



法律与社会丛书



法律移植与法律文化

D. 奈尔肯 J. 菲斯特 编
高鸿钧 等 译



清华大学出版社



法律与社会丛书

法律移植与法律文化

D. 奈尔肯 J 菲斯特 编
高鸿钧 等 译



清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书是有关法律移植与法律文化理论研究的专论性文集,分为上、下两编,上编是关于法律移植与法律文化的一般理论探讨;下编为法律移植与法律文化的个案研究。全书由12篇专题文章组成,它们代表了西方法律社会学领域关于法律移植理论与实践的晚近前沿成果,其中涉及法律移植的一般理论、法律移植与法律文化、法律移植与国家政治、法律移植与现代性、法律移植与全球化以及日本和东南亚等国法律移植的经验与教训等各种问题。本书所论述的问题和提供的材料对于探索当代中国法律移植的路径,思考法律文化的地位和作用以及构建现代法治,都富有重要的参考价值和积极的借鉴意义。

本书适合大专院校、科研机构研究法学、社会学的教师和学生,以及立法、司法等实践部门的工作人员,也适合对法学、社会学有兴趣,特别是关注比较法律文化与法律移植问题的一般读者。

原书名: Adapting Legal Cultures

原书作者: David Nelken & Johannes Feest

Copyright © The Onati I. I. S. L. 2001

原出版者: Hart Publishing

版权所有,侵权必究。侵权举报电话: 010-62782989 13501256678 13801310933

图书在版编目(CIP)数据

法律移植与法律文化/(意)奈尔肯(Nelken, D.), (英)菲斯特(Feest, J.)著;高鸿钧等译. —北京:清华大学出版社, 2006. 12

(法律与社会丛书)

书名原文: Adapting Legal Cultures

ISBN 7-302-14039-1

I. 法… II. ①奈…②菲…③高… III. 法学—文集 IV. D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第124659号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客 户 服 务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁 宋丹青

封面设计: 傅瑞学

责任校对: 王凤芝

责任印制: 何 芊

出版发行: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

c-service@tup.tsinghua.edu.cn

社 总 机: 010-62770175 邮购热线: 010-62786544

投稿咨询: 010-62772015 客 户 服 务: 010-62776969

印 刷 者: 北京国马印刷厂

装 订 者: 三河市李旗庄少明装订厂

经 销: 全国新华书店

开 本: 155×230 印 张: 24.5 彩插: 1 字 数: 337千字

版 次: 2006年12月第1版 印 次: 2006年12月第1次印刷

书 号: ISBN 7-302-14039-1/D·226

印 数: 1~4000

定 价: 38.00元

本书如存在文字不清、漏印、缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话: (010)62770177 转 3103 产品编号: 020569-01

