



法律移植与 中国环境法的发展

王宏巍/著



科学出版社

法律移植与中国环境法的发展

王宏巍/著

黑龙江省普通高校人文社会科学重点研究基地东北林业大学环境法研究中心成果

黑龙江省博士后基金项目(LBH-Z12014)的阶段性成果之一

中央高校基本科研业务费专项基金项目(DL13CC01)的阶段性成果之一

科学出版社

北 京

内 容 简 介

在中国法学过去三十多年的研究中,法律移植处在法律发展问题的核心和焦点位置。本书以法律移植与法律发展的关系作为逻辑起点,引出环境问题的全球化要求法律在对策上进行回应,延伸到对法律移植与环境法发展的重要关系的论述,肯定法律移植是环境法律发展的主要途径。环境法律移植是环境法律发展的便捷之路,但是便捷之路不一定是平坦大道,仍然有艰难和曲折,亦应看到法律移植的复杂性,即移植过来的法律实施难,不能达到借鉴移植的实效的问题,因此最终的落脚点是环境法律移植与法律的本土化,在移植的实践中从中国的实际出发,即与本土的资源相融合,从而走出一条既与世界法律文明相沟通又具有浓郁本土特色的中国环境法制现代化的道路。

本书可作为高等院校相关专业的教材,也可供科研机构从事环境法、比较法、法理学和国际法教学研究人员使用。

图书在版编目(CIP)数据

法律移植与中国环境法的发展 / 王宏巍著. —北京:科学出版社,2015
ISBN 978-7-03-044141-4

I. ①法… II. ①王… III. ①环境法学-研究-中国 IV. ①D922.604

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 045621 号

责任编辑:徐 倩 / 责任校对:胡小洁
责任印制:李 利 / 封面设计:无极书装

科学出版社 出版

北京东黄城根北街 16 号

邮政编码:100717

<http://www.sciencep.com>

三河骏杰印刷有限公司 印刷

科学出版社发行 各地新华书店经销

*

2015 年 3 月第 一 版 开本:720×1000 1/16

2015 年 3 月第一次印刷 印张:9 3/4

字数:196 000

定价:58.00 元

(如有印装质量问题,我社负责调换)

作者简介

王宏巍，女，1980年生，东北林业大学文法学院副教授，硕士生导师，武汉大学环境法学博士，东北林业大学文法学院环境与资源保护法学科秘书。主要从事环境法基本理论及刑法学的研究。担任中国法学会环境法学会理事，黑龙江省法学会环境法学会研究会秘书长。

撰写专著《中俄森林资源法律制度比较研究》，合著《环境法基本理论研究》，参编教材《环境与资源保护法：案例与图表》，在《环境保护》、《长江流域资源与环境》、《河海大学学报》等刊物发表学术论文数十篇，并主持参加省部级科研项目多项。

目 录

导论	1
第一章 环境法律移植之历史考察	9
第一节 法律移植概述	9
第二节 法律移植与世界法律发展	28
第三节 法律移植与中国法制现代化	33
第四节 法律移植与中外环境法律的形成和发展	43
第二章 环境法律移植之现实条件	59
第一节 环境法律移植的客观基础和外在动力	59
第二节 环境法律移植的特点	73
第三节 法律移植对中国环境法发展的价值和意义	81
第四节 中国环境立法中法律移植的实证分析	86
第三章 环境法律移植之价值冲突	104
第一节 环境法律移植的文化冲突和价值重建	104
第二节 环境法律移植具体操作中的几个问题	107
第四章 环境法律移植之本土化	117
第一节 法律本土化的理论界定	117
第二节 法律移植与法律本土化的关系	118
第三节 中国环境法律移植与本土资源的融合	121
第五章 法律移植与中国环境法的发展展望	128
第一节 全球化背景下的环境法律趋同化	128
第二节 中国环境法发展顺应全球环境法的趋同化	130
第三节 环境法律移植呈现“单向模式”向“双向模式”转变的发展趋势	132
第四节 全球环境法的形成之预测	133
结语	138
参考文献	139
后记	146

导 论

一、选题的意义

（一）法律移植是法律发展和法制现代化的重要途径之一

如果说法律发展或法律现代化问题的讨论是过去三十余年中国法学中极为热烈的话题，那么同样可以说法律移植问题处在法律发展问题的核心和焦点位置，这是因为关于法律移植问题的讨论不仅贯穿这三十余年的法学研究，而且实际上它也始终处于整个问题讨论的中心，推动着法律发展话题的更新和深入。

