

· 法律文化研究 ·

历史比较的某些问题

——关于近现代中西法律理论

刘 星

(中山大学 法学理论与法律实践研究中心, 广东 广州 510275)

摘要: 以往学术中的近现代中西法律理论的历史比较, 存在着某些缺陷。从基本问题意识、思路、方法上进行反思, 是十分必要的。注重“世界流通”、“中国视角”、“法学家与法律家的角色关系”、“具体法律实践”, 是推进近现代中西法律理论的历史比较的新路径, 而且, 对于今天的中西法律理论的相互关系, 同样具有重要的启发意义。

关键词: 历史比较; 法律理论; 中西; 微观实践

中图分类号: DFO

文献标识码: A

文章编号: 1006-6128(2007)03-0003-13

在本文中, 我将讨论关于近现代中西法律理论的历史比较。这种讨论, 主要是就相关的一般问题、思路、方法而展开的。我将论证, 我们需要注意原有的历史比较存在哪些主要问题; 我们需要哪些新的思路; 以及, 我们应该、可以启用怎样的新策略。

一、“史学”研究

“近现代”一词, 标志着历史涵义。因此, 我首先需要从“史学意识”进入。

在近现代, 西方民族国家的法学家, 以及法律家, 提出了各种各样的法律理论; 与此类似, 当然同样是在近现代, 处于现代性焦虑的中国的法学家以及法律家, 也提出了各种各样的法律理论。怎样研究、认识、理解它们?

对于学者而言, 甚至对于一般读者而言, 最为熟悉的可能就是曾经阅读过的西方法学史, 以及中国法学史这类学科作业中的话语梳理。在这些“史学”中, 我们了解了西方, 了解了中国, 我们大致知道了西方各种理论之间的历史关系, 彼此的横向联络; 知道了中国各种理论之间的类似关系和联络。于是, 西方以及中国的“理论”, 被我们研究、认识、理解了。经由这里, 西方和中国的那些理论, 被当作知识也被我们记忆了, 也许, 一种“经验”或“教训”也被我们“经历”了。

这样把握近现代西方或者中国的法律理论, 是正常的; 在一定意义上, 也是具有合法性的。因为, “史学化”的撰述, 以及它所引发的知识记忆, 为人们带来了较为清晰的这一时期的法律理论的大致框架, 以及内容, 可能另外包括了对“法律涵义”本身的深入洞悉。知识, 特别是历史过程中的知识, 是可以这样表达的。此外, 就学术性的社会分工而言, 这样把握提示了必要的学科边界, 人们对此是容易认同的。

但是, 其中两个问题是需要追究的。

收稿日期: 2007-01-08

基金项目: 国家社会科学基金项目“近现代中西法概念理论比较研究”(02BFX003); 广东省人文社科重点研究基地重大项目“理论中的法律知识与实践中的法律知识的关系”(04JDXM82001)。

作者简介: 刘星(1958-), 男, 北京人, 中山大学法学理论与法律实践研究中心、法学院教授。

第一，被描述的思想变迁是否就是“单纯观念”的？

无论西方还是中国的法学史，其中法律理论的呈现，基本上是“单纯观念化”的，是从“理论”到“理论”的。我们发现，或者读到，法律理论或者是这样被表达的，或者是那样被表达的，当然，有时我们可以看到被展现的“话语演进”、“话语冲突”，还有“话语领导权的争夺”。但是，这种“史学化”的操作，使理论变迁成为了“平面”、“孤立”的对象，切割了理论与外界的联系；即使知道了从逻辑推论的角度而言理论何以会是如此，理由是什么，人们也依然会产生这样的疑问：理论仅仅是观念推动的？或者，仅仅是自我生产的？

其实，人们早已知道，也如马克思曾经说过的，理论不可能仅仅是观念推动的，自我生产的；在很多情况下，经济需求、政治利益、军事压力以及其他社会因素，可以制约或者牵引理论的走向；理论不是那么单纯学术的。

于是，仅仅在观念的层面上描述理论变迁，显然，容易钳制我们原本应该具有穿透力的思考视线，无法看到宏观意义上的“立体”、以及经由这种“立体”而来的“相互联系”的更为具有诱惑力的微观社会内容，进而，无法反观理论，在充满循环流动的社会语境结构中揭露理论的深层欲望，揭发理论的实践企图。这对作为学术对象的法律而言，是更为重要的。因为，在法律语境中，法律实践和法学是特别相互纠缠的；[1]（P36—38）而法律实践，在近现代，本身就是明显与具体的经济需求、政治利益、军事压力等紧密联系的。这个问题，是上述法学史的范式无法回避的困难。

第二，思想的主体经历在“理论”中具有怎样的意义？

理论生产的主体是思想者。思想者的经历，众所周知，是不能忽略的。但是，法学史的运作时常对此视而不见，或者轻描淡写。这意味着，一方面，我们有时无法看到思想主体的经历在法学史中的表达；另一方面，即使有时看到了思想者的“履历”，这一“履历”，对于读者来说，也不过是思想叙述的简单铺垫，如作为“生平简介”。人们知道这样一个事实：不同的主体经历并不妨碍类似理论的生产，同时，相反，相同的主体经历并不意味着类似理论的提出；此外，主体经历有时扮演了激励理论生产的关键角色。于是，主体经历和理论的关系，肯定是复杂而有意义的。不将主体经历和理论勾连起来进行考察，我们极为可能忽略了理论产生的一个直接动因；同时，也因此，我们可能无法具体清晰地在上述“理论背景”（经济的、政治的、军事的，等等）和理论之间建立逻辑连接，如果我们已经意识到了两者的关联。主体经历，是我们理解理论和社会相互联系的关键通道。过去法学史的范式，在这方面的作为颇为有限，因而，依然是需要追究的。

其实，需要追究的，不只是这样两个问题。还有其他问题也是不应放过的。

比如，其他学科的理论，经济学的、伦理学的、宗教学的、政治学的理论等，是怎样和法律理论发生刺激与反馈关系的？虽然通过法学史，我们知道了，在近现代，其他学科的理论时常影响了法律理论，但是，我们不太清楚后者是怎样反馈的，以及反馈之后对于法律理论本身又有怎样的进一步的意义。作为个案，边沁（Jeremy Bentham），以及他的学生奥斯丁（John Austin），都是典型例子。对于两者来说，不仅其他学科理论影响了他们的法律思考，而且，他们自己的哲学、政治学、伦理学的理论，也影响了他们的法律思考。更为需要注意的是，两者法律思考通过反馈的方式，又在影响他们的其他学科的观念，同时回转过来，进一步地调整、加深或者巩固了他们的法律设想。[2]（P119—133）[3]（P20—41）于是，在他们的其他学科理论和他们的法律理论之间，另外一种需要考察的循环结构，呈现出来。这种结构，在法学史中，是最为不易被人觉察的，但是，它肯定是有价值的。

