

比较法的初认识--概念、性质、方法论 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/484/2021_2022__E6_AF_94_E8_BE_83_E6_B3_95_E7_c122_484696.htm 【摘要】 本文主要

介绍和探讨了比较法的概念、性质、研究范围及其方法论问题，从而对比较法有一些初步的认识，为有关比较法的理论研究奠定基础。 【关键词】 比较法；概念；性质；方法论

一、比较法的概念 比较法是一个有争议的话题。什么是比较法？比较法是一个学科、方法抑或是一种理念？众说纷纭。我们需要从比较法的最基本的要素开始我们的探寻。首先从比较法的概念开始认识。比较法的概念不仅是我們认识比较法的前提，同时它是比较法所有问题中的原点性、基础性问题。每一种比较法的概念界定同时也决定了研究者的研究范围、思路和模式。 比较法，英文为Comparative law。从字面可理解为比较的法或法的比较。目前为止，各个比较法学家对比较法概念的解释有以下几种：认为比较法是一种纯粹的法律比较方法。这主要是英美的一些学者的观点。主要代表人物有卡顿、哥特里奇。[1]英国法学家沃森认为，比较法是对法制史和法理学的研究。德国比较法学家格罗斯费尔德认为，比较法是一种文化。德国比较法学家茨威格特和克茨认为，比较法是指一方面以法律为其对象，另一方面以比较为其内容的一种思维活动。比较法更深层的含义是超国家的，首先是世界上各种不同的法律秩序的相互比较。[2]日本比较法学家大木雅夫认为：比较法是这样一种法学部门或方法：在最一般的意义上，它在各种法律秩序的精神与样式的联系上，揭示各种法律秩序的形态学上的特征以及它们相互间在类

型上的亲缘性；作为其特殊性，比较法主要研究各种法律秩序中可以比较的各种法律制度和解决问题的方法，以认识和完善法制为课题[3]而刘兆兴认为：比较法就其概念的本意而言是指对不同国家或地区的法律及其制度的比较。[4] 由于不同的学者对概念的不同界定也决定了在比较法上研究范围的争议。比较法作为一门独立的法学学科，有其特殊的研究对象和范围。比较法是通过运用比较的方法对不同国家和地区的法律制度进行比较，分析并将所取得的成果组合而建立的学科，因此多数学者认为比较法的研究范围应当包括以下几个方面：第一，对两个以上国家的法律体系的研究；第二，对同一国家的不同法律体系的比较研究。如美国各州、前苏联各加盟共和国之间的法律制度，中国的大陆和港澳台之间的法律制度；第三，对本国法与外国法或不同的外国法之间的比较研究；第四，从更深的层面上对不同法律体系所赖以存在和作用的社会经济、政治和文化诸方面，进行比较研究。[5]所有这些都构成了比较法的研究范围。比较法的特性使得在划分比较法的范围上也有不同的界定方式。朱景文认为：比较法可以分为三个不同的层次：一是叙述的比较法，即对外国法的研究。其遵循的原则是单纯的介绍外国法律制度“是什么”的叙述性研究。但这种研究受到批判。因为，只有在对本国法与外国法或外国法与外国法之间进行比较，才是比较法研究的范围。如果只是单纯地对外国法研究或者只是对外国法的阐释或叙述、则不属于比较法研究范围。[6]二是评价的比较法，即比较不同法律制度的异同及其发展趋势；三是沿革的比较法，即研究不同法律制度之间的现实和历史的关系。[7]应当说，无论何种划分方法只是更有利于学者

对比较法的深入研究，其本身为我们认识比较法提供了更加丰富的思想。同时，这种对比较法的范围的不同形式的界定也为其运用不同的方法起了相互支持的作用。

二、比较法的性质

比较法概念的不同界定决定了在其性质的界定上不可能取得一致的看法。对于比较法是法学的一门独立学科还是法学中各学科仅是采用的一种方法，或是一种理念，这是国际范围内的比较法学家们长期以来所争论的问题。从上面的概念中我们可以看出学者对比较法的性质有的认定为方法，有的认为既是方法又是学科。关于此争论有以下三种观点。

第一种观点认为对比较法的性质的争论没有意义。英美学者认为强调比较法的有关理论构想是平庸的或无价值的，探讨比较法的性质是过时的。

第二种观点认为，比较法只是研究法律的一种方法，否认其具有独立科学的性质。“比较”已经运用于法学的各个分支学科和法律部门的研究，比较法已经没有自己独立的研究对象和范围，当然也就没有自己作为学科的体系和结构。从比较法的功能可以看到它既有其“力量”，也有其“弱点”，而其“弱点”正反证出“比较”只能看作是一种法律的研究方法，比较法确定为方法，并非就不如确定为学科重要。[8]

第三种观点认为，比较法不仅是研究法律的一种方法，而且是法学的一门独立学科。如上述大木雅夫的观点。

[9]笔者认为，比较法作为一种在不同法律制度间寻找差别和理论借鉴的手段，当在深入对各种法律制度的基本要素进行分析和认识的基础上所形成的系统的理论知识是可以成为一中独立的学科的。为了确立比较法的科学性，就必须把这些微观结果，即构成各个法律秩序的法的基本粒子，即法律规范、原则、概念、制度，集聚组合成一种有机的统一体

