

比较法学丛书之一

BIJIAOFA
ZONGLUN

比较法总论

沈宗灵 著

北京大学出版社

比 较 法 总 论

沈 宗 灵 著

北 京 大 学 出 版 社

01

内 容 简 介

本书首先论述了比较法学的研究对象、比较法学的产生和发展史、比较法学与法学其他学科的关系、比较法学的作用、比较法学的分类等基本理论问题，接着分别就大陆法系、英美法系、苏维埃社会主义法律和当代中国社会主义法律的产生、发展变化、法律分类、法律渊源、法律教育和法律职业等问题，作了较系统的概述，并评介各自的特点。本书是我国一本重要的比较法著作，具有较大的参考价值，也可作为高等学校法律专业的教材。

比 较 法 总 论

沈 宗 灵 著

责任编辑：彭克伟

•
北京大学出版社出版

(北京大学校内)

北京朝阳展望印刷厂印刷

新华书店北京发行所发行 各地新华书店经售

•
850×1168毫米 32开本 16印张 380千字

1987年11月第一版 1987年11月第一次印刷

印数：0001—5,000册

ISBN: 7-301-00013-8/0-002

定价：4.41元

目 录

第一部分 绪论——比较法学的几个基本理论问题	(1)
一、比较法学研究的对象	(1)
(一) 比较法和比较法学的概念	(1)
(二) 比较法学是法学的一门学科	(5)
(三) 不同社会制度法律的可比性	(9)
二、比较法学和其他法学学科的关系	(11)
(一) 比较法学和法学理论	(11)
(二) 比较法学和法制史	(12)
(三) 比较法学和部门法学	(13)
(四) 比较法学和外国法学	(14)
(五) 比较法学和国际法学	(15)
三、比较法学的历史发展	(15)
(一) 19世纪以前对法律的比较研究	(15)
(二) 比较法学在19世纪中期的兴起	(18)
(三) 比较法学在第二次世界大战后的巨大发展	(21)
(四) 比较法学在中国历史上的发展	(26)
四、比较法学的作用	(27)
(一) 加强国际经济、文化交流, 加速培养外国法专门人才	(27)
(二) 促进对本国法律的了解和改进	(30)
(三) 推动国际公法和国际私法的发展	(33)
(四) 扩大本国法律教育和法学研究的领域	(34)
五、不同法系和不同社会制度的法律	(35)
(一) 法系的含义	(36)
(二) 评“三个主要法系”的理论	(39)
(三) 评“对外比较和对内比较”的理论	(42)

(四) 评当代中国法律代表“中华法系”的理论	(43)
六、比较法学的分类	(45)
(一) 不同角度的分类	(45)
(二) 宏观比较和微观比较	(46)
七、具有中国特色的马克思主义比较法学	(49)
第二部分 民法法系(大陆法系)	(51)
一、民法法系的概念和分布范围	(51)
(一) 民法法系的概念	(51)
(二) 民法法系的分布范围	(53)
二、民法法系的历史发展	(55)
(一) 民法法系的起源——古代罗马法	(56)
(二) 罗马法在中世纪中后期的复兴	(69)
(三) 法国革命和古典自然法学	(79)
(四) 法典编纂运动	(82)
三、法律的分类	(93)
(一) 公法和私法的划分	(94)
(二) 公法	(103)
(三) 私法	(114)
(四) 劳动法和经济法	(121)
(五) 司法组织和诉讼程序法	(127)
四、法律的渊源	(132)
(一) 制定法	(133)
(二) 条约和超国家组织的法律	(139)
(三) 习惯	(149)
(四) 判例	(142)
(五) 法理和一般原则	(145)
(六) 法律解释	(147)
(七) 法律规则	(151)
五、法律教育和法律职业	(153)

