

法学理论

发展权视角下的法律移植方法新探

汪 习 根

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 汪习根(1965-), 男, 湖北天门人, 武汉大学法学院教授、博士生导师, 中国人民大学法学院博士后, 主要从事人权法与法治理论研究。

[摘 要] 现有关于法律移植的理论存在不可避免的局限, 而以发展权为指导强调主体自主内源发展与外在借鉴相结合是探讨法律移植的新思维; 以一种科学的比较法为内核的多元主义法律移植方法论是移植成功的关键。从强调外部性转向内外在条件的相互融合是法律移植的必由之路。

[关键词] 发展权; 法律发展; 法律移植

[中图分类号] D921 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)02-0210-05

法律移植是人类法律发展的基本方式之一, 从欧陆国家继受古罗马法, 到美国移入英人法律, 再到近代日本、中国等国移植西式法律, 人类经历了一次次法律移植的洗礼、品尝了一次次移植成败的酸甜苦辣。那么, 如何使法律移植摆脱纯粹经验与自发的成分, 并发展出一整套科学的理论系统和方法体系, 业已成为制约当代法律移植成功与否的关键因素。为此, 本文运用发展权这一全新的分析工具对此进行专门探讨。

一、现有学术观点论争及其评说

对法律移植是否需要具备相宜的前提条件以及应具备何等条件, 学术界存在不同看法。归结起来主要有如下几种: 一是否定论。认为法律移植的条件是永远无法成就的, 法律“规则……引起的活动对任何场合都是特别的”, 从一种文化移植到另一种文化的法律根本“不能被期望会引起同原地一样的作用”, 甚至由此得出“法律不可转移的规律”^[1] (P. 139-155)。二是文化条件论。认为尽管法律文化是与整个文化具有有机联系的有血有肉的习惯, 而不是某个社会可以选择或购买因而不具有任何特定社会遗传标志的中性人造品, 但具有共同法律遗产的国家之间存在法系上的相似之处。所以, 不同法律间可以相互“借用”(Borrowing of Legal Institutions), “借用是现代法律的一个关键主题”。文化的相似性是移植的决定性因素, “如果相似的社会产生相似的法律, 则多种多样的社会结构和经济会产生法律的多样性”, 只有使外来法在本土文化和“国民行动中扎下真正的根”^[2] (P. 194-195), 法律移植才能成功。三是社会条件论。从广义的文化背景来阐述移植的前提, 强调法律“继受现象是个跨文化的社会现象, 人我、彼此、主客的关系是预设的……社会学研究法律的继受问题, 大致可从下列四个方面来进行, 其原因、其对象、其过程与承担者、其成效”^[3] (第66, 67页)。四是“无”条件论。针对过于谨慎甚至苛刻的条件论者, 该学说对法律移植持相当开放、乐观的态度, 认为移植可以普遍地、经常地、不拘一格地进行, 无须讲

求外部的社会政治经济与文化条件。1973年英国比较法学家奥·卡恩-费罗因德(O. Kahn Freund)在其著名的《比较法的应用和误用》的讲演中对法律移植持悲观看法。与之针锋相对,著名学者阿兰·沃森(Alan Watson)于1974年发表题为《法律移植与法律改革》的文章加以强烈反驳。他认为,第一,历史并未证明法律移植的悲观论。在不同法律制度,甚至很高的发展水平上和不同政治情况下经常实现成功的法律移植。第二,对移植来源国的制度的知识并不是必要的,接受国即使不了解外国法的政治、社会或经济情况,也能实现成功的借鉴。

显而易见,法律移植的否定论实际上是看不到不同国家法律存在条件的共同性以及人类生活的关联性,现今已无多大的市场。第二种观点有其合理之处,强调了文化尤其是作为一种态度、观念意义上的文化的相似对移植的极端重要性,即注重移植的主体文化条件。当然,由于对移植条件过于谨慎,往往容易以偏概全。而如果仅仅是站在社会学的立场,从单纯的社会现象与功效来评判法律移植,则难免会过分重视法的外部条件而忽视其内在要求。最后也是最为乐观的观点试图勾勒一幅宏大的法律移植理想图景,若不问被移植国的“政治、社会或经济情况”、不考虑移植来源国的制度的“知识”,如果发生排异反应,岂不会断送法律移植的生命。可见,既不可太过狭窄地限定法律移植的条件来妨碍移植的有效展开,也不能抛弃条件、空泛地树立某个优秀的法律标准来供他国移入。

