

北大论坛法学论文集

第三届“北大论坛”论文选



2004

“北大论坛”论文集编委会



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北大论坛法学论文集

第三届“北大论坛”论文选

“北大论坛”论文集编委会

图书在版编目(CIP)数据

北大论坛法学论文集:第三届“北大论坛”论文选/“北大论坛”论文集编委会.
—北京:北京大学出版社,2005.6
ISBN 7-301-09207-5

I. 北… II. 北… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 053983 号

书 名: 北大论坛法学论文集——第三届“北大论坛”论文选

著作责任者: “北大论坛”论文集编委会

责任编辑: 周 菲

标准书号: ISBN 7-301-09207-5/D·1210

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 51736661

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

787 毫米×1092 毫米 16 开本 21 印张 412 千字

2005 年 6 月第 1 版 2005 年 6 月第 1 次印刷

定 价: 33.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

北大论坛法学论文集

——第三届“北大论坛”论文选

编 委 会

主 任：	闵维方	许智宏			
副主任：	迟惠生	赵存生	何芳川	吴志攀	
委 员：	王德炳	许智宏	闵维方	迟惠生	赵存生
	何芳川	郝 平	吴志攀	厉以宁	袁行霈
	赵敦华	申 丹	黄宗良	朱苏力	程郁缀

在北京大学法学院 一百周年院庆大会上的致辞(代序)

苏 力

1904年1月13日,清政府批准了主管学务的大臣张之洞、张百熙、荣庆等修订的《奏定学堂章程》,把法律学正式列为十种“专学”之一。

尽管此前京师大学堂以及外地的一些学堂已先后开设了一些法学课程,作为政治系(当时称作“门”)内的一个专业(当时称之为“目”),也尽管京师大学堂法律门的正式招生是在5年之后,但今天看来,1904年仍然是一个重要标志。它不仅标志着法学成为一个单独的学科,标志现代法学教育在中国的正式确立,它还意味着学术的变迁,社会所需求的知识类型的变迁,学科体制的变迁;但最重要的是,它意味着面临着“数千年所未见之大变局”(李鸿章语),整个中国社会不再可能按照以“三纲五常”为核心的传统伦理体制来治理了,中国已经开始、也必须寻找现代的政治和社会治理方式了。

今天,北大法学院100年了;中国的现代法学教育和研究也已经100年了。

但是,应当说,在过去的100年里,法学教育在中国尽管几度看似“繁荣”(民国初期,全国的大学生中居然一大半是法学院学生),但所起的作用并不十分辉煌,在很长时间内甚至颇为暗淡。它有许多先天的不足:它主要是移植的产物,因此与当时的中国还缺少亲和力;它最早是在“仕学院”或“进士馆”中教授,因此作为一种科举仕途的替代与传统的官僚体制有更强的联系;由于没有一个有需求的市场以及强大的法律职业,它缺乏职业知识的根基;它诞生于马关条约、戊戌变法以及八国联军入侵北京之后,因此有很强的“变法图强”的影子,但它又没有能够避免或延缓中国的衰败,甚至加快了王朝的覆灭;而从那之后持续了100年的一系列以变法、维新、革命、战争和改革为标志的具有重大社会意义的变革,从另一层面看,也不时扭曲、中断或至少是不那么有利于法学和法治发展。但它毕竟延续下来了;而且正是在经历了这些激烈、重大、深刻且全面的社会变革之后,中国基本完成了经济、政治和文化的历史性转型,中国的法治才有了真正坚实的社会根基,中国的法学才有了有生命力的附着。特别是在过去的25年里,随着中国进入了一个长期稳定的发展时期,随着市场经济的发展和对外开放,中国的法治、法学教育和法学研究终于迎来了一个世纪来最为迅速、全面的发展。

持续百年的北京大学法学教育见证了这一历史变迁。它不仅是中国法学的一个

缩影,它的荣辱兴衰也提出或重申了一系列值得我们今天反思和铭记的有关法学、法治与社会的基本命题。

我们应当感谢这个天翻地覆的世纪,感谢这个自强不息的民族,正是对于民主法治的要求,正是对于民族振兴的渴望,才有了北大法学院,才有了今天遍布祖国各地的现代法律人和法学人。我们感谢那些已经故去的、甚至已记不起他们的名字的法学前辈,我们感谢曾在和正在北大法学院服务的全体教职员工,在风风雨雨的路途上,他们以各种方式坚持着、努力着、呵护着、传递着这燃烧了一个世纪的法学薪火。我们感谢从法学院走出去的一代代追逐理想又脚踏实地的法律人,正是他们——包括今天在座的校友——以自己也许是平凡的实践,才使得今天的北大法学院可以以他们和你们为自豪。

