

法 律 科 学 文 库

主 编 曾 宪 义

比较法社会学的 框架和方法

——法制化、本土化和全球化

朱景文 / 著



中 国 人 民 大 学 出 版 社

法 律 科 学 文 库

主 编 曾 宪 义

比较法社会学 的 框架和方法

——法制化、本土化和全球化

 中 国 人 民 大 学 出 版 社

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法社会学的框架和方法：法制化、本土化和全球化/朱景文著
北京：中国人民大学出版社，2000.
(法律科学文库/曾宪义主编)

ISBN 7-300-03677-5/D·533

I. 比…

II. 朱…

III. 比较法学：社会学-研究

IV. D908-05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 80536 号

法律科学文库

主编 曾宪义

比较法社会学的框架和方法

——法制化、本土化和全球化

朱景文 著

出版发行：中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部：62515351 门市部：62514148

总编室：62511242 出版部：62511239

E-mail: rendafx@public3.bta.net.cn

经 销：新华书店

印 刷：三河市新世纪印刷厂

开本：850×1168 毫米 1/32 印张：27.125 插页 2

2001 年 4 月第 1 版 2001 年 4 月第 1 次印刷

字数：628 000

定价：39.00 元

(图书出现印装问题，本社负责调换)

序

曾宪义

“健全的法律制度是现代社会文明的基石”，这一论断不仅已为人类社会的历史发展所证明，而且也越来
越成为人们的共识。在人类历史上，
建立一套完善的法律体制，依靠法治
而促进社会发展、推动文明进步的例
证，可以说俯拾即是。而翻开古今中
外东西各民族的历史，完全摒弃法律
制度而能够保持国家昌隆、社会繁荣
进步的例子，却是绝难寻觅。盖因在

摆脱了原始和蒙昧以后，人类社会开始以一种“重力加速度”飞速发展，人的心智日渐开放，人们的利益和追求也日益多元化。面对日益纷纭复杂的社会，“秩序”的建立和维持就成为一种必然的结果。而在建立和维持一定秩序的各种可选择方案（暴力的、伦理的、宗教的和制度的）中，制定一套法律制度，并以国家的名义予以实施、推行，无疑是一种最为简捷明快、也是最为有效的方式。随着历史的演进、社会的发展和文明的进步，作为人类重要精神成果的法律制度，也在不断嬗变演进，不断提升自身的境界，逐渐成为维持一定社会秩序、支撑社会架构的重要支柱。17世纪以后，数次发生的工业革命和技术革命，特别是20世纪中叶发生的电子讯息革命，给人类社会带来了天翻地覆的变化，不仅直接改变了讯息交换的规模和速度，而且彻底改变了人们的生活方式和思维方式，使人类生活进入了更为复杂和多元的全新境界。在这种背景下，宗教、道德等维系社会人心的传统方式，在新的形势面前越来越显得力不从心。而理想和实际的选择，似乎是透过建立一套理性和完善的法律体制，给多元化社会中的人们提供一套合理而可行的共同的行为规则，在保障社会共同利益的前提下，给社会成员提供一定的发挥个性的自由空间。这样，既能维持社会整体的大原则、维持社会秩序的基本和谐和稳定，又能在此基础上充分保障个人的自由和个性，发挥每一个社会成员的创造力，促进社会文明的进步。惟有如此，方能达到稳定与发展、整体与个人、精神文明与物质进步皆能并行不悖的目的。正因为如此，近代以来的数百年间，在东西方各主要国家里，伴随着社会变革的大潮，法律改革的运动也一直呈方兴未艾之势。

