

法律移植三论

—— 一种法社会学的视角

王萍*

无论是支持者，还是反对者均不能否认，有关法律移植的争论是比较法学的一项重要内容。有关法律移植的争论在孟德斯鸠的不朽名著《论法的精神》中就已经出现了，该书有关法律移植不可能的结论为后世学者所频繁引用。¹制度层面的法律移植则可以追溯到更为久远的年代，有学者甚至将私法领域的法律移植追溯到公元前十七世纪的汉谟拉比法典。²二十世纪80年代中期以来，随着国内立法活动的逐渐展开，法律移植问题受到国内学界的普遍关注。经过近二十年的论辩，中国法学界在法律移植问题上似乎达成了某种共识，即：法律移植不仅是可能的，而且是可行的，但是必须满足某些条件。

然而，当我们重新审视法律移植问题时，我们所看到的并非一个清晰的影像，诸多基本问题——法律移植与法律继受之间是否存在质的差异？何为判断法律移植成功与否的标准？影响法律移植的要素是如何产生作用的？——都缺乏进一步阐释。本文无意对法律移植所涉诸问题进行全面讨论，而试图仅从法社会学的角度，对法律移植的界定、法律移植的动因以及法律移植中诸要素的影响三个方面作初步分析，以期能抛砖引玉。

一、法律移植的界定与法律的二重含义

讨论法律移植的任何问题都必须以对法律移植这一概念的认识为出发点。通说认为，“移植”（transplant）并非法律词汇，而是法学家从植物学与医学领域直接拿来使用的词汇。与“移植”一词交替使用的还有“借鉴”（drawing on, borrowing）“吸收”（assimilation）“模仿”（imitation）“传播”（transfer）“继受”（reception）等。³有学者认为，这些词之间并不存在质的区别。⁴然而，这并非是在将一种法律或制度的一部分或整体引入另一种法律制度的意义上使用这些词汇，而是一种从外在观察式的描述视角对法律移植所作的界定；进而，更为重要的是，在这种对法律移植的界定中，“法律”一词所指向的必然是国家法意义上的规范体系（即国家法），而非法律的更为广泛的含义（即社会规范，例如“具有强制性的全部规定，用来确定人们的社会关系，这种关系是随时随刻由人们所属集团强加给人们的”⁵）。从这一结论出发，首先可以得出的推论是，法律移植仅仅是国家法（无论是具体规定，还是整

* 中国政法大学比较法学研究院2012级博士研究生。

- (1) “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。”[法]孟德斯鸠：《论法的精神》，张雁深译，商务印书馆1961年版，第6页。
- (2) Alan Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 22-24 (2nd ed. 1993). 转引自伊尹君：《社会变迁的法律解释》，商务印书馆2001年版，第343页。但是该观点遭到一些学者的质疑，参见该书343-346页。
- (3) 参见王晨光：“不同国家法律间的相互借鉴与吸收——比较法学研究中的一项重要课题”，载沈宗灵、王晨光编：《比较法的新动向——国际比较法学会会议论文集》，北京大学出版社1993年版，第217页。
- (4) 参见沈宗灵：“论法律移植与比较法学”，载《外国法译评》1995年第1期。但是也有学者持不同意见，参见何勤华、李秀清：《外国法与中国法——20世纪中国移植外国法反思》，中国政法大学出版社2003年版，第617-622页。
- (5) [法]亨利·莱维·布律尔：《法律社会学》，许钧译，上海人民出版社1987年版，第18页。

体制度)从一个国家或者地区引入另一国家或者地区的国家法体系之中,这种引入并不考虑对社会的实际影响。但如果对法律移植的讨论仅仅停留在国家法层面上,则进一步的推论结果必然是,法律移植成功与否的问题不过是一个伪命题,真正需要讨论的是法律移植的发生与否:国家法引入其他国家或者地区的国家法体系,法律移植发生;否则,法律移植未曾发生。因此,对法律移植界定的传统认识,很容易使人将法律移植误解为一次简单立法行为。

