

法律移植的理论与实践

信春鹰

摘 要:近代以来,许多亚洲国家伴随着宗主国或占领国的殖民统治而进行了大量的法律移植;中国从晚清到民国政府,也对西方法律进行了大量的主动移植,使传统法律实现了现代意义的转变。历史表明,规则的稀缺和社会政治经济发展对规则的强烈要求,使得中国的法制建设必然首先是改变“无法可依”的状态。在需要通过立法创造某些制度以实现政策目标时,法律移植是最有效的手段,成为创造法律秩序和促进社会进步的方式。然而,移植规则的深层含义在于移植文化,也即规则和制度的移植必须要有文化的支持,否则,法律移植很可能仅仅是立法者的游戏。

关键词:法律移植 立法成本 法律秩序

中图分类号:DF0 **文献标识码:**A **文章编号:**1673 - 8330(2007)03 - 0005 - 09

一、法律移植的各种理论

法律规则是人类生活秩序的抽象。为了实现秩序,达到生活的既定目标,有些国家和地区很早就开始通过移植其他国家和地区规则的方法来建立自己的社会秩序了。苏格兰爱丁堡大学教授阿兰·沃森在其名著《法律移植——一项比较法的研究》中,就举了公元前18世纪《埃什南纳法令》关于牛触人致死的规定与公元前17世纪《汉谟拉比法典》和其后数世纪的《出埃及记》中对同一问题的规定相雷同的事例,并且就此认为,这个例子“完全排除了法律相互独立,平行发展的可能性”,“因此我们已经在遥远的古代发现了法律的移植,并且很可能在当时这种移植并不少见”。

在现代社会,不同地区、国家、民族之间的法律移植越来越普遍。其理论基础可概括为以下几种:第一,人类发展道路共同性的理论。尽管不同社会有不同的文化和不同的制度,而且发展阶段也不同步,但是共同的人性和理性决定了他们对秩序和公正的共同感受和要求,所以先发展国家制定和实施的规则,至少是某一方面的规则,可以被后发展国家移植。第二,法律技术理论。作为技术化的社会管理规则,法律移植被认为是促进接受国发展某一法律领域的最有效手段。例如,涉及新的技术发展的立法,通常的情况是一个国家或者一些国家先于其他国家制定了规则,这些规则很快就会被别国移植。关于电脑黑客、互联网、电子商务的立法就是如此。第三,法律工具论。法律是改变社会或者创造科学和理性制度的杠杆,因此人们看到的情况是,法律总是从规则相对发达的国家和地区向需要规则的欠发达地区移植而不是相反。大到基本的法律制度,小至某个部门立法的确立和完善,一旦被认为是合理有效的,很快就会被其他的国家或者地区效仿,成为接受国创造或者改造现实的工具。第四,法律效益最大

[作者简介] 信春鹰(1956年—),女,中国社会科学院法学研究所副所长,教授,博士生导师。

[英]阿兰·沃森,Legal Transplants,美国弗吉尼亚大学出版社1974年版。

[英]阿兰·沃森:《法律移植论》,贺卫方译,《比较法研究》1989年第1辑,第62页。

化理论。立法是一项很复杂的工作,在立法过程中对其他国家相关规则的考察是必不可少的。即使早在古罗马时代,罗马的立法者在立法之前也总是要派代表去其他城邦国家考察,包括到雅典考察梭伦制定的法律。在现代社会里,这项工作的必要性大大增加了。对于立法者来说,了解其他国家的同一法律领域已经发生了什么是至关重要的,而法律移植可以把立法工作的成本减少到最低。