中国是一个具有悠久历史和灿烂文化的国度。在数千年传承不辍的中国传统文化中，尚法、重法的精神也一直占有

重要的位置。但由于古代社会法律文化的精神旨趣与现代社会有很大的不同，内容博大、义理精微的中国传统法律体系无法与近现代社会观念相融，故而在 19 世纪中叶，随着西方列强对中国的侵略，绵延了数千年的中国古代法律制度最终解体，中国的法制也由此开始了极其艰难的现代化的过程。如果以 20 世纪初叶清代的变法修律为起点的话，中国近代以来的法制变革活动已经进行了近一个世纪。在这将近百年的时间里，中国社会一直充斥着各种矛盾和斗争，道路选择、主义争执、民族救亡以及路线斗争等等，使整个中国一直处于一种骚动和不安之中。从某种意义上说，社会变革在理论上会给法制的变革提供一定的机遇，但长期的社会骚动和过于频繁的政治剧变，在客观上确实曾给法制变革工作带来过很大的影响。所以，尽管曾经有过许多的机遇，无数的仁人志士也为此付出了无穷的心力，中国近百年的法制重建的历程仍是步履维艰。直至本世纪 70 年代末期，“文化大革命”的“十年动乱”宣告结束，中国人开始用理性的目光重新审视自身和周围的世界，用更加冷静和理智的头脑去思考和选择自己的发展道路，中国由此进入了具有非凡历史意义的改革开放时期。这种由经济改革带动的全方位民族复兴运动，也给蹉跎了近一个世纪的中国法制变革带来了前所未有的机遇和无限的发展空间。

应该说，自 1978 年中国共产党十一届三中全会以后的 20 年，是中国历史上社会变化最大、也最为深刻的 20 年。在过去 20 年中，中国人民高举邓小平理论伟大旗帜，摆脱了“左”的思想的束缚，在政治、经济、文化各个领域进行全方位的改革，并取得了令世人瞩目的成就，使中国成为世界上最有希望、最为生机勃勃的地区。中国新时期的民主法制建设，也在这一时期内取得了令人惊喜的成就。在改

革开放的初期,长期以来给法制建设带来巨大危害的法律虚无主义即得到根除,“加强社会主义民主,健全社会主义法制”成为一个时期内国家政治生活的重要内容。经过近20年的努力,到90年代中期,中国法制建设的总体面貌发生了根本性的变化。从立法上看,我们的立法意识、立法技术、立法水平和立法的规模都有了大幅度的提高。从司法上看,一套以保障公民基本权利、实现司法公正为中心的现代司法诉讼体制已经初步建立,并在不断完善之中。更为可喜的是,经过近20年的潜移默化,中国民众的法律意识、法制观念已有了普遍的增强,党的十五大确定的“依法治国”、“建设社会主义法治国家”的治国方略,已经成为全民的普遍共识和共同要求。这种观念的转变,为中国当前法制建设进一步完善和真正以依法治国目标的实现提供了最为有力的思想保证。

众所周知,法律的进步和法制的完善,一方面取决于社会的客观条件和客观需要,另一方面则取决于法学研究和法学教育的发展状况。法律是一门专业性、技术性很强,同时也极具复杂性的社会科学。法律整体水平的提升,有赖于法学研究水平的提高,有赖于一批法律专门家,包括法学家、法律工作者的不断努力。而国家法制总体水平的提升,也有赖于法学教育和法学人才培养的规模和质量。总而言之,社会发展的客观需要、法学研究、法学教育等几个环节是相互关联、相互促进和相互影响的。在改革开放的20年中,随着国家和社会的进步,中国的法学研究和法学教育也有了巨大的发展。经过20年的努力,中国法学界基本上清除了“左”的思想的影响,迅速完成了法学学科的总体布局和各分支学科的学科基本建设,并适应国家建设和社会发展的需要,针对法制建设的具体问题进行深入的学术研究,为国家

的立法和司法工作提供了许多理论支持和制度上的建议。同时,新时期的法学教育工作也成就斐然。通过不断深入的法学教育体制改革,当前我国法学人才培养的规模和质量都有了快速的提升。一大批用新思想、新体制培养出来的新型法学人才已经成为中国法制建设的中坚,这也为中国法制建设的进一步发展提供了充足和雄厚的人才准备。从某种意义上说,在过去 20 年中,法学界的努力,对于中国新时期法制建设的进步,贡献甚巨。其中,法学研究工作在全民法律观念的转变、立法水平和立法效率的提升、司法制度的进一步完善等方面所发挥的积极作用,也是非常明显的。

法律是建立在经济基础之上的上层建筑,以法律制度为研究对象的法学也就成为一个实践性和针对性极强的学科。社会的发展变化,势必要对法律提出新的要求,同时也将这种新的要求反映到法学研究中来。就中国而言,经过近 20 年的奋斗,改革开放的第一阶段目标已顺利实现。但随着改革的逐步深入,国家和社会的一些深层次的问题也开始显现出来,如全民道德价值的更新和重建,市场经济秩序的真正建立,国有企业制度的改革,政治体制的完善,等等。同以往改革中所遇到的问题相比,这些问题往往更为复杂,牵涉面更广,解决问题的难度也更大。而且,除了观念的更新和政策的确定外,这些复杂问题的解决,最终都归结到法律制度上来。因此,一些有识之士提出,当前中国面临的难题或是急务在于两个方面:其一,凝聚民族精神,建立符合新时代要求的民族道德价值,以为全社会提供一个基本价值标准和生活方向;其二,设计出一套符合中国国情和现代社会精神的“良法美制”,以为全社会提供一系列全面、具体、明确而且合理的行为规则,将各种社会行为纳入一个有序而且高效率的轨道。实际上,如果考虑到特殊的历史文化和现实

