



第2辑·第1卷(总第3卷)

Vol.2 No.1

华中法律评论

HUST LAW REVIEW

《华中法律评论》编委会 编

华中科技大学出版社

武汉 2008



华中法律评论

HUST Law Review Vo2.1 No.3

第2辑·第1卷/总第3卷

《华中法律评论》编委会 编

本届编辑委员会成员(按姓氏拼音顺序排列)

艾 镭 陈宏亮 代 琼 付丽莎 胡 媛

李 慧 彭 彬 魏 宇 吴 静 赵 冬

本辑执行主编 陈宏亮

华中科技大学出版社

武汉 2008

图书在版编目(CIP)数据

华中法律评论(第2辑·第1卷/总第3卷)/《华中法律评论》编委会编. —武汉:
华中科技大学出版社, 2008年12月

ISBN 978-7-5609-4974-1

I. 华… II. 华… III. 私法-研究-丛刊 IV. D90-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 180548 号

华中法律评论
(第2辑·第1卷/总第3卷)

《华中法律评论》编委会编

责任编辑:柯林霞
责任校对:汪世红

封面设计:潘 群
责任监印:周治超

出版发行:华中科技大学出版社(中国·武汉)

武昌喻家山 邮编:430074 电话:(027)87557437

印 刷:湖北恒泰印务有限公司

开本:787mm×1092mm 1/16

印张:23.5

字数:452 000

版次:2008年12月第1版

印次:2008年12月第1次印刷

定价:40.00元

ISBN 978-7-5609-4974-1/D·97

(本书若有印装质量问题,请向出版社发行部调换)



目录

〔主题研讨:比较法的批判与反思〕

- 比较法的终结 Mathias M. Siems 著 陈虎译(1)
千禧之年,了无新意?
——世纪初与世纪末的比较法 David Scott Clark 著 赖骏楠译(21)
美国民事诉讼案件的早期终结
——以即决判决为中心 李明诗(57)
法国刑事诉讼纲要
——历史、构造、特色与挑战 施鹏鹏(111)

〔论文〕

- 力量博弈下的刑讯逼供 吴丹红(145)
行政诉讼中的人权保障问题研究 湛中乐(169)
性别主流化与女性人身安全保障
——从台湾经验出发 陈惠馨(189)
他乡与故乡
——中国法律史研究典范的转移 饶传平(219)

〔评论〕

- 树敌 Donald Black 著 徐昕、田璐译(241)
“社会管制”?
——以台湾“通讯传播管理法”草案为例 刘孔中(259)
对德沃金自由主义平等观的解读 李桂林(281)
日本商标法对商标权效力的限制 李扬(293)
违背公共政策契约的法律经济学分析 Michael Chu 著 叶火杰译(311)

〔调查报告〕

- 征地与乡村民主运动
——基于实证调查 李可(331)



Contents

Monograph: The Criticism and Reflection on Comparative Law

- The End of Comparative Law by Mathias M. Siems(1)
Nothing New in 2000?
——Comparative Law in 1900 and Today by David S. Clark(21)
Early Disposition in U. S. Civil Litigation
——Focus on Summary Judgment by Li Mingshi(57)
A Sketch of Criminal Procedure in France——History, Structure,
Characteristics and Challenges by Shi Pengpeng(111)

Articles

- Torture in Force Games by Wu Danhong(145)
Issues on the Protection of Human Rights
in Administrative Litigation by Zhan Zhongle(169)
Gender Mainstreaming and the Protection of Women's Personal safety
——Beginning With The Experience in Taiwan by Chen Huixing(189)
Traditional Legal—self——Research Paradigm Transformation
in Legal History of China by Rao Chuanping(219)

Reviews

- Antagonize by Donald Black(241)
“Social Control”? ——Take The Draft of Telecommunications Act
in Taiwan for Example by Liu Kongzhong(259)
Interpretation on Ronald Dworkin's Idea About Liberal Equity by Li Guilin(281)
The Restriction on Effectiveness of Trademark Right
in Japanese Trademark Law by Li Yang(293)
A Law and Economics Look at Contracts Against Public Policy
..... by Michael Chu(311)

Investigation Report

- The Expropriate Land Movement and Rural Democracy Movement
——Based on Empirical Investigation by Li Ke(331)



比较法的终结

Mathias M. Siems* 著 陈虎** 译

内容摘要:自1900年巴黎会议之后,比较法作为一门有着重大影响的学科在20世纪初开始出现。本文旨在表明:一个世纪之后,比较法开始走向衰落,甚至可以说是走向“终结”。与那些将21世纪视为“比较法的世纪”的观点相反的是,至少存在着四种趋势可以证明我们的这种悲观论调并非空穴来风——对比较法的漠视、比较法的复杂性、比较法的简单性以及比较法的非相关性(irrelevance)。本文将对这些现象进行逐一分析;最后提出应该如何推动比较法发展的若干建议。

