



法学文库
何勤华 主编

20世纪比较法学

Comparative Law in 20th Century

李秀清 等著



商務印書館

法学文库 主编 何勤华

20 世纪比较法学

李秀清等 著

商务印书馆

2006年·北京

图书在版编目(CIP)数据

20世纪比较法学/李秀清等著. —北京:商务印书馆,
2006

(法学文库)

ISBN 7-100-04627-0

I. 20… II. 李… III. 比较法学—世界—20世纪—
高等学校—教学参考 IV. D908-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第088673号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用

**本书得到上海市重点学科
建设项目资助(编号 T1001)**

法学文库

ÈRSHÍ SHĪJÌ BĪJIAO FǎXUÉ

20世纪比较法学

李秀清等 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 7-100-04627-0/D·374

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 17½

印数 5 000册

定价: 28.00元



第一作者 李秀清，女，1966年生，浙江临海人。法学博士。华东政法学院比较法研究所所长，法律学院教授、博士生导师，兼《华东政法学院学报》主编、全国外国法制史研究会副会长及秘书长。曾于2003年1月至7月在英国牛津大学法律系访学。著有《日耳曼法研究》，其他合著、译著、点校著作十余部，发表学术论文30余篇。主要研究领域为法律史、比较法。

其他作者 均是或曾经是在华东政法学院研习法律史和比较法的硕士、博士或教师，依撰稿章节为序，他们是：马贺、朱淑丽、王晓锋、陈灵海、王沛、程维、黄冬云、冷霞、彭杨。

内容简介

就比较法学而言，1900年在巴黎召开的第一届国际比较法大会，无疑是划时代的。自此，比较法学渐渐兴起，更确切地说，比较法学的发展开始由隐性转为显性，其在法学教育、法学研究及法律实践中的地位日渐彰显。20世纪对于比较法学较之于其他法学学科更具有特殊的跨越性意义。

这一百年间，比较法学有哪些重要事件、著名人物和论著？有哪些有影响的研究机构、期刊和研讨会？其不同时期的研究热点集中在哪些方面？当下所面临的主要问题何在？今后的发展趋势将会怎样？等等，都有必要进一步探讨和总结。

本书就是从比较法学的上述要素切入，集中对比较法学在各主要国家，包括：比较法学兴起较早、取得较大成就和广泛影响的欧洲国家，如法国、德国和英国；当代比较法学迅速发展，并逐渐处于主导地位的美洲国家，如美国；以及在比较法学的发展进程中既有相似，又显相异的亚洲国家，如日本和中国的演变和发展做了较为系统的回顾和阐释，以点涉面，史论结合，较为全面地勾勒出20世纪比较法学的演进图，并总结得失，展望未来。

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者。”并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何 勤 华

于上海·华东政法学院

法律史研究中心

2004年5月1日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on Legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as on *Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the law of the constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named "Jurisprudential Library".

Actually, several sets of "library" on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of "Juris-

can provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by it's originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History

East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

目 录

总 序	何勤华
导 论	1
第一章 比较法学在法国	24
第一节 19 世纪法国的比较法研究	25
第二节 1900 年巴黎国际比较法大会	39
第三节 法国比较法学发展的“黄金时代”——朗贝尔的贡献	50
第四节 达维德及其他学者的比较法理论	67
第五节 世纪末的法国比较法学及其反思	93
第二章 比较法学在德国	118
第一节 近代德国比较法研究的发展演变	118
第二节 当代德国的比较法学	148
第三节 茨威格特和克茨的《比较法总论》	179
第四节 世纪末德国比较法学的新发展	196
第三章 比较法学在英国	221
第一节 比较方法在英国法领域的早期运用	222
第二节 英国近代比较法研究的兴起	232
第三节 格特里奇及当代英国的比较法学	240

第四节 英国法孤立主义影响下的比较法学·····	258
第四章 比较法学在美国·····	267
第一节 美国比较法研究发展概况·····	267
第二节 威格摩尔及其《世界法系概览》·····	273
第三节 当代美国的比较法学·····	294
第五章 比较法学在日本·····	319
第一节 日本比较法研究发展概览·····	319
第二节 大木雅夫及其《比较法》·····	347
第三节 日本比较法学的特征·····	374
第六章 比较法学在中国·····	389
第一节 中国比较法研究概况·····	389
第二节 沈宗灵及其《比较法总论》·····	407
第三节 中国比较法学的现状·····	419
第七章 比较法学发展的新趋向 ——介绍《世界法律传统——法律发展的持续多 样性》·····	438
译名对照表·····	459
比较法论文索引(1955—2000)·····	464
主要参考文献·····	539
后记·····	547

Contents

General Preface	He Qinhua
Introduction	1
Chapter One: Comparative Law in France	24
I. Comparative Law Study in France in 19th Century	25
II. International Congress of Comparative Law in Paris in 1900	39
III. The “Golden Age” of the Comparative Law in France; the Contribution of Lambert	50
IV. Comparative Law Theories of David and Other Jurists	67
V. Progress and Rethinking of Comparative Law in France in Late 20th Century	93
Chapter Two: Comparative Law in Germany	118
I. The Development of Comparative Law Study in Germany in Modern Times	118
II. Comparative Law in Germany in Contemporary Era	148
III. Zweigert, Kötz and Their <i>An Introduction to Comparative Law</i>	179

