

比较法总论

杨亚非

世界银行法律援助项目法学系列文库
· 基础理论系列 ·



吉林大学出版社

世界银行法律援助项目
法学系列文库·基础理论系列

比较法总论

杨亚非

吉林大学出版社

世界银行法律援助项目
法学系列文库·基础理论系列
比较法总论

杨亚非

责任编辑、责任校对：丛立新

封面设计：尹怀远

吉林大学出版社出版
(长春市解放大路 125 号)

吉林大学出版社发行
长春市永昌福利印刷厂印刷

开本：850×1168 毫米 1/32

2001 年 3 月第 1 版

印张：10.75

2001 年 3 月第 1 次印刷

字数：234 千字

印数：1 - 2000 册

ISBN 7-5601-2234-5/D·373

定价：16.00 元

《世界银行法律援助项目法学系列文库》
编 委 会

总 主 编 张文显
副总主编 郑成良 王 丽 刘世元 石少侠
吴振兴 霍存福(常务)

编 委 (以姓氏笔划为序)

马新彦	马新福	王 丽	韦经建
车丕照	石少侠	丛立新	刘世元
邱 本	李 洁	李贵方	吴振兴
陈福祥	张文显	郑成良	赵新华
徐卫东	崔卓兰	赖 宇	霍存福

基础理论系列主编 郑成良

《比较法总论》撰稿人 杨亚非

目 录

第一编 绪 论

第一章 比较法的概念	(2)
第一节 比较法的对象	(2)
第二节 比较法的地位	(6)
第三节 比较法与法学其他学科的关系	(10)
第二章 比较法的历史	(17)
第一节 19 世纪中叶前的法律比较研究	(18)
第二节 比较法在 19 世纪中期的兴起	(21)
第三节 比较法在 20 世纪的发展	(23)
第四节 比较法在中国的发展	(29)
第三章 比较法的作用	(33)
第一节 比较法对立法的作用	(34)
第二节 比较法对法律实施的作用	(37)
第三节 比较法在促进法律统一方面的作用	(40)
第四节 比较法在法律教育和法学研究中的作用 ..	(42)
第四章 比较法的研究方法	(44)
第一节 比较方法举要	(45)
第二节 法律比较的具体步骤	(51)
第五章 法系	(55)

第一节 法系的概念与法系划分的意义	(55)
第二节 法系的划分与变化	(60)
第三节 法系概述	(65)

第二编 法系发展论

第六章 大陆法系的形成与发展	(82)
第一节 大陆法系的历史源头——古代罗马法	(82)
第二节 罗马法的复兴与大陆法系的形成	(91)
第三节 大陆法系近代以来的发展	(99)
第七章 英美法系的形成与发展	(107)
第一节 英国法的历史发展	(107)
第二节 美国法的历史发展	(129)
第八章 其他法系、法律的形成与发展	(138)
第一节 苏联-俄罗斯联邦法律的历史发展	(138)
第二节 宗教法系的历史发展	(149)
第三节 习惯法系的历史发展	(156)
第四节 当代中国社会主义法律的发展	(158)

第三编 法系比较论

第九章 法律分类的比较研究	(164)
第一节 法律分类概述	(164)
第二节 公法与私法	(177)
第三节 普通法与衡平法	(196)
第十章 法律渊源的比较研究	(211)

第一节	法律渊源概述·····	(211)
第二节	制定法·····	(216)
第三节	判例法(判例)·····	(239)
第四节	习 惯·····	(254)
第五节	法律学说·····	(258)
第十一章	司法制度的比较研究·····	(260)
第一节	司法组织·····	(261)
第二节	司法程序·····	(277)
第十二章	法律教育和法律职业的比较研究·····	(300)
第一节	法律教育·····	(300)
第二节	法律职业·····	(322)

