

郑祝君 主编

比较法总论



清华大学出版社

比较法总论

主 编：郑祝君
副主编：李艳华 滕 毅
撰稿人：郑祝君 李培锋
李艳华 滕 毅
陈敬刚 李文祥

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

《比较法总论》是一本法学专业基础课教材。本书介绍和阐释了比较法基础理论,以世界主要法律体系的比较为基本线索,分析了世界主要法律制度之历史传统和当代形态及其异同,并立足于中国法制现代化进程和世界法律发展状况,探讨了当代比较法学所面临的法律移植与法律本土化、法律多样性与法律全球化等基本理论问题。

本书从比较法学教学实际需要出发,每章有重难点提示和思考题,全书体系脉络清晰、分析论述简明;既反映了比较法学的最新知识和研究成果,又有作者的独立探讨和见解,提供了对世界法律进行比较分析的宏观视角和基本理论框架。

本书适合于高等院校法学专业本科学生,也适合于对比较法学感兴趣的一般读者。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

比较法总论/郑祝君主编. —北京:清华大学出版社, 2010.3

ISBN 978-7-302-22219-4

I. ①比… II. ②郑… III. ①比较法学—高等学校—教材 IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 034429 号

责任编辑:方 洁

责任校对:王荣静

责任印制:李红英

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:北京国马印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:185×230

印 张:17.75

字 数:318 千字

版 次:2010 年 3 月第 1 版

印 次:2010 年 3 月第 1 次印刷

印 数:1~4000

定 价:28.00 元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话:010-62770177 转 3103 产品编号:021609-01



前 言

19 世纪中叶,比较法学在欧洲兴起,并很快在世界范围内得到迅速发展。1900 年在法国巴黎召开的第一届国际比较法大会,既总结和展示了 19 世纪比较法学研究的成果,又将比较法学研究推向了一个新阶段。20 世纪以来,尤其是 20 世纪 70 年代以来,比较法学在西方有了长足的发展,比较法研究早已超出早期主要立足于本国立法实践的需要而进行规范比较的视野和范围,有了法律的功能比较、文化比较以及法律的综合研究和法律的跨学科比较研究等重要进展;比较法学不仅致力于寻求世界法律的共同性,而且,对世界法律及其文化基础的异质性也给予了极大关注;比较法学不仅对法律制度体系进行比较,而且,以此为基础,在更深层次上提出了独特的学术理论和思想,在法律移植、法的全球化等重大理论问题上都有独到的建树。比较法学在当代西方,是法学学科体系的重要组成部分,它无论是在法学研究还是在法学教育中,都占有重要地位。

在中国的大学教育中,将比较法学作为法学教育体系中的一门课程讲授,已经有近一个世纪的历史。1915 年,东吴大学法学院首开比较法教育之风,对法学院学生同时开设中国法、大陆法和英美法的一系列相关课程,并将国内法教学建立在与英美法及大陆法进行比较的基础上。东吴法学院力倡为完善中国法制而研究外国法,其比较法学教育之特色,不仅提供了法学教育的世界性视角,而且使东吴法学教育影响中外、蓬勃发展。

20 世纪 50 年代以后,比较法学教育一度中断。20 世纪 70 年代末以来,伴随着中国的改革开放进程,中国的法制建设和法学教育迅速发展,比较法学也重新恢复了它在法制建设和法学教育中的地位。比较法研究获得了丰硕的成果,一些大学开设比较法学本科选修课程、招收比较法学方向研究生。今天,比较法学在中国的法制建设和法学教育中,正在发挥着重要的、不可替代的作用。

我国的一些法学院系为法学专业的本科生开设比较法学课程已有多,学生在学习表现出极大的兴趣和热情。这门课程的开设在训练学生的理论素



养、引导学生全面了解和认识人类法律制度和法律文化、培养学生的世界性眼光和胸怀等方面,发挥了较好作用。

一直以来,我们都是将茨威格特和克茨的《比较法总论》、大木雅夫的《比较法》以及沈宗灵《比较法总论》等著作作为重要参考书推荐给学生,这些著作无疑给学生提供了一流的比较法研究方法和知识,而在我国现行法学教育培养方案中,比较法学作为任选课开设,其学时安排非常有限。因此,编写一本与法学本科任选课程“比较法学”的教学目标相适应的教材是我们多年以来的设想。

