



法律移植与 传统法律文化的变迁

——基于中、日、印、土亚洲四国的观察

肖光辉 著



山东人民出版社



法律移植与 传统法律文化的变迁

——基于中、日、印、土亚洲四国的观察

肖光辉 著



山东人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律移植与传统法律文化的变迁:基于中、日、印、土亚洲四国的观察/肖光辉著. —济南:山东人民出版社, 2010. 6

ISBN 978-7-209-05299-3

I. ①法... II. ①肖... III. ①法学-研究
IV. ①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 063643 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

法律移植与传统法律文化的变迁

——基于中、日、印、土亚洲四国的观察

肖光辉 著

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

社 址:济南市经九路胜利大街 39 号 邮 编:250001

网 址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

日照报业印刷有限公司印装

规 格 32 开 (148mm×210mm)

印 张 6.875

字 数 200 千字 插页 2

版 次 2010 年 6 月第 1 版

印 次 2010 年 6 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05299-3

定 价 20.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。电话:(0633)8221365

自序

这本小册子主要是探讨法律移植与文化变迁的问题。法律移植不是一个新问题,就国内而言,上个世纪八九十年代就已经有学者探讨过,也写出了一些文章。刚刚进入 21 世纪时,全国外国法制史研究会在湘潭大学召开了第十三届年会,会议的主题就是法律移植问题。所以,这个问题又被提了出来。之后,也出版了与此相关的一些书籍与论文。这届会议本人也参加了,为参加这次会议也写了一篇文章。当时,本人正在读博士,所以也凑着“热闹”将这个问题作为毕业论文来做了。不过,说来惭愧,这篇论文已经搁置多年了,一是由于没有时间,二是想多收集一些材料,尽量准备得充分一点,所以,也就一直未能及时修改并出版。

但是没有发表,不等于我没有对该论题进行进一步的思考。一、论文的部分章节已经摘出并在一些杂志上发表。应该说每一次摘出,都是对这些章节的重新思考。二、材料上,除了已经发表的部分找出了诸多的新材料之外,对那些没有发表的部分,也时常考虑材料的进一步收集与积累。

全书分为三个部分。第一部分是法律移植的基本理论。该部分就法律移植的概念、术语与学说、法律移植与法律文化、法律移植的必要性与可行性、法律移植的方式以及应该注意的问题做了简单的说明。第二部分就法律移植的四个主要的亚洲国家进行了考察。选择的四个国家分别为日本、中国、印度与土耳其。这四个国家都曾经





有辉煌的历史,有沉积深厚的文化传统。但在西方的殖民统治的过程中又都受到屈辱,被迫签订了不平等条约;在这种殖民化的过程中,传统的法律文化在西方的压迫下进行了改造与转化。东方文化与西方文化的碰撞涉及许多问题,从观念层面上来看,西方的文化渗透到东方的文化中所引发的抗争是令人震撼的,这种强势的压力迫使这些亚洲国家思考以前他们从来没有思考的问题。从制度来看,这些国家为了富国强兵,先后移植了西方的政党、选举等宪政制度与其他法律制度。此外,出于研究的需要,这一部分还对中世纪与伊斯兰国家法律移植做了专门介绍,第三部分是探讨法律移植与现代化、全球化、本土化、多元化的关系问题。本书对与法律移植相关的现代化、全球化、本土化、多元化问题做了一定程度的分析。这一部分可以看作为是对前述亚洲四国的法律移植在现代化、全球化进程中,如何扬长避短,在充分考虑本土文化的基础上与世界“接轨”问题上所做的进一步思考。法律移植的现代化、全球化与多元化、本土化并不矛盾,关键是看我们怎么处理它们之间的冲突。

本书试图从亚洲的四个国家归纳出法律移植的一般性规律,从而发现各国在法律移植过程中应该做什么以及怎么做。虽然这里的研究无法囊括所有的国家,但是从这些有代表性的国家,我们大致能够看出法律移植应该注意的问题,哪些可以移植,哪些不能移植等。在材料的处理方面,不求全面,只关注重点。所以在移植的细节方面,尤其是具体的部门法移植的细节方面,可能做得不够,有待以后进行补充。在史料处理与立论方面,力求做到史论结合。