二、立足于主体自主而有活力地发展的法律移植方法

法律移植成败的关键取决于法律移植的目的与功能。法的最根本价值在于实现人权,而发展权作为一项基本人权,继生存权之后应当成为法律发展的重心和本位。“发展权之法律重心定位,理应成为法律在未来发展进程中的优先选择”^[4](第244页)。作为法律发展捷径的法律移植,无论其方法和路径如何变化,都应始终围绕实现发展权这一最上位价值理念展开。而发展权作为一项“社会连带权”(solidarity right),既要求各个个人与国家置身于全球化时代谋求相互的协调均衡发展,更强调各主体的地方性知识和内源性发展,以增强主体自身内在的发展能力和发展水平。“全面、持续的发展基础,靠的是地方社群的自主治理能力,以及以此为基础的多中心治理的多层次的制度框架。”^[5](第5页)发展的最主要力量根系于主体自身内部而非外部载体,外在的影响力量需要转化为内生力,才能带来真实的发展。

在这一总体原理的指引下,选取精细的比较法进行详尽的对比并在此基础上对可资移植对象加以优选,是开展法律移植的一个行之有效的科学方法。

一项成功的法律移植必须以供体(被移植法)与受体(接受国法)之间的完全兼容为条件,否则就会产生排异而窒息被移植法律的生命活力。为此,就应当对供体与受体进行定性与定量两方面的比较分析。而一个卓有成效的比较,至少包含六大因子:

1. 比较对象的选择。在充分占有尽量多的外部信息的情况下,通过搜索最大范围内的可比对象,寻找到与己方目的最相接近的对象,划定可供移植的法律的范围,提供移植之对象。主要包括法律原则、法律规则、概念和法律形式与技术;既可是个体的、个别的逻辑规则,也可是整体的法律部门;既应熟知其外在的结构形式,又要把握其内含的立法动机与宗旨。

2. 对象之求异。探寻对象的相异之处,既包括在性质、特征上的不同,更应知晓其在数字意义上之量的不同,包括程度、阶段、水平、成熟状况等。通过发现对象之间的差别与对立,能够分析对象间沟通与转换的概率究竟有多大。如果存在性质上的根本对立,则应抛弃该对象而另选其他对象,因为强行移入必然造成强烈的排斥;如果只有量的差异而无质的对立,则可考虑作为备选对象。在一定意义上,弄清楚对象的不同,比发现其相同会更重要,它有助于及时发现移植对象的瑕疵,防患于未然。

3. 对象之求同。发现不同对象的相同或相似之处,包括法律规范的逻辑结构、不同要素之间的逻辑关联性及其赖以存在的法律理念与价值精神。既有根本属性上的一致,又有发展程度、所处时期、技术

完善水平以及系统结构方面在量上的统一或相近。完全相同的对象之间的可转换性是不言而喻的,问题的关键在于很难以寻觅到如此理想的条件,实际上,即使大致相当或相似,也足可作为备选对象。

4. 对象存在背景之求异。当掌握了可比对象间之异同后,人们往往就此打住,觉得大功告成,可以存异求同了。其实,这是一种浅尝辄止的极不科学的通病。在法律移植中,最为重要也是最容易为人们所忽视的是比较对象存在的特定时空背景之异同,包括两者各自存在的社会制度框架、文化心理条件、历史传统前提及法律规范系统。当证明两者没有任何对接与沟通的必然性与可能性时,才可通过试错而抛弃此一对象另行选择其他对象进行比较。

5. 对象存在背景之求同。揭示不同对象在其社会外在的、法律内在系统中的,物质与文化上的相同之处。这是一项非常艰巨的系统工程,在总体上可分为几大方面:一是政治背景,包括政治制度、政治行为与政治意识。在一个官僚集权的人治架构内,不可能有效地移入一个民主法治结构下的法律制度,只有相同的政治背景下的法律制度,才有沟通与转化的最大可能。当然,这里并非一味强调政治制度在性质上的相同,即使不同性质的政治制度,其中的某些环节与具体方面是完全能够对话和一致起来的。二是经济因素,既有制度与体制层面的,也有技术方面和发达程度的因素。撇开经济条件,可能带来移植的失效。日本在第二次世界大战中战败后,迫于美国的压力,在昭和 20 年(1945 年)强行移植了美国法中的破产免责与居民诉讼的规定,由于当时两国的经济发展水平差异较大,所以在很长时间内形同虚设,无法发挥作用,一直至 70 年代,由于日本经济状况的变化和破产案件的上升,才使该制度开始产生积极意义。三是社会文化背景。历史传统与现实人文环境,是法律移植的重要制约力量。如中国清末移植外法时,就注重“求最适于中国民情之法则”,认为各国民情风俗“一则由于种族之观念,一则由于宗教之支流,则不能强令一致”,所以,凡亲属、婚姻、继承等事,除与立宪相背酌量变通以外,一般应当“务其整饬风纪以维持数千年民彝于不敝。而实际上,由于当时中国之特殊情形,该移植归于失败。早在 1928 年,日本移植了作为美国法律特征之一的陪审制度,并一度在日本刑事审判实务中所采用,后却由于不符日本国情而从 1943 年起被废止。社会文化的和谐性是移植的外来法得以存活的精神支柱。在评价亚洲对西方法的移植时,人们认识到,日本移植西法有三大前提:“专一性”即全盘接受,“直线性”即日本愈西化,移植愈有效,“不可兼容性”即西法与日本生活不相容,如不西化,移植就会失败^[6](P. 3-29)。这对亚洲国家的法律移植具有一定的反思意义。“既然各国的法律皆立基于本民族传统文化遗产的基础上,则必然或多或少会有一些固有的日常生活中所使用的概念。此外,作为法律处理对象的社会关系实际上是由各民族的历史所规定的、个性文化的一个组成部分。”^[7](第 282 页)因此,法律移植虽非全然是文化的移植,却全然离不开文化。四是法律背景,即所欲移植的法律规范依存的法律意识和法律制度体系。既有直接供某个具体规则、原则运行的法律体系这一硬环境,也有更具根本性、长远性的法律意识或法律理念这些软环境。在它国看似相当实用先进的法律规范,如果被植入进一个与之无法匹配的法律体系中,其结果必然是先进的会蜕变成落后甚至无用的。成文法与判例法国家的法律系统与法律方法及逻辑思维习惯是不一样的,即使是同为成文法的不同国家,也有很大差异。如 1804 年法国民法典受古罗马法影响,没有“意思表示”的规定,而 19 世纪末的德国民法典,则受心理学的强烈影响,形成了“意思能力”、“意思表示”、“意思欠缺”等极具代表性的法律概念。所以,尽管不能否认不同背景下具有共性的成分相互继受的可能性,但探寻背景之同质或异质而同构或相似,是法律移植的重点。

