



全球化与法律理论

[英] 威廉·退宁 著
钱向阳 译



中国大百科全书出版社

全球化与法律理论

Globalisation and Legal Theory

[英] 威廉·退宁 著

钱向阳 译



中国大百科全书出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

全球化与法律理论 / (英) 退宁著; 钱向阳译. —北京:
中国大百科全书出版社, 2009. 9
(外国法律文库)
ISBN 978-7-5000-8229-3

I. 全… II. ①威…②钱… III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 161323 号

Globalisation and Legal Theory © Butterworths London, Edinburgh,
Dublin 2000

《全球化与法律理论》© 中国大百科全书出版社 2009
北京市版权局著作权登记号 图字: 01-2006-3934

责任编辑: 王 宇

责任印制: 张新民

封面设计: 北极光世界

内文设计: 北京鑫联必升文化发展有限公司

中国大百科全书出版社出版发行

地 址: 北京阜成门北大街 17 号

邮政编码: 100037

电 话: 010-68315606 <http://www.ecph.com.cn>

印 刷: 保利达印务有限公司

经 销: 新华书店经销

开 本: 32

印 张: 12.375

字 数: 315 千字

版 次: 2009 年 9 月第 1 版 2009 年 9 月第 1 次印刷

印 数: 1-3000 册



ISBN 978-7-5000-8229-3 定价: 36.00 元
本书如有印装质量问题, 可与出版社联系调换。

外国法律文库编委会

主 编：江 平

委 员：（以姓氏拼音为序）

陈兴良	方流芳	高鸿钧	郭寿康
贺卫方	季卫东	江 平	李显冬
龙宗智	米 健	沈宗灵	王 惠
王 牧	王卫国	吴焕宁	肖永平
信春鹰	徐国栋	许浩明	尹 田
应松年	张乃根	张卫平	张文显
赵 威	赵秀文	郑成思	周旺生
朱苏力			

总 序

《外国法律文库》又与读者见面了！

第一辑的外国法律文库已是十年前的事了，当时由美国福特基金会资助，共翻译了 25 种书，其中不乏世界性的经典名著，如奥本海的《国际法》，戴西的《冲突法》等。这批书成了法学研究工作者、法学教学工作者以及各实务部门必备的参考书，也为大量的本科生、硕士研究生、博士研究生学习和研究法律提供了第一手的文献资料。应该说，第一辑的外国法律文库取得了卓越的成就，也创造了良好的品牌。

十年后的今天，中国大百科全书出版社又动议启动第二辑外国法律文库工作，仍邀我担任第二辑编委会的主编。我深感外国法律文库这套丛书在中国当代的意义，接受了这一邀请。

长期以来，法学是社会科学中受意识形态束缚最重的学科之一，甚至不成其为一个真正的学科。而改革开放以来，法学不仅在理论体系和思想内容上得到了充分发展，而且也成为推动中国改革的一支重要力量。在几次改革关键时刻的大争论、大讨论中，法学界队伍中保守势力的声音是比较弱的。法学能走向国际潮流和大量国际上著名的法学书籍与法律理念在中国的传播有着密切的关系。这些译著起到了某种启蒙的作用。

中国法治的完善需要借鉴国外好的法律制度、法律方法以及法律理念。

法律更是一个系统工程，是一个由许许多多具体制度相互衔接而构成的庞大工程，其中某一制度环节出现了不协调和阻



碍就会使整个工程出现问题。在这个意义上，我们必须把国外行之有效的具体制度的设计和操作借鉴起来。

法律又是一个方法，它像一把解剖刀那样具体去解剖分析社会存在的问题和解决的方法。不仅法律本身可以是一种方法，而且法律本身也可以有多种的分析方法：法经济学、学社会学、法伦理学等诸多方法。国外在法学方法论上有重大进展可以作为我们的借鉴。

法律是一个理念，它是一个价值衡量体系，它是人们追求的价值目标，离开了这个价值目标，法律作为制度，作为工具就可能成为邪恶的制度，邪恶的工具。国外在人类文明基础上形成的许多优秀的法律理念是我们必须借鉴的。