本丛书志在联络法界同道，
着意法律与社会关联互动，俾
交流法律信息，沟通法律智慧；
探究法律义理，追问法律价值；
守护社会良知，推动法治发展。

法律与社会丛书

选择的共和国：法律、权威与文化

(美) 弗里德曼 著 高鸿钧 等译

我国物权立法难点问题研究

崔建远 主编 申卫星 副主编

知情权与信息公开法

刘 杰 著

法律与殖民文化：世界历史的法律体系（1400—1900）

(美) 劳伦·本顿 著 周 威 吕亚萍 译

法律意识的实质

(俄) 伊·亚·伊林 著 徐晓晴 译

社会理论之法：解读与评析

高鸿钧 马剑银 编

劳动市场法的改革

(日) 马渡淳一郎 著 田思路 译

全球化经济的法律调控

何志鹏 著

诈骗罪与金融诈骗罪研究

张明楷 著

论罪刑法定的实现

李洁 著

法律移植与法律文化

D. 奈尔肯 J. 菲斯特 编 高鸿钧 等译

作者简介

罗杰·科特雷尔(Roger Cotterrell): 英国伦敦大学玛丽王后与韦斯特
菲尔德学院法学理论教授

伊夫·德兹莱(Yves Dezalay): 法国巴黎人文科学研究所国家科学研究
中心主任

约翰尼斯·菲斯特(Johannes Feest): 德国不来梅大学法律系教授

约翰·弗拉德(John Flood): 英国威斯敏斯特大学法学与社会学教授

劳伦斯·弗里德曼(Lawrence Friedman): 美国斯坦福大学马里恩·赖
斯·科克伍德讲席法学教授

布赖恩特·G. 加思(Bryant G. Garth): 美国法律家基金会理事兼研
究员

安德鲁·哈丁(Andrew Harding): 英国伦敦大学亚非学院、法律系
教授

沃尔夫·海德布兰德(Wolf Heydebrand): 美国纽约大学社会学系
教授

阿历克斯·杰汀霍夫(Alex Jettinghoff): 荷兰马斯特里赫特大学法律
系讲师

皮埃尔·罗格朗(Pierre Legrand): 法国巴黎第一大学法学教授

戴维·奈尔肯(David Nelken): 意大利马切拉塔大学社会变迁、法律制
度与传播系社会学教授、英国卡地夫大学法学院特聘研究教授

卢克·诺塔基(Luke Nottage): 澳大利亚悉尼大学高级讲师

托尼·普罗塞(Tony Prosser): 英国苏格兰格拉斯哥大学法学院约
翰·米勒讲席法学教授

棚濑孝雄(Takao Tanase): 日本东京大学法学部研究生院教授

前 言

本书是一个系列国际会议的文集之一,该会议的议题是“变化中的法律文化”,由西班牙欧尼亚提(Oñati)国际法律社会学研究所组织。该系列会议的目的是尝试恢复并持续对法律文化问题进行集中讨论,这一讨论始于1995年在意大利马切拉塔大学的一次会议。^①更具体言之,该会议的目的是旨在“集中探讨不同法律文化之间彼此互动、相互影响和互相交换的方式”^②。这个系列研讨会是由大众汽车基金会资助的,它包括四个互有关联的部分:

- (1) 关于理论和方法的第一次研讨会;^③
- (2) 关于日常法律文化交流的第二次研讨会;^④
- (3) 关于法律文化逐步适应的第三次研讨会;
- (4) 关于更全面的社会—法律变迁和转型的第四次研讨会。^⑤

本书收入的主要是在第三次研讨会上的论文。^⑥ 它的主题是“考

① D. Nelken(ed.), 4, 4 *Social and Legal Studies*, Special Issue on Legal Culture, Diversity and Globalization, 1995; D. Nelken(ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth, 1997; 也见 D. Nelken(ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot: Dartmouth, 2000.

② 系列研讨会的共同组织者是西班牙欧尼亚提国际法律社会学研究所所长 J. Feest 和 Erhard Blankenburg, Volkmar Gessner 以及 D. Nelken.

③ 比较参阅 J. Feest & Erhard Blankenburg(eds.), *Changing Legal Cultures*, Oñati: IISL, 1997.

④ 比较参阅 J. Feest & V. Gessner(eds.), *Interaction of Legal Cultures*, Oñati: IISL, 1998.

⑤ 主持人是 Sandra Burman 和 J. Feest,会议文集正在出版中。

⑥ 除了在西班牙欧尼亚提国际法律社会学研究提交的论文,该文集还收入了 W. 海德布兰德授权关于法律与全球化的文章。此外,主编还为该书撰写了长篇的导论一章。



察社会和法律变革的不同层次和不同顺序,通过对过去和现在世界不同地区的法律借用和法律适应的个案进行研究,进一步深化关于法律迁移过程的法律理论,并致力于探索法律的理想、观念和模式与社会、政治和经济力量之间的互动”。受邀参加这次会议的代表既有社会科学的学者也有比较法学者,针对特定法律文化中的革命和变革,会议组织者希望实现两种解释模式的最佳结合,一种是关注影响法律制度的“外部力量”,另一种是重视“内部的”原因。我们也希望这种讨论能够实现普通法学者与大陆法学者的良好结合。但不无遗憾地说,虽然我们接触了许多大陆法方面的学者,他们对于当代的法律移植过程也确实具有实际的经验,但是,我们无法确保他们亲自出席研讨会,这似乎主要是因为他们过于忙于解释大陆法法典所具有的优势,他们所关注的重点是那些可能借用其法律的东欧和以前属于苏联的诸国!

