



随园法学文萃

纪念南京师范大学法学院建院二十周年学术论文集

上册

南京师范大学法学院 编

南京师范大学出版社
JIANGNAN NORMAL UNIVERSITY PRESS



随园法学文萃

纪念南京师范大学法学院建院10周年学术论文集

南京师范大学法学院 编

上册

南京师范
大学
图书馆

图书在版编目(CIP)数据

随园法学文萃/南京师范大学法学院编. —南京: 南京师范大学出版社, 2011. 3

ISBN 978-7-5651-0115-1/D · 113

I. ①随… II. ①南… III. ①社会主义法制—建设—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 048474 号

书 名	随园法学文萃(上册)
编 者	南京师范大学法学院
责任编辑	郑 丹 王 涛
出版发行	南京师范大学出版社
地 址	江苏省南京市宁海路 122 号(邮编:210097)
电 话	(025)83598077(传真) 83598412(营销部) 83598297(邮购部)
网 址	http://www.njnup.com
电子信箱	nspzbb@163.com
印 刷	江苏淮阴新华印刷厂
开 本	787×1092 1/16
印 张	17.5
字 数	417 千
版 次	2011 年 4 月第 1 版 2011 年 4 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 978-7-5651-0115-1/D · 113
定 价	85.00 元(上、下册)

出 版 人 闻玉银

南京师大版图书若有印装问题请与销售商调换

版权所有 侵犯必究

编辑寄语

今年适逢南师大法学院建院 10 周年,我们编辑这部《随园法学文萃——纪念南京师范大学法学院建院 10 周年学术论文集》,以纪念学院的发展历程,展示学院的研究成果,感谢全体教师的辛勤努力,也以此文集向对学院发展给予巨大帮助的兄弟院系、科研机构和学术刊物汇报:南师大法学院已经、并将继续为繁荣法学研究作出自己的贡献。

南京师范大学法学学科的发展,起步于 20 世纪 80 年代中期在政治教育系设立的法学教研室。1994 年 5 月,原政教系法学教研室和马列部、德育教研室中的一部分教师合并成立经济法政学院法律系,2001 年撤系建院,至今已有 25 年的发展历史。在经济法政学院法律系期间,法学学科获得了法学理论专业硕士学位、法学学士学位、诉讼法学专业硕士学位和法学理论博士学位的授予权。建院后,学科建设又有了很大的发展,2003 年获得诉讼法学博士学位授予权,并获得批准设立法学博士后科研流动站;2006 年获得法学一级学科博士学位授予权和一级学科硕士授予权;在法学理论学科和诉讼法学学科相继于“九五”和“十一五”期间被批准为江苏省重点学科的基础上,2007 年江苏省人民政府批准学院法学学科为省一级学科重点学科,后又遴选该学科为江苏省国家一级重点培育学科。法学理论学科还于 2007 年被教育部批准为国家重点(培育)学科。

经过 10 年的建设,学院目前已有教职工 69 人,其中教授 24 人,副教授 20 人,博士研究生导师 18 人,硕士研究生导师 40 人。在过去的 10 年中,学院教师先后主持了国家社科基金重大招标项目、重点项目和一般项目、教育部人文社会科学研究项目、司法部国家法治与法学理论研究项目、江苏省哲学社会科学规划项目等省部级以上项目 83 项,在权威期刊上发表学术论文 271 篇,并有 31 项科研成果获得省部级以上科研成果奖。

这部文集收入了学院教师在建院 10 年期间发表在权威期刊上的代表性学术论文,并附有学院教师在这 10 年中发表在权威期刊上的全部学术论文的目录、所承担的省部级以上科研项目的目录,以及所获得的省部级以上科研奖项的目录。收入的学术论文在内容与篇幅上保持了其发表时的原样,少数略有改动的,均已加注说明。我们希望这本文集能够较为准确地反映建院 10 年来学院科研发展的总体状况,也借此对关心和支持学院发展的社会各界,尤

