



比较法研究中的

功能主义原则、法律文化和 法律移植



雷安军◎著



中国政法大学出版社

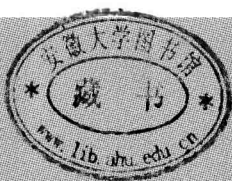


比较法研究中的

功能主义原则、法律文化和
法律移植



雷安军◎著



中国政法大学出版社

2013·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

比较法研究中的功能主义原则、法律文化和法律移植/雷安军著. —北京：
中国政法大学出版社，2013. 11
ISBN 978-7-5620-5037-7

I. ①比… II. ①雷… III. ①比较法学—研究 IV. ①D908

中国版本图书馆CIP数据核字(2013)第261948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	010-58908289 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印刷厂
开 本	880mm × 1230mm 1/32
印 张	7
字 数	170 千字
版 次	2013 年 11 月第 1 版
印 次	2013 年 11 月第 1 次印刷
定 价	22.00 元



教育部人文社会科学研究西部和边疆地区项目资助

◆ ◆ ◆ ◆

项目名称：比较法研究中功能主义原则的缺陷及其克服
——兼论法律文化和法律移植诸问题（10XJC820002）

◆ ◆ ◆ ◆



reface

序

功能主义原则是比较法研究的重要方法，同时，也是饱受争议的研究方法。在国际比较法学界，学者们对功能主义原则有着深入的探讨，但中国学界对功能主义原则的研究较为薄弱。这体现在学者们很少深入挖掘功能主义原则的理论基础，而且没有将其应用于具体的研究，特别是对法律文化和法律移植的研究。因此，中国学界对功能主义原则的研究主要以理论探讨为主，缺乏应用性研究和反思性研究。事实上，中国学界对功能主义原则研究所存在的问题，在一定程度上也体现在国际比较法学的研究中。关于比较法的功能主义原则的研究呈现出冷热两面：一方面，众多的学者认为功能主义原则是比较法的基本研究方法（在 20

世纪后半期该方法一度被认为是唯一重要的比较法研究方法)；另一方面，与支持功能主义原则的热闹场面相比，运用功能主义原则来研究法律制度的学者却比较少。这种冷热的反差引起了笔者的兴趣，由此笔者持续4年关注了比较法的功能主义原则。聚沙成塔、集腋成裘，笔者终于完成了这本小书。

全书的内容分为七章，兹介绍如下：

第一章对比较法的功能主义原则的形成过程进行学术史的研究，并检讨了其理论基础。本章所谓的“新论”，即新在对其理论基础的深入挖掘上。比较法研究中的功能主义原则是20世纪比较法研究的方法论基础，该原则来自社会学的功能主义理论。但是，比较法的学术传统中从未对功能主义进行深入的探讨，而是不假思索地借用了社会学的功能主义原则。这导致比较法研究中的功能主义原则缺乏坚实的理论基础，从而面临着内在的危机。比较法学界应当反思功能主义原则在理论基础上的局限，并对之进行重构，方能找到出路，继续发挥其在比较法研究中的重要作用。

第二章通过检讨学界对功能主义原则的批判，提炼了功能主义原则所存在的四大问题，并给出了笔者的解决办法。比较法研究中的功能主义原则受到了许多学者尤其是法律文化学者、后现代法学学者的批判。比较法研究中的功能主义原则面临着巨大的危机，体现在：缺少对功能概念的界定，没有提出一套观察功能的方法，过分关注相似性而忽视了文化语境以及对功能等值物进行评价时缺少合理的标准。功能主义原则应克服上述四方面的问题，并为之进行重构，方能

找到出路，继续发挥其在比较法研究中的重要作用。

第三章关注比较法功能主义原则的应用。对比较法研究中的功能主义原则进行研究的学者较多，然而，真正应用该原则的学者较少。比较法研究中的功能主义原则在应用方面极为薄弱。因其应用性差，比较法的功能主义原则的研究还较多地停留在理论层面，未能将其转化为一种可操作的方法。从其创始人来看，茨威格特和克茨对功能主义原则的应用限于私法，并且其应用的情况有成功之处，也有不足之处。胡萨坚持温和的功能主义原则，运用功能主义原则、法律文化的方法，他研究了北欧国家司法审查制度的功能。但在观察司法审查制度的功能并对这些功能进行评析方面，他的研究比较薄弱。这也反映了要把功能主义原则变为一种具有可操作性的方法是有难度的。布兰肯伯格坚持茨威格特和克茨的功能主义方法。他认为功能主义原则仅适用于研究法律制度，不适用于研究法律文化，因为现存法律制度之外并无“法律文化”。虽然奈尔肯质疑他的研究的解释力，但笔者认为他的研究具有较强的解释力。