我们感谢世界和全国各地的兄弟法律院校,它们不仅曾为北大法学院培养、输送了许多优秀的教员,并且,即使是它们的存在和竞争,甚或是对北大法学院或教员的各种形式的和各方面的批评,也都是北大法学院发展的动力,使得北大法学院有了它发展的参照、标准和模范,甚至,也才有了对手——而没有英雄作对手,又怎能锻造英雄?我们还必须感谢北大的各个院系,这个学术的共同体滋养了曾经“幼稚的法学”,才使它如今成了燕园最大也是最重要的院系之一。

我们必须感谢无数的学生(不仅是那些进入了,而且特别是那些没能进入北大法学院的学生)的家长;一年又一年,走过南方泥泞的田埂或北国低垂的星空,他们送来了自己抚育多年的宝贝儿女,让我们挑选,北大法学院因此获得了它持久的青春活力,更把它的根系深深扎入了这块土地。当然,我们还要感谢以各种方式关心过、支持过北大法学院的全国各地乃至世界各地的无数的组织、机构和个人,感谢在此不可能一一列数的、他们长年累月的也许是细小微薄的帮助。而正是这一切,才塑造了这所属于整个中国的法学院。

对于身在北大或毕业于此的法律人来说,毫无疑问,北大法学院是我们的最爱。但在这个时刻,我不打算去历数它的辉煌。不仅它的历史和现状都无法同世界一流法学院相比;而且当年“南有东吴,北有朝阳”的说法也表明:即使在昔日中国,它也不是西施——它只是我们眼中的西施。我也不打算在此历数今天北大法学院有多少全国重点学科,何时开始以及有多少个博士点,不想报告它为中国培养了多少毕业生,承担过或承担着何种重要的工作,在哪些重大历史事件中扮演了不可或缺的角色,以及有多少成果获得了从中央到地方的各种奖励或其他形式的社会承认。每个学校都有自己的骄傲,就如同每一位母亲都会为儿女骄傲一样。

但不仅如此。在我看来,面对过去一百年来中国的天翻地覆,面对着正在发生的中华民族的伟大新生,这一辉煌或多或少地有点苍白,那些数字甚至有点小家子气。“沉溺于历史者有可能失去当下”,去年我在参加某著名高校的校庆时曾说过,“一个人或一个组织如果总是追溯自己悠久的历史,展览其高贵的源头,不仅有时可笑,而且在某种程度上可能恰恰反映了,它的今天已不那么辉煌,甚至可能是——已不再辉

煌”。今天我仍然希望与我的法学院同仁分享这一也许是不合时宜的评论。我们的思考应当、而且必须大气,我们应当有能力跳出北大法学院、甚至——必要时——跳出法学圈来思考。我们应当有能力反思、批评我们敬重、热爱乃至愿意为之献身的这个事业。

因为面对的是,变革时代的这个伟大民族向我们以及向全体中国法学人提出的种种实践和学术问题。我们必须审视,甚至必须严苛地审视我们这一代北大法学人是否已经有了足够的准备,不仅是心理的,而且是知识的、情感的 and 想像力的准备?!

是的,一百年来,我们的法学院涌现了一批批中国最杰出、最优秀的法学学者,但我们还没有产生一位可以冠之以伟大的法学家;我们还没有产生中国的法学流派(尽管我们不必刻意追求乃至成为一种姿态或口号);我们的法学院没有走出过像马克思或韦伯这样的法学出身的社会思想家,也还没有产生诸如萨维尼、霍姆斯这样的法学家或法律家。是的,我们的校友遍布中国,乃至海外,从上到下,在各行各业承担着重要职责,事实上,我们的一位校友如今正领导和管理着一个超过一亿人口——超过德国、法国、英国而接近日本全部人口——的大省,但是我们还没有产生过共和国的主席和总理,或重要国际组织或机构的领导人,或跨国大企业的 CEO。

也许这太野心勃勃了?那么就说不一点。我们的法学学术产出还远不如一些国际著名法学院,无论数量还是质量。我们法学院每年都有不少毕业生远渡重洋留学深造,许多学校也许会以类似的现象而自豪,但我看到的是,这至少部分地表明我们的知识产品还不足以满足他们的需要,间接地,也就是不能满足日新月异的中国社会发展和国际交流的需求。我们不是正说着要努力创建世界一流的法学院,国际化的法学院吗?!我们的教学科研体制和人事体制都在改革和探索之中;包括作为院长我在内的法学院管理层对管理还很不专业;我们的新法学楼还正在建设中,而且是靠贷款;我们的财政还很紧张;我们的教员基本都没有自己单独的办公室。而在这些方面,一些国内法学院都已走在我们的前头。