比起十年前，第二辑外国法律文库有了更充分的基础和条件。我们有了更多的专门搞比较法的学者，我们也有了更多的在部门法中从事比较研究的学者，我们更有了许多在不同国家中学习并精通该国法律的学者，我们还有大批在本国又精通专业又精通外语的硕士、博士毕业生。因此，我们完全可以在选择书目和选择译者方面比第一辑做得更好。

感谢中国大百科全书出版社为启动这项工程所做出的巨大努力，也期望这套丛书获得成功。

再为序。

2006 年岁末

中文版序

欣闻中文版《全球化与法律理论》已翻译完成，甚感荣幸。这本书代表了我第一阶段研究的成果，这一研究仍在进行中。实际上，它永无止境。其中的核心问题是，被称作“全球化”的那些进程，对我们关于世界法律的整体性理解有着什么意义？本书对这一问题的探讨，主要以英美法理学传统中所选取的思想家的学说为基础。因此，在一定程度上说本书是颇具地域性的。但本书提出的问题，是当今日新月异且纷繁复杂的世界中的每一个法律传统都要面对的。本书审慎地提出，在我们所接受的思想遗产中，有些思想在新的背景下依然值得建构和发展。在我2002年出版的《法学大集市》纷繁复杂的第一部分里，通过对特定思想家的深入研究，这一观点得到了进一步的阐释。将于2009年初出版的《一般法理学》，对这一观点的阐述会更为深入和具体。所以，《全球化与法律理论》可以看作是三部曲中的第一部，它们共同探讨了一些非常具有挑战性的问题。

有三个主题贯穿于这些作品之中。第一，如果“全球化”被广义地理解为增加相互依赖和相互影响程度的进程，则这些进程大都在次全球化的层面上以复杂的方式进行。因为相互依赖和密切程度都是相对的。我们根本不能假定全球化会导致同质和融合，它反而应当提高我们对法律现象多样性和复杂性的意识。所以，在我们试图对世界法律做整体性理解的时候必须谨慎，不要过于一般化和简单化。第二，法理学既是文献和思



想的遗产，也是对涉及法律的一般性问题进行批判性思考的活动。因而，我们必须尊重并立足于过去思想家的工作，但我们也必须变化的背景下批判地审视那些文献和思想。第三，西方的法学和法律理论传统，在很大程度上专注于工业化社会中作为国内法和国家法的民法和普通法体系，对其他法律传统却很少关注。倘若人类要创制超国家层面上或跨国层面上的制度和程序，并让来自不同文化和信仰体系的人们，把这些制度和程序作为稳定和正义的基础来共存与合作，那么对法律的全球性视角就需要考虑所有主要的法律传统和信仰体系。本书就是朝这一方向迈出的小小的第一步。

威廉·退宁

2008年12月于牛津

致 谢

本书用了将近十年的时间完成。这十年里，我受益于很多的帮助、建议和批评。而提供这些帮助、建议和批评的人太多，我无法一一列出。我在有些文章首次发表时，对其中一些人表达了谢意。我要感谢图书馆特别是法学图书馆的工作人员，包括伦敦大学学院、波士顿学院、波士顿大学、迈阿密大学法学院、斯坦福行为科学高级研究中心的图书管理员们。我和出版商还要感谢以下人员和机构，他们允许我使用他们的版权材料：Ashgate 出版社，Harcourt Brace 出版社，牛津大学出版社、Routledge 出版社，SLS 法律出版社（北爱尔兰），还有《布鲁克林法学评论》（*Brooklyn Law Review*）、《马斯特里赫特欧洲法与比较法期刊》（*Maastricht Journal for Europe and Comparative Law*），以及《法律科学期刊》（*Tidsskrift for Rettsvitenskap*）的编辑们。本书第三章的一些材料出自《迈阿密大学法学评论》[48 *university of Miami Law Review* 119 (1993)]，该期刊对原始文章享有版权。

我要特别感谢在波士顿、迈阿密和伦敦讨论课的小伙伴们，我的很多思想在他们那里得到了第一次检验。我还要感谢在伯克利、波士顿、开普敦、卡多佐法学院、香港、伦敦、马斯特里赫特、迈阿密、提尔堡和华威教师研讨会上的同事们，他们提出了很多有益的建议和问题。我还要感谢泰瑞·安德森、苏珊·哈克、麦克·里科夫斯基和约瑟夫·波克维奇。我的妻子也一如既往给我提供支持、鼓



