

法制史研究三十六期
二〇一九年 十二月

比較法在現代中國的發展*

張泰蘇 著**、肖煒霖 譯***

本文討論了自晚清以來，比較法在現代中國的發展。首先，以鴉片戰爭作為中國法律發展及精英們移植西方法律的分水嶺，本文追溯了中國在晚清時期對外國法的繼受。其次，本文將思考「比較法」如何在民國時期被形塑為一門正式學科，並且將審視在中華人民共和國時期（1949-1978），伴隨蘇聯法律取代了歐美法律成為主要外國資源，所出現的完全不同的法律改革範式。最後，本文將描述在毛澤東於1976逝世後，新時期的政治和法律改革，尤其關注中國政治與儒家實用主義、民族主義、共產主義與西方自由主義的關係。

關鍵詞：中國法、共產主義、比較法、外國法、法律改革、自由主義、民族主義、實用主義、蘇聯法、西方法

* Original article published as Taisu Zhang, "An Intellectual History of Comparative Law in China" in *Oxford Handbook of Comparative Law*, ed. Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2019).

** 耶魯大學歷史學博士 (Ph.D)、法學博士 (J.D.)，現為耶魯大學法學院教授。電子郵件：taisu.zhang@yale.edu

*** 現為耶魯大學法律科學博士 (J.S.D.) 候選人

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。在十九世紀晚期，中國以外國，尤其是西方國家的法律作為參照，進行了近一個世紀的法律制度「現代化」。因此，無論是在清朝、民國還是共產主義中國時期，幾乎所有重大的法律改革措施都要麼是直接引進外國的法律制度，要麼至少將外國的制度與本國制度進行比較，並嘗試將它們化為一體。當代中國的立法則已經嘗試讓自己擺脫對外國法律資源的系統性／制度性依賴（systemic reliance）。儘管退一步說，這一過程並不順利。在這個意義上，如果我們沒有對中國的比較法研究進行實質性地考察，便不能夠說我們理解了中國法律發展的方方面面。比較與適用貫穿了整個現代中國法律史。

當然，有人會在更為狹義的層面上來討論「比較法」：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發展。至少在二十世紀早期，確實存在一個獨立的有關「比較法」這一學術領域的歷史，但它充其量只是一個邊緣化的歷史。儘管外國法律與法律理論產生了巨大的影響並被中國繼受，但比較法在這個理論與經驗都不發達的國家裡，仍然停留在主流法律實務與學術之外。

本文將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為何被邊緣化。準確來說，是因為對外國法的繼受已經佔據了當代中國政治的中心，也就少有法學家和律師會對嚴肅的學術性比較法感興趣。由於法律移植與繼受在制度與社會經濟上的巨大作用，讓研究外國法律有了政治上，尤其是意識形態上的緊迫性。該情形在更為成熟的法律系統中極為少見。這意味著比較法作為一個學科，要求其研究者所具備的那種獨立且細緻的分析方法，對於大多數學者和律師而言是毫無吸引力的。相反，受到意識形態感召與自我事業心的驅動，他們選擇照搬和移植外國制度。比較法作為一個學科，也許在一些國家日漸式微，但當它的首要研究者——對外國法律制度感興趣的學者和律師——有著極強的動機，無論出於智識的還是物質的，去拒絕其核心的方法論的時候，它便注定要滅亡了。在中國，一個世紀以來的自我東方化（self-

orientalization) 意味著近乎所有的法學家和律師對外國法律都抱有興趣，然後這種興趣被劃分進了政治與意識形態的陣營。在其中，真正的比較分析難以維繫。

本文的餘下篇幅將依據年代順序，劃分為以下章節：第一節將討論晚清時期中國對外國法繼受的起源；第二節轉向民國時期，期間法律繼受獲得了政治上的支持。這一時期也誕生了學科意義上的比較法，但是它從一開始便由於智識上的脫節而式微；第三節集中在1949年至1978年的人民共和國時期；第四節將研究當代思想與法律的發展趨勢。這一敘事主要是有關中國政治的基本歷史以及其如何在儒家實用主義、民族主義、共產主義以及西方自由主義之間搖擺。本文的結論強調了這些一般性的主題，並且簡要討論了對比較法學術研究有利的社會政治條件。

壹、自我懷疑的起源：晚清

多年以來，歷史學家們認為1840年的鴉片戰爭是中國與西方——在政治上，經濟上與思想上——正式接觸的起點，也因此是「中國現代史」的開端。¹近來，許多學者指出在鴉片戰爭前的數個世紀，中西就已經在多個層面上有了密集的交往：至少從十六世紀以降，與葡萄牙的貿易就有著顯著的經濟與軍事上的意義。以及到了十八世紀，許多歐洲國家已經通過廣州通商口岸（1644-1912）與清廷有了經濟往來。²法律上的交流自然也就隨之而來，並且那套結合了歐洲商人在海事和商業上的習慣、包含實體與程序規則的完善法律制度，很快便成為解決各方爭議的規則。該制度的日常運作，由作為政府代理機構的廣州本地商會負責，但一些重大案件，則會引來清廷高層的關

1 See John King Fairbank, *The United States and China: Fourth Edition, Revised and Enlarged* (4th Edn), Cambridge: Harvard University Press, 2009; 參見郭廷以, 《近代中國史綱》, 上海, 格致出版社, 2009年三版。

2 See William T. Rowe, *China's Last Empire: The Great Qing*, Cambridge: Belknap Press, 2009, pp. 12-48.

注。比如1784年的「休斯女士號（Lady Hughes）」案，在該案中，兩名中國人被一艘英國商船的禮炮誤殺。俄羅斯的商人則或多或少屬於例外情況：他們不僅僅享有進入其他通商口岸的權力，並且他們是由中俄兩國單獨簽訂的條約和法律所管轄的。無論從何種程度上來看，外國人的出現在制度上都有著顯著的意義。

無論如何，鴉片戰爭對於中國法律的發展來說，仍然是一道分水嶺。在1840年之前，清廷對外國法律和習慣與本土相結合的態度，是相當克制保守的：能夠將之與本土的規則進行結合，但在涉及到清朝人員的刑事案件的時候，便不得如此結合。在通商口岸之外，外國人可能會面臨遷移自由上的限制，並且事實上不享有任何法律特權。³ 清朝法律體系的核心制度——刑律、民事規則以及行政架構——極少受到外國的影響，但卻繼承了之前數代王朝的制度。⁴ 雖然清朝與外國的法律有了大量的交流，但前者是從政治與思想的角度來看待這些交流的：外國法律是能夠被學習並在受限的範圍內融入本土的，但不能將之在國內大範圍推行，當然也不可能完全的移植。

然而，鴉片戰爭之後，一切都變了。中國的政治精英們逐漸失去了對他們政治與法律制度的信心，開始轉而尋求外國的制度以期獲得智識上的指引，並且越來越多地變成試圖從中獲得政治與社會上的合法性（political and social legitimacy）。這一緩慢而踟躕的過程延續到了民國時期。到了二十世紀早期，它就已經從根本上轉變了法律與政治權威的基礎來源。對於為何中國的精英們會對西方的法律作出如此的反應這一問題，很難被解釋清楚：幾乎所有的亞洲國家都通過繼受法律的方式對歐洲帝國主義作出反應——有些是被強制的，其他則不是——但是中國所作出的反應的深度，則是不尋常的。中國的精英們充滿激情地去譴責和貶低他們自身的社會政治傳統，這在亞洲史上是極為少見的。這也意味著此種反應並非僅僅是一種對西方經濟與軍事

3 See Pär Kristoffer Cassel, *Grounds of Judgment: Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, Oxford: Oxford Press, 2012, pp. 39-62.

4 參見張晉藩，《中國法制通史》（北京，法律出版社，1999年），頁436。

優勢的「自然」反應。

正如學者們長久以來所爭論的一樣，清朝的知識分子們有許多區別於之前各朝代精英的特點。與定義了晚明文化氛圍的那種尊崇高尚道德情操的哲學相比，清朝的精英們在哲學取向上表現出了不同尋常的「經世濟用」傾向——對抽象道德的質疑，以及對儒家信條的懷疑。⁵當然，仍然有道德傳統主義者們盡量避免此種政治上的實用主義，但是他們已經不再像從前一樣佔據主導地位了。此種在多個方面向實用主義以及唯物主義（materialism）的普遍轉向，進一步加劇了精英們對西方制度的反應：西方領先的物質基礎似乎給中國精英們留下了更為深刻的印象，因為他們已經轉而通過物質基礎的作用，來評價法律和政治制度。因此，十九世紀清朝敗給西方的一連串戰爭，對於法律與政治都有著最大程度上的深遠影響。隨著中國國力的積貧積弱，對於傳統法律與政治制度的信任也逐漸下降。政治以及最終的社會改革的目標，便是或多或少要成為像西方一樣。

這種轉變分為幾個階段：隨著鴉片戰爭的戰敗，《南京條約》開放了新的通商口岸以及建立了針對英國人的正式的治外法權。不過即使有的話，也只有極少數政治精英接受了此種用西方制度取代本國制度的意見。知識分子們也有著深刻的自我反省：有影響力的學者們，比如魏源，開始編譯西方政治和經濟學著作，希望能夠呈遞給立法機關和政策制定機關。儘管如此，他們的努力只在國內獲得了少數追隨者。⁶即使是獲得批准的正式治外法權，在政治上也響應平平：如下文將討論的，大多數精英將它視作之前就已經存在的那種給予外國人的、與本土法律結合的制度的擴展。

然而，到了十九世紀60年代，清朝精英們開始以一種更為急迫的情緒去學習歐洲制度。⁷一系列大規模的叛亂以及第二次鴉片戰爭的

5 See Benjamin A. Elman, *From Philosophy to Philology: Intellectual and Social Aspects of Change in Late Imperial China*, Los Angeles: University of California, 2001; Joseph Richmond Levenson, *Confucian China and Its Modern Fate: A Trilogy*, ACLS Humanities E-Book, 2008.

