

文化与法律移植:理论之争与范式重构*

高鸿钧

内容提要:在文化与法律移植的关系问题上,存在文化进化论与文化传播论、法律自治论与法律镜像论以及法律实效论与法律符号论之争,上述立场各有偏颇,因而需要重构新的理论范式。在初民社会,文化与法律融为一体,法律不可移植;在国家产生之后,政治因素开始影响法律移植,但是文化的作用不可低估;在民族国家阶段,政治因素对法律移植的影响开始强化,而文化对法律移植的影响渐趋减弱;至全球化时代,文化对法律移植的影响进一步弱化,出现了三种穿越不同文化的法律移植类型,因而需要运用新的范式思考和解释文化与法律移植之间的关系。

关键词:文化 法律移植 全球化

高鸿钧,清华大学法学院教授,博士生导师。

随着全球化进程的加速,法律移植无论是规模和速度都超过了以往的水平,并出现了诸多新的趋势。这不仅迫使人们重新思考国家、民族与法律移植的关系,而且要重新思考文化与法律移植的关系。本文拟从比较法和法理学的角度,考察有关文化与法律移植之间关系的理论争论,分析它们的得失,探讨在全球化时代法律移植出现的新趋势,并在此基础上重构新的范式,从一个新的角度理解文化与法律移植之间的关系。

关于文化的概念多种多样,以致人们在谈论“文化”时各有所指,意见纷纭。从学术发展的角度看,这种多元的文化观无疑反映了文化理论的繁荣。但是这背后也显露出人们在这个问题上“同名异物”的分歧和同床异梦的龃龉。为了本文的目的,笔者尝试在文化的概念上寻求某种最低限度的共识。第一,文化是指人类的意向性活动及其产物,这种活动及其产物内含人类的心智。更为重要的是,人类还能主动把握和反思自己的意向和心智,因此,初民在壁岩上涂抹的几个简单线条就属于文化的范畴,而名山大川无论如何如诗如画,都与文化的概念无缘。第二,文化是指人类的创造性活动及其产物,人类不但能适应自然,还能按照自己的目的利用和改造自然,创造出所需要的器物物质、典章制度和精神产品,因此,一片粗糙的旧石器可以归入文化的范畴,而自然界的一块精美的天然宝石则与文化的概念无关。第三,文化是指人类的社会性活动及其产物,人类的活动不仅具有群体的特征,而且更为重要的是创造了不同于自然的社会,社会既是文化的构造物,又是文化的存续空间,更为重要的是,人类不但能构成社会,还能建构、改进和重构社会,因此,无论多么简单的初民社会,我们都可以名之为文化,而无论多么复杂的自然现象,都不能称之为文化。由以上几点可见,文化是人类特有的属性和人类社会特有的现象。一般来说,广义文化是指人类在适应自然环境和回应社会问题过程中所形成的生活方式,包括体现人类心智和意向的器物、制度和观念三个要素;狭义的文化主要涉及的是特定社会中人们的思想、精神、价值和观念。就法律移植而言,本文关注的主要是狭义的文化概念。

* 本文得到华东政法学院国际法律与比较法研究中心重点课题“全球化背景下的法律移植——新语境、新趋势与新范式”(批准号07GBZ1)的资助,特致谢忱。

针对自然而言,我们可以讲“人类文化”,但是,人类自产生以来直到今天,都是以族群或国家为基本单位,并不存在整体的“人类文化”,而只存在特定时空中的特定文化。即便在全球化时代,跨国家或民族的文化虽然已经初露端倪,但是作为整体的“世界文化”或“人类文化”仍然是一个理想中的概念。历史上,不同文化在进化的过程中面对不同的自然和社会问题,形成了不同的生活方式,产生了不同的价值取向,其法律制度和观念也表现出多样性的形态。一些国家或民族的法律比较发达,另一些国家或民族的法律比较简单,即便两种同样发达的法律,它们也常常呈现出不同的文化价值取向。由此产生的一个问题是,不同文化背景中的各个国家或民族能否彼此移植法律?围绕这个问题,学界展开了旷日持久的争论。

一 法律移植:文化进化论与文化传播论之争

在西方,文化进化论与传播论的争论由来已久。进化论认为社会发展是进化的过程,进化的趋势是社会由低级阶段走向高级阶段,由简单趋向复杂;进化的动力来自社会内部,社会进化到一定阶段,相应的社会制度就会不可避免地产生。按照这种主张,法律的发展是社会内在演进的产品,如果某一社会需要某种法律,它会自己产生该种法律,而无需从其他社会移植法律。当然,两个处于不同进化阶段的社会,彼此移植法律就更不可思议了。虽然简单的进化论及其社会达尔文主义受到了批判并且已被摒弃,但是,各种经过改进和发展的进化论仍然具有广泛的影响,实际上,“自发秩序”论和“地方知识”论就是进化论的当代变种。显然,如果法律是一种“自发秩序”,那么法律移植的命题就不能成立;如果法律仅仅是一种“地方性知识”,那么法律移植就是天方夜谭。

文化传播论是对进化论的反映,认为文化和传播是普遍存在的现象,在人类不同社会的接触中,彼此经常借用和移植对方的文化和制度,社会发展的动力主要来自外部的模仿和借用,而不是内在的进化,“借用是共同的,以致任何社会文化制度中,大多特征源自其他社会”。^[1] 极端的文化传播论者甚至认为几种不同的文化传统是源自一个文化中心向外传播的结果。^[2] 根据文化传播论,法律传播不过是一般文化传播的特例,这种传播不仅存在而且构成不同社会法律发展的主要途径。