从传统法律走向现代法律，是法律文明史的必然趋势。由于法律内生的迟缓性，法律移植成为当代国家充分利用其他国家文明成果、实现法律制度自我完善的一种有效手段。它缩短了摸索、徘徊或者是由于经验不足而走弯路的历程。尤其是对非现代化国家而言，法律移植更是其实现法治文明的捷径（汪海燕，2007）。对于自清末修律以来中国法和法学的百年发展史而言，始终处在一个不断移植、借鉴、吸收、消化外国法律和外国法治经验的进程之中。中国法的近现代化，与欧美法律和日本法律密不可分，这是一个不争的事实（何勤华和李秀清，2002）。当前中国法律体系中的各项制度、原则和用语，许多都是从欧美以及日本移植或改变而来，只是充分考虑到中国的国情和传统文化而有所变化，原本来自外域的法律已然成为现代中国法不可分离的重要组成部分。世界法律的发展史已经表明法律移植是落后国家加速发展的必由之路。法律移植是中国对外开放的应有内容，也是中国法制现代化的必然需要。法律移植已成为诸多国家法治完善化或法制革新的重要方式和手段。

法制现代化的重要途径之一就是大规模地吸收和移植外国的各种有用的、有效的法律制度。意大利比较法学家 R. 萨科在其近作中分析法的起源，认为法律变化有首创性革新与模仿两大类，英国衡平法院法官所最先承认的信托财产制以及斯堪的纳维亚国家所首创的巡视官制都是首创性革新的典范，但在所有的法律变化中，也许只有千分之一是首创性革新。特别是在现代社会，法律变化大多是通过模仿，即借鉴与移植其他国家的法律，首创性革新是极少的（沈宗灵，1995）。除了法的相对独立性和法作为人类文明成果的共同性决定了法律移植的必要性以外，主要原因在于：建立和完善社会主义市场经济法律体系必须大胆移植国外法律，市场经济的国际一体化要求实现法律的国际化，在制定市场经济法

律时，必须与国际上的有关法律和国际惯例相衔接。

中国从 20 世纪 70 年代末到 80 年代初，在制定法律的过程中广泛地参考了外国法和国际惯例。在全国人民代表大会及其常委会和国务院立法的过程中，都要求起草法律和行政法规的部门在提出立法动议时必须将我国现行立法情况、外国调整同一问题的法律文件以及目前存在的问题一并向立法的工作部门，即全国人民代表大会常务委员会法制工作委员会和国务院法制办公室上报，这实际上已经成为我国立法程序中的重要一环（朱景文，2006）。因此，20 世纪，中国一直处在移植、吸收、消化西方法学观的过程之中。这一现象，既是中国近代法和法学发展的重要特征之一，同时也是法学这一社会现象发展之内在规律的反映。纵观世界各国法学史，可以发现一个普遍的现象，即原本比较落后的国家，都是通过从西方法治传统原生地国家，如法、德、英、美等国移植、吸纳先进的法和法学，来创造自己的近现代法律文化，日本是这样，中国是这样，印度、越南、菲律宾、泰国，以及拉丁美洲、非洲的国家和地区均是如此。上述规律提示人们，某一国所创造的法律文化包括法学观是全人类的共同财富，其中的精华部分对各国的法制建设都具有指导意义。

（二）法律移植对环境法和环境法学发展的重要作用和意义

环境问题是 21 世纪人类所面临的主要问题之一。无论发达国家或发展中国家，社会制度、意识形态的异同，无不受其困扰。环境问题是伴随工业现代化进程而产生的，20 世纪中期以来才引起人们的广泛注意，环境立法才提上议事日程。由此可见，环境立法发展历程短暂，历史上可以继承的东西很少。所以借鉴国外的先进环境立法，即法律移植，就显得很必要。

而且随着人类对环境影响深度和广度的日益加强，环境污染和破坏已突破了国家的界限，逐步发展成区域性的，甚至全球性的，已经威胁到全人类的生存和发展。环境问题的全球性要求各个国家应互相借鉴彼此先进的立法经验，以解决共同面临的环境危机。正因为如此，借鉴、移植成为确立环境法律体制及相关法律的最适当、最有效、最便捷的方式之一。环境法律发展的不平衡性也决定了法律移植的必然性。同一时期不同国家法律的发展是不平衡的。在这种情况下，法律发展较落后的国家要想促进其自身法律发展、赶上先进国家，有必要移植先进国家的先进法律，促进自身发展，提高本国立法质量。法律发展已经证明了法律移植的必要性。

