

比较法研究

沈宗灵 著

北京大学出版社



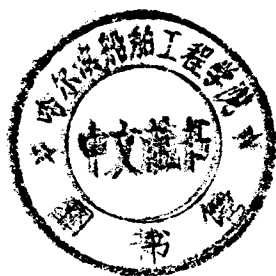
比较法学丛书
BIJIAOFAXUE CONGSHU

D908
S45

417064

比较法研究

沈宗灵著



00417064

北京大学出版社
北 京

图书在版编目(CIP)数据

比较法研究/沈宗灵著. - 北京:北京大学出版社, 1998.9

(比较法学丛书)

ISBN 7-301-03550-0

I. 比… II. 沈… III. 比较法学 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(97)第 21833 号

书 名: 比较法研究

著作责任者: 沈宗灵 著

责任编辑: 李昭时

标准书号: ISBN 7-301-03550-0/D·0369

出版者: 北京大学出版社

地址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

电话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑部 62752032

排版者: 北京大学出版社激光照排中心

印刷者: 中国科学院印刷厂

发行者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

850×1168 毫米 32 开本 23.5 印张 583 千字

1998 年 9 月第一版 1998 年 9 月第一次印刷

印 数: 0001—3000 册

定 价: (平)27.60 元

目 录

序	(1)
第一编 绪论	(3)
第一章 比较法或比较法学的概念	(3)
第二章 比较法的历史发展	(21)
第三章 比较法的方法论	(38)
第四章 比较法的作用	(50)
第五章 不同法系和不同社会制度的法律	(60)
第二编 民法法系(大陆法系)	(72)
第一章 民法法系的概念与分布范围	(72)
第二章 民法法系的历史发展	(78)
第三章 法律的分类	(117)
第四章 法律的渊源	(161)
第五章 法律教育与法律职业	(182)
第六章 德国 1990 年的统一与法律的变化	(188)
第三编 普通法法系(英美法系)	(192)
第一章 普通法法系的概念与分布范围	(192)
第二章 英国法的历史发展	(197)
第三章 美国法的历史发展	(225)
第四章 法律的分类	(238)
第五章 法律的渊源	(284)
第六章 法律教育与法律职业	(309)

第四编 欧洲联盟法律。两大法系的差别与演变。美国法的影响	(318)
第一章 欧洲联盟法律	(318)
第二章 民法法系与普通法法系的主要差别及其演变	(335)
第三章 二战后美国法对民法法系的影响	(345)
第五编 俄国历史上的法律。前苏维埃社会主义法律。俄罗斯联邦法律	(357)
第一章 俄国历史上的法律	(357)
第二章 十月革命胜利后苏维埃社会主义法律.....	(363)
第三章 俄罗斯联邦法律	(406)
第六编 当代中国社会主义法律	(420)
第一章 历史发展	(420)
第二章 法律的分类	(463)
第三章 法律的渊源	(525)
第四章 法律教育和法律职业.....	(567)
第五章 依法治国,建设社会主义法治国家	(579)
第六章 内地与香港法律制度的重要差别	(600)
第七章 当代中国借鉴外国法律的实例	(614)
第七编 比较法的专题研究	(639)
亚洲三国伊斯兰法的改革	(640)
对霍菲尔德的法律概念分析和当代中国法律 有关概念的比较研究	(650)
论法律移植与比较法学	(667)
比较法学的一些理论问题——国际比较法学 会议述评	(679)
评萨科的“法律共振峰”学说	(691)
对《比较法的力量与弱点》一书的评述	(698)
中国法律制度的最近发展	(705)

中国的社会主义现代化建设和法律	(710)
中国的比较法研究	(721)
当代中国的法律职业	(728)
参加国际法律科学学会 1991 年度学术讨论	
会学术性总结	(734)
评介波格旦著《比较法》(1994 年版)	(737)

序

本书是对比较法的综合性基础研究,即对当代主要法系、法律制度的宏观比较研究。它是在 1987 年由北大出版社出版的拙作《比较法总论》一书的基础上写成的。该书于 1992 年曾获首届高校出版社优秀学术著作特等奖。

