



德国法研究导论

Introduction to German Law Study

范剑虹 李翀 著

法制出版社
ZAL PUBLISHING HOUSE

013053980

D951.6
10



澳門大學

UNIVERSIDADE DE MACAU
UNIVERSITY OF MACAU

本书由澳门大学赞助

德国法研究导论

Introduction to German Law Study

范剑虹 李 翀 著



北航

C1662333

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

D951.6
10

图书在版编目 (CIP) 数据

德国法研究导论/范剑虹, 李翀著. —北京: 中国法制出版社, 2013. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4331 - 9

I. ①德… II. ①范… ②李… III. ①法律 - 研究 - 德国
IV. ①D951. 6

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 026010 号

策划编辑 唐 鸥

责任编辑 唐 鸥

封面设计 杨泽江

德国法研究导论

DEGUOFA YANJIU DAOLUN

著者/范剑虹 李 翀

经销/新华书店

印刷/河北省三河市汇鑫印务有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

版次/2013 年 5 月第 1 版

印张/14.75 字数/396 千

2013 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4331 - 9

定价: 48.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010 - 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010 - 66066820

市场营销部电话: 010 - 66033296

邮购部电话: 010 - 66033288



北航

C1662333

自序

比较法研究的第一步，是研究相关的外国法，而研究外国法学者的一个重要使命在于：精确了解外国法，并为本民族的法治提供有价值的研究内容。《诗经·小雅·鹿鸣》曰：“他山之石，可以攻玉”。英国的法学家培根在其《崇学论》中（De dignitate et augmentis scientiarum）亦曰：“判断的对象（本国法）不能同时成为判断的标准”。故此，研学德国之文献，并比较研究，^①日显重要。德国法之渊博与科学，惟有察看比较法史料，尚能得知一二。吾等每阅德国法学家之作，复体察其国情，未尝倏然惊其才秀也。法理学教授舒国滢先生在《战后德国法哲学的发展》一文中曾曰：“西方现代法学思潮的流变，都或多或少与德国上一个世纪以来法哲学的发展，有着不易剪断的联系。至少在1939年第二次世界大战爆发以前，德国一直是整个世界法哲学研究传播的中心，受世人所瞩目。”^②格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编的《九百年来德意志及欧洲法学家》^③和法学史教授

① 首先，在研究本国法的同时再观察并分析外国法，则能获得较为全面而适当的法律答案，尤其是能对本国法所用的解决问题的方法保持一种批判的距离。这种距离感往往能扩大解决问题的精神视野与相信本国法的相对性；其次，对比较法的研究能使立法者、法官与律师和法律顾问的解决问题的视野更宽广、法律适用能力更为现代化与科学化；第三，比较法对某些区域法律的统一和签订国际条约有益。但是，要研究国与国之间的比较法就必须对外国法有一个深入的认识，这也是进行比较法的第一步。而研究现代德国法的发展对于大陆法系各国的法制与法治的发展意义重大。

② 舒国滢著，《战后德国法哲学的发展》，载：<http://www.jus.cn/ShowArticle.asp?ArticleID=2652>，2010年1月6日访问。

③ 参阅[德]格尔德·克莱因海尔、扬·施罗德主编，许兰译：《九百年来德意志及欧洲法学家》，法律出版社2005年版。

何勤华主编的《德国法律发达史》^①给了更为详细的史料。德国不但是大陆法系的最为重要的代表之一，而且不少资料还证明：德国不少的现代部门法典与法理正在不断地修正，包括接受英美法系的精华，从而以成为融合两大法系长处的第三模式，已被许多国家视为榜样，并加以借鉴。屈指一算，德国著名法理学家以及各学科的佼佼者，为数众多，比如：

