

论东北亚比较法的研究方法

刘兆兴

(中国社会科学院法学研究所,北京 100732)

中图分类号: DF07 文献标识码: A 文章编号: 1002-3933(2009)12-0018-05

纵观当代中外的许多比较法学家,对于比较法的研究方法这一传统性的争议问题具有多种理解。基于研究的视角、立论和目的的不同,比较法的方法论大体有以下几种观点:即宏观比较与微观比较、规范比较与功能比较、文化比较、静态比较与动态比较等。这些研究方法对当代东北亚各国的法律、法律制度及其法律体系之间的比较研究,同样是适用的。这也就是说,我们研究中国、日本、韩国、朝鲜、蒙古和俄罗斯各国之间的法律渊源、法律传统及其所属法系、法律制度的发展变化和法律体系的构建的异同,研究它们基于各自经济、政治、文化、传统的不同,以及不同时期受到世界主流法系的深刻影响的不同,进而进行深层面的探究和比较研究,同样适用于上述的比较研究方法。

一、对宏观比较与微观比较的运用

法国著名的比较法学家勒内·达维德(R. David)结合几乎涉及世界绝大多数国家法律制度的比较研究,论述了宏观比较与微观比较的方法。他认为,宏观比较是对属于不同法系国家的法律、法律制度的比较研究,主要是指对大陆法系、英美法系和社会主义法系的比较。对于宏观比较的运用,主要是法哲学家和政治学家运用,适用于比较宪法和政治学方面的研究。达维德认为,微观比较是指对属于同一法系(legal family)的法律、法律制度的比较^[1]。德国比较法学家莱因斯坦(M. Rheinstein)认为,宏观比较是“关于整个法律制度的比较……微观比较是关于具体法律规则和制度的比较。当然,这两种比较方法是相互交错的。”瑞典比较法学家米凯尔·博丹(M. Bogden)认为,比较可以是双边的(即两个法律制度之间)或者是多边的(即三个以上法律制度之间)。宏观比较是在法律制度整体之间或不同法系之间;微观比较是将具体法律制度、法规放在其法律的和“非法律”的背景和环境中进行考察^[2]。匈牙利比较法学家伊·萨博从划分法律的层次的角度认为宏观比较是“把法律作为一个整体进行比较,即为“一般的法律比较,是与法律理论相联系的法律比较,微观比较是“法律部门一级的比较和法律制度一级的比较。这种比较既可获得理论性的结论,又可体现直接的社会功能。”^[3]

我国一些比较法学家认为,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,至少有三种情况:一是相同社会制度国家但属于不同法系或法律传统的法律之间的比较,最普遍的就是属于英美法系与属于大陆法系国家法律之间的比较。二是不同社会制度国家的法律、法律制度之间的比较。三是在同一个国家内,由于存在着不同社会制度或者存在着不同的法系或法律传统,因此,同一国家内的属于不同社会制度或不同法系的法律和法律制度之间的比较,同样是宏观比较。微观比较则是指对不同的具体的法律制度、部门法、法律概念、规则等方面的细节比较。

上述关于比较法的方法论的诸种观点,同样成为东北亚比较法学的研究方法。从宏观比较看,中国与日本、韩国等国的社会制度不同,基于不同的社会制度所产生的法律、法律制度及其构成的法律体系显然不同,因此它们之间的比较法研究是对不同性质的法律、法律制度之间的比较,因为不同类型的社会形态都有与自己的法律概念相关联而制定的法律和法律制度。宏观比较还包括相同社会制度国家但属于不同法系或法律传统的法律之间的比较研究。当代日本和韩国,尽管它们的社会制度基本相同,也尽管它们的法律和法律制度大体属于同一个法系和具有相似的法律传统,但是它们之间仍有许多不同的方面。而且,日本和韩国近、现代法律和法律制度的自身的变革也是各自不同的,甚至于在其各自的发展阶段中法律及其法律制度所属的法系亦有不同,因此,我们应当运用宏观比较方法进行探究。

研究当代日本和韩国的法律制度绝对不可脱离其自身的法律传统,同样不可脱离与古代中国的法律和近现代西方两大法系国家法律及其法律制度的联系。这就必须要以宏观的视角进行比较研究。自公元 7 世纪以来,中国唐朝的律令制度就被引进到日本和韩国,形成当时这两个国家法律制度的基本内容。自 19 世纪以后,日、韩两国又不同程度地开始继受西方法律,在 19 世纪末,日本引进和借鉴属于大陆法系的法国法和德国法,制定了民法典。最早引进西方法律的日本又成了亚洲其他国家仿效的对象。二次大战以后,日本、韩国又同时在很大程度上接受了属于英美法系的美国法的影响^[4]。由此可见,在东北亚区域内,日

