



法律文化之追寻

Explorations in Legal Cultures

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

(荷) 弗雷德·布鲁因斯马 / 编
(意) 戴维·奈尔肯

明辉 李霞 / 译

清华大学出版社

法律文化之追寻

Explorations in Legal Cultures

比 • 较 • 法 • 学 • 丛 • 书

清华大学出版社

北 京

内 容 简 介

本书是一部以“法律文化”为中心议题的翻译文集,原作者们分别从不同的视角,对法律文化的内涵、功用及其地域性特征作了深入探讨。

法律与文化在不同的国家背景下呈现出各种各样的情形,“法律文化”正是从不同方面描述与阐释这些复杂的关系。本书的每一篇文章均有各自的议题与对应的内容,阐述法律与文化关系的某一方面,大致涉及南非、荷兰、俄罗斯、法国、德国、希腊、乌干达等国家和地区独特的法律文化。本书是一部颇具前沿性和创造性的比较法律文化著作。

本书适用于大专院校师生、科研机构研究人员以及法律实务部门人士,同样也适用于对法学理论与实践——特别是对法律文化——感兴趣的读者。

原书名: Explorations in Legal Cultures

原书作者: Edited by Fred Bruinsma and David Nelken © 2007 Reed Business BV, 's-Gravenhage

本书中文简体字版由清华大学出版社发行。

北京市版权登记局合同登记号: 图字: 01-2010-6377

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

法律文化之追寻/(荷)布鲁因斯马(Bruinsma, F.), (意)奈尔肯(Nelken, D.)编;明辉,李霞译.--北京:清华大学出版社,2011.2

(比较法学丛书)

书名原文: Explorations in Legal Cultures

ISBN 978-7-302-24521-6

I. ①法… II. ①布… ②奈… ③明… ④李… III. ①法律—文化—研究 IV. ①D909

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 002717 号

责任编辑: 方 洁

责任校对: 王凤芝

责任印制: 李红英

出版发行: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦 A 座

<http://www.tup.com.cn> 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: 148×210 印 张: 9.125 字 数: 210 千字

版 次: 2011 年 2 月第 1 版 印 次: 2011 年 2 月第 1 次印刷

印 数: 1~3000

定 价: 22.00 元

产品编号: 039714-01

“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。迺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，然夙怀为其勉效涓力之愿。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，赘言誌之。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

作者简介

马塞伊·德·布卢瓦(MATTHIJS DE BLOIS)

曾就读于荷兰乌特勒支大学。于莱顿大学国际法系获法学博士学位。自1990年起,在乌特勒支大学法学理论研究所担任讲师。目前的研究方向是法哲学和人权法的交叉领域的法律和宗教;这方面的成果可参见‘Two Cities in Conflict’, in M. L. F. Loenen and J. E. Goldschmidt (eds.), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe*, 2007, pp. 167~183。他还是荷兰平等对待委员会的副委员。

电子邮箱地址: M. deBlois@law. uu. nl

弗雷德·布鲁因斯马(FRED BRUINSMA)

自1995年起,在乌特勒支大学任法律和社会学教授。研究方向是比较法视野中的司法和法律职业。代表作为:《行动中的荷兰法》(*Dutch Law in Action*, 2003, also on [www. law. uu. rt](http://www.law.uu.nl)),该书是在与埃哈德·布兰肯伯格(Erhard Blankenburg)合著的《荷兰法律文化》(*Dutch Legal Culture*, 1994)一书的基础上修订而成。书名的改变表达了作者对不假思索地使用法律文化一词的担忧。如果文化不仅是关于我们在做什么,而是关于我们是什么的(Nelken, in this volume),比较法律社会学家就需要特别谨慎,不能以法律文化的要素来鉴别法律实践、事实和人物。

电子邮箱地址: f. bruinsma@law. uu. nl

海伦·基普(HELEN KEEP)

自 2005 年 1 月起,任南非罗德斯大学讲师。作为学术界的后来者,她此前曾在南非和英国从事法律实务。她即将获得基于个案研究的法律硕士学位,在该项研究中,主要探讨南非的国家安居计划如何应对穷苦公民所处的艰苦生存境况。她目前的研究方向是,社会经济权利在后种族隔离时期的南非的实现。

电子邮箱地址: H. keep@ru. ac. za

马丁·克拉姆(MARTIN KLAMT)

