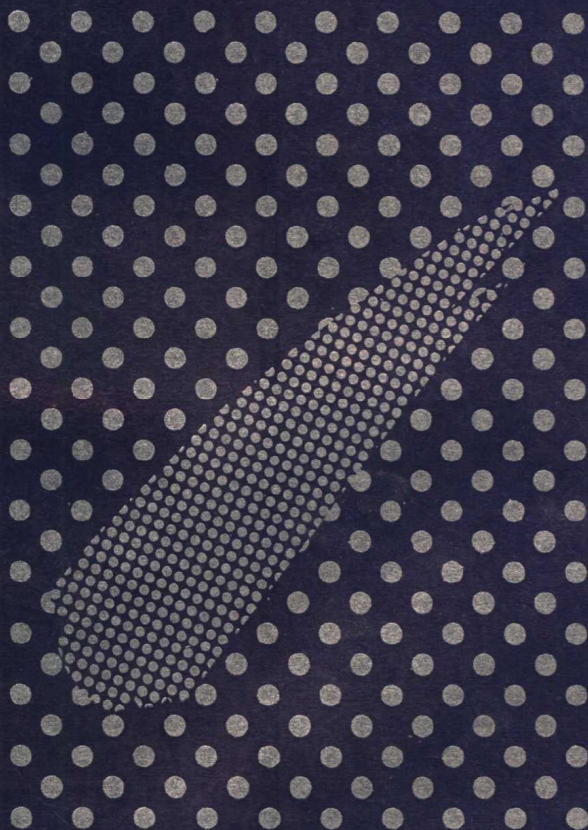


比较法 教程

李 放 主编



吉 林 大 学 出 版 社

比较法教程

主 编 李 放

副主编 崔卓兰

徐卫东

本书编写者(以姓氏笔画为序)

于 莹	杨亚非	杨春福	李 杰
李 兵	李 放	张建斌	姜德源
姚建宗	郭立新	徐卫东	崔卓兰

吉 林 大 学 出 版 社

比较法教程

主编 李 放

责任编辑：丛立新

封面设计：张沐沉

吉林大学出版社出版 吉林省新华书店发行
(长春市东中华路 29 号) 长春市第十一印刷厂印刷

开本：850×1168 毫米 1/32

1993 年 7 月第 1 版

印张：12.875

1993 年 7 月第 1 次印刷

字数：319 千字

印数：1—1 000 册

ISBN 7-5601-1388-5/D · 252

定价：3.85 元

目 录

上编 比较法学总论

第一章 比较法学的研究对象·····	(2)
第一节 比较法学是法学的一门独立学科·····	(2)
第二节 比较法学的概念和特征·····	(6)
第三节 比较法学和法学其他学科的关系 ·····	(10)
第二章 比较法学的研究方法 ·····	(18)
第一节 比较法学的一般方法论 ·····	(19)
第二节 比较法学的具体研究方法 ·····	(22)
第三章 比较法学的研究价值 ·····	(31)
第一节 比较法学研究在政治方面的价值 ·····	(32)
第二节 比较法学研究在经济建设方面的价值 ·····	(41)
第三节 比较法学研究在法制建设方面的价值 ·····	(45)
第四节 比较法学研究在文化方面的价值 ·····	(53)
第四章 比较法学的历史和现状 ·····	(59)
第一节 19 世纪中期以前对法律的比较研究 ·····	(59)
第二节 比较法学的兴起及其黄金时代 ·····	(65)
第三节 比较法学的停滞时期 ·····	(72)
第四节 比较法学迅猛发展时期 ·····	(72)
第五章 法系 ·····	(80)
第一节 法系的含义及其划分 ·····	(80)
第二节 关于中华法系的问题 ·····	(85)
第六章 大陆法系 ·····	(88)
第一节 大陆法系的概念及其分布 ·····	(88)
第二节 大陆法系的形成与发展 ·····	(91)
第三节 大陆法系的法律渊源 ·····	(96)

