

# 法律移植

## 与文化冲突

独立董事制度移植的文化悖论

Falü Yizhi  
Yu Wenhua  
Chongtu

熊金才 著

汕头大学出版社



13

## 图书在版编目(CIP)数据

法律移植与文化冲突——独立董事制度移植的文化悖论 / 熊金才著.

— 汕头: 汕头大学出版社, 2006.4

(汕头大学学术丛书)

ISBN 7-81036-843-5

I. 法... II. 熊... III. 股份有限公司—企业管理—研究 IV. F276.6

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第016596号

---

## 法律移植与文化冲突——独立董事制度移植的文化悖论

---

作 者: 熊金才

责任编辑: 廖醒梦 叶思源 李资渝

责任校对: 张立琼

封面设计: 郭 炜 王 勇

责任技编: 姚健燕 李 行

出版发行: 汕头大学出版社

广东省汕头市汕头大学内 邮编 515063

电 话: 0754-2903126 0754-2904596

印 刷: 广东信源彩色印务有限公司

开 本: 890 × 1168 1/16

印 张: 12.5

字 数: 155千字

版 次: 2006年4月第1版

印 次: 2006年4月第1次印刷

定 价: 28.00元

ISBN 7-81036-843-5/F·120

---

发行/广州发行中心 通讯邮购地址/广州市天河北路177号祥龙阁3004室 邮编 510620

电话/020-22232999 传真/020-85250486

马新发行所/城邦(马新)出版集团

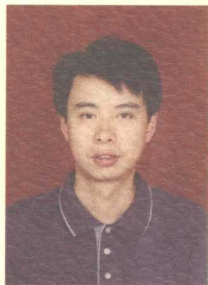
电话/603-90563833 传真/603-90562833

E-mail:citeckm@pd.jaring.my

版权所有, 翻版必究

如发现印装质量问题, 请与承印厂联系退换

【作者简介】



熊金波

男，河南信阳人，现于汕头大学外语系任教；美国芝加哥伊利诺伊大学访问学者，湖南大学与美国纽约市立大学应用语言学研究生，中国政法大学民商法硕士，吉林大学文学士；研究方向为民商法学；语言与文化；在各类刊物上发表论文30余篇，出版著作及教学工具书6部，译著8部。

责任编辑:胡开祥 李资渝  
封面设计:郭 炜 王 勇

F276.6  
X638.1

# 法律移植

## 与文化冲突

独立董事制度移植的文化悖论

Falü Yizhi  
Yu Wenhua  
Chongtu

熊金才 著  
汕头大学出版社

汕头大学  
学术丛书

13

# 汕头大学学术丛书

## ⇒ 第二辑 ◀

- |                              |       |
|------------------------------|-------|
| 王富仁序跋集(上)                    | 王富仁 著 |
| 王富仁序跋集(中)                    | 王富仁 著 |
| 王富仁序跋集(下)                    | 王富仁 著 |
| 法律移植与文化冲突<br>——独立董事制度移植的文化悖论 | 熊金才 著 |
| 潮州学论集                        | 陈景熙 著 |
| 萨本仁史学文集                      | 萨本仁 著 |
| 程家明自选集                       | 程家明 著 |
| 政策创新与地方社会的科学发展               | 郭剑鸣等著 |
| 编余拾论(上)<br>——海外华文文学评论及其他     | 翁奕波 著 |
| 编余拾论(下)<br>——编辑学潮学摭论及其他      | 翁奕波 著 |
| 撞击与交融<br>——中外文化交流史论          | 陈占山 著 |
| 女作家严歌苓研究                     | 庄园 编  |
| 文化的华文文学<br>——华文文学研究方法论争鸣集    | 庄园 编  |

