

天一论集

比较法学文选

米健 | 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

天一论集

比较法学文选

米健 | 主编

颜晶晶 刘 铭 张雪芹 贺栩栩 | 编辑



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

天一论集:比较法学文选/米健主编. —北京:法律出版社,2007. 11

ISBN 978 - 7 - 5036 - 7817 - 2

I. 天... II. 米... III. 比较法学—文集 IV. D908.53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 168686 号

© 法律出版社·中国

天一论集:比较法学文选

米 健 主 编

责任编辑 高 山

装帧设计 李 贻

开本 A5

版本 2007 年 11 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京中科印刷有限公司

印张 12.625 字数 299 千

印次 2007 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 7817 - 2

定价:31.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

比较法学的涅槃与再生(代序)

米 健

比较法学作为一门学问诞生一百多年来,有关其性质的争议与怀疑始终没有消除。但不管怎样,必须看到它是一个事实,它不仅仅存在着,而且发展着,影响着。无论人们有无意识或是否承认,都必须看到,没有比较法学,就没有现代中国法制,没有比较法学,就没有改革开放以来中国法制的改革与进步,现代中国法制的命运与比较法学是息息相关的。正因如此,完全可以说未来中国法制必然也会一如既往地比较法学荣辱与共、兴衰与共。比较法学其实正是因循着时代的大势,按照事物发展的必然规律定位自身、发展自身、实现自身。中国的比较法学在 20 世纪二三十年代正式进入大学的讲堂,到现在正式成为一个法学专门学科,实际上承载和标志着近现代中国法制的发展与进步。

比较法学在中国可以回溯到 20 世纪清末民初中国的法律改制,时间上看已经有一百多年。在这百余年的历史过程中,比较法学经过了几度兴衰荣辱。首先是她在 20 世纪二三十年代的兴起,其起点是 1915 年东吴大学将其法科部分改设为比较法律学校,10 年后又被当时北洋政府教育部批准备案,1929 年则正式立案,中国比较法学从此开始了一个名正言顺的生存发展阶段。但随后由于中国的内忧外患,比较法学的发展受到很大限制,这种局面严格说一直持续到中国改革开放之前。20 世纪 70 年代末,中国开始改革开放,同时恢复法学教育,比较法学因之获得了新的生机,从而很快在 80 年代初形成了她的第一次复兴。从那时起到现在,中国的比较法学可以说得到了迅速的再生与发展,而且日渐一日地深入影响着中国社会生活的各个方面。回首改革开放后近三十年中国法制的建设与发展,可以清楚看到比较法学在中国的痕迹和影响无处不在,无时不在。毋庸置疑,现今的比较法学已经成为中国法制建设和社会法治中不可或缺的一个组成部分,甚至是支持社会生活和法律秩序的动脉。认识不到这点,就没有认识到法律制度发展进步的一般规律。总结以往世界与中国法律发展的经验与规律,审视当今中国法律进步的需要与路径,综观当今中国与世界法律发展的现实与趋向,可以预言,在未来 10 到 20 年里,中国的比较法学将会形成其第二次复兴并达到鼎盛发展。正因如此,2004 年中国政法大学正式设置比较法学专业,从而使之首次被作为二级学科纳入我国法学教育体系并在全国范围内正式招收比较法学专业硕士研究生,乃一项具有长远眼光和历史深意的举措。在某种意义上讲,我们完全可以将其作为中国比较法学的一个新的起点,一个新的历史阶段开端。应该指出,此前我国许多高校虽然也都有比较法学的课目或专业设置,但作为一个二级法学学科专门设置和独立存在,当是从中国政法大学开始。如今,中国政法大学已经有了四届比较法学硕士生,二届比较法学博士研究生。

