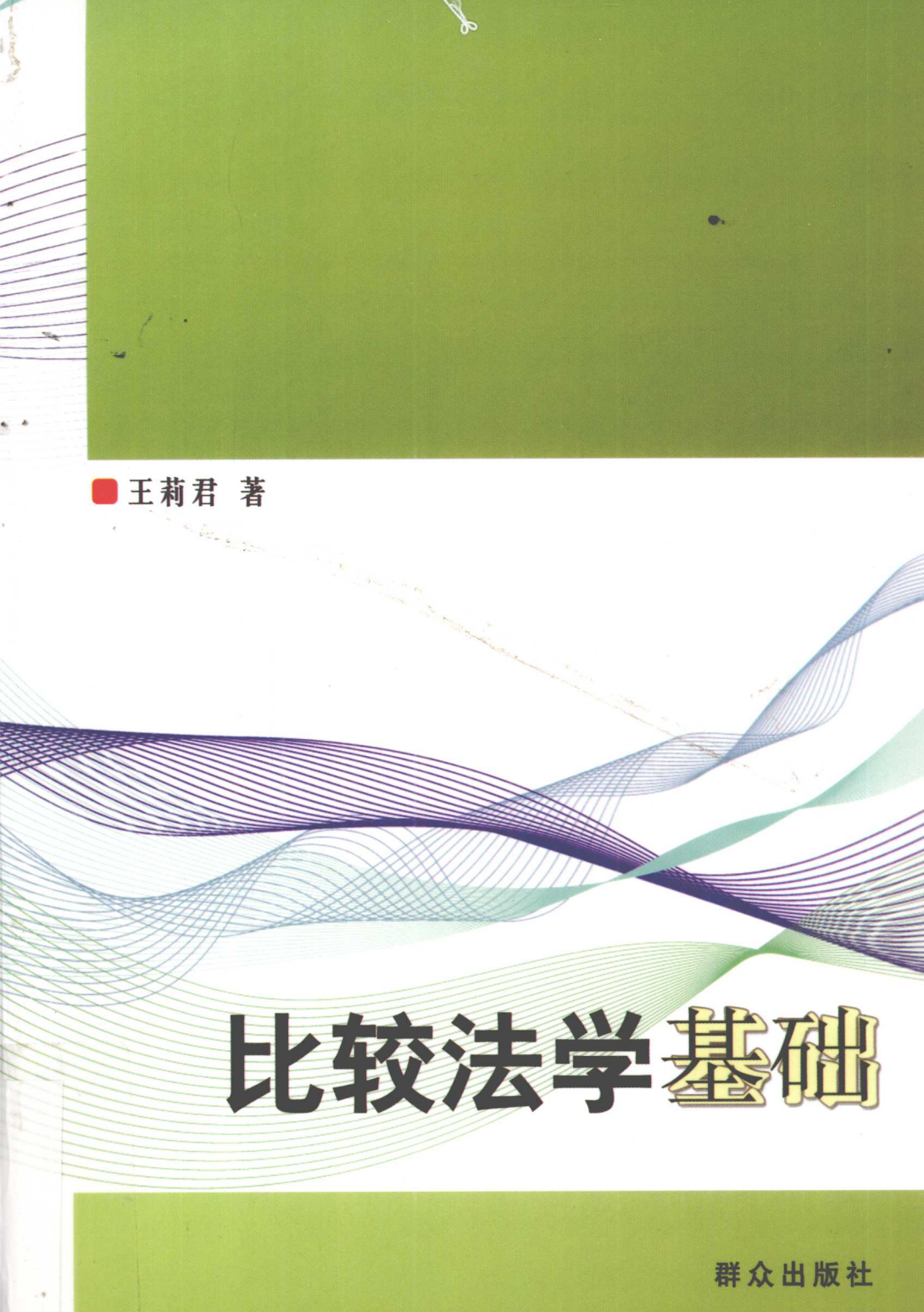




■ 王莉君 著

比较法学基础

群众出版社

图书在版编目(CIP)数据

比较法学基础 / 王莉君著. —北京: 群众出版社,
2009. 10

ISBN 978 - 7 - 5014 - 4598 - 1

I. 比… II. 王… III. 比较法学 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 192847 号

比较法学基础

著 者/ 王莉君

责任编辑/ 王 颖

技术设计/ 祝燕君

出版发行/ 群众出版社 电话:(010)52173000 转

社 址/ 北京市丰台区方庄芳星园三区 15 号楼

网 址/ www.qzchs.com

信 箱/ qzs@qzchs.com

经 销/ 新华书店

印 刷/ 北京亚通印刷有限责任公司

890 × 1240 毫米 32 开 10.5 印张 290 千字
2009 年 10 月第 1 版 2009 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978 - 7 - 5014 - 4598 - 1 / D · 2222

定价:25.00 元

目 录

导论 比较法学的学理性与实践性功能	(1)
第一章 比较法学的产生与比较法的概念	(10)
第一节 比较法学的源流	(10)
一 欧美比较法学的源流	(10)
二 中国比较法学的源流	(16)
第二节 比较法学的发展阶段与基本定位	(19)
一 比较法学的发展阶段	(19)
二 比较法学的定位	(22)
第二章 比较法学方法论	(24)
第一节 比较法学的研究方法导论	(24)
第二节 规范比较的研究目的、研究对象与研究策略	(27)
一 规范比较的研究目的	(27)
二 规范比较的研究对象	(28)
三 规范比较的研究策略	(29)
第三节 功能比较的研究目的、研究对象与研究策略	(32)
一 功能比较的研究目的	(32)
二 功能比较的研究对象	(34)
三 功能比较的研究策略	(36)
