



比较法律文化论

Comparing Legal Cultures

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

[意] D. 奈尔肯/编

高鸿钧 沈 明等/译

清华大学出版社

比较法律文化论

Comparing Legal Cultures

比 · 较 · 法 · 学 · 丛 · 书

[意] D. 奈尔肯 / 编

高鸿钧 沈 明 袁开宇

傅建奇 叶建勋 纪海龙 / 译

高鸿钧 / 审校

清华大学出版社

北 京

原书名: Comparing Legal Cultures

原书编者: David Nelken

Copyright © 1997 by David Nelken

Original English Language Edition Published by Dartmouth

Publishing Company Limited.

All rights reserved.

本书中文简体字版由清华大学出版社独家出版、发行。

版权所有,翻印必究

北京市版权局著作权合同登记号 图字: 01-2002-6606

图书在版编目(CIP)数据

比较法律文化论 / (意)奈尔肯编;高鸿钧等译. 北京:清华大学出版社,2003

(比较法学丛书 / 高鸿钧、贺卫方主编)

书名原文: Comparing Legal Cultures

ISBN 7-302-07249-3

I. 比… II. ①奈…②高… III. 比较法学; 比较文化 IV. D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 082880 号

出 版 者: 清华大学出版社

地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn>

邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175

客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方洁

封面设计: 曹铎

印 装 者: 清华大学印刷厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 140×203 **印张:** 13.25 **字数:** 284 千字

版 次: 2003 年 10 月第 1 版 2003 年 10 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-07249-3/D·87

印 数: 1~5000

定 价: 26.00 元

内 容 简 介

在一个日益增加接触和相互影响的世界,对不同的社会和文化中的法律制度和法律程序进行比较和对照显得更为必要。本书是一本欧美、日本等多国学者关于比较法律文化的学术论文集,收载相关前沿研究成果 13 篇。内容涉及法律文化的概念、民事诉讼率、比较刑法、企业家的法律概念、跨文化犯罪学研究、版权法等。本书选题前沿,论证严谨,材料翔实,观点新颖,涉及知识领域众多,系跨学科比较法律文化研究的力作。

本书适合大专院校、科研机构的教师和学生以及立法、司法等实践部门的工作人员,也适合于对法学有兴趣,特别是关注比较法律文化的一般读者。

本书献给无与伦比的
伊斯拉·道女士

“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”、“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。然文化因族群而殊,习俗因族群而别,法律因族群而异。古希腊陶片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

比较法律文化论

葬与西方领主初夜权,英美对抗制与欧陆纠问制,中国古代漻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。

由是比较法生焉。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,法国孟漻斯鸠氏,少习法律,壮则弃官,潜心法学,遍历奥、匈、意、漻、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。其人其事颇具传奇色彩,遂为后世传为佳话。迨至西元十九世纪,比较法学于英、法、漻诸国蔚然成风,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之阶段。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。其中不乏搜奇钩异,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。其时西人眼中之中国,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

比较法律文化论

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》、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,不成隔阻,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,然夙怀为其勉效微力之愿。故联络学界同

“比较法学丛书”总序

道,不避浅陋,新辑比较法学著译数部,綴成“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

译者前言

在传统社会,文化的内容和形式尽管多种多样,但每种文化都自成一个整体。那时,法律曾经是文化的组成部分,几乎与文化水乳交融,浑然一体。各个社会的法律都浸润着文化的精神,体现着文化的价值,表征着文化的意象,反映着文化的气质,而文化则为法律提供信仰的基础和意义的源泉。既然法律与文化的关联不言自明,那么,“法律文化”就几乎是一个多余的概念了。

然而,自进入现代社会以来,科学主义与理性主义颠覆了传统文化的地位,世俗化的理性“除魔”驱逐了神圣的权威,多元化的价值竞争消解了道德的统一。由此,人权取代了神权,民主取代了君主,自由取代了压制,平等取代了特权。但是,与此同时,生活世界的官僚化与金钱化,致使社会上充斥着官场绞杀的氛围,人世间弥漫着市场博弈的尘嚣,而被边缘化了的文化则往往成为了欲望的玩偶和附庸风雅的矫饰。