(一) 法律移植:作为国家规范与社会规范的法律

然而,从法社会学的角度来看,法律移植不仅是一种法律现象,同时也是一种社会现象,这是由法律移植的目的,即通过引入特定国家法层面的规范实现对社会特定目标的干预⁶,所决定的,仅仅形式意义上的“纯粹”的国家法变革并非法律移植的本意。国家法并不等同于人们在社会活动中实际遵守的规范,即社会规范,“无论官方法看起来对一个人施加多么不可阻挡的驱动压力,社会中仍然盛行着各种各样的其他规范给他提供的不同行为标准”⁷,在很多情况下,这些规范与国家法之间并无联系,甚至互相冲突。⁸当国家法(无论是整体性的国家法律体系,还是某一具体性的法律制度)不能内化为社会规范时,国家法将得不到有效遵守,也就不能实现其立法目的,这种状态可以称为国家法的失效;反之,国家法即是成功的。这种国家法与社会规范之间的契合与否同样发生在法律移植过程中,并因此成为判断法律移植成功与否的标准:引入的国家法能够融入社会规范,法律移植就是成功的,因为引入的国家法在社会活动中得到人们的实际遵守;反之,法律移植就是失败的。

法律移植的描述性界定掩盖了法律移植中法律的国家法与社会规范的二重含义,最终导致对法律移植的不同观点。以二十世纪70年代英国比较法学家奥·卡恩—弗罗因德与美国法史学家艾伦·沃森教授之间的争论为例,尽管有学者将二人观点的差异归因于观察问题的不同视角,但是换一个角度来看,前者所持的有限制法律移植论与后者提出的无机移植论之间的差别未尝不是他们对法律含义的不同认识的结果。⁹虽然艾伦·沃森在阐释其无机移植论的名著《民法法系的演变及形成》中也宣称,“只有那些被认为是合适的必需的规范群才被继受”,只有在“继受的时机已经成熟的时候”,并且“需要作必要的或适当的修改”,罗马法的制度设施才可以全盘照搬过去,但是艾伦·沃森教授强调的仍然是,法律规范应当具备“独特的合理性”,“独特的逻辑”和“raison d'être(存在的理由)”,法律规范是“独立与社会环境之外的存在物”,在这里,无机移植论建立在马克斯·韦伯的形式理性的基础之上。法律被艾伦·沃森教授抽象为一种“相对独立于该规范当初制定时特殊的、历史的、政治的、社会的以及经济的上下联系”的规则体系。¹⁰这是一种典型的国家法层面的定义,受到关注的是国家法制度架构之间的影响,也正是在这一意义上,艾伦·沃森教授才会得出,将自身组合形成一系列互相独立的规范群的罗马法可以不考虑其他影响因素,而为其他国家或者地区所成功移植的结论。相反,在奥·卡恩—弗罗因德看来,仅仅国家法层面的法律移植是没有意义的,更值得关注的是现实中人们对这些规范的态度,即社会规范层面的法律移植。从他所举的几个例子来看,当社会规范与国家法形成严重冲突,并且由于种种原因二者没有实现融合之时,国家法就会失效,甚至在国家法层面上被废除,例如英国1971年保守

(6) 例如奥·卡恩—弗伦德在“比较法与法律移植”一文中所总结的法律移植的三项目中的后两项均视法律改革为社会变迁之工具。参见[英]奥·卡恩—弗伦德:“比较法与法律移植”,贺卫方译,载《比较法研究》1990年第3期。

(7) [日]千叶正士:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强士功等译,中国政法大学出版社1997年版,第134页。

(8) 这种情况并非不发达国家或者乡土社会的专利,例如罗伯特·C·埃里克森对美国加州夏斯塔县畜牧社会的研究。参见[美]罗伯特·C·埃里克森:《无需法律的秩序——邻人如何解决纠纷》,苏力译,中国政法大学出版社2003年版。除此之外,还有麦克尼尔对美国商事组织之间契约关系的考察,参见[美]麦克尼尔:《新社会契约论》,雷喜宁、潘勤译,中国政法大学出版社2004年版。

