

全球化与 中国法制现代化

法制现代化研究丛书

公丕祥 主编

Globalization and Modernization of Legal System of China



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法制现代化研究丛书

公丕祥 主编

全球化与 中国法制现代化

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

全球化与中国法制现代化 / 公丕祥主编. —北京:
法律出版社, 2008. 6
(法制现代化研究丛书)
ISBN 978 - 7 - 5036 - 8511 - 8

I. 全… II. 公… III. 法制—研究—中国—现代
IV. D920. 0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 068421 号

© 法律出版社·中国

法制现代化研究丛书

全球化与中国法制现代化

公丕祥 主编

责任编辑 高山
田会文
装帧设计 乔智炜

开本 A5

版本 2008 年 7 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 16 字数 398 千

印次 2008 年 7 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8511-8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

主 编	公丕祥		
副主编	夏锦文	刘旺洪	
编委会	公丕祥	龚廷泰	吴增基
	夏锦文	李 力	刘旺洪
	黄和新	李玉生	眭鸿明
	刘 敏	王 敏	

总 序

21 世纪的钟声即将敲响。

伴随着向新世纪迈进的时代脚步,当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将继续深刻地改变着中国社会的基本面貌,导引着中国社会的未来发展走向。

综观 20 世纪的全球历史进程,我们可以看到,在不同的区域或国度,尽管法律变革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或势态,法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这个进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的;不过,它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律发展的范畴。法律发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要构建的正是法律成长的一般模型。在法律发展论领域中,法制现代化理论关注的重点是,从前现代社会法律系统

向现代社会法律系统的转变这一特定过程,寻找这一转变的内在机制。从广泛的意义上讲,法制现代化是一个变革的概念,是传统法制向现代法制的历史性跃进。这个进程或是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代,亦称“内发型”法律现代化;或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型,亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革形态,法制现代化无疑是一个创新的进程,其实质乃是从人治型的价值——规范体系向法治型的价值——规范体系的转变。

从世界范围来看,关于法律变迁与发展的理论研究,早在17、18世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶,对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面,以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理化的过程,是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会,在其他地区,法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代,在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色:一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境,也就是法律制度和政治结构的转型问题;二是关注法律发展的普适性问题,也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征,把法律发展或法制现代化看做是第三世界国家法律体系移植西方法律进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性,这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产,人们对20世纪60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质疑和批判性反思。许多学者日益认识到,西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统,是西方社会生活条件的法律表现。诚然,它体现了人类法律文明的某些共通性因素,但它并不是

世界法制现代化进程中的唯一的标准模式。非西方社会的法律应当反映各民族各国家各地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要,因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中,出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日,以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

时下正在历史性地展开的中国社会变革,实际上是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中,当代中国法制呈现出创新乃至现代化的发展趋势,其目标是“依法治国,建设社会主义法治国家”。从本质意义上讲,这一法律发展趋势,意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所体现的,乃是整个社会的经济、政治、社会结构、意识形态、文化传统等的大变革潮流;它所反映的,是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面;它所要展示的,是从我们这个民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动,有其特殊的历史运动轨迹,具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后,世界变得更加相互依赖,法律发展中的共同性日益增多;但是,世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一,而是更加多样化。中国法律发展的特殊性,恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光,与现实世界相撞击,自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题,这是当代中国法学的历史使命。在当代中国,从20世纪80年代后半期开始,法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义,一些著述和文章愈益频繁地使用“法

制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入20世纪90年代以来,对于法制现代化的理念与实践的学术探讨,引起了更多学者的关注和兴趣。这充分体现了当代中国法学工作者对这一重大时代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究》丛书应运而生了。

《法制现代化研究》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论态势,深入研究法制现代化的基本理论,构建法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特道路,分析当代世界主要国家或不同类型的法制现代化的取向、走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;主动地把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机制;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究》丛书的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211工程”重点学科建设项目的资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学各界同人一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究

