



转型时期的法律变革与法律文化 ——后苏联国家法律移植的审视

Legal Transformation and Culture in the Period of Transition:
Considering Legal Transplantation of post-Soviet Countries

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

(意) 简玛利亚·阿雅尼 / 编
魏磊杰

魏磊杰 彭小龙 / 译

清华大学出版社



比较法学丛书

高鸿钧 贺卫方 主编

ISBN 978-7-302-25217-7



9 787302 252177 >

定价：32.00元

转型时期的法律变革与法律文化 ——后苏联国家法律移植的审视

Legal Transformation and Culture in the Period of Transition:
Considering Legal Transplantation of post-Soviet Countries

比 较 法 学 丛 书

(意) 简玛利亚·阿雅尼 / 编
魏磊杰

魏磊杰 彭小龙 / 译

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书考察了 20 世纪初期直至 20 世纪末期,以苏联为代表的社会主义国家法律的变迁,共 12 篇文章。全书大体又可分为“理论篇”与“实践篇”两个部分,各包括 6 篇文章。“理论篇”主要关注西方国家在苏东剧变之后对这一区域所实施的大规模的法律输入运动,涉及促发这场运动的内在逻辑、存在的诸多问题以及西方观察家对此进行的深入思考;“实践篇”主要聚焦这些后社会主义国家本身在重大社会转型时期面临的源自内在与外在的诸多挑战,以及在因应这些挑战过程中内国法律体系与司法文化所发生的变迁。这种法律制度变迁过程中的经验与教训,对于我国社会主义法制建设无疑具有重大的参考与借鉴意义。

本书适合于法律大专院校的师生、科研机构的研究人员以及法律实务部门的工作人员,同时也适合于对比较法学感兴趣的一般读者。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

转型时期的法律变革与法律文化——后苏联国家法律移植的审视/(意)阿雅尼,魏磊杰编;魏磊杰,彭小龙译.--北京:清华大学出版社,2011.5

(比较法学丛书)

ISBN 978-7-302-25217-7

I. ①转… II. ①阿… ②魏… ③彭… III. ①法律体系—研究—苏联
IV. ①D951.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 060560 号

责任编辑:方 洁

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn>

邮 编:100084

社 总 机:010-62770175

邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质 量 反 馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:北京国马印刷厂

经 销:全国新华书店

开 本:148×210 印 张:12.75

字 数:295 千字

版 次:2011 年 5 月第 1 版

印 次:2011 年 5 月第 1 次印刷

印 数:1~3000

定 价:32.00 元

产品编号:036009-01

“比较法学丛书”总序

初民社会，各族群独处一隅，几与外界隔绝，孤立中遂滋生某种自信，或称诩“上帝选民”、“天之骄子”，或自谓“吾道独真”、“唯我流馨”。后偶与外族接触，亦对“非我族类”，多投以白眼，甚至极尽嘲讽之能事，必欲歼灭而后快。各族群习俗、法律各异。史存多妻多夫之族，前者对“男人奢侈”之放纵，令后者匪夷所思，后者对“女人放荡”之纵容，使前者难以理解。同样，禁忌食人之族对“自餐骨肉”之风深恶痛绝，而奉守食人之俗者，对前者浪费“美味佳肴”之举却大惑不解。族群间乌眼鸡般互视野蛮，互斥异端，互为排斥，互相攻讦。史卷中人类血淋淋之格斗厮杀惨景，实多出于文化封闭，心理排外。

法，作为习俗结晶、文化符号之一种，其演进标志人类族群进化之轨迹：由隔离而接触，由孤立而群合，由独行而协作，由排斥而共存。然文化因族群而殊，习俗因族群而别，法律因族群而异。古希腊贝壳放逐与古罗马陪审制，中世纪神明裁判、共誓涤罪与近代罪刑法定、无罪推定，伊斯兰法一夫多妻制、三休制与天主教教会法一夫一妻制、禁止离婚制；印度寡妇殉葬与西方领主初夜权，英美对抗制与欧陆纠问制，中国古代德主刑辅与伊斯兰教政教合一，美国三权分立与英国议会主权……凡此种种，或带有文化类型之印记，或标示族群