一个朝气蓬勃的,承载着现实使命和未来希望的比较法学正在中国政法大学校园里成长。这本名曰《天一论集》的比较法学文选,就是这早春时节的几枝嫩芽和花蕾,它们基本上出于中国政法大学中德法学院的前二届学生之手,同时也有若干篇出于中德法学院和比较法研究所年轻老师之手。总的来说,它们虽然不那么成熟饱满,但却充满生命的气象和青春的活力,能给人带来思想学术的冲动和喜悦。一个比较法学的春天正在这里润物无声地悄然展开,而且必定会很快引来全国更多大学的满园春色,伴其而来的也必然是法学与法律制度的又一次激扬跃进。

虽然比较法学已是中国法制和法学不可缺少的命脉,虽然比较法学已经早已深深渗透到法律发展与法学研究的各个领域,但无论是社会或学界对于比较法学的认识还颇有局限。其中甚至有人对比较法学的存在基础和价值,对于它与其他法学领域的关系存在怀疑和困惑。究其原因,主要是对比较法学性质和特征尚没有正确的认识。比较法学是一门学科,但显然是一门与宪法学、民法学、刑法学、行政法学及诉讼法学这些实证法学学科完全不同的学科。它是一门普遍法学学科,一种普遍法学方法,一条普遍法律之路,在此意义上它可以独立存在,但它要想实现其价值,就必须体现于各个具体的部门法学之中。也就是说,它是一种思想境界,是一个法学灵魂,是一种法学方法,而部门法则其载体。经验和现实告诉我们,没有比较法学,部门法学就不可能获得发展,迟早会被质疑乃至淘汰;但没有实证法学,比较法学也就无从实现其价值和目标。可以说,比较法学是高于所有部门法学的上位法学,是可融于见于所有法学领域的普遍法学。比较法学和部门法学是灵体关系,灵体合一则法律兴;灵体分离则法律衰。实际上,现今所有部门法学都不可能离开比较法学,这也是为什么不少部门法学家认为他们也在从事比较法学的原因之一。但是,必须看到,部门法学家们所说的比较法学,其实只是将其

作为一种方法,是一种实用的,旨在解决具体问题的比较法学,这充其量只是比较法学的一个基本层次或一个方面。而它作为一种思想方法和精神境界的使命,只能由比较法学家们去实现。比较法学的最佳状态是,所有的比较法学家都是部门法学家,而所有的部门法学家又都是比较法学家。更进一步说,当比较法学就是部门法学,所有部门法学又都是比较法学时,当比较法学化身于所有部门法学之中,而所有部门法学具有比较法学灵魂之时,就是比较法学的涅槃之时,而比较法学的涅槃之时也恰恰是它在更高发展阶段的再生之时。比较法学的涅槃与再生,就是它的成功与辉煌!

在比较法学领域,中国政法大学自 20 世纪 80 年代以来始终具有全国范围内普遍承认的中坚地位。作为中国政法大学比较法学的主要负载者,比较法研究所和中德法学院的全体师生近些年来为比较法学的发展和复兴扎扎实实地做了许多努力和铺垫。从呈现于读者眼前的这部文选,我们可以看到比较法学的青春活力和未来希望。如果说比较法学在不久的将来达到复兴的话,那么我有足够的理由和信心说,比较法学的复兴将从这里开始!

米健

二〇〇七年六月二十日

目录

● 理论篇

1. 比较法学目的初探 李中华 / 3
2. 法律发现及其方法选择
——一个比较法学的视角 张 舸 / 27
3. 法律发展的进化论解释 杨若濛 / 51
4. 法律演变的四个一般规律 姜 宇 / 68
5. 浅析比较法学的功能主义方法论
——以美德对期前违约的救济为模型 刘 岭 / 82
6. 公私法划分的历史观察 贺栩栩 / 97
7. 多维视角下判例法与制定法的比较分析 罗 刚 / 109
8. 判例法与制定法之比较及其对现代法律发展的
意义 陈白阳 / 128
9. 制定法与判例法在现代法律发展中的互动 沈 媛 / 141
10. 对“先例判决”的思考 张雪芹 / 161
11. 东亚文化圈的精神及未来走向 刘 珊 / 185
12. 西方法学著作译介与中国法制之变迁 张 彤 / 199

