



比较民法与判例研究

第一卷

Comparative Civil Law and Case Study Vol.1

詹森林 朱晓喆 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



比较民法与判例研究 第一卷

Comparative Civil Law and Case Study Vol.1

詹森林 朱晓喆 主编



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

比较民法与判例研究. 第一卷 / 詹森林, 朱晓喆主编.
—北京: 法律出版社, 2015. 4
(上海财经大学法学文丛)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7707 - 9

I. ①比… II. ①詹…②朱… III. ①民法—研究—
中国 IV. ①D923.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 058445 号

比较民法与判例研究(第一卷)

詹森林 朱晓喆 主编

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 4 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 36 字数 652 千

印次 2015 年 4 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7707-9

定价:78.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

“没有附带判决的法律,犹如没有肌肉的骨架。”

——恩斯特·拉贝尔

目 录

绪 言

- 比较民法与判例研究的立场和使命 朱晓喆(001)

主题演讲

- 法释义学、比较法与案例研究 王泽鉴(020)

判例与比较法

- 外国法对本国判例的影响 詹森林(027)

主题案例比较研究之一:第三人“惊吓损害”侵权责任

第三人惊吓损害侵权责任的比较法研究

- 关于德国、瑞士、奥地利、日本及英美的国别报告 (034)

第三人“惊吓损害”的法教义学分析

- 基于德国民法的理论与实务的比较法考察 朱晓喆(036)

- 惊吓损害、健康损害与精神损害:以奥地利和瑞士的司法实践为素材 谢鸿飞(061)

试论第三人间接损害赔偿问题

- 以日本的学说及实践为中心 周江洪(079)

英美法上第三人精神受刺激案型的处理及对我国的借鉴意义

- 以第三人派生的请求权与独立的请求权及其关系为视角 孙维飞(098)

主题案例比较研究之二:第三人干扰婚姻关系的民事责任

- 第三人侵扰婚姻关系法律问题的比较法研究 (123)

第三人干扰婚姻关系之侵权责任

- 台湾地区之经验及比较法之观察 詹森林(126)

干扰婚姻关系的损害赔偿:意大利的法理与判例	薛 军(143)
德国法上干扰婚姻关系与抚养费追偿	庄加园(156)
法国法上通奸第三者的侵权责任	叶名怡(173)
第三人干扰婚姻关系的民事责任	
——以日本法为素材	解 亘(189)
通奸与干扰婚姻关系之损害赔偿	
——英美法的视角	孙维飞(206)

主题案例比较研究之三:提单请求权与运输合同关系的比较法研究

大陆法系提单与运输合同请求权的比较法研究	(218)
提单上的请求权移转与货物物权变动	
——怡诚航运公司与日本邮船株式会社海上货物运输合同纠纷案	
评释	庄加园(221)
日本法上的提单效力问题简评	周江洪(235)
载货证券之效力及其与运送契约之关系	叶启洲(256)

民商法原理与案例研究

台湾地区“最高法院”法官造法案例的浅析	
——以违章建筑事实上处分权为例	许政贤(268)
违章建筑事实上处分权之理论建构	张永健(285)
占有连锁的存在与本质	
——在任意规定与当事人意思	游进发(309)
承诺传递迟延的制度安排	
——兼论效果与评价相互调适的法方法	叶金强(321)
论前合同责任的归责标准	张家勇(330)
违约金酌减规则论	王洪亮(351)
论保证	
——以台湾地区“最高法院”相关判决为中心	曾品杰(369)
由保证债权诉讼时效中断规定看保证人继承人是否为保证人之问题	
——台湾地区“最高法院”的观点	吴瑾瑜(390)
加盟契约在台湾地区司法判决带来之民事争议	
——从加盟契约之目的出发	向明恩(400)

两种观念影响下的《侵权责任法》及其体系	张 谷(422)
论权利与利益的区分保护	
——从个案分析到体系建构	于 飞(441)
受害人特殊体质对侵权责任之影响	孙 鹏(457)
论侵权法上因果关系与过错的竞合及其解决路径	李中原(474)
规制性规范与侵权法保护客体的界定	朱 虎(498)
意大利法中非财产性人身损害赔偿制度及其对我国的启示	张礼洪(523)
论人格权之经济利益与损害认定	王怡苹(532)
论侵权法上的产品跟踪观察义务	周友军(546)
从“飞机旅行案”看德国的民法方法论	傅广宇(558)

绪 言

比较民法与判例研究的立场和使命*

朱晓喆**

目 次

一、引言

二、重申一个立场:比较法与法教义学

三、从概念比较到案例比较

四、比较民法与判例研究在中国:何以可能? 如何实践?