第一编

绪论

从事比较法方面的学习和研究,首先要遇到一些基本理论问题。比如,比较法的概念、比较法的历史发展、比较法的研究方法、比较法的作用以及法系的划分问题。这些问题相对于各种法律的比较,更带有普遍性和根本性。解决这些问题,对于顺利地开展比较法研究,达到预期目的,具有重要的意义。

第一章

比较法的概念

第一节 比较法的对象

一、比较法释义

对比较法的含义,人们有不同的理解。一般认为,比较法是对不同国家或地区(特定地区)的法律进行比较的科学活动及其认识成果的总称。

近现代以来,比较法作为一项重要的研究活动以及法学的一个独立学科,是西方国家首先搞起来的。中国了解并开展比较法研究本身就是与外国接触、向西方学习的结果,对比较法的理解也受到西方的影响。比较法一词的英文表达是 comparative law,由 comparative 和 law 两个部分构成。而与 law 有关并参与构成的概念很多,比如, civil law(民法)、criminal law(刑法)、patent law(专利法)等部门法。从语言结构上看,比较法似乎是与民法、刑法等并列的一种法律。在法文、俄文中也有类似的情况。但是,这种意义上的部门法是不存在的,各种语言、各种用语表达的比较法不是法的一个部门,而是对法律的比较,只不过有表达的是否清楚、准确、无歧义的问题。相对而言,德文 Recht svergleichung 比较清楚地反映了比较法一词的含义,明确它是法的比较,而与部门法的含义毫不相干。为了避免语义上的混乱,美国的比较法学家将自己的协会不是称为比较法协会

(The American Association of Comparative Law), 而是称为法的比较研究协会(The American Association of the Comparative Study of Law)。^①

在中文中,用以表达“对不同国家或地区法律的比较研究”的词语也有类似情况。与英语相对应,人们经常使用的有“比较法”、“比较法学”(comparative Jurisprudence)、“比较法研究”(Study of Comparative Law)和“法律的比较研究”(Comparative Study of Law)等。“比较法”这一中文表述同样容易引起人们的误解,将其误认为一种方法或办法、法律的一个部门等,而其他的词语相对更准确一些。以“比较法学”为例,人们一般都了解和接受关于“法学是以法律现象为研究对象的科学”的观点,对法律现象可以从法律理论、法律史、法律部门等角度进行研究,相应的法学可以分为理论法学、法史学、部门法学等。“法学”很清楚地与“方法”、“法律规范”等相区别。“比较法学”的构词方法就很清楚地反映了这是用比较的方法对法进行研究的科学活动。因此,“比较法学”、“比较法研究”、“法律的比较研究”等都比“比较法”更清楚、更准确。但是“比较法”一词也有其简练的优点,并且在法学领域内已经约定俗成,被普遍接受,并不必然发生理解上的歧义,与其他词语相比,“比较法”反倒用得更广一些。

二、比较法的对象范围

比较法研究的对象是不同国家或地区(特定地区)的法律。比较法研究离不开外国法,但是,单纯的对某个或某几个外国法的研究不是比较法。比较法的研究对象在数量上必须是两个或两个以上的不同国家或地区的法律,在被研究的法律之间的关系上,它们是通过比较的方法而被联结在一起的。

首先,从空间上看,比较法研究的主要是“不同国家的法

^① 朱景文:《比较法导论》,1页,中国检察出版社,1992。

律”。不同国家既可以是两个国家,也可以是两个以上的国家,两个国家之间法律的比较属于双边比较,三个或三个以上法律的比较则属于多边比较;既可以是本国法律与外国法律之比,(如中国法与日本法之比),也可以是外国法律之比(如美国法与英国法之比);既可以是同一法系之内不同国家的法律之比(如德国法和法国法之比),也可以是不同法系之间不同国家的法律之比(如德国法和美国法之比);既可以是属于同一社会制度的不同国家的法律之比(如英国法和法国法之比),也可以是属于不同社会制度的不同国家的法律之比(如中国法和美国法之比)。同时,比较法也研究某些“不同地区(特定地区)的法律”。可以列入比较法研究范围的“不同地区的法律”是一些特定地区的法律,比如联邦制国家中的联邦法和州法(邦法)以及不同州(邦)的法律的比较;一国内具有不同法系特征的地区的法律之间的比较(如加拿大的魁北克省法律与其他省法律);我国内地与香港、澳门以及台湾地区法律之间的比较也属于比较法研究的范围。一国之间的不同法律(如《企业法》与《公司法》)、不同时期的法律(如我国的1979年《刑法》与1997年《刑法》)和不同地区的法规(如我国的吉林省与辽宁省的地方性法规)之间,也可以用比较的方法来研究,但不属于比较法的研究范围。