在从传统向现代转变的过程中,人的形象发生了突变:宗教人被“还俗”为理性人,道德人被“进化”为经济人,具体人被“通约”为抽象人,文化人被“提纯”为法律人。人们发现,虽然现代人及其生活情境日益法律化了,然而,作为法律的文化却不再那么“法律”了,而作为文化的法律也不再那么“文化”了。现代法律以警察式的怀疑目光和模特般的冷峻面孔,打量一切,睥睨一切!传统法律中的那种文化温存、心性体贴和终极

关怀不复存在。

现代社会中的法律放逐了信仰，驱遣了道德，脱离了文化，成为了冷酷的理性规则、管制利器和谋利工具。在所谓法律自治的“城堡”中，通行的是形式化的法律规则；适用的是程式化的诉讼程序；盛行的是实证主义与功利主义的法学义理；言说的是“天书般”晦涩难懂的法言法语。

法律的世俗化、理性化、官僚化和非道德化，使法律逐渐脱离了人文关照，游离了民众情感，疏离了生活世界，偏离了日常伦理。这导致了法律的意义缺失，几乎成为了规则专政的“铁笼”；造成了法律的根基丧失，几乎成为漂浮在程序中的游丝。有鉴于此，自 20 世纪 60、70 年代起，美国学者弗里德曼和埃尔曼等人以“政治文化”的概念作为摹本，提出了“法律文化”的概念，并围绕这一概念展开了学理探讨。他们试图通过对法律文化的深入研究，重申法律的文化涵义，重现法律文化的不同模式，重建法律与文化的关系，重构理想的现代法律文化。20 世纪 80 年代末、90 年代初，中国法学界引入了“法律文化”这一概念及其相关学理，并从这一视角出发展开了广泛的研究。

继美国学者埃尔曼的《比较法律文化》一书之后，本书作为西方学界关于法律文化的一部专题论著，代表了这个领域中研究者的晚近思考。究竟什么是法律文化？法律文化仅仅意指法律认知、观念和态度，抑或还包含法律制度？法律文化这一概念有何功用？法律与文化有何关联？法律是价值自足和意义自赋的独立系统，还是需要文化为其提供价值基础和补给意义资源？如何使实在法具有正当性并富有意义？本书第一编的 8 篇论文从不同角度对这些问题进行了论说。

库恩曾经指出,在科学史上,研究范式的转换常常会带来意想不到的重大理论变革。广义上讲,从法律文化的视角出发研究法律也算是法学研究的一种新范式。然而,这种新范式是否具有某种神奇的魔力和灵验的效果呢?看来问题并不那么简单。为了避免使得法律文化这一概念流于空泛,在本书第二编的5篇文章中,作者分别从不同的视域对法律文化的内容加以展开,其中涉及了企业家式的法律概念、起诉、犯罪率、患者的权利以及现代版权制度。如果说本书第一编是关于法律文化的宏观研究,那么,第二编则侧重于法律文化的具体分析,向读者展示了如何运用法律文化的概念来研究具体的法律问题。

正如书名所示,本书是一部比较法之作。与其他比较法著作相比,其特色之一在于作者“从另一种法律文化的视角观察一种法律文化,考察相似的法律文化在不同背景下的发展方式”^①。采取法律社会学的视角,“探索运用定量和定性的方法,以便发现特定法律文化的特别之处和这种法律文化得以(重新)塑造的过程”^②,是本书在研究方法上的另一个特色。因为本书的大部分作者都是从事法律社会学研究的专家,从而使得它实际上成为一部比较法律社会学的论著。作者们来自不同的文化背景,具有开阔的智识视野,讨论了广泛的学术议题,既涉及了法律的本体内容,也涉及了作为法律背景的文化情境;既涉及了抽象的法学理论,也涉及了具体的法律制度;既涉及了英美法系的问题,也涉及了大陆法系的体制。但是,细心的读者会注意到,本书除了涉及日本的法律问