五、结语:参与法秩序的有机形成和发展

一、引言

19 世纪伟大的德国法学家耶林(Jhering)在《不同发展阶段的罗马法精神》的开篇谈到罗马法对于当代世界的意义时,就法律继受提出过著名的“金鸡纳霜”比喻:

“继受异域法制不是一个民族性的问题,而仅是一个简单的合目的性和需求的问题。在自家中有同样好的或更好的东西时,没有人愿意再从远处获取之;但只有傻子才会因为金鸡纳霜不是生长于自己园圃中而弃之不用。”^①

耶林是将罗马法与当代法律世界作一种历史的纵向比较。20 世纪的比较法学家一再借用这个比喻来说明,制定法律应尽可能借鉴国外好的法制经验,不能因为它是“外国

* 本文主题的灵感来自聆听王泽鉴教授的讲演《法释义学、比较法与案例研究》和詹森林教授的讲演《判例与比较法》(讲演稿均已收入本文集之中),笔者在此特意致谢。感谢研究文献资料的提供者以及文章初稿的批评者们,没有你们的帮助和讨论,本文难以达到现在的程度,在此一并致谢。本文发表在《华东政法大学学报》2015 年第 2 期。

** 上海财经大学法学院教授、比较民法与判例研究所所长。

① Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Erst Theil, 2. Aufl., 1866, S. 8-9.

的”就基于民族国家情结而加以拒绝。^②可见,不论是历史比较还是国别比较,继受异域法制的合理因素,反思本国法治建设并促进其迅速发展,是比较法的基本功能。

就理论而言,比较法对于当代中国法治建设的意义,各路学者诸种流派,自是洋洋洒洒难以尽书。要而言之,可述三端:其一,在知识论上,比较法提供国外法制文明经验,增进对异域法律的了解,使我们认识到本土法制的局限以及法律文化的多样性。其二,在立法上,通过比较法认识国外同类问题的规范模式,于制定法典中予以借镜,可达事半功倍之效。翻阅当下中国各种民法典草案以及全国人大法工委组织撰写的各个民事法律的注释书,各国相关民法条文的对比参照是一个重要的环节。其三,在司法中,如涉及继受法律的解释适用,比较法有助于追根溯源澄清法律条文在其继受母国法中的本意,便于裁判机构准确理解与适用。暂且不论比较法对于法律统一化的作用,站在中国本土法治建设的立场思考,一言以蔽之,“洋为中用”是比较法在当代中国的根本意义。

二、重申一个立场:比较法与法教义学

1925年德国法学家恩斯特·拉贝尔(Ernst Rabel)在其宏文《比较法的任务及必要性》中即已提出比较法研究的三种进路:教义学或体系式的比较、历史的比较、总论式或法哲学的比较,他并且指出,当务之急是教义学的法律比较。^③然而在我国,名为“比较法”的研究大多注重后两种进路,而对前者尚未达到清醒的认识和自觉。

尽管在法学研究中如何运用外国法并无定式,但研究者需要警醒自己,怎样查明和处理一项外国法资料、怎样用它来说明自己的观点。实际上,研究路径取决于研究者选择的立场。笔者认为,致力于比较法的研究者须从如下两个角度自我辨识和取舍。

首先,比较法研究不是简单的外国法制介绍。如果仅就国外的典章制度、法律规定及其实践作介绍和评述,不作分析比较,或仅作形式的对比,那只是一种“描述性比较法”。这样的比较法研究源于缺乏本土的问题意识,没有现实的目的指向,其研究成果也只是增加了我们关于某法域的信息储备而已。例如“某某法系研究”或“某某洲法研究”即属此类。如果研究者定位于纯粹的外国法制研究或导论式简介,亦无可——既然仅求知识介绍,不需比较,问题意识亦可有可无。至于形式上比较或将不可比较之物进行比较,虽然看似比较,但比较的意义不明确。例如,如果将中国古代的《唐律》与《法国民

^② Rabel, *Die Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, München 1925, S. 10. [德]茨威格特/克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第24页。[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第74页。

^③ Rabel, *Die Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, der Hochschulbuchhandlung Max Hueber, München 1925, S. 2-3.