IV. New Progress of Comparative Law in Germany in Late 20th Century	196
Chapter Three: Comparative Law in Britain	221
I. Early Usage of Comparative Methods in British Law	222
II. The Rise of Comparative Law Study in Britain in Modern Times	232
III. Gutteridge and the Comparative Law in Britain in Contemporary Era	240
IV. Comparative Law Under the Influence of Isolationism in British Law	258
Chapter Four: Comparative Law in America	267
I. A Survey of the Development of Comparative Law Study in America	267
II. Wigmore and His <i>A Panorama of the World's Legal Systems</i>	273
III. Comparative Law in America in Contemporary Era	294
Chapter Five: Comparative Law in Japan	319
I. A Survey of the Development of Comparative Law Study in Japan	319
II. Masao Oki and His <i>Comparative Law</i>	347
III. The Characteristics of Comparative Law in Japan	374
Chapter Six: Comparative Law in China	389
I. A Survey of the Development of Comparative Law	

Study in China	389
II. Shen Zongling and His <i>An Introduction to Comparative</i>	
<i>Law</i>	407
III. The Current Situation of Comparative Law in China	419
Chapter Seven: A New Tendency of the Comparative Law	
—The Book Review of <i>Legal Tradition of the World :</i>	
<i>Sustainable Diversity in Law</i>	438
Glossary	459
Thesis Index of Comparative Law in China from 1955 to	
2000	464
References	539
Postscript	550

导 论

法学领域也好,其他领域亦然,若要以某一重要事件的发生、某一权威论断的做出等特定时间节点作为一个学科形成或兴起的标志,或多或少都带有主观上的天真成分和思维上的理想色彩。但是,学说史的探讨却又常常需要这种人为的断言。就比较法学而言,1900年第一届国际比较法大会于法国巴黎的召开,无疑就是这样一个划时代的事件。自此以后,比较法学渐渐兴起,更确切地说,比较法学的发展由隐性转为显性,它引起了越来越多学者的关注,学术研讨会的召开趋于经常,专门的研究机构相继设立,相关的论著不断问世,研究的课题逐渐拓展,而且,比较法学在法学教育、法学研究及法律实践中的地位也日渐彰显。一个世纪之后的2000年11月,国际法律学协会在美国新奥尔良市专门主办了题为“国际比较法学一百周年纪念大会”的国际学术会议。

故而,20世纪这一时间纬度,对于比较法学而言,较对于其他法学领域更具有特殊的跨越性意义。这一百年间,比较法学有哪些重要事件、著名人物和论著,有哪些极有影响的研究机构、期刊及研讨会,不同时期的研究热点集中在哪些方面,现今所面临的问题主要有哪些,今后的发展趋势将会怎样,等等,都有必要进行总结和探讨。本书就是以比较法学中的上述要素为切入点,集中对于比较法学在20世纪各主要国家的演变和发展作一系统的回顾和阐释,以期以点涉面,以史带论,勾勒出比较法学在这一个世纪中的演进图,从而总结得失,展望未来。

法律比较的方法自古有之,古希腊的立法如斯巴达的来库古(Lykurgos)立法和雅典的梭伦(Solon)立法、古希腊的著作如柏拉图(Plato, 前 427—前 347)的《法律篇》和亚里士多德(Aristotle, 前 384—前 322)的《政治学》等均运用了比较研究。在古代罗马,其第一部成文法——《十二表法》,也是基于派遣起草法律的委员们赴希腊考察法制回来后才完成并颁布的。随着罗马法的日渐丰富和完善,它为其他法律的研究提供了模式和进行比较的参照体系,它为世界各国的法律发展提供了许多超民族超国家的原则制度,但是在罗马帝国,由于罗马法学家们对于罗马法律制度和国家制度的优越性过于自信,盲目低估和忽视其他外国法律,因此,虽然罗马的法学人才辈出,法学论述的丰富也达到了古代法学史上的鼎盛,但法学研究中比较方法的运用却并未得到与此相称的发展。

在继罗马法之后、在西方法律史上的另一重要阶段,即日耳曼法时期,成文法的不严谨及法学理论的阙如,使其称为“蛮族法时期”的重要因素,但是,从各主要日耳曼人,如哥特人(Goths)、法兰克人(Franks)、勃艮第人(Burgundians)、盎格鲁—撒克逊人(Anglo-Saxons)、伦巴德人(Lombards 或 Langobards)等所制定的各王国成文法典的体例及内容的相似性,可以明显看出立法过程中实际上也运用了比较和借鉴。^①

不过,“纵观古代,法之比较虽发轫早而源远流长,然仍显稚嫩。其

^① 关于各日耳曼王国的立法概况,参见李秀清:《日耳曼法研究》,商务印书馆 2005 年版,“第一章”。

零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体、独立一门。”^①

在中世纪欧洲大陆,盛行共同法的思想,而且罗马法和教会法的近乎排他性的权威致使学者们对于其他法律都不感兴趣。直到16世纪,欧洲所有的大学里,法学都只是指罗马法、教会法,并且只教授这些内容,尽管在各个国家的法学教育中,此两者并非占有同样的比重,但它们都是具有普遍性的法。同时,作为这一时期大学的共同语文的拉丁文,也对欧洲法律的统一性起到了重要的作用。此外,当时的经院主义法学对于与其异质的法律制度不仅无能为力,而且也漠不关心。当然,我们不能就此断言中世纪欧洲并不存在比较法学,但这些都阻碍了比较法学的发展则是无庸讳言的历史事实。

