

民商法经典译丛 | 赵万一 主编

Family Law and Personal Life

John Eekelaar

家庭法和私生活

[英]约翰·伊克拉-著

石雷-译



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

民商法经典译丛 | 赵万一 主编

家庭法和私生活

[英]约翰·伊克拉-著
石雷-译



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

家庭法和私生活 / (英)伊克拉(Eekelaar, J.)著;
石雷译. —北京:法律出版社, 2015. 3
(民商法经典译丛 / 赵万一主编)
书名原文: Family law and personal life
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7531 - 0

I. ①家… II. ①伊…②石… III. ①婚姻法—研究
IV. ①D913. 904

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第027456号



民商法经典译丛 | 家庭法和私生活

约翰·伊克拉 著
石雷 译

责任编辑 刘文科 李峰云
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 三河市龙大印装有限公司

印张 14.75 字数 166 千

印次 2015 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-7531-0

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

民商法经典译丛总序

将外国的经典法律著作翻译成中文既有为我国的制度完善和观念更新提供可借鉴资源的目的,更是出于共享人类文明发展成果的需要。按照学界通说,现代法治思想起源于西方,而中国一直盛行的则是以清官崇拜为代表的人治观念。具体说来,在绵延数千年的中国社会治理演化过程中,无论统治者采取的是罢黜百家,独尊儒术;还是崇尚佛儒释三教汇流,多管齐下;或是实行道法自然,无为而治;隐含平权、民主、限权要求的法治思想从未成为社会的主流。换言之,在与德治、礼制、(宗)教治的长期较量中,无论是作为社会治理的理念还是作为术势道的具体运用,法治都一直处于明显的劣势地位。而透过人类文明的进化史我们不难发现,法律治理由于相对于其他社会治理方式来说更为科学,更为规范,更能兼顾各方利益,因之成为现代各国社会治理的主流方式,而中国却成为典型的法治后发型国家。当然,作为法治后

发型的国家既有劣势,也有优势。其劣势是需要卸载沉重的历史包袱,需要对长期堆砌沉淀的思想积弊进行清除,需要对既有的社会治理方式进行解析、改造和重组。其优势是由于有丰富的法治思想可资凭依,有许多国家成功的法治经验可资借鉴,因此在社会的法治化建设过程中可以博采众长,直达目的。

在对外国的法治经验和法治理念的借鉴过程中,无论是理念层面的价值更新还是制度层面的结构重建,都需要借助于一定的介质和载体,其中最为主要的介质就是作为思想记录者的文字。而了解外国法治思想和法律制度的最有效、最为方便的方式也只有借助于对外国经典法学著作的翻译而完成。因为这些经典法学著作有些是历久弥新的法治精神和法治思想的升华,有些则是丰富法治经验的结晶。就其社会影响来看,很多重大的社会变革都是以法学思想和法律观念的变革为先导的。不但孟德斯鸠的《论法的精神》和卢梭的《社会契约论》直接催生了影响深远的社会启蒙运动,即便是庞德的“法是社会控制的工具”和萨维尼的法律是“民族精神”和“民族共同意识”体现的观点,也曾对现代法治地位的确立和具体法律制度的设计产生了广泛的影响。中国要想实现法治中国的伟大梦想,同样应当以先进的法治思想作引领,同样离不开对国外法治思想的吸收和移植。

对外国经典著述进行翻译的另一个原因则源于各国法治思想的差异性。如果我们对各国法律的特点稍加研究就会发现,由于民族文化传统、道德观念、风俗习惯乃至社会发展理念的不同,因此各国在立法技术的运用和具体制度设计上表现出明显的差异性。具体到不同的国别来说,美国法的主要特点是强调利益驱动和注重效率,英国法的特点是尊崇习惯、固守传统,法国法是自由主义至上和个人主义优先,德国法则强调团体意识、注重利益保护的兼容性;以瑞典为代表的游离于海洋法系和大陆法系之外的斯堪的纳维亚各国法律的特点是社会福利思想严重,而日本法的特

