

华东 法律评论

East China Law Review

2003(第2卷)



要目

异域法轶

徐国栋 孤星下的民法典——波多黎各民法典的过去、现在和未来
法理辨微

胡玉鸿 立法目的的司法意蕴——诉讼过程的动态分析之三

Mark J. Roe 历咏译 法与经济学中的混沌理论与进化理论

法学视点：“法律上的物”

常鹏翱 “物”在民法中的隐喻及其困境

高利红 动物作为物的法律本质

方新军 财产死亡了吗？

法律、社会与文化

张海斌 转型社会中的乡村自治与法治——一种社会学的视角

李学猛 中国十九世纪基层司法文化研究——以《汝东判语》文本为中心

郑取 法律史视野中的皖南教案

法苑论衡

梁治平 法治的两种理念（讲座）

谢鸿飞 规则为何流浪（随笔）



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D9-53
10
:2003(2)

华东法律评论

East China Law Review

本卷编辑委员会/陈 颐 韩 强 胡 建 冷 霞 刘 俊
王 刚 赵运刚 郑少华 朱晓喆
本卷执行主编/朱晓喆

2003(第2卷)

北方工业大学图书馆



00542885



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

华东法律评论. 2003 年. 第 2 卷/朱晓喆主编. —北京:
法律出版社, 2003. 12

ISBN 7-5036-4636-5

I. 华… II. 朱… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 105496 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/13 字数/357 千

版本/2003 年 12 月第 1 版

印次/2003 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼
(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782 中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4636-5/D·4354 定价:25.00 元

目 录

► 异域法辑

- 孤星下的民法典——波多黎各民法典的过去、现在和未来(徐国栋) 003
- 论澳大利亚不方便法院原则(徐伟功) 053
- 韩国的行政公开改革研究(Heungsik Park 宋华琳译) 083

► 法理辨微

- 立法目的的司法意蕴——诉讼过程的动态分析之三(胡玉鸿)
..... 101
- 负担行为与处分行为及其区分——以德国法为分析
对象(赵冀韬) 124
- 市场与环境法政策(北村喜宣 曲 阳译) 140
- 法与经济学中的混沌理论与进化理论
(Mark J. Roe 历 咏译) 150

► 法学视点:“法律上的物”

- “物”在民法中的隐喻及其困境(常鹏翱) 187

动物作为“物”的法律本质(高利红)	196
财产死亡了吗?(方新军)	208

►法律、社会与文化

转型社会中的乡村自治与法治——一种法社会学的视角 (张海斌)	225
中国十九世纪基层司法文化研究——以《汝东判语》文本为 中心(李孝猛)	271
法律史视野中的皖南教案(郑 取)	325

►法苑论衡

法治的两种理念(讲座)(梁治平)	379
规则为何流浪——读萧瀚《规则在流浪》的随想(谢鸿飞)	391
法本质的现象学之维——赫尔曼·施密茨《法规范的权威》 评述(陈学超)	398

Contents

► Foreign Law Study

- Civil Code under the Lonely Star-the Past, Present and
Future of Civil Code of Porto Rico(*Xu Guodong*) 003
- On the Forum Non-Convenient Principle of Australia
(*Xu Weigong*) 053
- Research on Korean Government Transparency Reform
(Heungsik Park Translated by Song Hualin) 083

► Legal Principle and Analysis

- Judicial Considerations of Legislative Purpose(*Hu Yuhong*) 101
- Verpflichtungsgeschäfte, Verfügungsgeschäfte and
Their Differentiation(*Zhao Jitao*) 124
- Market and Environment Law Policy(*Beicun Xixuan*
Translated by Qu Yang) 140
- Chaos and Evolution in Law and Economics(*Mark J. Roe*
Translated by Li Yong) 150

► Legal Perspective: Res In the Civil Law

- Metaphor of "Thing" in the Civil Law and Its Dilemma

(<i>Chang Pengao</i>)	187
Legal Essence of the Animal as Thing(<i>Gao Lihong</i>)	196
Is Property Dead? (<i>Fang Xinjun</i>)	208

► Law, Society and Culture

Countryside Self-governance and Rule of Law in the Transitional Society(<i>Zhang Haibin</i>)	225
Study on the Grass-root Legal Culture of China in the 19 th Century(<i>Li Xiaomeng</i>)	271
The Case of Wannan Religionary Incident in the Perspective of Legal History(<i>Zheng Qu</i>)	325

► Legal Points of View

Two Sets of Thoughts on Rule of Law(<i>Liang Zhiping</i>)	379
Why Rules Wander? (<i>Xie Hongfei</i>)	391
Essence of Law in Phenomenology(<i>Chen Xuechao</i>)	398

