



全国外国法制史研究会30周年丛书

THIRTIETH ANNIVERSARY SERIES
OF FOREIGN LEGAL SYSTEM INSTITUTE

第三卷

外国法制史研究

法的移植与法的本土化

(修订本)

何勤华 主编



创于1897

商务印书馆

The Commercial Press

全国外国法制史研究会 30 周年丛书·第三卷

外国法制史研究

法的移植与法的本土化

(修订本)

何勤华 主编

 商务印书馆
The Commercial Press

2012 年·北京

图书在版编目(CIP)数据

外国法制史研究 法的移植与法的本土化(修订本)/
何勤华主编. —北京:商务印书馆, 2012
(全国外国法制史研究会 30 周年丛书; 3)
ISBN 978-7-100-09274-6

I. ①外… II. ①何… III. ①法制史—国外—文集
IV. ①D909.9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 139281 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

国家重点学科

华东政法大学法律史学科建设项目资助

全国外国法制史研究会 30 周年丛书·第三卷

外国法制史研究
法的移植与法的本土化

(修订本)

何勤华 主编

商务印书馆出版
(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)
商务印书馆发行
北京瑞古冠中印刷厂印刷
ISBN 978-7-100-09274-6

2012年9月第1版 开本 787×1092 1/16
2012年9月北京第1次印刷 印张 43 1/4

定价: 170.00 元

总 序

1982年4月,陈盛清、林榕年、徐轶民、林向荣、张学仁、徐尚清、由嵘、张观发、许显侯、胡大展等一批学者,集聚武汉大学,成立了“全国外国法制史研究会”。自那时以来,已经过去了整整30年,岁月匆匆,时光荏苒。

在这30年的岁月中,恰遇国家实施改革开放政策、注意吸收外国优秀法律文化遗产之大好时机,外国法制史学科得以蓬勃成长,不仅推出了数以千计的论文、数以百计的专著、数以十计的教材,而且还造就了一批有志于此学的优秀人才。仰赖于此,外国法制史学得以傲立于法学学科之林。

为了纪念外法史研究会诞辰30周年,常务理事会决定编纂一套文丛,以彰显成果、积累学术、激励同仁、滋养后学。文丛包括四卷五册:第一卷是《外国法制史研究·导论》,由研究会于1984年出版的《外国法制史汇刊》和1990年出版的《外国法制史论文集》整合而成。第二卷为《外国法制史研究·基础理论》,收录了外法史同仁为纪念研究会成立30周年而提交的学术论文,因篇幅较大而分为上、下两册。第三卷为《外国法制史研究·法的移植与法的本土化》(修订本),是对2000年外法史年会论文集《法的移植与法的本土化》一书的增补修订。另有一卷是研究会30年历程的画册和同仁所写的随笔。

此外,研究会成立以来,本学科共出版了14册论文集,2000年之前18年出版的有两册,之后12年出版的有12册。为了对这些学术成果进行梳理和整合,我们拟在《外国法制史研究》之标题下,选择部分优秀者重新修订出版。这次研究会30周年之纪念日,我们将2001年之前的三册,整合为两卷出版,即本文丛的第一卷“导论”和第三卷“法的移植与法的本土化”。之后,对历年出版的各专题论文集的优秀作品,我们将按照“公法”、“私法”等专题,依次陆

续整合推出。

外国法制史研究,在当下中国,还是一门孤独的学问。在这门学问上想做出一点成绩,需要付出比做其他学问更多的艰辛和努力。值得欣慰的是,我们这么做了,我们坚持了30年,并且还将继续坚持下去。正因为如此,我们取得了不小的成绩,我们通过自己的双手,通过自己的辛勤劳动,将一门并不起眼的比较小的学科,做到了极致,赢得了学界的尊敬。这是值得我们自豪的地方。正是在这个意义上,我们将画册和随笔集,命名为《孤寂的辉煌》。

当然,我们现在所取得的成绩,只代表着过去。比起法理学、宪法学、民商法学、刑法学、诉讼法学和国际法学等大的法学学科,比起中国法制史学科这一兄弟学科,我们还存在着许多差距,我们还有很长的路要走。意识到这一点,本学科的各位同仁,尤其是各位青年才俊,理当发奋努力,树立充分的自信,保持高度的冷静,在外法史学科已取得成就的基础上,更上一个台阶。这也是我们纪念研究会30周年的主要目的。

