



“一带一路”倡议中的法律移植

——以美国两次“法律与发展运动”为镜鉴

鲁楠*

目次

- 一、美国“法律与发展运动”时期的法律移植
- 二、美国法律与发展运动的经验与教训
- 三、“一带一路”倡议中的中国法律移植
- 四、结语：寻求中国比较法的新机遇

摘要 在“一带一路”倡议的战略构想中，法律发挥重要作用。从比较法角度，叙述美国 20 世纪先后两次开展的“法律与发展运动”的经验和教训，对我国的法律域外发展不无借鉴意义。本文通过比较，指出两种全球法律移植安排之间存在三点相似性和四点差异性。其相似性为，两种战略都是在经济上的强势国家主导，都带有法律内容，都正在或即将迎来批判和检验；其差异性在于，中美两国的历史处境和国际地位不同，法律现代化的成熟程度不同，所涉及法律文化的复杂性不同，既有经验和理论预设不同。基于此，在“一带一路”的法律移植中，我国应回答五个相关核心问题，并避免线性法律与发展观，法律工具主义观，隐性殖民主义观，“中国模式”完美论和万能论及法律移植的意识形态观五个观念陷阱。“一带一路”倡议为我国比较法学的发展提供了历史机遇，我国比较法学研究应突破传统“中—西”二元对立的比较格局，突破过去以概念比较和功能比较为主要方法的方法论体系，有意识地革新比较法教学体系，为中国法的全球化提供战略储备人才。

关键词 一带一路 法律移植 法律与发展运动 意义比较 法律全球化

* 清华大学法学院助理教授，法学博士。

本文写作得到高鸿钧、朱景文、丁相顺教授等诸多师友惠助，特致谢忱。

2013年9月和10月,我国国家主席习近平在出访中亚和东南亚国家期间,先后提出共建“丝绸之路经济带”和“21世纪海上丝绸之路”(简称“一带一路”)的倡议,得到国际社会高度关注。2015年3月28日,中国国家发展改革委员会、外交部、商务部联合发布《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》文件,这标志着中国所提出的“一带一路”构想正式以国家倡议的形式出台。

从某种意义上讲,“一带一路”绝不仅仅是我国向目标国家和地区输出过剩产能,或者强化自身地缘政治利益的行动,而是一种着眼于新的全球化趋势的系统安排。这种安排包含政治、经济、文化和法律等多层次内涵,值得我们站在世界体系发展变化趋势的高度,进行深入考察和认真分析。

而在“一带一路”的构想中,法律扮演着尽管未必醒目,但非常重要的角色。“一带一路”的相关政治、经济和文化目标能否取得成功,有赖于一套系统、完整、有效的法律安排作为辅助。“一带一路”不仅将为中国和世界的经济发展提供新的机遇,而且也将为世界各国法律制度和理念的交流、学习提供机缘。因此,随着“一带一路”倡议的提出,法学界很多研究机构和专家投身其中,从不同的方向和角度,为其出谋划策。而毫无疑问,在这一崭新的构想中,比较法的独特知识和独特视角,可望做出独特贡献。

本文将从比较法的角度,结合法律移植的相关理论,通过叙述和比较美国20世纪先后开展的两次“法律与发展运动”的经验和教训,为我国开展“一带一路”倡议过程中可能遇到的法律问题和风险,以及相关的解决之道,提供一些或许不无益处的借鉴。

一、美国“法律与发展运动”时期的法律移植

在传统部门法的研究中,美国的“法律与发展运动”(Law and Development Movement)并不为人所熟知,但在美国比较法学界,这场运动却是十分重要的事件和话题。一直到今天,它仍然在持续不断地激起比较法学家们的讨论和争辩,对这场运动性质的看法也趋于两极分化。

20世纪60年代,出于巩固“第二次世界大战”后世界经济体系的需要,美国和欧洲少数发达国家试图在拉丁美洲和非洲从事一定规模的发展援助。⁽¹⁾当时由美国国际开发署和福特基金会资助,美国的一些大学、美国律师协会、美国国际法学会以及国际法律中心等机构参与,由一批美国精英法学院的教授们主导,开始向拉丁美洲和非洲进行定向的法律移植。这场运动最初规模并不大,法律移植的范围也并不广。从某种程度上讲,具有一定的试验性质,主要的参与者大多是比较法学者,第三世界法律专家,法人类学家等,其中比较著名的有劳伦斯·弗里德曼(Lawrence Friedman)、亨利·梅里曼(H. Henry Merryman)、戴维·楚贝克(David Trubek)和马克·加兰特(Marc Garlanter)等。我们不能否认,当时参与这项运动的专家和学者多数抱着良好意愿,希望真正能够通过法律援助的形式,给发展中国家带来显著的经济发展和进步。⁽²⁾但跳出个别学者的意愿观察,这场运动也无疑含有现实的战略考量。法律移植是美国“第二次世界大战”后控制拉美和其他发展中国家,扩大本国全球影响的一种战略手段,

(1) 相关历史,参见鲁楠《全球化视野下的法律与发展》,法律出版社2016年版,第3~11页;另参见姚建宗《美国法律与发展研究运动述评》,法律出版社2006年版,第42~62页。

(2) 同上,鲁楠书,第47页。



有学者形象地将其称为“法律十字军南征”。⁽³⁾

从内容上看,这场法律与发展运动的着眼点,是向目标国家定向输出美式法律教育:或者在目标国家仿照美式法学院的模式,建立法学院;或者将目标国家精英阶层的子女送往美国学习法律,希望通过改造其精英阶层,使目标国家接受美国的法律制度和法律思维,从而达成实现美国法输出的目的。⁽⁴⁾美国希望通过以上方式,部分改变拉丁美洲诸国在殖民地时代建立的,以大陆法系为底本的法律体系,从而增加美国法在这些地域的影响力。⁽⁵⁾

从表现形式上看,这样一种战略手段与18世纪欧洲启蒙运动时期和19世纪欧洲各文明全球争霸时期的法律移植有着明显差异。它既不借助于明显的殖民策略,也不表现为以暴力为后盾的胁迫,而是以“传经送宝”、发展援助的方式实现本国法律的域外渗透。这种形式的法律移植,尽管以美国在经济、政治和军事上的“硬实力”为后盾,却发挥着“软实力”和“巧实力”的优势⁽⁶⁾,体现出“第二次世界大战”后全球法律移植的一系列新特点。但由于种种内因和外因,20世纪60年代开始的这场法律与发展运动持续到70年代便告偃旗息鼓。⁽⁷⁾

到了20世纪80年代中期,全球经济趋暖,“冷战”格局有所松动,世界范围内的经济联系增加,一些国际经济组织或协定,特别是世界银行(World Bank Group)和《关贸总协定》(GATT)趋于活跃。亚洲“四小龙”为代表的外向型经济取得长足发展,这给广大发展中国家都带来刺激,使他们逐步改变过去“进口替代工业化”的经济策略,向外向型经济转型,谋求与世界接轨。⁽⁸⁾在这一背景下,美国政、经、学三界再次联手,推出了新的法律与发展计划,我们今天称之为“第二次法律与发展运动”。

与第一次相比,第二次法律与发展运动投入的资源、人力更多,覆盖范围更广,取得的成果和影响更为深远。美国不仅以双边的方式谋求向广大发展中国家输出法律,而且更多的时候借助国际经济组织来间接从事法律移植活动。它具体表现在:①利用世界银行向发展中国家发放贷款,将相应的法律要求嵌入贷款合同中,称为“结构性调整”(structural adjustment)⁽⁹⁾;

(3) 高鸿钧“美国法全球化:典型例证与法理反思”,《中国法学》2011年第1期,第6~9页。

(4) 关于第一次法律与发展运动以法学教育为突破口的原因,参见〔美〕戴维·杜鲁贝克“论当代美国的法律与发展运动”(上),王力威译,潘汉典校,《比较法研究》1990年第2期,第49页。

(5) See J. A. Gardner, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, University of Wisconsin Press, 1980.

(6) 关于“硬实力”与“软实力”,参见J. S. Nye, Jr., *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, NY: PublicAffairs, 2004, p. 8.

(7) 第一次法律与发展运动停止的原因,一般认为是相关经济资助枯竭,但更深层次的原因在于理论准备不足导致的效果不佳。具体参见David M. Trubek, Marc Galanter, *Scholars in Self-estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in The United States*, *Wis. L. Review*, 1974, p. 1063; John Henry Merryman, *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, no. 3, 1977, pp. 468~469.

(8) See David Kennedy, *The Rule of Law, Political Choices, and Development Common Sense*, in D. M. Trubek and A. Santos eds, *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, pp. 99~102.

(9) Alvaro Santos, *The World Bank's Uses of Rule of Law Promise in Economic Development*, in D. M. Trubek and A. Santos eds, *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 267.