会议要求研讨会的参加者重点探索“法律文化常常是有意地适应情境的方式,而这作为各种政治、社会和经济因素的结果,正是这些因素限定了人们感知不同法律模式的吸引力”。我们应予以特别注意的是“相对过去而言当代进程中的特别问题”。如同本书所选各章所表明的,该研讨会包括了这个方面广泛的论题^①,其中某些论题是理论性的。例如:什么是法律移植?在促成社会—法律变革方面国家的作用是什么?成功的法律移植的条件是什么?全球化如何改变了这些条件?其他问题是更具实体性和具体性。日本的产品责任规则何时和为何开始向欧盟和美国的产品责任规则靠拢?荷兰和斯堪的纳维亚各国的法律制度中司法审查制度如何和为何姗姗来迟?在像日本和前共产党执政的那些经历了急剧制度变革的国家中,法律的变革是如何产生

① 提交论文和参与讨论的其他学者有 Anita Bernstein(美国)、Erhard Blankenburg(德国/荷兰)、Sandra Burman(南非/英国)、Jean Comaroff(美国)、Paul Fanning(美国)、Johannes Feest(德国)、Volkmar Gessner(德国)、Bob Kidder(美国)、Martin Krygier(澳大利亚)、Jacek Kurczewski(波兰)、Inga Markowits(美国)、Carlo Pennisi(意大利)、Jiri Prihan(捷克共和国)、Rogelio Perez Perdomo(委内瑞拉)。

的并经历了怎样的过程？现今美国所影响的在拉丁美洲的法律改革浪潮为何明显比前一轮更成功？律师与会计师两种职业之间的竞争如何影响了破产问题的解决模式？本书所选的文章对这些问题进行了广泛探讨，不仅涉及了一般的或理论的问题，而且也涉及了具体的和实体性问题。

对于该研讨会的结果我们不应奢望过高。本书以及这方面其他富有活力的研究清晰地表明，关于法律移植研究的“形态”是很不确定的。广泛文献所涉及的可能相关的视角常常被忽视（关于哪些是相关的文献这一点并不总清楚），对潜在的相关问题或个案的讨论常常是零散地分散在各处。关于法律移植早先或更晚近的实际影响的经验性研究颇为贫乏。我们只能希望本书所选的文章，即使存有某些缺点，也能起到抛砖引玉的作用。

D. 奈尔肯

J. 菲斯特

2001 年 2 月

译者前言

记得曾经有那么几十年,法律继承问题在中国是禁区,“法律移植”和“法律文化”之类的名词自然都属禁忌之列。“文化大革命”结束后,法律继承问题很快就成为了可以公开讨论的议题,稍后,“法律移植”和“法律文化”问题也进入了法学家的视野,并成为了热点问题。近年来,国内以“法律移植”或“法律文化”为题的各类研讨会接连不断,并出版了许多专题著作,发表了不少专题论文。它们从黑得发臭到红得发紫的大起大落,记录了中国法学的曲折历程,也从一个侧面反映了中国法治的坎坷命运。

在当今中国,“法律移植”和“法律文化”问题的重要性几乎是不言自明的,但如果以为它们只是中国法学的热点问题那就大错特错了。实际上,它们是当今世界比较法学和法律社会学领域广泛讨论的一个问题。例如,西班牙欧尼亚提国际法律社会学研究所举办的系列国际研讨会,就多以法律文化作为议题并从不同维度涉及了法律移植问题。这些讨论反映了国外关于法律移植和法律文化的研究趋势。本书就是该研究所举办的第三次研讨会的文集,由组织者 D. 奈尔肯(David Nelken)和该所所长 J. 菲斯特(Johannes Feest)主编。该文集分为上下两编,上编是一般理论,下编是个案研究。原书以英文出版,书名为 *Adapting Legal Cultures*, 直接翻译成中文为“适应法律文化”。本书内容涉及的核心问题是如何使外来法律适应本土的法律文化,其中多篇文章直接或间接讨论了法律移植问题。为了更明确地突出主题,我们在征得奈尔肯教授的同意后,把书名译为《法律移植与法律文化》。

“法律移植”作为一种隐喻,其确切含义是什么?它与植物学和医学的移植有何异同?法律移植是否可能?如果答案是否定的,我们谈论法律移植的意义何在?如果答案是肯定的,那么移植所需要的条件是什么?何谓法律移植成功,谁来判断移植是否成功?判断成功的标