17世纪,自然法兴起,一些启蒙思想家投身于此领域的研究和著述,西欧各主要国家都有一些代表人物,他们对于比较法学的形成均起了奠基的作用。这现已成为一种学术共识。只是在现代比较法学兴起早期,因受法学的民族狭隘性的影响,在英国的著述中,人们主张培根(F. Bacon, 1561—1626)是比较法学的奠基人;在荷兰,则将之归功于格劳秀斯(H. Grotius, 1583—1645);按照德国文献的说法,第一位提出比较法观念的人是莱布尼茨(G. W. Leibniz, 1646—1716);意大利学者,则认为是维科(G. B. Vico, 1668—1744);在法国著述中,则把比较法学的源头追溯到孟德斯鸠(C. L. Montesquieu, 1689—1755)。

18世纪以后,欧洲法的统一性日益衰退。由于民族国家的建立,法典编纂活动也相继进行,于是以民族主义为基础的多样的实定法律秩序形成。欧洲普通法的分裂,法明显成为民族法,及法学走向国家化,这些都为比较法学的形成提供了前提。

^① 引自高鸿钧、贺卫方:《比较法学丛书》总序,清华大学出版社。

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>



19 世纪,因受德国萨维尼(F. C. Von Savigny, 1779—1861)为代表的强调法的民族精神的历史法学派的影响,欧洲比较法学的发展曾一度受阻,不过,并未完全停滞。即使在德国,与历史法学派相抗衡的是以蒂堡(A. F. J. Thibaut, 1772—1840)为代表的法典编纂派,他们主张德国应该模仿法国编纂民法典以达到民族统一,重视运用法律的比较研究。同时,著名法哲学家如费尔巴哈(P. J. A. Von Fauerbach, 1775—1833)、黑格尔(G. W. F. Hegel, 1770—1831)及耶林(R. Von Jhering, 1818—1892)等对于当时德国法学的现状及对历史法学派的批判,客观上也为德国比较法学开创了道路。加上莱茵和巴登地区对《法国民法典》的继受,也引发了德国学界对于外国法的比较研究,在此方面起引领作用的学术中心是海德堡大学。此外,第一个旨在研究外国法的《外国法学与立法评论》也在此背景下于 1829 年创刊。

在法国,19 世纪初期因反对法律比较的法国注释法学派的形成也曾使比较法学的发展一度面临不利的局面,但是,法兰西学院(Collège de France)“比较立法通史与哲学讲座”的开设(1831 年)、《外国立法与政治经济评论》的创刊(1834 年)、巴黎大学法学院比较刑法讲座的开设(1846 年)等都体现出法国对于外国法研究的重视。而 1869 年法国比较立法学会的成立及其会刊的发行,则不仅是法国,而且也是世界比较法学史上的重要事件。

在英国,谈到 19 世纪比较法学,必然会提及梅因(H. S. Maine, 1822—1888)。1861 年,法律史及比较法学史上不容忽视的他的力作《古代法》问世,而且巧合的是,在法国比较立法学会成立的同年,梅因还开始在牛津大学担任历史比较法的教授。同时,其他的如戴雪(A. V. Dicey, 1835—1922)等著名法学家也很重视运用法律比较。此外,英国比较立法学会也于 1895 年成立。这些都表明了比较法学的兴起已不仅只是囿于欧陆国家。

二

进入 20 世纪,国际社会发生了令人瞩目的变化,如经济的日益国际化、国际贸易的发展、资本输出的进展和殖民主义的扩张,等等。在此背景下,仅专注于国内法的视野的狭隘及其导致的弊端更为醒目,努力要在认识上超越本国法也就自然成为了一种趋势。这首先在私法领域得到体现。而在作为 19 世纪自然科学的三大发现之一的进化论的影响下,自然科学领域广泛应用比较方法,这也开始推动包括法学在内的社会科学领域的比较研究。上述国际社会的大环境及科学领域的成果,加上此前欧洲国家比较法学的发展的积累,都为进入新的一个世纪的比较法学的发展提供了契机,比较法学不仅在法国、德国、英国呈现深入发展的趋向,而且开始走出欧洲国家的藩篱,得到了世界各国的普遍关注,并在一些国家取得了可喜的进展。

