

领域法学

社会科学的新思维与法学共同体的新融合

刘剑文
等著

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



领域法学

社会科学的新思维与法学共同体的新融合

刘剑文 等著

常州大学图书馆
藏书章

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



领域

图书在版编目(CIP)数据

领域法学:社会科学的新思维与法学共同体的新融合/刘剑文等著. —北京:北京大学出版社, 2019. 10

ISBN 978 - 7 - 301 - 30824 - 0

I. ①领… II. ①刘… III. ①法学—中国—文集 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 217028 号

书 名 领域法学:社会科学的新思维与法学共同体的新融合
LINGYU FAXUE: SHEHUI KEXUE DE XINSIWEI YU FAXUE
GONGTONGTI DE XINRONGHE

著作责任者 刘剑文 等著

责任编辑 王 晶

标准书号 ISBN 978 - 7 - 301 - 30824 - 0

出版发行 北京大学出版社

地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址 <http://www.pup.cn>

电子信箱 law@pup.pku.edu.cn

新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书

电 话 邮购部 010 - 62752015 发行部 010 - 62750672

编辑部 010 - 62752027

印 刷 者 北京溢漾印刷有限公司

经 销 者 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 18.75 印张 327 千字

2019 年 10 月第 1 版 2019 年 10 月第 1 次印刷

定 价 54.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010 - 62756370

超越边缘和交叉：领域法学的功能定位^{*}

(代序)

考虑到部门法划分的局限,在近二十年的法学研究中,以调整对象和调整方法为划分标准的部门法学分类研究传统正在受到挑战,面对不断发展变化的、具象的现实世界,以问题和领域为基本定位的“领域法学”正在蓬勃兴起。当下中国的学术研究,需要更多地面向中国实际的问题意识,在吸收国际上既有研究成果的同时,又开创具有中国特色、中国风格、中国气派的观点、学说和理论。在法学研究中,尤其需要注重创新研究思维、丰富研究方法和拓展研究视野,将国际法学界上普适的法学理论与中国的具体实践相结合,为推动中国深化改革和法治治理提供智识支撑。

领域法学以问题为中心

领域法学是以问题为中心、目标为导向,以特定经济社会领域全部与法律有关的现象为研究对象,融经济学、政治学和社会学等多种研究范式于一体的交叉性、开放性、应用性和整合性的新型法学学科体系、学术体系和话语体系。领域法学融合包括部门法学研究方法、工具和手段在内的全要素,但在方法论上突出体现以问题意识为中心的鲜明特征,是新兴交叉领域“诸法合一”研究的有机结合,与部门法学同构而又互补。

在我国,领域法学的概念最早是由财税法学界提出的,它源于对近二十年来财税法研究成果的总结、提炼和推广。2002年,笔者曾提出,“税法在现行法律体系中是一个特殊的领域,它不是按传统的调整对象的标准而划分出的单独部门法,而是一个综合领域”。^①2005年,笔者进一步认为:财税法“是一个涉及众多法律部门的综合法律领域”;“是一个相对独立的法律领域,不属于现有的部门法,而是一个采用另外一种划分方法,在某种意义上与现有部门法相并列

^{*} 原文参见刘剑文发表在《中国社会科学报》2017年1月4日上的同名文章,有适当调整。

^① 参见刘剑文、熊伟:《二十年来中国税法学研究的回顾与前瞻》,载《财税法论丛》(第1卷),法律出版社2002年版,第2页;刘剑文主编:《税法学》,人民出版社2002年版,前言;刘剑文主编:《税法学》(第2版),人民出版社2003年版,前言;等等。

的相对独立的法律领域”。^①

财税法上承宪法体制,下临具体征管情境,贯通公民之财产权与福利权,既保护私人财产权又控制公共财产权,是一个借鉴与融贯各学科与法律部门知识的相对完整的财税法规范体系,任何一个传统法律学科单独调整和研究都容易片面,无法得出全面、系统而令人信服的研究结论。因此,武断地将财税法归入任何一个既有的法律部门都是不合适的做法。在此基础上,鉴于学界将财税法学定位为交叉学科、新型学科的共识,笔者于2013年第一次明确提出财税法学是领域法学的概念,认为财税法学是一个以财税为领域,法为基本元素,融经济学、政治学和社会学于一体的应用型的“领域法学学科”。^②

