



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

比较法对中国近现代法律变革的影响及其不足

苏亦工

阅读次数: 1113

使用大字体察看本文

更多 ▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年
纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

提起比较法,即便是在专业人士眼里,通常也会被看作是一门高度理论化的学科。奢谈其对现实的效用,纵然不致换来一片嘘声,听众那半信半疑的眼神,也还是会让谈者感到不大不小的尴尬。

比较法在西方的境遇已然如此,在中国又能好到哪里去呢?或许更糟。毕竟,比较法传入中国是更为晚近的事情。

与冯友兰先生对“中国哲学”这个概念所作的诠释一样,“中国的比较法”至少也有两解。一是在中国的比较法,一是有关中国的比较法。前者限定的是主体,即中国人或在中国境内的人从事的比较法;后者限定的是客体,即有关中国法的比较法。我们这里说的是既发生在中国境内又与中国有关的比较法,这样的比较法出现在中国至少已有两个世纪的历史,而且最初便发挥了非常实际的作用。

追索比较法在中国的历史,还是要从近代西方人来到中国并与中国固有法律发生碰撞说起。近代西方人最早接触中国法律大抵开始于16世纪中叶。其时葡萄牙人发现了好望角,从而开辟了欧洲通往东方的新水路。葡萄牙人、西班牙人、荷兰人、英国人、法国人、美国人接踵而至,络绎不绝。早期来华的西方人,大都有过接触中国法律的经验,但其中真正试图了解中国法律的,最初只有英国人。不过,英国人最初了解中国法的目的是为了规避它。

1800年,发生了一起重要的案件,一英国海军军官从停泊在黄埔的英国军舰上开枪击伤了一名华人,另一华人跳水后失踪,广东当局要求英方交出凶手,遭到英方的拒绝。此事后来得以平息。但东印度公司感到对中国法律缺乏了解,因此向中方索要大清律。广东巡抚答以清朝法律卷帙浩繁、内容庞杂,欧洲人不可能从中获得他们所关注的确切信息,而且,未经皇帝的御准,他们也无权让外国人检阅中国的法律。不过,他还是送来了一百多份根据律典编纂的涉及外国人杀人案件的特别规则。这些规则均由英人司当东译成英文。后来,东印度公司还是获得了律典的全本,司当东据此将律文全部译成英文并于1810出版。在该译本的导言里,译者对清代法律做了介绍和评价。这应是迄今我们所见到的最早形诸文字的有关中国法的比较法研究。研究的主体虽然是英国人,但毕竟是在中国境内进行的研究。其后陆续又有一些欧美人士探索中国法,均是以欧西法律为参照基准对中国法律加以批评,因而广义上说都应属于“中国的比较法”研究范畴。

不可小看这些最初的、有关中国的比较法研究,它对晚清及其以后的中国法律变革发生了至为巨大的影响。一方面,鸦片战争以后,东西方列强之所以能在中国攫得治外法权,其理论依据便是前述那些有关

中国的比较法研究。另一方面，中国人自己发动的法律变革也同样严重地依赖那些西方人的比较法研究。光绪三十一年三月，修订法律大臣伍廷芳、沈家本奏上的《删除律例内重法折》便是一篇根据西方人的观点批评中国法律并提议改进的报告。这封奏折堪称是清末法律改革的纲领性文件，此后清末修律的各项具体步骤，诸如删改旧律、引入西式新法基本上都是按照此折设计的方案施行的。更进一步说，民国乃至中华人民共和国的法律变革大体上也都是绵延晚清的余绪。尽管我们曾一度宣布“砸烂伪法统”，切断与一切“旧法”的联系，但前苏联的法律同样也是西方人的法律，终归还是断不了与欧陆旧法的瓜葛，因而由中国人自己主持的比较法研究同样超脱不了西方人设定的框架。只要看看我们当今的法律与西洋法律是何其形似便不难明了个中真谛了。原来从晚清至今的历次法律改革无一不是以外国法律为蓝本的，乃至中国固有的法律，至少在形体上早已“亡国”了。而比较法的作用则不过是帮着我们从那些令我们头晕目眩的形形色色的外国法中做些取舍罢了。至于固有法律的灵魂是否得到了安葬，西方法律的精神是否业已附体则又另当别论了。

与鲁迅先生所见到的新式医学传入东方的情形相仿，日本人翻译和研究西方法律并不比中国早，但很快便成了中国人的师傅。那么日本人究竟从其西洋师傅那里学来了些什么呢？或谓日本民法典完全是异域的舶来品，充其量也只是比较法的产物。

其实，现行日本法律体系中属于异域舶来品和比较法产物的又何止一部民法典呢。宪法、刑法、商法……哪一部现行日本立法不是西洋法的杂交后代呢？只可惜，形体易窃而灵魂难随。不信，瞥一眼那日本法院有关“大东亚”战争遗害的判决便不难看出日本法患上了怎样的灵肉分裂症。由是看来，当初被视为最保守的人物穗积八束的那句“民法出，忠孝亡”的名言也并非毫无道理。主要是借助比较法的方法构筑起来的日本近代法律体系尽管汇集了许多西洋先进的法律条文，但却独独筛除了那些条文背后所隐含着的自由、平等、博爱精神，因是日本的法律始终缺乏坚实的道德依托，日本法院也总归不会成为全人类公义的驱动器。

无独有偶，作为西洋法的二传弟子，我们中国法又能比日本法强多少呢？或许是每况愈下吧。回顾近百年来的中国法律变革的历程，法律条文和法律制度自身的现代化成为改革者们追求的目标，而法律所要调节的社会生活却倒成了无足轻重的东西。

毋庸置疑，比较法曾对中国近现代的法律变革发挥了极大的作用和影响，从根本上改变了中国固有法律的面貌，即便是我们当前正在进行的法律改革也还是离不开比较法，这大概就是比较法的力量吧。但是比较什么、如何比较，比较的目的何在仍是一个亟待深化的大课题。这或许就是目前我国比较法学的弱点和不足吧。

相关文章：

[追念钟威廉（William C. Jones）教授及其对中国法研究的贡献](#)

[“雅量”与法治](#)

[拯救过去，让先辈的苦难获得意义](#)

[得形忘意：从唐律情结到民法典情结——中国当前制定民法典的前鉴与省思](#)

[另一重视角——近代以来英美对中国法律文化传统的研究](#)

[法学盛衰之辨](#)

[从唐律情结到民法典情结（摘要）](#)

[法学所馆藏《大清律》提要](#)

[重评清末法律改革与沈家本之关系](#)

[港英时代的习惯法](#)

[更多>>](#)

网络版权：中国法学网www.iolaw.org.cn “学者专栏”

[返回](#)