● 制度篇

1. 德国国家赔偿责任基本论 夏秋元 / 215
2. 从行政诉讼模式出发看行政诉讼证明责任 曾文远 / 237
3. 中德一般人格权类型化之比较研究 王 萍 / 252
4. 法律行为条件的本质 袁治杰 / 269
5. 德国消费者保护法的发展历史和现状 周丽萍 / 283
6. 亲属免证特权制度小议 李冬妮 / 304
7. 论德国法定夫妻财产增加额共同制及对离婚
配偶的保护
——兼与我国法定夫妻财产制比较 辛颜静 / 321
8. 有限责任公司股权转让限制规避的比较研究 周 莹 / 339
9. 反倾销税规避制度比较研究 徐 妍 / 356
10. 德国旅游法中旅游者权利研究 李明霞 / 375

• 理论篇

比较法学目的初探

李中华

一、问题的提出

比较法学的目的是什么？这是每一个有志于比较法学学习或研究的人都必然提出的问题。但比较法学究竟为一种方法还是一门学科，^{〔1〕}对该问题的不同回答可能导致对比较法学目的的不同认识。若将其视为前者，目的问题可能就比较容易回答，甚至这一问题本身并不重要。如有

〔1〕 对比较法学的性质比较法学界尚未取得一致认识，有学者将其归纳为以下五类观点①比较法是一种纯粹的法律比较方法；②比较法是一门寻求世界法或人类共同法的学科；③比较法是一门对各种法律体系进行比较的学科；④比较法是一门研究不同法律体系关系的学科；⑤比较法是一门研究各种法律体系规律的科学。详细梳理及评价参见黄文艺：“什么是比较法——比较法概念的反思与重构”，载江平主编：《比较法在中国》（2004 年上卷），法律出版社 2004 年版，第 167～177 页。

学者指出“关于比较法学概念、目的和方法的讨论只是一个学术性的探讨,而没有实际的操作价值。比较法更多的是体现为对不同法律制度的比较而其本身并不是一门法律学科;正因为如此,比较法学的准确意义是‘法律比较’而非‘比较法学’”。〔2〕然而将其视为后者,这一问题就显得非常重要。否则比较法学就失去了方向,而没有方向的学科至少不能称为健康的科学。比较法的目的还牵涉如下问题:比较法学是什么;它的研究对象或范围是什么;它要采用的方法有哪些。对比较法学目的的研究国内外并没有一致的看法,在界定比较法学的诸目的时也缺乏众人一致认可的标准。标准的不一致使得这一本来就莫衷一是的问题更加复杂化。本文试对前人的研究成果进行简要的梳理,在此基础上谈一下笔者的看法。

二、比较法学目的研究的现有成果及对其的简要评价

比较法学目的的研究成果大致分三类:

(一)“目的”“作用”等同说

作用与目的不加区分,认为比较法学的目的就是比较法学的作用或功用,在同一种意义上使用两者。德国比较法学家茨威格特(Konrad Zweigert)、克茨(Hein Kötz)合著的《比较法总论》持这种看法,沈宗灵의《比较法研究》也持类似看法。茨威格特和克茨认为:“比较法的第一个功能——正如一切科学方法一样——是认识。”〔3〕“比较法四个有关实践的功能需要进一步考察:它们是:供立法者作为资料的比较法研究,作为解释工具的比较法研究,比较法在大学和

〔2〕 张礼洪:“比较法学的目的和方法论”,载《现代法学》2005年第4期。

〔3〕 [德]茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、贺卫方、高鸿钧译,法律出版社2003年版,第22页。

法律专业学校教学的地位以及比较法对于国家法律统一的意义。”〔4〕沈宗灵在《比较法研究》中将比较法的目的或作用分为：“一、立法作用；二、执法司法和律师业务中的作用；三、协调各国法律的作用；四、法学教育和法学研究中的作用。”〔5〕