显然,上述这两种观点各有偏颇。根据“自然史”解释社会制度的文化进化论已经失去了说服力,社会的进化也不是一个线性的过程,其间充满了偶然性,且结果也具有高度的不确定性。进化论虽然关注法律的内在发展,但却忽视了不同国家或民族之间法律的互相影响和彼此借鉴。在古代,中国法就在东亚各国得到了广泛的传播;罗马法在西欧各国得到了广泛的传播;印度法在东南亚地区得到了广泛的传播;伊斯兰法在亚洲、非洲乃至欧洲的某些地区得到了广泛的传播。在现代,大陆法系和英美法系在世界范围内得到了广泛传播。在经济全球化时代,法律在不同文化和社会之间的传播更加显著。凡此种种都表明,文化进化论的观点不符合人类法律发展的事实。文化传播论的观点虽然注意到了法律发展中的外部影响和横向交流,却低估了不同社会情境的差异和文化价值的冲突,忽视了法律发展的历史连续性,对法律的共同性及其适应不同社会和文化的能力估计过高。有鉴于此,马林诺夫斯基提出了功能论的方法,并认为这种方法可以避免上述两种进路的偏颇。^[3] 这种功能论主要关注的是法律的社会功能,而不是它们的来源,探寻法律如何与其他社会相连,并如何作为文化中的一部分而有效运作。功能主义明确承认文化的外部影响,但更关注社会制度内在的因素和具体情境以及制度之间的相互关联。这种理论后来变成了人类学和社会学的主要解释模式。

有人认为,法律传播需要具备以下几个要素:一是该法律是否具有可传播性,即该法律是否容易被观察、理解和分离于原生地;二是该法律传播是否具备了有利的条件,如被移植地和接受地之间的社会条件是否具有相似性,它们之间是否有较多的接触机会和语言障碍是否较小等;三是传播的法律是否为接受地

[1] E. M. Wise, "The Transplant of Legal Patterns", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, 190, p. 16.

[2] E. M. Wise, "The Transplant of Legal Patterns", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, 190, p. 19.

[3] [英]马林诺夫斯基:《文化论》,费孝通译,中国民间文艺出版社1987年版,第11-14页。

所需要,而接受地是否无法直接产生这种法律。^[4] 怀斯认为,一种法律很少能够完全适合两种文化,因此移植之法通常都需要经历“同化性改造”或“功能性转变”的过程。实际上,接受外来的法律本身就是高级的创造过程和复杂的选择过程。“在文化借用中改造是如此常见的过程,以致像马林诺夫斯基那样的权威也视这个过程并不逊色于其他发明方式。”^[5] 怀斯所主张的法律传播论已经包含了功能主义的考量。需要指出的是,功能主义虽然可以超越进化论与传播论的对立,但是其本身也有缺陷。它从旁观者的视角出发,没有从参与者的向度,关注的是法律的功能之维,而忽视了法律的意义之维。

二 法律移植:法律自治论与镜像论之争

所谓法律自治,是指法律的存在和发展自成一体,不直接依赖文化等因素。从法学理论的角度,主张法律自治论者大有人在。英国学者哈特在关于法律概念的论述中就认为,法律是初级规则和次级规则循环构成的独立系统,它的合法性基础既不决定于政治,也不基于道德,更不源自文化。^[6] 德国学者韦伯在哈特之前就认为,现代法律脱离了价值,成为了形式理性的法律,即一种自治型法律。美国学者昂格尔对于韦伯的法律自治论予以进一步发挥,认为法律自治表现在四个维度:一是法律区别于宗教、道德及政治的实体自治,二是司法机构独立于其他机构的机构自治,三是法律兼具独特推理与论证方式的方法自治,四是作为自律性律师业的职业自治。^[7] 美国学者诺内特和塞尔兹尼克认为,自治型法律包括以下主要特征:(1)法律与政治分离,实行司法独立;(2)法律秩序表现为“规则模式”,以普遍性、一般性规则抑制官吏的裁量;(3)“程序是法律的中心”,法律追求程序正义,而非实质正义;(4)“忠于法律”被理解成严格服从实在法规则。^[8] 上述关于法律自治的论述,对于法律移植理论来说具有两点重要关联。其一,法律自治论所指向的是现代法律,认为自治型法律是现代法律的核心特征;其二,法律自治论通常都对法律持工具论和功能论的立场,认为法律可以脱离文化等社会要素而独立存在。基于这两点,人们可以从法律自治论中推导出法律可以并且容易移植的结论。实际上,将法律自治论与法律移植问题结合起来的是沃森。沃森认为,第一,法律规则具有独立性,中世纪罗马法和英国法的发展历史表明,许多法律可以在不同的文化背景和社会环境中存续。第二,许多例子证明,法律经常不反映社会的需求和人们的愿望,例如许多不反映社会需要之法长期独立存在。第三,法律移植涉及的是法律规则的迁移,不同文化对于法律移植并不构成障碍。第四,在法律移植中,法律职业者扮演重要角色,换言之,他们可以成为法律规则跨文化的“搬运工”。第五,法律移植问题对于比较法学来说至关重要,甚至是比较法学的核心问题,比较法学者应从自己的研究中总结出法律移植的一般规律。^[9] 沃森正是基于法律自治论,提出了法律理论,从而认为,“自有文字的历史以来,法律移植即一个法律规则或一项法律

[4] E. M. Wise, "The Transplant of Legal Patterns", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, 190, p. 17.

[5] E. M. Wise, "The Transplant of Legal Patterns", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 38, 190, pp. 16 - 18.

