

比较法学的新动向

——国际比较法学会论文集

北京大学法律系比较法学—法律社会学研究所

沈宗灵 王晨光 编

北京大学出版社



比较法学丛书
BIJIAOFAXUE DE XINDONGXIANG
GUOJIBIJIAOFAXUE HUIYI LUNWENJI

比较法学的新动向

——国际比较法学会议论文集

北京大学法律系比较法-法律社会学研究所

沈宗灵 王晨光 编

北京大学出版社

京登字(京)139号

内 容 简 介

北京大学法律系比较法—法律社会学研究所于1992年4月在该校举办国际比较法学会议。本书收录了与会的中外比较法学家的40余篇论文。这些论文围绕“比较法学的新动向”这一主题,广泛地研究探讨了有关比较法学的理论问题和有关部门法的立法比较与应用。诸如:比较法学的方法论与作用、比较法教学、法律移植、法系分类、混合法、判例,比较法学与法律文化等,这些论文理论新、见解深、研究方法多样,反映了许多学者近年来的最新研究成果。

比较法学的新动向

——国际比较法学会议论文集

沈宗灵 王晨光 编

责任编辑:张 晓 柳 容

北京大学出版社出版发行

(北京大学校内)

北京大学印刷厂印刷

新华书店经售

850×1168毫米 32开 48.11印张 350字

1993年11月第一版 1993年11月第一次印刷

印数 0001—1000册

ISBN 7 301 02222-0/D·212

定价 11.40元

前 言

北京大学法律系比较法—法律社会学研究所在北京大学、中国法学会和福特基金会的赞助下,于1992年4月7—10日在北京大学举办了国际比较法学会议。这是我国在比较法学领域中召开的第一次国际会议。中国法学会所属比较法学研究会第一次学术讨论会也同时举行。本书是这一国际会议的论文集。

召开这一国际会议旨在促进中外比较法学者的交流,促进在我国尚处于初创阶段的比较法学的发展。

参加这一国际会议的有以下三部分人:一是12位外国法学家;二是20多位中国法学会比较法学研究会成员;三是北大法律系从事比较法学的部分教师,三者合计共约40多人。遗憾的是,本已约定参加的三位外国法学家后因故未能参加会议。他们是英国牛津大学的拉登教授、德国马克斯—普朗克研究所的科兹教授和日本东京大学的藤仓皓一郎教授。前二位的论文也收在本论文集

中。

在4月7日上午开幕式上,北京大学校长吴树青教授、中国法学会常务副会长朱剑明同志、中华全国律师协会常务副会长甘绩华同志以及国际比较法学会主席克雷波教授分别致欢迎辞和贺辞。应邀出席开幕式的贵宾还有中国法学会副会长王叔文同志、中国政法大学江平教授、中国人民大学法律系主任曾宪义教授、中国社会科学院法学研究所所长王家福研究员以及福特基金会的代表等人。北京大学副校长罗豪才教授、社科处处长吴同瑞教授、法律系王铁崖、芮沐等教授以及法律系领导也都出席了开幕式。

会议讨论按原定议程进行。会议主题是“比较法学的新动向”。

前三天举行中外法学家都参加的全体会议,会场上有中英文同声翻译。根据提交会议论文的内容,围绕以下几个问题逐段进行讨论:(1)比较法学方法论;(2)比较法学的作用;(3)比较法教学;(4)法律结构比较;(5)法律文化比较。第四天,中国法学家继续进行讨论;中国法学会比较法学研究会举行干事会议,主要讨论下一次学术会议计划。

从以上五个问题可以看出,这次会议讨论的主要内容是关于比较法学的一些基本理论问题。考虑到比较法学在当代中国的现状以及这次会议是在我国举行的第一次国际比较法会议、会期又较短等情况,所以主要讨论比较法学的若干基本理论问题,还是适宜的。当然,在以后的有关会议中,我们将兼顾比较法学的理论和应用,兼顾比较法总论、部门比较法和比较法专题研究。