②通过制定具有科学外观的治理指数，并使这种指数与外商投资和发展援助相挂钩，使发展中国家依据指数内嵌的相应标准进行法律改革⁽¹⁰⁾；③利用《关贸总协定》及后来诞生的WTO协议，向申请国提出一揽子法律改革方案，从而将美国自身的法律制度、标准、要求和理念“包装”成为“全球方案”，输出到其他国家⁽¹¹⁾；④以法律援助名义，组织大批法律研究和培训项目，帮助目标国家培训警察、法官或行政官员。⁽¹²⁾

应该说，总体上，第二次法律与发展运动是成功的，它极大推动了“第二次世界大战”后全球法律的美国化，使美国法在与经济有关的诸多领域，特别是国际商法、国际知识产权法⁽¹³⁾等领域取得了显著优势。不仅如此，借助美国跨国公司的全球影响力和庞大网络，以及与之匹配的美国律师事务所提供的全面法律服务，一种以跨国公司标准合同为载体，以“去地方化仲裁”为主要纠纷解决方式的“新商人法”（New Law Merchant）也告产生。⁽¹⁴⁾据有学者研究，这种“新商人法”远非欧洲中世纪的商人习惯法所堪比拟，它是跨国公司主导，跨国律师事务所精心加工的产物，其法律蓝本往往出自美国的纽约法和特拉华法，这两个地方是多数美国跨国公司的注册地或总部所在地。⁽¹⁵⁾美国比较法学者加思和德扎莱通过研究指出，美国法学家对商事仲裁领域的占领是一个非常经典的法律与发展事例。在传统上，商事仲裁属于欧洲法学家们的法律市场，但“第二次世界大战”后，美国律师和法学家迅速抢占欧洲仲裁市场，而跨国公司也乐于见到能够为其提供更好服务的美国律师事务所做到这一点，在仲裁市场取得优势地位后，他们继而将“仲裁”作为一种特别法律经验输入美国本土，并对其加以包装，再以“替代性纠纷解决”（ADR）的形式输出到其他国家。⁽¹⁶⁾由此可见，在第二次法律与发展运动中，美国律师和法学家们的身段极为灵活，手法变化多端，突出体现了“商人型律师”⁽¹⁷⁾的特点和优势。

此外，在公法领域，美国法的全球输出仍十分可观。其中最引人注目的，是美国宪法和司法审查模式的全球法律散播（diffusion of law）。⁽¹⁸⁾越来越多的国家，包括德国、法国、日本、

(10) 关于治理指数及其后来变体，参见鲁楠“世界法治指数的缘起与流变”，《环球法律评论》2014年第4期，第118~133页。

(11) 参见〔美〕苏珊·K.塞尔《私权、公法：知识产权的全球化》，董刚译，中国人民大学出版社2008年版，第94~117页。

(12) See Malcolm Rowat, Waleed H. Malik, and Maria Dakolias, *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Washington, The Word Bank, 1995; C. Rodriguez, *Globalization, Judicial Reform and the Rule of Law in Latin America: The Return of Law and Development, Beyond Law*, 2001, vol. 7, p. 31.

(13) 参见鲁楠“匿名的商人法——全球化时代法律移植的新动向”，余盛峰“全球信息化秩序下的法律革命”，云昌智“跨国经济法的‘美国化’及其本质”，徐红菊“中国知识产权法的美国化？——美国模式的影响与走向”，载高鸿钧等编《法律全球化：中国与世界》，清华大学出版社2014年版，第76~93页。

(14) 参见〔德〕托伊布纳“‘全球的布科维纳’：世界社会的法律多元主义”，高鸿钧译，载高鸿钧：《全球视野的比较法与法律文化》，清华大学出版社2015年版，第392~394页。

(15) 参见前注〔13〕，鲁楠文，第138~177页。

(16) See Yves Dezalay, Bryant G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

(17) 〔美〕玛丽·安妮·格伦顿《法律人统治下的国度：法律职业危机如何改变美国社会》，沈国琴、胡鸿雁译，中国政法大学出版社2010年版，第62~85页。

(18) 参见徐霄飞“司法审查全球化：事实考察与机理分析”，载前注〔13〕，高鸿钧等编书，第113~137页。



我国台湾地区、前东欧社会主义国家，以及印度、南非等国家，都不同程度地受到美国宪法的影响，被美国宪法学家赫尔施（Ran Hirschl）称为“司法治理”（Juristocracy）⁽¹⁹⁾。美式司法审查制度成为很多国家推动本国司法改革的一个选项。⁽²⁰⁾ 这种宪法制度和宪法文化不仅通过传统公法领域来传播，而且透过国际条约、协定等方式进行渗透。典型的例子是在WTO初创时期围绕该国际组织的相关讨论，著名国际贸易法学家，“WTO之父”杰克逊即认为，国际组织可以通过仿造国内法中的宪政模式来设计基本架构⁽²¹⁾，这使美国宪政摇身一变，转变为更具普遍性的“WTO宪政”⁽²²⁾，从而对成员国的宪政和公法体制产生直接或间接影响。这种崭新的法律移植模式，打破了19世纪欧洲法典编纂运动时期的法律传播模式，并非以私法，特别是民法作为传播重点，而是以公法，特别是宪法作为传播重点，显得十分引人注目。

在两次法律与发展运动中，除了实证法领域的法律移植，美国法律观念与法律思想的输出尽管并不那么显著，但影响极为深远。如所周知，“第二次世界大战”以后，美国成为全球最活跃的法律“思想市场”⁽²³⁾，各种流派极为繁荣，法律思想创新超过其他法域，以至于其他法域的法学家唯有以英语形式在美国寻求发表，才可能取得超越本国的学术声誉，这进而造成了美国法律思想市场的虹吸现象。而在美国法律思想市场中，虽流派纷繁复杂，但总体上沿着形式主义与实用主义两条脉络分划⁽²⁴⁾，其实质是在形式合理性法与实质合理性法两种理想类型之间摆荡⁽²⁵⁾，走出了一条适应现代社会高速变动和发展的新模式，提供了关于韦伯命题的独特解答。具体到法律实践领域，是谋求同样情况同样对待，以确保法律满足市场行为期待的要求，与谋求不同情况不同对待，以满足市场变动灵活性的需要两者之间谋求动态平衡。据邓肯·肯尼迪（Duncan Kennedy）分析，“第二次世界大战”以后的美国法律思想表现为公法上的新形式主义与私法上的政策分析，前者是以形式合理性约束实质合理性法，后者则是用实质合理性考

(19) See Ran Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Harvard University Press, 2007; also see Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000; Carlo Guarneri and Patrizia Pederzoli, *From Democracy to Juristocracy? The Power of Judges: A Comparative Study of Courts and Democracy*, ed. by A. Thomas, Oxford, Oxford University Press, 2002; Alec Stone Sweet, *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press, 2000.

(20) 参见〔葡〕桑托斯《迈向新法律常识：法律、全球化和解放》（第二版），刘坤轮、叶传星译，中国人民大学出版社2009年版，第392~412页。

(21) 参见鲁楠、高鸿钧“中国与WTO：全球化视野的回顾与展望”，载前注〔13〕，高鸿钧等编书，第404~430页。

(22) Deborah Z. Cass, *The Constitutionalization of The World Trade Organization: Legitimacy, Democracy, and Community in the International Trading System*, Oxford, Oxford University Press, 2005; 类似思想的欧洲版本，参见〔德〕E. U. 彼得斯曼《国际经济法的宪法功能与宪法问题》，何志鹏等译，高等教育出版社2004年版，第102~105页；王玉婷《WTO宪政理论研究》，法律出版社2010年版。

(23) 〔美〕罗纳德·哈里·科斯“商品市场和思想市场”，载《东方早报》，上海经济评论，2013年9月10日。

(24) 参见 B. Tamaraha, *Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2010, pp. 1~3.

(25) 参见〔美〕邓肯·肯尼迪“逻辑形式法律理性的‘祛魅或韦伯关于西方法律思想现代模式系统的社会学研究’”，载〔美〕查尔斯·卡米克等编《马克斯·韦伯的〈经济与社会〉：评论指针》，上海三联书店2012年版，第309~355页。

量补充形式合理性法,这种混融与换位构成了“第二次世界大战”后美国法律思想的独特风景,而公法与私法在强调司法治理的不可替代作用上实现了殊途同归。⁽²⁶⁾而在法律与发展运动中,美国法律思想的域外输出可谓结合了公法新形式主义和政策分析两股潮流,但在具体的运用中,它表现出与其在美国本土的格局并非完全一致,甚至截然相反的形式。具体而言,在美国本土,复杂精巧的宪政结构确保了两股看似对立的思想潮流能在司法调节下取得动态平衡,而在美国法律思想的输入国,它们则分别成为不同权势集团证立其利益和主张的思想武器。例如,在印度,政策分析及法律社会科学进路可为灵活的经济改革和社会转型提供思想支持;而公法新形式主义和人权论则为司法能动主义赋予动力,对相应改革进行干预,它既可为土地所有者的权益提供人权论证,也可为少数族裔和非印度教信仰者提供法律武器。⁽²⁷⁾我国非常流行的社科法学与法教义学之争,反映了来源于美国的法律思想和来源于德国的法律思想的新一轮角逐,而社科法学远非其所表彰的“本土资源”,恰恰是美国法律思想全球散播的组成部分。⁽²⁸⁾

