

黄金兰 著

法理文库

法律移植研究

——法律文化的视角

山东人民出版社

黄金兰 著

法律移植研究

法律文化的视角

图书在版编目(CIP)数据

法律移植研究:法律文化的视角/黄金兰著. — 济南:山东人民出版社,2010.1

(法理文库/徐显明,谢晖,王人博主编)

ISBN 978-7-209-05196-5

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 011654 号

责任编辑:李怀德

封面设计:武 斌

法律移植研究

——法律文化的视角

黄金兰 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 (140mm×203mm)

印 张 12.25

字 数 240 千字 插页 4

版 次 2010 年 1 月第 1 版

印 次 2010 年 1 月第 1 次

ISBN 978-7-209-05196-5

定 价 26.00 元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0633)8221365



序

百余年来，中国循着由器物到制度再到文化的路线，锲而不舍地向西方学习，以洋务运动、戊戌变法—清末立法、新文化运动等为代表的三场运动，典型地表达了早期这一进程的实践逻辑。其后中国社会的推进，都没有逃脱这三场运动的范畴，不论城头变换何种大王旗，从器物、制度再到文化的学习西人的过程，皆未曾终止。即使为人诟病的“文化大革命”，所标举的也绝非故国传统，仍是西来经验。

在此一过程中，制度领域的变革尤其令人关注。原因在一方面，在制度载体——法律的制定上，这一变革每每来自政府的推动——不论短命的百日维新，还是夭折的清末立法；不论民国建制，还是共和国新政，制度变革的首要推动者主要是政府。因此，相关的变革就不是零敲碎打的，而常常是全方位、整体性的。另一方面，制度变革的影响面及于全体国民。这种影响，既因为所谓强制力的保障，更因为它关乎主体在交往中的利害关系。即使那些短命的或夭折了的制度变革，虽未生发实际影响，但把学习、镜鉴西人的过程，凝固为一种制度载

体，本身对其后的相关活动就是一种积累，更是一种镜鉴。

此种制度变革，在规则的形成上基本是拿来主义的，用法学界习常的用语，是通过法律移植来实现的。近代以来，由于西方的法治，整体性地推进了西方文明的绚烂多姿和社会的长治久安，推进了主体的独立自主和交往的和谐有序，因之，那些“后发达”的民族国家，纷纷效法西方，移植西来法律，以致论者以为：西人曾分别借助枪炮、宗教和法律三次征服世界，但前两次皆告失败，唯有法律的征服，功成名就、影响弥深弥远。因之，研究法律移植，也就成为东西方有心于法制现代化志业的学人们普遍关注的问题。但究竟如何移植法律，是原封不动地照搬照抄，还是有所选择地为我所用；是继受国以一个主体的身份斟酌选取，还是“产地国”以一个强者的身份强制推销；法律移植过程，是一个单向度的文化—制度压制活动，还是双向度甚至多向度的文化—制度对话过程，这些问题都是在谈及法律移植话题时，论者所不能回避的内容，同时亦事关法律移植的成败得失。

简要梳理之，可以认为：“二战”以前，法律移植几乎是西人强制推销的活动，继受国常被裹挟进这一过程。有时，殖民者的全球征服活动，甚至让被移植的法律“原产国”和继受国之间的边界消失，继受国的所谓法律移植，不过是“原产国”的殖民统治者们的“搬家”活动——把自己固有的家当搬到新近的殖民地而已。在此一过程中，对话因素几乎不存。直到如今，美国仍在照搬当年的模式，雄心勃勃地按其意愿，改造伊拉克、阿富汗等“后发达”国家；也在或明或暗地以一己之意，染指各国事务。

但毕竟在“二战”之后，随着民族国家的纷纷独立，特别是上世纪90年代后世界多元化格局的明显发展，这种单向

度强制推销的“法律移植”活动，越来越受到抵制、反抗甚至反制。新兴民族国家以独立的新貌、主体的身份，摆脱了被裹挟的局面，而以参与者的身份和姿态开始了另种意义的法律移植。这种移植，或许可以将法治背景下法律普遍的技术规程、价值标准、规范模式与各国独特的文化传统、价值旨趣、生活方式相结合，使法制现代化充分彰显国家间对话的力量，并使新生的法律获得某种杂交优势，避免其因水土不服而南橘北枳。这种对话情势，不仅在内国立法中有所表现，在国际法、国际经济法等的形成过程中亦得到彰显。国际贸易组织及其规则的产生，可谓显证。鄙以为，这是在研究法律移植以及法律全球化等问题时，学者们理应关注的更为重要的现象和话题。

