



后苏联时代的法律输送： 行为逻辑、问题及最新动向*

魏磊杰

提 要：后苏联时代的法律输送有其固有的多个层面的运作逻辑，这直接影响着法律输送的成效。“仓促移植综合症”乃是西方国家对后苏联国家提供早期法律援助存在诸多问题的集中体现。借鉴以往的经验教训，西方国家对这类国家进行法律援助的方式近来渐趋呈现三类引人注目的转变。渐趋崇尚回应型与协作型的法律输入方式；渐趋重视地方性知识所具有的价值；渐趋采用中立性、技术性以及统一性的模式进行法律输出。不论这些趋势呈现何种具体样态，在实质上皆可被归因于一种语境导向型法律输送认知的更新。这种认知更新可能有利于在更大程度上践行统治集团对域外法律文化所一直秉持的“中体西用”的移植态度。如能利用此种利好趋势，并善加引导，发挥后进优势，便可望成就最佳的移植效果，进而开创未来中国法律变革的美丽新世界。

关键词：转型；法律输送；行为逻辑；仓促移植综合症；语境导向型认知更新

一、法律输送的行为逻辑

* 魏磊杰，男，上海交通大学凯原法学院与荷兰蒂尔堡大学比较法与跨国法研究中心（TICOM）联合培养比较私法学博士研究生，西南政法大学俄罗斯法研究中心（ИЦРП）特聘研究员，研究领域为比较私法基础理论，特别是转型时期的法律变革与民法典编纂，代表作有《后苏联时代的法律移植与民法典编纂》及译作《新的欧洲法律文化》、《法律文化、法律范式与法律学说：迈向一种新的比较法研究模式》等。

E-mail:leijiewei99@gmail.com。

本文为笔者所撰写的《后苏联时代的法律移植与民法典编纂》一文的姐妹篇，初稿入选第二届“中国法学青年创新论坛”主报告单元论文（2010年4月17日于中国政法大学），评论人中国政法大学比较法研究所王志华副教授、单元总评论人北京航空航天大学法学院龙卫球教授对拙文提出了褒奖及宝贵修订建议，谨此特表由衷谢忱！

1989年柏林墙的倒塌以及紧随而来的苏联解体，在某种程度上可以说，为20多个国家基本政治体制与经济制度的改革提供了前所未有的机会。当这些所谓的“转型国家”

(transitional countries) 试图追赶其西方邻居的经济发展水平时，既有的法律和制度框架显然无法支撑起这一目标，以至于尽可能快地实现从过去对中央国有计划经济关系的掌控与配置转向对渐趋形成中的市场经济关系给予妥适的确定与调整便顺理成章地成为了实现整个社会转型的优先选择。针对此种情形，无论在转型伊始所积极鼓吹的“华盛顿共识”

(Washington Consensus) (实现社会转型与经济增长的前提就在于私有化、解管制化以及贸易自由化等) 抑或事后渐趋采用的更富成效的“演进一制度学派观点”

(evolutionary-institutionalist perspective),^[1]以西欧和美国为代表的后工业国的改革家和发展问题专家大体都强调法律改革的必要性: 主张转型国家首先需要依循或参考西方法律模式进行法律变革、重塑内国法律体系。^[2]以此, 伴随民主的形式要素与市场经济法律支柱的引入, 转型过程将会以一种“令人满意的”方式终结(初步实现经济领域的“自由化”和“市场化”以及政治领域的“民主化”和“宪政化”),^[3]而实现这些转变的一种必要渠道往往就是向这些转型国家推行所谓的“法律观念的国际输送”。

如果将“法律观念的国际输送”视作一种商品买卖, 那么潜在支配商品供方与买方在何种程度上达成此种交易的动机究竟为何? 一方面, 从法律规则的供给方而言, 首先, 虽然诸多不同的供给方秉持的理念和追求的终极目标并不完全相同, 但大体上皆是建立在此种行为最终将会助益于本国外交之拓展与安全利益之维护的“民主和平理论”(theory of the democratic peace) 和(基于经济相互依赖)“和平共荣理论”(theory of peace and prosperity) 的基础之上。前种理论认为, 民主国家相互之间不会发生战争; 后种理论认为, 广泛的贸易和投资关系将有利于比较优势和经济潜能的进一步发挥, 阻遏贸易伙伴国之间发生摩擦的可能。^[4]不难看出, 这种作法在实质意义上暗合了哈佛大学肯尼迪政府学院约瑟夫·奈教授所主张的“软实力”(soft power) 理论。所谓软实力, 简言之, 也即“一国通过吸引或说服别国服从你的目标从而使你得到自己想要的东西的能力”。^[5]亨廷顿借鉴了这种关于“硬实力”与“软实力”的划分理论, 提出在全球经济扩张的过程中, 硬实力指的是经济, 而软实力则恰为法律的扩张, 且两种实力的扩张是如影随形的。^[6]详言之, 后工业国

[1] 一般而言, 在很多实质性主张方面, “演进一制度学派观点”与国际性金融机构所鼓吹的“华盛顿共识”是对立的。前者主要鼓吹强调转型国家法律与金融改革、法律的切实执行、有效的政府机构改革以及培育能够自行运作的社会规范等。关于两种理论框架和主张之区别以及在实践中具体实效的论述, 可参见 Gérard Roland, *Transition and Economics: Politics, Markets and Firms*, MIT Press (2000), pp. 330-331; Gérard Roland, *Ten Years After... Transition and Economics*, IMF Staff Papers vol. 48, Special Issue, 2002, pp. 29-52.

[2] 这里的“西方法律模式”一般是指西欧国家以及由欧洲人建立的诸如美国、加拿大、澳大利亚等前殖民地国家的法律模式。See Ugo Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, 45 *American Journal of Comparative Law* (1997), pp.12-40.

[3] See Paul Brietzke, *Designing the Legal Frameworks for Markets in Eastern Europe*, 7 *The Transnational Lawyer* (1994), p.18.

[4] See Jacques deLisle, *Lex Americana? United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond*, 20 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1999), p. 213.

[5] “软实力”理论由美国哈佛大学约瑟夫·奈教授在其1990年出版的名为《注定领导世界: 美国权力性质的变迁》一书中最早提出, 事后在2004年出版的《软实力: 在世界政治中获得成功的途径》一书中进行系统梳理和深化。根据他的看法, 硬实力是一国利用其军事力量和经济实力强迫或收买其他国家的权力, 软实力则是“一国通过吸引和说服别国服从你的目标从而使你得到自己想要的东西的能力”。他认为一个国家的软实力主要存在于三种资源中: “文化”(在能对他国产生吸引力的地方起作用)、“政治价值观”(当这个国家在国内外努力实践这些价值观时)以及“外交政策”(当政策需被认为合法且具有道德威信时)。中文版可参见 Joseph S Nye, Jr. 著:《柔性权力》, 吴家恒、方祖芳译, 台湾: 联经出版社, 2006年。

[6] Samuel Huntington, *Kampf der Kulturen, Die Neugestaltung der Politik im 21. Jahrhundert*. Dt. Übersetz. München 1997, 4. Aufl., S.137f. 转引至[德]Heinrich Scholler 著:“法圈学说之意蕴与法文化”, 李震山译,《中正法学集刊》第三期(2000年), 第232页。

家大规模对转型国家进行技术援助的终极目的即在于无形中“提升”自身的软实力，进而在这种无形文化“强制”或“扩张”过程中，为自身利益之保有与提升以及所代表之文明的存续与繁荣提供相对平和与稳定的区域经济与社会秩序。其次，从本质意义上而言，诚如当代著名比较法学家罗道夫·萨科教授所认为的那样，每一种文化本质上都具有向其他文化传播或散布其制度文明的内在倾向。一旦某种文化具有这种对外散播的力量之时，其必然会如此。^[7]也就是说，先进文化对后进以及落后文化的渗透甚或强制继受，是不可避免的历史趋势。其实，在很大程度上可以说，所谓的“经济全球化”实质意义上即为（以美国为代表的）西方文明主导的在整个世界范围内所开展的一场“文化扩张”运动。^[8]法律全球化与本土化之间的冲突造就了法律移植，而法律移植的成败，反过来在很大程度上又取决于不同文明间（既有）冲突的可调和程度。

从法律规则的需求方而言，为提高社会改革效率和节省实验成本，多数转型国家从最初的草案起草直至法律的最后实施都或多或少毫无例外地走上了利用“外援”的道路，因为他们不可能也不希望通过重新经历发达国家曾经历的漫长发展历程的方式以获致这些国家现有的先进法律和规制框架。^[9]当然，考虑到国家主权（及其内在的文明自立性）与法律移植之间历来都不可避免地存在着某种微妙的紧张关系，（特别对于多数大国而言）这种对域外模式的引入并非是没有任何取向和选择的“盲目借鉴”。根据简玛利亚·阿雅尼教授的考察，以俄罗斯和东欧国家为代表的转型国家在进行“竞争性法律模式的比较性考察”时，取舍的标准往往并非纯粹地基于观念或制度本身所具有的力量和它们自身固有的或工具性的价值，而常常是建立在法律模式供给方的“声望”（prestige）、某种“政治机遇”（political opportunity）以及可能考虑到的既有的历史传统与相互的文化联系等因素的基础之上。^[10]首先，借鉴具有较高“声望”的法律模式有助于最大限度地克服国内既有的法律与制度模式，并为新的法律的颁行与实施提供强有力的“文化上的正当性”（cultural legitimacy）。^[11]而这种看法恰与艾伦·沃森教授通过考察法律移植发展史所得出的“之所以借鉴他处法律，是基于寻求某种权威的需要”这一论断彼此印证；^[12]其次，追随甚或照搬较高“声望”的法律模式可以在很大程度上便宜于获得某种“政治机遇”，而这种机遇以及机遇背后所可能带来的无形利益无疑对意图迫切实现国家现代化的统治集团具有巨大的诱惑力。诚如弗雷德里克·绍尔教授在考察法律移植背后的动机之时所得出的结论：“法律援助方的声誉、亟需归属于某一特定群体或同这一群体相协调一致的渴望，或者是为了进入的方便等这些不经意

[7] See Rodolfo Sacco, *Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law* (Installment II of II), 39 *American Journal of Comparative Law* (1991), p. 398.