将比较法学的“目的”定位为“作用”，这种看法虽务实但不符合逻辑。他们一般以两个标准对比较法学的目的进行划分：（1）法的运行标准。从立法，执法，司法等法的运行阶段的角度来论述比较法学的作用或目的。（2）法的主体标准。从律师，法学工作者或学习者甚至国家的角度来论述比较法学有哪些作用或目的。双重标准必然导致目的（作用）体系的松散与无规律，并且不能排除比较法学还会有其他目的存在。这样目的（作用）的提纲挈领的作用就消失了，比较法学陷入一种游说无根的境地。比较法学在方向上不能取得一致，就只有在十字路口徘徊。对于一门年轻的学科来说，这似乎是一个必经阶段，不过也是一个危险的时期。

当然将“作用”与“目的”等同起来，这在词义上是不能令人信服的。“目的”（德文 Ziel，英文 aim）被《现代汉语词典》解释为“（1）要想达到的地点或境地（2）想要得到的结果”。“作用”（德文 Funktion，英文 use）被解释为“（1）对事物产生影响（2）对事物产生影响的活动（3）对事物产生的影响（4）用意”。可见在汉语言环境里“目的”与“作用”差别是很大的：（1）“目的”强调一种应然、未然状态，“作用”强调一种实然、已然的状态、行为；（2）“目的”定位较高，“作用”定位较低；（3）“目的”强调主体对一外在事物的追求，“作用”强调主体对客体产生的关系。所以这种观点只是论述了比较法学的“作用”，并没有论述“目的”，尽管目的和作用在一定情况下存在重合的灰色地

〔4〕〔德〕茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、贺卫方、高鸿钧译，法律出版社2003年版，第23页。

〔5〕沈宗灵：《比较法研究》，北京大学出版社1998年版，第37~44页。

带。不过要深究产生这种重合的原因,笔者认为以下两点可以解释:(1)比较法学产生于“比较立法”或“法律比较”,本身带有很强的功利色彩;(2)人们长期地将比较法学视为一种方法而不是一门学科,“作用”与“目的”在这种认识的大前提下实在没必要区分。因此还原比较法学的“目的”或者说将“目的”与“作用”进行区分研究,这不仅仅是法学工作者在词义上的咬文嚼字,这更应是一种义务或责任。

(二)“理论目的”与“实践目的”划分说

美国的比较法学家格林顿(Mary A. Glendon)、格登(Michael W. Gordon)、卡罗兹(Paolo G. Carozza)与日本的比较法学家大木雅夫持这种观点。格林顿、格登、卡罗兹的《比较法律传统》认为“在比较法的所有目的中,作为学者我们首先将追逐知识作为比较法学本身的终极目的。”〔6〕比较法的实践目的包括“站在雇主的立场上,他们方便了与同行以及其所在国的官员之间的交流;增强一个律师在国际事务中的进行说服的能力;并且比较法对于国际间的立法也是不可或缺的。”〔7〕比较法的理论目的包括:“提高对本法律体系的深化认识;追寻若干法律体系共通的原则。”〔8〕大木雅夫认为比较法的实践目的包括:“(1)为立法提供数据;(2)法律解释的辅助:普遍性法律解释方法;(3)其他实践性功能。”〔9〕理论目的包括:“(1)深化法的认识与扩大法学视野;(2)确认法的发展趋势;(3)认识各法律秩序的共同基础与确定理想类型。”〔10〕

虽然说该观点中的“实践目的”部分仍没有脱离“目的作用等同说”的窠臼,仍然是沿着法的运行与法的主体两条标准构建,但对比较法学进行“实践目的”与“理论目的”的划分是具有积极意义的。