慕尼黑大学博士候选人。他曾研习政治科学、人文地理和法律,目前正进行博士论文的写作,主题是《作为激进民主的欧盟》(*The European Union as a Militant Democracy*),该书将在德国出版(Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2008)。他的研究方向在于宪法和比较法、法律社会学、录像监控、城市开发及公共空间。近期的出版成果包括: Verortete Norman, Verlag für Sozialwissenschaften 2007, “Demokratien in Osteuropa”, in Arbeitspapiere Forschungsstelle Osteuropa der Universität Bremen, forthcoming 2007(与 S. Bergstermann 合作), “What is Ubiquitous about Ubiquitous Computing? -Space, Surveillance, Technology and Behaviour”, in R. Koschke a. o. (eds.) *Informatik trifft Logistik I. (Lecture Notes in Informatics 109)*, 2007.

电子邮箱地址: martinklamt@web. de

玛丽娜·库尔奇扬(MARINA KURKCHIYAN)

牛津大学沃尔夫森学院与社会—法律研究中心法律基金成

员。她是一位对社会—法律研究中的文化相对主义颇有研究兴趣的社会学家。她运用从许多后共产主义国家中收集的定性数据资料,以期在不同社会—文化背景下检验法律的内涵与功用。她最近发表的作品包括《法律与日常实践:后共产主义的经验》(*Law and Informal Practices: The Post-Communist Experience*, 与 Denis Galligan 合编,牛津大学出版社,2003)、《亚美尼亚人》(*The Armenians*, 与 Edmund Herzig 合编,罗德里奇,2005)、“中国的法治”(*Rule of Law in China*, FJLS, 牛津,2007)以及“俄罗斯法律文化”(Russian Legal Culture, 载《法律与社会调查》,即将出版)。

电子邮箱地址: marina.kurkchiyan@csls.ox.ac.uk

艾里斯·马钱德(IRIS MARCHAND)

毕业于阿姆斯特丹大学,从事国际发展研究。她现在是爱丁堡大学社会人类学专业博士研究生。她的一般研究方向包括经由自我与“他者”的社会—文化感知在法律与政治结构方面的全球—地方过程。

电子邮箱地址: i.marchand@sms.ed.ac.uk

罗布·米奇利(ROB MIDGLEY)

罗得大学法学院教授与院长。他是南非法律教师协会的前任主席。他的声誉来自于其发表的 90 多部著述,包括两部著作《律师的职业责任》(*Lawyers' Professional Liability*, 1992)以及 Van der Walt 合作的《不当行为原则》(*Principles of Delict*, 2ed, 1997 and 3ed, 2005),并将不当行为部分投稿于《南非法》(*The Law of South Africa*, 1996 and 2005)。他被南非国家研究基金视为常设研究员,并于 2004 年被选入南非科学研

究院。

电子邮箱地址: R. Midgley@ru. ac. za

戴维·奈尔肯(DAVID NELKEN)

意大利马切拉塔大学著名的法律制度与社会变迁教授。他还接受了加的夫、伦敦政治经济学院和乌特勒支的法律教授的任命。他的著述主要涉及比较法律社会学和比较刑事司法。近期发表作品包括《法律的欧洲之路》(*European Ways of Law*, Hart 2007, 与 Volkmar Gessner 合编)与《比较法: 一份指南》(*Comparative Law: a Handbook*, Hart 2007, 与 Esin Orucu 合作)。

电子邮箱地址: sen4144@iperbole. bologna. it

芭芭拉·乌门(BARBARA OOMEN)

罗斯福学院(乌特勒支大学的一个荣誉学院)法律助理教授。她的社会法律研究方向包括变迁的司法/正义、习惯法以及人权。近年来,她从事对全球司法体制的地方正当性的研究,得到了荷兰科学基金的支持,并且正在完成一部关于该主题的著作。[她的]早年作品获得了“法律与社会协会”论文奖。

电子邮箱地址: B. Oomen@roac. nl

威博·凡·罗萨姆(WIBO VAN ROSSUM)

乌特勒支大学法学院的法律人类学家。他曾于阿姆斯特丹大学研习法律,并就荷兰法院中的土耳其被告的习惯行为出版过著作——《法官面前受审》(*Verschiijnen voor de rechter*, 1998)。此后,又以宗教法律和土耳其的伊斯兰少数派 Alevi 为主题发表过成果。他就荷兰家庭法和劳动法领域的真实法律案

