

## 作為法學方法論視野下的比較法

陳惠馨\*

### 壹、前言

本文主要回應任教於耶魯大學法學院張泰蘇教授（Zhang, Taisu）2018年發表之論文〈比較法在現代中國的發展〉（以下簡稱張文）；文章原文為英文，題目為 *The Development of Comparative Law in Modern China*。<sup>1</sup>本期（36期）《法制史研究》刊登此文中文翻譯。<sup>2</sup>總編輯邱澎生教授邀請本文作者寫回應稿，我非常樂意為之。<sup>3</sup>

張文從比較法角度，分析當代中國法制發展歷程；從張文段落標題可以看出作者對於當代中國法在不同時期發展的評價：晚清為「自我懷疑的起源」，民國時期為「新的範式」，1949年開始則是「對蘇聯法律的繼受：共產主義中國與西方的分離」，1976年以來，則為「意識形態鬥爭：毛時代後的外國法與比較法」。<sup>4</sup>本文將從兩個重點回應張文，一是有關閱讀張文比較法在當代中國發展論述的心得與評論，二則探討比較法研究的當代任務以及發展東亞地區比較法制史研究可能。

---

\* 陳惠馨，政治大學法學院退休教授

1 張泰蘇教授這篇文章被收入 Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann 編，*The Oxford Handbook of Comparative Law* (2nd edn), part1, The development of comparative law in the world 中，（Oxford University Press，2019年）。此書共有1536頁。在網路電子書中並未呈現文章的頁碼。

2 此一文章的中文翻譯者為耶魯大學法律科學肖煒霖博士（J.S.D.）候選人。

3 本文主要針對肖煒霖博士（J.S.D.）候選人翻譯後的中文文本進行回應。

4 肖煒霖譯，張泰蘇著，〈比較法在現代中國的發展〉，《法制史研究》第36期（台北，中國法制史學會、中央研究院歷史語言研究所，2019.12），小節壹、貳、參、肆之標題。

## 貳、何謂比較法，張文有關當代中國法發展的分析角度

### 一、張文文本中兩個「比較法」的含意

閱讀張文可以發現「比較法」一詞在文章中第11頁（頁223）才被提出。本文作者剛開始有點困惑為何張文在第11頁以前並未直接論述「比較法」在中國的發展。再三閱讀之後並閱讀「比較法」在十九世紀法學的發展文獻才體會到，張文所談的比較法包含兩個不同的意義。張文中有時採取廣義比較法論述的是百年來中國移植西方法律的歷程；而文中，狹義的比較法則是指法學研究方法的「比較法」。因此，當張文在探討比較法在晚清之際的發展時，前面11頁半的篇幅主要是探討晚清移植外國法的歷程。在這之後，張文提到的「比較法」一詞，則是指作為法學研究方法的比較法，這時，不再是有關移植外國法意義下的比較法，而是法學方法所指稱的比較法。張文在223頁到224頁提到：

清朝精英們在極力移植西方法律的時候，卻大大地忽視了日本在十九世紀80年代和90年代蓬勃發展的比較法研究。「比較法」這一術語直到1902年之前，都沒有在任何中國出版物上出現過。彼時，一份致力於翻譯西學的期刊發表了一篇由日本學者戶水寬人撰寫的有關法律方法的文章。在二十世紀的前十年，這一概念在一些日本學術的譯文中，多次出現，但似乎沒有人關注。這一次時期唯一的中文比較法文章，是1903年的一篇手稿，其中比較了「世界上的五個法律傳統」——羅馬、英國、伊斯蘭、印度以及中國。

