

# 从实践理性 到理性实践： 构建部门比较法

From Practical Rationality  
to Rational Practice:  
Establish Comparative Law  
within the Branches

许传玺 著

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 从实践理性 到理性实践： 构建部门比较法

许传玺 著

From Practical Rationality  
to Rational Practice:  
Establish Comparative Law  
within the Branches



中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

## 图书在版编目 (CIP) 数据

从实践理性到理性实践：构建部门比较法：汉、英/许传玺著.

—北京：中国法制出版社，2013.9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4687 - 7

I. ①从… II. ①许… III. ①比较法—中国—文集

—汉、英 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 157962 号

策划编辑 袁笋冰

责任编辑 袁笋冰 王林林

封面设计 周黎明

---

## 从实践理性到理性实践：构建部门比较法

CONG SHIJIANLIXING DAO LIXINGSHIJIAN; GOUJIAN BUMENBIJIAOFA

著者/许传玺

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/14.25 字数/344 千

版次/2013 年 9 月第 1 版

2013 年 9 月第 1 次印刷

---

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4687 - 7

定价：45.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010 - 66031119

网址：<http://www.zgfsz.com>

编辑部电话：010 - 66066627

市场营销部电话：010 - 66033296

邮购部电话：010 - 66033288

## 杰罗姆·柯恩教授序

我很高兴有机会为许传玺教授这本有趣、博学的论文集作序。传玺教授是一个不同凡响的人，已在中国成为一位广受尊重的学者、教授、学术管理者和行政管理者。他为其迄今为止充满活力、成果丰硕的事业所做的准备也同样令人钦佩。在中国完成其最初的学业后，他在耶鲁大学获得了社会文化人类学博士学位，并继而在哈佛大学法学院获得了法博士（J. D.）学位。此外，在回到中国之前，他曾任职于美国一家主要的国际律师事务所，以获得一些实际的执业经验，其后又在著名的耶鲁大学法学院中国法中心从事比较法律与社会的研究。

在回到中国后，虽然身负很多管理和行政责任，他仍在过去这十一年里出版了涉及众多领域的论文。有些论文旨在向中国阐释美国法的某些重要、复杂内容，而中国在构建其更为复杂的法律体系的过程中也的确渴望得到关于外国法发展及其实践的信息和理念。其他一些论文则试图向西方人展示中国的法律思想、成就和问题，而后者也确实渴望理解法律在后“文化大革命”的中国所取得的非凡的经济与社会发展中所发挥的作用。

本书共收入了十五篇此类富有启发意义的论文，对中国现代化进程中的一些重要节点做出了内容丰富的评论。传玺教授还为本书额外撰写了一篇内容充实的代绪言，对比较法学与社会科学的价值与重要性进行了思想性很强的反思，对将法律分析与现实情境和国

家哲学与文化相链接的必要性做出了应有的强调。

祝贺传玺教授出版本书，并希望其丰富多彩的职业生涯的下半段能够像其上半段一样富有成效。



2013 年 9 月

于纽约大学法学院

附英文原文：

## PREFACE

Jerome A. Cohen

I am delighted to have the opportunity to contribute the preface to this interesting and learned volume of essays by Professor Xu Chuanxi. Professor Xu is a remarkable person who has established himself in China as a scholar and teacher as well as an academic administrator and government official. His preparation for what has thus far been an energetic and fruitful career was equally impressive. After initial study in China, he obtained his Ph. D. degree in social anthropology at Yale University and then went on to earn a J. D. at Harvard University Law School. In addition, before returning to China, he served in a leading American international law firm in order to acquire some practical experience as a lawyer, and then pursued research in comparative law and society at Yale Law School's distinguished China Law Center.

Since his return to China, despite his many administrative and official responsibilities, he has managed over the past eleven years to publish a broad range of essays. Some have been designed to explain important and complex aspects of American law to a China that has proved hungry for information and ideas about the development of foreign law and practice as it has constructed its own ever more sophisticated legal system. Other essays have sought to present Chinese legal thought, accomplishments and problems to Westerners eager to under-

stand the role of law in post-Cultural Revolution China's extraordinary economic and social progress.

This volume collects no fewer than fifteen of these stimulating essays, a rich commentary that reviews some major signposts on the road to the modernization of the People's Republic of China. Professor Xu also offers readers a bonus in the form of his substantial Introduction to the volume, which offers some thoughtful reflections on the virtues and importance of studies in comparative law and social science. He provides welcome emphasis upon the necessity of linking legal analysis to real life situations and national philosophy and culture.

