也包括被动甚至是被迫实施。“引进”和“输入”他国法律的意思非常接近，但它们都只强调了法律输入国单方的行为。“传播”只是强调某种法律思想在某地的广泛流传，它往往是某种特定法律在该地实施的重要先导。“模仿”他国法律的做法表明对他国法律的采用、实施往往是机械的，缺乏全面的考虑。^①从近代以来中国法制发展的实际情况看，以上这些现象都或多或少存在，有时是主动的借鉴、吸收，有时则是被动的接受、输入，有时是机械的模仿。但不管是哪种现象，都表明其受到了外国法律文化的影响。“影响”强调的是一国法律受他国法律的影响而有所改变，这种改变是一种客观的结果，有可能是自觉的产物（比如借鉴、吸收），也有可能是不自觉的产物。因此，“影响”一词具有很大的包容性，比较客观地反映了近代以来中国传统法律文化转型和中国法制现代化的实际状况。

^① 参见王云霞：《法律移植二论》，载《中国人民公安大学学报》，2002（1）。

目 录

第一编 外国法律文化影响中国总论

第一章 外国法律文化概述	3
第一节 大陆法系传统	4
第二节 英美法系传统	25
第三节 苏联法律传统	44
第四节 其他主要法律文化	62
第二章 不同历史时期外国法律文化对中国的影响	79
第一节 清末以前宗教法律文化对中国的影响	79
第二节 清末时期西方法律文化对中国的影响	99
第三节 民国时期西方法律文化对中国的影响	113
第四节 新中国建立前后苏联法律文化对中国的影响	128
第五节 改革开放以来外国法律文化对我国法制的影响	144

第二编 外国法律文化影响中国分论

第三章 外国宪政文化的影响	167
第一节 英美法系宪政文化的影响	167
第二节 大陆法系宪政文化的影响	191

第三节	苏联宪政文化的影响	209
第四章	外国刑法文化的影响	219
第一节	大陆法系刑法文化的影响	219
第二节	英美法系刑法文化的影响	240
第三节	苏联刑法文化的影响	249
第五章	外国民商法文化的影响	261
第一节	大陆法系民商法文化的影响	261
第二节	英美法系民商法文化的影响	285
第三节	苏联民商法文化的影响	304
第六章	外国诉讼法文化的影响	317
第一节	英美诉讼法文化的影响	317
第二节	欧陆诉讼法文化的影响	333
第三节	苏联诉讼法文化的影响	351
第七章	国际法文化的影响	369
第一节	近代国际法文化对中国的影响	370
第二节	过渡时期的国际法文化对中国的影响	388
第三节	现代国际法文化对中国的影响	403

第三编 外国法律文化影响中国个论

第八章	外国法律文化对近代租界的影响	429
第一节	近代租界的设立与外国法律文化的传入	429
第二节	多种模式的租界司法机构与外国法律文化影响的多样化	458
第三节	上海公共租界会审公廨与外国法律文化的影响	468
第四节	近代租界法律文化对中国传统法律文化的影响	491
第九章	英国法律文化对香港的影响	498
第一节	英国殖民主义法律输出与中英法律文化冲突	498
第二节	英国法律文化在香港的全面移植	511

第三节	英国法律对香港的持续影响	549
第十章	葡萄牙法律文化对澳门的影响	571
第一节	葡萄牙法律传统及殖民政策	571
第二节	葡萄牙法律文化对澳门的初步影响（1553—1849 年）	583
第三节	葡萄牙法律文化对澳门的深入影响（1849—1987 年）	605
第四节	葡萄牙法律文化对澳门的持续影响（1988 年后）	621
结 语	葡萄牙法律文化对澳门法影响的总体评价和启示	632
第十一章	日本法律文化对台湾的影响	636
第一节	台湾的殖民地化与日本近代法律文化的输入	636
第二节	日据时期日本法对台湾立法思想及法律渊源的影响	646
第三节	日据时期日本法对台湾主要法律部门的影响	652
第四节	日据时期日本法对台湾司法制度的影响	676
第五节	日据时期日本对台湾法学教育和法律职业的影响	686
第六节	日本法对 1945 年后的台湾法律发展的持续影响及其评价	702
结 论		708
本卷后记		710

