

# 从法律移植谈我国比较法研究的现实困境

朱青\*

## 【摘要】

我国以立法者主导的法律移植造成了本土社会资源与外来法律之间的张力，当下的法律移植存在理论争议和现实困境。对于法律移植问题，目前我国学界存在两种研究范式——现代化范式与本土化范式，两个研究范式各执一端，两派学者对于法律可移植程度持两个不同的立场。我国学界关于法律移植问题的争论，也是以国际比较法学界关于法律移植问题的一般理论争论为背景展开的。本文旨在梳理国际比较法学界对这一经典争议的理论脉络，回应当下中国学术界关于法律移植的范式之争。本文指出，法律移植的必然性存在于现代性与全球化的内在逻辑之中，并对如何破解法律移植的现实困境提出了三个维度的理论思考。

【关键词】 法律移植 比较法 本土化 困境

## 一、国内认识法律移植的两个研究范式

法律移植不仅是比较法学研究中一个持久不衰又充满争议的学术问题，而且是各国法律实践必须面对的现实问题。在全球化浪潮席卷下的当今世界，法律移植更为频繁。就我国而言，改革开放自身显现出来的“渐进性”、社会转型所需要的“稳定性”形成了以“理性推动的移植”为主的混合式移植模式，主要由立法者理性地选择最具有优势的外国法进行引进的移植形式，这造成了本土社会事实与外来法律文本的抵牾。当下的中国立法者通过立法，而且是通过凭借外来法律文本资源的立法来进行这种结构性的整体社会变迁和法律转型的过程并且在这个过程中构建其统治正当性的基础，并且真正将现代化、法治和民族复兴从理想蓝图而实现为现实生活世界的一部分，以外来之法律文本去导引本土社会生活。然而，法律移植也构成了自生秩序和立法秩序之间不可调和的紧张关系，一方面自生秩序要求社会生活事实经由自然演化而提炼包括法律在内的社会规范，法律的变革和转型要符合社会生活事实的变化，也就是说社会变迁决定文化—制度转型，包括法律转型；但是另一方面，政治精英和法律精英却要求以其理性构建的法律规则和法律制度的文本来调整、切割和规制社会生活事实以符合其理想中的秩序状态，还造成法律移植的正当性追求与移植实效的冲突、规则的地方性与秩序追求普适性的两难、单项制度规则与制度环境的矛盾。<sup>①</sup>

### 1、现代化范式

对于法律可移植程度的问题，当下比较法学界基本上持肯定意见。沈宗灵就指出比较法学的功能之一是通过与外国法和国际法的比较，更好地认识或改进本国立法。<sup>②</sup>比较法学者一般认为法律移植在客观上促进了人类法律文化的交流和沟通，进而在一定程度上推动了法律发展的国际化趋势。支持法律移植的学者代表了对法律发展问题研究中的“现代化范式”，大多数学者认为法律移植的根本原因在于法律的普适性或共同性，特别是市场机制成为世界经济的主要机制之后，决定了一国建构本国市场经济法律体系过程中尽可能吸收和采纳市场经济发达国家的立法经验的必要性。

\* 中国政法大学比较法学研究院 2012 级硕士研究生。

<sup>①</sup> 参见马剑银：“法律移植的困境——现代性、全球化与中国语境”，载《政法论坛》，2008 年第 2 期，第 59-66 页。

<sup>②</sup> 沈宗灵：“论法律移植与比较法”载《外国法评议》，1995 年第 1 期，第 1 页。

## 2、本土化范式

还有另一种颇具代表性的“本土化范式”，他们对法律移植背后的法律现代性趋同观持怀疑态度。以苏力为代表的法律社会学派学者主张以本土资源为主来建设中国法制。<sup>①</sup>这一理论主张的核心要义是：解构法律与法治；国家法不是法治所依赖的主导法律类型；法治是特殊性而非普适性的。强调本土资源的众多学者已经指出了以大规模仿制立法为特征的法律移植，具有严重的弊端。比如，法律中充满了一些毫无用处的法条，因为照搬自西方的这些条文在现实中根本找不到对应的活动；大量社会自发形成的关系，却未进入立法者的视野，因为不能被承认为法律关系，也就不能得到强制执行力量的支撑。<sup>②</sup>