法典》对比分析,得出结论认为前者是一部刑主的法典,后者是一部民法典,则比较的目的何在呢?意大利比较法学家萨科(Rodolfo Sacco)称这种“平行地对不同国家的资料的表述”是“最为粗糙和不太科学的一种比较”。^④

比较法研究不是单纯地搜集和了解外国法制状况,而是要解决实践问题。尽管各国社会体制不同,但总有些问题同样都要面对,尤其是在普遍理性程度较高的私法领域,例如,买卖标的物的所有权和价金风险何时发生转移,违约责任如何承担,纯粹经济损失是否赔偿等,都是任何市场经济国家必须要解决的法律问题。只不过不同国家的法律制度可能以不同的方式处理这些相同或类似的问题。因此,以法律事实所提出的问题为切入点,抛开各国法律规定的概念和条文的表面区别,从制度的功能确立比较的“关联项”,探寻法律问题的解决方案——这种由拉贝尔在20世纪20年代提出的功能主义方法论仍是当今世界比较法研究的根基和主流。^⑤

当然,功能主义比较法学家有时为服务于法律统一化目的,强调各国法律的相似性,隐含着欧洲中心主义和法律进化论思想,因而受到诸多批评和质疑。^⑥事实上,各民族国家的法律如同其文化语言,存在巨大的差异,追求完全一致是不可能的任务。当代比较法研究已经发现:在不同的法律规定或判例下面可能隐藏着相同或相似的答案,也有可能相同的条文或规定之下实际的运作结果却迥然各异。各国法制相似性与差异性的并存是比较法研究面临的实际状况。因此,有学者建议可以根据自己的研究目的需要,关注各国法制的相似性或差异性。例如,如果为实现统一法的目的,更需要寻求普遍认可的法则;如果为解决立法和司法中的个别问题,比较法上或许可得到相同的答案,但如果为革新本国制度,则更倾向于考察国外不同的法制;如果纯粹为了获取外国法制的知识,则研究者既要考察相似性,也要注意到差异性。^⑦此外还有更为超脱的立场,例如萨科认为比较法学仅仅是为了获取理论知识,至于借鉴外国法、改良本国法,则是对其进一

④ [意] 罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲等译,商务印书馆2014年版,第22~23页。

⑤ [德] 茨威格特/克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第46页。[日] 大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第86~90页。Ralf Michaels, The Functional Method of Comparative Law, in: Reimann/Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press 2006, pp. 339~382.

⑥ See Dannemann, Comparative Law Study of Similarities or Differences? Reimann/Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press 2006, pp. 389~396. Markesinis, Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years, Hart Publishing 2003, pp. 38~45. 朱淑丽:“挣扎在理想和现实之间——功能主义比较法90年回顾”,载《中外法学》2011年第6期,第1291~1296页。高鸿钧:“比较法研究的反思”,载《中国社会科学》2009年第6期,第168~170页。

⑦ Dannemann, Comparative Law Study of Similarities or Differences? Reimann/Zimmermann (eds.), The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press 2006, pp. 401~406.

步的利用,与比较法研究本身没有关系,因此,比较法不仅应捕捉不同国家法律间的共同内核,也应捕捉各个法律体系的独特之处。^⑧ 总之,法律的地方差异性客观存在的事实,不因是否采用功能主义而受影响,研究者应根据研究需要关注相似性与差异性。

总之,比较法研究应采取功能主义方法,对各国法制可比较的关联项进行比较分析,避开不可能或无意义的比较,于比较中寻求较优的问题解决方案,助益本国法治发展,但同时允许保留各国法制的差异性,循序渐进以图法律统一。至于寻找何种有意义的比较关联项,可从宏观的社会体制背景或具体法律制度分析入手作业。

