

当代法律移植条件研究

孟庆阳

山东师范大学法学院, 山东 济南 250300

摘 要： 法律移植作为变革法律制度的重要手段，其对于近代民族国家法制建设的作用是有目共睹的。现代国家的法律移植，至少要受到消极和积极两个方面的条件限制，二者共同建构成“实践理性法律移植观”下的法律移植基础。对法律移植基本条件的满足，可以为我国现代法制建设提供一种先验性的逻辑基础。

关 键 词： 法律移植；条件；法制建设

Research on the conditions of contemporary legal transplantation

Meng Qingyang

School of Law, Shandong Normal University, Jinan, Shandong 250300

Abstract： As an important means to change the legal system, legal transplantation plays an important role in the legal construction of modern nation-states. The transplantation of law in modern countries is at least limited by the negative and positive conditions, which together form the basis of the transplantation of law under the "practical rational transplantation of law view". The satisfaction of the basic conditions of legal transplantation can provide a transcendental logical basis for the construction of our modern legal system.

Keywords： legal transplantation; conditions; legal system construction

90年代中期，比较法学者沈宗灵先生曾对法律移植在当代中国的发展有过展望，他认为对外国法律的借鉴与移植，对我国法律体系的综合发展是有利的，“其目的是为了有利于我国社会主义现代化”^[1]。彼时中国改革开放时日未久，近年来，中国不仅创造了极大的经济财富，在法律制度上也趋于完善。立法上大规模的法律移植已不常见，取而代之的是一种全球化背景下，“对于法制现代化的总体设计与方式选择的合理性”^[2]。如果把“法律移植”约定俗成为一种借鉴与吸收且不去深究其文义解释的话^[3]，法律移植的条件无疑就成为了当代法制建设的逻辑限制。换言之，如果在借鉴和吸收外国法律成果的同时无法具备其应有的条件，那法律移植本身就应该是不成立的，遑论其实践结果之优劣。因而本文希望探讨这一背景下现代中国法律移植所需要的基本条件，并试图厘清其基本逻辑。

一、法律移植的纵向比较

作为一项重要的法律理念，“法律移植”最早在英国法学家艾伦·沃森的《法律移植：比较法的方法》^[4]中有过系统阐述，并逐渐成为比较法学者讨论法律借鉴、迁移时的用词。其讨论对象也主要集中于比较法学诞生以来的法律现象，尽管在语义上法律移植与大陆法系学者研究古代法律问题^[5]一致，但学术意义上，法律移植多用于民族国家形成以来法律主动或被动地迁移。

事实上，民族国家，尤其是19世纪以来所谓“第二波”民族国家的建立，诸如日本大规模制定法案的行为本就是为所谓“想象共同体”——民族文化所作的注脚。这种不同于王朝“以或快或慢的速度确定了某种方言作为国家语言”的一般语言规范建构，国家治理体系的建立是国家机器的选择，更是国族建构的一部分。^[6]19世纪末统一、独立的民族国家的诞生促使了比较法学的活跃，也促使了所谓对所谓“法律迁移”现象研究的产生，更有甚者，“早期比较法学家除了打算通过比较法改造本国法以外，还

梦想为人类共同体寻找一种普遍法”^[7]。

这种比较法学上的努力，开启了近代以来国际上三次立法学意义上的法律移植：首先是所谓“中心－中心”法律移植，是从18世纪末以来西方发达地区的法律移植。这一点在欧陆之间尤为明显，对于这种拿破仑时代以来的法律迁移，“欧陆法学界传统上用‘继受’来称谓这种现象”^[8]其次是“中心－边缘移植”，即所谓“把产生于西欧的法律移植到亚非拉各国的结果”^[9]，这种法律移植随着西方体系的展开而逐渐成型。最后是法律边缘地区的传播，一如清末中国对日本法的学习，也包括诸如波兰法对以色列法的影响，更有甚者，有可能是“法学知识有时候在边缘内部产生甚至传播回中心”。

尽管这种视角显然将东西方文明置于人为偏见下的不对等，但就法律移植这一课题的主线，我们在警惕所谓“西方中心主义”的同时也要认识到“到目前为止，法律移植的研究还主要集中在从中心国家向边缘国家的移植”。但不同于近代“中心－边缘移植”中兼有的被动移植和学习式主动移植，现代法律移植的主

要内涵是一种纯粹的借鉴先进经验的过程。

而这一点也给予了我们以启发，法律移植的历史延续至今，其背景，或者说先决条件，是一种客观需要的阐发，还是一种路径依赖式的政策延续？这是需要思考的问题。

二、现代法律移植产生原因

对于国家法律工作者而言，法律移植的需要，“常常是由于对本国制度的解决办法感到不满，于是驱使人们探究别国的法律制度是否产生过比较好的解决办法”^[10]，这一点在新兴的部门法之中往往有更好的体现。

