

● 米健
著

法以載道

比较法与民商法文汇

 商务印书馆

法 以 载 道

——比较法与民商法文汇

米 健 著

商 法 百 生 館

2006 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

法以载道/米健著. —北京:商务印书馆, 2006

ISBN 7-100-04527-4

I. 法… II. 米… III. ①比较法—研究—文集

②民法—研究—文集③商法—研究—文集

IV. D908-53②D913.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005) 第 058097 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

法 以 载 道

——比较法与民商法文汇

米 健 著

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 7-100-04527-4/D·372

2006年3月第1版

开本 880×1230 1/32

2006年3月北京第1次印刷

印张 19½

定价: 31.00 元

序 言

读者眼前的这本文集,是我自 1984 年从事法学教育与研究到 2004 年之间公开发表过的学术论文。起初设想包括三个部分:比较法学与法律史、民商法和司法改革。但是文稿搜集起来后,才发现这样一来篇幅太大。此外,考虑到各部分文章风格最好是差不多相同,于是最后取消了司法改革部分。尽管如此,仍然可以说这是我二十年学术生涯的一个小结,由此大体可见我这些年来浪迹于学术天地之间,求索于知识海洋之中的踪影。

文章整理出来之后,即使去掉了司法改革部分,但仍然涉及很多。法律史、比较法学、法理学、罗马法、民商法以及澳门法等,似乎没有重心和专长。这也许是我的人生态度决定的,即一切顺其自然。但对于学术而言,顺其自然可能往往意味着兴之所至。兴趣既多,也就难以专心,无专心当然也就难以成为专家,这也就难怪我这么多年在学术上未有什么成就。不过,至少有一点我可来自我开释,那就是我对学问始终是认真的,有“文章千古事”这种古拙的意识。检视收入的文章,自认为几乎每篇都是用心写的,基本上都能代表我在某一阶段在某个学术领域的领悟。也许是我从史学转入法学的缘故,长久以来我在学术上总有些历史感或历史情结。今天写文章,不仅要追寻昨天,而且还要想到明天,顾及对得起古人、今人和后人。因此,表面上或许让人觉得我做文章徜徉潇洒,但实际上很是小心谨慎。学术的生命、价值和品位在于个

2 序 言

性、独到和自信。所以,长久以来我始终追求着一种学术境界:学术人格的独立。可以说从没有追赶学术时髦,没有趋势赴利。这里的文章仅仅是表明一种学术存在,现在拿出来,但求自勉。当然,如果它们能体现一种人格和个性,则我愿足矣。我一直觉得学者们争来竞去有时真是很无聊,最后能拿来说说的恐怕只有学术人格。如果没有了学术人格,那绝对是一无所有,极其可悲。

要在此略作表白的是,出版这本文集很大程度上出于一种惭愧和责任。如今教的学生,尤其是指导的硕士、博士生越来越多,但自己能够拿来用作师表的文章著述的确太少。虽然学生同行们不说,但我早有自知之明。将陈文旧稿搜罗起来付梓,一方面是做一个学术小结,另一方面也是聊胜于无或用以正名吧。老实讲,我这些年的学术也就是一种客观的存在而已,远不是一种成功的存在。或许正因为如此,我才给了这本文集一个含含糊糊的名称:法以载道。因为道是什么,真的很难说清。但如果你内心有一个确认,那么你也就得道了,就像信佛教的人心中有佛,信基督教的人心中有上帝一样。我不信教,但却一心想用学术去追求一种道,一种因我内心确认而存在的道。所以,它只能是我的,不可能是别人的。

此文集能够如此顺利的出版,颇得益于王兰萍女士的热心帮助。从选题到内容安排乃至文字版式,她都给予这本文集以认真细致地关注。韩光明、邓建中和仲伟珩为搜集论文先后付出了劳动,沈建峰整理并认真校对了全部文稿。在此向他们一并表示感谢。

米 健

乙酉年初秋于北京蓟门

目 录

序言	1
比较法学与法律史篇	1
略论罗马万民法产生的历史条件和思想渊源	3
罗马法对法国法的影响	17
从中西法律文化的冲突与交融看澳门法律制度的未来	31
按“一国两制”原则建设澳门法制的必然性和可行性	51
澳门香港法律过渡问题的同异及其相应政策	63
论大陆法传统	
——及其与大陆、台湾和澳门法制的关系	78
中国大陆法制对澳门地区法制的借鉴	103
——多元法律制度下的法律发展途径	
从人的本质看法的本质	116
——马克思主义法观念的原本认识	
论拉德布鲁赫的相对主义法律思想	133
二十世纪的尾声,新的世纪的序曲	
——写在澳门即将回归之际	168
“一国两制”原则下澳门法律制度面临的挑战	180
从比较法到共同法	
——现今比较法学者的社会职责和历史使命	191