件中移民文化价值和因素的角色进行了研究,并且出版了相关成果——《关注文化》(*Gelet op de cultuur*, 2007)。

电子邮箱地址: w. vanrossum@law. uu. nl

吉塞拉·肖(GISELA SHAW)

在英国布里斯托尔的西英格兰大学从事欧洲研究的访问教授。他一直密切关注欧洲法律职业(尤其是公证行业)的改革和转型。近期发表的成果包括: *Women in the World's Legal Professions*, Hart, 2003 (co-ed. : Ulrike Schultz); *Notaries in Central Europe: Transformation as Reprofessionalisation*, *Notarius International*, 2004; *Notariat in Europe. Eine Zwischenbilanz oder: eine lange Geschichte ohne Ende?*, *Zeitschrift für die NotarPraxis*, 2006; *Notaries in England and Wales: what future in a climate of globalization?* *Notarius International*, 2006; *Notaires in France- an unassailable profession? Or are they?*, *International journal of the legal Profession*, 2006.

电子邮箱地址: gisela@giselashaw.com

目 录

导言	弗雷德·布鲁因斯马、戴维·奈尔肯	1
法律文化概念运用中的三个问题	戴维·奈尔肯	12
ubuntu-botho 在塑造共识的南非法律文化中渐显的作用		
.....	海伦·基普、罗布·米奇利	40
荷兰法官对多元文化案件的裁判	威博·凡·罗萨姆	85
转型对俄罗斯法律的角色影响	玛丽娜·库尔奇扬	113
大陆法中的公证人与自由主义的挑战：以法国为例		
.....	吉塞拉·肖	141
荷兰的多元主义与法国的世俗主义：伊斯兰教在象征意义上		
的挑战 ...	弗雷德·布鲁因斯马、马塞伊·德·布卢瓦	168
激进的民主与民主的困境：保护民主宪法的		
不同方式	马丁·克拉姆	199
法律文化、模糊的边界：以乌干达的转型司法为例		
.....	芭芭拉·乌门、艾里斯·马钱德	237
纯粹的智识追寻(译后记)		271

导 言

弗雷德·布鲁因斯马、戴维·奈尔肯

本书中对法律文化的追寻,主要关涉作为社会—法律研究中一个“技艺术语”的法律文化观念的诸般可能性,这一术语既指研究的主题或对象,亦指意图有益于理解此类对象的概念。正如我们得出的结论所恰当阐明的,法律与文化之间在不同的国家与国际背景下呈现出各种各样的相互关系,法律文化这一术语可以从不同方面被用做提出的主张,以描述与阐释此类关系。本书的每一章节均有其各自的内容,以阐述法律与文化关系的某一方面。绝大多数内容均极具价值并切实涉及法律文化的概念,尽管它们并不总是以同一种方式赋予这一概念以有益性。因而,本篇导言的任务旨在简要概括、对照法律文化概念的诸般用途,勾勒法律与文化之间的某些联系。

本书开篇即是戴维·奈尔肯(David Nelken)在理论澄清方面的一次实践。该文意在检视对法律文化概念方面提出的三个极其重要的批判。如果法律文化需要被追寻的话,那么这个概念本身即是如此。当我们使用这一术语时,我们意指哪些内容?是什么赋予了

它们所谓的自洽性？我们如何能使我们的阐释避免同义反复？在寻找这些问题的答案时，作者提出了一些关于对这些问题的看法：为什么有助于我们更能理解法律文化概念的潜在内涵，以及这种理解有何裨益。本章也为读者提供了机会，以考量这三个批判如何以及在何种程度上得到案例研究者的强调，以及这将如何决定它们不得不向我们述及外部法律文化、内部法律文化以及两者之间的关系。^①

案例研究

前两篇独立的文章探究了外部法律文化与司法机构之间的关系。海伦·基普(Helen Keep)与罗布·米奇利(Rob Midgley)阐释了法院如何在改革意义上使用 *ubuntu-botho* 的观念，以表达非洲的价值以及——他们补充——或许是普遍的价值，并将其融入法律体系之中。实际上，他们调和了博安南(Bohannon)的再制度化理论与戴蒙德(Diamond)的批判(1971)。他们检视了特别是在刑法、住房法以及犯罪方面的判决，在此，这一术语明确被用于辨识其可能与结果具有何种联系。尽管这一术语使上述情况处于潜隐状态，但他们否认这一术语“被赋予了政治的色彩”。相反，他们的观点恰当地说明了法院公开支持对改革南非法律文化的需求，以及由此产生的对维系过去被边缘化之人的价值的需求。对这种将文化反思地植入法律领域，这种方法的重要性在于，它代表了一种对共同体本土价值的独特诉求，这