发展中国家的环境立法，主要是移植西方国家环境法。改革开放以来的立法实践表明，我国环境法制度主要是从西方国家移植而来的。这不但是国际经济一体化和国际政治经济合作的需要使然，也是全球环境唇齿相依的特点使然（周训

芳, 2000)。在环境法国际一体化的潮流中, 客观上要求发展中国家对西方发达国家的环境法进行法律移植。近 20 年来, 我国主要通过法律移植的途径, 建立起本国的环境法体系。改革开放以来, 我国的环境立法实践也体现了法律移植范围的扩大, 与国际环境合作的步伐趋于一致。从 20 世纪 70 年代后期开始的环境立法活动的走向可以明显看出我国对西方国家环境法移植的轨迹。

环境法学是将环境立法和环境保护的理论与实践以及环境法的发展规律作为研究对象的一门新兴的法学学科。纵观世界各国, 环境法学的发展起源于 20 世纪 60 年代的西方发达国家, 它是人类在运用传统法方法和手段仍不能遏制环境污染和生态破坏因而大量进行环境立法的背景下, 从传统部门法学分离并发展起来的一门新兴法学学科。

在中国, 环境法学的创建比西方国家要晚大约二十年的时间, 其发展历程至今也不过三十多年。虽然中国环境法学的研究和发展历程较短, 但是由于在全球范围内环境问题及其对策的共同性和人类的相互依赖关系, 三十多年来通过结合中国政治、经济和社会发展的实际, 在借鉴、移植、吸收和运用西方国家环境法理论成果和实际经验的基础上, 中国环境法学有了长足的进步, 环境法学体系和学科建设已经基本完善。所以, 我国环境法的快速、迅捷发展主要得益于对国外环境法法律法规的移植。

(三) 以法律移植理论为视角研究环境法拓展了环境法学的研究思路

进入 20 世纪 90 年代, 发达国家的环境法学研究发生了共同而显著的变化, 那就是不断强调全球环境保护的重要性, 提倡运用国际环境法律机制来保护地球环境, 并且用发达国家的环境法理念来影响发展中国家的观念。日本的环境法学研究就是一例, 其引进西方的现代环境保护思想并结合到实践中, 从借鉴移植他人经验的角度来分析, 日本的环境立法当属成功(汪劲, 2006)。

与发达国家的环境法学研究相比, 中国的环境法学研究虽然起步较晚, 但起点并不低。我国对环境资源法的研究已经走过了二十多年的历程, 经历了萌芽和起步阶段之后, 正逐步的走向成熟和完善, 但就目前的情况而言, 环境法学的研究落后于法学的其他二级学科, 无论是在理论的研究方面还是在研究的方法方面, 都有待突破与立新, 环境法学研究尚不能全面适应国际、国内环境保护形势的发展和需要。对国内环境法研究的综合考察表明, 目前许多低水平的环境法问题研究仍在重复进行, 而一些本属于国家环境立法亟须的理论支撑和论证研究课题却尚未展开; 从国际环境法研究角度看, 许多具体涉及全球环境保护法律控制领域的课题在我国尚无学者问津, 以至于国家在制定法律法规时得不到有力的论证和理论支撑(汪劲, 2006)。

而法律移植理论为中国环境法学和外国环境法学提供了交流的桥梁。在全球化的历史背景下,与世界接轨是当代中国法学事业的一个紧迫课题。法律移植理论使中国环境法学充分认识到对外交流的重要性,需要进一步加强国际间的交流与合作。因此以法律移植为视角,注重对环境法的历史发展以及环境法律思想史的研究应当成为环境法学研究的主要方向。在不断加剧的全球环境问题面前,进一步修改和完善中国的环境立法,移植与借鉴发达国家在发展经济过程中环境立法实践的成功经验也是当前亟待研究的课题。

基于以上三个方面的原因,本书选择以法律移植为切入点来研究我国环境法发展的历史过程,进行系统的梳理和描述,反思其得失,探询其规律,阐述法律移植和我国环境法发展的关系,进而展望我国环境法发展的趋势,这是一个相当具有理论价值和学术意义的课题。本书的主旨也正在于此,力求透过法律移植这一视角,为构建具有中国特色而又适应全球化趋势的环境法学科体系,以及前瞻性地探讨未来环境法的发展趋势做一些力所能及的努力,进而探索一条环境法学研究的新思路。