6 參見李漢武，〈論魏源思想對明治維新運動的影響〉，《求索》1987年第六期，頁64-72。

7 See generally, Mary C. Wright, *The Last Stand of Chinese Conservatism: The Tung-Chih*

屈辱戰敗，進一步瓦解了精英們對清廷及軍隊的信念，並掀起了關注西方技術與政府制度的浪潮。許多著名的官員及知識分子，包括曾國藩、李鴻章、馮桂芬等，打出了「師夷長技以制夷」的旗號，並爭取讓國家和私人投資軍事工業。

對政治和法律的關注緊隨其後，並且面臨著更為巨大的反對聲。整個十九世紀60、70年代，清廷投入了大量的資源學習國際法及外國法，但僅僅是出於外交目的，而非制度的移植。精通國際法對於和西方列強談判來說，是極為必要的——並且，從許多方面來看，它確實幫助清朝外交人員在十九世紀70年代成功解決了許多海事貿易上的爭端。清廷極力引進的一個西方制度便是貿易關稅制度。該制度在英國行政官員李泰國（Horatio Nelson Lay）的主持下，很快便成為了政府收入的主要來源。除此以外，其他任何移植外國政治或者法律制度到國內適用的建議，都會遭到保守派的強烈反對，並且後者往往取得成功。

最能表現這一時期主流改革傾向的口號，便是「中學為體，西學為用」。此學說往往與著名知識分子和諫士馮桂芬聯繫在一起，之後則由也許是十九世紀90年代最為著名的政治家張之洞所用。⁸該學說最初旨在平衡西方技術的引進以及中國社會政治制度的維繫，但是該平衡逐漸轉變為了支持更為徹底的西化。此學說的早期版本並不僅僅指向「用」單純的技術——槍、船、鐵路等——也指出了「西方思想」應當附屬於中國傳統。⁹然而，在十九世紀90年代前，該學說在政府機關內最積極的支持者們將「用」擴張為了所有政治、教育制度。¹⁰除了一些基本的儒家道德原則——孝、忠等等——之外，大多

Restoration 1862-1874, Redwood City: Stanford University Press, 1957; Denis Twitchett and John K. Fairbank, eds., *The Cambridge History of China*, vols. 10 and 11, Cambridge: Cambridge University Press, 1978.

8 參見薛化元，《晚清中體西用思想論（1861-1900）——官定意識形態的西化理論》，台灣，稻鄉出版社，1991年。

9 參見（清）鄭觀應，《盛世危言》，上海，上海古籍出版社，2008年。其內容亦可參見中國哲學書電子化計劃，載 <http://ctext.org/wiki.pl?if=gb&res=123469&remap=gb>。

10 參見（清）張之洞，《勸學篇》，河南，中州古籍出版社，1998年，其內容亦可參見中國哲學書電子化計劃，載 <http://ctext.org/wiki.pl?if=gb&chapter=729342&remap=gb>；（清）張之洞：

數政府與法律制度不再被認為是不可變更的。更為典型的是，清廷內一些著名的官員開始發表文章，通過對比儒家道德原則與西方社會文化的相似性，來論證前者的合理性：比如儒家所強調的家庭的忠誠之所以不能改變，是因為人們可以在一些西方社會中發現類似對家庭團結的強調。¹¹換句話說，西方制度已經成為了衡量最為根本的社會政治規範的標尺。

為何在三十年的時間內，事情會變化得如此迅猛呢？直接來看，一系列軍事上的失敗讓政治精英們失去了可能通過引進技術上「如何做」來追趕西方的信心。1884年的中法戰爭以及1894年的中日戰爭都以屈辱告終，並且摧毀了清朝投入大量時間和財力興辦的兩支現代化海軍。中日戰爭的戰敗在國內掀起了波瀾，人們長期認為日本是一個在經濟和文化上落後的鄰國。同時，更高層次的國際貿易以及學術交流進一步加深了清朝精英們對於中國與西方在經濟與技術上差距的認識。

然而，假如清朝的政治思想在十八世紀及十九世紀早期沒有轉向一個更為實用主義與物質主義的方向的話，很難想象西方經濟與軍事上的優越能夠對國內制度產生如此強大的影響。自明清之際始，學者們與官員們在倫理與哲學上的疑慮，形塑了中國在第二個千禧年的新儒家政治思想。他們越來越相信過時的道德觀念會成為政治衰敗的原因——比如，這往往被視作明朝衰落和滅亡的主要原因——並且一個好的政府要能夠「經世致用」。¹²這一廣泛的取向貫穿了整個清朝，其結果便是晚清精英們將政治與社會的合法性建立在「富強」之上。這在多個方面都是與之前王朝的新儒家學者們與官員們哲學上的疑慮是相似的。一般來說，物質優越往往較少被道德基礎主義者們重視，但是眾多清朝知識分子在十九世紀中期就已經否定了道德基礎主義（moral fundamentalism）。

《江楚會奏變法三折》，載 <https://play.google.com/store/books/details?id=oG8sAAAAYAAJ>。

11 參見（清）張之洞，《勸學篇》，河南，中州古籍出版社，1998年。

12 參見呂元聰、葛榮晉，《清代社會與實學》（香港，香港大學出版社，2000年），頁88。

因此，對於西方法律與政治制度的關注在十九世紀80年代末期及90年代高漲，並且對西方物質優越的認知也隨之轉變爲了中國對優良政治的想像。隨著中日戰爭的結束，日本作爲一個現代化的範例，在中國知識界建立了極高的威望。大量的學生被派遣到日本大學留學，學習日本是如何有效地向西方學習的。從根本上來說，由此讓大量有關西方制度的知識通過日本人的研究與總結，傳入到了中國。法律知識尤其是極爲豐富的資源。日本效仿歐洲在十九世紀90年代制定了兩部民法典。日本的法學家們在研究和起草法典的過程中，積累了大量有關歐洲法律的專業知識——這一過程耗時數十年——並且往往樂於與中國的來訪者們分享。¹³

到了世紀之交之際，即使那些較爲保守的清廷官員們，也開始變得對西方法律和政治熟悉起來。比如張之洞，便是典型的例子，他在任期中，從強硬且保守的清流派成員，轉變爲了一個著名的支持從技術和制度上西化的洋務派成員，直到其任職結束。他反對那些更爲激進的政治改革，特別是那場具有引領性質卻生命力短暫的運動：1898年由康有爲和梁啓超組織的戊戌變法。但張之洞本人卻支持大部分的政治與法律基本制度要「現代化」，包括建立君主立憲制度和起草西式的法典。¹⁴

張之洞代表了十九世紀90年代末期和二十世紀早期席捲清朝政界的西化運動（*pro-Westernization movement*）中更爲謹慎和溫和的一派。在不到十年的時間里，清廷對政治和法律西化的態度從最開始的懷疑，轉向了強烈支持。但其在義和團運動（1899-1901）期間，經歷了又一輪的國內危機和國際屈辱。清廷現在失去了對諸多區域經濟的控制，並且越來越關注精英們的憂慮，於是便批准通過了一系列新的法典，涵蓋民法、刑法、民事訴訟法、商法和法院。兩位精通歐洲法律的高官，沈家本和伍廷芳，被任命爲負責人，並且有許多日本高

13 參見張德美，《探索與抉擇：晚清法律移植研究》，北京，清華大學出版社，2003年；沈宗靈，《比較法研究》（北京，北京大學出版社，1998年），頁21。

14 參見李細珠，《張之洞與清末新政研究》，上海，上海書店出版社，2003年。

級法官作為顧問參與到了其中。伍廷芳是中國第一位在英國取得大律師資格的人，其之後成為了清朝出任美國的公使。

他們最終完成的法典草案可以說是法律移植的範例。這些草案最初在政界傳播討論的時候，張之洞及其所代表的溫和派批評這些草案沒有保留傳統的社會規範。接下來的爭論——通常指「禮法之爭」——集中在一系列規制家庭關係的法律上面，比如子孫是否有權對尊長行使正當防衛權的問題。¹⁵沈家本和伍廷芳在這些問題上採納了德國的法律理論，而張之洞及其同僚則堅持認為傳統儒家關於家庭內長幼有序的綱常倫理必須被反映在新的法典之中。該爭論持續了超過五年，最終以雙方的妥協告終。修正後的法典包含了張之洞最初提出的要求。一部新的刑法典最終於1911年通過，但是民法典以及新的商法卻被推遲了。直到1912年清王朝覆滅，它們也沒有被正式制定。