第四节 文化比较的研究目的、研究对象与研究策略	(44)
一 文化比较的研究目的	(44)
二 文化比较的研究对象	(45)
三 文化比较的研究策略	(48)
第五节 比较法学方法上的争议	(54)
一 对规范比较的批评	(54)
二 对功能比较的批评	(55)

三	对文化比较的批评·····	(57)
四	小结·····	(58)
第三章	世界主要法律体系·····	(60)
第一节	法系论的形成·····	(60)
一	法系论的历史发展·····	(60)
二	法系的用语与法系的构成要素·····	(63)
第二节	不同法律体系的分类标准与主要观点·····	(65)
一	分类标准问题·····	(65)
二	法系划分的主要观点·····	(72)
第四章	法的形成比较研究——不同的法律部门·····	(76)
第一节	大陆法系国家关于公法与私法的划分·····	(77)
一	大陆法系概论·····	(77)
二	公法与私法分类的历史·····	(82)
三	公私法的划分标准及其面临的难题·····	(91)
四	公私法的分类与我国的法制建设·····	(98)
第二节	英美法系国家关于普通法与衡平法的区分·····	(101)
一	英美法系概论·····	(102)
二	普通法的形成历史·····	(103)
三	衡平法的形成以及衡平法与普通法的抗衡·····	(113)
四	普通法与衡平法的关系·····	(117)
五	制定法时代的普通法·····	(120)
六	普通法的特征:救济 / 程序先于权利 ·····	(122)
七	普通法、衡平法的划分与我国的法制建设 ·····	(126)
第三节	美国法中的联邦法与州法·····	(127)
一	联邦与州之间的关系:历史考察 ·····	(127)
二	联邦普通法与州普通法的关系·····	(136)
三	美国各州法之间的冲突与统一·····	(139)
四	大国中的复杂法律体系:美国法律体系与 我国法律体系的比较·····	(140)
第五章	法的形成比较研究——不同法的渊源·····	(143)
第一节	大陆法系国家的制定法——以民法典为视角·····	(145)

