



20世纪比较法学

Comparative Law in 20th Century

李秀清 等著



商务印书馆

法学文库 主编 何勤华

20 世纪比较法学

李秀清等 著

商务印书馆

2006 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

20 世纪比较法学/李秀清等著. —北京:商务印书馆,
2006

(法学文库)

ISBN 7-100-04627-0

I. 20… II. 李… III. 比较法学—世界—20 世纪—
高等学校—教学参考 IV. D908-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 088673 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用

**本书得到上海市重点学科
建设项目资助(编号 T1001)**

法学文库

ÈRSHÍ SHĪJÌ BǐJiào Fǎxué

20 世纪比较法学

李秀清等 著

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商务印书馆发行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 7-100-04627-0/D·374

2006 年 3 月第 1 版

开本 880 × 1230 1/32

2006 年 3 月北京第 1 次印刷

印张 17 $\frac{3}{4}$

印数 5 000 册

定价: 28.00 元



第一作者 李秀清，女，1966年生，浙江临海人。法学博士。华东政法学院比较法研究所所长，法律学院教授、博士生导师，兼《华东政法学院学报》主编、全国外国法制史研究会副会长及秘书长。曾于2003年1月至7月在英国牛津大学法律系访学。著有《日耳曼法研究》，其他合著、译著、点校著作十余部，发表学术论文30余篇。主要研究领域为法律史、比较法。

其他作者 均是或曾经是在华东政法学院研习法律史和比较法的硕士、博士或教师，依撰稿章节为序，他们是：马贺、朱淑丽、王晓锋、陈灵海、王沛、程维、黄冬云、冷霞、彭杨。

内 容 简 介

就比较法学而言, 1900年在巴黎召开的第一届国际比较法大会, 无疑是划时代的。自此, 比较法学渐渐兴起, 更确切地说, 比较法学的发展开始由隐性转为显性, 其在法学教育、法学研究及法律实践中的地位日渐彰显。20世纪对于比较法学较之于其他法学学科更具有特殊的跨越性意义。

这一百年间, 比较法学有哪些重要事件、著名人物和论著? 有哪些有影响的研究机构、期刊和研讨会? 其不同时期的研究热点集中在哪些方面? 当下所面临的主要问题何在? 今后的发展趋势将会怎样? 等等, 都有必要进一步探讨和总结。

本书就是从比较法学的上述要素切入, 集中对比较法学在各主要国家, 包括: 比较法学兴起较早、取得较大成就和广泛影响的欧洲国家, 如法国、德国和英国; 当代比较法学迅速发展, 并逐渐处于主导地位的美洲国家, 如美国; 以及在比较法学的发展进程中既有相似, 又显相异的亚洲国家, 如日本和中国的演变和发展做了较为系统的回顾和阐释, 以点涉面, 史论结合, 较为全面地勾勒出20世纪比较法学的演进图, 并总结得失, 展望未来。

总 序

商务印书馆与法律著作的出版有着非常深的渊源,学界对此尽人皆知。民国时期的法律著作和教材,除少量为上海法学编译社、上海大东书局等出版之外,绝大多数是由商务印书馆出版的。尤其是一些经典法律作品,如《法律进化论》、《英宪精义》、《公法与私法》、《法律发达史》、《宪法学原理》、《欧陆法律发达史》、《民法与社会主义》等,几乎无一例外地皆由商务印书馆出版。

目下,商务印书馆领导高瞻远瞩,加强法律图书出版的力度和规模,期望以更好、更多的法律学术著作,为法学的繁荣和法治的推进做出更大的贡献。其举措之一,就是策划出版一套“法学文库”。

在当前国内已出版多种法学“文库”的情况下,如何体现商务版“法学文库”的特色?我不禁想起程树德在《九朝律考》中所引明末清初大儒顾炎武(1613—1682)的一句名言。顾氏曾将著书之价值界定在:“古人所未及就,后世所不可无者。”并以此为宗旨,终于创作了一代名著《日知录》。

顾氏此言,实际上包含了两层意思:一是研究成果必须具有填补学术空白之价值;二是研究对象必须是后人所无法绕开的社会或学术上之重大问题,即使我们现在不去触碰,后人也必须要去研究。这两层意思总的表达了学术研究的根本追求——原创性,这也是我们编辑这套“法学文库”的立意和目标。

