

上 编

法律移植与法律文化的理论探讨

高鸿钧 译

本书上编讨论的是关于法律是否可能适应法律文化的问题,作者阐释了在当代条件下讨论这一问题方式的变化。在开篇介绍一章中,D. 奈尔肯提出了一些重要问题,我们把这些问题称为关于法律适应的社会学问题。在该章第一节中,他讨论了有些乏味和令人迷惑的关于法律移植的争论;在第二节中,他尝试从一个新的起点出发,来澄清法律适应情境和法律移植的意蕴,并时常进行评论,这些评论所针对的问题是全球化发展如何影响了法律的迁移;在最后一节中,奈尔肯论述了何谓法律移植成功及其有关描述策略问题。

通常,许多关于法律移植问题的研究,甚至这类研究本身,都过分关注法律如何适应特定情境的问题。P. 罗格朗对这个问题提供了虽有争议却强有力的回应。他认为,法律移植是不可能的。他的论述清晰而富有学识,有助于提醒那些持不同观点者思考,他们指望通过法律移植取得什么样的效果。

根据罗格朗的观点,那些倡导法律移植模式的学者,其基本错误在于他们不理解法律与特定的社会和文化情境密不可分的特质。规则的



存在依赖于特定解释共同体中的解释和适用,这是由历史和文化所限定的。作为

一种整体—部分的文化表现形式……一条规则如果完全脱离界定法律文化的意义的世界,是无法实际存在的;部分是整体的表现和构成要素。^①

就法律属于一种文化表现形式而言,我们需要把它当作神话和叙事,我们至多能够通过翻译来不完全地把握这种文化,而不能奢望找到一种复制其“效果”的方法。针对罗格朗反对法律移植的立场,人们会有诸多回应和评说,而这更多地取决于我们如何界定法律移植一词的含义。例如,A. 沃森就在他所掌握的材料的基础上,反对罗格朗关于法律与情境密不可分观点,而颇倾向认为,不应指望法律移植会取得某种确定的效果,法律只能在一种新的环境中呈现自己的生命。对此,罗格朗可用他自己对移植隐喻的理解进行争论。他的主张似乎只是逻辑的推演,但有时也诉诸经验的有效性,他的观点不免有文化相对主义之虞。实际上,我们能否确定法律适应的效果?我们是否能说那些未能把握文化差异的法律移植都已经失败?我们如何知晓(我们如何能知晓)同参与法律移植的各民族国家的法律制度相对应的“不同的理性与道德”的边界?

在随后的一章里,R. 科特雷尔考察了社会—法律理论及其在移植问题上的效用,他的讨论集中针对 F. 伊瓦尔德所称的法律移植的逻辑^②。在开头,科特雷尔指出了沃森和伊瓦尔德的误导,认为他们过分简单地对法律进行了社会学角度的讨论,将法律作为社会的“镜像”。他认为,要证明相反的命题即法律没有社会功能的命题,需要进行社会—法律的研究。科特雷尔承认,沃森理论的核心是法律职业共同体和

^① 参见本书第二章,81 页。

^② W. Ewald, “Comparative Jurisprudence(II): The Logic of Legal Transplants”, 43 *American Journal of Comparative Law*, 1995.

法律制定者,关注他们无疑十分重要,但他建议扩展分析的范围以包括其他群体。为了理解法律移植的可能性和所存在的障碍,我们需要像涂尔干所说的那样,考察不同类型的法律如何与不同的社会组合形式相关联,正是这些社会的组合形式型塑人们的认同意识,并形构人们的团结与合作。科特雷尔在借鉴韦伯所建构的行为类型的基础上,区分了四种类型的社会共同体,即工具型利益共同体、传统认同型共同体、共享信念型共同体和情感参与型共同体。这些社会共同体的每一种类型都或者推动或者妨碍不同类型的法律移植;科特雷尔预设,他所称之为“强意义”和“弱意义”的法律与“强意义”和“弱意义”的社会共同体之间存有关联互动,而这种关联互动将会影响法律移植的结果。这种进路的探讨虽然富有价值地推动了法律移植理论的研究,但这种架构在多大程度上囊括了全球化世界中法律迁移的各种过程,以及它们与新出现的过渡形态的社会共同体是何种关系,我们仍有诸多疑问。我们还应注意的是,当谈论法律何时可能或多或少地调控共同体的生活,例如关于法律在家庭生活中的作用,不应从文化上带有偏见的预设出发。