① 劳伦斯·弗里德曼(Lawrence Friedman)创造了法律文化一词，区分了大众的外部法律文化(“对法律体系的态度与行为模式”)与“法律职业人”的内部法律文化——“律师、法官以及在法律体系的魔圈内执业的其他人的价值、意识形态与原则”(1987, chs. 8 and 9, quotes on p. 194 and p. 223)。

种价值对于构建国家来说必不可少。这种诉求可适用于全体共同体成员而不仅仅是黑人的多数。

以一种类似的风格,威博·凡·罗萨姆(Wibo van Rossum)强调了荷兰法官处理文化差异问题的方式。法官如何以及何时会考量下述事实,即数量不断增加的诉讼当事人正是文化少数群体的成员,他们具有不同的预期、价值以及有时甚至是相互竞争的忠诚?通过描述一个地区法院案件的例证,他超越了对刑事案件的一般关注,以说明毋庸置疑的文化预设如何在法官对民事案件的推理中同样发挥着重要的作用。他深入研究了法官如何在两个案件中诠释法律概念的意义,甚至有时是曲解了用于该案的法律概念的意义。他还解释了[为什么法官]更愿意为劳工案件与家庭法方面的案件之间的差异留有余地:法官或许更愿意将文化视为事实而非价值。他的分析具有多元文化社会中文化多元性政策的意蕴。

接下来的两章共同关注了法律与社会变迁之间的关系。玛丽娜·库尔奇扬(Marina Kurkchiyan)检视了传统俄罗斯法律文化依然制约当今并限制转型期改革后果的方式,而这些改革被赋予自由市场的自我矫正权力。她解释了俄罗斯既身处西方法律传统之内又游离于其外,因为俄罗斯的历史并未经历那种导致西方国家典型的权力分离的革命。与法治相对,在俄罗斯通常占据主导地位的是人治,法律是在工具意义上得以使用的,并且仅仅在有利于工具性使用时才获得尊重。诸多非正式的关系是非常重要的,许多法官容易受到压力的影响且乐于收受贿赂。库尔奇扬依据充分的文献材料考察了这一新兴法律文化的各种特征,例如,解释了商人为什么仍然使用合同法,受过西方教育的律师为什么不断被律师职业群体的其他成员边缘化。

另一篇文章则论及社会变迁如何对法国的公证行业(notary profession)提出了挑战。吉塞拉·肖(Gisela Shaw)解释了公证行业的国家领导层如何与政府实现共存——一个十分有趣的由对抗和共谋组成的混合体——这种状况大体上使两者均感到满意。然而,这种状况现在受到了威胁,不仅仅是来自全球化的冲击(Garapon 1995),更特别的是来自于欧盟旨在促进开放法律服务市场的共同法律文化的指令。她描述了公证业如何很好地应对这些挑战,并将其归因于与各个国家和经济组织长期维持的紧密联系。公证业深嵌于国家的法律文化与传统之中,这一事实的标志就是司法部长在2006年年会上的颂词:“你们的职业促进了正义与法治的实施。它所赖以建立的价值观基础并非以追求经济利益为根本。”

再接下来的两章则提供了对下述问题颇有价值的研究,即不同类型的司法权如何对“同一”问题形成不同的解决进路,这是一种尚未普及的研究类型(Gessner and Nelken 2007)。弗雷德·布鲁因斯马(Fred Bruinsma)与马塞伊·德·布卢瓦(Matthijs de Blois)对公共教育领域内的法国世俗主义法律传统与荷兰多元主义法律传统二者进行了比较。在一个范围宽泛的研讨中,他们解释了一般文化与法律文化之间的相互关联,特别是如何避免不确定性的问题(uncertainty avoidance)。在法国,学校教育是培养法国公民的主要手段,不同的是,在荷兰,同样在公共教育中,宗教表达是被允许的,但并不是主动改变宗教信仰。近来发生在法国的禁止在公立学校披戴伊斯兰头巾的现象并未在荷兰出现,然而,却可以在一项新的法案中发现一种类似的对国民身份的道德恐慌,该项法案特别强制穆斯林移民学习荷兰的语言、风俗习惯与文化。

马丁·克拉姆(Martin Klamt)同样也关注了法律如何试图