关键词:比较法 量化比较法 法律文化 法律与金融 世界银行 调和 融合 治理

Abstract: Following the 1900 congress in Paris, the beginning of the 20th century saw comparative law emerge as a significant discipline. This paper suggests that the early 21st century is seeing the decline, or maybe even the “end”, of comparative law. In contrast to other claims which see the 21st century as the “era of comparative law”, there are at least four trends which give rise to pessimism: “the disregard”, “the complexity”, “the simplicity”, and “the irrelevance” of comparative law. These phenomena will be explained in the body of this paper; the concluding part considers suggestions as to how to proceed further.

Keywords: Comparative Law, Numerical Comparative Law, Legal Culture, Law and Finance, World Bank, Harmonisation, Convergence, Governance

* Mathias M. Siems, 爱丁堡大学法学院商法学讲师, 剑桥大学商业研究中心和彼得学院(Peterhouse)研究助理。

** 陈虎, 武汉科技大学中南分校教师, 中南财经政法大学诉讼法学博士生, E-mail: chenhu1979@tom.com.



引言

自1900年巴黎会议之后,比较法作为一门有着重大影响的学科在20世纪之初开始出现。^[1] 本文旨在表明,一个世纪之后,比较法开始走向衰落,甚至可以说是走向“终结”。与那些将21世纪视为“比较法的世纪”的观点^[2]相反的是,至少存在着四种趋势可以证明我们的这种悲观论调并非空穴来风——对比较法的漠视、比较法的复杂性、比较法的简单性以及比较法的非相关性(irrelevance)。本文将对这些现象逐一进行分析,最后提出推动比较法发展的若干建议。

笔者希望本文能够引起学界的争论(并尽力使其说理简洁)。但是,这并不表明从现在开始我们就只应将目光局限在对本国法的研究上。恰恰相反的是,本文旨在对比较法的方法论进行反思并指出解决这些问题的进路。在这方面,它与比较法的理论基础、地位以及方法等这些核心问题是吻合的。^[3]

一、对比较法的漠视

最近,美国最高法院的一些法官明确提出法院应当忽视比较法的主张。在Lawrence诉Texas案中,大法官Scalia和Thomson就没有采纳所有建立在国外立法基础上的意见,因为“本法院……不应将外国的看待事物的观点、流行的做法和处理问题的方式……强加于美国人民”^[4]。大法官Scalia还指出,“世界其他国

[1] R. Sacco, “One Hundred Years of Comparative Law”, in *Tulane Law Review*, 75(2000), p. 1159; but see also W. Hug, “The History of Comparative Law”, in *Harvard Law Review*, 45(1931—1932), p. 1027; C. Dononue, “Comparative Law before the Code Napoléon”, in M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 3.

[2] E. Özüçü, *The Enigma of Comparative Law*, Martinus Nijhoff, 2004, p. 216; T. Koopmans, “Comparative Law and the Courts”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 45(1996), p. 556.

[3] See R. Saleilles, “Conception et objet de la science du droit comparé”, report for *Congrès International de droit comparé* Société de Législation Comparée, 1990, p. 383; more recently M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart; E. Özüçü, “Methodology of Comparative Law”, in J.M. Smits(ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Edward Elgar, p. 442.

[4] Lawrence v. Texas 123 Ct 2472, 2495 (2003) (Scalia J) and Foster v. Florida, 537 US 990 (2002) (Thomas J); See also P. Legrand, “Comparative Legal Studies and the Matter of Authenticity”, in *Journal of Comparative Law*, 1(2006), p. 365.



家的做法”、“其关于司法的观念与我国人民并不总是相同。”^{〔5〕}在另一起案件中，大法官 Scalia、Thomson 和 Renquist 对将比较法的运用当成采摘樱桃(cherry picking)一样的工作提出了批评：“当外国法与其观点一致的时候就在判决中援引之，而在相反的情况下则视而不见，这种做法并不理性。”^{〔6〕}同样的，新任首席大法官 Roberts 在其任职的听证会(confirmation hearings)中声称：“在外国法中人们可以发现任何其所需要的东西。如果在法国或意大利的判例中不存在，那么在索马里、日本、印度尼西亚或者任何其他国家的判例中一定可以找得到。”^{〔7〕}

应当注意的是，以上这些表述都是对美国最高法院其他那些曾经提到外国法的大法官观点的回应^{〔8〕}，另外，作出这些表述的案件都事关死刑和同性恋这些非常敏感的政治问题，而在其他案件中，对于援引其他国家法律的做法却较少存在争议。^{〔9〕}

