

大陆法与英美法的区别

杨 兆 龙 著

陈 夏 红 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

大陆法与英美法的区别

杨 兆 龙 著
陈 夏 红 编



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

大陆法与英美法的区别/杨兆龙著;陈夏红编. —北京:北京大学出版社,2009.10

ISBN 978 - 7 - 301 - 15452 - 6

I . 大… II . ①杨… ②陈… III . 法律体系 - 比较法学
IV . D904.3

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 111654 号

书 名: 大陆法与英美法的区别

著作责任者: 杨兆龙 著 陈夏红 编

责任编辑: 侯春杰

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 15452 - 6/D · 2347

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.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788
出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印刷者: 北京汇林印务有限公司

经销者: 新华书店

880mm × 1230mm A5 12.375 印张 278 千字

2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

定 价: 22.00 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

为学当如杨兆龙

——代编者前言

陈夏红

今年恰逢著名法学家杨兆龙先生逝世30周年。1979年4月1日,时年75岁的杨兆龙经历九死一生的磨难后,还未盼来人生第三次“解放”的转机,却因脑溢血突发而撒手人寰。巧合的是,由此再上溯30年,即1949年,时年45岁的杨兆龙学问与事业渐臻佳境,但在迎来人生的第二次“解放”后,他的命运却急转直下,迎接他的不再是鲜花与掌声,而是思想改造、反“右”、“文革”等次第展开的政治运动。倘若由此再上溯30年的话,1919年正是中国大地风起云涌的时代,时年15岁的杨兆龙尚在江苏镇江的润州教会中学读书,这个出身金坛农家的少年正期待着人生的第一次解放:通过教育改变命运。——的确如此,此后他先后就读于燕京大学、东吴法学院,担任过上海公共租界临时法院的法官,旋又进入司法行政系统,吃上了“官”家饭。及至1935年在哈佛大学获得S. J. D学位;继而赴德国柏林大学进行博士后研究;1936年归国时,他在学术上已趋成熟。在1947年率团考察欧美七国的司法和法律教育,并参加各种重要的国际学术会议,当选为各种国际学术组织的领导人物,并被海牙国际法学院评为全世界五十位杰出的法学家之一,他的人生与事业可说是如日中天。

倘若不是发生内战，可能只有上帝知道杨兆龙会取得多大的成绩。即便日寇侵华使中国和包括杨兆龙在内的许许多多中国人，都失去一次千载难逢的现代化的机会，但在1945年战后司法重建中，身为司法行政部刑事司司长的杨兆龙亦在战争罪犯审判、战后法制重建等时代性命题中做出了卓越的贡献。

从事业的角度看，杨兆龙1949年前在民国司法行政系统的经历，应该说是非常成功了。但这种成功对中国的影响、对他人的影响还是间接的，还不足以让我们对他保持十二万分的敬意。在编者看来，杨兆龙之所以能够赢得后人的敬重，其在中国法治化进程中的努力固然是一个理由，但更重要的却是其在学术领域留下的大量真知灼见。

遗憾的是，铺天盖地的政治运动不光毁掉了杨兆龙的物质生命，亦毁掉了杨兆龙的学术生命，甚至连已有的承载杨兆龙学术生命的学术成果，亦摧毁至荡然无存。据杨兆龙的女婿陆锦碧先生介绍，1952年东吴大学法学院思想改造时对杨兆龙的统计，其1949年前的学术成果约有325万字。但这些学术成果在经历了二十多年的浩劫之后，几乎毁损殆尽，我们所能看到的只是一鳞半爪、吉光片羽。陆锦碧在1991年退休后，一直致力于收集杨兆龙教授的学术作品，但即便费尽九牛二虎之力，所找回者亦不过九牛一毛而已。陆锦碧努力的成果，便是2000年由中国政法大学出版社出版的《杨兆龙法学文选》，这本书共收集了28篇文章，约有42万字。在该书出版5年后，法律出版社于2005年推出“东吴法学先贤文丛”，陆锦碧在《杨兆龙法学文选》的基础上，又找到杨兆龙的博士学位论文、大量译文以及其起草的法律文本，遂编辑成近50篇文章、约有106万字的《杨兆龙法学文集》。即便以此来看，相对于325万字的总量来说，杨兆龙的学术成果不