《法律移植研究——法律文化的视角》一书，在法律文化的视野和框架下，对法律移植这一现象作出了富有特色的学术探究；对法律移植的一些重要理论问题，作出了独具慧眼的学理解释。特别是该书对法律移植模式的总结和分类，对法律移植与文化认同、文化冲突、文化变迁之间关系的阐述，对法律移植和法律全球化关系问题的初步讨论，都给笔者留下了深刻的印象。尽管作者在该书中，没有就我一直强调的对话模式与法律移植这样的话题专门展开论述，没有就当下中国法制现代化进程中移植而来的国家规范和固有的民间规范的纠结、纠缠进一步作出说明，没有对在不同文化背景下法律移植的技术问题予以充分关注，没有对法律移植和经济发展、民族意识、制度的总体架构等的关联关系进行必要的说明，但作者在书中已有的梳理、总结和研究，已经表现了她的学术旨趣和用功方向。相信在后续的研究中，她对这一论题会在目前基础上，进一步、全方位地展开。

作者黄金兰君，其学士、硕士学位论文皆由我指导，博士论文，我也是其副导师。可以说，她是第一个跟我学习了十年的学生。十年间，其学术兴趣，皆围绕法律移植问题而展开，可谓锲而不舍。其间，导师组一些成员也曾质疑这种学术兴趣的过于单一，是否会限制其学术视野，影响其研究深度？但我始终认为，不能够在一个研究领域内专心致志，而左右张望，一心以为鸿鹄将至者，诚如孟子所言，“则不得也”；反之，能紧扣一点，咬定青山，专心致志，心无旁骛者，则必得也。本着这一见解，诚望金兰君能再接再厉，在该问题的研究上更有所成、不断精进！

是为序。

陇右天水学士 谢 晖

2009.9.20 序于北京端砚斋

目 录

序	谢 晖 (1)
---------	---------

导论	(1)
----------	-----

上篇 基础理论

第一章 法律移植概说	(21)
------------------	------

第一节 法律移植的概念	(21)
-------------------	------

第二节 法律移植的必要性	(35)
--------------------	------

第三节 法律移植的可能性	(46)
--------------------	------

第四节 法律移植否定论评析	(61)
---------------------	------

第二章 法律移植的模式	(75)
-------------------	------

第一节 基于移植主体的划分:自治模式、殖民 模式与综合模式	(76)
--	------

第二节 基于移植对象的划分:整体—部分模式 与外国—国际模式	(118)
---	-------

第三节 基于移植目的的划分:替代模式、补充 模式与重叠模式	(131)
--	-------

第四节	基于移植方式的划分:单向模式与双向模式	(139)
第三章	影响法律移植效果的因素	(147)
第一节	体制内因素——以欧陆对罗马法的移植为例	(148)
第二节	体制外因素——以日本近代法律移植为例	(183)
第三节	补论:对一种观点的反驳	(198)

下篇 专题研究

第四章	法律移植与文化认同、文化冲突及文化变迁	(205)
第一节	几个相关概念的界定	(205)
第二节	法律移植与法律文化认同	(219)
第三节	法律移植与法律文化冲突	(230)
第四节	法律移植与法律文化变迁——以伊斯兰法的变迁为例	(251)
第五章	法律移植与法律全球化	(274)
第一节	法律全球化是否可能	(274)
第二节	法律全球化之于民族国家的意义	(283)

第三节	法律移植:民族国家应对法律全球化的有效方式	(295)
第六章	法律移植与(中国)法制现代化	(301)
第一节	中国传统自身难以孕育出法制现代化	(302)
第二节	法律移植对于中国法制现代化的已有价值	(312)
第三节	法律移植对于中国法制现代化的应有价值	(345)
参考文献		(361)
后 记		(376)