2 目 录

一个西方学者眼中的中国法律文化

——读何意志著《中国法律文化概要》·····	208
------------------------	-----

澳门本土法学与本土法律者·····	233
-------------------	-----

比较法学与当代中国法制之命运·····	242
---------------------	-----

比较法学与世界法律文化·····	268
------------------	-----

民商法篇 ·····	277
-------------------	-----

略论公害的民事责任·····	279
----------------	-----

现代侵权行为法归责原则探索·····	286
--------------------	-----

试析《民法通则》中的民事责任·····	298
---------------------	-----

论我国现阶段城市中的相邻关系·····	307
---------------------	-----

论所有权之相对性·····	320
---------------	-----

推定过失的比较观·····	339
---------------	-----

现阶段中国联营及其交叉参股的比较研究·····	352
-------------------------	-----

企业联合法基本问题的比较探讨·····	375
---------------------	-----

关于“公平”归责原则的思考·····	387
--------------------	-----

现今中国民法典编纂借鉴德国民法典的若干思考·····	400
----------------------------	-----

用益权的实质及其现实思考

——法律的比较研究·····	420
----------------	-----

用益权

——解决所有权难题的一个思路·····	459
---------------------	-----

典权制度的比较研究

——以德国担保用益和法、意不动产质为比较考察

对象·····	473
---------	-----

物权行为抽象原则的法理探源与现实斟酌·····	503
-------------------------	-----

物权变动原则的司法创制

——解析《最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件 适用法律若干问题的解释》第 8、9、10 条·····	522
论“民事法律行为”命名的谬误·····	529
意思表示分析·····	537
法律交易论·····	560
论“知假买假”的不可保护性·····	589
民法编纂	
——人格权不宜独立成编·····	596
人总是要有一点精神的	
——代后记·····	601

比较法学

与

法律史篇

略论罗马万民法产生的 历史条件和思想渊源*

罗马法学家的全部法律分为两大部分：公法和私法，其主体是私法。现在所谓罗马法，一般是指私法而言。而就私法的构成来说，即市民法与万民法。它们在罗马法中长期并存，因而决定了罗马法的二元制体系。其中市民法为早期罗马法的主体，而万民法则是罗马法在较成熟阶段的产物，它是摒除了民族和地区局限，普遍适用于所有民族与国家的国际法。罗马法所以能够对后世法律产生深远的影响，万民法起着决定性的作用。要了解资产阶级法律的本质及其特征，首先宜从罗马万民法入手。因此，考察罗马万民法产生的历史条件和思想渊源，对于我们更有效地对资产阶级法律进行批判的继承，加强我国社会主义法制建设，是有一定现实意义的。

一

罗马法的起源最早可以追溯到纪元前一千年前后。王政时期（公元前 753—前 510）是古罗马社会发展的一个重要阶段。继之建立的共和国以及市民法的形成，在很大程度上是以王政时期的

* 原载《厦门大学学报》，1984 年第 6 期。

社会经济与政治制度为背景的,这时期的社会制度具有明显的父权制痕迹。公元前510年,罗马人民推翻“傲慢之王”塔克文的统治,结束了王政,建立起罗马共和国,它标志着罗马社会发展的新开端。随着罗马社会生产和社会生活的发展,罗马国家的习惯、立法等法律渊源不断得到积累和丰富。特别是平民与贵族的斗争,加速了共和国的立法工作。公元前451—前450年,《十二铜表法》由十人立法委员会制定颁行。

《十二铜表法》是现在所知共和国最早的较完整的立法。其主要是对王政前后罗马社会习惯的整理编订,同时吸收了一些希腊法律规定,故可以说是一部成文的习惯法,它是典型的罗马城市法,市民法首先在此得到反映。依据市民法,要作为权利主体并获得法律的保护,首先就必须具有罗马公民资格,亦即市民权(公民权)。然而他们充其量不过是罗马国家内部全体人民的一部分。非罗马市民,拉丁人或外国人,并不是市民法的权利主体,所以市民法本质上就不是罗马国家内全体人民的法律。这种法律上的不平等,是与罗马社会的发展相悖的,因为罗马社会生活无论在经济上或在政治上都不只以“罗马人民”为限。随着共和国的扩张,随着罗马人与意大利人及外国的关系日益加强,随着生产力的发展和商业贸易的频繁,这种矛盾必然趋于尖锐化。