这一论文集共收录 41 篇论文,其中外国法学家论文 11 篇,中国法学家 30 篇,在论文集中即分作两类。每类论文的排列以讨论问题的先后为序。

外国法学家的论文,除个别文章外,都是由我们组织翻译成中文或校对的。除了个别文字校正外,所有论文都根据作者原稿或修改稿付印。每篇论文仅代表论文作者个人的观点。在编辑体例上也只能大体一致,在注释形式等方面则有所不同。本书也收录了编者之一沈宗灵撰写的《比较法学的一些理论问题——国际比较法学会会议述评》一文,也仅代表作者个人的观点。

北京大学法律系比较法—法律社会学研究所

沈宗灵 王晨光

1992 年 7 月

目 录

前言	(1)
比较法学的一些理论问题	
——国际比较法学会议述评	沈宗灵(1)
比较法教学与研究:方法与目的	[意]毛罗·卡佩莱蒂(13)
过去是另一个国度	
——作为比较法的法制史	[英]德里克·罗巴克(23)
不同法律制度中排列顺序问题之比较 ...	[英]伯纳德·拉登(40)
比较法在移植外国法律中的第二任务	[日]小岛武司(49)
比较法在欧洲普通法发展中的作用	[德]海因·科茨(61)
比较法教学	
——目的和方法	[法]布朗-若万(70)
实践能脱离理论进行吗?	
——西方法律教育中的不同回答	
.....	[美]理查德·思蒂斯(82)
比较法、法律改革与法典编纂	
——国内和国际透视	[加]保罗-A.克雷波(96)
由当代合同法看美国的法律文化	[美]惠特莫·格雷(110)
亚洲的比较法和合同	
——一个澳大利亚人的观点	
.....	[澳]马尔科姆·史密斯(125)
.....	萨拉·比达尔夫
从有限的人权概念到普遍的人权概念	
——人权的两个阶段	[瑞士]胜雅律(134)
评功能比较	朱景文(159)

比较法律文化的方法论问题·····	贺卫方(168)
关于比较法学方法论问题·····	李 放(180)
比较法的方法论问题·····	任允正 刘兆兴(189)
论世界法律体系分类的若干问题·····	潘汉典(198)
试论比较法的基石范畴·····	韦绍英(205)
不同国家法律间的相互借鉴与吸收	
——比较法学研究中的一重要课题·····	王晨光(213)
“Civil Law”涵义探微	
——对“关于《中国大百科全书·法学》	
答客问”的有关意见表示异议·····	王宏林(225)
当代中国的判例	
——一个比较法研究·····	沈宗灵(231)
比较法学在新中国立法工作中的应用·····	陈延庆(239)
比较法与当今中国立法·····	汪永清(246)
美英两国国家元首的立法否决权比较·····	董茂云(255)
知情权制度比较研究·····	杜钢建(262)
人民法院的独立审判·····	廖伯雅(274)
中国的律师·····	张 骐(284)
比较行政法初探·····	金邦贵(288)
比较行政立法初探·····	向群雄 方世荣(300)
海峡两岸婚姻立法之区别·····	李志敏 马忆南(312)
收养的实质要件之比较研究·····	刘 莉(319)
比较法在经济立法中的应用和发展·····	程信和 李正华(329)
中国与韩国投资法的比较研究·····	黄来纪(339)
德国股份公司法中债权人直接对公司董事会成员的请求权	
——与中国法律有关规定的比较·····	程建英(347)
各国民事诉讼法中的两个差别·····	沈达明(362)
域外取证及两大法系的比较·····	高建新(369)

犯罪概念之比较及其意义·····	陈兴良	李贵方(378)
禁止卖淫立法的比较研究·····	孙利	(387)
罪刑系列		
——一种可资借鉴的立法方法·····	储槐植	罗树中(397)
刑法中告诉权制度比较研究·····	朱华荣	陈正云(408)
比较科技法导论·····	朱效亮	(422)
论中国科技立法的基本原则·····	罗玉中	(431)

