

## 「比較法」的三種形態

梁治平\*

中國現代法律制度的建立始於一場法律移植運動，這一事實決定了，這一法律的發展從一開始就建立在「比較的」〔知識〕基礎之上。就以當下令中國法律人（至少是其中相當一部分）亢奮不已的「民法典」議題為例，「民法」在中國的發生，便既是一個現代法制建立過程中的問題，也是一個比較法上的問題。光緒三十三年（1907），清民政部奏請釐定民律，先述通行「東西各國法律」的「公法私法」「刑法」「民法」之分，然後講到中國舊律：「歷代律文，戶婚諸條，實近民法，然皆缺焉不完。」<sup>1</sup>這裡，某種中西法律的比較觀已經呼之欲出。四年後，民律前三編告成，修律大臣俞廉三在進呈該草案的奏摺中於此言之更詳：「吾國民法，雖古無專書，然其概要，備詳周禮地官司市，以質劑結信而止訟」。是周禮諸制，含「擔保物權之始」，「婚姻契約之始」，以及「登記之權輿」。「其他散隸六典者，尙難縷舉，特不盡屬法司爲異耳」。漢代，「九章舊第，戶居其一」，至唐，「凡戶婚、錢債、田土等事，摭取入律」，其制延續至今，「此爲中國固有民法之明證」。<sup>2</sup>

自然，上述種種都是立法家的說法，其興趣爲實踐的，方法則是實用主義的，以解決實際問題爲基本考量。這與後人熟悉的作爲一門學科的比較法研究明顯不同，後者試圖以「科學」方法比較不同的法

---

\* 梁治平，中國藝術研究院藝術與人文高等研究院高級研究員

1 轉見謝振民編著，《中華民國立法史下冊》，（北京，中國政法大學出版社，2000），頁743-744。

2 《民律前三編草案告成奏摺》，載懷效峰主編，《清末法制變革史料下卷》，北京，中國政法大學出版社，2010。

律制度，瞭解其同異，藉以增進對它們的認識。爲此，它需要保持與研究對象的距離，同時保有方法論上的自覺，力求研究的系統性、真實性與客觀性。指出這兩種「比較法」的不同和它們在中國發生的順序，可能包含了這樣一種問題意識，即具有實踐旨趣的立法家的比較法，與基於學術旨趣的學者的比較法，二者之間具有某種複雜微妙的互動關係，而互動的結果則不但是雙向的，也是多面的，對於中國現代法律的發展——理論的和實踐的、學術的和應用的——具有深刻影響。

也是基於這一問題意識，張泰蘇教授在他最近的文章「比較法在現代中國的發展」（以下簡稱張文）中，區分了兩種「比較法」：廣義的和狹義的。在他看來，「現代中國比較法的發展，本質上可以說就是法律本身的發展」「比較與適用貫穿了整個現代中國法律史」。因此，要理解和說明中國現代法律的發展，便不能不「對中國的比較法研究進行實質性地考察」。這裡，張文所謂「中國的比較法研究」就是廣義上的比較法，它有別於「一門致力於對法律制度進行系統的和客觀的比較的專門學科的」「比較法」，即狹義的比較法。作爲一個專門的學術領域，後者的發展，用張文的話說，「充其量只是一個邊緣化的歷史」，始終「停留在主流法律實務與學術之外」。而張文的宗旨，便是「追溯上述雙重軌跡的比較法從晚清到當代的歷史發展，並且提出前者的顯著性，恰恰能吊詭地解釋後者爲何被邊緣化」。

那麼，爲什麼「前者的顯著性」，造成了後者的邊緣化呢？張文給出的答案是：意識形態，如實用主義、民族主義、共產主義、自由主義。更確切地說，在不同歷史時期對中國法律發展具有重大影響的外國法，如德國法、日本法、蘇聯法、美國法等，具有如此重大的社會與政治含義，因此，學習、引入和運用這些外國法律從一開始就是意識形態鬥爭的一部分，而一種強烈的意識形態氛圍，留給講求科學方法與系統客觀的比較法的發展空間十分有限。照張文的說法，大概只是在二十世紀早期有過「一個獨立的有關『比較法』這一學術領域

的歷史」，儘管那也不過是「一個邊緣化的歷史」。不久前其中譯本剛剛問世的《牛津比較法手冊》，也是目前最具權威性與前沿性的比較法大全，其內容涉及比較法的幾乎所有重要領域和方面，卻沒有關於中國比較法研究的專門論述，該書的撰寫也沒有中國的比較法學者參與其中。<sup>3</sup>這種情形或者可以被視為張文上述悲觀判斷的一個佐證。

