

朱苏力:这里没有不动产----法律移植问题的理论梳理 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E6\\_9C\\_B1\\_E8\\_8B\\_8F\\_E5\\_8A\\_9B\\_\\_c122\\_486205.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E6_9C_B1_E8_8B_8F_E5_8A_9B__c122_486205.htm) — 仿佛以前这个词都用错了，只是到了青海西南部，我才知道了什么真正叫作“辽阔”。其实这里也不是一马平川，远方就有连绵的朦胧雪山山影；只是仿佛这里的寂寥，那种压着自己不敢大声说话的那种寂寥，才衬出了这里辽阔。辽阔并不只是一个空间的概念，而是一种心灵的感悟。这里属于青藏高原，植被生长缓慢，一旦破坏了很难恢复，生活在此地藏民都只能以放牧为生，并且是游牧。这里的人们的所有财产都是可以放在马背上的。在当地巡回审判的法官告诉我：“这里没有不动产”。没有不动产，这可能吗？德国民法典、法国民法典、瑞士民法典、日本民法典以及英美的普通法，尽管有种种差异，有种种称呼的差别，却都对诸如房屋、土地等不会移动的财产做出了详细的规定。不动产在现代的法律上被认为是一个普世的概念。然而，这个普世的概念就在这个狭窄的地方受到了挑战。注意，没有不动产，不是说没有土地??这里的土地极为广袤。但是这些土地并不属于任何一个人，也没有人想到占有；至少在现在的生产方式条件下，这些土地本身对于他们来说是没有价值的。他们使用这些土地，但并不占有这些土地；所有的人都可以来放牧，但都并不排他地占有和使用；甚至，他们也可能偶尔为牧地发生纠纷，但是并不是为了土地，而是为了土地上的牧草。而牧草在我们的法律世界中属于动产，属于“孳息”。没有不动产，也不是没有贵重的财产。法官告诉我们，这里有很贵重的财产；如果以

物理意义上的整体来衡量，往往是新媳妇的那件嫁衣，其价值最高的可达数十万人民币，因为可能全家最珍贵的珠宝金银都缀在这件衣服上。还要注意，我说的只是，对于当地的藏民来说没有不动产。事实上，这里的土地在法律意义上属于国家，因此也可以说有不动产，但是这个不动产属于的是一个以工商业为基础的现代国家的法律体系，至少暂时还不属于藏民的生活世界。这样一个概念，至少当他们还是牧人之际，是没有意义的。这里是一个法律多元的世界。就在这辽阔的世界，我获得了另一种辽阔??关于近年来议论颇多的法律移植。二 因此，被认为是普适的法律概念“不动产”并不是一个实在的“东西”，而是一个词，只是一个存在于很多??并非所有的??法律体系中的一个关键词。它是建构出来的，在物理世界中可能有但并不一定有实在的指涉；有或没有都取决于一个群体的“文化”。在一个法律多元的文化中，它可能同时有（在现代国家的文化中），又没有（在当地牧民的文化中）。这里说的文化不是我们日常读书识字音乐美术意义上的文化，而是社会学人类学意义上使用的文化。后一个文化范畴要比一般中文世界的文化范畴大得多。为了便利经验性的分析，在本文中权且将这个文化操作化为三个指标：生产方式、概念系统和法律制度。藏族牧人的生活世界之所以没有不动产首先是因为他们的生存环境以及与此相联系的生产方式不需要。对于牧人们来说，土地无疑是非常重要的，没有土地就没有牧场；至少在今天，还不可能设想不附着于土地的牧场，也无法设想利用某种技术通过光合作用或其他原料直接生产牧草或牧草代用品。但是由于这里的生存环境相当恶劣，住民人口稀少，土地相对于现有牧人以现

