

论法律移植的可行性及其人性基础： 专利制度的视角

刘银良

(北京大学法学院 北京 100871)

内容提要:法律移植是一个富有争议的问题,但实证研究较少。由国外移植而来的中国专利制度在历经百年曲折后终于在世纪之交走上正途,成为有益于社会和经济发展的无形财产权制度。在世界范围内,起源于英国的专利制度先后被成功移植到很多国家,构成一种近乎通用的知识产权制度。专利制度的字内延伸或可证明法律移植具有可行性,法律是一种“地方性知识”、文化不同、环境各异或民族精神并不当然成为法律移植的障碍。人性中的财产本能或可构成专利等财产权制度能够广泛移植的基础,保证相关法律制度被接受,在本土生根、发芽并成为适应良好的制度。

关键词:法律移植 专利制度 地方性知识 人性

沃森于1974年使用“法律移植”的概念来概括不同法域间的法律借鉴或继受,称法律移植如同器官移植,成功者应该能够在新机体内成长,成为其组成部分,如同源生规范或制度一样。他认为法律移植可有多种类型和规模,相关概念还有接受、渗透和嫁接等。^①伴随法律是否可移植和如何移植的争论,法律移植概念和比较法学方法已在世界范围内得到广泛传播,

研究者对于多形态与多种类的法律移植进行了广泛研究,研究对象跨越不同法系和国家。^②我国法学研究者大约从20世纪80年代后期引入法律移植的概念,研究视野不仅涵盖了我国从清末至今的百年法律移植实践,还延伸至其他法域间的移植以及法律全球化,包括关注法律移植本土化、法律观念移植、法律移植有效性等

作者简介:刘银良(1966-),男,汉族,山东菏泽人,北京大学法学院教授、博士生导师。

① [英]阿兰·沃森《法律移植论》,贺卫方译,载《比较法研究》1989年第1期,第63-64页。

② [英]罗杰·科特雷尔《存在一种法律移植的逻辑吗?》,马剑银译,载《中外法学》2006年第6期; Holger Spamann, Contemporary Legal Transplants: Legal Families and the Diffusion of (Corporate) Law, 2009 B. Y. U. L. Rev. 1813 (2009); Daphne Barak-Erez & Jayna Kothari, When Sexual Harassment Law Goes East: Feminism, Legal Transplantation, and Social Change, 47 Stan. J Int'l L. 175 (2011).

问题。^③ 与理论探索相对应,法律移植和法律比较也成为我国法律实践中不可或缺的论证技术和研究模式,被论证的对象除法律的框架、逻辑和内容外,还包括对法律实施效果的评价。并且,值得关注的已不仅是从外到内的移植,也包括国内法律的输出即对外移植。^④ 也有研究者从法律与社会的互动关系出发,对于法律是否可实质移植表示质疑,认为人们更应该关注中国社会发展的走向以及真正有益的法律应当是什么等问题,而不应仅满足于反复讨论法律移植的必要性,或者漠视法律移植的可能性和技术问题,法律的理想性不能保证其可行性。^⑤

法律移植是否可行?通常的概念如“法律是一种地方性知识”或文化差异等因素能否构成法律移植的障碍?支撑法律移植可行性的原因是什么?我国学者对这些问题虽广有涉及,但相关的实证研究仍显不足,因此有进一步探究必要。本文将在结合世界范围内专利制度被广为移植的大背景下,主要从中国专利制度百年历程的视角,对这些问题做出考察。之所以如此,是因为专利制度是我国传统社会没有而新植入的制度。在本文中,“法律移植”概指由域外至国内的法律或制度借鉴。^⑥

一、中国专利制度百年历程

晚清“洋务派”在引进西方“船坚炮利”的同时,也试图引入其专利制度,只不过当时实施的仅是类似于英国1623年前的“钦赐”专利形式。康有为等维新派认为技术的引进为末节,

制度改良才是上策,遂请求清帝颁布“劝募创新”的发明奖励制度,以图智民富国。光绪于戊戌变法期间降旨,“所制之器,颁给执照,酌定年限,准其专利售卖。”^⑦随后由总理衙门起草、颁布《振兴工艺给奖章程》。这是我国第一部近代意义的专利“法规”,对不同重要性的发明规定了差别奖励措施,包括授予官职和许以10年、30年或50年不等的专营期限。这些措施的拟定既参考了“泰西通例”,又颇具中国特色。由于变法失败,本章程并未得到实施,但在清末新政期间,清政府仍成立专门负责专利事务的官方机构,为一些重要企业核准专利(实质上仍属专营)。^⑧

民国建立后,北洋政府先后颁布《奖励工艺品暂行章程》和《暂行工艺品奖励章程》。前者是中国付诸实施的第一部专利法规,排除了饮食品、医药品和“紊乱秩序妨害风俗之虞者”等发明主题的可专利性,赋予发明人5年的专利权,对于侵权行为规定了罚金和有期徒刑等处罚措施,隐约已有现代专利制度雏形,体现了立法者对外国专利制度的借鉴。立法者充分考虑到当时技术落后的国情,决定暂不授予外国人专利权。其后南京政府先后颁布《奖励工业品暂行条例》、《特种工业奖励法》和《奖励工业技术暂行条例》等文件,从1939年开始保护发明、新型(实用新型)和新式样(外观设计)三种专利。^⑨南京政府立法院于1944年颁布的《专利法》是中国第一部全面的专利法文本,立法

