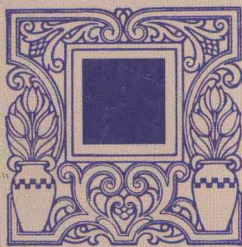


何勤华 主编

法的移植 与法的本土化

(修订本)



THE TRANSPLANTATION
AND
LOCALIZATION OF LAW



商务印书馆
The Commercial Press

法的移植与法的本土化

(修订本)

何勤华 主编



创立于1897

商务印书馆
The Commercial Press

2014 年 · 北京

图书在版编目(CIP)数据

法的移植与法的本土化/何勤华主编. —修订本. —北京:
商务印书馆, 2014

ISBN 978-7-100-10165-3

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 176924 号

所有权利保留。
未经许可,不得以任何方式使用。

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 978-7-100-10165-3

2014年1月第1版 开本 787×1092 1/16
2014年1月北京第1次印刷 印张 43 1/4

定价: 98.00 元

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。

观点的差别转化为两种知识的差别；而在知识上，我们很难判断其优劣高低。^① 这样，顺理成章地，法律移植就没有必要了。这里有偷换概念之嫌。所谓知识无优劣高低之别，是指真知（真理）或公理，如“北京是中国的首都”、“长方形的面积是长乘宽的积”，至于见识、观念、意见，即便再难判断，也是有优劣高低之别的，何况不一定真的就很难判断。

实际上，引述吉尔兹的名言无非是要强调法律体现着其赖以存在的社会的特色、一国的法律为一国所独有。诚然，不同地域、不同社会之间的个体差异是客观存在的，因此之故，的确有一些法律是不可移植的，有一些社会相互之间不存在可供移植的法律，大部分法律在移植之初，除非极端契合，一般都会产生排异反应；然而，若因此人为地夸大这种个体差异，强调这种特殊性，而否认社会之间的共性，否认社会本身的演进发展，否认受体与植体之间的流动性的存在，以静止的眼光看待法律移植之初的摩擦，就必然会从根本上否定法律移植的可能性。

从法律移植的动因看，除了强国或殖民者利用政治、经济、军事、外交等强力压制受体接受移植，或者在少数主动的移植中，可能存在压制者或立法者以权谋私之外，一般情况下，移植的动因源于对受体中法律制度的缺陷感，也就是，立法者感到落后的社会现实不能适应社会发展的需要。如同立法者的感觉不可能永远正确，它也不会永远错误，而且，立法者的感觉也并不一定完全来自他的个人理性，而可能来自于社会压力。我们没有理由忽视原有制度可能潜藏的、未被认知的价值，同样，我们也没有理由忽视立法者的这种感觉。

如果立法者感觉正确、动因正当，移植来的法律就能够弥补缺陷、适应社会发展需要吗？人们不无疑问。且不说植体在原供体中就可能存在缺陷，也不论供体与受体之间质的差异性，单就法律本身来看，它有没有变革社会的力量？有观点认为，法律的一个最重要的特点是保持稳定，是一种保守的社会力量，因此，在我们频繁地“修改完善法律法规”之际不仅不能建立法律的预期和权威，而且有可能破坏本来法律所要保证的已经建立的社会预期，这实际上非常不利于法治的建立。^② 令人感兴趣的是，认为“法律是地方性知识”的吉尔

① 苏力：《法治及其本土资源》中赵晓力的序，中国政法大学出版社1996年版。

② 苏力：《法治及其本土资源》，前引书，第21页。

兹对此问题的态度略有不同,他认为“法律对社会生活的作用是建设性的而非反映性的,或者说不仅仅是反映性的”;“在任何类型的社会中,法律思想都是依靠着混乱和秩序这两种因素提供动力。”^①第一种观点可能夸大了已建立的社会预期的重要性,我认为,法律的权威最终有赖于法律的妥当性,人们对法律最大的预期是法律能平衡各种值得追求的社会价值。第二种观点则没有考虑法律在“学习生存的过程之中”可能给社会或个人带来的利益损失。总地看来,两种观点都各有一定道理,我们既不能无视法律的能动作用,也不能夸大法律的功能,在变革法律(或移植法律)时要有一种临深履薄的态度,慎重抉择,尽量减少这一过程中的社会成本。

如果我们注意到植体和受体在移植之后各自的发展状况,注意到它们之间的磨合情况,那么,我们也许会赞同吉尔兹的观点,而不再支持“那种认为法律机制的严格适用以先有共识保证其社会功效为先决条件的观点”。^②我们也不会轻率地断言某一项法律移植已经失败。以破产法为例,尽管苏力已正确地指出在1986年制定这么一部法律是立法资源的浪费,^③但并没有指责这一法律移植本身为失败。同时,也许正是由于破产法这一植体的过早植入,才使我们及时明白受体本身仍需作进一步的发展。

从发展的观点看问题,就是要在共时性的基础上加上历时性的考察,以消解共时因强调个体差异和平面化处理所带来的僵化和沉重。特别是,受体本身也在不断变化,而外来的植体也许正是促变的一个重要外因。

二、法律移植何以成功

(一) 法律移植成功与否的判别

判断法律移植成功与否,不能仅看移植是否达到了立法者的移植目的,因为:其一,即使达到了立法者的移植目的,如果引起了其他更大副作用、得不偿失,那么移植也是失败的;其二,即使没有达到立法者的移植目的,但客观上却

① [美]吉尔兹:“地方性知识:事实与法律的比较透视”,前引书,第130、128页。“恰是在这种浑水的条件下,法律的功用无疑也会日益增大,因为国内的社会抱怨和国际的政治仇恨将日益融入那些表示享有权利与平衡、合法性与正义或者权利与义务的惯用语中。”

② 同上书,第129页。

③ 苏力:《法治及其本土资源》,前引书,第90—105页。