在本文丛编纂过程中,我们得到了研究会各位前辈包括他们的亲友的热情帮助,得到了各位常务理事的具体指导与密切配合,而各位同仁的踊跃赐稿,又使文集、画册和随笔集的编纂能够在较短的时间内圆满完成。研究会副会长李秀清的出谋划策,秘书长陈颐的出色的编务工作,使本文丛增色不少。商务印书馆总经理于殿利的鼎力支持,编辑同仁的忘我工作,也是使本文丛得以顺利出版的可靠保障。对此,均表示我们一片诚挚的谢意。

何勤华

于华东政法大学
外国法与比较法研究院

2012年4月5日

修 订 本 序

《法的移植与法的本土化》一书,自 2001 年出版以来,一晃已经过去了整整 11 年。在这 11 年中,关于法的移植和法的本土化问题,仍然是学术界关注和讨论的热点,有不少新的作品问世。本书在修订时,将这些新作尽可能地都予以收录,以使本书更加充实、厚重。

本书是 2000 年 4 月在湖南湘潭大学法学院召开的全国外国法制史研究会第十三届年会的论文集,也是该研究会年会编辑的第一部专题论文集(以讨论主题命名书名)。之后,研究会每年的年会以一个主题为中心,至今已经出版了 11 集,但在这些专题论文集中,影响最大、引用率最高的,还是本书。

因此,在庆祝全国外国法制史研究会成立 30 周年,研究会出版庆典丛书时,我们就考虑将此书加以修订再版,一方面是可以将近年来新面世的关于法的移植和法的本土化的作品收录进来,充实完善本书;另一方面,也是满足学界进一步研究这个问题的资料需求,因为本书已经脱销许多年了。

本书这次修订,共补充了高鸿钧、何勤华、刘瑞、荆月新、郑颖慧、张勤、贺鉴、孟红、刘海鸥、赵立新、夏新华、蒙振祥、马剑银、魏琼等 14 位学者的新作,我们对这些学者表示衷心的感谢。全国外国法制史研究会的秘书长陈颐,为本书的复印、输入、校对、增补论文等做了大量的工作,也表示我们的一片谢意。

何 勤 华

于华东政法大学

外国法与比较法研究院

2012 年 3 月 15 日

序

在人类即将跨入新千年之际,全国外国法制史研究会于2000年4月在湖南湘潭大学法学院隆重召开了第十三届年会。由于湘潭大学法学院的卓有成效的组织工作,在“法的移植与法的本土化”主题之下,将我国法理学、法史学以及民商法学的中青年法学家几乎都吸引了过来,真是群贤毕至、众星荟萃。大家本着平等、友善、真诚,以文会友、互相切磋学术的精神,遵循着严格的学术规范和研讨程序,围绕着上述主题,展开了热烈而广泛的讨论。其成果,就是现在献给读者的这本著作:《法的移植与法的本土化》。

法的移植与法的本土化,既是法学研究的一个基础课题,更是各国法制建设中的一个重大的实践问题,它讨论的是一国的法律可否为他国所移植以及移植后能否“生存”、“长大”的问题。假如答案是肯定的话,那么,移植国的法制建设的进程就可以大大地加快。正因为此课题异常重要,所以自20世纪70年代在美国开始受到学术界的青睐之后,80年代以后也迅速成为我国学术界议论热烈的话题,不仅有一批专题论文面世,而且也有不少与此相涉的著作陆续出版。但是,我们也应当看到,对法的移植与法的本土化中的许多基本问题,如法律移植的内涵、法律移植的必要性和可行性、法律移植的相关条件、法律移植与法律的“本土资源”、法律移植与国家主权、法律移植与国家意识形态等,学术界的论述是不充分的。为此,全国外国法制史研究会将此课题作为第十三届年会的主题,对其作进一步的讨论,以期在法的移植与法的本土化问题上取得更多的研究成果。从与会代表提交的各篇论文来看,虽然上述基本问题尚未获得全部解决,但我们对其有了更多的共识和更深的理解则是无疑的。