生活之差异，或反映社会演进之扬弃。差异由接触而知，由比较而显。各族法律，或貌合而神离，或形殊而神似。同名异物，存名实之辩；异名同物，厘表里之别。

比较法由是生焉。西有希腊先哲首开先河，中有战国法家初执牛耳。纵观古代，法之比较虽发轫早而源远流长，然仍显稚嫩。其零散而缺系统，偶然而非恒常，实用而欠学理，自发而无筹划，难于自成一体、独立一门。作为学术科目之比较法，实始于近代。西元十八世纪，法国孟德斯鸠氏，少习法律，壮则弃官，潜心法学，遍历奥、匈、意、德、荷诸国，考辨诸族习俗，比较古今法律，于风物人情中寻法意，由地理环境中探精神。孟氏所撰《法意》一书，为近代比较法学奠基之作。其人颇具传奇色彩之阅历，后世传为佳话。迨至西元十九世纪，比较法学于英、法、德诸国蔚然成风，或设讲席以授业，或创专刊以传道，或建学会以交流。西元一九零零年，首届国际比较法大会开于巴黎，标志比较法学进入国际化阶段。然此阶段之比较法学，西方中心论、欧洲文化优越论之类种族主义、文化帝国主义，溢于言表。西人比较之意旨，多为彰显西方两大法系之“文明”、“先进”，形衬非西方法律之“原始”、“落后”。尔后，种族偏见渐弱，然至今残迹犹存。西元二十世纪中叶以来，比较法学著述之丰，前所未有；功用之广，遍布立法、司法；学理之通，惠及法学各科。

吾华夏民族，得益农桑，泽被礼义，“郁郁乎文哉”。凡器物技艺、典章制度无不优于比邻诸邦，其辉煌文明于古时卓树一帜。然优而生骄，尊而滋傲，国人遂目比邻为蛮貊，视异族为夷狄，或夜郎自大、目空四海，或坐

井观天、管窥蠡测。以至有“地生羊”、“小人国”之讹，有“番国佛朗机”“其人好食小儿”之谬。其中不乏搜奇钓异，以娱视听；道闻途说，以炫机巧。考其究竟，实多因古时山隔水阻，交通滞塞，言语不通，鲜有接触。故直至盛唐，国人眼中之“西天”不过印度，亦不足为怪。其时西人眼中之中国，亦如烟如雾，若迷若幻。

列强自西徂东，国门洞开，当务之急，救亡图存。始办洋务，复议变法，西学东渐，“夷津”汉译。五大臣赴洋考察，虽得欧法皮毛，犹存借鉴之诚；众学子负笈旅欧，任中西文化参差，亦竟比较之力。数十年间，西法如潮涌入，吾华夏几千年法统，竟成一曲挽歌！法学遂兴，然非汉家故物；比较因起，实多舶来新实。修订法律馆、法律学堂、各大学法学院以及中国比较法学会，相继建立。沈家本、伍廷芳、梁启超诸前辈倡行修律立宪，为中国近代比较法之先行者也。后有诸多学人相继其业，其中影响较大者，当推吴经熊、王世杰、钱端升、李祖荫诸氏。王世杰与钱端升之《比较宪法》及李祖荫之《比较民法》，影响一代学人，至今仍饮誉海内。东吴法律研究院之《中国法学杂志》，虽未冠比较之名，实为比较法学之论坛也，其影响远及美国。此足见比较法学兴隆之一斑。亲历其时之长辈学人，忆及当年盛况，颇多感慨，其情其景，宛在眼前。

自西元二十世纪五十年代，千山万水，不成障碍，黄种白种，弗为隔阻，孰料意识形态之藩篱竟难以逾越。资社判分，互为仇讎；中西两立，几断音讯。当此之际，比较法学之命运自不待言。迨至七十年代重启牖户，恍如隔世；再度开眼，宛若梦醒。今是昨非，议补天之计；

劫余思生，處长治之道。民主法治之论，遂成治道共识；自由人权之题，遽为时尚话语。法学園地，比较法学焕发新姿。廿年之间，硕果累累。译译比较法学专著多种，其中影响较大者，为德国学者茨威格特与克茨之《比较法总论》、法国学者达维德之《当代法律体系》、日本学者大木雅夫之《比较法》及美国学者埃尔曼之《比较法律文化》等诸种。“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”以及“宪政译丛”丛书数部，其卷帙浩繁，实属空前，中有数种关涉比较法学。另有国人比较法学总论或专论著作数部，篇中亦不乏真知灼见。吾輩研习比较法学多年，虽生性愚钝，初无建树，然夙怀为其勉效微力之愿。故联络学界同道，不避浅陋，新辑比较法学著译数部，綴成“比较法学丛书”。意在博稽古今，察鉴中外，为比较法学添枝加叶。清华大学出版社胡苏藏女士与方洁女士，为丛书策划出力，同道著译诸君通力合作，编者深怀谢忱。

