



中国法学会比较法学研究会 主办

主编 刘兆兴 执行主编 王志华 许传玺

# 比较法在中国

Comparative Law in China (2012)

二〇一二年卷



中国政法大学出版社



中国法学会比较法学研究会 主办

主编 刘兆兴 执行主编 王志华 许传玺

# 比较法在中国

Comparative Law in China (2012)

二〇一二年卷



中国政法大学出版社

2012·北京

## 图书在版编目 (CIP) 数据

比较法在中国.2012年卷/ 刘兆兴主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2012. 9

ISBN 978-7-5620-4483-3

I. ①比… II. ①刘… III. ①比较法-中国-文集 IV. ①D920. 0-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2012) 第217033号

---

书 名 比较法在中国 (2012 年卷) Bijiaofa Zai Zhongguo 2012 Nian Juan

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

010-58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)

编辑统筹 综合编辑部 010-58908524 dh93@sina.com

承 印 固安华明印刷厂

规 格 710mm×1000mm 16 开本 27.5 印张 450 千字

版 本 2012 年 10 月第 1 版 2013 年 2 月第 2 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-4483-3/D·4443

定 价 66.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
  2. 如有缺页、倒装问题, 由我社负责退换。

## 序 言

由中国法学会比较法学研究会主办的《比较法在中国》论文集，至今已出版9卷约510余万字。论文集（2012年卷）今又得以出版，一方面表明我们正向着既定的目标继续前行，而另一方面，从其选入论文的种类、论文论述的内容、研究范围及研究方法看，又有诸多创新之处，研究的广度和深度均达到新的水平，表明我国的比较法学在近些年又有了新的发展。这完全是缘于各位作者的高水平的论作。读者们阅读之后，将有切身之感。

每年出版的《比较法在中国》年度论文集，都力图反映我国比较法的专家学者当年的教育和科研的成果，其中包括参加比较法学研究会年会的专家学者提交的学术论文。当今，在世界法律发展趋势全球化的背景下，中国的比较法学发展应当与世界各国和地区的比较法学发展的趋势相一致；中国比较法学的研究范围应当从深度和广度两方面拓展，其研究范式应当多视角地转换。就是说，应当从更深的层面上运用宏观比较和微观比较的研究方法，揭示和分析世界各国和地区的不同的法系、法律体系和法律制度，和各种不同的部门法及其法制运行机制的异同，以及它们之间的包容性和融合性；要充分发挥比较研究的功能；要以全球化的视角建立和形成“多极化”的比较法研究领域。在多方位地比较研究世界各国和地区的法律文化、现代法治的形成和不断完善的进程中，

寻找、借鉴和吸收人类普遍使用的并且符合我国国情的有益经验，以推动我国法治建设的发展。这也是不断发展和繁荣我国比较法学的努力方向。我们确信，今后的《比较法在中国》，在中国比较法学研究会的带领下，一定会源源不断地吸收我国比较法学家们的精英之作，使其成为中国比较法学研究成果在世界比较法学界展现的绚丽的园地。

本卷《比较法在中国》的出版，得益于中国政法大学王志华教授、北京市社会科学院许传玺教授和中国人民大学丁相顺副教授的努力，他们在策划、论文选择和编纂等诸方面，都付出了辛勤的劳动。我们要特别感谢北京市社会科学院为此书出版提供的大力支持和帮助；感谢中国政法大学出版社各位编辑付出的艰辛劳动，是他们的不懈努力使本书得以尽快出版！

