

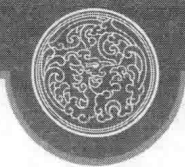


东北亚区域法文化的 比较研究

李畅 齐秀梅 关鑫 编著



中国政法大学出版社



东北亚区域法文化的 比较研究

DONGBEIYA QUYUFA WENHUA DE
BIJIAO YANJIU

李畅 齐秀梅 关鑫 编著



中国政法大学出版社

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目(CIP)数据

东北亚区域法文化的比较研究 / 李畅, 齐秀梅, 关鑫编著. —北京: 中国政法大学出版社, 2014. 10

ISBN 978-7-5620-5688-1

I. ①东… II. ①李… ②齐… ③关… III. ①法律—文化—对比研究—东亚 IV. D909.31

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第250310号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 12
- 字 数 280 千字
- 版 次 2014 年 11 月第 1 版
- 印 次 2014 年 11 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 元

序



2012年7月6日,长春理工大学组织召开了“第二届东北亚比较法学国际学术研讨会”,这是继2009年召开第一届会议之后又一次大型的比较法学国际会议,我作为中国比较法学研究会的会长,自始至终见证了长春理工大学创办比较法学专业,成立东北亚比较法研究所,提出“东北亚比较法学研究”这一学术新概念,以及全方位多渠道地开展国际学术合作与交流的全部过程。

值此“第二届东北亚比较法学国际学术研讨会”学术论文集出版之际,受命为之作序,回顾这几年来的发展历程,仍不禁激动不已!

比较法学自成立之初,无数的比较法学者都在研究比较法学与世界共同法的问题,同时对“世界共同法”的概念、范畴等问题持有不同的解释。而在当今世界经济全球化和法律全球化的发展趋势下,世界共同法的内涵、范围和具体应用越来越凸显。与法律全球化的发展趋势相适应,我们深入探讨比较法学与法律文化诸种理论问题和广泛的法律实践问题亦是十分必要的。第二届东北亚比较法学国际学术研讨会所确定的核心议题就是“东北亚区域法文化的比较研究”,而2013年度中国比较

法学研究会年会的主题也是从比较法的视野去研究当代世界各国法律发展及其法律现代化进程中，各个民族国家和地区的固有的和特有的法律文化的特质，以及它们之间通过不同途径达到不同程度的融合性和趋于统一的诸问题。

众所周知，任何一种法律制度都是在不同民族国家和地区的本土环境、社会价值观念和传统的影响下生成的并且深嵌于整个文化之中。传统的法律移植理论侧重于研究特定法律文化传统的独立性。我们应当在多维层面对不同民族国家的法律体系及其同一国内在不同时期或同一国内不同民族存在的法律文化进行差异性的比较研究时，寻找其更深层面的共同核心价值，也就是说，要对多元的法律文化进行多视角的比较研究。在对多元的法律文化的研究进程中，应当充分发挥和超越比较法的功能比较的功能性。

功能比较的出发点和基础就是社会问题和社会需要。各个民族国家或超国家组织的法律体系及其各部门法在结构上千差万别，但是都存在着不同程度的可比性，甚至具有相当一致的可比内容。因而可以从同一性角度找出相对应的相近功能的法律制度进行功能比较，以求解决人们共同存在着的实际问题和社会需求，进而推动不同法律体系和法律文化之间的沟通，形成人类普遍的法律价值。

我们应重新审视对不同法系划分的内在科学性，突破比较法的原有研究范围，注重对各种法系的异同点的研究，寻找其共同性和融合性。应当特别关注当今世界许多国家的立法、司法及其法律监督机制都呈现出“二元”或“多元”法系的性质。目前，许多传统的大陆法系国家、普通法系国家和“混合”法系国家及其他法系国家和地区，已经在其立法中，在其司法制度和运作过程中，以及法律监督机制和程序中，互相进行吸

收和融合，显著地体现出了其“共同性”特征。

综上所述，在今后的比较法研究当中，我们必须跳出传统的以两大法系和欧美学者为中心的狭隘局面，克服欧洲中心主义的倾向，以全球化的视野建立“多极化”的比较法研究领域。在这方面，长春理工大学充分利用自身所处的地域优势，率先开展了对区域法文化的比较研究，见微知著，我预祝他们今后取得更为丰硕的研究成果，为中国的比较法学研究增添一抹异彩！