比较法学的一些理论问题

——国际比较法学会议述评

沈宗灵

1992年4月7日至10日,北京大学法律系比较法和法律社会学研究所主办了一次国际比较法学会议。这是我国在比较法领域召开的第一次国际学术会议。中国法学会比较法学研究会第一次学术会议也同时举行。会议收到了美、加、英、法、德、意、瑞士、澳大利亚、日本等国和香港地区的外国比较法学家的11篇论文和我国国内法学家的30多篇论文。会议主题是“比较法学的新动向”。外国学者论文内容主要是有关比较法学的一些理论问题;国内法学家论文内容大部分是有关部门法的立法比较,比较法理论问题的论文仅属少数。本文仅就会议论文和讨论中所涉及的有关比较法学的一些理论问题作以下简要述评。

一、比较法学的方法论

在这次会议中,以比较法学方法论为题的论文最多。有位外国法学家较系统地论述了其从事30多年比较法教学和研究中所采用的方法。它分为6个步骤或阶段。第一,在所比较的两个或两个以上国家中找出人们共同遇到的社会问题或社会需要,也即找出“共同的起点”。例如,为了在环境法领域进行有意义的比较,“共同的起点”就是这些国家面临共同性质的环境问题,而这个起点对那些不存在这种环境问题的国家是没有意义的。当然,这个“共同的起点”并不等于相同的法律解决办法,这些办法可能完全不同。第

二,研究那些国家对这种社会问题或社会需要所采取的法律解决办法,即有关法律规范、程序和制度。对此,比较法学家可以设计出不同解决办法的模式。第三,对不同国家所采取的法律解决办法的异同的理由进行研究。这些理由可能是由于历史和传统,也可能是社会学、伦理、意识形态或文化方面的。第四,进一步研究这些异同及其产生原因的可能趋势。第五,对各种法律解决办法进行评价,但这种评价不能依靠好坏、正误之类抽象、绝对的标准,而应根据特定解决办法是否符合社会需要的效能这样一种客观标准的相对评价。因而这种比较研究可以认为是“第三学派”的法律思想,它既不象自然法学那样以教条的、先定的价值观作为评价标准;又不象纯粹法学那样的实证主义,认为“法律就是法律”,对实在法是不能进行价值判断的。“第三学派”主张应对法律进行评价,但这种评价的标准是以现实的考虑作为基础的,即以对有关社会问题进行法律解决的实际作用作为基础。第六,根据既定的社会存在和需要,既定的解决办法的实际影响以及某些领域的发展趋势,可以合理地预测未来的发展。

有一位外国学者在其论文中论述了比较法与法制史的关系,认为法制史是比较法的一个分支;法制史和比较法是互补的方法。看来他是从历史学的角度来阐述比较法学的方法论。又有一位外国法学家在其论文中也探讨了比较法方法论范围的问题。他认为,应注意不同国家法律中排列顺序问题之比较。例如,一个法律规范看上去排在较高的地位,但在实施中却可能被公认的习惯作法所取消。几位国内学者分别从社会学、哲学和文化学等角度论述了比较法方法论问题。例如,一位国内学者认为功能比较和立法比较不是绝对的,问题在于如何运用。如果运用得当,二者可以相互补充,有机统一。另一位国内法学家则认为,比较法律文化应戒除沙文主义,并采取历史主义态度。

在笔者看来,比较法方法论是一个相当复杂的问题。六个步骤

或阶段的学说当然是很有启发的。但这也不是说,所有比较法研究都要经历这六个步骤。问题还在于比较的目的是什么,特别是作者提出的作为评价标准的“第三学派”的含义究竟指什么,都应进一步研究。同样地,几位国内学者强调的功能方法和立法方法的具体含义需进一步明确。

二、比较法的作用

比较法的作用仿佛是比较法研究的一个长期存在的问题。事实上,随着社会的不断演变和比较法学家认识的不断深化,对比较法学作用的认识也会发展。

在这次会议中,有些国内法学家以许多实例阐明了比较法学在我国立法中的重要作用。一位法学家认为,近十多年来我国立法中比较应用外国法律大体上有如下情况:了解研究有关外国法律的基本原则和精神,以启发思路;参考借鉴和吸收外国法律的某些具体规定;借鉴国际通例;参考外国法律结构和法律技术。另一位国内法学家认为,当代中国立法中应用比较法学的主要特点是:从中国实际出发,以是否符合本国实际和广大人民利益作为借鉴外国法律的评价标准;注重对解决问题的法律方法的比较;注重使立法符合公认的国际准则。

