



比较法文化 论集

COMPARATIVE LAW
CULTURE ANALECTS

李求



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

比较法文化 论集

COMPARATIVE LAW
CULTURE ANALECTS

李求轶 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

比较法文化论集/李求轶著. —北京:北京大学出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 301 - 23008 - 4

I. ①比… II. ①李… III. ①比较法学 - 文集 IV. ①D908 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 187254 号

书 名: 比较法文化论集

著作责任者: 李求轶 著

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 23008 - 4/D · 3395

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

新浪微博: @北大出版社燕大元照法律图书

电子邮箱: yandayuanzhao@163.com

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890 毫米 × 1240 毫米 A5 9 印张 200 千字

2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷

定 价: 26.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序

比较法文化源于英国著名法律史学家、比较法学家梅因爵士,在《古代法》中,梅因爵士揭示了人类社会的进化规律是“从身份到契约”的路径。从梅因到萨维尼、耶林;从梅因到穗积陈重、威格摩尔,比较法因与法律文化密切联系而形成一门综合性学科——比较法文化论。相对于比较立法学而言,比较法文化是从纵向探究人类社会中的法律生成与发展规律的,因此,它又是法律史学的学术领域。诚如古云:以史为鉴,可以知兴替,以人为鉴,可以明事理。归纳比较法学的研究成果,是经验法学的必经路径,探究比较法名家的著作,是法史科学的学术结晶。

《比较法文化论集》是笔者编著的第一本比较法制史论文集,比较法既是一门基础理论的科学,又是一门实践应用的科学。“普遍”与“差异”是比较法学中的对立统一的目标与方法。因此,比较法学从英国梅因爵士开始,就走向纵横不同的两条路线:一是以“普遍”为目的的地域的、普遍的比较法学;二是以“差异”为目标的民族的、历史的比较法学。前者以法国的拉贝尔为代表,后者以德国的萨维尼为典型,由此形成了“共同法”与“比较法史”两种不同的学术风格和学科科学。而“比较法文化论”则是以“文化”为媒介,综合了以上纵横两种不同学科的优势。因此,“比较法文化论”现已日益成为比较法学研究的支点和重点。

在康德的“头顶的星空和内心的道德法则”两个世界之中,科学与良心是为学之基,为人之本。曾记得中学学习古汉语时在读荀子的《劝学篇》时,就会流利地脱口而出:“积土成山,风雨兴焉;积水成渊,蛟龙生焉;积善成德而神明自得,圣心备焉。故不积跬步,无以至千里;不积小流,无以成江海。骐骥一跃,不能十步;弩马十驾,功在不舍。锲而舍之,朽木不折;锲而不舍,金石可镂。”而今该《劝学篇》已做成“千里之行,始于足下”的牌匾一直悬挂在厅堂之上,并时刻鞭策自己与时间赛跑。且说精神尚在,生命长青。笔者曾经在《公司诉讼:类型化探析》一书后记中写道:“人生有涯,而学海无涯,以有涯的人生追求无涯的学术是人生至高无上的乐趣。”诸多法学家朋友笑言:“生命有涯,何以学术无涯?”在此,不才答曰:“生命固然有限,而学术中所焕发的哲理和精神乃至对人生孜孜不倦的追求和探索的精神,永远永远是我和年轻的朋友所喜爱的咖啡伴侣。”

《比较法文化论集》所收集的大部分论文为2004年(第17届)至2012年(第27届)全国外国法制史研究会年会上笔者提交的专题论文。另外,还有多篇论文是在读博士期间与指导教师——外国法制史权威何勤华教授合作思考的理论结晶。此外,还有少部分论文是在其他专业研讨会和杂志上已发表的专题论文。编著本文集的目的在于回顾一下自己的学术生平,检证自己的学术成果,同时也进一步理顺和校正今后的研究方向,并塑造自己的学术人格。

