

法系的产生与存续

——以西方两大法系为考察对象

宇培峰

(中国政法大学法学院, 北京 100088)

摘要】 通过考察各个法系的产生、消亡与存续来实现横向比较和纵向比较的结合, 从而实现对法系的整体研究, 这一研究主要围绕当今西方两大法系展开。在许多法系因为各种原因消失之后, 大陆法系和英美法系两大法系以其各自的特征成为世界其他法系学习的对象, 而两大法系也通过相互学习保证了自己的存续与发展。

关键词】 法系 存续 大陆法系 英美法系

中图分类号】 DF08 **文献标识码】** A **文章编号】** 1004-6917(2010)01-0060-05

一、法系的概念与划分

在中文中“法系”有“法的体系”、“法族”、“法的制度的类型”等含义。可以把这一词理解为“若干国家和地区的、具有某种共性或共同传统的法律的总称”^[1]。勒内·达维德在《当代主要法律体系》中曾言: 如果考察法律规定的内容, 我们可以把法归类成“系”, 就像宗教方面、语言学方面或自然科学方面一样, 可以忽略次要的区别不去管它, 而确认“系”的存在。法归类成系, 简化为少数类型, 则便于对当代世界各国法的介绍与理解。但关于怎样进行归类, 从而应该承认哪些不同的法系, 并无统一的意见。“法系”的概念没有与之相对应的生物学上的实在性, 使用它只是为了便于讲解, 为了强调在各种法之间存在的相似之处和区别。当代世界上的法, 虽然为数很多, 但却可以分成数目有限的法系, 因而, 我们不必阐述每一法的细节, 而只阐述这些法分属的几个法系的一般特征, 就能达到自己的目的。也正因如此, 勒内·达维德在《当代主要法律体系》一书的引言中声称他要做的第一件事就是说明法系的概念和明确在当代世界上存在哪些不同的法系^[2]。

德国学者把世界法系分为“原始民族法”、“东洋民族法”、“希腊、罗马民族法”三种^[3]。美国学者威格摩尔将世界法系依照其产生的大体时间按先后顺序排列依次分为埃及法系、美索不达米亚法系、中华

法系、印度法系、希伯来法系、希腊法系、海事法系、罗马法系、凯尔特法系、日尔曼法系、教会法系、日本法系、伊斯兰法系、斯拉夫法系、大陆法系和英美法系等 16 个法系。他认为随着时间的推移, 有些法系消亡了, 有些还依然存在。其中, 英美法系、大陆法系和伊斯兰法系属于最年轻的法系, 至今仍然存在, 并且现在世界上大部分的人口还在这些法系下生存。不过其中的大陆法系和英美法系经历了大规模的融合更新和再造, 几乎面目全非。其中 5 个法系——罗马法系、日尔曼法系、斯拉夫法系、海事法系和日本法系经过融合得以存续。埃及法系和美索不达米亚法系是两个最古老的法系, 它们早已消逝。印度法系由于容忍外族的政治统治而得以幸存。在那些最古老的法系中, 只有中华法系独立生存了下来。

二、法系的产生与存续

在人类法律制度发达的历史长河中, 有的法系消亡了, 有的却一直存续至今并不断发展, 其中的因由值得考究。埃及法系可追溯到公元前 4000 年。埃及法系是埃及丰富多彩、豪华奢侈市民生活的基础, 在阿拉伯、美索不达米亚、波斯和希腊多次入侵埃及的情形下, 历经变迁而仍然顽强存在着。但到了恺撒时代, 它终于不可抗拒地为罗马法系所取代。美索不达米亚法系形成于公元前 4000 年左右, 经历了来自东、北、西三面不断的征服浪潮, 得以大规模