一 《法国民法典》的编纂及特点	(145)
二 《德国民法典》的编纂及特点	(155)
三 法典形式受到的质疑	(164)
第二节 民法法系国家的判例	(165)
一 概论	(165)
二 法国法院的判决书与判例研究	(167)
三 德国的判决书与判例研究	(171)
第三节 普通法法系的判例法	(177)
一 概论	(177)
二 普通法法系的“遵循先例”原则的形成	(178)
三 普通法法系的“遵循先例”原则的实际操作	(183)
四 普通法系的区别技术(distinguishing technique)	(190)
五 普通法系国家判例法的特征	(195)
六 对判例法的质疑	(196)
第四节 普通法法系国家的法典	(199)
一 英国法典编纂的历史与现状	(199)
二 美国法典编纂的历史与现状	(204)
三 小结	(214)
第六章 法的适用比较研究	(216)
第一节 司法体制比较研究——以美国、德国为例	(216)
一 导论	(216)
二 德国法院系统	(217)
三 美国的司法系统	(224)
四 小结	(228)
第二节 法的适用过程比较研究——以美国与德国的 民事诉讼为例	(229)
一 美国的民事诉讼程序	(229)
二 德国的民事诉讼程序	(239)
三 小结	(246)
第三节 法的适用发展趋势	(248)
一 法官造法的扩张	(248)

二	司法、行政的混合	(251)
三	司法职权主义与当事人主义的结合	(252)
四	司法职业主义与非职业主义的混合	(252)
五	替代性纠纷解决方式的兴起	(254)
六	补充说明	(256)
第七章	法律职业与法律教育比较研究	(259)
第一节	法官职业比较研究	(260)
一	法官的产生	(260)
二	法官的独立性与政治性	(265)
三	法官的保障	(269)
四	法官问责制度	(270)
五	法官的职业化及其局限	(274)
第二节	法律教育比较研究	(280)
一	西方的法律教育与法律职业的历史变迁	(280)
二	当代西方法律教育的主要模式	(291)
三	小结	(300)
第八章	法律全球化问题研究	(307)
一	“法律全球化”的迹象	(307)
二	“法律全球化”的种种争议	(309)
三	小结	(322)
尾论	比较法学的力量与弱点	(324)

导论 比较法学的学理性与实践性功能

一切知识均源于比较。

——[德]诺瓦里斯

法是一种文化现象。因此,只要是准备研究它的现象形态、功能、前提条件和效果等,就不可能将视野封闭在国境之内。在这个意义上,法学通常必然是普遍法学(Universal-jurisprudenz)。

——[日]大木雅夫

一般认为,比较法学作为一门独立的学科起步于19世纪末。1900年夏,为了显示各项辉煌的人类才能,巴黎举办了包含无数会议的万国博览会。借此为机,两位法国学者——著名的比较法学家萨莱伊(Saleilles)和朗贝尔(Lambert)——主持了第一次国际比较法大会。该大会形成了两卷文件集,集中反映了西欧各国比较法学者关于比较法学的概念、目的与方法的观点。这一会议确立了建立独立的比较法学科的目标,比较法学研究也逐渐开花结果、广为流行。因此,在这次大会上,英国法学家波洛克(Pollock)充满激情的言语才被后人一再引用:“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。”

然而,需要注意的是,作为一门年轻的学科,围绕比较法学研究产生的一些基础性问题仍然充满争议,并没有统一的认识。其实,任何发展成熟的科学理论,都经历过长期的摸索与知识的积累过程,法

学研究也不例外。比如,蕴育于西欧社会的民法基础理论,其发达与完善就经历了漫长的数个世纪。与源远流长、立足于国内法律制度与法律实践的民法学相比,发展时间尚短、进行超越国界的法律秩序比较研究的比较法学理论尚为青涩,也在所难免。

当比较法学成为一个世界性话题之初,人们便开始争论它的定位问题:比较法学究竟是一门独立的科学,还是一种方法?^① 在经过了长久的但没有任何结果的论争之后,越来越多的比较法学者趋于这样的共识,即与其花费很大精力去探讨这种没有什么实际意义的问题,不如尽可能地使比较法学能够在法律秩序的改进与发展中发挥更多的作用。^② 如日本比较法学者真田芳宪认为,要想回答比较法学是单纯的方法还是独立的学科这个问题,结果通常是得不偿失。“与其这样,还不如着眼于比较法学至今为止都发挥了什么样的功能,而且现在正在发挥什么样的功能的问题,这恐怕要比单纯议论这一问题更有益处。”^③ 笔者认为,比较法学是一门以“比较”为基础方法、以世界各国的法现象为研究对象而建构的法学理论体系。从其功能上看,它兼具学理性与实践性双重功能。^④