从历史发展来看,欧洲的法律是最具进化论特点的,但是即使在那里,罗马法的广泛移植也是这个进化发展的基础,或者说,正是由于罗马法原则的移植才为后来欧洲法律的和平进化提供了可能。以后世对法律移植的标准和条件来看,欧洲国家对罗马法的移植在法律移植的历史上是一个令法律史学家困惑的例子。如,查士丁尼编撰的法典使用的是非常学术化的语言,即使在当时,也仅为“文人所能懂会”,为何竟能在几百年之后被如此广泛地接受为行为规则?再如,中世纪的欧洲社会和罗马法时代的罗马相比,社会条件发生了很大的变化,从经济到社会结构再到政治组织,已经完全不能同日而语,很多学者都对罗马法卷土重来、在欧洲大部分国家“复兴”的社会原因,进行过探讨。德国的法学家弗朗茨·维亚克尔就认为,罗马法在欧洲被广泛移植的社会基础是罗马帝国组织的残余、拉丁教会和古代晚期学校在新的社会形态下的延续和融合,这个融合的过程成为罗马法移植和被广泛接受的社会土壤。他还认为,罗马法在欧洲大陆的复兴最初只是那些技术性的规则,后来表现为继受亚里士多德的国家与法律理论,这些理论经过托马斯·阿奎那的《神学大全》而形成一套自然法体系。对罗马法在德国移植和继受的情况,维亚克尔认为,德国当时的政治意愿要求法律体制的变革,人文主义推动这个过程并使得这个过程自然化。相反的例子是,在英格兰,大学里的学者对罗马法的教学和研究有普遍的兴趣,但是却没有移植的行动。

二、亚洲国家对西方法律的移植

亚洲曾经孕育了人类最早的文明与文化,并产生了与之相适应的法律规范体系。然而,随着近代西方工业文明的发展,亚洲国家在整体上成了西方文明的接受国,包括接受其法律规则。

亚洲国家对西方法律的移植是从 19 世纪后半叶开始的,其政治背景是西方国家对亚洲的殖民化。对殖民地国家法律的研究表明,这些国家对其宗主国法律移植的程度和其受宗主国统治的时间成正比。在下面的例子中,民族国家法制的发展是从殖民统治下独立出来以后的事情。亚洲国家移植西方法律的过程是与其走向现代化的过程相伴随的。

表一:印度对英国法的移植

时 间	法律变化	借鉴的法律渊源
前殖民地时期	贸易法、商法、家庭法、继承法等等	印度习惯法
英国统治时期 (1772—1947 年)	对宗主国法律的全面移植	
1726 年	加尔各答、孟买等地以宪章的形式接受英国普通法和法规	英国法
1772 年	东印度公司设立法庭以适用法律	英国法
1773 年	加尔各答成立第一个最高皇室法院	英国法
1833 年	枢密院改为上诉法院	英国法
1861 年	皇室法庭和公司合而为一	英国法
1872 年	英国合同法	英国法
1882 年	谈判法	英国法

同注,第 63 页。

[美] 孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 256 页。

[德] 弗朗茨·维亚克尔:《近代司法史》,陈爱娥、黄建辉译,上海三联书店 2004 年版,第 17—18 页。

续表一

时 间	法律变化	借鉴的法律渊源
1911年	印度专利法	英国法
1914年	印度版权法	英国法
1925年	孟买证券管理法	英国法
1935年	印度成立最高法院	英国法
独立之后 (1947年)	民族国家法律的发展:宪法、土地改革法、劳动法	印度本土化

表二:马来西亚对英国法律的移植

时 间	法律变化	借鉴的法律渊源
前殖民地时期	贸易法、商法、家庭法、继承法等等	习惯法和伊斯兰教法
英国统治时期 (1874—1957年)	对宗主国法律的全面移植	
1874—1889年	法庭制度的建立	法庭适用英国判例; 不承认伊斯兰教法
1896年	在颁布合同法、财产法、商法之后实行联邦制	英国法和当地习惯法
1906年	联邦最高法院成立	英国法
1937年	民法	英国法
1940—1946年	各种公司法规	英国法
1948年	交易法	英国法
1949年	合同法	英国法
1950年	销售法	英国法
1956年	民法法案	英国法
独立之后 (1957年)	民族国家法制的发展:宪法、土地法等等	英国法,伊斯兰法

