

中国法学会比较法学研究会主办

Comparative Law In China

2005年卷

比较法在中国

主 编/江 平

执行主编/刘兆兴 钱弘道

- | | |
|------------------------|-----------|
| ◎全球化与比较法学新思维 | [郭道晖] |
| ◎比较法学与当代中国法制之命运 | [米 健] |
| ◎论比较法的方法论 | [刘兆兴] |
| ◎美国的行政法官制度 | [胡建森 宋华琳] |
| ◎中国法学者的国际影响问题 | [贺卫方等] |
| ◎拿来什么? | [钱弘道] |
| ◎法的价值观的差异与趋同 | [卓泽渊] |
| ◎从司法实践的视角看经济全球化与我国法制建设 | [范 愉] |
| ◎法学的独立分支还是方法? | [方立新] |
| ◎规律、规范、规则、原则 | [严存生] |



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国法学会比较法学研究会主办

Comparative
Law
In China

2005年卷

比较法在中国

主 编/江 平
执行主编/刘兆兴 钱弘道



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

比较法在中国. 2005 年卷/江平主编. —北京: 法律出版社, 2005. 6

ISBN 7-5036-5649-2

I. 比… II. 江… III. 比较法—研究—中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 052512 号

©法律出版社·中国

责任编辑/郑 导 李燕芬

装帧设计/汪奇峰

出版/法律出版社

编辑统筹/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京外文印刷厂

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/21.25 字数/627 千

版本/2005 年 7 月第 1 版

印次/2005 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995 苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-5649-2/D·5366 定价: 40.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

中国法学会领导、比较法学研究会顾问、名誉会长、新老常务理事合影

武汉站 2004.8.8

中国法学会比较法学研究会第八届年会

主：中国法学会比较法学研究会





中国蛋白质研究学会第八届年会合影留念

中国·武夷山 2004.8.7-8

目 录

基本理论问题

3	全球化与比较法学新思维	郭道晖
18	比较法学与当代中国法制之命运	米 健
32	经济全球化对法治是一把“双刃剑”	郝铁川 徐 静
38	法的价值观的差异与趋同 ——全球化时代法律制度异同的要因	卓泽渊
47	论比较法的方法论	刘兆兴
60	法学的独立分支还是方法? ——论比较法学科的定位	方立新
70	规律、规范、规则、原则 ——西方法学中几个与“法”相关的概念辨析	严存生
81	论世界法学说及其发展	汪习根 张书豪
92	比较法:学科还是方法	孙耀刚
96	比较法学的目的和方法论	张礼洪
111	比较法是一种法的研究方法	薛佐文
121	权利的本源性及其维护 ——从卢梭《社会契约论》谈起	董高峰
129	“游侠”波斯纳的启示意义	郭义贵
133	若干法律领域的经济分析探要	钱弘道
150	法律移植中的观念问题 ——以日本现代刑法理论的发展为中心	夏 勇 童德华
168	中国法学者的国际影响问题	话题发起人:贺卫方
199	欧盟法的启迪	

	——欧盟法对东亚的意义	朱景文
207	由家族主义到法治精神	
	——从家族主义看中西方法治进程中精神条件之差异	杜学文
240	城市化与现代法治	何柏生 潘丽华
255	从私产保护入宪看法律的移植	高峰
261	法律移植与法律改革	
	——谈法律移植的功效	薄燕娜
273	欧洲一体化进程中法律的趋同以及对法律全球化的影响	张彤
284	拿来什么?	钱弘道
宪法行政法问题		
293	美国的行政法官制度	胡建森 宋华琳
311	改革基本法——走向新生之路	
	——德国宪法学研究热点综述	崔英楠
321	德国和美国违宪审查制度之比较	马岭
347	不同的宪政理念 不同的宪法命运	
	——中美第一部宪法比较分析	石柏林 彭澎
362	《美国宪法》的输入及其对清末民初中国立宪的影响	聂资鲁
382	行政行为公定的比较和选择	
	——我国法律应否承认相对人“抵抗权”	居桐
司法制度问题		
393	从司法实践的视角看经济全球化与我国法制建设	
	——论法与社会的互动	范愉
418	欧洲联盟视野下的司法权威	季金华
431	司法判决的法律思维模式	
	——一种比较法的考察	黄志荣
439	法学比较研究中的抑制还是刺激	
	——从英国陪审团制度谈起	许国鹏
民商法问题		
451	论我国经济行业组织的制度需求与立法回应	