一 比较法学的学理性功能

作为一种方法,“比较”本身是极其重要的认识工具。大千世界

① [法]莱翁丹-让·康斯坦丁内斯库:《论比较法学的流派与比较法》,理钧译,载《法学译丛》1983年第2期。

② 米健:《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》,载《比较法研究》2000年第3期,第225页。

③ [日]真田芳宪:《比较法的方法和今日的课题》,华夏译,载《比较法研究》1993年第3期,第303页。

④ 当然,所谓“学理”与“实践”功能之间并没有截然不同的区别。原因在于,研究者所从事的法学理论研究,实际上是从另外一个角度(理论文本角度)开始、延续、深化实践者所进行的法律实践中的理论争议。其所产出的法学知识,正可视为内在于法律实践中的深度阐述。有如法国学者福科(Michel Foucault)所宣布的:理论既不表达实践、传达实践,也不是为了实践目的而存在,相反,它本身正是实践。(Michel Foucault, *Language, Counter-Memory, Practice*, ed. D. Bouchard, Oxford: Blackwell, 1977, p. 205. 转引自刘星:《法学“科学主义”的困境——法学知识如何成为法学实践的组成部分》,载《法学研究》2004年第3期,第35页。)这里所做的“学理”与“实践”的功能区分,只是为了论述的方便,根据其抽象性程度的不同,以及与法律实践的距离远近而进行的一种大致上的划分。

纷繁复杂,具有高度的多样性。许多事物即使属于同一种类,彼此之间往往也“类而不同”。通过对比,才可能将它们在某种程度上区分开来,并把握它们自身各自的特点。法国现代作家马尔罗曾说过:“有比较才会有体会。……要了解希腊人的才华,拿一座希腊雕像与另一座埃及或者亚洲的雕像对比,要比只研究一百座希腊雕像的人更有体会。”诚哉斯言。在法的世界里,法在形式与实质上的多样性也是一个不争的事实。一国法律制度的长处与缺陷,通过与另一国法律制度的比较往往能够清晰地映衬出来。基于此,有法学家从歌德的名言——“不知别国语言者,对自己的语言便也一无所知。”——引申出法律世界的箴言:“不知别国法律者,对本国的法律便也一无所知。”因而,比较法学的首要理论功能就在于“求知”,为丰富法学研究而提供广阔的研究资料。

值得注意的是,这种“求知”一般不针对本国法,而是要面向广阔的国外法律世界展开。尽管在一国国内也可以针对不同的法律规则进行比较,但是,比较法学的意义并不在于此。根据通说,比较法学本身就是针对不同国家(或特定地区)的法律制度的比较研究。^①另外,比较法学也并不局限于描述外国法。作为一门独特的学科,比较法学的理论目的还在于以一种“世界主义”的视野,通过比较的方法将有关知识组合起来,从而以概观的方式,总结出不同法律制度的总体发展趋势,以及隐藏在各种立法、判例、学说等领域中的可以作为基准的东西。^②可以说,使法学成为一门具有世界意义的学科是学者们长期以来梦寐以求的理想,而致力于分析、研究不同地域、不同时代的人们在运用法律手段解决现实问题的诸多例证的比较法学,是

① 在一国之内,当一些特殊地区的法律制度具有非常独到的性质、特征时,它们也可以和该国的其他法律制度形成对比,并成为比较法学研究的对象。比如,在英国,一些比较法学家经常将苏格兰的法律与英格兰、威尔士和北爱尔兰的法律进行比较,就是因为苏格兰的法律具有不同于后者的显著特征。在我国,由于历史的原因,香港、澳门以及台湾地区的法律也与内地的法律有着明显的不同。在它们之间进行的比较研究,也属于比较法研究的范围。

② [日]太本雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第73页;[法]勒内·罗迪埃:《比较法导论》,徐百康译,上海译文出版社1989年版,第4页。