1900 年首届国际比较法大会在巴黎召开,在此会议上,法语是大会的官方语言,起主导作用的是来自巴黎大学的萨莱伊(Reimond Saleilles, 1855—1912)和里昂大学的朗贝尔(Édouard Lambert, 1866—1947)。1903 年,朗贝尔的《比较民法的作用》问世,它对于比较法的本质与作用等重要问题的大胆论证引起了法学界的广泛争论。1920 年,里昂大学成立由朗贝尔主持的比较法研究所。受其影响,法国及其他国家的比较法研究机构纷纷设立,比较法学开始呈现蓬勃态势。与此同时,法国比较法学的研究指向有所改变,关注领域开始从欧陆法转向对大陆法与英美法的比较、从外国国别法逐渐转移到“法系”的理念上。二战后,曾一度沉寂的法国比较法学重新活跃,研究者们不再将精力花费在那些徒劳的方法论之上,而是认真地对现行的各国实在法体系的结构和功能进行谨慎、细致的考察,涌现了一些世界级的比

较法学家,其中达维德(René David, 1906—1990)就是为我们熟知的代表人物,其代表作《当代主要法律体系》自1964年初版问世以来广为流传。

在德国,19世纪末20世纪初,比较法学也迎来了发展的转折性变化,即从历史的比较法转向以现行外国法为基础的现代比较法。1916年,慕尼黑大学成立了拉贝尔(Ernst Rabel, 1874—1955)比较法研究所。一战之后,受德国内外因素的影响,对于外国法和比较法的关注具有越来越重要的意义。1925年,拉贝尔的关于比较法学理论的第一部基础著述《比较法的任务与必要性》出版。在此前后,具有国际性影响的比较法研究机构不断成立,若干学术期刊也相继面世。这些都是德国比较法学崛起于世界的标志。但是紧接着的纳粹统治时期,包括拉贝尔在内的一批比较法学家流亡海外,尽管他们中有的在他国找到了安身之地并延续着专业研究,但对于德国现代比较法学史而言,这一时期无疑是一个充满了悲情并留下深深遗憾的阶段。相对而言,二战之后德国比较法学的迅速勃兴则更为醒目。重要的研究机构,如马普外国法和国际私法研究所、马普外国法和国际法研究所等都充满了活力,它们承担完成国际性课题,出版大型的权威丛书。而茨威格特(Konrad Zweigert, 1911—1996)与克茨(Hein Kötz, 1935—)合著的《比较法总论》不仅堪称当代德国比较法学的典范之作,而且在世界上也获得了非同凡响的成功。

早在首届国际比较法大会上,与会者就聆听到了来自英国的声音。当时参加会议并作主题报告的惟一一位来自英语国度的学者就是英国法学家波洛克(Sir Frederick Pollock, 1845—1937),尽管他在报告中提出“我们今天所理解的比较法是一门最现代的科学。今天活在世上的人亲眼目睹了它的诞生”的断言未必被学界所有人认同,但被广为引证却是不争的事实。20世纪上半叶,一些比较法学家活跃在各自的研究领

域,其中,格特里奇(H. C. Gutteridge, 1876—1956)所取得的成就尤为突出。自1930年起直至去世,他担任剑桥大学比较法学教授,一直致力于比较法学的教学和著述,并在私法和国际私法的统一领域也做出了贡献。格特里奇的比较法观点和理论在其代表作《比较法》一书中得到完整的展现,因其理论的系统 and 观点的新颖,使他的这一论著不仅在英美国家比较法领域具有很高的权威,而且在大陆法系国家,乃至世界范围内也有相当影响,并持续至今。这同时也为英国比较法学赢得了国际声誉。在此之后,英国成立了多个比较法研究团体,比较法学教育、比较法学研究等都有了发展,英国比较法学所取得的进展有目共睹。

相对于欧洲国家而言,美国比较法学的起步并不早,发展却甚为迅速。首届国际比较法大会召开时,美国虽然派员与会,但没有留下重要的信息。但在时隔四年之后,当国际比较法大会于美国圣路易大学举行时,美国比较法学的实力就已经初步展现。一战之后,特别是威格摩尔(J. H. Wigmore, 1863—1943)发表《世界法系概览》,美国学者在国际比较法学界的地位已远非昔比。而一批外国(尤其欧洲)学者在二战期间到美国定居,从学术视野和研究深度上都直接促进了美国比较法学的发展。20世纪50年代,庞德(R. Pound, 1870—1964)担任了国际比较法学会的主席长达七年,这也是美国比较法学隆起的侧面写照。而当今的美国,积聚的世界级比较法学家之多,学术论著影响之广,学术活动之活跃,恐怕还没有别国可与其相竞。

比较法学的兴起和发展也并非只是在欧美国家。在日本,明治维新之后开始的法律近代化过程,法律的比较得到了广泛的运用,这便开启了日本比较法学发展的帷幕,穗积陈重(1856—1926)被认为是日本比较法学的鼻祖。进入20世纪,日本的比较法学渐趋成熟。特别是二战结束以后,随着日本法制的现代转型,比较法学也获得了长足的进

展。1950年,日本比较法学会成立,此后,多种比较法学术研究机构也相继设立。此外,还出版了一批有质量的比较法学论译著,涌现出了若干有影响的比较法学家。其中,大木雅夫(1931—)不仅将达维德及茨威格特、克茨的比较法论著译介引入日本,而且他自己撰写的《比较法讲义》也可称为国际比较法学领域的力作。正是由于包括大木雅夫在内的日本比较法学学者的不懈努力,为日本、也为亚洲争得了在国际比较法学界的地位。