支持法律西化的改革派與溫和派之間的爭論，反映了上文討論的幾個中心議題。首先，雙方都通過實用主義的論點支持己方立場，而不再是道德論點。改革派們指出繼受德國法對於贏得歐洲國家的尊重來說，是極為必要的，因此這也是廢除治外法權的前提條件。溫和派們對此未置可否，而是回應說只有符合相應的既有社會規範，普羅大眾才會認可新的刑法典與民法典具備道德上的正當性。廢除治外法權是重要的目標，但是不應以失去國內支持作為代價來實現它。兩派都沒有花太多精力去消除中國或西方法律中的哲學規範，而是直接進入到了地緣政治和社會政治的範疇。更為激進的改革者楊度曾一度就廢除，或者至少是改良，儒家家庭規範的必要性，發表激昂的演講：現代經濟的增長要求更為個體主義的社會，中國只有通過瓦解傳統的家庭制度，才能夠變得更為個體主義。¹⁶這樣的演講能夠在不被官方譴責的情況下發表，足以說明儒家的道德倫理是如何在精英中式微，並被一種促進制度西化的功能性的唯物主義取代（**functionalist**

15 參見梁治平，《禮教與法律：法律移植時代的文化沖突》，上海，上海書店出版社，2013年。

16 參見李啟成點校，《資政院議場會議速記錄——晚清預備國會論辯實錄》，（上海，上海三聯書店，2011年），頁46-61。

materialism)。

我們能夠從這些論戰中，發現的另一大動向，便是民族主義成爲了主流的政治力量。當在鴉片戰爭後批准治外法權的時候，極少有官員認爲這會成爲一個問題。清廷長久以來都基於不同的民族及國籍給予相應的法律地位和權利——畢竟，它是一個外延極廣的龐大帝國，因此需要不同的法律與政治制度來治理——治外法權也是如此。¹⁷但是當其他西方國家也就此提出要求並獲得治外法權的時候，國內政治輿論卻急遽轉向，尤其是在1885年之後。到了二十世紀初，官員們普遍認爲治外法權是一個棘手的難題，並且是法律改革中最爲緊迫的一環。¹⁸因而，清廷對於法律主權的理解，也從靈活、多元轉向了得到現代民族主義支持的絕對主義觀念。清帝國重新將自身在理念上重構爲了一個民族國家，從道德原教旨主義的轉向似乎也與此聯繫：以西方國家爲參照，來重新理解政治秩序，會比通過沒落的傳統制度的意識形態權威來理解，更爲容易。

總之，在晚清時期，移植西方的法律已經極具政治意義及緊迫性。從更廣的範圍來看，法律西化的擁護者們都是功能主義者——他們認爲西方法律是解決經濟和地緣政治問題的必要手段——但他們的功能主義特徵卻幾乎完全忽視了學術性的經驗研究，而一味追求迅速的立法行動。晚清政治，尤其是在經歷了中日戰爭及之後的義和團運動後，危機的嚴重性愈加顯著。此種危機意味著缺乏時間與資源來進行嚴謹的學術研究。相反，清廷需要迅速果斷的行動。在清朝的最後十五年里，對西方法律與政治制度的擁護，成爲了新人進入權力中心的名片。

法律改革者們幾乎立刻認識到日本法律，包括與之相關的德國法律，是最適合效仿的模式。¹⁹對於爲何日本具有吸引力，有如下幾個

17 See Pär Kristoffer Cassel, *Grounds of Judgment: Extraterritoriality and Imperial Power in Nineteenth-Century China and Japan*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 39-62.

18 參見梁治平，《禮教與法律：法律移植時代的文化沖突》，上海，上海書店出版社，2013年。

19 參見（清）張之洞，《勸學篇》，河南，中州古籍出版社，1998年版；封麗霞，《法典編

直接原因：從多個層面上來看，學習日本的成本要顯著低於學習歐洲國家的成本。旅費更少，語言更容易掌握，以及更為重要的，日本已經為「歐洲-東亞」的法律移植，做好了知識上的基礎準備工作。從社會上來看，比起歐洲國家來說，中國與日本更為相似，這樣讓中國的改革者們相信（或許是正確地），效仿日本所產生的兼容性問題，會少於直接效仿未經學習消化過的歐洲法律。在諸多歐洲國家之中，德國同樣是一個極具吸引力的模式：其政治比之法國或英國來說，更具有自上而下的特徵，並且比起英國來說，它是新生的強國，作為大陸國在政治與經濟上比起大英帝國來說，也與中國更為接近。日本新的法律制度也是基於德國模式建立的這一事實，更加加強了此種印象。因此，決定效仿日本和德國的法律，尤其是刑法典和民法典，便是一個輕而易舉的決定。一大例外是商法，其最終是日本法與英國法的結合，原因在於英國對中國對外貿易的極大影響。²⁰

這是一個極其功能主義的選擇，但也顯得非常的粗糙。所有法典和制度都是依據高度抽象並且常常伴有誤導性質的教條來進行參照和繼受的。任何嚴謹的功能主義學者都會意識到，中日與德國之間那些名義上的相同點，可能能夠成為優先參照這些模式的原因，但是並不能成為照搬任何確切規定的理由，更別說完全移植整個法律制度。清廷內溫和派和保守派的反對意見促使人們重新認真思考一些敏感的社會議題，但是在此節點上，整個政治風向都近乎完全支持激進的改革，只有一小部分提案能夠被進行細緻地討論。

清朝精英們在極力移植西方法律的時候，卻相對忽視了日本在十九世紀80年代和90年代蓬勃發展的比較法研究。「比較法」這一術語直到1902年之前，都沒有在任何中國出版物上出現過。彼時，一份致力於翻譯西學的期刊發表了一篇由日本學者戶水寬人撰寫的有關法律

纂論：一個比較法的視角》，北京，清華大學出版社，2002年；王立民，〈論清末德國法對中國近代法制形成的影響〉，載《上海社會科學院學術季刊》1996年二期，頁132-139。

20 See Minkang Gu, *Understanding Chinese Company Law* (2d Edn), Hong Kong: Hong Kong University Press, 2010.

方法的文章。²¹在二十世紀的前十年，這一概念在一些日本學術的譯文中，多次出現，但似乎沒有人關注。這一次時期唯一的中文比較法文章，是1903年的一篇手稿，其中比較了「世界上的五個法律傳統」——羅馬、英國、伊斯蘭、印度以及中國。²²這篇手稿極具那個年代思想的特徵：它認為伊斯蘭和印度法律傳統因「過於宗教化」而無需關注，批評中國傳統「只關心道德，而非法律」，並且提倡移植「羅馬法」、英國法以促進經濟增長、社會穩定和提高政治地位。儘管其思想極為空洞、貧乏，但這篇文章也許是第一次在法律西化浪潮中停下腳步，並從一個更為全面和系統的角度進行反思。這篇文章所處的時代並不支持學術上的反思，而是要求立刻行動，但是它已經看到了其中的輕率。

貳、新的範式：民國時期

清朝在1912年覆滅之後，在法律領域留下了許多未實現的目標。除了刑法典之外，二十世紀初期制定的法典計劃，沒有一部完成。清朝滅亡後，國內民族主義達到了一個新的高峰，民國政府試圖完成這些計劃，因而宣稱要進行法律現代化。他們所面臨的一個障礙，便是政治動亂：從1916到1928年，全國進行著軍閥混戰，讓所有的制度改革難以實現。清朝大部分法律都留存了下來。其並非出於自願選擇，而是迫不得已的結果。新的法律大多以零散方式出現。

儘管如此，法典化依然在緩步推進。從1907年開始，一些受清政府委託的專家，主持了一個與民法、商法相關的本地習慣的綜合調查項目。²³按照最初的設計，該項目將覆蓋國內所有鄉村，並且給民法典里西方法律原則和國內習慣的結合，提供一個經驗基礎。這是晚清

21 參見何勤華，〈比較法在近代中國〉，《法學研究》2006年第六期，頁128。

22 參見何勤華，〈比較法在近代中國〉，《法學研究》2006年第六期，頁129。

23 參見睦鴻明，《清末民初民事習慣調查之研究》（北京，法律出版社，2005年），頁18~76。

最後幾年，決策者們開始進行廣泛經驗研究的一部分：大致在同一時間，清廷同樣開始了一項有關土地稅的全國調查。該調查至少有近150年的時間沒有做了。有關習慣法的調查在清朝滅亡後，中止了許多年。但是到了1918年，由段祺瑞執掌的民國政府決定重啟該項目。但迫於另一派軍閥的壓力，段祺瑞逃離了北京。儘管高層權力在不斷變動，但該項目一直持續到了二十世紀20年代。到了二十世紀30年代早期，該調查的四卷本已經出版，並且新頒布的《中華民國民法典》也體現了正式法與本地法的結合。

直到蔣介石及其領導的國民黨在1928年重新統一全國後，正式的法典編撰才得以推進：新的民法典和公司法在1929-1930年間頒布，接著又在1935年頒布了刑法典。在20年的軍閥混戰中，大量的知識準備工作已經做好，為政治穩定後採取及時有效的措施做好了鋪墊。無論是政府組織還是學者，二十世紀前20年的外國法研究都呈現出了井噴式增長。全國建立的現代大學促進了法律與政治研究的專業化，使得其能夠對不同西方國家的法律進行更為周密的分析。

「比較法」在這一時期被形塑為了一門正式學科：一小部分學者不再僅僅學習外國的實體法，而是開始研究他們的共通點以及與不同思想、社會條件之間的關係。從制度上來看，「比較法」成為了國內法學教育中的一個可見部分，上海一所頂尖法學院便稱自身為「中國比較法學院」。到了二十世紀30年代，學者們開始出版長篇專著研究「比較法」的理論方法，這也預示這原本作為邊緣學科的比較法進入了成熟學科的範疇。²⁴