更重要的是对于这个民族。尽管目标已经明确,我们国家的法治还仍然处于建设的过程中。我当然不认为这是北大法学院可能完成的事业,甚至未必是法学教育或研究本身可以完成的事业;我知道,这是整个民族的事业。但是,我们有不可推卸的责任。

我们并非不可以,甚至有一定理由,把这些以及其他问题都归结为中国社会的历史转型,中国的经济还不够发达或中国社会的其他方方面面。这种归结也许会减轻我们的心理负担,但不可能减轻这个民族对于我们的期待,不可能也不应当减轻我们每一位北大法学人的责任。既然我们的法学前辈在过去的一个世纪里,在各方面的巨大社会制约中,恪守了他们对于这个民族以及法学事业的承诺,创造了他们所能达到的、尽管也许还不能用灿烂来形容的光荣,那么处于 21 世纪之初的北大法学人,以及中国法学人,作为后来者,都有义务继续这种艰苦的跋涉和奋斗,创造属于我们的光荣。我们需要一种为法学教育和研究的事业献身的精神,我们需要一种知识创新、追求卓越的精神。

精神;我们不但要把北大法学院建成世界一流的法学院,而且应当对中国乃至世界的法学作出真正是我们的、因此也是中国的知识和学术贡献。我们应当以我们的方式和能力促成中华民族的伟大复兴和中国的和平崛起;而这个复兴必定要有一个包括法学在内的伟大的文化复兴,这个崛起也必定要求一个包括法学在内的伟大的学术崛起。

有人会说这是好高骛远,眼高手低。而我们确实——但不会停留于——好高骛远;因为我们知道,眼不高的人,不可能指望他的手会高起来。

也不是没有这种可能。不仅我们有中国最优秀的学子,有全社会的支持,有开放的学术环境;而且,应当看到,近现代以来一直持续到今天的中国的空前社会变革,从特定角度来看,也为中国法学人的创造性实践提供了一个具有高度张力的历史机遇和条件,为当代中国法学人敏感地参与观察和研究当代中国的法治变迁,提出可验证的理论假说,获得具有一般性的概括乃至法律学术的创新创造了巨大的可能。将可能转变为现实,这是一个值得北大法学人以及全国的法学人为之共同奋斗和献身的事业。

这是一个庄严的日子;这也是一个朴素的日子,因为有关中国现代法学究竟应从何时起算,就有种种并非毫无根据的断言和论证。我们会把这些有关历史事实的问题留给历史学家或法律史家;但这丝毫不能减少今天对于我们和对于中国法学的意义。我们应当注意,这个意义其实并不来自一百年前的那一事件;恰恰相反,正是因为中国的、中国法治和法学的今天才使一百年前的那个也许在当时看来并不十分重要的事件,在我们的生命和民族的历史中,获得了一种令我们感动的意义。

不仅如此。我们选择今天,也还因为我们需要这样一个日子,用我们对于这个古老民族和对于这个年轻事业的热爱把五月的这一天锻造成一个金色的日子,一个令人激动、值得怀想和纪念的日子;或者说,一个象征。我们需要这样一个象征。借此,在这个新的百年开始之际,激活我们的想像,凝聚我们的信念,焕发我们的追求,表达这一代北大法学人乃至中国法学人对于我们自己,因此也是对于我们横卧在万水千山中的祖国的一个郑重承诺。

