



法学新前沿 New Law Frontiers

The Growth of Law
The Evolution of legal
Institutions:
Independent Character
and Conscious Rationality

法律如何长成

制度进化的独立品格与自觉理性

夏扬 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书的出版获得中央高校基本科研业务费专项资金资助(supported by "the Fundamental Research Funds for the Central Universities"),北京师范大学自主科研基金项目编号: SKZZY2014007

The Growth of Law
The Evolution of legal
Institutions:
Independent Character
and Conscious Rationality

法律如何长成

制度进化的独立品格与自觉理性

夏扬 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律如何长成:制度进化的独立品格与自觉理性 /
夏扬著. —北京:法律出版社,2016.3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9179 - 2

I. ①法… II. ①夏… III. ①司法制度—研究 IV.
①D916

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 036311 号

法律如何长成:制度进化的独立
品格与自觉理性

夏 扬 著

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2016 年 3 月第 1 版
出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
印刷 三河市兴达印务有限公司

印张 17.5 字数 253 千
印次 2016 年 3 月第 1 次印刷
编辑统筹 独立项目策划部
经销 新华书店
责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9179 - 2

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导 论	(1)
第一节 论题解说与概念的廓清	(1)
一、“法律”与“制度”的概念	(1)
二、对“法律长成”的界定	(2)
三、“立法”“法律制定”与法律的长成	(6)
四、与法律长成相对的法律移植	(8)
五、法律工具主义与法律制度的自觉理性	(10)
六、法律的自然长成与自然法理论的异同	(12)
第二节 选题关切及问题意识	(13)
一、选题的意义	(13)
二、所涉及的问题	(15)
第三节 研究综述与学术史考察	(16)
一、已进行的研究	(16)
二、本研究的基础	(17)
第四节 研究资料与研究进路	(18)
一、需要的资料	(18)
二、方法论的思考	(19)
三、论题展开的方式与架构	(21)

第一章 作为制度演进过程的法律长成	(23)
第一节 法律制度的环境适应性	(23)
一、历史过程所定义的法律发展	(23)
二、法律制定活动中的法律长成	(27)
三、自然法观念与法律的长成	(29)
四、社会环境中的经济因素	(31)
第二节 法律长成的不同方式	(32)
一、政治因素与法律的长成	(33)
二、司法判决对各种因素的折中与平衡	(43)
第三节 利益冲突中的法律长成	(47)
一、集体主义与个人主义本位的不同选择	(48)
二、权力与权利在法律长成中的不同地位	(52)
三、自治观念对自治条款作用的发挥	(55)
四、公共利益观念的地位	(56)
第四节 长成法律的内在特征	(57)
一、时间的适应性	(58)
二、地域的适应性	(58)
三、对强制力的要求	(59)
四、所有权与知识产权的对比	(60)
第二章 制度进化的社会因素	(64)
第一节 经济因素的决定作用	(64)
一、物质生产方式对行为方式的要求	(64)
二、物质生产方式的变化与法律制度的发展	(65)
第二节 集体心理与法律长成	(66)
一、集体心理在规则形成中的作用	(66)
二、仪式对规则遵守的影响	(70)
三、宗教理论、天命观念与集体心理	(71)
四、集体心理与文化传统	(72)
五、语言文字与法律的传播	(74)

第三节 阶层差别在法律长成中的作用	(77)
一、精英阶层对法律发展的推动	(77)
二、精英阶层的意志与法律发展的实在需要	(77)
第四节 法律的性质差异对自然长成的影响	(78)
一、公法与私法在发展上的不同要求	(79)
二、对外在强制力的不同要求	(81)
第五节 政治因素以及国际条约在法律长成中的作用	(84)
一、国家政治与法律进化的关系	(84)
二、国际条约所施加的政治影响	(85)
第三章 长成的法律与制定的法律	(92)
第一节 作为历史过程的法律制定	(92)
一、人类社会早期法律的发展	(92)
二、法律制定活动走向前台	(95)
第二节 作为法律发展基本方式的法律长成	(97)
一、法律演进中的成本问题	(97)
二、法律长成在法律发展中的作用	(99)
三、法律制定活动对法律长成的背离	(102)
第三节 法律发展中的相互竞争与合作	(104)
一、法律多元与法律竞争的产生	(104)
二、法律制定对法律长成的吸收与利用	(105)
第四节 法律制定活动对法律长成的促进	(107)
一、社会上层及政府部门对于制定著作权法的态度	(107)
二、外来压力下的法律制定活动	(110)
三、履行条约义务对制定商标法的促进	(112)
第五节 暴力革命中所制定的法律	(114)
一、强制措施与法律发展	(114)
二、暴力革命与法律的发展	(115)
三、暴力革命中的法律制定	(116)