這一新興學術領域在方法論上顯然有功能主義色彩，並且繼承了晚清範式的知識傳統：學者們集中關注不同的法律如何反應並解決不同的社會、經濟及政治問題。考慮到中國政治和知識精英們最初是被西方強大的社會經濟優勢所吸引，這一特點也便是情理之中了。一個反映此普遍智識取向的很好的例子，便是法學家張鼎昌的「比較法之

24 參見何勤華，〈比較法在近代中國〉，《法學研究》2006年六期，頁126-127。

研究」一文。²⁵張鼎昌探討了西歐主要的法學流派，區分了分析法學、歷史法學以及社會學法理學（analytical, historical and sociological jurisprudence）。在討論了每一派的優缺點後，他指出「比較法」的作用在於取長補短，通過嚴格的比較，更為全面地理解法律是如何運作的，從而避免這些既有學派的不同方法論所帶來的困境。張鼎昌指出，法律比較的最終目的是幫助政府和立法者理智地在國內適用和移植外國法律，從而讓每一個國家都能充分享受人類法律知識經驗的成果。

這篇文章還有如下值得提及的地方：首先，張鼎昌堅定認為法律是一種解決社會、政治及經濟問題的工具，而不是規範性原則或文化規範的宣言。他的確保留了一些對德國歷史法學派尖銳的批評，這也讓他顯得略為狹隘和過時。第二，他也深深相信有普世的功能性原則的存在，人們可以通過比較西方的法律制度，或多或少地有所發現。在這個意義上來說，張鼎昌是上一節所說的清朝「範式轉型」的直系思想傳人：如同他的清朝前輩們一樣，他的思想根源依舊是西方法律功能所帶來的優越。

然而，張鼎昌不同於同時代思想主流的，便是他提出要瞭解所有西方的法律，而不是特別幾個國家的法律——通常是指德國，但有時也包括英國、法國或者美國。此觀點在同時代大多數精英法學家中，都是少見的。到了二十世紀20年代末期和30年代，大多數法學家都在外國留學過並通常致力於從內部視角來理解他們所在的那個國家的法律。²⁶這其中有許多原因：首先，這是接受相對系統化的法學教育的最為簡單與快捷的方法。比較法在西方國家是一門備受尊敬但卻有些邊緣化的學科，其性質決定了它比起其他法律理論來說，更難以對法律改革建言獻策。考慮到中國法律改革中危如累卵的政治與經濟利

25 參見張鼎昌，《比較法之研究》，載何勤華、李秀清編，《民國法學論文精粹》（北京，法律出版社，2003年），頁524。

26 參見孫憲忠，〈中國近現代繼受西方民法的效果評述〉，《中國法學》2006年第三期，頁166-174。

益，律師和學者們自然就更容易被那些能夠迅速指導法律改革和「現代化」的方法所吸引。不可否認的是，如果一個人從內部的視角學習了如德國和日本的法律，而不是從外在的客觀功能主義分析的視角，那麼習得一個關於法律「應該」是什麼的系統概念會更加容易——無論這個概念有怎樣的缺陷。傑出的比較法分析是所有的懷疑主義以及嚴謹的特點，在事實上決定了其對於那些有政治抱負的學生來說少了些吸引力。

當不同的政治勢力爭奪權力和聲望的時候，這種情況就更加明顯了。學習一個具體的國家的法律的學生，在探尋將該國法律移植到新的法典中的時候，會面臨著巨大的個人利益誘惑：這將給予他們法律移植專家的稱號，並因此給他們帶來地位、權力與財富。一旦中國法律改革的主方向朝向德國和日本模式，無論是好是壞，受到此法律傳統教育的律師和學者們在為這些模式辯護的時候，都將在思想與物質上與之產生密切的利益。同樣，他們那些接受美國或英國法律教育的對手們，要求在法典中加入與他們知識背景相關的法條——並且最終在商法上取得了成果。審慎與求真的比較法進路，對於雙方來說都毫無吸引力。

其結果便是羽翼未豐的比較法研究除了對國內法律教育有所謂的意義外，對主流法律界只產生了相對較小的影響。1912至1949年間，大約有36分手稿及超過100篇文章是關於比較法的——李祖蔭關於比較民法的研究以及許鵬飛比較刑法的研究較為出名——但比起大量的一般意義上關於外國法律的學術與政治文章，這些只是滄海一粟。²⁷此外，除了某些文章中偶爾會有嚴謹的方法論，比如上文提及的張鼎昌的文章，這些研究中一般很少會真正嘗試去進行嚴格的功能主義比較。他們更多的是僅僅簡單地描繪不同的法律制度。從一個學術的觀點來看，這些基礎的描述工作也許是嚴格的功能主義分析的前提條

27 參見何勤華，〈比較法在近代中國〉，《法學研究》2006年六期，頁125-137。李祖蔭，《比較民法：債編通則》，北京，中國方正出版社，2006年；許鵬飛，《比較刑法綱要》，香港，商務印書館，2014年。

件，但是在一個急需規範理論的年代里，這些研究顯然沒有帶來什麼影響。其結果便是比較法在學術及制度上的影響仍然很小。

這並不是說法律改革的推進不考慮任何國內兼容性的問題。恰恰相反，整個民國時期，改革者們必須與社會政治上的保守派們進行鬥爭和妥協。²⁸特別是1930年頒布的民法，雖然盡可能效仿德國（並且還有些瑞士色彩），但仍然必須保留相當多的清朝法律和習慣法。比如，該法典極其鮮明地依據德國法律理論重組了財產法，幾乎完全適用了《德國民法典》中關於法律類型和財產形式的規定——甚至逐字逐句照搬條文——但也承認兩種清朝的主要財產形式，某種程度上來說，這也破壞了引進新形式的目標。²⁹它們是在功能上與抵押相似的「典」，以及「永佃」，即一種地主驅逐的權力受到嚴格限制的永久租賃權。此民法典曾嘗試重新加入一些清朝的法律和習慣法，以規制這些交易，但卻保留幾乎所有之前的管理結構。其結果便是兩種傳統財產形式得以繼續發展。特別是「典」的交易，是幾乎所有區域經濟中最受歡迎的土地交易形式。根據一些地方檔案中的合同，「典」比永久買賣多出九倍以上。「典」和「永佃」的爭議同樣佔據了地方法庭財產案件中的絕大部分，而民法典所引進的德國財產形式的爭議，則非常少見。正如有人指出的，新的民法典中「幾乎百分之九十五」的規定都能追溯到德國，並且還有幾分瑞士色彩，但是剩下的百分之五，均衡來看，要具備更大的經濟意義。³⁰

有些令人驚訝的是，立法機關對本地習慣的結合沒有能夠大範圍地激發進行中西比較的學術興趣。法典起草者們認為法律移植與國內習慣不適當的結合將無法長存，這種結合是對保守派以及農村地區

28 See Philip C. C. Huang, *Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared*, Palo Alto: Stanford University Press, 2001.

29 See Philip C. C. Huang, *Code, Custom, and Legal Practice in China: The Qing and the Republic Compared*, Palo Alto: Stanford University Press, 2001; Taisu Zhang, *The Laws and Economics of Confucianism: Kinship and Property in Pre-Industrial China and England*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

30 參見謝懷斌，〈從德國民法百周年說到中國的民法典問題〉，《中外法學》2001年第一期，頁1。

「落後」經濟的暫時讓步。³¹從長遠來看，社會經濟的現代化會認為這種結合是不必要的，並且應當要完全接受西方法律。其結果便是學術研究繼續集中在全盤接受歐洲法學理論上面，而不是轉向更為嚴肅的比較法。就像大多數法學家和律師對於西方法律間的系統比較缺乏興趣耐心一樣，他們也認為嚴格的中西比較是沒有必要的，至少不是一個長期的項目。對於大多數受過外國教育的法律人來說，中國的社會規範和習慣是要最終被摒棄和改革的，而不是善意地去進行結合。西方法律與在農村地區繼續佔據主導的傳統規範與制度尷尬地共存著，後者覆蓋了大約全國百分之九十的人口，但法律專家們卻並沒有退縮。不足為奇的是，這些城市裡的精英法律人們能夠從法律西化中獲得大小不一的利益——這給予他們近乎壟斷地位的法律解釋權，以及相應地，在政治和經濟上的巨大影響力——這令人懷疑他們學術研究的初衷。無論是什麼原因，他們都堅定地認為各種法律間嚴肅的比較沒有任何吸引力的。

吊詭的是，這一急遽進行制度西化的時代，也是民族主義興起的時代。³²比如，在法律領域，廢除治外法權以及「不平等條約」的願望繼續驅使著一代又一代的立法者和政策制定者。然而，民國的民族主義，正如其晚清的前輩一樣，傾向於從唯物主義和實用主義來定義民族利益及榮譽：財富、軍事力量、國際地位是首要的關切。所有這些都是與保留傳統規範及制度不相容的。清朝滅亡後，其「實用主義轉向」繼續為社會政治和民族國家的討論奠定基礎，並且人們能夠看到其對民國移植西方法律的影響。

31 參見馬建紅，〈清末民初民事習慣調查的勃興與民間規範的式微〉，《政法論叢》2015年第二期，頁94-102。範忠信，〈傳統民事習慣及觀念與移植民法的本土化改良〉，《法治現代化研究》2017年第二期，頁59-73。

