

中国法学会比较法学研究会主办

COMPARATIVE
LAW
IN
CHINA

比较法在中国

第二卷

| 主 编 江 平
| 执行主编 刘兆兴 钱弘道

法 律 出 版 社

90040315

中国法学会比较法学研究会主办

COMPARATIVE
LAW
IN
CHINA

比较法在中国

第二卷

主 编 江 平

执行主编 刘兆兴 钱弘道



90040315

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

比较法在中国. 第2卷/江平主编. —北京:法律出版社,
2002.9

ISBN 7-5036-3969-5

I. 比… II. 江… III. 比较法—研究—中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 068797 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	责任印制/陶松
开本/A5	印张/23.625 字数/609 千
版本/2002 年 11 月第 1 版	印次/2002 年 11 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-88414121
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-88414115
法学学术出版中心/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-88414883	传真/010-88414115
中国法律图书公司/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)	
传真/010-88414897 88414899	销售热线/010-88414896
网址/www.Chinalaw-book.com	010-88414900
书号:ISBN 7-5036-3969-5/D·3686	定价:45.00 元

序

比较法在中国有一个历史性的责任与任务:那就是中国法律的现代化。

要不要提中国法律的现代化以及中国法律是否需要现代化,是一个颇有争议的看法。有些人担心,如果提出中国法律的现代化,会不会引发政治制度现代化这种敏感的争议。

我认为,中国法律的现代化既是一个历史事实,又是一个历史规律,没有什么好害怕的。中国法律的现代化在一百多一点的近现代史中经历了三个阶段:

第一个阶段是清末开始的维新与变法。维新变革自变法始,而变法恰恰是要使中国法律现代化。这时期法律的现代化是学习、借鉴甚至搬来西方国家一系列的法律制度,使旧有的长期封建社会法律朝向现代化迈进。

第二阶段是新中国成立三十年后的改革开放时期。在我们都很熟悉的这一阶段中,通过并不断修改了一系列的法律,使三十年中传统的封闭、计划经济法律制度朝向现代化的市场经济法律制度迈进。

第三个阶段将从我国加入世界贸易组织前后开始。加入WTO意味着我国将有一系列法律法规要修改,使二十多年来适用于国内市场经济秩序和规则的法律朝向现代化的国际市场的秩序和规则迈进。

一百多年的历史告诉我们:法律的现代化就是法律应顺从历史的潮流,更加走向政治的民主化和经济的市场化。

一百多年的历史告诉我们:法律的现代化就是从封闭走向开放,从立足于国内走向立足于国际。

一百多年的历史告诉我们：法律的现代化就要求认真学习、分析、研究、解剖国外先进国家的法律制度，择其优者为我所用，绝不保守。

一百多年的历史告诉我们：要将先进国家的法律制度吸收、借鉴，就不能仅仅拘泥于某一个法系的国家。大陆法系国家的法律制度要吸收、借鉴，普通法系国家的法律制度也要吸收、借鉴，与我们相同起点的发展中国家促进其社会经济制度发展的有效法律制度也应当吸收、借鉴。

《比较法在中国》不仅仅只是学理的研究和传播，更不能只是关在象牙塔中的高级知识，它应当有一个更加宏伟和不可推卸的历史使命：为中国法律的现代化而尽自己应尽的一份努力！

江 平

目 录

法理与法哲学

- | | | |
|-----|---|-----|
| 3 | 地域文化与比较法律文化研究 | 武树臣 |
| 10 | 中国、英美法理学研究内容的若干宏观比较 | 刘全德 |
| 24 | 英美法理学与中国法理学 | 黄文艺 |
| 35 | 法律经济学和中国法律改革、未来中国法学 | 钱弘道 |
| 49 | 法律经济学的理论基础 | 钱弘道 |
| 75 | 遵循先例:原则、规则和例外
——卡多佐的司法哲学观 | 刘作翔 |
| 105 | 法律移植问题探讨 | 冯卓慧 |
| 123 | 取向与框架:两大法系刑事证据法之比较
——兼论中国刑事证据立法的基本走向 | 左卫民 |
| 137 | 英美法与中国的法学教育 | 杨海坤 |
| 146 | 中西法观念不同的形成原因 | 高丽蓉 |

