

比较法学原理

PRINCIPLES OF COMPARATIVE LAW

高 祥◎主 编

朱明哲◎副主编



比较法学原理

PRINCIPLES OF COMPARATIVE LAW

高 祥◎主 编
朱明哲◎副主编



中国政法大学出版社

2019·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

比较法学原理/高祥主编. —北京：中国政法大学出版社，2019. 10
ISBN 978-7-5620-9245-2

I. ①比… II. ①高… III. ①比较法学—研究生—教材 IV. ①D908

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第217409号

- 出版者 中国政法大学出版社
地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
电 话 010-58908289(编辑部) 58908334(邮购部)
承 印 固安华明印业有限公司
开 本 720mm×960mm 1/16
印 张 24.5
字 数 470 千字
版 次 2019 年 10 月第 1 版
印 次 2019 年 10 月第 1 次印刷
定 价 69.00 元

本书由中国政法大学“双一流”建设资金资助出版

前 言

本书是一部面向本科生的比较法学教材，由中国政法大学比较法学研究院的教师撰写。

中国政法大学比较法学研究院拥有目前我国唯一经国家教育部备案的比较法学二级学科，招收比较法专业的硕士研究生、博士研究生和博士后研究人员，培养兼具中国法、外国法知识，精通一门以上外语，能够独立进行国际交流，具有较强创新能力的国际化、复合型高级法律人才。比较法学研究院的教师不仅承担本院研究生的课程，而且承担学校本科生的比较法课程。“工欲善其事，必先利其器”，教材是教学最重要的元素之一。因此，研究院曾于2013年结合硕士研究生的培养目标，组织编写了以刘兆兴教授为主编的《比较法学原理》一书。但是，本科生的比较法课程一直没有合适的教材，研究院每年的研究生入学考试也缺乏考察本科生比较法知识的教材。因此，我们撰写了这本教材。

本书的内容脱胎于研究院诸位同仁长期在研究生阶段开设的比较法总论、比较私法、比较公法等课程和学校本科生的比较法课程，但基本定位是本科生教材，所以其体例和内容首先体现的是我们对本科课程的思考。那么，给本科生开设的比较法课程应该讲些什么？我们认为，在信息时代，任何已经成型

的“知识”都唾手可得，只要学生具备一定的检索能力和阅读能力，其通过课下自学所能获取的知识不一定比传统大教室由教师满堂灌所能传授的要少。我们不但处在一个事实上瞬息万变而且人们对这种瞬息万变的状态有所感知并习以为常的时代，所有我们接受的知识及其体系都面临着修正。以法律为例，往往教科书刚写出来就需要修订，因为出现了立法上的重要修改。基尔希曼所谓“立法者三个更正词则法学图书馆尽成废纸堆”的说法，在这个立法者喜欢自我更正的时代，变得更有启发意义了。因此，一门面向本科生的课程如果还是像我们习以为常的那样，仅仅讲授所谓“学界通说”，恐怕难以吸引那些已经具备独立学习和思考能力的大学生，更不用提学界在很多问题上其实并没有什么共识可言。

因此，我们认为，与其为学生全面介绍各个国家的法律制度，不如着重解说比较法基础理论，并对当今比较法学上较重要问题加以分析。我们希望通过这种安排为读者准备好必要的理论工具，以便他们能够在比较法学广袤无垠的天地中自主探索。基于此，我们有意减少了一般比较法著作中大陆法系和普通法系的比重，把更多的篇幅放在了比较法学的历史、原理、方法等章节，并用全书大概三分之一的篇幅讨论法律区域化、全球法和比较法的应用等关系到比较法实践意义的内容，希望向读者展现比较法与近一百年来人类历史的深刻联系及其自身理论的蓬勃生机，并证明理解各种法律制度之动态发展的重要性。同时，为了让读者尤其是对比较法特别感兴趣的读者进一步深入研究，我们在每章的最后附了思考题和扩展阅读的文献。

本书各章节的具体撰稿人是：第一章：朱明哲（第一至三节）、王志华（第四节）；第二章：俞飞；第三章：李晓辉；第四章：翟远见（第一节）、谢立斌（第二节）、孙海波（第三节）；第五章：郝维华（第一节）、刘承晔（第二节）、孙海波（第三节）；第六章：俞飞；第七章：郝维华；第八章：高祥；第九章：张彤；第十章：朱明哲。

