

全国外国法制史研究会学术丛书

多元的 法律文化

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D909/24

2007

全 国 外 国 法 制 史 研 究 会 学 术 丛 书

多元的 法律文化

何勤华 主编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

多元的法律文化/何勤华主编. —北京:法律出版社, 2007. 9

ISBN 978-7-5036-7667-3

I. 多... II. 何... III. 法律—文化—文集 IV. D909-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 138987 号

© 法律出版社·中国

**全国外国法制史
研究会学术丛书**

多元的法律文化

何勤华 主编

责任编辑 思 实

装帧设计 李 曙

开本 A5

版本 2007 年 9 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 21.5 字数 546 千

印次 2007 年 9 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

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

苏州公司/0512-65193110

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-7667-3

定价:49.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

2006年8月2日至3日,由内蒙古大学法学院和华东政法大学联合承办的全国外国法制史研究会第十九届年会在内蒙古自治区呼和浩特市隆重召开。来自全国50多所高校和10余家法学期刊、出版机构的130多位学者济济一堂,以“多元的法律文化”为主题,就多元的法律文化的理论思考,西方国家在多元法律文化上的历史与实践,中国在这一问题上的历史与实践等问题展开了热烈的讨论。会议收到论文70余篇,举行相关内容的研讨会六场,与会学者就各场专题展开了深入的交流。其成果,就是摆在读者面前的这本《多元的法律文化》。

法律文化的多元作为一种现象,长期存在于世界各国的法律实践之中,但作为一种学术概念,直至20世纪的后半叶才最终形成。本次会议,就是针对这一世界各国学术界所共同关心的课题,进行专题研讨。《论法律文化概念的运用》(大卫·奈尔肯著,穆永强译)、《法律多元与法律多元主义问题探析》(肖光辉)、《理论与历史:法律文化多元化的意义阐释》(季金华)、《法的多元性的哲理思考》(严存生)、《多元法律的冲突与融合》(胡桥)、《文化多元中的普遍人权》(齐延平)、《多元的法律文化:面对地方性与现代性》(苏彦新)等主题论文,比较集中地阐述了这一中心议题。

由于西方是近代法律文化的主要发源地,因此,古代罗马、近代英、美、法、德、日、葡萄牙等西方国家在多元法律文化上的历史与实

多元的法律文化

践,首先引起了与会学者的重视,除提交了一批比较有价值的学术论文之外,在发言讨论中,这一专题也受到了广泛的关注。同时,鉴于法律是一种地方性的知识,具有非常强烈的民族之个性和国家之特殊性,法律文化作为人类文化的重要组成部分,具有鲜明的不可替代性和无法原封不动地复制性,因此,除了占有强势地位的西方发达国家以及基督教法律文化之外,东亚、南亚、蒙古、阿拉伯国家以及伊斯兰教、埃及以及其他非洲国家、印度以及佛教、中国以及其少数民族等的法律文化,也受到了与会代表的关注,成为本次会议发言讨论的诸多亮点。

本书的主题在本书所收录的各篇论文以及论点精粹中都已经有了充分详细的阐述,故笔者对此不再赘述。本书的编辑,一如本研究会学术丛书的前六辑《法的移植与法的本土化》、《20 世纪外国经济法的前沿》、《20 世纪外国司法制度的变革》、《20 世纪外国民商法的变革》、《20 世纪西方宪政的发展及其变革》、《20 世纪外国刑事法律制度的变革》(均由法律出版社于 2001 至 2006 年各年出版)的惯例,分主题论文、专题论文、论点精粹和附录部分。本书的编辑,由本研究会秘书处承担,负责编辑工作的有副会长兼秘书长李秀清以及周伟文、陈颐、胡娟、于明、陈碧文、徐诗洋、任传宇、吕琦、武嘉、王韬迦、厉星星等华东政法大学的教师、博士生和硕士生。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能存在各种问题和缺陷,此点还望各位原作者鉴谅。

本次年会的召开,得到了内蒙古大学以及内蒙古自治区政法委、法院和检察院的支持。尤其是内蒙古大学法学院院长丁文英教授,对本次会议的召开给予了全身心的帮助,法学院程延军老师的细心周到、不辞辛劳的组织工作,使会议能够得以顺利进行。本书的出版,得到了本研究会之挂靠单位华东政法大学的学会活动经费的资助,并得到了法律出版社社长兼总编黄闽先生的全力支持,本书的责

任编辑则为本书的编辑出版倾注了大量心血。在此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于上海·华东政法大学