。[10]即确立比较法法的学科地位。只要这个学科能够有足够的理论支撑和独特的研究方法，那么其独立性就不应受到质疑。三、比较法的方法论 比较法的方法是比较法学科中必不可少的一部分，也是构成比较法内在性质的一个方面。就比较法所运用的比较方法而言，主要是通过比较来认识和研究法律的?种方法；它通过某种法律现象与另一种法律现象进行比较，深入了解各种法律现象发展的共同的规律性，以及它们各自的特殊性与共性。[11]比较法的方法论，不是指各种比较方法的简单相加，而是指如何运用各种比较手段，进行纵向和横向的比较，采取历史的方法和逻辑的方法，以及探求采用何种结构和体系来处理整体性的比较方法问题

。[12]比较法方法论的特征或前提在于：一是要在不同国家或地区不同法律制度间进行比较；二是，比较的法律制度具有可比性；三是，研究在评价的基础上能够对本国或法制的完善有新的认识，新的理念。这是比较法方法运用后的最终目的。在国内比较流行的比较法的方法有以下几种：1、宏观比较和微观比较 宏观比较与微观比较是比较法研究中的两种密切相关而又有区别的方法，这种划分是与比较法研究在纵向和横向研究及其范围的大小相关的。宏观比较是指不同法系或不同社会制度国家的法律、法律制度的比较。在此，至少有两种情况，第一，相同社会制度国家但属于不同的法系或法律传统的法律之间的比较研究。二是不同社会制度国家的法律、法律制度的比较。微观比较，是指对不同法律概念、规则、制度、部门法等方面的比较，即进行法律概念、规则、制度等方面的细节比较。[13]但在不同法系或不同社会制度之间的微观比较有时是比较简单的，有的是相当复杂

的。[14] 2、规范比较与功能比较 规范比较又称为概念比较、结构比较、立法比较等。不同的学者又分别称其为概念方法、结构方法、文本方法等。规范比较主要是指对不同国家的法律规范体系的比较或具体法律规范的比较，并且着重研究本国法律制度，例如它的概念、结构、规范、规则等。比较不同国家同一法律部门中的各种具体法律制度、规则的异同。规范比较具有直接和简单的特征。一般地说，只要掌握被比较的各国有关领域内相应的法律文献，即可进行规范比较。通常，规范比较必须具备以下条件：第一，不同的国家具有相同的法律结构。这就是说，被比较的国家法律部门的划分及其法律概念、规则等具有同一性或相似性，使它们之间具有可比性。如果在不同国家之间被比较的部门法律中，法律概念、法律结构等不同，不具有相对应的法律规则、法律制度相比较，则不能进行规范比较。第二，被比较的法律制度、规则在不同的国家中具有相同的社会功能。但是，如果是被比较的国家法律的社会功能相同而法律结构不同，或者是法律结构相同而社会功能不同时，就不具有可比性，也就不能进行规范比较。[15] 功能比较的理论认为各种不同的法律制度，只要是能够解决相同的实际问题，即适用相同的法律需要，就是可以比较的。功能比较的倡导者德国比较法学家茨威格特和克茨就认为：“全部比较法的方法论的基本原则是功能性原则，由此产生诸如对被比较法律的选择、探讨的范围、比较法律体系的构成等方法论的规则。……在法律上只有那些完成相同任务、具有相同功能的事物才是可以比较的”，“任何在比较法研究中作为起点的问题都必须从纯粹功能角度提出，被探讨的问题必须不受本国法律制度和法

律体系中的各种概念的拘束”；“功能主义原理是，人们在从事比较法活动中必须彻底地摆脱其本国法律教条主义的先人为主的观点”[16]功能比较是对规范比较的一种有益的突破……功能比较时一种较高层次的比较法，它要从不同法律的差别种发现不同解决问题的手段。[17]

3、文化比较

文化比较是另一种运用趋势逐步加强的比较法方法。文化比较方法是指在对法律的理解上，把法律视为一种文化现象。文化比较方法是比较法的一个重要方法。从文化的角度来理解，法律不仅是一种解决社会问题或满足社会需要的工具，也是表达或传递意义??人们对世界、社会、秩序、正义等问题的看法、态度、情感、信仰、理想??的符号。每一个民族的法律都反映着该民族在世界、社会、秩序、正义等问题上的看法、态度、情感、信仰、理想。一些从形式上或功能上看似乎相同或类似的法律，可能实质上隐含着深刻的文化差异。因此，要理解一种法律体系，必须深入把握其背后的文化底蕴。[18]因此，文化无疑是研究法律和比较法的一个重要因素，即法律与文化具有密切的关系。文化的比较自然成为比较法一个重要的方法。

