

第6辑

清华法治论衡

法治与法学何处去（下）

高鸿钧 主编

清华大学出版社



高鸿钧 主编

清 華 法 治 論 衡

法治与法学何处去（下）

第 6 辑

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书为“法治与法学何处去”专号之下卷。本专号旨在揭示当下中国法治和法学发展的一系列重大、前沿和突出的问题,并就其主要领域和层面的问题进行梳理、反思、剖析与探索,既有学理评析又有现实关照,既有反思警醒又不乏真知灼见。本卷主要围绕民法、商法、民事程序、国际私法等私法领域的问题展开,作者既有法学权威学者,更多学界中坚与新锐,诸君平实言理、从容著文、关切深远而意韵隽永,文章有很强的可读性。

本书适合法学研究者及法学专业学生阅读,对于法官、检察官、律师和政府法务官员等法律实务家,以及关心法治与法学发展的其他人士,亦有重要的价值。

本辑执行编辑刘辉。

版权所有,翻印必究。举报电话:010-62782989 13901104297 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

清华法治论衡,第6辑,法治与法学何处去,下 高鸿钧主编. 北京:清华大学出版社,2005.1

ISBN 7-302-10060-8

I. 清… II. 高… III. 法治—文集 IV. D902.53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第127252号

出 版 者:清华大学出版社 地 址:北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 客 户 服 务:010-62776969

责任编辑:方 洁

印 刷 者:北京四季青印刷厂

装 订 者:北京市密云县京文制本装订厂

发 行 者:新华书店总店北京发行所

开 本:148×210 印 张:8.75 插 页:1 字 数:209千字

版 次:2005年1月第1版 2005年1月第1次印刷

书 号:ISBN 7-302-10060-8/D·147

印 数:1~4000

定 价:18.50元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:(010)62770175 3103 或 (010)62795704

卷

首

语

“才自清明志自高，生于末世运偏消”，本为曹雪芹惋惜探春之语，却让人联想到鲁迅。此乃巧应迅翁之见：一部红楼，见仁见智，各得命意！

迅翁生当乱世，鸷夷横行，国土沦陷，专制肆虐，枭雄逐鹿，“黄神啸吟，白晝舞蹈”^①，“民声寂寥，群志幽閤”。然“天下兴亡，庶人有责”，先生少时便“志沉于萧索，虎啸于伏藏”，“留独弦于槁梧，仰孤星于秋昊”。自负笈东渡，先生始学矿业，冀实业以救国；继则习医，期拯病夫于羸弱；后有感体壮仍不免屈受外辱，遂弃医而从文，挥笔“撷华夏之古言，取英美之新说”，“识玄冬于瓶水，悟新秋于坠梧”，“纾自由之言议，尽个人之天权，促共和之进行，尺政治之得失，发社会之蒙覆，振勇毅之精神”。

清末民初，“礼乐偕辍发以同隳”，“世味秋荼

① 本文多处直接或间接引鲁迅语，为避免过于繁琐，一概不注明具体出处，原文可见《鲁迅全集》各处。

苦,人间直道穷”,政治黑暗,官场腐败,豺狼当道,鹰犬塞途,大王胡行于上,蚁民乱碰于下。贼来如梳,兵来如篦,官来如剃。官府几成现世阎罗,军阀多为吸血魔鬼,草菅人命,杀害清流,嗜血成性,屠戮青年……然“虐政何妨援津例,杀人如草不闻声”,凡倒行逆施皆假借“公理正义的美名、正人君子的徽号、温良敦厚的假脸、流言公论的武器、吞吐曲折的文字,行私利己,使无刀无笔的弱者不得喘息”……面对黑暗世道,“勇者愤怒,抽刀向更强者”,先生拍案而起,挺身而出,正视流淌之碧血,揭露暴政之罪孽,戳穿愚民之谎言,抨击荒诞之时弊。先生啸傲笔海,横眉冷对千夫指;挥毫急书,怒向刀丛觅小诗。

“五四”以后,“情性与缠足而俱放”,新思想、新文化、新文学,花样不断翻新,呈成多元之势、多样之局,然良莠混杂,泥沙俱下,粉饰黑暗之官样文学,拥慧清道,佞倭奉迎;提倡幽默之闲适文字,自我陶醉,逍遥超脱;鸳鸯蝴蝶之作品,不谈风云,专恋风月;三角四角之小说,收罗猥谈,写成下作。先生以为,凡此种种,乃“黑暗”之“装饰”,如同“人肉酱缸上”之“金盖”,“鬼脸上”之“雪花膏”也。其时文坛乌烟瘴气,附势奴才、拜金崽子、洋场恶少、革命小贩、“充风流的富儿”,“装古雅的恶少”、“销淫书的瘪三”,无奇不有;毒蛇化鳖、乡妇产蛇、冤鬼索