	——兼与国外相关制度进行比较研究	程信和	谭珊颖
471	董事制度的产生与移植导论		黄来纪
489	营业权入宪的源起与比较		肖海军
514	租税与宪政		梁立萍
521	全球一体化进程与现代公司制度		王志华
531	全球化背景下中国直面新贸易壁垒	张学慧	谭 红
刑事法问题			
543	外国法植活于我国的条件		
	——以刑法为视角的研究	李 洁	王 勇
552	人权公约与生命权的刑法保护的比较研究		余松龄
566	刑事古典学派与西方近代刑法		徐爱国
593	期待可能性与亲亲相隐制度		
	——中西法律观念之竞合	陈 立	郑 昉
诉讼法问题			
609	民事诉讼行为与诉讼时效中断之关系辨析		叶知年
621	中美刑事诉讼有关非法证据排除规则的比较研究		
		余松龄 吴丽萍	罗凤梅
636	起诉裁量权比较研究		毛建平
654	女性性受害与辩诉交易		王丽英
附录			
663	中国法学会比较法学研究会第八届年会综述		
668	中国法学会比较法学研究会顾问、名誉会长、会长、 副会长、秘书长、副秘书长、常务理事、理事名单 (2004 年 8 月)		

基本理论问题



全球化与比较法学新思维

郭道晖*

我对比较法学并无专门研究。本文是如鲁迅所说的“门外文谈”。也许站在门外,视野能宽广一点。

我认为,在我国,比较法学的研究处于新的阶段,面临新的局面,提出了新的课题,需要有新的思维。

所谓新阶段,就国内言,改革开放的实践已有 25 年。我国正在实行由计划经济到市场经济的转型,由人治到法治的过渡。作为领导党的中国共产党也开始意识到要实现由革命党到执政党的转变,由以党治国到依法治国的转变。我们已由过去的无法无天,到逐步恢复法制,初步建立了社会主义法律体系的框架,正朝着建设社会主义法治国家的目标迈进。相应地,法制观念、法学研究也起了较大的变化:新中国成立后的前 30 年中在所谓“应该经常以蔑视和批判欧美日本资本主义国家一切反人民的法律、法令”的司法改革指示误导下,^① 讲授或宣扬欧美国家的法律思想被当作禁区和“西化阳谋”,甚至在 1989 年政治风波过后,大学讲坛上仍然一度只许“批判地”讲西方法制和法律思想史。可以说长期以来我国无真正的比较法学研究可言。到 20 世纪 90 年代中期以来,情况发生了变化,大量的西方法学名著被翻译出版;立法中运用了比较法学的成果,外国法律受到尊重、借鉴乃至有某些规范的移植;法学论文(特别是博士论文)也以大量引证西方法学家的思想观点为时髦和博学。比较法学研究会也是到这个时期应运成立。

现今,改革开放已经进入到实现深层次制度转变的新阶段。新一

* 湖南大学法学院教授。

① 1942 年 2 月“中共中央关于废除国民党的六法全书与确定解放区的司法原则的指示”。

届中央领导提出了“以人为本”、“执政为民”和科学发展观等治国理念,经济统筹,人权入宪,保护私有财产上升为宪法原则……这一系列新的举措,标志着一个弃旧图新的新局面可望到来,其在法治方面的体现,是开始向实行“以人为本”的社会主义宪政的目标迈进。

在我们所处的国际环境方面,新局面最突出的特点是一个幽灵——全球化的幽灵,正在全世界徘徊。“我们这个时代最大的挑战就是全球化”。^①全球化引起对一系列国家与国际政治、经济与法律的制度、概念、理念、游戏规则等的冲击和变迁。各种金融、贸易的全球化活动,人权跨越国家主权,司法超越国家管辖,生态环境灾难、跨国犯罪和恐怖主义的灾难也全球化,等等,都在挑战旧时代的民族国家的边界局限。与此相应,全球通行的法制也在有些领域初露端倪。