6. 背景转换与对象发现。当完成了上述步骤后,便会在比较研究中离析出无论是外在生存时空还是内在系统构造均有一致或相似之处的可比对象,从而为法律移植创造出最佳条件。在两极格局已经打破、世界日益多极化的今天,各国的法律制度、技术和社会背景之间既相互依存又越来越摆脱外来限制而呈现出明显的地方化与多样化,使得不同国家的法律往往难以进行直观的比较,表面看来相同或相似的地方,可能在实际上恰好相异。比较法学应当理直气壮地应对这一挑战,在对与移植国采用不同法律制度的国家法律进行比较时,必须首先将有关法律制度、概念、规则进行一次具有可比性的“语境”转换,从而在相同语境下加以排列、分析、归类与比较,只有这样的求同存异才是真实、客观的。而且,在进

行了背景转换后,还必须分析特定的法律价值判断与外来法律规范及其逻辑构成的区别和联系,从而获得可供移植的法律对象。

三、内外在条件相融合的法律移植路径

1. 法律之正当性与妥当性的完美融合。作为供体的法与作为受体的法都应当符合法治社会对良法的独特要求。法治之法,应是良善之法,亦即体现为“形式的——理性的法律”^[8] (P. 504-505)。移植之供体法不仅应符合社会法治化的一般要求,还应符合法治发展特定历史阶段的特质,切忌泛泛地空谈价值理想。法治展开的过程,是一个法的正当性与妥当性程度及其关联性日益增强的过程。法治之初创期与发达阶段对法之要求是不一样的,移植应当分阶段有步骤地进行,正义的理性法规则未必当然就是绝对真理,可以适于移植到所有受体之中。如公司法人有限责任制度,作为千百年市场经济实践的产物,适应了成熟市场经济之需,但若强行植入到市场经济起步阶段的法律受体内,势必会因排斥因子过多而受阻甚至成为不法者钻法律空子逃废债权的凭藉。此外,由于“公法优位”是法治构建的核心要求^[9] (第50页),移植之供体法不仅仅只是私法,也应包括公法。

2. 供体优选与受体改良之间的良性互动。当供体与受体不完全兼容时,是改造供体以适应受体,抑或改造受体以适应供体?学界对此观点不一。有学者认为:在法律移植中,有时移植的失败,主要是受体方面的原因,受体“影响植体的存活以及发挥正常的效用”。所以,“要使法律移植获得成功,关键是要对受体及其环境作出改造”^[10] (第625,626页)。应该对此供、受体两者进行分层改造:首先是改造供体,若无法改造,则应另选其他;其次是改造受体及其环境。受体的吸收、消化与承受能力是决定是否改造、究竟优先改造何方以及如何改造的症结所在。不问受体能否承接与吸纳,先强行植入,再等时机和条件成熟后让其逐渐适应,有人认为这虽然成本高昂,却是“法律进步必须支付的‘学费’”^[11] (第646页)。对供体与受体究竟应如何改造?在不同社会发展时期,应有所不同。当急剧革命时,奉行“拿来主义”以改造本国制度与环境,即使移植失败,对法制进化至少能起到间接的理论准备与思想宣传作用。而当平稳改良时,因为秩序的建构与解构同等重要,仅凭对供体的改造进行移植难免成本太高,而且先强行植入再改造受体的做法,必然导致对法律权威和民众尚法信念的巨大破坏,一项在形式上已正式生效的移植法,由于其剧烈的排异反应而在实质上被弃置不用,而要坐等时机成熟再适用,这样的移植法充其量只是一种摆设和文物,在漫长的等待中,由于立法空位带来的无法可依与混乱局面是不可避免的。