收稿日期: 2009-07-07

作者简介: 刘兆兴,中国社会科学院法学研究所研究员,中国法学会比较法学研究会会长。

本和韩国的法律制度的形成和发展,不但与中国古代法律制度紧密相联,同样与东北亚区域外的不同法系国家的法律制度紧密相联。因此,东北亚的比较法,不但要研究日本和韩国如何引进中国古代法,研究它们又如何引进或移植西方法的,而且要深入地探究它们各自吸收外国法的途径的异同。

依据微观比较的方法论,研究东北亚各国的具体的法律制度或部门法律,以及法律概念、规则等的异同。我们研究当代日本和韩国的宪政制度的确立特别是违宪审查制度的建立和发展,是微观比较的很好实例。在此应当明确,违宪审查制度是国家法律制度的一个具体的制度。在此,我们就日本和韩国的违宪审查制度的建立和演进,进行微观比较研究。

当代日本的违宪审查制度是依据 1946年《日本国宪法》第81条关于日本最高法院的违宪审查权的规定建立起来的,其特征是美国式的附带型违宪审查,就是说,在法院审理具体民事、刑事和行政案件的过程中,对当事人提出的法院所适用的法律、法规是否违宪进行审查^[5]。依据日本的法院审级制度,由审理具体案件的法院对法律、法规是否违宪进行审查,并且由最高法院进行最终的违宪审查。早在 19世纪末日本明治时代所制定的第一部成文宪法《大日本帝国宪法》(1889年)中,融合了近代宪法的立宪主义精神,但是并未建立现代意义上的违宪审查制度。此后,日本的法律及其制度的发展一直是主要仿效法国、德国等大陆法系国家法律制度的建立,特别是在民事立法等方面。而在二次大战后,开始摈弃了大陆法系的法律传统,转而接受美国式的宪法价值,确立了美国式的附带型的违宪审查制度。这种被动型的违宪审查制度显然与德国等大陆法系国家的宪法法院违宪审查制度在实体和程序方面具有很多差别。其中最主要的差别就是日本的违宪审查权不具有像德国等国宪法法院那样独立的审查权和抽象审查权。

在此,对日本的违宪审查制度进行微观分析就要思考以下问题:为什么日本自近代以来至二次大战前一贯大体仿效大陆法系国家立法和法律制度,结合本国法律传统建立日本的法律制度,而在二次大战以后却在许多方面转而吸收和仿效英美法系国家的法律制度的做法?就具体研究日本违宪审查制度而言,它涉及到与两大法系国家不同的违宪审查制度之间的比较;涉及到日本与其他东北亚国家例如韩国、朝鲜、中国、蒙古和俄罗斯联邦的该种制度的比较;更涉及到日本自身的法律传统与宪政制度的产生及其特征的研究。

我们再对韩国的违宪审查制度的建立及其变更和发展状况进行微观分析。韩国自 1948年产生第一部宪法起至 1987年的现行宪法,经历了 9次修宪和 5次违宪审查制度模式的变更:(一)1948年宪法规定设立行使违宪审查权的宪法委员会制度。该宪法委员会的构成和性质,既不像法国的宪法委员会那样是政治机构,也不像德国宪法法院那样是司法机构;(二)1960年宪法修改后设立德国式的宪法法院制度;(三)1962年宪法修改后废止了宪法法院制度,设置了美国模式的违宪审查制度,即实行普通法院行使违宪审查权制度;(四)1972年和 1980年宪法修改后,又重新

设立了宪法委员会而废止普通法院的违宪审查权制度,与第一次设立的宪法委员会的管辖权相比较,它的管辖权延伸到弹劾案和政党解散案等;(五)1987年宪法即现行宪法重新设置了宪法法院违宪审查制度,并且制定了《韩国宪法法院法》^[6]。由此可见,韩国在违宪审查制度的建立和变更过程中,对于欧洲大陆法系国家(主要是法国、德国)模式、英美法系主要是美国模式和混合型模式的司法审查模式,均采取过,其变更次数之多实为少见。