在方式有效使用和消费的能力来说几乎是无限的。在这种土地不“稀缺”??尽管牧草常常稀缺??的条件下，对于牧民来说，土地本身就不是他们生活中最基本的生产或生活要素，不是“财产”。财产因此是社会构成的。（注：Alan Ryan, Property, University of Minnesota Press, 1987.）只有在那些必然带来土地稀缺且高度依赖土地的生产方式??包括农业和现代工业??中，社会中的人群才会关心土地，把土地变成一种“财产”，出现各种所有制，（注：Y. 巴泽尔：《产权的经济分析》，费方域、段毅才译，上海三联书店、上海人民出版社1997年版。）进而在同其他的财产的比较分类中，成为“不动产”。因此，我们可以想见，如果这里的藏民的生产方式是农业，这里的土地相对稀缺，那么即使没有法典的翻译或“不动产”法律概念的移植，这里的人们也完全可能创造出与“不动产”概念大致相当的一系列法律产权概念。也许这些概念在我们看来不那么完美，不那么抽象，但是它一定会发生和存在。在藏族牧民的生产生活世界中，作为不动产或作为财产的土地??而不是一般意义上的土地（土地可能是很重要，因此被尊为他们的母亲或神灵）??的不重要进而导致了土地在牧民有关财富、有关权利义务的观念和概念系统世界中不重要。他们无需这样的概念；这正如对于终身生活热带雨林中的人们没有必要有一个“雪”的概念一样，也正如同我们今天普通人除了出于专业的需求无需“白垩纪”的概念一样。而另一方面，这也正如空气??尽管对人的生命至关重要??在我们目前的有关财富或权利义务的观念体系中却不重要一样。（注：事实上，这种状况也在改变，空气污染问题的提出表明空气的产权问题已经提出，尽管无法占有

。但还是证明了稀缺才会导致产权。) 因此, 就一个民族或一个群体甚或一个智力正常的人来说, 如果没有某个概念, 或没有我们认为很重要很关键因此似乎他应当有的概念, 就并不是因为他们的智力上有问题, 或是他们的文化世界不完整, 不发达, 而首先一定是在他们的生活世界中, 这个概念没有必要存在( 或者是有其他一些概念能够大致在功能上替代( 注: 例如, 严格说来, 中文世界中就没有英文世界中的brother这个概念, 尽管有哥哥和弟弟的概念, 并在功能上完全可以替代brother这个概念。)) , 进而在一个与之相关的观念体系中不重要。但是请注意, 在我们的生活世界中, 其实不动产也不仅是个概念或观念, 它的存在其实需要一套法律制度运作来予以支撑和强化。正如福柯指出的, 任何话语都是需要一套非话语机制来支撑才能得以运转的。如果仅仅是一个词, 没有一套法律的建制( institutions ) 围绕这个词按照一定的规则运作, 那么即使有这样一个词或类似的词, 那么它也还不是法律意义上的“不动产”。在藏族牧人的观念世界中, 有山和土地和草原的概念, 这些“东西”也是不动的; 他们也知道有的草原或土地更好, 更有价值, 例如某地水草丰茂, 例如气候较好, 他甚至希望占有??如果必要和可能的话。但是仅仅有这种个人的感悟或意欲还是不足以产生一个作为法律的不动产的概念。作为一个法律概念的不动产, 必须首先要有一种社会的共识, 在这个意义上也是一个具体的“社会契约”, 即无论是这土地是个人或群体所有, 大家都要自觉遵守与之相关的规则, 才成为现实。这就是一种社会的建制。但是在一个地广人稀, 信息交流极为困难, 甚至几年才会遇到一位陌生人的地方, 要形成这种建制几

