

法律移植与法学移植及其他 PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E6\\_B3\\_95\\_E5\\_BE\\_8B\\_E7\\_A7\\_BB\\_E6\\_c122\\_483298.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E6_B3_95_E5_BE_8B_E7_A7_BB_E6_c122_483298.htm) 世有万古不易之常经

，无一成罔变之治法。上个世纪初叶，八国联军入京，西亡的慈禧终于从世纪梦魇中醒来，留下了这么一道中国近代法制史上的著名诤旨，一向以天朝上国自居，奉行闭关锁国政策的近代中国的法律移植活动也就由此滥觞。从语源上考证，移植一词来源于植物学和医学。而法律移植指的便是一个国家或地区对其他国家或地区的现行法律进行吸收和借鉴。这一点表明法律移植应该是一个横向概念，区别于作为纵向概念的法律继承。要了解法律移植问题，一般地，应该把握供体（被移植的法律）、受体（接受移植的法律）和植体（移植的具体对象）这么几个核心概念。具体到法律移植活动时，往往又要充分关注供体法律与受体法律的相似性以及植体本身的适应性，因为这些因素直接关系到法律移植的成败。在我们国内，主张法律移植非文化移植而应是纯粹的法条移植的观点似乎是占据主流的。这一点从我国的立法活动中可以窥见一斑。针对这样的主张，就其认为的法律移植非文化移植的观点，笔者不予臧否，但是对其坚持的法律移植应是纯粹的法条移植的看法，我却实在不敢苟同。我认为任何一种制度的建构都应该有其一定的理论依据，否则它就是不成熟的。法条在某种意义上就是一种语言化的制度，而能够作为植体的法条显然应该是这样一种较成熟的制度，其得以存在也一定有相应的理论为依托。因此，我们在进行法律移植的时候不能够单单抄袭完法条就了事，而必须还要注意相

关理论的引进，姑且称之为法学移植。所以，完整的法律移植不应该仅仅是法条移植。我国目前各项改革都在有条不紊的深入进行着，与之相应，立法工作也不断取得阶段性的成果。其间，对国外的有关法律进行了较大规模的移植。成绩是喜人的，但也存在着不少问题。比如过分注重法条移植，而忽略了相关法学理论的移植。举一个较为典型的例子，我国统一合同法第三百一十四条的确立便属这种情况。我国统一合同法第三百一十四条规定：“货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的，承运人不得要求支付运费；已收取运费的，托运人可以要求返还。”这是一条关于货物在运输过程中因不可抗力灭失，承运人即丧失运费请求权的规定。该条规定来源于《日本商法典》第五百七十六条第一款，原文是这样的，“运输品之全部或一部因不可抗力灭失时，运输人不得请求其运费。如运输人已受领其运费之全部或一部，应将其返还。”关于该条规定，从我们国内很难找到与之相契合的理论依据。因为该法条之规定显然应该建立在运输合同标的为结果而非行为的理论基础之上（尽管我也不赞成这样的理论，但毕竟这是唯一能够和该法条相契合的理论）。而我们国内的相关理论却认为运输合同标的应为行为而非结果（尽管我很赞成这样的理论，但它并不能解释我国统一合同法第三百一十四条的规定，关于这一点，我在拙作《合同法第三百一十四条质疑》中已做了较详尽的论述）。为了充分说明这一点，下面援引一些在我国民商法学界较有影响的一些学者的观点，其中有的学者曾直接参与了我国统一合同法的起草工作。“运输合同的标的不是货物或旅客，而是承运人的运输服务行为。”（徐杰主编《合同法教程》法

律出版社 1999 第496页) “运输合同的目的是将旅客或者货物从始发站安全地运输到约定地点，但运输合同的标的并不是运送的货物或旅客，而是承运人的运送行为本身。”(谢怀?虻戎?《合同法原理》法律出版社 2000 第493页) “运输合同的标的非为物(包括旅客人身)，而是行为，即运输行为。”(崔建远主编《新合同法原理与案例评释》吉林大学出版社 1999 第1231页) “在运输合同中，承运人以将旅客、货物运送到约定地点为目的。因此，运输合同的标的并不是旅客，也不是货物本身，而是承运人的运送行为。”(郭明瑞，房绍坤著《新合同法原理》中国人民大学出版社 2000 第599页) 很显然，国内的学者们都主张以运输行为为标的而不赞成以运输结果为标的。然而，这样以来我国合同法第三百一十四条之规定在国内便没有了相应的理论根据。那么在日本，《日本商法典》第五百七十六条第一款的规定是不是也没有相应的理论根据呢？由于笔者不通日文，而目前国内有关译著又未能找到(笔者在查询过程中发现目前国内有关日本民商法专著的译本实在太少)，这也就成了本文完稿的一个瓶颈，经过月余努力未果，笔者只能靠逻辑推理来进行论证了，至于更确定的结论只得留待将来日文学通了再来做出。一般地，某种成熟的制度的建构都需要相应的理论为依托，而能够作为植体的法条理当是这么一种语言化的成熟制度，因此其应该有其理论上的依据，现在，《日本商法典》第五百七十六条第一款已经作为植体存在了，那么其理当具有理论上的依据，而能够作为其存在依据的只能是主张以结果为运输合同标的的理论(至于更为详尽的论述，请参见拙作《合同法第三百一十四条质疑》，这里不再赘述)。也就

是说，逻辑推理的结果是我们国内在进行此项法律移植时，只注重了纯粹的法条移植而忽略了相关理论的移植。另外，我们在进行法律移植时也一定不能忽视了我国的具体情况。因为一味的进行法条移植而忽略了我国的具体情况，造成法律纰漏的现象也不乏有之。关于这一点，我国97年修订的刑法上有这么个典型例子。我国《刑法》第六条第二款规定，“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。”这是有关对在我国船舶和航空器上犯罪的法律适用问题的规定，这款规定来源于《日本刑法典》第一条第二款和《日本改正刑法草案》第三条第二款。日本刑法的这两个条款都规定，“对在处于日本国外的日本船舶或者日本航空器内犯罪的人，亦适用本法。”对于日本这样一个四面环海的岛国来说，这样的规定显然不会存在诸如国际列车上的犯罪该由哪国法律来调整的问题，这是日本的国情使然，但对于我们国家而言，这样的规定就存在严重问题了。对中俄国际列车上的犯罪怎么适用法律？于是，后来又不得不出台相应的司法解释。在现代社会中，封闭是没有出路的，开放是我们唯一的选择，这也就决定了法律移植成为现代法学的一个重要课题。对于我国的法制建设来讲，法律移植是一项不可或缺的重要内容，也应该是一项系统的工程，只是狭隘的将其理解为纯粹法条的移植显然是不可取的，而如果将这种理解放之于实践当中去，势必大谬。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)