



当代大学读本
法学系列

比较法学读本

高鸿钧 赖骏楠 鲁楠 马剑银 / 编



上海交通大学出版社
SHANGHAI JIAO TONG UNIVERSITY PRESS

比较法学读本

高鸿钧 赖骏楠
鲁楠 马剑银

编

上海交通大学出版社

内 容 提 要

本书荟萃了国内外比较法学著作的菁华,力图反映当前中国和世界比较法学的前沿水平与最新趋势。与传统比较法学通论性作品不同,本书在体例与内容上实现了重大突破,于比较法基础理论与法系概论两编之后,新增法律思维比较、法律移植、法律全球化与中西法律传统比较四编,它们代表了中国和世界比较法学近几十年关注的核心问题。本书对于比较法学的教学和研究具有重要的参考价值,是比较法学的必读文献。

本书适合于法学研究者及法学专业学生阅读,对于法律实务工作者、社会学、历史学与国际政治学的研究者和爱好者亦有参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

比较法学读本/高鸿钧等编. —上海:上海交通大学出版社,2011

(当代大学读本. 法学系列)

ISBN 978-7-313-06347-2

I. ①比… II. ①高… III. ①比较法学—高等学校—
教学参考资料 IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 047540 号

比较法学读本

高鸿钧 赖骏楠 鲁楠 马剑银 编

上海交通大学出版社出版发行

(上海市番禺路 951 号 邮政编码 200030)

电话: 64071208 出版人: 韩建民

常熟市梅李印刷有限公司印刷 全国新华书店经销

开本: 787mm×1092mm 1/16 印张: 35.5 字数: 648 千字

2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

印数: 1~3030

ISBN 978-7-313-06347-2/D 定价: 60.00 元

版权所有 侵权必究

总 序

现在,人们逛书店,会发现书架上出现了越来越多的读本类图书。它们中有些是以某个主题为线索,有些则是以特定人物相号召。从学术史和思想史的角度看,这类书籍有着独特的价值。首先是通过精选的文本,能够让读者一册在手,将特定主题或人物学说中最重要的内容尽览无余。学术如积薪,一代一代的创造叠加起来,成果浩繁,有些题目下的经典文献更是汗牛充栋,阅读非易。于是某种精华的选编本就显得十分重要,好的读本足可成为求知的捷径、学海的指南。

读本虽然是一种精选和提炼,不过,它们还可以有一般专著所不具备的特色,那就是可以在两个方面有所追求,一是可以将某个流派或某种倾向的著述集中选编,从而彰显学术或思想的流派风貌;另一种编选思路则是将不同观点、立场的文章同时呈现出来,体现包容性和多样化,以收兼容并蓄、多闻阙疑之效。这是读本的第二个价值。

通常的读本属于述而不作,而非原创作品,但是选编者在取舍之间却足可以表达自己的特定取向和判断。孔子通过编辑《春秋》而表达儒家对社会秩序的追求正是这方面的经典例证;马克思主义在不同国家、不同时

代的各种选本则更是花样百出,甚至表达出完全对立的旨向。从解释学的角度说,特定文本含义上的复杂性给不同倾向的选本提供了空间,所以,选编的权力就变得很重要。如果某种学说具有政治的意义,那么选编和解释几乎就等同于一种政治行为。不妨把这种情况视为读本类书籍的第三个价值。

过去的三十多年间,中国的法律教育和法治建设都有了长足的发展,法学研究也取得了很大成就。“三十年一世”,我们的法治与法学在今天面临着阶段性总结的要求,也面临着某些特殊的困难甚至危机,因为人们在法治的基本路向上正在产生分歧。在这种情况下,梳理文献,温习故典,反思法治的合理路径和法学的未来方向,就变得十分必要。于是,就有这样一套法学读本的问世。

我们希望,这样的读本能够为法律专业的学子以及关注法治和法学的读者提供教科书和专著之外的辅助读物。从内容上说,既体现相关主题经典文献的基本概貌,也包容主持者的某种学术偏好。最重要的,它们既是学术史的梳理,也蕴含着对法治与法学前景的探索 and 企望。

贺卫方

2010年3月

导论 比较法研究的反思： 当代挑战与范式转换

高鸿钧

一般意义的比较法源远流长，可谓“古已有之”。在西方，比较法的历史可以追溯到亚里士多德。他对于古希腊城邦国家宪制的比较，成了比较法研究的珍贵历史遗产。在中国，比较法的谱系可以回溯到春秋战国时期。法家的学说和实践，包含着比较法研究的丰富智慧。本文旨在回顾西方和中国比较法研究的晚近历史，概括 20 世纪后期西方比较法研究范式的主要特征及其缺陷，分析 20 世纪 90 年代以来比较法研究面临的挑战和发展趋势，总结当代中国比较法研究的利弊得失，进而指出西方和中国比较法研究的变革方向。