美国法律思想的传播,不仅在法理论的层面扩展,而且渗透进入部门法领域。例如,在知识产权法领域,知识产权的私权论透过WTO的Trips协议得到全球传播,但据专家研究,在美国本土,知识产权却是受到公共政策广泛干预和影响的领域,与WTO中的“私权论”形象并不相符,甚至有西方左翼学者尖锐的指出,这种有意的“误解”不过是跨国公司谋求其自身利益最大化的一种表现。⁽²⁹⁾例如,在国际金融法,特别是国际金融监管领域,继1989年的“华盛顿共识”出台之后,美国法的全球化日益明显,这导致越来越多的新兴经济体在发展资本市场的过程中,以美国法为蓝本建立本国的金融监管制度,这所带来的后果,一方面是全球金融法律制度越来越趋同,适应了全球资本市场一体化的总体趋势,但另一方面是金融风险也日益全球化,国家主导的金融监管制度遭受冲击。⁽³⁰⁾

二、美国法律与发展运动的经验与教训

从整体来看,美国两次法律与发展运动的效果显著,它作为美国全球战略的重要组成部分,在美国法律移植的过程中发挥了不可估量的影响。它基本上终结了自18世纪以来,欧洲法律一统天下的局面,将19世纪欧洲法典编纂运动的余波消弭于无形。不仅如此,美国法理念正在反向渗透入传统欧洲法律市场,在欧洲一体化过程中,美国联邦体制和宪政安排便成为欧盟宪政的重要参照系。美国法学家邓肯·肯尼迪毫不犹豫地指出,自1945至2000年间世界法律和法律

(26) 参见〔美〕邓肯·肯尼迪 “法律与法律思想的三次全球化: 1850—2000”,高鸿钧译,载前注〔14〕,高鸿钧书,第377~380页。

(27) 参见蒋龔 “正当程序条款的不同命运——美国宪法和印度制宪会议旧事”,《华东政法大学学报》2016年第3期,第134~149页。

(28) 关于法教义学的德国思想来源,参见焦宝乾 “法教义学的观念及其演变”,《法商研究》2006年第4期,第88~93页;白斌 “论法教义学: 源流、特征及其功能”,《环球法律评论》2010年第3期,第16页;关于社科法学的描述,参见侯猛 “社科法学的跨界格局与实证前景”,《法学》2013年第4期,第30~35页。

(29) 参见前注〔11〕,〔美〕苏珊·K.塞尔书,第45~54页。

(30) 参见何美欢 “商法救国”,载高鸿钧主编《清华法论衡》(第14辑),清华大学出版社2011年版,第132~152页。



思想的全球化可谓美国法的全球化。⁽³¹⁾

尽管如此,来自美国法学界内部,对于两次法律与发展运动的批评之声仍然不绝于耳,很多著名法学家认为,法律与发展运动的教训远远大于经验,失败远远多于成功。特别是2008年次贷危机之后,对这场运动的批判越来越尖锐⁽³²⁾,以至于邓肯·肯尼迪认为,美国法的全球化已然终结。在此,笔者不打算对21世纪全球法的走向和趋势进行预测,而仅从这两场法律与发展运动着眼,谈谈其成败得失。而作为一个旁观者,笔者与美国法学界内部的主流观点未必完全相同。在笔者看来,在两次法律与发展运动中,第一次是失败的,第二次却是成功的,而第一次运动的失败为后来的成功奠定了基础。第一次法律与发展运动之所以失败,大体有三个主要原因。

第一,参加者对法律与发展关系的理论预设不清楚,这一点被戴维·楚贝克在事后所特别指出。在1974年,楚贝克与加兰特发表于《威斯康星法律评论》(Wisconsin Law Review)的《自我异化的学者》(Scholars in Self-Estrangement)一文中,他们便指出,由于参与第一次法律与发展运动的学者难以界定其工作的性质或解释其社会效用,无法在共同利益和共同意识方面达成共识而遭遇严重的智识危机。⁽³³⁾而在1989年发表的论文中,楚贝克认为,法律与发展运动最初受两种理论结构指导,他称之为“进化论与法律移植”和“工具论”。“进化论和法律移植”认为,法律和社会的进程必然经历一个由传统到现代,由低级到高级的进化过程,法律与发展运动就是现代、高级的人类社会将其法律引进、移植进入传统、低级的人类社会的过程。⁽³⁴⁾而“工具论”则与前者有所不同,主张移植的重点并非将现代、高级国家的法律搬移至目标国家,而是在于输出这种观念,“即法律是自觉的社会变革的实用工具。一旦第三世界的律师学会了像社会工程师那样思考问题,他们能够依靠自己想出他们的法律体系需要进行什么变革;他们将学会怎样通过法律手段是当地进行社会的和经济的改革”⁽³⁵⁾。但法律与发展运动的实践表明,不论是进化论和法律移植,还是工具论,在推进法律与发展运动的过程中都存在严重问题。进化论和法律移植的错误在于,将社会演进的逻辑作简单的线性处理,忽视了不同国家经济社会发展的复杂性,工具论的错误则在于“对法律本质的认识太过狭窄”⁽³⁶⁾,它将法律背后值得尊重和记取的价值一概排除,以至于与进化论和法律移植造成的“异化”相比,是更深层次的异化。显然,在1989年写作的文章中,作者已经隐然指出第二次法律与发展运动的深层问题,在他看来,与第一次相比,第二次运动貌似告别了粗浅的进化论和法律移植观,但作为替代性的法律工具论远非比前者更佳。其内容不过是以更简化版本的“法治”作为渗透进入目标国家的一种改进手段,与此同时,一种实用主义的法律观开始弥散全球。但不得不指出的是,恰恰是这种实用主义的法律观,为第二次法律与发展运动的成功提供了智力支持,其背后的原因是耐人寻味的。

(31) 参见前注〔26〕,〔美〕邓肯·肯尼迪文,第316~383页。

(32) See David Trubek & A. Santos, *Toward New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, 2006.

(33) See David M. Trubek, Marc Galanter, Scholars in self-estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in The United States, *Wis. L. Review*, 1974, p. 1063.

(34) 参见前注〔4〕,〔美〕戴维·杜鲁贝克文,第48页。

(35) 同上,第49页。

(36) 同上,第53页。

第二，参加者对目标国家的社会、历史和文化情境了解有限。这点特别为美国著名的法文化学家劳伦斯·弗里德曼所强调。在1969年发表的文章《论法律发展》中，弗里德曼特别指出，那些当初参与法律与发展运动的法学家，“他们的活动预先设定了一个基本的理论，在国外他的全部活动必定意味着他要传播一些与文化毫不相干的东西”⁽³⁷⁾，他们“对于法律和发展也存在触目惊心的无知或误解，反映了对于法律制度和社会制度的一般关系存在同样程度的无知”⁽³⁸⁾。在他看来，“在一个共同体内部人们对法律的态度，会构成对社会变革的一种障碍，或是一种对社会变化的力量源泉”⁽³⁹⁾，而这种对法律的态度就是法律文化，它不仅与纸面之法相关联，更体现了活的法律，而纸面之法与“活法”之间远非完美一致。“没有一种法律文化支配着对法律的尽善尽美的服从”⁽⁴⁰⁾，二者之间横亘的巨大鸿沟恰恰是一切法律与发展计划首先需要认真考虑的问题。在这里，回顾第一次法律与发展运动时期，向拉美输出美式法学教育的失败例子，或许不无助益。故事的结局远非当年专家们所预想的那样，受到良好美式法律教育的本土精英及其后代，能够按照新的游戏规则参与本国法治建设，进而促进经济与社会发展。事实上，本土精英更多地利用其所受到的国外教育作为符号资本，打开仕途，进而依赖本土统治经验参与政治游戏。正如批判法学所一再指出的，“话语—权力”的技术在发展中国家的精英当中得到了熟练运用，其机敏程度丝毫不亚于美国政客。更有力的分析来自于一直关注全球“法治”观念传播的托马斯·卡罗特斯(Thomas Carothers)。他针对第二次法律与发展运动中十分突出的“法治”话语的全球传播现象指出，20世纪90年代以来，“法治”越来越变成包治百病的“灵丹妙药”，以至于乌戈·查韦斯、弗拉基米尔·普京，到穆兄会和塔利班，都不约而同地承诺加强法治，但在“法治”的名义下暗藏着歧义纷出，复杂多样的政治谋划，而这些谋划与各国的社会结构、政治格局、历史传统和文化面貌密切相关。为了在法治的名义下实现法律对全球经济发展的“嵌入”，人们越来越倾向于采取一种简化版本的法治主张，即楚贝克所描述的“工具论”，但其代价也异常沉重，以至于法治本身已经失去其意义和价值。⁽⁴¹⁾巴里·温加斯特(Barry R. Weingast)则更为尖锐地提出一个现象，即种种事实证明，发展中国家表面接受法治和善治(good governance)的话语，却一直在抵制法治，而究其原因，在于法治背后基本社会秩序结构的差异。温加斯特认为，多数发展中国家仍然停留在限制准入秩序(limited access social order)的社会，而没有进入开放准入秩序(open access order)的社会。⁽⁴²⁾精研伊斯兰法的泰穆尔·库兰结合20世纪70年代以来的伊斯兰复兴运动和对“伊斯兰法治”的研究指出，从伊斯兰沙里亚法的传统意蕴中开出的种种所谓符合现代法治精神的说法，远非经得起推敲和检验，在传统伊斯兰法和现代法治之间仍横亘着巨大的文化鸿沟。⁽⁴³⁾以上种种分析，都不约而同地强