第四章 法律长成视野中的法律移植	(119)
第一节 法律移植中的政治因素	(124)
一、政治影响的不同表现	(124)
二、法律精英与政治精英的不同作用	(128)
第二节 法律移植中的法律工具主义	(132)
一、经济发展要求与政治要求的对比	(133)
二、实现政治目标的强烈要求	(136)
三、政治因素影响下法律移植的异化	(140)
四、法律工具主义影响下的移植效果	(147)
第三节 法律移植中的法律长成	(154)
一、法律长成与法律移植的相互促进	(154)
二、法律移植的内化	(157)
三、作为移植效果判断标准的法律长成	(162)
第四节 制度移植所需要的社会的认同与需求	(166)
一、对书籍版权保护的社会需求	(168)
二、专利思想的社会基础以及第一部专利法的颁布	(169)
三、工商业的需求与商标法的诞生	(172)
第五章 判例、判例法与法律的自然成长	(176)
第一节 法官的作用	(177)
一、最高裁判官、外事裁判官与罗马法的发展	(179)
二、御前大臣和英国普通法的形成	(180)
三、衡平法与普通法的分野	(181)
四、法国行政法的产生	(182)
五、法官与立法活动	(184)
第二节 判例的作用	(185)
一、英格兰国际私法的产生	(186)
二、知识产权法的发展	(187)
三、程序法的发展与判例的作用	(195)
四、判例沟通立法与审判	(197)

第六章 法学研究对法律发展的作用	(200)
第一节 法学研究对法律长成的促进作用	(200)
一、法学研究的特殊性	(200)
二、法学研究与法律的发展	(202)
三、理论的作用以及局限——以公法与私法的划分为例	(205)
四、法学研究与法律实践的相互影响	(210)
第二节 法学研究的局限性	(214)
一、认识方法与手段的特殊性	(214)
二、学派和学术传统对完成认识目标的影响	(216)
三、法学知识的地方性对理论归纳的限制	(219)
第三节 法学研究对法律发展的干扰	(221)
一、法学研究的学理化倾向	(221)
二、法学研究对法律独立品格的影响	(227)
第四节 法学研究在东西方法律发展中的不同作用	(228)
一、学者地位以及与经济的关系	(228)
二、法律以及法学研究在政治生活中的地位	(231)
三、法学研究的西方中心主义与东方国家对西方制度的移植	(232)
四、政治因素推动下的法学研究	(236)
五、其他因素的不同影响	(238)
第七章 现代社会中的法律长成	(240)
第一节 权力观念及其作用	(242)
一、权力观念在现代法律中的回归	(242)
二、规则的权力依赖与权力抵抗	(245)
第二节 自治精神对大众心理的影响	(248)
一、自治精神在现代社会中的困境	(248)
二、国家强制力与自治精神的矛盾	(253)
三、互联网社会的规则发展与自治环境的协调	(256)
第三节 熟人社会与契约精神的价值内涵	(257)
一、熟人关系所影响的互联网社会	(257)

二、熟人关系与权利意识..... (262)

三、契约精神对互联网规则的渗透..... (265)

结 语 (270)

导 论

第一节 论题解说与概念的廓清

一、“法律”与“制度”的概念

“法律”与“制度”的概念有相似的地方,也有显著的不同,特别是当“法律”这个概念还使用在不同语境之中。但总体来说,“法律”与“制度”在大致的内涵和外延上可以通用,或者“法律”更多地带有国家法的性质,或者干脆只在对国家法的称呼上使用。“制度”这个概念所包含的范围则更加广泛,许多学科如经济学、社会学、人类学、管理学等都会使用这个概念,虽然这些学科所称的“制度”与法律多少有着一点关系,但法学学科所称的“制度”与这些学科的所指还是有着一定的距离。法学学科中的“制度”更多从规范性、强制性和服从性着眼,与“法律”这个概念有着更为紧密的亲缘关系,因此更多地融入从“法律”这个概念所迁移来的内涵。