就市民法的内容而言,它有形式主义、僵化、僻陋之嫌。一项交易的完成,必须经过多种郑重但却繁琐的仪式,才能造成一定的法律事实,实现当事人双方的法律关系。在这过程中,即使是忽略了一个细小的环节,都会导致整个交易无效。市民法有很大一部分是旧有习惯的沿袭,这些习惯产生较早,很可能是在书写出现之前,“所以手势、象征的行为和庄严的成语便被用来代替了文件的形式,冗长和复杂的仪式是为了要使有关各造都能注意到它的重

要性,并使证人们因此获得深刻的印象”。^①当时,所有人与人之间的交易都包括在两种法律行为中,即“曼企帕蓄”和“耐克逊”。前者实际上是一种出卖或让与,后者则为一种借贷。一个“曼企帕蓄”的实现需要具备三个条件:(一)以现金进行交易;(二)须有五个证人和一名司秤在场并应为罗马公民;(三)物件的移转必须在当事人双方在场时当面进行。这些条件缺一不可。《十二铜表法》明文规定:“出售和转让的物品只有在这样的情况下才为买主所有,他们付给卖主买价,或以某种方式对他们保证满足(他们的要求)。例如提供保证人或给予随便一种物品作为抵押。”^②这势必给人们带来不便。“耐克逊”严格意义上讲是一种庄重的借贷,它的实现方式与“曼企帕蓄”概同,它的实现可以强加于人,以一种义务,而且必须履行,否则会受到债权人合法的人身惩罚,甚至解体分肢,一般多为豪富用来奴役贫苦平民。

市民法的法理原则还有时代的局限。《十二铜表法》中,公、私法混杂一体,如在第三表债务法第七条中列入对叛逆者起诉的时效规定,就其本质当归诸私法,然就其意义,乃关系到罗马国家的状况,故又可归诸公法。另外,《十二铜表法》中不少地方自相矛盾,如同态复仇与罚金并存,概括继承与遗嘱自由并存等等。

《十二铜表法》中,有许多规定属于物产法,所有权法涉及不动产房屋、土地等。这实际上反映了“所有权是罗马公民的所有权,但是作为罗马人他一定是土地所有者”。^③《十二铜表法》有关债务、高利贷的规定简单且不成熟,它无论如何都是难以满足社会发展需要的。

① 梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第116页。

② 《十二铜表法》,第七表第11章。

③ 《马克思恩格斯全集》,人民出版社,第46卷,第477页。

二

平民与贵族的斗争是共和国早期的主要社会矛盾,这种斗争促进了共和国的立法工作。十二铜表法、坎努里阿法、李锡尼法、波提利阿法、霍腾西阿法等都是在这种斗争中产生。这些法律、法案标志着平民斗争的逐步胜利,调整了共和国内部的阶级关系,尤其是自由民阶层之间的关系,从而扩大和巩固了共和国的社会基础。表现在:上层平民与贵族合流组成新贵,加强了统治阶级的力量;一般平民取得完整的公民权,在法理上成为共和国的主人,自由身份受到法律保护;共和国的国家机构进一步趋于完备,平民会议成为有最高立法权的公民会议。

在共和国社会基础逐步巩固的同时,罗马国家加紧对外扩张与侵略。从公元前五世纪末直到公元前一世纪中叶,共和国进行了大小数十次战争,确立了它在地中海、爱琴海区域的霸主地位,成为当时最大的殖民主义强国。这时,罗马国外领土已五倍于意大利本土,罗马行省和隶属罗马的国家已环绕地中海。

恩格斯曾经指出:“罗马的占领,在所有被征服的国家,首先直接破坏了过去的政治秩序。其次也间接地破坏了旧有的社会生活条件。其办法是:第一,以罗马公民与非罗马公民(或国家臣民)之间的简单区划,代替了从前的等级划分(奴隶制度除外);第二,(这是主要的,)以罗马国家的名义进行压榨;最后,第三,到处都由罗马法官根据罗马法进行判决,从而使地方上的社会秩序都被宣布无效,因为它们和罗马法制不符。这种办法必然产生荡平一时的作用,特别是运用于各民族达一二百年之久的时候更是如此。”^①

① 前引《马克思恩格斯全集》,第19卷,第331页。

伴随着罗马共和国扩张而发生的是愈来愈多的移民涌入罗马,究其原因主要有三点:首先,城市是商业的发源地,城市人口增长正是商品贸易发展的结果。其次,罗马的繁荣和强盛吸引着大量的商人和移民进入罗马定居。再次,许多人希望寻求安定的社会环境生息,而它当时是相对稳定的。后来帝国最安定之时,人口曾达五千四百万。

