



全国高校素质教育教材研究编审委员会审定

BI JIANG FA XUE

比较法学

王刚义 孙蕾 ☆ 编著



中国教育文化出版社

全国高校素质教育教材研究编审委员会审定

比较法学

Comparative Law

王刚义 孙蕾 编著

中国教育文化出版社



图书在版编目(CIP)数据

比较法学/王刚义 孙蕾 编著, —中国: 中国教育文化出版社,
2006年6月

ISBN 988-98496-7-4

I. 比… II. ①王… ②孙… III. 法律—比较法学—高等院校
—参考书

IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006)

比 较 法 学

王刚义 孙蕾 编著

责任编辑: 李国强

封面设计: 张骥年

出版发行: 中国教育文化出版社

排 版: 科士洁文印中心

印 刷: 新颖印务有限公司

开 本: 850 mm×1168 mm 1/32

印 张: 15.625

字 数: 406 千字

版 次: 2006年6月第1版

印 次: 2006年6月第1次印刷

书 号: ISBN 988-98496-7-4/G·376

定 价: 31.80 元

版权所有 翻印必究

如有印装质量问题, 请将本书寄回编委会由我们负责为您调换

地址: 北京市海淀区交大东路 62 号北楼 307 室 100044

内 容 简 介

本书是全国高校素质教育教材研究审定委员会审定的教材。比较法学是指对世界上具有影响的不同法律体系和制度进行相互比较研究的学说。从这一课程定位出发,本教材在比较法总论编中,阐述了比较法的概念、比较法的历史发展、比较法的功能和作用以及比较法的方法论。在民法法系编和普通法法系编中,除了介绍了罗马法的发展和影响,主要论述了法国法、德国法、英国法、美国法的历史发展、著名法学家、法院组织系统、法律职业和法学教育。之后,用一编对民法法系与普通法法系进行了比较研究,并探讨了我国应该如何借鉴等问题。在伊斯兰法系编中,论述了伊斯兰教和伊斯兰法、伊斯兰法的渊源、伊斯兰法学及其主要学派、伊斯兰法系与伊斯兰法的现代化问题。最后,在世界主要国际组织的法律编中,介绍了联合国、WTO、欧盟等国际组织的原则和规则及对我国产生的影响等。本教材注重了学科性和历史性相结合、重点性和逻辑性相结合、知识性和趣味性相结合、理论性和实践性相结合。

本书适合作为高等院校法学专业本科生、研究生的教科书或参考书,也可供其他专业选用和社会读者阅读。

A BRIEF INTRODUCTION

This book is examined by National University Diathesis Education Investigation Council. Comparative Law is a theory about comparison of different influential law systems. From this orientation, this book expatiates on the concept, the history, the function and the methodology of comparative law in the pandect part. It introduces the development and effect of Roman Law, the history, the famous jurisconsults, the organization system of court, the profession and education of French Law, German Law, English Law and American Law. Later, it compares the differences between Civil Law System and Common-Law System in a whole part, and discusses the reference of using benefit. In the part of Islamic Law System, it researches Islam and Islamic Law, the sources of Islamic Law, Genres of Islamic Law and the Modernization of Islamic Law System. Last, it introduces the principles and influence of UN, WTO, EU and other international organizations. This book pays attention to the combination of study and historicity, emphasizes and logicity, knowledge and interests, theoretic and practical.

This book is applicable as a textbook and reference book to the study of law major undergraduate students and graduate students in universities, and also to readers and students of other majors.

目 录

第一编 比较法总论

第一章 比较法概述	2
第一节 比较法的概念	2
第二节 比较法与其它法学学科的关系	6
第二章 比较法的历史发展	10
第一节 比较法在世界的发展史	10
第二节 比较法在我国的历史发展	15
第三章 比较法的功能和作用	18
第一节 比较法的功能	18
第二节 比较法的作用	24
第四章 比较法的方法论	28
第一节 比较法的方法论	28
第二节 法律比较的步骤	34

第二编 民法法系

第五章 罗马法	44
第一节 罗马法的历史发展	44
第二节 罗马法对后世的影响——法典编纂运动	51
第六章 法国法	54
第一节 法国法的历史发展	54
第二节 《法国民法典》	60