二、国内外研究现状及趋势

(一) 关于法律移植理论的研究

法律移植理论的研究肇始于20世纪60年代的美国。一些法学家在美国政府的鼓励和资助下对第三世界发展中国家的社会变化和法律制度进行研究,也就是著名的“法律与发展研究”(何勤华,2008)。关于法律移植问题的讨论不仅贯穿了这三十年法学研究的始终,而且实际上它也始终处于整个问题讨论的中心,推动着法律发展话题的更新和深入。随着法律移植研究的不断深入,有关法律移植问题的研究范围也呈现出不断扩大的趋势。

按照何勤华教授的说法,“关于法律移植的讨论,在国外大约兴起于20世纪70年代,在国内则从80年代末开始。1989年第3~4期《比较法研究》曾为此发‘编后小记’,向我国学术界提出开展法律移植讨论的倡议。自此以后,学术界陆续发表了一批译文和论文”^①。本书就持续至今的研究简单地进行分类,法学界关于法律移植问题的研究大体上可以划分为相互关联的三个具体方面:第一是部门法学关于具体法律制度的比较研究;第二是法律史学者的研究,尤其体现

^① 何勤华:《法的移植与法的本土化》,《中国法学》,2002年第3期,第3页。2000年4月,全国外国法制史研究会在湘潭大学法学院举行了“法的移植与法的本土化”的专题研讨会,与会学者就法律移植问题进行了集中的讨论,会议文集后来以《法的移植与法的本土化》为名出版(法律出版社,2001年),这本书是国内鲜有的集中阐述法律移植问题的文集。

在对晚清及民国时期的分析和讨论；第三是法理学与比较法学领域的研究。从表面上看，关于法律移植问题的讨论一直持续进行着，而且这方面的研究文献也形成了一定的规模。

就国内学界的研究状况，本书略举例示，从冠以“移植”的国内研究论著来看，张德美教授的《探索与抉择——晚清法律移植研究》（清华大学出版社，2003年）是对清末的法律移植问题的探讨，侧重于对相关史料的整理和讨论，并不着重于法律移植基本理论的分析；何勤华教授主编的《法的移植与法的本土化》一书系2000年外国法制史研究会论文集，其中收录了与会学者的文章，对于法律移植的理论和实践问题进行了诸多方面的分析和探讨。而也正是基于这个原因，其间的分析并不是以一种系统的方式展开，而是分散于论者各自的学术旨趣，同时流于政策言说和常识性判断的论述居多；就反思中国的法律现代化与移植外国法，何勤华教授等另著有《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》（中国政法大学出版社，2003年），论著从发展时间和具体法律部门等方面对20世纪中国的法律移植实践进行了相当系统的整理和分析，从历史发展的角度解读了晚近一百年来中国的法律移植实践；何勤华教授的著作《法律移植论》（北京大学出版社，2008年），又从法系角度对法律移植的历史作出比较系统全面的阐述；台北学者戴东雄教授的《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》（中国政法大学出版社，2003年）则全面地介绍了中世纪时期德国移植罗马法的状况，而台北另一位著名法律史学者黄源盛教授的《法律继受与近代中国法》（元照出版有限公司，2007年）则从中国法律文化的传统与蜕变的视角分析了晚清法制变革过程中“固有法与继受法”互动变迁的具体面相。在纷繁的研究文献中，还有大量的高校学位论文也以法律移植为基本题域展开，但其基本讨论方式仍不出前文的分析^①，主要是围绕以下几个主题进行研究：法律移植的概念、法律移植的可实现性即法律移植规律与法律不可移植规律的争论问题、法律移植与法律现代化问题。

考虑到本书力图从法律移植角度对法律发展问题进行分析，于是笔者仅以法

^① 一个初步的统计显示，硕士论文有：史亚杰《法律移植的方法论分析》（吉林大学），李小霞《法律移植研究再思》（吉林大学），邵坤《中国法制现代化进程中的法律移植问题研究》（吉林大学），李宝芹《略论法律移植》（中央党校青年教师班），赵佳《日本法律移植研究》，文芳《法律移植与本土化研究——从我国仲裁制度的二元体制说起》（武汉大学），马剑银《法律移植与法律认同——中国语境的法律现代化困境》，武文兵《论法律移植》（武汉大学），丁亮亮《中国法律移植何去何从——与日本移植外国法相比较之下》，赵杨《中国近代法制转型中的法律移植》（黑龙江大学），王海燕《论法律移植与当代中国法制建设》（辽宁师范大学），曹雪飞《我国现阶段法治建设中的法律移植问题研究》（大连理工大学）。博士论文则有耿利航《法律移植与管制——以证券市场律师作用与约束机制为中心》（中国政法大学），陈振一《类型与动因：当代中国法律发展的机理分析》（南京师范大学），黄金兰《法律移植研究》（山东大学），肖光辉《法律移植与传统法律文化在近现代的变迁》（中国人民大学），等等。