有些亚洲国家没有经过彻底的殖民化,这些国家的法律更多地表现了接受外来规则和本土习惯法的融合。日本和韩国的法律发展是这方面的典型例子。

表三:日本近代以来的法律移植

时 间	法律变化	借鉴的法律渊源
1742年	法规和判例的法典化,包括刑法和民法。商法在 18 世纪得到很大发展,包括期货贸易和有限公司制度	传统中国法,本土习惯法
明治维新 (1868年)	法律现代化和对西方法律的移植	
1890年	民事诉讼法,法院组织法	德国法
1896—1898年	民法典	德国法,法国法
1906年	商法典	德国法
美国占领时期 (1945—1947年)	美国法的渗入: 法院组织法(取消了行政法院) 民法修正案(关于家庭和继承),商法典(公司法) 新劳动法 反垄断法	美国法 德国、美国法 德国、美国法 美国法
战后重建时期 (1947年后)	重建法制	美国法,本土规则

表四 :韩国近代以来的法律移植

时 间	法律变化	借鉴的法律渊源
李氏王朝 1392—1910年	传统法律制度 刑法典,税法,行政法,军队组织法,贸易和商法	传统中国法和本土 习惯法
1845年	第一次法律现代化	
1895—1896年	宪法和法院法	德国法,日本法
日本占领时期 1905—1910年	新宪法,法院法,民事和刑事程序法	德国法,日本法
日本殖民地时期 1910—1945年	日本法的强制实施: 除非有总督命令,日本法,包括民法和民事、刑事程序法均在朝鲜法院实施 朝鲜人之间的民事纠纷可以由朝鲜自己的法律管辖 银行法和金融机构法	日本法 朝鲜传统法 英国商业和银行规则
美国军事政府时期 1945—1948年	美国法的渗入: 司法程序法 劳动法 专利和商标法	日本法,德国法 美国法 国际公约

(以上资料参见: *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development 1960—1995*, Edited by Katharina Pistor and Philip A. Wellons, Oxford University Press, 1999, p. 57)

可以看出,在上述国家早期的法律制度发展中,对其宗主国或者占领国的法律的移植是伴随着殖民地统治而来的。对于殖民地国家来说,这种法律移植不是主动选择,而是被动接受。在宗主国眼里,把自己的法律移植到殖民地国家是天经地义的,是对殖民地国家的恩泽。而对殖民地国家来说,接受这样的法律移植则带有屈辱的成分。日本早期对德国法的移植可能是一个特殊的例子,即当时日本政府几乎完全是基于国内的“维新”要求而不是在外来压力的情况下移植德国法律的;但是,第二次世界大战后美国占领时期日本对美国法律的移植则完全符合被动移植的模式。美国人给战后的日本制定了美国模式的新宪法,根据宪法的要求,各个部门法积极吸收英美法系的制度。例如,根据新宪法第 33 条以后的权利保护的要求,相关部门法中大量采用了当事人主义的规定。

三、中国近代以来的法律移植

中国对西方法律的移植是在一种复杂的心理状态下开始的。一方面,承认中国已经沦落为西方的侵略和掠夺的对象是很痛苦的;另一方面,先进的知识分子和开明官僚出于对政治的不满,希望中国通过变革而重新强大起来,因此主动要求移植西方法律,实行变革。例如,发生在 1898 年的戊戌变法运动,倡导者的主要目的就是改变“祖宗成法”,要求朝廷变法图强。戊戌变法的主要代表康有为认为,中国的出路在于变法,“能变则存,不变则亡;全变则强,小变仍亡”。在康有为看来,移植别国的法律不是很复杂的事情,“东西各国,成规俱存,在一采酌行之耳”。谭嗣同主张“尽变西法”。在这场运动中,从光绪皇帝发布《明定国是诏》开始到慈禧太后发动政变止的 100 多天里,以光绪皇帝的名义颁布了几十道诏令。以现在的标准看,这些诏令既有法律规范性质的,也有制度建设性质的。前者如开放言论,准许各级官员及民众上书言事,严禁官吏阻隔,准许民间创立报馆、学会等等;后者如设立农工商总局、铁