外国法学家在解释比较法学的作用时往往使用了不同的词语,例如,比较法的目的、目标、任务、功能、重要性的理由等。但仔细分析起来,实际上都是指比较法学的作用,即它对社会所发生的影响。有些人往往分作理论上的和实践上的作用,也有人认为这两方面作用是不可分的。他们所讲的比较法的作用,一般分为以下这些方面:增进对其他国家法律知识的了解,促进各国经济、文化和个人方面的交流;改进本国立法,推动法律改革;适应跨国范围的法律调整,在国际上既促进法律的协调和统一,又发展法律的多样化;有助于法律解释,填补法律中的漏洞;有利于法律教育和法学

研究,使法学家和学习法律的人具有全新视野,创设新的法律思想,以迎接法律领域的国际化,等等。

关于比较法的作用问题,值得注意的是一篇论述日本移植外国法律经验的论文。作者认为,日本移植外国法律可分为两个阶段。第一个阶段又可分为两个时期,第一时期是明治维新时期,主要移植德国法律,并兼顾法、英两国法律;第二时期指第二次世界大战后移植美国法律。他对这两个时期移植外国法律的评价是:第一,这种移植使本国原有法律与被移植的法律融为一体,而不是象一些前殖民地国家那样,使国内法与被移植法律都独立存在而并不统一。第二,尽管有不同争论,但被移植的法律已在日本生根。例如1945年引进美国的解除破产责任的制度,由于与日本的传统文化不协调而在相当长时期内未有效发挥作用。但到70年代初,随着消费者信贷制的推广,债务人主动提出破产案件迅速增长,解除破产责任的制度也随之广泛应用。由此可见,法律移植的成功与否要从长远角度来评价。第三,在全面移植法律时应注意如何逐渐改造日本传统的调解制,也就是使新的调解法谨慎地避开传统态度而使之促进新的社会立法,这是使外国法律在引进国“软着陆”的经验。第四,美国采用“大司法”制度设计,即诉讼在解决社会争议中具有主要作用;而日本则采用“小司法”制度设计,使仲裁发挥主要作用。在这里,作者还从交通事故诉讼的一度剧增而后逐渐减少这一实例说明“诉讼案件自身生命周期”的观点,意思是许多诉讼在新型案件时产生,法院审判大量增加,但在决定案件的标准变得明确后,诉讼案件数量就随之下降。

该文作者讲的日本在移植法律的第二阶段是指,那时移植的主要任务是通过协调法律结合的方法创造一种普遍的法律并建立一个协调的框架,以便在不能实行结合的领域内将法律冲突缩小到最低限度。总之,第一阶段的移植是由于国内政治压力造成的选择,并采取单向的、从先进的西方国家引进的方式。第二阶段的任

务是基于公平和正义的双向联合,以组织在全球范围内采用的普遍性法律。

在笔者看来,该文作者对日本第二阶段移植法律的任务这一问题并未明确论述,到底他讲的“组织在全球范围内采用的普遍性法律”指什么以及怎样组织,使人感到模糊不明。但他对第一阶段移植外国法的分析却是颇有启发的。例如,他讲到“法律移植的成功与否要从长远角度来评价”。我国《行政诉讼法》是1990年10月1日起施行的。行政诉讼制度可以说是借鉴了西方国家法律的一个例证,它在我国的有效实行必然会遇到各种阻力。正因此,近年来这类案件的数量相当少,原告撤诉的比重也较大,这都是可以理解的。但我们可以相信,随着改革开放的发展以及人们法律意识的加强,这一制度的功效也会不断增进。总之,我们也应从长远角度来评价行政诉讼制度。

另一位外国法学家在其论文中提出了有关比较法作用的一个重要观点。其大意是:许多人认为,欧洲法律的统一只能通过制定统一的成文法才能实现。但他认为,统一立法会带来一些严重问题,如与未统一的国内法发生冲突,可能导致法律的僵化等,因此,立法只能作为法律统一的辅助手段。法律统一主要并不依赖各国立法或超国家立法,而依赖通过比较法研究和教育来发展一种欧洲“普通法”。无论是过去欧洲各国民法典制定以前的“普通法”,或者是现在美国各州的法律,都说明如果有一套共同的法律原则和解释、适用法律规则的方法,便可能在无需统一立法的条件下有大量统一的法律。

