

全国外国法制史研究会学术丛书

混合的 法律文化

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D909/26

2008

全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

混合的 法律文化

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

混合的法律文化 / 何勤华主编. —北京: 法律出版社,
2008. 6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 8518 - 7

I. 混… II. 何… III. 法律—文化—研究 IV. D909

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 077132 号

©法律出版社·中国

全国外国法制史
研究会学术丛书

混合的法律文化

何勤华 主编

责任编辑 王旭坤
装帧设计 李 喆

开本 A5

版本 2008 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 19.75 字数 541 千

印次 2008 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8518-7

定价:46.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

法律文化,是各民族、各国家和各地区法律状况的整体表现,涉及法制建设和法律发展的整体水平,如立法、执法、司法和守法,以及法律教育、法律职业,民众的法律意识和法律观念等的发展状态。

一方面,由于法律文化,是与各个民族、国家和地区的居民的生活习俗、经济水平、政治形态、社会发展等整体文化的状态紧密相连,世界上有多少个民族、国家和地区,就必定会存在多少种法律文化系统,因此,法律文化不会是单一的,而必定是多元的。

另一方面,世界上存在着的各个民族、国家和地区的法律文化,在其诞生、发展和演变的过程中,也必定会受到其他民族、国家和地区的法律文化的影响,因而在其自身的法律文化中,或多或少地带有其他法律文化系统的因子;同时,在世界各个法律文化系统之间,也会互相影响,彼此交融,从而形成各种不同的混合的法律文化——到目前为止,我们还没有发现一种没有受到其他民族、国家和地区的法律影响的法律文化系统。因此,法律的移植和法律的交融是人类法律文化发展的基本规律之一。

针对法律文化发展的这种状况,全国外国法制史研究会第十九届年会即2006年8月举办的内蒙古年会,对法律文化的多元化特性进行了广泛而深入的研讨,其成果就是《多元的法律文化》(法律出版社2007年版)一书。接着,我们又再接再厉,于2007年10月21日至22日,在江西财经大学举办了全国外国法制史研究会第二十届年会,围绕“混合的法律文化”这一主题,继续进行研讨。来自全国各大高校、科研机构、出版单位的130多位学者集聚一堂,围绕主题畅所欲言、深入讨论,并取得了

圆满成功。会议期间举行相关内容的研讨会六场,其内容大体涵盖了三个方面:一是有关混合法律文化的理论思考;二是西方国家在混合法律文化上的历史与实践;三是中国在这一问题上的历史与实践。

对这一主题的详细诠释,在本书所收录的各篇论文以及论点精粹中都已经有了充分详细的展示,故笔者对此不再赘述。本书的编辑,一如本研究会学术丛书的前七辑《法的移植与法的本土化》、《20世纪外国经济法的前沿》、《20世纪外国司法制度的变革》、《20世纪外国国民商法的变革》、《20世纪西方宪政的发展及其变革》、《20世纪外国刑事法律制度的变革》、《多元的法律文化》(均由法律出版社于2001至2007年各年出版)的惯例,分主题论文、专题论文、论点精粹和附录部分。本书的编辑工作,由本研究会秘书处承担,负责编辑工作的有副会长兼秘书长李秀清以及周伟文、陈颐、冷霞、王伟臣、王姝苏、余甬帆、刘璧君等华东政法大学的教师、博士生和硕士生。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,还望各位原作者见谅。

本次年会的召开,得到了江西财经大学法学院以及江西省政法委、法院和检察院的支持。尤其是江西财经大学法学院院长邓辉教授,对本次会议的召开给予了全身心的帮助,法学院副院长蒋岩波教授的细心周到、不辞辛劳地组织工作,使会议能够得以顺利进行。本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法大学的学会活动经费的资助,并得到了法律出版社社长兼总编黄闽先生的全力支持,本书的责任编辑王旭坤、董彦斌老师则为本书的编辑出版倾注了大量心血。就此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法大学
外国法与比较法研究院
2008年5月1日

