



中国法治论坛

CHINA FORUM ON THE RULE OF LAW

全球化与

多元法律文化

**DIVERSE LEGAL
CULTURE
IN THE AGE
OF GLOBALIZATION**

主 编 信春鹰

Editor-in-Chief Xin Chunying

 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

主 编 / 信春鹰

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010)65269967

责任部门 / 编辑中心(010)65232637

电子信箱 / bianjibu@ssap.cn

项目经理 / 宋月华

责任编辑 / 刘骁军

责任校对 / 杨晓星

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010)65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部(010)65285539

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张 / 20

字 数 / 331 千字

版 次 / 2007 年 5 月第 1 版

印 次 / 2007 年 5 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 80230 - 611 - 0/D · 159

定 价 / 38.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误，
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

“中国法治论坛”编辑委员会

主 任：李 林

副主任：冯 军 张明杰

委 员（以姓氏笔画为序）：

王晓晔	王敏远	刘作翔
刘俊海	孙宪忠	杨一凡
李明德	吴玉章	张广兴
陈泽宪	陈 甦	邹海林
周汉华	陶正华	

学术秘书：胡微波

总 序

故宫北侧，景山东麓，一座静谧的院落。蕴藉当年新文化运动的历史辉煌与典雅的土地上，流淌着中国法律理论的潺潺清泉，燃烧着法治思想的不息火焰。多年来，尤其是1978年中国改革开放以来，一代代法律学者在这里辛勤劳作，各领风骚，用他们的心血和智慧，谱写了许多可以载入史册的不朽篇章。

为了记载和激扬法治学问，推动法治，继往开来，中国社会科学院法学研究所设立“中国法治论坛”系列丛书。一方面，重新出版最近20余年来有重要文献价值的论文集，如始于20世纪70年代末的关于人治与法治、法律面前人人平等、起草新宪法以及法律阶级性等问题的专项讨论，90年代初以来关于人权、市场经济法律体系、依法治国、司法改革、WTO与中国法、环境保护、反酷刑、死刑存废等问题的专项讨论；另一方面，陆续编辑出版今后有足够学术含量和价值、比较成熟的国际国内相关研究项目和会议的论文集。

法律乃人类秩序规则。法治乃当世共通理念。“中国法治论

坛”不限于讨论中国的法律问题，也并非由中国社会科学院的学者独自担当。我们期望，这个论坛能够成为海内外学者、专家和广大读者、听众共同拥有的一个阐释法意、砥砺学问的场所，一片芳草茵茵、百花盛开的园地。

夏 勇

2003 年 6 月 6 日

Preface to China Forum on the Rule of Law

To the north of the Forbidden City and east of Jingshan Hill lays a peaceful courtyard. It is the seat of the Institute of Law of Chinese Academy of Social Sciences, the most prestigious national institute in China devoted to legal research and legal education. On this small piece of land, rich in historical splendor and elegance of the New Culture Movement of 1919, flows an inexhaustible spring of Chinese legal theory and rages an inextinguishable flame of the ideal of the rule of law. Since several decades ago, especially since the “reform and opening up” in 1978, generations of Chinese legal scholars have been working diligently on this small piece of land and, with their wisdom and painstaking efforts, composed many immortal masterpieces of law that will go down in history.

China Forum on the Rule of Law is a series of books published by the Institute of Law with a view to carrying on the past and opening a new way for the future in the research of the rule of law and promoting the development of the rule of law in China. In this series, we will, on the one hand, republish papers published in China in the past 20 years which are of great historical significance, such as those relating to the

discussions since late 1970s on the rule of man and the rule of law, the equality of everyone before the law, the drafting of the new Constitution, and the class nature of the law and those relating to debates since early 1990s on human rights, the legal system under the market economy, ruling the country in accordance with the law, judicial reform, WTO and China, environmental protection, eradication of torture, and abolition of the death penalty. On the other hand, we will edit and publish papers from future research projects and academic seminars, both in China and abroad, which are relatively mature and of sufficiently high academic value.

The law is the norms of order for all mankind and the rule of law a universal ideal of all peoples in the contemporary world. China Forum on the Rule of Law is not limited to the discussion of the legal issues in China, nor will it be monopolized by scholars of the Institute of Law. We sincerely hope that it will be able to provide an opportunity for scholars, experts, as well as readers to freely express their ideas and exchange their views on legal issues, a forum for a hundred schools of thoughts to contend, and a garden for a hundred flowers to bloom.