前有惊世之巨人：普芬道夫（Samuel von Pufendorf，1632-1694，古典自然法学派的主要代表之一）、萨维尼（Friedrich Karl von Savigny，1779-1861，历史法学派的主要代表，此学派的首创代表是胡果（Gustar Hugo，1764-1844）、康德（Immanuel Kant 1724-1804，古典唯心主义哲学最主要的创始人）、黑格尔（Georg Wilhelm Friedrich Hegel 1770-1831，古典唯心主义哲学最主要的创始人）、耶林（Rudolf von Jhering，1818-1892，新功利主义法学派的创始人）、施塔姆勒（Rudolf Stammler，1856-1938，新康德主义法学派的首创人）、科勒（Josef Kohler，1849-1919，新黑格尔法学派首创人）、耶利内克（Georg Jelinek，1851-1911，国家自限说创始人）、奥本海（Lassa Francis Lawrence Oppenheim，1858-1919，现代国际法之父）、拉德布鲁赫（Gustave Radbruch，1878-1949，新康德主义法学派的主要代表人之一）、坎托罗维奇（Hermann Kantorowicz，1877-1940，社会法学派和自由法学派在欧洲的主要代表之一）、赫克（Philipp Heck，1858-1943，利益法学的创始人）、李斯特（Franz von Liszt，1851-1919，刑事社会学派的创始人）等。

后有璀璨之名家：拉贝尔（Ernst Rabel）、尼珀达埃（Hans-Carl Nipperdey）、阪姆（Franz Böhm）、茨威格特（Konrad Zweigert）、恩基施（Karl Engisch）、埃塞尔（Josef Esser）、拉伦茨（Karl Larenz）、考夫曼（Arthur Kaufmann）、卢曼（Niklas Luhmann）、埃瑟（Josef Es-

① 何勤华主编：《德国法律发达史》，法律出版社2000年版。

ser)、耶塞克 (Hans-Heinrich Jescheck)、凯赛尔 (Günther Kaiser)、帕皮尔 (Hans-Jürgen Papier)、卜伽达迪 (Armin von Bogdandy)、沃夫如姆 (Rüdiger Wolfrum)、埃舍 (Albin Eser) 阿尔布莱希特 (Hans-Jörg Albrecht)、希伯 (Ulrich Sieber)、休立克 (Gerhard Schricker)、斯道休 (Joseph Straus)、德兰克尔 (Josef Drexel)、赫尔提 (Reto M. Hilty)、康拉特 (Kai A. Konrad)、休恩 (Wolfgang Schön)、弗来雪 (Holger Fleischer)、巴瑟多夫 (Jürgen Basedow)、齐默尔曼 (Reinhard Zimmermann)、德罗波尼西 (Ulrich Drobnig)、郝珀特 (Klaus J. Hopt)、克茨 (Hein D. Kötz)、麦思特迈克 (Ernst-Joachim Mestmäcker)、罗维修 (Manfred Löwisch)、塞克 (Franz-Jürgen Säcker)、哈藤豪尔 (Hans Hattenhauer)、德尔布鲁克 (Jost Delbrück)、阿列克西 (Robert Alexy)、诺伊曼 (Ulfrid Neumann)、布劳克 (Uwe Billaurock)、藩斯德孟 (Harry Westermann)、布劳克 (Hans Brox)、罗科信 (Claus Roxin)、沃尔夫 (Manfred Wolf)、维哈克 (Freidrich Wieacker)、亚考珀斯 (Günther Jakobs)、梅迪库斯 (Dieter Medicus)、斯密特 (Karsten Schmidt)、海尔敦艮 (Matthias Herdegen)、鲍尔 (Fritz Bauer/Jüreg F. Bauer)、斯蒂尔纳 (Rolf Stürner)、柯尼佩尔 (R. Knieper)、毛雷尔 (Hans H. Maurer)、维瑟斯 (Johannes Wessels)、巴尔 (Christian von Bar)、修兰西特琳姆 (Peter Schlechtriem)、郝坡特 (Klaus J. Hopt)、保穆巴赫 (Adolf Baumbach)、杜登 (Konrad Duden)、余克 (Afred Hück)、埃莫利希 (Volker Emmerich)、克鲁卿格 (Eugen Kluzinger)、克纽特 (Rolf Knütel)、卡纳里斯 (Claus-Wilhelm Canaris)、贝克尔 (Ulrich Becker)、阮文 (Jos Berghman Löwen)、雷讷 (Moris Lehner)、儒兰特 (Franz Ruland)、修泰纳 (Udo Steiner)、帕皮尔 (Hans-Jürgen Papier)、修道莱斯 (Michael Stolleis)、西蒙 (Dieter Simon) 等等, 实在不能一一枚举。

