

Introduction to Comparative Law

米健 / 著

比较法学导论



商務印書館
The Commercial Press

比较法学导论

米健 著

 商务印书馆
The Commercial Press

2013年·北京

图书在版编目(CIP)数据

比较法学导论/米健著. —北京:商务印书馆,2013
ISBN 978-7-100-09820-5

I. ①比… II. ①米… III. ①比较法学
IV. ①D908

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第031916号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

比较法学导论

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 978-7-100-09820-5

2013年10月第1版 开本 880×1230 1/32

2013年10月北京第1次印刷 印张 13%

定价: 39.00元

序 一

差不多三十年前,我和夫人王昭仪都在社会科学院法学所工作,那时我担任《法学译丛》杂志主编,而我夫人则在《法学研究》杂志工作。一次她无意中和我提起,编辑部收到一篇署名米健的投稿。经研究,决定采用这篇稿子,可是却联系不到作者。我听了,和她一样也有些惋惜。因为那时候改革开放才开始,中国的法学刚刚恢复,可用之稿并不多,而对于学者而言,那时能在《法学研究》发表文章,也是很难得的。事过至少半年之久,我去厦门大学开法律史年会,负责接待外地与会者的有厦门大学法律系的几个研究生,其中一个在与我交谈时忽然说到米健这个名字,想起此前夫人说的事,心想是否他就是那个联系不上的作者呢?经询问,方知他确实在北京学习期间向《法学研究》投过一篇关于民事责任的稿子,但此后不久就回厦门了。我回到北京后即和我的夫人谈起,经她确认,正是她要找的文章作者。这件事真可用得上中国那句老话:踏破铁鞋无觅处,得来全不费工夫!我和米健教授,也自此结下学术之缘,如今一晃已三十年!所以,米健教授请我为其《比较法学导论》作序,我感慨之余,不揣耄耋老笔,乐而允诺之。

在我看来,米健教授这部《比较法学导论》多少是姗姗来迟。因为无论是从他的学术经历还是长期从事的研究领域而言,都有理由使同仁们确信,他早就应该拿出这样一部学术专著来。据我所知,这部书的基础是他十几年前在中国政法大学授课时的讲义。迟迟没有形成一部专著,一方面可能由于他的学术风格,很是严谨认真;另一方面也可能

2 比较法学导论

是由于他近些年来工作岗位变动多了,学术涉猎也较为广泛,加上行政事务太多。然而,若从另外一个角度看,这也许倒成了他写好这部书的有利因素了。因为我现在看到的书稿,如果没有一定的积累,没有长期的学术沉淀,没有从容淡定的思考,很难做得到的。

中国的比较法学大体上起源于上个世纪二三十年代东吴比较法学院,可惜不久就因抗战内战的连年战事而被忽略,其后更因政权更替,反“右”运动和“文化大革命”等,遭遇几乎全面的封禁。直到改革开放以后,比较法学才渐渐重新为人们所关注。上个世纪八九十年代,可以说是比较法学在中国复兴的时期。正是在这个背景下,我应当时的政法大学校长江平教授之请,到中国政法大学比较法研究所主持工作。就我本人而言,从进入学术研究领域工作直到今天,始终致力于比较法学研究,因而对这个学科的和现在有相对较多的关注和了解。我认为,直到今天,中国社会和学界对比较法学的重视程度,较之于比较法学对于近现代中国法律发展的重要作用和深远影响,明显地未成正比。与此同时,我们也要承认中国的比较法学发展相对于西方国家,即使相对于日本等某些亚洲国家,还有一定的距离,许多比较法学的基本理论问题在我们这里尚没有获得较清楚的认识和解决。比较法学作为一个独立的学科领域,直到七、八年前才在教育部备案并得到确认。正因如此,看到米健教授《比较法学导论》的一些相关内容,我感到非常的欣慰。因为在这部著作中,他较好地、至少是较有新意地解决或阐明了几个比较法学的基本问题。我想至少有以下几个方面可以介绍给读者。

首先,长期以来,无论是中国比较法学者还是西方国家的比较法学者,都一直无休止地争议一个基本性问题,即:比较法学是一门独立的学科,抑或仅仅是一种学术方法?对此,作者没有像许多学者那样,直接从正面予以论争,而是绕过问题探究其原因何在。在此,他第一次明

确、系统、有逻辑地将“比较法律”与“比较法学”区分开来。他认为,前者是对于不同法律制度或其规则进行比较分析和评价的活动,因此本质上它是一种法学方法,是法学方法论上的一个概念;后者则是对不同法律规则、制度、体系及其操作,对制度赖以生成、发展和运行的社会、文化和历史基础,对制度存在发展的现实性、必然性和合理性等进行说明。后者是独立存在的,前者是实现后者的一种操作方法而已。如此一来,作者通过指出以往有此争论的原因所在,水到渠成地说明了比较法学作为一个学术领域存在的合理性,“四两拨千斤”地解决了一个我们长久以来争论不休、欲罢不能的难题。

其次,任何学科领域,都必然要有一个它所专属的研究对象。比较法学之所以长期受到质疑,是因为相对于其他学科而言,比较法学的专属研究对象长期以来也不清楚,这也成为其他学术领域质疑比较法学的原因之一。作者在此书中明确提出了比较法学的固有研究对象,全面和系统地阐发了比较法学与共同法或普遍法之间的关系,从而进一步论证了比较法学作为一个学科存在的真实性与正当性。

再次,在比较法学方法论上,作者摆脱了既有的西方法学方法论的羁绊,第一次提出了比较法学的“还原方法”,即将比较研究的思路或着眼点放在制度本身的“元本质”上。作者认为,研究比较任何制度或规则,纵然它们存在的形式各种各样,但最终其实都可归因于一个“本质”的社会关系,只有看到这种本质,才可以对表现各异的制度或规则有真实和准确的认识。就像剥笋一样,层层笋衣被剥去后,才可见到真正的笋心,才了解这笋为什么、为何存在。在此情况下,对于制度规则的分析判断乃至立论自然也就更加有根据、有说服力、有目的性。就我所知,这是中国比较法学者第一次能够跳出西方学者的比较法学方法论概念的束缚,用自己的思考和语言展开比较法学研究。