^③ 参见王晨光《不同国家法律间的相互借鉴与吸收——比较法研究中的一项重要课题》,载《中国法学》1992年第4期,第39-45页;沈宗灵《论法律移植与比较法学》,载《外国法译评》1995年第1期,第1-7页;高鸿钧《法律移植:隐喻、范式与全球化时代的新趋向》,载《中国社会科学》2007年第4期,第116-129页;高鸿均《美国法全球化:典型例证与法理反思》,载《中国法学》2011年第1期,第5-45页。

^④ 如季卫东教授曾呼吁关注中国可能的法律输出。参见刘叶深《法律移植与法律输出:我们准备好了吗》,载《检察日报》2010年4月29日第3版。

^⑤ 参见苏力《这里没有不动产:法律移植问题的理论梳理》,载《法律适用》2005年第8期,第27-28页。

^⑥ 参见何勤华《关于法律移植语境中几个概念的分析》,载《法治论丛》2002年第5期,第14-19页;王立君《法律移植的界定》,载《法学论坛》2004年第2期,第40-46页。

^⑦ 徐海燕《中国近现代专利制度研究(1859-1949)》,知识产权出版社2010年版,第62页。

^⑧ 同注释⑦,第38-76页。

^⑨ 同注释⑦,第91-96页、第143-154页。

技术高明、逻辑清晰、内容完备,涵盖现代专利制度很多方面,包括给予和中国有条约关系的国家的国民在中国申请专利的国民待遇。该法既吸取了此前约30年间中国专利制度建设的经验与教训,考虑了国情和现实需求,其中包括部分人士关于加强专利保护的呼吁,^⑩又借鉴了一些重要工业化国家的专利法,可谓中西合璧。但由于连年战争,该法只从1949年开始在中国台湾地区实施。据统计,自民国建立至1947年,北京政府和南京政府共授予专利权不到900件,^⑪显示当时专利制度对于社会发展所起的作用微乎其微,基本可以忽略。

中华人民共和国于1950年颁布《保障发明权与专利权暂行条例》,借鉴苏联的双轨制,同时规定了发明权和专利权。依据该暂行条例,国家仅授予了6件发明和4件专利,社会影响极其有限。^⑫专利制度在1957年后更加名存实亡。1963年国家颁布《发明奖励条例》,废除双轨制,实行单一的发明奖励制度,对具备条件的发明者给予发明证书和奖励,但由于“文革”等影响,该制度也未得到有效执行。^⑬可以说,由于意识形态等影响,在中华人民共和国建立后约30年间,专利制度一直未能得到有效建设,它也当然未能产生相应的社会效果。国家于1978年实行“改革开放”政策,根据需要筹建专利制度。1980年,国家专利局成立,中国加入世界知识产权组织(WIPO)。然而在是否需要制定专利法问题上,不同部门有不同意见,有些甚至针锋相对,争论持续5年,专利法草案先后易稿25次,最后才于1984年3月由六届全国

人大四次会议讨论通过。^⑭在1985年4月专利法生效前夕,中国加入《保护工业产权巴黎公约》,从此成为国际专利保护大家庭中的成员。这些事件标志着中国现代专利制度建设的真正开始。

为借鉴他国之长,专利法起草小组曾收集几十个国家或地区的专利法和国际条约文本,考察了十几个不同类型国家的执法情况,然后结合中国改革开放初期的基本国情,反复讨论和修改,才完成供立法机构审核、批准的专利法文本。^⑮因此中国现行专利法的制订,已非对域外某国专利法的简单移植,而是在广为借鉴外国立法例的基础上,立足国内实际,对文本反复整合而得。虽然从当今专利制度标准看,1984年专利法文本尚存在不少问题,但如果考虑到我国当时处于改革开放初期,技术、经济和管理均处于缓慢恢复阶段,且必要的司法体系尚不健全,相应的规定就可理解。例如,立法者考虑到当时中国科技和工业发展水平较低的状况,就特别排除了食品、药品与化学物质等发明的可专利性,以免产生不利于国计民生的后果。^⑯

随着改革开放深入,我国逐渐融入国际社会,在专利等知识产权领域面临的国际压力日趋增加,其中尤以美国最咄咄逼人。另一方面,随着我国科技和经济发展,技术研发和产业化能力稳步上升,也有进一步融入国际社会的需要。在国外压力和国内动力双重推动下,中国专利法遂以间隔8年的周期,分别于1992年、2000年和2008年实施三次修订。第一次修订

^⑩ 如有人曾建言“当兹20世纪物质文明竞进之秋,大抵五洲各国,鲜有无工业所有权保护法者。吾国工业幼稚,致立法亦后乎他人,万国公例,凡无完备法律之国家,不得谓之完全独立国。”吴润东《三十年来中国发明专利》,载中国工程师学会编《三十年之中国工程》(下),京华印书馆1948年版,第8页。转引自徐海燕,同注释⑦,第138页。