一、20 世纪后期比较法研究的特点

20 世纪后期，比较法研究在西方和中国都呈现出某些主要特点。在考察西方比较法研究状况时，我们选择欧陆、英国和美国的比较法研究作为典型。

“二战”结束后，自 20 世纪 50 年代开始，欧陆各国比较法研究得到了迅速的恢复和发展；60 和 70 年代，比较法研究进入了鼎盛时期。这方面重要的标志是法国和德国等欧陆国家相继成立了比较法研究机构；一些比较法研究学术刊物纷纷出版并逐渐产生了国际性影响；许多重要大学的法学院（系）开设比较法课程；在比较法研究的学术共同体中，一些权威比较法学者脱颖而出，法国的达维德和德国的 K. 茨威格特与 H. 克茨便是其中的佼佼者，他们的《当代主要法律体系》和《比较法总论》成了饮誉国际比较法学界的经典之作。“二战”后至 80 年代末，欧陆的比较法研究确立了基本范式。根据特文宁和奥赫绪以及雷曼等人的研究，这种基本范式主要表现是：①关注私法，把私法作为法系或法律传统的“核心”，在欧洲范围内，主要致力于欧盟的私法协调和统一；②研究民族国家的官方实在法，很少涉及国家法以外的其他法律渊源；③关注欧、美各国的法律，在涉及非西方第三世界国家的

法律时,只是作为凸显西方法律传统的陪衬;④致力于分析大陆法与普通法之间的异同,前者以法国法和德国法为代表,后者以英国法和美国法为典型;⑤长于对法系或法律传统的描述和介绍,疏于对它们的系统论述和评价;⑥偏重法律规则和制度的现象学描述和功能分析,疏于对于它们的理论、历史和文化的深度阐释;⑦重视法律的文本和纠纷解决的结果,很少关注法律的生成过程和纠纷解决的过程,几乎没有进行法律社会学的实证研究;⑧在比较的方法上,重视概念比较,尤其重视功能比较^①。相对于西方 20 世纪 90 年代涌现的比较法研究新趋势,上述比较法研究范式被称为“传统范式”。

与欧陆相同,英国比较法研究的“黄金时代”也始于 20 世纪后半叶。“二战”后哥特里奇的《比较法》^②一书问世是比较法研究走向繁荣的最初标志,随后,劳森、道森、卡恩-弗伦德以及施米托夫等一些比较法研究者相继脱颖而出,他们的著作很快就成为比较法的经典著作。到 20 世纪 60 年代,英国比较法研究达到了鼎盛时期,然后便开始走向衰落。根据马克西尼斯的分析,英国比较法研究走向衰落的原因是:①偏重法律史的研究,尤其偏重古典罗马法的研究,^③远离英国法的当代需要;②有一些名家和大师从事实务型法律比较研究,但他们的研究展示的是个人的才华和魅力,并没有对比较法研究的方法和方向产生整体影响;③英国的法学教育体制鼓励个性化研究,比较法学者同行之间缺乏合作,没有形成德国那样的学术共同体和互动合作;④缺乏师生间研究互动,因而知识传统未能得到继承,名家逝世之后,后继无人;⑤英国教育体制不鼓励知识生产,例如牛津大学和剑桥大学都“偏爱讲课的教师而不是能撰写的学者,喜欢智慧之人而不是有板有眼和默默不语的博学家……喜爱充满激情的俏皮话而不是有备而来的回答”,因而英国的大学充满了“令人眼花缭乱的才智”和“似是而非的隽语”^④,许多名家都没有留下著作,故而大师一去,影响即逝;⑥许多比较法学者都是来自欧陆的移民,英国没有形成强

① W. Twining, “Globalisation and Comparative Law”, in E. Özücü and David Nelken, *Comparative Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 80~81. 也参见 E. Özücü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 133~136; M. Reimann, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, *American Journal of Comparative Law*, 2002, Vol. 50, pp. 671~683.

② H. C. Gutteridge, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research*, 2nd., Cambridge University Press, 1949.

③ 在英国,“罗马法与比较法的共存伤害了比较法,并使得比较法不能把注意力转向当代的实践问题,而且营造了过分学究气和孤立性的氛围,从而把比较法逼到绝境”。[英]巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院——近三十五年史》,苏彦新、胡德胜等译,清华大学出版社,2008,第 66 页。作者把英国比较法研究的衰落主要归因于比较法学者过分沉浸于罗马法的研究,未免偏颇。

④ [英]巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院——近三十五年史》,苏彦新、胡德胜等译,清华大学出版社,2008,第 26 页、第 28 页。

有力的本土比较法研究队伍。结果,英国在比较法研究的理论、目的、方法以及论题上都深受欧陆传统范式的影响。^①但是,马克西尼斯没有注意到近年来奥赫绪、特文宁和哈丁等一批比较法研究者正在英国崛起,他们的一些著作,代表了这个领域的新趋势。