中国比较法学研究会 会长
中国社会科学院法学研究所 教授

刘兆兴

2013年12月

目 录



序	1
---------	---

上编 理论研究

比较法区域研究：超社会体系与跨体系社会/李晓辉	3
基本权保障法律缺失问题的解决理论与实践辨析/吴东镐	11
日本传统法文化“义务本位论”反思	
——以若干被引证的“案例”为中心/郑二为 李 雪 王晓明 ...	24
近代中日私权形成之比较/周晓男	41
法律全球化影响下的中国法的发展方向/孙耀刚	52
中俄法律文化差异的比较研究/殷方敏	58
“综合比较法”的新概念和注重多元化的全球化法律教育	
——基于千叶晚年的日文论文/角田猛之	68
习惯法论	
——以中韩两国民法史为中心/李钟吉	86

下编 实践探索

发展中的俄罗斯联邦仲裁法院/王志华	113
中韩不动产制度比较研究	
——以土地及建筑物的关系为中心/金路伦	120
日韩老年长期护理保险法比较研究/高春兰	129
草原保护利用制度的法学思考/海 棠	149
对俄罗斯知识产权法的比较研究/赫 然 曲 博 蔡露露	157
论行政复议中的效率问题	
——兼论中日法文化的比较/李 畅 王铮辉	171
中蒙刑法体系比较探究/任继鸿	183
中国能源法律制度现状评述	
——以比较法为研究视角/刘 宇	200
宪法监督模式比较分析/王文晶 汪晓锐 刘懿瑶	217
侵权责任构成要件研究中的“假象问题”	
——兼谈比较法方法论/郑 路	230
比较法视角下中韩地方警务运作模式研究/李 勇	245
行政法改革的国际合作	
——公法领域的法律整备支援的可能性/竹中浩	252
中日原子能政策与法律比较	
——日本福岛核电站泄漏事故对原子能政策与	
法律的启示和教训/野崎晃市	260

论中韩行政诉讼法上的原告适格/郑然富	273
关于中韩两国维持转售价格行为规制的比较研究/金汉信 ...	284
宪法法律责任/索伦噶	309
蒙古国民法中的疑难问题/博·特木伦	311
“台湾地区劳动基准法”重点简介/周沧贤 秦嘉逢	315
中、日、韩公务员医疗保障制度比较研究/沈冠辰 沈诗杰	354
金融消费者概念法学阐释与保护路径/张 悦 关凤荣	365

上编 | 理论研究





比较法区域研究：超社会体系与跨体系社会

李晓辉*

一、区域研究的社会人类学范畴：超社会体系与跨体系社会

区域与区域化是人类发展的普遍现象。区域的形成是人为规划和自然形成互动的结果，同时区域也是区域化的结果，是诸如历史事件等因素动态发展的结果。区域的概念首先强调了地理环境与人类社会活动的相互影响。但是，经由人类学和社会学的研究，区域已经不仅仅是一个地理范畴。区域既包括地理的邻近也包括人类活动和相互交往所形成的某种文化共同体。经过一定时间，社会和环境促成了一系列独特地区的形成，各个地区皆反映出其最初所选择的环境条件，以及文化工具对这种选择的影响。人类在时间与空间的双重维度中组织出了文化区域的意义。尽管当代区域化的意义通常被组织在一种经济政治关系当中，但也常常导致其他复杂关系和新的问题。区域研究在社会人类学、历史人类学中受到关注，传统的民族志研究、区域史研究等领域也已经形成了一定的积累。为在更广泛的范

* 李晓辉：北京外国语大学法学院，副教授。

国内研究区域问题, 社会人类学等学科发展出来一些具有一定理论优势的概念范畴, 如“超社会体系”和“跨体系社会”。

“超社会体系”是人类学者王铭铭提出的概念, 主要用于解释和描述“多元一体格局”为特征的中国社会。经由王铭铭考证, 在文化人类学的研究中, 涂尔干曾经指出社会学长期将国族生活视为群体生活的最高形式, 尚未认识到没有清晰边界的社会现象的存在, 这些社会现象超越了政治边界, 向难以界定的空间延展, 社会学有必要确定这些现象的存在方式。^[1] 人类学家莫里斯 (Maurice Freedman) 认为有一种社会是超过“社会”边界的, 但又是社会性的, 如宗教。Hyper-social 体系的关键在于同时为社会内部人的集体行为提供准则, 为社会之间的交流提供渠道。莫斯最后把这种 hyper-social 体系称作 civilization (文明)。在莫里斯和涂尔干看来, 文明是经由一些中介和起源关系而长期保持关联的社会聚合体, 是“集体表象与实践的传播”。^[2] 王铭铭教授在整合和美国的施坚雅 (G. William Skinner) 相关概念的基础上提出了“超社会体系”的概念。王铭铭的所谓“超社会体系”或“秩序的跨文化政治”, 包含几类: ①作为其他社会或文化之一部分或涵盖其他社会或文化的社会或文化体系; ②作为“世界宗教”一部分或涵盖“世界宗教”的社会或文化体系; ③作为自然界的一部分或涵盖自然界的社会或文化体系。^[3] 形成这种体系的共同因素, 既有“物质文化”、“地理”、“经济”的表达方式, 亦有宗教、