本书增加了对二战后,特别是近十几年来世界上法律领域中许多重大变化的探讨,如欧洲联盟法律的兴起;西方两大法系的更加靠拢;美国法律在西方取得理智上的主导地位,它对民法法系的重大影响;90 年代初前苏联法律的解体 and 俄罗斯联邦法律的创建;东德法律由西德法律所取代;伊斯兰法律新的改革;特别是当代中国社会主义法律的巨大发展,包括“一国两制”开始实现而带来法律领域中的变化。对以上问题,本书作了初步论述。

本书对《比较法总论》一书的基本内容作了不同程度的修改和刷新。

本书共分七编。第一编是绪论,第二—六编是本论。第六编当代中国社会主义法律是全书重点。之所以放在后面,为便于中国法律与其他法系、法律制度的比较研究。第七编是比较法专题研究,包括十二篇长短不一的有关比较法学的论文。

本书中有关外国法—比较法的知识主要来自国内外法学许多论著。对这些论著的作者,我表示诚挚的感谢。我本人在北京大学法律学系自 80 年代初以来为研究生开设“比较法总论”课程,在同学们的提问和讨论过程中,我也很受启发。为此我也感谢他们对我的帮助。

沈宗灵

1996 年 9 月

第一编 绪 论

这一编旨在论述比较法的一些基本理论问题,包括比较法或比较法学的概念,比较法的历史发展、方法论、作用,不同法系和不同社会制度的法律等。

第一章 比较法或比较法学的概念

一、比较法的含义与研究对象

比较法(Comparative Law)一词指什么?在国外比较法学家中有不同理解,如英国法学家沃森(A. Watson)认为它是一种法制史和法理学的研究。^①德国比较法学家格罗斯费尔德(B. Grossfeld)则认为比较法是一种文化。^②比较法或任何法律,都有自己的历史与理论,也都与特定文化有密切联系,但我们不能将比较法当作法制史或法理学,也不能将文化看作比较法发展的决定因素或唯一的决定因素。

笔者认为,简单地说,比较法是对不同国家(或特定地区)的法律制度的比较研究。这一解释是与多数国外比较法学家的理解基

① Watson, "Legal Transplant: An Approach to Comparative Law" (1974), pp. 1-9.

② Grossfeld, "The Strength and Weakness of Comparative Law" (1990), p. 111.

本上一致的。例如,德国的莱因斯坦(M. Rheinstein)认为,比较法作为法学的一个部门之所以兴起就在于法律在不同国家各不相同的事实。^①另一德国比较法学家茨威格特(K. Zweigert)和克茨(H. Kötz)也认为,“比较法是世界上各种不同法律制度的比较”^②。意大利比较法学家萨科(R. Sacco)也提出:“比较法学像其他科学一样,其目的在于获得知识。它也同其他法学学科一样,追求法律知识。比较法首先承认众多的法律规则和具体法律制度的存在,它研究这些法则和制度在何种程度上相同或不同。”^③

一般地说,比较法研究的对象是不同国家的法律制度的比较。但也有例外,一些特殊地区的法律制度,也可以作为比较研究的对象,例如美国的一些比较法学家,往往将联邦法律与州法律之间或各州法律之间的比较也看作比较法研究。又如同一国家中存在不同法系,代表不同法系的地区法律制度之间(如加拿大魁北克省法律与其他省法律)的比较。在我国,香港、澳门回归祖国后,中国内地和香港、澳门地区法律之间的比较;或者是海峡两岸法律之间的比较,也都属于比较法研究的范围。

不同国家法律制度之间的比较有双边(即两国法律之间)比较与多边(即三个和三个以上国家法律之间)的比较。它们一般指本国法律与外国法律,或不同外国法律之间的比较。仅一国法律之间的比较,除个别联邦制国家或特定地区外,一般不属于比较法学范围,例如,中国的《企业法》与《公司法》之间,或泰国的民事诉讼与刑事诉讼之间的比较,不属于比较法学范围。因为一国法律之间的比较属于本国各有关部门法之间比较,是本国法学家的日常

① “International Encyclopedia of Social Sciences”(1978) vol. 9, p. 204.

② K. Zweigert & H. Kötz, “An Introduction to Comparative Law”(1977) vol. 1, p. 2.

③ Sacco, “Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law”, in “American Journal of Comparative Law” 1991, vol. 39, pp. 4-5.