目 录

序

一、主题论文

张怀印/“混合法系”理论研究 /3

丹尼尔·维瑟 朱伟东译/混合法律制度生成中的文化力量 /17

卢 鹏/全球化时代法律发展观——法学与历史学的视角 /58

黄宇听/混合法律体系视野下的苏格兰法 /68

王小波/试论古代罗斯法律的拜占庭影响 /98

王志华/借鉴与超越——俄罗斯民法典编纂论 /107

石川英昭/古代日本法中的中国法的影响 /127

赵立新/日本法的现代化与英美法的影响——兼论普通法的精神 /134

马明贤/混合的法律文化:埃及法制现代化 /150

贺 鉴/混合法的典型:南非 1996 年宪法制度述评——以西方四国宪法对南非新宪法的影响为视角 /166

夏新华/中国法的“混合”性与未来世界三大混合法系 /182

孟 红/中国近代区域性刑法中的外来因素——以台湾地区近代刑法为例 /191

刘 星/混合法国际研讨会述评 /210

二、专题论文

何柏生/公理法:构筑法学理论体系的重要方法 /227

李 飞/授予同盟者居民市民权的法律博弈——巴尔布斯案件
评析 /239

齐 云/对西塞罗《为弗拉库斯辩护》的分析——以搜刮钱财罪考察为
中心 /264

杨代雄/对优士丁尼关于家父权的若干敕令的解读——兼论古罗马后
期家庭观的历史转型 /291

吕世伦 程 波/近代法理念的萌动——西方人文主义法律思潮
探析 /308

程汉大/政治与法律的良性互动——英国法治道路的成功经验 /326

陈 融/中世纪英格兰的“债务之诉”探析 /338

咸鸿昌/多样化历史渊源的整合与英国土地法的发展 /351

李炳烁/美国最高法院的能动主义司法哲学:一个规范性分析 /371

蒋岩波 宋艳华/日本反垄断法的文化背景分析 /386

费晶晶/休妻——男性的权利? ——伊斯兰家庭法离婚制度浅议 /397

洪永红/论卢旺达国际刑事法庭的诉讼程序 /412

李 游/宗教对中西方古代法律的影响 /433

马 聪/无数对立事物的调和者——吴经熊对霍姆斯的解读 /447

王 蓓/对《白鹿原》中一件往事的追问:他为什么一再要求被绑入
狱? ——在法律多元情形下,法律文化何以从混乱走向
混合 /461

马剑银/中国法律文化的“常”与“变”——对待法律移植的一种
立场 /483

李秀清/那所法学院(Michigan Law School)——是纪念,也是
体认 /492

三、论点精粹

高鸿钧/法律文化的语义、语境及其中国问题 /523

孟昭容/民主政治体制下的法律文化 /525

胡 桥/混合的法律文化:陷阱,还是通途? /527

徐国栋/雨果·多诺是哪国人? ——兼谈他对现代民法理论和人权理
论之形成的贡献 /528

唐红林/萨维尼的“混合”民族精神法学观述论——以德国浪漫主义运
动为背景 /530

高鸿钧/通过民主和法治获得解放——读《在事实与规范之间》 /532

赵笑君/“法治”基因进化论猜想 /534

郑 智/徘徊于现实与理想的空地上——从《汉谟拉比法典》看古代女
性的婚姻及其命运 /536

薛 军/罗马公法与现代欧洲宪政 /538

杨垠红/安全保障义务的罗马法溯源 /540

王铁雄/古代和中世纪的有机论与有机财产法 /542

王霄燕/法文化视野下的《萨利克法典》与《北魏律》差异比较
研究 /544

任 超/近代税收法律文化的渊源——中世纪英国税制的转型 /546

谢红星/混合的法律——论英国普通法的“混合性”特征及其形成
要素 /548

张明新/通过程序正义实现公正——英美行政法中自然正义原则及其
启示 /550

李子云/美国宪法“廉政条款”正解 /552

- 蔡东丽/现代印度法对英国法的接受与融合 /554
- 刘淑芬 方 砚/浅析德国夫妻财产增加额共同制对我国夫妻
法定财产制的借鉴 /556
- 果海英/收复失地运动结束前西班牙法的发展演变和特点 /558
- 胡 娟/德国法治国思想在近代日本的继受与岐变——以 20 世纪初
民权学派与官僚学派的论争为中心 /560
- 王兰萍/日本明治时期经济立法的背景分析——《新译日本法规大全》
第九卷点校前言 /562
- 汪全胜/日本立法后评估制度探索 /564
- 韩君玲/《日本最低生活保障法研究》之序言 /566
- 彭妍艳/现代日本混合型刑事诉讼文化研究 /568