“法律”这一概念有着十分不同的认识,如有将法律仅仅限定于国家制定和颁布的制度,如有将法律作扩大化解释,因此有“法律多元”或者“民间法”这种使用。这种使用也有着现实的关照。在许多社会中,国家法与民间法的脱节,国家法由国家制定,而民间法则依靠民间力量的实施而缓慢成长。中国古代的法律现实便是如此。正是法律概念的复杂性,因此有必要对之加以清理。本书较为宽泛地使用“法律”这个概念,着眼于这个概念所提供的“行

为规则”的语义与内涵。本书的基本论点并不强调“法律多元”或“民间法”的认识,而认为国家法与非国家制度之间存在经常的交流与互动。由于本书所要探讨的主题是法律的发展和演进,特别是强调独立于国家制定行为的发展过程。因此,本书的“法律”概念在一定程度上也有着“法律多元”或是“民间法”的含义。用这种有所偏重的概念来研究本书的主旨是可行的,在某程度上也是必需的。法律制度的发展本身就是一个理性的过程,而不是少数法律的研究者的理性所致,更不是少数把握着国家立法权者的理性所致。法律的概念决定着研究的方向以及研究的含义,如果不能就一个概念加以明确,则讨论的问题也不可能有坚实的基础,讨论所得出的结论可能也就不具有说服力。

古往今来学者们对法律问题进行过讨论,得出的结论却往往千差万别。其重要原因便是,他们的这些讨论往往从不同的法律概念出发的,因此各自所建筑的理论差异极大,甚至质疑对方理论的正确性,最为典型的如梅因与边沁对于法律概念的争论。^{〔1〕}但是,正是因为法律概念的复杂性,以及存在有多个与“法律”概念相类似的概念,人们对法律问题的探索才有了更加丰富多彩的画面。正确认识这些概念本身也使得法学研究逐步成为一门更为理性的学科,也更为系统化,符合学科体系的要求。

二、对“法律长成”的界定

法律制度是在不断向前发展的,而且表现出层层递进的关系。从这种意义上来说,法律是在不断演化和不断进步的。这是本论题的基本前提和假设。虽然就法律制度本身而言,无所谓先进与落后,或者不存在一种制度优于另一种制度,因此,假设法律制度经历着一个类似自然界物种进化般的不断发展过程,这似乎是不能成立的。实际上,法律制度存在一种自我理性,而在这种理性影响之下,法律制度不断向前发展,而这种发展不能简单地用低级至高级的发展这种概念来加以理解。

不能从理想主义或唯心主义法律观出发,将是否符合公平正义作为判断

〔1〕 刘星:《法律是什么——二十世纪英美法理学批判阅读》,修订版,法律出版社2009年版,第6~8页。

法律优劣的标准。而且,公平正义的内涵也在不停变化,在不同的社会表现也不尽相同。从这个意义上说,法律所能实现的公平正义的程度会有不同,因此,也就有了制度发展一说。所以,就法律制度是社会关系的调整手段和方式而言,社会关系是在不断发展变化的,法律制度因应变化,也就是一种发展。所以,法律制度是存在演化或进化的过程的。

法律是据以调整社会关系的,因此法律与社会关系是存在互动关系的。一定的社会关系产生一定的法律制度,而一定的法律制度则规范、约束甚至改造一定的社会关系,这正是调整的含义之所在。社会关系是不断在变动的,对于法律制度的影响也是不断在变化的,由此造成法律制度的变化。这一变化的过程是否能适应社会关系的变动,使社会关系的变动适应社会变化发展的需要,适应经济基础的要求,则是判断法律这种变化的重要依据。如果法律制度适应了这种变化,能够很好地调整社会关系,承担起社会治理的任务,法律的这种变动就是成功的。在这个发展过程中,法律制度并没有受到其他因素的影响,特别是没有受到来自政府权力的影响。那么,这个过程便是一个法律长成的过程。