具体落实到选题上,我的理解是:一、本“文库”的各个选题,应是国

内学术界还没有涉及的课题,具有填补法学研究空白的特点;二、各个选题,是国内外法学界都很感兴趣,但还没有比较系统、集中的成果;三、各选题中的子课题,或阶段性成果已在国内外高质量的刊物上发表,在学术界产生了重要的影响;四、具有比较高的文献史料价值,能为学术界的进一步研究提供基础性材料。

法律是人类之心灵的透视,意志的体现,智慧的结晶,行为的准则。在西方,因法治传统的长期浸染,法律,作为调整人们生活的首要规范,其位亦尊,其学亦盛。而在中国,由于两千年法律虚无主义的肆虐,法律之位亦卑,其学亦微。至目前,法律的春天才可以算是刚刚来临。但正因为是春天,所以也是一个播种的季节,希望的季节。

春天的嫩芽,总会结出累累的果实;涓涓之细流,必将汇成浩瀚之大海。希望“法学文库”能够以“原创性”之特色为中国法学领域的学术积累做贡献;也真切地期盼“法学文库”的编辑和出版能够得到各位法学界同仁的参与和关爱,使之成为展示理论法学研究前沿成果的一个窗口。

我们虽然还不够成熟,
但我们一直在努力探索……

何 勤 华

于上海·华东政法学院

法律史研究中心

2004 年 5 月 1 日

General Preface

It's well known in the academic community that the Commercial Press has a long tradition of publishing books on Legal science. During the period of Republic of China (1912—1949), most of the works and text books on legal science were published by the Commercial Press, only a few of them were published by Shanghai Edition and Translation Agency of Legal Science or Shanghai Dadong Publishing House. Especially the publishing of some classical works, such as on *Evolution of Laws*, *Introduction to the Study of the law of the constitution*, *Public Laws and Private Laws*, *the History of Laws*, *Theory of Constitution*, *History of the Laws in European Continents*, *Civil Law and Socialism* were all undertaken by the Commercial Press.

Now, the executors of Commercial Press, with great foresight, are seeking to strengthen the publishing of the works on the study of laws, and trying to devote more to the prosperity of legal science and the progress of the career of ruling of law by more and better academic works. One of their measures is to publish a set of books named "Jurisprudential Library".

Actually, several sets of "library" on legal science have been published in our country, what should be unique to this set of "Juris-

can provide basic materials for the further research.

The law is the perspective of human hearts, reflection of their will, crystallization of their wisdom and the norms of their action. In western countries, because of the long tradition of ruling of law, law, the primary standard regulating people's conducts, is in a high position, and the study of law is also prosperous. But, in China, the rampancy of legal nihilism had been lasting for 2000 years, consequently, law is in a low position, and the study of law is also weak. Until now, the spring of legal science has just arrived. However, spring is a sowing season, and a season full of hopes and wishes.

The fresh bud in spring will surely be thickly hung with fruits; the little creeks will coverage into endless sea. I hope "Jurisprudential Library" can make great contribution to the academic accumulation of the area of Chinese legal science by its originality; I also heartily hope the colleagues in the area of legal study can award their participation and love to the complication and publication of "Jurisprudential Library" and make it a wonderful window showing the theoretical frontier results in the area of legal research.

We are not mature enough

We are keeping on exploring and seeking

He Qinhua

In the Research Center of Legal History

East China University of Politics and Law, Shanghai, P. R. C.

May 1st, 2004

目 录

总 序·····	何勤华
导 论·····	1
第一章 比较法学在法国·····	24
第一节 19 世纪法国的比较法研究·····	25
第二节 1900 年巴黎国际比较法大会·····	39
第三节 法国比较法学发展的“黄金时代”——朗贝尔的贡献·····	50
第四节 达维德及其他学者的比较法理论·····	67
第五节 世纪末的法国比较法学及其反思·····	93
第二章 比较法学在德国·····	118
第一节 近代德国比较法研究的发展演变·····	118
第二节 当代德国的比较法学·····	148
第三节 茨威格特和克茨的《比较法总论》·····	179
第四节 世纪末德国比较法学的新发展·····	196
第三章 比较法学在英国·····	221
第一节 比较方法在英国法领域的早期运用·····	222
第二节 英国近代比较法研究的兴起·····	232
第三节 格特里克及当代英国的比较法学·····	240