虽然如此，对于比较法洞察力的漠视只是当前美国法律文化中的一个总体特征。许多学者都支持 Scalia 和其他几位大法官的看法。^{〔10〕}而且，也有人认为：“在美国，比较法并非一门十分受欢迎的学科。既然美国视自己为世界上最为发达的国家，它又为什么要向其他国家寻求改革的灵感呢？”^{〔11〕}还有人认为比较法的教学仅仅“为附带地观察外国法的各个方面提供了一种粗浅的导论”^{〔12〕}。

不仅如此，比较法在美国学术界的影响也在日益下降。比如，在 19 世纪和 20 世纪早期，大陆法系法律思维对美国法律产生了巨大的影响。^{〔13〕}然而，在最近的

〔5〕 Aktins v. Virginia 536 US 304, 348 (2002).

〔6〕 Roper v. Simmons 543 US 551, 608 (2005).

〔7〕 See <http://transcripts.cnn.com/transcripts/0509/13/se.04.html>.

〔8〕 见前注 4—6 所引判例。

〔9〕 See T. Fine, “American Courts and Foreign Law: The New Debate”, *DAJV Newsletter* 107 at 117.

〔10〕 DE. Childress III, “Note, Using Comparative Constitutional Law to Resolve Foreign Questions”, in *Duke Law Journal*, 53(2003), p. 193; J. Rubinfeld, “Unilateralism and Constitutionalism”, in *New York University Law Review*, 79(2004), p. 1971; JH. Wilkinson III, “The Use of International Law in Judicial Decisions”, in *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 27(2004), p. 423; EJ. Sanchez, “A Case Against Judicial Internationalism”, in *Connecticut Law Review*, 38(2005), p. 185; RP. Alford, “Misusing International Sources to Interpret the Constitution”, in *American Journal of International Law*, 98(2004), p. 57; RA. Posner, “Foreword: A Political Court”, in *Harvard Law Review*, 119(2005), p. 31.

〔11〕 C. Von Bar, “Comparative Law of Obligations: Methodology and Epistemology”, in M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 124; See also M. Reimann, “The End of Comparative Law as an Autonomous Subject”, in *Tulane European and Civil Law Forum*, 11(1996), p. 53.

〔12〕 Reimann, *supra* note at 52.

〔13〕 M. H. Hoeflich, “Transatlantic Friendships and the German Influence on American Law in the First Half of the Nineteenth Century”, in *American Journal of Comparative Law*, 25(1987), p. 604; S. Riesenfeld, “The Influence of German Legal Theory on American Law: The Heritage of Savigny and His Disciples”, in *American Journal of Comparative Law*, 37(1987), p. 1; DS Clark, “Development of Comparative Law in the United States”, in M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*. Oxford: Oxford University Press. 2006, p. 175.



50年中,这种影响开始逐渐衰退。其中一个重要的指标(笔者承认,尽管这一指标有简化之嫌,但仍然具有说服力)就是“权利(droit)”、“法治(recht)”和“比较法”(comparative law)这些术语在《哈佛法律评论》中出现频率的变化(见图1、图2、图3)^[14]。