刘兆兴

2012 年 8 月 29 日

## 目 录

|     |                                            |     |
|-----|--------------------------------------------|-----|
| 刘兆兴 | 序 言 .....                                  | 1   |
| 刘兆兴 | 论东北亚比较法的研究方法 .....                         | 1   |
| 何勤华 | 比较法学史刍议 .....                              | 14  |
| 米 健 | 比较法·共同法·世界主义 .....                         | 22  |
| 高鸿钧 | 比较法研究的反思：当代挑战与范式转换 .....                   | 36  |
| 黄文艺 | 重构还是终结？<br>——对法系理论的梳理与反思 .....             | 57  |
| 陈 锐 | 法律方法上的西方经验与本土资源<br>——兼论中国现代法律方法体系的建构 ..... | 78  |
| 白 晟 | 潘汉典比较法思想初探 .....                           | 93  |
| 孙新强 | 我国法律移植中的败笔<br>——优先权 .....                  | 109 |
| 朱淑丽 | 比较法学者对“共同欧洲私法”的推动 .....                    | 126 |
| 张 彤 | 欧洲私法统一化的实践与现状 .....                        | 140 |

|            |                                              |     |
|------------|----------------------------------------------|-----|
| 单 纯        | 比较法视野中的中国宪法·····                             | 150 |
| 聂 鑫        | 宪法社会权及其司法救济<br>——比较法的视角·····                 | 172 |
| 赵正群<br>宫 燕 | 美国的信息公开诉讼制度及其对我国的启示·····                     | 185 |
| 周世中<br>杨黔川 | 中国与西方发达国家行政规划司法审查制度比较研究 ·····                | 202 |
| 季金华        | 司法权威全球化的基本矛盾·····                            | 212 |
| 严存生        | 西方社会法学的“司法”观探析 ·····                         | 234 |
| 李晓辉        | 司法改革启动过程的比较法分析·····                          | 246 |
| 上官丕亮       | 普通法院型与宪法法院型的司法审查模式之比较·····                   | 256 |
| 张剑波        | 加拿大同性婚姻立法发展研究·····                           | 264 |
| 马栩生        | 比较法视野下故意侵权理论体系之构建·····                       | 278 |
| 许传玺        | 美国的侵权法研究：概括与分析·····                          | 291 |
| 高 祥        | 澳大利亚农村金融法律与服务研究·····                         | 308 |
| 崔吉子        | 韩国传贯权立法对中国民法典的启示<br>——兼谈法律移植过程中如何对待本土资源····· | 327 |
| 王彦明        | 欧盟最新公司治理改革论要·····                            | 338 |
| 王志华        | 论俄罗斯知识产权法的民法典化·····                          | 349 |
| 陈承堂        | 中美两国反垄断起诉资格比较研究·····                         | 367 |
| 王洪宇        | 法国刑事调解制度的法律适用及其评析·····                       | 384 |
| 陈福勇        | 美国仲裁发展模式考察·····                              | 398 |
| 丁相顺        | 比较法视野下的东亚法律人才培养制度改革·····                     | 412 |

## 论东北亚比较法的研究方法

刘兆兴\*

纵观当代中外的许多比较法学家,对于比较法的研究方法这一传统性的争议问题具有多种理解。基于研究的视角、立论和目的的不同,比较法的方法论大体有以下几种观点:即宏观比较与微观比较、规范比较与功能比较、文化比较、静态比较与动态比较等。这些研究方法对当代东北亚各国的法律、法律制度及其法律体系之间的比较研究,同样是适用的。这也就是说,我们研究中国、日本、韩国、朝鲜、蒙古和俄罗斯<sup>[1]</sup>各国之间的法律渊源、法律传统及其所属法系、法律制度的发展变化和法律体系构建的异同,研究它们基于各自经济、政治、文化、传统的不同,以及不同时期受到世界主流法系的深刻影响的不同,进而进行深层面的探究和比较研究,同样适用于上述的比较研究方法。

### 一、对宏观比较与微观比较的运用

法国著名的比较法学家勒内·达维德(Rene David)结合几乎涉及世界绝大多数国家法律制度的比较研究,论述了宏观比较与微观比较的方法。他认为,宏观比较是对属于不同法系国家的法律、法律制度的比较研究,主要是指对大陆法系、英美法系和社会主义法系的比较。对于宏观比较的

