

Comparative
Jurisprudence

比较法哲学

[美] 威廉·B.埃瓦尔德◎著

于庆生 郭宪功◎译

魏磊杰◎校

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

比较法哲学

[美] 威廉·B.埃瓦尔德◎著

于庆生 郭宪功◎译

魏磊杰◎校

Comparative
Jurisprudence



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

比较法哲学 / (美) 威廉 · B. 埃瓦尔德 (William B. Ewald) 著 ;
于庆生, 郭宪功译. —北京: 中国法制出版社, 2016. 9

ISBN 978-7-5093-7659-1

I. ①比… II. ①威… ②于… ③郭… III. ①比较法学—
法哲学 IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 163744 号

策划编辑 舒 丹

责任编辑 王雯汀

封面设计 李 宁

比较法哲学

BIJIAOFA ZHEXUE

著者 / [美] 威廉 · B. 埃瓦尔德

译者 / 于庆生 郭宪功

校者 / 魏磊杰

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 880 毫米 × 1230 毫米 32 开

印张 / 12.75 字数 / 256 千

版次 / 2016 年 9 月第 1 版

2016 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5093-7659-1

定价: 49.00 元

北京西单横二条 2 号

值班电话: 66026508

邮政编码: 100031

传真: 66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 66060794

市场营销部电话: 66033393

邮购部电话: 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010-66032926)

作者简介

威廉·B. 埃瓦尔德 (William B. Ewald), 1976 年哈佛学院文学士 (哲学与数学专业), 1976 年哈佛大学理学硕士 (数学专业), 1978 年牛津大学哲学博士, 1981 年哈佛大学法学博士, 现为美国宾夕法尼亚大学法学院法律与哲学教授, 研究领域涉及数理哲学、比较法、国际法、法律史与法律哲学。

译者简介

于庆生，河南师范大学法学院副教授，硕士生导师，南京师范大学法学院法理学专业博士生。主要从事西方法哲学、罗马法和商法基础理论的教学与研究工作，在各种学术期刊上发表论文近20篇，代表性译著有：《论自由》（中国法制出版社，2009年）、《法律的故事》（中国法制出版社，2012年；2014年增订版）、《欧洲私法的原则、定义与示范规则（第4卷）》（法律出版社，2014年）。

郭宪功，厦门大学法学院法学学士，上海交通大学凯原法学院法理学专业硕士生。

校者简介

魏磊杰，法学博士，厦门大学法学院助理教授，荷兰蒂尔堡大学（2009—2010）、比利时根特大学（2015—2016）访问学者，研究兴趣为转型中国的政治与法律、比较法律文化。迄今为止，在法学、政治学刊物上发表论/译文约35篇，出版译著10部，其中代表性作品5部：《新的欧洲法律文化》（中国法制出版社，2010年）、《转型时期的法律变革与法律文化：后苏联国家法律移植的审视》（清华大学出版社，2011年）、《比较法的认识论与方法论》（法律出版社，2012年）、《法窗夜话》（法律出版社，2015年）以及《法律东方主义》（中国政法大学出版社，2016年）。

中文版序言

本书能够译成中文，我感到莫大荣幸。译事之艰难，所得之微薄，我有着切身的体会。因此，我首先要对消耗了大量时间精力来译介本书的译者致以诚挚的谢意。

《审判老鼠的意涵》（本书第一编，译者注）一文发表于 1995 年，那是一个独特的历史时刻。当时，两项变革方兴未艾。其一发生在政治上。柏林墙刚倒塌不久；东欧国家正着手政治体制改革；1992 年成立的欧盟正大幅扩张法律权限。其二出现于学院和学者中间。不论是在欧洲还是在美国，欧洲在 20 世纪初发展出的一套理念都长期支配着比较法的实践。基于这些理念，该学科将主要精力聚焦于私法、狭义规则的研究以及西欧诸民法体系。《审判老鼠的意涵》旨在挑战这三项设定，并使比较法与前述新兴的政治法律现实接轨。