在法律移植构建中国法治模式的问题上，形成了各执一端的观念。强调法律移植一方的逻辑前提是中国人法律意识浅薄，传统的人治思想根深蒂固，且缺乏一整套可供市场经济运行的法律机制。所以在建设和改革过程中必须大量引进西方先进的法律制度、法治思想和运行机制，让形式内化为内容，使法制与经济同步发展，但这一观点经常遭受持本土化研究范式的学者的非难，如，由于有些法律制度交易成本过高而被人们回避成为一纸空文，甚至在相对落后、偏远的地区，法律实际上还在被习惯惯例所代替。以苏力为代表的本土化论者，虽然注意到了法律像历史和文化一样，源自创制它的人们的生活，但就中国本土文化能否成为支持其法治化的主要资源这一问题又有更多的学者提出质疑。<sup>③</sup>依照西方模式构筑的法律框架与中国的实际情况之间存在很大的断裂，持现代化范式和本土化范式的学者对法律移植的分裂态度无法调和，无论强调法律移植还是强调法律本土化的主张都陷入了二难选择的理论困境。

## 二、法律移植与本土化困境引发的学术论争

### 1、国际比较法学界关于法律移植的经典学说

如果说中国法律移植的问题是以中国被动卷入资本主义世界经济体系为背景展开的，那么 20 世纪 80 年代以来中国理论界关于法律移植问题的争论，也是以国际比较法学界关于法律移植问题的一般理论争论为背景展开的。如强调文化多元的本土论学者，在相当大的程度上就受到了国际比较法学界法律移植悲观论的影响，并吸收了其中的许多理论资源。同样，国内支持法律移植的学者也在很大程度上运用了以沃森为代表的法律移植乐观论者的许多论证理论。因此，不妨将中国的法律移植问题放到国际比较法学界关于法律移植的讨论语境中来，从而帮助人们更加清晰地认识到中国法律移植问题的一般性和特殊性。当前国际比较法学界，存在着法律可移植或者不可移植的经典争论。按照争论两方针对法律系统和社会之间关系的观点，有些学者把沃森为代表的法律移植乐观论者提出的理论概括成法律体系自治论，法律移植悲观论者的理论概括成法律体系社会镜像论。

#### (1) 法律体系自治论

以沃森为代表的法律体系自治论者认为：“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制度从一个国家移动到另一个国家或从一个民族移动到另一个民族屡见不鲜。”沃森的主张包括以下几点：首先，历史上法律规则的跨民族或国家迁移屡见不鲜，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；历史并未证明法律移植的悲观论，在很多不同的法律制度下，甚至很高的发展水平上和不同政治情况下经常实现成功的法律移植。其次，作为以规则形式存在的法律是自治的体系，独立于政治、经济和社会等力量的影

<sup>①</sup> 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社 1996 年版。

<sup>②</sup> 王桂艳：“法律移植与本土资源关系的理性思考”，载《现代财经》，2005 年第 12 期，第 66-67 页。

<sup>③</sup> 代表性如，谢晖：“法治保守主义思潮评析”，载《法学研究》，1997 年第 6 期。参见王桂艳：“法律移植与本土资源关系的理性思考”，载《现代财经》，2005 年第 12 期，第 67 页。

响，法律基本上是自主而不是由社会需要形成的。第三，法律移植主要归功于立法者、法官、律师和法学家等法律职业精英群体，对法律移植来源国的制度的知识并不是必要的，法律改革者在看外国法律后的想法是那种法律可以改造为本国法律的一部分。<sup>①</sup>