其是为这些论文提供发表机会的那些享有学术声誉的刊物表示衷心的感谢。

我们将更加专注地致力于学院的学科建设和科研发展,并期待着能在建院 20 周年时,向社会展示我们更为丰富、更高水平的理论研究成果。

编 者

2011 年 1 月 26 日

目 录

一、法学理论的阐释与建树

法制现代化的分析工具	公丕祥/ 3
当代中国的司法改革:成就、问题与出路	
——以人民法院为中心的分析	夏锦文/26
国家与社会:法哲学研究范式的批判与重建	刘旺洪/38
中国共产党执政合法性的法哲学思考	龚廷泰/65
唐代法律体系研究	李玉生/77
清代民法语境中关于“业”的表达及其意义	李 力/97
代议制立法的有限性及其补正	
——兼论第三部门的立法参与功能	庞 正/112
开放结构中的确定性追求	
——兼论哈特与富勒法律理论的契合性	孙文恺/124
权力的私人性及其法律控制	董长春/136
迈向共生型的社会规则交往	
——善治理念与当代中国社会规则交往模式的更新	张 镛/144
以利益为基础的权利本位观	
——拉兹的权利概念分析	严海良/154
立法过时的司法应对	
——评卡拉布雷西《制定法时代的普通法》	汤善鹏/171
司法如何面对道德?	方 乐/182



二、宪政的理论思考与制度分析

维权与控权：经济法的本质及功能定位

——对“需要干预说”的理论评析	秦国荣/201
《公务员法》引咎辞职制度之忧思	贺日开/212
理论与现实的碰撞：当代中国宪法司法化的困境	韦宝平 李 丰/222
政治法学的基本范畴初探	季金华/230
程序违法行政行为的补正	杨登峰/243
未列举基本权利的宪法保护	屠振宇/260



一、法学理论的阐释与建树



公丕祥,男,汉族,1955年1月生,山东蒙阴县人。1997年毕业于中国人民大学法学院法学理论专业,获法学博士学位。1995年在美国马里兰大学进修。现任南京师范大学法学院教授,博士研究生导师,江苏省高级人民法院院长、党组书记,二级大法官。主要研究领域为法哲学与法制现代化,现任国际法哲学与社会哲学协会(IVR)中国分会副主席、中国法学会法理学研究会副会

长、中国法学会法学教育研究会副会长等职,先后在《中国社会科学》、《中国法学》、《法学研究》等学术刊物上公开发表《马克思法哲学思想论要》、《法制现代化的分析工具》、《全球化与中国法制现代化》等学术论文100余篇,独立或公开出版《法制现代化的理论逻辑》、《法哲学与法制现代化》、《中国的法制现代化》等学术专著10余部。

法制现代化的分析工具

公丕祥

〔摘要〕 法制现代化正在成为我们这个时代的主流话语。建构法制现代化的概念分析工具系统,是推动这一论题深入发展的基本途径。本文以类型学方法论为参照系,探讨了法制现代化分析工具的若干主要方面。首先,作者对长期以来盛行的内生式与外发式的范式作了批判性反思,认为要从社会的内部机理出发,合理地评估外来因素的作用条件及其后果,进而正确地把握法制现代化的动因。其次,本文借助依附与自主的概念工具,分析了不同国家在全球法制现代化进程中的位置变化及其复杂性,指出发展中国家要保持法律发展的自主性,防止边缘化或依附发展。最后,作者对国家与社会的二分架构及其在法制现代化研究中的运用作了初步的探讨,揭示了法制现代化模式多样性的社会基础。

〔关键词〕 法制现代化 内生与外发 依附与自主 国家与社会

一、绪言

时下的中国法学界愈益频繁地使用法制现代化的概念,借以揭示我们这个时代的法律发展及其变革进程的本质性特征。这确乎是一个令人欣慰的学术现象。在现代的学术话语系统中,法制现代化与法律发展具有相通的内涵意义,都是表征法律从传统走向现代的变革过程。所以,本文往往交替地使用这两个概念。从世界范围来看,可以说早在17、18世纪就开始出现研究法制现代化问题的著述。不过,当时问题的实质乃是关于法律变迁与发展的思考。随着近代工业文明在西方的兴起,人类社会生活领域发生了巨大的深刻的变化。在这一过程中,法律也经历着一个从传统型向现代型的历史发展。对这一法律转型的研究成为近代思想家尤其是19世纪欧洲学者关注的重大课题。^①然而,法制现代化思潮的真正兴起,应当说是20世纪后半叶的事情。这一思潮的发源地主要是在美国,后来波及世界其他地区。当时这一思潮的名称也不尽统一,有的称之为“法制与现代化”研究。