第一编

外国法律文化影响中国总论

外国法律文化概述

在人类漫长的法制文明发展的历史长河中，不同社会形态下法律文化间的传承、交流与融合，构成了人类法制文明不断发展的主旋律，也构成了诸多体现时代特征的世界法律文化传统与体系。

就古代外国法律文化而言，写在“石柱”上的两河流域的楔形文字法、充满宗教与种姓色彩的古印度法以及诞生在尼罗河流域的古埃及法，最早开启了人类法制文明的大门，步入拥有国家与法律的社会，并与犹太民族创造的希伯来法一起，构成异彩纷呈的古代东方法模式，展现了人类法制最原始的状态。而分别以“雅典宪法”和《国法大全》闻名于世的古希腊法和古罗马法，则充分体现出了人类社会早期商品经济条件下古代西方法的魅力与风采，并从公法与私法的角度对西方法律传统的形成和推动世界法制文明的发展作出了卓越的贡献。

就中世纪外国法律文化而言，最具典型性的除了公元7世纪产生于阿拉伯半岛的伊斯兰宗教法律文化以外，还有西欧中世纪的法制发展。在这里，由氏族习惯演变而来的日耳曼法与天主教教会法和罗马法携手而行，历史性地组合在一起，共同构成西欧中世纪法律文化发展的主流，并对近代西方两大法系的形成产生重要影响。当然，西欧中世纪的城市法、商法与海商法也功不可没，其也成为孕育资本主义民商法的摇篮。

就近代外国法律文化而言，近代西方法制的建立，开创了人类法制史上一个崭新的时代，标志着人类法制文明与文化发展的重大进步。在这一时期，法律学说、法律原则、法律部门、法律体系等都发生了根本性的变化，均具有开创性的意义。值得指出，西方各国在近代法制的建立上，均具有继承、借鉴前资本主义时期法律文化成果的特点，只是由于各国革命的特点不同，取代封建制度的进程与方式各异，所处的历史条件、文化背景、法律传统又不尽一致，因而这种继承、借鉴的方式和内容亦迥然不同，在法制建设上也就走上了不同的发展道路。以英国普通法为主干形成发展起来的英美法系，以其独特的判例法风格自成一体，保留了悠久的法律文化传统；而以法国法为代表形成发展起来的大陆法系，则继承、借鉴了古代罗马法诸多法律文化成果，以注重法理研究、坚持立法法典化为鲜明特征。两大法律文化传统，在近代经过西方殖民主义者在世界范围内强制性的大力推行，获得前所未有的世界性影响。

就现代外国法律文化而言，大陆法系与英美法系仍是世界法坛的主宰。但现代以来，特别是第二次世界大战以后，世界性的政治、经济、文化的交往日益密切和频繁，法律文化的交流也伴随这种交往的加强和一些区域性组织的建立不断拓展。此外，对联合国宪章和其他国际组织章程的共同承认，对国际条约和惯例的共同遵循，也为西方各国法制的相互接近与渗透架起了一座桥梁。基于此，风格各异的西方两大法律文化传统在现代法制文明建设中开始了相互接近的历史。

本章主要介绍大陆法系传统、英美法系传统和其他具有代表性的法律文化体系。

第一节 大陆法系传统

一、关于法系的划分与大陆法系的概念

（一）关于法系的划分

研究外国法律文化传统，首先需要面对的一个问题，就是用什么样的方法和标准将世界上为数众多的不同国家和地区、充满不同民族风情色彩、不同社会形态下的法律制度或法律体系去加以归纳和分类，从而使源远流长的人类法制文明和法律文化成果的研究与显现在比较中能够更加清晰、生动而有序地展开。为此，西方学者提出了法系理论。