沃森在一些论著中还提到了有关法律移植的更极端的观点，认为“移植某一法律制度的个别或大部分条文是极其普遍的现象”，“事实上，移植是发展的最富成功的源泉”，“移植法律规则在社会上简便易行”。<sup>②</sup>沃森从西欧对罗马法的接受中得出了一个结论，不论起源的历史条件如何，私法规则在其存续的生命中与特定的人民、时间和空间并没有内在的紧密关系。沃森认为，这种成功的移植是在接受国和来源国规则的环境因素和政治情况十分不同的条件下发生的，也并不要求对来源国规则的社会、经济、政治、地理等情况的真正了解。可见，在沃森看来，法律移植不仅可能而且十分容易，是各国法律得以发展的重要方式之一。法律体系的运作相对于社会体系来说，具有相对的独立性和自治性，因此依赖于法律专家的介绍和引进，一个法律系统中的某个制度移植到另外一个法律体系之中是可能的。<sup>③</sup>

## (2) 法律体系社会镜像论

以法国的罗格朗和美国的塞德曼夫妇为代表的社会体系社会镜像论者则认为，法律制度的运作乃是一个社会整体文化的一部分，由于文化具有不可移植性，因此法律制度的移植也不可能成功，法律体系乃是社会和文化的“镜中像”。<sup>④</sup>孟德斯鸠、萨维尼也被归入法律移植的悲观论这一理论阵营。两类可变因素构成孟德斯鸠所讲的“法的精神”，一类是环境因素，包括地理因素、社会和经济因素、文化因素；一类是纯粹政治因素，法律应该同已建立或将要建立的政体的性质和原则有关系，不论这些法律是组成政体的政治法规，或是维持政体的民事法规。<sup>⑤</sup>萨维尼对法律移植的观点主要体现在他关于“民族精神与法律之间有机联系”的思想。萨维尼认为法律的本质乃是人类生活本身，而人类生活首先且永远表现为特定的民族生活。正是民族的历史所凝聚、沉积的这个民族的全体居民的内在信念与外在行为方式，决定了其法律规则的意义与形式。立法的任务在于找出民族的“共同信念”与“共同意识”，经由立法形式善予保存与肯认。<sup>⑥</sup>也就是说，在孟德斯鸠、萨维尼看来，一个国家的法律是适合本国情况而难于适合另一国家的。

罗格朗也认为法律具有不可移植的性质。其理由是：法律是文化中不可分割的组成部分，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环境；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，规则的词语形式可以移植，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作出不同的解释，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的规则；规则的意义之维决定了规则的目标、价值和效果，规则一旦移植到新的情境，其目标、价值和效果都会发生变化，而这意味着移植失败。<sup>⑦</sup>赛德曼夫妇认为，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，相同的法律在不同的社会环境下，对人们行为的影响也有所不

<sup>①</sup> A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*; R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants*. In D. Nelken & J. Feest (eds.), *Adapting to Legal Cultures*, 71, 72; W. Ewald, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*. *American Journal of Comparative Law*, vol.43, 497, 502. (1995) 转引自高鸿钧：“法律移植：隐喻、范式与全球化时代的新趋向”，载《中国社会科学》，2007年第4期，第118页。

<sup>②</sup> [美]罗·塞德曼著、王晨光译：《评阿兰·沃森的〈法律移植〉：比较法的方法》，载《中外法学》，1989年第5期，第58页。

<sup>③</sup> A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh: Scottish Academic Press (1974)

<sup>④</sup> 高鸿钧：“法律移植：隐喻、范式与全球化时代的新趋向”，载《中国社会科学》，2007年第4期，第118页。

<sup>⑤</sup> 参见[法]孟德斯鸠著，许明龙译：《论法的精神》，商务印书馆2012年版。

<sup>⑥</sup> 参见[德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著，许章润译：《论立法与法学的当代使命》，中国法制出版社2001年版。

<sup>⑦</sup> P. Legrand, *What “Legal Transplants”?* D. Nelken & J. Feest (eds.), *Adapting to Legal Cultures*, Hart Publishing, 55, 68 (2001)