在美国,根据雷曼的考察,20世纪中期以后,美国比较法研究的“经典大厦”基础,主要源自欧陆学者的“两部名著”和美国学者的“四部教科书”。^②这种比较法“经典大厦”的核心特征有四:一是关注私法的实体规则;二是关注英美法和大陆法之间的比较;三是关注法典、法规和判例,视野很少超越这些法律渊源之外;四是为了教学和实用的目的,向学生或其他读者介绍外国法律。^③这样一来,20世纪后半期美国比较法研究就注定要处在“欧洲影响的支配下”,始终无法摆脱欧陆比较法研究传统范式的“阴影”^④。20世纪50年代后至90年代前的美国比较法研究,除了患有“比较法的欧洲依赖症”(comparatist Europhilia)^⑤,还带有英国比较法研究的某些特征,如比较法领域的学者多是欧陆移民,缺乏欧陆那样的学术共同体和学者之间的合作,一些优秀比较法学者没有留下传世之作。与英国不同的是,“二战”之后的美国,比较法研究从来没有经历“黄金时代”,而是始终处于法学研究的边缘地位。

十分有趣的是,英、美两国的法律实践区别于欧陆,它们的法学理论也独具一格,但是它们在比较研究范式上,由于种种原因,却始终未能摆脱欧陆传统范式的“阴影”。大量事实表明,欧陆比较法研究的传统范式是西方比较法研究的主导范式。

现在,我们把目光转向中国的比较法研究。1949年之后,中国开始放弃旧法统,在法统上选择了“以俄为师”的路径。偏狭的意识形态和本质主义只允许“对内比较”,即社会主义阵营各国之间的法律比较,排斥任何跨越不同社会制度的“对外比较”。在“文革”时代,法制和法学几乎荡然无存,比较法研究的命运自然不难想

① [英]巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院——近三十五年史》,苏彦新、胡德胜等译,清华大学出版社,2008,第1~2章。

② 两部名著即法国学者达维德的《当代主要法律体系》和德国学者茨威格特和克茨的《比较法总论》;四部教材是 R. B. Schlesinger, *Comparative Law: Cases-Text-Materials*, 1950 (7th ed., 2009); A. T. von Mehren & J. R. Gordley, *The Civil Law System*, 2nd. 1977; M. A. Glendon, M. W. Gordon & C. Osakwe, *Comparative Legal Traditions*, 2nd. 1994; 以及 J. H. Merriman, D. S. Clark & J. O. Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin American and East Asia*, 1994.

③ M. Reimann, "Stepping Out the European Shadow: Why Comparative Law in the United States Must Develop Its Own Agenda", *American Journal of Comparative Law*, 1998, Vol. 46. pp. 637~646.

④ Ibid.

⑤ David Kennedy, "New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance", *Utah Law Review*, Vol. 1997, No. 2, p. 590.

见。20世纪70年代末,随着改革和开放的步伐,在实行民主和建构法治的努力中,比较法开始得到恢复,并迅速成为中国法学园地中的一枝奇葩。对于再度开眼看世界的中国法律界,比较法无疑是了解外国法学动态和世界法律发展趋势的重要媒介。因此,比较法领域的译著大量涌现,并一时“洛阳纸贵”,^①它们向中国法学界传递着外国法和比较法的重要信息,成为滋润中国法学发展的一泓“活水”。中国20世纪70年代末至80年代末,中国比较法研究主要呈现出以下特点:①译介外国法或比较法著作;②进行法系的宏观比较法研究;③关注外国法和比较法的发展动向;④重视其他社会主义国家的法制,并开始关注西方法律的理论和实践;⑤偏重私法的比较研究;⑥重视国家官方法的比较研究。

20世纪90年代以来,比较法在中国进入了鼎盛时期。全国性比较法研究会的正式成立,增进了学术共同体的联系与合作;大量比较法著作相继问世,^②相关丛书也陆续出版;^③中国学者撰写的比较法著作不断增多,质量也有所改进。比较法在中国的迅速发展,缩小了中国与西方国家在比较法研究领域的差距。近20年来,中国比较法研究的主要趋势是:①在译介国外比较法著作的同时,开始进行自主的研究,撰写专著和论文;②重视个别法系、法律传统、国别法的研究,并重视具体法律制度和法律问题的比较研究;③通过比较法研究,旨在解决中国的问题,其中法律移植问题受到了特别的关注;④关注伊斯兰世界和非洲^④等非西方国家的法律;⑤重视法律现代化问题的比较研究;^⑤⑥重视以宪政为核心的公法比较研究,其中特别关注英美的宪政理论和实践;⑦重视法律文化的比较研究,尤其重视中西法律文化的比较研究;^⑧⑧重视欧盟法的研究;⑨重视人权问题的研究;^⑩⑩关注法律全球化的理论和实践问题。^⑧围绕上述领域和问题,中国的比较法研究取得了重要进展,不仅推动了中国理论法学和部门法学的发展,而且推进了中国法治