[6] 参见[英]哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版。

[7] [美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第47页。

[8] [美]诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第60页。

[9] 沃森总结出来的规律是:(1)对个别法律规则或部分法律制度进行移植在过去和现在都十分普遍;(2)移植是法律发展最丰富的源泉;(3)法律在很大程度上植根于过去;(4)不同社会之间法律规则的移植十分容易;(5)自愿的移植总是与法律变革相关联;(6)非私法领域比私法领域更抵制外来法律的影响;(7)当一个社会法律变革时会比平时更可能移植法律;(8)接受外来法律的社会在文化和物质的发展程度上即便低于法律输出的社会,仍然无碍于对移植之法的接受;(9)有时基于对外国法的误读而移植该法律仍无损其功效;(10)法律职业者习惯于运用移植法律来支持其判例和学理;(11)在法律方面具有创造力的国家无需从国外移植法律;(12)法律如同技术一样,先被少数国家发明和使用,然后为多数国家所采用;(13)各国有其独特的发展路径,某个国家在法律等特定领域的进步和创造并不必定出现于其他国家,因而通过移植法律而促成本国的法律发展则是一种捷径。A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974, 2nd ed., 1983, pp. 95 - 101. 沃森关于自治论与法律移植之间的关系的论述,除了上书之外,主要参见 A. Watson, *Society and Legal Change*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1977; A. Watson, *Sources of Law, Legal Change and Ambiguity*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 1985; A. Watson, *The Evolution of Law*, Oxford: Blackwell, 1985.

制度从一个国家迁移到另一个国家或从一个民族迁移到另一个民族屡见不鲜”。^[10] 沃森进而认为,法律的发展主要得益于法律规则在不同法系或法律制度之间的移植;法律史的大量事实证明,法律不但可以移植,而且法律移植在不同民族或国家的法律发展中,发挥了重要作用。在沃森看来,法律移植不仅可能而且十分容易,是各国法律发展的重要方式之一。沃森的法律自治论及其在此基础上所提出的法律移植论产生了广泛影响,实际上,法律移植问题成为西方比较法学和法律社会学界关注的重要议题,在很大程度上是沃森引起的,后来的许多讨论都是围绕他提出的问题而展开,不同学者或者维护他的主张,或者反对他的主张,或者部分接受部分反对他的主张。

与沃森的法律自治论相对的是法律镜像论。法律镜像论之名得自美国学者弗里德曼。他在《美国法律史》一书中指出,法律“不是作为一个独立的王国、一套规则或概念以及法律职业者的领地,而是作为社会的镜像”。^[11] 他还在该书的结尾处再次指出,“法律毫无自治可言,它是社会的镜像,法律的方方面面都受到经济和社会的型塑”。^[12] 所谓法律镜像论是指法律不是自治的,而是“他治”的,它的内容、性质和精神受到经济、政治以及文化等各种社会因素的决定或影响。换言之,法律是反映各种社会因素的一面镜子。镜像论之名虽然得自弗里德曼,但是弗里德曼并不认为法律与其所在的社会因素融为一体,密不可分,特定的社会条件必然会有相应的法律,而是认为从长远的眼光看,社会环境和条件的变化迟早会引起法律的变化。因此,他并没有从这种镜像论中得出法律不可移植的结论,而是认为,相同的社会条件需要相同的法律,至于这种法律是由社会内部产生还是由外部引进,无关宏旨。他认为,在现代社会,社会环境和条件日渐趋同,而这有助于法律的移植。^[13] 在他看来,一个社会所以移植其他社会的法律,主要是出于便利的考虑。一个社会自己制定法律如同“量体做衣”,从国外移植法律则好比“按体借衣”,“借衣”显然比“做衣”要便利、简单得多。在法律移植的理论中,马克思的法律观也被归入镜像论。在这个方面,具有代表性的命题是:法律是经济关系的反映,是由经济基础决定的上层建筑,法律没有自己的历史。不过,马克思关于法律与经济关系的理论并不排斥法律移植,在马克思看来,特定的经济关系需要与之相适应的法律,至于这种法律是特定社会自己制定的还是从其他社会移植的无关紧要。实际上,就法律镜像论而言,主张法律不可移植的主要代表是 18 世纪法国的孟德斯鸠、19 世纪德国的萨维尼和当代法国学者罗格朗。孟德斯鸠认为,“为某一国人民而制定的法律,应该是非常适合于该国人民的;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”。^[14] 这意味着,特定的法律与特定的文化和民族密不可分,法律不可移植。萨维尼认为,不同民族在历史发展中形成了独特的民族精神,而法律是“民族精神”的体现,这种作为民族精神结晶的法律只能土生土长,不可能是从另一个民族移入。^[15] 在孟德斯鸠看来,决定法律性质的因素很多,除了气候和土地等自然因素之外,还包括特定民族的政治、宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗以及习惯等社会因素,其中一些因素显然属于文化的范畴。萨维尼的“民族精神”概念,其内核就是文化因素。需要指出的是,在上述法律镜像论中,虽然涉及了文化因素,但还没有人单独从文化的角度来讨论法律移植问题,只有当代的罗格朗从这个角度系统提出了自己的理论。他认为,任何文化都是一个独特的整体,法律是文化不可分割的组成部分,因而法律不能与文化剥离;文化构成法律规则的语境,规则一旦脱离语境就失去了其生命赖以存在的条件;法律的基本单位是规则,规则由词语形式和内在意义两个要素构成,规则的文本语式可以移植,但规则的内在意义是特定文化的产物,不可移植,因为规则离开意义之维就仅仅剩下空洞的形式,不成其为规则;不同文化对于同样的规则会赋予不同的含义,在规则的适用中也会做出不同的解释,因此规则一旦移植到异质文化中,含义就会发生变化,而这就使得该规则成为一个不同

[10] A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press, 2nd ed., 1983, p. 21.