〔6〕 [美]格林顿、格登、卡罗兹:《比较法律传统》,法律出版社1999年版,第4页。

〔7〕 同注〔6〕,第5页。

〔8〕 同注〔6〕,第5页。

〔9〕 [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第73~80页。

〔10〕 同注〔9〕,第68~73页。

法的“理论目的”部分具备了我们在前面对“目的”的要求,而真正地可以说是法的目的的实质。不过有些提法,比如“深化对法的认识”、“追逐知识”并不十分恰当,因为这些“目的”显然不是比较法学特有的,任何法学中的二级学科其实都有这种目的。尤其是“追逐知识”更可以说是所有人文社会学科的使命之一。然而它提出了一个极具诱惑性的“目的”——“追寻若干法律体系共通的原则”或“认识各法律秩序的共同基础与确定理想类型”。这种“目的”是其他法学学科由于其本身的视野局限不可能提出的。不过这里也存在一个缺憾即如何追寻“共通原则”,该观点并没有作出阐明。

(三)两阶段目的说

国内学者米健持这种观点。米健认为“概括地讲比较法学就是从超国家的角度,以比较的方法对本国和其他国家的法律进行考察研究的学科。其目的有二:首先,完善和改进本国的法律理论和法律制度,这是直接或阶段性的目的;其次,指出不同民族国家法律的不同与共同之处,力求在最大程度上避免冲突并获得最普遍的和谐,最终完成设计和构造一种世界共同法或普遍法的使命,这是最终目的。”^{〔11〕}

其实“两阶段目的说”的具体内容在“目的作用等同说”与“理论目的与实践目的划分说”都有直接或间接的体现。“共同法”也早有人提,1900年由朗贝尔(Edouard Lambert)和萨利伊(Raymond Saleilles)这两个法国学者主办的第一个比较法的国际会议就是在这一理念下召开的。“这种情怀贯穿着这个会议的各个专题报告,而且,支配着这次会议的观念就是消除敌意的对进步的信仰。这就是郎贝尔和萨利伊心目中的‘人类共同法’,即一种世界法的准备,关于这种世界法,虽然在今天不行,但是我们对此一定要通过比较法把它

〔11〕 米健:“从比较法到共同法——现今比较法学者的社会职责和历史使命”,载《比较法研究》2000年第3期。

建立起来。”^{〔12〕}

该说最具有启发意义的是：它试图建立一个比较法学自身的、具有严格“目的”意义的、能够自圆其说的目的框架或范式，尽管它还有很多有待完善之处。笔者构建自己的比较法学目的时，也试图寻着这一路径进行，尽管存在大同小异。

三、笔者对比较法学目的的看法与阐述

（一）笔者遵循的标准和方法

本文遵循的标准是阶段生成标准：目的存在不同的阶段，一个较高的阶段应从它的下一个较低的阶段发展而来，即从它生成而来；各阶段是动态的，不是僵硬的；是相互渗透的，而不是彼此孤立的；比较法学的各阶段目的在阶段生成标准下形成一首尾相连、相互呼应的整体。同时比较法学在实现其各阶段目的的过程中所采用的方法论也应是各有侧重的，不同阶段目的的实现应该有与之相适应的方法论的支撑。而对于比较法学的方法论研究也是标准不一、见解纷呈，^{〔13〕}但有意识地将方法论与目的论结合起来开展研究，并不多见。遵循建构比较法学目的的需要，笔者认为规范比较、结构比较、功能比较是比较法学进行目的追求时应遵循的主要方法。这三种方法尽管在某些情况下是交叉进行的，但他们在不同的阶段目的的建构上，所发挥的作用还是有所侧重的。

（二）阶段生成目的结构

1. 第一层目的：从一个共同出发点寻找不同比较项的异同

〔12〕 [德]茨威格特、克茨前揭书，第4页。

〔13〕 沈宗灵：“比较法学的方法论”，载《法制与社会发展》1996年第3期；汪太贤：“当代比较法学研究方法述评”，载《理论与现代化》1996年第3期；刘静伦：“比较法的方法论探析”，载《河北学刊》2000年第6期。