



比较法律文化

Comparative Legal Cultures

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

【美】H.W.埃尔曼 / 著

贺卫方 高鸿钧 / 译

清华大学出版社

比较法律文化

Comparative Legal Cultures

比 较 法 学 丛 书

【美】H.W.埃尔曼 著

贺卫方 高鸿钧 译

清华大学出版社

(京)新登字 158 号

原书名: Comparative Legal Cultures

原书作者: Henry W. Ehrman

Copyright © 1976 by Prentice-Hall, Inc.

本书中文简体字版由清华大学出版社出版发行。

未经出版者书面许可,不得以任何方式复制或抄袭本书内容。

北京市版权登记局合同登记号:图字:01-2002-4488

图书在版编目(CIP)数据

比较法律文化/(美)埃尔曼著;贺卫方,高鸿钧译. 北京:清华大学出版社,2002

(比较法学丛书/高鸿钧,贺卫方主编)

书名原文: Comparative Legal Cultures

ISBN 7-302-05907-1

I. 比… II. ①埃…②贺…③高… III. 法律—文化—对比研究 IV. D909

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 073862 号

出 版 者: 清华大学出版社(北京清华大学学研大厦,邮编 100084)

<http://www.tup.tsinghua.edu.cn>

责任编辑: 方 洁

版式设计: 刘 路

印 刷 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 850×1168 1/32 印张: 10.75 字数: 194 千字

版 次: 2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-05907-1/D·50

印 数: 0001~5000

定 价: 28.00 元

内 容 简 介

本书是美国学者 H. W. 埃尔曼(Henry W. Ehrmann)的代表作。也是现今英语世界惟一一部比较法律文化的学术专著。内容包括法律文化的概念、法律的渊源、法律的目的、法律职业者、法律的方法与手段,以及法律限度等。作者从法学、文化学和政治学的结合上,对法律文化进行了比较分析,其中含有许多独到见解。

本书适合大专院校、科研机构的师生,以及法律实务部门的工作人员,也适用于对法学特别是比较法学饶有兴趣和特别关注的一般读者。

“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,或称谢“上帝选民”、“天之骄子”,或自谓“吾道独真”、“惟我德馨”。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

比较法律文化

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。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,得兹农桑,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

比较法律文化

塞,言语不通,鲜有接触。故直至盛唐,国人眼中的“西天”不过印度,亦不足为怪。其时西人眼中的中国,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,实多舶来新宪。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。东吴法律学研究院之《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,虑长治之道。民主法治之论,遂成治道共识;自由人权之题,遽为时尚话语。法学园地,比较法学焕发新姿。廿年之间,硕果累累。遂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。吾辈研习比较法学多年,虽生性愚钝,初无建树,然夙怀为其勉效涸力之愿。故联络学界同道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,缀成“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

比较法律文化

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,赘言谄之。是为序。

高鸿钧 贺卫方

辛巳年九月(西元二零零一年十月)于北京

法学家 您凭什么说,法律的研究比起数学研究要少些合理性?

哲学家 我并不是这个意思,因为一切研究都是合理的,否则任何事情都会没有价值。我是说数学大师们绝不像伟大的法律教授们那样地常出错。

法学家 如果您运用理性于法律研究,或许您会有不同的看法。

托马斯·霍布斯
《一位哲学家与一位英国普通法学者的对话》

译者序言

近年来,对法律文化问题兴趣渐浓。在阅读国外的一些著述时,常常见到作者们引述或评论一本题为《比较法律文化》的著作,后来几经辗转,终于找到了一本。粗读一遍,深感此书绝非泛泛之作。作者在极其广泛的背景之下对法律文化所涉及的各方面问题进行了扎实、深入、具体的探讨,显示了他在法理学、法哲学、政治学、社会学等方面深厚的造诣。

关于本书作者埃尔曼教授的详细情况,我们所知不多。作者任教于美国新罕布什尔州的达特茅斯学院政治学系,多年来一直为政治系的大学生和研究生讲授法学方面的一些课程。书译完后,我们给他写了封信,很快收到了回信。他很高兴这本书能在拥有十多亿人口的中国出版,同时他又担心这本写于1974年的书中涉及中国的一些观点现在已经过时。他说,近年来他总是要告诉选修他课程的学生,“书中涉及中华人民共和国的那部分内容已完全过时”。当然,“文化大革命”结束以来,我们的法制建设已经取得了相当高的成就,我们的立法以相当快的速度笼罩了社会生活

的许多方面,民主与法制的建设也成为政治体制改革的一个重要内容。但是,在那如火如荼的“文化大革命”中,即使是一个中国人,又有谁能预料到数年之后会出现如此伟大的历史性转折呢?不过话又说回来,尽管发生了巨大的变化,但是我们的社会还没有完全走上法治的轨道,这也是一个事实。埃尔曼教授在他的书中曾引用一位“在伦敦受过教育的大陆中国法学家”的话:“你们西方人的烦恼在于你们一直未能超越你们称之为‘法治’的初期阶段。……而中国却总是知道,要治理一个社会单凭法律是不够的。两千五百年前她便知道这一点,今天她仍然知道这一点。”如果我们的着眼点不是在口号而在实际的话,我们得承认,今日许多中国人骨子里仍然是恪守着“这一点”的(至于“这一点”的是非功过当然又是另一个重大问题)。由此言之,这本书里对中国,尤其是对中国传统法律文化的见解便没有失去其现实意义。