[11] L. Friedman, *A History American Law*, 2nd ed., Simon & Schuster, Inc., 1985, p. 12.

[12] L. Friedman, *A History American Law*, 2nd ed., Simon & Schuster, Inc., 1985, p. 695.

[13] [美]弗里德曼:《选择的共和国:法律、权威与文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社 2005 年版,第 5 章。

[14] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆 1982 年版,第 6 页。

[15] 参见许章润主编:《萨维尼与历史法学派》,广西师范大学出版社 2004 年版。

的规则。^[16] 总之,在罗格朗看来,文化是一个整体,法律是其中的有机部分,离开文化的法律如离水之鱼一样,难以生存,因而,“从法律移植这个术语富有任何意义的角度而言,‘法律移植’都不会发生”。^[17]

由上可见,就文化与法律移植的关系而言,自治论与镜像论争论的代表人物分别是沃森和罗格朗。围绕他们各自的观点和他们之间的争论,许多学者进行了评论并提出了自己的看法。就沃森的主张而言,他关于法律自治的断言虽然有罗马法的历史作为支撑,但是在人类整个古代的法律发展史中,这种法律传统是特例而不是常态,属于这种特例的还有英国普通法传统,除了这两个法律传统之外,其他古代法律传统并没有表现出自治的特征,因而,他从罗马法传统推定所有法律都是自治的,进而得出法律与文化没有关联的结论,显然在逻辑上陷入了以偏概全的误区。沃森运用历史中某些“自治”的法律例子来反驳镜像论时,尚不失为一种挑战流行理论的洞见,一旦把这些例子放大而得出一个普遍的命题,就颇成问题了。他提供的例子也许足以质疑甚至颠覆法律镜像论,但是却远远不足以支撑法律自治论这个一般命题。还需指出,古代罗马法(包括中世纪英国普通法)及其后来的发展,其自治也是相对的,与现代法律的自治不可同日而语。从文化上,在罗马法复兴时期,欧陆各国继受罗马法与继承罗马文化是同步的,而稍后出现的文艺复兴则把继承和发扬罗马文化作为主题之一,这在很大程度上表明,罗马法的发展并没有脱离罗马文化的一般背景。此外,罗马法的发展和后世影响所呈现出来的自治,主要表现在私法领域,公法则不存在这种特质。所有这一切,都进一步削弱了沃森的法律自治论命题。

沃森关于法律可以移植的论断无疑具有大量的事实作为支撑,但是当他宣称法律移植易如反掌时,就忽略了不同文化类型的独特性和不同社会发展阶段的复杂性,低估了这种独特性和复杂性对于法律移植的影响,从而滑向了简单的移植乐观论。就罗格朗而言,他强调法律与文化密切关联,强调规则不仅具有语义形式而且还有意义之维,强调同样规则会因情境的不同而被赋予不同的含义,所有这些,都有助于人们重视法律的生存和成长环境,认识到跨文化法律移植的难度,从而对法律移植持一种谨慎的态度。但是,当他强调文化是一个不可分割的整体时,就走向偏颇了。他的这种整体文化论只适合解释初民社会,而不适合解释国家产生后日渐分化的社会,尤其不适合解释高度分化的现代社会。当他强调规则的意义之维不可移植时,虽然注意到了规则意义的独特性,却没有考虑到现代法律规则构成的多维度和复杂性,即它们由实用性或技术性规则、伦理性规则和道德性规则构成。第一类规则没有文化意义,第三类规则具有的是普适意义,因而这两类规则都可以移植,通常不受或很少受文化的阻碍,在法律全球化的时代尤其如此。只有第二类规则才与特定的伦理和文化密切关联,难以移植。^[18] 另外,罗格朗为了在逻辑上彻底贯彻“文化一体论”和由此推导出的“法律不可移植论”,竟置历史上和现实中大量法律移植现象和移植成功的事实于不顾,实在令人费解。由此可见,罗格朗与沃森在法律移植问题上,虽然理论基础、论证方式以及结论都大相径庭,但是他们却存在一个突出的共同之处,那就是都失之简单化。

三 法律移植:法律实效论与法律符号论之争

法律是否可以移植与法律移植能否成功直接关联。显然,如果法律根本就不能取得成功,那么法律移植就是徒劳之举。法律移植是否成功又直接牵扯到何谓成功的问题。关于何谓成功的法律移植,学界存在两种不同的立场。一种是法律实效论,另一种是法律符号论。根据法律实效论,法律移植的目的

[16] [法]P. 罗格朗:“何谓‘法律移植’”,马剑银译,载[意]D. 奈尔肯、[英]J. 菲斯特:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2006年版,第75-94页。

[17] [法]P. 罗格朗:“何谓‘法律移植’”,马剑银译,载[意]D. 奈尔肯、[英]J. 菲斯特:《法律移植与法律文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2006年版,第88页。

[18] 关于现代法律内容的实用向度、伦理向度和道德向度的分化及其特征,参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第128-144、195-206页。