再来叙说我们中国。相较于前述各国,我国的比较法学肇端也晚,发展也曲折。在列强压力下,清末修律过程中的一个主要措施就是“参酌各国法律”,与之相随的是法律比较的广泛运用。民国时期,若干比较法学的论译著出版,东吴大学法学院等机构的比较法学教育受到重视,比较法学会成立,因此这一时期中国的比较法学有所发展。1949年后,比较法学曾一度衰退甚至几乎销声匿迹,这一状况持续了30多年。其后,比较法学逐渐得以恢复并发展。国际比较法学领域的重要著作被相继译为中文,而沈宗灵的《比较法总论》,则是当今我国这一领域的代表作品。1990年,中国法学会比较法学研究会成立,自此之后,由其主办的比较法学的年会及其他学术研讨会始趋于正常并日渐频繁,这是我国比较法学前辈们共同努力的结果,也是比较法学已受到学界重视的象征。目前,我国的比较法学无论从学术质量还是从影响范围看,仍只是处于爬坡阶段,但广大学者同仁十数年的耕耘无疑使20世纪末期的中国比较法学开始跻身于国际比较法学的潮流之中,从而也丰富和拓展了国际比较法学。

为更清晰地理解20世纪比较法学在上述法、德、英、美、日、中六国的发展轨迹,特以时间为序罗列重要事件如下:

1900年,在法国巴黎召开第一次国际比较法大会。

- 1901年,法国法学家萨莱伊专任巴黎大学比较法讲座的教授。
- 1903年,法国法学家朗贝尔的《比较民法的作用》出版。
- 1906—1907年,朗贝尔任埃及开罗总督大学法学院院长。
- 1913年,中国的第一个比较法学组织——比较法学会在上海成立,王宠惠当选为首任会长。
- 1916年,德国慕尼黑大学设立拉贝尔比较法研究所。
- 1920年,法国里昂比较法研究所成立。
- 1924年,国际比较法学会成立。
- 1924年,德皇威廉外国公法和国际法研究所(即后来的马普外国法和国际法研究所)成立。
- 1925年,德国法学家拉贝尔的《比较法的任务与必要性》发表。
- 1926年,德皇威廉外国法和国际私法研究所(即后来的马普外国法和国际私法研究所)成立。
- 1927年,德国《外国法和国际私法杂志》创刊。
- 1927—1940年,德国外国法和国际私法研究所的《比较法辞典》(6卷)出版。
- 1928年,美国法学家威格摩尔的《世界法系概览》出版。
- 1929年,德国《外国公法和国际法杂志》创刊。
- 1933年起,一批德国比较法学家被迫流亡至美、英等国。
- 1935年,中国东吴大学法学院定名,直至1949年,其对外一直使用英文名“The Comparative Law School of China”。
- 1936年,德国法学家拉贝尔的《货物买卖法》初版。
- 1937年,国际比较法学会在海牙召开第二次世界大战前的最后一次大会。
- 1946年,英国法学家格特里奇的《比较法》初版。
- 1949年,法国比较立法学会的新会刊《国际比较法杂志》创刊。
- 1949年,日本中央大学成立日本比较法研究所。

