

比较法基础知识

吴大英 徐 炳 编著

法律出版社

比较法基础知识

吴大英 徐 炳 编著

法 律 出 版 社

比较法基础知识

吴大英 徐炳 编著

法律出版社出版 新华书店发行

法律出版社印刷厂印刷

787×1092毫米 32开本 3.75印张 78,400字

1987年3月第一版 1987年3月第一次印刷

印数0,001—7,000

书号6004·961 定价0.55元

目 录

一、什么是比较法？	1
二、比较法是怎样形成和发展起来的？	3
三、比较法的作用是什么？	8
四、马克思主义怎样看待比较法学？	11
五、怎样研究比较法？	13
六、比较法有哪几种基本分类？	15
七、比较法与其他法学分支学科之间有什么关系？	22
八、什么是法系？划分法系有什么意义？	31
九、怎样划分法系？	34
十、法系与法制之间有什么关系？	44
十一、大陆法系是怎样形成和发展起来的？	47
十二、大陆法系有什么特点？	57
十三、英美法系是怎样形成和发展起来的？	70
十四、英美法系有什么特点？	78
十五、伊斯兰法系是怎样形成和发展起来的？	99
十六、伊斯兰法系有什么特点？	103
十七、国外比较法教育的情况是怎样的？	112

一、什么是比较法？

长期以来，世界各国的比较法学者，对什么是比较法这个问题，存在着许多不同的意见。归纳起来，主要有以下三种观点：第一种观点认为，比较法是一门学科（但是有些人认为它是一门基本学科，有些人认为它是一门辅助性的学科）；第二种观点认为，比较法仅仅是研究法学的一种方法；第三种观点认为，比较法既是一种研究法学的方法，也是法学中的一门学科。

采取第一种观点的学者中，法国的朗贝尔认为，比较法是一门基本学科，而不是辅助学科。它的目的是要揭示文明社会中发展水平相同或相近的各国的基本立法制度的总的趋势。意大利的维基奥认为，比较法是一门独立的学科，它通过综合的方法，规定出一般的普遍的原则。因此，比较法是对法进行改造的一个有效的因素。意大利的萨法蒂也认为，比较法是一门独立的学科，它可以使各种立法接近起来。他认为，比较法的使命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”。法国的安赛尔认为，虽然比较法不是一门独立的部门法，但不能由此得出结论说，比较法只是一种方法。比较法至少比比较文学或比较语言学更应是一门独立的学科。另一些学者，如法国的萨利叶认为，比较法的目的旨在促进本国法的发展，它是本国立法技术的一种工具。比较法的任务不仅是要对现行法

进行观察和鉴定，而且要促进和完善现行法，并规定其未来的发展方向。他认为，在比较法的研究结果中，可以找出一种人类文明社会的共同法来代替自然法，但是，它只起辅助作用，它只能帮助解释和发展本国法。匈牙利法学家萨博认为，比较法是法的理论的一门辅助学科。

采取第二种观点的学者中，英国的戈特里奇原先在一九三八年曾经认为，比较法是法学的一个部门，它是对某个问题通过比较方法研究两个或几个法系的法律概念和规则。后来，在一九四五年，他否认比较法学作为一门学科的独立性，而把它看作是一种研究的方法。其理由是，通过对不同法系的法律规范的比较，决不能形成新的独立规范。苏联的吉夫斯认为，比较法是在研究国家和法的制度时运用比较的方法。比较法不是一门学科，因为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方法，并不是比较法学所特有的。保加利亚的斯坦列夫认为，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法律学科，会导致严重的不良后果。在他看来，关于比较法研究的方法本身，必须列入国家和法的理论，作为它的重要组成部门。他还认为，宏观比较（指不同法系的比较）是国家和法的理论的任务，而微观比较（指不同法系各个部分的比较）则是各部门法学的任务。

采取第三种观点的学者中，苏联的季列认为，比较法既是一种方法，也是一门学科。它是一门方法论科学，它研究法学中采用比较方法的规则：比较的客体及其选择，比较的任务，同其他方法首先是同唯物辩证法和历史辩证法的关系。

系，等等。

以上是国外比较法学者的一些观点。至于在我国，解放前一些法学家认为，比较法只是一种辅助的方法，而不是一种独立的研究方法。解放后出版的著作则采取了不同的观点。例如，《中国大百科全书》法学卷对比较法学的解释是：“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。”