法律的长成指的是法律发展的一个自为过程,这个过程区别于有目的政府立法或是政府对于法律的移植,“长成”的概念因此具有了比较学上的意义。但是法律长成又是一个复杂的概念,即使是立法或是移植,本身也存在有长成的因素,或者受到长成的因素的影响。古代以至现代社会,法律制度的发展和变迁是一个持续存在并不断进行的过程,这个过程更多表现为立法或移植,因为对于法律移植,学者们给予较多的关注,但对于法律的长成的研究则关注不多,这是本书所要研究的重点。

法律是可以发展和演化的,因此也就可以讨论促进法律发展和演化的因素。法律的发展也有一种“看不见的手”的作用,如同市场经济条件下那双“看不见的手”对经济的作用一样。在大多数情况下,这双“看不见的手”是促进法律制度发展的真实动因,也给了这种发展以真正的动力。这种源自内在动力的发展正如自然界中动植物的自然成长,因此以“长成”来对之加称呼,试图体现这一特点。但法律制度与自然科学所探索的对象并不相同,虽然社会关系的内在性质、社会大众的心理可能是推动法律发展的决定性因

素,但法律的发展同时还受到许多其他因素的影响。但不管有着何种表现或受到什么影响,法律的长成始终是决定着法律制度合理性的重要因素。本著作的讨论因此有了意义。

仅从字面来理解,法律的长成可以有许多含义,法律的长成可以指一个法域中法律发展和变迁的整个过程和全部方式,若从这种理解去研究法律的长成,则这个概念将等同于“法律的发展”或“法律的变迁”等概念而丧失其专门的含义,因此本著作对“法律的长成”进行了严格和窄幅的定义,文中所提及的“法律的长成”专指具有本体亲缘性,通过内在的“营养”或“动因”而逐渐发展壮大的制度。“法律长成”与“法律移植”是两个对立的观念,而后者主要是通过借鉴或移植其他法域的制度来完成法律发展的过程。

法律制度本身具有不断发展和变迁的特征,法律的发展和变迁可以是一个主动的过程,如远古社会主动适应生产关系变化和所有制的变化而产生出所有权的观念和制度;也可能是在外力作用之下被动的过程,如接受外来文化的影响,由有权立法者主动移植其他法域的制度,使之成为本法域的制度。对于前者,即法律发展和变迁的主动过程,可以称为“法律的长成”。“法律的长成”是和法律移植相对的概念,可以通过与法律移植相比较而加深对这个概念的理解。“法律的长成”类似有生命的植物吸收土地的营养而逐渐成长的过程。法律移植则是植物的成长出现了问题,在外在权利的干涉下主动嫁接了其他同类甚至不同类的植物以获得期望的成长,而原先自我的成长过程则被打断。法律的长成在最早的初民社会可能是法律发展和变迁的唯一方式,但随着人类社会的发展以及人与人之间交往的增加,社会关系走向复杂,制度的成长已经无法满足社会关系成长的需求,没有制度依凭的社会治理开始出现混乱,这种混乱的状态就促进了统治者思考如何加强对于社会的治理,因此有了对于规则的初步认识和研究,在这种研究的基础之上,主动制定出规则而要求全体社会成员共同遵守。随着不同氏族之间交流的增加,一个氏族往往会发现对方氏族有着非常好用的制度,因此萌发学习这种制度的愿望。不同氏族有着自己不同的制度,不管这种制度是长成的还是制订的,可能在某些治理活动中发挥重要的作用。因此有的氏族便将这种制度加以借鉴用于本氏族的社会治理之中,这便是最早的法律移植。随着人类社会的

不断发展,法律制度生成的方式不断丰富,特别是随着人类自主意识的提高、对法律研究的加深,人类主动进行法律制定逐渐成为法律发展的方式,但即使是主动制定,也无法忽视法律长成因素在其中发挥的作用。移植的法律或制定的法律若要发挥作用,仍然要考察长成因素的影响。

若以英语法律语汇来加以解释,“法律长成”的过程是一个“Grow”的过程,而这个过程的结果可以是“Grown”或者“Grown up”来表达,其意强调法律的自然生长以及自在自为的过程。在语义上就和“Law make”或是“Law legislation”形成对应关系,与“Law transplant”也形成了鲜明的对比。“Law make”或是“Law legislation”所指的含义是比较广泛的,与“法律长成”相应的“Law make”或是“Law legislation”是指的是有权立法者的自觉行为,不应包括有权立法者承认或认可社会中已经存在的规则,即在民间长成的规则经由国家立法程序进入国家法的过程。因为,这些在民间已经存在的规则,实际是“长成”的规则。