第三节 法国著名的法学家	65
第四节 法国的法院组织系统	72
第五节 法国的法律职业和法学教育	77
第七章 德国法	83
第一节 德国法的历史发展	83
第二节 《德国民法典》	86
第三节 德国著名的法学家	92
第四节 德国的法院组织系统	103
第五节 德国的法律职业和法学教育	110
第八章 其他民法法系国家的法律	121
第一节 瑞士民法典	121
第二节 意大利刑罚理论	124
第九章 民法法系国家的诉讼程序	134
第一节 德国的民事诉讼程序	134
第二节 德国的刑事诉讼程序	143

第三编 普通法系

第十章 英国法	155
第一节 英国法的历史发展	155
第二节 英国著名的法学家	168
第三节 英国的法院组织系统和陪审团制度	179
第四节 英国的法律职业与法学教育	190
第十一章 美国法	202
第一节 美国法的历史发展	202
第二节 美国的宪政体制	208
第三节 美国的法院组织系统	217
第四节 美国的法学家	223
第五节 美国的法律职业与法学教育	235

第十二章 普通法法系国家的司法程序	258
第一节 美国的民事诉讼程序	258
第二节 美国的刑事诉讼程序	266
第三节 法院的判决及其执行	279

第四编 民法法系与普通法法系的比较

第十三章 公法与私法	286
第一节 公法与私法划分的起源及发展	286
第二节 公法与私法划分的标准	287
第三节 公法与私法的融合	289
第十四章 法系的分类及两大法系的主要区别	294
第一节 法系的分类	294
第二节 两大法系的主要差别	299
第十五章 两大法系对我国法制建设的影响	310
第一节 建立我国判例指导制度	310
第二节 民事诉讼模式改革	317

第五编 伊斯兰法系

第十六章 伊斯兰教和伊斯兰法	327
第一节 伊斯兰教产生的历史背景	327
第二节 穆罕默德创立伊斯兰教	331
第三节 伊斯兰法起源及其主要内容	334
第十七章 伊斯兰法的渊源	339
第一节 伊斯兰教的根本经典——《古兰经》	339
第二节 圣训、公议和类比	351
第三节 习惯和习惯法	359

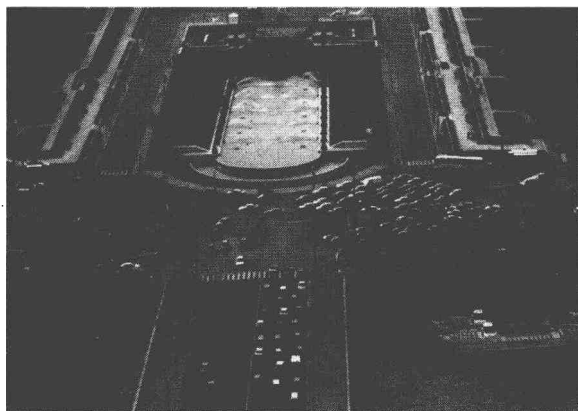
第十八章 伊斯兰法学及其主要学派	365
第一节 法学及其主要流派的形成和发展	365
第二节 “四大法学派”的特点和贡献	369
第三节 古代伊斯兰法学派的特点	378
第十九章 伊斯兰法系与伊斯兰法的现代化	384
第一节 伊斯兰法系的形成	384
第二节 民法法系和普通法法系对伊斯兰法的影响	388
第三节 伊斯兰法的现代化和本土化	397

第六编 世界主要国际组织的法律

第二十章 联合国	413
第一节 联合国概述	413
第二节 联合国和中国	432
第二十一章 世界贸易组织	437
第一节 世界贸易组织概述	437
第二节 WTO 的基本原则及其对我国立法的影响	441
第三节 WTO 争端解决机制及我国的应对策略	453
第二十二章 欧洲联盟	458
第一节 欧洲联盟概述	458
第二节 欧盟与各成员国的主权转移	464
第二十三章 其他国际性组织	470
第一节 亚太经济合作组织	470
第二节 北美自由贸易区	475
第三节 东南亚国家联盟	478
参考书目	485
后 记	489

第一编 比较法总论

1900年8月，在巴黎举办万国博览会之际，两位法国小伙子——里昂大学的爱德华·郎贝尔（Edouard Lambert）和巴黎大学的雷蒙·萨莱伊（Raymond Saleilles）也抓住时机，趁机主办了一个世界比较法学大会。会上，他们号召人们要努力争取从自己本土这个狭隘的圈子里脱颖而出，在对外和对内的结合中和平地赢得世界；并希望人们做好接受一种“人类共同法”，即一种世界法的准备。按照朗贝尔的说法，比较法应当逐步消除那些使文明阶级和经济形态相同的各民族彼此背离的各种立法上的偶然性差异；比较法应当减少那些不是基于各民族的政治、道德或者社会特性，而是由于历史上的偶然性暂时存在的，或因不必要的原因而产生的法律上的差异。这次会议的召开，给比较法这门科学，至少给比较法的方法，带来了很好的认识和鼓励。而这种认识和鼓励，也使得其后比较法这个年轻的法学分科部门获得了许多研究成果。



