



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

使用大字体察看本文  
阅读次数: 1137

## 作为中国法基础的比较法和历史

庞德 著 王笑红 译

在谈到中国法律的制定和修订时,不时以极端教条的方式主张的两种观念一直处于冲突之中。一方面,一种观念是模仿或借鉴西方国家最新的法学观念、理论和制度,另一方面,一种观念是发展和改变中国古代的传统制度和理论。现在法典已被制定出来并得以通过,有时这两种观念就成为批评新法典或为之辩护的基础,而且,在经由解释和适用来发展这些法典的过程中,这两种观念又一次进行了交锋。

在中国法典之解释和适用的一致性取得以前,就两种观念的进路必须进行基本的澄清。如同过去的世纪中眼见的那些进路模式和在1900年生效的德国法典所带来的浪潮中诞生的,那些行将予以阐释和适用的现代法典一样,我们对中国法的解释和适用采用的进路是历史的还是分析的?在我看来,一度被主张的所谓“平衡解释”已经随它得以充分施展的极权政体一道发生了变化;而社会法理学的方法与期望的目标和达致目标的手段的关联要大于与中国从何处去找打造自己法典的材料及法律执行的问题的联系。

从19世纪的历史理论的立场出发,每个民族必定有它自己的法律。无疑,不能指望法律造就一个伟大的民族。更有可能的情形在于,是民族形塑了法律而非法律造就了民族。然而,在与西方世界接触以前,中国人民并没有造就自己的法律,他们与西方民族一样受到现代世界运输和交通的强烈影响,而古代制度和理论尚存在的民族寥寥无几。进而言之,当革命之后的中国兴起了建设现代法律制度的需要时,中国已没有时间在过去的法学、政治和伦理制度的基础之上发展出自己的法律,如果可行的话,渐进的转型也是更好的选择。

在19世纪的历史法学理论看来,——这一理论是由萨维尼推动的,在19世纪后半叶的欧洲大陆居于主导地位,并于19世纪末期和本世纪伊始得到了英语世界的广泛认可——法律不是创造的,而是发现的。只能发现法律而不可能创设法律是历史法学不易之教义。法典和制定法不过是已有法律的宣言,它们的作用仅仅在于给出权威的表述。法律被视为民族精神的产物或体现。这种民族自信强化了习惯,而习惯经由法学家、法院和立法者的发展和塑造演化为法律规定。17和18世纪的法学家认为法律是理性的显现,法律规定来自(理想状态的)理性人的纯粹理性。而历史法学家认为法律是生活经验的显现,人们依法律发现个人自由意志的边界;是一切人的自由意志限定的,体现为法律规定的实践习惯。从萨维尼学派的这一立场出发,法律特征性的形式在于习惯。而其他一切形式都是习惯的显现。与此相似,历史法学家怀疑一切超越习惯之权威宣言的东西。他们认为试图创设不可能创设的东西是徒劳无功的。

一代以前已经不存在鼓吹这种理论的历史法学派的法学家。但是他们的理论大多进入了当今世纪的社会哲学和社会学流派。进而言之,我们必须承认:他们的理论,与当时其他流派的法学家的理论一样,在相当程度上是真实的。法律不是整体性的。经验的发展运用了理性,当理性作为满足迫切的需要的手段给出崭新的东西时,它必须经由经验予以检验和发展。许多看似合理的法律工程在成就其目的时收效缓慢,而且相当多的工程已经失败,原因就在于它们与历史的断裂过于激烈或者没有考虑悠久的思考和行动习惯。法律观念必须适应它们将规制的民族的生活,而不是民族生活须无节制地适应法律观念。第一次世界大战后,遍及全世界的风尚的力量带来了这一类型的法学家:他们弃绝权威之外的一切基础。法律就是官

更多▲

特聘导师

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年  
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

