

# 民法哲学文库

赵万一  
刘云生  
主编



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

民法哲学文库

赵万一 刘云生 主编



# 一种思维范式的最初继受： 清末民初民事法律关系理论继受研究



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

一种思维范式的最初继受:清末民初民事法律关系  
理论继受研究 / 范雪飞著. —北京:法律出版社,  
2011. 12

(民法哲学文库)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 2831 - 6

I. ①—… II. ①范… III. ①民法—研究—中国—近  
代 IV. ①D923. 02

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 239090 号

民法哲学文库

一种思维范式的最初继受:

清末民初民事法律关系理论继受研究

范雪飞 著

责任编辑 刘文科

装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 10.5 字数 251 千

版本 2012 年 3 月第 1 版

印次 2012 年 3 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京中科印刷有限公司

责任印制 陶 松

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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 2831 - 6

定价:28.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

## 《民法哲学文库》学术委员会

---

主任：

赵万一（教授 博士生导师 民商法学院院长  
中国商法学研究会副会长）

刘云生（教授 博士生导师 民商法学院副院长  
中国法学会民法研究会理事）

委员：

张玉敏（教授 博士生导师 中国法学会知识产权法研究会副会长）

张 耕（教授 博士生导师 民商法学院副院长）

陈 菁（教授 博士生导师 中国法学会婚姻法研究会副会长）

谭启平（教授 博士生导师 中国民法学研究会副会长）

汪世虎（教授 博士生导师 商法研究室主任）

李雨峰（教授 博士生导师 知识产权法研究室主任）

## 作为目的与工具并存的民法 (代序)

民法以其自身独立的价值体系及其制度建构成为一种目的性存在；同时又以其个体化目标定位与治理功能及其程式化适用而成为一种工具性存在。西方近代以来文明昌盛，科技发达，很大程度上应当归功于继受罗马私法传统，以民法典为标识，界定了人与人之间、私权与公权之间的权利（力）边界，各明其位，各尽其责。而民法理论的系统化、抽象化无疑为民法典的历史诞生提供了内生价值体系与外在适用规范，不仅在俗界冲破了人作为神之奴仆的藩篱，亦毁弃了人作为人之奴仆的桎梏，每一个人获得了作为个体化自在自为存在的主体人格以及相应的权利。从这一意义上讲，近代民法哲学的繁盛不仅推动了民法内部的价值生成与制度建构，同时也使之成为改造社会、缔造人类新生的现实性力量！

近十年来，中国部门法哲学日新月异，繁花炫目，争奇斗艳，但究其根本，无一不是以民法之基本价值理念及其制度范式弘扬私权价值层面上的平等之地

位、自由之意志、独立之人格，并藉此推动了中国的法治化进程和思想观念之解放。

西南政法大学民商法学学科肇始于1953年成立的民法研究室，复办后隶属于法律系，后单列为法学一系，2003年，该系建院，成为中国第一个纯粹以民商法命名的法学院（系）。建院以来，秉承道术并重、知行合一的西政学术传统，各位同仁在致力于社会实践基础上，多能关注民法之基础理论研究，融汇哲学、政治学、社会学、经济学、宗教学学科之先进方法论，全面透析近代以来民法之生成、发展脉络及其规律，力求为中国民法典的诞生奠定坚实的人文基石。2004年以来，我院先后启动了“西南民商博士文库”、“西南知识产权博士文库”、“西南民商学人文库”、“西南民商教授讲演录”、“民商法学讲演录”、“民法哲学”（集刊）、“西南民商法学阶梯”等工程，出版专著、论文集近四十部，在学界产生了广泛而深刻的影响力。本次“民法哲学文库”推出的九部专著，或阐释、推演民法之基本命题，或探究、辨析民法之基本价值，或发掘、考释传统本土伦理与西方民法理念制度之契合，或探寻、论证民法之解释方法及逻辑路径。其共同的旨趣在于通过对民法之原初命题、价值体系、权利构建、法条解释等宏观性问题进行抽象分析，以期从本体论、本质论、本位论、方法论等领域全方位、深层次地对现代民法进行解析。

