



比较法新论

Comparative Law: A Handbook

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

(英) 埃辛·奥赫绪 / 编
(意) 戴维·奈尔肯

马剑银 鲁楠 / 等译

清华大学出版社

比较法新论

Comparative Law: A Handbook

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

(英) 埃辛·奥赫绪 / 编
(意) 戴维·奈尔肯

马剑银 鲁楠 赖骏楠 李强 王淇
鞠成伟 吴大伟 吴云 翟寅生 / 译

清华大学出版社
北京

内 容 简 介

本书清晰地解释了现代比较法的前沿论思与方法论。本书覆盖的论题有:全球化、法律文化、比较法与多样性、经济学进路、法律体系间的竞争、法族与混合法系、欧洲之外、法律趋同与新共同法、比较商法、比较家庭法、“共同核心”与“较好之法”的进路、比较行政法、宪法语境的比较研究、国际刑事司法的比较法、人权中的司法比较主义、法律改革中的比较法、法院中的比较法以及一个比较法研究项目介绍。

本书填补了大学本科生层次的教学空白,而对广大研究生来说,也可作为扩展阅读和深入讨论的起点。每一章节开篇冠以关键词,并以延伸讨论题和扩展阅读结尾,以供读者进一步深入研究。

Comparative Law: A Handbook

Edited by Esin Örüçü and David Nelken

Copyright © The editors and contributors severally 2007

Original English Language Edition Published by Hart Publishing

北京市版权局著作权合同登记号 图字: 01-2009-3074

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

比较法新论/(英)奥赫绪(Örüçü, E.), (意)奈尔肯(Nelken, D.)编;马剑银等译. —北京:清华大学出版社, 2012. 4

(比较法学丛书)

ISBN 978-7-302-28056-9

I. ①比… II. ①奥… ②奈… ③马… III. ①比较法学—研究 IV. ①D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 028922 号

责任编辑: 方 洁

封面设计: 常雪影

责任校对: 王荣静

责任印制: 张雪娇

出版发行: 清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座 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: 148mm×210mm 印 张: 17.25 字 数: 547 千字

版 次: 2012 年 4 月第 1 版

印 次: 2012 年 4 月第 1 次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 48.00 元

产品编号: 029110-01

“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,存名实之辨;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，“夷律”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,实多舶来新究。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。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,然夙怀为其勉效激力之愿。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,

比较法新论

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,赘言志之。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

本书作者简介

戴维·奈尔肯(David Nelken): 意大利马切拉塔大学法律制度与社会变迁特聘教授,英国威尔士大学联盟卡地夫大学法学特聘研究教授,英国伦敦经济学院访问教授,E-mail: Sen4144@iperbole. bologna. it.

埃辛·奥赫绪(Esin Örüçü): 英国格拉斯哥大学比较法荣休教授、专业研究员,荷兰鹿特丹伊拉斯慕斯大学比较法荣休教授,土耳其叶迪特佩大学(Yeditepe University)比较法访问教授,国际比较法学会会员,E-mail: e. orucu@law. gla. ac. uk.

玛莎·安托克斯卡娅(Masha Antokolskaia): 荷兰阿姆斯特丹自由大学私法教授,E-mail: M. V. Antokolskaia@rechten. vu. nl.

约翰·贝尔(John Bell): 英国剑桥大学法学教授,E-mail: Jsb48@cam. ac. uk.

斯杰夫·范·俄普(Sjep van Erp): 荷兰马斯特里赫特大学民法与欧洲私法教授,荷兰比较法学会主席;《比较法电子杂志》(*Electronic Journal of Comparative Law*)总编,荷兰赫托恩博斯上诉法院副院长,E-mail: S. vanErp@PR. unimaas. nl.

罗杰·科特雷尔(Roger Cotterrell): 英国伦敦大学玛丽王后荣

誉法学理论教授,英国人文与社会科学学院院士,E-mail: R. B. M. Cotterrell@qmul. ac. uk.

尼古拉斯·H. D. 福斯特(Nicholas H. D. Foster): 英国伦敦大学亚非学院、法学院讲师,《比较法杂志》(*Journal of Comparative Law*)编辑,E-mail: Nf4@soas. ac. uk.

安德鲁·哈丁(Andrew Harding): 加拿大维多利亚大学亚太法律关系教授,E-mail: harding@uvic. ca.

彼得·利兰(Peter Leyland): 英国伦敦城市大学法学教授,E-mail: p. Leyland@londonmet. ac. uk.

H. 帕特里克·格伦(H. Patrick Glenn): 加拿大麦吉尔大学法学院与比较法研究所彼得·M. 莱恩法学讲座教授,E-mail: h. glenn@staff. mcgill. ca.

克里斯托夫·迈克拉登(Christopher McCrudden): 英国牛津大学人权法教授,E-mail: Christopher. mccrudden@law. ox. ac. uk.

