

|| 法学学科新发展丛书 ||
New Development of Legal Studies

比较法的新发展



冉 昊 刘承勰 冉井富 / 著

New Development of Legal Studies

中国社会科学出版社

|| 法学学科新发展丛书 ||
New Development of Legal Studies

比较法的新发展



冉昊 刘承勰 冉井富 / 著

New Development of Legal Studies

中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法的新发展 / 冉昊、刘承晔、冉井富著. —北京:
中国社会科学出版社, 2010. 10
ISBN 978 - 7 - 5004 - 8888 - 0

I. ①比… II. ①冉…②刘…③冉… III. ①比较法学
IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 125514 号

出版策划 任 明
责任编辑 王半牧
责任校对 张 青
技术编辑 李 建

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 广增装订厂

版 次 2010 年 10 月第 1 版

印 次 2010 年 10 月第 1 次印刷

开 本 710 × 1000 1/16

印 张 18.75

插 页 2

字 数 334 千字

定 价 36.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

目 录

第一篇 比较法总论：私法侧面

第一章	为什么强调比较法的“私法”侧面	(3)
第二章	比较（私）法近年得以快速发展的原因分析	(20)
第三章	从法律普适主义倾向到努力实现外国私法的本土化和 地方化	(44)
第四章	法典法与判例法的交融与依赖：两大法系私法渊源的 发展趋势	(67)
第五章	社会法帝国主义：比较法结构和重心的位移	(94)
第六章	欧洲私法一体化进程：比较法学的璀璨明珠	(140)

第二篇 比较法社会学：方法论侧面

第七章	便利与陷阱：法律指标在比较法中的运用	(175)
第八章	当前中国的司法救济水平——一个比较法社会学的考察 ...	(190)

第三篇 法律全球化：实践个案侧面

第九章	全球化条件下的法律与法学	(229)
第十章	全球化条件下的法治实践——以传染病控制为例的研究 ...	(267)

第一篇 比较法总论：私法侧面

第一章 为什么强调比较法的 “私法”侧面

比较法产生于 19 世纪中期的欧洲。但就比较法的发展历史而言，它经历了一波三折的跨国发展历程。

首先，17 世纪以前，比较法几乎是没有什么国界的。因为当时存在一种所谓的欧洲共同法。“欧洲共同法”（*ius commune europaeum*）是个法学概念。在欧洲各国间，尤其是从 15 世纪到 18 世纪之间出现和发展起来的国家间，法律都具有一致性。这种一致性来源于那个时期各国共有的各种封建法、教会法、罗马法、商法和国际法。在此意义上，形成了“欧洲共同法学”。这些法律也成为西欧各国共同的法律渊源。^① 如果可以夸张地说，那么 1789 年法国大革命之前，欧洲大陆的法学家均是比较法学家。这个结论是日本著名比较法学者大木雅夫通过以下两点理由作出的：其一，他发现这些法学家那时均教授罗马法、教会法或自然法为主的基础法学；其二，他们均使用拉丁文。除了大学学科的普遍一致外，当时拉丁语被看作为是大学极有智能的人的通用语言。^② 即使是民族文化性很强的亲属法领域也常常在体系上服从这样的普遍性法学。大木雅夫大概是强调人们在那时可以通过拉丁语与共同的基础课程了解各国的法律，可以比较其中的相同与不同，从而成为比较法学家。实际上，在民族法典形成之前，人们可以在法国、德国、意大利、葡萄牙、荷兰学习法律，其差别不大，因为它们那时，与自然科学一样，以规律为主要判断标准，其本国的语言掌握与否不会影响重要的法学科学标准的发展。即使有差别，在罗马法为共同基础、以宗教法原则为亲属法与继承法的适用标准的情况下，这种差别也微不足道。这种跨国的统一法学，很像国际商法初期发展，那时商事活动就是国际性的活动。古时在中国、印度、波斯、阿拉伯、腓尼基、希腊和罗马的商人之间发展起来的“古丝绸之路”

① Markku Kiikeri, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Kluwer Academic Publishers, 2001, p. 15. 何勤华：《20 世纪外国民商法的变革》，法律出版社 2004 年版，第 180 页。