第四,关于法系划分,这也是一个比较法学上老生常谈的问题,但

向来是各有各的说法,无论是三分法、四分法或五分法等,明显都有西方话语色彩。在这部书中,作者第一次从中国学者的角度提出了“融合法系”的观点。直观地讲,这里所说的融合法系和比较法学界长期以来谈论的“混合法系”很类似,但在思想内涵上是有差别的。前者是一种主动生成的状态,后者是一种被动形成的状态,它表明了参与方所具有的主体资格,或起码具有的主体意识。我认为,这一概念能够更客观、更准确地描述和解释当今世界各国法律制度及整个世界法律体系格局的形成与发展规律。

第五,这部书中用了相当的篇幅探讨了“法律交往形态和文化主体意识”问题,对于这两个问题虽然以往也有学者给予关注和探讨,但系统全面地梳理、分析历史上和现实中的法律交往形态,并且将其与“文化主体意识”问题结合起来,这是我第一次看到。我认为,这样的问题由比较法学者提出是最自然不过的,因为比较法学者的使命就是认识、参与和推动法律文化的交往,所以他们最熟悉法律交往的种种形态,最能感受文化主体意识具有何等重要的意义。正是站在这样一种认识角度和高度,作者尝试了阐释和澄清以往比较法学者津津乐道,但又常常困惑的法律移植和法律继受等问题,而且有与众不同的立论。可以说,作者在这方面已经形成了自己的比较法学研究视角和路径。

第六,尤其要加以称赞的是,作者在这部书中系统和全面地阐发了他的共同法或普遍法思想。虽然共同法或普遍法观念来之久远,自古希腊罗马法到近代西方国家,直至当今世界,都经常可见这种思想的光芒闪耀。但作为一个中国学者,能够既有文化主体意识,又能跨越不同文化边界,寻求一种文化间的共同和普遍存在,可以说是一种文化的自信和大气。我认为,这恰恰是比较法学超越其他法学领域的应然之处。特别是在当今世界各方面愈趋一体化和全球化的时代背景下,这种思想方向无疑更有助于我们认识和解释世界、参与和实现社会与历史的

进步。

以上是我看过《比较法学导论》文稿后的一些感觉,愿意与读者分享,以求学术探讨之旨趣。当然,这部书中还有一些值得提及的特点,例如,地方性知识和普遍性知识相映成趣,理论性论点与制度性分析相辅相成。具体说,书中既有世界的知识,也有中国的知识,而且均能有机地置于比较法学视角之下予以展开。这大概和作者多年来的丰富学术和职业阅历有关,他对罗马法和民法的研究,使其能够以具体的制度分析来阐明比较法学上的命题;他在法院和澳门政府工作的经验,使其能够对法律实践和法律制度中的问题极具敏感度和洞察力。许多年前,我就对他说,以我多年之经验,搞比较法学必须要有制度法学的知识作支持,国外的比较法学大家,大多都是如此。看到作者实际正是在走这样一条学术之路,为之感到高兴。

我从事比较法学研究与教学已经数十年,可以说将全部的精力投入到了比较法学。因此,我对比较法学的期待不言而喻。我想说的是,我们这一代已经努力了,做了我们应该和能够做的,如今最大的欣慰就是看到这个学科领域渐渐得到发展,这个学科领域里新的一代的已然成长。我和米健教授因学术结缘三十年,看着他在学术领域中沉心静气地坚持,学术成果不断,尤其是眼前他的这本著作,很是欣慰。这些年,学术圈里流动性很强,我曾主持的中国政法大学比较法研究所曾经才俊荟萃,在学术界可谓是一个享有美誉的金色营盘,可惜众将各奔更好前程,大大支持了整个学界,但却苦了这个研究所。不过,米健却在此坚守了近三十年了。这个金色营盘,十多年来可以说是由于他的努力得到了长足的发展,以至于可以说它确实成了一个铁打的营盘。2009年,中国政法大学成立了全国高校中第一个比较法学研究院,把国内的比较法学规模和层次推向了一个新的高度。可是,此后不久他却突然作“急流勇退”之举,令我大为意外和惋惜。本以为他从此可能

6 比较法学导论

会渐渐远离比较法学,但也未曾料到,他仍然情结比较法学,而且拾点曾经的积累和思考,拿出了这部《比较法学导论》,此中惊喜和欣慰,实莫须言表。故领其约请之诚,欣以前述云云为序,既为推介,也为加勉!

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized Chinese characters '清汉' followed by a long horizontal stroke.

二零一二年九月十五日

序 二

中国社会对西方法律的接受,最早应是国际法,其次才是一些部门法,诸如民法、刑法等等,最后进入我们视野的才是比较法。其原因大致可以认为有两个:一是中国向来是中央集权高度统一的国家,长期以来一直是闭关自守、自成一统,因此不需要什么“比较”,也不知什么是“比较”;二是中国向来把法律看成是一种“术”而不是“学”,术者统治之术,是属于“形而下”的范畴,而“学”则不同了,可以归入“形而上”的范畴,需要法律经过思考,提炼、升华之后进入“虚”的境界,没有这一过程,比较法是谈不上的!