再如，某些法律观念，民法的、刑法的、宪法的观念等，是怎样和法律一般理论纠缠的？可以发觉，对于民法、刑法、宪法的不同认识，是会影响法律一般思考的。如果认为民法是首要的，法律起源理论容易走向“契约论”的道路，尽管，这当然不是必然的。如果认为刑法是根本的，法律起源理论容易走向“强制论”的道路，尽管，这同样不是必然的。人们认识法律的一般性质，自然主要是从作为实践样本的“这种法律”、“那种法律”出发的，是在“法律例子”中概括、提升的；因此，法律

一般理论时常是种人们未必觉察的、对某种具体法律的特征进行聚焦描述的抽象理论。反之，又是自然而然的是，对于被提出的一种法律一般理论，人们也会在另外的“法律例子”中加以验证，以期使其具有更为广泛的解释能力；或者，反之，在另外的“法律例子”中加以否证，以期发现这种法律一般理论是缺乏解释力的，从而展开质疑、修补、重塑、更新、推翻的工作。在近现代，当法律成为最为耀眼的社会治理方式，法理学成为一门“科学”的时候，这是尤为显著的。可以指出，在此，关键是具体法律特征的理解和法律一般性质的理解是怎样展开互动的。“史学化”的上述研究范式，对此没有作出必要的尝试努力。

然而，更为需要抓住不放的问题是：这种“史学化”的学术是怎样建构了一个“中心/边缘”模型的理论历史？或者，这样来说：为什么一些理论可以表达为“历史记忆”，另外一些可以表现为“历史遗忘”？为什么一些理论是重要的，另外一些是不重要的？记忆/遗忘、重要/不重要的标准，又是什么？在近现代，通过中西法学史，我们知道西方的萨维尼（Friedrich Carl von Savigny）、奥斯丁、霍姆斯（Oliver Wendell Holmes）、施塔姆勒（Rudolf Stammler）等，中国的沈家本、伍廷芳、王宠惠、吴经熊等，是历史记忆的对象，是重要的，其他则可能是历史遗忘的对象，或者是不重要的，或者，仅仅是次要的。但是，为什么可以这样建构？

人们当然可以强调，在曾经出现的法学文本的阅读中，这些角色——被视为重要的角色——是经常出现的，是为学者普遍提到的；而学术的“中心”，或者“重要”，正是以这种方式作为表达的。但是，随着法学文本数量的扩展，随着人们阅读对象的铺开，特别是随着“法学生产的地理位置”的不断转换，中心/边缘、重要/不重要，是可以发生变化的。例如，当深入阅读近现代以来德国的法学文本，特别是从近现代美国的法学文本转向近现代德国的法学文本，进而展开不断深入阅读的时候，霍姆斯，慢慢变得并不那么重要，甚至是不重要的，他似乎是被遗忘了，尽管，他在美国学术中好像总是旗帜人物，至今都是“中心”的、“重要”的。又如，相应来说，当深入阅读近现代以来中国的法学文本，特别是从近现代西方的法学文本转向近现代中国的法学文本，进而展开这种阅读的时候，沈家本，慢慢变得似乎特别“耀眼”，甚至是“中心”的、“重要”的，应当是特殊的记忆对象，尽管，他在西方学术中是不重要的，甚至提到“被遗忘”都是不太恰当的。这里，说明着一点，中心/边缘、重要/不重要，本身就是“法学地方性”的。问题可能在于，从不同民族国家的法学角度来看，中心/边缘、重要/不重要，总是不免重新被人定义的。另一方面，从时间向度来看，中心/边缘、重要/不重要的位置关系，也是不免重新被人定义的。曾经“中心”的、“重要”的，时过境迁，变得“边缘”、“不重要”了；反之亦然。

那么，这里隐藏的深层问题是什么？

众所周知，法律是解决实践问题的，特别是地方化、时间化的实践问题，随之而来的法律实践，则是“地方性”和“时间性”的，也因此，法律理论的提出，必须面对“地理历史”中的法律实践谱系，对其作出必要而又有效的回应与解释。学术中的法律理论，一直以来都存在着“普适化”的欲望情结，比如，追求具有普遍解释力的法律原理。当然，这也是一般理论的某种内在要求。但是，如前所述，这种一般理论的提出，是在具体法律样本的追踪中酝酿的。提出者，当然可以像孟德斯鸠（Charles de Secondat, Baron de Montesquieu）那样尽力对世界各国的法律样本进行分类、归纳、总结，然后，期待一个普遍性的“理论胜利”。^①然而，直接有效地说明本土地方性的法律现象，又是首要的、必须的，甚至是不可避免的。因为，一方面，跨越本土的具体法律进而直接放眼世界的各种法律，从法律认识论的角度来说，是不大容易的，甚至是有些不大可能的，毕竟，其数量也许是浩如烟海的；另一方面，更为关键的是，如此将会首先失去本土的法学学术市场，以及法律市场，从而使

^①众所周知，孟德斯鸠在《论法的精神》中展现了这样一种欲望。参见[法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版。

法律一般理论的生命力在这些“市场”中无从谈起。因此，我们可以看到，霍姆斯的“法律是种预测”的法律理论，在美国普通法的“地方”中，非常容易挑起法学家与法律家的想象；[4]（P1-9）萨维尼的“法律体现民族精神”的特征描述，在德国当时各邦习惯法依然非常盛行、而且各邦法律权力依然难以统一的“地方”中，非常容易激起法学家与法律家的情绪。[5]（P837-897）从时间上说，作为例子，因此，我们也就可以看到，萨维尼的主要观念——民族精神中的法律——在德国民法典的草拟进入实质阶段之前，是权威性的理论，但是之后，其权威性让位给了潘德克顿学派（Pandektistik）这样的法律实证主义。[5]（P837-897）

这一深层问题，一旦凸显出来，也就更为无情地暴露了某些“中心/边缘”模型的法学史的先验霸权意识；此外，反向逐一回到前面几个问题的追究，也就更为清晰地提示了，忽视法律一般理论与带有“地方性”、“时间性”的诸如民法的、刑法的、宪法的观念的关系，忽视法律一般理论与同样带有“地方性”、“时间性”的诸如经济学的、伦理学的、宗教学的、政治学的观念的关系，忽视法律一般理论和主体经历的紧密连接，忽视法律一般理论和具体社会背景的有机互动，是非常不恰当的。

这一深层问题，一旦凸显出来，甚至更为彻底地说明了，不断地重新书写法律理论的“他者”历史，是可以的，也是可能的，甚至是必要的。

二、“比较”研究

在近现代，一个为人十分熟知的事实是：民族国家法律的早期交往。法律的早期交往，意味着一个民族国家不可避免地要对其他民族国家展开法律、法学上的认知、研究，有时还包括了猜测、想象；而猜测、想象，有时不可避免地又是认知、研究的前提。在这一过程中，法律以及法学意义的“异邦”，逐渐地被建构起来，其中，对照比较，则是必经的手段。当然，前面提到的“法学地方性”，已经暗示着“比较”问题，因为，“地方性”意味着“不同地方”这一事实；而将“不同地方”的法律理论联系起来的时候，对照比较，又是自然而然的。在此，“史学”研究走向“比较”研究，几乎是必须的。作为学术的法学努力，也是这样操作的。那么，怎样看待这里学术意义上的比较，或者“比较法学”？