(9) 参见沈宗灵:“论法律移植与比较法学”,载《外国法译评》1995年第1期。

(10) 参见[美]艾伦·沃森:《民法法系的演变及形成》,李静冰、姚新华译,中国政法大学出版社1992年版,第28-29、31-54页。

党不顾工党的反对通过《英国工业关系法》，结果该法在 1974 年工党获胜后被废除。¹¹

（二）法律移植：无法替代的“一块牌子，两套班子”

对描述视角下的法律移植界定并非没有批评。一种改良观点认为，对法律移植的误解源于对植物学意义与医学意义上的移植的混淆，只有用医学意义上的移植（部分移植），而非植物学意义上的移植（整体移植）理解法律移植，才不致出现误解。¹²但是整体移植与部分移植之间并没有质的区别；的确，医学意义上的部分移植内含人体的排他性等一些列复杂的生理活动的过程，但是植物学意义上的整体移植具有同样的内涵，任何植物的移植都有一个适用过程。整体移植与部分移植的区分，甚至未能突破法律移植的描述视角。另一种观点则主张以“法律继受”（主动的法律移植）代替“法律移植”（不考虑移植者态度的外在观察者视角的描述性的法律移植）。¹³实际上，不仅“继受”，“借鉴”“吸收”“模仿”等词汇均有主动的含义。“继受”代替“移植”，使得法律改革者的态度进入概念内涵，但是一则这种处理仍然没有彻底改变法律移植的描述视角，所不同者仅仅是限制了法律移植的外延，二则正如上面已经论及的，法律移植一词的根本问题在于无法同时表达法律二重含义之间的关系，而这一问题，使用其他词汇（包括“继受”）同样无法解决。¹⁴另一方面，法律在近代非西方国家的继受现象与西方列强船坚炮利式的帝国主义息息相关的事实，证明该种区分至少在非西方人看来，并不具有什么质的意义，只不过这种压迫是直接的（如台湾在日本统治时期采用其法律制度）、间接的（如中国、日本移植西方法律制度）或者中间的（如印度先是被强制接受，后又主动移植英国法律）。或许更为广泛的包容性与略显冷酷的外在观察性正是“移植”一词不可代替的优势。

二、法律移植的类型化与功能的满足

（一）不同社会功能的满足：法律移植的两种类型

艾伦·沃森教授在 1974 年发表的《法律移植与法律改革》一文中，提出了一个反对无机移植论的学者不得不面对的现象：“即使对国外有关政治、社会或经济方面的法律一无所知，亦能收到成功借鉴的效果”，艾伦·沃森教授的解释是，“法律改革者在审视国外制度时，应该寻求一种‘观念’，即这些外国的东西能够被转化为本国法律的组成部分”。¹⁵明治维新时期的日本在移植西方法律之时，很难说当时的日本人（上至天皇，下至平民）对当时西方国家的政治、经济以及社会结构有多少了解。¹⁶法律改革者的主观目的对法律移植——即国家法与社会规范之间的关系——的影响究竟有多大？

（11）参见奥·卡恩—弗伦德：“比较法与法律移植”，贺卫方译，载《比较法研究》1990年第3期。

（12）参见王晨光：“不同国家法律间的相互借鉴与吸收——比较法学研究中的一重要课题”，载沈宗灵、王晨光编：《比较法的新动向——国际比较法学会会议论文集》，北京大学出版社1993年版，第217页。

（13）Rheinstein, M., Einführung in die Rechtswissenschaft, München, 2. Aufl., 124-127. 转引自林端：“清末民初法律的继受问题——韦伯社会学观点的尝试”，载林端：《儒家伦理与法律文化——社会学观点的探索》，中国政法大学出版社2002年版，第65页。

（14）Hirsch, E. E., Rezeption als sozialer Prozeß, Berlin(1981), 12. 转引自林端：《儒家伦理与法律文化——社会学观点的探索》，中国政法大学出版社2002年版，第64-65页。