② [日] 大木雅夫：《比较法》，范愉译，法律出版社 1999 年版，第 13 页。

的贸易就是一种世界性的贸易。^①

其次,到了17世纪,欧洲法律的统一性日益衰退,尤其是由于欧洲民族独立国家的纷纷兴起,从而使比较法的跨国性受到挫折。18世纪以后,法学科学的视野在国家和地区主权思想和维护法律独立利益理念的支配下,越来越狭窄。随着各国形形色色法典的出现,以民族主义为基础的多样的实定法律秩序的形成,法律走向了国家化,“共同法”最终遭到了破坏。^②此时兴起的这些独立的民族国家,把过去形成的国际性的习惯法纳入本国制定的国内法之中。各国都纷纷制定本国的国内民商法典。具有原创性的法国与德国的民法典,成为法典民族化与完美化的典范,也引发了欧洲大陆法系分为法国分支与德国分支。法国在路易十四统治时期,在J. B. 科尔贝尔的主持下,颁布了《商事敕令》和《海商敕令》,成为最早的商事单行立法,为大陆法国家的商法典奠定了基础。近代资本主义第一部商法法典,是拿破仑于1807年颁布的《法国商法典》,受其影响,荷兰、比利时、希腊、土耳其、西班牙、葡萄牙等国相继颁布了商法典。德国在1861年和1897年制定的新旧《商法典》,把商人习惯法纳入国内法;在1897年制定、1900年1月1日起生效的《德国商法典》对许多国家的商法有很大影响,如奥地利商法、日本商法。这时,法官必须受立法者所制定的法律的约束,学者尤其是民法典确立时的法国学者,大多数均以注释法典为潮流(也即注释学派“*école exégétique*”)。那时,一国法典的实定法捆住了其本国法学家、实务家的跨国的科学视野。一国的实定法居然覆盖了法的全部。德国著名的法学家耶林(Rudolf von Jhering)说过:“(法律)科学被贬为了一个国家境内的法学,科学的界限与政治的界限互相融合了,这实在是一种不符合科学,让科学蒙羞的形式。”^③达维德(René David, 1906—1990)说得更为具体:“在所有科学中,只有法学错误地认为可以成为纯粹民族的东西,神学家、医学家、科学家、天文学家以及其他所有学者,都为自己不了解国外在本专业领域内所取得的进步而感到羞辱,但是只有法学家将自己封闭在本国的研究中。”因而,当法律失去了科学所固有的普遍性时,那么了解欧洲大陆

① 相关内容引自范剑虹《论比较法的真实内涵》,载北大法律信息网, http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=33302。

② [日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第9—13页。

③ 耶林(Jhering):《罗马法精神在其不同发展阶段》第一部分,1852年,第15页。转引自范剑虹《论比较法的真实内涵》,载北大法律信息网, http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=33302。

法,就必须精通德语、法语、葡萄牙语等语言,以便可以学习一国的实定法;各国语言成为这种学习的障碍。^①

再次,第三阶段是比较法回复跨国性的阶段。欧洲统一法和欧盟法的出现,在一定意义上,正是为了克服各国法学的特殊性和民族主义的狭隘性,重新实现欧洲法学的普遍性和统一性。同时也力图推动欧洲法走向统一,再次复兴“欧洲共同法”。^②在这一阶段,各国的学者互相对立的观点仍然存在。主要的反对意见如下:

第一种反比较法的观点是:不懂外国法,无法进行比较法。即使是本国法,不少东西甚至都无法完全理解,而目前许多国家的立法之频繁和繁多,已经使不少法律工作者疲于应付,所以我们根本无法、也没必要去研究比较法;

第二种反对的观点是:许多人对外国法的真正内涵缺乏精确的了解,对外国法背后的真正的政治与经济的动机常常作出错误的判断,对借鉴的概念及借鉴的历史一无所知,加上急于移植外国法,无时间作本地化研究,因而有时其引入的法律与实际情况不相符合,或者造成法律体系的规则之间的矛盾,将来再修法也会浪费不少资源,而这些都是比较法造成的;

第三种反对意见是:部分受到萨维尼(Friedrich Karl von Savigny, 1770—1831)影响,因而认为法是具有民族性的,是民族的财富,因而应该坚持它的独立性,借鉴外国法应该与民族性有矛盾,反对通过比较法而使民族性的法律受其他法的影响。^③