以往的法学比较研究，为人们提供了“异同”的知识，提供了异同产生的因果理解，另外，提供了历史中不同法律理论叙事的历史渊源的认识，以及不同法律理论的已经展现或者可能展现的推论演绎空间的差异，进而，从横向、纵向两个方面，将法律理论以并排互映的方式，搭建起来。之中，除了由此及彼、由彼及此的理解把握，人们可能进一步地得到了“优劣”对照的提示，同时，也如前面开始提到的，人们可能在另一层面上“经历”了“经验”与“教训”，进而，得到了如何改善本国法律、法学的他者启发。

但是，三个问题在这类比较研究中被忽略了。

第一，“世界流通”的问题。

法律理论的比较，既可以是宏观的，也可以是微观的。比如，德国与英国法律理论的比较，可能是宏观的；德国萨维尼与英国梅因（Henry Maine）法律历史主义学说的比较，可能是微观的。然而，无论宏观的还是微观的，比较的叙述手段，在一个方面，容易限制人们的思考视野。这里的意思是说，这种比较，易使人们总是注意“两者之间”的问题。当然，比较也可以在“三者”或者“N者”之间展开。然而，问题是同样的：人们依然得到的是“彼此之间”的内容。这里需要追问的要害，在于“二元分立”或者“多元分立”。

如果回到近现代时期，人们可以看到一个“移动”现象：随着民族国家法律的早期交往，一种法律、一个法律理论，可以经过一个民族国家进入另外一个，从另外一个再进入第三个，依此持续。当然，还有反之而行的，也即经过一个民族国家逆向进入前一个，从前一个逆向进入更早的一个，不

断回溯。比如，西方早年传教士信奉的法律观念，通过其自身的世界游历，可以传输给他所进入的一个民族国家，或者，依此传输给多个民族国家；留学生在一个留学地或者多个留学地所学习的法律观念，经过环游，以及回国的方式，可以被带到留学生新留学的民族国家，以及留学生自己的民族国家。反之，这样的传教士，又可以将被传教的民族国家的法律观念，逆向带回传教本国；这样的留学生，又可以将留学派出国的法律观念，还有某个环游逗留地的法律观念，逆向推往留学的目的地。就传教这一途径而言，宗教性的法律学说的全球“移动”，可能是个典型例子；就留学这一途径而言，萨维尼的法律历史主义学说的全球“移动”，可能是个典型例子。此外，在人物“环游”的旁边，还有文本的“环游”，比如，直接的外文阅读、翻译本的阅读等。[6]（P39—52）[7]（P20—35）

在此，一个“世界流通”的概念，凸显出来。

在“世界流通”概念中隐藏的信息是这样的：其一，现在认为的某些所谓“普遍性的法律”，或者“法律观念”，是经过不断“流通”而形成的，准确来说，是不断经过特定的某些民族国家在社会学术实践中的“传输”而形成的，然后，成为了今天认为的“世界法律产品”；其二，与此相连，这些所谓的“普遍性”的“法律”，或者“法律观念”，尤其是作为典型例子的“现代法律原理”的普遍意义，是在充满微观话语权力斗争的流通中逐步建构的，或说，是在具体微观的殖民/反殖民、接受/反接受、推广/反推广、模仿/反模仿的对垒中，逐步获得思想领导权的，它们，并非本身就是“普遍”的。就其二来说，有如我在两篇文章中深入讨论的，[6]（P39—52）[7]（P20—35）在近现代传教士、留学生的传输各种法律理论的过程中，我们可以清晰地发现这种斗争，或者对垒。

经过这一信息的揭示，我们可以发觉，“二元分立”或者“多元分立”的比较研究，不可避免地面面对这样一个追问：针对近现代而言，被比较的两个民族国家的法律理论，比如，前面提到的德国与英国的法律理论，以及被比较的两个人物的法律理论，比如，前面提到的德国萨维尼与英国梅因的法律历史主义理论，它们，究竟在什么意义上是作为原本自我的“存在”而被比较的？近代时期，英国有人去过德国，对德国的某种法律理论至为欣赏，从而效仿，例如，奥斯丁即是如此，因而在他的著述中便有德国法律观念的踪迹。而萨维尼的著作，不论翻译过来的，还是原文的，在梅因所在的“学术地方”广为流传，梅因自己也了解了这些内容，因而在梅因的理论中，难以认为没有萨维尼的“副本”。[8]（P25—26）在这个意义上，“英国理论”难道是一个不包含“德国理论”的英国理论？“梅因理论”，难道是一个不包含“萨维尼理论”的梅因理论？由此，人们似乎难以认为“比较”可以在原本自我的“存在”的比较意义上加以展开，难以认为，“比较”所强调的“彼此之间”，是一个真正的“彼此之间”。这意味着，近现代的特殊“流通”历程，已经在某些重要方面冲击了原本自我“存在”之间比较的特定模型，瓦解了“彼此之间”的概念。进而言之，越是近代移向现代，人们越是可以发现，原有的“比较”预设模式，包括“彼此之间”的位置理解，似乎无法像其最初设想的那样在两个或者多个“独立”对象之间加以展开，它本身必须面对冲击，从而调整自己；它必须说明，原有的“被比较的对象的设定”，是否掩盖了，至少是部分地掩盖了，一个经由“相互流通”而来的彼此裹挟、融合的“同类”问题。当我们将“近现代”和之前的没有“民族国家法律的早期交往”的时代，比如古代，对照起来，这一点，可能是更为明显的。

如果深入思考，我们另外可以发觉，由于“世界流通”的存在，甚至作为典型例子的影响奥斯丁的德国学说，或者，萨维尼的学说，其本身也有一个接受他者思想的问题。比如，影响奥斯丁的德国学说，就与法国19世纪初期的与拿破仑法典制定运动紧密联系的立法学派的理论，有着渊源联系。[9]（P84—86）[10]（P208）萨维尼的学说，也与法国某些法学的理论，有着某种关联。[11]（P43）在此，一个有意思的关于“理论踪迹”的系谱现象，逐渐清晰浮现：在“世界流通”的背景中，一个法律学说，极为可能总是经由另外一种法律学说，演化而来；而且，这可以是不不断延宕的。这意味着，在近现代，即使承认法律理论可能有着一个“来源”，但是，追溯这个“来源”，也许是意义不大的；相反，重要的是，应当在理论链条系谱和影响这一系谱“生长”的社会微观对垒斗争之间