L. 弗里德曼在他的评论中甚至比科特雷尔走得更远,他指责沃森或伊瓦尔德的主张,认为他们是把法律移植的研究引向了“死胡同”,他们的主张是,相对于法律与社会的联系而言,研究者必须寻求法律与法律职业者的联系。为此,只要看看当代不同国家法律制度之间的相同之处,如何多于它们同自己历史上法律的相同之处就足够了。弗里德曼争辩说,只要法律移植延续下去,在技术、经济和社会的趋同趋势和压力下,就会形成高度相似的法律制度,即使我们完全缺乏借用国外法律的意识,亦复如此。在这种趋势的影响下,甚至伊斯兰教国家的家庭法也正在发生变化。弗里德曼提醒我们,反过来说,在移植失败的地方,甚至在一些法律被移植的社会中,法律可能从未“渗入”日常生活。5 弗里德曼虽然赞成科特雷尔关于法律与社会共同体相关联的思想,但他也注意到了这种类型划分存有某种限度;例如商业社会也有情感的联系,持续性的关系对它们的存续是至关重要的;还存在其他一些问题。有时,法律之所以存在,恰恰是因为社会共同体的解体,法律与社



会共同体在某种程度上存在紧张关系,例如“法律甚少涉及长期婚姻的幸福”。弗里德曼一般地认为,我们不应谈论法律移植,而应代之以思考法律扩散传播的过程,无论这种扩散传播是属于主动借用还是被迫接受。关于这些过程仍有诸多问题值得研究;他指出,诸如“过错离婚”之类的新的规范像细菌般地神秘传播,构成这些规范载体的是文化,而不是法律制度。

A. 杰汀霍夫在他撰写的一章中,更新了他对沃森与伊瓦尔德的批评,他所针对的预设是,法律发展反映了社会的变化。他指出,许多法律变化并非回应内在的社会一经济演进或需要,而是社会和历史外部事件的产物,取决于意料之外的包括战争在内的地缘政治事件和需要。现代法律源于国王与资产阶级之间的斗争。法院的类型和法院的使用持续反映了政治环境。如果法律被用于创设民族国家,它也是为此目的而被使用。杰汀霍夫强调国家独特的和相对自主的地位,这种作用在备战和战争时尤其明显。例如,在创设福利国家和所有与之相伴的立法和行政规章时,国家的作用是至关重要的,这也适用于妇女政治权利和社会权利的形成过程。法律更多地反映出国家之间的关系。许多国家在做法上模仿军事或经济上较为成功的强权国家;法律也常常是由占领国或殖民强权所强加的,一些发展中国家的法律改革背后可能有经济的背景,如法律改革是某些国际组织对其提供财政援助的附加条件。

杰汀霍夫在该章结尾阐述了他的观点,他参考了三种“荷兰”式纠纷解决制度,人们通常把这些制度视为具有特色的“荷兰式避讼型法律文化”。他的研究显示,在每一种情况下,这些制度都多少是内部或外部紧急事件影响的结果。杰汀霍夫针对关于法律发展的进化主义片面之说,提出了富有价值的反对意见。但是,弗里德曼和科特雷尔等较为成熟的理论可几乎毫无困难地拓展关于社会一法律变化的探讨,从而可涵括杰汀霍夫所提出的观点,因为他们所主张的仅仅是特定社会中社会一经济的发展改变法律,而不是说这种发展总是法律发展的源头。杰汀霍夫不能提供任何方法来告诉我们,国家或政治发展在何时、何处

最可能成为变化的原动力,例如如何据此解释英美法律文化与受到欧陆国家影响的社会之间存在的重要差异。在一个全球化的时代,国家的作用本身也在经历着变化。

这些发展是 W. 海德布兰德在他内容广泛的一章中所讨论的主题,这一章是上编的最后一章。他的论述有助于我们认识到,全球化的过程在某种意义上本身就是法律移植的过程(特别参见德兹莱、格斯和弗拉德所撰写的各章),同时也是一种现象,这种现象注定会影响本书所有其他作者所探讨的法律移植的例子。他区分了严格意义的法律的全球化和源于全球化与法律(并包括法律的产生或副产品)互动的各种过程。许多卷入国际战略网络的参与者最先推动了这种趋势,这些参与者包括英美式谈判型法律文化或跨国的普通法,这种法律文化似乎最适于这类网络。更一般地讲,“网络社会”见证了法律的去分化(de-differentiation)、去形式化(deformalisation)和去制度化(deinstitutionalisation)以及形式上独立的各个制度领域的彼此渗透。

