

中华当代学术著作辑要



比较法学导论



米健 著

创于1897 商務印書館 The Commercial Press



中华当代学术著作辑要



比较法学导论



米健 著

商務印書館 The Commercial Press
创于1897

2018年·北京

图书在版编目(CIP)数据

比较法学导论/米健著. —北京:商务印书馆,2018
(中华当代学术著作辑要)
ISBN 978-7-100-16396-5

Ⅰ.①比… Ⅱ.①米… Ⅲ.①比较法学 Ⅳ.①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 165159 号

权利保留,侵权必究。

中华当代学术著作辑要

比较法学导论

米 健 著

商 务 印 书 馆 出 版
(北京王府井大街36号 邮政编码100710)
商 务 印 书 馆 发 行
北京冠中印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-16396-5

2018 年 12 月第 1 版 开本 787×960 1/16
2018 年 12 月北京第 1 次印刷 印张 27¾
定价:85.00 元

中华当代学术著作辑要

出 版 说 明

学术升降，代有沉浮。中华学术，继近现代大量吸纳西学、涤荡本土体系以来，至上世纪八十年代，因重开国门，迎来了学术发展的又一个高峰期。在中西文化的相互激荡之下，中华大地集中迸发出学术创新、思想创新、文化创新的强大力量，产生了一大批卓有影响的学术成果。这些出自新一代学人的著作，充分体现了当代学术精神，不仅与中国近现代学术成就先后辉映，也成为激荡未来社会发展的文化力量。

为展现改革开放以来中国学术所取得的标志性成就，我馆组织出版“中华当代学术著作辑要”，旨在系统整理当代学人的学术成果，展现当代中国学术的演进与突破，更立足于向世界展示中华学人立足本土、独立思考的思想结晶与学术智慧，使其不仅并立于世界学术之林，更成为滋养中国乃至人类文明的宝贵资源。

“中华当代学术著作辑要”主要收录改革开放以来中国大陆学者、兼及港澳台地区和海外华人学者的原创名著，涵盖文学、历史、哲学、政治、经济、法律、社会学和文艺理论等众多学科。丛书选目遵循优中选精的原则，所收须为立意高远、见解独到，在相关学科领域具有重要影响的专著或论文集；须经历时间的积淀，具有定评，且侧重于首次出版十年以上的著作；须在当时具有广泛的学术影响，并至今仍富于生命力。

自 1897 年始创起，本馆以“昌明教育、开启民智”为己任，近年又确立了“服务教育，引领学术，担当文化，激动潮流”的出版宗旨，继上

世纪八十年代以来系统出版“汉译世界学术名著丛书”后，近期又有“中华现代学术名著丛书”等大型学术经典丛书陆续推出，“中华当代学术著作辑要”为又一重要接续，冀彼此间相互辉映，促成域外经典、中华现代与当代经典的聚首，全景式展示世界学术发展的整体脉络。尤其寄望于这套丛书的出版，不仅仅服务于当下学术，更成为引领未来学术的基础，并让经典激发思想，激荡社会，推动文明滚滚向前。

商务印书馆编辑部

2016 年 1 月

序　一

差不多三十年前，我和夫人王昭仪都在社会科学院法学所工作，那时我担任《法学译丛》杂志主编，而我夫人则在《法学研究》杂志工作。一次她无意中和我提起，编辑部收到一篇署名米健的投稿。经研究，决定采用这篇稿子，可是却联系不到作者。我听了，和她一样也有些惋惜。因为那时候改革开放才开始，中国的法学刚刚恢复，可用之稿并不多，而对于学者而言，那时能在《法学研究》发表文章，也是很难得的。事过至少半年之久，我去厦门大学开法律史年会，负责接待外地与会者的有厦门大学法律系的几个研究生，其中一个在与我交谈时忽然说到米健这个名字，想起此前夫人说的事，心想是否他就是那个联系不上的作者呢？经询问，方知他确实在北京学习期间向《法学研究》投过一篇关于民事责任的稿子，但此后不久就回厦门了。我回到北京后即和我的夫人谈起，经她确认，正是她要找的文章作者。这件事真可用得上中国那句老话：踏破铁鞋无觅处，得来全不费工夫！我和米健教授，也自此结下学术之缘，如今一晃已三十年！所以，米健教授请我为其《比较法学导论》作序，我感慨之余，不揣耄耋老笔，乐而允诺之。