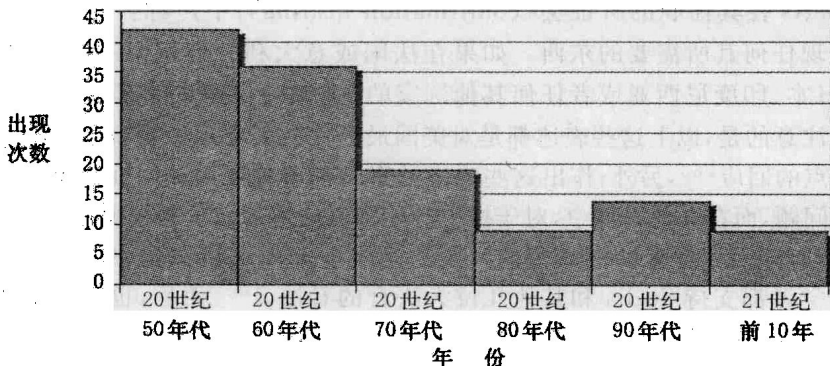


图1 《哈佛法律评论》中 droit 一词的出现频率

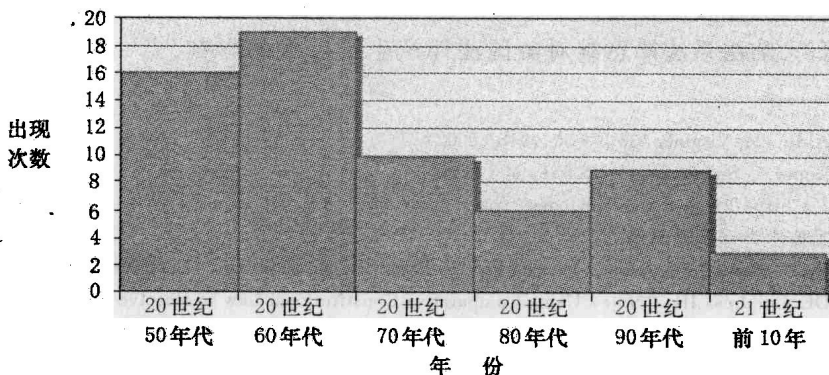


图2 《哈佛法律评论》中 Recht 一词的出现频率

但是,请注意,“比较法”这一术语的使用在21世纪的头10年当中却呈现出一种上升态势。这是否代表了一种新的趋势还需要我们继续观察。同时,这种量化的研究方法总是有其自身的局限,因为运用某一特定语词的意义要取决于其所处的语言环境。^[15]

[14] 对于21世纪头10年(即2000—2009年)的数据仅是一种推测,本文运用了2001—2006年的数据,完全的数据可参见下文附表。

[15] 这是运用量化方法研究比较法的总体局限之一。See M. M. Siems, “Numerical Comparative Law—Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity?” in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 13(2005), p. 521.

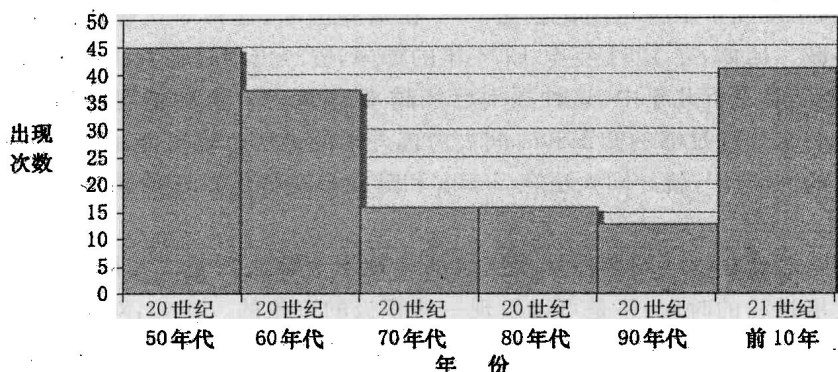


图3 《哈佛法律评论》中 comparative law 一词的出现频率

对比较法的漠视不仅仅是美国独有的现象。可以肯定的是,在与其他国家具有相同法律规则的地方,都会存在着相关知识的交流。^[16] 特别是,如果这些国家具有共同的法律语言的话(就像大部分普通法国家一样),通过运用比较法的方法,这些法律体系之间的一些共同特征就有可能被保持下去。这一点也得到了经验事实的验证。^[17] 但是,这些都不是事物的常态。总体而言,政治家们和法官们对于比较法可谓漠不关心,因为他们认为比较法太过复杂和理论化。^[18] 即使是 Basil Markesinis 爵士也曾批评说,比较法更多的是一种无法付诸实践的理念和观念,“可能只是使那些花费时间对其进行研究并自我满足地互相加以引用的人士的自我欣赏罢了。”^[19]

更准确地说,对于立法者而言,比较法常被用来服务一个唯一的目的:即介绍那些已经在政治上得到解决的问题之争论。在比较法中提及那些小国的经验是绝对不可能的。^[20] 而对于法院的判决而言,除非在以一种国际化的眼光审视法律规

[16] U. Drobnig, “General Report”, in U. Drobnig and S. Van Erp (eds) *The Use of Comparative Law by Courts*, Kluwer Law International, p. 12.

[17] M. M. Siems, “Legal Origins: Reconciling Law & Finance and Comparative Law”, in *McGill Law Journal*, (52)2007, (forthcoming).

[18] See Sir B. Markesinis, “*Comparative Law in the Courtroom and Classroom*”, Hart, 2003, pp. 61—62; N. Levitt, “Listening to Tribal Legends: An Essay on Law and the Scientific Method”, in *Fordham Law Review*, 58(2003), p. 263.

[19] Markesinis *supra* note 18 at 53; See also Sir B. Markesinis, “Comparative Law—A Subject in Search of an Audience”, in *Modern Law Review*, 53(1990), p. 1; Sir B. Markesinis, “*Foreign Law and Comparative Methodology*”, Hart, 1997, p. 3.

[20] Von Bar, *supra* note 11, at 127—128.