^⑪ 同注释⑦,第192-193页;秦宏济《专利制度概论》,商务印书馆1945年版,第21、23、26-27页。

^⑫ 参见赵元果《中国专利法的孕育与诞生》,知识产权出版社2003年版,第9-11页。

^⑬ 郑成思《知识产权法》,法律出版社2003年版,第207-210页;汤宗舜《专利法教程》,法律出版社2003年版,第17-25页。

^⑭ 同注释⑫,第298-299页。

^⑮ 同注释⑫,第47-48页。

^⑯ 同注释⑫,第261页。

的直接压力来自美国,它通过《中美知识产权保护备忘录》要求中国提升专利等知识产权保护水平。第二次修订的直接动力是为中国加入世界贸易组织(WTO),它也是一次全面修订,使中国专利法与《与贸易相关的知识产权协议》(TRIPS)基本一致。第三次修订主要因应国家发展的内在需求,完善了专利制度。统计与计量经济分析表明,中国专利制度大约在20世纪末走向成熟,然后进入高速增长期,对社会发展和经济增长具有显著的正向促进作用。^⑰可认为,在经历世纪曲折后,作为法律移植物的现代专利制度已在我国生根、发芽和成长,开始发挥正当的制度功能。

作为一种新设立或移植的法律(民国虽有专利制度,但后来有大约40年的断层),在其实施之初,计划经济思维还占据社会意识主流,很多人对于智力成果私有化还怀有抵触心理,要让人们普遍认识、接受和利用专利这种新型的无形财产权制度,时间尚显不足。而在专利法实施后十几年间,专利申请和审查程序逐渐完备,专利行政管理机关和司法机构(如专门的知识产权审判庭)逐步建立,专利审查员、代理人、律师、法官与管理人员队伍不断壮大,专利检索、咨询和代理等服务质量日趋提高,发明人和企业的专利保护意识也日益增强,专利制度随之逐步成熟,为经济发展做出实质贡献。^⑱

我国为追求强国和现代化目标建设专利制度,历经百年曲折,虽然说立法者一般能够立足国情,广泛听取各方意见,以逐步加强专利保护的方式,最大限度地维护本国利益,但从该法律本身考虑,专利制度并非本土源生,而是由域外移植而来。同样,虽然从20世纪初直到世纪

末,立法者和管理者一直面对美国等发达国家的政治和经济压力,也有不得不然的让步,但也不能就此把中国专利制度建设理解为完全被动的法律移植,因为在面临外来压力下,立法者一般尽力化解,结合当时国情,加以折中取舍,希望以短期让步换取长久进步,而在重要方面则一般能够坚持本国利益——例如从清末直至1944年民国专利法前,所有专利法规皆无规定外国人可在中国申请专利。^⑲或言之,中国专利制度虽然在各时期均夹杂着被动或被迫的因素,但就专利制度整体而言,它更多地体现为主动的立法移植,而不是一个完全被动或被迫的法律接受过程。

为什么看似与我国文化传统格格不入的一种外来的无形财产权制度,能够在中国存活和发展良好?经济学家诺斯等基于对欧洲早期(尤其是1500年-1700年间)资本主义运动的研究,认为工业革命之所以在英国兴起并蓬勃开展,让英国后来者居上,不到一百年就成为当时世界上最有效率、发展最快的国家,一个重要因素就是它颁布了鼓励技术创新的垄断法规,创立了专利制度,为知识财产提供了合法依据,“使创新收益内在化成为制度”,藉此为工业革命准备好了舞台。^⑳如上所述,从80年代初开始,中国为推进改革开放、发展市场经济,也需建立专利制度。在市场经济机制下,为方便技术成果研发、投资和交易,需要为之设立一种垄断性的财产权,专利制度由此成为市场经济的内在需求。这既是工业革命得以在英国发生和发展的重要原因,^㉑也是中国专利制度快速发展的动力。因为既然专利制度是市场经济的内在需求,中国要在改革开放框架下发展市场经济

⑰ 参见刘银良《我国知识产权制度建设成效及问题实证分析——兼论我国知识产权对外交往策略》,载《知识产权》2012年第3期,第60-61页。

⑱ 同注释⑰。

⑲ 同注释⑰,第98-105页。

⑳ [美]道格拉斯·诺斯、罗伯斯·托马斯《西方世界的兴起》,厉以平、蔡磊译,华夏出版社2009年版,第219-221页。

㉑ 同注释⑲,第217-221页。

(开始为商品经济)就有制定和实施专利法的需要,而不管它是移植的法律,还是内在的源性立法。这或证明,法律移植与法律自生的条件是一致的,且法律移植需要一系列因素支撑。^②

反过来即可理解,发展市场经济之需乃中国现代专利制度得以成功建设的时代背景和重要支撑要素:只有在改革开放后,市场经济开始发展,我国才有利用和建设专利制度的真正需要,它也随即为其发展打开了社会和政治空间。而从清末至改革开放前的漫长历史时期,由于我国没有真正发展市场经济的可能,也就没有建设专利制度的内在动力,虽然各时代的立法者和管理者先后颁布各种专利法规或政策,专利制度在很长时期内都没有得到实际建设——此无他,没有对该制度的真正社会需求,也就没有必要的环境为之支撑。当中国实施改革开放国策、发展市场经济之际,就有技术产权化的社会需要,也因而需要建设相应的专利制度。