一、比较法学家眼中的“比较法学科的新方向之一”:比较法能否超越传统的私法范围

我国著名比较法学家和法理学家沈宗灵先生在《美国比较法现状和改进建议》一文中以问题形式归纳美国加州大学黑斯廷法学院马太(V. Mattei)教授与德国德里尔大学法学教授赖曼(M. Reimann)发表在《美国比

① 范剑虹:《论比较法的真实内涵》,载北大法律信息网, http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=33302。

② Anne Peter & Heiner Schwenke, “Comparative Law Beyond Post-Modernist”, vol. 49, *International and Comparative Law Quarterly* (2000), p. 803.

③ 范剑虹:《论比较法的真实内涵》,载北大法律信息网, http://article.chinalawinfo.com/article/user/article_display.asp?ArticleID=33302。

较法季刊》1998年第4期上的《比较法学科的新方向》的内容如下：

1. 比较法是否是一个独立学科。它是否仅是了解本国法和外国法的一种工具？

2. 比较法能否超越传统的私法范围？

3. 比较法可否成为比较法理学；它与国际法有什么关系？

4. 比较法是否是一门“多学科性”学问？

5. 比较法的理论基础是什么？

6. 对比较法作品作出评价的标准是哪些？

7. 比较法研究是否不应是实证主义和民族主义的，而应是超国家和功能主义的？

8. 比较法是否应走出传统的欧洲阴影？

9. 比较法是研究法律本身的一种学术手段还是一种实际技能的教导？

10. 比较法学家对其他法律文化是否应保持一种容忍态度？

11. 对人类法律文化的差别采取什么态度，歧视还是包容？

12. 比较法是否应像17世纪英国政治思想斗争那样，成为一种向既定制度挑战的学科？

13. 比较法是否应像法理学中现实主义法学、经济分析或批判法学那样成为反传统的主流法学的学科？

14. 比较法是否应超脱“书本上的法律”或“行动中的法律”，而首先研究“思想上的法律”，即研究法律文化中基本观念或价值体系？

15. 比较法对大肆宣扬的“法律全球化”应抱什么态度？

16. 比较法是否应着重研究法律制度之间的差别而不是它们的共性？

17. 比较法是否应抛弃两个缺点：即以规则作为中心，以及仅提供支离破碎的知识？它的研究方法是否应采取系统及动态学？

18. 比较法对法律的理解是否不应限于规则和原则，而应包括法律工作者、体制、程序等等，总之，应对法律作动态了解。

19. 比较法对国际人权有什么影响？

20. 比较法是否负有超出法律之外为全人类服务的功能？

其中第2项内容便是关于比较法在传统上的私法范围能否超越的问题。私法是比较法主要领域的问题看来早就是国外比较法的共识，现在要做的是：能否超越比较私法的主要倾向，使得比较法向公法和一般法理学扩展迈进。这对于任何一位研究比较法的学者来说都是一个重大的首要问题。

其实，公法与私法的划分是大陆法系国家所公认的基本法律分类。它源

于罗马法,为罗马法学家乌尔比安所首创。他以法律维护的利益为标准,把法律分为公法和私法,认为“公法规定的是罗马国家状况(如国家机构、宗教机构及其事务,涉及国家的稳定)”,“私法是有关个人利益的规定”。^①这种划分反映着国家与个人对立的认识,体现了以法律来维护个人利益空间的用心。这一观念影响了罗马法并强化了私法的发展。优士丁尼《法学总论》中指出:“法律学习分为两部分,即公法与私法。公法涉及罗马帝国的政体,私法则涉及个人利益。”^②

就中国的情况来看,我国直到清末法制改革之前,法律制度并没有公法和私法二分,而是采取诸法一体体制,国家观念非常强大,私人的自决性受到压抑,私人主体性和私权得不到应有尊重。清末法制改革,放弃诸法合体模式,学习西方法律制度,承认私法,承认公法和私法的二分,在此基础上重塑法律制度。这种改革不只是一种法律形式上的变化,而也是一种法律思想上的变化。新中国成立后,由于不久即在经济生活领域全面推行公有制和计划经济,否认公法和私法二分,民法名存实亡,这一时期的法律主要表现为以绝对国家主义或集体主义为观念基础的公法。1979年以后,我国吸取历史教训,推行改革开放,在社会经济生活中表现为逐渐推进市场经济和市民社会,在法律生活中表现为逐渐恢复私法建设,不断出台有关民事单行法,1986年还颁布了《民法通则》,逐步孕育了公法和私法分立的雏形。^③而现在的中国法也已经普遍承认了公私法的分类和不同适用规则。