宪政与行政法

- | | | |
|-----|--------------------------------------|-----|
| 167 | 民主与共和、宪政的矛盾统一 | 郭道晖 |
| 185 | 中国 1954 年宪法与美国 1787 年宪法之政治
理论基础比较 | 肖艳辉 |
| 203 | 香港特别行政区政治体制与英美政治体制之
比较 | 马 岭 |

215	公民集会权利比较研究	李小明
228	剥夺政治权利的宪法思考	焦洪昌 贾志刚
252	德国的知情权制度	刘兆兴
271	行政法概念的语境化阐释	
	——兼论美国行政法概念的沿革及我国行政法的时代任务	朱维究 李琦
282	交际费、食粮费信息公开诉讼及其意义	
	——日本行政诉讼在 20 世纪 90 年代的新发展	赵正群
305	论德国行政机关的裁量权和司法控制	刘兆兴
320	略论欧美国家税收征管模式的几个特色	牟瑞瑾
司法制度研究		
335	不方便法院制度的几点思考	奚晓明
357	中国与英美涉诉鉴定制度的比较研究	
	——论我国的司法鉴定制度改革	余沁洋
374	美、英等国高技术立法比较及其对我国的启示	付子堂
387	对中国建立判例制度的探讨	陈力铭
399	美、德司法制度比较	郭兵
415	英国皇家检控准则评介	
	——兼谈中国刑事公诉政策的制定	徐鹤喃
428	英美证据法与中国证据法的若干问题比较	张国民 董伟杰 陈松林
449	英美刑事起诉裁量权与中国规制的比较研究	许敏
462	浅析“开放待遇制”	王丽英 高峰
472	论法院权威的生成	
	——从英美法系的司法制度谈起	杨亚非
民商事法律制度比较		
491	母子公司破产时债权人保护问题比较研究	
	——兼论英美法与大陆法的融合	程信和 梁敏杰

512	英美信托法理对董事忠实义务影响	黄来纪
530	大陆法上的财团抵押与英美法上的浮动担保之 比较及其对我国物权立法的借鉴意义	钱明星 姜廷松
545	中美产品责任法比较研究	郭洪波
555	中美破产制度比较	郭 兵
577	中美知识产权制度比较研究	李正华
611	典权制度的比较研究 ——以德国担保用益和法、意不动产质为比较 考察对象	米 健
638	加入 WTO 与我国外资法的重构	张学慧
刑法专论		
653	责任能力比较研究	马克昌
680	紧急避险比较研究	马克昌
701	审前羁押的法律控制 ——比较法角度的分析	陈瑞华
732	从西方经济分析法学比较两种体制下的腐败 性质经济犯罪	高 峰 王丽英
回顾与展望		
739	中国法学会比较法研究会 2001 年工作报告	孙 谦
746	井庐行	郭道晖

法理与法哲学

地域文化与比较法律文化研究

武树臣*

笔者在拙文《比较法律文化研究的对象和方法》(载《中外法学》1992年第1期)述及“比较法律文化研究的角度和方法”时曾指出:首先是横向比较,即通过探讨不同国家的法律实践活动表现在“法统”(基本精神)、“法体”(宏观样式)上的异同,来揭示其社会历史原因。其实,横向比较的基点,不仅仅是国家。因为,即使是在同一国家特别是幅员辽阔的国家,仍然存在着不同的地域文化。这种地域文化对当地的法律实践活动施以极大的影响。

我们都知道,在中央集权的君主专制政体确立之前,我们曾经历了很长的分封自立的宗法贵族政体。这种政体与地缘文化密切结合,形成了各自独特的包含着历史传统、民族心理、风俗习惯、宗教信仰等因素在内的地域文化。这种地域文化即使是在中央集权的君主专制政体之下,仍然发挥着潜在的影响。过去我们研究历史,往往注重从阶级角度出发,给各种思想或制度主张冠以“奴隶主阶级”、“封建阶级”、“新兴地主阶级”、“劳动人民”等标志。这样划分虽然有利于从某一个侧面(如政治立场与经济利益)去描述历史人物或历史事件,但有时难免陷入片面。因为它很难回答“为什么不同地区的贵族们有不同的主张”这样的问题。因此,借助或引进地域文化研究的方法,也许是丰富比较法律文化研究的有益尝试。