收稿日期】 2009-10-25

作者简介】 宇培峰(1965-), 女, 山西人, 中国政法大学法学院副教授, 中国政法大学法学院博士研究生。

的融合。到了公元前5世纪的波斯人统治时期,美索不达米亚法系丧失了法系自身的独立性,并在公元前1世纪左右希腊人的统治时期最终消亡。希伯来法系经历了五个界限分明的阶段:公元前约1200年至公元前400年的摩西时期;公元前300年至公元前100年的古典时期;公元200年至公元500年的犹太教法典编纂时期;公元700年至公元1500年的中世纪时期;公元1600年至公元1900年的现代时期。严格意义上的希伯来法系在其第二阶段,即公元前100年时,就已消失,继而由罗马法取代巴勒斯坦的犹太法。此后,希伯来法转为以地方习惯为主,多表现为礼仪规范和道德规范。希腊法系从公元前1200年的荷马或特洛伊时代,一直延续至约公元前300年为罗马制度所吸收。凯尔特法系的历史分为三个发展阶段:第一阶段,公元前600年至公元前50年,为凯尔特人的政治独立时期;第二阶段,公元元年至公元1400年,为凯尔特法系在威尔士、爱尔兰的幸存时期;之后,威尔士、爱尔兰这两个凯尔特法系的支系,在经历了一段逐渐加速的衰败过程后,最终都在一个世纪里消失了。

在6个消亡的法系中,它们相依存在的政府和国家也消亡了,然而它们所属的种族群落却没有完全灭绝(如埃及法系和希伯来法系)。在6个消亡的法系中,有3个法系(埃及法系、美索不达米亚法系和凯尔特法系)的法律职业阶层也同时消亡;有2个法系(希伯来法系和教会法系)的法律职业阶层没有消亡,它们的系统本身也未消失,但它们不再以法律的形式存在。至于希腊法系,则从未出现过任何严格意义上的法律职业阶层。在今天的世界上存在着两大起源于欧洲的法系:一个产生于英国普通法,它的范围扩大至大部分讲英语的国家;另一个则扎根于或者部分扎根于复兴的罗马法,它的范围覆盖几乎所有的欧洲国家和一定数量的周边国家。相对于普通法,罗马法系通常被称为民法法系。罗马法系法制的沿革可分为共和国时期、帝政前期和帝政后期。公元前400年左右的《十二表法》是罗马法的最早表达形式。经过《十二表法》之后4个世纪的法律实践,罗马人用他们对宪政和法律思想的天赋,创造了一个非常发达的体系。到公元2世纪至公元3世纪,罗马法系达到鼎盛阶段。这一时期罗马人法律天赋的发展,已经远远超越任何其他早期民族。公元5世纪左右,随着罗马法律逐步崩溃,它的地位逐

渐为哥特、法兰克和伦巴底征服者的法律所取代,曾经辉煌的罗马法系面临消失的危险。在此背景下,12世纪初“法律明灯”伊纳留斯的出现,使得罗马法的研究大众化。此后,从12世纪到20世纪,罗马法经历了适应从罗马到德意志的新的社会环境、与1000多个地方习惯法一同成为西欧通行的普通法、罗马法在各国法典中的本国化、罗马法原则在世界范围内的传播等阶段。这样,和海事法系一样,罗马法系脱离了其所隶属的种族而得以独立存在。