上述观点颇值得注意。因为如果这种观点能成立的话,从逻辑上推论,它可能适用于任何场合下的法律的统一,而不仅是欧洲或欧洲共同体各国法律的统一。其观点的主要根据是历史上欧洲各国制定民法典以前的“普通法”和美国的州法律。但人们也可能反问:为什么当时欧洲各国要从“普通法”发展为制定本国的民法典

呢?美国各州为什么要努力制定象统一商法典那样的成文法呢?当然,我们应注意到,该论文在最后也讲到,“传统立法意义上的法律统一在相当长时期内为欧洲所必需”;同时,他所讲的通过比较法教育和研究来发展欧洲“普通法”,实际上是指在法学教学和研究中研究和讲授欧洲各国共同具有的法律原则和法律制度。这也就是说,摒弃统一的成文法只是一个理想目标,而在相当长时期内,仍然既要依靠制定成文法,又要依靠法学教学和研究中讲授和研究欧洲共同的法律原则和法律制度。

三、“法律移植”的词义

当一位外国法学家论述日本对外国法的移植时,一些中国学者对法律的可移植性本身提出了不同的理解。事实上,国内法学界近年一直在争论这一问题;有些西方法学家也对法律的可移植性持有异议。笔者认为,有些西方法学家主张第三世界国家要实现现代化,必须“全盘引进”西方国家法律,这种意义上的法律“移植”当然是完全错误的;但“法律移植”一词也可以在另一种意义上来理解。例如前面讲的日本对外国法律的移植(即使是指第一阶段的移植),也并不是指“全盘引进”意义上的移植。又如参加这次会议的另一外国法学家在讲到“法律移植”一词时也指出,比较法学家应非常仔细地考察外国政策和原则,并将它们与本国政策相比较;在客观地和批判地考察以后,如果发现外国政策和规则优于本国的,法学家就应当注意建议本国予以采用。当然,这些政策必须仔细地纳入本国法律制度的结构、风格和语言中。

因此,这里的一个重要问题是澄清“法律移植”一词的含义。笔者同意一位中国学者的分析:移植一词固然可以从植物学意义上,即整株植物移地栽培,从整体移植意义上理解;但也可以从医学意义,即器官移植,部分移植的意义上理解。他认为在讲法律移植时,只有用医学而不是用植物学意义上的移植来理解,才不致产生

误解。同时他又认为,如果在我国,从约定俗成的角度看,习惯上使用的“借鉴和吸收”这两个词更为便利和准确。

四、比较法教学

一位外国法学家着重论述了比较法教学的目的和方法。在论述这种教学的目的时,他提出了三个问题:第一,比较法与外国法的关系。他主张,二者是一种研究的两个方面,密切相关。但从教学角度看,比较法包括外国法。第二,比较法教学是理论教学还是实践教学,是培养学生直接从事法律实务,还是教给学生一种基本法律文化,以便将来在法律领域中加以利用?他的看法是,在不同国家对这一问题各有不同的回答,必然要考虑到风俗习惯和民族特征的差异,同时也要考虑到处理法律现象的实用方法和法律院校所承担的职业功能。但总的来说应该始终是理论与实际结合,比较法必须抵制百科全书式的诱惑,并注意脑瓜的训练比知识的积累更为重要。第三,是整体比较还是部分比较?他认为,这一问题取决于两个方面,即是研究主题还是研究国家。从理论上讲,可以设想建立一个包括所有国家法律的比较体系(例如《国际比较法百科全书》),但实际上这是行不通的;通常是包括有限的几个法律制度,即法律基本模式的种类,然而这种选择难免武断。人们也可以只对一种外国制度与本国法律制度进行双边比较。