建立思考空间，将理论演化和具体实践活动的相互关系，揭示出来，追问为什么一种法律理论可以这样而不是那样游走，其对法律实践究竟意味着什么，以及法律实践又是怎样“推动”、“要求”、“限制”法律理论的。就此而言，原有的“比较”模式，必须面对知识谱系学和知识社会学的严厉挑战。

此外，与“世界流通”概念中隐藏的信息相互联系，一个新的问题也会逐渐清晰起来：微观话语权力的斗争，在殖民/反殖民、接受/反接受、推广/反推广、模仿/反模仿中的微观对垒，它们，本身对法律理论的生产，具有怎样的特别意义？显然，原有的“比较”模式，在此是存在盲点的。

第二，中西对立的问题。

对中国学者而言，最熟悉的比较研究，可能就是“中西比较研究”。当然，一些西方学者，在现当代，也非常热衷于这类“中西”比较研究。在法律以及法律观念的中西比较研究中，一种典型的“二元对立”模式，颇为明显地呈现出来。这一模式，要么建立了一种现代性的“中西对比”，从而说明中国走向西方的必要性，甚至必然性；要么建立了一种反抗现代性的“中西对比”，进而说明中国保存自我的必要性，直至不可妥协性。当然，也有折衷的观点：建立“取长补短”的“中西对比”。

针对近现代，人们当然不能否认“二元对立”问题的存在。的确，经由中国传统法律、法学而来的“近现代中国法律、法学”，有时存在着“如何面对西方”的问题。例如，延续中国古代法律许多内容的《大清律例》，有时，存在着“怎样面对西方刑法、民法当然还有其他法律而自我调整”的问题；延续中国古代“政治思想和法律思想合而为一”的法学知识，有时，存在着“怎样面对西方职业化”的法学知识的问题。

但是，如果我在前面提到的“世界流通”的概念可以成立，尤其是经由“世界流通”概念而来的“相互裹挟、融合”的概念——包括“不断延宕”的概念——可以成立，那么，“二元对立”的问题，也就可以转化为“中国是如何卷入、参加世界化的”这样一个问题；而且，随着近代移向现代，也就可以转化为“已经部分世界化的中国如何进一步地卷入、参加世界化”的问题。在“世界化”的概念中，“中国”的身份，不断发生变异，“中国”不断在“失去自我”、“融入他者”的过程中，改变着自己的内涵。于是，在近现代，人们可能更多地是面对着这样一个问题：在“中国”内部隐藏的“部分西方”，怎样面对西方？这意味着，作为例子，当我们注意近现代中国的各种法律，以及法律理论，并且将其与西方法律和法律理论进行对比的时候，我们实际上至少是在某些层面上将近现代中国法律和法律理论中的“部分西方”，与西方进行对比。在这种对比中，是否存在着学术上的合法性？或者，可以这样来问，将研究的重心从“单纯对比”转向“复杂巡视”，是否在学术上是更为恰当的？

当然，对于“中西对立模式”而言，这还是一个表面上的问题。

一个更为深入的问题是，当不断发掘近现代中国法学家、法律家的法学文本的时候，人们可以发现，至少其中相当一部分的文本，并没有预设“中西对立”这样一个后来为人固守的理论模式。从那一时期的中国法学家、法律家的法学文本，特别是今天意义的“法律专业”的法学文本来讲，它们有时似乎是在淡化中西对立的意义上，讨论一般性的法律问题。比如，正像我在一篇论文中详尽描述的，[12] (P35-52) 该时期的法律学者，知道中国传统的各类法律制度、法律学说，知道西方以往的各类法律制度、法律学说，然而，他们时常将其作为“没有民族国家身份”的制度资源、理论资源，来讨论普遍性的问题。在他们看来，一个规则秩序，一个法律原理，一个制度学说，是在全球各个“地方”可以普遍加以分析阐述的对象。于是，需要深入探讨的是：当被分析对象的学说本身就忽略“中西对立”的时候，是否在任何情况下，后来的研究都可以继续运用“中西对立”的模式来认识这一时期的法律理论？或者有限定地来讲，即使承认“中西对立”的情形在近现代是部分存在的，我们仍需分析，就法律问题这一具体语境而言，“中西对立”的情形，究竟是主要的，还是次要的？

我们可以发觉，在某种意义上，“中西对立”的理解模式来自对近现代中西政治、经济、文化的宏观对峙的认识。在近现代，中西早期的面对面的军事斗争、政治争夺、经济博弈和文化撞击，也许要比中西早期的法律交往，来得更为刺眼，更为“触动了中国人的自尊”，因而，更为引人注目；在

时间上也许更是“早期”的。在那样的斗争、争夺、博弈、撞击中，“中西对立”，也就更易为人记忆。正是在这种记忆中，甚至更是由于在这些斗争、争夺、博弈、撞击中的“中国惨痛教训”，一种“二元对立”的理解模型，逐渐具有了延伸到其他理解领域的理由和根据。在“船坚炮利”（林则徐语）、“救国图强”（康有为语）、“师夷制夷”（魏源语）、“中体西术”（冯桂芬语）等语词号召中，对法律、法学的理解，几乎完全成为了军事、政治、经济和文化的附属理解。因此，即使是在考察法律、法学问题，诸如林则徐、张之洞、康有为、魏源、梁启超、孙中山等首先在军事、政治、经济、文化上颇为重要的人物的法律思考，远比职业化的法学家、法律家，如沈家本、伍廷芳、吴经熊等人的法律理论，尤其是同时以及稍后的更为职业化的其他法学家、法律家的法律理论，来得更为具有“意义”。这里，其他方方面面的“更为刺眼”、“更为早期”，特别遮蔽了具有一定独立性的法律、法学的问题，进而，在我国的比较法学中，压抑了本应独立注意的法律、法学的比较可能。可以指出，在此，如果看到了“二元对立”理解模型得以延伸的理由和根据，那么，我们是否也应看到对其限定甚至修正的理由和根据？进而言之，我们是否需要理解“中西对立”模式背后隐藏的问题？

第三，中国视角的问题。

“中西对立”的比较学术，自然不是完全不适当的。因为，其中隐含有一个“从中国角度看”的立场。无论学习西方的“现代性”观念，还是固守传统的“反现代性”观念，还是折衷取舍的“缓和中西”的观念，都意味着一个“期待中国应当怎样发展”的欲望存在。但是，在学术操作的意义上，西方的比较法学，在“法律科学”层面上的影响是重大的。当“中西比较”在学者手中越来越从实用、实践的目的（我们都知道，在中西遭遇的初期，中西比较，无论在实践家还是在理论家的视野中，总是而且必然是比较实用化、实践化的，因为需要解决的问题是具体实践的、具体实用的）转向抽象、理论的目的，当其本身越来越成为一门纯粹学科的时候，“中国视角”，也在逐渐失去了自己的存在。在这个过程中，自诩“科学”、客观中立的而且外在于各个民族国家法律、法学立场的比较法学，作为现代学科，逐步宣扬了一种“世界视角”，^① 在我国的法学中，随之逐步替换或者压抑了“中国视角”。