西周初期的“大封建”(封疆土建诸侯)是运用中央权力对地域

* 供职于北京市第二中级人民法院。

文化的一次整理和确认。春秋时卫国大夫子鱼在追述周初封建时曾说道：“昔武王克商，成王定之。选建明德，以蕃屏周。……因商奄之民，命以伯禽，而封于少皞之虚。……皆启以商政，疆以周索；……晋国之封，启以夏政，疆以戎索。”是说，鲁国沿用了商人的习惯，用周礼来治国；晋国（其实应包括秦国）沿用了夏人的习惯，用军法来治国。西周初期的统治集团，虽然十分重视周礼的作用，但是，他们不仅对地域文化而且对夏人和商人的历史传统都持宽容的态度。这种宽容的原因，与其说是西周统治集团对自身力量的高度自信，不如说是对强大的地域文化传统的无奈。

鲁国文化即中原文化、农耕文化。它是中国文化的重心。鲁国文化造就了原始儒学，其代表人物是孔子和孟子。农耕生产活动有以下特点：首先，农业生产周期比较长。这就使农业生产经验、技术的积累成为漫长的过程。而且，农业生产的季节性很强，比如春播、夏收、冬藏，需要把所有劳动力集中起来使用，更不必说集中人力去兴修水利防洪抗灾和抵御外族的入侵，这就使男性的长者在群体中处于支配的地位。其次，农业生产离不开土地。每块土地都由一定的经度和纬度所确定，并形成与地域密不可分的生产节奏（节气）。一旦离开这块土地，原先的节气就失效了。所以，人们“安土重迁”，“自给自足”。这些特点又造成了社会人群的稳定，人们在同一块土地上世代生活下去，形成了稳定的社会组织：家族。为了维护家庭的稳定，又形成了一整套以维护父家长族权为核心的、以男尊女卑为特征的宗法道德伦理观念和制度：礼和礼制。在农业社会，“天”的权威是相对的。一方面，“天”派生出万事万物；另一方面，“天”的运行规律是可以摸索可以利用的。这就是《荀子·天论》所谓：“天定胜人”和“人定胜天”。“定”指客观规律。人们在“天”面前是敬而不畏的，对自己的能力是自信的。这就使古代的神权思想大打折扣，自西周开始便一蹶不振，几乎退出历史舞台，而对祖先神的崇敬则发达起来，并演化成礼仪和“孝”的观念。礼在古代法律中占有极重要的地位。

“孝”观念要求人们尊敬服从父亲,所谓“亲亲父为首”。这是问题的一方面。另一方面则要求“父父”,即父亲要像父亲,即要慈爱子女。“孝”在社会政治领域的折射便是“忠”,故“寻忠臣于孝子之门”。“忠”要求下属要尊敬服从君长,所谓“尊尊君为首”。同样,也要求“君君”,君长要像君长,即要仁及属下,“为民父母”,“怀保子民”。“孝”、“忠”观念与“人治”思想是相通的,即要求“父”、“君”成为贤人,即《礼记·中庸》所说:“为政在人,其人存则其政举,其人亡则其政息”。对“人”的作用的充分肯定,意味着对“法”的作用的相对轻视。正如《孟子·离娄上》所谓:“徒善不足以为政,徒法为能以自行”。

对“人”的作用的推崇,表现在立法司法活动中,便是“议事以制”(即选择并依据适当的判例、故事来裁判案件)的中国式的“判例法”,并逐渐形成类似“遵循先例”的传统。如《国语·周语》所说:“赋事行刑,必问于遗训而咨于故实”,“事莫若咨,宾于礼事,仿上而动”。在世袭制下,子继父业,兄终弟及,法官的职务也是世袭的。按照父亲先前的作法去做,即是“帅型先考”的“孝”的要求,也是一种审判方式即“遵循先例”的“判例法”。《论语·为政》说:“温故而知新,可以为师矣。”“师”盖即“士师”,即法官。“故”指故事,只有熟悉了已往的案例故事,才能悟出其中的原则,并适用于现时的裁判。