这么多年过去了,现在再回头看,基本的观点依然没有变,只是当时还未能意识到“著述”的艰巨性。这种艰巨性到现在依然都在困扰着我,从这篇单薄的小书中就可以看出。

当时写这篇毕业论文仅仅觉得这亚洲四国有共通的方面,可以

比较与参照。毕业以后,总想着做进一步的充实与完善。但是,许多事情未如初料,由于论文的涉及面很广(论文不仅涉及历史文化、现代化与本土化、全球化与多元化的问题,而且还涉及法学理论与诸多的部门法领域),所以论文始终未能作为“成果”“生产”出来。

现在拿出来的这个“产品”,尽管花了不少“力气”,但由于本人的“底气”不足,难免存在各种错误,欢迎大家批评指正。

肖光辉

2009年11月5日写于寓所



目 录

自 序	(1)
-----------	-----

第一部分 法律移植的基本理论

第一章 法律移植的几个基本理论问题	(3)
一、法律移植的概念与相关术语	(4)
二、影响法律移植的基本因素与法律移植的几种学说	(6)
三、法律移植与法律文化	(11)
四、法律移植的必要性与可行性	(15)
五、法律移植的方式	(18)
六、法律移植应注意的问题	(23)
七、法律移植的后果	(25)
八、结语	(27)

第二部分 法律移植与社会变迁

第二章 中古欧洲法律移植概述	(31)
一、中古欧洲法律移植的一些例证	(32)
二、早期法律移植与两大法系	(37)





三、宗教:法律移植的中介	(41)
四、法律移植与中古欧洲文明	(42)
五、中古欧洲法律移植的几个特点	(44)
六、移植方式:实现与本土的结合	(47)
七、结语	(49)
第三章 法律移植与奥托曼土耳其传统法律的变迁	(50)
一、奥托曼土耳其的传统法律文化	(50)
二、改革的历史背景与步伐	(52)
三、法律改革所涉及的主要方面	(57)
四、1945 年以后的改革	(67)
五、土耳其移植法律的几个问题	(68)
六、结语	(73)
第四章 法律移植与印度传统法律的变迁	(74)
一、印度固有的法律文化传统	(74)
二、英国殖民统治时期印度的法制状况	(76)
三、英国法律制度与法律观念的移入	(80)
四、普通法控制下的“固有法”——印度法的本土性	(84)
五、印度法律移植所形成的几个特点	(87)
第五章 法律移植与日本传统法律文化的变迁	(90)
一、日本的“固有”法	(91)
二、日本对西方法文化的继受	(92)
三、本土化还是西方化?	(101)
四、日本人的厌讼观:代结语	(105)

第六章 法律移植与中国传统法律文化的变迁 (108)

- 一、中国传统法律文化的内涵 (108)
- 二、西学的移入与文化观念的变迁 (109)
- 三、法律移植前的准备工作 (111)
- 四、清末法制的变迁 (114)
- 五、礼法之争 (122)
- 六、结语 (125)

第七章 法律移植与伊斯兰教法的变迁 (127)

- 一、伊斯兰法的传统及其历史发展 (127)
- 二、法律移植与近现代伊斯兰法律的变迁 (131)
- 三、伊斯兰法的基本走向：外来法与本土法的结合 (137)
- 四、伊斯兰法的统一性与多元性 (140)
- 五、结语 (142)

第三部分 现代化与全球化时代的法律移植

第八章 法律移植与法律现代化 (145)

- 一、现代、现代化与法律现代化 (145)
- 二、法律移植是“后发性”国家实现法律现代化的重要
途径 (150)
- 三、正确处理法律移植过程中本土化与现代化 (153)
- 四、结语 (158)

第九章 法律移植与法律全球化 (160)

- 一、什么是法律全球化？ (160)