过去 20 年间，全球变革的步伐不曾停歇。欧盟起用了共同货币；美国在中东打了一系列糟糕的战争；2008 年还爆发了全球金融危机；以及，最重要的是，

在被称作“全球化”的进程中，世界诸经济体被前所未有的地紧密捆绑在一起。上述种种导致了主权民族国家理念的局部削弱，并造就了跨国法律这一现象。如果我是在今天写作本书，我定会强调这些新进展，且尤其会强调，需要进一步深化分属于西方与亚洲的诸法律体系之间的相互理解。令人遗憾的是，我并不具备完成此项工作所必需的语言能力。但对于比较法而言，没有什么比这个更为重要的任务了，而如果这本最初写给美国法律学者的著作中译本的出版能够对此有所助益，我会觉得无比高兴！

威廉·B. 埃瓦尔德

2016年4月11日于费城

目 录

第一编 比较法哲学的证成

第一部分 问题的引入：审判老鼠的意涵 / 002

第一章 欧坦的老鼠 / 012

第二部分 问题的展开 / 069

第二章 比较法哲学的初步界定 / 070

一、关于策略的说明 070

二、比较法哲学的范围 083

第三章 比较法的现状 / 091

一、贫乏 091

二、比较法的传统进路 096

第四章 比较法与比较法哲学的解释力比较：以德国民法典为例 / 126

一、德国法律思想的智识来源 126

二、民法典的发展 195

第三部分 结论：比较法哲学，一个新的学科？ / 263

第五章 比较法的历史与哲学批判 / 264

一、导论 264

二、两项直觉 266

三、新的开始 275

四、主导性观点 286

五、实践性原理 304

六、比较法哲学的证成 312

第二编 比较法哲学的应用

第一部分 从比较法学者切入：对沃森法律移植理论的辩护与批判 / 318

第二部分 从法学学科切入：比较法离不开法律史 / 350

第三部分 从法律事件切入：美国革命的个案分析 / 360

第四部分 从法学流派切入：法经济学之于比较法的解释力 / 378

译后记 / 390

第一编
比较法哲学的证成

第一部分 问题的引入：审判老鼠的意涵*

一切对某个完整过程进行了符号
式压缩的概念均非定义所能描述；
只有那些没有历史的概念才能够
被定义。^[1]

* 《审判老鼠的意涵》（本书第一编）一文原
载《宾夕法尼亚大学法律评论》（University
of Pennsylvania Law Review）1995年第143期，
第1889～2149页。

[1] Friedrich Nietzsche, Zur Genealogie der Moral, pt.
II, s 13 (Leipzig, C.G. Naumann 1887).

本文试图阐明一种研究外国法律的新方法并为之辩护。核心思想易于言明，但论证起来却异常困难；我们会发现，在到达新的超乎想象的景观之前，必须经由一段荆棘遍布的苦路。简言之，本文的核心主张是：将比较法与法律哲学恰当地结合在一起，就会产生一个实质上新的学科“比较法哲学”（Comparative Jurisprudence），它能够提供的不仅仅是新的知识，而且是一种关于外国法律制度的新的知识类型。

令人奇怪的是，比较法学者一直急于认真审查其学科的基础，不能足够严谨地思考这个本质上是哲学的问题：我们怎样才能最好地理解与我们不同的文化中的法律呢？这种忽略造就了整个学科的贫困。实际上，读者翻阅期刊时遭遇的这种贫乏很少会在其它法律分支中出现。正如下文所述，比较法被这一领域的著名学者形容为肤浅的、不成体系的、单调乏味并且容易出错的。一定程度上，这种萎靡不振的情绪是希望落空的产物；因为在法律课程中，如果说有什么学科能给人以将印度群岛的财富（Wealth of the Indies）带回家的希望的话，那只能是比较法。不同文化和不同时代之法律的变异性是个史诗般的主题，并且应当成为学术界嘹亮的号角。艾伦·沃森（Alan Watson）也许是该主题最为深刻的评论者。他回忆道，自己从一开始学习法律就被比较法的观念迷住了：“我的想法是，通过发现模式和分歧，对一些国家法律发展的研究将会最佳地揭示社会关注点，以及法律是如何加以回应的”。^[2]但他很快发现，该学科却致力于其他的目标。他说：“毋庸赘言，作为一名初学者，

[2] Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* 107 (2d ed. 1993).