意識形態對比較法發展的影響，是一個貫穿於中國現代法律發展的主題，也是張文的論述焦點。不過，張文第4節「意識形態鬥爭：毛時代後的外國法與比較法」就此問題所做的討論，在我看來，不但最為生動翔實，也最引人入勝。這部分是因為，無論作者、讀者，還是張文討論中提到和引用的人士，都生活在同一個時代，秉有共同的生活經驗，而張文論及的那些事例，不但就發生在我們周遭，說不定也以這樣或那樣的方式把我們牽涉在內。比如下面這兩個事例。

張文在這一節著重講述和分析了1990年代以來中國法學上的一個發展，即主要是源於德國和美國的學術傳承而產生的學術分野及其發展。起初，這種學術分野主要表現在法學的理論範式和法律分析的方法論方面，但是很快，因為一種質疑此前乃至當下的學習西方法律潮流、同時強調中國特殊性的主張的出現，這場「原本主要是關於方法論的論爭」，迅速地「轉變為了意識形態和政治的論爭。很快，『美國—德國』的分野在相當程度上變為了『左派—自由派』<sup>4</sup>的分野」。而這種政治的和意識形態的分野一旦形成，便產生一種無形的強制「站隊」效應，而令專注於學術理論的去意識形態的學者無所適從，也令真正具有學術理論價值的比較法研究難以開展。要準確評估

---

3 是書涉及中國比較法的部分被放在題為「比較法在東亞的發展」的第七章，該章由日本比較法學者北川善太郎撰寫，而作者用在中國比較法上的篇幅則不足1頁。參見賴曼和齊默爾曼編、高鴻鈞等七人譯，《牛津比較法手冊》（北京，北京大學出版社，2019），〈第七章〉。

4 進入1980年代以後，在傳統的「左派」之外，中國又出現了所謂「新左派」，因此，「左派—自由派」之謂可以說其來有自。不過，自2000年之後，「左派」一詞似乎越來越不能準確指稱之前被歸在這個範疇之中的那一群人，至少，對於其中的相當一部分人，國家主義甚而黨國主義可能是一個更恰切的名稱。眼下的這個個案即可作如是觀。

這種影響的範圍和程度，需要另外撰寫一組文章或書籍。這裡僅以一個相關事例為這一觀察和判斷做一點補充。

按照張文的敘述，讓前述學術理論分歧轉變為意識形態論爭的一個代表性人物，便是曾經留學美國、後來任北京大學法學院院長的朱蘇力教授。關於這位法學教授的主張和努力，一位人類學家從旁觀察，為人們提供了一個饒有興味的比較性描述。描述從這位人類學家曾經參與其活動的「法律文化研究中心」<sup>5</sup>開始：

這個中心有三個核心人物，就簡稱為 L、Z、H 吧，L 的關注點主要在法制史與文化人類學的結合，Z 是受美國法律社會學訓練的法學家，H 畢業並工作於中國政法大學，是比較法學與法律教育研究者。三位學者本都致力於在中國歷史的基礎上分析當下中國的法制建設及其中存在的問題，但到1990年代後期，他們之間產生了觀點分歧，L 漫步在他的中間路線上，雖亦主張法制建設，但認為學者應以學術研究對其加以促進，Z 和 H 的觀點則變得越來越對立，Z 對毛澤東的建樹給予極高評價，主張在強有力的國家權威背景下建設法制，H 則更急於展望在政權之上的「法治」（法治與法制是不同的，法治表達的是通過法律來治理的主張，而法制表達的僅是法律制度的建設）的未來可能。他們兩人的分歧，主要在於對這個問題的看法不同：在法制／法治建設上，中國到底是要「走中國道路」，運用毛澤東時代的歷史資源，還是要「走西方道路」，用原版於西方的法權來約束政權？如果我們可以像官方那樣將這一問題形容成對於法制／法治文明的道路問題的話，那麼我們也可以