实现这一理想不可或缺的路径。

二 比较法学的实践性功能

即使以法律实务家的眼光看来,以广泛整理外国法知识与精确理解外国法为基本任务的比较法学也承担着重大的实践功能。著名的德国比较法学家茨威格特、克茨曾提纲挈领地比较法学有关实践的功能总结为四项,即:提供立法资料;辅助法律解释;提升法学教育水平;促进法律协调和正常化。^①这一观点得到了比较法学学界的普遍认同。

首先,比较法学能够为立法者提供丰富的立法资料。“从法律史上来看,法律比较实际上从一开始就与立法活动紧密联系在一起。在某种程度上甚至可以说,法律比较的最初起因或动力就是立法和改进立法的需要。”^②近年来,由于各国法律制度面临的社会问题具有很大程度的共性,回应这些问题的不同法律制度便可以不断充实法律“方法的仓库”,从而为本国立法提供重要参考。因此,甚至有学者认为,任何忽略对比较法进行研究的时代都易于在立法领域造成严重的错误。^③

我国立法实践中,借助比较法的事例不胜枚举:早在晚清时期,清政府的立法修律就以“参酌各国法律,务期中外通行”为宗旨而展开。其具体的措施包括:设立修订法律馆,有组织、有系统地翻译了大量外国法律和法学著作;在比较中西法律异同的基础上,将《大清律例》改造为“封建社会中最进步的一部法典”——《大清现行刑律》;仿照西法制定了我国有史以来的第一部商法——《钦定大清商律》;第一次将人民的权利载入宪法,形成了中国近代宪政制度的雏形。为了配合制宪,大规模地制定了各种新法和新法草案——如《大清刑事诉讼律草案》《大清民事诉讼律草案》《法院编制法》《大清民律草案》《监狱法》《国籍法》《教育法》《破产律》《违警律》、各类行政法规等等。这些法律虽然大都因清朝覆亡而并未施行,但是,它们均成为后来立法机关的参考资料,在我国法制史上占有一席之地。比如:刑律除关于帝室之罪全

① [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第二章。

② 米健:《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》,第227页。

③ 《比较法学建设与发展座谈会会议综述》,载《比较法研究》2006年第4期,第159页。

章,内乱罪之死刑排除外,其余都由民国政府声明继续有效。这些法律还历经了临时政府、袁世凯政府、武昌起义后的国民政府等不同历史阶段而屹立不移,不能不让人感叹。^① 而我国近年来的立法活动,同样对比较法学大范围地开放。^② 许多法律制度的设立与改革,都是通过比较研究外国法律制度而开启思路、逐步完成的。^③

其次,在司法活动中,比较法学能够起到辅助法律解释的重要作用。即使是对完全没有涉外因素的案件,如果法院在审理该案件时无适当的国内法律规范对该问题加以调整,也无相类似的国内案例加以援用。不少国家的法院会在法律论证中,采用直接引用外国相关的立法或案例的方法解决该问题。这样做的理由在于:在立法活动中,现代立法者大多数都以比较折中的方式行动,因而在填补法律阙漏以及进行一般的法律解释时,比较法学的方法理所当然会得到有效的应用。

比如,在德国最高法院的许多判例中,法官都曾借助比较法的思考,消除德国法的不明确之处或者填补其缺漏。其中,最著名的例子就是联邦最高法院通过判例发展了这样一条原则:在“一般人格权”受侵害的案件中,对起诉人的无形损害赔偿。^④ 再如,德国最高法院还曾经判决,在告知犯罪嫌疑人有权保持沉默、有权咨询律师、有权在审问中要求律师陪同之前,警察所得到的有关陈述,不能被检控方

① 李贵连:《中国法律近代化简论》,载《比较法研究》1991年第2期。

② 比如,我国在1982年修订宪法时,系统地研究了35个国家的宪法;在制定合资企业法时,由于缺乏这方面的实践,较多地借鉴了外国的经验。类似的例子还有许多。郭道辉:《中国立法制度》,人民出版社1988年版,第126页;沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社2006年版,第七章“当代中国借鉴外国法律的实例”。

