

当今与未来 世界法律体系

米健 等/著

*The Present and Future
World Legal Systems*



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书出版得到华东政法大学国际法律与比较法研究中心
重点项目资助

当今与未来 世界法律体系

*The Present and Future
World Legal Systems*

米健 等/著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

当今与未来世界法律体系 / 米健等著. —北京:法律出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0136 - 4

I. ①当… II. ①米… III. ①法律体系—研究—世界
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 209681 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/卫蓓蓓

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/学术·对外出版分社
经销/新华书店
责任印制/吕亚莉

开本/A5
版本/2010年2月第1版

印张/13.125 字数/318千
印次/2010年2月第1次印刷

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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0136 - 4

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序 言

如同了解这个地球上的人类就自然要通观这个地球上的族群分布、概览这个地球的板块构成一样,走进法律的世界或者考察世界的法律首先也必须了解这个世界的法律体系格局和形成这个格局的法律制度构成。对于任何一个比较法学家来说,考察、认识和研究人类社会法律或世界各国法律制度的起点必然是世界法律体系,用比较法学的语言说,就是法系。因此,世界法律体系可以说是所有比较法学首先要跨过的门槛儿,只有了解和认识了世界法律体系,才可能进入法律的世界,才可能进入比较法学的天地。因此,从威格摩尔到茨威格特和克茨,无论是勒内·达维德还是阿兰·沃特森或是其他比较法学家,都自然而然地要首先面对这个问题,并由此展开比较法学的长卷。

但是,近二三十年来,比较法学在世界法律体系方面的研究似乎并没有什么重大的突破。我们现在经常谈到的仍然是差不多半个世纪前一些比较法学家们的论说,可是整个世界半个世纪以来的变化却是巨大的,这种变化发生在经济、政治、思想(特别是意识形态)各方面,而这些变化直接地影响到了所有民族国家法律的发展,从而对整个世界的法律制度格局与体系,对整个世界的法律,对当代世界法律

发展史带来了的深刻影响。在此大的背景下,半个世纪前的比较法学说显然已经不能够反映现今的世界法律体系格局,不能够解释当代世界法律史的发展,更不能诠释各个民族国家法律进步与变化的现实。特别是在中国,虽然比较法学在中国早在上个世纪二三十年代就已经发生,但是比较法学在中国,包括大陆、台湾、香港和澳门,真正展开的时间不过是在中国大陆三十年前改革开放以后。因此,中国的比较法学应该说远没有达到和西方国家同步。即使是与亚洲国家的日本相比,中国的比较法学也是有相当距离的,至少在研究深度上如此。目前,中国法学界虽然有开展比较法学的呼声和诸多冠之以比较法学的作品,但其实更多的是局部的、零星的、实用的研究,而用比较法学的理念和方法对比较法学的一些基本问题仍然欠缺有功力、有深度、有视野的研究,其中包括世界法律体系问题。因此,从中国法学者的角度,以总揽世界的视野,站在人类法律文化的思想境界上展开对世界法律体系等比较法学基本问题的研究,从而将中国的比较法学推向更高更深的层面并最终将其引向世界,乃是现今中国法学界,特别是比较法学者的历史使命和职业承担。

本书的目的就是要研究考察世界法律体系这样一个比较法学的入门问题,想尝试完成两项工作:第一,对迄今为止的世界法律体系理论和学说进行大概的梳理、说明和评价;第二,在前项工作的基础上,对当今世界法律体系格局作基本的分析,并由此对未来世界法律体系格局作出判断。需要说明的是,本书的研究实际上主要是以当今世界两大法系为考察对象,两大法系之外,凡是近现代以来处在嬗变发展过程中而且又具有不同法律文化传统元素的法律制度,我们都将其纳入混合法系的范畴。不过对混合法系本身,本书上没有展开研究,只是对其中的伊斯兰法系作了特别阐释和考察,因为作者认为这是一个虽然可以归入到混合法系,但确实具有特殊代表性的法律制度或传统。最后,为了体现本书的国度特色,我们还以一定的篇幅对当今和未来中国法律制度的法系归属作了研究考察。这样的研究角度,似乎