法律移植与法律发展及法制现代化的研究为侧重点,来做具体的综述和总结。就法律移植对中国法律发展的推动意义,信春鹰教授鲜明地指出,“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”,“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”。公丕祥教授也认为,“法律移植在客观上促进了人类法律文化的交流和沟通,进而在一定程度上推动了法律发展的国际化趋势”。郝铁川教授更是鲜明地提出,中国法制现代化的主要内容是移植西方法律,人类历史上法律移植乃“常有之事”,任何后起的国家都无法避免地要借鉴学习人类文明财富,西方国家起步早,我国应当大胆地把它拿过来,为我所用。姚建宗教授指出,“作为法律发展史上的基本事实,法律移植的确是客观存在的,无论就理论还是实践来说,法律移植都是必然的。这是由两个基本事实决定的:第一,在世界范围内,各个国家之间的社会发展和法律发展是不平衡的。第二,就历史和现实而言,在世界范围内,各个国家必然要互相交往,尤其是现代社会,全球范围的国家交往、各个国家的广泛的对外开放,已经成为一个不可逆转的社会发展趋势”。

不难看出,国内学者在法律移植的可能性和必要性方面,从基本倾向上持肯定性意见者居多。而就研究进路来看,学界关于法律移植必要性与可行性的论证大致是从中国法治建设的需要和法律移植本身所具有的特殊优势两方面进行的。这种论证方法一方面建立在对法律移植本身的便捷、可操作、节约成本等特点的较为清醒的认识基础上,另一方面也为从中国法治的自身的需要和特定的时空背景出发考量具体移植,为确保法律移植有一个明确的立足点和针对性,使我国的移植行为有一个清晰的主体定位提供了可能^①。

(二) 关于环境法发展理论的研究

环境法是当前我国法制建设中一个重要的领域,也是研究的热点。关于环境法律发展相关的理论著作有吕忠梅教授的《超越与保守——可持续发展视野下的

^① 王勇:《法律发展的理论建构与实践表达》(吉林大学),第34页,载中国期刊网博士论文全文数据库。

环境法创新》(法律出版社, 2003 年), 是运用可持续发展观审视环境法理论和制度, 分析环境法理论与制度, 创新环境法理论与制度。李挚萍教授在其著作《环境法的新发展——管制与民主之互动》(人民法院出版社, 2006 年) 中指出环境管制与环境民主的互动的有机结合, 已经成为环境立法的主旋律。张梓太教授所著的《环境法法典化研究》(北京大学出版社, 2008 年) 是从环境法律体系的角度分析我国环境法开始朝一体化和法典化的方向发展, 认为适度法典化是中国环境法发展的立法模式。鄢斌教授所著的《社会变迁中的环境法》(华中科技大学出版社, 2007 年) 通过对公众环境意识的历史分析与实证考察, 揭示我国社会变迁中的政治、经济、文化及价值基础等相关因素的变化, 并对中国环境法在社会变迁中可能的选择与策略作出探讨。颜士鹏博士所著的《社会转型与环境法的发展》(环境科学出版社, 2008 年) 揭示中国当代社会转型与环境法发展的内在联系, 考察环境法在中国当代社会转型时期发展的正当性问题。此外还有许多我国环境法知名学者的学术文章, 也从不同角度对环境法的发展作出相关的论述, 其中有代表性的如: 蔡守秋教授著《当代环境法学的发展》(载于《法商研究》, 1998 年, 第 3 期) 和《当代环境法的全球化与趋同化》(载于《世界环境》, 1999 年, 第 3 期); 汪劲教授著《论现代环境法的演变与形成》(载于《法学评论》, 1998 年, 5 期) 等。上述只是有代表性的学术观点, 尚有许多学者提出大致与他们相近的观点, 在此不赘述。