斯拉夫民族以其备受称赞的独特品质,尤其是不受约束的理想主义丰富了人类的天性,但是属于该民族既独特又纯粹的斯拉夫法系却从未产生过。3个世纪以来,在宗教与种族之间、天主教徒与新教徒之间、日尔曼人与斯拉夫人之间的各种矛盾冲突继续困扰着波西米亚人。至于斯拉夫民族的第四个分支——俄国的法制进化则经历了从公元1100年到公元1300年的法制初创阶段、从公元1400年到公元1500年的政治统一阶段、从公元1600年到公元1700年的独裁统治阶段以及公元1800年的整体法律制度构建的阶段。这些斯拉夫民族都为世界思想作出了贡献,然而最终却未形成一个特色鲜明、纯粹的斯拉夫法系^[1]。作为世界性法系的伊斯兰法系,是现存最古老的法系。伊斯兰法的历史可以分为四个时期:7世纪早期的创立时期;13世纪为止的全面发展的时期;始于13世纪的政治停滞时期;从16世纪开始,它的大部分领地由原本独立的亚非统治者手中转交到欧洲的基督教政权的手中。在此进程中,伊斯兰法系于第二个时期的上半叶,即9世纪时得到了充分的发展。考察这一根源于《古兰经》的伊斯兰法系,尽管它是由阿拉伯民族的法学天才创始和发展的,但是却在许多世纪里被众多的不同种族坚定地继受。在法律精神和法律渊源方面,伊斯兰法系与另外两个世界性法系也迥然不同。它已连绵不绝地存续了1200年,并且存续至今。单一的法律体系不可能在印度产生,而只能是多种地方制度和种姓制度的并存。事实上,印度各族似乎从未能像一个政治实体那样实行自治。过去3000年里,印度曾为6支不同的外族入侵并统治:印度—雅利安人、波斯人、希腊人、土尔其人、蒙古人和英国人。这6支外族中,只有第一支即印度—雅利安人或称印度人,在大约3000年前建立了自己的法律体系。这一法系分为两支,即佛法与婆罗门法。印度法系

的婆罗门分支最终处于统治地位^[5]。

公元2世纪开始编纂的《摩奴法典》是后人研究印度法的重要史料。而古印度法即指公元前15世纪到公元7世纪古印度人所遵从的婆罗门教、佛教、印度教等宗教教规教义的总和。《摩奴法典》自编纂完毕之日起,一直是印度各代统治者的立法依据。

《摩奴法典》在南亚次大陆及东南亚的广大地域都有着深远的影响,从而形成以《摩奴法典》为基础的印度法系。日本的法制史可以分为四个时期,日本列岛很像不列颠群岛,两者在种族和法律上也有相似之处。由于它们都相继由数个种族定居,而且都曾分享引进的大陆文化,因此,它们都是到了其历史后期才因岛国的封闭性和独立精神形成各自独立的本土法系。由日本本国的法律天才们发展起来的德川时期的法律体系,本可以在日本本土的法律发展过程中取得更有特色的独立成果,但国际历史的发展改变了日本法系的命运。日本封建时代的法律制度深受中国传统法的影响。明治维新后,日本以法德等西方资本主义国家的法律为模本,在短短几十年的时间里完成了法律的近代化。

由上可知,法系是一个有生命的组织体,它在自我成长的过程中也促使其组成部分——法律制度合理、协调地发展。法系是如此自然生成又自我发展起来供法律科学家研究的;决定法系生死存亡的最重要的因素是严格法律意义上的法律思想体系的产生和存续,而这种法律思想体系本身又是法律职业阶层存在的结果。简而言之,法系的产生和存续取决于一个训练有素的法律职业阶层的存续和发展。对任何具体的法律思想和法律制度进行探究之前,把每一个法系当成一个生命组织进行整体研究是非常重要的。

三、大陆法系、英美法系及其区别与融合

(一) 大陆法系。大陆法系这一名词首先在英国法学中通用,以强调英国不属于该法系。在中国法学著作中,这一名称直到现在还沿用,但在西方法学著作中,其已很少使用,主要理由是属于民法法系的国家早已不限于欧洲大陆^[6]。大陆法系将纯粹的罗马法和纯粹的日尔曼法糅合成一个全新的复合型法系。学者们认为《法国民法典》中日尔曼法因素多于罗马法,而《德国民法典》却恰恰相反,但包括法国和德国在内的所有民法法系国家的法律,都可纳入大陆法系的范围,以和世界其他法系相区别^[7]。大陆