[8] 一些学者甚至将全球化视作在世界范围内正日趋提升的法律的“美国化”。See Duncan Kennedy, *Three Globalizations of Legal Thought: 1850-2000*, in David Trubek & Alvaro Santos eds., *The New Law And Economic Development: A Critical Appraisal* (2006), pp.63-71. “随着经济的全球化，法律与其他文化产品和服务一起被顺理成章地输出。这个过程被称为法律的全球化，或者更准确地说，是跨国法制的美国化。”参见W.海德布兰德：“从法律的全球化到全球化下的法律”，载D. 奈尔肯、J.菲斯特编：《法律移植与法律文化》，高鸿钧等译，北京：清华大学出版社，2006年，第157页。“法律全球化的主要趋势似乎起源于普通法日益扩张的谈判型文化的影响，以及它趋向于型塑全球化自身特点的方式。” See Martin Shapiro, *The Globalization of Law*, 1 *Indiana Journal of Global Legal Study* (1993), p.37.

[9] 弗里德曼在晚近的一篇文章中，把法律借取的过程比作是把衣服“从衣架上摘下”，而不是按照尺寸定做衣服。奈尔肯教授认为他选用这个隐喻的目的在于表明：“很少人能够买得起由特定裁缝亲自制作的衣服”。参见注8引书，第23页。

[10] See Gianmaria Ajani, *The Role of Comparative Law in the Adoption of New Codifications*, in Italian National Reports to the XVth International Congress of Comparative Law, Bristol 1998, Milano: Giuffrè editore, 1998, p.80.

[11] 参见[意]简曼拉·阿雅尼：“比较法在新法典编纂中的角色”，禹明译，载吴汉东主编：《私法研究》（第一卷），北京：中国政法大学出版社，2002年，第67页。

[12] See Alan Watson, *Legal Culture v. Legal Tradition*, in Mark van Hoecke (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing 2004, Oxford, p.3.

的因素似乎决定了法律观念、法律制度和法律结构越境迁移的模式。”^[13]的确，诸如阿尔巴尼亚、蒙古、柬埔寨等国为从国际金融机构获得实现社会转型亟需的贷款，而必须满足包括采用为对方所满意的具体法律模式在内的诸多附加条件；^[14]同样，或许更为引人注目的是，在2004年之前，诸如捷克、斯洛伐克、匈牙利、波兰、克罗地亚等中东欧国家为谋求早日加入欧盟，而在法律改革伊始就纷纷依循欧盟标准而主动协调或更改本国立法，^[15]甚至为力争成为首个加入欧盟的国家而掀起了一场竞争激烈的“转型锦标赛”（transition tournament）。^[16]第三，在某些情形下，法律规则的需求方，可能会将与其具有相同或相似历史传统或保持持久文化亲缘联系的国家法律规则、制度或观念作为优先考虑的输入对象，意图以此最大可能地减少法制改革成本（主要是法律职业人的学习成本以及普通民众的认知成本），从而最终达致新法的最佳实施效果。地处中东欧以及波罗地海沿岸的转型国家，诸如捷克、斯洛伐克、斯洛文尼亚、爱沙尼亚、拉脱维亚、立陶宛等国，公司立法大多采用甚或照搬以德国为代表的德语国家法律模式，这主要因为这些国家曾为奥匈帝国的领土，德国或奥地利的公司立法曾在这一区域广泛施行；而地处中南欧的保加利亚、波斯尼亚、罗马尼亚以及马其顿等国的公司立法则多采法国模式的原因大体也是类似：这些国家原为奥斯曼帝国的领地，都曾在19世纪中叶继受法国商事立法模式而进行过法律制度的现代化改革。^[17]在寻求可以移植的法律模式之时，越南刻意避开法国的影响，而乐意接受来自瑞典的法律援助，主要原因在于该国一直都与越南保持稳定的外交关系，甚至在美国侵占越南时期也是如此，本身被视为是一位“值得信赖的朋友”。^[18]同样，之所以1994年《阿尔巴尼亚民法典》主要是由一位意大利教授以《意大利民法典》为蓝本负责起草，除了《意大利民法典》所享有的巨大声望外，或许最主要的原因在于：意大利与阿尔巴尼亚在法律交流方面一直都保持着良好关系，大多数的阿尔巴尼亚法学教授都能说意大利语。此外，在苏东巨变前后的一些年中，阿尔巴尼亚人所能看到的唯一外国电视节目就是意大利的。^[19]基于这种密切的关系，接下来的事情便顺理成章起来：1991年国际货币基金组织与阿尔巴尼亚政府委托意大利特伦多大学法学教授简玛利亚·阿雅尼教授负责起草一部新民法典。经过三年多的努力，建立在这份草案基础之上的一部新的《阿尔巴尼亚民法典》于1994年正式生效。

当然，有必要提到的是，基于政治、社会、经济以及文化传统等诸语境的差异，不同受援国对于域外法律输入在接受程度必然呈现不同的样态。同时，基于同样的原因，上述论及的法律需求方内在的行为逻辑在具体法律改革过程中也必然呈现程度不同、彼此交互作用甚

[13] See Frederick Schauer, *The Politics and Incentives of Legal Transplantations*, Law and Development Paper No 2, CID Working Paper No 44, April 2000, <http://www.cid.harvard.edu/cidwp/044.htm> (last visited: 2010-01-23).

[14] See Gianmaria Ajani, *By Chance and Prestige: Legal Transplant in Russia and Eastern Europe*, 43 *American Journal of Comparative Law* (1995), p.112, Note 56. 亦可参见注 4 引文，第 217 页。

[15] 这一点在中东欧国家于 1991-1992 年与欧盟所签订的所谓“联合协议”的文本中获得明显体现。例如在欧盟（欧共体）与匈牙利所签订协议的第 67-69 条中做出了这样的规定：“协议双方承诺匈牙利加入欧盟的一个重要前提条件是确保该国当前以及未来的立法与欧盟的立法实现趋同。匈牙利应当做出行动以确保未来的立法尽可能地与欧盟立法相协调。实现趋同的立法应当特别包括下述领域：关税法、银行法、公司会计与税法、知识产权法、工作场所工人保护法、金融服务法、竞争规则、人民生命与健康保护法、动植物保护法、食品立法、包括产品责任在内的消费者保护法、间接征税法、技术规则与标准、运输以及环境立法等。对于这些措施的执行，欧盟应当向匈牙利提供可能包括以下内容的技术援助：专家交流、信息提供、组织研讨会、培训活动以及对欧盟相关领域立法的翻译。”参见注 14 引文，第 114 页注释 63。

[16] See Veronica Taylor, ‘The Law Reform Olympics: Measuring Technical Legal Assistance in Transition Economies’, in Tim Lindsey (ed.) *Law Reform in Developing and Transitional States*, Routledge 2007, p. 84, note 2.

[17] See Katharina Pistor, *Patterns of Legal Change: Shareholder and Creditor Rights in Transition Economies*, 1 *European Business Organization Law Review* (2000), p.67.

[18] 参见注 13 引文，第 17 页。

[19] See C.J.J.M. Stolker, *Drafting a new Civil Code for Albania*, 6 *Internationale Juristenvereinigung Osnabrück* (1996/97), p. 44.

至不断发展变化之多面样态。已故著名的比较法学者O. Kahn Freund教授在其一篇名为《论比较法的应用与误用》的经典论文中提出，存在两类关键因素影响着法律移植的成效：“环境因素”（包括地理、社会—经济以及文化等因素）与“纯粹的政治因素”。^[20]致力于转型国家法制变革进程的哥伦比亚大学法学教授卡塔琳娜·皮斯托与丹尼尔·波科维茨也认为，诸如政治条件、既有制度等语境性因素乃是决定法律改革最终结果的关键所在。^[21]虽然两种观点皆从法律输出方角度来谈，且包含的具体内涵也并不相同，但在强调政治因素在法律改革中所扮演的核心角色这一点上却是相同的。其实，纵观整个转型区域的法律改革进程，或许起决定意义的就是支配不同国家进行法律改革的政治动机（以及内在的权力构成与运作）。这些不同的政治动机，必然在实质意义上决定着法律输入的程度高低甚至成功与否。可以说，以俄罗斯为代表的“后社会主义国家”（包括独联体国家、中东/南欧国家以及阿尔巴尼亚和蒙古）与以中国为代表的“社会主义转型国家”（主要包括越南、老挝）两个阵营，尽管因为拥有共同的历史经历而具有很大程度上的家族相似性，虽然共同的改革目标大体皆为促使管制型经济向市场经济的成功转型，但驱动两者进行法律改革的政治动机却并不相同。以俄罗斯为代表的“后社会主义国家”主要是在苏东剧变的大背景下为解决因为社会体制更迭、经济崩溃而必须进行整体改革：政治与经济体制的彻底更改；而以中国为代表的少数“社会主义转型国家”情形则大不一样。苏东巨变虽然导致了国际共产主义运动的低潮，但并没有实质动摇这些国家既有的政治体制，在内国政治集团的渐进政策调整下，经济不但没有陷入停滞，反而在20世纪80年代中后期开始迅速发展。可以说，在20世纪90年代中期之前，较之诸多前苏联国家所进行的如火如荼的法律改革，之所以中国官方对法律改革以及更大层面的政治改革的态度似乎略显消极，整体法律改革步伐相对缓慢而不系统的主要原因在于：国内所推行的“社会主义特色的市场经济”模式在实践中被证明是行之有效的，以此，或许并不存在迫切地推行大规模法律改革的必要。^[22]而或许正是因为其在2001年加入世界贸易组织（WTO）这一融入经济全球化的“政治催化事件”以及伴随经济改革的深入必然要求进行系统政治体制改革的客观性使然，才遂造就了中国当下波及广泛的法律改革运动的开展以及日渐提升的众多域外法律援助项目的启动。^[23]其实，对于法律变化（或阻止这种变化）背后的力量，重点在“国家”（或政治）还是“社会”（或文化），或许囿于所考量现象发生之具体语境的不同，学者之间一直都见仁见智，各有不同。仅就后苏联时代这一具体语境而言，笔者认为，较之其他国家或地区，后苏联时代的法律输出所呈现出的最大特征就在于域外法律输出的状态在很大程度上取决于继受国国家权力的构成与运作。这是因为，基于既有的制度遗产或既存的经改良的制度架构，后苏联时代的多数国家大都偏向于呈现半威权主义的政府样态，在这种政治样态之下，“大政府小社会”式的权力运作模式——虽然在每个国家表现程度各异——在很大程度上制约甚至限制了整个社会新法律职业共同体的形成与壮大，进而大大影响其本身在立法决策层面所应具有的有效参与权和话语权。这种有效参与权与话语权的缺失最终导致继受国法律职业共同体在域外法律输入过程中可能甚至必然扮演着非主流的角色。或许在很大程度上正是受此影响和驱动，在最近的十年间，福特基金会和其他组织为使其“MADE IN USA”的法律产品在拉美（以及后苏联地区）获得合法化和被认同率，而开始改变既有的所谓的“政治策略模式”：关注于法律教育改革的专家意见在基金会中渐趋失去支持，而焦点逐步集中在那些能够最大限度推进政治民主化和经济发展现

[20] See O. Kahn-Freund, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, 37 *Modern Law Review* (1974), p.7.