从埃菲尔铁塔鸟瞰——巴黎万国会议会场

第一章 比较法概述

第一节 比较法的概念

比较法到底指什么？在国外比较法学家中就有许多不同的理解：英国法学家沃森认为它是一种法制史和法理学的研究；德国比较法学家格罗斯菲尔德则认为比较法是一种文化；英国的格特里奇和达维德断言比较法只能是对各种法进行比较的方法，认为虽然探寻应用比较法的事例可以追溯到古代和中世纪，但实际上比较法的历史始于近代初期的莱布尼茨和孟德斯鸠；反之，德国的茨威格特和克茨则认为，“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。所以比较法的历史本质上说是一部学说史，而且真正意义上的比较法的历史是很年轻的，但其前史可以追溯到古希腊和古罗马。比较法或任何法律都有自己的历史和理论，也都与特定文化有密切关系，但不能因此就将比较法当作法知识或法理学，也不能将文化看作比较法发展的决定因素甚至是唯一的决定因素。”

在说明比较法的概念以前，不妨先举一个案例——中美合作引渡“中国第一贪”，相信它对说明比较法的概念会有一定的启发意义。

2004年4月16日，新中国成立至今最大的金融犯罪案——“抽逃、窃取”国家银行资金4.83亿美元案的主犯之一的余振东自美国被遣返回国。余振东是该案的一个重要角色，也是新中国56年以来第一次从美国遣返回国的“贪官”，还是至今在中国所发生的最大一例银行监守自盗案的关键人物。

1993年到2001年,八年里,余振东一伙通过违规发放贷款等手法,大量盗用银行资金,把大量资金汇至其在香港注册的私人公司,最终造成了中行4.83亿美元的亏空。案发后,许超凡、余振东、许国俊三人于2001年10月15日同时外逃。当年11月,中国公安部通过国际刑警组织发出红色通缉令。2002年12月19日,潜逃并藏匿在美国、加拿大14个月的余振东在洛杉矶被美国司法当局以“涉嫌以欺骗手段获取签证”罪逮捕。2004年2月,余振东向美国方面递交了《递解出境司法命令和放弃听证约定申请书》,承认自己在美所犯罪行应导致递解出境的法律后果,并且明确指定中国为其递解出境的接收国。

在余振东被押解回国前,他已经被美国拉斯维加斯地区联邦法院按照美国法律以“诈骗罪”判处了144个月的监禁和3年监管。但因中国与美国之间并没有任何双边司法相互认定的法律公约,美国国家的司法认定及定罪只适用于美国境内,当罪犯余振东被遣返至中国境内时就自动终止,余振东将按照中国的法律规定被重新认罪、定罪,重新进入中国的司法审判程序。依据《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》的有关规定,参照余振东贪污挪用的巨款数额,无疑是死罪。然而经过两年多的协商,中国政府最终与美国联邦调查局就余振东回国后涉及的有关刑罚及权利和待遇问题达成正式书面协议:“余振东如果在中国被重新起诉,对他判刑的刑期不超过144个月,不受到拷打,不被判处死刑。”

我国之所以能够成功引渡余振东,是因为2003年12月我国在墨西哥加入了《联合国反腐败公约》,该公约规定:贿赂、贪污、挪用公款、枉法、滥用职权、大额财产来源不明、洗钱、窝脏、妨害司法等都是可定罪的腐败行为。《反腐败公约》规定缔约国之间可就反腐败进行司法协助,如归还贪官赃款、彼此提供证据、冻结银行账户、财产充公和引渡嫌犯。公约的出台引起了国际反腐大环境的变化,与此同时,中国法律体系的不断完善也使得我国与国外法律体系进行对话和协作成为可能。

但是在本案中,由于法律规定的罪名不同,为引渡后的审判工作带来了不少障碍。世界各国对本案所涉罪名的称谓可谓五花八门:“监守自盗案”、“抽逃资金案”、更广泛的则冠以“盗用资金案”等,但这些似乎都与中国