（15）参见[美]艾伦·沃森：“法律移植与法律改革”，尹伊君、陈成霞译，载《外国法译评》1999年第4期，第13页。

（16）当时的司法大臣提出的“不怕误译，但求速译”主张从一个侧面说明当时日本的法律改革者缺乏深入了解西方社会的动力。当时日本移植德国法，很大程度上是将刚刚在1871年的普法战争中获胜的普鲁士看作“富国强兵”的标本。参见华夏：“日本法制的近代化与日本法的西洋化”，载《比较法研究》1990年第3期。

正如上文所论及的,描述性的法律移植的界定掩盖了法律的二重含义,单纯国家法层面的理解无法对法律移植做出正确认识,而国家法与社会规范又分别涉及不同的社会领域(前者仅仅涉及立法等政治领域,后者则体现在社会基层等领域),因此对法律移植必须从社会的系统论的角度进行解释。而在这方面,社会学理论可以为我们分析此种现象提供富有启发性的有效工具。由于共享共同的理论渊源¹⁷,无论是结构主义,还是功能主义,都将社会视为一个复杂系统。而作为一种社会存在,法律(无论是国家法,还是社会规范)是社会系统的一个层面。在系统论中,结构与功能是一对基本范畴:任何系统都具有一定的结构,即系统内部各要素相互联系和作用的方式或秩序;功能则是系统与外部环境相互联系和作用过程的秩序和能力,在社会学家看来,社会事实之所以存在是由于它们以某种方式维持着社会的存在,或者说,“一种活动之所以持续下来,是因为它对整体生存是必要的”¹⁸。因此新社会事实的出现,根源于系统结构功能的缺失,该种功能的缺失对系统的生存构成威胁;反之,如果系统中并未出现该种功能缺失,则新社会事实的产生就是没有必要而缺乏动力的。法律移植也不例外。国家法层面的法律移植表现为作为政治事实的立法行为,因此国家法层面的法律移植的出现,首先意味着某种政治功能的缺失。

以德国继受罗马法为例。虽然这次法律移植被认为是成功实现法律移植的一个历史范例,但在移植初期,罗马法专家并没有进入法院,担任裁判工作,而是受聘于行政机关,从事行政、政治、外交或者法律顾问的工作。¹⁹罗马法专家没有替代无法律修养的贵族陪审员,在很大程度上说明一般裁判所涉及的社会基层领域并没有对罗马法的明显需求;而罗马法专家进入行政机关,则说明行政领域出现了传统的行政体系无法实现的功能,该种功能在当时危及行政体系的生存,而罗马法与罗马法专家的进入恰恰能够满足该种功能。从当时德国的政治体系来看,也正是如此。当时的德国并非英国或者法国那样的统一国家,而是由相对独立的封建领主与自治城市所组成的松散帝国,帝国政权颇为不稳,组织也很脆弱,内乱持续不断,由于帝国的法律地位建立在各封建领主法令、协议、特令或条约上,以至于帝国内部的政治争端往往演化为法律问题;另一方面,中世纪教皇势力扩张,世俗国家的力量(包括帝国政权、封建领主与自治城市政权)都受到教皇势力的威胁。²⁰传统的习惯法无法提出有力的理论根据,以应付帝国所遇到的政治纠纷;而罗马法中的绝对专制理论显然更适合于解决对内对外的争端,因此“当那些皇帝,尤其是弗里德里克一世,以及其他君主参与罗马法的承受时,实际上在尤士丁尼法典中已体现的君主的主权地位起着实质性的推动作用”²¹。在很长一段时间里,罗马法一直与社会基层人民(尤其是保守的农民)的行为规范形成强烈矛盾。²²这一点还可以在其他很多法律移植现象中得到验证,例如收回治外法权与加强中央