或许,这也是因为从法系归属上来说,中国是大陆法系国家。因此在中国这样一个大陆法系国家研究比较法,也必然涉及区分公法和私法的论题,比较法也需要我们从比较公法和比较私法两个侧面加以观察和分析。

当然,要确定比较法应以比较私法还是比较公法为主要内容,首先我们需要了解的是:比较法的功能和目的何为?了解比较法的功能和目的之后,我们才能具体分析是比较私法还是比较公法更能契合比较法的功能,实现比较法的目的。因此,我们需要了解比较法的功能和目的是什么。

通常来说,比较法的功能如下:一是了解外国法。二是促进对本国法的了解和改进。尤其是在立法方面。比较法从欧洲兴起,特别是从比较立法兴

① 江平、米健:《罗马法基础》,中国政法大学出版社1991年版,第9页。

② [意]优士丁尼:《法学总论》,张企泰译,商务印书馆1993年版,第5页。

③ 龙卫球:《公法和私法的关系》,载法天下, http://www.fatianxia.com/paper_list.asp?id=21482。

起,在立法方面作用巨大。自古至今的立法都表明,开展比较法的研究有利于立法工作。公元前6世纪古希腊政治家梭伦(约公元前635—约前560年)在为雅典立法时,和公元前5世纪中叶古罗马共和国十人团在制定《十二铜表法》时,都曾对其他国家或地区的法律进行比较研究。19世纪以来近代资本主义各国立法和比较法的发展更是联系密切。即使就资本主义和社会主义两种不同社会制度的法律来说,虽然具有本质区别,也同样存在可以相互借鉴之处。三是促进法律统一^①并有助于各国外交和贸易等关系的发展。一个合格的外交官或从事外贸工作的人员的条件之一,是熟知有关国家的有关法律。在16世纪,英国国王亨利八世(1509—1547年在位)在大学设立罗马法讲座,以培训英国派往欧洲大陆各国的外交官;1920年法国里昂设立第一个比较法研究所,旨在培养法国对外贸易的法律顾问。四是促进对国际公法和国际私法的了解和发展。1945年《国际法院规约》第38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”。这种一般法律原则的确定,显然需要借助于比较法的研究;它也有助于国际协议(条约、公约等)的达成。五是推动法律思想、法制史的研究。孟德斯鸠对东西方国家法制的研究,目的就在于论证他所说的“法的精神”。19世纪英国古代法制史学家H. J. S. 梅恩对古代法的研究就是通过比较研究进行的。

由此可见,比较法的主要功能在于了解外国法、改进本国法和促进法律统一。而要实现上述比较法的功能和目的,比较私法似乎要比比较公法更容易和可行。

二、为什么说比较法的主要研究领域是比较私法

(一) 历史原因:比较法的发端和最初发展都主要是私法比较

如果说比较法发端于古希腊和古罗马时期的话,由于当时法律主要还是古罗马的私法为中心,私法的利用和发达程度要远远超过公法,因此人们对于私法的研究和关注程度也远高于公法。及至后来出现了比较法,自然而然的,私法也就成为比较法的主要研究领域。而后,欧洲各国的比较法研究也是比较罗马私法与本国的习惯法的异同并实现外国法本土化的问题,因此毫

^① [德] K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第4页。

无疑问也是以比较私法为中心。

比较法主要领域在传统上是私法的另外一个原因,是因为近代比较法的历史起源和中心就主要来自法国和德国对以民法典为代表的法律规范的比较等法律理论和思潮。在对法的认识上,由于深受实证主义法学和概念法学的影响,近代的比较法学在研究对象、方法以及研究范围上都带有主流法理学的烙印。受实证主义法学影响,这时期的研究对象是制定法,比较法就是对不同国家的法律规范体系或具体法律规范进行比较。另外,在法律实践中,德国法学者曾在19世纪最后20年致力于准备《德国民法典》的制定,又在20世纪头15年对他们亲手缔造的民法典进行彻底的检查和研究,这就进一步强化了其根深蒂固的以法律文本为中心的思考习惯。而在制定法中,比较范围又进一步局限于私法领域,其中原因是:自中世纪罗马法继受以来法学研究的一般趋向如此,而且《德国民法典》又理所当然地成为研究焦点。^①