4、动态比较与静态比较

人们对于法律现象的研究和理解，在法学中?般有静态概念和动态概念的区分。静态研究是指对法律条文的研究，“静态地观察法律制度，即在横断面上，在特定时间点上研究它们。当然，法律制度并不是静态的，它们是在不断运动的，不断变化的”。[19]动态研究是指，除研究法律条文外，还包括对法律的产生、本质、发展、功能、形式，以至法律的制定和实行等问题的研究。[20]在进行比较法的研究时应当对不同法律制度的动态比较和静态比较结合起来，才能更好的全面地了解

。此外，在众多比较法学者中仍有许多不同的比较法方法，归纳起来主要有下几个方面：(1)以比较对象的多寡为依据，分为双边比较和多边比较。双边比较是在两种法律之间进行的比较，例如对法国和德国的民法的比较，多边比较则是对三种以上的法律进行比较，比如对中、日、俄三国投资法的比较。(2)以比较对象的时间界线为依据，分为纵向比较相横向比较。纵向比较是对不同国家的不同时期的法律进行比较，比如：对不同国家的不同时期的宪法的比较；横向比较是对同一时期的不同国家的法律的比较，例如对不同国家的当代刑法的比较，横向比较以对现任的不同国家法律的比较为主。(3)以比较对象的层次为依据，可以分为对不同社会制度的法律的比较(包括属于同一法系的和不同法系的)，对同一社会制度的不同法系的比较，对不同国家的法律各自作为一个整体的比较，对不同国家的同类部门法的比较和对各类具体法律制度、法律规范或法律概念的比较等等。(4)从比较的目的角度，可以分为叙述的比较和评价的比较。叙述的比较是在对不同国家的法律进行比较时，只是客观地描述各国法的特点，不作任何评论，仅以取得有关外国法的信息为目的；评价的比较则是在了解各国法的特点的基础上，分析不同的法律制度的政策以及它们的相对价值，对进行比较研究的法律规范进行评价。也有人据此将比较方法分为“叙述的比较”和“应用的比较”，与以取得外国法的信息为唯一目的的“叙述比较”不同，“应用比较法”既有充实完善立法的目的，又有充实法律科学的目的。(5)从比较研究的范围的角度，分为对内比较和对外比较：这一分类是与不同类型的法，特别是社会主义与资本主义法之间的比较联系在一起的。这种

分类由苏联、东欧的比较法学家提出，原来的含义是，对内比较是相同社会制度的法律的比较(开始时只限于社会主义各国法律的比较)，对外比较是不同社会制度的各国法之间的比较。后来，对内比较又被解释为包括两种类型：同一类型、同一法系法律的比较和同?类型不同法系法律的比较；相应地，对外比较也分为属于不同类型的法系(或它们的一般原则)的整体进行的比较(即法律类型的比较)和属于某一类型的某一法系的若干国家的法律同属于另?类型的某一法系若干国家的法律的比较。[21]【注释】[1]黄文艺：《比较法概念的批判与重构》，载《辽宁公安司法管理干部学院学报》，2000年第2期[2]转引自刘兆兴主编：《比较法学》，社会科学文献出版社，2004，第1页[3][日]大木雅夫著：《比较法》，范愉译，法律出版社，1999，第67页[4]刘兆兴主编：《比较法学》，社会科学文献出版社，2004，第2页[5]同上注，第11~15页[6]刘兆兴主编：《比较法学》，社会科学文献出版社，2004，第13页[7]朱景文著：《比较法社会学的框架和方法??法制化、本土化和全球化》，中国人民大学出版社，2000，第22~28页[8]薛佐文：《比较法应当是一种法的研究方法》，载《贵州民族学院学报》，2005年第3期[9]关于比较法的性质之争的各种观点，参见刘兆兴主编：《比较法学》，社会科学文献出版社，2004，第2页[10][日]大木雅夫著：《比较法》，范愉译，法律出版社，1999，第9页[11]刘兆兴：《比较法的方法论问题》，引自江平主编，《比较法在中国》（第一卷），法律出版社，2001，第59页[12]陈志刚：《比较法方法论探讨》，载《兰州大学学报（社会科学版）》，1994第22期[13]刘兆兴主编：《比较法学》，社会

科学文献出版社，2004，第15页 [14]沈宗灵：《比较法的方法论》，载《法制与社会发展》，1996年第3期 [15]刘兆兴主编：《比较法学》，社会科学文献出版社，2004，第19页 [16][德]茨威格特、克茨著：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社，2003，第46页 [17]沈宗灵：《比较法的方法论》，载《法制与社会发展》，1996年第3期 [18]黄文艺：《论当代西方比较法学的发展》，载《比较法研究》，2002年第1期 [19]刘兆兴主编：《比较法学》，社会科学文献出版社，2004，第24页 [20]沈宗灵：《比较法的方法论》，载《法制与社会发展》，1996年第3期 [21]以上列举的有关比较法的方法，参阅：朱景文著：《比较法总论》，中国人民大学出版社，2004；沈宗灵著：《比较法研究》，北京大学出版社，1998；杨亚非著：《比较法总论》，2001；汪太贤：《当代比较法学研究方法述评》，载《理论与现代化》，1996年第3期 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com