法律史研究中心

2007年5月30日

目 录

一、主题论文

- 严存生/法的多元性的哲理思考/3
- 苏彦新/多元的法律文化:面对地方性与现代性/27
- 大卫·奈尔肯 穆永强译/论法律文化概念的运用/33
- 肖光辉/法律多元与法律多元主义问题探析/63
- 季金华/理论与历史:法律文化多元化的意义阐释/79
- 赵立新/多元法律文化下的日本违宪审查制度/100
- 费晶晶/法律多元化背景下的伊斯兰一夫多妻制改革/119
- 冯卓慧/《盟吐蕃碑》——从多元的法律文化视界分析中国古代法中的和谐观/135
- 胡 桥/多元法律的冲突与融合——以 13 世纪汉族与蒙古族法律
的交流为线索/161
- 程延军、杜海英/从习惯法的角度看我国的法律多元/183
- 马明贤/回族法律观探析/190
- 袁春兰/“坎下法庭”中的法律隐喻/206
- 程 波/政治和法治的钟摆——以国家观念(文化)史为视角/216
- 占茂华/自然法观念与理性精神/246
- 张振国/上帝对于西方现代法治的意义/259

张明新/西方法律传统的形成之路及其中国意义——从两本译作谈起/276

二、专题论文

方立新 褚国建/转型期国家宪政秩序的范式研究/313

魏 琼/楔形文字法典的补译及解读/327

杨代雄/《优士丁尼法典》中关于基督教的敕令初探——兼论基督教对晚期罗马法的影响/348

吴旭阳/浅析早期英国法上的“国王和平”/366

李 栋/试论英国早期国王司法管辖权的扩张——兼谈英国法律文化中“旧瓶装新酒”特质/381

于 明/《柯克报告》与英国判例法文化/405

张剑虹/美国陪审团审判、社会进步与民主/438

蒋岩波/美国反垄断法律文化的形成与反托拉斯立法/449

陈 颐/16 世纪法国人文主义法学与法律科学的体系化/457

李艳华/法兰西司法风格/478

植田信广著 何 东译/关于日本中世的“喧哗两成败法”/493

刘海鸥/葡萄牙法对澳门地区的影响历程/498

马 琨/中国古代谏官制度/507

王兰萍/近代著作权法的再生/519

汤 唯 冯 勇/法社会学在中国二十世纪初之演化/529

三、论点精粹

孔 玲 沙 颀/法律多元主义的产生及其影响/547

蒙振祥/多元法律文化的同质基因解读/549

- 孟昭容/对“多元的法律文化”的一些看法/551
- 徐永康/全球化与多样性:法律文化发展的趋向/554
- 丁艳雅/重叠共识理念的真谛——兼论其对协调我国多元法律文化的现实启迪/556
- 李世宇/文化散论/558
- 李拥军/司法仪式与法律信仰主义文化的建构/560
- 苗延波/美国文化多元主义与美国法律文化/562
- 刘艺工/加拿大的法律多元与多元文化法/564
- 芦琦/东亚网络法文化中的同构性与异质性问题探析/566
- 夏新华/非洲法律文化的整体性与多样性/568
- 洪佳期/近代上海的社会变迁与法律多元化/570
- 蒋传光/当代中国特色先进法律文化的构建及其方法论思考/572
- 齐延平/文化多元中的普遍人权/574
- 李求轶/西洋法文化圈/577
- 李道刚/比较法文化视野中的“批判”/579
- 张飞舟/“以乐治国”思想沿革脉络探/581
- 徐国栋/“一切人共有的物”的概念的沉浮/583
- 朱晓喆/从“资本主义精神”透视近代民法中的人/586
- 王素芬/艰难的回归——作为私权主体的“自然人”的知识社会学考察/589
- 韩强/作为法律现象、政治成果的民法典在晚近世界各国的动向/591
- 张培田 李晓莉/从梅因《古代法》看罗马法影响的多元化/594
- 李秀清/论日耳曼法的属人性/596
- 程汉大/允执两端 取其中道:英国法律文化的二元平衡精神/598
- 李巍涛/论中世纪英国令状制度/600
- 顾荣欣/“国王的和平”与英国治安法官的起源/602