---

\* 中国社会科学院法学研究所研究员,中国法学会比较法学研究会会长。

[1] 从传统意义上划分,俄罗斯属于欧洲国家,但是由于其广阔的疆域位于东北亚,我们又视其为东北亚国家。

运用,主要是法哲学家和政治学家,适用于比较宪法和政治学方面的研究。达维德认为,微观比较是指对属于同一法系 (legal family) 的法律、法律制度的比较<sup>[2]</sup>。德国比较法学家 M. 莱因斯坦 (M. Rheinstein) 认为,宏观比较是“关于整个法律制度的比较……微观比较是关于具体法律规则和制度的比较。当然,这两种比较方法是相互交错的”。<sup>[3]</sup>瑞典比较法学家米凯尔·博丹 (M. Bogdan) 认为,比较可以是双边的 (即两个法律制度之间) 或者是多边的 (即三个以上法律制度之间)。宏观比较是在法律制度整体之间或不同法系之间;微观比较是将具体法律制度、法规放在其法律的和“非法律”的背景与环境中进行考察<sup>[4]</sup>。匈牙利比较法学家伊·萨博从划分法律的层次的角度认为,宏观比较是“把法律作为一个整体进行比较”,即为“一般的法律比较,是与法律理论相联系的法律比较”,微观比较是“法律部门一级的比较和法律制度一级的比较。这种比较既可获得理论性的结论,又可体现直接的社会功能。”<sup>[5]</sup>

我国一些比较法学家认为,宏观比较是指不同法系或不同社会制度国家的法律、法律制度的比较。在此,至少有三种情况:一是相同社会制度国家但属于不同法系或法律传统的法律之间的比较,最普遍的就是属于英美法系与属于大陆法系国家法律之间的比较;二是不同社会制度国家的法律、法律制度之间的比较;三是在同一个国家内,由于存在着不同社会制度或者存在着不同的法系或法律传统,因此,同一国家内的属于不同社会制度或不同法系的法律和法律制度之间的比较,同样是宏观比较。微观比较则是指对不同的具体的法律制度、部门法、法律概念、规则等方面的细节比较。

上述关于比较法的方法论的诸种观点,同样成为东北亚比较法学的研究方法。从宏观比较看,中国与日本、韩国等国的社会制度不同,基于不同的社会制度所产生的法律、法律制度及其构成的法律体系显然不同,因此它们之间的比较法研究是对不同性质的法律、法律制度之间的比较,因为不同类型的社会形态都有与自己的法律概念相关联而制定的法律和法律

[2] See “Legal Systems”, *International Encyclopedia of Social Science*, Vol. 9, 1968, p. 207.

[3] 刘兆兴:《比较法学》,社会科学文献出版社2004年版,第15~16、19~21页。

[4] M. Bogdan, “Different Economic Systems and Comparative Law”, *Comparative Law Year Book*, Vol. 2, 1978, p. 93.

[5] [匈]伊·萨博:“比较法的各种理论问题”,潘汉典译,载《法学译丛》1983年第2期。

制度。宏观比较还包括相同社会制度国家但属于不同法系或法律传统的法律之间的比较研究。当代日本和韩国,尽管它们的社会制度基本相同,并且它们的法律和法律制度大体属于同一个法系和具有相似的法律传统,但是它们之间仍有许多不同的方面。而且,日本和韩国近、现代法律与法律制度自身的变革也是各自不同的,甚至于在其各自的发展阶段中,法律及其法律制度所属的法系亦有不同,因此,我们应当运用宏观比较方法进行探究。

研究当代日本和韩国的法律制度绝对不可脱离其自身的法律传统,同样不可脱离与古代中国的法律和近现代西方两大法系国家法律及其法律制度的联系。这就必须要以宏观的视角进行比较研究。自公元7世纪以来,中国唐朝的律令制度就被引进到日本和韩国,形成当时这两个国家法律制度的基本内容。自19世纪以后,日、韩两国又不同程度地开始继受西方法律,在19世纪末,日本引进和借鉴属于大陆法系的法国法和德国法而制定了民法典。最早引进西方法律的日本又成了亚洲其他国家仿效的对象。二次大战以后,日本、韩国又同时在很大程度上受了属于英美法系的美国法的影响<sup>[6]</sup>。由此可见,在东北亚区域内,日本和韩国的法律制度的形成和发展,不但与中国古代法律制度紧密相联,同样与东北亚区域外的不同法系国家的法律制度紧密相联。因此,东北亚的比较法不但要研究日本和韩国如何引进中国古代法,研究它们如何引进或移植西方法,而且要深入地探究它们各自吸收外国法的途径的异同。