- 焦应达/古代北方民族法律起源探析 /570
- 杜军强/中国传统司法特征的另一种解释 /572
- 张飞舟/“祥林嫂式”的法律文化观——中国百多年来法律文化观之
大恙 /574
- 胡 骏/多马·斯当东《大清律例》英译本评介 /576
- 张锐智/黄遵宪《日本国志》对中国近代司法改革影响探析 /578
- 夏 菲/论清末我国对西方警察制度的移植 /580
- 姚秀兰/论中国近代银行与银行法的成长 /582
- 于 明/此书可待成追忆——重读吴宗慈著《中华民国宪法史》 /584
- 张培田/从 1938 ~ 1945 年日机轰炸川渝暴行析其违反国际法
的问题——史料展开 /586
- 钱泳宏/我国的正当防卫制度遭遇“受虐妇女综合症”理论的
冲击——以受虐杀夫案为视角 /588
- 夏秀渊/对中国法学教育向美国模式转向的反思 /590

- 徐静琳 李 瑞/法律的差异、融合及调适——以违宪审查权在香港
的演进为视角 /592
- 任 强/混合法律文化背景之下的观察——中国法传统在当代的
命运 /594
- 唐晓晴/意思表示错误的理论与制度探源 /596
- 申建平/禁止让与条款效力之比较法研究 /598
- 陈婉玲/合作社思想的源流与嬗变——基于合作社法思想基础的历史
考察 /600
- 李求轶/关于“律师自治”的比较法研究 /602
- 李拥军/掀开法律的男权主义面纱——对中国当代性犯罪立法文化的
解读与批判 /604
- 赵肖筠 苏 静/“影响性诉讼”折射法律文化交融 /606

四、附 录

- 王伟臣 王姝苏/全国外国法制史研究会第二十届年会综述 /611
- 全国外国法制史研究会 2006 年度优秀论文获奖名单 /622



主题论文

“混合法系”理论研究

张怀印

“混合法系”理论研究在国外已经有很长的历史,许多学者对混合法系的概念、特征和范围等相关问题进行了深入研究,并且提出了混合法系为“第三大法系”的观点。在国内,有些学者已开始使用“混合法”这一术语来研究南非法以及近代以来的中国法,^①然而,一直鲜有学者承认和使用“混合法系”一词,更勿论对混合法系的研究了。本文拟根据西方学者近年来对“混合法系”理论研究的成果,对其概念、特征和范围进行一个初步的介绍,并分析混合法系产生的原因,以供各位学界同仁批判和进行更加深入的研究。

一、“混合法系”的概念和特征

如前所述,“混合法系”理论研究在国外已有较长的历史。虽然有不少学者提出了混合法系的概念,但至今没有形成一个公认的概念。笔者认为,在理清“混合法系”的概念之前,我们必须首先确定法系的概念及划分标准。

(一)法系的概念及划分标准

法系的概念是比较法研究中一个重要问题,对于我们分析和界定“混合法系”概念有着重要的意义。国外学者对于法系至今没有一个统一的概念,在“法系”这一术语的使用上也很不相同,有“Legal System, Legal Family, Legal Tradition, Legal Genealogy”等词。国内一些学者曾

^① 夏新华:“冲突与调适:南非混合法形成的历史考察”,载《河北法学》2002年第3期;武树臣:“中国的‘混合法’——兼及中华法系在世界的地位”,载《政治与法律》1993年第2期;封丽霞:“法典法、判例法抑或‘混合法’:一个认识论的立场”,载《环球法律评论》2003年秋季号。

对法系进行过界定,并给出了一些定义。沈宗灵先生认为:“一般说来,它(法系)可以理解为由若干国家和特定地区的、具有共性或共同传统的法律的总称。”^①这一概念强调了各国和地区之间具有的“共性或共同传统”,是以历史传统为根据所作的分类。吴大英先生认为:“法系是以亲缘关系为标准对各种法律制度所作的一种分类。”^②它以亲缘关系来区别世界各国的法律制度,也就是对具有共同历史来源的法律制度所作的一种分类。李步云教授则提出:“法系是从法律形式的角度就世界范围内对法律所作的一种分类;由于历史传统以及其他因素的影响,一些国家的法律具有某些共同特点而构成一个法系并与另外的法系相区别。”^③李步云教授总结的概念较为全面,在强调“法律形式”的同时,兼顾了“历史传统”以及“其他因素”。以上学者从不同的角度对法系的概念进行了界定,笔者认为,在恰当地界定法系的概念之前,我们首先要考虑的问题是:法系的划分标准是什么?