在此基础上,不少其他法学学科的学者也从各自视角,有意识地运用领域法学的分析框架和分析范式解读本学科的核心范畴和理论谱系。这从一定程度上体现出,领域法学范式是有生命力的,能有效回应并解决现实问题的,是有用的。

为新兴法律领域研究提供科学指导

随着社会的发展,社会关系越来越复杂化,将调整某一特定领域社会关系的法律规范统称为某种“领域法”的情况将会愈来愈多。一方面,领域法现象本身在当今社会是一种不可否认的客观存在。随着社会的发展和社会关系的日益复杂化,规范环境、财税、金融、互联网、卫生等特定社会经济生活领域的一个个领域法已经形成,或者正在形成中。相应地,作为对社会现实的回应,以问题为中心,以各个领域法现象、法规范为研究对象的环境法学、财税法学、金融法学、卫生法学、互联网法学等新兴学科、交叉学科便应运而生。但这些学科的研究对象往往是某一重大社会领域中具有整合性、交叉性、复杂性的法律现象,无论从学理层面去建构、解释、适用这些领域法规范,还是从治理层面去回应、协调、解决这些领域问题,部门法理论在适用性方面都是难以为继的。

另一方面,领域法学能够为新兴法律领域研究提供科学指导。法学承担着推动法治国家、法治政府、法治社会一体化建设的重要任务,面临着如何应对新兴领域重大问题的挑战。相应地,法学研究的过程,当是以问题本身的需要来组织不同领域知识而加以正当性和合法性研究的过程。在全面推进依法治国

^① 参见刘剑文:《中国大陆财税法学研究视野之拓展》,载《财经法学杂志》(第1期),台湾元照出版社2005年版,第79—91页。

^② 刘剑文:《作为综合性法律学科的财税法学——一门新兴法律学科的进化与变迁》,载《暨南学报(哲学社会科学版)》2013年第5期。

的语境下,法学研究不应局限于从概念到概念、从文本到文本、从部门到部门的思维方式,而应该面对现实的社会问题,从中寻找规律,提炼理论,进而促进解决社会问题的能力和法治治理水平的整体提升。为了在一个相对稳定的法学框架内观察并解释这些综合的、复杂的、集合的、交叉的法律问题、现象与规律,我们需要这样一种领域法学的思维。

必须要强调,提倡领域法学的思维范式,不意味着对传统部门法学范式的颠覆,而是为后者提供有益和必要的补充,最终也能促进其更好地发展壮大。通过聚焦问题领域,领域法学在横向上整合传统法律部门要素,消解不同部门法规范之间的效力冲突;在纵向上消除哲学社会科学学科壁垒,通过不同研究方法来探索不同社会现象以及之间的相互交融和发生化学反应的普遍规律,形成具有针对性、内生性、协同性的立体研究空间,并与部门法学形成同构而又互补的关系。领域法学既是对部门法体系划分的突破,也是对现有法学研究方法的反思,两者在内容上要素互通,在结构上一体两面,在方法上并行不悖,在效果上交互影响。概言之,提炼并张扬领域法学的范式创新,并非试图取代部门法学的传统范式,而是在对后者进行反思的基础上,以一种新的、更富时代特质的研究方法,综合运用既有各部门法的知识谱系,形成新的逻辑脉络,回应并持续性地解决社会生活中不断出现的新兴问题。就此而言,领域法学与部门法学可谓异面构造,其本质上可视为方法论层面的更新。

领域法学与部门法学在共享相同的理论前提之基础上,研究思路各有侧重。部门法学是对当前法律体系的划分,划分法律部门的根本目的是提高法律系统的可理解性和法律论证的简便性,因而总体上是一种以各部门法内部规范为中心的平面化的研究格局。而领域法学的研究格局则是立体性的,它旨在解决社会生活各领域中不可分割的重大问题,阐释各领域内法律现象的整体性因果关系,促进重点领域立法和改革决策相衔接,形成对法律现象具有解释力的法学理论,其具有更强的回应性。在领域法学的研究视野中,部门法与部门法之间的鸿沟与藩篱不存在,单一或者整体的部门法规范都构成领域法学的要素。在问题的引领下,不同的部门法要素在领域法范围内得以整合,产生类似化学反应的正向效果。