同。有鉴于此，他们明确提出了“法律不可移植的规律”。<sup>①</sup>

### (3) 折中主义

在法律体系自治论和镜像理论论争之上，出现了以奥·凯恩—弗伦德和托依布纳为代表的折中派。折中派关于法律移植的主张虽然多种多样，但总体上既不过分乐观，也不过于悲观，而是认为法律可以移植，但受到各种条件的限制。奥·凯恩—弗伦德认为，孟德斯鸠关于法律不可移植的观点以及法律与风俗、地理、气候等密不可分的观点已经不合事宜，事实上，20世纪法律移植大量发生。孟德斯鸠以后的两百年中，地理、社会、经济与文化这些环境因素对法律移植的不利影响已逐渐下降，而纯粹政治因素的不利影响却大大增加。因此，他摒弃了法律文化多元论一刀切的做法，仔细区分了影响法律移植的各种因素，在此基础上，他区分并且构建了两种不同的法律制度作为理想类型：一种是移植起来比较简单的法律制度，即法律的“机械性迁移”；另一种则是移植起来比较困难的法律制度，即法律的“有机性迁移”。大部分法律制度都可以在这两个极端构成的坐标线中找到自己的位置。<sup>②</sup>

奥·凯恩—弗伦德过多地强调了法律与政治之间的关联，因此缺乏一般性和普遍性。托依布纳去除了政治权力“在法律和政治之间的选择性关联”中所占据的优先地位，在奥·凯恩—弗伦德的基础上提炼出了两对理想类型：即法律机械性迁移和法律的有机性迁移；法律与社会的整体性关系和法律与社会的选择性关系。这种新的理论模型认为，法律和社会都不具有统一性，各自分化成各种不同的子系统，从而形成了如下图景：法律的某个子系统和社会的某个子系统之间形成了较强的关联性，其可能对法律移植造成障碍。托依布纳的理论是建立在卢曼的系统理论基础之上的。托依布纳认为法律系统与其外在社会环境之间是一种共同演进的关系，该关系一方面保障了法律系统运作的自主性，同时也使得法律系统对其外在的社会环境保持一种敏感，从而能够根据环境的变迁进行自我调整，以适应外在环境的这种变迁。<sup>③</sup>

## 2、超越现代化与本土化范式之争：对已有学术观点的评价

其实，法律在任何社会阶段从来没有达到脱离社会的自治程度，法律与社会密切联系，同宗教、道德、政治和民俗交织在一起，彼此之间的界限难以分清。现代社会法律在主体内容、表现形式、组织机构以及思维模式上形成了相对独立的自治系统，但也没有达到完全自治的程度。因此沃森所主张的法律自治论不符合法律与社会的实际关系，将法律等同于规则并与社会情境剥离开来，不过是在逻辑上消除了法律移植的障碍，实际上并无助于简化法律移植的复杂性，无法回避法律移植将遇到的各种阻力。就“社会镜像论”而言，孟德斯鸠、萨维尼、罗格朗等的主张在很大程度上符合初民社会法律与社会的关系。进入现代社会以来，尤其在当今全球化时代，法律已经远远不是特定民族传统和独特民族精神的产物，不同民族的文化和环境、地理、气候以及其他某些环境差异也不足以构成法律移植不可逾越的障碍。

因此，在法律移植问题上，无论是绝对的法律自治论还是极端的“社会镜像论”，都未免过于简单和失之偏颇。在这个意义上再看托依布纳的理论，对于人们分析中国法律移植的困境具有重要的启发性。尤其是他将社会看作是由法律系统、经济系统、政治系统等诸多既互相联系，又自主运作的自主系统复合体的观念。如此一来，法律移植悲观论所强调的法律系

<sup>①</sup> [美]安·赛德曼、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，第52页。转引自高鸿钧：“法律移植：隐喻、范式与全球化时代的新趋向”，载《中国社会科学》，2007年第4期，第118页。

<sup>②</sup> [德]托依布纳：“法律刺激：英国法中的诚信条款或统一法律目的如何止于新的趋异”，马剑银译，载《清华法讨论衡》，2008年第10期。

<sup>③</sup> 泮伟江：“从规范移植到体系建构——再论中国法律的本土化困境及其出路”，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》，第61页。

统和文化之间的概念联系就被切断，法律系统既具有独立性，同时又与其他社会系统之间构成了一种紧密的结构性耦合的关系。托依布纳也向人们指明了，法律移植的成功与一国现有的法律体系的运作具有紧密的关联。<sup>①</sup>对于一个具有运作封闭性的法律体系来说，移植的法律规范是否能够成功，关键要看该法律规则能否被现有的法律体系运作所接受和肯定。综上所述，法律移植既非不可能，又非必然，这就回答了当前比较法学界争议较大的法律移植可行性问题。

