



比较法学文库

高 祥◎总主编

当代法律交往与法律融合

第一届比较法学与世界共同法国际研讨会论文集

高 祥◎主编



中国政法大学出版社

当代法律交往与法律融合

第一届比较法学与世界共同法国际研讨会论文集

高 祥◎主编



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (C I P) 数据

当代法律交往与法律融合/高祥主编. — 北京:中国政法大学出版社, 2013. 8
(比较法学文库)

ISBN 978-7-5620-4935-7

I. ①当… II. ①高… III. ①比较法学—国际学术会议—文集 IV. ①D908-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第188777号

- 书 名 当代法律交往与法律融合
Dangdai Falü Jiaowang yu Falü Ronghe
- 出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)
北京100088 信箱8034 分箱 邮编100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
010-58908325(发行部) 58908334(邮购部)
- 编辑统筹 第六编辑部 010-58908524 dh93@sina.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 720mm×960mm 16开本 21.75印张 400千字
- 版 本 2013年8月第1版 2013年8月第1次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4935-7/D·4895
- 定 价 56.00元

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

比较法学文库

高 祥◎总主编

與法
人際

天
道
歸
一

总 序

高 祥 *

法治是现代社会的标志与基石。良好的法治需要完备的法律制度及其落实的良好氛围。比较法的目的与使命在于通过对不同法域间的法律制度、法律文化和法律体系的比较研究，深化人们对这些法律制度、法律文化和法律体系的认识，了解世界法学发展的动态、法律发展的趋势，进而择善而从，完善已有的法律制度和法律体系，为人类的共同文明与进步服务。

信息化与全球化使得我们所处的世界正在变得越来越小，使得不同法域间的人们的交往越来越频繁、关系越来越密切，彼此间需要了解对方的法律制度和法律文化的要求越来越迫切、内容越来越详细，从而使得比较法在现代法治建设与人类文明进步中的功能越来越明显，作用越来越大，任务越来越重。

在中国法制现代化的过程中，比较法发挥了非常重要的作用。通过研究和认知域外法律制度、法律体系与法律

* 中国政法大学比较法学研究院院长。

文化，使得中国法学界能够迅速和充分地了解这些制度，使得中国的法律体系能够在学习和借鉴域外相关法律制度的基础上很快建立起来。虽然中国的法制建设已经取得很大成就，但离现代法治的要求仍有很大距离。在中国法制建设的进程中，比较法仍然具有无限的发挥空间。

中国政法大学比较法学研究院是在整合原中国政法大学比较法研究所、中德法学院和中美法学院三个教学科研院所的基础上成立的，是目前中国高校和科研机构中惟一以比较法学为中心的专门的教学科研机构，聚集了一批优秀的比较法人才。其成立的目的是为了适应信息化与全球化以及中国法制国际化与现代化的需要，构建以比较和研究中外法律制度为目的的比较法学研究的平台，力争巩固其在国内比较法学研究领先地位的基础上达到世界先进水平，从而更好地为中国的法制建设和社会进步贡献自己的力量。

为了完成其光荣使命，中国政法大学比较法学研究院开展了丰富的教学科研活动。这些活动中形成的各种学术成果均蕴藏着比较法教学与科研的最新成果与思想财富，颇具学术价值，非常值得整理出版。这些成果若以单本出版发行，难见系统，编为文库出版，方能相得益彰，蔚为壮观，既便于研读查考，又利于文化积累。

《比较法学文库》能够顺利出版，需要感谢的人很多。但特别需要感谢的是山西联盛能源集团及其董事局主席邢利斌先生，是其慷慨解囊使得中国政法大学比较法学研究院能够设立联盛比较法基金，并对本文库的出版给予资助。

前 言

比较法学重在梳理各国法律产生和发展的历史和文化背景，研究各国部门法的移植、借鉴、融合的可能性以及这种融合的合理程度、范围和进程，寻求法律一体化的有效途径。随着世界经济一体化进程的加快，中外法律文化的交流日益密切。在这种时代背景下，比较法学在世界各国法律文化和法律实务中的地位和作用已不可取代。在一定程度上，一个国家比较法学的发展水平，已成为反映其法学学术水平以及它在世界法律文化交流中的地位的重要标志。