要成为一个比较法学者也需要有一个过程,他首先要成为本国法的学者,不了解本国法律就失去了比较研究的意义,我们的比较研究当然是以中国为基础的比较。其次还需要深入研究外国法,一个好的比较法学者应当是一个外国法学者,但一个外国法学者并不必然是比较法学者。所以最后要成为比较法学者还需要有比较法的知识和方法。我常以为,一个最好的法学学者,应当是最好的比较法学者,他应当是一个法学的“百科全书”。

我主政中国政法大学时,曾引进了比较法的“三剑客”,他们是贺卫方、高鸿钧、米健。后来贺卫方去了北大,高鸿钧去了清华,米健留在中国政法大学主持比较法研究院,后来终于又去了澳门。米健教授在中政大时曾开了比较法的课,在比较法讲义基础上形成了这本《比较法学导论》。这本书可以说是一本“雅俗共赏”、循序渐进的教科书性

质的成果,但另一方面也可以说是一本专著,作者将他多年来在比较法研究中的心得都融入在这本专著中。

我特别欣赏米健教授书中几个观点:

一是他的“还原比较方法”,即将比较项回溯到制度生成的最初起点加以比较,这就要求理解这一制度产生的社会基础,为什么当时能产生这一制度。

二是他的“共同法”的思想,世界各国的法律制度已经逐渐从“冲突法”向“共同法”演变,尤其是欧洲共同体的欧洲法表现得最为亮眼。

三是世界法律体系出现的“融合法系”的概念,使长期以来纠缠的现代法系划分困境得以解决。

米健教授是中国少数的专门从事比较法研究的学者之一,在他的这本书问世之际,希望我能为它写个序,我欣然应承,并以此序推荐给读者。



二零一二年七月

目 录

| | |
|------------------|----|
| 第一章 比较法学的基本认识 | 1 |
| 第一节 比较法学的概念与实质 | 1 |
| 一、“比较法”抑或“比较法学”? | 1 |
| 二、比较法学的实质 | 3 |
| 三、比较法律与比较法学 | 7 |
| 第二节 比较法学的目的与对象 | 8 |
| 一、比较法学的目的 | 8 |
| 二、比较法学的对象 | 10 |
| 第三节 比较法学的范畴与功能 | 12 |
| 一、比较法学的范畴 | 12 |
| 二、比较法学的功能 | 15 |
| 第四节 比较法学与其他法律学科 | 26 |
| 一、比较法学与部门法学 | 26 |
| 二、比较法学与国内法学 | 27 |
| 三、比较法学与外国法学 | 28 |
| 四、比较法学与公法、私法 | 29 |
| 五、比较法学与法律史学 | 31 |
| 六、比较法学与法哲学 | 34 |
| 七、比较法学与法理学 | 34 |
| 八、比较法学与法社会学 | 35 |

2 比较法学导论

| | |
|---------------------------|----|
| 第五节 比较法学的特点 | 36 |
| 一、比较法学的世界个性 | 36 |
| 二、比较法学的世界目的 | 38 |
| 三、比较法学的世界胸怀 | 39 |
| 四、比较法学的世界品位 | 43 |
| 五、比较法学塑造的法学家人格 | 44 |
| 第六节 比较法学的命运 | 46 |
| 一、法的命运决定比较法学的命运 | 46 |
| 二、事物发展的规律决定着比较法学的命运 | 48 |
| 三、人类社会的命运决定着比较法学的命运 | 48 |
| 第七节 比较法学者的职责和使命 | 49 |
| 一、比较法学者的社会职责 | 49 |
| 二、比较法学者的历史使命 | 50 |
| 三、比较法学的若干经验 | 52 |
| 第二章 比较法的历史发展 | 55 |
| 第一节 历史上的法律比较 | 56 |
| 一、古代 | 56 |
| 二、中世纪 | 60 |
| 第二节 近现代法律比较与比较法学 | 61 |
| 一、近现代法律比较立法 | 61 |
| 二、近现代的比较法学思想 | 64 |
| 第三节 当代比较法学与共同法发展 | 68 |
| 一、当代比较法学 | 68 |
| 二、共同法及其基本认识 | 72 |
| 三、共同法的历史发展 | 73 |
| 四、共同法的人类理性基础 | 76 |

| | |
|-------------------|-----|
| 五、共同法或普遍法思想演进 | 80 |
| 六、共同法或普遍法、世界法的发展 | 83 |
| 七、比较法学与世界主义 | 87 |
| 第三章 比较法学的方法论 | 94 |
| 第一节 比较法学方法论的意义 | 94 |
| 第二节 宏观比较和微观比较 | 95 |
| 一、宏观比较 | 96 |
| 二、微观比较 | 97 |
| 三、相关理论 | 97 |
| 第三节 功能比较和概念比较 | 100 |
| 一、功能比较 | 100 |
| 二、概念比较 | 107 |
| 三、功能比较和概念比较的关系 | 110 |
| 第四节 文化比较与还原比较 | 113 |
| 一、文化比较 | 113 |
| 二、还原比较 | 119 |
| 第五节 其他比较方法及其局限 | 121 |
| 一、横向比较和纵向比较 | 121 |
| 二、动态比较和静态比较 | 122 |
| 三、其他方法 | 126 |
| 第六节 比较法学的操作过程 | 128 |
| 一、比较项的确定及其必要认识 | 128 |
| 二、比较项在体系上的确认 | 129 |
| 三、比较项在性质和功能上的比较分析 | 130 |
| 四、比较体系的确立 | 131 |
| 五、比较判断的批判性评价 | 133 |