沃纳·蒙斯基(Werner Menski): 英国伦敦大学亚非学院、法学院南亚法教授,E-mail: Wm4@soas. ac. uk.

安东尼·奥格斯(Anthony Ogus): 英国曼彻斯特大学法学教授,荷兰马斯特里赫特大学研究教授,E-mail: Anthony. Ogus@man. ac. uk.

保罗·罗伯茨(Paul Roberts): 英国诺丁汉大学法学院刑法学教授,《国际证据与证明杂志》(*International Journal of Evidence and Proof*)编辑,诺丁汉国际刑事司法和军事冲突法学硕士项目负责人,E-mail: Paul. Roberts@nottingham. ac. uk.

扬·M. 斯密茨(Jan M. Smits): 荷兰马斯特里赫特大学欧洲私法教授, E-mail: Jm. Smits@PR. unimaas. nl.

威廉·推宁(William Twining): 英国伦敦大学学院奎恩法学荣休教授, 美国迈阿密大学法学院访问教授, E-mail: wlt@wtwining. fsnet. co. uk.

本书译者简介

马剑银：北京师范大学法学院讲师，法理学博士，公共管理学博士后。

鲁楠：清华大学法学院法理学博士生。

赖骏楠：北京大学法学院法律史学博士生。

李强：中国社会科学院法学研究所助理研究员，刑法学博士。

王淇：国家知识产权研究所助理研究员，诉讼法学博士。

吴大伟：中国石油天然气股份有限公司对外合作部经理，刑法学博士。

吴云：中国政法大学比较法学博士。

鞠成伟：中南大学法学院讲师，法理学博士。

翟寅生：浙江省高级人民法院法官，法学硕士。

中译本序言

伴随中国法学数十年的发展,比较法学在中国取得了长足进步。大量国外比较法学的名著,都从蝌蚪文译成了方块字;与此同时,中国的一些比较法学著作也开始问世。然而,国内流行的比较法译著,主要是西方 20 世纪六七十年代的作品。国内的著述,无论体系和方法,抑或知识和话语,也主要参照和沿袭这些著作的内容。

近几十年来,特别是自 20 世纪 90 年代经济和法律全球化以来,国外比较法学发生了重大转变,出现了许多新趋势。这些转变包括:(1)从偏重国家法转向民间法、国家法、国际法、跨国法以及全球法并重;(2)从偏重私法转向私法与公法并重;(3)从偏重法律制度转向法律制度与法律文化并重;(4)从偏重西方法转向西方法与非西方法并重;(5)从偏重法学视角转向法学与其他学科视角并重;(6)从原来的法系说转向重新划分法系。当然,国外集中反映上述趋势的著作很多,但近年来较为典型的著作有二:一是由奥赫绪与奈尔肯(E. Örüü & D. Nelken)合编的《比较法手册》(*Comparative Law: A Handbook*, 2006);二是由雷曼和齐默曼(M. Reimann & R. Zimmermann)合编的《牛津比较法手册》(*The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2006)。呈现在读者面前的就是前部著作中译本。

这是一部比较法研究文集,作者来自英国、意大利、荷兰和加拿大,都是当今世界比较法学的名家。他们的文论,不仅体现了比较法学的丰厚意蕴和专业深度,而且突出反映出当代世界比较法学的新趋势。因此,译者特将书名意译为《比较法新论》,实乃传神之笔。至于本书新在何处,读者一览目录便略知一二,倘能耐心研读各篇文论,则会更具体领略其韵味。随着全球化进程的深入,各国的法律体制和世界的法系格局都会发生深刻的变化,比较法学将面临新的挑战 and 机遇。笔者深信,他们辛劳的汗水,将在中国比较法学行进的小路上,化作值得回忆的印迹。

本书原著的编者之一奈尔肯,与笔者合作已有 10 年之久。笔者曾承诺亲自主持本书译事,但因杂事缠身,只好把译事托诸马剑银和鲁楠。他

比较法新论

们联络国内法界青年才俊,经数年切磋磨砺,终于玉成其事。其中甘苦,凡操笔译事者,自有体会,无须多言。

值本书付梓之日,赘言数行,对奈尔肯略做交代,并向马剑银和鲁楠以及其他译者深表谢意,并对“比较法学丛书”这个新“成员”表示祝贺。

高鸿钧

2012年1月28日

编者前言

常常有人批判比较法缺乏理论,具有欧洲中心主义、法条主义(black-letter-law)和私法导向型的问题。本书的目的在于让学生熟悉比较法和比较法学研究中古典和前沿的材料以及流行的和有争议的观点。目前,英语世界中并没有关于比较法和比较法学研究当代主题的教科书。传统的导论型教材首先包含比较法的目的(aims)、目标(purposes)、功用(uses)和方法论(methodology),接着会向学生介绍主要法系和典型“法族”。实体法主要讨论私法,这就是比较法学家迄今为止所谓的传统研究领域。随着时代的变迁,当下其他的主题也变得至关重要。