总之,鲁国文化以农业生产为基础,派生出了“重礼”、“重农”、“重民”、“轻神”、“重人”、“重德”、“重教”等观念,并蕴育了中国式的“判例法”。同时也造就了一大批“习于春秋”、“帅志博闻”的法官,他们兼具“直”与“博”的品质——“直能端辨之,博能上下比之”(《国语·晋语》)。正直是道德标准,博闻是业务标准。“上下比之”就是熟知古往今来的判例故事并能准确地加以援用。

晋秦文化即边陲文化、游牧文化。它是中国文化的重要一翼。晋秦文化造就了三晋法家,其代表人物是商鞅、韩非。游牧生产活动具有以下特点:首先,游牧生产是流动的,不稳定的,即“居无定

所”，“逐水草而迁”。在流动中很难组成大规模的家族。土地对游牧民族而言是生长牧草的东西，而吃草长大的牛羊才是真正的财富。其次，狩猎活动是集团的活动，需要统一的号令和指挥，才能成功。狩猎是以动物为对象的，而战争不过是把对象变为人，游牧集团之间常常因为流动而产生战争，战争的要素就是人多势众，并统一行动。这就使军令、军法发达起来了，而担任指挥的领袖不是在于他的血缘身份，而在于他勇猛强壮。军法不是靠道德感化和教育，而是靠刑罚来施行的。法令的颁布和刑罚的施行，又常常通过祭祀来进行，从而使刑法带有神圣的色彩。于是，刑法完善起来并形成了“人人都要服从法律”这样的观念。君主的权威因着法的权威而上升，法的权威又因为君主的权威而上扬。君臣之间就是上与下、支配与服从的关系。这种关系被法律逐渐确定下来，并形成“君臣上下皆从法”、“缘法而治”、“垂法而治”的“法治”观念。

如何实现“法治”呢？首先，君主要主持制定颁布成文法典，让百姓“明白易知”。其次，法官和官吏要严格依成文法条办事，不得依个人好恶裁判案件，也不能援引已往的案例。这就需要做到：(1)法律条文要尽可能全面而详细，做到“诸产得宜，皆有法式”，“天下事无小大皆决于法”。使法官援用法条时像做加减法一样简单方便；(2)加强法律注释的工作，用《法律问答》（见《睡虎地秦墓竹简》）的方式解决司法中遇到的各种疑问，并最终实现法律在时间上空间上的统一性。

总之，晋秦文化培育了崇尚法律的“法治”精神，培养了一批严格依法办事乃致“不畏强暴”、“以身护法”的法官，同时形成了“成文法”传统，重视编纂成文法典并加以研究。当时法官的标准是“公”和“明”：“公”即具有“公端之心”，这是道德标准；“明”即“明法律令事”（事即廷行事、判例）。但是，由于“成文法”本身具有一些难于克服的缺欠，比如，它不可能包揽无余，又不可能自行变更等，这就使“成文法”产生问题，并引起同时代思想家的思考。

齐国地处海边，有渔盐冶铁之利，是个有点商业色彩的国家。

齐太公吕尚被封往齐地立国,与当地土著居民争战不已,又行怀柔之术,最终安定下来。齐国既重农又重工商,文化上实行开放政策,开设稷下学宫,招来各家各派,兼取诸家之长,以为我所用。齐国文化培养了自己的思想家,其代表人物是荀子。