法系包括以罗马法为法学基础的国家。在这些国家里,法律规范被理解为同正义的和道德的考虑密切联系的行为准则。确定这些准则是法学的主要任务,它专心于这项任务,对法的实施关心较少,因为法的实施是从事法律与行政实际工作者的任务。大陆法系的另一个特征在于:由于历史原因,大陆法系的法首先是为了规定公民间的关系而制定的;法的其他部门只是从民法的原则出发,较迟并较不完备地发展起来的,民法曾经长时期是法学的主要基础^[8]。德国法和法国法同属于大陆法系,它们都是在罗马法基础上,根据近代资本主义发展的需要而逐步建立和完善的成文法律体系。无论从法的体系、结构、表现形式,还是从法的地位、本质和作用来看,两国都极为相似。德国法对法国法的继承关系是显而易见的。但两国法之间仍存在巨大差别。其一,德国法是君主专制主义的产物,具有浓厚的保守性,而法国法从总体上看是资产阶级革命的产物,代表着近代西方法的发展方向。其二,德国法在私法领域所取得的成就,足以使法国法逊色,德国法以其透彻的学理性、高度的法律技术和严密的逻辑思维著称于世。其三,德国法和法国法在体系、结构和具体制度上都有着很大的区别。虽然法国法中体现的资产阶级的法律原则明确而系统,法国首创了以严格划分公法与私法作为其建立资产阶级法制的基础,也最先奉行普通司法权与行政裁判权分立的原则,其法院组织被分为普通法院和行政法院两大系统,而且这种典型的二元主义司法制度对其他国家(如德国、意大利、日本等)的司法制度都产生了深远的影响,但在其他方面,德国法则更具特色。例如,德国始终全面坚持成文法典化立法方向;在部门法方面,德国还首创经济法,并且使之迅速成为一个富有生气的独立的法律部门;为了保障宪法的实施,德国还建立了比较完善的宪法诉讼制度,从而形成了当今首屈一指的体系庞大、组织严密的司法体系^[9]。

西方的比较法学著作大都认为民法法系中存在两个支系,即法国法系和德国法系。这两个支系的不同,并不是从公法,而主要是从私法,特别是从两国的民法典的不同来说的。首先,《德国民法典》与《法国民法典》在结构形式上不同。《德国民法典》虽有结构严谨、逻辑清楚、避免重复等优点,但也有内容分割和不易查阅的缺点。《法国民法典》虽逻辑性没有《德国民法典》强,但却比较实用。其次,在法

律用语上,《法国民法典》以概括、明确、精确著称,而《德国民法典》使用的是较难理解的高度抽象化的用语。再次,《德国民法典》经常使用“一般条款”和“参照条款”,《法国民法典》却很少使用。总之,《法国民法典》便于一般人理解和掌握,而《德国民法典》是法学家的法律而不是一般人的法律。两个法典在结构、风格和立法技术上的不同,反映了两种思潮的不同:《法国民法典》体现了18世纪理性主义思潮,《德国民法典》则是19世纪德国学说汇纂派的产物^[1]。

(二) 英美法系。许多比较法学的教材都把普通法系等同于英美法系。但实际上普通法系是指英国中世纪以来的法律,特别是它的以普通法为基础、与以罗马法为基础的民法法系相对比的一批法律制度。显然普通法系虽以英国的普通法为基础,但并不仅指普通法。至于美国法律,虽然作为一个整体来说属于普通法法系,但它具有自己不同于英国法的特征。就像民法法系以德、法两国法律为代表,分为两个支系一样,普通法法系可以英、美两国法律为代表,分为英国法和美国法两个支系。