在我看来，米健教授这部《比较法学导论》多少是姗姗来迟。因为无论是从他的学术经历还是长期从事的研究领域而言，都有理由使同仁们确信，他早就应该拿出这样一部学术专著来。据我所知，这部书的基础是他十几年前在中国政法大学授课时的讲义。迟迟没有形成一部专著，一方面可能由于他的学术风格，很是严谨认真；另一方面也可能

是由于他近些年来工作岗位变动多了，学术涉猎也较为广泛，加上行政事务太多。然而，若从另外一个角度看，这也许倒成了他写好这部书的有利因素了。因为我现在看到的书稿，如果没有一定的积累，没有长期的学术沉淀，没有从容淡定的思考，很难做得到的。

中国的比较法学大体上起源于上个世纪二三十年代东吴比较法学院，可惜不久就因抗战内战的连年战事而被忽略，其后更因政权更替，反“右”运动和“文化大革命”等，遭遇几乎全面的封禁。直到改革开放以后，比较法学才渐渐重新为人们所关注。上个世纪八九十年代，可以说是比较法学在中国复兴的时期。正是在这个背景下，我应当时的政法大学校长江平教授之请，到中国政法大学比较法研究所主持工作。就我本人而言，从进入学术研究领域工作直到今天，始终致力于比较法学研究，因而对这个学科的过去和现在有相对较多的关注和了解。我认为，直到今天，中国社会和学界对比较法学的重视程度，较之于比较法学对于近现代中国法律发展的重要作用和深远影响，明显地未成正比。与此同时，我们也要承认中国的比较法学发展相对于西方国家，即使相对于日本等某些亚洲国家，还有一定的距离，许多比较法学的基本理论问题在我们这里尚没有获得较清楚的认识和解决。比较法学作为一个独立的学科领域，直到七、八年前才在教育部备案并得到确认。正因如此，看到米健教授《比较法学导论》的一些相关内容，我感到非常的欣慰。因为在这部著作中，他较好地、至少是较有新意地解决或阐明了几个比较法学的基本问题。我想至少有以下几个方面可以介绍给读者。

首先，长期以来，无论是中国比较法学者还是西方国家的比较法学者，都一直无休止地争议一个基本性问题，即：比较法学是一门独立的学科，抑或仅仅是一种学术方法？对此，作者没有像许多学者那样，直接从正面予以论争，而是绕过问题探究其原因何在。在此，他第一次明

确、系统、有逻辑地将“比较法律”与“比较法学”区分开来。他认为,前者是对于不同法律制度或其规则进行比较分析和评价的活动,因此本质上它是一种法学方法,是法学方法论上的一个概念;后者则是对不同法律规则、制度、体系及其操作,对制度赖以生成、发展和运行的社会、文化和历史基础,对制度存在发展的现实性、必然性和合理性等进行说明。后者是独立存在的,前者是实现后者的一种操作方法而已。如此一来,作者通过指出以往有此争论的原因所在,水到渠成地说明了比较法学作为一个学术领域存在的合理性,“四两拨千斤”地解决了一个我们长久以来争论不休、欲罢不能的难题。

其次,任何学科领域,都必然要有一个它所专属的研究对象。比较法学之所以长期受到质疑,是因为相对于其他学科而言,比较法学的专属研究对象长期以来也不清楚,这也成为其他学术领域质疑比较法学的原因之一。作者在此书中明确提出了比较法学的固有研究对象,全面和系统地阐发了比较法学与共同法或普遍法之间的关系,从而进一步论证了比较法学作为一个学科存在的真实性与正当性。