法系理论的目的，就是将世界上形形色色的法律“归类成系，简化为少数类型，以便于对当代世界各国法的介绍与理解”^①。应当说，“法系”一词的含义并不是很确定，它通常是指“若干国家和特定地区的、具有某种共性或者共同传统的法律的总称”^②。这些国家和地区的法律之所以被归为某一类，是因为它们具有某种共性或者共同的传统，而这些共性或者传统可以是社会的、政治的、文化的，一般表现在对法律观念的理解、法律的作用以及法律技术等方面。因此，“准确地说，法系是指关于法的性质，法在社会和政治中的地位，法律制度的实施及其相应的机构，法律的制定、适用、研究、修改和教育的方法等等一整套根深蒂固的并为历史条件所限制的理论”^③。

还要指出，“法系”一词在西方学者的著作中有多种表述方法。在英语著作中，通常表述为 legal system、law system、legal family、legal group、legal genealogy 等，其中最常见

① [法] 勒内·达维德著，漆竹生译：《当代主要法律体系》，24 页，上海，上海译文出版社，1984。

② 沈宗灵：《比较法研究》，60 页，北京，北京大学出版社，1998。

③ [美] 约翰·亨利·梅利曼著，顾培东、禄正平译：《大陆法系》，2 页，上海，上海知识出版社，1984。

的是 legal system。许多著名的比较法著作，例如美国学者威格莫尔（J. H. Wigmore）1928 年出版的 *A Panorama of the World's Legal Systems*、法国学者勒内·达维德（Rene David）1964 年出版的 *The Major Legal Systems in the World Today* 等，都使用了 legal system 一词。但这一英文词汇本身的含义却是多重的，它既可以用来表示法系，也可以用来表示法律制度或者一个国家的法律体系。为了避免词义上的混乱，有的学者主张用 legal tradition 一词来替代 legal system，认为法律传统的实际含义虽然可能与法系不同，但两者之间毕竟存在着无法割裂的联系，被归于同一法系的法律往往是具有共同的传统的。

法系理论当中，最令人困惑难解，也是引发诸多学者争论不休的问题，就是界定法系的划分标准。在此方面，研究者出于不同观念和采用不同标准对世界法律制度或者法律体系的划分，其结果往往大相径庭。例如，日本法学家穗积陈重从其法律进化论的观点出发，在 1884 年提出“五大法系说”，将世界上的法律体系划分为印度法、中国法、伊斯兰法、英国法和罗马法，其划分标准包括了人种、民族、地理、法律技术等多种因素。1913 年，瑞士学者绍塞尔-霍尔（Sauser-Hall）从人种学角度来观察法律演变，将世界主要法律体系划分为印欧法系、闪米特（犹太）法系、蒙古法系以及其他未开化民族法系，并将印欧法系进一步细分为印度、伊朗、凯尔特、希腊—罗马、日耳曼、盎格鲁—撒克逊和立陶宛—斯拉夫等“子系”^①。1928 年，美国学者威格摩尔又将自古以来发生的世界各主要法律体系划分为 16 个法系，即埃及、美索不达米亚、希伯来、中国、印度、希腊、罗马、海事、凯尔特、日耳曼、教会、日本、穆罕默德、斯拉夫、罗马化和英国法系^②，并且根据某一法系是否仍在发展，进一步将其中的埃及、美索不达米亚、希伯来、希腊、罗马、凯尔特、日耳曼和教会法系认定为“死法系”，其他法系则因通过各种方式得以存续被视为“活法系”。其划分角度和标准显然是多重复合的，既包括民族、宗教、文化、地理和历史等社会和自然因素，也包括法源、法律制度和法律技术等法律因素。如此纵横交错、复杂多变的划分标准自然很难令人信服。1950 年，阿尔曼戎、诺尔德和沃尔夫在他们出版的《比较法论》一书中提出了自己的主张，认为对当代法律体系进行分类，与外部的地理因素、人种因素或其他因素并没有关系，应以法律体系的内部因素为标准，考虑其独特性、派生性和类似的关系，因此他们将世界法律体系划分为七大法系，即法国法系、日耳曼法系、斯堪的那维亚法系、英吉利法系、俄罗斯法系、伊斯兰法系和印度法系。^③ 勒内·达维德也对以往学说的缺乏有说服力的分类标准进行了批评，他认为只有两项标准能够经得住批评，那就是意识形态标准和法律技术标准。前者是宗教、哲学、政治、经济和社会结构的产物，它关系到法的哲学基础和正义观；后者涉及法律概念、术语、结构和方法等问题。两个标准必须同时考虑，但相比之下，意识形态标准是最关键的。^④ 因此，他将世界各国的法律划分为