综上,在各种宏观和微观制度要素支持下,中国专利制度建设历经百年,至20世纪80年代才真正正式启程,至20世纪末才得以基本完善,开始发挥正当的制度功能。如此漫长的制度发展过程也反映了法律移植的持续性、艰难性和创造性。持续性意味着法律移植不是一次性的立法活动,不可能一蹴而就,而是一种长期的社会变迁或互相适应过程,可能持续很长时间,直到移植的法律被吸收到本土社会才算结束。^③艰难性意味着新制度的形成不可能轻松跨越各种政治的、经济的和文化的障碍,或轻易克服原有制度的惰性。创造性意味着法律的移植除需借鉴域外法律规定外,还需尊重传统,最大程度地结合国情,其间需折中调和,体察秋毫,和源性立法一样需要高度的智慧。

二、专利制度的世界延伸:对地方性知识的跨越

作为一种无形财产权制度,近、现代意义上的专利法起源于资本主义运动兴起时的欧洲。威尼斯于1474年颁布法律,赋予发明者就其新的、精巧的发明享有10年独占期,希望他们尽力施展才能有益于威尼斯。英国于1623年颁布《垄断法规》,在废除钦赐垄断的同时,也赋予发明人就其新产品享有最长14年的垄断权,从此揭开了现代专利制度序幕。伴随工业革命和资本主义运动在世界范围内延伸,专利制度也被推广或移植到其他国家,如美国1790年颁布的第一部联邦专利法就是对英国专利法的移植。英国殖民者把专利制度带至北美殖民地先行实施,美国独立后,国会基于宪法的“知识产权条款”制定联邦专利法,开启专利强国之路。在19世纪,其他主要工业化国家以及作为欧美列强殖民地或占领地的一些国家也制定了专利法,专利制度得以在世界范围内延伸。虽然各国都依据需要对专利法做适当调整,或在理论与制度方面加以创新,但作为一种独立的无形财产权制度,世界各国专利法的最终渊源均指向英国的垄断法规——它们因而都属于移植的法律或制度。

由此可见,在世界范围内,中国专利制度建设只是众多成功的专利法移植案例中特别漫长和艰难的一个。事实上,即使对那些最初作为殖民地或被占领地的国家来说,如印度,虽然在开始时其专利立法基本属被动或强迫性质,但在经历一定时期后,该法律就为其社会所接纳,成为不可或缺的制度,因此在20世纪40年代—60年代殖民地国家独立时期,并没有国家决定废除其专利法,它们所做的也仅是根据时代发展和本国需要对其进行必要的修订或重新颁布而已。面对持续时间如此漫长(18世纪—20

^② 同注释⑤,第24—27页。

^③ 参见林端《儒家伦理与法律文化:社会学观点的探索》,中国政法大学出版社2002年版,第64—65页;王勇:《法律移植研究与当代中国的法律现代化》,载《法制与社会发展》2008年第4期,第152页。

世纪)、跨越国家如此广泛的专利制度移植来说,一个基本的问题是:这如何可能?

当人们把目光回溯至颁布垄断法规前后的英国,就会发现它在1700年之前在欧洲基本处弱势地位:在地理上偏安一隅,远离欧洲大陆,既无法国的规模,又无西班牙的外部资源,制度也缺乏效率。^{②4} 曾任王座法院首席大法官、后为议会反对派中心人物的柯克(Edward Coke)发动国会限制王权,于1623年促使垄断法规通过成为法律,开启专利制度的法权时代。虽然从其后近四百年的今天来看,作为一个历史事件,该法规的通过构成世界现代专利制度之滥觞,无形中被赋予耀眼的光环,然而就当时而言,该事件只是英国议会试图限制国王滥用特权、变王权为法权的一个地方性事件,并未显得卓尔不群、明显地孕育着未来能成为一个世界性制度的期望。换句话说,当时英国垄断法规的通过只是一种“地方性实践”。

这种“地方性实践”,如果用近三十年来在人类学与法学中流行的话语来代替,就是“地方性知识”。人类学家吉尔兹称法律就是一种“地方性知识”——“地方在此处不不只是指空间、时间、阶级和各种问题,而且也指特色(accent),即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想像联系在一起。”^{②5} 以此理解,作为一种“地方性”法律的英国垄断法规,其通过或规定本身都属于地方性知识。然而,正是这样一种地方性知识,在其后三百多年间,不仅被移植到毫无王权概念的美国,还被移植到具有国王或皇室传统的法国、德国以及日本,甚至也被移植到具有社会主义法制传统的

一些国家,从而演变成为一种全球性的法律制度。这似乎意味着,法律作为一种地方性知识,它既不是被移植到域外的障碍,也不是阻碍域外法律植入的障碍——逻辑的推论因而是,以法律是地方性知识来论证法律不能移植难以令人信服。