普通法的形成来源于负责审理诉讼的法官。普通法的法律规范,不像罗马日尔曼法系的法律规范那么抽象,它以解决诉讼为目的,而不是为了给未来提出一般的行为准则。在研究普通法的法学家们看来,有关审判、诉讼程序、证据的规定以及有关判决执行的规定,较之有关法的实质的规定,其重要性不说超过,至少也是相等的,因为他们直接关心的是恢复被扰乱了的秩序,而不是建立社会的基础。普通法的划分和它所使用的概念及普通法的法学家们所用的词汇完全不同于罗马日尔曼法系的划分、概念与法学家的词汇。同罗马日尔曼法系各国法一样,普通法在全世界的传播也很广,促成这种传播的原因也相同:殖民化或接受。当普通法被接受时,就要考虑它和先前的文化传统的共存对它的实施所产生的作用。而且,不同的环境也会引起普通法在它发源的国家和在它被引进的国家的深刻分化。在实施普通法的各国中,有些国家形成了一种从很多方面看都极不同于英国文化的文化,例如美国和加拿大。由于这个事实,这些国家的法在普通法系内部具有很大的独立性。在一位来自欧洲大陆国家的法律家看来,英国法一直是非常奇特的。他发现,英国的法律技术所感兴趣的是先例和案件类型,而不是对制定法条文的解释或对具体问题的分析,从而将这些

问题按照概念在制度中“对号入座”^[1];在大陆国家,法典的含义意味着否定法官判决作为法律渊源的可能性,并且法典的颁布生效便是法律制度上的一个新起点,在法典适用的范围内一切旧法皆无效。这与普通法国家的情况形成鲜明对比。首先,在普通法国家,判例法是法律的基本渊源,近现代英美等国出现了一些法典,但这种法典往往只是将一个法律部门的判例法所体现的原则加以汇编以便于使用。其次,普通法国家成文法和法典的颁布,并不意味着在其涉及的范围内的一切旧法皆失效。大陆法的法典化,是否是罗马法传统的一种延续?而英国为什么在法律渊源上摆脱了罗马法的模式,形成了自成一体、以判例法为重要渊源的普通法?这些的确值得人们去研究。

在普通法法系中,美国法占有特别重要的地位。美国具有成文的宪法,它规定了美国的联邦制结构并对基本的权利加以列举。美国法具有许多与英国法不同的特征,它代表了与英国法并列的一个支系的地位。而直到19世纪中叶以前,在美国明显地存在英国普通法和法典编纂两种倾向,这实际上就是普通法法系和民法法系两种传统的斗争。民法法系的传统或法典编纂的倾向在19世纪中叶的美国终于居于下风。普通法传统在19世纪之所以能在美国取得胜利,主要原因是当时在美国居民中占压倒优势的是讲英语的英国移民。其他的一些因素也促进了普通法传统的胜利。普通法传统在美国的确立,意味着美国法律的分类、渊源、法律的概念、原则以及法律推理方法等方面,大体上接受了英国的普通法的传统。南北战争结束后,美国法进入一个新的发展时期。这时,它已和英国法分开展。美国的立法部门越来越多地修改和发展英国的普通法,制定全新的法律;美国的法院已很少引证英国的判决,即使在采用英国法时也将它改造成美国的普通法。其中,联邦主义是美国宪法的基本原则之一。联邦制的国家结构形式,导致了美国法律体系的庞杂性。

(三) 大陆法系与英美法系的区别与融合。英美法系和大陆法系自然有不少共同之处。但其间又有很多差别。首先,英美法系有普通法和衡平法之分,而这一分类在大陆法系中根本没有。其次,就各部门法的分类而论,普通法法系的法律分类并不明确,而且法学家一般也不重视法律分类和构造法律体系的问题,他们重实用而缺乏系统性、逻辑性。相比之