在于通过引进国外的法律解决本国的同样问题,成功的移植需符合以下特征:第一,移植之法适应本土文化,被本土所接受;第二,移植之法发挥了实际的效能,成为了作为行动之法的“活法”,而不是作为书本之法的“死法”;第三,移植之法能够发挥它们在被移植国那样的作用。这不仅意味着移植之法能够整合社会,而且能够成功地引导人们的行为。在这个问题上,美国学者赛德曼夫妇的观点具有代表性。他们认为,移植之法很少能够在两个国家导致相同的行为和获得相同的效果,因为不同国家关于法律与非法律的界限不同,人们在回应法律时往往要考虑非法律的因素;相同的法律在不同时空中或社会环境下,对人们行为的影响也有所不同,被移植的法律除非在极端巧合情形下,很少能在两个国家引导相同的行为。^[19] 他们举例说,土耳其移植法国法,埃塞俄比亚移植瑞士法,法语非洲殖民地移植法国法,印度尼西亚移植荷兰法都不成功。因为这些法律在新的环境中没有产生在被移植国那样的效果,没有成功地引导人们的行为,使之与被移植国的人们行为相同。他们在研究非洲的法律与发展过程中发现,那里的法律移植总是工具性使用,服务于寡头政治,而对于那些有利于民众的法律,从未真正实施。有鉴于此,他们明确提出了“法律不可移植的规律”。^[20] 他们指出,第三世界各国成功的经验与失败的教训告诉人们,仅仅依靠照抄照搬发达国家的相关法律,不足以实现本国的发展和现代化。法律必须植根于各国特定的政治经济与社会情境,因此发展中国家需要从实践中总结出自己的理论,发现适合本国国情的法律。^[21]

与法律实效论不同,有人认为法律的存在除了发挥稳定人们的行为期待、调控社会关系以及其他实际的功能之外,还有某种符号或象征的作用。因此,某些看起来并没有实际作用的法律,却发挥着重要的符号作用。例如,在伊斯兰法律史中,这类法律的例子很多,比如关于禁酒的规定,虽然《古兰经》载有明文,但是,据史家考证,禁酒的规定从来没有被忠实地施行过,但有关规定的存在却象征着伊斯兰教主张节制的价值立场。^[22] 再如,禁止收取利息的规定在实践中也往往成为具文,但它们的存在却表示着伊斯兰教反对放债盘剥的基本态度。^[23] 在 20 世纪 60 年代末的伊斯兰法复兴过程中,一些伊斯兰教国家恢复了传统的刑法和其他法律,但这些法律在实践中并没有得到真正实施,它们的存在象征着这些国家对伊斯兰教基本价值的认同。在西方的中世纪后期,人们虽然通过“隐名合伙”的方式而规避基督教教会法中禁止收取利息的规定,但是这种规定作为一种价值符号而存在,表明了教会对神法禁令的坚守。^[24] 在现代社会,这样的例子也很多,例如许多国家的宪法并没有实际运作,但是它们的存在却作为一种符号,象征着这些国家具有宪法的合法性基础。这表明,法律不仅仅作为一种具有行动力量的制度而运作,还作为某种价值符号而存在。作为某种价值符号之维的法律,向人们表明某种姿态和立场,传达某种信号和意象。正是基于法律的符号作用,有的学者才指出,“为什么这些不合时宜的、不能被执行的规则是如此的普遍和重要呢?在笔者看来,法律的存在和发展反映了某些重要的考虑,而不仅是适用过程中的实用性和智慧”。^[25]

在法律移植领域,现代以来,被移植国主要是西方国家,而移植国主要是非西方国家。在非西方国

[19] [美]安·赛德曼和罗伯特·赛德曼:《发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革》,冯玉军、俞飞译,法律出版社 2006 年版,第 48-52 页;安·赛德曼和罗伯特·赛德曼:“评深圳移植香港法律建议”,赵庆培译,《比较法研究》1989 年第 3 期,第 5-6 页。

[20] [美]安·赛德曼和罗伯特·赛德曼:《发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革》,冯玉军、俞飞译,法律出版社 2006 年版,第 48-52 页。

[21] [美]安·赛德曼和罗伯特·赛德曼:《发展进程中的国家与法律:第三世界问题的解决和制度变革》,冯玉军、俞飞译,法律出版社 2006 年版,第 384 页。

[22] [埃及]艾哈迈德·爱敏:《阿拉伯—伊斯兰文化史》第 2 册,朱凯等译,商务印书馆 1990 年版,第 108 页。也见赛义德·菲亚兹·马茂德:《伊斯兰教简史》,吴云贵等译,中国社会科学出版社 1981 年版,第 127 页。

[23] Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, Oxford University Press, 1964, p. 79.

[24] [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 211-213 页。

[25] [美]伊丽莎白·海格尔·波义耳、约翰·W. 迈耶尔:“作为世俗化和全球化模式的现代法:法律社会学的诸内涵”,载[美]伊夫斯·德扎雷、布赖恩特·加思:《全球性解决方案:新法律正统性的产生、输出和输入》,陆幸福等译,法律出版社 2000 年版,第 74 页。

家,许多移植的法律具有符号的意义。首先,移植西方的法律本身表示它们对西方价值的认可,并已经“接受”了西方的法律,与西方一样进入了“法治社会”。这种法律移植所传达的信号是,“我们”不再属于落后的异类或“他者”,已经成为现代“文明社会”的一员,因为“我们”拥有了西方那样的法律。由此,非西方国家通过对西方法律的移植,在西方主导的世界和国际社会中获得了正当化的“包装”。第二,非西方国家在从传统向现代社会的转型过程中,诸如血缘、宗教以及习俗等传统社会的正当性基础纷纷解体,政治权威便试图通过法律获得统治的正当性,而移植西方的法律无疑成为一种捷径,因为这既可以在形式上实现“追赶先进”的理想,又可以在文本上使得本国获得“现代化的形象”。