本书的编辑工作由本研究会秘书处承担。秘书处根据研究会常务理事会

的决定,授权对提交会议的所有论文进行了审阅,在此基础上,采纳部分常务理事的意见,选出约一半水平较高的论文,在“主题论文”和“专题论文”栏目中全文刊登,其他的论文改作摘要,在“论点精萃”栏目中发表。参与以上编辑工作的有何勤华、董茂云、李秀清、周伟文、陈灵海、陈颐。由于我们的学术水平和专业知识有限,编辑中可能出现种种缺陷,尤其是在将一些论文改为摘要中,可能出现词不达意乃至曲解文章原意的情况,此点,恳请各位原作者谅解。

本书的出版得到了本研究会之挂靠单位华东政法学院的学会活动基金的资助,也得到了法律出版社总编贾京平和编辑室主任杨克以及责任编辑刘伟俊的大力支持。在此,一并表示我们诚挚的谢意。

何勤华

2000年6月1日

目 录

序	1
---------	---

一、主题论文

法律移植简论——从发展的观点看	陈传法 3
法律移植问题探讨	冯卓慧 15
法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向	高鸿钧 29
中国法律文化的“常”与“变”——对待法律移植的一种立场	马剑银 51
司法独立在近代中国的展开	贺卫方 59
清末修律变法与法律移植——移植与变法的具体分析	高 尚 91
《法国民法典》和中国民事立法:纪念《法国民法典》公布施行 二百周年	蒙振祥 106
晚清移植大陆法系实践探讨——以商事立法为例	郑颖慧 115
清末民初的民事诉讼法及大陆法系的影响 ——以法典结构为视角	张 勤 128
大陆法系刑法理论对民国初年刑事立法的影响	刘 瑞 143
英国刑法对中国香港地区刑法的影响	孟 红 163
葡萄牙法对澳门地区的影响历程	刘海鸥 180
法律移植中的观念因素——以中国近代以来的法制变革为例	马建红 187

宗教功能缺位与法律精神疏离

——近代中国移植大陆法的反思 荆月新 196

关于法律移植的一个实证分析

——以希伯来法对古巴比伦法的移植为视角 魏 琼 218

论美国法对英国法的移植 叶秋华 230

美国宪政主义与 20 世纪非洲宪政的发展 夏新华 237

德国冯·斯坦因的宪政思想与日本明治宪政 赵立新 248

法的移植与法的本土化 何勤华 260

法律移植及其本土化现象的关联考察

——兼论我国法的本土化问题 肖光辉 278

法律移植和法治 周伟文 290

外来法和本土法的理念移植与融合 孟昭容 298

比较法学与日本民法典制定——对本土化问题的另一种思考 曲 阳 304

论法律移植与移植法本土化现象

——围绕日本刑法 200 条的成立与删除 吴海航 310

明治宪法宪政模式选择的内在原因分析 项 焱 318

《大清民律草案》——外来法与本土法混合的产物 于语和 郑晓辉 329

非洲各国法律演变过程中的外来法与本土法

——固有法、伊斯兰法和西方法的双重或三重变奏 徐国栋 345

略论中国法治的资源取向 陈 芸 428

法律西方化与本土化的理性思考

——也论中国法律文化现代化 汤 唯 438

普通法系与大陆法系对非洲国家适用国际法的影响之比较 贺 鉴 450

论殖民时期葡萄牙法对非洲习惯法之影响 洪永红 466

二、专题论文

宪政的中国语境:目标和价值 王人博 477

从平政院到行政法院——民国时期大陆型行政审判制度探究 李秀清 510

近代中日法律改革之比较 王云霞 536

古印度法论的当今价值与

关联	[美]理查德·W. 拉里维雷 李启欣 译	552
中、日、美三国教育立法比较析述和特点	满达人	563
体现“一国两制”方针的法律典范——港、澳基本法比较	徐静琳	571
律师行业准入的中外对比及其启示	王兰萍	580
司法审查制度探源	刘 鲲	586
盎格鲁—撒克逊土地转让制度初探	吴旭阳	599
英格兰普通法形成的历史考察	陈 颐	608
从西方民法视角看中国固有“民法”问题		
——对一种主流观点的评论	徐忠明	620

三、外国著名法典翻译

俄罗斯 1649 年会典(选译)	张寿民译	645
------------------------	------	-----

四、附录

外来法与本土法——全国外国法制史研究会第十三届

年会综述	曲 阳 吴旭阳 陈 颐	675
全国外国法制史研究会第十三届理事、常务理事、会长、副会长、		
顾问名单		683
湘潭情愫	满达人	684
编后记		688