① 例如《法学译丛》(后改为《外国法译评》、《环球法律评论》)、《比较法研究》和《中外法学》等。

② 例如[法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社,1984;[德]K. 茨威格特、H. 克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社,2003;[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社,1999;沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社,1998。

③ 如“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”、“美国法律文库”、“当代德国法学名著”以及“比较法学丛书”等。

④ 例如湘潭大学法学院洪永红教授领导的非洲法律研究团队,出版了数部非洲法著作,例见洪永红:《非洲法导论》,湖南人民出版社,2000;洪永红主编:《非洲法律研究丛书》,中国社会科学出版社,2009。

⑤ 在南京大学法学院,由公丕祥教授主持的法制现代化研究持续了多年,并取得了重要成果。在他们所编辑和出版的《法制现代化研究》集刊上,发表了许多比较法律现代化的文章。

⑥ 例如,张中秋的《中西法律文化比较研究》具有广泛的读者,第四版已经问世(法律出版社,2009)。

⑦ 在这个领域,中国社会科学院法学所发挥了引领作用,举办多次国际、国内研讨会,出版了许多重要著作,推动了中国人权理论和实践的发展。

⑧ 近年来,中国人民大学法学院朱景文教授主持了相关研究,重要著作参见朱景文主编:《全球化条件下的法治国家》,中国人民大学出版社,2006。

的实践进程。与当代西方的比较法研究相反,中国的比较法研究非但没有呈现衰落或边缘化的趋势,反而呈现出繁荣的景象。但是,在繁荣的背后,中国比较法研究的某些隐忧早已存在,一些问题日益明显。

二、比较法研究的当代挑战

如前所述,在西方,欧陆、英国和美国分别代表了西方比较法研究同一范式的三种类型。在欧陆,比较法研究虽然没有走向衰落,除了得益于那里的学术传统、体制优势和知识传承的人脉网络,主要得益于欧洲一体化的进程,特别是这个进程中统一私法的尝试。这使得私法导向的比较法研究大有用武之地,可以在欧盟的平台上重续欧洲普通法的旧梦,续写1900年国际比较法大会统一私法目标的新曲。此外,欧陆比较法学者还常常受邀参与国家的立法和法律解释,而英美的同行则没有这样的机会或殊荣。因此,欧陆比较法研究没有像英国那样处于灯火阑珊的“穷舍”(in the ghetto)^①,也没有面临美国那样的边缘境地,许多权威学者还没有感受到某种危机^②。但是,由于比较法研究本身的局限和欧陆传统范式的缺陷,面对法律全球化等当代重大变局,它的局限和问题已然显露出来。根据雷曼的考察,欧陆比较法研究的缺陷有三:一是在法律渊源上关注实在法而忽视了其他法律形式;二是在法律领域关注私法而对公法关注不足;三是在法域问题上关注欧陆法或英美法,而忽视了其他地区的法律、跨国法以及全球法。^③在英国,比较法自20世纪60年代后开始走向衰落;在美国,比较法研究始终处于边缘的地位,随着一些流亡比较法学者的逝世,其力量进一步削弱。

西方比较法学界对于本领域问题、挑战和困境进行了反思,其中特别值得关注的是1996年和1997年在美国进行的两次大规模的主题讨论。1996年专题讨论的论题是“比较法的新方法”,来自美国、加拿大、德国、意大利和以色列的比较法学者参与了讨论,文章发表在《犹他法律评论》1997年第2期上。一些学者运用后现代的思维模式,从立场、范式、方法以及话语等维度,猛烈攻击比较法研究的基础,认为比较法研究过分追求整体性、统一性以及相似性,忽视了世界法律文化和体制的复杂性、多样性和异质性。他们中的一些人试图从整体上颠覆比较法研究的传统

① [英]巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院——近三十五年史》,苏彦新、胡德胜等译,清华大学出版社,2008,第2页。

② H. Kötz, “Comparative Law in Germany Today”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 1999, pp. 753~768.

③ M. Reimann, “The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century”, *American Journal of Comparative Law*, 2002, Vol. 50, pp. 691~695.

范式,指出了这种范式背后隐含着霸权主义和帝国主义思维模式。这种激进批判的口吻十分类似当年美国批判法学对于正统法学的批判。^①

1997年专题讨论会的论题是“比较法的新方向”,与会者主要来自美国,也有德国和澳大利亚的学者。参与讨论者的专业范围除了专业比较法领域的学者,还包括政治学和人类学领域的学者。他们的文章发表在《美国比较法学期刊》1998年第4期上。许多文章的作者都认为比较法研究的传统范式存在缺陷,如缺少共同的理论基础,偏重描述而疏于理论分析,过分迷恋私法而忽视公法,重视国家法而忽视跨国法或全球法,过于求同而抹煞差异,以及缺少跨学科的合作等。^②但是,其中也有人对比较法研究的传统范式进行了激烈的批判,例如高德利就否认比较法作为一个学科的必要性,^③弗莱彻则主张比较法研究应该扮演批判或“颠覆性学科”^④的角色,以冲击和解构比较法研究和整个法学研究的传统范式和思维模式。