丛书付梓之日，贅言志之。是为序。

高鴻鈞 賀卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

作者简介

因加·毛尔科维奇(Inga Markovits), 美国得克萨斯大学奥斯汀分校 The Friends of Joe Jamail Regents 法律讲席教授, 当代知名的比较法学家。

弗雷德里克·绍尔(Friderick Schauer), 美国弗吉尼亚大学法学院 David and Mary Harrison 杰出法学教授, 美国艺术与科学研究院院士, 美国政治与法哲学学会副主席, 美国哲学联合会法哲学委员会主席, 《法学理论》杂志共同创始编辑。

扬·M. 斯米茨(Jan M. Smits), 荷兰蒂尔堡大学欧洲私法与比较法学教授, 蒂尔堡大学比较法与跨国法研究中心(TICOM)主任。

韦德·钱纳尔(Wade Channell), 专长于发展中国家、转型国家中的法律改革和经济发展等业务的独立咨询师与高级咨询顾问。1985年毕业于美国南卫理公会大学法学院后, 他分别在东欧、西欧、拉丁美洲、非洲以及美国居住, 至少在 35 个国家从事过法律咨询与援助工作。

简玛利亚·阿雅尼(Gianmaria Ajani), 意大利都灵大学法学院欧洲私法与比较法学教授, 都灵大学法学院

院长,国际比较法协会委员,《中东欧法律评论》编委会成员,当代著名的比较法和社会主义法学家。曾在1998—2003年间,担任中国全国人民代表大会财经委员会特聘立法咨询专家。

威廉·帕特利特(William Partlett),美国联邦第十一巡回法院 Phyllis A. Kravitch 大法官的法官助理,美国斯坦福大学法律博士(J. D.),英国牛津大学当代俄罗斯史博士(D. Phil),牛津大学俄罗斯与东欧研究博士预科(M. Phil),美国普林斯顿大学文学士(A. B.)。

C. J. J. M. 斯托尔克(C. J. J. M. Stolker),荷兰莱顿大学法学院私法学教授,莱顿大学法学院院长,莱顿大学梅耶斯法学研究所主任。

亚历山大·毕尔尤科夫(Alexander Biryukov),乌克兰基辅国立塔拉斯·舍甫琴科大学国际私法系副教授,乌克兰议会欧洲一体化专门委员会委员,乌克兰高等经济法院咨询与科学委员会委员。

阿蒂拉·哈尔玛斯(Attila Harmathy),匈牙利布达佩斯罗兰大学(Eötvös Loránd University)杰出法学教授,匈牙利宪法法院大法官(1999—2007),国际统一私法协会管理委员会委员,国际比较法协会副主席(1998—),匈牙利科学院院士(1993—),匈牙利新民法典起草委员会主任委员(1998—1999)。

埃沃德·洪迪厄斯(Ewoud Hondius), 荷兰乌特勒支大学法学院民法学教授, 荷兰皇家科学院院士, 荷兰比较法协会主席, 国际商法与消费者法协会理事。

弗兰克·埃默特(Frank Emmert), 美国印第安纳大学 John S. Grimes 法律讲席教授, 国际法与比较法研究中心主任,《欧洲法律改革杂志》主编。

兹丹涅克·屈恩(Zdeněk Kühn), 捷克布拉格查理大学法学院法学理论与政治科学副教授, 捷克共和国政府立法委员会委员, 捷克最高行政法院法官, 美国密歇根大学法学博士(S. J. D)、法律硕士(LL. M), 布拉格查理大学法学博士(Ph. D)。

编 者 按

本书由 12 篇同一主题的文章汇编翻译而成。这些文章有些出自欧美知名法学期刊,有些乃是知名教授为所属院校或机构撰写的工作论文,有些则直接源于公开出版的论文集中的某个独立成篇的章节。虽然各位作者的治学旨趣、行文风格以及文章立意重点多有差异,但大体皆可被统合到“转型时代的法律变革与法律文化”这一宏观主题之下,遂以此作为书名。在纳入出版计划之前,在诸多师友的协助下,经过两年的不懈努力,译者逐一获得了 12 位原作者(版权持有人)的书面翻译授权许可,在此付梓之际,对于他(她)们的真诚与宽容,谨表由衷谢忱。

感谢美国得克萨斯大学奥斯汀分校因加·毛尔科维奇教授的慷慨授权。对于本书的翻译,她从专业角度给予了充分肯定。令人感到意外与兴奋的是,本书包含的两篇文章早已被列为其所授课程的核心必读文献。