5 原文作「北京大學法律文化研究中心」，這是一個錯誤。「法律文化研究中心」是一小群學者自發成立的學術會社，其成立之初，為組織的相對正式和活動上的便利，依託於中國藝術研究院中國文化研究所，只不過，「中心」在其存續期間（1995-1998），並未正式使用這一或其他冠名。原文張冠李戴，誤作「北京大學」，大概是因為，「中心」後兩年的學術研討活動主要借北京大學法學院的會議場所舉行。除此之外，人類學家的講述還有若干不確之處，比如關於 L 的「關注點」，後者的研究並非學界慣用意義上的「法制史」，而是其本人倡行的「法律史」；而就人類學家本人所區分的法制與法治而言，L 強調的也首先是法治而非法制。

認為，Z 與 H 的分歧是涉及文明的。兩派之間的分歧是對於「文明」的兩種不同定義：一，文明作為對歷史的延續；二，文明作為以優秀的西方文明為模式對法制上「未開化」的中國加以改造。<sup>6</sup>

在這段敘述裡，Z 即朱蘇力教授的對立面不是自詡為法治守護者的法教義派，而是更純粹的自由派 H，碰巧的是，後者還是「比較法學與法律教育研究者」。這裡所謂「更純粹」，是說 H 不像法教義學者們是因為受到前者一派的刺激，「開始重新包裝他們的教條主義」以為「回應」，而是直接求諸一般自由主義價值、且較早即表明其自由派立場，一種在學界內外曾經是主導性的、現在依然流行的烙有張文所謂「自我東方化」印記的立場。透過這樣的映襯，讀者應能更好地理解，為什麼堅持法教義學的學者們要「重新包裝他們的教條主義」，以至於「原本主要是關於方法論的論爭」，最後具有了「意識形態和政治的論爭」色彩。此外，因為 H 的出場，這段敘述同時也為人們提供了一個活生生的「意識形態」附身「比較法」的「自我東方化」事例，讓讀者可以透過具體個案瞭解某種「意識形態」如何影響和塑造「比較法」，以及，某種「比較法」如何實現特定的意識形態功能（這一點當然也適用於其對立面 Z）。意味深長的是，在談到 L 的時候，這位人類學家大體正確地指出 L 持守的是一種「中間路線」，後者強調的是「學者」的「學術」立場，但他對這種「路線」和立場的具體內容則無多措意。這本身或許是一個有趣的事例，說明在一個意識形態色彩濃重的思想氛圍裡，具有意識形態張力的觀點和主張通常更具吸引力，而淡化、懸置和超越意識形態的學術努力則不但受到抑制，也很容易被輕忽和邊緣化。<sup>7</sup>

另一個事例也與此有關。在同一節的末尾，張文提到絡德睦

6 王銘銘，《超社會體系：文明與中國》（北京，三聯書店，2015），頁447-448。。

7 從張文的角度看，L、Z、H 的研究顯然都屬於「比較法研究」，而這三人的「比較法研究」在方法、旨趣、立場、基本結論和意義諸方面均有不同。對於那些想要循此思路探究當代中國比較法發展的人來說，這無疑是一個有趣的個案。

(Teemu Ruskola) 的著作《法律東方主義：中國、美國與現代法》，以及該書中譯本出版後法律學者們圍繞「法律東方主義 (legal orientalism)」這一概念展開的廣泛討論。<sup>8</sup>張文把這種現象視為比較法重新確定其「獨立學科」地位的一個積極的徵象。不過，我們也許有理由對這種看法稍加保留。事實上，在中國當下語境中，運用東方主義和後殖民理論來檢討「中國、美國與現代法」的任何嘗試，其本身都是意識形態敏感的，這一點，只需撇一眼該書中譯本腰封上列出的推薦人名單就可以瞭解。<sup>9</sup>對此，我們還可以上面提到的走「中間路線」的 L 的看法來印證。2016年夏天絡著出版之際，L 受出版者之邀出席了該書的出版發佈及對話會。他之所以決定接受邀請到場發言，是因為他相信，在中國語境裡，法律東方主義進而一般所謂東方主義是一個真實且重大的議題，絡著的引入因此頗具理論及實踐意義。但他同時又認為，在當下中國，這樣一部著作順應了某種正在興起的思想潮流，<sup>10</sup>很容易變成意識形態爭鬥中一方的武器。基於前面的考慮，他肯定絡著的價值，希望藉此揭示和清理東方主義尤其是自