另外,为了纪念《美国比较法学期刊》问世50周年,雷曼在该刊2002年第4期发表了长文《20世纪后半叶比较法的进步与失败》,全面系统地回顾了50年来比较法研究所取得的成就和存在的问题。^⑤ 总体而言,西方比较法研究传统范式的缺点可归纳如下。

第一,缺乏理论基础。研究者偏重法系或外国法的一般描述,没有形成整体的理论框架,也没有能够在广泛占有资料和分析文献的基础上,提出系统的法学理论。^⑥ 相比之下,当代西方比较法研究缺乏孟德斯鸠和梅因那样的理论贡献。

第二,缺乏独特的目标。与其他法学领域不同,比较法研究涉及的范围十分广泛。法学各个学科都可能在某种程度运用比较的方法或视角,因而比较法研究的方法不具有独特性。研究者分布广泛,联系相对松散,即便专业比较法研究者,由于所研究的领域和问题不同,往往也缺乏共同的兴趣和语言。由于目标和方法的泛化,比较法研究无法明确界定自己的边界。其结果,比较法研究无法形成类似法学其他学科那样的学术共同体和学科规范。这不仅致使人们质疑比较法研究作为一个独立学科的存在价值,而且导致了法学界对于比较法研究方法

① 有关论述参见 *Utah Law Review*, Vol. 1997, No. 2.

② 有关论述参见 *American Journal of Comparative Law*, 1998, Vol. 46.

③ J. Gordley, "Is Comparative Law a Distinct Discipline?" *American Journal of Comparative Law*, 1998, Vol. 46. pp. 606~616.

④ G. P. Fletcher, "Comparative Law as a Subversive Discipline", *American Journal of Comparative Law*, 1998, Vol. 46. pp. 683~700.

⑤ M. Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century", *American Journal of Comparative Law*, 2002, Vol. 50. pp. 671~700.

⑥ G. A. Bermann, "The Discipline of Comparative Law in the United States", *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 1999, pp. 1046~1047.

的误用和滥用。

第三,欧洲中心主义的倾向。当代西方比较法研究虽然抛弃了早期的种族主义或殖民主义偏见,但是,仍然或明或暗地流露出欧洲中心论和西方法律优越论的倾向。例如,西方比较法研究在法系划分时,就常常把西方两大法系作为世界法律体系的核心;在宏观比较时,西方学者主要致力于“发现”和分析西方法系之间的异同;在比较法研究的立场上,他们往往以西方现代法律来衡量非西方的法律;在描述和分析中,他们也主要使用西方法律的概念和话语;在方法上,西方学者所采用的功能主义的方法潜含着过于求同的意旨,背后隐含着追求法律统一的理想,而法律统一的参照系或所谓的“共同内核”则是西方现代法律。

第四,传统的法系划分不合时宜。欧盟法的一体化和法律全球化的进程日益加速,这使得法系的边界变得模糊。在欧盟法的大熔炉中,属于英美法系的英国法和爱尔兰法正在与大陆法相互影响,日趋接近。东盟等区域性合作及其相应组织的形成,也在法律的协调和整合上突破了法系或法律传统的界限,跨国法或超国家法正在新的基础上进行组合。更为重要的是,在法律全球化的过程中,全球治理和人权价值正在自上而下地整合法系的冲突,而新商人法(*new lex mercatoria*)那样的“法律候鸟”,则穿越法系的疆界和民族国家“法律帝国”的围栏,四处游走。^① 凡此种种都足以表明,传统法系的划分已经不合时宜,比较法研究应该探索绘制当代世界法律图谱的新标准和新方法。^②

第五,过分关注私法。欧陆比较法的发展过程呈现出偏重私法的倾向。这种倾向与欧陆法的传统有关,源流可以追溯到罗马法。欧陆法传统上有“民法传统”之称,就足以表明这个传统对于私法的重视程度。欧陆比较法研究的这种偏好对美国比较法研究产生了深刻的影响,因为美国比较法研究的重点对象是欧陆法,而美国比较法学家的欧洲移民背景则强化了这一倾向。更为重要的是,20世纪后期,无论是在欧洲还是美国,随着人权问题得到了前所未有的发展,宪法等公法受到了突出重视。面对这些变化,比较法研究如果仍然恪守偏爱私法的传统范式,显然不合时宜。

第六,关注书本之法,忽视行动之法。传统比较法研究范式关注的主要是国家

① 参见[德]贡特·托依布纳:《“全球的布科维纳”:世界社会的法律多元主义》,高鸿钧译,《清华法治论衡》,第10辑,清华大学出版社,2008。

② 在英文中,表述“法系”概念的通常是下列词语,法律体系(*legal systems*)、法律家族(*legal families*)、法律文化(*legal cultures*)和法律传统(*legal traditions*),关于这几个词语之间的细微差异,参见 E. Özü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 41~46; William Twining, “Globalisation and Comparative Law”, in E. Özü and D. Nelken, *Comparative Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp. 78~79; A. Harding & E. Özü (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2002, Preface, viii.