毫无疑问，比较法是一种法学研究的方法，法学家采用比较方法研究法学，可以了解各国法律发展的共同的规律，以及每个国家的法律的特点。同时，比较法也是一门学科，它虽然不是任何一个国家的部门法，但有自己的特殊的研究对象，即对不同国家的法律进行比较研究，也就是对两个以上的国家的法律同时进行研究。而在联邦制国家中，对联邦的法律与联邦组成部分（邦、州、共和国）的法律进行比较研究以及对不同的邦（州、共和国）之间的法律进行比较研究，这也属于比较法的研究范围。因此，比较法既是一种法学的研究方法，也是整个法学中的一门学科。

二、比较法是怎样形成和发展起来的？

比较法的形成很早，可以说，自从有了法律和法学以来，就有人研究外国的或其他地区的法律，并对各个国家或各个地区的不同的法律制度和历史上的法律制度进行比较研究。

我国历史十分悠久，早在公元前二十一世纪，就形成了

夏朝奴隶制国家，出现了《禹刑》。公元前十六世纪至公元前十一世纪的商朝，参考《禹刑》，有所损益，制定了《汤刑》，其内容比《禹刑》更为充实，这已是初步采用了比较法。公元前十一世纪至公元前七七〇年的周朝，在制定法律时，参考了《汤刑》中的一些内容。春秋初期，各诸侯国基本上沿用西周的法律。后来，由于社会经济关系的变化，以保护封建私有制为中心内容的成文法在各诸侯国陆续出现。公元前五三六年，郑国子产先作《刑书》，后邓析又制《竹刑》。公元前五一三年，晋国也铸刑鼎。接着，其他各诸侯国群起仿效，如韩国有《刑符》，楚国有《宪令》，齐国有《七法》，赵国有《国律》，秦国有《秦律》，等等。尤其是魏国李悝（前455—前395年）所编的《法经》，最为著名，成为我国历史上第一部完整的封建法典，不仅对当时各诸侯国的立法起了蓝本作用，而且对秦汉及以后的立法也发生一定的影响。据记载，李悝“撰次诸国法，著法经”（《晋书·刑法志》），“集诸国刑典，造法经六篇”（《唐律疏义》）。这表明，李悝对各种不同的法律制度进行了比较研究，《法经》是比较法研究所产生的重大成果。

公元前六世纪初，在古希腊，雅典执政官梭伦（约前638—约前559年）曾经研究过许多城邦的法律，并对雅典的法律进行了一系列的改革。公元前五世纪，被选任从事起草罗马十二铜表法的十名执政官，也在希腊各城邦中进行了比较法的调查研究工作。公元前四世纪，著名的哲学家柏拉图（前427—前347年）曾经在许多地方旅行，除了古希腊的城邦国家以外，他还到过意大利和埃及。他在雅典见到了国家政权的多次更迭，并对许多国家和地区的法律进行观察和

研究，提出了他的社会和政治改革计划（《国家篇》），后来，又制定了他的改革国家体制和立法的方案（《法律篇》）。亚里士多德（前384—前322年）在他的名著《政治学》中，在探讨社会和政治制度时，也曾经研究过希腊和其他城邦的许多法律。亚里士多德用比较方法来研究国家的政体，对后世的政治法律思想的发展，有着巨大的影响。

在古代，由于历史条件的限制，还不可能大规模地开展比较法的研究。特别是由于各个社会集团的地方观念对外国人或“未开化的人”的蔑视，由于宗教信仰的不同以及传统的保守观念等等，使比较法的发展受到了阻碍，在相当长的时期中，它在法学研究工作中只是偶然地被使用。

比较法作为一门学科的发展，是近代的事情。有些西方学者认为，法国的孟德斯鸠（1689—1755年）最早把比较方法用于对国家和法律的研究，甚至推崇他为比较法学的创始人。诚然，孟德斯鸠对许多国家的政体和法律进行了比较研究，并且试图从比较法学中找到法律发展的规律。他认为：

“每一个个别的法律都和另一个法律联系着，或是依赖于一个更具有一般性的法律。”^①但是，由于时代和阶级的局限，孟德斯鸠并未能真正做到对各国的法律进行科学的考察。他认为，法律归根到底是由气候所决定的，把地理环境对法律的影响夸大到了十分荒谬的程度，这就使他对于比较法学未能提出真正科学的见解。