### 三、破解我国法律移植现实困境之道

法律移植的“现代化范式”与现代性和全球化趋势密切相关，全球化带来了地方法律的趋同，催生了全球范围的法律移植；但其解决不了的一个问题是，那些同伦理生活密切相关的法律，由于其同一个国家的伦理生活的高度相关性，移植起来相当困难。事实上中国的法律改革最早也是从经济领域中大规模兴起的，同时注入合同法等这类技术性比较强的经济领域的法律移植也比较容易成功。比如中国公司法和证券法的法律移植，同中国的伦理生活系统具有较弱的相关性，因此较少受到这方面的阻力。<sup>②</sup>而公法领域的法律移植由于和中国的政治系统具有较强的相关性，因此会遭遇到来自于政治系统和意识形态系统的很大阻力。另一方面也要注意在全球化语境下过于强调“自发秩序”发展模式的命题也不再具穿透性的洞见和意义。法学界对法律移植持“本土化范式”的学者似乎认为，法律必须总是在社会关注之中发生的，而不是从国外借鉴的或者不能由外部力量强加。其实，关注于强调文化的差异而不是共性是否更好，这取决于比较的语境和比较的目的，问题的答案仍旧存在于现代性和全球化的自身逻辑之中。任何社会的大部分法律都是“法律移植”的直接结果，西方国家起步早具有示范效应，后起的国家可以借鉴西方法律建立本国的法律规范。可以从以下三个层次调和“现代化范式”和“本土化范式”的矛盾分歧、破解当前我国法律移植的困境。

#### 1、以民主构建法治交往理性

哈贝马斯的交往理性认为“一种法律的秩序被合法化到能够保障公民们平等的、基本的个人自由与政治自由的程度；但同时它的合法性也是来源于交往的形式，而这种交往形式对自由的表达和自由的维持是本质性的。”<sup>③</sup>也就是说，法律必须反映社会共识，这种共识则生成于平等、自由的交往主体间的相互理解和对话沟通。而要达到真正的相互理解与对话沟通并形成妥协和共识，就必须遵循话语伦理和论证原则，必须满足以下条件：每一个有语言和行为能力的主体自觉放弃权力和暴力使用的前提下，自由平等地参与话语的论证，并且，在此过程中，要求政治民主和法律民主在程序上的公开性和公正性，要求程序为交往行为和主体间的沟通理解提供对称条件和交互期待，使所有的人都有平等参与的权利并享有同等对称的话语自由和论证表达。<sup>④</sup>要在民主国家内部破解法律移植的困境，可以通过平面的、相互的、交往中的平等、自由商谈对话和理解沟通，在交往理性的基础上达致共识，促使法律移植中“私法主体”和“国家公民”的“同一性”的形成，从而消解法律移植中个体与共同体的内在紧张和多元利益主张、多种价值诉求的矛盾冲突，在民族国家内部，通过民主实现法律认同，通过法律认同实现民族国家法律移植的成功。

<sup>①</sup> [德]托依布纳著，马剑银译：“法律刺激：英国法中的诚信条款或统一法律目的如何止于新的趋异”，《清华法治论衡》2008年，第327页。转引自高鸿钧：“法律移植：隐喻、范式与全球化时代的新趋向”，载《中国社会科学》，2007年第4期。

<sup>②</sup> 泮伟江：“从规范移植到体系建构——再论中国法律的本土化困境及其出路”，载《北京航空航天大学学报（社会科学版）》，2011年第5期，第61页。