法律与非典论坛

员之所为。但是，今天我们很少听到这种论调。

在不那么教条的形式上，19世纪历史法学家的理论对于中国宪法的发展起了并不微弱的作用。尽管中国宪法的相当部分来自现代宪法的比较研究，它也在很多方面深深植根于中国人民长期以来已然熟悉的中國历史和制度。我们要用这些历史制度和观念的方式来看待中国的宪法，还是认为它是形诸于1946年12月的规定，抑或那一天通过的看似独立于历史的文件？

中国的形势不同于1788年美国宪法制定时的美国形势。以那一文件为顶点的政治发展始于中世纪，经历了16世纪，在17世纪的英国全面奠定了自己的位置，以殖民地宪章的形式移植到美国，它已经适应了作为殖民地的新大陆并完全为人民所熟悉。正如布赖斯（Bryce）所指出的，美国宪法毫无新鲜之处。而中国不存在这样的宪法连续性。中国宪法的所有条款背后都有历史，但中国历史只是其中历史的一部分。我们能否从它的这一部分或那一部分可以得出宪法的精神和理念吗？

法典提出了相似的一个问题。由于法典是在过去的那个世纪发展或制定出来的，中国的法典是卓越的法典。它们经由对现代法典的精心研究，以及明智的选择、发展和推敲而制定。但是，它们能在多大的程度上对中国人民的生活具有现实适用性？有一些人说，如果它们在实践中没有被拒斥，那么以中国历史制度、民族习惯和人际关系的观念为基础的起点就已然开启，至少法典诸条款的解释和适用将会形塑中国的制度和民族习惯，及中国人民对于何为正当的信念。

让我们以两个事例审视这一点。中国拥有有关继承的悠久民族习惯。它更接近古代罗马的普遍继承而非现代罗马法和大陆法典发展出来的继承观念。那些起草中国民法典的人在现代法典中找不到对应历史上的中国制度的模式。于是他们就忽略了历史，而且，如果我没有搞错的话，他们给那些依现有法律适用继承法的人造成了很多困难。当然，在此，我们不得不踌躇地面对历史理论。进一步地，那些敦促中国采纳陪审团制度的人或会谈到国王须向其臣民寻求咨询才能取得司法资格的古代习惯。但是，那一基于血缘的原初社会的制度无论如何对于中国而言都是奇特的。在为阿基里斯辩护时，荷马描述了考虑了杀人的正当因素的长老。在日耳曼古代法中，法庭是由作为自由人的邻人组成的。然而，这些制度与法兰克国王考量指控的制度都没有任何关系（它可能借鉴了罗马各行省的总督们的制度），诺曼底的公爵把这一制度用于行政事务，而亨利二世把它作为对日耳曼法中规定的申明裁判和决斗制度的替代。在此，历史的相似性是虚幻的，它不会提供任何指导。中国的制度和民族习惯中丝毫不存在可发展出英美陪审团制度的因素。但凡涉及中国借鉴陪审团的问题，就必须找到理性和仿效而非经验的基础。

在当今的世纪，已经使得人类天涯若比邻的世界经济的一体化以及世界性的迅捷通讯和运输的发展，正在把我们带往通向世界法的旅途。体现为联合国的某种政治一体化也把我们推向相同方向。所有这一切都给予比较法巨大的推动力。然而，毕竟有着不同地理、种族、经济和历史条件和不同语言、特征、传统的民族需求着，而且在未来的很长时间里都可能不仅拥有他们自己的规则和法律制度，而且拥有自己的法律。但是十七个世纪之前的古罗马法学家给出的规则和概念至今仍然被境况迥异的大多数民族所使用的事实表明：在人类可以经由理性和经验实现的文明社会的社会控制中存在着普适性的因素。不是每一个民族都绝对需求完全民族性的法律。

以清除德国的一切外来事物为企图，希特勒德国努力复兴中世纪的日耳曼（非罗马的）法律。然而，日耳曼法律中的恒久规定已为法国、德国、意大利和德国的现代罗马法所接受，已经在德国本土法接受的本土习惯中得以留存。除此之外，日耳曼法律没有规定适格的立法机关，没有发展出理论传统，它不能用作20世纪社会之可运作的法律体系的发展基础。这样的一种复兴企图是虚张声势的民族主义的姿态。