張文文章內容出現兩個「比較法」的含意，跟「比較法」一詞之學術史有密切關係。<sup>5</sup>德國1927年出版的重要比較法刊物 *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*（簡稱 *RabelsZ*），這個刊物名稱翻譯為中文為「Rabel 有關外國法及國際私法期刊」，但該刊物的英文名稱為 *The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*，翻譯成中文則為「Rabel 比較法及國際私法期刊」。上述這個比較法重要刊物的德文與英文名稱，呈現「比較法」一詞的多義性。有了這個理解就瞭解張文為何用非常多的篇幅論述當代中國自晚清以來，移植外國法律制度或法學的歷程；在論述中，可以理解十九世紀末影響中國的外國法包括德國法、日本法或美國法等。當張文討論比較法研究在二十世紀初之前在中國的發展時，此時的「比較法」指涉的是作為法學方法論視野下的比較法。<sup>6</sup>

## 二、張文有關比較法在晚清時期的論述：著重變法前因後果與歷程

本文作者認為張文在論述晚清時期移植外國的歷程時，有兩個重點值得注意。一是他觀察到「鴉片戰爭對於中國法律的發展來說，仍然是一道分水嶺。」他在頁216提到：

在1840年之前，清廷對外國法律和習慣與本土相結合的態度，是相當克制保守的：能夠將之與本土的規則進行結合，但在涉及到清朝人員的刑事案件的時候，便不得如此結合。

5 有關比較法的發展，可參考 Mathias Reimann, Reinhard Zimmermann 編，*The Oxford Handbook of Comparative Law* 一書，part I *The development of comparative law in the world*，同註1。

6 在張泰蘇教授的 *The Development of Comparative Law in Modern China* 原文草稿中，針對比較法的廣義與狹義意義有所說明，但這段文字並未納入出版的文章中。

張文強調到了二十世紀的60、70年代，清廷雖然投入大量資源在於學習國際法及外國法，但此時僅爲了外交目的，而非制度的移植。張文以「中學爲體，西學爲用」作爲象徵此一時期主流改革的口號。張文頁218-219認爲到了二十世紀90年代清廷對於外國法的態度有了很大的轉變：

除了一些基本的儒家道德原則孝、忠等等之外，大多數政府與法律制度不再被認爲是不可變更的。

張文以清末法律西化歷程中改革派與溫和派之間「禮法之爭」標示這一階段，外國法對於中國的意義。張文用「中學爲體，西學爲用」以及「禮法之爭」兩個概念呈現晚清對於外國法態度上的變遷，非常貼切。

張文在探討比較法在晚清的發展時，提到一個重要的觀察觀點，張文提問：「爲何中國菁英們如此的深度的想要繼受外國法律？」。接著頁216-217提到：

幾乎所有的亞洲國家都通過繼受法律的方式對歐洲帝國主義作出反應——有些是被強制的，其他則不是——但是中國所作出的反應的深度，則是不尋常的。中國的精英們充滿激情地去譴責和貶低他們自身的社會政治傳統，這在亞洲史上是極為少見的。這也意味著此種反應並非僅僅是一種對西方經濟與軍事優勢的「自然」反應。

張文對於上述的觀察，是否跟實際狀況相符合值得進一步研究；但，這個提問是一個值得進一步進行的研究。研究者可以更深入的瞭解，晚清的中國精英們在繼受外國法過程中對於自身的社會政治傳統充滿激情地譴責與貶低真的是亞洲史極為少見嗎？在其他同樣繼受外國法且又有自己傳統法律文化的亞洲國家，例如日本與韓國等，精英們對於自己社會政治傳統的譴責或貶低有比較少嗎？如果中國的狀況確實少見，那麼造成這種現象背後的原因爲何？值得研究。另外，日

