

浅析法律移植的原因

董亚男

山东师范大学法学院, 山东 济南

收稿日期: 2023年8月16日; 录用日期: 2023年9月13日; 发布日期: 2023年11月14日

摘要

法律移植作为一个学术名词在学界已被探讨了数十年, 但其作为一种方法途径早在千百年前就已存在。法律移植能够推动一个国家法制现代化发展、加快完善法律体系、加速本国法与国际法接轨。通过分析造成法律移植的原因, 能够在进行法律移植的过程中更规范有效地实现法制变革的目的。本文将从文化相通、法律差异以及全球化浪潮等方面分析促进法律移植的原因。

关键词

法律移植, 原因, 全球化

A Brief Analysis of the Reasons for Legal Transplantation

Yanan Dong

Law School of Shandong Normal University, Jinan Shandong

Received: Aug. 16th, 2023; accepted: Sep. 13th, 2023; published: Nov. 14th, 2023

Abstract

Legal transplantation, as an academic term, has been discussed in the academic community for decades, but it has existed as a methodological approach for thousands of years. Legal transplantation is an important way for a country to promote the modernization of the legal system, improve the legal system and accelerate the integration of its national law with international law. By analyzing the causes of legal transplantation, we can more standardize and effectively realize the purpose of legal reform in the process of legal transplantation. This paper will analyze the reasons for legal transplantation from the aspects of cultural similarities, legal differences and the wave of globalization.

Keywords

Legal Transplantation, Reasons, Globalization

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 引言

随着世界各国交流的加深，法律移植已经成为各国完善法制建设的常用方法。而且随着全球化的深入发展，移植先进法律制度的必要性也日益突出。法律移植对于法治体系不健全的国家或地区十分重要，可以起到提高法治建设水平、维持社会秩序的作用。所以，厘清法律移植的概念、探究其发展原因具有重要的现实意义。

2. 法律移植概念分析

长久以来“法律移植”、“法律本土化”及“本土资源”等概念无法准确的区分。中国学界对于法律移植的研究，至今尚没有统一的概念。对于西方学者而言，法律移植也一直众说纷纭，没有形成统一的、大家共同接受的定义[1]。“法律移植”这一法律术语至今在世界范围内都没有达成共识，原因之一便是“法律移植”所包含的内容庞杂，试图去解释的学者都从各自不同的主观视角出发，因而难以界定“法律移植”的范围。

2.1. “法律移植”释明

在这里，“法律”不仅是狭义的解释更蕴藏着深刻的意义。强世功老师就强调重视“法律”概念：“法律移植问题，其困难并不在于移植，而在于‘法律’概念。”[2]在多数学者的研究著述中，“法律”往往被解释为法律思想、国家制定法以及法律文化等等，除此之外还有法律的运行过程，法律是如何在国家运转中发挥作用，即“法律”包括静态的法律和动态的法律。

上世纪60年代阿兰·沃森将这“移植”和“法律”连用，并得到大家的广泛认可。上世纪90年代，“法律移植”传入中国，得到专家学者的关注。提出者阿兰·沃森认为的“法律移植”是指规则的移植或是制定法的移植[3]。然后随着“法律移植论”的广泛传播与应用，学者们不断更新赋予其新意义。皮埃尔·罗格朗就提出了与阿兰·沃森相反的定义，他认为规则的移植不能仅仅停留在表面而忽视文化思想的力量，也不会出现规则移植了，但是意义仍然滞留于原处的现象[4]。国内专家学者们对于法律移植的理解为某一地区(或国家)的法条或各种制度被移植到另一地区(或国家)，更加贴切的表述是在经过鉴别、认同、调适、整合一系列过程后，然后引进外国的法律(广义的)，使之能为本国法治体系所容纳，为本国所用[5]。以上提及的“法律移植”观点，皆是从理论探讨的角度出发对“法律移植”做出解释。恰如前文所提及，还有动态的法律即法律的运行过程，从实践出发挖掘法律移植。