就比较法教学方法而论,根据国际比较法学院的模式,可分三个层次。第一层次是基础训练,旨在引起学生的好奇心,并为他们提供初步理解外国法的一些关键因素。第二层次是分出一些大的研究领域,每一领域包含一个外国法的系列(如比较家庭法、比较劳动法等)。第三层次则是集中在一些精心挑选的题目上,对其进行更深入的研究。在讲到基础训练时,他还谈到采用哪种模式的教材为合适,一种是普通法法系国家常用的、强调实用的方法(判例和材料汇编);另一种是民法法系国家常用的强调理论的方法(讲

座和课本)。这一问题只能根据各国传统而定。但近年来已出现了以上两种方法结合的著作,如格兰顿等人合著的《比较法律传统——课本、材料和判例》(1985年)。但他也指出,在法国现在特别要强调R.达维所首创的《当代世界主要法律制度》这样的教材,虽然它有时受到批评,但至今仍在培养未来比较法学家中扮演重要角色。他还特别指出,我们应争取使比较法并入一般法律教学中,即将比较法“插入”到民法、行政法、商法等课程中去。这一方式可以使法学院师生抛弃“地方主义”,但也就意味着法律教育精神的改变。他还谈到了加强比较法教学的一些附带措施,如资料、外语教学、出国学习或进修等。

笔者认为,这位外国法学家对比较法教学的一些经验是很有启发意义的,因为他所讲到很多问题也是我们国内比较法教学和科研中在不同程度上都碰到的困难问题。当然,他在有些问题上的看法,例如,他建议将法律院校中的部门法课程从以国内法为主改为比较部门法这一点,是否可行,是需要进一步商榷的。

另一位外国法学家的论文论述了西方两大法系国家在法律教学上的一个重要区别。英美法,特别是美国的法律教育重实用,而欧洲大陆法系国家则重理论。他的基本观点是没有理论的实践是不可能的。

五、法系的分类

两位中国法学家在各自的论文中提出了法系的分类。其中一位介绍了历史上若干外国法学家对法系分类的观点,特别介绍了19世纪末20世纪初日本穗积陈重提出世界七大法系的学说。这七系是中国、印度、穆罕默德、罗马、日耳曼、斯拉夫和英国。这位中国学者认为穗积陈重这一分类比他同时代一些比较法学家的分类更反映法律的总的多样性,对东西方给予同等的重视,更加符合比较法学的基本精神。同时,穗积陈重的另一重大贡献是他已明确指

出,日本法已离开中国法而走入欧洲法族。这位中国学者又批评了当代西方一些法学家将当代中国法律与日本法律并列为远东法系的分类法。他坚持当代中国法律在理论上和实践上都是社会主义法律,与日本法律不同。另一位中国学者认为当代世界应分为四大法系,即民法法系(大陆法系)、普通法法系(英美法系)、社会主义法系和伊斯兰法系。在笔者看来,这里的一个关键问题是,以什么标准来划分法系。英美法系与大陆法系都是西方资本主义法律,它们的区别主要在于不同法律传统。顾名思义,社会主义法系是从特定社会制度角度而界定的;伊斯兰法系则是以宗教角度来界定的。再有一个词义上的问题,法系的含义指什么?是否指具有某种共性的几个不同国家(或地区)的法律的总称?在 20 世纪 90 年代的今天,社会主义法系是否仅指当代中国法律?

六、“混合法”

很多西方法学家将兼有普通法法系和民法法系特点的法律统称为“混合法”(mixed law)。混合法有什么特征?它们如何产生和发展的?这对比较法学家自然是一个很有兴趣的问题。比较法学家也往往认为加拿大魁北克地区的法律是比较法的活生生的模式。魁北克人口中有 5/6 是法裔加拿大人,1/6 是英裔加拿大人。由于这一事实以及其他历史原因,除魁北克以外其他加拿大地区都属英美法系,而魁北克的法律却成为两大法系之间的混合法。

有幸的是,这次国际比较法学会上刚好有一位外国法学家来自魁北克。他向我们很好地介绍了那里的混合法的特征及其最近的发展。

自 17 世纪以来,魁北克私法基本上是法国式的,即使在 18 世纪魁北克变为英国殖民地以后也仍然这样。1866 年魁北克制定了一部以《拿破仑法典》为榜样的《民法典》。魁北克法律之所以被称为“混合法”,一般理解是它在私法领域适用法国民法传统,而在公