第四节	大陆法系的法律分类·····	(103)
第五节	大陆法系的司法制度·····	(105)
第七章	英美法系·····	(109)
第一节	英美法系的概念及其分布·····	(109)
第二节	英美法系的形成与发展·····	(111)
第三节	英美法系的法律渊源·····	(116)
第四节	英美法系的法律分类·····	(122)
第五节	英美法系的司法制度·····	(129)

下编 比较法学分论

第八章	比较宪法·····	(136)
第一节	宪法类型的比较·····	(136)
第二节	宪法渊源的比较·····	(146)
第三节	宪法原则的比较·····	(158)
第四节	宪法修改的比较·····	(179)
第五节	宪法实施的比较·····	(194)
第九章	比较行政法·····	(201)
第一节	行政法定义的比较·····	(201)
第二节	行政法学的理论基础比较·····	(205)
第三节	行政法内容及其形式的比较·····	(210)
第四节	行政法基本原则的比较·····	(218)
第五节	行政法程序比较·····	(224)
第六节	行政侵权责任和行政赔偿制度的比较·····	(230)
第七节	行政司法制度比较·····	(241)
第十章	比较行政诉讼法·····	(249)
第一节	法国行政诉讼法·····	(249)
第二节	英国行政诉讼法·····	(254)
第三节	美国行政诉讼法·····	(258)
第四节	中国行政诉讼法·····	(262)
第十一章	比较刑法·····	(264)

第一节	犯罪概念及其分类的比较·····	(264)
第二节	犯罪成立的条件比较·····	(268)
第三节	刑罚理论与制度比较·····	(286)
第四节	刑罚各论比较·····	(299)
第十二章	比较刑事诉讼法·····	(303)
第一节	刑事诉讼主体的比较·····	(303)
第二节	大陆法系国家刑事诉讼程序·····	(308)
第三节	英美法系国家刑事诉讼程序·····	(322)
第十三章	比较民法·····	(331)
第一节	民法的词源、属性的比较·····	(331)
第二节	民法的概念、调整对象的比较·····	(336)
第三节	民法基本原则的比较·····	(339)
第四节	民法的体系、结构的比较·····	(344)
第五节	人法的比较·····	(348)
第六节	物权法的比较·····	(357)
第七节	债权法的比较·····	(363)
第八节	继承法的比较·····	(368)
第九节	责任法的比较·····	(372)
第十四章	比较民事诉讼法·····	(381)
第一节	民事诉讼、民事诉讼法比较·····	(381)
第二节	民事诉讼法的结构、体系的比较·····	(383)
第三节	民事诉讼法基本原则的比较·····	(385)
第四节	证据制度比较·····	(389)
第五节	诉讼参加人比较·····	(392)
第六节	诉的比较·····	(395)
第七节	民事诉讼中的检察机关的比较·····	(397)
第八节	审判程序比较·····	(399)

参考书目

后 记

上 编

比较法学总论

第一章 比较法学的研究对象

第一节 比较法学是法学的一门独立学科

在我们平常的学习中,常常接触到比较法这一概念,那么,比较法和比较法学是一种什么关系呢?

比较法英文是 comparative law 与 law 一词有关的法有民法 civil law;刑法 criminal law;婚姻法 law of marriage (marriage law);专利法(patent law);税法 tax law(law of tax)等等。从语言结构上来看,比较法似乎是与刑法、民法、婚姻法等等平行并列的一个法律。然而,就它们所调整的社会关系来说,它们并没有一个共同的特点,如民法所调整的是平等主体之间的财产关系和人身关系,婚姻法所调整的是婚姻家庭关系,专利法所调整的是专利权人的权利和义务的关系等等。那么,我们能不能说比较法也有其所调整的社会关系呢?显然,这是不可能的。另外,我们可以说民法、刑法、婚姻法等是什么时候制定、什么时候开始发生法律效力的。然而,对于比较法我们却不能这样说。由此看来,比较法并非是和民法、刑法、婚姻法、税法等所属一个行列,不是一国的法律。那么,它究竟是什么呢?