本教材是适应法学本科学生比较法课程学习的需要编写的,其基本宗旨是引导学生更广泛、全面地关注和了解世界范围内法学研究、法学教育的发展状况和比较法学基本知识、基本理论,开拓学生的国际视野。在教材的编写中,首先涉及的是教材体例问题,现有的比较法学总论方面的著述,主要有两种体例,一是以法系为线索,对不同法系的法律结构、法律渊源、法律职业、法律文化风格以及具体制度等进行比较。一是在法律制度比较、法典比较、法学教育和法律职业比较的框架内,涉及不同法系和不同国家。考虑到本科学生先修基础课学习情况和比较法学本身发展的历史进程,本书采取了以法系为线索,以不同法系为基本比较对象的体例,在这一框架内对不同的制度、法典、法律文化、法学教育和法律职业等进行比较。

比较法学是对不同国家法律制度进行比较研究的一门科学,涉及面广。它以世界上不同的法律制度体系为研究对象,以比较为基本特征。比较法学的研究范围主要包括:不同国家法律制度的共同点和不同点;不同国家法律制度不同点所赖以产生的复杂社会原因和文化背景;不同国家法律制度相似性的共同基础;不同国家法律制度的发展模式和规律。它既包括综合的、宏观的比较,又包括微观的、具体制度或规范的比较。作为一门独立的法学学科,比较法学对不同国家法律制度或不同法律体系进行比较,从而得出对这些制度或体系的总体评价,获得对这些不同法律制度或体系的系统知识。这种系统的法学知识是从其他法学部门中无法获得的。在阐释这些问题的时候,我们力图处理好比较法学与法理学、比较法学与外国法制史、比较法学与各部门法学等相关学科的关系。本书比较法总论部分,只涉及比较法基本知识和基本理论问题。

比较法学从它诞生的那一天起,不论是以寻求世界法律的共同基础、创建世界共同法为己任,还是强调世界法律的多元化和差异性,有一点是共同的,这就是比较法研究最终是为完善本国法律制度提供系统的思路和框架,促进世界法律的和谐统一。基于这一认识,本书在对世界主要法律体系进行比较介绍的基础上,以比较法视角对法律移植和全球化背景下法律发展问题的主要理论作了



基本介绍和探讨。

在比较法学 100 多年的学科发展历史中,关于比较法学的目的和研究方法一直是一个受到极大关注的问题,在法律和社会发展的不同历史阶段上,学者们对比较法学的主要目标、任务有不同认识,因而,研究思路和研究方法有所不同;即使在同一时期,不同的学者,由于其学术主张和研究视角的不同,所倡导的研究方法也会不同。对比较法学中这类重要的基本问题,我们力图全面介绍,以便于读者正确把握。

本教材吸收了国内外比较法研究的成果。这本教材的编写指导思想是力求简明,为本科学学生提供比较法学基本知识和世界法律概观。内容的取舍和结构的安排都以符合教学实际需要为原则。对于教材中的不足和错误,还有待于学界同仁指正,有待于在教学过程中完善。

本教材由郑祝君任主编,李艳华任副主编,各章撰稿人(以撰写章节先后为序)是:

郑祝君 前言、第一章

李培锋 第二章

李艳华 第三章

滕毅 第四章

陈敬刚 第五章

李文祥 第六章

本书的出版,得到了清华大学出版社的大力支持。责任编辑对本书的编写和出版给予了热情的支持和诚挚的帮助,她的严谨认真以及她所给予的指导和督促都使我们深受感动,谨致谢忱。