自1900年巴黎国际比较法大会以来,西方学者对于法系的划分标准问题进行了专门研究,迄今为止已出现了10余种有代表性的法系划分标准,其中最具代表性和可行性的是茨威格特和克茨以及康斯坦丁内斯库的观点,兹详述如下:

1. 茨威格特和克茨:他们采取“主题关系相对性原理”和“时间相对性原理”,以“法律样式”为出发点,提出5个具有决定意义的样式构成要素,即(1)法律秩序在历史上的来源与发展;(2)在法律秩序中占统治地位的特殊的法学思想方法;(3)特别具有特征性的法律制度;(4)法源的性质及其解释;(5)意识形态的各种因素。^④ 以此为依据,他们将世界法律体系划分为罗马法系、德意志法系、英美法系、北欧法系、社会

① 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第60页。

② 吴大英主编:《比较法学》,中国文化书院1987年版,第39页。

③ 李步云:“关于法系的几个问题”,载江平主编:《比较法在中国》,法律出版社2001年版,第273页。

④ [日]大木雅夫:《比较法》,法律出版社1999年版,第113页;[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,法律出版社2003年版,第108页。

主义法系和其他法系(含远东法系、伊斯兰法系和印度教法系三个子法系)。

2. 康斯坦丁内斯库:他对茨威格特和克茨的样式构成要素进行了严厉的批判,并列举了9个规定性要素:(1)法律观念与法的作用;(2)意识形态与原理;(3)前提条件与构成的关系,即社会、经济、政治、历史的现实与法律规范的关系;(4)经济结构;(5)国家的观念与作用;(6)市民的基本权利;(7)法源及其效力等级体系;(8)法律解释以及法官的地位与作用;(9)各种法的概念以及基本的法律范畴。^①

对于两者提出的法系构成要素的差异以及孰优孰劣的问题,日本比较法学家大木雅夫已有较好的评论:“二者最根本的分歧在于,茨威格特一方面仅仅把‘重要’和‘本质性’的要素作为样式构成要素,另一方面则坦率承认何为重要和本质性的问题只能听任于各个时期研究者自身的判断;而康斯坦丁内斯库则批判说这种态度是主观的。”^②但是,追求法系分类做到绝对而客观,目前而言还是一种奢望。

笔者无意于参加法系划分标准的争论,正如达维德所言:“这些争论使人们费了不少笔墨,但并无多大意义。‘法系’的概念没有与之相对应的生物学上的实在性;使用它只是为了讲解,为了强调在各种法之间存在的相似之处和区别。既然如此,所有的划分都有其优点。一切都取决于所处的背景和这些人或那些人的主要考虑。”^③

和美国学者帕尔默(Vernon Valentine Palmer)的观点一样,笔者认为,茨威格特的“法律样式”学说是分析和论证“混合法系”最好的指导原则。^④从历史发展的角度来看,世界上存在着一些法律体系,它们由于历史的原因受到两种以上法律传统的影响而成为混合法系;从法学思想方法来看,一些法律体系因受到不同法律传统的影响而表现出两

① [日]大木雅夫:《比较法》,法律出版社1999年版,第115页。

② [日]大木雅夫:《比较法》,法律出版社1999年版,第115页。

③ [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,上海译文出版社1984年版,第24页。

④ Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Family*, Cambridge University Press, 2001, p. 14.