[21] See Katharina Pistor and Daniel Berkowitz, *Of Legal Transplants, Legal Irritants, and Economic Development in Peter Cornelius and Bruce Kogut (eds.), Corporate Governance and Capital Flows in a Global Economy*. New York: Oxford University Press 2002, pp.347-348.

[22] 当然，考虑到中国领导人多为理工学科出身的学术背景，为力求国内的政局稳定，不重蹈苏东巨变的覆辙，这种作法也可被视作一种“摸着石头过河”的审慎态度。

[23] 参见注 16 引书，第 87 页。

代化的专家意见之上。^[24]

总而言之，在此类转型国家法律改革进程中，可以说外国法学家与本土法学家之间的协作现已进入第二个阶段。这个阶段具有三个特点：其一、对“书面之法”持一种更为批判的观点，而相应地将关注重心转移到法律的具体实施层面并综合系统地考量和规划整体的法律改革；其二、对法律顾问和国际金融机构的“英美法思维”持更为审慎的态度，而渐趋转向采用更为中立性、普适性的国际统一法、示范法、混合法等法律作为立法蓝本或灵感来源；其三、为确保法律移植的实效，双方的协调与合作的期限变得更加长久，作法更为务实、更加注重在异质法律观念或规则的输入过程中融和或协调内国既有的文化与传统。尽管发生了如此众多的变化，但一如既往，新的法律模式的散布仍大行其道：影响了从波兰华沙到哈萨克斯坦阿拉木图，从越南河内到蒙古乌兰巴托之间的广阔区域。

二、法律输送存在的问题

在跨国间的技术援助项目中，法律改革经常伴随而来且常常在其中扮演关键角色。在第二次世界大战之后，主要由美国学者发起的第一次“法律与发展运动”为拉美、非洲以及少数亚洲国家带来了新的法典与立法。然而，在1974年，该运动的两位主要倡导者大卫·楚贝克与麦克·格兰特却宣告这场运动以失败而告终，^[25]而失败的主要原因在于法律援助者秉持的一种天真的“法律自由主义”（Legal Liberalism）观念（移植的西方法能轻易地被嫁接到受援国的制度和社会基础之上并将促成社会的变革）以及此种明显具有“民族中心主义倾向的”（ethnocentric）观念所必然导致轻视甚至直接忽视受援国既有社会、政治、经济以及文化语境的改革态度。^[26]20世纪80年代末90年代初的苏东剧变，在一定程度上使得法律改革和法治的确立再次占据了新一轮法律与发展运动的舞台。面对共产主义的低潮，以美国、西欧诸国代表的所谓资本主义国家的政府、准政府以及非政府组织迅速做出反应，通过诸如世界银行、国际货币基金组织（IMF）、欧洲复兴与发展银行（ERDB）等国际金融机构，诸如美国国际开发署（USAID）、德国技术合作局（GTZ）、荷兰国际法律协助中心（CLIC）等援助机构以及以国际法律合作基金会、德国阿登纳基金会、美国律师协会、索罗斯基金会、福特基金会、美国律师协会为代表的私立组织和基金会等等各种渠道为中东/南欧国家（CEE/CSE）、独联体国家（CIS）、中国以及邻国（如蒙古、越南、老挝等）提供了各种各

[24] 参见注8引书，第318页、第321页、第324页。虽然这篇文章主要围绕美国对拉美地区的法律输出而展开，但考虑到美国在晚近开始的面向全球的法律输出运动，不难得出，这种“政治策略模式”的转移也同样会在对后苏联诸国开展的法律输出过程中发生。

[25] See David Trubek and Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, 4 *Wisconsin Law Review* (1974), pp.1062-1102. 尽管在这篇经典文章中并没有做出任何明确宣称，但学者普遍认同它的问世标志着第一次法律与发展运动的终结。在他们合著的这篇文章发表后不久，法律与发展运动在美国几乎近乎完结：大量的资金援助不再流向各种基金会；原有从事这一方面研究的机构或项目大幅减少甚或停止；鼓吹这一运动的学者也都纷纷将兴趣转往其他领域。楚贝克与格兰特在这篇文章中将法律与发展运动所主张的自由主义式法律模式斥为“天真且具有种族中心主义倾向的”（ethnocentricity and naiveté）。同时，他们又具体指出了这种“民族中心主义倾向”的两种具体表现：其一、第三世界国家大体没有西方国家的政治多元格局，相反，则存在政治分层、尖锐的阶级对立以及独裁政府。多数人群并未将法律规则内化为自身行动，制定的法律规则往往服务于经济精英，法院通常功能不彰或没有多少存在的意义；其二、对这些国家出口一种工具主义的法律观念（法律改革可以引发社会变革，而法律本身就是一种促发变革的引擎）可能具有潜在危害性。特别当国家为专制集团所控制之时，此种视法律为工具的观念不可能作为一种有效制衡。缺乏内在价值或目的的法律无疑将成为控制国家的集团手中的工具。对于第一次法律与发展运动所依循的理论依据的详尽分析，可参见Brian Z. Tamanaha, *The Lessons of Law-and-Development Studies*, 89 *American Journal of International Law* (1995), pp. 470-486.

[26] 大卫·楚贝克教授在1990年发表的一篇文章中，着重提到第一次法律与发展运动将西方法移入发展中国家时，几乎没有考虑到亚洲、非洲以及拉丁美洲诸国的既有法律文化。See David M. Trubek, *Back to the Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement*, 18 *Florida State University Law Review* (1990), p.37.

样的财政与技术支持。这些努力的主要目标就在于它们试图确保这一具有大体相同历史经历的区域实现向自由市场经济和民主政府的成功转型。为使这些所谓的“转型”国家能够依循其各自主张的模式推行法律改革，各色援助机构及其代表的国家在这些区域展开了你追我赶的“赛跑”，且如传教士般地多方活动，甚至引发了一场激烈的“法律移植竞争”（transplant by competition）。^[27]由此产生的结果是，这些机构所属的专家在受援国家起草了数量众多的法律，并为其培训了数以千计的法律工作人员。但尽管如此，至少从现有的文献研判，在苛刻的批评家眼中，这场影响波及更广的新的法律与发展运动取得的成果乏善可陈甚至实质上就重蹈了第一次法律与发展运动的覆辙。^[28]在多数国家中，除了通过新的法律外，基本上没有任何实际改变。即便那些较为成功的转型国家，尽管得到附加援助以支持或改革法律执行机构，但许多新的法律却只是停留在书本上，没有得到有效或者持续地执行，许多共同问题在受援国家中以相同或类似的方式反复出现，只不过是立法领域转向了法律实施或执行领域。

曾广泛参与转型国家法制变革进程的高级咨询顾问韦德·钱纳尔先生将法律援助过程中出现的种种问题形象地比喻为一种所谓的“仓促移植综合症”（hasty transplant syndrome）。^[29]这种症状主要表现为：在尚未对国外法律进行充分的转化和调整以适应当地法律语境之前，便将其作为该国的新的模式；在某些极端的情形下，改革者只是简单地将法律从一种语言翻译成另一种语言，通过查找一替换命令（search-and-replace）直接更换涉及的国家，然后再由一个顺从的当地立法机构予以通过。^[30]一般说来，这样做的结果往往导致的是一个不甚合适的法律，无法“嵌入”其身处的新环境，自然也就不可能获得充分地执行。如果深究内在原因，在很大程度上可以说，这种综合症之发生可被归咎于后工业国家的法律援助者本身。这主要表现在以下彼此作用甚至交叠的四个层面。

第一，这些域外法律援助者似乎仍未从第一次法律与发展运动的失败中汲取教训，他们似乎假定解决方案存在于新的法律之中，甚至新的法律本身就是解决方案，只要他们简单地帮助转型国家采用了那些已被证明支持经济发展的法律，^[31]类似的发展便会如冬去春来一般自然发生。而当新法通过之后便能够得以执行，只要具备一些未曾言明的机制所提供的必要基础（例如法制宣传或持续性的法律教育），法律的实施便会尾随而至。基于此种假定，他们很自然地带入其固有的法律或新近的起草项目，将其在新的地域重新表述一次。一个例子即可完满彰显此种乐观心态。^[32]在制定第一代后社会主义宪法的过程中，诸多中东欧转型国家曾向美国请求提供相应的技术援助。面对这种请求，当时美国法律援助界的通常作法就是，援助专家详尽草拟一部名为“《_____共和国宪法》”的文本，其中包含了众多涉及经济自由、民主权利、民主治理、有限政府等内容的美式化的条文。以此，在援助过程中，援助者针对不同的请求，直接在空白处填写不同的国家名称即可，毕竟在他们眼中，这种高度类似、照搬甚或优于美国宪法（或蕴含先进美国宪法理念）的文本具有不可置疑的放之四海而皆准的（one-size-fits-all）普适价值。当代著名比较法学者罗杰·科特威尔教授认为，“仅在可证明被移植法与继受环境的诸文化因素相契合或者根据被移植法的文化预设重塑这些（既有）文化因素的情形下”，才会造就一次成功的法律移植。^[33]根据西方学界当下流

[27] 诸如大陆法系与英美法系的竞争、德国与美国的竞争、德国与其他欧洲国家的竞争以及日本法律模式与其他更为西化的法律模式之间的竞争等等。

[28] See Thomas Carothers, Promoting the Rule of Law Abroad: The Problem of Knowledge, Carnegie Endowment for Int'l Peace, Rule of Law Series, Carnegie Paper No. 34, 2003); See Rosa Ehrenreich Brooks, The New Imperialism: Violence, Norms, and the "Rule of Law," 101 Michigan Law Review (2003), p.2275, p.2280.

