

评《比较法总论》

([德] 茨威格特、克茨著, 潘汉典等译, 法律出版社 2003 年版, IV. D908)

房沫

(武汉大学国际法所, 湖北 武汉 430072)

摘要: 作者用深刻而平实的语言对德国茨威格特、克茨所著的《比较法总论》进行了评述。该书阐述了比较法的概念、功能和目的、方法及其历史, 而后对世界上的法系进行分类描述。该书所展示和建构的不只是作为一种方法的比较法, 而是作为一种科学的比较法。

关键词: 比较法; 科学; 法系

中图分类号: D9 **文献标识码:** E

著作可因愉悦感官、传递知识、激荡心灵三层而分高下。法学类著作要做到至高不易, 译著就更难。法学著作常以令人望而生畏的官样文体示人, 或学究般晦涩难懂, 让人深感面目可憎, 即使是专业人士对其也是爱恨参半。然读毕《比较法总论》却另有一番滋味: 虽为一部译著, 但誉其为出自文学巨匠精心润色的法学巨著毫不夸张, 其文字练达而含义隽永, 虽平淡却不索然无味, 深刻而不艰涩难读。更可贵的是, 它是逾越了著作本身的精神与信仰: 时刻以比较的方法来构建比较法体系, 深入的表明“比较”不只是法学研究的一种方法, 更是一种态度和精神。

乍看此书并未见任何独特之处, 作者论述的是平常之至的问题: 比较法的概念、功能和目的、方法及其历史, 而后对世界上的法系进行分类描述。虽然比较之方法在现今法律制定和法学研究中并不算得新鲜, 但是细读此书就会发现, 作者就是着意于对这样一个看似简单的问题探幽发微, 他所展示和建构的不只是作为一种方法的比较法, 而是作为一种科学的比较法。而且这种科学的精神在我们现在法律生活中仍然具有鲜活的生命力, 甚至可以说, 作者在几十年前所探讨的较的精神与方法时至今日也未完全为现代的人所运用, 这不可不谓法学界之一大憾事。

作者对于比较法一般问题的论述十分系统与翔实, 通篇读来, 作者在第一章“比较法的概念”给出了比较法的定义, “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”, 但这种比较的思维活动并不简单。它既包括宏观的比较也包括微观的比较, 既包括应用的比较和理论方向、叙述方向的比较, 既包括纵向的比较也包括横向的比较, 甚至作者还说比较还存在着所谓“真正的比较法”与“叙述的比较法”之分。而后作者为了说明比较法的本质和概念, 将我们的视角推进到更广阔的范围: 将比较法与国际私法、国际公法、法律史和法律人类学、法律社会学等联系起来进行比较的阐释。第二章勾勒出了比较法的功能和目的的主要框架: 比较法有认识与实践两大功能, 而后者在作者看来至关重要, 于是在下面的篇幅中对“供立法者作为资料的比较法研究”、“作为解释[法律]工具的比较法研究”、“比较法在大学和法律专业学校教学的地位”以及“比较法对于超国家的法律统一的意义”这四大实践功能做了详细地论述。比较法的方法一章是让人受益匪浅的论述, 作者颇为详细地论述甚至都能成为比较法学者进行研究的路线图。比较法的历史一章之后, 作

者对于主要世界上的法系，包括罗马法系、德意志法系、英美法系、北欧法系、社会主义法系和其他法系进行了分类阐述，即使在这介绍性居多的文字中，我们仍然能够窥见作者的广博深刻。

通读此书是我们粗略地浏览了世界法系发展中所反映出的比较法，而细读便会领略到作者在对每一个论点进行阐述时所流露的智慧。在《比较法总论》里，比较首先是作为一种精神存在。任何法律的进步其实都由比较而生，无论这种比较是回顾还是前瞻性的。比较法的基础就是我们必须用平等的眼光来看待作为比较对象的法律，如果比较法的目的只是为了用一种法律来证明另一种法律的优越性，那么比较法便丧失了存在的价值。即使在现实中我们掌握了作为方法的比较法，我们也许还未真正意识到我们要客观的进行这一比较，我们的比较不能带有先入为主的观念以及偏颇的目的。法学家的头脑中一旦渗入了对自身法律状况的骄傲自大，这一国家法律前进的脚步便必然会减慢甚至停滞。如果都像西塞罗说过的所有外国法同罗马法对比之下都是“混乱不堪而且几乎是可笑的”，或者如以往苏联学者所认为的比较法只适合于用作证明社会主义法优越性的手段，那么比较就无法进行，即使有了所谓比较的结果也只是功利的和有失公正的。但即使有了客观的态度，也只是对比较的基础具有了比较的意识，实质上，比较的精神贯穿于比较的整个过程。在进行比较时，怎样进行比较，怎样进行深入的比较又是比较法的艰巨任务。对于比较法的实施，作者论述的精髓实质上是围绕着所谓“真正的比较法”和“叙述的比较法”所展开的。“叙述的比较法”意味着只是对作为比较的对象的各国法规以及说明外国法的资料进行罗列，而“真正的比较”则不仅要完成“叙述的比较”所完成的任务，还要对这些资料作为研究核心进行深入比较，最后为比较的结果，“进行批判性的法律政策的考虑或者得出关于本国法律的解释的结论”。这也是为什么真正的比较使得比较法同法律史、法律人类学甚至法律社会学密切相关的原因所在。我们其实对上述的分类并不陌生，或许只是没有对我们的认识冠之以“真正的”与“叙述的”这样的名称。但是我们是否做到了真正的比较，只要环顾一下法学界就心知肚明了。有多少人在进行比较法研究，又有多少人能够将这种比较进行的透彻深入。在比较法研究的芸芸学者中，人云亦云者有之，浅尝辄止者有之。比较法的内容决定其建立的基础要高于其他学科，只有广博、严谨的人才能做好这份工作。比较法学者不仅要具备法学理论，还要具备经济、社会、历史等各种理论基础，因为要做到“真正的比较法”，各种知识的融会贯通必不可少。因此，我们要培养专门的比较法人才，也要以比较法的精神和基础来要求广大的法律工作者（立法者、研究者）。