“我从来没有忘记过对自己的承诺!”如果有一天,我们的后辈问起这一代法学人,我——我们——会用这样一句歌词回答他们。

2004年4月10日于北大法学院

1 / 在北京大学法学院一百周年院庆大会上的致辞(代序)	苏 力
1 / 这里没有不动产——法律移植问题的理论梳理	苏 力
12 / 公众参与和行政法治	姜明安
29 / 流浪的权利与管制	
——从贫困救助看中央与地方权限的界定	张千帆
48 / 近代中国的民主选择	甘超英
63 / 排他性与他者化:中国农村“外嫁女”案件的财产权分析	陈端洪
77 / 法的冲突与选择——以种子案为例	王 磊
93 / 行政诉讼原告资格:司法裁量的空间与限度	沈 岿
121 / 在“案件监督”与“行为监督”之间	
——从共和政体的角度来思考“个案监督”	强世功 罗 玥
153 / 再说刑事一体化	储槐植
164 / 刑事法治视野中的刑事政策	陈兴良
190 / 公众认同、政治抉择与死刑控制	梁根林
222 / “犯罪报价单”:基于刑事一体化理念的一项研究	白建军
240 / 关于未来我国民法典中民事责任体系的思考	魏振瀛
252 / 在我国物权法中设置居住权的几个问题	钱明星
265 / 无财产即无人格——法国民法上广义财产理论的现代启示	尹 田
279 / 开源软件——知识产权制度的批判与兼容	张 平
291 / 中国财政法学发展的方向与趋势	刘剑文
296 / 从投资法角度看“一国两制”的国际层面	
——以香港特别行政区为例	刘东进
323 / 后记	

这里没有不动产

——法律移植问题的理论梳理*

苏 力



苏力,北京大学法学院院长、教授、博士生导师,北京大学学术委员会委员。祖籍江苏,1955年生于安徽,先后当过军人、工人。1982年毕业于北大法律系,获学士学位;1985年在北大读研期间赴美留学,先后获硕士、博士学位。1992年回国,先后任讲师(1992年)、副教授(1994年)、教授(1996)。个人著有《法治及其本土资源》(1996)、《制度是如何形成的》(1999)、《阅读秩序》(1999)、《送法下乡》(2000);论文、评论90篇;个人译著10部。曾多次获各种奖励,为教育部首批跨世纪人才。

* 本文是中国社会科学基金资助的重大项目“法制与法治国家:转型时期中国的法制与法学”的部分研究成果。Email to: sulizhu@law.pku.edu.cn.



仿佛以前这个词都用错了,只是到了青海西南部,我才知道了什么叫作真正的“辽阔”。其实这里也不是一马平川,远方就有连绵的朦胧雪山山影;只是仿佛这里的寂寥,那种压着自己不敢大声说话的寂寥,才衬出了这里辽阔。

辽阔并不只是一个空间的概念,而是一种心灵的感悟。

这里属于青藏高原,植被生长缓慢,一旦破坏了很难恢复,生活在此地藏民都只能以放牧为生,并且是游牧。这里的人们的所有财产都是可以放在马背上的。在当地巡回审判的法官告诉我:“这里没有不动产。”

没有不动产,这可能吗?《德国民法典》、《法国民法典》、《瑞士民法典》、《日本民法典》以及英美的普通法,尽管有种种差异,有种种称呼的差别,却都对诸如房屋、土地等不会移动的财产作出了详细的规定。不动产在现代的法律上是一个普世的概念。

然而,这个普世的概念就在这个辽阔空间中受到了挑战。

注意,没有不动产,不是没有土地,这里的土地极为广袤。但是这些土地并不属于任何一个人,也没有人想到占有;至少在现在的生产方式条件下,这些土地本身对于他们来说是没有价值的。他们使用这些土地,但并不占有这些土地;所有的人都可以来放牧,但都并不排他地占有和使用;甚至,他们也可能偶尔为牧地发生纠纷,但是并不是为了土地,而是为了土地上的牧草。而牧草在我们的法律世界中属于动产,属于“孳息”。

没有不动产,却不是没有珍贵的财产。法官告诉我们,这里有很贵重的财产;如果以物理意义上的整体来衡量,往往是新媳妇的那件嫁衣,价值最高的可高达数十万人民币,因为全家最珍贵的珠宝金银都缀在这件衣服上。

还要注意,我说的只是,对于当地的藏民来说没有不动产。事实上,这里的土地在法律意义上属于国家,因此也可以说有不动产,但是这个不动产属于的是一个以工商业为基础的现代国家的法律体系,不属于藏民的生活世界。这样一个概念,至少当他们还是牧人之际,是没有意义的。这里是一个法律多元的世界。

就在这辽阔的世界我获得了另一种辽阔——关于近年来议论颇多的法律移植。

二

因此,被认为是普适的法律概念“不动产”并不是一个实在的“东西”,而是一个词,只是一个存在于很多——并非所有的——法律体系中的一个关键词。它在

物理世界中可能有但并不一定有实在的指涉,有或者没有都取决于一个群体的“文化”。在一个法律多元的文化中,它可能同时有(在现代国家的文化中),又没有(在当地牧民的文化中)。