的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999 年 10 月

前 言

伴随着走进新世纪的时代脚步,当代中国正处于一个深刻的社会变革过程之中。正是在这一变革进程中,当代中国法制呈现出转型、创新乃至现代化的发展趋势。这一时代进程的基本目标,乃是坚持和实行依法治国,建设社会主义法治国家。从本质意义上讲,这一法律发展趋势,意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所要展示的,是我们这个民族从法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统;它所要描绘的,是在全球性法律重构背景下当代中国法制走向现代化的激动人心的绚丽画面。因此,深入研究中国法制现代化及其在 21 世纪面临的新挑战,具有十分重要的意义。

在这方面,国外学者虽然自 20 世纪 60 年代以来就开始研究法制现代化问题,但这一研究有两个

明显缺陷:一是研究著述大都带有浓厚的“西方中心主义”的色彩;二是对当代中国法制现代化问题缺乏充分说服力的理论阐释。在国内法学界,一些学者虽然充分注意到中国法制现代化问题研究的重大意义,但从总体上看,研究工作较为分散,成果水准有待提高。自20世纪80年代中后期开始,南京师范大学的法学工作者们就已经开始涉足法制现代化研究领域,相继发表了一系列集体的或个人的研究成果。1995年成立的南京师范大学法制现代化研究中心,致力于有组织地推动法制现代化研究的深入发展。面对着新世纪当代中国法制变革的伟大进程,作为全国唯一的研究法制现代化问题的专门学术机构,我们有责任在以往研究工作的基础上,组织专门力量,展开“21世纪中国法制现代化研究”这一前沿性的重要论题的系统研究,提升学术水准,以无愧于伟大时代的挑战。

本课题是江苏省哲学社会科学“十五”规划的重点工程项目之一,其研究宗旨是:在马克思主义法律发展理论的指导下,比较分析中外法制现代化的模式选择及其特征,深入考察中国法制现代化的历史进程,努力探讨中国部门法制现代化的内在机理,悉心把握21世纪初叶全球化背景下中国法制现代化面临的新情况、新问题与新挑战,进而提出21世纪中国法制现代化的理论思路。

本课题研究的最终成果是《当代中国法制现代化研究》的四部系列著作。第一部《比较法制现代化》(刘旺洪博士主编),旨在把中国法制现代化放置到全球法制现代化的进程中加以把握,比较分析中国与西方、中国与其他发展中国家、中国与其他东亚国家法制现代化进程的异同机理;第二部《中国法制现代化的历史进程》(李玉生博士主编),着力考察20世纪以来中国法制现代化的艰难曲折的百年行程,进而昭示当代中国法制现代化的运动方向与发展趋势;第三部《中国部门法制现代化》(刘敏博士主编),则在于深入分析在当代中国经济变革与社会转型过程中当代中国主要部门法制所发生的历史性变革,并且进行功能分

析,揭示部门法制现代化运动的实现机制;第四部《全球化与中国法制现代化》(公丕祥博士主编),在概述1500年以来三次全球化法律重构进程的基础上,对全球化背景下当代中国法律发展问题进行了深入的探讨,借以确证“法制现代化的多样性统一”之命题的时代意义。

最后,本课题研究的全体参与者要衷心感谢江苏省哲学社会科学规划办公室、南京师范大学社会科学处、南京师范大学法学院等方面的大力支持,并且对法学界同人们的热情关心表示深深的谢忱。我们将继续不懈努力,不断提升法制现代化问题的理论研究水准。

