

当代中国法律移植存在的问题及其对策

贺麒玮

摘要 法律移植意味着将“特定国家(或地区)的某种法律规则或制度移植到其他国家或地区”。虽然中国进行法律移植时在政治、经济、文化等相关领域都产生了一些问题,但是法律移植所带来的贡献仍是功不可没的。随着我国经济等各个领域的不断发展,我国的法律移植已经进入了更加精细化的发展阶段,所以我相信当代中国法律移植存在的问题一定可以迎刃而解。我们需要的是成熟和完善法律移植,而不是怀疑和踌躇。

关键词 法律移植 比较法学 本土化 市场经济

作者简介 贺麒玮 哈尔滨商业大学法学院法学理论专业 2016 级研究生,研究方向 法学理论。

中图分类号 D920.0

文献标识码 A

DOI 10.19387/j.cnki.1009-0592.2019.01.120

一、法律移植的含义

法律移植是西方比较法学中一个经常用到的术语。在西方比较法学中与它相似的词还有借鉴、吸收和模仿等。就“移植”而言,最初其并不属于法律用语,而与“移植”一词最密切相关的两个学科分别是植物学与医学。人们在将其引入法学中时,并未很好地进行区分。^①从植物学的角度来看,“移植”是指整株植物彻底地改变,其更靠近整体移入的含义。站在医学的角度来讲,往往涉及到的是器官移植,而器官移植很明显是指部分的移入而不是整体移入,所以其属于部分移入。而法律移植与医学上的移植在某种含义上有着一定的相似之处。对于法律移植的含义的定位我更同意张明楷教授的观点,法律移植指的是“特定国家(或地区)的某种法律规则或制度移植到其他国家或地区”。

二、中国为何要进行法律移植

而中国是否应进行法律移植,争议很大,其最明显的争议主要分为法律移植肯定说和法律移植否定说两种。支持法律移植否定说的代表人物是孟德斯鸠,其指出法律与一个国家以及民族生活的地理环境、人民生活方式、风土人情、宗教信仰等关联密切,所以对于某一国人民最终制定的法律,应非常适合于该国人民,因此一国法律若能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事。^②所以孟德斯鸠认为法律没有可移植性进一步也就认为法律移植没有任何价值。而本人更支持法律移植的肯定说,而且法律移植肯定说也是当今世界法学界的主要观点。我之所以赞同法律移植肯定说是因为法律移植主要有如下意义:

第一,法律移植是落后国家加速演进其法律的必由之路。经济基础决定上层建筑,不同程度的经济基础决定了不同程度的上层建筑。世界经济发展的不平衡性使世界各国的法律演进也不相同。而此时,相对落后的国家或法律演进非常缓慢的国家想要赶上并超越发达国家就必须移植或借鉴其他发达国家的法律才有可能得到进一步发展。

第二,法律移植对减少不同国家之间的法律抵触和法律冲突

有积极意义。如今各个国家无论如何逃避市场机制体制,其早已成为世界经济运行的基本规律,它使得世界各国的法律之间的联系越来越紧密。而法律移植可以进一步让世界各国的法律具有一定的相通性,使许多公认的法律规则由此诞生,例如国际经济法。这些法律规则主要都是通过法律移植进行和实施的。

第三,法律移植还有助于加快法制现代化的进程,各国之间的法律制度的差异不仅仅是方法和技术上的不同,其更多是立法理念上的差异。而法律移植有助于处于落后状态的国家加快法律的更新进而跟上发达国家法制现代化的脚步。法律移植也有助于提高人们的法律素养,这更体现了一种全方位的法律创新精神。

三、当代中国法律移植存在的问题

在当代中国,法律移植虽然带来了如此多的贡献和具备如此深刻的意义,但是同时也产生了一定的问题,其问题如下:

第一,从法律移植的定义的角度上来看,西方学者经常使用“法律移植”这个词语作为研究对象,而中国更多的是使用“法律借鉴”这一词,这是十分不规范的表达。特别是在立法层面,在当代中国官方形成的法律文件,大量的使用了“借鉴”来表述国外法律制度的引入,从而形成了习惯性表达。在法治建设白皮书以及人大常委会报告中都能看到这样的影子。但“法律借鉴”和“法律移植”完全是两码事;“法律借鉴”体现了一种非常主动的过程,是根据借鉴者的需要从相应的制度中进行检索相关有益成分,进而将其引入借鉴者本身的法律体系之中。借鉴的外延要远远大于法律移植的外延。法律移植则更多地表达了某种客观的临摹法律迁移的过程。若不对法律移植和法律借鉴的外延进行区分,则很难让法律移植研究引起人们的足够重视。

第二,从政治领域的角度来谈,法律移植的过程面临着国家主权强化和让渡的艰难决定。我国不存在完全对立的阶级,但不同阶级的利益不一致依然存在。不同阶级对法律移植的倾向也不相同。通过某种法律移植来进行立法很有可能只是满足了一

部分政治精英的要求,但可能不会满足“社会公众”的要求。^③因此极有可能遭到社会公众和及国际政治形势的排斥。直接关联政治的法律在法律移植时很难做到既维护了国家统治的威严,又可以同时满足公众的需求。