(37) [美] 劳伦斯·弗里德曼 “论法律发展”，陈鲁宁、甘德怀译，《法制现代化研究》1997年第1期，第5页。

(38) 同上，第6页。

(39) 同上，第77页。

(40) 同上，第78页。

(41) 参见[美] 托马斯·卡罗特斯 “法治的诱惑”，鲁楠译，载[美] 詹姆斯·赫克曼等编《全球视野下的法治》，高鸿钧、鲁楠等译，清华大学出版社2014年版，第16~27页。

(42) 参见[美] 巴里·温加斯特 “为什么发展中国家如此抵制法治”，鲁楠译，载同上书，第31页。

(43) 参见[美] 泰穆尔·库兰 “伊斯兰思想与实践中的法治：一个历史的视角”，高鸿钧译，载同上书，第95页。



调,在法律与发展运动中,对法律与社会,尤其是文化之间构成关系的无意或有意的忽略所带来的种种事与愿违的后果。而在这种反思中,工具论的法律观和简化论的法治观都受到了一致批评。

第三,第一次法律与发展运动缺少系统性资源整合,这一缺陷在第二次运动中得到了有效克服。正如我国学者高鸿钧教授在对比两次法律与发展运动的差异时所指出的,两次法律与发展运动不论在性质、规模和法律移植方式上都不可同日而语。前者在性质上更类似于半学术、半自发性的松散行动,而后者则包含政府、企业、非政府组织和学术机构在内的复杂结合体,具有更强的官方性质;前者在规模上不过涵盖四、五个国家,金额不过五百万美元;而后者如果仅仅计算直接发展援助的对象,则涵盖了十多个国家,金额高达数亿美元;前者以学术和教育带动法律移植,后者则以法律制度改革带动法律移植。⁽⁴⁴⁾整体而言,第二次法律与发展运动比第一次规模更大、资源配置更加完备,法律移植方法更加多样,影响更加深远。葡萄牙学者桑托斯(Boaventura de Sousa Santos)更倾向于将两次法律与发展运动视为一个连续体,他指出,早在20世纪60年代,美国国际开发署就已经将法律项目分为四个阶段来规划。第一阶段主要是法学教育和法律改革;第二阶段是基本的法律援助需求;第三阶段是法院改革;第四阶段是国家民主项目的设计。⁽⁴⁵⁾而第二次法律与发展运动正在转向以全球法院改革为撬动发展中国家法制的“阿基米德支点”。单从法律移植角度来看,第二次法律发展运动更突出了一种隐性的法律移植模式,即桑托斯所说的“自上而下的法律全球化”。这种法律全球化模式分为两个步骤,即全球化的地方主义和地方化的全球主义,其关键在于,将核心区国家的地方性法律实践包装为全球法的形式,继而再借助这种全球法的形式输出到目标国家,将其转化为地方法。在桑托斯看来,这是一种霸权的全球化,是一种隐性的法律支配。⁽⁴⁶⁾第二次法律与发展运动充分利用的全球化时代法律移植的新特点,以种种方式促成美国法非定向的、多点散开的、多携带主体的、多传播形式的法律散播⁽⁴⁷⁾,这形成了“第二次世界大战”后法律移植现象中引人注目的流动景观。

第四,尽管笔者认为,第二次法律发展运动相对于第一次运动较为成功,但此结论并未得到该领域研究者的一致赞同,美国学者丹尼尔·伯克威茨等便从法律移植效应角度,通过统计学研究指出,法律发展运动的成果远非一目了然,不同地区的表现形式各不相同,例如,在中、东欧和波罗的海地区,法律改革的成效并不尽如人意。而且这些学者进一步指出,一般而言,英美法系的法律移植效应相对于德、法为代表的大陆法系较优,而若考虑人均国民生产总值的变量,英美法系的表现和斯堪的纳维亚法系国家的表现大体相当。⁽⁴⁸⁾当然,笔者并非完全赞同这一统计学的调查结论,其背后反映了一种成功者自传式的事后确证,话语总是急于跟上权力的脚步。而更严厉的批评也来自于西方,特别是美国法学界内部。很多学者,包括桑托斯、詹姆斯·加德纳(James Gardner)和乌戈·马太(Ugo Mattei)都指责法律与发展运动不过是“美

(44) 参见前注〔3〕,高鸿钧文,第8~9页。

(45) 参见前注〔20〕,〔葡〕桑托斯书,第402页。

(46) 同上,第221~222页。

(47) 关于法律散播,参见〔英〕威廉·推宁“全球化与比较法”,吴大伟译,载〔英〕埃辛·奥赫绪、〔意〕戴维·奈尔肯《比较法新论》,马剑银、鲁楠等译,清华大学出版社2012年版,第96~97页。

(48) 参见〔美〕丹尼尔·伯克威茨、卡塔琳娜·皮斯托、弗朗索瓦·理查德“全球视野下的法律移植效应”,魏磊杰、伍雨佳译,载高鸿钧、鲁楠编《清华法治论衡》(第20辑),清华大学出版社2016年版,第389页。

国法律帝国主义”⁽⁴⁹⁾的一种表现,其实质是一种新殖民主义⁽⁵⁰⁾。而具有发展中国家经历和背景的学者则认为,应对法律与发展运动背后的发展观进行彻底反思,发展并不仅仅等于经济发展和效率增加,“还应包括政治民主的加强,公民权利和自由的扩大,社会公平正义的增进,以及人的全面发展”⁽⁵¹⁾,从而增进人的实质性自由⁽⁵²⁾,让发展中国家的民众自主推动其政治民主、经济发展和社会进步。⁽⁵³⁾

三、“一带一路”倡议中的中国法律移植

在对美国两次法律与发展运动进行描述、总结和反思之后,我们不妨回头来看目前方兴未艾的“一带一路”国家倡议。应该指出,两者之间存在着三点相似性和四点差异性。

首先,三点相似性。第一,两种战略都是在经济上的强势国家主导的一种全球战略。尽管到目前为止,我国仍然坚持自己的发展中国家身份,但从GDP总量已跃居世界第二的这一事实来看,她已经成为继美国之后,经济体量最大、崛起最迅速、发展潜力最强的世界大国。我国正在谋求突破区域性强国这一身份的限制,试图在全球发挥其影响力。在此背景下,“一带一路”战略绝非仅仅是一种区域性谋划,它实质上带有全球战略的抱负和特征,是一种积极参与全球治理的重大举措。而美国法律与发展运动尽管以法律移植为重心,却是“第二次世界大战”后美国全球战略的有机组成部分,其目的在于巩固、加强美国在全球体系中的战略主导地位;第二,两种战略都不可避免地要带有法律内容,而且法律在其中扮演的角色将越来越突出。这一点对法律与发展运动而言自不待言,对“一带一路”战略而言则有必要加以细致说明。不少人以为,“一带一路”战略在本质上是一种经济战略,它与经济以外的其他内容并不衔接,或者衔接得并不紧密,这无疑是一种误解。表面看起来,“一带一路”的经济目的极为明显,但如果综合考虑其全球目标,以及在目标国家维持日常经济存在的考量,就不得不将政治、经济、社会和法律因素加以综合考虑。在这一过程中,向“一带一路”沿线各国投资设厂的我国企业,一方面需要支付成本,掌握并评估各国的法律制度和法律文化,另一方面,非常自然,他们也希望自己相对熟悉的法律实践能够被引入与目标国家商业伙伴的合作中,从而有效降低交易成本,控制法律风险。因此,我国企业主体有动力推动中国法律的域外输出。从政府角度来看,在“一带一路”战略中输出本国法,成为涉及法律业务的各个政府部门都不可避免会考虑的新问题,以知识产权为例,在我国高铁、核电、大飞机等项目和产品向各国推销的过程中,如何有效地保障知识产权,避免知识产权的争讼阻碍我国相关产业走向世界,成为知识产权法律部门工作的重点。做好知识产权法律风险的预警,为企业提供更广泛、周到的知识产权法律服务,

(49) 前注〔20〕,〔葡〕桑托斯书:James A. Garder, *Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison: University of Wisconsin Press, 1980〔美〕乌戈·马太《西方的掠夺:当法治非法时》,苟海莹译,社会科学文献出版社2012年版,第166~174页。

(50) See Horatia Muir Watt, *Globalization and Comparative Law*, in M. Reimann & R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, p. 581.