《中国大百科全书·法学卷》,中国大百科全书出版社 1984 年版,第 342 页。

《请定立宪开国会折》,《戊戌变法》第二册。

林璋:《中国法律近代化的历史发端》,载张晋藩主编:《20 世纪中国法治回眸》,法律出版社 1998 年版,第 99 页。

路、矿物总局,创办国家银行,改革科举制度等等。尽管当时的诏令仍然是以封建皇帝的名义颁布的,但是其内容则是西方国家相关制度的中国版本。在一定意义上,这是中国历史上第一次大规模的法律移植。由于戊戌变法以失败告终,所以它在法律和制度创设方面的成就随着慈禧太后的临朝训政而荡然无存,留给人们的只是痛苦的思考。

为了维持清朝摇摇欲坠的统治,清朝统治者在扼杀了戊戌变法之后,自己提出了变法的主张,于1902年下谕旨,并且任命沈家本为修律大臣。中国由沈家本和伍庭芳主持的修律活动,以体系化地移植西方法律的方式宣告了封建的中华法系的消亡。

这次修律对中国传统法律体系的改变是革命性的。“主持修律的沈家本,就是按照大陆法系来改造中国传统的法律体系”。而这个改造的一个最明显的标志是建立了一套以六法为主要架构的法律体系,摒弃了自李悝著《法经》以来形成的“诸法合体,民刑不分”的传统法律体系。

表五:中国晚清的法律移植

时 间	法律变化	借鉴的法律渊源
1910年	刑法:废除了凌迟、枭首、戮尸、缘坐、刺字等酷刑,将误杀、戏杀等属于过失杀人罪项改为流罪,取消了旗人在刑法上的特权,取消了比附断案	日本法、德国法
1911年	将隋朝以来的笞、杖、徒、流、死五刑改为死刑、徒刑(有期、无期)、拘留、罚金,对16岁以下少年施以惩治教育	日本法、德国法
1911年	民法:移植了诚实信用原则、法人制度、日本和瑞士关于完全行为能力年龄为20岁的规定等等	日本法、德国法、瑞士法
1911年	刑事诉讼法	日本法,由日本法学家冈田朝太郎协助起草
1911年	民事诉讼法:当事人主义,法院不干涉当事人之间的辩论,回避、辩护、公开审判、陪审制度等	日本法、德国法
1908年	钦定宪法大纲和钦定行政纲目:在君主统辖之下的三权分立	日本法、德国法
1910年	法院编制法:政刑分离,行政不得干预司法	日本法、德国法

(以上资料参见张晋藩:《中国的法律传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第434—472页)

移植其他国家的先进的法律规则几乎是清末修律的一个指导思想。正如大清民律草案的奏折所陈:“以故各国法律,愈后出者,最为世人注目。义取随规,自殊剽窃,良以学问乃世界所公,初非一国所独也。”

和规则的移植相适应,清末修律的同时还设立了一些正式的法律机构,这些机构也是西方模式的移植。例如,成立了资政院和咨议局,这是中国政治分权的萌芽,也是中国近代宪政体制的发端。在资政院和咨议局的舞台上,新兴的政治力量行使了提案、表决、抗议、监督行政和财政的各种权力,改变了封建制度下皇帝“乾纲独断”的状态。也正是在这次修律的过程中,中国移植了西方模式的司法制度。1906年9月,大理寺正式改为大理院,为全国最高审判机关,有权解释法律,并且监督全国各地的司法审判。沈家本为首任大理院正卿,他主持制定了《各级审判厅试办章程》,在案件管辖方面,首次以“事之是非”或定“罪之有无”实行了刑民分开。1910年颁布实施的《法院编制法》明确规定了司法独立的原则,“嗣后各审判衙门朝廷既予以独立执法之权,行政各官即不准违法干涉”。^⑪

从形式上看,这次修律似乎是积极主动的。从朝廷到大臣,都有自己一套一套的主张。然而对当时

张晋藩:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第449页。

谢振民:《中华民国立法史》,中国政法大学出版社2000年版,第745页。

⑪ 《大清宣统政纪》卷二八。

摇摇欲坠的清朝政府来说,移植西方国家的法律实质上仍然是为了救亡图存。

首先,希望通过移植西方法律改革中国的法制,使中国强大起来,不再受帝国主义列强的欺侮。日本明治维新后全面移植西方大陆法系的规则和制度,从而由衰至强,在甲午战争中击败了中国,并且不再被西方视为“异类”,为当时朝野树立了一个榜样。其次,也是更为直接的,是希望通过移植西方国家的法律,改变大清法律的野蛮和残酷,以求得西方取消在中国的治外法权。19世纪西方列强强加给中国的诸多不平等条约的重要内容之一,就是中国的司法机关对外国人的刑事和民事行为无管辖权,这类诉讼由该国在中国的领事设立法庭,并且根据其国内的法律来审判。这是明显的违背中国国家主权的行为。