唯一规定犯罪的《刑法》中的“金融犯罪”毫无关系。我国《刑法》有“第四节——破坏金融管理货币罪”和“第五节——金融诈骗罪”下共38个金融犯罪罪名条目，却没有规定像本案这样将中国境内银行的4.83亿美元调往海外、归自己所有的“金融犯罪”的罪名。换句话说：就是在中国至今、唯一治罪的《刑法》中的“金融犯罪”目下，没有可以将“中国金融第一案”——4.83亿美元不翼而飞对号入座治罪的法律条款与罪名，而远在天际、万里之遥的美国法院，对在中国境内发生的“金融第一案”治罪的唯一罪名却是简单的“诈骗罪”，量刑也不过中国的1%。

中国已经走出了国门，怎样将国与国“游戏规则”中的“中国特色”融于国际法律、国际社会、国际经济等领域？怎样才能不发生或少发生冲突，全面进入、融入国际经济、法律和社会？以本案为例，要成功惩治跨国腐败犯罪、签署《联合反腐败公约》、进行《中美刑事司法协助》，这都要求中国的法律也要取得根本性的突破。比如取消“死刑”，将中国《刑法》的刑期延长到50年、100年甚至更长，让法律充分使用所有的“人生”期限；也可以全面参照其他国家有关“经济犯罪”的规定，填补一些罪行“罪名”的空白，与世界法律整体趋势全面接轨；还可以在各国共同关心的问题上签订统一的协定，在世界这个更广阔的舞台上行使国家的主权……这一切就涉及到比较法的问题，即从比较的角度入手，分析各国法律在相关问题上的不同规定，进而在立法和司法实践中尽量减少冲突，趋利避害，实现双赢。这都是比较法所要研究的问题。

现在回过头再来看比较法的概念。我们认为，比较法学是指对世界上具有影响的不同法律体系和制度进行相互比较研究的学说。与民法、刑法、诉讼法等其他部门法律不同，比较法并不指任何一个国家的任何一门法律，所以我们不能讲某个国家在什么时候制定或实施了比较法。比较法也不调整任何特定的社会关系，所以我们也不能说比较法是调整这些关系的具体法律规则。

“比较”有双边的比较也有多边的比较。双边的比较是两个方面的比较，多边的比较是三个或三个以上方面的比较，这是

从比较法研究对象这个角度来说的。从研究内容这个角度来看，比较可以在同一国家法律秩序之内的不同规则间进行，比如说现在公司法修改了，我们对旧公司法与新公司法进行的比较研究，或者将民法通则与刑法总则进行比较，这都是比较的过程。商法和经济法规定的不一样，这个就可以比较，法律里面分实体法和程序法，这个又有比较。本国诸多部门法之间的比较研究很多，但一般来讲并不属于比较法学的范围，而是每一个国家运用法律的本性；比较法中的比较有着更深层的含义，即指世界上各种不同法律秩序之间的相互比较。

宏观比较

当比较法所比较的是不同国家的法律秩序的时候，就可以在整体上进行比较，也就是说，对不同的法律秩序的精神和样式、思想方法和操作方法进行相互比较。这里比较研究的对象不是具体的各个问题以及解决方法，而是处理法律素材的一般方法、调节和裁决争议的程序，或是法学家从事法律工作时所使用的方法。例如，比较阐述不同的立法技术，法典编撰方式和法律解释方法，判例的效力范围、学说、对于法律发展的意义，以及各种不同的判决方式等。

微观比较

同宏观比较恰好相反，它通过比较各个法律制度或法律问题，从而比较那些在不同法律秩序中用以解决一定利益冲突的规则。举例来说，在什么前提下生产厂商该对因产品质量瑕疵造成的消费者损害承担什么样的责任？共同侵权应如何确定共同侵权人的责任？如何确定夫妻感情破裂？夫妻离婚时又该如何清偿对外债务？父母在遗嘱中是否可以剥夺非婚生子女的权利？夫妻一方是否可以将全部财产遗赠给“第三者”……像这样的例子数不胜数。

就比较法的现状而言，持微观比较观点的人占多数。他们认为比较法主要是确认构成各个法律秩序的法的基本粒子及法律规

范的原则、概念和制度，因此可以说，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，揭示各种法律秩序在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。所以我们看权威性的百科全书，对比较法这个概念有许多不同的名称，如比较法，比较法学，比较法研究，或者法律的比较研究，他们的含义都是一样的。

第二节 比较法与其他法学学科的关系

任何学科都不是独立存在的，总要与其他学科有不同程度的关系。从这一意义上讲，比较法学与哲学，政治学，经济学，文学，史学，社会学，心理学等都有关系。但这一方面的问题，一般属于法学与这些学科的关系，在法理学中研究。本节仅论述比较法学与其他一些法学学科，即法理学、法制史、国际私法学、国际公法学以及法律社会学的关系。