编者

二〇〇九年十二月



目 录

第一章 比较法基础理论	1
第一节 比较法学的概念和研究对象	1
一、比较法和比较法学	1
二、比较法的本质和比较法的研究对象	3
三、比较法学与相关法学学科的关系	5
第二节 比较法的历史发展	7
一、对比较法学的创立产生影响的相关学说和观点	7
二、作为纯粹方法论的比较研究的历史	10
三、19 世纪中叶比较法学的兴起	14
四、20 世纪比较法学的发展	19
第三节 比较法的基本功能	26
一、深化理论认识,扩大研究视野	26
二、加强不同法律文化和法律制度间的了解和交流,寻求 世界法律的协调统一	27
三、促进本国法律的改革和完善	28
四、引领法学教育达到一种新境界	29
第四节 比较法的方法论	30
一、比较对象的选择	30
二、结构比较和功能比较	32
三、宏观比较和微观比较	34
四、认识、抽象和评价	34
第五节 比较法理论中的共同法论和法系论	36
一、比较法学的共同法论	36
二、比较法学的法系论	38



第二章 民法法系	44
第一节 历史基础	44
一、民法法系的源起——古罗马法	45
二、中世纪罗马法复兴	50
三、自然法思想与法国大革命	57
四、民法法系的特征	61
第二节 法典编纂运动及其成就	62
一、“法典”词源探究	62
二、近代法典编纂运动的兴起	64
三、法国的法典编纂及其成就	68
四、德国的法典编纂及其成就	74
第三节 法律渊源	81
一、制定法	82
二、习惯法	87
三、判例法	89
四、法理和一般原则	91
五、法律规则	92
六、条约和欧洲的法律	93
第四节 法律分类	94
一、公法和私法的划分	94
二、公法	100
三、私法	107
四、混合法	113
第五节 法律教育与法律职业	115
一、法律教育	115
二、法律职业	118
第三章 普通法系	122
第一节 历史基础	122
一、普通法系的历史渊源	122
二、普通法的形成	124
三、衡平法的兴起	126
四、英国法在美国等海外地区的传播	128



五、普通法系的形成与分布	133
第二节 法律渊源	134
一、普通法系法律渊源的特点、成因与发展趋向	134
二、判例法	137
三、制定法	144
第三节 法律分类	147
一、普通法与衡平法	147
二、信托财产权的独特划分	157
第四节 法律教育与法律职业	165
一、法律教育	165
二、法律职业	173
 第四章 伊斯兰法系	 180
第一节 伊斯兰法系的历史基础	180
一、伊斯兰法的概念	180
二、伊斯兰教和伊斯兰法的诞生	181
三、伊斯兰法的发展	182
四、伊斯兰法的改革	184
五、伊斯兰法的复兴	186
六、伊斯兰法系的形成	187
第二节 法律渊源和伊斯兰法学	189
一、一致公认的法律渊源	190
二、辅助的法律渊源	194
三、伊斯兰法学	196
第三节 伊斯兰法的主要内容和特征	200
一、伊斯兰法的基本制度	200
二、伊斯兰法的主要特征	208
 第五章 比较法视野中的法律移植	 214
第一节 法律移植理论概述	214
一、法律移植的概念	214
二、法律移植理论的争议	217
三、法律移植的原因	221



四、法律移植的方式、对象与内容	224
五、法律移植的效果	227
第二节 法律本土化	229
一、法律本土化的概念	229
二、法律本土化的表现形式	231
三、法律本土化的理论依据	232
第三节 法律移植与中国法制现代化	234
一、“西法东渐”与我国法制的近代转型	234
二、法律移植与中国法制现代化的路径选择	236
 第六章 全球化背景下世界法律的发展	247
第一节 欧洲经济一体化的背景与欧洲联盟法的形成	247
一、欧洲经济一体化背景	247
二、欧洲联盟法的形成	250
第二节 欧洲联盟的法律渊源	256
一、欧洲联盟的法律渊源	256
二、欧洲联盟法律与其成员国法律的关系	259
第三节 法律的全球化与法律统一	263
一、欧盟法与法律的全球化、统一化	263
二、全球化背景下传统法系之间的相互渗透和融合	265
 参考文献	269

第一章

比较法基础理论

重点难点提示 在了解比较法学产生的历史背景和学科发展的基本线索的基础上,重点把握比较法学的研究对象、比较法学的学科特性、比较法学的目的和方法、比较法学在当代的发展。