励和实际的帮助。

本书完成时，我正在斯坦福行为科学高级研究中心做研究员。我特别感谢该中心及其员工提供的极大支持。

威廉·退宁

1999 年 12 月于斯坦福

缩 略 语

本书中的有些观点和论题，作者在其他作品中已经进行了更为详细的阐述。下面是脚注中使用的一些缩略语。

- ALLP ‘*Academic Law and Legal Philosophy: the Significance of Herbert Hart*’ 95LQR 557 (1979) 《法学与法哲学：赫伯特·哈特的价值》95《法学评论季刊》557 (1979)
- ANALYSIS *Analysis of Evidence* (with Terence Anderson, London and Chicago, 1991, 1998) 《证据分析》(与泰伦斯·安德森合著，伦敦与芝加哥，1991, 1998)
- CCC ‘*Constitutions, Constitutionalism and Constitution-mongering*’ in Irwin P. Stotzky, *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary* (Boulder, 1993), ch25. 《宪法、宪政与宪法贩卖》载于欧文·斯托斯基《拉美的民主转型：司法的角色》(Boulder, 1993)，第25章。
- HTDTWR *How to Do Things with Rules* (with David Miers, 4th ed, London, 1999) 《如何用规则做事》(与戴维·迈耶斯合著，第四版，伦敦，1999)
- JJM ‘*The Job of Juristic Method: A Tribute to Karl Llewellyn*’ 48 *University of Miami*



- Law Review* 601 (1993). 《法学方法的职能：致卡尔·卢埃林》48 《迈阿密大学法学评论》601 (1993)。
- KLRM *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London and Oklahoma, 1973, 1985) 《卡尔·卢埃林与现实主义运动》(伦敦与俄克拉荷马, 1973, 1985)
- LIC *Law in Context: Enlarging a Discipline* (Oxford, 1997) 《背景下的法：一个学科的扩展》(牛津, 1997)
- LTCL *Legal Theory and Common Law* (ed, Oxford, 1986) 《法律理论与普通法》(编著, 牛津, 1986)
- OPP ‘Other People’s Power: The Bad Man and English Positivism 1897~1997’ 63 *Brooklyn L Rev* 189 (1997) 《他人的力量：坏人与英格兰实证主义 1897~1997》63 《布鲁克林法学评论》189 (1997)
- RB ‘Reading Bentham’ Maccabean Lectures, 75 *Proceedings of the British Academy* (1989), at 97~141. 《解读边沁》马克比讲座, 75 《英国科学院院刊》
- RE *Rethinking Evidence* (Oxford, 1990; Chicago and London, 1994) 《证据再思考》(牛津, 1990; 芝加哥与伦敦, 1994)
- TAR ‘Talk about Realism’ 60 *New York University Law Review* 329 (1985) 《试论现实主义》60 《纽约大学法学评论》329 (1985)

目 录

第一章 导论	1
第一节 一个新世界?	1
第二节 全球化	5
第三节 法理学和法学	13
第四节 概览	17
第二章 一般法理学与特殊法理学：一个故事中的三个章节	19
第一节 概述	19
第二节 杰罗米·边沁与约翰·奥斯丁	19
(a) 边沁	19
(b) 奥斯丁	26
第三节 霍兰德及其批评者	32
第四节 哈特与德沃金	42
第五节 结论	60
第三章 全球化和法律理论：一些地方性的意义	64
第一节 全球化：法律理论的三个挑战	64
第二节 20 世纪 90 年代中期伦敦的法学研究	69
第三节 本地法学经典	72
第四节 4 位经典法学家	81
(a) 德沃金的地理适用范围	81
(b) 边沁理论的适用范围	83
(c) 重新定位罗尔斯	89