这里说的文化不是我们日常读书识字音乐美术意义上的文化,而是社会学人类学意义上使用的文化。后一个文化范畴要比一般中文世界的文化范畴大得多。为了便利经验性的分析,在本文中权且将这个文化操作化为三个指标:生产方式、概念系统和法律制度。

藏族牧人的生活世界之所以没有不动产首先是因为他们的生存环境以及与此相联系的生产方式不需要。对于牧人们来说,土地无疑是非常重要的,没有土地就没有牧场;至少在今天,还不可能设想不依附于土地的牧场,也无法设想利用某种技术通过光合作用或其他原料直接生产牧草或牧草代用品。但是由于这里的生存环境相当恶劣,住民人口稀少,土地相对于现有牧人以现在的方式有效使用和消费的能力来说几乎是无限的。在这种土地不“稀缺”——尽管牧草常常稀缺——的条件下,对于牧民来说,土地本身就不是他们生活中最基本的生产或生活要素,不是“财产”。财产因此是社会构成的。^①只有在那些必然带来土地稀缺且高度依赖土地的生产方式——包括农业和现代工业——中,社会中的人群才会关心土地,把土地变成一种“财产”,出现各种所有制^②,进而在同其他的财产的比较分类中,成为“不动产”。因此,我们可以想见,如果这里的藏民的生产方式是农业,这里的土地相对稀缺,那么即使没有法典的翻译或“不动产”法律概念的移植,这里的人们也完全可能创造出与“不动产”概念大致相当的一系列法律产权概念。也许这些概念在我们看来不那么完美,不那么抽象,但是它一定会发生和存在。

在藏族牧民的生产生活世界中,作为不动产或作为财产的土地——而不是一般意义上的土地(土地可能是很重要,因此被尊为他们的母亲或神灵)——的不重要会进而导致土地在牧民有关财富、有关权利义务的观念和概念系统世界中不重要。他们无需这样的概念;这正如对于终身生活于热带雨林中的人们没有必要有一个“雪”的概念一样,也正如同我们今天的普通人除了出于专业的需求无需“白垩纪”的概念一样。而另一方面,这也正如空气——尽管对人的生命至关重要——在我们目前的有关财富或权利义务的观念体系中却不重要一样。^③因此,就一个民族或一个群体甚或一个智力正常的人来说,如果他们没有某个概念,或没有我们认为很重要很关键的概念,并不是因为他们的智力就有问题,或是他们的文化世界就不完整,而首先一定是在他们的生活世界中,这个概念没有必要存在(或者是有其

① Alan Ryan, *Property*, University of Minnesota Press, 1987.

② Y. 巴泽尔:《产权的经济分析》,费方城、段毅才译,上海三联书店、上海人民出版社1997年版。

③ 事实上,这种状况也在改变,空气污染问题的提出表明空气的产权问题已经提出,尽管无法占有。但还是证明了稀缺才会导致产权。

他一些概念能够大致在功能上替代^④),进而在一个与之相关的观念体系中不重要。

但是请注意,在我们的生活世界中,其实不动产也不仅是个概念或观念,它的存在其实还需要一套法律制度来支撑和强化。正如福柯指出的,任何话语都是需要一套非话语机制来支撑才能得以运转的。如果仅仅是一个词,没有一套法律的建制(institutions)围绕这个词按照一定的规则运作,那么即使有这样一个词或类似的词,那么它也还不是法律意义上的“不动产”。在藏族牧人的观念世界中,有山和土地和草原的概念,这些“东西”也是不动的;他们也知道有的草原或土地更好,更有价值,例如某地水草丰茂,例如气候较好,他甚至希望占有——如果必要和可能的话。但是仅仅有这种个人的感悟或意欲还是不足以产生一个作为法律的不动产的概念。作为一个法律概念,不动产必须首先有一种社会的共识,是一个具体的“社会契约”,无论这土地是个人或群体所有,大家都要自觉遵守与之相关的规则,才成为现实。这就是一种社会的建制。但是在一个地广人稀,信息交流极为困难,甚至几年才会看见一次陌生人的地方,要形成这种建制几乎是不可能的,甚至是没有必要的。而且这还是一种非正式的建制(或者称习惯或社会规范),尽管实际上是最重要的建制。如果要这个概念能够稳定存在,并真正成为法律的建制,还需要其他的正式的制度支撑,包括土地的边界划分、丈量、登记、注册以及与此相关的一系列社会文化建制,还可能需成文法、立法机关、警察以及其他行政执法人员,发生纠纷时还需要有组织的暴力机构、法庭、法官、强制执行机构、争端解决机构,甚至监狱以及这些建制机构和人员的有规则的活动。只有有了这一系列建制,“不动产”这几个字或这一串声音,才成为法律上的概念。