情况，我们会认识到，在当前的中国，制度的建立，亦即一套“良法美制”的建立，更应该是当务之急。建立一套完善、合理的法律体制，当然是一项极为庞大的社会工程。而其中的基础性工作，即理论的论证、框架的设计和实施中的纠偏等，都有赖于法学研究的进一步深入。这就对我国法学研究、法学教育机构和广大法律理论工作者提出了更高的要求。

中国人民大学法学院建立于1950年，是新中国诞生以后创办的第一所正规高等法学教育机构。在其成立的近半个世纪的岁月里，中国人民大学法学院以其雄厚的学术力量、严谨求实的学风、高水平的教学质量以及极为丰硕的学术研究成果，在全国法学研究和法学教育领域中处于领先行列，并已跻身于世界著名法学院之林。长期以来，中国人民大学法学院的法学家们一直以国家法学的昌隆为己任，在自己的研究领域辛勤耕耘，撰写出版了大量的法学论著，为各个时期的法学研究和法制建设作出了突出的贡献。

鉴于当前我国法学研究所面临的新的形势，为适应国家和社会发展对法学工作提出的新要求，中国人民大学法学院和中国人民大学出版社经过研究协商，决定由中国人民大学出版社出版这套《法律科学文库》，陆续出版一大批能全面反映和代表中国人民大学法学院乃至全国法学领域高品位、高水平的学术著作。此套《法律科学文库》是一个开放型的、长期的学术出版计划，以中国人民大学法学院一批声望卓著的资深教授和著名中青年法学家为主体，并聘请其他法学研究、教学机构的著名法学家参加，组成一个严格的评审机构，每年挑选若干具有国内高水平和有较高出版价值的法学专著，由中国人民大学出版社精装出版，以达到集中地出版法学精品著作、产生规模效益和名著效果的目的。

《法律科学文库》的编辑出版，是一件长期的工作。我们设想，借出版《文库》这一机会，集中推出一批高质量、高水准的法学名著，以期为国家的法制建设、社会发展和法学研究工作提供直接的理论支持和帮助。同时，我们也希望通过这种形式，给有志于法学研究的专家学者特别是中青年学者提供一个发表优秀作品的园地，从而培养出中国新时期一流的法学家。我们期望并相信，通过各方面的共同努力，力争经过若干年，《法律科学文库》能不间断地推出一流法学著作，成为中国法学研究领域中的权威性论坛和法学著作精品库。

《法律科学文库》 编 委 会

主 编
曾宪义

副主编

赵秉志 (常务) 王利明 史际春 刘 志

编 委

(以姓氏笔画为序)

王利明	史际春	吕世伦	孙国华	江 伟
刘文华	刘 志	刘春田	许崇德	杨大文
杨春洗	陈光中	何家弘	郑成思	赵中孚
赵秉志	高铭暄	郭燕红	曾宪义	程荣斌

目 录

导论： 从比较法、法社会学到比较法社会学	1
----------------------------	---

第一篇 法制化

第1章 比较法的框架和方法论	19
----------------------	----

第一节 比较法的框架： 三个层次的比较法	19
-------------------------------	----

一、比较法的词源

和范围	19
二、叙述的比较法：外国法研究	22
三、评价的比较法：比较不同法律制度 的异同	24
四、沿革的比较法：不同法律体系之间 关系的研究	25
第二节 叙述的比较法的方法论	29
一、基本原则：按照外国法的原样认识 外国法	29
二、信息源的可用性和可信性	30
三、外国法渊源的解释和使用	31
四、必须把外国法作为一个整体来研究	32
五、翻译问题	33
六、过时的法和“活法”	33
七、法律规则的社会背景和目的	34
第三节 评价的比较法的方法论	35
一、关于可比性问题	35
二、不同社会制度国家的法律制度的可 比性	36
三、解释法律体系之间的差别和相似	44
四、对比较结果的评价	49
第四节 沿革的比较法的方法论	51
一、不同法律体系之间的相互交往是比 较法产生和发展的前提	51
二、本国法与外国法的联系	53
第五节 比较法的程序	55
一、规范的比较和功能的比较	55
二、规范的比较的程序	56