另一方面，在19世纪的英国分析法学家的理论看来，法律是创设出来的，而不是发现出来的。这一理论应19世纪英国立法改革运动的迫切需要而产生。在这一理论看来，法律是法则的集合，法则是政治社会的立法机关规定的行为规则。法律的权威来自统治者，来自这一社会中的人或团体所遵守的习惯。除非盖上统治者的图章，否则法律就是不存在的；盖上统治者图章的就是法律。这种类型的法律就是制定法。那些推动这一理论的人所持有的哲学是实用主义哲学，它是立法哲学而非伦理哲学。

依这一观点，理性可指示实用的需要。然而，如果在一个不拥有现代法律制度的国度进行大规模的立法，就很难仰赖理性一蹴而就地创设充分的法律体系。无论如何，分析理论提出了对比较法的需求；其他国度的法典因之而得以审视，其规定因而得以比较。从而，理性能够指示有用的标准以决定选择，经由理性的进一步发展，这一标准有可能被获得盖有民族性的立法机关的图章的民法典容纳。尽管这一理论出于对17和18世纪的自然法理论的回应而兴起，它还是像自然法理论一样预设了立法者。自然法理论预设了具有普遍效力和适用性的理想观念，这些观念是立法者依据理性发现而体现于法律中的。分析理论假设立法者发现和形塑的功利原则和规定是可以凭借理性发现的。

但凡历史法学家认为属于历史连续性的，分析法学家认为属于现实有用性。无论如何，在分析法学家看来，法官和法学家与这样的困境不相关。如果立法者已经制定了法律，摆在法官和法学家面前的唯一任务就是去解释和适用法律。一切的“应然”问题都仅仅是立法者的问题。解释必须是真正的解释，对立法者规定的意图的确定。如果他没有给出具有有用性的规定，他就必须撤消和修正这一法律。法院只能适用立法者的文本所需求的真正的解释。

上个世纪的英国分析法学家考虑到了全权的英国议会。没有人质疑它所颁布的法律。对这些法律只能予以解释和适用。他们也考虑到了教授罗马法的中世纪的经院教师，对后者来说，《民法大全》是与基督教帝国同在的帝国唯一可以解释和适用的权威立法。但是，中世纪法学理论对议会立法所持的观点与分析法学不同。直到宗教改革时期，当时的主张是议会不能就“宗教”问题立法，比如扣留宗教组织的图章或者创设宗教性的机构，这属于教会的专有管辖权。而且，直到1688年光荣革命时期，法院认为议会颁布的诸如使一个人担任他自己案件的法官的违反普遍正当和理性的法律是没有效力的。对英国来说，法院不是首先认识到这一点的，革命的终极目的在于以议会独裁取代斯图亚特王朝试图确立的王室独裁。就美国而言，殖民地居民已经经历了拥有无限权力的英国政府的痛苦体验，来自科克对《大宪章》的评论的一个语词——正当法律程序——作为对立法机关的限制被写进了宪法，被解释为具有禁止立法机关和行政机关的恣意行为的历史意义。本世纪对这一合理立场的错误适用，将其视为财产规则和对合理之事的过于僵化的限制已经使得美国对立法机关的这一宪法限制产生了不信任。但是易于引导风气的专断的立法机关不可能恢复人民对它的支持了，在1943年的英国有人认为议会全权的主张是明显越权的，而议会无权在某一时期颁布一切人可经简易程序被判处死刑的立场是违反理性和健全情感的。相似的情形出现于立法机关作为自己权力裁判者的法国，杜吉特（Deguit）声称社会团结的自然原则，通过劳动分工使得每个人都有促进社会团结的义务，从而对立法机关的立法权力附加了限制，应当设立判断立法机关是否违反这一自然原则的委员会。无论如何，政治社会立法机关之声明的绝对终局性在今天无疑是被普遍认可的。