李求轶

2013年2月于北京

目 录

001	商法法系新探 ——兼论中国商法通则的体例
029	海事法系的形成与生长
047	英美法系公司法对中国公司法的影响
065	刑法学派的论争与融合
086	费尔巴哈刑法思想述评
098	人权与宪政 ——以环境权入宪为主线
117	宪法基本权利实现机制的比较法研究
130	西法东渐一隅:从“私犯”看“私诉”
138	关于“律师自治”的比较法研究
155	律师的自由与强制
171	宪法诉讼与律师职业
178	通古斯法族的兴起
194	行走在“圣”与“俗”的历史之道上 ——以宗教与法的命题为中心
242	穗积陈重与法理学
264	西洋法文化圈 ——比较法文化试论

商法法系新探

——兼论中国商法通则的体例*

导言

商法是近代社会以来重要的法律部门。传统上按法律渊源,将世界中的法系区分为大陆法系和英美法系两大法系。此种划分的标准也主宰着商法法系的分类。商法首先被区分为大陆法系商法和英美法系商法;然后,大陆法系商法法系又根据商法典的立法体例划分为法国法系和德国法系。笔者认为,近代大陆法系商法是伴随着民法典而产生的。作为民法的特别法,其调整对象是围绕着商法与民法的关系而展开的,从而引出商法的独立性和独立程度问题。但英国商法却与大陆法系法国商法不一样,走出了一条没有商法典的单独部门立法的松散“邦联”之路,美国最初也无独立商事立法,后制定了归纳性的《美国统一商法典》。因

* 本文原载于《中国商法评论》2006年第1期(何勤华、李求铤合写)。

此,探讨商法法系不能仅以商法典为核心,而应以商事规范立法的制度分析为中心。据此,世界的商法法系按商事规范的组合方式可分为英国法系、法国法系、德国法系、日本法系、美国法系五大法系。此五大法系的商事立法不仅对本国经济发展起着重要的调整作用,使其成为西方五大经济大国,而且,也对世界其他国家商事立法起着决定性的影响。中国的商事立法应借鉴五大法系的立法成就,汲取其商法立法体例、原则、主要制度和规范,制定出与现代市场经济相适应的“商法通则”。

一、关于法系的划分和划分标准

“法系”是比较法中的核心概念。法国比较法学家达维德认为:“正如神学家或政治科学家承认宗教或政体类型一样,比较法学家也可以将法律简化为少数派系(families)。”^①关于“法系”,英文有不同的表述,诸如 Legal System、Legal Family、Legal Genealogy等。俄文、法文、日文都有相应的“法系”词汇。从几个英文单字的词义上看,“法系”强调法律之间的某种共同属性和渊源。法系不同于中文中的“法律体系”,“法律体系”指的是由全部法律渊源构成的一个法律整体,是指一个国家的国内法律的总和;而“法系”则抽掉“主权国家”的主观性,使其具有同一传统或者文化的法律组合成一个“模块”(或称“样式”)。关于“法系”的划分,并无统一标准。“法归类成系,简化为少数几个类型,可以便于对当代世界各国法的介绍与理解。但关于怎样进行分类,从而应该承