1950 年,隶属于联合国教科文组织的国际比较法委员会成立。

1950 年,德国比较法学会成立。

1950 年,日本比较法学会成立。

1951 年,法国比较法研究中心成立。

1951 年,英国国家比较法委员会成立。

1952 年,《美国比较法杂志》创刊。

1958 年,英国国际法与比较法研究会成立。

1958 年,日本早稻田大学比较法研究所成立。

1961 年,日本比较法学会所编的《比较法研究》创刊。

1964 年,法国法学家达维德的《当代主要法律体系》初版。

1969 年,在法国比较立法学会成立一百周年之际,该学会会长安塞尔发表了名为“法国比较法一百年”的论文。

1969 年,美国法学家梅里曼的《大陆法系》出版。

1971 年,德国法学家茨威格特和克茨的《比较法总论》初版。

1971—1997 年,德国马普外国法和国际私法研究所主持的《国际比较法百科全书》(17 卷)陆续出版。

1972—1974 年,法国法学家康斯坦丁内斯库的《比较法概论》出版。

1974 年,美国法学家沃森的《法律移植与比较法》出版。

1976 年,法国法学家达维德的《英国法与法国法》初版。

1980 年,美国法学家埃尔曼的《比较法律文化》出版。

1984 年,美国法学家梅里曼的《大陆法系》中译本(顾培东、禄正平译)出版。

1984 年,德国法学家格罗斯菲尔德的《比较法的力量与弱点》出版。

1984 年,法国法学家达维德的《当代主要法律体系》中译本(漆竹生译)出版。

1987 年,中国法学家沈宗灵的《比较法总论》出版。

1987年,中国政法大学《比较法研究》创刊。

1990年,美国法学家埃尔曼的《比较法律文化》中译本(贺卫方、高鸿钧译)出版。

1990年,中国法学会比较法学研究会成立。

1992年,德国法学家茨威格特和克茨的《比较法总论》中译本(潘汉典等译)出版。

1992年,日本法学家大木雅夫的《比较法讲义》出版。

1999年,日本法学家大木雅夫的《比较法讲义》中译本(更名为《比较法》,范愉译)出版。

三

因受阅读范围和所掌握资料的限制,本书探讨主要以前述六个国家为限。实际上,在20世纪,对于比较法学的承认和关注在各国已很普遍。

比如,关于欧陆国家,我们只论及法国、德国,而在欧陆法律史上极为重要的意大利,比较法学的演进也十分有特色。11世纪末,伊纳留斯(Irnerius,约1055—1130)开始在波洛尼亚(Bologna)大学教授法律,比较法的历史也许最早可以追溯至这一时期。^①至16世纪早期,政治统治的不统一及文明与传统文化的多元性一直是意大利显著的历史特征,法律自然也呈现复杂性和多元性,近代欧洲法律的各种重要因素几乎都可以追溯至发端于此时期意大利的各种法律。故法律的比较被广泛运用。此后三个多世纪,意大利虽然不再是欧洲法律文化的中

^① Rudolf B. Schlesinger, "The Past and Future of Comparative Law," *American Journal of Comparative Law*, Summer 1995, pp. 477—481.

心,但仍延续着法律的多元格局,因受制于外国的统治,从西班牙的法律规则,到奥地利皇帝的改革措施,及法国的法典,都相继进入意大利。其中,尤其以法国拿破仑法典的影响最为广泛,而且最为深远。

19 世纪后半期,统一以后的意大利王国的各个新法典,都是来自意大利各地、分属不同法律传统的法律家们集体努力的结果,也可以说是他们经过激烈争论,进行比较和妥协的产物。以 1882 年新商法典为例,是下列这些专家经过数年的起草并最终完成的:托斯卡纳的学者、公司法改革家 Tommaso Corsi,热那亚的律师 Antonio Caveri 和 Cesare Cabella,皮埃蒙特的法律专家 Matteo Pescatore,伦巴德人 Giuseppe Zanardelli 和 Ercole Vidari,威尼斯人 Felice Lampertico, Francesco Piccoli 和 Giovanni Battista Varè,罗马人 Luigi Maurizi,那不勒斯人 Pasquale Stanislao Mancini、Nicola Alianelli 和 Giuseppe Carnazza Puglisi。这些专家在参与起草时,势必带来各自所在地区的习惯和制度。此外,还参考借鉴了外国的立法经验,具体而言,其中的基本规则主要是来自德国的旧商法(1861 年),票据制度来自德国的 1848 年《票据法》,公司制度来自比利时的 1873 年法律,海商法内容来自法国的 1807 年商法典,破产制度来自法国的 1838 年法律。^①

政治上的统一,促进了法学学术的发展。因早期受法国法学影响较深,后又因与德国法律文化的接触并受其影响,故自此之后,在意大利的法学中,法国模式和德国模式并存,学术研究中常常试图将法国学者的宽容博爱与德国学者的抽象深奥有机地结合起来。这样的学术氛围必然会促进比较法学的兴起。1900 年首届国际比较法学会召开时,意大利就派员参加,那不勒斯大学的里奥(Diodato-Lioy)教授还是主

^① 参见 *The Progress of Continental Law in the Nineteenth Century*, by various authors, Little, Brown, and Company, Boston, 1918, p. 341.

题报告人之一。1932年国际比较法大会海牙会议召开时,学会分成4个研究小组,担任拉丁组主席的即为来自罗马的狄昂尼西奥·安切洛蒂(Dionisio Anzilotti)。还应提及基亚罗亚(Vittorio Scialoja, 1856—1933),他既是一位享有盛名的导师,培养了若干罗马法和私法领域的专家,同时还是这一时期积极借鉴德国法律文化,在比较法学领域颇有建树的代表人物。而20世纪中期,与法国的达维德、德国的茨威格特齐名的意大利比较法学家是高理拉(Gino Gorla),他以比较的视野研究契约法,并将新的更为精密的方法引入比较法研究。^①在当代,最有影响的意大利比较法学家当是鲁道夫·萨科(Rodolfo Sacco, 1923—)。他被认为是在意大利“创造”比较法的重要人物,全意大利有约20名教授曾是他的学生,这些教授大多是比较法学课程的担当者。萨科的代表作是《比较法导论》(*Introduzione al Diritto Comparat*),他的“法律共振峰”学说就是在此著作中系统得到阐述的,^②其他的还有关于契约法、占有、非洲法、苏联法等论著。现在,萨科的数部论著已被翻译为英语和法语,从而为他赢得了更广泛的国际声誉。^③

又如,前苏联等东欧国家的比较法学也是国际比较法学的组成

① Rodolfo Sacco, "One Hundred Years of Comparative Law," *Tulane Law Review*, March, 2001, p. 1168.