第四章深入探讨茨威格特在比较法研究中所确立的功能主义原则所存在的问题，并以功能主义原则来检讨法律文化和法律移植的基本问题。茨威格特和克茨所创立的功能主义原则存在两方面的问题：对哪些领域不适用功能主义原则和如何运用功能主义原则对功能等值物进行评价。茨威格特和克茨并未对上述问题作出令人满意的回答。法律文化可以分为反映人们理智的部分、反映精神的部分和反映本能的部分。对反映理智的法律文化，比较法研究者可以运用功能主义原

则寻找不同法律体系中的功能等值物，并运用功利的标准进行有效的评价。对反映精神的法律文化，比较法研究者应结合道义的标准在有限的程度上运用功能主义原则进行评价。对于反映本能的法律文化，比较法研究者不能运用功能主义原则对其进行评价。由此，我们不能从整体上判定一种法律文化先进或者落后。就法律移植而言，对于法律文化中反映理智的部分，我们可以移植；对于法律文化中反映精神的部分，我们可以借鉴，但不能移植；而对于法律文化中反映本能的部分，我们不能借鉴也不能移植。

第五章关注我国法律文化的近代化，本章主要关注我国法律概念和法律价值体系的近代化。清末以来，我国传统法律文化迅速瓦解。西方法律文化在中国被引入、继受和变通。当然，传统法律文化并没有完全消失，而是与西方法律文化相结合，形成了现代中国的法律文化。我国法律文化近代化的一个基本特点就是继受与变通，通过将西方观念与中国法律文化传统结合起来，形成“有中国特色”的观念。本章以平等、民主和法治三个观念为例，来研究我国法律观念的近代化。中国传统的法律不平等观让位于西方的法律平等观，但西方的法律平等观被改造为“在法律面前人人平等”。这是一种有中国特色的法律平等观。共和观念曾经在清末风行一时，但1919年后，民主取代了共和成为主流的政治话语。苏联化的马克思主义传入后，民主被指为资产阶级的民主（其特点是虚假性），民主让位于无产阶级专政。1949年后，人民民主专政取代了民主，成为了中国大陆地区重要的政治话语。而民主的本意则被遗忘多年，直至1978年以后，重新被

民间和学界所发掘。民国以来，法治、宪政就成为了政治正当性的基础（至少在形式上）。1949年以后，法治和宪政被忽视。1978年以来，法治逐渐受到重视。但法治的本意“法律至上”被改造为“依法治国”和“三个至上”，宪政所蕴含的权力分立和法律对权力的制约在实践中困难重重。在法律的价值体系方面，近代以来，我国法律的价值体系经历了如下的演变：儒学——自由主义——苏联化的马克思主义——自由主义的部分回归。

第六章研究了当前我国法律文化建设的困境，并试图指出走出这种困境的出路。法律文化精神层面主要由法律观念和法律价值体系组成：法律观念是指人们对法律的认识、态度、评价等主观心理；法律价值体系是指法律的指导思想、法律理想、法律信仰、法律的价值取向和价值评价等。缺少法律文化就意味着缺少精神和灵魂，法律制度就很难发挥出应有的作用。法律文化建设能够为法治建设打下基础、维护国家的稳定、提升综合国力等。法律文化包含了法律观念和法律价值体系两方面的内容。我国当前的法律文化面临的重大困境就是多种法律价值体系并行，这些价值体系之间存在冲突，因而我国的法律价值体系处于混乱之中，未能进行有效的整合。这种困境反映在两个问题上：其一，法律文化是由法律观念和价值体系所组成的。不同的法律文化所依赖的法律观念和价值体系是不同的。不同的法律观念和价值体系往往会发生冲突，因而不同法律文化之间也会发生冲突。如果不同的法律文化之间存在冲突，法律文化所支撑的法律制度也会发生冲突。因此我国当前的法律制度因其不同价值来