和本书对未来世界法律体系格局的判断并不一致,但可能更简单、更容易被理解。应该承认,有关未来世界法律体系的研究肯定不能通过本书的工作完成,本书只是个基础性工作,目的在于提供一些学术探讨与研究的素材,引发国内学界对有关问题的更多思考和研究。

本书命题很大,涉及甚多,故集众力而为之。所以,这是一个合作的学术作品。如此,则免不了各部分文风笔触、写作方法、资料运用乃至观点立场的差异,尽管作者在预设的主题下尽可能对各部分内容进行了必要的调整划一。既然是一个学术探讨的命题,那么就应该允许存在些有个性的、甚至是不成熟的观点。这既是学术探讨的必由之路,也是学者们一般都要求的学术独立和学术尊重,即使是一个整体研究,也不可逾越这个边界。为了使本书避免不应有的交叉或矛盾,体系和内容上尽可能做到和谐一体,严谨周密,由高仰光、谢耿亮两位博士对全部书稿先后几次作了整理。另外,中德法学院颜晶晶小姐自始至终担负了繁杂琐碎的项目管理工作,在此一并表示谢意。

特别要说的是,本书作为一个研究项目虽然蓄意已久,但真正促成我们实际着手这项工作的动因是华东政法大学国际法与比较法研究中心的鼓励和支持。所以,作者在此要向何勤华校长、李秀清和郑少华教授、陈颐博士以及他们的同事们表示衷心的感谢!他们近些年来在比较法学方面踏实的耕耘和丰富的奉献,的确鼓励了我们,他们对此研究项目的认同和慷慨支持,又的确鞭策着我们努力完成这项工作。