我们打算对这本书的内容进行过多的评论。翻译与批评之间或许天然有些不和谐。翻译是细活,它着重具体、细节,它可以见木不见林,不像批评家那样需有大处着眼之手笔、高屋建瓴之气派。译者过多地对其译作品头论足,不仅是越权,而且也常无意中暴露自己的弱点。不如将那些恢宏的议论、精到乃至严苛的批评留给原书作者、批评家和读者。

我们要向梁君治平深表谢意。他向我们提供了原书,

译者序言

有赖于他的不断催促才使翻译的速度加快了许多。译稿完成后,又承他认真通阅一遍,改进了译文的质量。当然,译本中的错误仍由我们来负责。中西法律文化的差异带来了语言转换上的一些困难,加之时间仓促,错误或不妥之处恐怕是不可避免的。

最后,还有几个小问题要略加说明。一、为了减少读者查阅工具书的麻烦,我们对一些人物和术语等做了简要的注释。二、我们将原书的索引也译了出来,并保留了原文,以便读者对照、查阅。

贺卫方 高鸿钧

1987年10月15日

于中国政法大学比较法研究所

中文版序言

对于一个几乎毕生都在从事比较政治与法律制度研究的作者来说,看到自己的著作被翻译出版,因而使得一批新的读者能够阅读,那真是对他的最大奖赏。当我为英语读者所进行的比较由来自不同文化区域的学者观察时,必然会被赋予一种新的意义;对于新的读者来说,我所使用的某些方法或许是陌生的。

就本书而言情况尤为如此,因为它主要不是写给那些博学的专家(尽管他们有国别差异,但却都属于一个拥有共同概念的学者群体)阅读的,它的读者对象主要是法律学与政治学专业的大学生。至少在美国,本书并没有试图为法学院的大学生们提供他们在未来的职业生涯中需要具备的实用知识。相对而言,这些大学生中极少有人研究外国法律制度,只是那些准备从事某些特殊法律职业的学生方对他们感兴趣的外国实体法律制度加以研究。我的这本书试图在法律科学的一个部门,即法律社会学领域内进行一些开掘,在一段时间里,无论是法学院,还是政治学系,都忽略了这门学问,尤其是当其课程设置主要是为了培养和提高

学生的职业技能的时候。

本书始于这样一个假定(它不仅为马克思主义者所接受),即法律与政治是相互依赖的,要对二者有真切的理解,有关它们之间相互影响的知识是不可缺少的。在第一章里我解释了为什么我相信与政治文化相类似的法律文化概念对于从比较的角度阐明法律与政治之间的关系是富于成果的。

在中国,法学研究的复兴,法律教育的高速发展以及中国与外国学者及法律家之间不断扩大的交往都是近十年间引人注目的变化。如果本书能为中国的法律学生开阔视野有所贡献,那将是我最大的满足。近年来颁行的法典和法规构成了中国崭新的制度与法律结构,新一代学生的使命就在于赋予它们以勃勃生机。比较研究永远不应该导致盲目地模仿外国的模式。但是,对外国的积极或消极经验的全面了解以及客观评价却很有必要,它将有助于人们分析在自己国家中所遇到的一些问题。

无论何时何地,法律的发展都不会完全停滞不前。要紧跟制度的变化,并对演进中的时代精神(Zeitgeist),也就是使制度得以操作的那种精神予以准确的评价,像本书这类著作就必须不停地修订。在某些时候,不同国家间的法律文化会呈现出愈来愈大的差异,而在另一些时候,它们之间的趋同性又会十分明显。但是在这本 1974 年即中国的

“文化大革命”时代写的书所涉及到的国家中，没有哪个发生过像中华人民共和国那样剧烈而意义深远的变化。在过去的10年中，我总是要向阅读我这本书的学生们声明，书中关于中国法的论述大多已与现实不符，甚至我在书中的尝试性结论：“至少在目前，中国的法律文化的确是自成一格的。”也颇值得怀疑了。对于中文版来说，这要引出相当多的问题。两位译者和我都同意不对原文的内容加以改变。因为整本书中相当多的地方涉及社会主义以前，以及1949年以后阶段的中国法律，它们都需要参照“文化大革命”以来所发生的事件而加以修正。如果要这样做的话，势必要打破全书的结构。

为了弥补这个缺陷，这里有必要简略地谈一下我作为一个外国学者、一个远非中国法律专家的比较法学者对这本书出版以来的新发展的看法。当然，这些看法绝不是对今日中国法律生活与制度的一个全面的，甚至也算不得是一种批评性论述。我只是试图运用比较法律文化的功能的和历史的方法（如同本书所使用的那样）来估价目前变化的主要趋势。

“文化大革命”中，成文法典的废弃以及“资产阶级法律机构”的摧毁给中国人民和中华人民共和国的领导人提供了一次惨痛的法律教育。那个时代向人们表明，要实现现代化，法律制度是保证实现社会、经济目标所绝对必须、不