4 比较法学导论

| | |
|-------------------------|-----|
| 六、解决的办法或构想的提出 | 134 |
| 第七节 法学方法论在中国 | 135 |
| 一、法律继受历史情境中的法学方法论 | 135 |
| 二、法学方法论的缺失及其影响 | 136 |
| 三、法学方法论在中国的研究现状 | 138 |
| 四、法学方法论在中国长久缺失的原因 | 139 |
| 第四章 当代世界法律体系 | 145 |
| 第一节 法系及其划分标准 | 145 |
| 一、法系及其相关概念 | 146 |
| 二、既有法系划分的方法与类型 | 153 |
| 三、当代世界法律体系的既有划分 | 159 |
| 第二节 既有法系划分中存在的问题 | 160 |
| 一、法系划分标准的相对性问题 | 160 |
| 二、“社会主义法系”的问题 | 163 |
| 第三节 世界法律体系的重新思考 | 167 |
| 一、世界法律体系问题的认识基础 | 167 |
| 二、世界法律体系划分应采取的标准 | 169 |
| 第五章 大陆法系 | 175 |
| 第一节 大陆法系的概念与分布范围 | 175 |
| 一、大陆法系的概念 | 175 |
| 二、大陆法系的分布 | 176 |
| 第二节 大陆法系的起源与历史发展 | 177 |
| 一、大陆法系的渊源及其起点 | 178 |
| 二、大陆法系的形成 | 183 |
| 三、大陆法系的确立 | 204 |
| 四、大陆法系的巩固与发展 | 205 |

| | |
|---------------------------------|-----|
| 第三节 大陆法系的基本特征····· | 205 |
| 一、发源于罗马法,与罗马法有直接或间接的历史文化渊源····· | 206 |
| 二、以法典法为主要法律渊源····· | 207 |
| 三、以民法为其法律体系的核心····· | 208 |
| 四、法律的进步倚重于法学····· | 208 |
| 第四节 大陆法系国家的法典编纂····· | 210 |
| 一、民族国家法典编纂的历史背景····· | 210 |
| 二、法典编纂运动····· | 211 |
| 三、法国法典编纂及其特点····· | 214 |
| 四、《德国民法典》编纂的历史背景与条件····· | 224 |
| 第五节 大陆法系发展中的若干问题····· | 239 |
| 一、法典法与制定法的关系····· | 239 |
| 二、法典法与判例法的关系····· | 240 |
| 三、法典编纂的基本特征····· | 241 |
| 第六章 普通法系····· | 243 |
| 第一节 普通法系的概念与分布范围····· | 243 |
| 一、普通法系的概念····· | 243 |
| 二、普通法系内部法律秩序的构成····· | 245 |
| 三、普通法系的分布····· | 249 |
| 第二节 普通法系的起源与历史发展····· | 253 |
| 一、普通法系的起源····· | 253 |
| 二、普通法系的形成与发展····· | 257 |
| 第三节 普通法的法律形式····· | 260 |
| 一、普通法····· | 260 |
| 二、案例与先例····· | 263 |
| 三、衡平法····· | 265 |

6 比较法学导论

| | |
|----------------------------|-----|
| 四、判例法与制定法的关系 | 268 |
| 第四节 普通法系的特征 | 271 |
| 一、起源于英国习惯法 | 271 |
| 二、判例法为主要法律渊源 | 271 |
| 三、没有基本的法律分类和明确体系 | 272 |
| 四、法律的进步倚重于法官 | 272 |
| 五、注重经验和实际应用 | 273 |
| 六、奉行“诉讼中心主义” | 274 |
| 第七章 未来世界法律体系 | 277 |
| 第一节 未来世界法律体系 | 277 |
| 一、未来世界法律体系的认识基础 | 277 |
| 二、未来世界法律体系格局 | 279 |
| 第二节 融合法律体系 | 280 |
| 一、融合法系 | 280 |
| 二、融合法系和混合法系 | 280 |
| 三、融合法系的世界观基础 | 283 |
| 四、融合法系的构想与现实 | 291 |
| 五、融合法系的分布 | 292 |
| 第八章 当代中国法制与世界法律体系 | 293 |
| 第一节 近现代中国法制之进入世界法律体系 | 293 |
| 一、清末传统法律改制的社会背景 | 293 |
| 二、清末传统法律改制的社会和思想背景 | 295 |
| 三、清末中国传统法律改制的进程 | 299 |
| 四、清末中国传统法律改制的特点 | 300 |
| 五、清末民初法律改制的继续与发展 | 301 |
| 第二节 近现代中国法制与比较法学 | 302 |

| | |
|--------------------------------|-----|
| 一、近现代中国法制的生成以比较法律为起点 | 303 |
| 二、通过法律比较实现立法改制 | 304 |
| 第三节 近现代中国比较法学之开端 | 308 |
| 一、从比较法律到比较法学 | 308 |
| 二、比较法学的萌芽与兴起 | 309 |
| 第四节 中国改革开放后的比较法学 | 312 |
| 一、改革开放前的比较法学 | 312 |
| 二、改革开放后的比较法学 | 313 |
| 三、比较法学与现今中国法制发展 | 316 |
| 四、比较法学的反思与发展 | 320 |
| 第五节 当代中国法制格局及其发展演变 | 322 |
| 一、当代中国大陆的法律制度 | 322 |
| 二、台湾地区的法律制度 | 323 |
| 三、香港地区的法律制度 | 326 |
| 四、澳门地区的法律制度 | 327 |
| 第六节 现今中国四地法制的共同与不同 | 328 |
| 一、现今中国四地法制的共同之处 | 329 |
| 二、现今中国四地法制的不同之处 | 332 |
| 三、港、澳、台三地殖民与后殖民时代法律的关系问题 | 336 |
| 第七节 中国法制发展取向及其法系归属 | 339 |
| 一、关于中华法系的认识与理解 | 339 |
| 二、关于“中国特色”意识的理解与批判 | 344 |
| 第八节 关于制定法与案例法取向之争 | 346 |
| 一、判例与“先例判决” | 348 |
| 二、“先例判决”与案例指导 | 349 |
| 三、未来中国法制的法系归属 | 351 |