第三,从经济领域的角度来讲,有关市场经济方面的法律移植极有可能使我国的经济制度因过于开放导致缺乏监管从而冲击我国原有法律制度的优势。自改革开放以来,我国的经济制度通过一系列的法律移植一直处于飞速发展的盛况。其中很多现存的法律制度的产生与发展都是与法律移植所带来的贡献密不可分的,但在进行法律移植以前的一些法律制度并不是完全不符合我国现存的发展阶段,当原有法律制度被废止而移植的法律又不满足我国的发展,其造成的后果往往是不堪设想的。有时移植过来的过于开放的市场经济制度也极有可能错误地限制政府的权力,从而导致市场监管不力,经济秩序陷入混乱不堪。

第四,从文化领域的角度来讲,法律移植也有可能在我国解决难题的同时与我国几千年来形成的优秀历史文化传统不一致。一个国家的法律文化往往都是具有强烈的稳定性,如果稳定性遭到破坏,上层建筑极有可能对我国的经济基础起到一定的消极反作用。移植过来的法律制度若能解决我国法律疑难问题固然不错,担心的就是移植过来的法律制度一旦不能解决我国的法律问题,还完全可能与我国的历史文化传统相背离。立法者在其中做出抉择时往往都很艰难,这使得相关法律移植的研究不得不先放一放。

四、中国法律移植出现问题的原因及其解决对策

(一) 出现原因

我国目前出现法律移植问题主要是由于我国法律移植主体、客体、移植方式出现对立关系时产生的。和中国古代的唐朝时期不同,我国现在主要是法律移植的输入国,所以总是处于一种相对被动的状态。输出国大多来源于西方一些发达国家。我国立法主体结构很复杂,不同立法者有着不同的利益角度,盲目的法律移植可能会使我国的优秀法律文化受到重创,这使得注重不同国家法律文化的有机结合就十分必要了,总之,在一系列因素的综合作用下,我国法律移植主体、法律移植客体和移植方式三者间存在着种种对抗关系,而一旦这种对抗关系激烈对抗,法律移植的问题就会立刻显现。

(二) 解决对策

第一,相关法律人士要对外国法和国际法积极开展比较法学研究。对被移植的法律进行论证,注意法律移植的优越性,法律移植必须采用“筛选法”。世界上优秀的法律多种多样,这就需要进行不断筛选。当然其也必须建立在我国的基本国情之上。同时要注意用语规范,明确法律移植的定义及其作用和地位。要真实评价并在此基础上进行法律移植的理性选择。

第二,立法机关在进行法律移植时也要摒弃国家权威主义思想和偏执的政治意识形态。立法机关一定要站在民众的角度去

思考问题,权衡利弊大小,不能只寻求政治目的。要强化与社会公众之间的联系,及时了解社会公众的心理,不能在未进行问卷调查时就进行主观臆断。还要注重与法律移植输出国的各种交流。经济对话并不意味着经济完全开放,更不代表去闭关锁国。而是在具备理性的前提下对法律移植所要移植的法律制度进行有机整合。

第三,要时刻注意对外来法律的本土化,即用自己的本国法去尝试同化和整合外国法。时刻观察法律移植输出国和法律移植输入国之间的兼容性,要对本国法进行一定的机理调试,来防止法律移植之后出现的种种不适应性。无论是何种法律都要坚持面向世界,面向未来,面向现代化。还要不断与时俱进,因为移植过来的法律并不是一成不变的,要对移植过来的法律制度进行创新与更新。只有这样才能使本国法不断发展。

第四,要勇于扬弃与现代社会不相适应的传统法律文化,跟上发达国家法律发展的脚步。对法律进行大胆创新,使法律移植能够达到最优化的发挥。不要将中西方之间的法律文化划分为绝对的阵营,只要有利于我国法律发展的法律移植就要虚心借鉴,不要搞民族虚无主义。出于保护中国传统法律文化的需要而导致立法滞后的情况时有发生,而通过法律移植进行立法预测可以很好地解决立法停滞不前的问题。

任何新事物的产生都有属于它的历史渊源,而在70年代中期西方法学就已经开始了对法律移植的讨论,当时的中国正处于十年动乱时期,国内法学界对于法律移植的讨论具有局限性,当然这还是可以理解的。^④一个国家的法律虽然可以去靠移植来创新,但这就像医学中所讲述的器官移植一样,法律移植同样具有风险性,同时法律移植又与法律本土化、法律继承、法制改革有着十分微妙的关系。目前来看,中国进行法律移植总体上还是利大于弊的,虽然中国进行法律移植在政治、经济、文化等各个领域都产生了一定的问题,但是法律移植所带来的贡献仍然是功不可没的。法律移植已经进入了更加精细化的发展阶段,所以我相信当代中国法律移植存在的问题一定可以迎刃而解。我们需要的是成熟和完善法律移植,而不是怀疑和踌躇。^⑤

注释:

①王立君.法律移植的界定.法学论坛.2004,19(2).

②张文显.法理学(第四版).高等教育出版社、北京大学出版社.2011年版.第十四章第三节.

③毛洪刚.论当前中国法律移植的困境.江西师范大学硕士研究生学位论文.2011年6月.

④沈宗灵.论法律移植与比较法学.外国法译评(原《法学译丛》).1995(1).

⑤李晓辉.中国式法律移植之反思.国家检察官学院学报(法学专论).2014,22(1).