2.2. 法律移植的意义

法律移植对于借鉴吸收世界上其他优秀法治文明具有十分重要的意义，能够推动国内法律与世界接轨。一方面，法律移植能够促进法律体系的建设，如清末修律学习日本制定的《钦定宪法大纲》，日本学习德国制定的明治宪法(又称日本帝国宪法)，日本通过模仿宪法的制定，建立资本主义法律体系。另一方面，法律移植能够促进法律文化的传播，法律文化属于文化的一种，法律移植的本质就是文化之间的相互交融，法律移植无疑会令一国法律文化走向现代化国际化[6]。不同的法律文化之间相互碰撞，取长补短，推动法律文化的完善发展。例如，希伯来文化对楔形文字法文化的学习，对于《汉谟拉比法典》的吸收借鉴[7]。

法律移植的意义不仅体现在对法律的建设,还表现为其对一个国家政治、经济、社会等方面的影响。在全球化背景下,法律移植是发展中国家学习并追赶发达国家的一种技术手段。法律移植一方面能够学习先进国家的法治经验,使国内秩序稳定,为经济增长提供条件;另一方面可以在国际交往中谋求平等话语权,解决国家困境[8]。

3. 法律移植产生的原因

法律移植在法治建设过程中十分重要,能够促进法律现代化,推动法治建设,稳定社会秩序。分析推动法律移植的因素有助于更加规范有效的实现法治建设的快速发展。下面就文化共性、法律差异以及全球化趋势进行分析。

3.1. 文化具有共通性

文化具有交融性,人具有社会性的特点,难以进行封闭,更不用说由人组成的家庭、社会和国家,都会潜意识的模仿或学习他人,人会受到环境的影响进行优化改良,国家亦是。而文化和法律文化的关系在于,法律文化是文化这个大的系统里的组成部分,各个国家、民族的法律文化同样会相互影响和作用乃至融合。中西法律文化虽有差异,但是并不存在根本的冲突,虽然法律文化和文化一样都具有相对封闭性和排他性,但这并不代表法律文化是一个完全封闭、排外的体系。

任何一项法律规则,从法律发展的角度来看,必然有其特定时空与文化下的社会背景[9]。若要实现法律移植的成功,我们必须使新移植的法律制度与新的文化环境相适宜,使移植而来的法律制度能够充分发挥其作用,以实现法制发展的目的。如众多欧洲国家对于法国民法典的移植,使大为国力增强。一方面,人类文化的共通性为法律移植提供了有利的背景,为移植而来的法律提供了生存的土壤;另一方面,法律作为文化的一种表现形式,法律调整的社会关系也具有共性。由此看来,移植内容与移植受体的共通性是使移植的法律制度不被排斥,有效应用的基础保障。

3.2. 法律具有差异性

随着全球化的发展,不同的国家经济、文化、法律发展之间总会出现差距,历史上国家发展的轨迹并不总是呈现出欣欣向荣的发展态势,有时候也会有停滞不前甚至下降的状态,各国、地区法律发展不一,就如同一省份不同市之间也有经济差异。

法律是根据一国的国情制定的,不同国家或地区,自成立以来已逐渐形成自己的法律体系,一国法律有其自身的独特性。由于国情不一,不同国家法律发展情况也存在差异。基于此,不同国家形成自己独特的法律体系。同一发展时期,不同的国家法治建设水平不一,基于对先进法制的追求,落后的国家自然而然采用法律移植这一高效便捷的手段实现法治变革的目的。例如,凯末尔在土耳其当政时期,同一时期土耳其比其他周边国家发展较快率先进入现代社会,实现法制建设的快速发展,出现这种情况的原因正是因为它大量移植了欧洲国家的法律,借鉴了欧洲等先进国家的立法经验。正是由于不同国家法律发展状况的差异,法律移植才有产生发展的条件。

不同国家法律发展状况是不一样的,移植先进的法律从古至今都是很有必要的,为了追上发达国家的发展脚步,学习其制度设计、法律思想、规章制度都是国家发展的手段。法律移植能够健全法制建设,促进法律发展,且世界上许多国家的法律发展史证明了法律移植在有差距的国家之间的借鉴引用是一直存在的。