解决新兴学科、交叉学科的定位和归宿问题

领域法学概念的提出,阐明了法学新兴学科、交叉学科存在的客观性,证成新兴领域法学研究的正当性,解决了新兴学科、交叉学科的定位与归宿问题,现实意义重大。同时,这也是对我国传统法理学的适度突破和丰富,有助于法学

研究消除学科壁垒,加强重点领域立法而逐步淡化部门立法色彩,更好地与改革决策相衔接,为领域法治的规范设计和协同建构提供重要的理论支撑。

在全面推进依法治国的语境下,国家治理的现代化首先是法律治理的现代化。法律治理离不开良法善治,而良法首先需要基础性的立法指导思想。实践中,在金融、知识产权、财税、环保等新兴领域,作为规范法学研究对象的法规范往往变动不居,在实践的经验确认上也充满不确定性。比如,财税法领域的财税法定原则、知识产权法领域的合理使用原则,在不同的案件、语境中的解释是不一样的。就此而言,如果仍然套用传统部门法的法律关系分析框架,不啻削足适履,很难讲清楚不同法体系之间的差异,而且就算“强行”廓清,所提炼的理论对制度实践的指引效果是很弱的。与之相应,肯认领域法学的范式,不执念于一些纯粹形式逻辑的问题,而集中精力在一些具体议题的解决上,或许是更优选择。因此,推动重点领域立法,推进领域法学研究,加强领域法学学科建设,是我国法学界的当务之急。但是,在具体研究之前,在方法论层面厘清关于领域法学的若干前置性议题,仍很必要,这正是本书意欲探索并尝试回应的。

CONTENTS 目 录

第一章 作为法律现象的领域法	1
第一节 美国“领域法”现象的演化与形成	2
第二节 从问题到规范:作为领域法的环境法	20
第三节 领域法视角:《大明律》转型的历史启示	35

第二章 新时代的法学领域与领域法学	50
第一节 法学现代化背景下领域法学之契机	51
第二节 新兴交叉领域的领域法学研究范式	60
第三节 法学范式竞争与领域法学的知识创新	83

第三章 法学研究新范式与领域法学新思维	99
第一节 领域法学新思维:法理视野与话语共建	100
第二节 领域法学新框架:理论拓补与路径探明	118
第三节 领域法学新范式:方法提炼与思维模式	135

第四章 领域法学在新兴交叉学科的展开	149
第一节 领域法学与财税法学研究范式 转型	150
第二节 领域法学与经济法学培养模式 重构	162
第三节 领域法学思维的立法运用:以环境法 为例	179
第四节 金融创新:领域法视角下的金融 规制	194

第五章 协同视角:从部门法学到领域法学	205
第一节 知识竞争中的法学领域和领域 法学	206
第二节 静悄悄的革命:从部门法学到 领域法学	207
第三节 问题导向、规范集成与领域法学 之精神	229

第六章 领域法思维、法治建设与国家治理	244
第一节 领域法学研究的三个核心问题	245
第二节 现代社会转型与领域法话语的 展开	258
第三节 领域法思维与国家治理的路径 拓补	275

后 记	290
-----	-----

第一章 作为法律现象的领域法

【本章导读】

➤ 以环境法、航空法、娱乐法、酒法等为代表,美国法律体系中交叉研究充分、分工精密但是理论范式提炼不足的“领域法”现象体现了法律体系对于新兴社会问题积极应对的努力,但其“精密型”与“应急型”领域法学研究之间存在转化与反哺的动态互动不足。相比之下,我国领域法学研究范式提供了领域法发展中可操作、程式化的方法与作业流程,为领域法学研究成果反哺法律实践以应对具体的社会问题提供了解决之道。领域法学研究范式能够实现对类型化方法的弥补与超越、提供去中心化的立体法律发展模式、通过主体间互动的多元共治提供全面而高效的具体问题解决方案,进而实现其功能拓展。