(一) 法律教育	(153)
(二) 法律职业	(156)
第三部分 普通法法系 (英美法系)	(159)
一、普通法法系的概念和分布范围	(159)
(一) 普通法法系的概念	(159)
(二) 普通法法系的分布范围	(161)
二、普通法法系的历史发展	(162)
(一) 英国法的历史发展	(162)
(二) 美国法的历史发展	(160)
三、法律的分类	(202)
(一) 普通法和衡平法的划分	(205)
(二) 美国的联邦法和州法	(213)
(三) 普通法法系和公私法之分	(222)
(四) 公法	(223)
(五) 私法	(228)
(六) 司法组织和诉讼程序法	(238)
四、法律的渊源	(243)
(一) 判例法	(244)
(二) 制定法	(252)
(三) 判例法和制定法的关系	(258)
(四) 其他法律渊源	(261)
(五) 法律解释	(262)
(六) 法律规则	(266)
五、法律教育和法律职业	(267)
(一) 法律教育	(267)
(二) 法律职业	(272)
第四部分 苏维埃社会主义法律制度	(275)
一、历史发展	(276)
(一) 俄国历史上的法律	(276)

(二) 十月革命胜利后苏维埃社会主义法律	(281)
二、法律的分类	(292)
(一) 联盟(苏联)法律和加盟共和国法律	(292)
(二) 划分部门法的理论根据	(294)
(三) 国家法(宪法)	(297)
(四) 行政法和财政法	(300)
(五) 民法	(301)
(六) 家庭法	(305)
(七) 劳动法	(306)
(八) 土地法和集体农庄法	(307)
(九) 刑法	(308)
(十) 司法组织和诉讼程序法	(311)
(十一) 经济法问题	(314)
三、法律的渊源	(318)
(一) 制定法	(319)
(二) 其他法律渊源和法律解释	(321)
四、法律教育和法律职业	(323)
(一) 法律教育	(323)
(二) 法律职业	(325)
第五部分 当代中国社会主义法律制度	(327)
一、历史发展	(327)
(一) 中国历史上的法律	(327)
(二) 人民共和国建立后的法律	(341)
二、法律的分类	(385)
(一) 宪法	(387)
(二) 行政法	(400)
(三) 刑法	(407)
(四) 民法	(413)
(五) 经济法	(423)

(六) 劳动法	(433)
(七) 环境法	(435)
(八) 司法组织和诉讼程序法	(436)
三、法律的渊源	(447)
(一) 制定法	(448)
(二) 政策和法律的关系	(462)
(三) 判例的作用	(465)
(四) 法律解释	(469)
(五) 法律、法规的汇编和整理	(475)
四、法律教育和法律职业	(477)
(一) 法律教育	(477)
(二) 法律职业	(483)
五、当代中国的法律思想	(487)
(一) 当代中国法律思想是具有中国特色的马克思主义 法律思想	(487)
(二) 当代中国法律思想和传统法律思想	(489)

第一部分 绪论——比较法学的 几个基本理论问题

在论述比较法时，首先要弄清比较法的一些基本理论问题，如比较法学的研究对象是什么？它和法学的其他一些学科的区别是什么？在中外历史上，比较法学是怎样发展的？它有什么样的作用？在比较法学中，为什么要注意区分不同法系和不同社会制度的法律？怎样对比较法学进行分类？什么是具有中国特色的马克思主义比较法学？

一、比较法学研究的对象

（一）比较法和比较法学的概念

什么是比较法？它同刑法、民法这类国内法有什么区别？同外国法或国际法又有什么区别？

为了说明这些问题，我们不妨借用美国比较法学家施莱辛格(R. B. Schlesinger)所举的一个案例。^①这个案例的大意是：甲是R国公民并住在R国，生前任美国纽约州一公司在R国的代理人，在他生前所立的亲笔遗嘱中声明，在他死后，他的全部财产由其女继承。后者也是R国公民，已成年，住在R国。根据R国的法律，这一遗嘱是有法律效力的，R国的法律属于西方国家的

^① 施莱辛格著：《比较法》，大学判例法丛书之一，美国基金出版社1980年版，第26—29页。

民法法系（即大陆法系）。

甲死后不久，其女在纽约州法院向该公司起诉，要求后者支付欠甲的薪金和佣金。被告（公司）的律师以原告（甲女）缺乏代表甲的财产的诉讼资格等程序上的理由要求法院撤销起诉。被告在提出这一要求时，引用了普通法法系（即英美法系，包括纽约州法律）的一个通行的规则：遗嘱的效力必须经过遗嘱检验法院(surrogate court)的审查；遗产应首先由遗嘱执行人管理并作为遗产的代表；立遗嘱人的财产的一个外国代表，如未取得该法院的书面证明，就不能在普通民事法院中起诉。甲女并无这一证明，而且由于她不是纽约居民，也无资格担任财产代表。