则的时候,法院几乎很少运用比较法。^[21]在某些国家,这种对比较法的援引甚至在逐步递减。比如,在1951年至1974年的德国,曾经出现过在判决中援引外国法的潮流,但是在最近几年中,这种援引已经越来越少。^[22]这种情况的出现并不奇怪。法院常常缺乏足够的知识和时间去考虑外国的做法。也可能是因为一些国家主权方面的原因^[23],就如同大法官 Scalia 和其同事在他们撰写的司法意见中所表述的一样。

我们可能希望这一问题在学术领域的表现不会那么严重。实际上,当我们考察欧盟发展过程的时候,还是可以发现一些积极的迹象的。比如,对于私法欧化问题的讨论就催生了许多有关比较私法^[24]的新期刊^[25]、判例集^[26]以及判例研究^[27]。

但是,在学术研究的其他领域,比较法的研究仍然晦涩深奥,这些研究只对于那些具有特殊兴趣的少数人才有意义。^[28]比较法的重要性正在日益下降,甚至在欧盟内部,比较法充其量也只是一个可选择的学科之一。^[29]同样的,这一点也毫不奇怪。在大多数国家,法律教育都侧重于培养学生进行法律实践的能力,结果法律学术就常常将自身任务视为和“集邮”类似的工作^[30]:主要是提供一种对于法律的准确和一致的描述,就像该法律制度也在本国实施一样。随着英语已经成为国际上主要的语言工具,非英语国家的法律素材很少会受到关注。关于这一点,我们可以从下面的图表中得到印证,这些图表将会向我们展示“law”、“droit”(权利)和“Rechtsvergleichung”(比较法)这几个术语在最大的德国法律期刊 NJW (Neue Juristische Wochenschrift) 近26年中的出现频率。“law”这一术语的出现频率并未发生显著的变化,但是十分明显的是,“droit”一词的出现频率却在稳步下降(见

[21] Drobniġ & Van Erp *supra* note 16; U. Drobniġ, (1986) “Rechtsvergleichung in der deutschen Rechtssprechung” (50) *RabelsZ* 610; Kötzt, H (2000) “Der Bundesgerichtshof und die Rechtsvergleichung” in *Festschrift 50 Jahre Bundesgerichtshof, Volume II* at 825.

[22] Sir B. Markesinis & J. Fedtke, “The Judge as Comparatist”, in *ulane Law Review*, 18(2005), p. 42.

[23] Von Bar, *supra* note 11, at 124—125.

[24] See also R. Zimmermann, “Comparative Law and the Europeanization of Private Law”, in M. Reimann and R. Zimmermann (ed.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 539.

[25] Eg the recent *European Review of Contract Law* and the *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*.

[26] Eg <http://www.law.kuleuven.be/casebook/>.

[27] Eg <http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/books.html>.

[28] Cf Reimann, *supra* note 11 at 65.

[29] See the webpage <http://www.europaeische-juristenausbildung.de/laenderframe.htm> which provides information about legal education in the EU Member States (in German).

[30] R. Coase, “Law and Economics at Chicago”, in *Journal of Law and Economics*, 36(1993), p. 254.