这些发展动力所促成的另一个迹象是,相对于 19 世纪国家法主导的时代而言,现在国家的作用趋于减弱。海德布兰德根据跨国商业组织解决纠纷具有秘密和高效的优点,认为这种机制本身就具有合法性,与国家法院介入相比,这种机制的效果更好。他在这种机制中以及其他方面看到了一种新的现象,即全球化的公司治理所催生的新型经济公民(economic citizenship)正在涌现。海德布兰德讨论了对跨国事务分层进行法律管理的难处。从欧陆的观点来看,法律管理虽然更有“民主”性,但却变得更少像“法律”。他指出了正在增长的规范效力与经济效率之间的矛盾,这导致了一种危险的后果,即对权力的宪法性限制和个人权利可能变成交易的对象,由此这种限制与权利被代价高昂地取消了。对法律的战略运用也会轻而易举地导致一些人利用法律为非作歹。但另一方面,也存在抵制全球化趋向的迹象,其表现形式是民族主义的反应和由各种社会运动所进行的反对全球化的动员。

第一章 法律适应的社会学探讨

D. 奈尔肯 著

高鸿钧 译

西班牙欧尼亚提(Oñati)法律社会学国际研究所举办了关于“适应法律文化”研讨会,目的是把国际上具有不同学术背景的学者会聚起来,就如何能够最好地分析当代法律与社会变化方面的发展表达他们的观点。正如下各章所见,这项活动是令人振奋的且在智识上是富有挑战的经历。本章是全书的导论,旨在对这次会议论文和讨论中所涉及的一些重要问题进行一般的评述,我拟按照这些文章及其所涉及的文献的类别进行梳理。^① 本章第一部分进行批评性考察,即回顾有关法律移植问题的争论对比较法和法律社会学的相对贡献。第二部分

^① 本介绍基于早期关于“法律文化”的比较社会学(comparative sociology of “legal cultures”)的工作,并寻求扩展,参见 D. Nelken, “Disclosing/Invoking Legal Culture: An Introduction”, in D. Nelken(ed.), 4, 4 *Social and Legal Studies*, Special Issue on Legal Culture, Diversity and Globalization, 1995, pp. 435~453; D. Nelken(ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot; Dartmouth, 1997; D. Nelken, “Just Comparing”, in D. Nelken(ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot; Dartmouth, 2000, pp. 3~22.

旨在拓展我们构想、探求“适应”和“法律文化”的问题的方法。最后部分探究在全球化的世界中法律移植取得“成功”的含义。

一、研究法律移植的不同进路

社会—法律的学术研究能够为理解法律适应做何贡献？某些法律学者对这个问题感到有些模糊不清。他们以为，我们应寻找有关法律适应情境的证据，这些证据可以显示这种学术研究的力量和弱点。这些学者认为，就法律而言，明显的问题是它在多大程度能够自我构建，而在这个过程中，法律很大程度与它运作其中的社会并无关联。例如 D. 埃伯特森将要出版的一部著作就宣称：

英国债法已经发展了上千年，期间很少出现中断的情况。在这期间，每代人都在前辈的法律基础上添砖加瓦和巧妙加工，使之避免较为不便的后果，通过点滴渐进，使之适应社会和经济的变化。有时，某些部分确曾借自国外，但它们已经融入了英国法的体系之中；有时，在别处发展起来的观念至少暂时影响了普通法的构造方式，但普通法其他方面的不规则和不一致则抵制任何将其进行固定的系统化整理。^①

毫不奇怪，更多社会学导向的学者都坚持认为，首先是作为环境的社会型塑并一再型塑法律。例如 L. 弗里德曼就认为，在经济发达的各国，其当代法律制度彼此之间的共同之处多于它们同各自传统社会法律制度的共同之处，我们通过比较现今社会中法律如何处理现代的主要制度和问题的方式就可发现这一点，诸如公司、运输、个人权利以及消费者领域就是这样。^②

① 引自牛津大学出版社 1999 年度法律出版物目录的摘要。

② L. Friedman, “Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law”, 32 *Stanford Journal of International Law*, 1996, pp. 65ff; L. Friedman, “Comments on Applebaum and Nottage”, in J. Feest & V. Gessner (eds.), *Interaction of Legal Cultures*, Oñati: IISL, 1998, pp. 139~149; 也参见本书中他的文章。