32 See Prasenjit Duara, *Rescuing History from the Nation: Questioning Narratives of Modern China*, Chicago: University of Chicago Press, 1997; 羅志田，〈亂世潛流：民族主義與民國政治〉，北京，中國人民大學出版社，2013年。

參、對蘇聯法律的繼受：共產主義中國與西方的分離

1949年中華人民共和國的建立，創造了一種完全不同的法律改革範式。基於眾所周知的原因，歐美法律現在成了政治上的異端，而蘇聯成了能夠施加影響的主要外國資源。對於法學家們來說，中立的比較法研究很快在政治上有了風險。最終到了二十世紀60年代，此種研究無異於自取滅亡。因此，比較法作為一門學科進入了漫長的真空期，直到二十世紀80年代才有所復甦。然而，比較法作為一個社會政治的項目，繼續保有生命力，並且在十年的時間內，開創了一種嶄新的法律制度。

蘇聯法律並非在1949年才開始輸入中國的。相反，它從二十世紀20年代便開始輸入了，並且隨著人民共和國的誕生，其已經形成了相當強的實質上的意識形態路徑依賴。³³孫中山在1925年逝世前，便對蘇聯的革命產生了極大的崇敬，並且試圖效仿蘇聯模式，在早期對國民黨進行了幾次制度上的改革。更為典型的是，國民黨在1924年依據蘇聯的方式進行了改組，採取了新的領導方式以及投票通過了「聯俄聯共」政策，並且確立了黨領導政府的權威。孫中山尤為堅定地認為政府機構應當接受黨的領導，這對成功進行政治革命是極為重要的。大約在同一時間，國民黨以及新建立的中國共產黨進行了第一次正式合作，並持續到了1927年全國統一。因此，在二十世紀20年代中期的國民黨的法律實踐中，有許多實質性的社會主義色彩：比如，國民黨於1924年在其控制的地區頒布了勞工法，並採用了蘇聯早期文件中保護工會組織和工人權利的話語。

33 參見孫光妍、於逸生，〈蘇聯法影響中國法制發展進程之回顧〉，《法學研究》2013年第一期，頁139-151。

在全國統一之後，國共合作迅速破裂，並開始了長期的軍事衝突。中共轉移到了西北，並建立據點。直到1937年日本發動侵華戰爭，國民黨才開始尋求國共的再次合作。這也意味著蘇聯對國民黨立法的影響結束了，正如之前晚清和民國早期的情形一樣，其開始效仿德國和日本模式。而中共則繼續在其控制的國內小部分區域內，繼續推行蘇聯模式，並且會將此模式作為其在1949年後政治與法律議程的基礎。到了1949年，中共已經有了幾十年的移植蘇聯制度到中國農村地區的經驗。

中共所面臨的首要挑戰，便是如何將原本用來進行城市無產階級革命的模式，運用到中國農村。雖然中共得到城市知識分子的支持，但直到二十世紀40年代，它都沒有控制任何主要的城市，只在國民黨軍事集團難以到達的周邊農村地區，找到生存的空間。這就要求實行蘇聯的經濟政策，尤其是進行土地改革。³⁴在土地分配問題上進行了一系列失敗的實驗後，中共最終認識到它需要獲得鄉村精英的支持，因此要承認——暫時地——私有財產以及和本地地主們合作。

爭議解決同樣是一個棘手的難題。中共最初適用的蘇聯在二十世紀20年代早期的司法模式，是用來進行政治鬥爭的工具。³⁵刑事訴訟是正式且常常公開的，但民法卻少有人關注。重大的民事爭議往往會通過刑事或行政方法來解決，而許多日常瑣事則常常無法處理。此種情況的原因在於農村地區有大量的社會資本，包括家族、宗教制度以及其他社會團體。村民們能夠通過它們解決大多數爭議，而不必尋求官方的介入。然而，該體系同樣要求一些官方的介入，用以解決超過基層社會邊界的問題——比如，那些涉及到多個家族的問題。清朝和民國的地方法院制度能夠為此提供幫助，雖然效率較低。中共現在同樣需要建立一個具備此功能的替代制度。但問題在於重建清朝或者民國的制度，在意識形態上是不可接受的——但移植蘇聯模式又不能直

34 See Mark Selden, "Yan'an Communism Reconsidered", *Modern China*, Vol. 21(1), 1995, pp. 8-44.

35 See Xiaoping Cong, "Ma Xiwu's Way of Judging: Villages, the Masses and Legal Construction in Revolutionary China in the 1940s", *China Journal*, Vol. 72(1), 2014, pp. 40-41.

接解決此問題。

最終的解決方式——依據其創立者之一的名字，往往被稱為「馬錫五模式」——基本上是一種類似於由黨組做工作來進行調解的制度。³⁶法官依據當地規範調解爭議，但也通過進行政治教育，鼓勵農民們接受意識形態「正確」的結果。無論是與引進的蘇聯模式，還是之前的民國制度相比，這都是一種更為靈活的制度。它讓中共能夠結合廣大範圍內的本地社會經濟條件，並且同時保持社會革命的態勢。這種制度上的意識形態與本地情境的結合——在其早年間，往往會顯得難辦和不完善——帶來了一些長遠的政治利益。更為重要的是，這印證了中共所宣傳的它比國民黨更理解和更能夠處理廣大人民群眾的利益，而後者正在極力向農村地區推廣德國法律。中共往往稱自身為「人民的黨」，而國民黨則是西方帝國主義的代言人，並且其所推行的制度範式也印證了這一說法。³⁷在一個民族主義逐步上升的政治環境裡，中共的此種宣傳幫助其在1945-1949年的內戰中，贏得了城市精英的支持。

考慮到國民黨在1927年至二十世紀40年代早期，在政治與軍事上佔據主導，其比中共更容易接受典型的制度純粹性（*paradigmatic institutional purity*）。中共幾十年在農村邊遠地區爭取生存空間，使其必須面對和適應農村社會現實，而這是在南京的國民黨的政治和法律精英們以及其他中心城市不必面對的。在制度（以及與之相關的法律）移植上，中共所作的工作在範圍上要遠遠小於國民黨引進西方法律的工作，但是前者卻有更好的適應性，也因此在地層面更為有效——在維穩、得到群眾支持，或者單純解決日常爭議等方面。國民黨的立法者們往往難以接受向地方習慣妥協，而中共則積極地將這種對農村情況的熟悉及適應作為社會政治合法性的來源。

36 See Xiaoping Cong, "Ma Xiwu's Way of Judging: Villages, the Masses and Legal Construction in Revolutionary China in the 1940s", *China Journal*, Vol. 72(1), 2014, pp. 40-41.

37 See Suzanne Pepper, *Civil War in China: The Political Struggle, 1945-1949*, Oakland: University of California Press, 1999, pp. 98-132.

中共在1949年掌權後，不得不改變其制度進路——它必須從一個中央統治者的視角去制定法律和政策，而不是一個邊緣地區的反抗組織——但其在掌權後的前十年間，仍然在社會改造中重視與地方結合。政治工作組在推行自上而下的政策到鄉鎮村落的過程中，起到了主要作用。並且繼續偏向於採用勸說、政治教育以及互相調解的方式，而非直接採取強制措施。此種地方性政策幫助中共在二十世紀50年代推行其主要政策改革的過程中，意外地幾乎未遭到社會上的抵抗：比如，比起蘇聯在二十世紀20年代末期及30年代早期的集體化，中國的土地改革及集體化極其順利，也少有暴力衝突。³⁸

在中央立法層面，大多數新的法律和制度都是於二十世紀50年代在蘇聯的幫助下建立起來的：刑法、刑事和民事訴訟法、土地法、合同法以及勞動法都與其蘇聯盟友極為相似。婚姻法與民法完全分離，有其自身的分類和獨立的規定。包括法院、檢察院以及公安機關在內的執法部門，幾乎就是照搬了蘇聯模式。最終，中華人民共和國1954年憲法效仿蘇聯1934年憲法的內容和結構，確立了直到今天仍然發揮功效國務院和人民代表大會制度（Party-state Council-People's Congress）。

同時，法律教育也直接系統地從蘇聯引進，在北京新建的人民大學在事實上也成爲了此種教育的樞紐。³⁹1953年，教育部給國內所有法學院確定了十門統一開設的課程，包括蘇聯國家與法權史、蘇聯國家法、蘇聯刑法、中國與蘇聯刑事訴訟法、中國與蘇聯財政法、中國與蘇聯行政法、土地法與集體農莊法、中國與蘇聯勞動法、人民民主國家法、中國與蘇聯法院組織法。許多接受歐洲和美國教育的學者能

38 See Thomas P. Bernstein, "Leadership and Mass Mobilisation in the Soviet and Chinese Collectivization Campaigns of 1929-30 and 1955-56: A Comparison," *China Quarterly*, Vol. 31, 1967, pp. 1-47; Vivienne Shue, *Peasant China in Transition: The Dynamics of Development Toward Socialism, 1949-1956*, Berkeley: University of California Press, 1980. But see Huaiyin Li, "Confrontation and Conciliation under the Socialist State: Peasant Resistance to Agricultural Collectivization in China in the 1950s", *Twentieth-Century China*, Vol. 33(2), 2008, pp. 73-99.