第四节 英国法孤立主义影响下的比较法学·····	258
第四章 比较法学在美国·····	267
第一节 美国比较法研究发展概况·····	267
第二节 威格摩尔及其《世界法系概览》·····	273
第三节 当代美国的比较法学·····	294
第五章 比较法学在日本·····	319
第一节 日本比较法研究发展概览·····	319
第二节 大木雅夫及其《比较法》·····	347
第三节 日本比较法学的特征·····	374
第六章 比较法学在中国·····	389
第一节 中国比较法研究概况·····	389
第二节 沈宗灵及其《比较法总论》·····	407
第三节 中国比较法学的现状·····	419
第七章 比较法学发展的新趋向	
——介绍《世界法律传统——法律发展的持续多	
样性》·····	438
译名对照表·····	459
比较法论文索引(1955—2000)·····	464
主要参考文献·····	539
后记·····	547

Contents

General Preface	He Qinhua
Introduction	1
Chapter One: Comparative Law in France	24
I . Comparative Law Study in France in 19th Century	25
II . International Congress of Comparative Law in Paris in 1900	39
III . The “Golden Age” of the Comparative Law in France; the Contribution of Lambert	50
IV . Comparative Law Theories of David and Other Jurists	67
V . Progress and Rethinking of Comparative Law in France in Late 20th Century	93
Chapter Two: Comparative Law in Germany	118
I . The Development of Comparative Law Study in Germany in Modern Times	118
II . Comparative Law in Germany in Contemporary Era	148
III . Zweigert, Kötz and Their <i>An Introduction to Comparative Law</i>	179

IV. New Progress of Comparative Law in Germany in Late 20th Century	196
Chapter Three: Comparative Law in Britain	221
I. Early Usage of Comparative Methods in British Law	222
II. The Rise of Comparative Law Study in Britain in Modern Times	232
III. Gutteridge and the Comparative Law in Britain in Contemporary Era	240
IV. Comparative Law Under the Influence of Isolationism in British Law	258
Chapter Four: Comparative Law in America	267
I. A Survey of the Development of Comparative Law Study in America	267
II. Wigmore and His <i>A Panorama of the World's Legal Systems</i>	273
III. Comparative Law in America in Contemporary Era	294
Chapter Five: Comparative Law in Japan	319
I. A Survey of the Development of Comparative Law Study in Japan	319
II. Masao Oki and His <i>Comparative Law</i>	347
III. The Characteristics of Comparative Law in Japan	374
Chapter Six: Comparative Law in China	389
I. A Survey of the Development of Comparative Law	

Study in China	389
II. Shen Zongling and His <i>An Introduction to Comparative Law</i>	407
III. The Current Situation of Comparative Law in China	419
Chapter Seven: A New Tendency of the Comparative Law	
—The Book Review of <i>Legal Tradition of the World: Sustainable Diversity in Law</i>	438
Glossary	459
Thesis Index of Comparative Law in China from 1955 to 2000	464
References	539
Postscript	550

导 论

法学领域也好,其他领域亦然,若要以某一重要事件的发生、某一权威论断的做出等特定时间节点作为一个学科形成或兴起的标志,或多或少都带有主观上的天真成分和思维上的理想色彩。但是,学说史的探讨却又常常需要这种人为的断言。就比较法学而言,1900年第一届国际比较法大会于法国巴黎的召开,无疑就是这样一个划时代的事件。自此以后,比较法学渐渐兴起,更确切地说,比较法学的发展由隐性转为显性,它引起了越来越多学者的关注,学术研讨会的召开趋于经常,专门的研究机构相继设立,相关的论著不断问世,研究的课题逐渐拓展,而且,比较法学在法学教育、法学研究及法律实践中的地位也日渐彰显。一个世纪之后的2000年11月,国际法律学协会在美国新奥尔良市专门主办了题为“国际比较法学一百周年纪念大会”的国际学术会议。