公丕祥

2007年10月13日于南京

序 言

人类正在进入全球化时代。

当今世界的全球化浪潮,给当代中国社会变革与法制现代化的进程带来了哪些新的问题与新的挑战,这是我们需要深入思考和认真对待的问题。

全球化(the Globalization)一词是这些年来国际社会科学界使用频率最高的词汇之一,也是迄今为止最具争议性的概念之一。什么是全球化?如何看待全球化?人们对此聚讼纷纭,莫衷一是。比较有代表性的是里斯本小组的观点。20世纪80年代后期,欧洲委员会成立了由专家组成的里斯本小组集中进行全球化问题的研究。该小组在题为《竞争的极限——经济全球化与人类的未来》的研究报告中指出,全球化涉及的是组成今天世界体系的众多国家和社会之间各种联系的多样性;它描述的是这样一个过程,在这个世界部分地区所发生的事件,所作出的决策和行动,可以对于遥远的世界其他地区的个人和团体产生具有重大意义的后果;全球化

包括两种不同的现象,即作用范围(或者扩大)和强烈程度(或者深化)。里斯本小组的定义,一方面反映了世界体系架构之中的各国及不同社会之间交往的程度及其多样性形态;另一方面也揭示了全球范围内的交往行动过程的功能性后果。应当说,这个概念大体上表述了全球化进程的本质意义与特质。

在我看来,全球化在很大程度上意味着对全球市场经济发展的确证,意味着世界各国与民族的生产方式的某种趋同,也意味着在这个充满竞争的全球新舞台上各个国家与民族必须相互依存、相互协调、相互协作以及一定程度的相互妥协。全球化进程正在导致两种发展趋势或发展前途:其一是一体化的趋势,它反映在经济、政治、社会、法律、文化等诸多领域;其二是多元化的趋势,全球化分裂的趋向正在开始出现。这是一个相反相成的历史进程。

作为对全球化进程的法学学术反映,进入 20 世纪 90 年代以来,在国际法学界,法律与全球化问题已经成为一些研究机构和学者们探讨的热点。美国威斯康辛大学法学院于 1991 年组建了以 David M. Trubek 教授为负责人的专门机构,制订了“全球研究计划”(GSRP),围绕“法律变革的政治经济学”主题形成了一批系列工作论文;美国印第安纳大学法学院专门创办了研究法律与全球化问题的刊物“Indiana Journal of Global Legal Studies”,推动了这一研究的深入;法国巴黎的国际研究中心(CRIV)等欧盟国家的学术组织也积极参与这项研究工作;在一些发展中国家,学者们也在思考全球化进程给本国法律发展带来的影响,以至于有的学者把关于法律与全球化问题的研究,称为一次新的法律发展或法制现代化的学术运动。在我国,一些学者很关注这一课题的研究,并且发表了若干研究成果;一些法学机构(中国社会科学院法学研究所、中国人民大学法学院、吉林大学法学院、清华大学法学院等)还相继召开了专题学术研讨会,政府的科研咨询报告也在提示人们重视这一课题的探讨。

在关于法律与全球化问题的研究过程中,有的学者提出法律全球化(the Globalization of Law)的概念。比如,美国加州大学的伯克利分校法学院马丁·夏皮罗(Martin Shapiro)教授在《法律全球化》一文中认为,法律全球化是指整个世界在一种单一的法律规则架构下的程度,这样一种单一的法律规则由一个单一的居于优势地位的行动者按照全球化共识所创设,或者在所有地方平行地发展;而法律的全球化则是指同市场经济与商业组织的全球化密切相连的,因而法律的全球化包括商业法和契约法的全球化。在我国学术界,也有一些学者频繁使用法律全球化的概念。

我不大赞同使用“法律全球化”的概念。这主要是因为,这一概念隐含的前提是承认存在着一种超越国界的全球法或世界法,而实际上这是并不存在的,并且今后也永远不可能存在。此外,法律的全球化与法律的国际化是两个含义虽然近似但却存在差异的概念。前者意即全球法或世界法;后者则主要指在法律文化的传播和交流过程中,各个主权国家的法律制度蕴涵着世界法律文明的某些共同的基本法律准则,使各国的法律制度在某些方面的彼此接近乃至融合,进而形成一个相互依存、相互联系的国际性法律发展趋势。因此,我倾向于使用“全球性法律重构”(the Global Reconstruction of Law)的概念。这一概念有两个基本的规定性:其一,它是一个主权国家协同行动、共同参与的积极进程,而不应当是一个争夺中心地位,制造边缘地区的霸权过程;其二,它是一个尊重国际惯例、尊重民族文化的互动过程,而不应当是一个反映西方中心主义或民族沙文主义要求的分裂过程。这一概念意在阐释三个层面的内容,即第一,经济全球化进程需要有一个全球性的法律框架与之相平衡;第二,应当建立一个体现全球市场经济发展要求的交往规则系统;第三,需要发展一个权利与义务之间对等平衡的全球秩序体系。