在美国涌动的法制现代化思潮浸透着鲜明的“西方中心主义”色彩。这一时期的许多学者正是以这一范式来总揽对法律发展问题的研究,强调世界各国的法律发展存在着一个确定的固有的模式,存在着一条每个国家的必由之路,而西方法制正是人类法律发展的最高阶段,代表着各国法律成长的共同走向。由此,他们论证第三世界国家法律体系和法律文化的非现代化方面,以便与现代法律形成鲜明的对照;他们寻求改变第三世界国家法律体系的具体方法,向这些国家推销西方法典与法律经验,以便使这些国家的法律走上现代化,从而把法制现代化或法律发展看做是第三世界国家法律体系移植西方法制进而逐步“西化”的过程。但是,进入20世纪70年代以后,以美国为代表的西方世界社会矛盾日益加深,使人们对西方世界的制度架构和价值观念产生怀疑。加之,原先以西方法律为模本的一些第三世界国家的法制改革相继破产,这也加剧了人们对第三世界国家移植西方法制这种做法的忧虑。在这种情况下,一批学者对20世纪60年代的法律与发展运动及其法制现代化研究范式提出挑战和批判性反思。D·杜鲁贝克和M·格兰特在1974年合作撰写的一篇文章宣布为期十年左右的“法律与发展运动”已经死亡。^②在这些学者看来,西方法律制度仅仅是经过错综复杂的历史进程

^① 有的学者把马克思也纳入现代化理论家的行列,认为马克思不仅分析了西方社会的现代化进程及其原因,而且探讨了北欧社会的性质及其进入现代化的历史可能性与条件。尽管这个理论本身还有缺陷,但它却是非常引人入胜的,它使马克思关于历史发展的某些最深邃的见解闪耀出迷人的光亮,并且也许还有助于矫正某些流行的现代化模式。参见[以色列]什洛莫·阿维内里:《马克思与现代化》(1968年),张景明译//罗荣渠、[美]塞缪尔·亨廷顿:《现代化:理论与历史经验的再探讨》,上海译文出版社1993年版,第3—25页。阿维内里的看法是有一定道理的。本文在叙述过程中,将会时常论证马克思的法律发展思想。

^② See D. Trubek and Marc Galanter, *Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States*, *Wisconsin Law Review*, No. 4, 1974; Elliot M. Burg, *Law and Development: A Review of the Literature & A Critique of Scholars in Self-Estrangement*, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 25, 1977; 参见[荷]布赖恩·Z.塔马纳哈:《法律与发展研究的教训》,谢海定译//夏勇:《公法》(第2卷),法律出版社2000年版,第125—127页。

而出现的一些特殊的调节与安排,这些制度只有放在这些国家特定历史条件下才能够加以理解、加以评价,而决非处于法律进化的高级阶段。第三世界移植西方法制,必须首先理解本国的条件、传统和需要。^①有的学者从文化的独特性出发,认为尽管许多非西方国家向西方借用法律,但这些法律仅仅是形式上的,因而是虚假的。这是因为,采用现代的西方法律制度,固然可以满足对法典化的一时需要,却脱离了本国的文化土壤。“所以,出现了这种矛盾的怪事:非洲和亚洲的热情建国者,在许多方面是反对西方的,却拒绝他们自己的法律传统而从进口的奢侈品中建立法律制度”^②。

随着全球化进程的加快,有的学者认为,一场不同于20世纪60年代的新的法律与发展运动正在到来。这一所谓的新的法律与发展运动从一开始就同经济全球化进程交织在一起。“两个颇受关注的事物的合力推动新的法律与发展运动:在国家层次上实行人权保护的需要(权利方面)和重建法律以促进全球性市场经济的运行效率的需要(市场方面)。这两个方面都需要法制。”经济的全球化强化了权利和市场这两个孪生方面的力量。这一进程使世界经济愈益成为一个单一的市场经济,这必然要求各国的法律制度趋向一致。从一国的角度来看,法律改革成为吸引外国投资者的一种途径。文化的全球化,也是推动权利和市场两个方面的一股重要力量。信息技术革命使今天的通讯如此之便捷,以至于人口、资本和思想的跨国度交流变得更加容易,从而有可能建立一个更具国际性的有关法律改革的知识体系。^③显然,如何看待全球化背景下的法制现代化或法律发展进程,已经成为一个摆在我们面前的重要问题。

方法论问题,是建构一门学科的原则或“指令舱”。我们研究法制现代化的进程及其后果,需要遵循一定的方法论原则,或者说要借助于一定的分析工具。从广泛的意义上讲,法制现代化属于法社会学发展论的范畴。法社会学发展论所要探究的乃是社会发展与法制进步之间的互动关联结构,它所要建树的正是确立法律成长的一般模型。许多思想家在进行这一理论探索时,首先关注的是分析问题的工具即方法论问题。对于法制现代化或法律发展研究来说,最具典型意义的乃是类型学的分析范式。这一研究范式的基本特征,是选择能够代表某一类社会法律关系本质特征的因素或要素,以便进行对比分析。这一研究范式的主要代表人物,是F. 滕尼斯、E. 迪尔凯姆和韦伯,特别是韦伯建立了细密严整的类型学的工具系统。