乎是不可能的，甚至是没有必要的。而且这还是一种非正式的建制（或者称习惯或社会规范），尽管实际上是最重要的建制。如果要这个概念能够稳定存在，并真正成为法律的建制，还需要其他的正式的制度支撑，包括土地的边界划分、丈量、登记、注册以及与此相关的一系列社会文化建制，还可能需成文法、立法机关、警察以及其他行政执法人员，发生纠纷时还需要的有组织的暴力机构、法庭、法官、强制执行机构、争端解决机构，甚至监狱以及这些建制机构和人员的有规则的活动。只有有了这一系列建制，“不动产”这几个字或这一串声音，才能成为法律上有意义的概念。因此，尽管只是一个法律的概念，但如果它要真正有意义的植入和存在于一个陌生于它的社会，就不仅仅是发出一个声音，引进一个词，形成一个概念，而是要引入一种生产方式，要引入与这个生产方式相适应的观念文化和制度（即马克思所说的上层建筑）。三 因此就可以看出，过去十多年来中国法学界有关法律移植的讨论注定了有一种被遮蔽的深刻和浅薄。被遮蔽的深刻之处在于，法律移植的讨论其实是关于中国社会应当如何发展的一个讨论，是关于中国社会的生产方式、社会组织方式和治理方式的讨论，而不是仅仅关于法律本身。所有的参与法律移植之讨论的人，其实都分享了一个未言明的前提，即中国社会必须变革，中国必须是也已经是世界的一部分了。在这个前提下，才可能讨论法律应当且必须变革，必须现代化，必须满足和适应当代中国的需求。如果从这个意义上看，所有的讨论者的追求都是相同的，尽管他们的言辞和表达可能不同，甚至对法律移植能否成功的判断也不同。当然，我无法排除中国社会（而不是法学界）中也

许有极个别人试图保持传统中国的文化，即传统的农业社会生产方式以及与之相适应观念和制度。但是，第一，我没有看到任何学者认为中国社会不应当现代化，不应当发展市场经济，不应当工商化。其次，如果真的有这样的人，他或她也一定不会待在城市内，待在学界，待在法学界，他们根本不会讨论什么法律移植；因此，至少在经验上，我们就一定看不见这些人。据此，我完全可以自信地说，这一代中国法学人都是主张法律移植的。关于法律移植中国法学界有人主张有人反对这样的判断是一个纯粹的虚构，是一个为了获得社会关注而制造的无害谎言，或者是一个或为了标新立异或为了打压对方而形成的一种知识权力的策略。这一分析进而暴露了以法律移植来讨论这个关于中国社会应当向何处去的重大问题是不适宜的。因为中国法治发展的关键问题并不是法律移植，而是中国社会的发展和社会转型。因此，用法律移植这样一个似乎是技术性的问题来讨论这个社会转型问题必定是肤浅的。它遮蔽了真正值得法学界关注的问题，导致法学界在中国法治建设上的某种唯心主义和法治浪漫主义。这种肤浅表现在，我们应当首先讨论和关注的问题一定是“发展是硬道理”，是一个社会的生产、生活、组织和治理方式的改变。如果这一点改变了，那么这个社会就会因为其生产生活的需要而一定要求有新的法律，也一定会产生新的法律，无论有或没有或有多少对外的信息交流，有多少外国法律的介绍和翻译。如果一个社会的生产生活方式还是牧业，那么很可能不动产就不那么重要；如果是自己自足的农业经济，没有多少商品交易，那么合同法就不可能很重要，就没有现代意义的消费者，就不会需要有产品责任法，就不会有