当下, 大陆法系的每个国家与地区, 已不再回避德国法学理论与

实践对其之影响的评估。^①事实上,目前英美法系众多法律人对德国法理论亦极为感兴趣,当然也包括其他大陆法系国家的理论,比如:法国法、意大利法、瑞士法、荷兰法、西班牙法、葡萄牙法、奥地利法、日本法等。^②孔子曰:“取乎其上,得乎其中;取乎其中,

① 法律体系的先进有时并不完全与一个国家的一定时期的强大与先进完全成正比比例,这里显然有许多成因。其中一个成因与价值的选择有一定关系。比如有些非常强大的国家,它力推自由经济的价值,它关注的是其中的一部分人的富有,它认为:如保障一定比例的人民的生活就会触及自由价值理念的底线。而有些国家并不推崇这样的理念,德国的经济宪法的理念显示:应该保证其国家的任何一个人民不生活在最低贫困线之下,应该限制太过自由的金融市场。

② 在以英国与美国的相关机构推出的世界排名中,许多学生可能认为大陆法系国家的法学院似乎远远不如英美法系国家的法学院,因而就以能上英国与美国的学费不菲的常青藤法学院为荣。英美著名大学法学院地位实是无可厚非。但是如果法学生因此忽视大陆法系的法学院的杰出成就,观察的角度可能就不一定科学。比如:很多人可能不知道:德国人诺贝尔获奖获得者将近全球一半(包括移民到其他国家的华裔),又如:德国有很多世界第一,汽车、化工、机械、环保都是世界第一。在教育国际化排名出来后,英国总领事会公布一个数据:德国大学国际化水平2010年跃居世界第一。当然,这也是有根据的:德国大学的留学生占大学学生总数的10%—15%,一般不会低于10%。因为德国政府每年给大学提供补贴,外国学生越多,补贴越多。这只是补贴而已,财政投入办学的基本经费仍是必不可少的。我推断不少法学生不知道以下的联系:第一,著名的SSCI(《Social Sciences Citation Index》)没有将众多的刊登在德文、法文、意大利文、葡文、日文、中文等法学杂志上的教授与学者的专业论文收入其中。实际上,如果SSCI想成为一个衡量并驾齐驱的两大法系法学论文质与数的统一标准,那么就需要顾及不同语言的专业论文。第二,在论文的国际同行引用率标准的使用中,英美法系同行法学论文的引用率会随著英文的普及而占有优势。相反,大陆法系非英文撰写的论文就难以在国际上被广泛地引用。第三,师生的国际化程度也是其中的标准,而外国学生比较喜欢到英语的国家读书。但就这个现象的本身而言,似乎需要讨论通用的语言在介入学术水平测试标准时的相关性。此外,目前,两大法系的法学界都明白彼此总体水平相当,相互切磋、改进的进程一直都在进行,更何况美国的历年的法典体系化的举措此起彼伏(Robert W. Gordon, The American Codification Movement, in Yel Law School Faculty Scholarship series-83, paper 1370),甚至许多美国的法官、教授正在研究德国的法典评论。因此,有时大可不必太在乎英美两国的相关机构的大学排名。在这里,对于借鉴他国法学的大学生而言,在观察与取舍排名标准时,不但需要思考现代主流化与科学客观化是否在任何情况都可以画等号之类的问题外,而且还需要关注国际化、本土化、多元化与科学化的价值交叉时的平衡与取舍问题。

得乎其下；取乎其下，则无所得矣”。《孙子兵法》也云：“求其上，得其中；求其中，得其下；求其下，必败。”由此，在法学理论上，似乎隐现阅读经典之迫切与重要；由此，在追求共同的规则上，似乎遥见两大法系精粹的融合，遥见“取法人际，天道归一”之渊源与潜能。