命、“一品当朝羹”、“滑溜翡翠汤”、“乌鸦炸酱面”，作品五花八门；各家笔墨相识，含沙射影，指桑骂槐，如妇姑勃谿、叔嫂斗法，而右翼之黑枪、左翼之暗箭，更为难躲难防，文场如战场，杀气腾腾。面对如此混沌、阴沉而离奇变幻之局，先生忧国忧民，愤世嫉俗，特立独行，纵横捭阖，逆浊流，挺傲骨，斥骑墙，斗邪恶，照秽水，看浓汁，“有时研究淋菌，有时解剖苍蝇”，以“匕首”与“投枪”，刺向一塌糊涂之时政；以冷嘲与热讽，使种种丑类现形：红头阿三、卷毛巡捕、洋人走狗、土产汉奸、投富赘郎、作态西崽……先生以体贴与同情，为弱者鸣不平，为卑者争权利，为冤者伸正义，相形之下，此等“深夜街头”“地摊”上之“几个小丁，几个瓦碟”，其生命之强，锋芒之锐，感召之深，影响之广，远胜于崇论宏议、鸿篇巨制以及峨冠博带之大文！

政如飘风，民如野鹿；专制既久，奴性渐成。对于愚蒙之民众，悲惨之同胞，先生怒其不争，哀其不幸，始则彷徨，继而呐喊，于“无声的中国”发出觉醒之强音。先生始终心存种种疑问：为何“中国人向来”“不敢正视人生，只好瞒和骗”，“甚而至于已经自己不觉悟”？为何“中国太难改变”，以致“即使搬动一张桌子，改装一个火炉，几乎也要血；而且即使有了血，也未必一定能搬动，能改装”？为何国人“于旧状况那么心平气和，于较新的机运就这么疾

首蹙额；于已成之局那么委曲求全，于初兴之事就这么求全责备”？为何“麻将桌边，电灯代替了蜡烛，法会坛上，镁光照出了喇嘛……每一新制度，新学术，新名词，传入中国，便如落在黑色染缸，立刻乌黑一团，化为济私助焰之具……”？为何“暴君的臣民，只愿暴政暴在他的头上，他却看着高兴，拿‘残酷’做娱乐，拿‘他人的苦’做赏玩，做安慰”，“自己的本领只是‘幸免’”？为何有些国人“安于‘自欺’，由此并想‘欺人’，患着浮肿，而讳疾忌医，但愿别人糊涂，误认他为肥胖”？为何“暴露幽暗不但为欺人者所深恶，亦且为被欺者所深恶”？为何“中国人向来就没有争到过‘人’的价格，至多不过是奴隶，到现在还如此”，仍甘于“莫作乱离人，宁为太平犬”？

先生之种种疑问，实则潜含“爱和憎的纠缠，感情和理智的冲突，缠绵和决撒的迭代，欢欣和绝望的起伏”。先生以为，此种国民性之养成，或因压人之专制，或因吃人之礼教，致使国人“弯腰曲背，低眉顺眼，表示着老牌的老成子弟，驯良的百姓”。作为一种药方，先生力倡民主，反对专制；疾呼自由，反对束缚；狠揭伤疤，反对护短，以期改造旧奴性，熔铸新民魂。先生确信，“惟有民魂是值得宝贵的，惟有他^①发扬起来，中国才有真进步”。

① 原文如此。

先生一生运文华盖，风雨如磐，“弄文罹文网，抗世违世情”，然先生身临逆境，从不悲观，绝不放弃，矢志目标，坚韧不拔。“且介亭”内，“心事浩茫连广宇”；“三闲集”中，“于无声处听惊雷”。先生以为，古老中国已渐觉醒，“乃如雷霆发于孟春，而百卉为之萌动，暑色东作，深夜逝矣”。于是，一切勇者之反思与追问，所有志士之探索与追求，乃“是东方的激光，是林中的响箭，是冬末的萌芽，是进军的第一步，是对前驱者的爱的大霖，是对于摧残者的憎的丰碑”。先生一生挚爱耸听之“危言”而深恶动听之“美言”，因为“多有不自满的人的种族，永远前进，永远有希望”。