再次,在比较法学方法论上,作者摆脱了既有的西方法学方法论的羁绊,第一次提出了比较法学的“还原方法”,即将比较研究的思路或着眼点放在制度本身的“元本质”上。作者认为,研究比较任何制度或规则,纵然它们存在的形式各种各样,但最终其实都可归因于一个“本质”的社会关系,只有看到这种本质,才可以对表现各异的制度或规则有真实和准确的认识。就像剥笋一样,层层笋衣被剥去后,才可见到真正的笋心,才了解这笋为什么、为何存在。在此情况下,对于制度规则的分析判断乃至立论自然也就会更加有根据、有说服力、有目的性。就我所知,这是中国比较法学者第一次能够跳出西方学者的比较法学方法论概念的束缚,用自己的思考和语言展开比较法学研究。

第四,关于法系划分,这也是一个比较法学上老生常谈的问题,但

向来是各有各的说法，无论是三分法、四分法或五分法等，明显都有西方话语色彩。在这部书中，作者第一次从中国学者的角度提出了“融合法系”的观点。直观地讲，这里所说的融合法系和比较法学界长期以来谈论的“混合法系”很类似，但在思想内涵上是有差别的。前者是一种主动生成的状态，后者是一种被动形成的状态，它表明了参与方所具有的主体资格，或起码具有的主体意识。我认为，这一概念能够更客观、更准确地描述和解释当今世界各国法律制度及整个世界法律体系格局的形成与发展规律。

第五，这部书中用了相当的篇幅探讨了“法律交往形态和文化主体意识”问题，对于这两个问题虽然以往也有学者给予关注和探讨，但系统全面地梳理、分析历史上和现实中的法律交往形态，并且将其与“文化主体意识”问题结合起来，这是我第一次看到。我认为，这样的问题由比较法学者提出是最自然不过的，因为比较法学者的使命就是认识、参与和推动法律文化的交往，所以他们最熟悉法律交往的种种形态，最能感受文化主体意识具有何等重要的意义。正是站在这样一种认识角度和高度，作者尝试了阐释和澄清以往比较法学者津津乐道，但又常常困惑的法律移植和法律继受等问题，而且有与众不同的立论。可以说，作者在这方面已经形成了自己的比较法学研究视角和路径。

第六，尤其要加以称赞的是，作者在这部书中系统和全面地阐发了他的共同法或普遍法思想。虽然共同法或普遍法观念来之久远，自古希腊罗马法到近代西方国家，直至当今世界，都经常可见这种思想的光芒闪耀。但作为一个中国学者，能够既有文化主体意识，又能跨越不同文化边界，寻求一种文化间的共同和普遍存在，可以说是一种文化的自信和大气。我认为，这恰恰是比较法学超越其他法学领域的应然之处。特别是在当今世界各方面愈趋一体化和全球化的时代背景下，这种思想方向无疑更有助于我们认识和解释世界、参与和实现社会与历史的

进步。

以上是我看过《比较法学导论》文稿后的一些感觉，愿意与读者分享，以求学术探讨之旨趣。当然，这部书中还有一些值得提及的特点，例如，地方性知识和普遍性知识相映成趣，理论性论点与制度性分析相辅相成。具体说，书中既有世界的知识，也有中国的知识，而且均能有机地置于比较法学视角之下予以展开。这大概和作者多年来的丰富学术和职业阅历有关，他对罗马法和民法的研究，使其能够以具体的制度分析来阐明比较法学上的命题；他在法院和澳门政府工作的经验，使其能够对法律实践和法律制度中的问题极具敏感度和洞察力。许多年前，我就对他说，以我多年之经验，搞比较法学必须要有制度法学的知识作支持，国外的比较法学大家，大多都是如此。看到作者实际正是在走这样一条学术之路，为之感到高兴。