消费者权益保护法，就不会有银行法，不会有金融法，不会有票据法以及其他现代工商社会的法律；如果中国社会都还是自给自足的农业经济，就很难真正出现普遍的公民权利。法律发生和法律移植成功的基本条件是大致相同的。一旦某个社会的生产生活方式改变了，该社会的或该社会的某些方面的规则就一定要变化，主要依赖对外信息交流而出现的法律变革就可能成功；在这个意义上，我们也可以称这种法律变革为法律移植或法律的成功移植。因此，如果要讨论法律移植，至少必须同时关注社会的经济和组织变迁。甚至，如果社会生活不发生变化，因此还不需要，那么这个社会中就不会有相应的概念；甚至法律移植的最初形式，比方说，法典翻译或法律概念的引进，都很困难。法学界的人都知道英国人梅特兰和波洛克的《英国法律史》是一本重要的法律著作，（注：Frederick Pollock and Frederic William Maitland, *The History of English Law before the Time of Edward I*, 2nd ed. reissued; with a new introduction and Oselect bibliography by S. F. C. Milsom, Cambridge University Press, 1968.）我们也知道霍姆斯的《普通法》很重要，（注：Oliver Wendel Holmes, Jr., *The Common Law*, Little, Brown, and Company, 1948.）但是至今没有人翻译或尚未出版。未翻译有种种其他原因；但是一个最主要的原因，就是太难。这种难度并不是其英文太复杂，难于理解，而在于许多中古时期英国法或普通法的概念在汉语世界中无法找到或很难创制大致对应的词。严复当年翻译西学名著遇到过这种问题；贺卫方、高鸿钧等翻译《法律与革命》同样遇到过这样的问题。事实上，中国近代翻译西方法律诸如“不动产”这类概念之所以可能，在很

大程度上是因为汉族地区以及一些以农耕为主的少数民族地区，事实上都有与之大致相当的概念。英文中的real estate之所以能够在中文中翻译为“不动产”，首先就是因为中文中已经有了与之类似的概念；也许其外延与real estate还不重合，但是一定有很多相近之处。在两个完全没有对应概念的生活世界中，概念是无法翻译的，最多只能借助某些近似的因此在另一个文化看来是非常不精确的语词或是创造一个新词。例如，西方基督教中的上帝概念在许多文化中就无法精确翻译。（注：E.E. Evans-Pritchard, *Theories of primitive religion*, Clarendon Press, 1965.）严复当年翻译西方法律著作时就不得不忍受“一名之立，旬月踟蹰”（注：“‘天演论’译例言”，《天演论》，商务印书馆1981年版。）的痛苦，而我们今天的翻译相对容易就是另一个说明；并不是因为我们今天翻译的经验多了，而在于今天我们的社会生活更“西化”了，更复杂了。甚至，由于中国当今的司法体制衍生于当年行政体制，至今具有高度的行政性，在我们这样一个通常习惯于一审、二审、三审和再审概念的司法体制和司法概念体系中，因此即使今天也很难真正通过概念的翻译直接传达英美法中“appellate court”的概念。我们不得不对英美法的初审法院和上诉法院做出一番比较细致的描述和解释，才能传达什么是英语世界中的“上诉”。

四 有关法律移植的讨论还有另外一种肤浅之处。当我们用法律移植这样的技术性言辞遮蔽了我们关于中国社会应向何处去这样一个目标性判断之际，我们还忽略了一些真正有意义的有关法律移植的学术性问题，甚至有可能压制和排斥这类学术性问题的讨论。因为，既然法律移植隐含的应然判断是一个时代的期望，因此



，应然就压倒了实然，对理想的追求就排除了对理想之可能的探讨，法律移植就可能变成一种意识形态的喧嚣。只要过河的目标确定了，被认为是正确的，那么如果你要谈“桥”和“船”的问题，指出其中的问题和难度，那么你就可能是在变相的反对过河，或者有可能给革命人民的热情泼了冷水，就是保守派，就是危险思潮。无知者无畏，变成了法律移植主张者的强心针或壮阳药，同时也是以学术话语的装饰在非学术领域争夺话语霸权的一种行动策略。我认为，必须把有关目的的讨论同手段的讨论区分开，也必须把应然性和可能性分开。中国的法学家不应当仅仅驻足于布道者的角色，总是喋喋不休的谈论法律移植的必要性，而回避法律移植的可能性和技术问题。法律是世俗的事务，它当然应当是理想的，但也必须是可能的，而不能只因为它是理想的就是可能的了。我们不能因为大家基本分享对现代化的追求和中国正在发生社会转型，就忽略了一些看来只是技术性的问题。不关心这些技术性问题，那么即使社会经济成功转型，法律制度也未必能完成相应的转型。因为，我认为，尽管法律移植是可欲的，但完全意义上的法律移植绝对不可能，最好的结果也只会是得意忘象，得意忘形，最糟的则是忘意得形。我的理由是文本翻译尽管重要，可以传递重要的信息，但是文本从来不可能再现或重现（represent）真实生活世界中的法律，翻译或转述则更是再现的再现，因此即使通过大规模的翻译引介外国法律也不是活的意义上的“移植”法律。任何法律的实践是同实践者本身紧密联系的，任何法律都首先要通过法官、检察官和律师等法律人在社会中发挥作用，而这些法律人都是已经有了一定的文化塑造，而不是外国法的传送