① 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社2004年版,第53页。

认哪些不同的法系,并无统一意见。有些人根据法的概念结构或赋予各种法源的重要性来归类。另一些人则认为这些技术方面的区别是主要的,他们把下列本质性的考虑放在第一位:打算借助法建立的社会形态,或者给予作为社会秩序因素的法的地位。”^①“法系”的划分标准最早由日本法学家穗积陈重提出,他的划分标准是民族差异。其于1884年提出五大法族学说,即印度法族、支那法族、回回法族、英国法族和罗马法族。大约十年后,他又进一步地提出了以法律制度的谱系和亲缘关系作为划分标准。法国比较法学家达维德在其《比较民法概论》中认为只有两条标准有说服力,即意识形态标准(这是宗教、哲学、政治、经济和社会结构的产物)和另一个法律技术标准。但法律技术标准是次要的,关键性标准是“哲学基础、正义观”。因此,他区分为五个法系,即西方法、苏联法、伊斯兰法、印度法和中国法。后来,他又改变了自己的观点,将以上五个法系合并置换区分为三个法系:罗马—日耳曼法系、普通法系和社会主义法系。加上伊斯兰法、犹太法、印度法和远东法,同样还有非洲和马达加斯法这个新形成的法系。^②德国学者茨威格特和克茨以“法律样式”作为划分法系的标准。“样式”强调内容与形式的统一,即具有一定形式的独特内容。具体说,关注样式意味着关心如下问题:第一,特定法律的形成和发展;第二,占主导地位的法律思想方法;第三,特殊法律制度;第四,法律渊源的种类和解释;第五,政治、思想、意识等观念因素。他们主要有两个划分的原则:第一个原则是以私法为

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

② 参见[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧等译,法律出版社2003年版,第74页。

准。他们认为,虽然德国法律属于民法体系,但是这只是就它的私法而言,而德国的公法则与美国有很大的共同性。第二,如此划分还考虑到某一国家的法律所处的历史时期和它的文化传统,他们一方面指出,日本法律长期以来以德国法律为榜样;另一方面,他们也承认,特别是第二次世界大战以来,日本法律已经开始融入普通法系。^①而比较法学家康斯坦丁内斯库则认为,“法圈分类不仅限于私法领域,而且涉及公法领域,甚至遍布于整个法律秩序”,并提出了样式构成的九个规定性,即:(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。^②与茨威格特的样式构成要件相比较,康氏的要素说取消了“历史的发展”和“具有特征性”的法律制度的两个标准。

达维德认为“法系”不具有历史性。“法系”的概念没有与之相对应的生物学上的实在性,使用它只是为了便于讲解,为了强调各种法之间的相似之处和区别。既然如此,所有的分类方法都有其优点。一切取决于所处的背景和这些人或那些人的主要考虑,是从全世界的角度还是仅仅从欧洲的角度观察问题就会有不同的分类法。一个人是作为社会学家还是作为法学家观察问题,其考虑问题就会有不同的方式方法。研究的中心要是以公法、私

^① 参见刘兆兴主编:《比较法学》,社会科学文献出版社2004年版,第55—56页。

^② 参见〔日〕大木雅夫:《比较法》,范愉译、朱景文审校,法律出版社1999年版,第114—115页。

法或刑法来分,其他的归类方法同样是可行的。^①与此相反,美国比较法学家威格摩尔则认为:法系的系谱比较称作比较法中的整体研究法。日本著名法学家穗积陈重(Hozumi)教授称它为系谱比较法,即将有共同宗族关系的法律群作为一个比较单位对法律进行比较研究的方法。法系究竟是像一个社会中的家庭,还是更类似于一个有血有肉的生命组织体,我们可以争论,但在这里仍然把法系称作生命组织体。^②因此,其倡导世界上存在着大约 16 个法系。它们分别是:埃及法系、美索不达米亚法系、希伯来法系、中华法系、印度法系、希腊法系、罗马法系、日本法系,伊斯兰法系、凯特尔法系、斯拉夫法系、日耳曼法系、海事法系、教会法系、大陆法系和英美法系。

法系的比较有不同方法,此称为“比较法的方法论”。主要有:(1)宏观比较法与微观比较法;(2)功能比较法与概念比较法;(3)文化比较;(4)动态比较与静态比较。其中最主要的方法为宏观比较与微观比较。达维德认为:“世界上存在着大量国家或地区的法律制度,其中有的是相互类似的,有的有很大区别,为此,就可以实行宏观比较(macro-comparison)与微观比较(micro-comparison)两种方法或类型。后者研究同一法系(legal family)法律,前者则研究相互有很大区别的法律制度。”^③本文作者认为,介于宏观比较与微观比较中间,还有一个“中观比较”。与宏观比较[不同法系或不同法律制度(主要指资本主义与社会主义)法律之间的比较]和微观比较(对具体法律规则或制度之间的比