根据当时情况，如果原告的起诉一旦被撤销，就要另外委托人作代表再行起诉。其后果将不仅是经济的损失和时间的拖延，而且还可能发生过期的问题。

根据施莱辛格的分析，在这一情况下，如果原告的律师能利用R国的法律，就可以驳倒被告的律师的要求而胜诉。原告的律师可以提出：遗嘱效力应经遗嘱法院审查、遗嘱人死后其财产首先转归该遗嘱执行人管理，是普通法法系的观念，而在民法法系国家（包括R国），死者的财产不经遗嘱检验法院和确定遗嘱执行人等程序，而立即归遗嘱继承人所有，因而原告不是以死者财产代表，而是以该财产所有权人的资格起诉的。因此，被告以程序不合而要求撤销原告的起诉是不能成立的。

上述案例以及施莱辛格的说明就涉及比较法同国内法、外国法和国际法之间的关系和区别的问题。

首先，从纽约州法院角度来说，遗嘱应经过遗嘱法院审查，遗产应首先由遗嘱执行人作为代表管理，死者财产的外国代表如无该法院的书面证明就不能在普通民事法院起诉，是国内法（指美国纽约州继承法等法律）。

其次，也从纽约州法院来说，遗嘱不必经过遗嘱法院审查程序，遗嘱人死后其财产立即转归遗嘱继承人所有，则是外国法（R国的继承法等法律）。

再次，被告的律师认为，原告并无遗嘱检验法院证明因而缺乏起诉的资格，事实上根据纽约州的一个国际私法（冲突法）准则，即在涉外民事法律关系案件中，一般应适用“法院地法”的准则，应适用法院所在地纽约州的法律。原告律师主张根据R国法律，遗嘱人死后其财产立即转归遗嘱继承人，因而原告不是以死者财产代表而是以该财产所有权人的资格起诉，事实上适用了纽约州的另一冲突法准则，即在涉及死者动产的遗嘱继承和无遗嘱继承上，一般遵循死者“住所地法”的准则（即应适用R国法律）。

再假定该案不是由原告律师而是由R国领事出庭，这种出庭是否成立，就是国际公法问题。这要根据有关条约或国际习惯法来决定。当然，承认领事有权出庭的国际法规则，也只有在同有关冲突法准则和R国法律结合起来才能发生作用。

最后，原告的律师之所以能驳倒被告的要求而为原告赢得诉讼，就依靠了比较法的作用。原告的律师（纽约的一个律师）通过以前对比较法的学习，认识到民法法系和普通法法系在遗嘱继承方面的一些重大差别，由此他就能对被告所提出的根据普通法法系规则的理由感到怀疑，并进一步核查R国的继承法，从而就确定：根据R国继承法，遗嘱继承不必经过检验法院的审查，死者的财产已立即转归遗嘱继承人所有。所以，甲的女儿是以该财产所有权人资格起诉的，也就是说，她有权要求该公司将欠甲的薪金和佣金交付给她。

以上案例有助于说明比较法同国内法、外国法、国际公法、国际私法有什么差别，也在一定意义上有助于表明学习比较法有

什么作用。以下讲比较法和比较法学的概念。

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。因为比较法并不是象民法、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。简单地说，比较法是指对不同国家的法律进行比较研究。因此，比较法（comparative law）、比较法学（comparative jurisprudence）和比较法研究（study of comparative law）这三个用语的意义实质上是一样的，而且后两个用语要比第一个用语更为精确，比较法这一用语很易引起误解，但在绝大多数法学家中，它已成为一个约定俗成的用语。

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。所以，任何学科都使用比较方法。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。但比较法学不同于法学其他学科，比较宪法学或比较刑法学也不同于一般的宪法学或一般的刑法学，比较法学的主要特征和方法在于比较。