怪当今不良之士，抛弃法学精神，抛弃精究时弊，其进不能爱人知人，其退不能爱身知己，蒙蒙昧昧，企踵权豪，竞逐名利，惟荣势是务，更不顾古人良训：“不昧己心，不拂人情，不竭物力，三者可以天地立心，为生民立命，为子孙造福”。痛夫，哀乎！

吾等所著，尽不见察，所谓窥管而已。在布局上，亦仅选择部分私法与公法专题论述，诚望同仁同心协力，以期对其他专题加以研究。笔者自问尚属孤陋寡闻、行文与研究也常常简单而肤浅，因而错误偏颇一定难免，尚祈恳请读者不吝指教。吾感往昔之困境，而求“众生无我，苦乐随缘”之佛音。佛学大师曰“缘起性空，性空缘起”。在探索中国内地与澳门法治发展之路上，笔者深信其与德国法学已有了一定的缘分。德国法的发展是在被诸国不断评论，且通过再实践再论证中发展的，她在与其他法系的冲撞中依然保持其独特的先进性。当然，显然不能忘记的是，除了要关注大陆法系最新与最优秀的成就与发展，坚持理论联系实际，还需要以谦卑与开阔的心胸，处理与英美法系融合与接轨的问题；要保持中华区的繁荣与和平的法益，保持尚无法被英美法系替代的体系效率的强项，接受英美判例法的优秀成果，做到和而不同。大陆法系哲学家尼采（Friedrich Wilhelm Nietzsche）在《查拉图斯特拉如是说：一本写给所有人及不写给任何人的书》（Also Sprach Zarathustra, Ein Buch für Alle und Keinen）中这样写道：“人类是一根系在兽与超人间的软索——一根悬在深谷上的软索。往彼端去是危险的，停在半途是危险的，向后瞻望也是危险的，战栗或不前进，都是危险的。人类之伟大处，正在它是一

座桥而不是一个目的。人类之可爱处，正在它是一个过程与一个没落。”为这座人类之桥的过去，多少人已经度过了“十年风雨筭路蓝缕，历经磨难以启山林”^①的昨天；为此人类之桥的将来，多少人已深信“因缘和合而生，因缘散尽而灭”。故此，吾等遵循此道：是喜是忧，是兴是衰，一切随缘而行，一切随遇而安。但愿我们的微小的心力能够给中华民族的法治进程带来少许启迪。

范剑虹

2013年3月于澳门大学法学院

① “筭路蓝缕，以启山林”引自《左传·宣公十二年》。

德国法研究导论

目 录

Contents

第一章 德国法研究的比较法意涵与功能	/1
第一节 比较法的意涵与功能	/2
第二节 德国法的贡献与影响	/19
第二章 民法	/45
第一节 德国缔约过失的界定、案例群及其构成要件	/45
第二节 德国损害赔偿法上的因果关系	/60
第三节 雇主解雇的内涵以及与撤销、情势变迁的区分	/67