二、经济发展与合作:法律全球化的前提与基础	(161)
三、法律移植:法律全球化的重要方式与手段	(164)
四、全球化背景下日本法律移植成功的经验	(166)
五、全球化进程中法律移植的艰难	(168)
六、法律全球化的价值与矛盾的处理	(171)
七、结语	(173)
第十章 法律移植与本土法律文化	(174)
一、本土性问题	(174)
二、影响法律移植的本土因素	(176)
三、法律移植对本土法律的影响	(180)
四、本国对待外来法律文化的态度	(183)
五、如何实现外来法与本土法的结合	(184)
六、结语	(187)
第十一章 法律移植与法律多元	(189)
一、什么是法律多元?	(189)
二、法律多元现象的形成与分类	(191)
三、法律移植与法律多元	(194)
四、法律现代化、全球化之下的多元化问题	(196)
五、法律多元与法律移植的选择	(199)
六、结语	(201)
主要参考文献	(202)
后记	(209)



第一部分

法律移植的 基本理论

第一章 法律移植的几个基本理论问题

法律移植已成为一种很“时髦”的法律话语,国内外学者关于这个话题谈得也比较多,并且是仁智互见。有的认为法律可以移植,有的认为不可以移植;有的虽然认为法律可以移植,但必须考虑到移植国的具体情况,也就是将外来文化与本土文化结合起来,移植才是可行的;还有学者就移植本身这个词的用法提出看法,等等。我个人觉得任何问题都可以从多个层次、多个角度进行探讨,所以学者关于上述法律移植的观点与看法,只要言之有据,都可以成立,并能够推动该问题的研究向纵深方向发展。但是,仅仅就移植本身来看,法律移植自古以来即已存在,是一个普遍的现象。关键的问题是法律如何移植,移植需要具备哪些条件。当然,要求受移植的制度发挥与其在原产地国一样的效应是完全不可能的。我认为,在高度发达的信息社会,在政治、经济、文化日益一体化的今天,法律移植不仅是可行的,而且是必需的。

近年来,国内有关法律移植基本理论问题的论著已经出版了一些。^①而这是一个非常大的课题,每个人都可以从自身研究的角度

① 关于法律移植,在西方学者中讨论最多的莫过于美国著名的 Alan Watson,他著作等身,是当今世界上最具有影响力的罗马法、比较法、法律史、法律与宗教方面的学者,现任教于美国乔治亚大学。他的不少著作与论文都直接间接地与法律移植有关。如 *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (The University Georgia Press 1993 2ed), *The Evolution of Western Private Law Expanded* (John Hopkins University Press 2001), *From Legal Transplant to Legal Format* (43 Am. J. Comp. L. 469. 1995), *Aspects of Reception Law* (44 Am. J.





出发,发表自己的研究心得与学术见解。结合本人思考的论题,本人不揣浅陋,试图就法律移植的基本理论及其相关问题做一些探索与分析,以求教于方家。本章拟从以下几个方面来讨论:(1)法律移植概念;(2)影响法律移植的基本因素与法律移植的几种观点;(3)法律移植与法律文化的关系问题;(4)法律移植的必要性与可行性;(5)法律移植的方式;(6)法律移植应注意的问题;(7)法律移植所产生的后果。