[1] Emile Durkheim and Marcel Mauss, "Note on the Concept of Civilization [1913]", in Marcel Mauss, *Techniques, Technology and Civilization*, edited and introduced by Nathan Schlanger, New York and Oxford: Durkheim Press/Berghahn Books, 2006.

[2] 转引自朱金春、王丽娜: “从‘多元一体格局’到‘跨体系社会’——民族研究的区域视角与超民族视野”, 载《黑龙江民族丛刊》2012年第2期。

[3] 参见王铭铭: “再谈‘超社会体系’”, 载《西北民族研究》2011年第3期。

仪式、象征、法权、伦理的表达方式，既可以是现世的，也可以是宇宙论与道德—法权方面的。在这种意义上，经由外交、贸易、婚姻、宗教和语言等媒介构成的网络，如汉字文化圈、儒教文明圈或东亚文明，也都可以称之为一种“超社会体系”。这一概念的优势在于关注了超越不同社会形式、具有共同性的社会结构要素在形成某种超社会体系中的作用。

“跨体系社会”则由文化和历史学者汪晖提出，主要用于研究中国的区域、社会与国家的相互关系，并具体应用于中国西藏、新疆问题的研究。“跨体系社会是指包含不同文明、宗教、族群和其他体系的人类共同体，或者说，是指包含着不同文明、族群、宗教、语言和其他体系的社会网络。”^{〔1〕}这里的跨体系社会所强调的超越国家等社会体系的整合力量不仅来自于经济发展，同时来自于政治、文化、语言、仪式等。这一概念提供的是不同文化、不同族群、不同区域通过交往、传播与共存所形成的社会文化形态。^{〔2〕}“跨体系社会”不但不同于从“民族体”角度提出的各种社会叙述，也不同于“文明国家”的概念。跨体系社会很可能是一种跨文明的社会体^{〔3〕}，如民族种族混居地区的家庭和村庄常常包含着不同的社会体系（族群的、宗教的、语言的等等），以致我们可以说这些“体系”内在于一个社会、一个村庄、一个家庭、甚至一个人。“跨体系社会”概括了这些独特的、常常为现代知识忽略或简化的历史现象，也提供了一种丰富立体地重新描述这些现象的可能性，能够更加清

〔1〕 汪晖：“跨体系社会与区域作为方法”，载汪晖：《东西之间的“西藏问题”》，生活·读书·新知三联书店2011年版。

〔2〕 参见汪晖：《中国：跨体系的社会》，载 <http://www.doc88.com/p-490187856976.html>，访问时间：2012年5月15日。

〔3〕 汪晖：“跨体系社会与区域作为方法”，载汪晖：《东西之间的“西藏问题”》，生活·读书·新知三联书店2011年版。

晰地突出区域内部丰富的文化多样性与复杂的对外关系。

二、比较法与区域研究范式创新

比较法研究在某种意义上是一种文化区域化的过程、工具与结果。一方面在区域形成和发展的过程中,经由法律制度的比较,邻近地区之间的法律走向类似或差异。比较法研究与实践是区域化的重要内容,法律成为区域共同体不可或缺的中介和文化纽带。另一方面,比较法着力追求超越国家的某种“法系”、“法律传统”抑或“法律文化共同体”,经由这些话语体系,事实上通过文化、传统、样式等概念,将不同国家的法律制度整合成为某种跨越地理区域意义上的,比较法文化意义上的法律“区域”。比较法教学与研究中的“世界法律地图”模式就是一种典型的将法律文化地理化、区域化的意象。同时,这种经由比较法重构的法律文化区域不断强化了某种内在的联系,将这些也许在地理上并非近邻的区域紧密联系在一起,形成强烈的法律文化区域认同。比较法律文化区域认同部分超越了政治国家体系形成某种事实上跨越国境的法律文化圈。比较法史的研究也让人们注意到,这些法系抑或法律传统的形成在很多时空环境中是基于跨越国家而存在的民族、种族、宗教、文化传统等“社会纽带”而建立的。如穆斯林的宗教法、犹太人的犹太习惯法、东亚儒家文化圈等等。20世纪末以来,比较法研究也成为区域一体化和全球化的重要推手之一。