本與韓國的精英們究竟以什麼樣的態度面對繼受外國法的現象以及他們的態度跟中國晚清的精英們有何不同？都是法制史研究的重要議題。

### 三、有關民國時期的論述：比較法研究在中國

張文針對民國時期法律發展主要重點在於探討這個時期法律的法典化並特別針對比較法研究在中國的發展加以分析。張文頁225提到：

直到蔣介石及其領導的國民黨在1928年重新統一全國後，正式的法典編撰才得以推進：新的民法典和公司法在1929-1930年間頒布，接著又在1935年頒布了刑法典。

張文有關「比較法」研究在民國時期的論述較為簡略。張文此時談的比較法不再是外國法移植問題，而是從比較法作為一個學科角度分析：

「比較法」在這一時期被形塑為了一門正式學科：一小部分學者不再僅僅學習外國的實體法，而是開始研究他們的共通點以及與不同思想、社會條件之間的關係（頁225）。

其結果便是羽翼未豐的比較法研究除了對國內法律教育有所謂的意義外，對主流法律界只產生了相對較小的影響。1912至1949年間，大約有36分手稿及超過100篇文章是關於比較法的——李祖蔭關於比較民法的研究以及許鵬飛比較刑法的研究較為出名——但比起大量的一般意義上關於外國法律的學術與政治文章，這些只是滄海一粟（頁227）。

張文接著以法學家張鼎昌「比較法之研究」一文內容說明這是當時比較法的主要觀點：分別是「法律是一種解決社會、政治及經濟問題的工具，而不是規範性原則或文化規範的宣言。」以及「他也深深

相信有普世的功能性原則的存在，人們可以通過比較西方的法律制度，或多或少地有所發現」。

張文引述張鼎昌論文時所引用的文獻取自2003年何勤華、李秀清所編之《民國法學論文精粹》一書。<sup>7</sup>而，張鼎昌之論文係發表於1937年，他關於比較法的論述能否代表民國時期，在中國之比較法研究狀況，值得進一步研究。張鼎昌論文之內容究竟是他個人對於比較法研究的觀點，還是張鼎昌引述或翻譯寫作年代其他國家有關比較法的論述？值得更深入研究。<sup>8</sup>

本文作者認為張文頁228對於此這一時期的立法的評價（尤其是民法）與分析值得注意：

整個民國時期，改革者們必須與社會政治上的保守派們進行鬥爭和妥協。特別是1930年頒布的民法，雖然盡可能效仿德國（並且還有些瑞士色彩），但仍然必須保留相當多的清朝法律和習慣法。比如，該法典極其鮮明地依據德國法律理論重組了財產法，幾乎完全適用了《德國民法典》中關於法律類型和財產形式的規定——甚至逐字逐句照搬條文——但也承認兩種清朝的主要財產形式，某種程度上來說，這也破壞了引進新形式的目標。它們是在功能上與抵押相似的「典」，以及「永佃」，即一種地主驅逐的權力受到嚴格限制的永久租賃權。

張文的分析，值得未來兩岸學者未來，進行比較法制史研究合作之參考。研究者可以比較傳統中國社會的「典」與「永佃」制度於1949年後，在中國大陸與台灣的發展。以台灣為例，1930年代在中國

7 何勤華教授對於比較法在中國當代之發展有深入討論，參考何勤華撰，收入《民國比較法文叢》（北京，商務印書館，2013），〈總序〉，此文刊登於網頁：<https://site.douban.com/commercialpress/widget/notes/5156485/note/250006640/>，上網日期：2020年1月18日。何勤華教授在總序中提到張鼎昌「比較法之研究」一文發表在中華民國法學會編，《中華法學雜誌》，上海，大東書局，1937。

8 關於德國法學如何影響近代中國學者之研究，可參考李鼎楚，〈歷史法學在近代中國傳播的「知識景象」〉一文，中國法學網網頁：<https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=62853>，上網日期：2020年1月18日。

訂定的民法典，在1949年之後繼續在台灣適用。當年在民法物權編被保留「典」與「永佃」制度持續在台灣運用。由於「永佃」制度的功能不彰，台灣在2010年物權編修法時，刪除民法物權編第四章「永佃」規定並增加第四之一章規定「農育權」規定。<sup>9</sup>

