



www.comparativelaw.com.cn

2017年卷

中国比较法学

比较法学的教育与研究

主编 高鸿钧
执行主编 王志华

于明

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW



中国政法大学出版社



中國社會科學院

中國經濟學

中國社會科學院經濟學研究所編

中國社會科學出版社

0



www.comparativelaw.com.cn

2017年卷

中国比较法学

比较法学的教育与研究

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

主 编◎高鸿钧

执行主编◎王志华 于 明



中国政法大学出版社

2018·北京

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（C I P）数据

中国比较法学. 比较法学的教育与研究：2017年卷/高鸿钧主编. —北京：中国政法大学出版社，2018. 4

ISBN 978-7-5620-8182-1

I. ①中… II. ①高… III. ①比较法—中国—文集 IV. ①D920. 0-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第053086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 | 010-58908524(编辑部) 58908334(邮购部) |
| 承 印 | 北京华联印刷有限公司 |
| 开 本 | 720mm × 960mm 1/16 |
| 印 张 | 19.25 |
| 字 数 | 300 千字 |
| 版 次 | 2018 年 4 月第 1 版 |
| 印 次 | 2018 年 4 月第 1 次印刷 |
| 定 价 | 58.00 元 |

本书由中国法学会资助出版

卷首语

1900年巴黎国际比较法大会的召开标志着比较法迎来了一个繁荣发展的新时代，而远在欧亚大陆东端的中国，也在20世纪初放弃实行了两千余年的古老法律传统。以清政府诏谕变法修律为肇端，正式拉开法制现代化的序幕，开始移植和借鉴西方法以构建新的法律体系。而借鉴外国法为我所用必须首先了解外国法，并与中国法相比较，或根据中国社会的现实条件因地制宜地制定出适合中国国情的法律。此一时期，朝野上下共同努力，有立法上的借鉴、司法上的应用和学理上的探讨，译介、学习和研究外国法遂蔚然成风。到1930年代初，一个以国民政府“六法全书”为标志的较为完备的现代法律体系已经建成。

此一成就的取得，比较法功莫大焉。

众所周知，比较法的发展有赖于比较法学的教育和研究。而中国近代尤其是民国时期的新式高等院校为此作出了卓越贡献，其中的佼佼者当属东吴大学法学院。

东吴大学法学院在中国近代曾以比较法教学而于众多法律院校中独树一帜，以“北朝阳南东吴”著称于世。东吴大学法学院的英文名称为Comparative Law School of China，即中华比较法律学院或中国比较法学院，这是当时世界上仅有的以比较法命名的两所法学院之一（另一所为法国里昂比较法学院）。

东吴大学法学院在中国大陆的整个存续期间 (1915 - 1952) 一直坚持比较法教学, 在课程设置上全面体现比较法教学理念, 为中国培养了一大批适应现代国际化需要的优秀法律人才。这些接受过比较法学严格训练的东吴法律人, 曾在东京审判中大显身手; 1949 年前后的许多著名法学家、律师和法官出自该学院。20 世纪 50 年代以后虽然中断了三十年之久, 但自 1980 年代以来, 随着中国法治建设的重新起步, 出自东吴大学的法学前辈仍然活跃在中国比较法学领域, 传授他们的教学和研究经验, 为后辈铺路搭桥, 为中国的比较法学教育和研究乃至整个法治建设作出自己的贡献。

中国法学会比较法学研究会自 1990 年成立以来, 一直致力于推动中国比较法学的教育与研究。每年一次的年会即旨在加强国内学者间的比较法教学和学术交流, 也是展示比较法学科研究成果的学术盛会。

苏州大学的前身是东吴大学, 2017 年比较法年会选在中国比较法学的诞生之地——苏州大学王健法学院举办, 并以“比较法学的教育与研究”为主题, 乃在于踵迹前贤、激励后辈, 期于促进中国比较法学的进一步繁荣与发展。事实证明了这一选择的正确性: 本次年会参加人数和收到的论文数都是历届中最多的一次。年会最后取得圆满成功, 这要感谢苏州大学王健法学院胡玉鸿院长和上官丕亮教授的鼎力支持, 以及全院师生的辛苦付出。