准是什么？凡此种种，都是本书所探讨和尝试回答的问题。各位作者从法律社会学的视角，在理论研究和实证调查的基础上对这些问题发表了自己的意见。

法律社会学的研究不仅关注书本之法、符号之法、应然之法，而且更关注行动之法、运作之法和实效之法。因此，与沃森等比较法学家的法律移植观不同，在法律移植问题上，法律社会学家更关注移植之法的运作环境和实践效果，而不仅仅满足于法律移植现象本身的简单描述和逻辑推演。例如，罗格朗教授就强调法律规则的语义之维与规则的意义之维密不可分，因而主张法律是不可移植的；科特雷尔教授关注法律移植与不同类型社会共同体的内在关联，重在揭示法律移植的复杂性；棚濑孝雄教授关注法律与特定文化的密切关系，认为日本移植西方法律未获真谛，因而导致了“日本法律话语中的现代性缺位”。在法律移植问题上，与比较法学家相比，法律社会学家的持论通常更悲观和保守一些。但如果由此认为法律社会学家都反对法律移植的命题，那就未免失之简单了。例如，作为法律社会学家的弗里德曼，虽然强调法律与社会的关联，但在法律移植问题上持颇为乐观的态度；哈丁教授虽然主张比较法学家应关注不同社会法律的差异，但却以东南亚各国的实例证明法律移植是完全可能的；诺塔基教授以日本《产品责任法》的产生和发展为例，认为日本在这个方面的法律移植是相当成功的。如果说法律社会学家的观点存有某些共同之处，那就是他们除了主张法律与社会联系密切，还都认为现代法律是多元的。实际上，他们关于法律移植的观点也是多元的。

法律移植通常会遇到的一个问题就是法律文化问题。一般说来，移植之法适应被移植地的特定法律文化，否则，同样的规则、制度或程序在异质法律文化中会变形和失效。然而，问题远比这复杂，人们会不断提出这样的问题：什么是法律文化？它是指一种法律传统还是某种法律观念？外来的法律制度与本土法律文化的差异和传统是否被人为地夸大了？在日益分化、制度化、形式化的现代社会，文化是否还如同在传统社会中那样重要？在法律移植方面，是否仅仅是法律文化改造

和同化外来之法？外来之法是否也会改变和消解本土法律文化？从方法论上讲，“法律文化”的概念并非不言自明，而需要界定和解释，而这种本身需要解释的范畴是否能够作为解释法律移植的有效范畴？针对诸如此类的复杂问题，本书的一些文章也进行了深入探索。按照罗格朗教授的主张，对于法律移植来说，法律文化是一道不可逾越的鸿沟。根据哈丁对东南亚多元主义法律的具体研究，各种法律文化完全可以并行不悖，本土法律文化并不构成法律移植的障碍。在弗里德曼看来，所有现代社会有着共同的法律需求，法律文化本身也被现代化了，因而现代法律的跨文化传播要比一些文化学者所认为的容易得多。

我们正处在一个全球化的时代，这对法律移植自然会有深远的意蕴和深刻的影响。就法律而言，全球化至少有两层含义，一是法律的全球化，二是全球的法律化。前者是指全球的法律日渐协调一致乃至有趋同之势。法律的国际化、世界法、人类法等概念从不同维度反映了这种趋向；后者是指当今世界日益重视通过法律的途径解决各种问题，运用法律的机制处理各类事务，法律规则如同各种病毒一样潜入人类生活的各个角落，规则之网密而不漏，试图将人类的事务一网打尽。“国际法治”虽然还远未实现，但这种表述至少反映出全球法律化的一般趋向，即“全球治理”的车轮已经启动。然而，法律的全球化是不可抗拒的发展趋势还是当前特定阶段的暂时现象？全球的法律化是一种历史宿命还是人类误入歧途？无论回答是肯定的还是否定的？如果这种现象确实存在，法律移植就会变得相对容易了。因此，人们对“本土文化”的怀恋不过是一种文化乡愁，对“传统习俗”的美化不过出于对现代性的逆反心理，而对“地方性知识”的反复言说不过是在统一大势下的“精神割据”。当然，当代的趋向并非是单向和线性的，而是多向和复杂的，在法律趋同的背后存在趋异的潜流，在法律全球化的同时存在着法律民族主义的反叛，在现代主义的法律潮流中存在着法律原教旨主义的吁求，在分化、制度化和形式化的现代演进过程中，尤其由于“网络社会”的出现，却见证了法律的去分化（de-differentiation）、去形式化（de-formalisation）和去制度化（de-institutionalisation）的相反趋向。对于这