数年来，我们之所以对民法学基础研究孜孜矻矻，追求不懈，原因无非有三：

其一，毋庸讳言，我国民商法学学科起步晚，基础理论研究薄弱，加强基础理论研究对民法的发展和进步具有重要的意义。我们认为，民法哲学与民法的关系是宏观和微观、根基和枝叶的关系。只有全面研究民法哲学所体现的世界观和方法论，才能深入领会民法的基本精神和具体制度，才能学好民法。

其二，秉持优良的学术传统，薪火相传，再续伟业。本学科创始人

金平教授与杨怀英教授及其后继者李开国教授、张玉敏教授等不仅深切关注民法各类问题的现实样态及其功能缺陷,更能从理论上独出机杼,更正偏失,创新旧说,开一代民法研究新气象。典型者如被誉为“当代民法史的活化石”的金平先生,于1985年与其他学人一道率先提出民法调整对象“平等说”,冲破学术研究禁区,最终被《民法通则》所采纳,为我国市场经济的繁荣作出了历史性贡献。前辈平理若衡之学术理念及许国除弊之鸿风懿采惠泽西政数代学人。

其三,人才培养。我们一直强调,不仅要注重对学生知识的传授,而且要更加注重学生健全人格的培养,把学生的人格塑造和专业知识传授结合起来。将对“法律人”的培养具化为对学生“民法人”人格的塑造。我们在日常教学中深入挖掘民法文化中蕴涵的丰富资源,结合当今大学生的思想实际和心智特点,采用灵活多样的形式,塑造他们的健康人格,使学生时刻认识到自己作为“民法人”所应肩负的特殊历史使命。这样不但加深了学生对市民社会道德规范的理解和遵守,而且也有利于培养出与市场经济接轨同时与国际接轨的高端人才。

诚如前述,我们一直主张:民法不仅仅是一种制度,更是一种信念,是一种能够构筑和开创现代民主社会的信仰和理念;同时它还是一种力量,是一种足以改变我们自身和现实社会并能引领美好未来的力量。唯愿本套文库能对中国民法典之颁行与民法学理论研究水平之提升有涓滴之功,即或多所错谬,亦欢迎各位方家硕学赐教为幸!

是为序。

赵万一 刘云生

2011年11月26日于西南政法大学

法学是一门历史性的科学。

法学也是一门哲学性的科学。

法学是历史性科学与哲学性科学的统一。\*

人们过分重视新观点的产生,但却不重视对于已经研究过的事物的准确的、清晰的研习以及令人满意的描述。尽管在此之中,如果这种方式被认真地对待,已经存在的事物也会呈现出新的构成,并且带来科学的实际发展。即使这种发展不那么引人注目。大多数人不具备整体上有有效的创造力,因此,上述对于新观点的片面重视导致许多人徘徊于孤立的、不连贯的思想和观点之中,并由于这种片段化而忽视了对于我们科学整体进行互相联系的把握。\*\*

——[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼

---

\* [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼、[德]雅各布·格林著:《萨维尼法学方法论讲义与格林笔记》,杨代雄译,法律出版社2008年版,第4~6页。

\*\* [德]萨维尼著:《当代罗马法体系 I:法律渊源·制定法解释·法律关系》,朱虎译,中国法制出版社2010年版,前言第8页。



# 目 录

## 第一章 导 言 001

- 一、题解：法律关系、法律继受 001
- 二、我国民事法律关系理论的贫困 011
- 三、民事法律关系与其他法律关系 018

## 第二章 民事法律关系理论产生的基础 030

### 第一节 社会基础：“德意志问题” 031

- 一、人种德意志：日耳曼与德意志的纠缠 033
- 二、政治德意志：国家与民族的分离、疆域的经常性变动 038
- 三、经济德意志：社会经济的曲折发展 044
- 四、文化德意志：民族同质性在精神领域的实现 047
- 五、接受理性的罗马法教育的法学家治国 051