➤ 作为典型的领域法,环境法的发展得益于强烈的问题意识以及对环境保护领域本体性的正视与尊重。环境法发展过程中领域法特质最为鲜明地表现在三项问题辨识与对策形成技术:准确定位法律问题并将其从部门法体系中相对剥离、保持与特定领域专业知识的适当张力、凝练法治共识与基本原理以矫正专业信息偏差。以此三项技术为核心的领域法学研究范式形成了与传统法律判断生成模式次序交错却形异神同的决策形成模式与规范建构路径。其在相对快速回应社会需求与供给妥当法律决策的同时,也暴露出规范语言的律性弱化、典型案例宣示作用强却难以推广、特定案件应急处置遭受正当性诘问等问题,环境法的实践品格是领域法学研究范式实践理性特质的具体表达。

➤ 为回应现实问题,适应时代需求,我国财税法学界首倡领域法理论,主张以横向领域分类法与纵向部门分类法“同构而又互补”。此理论不仅突破了传统的部门法学“川”字形分类和研究范式,将其发展成当代“井”字形网络状分类,而且是对法学方法论和法律思维的革新,使一些长期争论不定的重大法学问题迎刃而解,为各种新兴法律学科的发展正名开道。《大明律》对《唐律疏议》做了从12篇到7篇,从部门法到行业法,“以类附篇”的体例转型。这个转型与领域法学的创新具有相似性和可比性,能印证领域法学的合理性,对领域法学理论创新具有历史启示的意义。

第一节 美国“领域法”现象的演化与形成*

以环境法、航空法、娱乐法、酒法等为代表,美国法律体系中交叉研究充分、分工精密但是理论范式提炼不足的“领域法”现象体现了法律体系对于新兴社会问题积极应对的努力,但其“精密型”与“应急型”领域法学研究之间存在转化与反哺的动态互动不足。相比之下,我国领域法学研究范式提供了领域法发展中可操作、程式化的方法与作业流程,为领域法学研究成果反哺法律实践以应对具体的社会问题提供了快速通道与行动指针。领域法学研究范式能够实现对类型化方法的弥补与超越、提供去中心化的立体法律发展模式、通过主体间互动的多元共治提供全面而高效的具体问题解决方案,进而实现其功能拓展。尽管可能还存在与传统部门法学研究的关系以及研究启动时点选取等需进一步研究的命题,领域法学研究范式的提出是中国法律学者对于新兴法律部门作出的有益尝试。

一、问题的提出

近年来,我国对于重点领域立法的关注度不断增强。以中共中央十八届四中全会《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出“加强重点领域立法”为起点^①,2015年全国人大及其常委会的立法工作的重点确定为:(1)社会主义市场经济法律制度;(2)民主政治;(3)社会;(4)文化、教育、生态;(5)国家安全等五个重点领域。财政部发布的《法治财政建设实施方案》(财法[2016]5号)提出“加强财政收入、财政支出、财政管理等重点领域的财政立法”。原国家质检总局发布的《关于印发2016年度立法工作计划的通知》(国质检法[2016]143号)也将“加强重点领域立法”作为首要的工作方针。党的十九大报告在归纳全面深化改革成果时,也指出“重点领域和关键环节取得突破新进展,主要领域改革主体框架基本确立”。^②按照“领域”进行全面深化改革,已经成为国家治理的重要思想和基本方略。

* 本节原文参见吴凯:《论领域法学研究的动态演化与功能拓展——以美国“领域法”现象为镜鉴》,载《政法论丛》2017年第1期。收入本书时有少量修改。

① 参见《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,人民出版社2014年版,第11—15页。

② 习近平:《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利——在中国共产党第十九次全国代表大会上的讲话》,人民出版社2017年版,第3—4页。

“领域法学”的概念由我国财税法学界最早提出^①,其源于对近二十年来财税法研究成果的总结、提炼和推广。^②其后,环境法、劳动法领域的研究者不约而同地遵循领域研究这一思路在各自学科内部进行了以领域为单位的进一步探究,领域法学的研究整体呈现方兴未艾、星火燎原之势。^③