源,相互之间存在潜在的冲突;其二,从价值体系上看,当代中国的法律文化的价值体系是马克思主义,而我们所引进的西方法律制度的价值体系则是自由主义。这一点集中体现为宪法的价值体系与民法的价值体系存在冲突。法律价值体系是法律文化的核心内容。因此,我们必须整合现有的法律价值体系,发展出一套能包容现有法律制度的价值体系来。除了法律价值体系外,法律观念上存在的问题就是当下人们还没有形成主流的法律观念。我国的法律观念处于混乱之中,未能有效地整合。当前我国的法律文化建设应从法律观念和法律价值体系入手,确认法治、民主和宪政等法律观念,形成认可度高的法律价值体系。

第七章探讨功能主义原则与法律移植。法律文化是一个整体,包括理智、精神和本能三个部分。就法律移植而言,我们要区分法律文化不同的组成部分:对于反映理智的部分,我们完全可以移植;对于反映精神的部分,我们可以借鉴;对于反映本能的部分,我们不能借鉴,更不能移植。由此,对于学术界赞成法律移植或反对法律移植的观点,笔者认为,这二者都存在偏颇之处:赞成法律移植的观点看到了法律文化中可移植的部分(反映理智的法律文化),但没有看到不可移植的部分(反映本能的法律文化);反对法律移植的观点看到了法律文化中不可移植的部分(反映本能的法律文化),但没有看到可移植的部分(反映理智的法律文化)。笔者从生活方式去理解文化和法律文化,并对法律移植的可行性进行了回答,认为对于能否移植不能一概而论。

随后,本章分析了我国移植前苏联的政党制度和人民代

表大会制度过程与效果。从党章的演变来看，我国宪法中规定的政党制度中的中国共产党制度的基本内容移植自前苏联共产党的制度。从功能主义的立场来看，共产党的党章以发动群众、夺取政权、改造社会为目标。从这些目标来看，苏共很好地实现了这些目标。通过移植前功联的共产党制度，中国共产党用了28年就实现了夺取政权的目标。从这一点来看，我国移植共产党制度是成功的。

然而，前苏联共产党制度存在内在的缺陷。这一内在缺陷集中体现在它试图将两种不同的决策方式融为一体。这两种决策方式分别是立法的决策方式和行政的决策方式。这两种决策方式在责任制、决策权力、议事规则、决策要求方面存在着不同，但前苏联的共产党制度却试图将二者融为一体。这是前苏联创制的共产党制度难以克服的缺陷。这个缺陷使得决策方式要么沦为领袖个人独裁（如斯大林时代），要么沦为寡头专制（如赫鲁晓夫时代）。在法律制度的移植过程中，外来法律制度的内在缺陷是我们必须关注的问题。事实上，苏联共产党制度的内在缺陷也在一定程度上影响了中国共产党制度。从比较法的角度来看，输入国对外来的法律制度采用继受和变通是普遍现象。我国的共产党制度移植自苏共制度，但也不是百分之百的继受。从发展的角度来看，从前苏联移植的共产党制度应当继续变通，尤其是要解决将两种不同的决策方式融为一体的缺陷。

除了政党制度移植自前苏联外，我国的人民代表大会制度同样移植自前苏联。从前苏联人大的制度设计和运作实践来看，该制度并未充分发挥其代表人民的功能。此外，该制

度也未能发挥制约政府权力的作用，未能成为实践中的权力中心。从功能上看，我国从前苏联移植的人民代表大会制度同样存在着类似的问题。不过，人大制度的功能不在实践层面，而在象征层面。在这里，功能主义的方法必须结合法律文化的方法才能有效地对人大制度进行分析。人大制度在实践层面虽未充分发挥其代表人民、分配权力、制约权力的功能，但其在象征层面，却发挥着重要的作用。人大制度象征着国家政权的合法性来自人民，国家权力来自人民授予。在君主制崩溃后，人民成为了国家权力合法性的基础。而人大制度则是人民授予国家权力的生动象征。

功能主义原则是贯穿全书的基本方法。笔者坚持功能主义原则的观点，认为法律文化是对现实需要的满足。当法律文化不能解决现实问题时，法律文化必须被改变。这种情况可以清末的中国和明治维新时的日本为例证。法律文化改变的方向是向强势文化学习。强势文化之所以强就是因为它有强大的能够满足社会需要的功能。在此，比较法的功能主义原则具有很强的解释力。但从整体的文化观出发，法律文化有着外在方面和内在方面。在外在方面，法律文化是一种生活方式；在内在方面，法律文化是人们内心世界（理智、精神、本能）的反映。法律文化的理智部分是功利的部分，其评价标准是其所产生的效益。从比较文化的角度来看，这部分的法律文化有着优劣之分。最能满足社会需要、产生最大效益的法律文化就是最好的，反之则是不好的。法律文化的精神和本能部分是非功利的，其评价标准是道义标准，即只能从道义的角度去理解。也就是说，我们只能关注这些法律