依据微观比较的方法论,研究东北亚各国的具体法律制度或部门法律,以及法律概念、规则等的异同。我们研究当代日本和韩国宪政制度的确立特别是违宪审查制度的建立和发展,是微观比较的很好实例。在此应当明确,违宪审查制度是国家法律制度中的一个具体制度。在此,我们就日本和韩国的违宪审查制度的建立和演进,进行微观比较研究。

当代日本的违宪审查制度是依据1946年《日本国宪法》第81条关于日本最高法院的违宪审查权的规定建立起来的,其特征是美国式的附带型违宪审查,就是说,在法院审理具体民事、刑事和行政案件的过程中,对

[6] 李秀清等:《20世纪比较法学》,商务印书馆2006年版,第342~343页。

当事人提出的法院所适用的法律、法规是否违宪进行审查<sup>[7]</sup>。依据日本的法院审级制度,由审理具体案件的法院对法律、法规是否违宪进行审查,并且由最高法院进行最终的违宪审查。早在 19 世纪末,日本明治时代所制定的第一部成文宪法《大日本帝国宪法》(1889 年)中,就融合了近代宪法的立宪主义精神,但是并未建立现代意义上的违宪审查制度。此后,日本的法律及其制度的发展一直是主要仿效法国、德国等大陆法系国家的法律制度,特别是在民事立法等方面。而在二次大战后,日本开始摒弃大陆法系的法律传统,转而接受美国式的宪法价值,确立了美国式的附带型的违宪审查制度。这种被动型的违宪审查制度显然与德国等大陆法系国家的宪法法院违宪审查制度在实体和程序方面具有很多差别。其中最主要的差别就是日本的违宪审查权不具有像德国等国宪法法院那样的独立审查权和抽象审查权。

在此,对日本的违宪审查制度进行微观分析就要思考以下问题:为什么日本自近代以来至第二次世界大战前一贯大体仿效大陆法系国家立法和法律制度,结合本国法律传统建立日本的法律制度,而在二次大战以后却在许多方面转而吸收和仿效英美法系国家的法律制度的做法?就具体研究日本违宪审查制度而言,它涉及与两大法系国家不同的违宪审查制度之间的比较;涉及日本与其他东北亚国家,如韩国、朝鲜、中国、蒙古和俄罗斯联邦的该种制度的比较;更涉及日本自身的法律传统与宪政制度的产生及其特征的研究。

我们再对韩国的违宪审查制度的建立及其变更和发展状况进行微观分析。韩国自 1948 年产生第一部宪法起至 1987 年的现行宪法,经历了 9 次修宪和 5 次违宪审查制度模式的变更:①1948 年宪法规定设立行使违宪审查权的宪法委员会制度,该宪法委员会的构成和性质,既不像法国的宪法委员会那样是政治机构,也不像德国宪法法院那样是司法机构;②1960 年宪法修改后设立德国式的宪法法院制度;③1962 年宪法修改后废止了宪法法院制度,设置了美国模式的违宪审查制度,即实行普通法院行使违宪审查权制度;④1972 年和 1980 年宪法修改后,又重新设立了宪法委员会而废止普通法院的违宪审查权制度,与第一次设立的宪法委员会的管辖权相比较,