<sup>③</sup> 参见威廉姆·奥斯维特著，沈亚生译：《哈贝马斯》，黑龙江人民出版社1997年版。

<sup>④</sup> 史莉洁：“哈贝马斯的交往行为理论及其对中国的启示”，载《沈阳工程学院学报》，2006年第3期。

## 2、地方性知识的“再嵌入”

全球化通过现代性的动力机制消解掉了民族国家所具有的“地方性”，并将自身确立为具有规范性的抽象体系；每个民族国家必须以之为法制发展的当下情境并与之实现接轨，才能将法制现代化现实化，从而地方性和民族性就无可避免地与全球化彼此关联起来。吉登斯把这种在全球化背景下重构已脱域“地方性”的联结方式称之为“再嵌入”。<sup>①</sup>吉登斯的理论给法律移植问题带来的启示是，作为通向全球化的特有联结机制，“再嵌入”表明全球化既不会根本否定和排斥地方性与民族性，也不强制与限定法制现代化实现方式的齐一化，只是表明在全球化时代法制发展在观念理路上的“倒置”：任何民族国家的法制现代化实现之路，再也不是以自身为量度并从其自身出发的完全自主性的路径，而必须将全球化作为首要的规范性存在并以之为基准去设计自己的现代化方案，民族性因素存在于全球化的内在逻辑中。“地方性”的“再嵌入”尽管遵循同一机制，但鉴于民族国家的自身文化传统的差异以及进入现代性的方案上的差异，其个别的法制发展道路就仍旧具有开放性，<sup>②</sup>这其实契合法律移植折中派的理论观点，地方性知识资源的“再嵌入”将法律移植寓于一国现有的法律体系的运作。在全球化时代，“再嵌入”成为民族国家法制建设与全球法律秩序接轨的主导机制。这就表明，当下的法制现代化建设首先是以普适性的法治为取向的，而“再嵌入”则意味着民族国家是带着其独特的文化特性进入全球化体系的，必然在其法制现代化过程中深深打上民族国家的文化烙印。

## 3、立法者的理性与比较法学的责任

法律移植涉及的法律人包括立法者、参与国际法律利益博弈商谈的法律专家，法学家，他们是法律的创制者、发现者与阐释者，担负着完善法律并通过法律完善社会的任务。在法律移植与法制现代化的过程中，立法者尤其是参与国家法律利益商谈的法学家在其中发挥着独特的作用，他们是民族国家以其“本土”色彩“再嵌入”全球化之中的真正引领者，承担着调和法律移植困境的责任。

对于立法者而言，立法应寻求外来法律文本与本土社会事实的契合点，推演和挖掘出一种文明、进步的法律规则理念并将之融化到本土法律体系中以传播先进的法律意识与法律文化，从而形成立法者有意追求的良好法律秩序，达到社会目标或目的，完成社会任务。立法者的法理学主要强调立法的首要条件，最重要的是看立法与当时社会现实需求的适应度，其次还包括立法者的素质。立法者、职业法律谈判专家以国家官员的身份参与到国际政治经济交往中去，作为谈判者的国际法律谈判专家实际上扮演着引导国际法律秩序向内国法移植从而推动本国法制现代化的重要角色。<sup>③</sup>以职业谈判官员为代表的立法与博弈性商谈处在民族国家法律制度“再嵌入”全球法律秩序的入口处，由此达成的国际法律规范也就成为内国法调整、变革并与之接轨的基本文本。

然而，制定法更多的源于立法者的价值共识，这部分少数人可能拥有更多的法律卓识和专业技巧，但其制定的法律不一定符合社会习惯保留者和传递者民众的利益需求。若要对外来法律进行客观评价，但还须比较法学者透彻研究移植引进的法规原理本质，对其在引进来源国适用的社会文化民俗背景进行分析，对本国实在法作用的社会现实也不断反思。使用比较的方法不仅要求有关外国法律的知识，也要求具备它的社会的、经济的尤其是政治环境方面的知识，如果为了现实目的使用法律移植又对所移植的法律根源的社会环境一无所知，就

<sup>①</sup> 参见安东尼·吉登斯：《现代性的后果》，田禾译，译林出版社 2000 年版。

<sup>②</sup> 魏治勋：“论法律移植的理念逻辑——建构全球化时代中国法制现代化的行动方略”，载《东方法学》，2012 年第 1 期，第 85 页。

<sup>③</sup> 魏治勋：《论法律移植的理念逻辑——建构全球化时代中国法制现代化的行动方略》，载《东方法学》2012 年第 1 期，第 92 页。

会变成比较法的滥用。比较法学研究应对移植和引进的法条规则进行比较分析，这种分析应根据特定法律文本解决方法是否符合社会需要的效能与法律规范在不同国家社会背景下适用的局限性的客观标准进行评价，摈弃法律移植的教条主义、绝对主义。