总而言之，与18世纪的自然法理论乖违的是，英国分析法学家说立法不是经受理性和道德哲学之理想规定的发现；它是一个特定政治社会对实际的需求进行梳理而进行的创造性活动。它不像看起来的那样，是用以规制某时某地的。另一方面，历史法学家说法律大多是经验的体现，自由的理念在法律中得以实现，法律是一切他人的类似自由对个人自由所作出的限制，于是法律是发现的而根本不是创造的。

19世纪的这两种理论都错误地认为法律制度不过是法律规定的集合，认为法律规定仅仅是对事实的一切状态和情境的详尽后果的限定。它们忽略了原则，即权力机关进行法律推理的起点。它们忽略了法律概念，即法律确定的权威分类，特定的案件依这样的分类被决定适用怎样的规则、原则和标准，它们还忽略了标准。更为严重的是，它们忽略了其重要和权威性丝毫不亚于规定本身的技术因素：适用和发展规定的技术；把规定扩展至法律未有规定的案件的技术；选择已有原则及具有同等权威的规定的技术，这一技术是类推的基础；通过比较限制其他规定的适用的技术；使解释和适用的整个体系成为一致的、可传授的、在实践中有用的体系的技术。

这一技术部分地是创造性的。它是一个立法的过程，是司法立法或法官造法的过程，它应受到立法原则的指导。但是，这不是一个没有前提或法官和法学家可以任意选择前提的立法过程。这一技术的前提基础是法律制度的规定，它是考虑社会功用（更有可能的是立法机关接受为法律的一部分的观念）的选择和发展。另一方面，与此同时，它也是发现的技术。这一技术的起点以及一定的历史连续性都受到在现有历史文献中发现这一技术的限制。

于19世纪进行的历史法学家和分析法学家所进行的争论的极端特征都不再得到人们的推动。历史法学家的兴趣已然从法律是什么转移到法律做了什么。中国不得不重复西方已迈出的起点以及相当部分的法律史，是否应对法典作如下考量：法典的解释和适用没有考虑中国的背景，以及它们是否显示了历史上的中国制度、传统民族习惯和理论看来都是现实的问题。正如上个世纪所展示的那样，法律是创设的和法律是发现的这两种观点在逻辑上是不兼容的。两种理论在逻辑上都否定了对方。但是，就真实情形而言，法律既是创造的，也是发现的。在法律中，既有创造的因素也有发现的因素；前者是回应当下利益的迫切性的理性的创造，后者是经由经验和立法机关的声明，或传统及理论著作的发现。上个世纪的历史法学家对成文宪法的制定作出了回应，正如他们认为的那样，这一过于草率和早熟的法典在法国革命和《拿破仑法典》的威胁之下制定的。因此，他们在传统而非法律制度的制定法中看到了现实。但是，两种因素在每一发达的法律制度中的比重是不同的，目前，增长点逐渐转向了立法。

传统的民族习惯和法律制度不应仅仅因为它们传统的，或在西方世界的比较法中找不到对应就为法院抑或法学家所忽略。但是，同样，传统的民族习惯和制度也不应仅仅因为它们是由对中国历史的研究而发现的，就被作为法典解释和适用的基础而得以保留和推进。它们不应作为法典的不协调因素而存在，从而导致法典的不一致和异常。另一方面，传统习惯和制度的正当用途在于使法典贴近中国人民的生活。

因此，当我呼吁中国的法学家通过研究活动，法官通过解释和适用活动使法典成为中国法时，我的意思不是说中国应从法典起草和通过之时的立场退却或在其历史制度的基础上开启新的起点，而是中国法典的解释和适用不必然要借鉴其他国家对现代法典的解释和适用，甚或受其强烈影响。应谨记的是，它们是中国法典，是适用于中国人民，规制中国人的生活的。进而言之，现代法律制度不止是由权威的法律规定和权威的技术组成的，也是由为人民所接受的权威理念所组成的；换言之，这些权威理念即法律制度赖以存在的社会中被人民所接受的图景，它是选择法律推理方式，解释法律规定，适用法律标准和行使司法自由裁量权的起点。