此推论可能与一些研究者尤其是认为法律移植不能的本土论者所持观点不同。^{②6} 究其缘由,问题或在于一些研究者把吉尔兹所称“法律是地方性知识”理解为法律“仅是”或“仅能是”一种地方性知识,它因而难以为不同地方的人们所分享,从而导致法律移植不能。相关批评认为,“夸大关于法律秩序的、知识的‘地方性’特征不免使我们的心态走向封闭,而且不自觉地某些西方学者关于法律是一种‘地方性的知识’的论断普适化了。”^{②7} 上述世界很多国家对于专利制度的广泛移植,证明把确实属于一种地方性知识的法律理解为仅能适合其源生地的想象不能成立:它也可能被移植到其他地方,并且生长良好,为其他地方的人们和社会服务,正如现代专利制度那样。部分本土论者在理解或阐释地方性知识范畴时,忽略吉尔兹对法律也可能是建设性的即它也能够有助于建构地方性知识的论述。^{②8} 一种移植的法律不应是机械的植入物,而应该或可能对其植入的社会有建设性作用。法律与地方性知识之间应属互动关系而非单向决定关系,地方性知识既可衍生法律,法律也可反作用于地方性知识。^{②9} 也有研究者认为,虽然文化的相对性客观存在,但它并不必然导致法律的相对性;吉尔兹称法律是地方性知识属于在阐释的象征意义上使

^{②4} 同注释^{②0}第209页。

^{②5} [美]克利福德·吉尔兹《地方性知识:事实与法律的比较透视》,邓正来译,载梁治平主编《法律的文化解释》(增订本),生活·读书·新知三联书店1998年版,第126页。

^{②6} 参见范忠信《法制(治)中国化:历史法学的中国使命(论纲)》,载《理论月刊》2011年第1期,第5-13页。

^{②7} 贺卫方《中国司法管理制度的两个问题》,载《中国社会科学》1997年第6期,第130页。

^{②8} 参见黄金兰《从吉尔兹“地方性知识”理论说起——关于民族国家法制本土化理论的几点再思考》,载《山东大学学报》2006年第1期,第41-46页。

^{②9} 同注释^{②8};周赞、黄金兰《法律移植问题三议》,载《读书》2004年第11期,第118-121页。

用,它不能否定法律移植的可能性。^⑩

关于法律与地方性知识关系的争论,涉及判断法律移植是否可行的另一个重要方面,即法律移植与文化(或法律文化)的关系。与本土论者相通,文化论者通常强调文化对于法律移植的决定性作用或影响,“文化”也因而成为问责法律移植且不易被反驳的利器。“以文化为其独特标记的人类,无往而不是生活在自己造就的符号体系或说意义的世界之中。没有了这些,世界将不成其为世界,它只是一片混沌。”^⑪并且,即使一些认同法律移植方法论的研究者,也强调应考虑文化的相容性,认为法律传统相近的法系间的法律移植成功率较高,或者法律规则移植应有文化的移植作为支持才可有效。^⑫还有研究者试图探索法律移植与文化间的新理论范式。^⑬

然而另一方面,法学者对于“文化”的概念应保持适当距离,因为它向来难以界定或解析——它既可广阔或抽象到包括人们所能概括地描述社会生活的每一方面或其组合,如“生活的哲学”、“厚重的历史”或“天理人情国法”,也可小到或具体到法官是否戴假发、穿法袍、用法槌等,因而一切可被解析或难以被解析的因素皆可被纳入“文化”范畴。^⑭进一步地,在判断法律移植是否可行或人们是否容易接受植入的法律过程中,文化真的很重要吗?它能够成为法律移植无法绕过或克服的障碍吗?显然不是,上述专利制度在世界一百多个国家得以成

功建设,就指示着文化远非法律移植不可逾越的障碍。姑且不论在英国和横跨五大洲和多种宗教背景或意识形态的众多国家之间,会有何种文化差异,即使在英国和人们普遍认为在文化上与之最接近的美国之间,也有显著的文化差异甚至冲突。这可体现在宗教传统和政治体制等诸多方面,如英国为不成文宪法,实行单一制,有国王特权传统,而美国为成文宪法,实行联邦制,毫无国王特权的历史负担。然而正是在这些看似冲突的文化差异下,美国却实质地移植了英国的专利制度,并奠定专利强国之路。^⑮

这提示在论证跨文化的法律移植是否可行时,研究者不应诉诸泛文化论,或人为夸大文化或其惯性的阻碍力量,而拒绝看到文化的接纳性、包容性和可塑性。文化虽然可能阻碍、限制或影响法律的移植,移植的法律也需适应本土文化,但移植的法律也会反过来影响甚至改造本土文化。有研究者称此种现象为法律引导文化变迁。^⑯仍以中国专利制度为例:在它建设并运行良好之际,很多自然人或法人会主动按照专利法规定,调整自己的行为,尽快适应该制度,享受它可能带来的益处。这意味着,在移植的法律的影响下,人们的生活方式也会因应改变——如研究者所述,除非人们的生活方式发生改变,否则法律移植不可能。^⑰反过来理解就是,如果人们的生活方式已发生改变,那么或可说明法律移植已经发生,甚至移植的法律已是

^⑩ 参见周相卿《人类学视野中的文化相对主义与法律移植》,载《贵州民族研究》2003年第2期,第42-47页。

^⑪ 梁治平《法律的文化解释》,载梁治平《法律的文化解释》(增订本),生活·读书·新知三联书店1998年版,第8页。

^⑫ 尹伊君《法律移植与司法制度改革》,载《读书》1997年第12期,第75-79页;信春鹰《法律移植的理论与实践》,载《北方法学》2007年第3期,第5-13页。