| | |
|-------------------------|-----|
| 第九章 法律文化的交往与融合 | 353 |
| 第一节 法律文化交往 | 353 |
| 一、法律文化交往的必然 | 353 |
| 二、法律文化交往的主体意识 | 356 |
| 第二节 法律文化交往的形态 | 360 |
| 一、法律借鉴 | 360 |
| 二、法律继受 | 362 |
| 三、法律移植 | 368 |
| 四、法律整合 | 375 |
| 五、法律融合 | 377 |
| 第三节 法律文化交往形态的选择及其观念基础 | 381 |
| 一、法律文化主体意识 | 382 |
| 二、法律文化本土观念和地方性知识问题 | 383 |
| 三、法律文化优越意识 | 383 |
| 四、法律全球化和普遍性知识问题 | 384 |
| 五、法律文化主体意识对于当代中国法学的特殊意义 | 388 |
| 第四节 法律语言与法律文化交往 | 389 |
| 一、语言与人类的存在 | 389 |
| 二、法律语言的一般解读 | 391 |
| 三、法律语言的开放性 | 392 |
| 四、法律语言与法律利益 | 393 |
| 第五节 法律翻译的文化间隙 | 395 |
| 一、文化间隙的必然性和不可逾越性 | 395 |
| 二、法律翻译的若干问题 | 396 |
| 第六节 法律翻译对于东方国家的意义 | 402 |
| 一、日本明治维新法律改制进程中的法律翻译 | 403 |

| | |
|----------------------------|-----|
| 二、清末中国社会改革进程中的法律翻译····· | 404 |
| 三、中国改革开放后法制重建进程中的法律翻译····· | 407 |
| 参考文献····· | 409 |
| 后记····· | 420 |

第一章 比较法学的基本认识

第一节 比较法学的概念与实质

什么是“比较法”或比较法学,它究竟是一个独立的学科,抑或只是一种方法,它具有何种功能并要达到何种目的?这是我们在探讨它时首先要明确的问题。事实上,对于比较法学的概念与实质始终存在讨论,可以说至今还没有一致的说法。而在中国,这个问题由于使用了“比较法”这个中文表述而变得更加复杂了。

一、“比较法”抑或“比较法学”?

“比较法”抑或“比较法学”的概念发源于欧美国家,所以,要了解其真正含义首先也应该从西文概念的本义谈起。或许,提出这样一个问题本身就是一个由于语言表达所体现的文化差异问题。因为在西文中,虽然“比较法”这个词可能有些不太清楚,但不会引起很大的混乱,而在中文里,“比较法”这个表达则是一个极为模糊,以至于可以和其他部门实证法混淆的概念。在德文中,比较法被表述为“法律比较”或“比较法律”(Rechtsvergleichung);^①在法文、意大利文、西班牙文和葡

^① 【德】茨威格特、克茨(Zweigert, Kötz):《比较法总论》(*Einführung in die Rechtsvergleichung*),潘汉典等译,法律出版社2003年版。此书中,德文“Rechtsvergleichung”译作“比较法”,而不是“法律比较”。

2 比较法学导论

葡萄牙文(droit comparé, derecho comparado, diritto comparato, direito comparado)中,它都表述为“被比较的法律”;在英文中,比较法学的表述,即“比较法”(comparative law)这一概念最为模糊。其实,当初英文的中文移译如果表述为“比较法律”,可能会多少避免概念上的困惑。在西文对于“比较法学”的各种表述中,可以说德文相对明确,所以即使是非德语比较法学家也主张用德文的“法律比较”或“比较法律”取代英文的“比较法”。^① 法文、意大利文也不至于引起人们如此困惑,至少不会使人望文而生歧义。但中文在最初传译这门学科领域的概念时,恰恰采用了最不清楚的英文用法,因而产生了中文的“比较法”这个很模糊的概念。这样一个表述很容易给人以错误的印象,似乎它表明着一种诸如民法、刑法等实在法律部门。“比较法”概念的模糊不清,给比较法学,特别是中国的比较法学带来了某些混乱和不必要的阐释。美国法律史学家威格摩尔索性直接道明:“比较法”一语虽然便利,但却宽泛。比较法学者沃森在其《法律移植论》中一开始也指出英文“comparative law”这个表达对于大多数学者来说都显得有些奇怪。因为事实上,并没有一个可以称作比较法的法律部门。^② 有些美国的比较法学家甚至认为“开始时我们最好不把这门课程称为‘比较法’,这个词其实并无多大意义”。^③ 鉴于这个问题,法国比较法学家格特里奇和达维德认为最好采用德文的表述,即“法律比较”(Rechtsvergleichung)。中国的比较法学者沈宗灵认为“比较法学”是比“比较法”

^① 格特里奇和达维德这两个法语比较法学家都持这样的立场。参见【日】大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第61页。

^② John H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, West Publishing Company, 1928, Vol. 3, p. 1120. Alan Watson, *Legal Transplant*, Scottish Academic Press, Edinburgh, 1974, p. 1.

^③ 【美】格伦顿、戈登、奥萨魁(Glendon, Gordon, Osakwe):《比较法律传统》(*Comparative Legal Tradition*),米健、贺卫方、高鸿钧译,中国政法大学出版社1993年版,第1页。

更为适当的名称。^① 所以,科学严谨起见,我们应该采用“比较法律”或“比较法学”的概念,而尽可能避免“比较法”这一模糊的表述。但从中文表达的习惯来讲,“比较法学”应是最为妥当的表述。^② 当然,按照格特里奇和沃森本人的理解,这个德文表达似乎重在描写一个过程。^③

二、比较法学的实质

比较法学既然不是一个实在的法律部门或领域,那么它本质上究竟是什么?对此,长期以来存在着广泛的争议,概括起来无非集中在比较法学是否为一门独立的学科这个问题上。对此有两种基本观点:一种观点坚持认为,比较法学只是一种研究法律的科学方法。因为,对不同法律制度进行比较是任何法律部门都可以运用的技术。此外,比较法学是在于了解法律的不同,它本身并不能实现规范社会生活的职能。比较法学家格特里奇(Gutteridge)和卡登(Kaden)就坚持此观点。格特里奇认为,“比较法律的方法适用于任何法律部门的研究”,与此相类似,卡登说,“比较法就是揭示数个法制对于解决同一法律问题规定相同和不同的解决方式”。^④ 此外,还有法国学者指出,比较法实际上是一种法律比

^① 但是沈宗灵先生在此还说:“对大多数法学家来说,‘比较法’已成为一个约定俗成的名称。”参见沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1999年版,第5页。对此,我认为应把这种情况限定于华语法学界。因为“比较法”这个名称在西语中所造成的模糊混乱,远远不像在中文里这么普遍深入,以至于我们中国的法学者们明知其颇有不妥,却又不得不在大多场合下以其为约定俗成而加以迁就。

^② 这里要说明的是,虽然作者主张最好采用“比较法学”这个概念,但国内学界至今已经习惯了“比较法”的表达,包括很多著作和译著。因此,本文在凡涉及征引文字场合均按文字出处的表达方式直接引述。

^③ 前引 Alan Watson, *Legal Transplant*, p. 1.