与其说现代法律是某一特定民族生活的产物，不若说它是文明史经验和诸民族理性的产物。

中国拥有关于民族习惯的传统道德哲学体系，这或是一个优势，它有可能成为关系的调整和行为规范的形塑的理念体系。在西欧，中世纪的宗教道德哲学长期以来已服务于理念的体系，在美国法的形成期和整个19世纪清教徒的革命也为这一目的作出了贡献。这样的伦理思想体系是法律秩序的有力支持。通过观念因素，尤其是中国法典的解释和适用，也许可以赋予中国法典真正的中国特征。

比较法在起草中国法典时曾经起过作用，在当下对那些法典的解释和适用中将会起到别的作用。在制定法典时，运用比较法能够在西方世界的两大法系中作出明智的选择，即现代法典的总体模式，不同法典的特定条款，甚至英美法就特定问题发展出的特定规定作出明智的选择。然而，一旦中国法典被制定出来，比较法就完成了这部分的工作。现在，它需要扮演别的角色。当下的任务不再是在世界其他国家的法律中寻找中国法律制度行将接纳、调适和体现的法律制度、规定和理论。它要发展出对已经选择和设定的法律予以解释和适用的技术。现在，比较法应用以指导一个次级的任务，即确定和考量已经得以制定和体现的中国法典的各个条款和其他法律的条款在当下和过去是怎样被解释和适用的。这不会给予中国法典的解释和适用完全的手段。对法典意欲规制的中国人的生活境况和中国对于社会秩序、法律秩序的目的的观念的研究至少是比较重要的。因此，不以把法典化的中国法重建成为历史模式的法律为意图，那些教授中国法律史的人要承担起说明历史对于中国法的观念因素，以及对于法典的解释和适用和特定条款在司法中的应用的影响的任务。比较法将展示每一条款的可能效果，因为它已经在被借鉴的法律体系或促成它的规定的诸法律体系中得以解释和适用。中国历史上发展出来的中国法律史和法律哲学不仅能够使得通过比较法在冲突的解释和适用中作出明智的选择成为可能，而且也可以揭示更适合中国的方式。从以上两者之中将形成如下理论著作的基础，它们涉及的是经得起考验的统一的解释和适用。