然而，可以发觉，同时也如一些敏锐的学者所提醒的，[13]（P3—38）所谓的“世界视角”，其实是种变相的“西方视角”，是西方中心主义的。一方面，“世界视角”的提出本身，就是缘自西方的；另一方面，比较的内容，总是以西方作为轴心的；此外，比较的标准、方法、目的等，也是依据西方的“科学”意识形态来建构的。所有这些，几乎都在“走向西方”。因此，“科学”的、客观中立的比较法学，无形中成为了西方主义的同时又是另外一种改头换面的“现代性表达”的法学话语。

其实，这点，也未必就是更为关键的问题所在。更为关键的是，在这种转换过程中，真正的中国问题，时常被忽略、漠视、放逐了。法律是务实的，是要解决具体实践问题的，因此，法学尽管可以成为学术化的，然而，也必须重视务实的品性。如果这一观点是有益的，而且是需要坚持的，那么，重新凸显“中国问题”的意识，则是无法回避的。在此，“中国问题”是这样的：其一，中国后来的法律、法学的发展，和近现代中的中国法律、法学的变迁，有着紧密联系；其二，其中一部分，作为民族国家发展的直接手段之一，不断地发挥着作用；其三，其中一部分，作为适度偏离“民族国家的大军事、大政治、大经济、大文化”的社会制度、社会理论，不断地自我独立化地发挥着作用；其四，在后面一部分的那些制度、理论中，有些内容，恰恰是因为中国独特的现实而存在的。作为例子，我们能够感到，近现代以来，中国一直面对着因人口逐渐增多而累积出现的范围广泛的贫困、落后、挣扎，于是，一种“从中国出发”的制度、理论观念，无论作为民族国家发展的直接手段之一，还是作为自我独立化的制度思想，从未消失，甚至相反，倒是逐渐兴盛，最终，其成为了长期以来的

^①在当代中国学者熟知的法国学者达维德（René David）的比较法学中，可以看得一清二楚。达维德的观点，参见[法]勒内·达维德：《当代主要法律体系》，漆竹生译，上海译文出版社1984年版，第12—21页。

中国最为重要的现实之一。应该指出，这一作为例子的“中国问题”，是不能也无法视而不见的。在此，将其纳入比较法学的视野，显然，是非常有价值的。这一纳入，在重新构筑比较法学的某些内容的同时，在重新调整“中西比较”的某些方法、标准、目的的同时，也在质询着所谓“科学”、客观中立的比较立场，进而在深层方面质询着西方中心主义，以及以另外一种形式出现的“现代性观念”，最终，也将提供一种重新思考中国法律、法学建设的他者方案的可能。概括来说，我们无法回避“中国问题”的立场，反而应当坚持这一立场。

显然，正统的比较法学，尤其在中国后来发展起来的正统比较法学，在此，几乎是没有什么可观作为的（当然不是完全没有）。在这个意义上，提出“中国问题”的意识，实际上是以否定之否定的方式，辩证地将近现代初期曾经出现的、实际实用的“中国问题”意识的比较尝试，予以“增添新鲜内容”的还原，进而，调整新的比较策略，拓展比较法学的认识空间。

另外需要补充的是，在此，提出需要反思“科学”的、客观中立的“世界视角”的问题，与前面提到的需要重视“世界流通”的思想，并不是潜在矛盾的。因为，其一，“世界流通”的概念，本身就是淡化“前进目标”意义上的西方中心主义的，甚至是否定这种西方中心主义的，其中强调的是，各个民族国家法律、法学的“流动参与”，并不假定何者是天然的更重要的，或者比较次要的，尽管，从法律、法学的生产来说可能存在着“从何处流转过来的”问题（但这也未必就是一个真问题，见前文）；其二，“世界流通”的概念，本身也不是号称“科学”的、客观中立的，在“流动参与”观念的提示中，是可以承认甚至鼓励“本国立场”的，“流动参与”的行动，本身就是本国实践这一目的推动的，也需在实践目的的变换中不断调整的，更为准确地来说，在“世界流通”概念的背后，人们可以发现一个“如何从本国出发解决本国实际问题”的期待。^①因此，在法律语境中，带有西方色彩的“科学”的、客观中立的学术意念，并未在逻辑上紧紧尾随我所提出的“世界流通”的思想。于是，“中国问题”的意识，可以成为“世界流通”概念的一个延伸。反之，“世界流通”概念，可能恰是“中国问题”意识的前提基础之一。

三、新的可能研究方案

正是因为上述关于法律理论的“历史”研究、“比较”研究存在着某些缺陷，笔者认为，我们可以尝试在如下几个方面作出学术努力。

第一，我们可以探讨这样一个问题：在近现代，就法律语境而言，法学家的身份和法律家的身份的彼此融合，具有怎样的特殊意义？与当代相比，近现代中的法律理论的生产者，时常更为明显地将法学家和法律家的双重身份，紧密地结合起来。具体来说，他们时常更为表现为了不仅担当“法学教授”的社会角色，而且担当“法官”、“律师”甚至“立法者”的社会角色；并且，时常在具体的法律实践中，亲历亲为地、相互融合地发挥两类角色的职场专业作用。[12]（P46—49）人们当然可以认为，近现代是法律职业内部社会细化分工的开始阶段，因此，角色的“不分彼此”，特别是在具体的法律实践中“相互融合”，是自然而然的；也因此，在这个基础上形成的法律理论，是比较笼统、粗糟的，而笼统、粗糟的表象，也是不足为怪的。这样，相互融合的身份，并不具有怎样的特殊意义。

但是，这里的一个研究目标是，更为彼此融合的角色身份，以及在具体法律实践中将其不断贯彻，可能更为凸显着理论中的法律理论和实践中的法律理论的紧密纠缠，以及法律实践对于法学分析的至关重要。法律是要解决实际问题的（我再次重复了这点，因为我相信人们一般是会同意这一判断的），因此，身为法学家的同时，又从事着法律职业的实践家的工作，也就更为容易使法律理论的思

^①例如，萨维尼的法律理论在其他民族国家的“世界流通”，时常是因为其他民族国家在近现代，总是面对“究竟激进改革法律还是循序渐进地改变法律”的现实焦虑。

考者，去反省理论中的法律理论在实践中的具体意义，以及实践中的法律思考对一般理论本身的反射刺激。另一方面，近现代中呈现的各种军事、政治、经济、文化上的斗争，当然包括法律上的斗争，以及由此而来的价值分歧，经过宏观转为微观、并且顺此而产生的影响，也较易使处于双重身份的思考者，站在自己的立场，去提出不同的法律主张，进而表达不同的作为一般法律思考的法律理论。于是，法律理论，极为可能表达着包含具体斗争内容的理论/实践的双重欲望。在此，一个颇有研究价值的深层问题可以牵引出来：在法律语境中，一般性的法律理论如何可能，或者，“科学”的普遍化法律话语描述，是否实际上可以还原为具体法律实践中的带有立场性的思想表达？此外，我们可以进一步地追问：一个看似可以普遍化的法律理论，是否实际上是种立场化的、带有具体价值倾向的实践法律主张的话语传播，包括国内的和民族国家之间的话语传播？