尽管对比较法有许许多多的定义,然而“却没有一个普遍接受的定义。实际上在下定义上的混乱,只是反映了有关比较法的性质和目的方面更深刻的无定论:它是单纯的方法呢?还是一个

独立的学科？但对这两难命题的长期争论始终未获结果。”^① 对这两难命题的态度国外主要有以下四种：

1. 认为比较法是研究法律的一种方法而非一门独立的学科。《牛津法律大辞典》认为比较法不是法律原则和法律体系，“它只是研究法律、法律分支或法律专题的途径、方法和技术手段。”^② 保加利亚法学家 B·兹拉捷斯库在《比较法的本质和职能》一文中明确提出：“只应当把比较法理解为法律研究的一种方法。”前苏联法学家 C·齐夫斯认为比较法是在研究国家和法的制度时运用比较的方法，因为它并不存在构成这门学科独特对象的特有的社会关系，而且在各个法的部门中采用比较的方法并不是比较法学所特有的。保加利亚另一法学家日·斯坦列夫也认为：“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，试图在研究时所采用的一种方法上建立一门学科，会导致严重的不良后果。”^③

2. 认为比较法是一门学科。法国著名比较法学家朗贝认为，比较法是一门基本学科，其目的是要揭示文明社会发展水平相同或相近的各国的基本立法制度的总趋势。意大利法学家萨法蒂认为比较法是一门独立学科，它可以使各国法接近起来，比较法的使命就在于从大量的制度和概念中找出一些共同的东西，以便最终制定一个“人类的共同法。”法国比较法学家莱翁丹——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

① 莱翁丹——让·康斯坦丁内斯库《论比较法学的流徙与比较法学》，中译文载《法学译丛》1983年第2期第14页。

② 《牛津法律大辞典》光明日报出版社1988年版第189页。

③ 日·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

现它们的真正的性质的一部分,比较法学才是一门科学。”^①麦克斯·罗恩斯泰认为:“不同国家有不同的法律,甚至同一国家也常有不同的法律,这一事实导致一个叫比较法的法学部门的诞生。”^②匈牙利著名法学家萨博认为比较法是法的理论上的一门辅助学科。

3. 认为比较法既是一种方法又是一门学科。法国法学家索塞—霍尔认为比较法是一种方法和一门独立的学科,每当比较法完成一项辅助职能时,它只是一种方法:“比较法的职能在这里和它的方法成为一体……”作为独立学科,比较法的使命是:“追查法律的各种演变,并阐述其各个阶段”每一阶段就代表文明的一个阶段。^③法国另一比较法学家 R·达维认为“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。”^④

4. “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。”^⑤

① 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年第2期第1页

② 麦克斯·罗恩斯泰《比较法与法律制度》,中译文载《法学译丛》1989年第3期,第1页。

③ 参见莱翁丹—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年第2期,第17页。

④ R·达维和 J·布顿尔利合著《当代世界主要法律制度》引自沈宗灵《比较法总论》北京大学出版社 1987 年版第 6—7 页

⑤ 伊姆雷·萨博《比较法的各种理论问题》,中译文载《法学译丛》1983年第1期,第12页。

从以上四种态度来看,无论是认为比较法是一种方法,还是一门学科,还是既是一种方法也是一门学科,甚至采取回避的态度,我们都可以看到,持不同态度的人都认为比较法是对不同国家的法律进行研究的方法。但我们认为,它同时也是一门学科。它虽然不是任何一国的部门法,没有自己所调整的特定的社会关系,但它有自己特定的研究对象,即不同国家的法律,也就是说比较法是对两个以上国家的法律进行的比较研究。《中国大百科全书》(法学卷)认为:比较法“是法学的一门分支学科,也是法学的一种研究方法,泛指对不同国家的法律进行比较研究,包括本国法与外国法之间,或不同外国法之间的比较研究。”^①由此看来,比较法(comparative law)与比较法学(comp ar ative Jurisprudence)实质上是一样的。但比较法学要比比较法一词更精确、更科学。因为,在英语国家中容易产生误解认为它是与刑法、民法、婚姻法等并列的一国内法,而在中国则认为比较法就是比较方法的简称。只是由于这一概念由来已久,沿袭了一个多世纪,而且为大多数法学家所承认和接受了,所以这一概念才广为流传。