本书是国家教育部人文社会科学和江苏省哲学社会科学“十五”规划项目的最终成果,旨在于深入探讨全球化趋势对全球法律发展的影

响,着力研究全球化与中国法制现代化的互动机理,建构全球化背景下中国法制现代化的模式类型,推动建设社会主义法治国家的时代进程。

全书由八章构成。作为导论的第一章,探讨了全球化背景下中国法制现代化进程中的模式范型、全球角色、政府功能和价值认同等若干问题,进而强调时下正在展开的全球性法律重构进程,非但没有形成全球法律发展的一体化趋势,反而加剧了全球社会的内在分裂,强化了以民族国家为构成单位的全球法律发展多样性的演进趋向。从第二章到第四章,分别探讨了从16世纪初的涌动历经19世纪末到20世纪初、再到20世纪80年代以来的三次全球化浪潮的基本特征,分析了这三次全球化浪潮中的三次全球性法律重构进程的本质性意义及其外在表现,由此揭示全球化浪潮与全球性法律重构之间的互动机理。第五章着力考察了全球化与国家主权的的关系问题,阐释了国家主权的法理性品格,指出一方面全球化进程改变了主权国家之间的交往形式,国家主权面临着挑战;另一方面全球化背景下国家主权的回应变化,非但没有削弱主权国家的自治能力,反而在相当程度上强化了主权国家在国际社会中的主体性作用。第六章集中探讨全球化对中国立法发展所产生的深刻影响,强调处于全球性法律重构进程中的中国立法,不仅要顺应全球市场经济的发展趋势,建构体现全球市场经济一般规则要求的现代法律体系,而且应当充分体现本国的国情、条件和社会发展的法权要求,对法律制度进行现代化改造。第七章揭示了三次全球化浪潮背景下中国法律发展与司法领域的变化轨迹,指出发端于1500年前后的第一次全球化浪潮,并没有影响传统中国司法发展的固有格局;19世纪末兴起的第二次全球化浪潮,则打断了中国司法的自然演进过程,催生了“西方化”色彩的司法体制;20世纪80年代以来的第三次全球化浪潮,不仅催发了全球性司法生活的重塑进程,而且推动了中国司法领域的革命性变化,形成了司法领域形式合理性与价值合理性的有机互动,走出了既与全球司法文明文明准则相协调又具有浓郁中国风格的中国司法现代化道路。

第八章则从法律文化的价值认同层面上,深入论证了全球化进程中法律文化的同构与异质的矛盾关系,探讨了法律文化同构性与异质性的各自主要表征和社会基础,着力阐发全球性法律文化重构的价值内涵、支持系统、实现机制和基本形态,并据此提出法律文化发展多样性统一的全球性法律文化重构的“世界历史观”。

在新的时代条件下,运用马克思主义法律发展思想,从理论与实践的结合上,有计划、有系统地开展全球化与中国法制现代化的课题研究,这无疑有助于我们深入揭示新的全球发展因素或条件对当代中国法制现代化运动所产生的历史性影响,有利于我们科学地确证中国法制现代化的模式特征,有助于我们正确地把握中国法律变革的时代趋势,更有力地回应全球化对中国法制现代化进程的挑战。这是一个前沿性的重大课题。本书对此作出了初步探讨,不妥之处,敬祈学界同人和广大读者批评指正。

公丕祥

2007年7月于南京