对于上述两种立场,笔者认为各有局限。实效论过分看重法律移植的实效,而忽略了法律除了具有实效,还有符号作用,在现代的法律移植过程中,许多移植之法对于第三世界国家虽然没有实际的效能,但却具有重要的符号作用。第二,实效论过分关注移植之法是否会在新环境中收到同样的效果,并认为移植之法只要不能收到在母国那样的效果,就意味着法律移植的失败。表面看来,这种观点似乎颇有道理,但细而思之则会发现它失之简单。实际上,一种法律在它的母国也会由于不同的时空而呈现出不同的效果。对于移植之法没有取得在被移植国那样的效果,我们不应由此就简单断定移植失败,这种“南橘北枳”的结果可能意味着部分成功。例如瑞典的议会监察专员制度移植到世界的30多个国家,形成了不同的形式并产生了不同的效果,但是它们在遏制官员腐败方面都在某种程度上发挥了作用,因而我们不能因为这种移植之法在效果上存在差异就认定移植失败。反而应认为它们在不同程度上取得了成功。最后,实效论者急于看到移植之法的效果,而没有顾及接受移植之法的复杂性和渐进性,从短期的角度看,一个国家的法律移植可能并不成功,但是从长期的角度看,许多暂时没有取得成功的移植之法可能在未来会取得成功,这需要时间的检验。^[26]此外,实效论强调各国根据本国的国情和实际需要制定和发展自己的法律,这种立场似乎十分中肯,但是,面对西方的巨大压力和不可阻挡的现代化潮流以及全球化趋势,非西方国家要做到这一点并不容易。变动不居的“国情”是什么?符合“实际需要”的法律又是什么?置身其中的人们往往不易认清,意见纷纭,而“模仿成功者”的法律无疑是容易取得共识的选择。就符号论而言,也有其缺陷。第一,移植之法的符号效应不应无限放大,只应限定在某些法律领域(如宪法)或特定时期,如果移植的法律全都不能发挥实效,长期停留在符号层面,就会失去人们对它们的尊重,成为人们嘲讽的笑柄。第二,法律的符号之维可能被用于各种目的,如用于统治的正当性包装,对外欺骗国际社会,对内欺骗广大民众等。因此,在法律移植方面,法律的符号性虽然应该得到承认,但不应过分强调。

四 文化与法律移植:范式重构

以上讨论了文化与法律移植之间的关系,现在笔者拟进行概括。沃森认为,“主动大规模的移植”可分为三类:“第一,当一个民族迁移到另外一个区域,新的居住地区没有发达程度相对应的文明,于是将原来的法律加以适用。第二,当一个民族迁移到另一个区域,那里存在着相应发达的文明,却仍然适用本民族的法律。第三,一个民族自愿地接受另外一个民族的大部分法律。”^[27]在法律移植中,文化与法律移植的关系大体呈现以下几种形式。

第一,文化与法律一道移植。这方面最典型的例子是英国在殖民扩张中将其文化和法律一道移植到北美、新西兰和澳大利亚。^[28]在伊斯兰教的扩张和传播中,伊斯兰文化被移植到许多亚洲和非洲国家,作为伊斯兰教文化组成部分的伊斯兰法也移植到这些国家。^[29]在古代,东亚各国在引进中国文化

[26] [瑞典]本特·维斯兰德尔:《瑞典议会监察专员》,程洁译,清华大学出版社2001年版。

[27] [英]阿兰·沃森:“法律移植论”,贺卫方译,载《比较法研究》1989年第1期,第61页。

[28] [德]K.茨威格特和H.克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版,第325-347页。

[29] 参见高鸿钧:《伊斯兰法:传统与现代化》,清华大学出版社2004年版,第7章。

的同时,成功地移植了作为中国文化组成部分的中国法律。^[30] 这种类型的法律移植中,文化与法律之间协调运作,因而法律移植通常都取得了巨大的成功。

第二,先移植文化后移植法律。东南亚各国的法律移植则属于这种类型。伴随佛教文化、中国文化、伊斯兰文化的相继移入以及西方文化后来的侵入,与这些文化相关的法律随后也被移植到那里。东南亚各国的法律多元很大程度上是文化多元的产物。那里的法律出现了类似地质上的不同层级,它们各有自己的文化基础。^[31] 在这种类型的法律移植中,由于法律伴随文化的移植而悄然移入,当地在接受外来文化的同时,也接受了相关的法律文化,而这为接受与该外来文化相一致的法律奠定了基础。这种类型的法律移植具有潜移默化的特征,接受过程显得较为自然。

第三,只移植法律而拒斥文化。许多伊斯兰教国家对西方法律的移植就属于这种类型。面对西方的挑战和压力,自 19 世纪中叶开始,一些伊斯兰教国家进行了法律改革。这种改革的主要做法就是大规模移植西方的法律制度。与此同时,它们大多都没有放弃传统的伊斯兰文化而接受西方文化。因此外来法律与本土文化之间的冲突不可避免,且愈演愈烈。结果是本土文化拒斥外来的法律,传统法律文化抵制引进的现代法律制度。至 20 世纪 60 年代末,伴随着伊斯兰教的复兴运动,在伊斯兰世界出现了伊斯兰法复兴运动,利比亚、巴基斯坦、伊朗和苏丹等国纷纷废除了从西方移植的法律,并用传统的法律取而代之。^[32] 这种事例在某种程度上表明,在传统文化根深蒂固的国家,与这种文化相冲突的外来之法很难落地生根。