全书由主编高祥统稿。

由于本书的撰写时间仓促、作者水平有限，疏漏甚至错误在所难免，敬

望读者批评指正，以便在今后的修订中补充、完善。

本书的写作出版得到了中国政法大学“双一流”建设资金的支持，在此鸣谢！

编 者

2018年12月

目 录

前 言	1
第一章 比较法学的历史	1
第一节 比较法学的产生 / 1	
第二节 第二次世界大战后比较法学的确立 / 12	
第三节 冷战后比较法学的革新 / 22	
第四节 比较法学在中国的产生与发展 / 28	
第二章 比较法基础理论	40
第一节 比较法的概念与性质 / 40	
第二节 比较法的目的与功能 / 44	
第三节 比较法理论的法系论 / 60	
第三章 比较法的方法	72
第一节 比较法的知识与方法 / 72	
第二节 多元比较法方法 / 82	
第三节 比较法方法的未来 / 95	

第四章 大陆法系	102
第一节 大陆法系的历史变迁 / 102	
第二节 大陆法系国家的司法体制 / 120	
第三节 大陆法系的法律渊源与法律方法 / 128	
第五章 普通法系	138
第一节 普通法的历史 / 138	
第二节 普通法的司法制度 / 157	
第三节 普通法系的法律渊源与法律方法 / 177	
第六章 伊斯兰法系	191
第一节 伊斯兰法的历史和渊源 / 191	
第二节 伊斯兰法的特征和内容 / 201	
第三节 伊斯兰法的衰落与复兴 / 212	
第四节 西方国家遭遇伊斯兰法 / 224	
第七章 比较视角下的中国法律传统	229
第一节 中华法律传统的演进与嬗变 / 229	
第二节 礼治社会与身份差序 / 242	
第三节 律令体系和法律体系：成文法 / 251	
第四节 法在乡野之间：成文法之外 / 256	
第五节 中华法系与东亚法律传统 / 262	
第六节 中华法系的近代化与转型 / 265	
第八章 法律全球化	269
第一节 全球法 / 269	
第二节 国际私法统一运动 / 276	
第三节 全球商法的发展 / 284	
第四节 影响经济生活与法治进程的指标体系 / 292	

第九章 法律区域化	302
第一节 区域一体化中的法律区域化趋势 / 302	
第二节 欧盟法的形成与特点 / 309	
第三节 东亚共同法的萌生与发展 / 330	
第四节 法律区域化面临的挑战及其前景 / 343	
第十章 比较法的应用	353
第一节 法律移植概论 / 353	
第二节 立法中的比较法 / 361	
第三节 司法中的比较法 / 367	
第四节 私人法律移植 / 373	

第一章

比较法学的历史

【本章导读】从知识社会学的角度看，一个独立的学科需要有一个学者共同体以及为这一共同体所接受的判断知识真伪的标准。比较法学作为法学的分支，与其他法学学科分享着同样的真伪标准。所以，真正让比较法学区别于其他学科的，毋宁是共同体这一条件，其中包括四个可以为外部客观化的要素：独立的研究机构、具有统一身份认同的学者群体、作为知识传播载体的刊物和教材、共同接受的方法和问题域。尽管在现代早期乃至更早的时代中就出现了比较不同地域、不同法律领域的活动，但因为缺乏上述的体制性要素，我们很难说在当时就产生了比较法学。直至19世纪中叶在法国和英国出现了以“比较立法”命名的教席后，比较法学的萌芽才出现。本章前三节将以欧美为中心介绍比较法学在三个阶段的发展。每一节的前两部分介绍比较法学在每个时期的特点，第三部分则把比较法学置于更广阔的历史语境中考察，展现其与各种社会、政治、文化因素之间的互动。第四节介绍比较法学在我国的发展。其中我们需要重点了解的是，战后比较法学形成了较为统一的问题域和研究方法，这也从认识论上标志着比较法学的成熟。

第一节 比较法学的产生

一、19世纪中叶对比较立法的初步兴趣

历史的叙述者往往难以抵挡为现代所知的趋势寻找一个起始时间点的诱惑。对于现代比较法学而言，我们不妨把起源定在1831年法兰西公学（Collège de France）为莱米尼耶（Eugène Lerminier）开设比较立法史（Histoire générale et philosophique des Législations comparées）教席的时刻。在莱米尼耶之后，拉布莱（Édouard Laboulaye）和弗拉赫（Jacques Flach）先后出任这一教席，直至1920