第一节 比较法学的概念和研究对象

一、比较法和比较法学

19世纪中叶,比较法学首先在欧洲兴起。比较法这一概念是在1900年巴黎国际比较法大会召开之后,尤其是在20世纪后半叶才逐渐在世界范围广泛传播和使用的。比较法的含义是什么?国外比较法学者有多种不同的理解和阐释。如德国比较法学家茨威格特(K. Zweigert)和克茨(H. Kötz)认为:“比较法是指一方面以法律为其对象、另一方面以比较为其内容的一种思维活动。”^①而且,这种思维活动中比较的内容不是对本国法律秩序中种种规范的相互关系的比较,因为,每一个国家的法律家的日常工作,为了具体的判决或者为了法律理论上的认识,都必须对它们进行比较,这种比较是每一个国家运用法律时必然要做的工作。法国比较法学者勒内·达维德(René David, 1906—1990)认为,比较法是“一门科学”。^②德国学者莱茵斯坦(M. Rheinstein)认为,比较法作为法学的一个部门之所以兴起就在于法律在不同国家各不相同的事实。意大利比较法

^① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,3页,贵阳,贵州人民出版社,1992。

^② 参见 René. David and John. E. C. Brierley, Major Legal System in the World Today, Stevens & Sons, London, 1978, p. 2。

学家萨科(R. Sacco)认为:“比较法学像其他科学一样,其目的在于获得知识。它也同其他法学学科一样,追求法律知识。比较法首先承认众多的法律规则和具体法律制度的存在,它研究这些法则和制度在何种程度上相同或不同。”^①日本比较法学者大木雅夫认为:“比较法是这样一种法学部门或方法:在最一般的意义上,它在各种法律秩序的精神与样式的联系上,揭示各法律秩序的形态学上的特征以及它们相互间在类型上的亲缘性;作为其特殊性,比较法主要研究各种法律秩序中可比较的各种法律制度和解决问题的方法,以认识和完善法制为课题。”^②这些观点都反映了各国学者对比较法的不同理解。

我们认为,简要地说,比较法是对不同国家的法律制度进行比较研究的、法学的一门独立学科。比较法不同于民法、刑法、诉讼法等部门法,它不是国家法律体系中的部门法。比较法没有所调整的社会关系,也没有与之相应的具体法律规则,比较法主要是对不同国家的法律制度进行比较研究,并通过这种研究发现不同法律秩序之间的共同点和不同点,作出分析和评价。因此,也正是在这个意义上,比较法又被称为比较法学。

一般说来,比较法是对两个或两个以上国家的法律进行比较研究,外国法是比较法不可或缺的研究对象。对本国或某一国法律体系内法律制度的比较不属于比较法范围,对本国法律的比较是法律适用的必然要求。茨威格特和克茨认为,对本国法律制度的比较“是每一个国家运用法律的本性。因此,比较法的意义当然不是指它,而是指更深层次的含义。这个更深层次的含义是超国家的。因此,比较法首先是世界上各种不同的法律秩序的相互比较。”^③但也有例外,有的学者将联邦制国家内法律的比较也视为比较法。

对比较法的理解,不是一个语词学上的概念问题,当我们对比较法产生的历史背景、比较法的本质和研究对象、比较法的历史发展、比较法的目的和功能等有了比较清楚的了解和准确把握之后,我们对比较法的特质就会有一个基本的理解。

有学者认为,比较法学就是世界法学,探讨研究比较法学的过程就是建设发展世界法学的过程,比较法学是了解外国法的必然途径。比较法学的最终目的,就是要探寻、发现和创造那些放之四海而皆准的人类思想潮流和人类行为准则,就是要发现、总结、构造一种属于全人类的法律文化,最终达到获取一种人类共

① 沈宗灵:《比较法研究》,1~2页,北京,北京大学出版社,1998。

② [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,67页,北京,法律出版社,1999。

③ [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,4页,贵阳,贵州人民出版社,1992。

同法的目的,比较法学的这种世界胸怀和人类关怀(不仅仅是民族关怀),使比较法学具有世界性品格,而和法学的其他学科区别开来成为一个独立的法学学科。^①

二、比较法的本质和比较法的研究对象

比较法的本质是什么?比较法到底是法学的一种研究方法还是法学的一门独立学科?这是从比较法诞生的那天起就一直在讨论和争论的问题。中外学者从不同的视角出发对其有不同的理解和阐释,这些不同的理解和阐释概括起来大致有如下几种观点。