I congratulate Professor Xu on this publication and express the hope that the second half of his varied professional career will continue to be as productive as the first has been.



New York University School of Law

September 2013

## 江平教授序

我早年曾在莫斯科大学法律系学习法律。对于罗马法和西方民商法有较多的关注。在中国政法大学也曾讲授过这两门课程。现在对罗马法的研究已经日渐深入，虽然囿于文化背景和资料等方面的原因，我们与西方主流罗马法学者的研究还有差距。而对于西方民商法，现在也不再提东方还是西方，毕竟意识形态和作为一门学问的法学还是应该分开；民商法与市场经济之间的内在联系也是它获得发展的动力之一。研究罗马法和西方民商法的学者越来越多，民商法学的发展出现了复兴和繁荣。我对此是乐见其成，深感高兴和欣慰的。

当然，虽然学者和作品很多，但优秀的、可以与世界对话的法律学者并不多，堪称法学经典的著作更是乏善可陈，甚至连屈指可数的程度恐怕也还没有达到。这与我国社会科学的体制有很大关系，目前的学术体制仍然管制过于严格。我看见有的外国法律学者谈到法学诺贝尔奖的问题。法学的科学性一直是备受争议的话题。法律是一门科学，还是一门艺术，甚或只是一门技术？这个问题恐怕很难回答。法律至少不只是一门手艺。至于是科学还是艺术，可以长久地讨论下去。但无论如何，我国的法学发展还没有达到科学或者艺术的层次，还需要中国法律学者们不断反思，共同努力。

中国法学的发展需要有更多优秀的学者不断涌现。惟其如此，才能有优秀的法学作品，才能形成一些风气和学派。我们研究法

律，提出建设法治社会，应该充分学习、借鉴西方的经验和教训。我本人也曾主持过中国大百科全书出版社的外国法律文库的翻译工作，承担过比较法学研究会的工作。我期待中国的法律学者能够有优秀的、经典的法学作品，期待我国能够出现一大批法学家，形成我国法治建设和学术研究的中流砥柱。

许传玺教授曾在美国受过严格、系统的法学教育和人类学教育，拿过哈佛大学的法博士（J. D.）学位和耶鲁大学的人类学博士学位，西学功底深厚，与美国主流法律界也很有渊源，很受看重，并一直关注、研究我国的法治和社会问题，难能可贵。回国后，他先后在中国政法大学和北京市社会科学院工作，接触和了解了我国更多的实际问题和实际情况。他一直对比较法学研究感兴趣，现将过往的作品结集出版，既是一个阶段性的总结，也是一个新的开始。

一九九八年底，我在美国访问时，遇到正在哈佛大学读 J. D. 的许传玺，他当时组织了一个旅美中国法学会，邀请我到哈佛大学做一次关于中国法律改革的报告。当时我觉得这个年轻人在国外、在哈佛大学能有这样的学术组织能力，很了不起。后来，他回国到中国政法大学担任中美法学院的院长，同时担任民商法和比较法专业的博导，我们经常一起参加学校的活动，参加比较法学年会和其他一些学术会议，就更加熟悉了。

这本书是许传玺已经发表的论文的合辑，涉及的领域较广，包括宪法、行政法、侵权法、合同法、证券法等。这些论文的共同之处在于采用比较法学的理论与方法，对具体的部门法问题进行系统、深入的研究。最近，他又把自己写的一篇关于法律比较意义的文章拿给我看，应该说体现了他对比较法学的一些深入思考，很有见地。他本人具有跨学科的学术背景，如果能将人类学、经济学

及其他学科的观点和思维与法学相结合，相信可以有更多的优秀成果。

许传玺是具备沟通中外法律界才能的青年学者，大有可为。我希望他的学术之路能够走得长远，期待他在学术和事业上取得更大的成就。我想，能够始终保持一种前进的方向，保持一种学术和人生的使命感，这是一份执着的坚守。

他出版这本书，我欣然为之作序。



2013年中秋时

## 比较的意义（代绪言）

许传玺

作为二十世纪最深刻、最独特的诗人之一，T·S·艾略特（Thomas Stearns Eliot, 1888 - 1965）曾在其诺贝尔文学奖获奖作品《四首四重奏》中写道：

With the drawing of this Love and the voice of this Calling  
We shall not cease from exploration  
And the end of all our exploring  
Will be to arrive where we started  
And know the place for the first time.