第三章 | 商法与经济法 / 73

第一节 2008 年德国有限责任公司的改革 / 73

第二节 德国资合公司直索责任学说、判例及立法研究 / 130

第三节 德国有限责任公司设立的立法、理论与判例 / 155

第四节 因企业原因引发解雇的司法解决途径 / 230

第四章 | 基本法及其判例制度 / 248

第一节 德国侵犯人的基本权利的诉讼程序及其比例
原则的适用 / 248

第二节 德国判例制度 / 266

第三节 德国法官面临的适用任务与司法独立 / 317

第四节 德国宪法诉愿对民法的影响 / 340

第五节 德国法对财产权的保护、限制与征收 / 353

第六节 德国成文宪法中民主与专制的轨迹——德国
宪法的教训与经验 / 375

第五章 | 法学方法及其法学教育 / 396

第一节 德国法学教学案例的一般解析规则 / 396

第二节 德国法学教育的学与教概略 / 412

第三节 法学方法论的理论与案例解析课程 / 418

参考文献 / 439

跋 / 459

第一章

德国法研究的比较法 意涵与功能

当我们研究德国法时，不但是为了用中文为在德国从事政治、经济与文化学术交往的同胞提供法律上的援助，而且，更为重要的是为了完善本国、本地区法制以及为法制提供经验与教训。这种研究不但比较立法、比较法学与比较判例必须做的第一步，而且更是研究德国法的中国工作者的不可推托的重要使命。笔者虽然提供给读者的是中文版的德国法专题研究导论，但是笔者的视角定格在比较与借鉴的含义上。为了完成这个笔者能够胜任的任务，我们首先无可避免地涉及我们的理解与研究是否准确与有价值？涉及德国法的成就是否已达到世界一流水平？德国法是否是一个值得大陆法系各国借鉴与研究的法？更为重要的是：这个研究对于中华民族是否有重大意义？换言之，与德国法比较对完善本国法与本地区法是否真的有益？而如果对以上的问题的回答是积极的话，那么我们又如何“洋为中用”呢？比较的方法是否就是比较法^①的全部，比较的意义与功能又是什么？除了借鉴立法，还可以借鉴判例与学理吗？这些需要在研究德国法之前

^① 此文的写作事实上是借助于德国图书馆馆员的帮助而找到了一些原始数据，在寻找原始数据时，也参照了范愉教授翻译的日本学者大木雅夫的《比较法》一书的注解出处（法律出版社1999年版）。当然，尽管找到了原文，但是本书中引用范愉教授翻译的大木雅夫所著的《比较法》一书的注解，也属于间接转引，在此特别说明。在研究时，虽然参见的是德国学者茨威格特、克茨的《比较法总论》的德文新版本（德国1996年版），但是潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方教授翻译的旧版的《比较法总论》（法律出版社2003年版）的译文为我研究带来了便利。

作出导论式的铺垫,以明确撰写本书的意义与目的。因此,笔者希望通过以下两节的内容,来响应以上的问题。

第一节 比较法的意涵与功能

一、比较法是方法抑或是学科?

如果将比较法看作为一种方法,那么比较法在公元前 15 世纪的时候就已显露出来了,^①而且它偏重于立法比较法,而非学术理论的比较法。在 17 世纪之前,比较著名的关于法律比较的例子有五个:(一)柏拉图(Platon)对希腊的各城邦的法律原则(Rechtssätze)进行比较,以构建他的理想国家;^②(二)亚里斯多德的《政治学》(Politik von Aristoteles),对 53 个希腊城邦的政制进行了研究;^③(三)罗马帝国时的一部使用比较方法的法律汇编:《摩西法与罗马法汇编》(Collatio legume Mosaicarum et Romanarum);^④(四)英国的福特斯酋(Fortescue)的关于英国法与法国法比较的著作;^⑤(五)实际上并不

2

① 《赫梯法典》中就有通过比较而制定的对商品价格管理的规定。希腊时期的罗得法(Lex Rhodia)规定的船长在航海中为挽救船舶和货物免受危险而造成的损失,应由所有货主和船主按比例分担,也是通过比较得出的共同海损规则。在罗马法的时期,通过比较得出较合适的规则的例子就更多了。除市民法外,又有调整罗马公民与非罗马公民之间以及非罗马公民相互之间的贸易和其他关系的万民法。

② Vgl: Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996, § 4 I, S. 47.

③ Vgl: Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996, § 4 I, S. 47.

④ Vgl: Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996, § 4 I, S. 48.

⑤ 这两部著作是《英国法赞美论》(De laudibus legume Angliae)、《英国统治论》(The Governance of England)、参阅:Konrad Zweigert/Hein Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1996, § 4 I, S. 48.