## 汕头大学学术丛书

### 总序

课堂教学是大学教育的肌体，科学研究则是大学教育的灵魂。

游离于课堂教学的科学研究就像游离于肌体的灵魂，无法为大学教育注入新的生命，也无法成为整个大学教育的一个有机构成成分，而脱离科学研究的课堂教学则像没有灵魂的肌体，缺乏新鲜的生命，缺乏创造的活力，只能是照本宣科，人云亦云，吃别人嚼过的馍，炒别人吃剩的冷饭，教师感觉不到创造的乐趣，学生也得不到独立思考能力的培养。

课堂教学是大学教育的根，它扎在地下；科学研究则是大学教育抽出的叶、开出的花，它长在树冠、开在枝头。根深蒂固才能叶茂花盛，叶茂花盛才看得出它的根深蒂固。

所以，一所大学不能忽视平时的课堂教学，但也不能忽视教师的科学研究。

我们汕头大学是一所年轻的学校，但正因为年轻，才应当有活力，有朝气。向外，我们应当向国内外名牌大学学习；向内，我们则应当充分开发自己的人力和物力资源，尽快出成果，尽多出成果。学术重积累，但更重创造。只有勇于创造，才能有所积累，才能迅速积累。我们除拥有国内其他大学共同具有的有利条件，还有李嘉诚基金会的大力支持，我们没有理由跟在别人面前亦步亦趋地爬行，我们应当发展得更快些，做得更多些，更好些。

汕头大学学术丛书是在汕头大学学校领导和李嘉诚基金会的大力支持下出版、发行的，准备每年出版10~20种，凡是汕头大学教师的科研学术著作（暂时仅限于文科各系），都在资助出版之列。它是我们汕头大学教师科学研究成果的集中展示，也是我们参与民族的和世界的文化交流的重要渠道。希望汕头大学文科各系的教师更加焕发自己从事科学研究活动的热情，施展自己的创造才能，在完成教学任务的同时，撰写更多更好的科研学术著作，使我们这套丛书出得越来越多，越来越好。





# 目录

引言 .....	7
1 法律移植与文化冲突概论 .....	17
1.1 法律移植的概念及其内涵 .....	17
1.2 法律移植文化研究的法理依据 .....	21
1.3 法律移植与文化冲突的历史阐释 .....	44
2 法律移植文化研究的方法论体系 .....	59
2.1 法律移植的基本原则 .....	59
2.2 法律移植的基本形态、对象和方式 .....	66
2.3 法律移植的基本步骤 .....	72
3 独立董事制度简述 .....	78
3.1 独立董事的概念界定 .....	78
3.2 独立董事的特征分析 .....	83
3.3 独立董事制度的起源及现状 .....	91
3.4 独立董事制度与监事会制度比较 .....	98
4 我国对独立董事制度的移植及运行现状调查 .....	107
4.1 我国对独立董事制度的移植 .....	107
4.2 我国移植独立董事制度的诱因 .....	112
4.3 独立董事运行现状调查及问题的提出 .....	118



5	中国文化与独立董事制度移植 .....	126
5.1	西方学者眼中的中国文化 .....	126
5.2	中国学者的中国文化观 .....	129
5.3	中国文化对独立董事的制约 .....	133
6	中国法文化与独立董事制度移植 .....	145
6.1	法律文化的一般界定 .....	145
6.2	中国法文化特征的不同观点 .....	149
6.3	中国法文化对独立董事的制约 .....	160
7	中国企业文化与独立董事制度移植 .....	173
7.1	企业文化的概念 .....	173
7.2	中国企业文化特征调查 .....	179
7.3	中国企业文化对独立董事的制约 .....	185
	结语 .....	196



## 引 言

法移植是可能的，这是法移植成功经验的历史证明。翻开法移植的历史篇章，无论是美国、澳大利亚、加拿大对英国法的移植，日本对中国法、德国法、美国法的移植，抑或是中国对前苏联法、大陆法系国家法及英美法系国家法律的移植，其中成功的案例都以无可辩驳的历史事实证明了法律可以移植的立论，使法律不可移植的观点不攻自破。省悟人本，不管是“性本善”还是“性本恶”，理性的人类对安全、自由、平等、正义、效率等拥有共同的追求，这是法移植价值观协同的基础；审视当下，不同国家和地区在经济、技术、贸易等方面的差异和竞争创造了法移植的条件，强化了法移植的需求，这是法移植的社会现实基础；反观法律运动的轨迹，法规范作为社会控制的手段和阶级统治的工具，始终随着文化传播、政治扩张及经济掠夺的发展而不断被植入异国他乡，这是法移植的功利源泉。