面对着重点领域立法实践需求的凸显以及学术研究的成型与深入,关于“领域法”这一议题不禁引发研究者的思考:首先,“加强重点领域立法”中的“领域”和“领域法学”研究范式中的“领域法”是否存在逻辑上的对应?其次,《决定》中“加强重点领域立法”的提法与早在2002年就由财税法学者提出的“领域法学”概念不谋而合,这仅仅是巧合还是我国法律发展与法学研究、甚至是世界范围内法律发展与法学研究进步的必然?最后,尽管每个国家都有自己独特的文化、历史与政治传统,但是各国也都面临着共同的“加强重点领域立法”中诸领域的问题,如财政治理、反恐怖主义、环境保护、金融监管等,在法治建设相对发达国家,有无领域法研究的经验或者教训,供中国的法治建设学习、借鉴或者批判?

二、美国法律研究与实践中的“领域法”现象评述

从各国法律制度的发展看,两大法系早已相互影响,世界上已无纯粹的普通法系国家或纯粹的大陆法系国家。^④这种法律制度发展上的融合趋势带动的是两大法系法律教育甚至是法律实践上的融合与贯通:美国法律教育与研究亦在大陆法系与英美法系之间架起了衔接的桥梁,“如今的美国法律研究与教育已经不能仅仅被理解为英美法系意义上的了,它是混合的,更为有趣的是,这种混合被证明很有效”。^⑤这种融合贯通趋势,在功能上,特别是方法论功能意义上为比较中美两国法律发展中的“领域法”现象与领域法学研究的理论范式提供了逻辑基础与正当性前提。

^① 参见刘剑文、熊伟:《二十年来中国税法学研究的回顾与前瞻》,载刘剑文主编:《财税法论丛(第1卷)》,法律出版社2002年版,第2页;刘剑文:《税法学》,人民出版社2002年版,前言;刘剑文:《税法学》,人民出版社2003年版,前言。

^② 参见刘剑文:《论领域法学:一种立足新兴交叉领域的法学研究范式》,载《政法论丛》2016年第5期。

^③ 参见李启家:《环境法领域利益冲突的识别与衡平》,载《法学评论》2015年第6期;马伟:《竞业限制适用的民法学思考——公司法和劳动合同法领域中竞业限制研究》,载《科技与法律》2012年第2期;等等。

^④ 参见王泽鉴:《英美法导论》,北京大学出版社2012年版,第3页。

^⑤ Charles F. Abernathy: *Law in the United States*, New York: West Academic Publishing, 2016.

美国法律实践与研究中“领域”(field/area)有两种使用场合。

《布莱克法律词典》中并没有“法律领域”(legal field/area)“领域法”(field/area of law)的词条,但是在其对于“法律研究(legal research)”词条的释义中,以“领域”一词对其加以了概括:法律研究是指“关注对于某一法律问题的有效整理、归纳的学术领域”^①,也即针对每一个法律问题所开展的研究工作,均可以称之为一个领域。在《布莱克法律词典》对法律研究的释义中,问题意识是法律领域这一定义的前提。同时,问题可以有不同层面、不同的重要性程度与法律规制程度,这也为以问题意识为起点的领域研究提供了广阔且多层次的空间。美国法律体系之中的“领域”概念突破了平面化定义的桎梏,成为一个立体的、能够赋予更多内涵的概念体系。在美国法学研究与法律实践之中,领域(field/area)一词存在着两种使用场合(如表 1.1 所示)。第一种场合是法律职业实践中,往往出现使用了“领域法”的概念^②;第二种场合是在描述所从事的法学研究的范围时,使用了“领域”的说法。

表 1.1 美国法律实践与法学研究中两种“领域”用法对比

美国法学院入学委员会认可的法律职业实践意义上的“领域” ^③	美国法学院法学研究意义上的“领域”(以纽约大学法学院为例) ^④
公民权利;公司法与证券法;刑法;教育法;雇佣与劳动法;环境与自然资源法;卫生法;移民法;知识产权法;国际法;不动产法;体育与娱乐法;税法	都市法与土地利用法;宪法、公民权利与民主;公司法与商法;刑法;环境法;家庭法;全球化与国际法;人权法;移民法;知识产权与创新;劳动与雇佣;法理学、法律史与社会科学;诉讼与程序;规制与公法;税法

中国法律实践与法学研究中领域法学研究范式以对于传统部门法学研究的反思、挑战与超越为起点展开,这也可以作为我们观察美国法律体系之中“领

^① Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary (9th Edition)*, New York: West Publishing Co., 2009.