感谢美国弗吉尼亚大学弗雷德里克·绍尔教授的慷慨授权,虽然他贡献的这篇文章仅是一篇工作论文,但从其问世至今在相关领域享有的较高引用率早已证明了它的价值。

感谢荷兰蒂尔堡大学扬·斯米茨教授的慷慨授权与一如既往的无私支持与鼓励。扬教授是译者在荷兰留学期间的指导老师。在那段难忘的异国求学的日子中,从他身上,译者学到了很多可能会终生受益的为人学之道理。

感谢韦德·钱纳尔先生的慷慨授权。他是本书唯一一位从事法律实践工作的作者,或许正是因为如此,他所贡献的文章具

有独具一格的理论穿透力和说服力。在此之后,我们一直保持着稳定的学术沟通。他对转型社会重大问题的看法,往往给人一种耳目一新的感觉。

对于意大利都灵大学法学院简玛利亚·阿雅尼教授的感谢与感激,无疑是不言而喻的。本书最终的付梓,端赖他的积极推动和大力支持。这份提携后进之情谊,足令我终身难忘。

感谢美国联邦第十一巡回法院威廉·帕特利特博士和捷克布拉格查理大学法学院兹丹涅克·屈恩教授的慷慨授权。作为回报,与大多数授权者一样,他们唯一的要求就是在本书出版之后,能够获得一本样书作为留念。或许是年龄相仿之故,与他们之间的交流一直是无比轻松和愉悦的。

同样的真诚谢忱致以荷兰乌特勒支大学埃沃德·洪迪厄斯教授和荷兰莱顿大学斯托尔克教授的慷慨授权。虽然因为客观原因,在荷兰留学期间并未有幸与他们当面交流,但这丝毫并未妨碍通过互联网这一便捷方式弥补这一缺憾。

感谢德高望重的匈牙利布达佩斯罗兰大学阿蒂拉·哈尔玛斯教授与乌克兰基辅国立大学亚历山大·毕尔尤科夫教授的慷慨授权。早在2007年,译者就与两位教授保持频繁的邮件交流。相信本书的出版定当为我们之间恒久的学术友谊增光添彩。

感谢美国印第安纳大学弗兰克·埃默特教授,该教授为知名法学刊物《欧洲法律改革杂志》主编,其为本书所奉献的那篇短小精悍的文章就是来自这份刊物。

最后但却并非最不重要的是,真诚的感谢致以清华大学出版社编辑为本书出版所付出的辛勤劳动!在整个编辑过程中,他们表现出的极端负责的专业素养,足令我们感佩非常。

序 言

过去 20 年间,比较法学研究受到了两个重大事件的影响:全球化以及苏联式法律体系的终结。

长久以来,比较法学研究的主流学者已经勾画出一幅将苏联/社会主义法律体系与世界上其他法律体系相区别的地图。较之于英美法系国家,这些地方的法律秩序更接近于大陆法系,但是苏联、中国、某些中东欧国家以及某些亚非地区实际运行的法律却共享着一个特征:马克思列宁主义意识形态。这种意识形态正是宪法与诸法典制定呈现多元化的原因所在;更确切地说,这也是一种不同的法律解释和法律适用方法得以形成的原因。

然而,我们知道,那个世界已经发生了彻底的改变。

由于苏维埃社会主义共和国联盟的解体以及随之而来的前计划经济下政治经济体制的转型,加之引发重新洗牌的全球化趋势,苏联模式已经崩溃。时至今日,识别出一个“纯粹的”英美法类型,或者挑选出一个“纯粹的”大陆法法律秩序——比如说罗马法系,已经变得相当困难。全球化不仅推动着私法和商法领域中法律解决方法的创制和移植,宪法性法律亦不例外,日益接近“混血儿”,后者主要归因于国际法院施加的影响。这些国际法院包括卢森堡的欧洲法院、斯特拉斯堡的欧洲人权法院以及过去 20 年间创制的诸多国际性审判机构。