比较法所比较的法律是指不同国家的法律。这里所讲的“不同国家的法律”，其含义是相当广的。例如，从空间说，一般是指本国法和外国法之比，或不同外国法之比。对本国法之间的比较研究一般不属于近代意义上的比较法学范围。但有的法学家认为，联邦制国家中的联邦法和邦法（包括美国各州的州法）之间

以及各邦法之间的比较研究，也属于比较法学范围。

对法律的比较研究一般可分为三个过程：第一，掌握所要比较的不同国家的有关法律材料；第二，对这些不同法律进行比较，也即发现其同异；最后，分析同异的原因并作出适当的评价。

法律是调整社会关系的，换句话说，是为了解决社会生活中某种问题的。发现不同国家法律中的同异，也可以说就是发现对同类问题的各种解决办法。例如，在所要比较的两个国家之间，在控制人口增长问题上，是否采用法律手段；假如两国都采用了法律手段，那么就可以进一步比较它们分别采用了什么法律手段，如规定较高的法定结婚年龄、法律上允许人工流产、法律上对是否符合计划生育要求分别予以奖励或制裁，等等。

（二）比较法学是法学的一门学科

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不是法学的一门独立学科长期存在着争论。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。”^①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很难明确分开的。

第二种意见认为比较法仅仅是研究法律的一种方法。例如，本世纪初著名分析法学派代表新西兰的萨蒙德(J. W. Salmond,

^① 格特里奇著：《比较法》，英国剑桥大学出版社1964年版，第5页。

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。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(E. Lambert)就持这种观点(朗贝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

① 萨蒙德著:《法理学》第8版,英国斯威特—马克斯威尔公司出版,第9页注(6)。

② 齐夫斯:《法的渊源》(1981年),第43—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。

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。”^①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

本书作者也认为近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

① R. 达维和 J. 布顿尔利合著：《当代世界主要法律制度》，英国斯蒂文斯公司出版1978年英文版，第11页。但莱翁丹—让·康斯坦丁内斯库在其《比较法论》一书中将达维归入主张比较法仅是研究方法一派，参见《法学译丛》1983年第2期，第15页。

② 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。

③ 参见《法学译丛》1983年第2期，第20页。

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。”^①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，比较法学作为法学的一门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学工作者，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，比较法学尚未成为一门独立学科，关于比较法的性质的这种讨论，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的重点（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。

① R. 达维和 J. 布赖尔利合著：《当代世界主要法律制度》（1978年），第3—4页。

（三）不同社会制度法律的可比性

在比较法学的发展过程中，对同一社会制度的法律之间的可比性似乎从未发生过怀疑，但对不同社会制度的法律之间（实质上是指社会主义法律和资本主义法律之间）的可比性，却长期存在着争论。一般说，在第二次世界大战以前，无论在西方法学界还是苏联法学界，占优势的观点是否认它们之间的可比性，虽然，这种观点并不体现为系统的、鲜明的理论或激烈的论战。但一个简单的事实就足以表明这种观点的优势地位：在第二次世界大战前的西方比较法学著作中谈不到社会主义法律的地位，甚至在1946年出版的、英国著名的比较法学家格特里奇的《比较法》，也主要限于论述西方两大法系。同样地，在战前的苏联的法学中，也谈不到有近代意义上的比较法学的地位。直至第二次世界大战后，特别是50年代后期以后，社会主义法律和资本主义法律之间有可能进行比较的观点，才逐步流行。

否认可比性的主要论据是：在同一性质的事物之间才可能进行比较，在不同性质的事物之间缺乏可比的基础。我们可以将不同社会性质的法律加以“对照”，但这不是比较法学意义上的比较，而只是为了表明它们的性质是根本对立的，或用以表明其中之一的优越性。

社会主义法律和资本主义法律，就各自作为整体而论，分别代表了根本不同的社会制度、经济基础、阶级意志、指导思想、原则等，但它们之间仍存在着可比性。因为这里的比较并不意味着在不同的本质中发现共同点，而只是指在承认不同本质的前提下，在法律的现象方面发现同异。因此，在这一比较过程中，我们必须注意法律的本质和现象、内容和形式、根本目的和暂时目