^⑬ 参见高鸿钧《文化与法律移植:理论之争与范式重构》,载《环球法律评论》2008年第5期,第5-14页。

^⑭ 梁治平也指出“法律文化”概念被“滥用和庸俗化”的现象。参见同注释^⑪第64页注[1]。

^⑮ 关于美国对英国版权法的移植,参见Bracha, Oren, The Adventures of the Statute of Anne in the Land of Unlimited Possibilities: The Life of a Legal Transplant, 25 Berkeley Tech. L.J. 1427 (2010)。

^⑯ 同注释^⑩。

^⑰ 参见强世功《迈向立法者的法理学——法律移植背景下对当代法理学的反思》,载《中国社会科学》2005年第1期,第110页。

运行良好的法律。

在讨论法律移植时,研究者常援引孟德斯鸠的“环境论”,即一个国家的法律与其气候、土壤、风俗人情等地理、社会和政治环境密切相关。^③该环境论与萨维尼及其历史法学派的“民族精神”实质相通,诸多研究者已对它们提出批评。梅因说,虽然孟德斯鸠列举的诸多环境因素对于全面阐明社会或法律是必要的,但他似乎高估了它们的数量和力量。^④沃森认为,孟德斯鸠低估了法律移植必然发生的程度,而高估了环境因素阻碍法律借鉴的程度。^⑤沃顿评价萨维尼说“如果我们根据自萨维尼那时以来已然发生的一切再来看看他的理论,我们不得不作出的一个结论是,他过高地估计了习惯法的重要性,以及铲除它的危险性。……他抱怨他那个时代缺乏对于过去的尊崇,整个欧洲都为‘追求改善的盲目激情’所鼓荡。如果他今天还活着,我猜想,他将看不到太多能够安慰他的现象。”^⑥耶林也认为,人们应当认识到法律继受和同化的可能性,并强调即使是公民的法律观也可通过教育等方式加以改变。^⑦以专利制度移植言之,迄今在世界范围内已有一百多个国家成功建立了该制度,这种普遍现象显然难以用孟德斯鸠的“凑巧”进行解释。

综上,法律作为一种地方性知识并非限制其移植的内在理由,而文化或环境的差异也非法律移植的必然障碍。然而这并非意味着所有的法律或制度皆可有效移植。那么是什么因素能够支持法律移植的可行性并促使其成功呢?

这值得进一步探讨。

三、法律移植为什么可行:人性的基础

有研究者列举影响法律移植的六种因素,分别来自经济、政治、民族、地理、社会和宗教。^⑧本文认为,这些宏观的方面虽然可能影响法律移植的效率及效果,但却不是决定法律移植是否可行的全部因素甚至根本因素。有研究者认为,在人类社会的法律或制度中,涉及家庭、继承、财产、劳动和分配等的法律规则有较强的地方特色和历史文化渊源,一般较难移植,而涉及人与自然、社会管理、治安和技术规范等的法律规则,由于属自然规律的体现或人类共通的经验积累,移植成功的可能性较大。^⑨这些列举的描述虽然具有一定的概括性,但其涵义却未必始终正确,即使列举者也认为,家庭领域中的一些观念已在世界范围自由传播,并对法律改革产生影响。^⑩

到底是什么因素能够决定法律移植的可行性,或者说对于法律移植能够产生重大影响呢?本文认为是人性,即人类共通的自然本性可保证法律或制度能够在不同地域、文化、法系或国家之间进行移植。我国法学界关于法律移植的研究虽然范围广泛,但尚未触及对人性的探讨,^⑪故本文结合专利制度实践,从人性的角度阐释法律移植的可行性。虽然人性的概念范围广泛、涵义复杂且抽象,因而难以把握,但另一方面,随着现代心理学和生命科学不断发展,“人性”又是可界定和解析的——正如休谟所言,“虽然关于人性的推理似乎抽象而难以理

^③ 孟德斯鸠《论法的精神》(上册),张雁琛译,商务印书馆1961年版,第6页。

^④ 梅因《古代法》沈景一译,商务印书馆2009年版,第76-78页。

^⑤ 参见阿伦·沃森《法律移植与法律改革》,尹伊君、陈成霞译,载《外国法译评》1999年第4期,第15页。

^⑥ [英]F·P·沃顿《历史法学派与法律移植》,许章润译,载《比较法研究》2003年第1期,第123页。

^⑦ [美]克利福德·格尔茨《文化的解释》,韩莉译,译林出版社1999年版,第217页。

^⑧ 参见冯卓慧《法律移植问题探讨》,载《法律科学》2001年第2期,第16-26页。

^⑨ 参见[英]奥·凯恩—弗伦德《比较法与法律移植》,贺卫方译,载《比较法研究》1990年第3期,第44-45页;

宋志国《我国知识产权法律移植中的递减效应原因探析》,载《政治与法律》2006年第5期,第138页。

^⑩ 同注释⑨。

^⑪ 在我国刑法学领域,关于法律与人性关系的探讨,参见陈兴良《刑法的人性基础》,载《法学研究》1994年第4期,第32-39页。

解……不能就此假定它们是虚妄的。”^{④7}由于本文主要讨论的专利制度属财产权制度范畴,本文也主要关注人性中与财产有关的属性。

休谟的《人性论》用大量的篇幅论述了正义和财产(权)的起源。他认为,正义只是起源于人类的自私和有限的慷慨,以及自然仅为人类提供了有限资源,因此正义和财产的产生息息相关。“没有人能够怀疑,划定财产、稳定财物占有的协议,是确立人类社会的一切条件中最必要的条件。”^{④8}然后休谟论及人性中“亲财产”的性质“只有这种为自己和最接近的亲友取得财物和所有物的贪欲是难以满足的、永久的、普遍的……”^{④9}基于资源的有益性、稀缺性、人性的贪婪以及由此导致的资源占有不确定性等,休谟论证了确立财产制度的必要性,并视之为人类社会得以建立的第一要件。休谟还认为在前社会时期,虽然尚无“财产”概念,但这并不意味着人们可以随意侵犯他人的“财物”。^{⑤0}