本书讲述了苏联法律体系如何发生改变的故事;借此,一群特殊的法学家——同时也是这一变革过程的见证者和参与

者——表达了他们的观点和想法。

众所周知,“冷战”的结束在意识形态层面具有非同一般的重大意义。在1989年之前,从一个国家向另一个国家输入或者输出一整套法律解决方式相当罕见。然而,在1989年至1999年间,为了促使输入国的法律秩序实现“现代化”,这种现象已经变得司空见惯。尽管日本在19世纪曾经模仿德国法,中国也曾经在20世纪20年代初有过类似的努力,但是后苏联时代的法律文化转型却具有一种独特的性质。这种转型过程并非由输入国本身决定的,而是由输入国以外的“捐赠”机构——例如国际货币基金组织、世界银行、欧洲复兴与发展银行、联合国开发计划署——进行组织和架构。显而易见,这些机构并非“国家”,这也意味着它们并没有自己的法律体系。

故此,这种伴随苏联体制转型而散布全球的法律模式并没有清晰的国家身份,更不用说具有某个国家的身份特征。它们被看做是“中性的”,可以普遍适用于世界上所有的地区。

简而言之,意识形态已经深刻地影响到后苏联国家的法律生长,^①这种观点已经得到认同。因此,法律必须进行彻底的修改。作为对过去帝国法律体系的回应,“断裂”在1917年成为苏联法诞生的基础,而在1989年之后,它再次成为描述世界法律秩序转型与适应的关键词。

实际上,这种重大的适应性变化引发了三种不同的结果。

——曾在苏联控制之下的中东欧国家,已经选择脱离苏维

① “后苏联国家”,或许是本书出现频率最高的一个术语。在西方文献中,这个概念的外延大体包括“苏东剧变”之后15个苏联加盟共和国以及原属社会主义阵营的中东/南欧国家。本书中频繁出现的“后共产主义国家”、“后社会主义国家”等表达亦可做相同之理解。同样,以此反推,“前苏联”、“前社会主义国家”大体是指“苏东剧变”之前以苏联为代表的处于社会主义政治与经济体制之下的国家。——译者注

埃传统的发展道路,决定成为欧盟的组成部分。这个付出超过15年光阴(1991—2007)才得以完成的稍显漫长的过程,使得波兰、匈牙利、捷克、斯洛伐克、保加利亚、罗马尼亚以及波罗的海等国家的法律秩序史无前例地与欧陆法相接近。如果说这一过程存在什么问题,那也不是规则之间的差异,而是将欧盟法翻译成如此众多不同的语言所面临的困难。在这一区域,前苏联法的影响几乎荡然无存。

——一种不同的路径首先影响了俄罗斯联邦,进而也影响到乌克兰、白俄罗斯以及格鲁吉亚、亚美尼亚和摩尔多瓦共和国等国家。这些国家的转型相对较为缓慢,曾经存在的苏联归属感已经转变成一种与莫斯科之间难以相处、相对存在争议的关系。换句话说,前苏联的影响相对来说难以消除。故此,我们可以在这些地区发现新规则(主要存在于商法和经济法领域中,这些规则主要是在前面提到的国际组织的影响下通过的,当然施加影响的还包括来自美国的参与者,例如法学教授以及美国律师协会等组织)与转型规则的复杂混合,后者主要存在于宪法和公法领域中。公允地说,这一区域的转型仍在进行。

——最后,我们可以将哈萨克斯坦、土库曼斯坦以及其他中亚国家归为一组。在这一区域中,转型实现了追求现代化与复苏过去的法律传统和规则的密切结合,后者在苏联时期曾备受打压。在这里,宗教和习惯的视角与当代商业规则和睦相处,共同创造出一种难以将现代化与苏联之前的遗产的复苏相区分的独特景观。

当人们表述后苏联国家法律当前的情形时,他们将面对这样一种复杂的场景:过去与将来皆根深蒂固。

正如我们在前面提到的,这幅场景将通过一群顶尖级学者所撰写的下述文章加以勾画。这些学者有的来自英美法系国

家,有的则来自大陆法系国家。在本书中,他们或基于后苏联国家自身或从西方的视角,对转型过程如何发生以及如何继续发展进行了描述。读者将看到,他们采取了一种批判性的进路:并没有浓墨重彩地勾画转型场景,反而针对在法律转型上持乐观态度的谬误明确地提出了一些警告。

事实上,法律改革需要时间,要有时间来理解新的规则、设置必要的机构以及发展判例法和法律学说。只有当所有的这些元素都已经准备就绪,人们才能够启动有关法律改革效果的评价和评估过程。

这就是历史和比较法所告诉我们的。

诚如我们的读者非常清楚地知道的那样,尊重时间乃是植根于中华文明中的一种观念。这种观念解释了为何中华人民共和国的法律转型与本书所涉及的情形存在差异。

意大利都灵大学法学院院长

简玛利亚·阿雅尼

2010年8月

魏磊杰译