异域法辑

《华东法律评论》第二卷

法律出版社 2003 年版

《孤星下的民法典》

第 003 页—第 052 页

孤星下的民法典

——波多黎各民法典的过去、
现在和未来*

□徐国栋**

在波多黎各首府圣胡安的 Luis Munoz Marin 国际机场下飞机，一眼看到一面与星条旗并列飘扬的旗帜：它基本采取其伙伴的设计格

* 本文能以现在的面目完成，首先因为波多黎各大学(Rio Piedras 校区)法学院院长 Efren Rivera Ramos 教授邀请了我访问他领导的法学院，不仅安排了我在波大的两个讲座以及周到的生活条件，而且把我介绍给“波多黎各民法典修订和改革常设联合委员会”的执行主任 Marta Figueroa Torres 教授。她接受了我两次访谈并安排了我与其他更多的波多黎各教授的访谈，由此，我得以把预计的案头作业工作方式改成真正的实地调查方式，这一转折实质地提高了本文的质量。委员会的 Monin Berio Ramos 教授安排人为我复印并提供了丰富的关于波民的资料。波多黎各美洲际大学知识产权专家 Pedro G. Salzar 教授接受了我的访谈，花费宝贵时间回答了我 20 个问题。同一大学的物权法专家 Luis Rafael Rivera Rivera 教授也是如此。“委员会”的阿根廷顾问 Luis Leiva Fernandez 教授也为我提供了同样的帮助。波多黎各大学法学院的 Luis Muniz Arguelles 教授为我提供了丰富的关于债法的修改的资料。我愿借发表此文的机会向上述友人表示衷心的感谢。他们对我这个远方来客提供如此慷慨的支持，主要目的还是希望自己心爱的共同体的法律能在我中华大国得到显扬，但愿本文不负他们的这一目的。如果本文由于对美国法、联邦制的背景不够熟悉和西班牙语水平的限制发生错误，责任则由我个人承担。

** 徐国栋，厦门大学法学院教授、博士研究生导师。

局:旗的右部由红白相间的5个条组成,不同的是左部,星条旗的星的部分是一个长方形,波多黎各旗把它改成了一个三角形,其中安放了仅仅一颗但更大的星。这种安排,似乎可以理解为波多黎各是一颗等待加入星条旗上的星群的星,这种设计更多地表达了“争取把波多黎各变成美国的一个州”(以下简称为“州派”的理想),但现在这颗星游离于星条旗之外,是一颗孤星,然而它又与星条旗紧密相伴。波多黎各旗与星条旗的这种关系,暗示了这个岛屿的全部历史。

波多黎各的历史又从属于整个美洲的主权变迁史。对美洲的殖民大国,可以分为民法传统和普通法传统两组,前者有西班牙、葡萄牙、法国、荷兰等国,后者有英国、美国两国。可以说,前一组国家在最初的美洲殖民活动中居于领先地位。炮舰前行,民法典紧随,它们把自己国家的民法典通过殖民活动带到美洲甚至亚洲和非洲,但后来它们都衰落了,其先前的殖民地纷纷被后来居上的英国和美国夺占。对被殖民地而言,这样的宗主国更换造成了“前主人”留下的旗帜与后主人带来的旗帜不协调,^①以及相应的前主人留下的法律与“后主人”带来的异质的法律之间的冲突,由此又形成了军事冲突在前,法律冲突在后的景观。就美国而言,它对法属路易斯安那的购买导致了普通法与法国人留下的民法之间的冲突,催生出了固守民法传统、兼纳普通法因素的路易斯安那民法典。它在美西战争中的胜利使它夺得了西班牙人的殖民地波多黎各作为战利品,西班牙人已经在这里留下了一部民法典,它在普通法的星条旗下的命运如何?是本文研究的问题。

一、历史背景

波多黎各现在的名称就显示了其复杂的历史。其西班牙语名称是Estado Libre Asociado de Puerto Rico,直译是“波多黎各自由联合国”,意思是在与美国的关系上来去自由,这一名称更多地表达了波多黎各的