8 作為該書引起「廣泛關注」的一個例證，張文提到《交大法學》2017年第3期的相關專輯。但是這個例子遠不足以說明絡著受歡迎的程度。事實上，絡著中譯本出版引發的關注可以「異乎尋常」四個字來形容。2018年11月，北京大學國際法學院 (STL, 深圳) 即以「法律東方主義在中國的影響」為題召開其十周年院慶的國際學術研討會。而在此之前不到三年的時間裡，已經有包括《交大法學》在內的5種法學期刊組織了相關主題的專號，相關評論文章超過35篇。

9 張文在說到「中國左派」「學者」朱蘇力的若干「主要盟友」時提到了「汪暉、甘陽、崔之元、強世功、王紹光」。而該書的推薦人名錄就包含了其中的三位——汪暉、崔之元和強世功。事實上，在這三位推薦人後面，我們還可以加上另外幾位推薦人的名字。當然，只是這些尚不足以說明問題，因為這個總計有20人的推薦人名單包括了不同背景的中外學人，他們出現在同一個名單當中甚至令人產生怪異之感。但重要的是，沒有一個「中國左派」「學者」的對立面的名字出現在這個推薦人名單裡。

10 這裡只舉近年出版的幾部頗受關注的論著為例：劉禾，《帝國的政治話語：從近代中西衝突看現代世界秩序的形成》(2014)；李秀清，《中法西譯：〈中國叢報〉與十九世紀西方人的中國法律觀》(2014)；劉禾主編：《世界秩序與文明等級》(2016)；南無哀：《東方照相記》(2016)；Chen Li, *Chinese Law in Imperial Eyes: Sovereignty, Justice and Transcultural Politics*, (2016)，此書中譯本在翻譯之中，但作者就該書所接受的不止一次的訪談已經在中文媒體上廣為流傳；劉小楓，《以美為鑒》(2018)。誠然，包括絡著在內，這些論著及著者彼此間差異甚大，惟其如此，它們在研究旨趣、理論資源以及方法等方面的趨近就更顯得意味深長。事實上，要深刻認識和理解此類現象，包括上述絡著傳播過程中的異乎尋常之處，我們需要瞭解當下中國思想潮流的脈動，瞭解那些激蕩於政、學之間以及各種社會媒介中的主題及其由來。關於這些問題，參見梁治平，〈想像「天下」：當代中國的意識形態建構〉，載《思想》第36期，第71-180頁。

我東方化造成的種種認知謬誤，同時展示其方法論意義；基於後面的擔憂，他發出警示，意在拒絕和抵制對這一學術論著的意識形態徵用。<sup>11</sup>

從廣義的立法者的「比較法」，到狹義的學者的「比較法」，我們看到了比較法的兩種形態。不過，透過張文的敘述，我們似乎還可以進一步細分，析出「比較法」的第三種形態。

張文注意到：「毛時代後的大多數法學家都或多或少進行著比較分析，但只有少數學者會認為自己是『比較法學者』」。的確，中國式法學論文——無論其作者是資深學者還是法學院學生——最常見的寫作套路，便是先述某個概念、規則或制度，「大陸法系」如何定義和規定，「英美法系」如何定義和規定，「我國」如何規定以及最後作者如何取捨等等。這些學生和學者大多不認為自己是「比較法學者」，事實上他們也確實不屬於現有學科體系中被叫做「比較法」的那個學科。然而，他們的工作，無論優劣，又確實可以且應當被歸入一般意義上的「比較法研究」。不僅如此，就是那些對「大陸法系」「英美法系」或者任何外國法皆隻字不提的研究者，那些僅僅以中國社會裡的法律甚至中國歷史上的法律為研究對象的學者，他們的研究也不可避免地建立在比較的基礎之上，他們的工作也不可避免地要產生「比較法研究」的結果。<sup>12</sup>而所有這些結果，有形的和無形的，終

11 參見2016年7月6日的「東方歷史沙龍」(101)：「法律東方主義的歷史和未來」梁治平的發言。[http://www.pkulaw.cn/fulltext\\_form.aspx?Gid=2b98c72cf9dad930ea14ce4ab23f8b45bdfb](http://www.pkulaw.cn/fulltext_form.aspx?Gid=2b98c72cf9dad930ea14ce4ab23f8b45bdfb)。關於引入絡著可能具有的意識形態效用，梁治平在後來一場題為「理論的旅行：法律東方主義在中國」的講座（浙江大學光華法學院「法理學沙龍」，2018-11-22）中有更詳細的討論。在充分肯定絡著之「知識的、方法的、思想的」意義的同時，梁治平也提到引入該書存在的這樣一些可能：「對比如美國聲稱的作為一種普世價值的法治的批判，可能被用來強化反對美國帝國主義的民族主義情緒。另一方面，對在中國發現理論的呼籲，也可能被原封不動地吸納到諸如『理論自信』這樣的官方主張裡面。最後，超越東方主義的努力可能變成一種意識形態資源，不是削弱了而是強化了『我們』（中國人）和各種各樣的『他者』之間的二元對立」。