因之,我们进入第二层面的立场选择问题:即宏观比较与微观比较。^⑨ 前者着重研究不同国家法律秩序的一般精神或样式、立法模式、纠纷解决机制、法律实施效果乃至历史文化背景等。后者是对法律秩序的基本构成要素(制度、规范、判例)的比较研究。拉贝尔所说的“历史比较”和“总论式比较”与前者大致相当,而后者主要就是教义学比较。以上两种研究路径并无优劣之分,在当下中国而言,我们既需要了解他国或国际上法律体系的一般状况和法律精神,也需要踏踏实实地研究国外的具体法律制度问题。

我国以往的比较法研究,过于侧重前者,而偏废后者。^⑩ 或许这是中国近30年以来比较法学发展合力造成的一种倾向。以法学界引用率超高的译著——茨威格特和克茨的《比较法总论》为例,翻译该书所依据的德文版和英文版均分为两卷,上卷是总论,下卷是私法制度,^⑪但1992年由潘汉典教授领衔翻译的《比较法总论》(贵州人民出版社),却只翻译了上卷,因而多数中文读者无缘得见该书下卷展开具体私法制度的详细分析。尽管该书是比较法领域的经典,影响力极大,但仅翻译出版的上卷给中国读者留下的印象却是比较法似乎就是总论性研究。^⑫ 随后国内出版的比较法译著,因循此种风格,出现繁荣的局面。例如,美国学者格伦顿的《比较法律传统》(米健/高鸿钧/贺卫方译,中国政法大学出版社)、埃尔曼的《比较法律文化》(贺卫方/高鸿钧译,清华大学出版社)、梅利

⑧ [意] 罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲等译,商务印书馆2014年版,第25页、第29页。

⑨ [德] 茨威格特/克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第6~8页。[日] 大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第63~64页。

⑩ 相同的观察结论参见许传玺:“从实践理性到理性实践:比较、比较法与法治实践”,载《浙江大学学报》2014年第5期,第144页。

⑪ 德文版:Zweigert/ Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, Band I: Grundlagen/ Band II: Institutionen, Mohr Siebeck 1971/1969。英文版:Zweigert/ Hein Kötz, An Introduction to Comparative Law, volume I, The Framework / volume II, The Institutions of Private Law, translated by Tony Weir, Amsterdam North-Holland Pub. Co., 1977。中译本分别依据德文第二版(1984年)和英文版(1987年)以及日文版(1974年)翻译。该书德文版于1996年修订后合为一卷,1998年英文版合为一卷。

⑫ 值得提及的是,20世纪80年代上海译文出版社引进出版的两本法国人著作《当代世界主要法律体系》(勒内·达维德著,漆竹生译,1984年版)和《比较法导论》(勒内·罗迪埃著,徐百康译,1989年版),也是宏观比较法研究的典范。

曼的《大陆法系》(顾培东/禄正平译,法律出版社)、威格摩尔的《世界法系概览》(何勤华等译,上海人民出版社),日本学者大木雅夫的《比较法》(范愉译,法律出版社)、意大利学者萨科的《比较法导论》(费安玲/刘家安译,商务印书馆)。国内学者亦有跟进,撰写此类教材和著述,例如沈宗灵《比较法总论》(北京大学出版社)、朱景文的《比较法总论》(中国人民大学出版社)、米健的《比较法学导论》(商务印书馆)、郑祝君的《比较法总论》(清华大学出版社)等。此外,高鸿钧、贺卫方教授主编的“比较法学文丛”(包括译著和专著),选题偏重法律文化和法律思想。何勤华教授主编的“比较法文丛”的选题偏重法律史。总之,国内研究总论的比较法学家对微观的法律制度关注较少。或许是由于我国法学家的学科界限意识强烈,法理学或法制史研究者更愿意将总论性的比较法视为己任,而将制度的比较抛给了部门法学者;又或许是宏观比较法学家未培养出贯通微观研究的能力。