米 健,己丑夏日于澳门海明湾畔

目 录

第一章 法律体系概述 /1

第一节 法律体系 /1

一、法律体系的含义 /1

二、法律体系范畴在比较法学研究中的地位 /3

三、法律体系与法律传统 /5

四、法律体系与法律文化 /10

(一) 法律文化的概念 /10

(二) 法律体系与法律文化 /17

第二节 法律体系的源流与形成 /20

一、法律体系的源流 /20

二、法律体系的形成 /23

第三节 既有世界法律体系的划分及其标准 /26

一、早期世界法律体系划分理论 /26

二、达维德、茨威格特与克茨、大木雅夫的划

分理论 /29

(一) 勒内·达维德的世界法律体系划分标准及其分类 /29

(二) 茨威格特与克茨的世界法律体系划分理论 /31

(三) 大木雅夫的世界法律体系分类及其划分标准 /33

三、20 世纪 90 年代以来世界法律体系划分的新探索 /34

第四节 未来世界法律体系的思考 /39

一、未来世界法律体系问题的认识基础 /39

二、未来世界法律体系划分应采取的标准 /40

三、未来世界法律体系 /44

主要参考文献 /46

第二章 大陆法系 /49

第一节 大陆法系的特征 /49

一、历史渊源：多元的历史渊源与罗马法的核心地位 /50

(一) 大陆法系多元的历史渊源 /51

(二) 罗马法的核心地位 /53

二、法律观念 /58

(一) 权利之法 /58

(二) 重视体系、概念和逻辑 /59

三、法律的基本概念和体系：公私法和部门法的划分 /60

(一) 公法和私法的划分 /60

(二) 部门法的划分 /62

四、法律的表现形式：内在逻辑和精神统一的法典 /62

(一) 一个有争议的问题 /62

(二) 大陆法系法律渊源的多样性及法典的核心地位 /63

五、法律职业人的地位：法学家与立法者的主导地位 /68

(一) 法学家在法律职业群体中的核心地位 /68

(二) 立法者在法律创制方面的中心位置 /71

(三) 法官的从属性地位 /72

六、法学教育的模式 /73

(一) 法学教育的承担者 /74

(二) 法律人培养的过程 /75

第二节 历史沿革 /76

一、大陆法系的起源 /76

二、大陆法系的形成 /76

(一) 大陆法系形成的时期 /77

(二) 大陆法系形成的过程 /77

(三) 大陆法系形成的特色——公私法的异步性和非同源性 /81

三、大陆法系的巩固 /83

(一) 《法国民法典》在欧洲的传播 /83

(二) 《奥地利民法典》的制定与地位 /85

(三) 《德国民法典》的制定和地位 /87

(四) 瑞士民事法律对大陆法系的意义 /89

第三节 大陆法系的分布 /91

一、大陆法系的起源地 /91

(一) 概况 /91

(二) 大陆法系主要起源国的共同特征 /92

二、大陆法系的扩张 /93

(一) 大陆法系扩张的途径 /93

(二) 大陆法系扩张的一般规律 /97

三、大陆法系的世界分布与变化 /99

(一) 欧洲 /100

(二) 美洲 /104

(三) 非洲 /107

(四) 亚洲 /109

主要参考文献 /113

第三章 英美法系 /117

第一节 英美法系特征描述 /118

一、英国普通法和美国法的形成历史 /118

- (一) 英国法的产生和发展 /118
- (二) 美国法的产生和发展 /121
- 二、法律思想方法和关键法律技术 /125
 - (一) 非体系的思维方式——判例法方法论 /125
 - (二) 问题中心的思维——决疑法 /127
- 三、法律职业者和法学教育 /130
 - (一) 律师的独特形成机制 /130
 - (二) 法官的产生和地位 /131
 - (三) 法学教育 /133
- 第二节 英美法系的分布与特征 /134
 - 一、英美法系分布概况及历史原因 /134
 - 二、英美法系成员国的特征总结 /142
- 第三节 英美法系的现状及发展趋势 /144
 - (一) 英美法发展情况概况 /144
 - (二) 影响英美法发展的理论思潮 /149
 - (三) 英美法系的法典化及立法改革 /154
- 主要参考文献 /162

第四章 伊斯兰法系 /166

- 第一节 伊斯兰法的渊源和特点 /169
 - 一、伊斯兰法的渊源 /169
 - 二、伊斯兰法的基本特点 /171
 - 三、传统伊斯兰法的基本内容 /175
 - 四、伊斯兰法分布国家与地区 /176
 - (一) 传统伊斯兰法国家 /176
 - (二) 西方国家穆斯林社区的崛起 /178
- 第二节 伊斯兰法的嬗变 /179
 - 一、从衰落到复兴的伊斯兰法 /179
 - 二、迈入 21 世纪的伊斯兰法——路在何方? /182
- 第三节 伊斯兰法的发展动态 /187

一、伊斯兰家庭法 /187

二、伊斯兰金融法 /191

三、伊斯兰刑法 /196

四、伊斯兰宪政 /200

主要参考文献 /206

第五章 当今西方两大法律体系的发展变化 /210

第一节 大陆法系制定法的判例创制补充 /211

一、使抽象的制定法内容更具体 /213

二、克服制定法语言的模糊 /217

三、拓展制定法的适用范围 /220

四、弥补法律预见不足的情形 /222

五、部分领域的判例法的突出地位 /225

六、大陆法系国家判例创制补充的历史发展及趋势 /226

第二节 判例法的成文化发展倾向 /228

一、对判例的体系化整理 /231

(一) 判例汇编 /231

(二) 对判例进行的抽象化整理 /233

二、英美法系制定法地位的发展变化 /235

三、英美法系中制定法的现实作用 /238

(一) 对判例法进行的立法编纂 /238

(二) 对判例法进行改革 /239

(三) 对新型社会关系的调整 /240

四、英美制定法的发展趋势 /241

第三节 西方两大法系的趋同 /242

一、法律形式上的趋同 /242

二、法律程序的趋同 /244

三、实体法律的相互借鉴 /246

四、西方两大法系趋同的原因 /247

(一) 两大法系国家文化基础的共同性 /247

- (二) 法律价值的共同性 /248
- (三) 法律的共同来源 /248
- (四) 法律技术的互补性 /249
- (五) 国际之间的经济文化交流 /250
- 五、西方两大法系趋同的发展与强化 /251