^① 我在圣胡安经常光顾的一家墨西哥餐馆里张贴着一幅辛酸的宣传画,上书得克萨斯是一块七经旗帜变换的土地。

独立派的想法,与旗帜体现的思想形成两极。但 *Estatu* 也有州的意思,因此,波多黎各的地位到底是国家还是州,就用 *Estatu* 一词含糊过去了。波多黎各的英文名称是 *Commonwealth of Puerto Rico*。*Commonwealth* 在英语中有国家的意思,也有州的意思。所以,从两种语言的名称来看,波多黎各可以被理解为是美国内部相当于州的一个政治单位。但实际上,波多黎各就是美国的一个殖民地,^① 因此,与州不同的是,尽管其居民在 1917 年就获得了美国公民身份,但他们在美国国会的参议院没有自己的政治代表,在众议院有 1 名相当于观察员一样的没有投票权的“居民专员”(Resident Commissioner)。居住在本岛的 400 万波多黎各公民(由于波多黎各有国家的名头,所以,在正式的法律文件中其居民都被称为“公民”,但他们都拿美国护照)在联邦一级的政治生活中既没有选举权,也没有被选举权。但如果他们移居美国本土(他们移居美国本土的人数达到了 300 万,接近了留居本岛的人数),他们就获得了选举权。美国人坚持把无代表即无征税的政治原则适用于波多黎各,所以,波多黎各公民也不用缴纳联邦税。在波多黎各,还可以看到这样的有意思的景观:法学院使用英语的教材,老师却在用西班牙文上课。尽管波多黎各人从小学一年级就开始学英语,但多数波多黎各人在讲英语时还是感到胆怯,其英语程度并不高于一般的受过教育的外国人。

这一切都是由波多黎各的历史造成的。

公元 1 世纪波多黎各就有印第安人居住。他们是渡过白令海峡到达美洲的印第安人的一支,从佛罗里达渡海来到波多黎各。他们的文明是不发达的。公元 3 世纪,更先进的尹涅利斯(Ignieris)部落到达波多黎各,他们在该岛的海岸居住,带来了高度发达的制陶、捕鱼和制造独木舟的技术。公元 6 世纪,塔伊诺斯(Tainos)部落到达了波多黎各的海岸,他们擅长农业,磨具和珠宝加工,他们创造了一种更加精致的

① 我与波多黎各人谈论过这个岛的性质问题,他们都认为是殖民地,并且没有把当殖民地作为一种耻辱。我也为自己到了一个真正的殖民地感到惊异,因为我过去都一直与概念中的殖民地打交道,没有见过真正的殖民地。

文化,并把自己的岛叫做 Boriquen。在哥伦布到来时,他们已经有 3 万人口。^①

塔伊诺人遇到了外来势力的挑战。他们在 16 世纪时与善战的加勒比(Carib)人发生争夺波多黎各的战争并失败,到 1493 年,整个的塔伊诺人都逃到这个岛的内陆部分的山地 Cordilere Central 避难去了,东南的海岸线由加勒比人占据。^②就在这两个印第安人部落交战的当口,他们争夺的岛屿进入了哥伦布时代。

1493 年 11 月 19 日,哥伦布在其第二次美洲航行中到达现在被称为波多黎各的这个岛,将之命名为 San Juan Bautista(这是在哥伦布的家乡热那亚很受欢迎的一个圣徒的名字),该岛遂成为西班牙的殖民地。但是,哥伦布在完成了命名后就离开了该岛。1508 年,哥伦布的一个船员 Juan Ponce de Leon 带着 50 名殖民者重新来到这个岛,目的是开采金矿。他们受到了当地的塔伊诺人的欢迎,因为后者希望西班牙人能成为他们与加勒比人的战事的盟友。为此,他们担保西班牙人能安全通过该岛的北部海岸。1509 年,彭瑟在该岛建立了一个叫做卡巴拉(Caparra)的定居点。这是欧洲人第一次在波多黎各定居。因此,彭瑟是波多黎各事实上的开拓者。1521 年,他成为波多黎各的第一位总督。

西班牙人在开采金矿的过程中建立了对塔伊诺人的奴役。后者被强迫接受基督教并且劳动。彭瑟指定了 40 名小贵族“保护并传教于”印第安人的村庄。这意味着西班牙领主可以强迫塔伊诺人的男子做一切脏活,并且可以自由地与这个民族的妇女发生性关系。如此,奴隶制和种族混杂同时开展。塔伊诺人不满这种地位,开始了反抗,但都被镇压下去了。^③1511 年,由于卡巴拉容易受印第安人攻击,并且属于湿地,蚊虫困扰,疟疾横行,殖民者开始移居现在的圣胡安地方,它是一个战

① See Randall Peffer, Puerto Rico, Lonely Planet Publications, 1999, Hong Kong, p. 15.

② See Randall Peffer, op. cit., p. 13.

③ See Randall Peffer, op. cit., p. 17.