图 4、图 5、图 6)。〔31〕

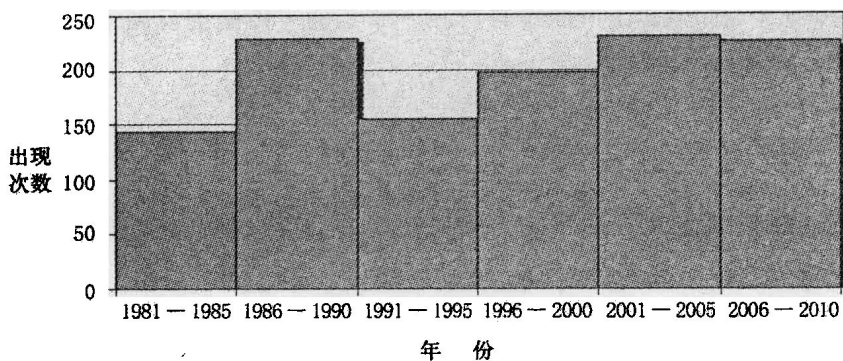


图 4 NJW 杂志中 law 的出现频率

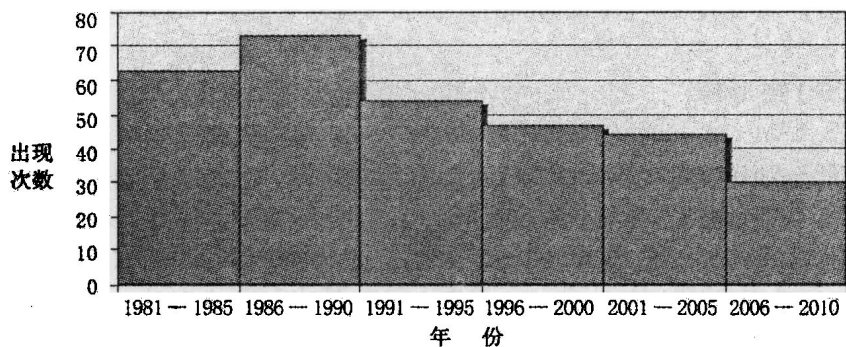


图 5 NJW 杂志中 droit 的出现频率

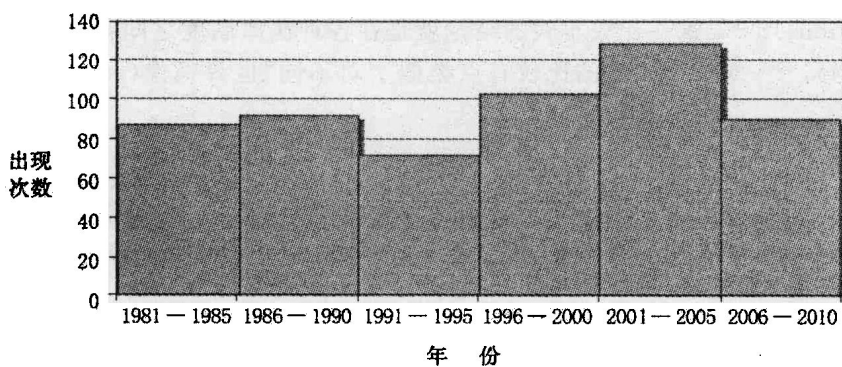


图 6 NJW 杂志中 Rechtsvergleichung 的出现频率

〔31〕 2006—2010 年的数据只是一个推测,本文运用了 2006 年的数据,完整的数据请参见下文附表。



但是,这里需要再次提请注意的是,“Rechtsvergleichung”一词的运用在1995—2005年也呈现出上升的态势(而2006年的下降是否反映了一种总体的趋势还需要我们拭目以待)。

二、比较法的复杂性

法律界还存在着一种强调比较法复杂性的趋势。这一趋势有两种表现形态:“强形态”(the strong form)和“较弱形态”(the weaker form)。前者对于比较法的实践课加了过多的要求,使得其在事实上已经不可能进行。而后者则与其不同,尽管它也有其独特的优势,但也的确对比较法的研究起到了负面的作用。

(一)强形态

强形态对现有的比较法研究成果的局限性颇为关注。如果以实证主义的视角来审视这些研究成果,我们会发现比较法十分肤浅,而且所能提供的只不过是一个理解其他法律制度的幻象。^[32]相反,我们真正需要的是深刻的、跨学科的、批判的,甚至是后现代的比较法学。^[33]有意义的比较必然要求对法律规则有历史的、社会的、经济的、政治的、文化的、宗教的和心理的、背景的全面理解,尤其要对不同国家的精神特质加以仔细的考察。因此,比较法学者必须了解法律的认知结构(cognitive structure)以及这些认知结构的认识论基础(epistemological foundations)。^[34]这一比较实践的结论就是在各种法律制度之间存在的深刻的本体论差异。^[35]对法律制度的比较有点类似于对不同“世界镜像(world versions)”

[32] P. Legrand, “Comparative Legal Studies and Commitment to Theory”, in *Modern Law Review*, 16(1996), p. 262; Legrand, P (2006) *Le droit compare* Presses Universitaires de France 2nd edn.

[33] P. Legrand, “How to Compare Now?” in *Legal Studies*, 16(1996), p. 232; G. Frankenberg, “Critical Comparisons: Rethinking Comparative Law”, in *Harvard International Law Journal*, 26(1996), p. 411; See also A. Riles, “Wigmore’s Treasure Box: Comparative Law in the Era of Information”, in *Harvard International Law Journal*, 40(1999), p. 221; M. Reimann, “The Progress and Failure of Comparative Law in the 2nd Half of the Twentieth Century”, in *American Journal of Comparative Law*, 50(2002), pp. 678—683.

[34] P. Legrand, “European Legal Systems are not Converging”, in *International and Comparative Law Quarterly*, 52(1996), p. 52; See also M. Van Hoecke, “Deep Level Comparative Law”, in Van Hoecke, *supra* note 11 165, at 172.

[35] P. Legrand, “How to Compare Now?” in *Legal Studies*, 16(1996), p. 232.