我们对韩国违宪审查制度进行微观比较研究,就必然涉及到:韩国违宪审查制度模式的建立为什么有如此频繁的变更?当然,除了与其不同时期社会政治力量对比关系的变化导致政权的更迭和宪法随之不断修正紧密相连外,还必然有其他缘由。韩国违宪审查制度先后采取的不同模式,既与两大法系国家的模式有着不同程度的联系,又在许多方面不同于它们,这同样存在着不同层面的原因。再扩展到韩国与日本或中国的违宪审查制度的微观比较研究,就更加具有理论价值了。

二、对文化比较研究方法的运用

我国的一些比较法学家认为,文化比较方法是指在法律的理解上,把法律视为一种文化现象,从文化的角度理解法律。一些外国的比较法学家认为比较法就是法律文化的比较。德国比较法学家伯·格罗斯菲尔德(B·Grossfeld)认为,“法律即文化或文化即法律”^[7]。他把比较法看作是各种法律文化的对比,而且是对待比较法唯一有意义的方式^[7]。比利时法学家霍克(M·V·Hoecke)和沃林顿(M·Warrington)等人提出,以“作为文化的法的比较法新范式,取代传统的“作为规则的法”的比较法范式^[8]。美国比较法学家V·G·库里兰(V·G·Curran)认为,要对某一法律体系进行有效考察,必须置身于塑造这种法律体系的历史——文化背景中,理解并说明该法律体系的文化精神。她提出了“文化介入”(cultural immersion)方法认识和理解法律文化。按照L·M·弗里德曼(L·M·Friedman)的观点,法律文化自身被理解为法律发展中的一个原因性因素,文化决定了法律和法律思维的发展变化^[9]。

综上所述,尽管这些观点尚有值得商榷的方面,但是,我们同样可以运用文化比较研究的方法,对东北亚区域的各国法律体系的形成和发展进行法律文化比较研究。特别是对于中国、日本、韩国、朝鲜和蒙古国之间的法律文化的比较,更具有可比较性。

从法律文化比较的视角分析,中国、日本和韩国的法律文化传统,具有许多相同因素的渊源,尤其主要是中国对东北亚诸国传统的深刻影响。按照日本法学家穗积陈重的观点,传统的“日本法律属于中国法族者盖一千六百年矣……虽自大化改革以后经历极多巨大之变化,而日本法制之基础仍属于中国之道德哲学与崇拜祖宗之习惯及封建制度。”^[10]尽管日本在现代法制发展的进程中,继承了西方两大法系法的内容,但是,中国和日本的现代法律文化仍然是具有许多共同性的、被一些东西方法学家称之为“东亚法系”中的内容。由于中日两国在政治、文化、法律传统等方面的相似性,两国的现代法律文化又被西方认为接近于大陆法系^[11]。

事实上,运用法律文化的比较,在东北亚诸国之间的比较法研究,是非常具有特性的,它是一种不亚于两大法系国家之间法律文化研究的另一种“新的法系”国家之间的法律文化研究。日本法学家五十岚清主张在中国大陆和台湾地区以及日本、韩国等各国和地区之间,存在着可称之为“东亚法系”的法系^[12]。法国法学家达维德和德国法学家茨威格特都曾提出过以中国和日本为中心的远东法系的存在,但是之后茨威格特在其《比较法总论》第三版中开始否定“远东法系”的概念。五十岚清认为,东亚法系在上述国家和地区之间事实上确实存在,这体现在法制上,东亚各国都有着以中国为中心的历史文化传统。

近些年来,东亚一些国家和地区的法学家越来越注重本区域内的比较法学研究,特别是日本法学家,除五十岚清之外,今井弘道和铃木本贤等教授,在法国达维德和德国茨威格特提出的“远东法系”观点的基础上,提倡建立包括中国、日本、韩国在内的“东亚法系”和“东亚法哲学”,从而提倡在亚洲各国之间推进横向的比较法研究,进而公正客观地对世界各国的法律文化进行比较研究^[11]。

在中国,同样存在着不同法系法律文化的比较研究。中国内地与台湾、香港和澳门之间,存在着具有中华法系特征的中华法律文化传统,同时具有大陆法系、英美法系特征的法律文化内容。