下,民法法系的法律分类则比较明确,法学家对法律分类问题比较重视,他们强调系统性、逻辑性,力图构造一个和谐的法律体系。这种差别也是两大法系形成时的不同的历史条件造成的。在民法法系的发展中,法学家(包括古典罗马法时代的法学家和中世纪以来的法学家以及德国的“学说汇纂派”等)起了主要的推动作用,他们对法律分类问题都曾作了研究。而且,民法法系强调制定法和法典编纂,也有利于法律分类的研究。相反,普通法法系的法学家之所以不重视法律分类和构造法律体系的问题,重实用而乏系统性、逻辑性,也有其历史的原因。一是普通法强调令状、诉讼形式,因而英国部门法的分类一开始就是以中世纪诉讼形式的划分为基础自发地形成的,而这种诉讼形式的划分本身就缺乏系统性和逻辑性。二是普通法法系在传统上重判例法并反对法典编纂。法典编纂要求对法律进行精确的分类,要求概括性、系统性和逻辑性,而判例法制度则往往偏重实用和实践经验,而忽视抽象的理论概括和探讨。三是普通法法系国家在传统上并无普通法院和行政法院之分,普通法院在处理所有类型的案件时使用统一的司法技术,这也不利于法律分类的研究。四是在普通法的历史发展中,起主要作用的是法官和律师,而不是学院派的法学家,同时,根据普通法法律教育的传统,律师、法官并不是通过大学的系统学习而是通过学徒制的方式培养的,他们所关心的主要是具体案件的微观问题,而不是法律分类这样的宏观问题。

以判例法为主要渊源的普通法,并没有被罗马法取代,它在英国的资产阶级革命中存续下来,并在英国的对外殖民扩张中得到广泛的传播。但这并不意味着判例法在普通法法系中的地位是永固的;而以成文法为基本特征的近代欧洲大陆法,在吸收并进而取代教会法和习惯法之后,它赋予了罗马法以新的活力并由此而得以确立。但这也不表明大陆法系国家系统的成文法典颁布之后便会一成不变。它们之间甚至有相互融合的趋势,其重要标志就是,大陆法系中出现“判例法”,而普通法法系中成文法增多。普通法的“遵循先例”(stare decisis)是一个普遍原则,而在大陆法系中,这一原则仅于某些国家、个别法律部门的特定案件中存在,尚未作为一种普通

的法律制度而确立。可见,大陆法系的“判例法”又远远不是严格的普通法意义上的判例法。不过,大陆法系判例作用的加强和普通法系成文法的增多,在现代已日益明显。这种变化对两大法系今后的发展将会产生怎样的影响?达维德认为,在很长的时期中,属罗马日尔曼法系的国家与属普通法系的国家彼此有很多共同点。两者的法都受到基督教道德的影响。普通法至今还保留着非常不同于罗马日尔曼各国法的结构,但法律所起的作用增加了,两个法系所用的方法趋于接近,尤其是对于法律规定的观念,普通法国家与罗马日尔曼法系的国家越来越趋于一致。至于在实质方面,两个法系的法对于问题的解决办法常常是极相近的,因为这些办法都受到同样的正义观念的启示^[2]。总之,有许多迹象表明,两大法系的法律渊源正在逐步接近,但从严格意义上来说,两者的法律渊源的基本特征没有改变。将大陆法系称为法典法,将普通法系称为判例法,基本上还是正确的^[3]。至于两大法系在渊源上是否能合流并达成同一,这却是一个很难过早作结论的问题,因为它取决于国际的和国内方面的因素,而这些因素又无时无刻不处在变化之中。

参考文献

- [1] [6] [10] 沈宗灵. 比较法总论 [M]. 北京: 北京大学出版社, 1987: 36; 53; 3119.
- [2] [8] [12] [法] 勒内·达维德. 当代主要法律体系 [M]. 漆竹生译, 上海: 上海译文出版社, 1984: 23; 25; 27.
- [3] 杨鸿烈. 中国法律对东亚诸国之影响 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1999: 1.
- [4] [5] [7] [美] 约翰·H. 威格摩尔. 世界法系概览 [M]. 何勤华等译, 上海: 上海人民出版社, 2004: 621; 163; 889.
- [9] 何勤华. 外国法制史 [M]. 北京: 法律出版社, 1997: 345 - 403.
- [11] [德] K. 茨威格特, K. 克茨. 比较法总论 [M]. 潘汉典等译, 贵阳: 贵州人民出版社, 1992: 333.
- [13] 潘华仿. 英美法论 [M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997: 39.

责任编辑: 邓双霜