年它为科学史教席所取代。^[1] 1869年是另一个重要的年份，拉布莱在巴黎创立了比较立法研究会（*Société de législation comparée*），牛津大学也为英国著名法史和法理学家梅因（Henry Maine）设立了历史与比较法学教席。1894年，英国比较法学研究会和德国比较法律科学和国民经济学协会分别宣告成立。随着教席和学会的建立、讲席教授和学会会员身份的确立，比较法学初步有了一个学科的外形。^[2] 甚至也开始出现了一些创办专业比较法期刊的努力，比如出生于德国的巴黎律师弗利克斯（Jean-Jacques Foelix）便于1834年创办了《外国立法与政治经济学评论》（*Revue étrangère de législation et d'économie politique*），但当弗利克斯于1853年去世时，他的期刊也就停刊了。另外几份在刊名中明确提到“外国”字眼的刊物也在创办不久后实际上变成了纯粹的国内法期刊。现代比较法早期发展的巅峰则是1900年在巴黎召开的“国际比较法学大会”（*Congrès international de droit comparé*），主要来自欧美各国的法学家汇聚一堂，就比较法学的对象、方法、功能、教学等基本问题展开了为期5天的研讨。下一次这样的盛会就要等到1931年的里昂国际比较法学大会了。

现代意义的比较法学在19世纪产生并非偶然。虽然比较不同法律的实践从古罗马以来就没有中断，^[3] 但无论是在古罗马的万民法观念下还是在中世纪的多元主义法律版图上，法律的效力范围并不与地理界限完全重合。特别是在11世纪罗马法复兴之后，主张普世管辖权的罗马法和教会法本身就是欧洲各司法机构共同的法律渊源。更不用说法官在适用地方习惯和封建领主之立法时也常常参照抽象的、超越地域的学者法。换言之，现代比较法所假设的那种“我们的法”和“其他的法”之间不可渗透的区隔在当时并不存在。当人们比较不同地域、不同类型（如罗马法和习惯法）的法律时，并不必然预设其中一种可以适用而另一种不行。当时的法学家其实综合利用着不同的法律渊源，为争议寻找解决方案。这种情况直到现代民族国家成为最普遍的国家形式后才有所改变。

在《威斯特伐利亚条约》（1648年）签订后，经过二百多年的发展，欧洲大陆终于进入了由领土明确、中央控制、彼此独立的国家组成的现代状态。随着民族国家的兴起，法学上出现了两种重要的趋势：一是每个国家有且只有一个统一的法律体系；二是每一个国家的法律可以适用的范围依照严格的管辖权

[1] Cf. Georges Navet and Frédéric Audren, “Note Sur La Carrière d'Eugène Lerminier Au Collège de France (1831-1849)”, *Revue d'histoire Des Sciences Humaines* 4, no. 1 (2001): 57-67.

[2] 关于比较法学为何没有同时在德国发展起来，参见 [德] K. 茨威格特、H. 克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社2003年版，第80~82页。

[3] 关于比较法的早期发展，Cf. Walther Hug, “The History of Comparative Law”, *Harvard Law Review* 45, no. 6 (1932): 1027-70.

规则（属地、属人、保护管辖，等等）明确限定。此前那种不同法律在管辖范围上犬牙交错、互相重叠的状态至少短暂地结束了，让位于原则上由国家之地理边界严格限制法律之效力的新法律版图。正是在这样的制度条件下，现代比较法学应运而生。

表面上看，二者的共时性似乎有些不可思议，实则不难理解。民族国家一方面以“同一个民族、同一种语言、同一部法律”的口号进行内部整合；另一方面把法律视作民族独特历史的产物，从而拒绝承认本国法可以从对外国法的知识中获益。前一种趋势最典型的体现便是欧洲各国法学家整合各地习惯以创造一套适用于全国的共同法，比如法国的法学家从17世纪就开始以巴黎地区的习惯为蓝本整理各地的习惯，并在路易十四建立的绝对君主制荫蔽下以国王法令的方式把他们的成果真正落实为立法文本。其中最重要的人物莫过于多玛（Jean Domat）和波蒂埃（Robert Pothier）。前者在启蒙思想的指导下确立了后来《民法典》世俗性的、强调理性的结构，后者则为法典中的许多内容（特别是债法）奠定了基础。这种用理性精神洗礼的习惯法汇编与集成最终成就了1804年的《法国民法典》，也标志着1789年革命后真正成为一个现代民族国家的法国在法律上的统一。