中国内地与台湾地区的法律文化本来就是一体的传统,只不过在近几十年来,两地实行的社会制度不同,因而其法律制度的性质也不同。台湾更多地吸收了欧洲大陆法系国家的法律文化,使两地的法律文化传统既是一脉相承,又是各自发展。尽管香港法律属于英美法系、澳门法律属于大陆法系,但是,这两地的一些立法及其法律传统,仍然与历史悠久的祖国内地的法律传统具有血肉相联的关系,特别是与明代和清代的立法和法律文化,联系得更为紧密。因此,我们运用法律文化,比较研究中国内地与其不同地区的法律文化传统,同样是东北亚比较法研究的重要组成部分。

同样地,中国古老的法律文化传统不但深深影响了日本、韩国和朝鲜,同时也在不同程度上长期影响了蒙古国的法律渊源和法律文化传统。当然,我们在研究当代蒙古国的法律和法律制度时,同样要注意前苏联主要是俄罗斯联邦法律和法律文化对蒙古国的影响。

综上所述,我们运用法律文化比较研究的方法,研究和比较东北亚各国和地区的法律、法律制度和法律文化传统,其范围广泛、历史源远流长,深层面的法律文化内涵丰富充实。从法律文化比较的视野,观察和探究东北亚各国和地区的法律制度和法律体系的形成及其特征,一方面从历史的角度找出它们形成的基础,即法律传统的共性和异性;另一方面从现代视角,分析和比较它们各自发展和吸收、借鉴或继受世界其他法系国家法律、法律文化内容的途径,进而为东北亚各国和地区之间的相互借鉴提供有益经验。这正是法律文化比较研究的重要价值所在。

三、对规范比较与功能比较的运用

规范比较与功能比较是比较法方法论的重要原则。规范比较必须具备以下条件:一是不同的国家具有相同的法

律结构,即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;二是被比较的法律制度、规则在不同的国家中具有相同的社会功能。如果被比较国家的法律的社会功能相同而法律结构不同,或是法律结构相同而社会功能不同,则不具有可比性,也就不能进行规范比较。规范比较仅注重文本上的法律而忽视法律产生的社会条件及其在社会中的实际功能,往往仅从本国的法律概念、法律结构、法律制度和法律方式出发,与其他国家的法律及其制度相比较,则会产生狭隘的民族中心主义。

功能比较则突破了规范比较的局限性。功能比较解决的是社会问题,被比较的国家有相同的或相似的社会问题或社会需要,可以对它们运用的不同的解决方式进行比较。功能比较冲破了规范比较受本国法律概念、法律结构等方面的限制,摆脱了规范比较只从本国的法律概念、法律结构和法律思维方式出发与其他国家的法律进行比较产生的民族偏见。对于不同的法律规范但具有相同或相似功能时,可对相应部分进行功能比较^[11]。

当代德国比较法学家K·茨威格特和H·克茨深刻地指出,全部比较法的方法论的原则是功能性原则,由此产生诸如对被比较法律的选择、探讨范围、比较法律体系的构成等方法论的规则。他们认为“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,”“从事比较法活动必须彻底地摆脱其本国法律教条主义的先入为主的观点。”^[13]在此很显然,他们主张运用功能比较方法突破了规范比较的局限性,扩大了比较的范围,使“纯粹功能”成为比较法研究的“共同的起点”。他们认为,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。荷兰比较法学家科基尼·亚特里道否定了纯粹功能主义观点,他引证了法国法学家罗兹马林提出的应当把规范比较与功能比较相结合的观点,认为“纯粹的结构(即规范一引者注)主义会导致形式主义和教条主义;纯粹的功能主义忘记了法律制度涉及调整日常生活”,只有把这两者结合起来,才能克服规范主义和功能主义的局限性。他认为,研究外国法需要熟悉其结构和满足社会需要的方法,他进一步指出:“在任何比较研究中,绝对重要的是要考察所有的情况,即经济的,政治的,文化的,司法和超司法的情况等”^[14]。

笔者认为,规范比较与功能比较成为比较法方法论的原则,二者是不可分割的。显然,在具备上述两个条件的情况下,运用规范比较(即结构比较)是很明晰的,但是这种比较有其局限性。为此,功能比较就显得很重要了。因此我认为,荷兰比较法学家科基尼·亚特里道的观点,即只有把二者结合起来进行比较研究才是全面的、正确的。我们不可单纯地运用哪一种比较模式,对此,德国比较法学家康斯坦丁内斯库、格罗斯菲尔德和中国的比较法学家沈宗灵等,都有这种观点的阐述。