因此,尽管只是一个法律的概念,但如果它要真正有意义的植入和存在于一个陌生与它的社会,就不仅仅是发出一个声音,引进一个词,形成一个概念,而是要引入一种生产方式,就是要引入与这个生产方式相适应的观念文化和制度(即马克思所说的上层建筑)。

三

因此,就可以看出,近年来中国法学界有关法律移植的讨论注定了有一种被遮蔽的深刻和浅薄。

被遮蔽的深刻之处在于,法律移植的讨论其实是关于中国社会应当如何发展的一个讨论,是关于中国社会的生产方式、社会组织方式和治理方式的讨论,而不

^④ 例如,严格说来,中文世界中就没有英文世界中的 brother 这个概念,尽管有哥哥和弟弟的概念,并在功能上完全可以替代 brother 这个概念。

是仅仅关于法律本身。所有的参与法律移植之讨论的人,都分享了一个未言明的前提,即中国社会必须变革,中国必须是也已经是世界的一部分。在这个前提下,才可能讨论法律应当且必须变革,必须现代化,适应当代中国的需求。如果从这个意义上看,所有的讨论者的追求都是相同的,尽管他们的言辞和表达可能不同,甚至对法律移植能否成功的判断也不同。

当然,我无法排除中国社会(而不是法学界)中也许有极个别人试图保持传统文化,即传统的农业社会生产方式以及与之相适应的观念和制度。但是,首先,我没有看到任何学者认为中国社会不应当现代化,不应当发展市场经济,不应当工商化。其次,如果真的有这样的人,他或她也一定不会待在城市内,待在学界,待在法学界,他们就不会讨论什么法律移植;因此至少在经验上,我们就一定看不见这些人。据此,我完全可以自信的说,这一代中国法学人都是主张法律移植的。关于中国法学界有人主张法律移植有人反对法律移植这样的判断是一个纯粹的虚构,是一个为了获得社会关注而制造的弥天大谎,或者是一个或为了标新立异或为了打压对方而形成的一种知识权力的策略。

这一分析进而暴露了以法律移植来讨论这个关于中国社会应当向何处去的重大问题,是不适宜的。因为中国法制发展问题的关键并不是法律移植,而是中国社会的发展和社会转型。因此,用法律移植这样一个似乎是技术性的问题来讨论这个社会转型问题又必定是肤浅的。它遮蔽了真正值得法学界关注的问题,导致法学界在中国法治建设上的某种唯心主义和法制浪漫主义。

这种肤浅表现在,我们应当首先讨论和关注的问题一定是“发展是硬道理”,是一个社会的生产生活组织和治理方式的改变。如果这一点改变了,那么这个社会就会因为其生产生活的需要而一定要求有新的法律,也一定会产生新的法律,无论有或没有或有多少对外的信息交流,有多少外国法律的介绍和翻译。如果一个社会的生产生活方式还是牧业,那么很可能不动产就不那么重要;如果是自己自足的农业经济,没有多少商品交易,那么合同法就不可能很重要,就没有现代意义的消费者,就不会需要有产品责任法,就不会有消费者权益保护法,就不会有银行法,不会有金融法,不会有票据法以及其他现代工商社会的法律;如果中国社会都还是自给自足的农业经济,就很难真正出现普遍的公民权利。法律发生和生存的条件是大致相同的。而一旦这个社会的生产生活方式改变了,该社会的或该社会的某些方面的规则就一定要变化,主要依赖对外信息交流而出现的法律变革就可能成功;在这个意义上,我们也可以称这种法律变革为法律移植或法律的成功移植。因此,如果要讨论法律移植,至少也必须同时关注社会的经济和组织变迁。

甚至,如果社会生活不发生变化,因此还不需要,那么这个社会中就不会有相应的概念;甚至法律移植的最初形式,比方说,法典翻译或法律概念的引进,都很困难。我们法学界的人都知道英国人梅特兰和勃洛克的《英国法律史》是一本重要的

法律著作^⑤,我们也知道霍姆斯的《普通法》很重要^⑥,但是至今没有人翻译或尚未出版。未翻译有种种其他原因,但是一个最主要的原因,就是太难。这种难度并不是其英文太复杂,难于理解,而在于许多中古时期英国法或普通法的概念在汉语世界中无法找到或很难创制大致对应的词。严复当年翻译西学名著遇到过这种问题;贺卫方、高鸿钧等翻译《法律与革命》同样遇到过这样的问题。