的比较。^[36] 每一个法律制度都是独特的。^[37] 相似性只不过是表面的现象,来自不同法律制度的人们是不可能互相理解的,因为他们在精神特质上存在着不可调和的差异。

运用这一方法得出的结论就是:比较法是不可能完成的任务。一个关于理解的完美主义者视角会告诉你,“如果你不能够完全了解某样事物,那么你就不会了解任何一样事物”^[38]。比较法学家因此而处于“迷失”^[39]的状态中,因为整个的背景,包括“认知结构的认识论基础”永远不能够被很好地理解。而且,即使一个人能够完全理解一个独特的法律制度,他也未必会进行比较。对于两个法律制度的分析会包括两个方面的内容,一方面是由在第一个国家受过法律传统训练的人进行的,而另一部分则由在第二个国家受过法律传统训练的人进行。因为能够适用于两个法律制度的原则是不可能存在的,因此对其进行比较也就同样不可能。^[40]

(二)较弱形态

强形态也许显得过于偏激。但是,在较弱形态中,一个相似的观点正在被日益接受。就像强形态一样,较弱形态的目标并不在于降低比较法的复杂性,而恰恰试图提升其复杂性。^[41] 我们可以考察下面这一段显然不会产生什么危害后果的(harmless)的规定:

因为日本属于德国法族,因此德国和日本的商法都规定,在商人之间成立的买卖关系中,买方应当不迟延地检查卖方交付的货物。《德国商法》第 377 条、《日本商法》第 536 条)

这一规定可能会引发各种批评,如下所示。

[36] Against this view R. Caterina, “Comparative Law and the Cognitive Revolution”, in *Tulane Law Review*, 78(2004), p. 1501.

[37] P. Legrand, “On the Singularity of Law”, in *Harvard International Law Journal*, 47(1996), p. 517.

[38] Van Hoecke, *supra* note 34, at 173.

[39] Van Hoecke, *supra* note 34, at 167; from a non-comparative perspective, See also A. Kronman, *The Lost Lawyer*, Belknap Press, 1995.

[40] 作为比较法必要前提的一般化理论是可能的信念可参见 J. H. Merryman, *The Loneliness of the Comparative Lawye*, Kluwer, 1999, p. 491.

[41] 关于这一比较法的总体问题,参见 M. M. Siems, “Numerical Comparative Law—Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity”, in *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 13(2005), p. 521.



(1)这一规定没有考虑到德国和日本商业背景的差异。对背景的强调是一个总体的趋势。在美国,这一趋势已经存在了许多个年头。早在1987年,波斯纳就宣称“法律作为一门自治学科的衰落”^[42]。即使这一趋势在别的地方仍未出现,对背景的依赖也已成为比较法学者经常挂在嘴边的一个口头禅(mantra)。^[43]

(2)仅仅提及法律规则可能也会受到批评。以规则为基础进行的比较注定是肤浅的。例如,人们认为,为了对诸如“解释”(interpretation)和“契约”(contract)这些基本概念有更为深刻的理解,理论和概念对于比较法律制度而言是最为恰当的基础。^[44]

(3)有些学者对于可比较性的限度十分重视。特别是,有时人们认为,西方和非西方国家之间差异太大以至于不能进行有意义的比较^[45];你无法在苹果和橘子之间进行比较。同样的,差异过大的法律制度可能也会使比较无法进行。^[46]

(4)对法系(legal families)这一概念的运用也会遭到反对。一方面,比较法学家日益强调法律变得越来越国际化、跨国界化,甚至可以说是全球化,因此对法律家族的关注就会被认为并不那么重要。^[47]正如一位学者所指出的那样:

拥有他们自己民法典(Bürgerliches Gesetzbuch)的德国人和拥有统一商法典的美国人真的有什么不同吗?或者,作为《联合国国际货物销售合同公约》(CISG)成员的德国和美国真的和没有批准它的英国有什么不同吗?或者,作为欧盟成员的德国和英国(因此也是《罗马公约》的签署国)与美国可能有什么不同吗?再或者,作为WTO成员的所有国家(因此也是自由商业体制的受益国)与那些没有加入WTO的国家真的有什么不同吗?^[48]

[42] R. A. Posner, "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962—1987", in *Harvard Law Review*, 100(1987), p. 761.

[43] Reimann, *supra* note 33, at 685, 693; N. Roos, "Nice Dreams and Realities of European Private Law" in M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 215.

[44] Van Hoecke, *supra* note 34, at 178 *et seq.*

[45] Cf Riles, *supra* note 33, at 244.

[46] 不同的观点请参见 H. P. Glenn, "Are Legal Traditions Incommensurable?" in *American Journal of Comparative Law*, 49(2001), p. 133; See also Örüçü *supra* note 2 at 19 *et seq.*

[47] Eg M. Reimann, "Beyond National Systems: A Comparative Law for the International Age", in *Tulane Law Review*, 75(2001), p. 1115; E. Örüçü, "Family Trees for Legal Systems: Towards a Contemporary Approach, Epistemology and Methodology of Comparative Law", in M. Van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart, 2004, p. 361; J. Husa, (2004) "Classification of Legal Families Today -Is it Time For a Memorial Hymn?" *Revue internationale de droit comparé* 11.