Xia Yong

6 June 2003

前 言

“全球化背景下的多元法律文化”曾经是一个学术研讨会的主题，也是现在读者手中的这本书的名字。

在中文中，“化”这个字很有意思。现代汉语词典解释说，“化作为词的后缀，附着在名词或形容词的语素或语素组之后构成动词，表示转变成某种状态或性质。”我们生活在一个全球化的时代。“化”的后果，我们每天的生活都能感受得到：全世界的人们同步关心一件事情由于信息交流的便捷成为可能，时间和空间的距离从来没有像今天这样没有意义：按一下电脑的回车键就可以完成资本的跨国界流动，一件在巴黎流行的时装隔日就可以出现在北京的橱窗里。在感受着全球化带来的种种变化的同时，我们也经历着法律全球化对民族国家法律文化的冲击。

近年来，以“全球化”为主题的研究很多，把全球化与多元法律文化放在一起的研究却凤毛麟角。对全球化和多元法律文化的关系，法律学者们的判断差异很大。有人认为全球化是一个不可阻挡的事实，政治、经济、文化的全球化正以排山倒海之势冲击着世界的每一个角落，因此法律的全球化也不可避免，多元法律文化正在被全球化所吞噬。也有人认为全球化不过是西方发达国家控制世界的一种企图，他们试图用自己制定的标准文本将自己的政治制度、法律规则、文化产品输出到其他国家去。在民族国家仍然是世界事务的主体、各国之间的差别仍然巨大的情况下，在多大程度上加入全球化，实际上仍取决于主权国家基于自己利益考虑的决策。

本论文集试图从第三种视角观察这个问题。人类社会进化的本源动力是社会的生产方式。从个体的刀耕火种，男耕女织，到各个民族国家自给自足，再到跨国贸易互相满足各自的需求，全球化时代世界不同国家之间的经济、文化、交通、通讯等领域的频繁交流必然要震撼原来强烈地依附于民族国家自己的价值体系和规则体系。当国际法律规则以强势的姿态努力覆盖政治制度、经济发展水平和文化背景不同的国家的情况下，我们怎样才能客观

地观察这一现象?制定法律是国家主权的重要内容,从制定规则到接受规则,我们让与了什么?依法治国是否也意味着以国际规则治国?人民的意志和利益如何在国际规则中得到表达?这些问题已经不再是纯粹的理论问题了。但是另一方面,具有不同文化背景的主权国家仍然在努力维持自己的文化特征。

本论文集分为四个单元,分别是法律文化:传统与改革、法律文化的输入与输出、变化中的法系:差异与融合、法律文化与法律制度变革。关于法律文化的传统与改革的讨论有多种面孔,法律移植和本土资源便是这一争论的两种不同主张。法律移植的历史几乎和法律的历史一样长,同时人们也发现,本土资源和移植来的法律是不是互相接受,直接影响被移植法律的效果。“生南国为橘,生北国为枳”,证人出庭作证比例在中国就是比其他国家低。法律文化的输出和输入,“工夫在诗外”,多见强国向弱国输入文化,鲜见哪一个弱国的文化被输入到强国去了。残酷的事实是,所谓的强与弱,最本质的标准是经济和实力,文化不过是附着之上的东西。接受强国的规则往往被看作富强之道,例如,日本近代发展的成功被解读为移植西方法律制度的成功,而中国近代法制史上的法律移植经常伴随着对自己传统法律文化的批判。

相形之下,法系的差异与融合似乎是一个很技术化的问题。在世界法制史上,中华法系曾经是世界四大法系之一,这个在儒家文化滋养下形成的规范和文化系统在19世纪末被资本主义文明的扩张所吞噬。中国在清末变法,经过日本而学习德国,在民国时期完成了大陆法系的形式建构。中华人民共和国的成立,宣布了旧的法律体系的终止和新的社会主义法律体系的开始,在新的社会主义的法律体系中,制定法仍然是基本的法律形式。罗马法的概念、术语和思维逻辑仍然随处可见。20世纪70年代末法制改革以来,中国在具体制度建构方面,似乎打破了普通法和大陆法的界限。有的法律带有典型的普通法色彩,而另一些法律则沿用大陆法的思维。接下来的讨论就和法律文化与法律制度变革的主题相关了。法律改革的动因很复杂,内在需求和外在压力都发生作用。中国近二十多年的法律改革是成功的,它维持了在一个高速发展经济和社会转型过程中权力与权利,权利与义务,权力与责任的平衡。我们自己的法律文化,不管你对其评价如何,是这个过程中我们不能摆脱的背景。

信春鹰

2005年10月

目 录

全球化背景下的多元法律文化

法律移植的理论与实践	信春鹰 / 3
法学版图中的时间与空间：作为一门全球学科的	
比较法文化	〔瑞典〕K·Å. 莫戴尔 聂秀时译 / 17
全球化和中国法制的回应	朱景文 程虎 / 25
多元法律文化互动的多元阐释	黄文艺 / 44
法律全球化时代的制度与文化冲突	徐立志 / 53
“性善论”对中国法治的消极影响	郝铁川 / 61
宪法与全球法律文化：丹麦的例子	
.....	〔丹麦〕蒂特列夫·塔姆 李忠译 / 68