中国政法大学比较法学研究院拥有中国国内最大的比较法学术团队，以推进比较法学与世界共同法研究的国际学术交流与合作，提升国内比较法学与世界共同法研究的学术水平为己任。拟自 2011 年起，中国政法大学比较法学研究院每两年举办一次国际性的比较法学研讨会，以帮助国内外学者了解世界各国比较法学的最新动态和发展趋势，促进比较法学学科的可持续发展。

2011 年 9 月 24 ~ 25 日，中国政法大学比较法学研究

院主办的“当代法律交往与法律融合——第一届比较法学与世界共同法国际研讨会”在北京国际会议中心召开。由此，旨在加强世界法律融合、促进比较法学学科发展的系列国际研讨会正式拉开序幕。来自中国大陆、香港、台湾地区及美国、德国、澳大利亚、瑞士、日本等国家和地区的一百多名比较法及相关学科的学者交流了不同法律体系以及它们之间如何互动的观点、见解和经验。会议参加者们在大会发言者那里听到和学习了“法律融合”这一特别的进程。这些发言者提出了关于适当的融合程度和需要平衡全球和本土视角的重要问题，以此来保留价值，同时寻找新的推进发展的方式。通过这种交流，与会学者们感知到一个更丰富、更多样化的现实世界，了解到世界不同地区的法律存在许多重要差异，了解到法律是一种与文化、历史、政治、经济、语言、哲学以及社会其他方面紧密交织在一起的体系，而不是只在孤立环境里运作的一系列规则。这将启发他们用不同的方法去思考和研究。正如尤金·克拉克教授在总结致辞中所说：“这次会议使我们认识到：世界很小，我们彼此关联，居住在同一个星球。现实复杂多样，我们彼此相似也彼此不同。我们的社会、我们的法律以及我们自己都在以越来越快的速度改变。因此，不可否认的是，比较法和比较的方法比原来任何时候都更容易接触到，更重要，也更被需要。”

本书是由此次参会的各国比较法学者在会议上的发言和所提交的论文结集而成，内容涉及比较法学的基本理论以及比较公法和比较私法等多个领域，学者们的发言和论文反映了比较法学各学科的最新研究成果，其中不乏独到的观点和视角，为保存这些颇具学术价值的成果以便学界研读参考，特将之结集出版，并纳入《比较法学文库》系列书目之一。

致 辞

黄 进^{*}

尊敬的江平先生、刘兆兴会长、各位来宾、各位朋友、各位同仁、女士们、先生们，大家上午好！今天的北京，最美好的金秋时节，来自世界各地的专家学者欢聚一堂，在这里举行第一届比较法与世界共同法国际学术研讨会。这是一个我们期盼已久的学术盛会，在此，我谨代表中国政法大学对本次会议的召开，表示最热烈的祝贺，向莅临的各位来宾、各位朋友、各位同仁表示最诚挚的欢迎！

随着世界各国人民之间的交往日益深入，当今世界经济全球化、政治多体化、文化多元化、社会网络化和法律趋同化的趋势十分明显。在这种时代背景下，比较法学在世界各个国家的法律文化和法律实务中的地位 and 作用已不可取代。从某种意义上讲，一个国家的比较法学的发展水平，已经成为反映这个国家的法学学术水平以及它在世界法律文化交流中的地位的重要标志。因此可以这样说，今天大家有缘相聚于此，共同探讨比较法学及世界共同法的问题，对提升比较法学与世界共同法研究水平，推进比较法学与世界共同法研究的交流与合作，促进比较法学教育教学改革与创新，培养

^{*} 中国政法大学校长。

高素质的比较法学专门人才具有十分重要的意义。

中国政法大学是一所以法科为特色和优势的多科性大学，是教育部直属的全国重点大学，国家“985工程”优势学科创新平台建设大学和国家“211工程”重点建设大学。自建校以来，学校始终以优质的人才培养、科学研究、社会服务和文化传承创新来推动国家的法治昌明、政治民主、经济发展、文化繁荣和社会和谐。经过59年的建设与发展，学校目前拥有国内一流的师资、国内一流的学生、国内最大的法学教师群体、国内最齐全的法学学科、国内最大的法学资料信息中心、自成一体的人才培养模式、系统的法学研究机构，包括我们中国政法大学的比较法学研究院。学校正在向把法大建设成为一所开放式、国际化、多科性、创新型的世界知名法科强校的办学目标迈进。