^② Brown University, Legal Career Advising [EB/OL], <https://www.brown.edu/academics/college/advising/law-school/fields-law/fields-law>, 2016-11-16.

^③ LSAC, Inside Law School [EB/OL], <http://www.lsac.org/jd/thinking-about-law-school/fields-of-law>, 2016-11-17.

^④ New York University School of Law, Areas of Study [EB/OL], <http://www.law.nyu.edu/areasofstudy>, 2016-11-14.

域法”现象的认识基准与分类标尺。^①对美国的“领域法”现象,以是否能与传统的部门法学研究的议题相对应为标准^②,可以划分为以下三类或者说三个维度:美国法律实践与法学研究中与中国部门法学研究关注的传统议题相重合的部分(如合同、侵权、民事程序等,后文简称为“传统议题领域”)、与中国部门法学研究关注的新兴议题领域相重合的部分(如财政税收、环境保护、卫生、军事等,后文简称为“新兴议题领域”)、与中国部门法学研究几乎无重合的部分(后文简称为“其他议题领域”)。这三个维度互为补充,共同构成了美国法律发展过程中“领域法”现象的真义。

1. 传统议题领域交叉研究充分但研究范式提炼不足

美国法中的“领域法”现象首先在历史较为悠久、研究较为透彻、司法实践与法律教育均比较成熟的刑法、合同法、民事诉讼法等领域存在,这种存在主要表现为深层次的、跨学科的、针对具体的疑难问题的交叉研究。这一部分研究不仅仅是将传统的、已有的知识成果简单套用在新的领域、新的现象之上,而是当传统知识进入新兴问题领域后,随着对该问题分析、认知的进一步加深而呈现出多样化的特质,更有甚者,可能在一定程度上修正原有的知识体系。在这一维度的领域法研究经过长足发展,多数领域已经存在了相对独立与自足的知识体系。

例如为了应对航空业的蓬勃发展,民用航空法的研究涵盖了从飞机制造、机场管理、劳动争议到航空保险、航空邮政等几乎所有与民用航空业有关联的法律问题。^③与之作时间序列上的对比,美国在20世纪30年代就已经出现相当数量的民用航空法领域的著作,我国对于航空法知识的引介与翻译起始于20世纪80年代^④,于21世纪前后出现了一批研究成果,但这些研究成果依然按部

① 而在展开对美国法律体系之中“领域法”阐释之前,需对于美国法律实践与法学研究之中的“领域”作说明与厘定:其一,对于具体领域判断与筛选标准,不停留在简单的“问题”层面,而是需要出现了大量相关著作、论文或者其他研究成果的才算做一个“领域法”现象;其二,对于领域研究的判定,不仅仅停留在对特定某部法律的研究上,传统上一部法律出台,其后必然会伴随着各种理论模型与框架下的对该部法律的阐释。这种法律解释意义上的研究,不属于本节所论“领域法”的范围。

② 之所以选择这样的分类方法,考虑的是中美法律尽管在特定领域有趋同或融合趋势,但传统毕竟不同,无法在形式上做到一一对应。

③ George W. Lupton, JR., *Civil Aviation Law*, Chicago: Callaghan and Company, 1935.