凡是我能找到的著作我都读过了，比如格特里奇（H. C. Gutteridge）的《比较法》，或者施莱辛格（Rudolf B. Schlesinger）的《比较法》，但我没有发现任何对我的目标有用的东西。我所关注的并不是他们所关心的。”^[3]

比较法中存在的最为严重的问题是什么？也许亚瑟·冯·梅伦（Arthur von Mehren）的话是一语中的：它“过于分散和凌乱”，无法凝聚成一个稳定的学科：

鉴于对实务界需求的关注，在建立由数代学者所推动、发展和完善思想和理论核心的过程中，这门课程中的大多数主题并没有受到质疑的检验。另一方面，至于主题、法律制度以及目的，比较法领域的著作过于分散和凌乱。虽然已经出现了许多优秀的成果，但共享的思想和理论体系、能够由后代继承的学术传统并没有形成。人们往往有一种不安的感觉，比较法领域总是在重起炉灶，比较法学者缺乏一种每个人都可以建基其上的共同基础。^[4]

实际上，从比较法学者自己的用词来判断，有时候看来，激发

[3] Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* 107 (2d ed. 1993).

[4] Arthur T. von Mehren, *An Academic Tradition for Comparative Law?*, 19 *Am. J. Comp. L.* 624, 624 (1971). 他继续写道：

比较法学界如此分散的基本原因是显而易见的。与其他大多数法律研究领域不同，比较法不是自我定义的，它被讲授是为了回应具体的专业需求。严格地说，并不存在恰当称之为比较法的主题；该术语只是对两个或两个以上法律制度之比较研究的简称。

同上注。

比较法这一学科的似乎就是作为集邮者、会计师和棒球统计数据收集者灵感之源的同一位女神——缪斯特里维亚（Muse Trivia）。

我在下文将会指出，冯·梅伦所谓的比较法之“分散的”特点（随机堆砌知识颗粒的趋势），正是某种关于法律之深层哲学假设的结果。那些假设浮现于19世纪末创立这一现代学科的学者脑海中。长期以来，这些哲学思想对这一新的学科提供了有益的指导，为其提供了适于解决时代难题的有力方法论。但是，难题的范围逐渐转移了；该假设已经被遗忘；然而旧有的方法论却阴魂不散。我认为，当前比较法萎靡不振的根源正在于此。

如果这种认识是正确的，那么在哲学上对比较法进行重新考察便提供了最佳的补救希望。此处的问题非常复杂，我们的考察必须在不同层面上展开。第一个层面在很大程度上是批判性的。我们需要找出当前比较法的缺陷，审查其思想基础，并试图了解它经由其默示的哲学前提而形塑的方式。第二个研究层面更具有建设性。如果我们能够清晰准确地说明比较法所服务的目的，如果我们能够将其与其他学科，例如法律哲学和法律史学联系在一起，如果我们能够确定某些核心问题，如果我们能够解释某种理解比其他理解更为根本的原因，如果我们能够发展出一种严格的方法论，总之，如果我们能够为该学科奠定坚实的基础，也许在此基础上，我们就有可能建成一个系统的、渐增的思想体系。

在本书中，我想要着手进行一项反思比较法的研究活动。之所以说是“着手进行”，是因为正如下文所述，该任务的规模过大，难以在一篇文章中来完成；但是，它至少将能表明为什么说长期的反思是必要的，它还会为将来的研究指明方向。