39 參見孫光妍、於逸生，〈蘇聯法影響中國法制發展進程之回顧〉，《法學研究》2013第一期，頁147-149。

夠保留他們的工作，但必須要開設馬克思主義法學理論的課程，並且如果他們越過了國家意識形態的底線，往往會被進行審查——或起訴。

儘管如此，中共仍然在法律移植中保留了一種與本土結合的態度。官方的底線是學習蘇聯法律，而不是照搬它。1953年的統一課表包含了三門以蘇聯為中心的課程，但其他七門課程都結合了蘇聯法律以及各種「中國經驗」，這也是中共壯大期間所有的實踐經驗。雖然國家立法往往運用蘇聯的法律分類和術語，但其中的實體規定往往大不相同，特別是在民法領域。民國民法的特徵是沒有任何近乎完全地對外國法律的移植。即使在同時期受到蘇聯影響最大的1954年憲法，也保留了大量不同於蘇聯模式的規定：其沒有以任何形式認可正式的聯邦主義，或者兩院制議會。總之，中共比起國民黨來說，是在比較法律上面顯得更為謹慎與靈活。事實上，直到60年代的政治動亂之前，中外比較法的研究比之前民國時期享有更多學術和政治資源——儘管法律人們只能研究一種外國法律制度。

大躍進（1958-1962）以及隨之而來的文化大革命（1966-1976）讓法學教育及研究幾乎全面瓦解。儘管執法機關仍然在運作，蘇聯法律仍在影響法律實踐，但是思想交流以及比較分析都陷入了停滯，兩國的政治合作也是如此。在中蘇交惡（1960-1965）之後，兩國的關係再也沒有恢復過，並且提倡「學習蘇聯」也變成了政治不正確。⁴⁰在文化大革命期間，幾乎所有的法學研究都有政治風險，並且大多數法學院也停辦了——只有北京大學和吉林大學兩個例外，這兩所大學也不會按正常方式錄取新學生。隨著主要城市政治和社會秩序的崩塌，法律專業全面陷入了長期的停滯，直到1977年才再次復蘇。

40 See Lorenz M. Luthi, *The Sino-Soviet Split: Cold War in the Communist World*, Princeton: Princeton University Press, 2008, pp. 273-301.

肆、意識形態鬥爭：毛時代後的外國法與比較法

在毛澤東於1976年逝世後，政法改革進入了一個新的時代。正如無數歷史學家、經濟學家、政治學家以及法學家所說的，中國進入了一個思想和政治的「開放」時代，以及經濟呈現出了中國史上，乃至人類史上，最為爆發式的增長。司法機關也從不合時宜的蘇聯制度急速轉變爲了更爲傳統的民法國家制度，用以滿足商業化與私有化的需要。現在的這一轉型對於大多數有亞洲法律或者比較法學術背景的學者來說更爲熟悉，在此不再贅述。⁴¹相反，這一階段的學術討論將集中於外國法——以及他們如何促成了比較法這一學術領域的發展。在許多重要方面，1977年後的比較法歷史與民國很相似，即大量外國法的意識形態和政治意涵將成爲阻礙比較法成長的因素。

就像民國時期的法學學術一樣，毛時代後的大多數法學學術都是比較研究，並且至少會關注怎樣將外國的制度和法律適用於中國語境之下。二十世紀80年代開始，中共開始走出蘇聯的法律模式，並尋求向其他法律制度學習。這一轉向的背後邏輯是社會經濟發展的必然：中共認爲經濟和社會的「開放」會讓市場經濟局部復甦，之前那種重在中央調控和計劃的經濟模式將不再適用。與此同時，舊中國在德國和日本法律方面的經驗重新發揮了作用，並且迅速成爲了民法和刑法學界的主流思想。⁴²選擇採用法條主義的大陸法體系而非普通法體系是必然的，因爲建立一個以法官爲中心的制度將會削弱人民代表大會的立法權。在那時候，此種選擇在政治上是不可接受，在實踐上也是

41 有關這段歷史的總結，see Randall Peerenboom, *China's Long March Towards the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2003; Stanley B. Lubman, *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Redwood City: Stanford University Press, 2000.

42 參見陳衛佐，〈法國民法典的影響——與德國民法典的比較〉，《清華法學》2006年第八期，頁134-146。

不可行的——如果沒有訓練有素的法官的話。考慮到此種結構上的必然性，尤其是之前已經有相當長的歷史，中國傾對於德國法的傾向性，再一次在某些領域內復甦。除了蘇聯法律專家外，大多數在文化大革命中倖存的法學教授都曾經是德國和日本法律專家。一旦政治上的限制被解除，他們也自然能夠重新得到重視。

與1949前不同的地方在於德國法不再是唯一，或者說是佔據絕對主導的學術資源了。換句話說，更有經濟活力的部分美國法律開始取代德國法的地位：商法、金融法、知識產權法、環境法等等。有些僅僅是路徑依賴的結果——比如，英國和美國的商法自晚清和民國以來，影響就一直很大——但同樣也有很多其他因素在發揮影響作用。二戰以後，美國法在國際上地位顯著上升。同樣在冷戰之後，美國法又因美國經濟和軍事的霸權地位，而威望倍增。中國的大眾和精英，尤其是知識分子，都迫切希望跟上美國文化和觀念。⁴³此外，美國比起歐洲任何社會來說，與中國在國土面積和人口上都更為接近，這也使其對制定那些需要處理橫跨長距離的地區間和社會間人口和財政的法律來說，更具有吸引力。更進一步來說，美國在國際事務上的主導地位，使其更有助於讓諸如世界銀行（World Bank）、世界貿易組織（World Trade Organization）等國際組織，將美國的法律規則國際化。在中國希望加入這些組織的情況下，其不得不去瞭解並且接受美國法律。

這些因素——特別是美國軟實力的上升——不僅讓中國的法律改革者們對美國法躍躍欲試，也讓接受各種形式的美國法訓練的中國公民人數顯著上升。從二十世紀80年代開始，美國成爲了幾乎所有專業領域內絕大多數中國研究生最想去留學的國家。⁴⁴就法律專業來說，雖然由於德國法繼續在一些學科內產生主要影響，往往讓選擇去美國

43 參見張秉楠、邵漢明主編，《中國新時期學術思潮：文化捲》，吉林，吉林教育出版社，1996。劉曉波，〈與李澤厚對話：感性、個人、我的選擇〉，《中國》1986年第令期；李澤厚，《中國現代思想史論》，上海，生活·讀書·新知三聯書店，2008年。

44 參見劉雲，〈海外中國留學人員和華人學者的分佈狀況及其特點〉，載《科技導報》2001年第11期，頁16-17。

還是歐洲顯得更為困難，但是從總體來看，到了1990年，美國法學教育在中國研究生中的影響似乎遠遠高於其他國家。這樣讓美國頂尖法學院的中國學生和訪問學者顯著增加。⁴⁵這些人學成歸國後，能夠憑借其學歷和經驗上的優勢，在學院或者法律專業內取得較高地位。除了相對較少的人數外——德國法學院仍然在培養更多中國學者——美國留學回來的學者和律師們享有更大的權力和影響力，這也讓美國模式繼續保持著社會政治上的吸引力。

二十世紀80年代大部分時期和90年代早期，美國和德國培養的法學家們享有一個共識，即中國法律應該更接近外國法律制度。他們在應該向哪個國家的法律制度靠近上存在分歧——基於顯而易見並且利益相關的原因，雙方各自選擇了他們所受教育的那個國家——但大多數人似乎都同意中國法律需要再一次西化，並且追求基於權利的「法治（rule of law）」理想。⁴⁶他們這樣做的原因是多方面，從民國時期法官們那種基於國家富強的功能主義，再到民主及天賦人權的觀念，要求政府的權力必須建立在人民同意之上。在許多方面，二十世紀80年代早期和90年代，除了1989年政治風波後的一段息聲之外，中國自由主義達到了巔峰：大多數學者——準確說是大多數城市精英——似乎都支持更多的民主、更多的個人自由和更強的公民權利。「西方」在經濟和文化上的吸引力是巨大的，法學也不例外。學術文章都迫切地指出中國與美國（或者德國）法律上的不同，這也往往是去探討如何讓中國法能夠與外國法更為相似。甚至就一些敏感的政治議題，如立憲主義，許多學者公開支持一種更為明確的分權制度，尤其對是否有可能建立司法審查制度充滿了熱情。⁴⁷

45 參見劉雲，〈海外中國留學人員和華人學者的分佈狀況及其特點〉，載《科技導報》2001年第11期，頁16-17。

46 有關這些傾向的總結與批評，參見鄧正來，《中國法學向何處去》，商務印書館，2006年版；Samuli Seppanen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China: Useful Paradoxes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 36-49.