① [德] K. 茨威格特、H. 克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》，122 页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

② 参见 [美] 约翰·H·威格摩尔著，何勤华等译：《世界法系概览》，下册，954 页，上海，上海人民出版社，2004。

③ 参见 [德] K. 茨威格特、H. 克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》，123 页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

④ See Rene David & John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, 2nd edition, London, Stevens & Sons, 1978, p. 20.

罗马—日耳曼法系、普通法系和社会主义法系三个主要法系，其他非主流的法律体系如伊斯兰法、犹太法、印度法、远东法、非洲和马达加斯加法等，则被松散地归拢在“其他法系”这个大概概念下，它们或多或少都依附于三大主要法系。

达维德的法系分类理论一经提出，就受到比较法学界的广泛关注。许多学者赞同并接受了它，但也有许多学者对该理论提出质疑^①，认为达维德过分强调意识形态因素，而淡化了法律技术因素。德国学者茨威格特和克茨则将阿尔曼戎和达维德的分类理论进行了糅合并加以发挥，在他们合著的《比较法总论》一书中提出了划分法系的五项标准：一是法律秩序的历史来源和发展，二是占统治地位的法学思想方法，三是具有特征性的法律制度，四是法源的种类及解释，五是思想意识因素。他们认为，这五项标准对于划分特定的法系都具有相对重要性。比如：思想意识因素对于划分宗教法和社会主义法律秩序是至关重要的区别力量，而对于西方各法系而言，最主要的区分因素是历史、思想方法和特定的制度；法源的性质和种类使伊斯兰法和印度教法各具特色，对区分普通法和欧洲大陆各法系也有重要意义，但对于区分日耳曼法系、北欧法系和罗马法系则并无意义。综合上述五项标准，他们将世界主要法律体系划分为罗马法系、德意志法系、北欧法系、普通法系、社会主义法系、远东法系、伊斯兰法系和印度教法系。^② 如果我们仔细比较一下达维德和茨威格特、克茨的划分方法，就会发现，其中的差别实际上是非常细微的，后者只是将达维德所说的罗马—日耳曼法系作了进一步的细分，并且将远东法系、伊斯兰法系和印度法系从“其他法系”中分离出来，看上去是提高了它们的地位，但他们对于这些东方法系所花费的笔墨却一点也不比达维德多^③，其研究视角主要还是集中在西方各大法系。

当然，无论上述哪种划分方法都只是对世界法律体系的大致归类。由于世界法律体系是多姿多彩的，许多法律秩序还是混合型的，在其发展演化的过程中继受过不止一种外来法律，因此，无论从哪个角度、以什么标准去划分，都有可能存在重叠或者遗漏。正如达维德所言，“法系”这一概念本来也不存在与之对应的生物学上的实在性，是研究者为了便于解释各种法律之间的相似或者区别之处而创造出来的，因此，所有的划分方法都各有优点，一切都取决于研究者所处的背景及观察视角。^④ 正是基于这一考虑，许多学者不再纠缠于各种分类标准的缺陷，而致力于从不同角度去研究各个法系或者法律传统。尽管达维德的三大法系划分理论也存在明显的缺陷，在很长一段时间里，许多学者还是愿意借用它来进行研究。当然，随着苏联的解体和东欧社会主义阵营的瓦解，很少有人再将“社会主义法系”与西方两大法系并称了。