有的学者认为比较法仅仅是一种法学研究的方法,它属于传统的法学学科的研究范畴,如英国沃森(A. Watson)认为比较法是一种法制史与法理学的研究。而德国学者格罗斯费尔德(B. Grossfeld)认为比较法是一种文化。^②新西兰的萨蒙德(J. W. salmond)认为,比较法不是一个独立的法学部门,“而仅仅是这种学科的各个部门中的一个特殊方法”。^③持这种观点的学者的主要理由是比较法学没有自己特有的规则,也没有自己特有的研究对象。

有的学者认为比较法不仅仅是研究方法,它也是一个独立的法学学科。如著名的法国比较法学家勒内·达维德说:“对于多数人来说,比较法无疑将确实是一种方法,即‘比较的方法’,用来帮助他们实现自己特定的目标。但是对于其他人,当他们关切的主要事情是外国法的研究并且将它同他们本民族的法律进行比较的时候,比较法就获得了科学的地位,成为法律知识的一个独立学科。换句话说,需要有一类能够被恰当地称作‘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并驾齐驱。”^④

还有学者认为这一争论没有意义,倒不如搁置不论。而在这一领域作一些实际研究,英国剑桥大学比较法和商法学教授格特里奇(H. C. Gutteridge, 1876—1953)就持这种观点。

19世纪以来,越来越多的学者都认识到了比较法学作为一个独立的学科的属性。在1900年首届国际比较法大会上,英国著名法理学学者波洛克(Frederick Pollock, 1845—1937)就说过:“我们今天所理解的比较法是一门最

① 参见米健:《比较法学与世界法律文化》,载《法学》,2004(10),30~33页。

② 参见沈宗灵:《比较法研究》,1页,北京,北京大学出版社,1998。

③ Salmond, Jurisprudens, p. 9,转引自沈宗灵:《比较法研究》,4页,北京,北京大学出版社,1998。

④ René. David and John E. C. Brierley, Major Legal System in the World Today, Stevens & Sons, London, 1978, p. 11.



现代的科学。今天活在世上的人亲眼目睹了它的诞生。”^①法国比较法学者勒内·达维德也认为,现在,比较法已经牢固地建立起来,早期的讨论已经没有意义了,不必让这种讨论耽误我们。^②我国的比较法学者沈宗灵教授和米健教授都认为,现代意义上的比较法既是法学研究的一种方法,也是法学的一门独立的学科。^③很多学者将比较法作为自己的研究方向和领域,如法国的萨莱伊(R. Saleilles, 1855—1912)^④和朗贝尔(E. Lambert, 1866—1947),^⑤德国的莱茵斯坦、格罗斯费尔德、茨威格特和克茨,英国的格特里奇,意大利的萨科,日本的大木雅夫,苏联的B. 图曼诺夫以及我国的沈宗灵都是比较法学者的代表人物,他们有丰富的研究成果。现在,在法国、德国、英国、美国、日本、瑞士等国都有专门的比较法研究机构。国际上一些大学的法学院开设比较法课程。从1900年开始定期召开比较法国际学术会议、国际比较法大会。

比较法的本质表现为,比较法是法学的一个独立学科,是一门科学,比较法发展的历史在本质上就是一部学术史。比较法之所以是一门独立的法学学科,是因为比较法具有不同于其他法学学科的独立的研究对象和独特功能。关于比较法的功能,我们将在第三节中专题探讨。就研究对象而言,比较法不像民法、刑法等部门法那样,有自己所调整的特定的社会关系以及调整这种社会关系的法律规则,所以,它不是一国法律的部门法。但它有自己独立的研究对象,这就是世界上不同的法律制度体系。它以比较为基本特征,研究不同国家法律制度的共同点和不同点,研究不同国家法律制度不同点所赖以产生的复杂的社会原因和文化背景,比较分析不同国家法律制度的发展模式和规律,寻找不同国家法律制度相似性的共同基础,进而为完善本国法律制度提供系统的思路和框架,促进世界法律的和谐统一。这种研究,是法学其他学科无法代替的。正如法国比较法学家莱翁丹·让·康斯坦丁内斯库(Leontin-Jean Constantinesco)所说:“这个科学是一门独立的科学,因为它提出了一些新问题,因此它走进了未经探

① [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,18页,北京,法律出版社,1999。

② 参见 René. David and John. E. C. Brierley, *Major Legal System in the World Today*, Stevens & Sons, London, 1978. p. 4.