^④ 参见【英】施密托夫:“比较法律科学”,韩光明译,载《比较法研究》2001年第4期,第97页。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



较方法,甚至是“羊皮纸上的学问”,^①明确否认了比较法学是一门独立的法律学科。与此不同,另一种观点则认为,比较法学不仅是一种研究方法,而且还是一门独立的法学学科。1900年,当第一次国际比较法大会在法国巴黎召开时,英国法学家波洛克指出:“我们今天所理解比较法是一门最现代的科学。”^②此外,法国比较法学家萨莱伊、朗贝尔以及德国法学家拉贝尔等也都持此观点。他们还认为,比较法是科学还是方法,完全取决于对“方法”和“科学”这两个词的解释。对此,日本比较法学者大木雅夫指出,如果比较法仅仅作为一种研究方法,那么它就不可能有像《当代主要法律体系》那样的研究著述。^③但是,他也不否认比较法学在方法论上的意义;最后,他采用了一种折中但却明智的立场,认为:“大体上,比较方法与比较法学是密不可分的,在这个意义上,可以说比较法是‘羊皮纸上的最现代的科学’。”^④苏格兰学者沃森明确认为比较法学是一门学科,但是他对这门学科范畴的界定却有新意,即认为比较法学是一门研究特定关系,即历史关联的学科,它以不同法律制度以及不同法律制度的规则之间的类似与不同、它们之间的关系为对象。当然,他同时也告诫大家,不要将比较法学归结为法律史学。^⑤奥地利学者莱纳(J. M. Rainer)也明确指出:“比较法学是法律科学的一个分支,它探究世界上不同法律制度中各种不同的法律现象,并且采用比较的方法对其进行考察和评价。”^⑥

① 【法】科尼尔:《比较法文献汇编》(*La complexité des sources du droit comparé*)第1卷,1938年版,第358页。

② 【英】波洛克:《比较法》,见《国际比较法大会记录与文献》1900年版,第248页。

③ 前引【日】大木雅夫:《比较法》,第63页。

④ 同上书,第20页。

⑤ 前引 Alan Watson, *Legal Transplant*, p.9.

⑥ J. Michael Rainer, *Europäisches Privatrecht*, Peter Lang, 2007 Revised, p.20. 在他后来专门论述比较法学的著述中,他进一步强调了 this 认识。J. Michael Rainer, *Introduction to Comparative Law*, Wien 2010, Manzshce Verlag-und Universitätsbuchhandlung, S.2.

关于比较法学本质的两种截然不同的认识,从其作为一种科学概念问题提出伊始,直到今天仍然存在。不过,本世纪以来法律史表明,关于比较法学的这种认识分歧并没有影响它作为一个相对独立的学术领域的客观存在和发展。在过往差不多一个多世纪的世界法律发展史上,无论是将比较法学作为方法还是科学,它都实实在在地存在,都在发挥着作用。从这点来看,是否承认比较法学为一门学科实际没有多大意义。而且,问题在于,方法与科学有时是非常难以明确划分的,况且,学者们之间依据的划分标准永远不可能完全一致。对于这个问题,茨威格特和克茨的评论较为公允。他们认为,比较法学是一门年轻的科学,这使得其方法论的探讨成为自然。任何一门学科的方法论形成,必然要经过一个探索的过程,比较法学更不例外。“比较法学作为法学的一种科学方法,有着多种重要的功能,这一点在今天已经是不争之论。”^①因此,他们进一步指出,“深入探讨比较法的方法是富有意义的;这不是因为比较法有毛病,而是因为法学是有毛病的,而比较法却是一剂良药”。^②

事实上,关于比较法学本质的争论很大程度上是由于没有区分比较法律和比较法学,将两者混为一谈。如果我们明确了上述比较法律和比较法学的区分与关联,那么这个问题就会迎刃而解。日本学者大木雅夫就非常赞同茨威格特和克茨的看法,认为放弃关于比较法学是方法还是学科的讨论“不失为一种明智的见解”。^③其后另一位日本学者真田芳宪则更具体地阐明说:“参加比较法学是方法还是独立的科学的争论,或从正面回答这个问题,与为此所耗费的精力相比,所得甚

① 前引【德】茨威格特、克茨:《比较法总论》,第21页。

② 同上书,第44、45页。

③ 前引【日】大木雅夫:《比较法》,第63页。

少,只能以两手空空而告终。与其这样还不如着眼于比较法这一学问在至今为止的法学研究中发挥了什么样的功能,而其现在正在发挥着什么样的功能的问题,从而弄清比较法认识论的构造,这恐怕会比单独议论这个问题更有益处。”^①

那么,这种客观存在的学术领域究竟该如何理解或定义呢?对此,德国比较法学者茨威格特和克茨认为:“比较法律是指一方面以法律为其对象,另一方面以比较为其内容的一种思想活动”。^②他们还认为,“比较法律首先是一种科学的认识方法,而不是具体的发现法律的途径,谁认识不到这一点,就会否认这样一种建立在比较法律之上的法学价值的国际性”。^③不过,茨威格特和克茨否认比较法学是发现法律的具体途径的观点在今天来看似乎有些过时。因为迄今为止的各国法律发展与法律文化交流乃至法律和谐化趋势,其实早已经赋予了比较法学以特殊的历史使命,而比较法学实际上也早已经在悄无声息地实践着这个使命。