迅翁早已乘鹤仙归，故国业沧海桑田之变，然“战斗正未有穷期，老谱将不断兼用”。先生之文颇多醒世恒言、喻世明言与警世通言，故常读常新；先生之语如绍兴老酒，韵味绵长；若空谷足音，惊世骇俗；犹冬日惊雷，振聋发聩。先生虽以文学为业，然口头笔端始终呼唤民主，吁求自由，崇尚法治，捍卫人权。编者秉承先生之精神，特约法界同仁，得专题文章十六篇，组成五、六两辑专号，诘问“法治与法学何处去？”反思当代中国之法治，省察时下中国之法学，重在把脉病症，指出症结，期与读者诸君一道思考，寻求药方。至于这些“诊断”是否确切，“下药”是否对症，则另当别论。

呜呼！

“大江日夜向东流”，“文章得失不由天”。

“英雄多故谋夫病”，“我以我血荐轩辕”。

高鸿钧

甲申年八月于清华园

目 录

卷首语	高鸿钧(1)
-----------	--------

主题文章

商法,这只寄居蟹

——兼论商法的独立性及其特点	张 谷(1)
中国民法随想录	韩世远(52)
转型中的中国民事诉讼制度	傅郁林(67)
中国知识产权热点评论	崔国斌(96)
组织、市场与政府的协调与调整	
——经济法的回顾与展望	邓 峰(117)
中国的环境法治——任重而道远 ...	汪 劲 王明远(147)
国际私法争议问题浅议	李 旺(167)
经济全球化与中国国际经济法的研究范式 ...	徐崇利(184)

法苑品茗

波斯纳印象	张芝梅(203)
昂格尔视域中的法治	赵红军(211)
何妨吟啸且徐行——卡多佐的司法经验主义进路 及其内在张力	刘 辉(221)

文心法言

法律现代化:中西之辨	聂 鑫(239)
自由之精神 独立之理念	延 友(246)
法学的品性	支振锋(248)
法舟鱼书三则	三 思(252)

编后记	编 者(265)
-----------	----------

CONTENTS

FROM EDITOR Gao Hongjun(1)

SYMPOSIUM ARTICLES

A Soldier Crab: On Independence and

Characters of Commercial Law Zhang Gu(1)

A Capriccio on Chinese Civil Law Han Shiyuan (52)

Chinese Civil Procedure

in the Transition Period Fu Yulin(67)

Comments on the Hotspot

of Intellectual Property Law in China Cui Guobin(96)

Organization, Market, and Government's

Harmonization and Regulation;

Past and Future of Economic Law Deng Feng(117)

A Perspective of Environmental Legality

in China Wang Jin & Wang Mingyuan(147)

On Some Disputable Problems

in Private International Law Li Wang(167)

Economic Globalization and the Research Paradigm

of International Economic Law Xu Chongli(184)

BOOK REVIEWS

Impression on Posner Zhang Zhimei(203)

Rule of Law in Unger's Eyes Zhao Hongjun(211)



Cardozo's Judicial Empiricism and Its Inner Tensions	Liu Hui(221)
---	--------------

CULTURAL TALKS ON LAW-SPIRIT

The Modernization of Law: Between China and the West	Nie Xin(239)
Spirit of Freedom, Idea of Independence	Yan You(246)
The Virtue of Jurisprudence	Zhi Zhenfeng(248)
Three Letters on Current Legal Reform of China	San Si(252)
POSTSCRIPT	Editor(265)

商法, 这只寄居蟹

——兼论商法的独立性及其特点

张 谷

最近的一百年, 可谓是中国社会急剧变化的百年, 求新求变不啻是这百年的主旋律。作为适应并力图反映社会变迁的法律体系和法律制度, 其变化自然也是波诡云谲, 恰似城头变换的大王旗。可以说, 中国社会俨然成了各主要法律体系的实验场: 从传统的中华法系, 转而脱亚入欧, 折向近代资本主义法律体系; 随着新政权的建立, 欧化的进程为苏俄化的政治选择所中断; 未几, 又摒弃苏俄化的社会主义法律体系, 尝试着建立前无古人的社会主义市场经济法律体系; 此际, 由于美国以其在国际政治经济上的绝对主导地位, 经由全球化的途径, 使得英美法在中国市场经济法律体系建立和完善过程中, 其影响力日渐增强。