- 姜 峰/自由与权威:普布利乌斯的思想世界/604
- 杨积讯/美国的宪法信仰/606
- 刘 明/美国结婚和离婚法律的变迁——兼论统一性与多元性/608
- 果海英/影响欧共体竞争法的因素探析——兼论对我国反垄断立法的启示/610
- 曲 阳/日本中世的法律生活/612
- 陆 静/试析日本法对台湾日据时期司法制度的影响/614
- 李伟群/日本票据拒付处分制度研究/616
- 崔林林/略论韩国户主制度的变迁/618
- A. 哈丁著 高鸿钧译/东南亚的比较法和法律移植:“习俗杂音”的意蕴/620
- 张怀印/论埃及宪政文化的多元性/623
- 洪永红/试论卢旺达国际刑事法庭对国际法发展的贡献/625
- 傅小青/中西传统诉讼文化之差异/627
- 高鸿钧/无话可说与有话可说之间——论张伟仁先生的《中国传统的司法和法学》/629
- 张仁善/尚未破解的“礼法之争”之谜——简论百年中国法律文化发展的两难/632
- 孟 红/罪刑法定原则在 20 世纪中国的命运——以中国大陆刑事立法为研究对象/635
- 马 聪/浅析我国社会纠纷解决机制的历史/638
- 杨丽英/论凉山彝族习惯法与等级婚姻关系/640
- 高鸿钧/中国文化复兴宣言/642
- 姚秀兰/制度构建与社会变迁——近代中国专利立法论/645
- 方 洁/社团罚则之治/647
- 申建平/合同权利让与仲裁条款之效力/650
- 杨垠红/论安全保障义务的学理基础/652

刘梦兰/中小公司治理法律文化模式的构建/654

屈文生/建立有中国特色人身保护令制度的构想/656

刘向阳/漫谈我国腐败犯罪的文化成因/658

四、附 录

全国外国法制史研究会第十九届年会综述(于 明 程延军)/663

全国外国法制史研究会 2005 年度优秀论文获奖名单/673

主题论文

法的多元性的哲理思考^①

严存生

法律多元是近些年才兴起的一种法观念,法律是不是多元的或是否具有多元性?对此虽然已有些论著,但系统论述者尚不多,深度上也略感不够,因此,有必要从法哲学的高度作一些思考。

一、“法律多元”的观念和现实

(一)“多元”的一般概念

“元”这个概念在我国古代已经出现,其含义很多,其中与“多元”一词接近者为原、本、渊源、本源。如《春秋繁露·重政》有言:“元者为万物之本,而人之元在焉”。在西方,“元”这个概念始于古希腊哲学,其义与中文基本相同,如“元素”、“元子”;本源、根源。

“多元”(plurality)或“多元论”(pluralistic, pluralism)一词是由“元”一词演化而来的,指的是人们对世界构成的一种观点,这种观点认为,世界是不统一的,有多种事物或多种元素构成。这种观点在我国古代有构成世界的金、木、水、火、土五行说,在西方有笛卡尔的物质、精神二元论,莱布尼兹的单子论。当代西方多元论的典型代表是美国的实用主义哲学家威廉·詹姆士。他在其《多元的宇宙》一书中说:“用实用主义的观点来解释,多元论或者主张实在是众多这种学说的意思是:实在之各种各样的部分可能是在外部相互关联。你能想到的每一事物,不管多么硕大或者无所不包,根据多元的看法,都有某一类或者说某种程度的真正‘外在’的环境。事物都是

^① 本文系教育部人文社会科学研究“十五”规划项目《法律一体化与多元化研究》的阶段性研究成果之一。

以诸多方式相互有关,但是没有任何一个事物包括每个事物,或者统率每个事物……在宇宙的任何地方要想达到无所不包这种状态的最好企图就不得不说是‘任何时候都不十分’。多元的世界就这样更像一个联邦共和国,而不像一个帝国或者王国了。不管能收集的是多么的多,不管聚集在意识或者行动的有效中心里是多么的多,还有其他的事物是自主的,没有收集进去的,没有归于统一。”又说:“这个世界,说到最后,可能是一个大块宇宙;但是另一方面,它可能是一个仅仅串联在一起,而不是扎上两头、封闭起来的宇宙。就像是明显地似乎存在的那样,它终究可能个别地存在。”^①可以看出,威廉·詹姆士所说的宇宙的多元,指的是世界的不统一性和开放性。显然,他说的是事实的多元,是批判哲学上的一元论的。不过,我们可以看出,它的批判并不准确,因为哲学上的一元论者,特别是马克思主义的唯物论并没有否认世界的事物的无限多样性,并没有把世界统一于某种物质,而只是强调世界上的所有事物都是“物质”的一种形态或种类,而“物质”所指的是众多事物抽象出来的“客观存在”这一属性。正如列宁所深刻指出的:“物质概念,除了我们通过感觉感知的课时实在之外,不表示任何其他东西。”^②这意味着客观世界的事物既是统一的,又是多样的,它们有自己的特殊性,而这种特殊性是不能统一于任何另一种事物的,恰好相反,在它们之中却包含着某种共性、普遍或一般的东西,正是这些东西,使它能与其他事物“统一”或联系起来。因而,客观世界上事物既有“统一性”,又有不统一性,是普遍性与特殊性的对立统一。