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

② 参见[美]约翰·H.威格摩尔:《世界法系概览》,何勤华、李秀清、郑光东等译,上海人民出版社 2004 年版,第 953 页。

③ 沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社 2004 年版,第 34 页。

较)相对,还存在着基于某一法律部门,例如,民法、商法、刑法的比较,此种比较以“法系”宏观比较为基础,同时又是“具体法律制度”的微观比较的前提和基础。因此,达维德所谓法系标准的“多元化”从某种意义上来说也是正确的。

商法是有关商业或商事法律,属于部门法。因此,比较商法首先是一种中观比较,根据特定的分类标准,将商法划分为若干法系(不同于宏观比较的大法系概念)。然后,再根据商法法系进行微观的具体法律制度的比较,例如,公司法、保险法、有价证券法(票据法)的比较。比较商法具有比较法的功能和作用:(1)比较商法是法律移植的前提。“法律移植是指一个国家或地区将其他国家或地区的法律(体系或内容或形式或理论)吸收到自己的法律体系之中,并予以贯彻实施的行为。”^①移植不同的法系或不同国家的商法必须首先对世界上存在的商法法系以及基本制度进行充分的了解、分析。法律移植如同种植树木,从一个地方挖出来,运到其他地方种下去。因此,就存在与本土资源相适应的问题。只有经过充分比较后作出的制度选择,移植的商法制度才不至于发生“水土不服”的情况。《美国统一商法典》就是比较法的产物。另一位对《美国统一商法典》作出突出贡献的是卡尔·卢埃林教授。他是美国现实主义法学的领军人物。早年曾在德国留学,后又在两所德国大学讲学,是精通大陆法系和普通法的一代宗师。最终通过的《美国统一商法典》被戏称为《卡尔法典》,说明《美国统一商法典》在相当程度上反映了他对商法的理解。其早年在德国的经历对他主持《美国统一商法典》的起草工作产生了相当大的影响。他亲自草拟的法典的总则和第二编(即

① 何勤华主编:《法的移植与法的本土化》,法律出版社2001年版,第537页。

买卖编)中包含的许多原则和规则十分近似于《德国民法典》的规定,细心的读者是不难觉察到这一点的。^① (2) 比较商法是正确适用外国法的有效途径。现今社会,随着贸易自由化的推广,国际商务已成为企业必不可少的交易途径。国际商事纠纷都存在着适用外国法的问题,正确适用外国法,必须对该国法律体系和法律制度有正确的理解和解释。因此,比较商法有助于司法公正,对商法进行比较确实是非常必要的。

二、关于世界上的商法法系

传统划分法系简单地采用某一种方法。达维德在意识形态特色基础上加上法律技术因素,将法系分为“三大加几小”法系。三大即普通法(英美法)、大陆法和社会主义法。中国商法学家范健在《商法的价值、源流与本体》一书中,将“当代主要商法体系划分为大陆商法、英美商法和社会主义商法”。此划分标准类似于达维德的划分“法系”标准。茨威格特是从民法角度来划分法系的,根据其“样式”构成要素,其将世界上的法系划分为罗马法系、德意志法系、英美法系、北欧法系、社会主义法系、其他法系(远东法系、伊斯兰法系、印度法系),而商法按“样式”标准衡量,似乎可以分为法国法系、德国法系、日本法系、英国法系、美国法系。意大利、瑞士、荷兰、俄国等国家实行民商合一,因为广义上民法典已包括了商事规范,并无形式意义上的独立商法体系,故不列入