我们的目的是在比较法的教学和研究中弥补这种不足。我们期待本书能适用于本科生,但也期待也能同样适用于研究生,为他们的进一步研修提供起点。本书的基本目标在于鼓励读者提出问题,在此之外,当他们具有一定的根基后,引导他们去解决这些问题。本书每一个主题都由在这个领域中的专家来向学生进行介绍。

本书以比较法和比较法学研究的总论开始,对贯穿全书的详细线索框架进行概述,接下来视野转移到当代比较法的前沿和最新领域。这种安排能够使读者去讨论晚近的相关争议主题,例如比较法的趋同/趋异、情境之法(文化与经济情境)、文化特殊性、全球主义与地方主义之争、转型中的法系、审判中比较法的功用以及比较法在法律改革和法律趋同中所扮演的角色、宪法与行政法领域的公法比较、人权领域的新共同法、“共同核心”和“较好之法”的研究进路、比较刑法、比较商法和比较家事法、超越西方世界的比较法。

本书并没有涉及其他主题,例如比较环境法、比较电子商务法、多元纠纷解决方式、生物伦理或食品安全方面的比较研究,这也是不得已而为之。我们选择的这些主题或者是迄今为止长期被忽视的,或者是在任何标准的比较法教科书中都未曾出现过的。我们审慎地省略了传统私法的主题,例如合同、债、不当得利和侵权等,因为这些内容在比较法教科书中大量地讨论着。我们也没有直接提供涉及不同法域的资料。因为大量的

教材已经准确覆盖这些法域,留给其他个性化的学者去选择更为合适。

使用这样一本具有创新性的读物,由于所涉及的主题和安排主题的方法都是以读者为中心的,读者一定会牢牢把握比较法的当代图景。他们能够批判性地讨论传统的比较法领域,同样也能够批判性地讨论由书中专家展示的最晚近的主题。

每一章开始都有一些段落和关键词表,结尾是一个疑难问题和讨论题目列表。每一章都附有作者建议的延伸阅读文献,有了这些大家就可以就每一个特定的主题去写文章。如有必要,还会附上一些图表。每一章都会突出网络链接,连上大学的网页,就能看到课程大纲和阅读文献,例如牛津大学的比较法论坛,还能看到电子期刊,例如《比较法电子杂志》等。

编者

比较法学丛书已出书目

1. 比较法法律文化

[美]H. W. 埃尔曼 著

贺卫方 高鸿钧 译

2. 英国法与法国法：一种实质性比较

[法]勒内·达维 著

潘华仿 高鸿钧 贺卫方 译

3. 比较法的力量与弱点

[德]伯恩哈德·格罗斯菲尔德 著

孙世彦 姚建宗 译

4. 法典编纂论——一个比较法的视角

封丽霞 著

5. 普通法的历史解读——从梅特兰开始

李红海 著

6. 探索与抉择——晚清法律移植研究

张德美 著

7. 司法独立与近代中国

韩秀桃 著

8. 全球化与国家主权——比较分析

程 琥 著

9. 比较法律文化论

[意]D. 奈尔肯 编

高鸿钧 沈 明 等 译

10. 美国学者论中国法律传统(增订版)

高道蕴 高鸿钧 贺卫方 编

11. 比较刑事司法论

[意]D. 奈尔肯 编

张明楷 等 译

12. 比较法视野中的司法程序

[意]莫诺·卡佩莱蒂 著

徐昕 王奕 译

13. 伊斯兰法：传统与现代化(修订版)

高鸿钧 著

14. 欧洲法：过去与未来——两千年的统一性与多样性

[比]R. C. 范·卡内冈 著

史大晓 译

15. 英美不动产法：兼与大陆法比较

高富平 吴一鸣 著

16. 法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集

[美]霍姆斯 著

明辉 译

17. 英国信托法：起源、发展及其影响

余晖 著

18. 法律职业与法治——以英格兰为例

陈绪纲 著

19. 英国司法制度史

程汉大 李培锋 著

20. 英国法中的实用主义与理论

[英]P. S. 阿蒂亚 著

刘承楚 刘毅 译

21. 比较法：法院与书院——近三十五年史

[英]巴兹尔·马克西尼斯 著

苏彦新 胡德胜 等 译