因此,运用历史唯物主义法理学方法论原则,批判地继承类型学方法论的有益因素,深入探讨法制现代化运动的诸多矛盾关系,无疑具有重要的学术价值。这是一个重要的方法论选择。这一分析工具是一种研究作为社会现象的法律发展进程的范畴体系。它的主要特点是:

① [美]D. 杜鲁贝克:《论当代美国的法律与发展运动》(上),王力威译,载《比较法研究》,1990年第2期。

② [美]L. M. 弗里德曼:《法律制度——从社会科学角度观察》,李琼英、林欣译,中国政法大学出版社1994年版,第258—260页。

③ [美]D. M. 楚贝克:《法律与发展:过去与现在》,李力译//公丕祥:《法制现代化研究》(第4卷),南京师范大学出版社1998年版,第375—376页。

第一,这一范畴体系绝不是感性具体的简单罗列,也不是法律发展这一现象外部特征的形式主义概括,而是深刻地把握法律发展现象本质属性的科学的逻辑规定。第二,这一范畴体系是历史关系的产物,它们的规定性是从对法律发展的现实过程中抽象出来的最一般结果的综合,从而对解释有关法律发展现象的资料提供思维上的方便。第三,这一范畴体系是从研究者所关心的问题出发,把特定的诸要素从法律发展进程的现实中加以升华而形成的一种思维类型,因而运用这一范畴体系来考察客观事物,便具有发现的功能。构成这一范畴体系的主要概念工具有:传统与现代、线性与非线性、普遍性与特殊性、连续性与断裂;外发与内生、历史形态与逻辑模式、整合与分化、国际化与本土化;依附与自主、形式与价值、制度化与行为关系;国家与社会、同质与异构等等。在这里,我试图着重解构外发与内生、依附与自主、国家与社会三种主要的概念分析工具,以便提供一种理解法制现代化问题的基本的知识基础。

二、外发与内生

法制现代化进程的动因,是源自于社会自身力量产生的内部创新,还是来自于外部的冲击与影响所引发的变革运动,抑或其他?这是我们揭示法制现代化运动的规律所需要回答的一个重要问题。因之,借助于外发与内生这一概念工具,无疑有助于达致上述目标。

长久以来,在探讨现代化最初的动力来源时,学术界似乎形成了一种定势或理论范式,即区分出内生型与外发型这两种现代化模式。现代化的过程是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代,被称之为内生型现代化;这个过程是因一个较先进的社会对较落后的社会的冲击而导致的进步转型,被界定为外发型现代化。由这样的分析范式演绎开来,在法制现代化问题上便出现相应的模式划分。依据上述的分析框架,内生型法制现代化似乎属于原创式变革的范畴,而外发型法制现代化则大体归于传导式变革之列。^① 在这种情况下,外来的早生的法律现代化国家的影响与扩张,就成为那些后行的现代化国家走上法制现代化道路的最初动因。由于早生的内发型法制现代化进程开始启动之际,世界上尚无任何先例存在,因而西欧国家的法制现代化便具有原创性的特征,并且成为那些晚生的现代化国家实现法制现代化的样板。由此之故,广大的非西方国家只有把自己纳入到国际社会的轨道之中,才能获得法制现代化进程生长的动力性因素和条件。^②