在莱茵河的另一侧，法军的入侵不但依靠强力实现了原本邦国林立的德意志地区西南部的统一（莱茵邦联），而且让《法国民法典》在占领期内（1806—1813年）适用于这片土地。统一民法典的诱惑如此之大以至于以蒂堡（Anton Thibaut）为代表的一些法学家认为不妨在统一的德意志建立起来之前，先用法国法作为德意志各邦的共同法。这种论调激起了以萨维尼（Karl von Savigny）为代表的保守派反击，后者主张法律就像语言一样形成于民族共同生活的历史。^[1]论战直接导致了德国历史法学派的诞生，这一学派反对把法律看作人类普遍理性之具体化的法国自然法学的主张。既然法律不是普遍的，那么寻找德意志特有的法秩序自然要比吸收法国法更好。只不过他同样也主张罗马法上的技术和成熟的概念应该是构建法律科学大厦的基石。不论法国的启蒙主义者如何强调理性的普遍性，不论德国的历史法学派门徒如何强调法律内容的地方性，他们在民族国家的时代来临时完成的几乎是同样的任务：缔造一种结合了罗马法和当地习惯的法律，并使之实现政治共同体内部法秩序的统一和对外的

[1] Cf. Paolo Becchi, "German Legal Science: The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and 'Conceptual Jurisprudence'", in *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence: A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, ed. Damiano Canale et al. (Springer Science & Business Media, 2009), 185-224.

独立。^{〔1〕}

面对统一、独立的民族国家的法学家们假设此国的法律和彼国的法律就算本质上并非是完全不同的事物，至少也有相当重要的区别。通过比较不同国家的法律，法学家可以找到这些区别，从而建构起各民族在法律上的身份认同，一方面创造内部的一致性，另一方面宣告与其他民族的不同。这些区别又需要在历史中加以解释。于是，无怪乎最早开始比较法学研究的人同时也是最早对法史学产生兴趣的人。而且无论是莱米尼耶、拉布莱还是梅因，都深受历史法学影响，可以说是该学派在他们各自国家的代表。反而是在德国本土，历史法学的强势驱动学者创造德意志共同法的传统，让他们暂时无暇顾及比较法。

尽管向来以探索知识边界著称的法兰西公学早在 1831 年就设立了讲席，但比较法学在 19 世纪末之前整体上还是处于相当边缘的地位。原因也很简单。在法国，19 世纪初生效的那几部主要法典还没有受到太多的挑战，而欧洲其他的政权还在以法国的法典为蓝本设计自己的法典。我们完全可以想象，一个 19 世纪初的欧洲法学家；要么面对一个新的法典文本，所以需要他们想方设法探索文义的所有可能界限，要么正在创造一个新的法典文本，所以正在处理不同的法律原始材料（其中也包括了外国法）。在这样的情况下，对外国法的知识要么不必要（如在法国），要么缺乏可以与之比较的本国法。

不过，到了 19 世纪末，随着欧洲民族国家纷纷完成统一，比较法学也开始活跃起来。其中一个明显的特征是大学中比较法学课程的开设。1846 年巴黎法学院开设的比较刑法课程几乎是第三共和国以前唯一的大学比较法课程。人们可能认为比较法本身应该在法兰西公学而非与其分庭抗礼的巴黎大学讲授。作为巴黎法学院新来的竞争者，自由政治学院（*école libre des sciences politiques*）在 1872 年成立后马上开设了比较宪法和比较商法的课程，而且往往延请在巴黎法学院中没机会讲授此类课程的教授主讲。人们总是认为比较法学一开始专注于私法，其实在教学方面，却反倒是公法走在了前面。1895 年的法学教育改革把比较宪法列入了大学课程目录。而比较民法直到 1901 年才在萨莱耶（Raymond Saleilles）的建议下开始在巴黎法学院开设。不过，比较法学教育在法国之外发展较为缓慢。梅因的讲座长期以来是英国唯一的比较法课程。在意大利，直到 1906 年才有常设的比较法学课程。德国则要等到第一次世界大战之后才把比较法学列为大学课程。至于专业的比较法学教学研究机构，德国却走在了前列。1916 年，在拉贝尔（Ernst Rabel）的提议下，慕尼黑大学建立了比较法研