清末修律虽然大幅度地改变了传统的中国法律体系,但是这些移植来的法律尚未在社会中实施,清朝政府就垮台了。辛亥革命爆发后,孙中山先生成立了南京临时政府。从此以后,中国对西方法律的移植进入了一个新的时期。所谓新的时期,是指自民国起,宪政成为法律移植的核心,权力分立的政治体制使得民国立法从传统的、封建的“实质立法”走向由立法机关制定法律的现代意义的“形式立法”,完成了一个有意义的转变。

民国的历史是一部光明和黑暗搏斗的历史,很多丑恶的行为假借了法律甚至宪法的名义。但是,如果我们研读这个时代的立法,展现在我们面前的仍然是努力构建现代化法律制度的足迹。其结果是形成了以六个支柱法律为主的现代法律体系,通称为六法体系。这个时期制定的很多法律广泛参考移植了先进国家的成规,对中国具有创新和进步意义。正如有学者评论的那样,尽管民国时期的政权是混乱而反动的,但是,“一艘行驶方向错误的轮船,也可能在轮船内部管理、在水手内部分工等方面创立合理的机制”。^⑫

表六:民国时期的法律移植

时 间	法律变化	借鉴的法律渊源
1911—	宪法:《中华民国临时约法》——以根本大法的形式结束了封建帝制,确认了“主权在民”的原则,规定了人民享有的各项民主权利和分权原则,确立了民主共和的政治体制。	日本宪法、德国宪法、美国宪法等等
1911—	行政法:以国民政府组织法、行政院组织法、立法院组织法、司法院组织法、考试院组织法、监察院组织法为主的一整套体系,确定了行政机关的组织与权限及其和人民的关系	日本行政法、德国行政法等
	自治法:一整套地方自治法体系	日本法
1928年	民法	日本民法、德国民法、瑞士民法等等
1930年	亲属与继承法	罗马法(关于亲属的范围),瑞士法(婚姻财产制),瑞士法、德国法(继承制度),德国法、法国法、瑞士法、日本法(关于特留财产),苏俄法(对扶养者的酌给),日本法(扶养义务) ^⑬
1929年—	商法:形成了以公司法、票据法、海商法、保险法、银行法、破产法为主干的商法体系	德、法、日、英、国际规则
1928年	刑法:《中华民国刑法》——确立了新法优于旧法,如果新法的惩罚重于旧法,则以轻者为准的原则;对累犯区别普通和特别,对犯罪区别故意与过失等等;以刑法为主的一整套刑事法律体系	德国、瑞士刑法

⑫ 朱勇:《中华民国立法史》(序言),中国政法大学出版社 2000年版,第 3页。

⑬ 以上资料,同注,第 745—801页。

在中国近代史上,民国时期是一个战乱频繁、黑暗多于光明的复杂的历史时代。内贼外辱成为这个时代的主流。但是,如果我们撇开当时的历史现实,仅仅研究写在纸上的文字规则,我们仍然会发现这个时代的学者和立法者们对现代化的追求,对向西方先进国家学习的努力。现实和理想的巨大反差使他们对移植西方法律更为重视。例如,辛亥革命之后,孙中山先生选择总统制,理由是要把“美利坚合众之制度,当为吾国它日之模范”,“中国革命之目的,系欲建立共和政府,效法美国”,因此在《中华民国临时约法》中照搬美国权力分立的原则。在其他立法中“参以各国法例,准诸本国习惯,期于至善”成为信条。例如1930年颁布实行的票据法“复取材于德、日、英、美之成法,至法国法中适合我国商情者,亦并收之”。^⑭