法律文化的输入与输出

“中西会通”与中国法制现代化中的仿行西法偏好	范忠信 / 77
------------------------------	----------

治外法权之争与中西早期法律文化冲突	苏亦工 / 84
中国法律文化与宪法监督制度	李 忠 / 92
儒学的价值观与政府改革	杜钢建 / 105

变化中的法系：变异与融合

传统：法系融合之基础	高旭晨 / 121
中国近代法观念的演变	马小红 / 130
冲突与抉择：伊斯兰法律的现代化	高鸿钧 / 141
全球化时期的穆斯林法律传统：一些问题 [瑞典] 简·耶儿普 黄金荣译 / 159	
中国传统法的地域性	王志强 / 166
司法正义：西方和东方的历史掠影 [瑞典] 由纳斯 聂秀时译 / 175	
转型时期的中国社会秩序结构——一个法文化的透视	刘作翔 / 179
论现代乡村法律秩序	温珍奎 / 189

法律文化与法律制度改革

作为法律文化一部分的司法程序——文化视角的启示	张志铭 / 215
全球化之路上的职业群体——以法律职业为例 [瑞典] 玛格丽特·贝尔蒂尔松 柳华文译 / 221	
全球化时代的人权实施——新的机遇和挑战 伊丽莎白·葛尔勒 聂秀时译 / 243	
全球化与中国的立法发展	李林 / 268
“当没牙的老虎咬人时”——一个对督察专员机构的比较研究 [瑞典] 瑞札·玻纳卡 聂秀时译 / 290	
基本权利和福利国家——为什么法律总是难以产生预期结果 拉斯 D. 埃里克松 沈国琴译 / 293	
公开性与出版自由——瑞典法律文化的核心 罗尔夫·尼格林 陈欣新译 / 300	

CONTENTS

Theory and Practice of Legal Transplant	<i>Xin Chunying / 3</i>
Time and Space in legal maps; Comparative Legal	
Culture as a Global Discipline	<i>Kjell Ake Modeer / 17</i>
Globalization and China's Legal response	<i>Zhu Jingwen Cheng Hu / 25</i>
Explanations to the Inter-action of Multiple Legal Culture	
	<i>Huang Wenyi / 44</i>
Culture and System Conflicts in the Age of Globalization	<i>Xu Lizhi / 53</i>
The Negative Impact of "Good Nature Theory" to Rule of	
Law in China	<i>Hao Tiechuan / 61</i>
Constitutional Culture in the Nation State; The Danish Example	
	<i>Ditlev Tamm / 68</i>
 "Communications Between China and the West" and the	
Trend to Learn from the West in Modern China's Rule of	
Law Building	<i>Fan Zhongxin / 77</i>
Debate over the "Exterritoriality" and the Early Legal Culture	
Conflicts Between China and the West	<i>Su Yigong / 84</i>
Chinese Legal Culture and the System of Constitutional	
Supervision	<i>Li Zhong / 92</i>
Confucius Values and Governmental Reform	<i>Du Gangjian / 105</i>
 History: the Foundation for Legal System Integration	<i>Gao Xuchen / 121</i>

Evolution of Modern Chinese Legal Concept	<i>Ma Xiaohong</i> / 130
Conflict and alternative: Modernization in Islamic Law	<i>Gao Hongjun</i> / 141
Muslim Legal Tradition in a Time of Global Change: Some Aspects of the Problematic	<i>Jan Hjarpe</i> / 159
The Local Nature of Traditional Chinese Law	<i>Wang Zhiqiang</i> / 166
Judicial Justice: Historical perspective of the West and the East	<i>Jonas Grimheden</i> / 175
Chinese Social Order Structure in Transitional: A Legal Culture Perspective	<i>Liu Zuoxiang</i> / 179
On Modern Rural Legal Order	<i>Wen Zhenkui</i> / 189
Judicial Process as A Part of Legal Culture —Insights From Legal Culture Perspective	<i>Zhang Zhiming</i> / 215
Professions on the Road to Global Power: the Case of the Legal Profession	<i>Margarete Bertilsson</i> / 221
Implementing Human Rights in an Age of Globalization: New Possibilities and Challenges	<i>Elisabeth Gerle</i> / 243
Globalization and China's Legislative Development	<i>Li Lin</i> / 268
When "Toothless Tigers" Bite: A Comparative Study of the Office of Ombudsman	<i>Reza Banakar</i> / 290
The Liberal Paradigm of Fundamental Rights and the Welfare State: Why the Law Often Falls to Produce Expected Outcomes	<i>Lars D. Eriksson</i> / 293
Publicity and Freedom of the Press: A Core of Swedish Legal Culture	<i>Rolf Nygren</i> / 300