带。哪怕他们是自认为是严格的直接的外国法适用也是具有创造性的，并且一定是创造性的；因此，这时的法律就已经是创造，而不是原本。其次，法律的适用是要法律适用的对象——即该社会的民众——的配合。人们并不是消极的接受法律，他们还会通过自己的实际行为来修改、规避因此也重新塑造法律，改变法律运行的环境。因此，即使文本和建制意义上的法律移植完全可能，但这并不意味着这些法律在社会实践意义上已经移植过来了。例如，美国法是与美国的判例制度和判例制度中训练出来的法官和律师相联系的，因此仅仅移植了美国宪法文本和法院组织结构，若无相应的法律人和接受这些舶来品的民众，就仍然无法重现美国宪法式的法律实践。一国法律制度或法治是一个配套系统，这个系统是由大量的正式制度和非正式制度共同构建起来的。因此，即使个别法律或制度能够成功的移植（这我也怀疑），在一个其他法律不配套的法律体系中的实际运作和效果也必定不相同。正如西欧国家在二战后都在不同程度上“移植”了或试图移植美国的司法审查制度，但是——在不带贬义的——播下的是龙种，收获的是跳蚤。（注：路易斯·亨金、阿尔伯特·J·罗森塔尔[编]：《宪政与权利：美国宪法的域外影响》，郑戈、赵晓力等译，三联书店1996年版。）因此，如同任何书面合同一样，法律总是不完全的，一个法治社会中的法律运作并不只是靠法律，而总是要靠其他一系列因素，包括信用、道德和习俗。近年来，经济学界和商界都强调信用、商誉，开始注意社会规范，（注：例如，张维迎：《信息、信任与法律》，三联书店2003年版；“法律制度的信誉基础”，载《经济研究》2002年第1期。）并不是偶然的。事实上，由于制定

法和法律建制不可能预先确定社会上发生的所有情况，就法律制度的实际效用来说，法律和制度总是不完备的，总是存在着剩余立法权（residual law making power）的问题。如果从立法机关、行政机关和司法机关以及判决执行来看，立法机关可以说是预先的法律制定者，司法机关是事后的法律制定者，行政机关在一些事务或事件上则可能同时是预先和事后的法律制定者，执法机关也可能在某种程度上是事后的法律制定者。（注：Katharina Pistor and Chenggang Xu，  
“Incomplete Law：A Conceptual and Analytical Framework and its Application to the Evolution of Financial Market Regulation，”  
Journal of International Law and Politics，Vol.35，No.4，pp.931-1013，2003；Chenggang Xu and Katharina Pistor，  
“Law Enforcement under Incomplete Law：Theory and Evidence from Financial Market Regulation”，Columbia Law and Economic Working Paper No. 222.）因此，除非把所有的制度都换掉，并且把所有的立法者、行政官员、法官和执法者都换掉，并且把所有的人民和他们的生活环境和自然环境都换掉，那么任何移植过来的法律都不可能如同法律输出国那样运作。所以，如果不是在法律良好运作的意义上谈论法律移植，而只是谈论法律的某些形式，例如民法典，或者最高法院的人员设置，或者某一行当的法律，例如社会保障法，那么，即使这种移植成功了，比方说，我们有了一个德国版的民法典，或是有了一个冠名为《社会保障法》的制定法，但是对于这个社会，又有什么意义呢？“法律的最终目的是社会福利”，（注：Benjamin N. Cardozo，The Nature of Judicial Process Yale University Press，1921，p.66.）我们并不是为了法