其次,从时间上看,比较法研究的对象既包括现实的比较,也包括历史的比较。对不同国家法律的比较是以现存的法律为主的,同时也包括历史上不同国家、民族的法律制度的比较,即比较法制史。比如,美国独立战争胜利之后的刑罚制度与同时期英国的刑罚制度的比较研究。这类比较无疑属于比较法研究的范围。历史上的比较还可能产生一种理解,即对同一国家或地区的不同历史时期的法律进行的比较研究。如我国唐朝时的监察制度与明朝时的监察制度的比较。对这种比较在比较法中的地位 and 意义,人们有不同的理解。有的学者认为这种比较也属于比较法的研究范围。但是,这种研究仅仅是运用了比较的

方法,而法学研究中运用比较方法是很普遍的,不能据此将比较法的范围无限扩大,扩大到所有运用比较方法的活动。只有依据比较“不同国家和地区的法律”这一特定含义,才能了解比较法的特殊性,正确地了解和说明什么是比较法。

最后,从层次上看,比较法研究的对象既可以从宏观方面包括法系,也可以从微观方面包括法的要素中的规则和概念;既要比较法的本身,比如法律体系、法律部门、法律制度、法律规范和法律概念,也要比较法律职业和法律职业者,比较法律主体的法律意识,还要比较法律现象赖以产生、法律职业者在其中发挥作用、法律意识受制于它的社会经济、政治和文化条件。比较法研究往往从法律本身着眼,即比较的是“法”,但是在许多情况下,只对“法”进行比较会发生许多困难,尤其是在被比较的法分属不同的法系、不同的法律制度时。因此,只比较“法”自身是远远不够的,还需要比较不同的法所产生的经济、政治和文化条件,从这种更深层次的比较中获得对所比较的法的理解和说明。正如美国比较法学家坎弗朗德(O. Kahn-Freund)所说,运用比较方法“不仅需要外国法的知识,而且需要其他社会的,首先是政治的内容方面的知识。如果只知道法律条文的精神而忽视法的这方面内容,为了实际的目的而运用比较法就变成了滥用”。^①从比较法产生、发展的历史来看,对法律的比较研究由浅入深,由法律规范的比较深入到对实际生活中起作用的行为规则的比较,再到对整个法律文化的比较,是符合人类认识发展规律和比较法发展的趋势的。

^① [美]坎弗朗德:《比较法的运用和误用》,《现代法律评论》第37卷,第1期,27页,1974。转引自朱景文著:《比较法导论》,8页,中国检察出版社,1992。

第二节 比较法的地位

一、关于比较法的性质、地位的争论

19世纪末,比较法首先在西方兴盛起来。它的发展给法学带来了新的生机,同时对传统的法学体系也带来了挑战,引发了比较法在法学体系中的地位或它与法学的关系问题。在这一问题上人们进行了长期的争论,提出了三种主要的观点。

第一种观点,认为比较法仅仅是研究法律的一种方法,而不是法学的一个独立学科。代表性观点及其论据有:《牛津法律大辞典》认为,比较法不是法律原则或法律体系,“它是研究法律、法律分支或法律专题的途径、方法和技术手段”^①;比较法没有自己特有的规则和特有的调整对象,西方许多学者据此认为比较法仅是法学研究的一种方法;苏联法学家C·齐夫斯认为“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