一、主题论文

法律移植简论*——从发展的观点看

陈 传 法

一切皆流,无物常驻。

——赫拉克利特

关于法律能否移植的大量论争足以使任何一个最有魄力和雄心的立法者举棋不定,如果立法者仔细研读每一份相关文献的话。这些论著为许多学者赢得了学位、职称和声名,但立法者依然我行我素。事实是,历史上、现在都存在法律移植,而且极有可能,法律移植将会长期存续下去。在决定是否移植时,法律能否移植的抽象思考被社会是否需要移植某一法律的具体问题所置换。对法律移植后果的前瞻性预测被省略,直到法律移植的后果真切地到来。这导致许多法律移植以热望始、以失望终。然而,失败的先例并没有阻挡法律移植的脚步。除非理论能证明法律移植无从成功,或者经验已表明法律移植从无成功,则法律移植或能停止;否则,理论界所能做、所应做的,也许只是理解法律移植行为本身,劝说立法者慎重移植、帮助立法者移植成功、克服法律移植的诸多弊害,从而使法律移植顺应乃至促进整个社会的发展。

一、法律移植何以可能

(一) 来自生物学的启示

移植,原意为将植株由甲地移往乙地,后被动物学、医学借用,指称器官在

* 在本届年会上,清华大学的高鸿钧教授与复旦大学的董茂云博士作为论文评议人对本文提出了宝贵的意见,特此致谢!

动物或人体之间移转接受。所谓法律移植,不过是一种形象化的比喻,用以说明一国(地区)对他国(地区)既有法律经验的采用。这一比喻并不十分确切,生物学和医学的移植对象是一个客观实体,具有唯一性,移往彼地,则此地并不留存;法律上的移植,移植对象是一种知识、经验或观念,从理论上讲,可以被无限复制,移植之后,在原产地并无丝毫毁损。在这个意义上,法律移植还不如法律克隆来得形象。但移植一词还能表明移植对象(简称植体)和植入环境(简称受体)之间紧密的甚至是有机的联系,这一点又为克隆一词所不及。

生物学上器官移植的艰难一定给人们留下了深刻的印象,“橘生淮北”的讥嘲流传了几千年,至今仍在人们的耳边回响。畏难作为一种情绪,也具有感染性,移情于法律移植,就会怀疑法律移植的可能性。如孟德斯鸠就说过:“为某一国人民而制定的法律,应该是非常适合于该国的人民的;所以如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。”^①言语之中,犹疑之态毕现。美国学者罗伯特·塞德曼与其夫人安·塞德曼将这种观点推进一步,明确提出“法律不可移植规律”,他们宣称“相同的法律规则及其约束力,在不同的时间和地方、不同的物质和制度环境中,不会对不同的角色承担者引出相同的行为”。^②即使这一观点的提出与器官移植的艰难毫不相关,我们也很容易由此产生类似于器官移植后排异反应的联想。

法律移植与生物移植一样,要求植体与受体的相容性,或者说要求受体与供体(原生环境)之间质的相似性。这使得法律移植几乎与生物移植同样地困难,但也同样地具有成功的可能。而且,来自生物移植的启示告诉我们,法律移植与生物移植之间的差异使得法律移植没有生物移植那么艰难,因而法律移植成功的可能性似乎要更大一些。试解析如下:受体系统内部联系越紧密、越精致,对异物的排斥越剧烈,移植越困难。故生物移植,难。法律移植的受体是人类社会,虽然有社会有机体一说,但这不过是一个蹩脚的比喻:动物和人体作为高级有机体,体内联系异常繁复,牵一发而动全身,进行器官移植十分困难;社会内部的关系虽然也十分复杂,但其联系并没有有机体那么紧密,容存外来事物的空间相对较大。

① [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,上册,张雁深译,商务印书馆1961年版,第6页。

② 见[美]塞德曼夫妇:《法律秩序与社会变革》,中译本,中国政法大学出版社1992年版,第90—92页。

受体系统外部越封闭,打开系统越困难,移植对系统的伤害(成本)越大。生物体与生物体所处环境之间泾渭分明,生物体的完整性决定了它的封闭性,而社会系统较为开放,小社会之外是大社会,其边界模糊不清。社会越开放,法律移植越容易。