正如比较法产生的原因那样，早期的比较法学家往往更愿意把比较法置于“外国法如何调整本国的某个问题”，而这个基本逻辑在实践层面至今没有发生太大的变化。但是这就面临了一个问题，即在法律移植产生的过程中，并不是所有问题都能在外国法找到调整的方式与对象。那就需要比较法学家在考虑本国法律移植的基础之前先要考虑这个问题的解答答案是否局限于静态而非动态的法律事实，亦或是根本超出了法律可控的范畴。

茨威格特将这种超出法律方法的研究视野定义为“在他本国法律体系中由某一规范发挥的功能，不是由外国法律体系中的现行的法律规范完成的，而只能在一定的法律外的诸现象中找到，这只有通过法律后面的实际状态的研究才能够发现”。茨威格特在德文版中将这种法律后面的“实际状态”表述为“Rechtstatsachenforschung”，而在英文版中克茨翻译为“fact-finding”，意为一种找寻实际情况的状态，这也就引出了法律移植消极层面的条件，即这个问题可以且应当由法律方法来解决。

三、现代法律移植的消极条件

所谓法律移植的消极条件，指的是法律在移植的过程中不具有无法借鉴的对象和法律所无法解决的问题。诸如法律与道德之间的两分，法律本身规范性与社会目标的冲突，本就不是可以通过修改法律可以解决的问题，自然也不在法律移植的讨论范围内。但更重要的是，就法律移植过程而言，这个问题可能根本无法应用法律解决。

法律运行过程中所发现的难以解决的问题，可能在外国法中不成为一个法律问题，取而代之的，要么是制度去填补空白，要么是一种根植于经济活动的解决路径。前者大多为国外的政治制度或由公法调整的对象，诸如2003年的河南种子案就暴露了现行法体制下法律位阶解释的问题，但这显然难以用美国违宪审查的方法予以解决，现行的国家公法运行体制中也缺少此类的法律移植对象。“因此，尽管我们知道美国违宪审查制度是一项效率高的好制度，我们也可以对美国、欧洲以及中国的违宪审查制度进行比较法上的研究，但在中国实行美国违宪审查制度的可能性几乎不存在。”即使是缺乏西方宪政土壤的东亚国家在现代背景下也难以复现，也没有必要再进行19-20世纪的宪法移植。

但这也并不意味着私法的移植也一帆风顺，事实上，公私法的

二分可能并不是限制的重要条件。诸如图依布纳引用英国为了适应欧盟法，而在合同法中引入“善意”（good faith）制度的失败案例，指出所谓“社会经济环境”在跨国界的因素。而更重要的原因，是对于英国合同法本身而言，其对接欧盟法所需要的法律制度，更接近于司法层面对善意相对人的保护而非立法上的“善意”制度。

而此类对于自身“社会经济环境”的探讨，则更接近于法律移植主体自身的情况对于条件限制，也就是一种积极条件的体现。

四、法律移植的积极条件

就我国法律移植的经验来看，其发展规律“与当代中国的时代背景相适应，人们对法律移植的认识展现为正名法律移植、设计法律移植和反思法律移植三个阶段。这三个阶段既是一种历时性演进、推演张开，又是一种共时性的存在、陈陈相因。”这也说明了法律移植“确实应该照顾到我国的实际情况，进行本土化改造，而不应该生搬硬套，这本身就是法律移植的必要步骤之一。”

这就说明了现代中国法律移植的积极条件应当是同时满足法律移植本身所需的形式建构以及符合中国本土化改造的客观实质需求，这是整个比较法学界对法律移植的反思所得出的历史性经验。因此，笔者试图将法律移植的积极条件区分为形式与实质两个侧面。

（一）形式侧面

法律移植的形式条件主要是指在吸收、借鉴他国法律之时其主要形式有基本的法律文本或者法律制度支持，这一点往往发生在经济联系密切的私法上。

正如前文对公私法移植的探讨那样，经济全球化的背景下，有着高度运用实践需求的部分法往往会率先趋向一种无意识的模仿，哈贝马斯将其归纳为一种“资本主义的统治形式已经发生变化，它被保存在‘系统的强制’之中，包括一种生活方式潜移默化的影响以及对它的普遍模仿。”比较私法在法律移植中的优势地位确实是现实存在的，一如美国商法、经济法在全球范围内法律移植的快速发展水平。

高鸿钧教授也认为，“地方法律催生的一种新型法律移植，即某些适用于特定国家、地区或行业的法律……在全球四处游走和广泛传播”，他以新商人法举例，认为这种“自由迁移”的法律移植是法律全球化的产物。

这都给我们提供了关于法律移植形式条件上的范式，商法的创造者只是将千百年来商事规则加以确认，在全球化的背景之下，因为经济的密切联系催生出各国面临相近的共同商事问题。在有规则之前，这些情况就在一种自发而未自觉的情况下发生了，正如郑强教授所提出的“镜子理论”那样：“法律不是一个自足的王国，也不是一套规则和概念的体系，也不是法律工作者的诸侯国，而是一面社会的镜子。它不把任何东西当作历史的偶然及自足自主的，而是把一切都看作相互联系的，并由经济和社