与事实多元有别的还有价值多元。典型的的就是20世纪末在西方流行的“文化多元主义”,持此观点者认为,世界上的各种民族及

① 威廉·詹姆士:《多元的宇宙》,吴棠译,商务印书馆2002年版,第175、179页。

② 列宁:“唯物主义和经验批判主义”,载《列宁选集》(第二卷),人民出版社1972年版,第273页。

其生活方式和文化,都有其存在的价值,因而应同样地认真对待和保护,特别是那些弱小的、濒临绝境的种族、受到歧视的弱势群体。威尔·金里卡《当代政治哲学》第8章“文化多元主义”中谈到这个概念时说,它经常与“差异的政治”、“身份政治”、“承认的政治”(politics of recognition)等概念相混用,其主张是:“现代社会被认为具有这样来的根本特征——具有深刻的多样性和文化多元性。在过去,这种多样性常常受到‘正常’公民模式的忽略或压制,而所谓的‘正常’公民,无非就是指身体健康、遵循传统两性关系的白人男子。任何人,只要偏离了这种所谓的正常模式,就会遭到排斥、边缘化、被迫沉默或者被同化的命运。”因此,那些不能享有这一资格的群体的成员,如黑人、土著人、妇女、移民、种族少数群体、宗教少数群体、同性恋者等受到歧视,他们的特殊权利得不到承认和保护,即使他们虽然享有正式的公民资格,但仍然有被边缘化的屈辱感。“文化多元主义”对此提出批评,主张对这些弱势群体,不仅承认其公民资格,而且对其特殊的生活方式予以宽容。他指出,“这组群体本身是一种混杂,而他们中的每一个群体都有不同种类的要求。然而,他们的要求却有两条重要的共性:(1)这些要求超过了我们所熟知的、公民个人所拥有的一系列共同的公民权利和政治权利——而这些权利是在所有的自由主义民主国家都受到保护的;(2)这些要求指向同一个目标:要使种族文化群体的独特身份和需要得到承认和包容。我将用‘文化多元主义’(multiculturalism)这个术语概括这些种族文化群体的要求(由于寻求承认的这些种族文化群体通常也是少数群体——……我也将使用‘少数群体的权利’这个术语)”。在该页的注①中,他进一步说:“‘文化多元主义’这个术语……在一些国家(如加拿大或澳大利亚)它通常只是被用来指称对移民的容纳,而不指其他种族文化群体——如土著人——的容纳。与之相反,在一些国家(如美国),‘文化多元主义’通常指所有形式的‘身份的政治’,

不仅包括种族文化群体,还包括妇女、男女同性恋者、残疾人等。”^①可以看出,价值多元是指人们在事实多元认识的基础上对客观事物,特别是对濒临绝境的种族、物种的宽容与保护的态度,即应充分肯定其存在的价值,并给予特别的关怀和照顾。

纵观以上所述,“多元”实际上是一种观念,即一种对世界的看法,这种看法可分为事实多元和价值多元两方面。事实多元否定客观世界的统一性,认为客观世界上所存在的事物是各种各样的,并不是由一种物体演化而成,也不会最终归于一种事物;价值多元是如何面对客观事物的问题,他们认为,客观事物各有其价值,因而应该一视同仁,平等相待,不应压制或歧视任何一种,特别是应善待弱小的濒临绝境的物种或人群。

很明显,“多元”一词是与“一元”相对而言的,它所指的实际上是指客观事物的存在和发展的一种属性,即构成的复杂性、存在的多样性(diversify)、在质和量上的特殊性,因而与其他事物相比是有差异的、不会完全统一的。

由“多元”一词进一步演化出“多元性”和“多元化”二词,二者的区别只在于一个强调了过程、趋势,另一个强调了属性和结果。即“多元化”强调了事物发展中不断分化或由一变为多的趋势,它是与“一体化”相对而言的,后者指的由多变为一的趋势;“多元性”则强调有此而产生的结果,即多种事物的同时并存,永远不可能达到完全统一的属性。

(二) 法律多元的观念

“法律多元”(legal plurality)作为一种观念出现比较早,可以推到社会法学的创始人埃利希,因为他提出了“活的法”概念,认为在国家制定法之外还存在着另一种更重要的法律;其后有法律多元观

^① 威尔·金里卡:《当代政治哲学》(下),刘莘译,上海三联书店2004年版,第585、598、599页。