在我国,建国以前,一些法学家对比较法学作了些论述。如朱采真在《现代法学通论》中认为“比较法学是以研究或批评各国的立法例为目的的一门学科。”^② 吴学义在《法学纲要》中认为比较法学“以比较异法系、民族、国家之法律制度,明其相互间之异同,对将来之立法,现在之解释,供给重要资料为目的。例如比较宪法学、比较民法学、比较刑法学、比较劳工法学等等。”^③

比较法学作为一门学科,其体系包括比较法学的研究对象、比较法学的研究方法、比较法学的研究价值、比较法学的历史、

① 《中国大百科全书》(法学)1984年,第17页

② 朱采真《现代法学通论》,世界书局1935年(民国二十四年十月)第4版,第1页。

③ 吴学义《法学纲要》中华书局1935年版,第80页。

现状、世界主要法系的内容、表现形式、影响以及各部门比较法学的主要内容等等。

值得注意的是,尽管比较法学是对不同国家的法律所进行的比较研究,但不能认为比较法学就丧失了阶级性。因为,第一,比较法学是法学的一门独立学科,隶属于理论法学。法学本身作为一门独立学科,是建立在一定经济基础之上的上层建筑,是观念的意识形态,对经济基础具有反作用。第二,尽管比较法学自己特殊的研究对象是不同国家的法律,但是研究者不能脱离自己所处的社会关系去比较研究不同的法律、他只能站在一定的社会关系的立场上去进行研究。第三,比较法学是对不同国家的法律进行的比较研究,但不是不同国家的法律材料罗列在一起,而是要去比较它们的异同点。不仅如此,还要去研究产生异同点的原因。这就是要求比较者用自己的法律意识、法律观念,从自己的阶级立场出发去研究、去评价。

同其他各门学科一样,比较法学也有自身的目的。主要有:(1)使人们通过比较法学的学习,知道比较法学是不是一个部门法?是不是一门学科或只是一种研究法律的方法?弄清比较法学与其他学科的相互关系。(2)使人们掌握比较法学的基本方法并运用这些方法比较研究各种不同的法律,包括本国在内的不同时期的法律。(3)使人们清楚比较法学的意义,从而自觉地运用比较法的方法和知识去进行理论研究并为实践服务。(4)为人们更好更方便地比较研究不同国家和法律提供一种基本知识,使被研究的对象置于一个他所熟悉的大系统中,避免孤立研究抓不住重点。

第二节 比较法学的概念和特征

我们认为,比较法学是通过对不同国家和地区的法律所进行的历史和现实的比较而形成的一门学科。它既是法学的一门

分支学科,又是一门有关法律比较的方法论学科。具体说来有以下四层含义:

第一、比较法学是对不同国家、不同地区的法律所进行的比较。这里的“不同国家、不同地区”既可指同一法系内的不同国家和地区,也可指不同法系内的不同国家和地区。前者例如可以对英美法系中的英国和美国的法律进行比较研究。后者如可以对英美法系和大陆法系中的英国和法国的法律进行比较研究。另外,“不同国家、不同地区”还既可指属于同一社会制度的不同国家和地区,如对英国和法国的法律的比较研究,也可指属于不同社会制度的“不同国家、不同地区”,如可以对美国和中国的法律进行比较研究。

这里所指称的“不同国家、不同地区的法律”,既有一个国家或地区的法律体系,又有一国或地区的法律部门和法律制度,还有一国或地区的具体的法律规范。

应注意的是,联邦制国家中的联邦法和邦法(或州法)之间以及各邦法(州法)之间的比较研究也属于比较法学研究之列。另外,一些国家特殊时期内的不同地区的法律的比较也属于此列。如中国大陆的法律与中国台湾的法律之间的比较研究。还有人认为,资本主义国家的马克思主义法学家根据他们本国特有的经济和前景,无论对社会主义法律的分析和建议还是对资本主义法律的批判,都属于比较法学之行列。^①