略要点。人们把它叫做波多黎各,是“富裕的港口”的意思。但后来人们把这一名字改为称呼全岛,原来用于称呼全岛的圣胡安倒被用于称呼现在的这个新定居点了。^①

随着金矿的枯竭,西班牙殖民者不得不转向农业,波多黎各迅速成为香蕉、稻米、大蕉、生姜、橘子、柠檬和甘蔗的生产者。甘蔗生产尤其成为一个有利可图的行业,但这一行业的规模经营必须以奴隶制为依托。于是,从1518年开始,葡萄牙人和荷兰人从西非运来的首批奴隶到达了圣胡安。到1530年,奴隶的人数已经达到了波多黎各的3000名居民的一半,到1760年,他们有了5000人。^②1872年,西班牙废除了波多黎各的奴隶制。

从此,波多黎各作为西班牙在加勒比海上的一个战略据点和贸易港存在,由于该岛的前一种属性,其首府圣胡安被建成了一个军事要塞,在这里发生过西班牙人与殖民竞争者法国人和英国人的战斗。

17世纪,西班牙人限制波多黎各人对他们自己的政府的参与,不许他们在全岛迁徙,限制他们与西班牙以外的世界的贸易,他们只能向西班牙低价输出原材料,高价买进制成品,承受着宗主国的剥削,岛民因而贫困。他们要么留在岛上走私,要么到南美去淘金。宗主国对他们的忽略导致他们丧失了殖民者意识,而把自己当成了波多黎各人。总之,波多黎各与西班牙建立一种更加平等互惠的关系,是一个急需解决的问题。这样的问题同样存在于西班牙的其他美洲殖民地,所以,从1810年到1822年,委内瑞拉人西蒙·波利瓦尔领导了美洲革命,把多数西班牙殖民地 from 宗主国的统治下解放出来,到18世纪20年代中期,波多黎各、古巴和菲律宾成了西班牙曾经有过的庞大的殖民帝国的3个仅剩的殖民地。由于担心它们也造反,西班牙对其采取了宽松的政策。尽管如此,1838年,岛上仍然发生了要求独立的革命密谋,它以其组织者或被处决或被流放告终,但它却成了目前仍然存在的波多黎各独立运动的先祖。1850年,在法国受过教育的岛民 Ramon Emeterio

^① See Randall Peffer, *op. cit.*, p. 17.

^② See Randall Peffer, *op. cit.*, p. 18.

Betance 成了波多黎各独立运动地下组织的领袖,他最终被迫流亡法国。1868年9月23日,数百革命者占领了拉里斯(Lares)城,喊出了“波多黎各自由万岁”的口号,这一口号后来被称之为“拉里斯的呼喊”,成为波多黎各自由运动的象征。革命者宣布成立波多黎各共和国,选举了临时总统,但这场革命最终被镇压下去。尽管如此,宗主国的政治形势也在发生变化,在拉里斯革命不久后,西班牙的军事领导人推翻了伊莎贝拉二世的王朝,建立了共和国,从此对殖民地的自由化的要求作更多的让步,甚至允许波多黎各派出代表到马德里的众议院,允许成立选举产生的市议会。1897年,波多黎各派出自己的代表 Luis Munos Rivera 到马德里向西班牙政府请求自治并得到了允许,西班牙授予波多黎各西班牙政府下的自治国的特许状,该岛有权根据选举的两院制议会的议员制定的法律自治,波多黎各至此已差不多拥有主权。^①它当时从西班牙获得的地位与它现在从美国获得的地位差不多,这就是波多黎各人至今对美国人抱着一种隐隐的对抗情绪的原因。

正是在这个波多黎各历史上最好的时候,1898年爆发了美西战争,西班牙败北,美国于同年的7月25日在波多黎各的第一届议会举行开幕式后的第八天占领了这一地域,波多黎各议会解散。在同年12月10日的巴黎和约第11条中,西班牙把波多黎各割让给了美国,这又使波多黎各人对西班牙人有了一种对抛弃者的怨恨。此后美国在波多黎各实行了将近2年的军管。其间,解除了天主教会与政府的联系,取消了教会对教育的控制。清教的传教士纷纷来到波多黎各传教,开始在这里的学校教授英语。1900年2月,波多黎各的一些知名人士援引美国宪法请求国会纠正对波多黎各人自由的限制。美国考虑到与波多黎各同时作为美西战争的战利品获得的菲律宾在军管条件下发生起义的教训,^② 决定

^① See Randall Peffer, *op. cit.*, p. 18~24.