比如，19世纪初期至中期的萨维尼，既是著名的法学教授，又是重要的立法大臣，而且，时常接受法院的邀请撰写司法判决的意见，将自己的法律理论带入法律实践。[14]（P456）同样，19世纪初期至中期的奥斯丁，既担任了法学教授的职位，又曾从事过律师职业，而且之后不断地担任政府法律委员会的顾问，去提出针对实践问题的法律意见，同样将自己的法律理论和法律实践相互勾连起来。[15]（P18—58）与此类似，吴经熊也在担任法学教授的同时，出任法官，展开律师业务，参加立法委员会提出立法意见，甚至草拟立法，在自己的法律理论和法律实践之间建立具体的互动联系。[16]（P219）在这样的社会角色的混同纠缠中，以及通过法律实践，萨维尼的“民族精神”式的法律观念，奥斯丁的“法律命令”式的法律观念，以及吴经熊的“社会文化”式的法律观念，[17]（P3—14）是否可以简单地理解为普遍化的“科学”学术的努力？即使他们自己认为，自己的学术努力正是较为纯粹的、普遍化的“科学”努力，我们也许依然需要这样一个观点：在19世纪德意志的具体法典制定的斗争中，人们才能更好地理解萨维尼的思考理念；在19世纪英格兰的具体立法改革——特别是由边沁开始倡导——的斗争中，人们才能更为恰当地理解奥斯丁的学术工作；在20世纪初期的立法内容纷然杂陈而为人们广泛争论，法律判决不断引起各界的思想矛盾的背景中，人们才能更为丰富地理解吴经熊的意识追求。因为，同时作为法律实践的一分子，他们，似乎从来没有从充满价值企图的法律斗争中抽身出来，去“闭门造车”地冥想法律理论。进一步说，我们也许需要这样地看待问题：经由角色身份的融合这一微观途径，人们在某个方面才能更为具有穿透力地洞察萨维尼、奥斯丁、吴经熊等人的设想在理论/实践双重场域中的真实位置，以及它们在法律理论变迁中的真实意义。毕竟，我们需要意识到，他们的设想，是在以身份纠缠作为标志的、而且社会化的个人实践中孕育的，是在法律化的学术/实践的双重斗争市场中生产的，而这样的市场，既在制约他们的孕育、生产，也在接受他们设想的同时调整自我需求。

第二，我们可以研究一个“法律行动者”视角的问题。在此，作为界定，“法律行动者”的视角，含义是指一个总是内在于法律、法律理论活动的参与者视角。

如前所述，近现代中西法律、法学的历史比较研究，时常自觉或者不自觉地将“大军事、大政治、大经济、大文化”的观念，去压抑了具有一定独立性的法律、法学问题的观念。在此，所谓“具有一定独立性”，是指两个方面的涵义。其一，法律、法学有时是在民族国家之间的宏观冲突的军事、政治、经济、文化的边旁自我存在、变迁的。其二，法律、法学与宏观冲突的军事、政治、经济、文化的彼此关系，并不一定是以后者影响、牵引、制约前者来实现的，它们之间是互动的，而互动的结果之一，也许是前者有时决定了后者。

就第一个涵义来说，如果深入到近现代各个民族国家的内部，我们时常可以看到，许多法律、法学问题，比如，日常的婚姻、协议、收养、登记、侵权等制度，以及相关的法学思考，并不因为民族国家之间的宏观冲突的“大军事、大政治、大经济、大文化”的在场，而改变自己的日常性质。作为例子，正如人们时常意识到的，在近现代，民族国家之间宏观的军事、政治、经济、文化的对抗，即使在某些方面显示了一个民族国家对另外一个民族国家的“占领”、“控制”，也不意味着后者在地理

意义上全面地被“占领”、“控制”。于是，在本国领土的许多层面上，相当一些日常性的法律、法学活动，依然是按照自己的内在模式继续运作、变迁着（当然不是完全不受宏观方面的影响）；其中行动的人物主体，时常依然是以“解决具体法律实践问题”的方式进入、参与法律活动的，并不怎么关心民族国家的“大方面”。在这个意义上，看到一个与日常法律、法学活动相关的观察视角，是必要的。而这一视角，如果视为日常的“法律行动者”的视角，那么，就意味着，用来观察近现代一个民族国家和另外一个民族国家之间相互关系的军事、政治、经济、文化行动者的视角，不能压抑，更不能排斥掉，这一“法律行动者”的视角。与此相关，“法律行动者”视角在今天的理论意义在于：当代广袤的一些日常中国法律秩序和法学思考，和近现代的中国日常法律、法学活动，有着千丝万缕的延续联系，是不能完全依赖宏观的社会政治文化解释框架，特别是“中西之间如何”的这种宏观的二元冲突框架，作出说明的。

就第二个涵义来说，当法律、法学和宏观军事、政治、经济、文化有着互动关系，甚至有时决定了后者的时候，人们也就需要看到法律、法学自身的有时存在的“领先”作用。这里并非是说，法律、法学自己有时有着多么了不起的旗帜影响，法律、法学由此应该成为社会的基本甚至唯一的治理形态与话语，而是在说，在一定意义上，法律、法学有时可以成为重要的征服对方的一种策略手段，而在成为这种策略手段之际，可以拥有自己的演化路线。从实践看，在近现代，人们时常可以发觉中国与其他民族国家之间的法律、法学意义上的争执，比如，最为明显的例子，也许就是关于治外法权的争执。在这种争执的背后，当然存在至关重要的军事、政治、经济包括文化的觊觎、对垒、较量，而且，这些宏观因素，大致来说是基础性的、决定性的。但是，不能否认，争执的各方也都努力在法律、法学上夺取“说理”的控制权，试图通过“法律说理”战胜对方，从而凸显了法律、法学作为有效手段的独立价值。正是在这个意义上，我们才能进一步地理解，作为例子，为什么林则徐在军事、政治、经济、文化斗争准备的过程中，翻译研习国际法、他国律例，试图和“外夷”在法律、法学上一决高下；[18]（P246—249）为什么东吴大学法律学院非常重视“租界”的法律冲突的研究，试图使中国政府在面对“西人”时可以更为主动、有力……[19]（P261）当然，恰恰是在这里，如果透过表层深入地挖掘，那么，在另一方面更为深入的知识社会学的问题是：法律、法学，如何在成为一门“手段学问”的时候，恰恰巧妙地顺此培育了近现代法律专业的兴起，进而带来了法律技艺的发展，使法律职业最终逐步有效地成为了能和军事职业、政治职业、经济职业、文化职业相互“抗衡”、并且分享社会资源的“合法一方”，甚至，从社会角色身份的意义，奠定了“现代法治话语”的“人员基础”。