长期以来，中国政法大学高度重视比较法学学科建设。比较法学学科在法大的发展迄今已有二十多年的历史。1986年，比较法研究所的前身外国法研究所组建；1987年，比较法研究所正式成立，《比较法研究》杂志正式创刊；2002年，中德法学院和中美法学院这两个专门从事比较法学教学和科研的专门学院相继成立；2004年，学校设立了我国惟一的比较法学的二级学科，设立了硕士点、博士点；2009年，我们又在充分论证的基础上，把原来的比较法研究所、中德法学院和中美法学院整合为比较法学研究院，搭建了一个比较法学人才培养、科学研究和学术交流的国际化发展平台。可以这样说，比较法学二级学科的设立与比较法学研究院的组建，不仅标志着中国政法大学的比较法学学科日益走向成熟，而且还预示着比较法学的发展将展现给我们更加精彩的画卷。今天的比较法学研究院，应该说是实现学校发展战略目标，特别是国际化发展战略目标的生力军。这不仅是因为比较法学学科的性质本身决定了其发展的开放性和国际化，而且是因为比较法学研究院拥有我们国内最大的比较法学术团队，这个团队的大多数人具有海外留学经历和不同专业的知识背景，这决定了比较法学研究院具备学科创新的智力和人力资源。比较法学研究院主办今天这样的国际学术研讨会，就是要借助法大在比较法学学科方面的优势，推进比较法学与世界共同法研究的国际学术交流与合作，提升国内比较法学与世界共同法研究的学术水平。

各位来宾、各位朋友、各位同仁，法治文明是人类文明的核心内容和显著标志，未来的社会必定是民主与法治的社会，法治至关重要，不可或缺。尽管法治在世界上具有许多的共同性，但各个国家的法律制度毕竟还是有很大的不同和差别，而比较法研究就可以让我们识别它们的异同、发现它们的联系并探索人类法治的未来。所以，在本次研讨会中，大家要加强沟通，增进理解，在沟通与理解中发展友谊、相互借鉴，共同推动人类法治文明走向更加灿烂的明天！

最后，请允许我再次向各位来宾和朋友表示衷心的感谢，并诚挚邀请各位常来中国政法大学讲学和指导，同时欢迎各位对我校的建设和发展多提宝贵意见，预祝本次研讨会圆满成功，祝愿各位在会议期间一切如意，谢谢大家！

发 言

Paul Redmond *

非常荣幸能够与在座杰出的学者一同分享这个平台，包括，因其学识和精神而备受尊敬的卓越的江平教授，以及著名的中国政法大学校长黄进教授。受到比较法学研究院院长高祥教授的邀请我感到非常高兴，他是一位具有极高才干的学者，同时也是我最亲近的朋友。非常感谢，我的朋友。

我们生活在一个全球化的时代，当然这不是第一次了，但如今至少是近一个世纪以来全球化最全面的时代。国家之间在文化、交流、金融、投资和贸易等方面的壁垒已经在很大程度上消除了，市场也在世界范围内融合了。

用前任联合国特别程序任务执行人 John Ruggie 教授的话来说，在全球经济的某些领域，可以越来越显著地看到“正在扩大的经济力量及其角色扮演者的规模与影响的鸿沟，以及能够控制相应的负面后果的社会容纳能力”。这些鸿沟是不可持续的。要跨越这些鸿沟，我们面临着法律与法律体系以及政治与外交层面上的挑战。

尽管缺乏资源，存在竞争且往往存在价值观上的分歧，但法律法规已经为社会提供了一个国家层面的关键工具，以

* 悉尼技术大学法学院教授。本文由中国政法大学比较法学研究院教师李黎翻译。

求和平共处。

在民法体系和共同法体系里，我们分享不同的法律传统。日益全球化的经济与社会环境是否意味着难以避免的法律差异和传统的逐渐消失？法律是否还在国际环境中有着重要的意义？

在我的研究领域公司法中，有一种热点争论，关于经济全球化，尤其是资本市场的融合，给法律和股份所有制模型带来的不可阻挡的快速的合并是否很大程度上是基于英美模式的。这一类人认为，在共同法系中对于小股东更加有力的法律保护，对强劲的资本市场的发展是一个有效的前提条件。然而，另一类人认为，市场比法律更重要：强大的联邦证券法服从了其强大资本市场的发展需要而不是产生了后者。第三类人则反驳法律重要论及市场重要论，他们认为在法律的演化中最重要的一点就是对当地特殊政治经济以及文化条件的尊重。这样一种路径依赖的说法强调社会体验的作用以及共享的价值观。法律重要，社会也一样。