[7] [日]高田敏:“法治主义与法的支配”,载《现代违宪审查论·觉道丰治先生古稀纪念论文集》,法律文化社 1996 年版,第 48 页。

它的管辖权延伸到弹劾案和政党解散案等；⑤1987年宪法即现行宪法重新设置了宪法法院违宪审查制度，并且制定了《韩国宪法法院法》<sup>〔8〕</sup>。由此可见，韩国在违宪审查制度的建立和变更过程中，对于欧洲大陆法系国家（主要是法国、德国）模式、英美法系主要是美国模式和混合型模式的司法审查模式均采取过，其变更次数之多，实为少见。

我们对韩国违宪审查制度进行微观比较研究，就必然涉及：韩国违宪审查制度模式的建立为什么有如此频繁的变更？当然，除了与其不同时期社会政治力量对比关系的变化导致政权的更迭和宪法随之不断修正紧密相连外，还必然有其他缘由。韩国违宪审查制度先后采取的不同模式，既与两大法系国家的模式有着不同程度的联系，又在许多方面不同于它们，这同样存在着不同层面的原因。再扩展到韩国与日本或与中国的违宪审查制度的微观比较研究，就更加具有理论价值了。

## 二、对文化比较研究方法的运用

我国的一些比较法学家认为，文化比较方法是指在对法律的理解上，把法律视为一种文化现象，从文化的角度理解法律。一些外国的比较法学家认为比较法就是法律文化的比较。德国比较法学家 B. 格罗斯菲尔德（B. Grossfeld）认为，“法律即文化或文化即法律。”<sup>〔9〕</sup>他把比较法看作是各种法律文化的对比，而且是对待比较法唯一有意义的方式。比利时法学家 M. V. 霍克（M. V. Hoecke）和 M. 沃林顿（M. Warrington）等人提出，以“作为文化的法”的比较法新范式，取代传统的“作为规则的法”的比较法范式<sup>〔10〕</sup>。美国比较法学家 V. G. 库里兰（V. G. Curran）认为，要对某一法律体系进行有效考察，必须置身于塑造这种法律体系的历史—文化背景中，理解并说明该法律体系的文化精神。她提出了“文化介入”（cultural immersion）方法认识和理解法律文化<sup>〔11〕</sup>。按照 L. M. 弗里德曼（L. M. Friedman）的观点，法律文化自身被理解为法律发展中的一个原因性因素，文化决定

〔8〕 莫纪宏：《违宪审查的理论与实践》，法律出版社2006年版，第303～308页。

〔9〕〔德〕伯·格罗斯菲尔德：《比较法的力量与弱点》，孙世彦、姚建宇译，清华大学出版社2003年版，第68～69、13页。

〔10〕 Mark von Hoecke and Mark Warrington, “Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards A New Model for Comparative Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, 1998.

〔11〕 See V. G. Curran, “Culture Immersion, Difference and Categories in U. S. Comparative Law”, 46 *The American Journal of Comparative Law*, 1998.

了法律和法律思维的发展变化<sup>[12]</sup>。

综上所述, 尽管这些观点尚有值得商榷的方面, 但是我们同样可以运用文化比较研究的方法, 对东北亚区域的各国法律体系的形成和发展进行法律文化比较研究。特别是对于中国、日本、韩国、朝鲜和蒙古国之间的法律文化的比较, 更具有可比较性。

从法律文化比较的视角分析, 中国、日本和韩国的法律文化传统具有许多相同因素的渊源, 尤其主要是中国对东北亚诸国传统的深刻影响。按照日本法学家穗积陈重的观点, 传统的“日本法律属于中国法族者盖一千六百年矣……虽自大化改革以后经历极多巨大之变化, 而日本法制之基础仍属于中国之道德哲学与崇拜祖宗之习惯及封建制度”<sup>[13]</sup>。尽管日本在现代法制发展的进程中, 继承了西方两大法系法的内容, 但是中国和日本的现代法律文化仍然是具有许多共同性的、被一些东西方法学家称之为“东亚法系”的内容。由于中日两国在政治、文化、法律传统等方面的相似性, 两国的现代法律文化又被西方认为接近于大陆法系<sup>[14]</sup>。