② 参见沈宗灵:《评萨科的“法律共振峰”学说》,载《中外法学》1995年第6期。

③ 萨科早年从法科毕业后,曾从事过律师工作,并同时开始民法的研究。在50年代初期,年轻的萨科有幸在位于都灵的欧洲研究所给达维德当过助手,从此萌发了对比较法学的兴趣。1960年,他开始在国际比较法学院任教。翌年,他被召回国,在帕维亚讲授民法,同时开始上比较法的课程,并担任系主任。1971年,萨科担任比较法的主席,1983年继而担任民法的主席。1999年,从都灵大学退休,现仍为该大学的功勋教授。萨科曾经常在西欧各国、非洲(主要是索马里和摩洛哥)和前苏联等从事学术活动,他还担任过索马里国立大学法学院院长。关于萨科的学术生涯及学术观点,详细参见 Ugo Mattei, "The Comparative Jurisprudence of Schlesinger and Sacco: A Study in Legal Influence," *Rethinking the Masters of the Comparative Law*, edited by Annelise Riles, Northwestern University School of Law Hart Publishing (2001), pp. 238—256.

部分。尽管一些西方学者认为,曾是社会主义国家领头羊的前苏联,其法学界开始进行比较法研究的历史极为短暂,但苏联学者认为,苏联对比较法的研究具有相当久的传统。早在20世纪20年代,比较法的方法首先被用来说明作为最高和最终的法律类型的新的苏维埃社会主义法的特征,不过,如果说这一阶段的苏维埃法学对进行“比较法方法的理论”问题未做专门深入研究的话,那么,比较法方法本身无论在著作中还是在法学教学中都已占有显著的地位。在苏维埃法学形成的初期,就出现了以与西方法律体系做比较为目的的学术著作。60年代起,苏维埃比较法学进入了发展的第二阶段,社会主义法律体系要求广泛的比较分析,这首先出于理论上的目的,其次在于社会主义合作的实践方面,再次为了相互借鉴经验。这一阶段,比较法学扩大了研究范围,加强对决定现代意义比较法学特征的方法论问题的关注。但虽然比较立法的理论相对发达,比较法学的理论著作则仍较为匮乏。而在比较法学的实践方面,许多苏联法律工作者参与为数众多的国际法律组织的工作,在各种国际会议及有关比较法学国际性学术座谈会上,苏维埃学者都做了成功的发言和演讲。总之,苏联法律工作者对于社会主义比较法理论的研究做出了重大贡献,尽管他们的著作中对于比较法研究的方法和程度在基本观点、种类和水准上均存在一定的差异。^①

在前南斯拉夫,比较法学也曾取得一定的进展。1955年,贝尔格莱德比较法研究所成立。该研究所的任务是:收集和整理关于各国的立法、法学理论和法律实践状况的资料;应国家机关和各种机构的要求,向这些机关和机构提供关于比较法的某些问题、关于外国立

^① 参见[苏]M.法伊齐耶夫、A.萨伊多夫:《苏维埃比较法学的发展》,廉雅荣译,载《比较法研究》1990年第2期。

法或某国的实践的看发;向外国法学界报导,和帮助报导南斯拉夫的立法、法学理论和法律实践的状况;同其他国家的类似机构以及从事比较法研究的国际组织进行合作。该研究所从1961年起出版了《外国法与比较法文集》若干卷,编辑了三卷本的《比较法文集》,从1978年起还出版了题为《发展中国家法律评论》的文献公报(每年三期)等。^①

但是,在很长一段时间内,正统的社会主义法律学说的立足点是:在社会主义社会,法的功能同资本主义社会法的功能完全不同,认为平等的比较法自始就是毫无意义的,或者是根本不可能的。在前苏联,实际上还存在占优势的一种观点,这就是,比较法只适用于用作证明社会主义法的优越性的手段。^②此外,在社会主义法学里,把比较法只看作一种方法这种观点曾经广泛流行,这也许是由于当时忧虑:如果比较法作为一个分离、独立的部门成立,有朝一日会变成一种“中立的”法学。^③这些观念一定程度地抑制了比较法学在社会主义各国的发展进程。而从西方比较法学者看,开始也都忽视社会主义法,主要专注于研究资产阶级法的体系和制度,后来才慢慢地开始关注社会主义法。

不过,社会主义各国比较法学的兴起和演进无疑使20世纪比较法学更具有国际性。1978年,第十届国际比较法大会在匈牙利布达佩斯召开,这是国际比较法学会自1924年成立以来第一次在社会主义国家召开的国际比较法大会,与会代表除举办国本国学者外,有多达700多

① 参见《南斯拉夫比较法研究所》,王存学译,载《法学译丛》1983年第6期。

② 参见[德]K.茨威格特、H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第67—68页。

③ 参见[匈]伊姆雷·萨博:《比较法的各种理论问题》,潘汉典译,载《法学译丛》1983年第1期。

人参加,超过以往各届大会。^①这是社会主义国家比较法学已取得一定成绩并受到广为关注的例证。

此外,20 世纪国际比较法学的普遍开展还表现在比较法学在诸多民族独立国家的兴起,其中,广大阿拉伯国家的比较法学就是从未到有,走出了一条独特的发展路径。在这些国家,比较法学的兴起及研究的范围和课题都别有一番情状,其中,长期受到殖民统治,及独立以后日渐萌发的民族意识、伊斯兰宗教文化的根深蒂固等因素,决定了其比较法学的起源既离不了西方尤其是西欧国家的相关影响,也比任何其他地区的同领域学术研究面临着更为现实、也更为复杂的诸如法律移植与法的本土化、法律的世俗化与宗教意识、法律的西化与东方社会观念等方面的冲突和问题。