彰于后世者依然十之六七。

现在呈现在读者面前的这本《大陆法与英美法的区别》，是编者在杨兆龙的学术作品中所编选的一个精华本。之所以有此想法，一方面是恰逢杨兆龙先生逝世 30 周年的节点。另一方面，则是因为《杨兆龙法学文选》出版距今已接近 10 年，该书印量极少，但书中讹误极多（据陆锦碧校对出的错误有 200 多处），书店也早已将此书下架；而《杨兆龙法学文集》的内容虽较全，但价格也较高，除非对杨兆龙的学术思想有特别兴趣者方会购买。如此一来，其学术之精华，在浩如烟海的学术文献中反隐而不显了。因此，我希望将杨先生的学术成果采撷为一个可以供更多读者接受的小本，以便更多人接受杨先生学术成果的教益，并了解杨先生其人。当然，这个想法的最终实现，则完全有赖于陆锦碧、杨黎明夫妇对编者工作的支持，更有赖于北京大学出版社及该社编辑曾健先生对此想法的接纳。

但选编杨先生的文章却并不是一个轻而易举的过程。这倒不是因为编者对杨兆龙的文字不熟悉，事实上，就编者关注的法律人中，我对杨兆龙可以说是熟悉得不能再熟悉了。杨先生的这些文字，编者已经读过很多遍，并做了不少笔记。编者浸淫于教科书和满目尽是“概念”、“特点”、“各国立法”、“中国应立或应修改 XX 法”的学术八股文中头晕脑胀之后，每每将阅读的视野切换到民国学者尤其是杨兆龙的文字中时，眼前无不豁然开朗，真有“噪噪切切错杂弹，大珠小珠落玉盘”之感。如此一来，觉得几乎每篇文章都有可选之处，心里想着“精华版”，选来选去几乎又成了“杨兆龙法学全集”。如此一来，距离“精华版”的目标自然渐行渐远。无奈之下，只好横心割爱，一删再删，最终选入了如下九篇文字。

正如所谓“世界之眼光，中国之问题”，中国司法的改良问题，一直是中国近代以来知识分子最为关注的，也是杨兆龙关注最多、着墨最多的学术话题。该领域的文字，编者斟酌再三，选入了杨先生的学位论文《中国司法制度之现状及问题研究》、时论《司法改革声中应注意之基本问题》以及学术论文《由检察制度在各国之发展史论及我国检察制度之存废问题》这3篇。尤其《中国司法制度之现状及问题研究》一文，作为杨先生在哈佛大学的博士学位论文，有足够的篇幅可供其展开对中国司法制度之历史与现状的整理，并梳理出足以把握纲领的核心问题。此学位论文当年的答辩是由美国法学巨擘庞德教授所主持，今时看来仍充满对中国司法制度的深刻洞察。

对于现在的法律人而言，杨兆龙的《大陆法与英美法的区别究竟在哪里？》是最具学习意义的一篇文字，也是最能体现杨先生丰厚的学术功力的一篇。该文正好作于1949年，在《新法学》第2至4期连载。这篇文章在参考大量第一手资料的基础上，对大陆法与英美法的各自含义、形成过程、主要区别等问题做出了清晰明了的阐述。但凡涉足法学者，总要首先知悉大陆法与英美法之分，由是，对此问题的各种解析在各种教材以及各种期刊甚嚣尘上，但就编者所阅读之材料而言，没有哪篇文章比杨先生60年前的这篇《大陆法与英美法的区别究竟在哪里？》更为清楚明白的了，正所谓大师之作，深入浅出，条分缕析。编者以为可列入法学必读之篇章。

一部中国现代化的历史，就是一部中国法治化的历史。根据唐德刚先生“历史三峡论”的断言，中国这艘航空母舰迄今为止依然在历史三峡的激流险滩中踟躅前行。在这种时空背景下，无论是1949年前还是1979年后，朝野各方对于法治、宪政的吁求一直