我从事比较法学研究与教学已经数十年，可以说将全部的精力投入到了比较法学。因此，我对比较法学的期待不言而喻。我想说的是，我们这一代已经努力了，做了我们应该和能够做的，如今最大的欣慰就是看到这个学科领域渐渐得到发展，这个学科领域里新的一代的已然成长。我和米健教授因学术结缘三十年，看着他在学术领域中沉心静气地坚持，学术成果不断，尤其是眼前他的这本著作，很是欣慰。这些年，学术圈里流动性很强，我曾主持的中国政法大学比较法研究所曾经才俊荟萃，在学术界可谓是一个享有美誉的金色营盘，可惜众将各奔更好前程，大大支持了整个学界，但却苦了这个研究所。不过，米健却在此坚守了近三十年了。这个金色营盘，十多年来可以说是由于他的努力得到了长足的发展，以至于可以说它确实成了一个铁打的营盘。2009 年，中国政法大学成立了全国高校中第一个比较法学研究院，把国内的比较法学规模和层次推向了一个新的高度。可是，此后不久他却突然作“急流勇退”之举，令我大为意外和惋惜。本以为他从此可能

会渐渐远离比较法学，但也未曾料到，他仍然情结比较法学，而且拾点曾经的积累和思考，拿出了这部《比较法学导论》，此中惊喜和欣慰，实莫须言表。故领其约请之诚，欣以前述云云为序，既为推介，也为加勉！



二零一二年九月十五日

序　二

中国社会对西方法律的接受，最早应是国际法，其次才是一些部门法，诸如民法、刑法等等，最后进入我们视野的才是比较法。其原因大致可以认为有两个：一是中国向来是中央集权高度统一的国家，长期以来一直是闭关自守、自成一统，因此不需要什么“比较”，也不知什么是“比较”；二是中国向来把法律看成是一种“术”而不是“学”，术者统治之术，是属于“形而下”的范畴，而“学”则不同了，可以归入“形而上”的范畴，需要法律经过思考，提炼、升华之后进入“虚”的境界，没有这一过程，比较法是谈不上的！

要成为一个比较法学者也需要有一个过程，他首先要成为本国法的学者，不了解本国法律就失去了比较研究的意义，我们的比较研究当然是以中国为基础的比较。其次还需要深入研究外国法，一个好的比较法学者应当是一个外国法学者，但一个外国法学者并不必然是比较法学者。所以最后要成为比较法学者还需要有比较法的知识和方法。我常以为，一个最好的法学学者，应当是最好的比较法学者，他应当是一个法学的“百科全书”。

我主政中国政法大学时，曾引进了比较法的“三剑客”，他们是贺卫方、高鸿钧、米健。后来贺卫方去了北大，高鸿钧去了清华，米健留在中国政法大学主持比较法研究院，后来终于又去了澳门。米健教授在中政大时曾开了比较法的课，在比较法讲义基础上形成了这本《比较法学导论》。这本书可以说是一本“雅俗共赏”、循序渐进的教科书性

质的成果，但另一方面也可以说是一本专著，作者将他多年来在比较法研究中的心得都融入在这本专著中。

我特别欣赏米健教授书中几个观点：

一是他的“还原比较方法”，即将比较项回溯到制度生成的最初起点加以比较，这就要求理解这一制度产生的社会基础，为什么当时能产生这一制度。

二是他的“共同法”的思想，世界各国的法律制度已经逐渐从“冲突法”向“共同法”演变，尤其是欧洲共同体的欧洲法表现得最为亮眼。

三是世界法律体系出现的“融合法系”的概念，使长期以来纠缠的现代法系划分困境得以解决。

米健教授是中国少数的专门从事比较法研究的学者之一，在他的这本书问世之际，希望我能为它写个序，我欣然应承，并以此序推荐给读者。



二零一二年七月

目　　录

第一章　比较法学的基本认识…… 1
第一节　比较法学的概念与实质…… 1
一、“比较法”抑或“比较法学”？ …… 1
二、比较法学的实质…… 3
三、比较法律与比较法学 …… 7
第二节　比较法学的目的与对象…… 8
一、比较法学的目的…… 8
二、比较法学的对象 …… 10
第三节　比较法学的范畴与功能 …… 12
一、比较法学的范畴 …… 12
二、比较法学的功能 …… 15
第四节　比较法学与其他法律学科 …… 26
一、比较法学与部门法学 …… 26
二、比较法学与国内法学 …… 27
三、比较法学与外国法学 …… 28
四、比较法学与公法、私法 …… 29
五、比较法学与法律史学 …… 31
六、比较法学与法哲学 …… 34
七、比较法学与法理学 …… 34
八、比较法学与法社会学 …… 35