我所提到的基本观点并不是全新的。实际上，冯·梅伦几年前就提出，如果将其与法律哲学联系在一起，比较法将会成为更有价值的研究领域和更为融贯的学科体系。^[5]但是，我并不认为他所启示的意义得到了正确评价，或者其意蕴已经得到充分的探讨；可以肯定的是，它对主流比较法学者之行为的影响是微乎其微的。

我也承认这种建议有点奇怪，乍看起来它似乎更有可能增加比较法的问题而不是减少它们。但在我看来，法律哲学和比较法的缺陷在某些重要方面不是平行的，而是互补的，一方的每个缺点都可用于纠正另一方的对应不足。哲学常常被指责为“只有帆而没有锚”，它在以牺牲事实为代价的理论中迷失了自身，而比较法的主要问题则是，它过度沉迷于法律细节之中。因此它只有锚而没有了帆：缺乏理论指导。因此，如果我们将两者相结合，或许我们可以期待情况会有所改善。

这是一篇长文，在开始之前，就写作思路赘言几句或许是适当的。本文的主要任务是论证，比较法的萎靡可以追溯到哲学错误的复杂网络。例如，人们普遍认为，由于比较法的目的是为执业律师

[5] 尤其是，冯·梅伦指出：

对于那些相信如果该领域有每一代都可以建基其上的核心传统，则比较法学界会大大受益的人们来说，问题仍然存在：是否存在该思想学科由之产生并且基本集中于学术传统之出现的任何来源呢？似乎只有一种可能：在更为广泛的哲学、历史和社会学角度考察比较研究对我们理解法律秩序的贡献，并追问我们的结论会对基本的比较研究和探讨有何影响。

同上注，第 626 页。冯·梅伦并不是提出将比较法与法律哲学相结合之方法的第一人。就这种一贯的努力而言，我所知道的最早者是爱德华·甘斯（Eduard Gans），他是黑格尔的学生和合作者；他完成了四卷本的比较研究，题为《在世界历史发展中的继承法》，他明确提出了一种专注于基础哲学的比较法方法。Eduard Gans, *Das Erbrecht in Weltgeschichtlicher Entwicklung* (Berlin, Maurers 1824-1829) (4 Vols.).

的需要服务，所以它应该研究与执业律师相关的各种事物；另外，由于与执业律师相关的事物类型便是实在法的权威规则，因此它应该专注于实在法之权威规则的比较研究。

这些预设得到了多数比较法学者的认可；但根据他们所持的法律规则观念，理论家们分成了两大阵营。一个阵营声称，比较法应该研究“书本上的规则”，即黑体字文本（black-letter text）；另一阵营则主张，它应该研究“运作中的规则”，即规则在其社会和经济背景中运作的方式。比较法的理论观点都趋向于在这两极——文本与语境——之间游移；一旦走向极端，每一种理论立场便都成为比较学术的典型式样。

就其纯粹形式而言，被称为比较研究之常见类型的文本主义可以通过下述例子来说明。比较法学者最大规模的集会国际比较法大会（International Congress of Comparative Law），每四年举办一次，最近一次在雅典召开。大会有来自二十五个国家的报告人组成讨论小组，开幕会议专门讨论的两项主题分别是“消灭时效的近期发展”和“提单形式的发展现状”。^[6]大会基本理念似乎是，执业律师需要有关这些具体规则的信息，且比较法的主要职责就是为他们提供此等信息。

相比之下，语境主义需要更多的理论方法；但它也产生了一些奇怪的文献。即使在美国著名的法律评论中，也不难发现论述诸如日本或德国银行法、列举令人印象深刻的数据清单和阐释某种经济模式的文章。但是当仔细考察时，我们就会发现，这些信息完

[6] 这些主题来自于“第十四届国际比较法大会（1994）”会议议程。