

外国法
与比较法研究

外国法 与比较法研究

何勤华/主编

Foreign Law and Comparative Law

第二卷



商務印書館

Abstract

外国法 与比较法研究

Keywords



1 2 3 4 5

外国法与比较法研究

(第二卷)

何勤华 主编

商务印书馆

2007年·北京

图书在版编目(CIP)数据

外国法与比较法研究. 第二卷/何勤华主编. —北京:
商务印书馆, 2007

ISBN 7-100-05262-9

I. 外… II. 何… III. 比较法学—文集
IV. D908-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006) 第 144845 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

**本书得到上海市重点学科建设项目资助
(编号 T1001)**

WÀIGUÓFǎ Yǔ Bǐjiàofǎ YÁNJIŪ

外国法与比较法研究

第二卷

华东政法学院法律史研究中心

何勤华 主编

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街 36 号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北 京 民 族 印 刷 厂 印 刷

ISBN 7-100-05262-9/D·406

2007 年 9 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2007 年 9 月北京第 1 次印刷

印张 14 ³/₈

定价: 26.00 元

华东政法大学
法律史研究中心2006年动态

华东政法大学法律史研究中心2006年在学术活动与学术成果方面取得可喜成绩。

“中心”与国内其他高校及科研机构联合举办“西法东渐与上海近代法文化”、“多元的法律文化”、“传统法文化与和谐社会”、“中国历史上的法律与社会发展”等学术会议；出版何勤华教授的著作《纽伦堡审判》、《中国法学史》（三卷本）、王立民教授的著作《古代东方法研究》，还出版了由中心成员担任主编的《20世纪比较法学》、《西方法律史》、《非洲法律发达史》、《意大利法律发达史》、《中国法学经典解读》等书籍；中心成员在《中国社会科学》、《法学》等学术期刊上发表学术论文近50篇。李秀清教授的专著《日耳曼法研究》、俞江教授的论文《继承领域内冲突格局的形成——近代中国的分家习惯与继承法移植》分获上海市第八届哲学社会科学优秀成果著作类及论文类一等奖。

“中心”继续为法律史研究提供扩大并增进交流的舞台。

商务印书馆

《法学文库》丛书目录

- | | |
|------------------|-----------|
| 《法律文化史谭》 | 何勤华 著 |
| | 定价：29元 |
| 《律学考》 | 何勤华 编 |
| | 定价：38元 |
| 《出土法律文献研究》 | 张伯元 著 |
| | 定价：20元 |
| 《日耳曼法研究》 | 李秀清 著 |
| | 定价：30元 |
| 《20世纪比较法学》 | 李秀清 等著 |
| | 定价：28元 |
| 《夏商西周法制史》 | 胡留元、冯卓慧 著 |
| | 定价：29元 |
| 《权利表象及其私法处置规则 | |
| ——以善意取得和表见代理为中心》 | |
| | 吴国喆 著 |
| | (待出) |
| 《法的“一体”和“多元”》 | 严存生 著 |
| | (待出) |

序

法律是人类智慧的结晶,其内含的体现调控人类法律关系之规律性的要素,具有对各国、各民族、各地区均有引导、规范作用的普适性。因此,法律在世界范围内的移植,是一个古今中外都存在的历史现象,也是世界法律发展的客观规律。而只要有法律的移植,就必然会产生一个如何面对“外国法”的问题,也必然会出现“比较法”的思维与实践活动。

中国曾是一个千年帝国,在其最为辉煌(如隋、唐之际)之时,只有自己的法律为他国所模仿、所借鉴、所移植,而很少从外国汲取法律知识。至近代,中国逐渐落伍,在西方列强的侵略、压迫和掠夺之下,成为一个积贫积弱的穷国。为了改变自己的命运,中国开始了向先进的西方学习的历程,“外国法”和“比较法”也进入了中国人的视野。

在中国近代史上,最早对“外国法”和“比较法”进行介绍和研究的,是以丁韪良、林乐知、李提摩太等为代表的一批西方传教士,随后是林则徐、魏源、王韬等一批先进的中国知识分子,再后是梁启超、沈家本、伍廷芳等一批变法修律人士,最后是王宠惠、王世杰、吴经熊等一个法学家群体。他们通过创办法学杂志,发表法学论文,翻译出版外国法典和法学著作,开设外国法与比较法的课程,以及著书立说,让中国人逐步了解、掌握外国法与比较法的知识,从而为中外法学界的沟通和交流提供了一个平台。