[29] See Wade Channell, Lessons Not Learned: Problems with Western Aid for Law Reform in Postcommunist Countries, Carnegie Endowment for Int'l Peace, Rule of Law Series, Carnegie Paper No. 57 (May 2005), p.4.

[30] 同前注，第4页。

[31] 多数援助机构经常采用的推介方式就是鼓吹提供的法律模式已在东南亚的一些转型国家获得了成功。

[32] 有关这一事例的详尽描述和初步分析，可参见注4引文，第179-180页。

[33] See Roger Cotterrell, Is There a Logic of Legal Transplants?, in David Nelken & Johannes Feest (eds.), Adapting Legal Cultures. Hart Publishing, Oxford 2001, p.79. 科特威尔教授此处所提到的观点是一种当下流行的折中型观点，也即不仅承认所谓的“镜像理论”（法律体现其所根植的社会），同时也承认在某些情形下的“法律建构理论”（法律可以反过来重新建构或形塑社会）所具有的解释力。

行的这种折中理论，显而易见，美国学者的这种“普罗克拉斯提斯”式的僵化作法根本没有考虑到继受国的具体语境，更没有做出将两种文化加以调试或重塑的任何努力，由此产生的移植效果不佳的后果也自在情理之中：提供的多数法律援助文本可能根本没有适用余地，即使在某种程度上具有某些可堪借鉴的价值，但也可能因为过于先进和前卫，而无法或根本不能适用。当然，不可否认，这里存在着阻碍纠错机制得以形成的一个瓶颈：即使起草这些文本的许多专家在各自从事的领域中有着极深的造诣，但是当他们进入特定的环境时却往往可能捉襟见肘。的确，如果经过准备，尤其是系统的准备，包括立法援助在内的法律援助过程中的许多问题本可以避免。但可惜的是，在援助合同中几乎没有许可这样的准备过程。在许多项目中，国外专家只能就其在这一领域的工作时间获得报酬，而不包括在其他方面完成的工作，当然也不包括准备工作。^[34]更为实际的是，许多专家并不情愿承认他们对其领域中的某些专业知识并不知晓，因为这会影响到他们再次受雇的可能，尤其是那些在大型法律援助项目中扮演主要角色的专家更是如此。^[35]

第二，诚如韦德先生所观察到的，援助者资助的立法改革常常采用一种可以称为“地下裁判团式”的制度(star chamber system)。^[36]在这种制度中，新的法律由一个小规模的专家工作组静悄悄地起草着，其内容在一定程度上由域外的援助者所挑选，然后迅速地为立法机关所采纳，很少经过有意义的公众讨论与社会商谈便迅速地被付诸实施。在很大程度上可以说，这种可被视作“援助者规则”(Donor Rule)之集中体现的作法主要基于此种事实：多数具体法律改革的驱动力以及改革的步伐和方向主要来自甚至可以说主要受制于法律援助方的单方意愿。^[37]这种作法的最大危害在于：本土需求在法律移植过程中没有获得充分理解，也难以在起草立法时得到有效表达，从而导致域外法律输入与本土文化之间磨合成本大大提高，以至于影响法律输入的最终成效。此外，与这种不充分理解相伴随的是对立法速度的过分追求，法律的采行没有经过公众输入或公众教育的过程。那些被排斥在法律移植过程之外的利益群体或个人由于不知晓或事先未征求他们的意见或同意，往往主观上倾向于抵制法律上的变化，最终导致新的法律无法融入本土社会生活，更无法获得有效的实施与执行。以阿尔巴尼亚破产法为例，近来，一个旨在取代1994年破产法的新的援助项目正在该国进行。据称这部新的破产法会更好，但实际上也只是国际金融机构新的附条件贷款促生的产物，并非是本国商业部门希望法律发生变革。可以说，这样的法律在阿尔巴尼亚并没有多少实际用途：该国的商业借贷水平并不很高，在国内生产总值的60%损失于1990年代中期全国性的“庞氏骗局”(Ponzi Schme)之后，由于大规模的全国性损失导致很少的商业违约，仅仅出现过一件破产案件。但即便如此，阿尔巴尼亚还是顺从地同意用一个颇具争议的法律来代替上一部不曾适用的法律，以满足援助者的优先考虑。^[38]通过这个例子，不难看出，在很大程度上，法律移植并不是问题，问题的关键在于缺乏本土的输入。因为移植过来的法律模式一旦与接受国的(法律)文化不相协调(incompatibility)，便只能产生一种虚拟的现实(virtual reality)。^[39]也就是说，在这种情况下，对于西方法律模式的移植或许只能产生一种虚假的立法泡沫，而众多新的法律不仅不能自动促发经济活力的提升，在某些情况下，甚至还可能产生相反的不利后果。在告别长达五十年的隔绝之后，阿尔巴尼亚在1980年代后期至1990年代早期重新回归国际社会。发达国家迅速为其转型提供援助，其中就包含大

[34] 韦德教授对此提供了一个更为具体的例子：许多专家的确需要学习如何有效地从事这种法律援助工作并在工作中不断地纠正自己的错误，但是这种学习过程却很少被当作他们工作的组成部分，当然也得不到任何报酬。关于这一问题的详尽的精彩分析，参见29引文，第11-12页。

[35] 参见注29引文，第12页。

[36] 参见注29引文，第5页。

[37] 有学者指出，秉持“华盛顿共识”的法律改革者几乎根本不征求受影响群体的意见就径直强制推行新的法律和法律概念。See Terrence Halliday, *Crossing Oceans, Spanning Continents: Exporting Edelman to Global Lawmaking and Market-Building*, 38 *Law and Society Review* (2004), p. 213, p.217. “事实上，人们可以很容易地推测出：很多具体法律改革背后推动力并非来自蒙古上层统治集团，而是来自于希望或意欲采用他们的规划来重新塑造蒙古的那些援助国以及援助组织。” See Sebastian R. Astrada, *Exporting the Rule of Law To Mongolia: Post-Socialist Legal and Judicial Reforms*, April 2009, p.42. http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=sebastian_astrada (last visited: 2010-06-13).

[38] 参见注29引文，第5页。

[39] 参见[荷兰]扬·斯米茨：“法律模式的进口与出口：荷兰的经验”，魏磊杰译，载《厦门大学法律评论》(第14辑)，厦门：厦门大学出版社，2007年，第157页。

量的法律改革援助项目。今天的阿尔巴尼亚律师常常骄傲地谈论其众多新的法律体系，但是这些新的法律或许是欧洲的，或许是美国的，却不是阿尔巴尼亚的，因为它们事实上可能从来没有被适用过。

第三、设置的法律改革项目时间太短、经费少以至于无法创造必要的机制和程序，以便通过改革过程中的广泛讨论和持续参与来实现新的异质法律与本土社会的融合。绝大多数援助者资助的法律改革项目持续的时间往往很短：大多数项目的持续时间为2到5年，但更为紧张的只有1到2年的情况也同样常见。^[40]而或许正是因为此种瓶颈，遂无形助长甚或直接造就了“乘坐飞机旅游式的咨询”（jet-setting or jet-plane consultation）、^[41]“提供完意见就走人的专家”（hit-and-run experts）、^[42]“填空式的宪法”（fill-in-the-blank constitution）以及表面高效但实质收效甚微的“泡沫式”立法等等一系列仓促移植综合症的出现。之所以存在此种情况，或许大体有如下原因：其一，之所以法律援助机构倾向于过度看重立法改革带来的影响，主要着眼于援助成本与评价援助成功与否的有形标准两个层面之考量。一方面，“极少数国外专家连同极少数当地职员起草一部法律，远比资助一个包含公众教育、制度改革和配套建设在内的广泛领域的援助项目廉价”，^[43]虽然后者恰恰构成法律得以执行的基础；另一方面，“……通过立法改革产生出的具有正式拘束力的法律文本，是一些可以取悦公众的有形成果。同时，较之对于现实生活中制度与企业文化的改变，通过立法改革，能够更容易地证成该机构本身存在的正当性”；^[44]其二，尽管立法改革的动力主要来自法律援助方，受援国官员可能并不理解所通过的每一部法律的真正意涵，但基于这些国家在社会主义早期似乎就存在的一种“乐观规范主义”（optimistic normativism）情结之驱动，^[45]为应对转型时期（尤其是初期）涌现的来自内外部各种问题、压力与挑战，^[46]这些国家的统治官僚集团也倾向于尽可能迅捷地出台新的法律文本。在这种法律工具主义观念的支配下，无怪乎，一位身处巴尔干半岛的项目官员就曾对一个法律援助项目做出这样的抱怨：“已经实施了六个月了，但却连一部法律都没有通过。”^[47]而在阿尔巴尼亚，情况大体也差不多。位于地拉那的规模不大的立法部门不仅肩负草拟民法典的责任，而且不得不去更广泛地涉足其他不同的法律草案的起草，如刑法、刑事诉讼法、家庭法、知识产权法等。不仅如此，该部门还一直承受着来自阿尔巴尼亚司法部长萨拉的巨大压力：他认为法典应在几周和几个月而非几年内完成。^[48]

最后，在很多国家开展的法律援助项目往往看重不同法律部门表面上的区分，而忽略了其内在的紧密逻辑联系，这种缺乏系统性的改革往往在产出新的立法之同时却可能造就新的法律或社会问题。以蒙古法律改革进程为例，^[49]在1992年至1998年间，在德国技术合作局的援助下，蒙古大呼拉尔制定并通过了近180项法律，200多项法律修订案，并批准加入

[40] 参见注29引文，第6页。

[41] See Frédérique Dahan, Law Reform in Central and Eastern Europe: The ‘Transplantation’ of Secured Transaction Laws, 2 *European Law Journal* (2000), p.375. 参见注4引文，第267页。

[42] See Symposium, Constitutional “Refolution” in the Ex-Communist World-The Rule of Law, 12 *American University Journal of International Law and Policy* (1997), p.119.