法规范或欧盟法,目光很少涉及民间法或全球法等非国家法规范。这种范式重在法律概念、规则和制度的描述,然后进行某些一般的历史和文化分析,而对于实证研究的方法缺乏关注和具体运用。这种研究进路的缺陷已经受到了广泛的批评,欧陆学者也在有意识地改进传统做法。^①

第七,缺乏与其他学科的合作。长期以来,欧陆传统范式的比较法研究虽然借鉴了其他学科的成果,但未能积极主动地与其他学科进行互动与合作。这与比较法研究关注私法和书本之法的倾向密切关联。一些比较法学者的研究虽然涉及法律史和法律文化,但主要沉湎于法律史的材料发掘和梳理中,其成果更接近法律史的著作,^②而对比较法的发展贡献很少。

第八,知识与语言面临困难。比较法学者致力于研究两个以上国家的法律,这种努力不仅面临语言方面的困难,^③而且面临知识方面的挑战。熟练掌握和运用外语本来就不容易,深入理解特定国家法律背后的历史、文化、社会、经济和政治背景以及风土人情,就更不容易。缺乏对法律背景的整体把握和深入领悟,比较法研究就可能失之肤浅或走向偏颇。然而,即使一位博学的比较法学者,同时深入理解几个法系或不同法律体制及其背景,也几乎是一种不可承受之重。

现在,我们回头考察当代中国比较法研究的状况和存在的一些问题。值得庆幸的是,中国比较法研究近几十年的发展,始终伴随着中国社会和经济的转型以及与之相应的法律改革,比较法研究面对许多与西方世界不同的法律问题,因而没有落入西方比较法研究传统范式的窠臼。例如,中国法治现代化涉及中西法律文化的冲突,中国比较法研究便关注法律文化的比较研究;中国法律改革涉及法律体制的建构,与之相关的法律移植问题具有突出的重要性,而中国的法律移植需要根据自己的需要进行广泛的选择,因而中国比较法研究就没有陷入欧洲中心主义;中国的民主化和法治化过程涉及政治体制改革,而这与公法的改革和发展密切关联,因而中国的比较法研究没有出现偏重私法的倾向;中国踏上法治之路不久,就被卷入到经济全球化和法律全球化的进程,这个进程对中国的挑战远远大于西方,因而中国比较法学者比西方同行更敏感地关注法律全球化问题,并积极做出回应。中国比较法研究尽管避免了西方比较法研究传统范式的一些缺陷,但是,我们必须正视

① 关于缺乏实证研究,参见 M. Reimann, "The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century", *American Journal of Comparative Law*, 2002, Vol. 50. pp. 693.

② 在英国,Anderson 和 Colson 是伊斯兰法专家,Derrett 是印度法专家,Allot 是非洲法专家,但是他们都以研究外国法律史而著称,没有被归入比较法研究的主流,参见 I. D. Edge, "Comparative Law in Global Perspective", in I. D. Edge (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Transnational Publishers, Inc., 2000.

③ D. J. Gerber, *System Dynamics: Toward a Language of Comparative Law*, *American Journal of Comparative Law*, 1998, Vol. 46. pp. 722~733.

和反思中国比较法研究的某些问题和缺点,从而在目标、方法以及论题上进行调整,使比较法研究在未来展现出新的活力。

首先,中国比较法研究自然无法避免比较法研究自身存在的某些“弱点”,如难以界定自己的目标和边界,以及语言方面的困难等。实际上,当代中国的比较法研究时间较短,在比较法的目标、方法和学科规范方面的探讨,多是重复西方学者的观点,少有创见。

其次,比较法研究在中国附属于作为法学二级学科的法学理论,^①专门从事这个领域研究和教学的学者屈指可数,开设这门课程的法学院系也为数很少。在当代中国十分繁荣的法学园地中,比较法研究显得势单力薄。

第三,中国比较法研究虽然取得了一些重要成果,但是,原创性高质量的著作还为数不多。总论性教材虽然已有多部出版,但是它们几乎全是国外比较法著作的复述和综合,至今尚无一部独创性比较法总论教材。另外,许多比较法著作质量低下,既无新材料,亦乏创见,更不用说提出新的理论体系了。由于缺乏严格的学术规范,学术著作出版缺乏同行专家的审稿程序,也由于缺乏学术批评的机制,与其他法学领域一样,比较法研究领域已经并正在制造大量“学术垃圾”。

从总体上看,中国比较法研究中的问题似乎没有西方那样严重。然而,这是一种误解。中国比较法研究存在问题较少,并非源于它趋向成熟,而在于它起步不久,许多问题还没有暴露出来,某些弊端还没有显现出来。