任务,如果将它们列为比较法范围,那就使比较法的特殊性不再存在。

同样,比较法当然离不开外国法,但比较法也不等于特定外国法的研究,只有在对本国法与外国法或不同外国法之间进行比较,才能称之为真正意义上的比较法。有些比较法书刊也收集了特定外国法研究的论文,这可以看作是为比较法研究提供素材。

在学习比较法时,应注意“比较法”这个词是容易引人误解的。我们往往讲某一国家的刑法或民法是在什么时候制定或实施的,但我们不能讲某一国家的“比较法”是在什么时候制定或实施的。因为比较法并不是像民法、刑法那样的法律。民法、刑法、诉讼法、选举法等,都以特定的社会关系作为各自调整的对象,也都各有调整这些关系的具体法律规则;比较法既没有它所调整的社会关系,也没有相应的具体法律规则。如上所述,比较法是指对不同国家的法律进行比较研究。它是法学的一个学科,而不是国家的一个部门法。所以,“比较法学”是比“比较法”更为适当的名称。国外书刊或机构还选择了其他类似的名称,如《不列颠百科全书》条目中就用了“比较法的研究”(Study of Comparative Law);有的比较法学研究机构还用了“法律的比较研究”(Comparative Study of Law)的提法。但对绝大多数法学家来说,“比较法”已成为一个约定俗成的名称。

比较法或比较法学的特征主要在于通过比较的方法来研究法律。当然,人们的认识过程总是在不同程度上通过比较的方法进行的。通过比较,才可能将不同现象区别开来,了解它们之间的共同点和不同点,确定它们各自的概念。任何学科都使用比较的方法。就法学而论,我们通过比较而区分出民法和刑法,实体法和程序法,犯罪未遂和犯罪中止,所有权和占有权,等等。但比较法不同于法学其他学科;比较宪法或比较刑法也不同于一般的宪法学或一般的刑法学,比较法的主要特征和方法在于比较。

关于比较法教学组织形式,根据国际比较法学院(法国斯特拉斯堡)多年来的经验,可以划分为三个层次。第一个层次是基础训练,即学习比较法总论,主要了解各个法系或作为整体的社会法律制度之间的比较研究。第二层次是部门法之间的比较研究,其中又分为私法和公法两大类。第三层次是对一些精选的专题进行深入的比较研究,如公司的组成、行政和立法机关有关外事政策权力、隐私的保护、合同当事人对法院的选择等之间的比较。^①这三种教学组织形式也可作为比较法研究选题形式的参考。

二、比较法是法学的一门学科

比较法首先并主要是在西方国家兴起并发展的。以下第二章中要先论述它在西方的历史发展。在 19 世纪末,比较法学成为法学的一门独立学科。

由于比较法是指对不同国家的法律进行比较研究,因而在国外比较法学家中对比较法是法学的一门独立学科或仅是一种研究方法问题,长期存在着争论。在这一问题上,大体有以下三种意见:

第一种意见是怀疑这一争论的意义。例如,英国比较法学家格特里奇(H. C. Gutteridge)认为:“这样的问题是纯学术问题,其重要性无论如何是可疑的。”^②因为问题的关键是对“科学”和“方法”两个术语的解释上,但它们之间的界限是难以明确分开的。

第二种意见认为比较法仅仅是研究法律的一种方法。例如,

① 布朗-若万(X. Blanc-Jouvan):《比较法教学——目的和方法》,王彤译,载沈宗灵、王晨光编:《比较法学的新动向》,北京大学出版社,1993年,第75—77页。J. N. Hazard, “Ten Years of International Teaching of Comparative Law: The Strasbourg Experiment”, in “American Journal of Comparative Law”, 1971, vol. 19, p. 254-255.

② Gutteridge, “Comparative Law”(1946), p. 5.

本世纪初著名分析法学派代表新西兰的萨蒙德(J. W. Salmond, 1862—1924 年)认为比较法是对不同法律制度之间的类似和差别的研究,不是一个单独的法学部门,“而仅仅是这种科学的各个部门中的一个特殊方法”^①。西方不少法学家也持这种观点,主要理由是比较法没有自己特有的规则,也没有自己特有的研究对象。前苏联法学家 C. 齐夫斯也认为,比较法至多只不过是专门的个别的科学方法,“把个别方法看作一种本身能够构成特别科学和独立学科的因素,未必有根据,在实际上未必合适”^②。保加利亚法学家日·斯坦列夫也主张:“应当把比较法研究归入现有的法律学科,而不是把它划分出来作为一门独立的法律学科。”^③