1949年新中国建立以后,我们在外国法与比较法研究方面曾经历

了许多挫折,比如50年代向苏联法学的一边倒、60年代对外国法与比较法研究的整体否定等等。70年代末改革开放以后,我们终于从“左”的阴影中走了出来,开始了全方位的外国法与比较法研究活动,从而促进了中国立法的发达,加快了法治国建设的进程。

在上述历史背景之下,我们编辑出版了这本《外国法与比较法研究》,试图在当前研究外国法与比较法的运动中作出一点贡献,为有兴趣于此领域的读者提供一个发表成果的园地和交流的平台。本书作为连续出版物,每年出版一卷,除发表一些资深的专业研究人员的成果之外,更加欢迎法律界的广大年轻人踊跃投稿。

本书的出版,得到了商务印书馆领导的大力支持,也得到了上海市重点学科建设资金的赞助,责任编辑王兰萍同志付出了诸多精力。对此,均表示我们一片诚挚的谢意。

由于在外国法与比较法研究领域,相关的研究成果还比较少,以及我们对编辑出版这种专业系列丛书经验不足,加上外国法与比较法研究内容的博大精深,本书肯定会存在一些不足,此点恳请读者诸君谅解,并提出批评,以便使本书达到一个更高的水准。

何勤华

于上海·华东政法学院

2006年5月1日

目 录

序	何勤华 (1)
---------	---------

专题论文

中世纪法院

——英国星宫法院研究	刘 君 (1)
------------------	---------

法制前沿

经济团体法律人格的变迁	颜晓闽 (52)
-------------------	----------

德、英两国行政裁量及比较	陈芳洲 (117)
--------------------	-----------

从“橡皮图章”到中流砥柱

——欧洲议会的扩权历程及原因分析	胡建会 (160)
------------------------	-----------

当代英国宪法

——苏格兰地方议会的选举制度	陈 颖 (226)
----------------------	-----------

中世纪西欧王室法的兴起

——英、法、德三国王权与法律关系的变革 ...	顾盈颖 (288)
-------------------------	-----------

雅典司法制度初探	胡 骏 (346)
----------------	-----------

外国法与中国法

单位经济犯罪主体特征论

——兼论单位经济犯罪主体认定之疑难问题	公艺洁 (396)
---------------------------	-----------

古代西亚民法与古代西方法律文明之交融

——以古代希腊为中心 魏 琼 (412)

法学名著评述

以洛克的自然法观点认识家庭关系

——《政府论》读后感 王 爽 (439)

《新译日本法规大全》札记 王兰萍 (449)

中世纪法院

——英国星宫法院研究

刘 君

星宫法院(the court of star chamber)是英国法制历史长卷上的一道独特风景,它被认为是英国皇家特权法院,在 16、17 世纪的英国法院之中地位显赫、声誉卓著。但随着岁月流逝,法院又变成了严酷、秘密以及专断司法的代名词,招致了人们的无比憎恶。事实上,在人们反对君主专制不满之前,它一直是英国政府惩治权贵、保护贫弱的有效工具。本文试图通过研究都铎王朝和斯图亚特王朝早期星宫法院的发展演变、实施程序等问题,揭开蒙在它之上的层层神秘面纱,还一个较为清晰的本来面目。

一、引言

星宫始建于公元 1347 年,第二年完工,坐落于忏悔者爱德华在威斯敏斯特的旧宫殿中,靠近财政署。^①那里是一大片由走廊、库房、小教堂组成的容易混淆的建筑群,与白厅(the White Hall)、国王祷告堂(the King's Oratory)、圣斯梯芬礼拜堂(St. Stephen's Chapel)、钟楼

^① A. T. Carter, *A History of English Legal Institutions*, Butterworth & Co., London, 1906, p. 137.