事实上, 运用法律文化的比较, 在东北亚诸国之间做比较法研究, 是非常具有特性的, 它是一种不亚于两大法系国家之间法律文化研究的另一种“新的法系”国家之间的法律文化研究。日本法学家五十岚清主张在中国大陆和台湾地区以及日本、韩国等各国和地区之间, 存在着可称之为“东亚法系”的法系<sup>[15]</sup>。法国法学家达维德和德国法学家茨威格特都曾提出过以中国和日本为中心的远东法系的存在, 但是之后茨威格特在其《比较法总论》第三版中开始否定“远东法系”的概念。五十岚清认为, 东亚法系在上述国家和地区之间事实上确实存在, 这体现在法制上, 东亚各国都有着以中国为中心的历史文化传统。

近些年来, 东亚一些国家和地区的法学家越来越注重本区域内的比较法学研究, 特别是日本法学家, 除五十岚清之外, 今井弘道和铃木贤等教授在法国的达维德和德国的茨威格特提出的“远东法系”观点的基础上, 提倡建立包括中国、日本、韩国在内的“东亚法系”和“东亚法哲学”, 从

[12] L. M. Friedman, *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1990, p. 197.

[13] 杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》, 中国政法大学出版社1999年版, 第173页。

[14] 陈根发:《论日本法的精神》, 北京大学出版社2005年版, 第8~9、48、211页。

[15] [日] 五十岚清:“东亚法系的建立”, 林青译, 载《环球法律评论》2001年秋季号。

而提倡在亚洲各国之间推进横向的比较法研究,进而公正客观地对世界各国的法律文化进行比较研究。

在中国,同样存在着不同法系法律文化的比较研究。中国大陆与台湾地区、香港地区和澳门地区之间,存在着具有中华法系特征的中华法律文化传统,同时具有大陆法系、英美法系特征的法律文化内容。

中国内地与台湾地区的法律文化本来就是一体的传统,只不过在近几十年来,两地实行的社会制度不同,因而其法律制度的性质也不同。台湾地区更多地吸收了欧洲大陆法系国家的法律文化,使两地的法律文化传统既是一脉相承,又是各自发展。尽管香港法律属于英美法系、澳门法律属于大陆法系,但是这两地的一些立法及其法律传统,仍然与历史悠久的祖国内地的法律传统具有血肉相联的关系,特别是与明代和清代的立法与法律文化联系得更为紧密。因此,我们运用法律文化,比较研究中国内地与其不同地区的法律文化传统,同样是东北亚比较法研究的重要组成部分。

同样地,中国古老的法律文化传统不但深深影响了日本、韩国和朝鲜,同时也在不同程度上长期影响了蒙古国的法律渊源和法律文化传统。当然,我们在研究当代蒙古国的法律和法律制度时,同样要注意前苏联主要是俄罗斯联邦法律和法律文化对蒙古国的影响。

综上所述,我们运用法律文化比较研究的方法,研究和比较东北亚各国和地区的法律、法律制度和法律文化传统,其范围广泛、历史源远流长,深层面的法律文化内涵丰富充实。从法律文化比较的视野,观察和探究东北亚各国和地区的法律制度和法律体系的形成及其特征,一方面从历史的角度找出它们形成的基础,即法律传统的共性和异性;另一方面从现代视角,分析和比较它们各自发展和吸收、借鉴或继受世界其他法系国家法律、法律文化内容的途径,进而为东北亚各国和地区之间的相互借鉴提供有益经验。这正是法律文化比较研究的重要价值所在。

### 三、对规范比较与功能比较的运用

规范比较与功能比较是比较法方法论的重要原则。规范比较必须具备以下条件:一是不同的国家具有相同的法律结构,即被比较的国家法律部门的划分及其法律概念、规则等具有同一性或相似性,使它们之间具有可比性;二是被比较的法律制度、规则在不同的国家中具有相同的社会功能。如果被比较国家的法律的社会功能相同而法律结构不同,或是法律结构相同而社会功能不同,则不具有可比性,也就不能进行规范比较。规范比较