④ 参见[英]杰维斯:《航空法》,徐立达译,新时代出版社1989年版;[荷]弗斯霍尔:《航空法简介》,赵维田译,中国对外翻译出版公司1987年版;[英]彼得·马丁等修订:《肖克罗斯和博蒙特航空法》(第4版),徐克继摘译,法律出版社1987年版。

门法的划分标准分散于国际公法、国际经济法之中^①,作为公民日常生活重要领域的民用航空法律研究成果则是在2010年前后才相继出现。^②

又如美国在亲属与婚姻继承法领域,就出现了针对特定问题的、结合多学科知识联合研究的成果。以儿童为主体或者中心开展的关于父母监护权、学校权利、对家庭监护的适度干预^③、以女性为主体或者中心开展了关于家庭构成中性别与平等以及同性婚姻合法性的研究^④。在传统的商法与经济法领域,结合传统的版权法知识体系与新兴的“慕课”等网络教育形式兴起,开展了高等教育法中的版权保护研究。^⑤针对体育竞技领域之中运动员、裁判等参与主体的特殊性,冲突法与侵权法及时进行规范。^⑥

但是,在梳理上述诸多领域的法律现象时,不难发现相应的法律发展呈现出比较严重的碎片化,此领域研究与彼领域研究无任何关系,各自推进。这样的法律发展模式带来的后果就是因为缺乏范式提炼与统一的方法论指引,各交叉领域中很难保留下可传承、可供法学院教员教授与学生习得的知识体系。在其后实践中遇到可能类似的新问题时,无法快速从先前研究积累中获取知识给养,从而带来了一定程度上的学术资源与实践知识的浪费。

2. 新兴议题领域法律实践精密、研究分工细致

美国法中的“领域法”现象还不易被人察觉地体现在中国新兴法律领域相对应的实践之中。这部分法律问题在中国已经引起关注。但是对比而言,美国进行的这些领域的研究更多体现出立体性与对社会需求的敏锐回应。所谓立体性是指某一特定领域之下还有子领域,但是子领域的集合又不完全等同于上位领域。所谓对社会需求的敏锐回应是指其反映出了比中国更强的时代性与

^① 参见董念清:《航空法判例与学理研究》,群众出版社2001年版;赵维田:《国际航空法》,社会科学文献出版社2000年版;刘伟民:《航空法教程》,中国法制出版社2001年版。

^② 参见郭莉:《民用航空法概论》,航空工业出版社2010年版;邢爱芬:《民用航空法教程》,中国民航出版社2007年版。

^③ See Samuel M. Davis, Elizabeth S. Scott, Walter Wadlington & Charles H. Whitebread, *Children in the Legal System: Case and Materials*, New York: Foundation Press, 2004.

^④ See Katharine T. Bartlett, Angela P. Harris & Deborah L. Rhode, *Gender and Law: Theory, Doctrine, Commentary*, New York: Aspen Publishers Inc., 2002.

^⑤ See Donnal L. Ferullo, *Managing Copyright in Higher Education: A Guidebook*, New York: Roman & Littlefield, 2014.

^⑥ See Alan S. Goldberger, *Sports Officiating: A Legal Guide*, London: Leisure Press, 1984.

前沿性,例如网络法^①与反恐怖主义法^②、城市规划法^③等,客观而言中美两国都面临着同样的网络监管问题、打击暴力恐怖主义犯罪问题,这几个领域之中,中美两国的研究在时序上没有如同传统议题领域差距那么大,有一部分研究甚至可以说是几乎同时起步的,如两国环境法中对于气候变化的研究。

美国在这一领域,展现出的更多是相对精细、进一步对原有领域进行分工研究的图景。以财政税收法课程中的主干之一——税法课程为例来作比较分析,与中国法学院课程设计往往将财税法作为一门课程讲授不同,美国法学院普遍开设了与宪法、民事诉讼法、合同法等课程学时、学分几乎相同甚至更多的“联邦所得税法”“公司税法”“不动产交易与赠与税法”“国际税法”等课程(如图 1.1 所示)其性质定位于特定专业方向(如税法和国际税法)的必修课。从美国法学院教育体系之中的税法课程设置审视,就不难发现其是一个开放、完整但又自足的进化体系,其对税法诸领域投注了极高的关注度。即使是对于国际税法的研究,也逐步形成了以美国为中心视角的国际税法研究和从纯粹的国际法视角出发的研究进路。也即,当我们将领域本身作为体系重心来探索其中的法律原理,选取不同的切入视角将会带来截然不同的发现,也会为税法在现实中的运行优化提供更多的可行方案。