主要参考文献 /254

第六章 全球化及其对世界法律体系格局的影响 /256

第一节 全球化及其法律问题 /258

- 一、全球化中的利益纠纷 /258
- 二、全球化中利益纠纷的法律调整 /261

第二节 全球化下的法律发展 /266

- 一、各国法律之间的协调和合作 /267
 - (一) 法律多元前提下的国际协调和合作 /269
 - (二) 转化国际法或者自愿移植国际法和外国法入国内法 /273
- 二、国际统一私法实体法的迅速发展 /278
- 三、不同于传统国际公法发展的新现象 /285

第三节 全球化下法律发展与世界法系格局 /287

- 一、全球化下法律发展的多元化属性 /287
- 二、世界法律体系之间的差别并未根本消除 /292
- 三、跨法系共同法及其对世界法律体系融合的促进 /292

主要参考文献 /295

第七章 法系与法系格局理论的反思与构想 /299

第一节 既有法系划分理论的检讨与反思 /299

- 一、法系划分理论的历史沿革 /299
- 二、既有法系划分理论的检讨与反思 /302
 - (一) 法系之综合划分标准理论 /302
 - (二) 检讨 /305
 - (三) 反思 /315

第二节 新理论的建设与构想 /320

- 一、法律秩序—法基因理论概述 /321
- （一）法律秩序 /321
- （二）法基因 /324
- （三）法律秩序与法基因之间的逻辑关系 /329
- 二、法律秩序——法基因模型 /330
- （一）模型的基本素材 /330
- （二）法基因的系谱、结构与要素 /333
- （三）法基因的量化研究 /346

主要参考文献 /360

第八章 当代和未来中国法制的法系归属 /361

第一节 近现代中国法制进入世界法律体系 /361

- 一、传统法律改制的结果 /361
- 二、传统法律改制的社会和思想背景 /363
- 三、清末中国传统法制改革的进程 /365
- 四、清末中国法律改革的基本特点 /367
- 五、清末法制改革的继续与发展 /368

第二节 当代中国法制格局及其发展演变 /369

- 一、大陆的法律制度 /370
- 二、台湾地区的法律制度 /371
- 三、香港特区的法律制度 /373
- 四、澳门特区的法律制度 /374
- 五、现今中国四地法制之异同 /375
- （一）现今中国四地法制之共同点 /375
- （二）现今中国四地法制之不同点 /380

第三节 未来中国法制发展的取向及其法系归属 /383

- 一、关于中华法系的认识与理解 /384
- （一）中华法系的历史存在 /384
- （二）中华法系的意识存在和现实不存在 /385
- 二、关于中国特色意识的理解与批判 /387

三、关于制定法与案例法的区别与关联 /389
(一)判例与案例的区别 /390
(二)英美法之先例与我国所谓“先例判决”之区别 /392
(三)先例判决与案例指导 /393
(四)司法解释和案例制度 /394
四、成文法的基本形式——法典编纂 /399
五、当代和未来中国法制的法系归属 /402
主要参考文献 /404

第一章 法律体系概述

为了从总体上对世界法律秩序进行考察,比较法学家提出了法律体系(也称法系)的概念。对世界各国和地区的法律进行“法的归类成系”,这一研究方法将比较法学研究置于广阔的空间场域和时间场域,使比较法学的研究能真正立足于世界范围之内,以及整个人类的法律制度、法律传统和法律思想的演化之中。法律体系的英文术语表达通常有“legal family”,“legal systems”,“legal genealogy”,等等。学者们通常将法律体系的界定为:由若干国家和特定地区的具有某种共性或共同传统的法律的总称。^{〔1〕}