#### 四、有關對蘇聯法律繼受分析：共產主義讓中國與西方分離嗎？

張文在此部分的論述主要著重在1949年前後，蘇聯法律、法學與法學教育如何影響當時的中國。作者頁233特別提到此一時期：

在中央立法層面，大多數新的法律和制度都是於20世紀50年代在蘇聯的幫助下建立起來的：刑法、刑事和民事訴訟法、土地法、合同法以及勞動法都與其蘇聯盟友極為相似。婚姻法與民法完全分離，有其自身的分類和獨立的規定。包括法院、檢察院以及公安機關在內的執法部門，幾乎就是照搬了蘇聯模式。最終，中華人民共和國1954年憲法效仿蘇聯1934年憲法的內容和結構，確立了直到今天仍然發揮功效國務院和人民代表大會制度（Party-state Council-People's Congress）。

從上述論述，可知今日中國許多法律制度維持著二十世紀50年代的立法形式，例如合同法、婚姻法、繼承法均各別立法，沒有統一的民法典。但這個現象將隨著2020年中國大陸民法典的出台，而將有所改變。<sup>10</sup>張文提到中國在大躍進（1958-1962）以及文化大革命

9 根據2010年公布之民法物權編施行法第13-2條規定：「民法物權編中華民國九十九年一月五日修正之條文施行前發生之永佃權，其存續期限縮短為自修正施行日起二十年。前項永佃權仍適用修正前之規定。第一項永佃權存續期限屆滿時，永佃權人得請求變更登記為農育權。」

10 中國民法典草案共7編，分別為總則編、物權編、合同編、人格權編、婚姻家庭編、繼承編、侵權責任編，以及附則，共1260條，預計在2020年召開的中國十三屆全國人大三次會議中審議。請見新浪新聞，2020年1月2日之報導，〈評論：民法典為人民美好生活保駕護航〉網頁：<https://news.sina.com.tw/article/20200102/33877858.html>，上網日期：2020年1月17日。

（1966-1976）時期，法學教育及研究幾乎全面瓦解時刻。直到1977年之後毛時代，外國法與比較法再度在中國發展。

## 五、標示毛時代後的外國法與比較法為意識形態鬥爭之考量為何？

張文在頁235-242探討1977年以來中國法律的發展。張文下了一個結論：

1977年後的比較法歷史與民國很相似，即大量外國法的意識形態和政治意涵將成為阻礙比較法成長的因素（頁235）。

舊中國在德國和日本法律方面的經驗重新發揮了作用，並且迅速成為了民法和刑法學界的主流思想（頁235）。

與1949前不同的地方在於德國法不再是唯一，或者說是佔據主導的學術資源了。換句話說，更有經濟活力的部分美國法律開始取代德國法的地位：商法、金融法、知識產權法、環境法等（頁236）。

張文上述分析，說明兩岸（中國大陸與台灣）在百年來，雖然歷經不一樣的政治與法律變遷歷程，但，在繼受外國法律制度的選擇上有驚人的類似性。台灣目前的民法與刑法深受德國法的影響，大學中，多數民法與刑法的教授留學德國；而大學中教授商法、金融法、知識財產權與環境法的教授主要留學美國，也因此法律制度與法學論述深受美國影響。<sup>11</sup>或許在法律繼受或移植過程中，曾經有的共同歷史與文化終究影響著制度的選擇。未來可以透過兩岸法制史之比較研究，瞭解傳統中國文化對於當代華人社會法律變遷的影響與結果。

---

11 此係本文作者自2000-2005年進行四年，帶領11個子計畫進行「法律人法意識建構計畫」之觀察結果。雖然，某些大學法學院會有留學美國者教授刑法課程或留學德國者教授智慧財產權，但此為例外狀況。

張文分析1980年代以來中國法學與政治與社會發展。對於學者而言要分析自身所處時代的法制發展，都將面臨挑戰，但透過批判與對話，研究者將有機會修正或補充關於研究的論述。本文下面將針對張文分析留學德國與留學美國法學者對於移植外國法的態度部分。張文在頁238中指出：

以2001至2010間任北京大學法學院朱蘇力教授為代表，開始有針對性地反對移植美國法、德國法，或者任何外國的法律制度。相反，他們提出中國需要找到自己的道路，即充分運用中國社會中的「本土資源」。