③ 参见沈宗灵:《比较法研究》,5页,北京,北京大学出版社,1998;米健:《比较法学与世界法律文化》,载《法学》,2004(10),30~33页。

④ R. 萨莱伊,法国格勒诺布勒大学法学院教授,并在巴黎大学主持比较民法讲座,代表作有《比较民法学》。

⑤ E. 朗贝尔,法国里昂大学法学院罗马法史教授,里昂比较法研究所终身所长。

索过的科学领域。”^①它以自己独立的研究对象和独特的功能而成为独立的法学学科。

比较方法在各学科的运用无所不在,比较法学也一定要运用比较方法,但作为法律科学的比较法,它和各法学学科中比较方法的运用不同。法国比较法学家莱翁丹·让·康斯坦丁内斯库指出,适用比较的方法而得出的知识,可能有各种用途:有的知识是理论性的;有的是实践性的。科学则是一种把一个特定领域内得出的知识加以整理和分类、从而解释和理解这些知识总和的方式。比较法学就是要对一个实际情况的未知部分进行考察,去发现事物之间的真正关系,即发现各种法律制度与秩序之间的真正关系,从而使这一部分成为可认识和可理解的。^②比较法学是对不同国家法律制度或不同法律体系进行比较,从而得出对这些制度或体系的总体评价,获得对这些不同法律制度或体系的系统知识。这种系统的法学知识是从其他法学部门中无法获得的。比较法学“要把用比较方法得出的有关知识结合起来,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。”^③而不是局限于对单个制度或文本的比较。从这个意义上理解,比较法不仅是比较方法学,而且包含了普遍性的比较法科学的属性。或者换句话说,比较法既是法学研究的方法,又是一门独立的法学学科。

三、比较法学与相关法学学科的关系

比较法同法学其他学科的关系如何?它何以同法学的其他学科区别开来?这是我们将要讨论的问题。了解比较法与法学其他相关学科的相互关系,对于我们进一步理解比较法是有意义的。

比较法与法理学。法理学是法学的基础理论学科,它主要研究法学和法的最一般、最基本的知识和原理。法理学研究具有高度的抽象性,因而对法学其他学科的研究具有普遍的指导意义。法理学研究所涉及的概念、原理原则、法律的渊源、法律的分类、法律发展规律和模式等也都是比较法研究的重要内容,不同的是,法理学阐释法和法学的一般理论问题,而比较法学则运用比较的方法,通过对不同国家法律的起源、法律概念、原理原则、法律渊源、法律分类、法律制度等的研究,提供系统的法律比较知识。同时也为法理学的理论抽象和研究提供坚实广博的基础,使法理学理论能够建立在普遍性基础之上。

^{①②③} [法]莱翁丹·让·康斯坦丁内斯库:《比较法论》,见理钧摘译:《论比较法学的流派与比较法》,载《法学译丛》,1983(2),13~20页。



比较法与法制史。法制史研究法律发展的过程和规律,它包括国别法制史、部门法制史和断代法制史等。国别法制史如日本法制史、中国法制史,部门法制史如刑法史、诉讼法史,断代法制史如古代法、中世纪法和近现代法等。法制史研究的思路是纵向的,它研究法的发展进程,在对法律发展进程的研究中得出结论。比较法的思路主要是横向的,它侧重于对具有可比性的相同历史阶段上的法律制度进行比较。但是,它和法制史研究有不可分割的联系。譬如,对不同国家法律发展史的比较研究。比较法在对一定时期不同国家的法律进行比较的时候,往往也追溯到该国历史上的法律。从比较法的发展历史看,“现代比较法的奠基者们主要是重要的法律史学家。如果缺乏历史感,甚至现代比较法学者都不能够理解外国的解决办法”。^①