一、法律移植的概念与相关术语

谈法律移植首先涉及的是概念问题,即什么是移植与法律移植。

(接上页注)Comp. L. 335. 1996), Legal Transplants and European Private Law (Vol. 4. 4E J C L, December 2000)等等,近年来随着比较法学的发展,从事比较法与法律移植的学者也越来越多,论文发表的数量也逐年增多。就国内而言,近年来经过学者的共同努力,出版与翻译了一批比较法方面的专著与译著,如沈宗灵、王晨光主编的《比较法学新动向》(北京大学出版社1993年版),朱景文的《比较法导论》(中国检察出版社1992年版),沈宗灵的《比较法研究》(北京大学出版社1998年版),江平等编的《比较法学在中国》也已经出版了数辑,译著类除了法国达维德的《当代主要法律体系》(漆竹生译,上海译文出版社1984年版)与德国茨威格特、克茨的《比较法总论》(潘汉典等译,贵州人民出版社1992年版)两本外,有影响的还有勒内·罗迪埃的《比较法导论》(徐百康译,上海译文出版社1989年版),埃尔曼的《比较法律文化》(贺卫方、高鸿钧译,三联书店1990年版),格伦顿、戈登、奥萨魁的《比较法律传统》(米健等译,中国政法出版社1993年版),大木雅夫的《比较法》(范愉译,法律出版社1999年版),伯恩哈德·格罗斯菲尔德的《比较法的力量与弱点》(孙世彦、姚建宗译,清华大学出版社2002年版)等。在法律移植方面,主要的论文与论著有王晨光的《不同国家法律间的相互借鉴与吸收》(《中国法学》1992年第4期)、何勤华的《法律移植与法的本土化》(《中国法学》2002年第3期)、刘星的《重新理解法律移植》(《中国社会科学》2004年第5期)、何勤华主编的《法律移植与法的本土化》(法律出版社2001年版)以及《法律移植论》(北京大学出版社2008年版),张德美的《晚清法律移植研究》(清华大学出版社2003年版),黄金兰的《法律移植研究》(山东人民出版社2009年版)。应该指出的是,虽然自清末以来,尤其是民国时期,比较法作为一个研究方法或一门学科在我们的法律运作过程中有所体现、有所发展并起过作用,但是新中国成立后的相当一个时期,国内系统研究比较法律理论的学者并不多见,专门就研究法律移植理论问题的学者就更少,现在也只能说是刚刚起步。

移植最早是农业上的术语,指将苗床的“秧”移植别处,将树木移至他处,也称移植。^① 后来这个词被进一步运用到医学(如皮肤、角膜、肾的移植)领域。再往下引申就涉及社会的制度层面,于是就有了制度移植的学说。

由于移植原本是由农业或医学方面的术语转引过来的,所以借用这种概念给法律移植下一个定义,我认为可以这样表述:法律移植就是将法律制度从一国移植(栽)到另一国的一种行为。这里既包括法律制度的移植,也包括观念形态的移植。制度形态的移植与观念形态的移植相辅相成,法律制度的移植常常会导致观念形态的变化,而观念形态则在一定程度上制约着制度的移植。

在西方法律用语中,与移植(transplant)相近的词,还有借鉴(borrowing, drawing on)、吸收(assimilation)、模仿(imitation)、继受(reception),等等。^② 如果仔细推敲,这些词的含义也不完全相同,所以在不同的环境、背景之下,这些词的选择也就不同。在用词上,既存在个人使用习惯上的偏好,又存在根据实际情况而酌加甄别的情形。比如,伊森·欧罗库(Esin Oruch)在一篇文章中用的是继受(reception),没有用移植、模仿(imitation or model)。^③ 而弗里德曼则将移植替换为“借用”。^④ 著名法学家沃森先生尽管大谈移植,但是也常常用“借用”一词来代替移植。这些情况说明,移植、模仿、继受、借用等等词语就移植而言,其内涵差异并不大。在这本小书当中,我没有对这些词语严格地加以区分,基本上是在移植的大框架内

① 《辞海》,上海辞书出版社1989年版,缩印本,第1973页。

② 除沈宗灵先生在《比较法研究》(北京大学出版社1998年版)第668页中提及的几种外,继受这个词也是人们常用的。

③ Esin Oruch, "The Impact of European Law on the Ottoman European and Turkey" See: European Expansion and Law, Edited by W. J. Mommsen, J. A. De Moor, Berg Pub Ltd, 1992, p. 39.