(d) 超越卢埃林的法律职能理论	96
第五节 规范多元与法律多元	106
第六节 结论	113
第四章 杰罗米·边沁与一般法理学	117
第一节 纪念边沁	117
第二节 边沁法理学的五个支柱	121
(a) 功利主义	121
(b) 拟制理论	124
(c) 法律实证主义和命令说	125
(d) 民主理论和宪法	127
(e) 普遍性立法科学的概念	129
第三节 作为世界公民的法学家：现代的边沁主义者	131
第四节 俄克霍夫和边沁	135
第五章 他人的力量：坏人与英格兰实证主义	
1897~1997	138
第一节 《法律的道路》	138
第二节 英格兰法律实证主义	142
第三节 1897 年的坏人	148
(a) 不厚道的解读	148
(b) 公道的解读	152
第四节 1997 年的坏人	156
第五节 立场：三个区分	162
(a) 再论一般法理学和特殊法理学	162
(b) 参与者、观察者和参与—观察者	166
(c) 外部视角和内部视角	169
第六节 结论	171
第六章 法律地图绘制	174

第一节 概述	174
第二节 法律的层次	177
第三节 地图绘制	179
第四节 地理地图	181
(a) 喀土穆, 1958~1961	181
(b) 比较普通法: 贝尔法斯特, 1967~1972	185
(c) 波士顿, 1996	190
(d) 地理地图: 事后的剖析	191
第五节 心理地图的绘制	195
(a) 全球统计	196
(b) 排名榜	201
(c) 法学院排名争议	206
(d) 描绘法律秩序	211
第六节 城市与法律秩序	215
第七章 全球化与比较法	222
第一节 帕洛玛先生	222
第二节 比较法: 一个局外人的视角	224
第三节 宏观比较: “大法系”的争论	227
第四节 微观比较: “国家与西方”传统	235
第五节 反思比较法: 理论研究日程	242
第八章 全球化、后现代和多元性: 桑托斯、	
哈克和卡尔维诺	248
第一节 概述	249
第二节 《走向新常识》	251
(a) 立场与问题: 桑托斯与退宁	251
(b) 桑托斯著作的篇章结构	254
第三节 后现代主义的两种思潮	255



(a) 桑托斯和哈克	255
(b) 卡尔维诺和坦诚实论	269
第四节 桑托斯论全球化与法律	283
(a) 全球化	283
(b) 法律多元和规范多元	287
(c) 绘图	300
(d) 桑托斯的研究日程	306
第五节 结论	311
第九章 跋	314
第一节 帕洛玛在帕洛阿尔托	314
第二节 评估遗产	319
第三节 世界性法律研究：抛砖引玉的建议	323
(a) 全球化的挑战	323
(b) 一般法理学	325
(c) 比较法和世界性法律研究	327
附录 全球化与法律的教学	329
概述	329
课程介绍	331
推荐阅读	334
索引	339
译后感	366

第一章 导 论

第一节 一个新世界？

引导学生进入法律研究领域的一种方法，是让他们仔细阅读每天的报纸，并标出那些他们认为是谈法律的，或者“与法律相关”的文章。^① 学生们几乎总是难以确定哪些属于该标的，哪些又不该标。即使那些对法律作狭义理解的人，也能在每一个版面上发现了法律：在体育版中，诸如足球俱乐部、国家网球协会或者国际体育组织（国际奥委会、国际足联等）之类的机构发布命令、磋商、诉讼，甚至被控以腐败。职业选手们与赞助商交涉，解雇他们的经纪人，“被买”或者“被卖”，受纪律处分，被控滥用兴奋剂，或者陷入劳务纠纷。在艺术版中，色情、版权、诽谤，以及与言论自由相关的其他问题，与许可证、慈善法、税收，还有无处不在的合同一起出现。广告中也遍布着法言法语。如此等等，充斥了整个报纸。

学生们很快意识到，法律在社会以及他们生活的很多方面普遍存在。法律对他们根本不是一个新鲜东西，从出生开始，他们早已直接体验了法律：作为儿童权利的享有人、定约人、侵害者、消费者、债务人、著作权侵权人、互联网冲浪者、抗议者、罪犯，还有受害者。这一读报作业说明法律是普遍的、动态的、重要的、复杂的和有趣的。它也让人明白并不是只有国内法才是报纸的主要内容。国际公法和国际私法、人权法、

① 报纸练习在 BT 第 4~11 页，以及 LIC 第 210~213 进行了更细致的讨论。