(51) 前注〔3〕,高鸿钧文,第36页。

(52) 参见〔印〕阿玛蒂亚·森《以自由看待发展》,任贇、于真译,中国人民大学出版社2002年版,第30页。

(53) See Roberto Mangabeira Unger, *What Should the Left Propose*, London, N. Y.: Verso, 2005, pp. 64~82.



都与中国知识产权法律制度的输出有关。“资本携带法律”正在取代“资本携带枪炮”成为经济全球化的表征，中国也无法排除在外。又以国际投资为例，众所周知，近年来，我国已经由传统意义上的资本输入国变为资本输出国，如何确保我国企业跨国投资的安全性，成为“一带一路”战略中的重点，这迫使我国一改当初加入WTO时期对投资有关国际协议的低调、消极态度，积极谋求推进全球投资法律框架的发展⁽⁵⁴⁾，在这一过程中，如何建立符合我国利益的跨国投资法模式，是急需考虑的问题。另外一个例子尤其引人注目，2015年12月，我国主导的亚洲基础设施投资银行正式成立，这标志着为“一带一路”提供金融服务的国际经济组织已经产生。这难免令人想起在第二次法律与发展运动中，世界银行所扮演的重要角色。而建立一种怎样的全球金融法律体制，既确保亚投行健康运转，又使它能够为“一带一路”战略提供持久的金融支持，同时能有效地控制违约风险，是摆在面前的难题。在此之前，我国实际上并无独力操盘大型国际经济组织的丰富经验，如何对这一组织进行法律设计，如何勾画跨国贷款的法律条件，都有赖于一整套丰富、有效的法律知识和经验。在这一过程中，总结本国金融法制的经验和教训，学习域外法律技术将变得更为紧迫，而法律移植是一种便利的学习手段。第三，两种战略都正在，或即将迎来国内外各方极为激烈的批判和检验，在这一过程中，伴随着剧烈的利益博弈和话语争斗。正如乌尔里希·贝克所说⁽⁵⁵⁾，全球化是一场超级游戏，各种角色轮番登场，各显其能，合纵与连横的种种策略都在所难免。在美国两次法律与发展运动中，类似的利益博弈和话语争斗也比比皆是。我们只需列举号称“经济北约”的“跨太平洋伙伴关系协定”(TPP)和2016年5月12日欧洲议会拒绝给予我国市场经济地位的决议，都可以看到这种复杂性。而在这一过程中，如何妥善设计法律移植战略，在话语和权力两个方面取得灵活的优势，是非常困难，也非常值得探索的事情。

其次，四点差异性。尽管两种战略之间的相似性很多，但二者之间的差异性，或者毋宁说我们所期待的差异性也极为明显。第一，中美两国的历史处境和国际地位不同。“第二次世界大战”以后，美国成为超级大国，有足够的经济实力和国际影响力贯彻其意志，尽管面对来自苏联的挑战，受制于“冷战”格局的影响，但“冷战”并没有从根本上阻碍美国法律在世界范围内的传播，相反，随着苏联计划经济体制僵化性的逐渐暴露，美国与市场经济适应的法律安排更体现了某种说服力，取得了显著影响；而我国自近代以来积贫积弱，在国际竞争中取得一定优势，拥有一定国力还是近十年间的事，谋划全球战略，更是近一两年的事。我国无法做到美国全球战略那样的成熟和全面，这导致在“一带一路”的倡议下，我们的战略安排必须重点突出，以点带面；第二，中美两国法律现代化的成熟程度不同。美国自1787年制定宪法以来，其法律便已经步入现代化轨道，其精巧的宪政、成熟的民主、良性的司法、自主运作的市场和与之匹配的私法体系都为世人所称道，美国法之所以能够全球散播，一方面固然取决于美国有意识的战略布局，但美国法的内在优势确实是更重要的原因。⁽⁵⁶⁾而反观中国法，尽管我国法律的

(54) 参见桑百川：“新一轮全球投资规则变迁的应对策略——以中美投资协定谈判为视角”，《人民论坛》2014年第2期，第82~89页。

(55) 参见〔德〕乌尔里希·贝克《全球化时代的权力与反权力》，蒋仁祥、胡颐译，广西师范大学出版社2004年版，第1~6页。

(56) 关于美国法制的内在优势，托克维尔早已有所观察，参见〔法〕托克维尔《论美国的民主》，董国良译，商务印书馆1996年版，第124~192页；但对美国法律变迁，特别是美国宪法更现实的分析，参见王希：《原则与妥协：美国宪法的精神与实践》，北京大学出版社2014年版，第59~130页。

近现代化可追溯至洋务运动，迄今已一百多年，但平心而论，一直到今天，中国法在诸多领域仍然没有达到世界先进水平，与市场经济和现代社会不相适应的法律安排仍然很多，即使是生活在中国的社会主体，也对这种法律落后和粗疏现象多有批评。因此，在法律与发展运动中，美国法的输出是有备而来，而在“一带一路”战略中，中国法的移植则属仓促上阵，在某些特定法律领域，甚至是无章可循。但毫无疑问，全球化趋势和国家战略似乎并未给中国法律的移植留下太多时间，这迫使中国法律界必须将对内法律改革和对外法律移植放在同一计划下进行考量，这是美国法律与发展运动所难以想象的，也是我国面临的独一无二的难题。第三，出于地缘政治考虑，美国法律与发展运动最初主要着眼于其“后院”拉美国家，旁涉欧洲和非洲国家，而出于类似考虑，我国“一带一路”战略涉及在传统上与中国经济和文化纽带较密切的国家和地区。而若仔细考察“一带一路”沿线国家，则势必发现，中国法律移植所面临的法律文化复杂性远超美国所面临的情况。据2015年统计，“一带一路”沿线主要国家多达66个，横跨亚、非、欧、美四大洲，若综合考察其辐射效应，则很可能覆盖全球。在法律与发展运动中，作为法律移植的主要对象，拉丁美洲诸国多数属于历史上的殖民地，传统上受大陆法系影响较大。这使法律与发展运动在很大程度上表现为西方法文明中的两大分支，即大陆法系和英美法系之间的家族内部争斗。而“一带一路”则不同，广阔的地域，穿越东西方的线路，使“一带一路”几乎涵盖了比较法中现存所有的法系类型，特别是伊斯兰法系和印度法系，这不仅对美国学者，对我国学者而言更是颇为陌生。此外，作为海上丝绸之路必经之地的南亚诸国，则大多是多种法律传统交错并存的“混合法系”。如果法律移植不仅仅是法律规则和制度的移植，更是不同法律传统或法律文化之间的对撞和融合的话，我们可以说，“一带一路”所面临的法文化难题，要远比法律与发展运动所面对的问题复杂而高难。但我们看到的是，我国学者对于自己所面临的问题的复杂性还缺乏清醒的意识，相关知识储备严重不足。第四，美国法律与发展运动的经验看似来自于美国本土，但背后有着西方殖民主义上百年的经验累积，梅里曼指出，法律与发展运动背后存在四种经验类比，分别为西方殖民管理的经验，“第二次世界大战”后对德、日等战败国领土占领的经验，对本国印第安人进行内部殖民的经验，以及区域发展的经验。⁽⁵⁷⁾在这四种类比中，殖民管理的经验分量特重，特别是英国在肯尼亚、印度和牙买加，以及法国在阿尔及利亚和黑非洲的殖民经验备受关注。而与此相比，我国自形成统一现代国家以来，既没有海外殖民的传统，在道义上也无法接受任何版本的殖民主义观念。我国唯有内部经济社会发展的自主经验可资借鉴，但这种经验具有高度的文化特殊性，并未经受跨文化和跨国国家的挑战和检验，难免适用性不足。这使我们在经营“一带一路”战略的过程中难免显得经验缺乏。

当我们对中、美两国相关法律战略进行初步比较之后，不难看出，“一带一路”作为一种法律移植框架，条件、经验并不充足、困难更大、知识和技术要求更高。但从另一个角度来看，这又是我国法律思想、制度和实践取得长足进步的历史契机。恰如美国第一次法律发展运动以失败收场，第二次虽部分成功，但仍饱受诟病一样，我们也应对“一带一路”倡议中的法律移植抱有理性、平和的态度。我们当然希望战略取得成功，但这一过程中经验的积累和态度的转变显得尤为重要。

(57) See John Henry Merryman, Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline & Revival of the Law and Development Movement, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 25, no. 3, 1977, pp. 468 ~ 469.