全球化背景下的 多元法律文化

法律移植的理论与实践

信春鹰

一 法律移植的各种理论

法律规则是人类生活秩序的抽象。为了实现秩序，达到生活的既定目标，人类社会很早的阶段就开始通过移植其他国家和地区规则的方法来建立自己的社会秩序了。苏格兰爱丁堡大学教授阿兰·沃森在其名著——《法律移植——一项比较法的研究》^①中就举了公元前18世纪《埃什南纳法令》关于牛触人致死的规定与公元前17世纪《汉谟拉比法典》和其后数世纪的《出埃及记》中对同一问题的规定的雷同，并且就此认为，这个例子“完全排除了法律相互独立，平行发展的可能性”，“因此我们已经在遥远的古代发现了法律的移植，并且很可能在当时这种移植并不少见。”^②

现代社会，不同地区、国家、民族之间的法律移植越来越普遍。其理论基础可概括为以下几种：第一，人类发展道路共同性的理论。尽管不同社会有不同的文化和不同的制度，而且发展阶段也不同步，但是共同的人性和理性决定了他们对秩序和公正的共同感受和要求，所以先发展国家制定和实施的规则，至少是某一方面的规则可以被后发展国家移植。第二，法律技术理论。作为技术化的社会管理规则，法律移植被认为是促进接受国发展某一法律领域的最有效手段。例如，涉及新的技术发展的立法，通常的情况是一个国家或者一些国家先于其他国家制定了规则，这些规则很快就会被别国移植，关于电脑黑客、互联网、电子商务的立法就是如此。第三，

① 沃森：《Legal Transplants》，美国弗吉尼亚大学出版社，1974。

② 沃森：《法律移植论》，贺卫方译，《比较法研究》1989年第1辑，第62页。

法律工具论。法律是改变社会或者创造科学和理性制度的杠杆,因此人们看到的情况是,法律总是从规则相对发达的国家和地区向需要规则的欠发达地区移植而不是相反。大到基本的法律制度,小至某个部门立法的确立和完善,一旦被认为是合理有效的,它很快就会被其他的国家或者地区仿效,成为接受国创造或者改造现实的工具。第四,法律效益最大化理论。立法是一项很复杂的工作,在立法过程中对其他国家相关规则的考察是必不可少的。即使早在古罗马时代,罗马的立法者在立法之前也总是要派代表去其他城邦国家考察,包括到雅典考察梭伦制定的法律。^①在现代社会里,这项工作的必要性大大增加了。对于立法者来说,了解其他国家的同一法律领域已经发生了什么是至关重要的,而法律移植可以把立法工作的成本减少到最低。

从历史发展来看,欧洲的法律是最具进化论特点的,但是即使在那里,罗马法的广泛移植也是这个进化发展的基础,或者说,正是由于罗马法原则的移植才为后来欧洲法律的和平进化提供了可能。以后世对法律移植的标准和条件来看,欧洲国家对罗马法的移植在法律移植的历史上是一个令法律史学家困惑的例子。例如,首先,查士丁尼编撰的法典使用的是非常学术化的语言,即使在当时,也仅为“文人所能懂会”,^②为何竟能在几百年之后被如此广泛地接受为行为规则?其次,中世纪的欧洲社会和罗马法时代的罗马相比,社会条件发生了很大的变化,从经济到社会结构再到政治组织,已经完全不能同日而语,对罗马法卷土重来,在欧洲大部分国家“复兴”的社会原因很多学者都进行过探讨。例如,德国法学家弗朗茨·维亚克尔就认为,罗马法在欧洲被广泛移植的社会基础是罗马帝国组织的残余、拉丁教会和古代晚期学校在新的社会形态下的延续和融合,这个融合的过程成为罗马法移植和被广泛接受的社会土壤。^③他还认为,罗马法在欧洲大陆的复兴最初只是那些技术性的规则,后来表现为继受亚里士多德的国家与法律理论,这些理论经过托马斯·阿奎那的《神学大全》而形成一套自然法体系。对罗马法在德国移植和继受的情况,维亚克尔认为,德国当时的政治意愿要求法律体制的变革,人文主义推动这个过程并使得这个过程自然化。相反的例子是,

① 沃森:《法律移植论》,贺卫方译,《比较法研究》1989年第1辑,第63页。

② 孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社,1999年3月版,第256页。

③ 弗朗茨·维亚克尔:《近代司法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店,2004,第17~18页。