但传统比较法的区域研究往往处于被动地位,为经济与政治一体化这种意识形态所左右。大部分的区域比较法研究局限于国别法的比较、法律一体化与区域经济一体化等问题,主要作为一种区域经济一体化的制度支持而发挥作用。而在更广泛的向度上,如法律文化、法律与社会的理解与解释、法律对于

区域形成与发展的深层影响方面则缺乏建树,走出困境的办法之一就是寻求其他学科的启发,包括利用其他学科所提供的概念工具和有益视角。

引入社会人类学“超社会体系”和“跨体系社会”的范畴有利于拓展比较法区域研究的向度。传统比较法的区域研究往往停留在跨国文化系统层面,或者说是停留在以国家为基本单位组织起来的法律文化系统层面。国家法律传统与民族主义已经成为比较法区域研究的基本单位和价值基调。区域内的法律比较往往是以国家为单位的,最后又服务于国家发展跨国合作的目的,成为区域经济一体化追求的副产品。国家法基础上的区域法似乎成为唯一的向度。而上述“超体系社会”和“跨社会体系”的概念已经将比较的时空向度推进到“社会”的层面。

一般认为,社会是人的共同体。人们赖以建立共同体的基础可能是共同的利益、价值观念、共同的文化传统等。人类社会发展的高级阶段,出现了社会的不同组织形式,如家庭、社群、国家等。也有观点认为,社会既有狭义的也有广义的,狭义的社会可以指社群,广义的社会可以指国家。有学者考证,在西方现代意义上的社会与国家的概念几乎是同时出现的,自国家的概念出现后,基本取代了民族、种族这种划分的自然形式^{〔1〕},成为公共权力的垄断形态和主要的社会秩序建构者、组织者。不论何种理解,社会概念所指的范畴都大于国家,并在某种程度上区别于国家,从而建立不同于国家的时空向度。从“超社会体系”的角度而言,“超”的含义更接近超越。超越的对象首先是国家这种社会组织形式。这一概念的应用将引导比较法的区域研究拓展到上至区域社会的整体研究,下至

〔1〕 See Raymond Williams, *Keywords: A Vocabulary of Culture and Society*, revised edition, New York: Oxford University Press, 1976, pp. 291 ~ 295.

“微社会”组织的多样、复数形态，从而不再将区域法简单理解成为国家法服务、进而为国家经济发展和区域经济发展服务的某种工具化倾向，并将引导比较法研究关注共同的经济利益之外更加丰富的共同的生活方式和文化因素。

而“跨体系社会”的概念不再将国家法、区域法作为某种天然一致的封闭体系，从而发现在区域一体化过程中那些更加多彩而具体的、多元统一的法律制度与文化。比较法研究在区域法律研究过程中尤其需要克服自身范畴藩篱所带来的局限，需要避免如法系概念有可能造成的符号化、类型化、简单化的危险。“跨体系社会”的存在提醒比较法研究者，在关注那些被国家法、甚至被法系、法律传统等泛化的范畴所割裂的，原本一致的共同体形态，如东北亚地区分属三个国家的朝鲜族法律文化。另外，比较法在开展区域研究的过程，仍然需要关注作为区域研究基础的地缘与法律的关系问题，需要关注地理环境、语言、文化传统与区域法律发展等基础问题。

三、东北亚比较法研究的方法论启发

亚洲的东北部的东北亚地区，按地理位置的分布，包括俄罗斯联邦的东部地区（萨哈林岛等地），中华人民共和国的东北和华北地区，日本国，大韩民国，朝鲜民主主义人民共和国以及蒙古国。这一区域的区域化来源于地理位置的邻近，地理环境与气候的类似，人种、语言和历史传统相近等等。^{〔1〕}东北亚

〔1〕东北亚地区普遍属于温带与寒带的过渡地区，四季分明、冬季寒冷。东北亚地区的居民组成以东亚蒙古人种为主，主要集中在东北亚的沿海平原区域。以语言分民族，主要有数量最多的汉藏语系的中国汉族，阿尔泰通古斯语系的日本族（大和族）、朝鲜族（也称韩族）、满族、蒙古族等及数量很少的印欧语系斯拉夫语族的远东俄罗斯族等。