这种观点有其难以令人信服之处。第一,毫无疑问,比较法是一种研究方法,但是其方法的性质并不意味着它不可能同时又是一个学科。第二,比较法没有财产法、家庭法那样的规则体系,没有这样的规则体系作为自己的独立的、区别于其他学科的研究对象。但是,法学学科的分化和建立并不完全依据法律调整的对象及调整该对象的全部规则构成的体系,即不单纯以其作为某一学科的研究领域确立的依据,法理学、法史学同样没有规则体系,没有调整对象,但这并不妨碍它们成为法学的独立学科、获得普遍的认可。第三,研究方法 with 学科并不是截然分开的,在科学发展的过程中,因方法的更新而导致新学科产生的情

^① 《牛津法律大辞典》,189页,光明日报出版社,1988。

^② [苏]齐夫斯:《法的渊源》(1981年),48~49页。转引自B·图曼诺夫著、梁溪译:《论比较法学的发展》,中译文载《法学译丛》,9~10页,1983(2)。

况并非绝无仅有。

第二种观点,怀疑、否定这一争论的意义。英国比较法学家格特里奇认为:“这样的问题是纯学术问题,其重要性无论如何是可疑的。”^① 后来,有的比较法学家认为,“现在新的社会形势影响着整个比较法及其任务和预期的结果,已经使得法律比较是否是一种方法,抑或是一门独立的学科即法学的一个部门,这样的问题过时了。”^② 这样的主张在不同的时期有不同的意义。这种纯理论问题是 19 世纪比较法初创时期的重大问题,关于比较法是研究方法还是一门学科的争论促进了比较法基本理论的研究,对于比较法体系的建立及比较法此后的巨大发展是有意义的。现在,在西方国家比较法已经在事实上成为法学的独立学科的条件下,这种看法有一定的道理。但是,中国的比较法研究起步较晚,程度不高,比较法的性质和地位还未得到西方国家那样的认可,研究这一问题还是十分必要的。

第三种观点,认为比较法既是一种研究法律的方法,又是法学的一门独立学科。比较法是法学的一种研究方法的观点是法学界的共识,凡是承认比较法是法学的一门独立学科的,都不反对它也是一种研究方法。因此,单纯论述比较法是法学的一门独立学科的观点也可以列到这里。持这种观点的人从不同的角度来证明自己的观点。莱翁丹-让·康斯坦丁内斯库认为:“正是要把用比较的方法得出的有关知识组合起来加以整理分类,使之构成一个紧密的独立的,具有特定目的与范围的整体,人们才能建立比较法学。只有通过使用的方法,使人认识各个法律秩序间的真正联系,并由此而发现它们的真正的性质的一部分,比

^① Cutteridge: "Comparative Law" (1946), p. 5. 转引自沈宗灵著:《比较法研究》,6 页,北京大学出版社,1998。

^② [匈]伊姆雷·萨博:《比较法的各种理论问题》,中译文载《法学译丛》,1983 (1), 12 页。

较法学才是一门科学。”^① 法国比较法学家勒内·达维德认为：“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，同那些在各自领域中运用比较法的人们并驾齐驱。”^② 我们认为，比较法是法学的一种研究方法，同时又是法学的一个独立学科。它虽然不是部门法，没有自己调整的特定的社会关系，没有自己的规则体系，但是，它有自己的特殊的研究对象，特殊的研究方法，有与其他法学学科相区别的鲜明特点。

二、比较法的特征

第一，比较法有自己的特殊的研究对象，这种研究对象具有其他学科所没有的广泛性、层次性的特点。如前所述，其研究对象在空间上的广阔、时间上的纵深和层次上的丰富，是其他法学学科所无法比拟的。