比如,在埃及,1906 年已在国际比较法学界初露锋芒的朗贝尔,来到时受英国殖民统治的埃及,担任开罗总督大学法学院院长,他在那里教授并传播其比较法的理论,这为独立以后埃及比较法学的兴起奠定了基础。因为当 1907 年因与英国当局的矛盾,朗贝尔离开埃及回国,此后几年,多达 50 多名的埃及学生跟随他去法国学习,这些学生学成回国后,带回了比较法学及其他法学领域的研究方法和成果,此后经过他们的努力,推动了埃及乃至阿拉伯其他国家的比较法学等领域的理论和实践的发展。其中,尤为值得提及的是朗贝尔的得意门生撒胡理(Abdel-Razzak Al-Sanhuri, 1895—1971),他因在比较法学领域的不懈的理论追求和积极努力的立法实践,而被认为是阿拉伯世界最重要的比较法学家,还可能是 20 世纪在所有阿拉伯国家最广为人知的法学家。但是,正因他在终身追求的实现伊斯兰法现代化的事业中积极运用法律的比较,并主张追随、借鉴西方法律理论和经验,而被阿拉伯国

^① 参见沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社 1987 年版,第 25 页。

家有的学者称为“失败的比较法学家”，这足可体会到包括埃及在内的阿拉伯国家的比较法学的兴起和发展的艰难和独特。^①

四

本书虽然所涉国家尚嫌有限，但法国、德国和英国是比较法学兴起较早，并已取得很大成就和广泛影响的欧洲国家，美国是当代比较法学得到迅速发展并逐渐处于主导地位的美洲国家，而日本与中国则是在比较法学的进程中既有相似、又显相异的两个亚洲国家，因此，对于这六个国家比较法学历程进行宏观的叙述与微观的探讨，足以总结 20 世纪比较法学的发展概况。具体言之：

第一，比较法学逐渐被各国关注。从初期的以法、德两国为中心的西欧一元化，发展成为由法、德、英、美、日等为中心、世界各国学者一起参加的多元化局面。

第二，异质法之间的可比性已被确认。早在 30 年代就开始了关于社会主义法与资本主义法能否比较的讨论。二战后，随着一批社会主义国家的出现，及其后社会主义国家立法工作的展开，各国经济、贸易、

^① 1913 年，撒胡理人总督大学法学院就读。1921 年至 1926 年，在法国，他在朗贝尔的指导下攻读并取得博士学位。此后，他回到埃及。1936 年，他担任总督大学法学院院长，并在开罗创建与法国里昂相似的比较法研究所。受其邀请，1937 年，朗贝尔在阔别 30 年后第一次来到开罗，并发表演讲。同年，该师生二人被埃及政府任命成立仅由他们俩人组成的立法委员会着手起草埃及新民法典。他们起草的草案是运用比较法学方法论的成果，以其为基础而于 1949 年颁布的《埃及民法典》，不仅奠定了当代埃及私法发展的基础，而且还为若干阿拉伯国家所效仿，并成为后殖民时期阿拉伯世界法律体系中最具影响的法律文件。关于撒胡理的生平及学术理论，详细参见 Amr Shalakany, “Sanhuri and the Historical Origins of Comparative Law in the Arab World (or How Sometimes Losing Your Asalah can be Good for You),” *Rethinking the Masters of the Comparative Law*, edited by Annelise Riles, Northwestern University School of Law Hart Publishing (2001), pp. 152-188.

文化交往的日趋活跃,冷战局面的改善,六七十年代关于异质法的可比性问题得到了认真讨论,至今这种可比性已得到各国比较法学者的广泛认同。

第三,与前一方面相联系,比较法学的研究范围不断扩大。早期主要只是集中对于欧陆国家间的法律进行比较,后扩展为对于大陆法与英美法的比较,进而开始对于不同性质、不同文化背景的法律体系进行对照和考察。

第四,比较法学的目的和任务发生了转变。首届国际比较法大会召开之时,占优势的观点是应制定统一的国际立法,抱着尽快建立“共同法”的幻想。于是,立法比较法就比较盛行,进行比较研究是为了在创造新的本国法律之际参考外国法。20世纪中叶开始,学术研究更趋理智和务实,转而为了对不同国家的法律通过比较研究而增进彼此了解。

第五,从早期的微观比较的比较法转变为宏观比较的比较法。微观比较的比较法主要是分析和揭示不同法律体系的具体差异和多样性,这对于立法实践和部门法学研究具有十分重要的意义,逐渐地比较法学领域的学者们开始努力对世界多样化法律体系进行分类整理,宏观比较的比较法的出现是比较法学可能成为一门学科的标志。

第六,从注重规范比较转为兼采功能比较。前者主要只是对于法律规范本身进行比较,后者则是在进行规范比较的同时,对法与社会现实之间的相互作用进行研究,这有助于克服以规则为中心的局限,冲破规范比较受本国法律概念、法律结构等方面的限制。与此相联系,法律文化的比较也日趋发达。

总之,在一个世纪中,无论是研究范围和研究方法,还是目的和任务,比较法学都不断地转变,并总体上取得了发展,其在整个法学发展中的地位 and 作用越来越受重视。至世纪末,比较法学尤其呈现出比较