(the Bell Tower)一起作为政府机关所在地。^① 丹宁勋爵在书中写道,星宫就“设在一座有五架三角形柁的长形建筑内,位于威斯敏斯特宫与泰晤士河之间”。^② 都铎王朝晚期,星宫内至少有三个房间,一个厨房。当“星宫”一词被单独使用时,指的就是其中最大的一间,也是以后星宫法院所在地。然后是星宫内殿(the Inner Star Chamber),枢密院经常在这里开会。最后就是东边可以看得到河水的第三间,起诉者在这里等待,尊贵的访客,如查理一世的皇后,查理二世和詹姆士二世的母亲——海丽特·玛利亚(Henrietta Maria)曾经在此观看诉讼的进程。^③

星宫因其建筑上的装饰物而得名。1598年斯托在《伦敦概览》中告诉我们,这个地方称作星宫,因为其屋顶上铺盖着星状的镀金瓦片。^④ 爱德华·科克写道:“之所以称它为星宫法院是因为在法院的屋顶上装饰着一些金星。在所有用拉丁文写的案卷中它都被称为‘星宫法院’。在基督教世界里,它是最气派的法院(除我们的议会以外)。”^⑤ 当时星宫的名字更多的是以法文或拉丁文的形式出现,比如“la chaumbre esteillee”、“la chambre des esteilles”或者是“camera stellata”。^⑥ 布莱克斯通认为其来源于“starra”,原指犹太教徒之间的契约和义务。^⑦

① Edward P. Cheyney, *The Court of Star Chamber*, *The American History Review*, Vol. 18, No. 4 (Jul., 1913), p. 728.

本文所引西文期刊均来自 www.jstor.org 网站。

② [英]丹宁勋爵:《法律的未来》,刘庸安、张文镇译,法律出版社1999年版,第187页。

③ A. F. Polland, *Council, Star Chamber, and Privy Council under the Tudors: II. The Star Chamber*, *The English History Review*, Vol. 37, No. 148 (Oct., 1922), p. 516.

④ [英]丹宁勋爵:《法律的界碑》,刘庸安、张文镇译,法律出版社1999年版,第69页。

⑤ [英]丹宁勋爵:《法律的未来》,刘庸安、张文镇译,法律出版社1999年版,第187页。

⑥ Edward P. Cheyney, *The Court of Star Chamber*, *The American History Review*, Vol. 18, No. 4 (Jul., 1913), p. 727.

⑦ William Holdsworth, *A History of English Law*, Volume I, Methuen & Co. Ltd., Sweet And Maxwell Ltd., London, 1927, p. 496.

威斯敏斯特宫里集中了很多法院。王座法院(the Court of King's Bench)、民诉法院(Common Pleas),以及位于大会堂(Great Hall)内的衡平法院(Chancery)、位于白厅内的上诉法院(the Court of Requests)^①、王室监护法院(the Court of Wards and Liveries)^②,而白厅的附属楼房里面是财税法院(the Court of Exchequer)。这些法院的不远处,就是星宫。威斯敏斯特宫的法院一年有四个开庭期。每年1月23日是春季开庭期(Hilary term),持续三周时间。春季休庭期结束后,随之而来的是复活节开庭期(Easter term),从复活节后的第二个星期二开始,一直持续到耶稣升天节(Ascension Day),^③其后是三一开庭期(Trinity term),从5月22日开始至6月12日结束。长休庭期(long vacation)从每年的8月1日开始到9月30日为止,在此期间,除紧急案件或事项外,法庭不开庭办理一般事务。长休庭期结束后,是一年中 longest 的开庭期——米伽勒开庭期(Michaelmas term),持续七周时间。在这四个开庭期内,法官、律师、当事人、证人以及其他有利害关系的人们穿梭奔走于各大厅之间,威斯敏斯特宫呈现出比其他任何时候都繁忙积极的景象。^④

1512年星宫遭遇火灾,红衣主教兼大法官沃尔西(Thomas Wolsey)时期对其进行了扩建,1836年由于受邻近建筑物倒塌的牵连,星宫也不复存在,而今只是在英国议会大厦的墙壁上挂有表明星宫旧址的标牌。

① 在都铎和斯图亚特早期盛行的小衡平法庭,接受穷人的诉讼,起初是谏议会的一个委员会,由沃尔西将其设立为一个单独的法庭,因而早期与星宫法院关系密切。

② 亨利八世为了有效地取得其对骑士役领地的附属权益——幼子监护权、直属封臣寡妇改嫁权等而设立,并通过此法院控制了精神痴呆者及其财产。

③ 复活节后第五个星期日后的星期四。

④ Edward P. Cheyney, *The Court of Star Chamber*, *The American History Review*, Vol. 18, No. 4(Jul., 1913), p. 728.