不绝于耳。杨兆龙在此话题上亦留下了不少文字,编者选入了《法治的评价》、《宪政之道》这两篇,读者由此或可管中窥豹地了解先贤们在此中国式题目中的思想操练。

杨兆龙一生从事法学教育与研究,一直奋战在法学教育与研究第一线。对于中国法学及中国法学教育的发展,杨兆龙有参与、有建议、有批评、有建言,更有切身的实践。围绕此题目,编者选入了《〈新法学〉诞生的前夕——法学界的贫乏》、《中国法律教育之弱点及其补救之方略》两篇文章。

《〈新法学〉诞生的前夕——法学界的贫乏》完成于1949年,原是应孙晓楼主编的《新法学》所写的发刊词。该文直面20世纪40年代中国法学界的五大痼疾,提出“《新法学》如果要完成它的革新或改造法学的使命,必须先去除法学界的贫乏”。此文虽作于60年前,然于今日之法学界,此“贫乏”之词仍大有其意在焉。

《中国法律教育之弱点及其补救之方略》完成于1934年,发表于是年《东吴法学杂志》的“法律教育专号”中。该文可以说是对当时中国法学教育最为全面的总结和批评之作。该文不但同时批评了对于中国法学教育的“高调派”(即大肆批评攻击而不提出任何改进意见)和“低调派”(认为中国法律教育积重难返,主张全盘废止),而且着力考察了“中国法律教育之弱点究竟在哪里”的问题,并将中国法律教育的弱点分为两类:一类是学校方面的;一类是学生方面的。而针对此种种弱点,杨兆龙又提出了管理、教授、课程、设备及入学等五大方面的补救方略,全面而具体。正所谓“太阳底下无新事”,中国法律教育在1949年之后经历了死而复生,又经历了改革开放三十年,但问题还是那些问题,该文对于今日从事法律教育的人来说,仍不无重要意义。

1949年之后,杨兆龙基本上被剥夺了登台授课和从事学术研

究的权利。职是之故,杨兆龙在1949年之后的文章少,学术文章更少,有限的文字都被拿来作为其“右派”的罪证。时代、国家荒唐如此,自身难保,学问又从何谈起?杨兆龙这期间的文章,编者只选入《法律的阶级性和继承性》一文。该文是杨先生后来遭到一系列不公正待遇以至牢狱之灾的肇端之一。编者知道这一题目在今天早已过时,但对现在的读者而言,也可借此了解在一场政治运动之中,如此单纯的学术话语也竟可成为罪证的可堪唏嘘的时代印记,同时读者也可以略微了解到,杨兆龙可悲可痛的后半生,至少从表面上就是由这样的一篇篇文章带来的。但即使在这样的文章中,我们依然能看出杨兆龙作为学者的学术功力。此文发表时,杨兆龙已有6年时间没有写过学术论文,而此文引证了大量俄语文献。杨兆龙的俄语是在1949年后艰难学得的。不仅能够迅速地掌握“红”色语言,更能用“红”色的逻辑和话语体系,阐释学术真理。杨先生的卓越与聪敏,独立思考的学术立场和严谨周到的治学精神,由此可见一斑。

本书作为从杨兆龙学术作品中采撷的一束“精华”,其编选的好坏最终都需要由读者来判断,也应由编者来承担。作为编者,我最后想说的是,希望读者诸君在掩卷沉思之余,不要忘了向杨兆龙先生表达您的敬意,也不要忘了向陆锦碧、杨黎明二位先生对本书出版的支持表达您的谢意。我对他们的敬意与谢意,早已溶化在本书之中了。

2009年8月22日于昌平军都山下

目 录

001	大陆法与英美法的区别究竟在哪里？
053	中国司法制度之现状及问题研究 ——与外国主要国家相关法制之比较
223	法治的评价
231	宪政之道
253	《新法学》诞生的前夕 ——法学界的贫乏
267	中国法律教育之弱点及其补救之方略
295	司法改革声中应注意之基本问题
317	由检察制度在各国之发展史论及我国检察制度之存废问题
363	法律的阶级性和继承性