法移植是必要的，这是社会演进的内在要求。贫富差距、南北差异、东西分化必将随着人类社会的全面进步而渐趋和缓，世界各国对环境、人权、贸易等普遍性问题的共同关注召唤着协同的法规范以保障人类的自由和生存的安全，实现交易的公平和正义；人类的理性追求推动着社会向全球化、一体化的方向不断迈进，使不同民族、不同国家、不同地区在众多领域相互认知、认同及至交融，其中自然包括法制度的共振，这是社会发展的大势所趋。在此大背景下，法制建设相对滞后的国家通过法律移植的方式借鉴他国的成功经验以弥补自身法律制度的不足，缩小与发达国家的差距，降低制度变迁的成本，加快法制现代化的进程，最终实现推进社会全面进步的目标无疑是明智的选择。日本之所以能够在短短的一百多年





中走完欧美历经数百年的法治现代化历程，重要的原因之一就在于其近现代史上三次成功的法律移植，即明治维新时期对法国法、德国法的成功移植，二战后对美国法的移植以及当代对欧美法和国际法的成功移植。

法移植的本土化过程是艰难曲折的，这是制度适应文化的必然。从本质上讲，被移植法律的本土化过程是一个共识构建的过程，是法律形式背后不同利益集团基于特定的社会文化理念相互冲突和协调的过程，亦即利益博弈均衡的过程。由于不同民族在风俗习惯、历史承传、意识形态、价值理念以及政治体制上的差异，源于异族供体的法律要真正融入受体文化并获得社会公众的接纳需要假以时日以消化文化冲突所产生的免疫排斥且具有不确定性。这是因为：被移植法律的本土化过程是制度适应文化的过程，而不是文化适应制度。基于此，法移植的可行性研究不能局限于法制度本身，而必须突破制度去研究法律赖以产生、变化和发展的文化体系及与之相适应的社会整体环境。其中不仅包括民族文化和法文化，也应当涵盖特定法律制度运行的微观组织或企业文化。

法移植的文化研究是必不可少的，这是法移植失败教训的深刻总结。中国晚清修律的困境和今天独立董事制度的低效以及20世纪60年代以来伊斯兰教国家的法律复兴运动无一不证明了这一论点。法移植的理性决策不仅要求决策者从法制现代化和经济现代化的角度对法移植的现实必要性进行细致的调查研究，为法移植的决策寻找需求依据；还要求决策者从文化学和社会学的角度对法移植的社会适应性进行科学分析和预测，为法移植的决策寻求实践支撑。从宏观的角度看，法移植的需求分析就是在社会文化体系的大背景下对经济发展和法制建设过程中所产生的法移植需求的分析；从微观的角度看，法移植的可行性研究就是以社会文化体系为依托对法移植的“六维”指标体系进行细致的调查和科学的论证，以明晰法移植的主体、法移植的时机、法移植的社会需求、法移植的供体、法



移植的对象及法移植的方法论体系，从而确认法律移植后的社会实践基础，使法移植决策更加符合国情，使法律移植后的整合过程更加顺畅，使法移植的绩效得到更好的发挥。漠视法移植的社会文化基础就无法揭示法移植失败的根源与成功的秘诀，就无法把握法移植成功与失败的几率，自然也就无从预测法移植的未来。