[43] 参见注29引文，第6页。

[44] See Thomas H. Waelde & James L. Gunderson, Legislative Reform in Transition Economies: Western Transplants -- A Short-Cut to Social Market Economy Status?, 43 *International and Comparative Law Quarterly* (1994), p.360.

[45] 参见注14引文，第103页。

[46] 如立法的制定纯粹是为了完成一个紧迫的政治任务、经济形势的迅猛发展使得业已通过的规则变得过时或造成适用上的麻烦、有时立法的创新仅是基于与利益当事人签订的特别协议所驱动；有时通过的规则仅仅是为了吸引外资。对诸后苏联国家在转型初期所出现的“法律制定通货膨胀”现象的详尽描述与分析，可参见魏磊杰：“后苏联时代的法律移植与民法典编纂”，《比较法研究》2008年第5期，第41-42页。

[47] 参见注29引文，第6页。

[48] 参见注19引文，第42页。

[49] 关于这一事例的详尽分析与论述，可参见注37埃斯特拉达引文，第38-42页。

了近 60 个国际协议或公约。但虽然存在数目如此众多的法律，但该国在立法改革进程中却遇到了实质性的困难。而产生此困难的根源就在于，在转型初期的六年中，蒙古政府所实施的法律改革在很大程度上并没有一个系统性整体性的总体规划，援助机构与（负责审核立法协调与否和立法意义为何的）议员之间几乎没有进行任何有效的对话与协调。对此，世界银行在一份评估报告中分析的非常清楚：“如果关涉策略性框架的协议能包容更多的部门，那么所有的援助努力所获得的结果可能更好……虽然最初的技术援助……能够有助于（以财政部和中央银行为代表的）一些关键机构实现朝向一种以市场经济为导向的思维方式的转变，但市场经济所赖以建基的制度框架的诸多方面却仍旧非常薄弱。”在这种情形下，以德国技术合作局为代表的援助机构事后的主要任务便沦为了对前期草拟的质量低劣的、与其他法律冲突的以及考虑到蒙古独特的历史和文化特性而纯粹不适用的法律进行整理和修订。另一个例子则存在于破产法的立法援助过程中。^[50]尽管破产法深深依赖于其他法律部门，但是它却往往被援助专家当作一个独立部门。俄罗斯早期的破产法改革就没有意识到公司法也需同时进行改革，相应地也忽视了极为关键的信托义务与公司治理问题。由此导致的结果是，那些近来实现私有化的国有企业的董事们常常能够直接或通过空壳公司掠夺公司财产，然后隐藏在无法被刺穿的法人面纱背后保有自己的利益，而众多股东和债权人却损失惨重。在别的一些区域，破产法援助项目往往单纯地聚焦于破产法，而往往忽略了有关担保交易单行法、民事诉讼法、执行法以及整个法律体系中其他基本组成部分。正是因为采用了这种破碎化的法律改革方法，针对《波斯尼亚租赁法》的立法项目甚至已然损害了担保物权在破产顺位中所具有的优先地位。

三、法律输送方式之新动向

似乎为避免重蹈第一次法律与发展运动的覆辙，针对跨国间法律援助过程中出现的这种“仓促移植综合症”问题，在汲取既有经验和教训的基础上，一直活跃于这一区域从事法律援助的政府、准政府以及非政府组织在新近援助项目中开始采用一些更为审慎、灵活、务实的新方式或新方法，以尽可能地确保援助项目取得应有成效，促生受援国在市场经济、选举制民主以及法治构建等层面的实质提升。其实，这种认知的革新，在一定程度上也受到了国际间援助运动整体趋势的影响。继 2003 年 2 月在罗马通过关于协调国际间援助的《罗马宣言》后，约计 95 个发达国家与发展中国家、26 个跨政府、政府以及非政府组织于 2005 年 3 月在法国巴黎通过了关于提升国际间援助效率的《巴黎宣言》。该宣言重申致力于加快提升的六个领域中的其中两个即为：“消除援助的重复性并理性化援助国的行动以尽可能减少成本”以及“改革和简化援助国的援助政策与程序以促成与受援国的优先偏好、制度与程序实现协同和有效对接”。^[51]

在对这些彰显国际间法律输出方式之新动向的方式或方法加以论述前，或许有必要事先做一些限定性的说明。首先，这些新动向彼此之间协调一致，在某些情形下，具体作法、凭依的内在理据抑或意图实现的目标甚至相互交叉；其次，这些所谓的“新动向”并非新近才出现的，一些专家在以往的援助项目也曾零星采用过，只不过在规模、系统化程度上无法与当下趋势等量齐观。此外，这些新动向仅是对总体趋势的一种提取公因式的概括，并不能体现法律援助市场上纷繁驳杂的总体全貌。也就是说，这些新动向的出现并不代表在法律援助过程中“仓促移植综合症”之影响已渐趋式微甚或消弭；第三、这些新动向，不仅体现在立法

[50] 关于这一事例的详尽分析与论述，参见注 29 引文，第 7-8 页。

[51] 《巴黎宣言》的正式文本，可参见经济合作与发展组织（OECD）官方网站，网址：<http://www.oecd.org/dataoecd/11/41/34428351.pdf>，访问时间：2010 年 2 月 23 日。

援助层面，而是遍及整个“法整備支援”过程的各个环节。^[52]在很大程度上可以说，倡导将关注点从立法领域转移到法律实施甚或执行领域的全面而系统的“法整備支援”，也可被视为是国际间法律输出的一种新动向或新理念。毕竟，阿喀琉斯之踵（Achilles' heel）不在于法律的输出，而在于输出之后的法律实施，甚至更为具体的法律的最终执行。

（一）渐趋崇尚回应型与协作型的法律输入方式

一些国际法律援助组织意识到因“仓促移植综合症”所引发的新法功能不彰的主要原因在于：立法进程没有或很少融入不同利益团体的参与以至于未能或很少满足其所代表人群的现实诉求，而最终可能引发他们对新法的冷漠甚或杯葛；域外法律援助专家未能与受援国的法律人充分协同以确保整个“法整備支援”工程的系统运作导致新法制定后因缺乏必要的制度依托或辅助而无法实施和执行；援助项目协议通常的短期履行期限往往限制甚至阻遏法制构建后续或跟踪项目的有效开展，不利于为受援国新旧法律文化之磨合提供切实引导。有鉴于此，在汲取以往经验和教训的基础之上，渐趋采用一种回应型和协作型（responsive and cooperative approaches）的持久的法律援助方式自在情理之中。

所谓回应型与协作性法律输入，大体是指在整个法整備支援的各个环节中，法律援助提供方通过各种方式或渠道从受援国获取存在的总体“法律需求”，并以此作为其做出决策的根据和基础。而获得此种需求的主要渠道即为法律援助方与受援国相关团体、机构、组织甚或个人之间的交流、沟通、协同以及不同法律援助方之间的信息、资源共享以及良好的分工与协作。这种新的作法，在近来的法律援助项目中业已被证明是行之有效的。美国福特基金会的中国援助项目即为一个适例。^[53]福特基金会在北京设立负责其援助项目的常驻办事机构，以此便利于与在提出法律改革建议中往往扮演主要角色的当地法律教育者、研究人员以及党政官员进行沟通与交流。这种作法使得福特基金会运作的援助项目在中国（特别在律师、法律教育者以及持赞同态度的党政官员间）一直都享有极佳口碑，以至于当该基金会启动对越南的法律援助项目时，此种模式被重新照搬到了河内。首先对越南本国的法律和法学教育需求进行深入考察分析，与此同时，对该国可能担当驻地援助协调工作的政府和非政府组织（学术机构以及各种社会团体）制作一份详尽的参考名录，以便易于围绕法整備支援各环节而开展一种沟通网络的有效构建。而由美国律师协会支持的“中东欧法律行动”项目则明确宣称将“切实回应受援国明确表达的诉求”作为其秉持的三大核心原则之一。^[54]另一个例子来自德国技术合作局在独联体国家的援助项目。^[55]为确保援助的持续性和稳定性，同时为满足一些受援国司法机构提出的旨在保持长期合作关系的意愿，在该局的组织与协调下，2000年9月4日，不莱梅州议会、德国技术合作局以及不莱梅州商会达成关于“在为东欧和亚洲转型国家法律改革提供援助过程中彼此协作”的协议。协议内容主要为：受援国的法律学者将被邀请到不莱梅参观访问，而不莱梅的法官、政府官员和雇员有权为出国实施法律援助项目而获得充足假期。更为重要的是，为旨在实现双向交流与援助的可持续性，在该局的进一步协调下，德国不同州的司法部大体上业已（或即将）通过“一助一”援助方式与不同受援国缔结了长期司法合作协议：黑森州司法部与法院在过去几年中一直与亚美尼亚保持着紧密和良好的工作关系；下萨克森州与吉尔吉斯斯坦之间、巴登-符腾堡州与阿塞拜疆之间的协议业已签署；而石勒苏益格-荷尔斯泰因州与乌兹别克斯坦之间的协议也即将签署。在这种持久的合作协议支撑下，德方法律从业者可通过参观访问、提供业务咨询、宣传培训、

[52] 所谓的国际间“法整備支援”，可能为日本法律学者首创并意在涵摄法律援助所有层面的一个元概念。这一概念大体是指由援助国提供，亦即输出其法学知识，以协助被支持国经由立法（包括撰写教材、法典评注等辅助工作）、法学教育（包括专业教育与普法宣传等）、法律专业人员、司法机制等诸方面的一系列彼此衔接的系统性法律改造工程而达致整个国家体制的转型。关于“法整備支援”的意义及日本在东亚、中亚数国的实际运作经验，参见鮎京正訓，〈アジア法研究のフロンティア〉，《法学セミナー》，第581号（2003年5月），頁78-81。转引至王泰升：“台湾的法律继受经验及其启示”，《中研院法学期刊》（创刊号）（2007），第112页注释5。

[53] 关于这一例子以及相关其他事例的详尽论述，参见注4引文，第257页。

[54] 另外两大核心原则分别是“避免将选择输出的模式偏狭地聚焦于美国法律”、“坚守（为受援国）提供公共服务的承诺并避免利益冲突”。参见注4引文，第258页注释234。

[55] 关于这一事例的详尽分析与论述，参见 Rolf Knieper, *Judicial Co-operation: Universality and Context*, status report, Bremen/Ferrière 2003, pp. 83-84.