法律根植于一国的社会政经土壤之中,宏观研究固然能够揭示不同法律的社会背景,使人知其所由。但是,缺乏具体法律规范思维的比较法研究,容易滑向无边的哲学思索;更严重者,得出令人难以捕捉的文化解释性结论,或提炼几句似是而非的哲理警句。而且这样的比较法往往系于研究者的个人魅力或语言表达、写作文风。英国比较法学家马克西尼斯(Markesinis)观察指出:20世纪60年代英国的比较法学家倾向于结合罗马法和法律史研究,博学而优雅,但是在经历一段繁荣的黄金岁月后,并未给后人留下任何方法,因而随着一代天才人物的逝世,比较法也就随之中落,他痛心疾首地说:“比较法学成为具有人格魅力的布道者们的(个人)财产,而不是作为满足社会需要的工具。当布道者遍地都是,比较法也就繁荣昌盛,但它是建立在并不牢靠的基础上,终不能挽救其衰落。”^⑬其实即便这样的比较法研究后继有人,再精彩的宏大理论,也因其无法满足社会需求、不能在本国法制建设中被直接利用,终将会被边缘化。至于说陶冶法律文化情操、提高法理修养云云,那是个人的兴趣和体验,自当别论。

相比而言,倒是部门法尤其是民商法领域的学者,更倚重制度的比较法研究。例如,20世纪90年代开始梁慧星教授主编的“中国民商法专题研究丛书”(法律出版社)出版了大量制度比较法的著述。民商法系列译著的繁荣也给民法制度比较带来了研究便利,例如徐国栋组织翻译的“外国民法典译丛”、吴越教授组织的“德国法学教科书译丛”及“中国·欧盟法律研究系列丛书”、米健教授组织的“当代德国法学名著”、李昊教授组织的“欧洲侵权法与保险法译丛”,还有其他英美、日本方面的译著,等等。比较民商

^⑬ Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publishing 2003, p. 25.

法的繁荣由此可见一斑。

在当下中国,再如何强调具体的微观比较法研究都不算过分。功能主义要求比较法研究者挑选可供比较的法律问题。尽管一国的法律典章、司法程序或法律意识等领域存在诸多研究课题,但在民法或部门法研究者眼中,法律问题就是“法教义学”(Rechtsdogmatik)问题,也即关于实在法的解释和适用的一切理论和实践问题。具体在民法上,法教义学问题主要是:当一事实满足法律构成要件时将产生何种权利义务的法律效力,并展开其说理。法律作为一种社会规范准则,法学作为一门独立的学问,其根本在于法律因其规范性效力而具有解决问题的实践特性,因此,比较法只有与法教义学相结合,才能提出适合法律人思考的问题,才能发挥比较法应有的功能。正如拉伦茨(Larenz)教授所说:“比较法之成为可能并取得丰硕成果,正是基于:某一实证法秩序的解决方案通常也是针对一般的、以相同或类似方式出现在所有或大部分法秩序中的法律问题的答案。”^⑭换言之,由于法教义学问题的普遍性,正适合于比较法的分析。

米健教授主张,比较法应该运用于所有的部门法之中,与部门法灵体合一对此,笔者极为赞同;但另一方面他又认为,部门比较法只是一种实用的、旨在解决具体问题的比较法学,“充其量只是比较法学的一个基本层次或一个方面。而它作为一种思想方法和精神境界的使命,只能由比较法学家们去实现”。^⑮借用米健教授的一本书名《出法入道》(法律出版社2005年版),所谓追求“思想方法、精神境界”的比较法或许就是一种“道”,而部门比较法则为“器”。求道得道,自是每个中国学人向往的状态,但是,在纷繁陆离的世界法律丛林中,踏出一条小路就已经够艰难了,求道谈何容易,况且无可名状的“道”本就难以捉摸。人的研究精力总是有限,纵观20世纪比较法发达史,一些世界级的大师也只在限定的领域作出应有的贡献。例如拉贝尔的学术生涯虽然始于罗马法研究,但他在1916年领导慕尼黑的“外国法和国际法研究所”之后,便将重心转至现代法,并自觉地将比较法研究与那个时代法律职业者的利益和需要联系起来,其兴趣始终在具体私法问题上而避免空谈;再例如,将功能主义传播至美国的德裔比较法学家施莱辛格(Schlesinger)能够在美国法学院立足,得益于其著述和课程的实践取向,因为美国法学教育的职业性质决定其难以容忍课堂上的哲学思辨或泛泛之论。^⑯因此,马克西尼斯教

^⑭ Larenz/Canaris, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Springer 1995, S. 15.

^⑮ 米健:“比较法学的涅槃与再生”,载《比较法研究》2007年第5期,第114页。宏观比较法学家往往突出与部门比较法不同之处,勒内·达维德也区分“运用比较法的法学家”和“比较法学家”两种身份。参见[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第16页。

^⑯ Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publishing 2003, pp. 6, 13.