种或者更多的特殊的思想方法;从法律制度的角度来看,一些国家和地区的法律体系中表现出两种或者两种以上的具有特征性的法律制度;从法源的性质及其解释方面来看,一些国家和地区的法律体系中因受到不同法律传统的影响而存在着多样性的法源,同时也存在多样化的解释方法。而意识形态是茨威格特的五个要素中最不确定的一个要素。茨威格特曾经说过:“就划分宗教法和社会主义法律秩序两者的界限而言,思想意识(即意识形态)是很好的区别力量,但就区分西方各个法系而言,它就不行。”^①同样地,对于区别民法法系和普通法法系构成的混合法系而言,意识形态要素毫无作用。总之,我们认为,在世界现有的主要法系之外,存在一个混合法系。

(二)“混合法系”的概念

在西方学者的研究中,Mixed Legal System 与 Mixed Jurisdictions 常常混为一谈,用来指一种法律体制中包含两种或两种以上法律传统的混合制度。^②学者 T. B. 史密斯(T. B. Smith)等人即认为:“混合法律体系或混合法域用来指那些民法法系和普通法法系相混合的法律体系。”^③罗宾·伊文思-琼斯(Robin Evans-Jones)提出的“混合法律体系”(Mixed Legal System)概念与百年前沃尔顿的概念如出一辙。伊文思-琼斯说:“我使用这一与当代苏格兰有关的术语是指一种在广泛程度上展示了民法与普通法两种法律传统的法律体系。”^④从上述概念可以看出,尽管两位学者使用了不同的术语,但其含义却是相同的,两者均指民法法系与普通法系相混合的法律体系。

① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,法律出版社2003年版,第114页。

② Vernon Valentine Palmer, *Mixed Legal Systems and the Myth of Pure Laws*, 67 Louisiana Law Review, Summer, 2007, p. 1205.

③ T. B. Smith, *Studies Critical and Comparative*, 1962; Joseph Dainow, ed., *The Role of Judicial Decisions and Doctrine in Civil and in Mixed Jurisdictions*, 1974. Cited from Reinhard Zimmermann and Daniel Visser, ed., *South Cross: Civil Law and Common Law in South Africa*, Clarendon Press London, 1996, p. 2.

④ Robin Evans-Jones, *Receptions of Law, Mixed Legal Systems and the Myth of the Genius of Scots Private Law*, 1998, 114 L. Q. R. 228, p. 228.

事实上,随着学者们对“混合法系”理论研究的深入,混合法系和混合法域的概念开始有了区别。加拿大麦吉尔大学教授威廉·泰特雷(William Tetley)就恰当地区分了“Mixed Jurisdictions”与“Mixed Legal System”的不同,他认为,Mixed Jurisdictions 是指那些混合法律体系盛行的国家或国家中的一个政治实体;^①而 Mixed Legal System 是一个其现行法律来源于一个以上法律传统或法系的法律体系。比如说,苏格兰可被称为是一个混合法域,因为它具有一个从民法传统和普通法传统发展出来的混合法律体系。^②

迄今为止,西方学者对于“混合法系”的概念还没有形成一致的观点。所以著名学者帕尔默毫不讳言:目前尚不存在一个学界公认的混合法系的定义,给混合法系下一个明确定义的时机尚不成熟,目前只能尝试就混合法系的特征作概括性描述。^③

为了方便进一步的研究,我们可以根据西方学者的研究成果,尝试对混合法系的概念进行初步的界定。笔者认为,可以从广义和狭义两个层面上对混合法系进行界定。从广义上讲,混合法系是指由两个或两个以上法律传统或法系的成分所构成的法律体系;狭义上讲,混合法系则专指由民法法系和普通法法系混合构成的法律体系。西方学者在探讨混合法系的理论问题时往往使用狭义的概念,而很少使用广义的概念。为研究之便,本文采用了狭义的概念。

在众多的研究中,只有加拿大渥太华大学的学者采用了广义的混合法系概念。他们在对世界各国的法律体系进行分类时,指出:“我们采用‘混合的’一词,并不能像有些学者所使用的那样进行严格的解释。”因此,他们将混合法系分成“民法法系和普通法系的混合体系”、

① William Tetley, *Mixed Jurisdictions: Common Law vs. Civil Law (Codified and Uncodified)*, 60 Louisiana Law Review, 677, 2000, 679.

② William Tetley, *Nationalism in a Mixed Jurisdiction and the Importance of Language*, 载 www.mcgill.ca/files/maritimelaw/nationalism.pdf.

③ Vernon Valentine Palmer, *Mixed Jurisdictions Worldwide: The Third Family*, Cambridge University Press, 2001, p. 7.