比较法与国内各部门法学。国内各部门法学,如宪法学、民法学、刑法学等,都是对相关部门法和法现象进行研究的学科,它们都侧重于研究本国现行法,分析各相关领域的社会关系、法律制度和法律理论。比较法在对各国法律进行比较研究时,也会对不同国家的宪法、民法、刑法等作比较研究,从而形成比较宪法、比较民法和比较刑法等,在这一点上,比较法和各部门法的联系非常紧密。可以说,各国国内部门法研究为比较法研究提供了素材,而比较法研究又为各国部门法的研究和完善提供了更广阔的视野和系统知识。

比较法与国际私法。国际私法是冲突法,是国内法的特殊部门,它的目的,是在面对含有涉外因素的法律问题时,确定在若干个国家法律制度体系中,适用哪一种法律制度或规则,它解决的是管辖权问题、法律规则的选择问题以及判决的有效性等问题。它面对的是现实的具体的案件或问题。而比较法则具有纯粹理论特征,它研究不同国家法律制度的相互关系,如异同点。比较法对于国际私法是有价值的。

比较法与外国法学。外国法学是对本国以外的国家的法律进行研究的法学学科,我国的外国法研究应该包括对除中国外的所有其他国家或地区法律的研究,如美国法研究、英国法研究、非洲法研究、伊斯兰法研究等都属于外国法研究。而当我们对不同国家的法律进行比较研究的时候,它就属于比较法研究的范畴了。比较法研究必须具备外国法资料 and 知识,因为,无论是本国法与外国法的比较,还是外国法与外国法的比较,都离不开对外国法的了解和把握。

除上述比较法与这些相关学科的相互关系外,比较法和这些学科的关系还

^① [德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,14页,贵阳,贵州人民出版社,1992。



表现在法学其他学科本身也是比较法比较研究的对象。如 1998 年在英国布里斯托尔召开的第 15 届国际比较法大会讨论的主题就有法制史与人类学、法理学与法哲学等。

第二节 比较法的历史发展

一、对比较法学的创立产生影响的相关学说和观点

比较法学创立于欧洲,这与欧洲当时自然科学理论和技术的发达以及由此带来的研究方法的先进分不开,也与当时欧洲学说思想的丰富和观念的新颖活跃分不开。文艺复兴和宗教改革以后,先后出现的一些学说和观点对比较法的诞生产生了重要影响。下面简要介绍对比较法的创立产生了影响的相关的代表性人物及其学说和观点。

(一) 自然法和比较法学

文艺复兴和宗教改革以后,在欧洲占支配地位的法律思想学说是古典自然法。这种自然法学说承袭了古代以希腊为代表的理性自然法思想,颠覆了中世纪神学自然法的核心观念——上帝的意志。这一时期自然法思想家们的理论表述和政治主张虽是各式各样,但这一学说带来了全新的观念。自然法学说将法律与神学分离,否定上帝的理性,认为人类必须遵循的规则体系是从人类共有的理性中直接推演出来的;一个完善的、令人满意的法律体系可以建立在对人类社会生活所作的理性分析的基础上;自然法以人的“自然权利”和个人的志趣与幸福的实现为主导,并在发展中完成了从人性的目的论观点向有因果关系的、经验主义的观点的转变。^①自然法学说中不论是强调国家理性的国家主义自然法,还是宣扬自由主义或民主主义的自然法,思想家们都是在预言或者设计一种美好的普遍主义的法律制度体系。应该说,自然法以人的理性为核心的、注入了人的主体性因素的法律观念,以及对普遍主义和普适性法律的追求,为比较法学的形成以及比较法学早期探求人类共同法这一目标的确立奠定了思想观念的基础。

具体而言,这一时期,弗兰西斯·培根、格老秀斯、莱布尼茨、孟德斯鸠、维科等许多思想家的思想观点对比较法学的诞生产生了深刻而直接的影响。

^① [美]埃德加·博登海默:《法理学——法律哲学和方法》,张仁智译,35页,上海,上海人民出版社,1992。