在分析法律移植问题时,主动移植和被动移植是学者们普遍使用的分析框架。被动移植的动机主要来自外来的压力,主动移植的动机则主要来自国家内部法制发展的压力。在这里,这个定理仍然有效,即法律总是从规则发达的发达国家向落后的不发达国家移植。西方有些学者就主张非现代化国家应该积极移植现代化国家的法律,“从西方输入完整的民法典、刑法典,详尽地制定法律的计划,以及在第三世界进行法律教育改革,使它更像美国和欧洲的模式”。^⑮

在我国,主动移植西方法律的最大合理性潜存于这样一个命题之中,这个命题就是:移植西方发达国家的法律可以推进中国现代化的进程。其内含的逻辑推论就是:既然西方现代的法律制度是西方国家现代化发展过程中衍生和发展出来的,它必然可以改造尚未进入现代化的国家的现状并促使其尽快地实现现代化的目标。正是在这样一个命题之下,近代以来尽管有时维护国家主权的情绪占主导地位,关于“移植”和“法律是地方性知识”的讨论一直在继续,但在实践中,至少在移植西方民事和商事法律规则方面,中国一直是积极的。^⑯

四、中国改革开放后的法律移植

1978年是中国当代史上的一个重要转折点。从以阶级斗争为纲转向以经济建设为中心,从封闭的、自给自足的发展模式转向对内改革、对外开放的发展模式,从计划经济和行政管理模式转向法律的、规则的管理模式,必然产生对正式的法律规则和制度的需求。当时中国自己的法律资源是非常薄弱的。经过全国人民代表大会常务委员会对1978年以前颁布的法律进行清理,在134件法律和有关法律的决议中,已经失效的有111件,占有法律总数的81%,仍然有效的仅有23件。^⑰规则的稀缺和社会政治经济发展对规则的强烈要求,使得中国的法制建设必然首先是改变“无法可依”的状态。在需要通过立法创造某些制度以实现政策目标时,法律移植是最有效的手段。

例如,1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国中外合资经营企业法》,就是在中国人没有见过中外合资经营企业的情况下出台的。显然,这样的立法不可能是实践经验的总结。它是先确定规则,运用规则来创造这种企业形式,这样的规则一定是移植的。美国法学家伯尔曼在谈及西方法律传统时写道:“商法最初的发展在很大程度上——虽不是全部——是由商人自身完成的”。^⑱而在20世纪70年代末的中国,法律不仅创造了商业和企业的形式,而且创造了商人本身。

如果说以往法律移植的对象主要是日本法和德国法的话,那么20世纪70年代末以来我国立法中的法律移植则更为多元,很多法律的起草都是综合借鉴很多国家相关规定的产物。例如,《中华人民共和国中外合资经营企业法修正案》在中外合资经营企业合营期限的问题上,就参考了18个国家和地区的相关规定。^⑲《企业破产法》(试行)则参考借鉴了英国、法国、意大利等7国破产法的相关规定。^⑳类似

^⑭ 同注,第823页。

^⑮ [美]戴维·杜鲁贝克:《论当代美国的法律与发展运动》,王力威译,《比较法研究》1990年第2期。

^⑯ 在中华人民共和国成立到20世纪70年代末的30年里,没有进行这种法律移植。这个特定时期的状况在中国100年以来的立法史上是很例外的。

^⑰ 信春鹰:《中国的法律制度及其改革》,法律出版社1999年版,第19页。

^⑱ [美]伯尔曼:《法律与革命》,张志铭、夏勇等译,中国大百科全书出版社1995年版,第414页。

^⑲ 宋汝桢:《参加立法工作琐记》,中国法制出版社1994年版,第22页。

^⑳ 同注^⑲,第142页。

于《标准化法》和《外商投资企业和外国企业所得税法》这样技术性和政策性很强的法律,参考和借鉴的法律就更多了。^①20世纪80年代末期,我国立法机关曾经作出过允许深圳特区移植香港法律的决定。移植的合理性大概是从这几方面考虑的:首先,立法成本低、周期短、见效快;其次,有助于及时调整改革发展带来的新的社会关系,防止法律滞后;第三,最大程度地接受国际惯例,减少因个性差异所带来的交易成本。^②