笔者认为,结合美国法律与发展运动的经验与教训,我国“一带一路”战略中的法律移植应思考五个核心问题。

第一,为什么从事法律移植?到目前为止,这一问题在“一带一路”国家战略的决策层和参与者中并未取得充分沟通和相互理解,远未达成一致意见。究其原因,这部分源于,部分国内学者对该战略抱持着一种经济决定论观念,而未对战略的复合型、复杂性给予充分认识,部分源于对全球化过程的理解具有片面性。必须加以澄清的是,全球化过程远非单纯的经济全球化,法律全球化绝非仅仅是经济全球化的附属现象,二者虽然在某种情境下实现“结构耦合”,但总体而言,法律的全球化是一种独立现象,需要给予重视。⁽⁵⁸⁾法律全球化不仅对经济效益产生深远影响,它也会与全球化的其他界面,如政治、科学和文化相互关联,产生种种复杂效应。而在法律全球化过程中,一个国家的法律移植,从某一侧面彰显了该国的全球影响力和资源支配力,它处于硬实力和软实力的交错地带,更不乏巧实力的细致安排。根据德扎莱与加思所提供的法律市场隐喻⁽⁵⁹⁾,在全球亦存在法律市场,而各国法律制度和法律思想恰如该市场中的产品,它也存在市场占有率、商品质量、销路、商誉和代理人等问题,处于高度竞争的环境中⁽⁶⁰⁾,是需要加以悉心经营的事业。过去我国由于难以在全球层面发挥影响力,更难以组织全球战略,故而法律移植显得零散,缺乏规划,以法律输入为主,而极少法律输出。而随着“一带一路”倡议的提出,法律移植现象将更加活跃,此时一系列立足长远的法律移植构想应纳入考虑。

第二,谁来从事法律移植?在传统法律移植理论中,民族国家政府是法律移植理所当然的提出者和执行人,这一点在具有久远国家中心主义传统的我国,更容易成为未加反思的公论。但美国法律与发展运动的历程表明,在全球化时代,法律移植必然是多元主体从事的事业,即政府、企业、非政府组织、法律职业群体、学术界乃至艺术界都以不同的方式参与法律移植过程,其中政府所扮演的角色不仅未必是中心性的,更可能不是最重要的。⁽⁶¹⁾相对而言,企业在“走出去”过程中,对法律的需求更敏感,对法律移植的热情更高。而且从美国跨国公司携带资本全球游走的实践来看,资本携带法律的“新商人法”恰恰表明,它是全球化时代法律移植的有效模式。因此,在“一带一路”倡议中,鼓励、推动企业,特别是具有跨国公司能力的我国企业参与起草影响行业的标准合同,参与和自身利益密切相关法律起草和修改,是一种可供参考的法律移植方式。与此相匹配,可着力发挥我国大型律师事务所、国家仲裁机构与我国企业之间的配合作用,打造体现我国利益和我国关注的“新商人法”。例如,我国企业阿里巴巴在探索互联网商业的过程中走在世界前列,这种实践很可能带动相关法律实践的发展,在一定区域,如杭州积累起大量的司法判决,这些法律实践可为相关法律经验的输出提供重要的资源。类似的新兴领域还有很多,例如网约出租车的商业活动及其法律安排将是另一个实例。除了企业,

(58) 参见鲁楠“全球化时代比较法的优势与缺陷”,《中国法学》2014年第1期,第102~124页。

(59) 参见〔美〕Y. 德兹莱、B. 加思“法律与法律制度的输入与输出:国家‘宫廷斗争’中的国际战略”,载〔意〕D. 奈尔肯、〔德〕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307~324页。

(60) 参见〔美〕安东尼·奥格斯“经济学进路:法律体系间的竞争”,吴云译,载前注〔47〕,〔英〕埃辛·奥赫绪、〔意〕戴维·奈尔肯书,第177~190页。

(61) 关于全球化时代法律移植的多元性特征,参见前注〔48〕,〔美〕丹尼尔·伯科威茨、卡塔琳娜·皮斯托、弗朗索瓦·理查德文,第96~97页。

非政府组织在法律移植活动中发挥的作用也不可低估。美国法律移植的实践表明,一些以人权、法治、环保等名义在全球活动的跨国非政府组织的作用极为明显,由于这些组织宣称自己不牵涉经济利益,而以传播“普世价值”为己任,很容易借助全球公共领域产生广泛影响,且道德公信力一般高于企业和政府。因此,充分培植体现全球价值观的跨国非政府组织,使其在与“一带一路”各国进行非官方交流的过程中推广中国法的有益制度、理念和实践,完全可能。借鉴美国第一次法律与发展运动的实践,法律职业群体,特别是法学教育机构,可以在协助其他国家培养法律人才,从事法律知识和经验跨国交流方面发挥作用,政府可直接或间接资助若干所大学法学院吸收印度、俄罗斯、伊斯兰世界和拉美等发展中国家的人才到我国交流知识、交换经验,互相学习各自的法律制度和法律文化,既借助留学生将中国法“携带”到目标国家,又通过他们将域外国家的法律信息带入我国。同时也可定向培养终身从事印度、俄罗斯、拉美、非洲以及伊斯兰地区法律制度和法律文化的专家,及早为“一带一路”提供知识储备,在这一方面,清华大学的“发展中国家研究博士项目”值得推广。⁽⁶²⁾值得一提的是,在信息时代,文学艺术、电影电视作品和互联网信息产品,以及跨国传媒在传播法律理念方面发挥了越来越重要的作用。近年来,我国影视作品开始走出国门,向更多国家播放,而通过这些媒介,将我国的法理念和法文化搭载、传播,不失为巧妙的方法。同样,大量引入来自印度、拉美和俄罗斯的影视作品和文化产品,有助于激发中国人对这些国家风土人情、法律法规、制度安排的兴趣。因此,在“一带一路”的倡议中,法律移植的主体越是多元化,法律移植的整体效率越高,参与法律移植的国家所获越丰。在诸多法律移植主体中,特别值得一提的是“法律企业家”,即专门以从事法律移植,在域外谋求地位和利益为生存之道的法律专家。这种“法律企业家”在欧盟法的形成过程中发挥了重要作用⁽⁶³⁾,他们不仅包括在世界游走,任教、任职的母国法律人才,而且包括活跃于各种世界组织,从事法律业务的公务员、律师和发展问题专家。有意识地培育我国的“法律企业家”,让他们从事中国法的“经营”活动,是接下来应着力去做的工作。

第三,如何从事法律移植?考诸自18世纪以来西方法律移植的历史,我们不难看出,从法律移植的强度和输入国的态度上分类,西方法律移植的模式大体有三种,分别为武力强加式,半推半就式和自愿继受式。而武力强加式在以“和平和发展”为时代主题的21世纪,几乎不再可能;半推半就式仅仅在输出国对输入国保持着某种超出武力支配之外的其他支配力时方才有效,而显然,我国尚不具有如此巨大的影响力,而且这种模式也暗含着道德缺陷,与我国“和平共处五项原则”的外交政策不符。因此,我国唯有在平等相待,自愿合作,相互学习的基础上推动相互的法律移植、法律沟通和法律协调一途。这样,在中国法的域外移植中,本国法的优越性、适应性、灵活性、稳定性就需要加以考虑。我国应着眼于真诚地为“一带一路”上的合作国家提供更好的法律服务和更便宜的“公共产品”,细心谋求与本土资源良好结合的法律实践形式,而非仅仅着眼于实现本国企业和其他行动者利益的最大化。在这一过程中,不仅可以采取目标定向的法律移植,即目标明确地将中国特定法律安排输出到特定国家,例如,在为某

(62) 关于清华大学发展中国家研究博士项目,参见 <http://www.tsinghua.edu.cn/publish/sss/9176/index.html>,最后访问时间:2016年9月18日。

(63) 参见〔美〕安东尼·科恩等“冷战法:法律企业家和欧洲法律场域的出现(1945—1965)”,鲁楠译,载〔德〕沃尔克玛·金斯纳,〔意〕戴维·奈尔肯编《欧洲法律之路——欧洲法律社会学视角》,高鸿钧等译,清华大学出版社2010年版,第211~238页。



国提供高铁全套建设项目的过程中,将高铁运行、管理的相关法律标准、制度和程序一并向引入高铁的发展中国家推荐,允许对方自主参考、吸收和借鉴。也可以采取目标不定向的法律散播,即将某些法律安排嵌入标准合同、仲裁条款、标准手册、谈判流程、贷款条件、律师服务合同、区域性条约、协定乃至全球性条约群中,随机、随时地引起法律移植,让相关制度安排和法律实践接受全球法律行动者的检验。这要求我国法律职业整体上具有更加敏感的法律移植意识和谋求长远利益的战略观念。在具体实践中,法律移植所面临的问题千差万别,远非纸上谈兵那般顺利。我国首先将面临的困境就是,西方法律制度已经充斥全球法律市场,以至于为非西方国家留下的空间十分有限。但这并不等于非西方国家全无展示的舞台,相反,在某些新兴领域,或者某些西方国家未予充分占领的领域,仍有抢占法律市场的可能性,印度药品知识产权制度便是一个引起人们广泛兴趣的例子。⁽⁶⁴⁾我国在电子商务和互联网金融等领域的法律实践,完全可为其他国家的法律发展提供镜鉴。此外,在某些生活落后的非洲地区,某些产品法律标准在西方后工业社会早已淘汰、过时,在非洲地区却有现实需要,此时从非洲地区国家的立场和角度,参与制定广泛的行业法律标准,对于获得非洲法律市场殊为有利。而由于人口、资源和发展阶段的相似性,印度和我国相互借鉴法律制度的空间更大,内容更多。印度和南非对违宪审查制度的独特发展,在化解宗教和族群冲突方面积累的制度经验完全可以为我国所吸收和借鉴。种种法律全球化现象表明,在实体法为西方法所充斥的地方,程序法未必被完全占领;在程序法被占领的地方,“标准”这一细小却远非不重要的领域却未必被完全占领。法律发展的不同步性,恰恰为多层次的法律移植提供空间,有时“落后”反而是一种优势。