此外，“法律行动者”的视角，另有这样一个学术功能：避免将近现代历史研究中的后殖民主义话语范式在中西法律、法学的比较研究中简单地加以延续。前面，我提到了警惕西方中心主义，以及现代性的问题。在历史比较研究中，将西方中心主义、现代性问题提示出来，并且给予揭露，是后殖民主义话语的有益警觉。[13]（P3—38）但是，在法律语境中，只有将“法律行动者”的分析模型带入“中西关系”中，才能深入、完整地——相对法律、法学而言——澄清西方中心主义、现代性等观念所存在的“自身困境”的问题，才能将后殖民主义话语的有益警觉，转换为法律分析、法学分析这些领域的有益警觉。具体来说，当看到了前面提到的“具有一定独立性”的两个涵义，我们也就可以意识到，恰恰因为法律、法学可以在一定意义上自在自为地存在、演化，而且，法律、法学在特定情况下具有策略手段上的决定意义，所以，中西关系的理解，有时则必须要从摆脱了“西方影响中国/中国回应西方”模式束缚的微观法律活动这一角度去展开。在此，独特而又深层的问题是：在中西关系中，法律、法学的具体交织交往活动，究竟扮演了怎样的历史角色，以及，怎样以微观方式、由点及面地构筑了今天复杂的法律局面，而这样一种法律局面和“中西关系”究竟具有怎样的联系？

从更为普遍的“学术功能”来说，“法律行动者”的视角，也许能使一般的法律、法学的历史比较研究避免成为其他学科意义的一般历史比较研究的学术模仿，进而，避免缺乏“法律、法学”的独

特意义，从而避免对法律学科没有实质性的学术推进。

第三，我们可以围绕法律理论话语问题，研究宏观背景和微观背景究竟在什么意义上可以相互联系起来。前面，我强调了一个“法律行动者”的视角，强调了法律、法学问题和“宏观问题”的适度分离。但是，像所有人都认为的那样，我也认为在近现代法律问题有时和“宏观问题”明显地联系在一起。因此，宏观背景和微观背景的联系，对于法律理论问题，又是需要讨论的。

针对近现代法律理论的研究，正如前面提到的，以往学术操作已经注意了宏观背景和微观背景的问题，而且，有时，也隐约地暗示了两者的相互关联。但是，这种注意、暗示，是比较简化的、含糊的，也即较为简单地或者模糊地“看到了”、“提到了”宏观背景的影响作用，以及微观背景的影响作用，包括两者的相互关联。在一定意义上，这种注意和提示，没有觉察两种背景相互关联的内在机制。而对于法律理论来说，这种内在机制，可能是比较重要的。在我看来，某些层面的具体法律实践，也许是理解这种内在机制的一个途径，也许能使人们对宏观背景和微观背景的相互联系的认识，更为具体地清晰起来。因为，在近现代，对法律理论提出者而言，某些层面的具体法律实践，由于前面提到的“法学家”和“法律家”的角色混同，时常具有了“法学色彩”和“法律色彩”的双重搭配；而在这些层面的具体法律实践中，实践的参与者不会，而且不能，回避宏观背景和微观背景的双重压力。在这种双重压力中，法律理论也就带有了可以分析辨识的宏观背景因素和微观背景因素。另一方面，犹如前文已经暗示的，法律理论提出者，是不能无视法律职业市场和法学职业市场需求的。法律职业市场和法学职业市场的需求，有时不仅体现着宏观背景的实质影响，而且，相对法律理论提出者而言，孕育着微观背景的隐蔽滋生，比如，个人所遭遇的法律工作的环境，个人所面对的法律职业收入的回报，以及个人从事教育的法学院的学科模式等。而法律理论提出者的法律实践本身，恰恰又是在回应这里所说的市场需求的过程中展开的。其实，作为例子，在前面提到的许多近现代法律理论提出者的经历中，我们都能发现，某些层面的具体法律实践，是如何通过“法学色彩”和“法律色彩”的双重搭配，折射着宏观背景和微观背景的影响，以及，是如何通过法律、法学职业市场的需求，带出宏观因素和微观因素的图像的。

具体的法律实践这一概念，在近现代，揭示了法律理论提出者是怎样行动的，是怎样将法学话语推入法律事件、怎样将法律事件融入法学话语的。因此，这一概念，在“某些层面”的限定下，可以卓有成效地将理论生产过程的宏观背景和微观背景勾连起来，使人们深切地感受知识社会学的策略在法律、法学历史比较研究中的灵动、智慧。然而，最为重要的是，这一概念，如同“法律行动者”的视角这一概念一样，并且与其相互并列，可以使人们明确地发现法律语境中的历史比较研究，如何可以实质性地不同于其他领域的历史比较研究，如何可以避免法律、法学的历史比较研究成为其他领域的历史比较研究的简单延展，从而如何可以独立自主。它对近现代法律、法学的立体化的深度研究，进而启发当代法律、法学的立体化的深度研究，既是提纲挈领的概念，又是“核心激励”的概念。

第四，从微观实践的角度，我们可以研究“中国因素”和“西方因素”在近现代究竟是在什么意义上对撞的，以及对撞的结果是在怎样的意义上可以对之作出判断的。

首先需要说明的是，在我看来，在法律、法学领域里，近现代的“中国因素”和“西方因素”，是通过具体的阵地战来展现自己实力的。这里包含着两层涵义。其一，虽然我们可以认为，总体上看，近现代的中国法律、法学呈现了“中国因素”不断退却、“西方因素”不断推进的局面；但是，这仅仅是在“似乎如此”的意义上的一种认为。因为，一旦深入到微观领域，我们可以感到，说明究竟是“中国因素残留着”还是“西方因素渗透着”，是个并非容易判断的问题。例如，在制度上，就司法方式而言，因为“审判”和“调解”在中国各个“地方”中的近现代意义上的长期共存，我们很难断定这是中国的胜利，或者西方的胜利。因此，这里的“阵地战”是激烈的、胶着的。其二，即使需要或者允许作出一个总体上的“中西胜负”的判断，不论其是否“似乎如此”，我们也必须通过具体的阵地战去归纳、概括和总结。而归纳、概括和总结所面对的问题是：法律、法学的领域是非常广

泛的，我们难以在各个层面上逐一考察进而宣称究竟中国是主要的，还是西方是主要的。于是，认为“中国因素和西方因素通过具体的阵地战来展现自己实力”，是现实的。

然而，这些又不是特别重要的。特别重要的是，有些被认为是中国本身的法律、法学的内容，在西方，我们也能发现彼此相象的对应物；反之亦然。例如，前面提到的“调解”，众所周知，就不是中国独有的，在西方比如美国我们也能看到这样的纠纷解决方式。再如，中国古代法家提到的工具式的“法治理论”，正像有学者早已提到的，^①在近代英国边沁、奥斯丁的法律实证主义理论中，也能找到对应的观念表达。反过来看，即使是为后来中国学者津津乐道的英国普通法制度，其在早期，和中国封建帝王派出特定人物（比如钦差大臣）或特定机构解决纠纷，也是颇为类似的；早期的普通法法院，实质上正是皇家派出的代表国王意志的“巡回治理”机构。[20]（P17—18）