运用规范比较与功能比较的方法论原则,同样适用于东北亚区域的各国和地区的比较法研究。纵观东北亚各国的法律体系及其各个相应的部门法,其多种法律概念、规则和法律结构等,都具有可比性;从它们各自的相应的部门法

或不同的部门法规范的社会功能比较,同样具有相同性或相似性。这也就是说,东北亚诸国法律制度、规则之间比较,在社会功能和满足社会需要方面存在着诸多方面的相同性或相似性,对此可以进行规范比较研究。当然,如果只是运用规范比较方法,还远远不可能进行广泛的、深入的、实质性的研究。因此,功能比较研究必然成为东北亚比较法研究的主要方法。

随着当代世界各国法律现代化的发展,使许多部门法律的社会功能和为满足社会需要的目的都显露出一致性。同时,由于现代各国都各自为本国法律制度和法律体系的需要,不断地借鉴和吸收别国法律,这就必然逐渐形成不同国家的法律之间具有不同程度的一致性。我们知道,日本在历史上经历了三次较大的法律移植活动,即第一次是从中国唐代引进了“律令”制度;第二次是明治维新时期从德国、法国等欧洲国家引进了近代资本主义法制;第三次是二次世界大战后,从美国引进了宪法、垄断禁止法、证券交易法、现代公司法等法律制度^[11]。在此,不仅引进了宪政制度模式这种公法内容,而且在私法领域诸如民法、商法(证券交易法、现代公司法等)和经济法(垄断禁止法)领域,同样引进或移植了大量内容。同样地,韩国和近几十年来的中国,也同样不同程度地吸收和借鉴西方国家公法立法和私法立法等方面的法律。这就充分地说明了,东北亚各国尽管社会制度不同,但在借鉴外国法律方面以及在各自同类的立法方面却有许多一致性,即存在着社会功能和满足社会需要的相同性,这正是进行功能比较研究的前提和内容。

在当代各国的民事法律和商事法律中,离不开对外国法的借鉴或移植。在此,我们且不论当代许多大陆法系国家例如德国、法国、瑞士、荷兰、比利时、西班牙、意大利、秘鲁、巴拉圭、委内瑞拉等,在法典重构与解法典化的进程中,都不同程度地借鉴,吸收或移植了不同法系,不同国家法典编纂的内容和经验,都运用了比较法的功能比较研究方法对相应的或共同的问题进行分析和研究^[15],就中国而言,在1987年实施的《民法通则》和之后制定的许多民商法律,都运用比较法研究,吸收借鉴了不同社会制度、不同法系国家的立法精神和法律文化,包括对日本、韩国等东北亚国家的民商立法经验的借鉴。正是由于当代各国的民商法具有趋同的内在基础,体现出人类一些相同的法律信仰和基本需求,如生命权和生存权的保障、财产权的保障、自由平等的要求等,才使得民商法规范范围比其他法律领域更加国际趋同化。另一方面,世界各国科学技术、经济发展的全球化成为各国民商法不断融合的客观条件^[16]。

正如日本著名的商法学家、法哲学家、大法官田中耕太郎指出的,如果经济中存在统一性的话,就能够进一步找出调整经济的法律统一性。“商法交易的性质本来就是世界性的,基于人类一般理性和合理习惯的东西,……商法中最容易形成世界统一法。”^[17]这就表明,当代世界各国的民商法的不断融合趋势,更加体现出其社会功能和满足社会需要的一致性。因此,运用功能比较研究的方法能够揭示出各国法律的本质、功能,比较各国不同法律的相同的社会功能和满足同样的社会需求,这正是比较法的重要理论意

义和实践价值的充分体现。

功能比较的基本前提是,尽管各国法律结构不同,但都有相同或相似的问题的可比性。现代世界各国的法律体系、部门法律在结构上千差万别,但都存在着不同程度和范围的可比性,有的部门法之间的可比性范围相对狭小,但有的却是具有相当广泛甚至于大体一致的可比内容。例如,社会法律体系就是如此。就东北亚各国而言,日本、韩国、中国的社会法体系的构成,虽然在立法的完善、法律制度的架构上有差别,但是其规范和调整的内容却很相近。日本、韩国的社会法体系的形成和发展,深受德国社会法的影响。德国社会法自19世纪末产生以来直到现代,已经相当完善,主要包括社会保障法、社会福利法和社会救济法,其中又涵盖各种保险法等。日本社会法一方面吸收和移植了德国社会法的内容,但是日本社会法体系中还包括了许多经济法的内容。中国自改革开放以来,在结合本国国情和借鉴德国、日本等国经验的基础上,社会法体系正在不断地建立,当然还要经过一定时间的努力,才能使之完善。在此,我们应当进一步运用功能比较对外国的相应社会法的法律结构、规范的内容和范围等,进行深层面的研究,以解决相同的社会问题和满足相同的社会需要。