作为年刊的论文集, 每年出版一卷, 今年由于明副秘书长负责编辑。在感谢之余还应说明的是, 今年的论文集除年会提交的论文外, 还辟出专题刊载 2017 年度中国比较法学立项的 5 篇课题成果。另外, 多年来, 中国政法大学出版社刘海光主任和项目编辑项玮为年刊的出版费心尽力, 每年能于时间紧迫且并不降低质量的情况下赶在年会召开之前出版文集, 因此感谢他们的敬业精神和辛勤工作。

王志华

2018 年 2 月 25 日

目 录

王志华	卷首语	I
-----	-----------	---

第一编 比较法教育专题

李晓辉	法学院中的比较法教学现状与反思	3
季金华	李海峰 法学教育模式的比较分析	16
朱明哲	全球化背景下的法国法学教育 ——体系性追求及其面临的挑战	35
敏振海	伊斯兰法学教育在中国的实践 ——以经堂教育为视角	73
申建平	论法律诊所教育及其在中国的本土化	86
李 洋	罗炳吉与东吴大学法学院	96

第二编 特 稿

康 宁	王若时 栉风沐雨，玉汝于成 ——由嵘教授回忆北京大学法律史学科建设访谈录 ...	117
-----	---	-----

第三编 研究会资助项目专题

鲁楠	非西方法文化在比较法教学研究中的地位和作用	133
张冉	浅析美国法学教育输出的途径与影响 ——以民国时期教会大学与现代 LL. M 教育的比较为例	149
王海军	俄罗斯比较法学的历史发展与法学教育	166
王婧	培养中国的社会工程师 ——评庞德的中国法律教育改革建议	189
沈伟	蔡元培与南洋公学的法学教育	208

第四编 比较法研究论文

元轶	比较法视角下的刑事诉讼法学发展	223
马剑银	“想象”他者与“虚构”自我的学理表达 ——有关《法律东方主义》及其中国反响	234
蒋龔	全球化时代比较法研究的“再地方化” ——以对印度 1950 年宪法原旨之探索为中心	252
占茂华	中西古代守法观之比较	271
上官丕亮等	中国法学会比较法学研究会 2017 年年会综述	284

第一编 比较法教育专题

法学院中的比较法教学现状与反思

李晓辉*

一、为什么要教比较法

“比较法对于大学教育具有巨大意义。”^{〔1〕} 比较法在法学教育中的功能一方面体现为在其中加深理解本国法，从而使“使本国的法律教育获得更新和补充”；另一方面则为了探究“共同法”之普世知识和规则的可能。更为重要的是，比较法能够使法科学生摆脱仅仅局限于对国内法律条文的解释和争论，跳出对国内法条文的语义和逻辑争议，而看到法律制度和技术背后多种可能的社会和人生。也正是从这个意义上讲，“比较法的研究原本是无目的的”。^{〔2〕} 它主要是由好奇心驱使所生成的学问，是浪漫主义者在法律领域中能够找到的几块有限乐土之一。比较法是追求经世致用的法律学科中，难能可贵的人文要素、思想要素和科学要素。比较法只具有较弱的规范力量，因此“比较法的教诲意义小于它的澄清和描述意义”。^{〔3〕} 也正是基于此种考虑，现代比较法的开创者朗贝尔曾经提出：“在大学课程上，

* 李晓辉，中国政法大学比较法学研究院副教授。

〔1〕〔德〕茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第30页。

〔2〕〔德〕茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译，法律出版社2003年版，第5页。

〔3〕〔美〕达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔：比较视野中的法律程序》，郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第13页。

比较法应当同国内法律体系的课程一样享有同样稳固的地位。”〔4〕他要求有三个学期的时间,每周四小时讲授比较法。美国比较法学会曾于 20 世纪 30 年代、50 年代和 70 年代做过比较法在法学院中教学情况的调查,〔5〕并专门组织召开比较法的教学研讨会,〔6〕得出了“比较法是现代法学教育之必需”的结论。面对 20 世纪末的全球法律发展状况,茨威格特和克茨也曾经如此判断:“对于法学教育而言,比较法是必需的,而且是有益的,这个信念没有任何改变。”〔7〕跨越世纪以来,比较法学者也在不断地呼吁加强比较法的教学。

