

我们究竟需要什么样的比较法

——评马克西尼斯的《比较法：法院与书院》

书名: Comparative Law in the Courtroom and in the Classroom

作者: Basil Markesinis

出版: Clarendon: Hart Publishing, 2003

评论人: 石茂生 张伟*

一 引言

现代的比较法研究自其确立以来, 历经了长期的发展并逐步系统和成熟, 形成了特定的研究对象和方法论, 从而在 20 世纪取得了此前不可想象的成就。^{*} 然而晚近以来, 尤其是自 20 世纪 80 年代以来, 比较法是否依然延续着昔日的辉煌? 其在当代又是一种怎样的面相? 对此, 英国比较法学家马克西尼斯 (Basil Markesinis) 教授的近著《比较法: 法院与书院》^[2] 对比较法的当下境遇进行了完整、细致而深刻的考察和诠释, 值得引起比较法学界的注意。

在他看来, 当今的比较法研究尤其是近 35 年来的历史已经无可置疑地说明比较法的确是“日薄西山, 气息奄奄”, 处于“穷舍”之中; 唯有通过对比较法研究的传统方法作颠覆性的革命, 切实推广他所深为赞赏的功能实用主义比较法进路, 比较法方才有可能在日益走向暮落的危急时刻和新世纪的全球化背景下获得拯救与新生。

就全书的内容而言, 虽然作者的立场是一贯的, 但前三章可以看做是此著的核心所

在, 或许可以将全书的前三章看做全书的总论, 而将后三章看做分论。在前三章中, 第一、二章集中展示了作者的立场, 主要就比较法的现状进行反思并在此基础上提出拯救的途径, 即倡导比较法研究的功能实用主义新进路。至于第三章, 更多的是在为前两章的论述提供经验支持。笔者拟在梳理马克西尼斯对比较法现状所作的反思及其所倡导的拯救之道的基础上, 来阐释其所提倡的方法论, 并简要总结其之于我国比较法研究的可能意义。

二 辉煌与没落

在该书的中文版序言中, 马克西尼斯写

* 石茂生, 法学博士, 郑州大学法学院教授; 张伟, 郑州大学法学院法理学专业 2006 级硕士研究生。

[1] David S. Clark, The Modern Development of American Comparative Law: 1904 - 1945, *American Journal of Comparative Law* (Fall 2007), p. 615.

[2] Basil Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and in the Classroom* (Clarendon: Hart Publishing, 2003). 中文版由苏彦新、胡德胜译, 清华大学出版社 2008 年 11 月出版。

道：“该著作即将描述的38年的独特职业经历，部分带有自传性质，部分涉及法律方法论。”^[3]但是，在随后当他自我设问“我常常经营的店铺（就任教学科而言）对我的产品增加了什么价值”之时，却又不无沮丧之感。这当然不仅仅是他所指出的，“在艺术的王国里真正的原创是十分困难的，最多只是可能修正或完善此前的观念，由于情况的变化偶然地有机会更好地推行这种观念。”^[4]更为重要的毋宁是，他既见证了比较法昔日的辉煌，同样也历经了它随后的衰落。

在马克西尼斯看来，20世纪60年代是比较法发展的黄金时代。“从多方面来看，我认为1960年代后期，即使不是众神，也是英雄们所栖居的黄金时代。”^[5]可惜的是，这个独一无二的时代并未能延续下去，比较法很快就被边缘化了。马克西尼斯较为细致地指出了这种边缘化的表现。首先，比较法的边缘化表现为虽然比较法学家将精力投入到了比较法学科，但得到的引用却很少，而且同那些致力于核心或追风的学者相比，比较法学家也不大为公众所关注；其次，比较法的边缘化表现为比较法学家的作品无法引起职业律师和法院的注意，甚至在某些方面比较法作者们的重大专题也无法引起职业律师和法院的关注；最后，比较法的边缘化表现为贸易、金融及社会交往的全球化仍未引发对外国法的更大兴趣。并且马克西尼斯是用一种“名望学”的研究，即比较法学者学术上的引用率与法院应用率之对比的研究，来证实他对比较法现状的这种观察。^[6]比较法在高校教学研究中的地位的变化也可说明一些问题。比如德国对比较法课程以及相关理论课程的压缩足可说明比较法的地位的凄惨，^[7]而莱顿大学在作者本人离开其教席之后竟多年未曾再行设立比较法教席更是反映了比较法的冷暖际遇。^[8]