导 论

“如果我们发现外国的法律更好，那我们也会采用而不会因为它外国法律而予以拒斥。”

——柏拉图^①

一部人类文明史，从某种意义上说，也就是文化交流的历史。自古以来的绝大部分国家或民族，都是在一种与他人交流的氛围中向前发展的。可能也正是基于这样的认知，人类文化学中才有所谓“文化发展主要依赖不同文化接触而产生的交流”的说法^②；或者反过来说，在经验世界当中，一个完全与世隔绝、不与他人发生任何文化往来的国家和民族欲图发展是很难想象的——她要么由于封闭而窒息、夭折，要么在其漫长的存在历程中止步不前。

① [古希腊] 柏拉图：《法律篇》，张智仁等译，上海人民出版社 2001 年版，第 106 页。

② 见 R. H. 路威：《初民社会》（纽约，1920）第 441 页，转引自 [英] 阿伦·沃森：《法律移植论》，贺卫方译，载《比较法研究》1989 年第 1 期。

而在整个人类文化交流的历史图景中,作为制度性文化的法律文化之交流毫无疑问占据着相当重要的位置。即便仅仅从这种重要性角度看,对法律文化交流进行全面、系统的梳理并将相应问题作理论化之提升、处理,也无疑将是一件富有价值的工作。

一、法律移植贯穿于法律发展史:现象的或经验的

埃尔曼指出:“法律制度从一种文化向另一种文化的迁移是经常的。”^① 据苏格兰法制史专家阿伦·沃森(Alan Watson)^② 的考察,有案可稽的法律移植之早期例证可以在有关“牛触人”的法律中发现。他在《埃什南法令》^③、《汉穆拉比法典》^④ 以及

① Henry W. Ehrmann, *Comparative Legal Cultures*, Prentice - Hall, Inc. 1976, p. 5.

② 需说明的是,沃森在20世纪70年代迁居美国。在本书中,凡出现其著作的地方,均以其论文发表地为其国籍。

③ 《埃什南法令》又译《埃什嫩那法令》,该法典大约颁行于公元前20世纪,保存于今特尔·哈尔马尔城发现的两块泥版上,其内容以楔形文字来表达。特尔·哈尔马尔城古时为埃什南的附属地区,而埃什南则是巴比伦东北边狄雅拉河谷的一个城市。参见法学教材编辑部《外国法制史》编写组:《外国法制史资料选编》(上册),北京大学出版社1982年版。

④ 《汉穆拉比法典》是在古巴比伦第六代国王汉穆拉比在位期间(公元前1792年~公元前1750年)制定和颁布的,距今已有约3800年的历史,是人类迄今发现最早的,保存最完整的古代法典。该法典集古代两河流域立法之大成,继承和发展了楔形文字法的法律传统,在立法技术及法律制度等方面都达到了前所未有的高度(参见郭琛:《〈汉穆拉比法典〉评价》,载《汉穆拉比法典》,法律出版社2000年版,第1~6页)。

《出埃及记》^① 三部在地理位置上相隔遥远的法律中探寻到这一制度被移植的印记。

《埃什南法令》规定：倘牛有抵触之性，邻人以此告牛之主人，但主人未使牛不致为害，结果牛触人并致之于死，则牛之主人应赔银三分之二明那（54 条）；倘牛触奴而致之于死，则牛之主人应赔银十五舍客勒（55 条）。

《汉穆拉比法典》也规定：倘牛行于街道，抵触自由民致死，则此不足作为起诉的根据（250 条）；倘自由民之牛有抵触之性，邻人以此告知，而此人既未钝其角，又未系其身，如牛牴自由民之子而致死，则彼应赔偿银二分之一明那（251 条）；倘若（死者）为自由民之奴隶，则彼应赔偿三分之一明那（252 条）。

《圣经·出埃及记》同样规定：牛若触死男人或是女人，总要用石头打死那牛，却不可吃它的肉，牛的主人可算无罪。倘若那牛素来是触人的，有人报告了牛主，他竟不把牛拴着，以至把男人或是女人触死，就要用石头打死那牛，牛主也必治死；若罚他赎命的价银，他必照所罚的赎他的命。牛无论触了人的儿子还是女儿，必照这例办理。牛若触了奴仆或是婢女，必将银子三十舍客勒给他们的主人，也要用石头把牛打死。