时至公元前三、二世纪,罗马已不是原来那种城邦国家了,它已成为世界上各个民族和国家进行交易的共同市场。这种商业贸易的一个必然结果之一,就是平衡划一这些人民或民族间的区别。与此同时,由于希腊文化的发展和希腊文化对罗马的影响,原有的城市的狭隘的公民观念在逐渐遭到破坏,而罗马公民本身也正被改造为有世界观念的“世界公民”。在这种情况下,罗马人在法律上的特权地位再也不能继续下去。更重要的是,由于私有制进一步发展,人的私有意识大大加强,商品货币经济的深度与广度都已今非昔比,其内容之丰富,形式之多样远非市民法所能逮及。而市民法的形式主义,程序僵化与内容狭窄都已是社会经济进一步发展的障碍。英国法律史专家梅因曾就此论述到:“无论是为了罗马的利益或是为了罗马的安全,都不允许把外国人完全剥夺法律的保护……况且,在罗马史中从来未有一个时期忽略过对外贸易。”^①“法律是事实的公认。”^②而现在恰是要对新的社会情况作出新的公认的时候。由于社会的进步,市民法扩大为世界性的法律——万民法,已势在必行。罗马法实际进程所遵循的方向路线就这样决定了。“如果说国家和国家法是由经济关系来决定,那

① 前引梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第28页。

② 前引《马克思恩格斯全集》,第4卷,第124页。

么,不言而喻民法也该如此。因为民法的作用本质上就是要把个人彼此间在一定情况下所有的正常关系确认起来。”^①而这种确认的结果,就是万民法的逐步形成。

三

万民法的产生和发展在理论上并非无所继承。在罗马人看来,万民法就是人与人交往的“自然平衡”原则,是这种原则的具体化、明确化。一句话,自然法乃是万民法赖以产生发展的思想基础。

罗马法改进所依据的自然法思想,其渊源最早可溯及到希腊的政治思想家,诡辩大师普罗塔格拉和政治思想家、哲学家伊壁鸠鲁,但直接对罗马法发生影响的是斯多葛学派。斯多葛学派的主要思想是伦理学。它确信在人们繁芜纷杂的事务中,一切要求的目的无非是要给人的行为提供一种理性的、道德的模式,而理性则是这样一种禁止和抑制的指导力,亦称之为法。这种思想的意义在于:首先,人的生活目的和世界的构划是一致的,要按自然而生,即人必须服从一种超自然的人类理性;其次,世界是一个庞大的城市,是一个整体,人作为一个世界公民,对这个城市应负有义务和保有忠诚,他必须在这个世界的种种事务中发挥积极的作用,这个世界乃是道德和正义的象征。能本此而为则是“智者”,而“智者”这个有很大个人主义倾向意味的概念是与原有的公民集体观念相对立的。显然,斯多葛学派对于城邦国家,民族差别是漠不关心的,在他们看来,人类对社会生活自然幸福的渴望,只有在

^① 前引《马克思恩格斯全集》,第21卷,第346页。

全体人类合理的、平等的交往中才能实现。自然理性赋予每个世界公民以同样的权利与义务,而民族与国家在这种意义上是不存在的。斯多葛学派的这种社会思想,这种世界主义观念,很大程度上反映了希腊城邦观念的破灭和希腊化时期社会生活方式的改变。正因如此,当罗马共和国不断扩张,在地中海建立霸权时,这种自然法思想便为罗马的政治家、法学家所接受,并予以进一步的阐发。

首先系统继承斯多葛学派自然法思想的是西塞罗(公元前106—前43)。他是当时罗马著名的政治家、雄辩家、法学家,曾长期出任执政官和元老院议员,著有《国家论》、《法律论》、《义务论》等。在西塞罗的法律理论中,他赋予自然法以更广泛的意义:人定法是自然法的精密化;自然法普遍应用,永恒不变,国家与人的最高行动准则均在自然法中;同时他又认为法律与国家都是人民的共同财产,法律体现着正义,所以合法的政府方是正当的合理的政府。此外,塞涅卡(公元前3—公元65)也对斯多葛学派的思想做出了新的发展,是罗马斯多葛学派的奠基人之一。他赞同斯多葛学派的自然法观念,提出人的灵魂平等的看法,发展了社会契约思想,还认为整个世界是人的祖国。他的政治、法律思想是罗马帝国的政治思想基础。帝国时期的法学家同斯多葛学派哲学家联袂为盟达数世纪之久,对罗马法的进步产生了重大影响。他们一致认为:人们所根据的“自然平衡”原则乃是一个理性的统一体,它意味着法律规则是为人们所普遍接受或承认的,全体人类可能自然遵守它。万民法就是在上述基础上建立起来的“所有国家共有的法律”,它以罗马市民法为基础,参照地中海沿岸各国的商法而制定,目的是用以调整罗马统治区域内全体人民的社会关系。它是罗马