18 世纪 60 年代至 20 世纪初, 是国外环境法产生的时期。由于科技革命极大地促进了生产力的发展, 工业活动影响的区域越来越广泛, 人们享受工业文明成果的同时, 排放的污染物迅速增加。英、美、日、法等一些工业发展较快的国家, 开始深刻认识到所出现的环境资源问题, 疾声呼吁提高生活质量, 遏制环境污染。大量环境单行法规的出台, 成为这一时期令人瞩目的事件。从 20 世纪 70 年代中期开始, 系统的环境法学论著首先出现在经济已经高度发达的西方国家。在国外环境法的发展过程中, 用百余年时间确立了大量环境单行法规, 又用百余年的时间形成了复杂的环境法体系。国外环境立法是以环境侵权的判例为开端, 经历了从个案到个案的发展, 注重对环境立法和执法成本、效益与技术规范的研究, 是一个从私法到公法再到社会法的发展过程, 经历了长时期的“自然演进”(才惠莲, 2008)。环境法的发展是一种内部资源的积累过程, 主要依靠内部资源的演变与进化; 它的直接动力主要来自公众, 在目标和程序上较少具有“强制性”色彩。尽管国外没有专门的从法律移植角度来研究环境法的理论, 但是国外环境法的发展历程和程度却实实在在地给人们一个事实胜于雄辩的例证。每个国家在发展环境法的时候, 学习、借鉴、移植各国和各地区的有益经验, 对于加强环境法制建设, 实现环境法治, 推动环境保护事业都是具有重要意义的。尤其是

日本，对于环境法学的研究总是强调发展部门法理论，特别是系统地介绍和引进西方的现代环境保护思想并结合到自己的实践之中，所以日本环境法以法律体系健全和完善、法律制度具体、明确，制裁措施严厉而著称。

但是目前，国内外从法律发展的主要途径之一法律移植视角，来研究环境法发展问题的并不多见，就笔者所掌握的资料而言，国内只有寥寥几篇学术文章：周训芳教授的《论环境立法中的法律移植问题》（《林业经济问题》，2000年，第6期）；屈振辉《中国环境法的本土资源初探——兼论在西方环境法移植过程中值得注意的问题》（《湖南科技学院学报》，2005年，第6期）；陈晓玥《论环境法律移植问题》（《环境法系列专题研究》，科学出版社，2008年）。可见，现有的研究成果大部分是对具体的制度创新和措施的阐释，而没有从环境法的历史发展或者法理角度去具体剖析环境法发展的规律，忽视了法律移植对环境法这一新兴而又迅猛发展的部门法学的重大影响，对于深入研究我国环境法的发展是不利的。但是从中外法学界的诸多讨论来看，以这种路径去深入分析环境法发展问题的研究还略显不足，因此有必要从法律移植的角度，审视我国环境法发展的历程，对我国环境法发展过程中的法律移植进行系统的研究，进而为我国环境法的发展作出方向性的展望。

第一章 环境法律移植之历史考察

第一节 法律移植概述

一、几个基本概念的分析

研究法律移植，首先要明确的一个基本理论问题是法律移植的概念。这是一个前提性的研究。在此基础上，人们才能够进一步了解法律移植研究要研究什么，以及如何进行研究。但是，由于受到所处的特定历史阶段、所属的国度、所在的文化背景、个人的经验以及价值取向等主客观因素的影响或者限制，中外学者们对法律移植有着不同的理解。

1. 对法律移植的一般理解

考察“法律移植”，首先需要明确“移植”一词的含义，因为移植概念是法律移植概念的源头和基础，也是理解法律移植概念以及其他相关理论问题的钥匙。通常情况下，人们总是把“移植”与自然科学领域的“移植”联系在一起。例如，植株的整体移地栽培以及人体器官的移植术（肾脏移植、心脏移植等），而一般很少会想到“法律移植”。其原因在于“移植”一词从语源上来自植物学和医学。

《现代汉语词典》对“移植”的解释有两种：第一，把播种在苗床或秧田里的幼苗拔起或连土掘起种在土地里；第二，将机体的一部分组织或者器官补在同一机体或者另一机体的缺陷部分上，使它逐渐长好，如角膜、皮肤、骨和血管等。就此，有的学者认为，“从植物学术语的角度，移植意味着整株植物的移地栽培，因而有整体移入的意思。但是，从医学术语的角度看，器官的移植显然是指部分的移入而非整体的移入，而且器官移植还可使人想到人体的排他性等一系列复杂的生理活动的过程，从而更能准确地反映法律移入后的复杂情况。因此，如果在植物学的意义上运用这一概念，它所带来的简单化的倾向是明显的；而后者则不会令人产生这种印象和误解”（黄文艺，2006）。尽管这位学者没有全面认识到植物学意义上的移植也包括部分移植，如嫁接，但是这并不影响人们从何种意义上理解法律移植。事实上，为了说明不同地域空间法律发展的相关性，法学中引入“移植”一词，将它与“法律”构成一个合成概念，正是来自生物学尤其是医学“移植”的启示，有学者指出：“法律意义