47 See Liu Han, "Regime-Centered and Court-Centered Understandings: The Reception of American Constitutional Law in Contemporary China", *American Journal of Comparative Law*. SSRN 文章。

隨著時間流逝，主導美國法律理論的現實主義開始對中國法學學術產生深刻影響。越來越多的學者開始不僅僅對美國法律感興趣，更是要在思想上靠近美國主流法學學術。這導致了學術上兩個派別，簡單來說就是德國和美國回來的學者之間的爭論，也讓不同的法律學科選擇了完全不同的方法論和理論範式。⁴⁸在德國主導的領域內，如刑法、侵權法或者合同法，學者們完全採用嚴格的法律教義分析，拒絕社科導向的方法論以及非基於教義融貫性的規範分析。在其他領域，特別是商法和金融法——以及財產法——參照美國的社科和規範分析有著廣大受眾。近年來，兩派學者走出了各自相關的領域，進行一個更為廣泛的法律理論論戰：法教義學者們批評社科法學學者忽視了法律內在的融貫性以及過於強調其社會和政治上的延展性。作為回應，社科法學學者們指出教義分析在規範和解釋上的局限性，並強調他們僅僅是給規範分析和政策參考提出一個現實框架。美國法學家們則會發現此種論爭與他們在二十世紀早期和中期的法律科學和現實主義之爭很相似。

到了二十世紀90年代晚期和二十一世紀初，這些論爭有了另一層意識形態意涵。越來越多的從美國回來的學者，尤以2001至2010間任北京大學法學院院長的朱蘇力為代表，開始有針對性地反對移植美國法、德國法，或者任何外國的法律制度。相反，他們提出中國需要找到自己的道路，即充分運用中國社會中的「本土資源」。⁴⁹這一論點自然來自於蘇力在亞利桑那州立大學接受博士教育時的法律與社會學派，但它同時也讓法律保守主義——即中國語境下的「左派」——興起，並直接挑戰了主導中國學界近20年的支持西化的主流。這幾乎迅速讓原本主要是關於方法論的論爭，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

48 參見尤陳俊，〈不在場的在場：社科法學和法教義學之爭的背後〉，《光明日報》2014年8月13日，第16版；雷磊，〈法教義學的基本立場〉，《中外法學》2015年第一期，頁198-223。

49 參見蘇力，〈法治及其本土資源〉，北京，中國政法大學出版社，2004年。「蘇力」為朱蘇力的筆名。

派」的分野。

並非所有，甚至可以說並非絕大多數留學的美國學者都是左派，但他們卻比起留學德國的學者來說，往往對法律移植保有更多的懷疑——甚至可以說，到了二十一世紀，那些著名的反對西化的學者，都或多或少有著美國學術背景。美國法學和政治理論的各學派更是主導了這一進程：比如法律和社會學派以及各種形式批判法學，被用來解構和否認（delegitimize）能將西方法律適用於其他社會。社會學和經濟學則通過強調社會經濟不相容性的成本（the costs of socioeconomic incompatibility），來反駁激進和大規模的法律移植。更有趣的是，二十世紀90年代在美國學界短暫復甦的卡爾·施米特（Carl Schmitt）的政治理論，由於其對國家主權的強調和對主權國家道德責任的弱化，在中國左派圈子內贏得了大量追隨者。⁵⁰這讓中國左派得以拒斥普世人權觀念，並提出中國文化和政治的例外主義。大多數這些反對西化的學者——以朱蘇力及其在北京大學任職的主要盟友為例——都有著美國學位，或者至少正式到訪過美國大學。⁵¹

這些發展進一步促進了二十世紀90年代末期和二十一世紀已有的政治和社會趨勢的發展。正如上一節所討論的，中共有著平衡移植外國制度和大量實用的本地主義的傳統。儘管毛時代後，中共領導層認識到要改革其部分制度，以實現更加的「現代化」。其本能地拒絕全盤西化，其中既有政治利益的原因，又有某種程度上根本思想不相容的原因。⁵²當然，適用西方的法治原則會直接威脅黨的政治領導，但其也帶著某種程度的真誠宣稱：實用的本地主義在中共傳統中佔據中心地位。因此，那些從社會科學和政治理論視角出發的關於反對法律

50 批評與總結，可參見高全喜，〈中國語境下的施米特問題〉，《二十一世紀雙月刊》2006年第六期，頁119-132。

51 包括汪暉、甘陽、崔之元、強世功、王紹光等。

52 到了21世紀早期，黨的此種不適變得更為明顯，這讓其將大部分法律行為帶回到了「群眾路線」——簡單來說就是一種調解和爭議解決的社會規範。See Carl F. Minzner, *China's Turn Against Law*, *American Journal of Comparative Law*, 2011, pp. 935-984. Benjamin Liebman, "A Return to Populist Legality: Historical Legacies and Legal Reform", in Sebastian Heilmann and Eliza-beth J. Perry, eds., *Mao's Invisible Hand: The Political Foundations of Adaptive Governance in China*, Cambridge: Harvard University Asia Center, 2011.

西化的批評，便能直接與逐漸銷聲匿跡的政治主流話語發生學術交流，儘管後者實際上還有著影響力。不出所料，國家很快便轉向支持此種傾向，推進後者所擁護的社會政治面向以及在一系列重大立法活動中，尋求他們的支持。同時，中國的社會輿情——也許是由於經濟的高速發展和地緣政治實力的上升——再一次堅決地走向了民族主義。這進一步加強了左派思想運動對年輕一代學者和律師們的吸引力，他們幾乎不像他們的教授那樣迷戀過西方的模式。

作為回應，德國回來的學者們開始重新包裝他們的教條主義，指出這是一種防止政府越權的方式：在某些情形下，堅持教義的融貫性和從純粹內部的視角來研習法律變為了同義詞，用以尊重法治和反抗政治上的權威主義（political authoritarianism）。⁵³他們還指出，對法律進行社會科學分析，往往讓政府借「追求社會效益（pursuing social utility）」或者「促進效益（boosting utility）」之名，來削弱憲政和法律規定的公民權利。在一個威權和高度腐敗的政體內，法律就是緊身衣，無論基於任何社會經濟的理性考量來鬆開其約束，都會加強政府的壓制。這一立場存在許多問題，不僅僅是因為就算對於一個最為極端的教條主義者來，中國的法律文本仍然留下了大量空白，讓政府得以限制公民權利，而且其也成為了德國回來的學者們的集結號。其結果便是他們完全拒斥任何形式的非教義的法律分析，並且將自身比作自由主義和法治的守護者。這讓那些美國回來的，但是政治上支持自由主義的學者們在兩派之間游離——一派因為方法論而拒絕他們，另一派則是政治原因。

此外，這些發展趨勢嚴重影響了比較法的知識發展。首先，它們導致了一種越來越極端的思想派系之分，⁵⁴留給細緻和客觀的比較分析的空間很少。尤其是左派對法律進行社會科學分析以及對法律西化的拒斥，讓大多數功能分析——其繼續主導中國比較法研究——進入

53 參見張翔，〈形式法治與法教義學〉，《法學研究》2012年第六期，頁198-223。

54 關於這些傾向的總結，See Samuli Seppänen, *Ideological Conflict and the Rule of Law in Contemporary China: Useful Paradoxes*, Cambridge: Cambridge University Press, 2016, pp. 36-49.

了狹隘的意識形態角落里。在這領域內，有一個普遍的預期是所有進行社會學或經濟學分析的學者都應當反對移植外國法律，而那些背離這一期望的人，則會在業內付出相應的代價。同樣地，德國回來的學者在進入學界之時，都往往被自動標識為「自由派」，而那些與這一預期背道而馳的人，則會承擔相應的個人風險。這兩派之間存在鮮有人踏足的灰色地帶，即使是連本應進行謹慎功能分析的比較研究也沒能進入。

正如在民國時期所發生的一樣，外國法顯著的政治意涵讓「比較法」不再僅僅是一個學科。上文已經提及，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」。相反，他們將自己視作民法專家、商法專家、憲法專家等等，但即使作為一個二級學科，「比較法」仍然極為少見。這往往是由於忽視所造成的：少數中國學者會認為，如果借「比較法」之名來將外國法作為參照點進行利用的話，往往意味著失敗——相反，大部分法律研究都是這麼完成。

更為重要的是，兩派在意識形態譜系上都有足夠的理由來避免被貼上「比較法」的標籤：德國培養的學者傾向於相信法律分析固有的客觀性，從而堅持要從內部觀點來理解法律。⁵⁵甚至當他們引用和運用德國法律解釋規則的時候，他們都將之視作運用客觀法律科學，而非適用外國法。換句話說，他們往往追求在不將外國法律規則視作「外國」的前提下，引進它們。另一方面，左派們則傾向於將反對法律移植視作原則問題，因此他們不會將自己視作比較法學者，而是實用主義、常識與國家利益的守護者。「比較法」——其在理論上給移植西方法律留下了可能性——對左派們的學術和政治規劃來說，是一個太過於無力的概念了。在某種意義上，外國法因自身成功而成為了受害者：德國與美國法學理論對中國學界的巨大影響，讓客觀中立的比較研究被邊緣化了。

55 參見張翔，〈形式法治與法教義學〉，《法學研究》2012年第六期，頁198-223。雷磊，〈法教義學的基本立場〉，《中外法學》2015年第一期，頁6-9。

即使那些自認為是「比較法」專家的人，也較少進行實質性的比較研究。他們更多的是寫一些方法論和基礎理論假設的文章。⁵⁶然而事實證明，方法論問題在一個意識形態濃厚的氛圍里是極為棘手的。功能主義仍然是基礎範式，但是學者們，尤其是那些站在任一意識形態陣營的學者，在區別何種功能具有優先性以及如何確定它們上面，存在廣泛分歧。法律的功能僅僅是保持內部的穩定和融貫——正如大多數教條主義們論證的——還是應當將經濟發展和國家利益考慮進來？處在這兩個立場之間的中間立場，往往很難被界定，並且在任何情形下，都對大多數學者缺乏吸引力。由於對功能這一概念缺乏普遍共識，導致比較法學者們往往難以在意識形態譜系上確定自身位置，因此也影響他們去進行實質性的經驗研究。其結果便是比較研究的質量普遍較差，並且很難對學界主流產生影響。