类问题,本书的作者从不同角度进行了论说。他们在提出自己观点的同时,充分展示了问题的复杂性。

在全球化的背景下,我们是否还应恪守传统的国家主权概念?人权是否仅仅属于一国的内部事务?对于以主权名义实行的血腥屠杀、种族灭绝以及滥用酷刑的暴政是否应放任不管?对于危及人类安全的环境污染和恐怖主义是否应任其自流?当代国际法、国际人权文件以及国际善治(the principle of good governance)都明确做出了否定的回答。国际公民社会正在形成,以现代媒体为载体的全球公共领域也在迅速发展,非政府组织在国际事务中日益扮演重要的角色,联合国的地位逐渐强化,正在朝着世界政府的方向发展,作为“软法”的国际法正在变得“硬”起来,主权国家“天马行空,独往独来”的时代已经一去不复返了。经济的全球化如同魔杖一样驱动着全球的政治体制改革和法律趋同。所有这一切都对当代世界的法律移植产生了实质的影响。然而,在全球化的背景之下,法律移植也存在种种隐忧,比如,如何确保世界各国不论大小均具有平等的地位,防止超级大国将其法律强加于弱小国家?如何确保国际人权准则具有普遍性,而不仅仅是西方自由主义人权观的国际翻版?如何确保公民的基本权利和自由真正得到实现,防止它们成为经济竞争的牺牲品以及成本和效益的交易对象?

以上所述,似乎都是外国人所讲述的外国“故事”,与“中国问题”无关,但细而思之,它们在诸多维度与中国的法治现代化都密切关联。纵观历史,中国的法治现代化经历了艰难曲折的历程。这个过程始终伴随着法律移植,先是晚清时期以变法改制为主旋律的法律移植,随后是民国时期效仿德国模式的法律移植,再后是1949年之后一段时期“以俄为师”的法律移植,最后是改革开放以来多元和不无审慎的法律移植。这期间,我们既有引以自豪的成就和经验,也有刻骨铭心的挫折和教训。对它们进行反思和总结,无疑有助于我们通过法律移植建构中国当代的法律体系,推进中国法治的发展进程。但是,同其他国家相比,中国的法律移植和现代法治发展之路无疑具有某些独特性,而这需要我们认真对待。同时,不同社会的法律移植也具有某些共同之处。因

此,我们有必要借鉴国外关于法律移植和法律文化研究的前沿成果。就此而言,对于法律移植理论的移植似乎也是法律移植的组成部分。

回到本文开头的话题上,法律移植问题在当代中国虽然成为研究的热点问题之一,但是从总体上看,无论是具有深度的一般理论研究,还是具体的个案研究,都稍显稚嫩,不够成熟;国内法学界所借鉴和利用的西方相关研究成果也多显陈旧。有鉴于此,我们试图通过本书的翻译,把西方当代关于法律移植与法律文化的最新成果介绍给读者。当然,最新的研究成果未必就是最权威的研究成果,读者也不必在这个领域崇洋媚外,对于本书中的材料、观点和方法,可以自行判断、评说。

为了方便读者,我们在对原著的翻译中进行了一些技术处理,把原来的注释体例改为页下注;对于二级和三级标题添加了顺序号;对于原文中以斜体标示的文字标加了着重号。此外,我们还对个别费解的术语和事件等附加了译者注。

高鸿钧

2006年8月

目 录

前 言	J. 菲斯特、D. 奈尔肯	3
译者前言	高鸿钧	7

上编 法律移植与法律文化的理论探讨

导 言	高鸿钧 译	3
第一章 法律适应的社会学探讨	D. 奈尔肯 著 高鸿钧 译	8
第二章 何谓“法律移植”	P. 罗格朗 著 马剑银 译	75
第三章 存在法律移植的逻辑吗?	R. 科特雷尔 著 马剑银 译	95
第四章 对科特雷尔和法律移植的若干评论	L. 弗里德曼 著 马剑银 译	128
第五章 国家形成与法律变迁: 国际政治的影响	A. 杰汀霍夫 著 刘 辉 译	135
第六章 从法律的全球化到全球化下的法律	W. 海德布兰德 著 刘 辉 译	157

下编 法律移植和法律文化的个案研究

导 言	高鸿钧 译	185
第七章 日本产品责任的死产与重生	L. 诺塔基 著 傅建奇 译	193



第八章	日本法律话语中的现代性缺位	
	 棚濑孝雄 著 高鸿钧 李 敬 译	243
第九章	东南亚的比较法与法律移植：“习俗杂音”的意蕴	
	 A. 哈 丁 著 高鸿钧 译	258
第十章	市场化、公共服务与普遍服务	
	 T. 普罗塞 著 傅建奇 译	287
第十一章	法律与法律制度的输入与输出：国家“宫廷斗争”中的 国际战略	
	 Y. 德兹莱 B. 加思 著 鲁 楠 译	307
第十二章	兀鹫东飞：不良债务市场的创设与全球化	
	 J. 弗拉德 著 高鸿钧 译	325
索 引		357
译后记	 译者	370

上 编

法律移植与法律文化的理论探讨