④ 弗里德曼说:“借用是现代法律的一个关键主题。”见[美]劳伦斯·M. 弗里德曼:《法律制度》,中国政法大学出版社1994年版,第228页。





交替使用这些词语的(在个别特定的场合,我将区别对待并做出说明)。

就移植主体来说是一个国家或一个地区。这个主体既可以是法律移(输)出国(移体国),也可以是法律受移植国(受体国)。比如说,在西方殖民统治时期,西方殖民统治者都是移植主体,他们将自己的法律带到了受殖民国家,他们是移体国。但是,受移植国也可能成为移植主体。如近代一些未受过殖民统治的国家,以及独立后的民族国家,在很大程度上移植法律是自愿的,他们将西方国家的法律移植到自己的国家,他们也是移植主体。移植主体是一个相对的概念,看你从什么角度来分析与界定。法律资源也一样,可分为移体国与受体国,但是,与前面不同的是,移体国只能是法律资源原产地国,受体国在这里则不能成为主体。如上述的西方既是移体国又是法律资源国。而日本与土耳其等国则只能是受植主体,即不可能是法律资源国,也即是说,就法律资源来说,受体国不可能是“出口”国,而只能是“进口”国,无论是移植国输入还是自己主动去“拿”都一样,那就是法律资源不在自己这里。由于以下论述当中会涉及这些术语,这里先做一个交代。

二、影响法律移植的基本因素 与法律移植的几种学说

移植能否成功因素很多,主要有政治、经济、文化因素。政治因素强烈地影响着法律。政治与法律同属于上层建筑,统治阶层的主流意识左右着法律的移植,可以这么认为,移植什么法律制度、借鉴什么外来法,在相当程度上取决于统治者的意识,^①所以奥·凯恩—

^① 当然,在一个“民主”国家里,统治者的意识在相当程度上与民众的意识相一致,统治者的意识大致可以认为是民众意志的体现,但是在一个专制的国家,民众的意识与统治者的意识却是法律分离的。

弗伦德(O. Kahn - Freund)才将政治因素看得特别重要。^① 近现代以前,法律的移植受统治阶级意识与政策的影响较大,一个重要的原因是法律被认为是他们控制社会的一个主要的工具,他们根据自身所处的社会环境与社会需要来确定法律的移植。现代社会虽然不能笼统地说法律是一种统治阶级的工具,但是政治对于法律的影响仍然是巨大的,在一些集权国家的社会里特别明显。

当然,在不同的时代、不同的环境下,政治对于法律移植的影响层次与程度是不同的,需要我们做仔细的考察与细心的研究。

按照马克思主义的观点,经济基础决定上层建筑,法律必定受制于经济的发展,所以,法律的发展与经济发展是同步的。有什么样的经济基础,就会有有什么样的法律制度,要求在奴隶制经济与自给自足的封建经济形态里产生出市场经济并制定出现代市场经济的法规,那是不可想象的。因此,超越于经济的发展,强行移植域外法律注定会失败的;同时,法律如果长期滞后于经济的发展,拒绝移植域外法也是不可能的。法律移植必须与经济的发展相适应。^②

文化因素也是影响法律移植非常重要的一个方面,两个截然不同的文化传统之间要实现法律制度的移植比较困难(不是不可能)。可以这么假定,文化传统积淀越厚,移植就越困难;即使移植进来,也不得不保留诸多传统的因素,这在与传统文化密切联系的婚姻家庭、继承等领域表现得尤其突出。即便是表面上看起来最为世俗化的土耳其也未能摆脱固有传统的影响,传统只是在强有力的压制下暂时躲藏起来,一旦有机会就会“卷土重来”,甚至在平常也像一个幽灵,

① [英]奥·凯恩-弗伦德:《比较法与法律移植》,贺卫方译,载《比较法研究》1990年第3期。

② 清末移植域外的法律之所以没有成功除了政治、文化的因素之外,自给自足的自然经济是一个重要的因素,因为当时西方的工业革命已经完成,正处于由自由资本主义向垄断资本主义过渡的时期,而中国仍然处于小农经济的社会形态当中,其所有制决定了所有权。与此不同的是日本在明治维新后迅速发展资本主义,其生产方式与经济形态在一定程度上积极要求借用与此相互配套的域外法,因而它能够比较顺利地移植西方的法律。