第三种意见认为比较法不仅是一种方法,而且也是法学的一门独立学科。早在 1900 年召开的第一届国际比较法学会上两个重要代表人物——法国的比较法学家萨莱伊(R. Saleilles, 1855—1912 年)和朗贝尔(E. Lambert)就持这种观点(朗贝尔后来又改变自己的观点,认为比较法只是一种方法)。法国另一比较法学家达维(R. David)在其主要著作《当代世界主要法律制度》一书中也倾向于第三种意见。他认为:“毫无疑问,对于多数人来说比较法将确实是一种方法,即‘比较的方法’,用来帮助他们实现自己的特定目标。但是对于其他人,如果他们主要的事情是研究外国法和把它同他们的本国法进行比较,在这种情况下,比较法就取得了一门学科的地位,也即在法律知识中一个独立部门的地位。换句话说,现在需要有一类能够恰当地称为‘比较法学者’的法学家,同那些

① Salmond, “Jurisprudence”(8th ed.), p. 9.

② 齐夫斯:《法的渊源》(1981 年),第 48—49 页。转引自 B. 图曼诺夫:《论比较法学的发展》,中译文载《法学译丛》1983 年第 2 期,第 9—10 页,梁溪译。

③ 斯坦列夫:《社会主义法学中的比较方法》。中译文载《法学译丛》1982 年第 6 期,第 7 页,任正译。

在各自领域中运用比较法的人们并驾齐驱。”^①前苏联法学家 B. 图曼诺夫也认为：“现代比较法学，既是利用比较方法作为特别分科研究方法，也作为特别研究方面，不论这两个方面如何相互联系在一起，它们之间仍有一定区别。”^②

本书作者也认为现代意义上的比较法不仅是法学研究的一种方法，而且是法学的一门独立的学科。方法与学科当然是密切联系的，特别是对作为一门学科的比较法（比较法学）来说，对法律的比较是它的主要特征和方法。但方法与学科毕竟是两个不同的概念，前者是指科学研究的手段，后者是指科学研究对象的一定领域。如上所述，比较法的确不同于民法、刑法之类的部门法，它既没有所调整的社会关系，也没有用以调整一定社会关系的法律规则，但是它有自己特有的研究对象，即不同国家的法律；它也有自己特有的研究成果，这是从其他法学部门中无法取得的某种较系统的法学知识。正如法国比较法学家莱翁丹·让·康斯坦丁内斯库所讲的，比较法学“要把用比较方法得出的有关知识组合起来，加以整理和分类，使之构成一个紧密的、独立的、具有特有的目的和范围的整体”。“这个科学是一门独立的科学，因为它提出一些新问题，因此它走进了未经探索过的科学领域。”^③

有的比较法学家认为，关于比较法仅仅是方法还是法学独立学科之类的争论问题是 19 世纪比较法创始时期的重大问题，“但是现在比较法已经牢固地确立了，人们对于早先的讨论已经不感兴趣，也不必为此而耽误时间”^④。这种看法就西方国家的法学来说，是有一定道理的，因为在那些国家中，比较法作为法学的一门

① R. David and J. Brierley, "Major Legal System in the World Today" (1985), p. 12.

② B. 图曼诺夫：《论比较法学的发展》。中译文载《法学译丛》1983 年第 2 期，第 8 页，梁溪译。

③ 参见《法学译丛》1983 年第 2 期第 20 页。

④ David & Brierley, "Major Legal System in the World Today" (1985), p. 4.

独立学科的地位已经是一个客观事实。例如,有一批公认为比较法学家的法律工作者,有大批比较法学的著作、论文,有不少专门的比较法研究机构,在高等法律院校中开设不少比较法的课程,定期举行比较法的学术讨论会(包括国际比较法大会),等等。但就我国法学来说,迄今为止,比较法学尚未被公认为一门独立学科,关于比较法性质的这种讨论,显然还是很有必要的。

与学科和方法方面的争论相近似的一个问题是:比较法学是否是一个法学派别?无论在国外还是国内,都有极少数法学著作将比较法学列为与自然法学派、历史法学派等学派并列的一个法学派别。它们的理由主要是:法学研究的方法包括哲理、历史、分析、比较、社会学等各种方法,因而在法学中就形成自然法学派、历史法学派、分析法学派、比较法学派和社会学法学派等学派。