仅注重文本上的法律而忽视法律产生的社会条件及其在社会中的实际功能,往往仅从本国的法律概念、法律结构、法律制度和法律方式出发,与其他国家的法律及其制度相比较,则会产生狭隘的民族中心主义。

功能比较则突破了规范比较的局限性。功能比较解决的是社会问题,被比较的国家有相同的或相似的社会问题或社会需要,可以对它们运用的不同的解决方式进行比较。功能比较冲破了规范比较受本国法律概念、法律结构等方面的限制,摆脱了规范比较只从本国的法律概念、法律结构和法律思维方式出发与其他国家的法律进行比较产生的民族偏见。对于不同的法律规范但具有相同或相似功能时,可对相应部分进行功能比较。

当代德国比较法学家 K. 茨威格特和 H. 克茨深刻地指出,全部比较法的方法论的原则是功能性原则,由此产生诸如对被比较法律的选择、探讨范围、比较法律体系的构成等方法论的规则。他们认为,“任何在比较法研究中作为起点的问题都必须从纯粹功能角度提出”,“从事比较法活动必须彻底地摆脱其本国法律教条主义的先入为主的观点”<sup>[16]</sup>。在此很显然,他们主张运用功能比较方法突破规范比较的局限性,扩大比较的范围,使“纯粹功能”成为比较法研究的“共同的起点”。他们认为,各种不同的法律制度只要是能够解决相同的实际问题,即适用相同的法律需要,就是可以比较的。荷兰比较法学家科基尼·亚特里道否定了纯粹功能主义观点,他引证了法国法学家罗兹马林提出的应当把规范比较与功能比较相结合的观点,认为“纯粹的结构(即规范——引者注)主义会导致形式主义和教条主义;纯粹的功能主义忘记了法律制度涉及调整日常生活”,只有把这二者结合起来,才能克服规范主义和功能主义的局限性。他认为,研究外国法需要熟悉其结构和满足社会需要的方法,他进一步指出:“在任何比较研究中,绝对重要的是要考察所有的情况,即经济的、政治的、文化的,司法和超司法的情况等”<sup>[17]</sup>。

笔者认为,规范比较与功能比较作为比较法方法论的原则,二者是不可分割的。显然,在具备上述两个条件的情况下,运用规范比较(即结构

[16] Konrad Zweigert and Hein Kötz, “Einführung in die Rechtsvergleichung” (auf dem Gebiete des privatrechts), Band I Gruendlagen. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen 1984, Kapite 12.

[17] [荷] 科基尼·亚特里道:“比较法的某些方法论方面的问题”,载《荷兰国际法评论》(英文版) 1986 年第 2 期。

比较)是很明晰的,但是这种比较有其局限性。为此,功能比较就显得很重要了。因此笔者认同荷兰比较法学家科基尼·亚特里道的观点,即只有把二者结合起来进行比较研究才是全面的、正确的。我们不可单纯地运用哪一种比较模式,对此,德国比较法学家康斯坦丁内斯库、格罗斯菲尔德和中国的比较法学家沈宗灵等,都有对这种观点的阐述。

运用规范比较与功能比较的方法论原则,同样适用于东北亚区域的各国和地区的比较法研究。纵观东北亚各国的法律体系及其各个相应的部门法,其多种法律概念、规则和法律结构等,都具有可比性;从它们各自的相应的部门法或不同的部门法规范的社会功能比较,同样具有相同性或相似性。这也就是说,东北亚诸国法律制度、规则之间比较,在社会功能和满足社会需要方面存在着诸多方面的相同性或相似性,对此可以进行规范比较研究。当然,如果只是运用规范比较方法,还远远不可能进行广泛的、深入的、实质性的研究。因此,功能比较研究必然成为东北亚比较法研究的主要方法。