③ 近年来,我国民法典草案的形成就经历了比较研究国外相应制度的这样一个过程。

④ 有关判决指出:“我们认为,每个人的个人价值在法律制度中具有核心的重要性。凡是同我们的观点类似的国家,几乎都承认无形损害赔偿作为对侵害人格的适当私法制裁。出版自由在这些法律秩序中也具有根本性的重要意义,而且对于精神损害取得赔偿的能力并不影响出版自由。因此,所谓允许对人格侵害给予无形损害赔偿,就意味着侵害或危害根本法所承认的言论自由——这种反对意思是毫无根据的(参见《联邦最高法院民事判决集》第39、124、132页)。”在另一个判决中,最高法院批准的无形损害赔偿以对人格权的侵害特别严重者为限。它在判决书上写道:“这一种限制”也见于瑞士法,它比德国民法典更加注意对人格的法律保护(参看瑞士债法第49条第1款)。《联邦最高法院民事判决集》第35、363、369页。”转引自[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,第28~29页。

作为不利于被告的证据。在作出这一判决时,德国最高法院不仅援引了美国联邦最高法院在米兰达诉亚利桑那州中的著名判决及其后的衍生判决,而且也援引了法国、意大利、英国和荷兰法律中的相关规定。除德国以外,法国、瑞士、美国、加拿大、南非、以色列等国家也有不少利用比较法学知识解决本国案件的司法例证。^①

在我国司法活动的历史上,运用外国法和比较法处理国内非涉外因素的案件的记载付诸阙如。但近年来,随着我国法律领域的对外开放,也出现了在国内司法中运用外国法和比较法的案例。无论是在刑事司法领域还是在民商事司法领域之中,都出现了这种参考外国法律或者判例的实践。^② 有人认为,外国法或比较法学作为一种法理,成为我国司法实务中参考借鉴的根据之一。^③

再次,比较法学对于法学教育而言,具有重大的意义。由于比较法学只是法学的一个学科,而不是国家的一个具体的部门法,其内容不具有实证法的规范效力,因此也似乎并不能给学生提供可以直接应用于法律实践、解决法律问题的知识。对于学生而言,比较法不受重视的一个重要原因还在于:它不是任何重要考试的必考科目。因而在大学教育中,它经常遭遇到如同法制史、法学理论一样的命运。换句话说,它被视为只对有志于学术生涯的候补人才有意义。然而,这种将培养“法律技术人员”为唯一目标的法学教育不仅是可悲的,而且也是危险的。因为,如果基于实证主义的态度,仅仅研究本国的实在法,将很容易受制于狭窄的本国法律素材,坐井观天,看不见几乎每一个法律问题都会有大量的可能存在的解决办法,从而使人们没有能力从内心投入并且运用批判态度对待法律现象。^④ 而通过对不同法律制度进行纵向与横向的比较,能够使大学法学教育的内容大大地丰富起来,也有助于培养善于独立思考的法律专业人才。正

① 朱景文:《国内司法中利用运用外国法的比较法思考》,载《法学》2004年第1期,第20~22页;孔祥俊:《法律方法论》(第二卷),第972~981页。

② 朱景文:《国内司法中利用运用外国法的比较法思考》,载《法学》2004年第1期,第22~24页。

③ 孔祥俊:《法律方法论》(第二卷),人民法院出版社,2006年版,第971页。

④ [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,第32页。

是基于这一原因,美国法学家庞德早在1934年就提出:法学专业的教师都应当具有比较法的功底,为了专业教育的目的,在本国的法律教学过程中,最好讲授比较法。^①事实上,第二次世界大战以来,比较法学在大学教育中得到了迅速的发展。

1956年,在西班牙巴塞罗那召开的国际法律科学协会会议上,对大学教育中比较法的任务,作出了如下的决议:

“1. 希望所有国家在法学研究的各个阶段,把比较法学和比较法方法作为教育的内容(尽可能列为必修课程)。

2. 在未设比较法单独讲座的大学,希望设置讲座。

3. 对外国人尚未设国内法入门课程者,希望设置这类课程。”