上述对于文化与法律移植之间关系的一般概括还需要从法律移植范式的角度予以进一步补充。笔者曾经尝试提出了法律移植的范式,根据这种范式,法律移植可以按照人类社会所处的不同阶段区别对待。在初民社会,虽然不同的文化模式呈现出不同的选择路径和秩序类型,但是它们在文化与法律的关系上存在共同的特征,即法律没有从文化中分离出来,属于文化中不可分割的组成部分,因而跨文化的法律移植基本是不可能的,至少我们还没有发现这样的例证。这个阶段,法律移植的决定因素是文化。由此,孟德斯鸠、萨维尼和罗格朗以及赛德曼夫妇所提出的法律不可移植的观点特别适合于理解初民社会的法律。在国家产生之后,一个重要变化是出现了凌驾于社会之上的政治权力。这种权力的存在为跨文化的法律移植提供了可能性,政治权威可以按照其意志将别国法律移植到本国。但在实践中,这种外来之法如果与本土文化水火不容就难以立足并运作,本土文化发达的国家尤其如此。如果说在初民社会,对于法律移植来说,文化具有决定性的地位,那么在这个阶段,法律移植的决定因素是文化和政治,其中文化的作用不可低估。在民族国家阶段,主权得以确立并取得了至高无上的地位。国家政治权力由此不仅摆脱了宗教的神灵基础,而且也开始脱离道德和文化的影响。政治对于法律取得了近乎绝对的决定权和支配权,法律移植主要取决于政治因素,而文化对于法律移植的影响力日渐式微。与此同时,现代化导致了社会的高度变化,文化已经同经济系统、政治系统以及法律系统相对分离开来,逐渐退居到生活世界,对于法律的影响也不那么直接了。^[33] 此外,现代社会的文化多元化,不仅消解了文化的整体性,而且导致了文化对于法律的影响力大为减弱。更重要的是,所有进入现代社会的国家都面临许多共同的问题,例如经济方面的市场管理、政治领域的权力合法性以及现代科技的开发与利用等。西方国家进入现代社会的时间较早,积累的法治经验较多,其中许多法治成果是人类法制文明的共同财富,为所有现代社会所需要。正是在这个意义上,弗里德曼才断言,日本即使“在明治时期没有决定采用西

[30] 参见杨鸿烈:《中国法律对东亚诸国之影响》,中国政法大学出版社 1999 年版。

[31] A. Harding, "Comparative Law and Legal Transplantation in South East Asia: Making Sense of the 'Nomic Din'", in D. Nelken & J. Feest (eds.), *Adapting to Legal Cultures*, Hart Publishing, 2001, pp. 199 - 220.

[32] 参见高鸿钧:《伊斯兰法:传统与现代化》,清华大学出版社 2004 年版,第 11 章。

[33] “当代法律规则的生成在制度上从文化规范的生成中分离出来,大部分法律领域与社会过程之间仅仅具有松散、非系统性的接触。”[德]贡特·托依布纳:“法律刺激:英国法中的诚信条款或统一之法如何止于新的趋异”,马剑银译,载《清华法治论衡》,第 10 辑,第 314 - 354 页。他认为,法律如果同其他系统相关联,那是源于“结构性耦合”,参见[德]贡塔·托依布纳:《法律:一个自创生系统》,张骥译,北京大学出版社 2004 年版,第 8 - 11 页。

方法典”,现代日本的法律也会“达到这种程度的现代适应”,“在实质上并不会与今天截然不同”,^[34]因为“所有现代化的工业体系,尽管各不相同,都有惊人的相似性”,日本法“会不自觉地去适应现代日本的需要”。^[35]正是在这个阶段,西方两大法系被移植到世界的各个国家或地区;前苏联的法律实现了跨文化的法律移植,从而形成了一个社会主义法系;同一种文化由于政治的因素而移植两种截然不同的法律,其典型的例子是朝鲜和韩国、中国内地、香港和澳门地区,以及德国统一前的联邦德国和民主德国。

在全球化时代,民族国家的主权在许多领域受到了限制,文化对法律移植的决定作用或影响力进一步减弱。在这个阶段,决定和影响法律移植的因素是经济的需要、政治的决断和人类的共同价值。^[36]尤其值得关注的是,在进入全球化的时代,出现了不受文化限制的法律移植。这主要表现在全球化的时代,出现了三种跨越国家疆界和穿越文化边界的法律。第一种是全球化背景下的人权法。我们发现,不仅有欧盟那样区域性的跨国人权公约和相应的司法诉求途径,而且具有国际性的人权公约及其保护和救助机制,国家主权日益受到国际人权的压力和挑战,而国际刑事法院的成立和开始运作预示了国际人权法从虚到实的发展趋势。第二种是穿越国家领土的新商人法,这种法律脱离了政治权威的控制,成为商人们协议的产物,其裁决机制也由国家的司法机构转移到国际仲裁机构。实际上,这种法律已然成为按照经济效益最大化的原则和便于解决争议的原则而到处游走的“候鸟”,这不仅穿越了主权的屏障战,而且穿越了特定文化的界域。第三种是各种国际性行业标准和准则的形成和全球化,它们具有“国际标准”性质,一个国家的行业不接受这种国际性准则或标准,就很难在国际上具有竞争力,因而在经济全球化和贸易国际化的时代,一个想要跻身世界市场的国内行业,必须接受相应的国际准则和标准。对于第一种全球化的法律,我们不妨称作“硬法”。国际人权法虽然缺乏国内法那样的强制执行效力,它们的效力虽然多以特定国家的承认和批准作为前提,但是国际人权公约等各种人权文件的存在,联合国及其人权执行和监督机构的强化,人权领域强大的国际社会舆论压力,各国非政府组织和公民社会以及公民个人日益崛起的人权诉求,所有这一切都对接受和批准国际人权公约以及改进和发展人权的保护和救济机制,构成了强大的压力。因而在某种意义上,人权成为了全球化时代的“硬法”,它具有人类共同价值的含义,并渐趋取得了高于国家主权和国内法的地位和穿越不同文化的效力。第二类被称为“软法”,这不是因为它缺乏效力,而是由于它没有政治权威和官方的司法机构作为保证,一旦发生争议,只能诉诸仲裁,而对于裁决的遵守,主要靠仲裁机构在国际上的威望、双方长期进行合作和交易的考量以及在商界的声誉。这类新商人法是跨国公司之间协议的产物,它们以其实力可以在主权国家之间自由进出,在不同文化之间随意往来。在发达国家,如果国家管制过严,干预过多,它们就会将资金和产业毫不犹豫地转移到发展中国家去,而出于招商引资和发展经济的需要,发展中国家则对于它们的自我立法和自我司法的现象听之任之,甚至给予或明或暗的支持。这种“软法”带来的突出问题在于放任了商人之间某些有害的法律共谋,其主要表现是他们通过自我立法变相侵害人权或损害公益,因而新商人法具有“腐败法”之名。防止这种正在全球化的新商人法滋长泛滥,其中根本的措施是诉诸全球治理、国际法治以及强化联合国的政治控制和整合能力,使之受到有效的控制和监督。^[37]另一个有效的办法是运用“硬法”遏制“软法”的负面效应,使新商人法在内容、目标和效果上都符合国际人权的精神和原则,这样,才不至于导致经济的全球化以牺牲人权价值为代价,才不至于因对于经济利益的追求而