①② 见本书中译本“导言”,4页。

比较法律文化论

题之外,没有论及非西方国家的法律。作为一部比较法律文化的论著,这无论如何也是一种缺憾。此外,作为一部文集,本书自然缺乏专著那样一致的概念和缜密的体系。至于作者所采取的不同立场、观点和方法,见仁见智,只能留待读者评说了。

将“法律”与“文化”联系起来,把被边缘化了的文化重新“主题化”,也许会在某种程度上增加法律的文明外观,凸显法律的历史厚重,弱化法律工具论的庸俗,缓解法律意志论的生硬。实际上,法学界重谈文化议题的更深层原因,可能在于现代法律中的文化稀缺和对这种稀缺“产品”的需求,因为稀缺和需求促动追求。如果说现代法律存在着信仰危机,那么,这种信仰危机不过是文化危机的表征,而文化危机则是信仰危机的深层根源。如果说对于现代的法律而言,文化确实成为了一种“稀缺资源”,那么,依循“缺什么补什么”的思路,重新思考法律的文化情境及其意蕴,则是不难理解的了。为此,我们将这部论著译成中文,以飨读者,至于是否会带来“吃什么补什么”的效果,那就难说了。

本书翻译的难度较大,译校者的水平也有限,错误难免,殷望读者批评指正。

高鸿钧

癸未年八月于清华园

作者简介

埃哈德·布兰肯伯格(Erhard Blankenburg):荷兰阿姆斯特丹大学教授

罗杰·科特雷尔(Roger Cotterrell):英国伦敦大学玛丽·威斯特菲尔德皇后学院法学理论教授

马尔科姆·M. 菲利(Malcolm M. Feeley):美国加利福尼亚大学伯克利分校法学教授

埃里克·A. 费尔德曼(Eric A. Feldman):美国耶鲁大学研究员

玛丽亚·罗萨里亚·费拉雷塞(Maria Rosaria Ferrarese):意大利特伦托大学法律社会学教授

劳伦斯·M. 弗里德曼(Lawrence M. Friedman):美国加利福尼亚州斯坦福大学马伦·利斯·科尔克武德讲座法学教授

卡洛·古阿涅里(Carlo Guarnieri):意大利波伦亚大学比较司法制度教授

迈克尔·金(Michael King):英国布鲁内尔大学法学教授

宫泽节生(Setsuo Miyazawa):日本神户大学法学教授

戴维·奈尔肯(David Nelken):意大利马切拉塔大学杰出教授;英国威尔斯(加的夫)大学杰出教授

卡洛·彭尼希(Carlo Pennisi):意大利卡塔尼亚大学法学教授

比较法律文化论

汉内·彼得森(Hanne Petersen):丹麦哥本哈根大学法学教授

布拉德·谢尔曼(Brad Sherman):澳大利亚布里斯班格里菲斯大学法学教授

致 谢

本书中《作为法律文化指标的民事诉讼率》一文曾经于1994年发表在《法律与社会》杂志上,经该期刊惠允,编者将该文的修订稿辑入本书,在此特致谢意。

目 录

“比较法学丛书”总序	高鸿钧 贺卫方	1
译者前言	高鸿钧	7
作者简介、致谢		11
比较法律文化：导言	截维·奈尔肯	1

第一编 法律文化的运用：讨论与反驳

一、法律文化的概念	罗杰·科特雷尔	17
二、法律文化的概念：一个 答复	劳伦斯·M. 弗里德曼	51
三、作为法律文化指标的民事 诉讼率	埃哈德·布兰肯伯格	63
四、法律文化的困惑：评布兰肯伯格	截维·奈尔肯	100
五、比较犯罪学家的比较刑法：为何 目的而比较？	马尔科姆·M. 菲利	135
六、法律文化概念的社会学应用	卡洛·彭尼希	152
七、在探求法律同一性中的比较法律 文化	麦克尔·金	172
八、比较法律文化中的性别与自然	汉内·彼得森	197