从以上我们可以看出，三部法律不管在形式还是在内容上都存在着惊人的相似：从形式上看，三部法律的规定在文体和措辞上都极为接近；从内容上看，三部法律都强调，如果牛平素就有触人之性，受害人要求赔偿的前提都是必须正式告知牛

① 《出埃及记》虽不是典型意义上的法典，但毫无疑问，其对于基督教、犹太教来讲实际上起到了法律规范的作用。该律法的具体写成时间不详，但可以确定是在《汉穆拉比法典》颁行之后的数世纪。

的主人，该牛为危险动物，以便主人采取相应的措施管束其牛，倘若主人在被告知后仍不采取措施管束其牛而致人损害，则应当承担赔偿责任。这种相似是纯属偶然，还是出于立法者的有为之？如果说是巧合，那么它们又怎能在文体和措辞风格上都如此接近？较为合理的解释是，它们的相似是基于立法者的刻意模仿，也就是说在它们之间存在着移植的可能性。阿伦·沃森的结论也是如此，“它们在文体上与内容上的相似是那样的显而易见，因而完全排除了法律相互孤立、平行发展的可能性。或许它们有一个共同的渊源。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。”^①

当然，法制史上所发生的“经典”法律移植现象肯定不只此一处，可以说，作为人类法律文化交流与传播的一种重要方式，法律移植贯穿于整个人类法制文明进化过程之始终。例如，位于米索布达米亚大平原的巴比伦曾作为世界上伟大文化的根基以及艺术和科学的中心达两千多年之久，尽管巴比伦及巴比伦文明由于外族的入侵和野蛮征服等原因而终趋衰亡，但他们的法律制度，如契约、不动产的买卖、租赁、抵押、利息、银行业、合伙、亲属关系、海上保险、遗嘱及继承等几乎现代民法上所涉及的大部分问题，却经由他们同系的民族即在推罗及西顿的腓尼基人所移植并由此而得以保存。又如，古希腊和罗马人因为腓尼基人在法律、文学、艺术和科学等方面散发出的灿烂光芒所吸引，进而通过克里特（Crete）、罗德（Rhodes）和俾俄喜亚·底比斯（Boeotian Thebes）三个岛屿

^① [英] 阿伦·沃森：《法律移植论》，贺卫方译，载《比较法研究》1989年第1期。

的中介作用移植了它尼基的文化。与此同时,和巴比伦及腓尼基齐名的古埃及之法律文化也引起了希腊、罗马和希伯来政治哲学家和立法家的极大兴趣,他们纷纷从埃及文化尤其是其法律文化中汲取对自己有益的成分:希腊的政治家和哲学家从埃及那里找寻他们本国政治制度的起源;罗马从埃及那里得到许多智识并移植了它的契约制度^①;希伯来立法家摩西采用了埃及的一部分法律与制度;梭伦在为雅典人民立法之前,曾详细地研究埃及的法制^②。到后来,再如,古希腊的法律文化因子也被古罗马大量地借鉴:古罗马在制定十二铜表法时,正值希腊文化的巅峰时期,他们曾派一个富有才识的代表团^③赴希腊考察斯巴达、克里特和雅典等地的法律,尤其是梭伦的立法。至于这个代表团从希腊带回来什么法律与制度,已基本不可考^④,

① 参见杨共乐选译:《世界史资料丛刊》(上古部分),《罗马共和国(一)》,商务印书馆1997年版,第53页。

② 参见[美]莫里斯:《法律发达史》,王学文译,姚秀兰校,中国政法大学出版社2003年版,第三章。

③ 关于这个代表团的人数,学界有不同的看法:一说是十人(参见杨共乐选译:《世界史资料丛刊》(上古部分),《罗马共和国(一)》,商务印书馆1997年版,第53页);另一说是三人(参见周楠:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第35页)。还须说明的是,有些现代学者否认罗马曾派代表团访问希腊,但即便如此,他们也大都承认希腊文化对于《十二表法》的影响极大。