以德国民法典的制定为例,其本身就是一个比较私法的结晶。

中世纪末期以来,德国在继受罗马法、教会法的基础上,逐渐形成一种在全德国境内适用的法,称为普通法(Gemeines Recht)。与普通法相对的是地方特别法(Partikularrecht)。起初,普通法只居于补充地方法的地位。在普通法里,以罗马法为基础的私法占主要部分。由于这一部分主要来自罗马法大全(Corpus juris Civilis)中的《学说汇纂》,于是普通法中的私法部分又特称为潘德克顿。1495年,德国设立了帝国宫廷法院(Reichskammergericht),作为帝国最高法院。法院中法官依普通法裁判案件,于是构成潘德克顿的内容的罗马法,在德国取得了越来越重要的地位,这种情况,北德在15世纪末,南德在16世纪中完成。为了克服法律的分散状态,德国各邦从17世纪末期就开始编纂法典,其主要目的是要统一在各邦同时存在的地方方法与普通法。法典编纂的成果就是前面所说的各种法典,这些法典都以“普通的”(Allgemeine)命名,表明其为施行于该邦的“通用的”法律。在普通法(Gemeines Recht)的编纂过程中,民法学者逐渐增多,民法理论也有了很大的提高,并形成了普通法学。^②

而从实证法基础上来看,德国民法典也是在比较和统合此前各种法典、

① 朱淑丽:《德国比较法学的发展脉络》,载法制现代化网, <http://www.todolaw.com/bbs/viewthread.php?tid=10965>。

② 谢怀栻:《大陆法国家民法典研究》,原载《外国法译评》1994年第4期。

立法和习惯法的基础上而得出的结晶。

1. 巴伐利亚民法典。作为欧洲启蒙时期最早的一部民法典，其制定目的是统一巴伐利亚境内的法律（诸如地方法、都市法、采邑法）。巴伐利亚民法典全称为《巴伐利亚马克希米里安民法典》（*Codex Maximianus Bavaricus Civilis*），于1756年公布。该法典以优士丁尼的《法学阶梯》为蓝本，分为4编。第1编8章，依次为：自然法与正义、法的分类、与人的身份有关的权利与义务、家庭身份、父权、婚姻、监护、奴役。第2编有11章，包括所有权、时效、占有、抵押、地役权、用益权等。第3编是继承法。第4编有18章，包括各种合同、无名合同、准合同等。由于法典的内容仅限于民法，其开近代民法先河。

2. 普鲁士普通邦法。这是德意志境内最大国家的法典，全名为《普鲁士国家的普通邦法》（*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Statten, ALR*）。普鲁士各邦的统一基本法是腓特烈大帝（Friedrich II, 1740—1786）当政之时，励行开明专制，采取一系列社会改革措施，其中包括统一各邦法律，编纂一部法典。然而这项工作直到他死后多年，才由其侄子威廉二世（Friedrich Wilhelm II, 1786—1797年）于1794年颁布实施。其力图在社会关系的各个方面都为臣民提供明确的行为规范，依法维护其利益；注意维护社会安全和社会福利；承认宗教与信仰自由和在于预防犯罪而不是惩罚犯罪等等，使得法典超出了一般民法典的规范领域，而包括了宪法、行政法及刑法的一些规定，实际上是一部法律全书。篇幅浩繁，达17000条之多。但仍然以私法规范内容为主体。作为基本法，在普鲁士优于各邦地方法适用。普鲁士统一德意志后成为整个德意志帝国的基本法，一直沿用到1900年《德国民法典》生效实施为止。