律移植而移植，不是为了某种法律时髦而移植。因此，尽管我分享现代化和言论和信息交流自由的基本价值，因此是主张并身体力行地学习外国法律，但基于一些可行性或法律功能上的理由而在一般层面上反对简单的照搬某个法律做法。我的这种反对是实用主义的，而不是意识形态的。例如，从理论上说，我反对法袍和法槌的移植，认为这种制度移植不可能对中国的法治有什么积极的意义（相反，我的一些调查发现有着消极的意义）；但是如果中国法学界都或大多认为这两项移植有利于司法权威之形成（尽管我怀疑），而司法权威对于中国的司法建设又确实很重要，那么在实践上我并不反对，甚至支持。因为，正如从上面的不动产的例子来看，任何法律的概念、原则和与之相关的法律实践说到底是与人们的生产生活和生存状态相联系的，其作用完全是功能性的，而不是概念本身固有的。就藏族牧人来说，他们现在的生产生活方式注定了他们至少现在不需要这个法律概念和与这个法律概念相关的一系列法律原则和法律实践。这并不是因为他们是牧人（在其他牧区就有不动产的概念，例如埃里克森笔下的美国加州牧区（注：Robert Ellickson, *Order without Law, How Neighbors settle Disputes*, Harvard University Press, 1991.）），而且因为这里的自然环境，以及由此带来的生产方式。因此这样的不针对法律植入地的实际需要而仅仅根据“外国有的我们也要有”这样一种简单的逻辑，就可能不仅浪费大量的人力物力，并且移植过来也是白费力气。最令人可怕的是，这样的意识形态化的法律移植必定是压迫人的，一个借助宏大话语对民众选择的剥夺和强迫。五 尽管我的怀疑很极端，我的质疑也很极端，但是我的这一怀疑仅仅局

限于“法律移植”甚或是“法律的成功移植”。我最关心的，而且我认为中国法学人应当关心的问题是，什么样的法律能够有效回应社会的需求，实现社会的公正有序？而不要或没有必要关心这一有效的法律是移植的，还是自生的。甚至我也不反对某种变形的法律移植，只要它运作良好；我并不认为“四不像”就一定很糟糕。事实上，上一节的质疑更促使我认为应当大力鼓励大量且全面吸收外国法的相关信息，学习了解外国的经验。因为既然现代的良好法律需要相应的社会变迁和转型作为其生长和运作良好的前提条件，那么当代中国就一定要大力发展经济，促进社会生产方式乃至人们的生存方式的根本变革。也正因为法治无法完全通过书面的文字来移植，那么我们就更要重视对外国的法制的系统及其实际运作了解，不仅要了解那些已经形成文字的成功经验，而且还要了解那些非言辞的经验；不仅要了解成功的经验，还要了解失败的教训；不仅要了解法治的，而且还需要了解其他方面的经验；不仅需要通过学习书本学习，而且要通过其他直接交往的方式学习，例如通过留学、商业往来、文化交往；不仅学界的精英们要学，而且普通人也要学，通过他们的经商、旅游、探亲、交友等日常的方式学习。换言之，中国需要全面的开放和改革，全面的交流。因为法治的变革说到底是一个社会的变革。而且在这个过程中，作为一种实用主义的结论，而不是一个智识的结论，我甚至支持那些激进主张法律移植者的努力，尽管如果仅仅从知识和学理上，我可能会嘲笑这种不自量力。为什么？关键是在我看来，这些努力甚或不自量力也同样会促进信息的交流，因此其功能和后果可能是积极的。当然说甚至，就是有前提的，前提就是，