作者所阐述的比较法具体方法对我们的启示同样不可忽视。比较法研究不仅要进行对“法律秩序的精神与样式以及它们通常使用的思想方法和操作法”的宏观比较，还要进行“各个法律制度和法律问题，在不同法律秩序中解决一定具体问题或一定利益冲突的规则”的微观比较。这种宏观的比较让我们在广度上把握问题，而微观的比较又使得我们可以深入到每一个法律制度的内部，甚至具体到每一个法律规则。当然，这一过程的艰巨性可想而知，任何贪图安逸、投机取巧者都不可能在比较法领域真正有所建树。比较法还要进行纵向比较研究和横向比较研究，法律的发展有绵长的历史源流，只有纵览过去才能更好的把握未来。比较法不是一个人或者一代人所能够完全明了的，把视角固定，企图割断历史是不够明智的行为。也可以说，法律的比较法研究永远是历史的，也是未来的。该书后半部分对于世界上各大法系的描述，也都流淌着比较法精神的熠熠光辉。从作者对法系分类的定夺，到对各法系特点的阐述，各国民法典的比较研究等等，都不只是停留在比较的表面，而是试图挖掘这类法律现象下深层的社会历史意义。

抛却《比较法总论》所倡导的理论性内容，我们更应关注我国的法律现实。制定法律的立法者和从事法学理论的研究者不可否认已有巨大进步：不再只对自己的法律和理论盲目自信，开始用比较的眼光关注外面的理论和实践。在法律的制定过程中，立法者会参考他国对

同一问题的处理方法，学者们也会研究别国学者的相关理论。但就目前而言，我们的这种比较居多仍然只是一种方法，而没有内化成为一种信仰，因此在进行比较法研究的时候每每总是急功近利而无法深入。就立法过程为例，我们会考察各国法律的规定如何，也深入考察造成这种差异的社会历史原因，但是我们可能还是在孤立的看待问题：因为造成一国法律规定特色的因素十分复杂，甚至包括那些从事法律工作者的法官、检察官、律师，以至公务员的观点行为等等对法律规则的影响，而这些常常是被忽视的盲点所在。同时不乏带着先见从事比较法研究的事例：目的可能是为了证明某一法律的优点，而不论这一法律是否是研究者的本国法，都会影响研究者比较的结论——只是收集对其先见有利的材料，并加以有利于这种倾向的分析，即使在研究中看到了与自己观点相悖的苗头，也要回避或不辞劳苦的加以谬解。因此，树立比较的精神，培养一种解决问题的态度和眼光，从而引导我们正确进行比较法的研究，才能“授之以渔”。比较法研究对于发展中国家的重要性不言而喻，作者也屡次提到：“对于发展中国家的法律改革，比较法研究是极其有用的，通过比较法研究可以刺激本国法律秩序的不断的批判，这种批判对本国法的发展所作的贡献比局限在本国之内进行的‘教条式的议论’要大得多。”但比较法并非是一剂包治百病的良药，防止在倡导比较法中出现矫枉过正的现象不容忽视。在当今的法学研究中此种流弊已有所显露：认为外国理论及实践成熟，必然优于我国，从而不假思索的照搬照抄。对此我们更应清醒的认识，“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳”，对本国法的妄自尊大和妄自菲薄都是不理智的做法。因为每一种法律思想都蕴含着特定的文化和地域色彩，即使表面上以“普世法”面目出现的法律或思想暗中仍与某种地方精神有着千丝万缕的联系，而正是这一特点走向极致便可能导致法律地方主义。而且扩及世界范围，国家就可能成为这种地方主义的小团体。比较法精神的培养也有益于革除这一流弊，用比较的眼光拓宽视野，也才能更好体现整个法律秩序的价值和要求。

任何科学在最广义范围上都可以说是比较的科学，比较法在法学领域同多个学科都有着密切的联系。而整个国际法可以说都是建立在比较法的基础上，国际私法尤为如此。比较法是国际私法之母，国际私法现实中可能只是一种比较法的研究方法，但比较法在其最终价值目标上是排斥传统国际私法的适用的，因为它寻求的仍是在广泛比较基础上确定的优质的规则的适用。

可以说，《比较法总论》对所有领域学科的人都可谓是一本值得细细读，慢慢品的著作，对于法学研究者更是不可多得。但是，读起译著来有时终觉是隔靴搔痒，而且多人的分工翻译使得本书前半部分缺乏一气呵成之感，某些部分在“雅”上显然不可与有些部分相比。作者的观点也并不是都是准确的，对法系的分类也是我们所不能完全认同的，这又需批判的读。但客观地讲，评此书四字足以：开卷有益。

Introduction to Comparative Law (K. Zweigert and H. Kötz)

FANG Mo

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, China)

Abstract: In *Comparative Law*, the author introduces and analyzes the content, function, means and history of comparative law and so on, later makes independent description of legal systems of the world. What this book shows and builds up is not only the comparative law as a method, but the comparative law as a science.

Key words: comparative law; science; legal system

收稿日期: 2004-03-15;

作者简介: 房沫, 武汉大学国际法研究所 2001 级硕士研究生。