探讨法律和社会变化的这些不同进路导致了法律社会学和比较法不同的关注点和主张。在欧尼亚提国际法律社会学研究所研讨会上,许多讨论(本书许多其他文章的相关论述可资证明)是由 W. 伊瓦尔德的论文引起的,^①他试图重构沃森富有建设性的尝试,沃森想用“法律移植”的论据来攻击法律社会学的潜能。^②伊瓦尔德尝试重构并缓和沃森的观点,并区分了私法与公法的自主程度。但他基本上同意沃森的以下观点:法律迁移(legal transfers)——他们两人喜欢用法律移植(legal transplants)——的频繁发生证实了一种观点是错误的,这种观点认为法律的发展与其置身其中的社会的内在演进密切相关。

伊瓦尔德的论述构成了他进行全面比较的一部分,其中他对以下两者进行了比较,一方面是以丰富的历史和法律资料见长的比较法学术研究,另一方面是法律社会学家所宣称的概括主义的方法,后者认为法律不过是社会结构和关系的反映。但伊瓦尔德也认为,以为法律社会学家不懂法律移植,几乎是一种不正确的观点。例如,美国颇富影响的“法律与社会”运动便是由阿贝尔、加兰特和特鲁贝克这些人物引领的,他们早期都研究过诸如非洲、印度和拉丁美洲等地深受法律移植影响的法律,并在“法律与发展运动”中扮演了重要的角色。^③同样,在英

① W. Ewald, “Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants”, 43 *American Journal of Comparative Law*, 1995, pp. 489~510. 根据 Pierre Legrand 的建议,本论文预先向与会者发放。

② A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974, 2nd edn., 1983; A. Watson, *Society and Legal Change*, Edinburgh: Scottish Academic Press 1977; A. Watson, “Legal Change: Sources of Law and Legal Culture”, 131 *University of Pennsylvania Law Review*, 1983, pp. 1121ff; A. Watson, *The Evolution of Law*, Oxford: Blackwell, 1985; A. Watson, *Roman Law and Comparative Law*, Athens, Ga.: University of Georgia Press, 1991.

③ 如弗里德曼所指出的,“有一种观点认为法律和法律规则是易于移动和自主的,由此是可以移植的,这种观点基本上是 20 世纪 60 和 70 年代关于法律与发展的著作所基于的预设。”L. Friedman, “The Concept of Legal Culture: A Reply”, in D. Nelken (ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth, 1997, pp. 33~40.

国,“情境之法”(law in context)方法的领军人物是特温宁、阿蒂亚和威尔森几位教授,他们试图表明,非洲和其他地方在适应英国法律过程中所暴露出的问题,深化了他们关于必须在社会—法律源于并运行其中——的关联中理解法律的意识。

另有一些比较法学家找到了更多的理由指责社会学家过于工具主义和功能主义地探讨法律的方式。不过,社会学家则指责比较法学家常常使用形式主义的、具体入微的、基于规则的和过于关注私法细枝末节而不是法律管理和行政管理的研究方法。有时,两种方法的明显差异仅仅源于他们所关注的问题侧重点不同,例如一方询问的可能是为何选择某些法律制度或法律规则;另一方询问的问题则是规则对社会的变化有何影响。更经常的情形是,两个阵营的学者提出了需要进一步探索的问题,他们现存的理论资源均不足以对这些问题提供答案。^①主要的比较法学家都主张英国法对大陆法的影响有限,甚至在英国处于经济和政治权力高峰时期也是如此,因为它的“系统化”程度较低。但我们要对这个问题获得全面的理解和把握,就需要了解特定时期社会和政治的因素,例如在当今时代,其他无法说明的因素对普通法的实践和非系统化的规则正在施加影响,如果我们考虑到这些因素,就会有不同的结论了。

因此,可行的进路也许是比较法学家和法社会学家双方进行合作而非彼此对立。^②比较法学家是否真正有勇气指责 M. 韦伯将法律“归结”为社会或经济行为?而另一方面,谁又属于德兹莱和加思所谓

① 在一部明显缺乏社会学信息的著作中,比较法学家 Orucu 问道:“法律是变革的生产者还是产品”,并指出:“我们需要准确、适当的功能主义的词语来描述相关的个案。”E. Orucu, “A Theoretical Framework for Transfrontier Mobility of Law,” in R. Jagtenberg, E. Orucu & A. de Roo(eds.), *Transfrontier Mobility of Law*, Deventer: Kluwer, 4, 1995, p. 6.

② D. Nelken(ed.), *Comparing Legal Cultures*, Aldershot: Dartmouth, 1997; D. Nelken, “Just Comparing”, in D. Nelken(ed.), *Contrasting Criminal Justice*, Aldershot: Dartmouth, 2000, pp. 3~22.