随着当代世界各国法律现代化的发展,使许多部门法律的社会功能和为满足社会需要的目的都显露出一致性。同时,由于现代各国都各自为本国法律制度和法律体系的需要,不断地借鉴和吸收别国法律,这就必然逐渐形成不同国家的法律之间不同程度的一致性。我们知道,日本在历史上经历了三次较大的法律移植活动,即第一次是从中国唐代引进了“律令”制度;第二次是明治维新时期从德国、法国等欧洲国家引进了近代资本主义法制;第三次是第二次世界大战后,从美国引进了宪法、垄断禁止法、证券交易法、现代公司法等法律制度。在此,不仅引进了宪政制度模式这种公法内容,而且在私法领域诸如民法、商法(证券交易法、现代公司法等)和经济法(垄断禁止法)领域,同样引进或移植了大量内容。同样地,韩国和近几十年来的中国也同样不同程度地吸收和借鉴了西方国家公法立法和私法立法等方面的法律。这就充分地说明了东北亚各国尽管社会制度不同,但在借鉴外国法律方面以及在各自的同类部门立法方面却有许多一致性,即存在着社会功能和满足社会需要的相同性,这正是进行功能比较研究的重要前提和内容。

当代各国的民事法律和商事法律,离不开对外国法的借鉴或移植。在此,我们且不论当代许多大陆法系国家,如德国、法国、瑞士、荷兰、比利时、西班牙、意大利、秘鲁、巴拉圭、委内瑞拉等,在法典重构与解法

典化的进程中,都不同程度地借鉴、吸收或移植了不同法系、不同国家法典编纂的内容和经验,都运用了比较法的功能比较研究方法对相应的或共同的问题进行分析和研究<sup>[18]</sup>,就中国而言,1987 年实施的《民法通则》和在之后制定的许多民商法律都运用比较法研究,吸收借鉴了不同社会制度、不同法系国家的立法精神和法律文化,包括对日本、韩国等东北亚国家的民商立法经验的借鉴。正是由于当代各国的民商法具有趋同的内在基础,体现出人类一些相同的法律信仰和基本需求,如生命权和生存权的保障、财产权的保障、自由平等的要求等,才使得民商法规范范围比较其他法律领域更加国际趋同化。另外,世界各国科学技术、经济发展的全球化成为各国民商法不断融合的客观条件<sup>[19]</sup>。

正如日本著名的商法学家、法哲学家、大法官田中耕太郎指出的,如果经济中存在统一性的话,就能够进一步找出调整经济的法律统一性。“商法交易本来就是世界性的,基于人类一般理性和合理习惯的东西,……商法中最容易形成世界统一法。”<sup>[20]</sup>这就表明,当代世界各国的民商法律的不断融合趋势,更加体现出其社会功能和满足社会需要的一致性。因此,运用功能比较研究的方法能够揭示出各国法律的本质、功能,比较各国不同法律的相同的社会功能和满足同样的社会需求,这正是比较法的重要理论意义和实践价值的充分体现。

功能比较的基本前提是,尽管各国法律结构不同,但都有相同或相似的问题的可比性。现代世界各国的法律体系、部门法律在结构上千差万别,但都存在着不同程度和范围的可比性,有的部门法之间的可比性范围相对狭小,但有的却是具有相当广泛甚至于大体一致的可比内容。例如,社会法律体系就是如此。就东北亚各国而言,日本、韩国、中国的社会法体系的构成,虽然在立法的完善、法律制度的架构上有差别,但是其规范和调整的内容却很相近。日本、韩国的社会法体系的形成和发展,深受德国社会法的影响。德国社会法自 19 世纪末产生以来直到现代,已经相当完善,主要包括社会保障法、社会福利法和社会救济法,其中又涵盖各种保险法等。日本社会法一方面吸收和移植了德国社会法的内容,但是日本社会法

[18] 刘兆兴:“比较法视野下的法典编纂与解法典化”,载《环球法律评论》2008 年第 1 期。

[19] 何勤华、李秀清:《外国法与中国法》,中国政法大学出版社 2003 年版,第 361 页。

[20] [日]田中耕太郎:《法律哲学论集》(第 2 卷),岩波书店 1944 年版,第 143 页。