如果说休谟对于人类最大限度地占有财产的本性的论述尚属哲学或伦理范畴,因而说服力尚不足的话,那么进化心理学和神经科学已经可以对人性的特点进行系统分析和验证,并且可把结论做实质延伸。就人性中占有财产的内在倾向,研究者发现它其实是一种人类本能,即“财产本能”(property instinct):它源自人类在早期恶劣的生存环境下(如长期面临食物等生存资源短缺压力)采取的一种进化稳定策略,具有遗传学基础和功能,表现为对财产的界定、占有、使用和处置的内在倾向。^{⑤1}美国印第安纳大学法学院的研究者认为,无论是通过遗

嘱继承还是法律继承,人们处置遗产的偏好就体现了这种财产本能及其遗传学功能。^{⑤2}现代生命科学的探索和休谟的哲学论证在此得到结合,其结论就是:在不损害他人利益的前提下,尽量多地占有财产是人类的本能。然而需要说明,该本能或本性只是为人们追求财产的行动提供了内在倾向,而相关占有财产的行为是否实际发生,还会受到成本收益计算等多重因素影响。

事实上,人们关于有价值“物”的占有(以及相关的分工与合作)可追溯至遥远的狩猎——采集社会,从人们有意识地获取并占有猎物或果实等有利于生存与繁衍的“有形物”时就已开始。^{⑤3}洛克在论述财产的劳动学说时认为,既然土地上所有自然产生和成长的果实和动物是给人类使用的,“那就必然要通过某种拨归私用的方式,然后才能对于某一个人有用处或者有好处”,印第安人不懂得圈地,“就必须把养活他的鹿肉或果实变为己有……而别人不能再对它享有任何权利,才能对维持他的生命有任何好处。”^{⑤4}这意味着,在初民社会尽管人们尚未有“权利”或“财产权”等概念,但出于本性,他们对于“有用物”的占有却是积极的。之后,经过长期演化,最晚至罗马法时代,财产权的概念及其获得、使用、处分和收益等要素被固定在法律中。^{⑤5}随着罗马法在世界范围内传播,财产权概念被植入各法律体系,至今仍是各国民事法律制度的重要部分。

然后是专利等无形财产权的出现。既然罗马法已为理解和规范有形财产权打下坚实基础,那么把它推广至无形的发明创造,为之授予

④7 休谟《人类理智研究》,吕大吉译,商务印书馆2009年版,第10页。

④8 [英]休谟《人性论》(下),关文运译,商务印书馆2009年版,第528页。

④9 同注释④8。

⑤0 同注释④8,第538页。

⑤1 See Jeffrey Evans Stake, The property “instinct”, 359 Phil. Trans. R. Soc. Lond. B, 1763-1774 (2004).

⑤2 同注释⑤1。

⑤3 参见[美]D·M·巴斯《进化心理学:心理的新科学》,熊哲宏等译,华东师范大学出版社2007年版,第92-106页。

⑤4 [英]洛克《政府论》(下篇),叶启芳、瞿菊农译,商务印书馆1964年版,第17-18页。

⑤5 同注释⑤3,第159页。

“财产权”也就没有太大障碍。洛克的劳动学说被援引:既然体力劳动能够使人们对于财产的占有合法化,那么智力劳动也同样能够赋予创造者相同的权利,保障他合法占有其智力成果。⁵⁶ 如上所述,在17世纪-20世纪,英国颁布了垄断法规,其他国家直接或间接地移植了英国专利法,均愿意为合格的发明者授予一定时期的排他性权利,以保障他对发明的使用、处分和收益——所谓的环境不同、文化或民族精神各异、法律属地方性知识等理由,皆未能阻止专利制度的广泛移植。若从人性角度就可对此做出容易理解。归根结底,专利制度是一项产权制度,它和有形财产权制度一样,能够为权利人带来利益,在现实的或潜在的利益驱动下,发明者对于专利制度由生疏而熟悉,然后积极利用,遂使现代专利制度得以普及和发展。正是源于人们对财产的内在追求,才让专利制度的创立和移植有了坚实的人性基础,专利制度也因而能够克服“地方性知识”的狭隘和“民族精神”或“文化”的障碍,得以在世界范围内广泛移植和成长。

此种人性的视角也可用于解释其他法律制度的移植,尤其是涉及财产权的诸制度。在解释“民国民法典”对于德国及瑞士民法典的借鉴时,起草人之一吴经熊说,民国民法典95%的内容都来自后两者,不是照抄就是改写,“这样讲来,立法院的工作好像全无价值的了,好像把民族的个性全然埋没了。”⁵⁷ 显然,人们没有理由怀疑学贯中西、道德方正的法学家如吴经熊诸君,其辛勤立法之目的是为中国设立一部既