协同制作法典评注、整理判例汇编、编写法学教科书甚至推动各类法律人社团（律师协会、法官协会、公证人协会等法律解释共同体）之构建等方式进行全方位多层面的系统性法律援助。以此，他们不仅能从实践中检测立足于德意志国情的法律想法或作法在其他异质地域的可移植程度（transplantability），而且更为重要的是，通过这一深入的“比较”过程，更能深刻地理解本国法律体系的优劣所在。

大约从 20 世纪 80 年代末期开始，在法律援助市场上，不同法律援助机构之间彼此协同完成项目的作法就已开始。或许主要基于受援国的主动要求，同时考虑到相互协作能够获得信息共享与优势互补等诸多利益，这种作法在 90 年代中后期变得日趋流行起来，以至于当下由单独一家援助机构全权负责一个大型项目的情形都非常少见。^[56]以在独联体国家具有较大影响的德国技术合作局为例，该局先后与荷兰国际法律协作中心、美国国际开发署共同参与《格鲁吉亚民法典》实施项目；与欧洲复兴与开发银行共同起草《土库曼斯坦登记法》项目以及与欧洲安全与合作组织（OSCE）共同致力于哈萨克斯坦非职业法官（lay judge）参与诉讼程序的改革项目以及《土库曼斯坦民事诉讼法典》的起草项目。^[57]而在众多彼此协作进行的法律援助过程中彰显出的一种富有成效的趋向是：结合援助机构自身经费、下属咨询专家擅长领域的不同，各展其能，分别承担同一项目的不同子项目，以将不同的援助努力最大可能地整合成一个“有机整体”。例如资历雄厚的机构可以负责法院设施的重建或恢复，而资历较弱的机构可以负担有关立法和法院组织的咨询项目。在蒙古，美国国际开发署与德国技术合作局有关该国法官培训援助项目的协议即为一个适例：由前者负责刑事法官的培训，而后者负责民事法官的培训。^[58]这不仅主要是因为蒙古新刑事诉讼法偏采美国法上的“当事人主义”模式（对抗式诉讼），而蒙古民事法律体系则是以德国为代表的大陆法系模式为基础而构建，^[59]或许其间还掺杂着两种不同培训项目所耗成本多少之精细考量。

（二）渐趋重视地方性知识所具有的价值

早在 20 世纪 60 年代初期，针对美国法律学者在世界各地开展的如火如荼的法律与发展运动，耶鲁大学法学教授 F. S. C. 诺思罗普就明确指出了法律援助过程中应当重视吸收或利用本土元素的价值所在。他指出：“在将外国法律和政治规范引入任何社会的过程中，可以发现，只有至少同时吸收一部分当地社会规范和理念的情形下，这些外来规范才能真正产生效力并生根于此……这就意味着对非洲、中东以及亚洲国家纯粹强加西方世俗法律和政治体制的当前实践，如不至少吸收当地人所依循的传统活法理念的一些基本元素，将很可能以失败而告终。”^[60]或许在很大程度上汲取了早期法律援助因为仓促移植而造就的众多水土不服的失败教训，近来诸多国际法律援助机构更多地将目光聚焦于所谓的“地方性知识”

（local knowledge）所具有的价值，并将这种认知融入法整备支援过程的具体环节或方法上面。他们切身体认到如果熟悉受援国的语言、习惯、法律以及其他条件或传统等本土元素，那么就更容易采用适当的技术或策略在一定程度上克服这些横亘在面前的重重“文化障碍”，增强向该受援国输出法律模式的成功机率。^[61]例如，在俄罗斯文化中经常存在着对于西方观念和解决方法的不信任，而在相同层次之上的中亚却并不存在；同时，较之于其他独联体国家，欧陆法律文化在俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯的影响更强。^[62]或许也正是因为这一点，不同国家的法律人对于英美法诸模式也有不同的理解。因此，法律援助机构需要区分不同的法律文化和法律传统，对该地区进行有针对有区别地法律输出。克罗地亚人非常自豪于所谓

[56] 之所以出现此种情形的原因在于：其一、受援国政府当下更看重能融合各国法律体系之长的一种混合经验；其二、基于大型法律援助项目时限一般很长且耗资甚巨，单独的法律援助机构往往无法胜任；其三、在某些情形下，多家援助机构共同参与，一方面，受援国可以此平衡各方利益；另一方面，机构之间的无形竞争，在一定程度上，也可提升项目的最终成效。

[57] 参见注 55 引书，第 105 页。

[58] 参见注 55 引书，第 106 页。

[59] 参见注 55 引书，第 81 页。

[60] See F. S. C. Northrop, "The Comparative Philosophy of Comparative Law" 45 Cornell Law Quarterly (1959-1960), pp.657-658.

[61] 参见注 4 引文，第 267 页。

[62] 参见注 14 引文，第 97 页，注释 14。

的克罗地亚式的解决方法，这在法律改革援助过程中人所共知：官员以及其他相关人员通常宣称不需要输入任何外国的法律或者政策，克罗地亚在智识上能够自给自足。^[63]基于此种特殊“民情”，针对该国的法律援助似乎就应当富有策略，至少要做到看起来完全出自克罗地亚本土资源的法律输入方可确保项目运作的有效性。事实也确实证明了这一点。由于忽视对可能面临的文化障碍和不同价值理念相互抵牾的审慎考察，法律援助从业者经常发现他们自身往往试图同时完成彼此冲突的援助目标。例如在许多转型国家，司法制度并非旨在为裁判私人之间的商事纠纷而设。在波斯尼亚等前南斯拉夫共和国，普遍存在的过分迟延问题表明这种迟延根本上就是法律预先故意设计的，尤其是当政府已经成为应诉的主要债务人之一时更是如此。^[64]巴尔干半岛当地的一位法律起草者已经注意到最近通过的执行法中的某些条款与其说是为了执行，还不如说是为保护土地和个人财产免于执行而设计。^[65]此外，尽管破产法是整个商事转型框架中的必需构成，但在多数转型国家，破产法的出台主要是为了清算那些已经倒闭的国有企业，而并非是为构建商业企业无法为继之时的一种高效市场退出机制。在塞尔维亚，破产法就已被当作解决一种急迫政治问题的方式，即将失业的责任从政府转嫁给法官：借助于法官来解决未从倒闭的国有企业中拿到工资的众多工人的下岗问题。而法官似乎意识到了这一点，往往倾向于采用长时间拖延诉讼进程的方式加以抵制。^[66]不难从这两个事例中看出，在制定法律援助的规划和策略之时，特别是当援助的对象是那些社会经济、政治、文化正处于剧烈转型的国家之时，如果在未对那些潜在且更具有决定意义的“国情问题”进行必要认识或处理之前，单纯地通过提高这些国家的司法行政和法院管理水平来处理诸如诉讼迟延和执行不佳等问题，最终很可能造就南辕北辙的相反效果。由此可见，在法律输出过程中，对受援对象的所谓地方性知识以及本土国情、政情的事前考察和审慎考量对于行为目标的成功程度无疑是至关重要的，甚至在很大程度上可以说，这种对受援国文化的评估很可能反过来会重塑法律援助具体实施与运作的模式。事实上，有时候受援国抵制或接受新的法律，其原因就在于当地的文化倾向或具体国情政情，而并非新的法律的实施或支撑机制存在某些技术性的瑕疵。

正是基于以上诸多考量，以福特基金会为代表的美国援助机构以及以德国技术合作局为代表的欧陆国家援助机构近来渐趋采用更为“本土化”的援助策略。一方面，福特基金会中国项目以及索罗斯基金会下属的宪政与法律政策研究所（COLPI）一直都保持雇佣熟悉受援国语言、在受援国相关业务方面曾受过正式训练或拥有工作经验的美国公民或外籍人士担当驻地工作人员（field officer）的策略或惯例；而美国律师协会的“中东欧法律行动”项目更偏向于选择能够通晓当地语言之人担当驻地联络员，为此，甚至不惜为这样的候选人降低须具备“法律实践经验”的任职要求。^[67]与此同时，较之以往单纯选择对美国法某一领域具有专长或在美国法律学术界、法律实务界或政府部门具有显著声望的专家作为咨询顾问不同，诸多从事法律援助的政府和非政府组织现在选拔咨询顾问、驻地协调员等雇员的标准方面渐趋发生了根本性转向：频繁从受援国的法律学者、从受援国或地区移民来的法律专家以及通晓受援国法律的学者等熟悉地方性知识之人（所谓的“地方性知识专家”）中聘任。^[68]福特基金会和索罗斯基金会采行的这种高度强调地方性知识的所谓“本土主义”（localism）作法取得了巨大成功，特别是与来自中东欧的侨民学术顾问之间的密切合作，造就了众多法律援助项目的成功。^[69]另一方面，德国技术合作局在格鲁吉亚法律援助项目中所取得的重大成功，在很大程度上，也完全可归因于类似本土化策略的有效实施。基于德国学术交流学会（DADD）奖学金资助，1991年刚在苏联立法研究院获博士学位不久的格鲁吉亚年轻法律学者 Lado Chanturia 得以到哥廷根大学进行研修访问，并在回国不久即被选为德国技术合作局设在第比利斯法律援助项目的驻地协调员（1993-1996），^[70]同时被聘

[63] 参见注 29 引文，第 10 页。

[64] 参见注 29 引文，第 7 页注释 4。

[65] 参见注 29 引文，第 10 页。

[66] 参见注 29 引文，第 5 页注释 2。

[67] 参见注 4 引文，第 267 页。

[68] 参见注 4 引文，第 269 页。

[69] 参见注 4 引文，第 268 页。

[70] 参见格鲁吉亚司法部官方网站有关 Lado Chanturia 个人经历的介绍，网址：http://www.justice.gov.ge/index.php?sec_id=180&lang_id=ENG，访问时间：2010年6月8日。