第五节 比较法学的特点 …… 36
一、比较法学的世界个性 …… 36
二、比较法学的世界目的 …… 38
三、比较法学的世界胸怀 …… 39
四、比较法学的世界品位 …… 43
五、比较法学塑造的法学家人格 …… 44
第六节 比较法学的命运 …… 46
一、法的命运决定比较法学的命运 …… 46
二、事物发展的规律决定着比较法学的命运 …… 48
三、人类社会的命运决定着比较法学的命运 …… 48
第七节 比较法学者的职责和使命 …… 49
一、比较法学者的社会职责 …… 49
二、比较法学者的历史使命 …… 50
三、比较法学的若干经验 …… 52
第二章 比较法的历史发展 …… 55
第一节 历史上的法律比较 …… 56
一、古代 …… 56
二、中世纪 …… 60
第二节 近现代法律比较与比较法学 …… 61
一、近现代法律比较立法 …… 61
二、近现代的比较法学思想 …… 64
第三节 当代比较法学与共同法发展 …… 68
一、当代比较法学 …… 68
二、共同法及其基本认识 …… 72
三、共同法的历史发展 …… 73
四、共同法的人类理性基础 …… 76

五、共同法或普遍法的思想演进 …… 80
六、共同法或普遍法、世界法的发展 …… 83
七、比较法学与世界主义 …… 87
第三章 比较法学的方法论 …… 94
第一节 比较法学方法论的意义 …… 94
第二节 宏观比较和微观比较 …… 95
一、宏观比较 …… 96
二、微观比较 …… 97
三、相关理论 …… 97
第三节 功能比较和概念比较 …… 100
一、功能比较 …… 100
二、概念比较 …… 107
三、功能比较和概念比较的关系 …… 110
第四节 文化比较与还原比较 …… 113
一、文化比较 …… 113
二、还原比较 …… 119
第五节 其他比较方法及其局限 …… 121
一、横向比较和纵向比较 …… 121
二、动态比较和静态比较 …… 122
三、其他方法 …… 126
第六节 比较法学的操作过程 …… 128
一、比较项的确定及其必要认识 …… 128
二、比较项在体系上的确认 …… 129
三、比较项在性质和功能上的比较分析 …… 130
四、比较体系的确立 …… 131
五、比较判断的批判性评价 …… 133

六、解决的办法或构想的提出 …… 134
第七节 法学方法论在中国 …… 135
一、法律继受历史情境中的法学方法论 …… 135
二、法学方法论的缺失及其影响 …… 136
三、法学方法论在中国的研究现状 …… 138
四、法学方法论在中国长久缺失的原因 …… 139
第四章 当代世界法律体系 …… 145
第一节 法系及其划分标准 …… 145
一、法系及其相关概念 …… 146
二、既有法系划分的方法与类型 …… 153
三、当代世界法律体系的既有划分 …… 159
第二节 既有法系划分中存在的问题 …… 160
一、法系划分标准的相对性问题 …… 160
二、“社会主义法系”的问题 …… 163
第三节 世界法律体系的重新思考 …… 167
一、世界法律体系问题的认识基础 …… 167
二、世界法律体系划分应采取的标准 …… 169
第五章 大陆法系 …… 175
第一节 大陆法系的概念与分布范围 …… 175
一、大陆法系的概念 …… 175
二、大陆法系的分布 …… 176
第二节 大陆法系的起源与历史发展 …… 177
一、大陆法系的渊源及其起点 …… 178
二、大陆法系的形成 …… 183
三、大陆法系的确立 …… 204
四、大陆法系的巩固与发展 …… 205