一、比较法与法理学

法理学（也称法哲学），主要研究有关法律现象的基本概念、知识和原理，是法学的主要理论学科，它与比较法的密切关系是不言而喻的。比较法有自己的理论，但这些理论是以法理学的基本概念和基本理论为基础的，法理学中阐述的基本概念和基本原理是比较法中必不可少的。反过来，比较法也为法理学提供了许多比较法的知识和研究成果，缺乏这些知识和成果，法理学很可能成为思辨哲学，得出片面的结论。

18世纪法国法学家孟德斯鸠（Charles Louis Montesquien，1689-1755年）所写的《论法的精神》是历史上法学理论的一部杰

作。它在这一著作中对很多国家的法律（包括中国封建社会的法律）进行了比较研究，以论证自己的法学理论，因而往往被认为是比较法学的奠基人之一。

法理学中必然要涉及不同社会制度法律的比较，它所探讨的一些问题，如法律的渊源、分类等，也是比较法所要研究的内容。但法理学主要研究一般法律，特别是本国法律的基本理论，比较并不是它的主要方法，法理学的直接目的仅在于作出理论上的概括和论证。与此不同，比较法以不同国家的法律作为自己的研究对象，它的主要方法在于比较，它的直接目的在于提供较系统的法律比较的指示。¹

二、比较法与法制史

比较法同法制史的关系，乍一看要复杂得多。乍一看很容易说，比较法的视线是落在现存世界的大量法律秩序中，而法制史的研究对象却是历史上的各种法律秩序。但事情并非如此，一方面，一切法制史的研究事实上都是运用比较法方法的一种研究：法制史学者在考察自己专门从事的历史上的法律制度（比如说罗马法）时，都不可避免地带着自己熟识的本国现代法律秩序的种种观念，因此这种研究通常是都会带着合理的比较的意识。另一方面，我们必须将“比较法制史”（*vergleichende Rechtsgeschichte*）包括在更广义的比较法的概念之内。例如，从对罗马法的学术研究进一步扩大到其他古代法，“把研究扩大到私法和公法，市民法和万民法等整个法律领域，探索希腊独特的法律和涵盖着它们的共同法律观念，中东法律文化的楔形文字法……和新近发现的地中海区域古代社会的法律……”²

1 沈宗灵著：《比较法研究》，北京大学出版社1998年版，第6页

2 Wenger, *Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, in: *Mémoires de l'Académie internationale de droit comparé* III 1(1953)p.149

三、比较法与国际私法

这两个领域，不能说是根本不同的，但却是相互影响的。国际私法或冲突法是现行的本国法的一个部门，而比较法则以一种纯科学的面目出现。但是，比较的方法对于国际私法来说，是与生俱来并具有特殊意义的。因为从诞生起，国际私法就直接建立在比较法的基础上。用比较的方法，广泛研究外国法，是国际私法自身得以存在和发展的根基。比较的方法在国际私法的研究中具有特别重要的意义，也正是基于这一特性，一些外国学者甚至称比较研究的方法为“国际私法之母”。

四、比较法与国际公法

乍一看，国际法同外国法和比较法没有什么关系，因为国际法是真正超国家的普遍性的法律。但是如果理解《国际法院规约》第38条第一款c项规定作为国际公法渊源之一的“各文明国家所承认的一般法律原则”的涵义——它是否意味着所有国家一致承认的法律原则（这只是少量的——大部分是自明的——平凡的原理）抑或是由大多数国家承认的法律原则，不使用比较法是不行的，要完全认识这样的一般法律原则也是有困难的。更因为西方资本主义各国和东方的社会主义各国之间，南北方的发展中国家和发达国家之间在价值判断上的原则性的差异，也就难上加难。而比较法的目的之一就是发现对问题的“最好的解决办法”，因此上述第38条意义上的“一般法律原则”也可以这样理解：这就是从比较各国法制资料后，所作出的明智评价中涌现出来的并被看作是解决具体问题的最好办法。对“一般法律原则”这样理解，就能够避免把这个有价值的观念变成一条“最低标准”，而且也能够让进一步的解决办法逐渐赢得一般法律原则这样的地位。

除此之外，比较的方法还在国际条约的解释、国际法概念和形式的正确理解等国际法方面富有重要成果。像契约必须守信、情势变更条款、国际法上的权利滥用学说等等国际法的规则，都