三、功能的比较的程序	57
第2章 世界法律体系的分类	59
第一节 世界法律体系分类的标准	59
一、法律体系的概念	59
二、关于法律体系的共同性问题	65
三、分类的标准：从单一性到多样性、 从绝对性到相对性	68
第二节 世界法律体系的分类	74
一、世界法律体系分类的历史发展	74
二、当代西方学者对世界法律体系的 分类	76
三、前苏联、东欧学者对世界法律体系 的分类	80
第三节 关于世界法律体系划分的几点思考	84
一、关于世界法律体系划分的标准	84
二、关于世界法律体系的分类	86
第3章 法的结构的比较研究	88
第一节 法的结构概述	88
第二节 公法与私法	91
一、公法与私法分类的历史	91
二、公法与私法划分的普遍性	94
三、划分公法与私法的标准	96
四、公法与私法划分的理论沿革及其 危机	98
五、普通法系中的公法与私法	103
第三节 普通法与衡平法	104

一、历史上的普通法	104
二、英国法与法国法、德国法统一 的比较	108
三、历史上的衡平法	112
四、普通法与衡平法的冲突与融合	115
第四节 联邦法与州法	118
一、美国联邦与州关系的历史	118
二、联邦与州立法领域的划分	127
三、联邦与州普通法的关系	129
四、美国法的统一	130
第五节 社会主义法律体系的结构	133
一、社会主义法律体系的结构传统 理论	133
二、当代中国关于社会主义法的结构 的理论与实践	149
三、美国联邦制、欧盟与中国的特别 行政区的比较	159
第4章 法的渊源的比较研究	165
第一节 法的渊源概述	165
第二节 制定法	168
一、制定法的种类	168
二、制定法的发展趋势	173
三、法律解释	181
第三节 判例法	189
一、普通法系“遵循先例”原则	189
二、区别的技术——对判例的司法解释	191
三、判例的形式	193

四、判例汇编——法律报告体系·····	194
五、其他法律体系的判例·····	197
第四节 宗教法·····	202
一、伊斯兰法律体系的宗教法·····	202
二、印度法律体系的宗教法·····	205
三、其他法律体系的宗教法·····	207
第五节 习惯法·····	208
一、非洲的习惯法·····	208
二、其他法律体系的习惯法·····	210
 第5章 法的适用的比较研究·····	213
第一节 法的适用概述·····	213
第二节 普通法院·····	215
一、法院的种类·····	215
二、主要国家的法院系统·····	216
第三节 行政案件的审理·····	240
一、行政案件审理的类型·····	240
二、行政机关审理·····	241
三、司法机关审理·····	244
第四节 违宪审查·····	250
一、违宪审查的主体·····	250
二、违宪审查的方式和效力·····	256
第五节 仲裁和调解·····	258
一、仲裁·····	258
二、调解·····	261
第六节 法的适用的发展趋势·····	265
一、诉讼与替代性的解决纠纷方式·····	265
二、司法独立与司法、行政的合一·····	276

三、司法的民主化：职权主义与当事人 主义的结合·····	278
---------------------------------	-----

第6章 法律职业的比较研究·····	280
第一节 法律职业概念的比较·····	280
一、大陆法系 jurist 和普通法系 lawyer 的比较·····	280
二、美国律师和日本辩护士的功能比较·····	282
第二节 主要国家的法律职业·····	285
一、英国的法律职业·····	285
二、美国的法律职业·····	287
三、法国的法律职业·····	293
四、德国的法律职业·····	296
五、日本的法律职业·····	300
六、中国的法律职业·····	305
第三节 律师职业的发展趋势·····	311
一、律师职业的正规化与非正规化·····	311
二、越来越多的律师·····	315
三、律师内部的正式等级差别日益淡化·····	318
四、律师职业与商业的联系日益紧密·····	318
五、从诉讼业务向非讼业务的转移·····	320
六、律师服务的国际化·····	323

第二篇 本土化

第7章 法社会学的框架和方法论·····	329
第一节 法社会学的框架·····	329
一、从比较法到法社会学·····	329
二、国家的法与非国家的法的框架：法	