第四,法律移植什么?这无疑又是一个看似简单,却不容易回答的问题,其中却暗藏大量的误解和误区。误解在于,我们早已习惯于接受西方自1648年以来形成的,以民族国家为中心的一元法律观,误以为中国的法律移植必然,或仅仅意味着中国民族国家官方法(official law)和书面之法(black-letter law)的移植。而在全球化时代,恰恰是这种法律一元论无法再描述法律全球化的复杂性,一种法律多元论呼之欲出。⁽⁶⁵⁾从这种法律多元论看来,中国法远非中国的官方法,其官方法、民间习惯法、宗教法、商人法都属于中国法的有机组成部分;而从法文化角度观之,中国法文化远非一维,它既富含儒、释、道等多种文化源流,不同地域,如长江、珠江和黄河流域的地域性法律文化也各有不同;更值得一提的是,在我国新疆、西藏、云南、宁夏、内蒙等自治区和省份,在某种程度上还有与伊斯兰教、佛教密切相关的宗教法文化和民族法律传统;在我国香港、澳门和台湾地区,在某种程度上还有与它国有所关联的前殖民法律文化遗产。从比较法学家的视角看来,和其他国家一样,中国法并非单一的图景,而更加接近于后现代主义哲学家德勒兹和瓜塔利所描绘的“千高原”。⁽⁶⁶⁾中国法和法文化的多样性恰恰为中国法的移植提供了多样选择。经过扩展理解的中国法文化,如同一个有待打开的法律宝库,可能发现有利于中国法律移植的种种崭新因素。例如,得到良好治理的新疆,将对中亚广大伊斯兰文化地区和国家产生良性影响,有利于中国法在中亚地区的移植;而对佛教的良好法律治

(64) 参见何隽“迈向卫生公平:WTO中的药品知识产权”,载高鸿钧、鲁楠主编《清华法治论衡》(第21辑),清华大学出版社2015年版,第101~116页。

(65) 参见杨静哲“法律多元论:轨迹、困境与出路”,载前注〔13〕,高鸿钧等编书,第231~251页。

(66) 〔法〕德勒兹、加塔利《资本主义与精神分裂(卷2):千高原》,姜宇辉译,上海书店出版社2010年版,第2页。

理,同样有助于拉近与东南亚佛教国家乃至与印度的距离,促成各国之间法律文化的深层次沟通;例如,台湾地区政治民主化和法治现代化的实践,以及消化日本殖民时代法律遗产,复兴儒家法律文化方面的种种成就,有助于塑造中国法文化的另面形象;而香港吸收英国普通法传统,融合自由港的商业资本主义实践形成的高效、廉洁法治体系,对世界很多国家都不无吸引力。在这一方面,我们不应狭隘地理解法律移植,将其视为仅仅是与经济有关的法律移植,这无疑也是两次法律与发展运动同样陷入的一大误区。自我推销的前提恰在于重新认识自我。

第五,在法律移植过程中,应避免发生什么问题?笔者认为,“一带一路”国家战略及其法律移植战略的成功,首先建立在躲避一些陷阱的基础上,这些陷阱当然可能是制度上、做法上的,但更重要的是深层次观念上的。从观念之维来看,我们应避免五个观念陷阱。

其一,应避免线性法律与发展观。所谓线性法律与发展观,是指认为所有人类社会都必然经历统一发展历程,而法律也随着人类社会统一发展阶段而发生变化的观念。现代历史学、社会学和人类研究表明,不同人类社会的发展道路殊殊,典章歧异,各不相同,而影响经济、社会和法律发展的因素极为多样,不可一概而论。因此,在与各国进行经济交往过程中,意识到这种差异性意义重大。我们必须充分意识到,在影响经济和社会发展的各种变量中,法律仅仅是其中一种,而且法律因素需借助于政治、经济、社会、文化等多种因素发挥作用。根据高鸿钧教授的研究,在法律移植中,处于氏族和部落时期的人类社会,法律移植受文化因素影响极强,法律移植难度较大,在国家产生之后至现代社会之前的传统社会,则政治和文化因素对法律移植影响力较强;在民族国家产生之后至全球化时代之前的人类社会,政治因素凌驾于文化因素影响法律移植;在全球化时代的社会,经济、政治和超国家的人类共同价值将影响法律移植⁽⁶⁷⁾。而在“一带一路”上,可谓处于不同发展阶段,不同类型的人类社会全部存在,对法律移植主导范式的反思就变得非常重要。此外,需特别提及的是,宗教因素在“一带一路”上的法律移植中,将发挥特别重要的作用。尽管宗教可归类于文化因素,但它无疑是影响巨大、机理独特的文化因素,在全球化时代,宗教因素不仅没有衰减,反而有复兴的趋势。在“一带一路”上,我国将首先与伊斯兰教和印度教文化相遇。深刻理解和把握宗教的文化特质,理解宗教精神和生活方式,特别是充分领会宗教世界观下的法律内涵,将极大影响我国“一带一路”战略的贯彻实施。仅以目前引起广泛争议的伊斯兰金融为例,根据伊斯兰法,禁止商业交往收取利息,这迫使穆斯林商人采取种种变通方法从事金融活动。⁽⁶⁸⁾随着“一带一路”战略的提出,国际上的伊斯兰金融组织提出参与相关金融贷款活动,这要求我们必须开启对伊斯兰法律制度和文化的学习过程。类似的例子还会在非经济层面,特别是生活习惯方面有所体现,例如,近年来影响颇大的“清真食品”立法问题,不仅牵涉到广大穆斯林的宗教信仰和生活方式,而且超出一国一地,在全球层面议题化,需要谨慎处理。在“一带一路”沿线国家,地缘政治格局的变动对经济发展影响巨大,其中很多政治变动都与宗教因素密切相关,2016年发生在土耳其的政变,便与土耳其境内世俗凯末尔主义与伊斯兰主义的冲突密切相关,若对自20世纪70年

(67) 参见高鸿钧“法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向”,载前注〔14〕,高鸿钧书,第43页。

(68) 关于伊斯兰金融,参见巴曙松等“伊斯兰金融体系形成的市场基础和金融特性研究”,《金融理论与实践》2009年第6期,第20~24页;瞿强“伊斯兰金融的近期发展”,《国际金融研究》2008年第11期,第39~43页;马玉秀、祁学义“伊斯兰金融思想初探”,《北方民族大学学报(哲学社会科学版)》2009年第4期,第43~47页。



代以来方兴未艾的伊斯兰复兴运动⁽⁶⁹⁾缺乏关注,将无法理解土耳其的政治变动。

其二,应避免法律工具主义观。所谓法律工具主义观,即认为法律是促进经济发展的工具,其价值实质是一种实用主义和功利主义。短期看来,法律工具主义观有利于法律移植,因为对输入国来讲,“好用”是继受法律的首选理由。法律工具主义观所带来的附带好处,是降低法律移植的难度,简化法律移植的流程,吸引逐利的商人阶层和输入国权贵集团,使法律移植成为跨国商人阶层攫取利益,巩固本土权贵集团权势的有力工具。但从长远来看,法律工具主义害处甚大,它无视法律背后丰富的情境因素和价值关联,忽略法律隐藏的阶级冲突和利益斗争,对商人阶层与本土权贵的勾结不闻不问。这种法律移植,特别容易造成输入国内部特定群体的反感,甚至是激烈反抗,容易导致很多经济计划的流产。法国比较法学家罗格朗(Legrand)认为,各国法制作作为文化整体不可移植⁽⁷⁰⁾,而德国法社会学家托伊布纳(Teubner)也认为,各国法律系统具有规范封闭性,外来法律信息仅能造成刺激,而无法互相移植⁽⁷¹⁾,这些洞见都从另一个侧面反映了法律与特定社会情境的紧密相关性,强调了法律移植的难度。因此,对于这种法律工具主义观及这种观念所带来的天真的法律移植观,我们必须保持警惕。近年来,在我国海外投资过程中,很多项目遭遇挫折,甚至最终流产,究其原因,都与我们抱着功利主义发展观,工具主义法律观,好走“上层”路线,对东道国的经济、社会、法律复杂性缺乏深刻认识密切相关,在这一点上,我们付出的代价相当沉重。