四、对静态比较与动态比较的运用

我们综合一些中外比较法学家的观点认为,从概念上理解静态比较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。动态比较研究是指,除研究法律条文之外,还包括对法律的产生、本质、发展、功能、形式,以至法律的创制和实施等问题的研究^[18]。当然,有的西方法学家对此也有不同观点的理解。

意大利比较法学家R·萨科(R·Sacco)在20世纪末提出了“法律共振峰”(lega formants)理论,并声称是对比较法的动态研究。他认为,动态研究是基于对特定法律制度运行中的各种成分的实际观察,而静态研究则是基于分析推理的教条主义方法,它仅提供抽象定义。按照萨科的理论观点,在同一个法律体系内对同一法律问题可能有不同的法律规则。无论是在不同的国家之间还是在同一个国家中,在同一个法律问题上存在不同的法律规则,比较法的研究“不能谈论一个国家的‘法律规则’,而必须谈论宪法的规则、立法机关的规则、法院的规则和阐释法理的法学家的规则”^[19]。他把包含着不同法律规则的制定法规则、判例法、法学家的学理解释等法律表现形式,以及立法者、法学家、法官为了对规则进行抽象的阐释和论证而提出的非行为规则的各种成分等,均包括在“法律共振峰”的范围。他认为,这种动态研究分析影响法律的各种成分的变化是与静态比较研究相对立的。

美国法学家马泰(V·Mattei)认为,萨科的“法律共振峰”学说“有助于使比较法的研究方向从叙述法系之间区别的静态研究转变为对世界主要法律制度关系的动态研究,即将这种关系看作一个不断演变的过程”^[20]。萨科的“法律共振峰”理论指出,动态比较研究方法对于研究和比较不同法律体系和法律制度,是一种科学的、全面的方法,打破了单纯静态比较的局限性。当然,萨科的这一理论仍然具有其局限性,在此不多阐释。

笔者认为,传统性的静态比较与动态比较相结合的比较研究方法,同样适用于对东北亚各国法律及其法律制度的比较研究。首先,东北亚各国之间可以运用萨科的“法律共振峰”的理论对于各自的宪法规则、立法机关的规则、法院的规则以及法学家的学理解释等,找出其可比性进行比较研究。其次,因为当代日本、韩国等在二次大战前后,分别在不同角度和程度上对于两大法系特别是大陆法系国家的法律制度中的宪政制度和司法制度进行借鉴或移植,因此,日韩之间在法律制度的许多方面具有可比性,这就更加适用于静态比较与动态比较相结合的方法进行比较研究。与此同时,日韩各国又能够各自分别与两大法系的西方国家例如对其影响深远的法国、德国、美国的法律制度进行动态比较研究。

运用静态比较与动态比较方法同样适用于前苏联解体之后的俄罗斯联邦法律与前苏联各加盟共和国法律之前的比较研究。例如,前苏联的各加盟共和国在近十几年来的立法,以民法典体系架构为典型,这些前苏维埃国家的立法者在编纂法典的过程中已经成为“比较法折衷主义者”(Rechtsvergleichenden Ekrekiker)^[21]。在比较法视野下,这种多方借鉴、吸纳和融合的方式并未在实质上模糊这些法典主要是模仿“母法秩序”(Mutterordnung)。考察这些民法

典的体系架构及其内容、用语的表达等,根据各个法典编纂所赖以的“母法秩序”的不同,大体分为三种类型:一是主要渊源于俄罗斯联邦民法典(草案)以及与其相连的独联体示范民法典的“俄式民法典”;二是主要渊源于德国民法典的“德式民法典”;三是渊源于多元的“母法秩序”的“杂式民法典”^[22]。在此,很显然,一方面,俄罗斯联邦与前苏联各加盟国的法律进行比较研究;另一方面,原各加盟国法律之间同样可以进行多方位的比较研究。在此,我们运用静态比较与动态比较相结合的方法,对于当代俄罗斯联邦法与上述诸国法律之间的比较研究,便成为内容丰富、范围广泛的“辐射性”研究了。