是法律比较的例子，它指的是英国的法学家培根（Bacon）1623年写的《崇学论》（*De dignitate et augmentis scientiarum*）中的重视比较法的观点。他说：“判断的对象（本国法）不能同时成为判断的标准”。在17世纪之前，他可能是给比较法研究提供最为有利的观点的大法学家了。^①当然上述前四个所用的法律比较方法与现代的一些比较方法，比如功能比较法相比较还有距离。但是，如果我们不把比较法当成一种立法比较方法，而将比较法看作一个独立的学科（当然它与比较方法不能人为地分开），那么它的历史相对就比较年轻。哥特里奇（Harold Cooke Gutteridge, 1876 - 1956）与达维德（René David, 1906 - 1990）认为比较法作为独立学科的历史始于德国的莱布尼茨（Gottfried Wilhelm Leibnitz, 1646 - 1716）与法国的孟德斯鸠（Charles Louis Montesquieu, 1689 - 1755），但比较的事实可以远及古代，而茨威克与克茨认为比较法的历史的本质是一部学术史，可以涉及古希腊与古罗马，但是他们也认为真正意义上的比较法历史很年轻。他们观点有相同，也有不同。但我注意到德国外国私法与国际私法马普学院（Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht，简写MPI）的克茨（Hein Kötz）教授在第3版的修订本（1996年版）中已删去了论述比较法的历史的本质是一部学术史，它可以涉及古希腊与古罗马的那一段。但是这不等于说，茨威格特与克茨划分比较法的学科史上有问题，因为作为比较的方法及学术论述确实在古代就早已存在。尤其是，哥特里奇与达维德说的是比较法学科的历史，而茨

① 有意思的是普通法系的培根（Bacon）与另一个大法学家海尔爵士（Sir Matthew Hale, 1609 - 1676）曾在《普通法历史》（*History of Common Law*）和《有关法律修正与改变的考察》（*Considerations Touching the Amendment or Alteration of Laws*）中创导普通法法典化，还提出了许多具体的方案。而其中深具功利主义思想的边沁（Jeremy Bentham, 1748 - 1832）是最早在英国提出法典化的法学家，甚至连“condition”这词也是他造出来的。参见：[日]大木雅夫著，范愉译：《比较法》，法律出版社1999年，第240页以下。

威克与克茨更多地是论述比较法历史的本质——也即学术史的问题，并认为这种学术历史很久远。而学科史与学术史似乎也并不能简单地等同。虽然社会科学的结论原则上可以是多面的，但是如果一个需讨论问题的范围还没有界定，也许就不能将四位学者的看法作为同一界定问题的多面结论。当然，一个确定的问题的本身就是多面的，就另当别论。这使我想起了我在基尔大学的一位老校长汉斯·哈藤豪尔（Hans Hattenhauer）教授在《德国法的历史基础》一书上的名言：“法律史上的任何时代区分都是任意和主观的东西。”^①因而即使四位学者讨论是比较法学科的时代区分，那么以上的不同观点也是对客观事实的任意与主观上的判断，因而也就各有千秋了。

然而，对比较法学科或学术的历史的本质展开分析之后，我们就可以对比较法的含义作进一步的界定：比较法以往被理解为“比较立法”（*législation comparée*）与“法律比较方法”（*méthode comparatives des droits*），以后比较立法与法律比较方法被以当代法系比较研究所代替。最初使用的比较法（*droit comparé*）一词是在1990年巴黎国际比较法大会（*Congrès international de droit comparé*）的标题上使用的。后被译为德文（*Rechtsvergleichung*, *Vergleichende Rechtswissenschaft*）和葡语（如：*Sistemas Jurídicos Comparados*），以及其他欧洲语言（比如：*comparative law*, *diritto comparato*, *derecho comparado*）。比较法被维科姆（John H. Wigmore）看作为“通用却不界定的用词”（*convenient but loose*）。^②英国沃森（A. Watson）认为比较法是一种法制史与法理学的研究。而德国学者格罗斯费尔德（B. Grossfeld）认为比较法是一种文化，^③但很多比较法学家均不同意此二种看法。意大利学者萨科（Sacco）则认为比较法学像其他科学

① Vgl. Hans Hattenhauer, *Die geschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 1983, S. 1;

② John H. Wigmore, *A Panorama of the World's Legal Systems*, III, 1928, p. 1115.