马克西尼斯做出这样的判断是与其在职业生涯之中所形成的比较法观念或者说比较法信仰分不开的。正是这种比较法信仰的存

在，才使他得以把握比较法发展的清晰脉络，以至于决心反思自20世纪70年代以来的比较法历史。他说：“这种哲学是思想开阔的哲学，是宽容不同观念和各种做事方法的哲学，而且也是一种喜欢重建和睦并不强调‘独立和区别’的哲学，现在欧洲存在的——的确是全世界存在的——社会经济和政治条件，同我的职业生涯开始时所看到的非常不同，由此这种社会经济与政治条件更加增强了我的自然倾向性。”^[9]可以说，正是这种经济政治条件的变迁所形成的对比较法需求的实际与当下比较法现状的冲突，构成了他所忧虑比较法前途的基本背景。而他自身的职业经历中的比较法信念或他的哲学也正是在这一时代背景中形成的。

这种变迁实际上就是晚近以来世界发展的新的现实。马克西尼斯在不同的场合多次提到“缩小的世界”“世界的缩小”“贸易的全球化”“欧洲合并”等概念和背景，其实也就是近半个多世纪以来尤其是冷战结束以来经济逐步迈向全球化以及市场一体化进程渐渐加快所造成的政治经济现实。这是“在一个贸易、商业、金融和旅游使得了解外国法并能够使之同本国法结合起来成为迫切需要的时代”。^[10]马克西尼斯指出：“不论是我的倾向，还是时代的需要，正像每天发生的快速变化，也要求我们更多的团结，彼此之间更多的

[3] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，苏彦新、胡德胜译，清华大学出版社2008年版，中文版序，第7页。

[4] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，第2页。

[5] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，第3页。

[6] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，第82-168页。

[7] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，第69页，注48。

[8] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，第68页，及注47。

[9] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，中文版序，第9页。

[10] 巴兹尔·马克西尼斯：《比较法：法院与书院》，中文版序，第11页。

理解,而且如果我们有可能的话,欣赏彼此的优点……比较法应该发挥这种作用……”^[11]因此,比较法必须回应的正是这个现实而不是对此漠然视之。在这一背景下,只有这样的比较法才是比较法真正的努力方向和前途。

三 反思与拯救

“比较法随后衰落的发生,那是什么东西导致的呢?”^[12]对此,他主要从三个方面展开了思考。首先,马克西尼斯对昔日的比较法名家及其著作进行了分析。这些知名学者以及为其赢得声誉的著作的命运实际上足可成为比较法兴盛与否的一个表征。在马克西尼斯看来,达维德的著作只不过是“展现了外国法的‘大轮廓’”,主要赋予比较法学科以教化的使命因而存在诸多缺陷。而莫里斯·阿莫斯先生和F.P.沃尔顿的《法国法》以及恩斯特·约瑟夫·科恩的《德国法引论》,没有一部著作是真正的与比较法方法论有关的著作,这两部著作都只是满足于提供两种主要的外国法律制度的可读性描述,偶尔参考一下英国法。马克西尼斯甚至认为“这两部著作和这一时期绝大多数文章根本不是比较法的著作,而是对两种主要外国法律制度即法国法和德国法之一描述的简明教科书和论文集”,只能给人以比较法只是提供外国法基础知识的一种媒介物这种印象。^[13]一言以蔽之,即如作者所言“缺乏明确的专题,发人深思的论文和新方法论的创新”。^[14]