(17) 结构主义与功能主义都采纳了迪尔凯姆的整体论的社会图像,按照整体论的学说,要把社会作为整体加以研究,而且这个整体不能变为仅仅是各个组成部分的总和,而是一个独特的具有自身复杂性的实体。参见[英]帕特里克·贝尔特:《二十世纪的社会理论》,瞿铁鹏译,上海译文出版社,2002年4月版,第3页。

(18) [美]J·威尔逊:“功能分析介绍”,罗述勇译,《国外社会科学》1986年第10期,第61页。转引自付子堂:《法律功能论》,中国政法大学出版社1999年版,第35页。

(19) 参见戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社2003年版,第214、243-246页。

(20) 参见[德]迪特尔·拉夫:《德意志史——从古老帝国到第二共和国》,波恩 Inter Nationes 1987年版第20-27页。这一时期在德国历史上被称为“可怕的空位时期”。当时的政治体系如此混乱导致人心惶惶,以至认为“世界和帝国末日将临,基督教的反叛者已经出现”。参见[日]大木雅夫:《比较法》,范愉译,法律出版社1999年版,第187页。

(21) [德]马克斯·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第270页。另参见[美]孟罗·斯密:《欧陆法律发达史》,姚梅镇译,中国政法大学出版社1999年版,第268页。

(22) 参见戴东雄:《中世纪意大利法学与德国的继受罗马法》,中国政法大学出版社2003年版,第284-293页。

集权在日本与我国清末移植西方法律的过程中扮演了一个相当重要的角色²³。这种以满足政治功能为主导，较少甚至不考虑社会规范层面的法律移植，可以称为**政治主导型法律移植**。

（二）功能需求的转变：两种类型的法律移植的转化

政治主导型法律移植需要外在环境对社会系统的持续影响，从而使得社会基层产生与政治体系方向一致的需求，否则一旦失去政治体系的支持，必然难逃失败厄运。我国清末以来对西方法律制度的移植很能说明问题。尽管一般认为，从鸦片战争之后，我国的经济结构就从封建的自然经济向半封建半殖民地经济转变，外国商品与外来资本使我国经济成为帝国主义列强现代工商业的附庸，但是值得注意的是，传统的乡村与城市的二元结构似乎并没有被打破，根据美国学者杜赞奇先生对 1900-1942 年我国华北农村的研究，我们所关注的近代历史上的那些重大事件与变革并没有改变距离城市稍远的农村宗族社会的性质。²⁴我国近代的民法典化的成果就只能停留在城市范围内，因为外在环境并没有强大到使广大农村产生功能需求的程度，传统的社会规范完全能够维持社会系统的生存。与之形成鲜明对比，日本由于国土狭小，对外在环境的变化反应要比我国灵敏的多，因此其法律移植也成功的多。即使如此，仍有学者认为，“日本的现代化进程并不是完全成功的”，“二战中日本的战败就暴露出它在社会、经济、政治生活中有许多方面未能成功现代化，例如，家长制家庭及其世袭继承模式，封闭的社会结构和特殊的土地占有制度，劳动状况的不发达状况，工商业中的财阀统治，还有专制主义的天皇统治下人权保护的欠缺”。²⁵而当社会基层的功能需求发生，国家层面的法律移植转为因应这种功能需求，至少与这种功能需求的指向保持一致，法律移植就转为**社会主导型法律移植**。政治主导型法律移植有时会向社会主导型法律移植的转变。例如日本在二战之后的对美国法的移植中一些例子（例如对美国反垄断法的移植²⁶）。为了推行经济的民主化，美国占领当局坚持制定一部强有力的“反垄断法”。日本《禁止垄断法》颁布于 1947 年，一开始以其严厉性而著称。这时候的法律移植属于政治主导型。但不久后，随着美国对日政策的巨大变化（政治体系上的支持丧失），从 1949 年和 1953 年放宽合并控制直至 1960 年，反垄断法的实施一直停滞不前。战后重建使得经济发展的目标超过了反垄断执法的意义，当时的社会基层需求是要求对被认为符合国家发展目标的产业部门给予全力的扶持和干预。日本通产省不仅支持，甚至通过行政指导推动企业合并及卡特尔。妥协性的反垄断法是社会主导型法律移植的必然要求。1960 年年中开始，随着日本经济的结构型增长，竞争政策的重要性得到承认，日本的反垄断机构开始采取积极的执法态度。为对付市场结构中日益增长的寡占，增强日本经济的活力，《禁止垄断法》在 1977 年进行了修订，加强了对企业合并尤其是公司持股额的限制。社会基层功能需求的转变推动着《法垄断法》从妥协型向积极型转化。