因此，现在我们聚在一起探讨当代法律交往与法律融合是非常适时的。第一届国际比较法学与世界共同法国际研讨会是高院长所在学院的一次大胆尝试。我们所有人面临的挑战是谨慎地通过彼此的经验和观点来寻求一个全新的视角。

请允许我用一个故事来阐释这个挑战。

众所周知，1972 年美国总统尼克松历史性访华，时任中国总理周恩来接待了他。尼克松总统知道周恩来总理非常了解法国历史，于是，在晚餐后，尼克松总统问周总理对法国大革命的影响有什么样的看法。很明显尼克松总统指的是 200 年前攻占巴士底狱那段历史。周总理答道：“现在说这个为时过早。”他这一说法后来经常被引用于显示他的耐心和深刻反思。

但周总理的回答同样也指出了跨体系和文化的对话中常存在的问题。近年来有人指出，当时周总理可能将尼克松总统的话理解为 1968 年 5 月在巴黎的学生游行示威这一活动，而并非尼克松所指的 1789 年的历史事件。周总理有先见之明地意识到，即使尼克松总统所问的是其他历史事件，1968 年的学生活动仍然是一次重要的社会改革。今时今日，我们无法得知两位领导人是否在讨论同一事件，但我们可以确认的是，在接下来的两天中，通过交换观点，寻求共识，我们各自的法律传统对于彼此的观点都将起到重要作用。如美国作家 William Faulkner 所写：“过去从未结束，它甚至从未过去。”

总结发言

Eugene Clark *

一、比较法的重要性和必要性

我们恰当地以很正式的介绍开始了这个重要的会议，在我的总结里，我想首先简单地说，亲爱的朋友们和同事们，不管我们原来是否相识。回顾过去两天，这次会议给我的首要感受是更加意识到了比较法的重要性和必要性。

- 我们已经看到本次会议再次证明，世界是一个很小的地方。

- 我们是一群相互关联的人，居住在一个脆弱的星球上。

- 我们的现实是复杂和多方面的。我们有着许多相似之处，但也有很重要的差异。

- 我们的社会，我们的法律，我们自己都在以越来越快的速度改变。

- 很明显，比较法和比较的方法比原来任何时候都更容易接触到，更重要，也更被需要。

本次会议的主题是“当代法律交往与法律融合”。本次

* 格里菲斯大学教授。本文由中国政法大学比较法学研究院副教授车虎翻译。

会议宣读的论文都专注于不同法律体系之间观点、见解和经验的交流，以及不同法律体系之间的互动。通过这种交流，我们了解到许多重要的差异，从而帮助我们去除错误的假设，并启发我们可以用不同的方法去做事情，让我们意识到一个更丰富、更多样化的现实。通过这种交流，我们了解到法律和比较法的研究不是在一个孤立的环境里运作的一系列规则。法律是一种紧密与文化、历史、政治、经济、语言、哲学，还有法律所存在的这个社会里所有其他方方面面交织在一起的体系。

我们也在发言者那里听到和学习了法律融合这个特别的进程。这些发言者提出了关于适当的融合程度和需要平衡全球和本土视角的重要问题，以此来保留价值，同时寻找新的方式向前推进。

二、至于未来，这次会议给我留下的强烈感觉是：

我们需要更多这样的会议。

还有，我们需要使用现代技术进行持续的对话，通过博客、讨论群组、网站、数据库和其他所有网络 2.0 和语义网络所能够提供的媒介，创建更小的群体，继续并进一步发展在这里开始的这些对话，这些对话可以引导产生相关的文章、书籍、项目，带来关于比较法更深入的知识和大家互相之间更多的了解。