德国历史法学派的代表人物胡果（1764—1844年）、萨维尼（1779—1861年）、普赫塔（1789—1846年）等人对法律

^① 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，商务印书馆，1961年版，第37页。

进行了历史的比较研究。他们认为，法律是“国民精神”的表现，而这种“国民精神”正象语言一样，是在历史过程中逐渐形成的。他们认为，立法者只是把已经形成的法律记录下来而已，因此他们极力反对通过立法手续修改现行法律。萨维尼说，由于法典的存在主要是作为国家法律的重申或具体化，如果国家在政治、社会和经济上达到成熟之前追求编纂法典，便会使法典成为国家发展的障碍。他们特别推崇习惯，把习惯放在法律之上，以此来维护已经过时的封建制度。因此，马克思指出：“有个学派以昨天的卑鄙行为来为今天的卑鄙行为进行辩护，把农奴反抗鞭子——只要它是陈旧的、祖传的、历史性的鞭子——的每个呼声宣布为叛乱。”^①这种所谓历史比较研究，当然谈不到什么科学性。

法学家自觉地和系统地把比较法作为一种科学方法或法学中的一门学科，是十九世纪中叶的事。随着资本主义制度的确立、国际交往的增加以及近代资本主义国家大量制定法律，对法律的比较研究开始广泛地开展起来。一八三一年，法国的法兰西学院设立了第一个比较立法讲座。一八五〇年至一八五二年期间，英国的莱昂尼·莱维发表了一本比较法的著作，题为《商法，它的原则和管理；大不列颠商法与罗马法以及其他五十九国家的法典或法律的比较》。一八六九年，在法国巴黎成立了比较立法学会。该会会员广泛地搜集外国的立法材料，同法国的立法进行比较，以改善法国的立法。当时，也有人为了要证明拿破仑法典的正确，并论证它对全世界的影响，而对外国法进行比较研究。一八六九年，

^① 《马克思恩格斯全集》，第1卷，第454页。

英国牛津大学也开设了历史比较法学讲座，对古代的各种法制加以比较研究。一八七六年，法国政府在司法部设立外国立法调查会。一八九四年，德国成立国际比较法学经济学协会。一八九五年，英国成立英国比较立法学会。一九〇〇年，在法国巴黎举行了第一次国际比较法学会议，来自欧洲各地的法学家在会上发表了论文，讨论比较法的性质和目的。由于参加会议的学者几乎都是大陆法系的法学家，因此会议强调比较法的主要作用在于促进法典化国际立法的制定。会议打算制定一个“文明世界的普通法”，但是没有成功。一九二四年，成立了国际比较法学会。

第二次世界大战以后，随着国际交往的日益频繁，比较法得到了国际的公认，有了广泛的发展。国际比较法学会广泛地开展了活动，从一九五〇年召开第三届国际比较法大会起，每隔四年召开一届大会。最近几届的情况是：第十届大会于一九七八年在匈牙利的布达佩斯召开，第十一届大会于一九八二年在委内瑞拉的加拉加斯召开，第十二届大会将于一九八六年在澳大利亚的悉尼召开。

一九五〇年，在联合国教科文组织的支持下，建立了国际比较法委员会，其任务是“通过在全世界普及对外国法的研究，并在法律科学中采用比较方法，来鼓励各国相互了解和传布文化。”（该会章程第三十四条）后来，该会改组为国际法律科学协会，现在世界上有几十个国家的比较法协会作为它的国内委员会。它发起编辑《国际比较法百科全书》，有世界各国三百多位法学家参加，由德意志联邦共和国汉堡的马克思普朗克协会的外国法和国际私法研究所负责编辑，并已分卷陆续出版。

一九六〇年，在法国巴黎建立了国际比较法协会，该会的主要目的，是促进比较法学的开展和对外国法的研究，其活动包括建立法律系、法学院、法学研究中心，组织讨论会、学习班，设立图书馆，出版各种著作，并同其他的比较法团体合作。该会在法国的施特拉斯堡设立了一个讲授比较法的国际学院，这个学院每年到欧美各地不同的城市举行讲座，讲授比较法的基本知识。