正是在不同类型的法律移植之间的转化的意义上，“法律移植的成功与否应从长远的角度评价”²⁷，当然这并不意味着时间将会证明所有法律移植都是成功的，并非所有的法律移植都会成功实现从政治主导型法律移植到社会主导型法律移植的转变。大量失败的法律移植的根本问题都在于移植仅仅停留在政治主导型移植，而忽视了“法的根源在于社会生活的日

〔23〕 参见张德美：《探索与抉择——晚清法律移植研究》，清华大学出版社 2003 年版，第 150-176 页。

〔24〕 参见杜赞奇：《文化、权利与国家——1900-1942 年的华北农村》，江苏人民出版社 1996 年版。

〔25〕 参见〔日〕千叶正士：《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》，强士功等译，中国政法大学出版社 1997 年版，第 65-66 页。同时德国著名比较法学家 K·茨威格特、H·克茨在《比较法总论》中也认为，1890 年到 1900 年间移植到日本的大量制定法与同时期日本的强盛没有什么关系。参见〔德〕K·茨威格特、H·克茨：《比较法总论》，潘汉典等译，法律出版社 2003 年版，第 518 页。

〔26〕 日本《反垄断法》变迁的有关情况主要参考〔日〕村上政博：“日本反垄断法的历史与发展——对日本早期反垄断法的反思”，朱忠良译，载王晓晔、伊从宽主编：《竞争法与经济发展》，社会科学文献出版社 2003 年版。

〔27〕 〔日〕小岛武司：“比较法在移植外国法律中的第二任务”，王志勇译，载沈宗灵、王晨光编：《比较法的新动向——国际比较法学会会议论文集》，北京大学出版社 1993 年版，第 53 页。

常实践之中”²⁸，忽视了是否真正存在社会基层新的功能需求以及何种功能需求。在法律移植中，并不存在先进的或者落后的法律，只存在适合的或者不适合的法律。因此对“国外有关政治、社会或经济方面的法律”的了解并非法律移植的必要条件，关键要反观自己，明了本国社会基层的真正需求与社会规范的变迁方向。

三、法律移植的影响因素：一种中心——边缘结构

上述对法律移植的类型划分仍然是以法律移植的不同动因为标准的，并未真正对法律移植各种因素互相影响的复杂过程做出说明。“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳，叶徒相似，其实味不同，所以然者何？水土异也。”²⁹对法律移植过程的说明不可避免的要论证各种要素对法律移植的影响，但是学者们在此点上并未达成一致，各种因素之间关系并不清楚。³⁰