上的‘移植’显然是医学上的移植，而不是植物学意义上的移植”（沈宗灵，1995）。法学“移植”与医学“移植”更为相似，它们都涉及移入部分与原有部分的融合问题。“法律移植”一词的使用形象、生动，它被学者们公认为是一个了不起的学术发明和思想解放。

在生物学“移植”观念的启示下，学者们对“法律移植”的理解还是不同的。大致可以分为如下几种。第一，迁移说。英国著名法律史学家阿兰·沃森（Alan Watson）通过对法律史的比较研究认为，“法律移植是一条规则或者一种法律制度自一国向另一国的迁移，或者自一个民族向另一民族的迁移（moving）”（沈宗灵，1995）。我国学者沈宗灵先生认为，“法律移植（legal transplant）是西方比较法学中经常使用的一个词，其含义一般是：特定国家（或地区）的某种法律规则或制度移植到其他国家（或地区）”（张文显，2003）。第二，接受说或继受说。当代法国著名比较法学家勒内·达维德（Rene David）持此观点。他认为，法律移植是指一国接受或者自愿接受外国法律的现象（张文显，2001）。第三，输入说。我国学者朱景文先生认为，法律移植是一个国家法律体系的部分以致大部分都是从另一个国家法律体系或许多国家的“法律集团”中输入的（张文显，1996）。第四，综合说。我国学者张文显先生表述为，“它（法律移植）所表达的基本意思是：在鉴别、认同、调适、整合的基础上，引进、吸收、采纳、摄取、同化外国的法律（包括法律概念、技术、规范、原则、制度和法律观念等），使之成为本国法律体系的有机组成部分，为本国所用”（朱景文，2006）。另有学者进一步具体化了上述理解，认为它是“一个国家或地区，将其他国家或地区的法律（体系、内容、形式或理论）吸纳到自己的法律体系之中，并予以贯彻实施的活动”（朱景文，2006）。还有学者概括为，“法律移植是指一个包含立法主体的法律单元，在鉴别、认同、调适、整合的基础上，引进、吸收、采纳、摄取、同化其他法律单元同时或历史的法律（包括法律概念、技术规范、原则制度和法律观念），使之成为本法律单元的有机组成部分的有效实行行为”（何勤华，2001b）。除了上述几类理解之外，有学者在法律移植发生的特殊背景下基于对法律移植效果的质疑，把法律移植界定为，非西方社会从整体上接受西方社会法律并导致传统法律向现代法律转变或法律现代化的一种方式 and 过程。

总的来说，上述观点只是考察角度的不同，它们之间并没有根本的差异。也就是说，学者们对法律移植概念的既有认识基本上是相同的，即他们都认同一种法律（广义上的“法律”）在各国（或地区）间的移转，并与历时性的“法律继承”做比照，认为“‘法律移植’是现成的可用来表征同时代（共时性）的国家间相互引进和吸收法律这种实践的术语”（夏新华，2004）；同时认为仅有移转并

不能涵盖“法律移植”的全部内容，而需要通过各种途径使外来法律“成为本国法律体系的有机组成部分，为本国所用”，或者说“吸纳到自己的法律体系之中，并予以贯彻实施”才构成法律移植的全部内容。