從較為積極的方面來看，比較法至少重新確定了自己作為一個獨立學科的地位，並且有了自己的學術共同體和相關的專業期刊。⁵⁷這一專業的人數在近二十年來也有了增長，儘管比起廣義上法學專業的人數暴增來說要少。特別地，對外國比較法研究的譯介也急劇增加，並且擁有相當廣泛的讀者群體。比如在2016和2017年，就曾有過圍繞「法律東方主義（legal orientalism）」這一來自絡德睦（Teemu Ruskola）著作的概念的廣泛討論。可以猜想，教條主義者們會批評這一概念沒有充分注意到法律內在邏輯，而左派們會用它來指責法律移植是西方霸權的擴張。但包含這些討論內容的這本書，至少的確引起了廣泛的關注。⁵⁸如果意識形態爭論能夠隨著時間而平息下來——必須承認，這種可能性不高——比較法也許會仍然可以作為一個獨立、健全的學科來發展。

56 關於這些問題的討論，參見王沛，〈比較法在中國：現狀與前景〉，《華東政法大學學報》2008第一期，頁153-156。

57 參見王沛，〈比較法在中國：現狀與前景〉，《華東政法大學學報》2008第一期，頁153-156。

58 上海交通大學出版了關於絡德睦（Teemu Ruskola）《法律東方主義：中國、美國與現代法》研討會的文章，相關文章可見《交大法學》2017年第3期特集一：對話「法律東方主義」。

伍、結論

比較法在中國的發展體現了現代中國法律史的一些最為重要的議題，尤其是凸顯了外國法的重大影響以及其所帶來的廣泛後果。準確來說，由於諸多外國法律制度——德國、蘇聯、美國——在現代中國法律的發展中發揮了重要作用，因此比較法作為一個學科也歷經坎坷。事實證明，外國法律的社會與政治意涵越顯著，法律人們就會越少地以比較法那種客觀與慎重的標準去研習它們。在許多方面。當外國法成為可欲的目標的時候，只要那些要求進行制度改革的人比研究既有制度的人更為激進，那麼外國法比起國內法來說，也就更容易被從政治和意識形態方面來批判。然而，一旦提出激進的改革，那些反對者們也往往會表現得同樣激進。在中國的情況下，從晚清開始，外國法就一直對法學界的大多數人的意識形態有著重大影響，並且常常是對所有法學專業產生影響——包括那些追求通過移植外國法律讓中國實現「現代化」的人，以及那些堅定認為這是西方帝國主義表現的人。比較法也同樣是受這一意識形態影響的眾多領域之一。

更為有趣的問題是，外國法是如何在意識形態上成為最主要的影響的？本文探討的兩個中心議題是實用主義和民族主義。在整個二十世紀，這兩股意識形態力量——以及十分諷刺的是，主導清朝和民國政治的基於實用主義的「富強」，就有很強的意識形態色彩，並且在實踐中也非常教條化——從支持法律西化到反對法律西化：前者的思想基礎在於晚清和民國所接受的西方制度，但是在共產主義中國時期成為了用來支持「國內法律資源」的不同形式了。後者在支持政府與外國進行鬥爭方面，同樣支持移植法律，但是到了二十世紀晚期，它便果斷地轉變為了制度地方主義（institutional localism）。除了這些阻礙之外，外國法的絕對「軟實力」，包括西方和蘇聯，在共產主義中國時期繼續保持支持法律移植的強勁勢頭，但隨著西方軟實力影響

的持續降低和大眾民族主義的興起，此種態勢也將維持不了多久。諷刺的是，通過降低西方法律的政治意涵，也許能夠在事實上提升比較法研究的水平。在那之前，「比較」法也許會繼續因太過於意識形態化，而仍然難以實現真正的比較。

〈比較法在現代中國的發展〉分析討論

肖煒霖 著

張泰蘇教授在其〈比較法在現代中國的發展〉一文中，將比較法這一概念細分爲了作爲「法律移植參照」的比較法與作爲「學術分析」的比較法兩重意涵，並通過剖析這兩種意義上的比較法在近現代（1840年以降）中國的發展，來反思中國法律與外國法律之關係及中國法律之自足性問題。

文章看似切口很小，關注的僅僅是一門在法學專業內部都游離於邊緣化的學科的發展史，但恰恰也是這一尚未成長的學科，折射了整個近現代中國尋求自主與富強，卻又屢屢受挫的曲折歷史。簡單來說，由於中國近現代的動蕩與學習外國既有政治經濟資源的動機，使得比較法從一開始便成爲了政治意識形態之爭的戰地，交織著實用主義與民族主義的思潮，難以實現真正客觀嚴謹的專業分析。

本文將近現代史依據學界普遍認可的劃分方式，分爲了晚清，民國，共產主義中國及毛時代後的中國。每個時期的比較法在「法律移植參照」上，都有不同的參照對象；同時在「學術分析」也都有相應的發展。但橫跨了一個多世紀，每個時期的「比較法」無論在何種意義上，都被政治意識形態的爭論所裹挾，未能成爲成熟嚴謹的專業學科。

自鴉片戰爭始，晚清帝國開始面臨西方技術及制度的衝擊，比較法以作爲向西方先進制度學習的工具的方式，進入了清廷精英們的視野。從張之洞提出的「中學爲體，西學爲用」，到世紀之交的「禮法之爭」，無不在體現知識分子們對於如何學習與移植西方制度的踟躕。但也恰恰是中國對外國制度的認知，源自於渴求富強的功能主義

及唯物主義目的，使得「比較法」在中國的萌芽時期，便具有了實用主義的傾向，也更容易與政治話語發生關聯。這一時期，作為「學術分析」的比較法鮮有出現。

在中華民國時期，對於日本和德國法律的學習以及新的法典的頒布，令比較法研究有所發展。比較法也逐漸被形塑為一門正式學科。但一方面由於各方政治勢力對話語權的爭奪，以及現實改革的迫切需要，使得法律人士們更願意傾向於選擇對實用性的法律移植，而非細緻緩慢的分析；另一方面，對西方制度的全盤接受，使得嚴格的中西比較也失去了意義。這一時期的「比較法」雖然有所成長，但仍然沒有成為具有嚴格意義上的學術專門學科。

到了共產主義中國時期，對外國制度的學習，被嚴格限制在了向蘇聯學習方面，任何權威許可以外的研究，都面臨著極大的政治風險。而毛時代以後至今，中國「比較法」仍然沒能逃脫政治意識形態之爭，以朱蘇力為代表的美國歸來學者強調社科取向與法律的「本土資源」，而德國歸來的學者們，則強調權利與個體自由，原本方法論之爭，轉變為了中國語境下的「左派」與「自由派」之爭。

綜合以上梳理，本文至少在以下兩個方面，對「比較法」及相關學科領域做出了貢獻。

首先，張泰蘇教授在對「比較法」學科史進行系統考察的同時，將其融入進了更為宏大的歷史敘事之中。一方面，張泰蘇教授把握住了每一個時期語境化的特點，使得比較法在近代中國的階段性特徵昭然若揭；另一方面，本文又並不僅僅滿足於歸納整理比較法的發展脈絡，而是以小見大地抽象出了近代比較法與政治話語交織的一脈相承的核心命題。

其次，本文表面上雖然著眼於比較法，但核心關切的依然是中國法學研究的成熟性問題。正如作者敏銳地察覺到當代中國法學仍然在混淆方法論與意識形態之爭一樣，中國法學從晚清「如何學習西方先進制度」到當代「如何運用法律及其本土資源」上，仍然是一種不成熟狀態。無論是學者還是活動於實務界的法律人士，關注點都並非是

成熟穩健的專業學術分析，而是是否與自我現實利益及政治觀念相吻合。更具體來說，「實用主義」，「自由主義」與「民族主義」等思潮主導了知識分子們對於比較法研究的態度。法學的成熟或許並不在於是要教義化，還是社科化，而是自身是否具有專業化的說服力，以及是否願意包容同樣具有了說服力的其他範式。但遺憾的是，中國至今的諸多比較法爭議，仍是基於先在價值判斷的論爭，仍然未能步入成熟狀態。

The Development of Comparative Law in Modern China

Taisu ZHANG* (author) and Weilin XIAO** (trans.)

This article discusses the historical development of comparative law in modern China, from the late Qing dynasty to the present day. It first traces the origins of China's reception of foreign law in the late Qing period, citing the Opium War as a watershed moment in the development of Chinese law and the efforts of elites to transplant Western law into China. It then considers how 'comparative law' as a formal academic discipline took shape during the Republican era. It also examines the emergence of a completely different paradigm for legal reform under the People's Republic of China (1949-78), with Soviet law replacing Western European and American law as the primary source of foreign influence. Finally, it describes the new era of political and legal reform that came after the death of Mao Zedong in 1976, focusing on Chinese politics in relation to Confucian pragmatism, nationalism, communism, and Western liberalism.

Keywords: Chinese law, communism, comparative law, foreign law, legal reform, liberalism, nationalism, pragmatism, Soviet law, Western law

* J.D., Ph.D., Professor of Law, Yale Law School, Yale University

** J.S.D. candidate, Yale Law School, Yale University