④ 罗马法学家盖尤斯认为,罗马法中有两种制度是从希腊移植而来,其一是关于社团的规定,其二是关于疆界的规定,他认为这二者都来自梭伦立法(参见[美]莫里斯:《法律发达史》,王学文译,姚秀兰校,中国政法大学出版社2003年版,第129页);另据学者考证,罗马的抵押权制度也是从希腊引进的,其目的是为了克服罗马质权的局限性(参见周楠:《罗马法原论》(上册),商务印书馆1994年版,第394~395页);此外,罗马的消费借贷制度也是从希腊的西西里岛移植而来(参见杨共乐选译:《世界史资料丛刊》(上古部分),《罗马共和国(一)》,商务印书馆1997年版,第53页)。

但是罗马法受希腊法影响之深，我们可以从一处窥见，那就是其公布法律的方式与梭伦立法有着惊人的相似之处：梭伦曾将他的法律刻在铜板上，置于市场以公示于众；罗马的十二铜表法也是刻于铜板之上，竖立于天神庙的壁上以让民众知悉^①。

在所有的法律移植现象中，最为西方学界所乐道因而也可以说最为世人所熟知的也许是古罗马法在其他法律文化中的广泛移植：在西罗马帝国初期，古罗马法伴随着古罗马帝国的铁蹄而被运用到那些广袤的被征服地；到中世纪，古罗马法又通过教会、罗马法复习运动，当然也通过民众的活生生的生活实践而广泛流传于欧洲主流文化世界（包括现在所谓的大陆法系和普通法法系^②）；再到后来，则因为西方列强在世界范围内的殖民活动，古罗马法又通过欧洲列强的中介而终于得到世界性的传播。

在大中华文化圈，堪称东方封建主义法制之楷模的隋唐法律，吸引了当时日本、朝鲜及其他周边国家的竞相仿效；处于内忧外患中的晚清政府，为继续政权并挽救民族危亡，在修律过程中大量采用西方法律；新中国成立后，尤其是市场经济体制确立之后，我们又进行了并正在进行着更大规模的法律移植……人类法制史上已经发生和正在发生的法律移植现象，可谓不胜枚举，它对于人类法律文化的交流、传播乃至进化都有着不可低估的意义——至少当今世界三大法系的形成，很大程度上就应当归功于法律移植，我们可以毫不夸张地讲，任何被纳入大陆法系的国家都或多或少、或直接或间接地对以《法国

① 参见〔美〕莫里斯：《法律发达史》，王学文译，姚秀兰校，中国政法大学出版社2003年版，第128页。

② 关于古罗马法对普通法系的深远影响之分析，请见本书第二章第一节。

民法典》为核心的法国法进行过移植；相对应地，任何被纳入海洋法系的国家都或多或少、或直接或间接地对英国法进行过移植；同样地，任何被纳入社会主义法系的国家都或多或少、或直接或间接地对苏俄法进行过移植。就此而言，也许我们可以认为，没有法律移植就不可能有当今世界的三大法系。

二、法律移植理论简史：西方的与中国的

然而，不知何故，尽管法律移植贯穿于整个人类法制发展过程之中，但对这一现象进行比较系统的学理关注和理论探讨却仅仅是近年的事情。具体说来，它可能源自二战后到 60 年代初这一阶段。彼时的具体背景是：许多殖民地国家纷纷独立，面对这些独立后的国家采取何种法律制度的问题，以美国一批法学家为首开展了一场法律与社会、法律与发展及法律与文化运动（SLADE 运动），对这些新兴国家的法律改革和社会经济发展予以关注，展开了一场有关法律移植的论战，并形成两种截然相反的观点和流派。

一种观点主张法律可以移植。主要代表有梅里曼、克拉克和弗里德曼。他们通过量化分析，认为西方国家的法律是“现代的”，而广大第三世界国家的法律则是“非现代的”，并从法律的作用在于改变社会从而推动社会前进的功能理论出发，认为应将“现代化”的、文明的法律输入非现代化的国家，内容包括“从西方输入完整的民法典、刑法典和详尽的制定法律的模式，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”^①。

① [美] 杜鲁贝克：《当代美国的法律与发展运动》（上），王力威译，载《比较法研究》1990 年第 2 期。