[34] L. Friedman, “Some Comments on Cotterell and Legal Transplants”, in D. Nelken & J. Feest (eds.), *Adapting to Legal Cultures*, Hart Publishing, 2001, p. 95. L. Friedman, “Comment on Applebaum and Nottage”, in J. Feest & V. Gressner (eds.), *Interaction of Legal Cultures*, Oñati: IISL, 1998, pp. 142 - 143.

[35] L. Friedman, “Some Comments on Cotterell and Legal Transplants”, in D. Nelken & J. Feest (eds.), *Adapting to Legal Cultures*, Hart Publishing, 2001, p. 95. L. Friedman, “Comment on Applebaum and Nottage”, in J. Feest & V. Gressner (eds.), *Interaction of Legal Cultures*, Oñati: IISL, 1998, pp. 142 - 143.

[36] 关于法律移植的范式,参见高鸿钧:“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,第125-129页。

[37] [德]托依布纳:“匿名的魔阵:跨国活动中‘私人’对人权的侵犯”,泮伟江译,《清华法评论衡》第10辑,清华大学出版社2008年版,第411-313页。

丧失基本权利的维护。关于第三类全球化的法律,可称为“准法”。所谓“准法”是指它们虽然不具有国家法律那样的规范性和强制力,但是通常与国家法相容,因而为国家所默许,并常常得到国家法的确认,因而具有准法的效力。它们涉及广泛的领域,如食品安全标准、产品质量认证标准、环境和生态控制标准以及劳工的劳动标准等,由于这些标准和准则都是技术性 or 实用性的,不涉及文化价值,因而在全球化时代具有了跨文化的可移植性。对于全球化时代出现的法律移植的明显趋势,我们必须密切关注,并需要采取不同于传统的理论范式予以观察和解释。

上述关于文化与法律移植的范式重构,仍然是从总体上进行一般性的概括。要使这些概括更具解释力并能够涵盖复杂的情况,我们还应考虑以下变量。第一,移植地与被移植地所处的社会发展阶段如何。两者所处的发展阶段差异越大,法律移植的难度就越大,例如,处于部落阶段的某些非洲国家,移植西方宪法和选举制度的结果,非但没有带来政治的民主和清廉,反而造成政治的混乱和腐败。第二,移植地与被移植地的文化发达程度如何。一般来说,被移植地的文化极端不发达,对于来自文化上十分发达社会的法律,不容易认同和接受;同样,被移植地的文化十分发达,文化就会对移植之法产生强烈的排斥力。前者的例子是,生活在美国的印第安人,即便在美国法的重围中,也难以认同并接受它们;后者的例子是,英国法在印度的移植长达 400 多年,但面对发达的印度文化的排斥力,至今仍然没有取得完全的成功。如果两种文化的发达程度大体相当,彼此移植对方的法律则相对容易。第三,移植地与被移植地对特定法律的需要如何。需要是法律移植的内在动力,没有这种内在需要,法律移植则不可能取得成功。第四,移植地与被移植地法律与文化的分化程度,通常情况下,法律与文化的分化程度越高,即法律的存在和发展越脱离文化的制约,法律移植就越容易,反之则越难。第五,法律移植的外在压力如何。在其他条件相同的情况下,外在压力往往成为影响跨文化法律移植的重要因素,这方面存在大量的例子。

本文考察了有关文化与法律移植之间关系的理论争论,分析了不同理论立场和路径的得失,并在此基础上重构了文化与法律移植之间关系的理论范式,但愿这种理论考察、观点分析和范式重构不仅有助于理解文化与法律移植的一般关系,而且有助于把握中国的法律移植与文化的复杂历史和现实。

[Abstract] There are debates between different schools of legal theories, such as cultural evolution vs. cultural dissemination, legal autonomy vs. mirror image of law, and efficacy of law vs. symbolism of law, over the issue of the relationship between culture and transplantation of law. All of the above-mentioned schools are biased on this issue and, therefore, a new theory needs to be constructed. In the primitive society, culture and law were integrated and law was not transplantable. After the emergence of states, political factors began to influence the transplantation of law, but the role of culture was still not be underestimated; at the stage of nation state, the influence of political factors began to be strengthened and the influence of culture gradually weakened. At the time of globalization, the influence of culture on the transplantation of law is further weakened and three models of trans-cultural transplantation of law have emerged. As a result, a new theory is needed to interpret the relationship between culture and transplantation of law.

(责任编辑:支振锋)