在现代,尤其是第二次世界大战后的西方法学著作中,将比较法学列为一个学派的观点已相当罕见。一般认为,西方法学总的来说可分为自然法学和广义的实证主义法学(包括分析实证主义法学和社会实证主义法学),或者分为自然法学、狭义的实证主义法学(即分析实证主义法学)和社会学法学三大派。它们的划分标准是相当混乱的,但从以上分派来看,其划分标准主要不是研究方法而是研究重点(如以上三大派分别以法律的价值、形式和事实作为各自研究的对象)。同时,这几派也都应用比较的方法。因此,将比较法学列为一个独立的法学派别是不合适的。

三、比较法与其他法学学科的关系

任何学科都不是孤立自在的,总要与其他学科有不同程度的关系。就这一意义上讲,比较法学与哲学以及法学以外的许多社会科学,如社会学、经济学、政治学、史学、心理学、人类学等等,都有关系。但这一方面的问题,一般属于法学与这些学科的关系,在

法理学中研究。本节仅论述比较法学与其他一些法学学科,即法理学、法制史、国内法中各部门法学、外国法学、国际法学以及法律社会学和法律文化学的关系。

(一) 比较法与法理学

法理学(在西方国家,又可称法律哲学),主要研究有关法律现象的基本概念、知识和原理,是法学的主要理论学科。它与比较法的密切联系是不言而喻的,法理学中所阐述的基本概念和原理是比较法学中必不可少的。比较法当然有它自己的基本理论,包括本书这一章中所探讨的内容,但这些理论也是以法理学的基本概念和原理为基础的。反过来,比较法为法理学提供了许多比较法的知识和研究成果,缺乏这些知识和成果,法理学有可能成为思辨哲学或导致片面的结论。

18世纪法国法学家孟德斯鸠(Charles Louis Montesquien, 1689—1755年)所写的《论法的精神》是历史上法学理论的一本杰作。他在这一著作中对很多国家的法律(包括中国封建社会的法律)进行了比较研究,以论证自己的法学理论,因而往往被认为是比较法学的奠基人之一。

法理学中必然要涉及不同社会制度法律的比较。它所探讨的一些问题,如法律的渊源、分类等,也是比较法所要研究的内容。但法理学主要研究一般法律,特别是本国法律的基本理论,比较方法并不是它的主要方法,它的直接目的在于作出理论上的概括和论证。与此不同,比较法以不同国家的法律作为自己的研究对象,它的主要方法在于比较,它的直接目的在于提供较系统的法律比较的知识。

(二) 比较法与法制史

法制史的范围相当广泛,包括法制通史、国别法制史、部门法

制史等。西方国家法学中有所谓法律人类学的学科,是研究人类早期社会的法律或行为规则问题的,这也属于法制史之列。

比较法与法制史的关系也极为密切。从历史上看,比较法在它初创时期是和古代法的比较研究不可分的。早期比较法的代表人物中,有些就是著名的古代法史学家,如英国的梅因(H. Maine, 1822—1888年)。他在《古代法》和《古代制度史》等书中对古代东西方各国的法制进行了比较研究。1869年,英国牛津大学第一次开设了“历史和比较法学讲座”,即由梅因主讲。直到现在,尽管一般认为比较法是指对不同国家的现行法进行比较,但还有人认为广义的比较法包括比较法制史。

比较法和法制史的密切联系不仅体现在比较法制史方面,而且也体现在对现行法的比较研究上。因为在比较研究现行法时,往往要追溯这些法律的历史,否则就不可能全面地掌握材料,更不可能正确地进行比较或作出评价。

比较法学不同于法制史,前者着眼于比较,后者着眼于历史。比较法学可说是横向研究,法制史则是纵向研究,比较法制史则是纵向研究和横向研究的结合。此外,除通史外,法制史一般指单一国家的法律,比较法则至少包括对两个国家法律的研究。

(三) 比较法与国内法中部门法学

部门法学,如宪法学、刑法学、诉讼法学,一般是对某一部门法,特别是对本国的该部门法的研究。比较法中的各部门比较法学(如比较宪法学、比较刑法学、比较诉讼法学)和相应的部门法学是密切联系的,它们相互提供材料和结论。

但部门比较法学和部门法学是有区别的,特别应注意防止将部门比较法学代替部门法学的倾向,例如以比较宪法学代替宪法学。

就一个国家在一定时期的法学而论,它总是以研究本国现行