### 第二节 思想基础：理性主义 055

- 一、古希腊、古罗马：法即理性 055
- 二、中世纪：信仰时代 059
- 三、人类理性的解放和法之建构 063

## 第三章 萨维尼法律关系理论 079

### 第一节 萨维尼法学研究理路：三大阶段 081

- 一、民法释义学阶段 081
- 二、历史法学阶段 083
- 三、民法体系构造阶段 088

第二节	萨维尼论法律关系	092
一、《当代罗马法体系》:以法律关系为核心		092
二、萨维尼法律关系理论		096
第三节	法律关系理论的进一步发展	110
<b>第四章</b>	<b>继受过程(一):清末取民法于东瀛</b>	<b>117</b>
第一节	清末修律前外国民法的引介	121
一、西方法文化的输入		122
二、自创民法术语失败而取法东瀛		126
第二节	清末继受日本民法	134
一、清末民律的制定		135
二、清末立法继受日本民法		140
三、清末学说继受日本民法学		146
<b>第五章</b>	<b>继受过程(二):日本取民法于德国</b>	<b>153</b>
第一节	我国为何继受德国民法而非法国民法	156
一、法学家在社会改革(改良)中的突出地位		157
二、急迫的社会变革要求技术性而非思想性的法典		160
三、我国民法继受主要是质量问题		162
第二节	清末继受德国民法	167
一、清末中转日本立法继受德国民法		168
二、清末中转日本学说继受德国民法学		179
<b>第六章</b>	<b>继受过程(三):民国继受德国民法</b>	<b>202</b>
第一节	民律一草的继续适用	203
一、民律一草作为法理适用		203
二、民律二草脱稿于一草		206
第二节	民国继受德国民法	210
一、德国民法的制定		211
二、德国民法是立法继受德国民法的产物		215
第三节	民国学说继受德国民法学	218

- 一、法科留学生译介德国民法学 220
- 二、立法继受促成学说继受 223
- 三、民法释义推动学说继受 226

## **第七章 继受内容(一):法律关系 228**

### **第一节 织田万《法学通论》 229**

- 一、作为人与人关系之一的私权 230
- 二、一切私法上之关系皆权利关系 233
- 三、作为法律调整私人生活关系之结果的私法关系 237

### **第二节 梅谦次郎《法学通论》 240**

- 一、规定主体间关系的法律 243
- 二、主体间之权利 251
- 三、作为人与人、人与物之间权利义务状态之法律关系 254

## **第八章 继受内容(二):民事法律关系 257**

### **第一节 乾政彦《民法总则》 259**

- 一、以私权为核心的民法学 260
- 二、对抗关系与支配关系下的私权 264

### **第二节 松冈义正《民法总则》 267**

- 一、民法之内容即个人的法律关系 270
- 二、民事法律关系是民法规定的平等主体间之生活关系 274
- 三、抽象的与具体的民事法律关系 278
- 四、权利义务乃民事法律关系之两面 281

## **第九章 结语:反思 284**

- 一、民法学说继受史研究之必要 284
- 二、民法学:学耶? 术耶? 287
- 三、接续清末法律关系理论继受史 294

## **参考文献 299**

## **后 记 320**

### 一、题解：法律关系、法律继受

与许多法律概念、法律制度和法学理论一样，法律关系（Rechtsverhältnis、Jural Relations）也经历了一种根源于私法而超越于私法的发展历程。法律关系本是私法上的基本概念、制度和理论，随着法理学和法哲学研究视野的拓展，这一私法基本范畴逐渐突破其原在的私法领域，而发展成为整个法学的基本范畴，此诚可作为私法是“万法之母”的又一有力例证。<sup>〔1〕</sup> 由于法律关系已然成为整个法学的基本范畴，不仅法理学，而且其他部门法学也都对其展开各种维度的研究。为区别的需要，我国法学界承继前苏联的做法，将部门法学所研究的法律关系各自冠上部

---

〔1〕 对于民法是万法之母，勒内·达维德曾有过精辟的论述。他指出：罗马日耳曼法系发端于民法，其法学家也都是通过同样的民法学习培养出来的，新的规定非常自然地是以民法为榜样，或至少以民法为起点而制定出来的。民法在各类法律中起了基础学科的作用，法的其他门类曾以其为模式（行政法）或为某些类的关系努力使之完善（劳动法）。参见〔法〕勒内·达维德著：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第80～81页。