大陆法与英美法的 区别究竟在哪里？*

* 连载于 1949 年《新法学》第二、三、四期。

一、本文的目的与范围

在本杂志的创刊号我曾发表“新法学诞生的前夕——法学界的贫乏”一文。在那篇文字中,我曾谈到国内一部分学法之士对于大陆法与英美法之区别所发生的误解。当时因为限于篇幅,对于二者之区别究竟在哪里,未能作详尽的说明。本文的目的就是要对于这个问题作一个比较详细的研究,使读者们放弃几种错误的概括、肤浅的观念。

这个问题初看似甚简单,可是仔细研究起来,却相当复杂。我们要对于它有正确的了解,必先对于大陆法与英美法二者的历史背景及所包含的成分作一番检讨。所以本文可分为两大部分:第一部分研究大陆法与英美法之意义及其形成的过程与包含的成分;第二部分研究大陆法与英美法的不同点。兹为研讨的便利起见,将其所包含各点分别论列于后。

二、何谓大陆法与英美法

大陆法(Continental Law)之大陆(Continental)本含有欧洲大陆本土之意,所以别于欧洲另一部分的英伦三岛或英格兰等处。但是大陆法既不能包括广义的欧洲法(即所有欧洲本土及海岛各

国的法),又不能包括欧洲大陆本土的法(即所有欧洲本土各国的法)。照几位学者的看法,它不过是以欧洲古代罗马法为主要根据而演变成功的一种近代法,即近代罗马法(Modern Roman Law)。^① 罗马法在欧洲的各国法制的演变过程中曾与寺院法或教会法(Canon Law or Church Law)对立过,学者们因此又称之为非教会法(Civil Law),所以近代罗马法又称为近代非教会法(Modern Civil Law)。

英美法(Anglo-American Law)是以发源于英格兰的法制为主要根据而演变成功的一种近代法。这种法一方面由英格兰流传到英国的其他版图或殖民地,另一方面由英格兰流传到美国若干区域,然后再流传到别的地方去。美国虽是一个后起之国,但是国际地位颇为重要,法律发达的程度相当高。所以大家谈到这一种近代法,常将英美并举而称之为英美法。英美法又称普通法(Common Law),这个名称是11世纪以后才流行的。在11世纪以前即盎格鲁撒克逊时期(The Anglo-Saxon Period)英格兰只有各地不同的习惯,没有统一的习惯或法律;并且裁判之事也完全操之于各地的法院或类似机构,并无统一的办法。所以当时的法制是分歧的,富于地域性的。迨欧洲北部诺曼民族(Normans)于11世纪中叶征服英格兰以后(其期间称为诺曼期间 the Norman Period)国王开始派遣中央法官赴各地审理讼案,于是因着这些法官们合理及统一的解释便产生了一套法官形成的判例法(Judge-Made Law)。这种判例法是根据当时各地的习惯而来的。但是由于法官们的合理及统一解释,它是具有统一性的一般适用的法,所以

① 法儒 Henry Levy-Ullman 即如是主张;见其所著 *Le système juridique de l'Angleterre*, 1928, t. I, p. 41。美儒 Roscoe Pound 亦同,见其在国立政治大学讲演录 *Some problems of the Administration of Justice in China*, 1948, pp. 24-29。

称之为普通法,以别于各地之特别法(Particular Law)。^① 英美法又称海洋法,所以表示与大陆对峙之意。这种名称在日本相当流行,所以日本学者常将大陆法系与海洋法系对举。我国学者亦有仿效之者。

普通研究罗马法的人大都偏重于罗马的民事法,尤其民事实体法,很少人对于罗马刑事法或其他公法如宪法、行政法等有深刻的研究。其主要原因是罗马法在民事法范围以外未能有多大发展,其刑事法及宪法、行政法等远不及民事法之进步(这一点当于下文详叙)。所以人们常喜欢拿罗马的民事法来与英美的民事法对照,并且将以古代罗马法为重要根据而演变成功的近代民事法概称为大陆法,以别于英美法。实则如果我们将大陆法当作近代罗马法看,则刑事法、宪法、行政法等不能包括在内;如果我们将刑事法、宪法、行政法等包括在大陆法之内,则近代罗马法仅及于大陆法之一部分。所以与其说大陆法是以古代罗马法为主要根据而演变成功的一种近代法,毋宁说大陆法是在民事法及其有关法方面以古代罗马法为主要根据而演变成功的一种近代法。