在这爱的牵引下和这召唤声里  
我们将不停止探索  
而我们所有探索的终点  
将是到达我们的出发之处  
并第一次认识这个地方。

对艾略特的上述诗句可以有多种不同的理解（包括宗教意义上的解读）。对我而言，这段诗句的特别意义在于：它（或许在不经

意间)非常准确地道出了我所从事的人类学和比较法学的旨趣。<sup>①</sup>那就是:比较的意义。

虽然分属不同的学科领域,人类学和比较法学却有着一个极其重要的共同点:比较。两者都是以他者(the Other)为直接的研究对象。人类学研究其他族群(包括但不限于其他国家或地区,也包括传统意义上的部落和少数族裔等),从广义的社会制度、社会组织、社会行为(包括宗教、经济、政治、法律等各种制度、组织和行为)和广义的文化观念(包括信仰、道德观和其他各种集体意识、价值取向等)等多种角度来描绘、分析和理解其他族群。比较法学对于其研究对象通常有更多的限定;经常是以较发达国家或地区为关注对象,寻求对其法律制度、组织、行为和观念等足够深

---

① 关于艾略特与人类学之间的关联,参见 William Harmon, "T. S. Eliot, Anthropologist and Primitive", *American Anthropologist*, Vol. 78, No. 4, December 1976 (威廉·哈曼, "T·S·艾略特, 人类学与原始人", 载《美国人类学家》, 第78卷, 第4号, 1976年12月)(艾略特对同期或早期人类学家的著作多有关注)。亦见 Marc Manganaro, *Culture, 1922: The Emergence of A Concept*, Princeton University Press, 2002 (马克·曼伽那罗, 《文化, 1922: 一个概念的兴起》, 普林斯顿大学出版社, 2002年第1版)(集中探讨于1922出版的三本重要著作——即艾略特的《荒原》[*The Waste Land*]、社会人类学奠基人马林诺夫斯基[Bronislaw Malinowski]的《西太平洋的航海者》[*Argonauts of the Western Pacific*]、以及爱尔兰文学家詹姆斯·乔伊斯[James Joyce]的《尤里西斯》[*Ulysses*])——对西方文化史的贡献; Marc Manganaro, "Mind, Myth, and Culture: Eliot and Anthropology", in David E. Chinitz (ed.), *A Companion to T. S. Eliot*, Malden, MA: Wiley-Blackwell, 2011 (马克·曼伽那罗, "意识、神话与文化: 艾略特与人类学", 载大卫·E·齐尼茨(主编), 《T·S·艾略特解读》, 马萨诸塞州马尔顿市: 威利-布莱克威尔出版社, 2011年第1版)。关于建立比较法学的初衷, 见 Charles de Secondat, Baron de Montesquieu, *De L'Esprit des Lois*, Genève: Barrillot, 1750 (originally published anonymously in 1748)(孟德斯鸠, 《论法的精神》, 日内瓦: 巴希洛出版社, 1750年第1版[1748年首次匿名出版]); Henry James Sumner Maine, *The Ancient Law, Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*, London: John Murray, 1861 (梅因, 《古代法: 其与社会早期史的关联, 及其与现代观念的关系》, 伦敦: 约翰·默瑞出版社 1861 年第1版)。

人、足够系统的认识、理解和把握。

同样，人类学和比较法学也都以自我（the Self）为其研究的指归。人类学对他者的研究——包括经常历时数年的参与观察（participant observation）和系统详尽的民族志（ethnography）——通常被其研究者或其他人类学家用来归纳、界定人类社会与文化（同上，均为广义）现象的三种态势：即普世（universal）现象（为所有族群或绝大多数族群所共有）、普遍（general）现象（为多个族群但非所有或绝大多数族群所共有）、独特（particular）现象（为极少数甚或单个族群所拥有），<sup>②</sup>由此加深和提高对其自身社会与文化现象的认识与理解。比较法学通常更是把增强对自身法律现象的理解、法律借鉴与法律移植等作为其研究的主要目的，把设计、调整和改进自身法律制度、组织、行为和观念等作为其研究的出发点和终结点。<sup>③</sup>