此外，还有许多国际性的比较法机构和团体，如国际劳动法和社会保险法学会、国际刑法学会、国际法学图书馆协会等等。有些国际性的法律工作者协会，如国际法律协会、国际律师联盟、国际律师协会等等，也组织集会，出版有关比较法问题的报告集。有相当多的国际学术组织，不管是否采用“比较法”的名称，其活动都是建立在比较研究的基础上的。这些组织举行的学术讨论会，对推动比较法研究起了积极的作用。

三、比较法的作用是什么？

第二次世界大战以后，比较法的研究在世界各国有了重大的发展，其根本原因在于研究比较法无论在理论上或是在实际上都有很大的作用。这些作用大体上可以归纳为以下五个方面：

第一，比较法可以推动法律思想和法制史的研究。探讨法律观念的起源或探索古代社会的某些法律制度和规则时，比较法可以起很大的作用。马克思指出：“极为相似的事情，但在不同的历史环境中出现就引起了完全不同的结果。

如果把这些发展过程中的每一个都分别加以研究，然后再把它们加以比较，我们就会很容易地找到理解这种现象的钥匙。”^① 法学理论中的许多重要问题，如法律的起源、法律的概念、法律的本质、法律的形式、法律的制定、法律的适用、法律的解释、法律的制裁等等，都需要用比较的方法，来加以研究。通过比较法研究而得到的关于各种不同法系的材料，对于法学理论来说，是十分重要的，对于法制史来说，更是必不可少的。

第二，比较法有助于改进国内的立法。近代资本主义国家的立法，与比较法的发展有着密切的联系。美国、加拿大、澳大利亚、印度和尼日利亚采纳英国的普通法；法语系非洲国家、马达加斯加和埃及采纳法国的法律；土耳其采纳瑞士的法律；日本的法律在历史上受到中国法律的影响，明治维新以后采纳德、法两国的法律，第二次世界大战以后兼采美国的普通法。英国一九六五年的《法律委员会法》明文规定，负责从事广泛的法律改革准备工作的法律委员会，必须“搜集该委员会委员认为可能有助于完成其任何一项任务的其他各国法律制度的情报”。以欧洲来说，大多数国家在商法、刑法、环境保护法、劳动法、社会保险法、家庭法、诉讼法和行政法等方面的立法的发展，都是十分类似的。某个国家对法律所进行的改革，如果取得实效，就往往被其他国家引进，再结合本国的具体条件，作某些必要的修改。例如，英国的支票、德国的有限责任公司以及比利时的在刑事案件中延期执行的缓刑制度等等，都是在其他国家的立法发展史

^① 《马克思恩格斯全集》，第19卷，第131页。

中被作为模型而仿效的实例。当然，这些都是资本主义国家，他们的法律可以互相引进。然而，即使是资本主义和社会主义两种根本不同的社会制度的法律，也有可以互相借鉴之处。早在一九二二年，列宁在苏维埃政权制定苏俄民法典时指出：“不要迎合‘欧洲’，而应进一步加强国家对‘私法关系’和民事案件的干涉”，同时又指出：“凡是西欧各国文献和经验中所有保护劳动人民利益的东西，都一定要吸收。”^①

第三，比较法有助于各国之间外交关系的发展和促进国际协议的达成。一个合格的外交官的条件之一，是熟知有关国家的各种法律。早在十六世纪，英王亨利八世就在各大学设立罗马法讲座，培训英国派往欧洲大陆各国的外交官。这一措施，曾经取得显著的成效。比较法能使外交家、政治家和法学家在国际会议上了解外国的观点，促进相互之间更好地谅解。一九四五年的国际法院规约第三十八条规定，法院所运用的国际法，包括“一般法律原则为文明各国所承认者”，这显然需要借助于比较法的研究。联合国教科文组织的章程也提倡在世界范围的规模上研究外国法和比较法，以便促进各国相互了解。

第四，比较法在对外贸易中有重要的实际用途。商人如果打算在国外投资或签订合同，必须了解外国的法律。一九二〇年，法国里昂设立第一个比较法研究所，就是为了培养法国对外贸易的法律顾问。现在，德意志联邦共和国各大企业除了有自己的法律顾问之外，还与各个比较法研究所保持密

^① 《列宁全集》，第33卷，第173页。

切的联系。任何外贸工作者如果无法确定他们所签订的协定应该遵守哪一个国家的法律，也就是说，有关外贸方面的纠纷要提请哪一个国家的法院来解决，就会使他们踌躇不定，难于决断。因此，开展对外贸易需要进行比较法的研究。