此后,召开的各界比较法学国际会议上,也有不少提倡比较法学教育的议题。这种倡导对法学教育产生了显著的影响,以至于1974年版的《英国百科全书》(第4卷)这样描述比较法学在大学教育中的地位:“每一所珍视自己声誉的大学,现在都在开讲比较法。在一些地方,比较法已成为教学大纲中的必修课程和必须考试的科目”。^②

最后,就促进法律协调和正常化而言,这是比较法学作为一门独立学科出现时,人们由衷地希望比较法学承担的重要使命。为了使国际贸易为首的国际交流更为顺畅,减少因各国法律制度不一致带来的困难与风险,自19世纪起,人们就曾以狂热的态度对建立适用于各国的“共同法”投入极大的精力。在这一方面,比较法学具有极大的价值。因为,通过对不同法律概念、法律规则体系、法律思维的对比研究,可以减少分歧,形成共识。尽管建立“世界共同法”至今也仍然是一个梦想,但是,法律协调和统一在国际销售法、运输法、知识产权法和票据法等方面都取得了进展。其中,最成功的例子就是

^① [美]庞德:《在美国法学院课程中比较法的地位》,第168页。转引自[德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,第34页。

^② 《比较法的研究》,选自《英国百科全书》(第4卷),1974年版,蒋恩慈译,载《国外社会科学文摘》1980年第7期,第7页。有关欧美诸国以及日本在大学具体展开的比较法学课程,参见:吴大英、任允正:《国外的比较法教育》,载《现代法学》1982年第2期,第77~78页。

1980年的《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)。在致力于解决多元法律体系冲突的国际私法领域,比较法学对法律冲突的识别、外国法的证明、公共秩序的审查等环节都发挥着重要的作用。^① 欧洲还出现了“比较国际私法学派”,该学派肯定各国的冲突规范同时存在且互相歧异的事实,并以此为出发点采取比较的方法进行研究,发现异同、明白得失,以对各国的冲突法体系加以协调,乃至统一。^②

综上所述,比较法学研究的宗旨在于:为人们扩大视野、深化对各种法律现象的认识,提供方法与框架,并为人们完善法律实践、寻求最适当的解决问题方法提供意见与指导。可以说,比较法是必需的,而且是有益的。

在我国,比较法学研究在沉寂了多年以后,近几年又重新焕发了新的光彩。以“比较法研究”为题的著作和论文比比皆是,许多大学都在本科高年级或研究生阶段设立了比较法课程。我国比较法学研究从整体上看,已经取得了初步的成果。通过这一学科,我们加深了对自我的认识,也发现了法制改进的巨大空间。不过,我国当代比较法研究仍然处于初创阶段,有着许多不足。其中最值得诟病的是,比较法研究仍没有形成成熟的方法论。这种现状不仅要求我们加紧吸收、消化发达国家比较法学基础理论的知识积累,而且要求我们结合我国法律制度改革实践,开拓出新的学术视野,培养我们的学术传统。而这是一个需要法律人自觉和积极参与其中的工程。正如歌德所言,一种传统不能由继承而得——它必须被争取。

下面,本书将以比较法学的两大基本功能为准,建构比较法学的研究框架:首先,本书将就比较法学在“求知”这一目标下经历的诸多流变、它的研究范围、研究方法、它所使用的范畴以及分析工具等比较法基本理论问题展开探讨。其次,本书还将以在法制史上有着古老渊源、在世界法律体系中占据中心地位的英、法、德、美等国法

① 宋晓:《国际私法中的比较法方法》,载《法学论坛》2003年第3期,第103~106页。

② 陈卫佐:《比较法对国际私法的意义——以国际私法的适用、研究和法典编纂为视角》,载《环球法律评论》2008年第5期,第19页。

律制度为主要参考样本,以法律的形成、法律的适用、法律职业、法学教育等环节为专题,尽力勾勒出具有生命力的法制图景。在这一过程中,本书主要是对上述专题中涉及的法现象之间的差异与共性进行描述,评价与概括的部分篇幅较少。因为,对于各具博大精深之传统的不同法律制度,可能描述比概括更可行,也更适当。最后,本书还将分析、评价当下不容回避的法律全球化现象。另外,在具体专题的讨论中,本书都会尽量结合我国实际情况,提示这些比较研究对我国法律实践的意义。这种安排的主要原因在于,尽管比较法学一贯秉持“世界视角”,但是,法学毕竟是要解决本国现实问题的。因此,无论多么广泛的比较研究,其基本目的还是在于“思考本国法制建设的他者方案的可能”。