在以欧美发达的资本主义国家为主导的全球化进程中,中国面临严重的挑战。一方面,我国在许多领域还落后于全球化的潮流,尚未得到全球化的许多好处,却承担某些不利的后果;另一方面,随着这些年来我国经济的飞速发展,在全球经济中占据举足轻重的地位,我国经济过热或减速,甚至对某一项生产或贸易进行微调,都会给其他国家和地区的经济造成影响,甚至引起全球经济的波动,所谓“北京打喷嚏,全球得感冒”。因而我国正感受着来自世界性的压力(如所谓“中国威胁论”)。俄国科学院远东研究所所长米哈伊尔·季塔连科院士认为:“全球化不仅使政治金融、文化联系和交流具有世界性,同时消除了国界,需要重新诠释‘国家主权’、‘独立’、‘人权’、‘公民社会’等概念,它还在摧毁着过去的种种传统和国家法准则,动摇着许多国际组织的地位,包括联合国的地位。”而“西方发达国家,首先是美欧国家和日本驾驭了全球化的进程,把它当作凌驾于世界之上的武器”。^②

面对这种局面,我们如何应对,特别是对国际社会的法律、法制方

① [德]吕迪格·幅格特:“国内政治终结了吗?——全球化标记的政治与法律”,载德国《议会周报复刊·政治与现代史》1998年第29、30期,转引自《全球政治与全球治理——政治领域的全球化》,中国国际广播出版社2004年版。

② 米哈伊尔·季塔连科:“中国与全球化”,载俄罗斯《远东问题》双月刊1993年第6期,转引自《参考消息》2004年2月1日第8版。

面如何能“知己知彼”，跟上世界法制的新发展，正确运用和参与制定全球游戏规则，这一任务，就历史地落在法学者特别是比较法学研究者的肩上。比较法学面对这一新局面，为迎接全球化的挑战，承担了义不容辞的责任，也有了极大的活动空间。

有鉴于此，我认为，比较法学要适应这一新阶段、新局面，必须既从转型时期的中国法制具有的过渡性为出发点、立足点，又要从全球化的视野中树立某些新思维，为国家的未来的任务与法治、法学发展的方向、前途思考，在比较法学的研究的目标、重心及方法等方面，作适当的调整和转变。

一、实行由法治启蒙到弘扬新宪政精神的重点转移

在我国法制与法学的初建阶段，比较法学主要是引进、介绍或照搬欧美法律与法学。可以说是“输入法学”，还不能说是真正意义上的“比较法学”。出版社出版的多是翻译原著，很少有比较研究的专著。法学论文也大多是引用外国法学家的语录、论点来作为自己的论据，而对其理论与制度产生的历史背景、社会条件、实施中的问题，执行中除依循纸面规则外，是否还存在某些“潜规则”，等等，缺少比较研究。就内容而言，所重点推介的是十七八世纪西方启蒙思想家的法治与法学理论、观点、理念，强调的是要破除人治、党治、权大于法等陈旧落后的观念和体制，树立有法可依、依法行政、权力制约、司法独立、罪刑法定等在西方已是常识性的原则。总之，重在法治思想的启蒙和知识的普及。这些当然是我国法制建设与法学研究的必经阶段。法学者做出了重要贡献。

在今后，仍然停留在这个初级的“启蒙阶段”，显然不够了。比较法学一方面既要继续引进、推介西方启蒙思想家和现代法学思想家关于国家法治的基本理论、理念和西方长期以来行之有效的一国范围内的法律制度，但不应只是限于对这些法治原则与具体规则作表层的知识介绍，而应把重点放在深入研究其生长的土壤、营养等历史条件和随着社会经济与政治的发展而不断耕耘、加肥乃至改变某些基因，从而使四架马车时代的美国宪法乃至古罗马时代的一些民法规则与原则，在现代宇航时代还保留着其能继续适用的活力，进一步探究其获得新的生

命力的缘由,上升到某些具有普遍意义的规律性的法则,从而可以排除所谓特殊国情的障碍,为我所用。这可以说是在高层次上比较和借鉴外国先进法律制度。

另一方面,更要把重点移到介绍和辨析当代西方发达国家为应对全球化的发展趋势而提出的新理论、新观念、新法制,使法治上升到新的宪政和宪治。

譬如,在法理学、宪法学方面,过去我们推介的多是国家权力之间的分权与制衡,这在我国固然仍是尚未完全实现、需待继续努力推动的;而当代西方学者提出的“新宪政论”,则主张进一步寻求从社会力量中营造制约国家权力的机制,亦即以社会权力制约国家权力。这种理念和机制却尚未引起我国法学者、比较法学者的关注。