文化分析是法移植的基础并贯穿法移植的全过程，是法移植理论研究及实证分析的平台，亦是法移植指标体系理论的核心。从法移植的决策过程看，供体与受体文化的比较分析是法移植决策的前提，而供体与受体文化的契合性程度是法移植决策的主要指标。文化分析能够帮助决策者更全面地了解法移植的社会需求，更透彻地揭示法移植背后的利益冲突，更准确地把握被移植法律赖以生存的社会文化基础环境。文化分析不仅是决定移植与否的前置条件，亦是何时、何地、以何种方式、从何处移植何种法律规范的决策依据。从被移植法律的运行机制及本土化过程看，对法移植受体文化的多角度审视是了解被移植法律在执法、司法、守法及法监督等各个环节运行状况的关键，是我们把握不同社会主体基于不同的价值理念对被移植法律的认知和认同的情况，厘清法律移植成功抑或失败的本源，因而有利于我们更有效地回避文化冲突，达到节约法律移植的成本，提升法律移植的绩效，加速法律移植本土化进程的目的。

文化视角实现了法移植宏观研究与微观研究的有机结合，达成了法移植理论与实践的统一。从宏观文化学的角度看，法移植文化学注重研究法与社会诸要素的相互作用，从而有助于我们从理论法文化学的角度对法移植所涉及的政治、经济、文化、社会、环境等要素进行调查分析，研究法移植的宏观环境，为法移植的决策提供理论依据，是科学法移植的必由之路。从微观文化学的角度看，法文化学关注的焦点是法的社会运行，是在调节社会关系中真正起作用的“活法”及其潜规则，因而有助于我们从应用法文化学的角度对法移植所涉及的社会分工、社会分层、社会组织、社会控制、社



会关系等微观因素予以比较观察并对法移植的社会目的、社会价值、社会作用、社会效果进行实证研究,有利于我们从历史承传、风俗习惯以及思想意识、价值观念和行为模式等视角透彻地分析被移植法律运行的具体条件,是法移植本土化研究必不可少的环节。

法移植的文化学研究不同于历史法学、比较法学,也有异于分析法学和自然法学。其关注的焦点不是被移植法律规范本身,而是法律规范赖以存在和发挥作用的社会关系,是法在现实中的运作;其不仅研究历史,也注重现实;其研究方法不是对规范的分析、分类、解释和推理,而是对现实中的各种社会行为对被移植法律的影响,是对法在现实中的运作所做的文化学解释。法文化学的这一独特的视角有助于我们在法移植时更好地做到从实际出发、实事求是,更好地做到从国情出发、科学决策,更好地继承民族文化的优秀传统并剔除其中的糟粕,更有效地吸收外来文化的精华并抵御一切不健康的因子,最终有益于实现“古为今用”、“洋为中用”的目的,达成法制现代化的宏图伟业,建立富强、民主、法治的中国。

与历史法学、比较法学相对而言,法文化学通过理论法文化学和应用法文化学的双重机制,更有机地实现了辩证唯物主义和历史唯物主义、宏观与微观、具体与抽象的结合,更有效地缩小了法移植过程中理论与实践、定量与定性、历史、现在与未来之间的差距,使法移植的研究更全面、更科学,使法移植的风险降到最低。不仅如此,法移植的文化学研究还有助于我们利用现代自然科学的研究方法,如功能主义、结构主义、冲突论、信息论、系统论、耗散结构论、突变论及生物科学方法等等,对法移植所涉及的宏观及微观因素予以严谨的论证和更全面的多学科阐释。

法律移植的文化视角还有利于我们更好地认识在法移植问题上经济基础与上层建筑的关系,更透彻地了解在特定历史时期和特定领域意识形态的能动作用,更科学地理解马克思关于经济基础与上层建筑的理论,从而有助于我们更好地实现制度创新与观念更新的