授建议:“将比较法发现的素材和洞见交给哲学家,由其织入哲学理论;但绝不允许哲学家有机会干涉比较法家的研究进程和方法,否则,他们(和历史学家一样)会将比较法学从实践世界分离,而不是促进其广泛利用。”^⑩这些比较法学家并非没有能力追求“道”,只是实践问题对他们的拷问来得更直接有力,促使其眼光向下,担当满足社会需要的研究使命。更何况,具体的“器物”研究中,何尝不可论道?将“道”之追寻蕴于日常的“器”之打磨,或可进入另一种学问境界。

三、从概念比较到案例比较

比较法研究与法教义学结合,有助于发掘有价值的研究课题。制定法以及对之解释和建构形成的法学知识体系是法教义学的主要组成部分,顺理成章地成为比较法研究者关注的重点内容。功能主义并不反对基于制定法及其概念体系的比较研究,^⑪但我们也要清醒地认识到其局限性。

众所周知,19世纪《法国民法典》的颁布和传播,使得欧洲各国掀起一股法典化的热潮。与此同时,伴随法律实证主义观念的上升,国家制定法被认为唯一的法律渊源。这一时期欧洲出现大量的“比较立法”研究,其工作主要是翻译外国的法律,供作本国立法的参考。^⑫与此同时,德国兴起的潘德克顿法学力图将民法构建为一个逻辑自恰的概念—规则体系,法教义学即表现为概念法学。如果认为法律(Recht)就是制定法(Gesetz),法学就是概念体系知识,那么建立在这些表面形式之上的比较法必将行之不远。因为,不同国家立法所使用的语言技术、规范模式及其法学体系不尽相同;即使同样的法条规定,实际的运作结果也可能不同。仅从这些表面现象,既得不出各国法律的共通性,也看不出真正的差异。

举例而言,《德国民法典》物权编中第1004条第1款规定所有权人遭受或可能遭受他人非以侵夺占有方式的侵扰(Störung)时,得针对侵扰人提出“排除妨碍或不作为请求

^⑩ Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publishing 2003, p. 55.

^⑪ 任何比较法研究都建立在尽量准确详尽的“国别报告”基础上,而国别报告最主要的调查对象正是制定法及其相应的概念知识体系。而且,概念体系有助于研究者把握宏观的法律格局,因此,长期以来,制定法及其概念体系,始终是比较法研究的基础和重点。例如,如果我们想了解德国民法在某个法律问题上的处理情况,那么最直接有效的办法就是查阅民法典的评注书(如《慕尼黑民法典评注》、《施陶丁格民法典评注》),其中包括法条及立法理由说明,对法律概念和法条含义的解释,对法条适用要件和法律效果的分析,以及学理上的评判等。此外,还有大量的司法案例线索供参考。

^⑫ Bénédicte Fauvarque-Cosson, *Development of Comparative Law in France*, Reimann/Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press 2006, pp. 41-42. [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第47~48页。

权”(Beseitigungs-und Unterlassungsanspruch)。我国《民法通则》所有权制度中并未规定这一物权请求权,而是在第134条第1款规定“停止侵害、排除妨碍、消除危险”作为民事责任的承担形式(《物权法》第34条规定为物权请求权,《侵权责任法》第15条规定为侵权责任)。倘若研究者先入为主地将德国民法作为参照的概念体系,可能得出结论说在《民法通则》下的所有权制度不包含保护所有权人免受他人侵扰的规则。但受过中国民法教育的法律人应该清楚,尽管与《德国民法典》第1004条第1款的用语和体系定位不同,但作为民事责任的“停止侵害、排除妨碍、消除危险”同样可以达到防御他人侵扰行为的效果。对此,或许比较法上正确的设问是:倘若所有权人遭受他人的妨碍或有可能妨碍之虞,权利人得以何种私法上的工具保护自己?