第二、概念中所指的比较,包括历史的和现实的比较。有些学者都认为,比较法学中的比较只是指现实的比较而排除进行历史的比较。我们认为这是不妥的,比较既有现实的比较也包括历史的比较。历史的比较包括两层含义:第一是对不同的历史时期的同一国家或地区的法律进行的比较。如对我国唐朝时的监

① 参见罗朗·威勒《马克思主义和比较法》中译文载《法学译丛》1986年第2期,第21页

察制度与明朝时的监察制度进行比较。第二是指对过去同一历史时期的不同国家或地区的法律进行的比较。如对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等等。

第三、比较法学是一门有关法律比较的方法论学科。方法是我们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寻求其异同点和产生异同点的原因时,比较法学就成了方法论学科。其提供的主要方法是比较的方法。这一方法论学科只是对有关法律的比较研究而言的,而非对其他社会现象的比较研究而言,如对文学的比较研究有比较文学,对宗教的比较研究有比较宗教学等等。

第四、比较法学是法学中的一门独立的学科。其所以是一门独立的学科,主要是它有自己的研究对象——主要是不同国家、地区的法律;有自己的研究方法——主要是比较的方法;有自己的独立的体系——主要包括比较法学的研究对象、比较法学的历史发展和现状、比较法学的研究方法、比较法学的研究价值、世界主要法系的内容及其表现等等。比较法学还有为其他任何一门学科所不能代替的作用,即能提供较系统的法律比较的知识。比较法学作为法学的一门独立学科,是和法理学、法哲学、法社会学等同属于理论法学之林的。

任何一门学科都有自己的特征,比较法学亦不例外。我们讲一个学科的特征是指一个学科与其他学科相比所特有的或其他学科虽有但是不明显的一些区别点。据此,我们认为比较法学的特征主要是以下几个方面:

第一、研究对象的广泛性、层次性。比较法学的研究对象要是不同国家、不同地区的法律。正如前面所指出的,它既有同一法系的不同国家、不同地区的法律,也有不同法系的不同国家、不同地区的法律;既有同一社会制度的不同国家的法律,也有不同社会制度的不同国家、不同地区的法律;既有同一时间的

不同国家、不同地区的法律,也有不同历史时期的同一国家、同一地区的法律。另外,比较法学的研究对象还具有层次性,即对法系的比较,如英美法系和大陆法系的比较;对法律体系的比较,如英国的法律体系与法国的法律体系的比较或与中国法律体系的比较等等;对法律制度的比较,如美国的离婚制度与中国的离婚制度比较等等;对具体法律规范的比较。另外,还有法律意识的比较等等。而其他法律学科则不具有这样的特色,如民法学的研究对象是民事法律关系,刑法学的研究对象是犯罪和刑罚,婚姻法的研究对象是婚姻家庭关系等等,它们不具有象比较法学这样研究对象的广泛性和层次性。

第二、研究方法的独特性。比较法学的主要方法是比较。这门学科之所以冠之以比较法学,就是由于它方法的独特性,这是它的主要特征。也正是由于这一点,才有人否认比较法是一门学科。其他学科虽然也运用比较的方法,但不是以比较法为基础的。

第三、内容的综合性。由于比较法学研究对象的广泛性、层次性,因而这门学科的内容具有明显的综合性。它包括有法系的形成、发展和特点(包括表现形式上的特点、内容上的特点,司法制度的特点等等),不同国家法律体系的内容和特点,法律制度的内容和特点,还有法律规范的特点以及上述这些特点产生的原因等等。

第四、多国性。由于比较法学是对不同国家、不同地区的法律所进行的比较研究,所以有相当数量的国家和地区的法律可以纳入我们比较的范围。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,比较法学具有多国性特点,而其他法学学科的研究都是侧重于本国的法律研究,纵有比较和借鉴,涉及的国家的数量也没有这样多。