文化在其语境下自身是否具有正当性，而不是从这种文化是否产生出好的结果（或具有高效的功能）来评价这种文化。功能主义原则是一种功利的原则，其对法律制度的评价标准是该法律制度在满足社会需要上的功能。因此，功能主义原则仅适用于研究法律文化中的功利部分（反映理智的部分）。但法律文化中有非功利的部分（即反映本能和精神的部分），功能主义原则无法解释其成因，也无法对之进行比较。这尤其体现在法律观念和法律价值体系中。因此，作为比较法的一种研究方法，功能主义原则的适用范围是有限的。研究者必须结合法律文化的方法、批判的方法等其他方法，才能完整地进行法律文化的比较研究。

雷安军
2013年8月

Contents

目 录

☐ 序	I
☐ 第一章 比较法的功能主义原则新论	1
第一节 比较法功能主义原则的萌芽	1
第二节 比较法功能主义原则的形成	5
第三节 比较法功能主义原则的理论基础	8
本章小结	13
☐ 第二章 比较法的功能主义原则：危机与出路	14
第一节 比较法功能主义原则所面临的批评	14
第二节 比较法功能主义原则所存在的危机	18
第三节 出路：重构比较法中的功能主义原则	22
本章小结	24

第三章 比较法研究中功能主义原则的应用 26

- 第一节 茨威格特和克茨的应用 26
- 第二节 胡萨的应用 28
- 第三节 布兰肯伯格的应用 32
- 本章小结 35

第四章 比较法的功能主义原则与法律文化、 法律移植的基本问题 37

- 第一节 茨威格特和克茨功能主义原则的缺陷 38
- 第二节 文化与法律文化 43
- 第三节 文化的外在方面与内在方面 58
- 第四节 功能主义原则的适用范围和评价标准 63
- 第五节 法律文化的先进与落后 68
- 本章小结 73

第五章 我国法律文化的近代化

- 我国现代法律思想的兴起 74
- 第一节 法律平等观在中国的继受与变通 75
- 第二节 民主观念在中国的继受与变通 83
- 第三节 法治观念在中国的继受与变通 93
- 第四节 我国法律价值体系的近代化 104
- 本章小结 109

第六章 当前我国法律文化建设的困境与出路 110

- 第一节 法律文化的内涵和意义 110

第二节 法律文化建设的功能	114
第三节 当前我国法律文化建设的困境	117
第四节 当前我国法律文化建设的出路	121
本章小结	126
第七章 比较法的功能主义原则与法律移植	128
第一节 法律移植是否可行	128
第二节 我国政党制度的移植	136
第三节 我国人民代表大会制度的移植	149
本章小结	155
附录一 比较法研究中的功能主义研究文献述评	157
附录二 三十年来我国比较法学著作的 发表情况与比较法学研究	173
附录三 探索法律文化交流之道 ——张中秋著《中日法律文化交流比较研究》 评析	184
参考文献	199
后 记	207

第一章

比较法的功能主义原则新论

“比较法的研究方法是二战后至今比较法学界最核心的问题之一。”^{〔1〕} 功能主义原则是比较法最重要的原则，是比较法方法论的基础。20 世纪以来，功能主义原则引起了学者们持续的研究兴趣，一时间众说纷纭、蔚为大观。学者们对功能主义原则毁誉交加、莫衷一是。纷杂的学说遮盖了功能主义的本来面目，这使得人们难以准确地把握功能主义原则。有鉴于此，本书追本溯源，对功能主义原则的形成过程和理论基础等基本问题进行探讨，使人们能够更好地认识和利用功能主义原则。

第一节 比较法功能主义原则的萌芽

功能主义原是社会学的重要理论。功能主义作为一种明确的方法论和社会理论，首先是起源于孔德、斯宾塞和迪尔凯姆的著作，其次也起源于 19 世纪末 20 世纪初的人类学特别是布朗

〔1〕 李秀清等：《20 世纪比较法学》，商务印书馆 2006 年版，第 151 页。