① 中国学者沈宗灵认为，达维德将法系的含义扩大到不同社会制度的法律之间是对传统法系概念的新解释，但其关于“社会主义法系”范围的论述是有问题的，尤其将当代中国的法律排除在“社会主义法系”之外而简单地将其归入“远东人的法律观”更是错误的。参见沈宗灵：《比较法研究》，65～67页。

② 参见[德]K. 茨威格特、H. 克茨著，潘汉典等译：《比较法总论》，131～141页，贵阳，贵州人民出版社，1992。

③ 茨威格特和克茨的《比较法总论》中译本对于远东、伊斯兰和印度三个东方法系的论述只用了50页，而达维德的《当代主要法律体系》对于上述内容的论述却有90页。

④ See Rene David & John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, p. 20.

（二）大陆法系的概念

用什么名称来概括当今世界最重要的两大法系也同样是有争议的。国内学术界最常用的是“大陆法系”（Continental Legal System）和“英美法系”（Anglo-American Legal System），它们分别代表着两大法系的主要流行区域。也有的学者喜欢用“民法法系”（Civil Law System）和“普通法系”（Common Law System）这对名词来称呼两大法系，因为大陆法系早已经越过了欧洲的范围，英美法系也同样不仅仅局限在英美国家，而民法和普通法分别是这两大法系的基础，用它们来代表两大法系比较合适。此外，大陆法系还有其他一些称呼，如罗马法系等。但是，诚如达维德所言，当今大陆法系各国的法律制度是在罗马法复兴的基础上形成的，与罗马法的规定已经有了巨大的差异，拉丁民族和日耳曼民族的法学家对这一法系的形成作出了共同的努力，因此，简单地称大陆法系为罗马法系是片面的。此外，他认为“民法法系”这一说法也不合适，因为“民法”这个词汇虽然来源于罗马的“市民法”和《国法大全》，但现在它已经具有特定的含义，那就是与刑法、商法等部门法对称的一个法律部门，“民法法系”这个说法容易让人产生误解，因此他建议用“罗马—日耳曼法系”这一名称来代替。^① 其实，各种称呼都有依据，在一定意义上都是正确的，它们之间的差别仅仅在于侧重点的不同。为了叙述的方便，本书采纳了国内学界通说。

二、大陆法系传统的形成与发展

（一）大陆法系传统形成的历史渊源——罗马法

考察大陆法系形成的历史渊源，虽然不难发现其中也包含不少如地方习惯法等影响的因素，但仍能强烈地感受到罗马法对这支法系发生的巨大而深刻的影响。特别是对于大陆法系两部最重要的法典《法国民法典》和《德国民法典》而言，地方习惯法等的影响仅是辅助性的，而罗马法却赋予了其生命般的意义和本质的灵魂。

罗马法（Roman Law）是古代罗马国家法律的总称，包括自公元前6世纪罗马国家产生至公元476年西罗马帝国灭亡这个时期的法律，也包括优士丁尼（Justinianus，公元527～565年在位）时期东罗马帝国的法律。

由《优士丁尼法学阶梯》、《优士丁尼学说汇纂》等四部分构成的《国法大全》，是罗马法历史发展中最壮丽的一座丰碑，它不仅系统地总结了罗马法自产生至优帝时期的全部法律与法学，取其精华，集其要旨，成为罗马法最高成就的概括，而且通过中世纪轰轰烈烈的罗马法复兴运动，通过法学家们对其研究的不断深化和升华，成为古代法与现代法之间的一座历史桥梁，并使古代法律文化中最辉煌的成果得以在后世传承，成为推动法治社会不断前进的历史动力。

罗马法的基本特征大体可概括为以下几个方面。

1. 私法发达，公法相对滞后

由罗马法学家首创的公法（jus publicum）与私法（jus privacum）的划分及其理论，一直被视为罗马法学对后世法制文明发展的一个重要贡献，影响了人类从古至今的历史。虽

^① See Rene David & John E. C. Brierley, *Major Legal Systems in the World Today*, pp. 21 - 22.