第五，比较法有助于提高法律教育的质量。一个国家的法律教育如果只局限于讲授本国的法律，就会使学生目光短浅，知识贫乏，难于胜任将来他所要担负的工作任务。因此，现代世界各国都很重视对学生的比较法教育。比较法可以向学生提供一个新的境界，增加许多知识，并提高他们的思考能力。

四、马克思主义怎样看待比较法学？

比较方法是通过比较来认识事物的一种方法。它通过同已知的事物进行比较而认识未知的事物。通过把一种现象同其他现象进行比较而弄清这一现象。

在自然科学中，比较方法是经常采用的。例如，在生物学的研究领域，居维叶于一八〇五年著有《比较解剖学论》，随后，又出现了比较生理学和比较胚胎学的研究及著作。在近代，由于有了系统地进行的科学旅行和科学探险，有了许多专家的考察，有了许多科学的进步，正如恩格斯指出：“这一切积聚了大量的材料，使得应用比较的方法成为可能而且同时成为必要。”^①在人文科学中，比较方法也是经常采用的。“真正的比较文学”始于卢梭。一八三〇年的

^① 《马克思恩格斯选集》，第3卷，第453页。

浪漫主义运动提出，不从古代而从现代，不从希腊、罗马而从英国、德国的戏剧、诗歌中汲取创作源泉。比较科学和比较文学，成了比较法学的先导，带动了法学领域的比较研究。

马克思主义经典作家采用了比较方法，他们在法学领域中所作的科学结论，是以不同的国家制度和法律制度的对比和分析为基础的。马克思和恩格斯的《共产党宣言》、恩格斯的《家庭、私有制和国家的起源》、列宁的《国家与革命》和《论国家》等著作，在这方面为我们作出了光辉的榜样。

恩格斯认为，要进行比较，首先必须收集一定的材料，然后才能对相应的现象进行比较分析。他指出：“这首先是自然科学和历史研究的任务；而这些科学部门，由于十分明显的原因，在古典时代的希腊人那里只占有从属地位，因为他们首先必须为这种研究搜集材料。只有当自然和历史的材料搜集到一定程度以后，才能进行批判的分析和比较，并相应地进行纲、目和种的划分。”^①

马克思主义经典作家利用比较方法研究国家和法律的经验，对于法学研究具有重大的意义。恩格斯对古希腊人、古德意志人和易洛魁人的社会制度进行了比较分析，研究了罗马、雅典、斯巴达国家的产生，并得出了结论。阐明了国家的一般概念。他指出，国家是社会划分为阶级的产物，“国家和旧的氏族组织不同的地方，第一点就是它按地区来划分它的国民。……第二个不同点，是公共权力的设立。”^②当

① 《马克思恩格斯选集》，第3卷，第417—418页。

② 《马克思恩格斯选集》，第4卷，第166—167页。

摩尔根对易洛魁人的社会制度进行调查研究引起了反动的历史学家猛烈攻击的时候，恩格斯在一八九一年十一月十三日致考茨基的信中写道：“目前出现了新的因素，即有了从事比较法律学的法学家，尽管他们有其消极的方面，但或许可以击破这个老朽的小集团。”^①由此可见，恩格斯对比较法学是十分重视的。恩格斯还利用比较方法，科学地解释了封建制国家和资产阶级国家在法律中袭用奴隶制国家的罗马法的原因。他指出：“罗马法是纯粹私有制占统治的社会的生活条件和冲突的十分经典性的法律表现，以致一切后来的法律都不能对它做任何实质性的修改。”^②

列宁在《论国家》一文中，对各种社会经济形态的主要类型的国家和法律进行了比较和分析，这是大家都熟悉的。列宁在写作《新工厂法》时，也利用了比较方法，并全面地研究了过去颁布的俄国法律。列宁强调说：“如果要作历史类比，那就应当分清并且确切指出不同事件的共同点，否则就不是作历史对比，而是信口开河。”^③

总之，马克思主义经典作家对待比较法学的态度和采用的方法，对于我们学习和研究比较法，具有重要的指导作用。

五、怎样研究比较法？

研究比较法，基本上可以采取两种方法。第一种方法是横的比较，也就是对同一时期的两种或两种以上的对象进行

① 《马克思恩格斯全集》，第38卷，第108页。

② 《马克思恩格斯全集》，第21卷，第454页。

③ 《列宁全集》，第17卷，第57页。