但实际上,自比较法学科建立以来,它在法学院中的地位基本上是最低限度的。茨威格特和克茨在《比较法总论》中对当时德国的比较法教学进行了分析,结论是尽管当时德国的大学通常开设一门比较法导论的课程,但在外国法教学内容上往往情况不一,内容多样。在当时的德国,“法学教育的地方主义”仍然广泛存在。对于现代法学教育,笔者在 2015 年组织开展了“全球部分国家和地区大学法学院比较法教学情况网络调查”,对 13 个国家近四十所大学进行了网络信息检索,以获取其法学院开设比较法和外国法课程的现状与主要教学内容。〔8〕纵览当下全球比较法教学的情势,从地域来看,欧洲基于一体化的需要和长久以来比较法学术传统的积淀,使比较法在欧洲大部分的法学院,特别是学术型、研究型的法学院中都保有一席之地,部分大学还开设比较法专业方向的硕士和博士项目。在发展中国家,包括伊斯兰国家和亚洲国家,由于法律现代化和持续发展的需要,比较法也得以在法学院教学中保有相当分量的存在感。而骄傲的美国由于国内法自足和移民法学的淡去,比较法在法学院中的教学呈现明显的衰微

〔4〕〔德〕茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社 2003 年版,第 6 页。

〔5〕See Roscoe Pound, “The Place of Comparative Law in the American Law School Curriculum”, *Tulane Law Review*, (8) 1934. Edward D Re., “Comparative Law Courses in the Law School Curriculum”, *The American Journal of Comparative Law*, (1) 1952. HuGH J. Ault and Mary Ann Glendon, “The Importance of Comparative Law In Legal Education: United States Goals And Methods Of Legal Comparison”, *Journal of Legal Education*, (27) 1975 - 1976.

〔6〕See Max Rheinstein, “Teaching Comparative Law”, *The University of Chicago Law Review*, (5) 1937 - 1938.

〔7〕〔德〕茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社 2003 年版,第 5 页。

〔8〕具体数据参见本文后附表。

之相。《施莱辛格比较法教科书》的作者们对此表达了关切和担忧：“最为重要的是，缺乏专业的比较法总论的教授意味着这些法学院无法提供常规的比较法总论课程教学。这一缺陷是非常严重的。比较法总论的课程是学生们得以认识到他们正在接受的法学教育所具有的‘狭隘地方性’的可能途径。缺少这种认识，将使学生缺乏克服国内法‘理所当然’的激励，也无法使学生放弃对于美国法学教育独尊的帝国主义骄傲，并将使他们无法为未来的全球世界文明趋势作出准备。”^{〔9〕} 仅有个别的法学院，如哈佛、耶鲁这种（ABL = Anything But Law）研究型、战略型的法学院和处于混合法文化中的法学院如杜兰大学（Tulane），开设了大量的比较法选修课程。大部分以培养律师为核心目标的实务型法学院，很少开设或者不开设比较法课程。以中国目前的情况来看，大部分的法学院，特别是研究型法学院均开设有比较法总论课程和部分比较部门法的课程作为选修课，但仍处于一种可有可无的边缘状态。也有的法学院不开设比较法课程，特别是比较法总论课程。

比较法教学在法学院中的边缘地位，源于学科属性定位上的非应用性和学术内在发展的不足。比较法，特别是比较法总论，基本上不提供实际操作的、用以定纷止争的规则，这在社会效用优先的法学学科中显然处于知识上的补充和辅助地位。比较法教学在法学教育中地位和功能的弱化，根本原因还是学科学术性发展传导的结果。比较法在法学院课程表中的隐现和权重，受限于比较法学术发展的制约。比较法长久以来受制于“方法还是学科”问题的羁绊，总体学术贡献和影响力在20世纪后半叶呈现危机状态，学科范畴体系陈旧，方法论体系化不足，研究主题模糊，回应法律发展能力欠缺。凡此种种的学术瓶颈，也导致比较法学术无法产生足够的、源源不断的对教学的输入，导致学科对学生的吸引力下降。

比较法教学的现状也反映了比较法在应用性知识和人文性知识两个方面不断被“淡化”的处境。比较法学科处于法学学科范畴之内，由于法学学科的根本知识属性是指向实践的，比较法学科也应该提供具有应用性的知识。但比较法学科发展在应用性上始终不足，其原因一方面是一大部分应用性的法学知识已经被部门法纳入囊中，“比较宪法学”“比较刑法学”等

〔9〕 Ugo A. Mattei, Teemu Ruskola, “Antonio Gidi, Schlesinger’s Comparative Law”, Mineola, NY: Foundation Press, 2009, 7rd., p. 10.