比较法学作为一门学科,从 19 世纪中期开始兴起,是以比较而著称的。但是,十月革命的胜利尤其是第二次世界大战之

后,世界上出现了一系列的与资本主义制度根本不同的社会主义制度的国家。这些国家的诞生给比较法学界带来了一个问题:这种不同社会制度的法律是否具有可比性?对这个问题长期存在争论。第二次世界大战特别是50年代以前,比较法学界一般认为不同社会制度的法律之间不可进行比较。在前苏联建国初期,有些学者曾指斥比较法学是资产阶级的东西,是不科学的。他们认为社会主义制度和资本主义制度是根本对立的,不可能有共同的法律原则,不可以进行比较。50年代以后,由于世界上出现了一系列社会主义国家和人民民主主义国家,法学界对这一问题的认识开始有所转变,社会主义法律和资本主义法律之间具有可比性的观点才逐渐地为人们所接受。瑞典比较法学家博丹指出:“社会主义的和西方的法律制度在许多方面不同,这是毫无疑问的……。但是这不应当妨碍他们承认社会主义法律和西方法律两者的比较可能性——这是在这两者可以比较,但不是彼此必然地可以比拟的意义上说,比较可以揭示所比较的法律制度的类似点。反之,也可以揭示毫无类似点。因此,承认比较的可能性不等于承认类似。”^①由此可见,比较法既包括相同类型国家的法律比较,也包括不同类型国家间法律的比较,它具有多国性的特点,这已是当代国际法学界基本共识的。

第三节 比较法学和法学其他 学科的关系

为了更准确地了解比较法学的研究对象,必须要了解比较法学和法学其他学科的关系。

比较法学和法理学。比较法学与法理学同属理论法学之行

^① 米凯尔·博丹《不同经济制度与比较法》中译文载《法学译丛》1980年第5期第5页。

列。法理学主要研究法或法律这种特定社会现象及其产生和发展的规律。它涉及法的起源、法的本质、法的价值、法与其他社会现象的关系、法的制定、法的实施、法的责任等等。法理学是对部门法的概括和总结,反过来又指导部门法的研究,它是理论法学中的重要学科。比较法学与法理学有着密切的联系,这主要表现在:一方面,比较法学为法理学的研究提供丰富的材料和知识。法理学研究的是一般法律,具有普遍型。要得出法理学的一般结论,必须首先占有大量的丰富的材料,既要有本国的,也应有外国的,否则就会失之偏颇,以偏概全。“如果仅以一国或某些国家的法或一种历史类型的法为对象,它的结论就不可避免地带有时代的局限性和民族的狭隘性,就不是放之四海而皆准的真理。”^① 18世纪,法国的法学家孟德斯鸠(charels lovris Monte—squien 1689—1775)的名著《论法的精神》(译名又称《法意》)是历史上一部杰出的法理学著作。在这部著作中,他就对很多国家的法律(包括中国封建社会的法律)进行了比较研究,以来论证自己的法学理论。因此,有人称他为比较法学的奠基人。另一方面,法理学对法律的比较研究具有指导作用。法理学是关于法的一般理论,是对部门法的概括和总结,反过来又指导部门法的研究。它对比较法学也不例外,同样具有指导作用。从材料的取舍、分类、得出结论甚至评价,法理学对比较法学都具有指导意义。所以,比较法学与法理学具有相互依赖相互促进的密切联系。

比较法学与历史法学。历史法学主要研究历史上不同类型的法律思想、法律制度的本质。内容、形式、特点以及它的产生、发展和灭亡的规律,还要研究法律制度、法律思想的作用,不同时期法律思想、法律制度的承续关系。它具有规律性强、资料性强的特点。历史法学主要包括法律思想史学、法律制度史学、法学史学三部分。法律思想史学研究历史上不同时期法律思想的

^① 张文显《法的一般理论》辽宁大学出版社1988年版第32页。