3.3. 全球化的发展趋势

全球化可能是一个不起眼的词汇,但对于处在其中的我们而言绝对是一种不容忽视的客观存在。它

是一个自然历史过程，并且这一过程是不可抗拒、不能逆转的。在全球化席卷各国的浪潮下，任何一个国家都不可能将自己置身事外。在这种背景下，法律移植的发展更加迅速且显得尤为重要。全球化发端于经济领域，逐渐影响涉及政治、文化、社会各个领域。笔者将从经济、政治、地理环境等因素分析全球化对于法律移植的促进作用。

3.3.1. 经济因素

经济发展推动生产力变革，随着生产力的提高，会出现许多新的问题，急需改变社会现存的“官方政治形式”，更新旧的法律体系，从而推动旧法制向新法制的历史飞跃[10]。经济基础决定上层建筑，经济得到了飞速发展，相应的法治发展也需得到变革。无论是政治的立法或市民的立法，都只是表明和记载经济关系的要求而已[11]。所以我们的法律是为经济发展服务的，适应生产关系的法律，会促进生产力的发展，反之则会阻碍生产力的发展。所以，经济因素是影响我们法律移植的重要因素。为了能够使本国经济发展水平迅速提高，世界各国都采取了各种措施，如健全法制建设适应经济全球化的要求。一方面，国家通过参与国际经济组织，拉近彼此联系，加入共同需要的国际条约，不断接受国际惯例的影响，希望能够使国内的法律制度与国际市场的运行规则相协调。在各国经济来往密切的背景下，想要实现经济的飞速增长，就需要一套在国际上被各国认可并适用的规则，经济来往的两个国家就会彼此借鉴对方的法律制度，逐渐采用达成共识的规则来消除或者解决双方的贸易冲突。另一方面，在全球化背景下各国之间彼此影响加深，法律体系也受到渗透，吸收借鉴对方的有益于本国经济发展的制度和经验[12]。特别是在一些涉外法律条文的制定中，各国更是主动的进行学习借鉴，使国内立法与国际法的调整范围相一致。

3.3.2. 政治因素

法具有一定的政治属性，政治因素是影响法律移植的关键要素。正如张文显教授在《法理学》中的观点：“法是政治活动和实现政治目标的一种常规形式”[13]。全球化趋势的加剧，代表着国家(或地区)与国家(或地区)之间联系愈加密切，在进行法律移植的过程中移植国家必然会受到被移植国家政治因素的影响，只是在表现方式上有所不同[12]。一种是自愿接受的，比如明治维新时期日本大规模学习法国、德国的法律，一定程度上缓解了日本的危机，经济得到发展，国内局势得以稳定，摆脱了沦为殖民地的结局。另一种是被迫移植无法拒绝的，如二战后战败国德国和日本被迫接受英国和美国的自由主义思想和重视人权的法律，包括日本的和平宪法也是美国影响下的结果[14]。

政治因素对法律移植的影响是不可忽视的，在某些情况下法律是服务于政治的，因此法律的实施运行必须得到统治阶级的认可。法律条文的政治目的不同不能抹煞其具体功能上的一致性，更不能以政治体制的不同否认不同法律制度间的相互影响、借鉴和吸收的事实及其可行性和必要性[15]。即使国家之间是不同的政治体制，但是在面对公民的基本权利、选举制度以及权力监督等一系列问题时，资本主义和社会主义在处理时是有一定的相通之处的，是有实现法律移植的可能性的。政治体制的发展和经济的发展速度并不是时时一致的，当经济发展与政治体制不相匹配时，法律就可以发挥适时作用了。政治体制落后于经济发展，不能适应经济发展水平时，会造成经济生活的层层障碍。只有法律充分发挥其作用，行政机关和司法部门切实利用好自己手中的权利保障法律实行才能保障效果的实现[12]。现阶段的法律移植多还是由上到下的借鉴吸收推行适用，特别是当地域之间的关系更密切，政治因素发挥的作用也就越大[16]。

3.3.3. 地理因素

全球化的进行使得民众对于国外的文化认同感提高，社会文化是规则的土壤，民众对于国外理念的接受程度大幅提升促进了法律移植的进行。随着生产力的不断进步和启蒙时代的来临，自然知识和社会