部门法的分支学科的存在,使比较法学家成为应用型比较的“非专业人士”。另一方面,比较法的传统领域经过常年发展也形成了较为成熟的独立知识体系,比如“比较司法制度”“特定外国法研究,如美国法律制度、欧盟法律制度”等。在非应用性的文化比较、历史比较和社会比较方面,随着法制史、法律社会学、法律人类学等周边交叉学科的成熟和发展,以其相对成熟和完善的范畴体系和方法论为优势,不断蚕食比较法,特别是吞噬了大量比较法总论的理论领域,造成了比较法的“沙漠化”和边缘化。

二、比较法教什么

如果从乐观的角度解读这些“内忧外患”,我们也能够看到“瓶子中装着的另外半瓶水”。

首先,比较法学科、比较法教学仍然在全球层面保持着生命力。这种态势反映了一个乐观的趋势,即比较方法和素材已经在部门法中大量应用,比较法发展出了越来越多、越来越复杂的部门比较法分支。“全球部分国家大学法学院比较法教学情况网络调查”的情况也显示,绝大多数比较法课程的内容是部门法比较或地区部门法比较,绝大多数授课教师也是部门法教师。茨威格特和克茨也主张,在法学知识越发膨胀的今天,比较法教学无法顾及每一个部门法,不应简单地将部门法知识纳入到教材和教学中去,而是意味着:“比较法研究成果必须同国内法学教育一体化。这就是说:具体问题首先必须从那些最富有意义的法律秩序的各种实际解决办法中弄明白,然后进行批判性的权衡利害,考虑哪种办法此时此地对于我们自己的社会是最好的。”^[10] 比较法总论的研究与教学应当与部门法学科展开对话式的、互补式的合作关系,而不是知识竞争关系。对于部门法上无法展开但具有文化特色和比较价值的制度,可以在部门法的基础上进行充分的展开。部门法不仅吸收比较法的方法论成果,而且也为比较法总论的研究和教学提供了强大的资源扶持。理论学科方面,包括法理学、法制史、法律社会学的方法都不可避免地涉及比较法的基本问题,这深化了比较法的方法论理解,如从达玛什卡(Mirjan R. Damaška)和托依布纳(Gunther Teubner)的应用政治学、社会学的方法论和类型学发展出来的比较法理论就是例证。由于法制度的精细化和外国法结构的庞大,比较法学不可能以一门课程涵

[10] [德] 茨威格特、克茨:《比较法总论》,潘汉典、米健、高鸿钧、贺卫方译,法律出版社2003年版,第33页。

盖所有知识,为了充分满足其知识的有用性和实践性,就必须鼓励更多部门比较法的出现。这就反过来要求独立设置的“比较法总论”(或类似的比较法律文化或制度等)课程要更多地关注非应用性的、人文性的知识体系,提供学科应用上的基本范式的理解,提供成熟的方法论框架,并对部门法无法覆盖到的重要框架性、基础性的法律制度和法律文化进行介绍和分析。在回归范畴工具、方法论和框架制度、法律文化要素的过程中,比较法总论课程一方面要找到自身在法学教育中应当承担和能够承担的分工,另一方面也要充分吸收和借鉴法哲学、法律史、法律社会学、法律人类学的研究成果,将这些学科的分析纳入比较法理论框架中来。基于这种认识,一个法学院中的比较法教学安排的理想状态是:一方面,鼓励开设比较部门法或在部门法学科中增加比较法要素,注重微观比较;另一方面,开设比较法总论课程,提供宏观比较、方法论训练和法律文化分析。在这样一个点面结合的体系中,比较法总论课程应讲授的知识至少应包括:①全球性法律认知的概念工具分析(法系、法律传统、法律文化、法律类型等);②全球法律文化(传统、类型、法系)分布的类型学认知;③全球法律文化格局的形成和流变的演进史(侧重相互关系和影响,而不是像法律史,只关心从一个具体视角展开的线性历史);④比较法方法论(制度比较、功能方法、文化方法,以及来自法律史、法律人类学、法律社会学等相关学科的方法论应用);⑤框架性制度(法律渊源、宪政框架、司法制度与程序、法律职业与教育);⑥制度的共性与差异(如私法和人权法的共同法、特色制度);⑦法律文化要素(意识形态与政治结构、民族、宗教、地缘、语言等对法律发展的不同影响);⑧法律移植;⑨法律全球化。另外,比较法总论的教学应根据所处法域和特定法学院教学安排的需要作出适当调整。