本次会议明确表明，对于比较法的研究我们需要培育和完善跨学科的方法，借鉴其他各学科的思考和探究方式，不管是法律、历史、政治、哲学、经济学、文化研究，还是语言。

法学的学习经常是一个“个体”独自对于学术活动的追求。然而，这次会议上的几个专家报告证明并提醒我们，以团队的形式进行合作来开展跨国界的大型项目所特有的力量与意义。事实上，我知道美国的研究已经表明，法律专业的学生很少被教育如何学习与他人合作，尽管在实践中大多数律师都以团队的形式一起工作。这是比较法学学者和法律教育者需要解决的问题。

一个可惜的现实是像这样的比较法会议非常少。那些只专注我们自己的本国情况的倾向，越来越窄的专业化趋势，仅侧重于职业化教育的课程设计，导致研究者们很难找到时间去进行比较法的重要工作。

这次会议也提醒我们比较法本身仍处于其早期发展阶段。根本性的问题仍然没有答案：应该比较什么，比较的目的，以及比较的方法。很多研究仍有待完成，对于本体论，我们对于现实有不同理解以及关于人性的假设；对于认识论，了解其他法律制度有不同的方式和方法论。我们需要对于基本概念、模型和理论有明确的定义。我们需要明确并现实地知道被比较的是什么，深刻地认识比较的目的，以及达到我们目的的方法论。这些方法包括现代社会科学的研究方法，其

中技术发挥了重大作用，使我们能够利用大得多的数据集，并用不同的和创新的方式来调查数据。而且，我们已经看到这样的例子体现在一些在本次会议宣读的论文中。

这次会议有力地提醒了法律研究在记录、评估、阐明“法律准则”上的重要性。议员、政府和司法部门忙于法律的制定、实施、判决，只有学者有技能、价值和所需的时间来分析和思考法律在社会中的性质、作用和未来。随着世界变得更加相互关联，来自不同学科的学者应该更注重比较法和比较研究的方法，并与政府、法律界、司法机关和其他决策者以及社会来分享我们的研究，以使得我们的努力可以在世界上真正地发挥作用。

同样重要的是，我们的学生更加了解和体会到比较法的重要性。中国政法大学有敏锐的洞察力和智慧，邀请学校的学生深入参与本次会议，是很值得称道的。而且，了解了在中国政法大学就读的学生的素质，我们应该有信心，前途是光明的。

说到光明这个词，请大家允许我分享我最喜欢的笑话之一。它涉及一个问题的答案：改变（换）一个灯泡需要多少个精神医生？答案是只需要一个精神医生，但是需要很长一段时间，而且灯泡必须真的想要改变。

参加这次会议有如此众多的杰出学者，这本身就说明我们对于比较法不能过于乐观，比较法的研究是具有挑战性的，可能需要很长的时间来带来改变。

我本人通过本次会议有一个深刻触动，比较法研究的一个重要好处是明确价值。我们的生命如同风景，我们生活在其中，但只有在远处看时才得以欣赏全貌。与持有不同价值观的人互动，我们不仅了解了其他人，他们的文化和法律，但同样重要的是，我们了解了自己。比较法学者必须擅长倾听。我们必须谦卑，愿意了解别人的意见。这意味着我们正视自己存在盲点的可能性。正如 Kenichi Ohmae 在《战略家的头脑》中写道：

“很难让旧的信念改变。他们为我们所熟悉。我们很适应他们，花了很多年进行基于这些信念的制度和习惯养成。像一个戴惯了眼镜的人，戴了那么久已经忘记了自己戴着眼镜。我们忘记了我们看到的熟悉的世界其实只是因为我们习惯了通过特定镜头来看世界。”

比较法给了我们一种新的视角，通过它，我们发现看世界的新途径。

三、谢谢

最后，我要表达感谢。耶鲁大学教授和诗人伊丽莎白·亚历山大在奥巴马总统就职时这样吟诵：

“诗（在这里我听到自己声音最响亮）

是人类的声音，
难道我们彼此没有兴趣？”

这次会议里许多杰出、有见地、有才华、有感染力的人的发言让我受益匪浅。

我听到每一位发言人都表示非常感谢中国政法大学、黄进校长、高祥院长和所有来自中国政法大学的团队（学校行政人员、教师、学生和工作人员）组织了这次最有价值和启发意义的会议，我赞同他们的感谢。我有信心说这次会议将是今后很多年许多成功的比较法互动的开始。