故而,20世纪这一时间纬度,对于比较法学而言,较对于其他法学领域更具有特殊的跨越性意义。这一百年间,比较法学有哪些重要事件、著名人物和论著,有哪些极有影响的研究机构、期刊及研讨会,不同时期的研究热点集中在哪些方面,现今所面临的问题主要有哪些,今后的发展趋势将会怎样,等等,都有必要进行总结和探讨。本书就是以比较法学中的上述要素为切入点,集中对于比较法学在20世纪各主要国家的演变和发展作一系统的回顾和阐释,以期以点涉面,以史带论,勾勒出比较法学在这一个世纪中的演进图,从而总结得失,展望未来。

法律比较的方法自古有之,古希腊的立法如斯巴达的来库古(Lykurgos)立法和雅典的梭伦(Solon)立法、古希腊的著作如柏拉图(Plato, 前 427—前 347)的《法律篇》和亚里士多德(Aristotle, 前 384—前 322)的《政治学》等均运用了比较研究。在古代罗马,其第一部成文法——《十二表法》,也是基于派遣起草法律的委员们赴希腊考察法制回来后才完成并颁布的。随着罗马法的日渐丰富和完善,它为其他法律的研究提供了模式和进行比较的参照体系,它为世界各国的法律发展提供了许多超民族超国家的原则制度,但是在罗马帝国,由于罗马法学家们对于罗马法律制度和国家制度的优越性过于自信,盲目低估和忽视其他外国法律,因此,虽然罗马的法学人才辈出,法学论述的丰富也达到了古代法学史上的鼎盛,但法学研究中比较方法的运用却并未得到与此相称的发展。

在继罗马法之后、在西方法律史上的另一重要阶段,即日耳曼法时期,成文法的不严谨及法学理论的阙如,使其称为“蛮族法时期”的重要因素,但是,从各主要日耳曼人,如哥特人(Goths)、法兰克人(Franks)、勃艮第人(Burgundians)、盎格鲁—撒克逊人(Anglo-Saxons)、伦巴德人(Lombards 或 Langobards)等所制定的各王国成文法典的体例及内容的相似性,可以明显看出立法过程中实际上也运用了比较和借鉴。^①

不过,“纵观古代,法之比较虽发轫早而源远流长,然仍显稚嫩。其

^① 关于各日耳曼王国的立法概况,参见李秀清:《日耳曼法研究》,商务印书馆 2005 年版,“第一章”。

零散而缺系统,偶然而非恒常,实用而欠学理,自发而无筹划,难于自成一体、独立一门。”^①

在中世纪欧洲大陆,盛行共同法的思想,而且罗马法和教会法的近乎排他性的权威致使学者们对于其他法律都不感兴趣。直到16世纪,欧洲所有的大学里,法学都只是指罗马法、教会法,并且只教授这些内容,尽管在各个国家的法学教育中,此两者并非占有同样的比重,但它们都是具有普遍性的法。同时,作为这一时期大学的共同语文的拉丁文,也对欧洲法律的统一性起到了重要的作用。此外,当时的经院主义法学对于与其异质的法律制度不仅无能为力,而且也漠不关心。当然,我们不能就此断言中世纪欧洲并不存在比较法学,但这些都阻碍了比较法学的发展则是庸庸讳言的历史事实。

17世纪,自然法兴起,一些启蒙思想家投身于此领域的研究和著述,西欧各主要国家都有一些代表人物,他们对于比较法学的形成均起了奠基的作用。这现已成为一种学术共识。只是在现代比较法学兴起早期,因受法学的民族狭隘性的影响,在英国的著述中,人们主张培根(F. Bacon, 1561—1626)是比较法学的奠基人;在荷兰,则将之归功于格劳秀斯(H. Grotius, 1583—1645);按照德国文献的说法,第一位提出比较法观念的人是莱布尼茨(G. W. Leibniz, 1646—1716);意大利学者,则认为是维科(G. B. Vico, 1668—1744);在法国著述中,则把比较法学的源头追溯到孟德斯鸠(C. L. Montesquieu, 1689—1755)。

18世纪以后,欧洲法的统一性日益衰退。由于民族国家的建立,法典编纂活动也相继进行,于是以民族主义为基础的多样的实定法律秩序形成。欧洲普通法的分裂,法明显成为民族法,及法学走向国家化,这些都为比较法学的形成提供了前提。

① 引自高鸿钧、贺卫方:《比较法学丛书》总序,清华大学出版社。