3. 奥地利普通民法典。18世纪中期，奥地利也开始制定各种法典的统一境内的法律。在几个关于私法的小法典之后，1811年6月1日终于公布了《奥地利普通民法典》（*Allgemeine Buergerliches Gesetzbuch fuer die gesamen Erbländer der oesterreichischen Monarchie, ABGB*），于1812年1月1日施行。由于以后奥地利未加入德意志帝国，这个法典一直在奥地利施行到现在。但是在德国民法典制定当时，这部法典对德国民法典的形成，也是有影响的。这部法典也是当时启蒙思想的产物，但也有天主教的影响（例如不许离婚）。法典中不乏一些有特色的条文。例如第7条规定，倘若一诉讼案件，既不能依法律的既有的文字规定也不能依法律的自然含义予以裁判时，法官应参照法律对类似案件的规定来处理，如仍无法解决，应考虑案件的全

面情况,按自然法原则予以裁判。又如第16条规定,每个“人”生来就因理性而获得天赋的权利,故得作为人而受到对待。后一条的规定显然已超出了法国民法典的“法国人”的范围了。

4. 撒克逊民法。撒克逊王国也很早就开始制定民法典的工作,在1851年就有草案出世。1863年1月2日终于公布《撒克逊王国民法典》(Buergerliches Gesetzbuch fuer das Konigreich sachsen),于1865年3月1日施行。这个法典是以德国普通法与撒克逊法为基础制定的,共2620条。这个法典的一个特点就是有《总则》编。在民法里设置总则编,在德国的学术著作中早已提出,而在法典中正式设置,则自撒克逊法典始。

5. 票据法和普通商法典。1848年的《德国普通票据法》(Allgemeine Deutsche Wechselordnung)、1861年的《纽伦堡修正法》(Nuernberger Novellen)及1861年的《德国普通商法典》(Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch, ADHGB)。这两个法典后都成为北德意志联邦(1866年成立)的法律。前一法律并成为德意志帝国(1871年成立)和德意志共和国(1918年)的法律,直到1933年才因德国依日内瓦统一票据法制定新的票据法而废止。商法典则在帝国制定了新商法典(1897年)后失效。^①此外,德国民法典也毫无疑问借鉴了法国民法典的很多内容。

此外,法国比较法学家兰伯特(Lambert)是1900年在巴黎举行的“比较法国际大会”的两位发起人之一,他认为:“比较法的主要领域即比较私法,在大学课程中必须放在优先的地位。”^②也就是说,私法比较应当是比较法的主要内容,也是最有意义的比较。按照兰伯特的说法,比较法应当逐步地消除那些使文明阶级和经济形态相同的各民族彼此乖背的各种立法上的偶然性的差异。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、暂时的存在或者不是必要的原因所产生的法律上的差异。^③很显然,公法由于涉及意识形态、政治体制和公共道德等相对复杂而非偶然的原因,在比较方面的实效并不好,因此也不适宜进行比

① 谢怀栻:《大陆法国家民法典研究》,原载《外国法译评》1994年第4期。

② [德] K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第5页。

③ [德] K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第4页。第一次比较法大会为比较法设定的目标是:从各种法律中寻找共同基础或近似点,以发现和创立“人类社会的共同法”,并以此为模式使各种不同的法律制度互相接近,逐渐达到世界法律的统一。

较。可见，第一次比较法国际大会本身也将比较私法定位为比较法的核心和主要领域，当然这一次同样有着欧洲比较法历史传统的深刻影响。

（二）文化差异与意识形态的阻隔导致公法比较的难度：比较法律文化的视角

自 20 世纪 70 年代以来，西方比较法学领域出现了一批以比较法律文化为研究主题和研究思路的论著。美国比较法学家埃尔曼的《比较法律文化》^①是将比较法研究引向法律文化研究的最早努力之一。但他不过是将比较的对象从作为制度的法转变为作为文化的法，扩大了比较的范围，而没有从根本上扭转比较法学的传统格局。德国比较法学家格罗斯菲尔认为，“将比较法看作法律文化的比较”是“处理比较法的唯一可行的方式”。^②他的《比较法的力量与弱点》一书试图打破法系（法律体系）比较的传统格局，从比较的角度揭示法律与文化、自然、语言等因素的普遍联系。虽然格罗斯菲尔已经表现出理论建构的努力，但他并未能建立起一种关于法律文化比较的系统的理论模式。他甚至都没有明确解释他所说的“文化”和“法律文化”究竟指什么。比利时学者霍克等人明确提出将法律文化的研究思路作为比较法研究的新范式。他们认识到传统的比较法在理论和方法论上的缺陷，试图引入法律文化概念及其理论为区分和比较不同法系提供一种坚实的理论和方法论基础。显然，他们仍然是把法律文化理论作为服务于法系比较的工具，而不是认为比较法就是研究世界的各种法律文化。^③