比较法和历史都不能完全承担起以中国法典为基础发展中国法律的任务。现代理论研究必须考虑使解释和适用贴近今日中国现实的问题，这是比较法和历史都不能发现的。

民法典第一条很好地说明了这个问题。\*人们在很早以前就知道预先规定未来可能发生的每一事实状态的准确法律后果，从而使司法过程纯粹根据案件证据和法院调查适用预定规则的机械适用过程是不可能的。但是，人们在很长的时间里认为，虽然这是不可能的，但还是存在着诸多的普适性原则和概念，它们是可经由理性发现的，或是罗马人发现并传承下来的，经过逻辑的梳理它们能够形成适用于任何案件的法律规则。无论如何，经验已经表明甚至是这一点也是不能充分实现的。无论法典在起草时何其精心，在法典规定的规则甚或原则（即推理的起点）可能提供了具有同等重要性的两个以上的推理起点且法律文本没有提示应如何选择时，还是会引起争论。对于法律中的这些空隙，《法国民法典》规定了*subsi di a*（辅助手段），比如先于法典的习惯法、自然法和法院判例。后来的许多法典采纳了以上列举的*subsi di a*。中国民法典从其中借鉴良多的《瑞士民法典》在对填补空隙的手段的规定上作出了重要贡献，主张法院在必要的时候可以立法。《德国民法典》的文本对*subsi di a*未作任何规定，《中国民法典》规定了两种：习惯和法理。法理的含义是什么？我认为对此需要（1）分析和比较其他法典文本，尽可能使法典成为逻辑上圆融贯通的体系，这是很重要的一点，因为不一致的推理起点是法律体系虚弱无力，其结果是导致诉讼不可预期；（2）考虑文本历史以及法律规定时的主要理由；（3）最重要的是，诉诸立法的社会-功利主义原则，用《瑞士民法典》的表述就是，在必要的时候进行立法。在英语中，“法理”一词无疑就是这样一种建构。但是就像《瑞士民法典》中使用的语词一样（在德语中，是*recht*；在法语中，是*droit*），英文“*law*”一词的中文译法“法”具有比英语的“*law*”宽泛得多的含义。欧洲大陆的语词具有伦理维度：国家所支持的正当，或正当加法律。汉语语词在语义学的意涵上意味着（与古代法学家的著作中使用的拉丁文*i us*不同）平等和公正。因此，就要求着考虑国家支持的应然之事，以及某一解释和适用在何种程度上实现了法律的目的以及法典某一具体条款的目的。进而言之，《德国民法典》第2条*Einführungsgesetz*所蕴涵的效果与上述的是相同的，它在性质上属于*subsi di a*条款。

霍姆斯大法官已然提醒我们偶然进行的法官造法可能不过是“间隙式”的，换言之，即在以下情形下偶然为之的事情：不得不去填补某一法典的空隙，需要消除某一条款的模糊性，法典的各条款在效果上有重合的可能性以至需要选择一个推理起点。这种间隙式的法官造法有时是必要的，但如果对司法的可预期性和法典的稳定性有所期待的话，那就应谨慎为之。中国民法典的第一条不是要许可逾越法典的司法和不

依据法律的判决。

这给我们带来了另一种解释和适用法典的方法，它是晚近成长起来的，在当下更为人所重视：即社会学或称功能主义的方法。就是在有必要在具有同等权威且都可适用的条款中作出选择的场合，须决定是否解释和适用特定条款去应对面前的案件时，诉诸于在立法文本的字里行间进行间隙式造法的权力，作为司法过程之背景的法律中的观念因素，依这一方法，中国人民的传统观念和民族习惯可能会粉墨登场。但是，法律社会学家在研究法律制度时以功能主义的态度将之视为社会控制的工具，他们主张法律规定的发展及其解释和适用与它们服务的社会目的有关。

对于法典制度下诉诸于法院的大多数案件来说，它们都需要且仅仅需要历史分析的方法，以及符合为人们所接受的观念的决疑技术的运用。这一技术必须被教授，而为人们所接受的观念必定是权威的，在传统的层面上具有高度普遍性的观念，而不是法官个人的私人观念。在一个新的正义观念兴起，而旧有观念走向衰微的时代，确定这一观念不总是轻而易举的，更别说究其细节。因此，一些人宣扬诉诸直觉。但在这一关联上，直觉和观念毫不相干。直觉是经验的产物。有经验的法官会对法律规定的适用形成某种直觉，于是他们不必在所有案件中都追究法律推理过程的细节。这种直觉来自运用决疑技术的长期经验，它到后来就成为了法官的第二本能。在普通或法官缺乏经验的案件中，法官直觉就失去了其根基。对确定性、统一性和可预期性的保障仰赖于决疑技术在法律推理中谨慎而批判性的运用。只有当经验累积到相当程度，以及，正如我们说过的那样，有经验的法官凭借直觉做他长期且多次通过法律推理做过的事情时，直觉才构成普通案件判决的可靠基础。对超越经验之上的特殊案件，需要进行批判性的法律推理，以及经由理论和司法判决发展出来的确定技术。

文章来源：原载《西法东渐——外国人与中国近代法的变革》（王健主编，中国政法大学出版社2001年8月出版 转载自法律思想网

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720

[RSS](#)