20世纪90年代末期,《刑事诉讼法》和《刑法》修改过程中的法律移植突破了以往只移植民事和商事法律的界限,在犯罪嫌疑人的权利保护、正当程序等诸多方面移植了西方国家的规则和制度,包括普通法国家的制度。例如在刑事诉讼中采取当事人主义,这是典型地移植了普通法国家制度的结果。

五、法律移植的结果:功夫在诗外

法律移植的目的是功能性的,它总是要解决移植者迫切需要解决的问题。那么,这个简单的目的能否达到?换句话说,法律移植的效果会尽如人意吗?这个问题,没有简单的答案。法律的可移植性就是其规则意义而言的另一方面,规则的移植仅仅是问题的一方面,与规则相伴,保障规则运作所必须的其他因素有很多,其中最主要的是法律文化和法律机构。在一定意义上,移植规则的深层含义在于移植文化。在没有文化支撑的情况下,规则不过是写在纸上的没有生命的文字。正因为如此,学术界对法律移植的看法有很大分歧。19世纪德国的法学家萨维尼是法律不可移植性的极端代表。他认为,法律是一个国家民族精神的产物,也是民族精神的集中体现,从本质上说,它是不可移植的。萨维尼写道:“如果我们进一步探究实在法依赖于什么而获得其存在,则会发现正是那个民族。实在法根植于民族的共同意识,因此我们也将它称之为民族的法律。”^③和这样的观点相联系,这些学者大都认为法律发展应该看作是一个自然进化的过程。他们把欧洲国家的法律发展看作是进化方式的典型,在这种方式中,法律发展和社会与经济的自然进化以自然的、逐渐的方式互相作用,其特点是法律从社会、民族精神、人们的生活中产生出来,立法者的任务不过是以法律的形式对其加以表述而已。

美国学者赛德曼夫妇^④是当代法律不可移植说的代表。1989年,当得知中国国家体改委建议深圳大规模地移植香港法律之后,他们曾经共同撰文表示不同意见。^⑤他们认为,法律在其原产地和被移植地所产生的行为是不同的,因为在面对法律规则的时候,决定人们行为的不仅仅是规则,还有社会环境和资源,后者比前者的作用更大。同样,法律执行机关所执行的也不仅仅是规则,它们对规则的执行也受社会环境和资源的左右。法律规范行为,重复的行为模式构成制度。他们举例说,在一个大楼上挂一块银行的牌子并不会使这个大楼成为银行,它必须有经理、董事、客户、出纳员等等,这些人以相互协调的方式重复地实现角色行为,这才是银行的本质。依照他们的观点,移植规则本身不过是在楼上挂了一块牌子,而制度的形成要靠人的行为模式的重复。没有后者,牌子只能是牌子。

更多的人支持法律可移植说。这些学者认为,法律移植的历史几乎和法律的历史一样漫长。美国法学家庞德曾经这样写道:“一部法律制度的历史在很大程度上是从其他的法律制度中借取材料和从法律之外吸收材料的历史。”^⑥他们反驳前一种观点,认为法律进化论的观点即使在欧洲也不完全符合历史事实。文献表明,从公元12世纪欧洲各国陆续对罗马法移植开始,法律移植一直被当作促进社会变革的最直接、最有效率的工具。公元6世纪查士丁尼编撰的查士丁尼《民法大全》,在几百年之后的中世纪,不仅被移植到早期在罗马帝国版图内的国家,而且被移植到从来不属于罗马帝国的那些欧洲大陆国家;不仅在学术界得到承认,而且在法庭上被适用,极大地影响了欧洲很多国家的法律理论和法律

① 同注①,第230—233页、285—288页。

② 吕志强等:《中国经济特区法律移植研究》,《法律科学》1994年第6期。

③ 转引自[英]阿兰·沃森:《法律移植论》,贺卫方译,《比较法研究》1989年第1辑,第61页。

④ 赛德曼先生是美国波士顿大学教授,赛德曼夫人是美国克拉克大学教授。

⑤ [美]赛德曼夫妇:《评深圳移植香港法律的建议》,《比较法研究》1989年第3—4辑,第1—13页。

⑥ 转引自[英]阿兰·沃森,Legal Transplants,美国弗吉尼亚大学出版社1974年出版。

实践。^②

近几十年来,随着法律移植实践广泛、深入地展开,尽管主张法律不可移植的学者仍然对希望通过法律移植来尽快地创造某种法律秩序的想法持批评态度,但是大多数学者倾向于接受这样的观点,即在一定条件下,法律移植可以成为创造法律秩序和促进社会进步的方式。