〔1〕 关于欧洲各国法律史更详细的介绍，参见本书第四章第一节。

究所，后来又以德皇威廉的名义在1926年分别成立了比较私法和比较公法的研究所。朗贝尔（édouard Lambert）于1921年在里昂建立了法国第一个比较法学研究所。莱维-于尔曼（Henri Lévy-Ullmann）于1932年在巴黎也成立了类似的机构。

人们可能会问：为什么比较法学的初步发展出现在19世纪末20世纪初？为了回答这个问题，我们将看看人们希望通过比较法学做什么。

二、19世纪末以比较法解决社会问题

在1900年举办的首届国际比较法学大会上，萨莱耶曾经把比较法定位为一种法学的“附属科学”，其功能是“通过为学说构建或者司法中的法律解释提供一种实证目标，从而服务于各国法律的进步发展”。^[1]可见，比较法学建立的目的是学者希望改善现行法律。而且，与人们一般的认识不同的是，以萨莱耶为代表的法学家不指望通过立法机构来改善现行法律；相反，他们认为通过法学家的学说构建和法官在司法中对立法文本的解释已经足以促进法律的发展了，这本身就是对作为民族国家政治根基的主权学说和权力分立理论的挑战。此外，他们还一反此前法学家们对稳定性、永恒性的追求，主动提出要用关于外国法学的知识为法律的“进步”提供实证目标。也就是说，比较法学出现在一个法学界本身发生了重要思想变革的时代。我们有必要在19世纪的语境中解释这一现象。

19世纪末本来应该是欧洲民族主义的春天。他们在建立民族国家的过程中有效地反抗了来自教皇的压力，并在不同程度上实现了政治和社会的世俗化。欧洲的经济和社会的发展进入了繁荣的“美好年代”，至少从有产者的角度看是如此。然而从工人阶级的角度看，19世纪末是属于左拉的《萌芽》的时代。工业事故、失业、贫困才是他们所面对的现实。从1880年到1890年，法国平均每年发生400场罢工，5倍于上一个十年。每年有78 000人次参与罢工。^[2]终于，罢工的规模在1906年达到了历史的高点。关于罢工的认识也在改变，从1890年开始，组织和参与罢工的人开始认识到这一产业运动不妨作为政治动员的一种方式。^[3]在法国乃至全欧，仰赖马克思主义的传播和各国社会主义政党的活

[1] Raymond Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux*, by Société de législation comparée (Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1905), 167.

[2] Cf. Vincent Viet, “Les républicains face aux grèves?: intervenir pour ne plus avoir à intervenir (1880-1914)”, *Cahiers Jaurès* N° 199, no. 1 (March 1, 2011): 53-69.

[3] Cf. John Merriman, *Europe 1789 to 1914: Encyclopaedia of the Age of Industry and Empire* (Detroit, Thomson Gale, 2006), p. 2265.

动，阶级意识在工人中间以不亚于物质进步的速度迅速形成。社会民主派的政党如雨后春笋般出现，成为政治生活中不可忽视的力量。1863年，全德工人联合会和德国工人协会联合会分别成立。1871年，丹麦的社会民主党成立。1875年，统一的德国社会主义工人党、也就是后来的社会民主党成立，并迅速在国会中取得了12个议席。稍晚些时候，1905年工人国际法国分部成立，1906年工人委员会改组为英国工党。1900年前后是新世纪的开始，也是“长夜”的深处，但只要“团结起来到明天”，就可以赢得“最后的斗争”。

在法国，社会危机挑战在1820年左右进入法学、并在19世纪后半段支配了法律解释的个人主义和自由主义思想。^[1] 面对工业社会，传统民法学所坚持的“所有权绝对”“契约自由”“过失责任”等基本原则都受到威胁。人们开始逐渐承认，“资产阶级的和平”和“资产阶级的秩序”原本是一套有利于资产阶级的法律秩序，只是以真理和正义的名义普遍化。如今，更要紧的是在各种社会阶级之间寻找共识和平衡，从而确立“社会和平”。^[2] 罢工表达了重新制定一部符合时代精神，而不是体现19世纪初那个农业社会之需求的《法国民法典》。似乎民法本身的基础都因为工业社会中加剧的贫富分化、阶级矛盾，以及其他社会问题而摇摇欲坠。如果不想让“无产阶级的民法典”取代1804年的《法国民法典》，就必须让法律的解释者获得一种新的方法，从而让“法官即便严守‘适用法律而非再造法律’的角色，也能通过司法中的解释，回应进化和社会进步中产生的需要”。^[3] 就连最不可能接受革命思想的人也纷纷意识到，像工作条件和贫富差距这种社会问题必须以限制自由的方式加以解决。所以，1891年教皇利奥十三世才在他具有深远影响的《新事物》（*Rerum novarum*）通谕中强调，如果私有财产权源于自然法，它的使用必须和仁爱的义务相一致。^[4] 这份文件开启了天主教会延续至今的“社会学说”。简言之，民法学家从此不能再无