通过探究他者而反观自我，从而达到对自我的全新认识。这是艾略特诗句的知识学涵义，也是人类学与比较法学共同的认识论基

---

② 美国耶鲁大学于1949年设立、目前已容量巨大的“人类关系地区档案”（Human Relations Area Files）即以此为其主要创设目的之一。

③ 参见 Rudolf B. Schlesinger, *Comparative Law: Cases, Text, and Materials*, Brooklyn, New York: Foundation Press, 1950（鲁道夫·B·施莱辛格，《比较法：案例、文本与资料》，纽约市布鲁克林区：基础出版社，1950年第1版）（作为比较法学在美国的创建人，施莱辛格教授的影响实际上已超越了美国本土；欧洲一直以来寻求建立“共同法”的努力，也在相当大的程度上受到施氏的影响）；Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh, UK: Scottish Academic Press, 1974（艾伦·沃特森，《法律移植：比较法学的进路》，英国爱丁堡市：苏格兰学术出版社，1974年第1版）（创建“legal transplant”[“法律移植”]一词；提出绝大多数法律体制的绝大多数变迁都可归因于法律借鉴；法律移植是法律发展的最重要的源泉）；沈宗灵，《比较法总论》，北京大学出版社，1987年第1版，《比较法研究》，北京大学出版社，1998年第1版，“当代中国借鉴外国法律的实例（上、下）”，载《中国法学》，1997年第5-6期；江平（主编）：《比较法在中国》（第一卷），法律出版社，2001年第1版（及其后续各卷）等。

础。换言之，通过比较，我们可以实现新的认知，达到前所未有的知识境界和思想高度。这，就是比较的意义。

## 经历与试错

比较之所以有意义，是因为人类活动（与每个人的人生一样）在本质上是一个经历（experience）的过程，因而也是一个试错（trial and error）的过程。

个体人生，无一例外，是一个经历和试错的过程。对每个人来说，在孩提时代学习和掌握任何一种人生技能（如坐、立、行走）都必须亲历亲为，经过多次试错，经受多次跌倒、磕碰才能日渐熟练，直至运用自如。同样，在进入成年之后，一个人（无论他/她多有天赋）也不可能一击而中，仅凭第一次尝试就能完美地处理、解决他/她所遇到的所有问题（如择友、恋爱、选择事业等）；每个人的成长、成熟，都必须经历多次试错，通过无数次总结经验、吸取教训才能有望实现。

作为个体人生的集合，任何一个族群的活动（包括上述各种社会与文化现象）也都是一段有限的经历、一个试错的过程（无论该族群历史有多悠久、人数有多众多）。这是人类共同的生存状况（human condition）；所不同的只是相对时长和细节差异（正像个体的生命长短与人生际遇存在差异一样）。因此，不同的族群可能因为地理条件和基本生产、生活方式的不同（如游牧相对于农耕，航海相对于内陆，等等）和历史原因等，生发出不同的经济、政治、法律、宗教等各种相关制度、组织、行为和观念，呈现出社会与文化现象的多样性。

因为个体人生与人类活动在本质上是一个经历与试错的过程

程，所以我们无法演绎、无法推导，而只能归纳、只能枚举；我们的意识与认知都必须依赖经历的日渐丰富，依赖试错的有效多样。为此，我们可以更加审慎、更加积极地探索、尝试，积累经验，减少甚或杜绝错误；更重要的是，我们也可以关注和研究其他个体（如老师、同事、相关书籍作者）和其他族群（如相关国家和地区）的经历和试错，从中提炼经验教训，学习其经验，避免其错误。而后者就是比较，对于个体与族群生存都具有重要意义的比较。

对于法律而言，不同族群的法律制度、组织、行为和观念等必然主要依赖并体现各自族群的经历与试错。例如，与一些更为资深的市场经济体制相比，一个新兴的市场经济体制在市场经济领域的经历和试错通常会更加单薄，其相关法律制度、组织、行为和观念等因此也会更加欠缺、更加薄弱，除非该体制能够杜绝妄自尊大和闭门造车，积极地运用比较法学，对其他更为资深、更为成功的市场经济体制进行有针对性的研究与分析，借鉴其法治经验，避免其失误与陷阱，力争快速、有效地弥补自身的欠缺。正如美国早期联邦最高法院大法官霍尔姆斯所说，“The life of the law has not been logic; it has been experience...”（“法律的生命不在于逻辑 [因而无法演绎，无法闭门造车]，而在于经历 [因而必须注重尝试、比较与借鉴]”）。④

---

④ Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Boston, MA: Little, Brown, and Company, 1881, p. 1（奥利弗·温德尔·霍尔姆斯二世，《普通法》，马萨诸塞州波士顿市：理特布朗出版社，1881年第1版，第1页）（方括号部分为著者所加）。霍尔姆斯的这段话是他毕生做出的最重要的论断之一，但遗憾的是：关于这一论断，仍有太多的忽略、误译和误读。

