

法律移植问题三议

作者：周赟 黄金兰

作者单位：厦门大学法学院

正文：

在我们的学术讨论中，经常有一些似是而非因而也容易被忽视但又实在应该予以澄清的问题。如对于几乎伴随我国法制现代化历程的法律移植问题的研究，就存在几个这样的“盲点”：其一是对法律移植的概念没有能够比较全面地予以考虑和清晰地界定因而其二也没能够将法律移植与法律继承的关系进行认真分析、厘清；其三是对法律移植的时机问题——也即民族国家宜在什么时候、条件下进行法律移植存在一些看似合理但实则经不起推敲的看法。

首先，关于法律移植的概念。“移植”一词，来源于生物学，系指将植株从甲处以活体继续存在为条件而迁至乙处。相对应的，法律移植即指一国(或地区)对其他国家(或地区)的法律经验进行的借鉴和吸收——而这正是大部分论者对法律移植概念的基本看法。应该说，这个定义是大体上成立的，但正如语言分析哲学家奥斯汀所明确指出的一样任何概念除了具有意义中心外，由于空缺结构(open texture)的存在还具有意义边缘——这样看来，由于这个定义内涵过于简单，因之其意义边缘的范围就必定更广。更为“严重”的是，若套用上述概念，考虑到“法律移植”，在现实生活中往往是一个系统工程而非一般的指物名词，因此处于意义中心也即典型意义上的法律移植可能非常罕见。也就是说，在上述“法律移植”的概念中，意义边缘恰恰成为了其“重心”所在，而这就已经表明这是个经不起推敲的定义。为了更好地说明这个定义的不清晰之处，让我们举例进行。太平天国运动早期的运动纲领(相当于当时太平天国运动的基本法)《原道救世歌》、《原道醒世训》以及《原道觉世训》其原型就是一本基督教小册子《劝世良言》，而太平军的许多纪律也或直接或间接地源自基督教义，如著名的“十款天条”就与“摩西十诫”存在着非常明显的联系，那么，是否可以说太平天国对基督教律进行了移植呢?从表面观之，这当然属于一种制度移植。但这种观点颇有疑问，因为正如费正清等人所指出的，“传教士发现他们很少与太平军一致之处，洪秀全的教义是完全不像我们那样从天父那里得来的”，“太平天国运用了基督教特别是旧约里的思想和仪式，例如施洗和遵守礼拜制度等，可是并没能接受基督教的许多基本道理，他们略去了爱、宽恕、谦卑、关怀自己邻人等等基督教特有的教义”(费正清：《美国与中国》，第八章第二节)。也就是，洪秀全等人仅仅是从基督教中得到一定的启发，并借鉴了一些基督教的因子，但在这种借鉴的过程中，他们对之进行了根本的改造(基本精神的改造)。我们还能将

这种对借鉴对象进行根本改造的活动称为“移植”吗?答案当是否定的,或至少不应是肯定的。因为,这就正如我们很难称生物的生长过程——通过吸收各种营养因素并经有机体“改造”为自己组成部分的过程——为“机体移植”一样。考虑到几乎每一次成功的制度借鉴活动都或多或少地进行了再创造或改造(应该说,像日本明治维新时期那样的生吞活剥式的制度借鉴活动比较罕见),因此,上述直接从生物学中“移植”过来的法律移植概念就略显简单、苍白和含糊。

其次,关于法律移植和法律继承。我们的法理学教科书一般将法律继承定义为“一国(或地区)对其历史上存在的法律经验进行借鉴和吸收的活动”,从这个定义可以看出,法律继承与法律移植的区别非常明显地在于借鉴对象不同。前者是对历史上的域内法律,后者针对的则是所有域外法律。然而,现实的吊诡就在于,它总是会产生许多与概念、理论“对着干”的现象——例如这里所言的两者间“非常明显的差别”在现实生活中恰恰变得很暧昧:例如,被许多学者“认定”为法律移植的西欧中世纪对古罗马法的全面借鉴活动,就很难轻易地否定其同时是一种法律继承现象。为什么可以这么认为呢?其实只需要我们换个角度进行分析即可。在笔者看来,那些认定对古罗马法的借鉴为法律移植的论者其观察的角度是现当代西欧各民族国家,因此,罗马法当然属于域外法,也因此对其的借鉴就当然地是一种法律移植。但如果我们从古罗马帝国的角度去分析这种现象,我们会发现,这次借鉴活动恰恰是一种法律继承。因为,在帝国时代,古罗马的疆域几乎涵盖了所有现代西欧国家。也就是说,古罗马法曾经通行于这些国家,换言之,古罗马法是这些国家历史上存在的法律!很显然,从这个角度看,中世纪欧洲各国的罗马法复兴运动是一种较为典型的法律继承活动。与之相对的例子是,当下广东等地对香港涉及市场经济之法制的移植,若套用上述定义,则由于香港广东历史上本属一地,因此是一种典型的法律继承。然而,最起码的法学感觉会让我们反对这种定性。上述分析表明,我们目前对法律移植与继承的这种界分是存在一定问题的。笔者认为,欲解决这个问题,我们不妨引入“法域”这个概念。所谓法域,即具有某种共同特点的法律场,它可能与行政、地理疆域相重合,但也可能根本不同,如苏格兰与英格兰同属英联邦,但从法域的角度讲,则前者属于大陆法法域而后者属海洋法法域。明确了法域这个概念,则我们不妨将法律移植与法律继承的区别界定为借鉴对象是否处于同一法域。如是,当可较大程度上避免上述问题的出现。

又次,关于法律移植的时机问题。在二〇〇四年第八期《读书》上有一篇关于法律移植的文章,其中提及我国当下知识产权法制之所以会存在各种问题时将其归咎于移植时机不成熟,文中这样谈到“……知识产权是最典型的一个移植过来的制度,但是这个制度的移植和

其他的法律还不太一样，这是个被迫的移植，不像《民法》那样还有社会需求。由于是被迫移植，我们缺乏为此所需要的一切准备，包括理论的、实践的，甚至是思想意识方面的……”简言之，过于仓促的法律移植是当下知识产权法制存在各种问题的关键性原因。从原则上讲，本文亦不反对这种观点，应该说有相当多的学者持有这种观点。但这种观点忽视了以下两个问题第一，作为法制后进但又同处于全球化、现代化浪潮中的欠发达国家或地区，有可能等到万事俱备时才进行相关法制的建设么？以中国为例，现实情况是，你在制度上不跟上全球浪潮，人家根本就不跟你玩！第二，这种观点忽略了法律除了具有解释地方性知识的功能外还同时具有建构地方性知识的作用（吉尔兹：《地方性知识事实与法律的比较透视》，需要特别说明的是，相当的国内论者在谈及吉尔兹相关理论时，总是有意无意地忽视吉尔兹所强调的法律之于地方性知识的建构功能）。为什么这么说呢？因为如果我们承认法律具有建构作用，则很多所谓的“社会需求”本就可以由移植过来的法律去创生。事实上，米尔恩（A. J. H. Milne）等人所谓的“构成性规则”理论已经强有力地证立了法律可以创生社会心理、需求、秩序。那么，何必等到“万事俱备”再进行法律移植？

一个半世纪以前，思想者密尔曾慨叹，“如果没有新的事物要做，人类智慧岂非就不再必要了吗？”（《论自由》，69页）然而，现实的问题却根本不是什么“没有新的事物要做”，而是我们没时司、精力去应对这么多的问题——我们连老问题都还未解决呢。