[1] Cf. Christophe Jamin, “Plaidoyer Pour Le Solidarisme Contractuel”, in *Le Contrat Au Début Du XXIème Siècle* (Paris: LGDJ, 2001), 441-72.

[2] Cf. André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du code civil français*, op. cit., p. 9; Maurice Deslandres, *Les travaux de Raymond Saleilles sur les Questions Sociales*, in Robert Beudant, Henri Capitant et Edmond Eugène Thaller (dir.), *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Librairie Nouvelle de droit et de Jurisprudence, Arthur Rousseau, 1914, pp. 241-273.

[3] Raymond Saleilles, “Droit civil et droit comparé”, *Revue internationale de l'enseignement* LXI, no. 1 (1911), 5-32.

[4] Cf. Jean-Louis Halpérin, *Histoire Du Droit Privé Français Depuis 1804* (Presses Universitaires de France, 2001), 196.

视“法律之创造过程中的社会面向”。〔1〕否则，资产阶级社会本身将面临覆灭。〔2〕所以，比较法很长时间集中在私法领域并非没有原因。工业社会不仅是一个生产力发展导致的社会形态，它还要求法律作出变革以回应社会变化。

但是法学是否能够回应社会变化还是个未知数。与“社会批判”（*critique sociale*）相伴而生的是“社会学批判”（*critique sociologique*）。在19世纪末，实证主义方法成了科学的主流。实证的社会科学批判过去的法学既然无法认识社会需要，也就无法满足社会需要。实证主义思潮在科学的审判庭前审判自然法思想和那种无视事实、认为从一般定理和原则出发通过纯粹推演就可以合理化法律的信念。一系列反省与思考因此在“1900时刻”——从1880年到1914年这段第三共和国较为稳定的时期——出现于法学院门墙之内。19世纪末在法学革新上具有重要意义的法国学者大多参与了对实证主义批判的回应，现代比较法的先行者萨莱耶便是其中一员。萨莱耶开始主张，法律解释者的任务不是“仅仅按照纯粹法律—逻辑上的前提进行推论”，而是“根据客观事实中得到的实验性观察，根据法律的后果判断和评价法律”。〔3〕换言之，法学家希望用法律解释方法的革新解决社会问题，从而避免民法的实质改革。得益于1836年整理出版的《法国民法典》编纂材料，当民法典的注释家需要在19世纪50年代“依照自由主义精神解释民事立法”时，他们可以主张上一代民法典注释家所使用的文义方法有时需要让位于可以从立法辩论中求得的“立法者原意”。而他们解释的正当性则通过立法者的权威得以保证。到了19世纪末，法律解释者则变得更加积极。他们要尝试通过他们对事实的观察和评价，把规则解释得更加适应当时社会的发展。

以上便是社会科学为法学带来的双重难题：在方法论方面，实证研究质疑法律科学向来对“应然”的依赖；在实践层面，人们认为优先文本或立法者意图的解释方法不关心社会现实，所以无法让法律适应工业化带来的新情势。〔4〕于是，对于法学教授来说，从他们的学科内部找到新方法就变得非常紧迫了，这种方法既要能够让他们研究社会问题、回应社会需要，又不能丧失法学作为

〔1〕 David Deroussin, *Histoire du droit privé?: XVIe-XXIe siècle* (Paris: Ellipses Marketing, 2010), 7.

〔2〕 Cf. Christophe Jamin, “Le Rendez-Vous Manqué Des Civilistes Français Avec Le Réalisme Juridique. Un Exercice de Lecture Comparée”, *Droits*, no. 51 (2011), 137-59.

〔3〕 Raymond Saleilles, “L'école Historique et Droit Naturel,” *Revue Trimestrielle de Droit Civil* 1, no. 1 (1902): 82-112.

〔4〕 Cf. Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon* (Paris: F. Alcan, 1912); Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927; Emmanuel Lévy, *La Vision socialiste du droit* (Paris: Giard, 1926).