（一）社会变迁与法律移植：一种以文化为核心的中心——边缘结构

法律移植的影响因素也就是阻碍政治主导型法律移植会向社会主导型法律移植转变的因素，因此对法律移植的影响因素也仍须从社会系统的角度予以考虑。原则上社会系统的各个层面之间都会存在互动，因此社会系统的任何部分的变迁都会受到其他部分的制约。这一认识的必然结论是社会系统的任何部分的任何变迁都会遇到同样的阻力，并最终面临同样的结果，这显然不符合实际情况，包括法律变革在内的社会变迁总是逐渐，而非整体实现的，无论是中世纪罗马法在欧洲的传播，还是近代以来东方移植西方法律，一个明显的现象是涉及不同领域的法律移植的效果是不同的。一般情况下，经济领域法律移植的效果最好，在很大程度上，大量民商事领域已经在地区领域，甚至全世界领域内实现了一定程度的统一，例如欧洲范围的《欧洲合同法原则》，而维也纳《联合国国际货物销售合同公约》的参与国已超过 50 个，既包括美国、加拿大等英美法系国家，也包括法国、德国这样的大陆法系国家，即使在与西方文化冲突较为严重的伊斯兰世界，经济领域的法律移植也是相当广泛的³¹；而家事法律（包括亲属法与继承法等领域）移植的效果最差，在很多情况下，法律改革甚至刻意回避家事法律领域，例如尽管在十九世纪后期伊斯兰世界就已经开始移植西方法律，但是这些移植大多未涉及家庭法或者身份法领域，家庭关系仍然由传统的沙里阿调整，即使摩洛哥、伊朗、埃及等国家都已经编纂了成文化的属人法，但是许多穆斯林国家仍然宁愿保持其传统形式。³²这种差别现象显示出一种中心-边缘结构：以文化为中心，距离中心越远，文化色彩越淡，不同社会的共同点越多。这里的文化并不仅指“某一人群共享的、社会的传承下来的知识”这样狭窄的范畴，而是一个同时包括人们的行为标准、价值观念、生活常识、道德信仰等内涵广泛的多的复杂整体，可以说，文化也是一种社会结构的另一种表现形式。³³文化构成了对人的行为的约束。³⁴一般来说，一个社会的文化的变迁总是比较迟缓，其中

(28) [英]罗兰·科特威尔：《法律社会学导论》，潘大松等译，华夏出版社 1989 年版，第 51 页。

(29) 《晏子春秋·杂下之十》。

(30) 前文提到的英国比较法学者奥·卡恩—弗罗因德认为，在现代社会中，环境因素对法律移植的阻碍作用大大降低，政治因素的重要性却大大地增加了。法国法学家亨利·莱维·布律尔则更为笼统地将影响法律变迁的因素归纳为经济因素、社会因素与文化因素三类。参见奥·卡恩—弗伦德：“比较法与法律移植”，贺卫方译，载《比较法研究》1990 年第 3 期。第 80-85 页。国内学者更为普遍的做法是将数种因素简单罗列，并将经济因素列为影响法律移植的首要因素，例如参见冯卓慧：“法律移植问题探讨”，载《法律科学》2001 年第 2 期。

(31) 参见汤唯：“伊斯兰法文化的变革与趋向”，载《法律科学》1998 年第 2 期。

(32) 参见王云霞：《东方法律改革比较研究》，中国人民大学出版社 2002 年版，第 200-207 页。

(33) 关于文化的各种定义，参见周蔚、徐克谦译著：《人类文化启示录》，学林出版社 1999 年版，第 4-13 页。

(34) 关于文化对人的行为的约束的进一步论述，参见周蔚、徐克谦译著：《人类文化启示录》，学林出版

的原因相当复杂,包括新功能的获得、传统的力量、习惯、既得利益、遗忘不快,等等。³⁵因此,这种变迁呈现出一种“家族相似性”,即总是从边缘部分开始,因为受到的阻力较小,然后在边缘与核心的互动中,逐渐向核心领域发展。同样,法律移植所涉及的领域距离中心越近,受到的阻力也就越大,越有可能失败;反之,成功的可能性越大。

这样一种中心-边缘结构观念,对认识法律移植至少具有以下两点启示:

1、文化在法律移植中的影响是具有层次性的,因此并非任何法律移植失败都可以归咎于文化上的差异,尤其是在涉及中心-边缘结构中边缘部分的法律移植。当然这并不表示,对涉及中心-边缘结构中边缘部分的法律移植可以完全采取工具主义的态度,急功近利,直接照搬外国的法律制度,正如本文上文已经论及的,首先需要注意的是是否存在法律移植的动因,也就是是否存在社会功能的新需求:如果社会系统尚未产生新的功能需求,则法律移植仍然不能从政治主导型转化为社会主导型;如果既有的社会系统已经自生出满足新需求的制度,则舍近求远的法律移植往往导致国家法与社会规范之间的冲突,尽管在本质上这种冲突可能仅仅是形式上的。