符合时代潮流、又适应国情的民法典。然而立法参与者研究与探讨的结果竟然是,在“浩如烟海”的世界法制中,“选择得当就是创作,一切创作也无非是选择”。⁵⁸ 因此他们通过选择性地把德国或瑞士民法典的相关部分准确翻译过来或稍加润色,就完成一部“集现代各国民法之精英,而弃其糟粕”的民法典巨制。⁵⁹ 表面上看,民法典起草者似“随意采撷、模仿和杂烩”泰西诸法,⁶⁰ 中华民族的个性被全然埋没,然而事情来历一经分解,缘由却是“刚好泰西最新法律思想和立法趋势,和中国原有的民族心理适相吻合,简直是天衣无缝!”⁶¹

从人性视角或可容易理解在泰西立法与中华民族之间有诸多共通之处:作为逻辑清晰、体系完整的民事法律规范集合,德国或瑞士民法典多建立在人性或相关理论基础之上,⁶² 它们可被恰当地植入中国社会,立法者无需为在表面上适应中华民族的“个性”而假意雕琢,因为“他们的法制与我国固有的人生哲学一天接近似一天!我们采取他们的法典却巧同时也就是我们自己的文艺复兴中重要的一幕,也就是发挥我们的民族性!……我们并非东施效颦地硬要摹仿他们,实在是他们的思想先和我们接近,我们才去采取的。”⁶³

弗伦德在评价孟德斯鸠的环境论时认为,在现代社会环境下,虽然地理、经济、社会和文化诸因素已变得不那么重要,然而政治因素的重要性却大大增加,因此那些与社会政治因素联系较强的法律或制度较难移植,而与之联系

⁵⁶ 同注释⁵⁴,第19页;Justin Hughes, *The Philosophy of Intellectual Property*, 77 Geo. L. J. 287 (1988).

⁵⁷ 吴经熊《新民法与民族主义》,载吴经熊《法律哲学研究》,上海法学编译社1933年版,第27-28页。

⁵⁸ 同注释⁵⁷。

⁵⁹ 梅仲协《民法要义》,中国政法大学出版社1998年版,初版序,第1页。

⁶⁰ 同注释⁵⁶。

⁶¹ 同注释⁵⁷,第28页。

⁶² 关于从人性视角理解民法体系的讨论,参见刘云生《人性假设与近代民法之生成》,载肖厚国主编《民法哲学研究》(第一辑),法律出版社2009年版,第59-73页。

⁶³ 同注释⁵⁷,第37-38页。

较弱的法律或制度较易移植。^④ 这或许可从侧面佐证上述法律移植的人性解释:与政治因素联系较弱的法律或制度,或可更多地基于人们的自然本性,它们更可能被成功移植;而与政治因素联系较强的制度则可能与人们自然本性的相关性较弱,甚至可能有所冲突,其移植也就难以获得人性的激励和支持。当然,本文虽然把人性解释为保障专利等财产权制度移植可行性的基础性条件,但并不打算把它扩展为一个泛人性的概念,从而把所有法律移植问题都联系到人性之上,因为一项法律制度是否产生或被移植,有很大的随机性,也需面临复杂的社会因素,决非有人性发挥的地方就会有某种财产权制度自动出现或被移植,或能够轻易获得成功。^⑤

四、结语

本文结合中国专利制度的百年历史和世界

范围内广泛的专利制度移植,论述法律移植的可行性,分析法律作为一种地方性知识能否限制其移植,继而探讨法律移植尤其是财产权制度移植的人性基础。经过一个世纪的艰难历程,由域外移植到中国的专利制度已经在本土成长为有益于社会经济发展的无形财产权制度。在持续时间更长、更大的范围内,起源于英国的专利制度先后被成功移植到世界许多国家,成为一种近乎通用的知识产权制度,表明“法律是一种地方性知识”、文化不同、环境各异或“民族精神”等,并不当然构成法律移植的障碍。基于休谟的哲学论证和现代生命科学的证据,可知人性中具有的本能可构成专利等财产权制度能够广泛移植的基础。因此,法律移植不仅可行,还可能具有深厚的人性基础,保证其移植被广为接受,在本国生根、发芽,继而成为运行良好的制度。

On the Feasibility of Legal Transplantation and Its Basis of Human Nature: from Perspective of the Patent Regime

Liu Yinliang

Abstract: Legal transplantation is a highly debated issue in China but with few positive investigations. The patent regime of China has been on its right way after a century's construction and becoming a useful intangible property system for social and economic development. The patent regime originated in England had been transplanted successfully to many countries worldwide, becoming an almost universal intellectual property system. The global extension of patent system may imply the feasibility of legal transplantation, and that law as “local knowledge” and the differences of culture, surroundings, and national spirit, have not been necessarily barriers to legal transplantation. The property instinct within human nature may constitute a premise for extensive transplantation of patent or other property system, to ensure its wide acceptance and growth to be a well adapted system in a local country.

Keywords: legal transplantation patent local knowledge human nature

(责任编辑:刘宇琼)

④ 同注释④。

⑤ 参见王晨光《法律移植与转型中国的法制发展》载《比较法研究》2012年第3期,第31-32页。