③ 参见沈宗灵著：《比较法研究》，北京大学出版社1998年版，第3页。

一样是传授知识,但比较法学首先承认众多的法律规则和具体法律制度的存在,它研究这些法制和制度在什么程度上相同或不同。哥特里奇(Harold Cooke Gutteridge, 1876-1956)与达维德(René David, 1906-1990)曾经将比较法仅理解为比较方法(méthode comparative des droits),^①并将其分为宏观(macrocomparaison)与微观比较方法(microcomparaison),^②但是随着达维德的《当代主要法律体系》(Leg grandssystèmes de droit contemporains)的出版,改变了我们对他的看法,因为《当代主要法律体系》研究的主要成果是他的法系论,而不是他以往主张的比较方法论(méthode comparative des droits)。中国比较法学者沈宗灵先生则认为比较法是对不同国家(或特定地区)的法律制度的比较研究,^③即以不同国家法律制度研究为主,其可作双边或多边研究,比较相同与不同之处。德国的茨威格特(Konrad Zweigert)与克茨(Hein Kötz)则认为比较法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维活动,^④但是茨威格特有时认为比较法是法系论,有时认为是方法论,有时认为是一种共同的比较法理学。^⑤

由上述各学者对比较法一词的表述可见,我以为比较法可引伸出以下两个问题,其一是比较法的内涵包括了普遍比较法科学与比较法学,其二是比较法并非一个法律部门法,每一个法律秩序中的刑法、民法、商法等,均可出于何时制定、实施,但不能说比较法于何时制定、实施,因为民法、刑法、诉讼法等法律部门,往往与特定社

① René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, p. 8.

② 这方面耶林(Rudolf von Jhring)和康斯坦丁内斯库(Constantinesco)分别在《罗马法精神》(1950),第30页以下和《比较法论》(第3卷)第87页(*Traité de droit comparé*, supra note 3, p. 87)论述了宏观比较的必要性。

③ 沈宗灵著:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,第3页。

④ [德]茨威格特(Konrad Zweigert)、[德]克茨(Hein Kötz):《比较法总论》(*Einführung in die Rechtsvergleichung*),潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第3页。

⑤ Cf. constantinesco, *Traité* (supra note 3), p. 124 et seq.

会中的法律关系作为各自调整的对象；但比较法并未有特定的社会关系作调整对象，亦无相应具体的独立的法规，只是一种法学上的分类学科。在对德国的茨威格特（Konrad Zweigert）等论述的研究基础上，日本比较法学家大木雅夫作出了较为全面的概括：“比较法是这样一种法学部门或方法：在最一般意义上，他在各种法律秩序的精神与式样的联系上（in Bezug setzen），揭示各法律秩序的形态学上的特征以及它们相互间在类型上的亲缘性；作为其特殊性，比较法主要研究各种法律秩序中可比较的各种法律制度和解决问题的方法，以认识和完善法制为课题”。^①

二、比较法与跨国研究有缘分吗？

然而，由于比较法不是一国境内的学科，所以在对比较法的学科与学术史的本质的论述及其对比较法含义的界定之后，还需要从其跨国性中去研究，以便对比较法的历史发展及其争议有更广阔与深入的了解，从而确切地把握比较法的含义。

与自然科学相比较，法学（当然包括比较法）的历史轨迹，从人文主义的雅典法学和启蒙主义的自然法学，到以后德国的历史法学派，给人的感觉是其视野与发展相对于自然科学而言就较为简单与缓慢。就比较法而言，从它的跨国性去观察，它经历了一波三折：

首先，17世纪以前，比较法几乎是没有什么国界的。如果可以夸张地说，那么1789年法国大革命之前，欧洲大陆的法学家均是比较法学家。这样说，并等于说法国大革命之后的欧洲法学家就不是比较法学家。道理很简单：肯定其一，不等于否定其二，否则黑白之间就没有其他颜色了，就没有“无间道”了。实际上，1789年之后比较法学

^① [德] 茨威格特（Konrad Zweigert）、[德] 克茨（Hein Kötz）：《比较法总论》（Einführung in die Rechtsvergleichung），潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第5页以下；[日] 大木雅夫著，范愉译：《比较法》，法律出版社1999年版，第67页。