其次,马克西尼斯着重具体分析了英美比较法学界的情况。在此,他将分两组人物来进行讨论,一是比较法学者,一是执业律师。在马克西尼斯看来,学术纯粹主义者“仍然把比较法同濒于死亡的罗马法学术相联系而不能完全摆脱,而且也不把重点放到来自现代法国法、德国法、意大利法或比较法方法论支持的罗马法新替身欧洲法上”。^[15]事实上,一直以来,英国比较法“更多同罗马法包

括英国法律史的联系保持着支配地位”。^[16]然而这种同罗马法以及法律史相联系比较法,虽然“无可置疑地增添了他们的作品令人羡慕的博学”,但是无助于推动处于快速变革的世界中比较法的未来发展,“这些做法只会助长这些作者及其观念缓慢但却不变地远离实践的真实世界而在普通法世界这种实践兴旺发达”。^[17]事实上,不论罗马法多么美好和丰富,都无法寄希望于罗马法能应对非常当代的现象或制度。而作为执业律师的比较法学家们,仅把外国法知识的运用局限在撰写主要同他们职业相联系的法律方面的专业法律文章,而不向引导他们同时代人和继承者表明英国人如何对他们的外国法学术感兴趣。^[18]所以在英国,比较法的历史取向而不是现实取向当然背离了使英国普通法发达至今的实践关怀,以及英国的法律实务者依然对比较法的任务保持冷漠,因而英国的大师们不能留下他们显然认同之一的前后一贯的方法论,没有留下继承者能够加以继续的传统,其学术因而只能停留在被怀念而无法转换成永久的遗产。^[19]

[11] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,中文版序,第9页。

[12] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第5页。

[13] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第8页。虽然美国比较法学家施莱辛格和弗莱明的著作具有实用性,可是其实际的影响较为微弱,而且相关的主题只是最简单的部分。

[14] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第6-12页。

[15] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第12页。

[16] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第13页。

[17] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第13-14页。

[18] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第21-22页;此外,在“英美的比较法学家”之“在英国衰落的其他具体原因”中,马克西尼斯谈到了英国学术体制上的诸多缺陷并做了严肃的检讨,见《比较法:法院与书院》,第23-31页。

[19] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第22页。

基于上述两个方面的考察,马克西尼斯敏锐地觉察到关系到比较法现状的一个重要因素甚至是最为根本的一个因素,即比较法的方法论问题。这是他在反思比较法的现状进而寻找比较法何以至此的过程中发掘出来的第三个方面即方法论的缺失。马克西尼斯指出,“繁荣的1960年代归因于人格魅力的比较法学家,然而他们却没有留给我们关于他们如何创造自己的产品的研究指南”,“不管这些大师的著作有什么价值,但是就涉及留给我们一种比较法的方法论以及告诉我们目标指向谁、如何向国内观众描述外国法并付诸实践运用来说,这些大师的著作是存在缺陷的”。^[20]

当然,反思并非最终的目的,反思是为了拯救,比较法的拯救之道也正蕴涵在他对比较法的反思之中。马克西尼斯的灵感来自于拉贝尔所创立的方法论,对此,他乐于坦陈。所以我们不难理解他所给予拉贝尔以及坚持拉贝尔式方法论的那些在英雄如日中天的年代里相对来说知名度不是很高的比较法学家的极高的评价。^[21]这是一种实践导向的方法论,其旨趣在于“迫使法律家们动脑筋找到一个法律部门的答案以弥补另一个法律部门的漏洞”。^[22]于是比较法学家的任务就在于通过具体问题的研究而对实务界提供知识上的援助和支持。为此,就必须进行知识界或学术界同实务界的沟通,即“比较法应该停止只是向象牙塔学者的讲演而应该着手协助律师、法官乃至政府”。^[23]所以,这不仅仅是坚持比较法的实践取向,联系到作者的普通法传统,作者在这里所主张的更是一种比较法内司法取向。