^① 参见美国法学会、美国统一州法委员会:《〈美国统一商法典〉及其正式评述》(第1卷),孙新强译,中国人民大学出版社2004年版,序言。

商法法系划分范畴。曾咏梅在其所著《中国商法教程》一书中认为,从19世纪初到第一次世界大战,是商法在体系上建立和完成时期,从立法体系和立法原则来考察,这一时期发展创立了世界四大商法法系:(1)法国商法法系,亦称商行为法体系;(2)德国商法法系,亦称商人法立法体系;(3)折中商法体系,亦称混合标准的商法体系,它以日本新商法为代表,以商行为和商人两种标准同时作为立法的基础;(4)英美商法体系,它以英美国家商法为代表,其特点是一般商事习惯、判例法与商事成文法并存。以上划分标准为“无机说”。

与此相反,最早对法系作出划分的穗积陈重是历史法学派法学家。其提倡的系谱比较法是一种“有机说”。根据历史法学派创始人萨维尼的观点:“法律和语言一样,没有绝对中断的时候,它也像民族的其他一般习性一样,受着同样的运动和发展规律的支配;这种发展就像最初阶段一样,按照其内部必然性的法则发展。法律随着民族的发展而发展,随着民族力量的加强而加强,最后也随一个民族失去民族性一样而消亡。”^①因此,法律反映的就是一个民族的共同意识和信念。“在所有每个人中同样地、生气勃勃地活动着的民族精神,是产生实定法的土壤。因此,对各个人的意识而言,实定法并不是偶然的,而是必然的,是一种同一的法。”^②威格摩尔认为:“语言和法律也许最为相似。和法律一样,语言也是人类社会行为的产物;虽然世界上存在着数以千计的语言,数以百计的语种,但是语系却只有那么数十种;法律也是这样,虽然地方习惯数以千计,民族或部落法律数以百计,但是世

① 何勤华:《西方法学史》(第2版),中国政法大学出版社1996年版,第204页。

② [德]萨维尼:《现代罗马法体系》(第1卷),[日]小桥一郎译,成文堂1993年版,第42页。

界上的法系总计也不会超过 20 个;不同的语系起源于不同的种族聚居地,有明显的地域特征,而法系也是这样,对语言的考察和历史分析对学习语言大有帮助,同样,对法系的产生和发展进行历史分析对法系的研究也大有帮助。”法系的系谱比较法与对语言成长、变化进行整体比较研究相同,“在整体比较研究中,我们可以把语系,此种分布于亚洲和欧洲的印欧语系,亚洲和非洲的闪米特语系和非洲的克瓦语系,看做是来自不同地域、具有不同历史的各个地区民族的共同财富进行研究,这种研究方法类似于我们在对法系进行研究中,把法系看做有血肉、有自身发展历史的生命组织体来进行整体研究,而不仅仅限于法系内部的法律制度进行研究”。“法系就是这样的组织体,并且是一个有生命的组织体,法系在自我成长的过程中也促使其组成部分——法律制度合理、协调地发展,这个过程是与跂行哺乳类脊椎动物的发展、进化过程非常类似,跂行哺乳类脊椎动物由于其大脑的认知活动方式整体发生变化,其身体的某些器官也因此而发生了变化。法系就是如此自然生成又自我发展起来供法律科学家研究的。”由于法系是一个“生物有机体”,其有自己的历史,也和生物一样有机并有生命,因此,在“本书作者界定出的世界的 16 个法系中:(1) 6 个已经彻底消亡,它们是埃及法系、美索不达米亚法系、希腊法系、希伯来法系、凯尔特和教会法系;(2) 5 个经过融合得以存续,它们是罗马法系、日耳曼法系、斯拉夫法系、海事法系和日本法系;(3) 3 个基本上未经融合而生存了下来,它们是中华法系、印度法系和伊斯兰法系;(4) 两个经历了大规模的融合更新和再