这不意味着法律移植是“绝对的善”,对法律移植本身、法律移植的方式、法律移植的后果,仍然有很多值得探讨的问题。法律是约束行为和设定制度的,在这个意义上,移植法律也就是在移植制度,而制度是由文化滋养的,所以移植法律也是在移植文化。从人类共同性的角度来看,用同样的规则来约束本质相同的人,似乎不会有什么问题;但是另一方面,人又是社会动物,不同社会中的人接受不同的文化和制度滋养,对规则的要求和遵守又会带有极强的本土特征。“文化是水,法律为舟”,规则和制度的移植必须要有文化的支持,在没有相应法律文化支持的条件下,法律移植很可能仅仅是立法者的游戏。

在中国现实的情况下,我们既能找到法律移植后成功实施的例子,也可以看到法律文化和制度结构不支持移植来的规则的不成功的例子。后者仅以环境保护的立法为例。我国环境保护法律体系大部分是从国外或者国际规则中移植过来的——自然资源有偿使用制度、清洁生产制度、环境影响评价制度、排污收费制度等等,其制度设计和内在逻辑与西方发达国家没有什么不同,但这些在西方国家行之有效的法律,在中国则很难实行。从法律文化角度看,几千年的农耕文化传统在本质上是实用主义的,“靠山吃山”、“靠水吃水”是这种实用主义哲学的典型表现。人们对大自然没有敬畏之心,只有索取之意。即使在信奉神灵的时候也是基于实用主义的目的:祈雨、祈儿子、祈升官发财。环境不过是“别人的草地”,从自然环境中索取的越多,可以炫耀的资本也就越多;它可以表现为“政绩”而得到提升,表现为财富而令人羡慕,表现为能力而受人赞扬,而污染本身在道德上很少受到谴责。从制度设计角度看,环境保护在西方是每个人、每个机构的刚性义务,它得到社会的、宗教的、法律制度的保障,保护环境和敬重生命是等同的。在中国,每一个法律都有一个主管部门,每一个主管部门都和其他主管部门形成权力和利益分割关系。执法者权力过大和执法者无行为能力在实践中荒唐地交织在一起,表现为各种各样的保护主义。一个环保局长在一个单纯追求高增长的地方氛围中不可能有所作为。当然也有环境保护部门利用职权寻租的情况。既然权力寻租是政治和社会生态的产品,环保部门这样做也就不奇怪了。

我个人支持法律可移植理论。特别是在全球化的大背景下,有些文化和制度弊端必须要通过外力强制来克服和修正。松花江水污染事故的处理真正体现了问责制,因为它的恶果不仅仅损害了沿岸地区,而且流出了国境,成为影响中国国际形象和国际关系的事件。如果能够在移植规则的同时更加重视法律文化的培养和相关的制度建设,我们就能够从移植法律中获得最大效益。

Abstract: In modern times, many law transplants resulted from colonial ruling by suzerain or occupation powers in Asian countries. From late Qing Dynasty to Republic of China, lots of western laws had been actively transplanted in China accounting for the transformation from the traditional legal system to the modernization. History tells that the lack of rules and the strong desires for rules by social political and economic development requests that the problem of no laws being resorted to should be solved first in establishing the legal system in China. Therefore, the law transplant is the most effective approach to attain the political objectives of rules creation through legislation as well as to create legal order and promote social progress. Nevertheless, the deep understanding of rules transplant lies in transplanting cultures which acts as an indispensable support, or else, the law transplant will be probably the legislator's game.

Key words: law transplant; legislation cost; legal order

② Katharina Pistor and Philip Wellons: *The Role of Law and Legal Institutions In Asian Economic Development*, Oxford University Press, 1999, p. 36.