事实上,中国近代翻译西方法律诸如“不动产”这类概念之所以可能,在很大程度上是因为汉族地区以及一些以农耕为主的少数民族地区,事实上都有与之大致相当的概念。英文中的 real estate 之所以能够在中文中翻译为“不动产”,首先就是因为中文中已经有了这个概念;也许其外延与 real estate 还不重合,但是一定有很多相近之处。在两个完全没有对应概念的生活世界中,概念是无法翻译的,最多只能借助某些近似的因此在另一个文化看来是非常不精确的语词或是创造一个新词。例如,西方基督教中的上帝概念在许多文化中就无法精确翻译。^⑦ 严复当年翻译西方法律著作时就不得不忍受“一名之立,旬月踟蹰”^⑧的痛苦,而我们今天相对容易就是另一个说明;关键并不是因为我们今天翻译的经验多了,而在于今天我们的社会生活更“西化”了,更复杂了。甚至,即使在今天,由于中国当今的司法体制衍生于当年行政体制,至今具有高度的行政性,在我们这样一个通常习惯于一审、二审、三审和再审概念的司法体制和司法概念体系中,即使今天也很难真正通过概念的翻译直接传达英美法中“appellate court”的概念。我们不得不对英美法的初审法院和上诉法院做出一番比较细致的描述和解释,才能传达什么是英语世界中的“上诉”。

四

有关法律移植的讨论还有另外一种肤浅之处。当我们用法律移植这样的技术性言辞遮蔽了我们关于中国社会应向何处去这样一个目标性判断之际,我们还忽略了一些真正有意义的有关法律移植的学术性问题,甚至有可能压制和排斥这类学术性问题的讨论。因为,既然法律移植隐含的应然判断是一个时代的期望,因此,应然就压倒实然,对理想的追求就排除了对理想之可能的探讨,法律移植就可能变成一种意识形态的喧嚣。只要过河的目标确定了,被认为是正确的,那么如果你要谈“桥”和“船”的问题,指出其中的问题和难度,那么你就可能是在变相地

⑤ Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English law before the Time of Edward I*, 2nd ed. reissued; with a new introduction and select bibliography by S. F. C. Milsom, Cambridge University Press, 1968.

⑥ Oliver Wendel Holmes, Jr., *The Common Law*, Little, Brown, and Company, 1948.

⑦ E. E. Evans-Pritchard, *Theories of primitive religion*, Clarendon Press, 1965.

⑧ 严复:《天演论》,商务印书馆1981年版,译例言第xii页。

反对过河,或者有可能给革命人民的热情泼了冷水,就是保守派,就是危险思潮。无知者无畏,变成了法律移植主张者的强心针或壮阳药,同时也是以学术话语的装饰在非学术领域争夺话语霸权的一种行动策略。

我认为,必须把有关目的的讨论同手段的讨论区分开,也必须把应然性和可能性分开。中国的法学家不应当仅仅驻足于布道者的角色,总是喋喋不休地谈论法律移植的必要性,而回避法律移植的可能性和技术问题。法律是世俗的事务,它当然应当是理想的,但也必须是可能的,而不能只因为它是理想的就是可能的了。我们不能因为大家基本分享对现代化的追求和中国正在发生社会转型,就忽略了一些看来只是技术性的问题。不关心这些技术性问题,那么即使社会成功转型,法律制度也未必能完成相应的转型。因为,我认为,尽管法律移植是可欲的,但完全意义上的法律移植绝对不可能,最好的结果也只会是得意忘象,得意忘形,最糟的则是忘意得形。我的理由是文本翻译尽管重要,可以传递重要的信息,但是文本从来不可能再现或重现(represent)真实生活世界中的法律,翻译或转述则更是再现的再现,因此即使通过大规模的翻译引介外国法律也不是活的意义上“移植”法律。

任何法律的实践是同实践者本身紧密联系的,任何法律都首先要通过法官、律师等法律人在社会中发挥作用,而这些法律人都是已经有了一定的文化塑造的,而不是外国法的传送带。哪怕他们自认为是严格的直接的外国法适用也是具有创造性的,并且一定是创造性的;因此,这时的法律就已经是创造,而不是原本。其次,法律的适用是要法律适用的对象——即该社会的民众——的配合。人们并不是消极地接受法律,他们还会通过自己的实际行为来修改、规避因此也重新塑造法律,改变法律运行的环境。因此,即使文本和建制意义上的法律移植完全可能,也并不意味着这些法律在社会实践意义上已经移植过来了。例如,美国法是与美国的判例制度和判例制度中训练出来的法官和律师相联系的,因此即使移植了美国宪法文本和法院组织结构,却仍然无法重现美国宪法的法律实践。