法律发展的过程也就是一个法律发展的历史,在某一个时间断面上表现出来的法律制度的现成构造并不能代表法律的全部,甚至不能代表法律发展的过程。因为,历史的发展并不总如同历史教科书中所阐述的那样,历史发展充满了曲折、迂回甚至后退,历史的发展从来不能以人类的逻辑来加以衡量的,历史也从不会根据某个人或某种理论而发展,但是教科书中的历史却是经过了修剪的,以符合当下社会的需要。法律的发展与历史也有同样的境遇,法律发展的过程也是随机的和多向度的,不会因为人们希望其调整某种社会关系,法律就能依照人们这种意愿而产生并去调整,这就是法律的长成,一个法律发展的真实过程。正如人们往往误认为历史的发展是线性的、单维度的一样,人们往往认为法律制度也是统一面相的,从而忽视了法律制度成长的复杂性,忽视了法律制度发展的内在动力和自觉理性。而正确认识法律制度发展的多向度以及法律制度发展的独立品格,是我们解决大多数我们可能会面临的法律问题的唯一可行的道路。

用“长成”的观点去看待法律的发展和演进,将会使很多问题迎刃而解,同时“长成”的理论也可以使许多理论,如法律文化理论、法律社会理论以及法律经济理论有了相同的认识和判断标准,从而可以将这些理论统一至单一

理论之下。

法律制度是在不断发展和演进的,而正是这个演进的过程更引人入胜,引出故事无穷,这也使得无数学者将自己的研究兴趣集中于此。“制度构造了人们在政治、社会或经济方面发生交换的激励结构,制度变迁则决定了社会演进的方式,因此,它是理解历史变迁的关键。”^{〔1〕}诺斯的话语指出了制度变迁和发展与社会发展的联系。法律制度的演进有其内在的规律性,同时也受到立法过程、法律移植行为以及众多其他行为和过程的影响,而且,反过来法律制度的发展和变迁的过程对社会也产生影响。前者是法律学者所关心的,而后者则像诺斯这样的经济学者所关心的。但不管是法律学者还是经济学者,法律制度的发展的规律性都是他们所关心的,特别是法律制度自身或内在的发展规律。

三、“立法”“法律制定”与法律的长成

“立法”以及“法律制定”等概念是法学研究中的重要概念,特别是当法律制度被认为与国家统治有关,是统治者的命令或者由统治者制定颁布之时,“立法”或者“法律制定”便成为法律出现或生成的唯一途径,也成为人们研究法律制度的起点,并因此出现了研究这一过程和现象的专门学问——立法学。立法学研究国家有权机关制定法律的过程,以及如何更方便和准确地完成法律制定的过程。但若是将法律制度的生成方式仅仅定义为国家的统治者利用手中的权力在立法机关中完成的过程,那么本著作所探讨的“法律的长成”就无从谈及。因此,若“立法”以及“法律制定”的概念能够引入本书,能够与“法律的长成”的概念共同讨论,那么必须扩大“法律”的概念,社会中流行的以及能够对人们的行为产生约束力的规则均可以归入这一范畴,这是一个广义的范畴。除了依靠内心自觉才能获得遵守的规则,如道德规则之外,都可以纳入本书所称的“法律”的范畴。只有依靠这种“法律”的概念,“法律长成”与“法律制定活动”或者“立法活动”才取得了平等对话的机会。“法律长成”的概念强调的是法律制度的自然长成与自然发展,通过社会关系

〔1〕 [美]道格拉斯·诺斯:《制度、制度变迁与经济绩效》,杭行译,韦森译审,上海人民出版社2014年版,第3页。

的自我梳理和自我矫正完成规则的形成过程,而与之相对立的“立法活动”或“法律制定活动”的概念则是有权机关的有意识的作为。如果将法律视为一种命令,那么必然体现了命令发出者的意志,^{〔1〕}立法过程就是命令者的命令成形的过程。因此,作为整理命令或发出命令的过程,“立法”和“法律制定”必然掺杂立法机关或者国家统治者的意志。所以,是否掺入国家意志是这两个概念的最大区别。