在这种变迁的过程中, 商法和商法学的命运同样是波诡云谲, 变幻不定。之所以导致商法和商法学命运的不确定, 其原因无疑是多方面的: 这不仅与中国的政经体制的更迭演进有关, 也与作为舶来品的商法自身的不断演进有关(商人法 *lex mercatoria*, the law merchant, *das Kaufmannsrecht*——商业法 *commercial law*,

* 法学博士, 北京大学法学院副教授。本文写作过程中曾与商文江博士、张双根博士、彭冰博士讨论, 获益良多。清华大学法学院高鸿钧教授的督促和宽容, 使我能够从容地写作。在此谨致谢忱。



Droit commercial, das Handelsrecht——商法、商务法 business law, Droit des affaires);不仅与中国缺乏罗马-日耳曼式的或盎格鲁-撒克逊式的法律传统有关,也与欧陆内部私法一元论或私法二元论的争论有关。此外,商法和商法学在中国之所以命运不济,客观地说,法律学者也负有一定的责任:有的人囿于传统的公法私法的划分,不敢越雷池一步;有的人满足于民法的概念化逻辑化的思维方式,享受着傲慢的高高在上的民法的优越,舍不得离开民法的暖巢,对于企业帝国的来临,企业界的需求采取视而不见的“鸵鸟”政策;有的人陶醉于潘德克顿民法理论的精巧结构,沉溺于细枝末节的考究,似乎忘记了法和经济现实的关系,对民法充满盲目的乐观,而对商法存在着轻视甚至蔑视;有的人却采取审时度势的机会主义态度,将相同的法律素材时而纳入经济法,时而又冠以商法的标签。对于商法的种种不同态度,其共同之处在于,对商法的基本问题缺乏深入细致的思考,进而阻碍了商法学的深入发展。

的确,与罗马法、教会法一起,作为大陆法系三大历史渊源之一的商法,曾经以商人法这样的形式存在过,并且渗入到抵制罗马法的英国。14世纪,西方民族国家开始形成。17世纪以后,随着商人法的民族化、国家化,在英国,商法(商业法)是否存在就成了问题;在欧陆,由于19世纪中叶兴起的私法统一思潮的冲击,商法(商业法)相对于民法能否独立自主地存在也成了问题。商法是否将继续存在下去?商法将向何处去?更是一个剪不断理还乱的问题,它也在时时刻刻拷问着中国商法学界。

名不正,则言不顺。对于商法学界而言,商法的独立性是首要的问题。在我看来,宽泛的商法独立性问题可以历史地分成两个不同的问题:商人法的独立性和商业法的独立性。

商人法的独立性。中国古代自然不存在独立的商法。同样,古希腊人也不知商法为何物;罗马法也只是分为市民法和万民法,不存在独立的商法。

11世纪末至12世纪初,欧洲在经历了漫长的纯地方性贸易阶段后,十字军东征、佛兰德地区毛纺业的发展使商运航海业分别在地中海及北欧重新起飞。意大利与佛兰德的陆上通道开设后,各地商人在沿线的交易会上定期汇集,具有专门意义的集市贸易(汤普逊,1963,23章)重新产生。在商业复兴的同时,作为封建社会的异物的商人阶级在政治、法律上提出了自治的要求。

政治上的自治,集中体现在城市性质的变化方面:依靠土地为生的世俗的城堡与教会的城市,成为商人和商品经过或寄寓的地方,进而出现许多自治的行政共同体的城市(马克斯·韦伯,1981,270页),如商人共和国、行政官城市、自治市等。这对于满足和保障商人对自由的渴求来说,无疑是必要的。而利用政权的分化,建立自治的法律,则可以满足商人的其他需求。因为商人们的活动不能由地方习惯来调整,因为这些习惯没有提供交易所需要的大量规则,而仅适合于调整生活于封闭的村社中和以传统方式生活的人们之间的关系(勒内·达维,2002,48页)。于是地中海沿岸实行行会制下的商人法(Lex mercatoria)。