会铸造而成。”

现代中国立法中的法律移植也是满足这样先发性的形式条件的，一如《九民纪要》中规定的“法人人格否认制度”与“对赌协议”的效力那样，都是在社会现实发生问题的同时运用现有商事规则予以解决矛盾，最后以立法或司法解释的形式发生实际效力。尽管有着许多对公司法移植失败的质疑，但有一点是肯定的，即在立法的过程中，因全球经济的现代性统一在国外已有一种或数种法律制度的建成，也就使得法律移植的发生具有了形式上的条件。

（二）实际侧面

应该说，现代各国修法都是在体现国际化趋势的同时融入自己的国情、市场及文化特色。由于法律具有一种强烈的社会文化属性，因而是很难摆脱传统法律思想限制的，正如国际社会研究中反复引用的概念“历史惯性”那样，所谓“在人没有创造出强于历史惯性的力量之前，历史将沿着既有的轨道发展”。法学家往往会把法律移植中遇到这些与本土化产生的矛盾归结于“本土资源”类的概念。

然而，这种矛盾对现代中国法律移植的实质条件影响却是有限的，或者说比起苏力老师着重考虑的两个维度“与历史相联系的传统文化”以及“现实的时间相联系的非正式制度”，本土化的矛盾更多是横向的，即国家内部城市与农村，法律适用群体的阶级差异等等。

而除了这种需要适应本身文化割裂所带来的法律移植条件，对于法律移植的实效性，需要有一种先验性的，理性的思考，即所谓“实践理性法律移植观”。

这种移植观是一种法律移植方法论的思考，会切实影响法律移植的实质条件。其内涵主要包括：一、这种移植要针对中国现实，“以中国社会的现实国内事务与国际事务的法律处置的实际法律需要为法律移植动因”；二、要将“效果”和“实效”作为

首要评判标准；三、要注重规则与价值和理念的衔接，即所谓整体化；四、需要移植的问题应该是最迫切的问题（从法律稳定性考虑）；五、要注重法律移植的合理化并使其嵌入全球化的背景之中。

这种全面性的考量其实也对法律移植这种技术本身提出更高的要求，需要立法和司法两个角度对于本土文化进行一个预判性的思考，在移植之前就对本土化有着全球化背景的改造，吉登斯提出的“再嵌入”（re-embedding）就非常符合该语境下的要求。

吉登斯把法制全球化视作民族国家法制发展的必然进路，而在这个过程中就必须重新审视一个强大体系下地方与政体的“断裂”，而解决的方式，即“重新转移或重新构造已脱域的社会关系，以便使这些关系（不论是局部性的还是暂时性的）与地域性的时空条件相契合”如何将这种社会关系进行完善的价值判断并在法律移植过程中予以评价，就构建成为了当代中国法律移植条件的实质侧面，也是法律文化构建所无法避免的问题。

五、结语

诚然，法律移植的过程是复杂而又曲折的，诚如魏治勋老师提出的“现代性与全球化主要是西方文明发展造就的后果，但走向现代性与全球化却不完全是西方化的，根据就在于我们实现法制现代化的基本机制是在以自己作为一个发展着的民族大国的身份‘再嵌入’全球化中去的同时，也深刻批判并改造着全球化的内涵。”现代中国的法律移植也一定是边发展边自我批判的过程，从这个角度来看，法律移植的条件就应该是动态而非静态的，会随着社会主义法治道路的建设而不断发生改变。而就法律移植发生的历史经验来看，任何一个主动选择法律移植的主体必定有着对实践效率的需求。

参考文献

[1] 沈宗灵：《论法律移植与比较法学》，《外国法评议》1995年第1期。

[2] 魏治勋：《论法律移植的理论逻辑》，《东方法学》2012年第1期。

[3] 关于法律移植作为一种隐喻的缺点与现实意义，可参见沈宗灵：《比较法研究》，北京：北京大学出版社，1998年，第678页。

[4] A.Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh:Scottish Academic Press, 2nd ed., 1983.

[5] 例如希腊法对古巴比伦法的意志，罗马法的复兴，英美法律迁移的过程，可参见冯卓慧：《法律移植问题探讨》，载何勤华主编《法的移植与法的本土化》，北京：法律出版社，2001年，第19-20页。

[6] 可参见【美】本尼迪克特·安德森：《想象的共同体》，吴叻人译，上海：上海人民出版社，2011年，第81-108页。

[7] 高祥、朱明哲主编《比较法学原理》，北京：中国政法大学出版社，2019年，第9页。

[8] 高鸿钧：《法律移植：隐喻、范式与全球化时代的新趋向》，《中国社会科学》2007年第4期。

[9] 《比较法学原理》第361页。

[10] 【德】茨威格特、克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，北京：中国法制出版社，2017年，第58页。