三、近 20 年来比较法研究的新趋势

面对当代的种种变局和挑战,无论是西方还是中国,比较法研究都需要进行调整和变革。实际上,比较法研究在世纪之交已然处在调整和转型过程之中。根据英国学者特文宁的考察,20 世纪 90 年代以来,西方比较法学者进行了三种重要的努力。首先,西班牙学者桑托斯对于法律全球化进行了深入研究,指出了法律全球化过程中霸权与反霸权的力量,认为前者主要是全球法律的美国化和资本主义法律的世界性扩张;后者主要是指人权、社会运动和世界论坛等世界主义的积极潮流。其次,加拿大学者格伦出版了《世界法律传统》一书,在新的背景下强调法律的历史和文化之维,以纠正比较法研究主要关注现代法律的倾向。^②最后,美国学者

① 近年来,中国政法大学已经把比较法提升为法学的二级学科,并开始招收比较法学硕士生和博士生。另外,中国社会科学院法学所比较法研究室经历了成立、撤销、恢复、再撤销的过程,这种变化不定的现象是比较法研究在中国还不够稳定的一个缩影。

② 参见[加]帕特里克·格伦:《世界法律传统》(第三版),李立红等译,北京大学出版社,2009。

塔马纳哈尝试解构哈特的国家法概念,试图从法律社会学的多重视角重构法律概念。这种努力为突破实证主义的法律概念作出了贡献,对于比较法研究超越国家法的局限,具有重要的启示。^①

除了上述三种努力之外,我们还发现五种新的发展趋势。第一种新趋势是20世纪末西方比较法学界对于传统范式的反思和批判,其中上文提及的美国20世纪90年代后期两次专题讨论会,规模之大和影响之广,均属前所未有的。这种反思和批判推动了比较法范式的改革和转换。

第二种新趋势是关于法系划分的两种努力。首先是美国学者马太对于传统的法系划分方式提出了批评。他认为,面对世界法律格局的变化和法律模式所呈现出来的复杂性,比较法学者应该对世界的法律体系重新进行划分。他采用了法律模式(Patterns of law)的概念,认为当代世界法律主要可以分为三种法律模式:一是职业法律规则模式;二是政治法律规则模式;三是传统法律规则模式^②。马太从法律模式角度对世界法律体系的划分,突破了传统的法系划分标准和方法,在一定程度上反映了当代世界法律体系动态的多元性和相互交叠的复杂性。但是,这种划分的缺陷也十分明显。一是它抹煞了相同模式内部的巨大差异,例如,当他把大陆法和英美法笼统归入职业法律规则模式时,就抹煞了二者之间的明显差异;二是这种划分忽略了一些国家法律发展的复杂性,当他把远东法和伊斯兰法笼统归入传统法律规则模式时,就忽略了它们之间的巨大差异。其次,除了马太的上述尝试之外,其他一些学者注意到了不同法系交叠和融合的趋势,提出了混合法系(mixed legal systems)的概念。在《杜兰法律评论》2003年冬季号上,该刊编辑部组织了关于混合法系和法域的专题讨论。^③许多国际著名比较法学者都参与了这次讨论,他们虽然在许多问题上观点不同,但对于这个主题的广泛关注和积极讨论足以表明,面对法律全球化的巨变,比较法学界亟待改进法系划分的标准和方法。

第三种新趋势是比较法研究与文化结合,关注法律文化。这方面最突出的例子是20世纪90年代以来,西班牙欧尼亚提(Oñati)国际法律社会学研究会所举办了法律文化系列国际研讨会,出版了《法律移植与法律文化》、《欧洲法律之路:欧洲

① William Twining, "Globalisation and Comparative Law", in E. Örücü and D. Nelken, *Comparative Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2007, pp.79~80. B. Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory: Pragmatism and A Social Theory of Law*, Clarendon Press, 1997; *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford University Press, 2001; *Law as a Means to an End: Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006.

② U. Mattei, "Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems", *American Journal of Comparative Law*, 1997, Vol. 45. pp. 5~44.

③ 参见 *Tulane Law Review*, Volume 78, 2003~2004.

法律社会学视角》以及《法律文化之追寻》^①等系列文集。

第四种新趋势是对于公法的关注。这方面典型的例子有三。一是在由英国学者哈丁和土耳其裔英国学者奥赫绪合编的《21 世纪比较法》^②一书中,有 5 章涉及公法,只有 3 章涉及私法,其他内容涉及的是比较法的一般方法论和欧盟法的协调。二是奥赫绪和意大利学者奈尔肯合编的《比较法手册》。^③它收录了比较宪法、刑法、国际刑事司法以及比较人权法的文章。三是由雷曼和齐默曼合编的《牛津比较法手册》,其内容也涉及宪法、行政法和刑法的比较。^④仅从新近有关比较法著作的英文文献中就可以看出,近年来西方公法比较的文章迅速增加。