第二，研究方法的独特性。比较法的主要方法是比较，这门学科之所以冠之以比较法学，就是由于它的方法的独特性，这是它的主要特征。任何学科所使用的方法都不是单一的，但是各种方法对不同学科来说意义并不相同。比如，法学的每一个学科都使用历史方法，但是历史的方法对其他学科来说是同时使用的各种方法之一，而对法制史学来说，它是决定性的方法、基础性的方法，并以其方法之特殊而在法学体系中自立门户。同样，人们的认识活动都要借助比较的方法，通过比较区别不同的现象，形成对每一种现象的科学认识。在法学中我们通过比较

^① [法]莱翁丹·让·康斯坦丁内斯库：《论比较法的流派与比较法学》，中译文载《法学译丛》1983(2)，1页。

^② 转引自沈宗灵：《比较法研究》，7~8页，北京大学出版社，1998。

区分出刑法和民法、实体法和程序法;在刑法中通过比较区分违法与犯罪、此罪与彼罪;在民法中通过比较进一步了解所有权和债权,区别违约行为与侵权行为等,比较的方法是法学研究的普遍使用的方法。但是,在法学的其他学科中,比较的方法也是该学科所使用的各种方法中的一种,对其所使用的主要方法而言,它是一种辅助的方法,并不具有特别重要的意义。而在比较法学中,它是一种基础性的、决定性的方法。比较法作为法学的一个学科借助于比较的方法得以建立,并且也因方法而决定了学科的性质。从各个学科都是一种认识活动,都提供一套认识对象的方法、理论的意义,可以说比较法是一门有关法律比较的方法论学科。方法是进行科学研究的手段,当我们要对不同国家的法律进行比较,分析其异同,探寻异同的原因时,比较法就成了方法论学科,其提供的是比较研究的方法论。

第三,研究内容的综合性。由于比较法研究对象的广泛性、层次性,这门学科的内容就具有明显的综合性。它要综合研究各不同法系、各不同国家法律的形成和发展;综合研究法律现象的形式、内容和制度;研究法律制度、法律角色、法律意识的相互关系和作用;研究法、人与社会的互动等等。研究的这种综合性也是其他法学学科所不具备的。

第四,研究领域的多国性。由于比较法是对不同国家、不同地区的法律所进行的比较研究,必然有相当数量的国家和地区的法律可以纳入我们比较研究的范围。其中,既有现存的国家、地区的法律,也有历史上出现过的国家和地区的法律。所以,比较法具有多国性特点,而其他法学学科的研究都是侧重于本国的法律,纵有比较和借鉴,涉及的国家的数量也没有这么多。

综上所述,比较法运用比较这一基本方法,在自己特有的研究领域建立了特有的理论、知识体系,创造出丰硕的、独特的研究成果。因此,正是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,人们才能建立比较法学。“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。”^①就当今世界而言,比较法作为法学的一门独立学科不仅在理论上可以证明,而且已成为一个客观事实。比如,有一批被公认为比较法学家的法律工作者,有大批的比较法的著述,有著名的比较法研究的专门机构,在高等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。

第三节 比较法与法学其他学科的关系

任何学科都不是孤立存在的,而是与其他学科有着各种形式、程度的联系。比较法与法学的其他学科之间也是这样。正确地认识比较法与法学其他学科的关系,对于正确地认识比较法的对象以及比较法在法学体系中的地位也是十分必要的。

一、比较法与法理学

全部法学从认识论的角度可以分为理论法学和应用法学两个部分,在这个分类中,比较法与法理学同属于理论法学之列,二者之间有密切的联系。一方面,法理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,它是法学的一般理论、基础理论和方法论,为法学其他学科提供理论根据和思想指导,法理学中所概括和阐述的基本概念和原理对比较法来说是不可缺少的,比较法的基本理论也是以法理学的基本概念和原理为基础的。另一方面,比较法以其特有的方法在特定领域中独立研究所得出的理论、知识等结果,提供了法理学进行理论抽象和加工的基础、“素材”,缺少这些知识和成果,法理学也会失之于贫乏与偏颇。法国比较法学家勒内·达维德说过:

^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学》,中译文载《法学译丛》1983(2),20页。