当然,我们在运用静态比较与动态比较相结合的方法研究中国法律和法律制度时,应当注意到萨科“法律共振峰”理论的局限性。例如,它强调法官判决即判例法和法学家的阐释作用,将其作为法的渊源,而中国不实行判例法制度;它强调法官个人在创制和发展法律方面的作用,强调法官的司法独立性,而中国是由宪法和相关的法律规定法官依法独立行使审判权,在本质上不同于西方国家的司法独立,也不同于日本、韩国等东北亚国家的司法制度。中国的比较法学家应当把静态比较与动态比较有机地结合起来,使之相互配合而不是对立,进行比较法研究。

注释:

从传统上划分,俄罗斯是属于欧洲国家,但是由于它广阔的疆域位于东北亚,我们又视其为东北亚国家。

See “legal Systems”, “International Encyclopedia of Social Science”(1968) Vol 9. P. 207.

See [美] V·G·Curran, “Culture Immersion, Difference and Categories in U. S Comparative Law”.

参考文献:

- [1] 刘兆兴. 比较法学 [M]. 社会科学文献出版社, 2004. 15 - 16, 19 - 21.
- [2] M·Bogden. Different Economic Systems and Comparative Law [Z]. Comparative Law yearbook, 1978. Vol 2. p. 93.
- [3] [匈]伊·萨博. 比较法的各种理论问题 [J]. 法学译丛, 1983, (2).
- [4] 李秀清, 等. 20世纪比较法学 [M]. 商务印书馆, 2006. 342 - 343.
- [5] [日]高田敏. 法治主义与法的支配 [A]. 现代违宪审查论·觉道丰治先生古稀纪念论文集 [C]. 法律文化社, 1996. 48.
- [6] 莫纪宏. 违宪审查的理论与实践 [M]. 法律出版社, 2006. 303 - 308.
- [7] [德]伯·格罗斯菲尔德. 比较法的力量与弱点 [M]. 清华大学出版社, 2003. 68 - 69, 13.
- [8] Mark von Hoecke and Mark Warrington. Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards A New Model for Comparative Law [J]. International and Comparative Law Quarterly. Vol 46, 1998.
- [9] L·M·Friedman. The Republic of Choice: Law, Authority and Culture [M]. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1990. p. 197.
- [10] 杨鸿烈. 中国法律对东亚诸国之影响 [M]. 中国政法大学出版社, 1999. 173.
- [11] 陈根发. 论日本法的精神 [M]. 北京大学出版社, 2005. 8 - 9, 48, 211.
- [12] [日]五十岚清. 林青译. 东亚法系的建立 [J]. 环球法律评论, 2001, (秋季号).
- [13] [德]Konrad Zweigert und Hein Koetz, “Einfuehrung in die Rechtsvergleichung”(auf den Gebiete des privatrechts), Band I Gruendlagen J. C. mohr (paul Siebeck) Tuebingen 1984, Kapite 12.
- [14] [荷]科基尼·亚特里道. 比较法的某些方法论方面的问题 [J]. 荷兰国际法评论·英文版, 1986, (2).
- [15] 刘兆兴. 比较法视野下的法典编纂与解法典化 [J]. 环球法律评论, 2008, (1).
- [16] 何勤华, 李秀清. 外国法与中国法 [M]. 中国政法大学出版社, 2003. 361.
- [17] [日]田中耕太郎. 法律哲学论集·第2卷 [M]. 岩波书店, 1944. 143.
- [18] 沈宗灵. 比较法研究 [M]. 北京大学出版社, 1998. 46.
- [19] [意]Rodolfo Sacco. Lega Fomants: A Dynamic Approach to Comparative Law [J]. American Journal of comparative Law, vol 39. 1991.
- [20] [美]Ugo. Mattei why the wind changed: intellectual Leadership in western Law [J]. American Journal of comparative Law, vol 42. p197.
- [21] [德]K·茨威格特/H·克茨. 潘汉典, 等译. 比较法总论 [M]. 法律出版社, 2003. 27.
- [22] 魏磊杰. 后苏联时代的法律移植与民法典编纂 [J]. 比较法研究, 2008, (5): 47.

(全文共 12, 285字)