由此可见,制定法及其概念体系的局限性也制约着比较法的发展。而功能主义从社会生活事实出发,以法律问题的提出和解决为思考中心,不拘泥于实定法或概念体系的差异。如拉贝尔的教谕:“我们不是比较呆板的数据和孤立的条文,我们比较的毋宁是:从这个或那个国家的全部法律生活整体中,就同一个生活问题产生哪一种解决方法,以及为什么产生这样的方法和它的后果如何。”^②由此,功能主义是克服概念法学弊端的一剂良药。它与19世纪末以来的利益法学、社会学法学、法律现实主义对概念法学的批判和超越呈平行发展态势。例如,菲利普·黑克认为,法律中存在“不同结构的等值体”,即“同一思想可以不同的形式得到表达”。^③而克茨主张,从比较法来看,各国对同一法律问题的处理结果可能相同或类似,只不过利用的概念技术不同而已,“教义学的构造只是操作工具,仅具有手段的功能,单单藉此并不能保障案件的正确解决,必须以目的指引的、流动的、暂时性的和可变的(方式)来对待教义学”。^④可见,二者都没有把法律概念体系之类的技术工具看成颠扑不破的真理,而仅仅是一种观念的表达形式而已。

有鉴于此,晚近的比较民法学家不再将制定法和概念体系作为主要的研究对象,而更关注法律实践活动,尤其是一国司法机关的裁判或判例。由此直接切入法律生活本身,获致更活泼、更真实可信的结论。

20世纪50~60年代,施莱辛格在美国发起“康奈尔共同核心项目”(The Cornell Common Core Project),针对合同订立的问题,设计案例事实,以问卷调查的方式,由各个

^② Rabel, Die Fachgebiete des Kaiser-Wilhelm-Institutes für ausländisches und internationales Privatrecht (gegründet 1926) 1900-1935, in: 25 Jahre Kaiser-Wilhelm-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, Band. 3, Berlin 1937, S. 82.

^③ Heck, Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Mohr Siebeck 1932, S. 190ff. 另参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第18页。

^④ Hein Kötz, Rechtsvergleichung und Rechtsdogmatik, Karsten Schmidt (Hrsg.), Rechtsdogmatik und Rechtspolitik, Duncker & Humblot Berlin, 1990, S. 84.

法律体系的研究者撰写报告,并形成最终的研究报告出版,即《合同成立:法律体系的共同核心研究》一书。^{②③} 康奈尔项目最为著名的是“事实方法”:提出案例问题让报告者解答,不论研究者所属法律体系,确保集中讨论问题。尽管该项目名为“共同核心”,但项目要求研究者排除这一观念预设,先细致准确地考察各该法域的处理结果,然后再进行抽象、比较。研究结果发现,不同法律体系之间,可能是在法律表面规则不同的情况下,实际运行的结果亦不同;反之,也可能在表面规则相同时,而实际运行结果有异。^{②④} 由此,该项目也教导后人:实际运行的法律规则和被表述出来的规则之间可能存在巨大的差异。^{②⑤} 这一项目直接影响了90年代由意大利学者布萨尼(Bussani)和美国学者马太(Mattei)发起的“特伦托欧洲私法共同核心项目”(Trento Common Core Project of European Private Law)。特伦托项目总体目标是发现欧盟各国私法在合同法、物权法和侵权法领域的共同核心,但并不追求法律的统一化,对各国法律规则和处理结果不作评价,是一项纯粹科学的研究。该项目也是以案例事实为研究进路,由组织者设计案例问题,要求各国的研究参与者利用本国的法律资源,包括立法、判例和学术著述等,报告案例的处理结果,由此对欧洲各国私法中的重要问题作出准确的描述,从而提供一幅可信的欧洲私法图景。项目计划者认为虽然这幅私法图景的用途与其绘制者没有关系,但它可为将来欧洲统一立法提供可靠的基础。^{②⑥}

事实上,特伦托项目的另一个思想来源是萨科的“法律要素论”(Legal Formants)。^{②⑦} 萨科认为一个国家“活的法律”包括成文法规范、学理观点和司法判决,并称之为“构成要素”。此外,法官和学者的说理论证、法律创制者的立法解释,甚至哲学、宗教、意识形态等,都会对法律观点产生影响,也是法律的构成要素。在同一法律体系内部,各种构成要素就特定法律问题未必保持完全一致的观点,可能存在很大的差异;而且它们并非处

^{②③} Schlesinger (eds.), *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems*, Dobbs Ferry, 1968.

^{②④} Schlesinger, *Formation of Contracts: A Study of the Common Core of Legal Systems: Introduction*, *Cornell International Law Journal*, Vol. 2, 1, 1969, pp. 1-71.