第一章 比较法学的产生与比较法的概念

第一节 比较法学的源流

尽管过去在法学研究中也偶尔使用比较方法,然而在19世纪前,比较法本身还没有被承认为法律科学的一门独立分科或法律科学的基本方法……

——[法]勒内·达维德

一 欧美比较法学的源流

如果将比较法仅仅看作是一种方法,欧洲早在古希腊时就存在使用比较法进行理论研究的事例。众所周知,希腊哲学家柏拉图晚年所著《法律篇》就曾对希腊各城邦的法律进行过比较。亚里士多德的政治学据说也是建立在153个希腊城邦政制研究的基础上。希腊学者特奥弗拉斯图(Theophrastus)在其论著《论法律》当中,对希腊的各种法律秩序进行比较,从中归纳出了私法的普遍原则。

将比较多种法律制度的方法用于立法活动在古代已有端倪。^①一般认为,古希腊“伟大的诗人”和立法者梭伦所从事的雅典立法以及古罗马十人团所制定的《十二铜表法》都建立在比较考察其他地方

^① 就比较立法而言,汉谟拉比法典可以称为东方奴隶社会最早一部通过比较立法而制定的法典。

的法律制度的基础上。^① 在漫长的中世纪,由于存在多元法律体系,欧洲各地也不乏比较、整理、归纳普通罗马法—教会法和君主国立法以及在各国内延续的习惯法的例子。^② 但是,一般认为,“比较法”(droit compare, comparative law)获得正式的命名并成为一门独立的学科,却始于1900年的第一次国际比较法大会。^③

这是因为,19世纪以前,有关比较法的理论研究基本上为零散的、个别的,立法中对比较法的使用也大都出于实用的目的。直到19世纪早期,比较法学在学术上还遭到过踌躇和拒绝。人们往往有意识或者无意识地将比较法看作是“少数孤僻的人们奥秘的游戏。”^④

日本比较法学者大木雅夫认为,法学研究中之所以长期没有形成具有世界视野的比较法学,一方面出于法本身(包括法学、法律以及法律家)的保守性;另一方面则是由于自18世纪以来,随着民族国家的成立,形形色色法典的出现,以民族主义为基础的多样的实定法律秩序的形成,法学走向了国家化、一元化。法学研究相应地被限制在民族国家的框架之内。因而,尽管科学的世界在16世纪就已经发生了翻天覆地的变革,法学的世界却仍然是一门视野狭隘的学科。^⑤

另外,比较法学还面临着一个巨大的研究障碍,那就是:法学在某种意义上是一门地方性知识。与其他学科不同,法学具有鲜明的实践性,而这种实践性一般总是针对本国特定时段的特定问题而言地。由于各国在发展路径、制度环境等方面具有许多不同,法学知识仅仅具有地方性意义。比如,英国与法国法律样貌的不同,就是由于各自所具有的特殊社会状况、历史发展等方面的不同而形成的,它们并非对方可以实质性借鉴的重要样本,一国的法律制度移植至他国

① 据说,梭伦在立法之初,事先游历过当时已知道的世界,考察了各种制度。而罗马人制定十二铜表法之际,也事先派出调查团前往希腊,研究梭伦立法。罗马的立法者还曾在南意大利的希腊殖民城市进行希腊法的研究。而且在万民法(Ius Gentium)中也受到过希腊法的影响,并采用了地中海商人之间通行的商业习惯。参见[日]大木雅夫:《比较法》,第22页。

② 《欧洲法史论》,转引自[日]大木雅夫:《比较法》,第27页。

③ 潘汉典:《比较法在中国:回顾与展望》,《比较法研究》1990年第2期。

④ [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,第80页。

⑤ [日]大木雅夫:《比较法》,第2~12页。