如植体不变,受体系统范围越大,移植越容易。与所有的生物体相比,社会系统无疑是最大的系统,可容纳许多大大小小的植体。

受体系统可存续的时间越长,则容忍植体的能力越强,这表明移植对系统的伤害越小。与生物体尤其是动物相比,社会系统存续的时间更长,因此,可以预料,法律移植比器官移植对受体系统的伤害更小,法律移植比器官移植成功的可能性更大。

植体有无复制的可能决定了供体提供植体的可能。生物移植的植体唯一性将使得供体献出植体时遭受损害,这表现在器官移植中,便是许多人不愿捐献器官。而法律移植的植体可反复克隆,因而供体提供植体不会受损,一般不存在不愿提供植体的障碍。

植体的独立性越弱,对供体的依赖性越强,移植条件越苛刻,移植成功的可能性便相应减小。生物器官对生物依赖性极强,所以器官移植极其困难。而法律移植中,有些法律自成一体,与其原存的独特社会联系不甚紧密,则移植起来要相对容易一些。

最后但并非最不重要,最坏的移植结果不同。法律移植最坏的结果大不了是付出一定代价,去除植体,恢复原貌,而生物器官移植的最坏后果则可能是受体灭亡。也许这正是法律移植得以成行的最重要的原因之一。

(二) 从社会发展的观点看

质疑法律移植可行性的一个重要理由与克利福德·吉尔兹的名言“法律是一种地方性知识”有关。^① 这是一个不容忽视的论点。如果法律仅仅是一种地方性知识,则法律移植既是不可能的,也是不必要的。但“地方”这个词却

^① “法律就是地方性知识;地方在此处不只是指空间、时间、阶段和各种问题,而且也指特色(accent),即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起。这种认识与想象的复合体,以及隐含与对原则的形象化描述中的事件叙述,便是我所谓的法律认识。”〔美〕吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,邓正来译,载梁治平编:《法律的文化解释》,增订本,三联书店1998年第2版,第126页。

有些“模糊不清”，^①似乎并不仅仅指代空间或地域，也不仅仅指有特色的空间。单就有特色的空间来说，这个空间到底有多大？依我来看，它可大可小；至于大小究竟如何，端视不同特色而定。对此，吉尔兹本人有十分清醒的认识，他在自己的论著中没有详论“地方”。一方面，在谈到“大地方”如“西方世界”、“马来亚世界”时，一再强调它们“并非同质的实体”，同时谨慎地表白自己在做“大胆的简单化处理”。^②另一方面，秉承英美法学对法律概念的一种传统认知（这也是一种地方性知识？吉尔兹终于也难免以自己拥有的地方性知识来解说他人拥有的地方性知识），强调个案裁判就是法律。并以为直觉和直接个案就是地方性知识，从而得出结论：法律本身就是地方性知识。^③这样一来，吉尔兹既引导读者把视线从那个“地方”转移过来，摆脱了读者对“地方”的无谓纠缠；又通过个案极大程度地消解了“地方”对其论著要旨可能造成的伤害。在其论著中，吉尔兹力图宣扬一种法律的阐释观，这种观点认为法律乃是一种赋予特定地方特定事务以特定意义的方式；重要的是（法律的）意义，而非功能。^④

我认为，在“个案裁判即法律”的意义上，吉尔兹的观点是有道理的，^⑤毕竟，个案的特殊性比规则的特殊性要大，但却不能以之否定法律移植的可行性，主要理由有二：第一，法律移植中的法律不是指个案裁判，而是指普遍规则。在进行法律移植时，不仅要考察法律的意义，更要考察法律的功能；第二，法律移植中涉及的社会空间也并不等同于吉尔兹所说的“地方”。如果要把一般意义上的法律都视为一种地方性知识，那么，这种知识存在的范围（地方）既可能是一个国家之内的某一村落，也可能是超越国界的某一文化同源的地域。在这一地域之内，其中一国的某一法律很可能就是对另一国相同法律的移植。

有一种观点认为，如果把法律看做一种地方性知识，就可以把两种制度或

① [美]吉尔兹：“地方性知识：事实与法律的比较透视”，前引文，第126页。

② 同上书，第96页。

③ 同上书，第73、97页，特别是第176页有明确的说明。

④ [美]吉尔兹：“地方性知识：事实与法律的比较透视”，前引文，第145、146页。

⑤ 吉尔兹在论著中是否自始至终坚持将法律等于个案裁判，是有疑问的，不同的人也许会有不同的看法，但我认为，他在论证过程中的确坚持了这一观点。