由此，我们也可以看到，如果不加限制地强调“本土资源”，<sup>⑤</sup>以至弱化甚至排除比较法学的存在与发展，那将是一个多么严重的错误。如上所述，族群的经历与试错必定具有本土特色；这种特色，即使经过对其他文化要素的移植，也不会彻底改变，所以“中国特色”是各种改革的题中之义，无需多虑。出于丰富、弥补自身经历与试错的需要，我们必须采取更加开放、更加积极的态度，充分关注、研究其他国家和地区多样化的法治经验和教训，海纳百川，博采众长，以求更加合理、有效地剖析、处理和解决自身问题，实现充分法治。在这个意义上，寻求和发现富有启发性的不同点也许比专注于所谓共同点更加重要（虽然共同点不乏印证、确认等类型学的意义）。换言之，对比较法学而言，最重要的也许不是“求同存异”，而是“求异存同”。

### 从实践理性到理性实践

通过上述各种经历与试错，人类逐渐建立起对各种事物（包括人类自身）、事件（包括人类自身活动），以及事物与事物、事物与事件、事件与事件之间各种关联的认知和把握，积累起可以指导人类如何思考、如何行动的理性判断，这就是实践理性。例如，因为不慎被烫，孩子可以发现明火的危险，学会远离明火或以其他方式保护自己；通过“摸着石头过河”，人们可以学会更快捷、更安

---

<sup>⑤</sup> 见苏力，《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996年第1版。参见对该书的多种评论，如强世功，“暗夜的穿越者：对《法治及其本土资源》的解读”，载《学术思想评论》第3辑，辽宁大学出版社，1998年版；马作武，“中国古代‘法治’质论——兼驳法治的本土资源说”，载《法学评论》1999年第1期；杨昂，“对一个‘坐而论道’者的质疑——也驳法治的本土资源说”，载《法学评论》2000年第2期；徐忠明，“解读本土资源与中国法治建设——苏力《法治及其本土资源》读后”，载《中外法学》2000年第2期，等。

全地涉水或泅渡；经过多次观察与验证，人们可以逐渐掌握气象规律并据此安排有关活动；由于市场需求不明，厂家可以根据销售情况决定增加或减少商品产量，等等。

可以看出，这里所说的“实践理性”是一个广义的概念，意指在特定条件下，对某一行为或信念的选择符合最优（optimal）的特征；在这个意义上，它基本等同于“理性”（rationality）这一哲学概念，<sup>⑥</sup> 但更加强调其来自于实践、产生于实践这一基本事实。因此，它实际上既包含严格哲学意义上的（狭义的）“实践理性”（practical reason；主要涉及人类运用理性决定如何行为 [how to act]，关注人类如何对行为进行最优选择，等等），<sup>⑦</sup> 也包含严格哲学意义上的“理论理性”或称“思辨理性”（theoretical reason or speculative reason；主要涉及人类运用理性决定相信什么 [what to

---

⑥ 见 Robert Audi (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1999, 2<sup>nd</sup> edition, p. 772 (罗伯特·奥狄 [主编], 《剑桥哲学辞典》，英国剑桥：剑桥大学出版社，1999 年第 2 版，第 772 页)；参见 Robert Nozick, *The Nature of Rationality*, Princeton, NJ: Princeton University Press, 1993 (罗伯特·诺兹克, 《理性的本质》，新泽西州普林斯顿市：普林斯顿大学出版社，1993 年第 1 版)。

⑦ 参见 Stephan Körner (ed.), *Practical Reason: Papers and Discussions*, New Haven, CT: Yale University Press, 1974 (斯蒂文·科纳 [主编], 《实践理性：论文与讨论》，康奈狄格州纽黑文市：耶鲁大学出版社，1974 年第 1 版)；Joseph Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, UK: Oxford University Press, 1978 (约瑟夫·瑞兹 [主编], 《实践理性》，英国牛津：牛津大学出版社，1978 年第 1 版)；Henry S. Richardson, *Practical Reasoning about Final Ends*, Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1994 (亨利·S·理查德森, 《关于终极目标的实践理性》，英国剑桥：剑桥大学出版社，1994 年第 1 版)；Charles Taylor, “Explanation and Practical Reason,” in his *Philosophical Arguments*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1995 (查尔斯·泰勒, “解释与实践理性”，载其《哲学争论》，马萨诸塞州剑桥市：哈佛大学出版社，1995 年第 1 版)；Elijah Millgram (ed.), *Varieties of Practical Reasoning*, Cambridge, MA: MIT Press, 2001 (艾利亚·密尔格莱姆 [主编], 《实践理性的种类》，马萨诸塞州剑桥市：MIT [麻省理工学院] 出版社，2001 年第 1 版)。