但是,比较法的现状的确不容乐观,然而,就没有其他的拯救途径可供选择吗?事实上,马克西尼斯并不是对当下的比较法中的一些所谓的新潮流一无所知,而是了如指掌。也对形形色色的比较法景观有着锐利的本察。针对后来这些新鲜的比较法研究浪潮,他却视之为比较法前途的重大威胁。其

一是对比较法欧洲中心主义的指责;^[24]其二是对号召把现代主义或后现代主义文学思潮引入比较法;^[25]其三是使比较法学科沉湎于某一派哲学家们的空谈理论。^[26]然而在马克西尼斯看来,要么是纯粹的乌托邦,要么就是自娱自乐而模糊不清,要么就是存在完全窒息比较法空间的风险。总之他认为同旧有的导致了比较法衰落的那些因素一样,“它们都忽视了我们居住的这个现实世界”。^[27]他进而指出:

比较法学家赞成比较法学科为法律史和罗马法所支配,而且比较法花费了太多的时间与精力服务于法律史和罗马法,而不是通过法律史和罗马法来促进比较法,从而前辈比较法学家本身造成了比较法的边缘化。把比较法的重心着力于同新思潮思想的结合,从而使得比较法的边缘化所遭受威胁更大的我们当代的一些比较法学家,又一次很可能是自身造成的。因此,如果地平线上飘浮乌云,那么乌云来自美国学术场景中的认同危机,以及提

[20] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第31-32页。

[21] 马克西尼斯突出地赞扬了拉贝尔和卡恩·弗罗因德。马克西尼斯认为拉贝尔是“我所在的比较法学科的一位耀眼的巨人,它是一种持久的方法论的无可置疑的创立人”;认为卡恩·弗罗因德是“在英吉利海峡两岸留下遗产的学者,也是其他人无法与之并驾齐驱的学者”。见巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第17-18页。

[22] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,中文版序,第15页。

[23] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,中文版序,第10页。

[24] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第58-60页。

[25] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第60-63页。

[26] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第64-65页。

[27] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第58页。

出驱散反而使乌云更加密布的那些人。^[28]

所以,马克西尼斯认为:

让比较法成为具有人格魅力的布道者们的财产,倒不如代之以布道者成为满足社会需要的工具。布道者遍地都是,由此比较法枝繁叶茂,但是,比较法的根基没有夯实,所以随着他们的仙逝而衰落……将要到来的复活不是通过英雄,而是经由在政治和经济发生重要转变的世界,这个世界已经受到自冷战结束以来的进一步刺激,并且日渐增加对欧洲历年的信息……因为未来似乎是实践推动的,而不是依赖英雄。^[29]

四 评价与启示

通过对比较法现状的反思,马克西尼斯不仅发掘出了比较法之所以衰落的诸多关键因素,更重要的是,他也为我们找寻到一种将比较法拯救出当下困境之中的方法论——功能实用比较法。他在此著的后半部分通过对私法案例的分析和在公法运用上的探索向我们展示了比较法的广阔空间以及应该为之努力的方向。首先,他深化了我们对比较法现状的认识。通过本书,我们才对西方比较法研究的晚近历史有了清晰的体认,了解到比较法的历史前进轨迹和最新的现实境遇。其次,他提醒我们注意到比较法的性质和实践取向,为比较法的研究提供了方法论意义的指导。马克西尼斯的副标题是“近35年史”,但是,他对比较法的历史描绘完全不同于将比较法同法律史研究紧密联系在一起的那种比较法研究,而且对那种比较法研究提出了严厉的批判,认为他们是导致比较法衰落的根由。相反,他提

倡的是功能实用的比较法研究,使比较法能真正地扎根于丰富多彩的真实世界。那么这一切与我国的比较法研究又有何相关性?