门法名称,从而民法学所研究的法律关系被称为民事法律关系,刑法学所研究的法律关系被称为刑事法律关系,行政法学所研究的法律关系被称为行政法律关系,而将“法律关系”用以指称法理学和法哲学所研究之超越部门法的法律关系。

值得注意的是,在法律关系理论发源地的德国,尽管有民事法律关系或私法法律关系或私法关系(*privatrechtliches Rechtsverhältnisse*)这一概念,但多数德国民法著作和教科书一般仍然用法律关系(*Rechtsverhältnisse*)来指称民事法律关系。<sup>[2]</sup>德国学者之所以没有在“法律关系”之前冠上“民事的”或“私法的”等限定词,原因主要在于法律关系理论根源于私法,法律关系从一开始就是一个私法概念,并无与法理学和其他部门法学上的法律关系区分之历史根源与必要性,自然就不必在法律关系之前冠上“民事的”、“私法的”等限定词的必要。但在我国,受苏联法律关系学说影响所致,法律关系从一开始就是法理学而非私法学的基本范畴,因而为明确标示作为私法学基本范畴的法律关系,有必要在法律关系之前冠上“民事的”、“私法的”等限定词,于是就形成了民事法律关系这一概念。同样,基于区别的必要,也就产生了刑事法律关系、行政法律关系、诉讼法律关系等概念。在法律关系理论扩展至法理学和其他部门法学后,对德国私法学上的法律关系理论,有的学者也基于区分的必要而加上了限定词,而形成 *privatrechtliches Rechtsverhältnisse*。但这一词语似乎对德国民法学者影响甚微,他们仍然使用“*Rechtsverhältnisse*”一词。

---

[2] Siehe Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1. Berlin bei Deil und Comp. 1840, s. 6-8. Siehe Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB: ein Lehrbuch*, 5., neubearb. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag. 1992. s. 24. 同时参见[德]卡尔·拉伦茨著:《德国民法通论》,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第255页;[德]迪特尔·梅迪库斯著:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第50页。

在我国的一些法学著作中,尚有“私法关系”这一概念,<sup>[3]</sup>但对于这一概念的内涵,学者们却较少论述。著名前辈民法学者谢怀栻先生在《从德国民法百周年说到中国的民法典问题》一文中将私法关系等同于“民法关系”,但由于该文主旨不在此,因而并未说明什么是民法关系、私法关系。而在其《外国商法精要》中,谢老明确将私法关系等同于民事法律关系,他认为私法关系就是国家不直接加以干预的那些法律关系。<sup>[4]</sup>著名法理学者谢晖教授认为私法关系是私法法律关系的别称,指私法调整下所形成的主体之间的权利义务关系,包括民事法律关系和商事法律关系。<sup>[5]</sup>著名的行政法学者马怀德教授亦是将私法关系与民事法律关系作同一理解。<sup>[6]</sup>其他一些学者虽然没有明确将私法关系等同于民事法律关系,但从其著述的内容中大致可以推论出其所指私法关系与民事法律关系乃同一事物。笔者认为,私法关系强调的是当事人之间的法律关系乃依私法而发生,其侧重与公法关系(依公法而发生之法律关系)的区分,而民事法律关系这一概念在字面上,并不包含公法与私法以及公法关系与私法关系区分的问题。私法关系与民事法律关系名异而实同,德语中的 *privatrechtliches Rechtsverhältnisse* 一词其实就可以翻译为私法关系,本书将两者作相同理解。

---

[3] 参见谢怀栻:《外国商法精要》,法律出版社2002年版,第134页;谢怀栻:“从德国民法百周年说到中国的民法典问题”,载《中外法学》2001年第1期;马怀德:“公务法人问题研究”,载《中国法学》2000年第4期;周叶中:“公民基本权利的性质”,载《深圳大学学报:人文社会科学版》2004年第1期;李军:“私法自治的基本内涵”,载《河北法学》2005年第1期;陈俐茹:“论私法关系下之基本权冲突——以言论自由与名誉权的保护为例”,载江平、杨振山主编:《民商法律评论》(第2卷),中国方正出版社2005年版。