一国法律制度或法治是一个配套系统,这个系统是由大量的正式制度和非正式制度共同构建起来的。因此,即使个别法律或制度能够成功地移植(这我也怀疑),在一个其他法律不配套的法律体系中的实际运作和效果也必定不相同。正如西欧国家在二战后都在不同程度上“移植”了或试图移植美国的司法审查制度,但是——不带贬义的——播下的是龙种,收获的是跳蚤。^⑨

因此,如同任何书面合同一样,法律总是不完全的,一个法治社会中的法律运作并不只是靠法律,而总是要靠其他一系列因素,包括信用、道德和习俗。近年来,经济学界和商界都强调信用,江泽民提出“以德治国”不是偶然的。事实上,由于制

^⑨ 路易斯·亨金、阿尔伯特·J. 罗森塔尔编:《宪政与权利:美国宪法的域外影响》,郑戈、赵晓力等译,三联书店1996年版。

定法和法律建制不可能预先确定社会上发生的所有情况,就法律制度的实际效用来说,法律和制度总是不完备的,总是存在着剩余立法权(residual law making power)的问题。如果从立法机关、行政机关和司法机关以及判决执行来看,立法机关可以说是预先的法律制定者,司法机关是事后的法律制定者,行政机关在一些事务或事件上则可能同时是预先和事后的法律制定者,执法机关也可能在某种程度上是事后的法律制定者。⁹⁹ 因此,除非把所有的制度都换掉,并且把所有的立法者、行政官员、法官和执法者都换掉,并且把所有的人民和他们的生活环境和自然环境都换掉,否则任何移植过来的法律都不可能如同法律输出国那样运作。

第四,如果不是在法律良好运作的意义上谈论法律移植,而只是谈论法律的某些形式,例如民法典,或者最高法院的人员设置,或者某一行当的法律,例如社会保障法,那么,即使这种移植成功了,比方说,我们有了一个德国版的民法典,或是有了一个冠名为《社会保障法》的制定法,但是对于这个社会,又有什么意义呢?“法律的最终目的是社会福利”¹⁰⁰,我们并不是为了法律移植而移植,不是为了某种法律时髦而移植。

因此,尽管我分享现代化和言论和信息交流自由的基本价值,因此是主张并身体力行地学习外国法律的,但基于一些可行性或法律功能上的理由而在一般层面上反对简单的照搬某个法律做法。我的这种反对是实用主义的,而不是意识形态的。例如,从理论上说,我反对法袍和法槌的移植,认为这种制度移植不可能对中国的法治有什么积极的意义(相反,我的一些调查发现有消极的意义);但是如果中国法学界都或大多认为这两项移植有利于司法权威之形成(尽管我怀疑),而司法权威对于中国的司法建设又确实很重要,那么在实践中我并不反对,甚至支持。

因为,正如从上面的不动产的例子来看,任何法律的概念、原则和与之相关的法律实践说到底是与人们的生产生活和生存状态相联系的,其作用完全是功能性的,而不是概念本身固有的。就藏族牧人来说,他们现在的生产生活方式注定了他们至少现在不需要这个法律概念和与这个法律概念相关的一系列法律原则和法律实践。这并不是因为他们是牧人(在其他牧区就有不动产的概念,例如埃里克森笔下的美国加州牧区¹⁰¹),而且因为这里的自然环境,以及由此带来的生产方式。因此这样的不针对法律植入地的实际需要而仅仅根据“外国有的我们也要有”这样一种简单的逻辑,就可能不仅浪费大量的人力物力,并且移植过来也是白费力气。最令人可怕的是,这样的意识形态化的法律移植必定是压迫人的,一个借助宏大话语对民众选择的剥夺和强迫。

⁹⁹ Katharina Pistor and Chenggang Xu, “Incomplete Law: A Conceptual and Analytical Framework,” http://econ.lse.ac.uk/staff/cxu/papers/Pistor-Xu_Lawreview_8-4-02.pdf.

¹⁰¹ Benjamin N. Cardozo, *The Nature of Judicial Process* Yale University Press, 1921, p. 66.

¹⁰² Robert Ellickson, *Order without Law, How Neighbors settle Disputes*, Harvard University Press, 1991.