第五种新趋势是对非西方国家法律的关注。这方面一个例子是《全球视角的比较法》一书。由艾德杰主编的这部文集是为了纪念伦敦大学亚非学院法律系成立 50 周年,其中主要内容涉及的是非洲法、伊斯兰法、中国法、东南亚法,它还讨论了全球化背景下的比较法与国际法发展的趋势。^⑤另一个例子是门斯基撰著的《全球背景下的比较法:亚洲和非洲的法律制度》。^⑥该书对于印度法、伊斯兰法、非洲法和中国法进行了具体研究。

奥赫绪已经捕捉到了上述某些新趋势。他认为,20 世纪末期以来,西方比较法研究发生了重大变化,出现了许多新趋势,正在发生着范式转换。他甚至认为,在全球化的世界,比较法会成为“明天的科学”,“一种理解法律和文化的工具”,21 世纪的法学研究甚至是“比较法研究的世纪”。^⑦

四、比较法研究的方向与前景

综上所述,面对当代经济发展、政治变革和社会转型,面对法律跨国化和全球化的挑战,西方比较法研究传统范式已经不合时宜。近 20 年来比较法研究的新动向和新趋势表明,比较法研究范式的转换迫在眉睫。在这种情况下,比较法研究仍

① 前两部书已有中译本,后一部书中译本正在出版中。

② A. Harding & E. Özü (eds.), *Comparative Law in the 21st Century*, Kluwer Law International, 2002.

③ E. Özü and D. Nelken(ed.), *Comparative Law: A Handbook*, Hart Publishing, 2007. 中译本正在出版中。

④ M. Reimann & R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, 2006.

⑤ I. Edge, *Comparative Law in Global Perspective*, Transnational Publishers, Inc., 2000.

⑥ W. Menski, *Comparative Law in a Global Context: The Legal Systems of Asia and Africa*, 2000, 2006, Cambridge University Press.

⑦ E. Özü, *The Enigma of Comparative Law: Variations on a Theme for the Twenty-first Century*, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 1, 7.

然恪守传统的范式,则是对晚近发展趋势的倒退,而追求比较法研究的批判功能和“颠覆”效应,或者追逐后现代主义的解构时尚,也未免极端,无助于问题的真正解决。因此,比较法研究未来的变革方向一方面在于对传统范式进行扬长避短的超越,另一方面在于正视现实的挑战,面向未来,调整方向,转换范式。

第一,多元中寻求共识。比较法研究应该反思传统范式的思维模式,从认识论和方法论上作出重大调整。①关注世界法律文明的多元形态,避免欧洲中心论和西方法律优越论。②关注法律发展的多元格局,避免法律领域的线性进化论或社会达尔文主义,不应简单认为社会发展到某个阶段一定会产生与之相对应的法律,更不应偏执地认为经济或科技的发展决定着法律的形态和精神。③关注法律概念的多元含义,避免片面强调法律实用主义和法律的工具体论,重视法律的基本价值和内在意义。④关注法律渊源的多元形式。一些学者已经注意到,在当代世界,法律渊源出现了多元的趋势。例如,在国家法之外,存在超越国家主权的国际法、跨国区域法以及全球法;在国内层面,存在宗教组织等团体法、自治的地区法以及民间法等。^①因此,比较法研究应该避免法律实证主义的偏颇,不仅关注国家法,而且关注非国家法;不仅关注作为实在法的“硬法”,还应该关注实在法以外的“软法”(soft law)或“活法”(living law)。⑤关注多元中的协调和整合。

第二,超越功能比较。①超越简单的概念和规则比较。②重视功能比较。这种视角有助于比较法学者穿越不同文化和体制的藩篱,进行跨国家或跨族群的法律比较。因此,无论是欧陆还是英、美的比较法研究,主导方法是功能比较。在这个方面,比较法学者借鉴了植物学的洞见,致力于辨别不同国家或族群之间法律的同名异物(Homonym)和同物异名(synonymia)现象。③重视并穿越意义之维的差异。功能比较虽然优于概念和规则比较,但这种比较采取的是“旁观者视角”,通常缺乏对于观察对象的同情之理解或理解之同情,因而需要比较法学者采取“参与者视角”,关注法律的意义之维,以弥补功能视角的缺憾。对于意义之维的差异或冲突,只能通过协商、沟通和对话来协调。比较法领域的学者应努力推动不同法律文化和法律体制之间进行协商、沟通和对话。

第三,目的多样性及其当下的侧重点。人们出于多种多样的目的从事比较法研究,或者出于实用的目的,或者出于理论的兴趣,或者出于教学的需要。这里,我们不想一般地罗列比较法研究的目的,而尝试根据当代世界的格局和中国的特殊需要,突出强调以下三个目的:①探讨法律全球化问题,为世界法律的协调和整合作出贡献。②比较法研究应致力于运用丰富的知识、洞见和理论,增进不同法律文

① 参见 W. Twining, *Globalisation and Legal Theory*, Cambridge University Press, 2000, p. 139.