二、从谏议会到星宫法院

星宫法院的形成是一个漫长渐进式的过程,起初它并不是一个独立的司法机构,而是脱胎于中世纪的谏议会(Council)。谏议会是帮助英格兰国王并随国王治理国家的政府机构,和普通法法院、议会一样,它们都起源于封建社会初期的御前会议(Curia Regis)。

(一) 谏议会的演变

从12世纪至14世纪,行使司法职能的普通法法院和行使立法权、征税权的议会先后从御前会议中分离出来后,御前会议演变为谏议会。谏议会的出现还有其法律根据,1215年的《大宪章》第61条就明确规定,为保证《大宪章》的实行,应该成立一个由25名男爵组成的常设委员会监督国王和大臣的行为。1258年的《牛津条例》规定成立一个以大贵族为主体的15人委员会参与国事管理,国王必须依照委员会意见治理国家,政府高级官员和地方官员每年应向委员会述职以决定去留。这两项法令都为谏议会的存在提供了法律保证。^①谏议会由最重要的政府大臣组成,主要职能是为国王提供咨询、参与决策和进行行政管理,当国王离开本土时,它能领受王命,管辖处理政府事务。

谏议会享有部分司法职能,行使与国王本人联系在一起的“剩余司法权”(residuary justice),即国王保留常规法律体系之外剩余的司法管辖权,只有当普通法本身的缺陷不能保证司法公正时,才可诉诸国王剩余司法权。谏议会管辖的是普通法不能有效解决的案件,超过普通法

① 阎照祥:《英国政治制度史》,人民出版社1999年版,第64页。

管辖范围的案件,事关国王利益的案件以及法律本身有错误的案件。^① 由于和国王保持着直接联系,与其他机构相比,谏议会的司法和行政职能紧密结合到前所未有的程度,在与衡平法院划清界限之前,几乎所有的国家机构或多或少地受到它的控制。^② 也正因为这样,谏议会比起普通法法院来说,前者权力更大,也更有效率。

为了维护普通法的地位,14 世纪的普通法律师们就搬出了一堆法律来限制谏议会的权限。首先就是大宪章,认为任何自由民,非经其同阶层人民的合法裁判,并经当地法律的判决,不得予以逮捕、监禁、没收其财产、放逐、伤害,或不予法律保护。1350 年一项法律就规定,任何人不得被起诉至国王或谏议会,除非是由善良守法的人们提起的控告,且通过普通法的正当程序使用的令状。1354 年和 1368 年相关法律也有类似的内容。这些法律对谏议会的程序没有实质性的影响,但还是达到了一定效果,保证了很多严重的犯罪都由普通法法院管辖。如谏议会无权管辖叛国罪和重罪,无权适用死刑等等,谏议会以及后来的星宫法院也没有越过这些限定。^③

查理二世被废黜之后,议会的权力大增,对谏议会的控制也加强了。提交给议会的大量请愿书也转由谏议会处理。对于在普通法法院上得不到公正审判而请求特别法律救济的请愿书,谏议会通常传唤有关当事人到它面前,问明事由,做出裁决。因此,到 14 世纪中后期,越来越多的请愿书直接提交给谏议会,致使承担着繁重行政管理任务的谏议会不堪重负。为及时处理像雪片般飞来的大量请愿书,必须建立

① William Holdsworth, *A History of English Law*, Volume I, Methuen & Co. Ltd., Sweet And Maxwell Ltd., London, 1927, p. 478.

② A. T. Carter, *A History of English Legal Institutions*, Butterworth & Co., London, 1906, p. 137.

③ William Holdsworth, *A History of English Law*, Volume I, Methuen & Co. Ltd., Sweet And Maxwell Ltd., London, 1927, p. 487.