我国真正意义上的近代比较法研究是从清末沈家本主持修订法律工作时开始的。^[30]民国时期的比较法研究得到较快的发展,甚至某些学者还拥有较高的国际知名度。^[31]由于众所周知的原因,比较法研究在新中国成立之后一度中断,甚至成为法学研究的禁区。^[32]直至十一届三中全会之后,比较法研究才渐渐得到恢复发展。而且涌现出一批优秀的比较法学者,如沈宗灵、潘汉典、何勤华、高鸿钧、贺卫方、米健等,取得了丰富的研究成果。

目前在学科的划分上,比较法一般是隶属于法理学之下的一门分支学科。虽然学科的划分并不限制学科的研究视域,但还是可以从这种划分当中看到比较法学界乃至法学界对比较法的某些思维定式。自觉与不自觉间,依然是将比较法定位于侧重理论性的研究范畴。这种研究主要表现为包括宏观性的和历史性的学术追求。这可以明显地从我国一些比较法学者的论著当中看出来。比如沈宗灵先生主要侧重于法理学,关于比较法的研究成果多半是属于纲领性的;潘汉典先生等人的译著《比较法总论》现已成为经典,但是对该著原版的第二卷分论关于私法制度的比较研究不予翻译。除了研究领域的原因之外,似乎也表现了某种

[28] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第75页。

[29] 巴兹尔·马克西尼斯:《比较法:法院与书院》,第36页。

[30] 参见沈宗灵:《比较法学的几个基本理论问题》,《北京大学学报》(哲学社会科学版)1985年第1期。另参见潘汉典:《比较法在中国——回顾与展望》,《比较法研究》1990年第2期。

[31] 参见艾莉森·W. 康纳:《培养中国的近代法律家——东吴大学法学院》,王健译、贺卫方校,《比较法研究》1996年第2期。

[32] 参见徐炳:《比较法学的源流》,《经济社会体制比较》1986年第1期。

比较法学界的意蕴。高鸿钧先生出身于外国法制史,早年曾致力于伊斯兰法的研究,参与贺卫方先生主编的比较法丛书的大部著作皆为历史性的和概论性的比较法论著;贺卫方早年的比较法研究也多是历史性和思想性的。总之,这些比较法学者的研究几乎均没有对具体的法律实践问题进行比较法上的探索。

这种情况的出现不是偶然的。我国法学研究的时代断层及其造成的后果可以说是出现这种状况的历史背景。但在进入 21 世纪的今天,如果比较法依然将视线仅及于

此,则根据马克西尼斯的经验,其前途足可堪忧。^[33]国内一些比较法学者的学术转向或许透露出些许秘密。^[34]

我们的时代、我们的社会迫切需要的正是一种实践导向的比较法。

[33] 国内近来对比较法的现状也进行了检讨,参见王沛:《比较法——现状与前景》,《华东政法大学学报》2008 年第 1 期。

[34] 高鸿钧先生已经转向社会理论之法的研究,贺卫方早就在国内致力于司法制度改革乃至政治体制改革鼓吹。

(责任编辑:天 支)

书 讯:

《法学研究之路:〈环球法律评论〉三十年摘要汇编》

值《环球法律评论》杂志创刊三十周年之际,《环球法律评论》编辑部汇编了从 1979 年到 2008 年 30 年间(包括其《法学译丛》、《外国法译评》阶段)所刊载的全部论文和资料的摘要汇编。

全书共汇编了从《法学译丛》到《环球法律评论》三十年来所出 154 期 3000 多篇文献共约 35 万字的浓缩摘要。为了便于查找和检索,本书严格按照时间顺序编列各类文献资料的信息和摘要。对于每一篇摘要所在的杂志的年份和期数都有特别列明。每一期杂志中的文献资料连续编号。此外,本书还特别整理出了《论文学科分类索引》,附于本书正文之后。

本书已于 2008 年 12 月由中国法制出版社出版。