^{②⑤} [意]罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲等译,商务印书馆2014年版,第76页。

^{②⑥} Bussani/Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 3, Fall/Winter, 1997/98, pp. 339-356. 该项目的两部成果已翻译为中文:[意]布萨尼、[美]帕尔默主编:《欧洲法中的纯粹经济损失》,张小义等译,法律出版社2005年版。[德]齐默曼、[英]惠特克主编:《欧洲合同法中的诚实信用原则》,丁光宇译,法律出版社2005年版。

^{②⑦} Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach To Comparative Law*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, 1, 1991, pp. 1-34. [意]罗道尔夫·萨科:《比较法导论》,费安玲等译,商务印书馆2014年版,第59~85页。关于Legal Formants中文流行翻译为“法律共振峰”(沈宗灵:“评萨科的‘法律共振峰’学说”,载《中外法学》1995年第6期,第63~66页),或“音素”,但似嫌拗口且未必达意,今参考萨科的《比较法导论》该部分中文译者刘家安教授的观点,翻译为“法律构成要素”。

于固定状态,而是流动的、离散的。因此了解一个法律体系需要考察这些要素的全部状况。同理,在研究不同法律体系之间的共性和差异时,不仅要考察成文法,其他构成要素也须一并考虑。萨科又将自己的方法称为“动态的比较法”。

康奈尔项目和特伦托项目均是假设案例作为研究对象。与此不同,英国比较法学家马克西尼斯倡导将外国法院判例引入本国司法和法学教育之中的比较法研究,近期备受瞩目。此前英国比较法学界过于关注宏观的文化和历史问题,缺少解决实际问题的能力,因而听众越来越少。马克西尼斯教授希望将比较法研究拉到法律实践的地面,使比较法知识面向法官和律师,最终能在法院判决中产生实际的效用。其代表作品是《德国侵权法:比较研究》和《德国合同法:比较研究》。^②在这两本著述中,马克西尼斯及其合作者首先概述德国侵权法、合同法的主要框架和基本体系,然后将重点放在直接翻译德国法院的判决书,并将英美法中出现的类似判决作对比分析,进而得出必要的结论。这两部作品在西方比较法学界产生了重大影响,开创了一种案例比较研究的风格。为检验外国案例对本国法院的判决影响,马克西尼斯还深入研究西方各国法院如何参考外国法院判决,以事实和理论说明比较案例研究的意义。^③

此外,在欧洲私法统一化的过程中,欧洲比较法学者取得了一系列的案例比较研究成果,为统一化奠定了扎实的资料基础。例如,“欧洲侵权法小组”(Group on European Tort Law)及其依托的机构维也纳“欧洲侵权法与保险法中心”(European Centre of Tort and Insurance Law)在研究过程中均有采用类似特伦托项目的问卷方式,将案例与抽象的问题结合,让不同国别的报告者提供解答,在此基础上形成分析报告。^④另有一些比较法学者试图在案例基础上描述欧洲各国私法的现状,形成系列的“欧洲普通法案例丛书”(Casebooks on the Common Law of Europe),^⑤其内容包括:相关问题的法典条文、法院的重要判决、教科书的节选以及法律评论等内容,其目的在于通过尽可能准确地描述欧洲

^② Markesinis/Unberath, *The German Law of Torts: A Comparative Treatise*, 4th ed., Hart Publishing, 2002. Markesinis/Unberath/Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, 2th ed., Hart Publishing, 2006.

^③ Markesinis/Fedtke, *The Judge as Comparatist*, 80 Tulane Law Review 11, November 2005, pp. 13-167. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Hart Publishing 2003, pp. 157-171.

^④ 参见谢鸿飞主持的“欧洲侵权法小组”编著关于欧洲侵权法原则的译丛(法律出版社2009年版),以及李昊主编的“欧洲侵权法与保险法译丛”(中国法制出版社2012年版)。

^⑤ Waite van Gerven, Jeremy Lever, and Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law* (2000); Hugh Beale, Arthur Hartkamp, Hein Kötz, and Denis Talion (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law* (2002); Jack Beatson and Eltjo Schrage (eds.), *Cases, Materials and Texts on Unjustified Enrichment* (2003).