一个专门法庭。^①但是玫瑰战争之后,议会衰落,整个政府机构也陷入一片混乱之中,导致从1421年开始的谏议会卷宗,1435年中断,1540年才得以恢复。^②这段时期,英国国内社会动荡,在实体法和程序法上均有缺陷的普通法法院难以将势力强大的权贵犯罪绳之以法,直到爱德华四世时期,谏议会的司法职能才开始有复苏的迹象,当事人也纷纷求助于谏议会。

亨利七世时,谏议会重获殊荣,参与国家重大问题的决策。而且出于镇压贵族叛乱,重建法制秩序的需要,谏议会的司法作用大为加强。鉴于谏议会处理的司法事务数量剧增,严重影响到谏议会的日常行政管理。谏议会开始分离其职能——一个专掌司法的法院,一个专司行政的谏议会。当行使司法职能时,谏议会通常聚集在威斯敏斯特的星宫内,裁判诉讼,特别是执行国王恢复和平与秩序的政策。星宫法院开始萌芽,确切地说,这个时候称为星宫谏议会可能更好。为了让谏议会有更大的权力快速处理司法事务,也为了协调公众对于该权力实施的看法,政府明智地采用了遵循先例的做法,并在某些案件中,把谏议会的司法权建立在制定法的基础之上。^③其中,最重要的制定法就是1487年星宫法案。在谏议会的协助下,都铎王朝的国王们结束了法律混乱的局面,并成功地领导英国从中世纪向近代化转型。^④

16世纪中后期,经过沃尔西和克伦威尔的改革,星宫法院成为与

① 程汉大主编,《英国法制史》,齐鲁书社2001年版,第171页。

② William Holdsworth, *A History of English Law*, Volume I, Methuen & Co. Ltd., Sweet And Maxwell Ltd., London, 1927, p. 490.

③ William Holdsworth, *A History of English Law*, Volume I, Methuen & Co. Ltd., Sweet And Maxwell Ltd., London, 1927, p. 493.

④ 为处理法律混乱,亨利七世时期出现了《判例选集》(Book of Entries),涵盖了绝大部分谏议会的司法事务,在1731年的法律规定英语成为正式的法律语言之前,它都是用拉丁语写成的。这些《判例选集》大体相似,通常都是按照启动诉讼令状的字母顺序排列的。

谏议会分立但又有联系的法院,并且逐渐合并了一些 15 世纪以前设立的拥有有限司法管辖权的委员会。丹宁勋爵认为,星宫谏议会是在“1526 年后成为星宫法院的,其后其民事司法管辖权逐步转移给普通法法院。”^①谏议会的大部分司法权都转移给了星宫法院,但并非全部。大臣们认为,星宫法院只是纯粹负责审判的法院,在开庭期以外的时间里,谏议会可以调查案件,对当事人予以斥责,要求当事人提供保证或者将罪犯投进监狱直至他们屈服,只是无权施加肉体刑、判处徒刑或者罚款。由于先例的存在,谏议会还有权决定除死刑外其他刑罚的期限长短,并且只要它愿意,可以扩大其权限。^②此外,谏议会对英国本土以外的事务还保有管辖权,19 世纪发展成为枢密院司法委员会(Judicial Committee),主要受理来自英国各自治领或附属领地的任何上诉案件,包括民事和刑事,行使的职能严格来说是司法方面的。

从“谏议会”到“星宫法院”,从行政到司法,名称的改变和职能的分离一方面反映出谏议会和星宫法院的历史连续性,另一方面也折射出宪政理念的重要发展。

(二) 红衣主教沃尔西的改革

星宫法院的发展要归功于托马斯·沃尔西(Thomas Wolsey, 1471—1530 年),是他规范了星宫内的各项程序,迈出了使谏议会行政和司法职能相分离的关键一步。沃尔西 1515 年开始担任大法官,这位红衣主教由于深得国王宠信而显得过于盛气凌人,譬如他出席的时候非常讲究排场,“两名贴身侍从各持一个银制大十字架,还有

① [英]丹宁勋爵:《法律的界碑》,刘庸安、张文镇译,法律出版社 1999 年版,第 73 页。

② Edward P. Cheyney, *The Court of Star Chamber*, *The American History Review*, Vol. 18, No. 4(Jul., 1913)p. 729.