^② 关于菲律宾人在美国占领下的起义, See Nelson Klose and Curt Lader, *United States History: Since 1865*, Sixth Edition, Barron's, New York, 2001, p. 104, 220. Also see G. J. A. O'Toole, *The Spanish War: An American Epic 1898*, W. W. Norton & Company, New York, London, 1984, Chronology.

结束军管。同年4月,国会通过了福拉克法(Foraker act),允许建立波多黎各的文官政府,岛民可以选举一个执委会(Executive Council)、一个代表院(House of Delegates),并允许波多黎各向美国众议院派一名不投票的居民专员,规定由美国总统指定波多黎各的总督和最高法院的法官。岛民们根据美国法律纳税但无美国公民权。比较之下,西班牙在1897年自治特许状中授予的许多自由都不见了。通过这些措施,波多黎各成为美国历史上第一个自治领地(Unincorporated territory)。岛上的居民是“波多黎各公民”而不是美国公民。1914年2月,美国众议院举行听证会考虑波多黎各人的美国公民权问题,但由于岛上的一些政治家谋求独立而未授予美国公民权。只是到了1917年3月2日,伍德罗·威尔逊总统签署了琼斯法(Jones Act),才授予波多黎各人美国公民权。^① 该法也授予了美国总统否决任何由波多黎各政府通过的法律的权力。^② 20世纪30年代中期,波多黎各及其在国会中的朋友多次为该岛请求独立、自治或州的地位,但都没有结果。从此,波多黎各的政治走向成为一个重要问题。

围绕这一问题,波多黎各形成了3个政党。第一个是波多黎各国民党(PNP),它主张独立;第二个是人民民主党(PPD),它主张提高人民的物质福利,不注重是否独立的问题。本文开头提到的机场的名字就得自该党的创立人;第三个是波多黎各独立党(PIP),它的宗旨一望而知。这些党派基于其政治纲领,对波多黎各法与美国法的关系采用不同的处理模式。

由于独立运动的加强,美国逐渐给波多黎各一些好处,1947年授予了波多黎各人选举自己的总督的权利,而以前的总督都是美国总统

^① 尽管如此,美国与波多黎各的关系仍在某些方面显得奇怪。波多黎各盛产的罗姆酒出口到美国要缴纳关税,尽管此等税收要退给波多黎各政府使用。在完成本文的今天,我参加一个美国机构为外国学生学者组织的活动,惊讶地在同行人中发现了波多黎各人,原来他们在美国学习是被作为外国人对待的。

^② See Ronald Fernandez, Serafin Mendez Mendez and Gail Gueto, Past and Puerto Rico Present, An Encyclopedia, Greenwood Press, Westport, Connecticut·London, 1998, pp. XVIIIss.

委派美国人。1948年允许波多黎各成立宪法政府。1951年7月4日,岛民们制定了自己的宪法,它设计了波多黎各与美国的新关系,波多黎各取得了“自由联系国”的名称。^①

但州的地位总是一些波多黎各人所期望的,1967年,举行了首次全民公决,“州派”失败。同年诞生了一个新党——进步党(PNP),其纲领就是取得州的地位。后来又经过了数次公民公决,每次“州派”都不能取得必要的多数,这说明多数波多黎各人主张维持1951年宪法确定的波—美关系现状。如此,波多黎各人既可以保持美国公民身份,又可以维持他们自己的财政自治、西班牙语文化传统以及奥林匹克代表队。^②

上面关于波多黎各政治背景的介绍并非脱离主题,独立或成为美国的一个州,对波多黎各的法律走向的影响当然是不同的,前者意味着对民法传统的强调;后者意味着要更多地与普通法同化。

二、民法典的引进及其流变

自从成为西班牙的殖民地后,波多黎各像其他西班牙殖民地一样,适用西班牙本土的一切法律以及西班牙专门为殖民地颁布的法律。就前者而言,有《老法》(Fuero Viejo)、《审判书》(Fuero Juzgo)、《七章律》(Siete Partidas)、《最高法院和王国最高参议会决定集》(Autos Acordados)等;就后者而言,有《西印度王国法律汇编》(Recopilacion de las leyes de los reinos de indias)、《印第安人的法律》(Leyes de Indias)等。上面的立法都是综合意义上的法典编纂,不是部门法意义上的法典编纂,而只有进行了这种意义上的法典编纂,才会产生本文要论及的波多黎各民法典问题。

到19世纪初期,西班牙才开始了部门法意义上的法典编纂。1812年的卡迪斯(Cadiz)宪法建立了民主制度并要求对西班牙法律的主要

^① See Randall Peffer, op. cit., p. 26.

^② See Randall Peffer, op. cit., p. 28.