知识得到了极大丰富，在对外交往的过程中意识到法律差距，认识到法律移植的必要性。

按照之前广泛流传的地理决定论，地理环境在经济、文化、政治等都起到决定性作用。早在古希腊时代，柏拉图和亚里士多德就提出地理环境影响民族特性和社会性质的观点。孟德斯鸠在《论法的精神》中论述了一个国家中的社会制度、法律体系以及民族文化等都取决于土地和气候特征[17]。很明显地理决定论夸大了地理环境在国家发展中的作用，地理环境会影响社会发展，但不会成为决定性因素。在地理位置相近的几个国家会因为距离相近交通便利建立较多的联系，发生法律移植的现象也会比较多。

在古代，“文化圈”的形成多是由一个强大国家的辐射影响而形成，地理位置越靠近邻近的国家之间所受到的影响自然也越大。例如古代三大法系即中华法系、印度法系、伊斯兰法系，都是以一个国家为中心，辐射周边小国形成法系，毕竟古人的交流受到交通工具的严重限制。不过随着现代交通通讯技术的发展，世界成为人类活动中的“地球村”，人类活动范围已不再局限于相邻国家，步入现代的法律移植受到地理的影响也逐渐被削弱。但是，地理因素仍然是现代社会法律移植的一个重要推动要素[18]。

4. 结语

法律移植是自古有之，于今更盛的事实。只是如今提出了“法律移植”这一概念，造成这一现象的原因有以下因素，人类文化存在共通性是法律移植得以进行的基础；不同国家或地区之间法律不同是法律移植的重要前提；而全球化的发展是法律移植的促进因素。通过对原因的分析，我们可以认识到法律移植的重要性，充分发挥法律移植对于法制建设的作用。

参考文献

- [1] 何勤华. 法律移植论[M]. 北京: 北京大学出版社, 2008: 263-264.
- [2] 强世功. 迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思[J]. 中国社会科学, 2005(1): 109-122.
- [3] 阿兰·沃森, 贺卫方. 法律移植论[J]. 比较法研究, 1989(1): 61-65.
- [4] D.奈尔肯, J.菲斯特, 编. 法律移植与法律文化[M]. 高鸿钧, 等, 译. 北京: 清华大学出版社, 2006: 85.
- [5] 张文显, 主编. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 2011: 164.
- [6] 牛好行. 我国法律移植模式的选择与适用研究[D]: [硕士学位论文]. 大连: 辽宁师范大学, 2022: 25-27.
- [7] 程俊豪. 法律移植及本土化研究[D]: [硕士学位论文]. 昆明: 云南财经大学, 2020: 27-28.
- [8] 吴颖. 当代中国法律移植的困境及其对策研究[D]: [硕士学位论文]. 哈尔滨: 哈尔滨商业大学, 2019: 7-11.
- [9] 邹晓红. 法律移植的可行性和必要性刍议[J]. 长春理工大学学报(社会科学版), 2002(3): 32-34.
- [10] 公丕祥. 当代中国的法律革命[M]. 北京: 法律出版社, 1999: 9-10.
- [11] 沈宗灵, 张文显. 法理学[M]. 北京: 高等教育出版社, 1994: 5.
- [12] 古戴. 全球化背景下法律移植研究[D]: [硕士学位论文]. 郑州: 河南大学, 2014: 9.
- [13] 张文显. 马克思主义法理学[M]. 长春: 吉林大学出版社, 1993: 10.
- [14] 李佳元. 本土资源与法律移植的关系的研究[D]: [硕士学位论文]. 大连: 辽宁师范大学, 2017: 16.
- [15] 王晨光. 不同国家法律间的相互借鉴与吸收——比较法研究中的一重要课题[J]. 中国法学, 1992(4): 39-45. <https://doi.org/10.14111/j.cnki.zgxf.1992.04.015>
- [16] 强世功. 如何思考政法[J]. 开放时代, 2023(1): 73-77.
- [17] 张恒山, 主编. 孟德斯鸠与《论法的精神》[M]. 北京: 人民出版社, 2010: 20-21.
- [18] 虞臣肖. 论法律移植效果[D]: [硕士学位论文]. 重庆: 重庆大学, 2012: 14-18.