概括既有的观点,并从比较法的客观状态和发展着眼分析,我们可以说,比较法学是从超国家的角度,用比较研究的方法,以外国法和本国的法律为研究对象的学科领域。其目的在于指出不同民族国家法律的不同与共同之处,从而最大程度地使之避免冲突并获得最普遍的和谐。可以折中地说,比较法学本质上既是一种法学认识方法论,又是一个学术领域,是发现和确认世界共同法这个人类社会最高行为规范实在形式的科学。

^① 【日】真田芳宪:“比较法的方法与今日的课题”,华夏译,载《比较法研究》1993年第3期,第302页。

^② 前引【德】茨威格特、克茨:《比较法总论》,第1页。

^③ 同上书,第82页。

三、比较法律与比较法学

当我们讨论了比较法的概念及其本质后,不得不继续面对一个基本问题,即为什么在比较法的概念及其本质上会有这么多的不同意见?中国的一句老话可能会对此作个解释,即“仁者见仁,智者见智”,这意味着由于站在不同的角度和层面来进行判断,所以结果自然不同。其实,无论是法学还是其他科学,无论是古代和现代,一项科学或学术活动的展开,通常都自然而然地采用比较的方法,因为这是人们进行真理与谬误判断、优劣和利益判断、路径和目标判断、效果和价值判断的最基本方法。可以说,没有比较就没有真理,没有比较就没有最优和最利,没有比较就没有最佳的效果和最高的价值。在法学领域,同样也有这个规律,即所有的法学实际都在通过不同程度的比较获得新的判断和取向,法学的实践性尤其决定了它采用这种方法的必然。这就是说,即使没有我们现在所谈论的比较法学,类似比较法学的活动或方法早已经就存在于各个法律学科了。因此我们现在很容易看到比较立法、比较司法、比较宪法、比较民法、比较刑法、比较行政法,诸如此类等等。然而,所有这些,远非我们这里将要展开的话题,即远非比较法学,而是比较法学领域中的一个非常基本的初始层面。它们构成比较法学的一个组成部分,但仅仅是比较法学的准备活动,还远远没有进入比较法学。其实,这一阶段的活动可以统称为“比较法律”或“法律比较”,就此而言,德文的“Rechtsvergleichung”是一个较为恰当的表述。以往许多人对比较法学的误解,重要原因就在于此。

由上可知,当我们引出“比较法学”和“比较法律”两个不同概念时,已经涉及两个层面的问题:即作为法学方法的比较法律(法律比较)和作为法学学科的比较法学,前者是一种技术和方法层面上的学术活动,后者则是一种科学探讨层面的学术活动。比较法律是比较法

学不可或缺的组成部分,而比较法学通常也必然从比较法律开始,也就是说,法律比较实际是比较法学的初级活动。无论如何,两者是有差别的,是部分与整体的关系,简单地将比较法律认作是比较法学,必然会误导出比较法学是一种法学方法的结论;而若是将比较法律排除于比较法学之外,则比较法学就失去其存在的前提条件。看不到两者之间的差别,就会将两者混淆,从而也自然会造成对比较法学认识的混乱。以往关于比较法学是方法还是学科的争论,即使不是全部,也很大一部分起因于这种混淆。

第二节 比较法学的目的与对象

尽管比较法学究竟是一门科学,还是一种方法这个问题长期以来并没有得到最终解决,但无论是将比较法学作为一门科学还是将其作为一种方法,抑或干脆抛开这个问题不谈,而只关注比较法学所发挥的作用,都必然要涉及这样的问题,即:比较法学的目的和对象究竟是什么?其实,任何科学的本质都与其所考察研究的目的和对象密切相关,比较法学亦不例外。质言之,任何科学都必然地实践着一个特定的目的,没有目的的科学是不存在的,而有确定目的的科学,必然有其特定的研究对象;进一步说,非比较法学莫属的研究对象及什么样的研究对象,实际上直接决定着比较法学能否作为一个独立的学科以及是一个什么样的学科。长期以来,之所以在比较法学性质的问题上争论不休,另一个主要原因就是没有对比较法学的目的和对象形成一致而明确的认识。

一、比较法学的目的

如前所述,比较法学是从超国家的角度,以比较的方法对本国和其

他国家法律进行考察研究的学科,目的在于完善和改进本国的法律理论和法律制度,指出不同民族国家法律的不同与共同之处,从而在最大程度上避免彼此冲突并获得最普遍的和谐,最终完成发现和确认一种世界共同法的使命。其中,完善和改进本国的法律理论和法律制度是直接或阶段性的目的;探讨和发现各民族国家法律的共同与差异,发现和确认一种世界共同法则是最终目的或根本目的。关于比较法学的目的或重心,美国的比较法学家施莱辛格说过:“比较就意味着观察和解释事物的相同和不同。根据所要从事的具体比较的目的,比较的重心可能会变化,有时候会强调不同,而另一些时候则强调相同。”他指出,在有长久比较法学历史的欧洲,近些年来越来越多地强调对相同性的关注。从罗马法复兴到中世纪后期罗马普通法形成,大陆法系的律师和法官们都是把比较法学作为他们日常工作的组成部分,因为只有这样,他们才能够将大陆法系国家所承认的罗马普通法或欧洲普通法予以确定化和具体化。于是,他们自然而然地要更倾向于“整合式比较”(integrative comparison),而不是“反差式比较”(contrastive comparison)。特别是欧洲联盟的产生,更进一步促使人们承认这种整合比较的特殊意义。^①虽然施莱辛格在此并没有从比较法学的本质和特征出发说明比较法学的目的,但他确实说明了比较法学的一般指向,而且说明了一个发展趋势,即比较法学的目标确实是从关注不同慢慢转向到关注相同,这是一个可以作为规律来理解的立论。

总的来说,比较法学实质上是从人类社会的角度展开的一种普遍法学,它虽然具有双重的目的,但最终目的是研究和发现世界共同法或普通法这个人类社会最高行为规范的实在形式。在上述两个目的中,

^① Rudolf B. Schlesinger, "The Past and Future of Comparative Law", *American Journal of Comparative Law*, 1995, Vol. 43.