法律文化比较为我们研究比较法开创了一种新的范式，让我们能够在看待本国法与外国法以及进行相应比较时采取一种文化的视角，从文化的角度来理解比较法的内涵和使命。同样，文化比较也有利于我们对比较法在私法比较和公法比较的不同领域中的差异有着更为清晰的认识。

下面我将以两个实例来说明一下私法与公法的域外移植实践的难易差别：

例 1：甲是 R 国人并居住在 R 国，生前是美国纽约州一公司在 R 国的代理人。在其生前所立的遗嘱中声明，在他死后，全部财产由其女儿继承。

^① Henry Ehrmann, "Comparative Legal Cultures", Prentice - Hall Inc., 1976. 中译本见 [美] 埃尔曼《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，三联书店 1990 年版。

^② Bernhard Grossfeld, "The Strength and Weakness of Comparative Law", Clarendon Press, 1990, p. 8.

^③ 黄文艺：《比较法：批判与重构》，载《法制与社会发展》2002 年第 1 期。

其女也是 R 国公民,已成年,居住在 R 国。根据 R 国的法律,这一遗嘱是有法律效力的。R 国的法律属于西方国家的民法法系。甲死后,其女在纽约州法院向该公司起诉,要求后者支付其所欠甲的薪金和佣金。被告的律师提出,根据纽约州的法律,遗嘱的效力必须经过遗嘱检验法院的证明,而且,遗产应首先由遗嘱执行人管理并作为遗产的代理人,由遗产执行人提起诉讼。而本案中,遗嘱未经遗嘱检验法院的证明,甲的女儿也不是遗嘱执行人,因而,甲的女儿无权起诉,请求法院撤销其起诉。在这种情况下,如果甲的女儿按纽约州的条件重新提起诉讼,容易导致时间、金钱的浪费,还可能发生过期的问题。这时原告的律师以 R 国的法律进行抗辩,他提出,本案应适用 R 国法律。而按 R 国法律,遗嘱的效力无需经遗嘱检验法院的证明;甲死后,其财产所有权即行转移给其继承人而无需遗产执行人。因而,甲的女儿有权根据所有权起诉。最终,甲的女儿胜诉。

在这个案例中我们可以看到:对纽约州法院来说,遗嘱要由遗嘱检验法院证明,遗产的处分需要遗嘱执行人,这是本国法。原告方提出适用 R 国的法律,这是外国法。本国法与外国法发生冲突怎么办?这里又涉及国际私法或者说冲突法。根据纽约州的冲突法,涉外遗产案件适用法院地法(即纽约州法)或死者住所地法(即 R 国法);动产继承案件,应适用死者住所地法。我们看到,该案件涉及本国法、外国法、国际私法等,我们不可能熟悉所有外国的法律,但通过比较法的学习,大致了解两个法系间的冲突法,我们面对这些问题的时候就能游刃有余。这时比较法学的价值也就体现出来了。^①

同时,这一案例也表明,比较私法相对来说更容易被不同国家的人们所认可和援用,更容易融通和统一。因为私法涉及的问题主要是有关债权债务关系等交易规则问题、财产归属和变动问题、财产继承问题和侵犯人身和财产的问题等,这些内容没有过于明显的意识形态色彩和文化殊异的烙印,容易被不同国家当成普遍的法律规则所接受。所以,比较私法应当是比较法的核心。

例 2: 洛阳种子案与司法审查制度的比较。2001 年 5 月 22 日,洛阳市汝阳县种子公司委托伊川县种子公司代为繁殖一种玉米杂交种子,双方约定了收购种子的价格等具体内容,并约定无论种子市场形势好坏,伊川公司生

^① 参见沈宗灵于 2001 年 5 月 17 日下午在清华法学院进行的一场题为《什么是比较法》的讲座内容。