[4] 谢怀栻:《外国商法精要》,法律出版社2002年版,第134页。

[5] 谢晖、陈金钊:《法理学》,高等教育出版社2005年版,第244页。虽然谢晖先生此处将民事法律关系与商事法律关系区分开来,但实质上,商事法律关系只是特殊的民事法律关系。正是由于这个原因,我国的商法教科书一般都没有专门论述商事法律关系。

[6] 马怀德:“公务法人问题研究”,载《中国法学》2000年第4期。

本书所研究民事法律关系者,乃私法学领域的法律关系,其既不同于法理学上的法律关系,也区别于其他部门法上的法律关系。对于本书的该研究主题,有必要指出:其一,由于私法的范围十分广大,而为凝聚研究主题的必要,本书所研究的民事法律关系虽然不以狭义民法(“小民法”)为限,但以狭义民法为主要研究范围,于必要时,方才涉及商法、知识产权法等相关内容。其二,民事法律关系理论内容体系异常庞大,在一定层面上——至少在技术层面上,私法学就是民事法律关系之学。这样宏大的研究内容显然是本书所不能承受之重,因而本书将研究的重心放在民事法律关系理论的学说继受上,旨在从基础理论的角度推进我国相对贫困的民事法律关系理论,而尽量不涉及民事法律关系及其对民法体系甚或民法价值理念之影响等内容。<sup>[7]</sup>其三,尽管民事法律关系理论在一定程度上是一种理论分析工具,大陆法系和英美法系的一些学者几乎将此视为法律关系理论的唯一功能,而在此方面花大力气展开技术性和逻辑性研究。<sup>[8]</sup>但分析法学派对法律关系的研究,在很大程度上是在法理学而非私法层面进行的。而民事法律关

---

[7] 民事法律关系是否单纯是一个法技术问题,其是否包含着民法价值观念在内,是一个值得深入研究的问题。但就我国民法学目前的研究成果来看,大多是在技术层面上——思维范式的层面探讨民事法律关系理论,本书也主要是在这个意义上讨论法律关系理论的。对于这个问题,笔者的初步认识是:在民法的前设中,主体本身是超越于社会关系和法律关系的,而承载民法价值理念的不是民事法律关系而是自然人,因而民事法律关系本身似乎并不承载价值于其中,毕竟自然人在事实上是先在于民事法律关系而自在自为的存在着的。至于法人和非法人团体,在事实上似乎不是先在于民事法律关系而存在的,其亦不是自在自为而存在着的,而民事法律关系理论将自然人、法人和非法人团体上升为主体,是否在逻辑上将民法基本价值理念容纳其中,这还有很多问题需要深入研究。对这一问题的思索,缘于与朱虎博士和周清林博士的交流,在与他们就此问题的简短讨论中,他们的敏锐洞察使笔者受益匪浅。

[8] 此以分析法学派为典型,如美国的霍菲尔德(Hohfeld, W. N.)教授和科克洛克(Kocourek, A.)教授分别在其名著《司法推理中应用的基本法律概念》(*Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*)和《法律关系》(*Jural Relations*)中,运用分析法学的方法,深入研究了法律关系的理论分析功能。Hohfeld, W. N., *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed., W. W. Cook, Yale University Press; London: Humphrey Milford, 1923. Kocourek, A., *Jural Relations*, The Bobbs-Merrill Co., 1928.

系理论不仅是一种分析工具,亦是一种逻辑结构严整的理论体系,其内在的结构和内容更值得深入研究,朱虎和杨代雄二位博士<sup>[9]</sup>对此已作了很有益的研究。在笔者看来,民事法律关系理论乃民法学之独特的思维范式,<sup>[10]</sup>是民法学为市民社会生活提供的典型问题及其解答,是民法学对平等主体间的私法关系内在逻辑的提炼和基本规律的概括。民事法律关系理论的出现使民法学的经典体系——《德国民法典》是立法经典,潘得克吞民法学是教义学经典二者得以确立,民事法律关系因此而成为民法学这一学科成熟的标志。民事法律关系不仅于民法学有此根本的意义和价值,而且于民法本身亦具有重要意义:其在民法中是仅次于主体的第二个基本概念,甚至在法技术层面,其亦可将主体涵摄其中。至于权利、义务、事实、行为等民法基本范畴在技术上也不过是其不同构成维度而已——当然,在民法典中如何表现和规范民事法律关系的各维度,则是另外一个问题。民事法律关系因此而成为“民法的枢纽性制度”,民法学亦因此而成为民事法律关系之学。其四,由于法律关系理论是德意志法学理论研究的产物,是德意志民族超强抽象思维能力的重要体现;因而本书以德国法律关系理论为研究起点,在此基础上,重点考察我国清末民初中转日本继受德国民事法律关系理论的过程和具体内容,以实现清末民初我国民事法律关系理论继受的学术史考察。