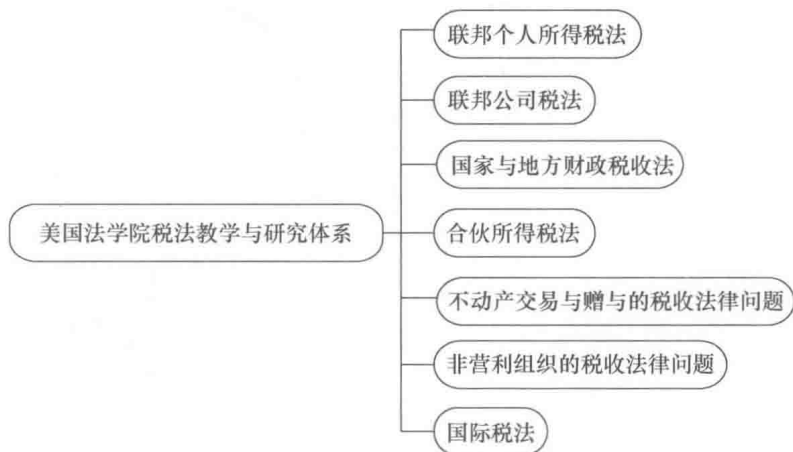


图 1.1 美国法学院税法教学与研究体系

① See Patricia L. Bellia, Paul Schiff Berman, David G. Post, *Cyber Law: Problems of Policy and Jurisprudence in the Information Age*, New York: West Group, 2003.

② See Erik Luna & Wayne McCormack, *Understanding the Law of Terroris*, New Providence: Lexis-Nexis, 2015.

③ See James A. Kushner, *Comparative Urban Planning Law*, Durham: Carolina Academic Press, 2003.

3. 美国所独有的法律研究议题中“领域法”特质鲜明

而尤为值得关注的是,在美国法学研究的序列之中,还存在着一片领域几乎无法在中国法学研究中找到近似或者相关内容,但却真实在美国法律实践之中发挥重要作用。较为典型的例子有咖啡法^①、酒法^②、博物馆法与艺术法^③、牛仔法^④、马法^⑤、蜜蜂与法律^⑥等聚焦于特定行业与领域的法律现象。这一部分的法律研究与实践成果是美国法中“领域法”现象表现最为鲜明与突出的部分。^⑦

表 1.2 中美两国领域法学研究概况对比

与中国的传统部门法学对应	美国相应的领域研究举要
行政法学 民商法学 刑法学 经济法学 诉讼法学 ……	地方政府法 并购与重组 网络犯罪 地方政府的反垄断法律问题 犯罪地理学研究 ……
与中国新兴的领域法学研究(以环境法为例)对应	美国相应的领域研究
环境与资源保护法学	环境法 城市规划法 海洋与海岸线法 国际环境法 气候变化应对法

① See Carol Robertson, *The Little Book of Coffee Law*, New York: ABA Publishing, 2010.

② See Richard P. Mendelson: *Wine in America: Law and Policy*, New York: Aspen Publishers, 2011.

③ See Robert C. Lind, Robert M. Jarvis & Marilyn E. Phelan, *Art and Museum Law: Case and Materials*, Durham: Carolina Academic Press, 2002.

④ See Cecil C. Kuhne III, *The Little Book of Cowboy Law*, New York: ABA Publishing, 2012.

⑤ See M. D. Hanover, *A Practical Treatise on the Law of Horses*, Cincinnati: Robert Clarke & Co., 1875.

⑥ See Murray Loring Dvm, *Bees and the Law*, Hamilton: Dadant & Sons, 1981.

⑦ 试举一例,蜜蜂与法律的研究着重从蜂农的角度,梳理了与蜜蜂养殖相关的所有权问题、蜂场的地役权问题、可能出现的蜜蜂伤人后的侵权法与医疗法律问题以及与蜂蜜酿造技术有关的知识产权法律问题,跨越了多各传统法学学科。这种研究既是对部门法体系划分的突破,也昭示着对于现有法学研究方法的反思,两者“在内容上要素互通、在结构上一体两面、在方法上并行不悖、在效果上相互影响”。