点则是博采兼收和实用主义盛行。打个不恰当的比喻来说,美国法扮演的是豪侠仗义的西部牛仔和唯利是图的淘金者角色,英国法则是遵从习惯和传统而又略显保守的骑士兼绅士;法国法是崇尚浪漫自由但却因知音难觅而略带忧伤的游吟诗人,德国法则是严谨呆板追求完美的正人君子;瑞典法是特立独行、杀富济贫、乐善好施的游侠,日本法无疑应当是棱角全无、中用不中看的经济适用男。再以代表社会进步的契约关系而言,据统计中国公司之间的商事契约无论多么重要一概只有几页而已,德国、法国、瑞典等国的契约一般在15页至20页左右,而英美国家的商事契约则一般都不会低于50页。契约厚度的不同不但反映了各国市场主体对法律依赖程度的不同和对自己权利重视程度的高低,而且在潜意识中体现出对契约精神尊重程度的差异。通过对各国法律文化和法律制度的广泛借鉴和吸收,我们就可以取其所长,补己所短,丰富我国的法治思想和法治理念。

法律是一种兼具有目的导向型要求和普适性要求的复杂精巧的制度设计,其预设目的的实现有赖于良好的适用土壤和适用机制。作为法律得到有效适用的前提是社会公众必须认可法律的权威,并愿意按照法律设定的规则处理彼此之间的关系,即对法律充满敬畏感和信仰感。而作为法律被敬畏的前提是法律必须有被信仰的基础和条件,即法律本身应提供合理的存在基础和存在价值。对法律的这种合法存在基础我们无法直接从法律条文中找到答案,而只能从法律之外获得灵感。因此任何国家的立法过程都绝非简单地将外国的法律制度直接加以照搬照抄,而应当是一个理解、吸收、消化、设计、产出的全新创造过程。即在法律的制定过程中,既要了解外国法制定的依据、理念和目的,同时也要了解外国法适用的条件、环境和效果。既要了解不同国家法律制度差异产生的原因和背景,也要了解制度移植后可能对本国产生的积极影响和消极影响。具体到我们国家来说,中国的法治现代化目

标绝非可以通过简单的对外国法的移植就能实现,而是需要对外国的先进制度与中国固有的传统文化、道德、习惯等进行有机嫁接。中国法制化的实现过程,同时也应当是外国法治之树与中国生存土壤、现代法治精神与传统行为习惯之间的相互砥砺和相互适应的过程。因此我们在对外国先进的法治文化进行吸收和引进过程中,不能全盘否定中国传统文化的存在价值,只有在对外国法治思想和中国传统文化兼收并蓄、融会贯通的基础上,通过扬弃和继承才能真正创建出适合中国需要的法治文化和法律制度。

最后值得说明的是,法律著作的翻译既是一项十分枯燥的文字堆砌工作,同时也是一项能够收获成功和梦想的创造性工作。因为法律著作的翻译并非单纯的在外国语言和中国语言之间进行简单的文字切换,更是一种多样性法律文化的交流融合过程。实际上翻译所遵从的雅、达、信本身就是一个全新的语言表达和凝聚译者思想感悟的再创造过程。不仅如此,相对于其他学术著述特别是文学作品的翻译来说,法学著作的翻译还有其更高的要求。由于法学著作的内容直接涉及社会的治理目标、原则、方法和路径,直接承载了治国安邦的思想和理念,因此其翻译就既包含了译者对外国法治思想和法律制度的理解,也隐含了对中国现行法治思想和法律制度的臧否评价内容,具有非常强的实用功利性目的。

西南政法大学是一所以法学为主的综合性大学,有较为深厚的法律文化积淀,虽然偏居西南一隅,但也不乏仰望天空的情怀,一直致力于推动中国的法治建设和社会进步。基于吸收外国法治营养为我所用的神圣使命感,审时度势,毅然启动了对国外民商法经典的大规模翻译工作。我们深知,凭我们的一己之力很难在浩如烟海的外国民商法著述中找寻到昆山之玉,只有依赖国内外群贤的积极参与,才能吹沙见金,真正撷得东海明珠。我们相信,通

过全国同仁的共同努力,外国的先进民商法理论一定能在中国获得广阔的表演舞台,法治中国之梦也一定会成为现实。我们愿为这一天的尽早到来竭尽自己的微薄之力。

赵万一

2014年2月16日于重庆宝圣湖畔

中文版序

这本书源于2005年,我作为新西兰法律基金会杰出客座研究员,受邀到新西兰的主要法学院之一——奥塔哥大学法学院所做的系列讲座。对于这次难得的机会,我仍对马克·赫纳汉教授(Mark Henaghan)以及新西兰法律基金会心存感激。