任为格鲁吉亚司法部的顾问，正是在这一期间，在 GTZ 对格鲁吉亚的援助项目中，他发挥了至关重要的作用。在他的协调和引介下，格鲁吉亚决定摆脱由俄罗斯所主导的《独联体示范民法典》的编纂模式，编纂出一部德式色彩鲜明的《格鲁吉亚民法典》（其为三名主要起草人之一）。这部法典从根本上摆脱了苏联民法典既有的制度残余与固有缺陷，成为可与荷兰民法典比肩的一部新民法典。^[71] 基于这部法典的成功，它先后被 GTZ 作为《土库曼斯坦民法典》、《摩尔多瓦民法典》以及新《蒙古国民法典》的编纂蓝本。^[72] 在 1998-1999 年间，Lado Chanturia 出任格鲁吉亚司法部长，基于以往双方业已获得的颇有成效的“双赢性”合作效果，在他任职期间，格鲁吉亚与 GTZ 之间进行了更系统全面、更富有成效的合作，从而也成就了格鲁吉亚在诸多受援国中成为少数几个为评论家所经常赞誉的“典范国家”之一。^[73]

（三）渐趋采用中立性、技术性以及统一性的模式进行法律输出

观察整个法律援助进程，不难从诸多个案中大体整合出两种彼此相连的现象：其一、较之这一区域的大国（诸如中国、俄罗斯），政治影响相对较小的国家无论在涉及范围广度抑或参与深度层面都受来自域外的更多影响，特别在贸易法、经济法、商法、知识产权法等诸领域。仅就立法层面而言，例如《亚美尼亚破产法》几乎就是出自美国马里兰大学咨询专家之手，^[74] 而爱沙尼亚的商法、担保法等法律则纯粹为美国乔治城大学法学院师生创造的产物。^[75] 而这种单纯依赖一国甚至一个援助机构现象，在政治影响较大的国家是不可想象的。即使存在，大体也可能是国内外专家相互协作博采诸国立法之长而最终成就的混合型立法。其二、相对而言，即使是政治影响相对较小的国家（例如波兰、爱沙尼亚以及保加利亚等东欧国家），在宪法甚或宪法性法律（例如涉及个人权利、国家身份以及政治组织架构的法律）的制定或修改过程中，域外因素却往往几乎很少具有有效置喙的余地：大体上往往皆为本国政治和法律精英自行孕育及自行起草的产物。^[76] 即使存在些许影响，也大体限于受援国本身对于咨询性的指导或建议的主动吸收或汲取，影响的幅度也远远无法与对该地区贸易法、商法以及知识产权法等领域所受之影响相提并论。之所以出现这类现象的根本原因在于：在很大程度上可以说，这些“经济类法律”发挥作用并不依赖直接的旨在确保民众遵从的行政性或司法性制裁手段而获得，而是在商事关系当事人所持续进行的协商过程中通过构建一种评判基准或合法性基准（a point of reference or legitimacy）并进而形成一种谈判杠杆（bargaining lever）或一种威慑的方式来实现。^[77] 同时，考虑到其适用范围、适用对象以及所涉内容，这类法律不似亲属法、继承法、土地法、租赁法以及劳动法等法律那样与国内既有制度文化或支配性价值存在紧密联系，所以在转型国家的政治精英和法律精英眼中，这些“经济类法律”在很大程度上仅是具有技术性、非政治性、非意识形态性且足以促成经济发展的单纯工具，就像饮用波尔多葡萄酒、驾驶宝马汽车、欣赏索尼电视一样，可以直接从法制先进国家移植甚或直接照搬过来使用。^[78] 而对于体现一国核心政治价值和政治利益

[71] See Lado Chanturia, Foreword to the English Translation of the Georgian Civil Code, in *The Civil Code of Georgia*, IRIS Georgia, 2001.

[72] 有关德国（主要以德国技术合作局为主要输出渠道）对独联体国家民法典编纂的深入影响的详尽分析，可参见魏磊杰：“后苏联时代的法律移植与民法典编纂”，《比较法研究》2008 年第 5 期，第 50 页。

[73] 相较于来自域外“陌生的”咨询专家，转型国家的统治集团似乎更倾向于接受这一类人的改革建议。例如，一些美国法律学者从改革开放初期就对中国后毛泽东时代的改革报以同情与大力支持，因此他们也被视为“中国人的朋友”（friends of China）。对于中国的法律改革，这些学者（以 Jerome Cohen 教授为代表）的意见在中国官方以及非官方的法律圈中都更易被接受，也更具有影响力。参见 4 引文，第 263 页。

[74] See Samuel L. Bufford, *Bankruptcy Law in European Countries Emerging from Communism: The Special Legal and Economic Challenges*, 70 *American Bankruptcy Law Journal* (1996), pp. 459 ff.

[75] 参见注 13 引文，第 8 页。

[76] 参见注 4 引文，第 216-217 页。

[77] See Robert N. Mnookin and Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, 88 *Yale Law Journal* (1979), pp. 950-977.

[78] See Philip M. Nichols, *The Viability of Transplanted Law: Kazakhstani Reception of a Transplanted Foreign Investment Code*, 18 *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law* (1997), pp. 1235-1279.

作者认为一些源自西方的所谓技术性法律，因其本身的非政治性和有用性，可以被直接照搬到受援国。在该文中，1996 年的《哈萨克斯坦外商投资法典》乃是由一小组外国专家基于东南亚国家的相似立法起草而成，事先根本没有考虑到哈国的立法需求和本土国情，但该法在实践中仍旧获得了巨大成功。作者指出，该法成功的根源在于两个原因：其一、这部法律与哈国本土的文化传统可以相互契合；其次，较之于中欧

的宪法或宪法性法律的制定或修改而言，情况却截然不同。如果在宪法或附属法律的制定或修改过程中，过分依赖甚或过多渗入了外来因素，则可能被视为一种（国力）虚弱的象征、一种对国家治理所需的娴熟技术或能力欠缺的体现。^[79] 而之所以较之诸多深受外援影响的小国，一些大国对于域外法律模式的选择表现出更为审慎的态度乃是因为，总体而言，政治影响较大国家自身的统治集团呈现出的“民族自主意识”与“国家防卫意识”似乎更强，这也就意味着他们更倾向于对域外异质法律模式（特别是来自国际政治舞台上的主要竞争对手的法律模式）产生更大的抵制甚或免疫。^[80] 在一篇影响甚广的经典文章中，两位作者瓦尔德与古德森在该文末尾意味深长地指出外国咨询专家在法律援助过程中所应秉持的三种态度：谦卑（humility），也即尽可能减少不经意间流露出来的法律沙文主义倾向；适度（moderation），也即降低对受援国全盘接受所提供模式的期望而寄望于一种混合的折中型法律输入；耐心（patience），也即应当意识到国家越大、社会越多元，改变的发生也就越慢，经历的过程也就越曲折。^[81]

在转型国家法律变革的整个过程中，国家主权与法律移植之间的冲突问题或许无法避免。特别对于美国这样的法律援助国，考虑到各种各样的援助机构大体上都与美国政府存在千丝万缕的联系，或许这些援助机构做出任何行为甚至存在本身，都可能不可避免地轻易被指摘为是在践行美国“全球法律殖民”的政治战略，即使在较弱的程度上，也可能被这些国家斥为美国法律帝国主义或大国沙文主义的体现，抑或实施之目的在于以牺牲当地利益与诉求为代价而追求美国利益。^[82] 而所有这些负面评价或推定均可能对援助国与受援国之间建立良性互信进而有效协同开展法律改革产生极为消极的影响。对此，可以提供两个不同结果的例子加以说明：作为美国国际开发署咨询专家的伊利诺伊大学教授彼得·马格斯曾参与编纂《摩尔多瓦民法典》的咨询工作，或许是作为一种宣传，在该大学的网页上曾出现“彼得·马格斯教授乃是2002年6月通过的《摩尔多瓦民法典》的最重要起草者”的信息。或许主要肇因于出现的“最重要起草者”（principal drafter）这一字眼，该消息事后被摩尔多瓦法律学者看到进而引发强烈反应：该国竟然为此提出官方抗议并威胁采用诉讼手段解决。在此始料未及的情形下，伊利诺伊大学被迫撤下这条信息。^[83] 从中不难看出，这一事件侧面反映出的乃是诸如摩尔多瓦这样的转型国家在开国伊始所具有的无比敏感的政治神经和无比强烈的民族自尊心，而如何尽可能在不触动这种敏感神经和维护受援国民族自尊心的前提下进行有效的法律输入，则可以说是所有法律援助机构都应认真思索的问题。相较之下，在俄罗斯法律改革过程中，基于其一直扮演的“公正局外人”角色，荷兰法律援助机构取得了巨大的成功。虽然德国、美国以及意大利等诸多援助机构或咨询专家都参与了《俄罗斯联邦民法典》的起草，但最终却是荷兰专家的意见发挥了最为关键的影响。这样的结果可能让人感到有些费解：一个政治影响不大的小国为何能对一个超级大国的法制进程产生如此重大之影响？曾参与整个法律援助进程的已故著名比较法学家莱顿大学的F. J. M. Feldbrugge教授道出了其中原委：“对于美国和德国专家的意见，俄罗斯人有一些保留，因为这两个国家都是俄罗斯最主要的贸易伙伴国之一。而且，美国和德国的专家都与他们本国的外交部存在紧密的联系。而对于来自荷兰的援助，虽然也受到“社会改革计划”（MATRA）项目的资助，但却是与荷兰政府完全分离的。俄方起草小组意识到荷兰专家除了努力提高法律改革成效这一目的外，没有其他的目的。”^[84] 荷兰蒂尔堡大学比较法与跨国法研究中心主任Jan Smits教授在考察荷兰对中东欧地区采用的法律援助方法时，大体也得出了同样结论：“就我所知，无论对法律改革进行资助还是参与协调活动的所有荷兰机构都是如此——他们没有试图去

和东欧国家，地处中亚的哈萨克斯坦对西方模式并无过多的反感和抵制情绪。

[79] 参见注 13 引文，第 4 页。

[80] 这特别体现在当存在两种或两种以上的可选方案之时，往往立足于本土的或由本土机构所提供的方案更容易获得认可。在 1992 年《俄罗斯石油法》立法进程中，俄罗斯能源部在美方专家的建议下基于德克萨斯州的法律模式提供了一份草案，但最终这份更为先进的草案却被另一份由本土石油研究所起草的草案所抵制并取而代之。参见注 44 引文，第 362 页注释 84。