第一节 法律体系

一、法律体系的含义

在研究法律体系这一概念的过程中,有些学者分别从狭义和广义上对法律体系(legal systems)作出界定和理解。“从狭义上,法律体系(legal systems)可以被界定为一国的法律规则和制度(例如‘法国法律体系’),或者,从广义上如温特顿(Winterton)提出的,被界定

〔1〕 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第45页。

为‘许多具有广泛相似的法律制度的国家所共有的法律哲学和方法’，此广义的含义实际上是在描述主要法律家族（parent legal families），例如普通法律体系或者大陆法律体系。”〔2〕有的学者认为法律体系的内涵不仅包含法，即“法律体系的概念不仅包括一个国家的法，而且包括法在实际生活中的运作、法律实践、这个国家的法律文化传统、占主导地位的法律意识、法律职业、法律角色等，它将一个国家法律现实的一切基本因素统一地、相互联系地概括起来，形成一个有机联系的整体”。〔3〕尽管学者们可以从不同的角度对法律体系的概念作出各种理解和界定，对其含义的正确把握应当结合特定的学科和语言环境加以考虑。但是，法律体系作为比较法学上的重要范畴是有其特定含义的，其中最重要的学科背景是，比较法学上法律体系范畴是基于对世界法律秩序划分的目的而提出的。

世界各国法律制度的具体规范千差万别、多种多样、各具特色。“法律教育之所以可能，只是因为法是由变动不居的条文以外的其他东西所构成。”〔4〕虽然法律规范表现形式具有多样性，但由于法律条文之外存在某些“不变因素”，使得将世界各国和地区的法律划分成若干法律体系成为可能。众所周知，物理学、化学、生物学、医学等自然科学作为科学是没有国别之分的。同样，近现代经济学、社会学等人文学科的建立和发展也没有国别之分的。任何一门学科都是以探寻其普遍的内在规律为目标，法学也不例外。作为一门科学意义上的学科知识体系是没有国别之分的。法律有国别之分，而法学则应是具有普遍意义而当无国别之分的，比较法研究的展开恰

〔2〕 Peter De Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, London: Cavendish Pub, 2007, p. 3; 另可参见朱景文:《比较法总论》，中国人民大学出版社2004年版，第83页。

〔3〕 同前引朱景文书，第84页。

〔4〕 [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23页。

恰能够为整个法学的科学化奠定坚实的基础、开辟广阔的道路。“从事法律实际工作的人在每天的活动中把视野局限在本国法也许是不可避免的;但是法学只能是世界性的。比较法学是这一世界性的要素之一,在我们的时代特别重要,为了认识法学,为了法学的进步,它起着并注定要起着头等重要的作用。”〔5〕作为实证意义上的各国法律、制度规则可以千变万化,法学研究者的根本任务之一就是建立一个没有国别之分的法学知识体系。这也是法学被称为科学所必须具有的质的规定性之一。“在法学上,特别是如同在法哲学、法律史、法律社会学和比较法出现的情况一样,只有超越本国现实法律规范之上的研究才能称为科学。”〔6〕比较法学正是建基于以各国和地区的法律为考察对象,又不禁锢于各国和地区的法律,通过探求和建立比较法学的理论知识体系,成为法学的一门学科。

二、法律体系范畴在比较法学研究中的地位

比较法学的研究对象是各国或地区的法律和制度规则,各国或地区的具体制度都不同程度地存在着差异。目前世界上主权国家有近二百个,有的国家还存在两种以上的法律体系,这些众多的法律体系构成了一幅纷繁复杂、蔚为壮观的世界法律图景。人们固然可以直接就两国或多国以上的具体制度规则进行比较研究,但是这种研究存在明显局限性。一方面,这样的比较研究所涉及的思考面过窄,难以获得比较法学的普适性的理论成果;另一方面,这样研究的路向受制于当今世界国家数量众多的影响,也会导致研究资源的利用效率不高的弊端。

〔5〕〔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21页。

〔6〕〔德〕K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第6页。