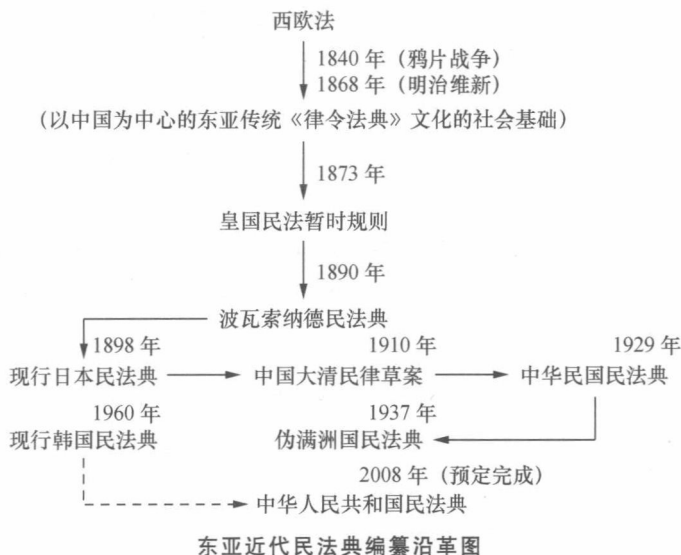
造,几乎面目全非,它们是大陆法系和英美法系”。^①

根据有机说,从宏观比较法上看,日本法系为与英美法系、大陆法系相并列的法系。此不同于达维德的“无机说”将远东法(中国、日本)列为法系。达维德的“无机说”认为,“法系的概念没有与之相对应的生物学上的实在性”。法系的比较主要从宗教出发,突出它的重要特征,是一种横向平行的比较法,而不是历史的、纵向的有机比较法。因此,其对远东法的看法是偏激和片面的。日本比较法学家五十岚清认为:在中国大陆和台湾地区以及日本、韩国各国和地区之间存在着可以称之为东亚体的法系。并且根据达维德和茨威格特确立的法系分类标准从法律制度(历史传统、民法典的重要性)、法文化(地理上的接近、儒教文化圈、汉学文化圈)两个方面论述了东亚法系事实上存在,而且,今天中国的法制进程也朝着这个方向发展。^② 申政武教授在《东亚近代民法典的形成与伪满洲国的民法典》一文中,以民法典为中心论证了东亚法系的存在。其结论作了三个假设:“第一,自 1840 年鸦片战争以来,日中韩三国的私法近代化拥有同一起点——《律令法典》,同一起点为三国的法律制度带来了共同的基础——以汉字为构词表述的法律概念;第二,日本率先在 1873 年提出了一个具有近代意义的民法典草案——《皇国民法暂行规则》。此后,在将近 90 年的时间内,日中韩三国共进行过 7 次大规模的民法典编纂(参见《东亚近代民法典编纂沿革图》)。因为每一次编纂都是对前上次编纂的修正,因此,可以说这 7 次民法典编纂实际上

① [美]约翰·H. 威格摩尔:《世界法系概览》,何勤华、李秀清、郑光东等译,上海人民出版社 2004 年版,第 953—956 页。

② 参见渠涛主编:《中日民商法研究(第 1 卷)》,法律出版社 2003 年版,第 86—88 页。

是一个连续的移植和变异的过程(如下图);第三,每一次编纂都使用着相同的法律概念和法典模式,经过7次编纂诞生的《日本民法典》(1898年)、《中华民国民法典》(1929年)和《韩国民法典》(1960年)已经在东亚形成了一个完全不同于传统《律令法典》的近代民法典群。”^①



同时,从日中韩近代民法典的继受关系(西欧法的继受和变异)和日中韩近代民法典群的特征(技术特色及中心课题)两个方面分析和证实了东亚法系的存在,威格摩尔从历史法学和法律进化论的角度认定,日本法系和中国法系为现存的法系之中的两个。其将日本法系的变迁和进化划分为四个时期:“第一个时期(公元500—1200年)……第二个时期(公元1200—1600年)……第三个时期(公元1600—1850年)……第四个时期(公元1850年

^① 渠涛主编:《中日民商法研究》(第2卷),法律出版社2004年版,第29页。