这种努力不能妨碍和压制他人的努力，不能因为法律移植的方向是正确的因此而压制了其他的同样真诚的法治努力。对于中国的法治来说，中国的法律是否是移植的或有多大成分是移植的，这既不重要，甚至在我看来并不是问题。即使我们最终努力获得的并不是原汁原味的某国法律，但只要是它能促进中国的社会发展和转型，实现中国人民的富裕幸福，并为中国人民所接受和尊重，那么我或其他人会因为它是或不是移植的而拒绝或反对他吗？我以及??我相信??中国的任何人，在这一方面就如同在其他方面一样，是普通的法治产品的“消费者”，消费者一般（因此不排除特殊）从来不重视产品是否原装，而重视产品是否好，是否合用，价格性能比是否合适。他们找对象也会挑挑拣拣，但很少重视家庭出身或家庭成分或门第，他们更看重“人”本身。而且我还认为，恰恰是因为法律不可能完全移植，这才给了中国法律人和法学人以挑战 and 机会，才需要中国法律人的创造力，才使得中国法律人有可能不虚度一生，有可能大显身手，有可能对人类的法治有所贡献。说实话，我甚至因此庆幸，否则，我们这辈子作为学者是否太悲惨、太猥琐？实用主义者并不是机会主义者，不是畏畏缩缩地怕惹上是非，因此“怎么都行”。在对待法律移植的问题上，我也有不让步的时候??在学理上分析的时候，并且是作为法学人。因为这时我是把这个问题视为一个知识的问题，有关社会科学，有关我们提供的知识是否解决问题。我较真，因为我关注社会科学的“真相”，因为我在这个行当内。我会公开批评法律移植者的论说，认为他们没想清楚，或者会分析用学术语词隐藏的工作日程及其背后的利益和知识意志。但这仍然不是因为我回到

了本质主义，而恰恰因为我坚持了实用主义，只是我周围的场景变了。六上面的分析和概括除了清理了一些在法律移植问题上的言辞之含混之外，这对中国法律发展或法律移植之实践的意义并不大，但对中国的法学研究还是有意义的。这一分析指出了法律移植的问题是社会转型问题，是我们的追求和价值判断，在这个意义上，如果发生了争论，那么这个问题是无法争论的，法学界应当谢绝。这个争论不会有智识的结论，实践的结论则必须留待时间和历史。也因此，我认为法律继受的概念可能比法律移植概念更恰当一些。继受比较看重继受者的反应，并且这种反应具有决定意义；而移植隐含了更多的强力和主观意图。当然，语词的含义是会变的，如果法律移植的含义只是法律继受，那我同样可以接受。我们还必须重新认识和理解法律与社会生产生活方式之间的结构性联系，看到生产生活方式对于法律形式和内容在很大程度上的决定性作用，不能因为我们从事的是法律，我们喜欢这个职业，也认为这个职业很重要，因此就把法律视为社会生产生活方式转变的决定力量，就希望通过移植我们认为可欲的法律来改变中国社会中我们认为不可欲的生产生活方式。我们应当重视法律的力量，甚至由于我们的职业也只能通过法律的力量来推进中国的社会转型，但是，我们更应当关注哪些法律更能促进中国社会的转型和变迁，并进而促成中国法制的转型和变迁。我们要清醒地意识到要通过发展市场经济来促使全社会的生产生活方式的全面转变。我们必须注意将价值判断或应然判断和事实判断或实然判断区分开来，不能让中国应当移植法律这个判断遮蔽了如何移植以及是否可能移植的问题。我们学界的任务之一就是要让我们的理

论思维更精细一点，表述更精细一点。我们永远不放弃理想，但不能永远高喊理想；总是高喊理想完全有可能是放弃理想的另一种方式。我们需要吆喝，但只吆喝不练的把式不是好把式，甚至有可能是假把式。我们需要分工，不仅是在社会内，而且是在学术界内。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)