#### 四、结论

法律移植构成了我国自生秩序和立法秩序之间不可调和的紧张关系，毋庸置疑的是，目前我国学界理解法律移植导致了现代化范式和本土化范式的理论之争。中国学界关于法律移植问题的争论，是以国际比较法学界关于法律移植问题的一般理论争论为背景展开的。对国际比较法学者关于法律移植的理论脉络的梳理有助于理解我国的法律移植问题。其实，无论是绝对的法律自治论还是极端的“社会镜像论”都未免过于简单和失之偏颇。在这个意义上再看托依布纳的折中论理论，对于分析我国学界的现代化范式和本土化范式，以及中国法律移植的现实困境具有重要的启发性。要破除我国法律移植的现实困境，在民族国家内部，通过民主实现法律认同，通过法律认同实现民族国家的政治伦理认同；其次，应依靠民族国家与全球公民社会的双向互动，将法律移植命题置于世界政治的语境之下，建立培养全球性的政治公共领域和政治文化，寻求民族国家在世界范围内的政治法律认同。同时，立法者和比较法学家在其中发挥着独特的作用，他们是民族国家以其“本土”色彩“再嵌入”全球化之中的真正引领者，承担着调和法律移植困境的责任。

## 参考文献

1. [英]安东尼·吉登斯:《现代性的后果》,田禾译,译林出版社 2000 年版。
2. [美]安·赛德曼、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。
3. [德]弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼著,许章润译:《论立法与法学的当代使命》,中国法制出版社 2001 年版。
4. [法]孟德斯鸠著,许明龙译:《论法的精神》,商务印书馆 2012 年版。
5. 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996 年版。
6. [英]威廉姆·奥斯维特著,沈亚生译:《哈贝马斯》,黑龙江人民出版社 1997 年版。
7. [美]奥·凯恩—弗伦德著,贺卫方译:“比较法与法律移植”,载《比较法研究》,1990 年第 3 期。
8. [美]罗·塞德曼著、王晨光译:《评阿兰·沃森的〈法律移植〉:比较法的方法》,载《中外法学》,1989 年第 5 期。
9. 马剑银:“法律移植的困境——现代性、全球化与中国语境”,载《政法论坛》,2008 年第 2 期。
10. 高鸿钧:“法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向”,载《中国社会科学》,2007 年第 4 期。
11. 泮伟江:“从规范移植到体系建构——再论中国法律的本土化困境及其出路”,载《北京航空航天大学学报(社会科学版)》,2011 年第 5 期。
12. 沈宗灵:“论法律移植与比较法”载《外国法评议》,1995 年第 1 期。
13. [德]托依布纳著,马剑银译:“法律刺激:英国法中的诚信条款或统一法律目的如何止于新的趋异”,载《清华法治论衡》,2008 年第 10 期。
14. 王晨光:“法律移植与转型中国的法制发展”,载《比较法研究》,2012 年第 3 期。
15. 王桂艳:“法律移植与本土资源关系的理性思考”,载《现代财经》,2005 年第 12 期。
16. 魏治勋:《论法律移植的理念逻辑——建构全球化时代中国法制现代化的行动方略》,载《东方法学》2012 年第 1 期。
17. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Edinburgh: Scottish Academic Press (1974)
18. A.Watson, *The Evolution of Law*, The Johns Hopkins University Press (1985)
19. Jonathan M.Miller, “A Typology of Legal Transplants: Using Sociology, Legal History and Argentine Examples to Explain the Transplant Process”, 51 *American Journal of Comparative Law* (2003)
20. P. Legrand, What “Legal Transplants”? In D. Nelken & J. Feest (eds.), *Adapting to Legal Cultures*, Hart Publishing (2001)
21. R. Cotterrell, *Is There a Logic of Legal Transplants*. D. Nelken & J. Feest (eds.), *Adapting to Legal Cultures*, Hart Publishing (2001)