这个时期的商人法是商人为调整他们自己的商业事务而创造的、与政治当局相脱离的、独立的司法制度:它有自己的规则和习惯,有自己的法庭和法官制度,有自己的审判和强制执行程序,并有自己的法律主体,它不属于民事、刑事,或教会司法等官方制度的一部分(梅里曼,1984,116页)。商人法技术性强,极为灵活。由于集市法的统一性、海事惯例的普遍性、专门的商事法庭以及公证人的各项活动等原因,商人法始终得以保持其统一性和国际性。当时欧陆的法律状况是:除去宗教界的普通法——教会法之外,还



有封建法、庄园法、商人法等构成所谓的世俗法；与此同时，罗马法只是在欧洲的大学里得到保存和传播。因此，可以说商人法是以商人基尔特的规则和商业惯例为表现形式的世俗的阶级法。

商人法的独立性，本身是历史事实问题，已成为过去完成式，人们对此不存在争议。它与后来的私法二元论中的商业法独立性问题，发生的历史时期不同，参照系不同，背景不同，问题意识也不同。不过，商人法的独立性和商业法的独立性两者之间并非毫无关联。实际上，正是法国大革命倡导的公民平等和工商业自由原则，结束了商人法的商人阶级职业特权法的历史，催生了调整商事活动的商业法的新历程(Danis Tallon, 1986, 9~10 页)。

商业法的独立性。严格意义上的商法独立性问题，指的就是商业法的独立性问题(本文正是在这种意义上来使用商法独立性的概念的，但特别说明的除外)。商法的独立性问题，长久以来不时地被人们拿出来讨论，我国也不例外。好像商法倘不能独立，商法学就势必会被取消似的，还有人为此极力呼唤商法典的制定，以便为商法和商法学的独立奠定规范上的基础。

笔者以为，首先，商法的独立性指的是商法能否于民法之外，形式上独立、内容上自主自足、精神实质迥异地存在，因此，专门的商法典之存在，充其量只能证明商法在形式上有可能独立存在(即商法的形式上的独立性，或曰外在独立性)，至于能否证明商法在内容上、基本特征上也可以舍民法而自主自足，尚有未足。此时，重要的是要追问：在有商法典的国家，商法与民法是一种什么样的关系(即商法内容上、精神实质上的独立性，或曰内在独立性)？换言之，商法典的存在可以作为商法内在自足的外在证明，但不能等同于商法的内在自足性本身。其次，商法的独立性和商法学的独立性是两个相关却不相同的问题。前者要回答的是在某个既有的法律体系中，私法是否有必要——无论是形式，还是内容——分为

民法和商法两个部分,即通常所谓的私法一元论还是二元论的问题。后者要解决的是以法律体系中的商事法律规范为对象的法学知识体系的教学安排问题。以下先探讨商法形式上的独立性问题,再探讨商法内容上的独立性问题。

商法的形式上的独立性。商法的形式上的独立性问题并非是普适性的问题,相反,只是对于特定历史时期特定地域的特定法律体系才偶然发生的问题,因而受到诸多方面因素的制约。

商法的形式上的独立性,作为一个历史范畴,首先是商法民族化(国内法化)的产物。商法的民族化过程同时也是商人法的独立性逐步消亡的过程。国家法取代商人习惯法在商法渊源中的中心地位,商事审判由于民族国家运动的兴起而国家化了,民事诉讼程序渗透到商事法院的诉讼程序中,独立的商事审判概念慢慢消失。商法的民族化,在法国是出于国家对于立法权分散的政治斗争的绝对需要,经济上国家干涉商业的柯尔贝(Colbert)主义的需要,在德国则是出于结束分裂状态实现政治统一的需要。其次,商法的独立性同时也是法典化的产物,由于法国、德国或迟或早地选择了法典化作为商法的民族化的工具,才最终导致了民法典和商法典并存的私法二元格局的形成。再次,随着法典化运动的展开,法国民法典或德国民法典在欧洲、拉丁美洲和亚洲很多国家被作为楷模普遍效仿,作为继受民法模式的一种伴生现象,法国商法典或德国商法典也搭上了“顺风车”,一路凯歌。尽管如此,法国商法典与法国民法典不可相提并论:起草匆忙,杂乱无章,一经生效就显出其过时与不全面,缺乏预见性和灵感商法的独立性。相反,对于使商法成为一部特殊法(商事契约理论)、使商人成为一种法律可疑分子(破产者)的部分却大加发挥,把商业经营圈定在一个法律隔离体内,更是其致命伤(克洛德·商波,1986,11页)。Tallon也批评道:法国民法典立足于新的基本原理,无愧为当代的杰作,而