有机统一。这是因为法移植的根本障碍不在经济领域，而在包括政治在内的文化领域；决定法移植成败与否的关键不是经济制度而是包括政治制度在内的文化体系。这一点已被无数法移植成功的经验及失败的教训所证明，亦有众多的法律移植理论研究为引证。纵观历史上英语国家对英国法的移植，其成功之处无一不是当时大英帝国政治扩张与文化传播的结果，无一不是政治体制变革和观念更新的结晶。回顾近来伊拉克的宪政过程，因宗教信仰不同、价值理念迥异及文化承传的差异所导致的流血与冲突应值得我们反思。这是传统与现代博弈失衡的结局，是不同文化间法律移植过程中文化冲突的结果，是被移植的西方法律不适当当下伊拉克的社会文化环境的必然，是旧的文化理念被冲击而新的文化理念又迟迟不被认同不能融入本土文化所造成的社会失范状态，是法律移植过程中文化冲突的真实写照。其中的经验和教训值得法律移植的决策者们认真总结和吸取。

比较法的鼻祖孟德斯鸠在《论法的精神》中指出：“为某一国人民而制定的法律，应该是非常适合于该国人民的；所以，如果一个国家的法律竟能够适合于另外一个国家的话，那只是非常凑巧的事。”<sup>①</sup>在此，孟德斯鸠所强调的就是文化对法律移植的决定作用，其中包括人、自然与社会等各种因素，而法律则是这些因素相互作用的综合产物。尽管法律移植的成功实践已经证明孟德斯鸠的观点不尽正确，但法律移植失败的案例又论证了其中不乏合理的成分。迄今为止，法文化的民族性特征及其在法律移植过程中的重要作用依然是我们难以否认的事实。历史法学家萨维尼在《论立法及法学的现代使命》中说：“在我们最早发现的有文献记载的历史中，民事法律便有着特定的特性，专属于一个民族，有如其语言、风俗和性情。”萨维尼认为，法律源于民族精神，而不同的民族有不同的精

① (法)孟德斯鸠著，张雁深译. 论法的精神(上)(M). 商务印书馆，1961，p6.



神。<sup>①</sup>因此，法律移植所涉及的直接障碍是民族精神差异的问题而不是经济基础的差异。

进入20世纪，随着法律移植现象的日趋频繁和法律移植理论研究的深化，人们对包括政治在内的文化要素在法律移植中的作用也有了更加深刻的认识。比较法学家奥·卡恩-弗伦德（O. Kahn-Freud）在《比较法的应用与误用》中对影响法移植的环境因素、社会经济因素、文化因素和政治因素等进行了比较分析。他认为，在现代社会由于工业化、城市化、通讯的发展和人口的流动，孟德斯鸠所论及的环境因素对法律移植的障碍作用大为降低。与此相反，政治因素的重要性却大大加强。他认为，阻碍法律移植的政治因素主要包括三个方面：一是共产主义与非共产主义世界之间以及资本主义世界中专制政体与民主政体之间的鸿沟；二是民主制演化出来的总统制与议会制之间的不同；三是在形式和保持法律制度方面有组织的利益集团作用的加强。<sup>②</sup>其中，基于不同政治理念和价值观念的利益博弈已成为当代法律移植理论研究的重要课题，也是法律移植文化研究的核心之所在。

中山大学法理学教授刘星先生在《重新理解法律移植——从“历史”到“当下”》一文中对政治理念及不同利益集团的博弈对法律移植的影响做了如下阐述，“从‘法律与政治’的应然关系入手，在‘当下’社会共识的建立中寻求、追求，是解决法律移植问题的一个重要路径”。他认为，“法律移植的最终结果就未来而言总是具有不确定性”，在法律移植问题上“未来必然的信念”值得怀疑。“历史主义的法律移植研究的主要功能只是在于提交较多的可测信息、发挥‘思想节约’的经济原则、增添知识化的信心累积，不能

① Alan Watson. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. 2nd ed, Athens and London, The University of Georgia Press, 1993, p21.

② [英] 弗伦德著，贺卫方译。比较法与法律移植（M）。比较法研究（J），1990年第3期，p51.