其三,应避免隐性殖民主义观。自1949年以后,我国主张“三个世界”的国际关系理论以来,一直将自己定位为“第三世界”的发展中国家,这种自我定位不仅仅是经济实力意义上的,更是道义上的。在历史上,第三世界国家饱受西方发达国家的主宰、欺凌和剥削,一直到今天,19世纪西方殖民主义的历史,以及20世纪西方发达国家新型殖民主义的种种做法,都成为全球有志之士批判的对象。而随着我国全球地位的提升,经济实力的增强,全球战略的出炉,对新旧殖民主义的历史和现实需抱有清醒的认识——己所不欲,勿施于人。我们应严防以法律移植为手段,在非洲、拉美和中亚等国家和地区形成隐性的殖民主义体系。很多容易引起世界诟病的做法和提法,应受到思想界和学术界的反思性检验,然后灵敏地作出调整。在“一带一路”战略中,我国理应深刻思索自己为世界提供的愿景,究竟是一个更加公平、富足和美好的世界而努力,还是走西方发达国家的老路,为一国一族的私利和霸权而奋斗?“一带一路”为我国更加深入地参与全球治理,甚至重塑全球治理提供了良好的契机,如何卓有成效地打造更加公平的全球治理新体系,扭转自20世纪90年代以来西方新自由主义全球化所造成的全球贫富分化,是值得法学家阶层认真思索的大问题。

其四,应避免“中国模式”完美论和万能论。总体而言,法律移植的成功建立在对本国法律体系的信心之上。每个国家历史和国情不同,这决定每个国家都有其“模式”,从这一点来说,任何模式都非普遍,任何模式都未必完美,美国模式如此,“中国模式”也如此。而法律移植特别有利于我们在殊方异域检验本国法律经验的有效性和局限性,继而这些经验和教训将反

(69) 关于伊斯兰复兴运动对伊斯兰法产生的影响,参见高鸿钧《伊斯兰法:传统与现代化》(修订版),清华大学出版社2004年版,第351~388页。

(70) 参见〔法〕P.罗格朗“何谓‘法律移植’”,马剑银译,载前注〔59〕,〔意〕D.奈尔肯、〔德〕J.菲斯特书,第75~94页。

(71) See G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, *Modern Law Review*, vol. 61, 1998, p. 12.

馈至国内,进一步推动中国自身的法律改革。恰如笔者在文中已经强调的,法律移植必须与法律改革并肩而行,相互支持,法律输出必须与法律输入彼此互补,相得益彰。“一带一路”国家战略将为中国法治事业提供重要的历史机遇,而能否抓住机遇,实现中国法治的现代化和全球化,需要我们彻底转变自身文明根深蒂固的内向性,以汉、唐时代我们文明曾经具有的广大胸怀克服我执、海纳百川、包容万有,进一步开启学习过程,向中国法律文明的自我更新迈进。

其五,应避免将法律移植等同于法律意识形态输出。英国比较法学家科特雷尔(Roger Cotterrell)用法律意识形态来指涉特定法律职业群体共有的深层次观念。⁽⁷²⁾实际上,任何国家的法律职业群体,也都有自己的一套习焉不察的意识形态,这也是法律意识形态的一种形式。在美国第一次法律与发展运动时期,戴维·楚贝克和马克·加兰特便指出,“自由法条主义”(Liberal Legalism)是该运动参与者共有的法律意识形态⁽⁷³⁾,而第二次法律与发展运动时期,同样存在一种法律意识形态,它与新自由主义法律观密切结合在一起。⁽⁷⁴⁾从美国的经验看来,似乎法律移植本身就是一种法律意识形态的输出,二者密不可分。加之在新中国成立以后,我国曾经有过短暂的“输出革命”时期,这也使一些学者产生了相应联想,认为法律移植也是类似于“输出革命”的活动。这两种忧虑合在一起,使学术界对于“一带一路”中法律移植问题的思考一直踟蹰不前。笔者认为,在全球化时代,法律移植是一种普遍存在,极为活跃的法律现象,其中一部分现象固然牵涉法律意识形态,更多的法律移植现象却与种种不同的观念、思想结合在一起,表现出千变万化的面貌,很难有一种意识形态主宰所有的法律移植,因此法律意识形态对法律移植的绑定作用,十分有限;而另一方面,我国在从事和参与法律移植的过程中,理应抱着沟通和相互学习的态度,与各国共同致力于寻找更佳法治安排的探索,这与“输出革命”旨趣完全不同。与此相反,恰是交互的法律移植,有利于使特定国家的法律职业群体在沟通和碰撞中反思自己习焉不察的意识形态,并做出有益的改进。更值得一提的是,不论美国,还是我国,实际上都无法完全控制全球化时代的法律移植,因此在相关领域的战略安排都仅具有有限的意义,这恰恰又要求我们对不断变化的全球化过程保持开放的心态,随时做出灵活的调整。

四、结语:寻求中国比较法的新机遇

“一带一路”国家战略不仅为我国提供了新的想象空间,而且为中国法学界,特别是比较法学界提供了新的想象空间。如何借助这一历史机遇,调整比较法研究的范式和内容,是笔者和每一个以比较法为志业的学人都应深思的问题。笔者认为,有以下三个方面,值得我们作出调整,推动中国比较法的新发展。

第一,突破传统“中—西”二元对立的比较格局,将更多的法律传统纳入比较。自近代西学东渐以来,在救亡图存的压力下,我们迫使自己进入“中—西”二元对立的分析框架,历时已百余年。而至今天,我国已经逐步摆脱了救亡图存的危机,步入了全球化的历史新时期。在“一带一路”国家战略下,传统比较法“中—西”比较的框架早已不敷使用,它所提供的世界法

(72) See Roger Cotterrell, *Law's Community: Legal Theory in Sociological Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 7 ~ 14.

(73) 参见前注〔33〕, David M. Trubek, Marc Galanter 书, 第 1070 ~ 1080 页。

(74) 参见前注〔20〕,〔葡〕桑托斯书, 第 387 ~ 391 页。



律地图不仅残缺不全,而且极度扭曲,将印度法系、伊斯兰法系放在边缘地位,打入“前现代”、“不发达”、“落后”、“野蛮”的另册。而随着东欧剧变,苏联解体,对东欧和俄罗斯法律制度的研究也被移出了关注核心。这种境况对于我们在新时期从事法学研究和法律移植,全面掌握全球各国的法律知识相当不利。因此,中国比较法急需突破“中—西”比较框架,重塑世界法律地图,建立多元法律文化的比较格局。

第二,突破过去以概念比较和功能比较为主要方法的方法论体系,引入意义比较的方法论。总体而言,在比较法领域,概念比较对应于实证主义法学,功能比较则来源于结构—功能主义的社会法学,这两种方法论的最大问题在于,对法律与特定法律文化生活意义的关联茫然不知。这种方法论缺陷带来的问题很可能在“一带一路”法律移植的过程中集中爆发。因为,“一带一路”国家战略牵涉国家众多,文化传统差异巨大,若对这些国家的历史传统、生活方式和价值观念缺乏深刻了解,法律移植几乎难以成功。而对法律与生活意义关联的把握,恰恰是概念比较和功能比较的弱项。中国比较法应突破这一弱势,在意义比较之维谋求长足发展,为“一带一路”国家战略提供真正意义上的比较法智慧。

第三,应有意识地革新比较法教学体系,为中国法的全球化提供战略储备人才。中国传统比较法课程知识陈旧、理念落后、脱离实践,往往沦为另一种形式的法律导论课,而比较法学科则显得“特异、边缘而无聊”(75)。但随着全球化进程的加速,以及中国全球战略的推出,如何运用比较法知识,从事比较法实践已经逐步变成各个社会阶层,各级政府部门,各种社会力量不约而同关心的真问题。在这种时代巨变中,有意识地革新比较法教学体系,有意识地培养特定法系或法律文化的专才,为中国法的全球化做好战略人才储备,是有远见卓识的国家理所当然会考虑的问题。因此,笔者建议,依托我国顶尖大学的若干法学院,定向地培养印度法、俄罗斯法、拉美法、非洲法、伊斯兰法方面的比较法人才,设立卓有建树的相关领域学术团队,不赶时髦,不追潮流,扎扎实实地做好相关领域的基础研究工作,迅速填补过去我国比较法学在这些方面的研究空白。在比较法研究中,我们应克服两种幼稚病,一种是极端自负的幼稚病,以为中国文化独步天下,无需向外学习;一是极端自卑的幼稚病,以为唯有欧美法律文化才是人类的发展方向,人类没有任何别的选项。在实践中,这两种幼稚病往往相伴而生,有着种种表现,值得我们不断探讨,加以修正。

“一带一路”国家战略正在逐步展开,其未来前景如何,我们尚无法断定,但毫无疑问,我国已经并且终将走向世界,在这一过程中,我们必将深深地改变世界,也必将深深地改变自己。与之相伴随的,也将是中国的法治和世界法律格局发生新的改变,何去何从,这是个问题。我们怀着希冀、恐惧交织的心情站在通向新的历史时空的门口,用我国诗人穆旦的诗来讲:“那可能的和不可能的使我们沉迷”,但存在的意义深藏在可能和不可能之间。

[责任编辑: 聂鑫]

(75) (加) 帕特里克·格伦 “比—较”, 鲁楠译, 载前注 [47], [英] 埃辛·奥赫绪, [意] 戴维·奈尔肯书, 第102页。