后一种显然是较高层次的目的,因而也是更为重要的目的。^①

总之,比较法学所要达到的目的就是要通过比较研究来认识把握不同民族国家和社会法律制度之间的共同与差异、进步与滞后,从而逐步实现个别民族国家和整个人类社会法律秩序的进步,最终走向整个人类社会法律制度的和谐与统一。其实,只有在此意义上,比较法学才能获得其作为一门科学的应有地位。正如法国学者罗迪埃所说,比较法学的目的“是要在人的思潮与国家制度的关系中得出人的思想倾向,确立支配国家实在法制度的一般规律及其思想动向。比较法学在这方面的确是一门学科”。^②

二、比较法学的对象

当我们涉足一门科学之前,必然要提出这样的问题,即:这是一门什么科学,我为什么涉足其中?前者是学科性质问题,我们已经解决;后者是从事学科的理由,每个人有每个人的理由,但其理由必然又与该学科的内容相关联。换言之,要解决这两个问题,必然要先解决这门学科究竟以什么为内容的问题,这就是学科的对象问题。所以,明确一门学科的对象,是进入这门学科,从事这门科学研究的前提。没有一个独立的、与其他法学领域不同的,同时又偏重本身方法论问题研究的学科研究领域,自然也很难确立其自身在科学领域中的地位。比较法学作为一门学科,以往长期未能被接受为一个独立的法学领域,其重要原因之一就是我们没有阐明比较法学自身固有的研究对象。所以,如果比较法学的对象能够形成较普遍的共识,这个问题就比较容易解决了。

^① 美国比较法学者格伦顿等也持这种看法。参见前引【美】格伦顿、戈登、奥萨魁:《比较法律传统》,第3页。

^② 【法】勒内·罗迪埃(René Rodière):《比较法学导论》(*Introduction au Droit Comparé*),徐百康译,上海译文出版社1989年版,第4页。

从以上所谈比较法学的目的,可以比较容易地得出这样的结论,即比较法学的本质与目的其实已经决定了它的研究对象必然是以外国法律为主,就是说,比较法学实际主要是以外国法为研究对象的一门法学学科。当然这并不排除在特定条件下以区域间的法律制度作为比较法学考察研究的对象,在当今世界上,这种情况尤其普遍。如:美国的路易斯安那州和其他美国各州法律的比较;加拿大魁北克省与其他各邦法律的比较;德国莱茵河流域的法律传统和拜因州、下萨克森州法律制度的比较研究;原东德与西德之间法律制度的比较;现今中国两系四地(分别属于两大法系的大陆、台湾、香港和澳门四个地区)之间法律制度的比较研究,等等。

在此,还应该强调的是,虽然比较法学的对象是对多个法律秩序的比较考察,但这并不是说外国法研究本身和所有对外国法进行研究的学科都是比较法学;即使比较法学通常都是从对外国法律的介绍和描述出发,但也不是将比较法学局限于一种外国法知识。特别是在当代法学必然地具有超国家或国际特征的情况下,更应该将比较法学与其他法学领域区分开来。除此之外,比较法学最后只能在与国内法结合的情况下完成,否则,比较法学的实际意义就不能体现,就会成为一种纯理论的空谈。所以,比较法学要求比较法学者至少必须同时对两个国家以上的法律制度有充分的了解。实际上,通常情况下都是对两个国家以上的法律制度予以考察研究。而对本国法律的了解,是展开比较法学的前提。正因如此,比较法学对其参考和实践者的要求要比其他学科更苛刻严格,至少从操作条件或操作能力的角度来看是如此。总的来说,比较法学的对象可以这样描述,即以本国法为坐标,外国法为半径,世界法或普遍法为圆周。进一步具体说,是以本国法为考察论证对象,外国法为比较研究对象,普遍法为发现立论对象。

在实际展开的比较法学研究工作中,可以利用和选择的文献资料非常广泛。应该说,所有国家的法律秩序、依据社会实际选择解决问题的法律方法以及特定国家的语言知识和图书资料等等,无不是比较法学应予考察和利用的资料。在此,如何获得和使用直接得来的第一手学术资料和法律信息,其中包括外国法律文献、法学教科书、法律评论、法院判例、合同及各类法律文件等,都是比较法学必然指向的研究对象。除此之外,还应该尽可能地其他各个方面,如历史学、哲学、文化学、社会学、心理学、经济学以及人类学等方面来展开比较法学的研究工作。

第三节 比较法学的范畴与功能

一、比较法学的范畴

根据比较法学的阶段性目的和根本性目的,比较法学的范畴主要可以理解为三个方面:

首先,制度性研究,即站在超国家的角度,对外国和本国的法律规则和法律制度予以比较研究,发现各国法律的共同与不同,从而提高法律适用的准确性和法律实现的效率,同时还可认识自身法制的不足,从而寻求改进和完善。德国比较法学者格罗斯菲尔德认为,比较法学可以通过对法律概念的比较研究,发现不同法律制度功能的合理内核。如同匈牙利学者康斯坦丁内斯库所看到的,比较法学能够揭示出法律学说某些过于复杂或者并不精确的方面,因为“比较法擦亮了法律学者们的眼睛,使其能够发现本国法律机制的一些缺陷与弱点。比较法学者能够对他自己国家的法律制度作出一判断,这一判断更为成熟,更具有批判性,这是由于他们有广博的经历和对特