“立法”与“法律制定”的概念一直有着较广的内涵和外延,因为与国家权力相伴的“立法”与“法律制定”行为可以将一切合适的规则转变成为法律,还可以将已经存在的、在社会中长成的制度转化成为国家法律。因此,正是在这一点上,“立法”“法律制定”与“法律长成”形成交集,这也是可能造成“法律长成”与“立法”“法律制定”相混淆的一个原因。但值得提出的是,法律长成在很多情况下并不排斥立法或法律制定对法律发展的作用,因为法律的长成本身也可以通过立法或法律制定来实现,是一种暗含于法律发展各种方式中的最终决定因素。

随着人类社会的发展,人的主动意识在法律制定中发挥着越来越重要的作用,加入了立法者的自主意识。这是两者最大的区别。随着社会的发展,法律制度在人类社会中的作用越来越大,国家对于社会的治理也更加倚重法律,因此,国家权力在法律发展中的作用越来越大。随着法学研究的发展,国家越来越相信自己对于法律制度的判断,也更能理性地对待法律的长处以及不足,因此国家在法律的制定上更加有信心,也更愿意以国家强力形式对法律制度做出规定。这似乎成为现代社会一种普遍的现象。人类的主动意识对于法律发展的影响却不能低估。正是因为其中渗透了国家统治者或立法者的主动意识,因此“立法”以及“法律制定”等行为受到意识形态的强烈影响,这种影响往往可能使得法律发展失去其应有的方向,使得法律成为政治统治的工具,而不是一个良好的社会关系的调节器,甚至不能体现

〔1〕 如边沁所言:“法律可以定义为,由一个国家内的主权者所创制的、或者所采纳的、用以宣示其意志的符号的集合……”见[英]杰里米·边沁:《论一般法律》,毛国权译,上海三联书店2008年版,第1页。国内学者也有类似对于法律概念的表述:“将法律看作一种命令,意指法律表达制定者的意志,这种意志表现为意愿明示而且必须为他人所接受,否则制定者将给予暴力式的制裁。”见刘星:《法律是什么——二十世纪英美法理学批判阅读》,修订版,法律出版社2009年版,第2页。

公平、公正的最低要求。从实用主义角度来理解,法律制度仅仅维护着立法者的利益,而不能作为社会关系的调整工具,从而使得法律的正义性或正当性大打折扣。

现今的社会关系愈加复杂,对之加以调整的法律也越来越复杂。这种复杂的法律制度在长成过程需要有漫长的过程,同时复杂的法律制度涉及复杂的专业领域,往往很少与普通民众发生关系,这也使得法律长成所依赖的大众心理无法发挥作用。专业人士以及法律学者在这里将发挥更大的作用。

四、与法律长成相对的法律移植

虽然法律长成与法律移植是两个相对立的概念,即法律成长的概念所描述法律发展或变迁的过程与法律移植的过程是相对立或完全不同的。但在历史实际中,法律长成也并不排斥对域外法制的借鉴,如英格兰普通法对于罗马法的借鉴促成英美法一些基本原则的长成。但需要注意的是,这种借鉴与国家立法者进行的有意移植是不同的。而较大范围使用的“法律移植”概念,往往指的是后者。

这里所列的这两个概念所强调的方面是不同的。“法律长成”着眼于法律发展的自主理性,并非法律之外的因素有意地移植或强迫法律朝着某个方向生长。但不能否认的事实是,法律的长成过程中可能更多地与本地的知识体系有关,是从“本土资源”中成长起来的制度。在这个过程中,不仅可能利用所谓的“本土资源”,甚至可能是利用外来的法律资源,只是利用的过程并非掌握有立法权的国家统治者有目的进行的法律移植。自我吸收域外法律作为促成法律长成的因素与政权主动进行法律移植有相似或接近的地方,但法律发展的动力是根本不同的。

法律制度有着与社会现实的异步性或不合拍等特性,这种异步性或不合拍有时可以促进法律的发展。因为法律本身就可以起到一种模范和引领的作用,以此促成某种行为方式的形成。这种性质也就使得引入其他法域的制度成为可能。法律移植之所以为人津津乐道,其根本原因便在于这种引领作用。学者更多关注的是借鉴域外法律以对本国法律所进行的修改,即所谓的法律移植,而较少关注法律制度自然生长的过程。中国现代法律体系基本上