在市场经济和全球化的条件下,权力出现多元化、社会化新趋势;与此同时,权利的主体也出现了多元化的格局。当我们还在强调落实受本国管辖的公民权利、国民权利(如平等的国民待遇)或错误地、笼统地宣扬“国家主权高于人权”时,国外已在谈论超越国家的“球民”权利了。他们认为,民主化创造了国家公民的角色,福利国家创造了社会公民的角色,^①全球化则创造了“球民”的角色。1995年3月在哥本哈根举行的“关于社会发展的世界高级首脑会议”上,提出的一份报告称:对全球化的挑战的回答,是要树立“全球公民权利”的思想。^②在有的地区(如欧盟),原来局限于民族国家范围内的公民权,已开始部分地延伸为“欧盟公民权”或可称为“盟民权”,可直接受欧盟的超国家权力的保护(欧盟成员国的公民可越过本国政府和司法机关直接向欧盟议会或法庭投诉)。联合国属下的各国公民,或“地球村”的“村民”,于“国民”的资格外,还应同时拥有“球民”的身份,享有全球人类应当共同享有的和平权、生存权、环境权、人类共同财产权、移民权等“球民权”。我们不仅是“炎黄子孙”,同时也是人类共同祖先的后代,应当享有作为人类的

① 《全球政治与全球治理——政治领域的全球化》,中国国际广播出版社2004年版,第30页。

② 《全球政治与全球治理——政治领域的全球化》,中国国际广播出版社2004年版,第7页。

权利和担当全球人类共同的义务。^①特别是在全球范围内具有活动能力的世界性非政府组织和跨国企业,“跨越了民族国家的边界,直接地、不必经过(本国的)政党、议会、政府的过滤”,就能在全球发生影响力乃至支配力。^②

在我们还在为我国渐进式民主建设和政治体制改革作论证时,法治发达国家已在讨论多数制民主的某些缺陷,并进而构想在全球化条件下,超越一国范围的民主的“全球民主”。在我们还刚开始研究市民社会问题时,人家已在展望“建设一个全球社会的新世界”。^③在我们刚开始研究并介绍西方法治国家的一些理念、原则与经验时,他们却认为国家只是人类共同体中的一个特殊的形态,它不是惟一的法的共同体。人们不再只是国家的组成人员,在更大范围中已是全球社会的组成人员。因此,法治主义应当超脱国家范围的局限,扩展到全球社会。从而设想未来的“世界法制”或“法治主义的世界化”和“大同法治世界”了。^④

在立法与司法方面,各种超国家的国际法庭和国际条约,正在侵蚀各民族国家的部分法律自主权。当我们还把“一事不再理”视为不可动摇的铁则时,英国法学界、法律界已开始研讨是否应当对此进行某些修正,以更有利于打击某些恶性犯罪。

当我们还在强调生存权是首要人权时,西方学者已提出“存在权”的概念加以探讨了。^⑤

① 1978年联合国大会通过的1号文件确认:“所有的人都属于一个种类,都是一个共同祖先的后代,在尊严、权利以及人性的所有方面,他们都生而平等。”

② 联合国出版的《全球治理委员会报告:我们的全球邻居》,参见[德]乌尔布希·贝克:“全球化时代主的两难困境”,载德国《议会周报副刊·政治与现代史》1998年9月第38期。

③ [德]乌尔布希·贝克:“全球化时代主的两难困境”,载德国《议会周报副刊·政治与现代史》1998年9月第38期。

④ 郭道晖:“多元社会中法的本质与功能”,载《中外法学》1999年第3期,并收入郭道晖《法的时代挑战》一书,湖南人民出版社2003年版。

⑤ 指作为某种社会身份、地位而存在,如过去奴隶阶级虽然有了集体的生存权,却没有作为社会人的存在权,他们只是作为“会说话的动物”和作为奴隶主的财产而存在,不能作为自由人、公民而存在。