3. 公共权力系统对通过移植的法律发展的路径依赖。移植的动因在历史上有两条:被迫接受和主动移植。无论何种情形,都离不开政府权威的树立和政治权力系统的调整、改造与整合。一个绝对自大和专横的唯我独尊的政府不可能去移植他国法律。国家公共权力应具有对外来法的内在亲和力。不仅在表面上愿意接受国外先进而适用的法律,更为重要的是,公共权力应当在其主观意志中实质上接受外法,改造成为对其有用的力量。这样的政府应是一个开放的、文明的、强势的、负责的法治政府。

4. 社会大众将法律移植作为获取法律公共必需品的心理认同。移植成功的法律必定是形神兼备的法律,使之能获得国民的普遍心理体知与体认。为此,应着力排解三大矛盾:一是一次移植与长期移植的矛盾。就一部法的创制而言,法律移植只能一次成型而不能半途而废;而从一国法律体系发展来看,国民之心理认知程度和法律承受水平是逐步上升的,法律移植是一个漫长的永不停歇的过程。“我们必须计算30至50年的过渡时期,直到这些新的法律观念在这么多的人口的脑袋中生根,而老的法律观念只在很少的少数人脑中继续存在,经由死亡而自行漫漫逝去”^[3] (第64,65页)。尽管这一时间过程对各国不一定完全准确,却道明了移植的恒常性与久远性。可见,要经常地对植体与受体进行内部微调与外部对接点的弥合与补漏。二是法的本土化与国际化的矛盾。法律移植的心理阻力在于它似乎会导致本土法被外来法所吞没的危机。移植与生硬照抄是完全不同的,除了强调受体与供体之和谐共生外,并不是以外来法替代本土法。在移植时,应警惕一种相反的倾向,就是把只要是在外环境中看上去优秀的

法律一律移植进来,这势必会丧失自身的个性。如调解制度在当代亚洲法中一波三折的命运即是。三是单向移植与多维移植的矛盾。法律移植是多向度多视角的,单向移植只是一种短期行为。当今的移植既应注重把视点投向西方发达法律制度,也要聚焦于其他世界,特别是与本国社会性状、结构形式与发展水平相仿的国家或地区。亚洲各国众多的主体共性与客观关联,其间的相互对话、沟通以至对接的几率大大超过其他区域,谋求亚洲国家之间的法律移植已成为亚洲地区共同发展的法律主题。

(注:本文是作者在 2003 年 9 月应日本北海道大学邀请所作学术讲演的主要内容。)

[参 考 文 献]

- [1] SEIDMAN, Robert B. Administrative Law and Legitimacy in Anglophonic Africa: A Problem in the Reception of Foreign Law[J]. Law and Society Review, 1970, (2).
- [2] FRIEDMAN, Lawrence M. The Legal System: A Social Science Perspective[M]. Russell: Russell Sage Foundations, 1975.
- [3] 林 端. 儒家伦理与法律文化[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2002.
- [4] 汪习根. 法治社会的基本人权——发展权法律制度研究[M]. 北京:中国人民公安大学出版社, 2002.
- [5] [美] 迈克尔·麦金尼斯. 多中心治道与发展[M]. 上海:上海三联书店, 2000.
- [6] BAHR, R. B. Die Grenzen westlicher Ration? litat und Wissenschaft bei der Beurteilung der Modernisierungsprozesse in Asien. Am Beispiel der Rezeption europäischen Rechts in Japan[M]. Berlin: Weg zum japanischen Recht, Festschrift für Z. Kitagawa, 1992.
- [7] [日] 川岛武宜. 现代化与法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 1994.
- [8] WEBER, M. Wirtschaft und Gesellschaft[J]. Tübingen, 1972, (5).
- [9] 汪习根. 公法法治论[J]. 中国法学, 2002, (5).
- [10] 何勤华, 李秀清. 外国法与中国法[M]. 北京:中国政法大学出版社, 2003.

(责任编辑 车 英)

Research on A New Method of Legal Transplantation

WANG Xi-gen

(Law School of Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: WANG Xi-gen(1965-), male, Doctor, Professor, Law School of Wuhan University, majoring in Jurisprudence.

Abstract: The traditional theories of legal transplantation have a lot of restriction. A scientific new way is to connect internal development with external development based on the right to development.

Key words: right to development; legal development; legal transplantation