近代各国法制受罗马法影响的程度各有不同。其所受罗马法的影响究竟应该大到什么程度才够得上列入大陆法系,乃是一个值得研究的问题。例如,丹麦、瑞典、挪威等国虽有一套日耳曼色彩的成文法,但实际上它们都免不了受罗马法的传统观念及技术的支配。它们究竟属于哪种法系,似非一目了然,毫无疑义。甚至以大陆法正宗著称的法国,居然也有人认为它的民法典所含的日耳曼法成分多于罗马法成分。^② 大概一般学者所采为决定标

① Radcliffe and Cross, *The English Legal System*, 1937, p. 15. Goldschmidt, *English Law from the Foreign Standpoint*, 1937, pp. 6-7.

② Wigmore, *Panorama of the World's Legal Systems*, 1936, p. 1041.

准者,不外乎一种法制在内容及技术两方面所受罗马法的影响,综合观察起来,是否多于其他法系之影响。如果前者多于后者,则纵然内容方面所含的罗马法成分较其他成分略少,仍应列入大陆法系。这种决定标准当然也不一定可靠而合理。不过一般人喜欢用“大陆法”这个名称以表示世界上有一个国家或民族的集团属于这个法系,有时不能不于无法区别中勉强找出一个区别的方法来。

我们都知道大陆法与英美法并不以欧洲本土或英美两国本土为限。为求得比较明确的观念起见,我们不妨就这两种法系分布的地点作一简单的说明。

照一般人的看法,属于大陆法系的国家或民族,在欧洲,较著者有法兰西、比利时、意大利、西班牙、葡萄牙、德意志、瑞士、奥地利、荷兰、匈牙利等国,其次有东欧及巴尔干等国及苏格兰、苏俄。在亚洲,较著者有中国、日本、暹罗、菲律宾,其次有越南、朝鲜、荷属东印度等。在非洲,较著者有埃及、刚果(Conge)、阿尔及利亚(Algeria)等,其次有利比亚(Libia)、摩洛哥(Morocco)及若干欧洲本土国家之其他殖民地。在美洲之加拿大有魁北克省(Quebec),在美洲有路易斯安那州(Louisiana)。此外南美、中美,除若干英属殖民地外,俱属之。^①

至于英美法的流行区域,主要有英格兰、威尔士及爱尔兰,美国除路易斯安那州以外各处,加拿大除魁北克以外各处,澳洲、新西兰、印度,其次有亚、美、非等洲英属殖民地及若干小区域。^②

① Wigmore 同书 pp. 1141-1143.

② 同前。

三、大陆法是如何形成的

大陆法的形成可分为四个时期,即古代罗马法时期;罗马法衰落及欧洲黑暗时期;罗马法复兴、适应及与其他法系混合时期;各国法制统一化、系统化、法典化及现代化时期。^①

(一) 第一时期(约自耶稣纪元前4世纪起至纪元后6世纪止)

在此时期罗马法自一种注重形式的幼稚的城市法,因着罗马帝国的形成,而逐渐发展为进步的、在欧洲几乎完全普遍适用的法。在纪元529年罗马皇帝优斯梯尼安(Justinian)第一次公布了那部罗马法典大全(Corpus Juris Civilis);在534年又加以修正,在形式上可以说完成了古代罗马法最高峰的发展。后代研究罗马法的人大都以这部法典为根据,这是大陆法最早的一个伟大基础。^②

(二) 第二时期(自6世纪起至11世纪止)

这个时期虽正式起于6世纪,即优斯梯尼安皇帝的法典大全公布施行以后,但是其潜伏期在4世纪即已开始。从那时起日耳曼民族便大量的侵犯罗马帝国的西部,到5世纪末叶西罗马便整个为日耳曼民族占领,剩下的只有以君士但丁为中心的东罗马帝国。优斯梯尼安虽是一位有为的皇帝,并没有能收复失地,复兴罗马,并且从此以后外患频仍,国势日蹙,连东罗马帝国都几乎

① 一般学者所分期较细,且标准亦颇不一致,惟其分期方法大都于本文目的无甚补益,故不予采取。

② Sohm, Institutionen, 16, Auflage, 1919, S. 57ff.