荀子重礼,故有人称他为儒家;又重法,故有人称他为法家。其实,他是齐儒家或齐法官,或儒法家、法儒家。他是礼治合流、儒法统一的先行者。

荀子的思想带有兼容的特点。他“隆礼重法”,在家族领域讲求“礼治”,在政权范围讲求“法治”,从而把儒家的礼和法家的法统一起来。他又兼重德刑,一手实行仁政德治,另一手对不服从教化的人施以刑罚,从而把儒家的德治和法家的重刑主义结合起来。他同时强调“人”和“法”的作用,认为“法者,治之端也”,治理国家离不开法律;又说:“君子者治之原也”。他的结论是:“有治人无治法”(有十全十美的人而没有十全十美的法)。即构建以“人”为主以“法”为辅的统治模式。

与孔子、孟子不同,荀子不仅注重政治法律理论,而且更为注重操作。他的以“人”为主以“法”为辅的“人法合治”的模式,在审判领域的反映,就是以法官为中心,以成文法为标准的“混合法”。正如《荀子·王制》所概括的:“有法者以法行,无法者以类举,听之尽也”;和《君道》所言“法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡”。“法”指成文法典、法律条文;“类”指判例、故事和它们所体现的法律原则,“类”作为一种原则和精神,与社会风俗、习惯、道德是相通的;“听”指审判活动;“人”指法官。

荀子的“混合法”理论是对鲁国“判例法”传统的公开肯定,是对晋秦“成文法”传统的革命性的修正,也是对古代法律实践活动从以贵族政体为背景转移到以集权君主制政体为背景的一次预见性的描述,当然也是对人类法律实践活动规律的一次理论总结;荀子的“混合法”理论对中国封建时代的司法实践具有极大影响。董仲舒的“春秋决狱”就是一次演习,封建历朝的比、故事、例、断例

等,就是证明。至民国时司法院院长兼最高法院院长居正总结说,“中国向来是判例法国家,甚似英美法制度”,在1929年颁布民法之前,“支配人民法律生活的,几乎全赖判例”(《司法党化问题》)。

总之,齐国文化对中国封建社会的影响是巨大的。在封建文化的旗帜上虽然写着“孔孟之道”,但其实行的正是“荀子之术”。故近代谭嗣同说:“二千年来之学,荀学也”(《仁学》二十九)。而我和之曰:“二千年来之法,荀法也,混合法也”。

除了鲁、晋秦、齐国文化之外,值得一提的还有楚文化。楚国地处南方,气候宜人,物产丰富,素有巫风,其思想家除关心民间之事外,还关心天道、鬼神之类。其文学作品有飘逸浪漫之风格。楚国文化是道家的思想故乡。道家以探求“无为而无不为”的道为手段,意在解决社会问题。在弘大的“道”面前,儒家的礼、德、仁和法家的法、刑都因为缺乏本体论而显得苍白无力。道家思想留后世的遗产有两宗:一宗是“清静无为”的宏观政策和愚民驭臣之术,给了后世的帝王。行了前者的,便是贤君,并造成“文景之治”、“贞观之治”之类的昌盛时期;行了后者的,便是昏君。一宗是藐视和批判既存制度和文化的勇气和胆略,给了后世的农民,成为起义农民团结民众、反抗暴政的精神武器。

在封建社会中,虽然以农耕为基础的儒学和以礼为核心的法制占据支配地位,但少数民族的地位和作用也是不能忽视的。秦之法:“擅杀子,黥为城旦舂”(《秦简·法律答问》),对杀死自己出生婴儿的父母加以严惩,这恐怕是对父家长制特权和男尊女卑观念的一个打击。少数民族比较尊重妇女,这和人人有份的均田制是有关联的。元代法律禁止“割股奉亲”的自残行为,对杀婴的人不但要判罪,而且没收他的财产,揭发检举者可得一半奖励。这些内容可以说都是游牧文化的体现。

地域文化作为横向比较的研究方法,应当与法律实践活动的纵向发展过程联系起来。中国古代的法律实践活动就表现出横向上多样性与纵向发展阶段性的和谐统一。人类法律活动不是铁板一

块,你是你,我是我。即使不是你中有我,我中有你,也是有相似之处的。这种相似或相同之处是勾通不同国家民族法律思想、法律制度的桥梁。人类法律实践活动表现在地域上的差异性以及它们内在的一致性,是我们得以进行法律文化比较研究的客观基础。