其次,比较法总论课程的内容和视角在全球层面也呈现出创新趋势。“全球部分国家和地区大学法学院比较法教学情况网络调查”显示,部分学校的比较法总论课程已经开始突破传统的知识框架和方法,如斯坦福大学的“比较文化:理解跨国法律实践”课程是从跨国法律服务的角度,将法律文化作为跨国法律服务的背景进行介绍和研习,并以美国法律服务输出的主要市场为基础,介绍并研判美国、拉美和欧洲的法律文化与制度的变迁与挑战。芝加哥大学法学院的“比较法律制度”课程则采用了跨学科的视角,运用经济学、政治学等学科方法讲习外国法律制度框架,并注重非西方的制度框架的比较法意义。还有部分法学院中的“比较方法”课程完

全是通过部门法的贯穿来实现,如瑞士日内瓦大学法学院的“比较方法:合同法”和“比较方法:侵权法”课程。

最后,在比较法教学内容上,“全球部分国家和地区大学法学院比较法教学情况网络调查”显示,几乎所有法学院中比较法相关课程的教学内容都注重以本法域为原点的立场。如欧洲大学法学院中开设大量的欧盟法和欧洲国家法的课程,阿拉伯国家均注重介绍与自身体系直接相关的大陆法系的内容。美国法学院中的比较法课程则更加强调相异的法律体系,侧重于大陆法体系和大陆法系国家代表性制度的内容,而身处欧洲的各大法学院的比较法教学特别关注美国的体系。并且,西方与非西方法律体系和文化也通过比较法的平台相互张望和观照。相比较而言,中国大陆目前的比较法总论教学还基本停留在传统的法系内容介绍上,既没有面向实践的视角调整,也缺乏交叉方法的引进,课程设计总体上也非常随意。就完善比较法教学体系而言,应从上述总分结合、视角多元和方法论创新的角度,结合具体法学院的特色和专门教学安排,有针对性地对比较法教学内容作出补充和调整。

三、比较法怎么教

比较法教学中最难以处理的就是,海量知识和比较法方法的应用这两个问题。

比较法教学中的第一个问题是知识容量巨大。宏观比较要求了解全球法律文化的分布和历史流变,微观比较又要求能精微缜密地分析制度细节;掌握比较法理论范畴和框架的同时,又需要了解和应用法哲学、法律社会学、法律人类学、政治学等相关学科的方法论;文化考察需要深入特定文化领域展开某种浸入式的分析,类型比较又要跳出某一文化话语的窠臼;……比较法的知识领域跨度之大、涉猎之广令人望而生畏。在教学上往往是“拔起萝卜带起泥”,为了把知识讲透,教师往往自己就已先行陷入无边无际的知识汪洋之中无法自拔。加之语言、文化的隔膜,对于历史上研究得比较充分的问题还好,而到了各法体系的最新发展与文化层面的制度和知识则常有误读甚至弄错的风险。与此同时,学生在进入比较法的框架体系之前,需要掌握大量的背景知识,尤其是在展开比较之前要对比较的素材有基本了解。茨威格特和克茨曾指出,比较法教材中所包含的知识已经到达了某种程度的极限。考虑到学生理解和接受能力的限制,我们不可能将各个部门法的庞大资料直接嫁接到比较法教学中去,而是应该从纯粹技