这提示着，一方面，我们需要谨慎小心地对待被建构出来的“中国”和“西方”，^②仔细看看究竟哪些可以归属“中国”，或者归属“西方”；另一方面，在仔细识认之后，从微观实践的角度去具体分析“中西”关系，是更为具有逻辑根据的。

微观实践角度的“中西分辨”，在理论上，还有一个重要的意义：促使我们在具体的法律实践中洞察“中西”背后的实质问题。具体来说，在“中西”背后，有时可能隐藏的不是“西学东渐”、“西方影响中国/中国回应西方”的问题，而是中国内部各方怎样利用“中西”话语，去展开具体法律实践斗争的问题。[21]（P24—36）例如，在近现代，当大量讨论西方历史主义法律理论，特别是萨维尼式的“民族精神”、“民族习惯”等话语包装起来的一般法律观念的时候，而且，当将其和西方实证主义法律理论联系起来、并且“对立起来”讨论的时候，这些讨论背后，可能恰恰潜藏着“如何对待中国具体立法作用”，“如何对待中国民间习惯”、“如何对待城乡各自规则的关系”等中国内部的斗争意识，以及“中国法学家、法律家面对中国其他阶层”的职业利益的争夺焦虑。我们可以发现，在近现代中国，这些斗争意识和争夺焦虑，从来都是非常现实的。民间习惯，或者相对城市规则的乡村规则，从来都希望保留自己的运作天地；早期的中国法学家、法律家，从来都希望会在社会分工中获得名正言顺的职业担当和利益分配。而历史主义和实证主义，极为可能成为反对或者支持“可否保留”、“保留多少”、“可否获得”、“获得多少”的话语根据。在此，可以觉察，不是“中西彼此如何”影响着“中国自身如何”，而是“中国自身如何”挑起着、推动着“中西彼此如何”。因此，“中西分析”，有时，需要而且必须转换成为“中国分析”的问题。而具体的法律实践，可以为这样一个问题的深入分析，提供独特而又切实的思考路标。

最后，我想指出，如果我们相信当代中国与近现代的中国存在着非常重要的历史联系，而且，当代中国依然面对着法学、法律上的“中西关系”，那么，从具体法律实践切入，将“中西分析”转换为“中国分析”，则是具有明显的现实意义的。

参考文献：

- [1] 刘星. 法学“科学主义”的困境——法学知识如何成为法律实践的组成部分[J]. 法学研究, 2004, (3).
- [2] 刘星. 近代法律概念理论的语境分析——以奥斯丁和丘汉平为比较观点[J]. 法制与社会发展, 2006, (1).
- [3] Eira Ruben. John Austin's Political Pamphlets, 1824—1859 [A]. Elspeth Attwooll. Perspectives in Jurisprudence [C]. Glasgow: University of Glasgow Press, 1977.
- [4] [美] 斯蒂文·J·伯顿. 法律的道路及其影响 [M]. 张芝梅, 陈绪刚译. 北京: 北京大学出版社, 2005.
- [5] Mathias Reimann. Nineteenth Century German Legal Science [J]. Boston College Law Review, 1990, (31).

^①比如，1934年，赵之元在讨论西方法律实证主义的时候，曾经提到，“吾国当春秋战国之际，亦既有法治学派，法治主义，且自有其传统的法律观念，故亦不能不略及之，以资比较”。参见赵之远：《法律观念之演进及其诠释》，载吴经熊、华懋生编：《法學文选》，中国政法大学出版社2003年版，第274页。

^②关于被建构出来的一个“西方”，并且与此相关的问题，参见[美]爱德华·W·萨义德：《东方学》，王宇根译，生活·读书·新知三联书店1999年版，第6—7页。

- [6] 刘星. “法律” 概念是怎样被使用的——在中西近代日常话语实践的交流中比较考察 [J]. 政法论坛, 2006 (3).
- [7] 刘星. 民国时期的“法学权威”——一个知识社会学的微观分析 [J]. 比较法研究, 2006 (1).
- [8] Michael Hoeflich. Savigny and his Anglo-American Disciples [J]. American Journal of Comparative Law, 1989 (37).
- [9] Karl Mollnau. The Contributions of Savigny to the Theory of Legislation [J]. American Journal Comparative Law, 1989, (37).
- [10] Hendrik Hommes. Major Trends in the History of Legal Philosophy [M]. Oxford: North-Holland Publishing Company, 1979.
- [11] Gerhard Kegel. Story and Savigny [J]. American Journal of Comparative Law, 1989, (37).
- [12] 刘星. 民国时期法学的“全球意义”——以三种法理知识生产为中心 [J]. 法学, 2006, (2).
- [13] [美] 杜赞奇. 从民族国家拯救历史: 民族主义话语与中国现代史研究 [M]. 王宪明译. 北京: 社会科学文献出版社, 2003.
- [14] John Dawson. The Oracles of the Law [M]. Ann Arbor: The University of Michigan Law School, 1968.
- [15] Wilfrid Rumble. The Thought of John Austin: Jurisprudence, Colonial Reform, and the British Constitution [M]. London: Athlone Press, 1985.
- [16] 王健. 超越东西方: 法学家吴经熊 [J]. 比较法研究, 1998, (2).
- [17] 吴经熊. 法律哲学研究 [M]. 北京: 清华大学出版社, 2005.
- [18] 林庆元. 林则徐评传 [M]. 南京: 南京大学出版社, 2000.
- [19] [美] 康雅信. 培养中国的近代法律家: 东吴大学法学院 [A]. 贺卫方. 中国法律教育之路 [C]. 北京: 中国政法大学出版社, 1997.
- [20] [英] S. F. C. 密尔松. 普通法的历史基础 [M]. 李显冬等译. 北京: 中国大百科全书出版社, 1999.
- [21] 刘星. 重新理解法律移植——从“历史”到“当下” [J]. 中国社会科学, 2004 (5).

[责任编辑: 潘 宇]

Several Issues in Historical Comparison: On Chinese and Western Legal Theories of Modern Times

LIU Xing

(Institute of Legal Theory and Legal Practice, Sun Yat-Sen University, Guangzhou, Guangdong 510275)

Abstract: There are some defects in historical comparison of Sino-Western legal theories up to now in academic circle. It is necessary to reflect from the notion of problem, approach and method. New approaches should be stress on “world interflow”, “aspect of China”, “the relation of roles of jurist and lawyer”, and “specific legal practice”. These methods would through light on the inter-relationship of legal theories of China and Western world.

Key words: historical comparison; legal theory; Sino-Western; micro-practice