2、在我国这样具有悠久法律传统的国家尤其需要注意“即使认为传统法律一无可取,应予以彻底摒弃,也应有一个‘缓冲’过程,以减少因人们价值观念和心理不适用而带来的社会动荡,以避免从‘断然抛弃’的极端走向‘突然恢复’的另一个极端”,³⁶而对对本国文化以及文化在制度层面的具体表现的认识为标尺,法律移植应当采取从边缘到中心的渐进方式。例如在印度,英国殖民者并没有一开始就彻底废除印度当地的法律规则,引入英国普通法。最初英国殖民者宣告印度人之间的所有诉讼一律适用本地法。十八世纪末,英国殖民者进一步规定,印度和伊斯兰教徒主要在婚姻、嫁妆、收养、监护、家庭关系、遗嘱、赠与、析产以及各种契约方面继续使用各自的宗教法规;为适用不同地区的实际需要,同时制定一系列单项条例。十九世纪后期,大量印度法典问世,印度原有法律的适用仅限于继承、婚姻、收养以及监护等宗教习惯和制度的诉讼。到二十世纪30年代,英国殖民者进一步颁布许多涉及婚姻、继承方面的印度教和伊斯兰教属人法条例,本地法的适用范围愈益缩小。“英国殖民者正是运用这种缓慢、迂回曲折的方法,逐步达到限制和转换印度旧法制的目的”。³⁷

(二) 动态的中心——边缘结构:混合法系的形成

对于以文化为中心的中心-边缘结构不应以一种纯粹的结构主义态度予以理解,因为这一结构本身也是在不断变化中的。文化的惯性与保守性并不表示文化本身不存在变迁现象,事实恰恰相反,任何边缘领域的变化都会对居于中心的文化产生影响。如果采取一种历时的视角,中心-边缘结构内部的冲突与演化使其仅仅具有一种家族相似性,甚至并不存在任何一个一成不变的中心,即使我国文化在历史上也发生过几次不可忽视的变迁,例如佛教传入我国之后引起的文化变迁,程朱理学对明清文化的影响,等等。

虽然在中心-边缘结构的中心领域进行法律移植较为困难,但是边缘领域的移植仍然会对居于中心领域的文化产生影响。法律移植并非单纯的规范的引入,规范背后的异质文化内涵也会附载在规范中同时进入新的文化圈。社会系统不同层面之间的信息传递,有助于文化的变迁,新层面的引入往往引发两种不同文化之间的交融,并最终产生一种混合型的文化以及以这种混合型的文化为核心领域的中心-边缘结构。法律移植的结果往往造成一种混合型法律体系正是此种信息传递的结果,现在比较法学者在划分法系时,往往会遇到诸如南非这

社1999年版,第23-29页。

(35) 参见[美]威廉·费尔丁·奥格本:《社会变迁——关于文化和先天的本质》,王晓毅、陈有国译,浙江人民出版社1989年版。该书“第三章 文化的惯性与保守性”部分对文化变迁迟缓的原因有详尽的考察。

(36) 高鸿钧:“论当代伊斯兰法的复兴”,载《外国法译评》1994年第1期。

(37) 参见蒋迅:“法律文化的冲突与融合——印度法现代化的实践”,载《比较法研究》1987年第2期。

样的国家，在这些国家的法律体系中，英美法系与大陆法系的制度与特征同时存在。正如德国学者诺尔所说：“原封不动的搬用外国法律制度是令人难以想象的。被接受的法律和本国法总是互相渗透的，前者或多或少会被同化，甚至常常会走样。”³⁸只有动态的看待这种中心-边缘结构，才能从根本上避免机械的文化决定论。

(38) 诺尔：“法律移植与 1930 年前中国对德国法的接受”，李立强、李启欣译，载《比较法研究》1988 年第 2 期。