12 這種情形在比如中國法制史研究領域甚至更加突出。當研究者不自覺地將一整套實際上是源於西方的法律概念、範疇、分類乃至方法運用於中國歷史材料時，他們所進行的一定是「比較法研究」。拒絕承認這一點並不能改變這一事實，而意識不到這一點，研究者將失去對研究對象的深切把握，於不自覺中成為各種流行見解的傳聲筒。對於一個較為晚近的相關事例的分析，參見梁治平，〈「事律」與「民法」之間：中國「民法史」研究再思考〉，載《政法論壇》2017年第35卷，第3-15頁。

將構成中國人——從普通民眾到專家學者，從職業人士到立法者——法律觀念的知識基礎，從而深刻影響中國的法律發展與社會生活。

當然，所謂「比較法」的第三種形態，也可以被視為狹義的作為獨立學科之比較法的延伸或擴大，因為它仍不出學者的範圍之外。儘管如此，劃分出「比較法」的第三種形態仍然是恰當的和有益的，它能幫助我們更好地瞭解「比較法」在中國現代法律發展過程中的作用。這是因為，一方面，我們稱之為「比較法」的知識與思慮具有普遍性，存在於法律發展的所有領域和方面；另一方面，在法律發展的不同領域和方面，此「比較法研究」表現出不同的樣態，並以不同方式發生作用，在此過程中，它們相互間的知識和觀念的傳遞和互動對於我們瞭解法律發展本身尤為重要。以本文開篇時提到的清末立法家的「民法」論述為例。中國最早的現代民事法律制度（不只是《大清民律草案》）的樣態如何，無疑與俞廉三們關於「民法」的想像密切相關，後者則建立在當時流行的有關「民法」的一整套知識的基礎之上，而這樣一套知識並不是固定不變的，相反，它是流動的、變易的，因人、因事、因社會情境、條件和需要而發生變化。因此，單從這一角度看，要瞭解清末民法的發展，我們就必須考察這套知識的具體樣態：這是一套什麼樣的知識，它們如何形成和傳播，經由什麼樣的途徑和機制，通過什麼樣的人群，在此過程中發生著怎樣的改變，滿足了什麼樣的需求，產生了什麼樣的後果，等等。顯然，這種考察也適用於當時建立的其他法律，適用於中國現代法律發生和發展的全過程，只不過愈到後來情形愈加複雜而已。

在最近一篇評論文章中，一位資深民法教授對當代中國法律中「法人」概念的引入和運用做了一個簡要的回顧，根據這位教授的看法，「法人」概念的引入，在中國產生種種觀念、學說與制度現實之間的脫節，而造成這種情形的認知上的原因，便是對於通過系統模仿外國制度來解決中國問題的盲信。<sup>13</sup>這一觀察和判斷所涉及的知識論

13 方流芳，〈「法人」進入當代中國法律，意義何在？〉，載《中國法律評論》2019年第6期，第154-162頁。

問題，正是上面所討論的「比較法」，儘管牽涉其中的角色——學者、官員、決策者和立法者——絕大部分都不是「比較法學者」。這也是爲什麼，我們應該在張文聚焦的「比較法」的「雙重軌跡」之間，加入「比較法」的另一種形態，透過觀察和研究各種法律觀念和想像在不同知識形態與環節之間的傳遞、流動和互動，勾畫出「比較法」作用於法律發展的完整圖景。自然，這不是張文的目標。事實上，儘管張文試圖說明「前者」（比較法研究）的顯著性如何造成了「後者」（按指狹義的比較法）的「被邊緣化」，它也沒有爲讀者展示「比較法」這兩種形態的現實樣貌。放眼中國法學界，大概除了爲數不多的對作爲一門學科的狹義「比較法」現況的描述之外，無論是一種注重譜系學的「比較法」形態研究（如本文所說的「比較法」的三種形態及其相互關係），還是一種具有知識社會學品格的「比較法」研究，恐怕都還沒有真正引起學者們的關注呢。