我想通过一些重要的社会价值观分析家庭法,以此作为研究家庭法的一种新方法。本书涵盖的法律内容较为庞杂。但我不想过于纠缠细节,这会使整本书变得特别厚重。因此,我在每章中都用了较多的引用,感兴趣的读者可以再单独阅读这些内容。这样的安排也使得各个章节的主题及其价值更加突出。

所有的法学著作都以某种意识形态上的假定为根基,尤其是涉及基本价值的法学著作。我希望我在此书中已经说清楚了这些意识形态上的假定。从表面上看,这些假定似乎可以归并到自由主义的范畴中。但我更愿意使用一个更模糊的词,一个更不太理论化的词:开放社会。我提出,

历史上对家庭事务所做的正式规制抑或非正式的规制都是通过权力的行使得以实现的。这一观点不可避免地在很大程度上受到了女权主义理论的影响。但是,我的论述不单单停留在两性间的权力行使,同时也包括了代际之间的权力行使。即便我没有过多强调后者,至少我将二者放在同等重要的地位上。这种权力的行使主要有两种形式:工具主义和福利主义。随后,我又进一步阐述了,权利的现代观念实际上创建了以一种不同的方式重新划分权力的可能。这一论述需要对权利,包括儿童权利,有一理论上的深刻理解。

我想通过这种方式去分析家庭法,我们可以证明,和其他任何领域的部门法相比,家庭法会更深刻地影响人们的生活以及在人类的关系中,这种生活的意义。在写作此书时,我也必须面对这些问题并在这些问题上表明自己的立场。在社会生活的诸多事项上,人们都有不同的观点,这是天经地义的。但是如果我只是为我的讨论及思考设定一个框架,我就已经实现了我的目标。

我很荣幸,西南政法大学的石雷博士能够将此书译成中文,十分感谢他所做的翻译工作。在中文版中,我在原版的基础上做了一些小的修改,部分是让这本书的内容反映英国最新的情况,同时也将我认为说的有些隐晦的地方或是中国读者不太感兴趣的地方做了释明或是删除。和石雷博士一起合作让我再次坚定了我内心最深处的一个信念:虽然中英两国社会有着各自不同的历史,但我们都会在我们的生活中面临同样的基本问题,我们各自对这些问题的回应都随着社会条件的变化而变化。更重要的是,我们从来没有停止相互学习。

约翰·伊克拉

于牛津

二〇一四年十一月

序

当牛津大学出版社表示,他们准备出版《家庭法与私生活》的平装本时,我把这看作是一个很好的机会。这样,我就可以在原书中增加个人认为“遗漏了”的一章(当时尚未完成)。这一章的内容缘于卡迪夫法学院邀请我在“回首和展望:家庭法150年”论坛上所做的发言。我认为,在展望未来方面,家庭法所面临的主要理论和实践问题是,国家政策以及社群本身对个人带来的越来越大的威胁。这些国家政策旨在迫使民众遵从国家有关社会团体(包括家庭)的规定。这与当下一般的观点截然不同。一种被普遍认可的看法是,对社会而言,更大的威胁是避免个人主义“过于泛滥”。有关这一论断的理由分散在本书各个部分,但是,这些理由需要整合在一起。新增加的最后一章是在卡迪夫会议就这一主题所做的进一步论述。我十分感谢牛津大学出版社允许我在原文上增加这一部分,同时也让我有机会修正原书中的一些错误。