張文將中國大陸留學美國與留學德國學者區別為「左派—自由派」；並認為中國留學美國的學者比起留學德國的學者來說，對法律移植保有更多的懷疑；張文認為中國年輕一代學者和律師們受到左派思想運動的吸引，幾乎不像他們的教授那樣迷戀過西方的模式。

上述有關留學德國或美國學者對於中國法律移植看法的區分，或許是張泰蘇教授在與中國大陸學者交流時得到的印象，但，目前中國大陸有超過600多所法學院，法律學者的數量或許超過萬人以上。張文上述的分析是否與實際情形相符合值得進一步瞭解。但是張文的初步推論可以是一個值得進行法實證研究議題，未來如果可以進行針對中國法學研究者有關法律移植的問卷調查以及焦點團體座談，或許比較瞭解法學者的留學背景是否影響他們支持或反對法律移植的立場，甚至透過這樣的問卷或座談也可以引發中國法學者們針對法律移植進行反思。

## 參、比較法或法比較研究的當代任務

張泰蘇教授〈比較法在現代中國的發展〉一文，嘗試運用「比較法」的創新觀點，分析當代中國法制的發展歷程。這樣的分析視角讓

讀者有機會以新的視野觀察當代中國法律與法學的發展並思考當代中國法在未來可能的發展方向。另外，從比較法在西方的發展歷程可以瞭解，比較法之所以成為法學研究重要方法之一，跟西方社會（以西歐為主）在十九世紀開始之法律成文化運動有密切關係。十九世紀的法國、奧地利、德國、瑞士在進行民法典或刑法典訂定時，往往運用引介他國法律制度與法學研究找到立法的新可能與新視野。在西歐各國於二十世紀逐漸完成的民法典與刑法典立法工作之後，比較法確實如張文所說：「比較法在西方國家是一備受尊敬但卻有些邊緣化的學科」。

比較法學科邊緣化的趨勢在歐洲因為歐盟整合的關係，又有新的發展趨勢。以德文 *Rechtsvergleichung*（法比較）一詞搜尋相關文獻時，可以發現二十一世紀以來，歐盟地區各國面對關於是否要制訂統一歐洲民法典或統一歐洲刑法典以及如何訂定的討論，逐漸增加各種探討比較法或法比較的文獻。<sup>12</sup>以德文出版品為例，二十一世紀開始有新的比較法或法比較的專書出版；例如2004年德國出版的 *Rechtsvergleichung als zukunftssträchtige Aufgabe*（法比較做為具有未來性的任務）一書中提到「在歐洲整合的歷程以及逐漸國際化的經濟生活，法律比較是我們時代具有未來性的重要性的任務」。<sup>13</sup>這本書強調法律比較不僅要比較法規範的結構的相似與相異，還要針對法規範的實踐結果進行比較。<sup>14</sup>目前各種法律比較之研究方法被提出，例如比較歐盟各國法律的書寫形式（*Die Schriftform*）或者比較英國與德國有關期限的法律規定等等研究。我們可以預見在二十一世紀比較法或法比較研究將成為重要的法學學科。<sup>15</sup>

12 比較法一詞在英文為 *Comparative law*，在德文則為 *Rechtsvergleichung* 法比較。

13 Otto Sandrock, *Rechtsvergleichung als zukunftssträchtige Aufgabe*, (LIT Verlag Münster, 2004), 頁2。

14 Otto Sandrock, *Rechtsvergleichung als zukunftssträchtige Aufgabe*, 頁2。奧地利也有類似的出版品，例如 J. Michael Rainer 編，*Europäisches Privatrecht: die Rechtsvergleichung*（歐洲司法：法比較）此書為 *Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht*，（P. Lang, Frankfurt, 2007）第12卷。

15 參考 Ishak Jonas Isik 編，*Schriftform im EU-Recht: Merkmale und Funktionen der Schriftform*