解决法律移植的根本问题。与此同时，法律移植是广义‘立法’主张的一个组成部分，进而又是政治主张的一种表达方式，并且，我们人人都在法律移植的过程中可能遭遇具体利益的获得或丧失，我们人人都有自己的具体需求和主张，那么，‘在当下展开社会共识的构建工作’就是一个重要的基本选择。”<sup>①</sup>

法律移植的文化学研究揭示：成功的法移植要求供体与受体文化之间具有相容性。张文显教授认为，“法律意义上的移植是以供体与受体之间存在着共性，即受同一规律支配、互不排斥、互相接纳为前提的”。<sup>②</sup>缺乏法移植契合理论的支撑，法移植的本土化过程将艰难而曲折，法移植的绩效往往会在文化冲突中耗散殆尽，从而使法律移植难以达至预期的目标。这是因为，被移植法律的本土化是以受体文化的认知与认同进而获得接纳为前提的。但受体文化作为一种历史的承传和积淀具有根深蒂固的社会文化基础，是特定文化之特定的社会结构、社会关系、社会组织、社会控制及由此而形成的社会集体意识、行为模式和价值理念。而理念与意识的内在转化耗时、费力且具有不确定性。中国法制现代化的艰难历程、中国当代文化的传统文化特征无不证明了这一论点。

法移植的成功经验表明，法移植必须注重被移植法律的本土化问题，尽量回避被移植法律与民族传统文化的冲突以更好地实现法移植的绩效。达成这一目标的经验就是重视传统文化在法律移植中的作用与影响。具有法移植成功经验的日本在移植法国民法典时继承传统文化借鉴西方法律制度的做法值得我们认真研究。1888年，日本在以法国民法典为蓝本制定民法典时，发现法国民法典所规定的户主权、亲权及平等的家庭制度与日本的户权家长制、妇女的继承权等风俗习惯之间存在严重的文化冲突。在尊重历史承传、充分

<sup>①</sup> 刘星. 重新理解法律移植——从“历史”到“当下”(J). 中国社会科学, 2004年第5期, p32.

<sup>②</sup> 沈宗灵. 法理学(M). 高等教育出版社, 1994, p94.



考虑旧有习惯和法移植理论的基础上，日本政府重新修订民法典并在亲族篇和继承篇中保留了符合日本传统文化的家庭制度，有机地实现了传统与现代、东方与西方的结合，扫清了民法移植本土化过程中的文化障碍，为日本成功移植西方法律制度奠定了文化基础。<sup>①</sup>

从法移植文化学的角度来审视我国《公司法》对源于英美法系的独立董事制度的移植，其未来充满了不确定性并因而存在着变数。当然，这种变数或不确定性不在于独立董事制度本身，而在于我们所移植的独立董事制度赖以生存、发展并发挥绩效的包括政治制度在内的社会文化体系对独立董事制度的制约与排斥，在于主导独立董事制度移植决策的社会精英们的政治选择和价值取向不能得到社会大众的认同。当下，独立董事制度在我国上市公司中运行不畅的根源事实上是不同利益主体利益博弈失衡的结果，是社会共识构建失败所使然。归根结底，是独立董事制度所代表的西方文化与中国文化的冲突未能达致妥协及至不同利益不能协调的结果。基于法律移植的文化契合理论，我们必须正视的事实是：相对于英美法系的独立董事制度而言，大陆法系的监事会制度应当能够更好地满足我国公司治理结构的需要。这是因为中国文化与大陆法系国家的文化有许多相近或相同的文化背景而与英美法系国家的文化存在着诸多相异乃至相左的文化理念。中国人民大学吕世伦教授认为，“大陆法系和中华法系不仅在理念层次上有国家主义的价值取向，而且在技术层面也有许多共同点。因此中华法系对大陆法系的继受就成为一种必然的选择”。<sup>②</sup>

独立董事制度移植以来的大量调查数据显示：我国上市公司移植源于美国的独立董事制度收效甚微、效果不佳。独立董事既未能改进公司的内部治理、减轻内部人控制的不良局面；亦未能在制约

① 韩大元. 东亚法治的历史与理念 (M). 法律出版社, 2000, p43.

② 吕世伦. 法理念探索 (M). 法律出版社, 2002, p48.