看见《家庭法与私生活》一书陈列在某法律图书馆的法理学的书架上,我甚感荣幸。但是,我更

希望这本书可以为学习家庭法的学生们(这应从最宽泛的意义上理解)提供指导。

约翰·伊克拉
二〇〇七年九月

目 录

中文版序 / 001

序 / 001

案例表 / 001

第一章 权力 / 001

家庭实践与权力分配机制 / 001

开放的社会 / 007

福利主义的论文 / 011

离婚的情形 / 019

同性恋 / 024

新时代:从家庭法到身份法 / 025

第二章 友情 / 034

友情和兄弟情谊 / 036

“完善”友情的价值范式 / 038

友情和公共约束 / 041

婚姻和友情 / 043

友情与合法权利 / 045

背叛和损失 / 048

加强版的友情 / 051

为何要考察友情? / 056

第三章 真实 / 058

“实质”真实和“法律”真实 / 059

真实、亲属和操纵性 / 061

真实与人身关系 / 067

真实与身份 / 076

真实与正义 / 078

结论:真实与耻辱 / 081

第四章 尊重 / 083

尊重是什么? / 084

爱 / 088

社群价值 / 093

照护和抚养 / 096

宗教 / 101

生育 / 107

尊重儿童 / 110

第五章 责任 / 112

历史责任:以离婚为例 / 115

未来责任:责任分配 / 120

未来责任:履行问题 / 127

离婚 / 127

父母子女关系 / 130

一个更完整的责任概念 / 136

第六章 权利 / 141

权利的核心 / 143

最终状态 / 145

获得权利的理由 / 147

分量 / 149

身份法上的权利 / 150

在政治运动中主张的权利 / 150

在“法官造法”中发展出的权利 / 153

人权 / 159

儿童权利 / 167

身份法与文化权利 / 174

群体或集体的权利 / 175

文化权利、身份法和开放社会 / 178

第七章 社群 / 186

对个人主义的恐慌 / 187

社群、照护和权力 / 190

听取不同意见 / 194

沙律师(Solicitor)和巴律师(Barrister) / 197

社群的法律咨询和其他咨询服务 / 199

提供信息和帮助的新渠道 / 202

调解 / 203

社群、责任和法律 / 207

译后记 / 210

第一章 权 力

家庭实践与权力分配机制

下面的这段文字摘自 1967 年出版的《亲属与婚姻》一书的引言,作者讨论的是母系氏族制:

除纳亚尔^[1]之外,离其最近的这类族群可以在马来半岛的米南卡保^[2]找到。米南卡保人也是类似的母系氏族制。加纳著名的阿散蒂地区采用的也是这一体制。但是他们的情况更加复杂,所采用的机制似乎是几种制度的混合体。就人类学而言,阿散蒂地区因为走婚而闻名于世。这几乎和纳亚尔的模式一样。我们了解到,在阿散蒂的城镇上,一到晚上,就能看见儿童端着盘子和饭碗往来奔跑于各家之间。他们要把食物从母亲家带到父亲家。父亲会和他的母亲、姐妹们以及姐妹

[1] 生活在印度东北部的一个民族。——译者注

[2] 属印度尼西亚民族,主要生活在苏门答腊岛中部和西海岸一带,有少数生活在马来西亚。——译者注

们的子女一起生活。至此,我们可以发现,这和纳亚尔的模式存在一些差别。这里的孩子有一个公认的父亲,孩子们的母亲至少得为这个父亲做饭。阿散蒂人住在城镇里,因此,各家都挨得很近,这样的安排完全可行。阿散蒂的夫妻间的联系也比马拉巴尔^[1]更加紧密。丈夫可以“侵入更多领域”,即丈夫可以提出更多的要求。而且,在阿散蒂地区,很多情况下,丈夫还可以将妻子带回家与他一起生活。但障碍在于:他的孩子不是他的——孩子们属于他妻子这一家族——所以,到了一定时候,他们就必须回到家族的风子里,也就是舅舅们住的地方。这就使阿散蒂地区的核心家庭非常脆弱:常常也很短暂,妻子很快就会回到她妈妈那里去。^[2]

这段文字非常有代表性。在众多人类学的著作中,我们都可以找到类似的段落。通过观察他们的亲属关系间的习俗,我们就能识别某个民族社群。“在[……]”这样的表述(我们摘录的文字中使用了两次)^[3]在这部著作中反复出现。这意味着,作为[……]的一员,个人必须遵从既定的习俗(“母亲至少得为这个父亲做饭”,“丈夫可以提出更多的要求”,“到了一定时候,[孩子们]必须回到家族的风子里,也就是舅舅们住的地方”)。对这个群体的成员而言,这些习俗是他们必须履行的义务。因此,这些习俗也充分展示了一个社会中权力是如何行使的:在这个例子中,体现为父亲对母亲的权力,丈夫对妻子的权力,成年人对儿童的权力。

但是,权力的性质十分复杂,有各种不同的解释理论。有的把它视为是一种社会结构,或者是用于解释社会关系的一种方式,又

[1] 此处应指位于印度尼西亚爪哇岛西部的一个地区。——译者注

[2] R. Fox, *Kinship and Marriage* (Penguin Books, 1967), 101 - 2.

[3] 译者用着重号在上段引文中标出这个词的位置。