[48] Reimann, *supra* note at 1114.



另一方面,一些学者则声称:所有的法律制度都在某种程度上存在着混合的因素,因此,人们必须“对法律制度的传统标签进行解构,并根据其渊源、与其他法律制度之间的关联、其产生和发展的土壤以及其发展过程中的移植和修改之处对其加以重构”^[49]。这对于日本法尤其适用,因为它的商法不仅受到了德国法的影响,也受到了美国法的影响。^[50]

许多现代比较法学家会因此主张:尽管上面的论述可能是正确的,却太过肤浅。因此,举个例子来说,一个给某杂志投稿的论文作者可能会被要求提供更进一步的阐释。尽管这并不会让比较法学变得不可能进行,但的确会有损它的发展。

当然,这一结果并不意味着新的比较法学的跨学科和后现代的方法就没有价值。它们实际上对于比较法学时常出现的简单性(见下一部分)是一种非常有效的“解毒剂”,也能够使比较法学在智识上更为有力。特别是,法律文化的概念可能对于解释法律和经济制度之间的互补性是一个非常有用的工具。^[51]然而,对比较法学复杂性的强调却不应该导致一种新的“优越论”,在这种“优越论”影响之下,任何一种主要着眼于法律规则之间的差异而不是对更为宏大的社会-经济背景的比较都会被立即废弃。^[52]

三、比较法学的简单性

比较法学并不是对于各种不同的法律制度和法律外制度(extralegal systems)能够得到的所有方面信息的资料整理,而是要对其进行比较。但是,比较法研究的这一至关重要的方面却经常没有得到足够严肃的对待。

(一)传统的简单方法

比较法学传统的简单方法主要关注特定外国法律制度的准确描述。对外国法

[49] Özücü, *supra* note 47, at 375.

[50] See M. M. Siems, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, 2007, Ch 1 III 3 b(forthcoming).

[51] See B. Ahlering & S. F. Deakin, “Labour Regulation, Corporate Governance and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity?”, in *Law and Society Review*, 41(2007), (forthcoming).

[52] M. Siems, “Legal Originality”, Working Paper(2007), available at <http://ssrn.com/abstract=976168>.



研究^[53]成果的译介和关于外国法与法律家族^[54]知识的积累和传播并不是真正意义上的比较法。

这方面的例子不计其数。首先,让我们先看看一些比较法期刊。人们一直认为,通过研读美国比较法杂志,就可以迅速认识到,关于外国法的论文数量要超过(往往这一差额会很大)那些明确对两个或更多法律制度进行比较的论文。^[55]其次,许多关于比较法的著作都以大量的篇幅去介绍特定国家的法律制度。在这方面,以规则为论证基础和以案例为论证基础的著作并无本质上的区别。比如,在《比较法总论》的第二部分中,其主要目的似乎就是提供对法国、德国、英国和美国合同法和侵权法的概述。比较的篇幅看起来似乎只是对这一概述的补充。^[56]同样的,《欧洲共同法判例集》^[57]一书主要着眼于提供不同的法律制度的信息,而没有提供一个法律实践中更为全面的图景^[58],也没有更为具体的比较法的解释。国际比较法学会^[59]可以提供另外一个例证。各国专家就特定主题对该国的情况提交具体的报告,然后由某个总报告人在此基础上总结出比较法的结论。因此——尽管就大部分主题而言,英国已经有大量可以获得的文献——相关学者的主要任务仅仅是对这些文献进行综合整理。最后,这种“以外国法为中心”的比较法研究也会被看做是比较法学家的自我理解(self-perception)。他们经常将自身主要看作是亚洲的专家、俄国法的学者、具有比较法兴趣的宪法学者等,而不是比较法学家。^[60]

(二)新的简单化趋势

但是,最近似乎存在着更为简单化的趋势。传统的研究方法十分看重对外国法律制度的研究,即使这种研究极少进行比较。相反,这一“新的简单化趋势”却表现为两个方面,因为他们将不同的法律制度仅仅看做是能够通过数字方法加以统计整理的信息而已。

这一定量的比较法研究是以一篇题为《法律与金融》的文章^[61]为其开端的。

[53] Van Hoecke, *supra* note 34, at 166.

[54] Reimann, *supra* note 33, at 684.

[55] Merryman, *supra* note 40, at 4.

[56] K. Zweigert & H. Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. 323—708.

[57] See <http://www.law.kuleuven.be/casebook/>.

[58] Van Hoecke, *supra* note 34, at 168—169.

[59] See <http://www.iuscomparatum.org/>.

[60] Reimann, *supra* note 33, at 687.

[61] R. La Porta *et al*, “Law and Finance”, in *Journal of Political Economy*, 106(1998), p. 1113.