但是，在笔者看来，以上对法律移植的一般理解仍然是不全面的。具体表现在两个方面。第一，在法律移植的一般理解中，对“‘法律移植’表征同时代（共时性）的国家间相互引进和吸收法律这种实践”的理解是片面的。以作为植体的古罗马法为例，尽管人们总会把中世纪西欧各国，以及近代以来法国移植古罗马法等分别理解为一种法律移植现象，但值得注意的是，古罗马法产生的历史时代是不同于中世纪，更不同于近代的。那么，这种各国间法律发生关联的实践就不仅仅是同时代（共时性）的了，它还包括异时代的法律移植实践。法律移植与其表述为“同时代（共时代）的国家间相互引进和吸收法律的实践”，不如表述为“本国法律与外国法律发生一定关联的实践”更贴切些，而不要去对是否“共时”做严格区分。第二，在法律移植的一般理解中，对法律移植的供体与受体范围的界定存在着局限性，如上所述，主要为国家或者地区。事实上，不同国家或者同一国家内部分属不同法系的法律间也会发生移植现象，如在中国，深圳地区移植香港地区的法律。针对在具体情形下法律移植的可能性、方式及程序等存在一定的差异，法律移植研究还应当继续加以细分。例如，可以划分为：属于不同法系，如大陆法系与英美法系的国家间的法律移植，以及属于不同社会性质国家，如社会主义国家与资本主义国家间的法律移植，等等。当然，这种理解某种程度上局限于特定时空和历史阶段，因为在法律全球化的今天，政治意识形态的思想束缚已经在人们对法律的基本共识中取消；但是，在法律全球化结构与背景下出现了新的情形。例如，供体或者受体中出现了超国家组织——欧盟等，植体中出现了一定区域或世界范围内的法律，如国际法和国际惯例等。这样，在对法律移植的理解过程中，仅仅用不同国家或者地区的法律间发生关联关系来表示法律移植是不符合时代背景的。由此，在笔者看来，任何试图通过一个经典化的定义而一劳永逸地概括人类既存或者将来存在的一切法律移植现象都是存在缺陷的。这种定义终极化的研究取向会使学者倒向对丰富多彩的法律移植实践的以偏概全，从而阻止法律移植研究的发展。当然，在认识以上缺陷的同时，也不能诋毁既有研究，毕竟诸学者从多视角、多层面来观察法律移植还是丰富了对法律移植的理解的。鉴于此，笔者尝试在对“法律移植研究语境下的相关术语”的梳理与反思后作出自己的解释。

2. 法律移植研究语境下的相关术语

虽然法律移植是一个运用得比较普遍的概念，但国内法学界在进行法律移植

研究的时候，基于研究重点和认知兴趣等的不同，也经常使用其他术语来指称“移植”，如“借鉴”、“影响”、“引进”、“输入”、“吸收”、“传播”、“接受”、“模仿”以及“转移”等，这些概念非常容易混淆，因此需要进一步分析以明确它们各自的含义。

1) “借鉴”

“借鉴”一词，在法学界使用频率还是比较高的。人们常常会看到诸如“借鉴西方的法治经验，加强我国民主与法制建设”，“借鉴美国的公司制度。为完善我国的公司法制服务”等。由于借鉴的实质含义为“跟别的人或事相对照，以便取长补短或吸取教训”，在将“外国的东西拿过来视为自己的东西来使用”这一意义上，比起移植来，其程度要浅得多，“西化”的色彩很淡（危险性很小），或几乎没有，因此，该用语是得到学术界普遍认可的。即使在对外国的事物排斥比较严重、将外国的制度都视为资产阶级的或修正主义的“文化大革命”时期，“借鉴”一词也是被经常使用的。

但是，由于“借鉴”的主要意思是将别国的制度、原则等作为一面镜子。来反观自己的同类事物，以确定它们中哪些是可以吸收的，哪些是不必采纳的，哪些是应当避免的，等等，并不带有硬要将它们吸纳进来不可的因素。因此，该词与“移植”一词存在很大的差异，不能与其互换。换言之，使用“借鉴”一词的场合，往往是将所指的事物仅作为一种参考、参照，使用“借鉴”一词的主体，并不负有一定要把它所指的事物引入中国的义务。

例如，在论述“借鉴西方的法治经验，加强我国民主与法制建设”时，可以借鉴这种经验，吸收到制度中去，也可以不吸收，只是了解一下，看看西方人是如何做的，甚至还可以批判它，指出它有哪些问题、它是为剥削阶级服务的等。在谈到“借鉴美国的公司制度，为完善我国的公司法制服务”时，情况也一样，美国的公司制度可以成为立法的模式，也可以作为反面教材，供批判之用。

尤其是在法律移植的语境中，过分强调“借鉴”一词，具有消极的作用。因为在借鉴的场合，即使移植了外国的法律制度，但为了回避“照搬西方法律制度”的批评和指责，为了突出中国国情和特色，因此，总要考虑把受移植的制度加以改造，这样，往往使受移植的制度变形，丧失其功能。例如，我国民事诉讼法中也移植了外国的辩论原则，但由于是在“借鉴”名义之下引进的，故对此原则作出许多限制和改造，从而使其原有的功能受到了损害。

因此，“借鉴”一词，粗看似乎与“移植”有相同之处，学术界也常常将其用于讨论吸收外国经验，在许多场合，学者一般并不严格区分“移植”和“借鉴”。在论述法律移植的论文或专著中，有时论述同一个问题或同一种事物时，也会随意交替使用这两个词，但实际上两者并不是一个层面的概念（沈宗灵，