[81] 参见注 44 引文，第 377-378 页。

[82] 参见注 4 引文，第 273 页。

[83] 参见注 55 引书，第 36 页。

[84] See F.J.M. Feldbrugge, *Het nieuwe Russische Burgerlijk Wetboek en Nederland*, 68 NEDERLANDS JURISTENBLAD 1073 (1993). 转引至注 39 引文，第 167 页。

对提出的法律意见的性质施加任何自身的影响。在这一点上，诸如荷兰这样小的国家，较之于较大的国家而言，可能更能够对外出口他们的法律；而较大的国家则不同，不论他们声称的(出口的)动机如何地高尚，他们都将会更轻易地被指摘为是在推行法律的大国沙文主义。”^[85]

或许在很大程度上意识到了这些问题，诸多国际性法律援助机构，特别是具有美国官方或准官方背景的法律援助机构，为确保更为有效地对受援国进行法律输出，开始渐趋采用包含一些中立性、一般性、国际性的标准、规范或作法作为法律输出的模式或将目标聚焦于纯粹的技术性援助和立法技术的提升等大体与政治无涉的援助领域。在运作中国援助项目过程中，福特基金会与亚洲基金会对所谓的“法治”概念进行了更为宽泛的界定，对中国本土产生和自行运作的法律培训和法律研究项目提供支持，强调本土法治资源与普适法治价值的融合；同时，不再对项目之运作需借鉴美国模式进行特别的强调。对于所资助的在中国出版和发行比较法或域外法之类的法学著作以及整理判例汇编的项目，该基金会已渐趋脱离既有的聚焦于美国式样的偏狭作法。一个由多数美国雇员组成的旨在提高中国立法技术的联合国项目更是强调仅将美国模式作为“可用于进行比较性、社会科学性方法探究适当立法技术的合宜养料 (fodder)，而非可直接照搬的完美典范 (paragon)”。^[86] 亚洲基金会有关议会间交流的项目近来也反映了相同的趋向：取代以往美国与受援国之间单纯的互访和交流，转而强调各区域国之间的相互交流。美国律师协会的“中东欧法律行动”项目甚至将承诺为受援国提供“中立性”或“比较性”而非狭隘的立基于美国模式的改革建议作为其核心原则之一。甚至在多数情形下，该项目将建基于西欧法律模式的改革建议提供给独联体国家和中东欧国家，因为这些模式可能更为适合受援国的需求，更加契合这些国家既有的法律文化遗产。^[87] 针对中东欧国家和独联体国家的经济竞争规制以及中国的人权与知识产权保护，美国法律援助专家开始强烈地意识到，较之以往提供的高度细节化的美式法律规则，具有一般性、普遍性的国际条约、公约甚或获得普遍认同的软法对这些受援国更有吸引力，相应地也更富有成效。^[88] 首先，这些一般性、普遍性的法律模式，执行起来弹性很大，可提供给受援国很大的空间以从适合一般规则的诸多选择中发现并选择破坏性最小且最容易执行的具体选择；同时，“鉴于法律的实施往往是法律改革的瓶颈性问题，新的立法本身就不应当被制定的过分完备”；^[89] 其次，基于上述分析，明确建议或明显默示以美国模式为基础的法律输出很可能在受援国遭遇负面性的猜疑甚或抵制，而多数聚焦于经济领域的一般性法律模式，因为大多源自多数国家长期普遍认同的价值或作法，具有某种程度上的普适性，更不易于触动受援国的民族自主意识，甚至在多数情形下，通过引入此种模式，无形中亦能助益于该国的国际形象之提升以及国际贸易之繁荣。毕竟，公共的职业经验显示出，一项进口来的立法产品越被视为一种异质体，它就越不会对经济和社会生活造成影响抑或产生一种与其被设想的功能不同之影响。^[90] 最后，对于几乎皆可被归入大陆法系的中东/南欧国家、独联体国家、中国以及临近国家而言，美国普通法法律体系与美国卓异主义 (American Exceptionalism) 观念的其他面向本身就意味着美国援助机构所提供的某些美国式的法律模式或解决方法，^[91] 在一些法律改革进程中，很可能仅被视为具有单纯借鉴价值甚或被斥为没有任何价值。

[85] 参见注 39 引文，第 167 页。

[86] 参见注 4 引文，第 269 页。

[87] 更为详尽的描述，参见注 4 引文，第 270-274 页。

[88] 参见注 4 引文，第 270 页。

[89] See Shaping a Market-Economy Legal System: A Report of the EC/IS Joint Task Force on Law Reform in the Independent States, in European Economy-Reports and studies (1993) No. 2, p.17.

[90] 参见注 44 引文，第 369 页。

[91] 参见注 4 引文，第 273 页。所谓美国卓异主义 (American Exceptionalism)，又译“美国例外主义”、“美国优越主义”，为亚历西斯·托克维尔于 1831 年在其所著的《论美国的民主》一书中所杜撰的一个概念。此概念现在主要意指美利坚合众国因具有独一无二的国家起源、文化传统、历史发展、以及特殊的政治与宗教体制，故世上其他发达国家皆无可比拟。可以说，此种观念本身是美利坚

毕竟，在这些转型国家，虽然在宪政、人权、法院改革、司法独立、经济、贸易以及知识产权等领域深受美国法的影响，但大陆法系无疑仍旧占据着支配地位，既有的直接或间接的源自欧陆法律文化之影响的法律遗产仍旧根深蒂固，内国的政治精英和法律精英如欲实现法律改革的成功，或许也必须与这些法律传统实现某种程度的妥协与对话才可济事。

四、结论

纵观法律输送的内在行为逻辑、存在的种种问题以及渐趋呈现的新的趋势，似乎不难看出，一条主线一直贯穿始终：法律输出成功与否的关键在于法整備支援的整个过程必须建基于不同受援国的既有国情、政情以及民情之上。也就是说，轻视甚至直接忽略这些具体语境，将不利于法律输出的成功；而事先了解、重视并善加利用这些具体语境，进而改变既有的民族中心主义式的偏狭态度因时因地采用不同的援助策略或方法，似乎更有助于法律输出获致预期之成效。当然，研究对象本身的复杂性事先就决定了做出任何概括性论断皆有可能失之偏颇。当代著名的比较法学家、“法律移植”理论的创始人艾伦·沃森教授曾略显无奈地指出：“建构一种（法律）输送理论……似乎是一件极端复杂之事”。^[92] 毕竟法律输送（移植）成功的关键在于不同异质文化语境间如何妥适地实现有效融通或契合，而“文化”概念本身却是一个难以确切把握而只能在具体语境中模糊感知其大体所在的事物。社会不同、制度不同、历史传统不同、政情民情不同，具体的语境因时因地也可能就不同，不同程度如此之大以至于难以从纷繁驳杂的同类或相似多样社会现象中整合出某种具有充分解释力和涵摄力的一种理论对其加以描述和说明。甚至在一定程度上可以说，古往今来的任何一种关于法律输送或移植的理论，都有其程度不同的不周延性和时空适用性。^[93] 有鉴于此，本文所列举的诸多事例以及基于这些事例而得出的具体观点或看法，或许在某种程度上，也可能因囿于不同发生国的不同语境而可能仅具有有限的说明力。但尽管如此，在转型国家法律援助市场中近来所发生的“转型”趋势却是无比真确的。不论这些趋势呈现出何种具体样态，但实质上却皆可殊途同归地被归结于这一“语境导向型”（context-oriented）认知的更新：以往失败的根源主要在于对受援国的本土语境的漠视甚或忽视；法律输送模式之选择必须建基于受援国本土语境之上并引以为最终依归；如何鉴别、了解并善加利用这些本土语境将是法律援助者未来重点着力之所在。研习比较法虽“思想与心灵可自由翱翔于世界的天空”，但前提要“立足于祖国的这片土地之上”。斯如此言，本研究之于当代中国法律变革而言，最大的启示意义或许在于，这种认知的更新在很大程度上可能更有利于践行清末以来统治集团对外来（法律）文化所一直秉持的“中学为体、西学为用”的移植态度。在此种基调之下，如能利用此种利好趋势，并善加引导，发挥后进优势，便可望成就青出于蓝而胜于蓝的最佳移

民族与生俱来的道德优越感与民族中心主义（ethnocentrism）的一种展现形式。

[92] See Alan Watson, *Aspects of Reception of Law*, 44 *American Journal of Comparative Law* (1996), p.335. 笔者认为，至少可以从两个层面看出构建一种法律输出理论的复杂性。其一、诸多比较法学者、法社会学者在论述法律输出问题之时，大都倾向于采用某个自认为妥适的隐喻来生动表达其阐述的论题，例如“移植”、“移置”、“传播”、“渗透”、“嫁接”、“出口”、“重释”、“适应”、“刺激”等等不一而足，但诚如奈尔肯教授考察所得出的结论：“无论如何，任何一种隐喻都不能囊括法律移植所有的重要类型和全部情势。”（参见奈尔肯、菲斯特前揭书，第28页）；其二、在一篇文章中，奈尔肯教授逐一详尽分析了各种衡量法律输出成功与否的标准或观点，但最终认定，囿于此种社会现象的复杂性，似乎很难达成大家皆能大体认同的一种标准。See David Nelken, *The Meaning of Success in Transnational Legal Transfers*, 19 *Windsor Yearbook of Access to Justice* (2001), pp. 349-366.

[93] 当然，也或许正是因为这种研究对象本身不可避免地所具有的原生缺陷，近二十年来，多数围绕这一主题而开展的理论研究，为寻求新的理论突破，现在大体渐趋转向两个层面：其一、虽仍致力于法律输送（移植）整体理论的构建或阐发，但更多地是对既有学说的有机整合，从而渐使一些“折中型理论”在这一领域中渐呈盛行之态势；其二、转而致力于运用法律经济学、法社会学、法人类学等交叉学科的分析工具对法律输送（移植）的具体个案进行所谓的实证研究，着重对影响法律输送或移植成败的具体的制度性语境与社会因素进行深入剖析与解读。

植效果，进而在未来开创中国法律变革进程的美丽新世界。

（初审编辑：高涛）