由于我对外国现代或后现代法学思想、法律制度的新进展或新的演变知之甚少,难以一一列举。而我开列的上述一鳞半爪,并非认为这些理论和构想都正确、可行,更不是要把这些“后现代”或“后国家”的理论观点,照搬到还处于“前现代”或向现代化过渡的中国,变为我国的实践。但从比较法学视角考虑,我们的研究不能只跟在我国法治建设的缓慢进程亦步亦趋,而应当有适当超前的研究和远见。我们应当有全球化的眼光和“从未来审视现在”的襟怀,多关注介绍世界各国法治与法学的前沿思想理论,并比较、辨析其是非得失,使我国法制与法治建设和法学研究在全球化视野下提升法治理念,预设较高的目标,使之由形式法治上升为实质法治,建设民主自由的宪政国家,并为未来参与营造全球法治大同世界的远景,预留继续前进的空间,从而得到“取法乎上得乎中”的效果。

二、由固守“中国特色”的惟国情论,到树立普适主义的全球法治观

在学习和借鉴、移植外国法治理论和法律制度时,必须考虑是否适合本国的国情。这是比较法学研究的一个通则,是我们恪守的基本原则。但是,真理跨过一步就会成为谬误。“惟国情论”把所谓“国情”扩大到无所不包和变成阻挡外来“异端邪说”的针插不进的铜墙铁壁。这是干扰比较法学的研究和运用的一大思想与外力障碍。它往往被历来的保守派作为抵制外来新事物的武器。清末反对维新变法的所谓“体用分离”、“祖宗之法不可变”;“五四”时代所谓“过激主义(马列主义)不适合中国国情”,都是如此。直到20世纪80年代末期,仍然有所谓要谨防“西化阳谋”、要“打一场没有硝烟的战争”等“舆论导向”。

惟国情论是一种封闭型的理论,其特点是否认人类都是属于一个共同的祖先,“与天地共生,与万物同一”。否认人性的普遍性,从而否认基于共同人性、人的共同社会性,在人类创造的文明中,存在普遍性的规律,包含共同的、可互相通用的元素。人类形成和创造的万千差别的社会与国家,在其多样性、特殊性中都蕴含着普遍的法则和某些共同的价值标准,可以相互借鉴或移植。

惟国情论是比较法学的大敌。因为之所以要有比较法学这门学

问,旨在从比较各国法律制度和法治思想中,寻求能为我所用的东西。如果一概以“不合国情”或“防止西化”而拒之千里之外,比较法学的生命也就会被扼杀。

现今惟国情论的主要论据是:

1. 惟阶级性论——也就是所谓“姓社姓资”问题

至今政法界主流思想仍认为“三权分立”的体制“姓资”,人权有阶级性,民主有“东西方之分”,倡言自由就是“资产阶级自由化”,讲要制约党权就犯禁忌,等等。

实则,从比较法学的常识观察,“三权分立”只是美国依其国情而建立的权力制衡的政治体制和机制,并不决定其根本国体性质。西方其他资本主义国家并不都实行三权分立(英国的内阁制,实行议会至上,政府首脑都是议会议员,上议院还同时是衡平法院;法国是行政权至上,行政法院属政府管辖,独立于普通法院等)。

再则,人权既然是基于人的自然本性和社会本性而“人皆有之”和“人该有之”的权利,就是超阶级超国界的,这同人权理论、人权法制有阶级性和国别性的差别不能混为一谈。有的论者热衷于讲超阶级的人权的“阶级性”,却对国家主权最具阶级性的本质视而不见,不问其主权是“在民”还是“在君”、“在独裁者”,一概宣称所谓“主权高于人权”。这就阻碍了对国际人权理论的比较研究和借鉴。

又如民主,就其实体内容,本义是“多数人的统治”;就其程序意义而言,即“多数票决定制”。任何实行民主制的国家都须遵循多数制原则,否则就是非法的和无效的。而“多数”只是量的概念,并不涉及事物的本质。资本主义国家的政党要掌握政权,也必须得到全国选民多数票的支持。在此意义上的民主,本无东西方之分。至于论者强调的所谓“实质民主”,那已不属于作为程序的民主,而是另指其维护资产阶级权益的政权和政府政策的性质。现在有的论者鉴于美国式的或拉丁美洲式的乃至中国台湾式的民主所出现的一些丑闻,而质疑国人对民主的追求,甚至认为第三世界国家的人民“宁要面包,不要民主”,引申为“权威主义优于民主主义”。诚然,民主不能直接当面包吃,但是,没有基本的民主,就一定没有面包吃。这已为我国的历史教训所证明。

再如自由,绝非资产阶级的专利,反而是马克思主义的老祖宗在