---

[9] 参见杨代雄:《古典私权一般理论及其对民法体系构造的影响——民法体系的基因解码》,北京大学出版社2009年版;朱虎:《私法体系中的法律关系理论》,中国法制出版社2010年版。

[10] 范式理论,是美国科学哲学家托马斯·库恩所提出的一种著名理论。他说:“范式通常是指那些公认的科学成就,它们在一段时间里为实践提供典型的问题和解答”。范式就是“公认的模式或模范式是特定学术共同体的基本共识,是对某种现象内在逻辑的提炼和基本规律的概括。标志着一个学科的成熟程度”。他并强调指出:“范式一改变,这世界本身也随之改变了。……范式的改变的确实使科学家对他们所涉及的世界看法不同了。……在革命之后,科学家们所面对的是一个不同的世界。……革命之前科学有世界中的鸭子,在革命之后就成了兔子。”参见托马斯·库恩著:《科学革命的结构》,金吾伦、胡新和译,北京大学出版社2003年版,第4、21、111页。



除了法律关系之外,法律继受特别是学说(理论)继受是本书研究的另一主题。人类历史上一直存在着法律迁移现象,即一个民族或国家的法律迁移到另一个民族或国家,这一趋势在经济全球化的当下更加明显,甚至出现了“法律全球化”的趋势。<sup>[11]</sup> 对于法律迁移现象的客观存在其实人们不应当有多少争议的,至少我国很少有学者质疑法律移植和法律继受。只有部分外国学者从法律社会学的视角分析认为法律与社会紧密相关,社会的异质性导致法律不可能移植成功,这一观点不仅在法律社会学内部遭到质疑,而且在外部亦受到比较法学的强烈反对。所以总体上而言,对法律迁移现象的客观性学者们并没有太多异议,基本上可谓是世界范围内的一种学术共识。但奇怪的是,对于描述这一现象的两个中心语词——法律移植与法律继受的确切含义,学者们并未达成高度一致,而是各说各话。对于法律移植,人们通常认为其实质上是一种“隐喻”,这种隐喻包含三种形态:<sup>[12]</sup> 第一,机械型隐喻意指法律作为一种社会运作机制、一种社会工具和一种社会工程技术“输出”、“输入”、“流通”、“传播”以及“强加”至另一国或地区。这种隐喻体现了工具主义法律观。第二,有机型隐喻意指法律作为社会相对独立的组成部分像有机物一样可以被“移植”、“嫁接”、“病菌”、“感染”、“刺激”至另一国或地区。此时,法律移植要么成功要么失败,没有部分成功部分失败的问题。这种隐喻体现了功能主义法律观。第三,

---

[11] 高鸿钧教授将法律的全球化途径,或者说法律全球化的表现形式分为三类,即全球治理与国际法治(主要表现为三:《联合国宪章》是世界共同遵守的基本规范;自联合国成立以来,国际法的许多任意性规范开始变成了强制性规范;国际司法机制正在强化)、全球法律的地方化(主要表现为二:在人权领域,联合国和国际组织已形成许多标准人权文件;自世界贸易组织成立以来,缔约国必须根据有关协议调整自己的法律制度)和地方法律的全球化(表现为二:新商人法穿越国家领土;美国等西方国家通过“法律与发展”项目推销西方法律)。详见高鸿钧:“法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向”,载《中国社会科学》2007年第4期。

[12] 参见[意]D. 奈尔肯、[德]J. 菲斯特编:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2006年版,第22页。高鸿钧:“法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向”,载《中国社会科学》2007年第4期。