## 肆、發展東亞地區比較法制史的研究方法

張泰蘇教授〈比較法在現代中國的發展〉一文對於中國現代法律發展的分析，說明法制史研究對於法學研究具有重要的意義。法學者在未來可以針對此論文中幾個重要提問進行研究：例如「為何中國菁英們如此的深度的想要繼受外國法律？」，「在移植外國法的歷程中被保留的傳統法律和習慣法會在完成立法後如何發展？」，「留學不同國家對於法學者在思考法律移植或法律訂定等議題時有何影響？」等等提問。

本文作者多年來進行德國法制史與中國法制史（以清朝為核心）之研究；因此，在某些議題上，進行德國與中國法制發展的比較研究。由於德國與中國的法律發展有截然不同的軌跡與制度選擇，因此，在進行比較時，往往面臨應該如何選擇德國或中國哪個時期的法律制度進行比較分析。<sup>16</sup>例如為了說明傳統中國法律有關刑法相關規定早於德國的發展時，基於時間同一性的考量，選擇了尚未有完整體系化發展之1532年德國地區《卡洛林那法典》與已經有完整法律體系的《大明律》進行有關殺人與竊盜犯罪之規定的比較。或者為了說明德國當代刑法體制可能受到傳統中國唐律的影響，必須將在不同時期但體例卻高度相似的德國地區1751年《巴伐利亞刑法典》跟西元七世紀的《唐律》進行比較等等。<sup>17</sup>張文有關比較法在中國發展的論述開

---

*sowie die Sanktionierung von Formmängeln*（歐盟法：書寫形式的特徵與功能及形式缺陷時的制裁），LIT Verlag, Münster, 2013及Patrick Hoffmann 編，*Befristungsrecht in Großbritannien und Deutschland: eine rechtsvergleichende Analyse*（英國與德國之期限法律規定：一個法律比較分析），Lit Verlag, Münster, 2012。

16 德國當代成文法體系的發展發生在現代國家統治型態出現的十七世紀前後。參考 Uwe Wesel, *Geschichte des Rechts: Von den Frühformen bis zur Gegenwart*（法的歷史：從早期形式到現代）（2014, C. H. Beck 出版社，第4版），頁57-68350-409。

17 陳惠馨，〈《卡洛林那法典》與《大明律》比較〉以及〈1751年刑法典》第1章與《唐律》〈名例律〉比較〉，收於《德國近代刑法史》（台北，元照出版社，2016，修訂二版），

啓東亞地區法制史研究者進行比較法制史研究的可能。中國大陸、台灣、日本、韓國、越南等亞洲地區的社會，在法律的發展歷程有許多共同的經驗。他們在近百年來，繼受不同的西方國家（德國、法國、美國等國）的法律制度，社會中也長期存在傳統中國法律制度的模型運作。這些地區的法制史研究者，可以在未來透過合作與討論，選擇某些議題發展「比較法制史」的研究方法，進行亞洲不同地區現代法律發展的比較研究，例如以張文提到的議題，針對「社會中的菁英們繼受外國法的態度」，「移植的外國法過程中，傳統法律和習慣哪些被拋棄，哪些被保留」、「傳統的法律制度或習慣法在當代社會法律體系中是否還存在」以及「當代社會中的法學者是否因為曾經留學不同的西方國家，因而對於法律繼受的態度有所不同」等等進行比較法制史的研究與分析。透過如此的比較研究，法制史研究者可以找出不同社會在法律繼受過程中，如何進行法律制度的選擇與拋棄，並瞭解哪些法律制度的選擇具有共通性，哪些選擇有各自特色及不同影響因素。如此的比較研究將可以更深入瞭解傳統社會的法律制度或習慣法如何的延續與消失。而透過比較法制史，東亞地區現行法律制度的法學研究者將有可能在學習自西歐民法或刑法體制或者學習自美國憲法、商法、金融法、智慧財產權法或者環境法等制度的經驗中，發展比較具有主體性且適合自己社會的相關法律制度並因而擺脫僅能單方繼受外國法的命運。而，透過比較法制史研究，將可以找出人類社會的「法律制度」受到哪些文化、習俗或其他社會條件的影響，並因此與西方法學研究者進行平等的對話與交流。