

中国移植外国法研究纲要

中国人民大学法学院 冯玉军

从传统法律走向现代法律，是法律文明史的必然趋势。对于自从清末修律以来中国法和法学的百年发展而言，始终处在一个不断学习、借鉴、吸收、消化外国法律和外国法治经验的进程之中。中国法的近现代现代化，与欧美法和日本法律密不可分，当前中国法律体系中的各项制度、原则和用语，许多都是从欧美以及日本移植或改变而来，并考虑到中国的国情和文化传统而有所变化，原本来自外域的法律已然成为现代中国法不可分离的重要的主体部分。而对这一段法律移植的历史过程进行系统的梳理和描述，反思其得失，探询其规律，更是一个具有相当理论价值和学术意义的课题。

本文主旨在于对中国移植外国法的学术史进行横向鸟瞰式的研究。共分四个部分阐述：

一、中国移植外国法的学术史研究。

就研究中国移植外国法问题的著作文献以 1978 年为界分别予以说明。

第一阶段（1978 年以前）。早在清末时期，主持修律变法的沈家本就已经探讨并阐述了移植东（日本）西（欧美）法律的基本原则；到了民国时期，一些卓有成就的法政留学生对影响法律移植效果的东西方法律文化以及技术性方法进行了深入探讨，诸如吴经熊的《超越东西方》，杨兆龙的《美国之司法制度》、《由检察制度在各国之发展史论及我国检察制度之存废问题》、瞿同祖的《中国社会与中国法律》（1947），由于作者都精通现代西方法学思想，故采取西学视角和方法析析中国法律的内涵、本质与特征，自然对法律文化引进与比较问题卓有建树。此外，清末民初还有许多外国人直接参与了中国的法律改革和法律移植，同时也撰写了相当的研究文章和法律建议。其中重要的文献包括：赫德：《局外旁观论》（1865 年）、《改善中国法律与政务之条陈》（1876 年），丁韪良：《中国古世公法论略》（1884 年），有贺长雄：《宪法演说》（1913 年）、《共和宪法持久策》（1913 年）、《革命时统治权移转之本末》（1913 年）、《共和宪法上之条约权》（1913 年），古德诺：《中华民国宪法案之评议》（1913 年），罗炳吉：《中国法律导论》（1930 年）、《中国应当建立统一的法律体系吗？》（1933 年），庞德：《改进中国法律的初步意见》（1946 年）、《以中国法为基础的比较法和历史》（1946 年）、《论中国宪法》（1946 年）。

第二阶段（1978 年至今）。80 年代末开始的比较法学、

大约在 20 世纪的 80 年代末 90 年代初，中国学术界掀起一股“法律移植/法律文化”研究的热潮，表现在法学界，就是法律移植、比较法律发展和法律文化课题的汹涌澎湃。有越来越多的学者投身于这一领域的研究当中，以《比较法研究》杂志于 1988 年创刊和多次国内外法律移植或法律本土化问题研讨会的召开为契机，有关专著、译著和学术论文纷纷问世。

二、中国移植外国法相关专题研究

第一，对法律移植概念及其可实现性问题的研究

第二、法律移植规律与法律不可移植规律的争论

第三、关于 1840 年鸦片战争以来中国移植外国法的历史过程研究。

第四、关于法律移植与法治“本土资源”研究

第五、关于法律全球化理论的研究。

第六、中国近现代选择与继受西方法律的模式及其原因

三、中国移植外国法的观念与制度实践研究

限于篇幅，本文没有对各部门法域的法律移植和继受问题做细致研究，而是侧重对法律移植的实践进行法治维度的阐述。具体分为法律观念、法律体系、法律制度、法律原则、法律的概念和术语、教育体制、法律职业等多个方面进行比较。并特意对当代以来美英法系伴随着全球化的不断加深，英美法系有越来越多的专有概念和法律术语逐渐渗透和进入中国法律制度当中。

四、全球化背景下中国法律移植问题前瞻

伴随着法学家们对西法东渐研究的日益深入，加之中国大陆自改革开放以来经济、社会和文化快速发展，当前对于引进、移植外国法的态度更加平等、独立、包容，自觉与世界通行规则相结合成为国家行为的主轴。笔者总结出以下几个结论，以探讨中国外国法移植问题研究的未来发展方向。：

（一）对移植外国法的研究逐渐从单一的历史爬梳演进到以社会转型和法律变革为主题的多视角、多学科、多种方法的综合研究。在法律全球化的背景之下，基于哲学、人类学、文化比较以及社会学、经济学的研究将越来越多，各种理论成果也会层出不穷。

（二）在中国移植外国先进法律，将其逐步本土化，使之能够跟上国际法律发展潮流的进程中，中国留学生和外国法专家过去发挥了重要的作用，今后也必将发挥沟通东西方法律文化的桥梁作用。

（三）中国近现代选择与继受大陆法系法典化模式不是一种偶然或巧合，而是中国深厚的传统观念、文化背景、当时的民族境遇、一衣带水的日本的影响，以及法典化和判例法的特点等诸多因素共同决定的历史必然。

（四）现代法治作为法的价值理念及相关制度设计的综合体，已成为建立现代经济、政治、文化的秩序前提和交往基础，是现代人类文明的共同财富。不管是法律的输出国还是输入国，彼此间法律的交流都不再是单向的和压制接受的，而是应该相互依赖、相互借鉴，共同构建“异而趋同，同而存异”的法治文明格局。