实际上,法制现代化是一个复杂的法律变革过程,在不同的民族、国度和地区,这一进程的动因、表征及后果是各不相同的。法制现代化进程的多样性是一个客观的存在。在这种多

① 罗荣渠:《论现代化的世界进程》,载《中国社会科学》,1990年第5期。

② 孙立平:《后发外生现代化模式剖析》,载《中国社会科学》,1991年第2期。

样性的背后,凝结着各个国度法律文化发展的固有逻辑。^① 因此,法制现代化不是西方文明的独占品,在一定条件的作用下,非西方社会的法律是能够走上具有自身特色的现代化道路的。以现代化的最初动因为尺度而划分法制现代化的类型或模式,把内生型与外发型绝对化,实际上是与全球法制现代化的历史进程不尽吻合的。首先,就内生型法制现代化模式而言,在近代西方法律制度的形成过程中,西欧中世纪的市民社会革命无疑成为近代理性法的深刻的社会历史基础,造就了近代法律的主体架构。在这一时期,尽管封建性的习惯、国王的命令乃至贵族的习惯权利在社会调整系统中还占据重要的地位,但是法律的积极功能已经明显地体现出来,新的商法体系的出现,就意味着大规模商品交易活动和以新兴商人集团为主体的市民阶级对法律的迫切需求,同时也表明法律对社会经济变化的能动性反映与推动。尽管封建领主仍然支配司法过程,但由经过法律训练的官员作出专职裁判的做法已经得到重视。商事法院体系的形成表明了商人集团法律自主权的确立,依据城市特许状建立的城市组织系统,被划分为彼此间存在着制约关系的立法、行政和司法部门,司法的独特地位得到了确证,如此等等。这些从社会内部逐渐生成的因素或条件,提供了近代法律的深厚社会渊源。^② 但是,近代西方法律并非在一个完全封闭的环境中形成和发展起来的,而是受到外来的许多因素的刺激或挑战,从而引发了进一步变革的过程。在近代西方法律文明的成长过程中,最具有决定

① 作为美国的新一代华裔汉学家,王国斌试图通过比较中国与欧洲历史变迁的动力,来否定长期以来流行的西方中心主义分析框架。在他看来,各个非西方的社会,都具有其文化与历史的完整性;它们的文化与历史,都与欧洲的影响无关。因此,他主张各个民族国家的文明与文化是各不相同的,它们之间存在着多方面的差异,因而亚洲、非洲及拉丁美洲社会都具有多元的特性。参见[美]王国斌:《转变的中国——历史变迁与欧洲经验的局限》,连玲玲译,江苏人民出版社1998年版,第1—2页。

② [美]H. J. 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方、高鸿钧、张志铭、夏勇译,中国大百科全书出版社1993年版,第362—423页。然而,与伯尔曼的观点明显不同,泰格和利维则试图运用冲突论的分析方法来解释近代西方法律的起源,认为法律变革是社会各阶级之间冲突的产物,作为近代资产阶级前身的早期商人阶级反抗敌视它的封建法律制度的斗争,推动了近代西方世界的法律变革。参见[美]M. E. 泰格、M. R. 利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版,第1—4、270—278页。

性的事件是 1492 年美洲大陆的发现。^① 这一事件不仅宣告了近代时代的到来,而且向西欧社会展示出一种新的社会秩序的历史可能性。这一地理大发现,打破了西欧中世纪法律发展的封闭状态,刺激了欧洲人向海外的殖民扩张以及由此改善他们固有法律体系的愿望,促进了历史向世界历史的转变以及第一次全球化浪潮的形成。对此,马克思分析说:“各个相互影响的活动范围在这个发展进程中愈来愈扩大,各民族的原始闭关自守状态则由于日益完善的生产方式、交往以及因此自发地发展起来的各民族之间的分工而消灭得愈来愈彻底,历史就在愈来愈大的程度上成为全世界的历史。”^②随着海外扩张的加剧,工业和商业获得了迅速发展,各国之间的商业竞争往往通过战争或保护关税的各种禁令来进行,从而促进了新的国际关系和国际法准则的形成与发展。不仅如此,海外贸易的发展,打破了最初的专营公司的垄断地位,促进了海外公司之间的自由竞争,这必然要求政府制定新的公司准则,进而推动了近代公司制度的变革。^③正是在这一时期,法院的权力获得了重要的意义;而在近代西方社会,当竞争的普遍化以及广泛细密的分工成为必要的时候,法院的权力达到了自己的最高峰。^④很显然,近代西方理性法律传统是在内外因素的综合作用下逐步发展起来的,决非单纯的内部条件作用的产物。

其次,就外发型法制现代化模式而言,应当看到,对于广大非西方国家来说,外来的(主要是西方)法律文化的冲击与挑战,无疑是促进这些国家的法制从传统走向现代的重要动力。马克思曾经分析过不列颠在印度的统治及其后果。他认为,“英国在印度要完成双重的使命:一个是破坏性的使命,即消灭旧的亚洲式的社会;另一个是建设性的使命,即在亚洲为

① 法国启蒙思想家伏尔泰在比较东西方两大文明系统时得出结论说:“不论我们谈亚洲的哪一个文明国家,我们都可以说,它曾走在我们前面,而我们现在已经超过了它。”而欧洲开始超过亚洲的一个历史性转折是地理大发现及其后欧洲人的海外殖民扩张。在伏尔泰看来,近代早期的地理大发现,是人类文明史上的一个重大事件。它给东方与西方都带来了不可估量的深刻影响。伏尔泰以敏锐的目光分析这一重大历史事件在东西方民族与文化交往过程中的独特作用,指出哥伦布的“新大陆的发现,无疑是我们这个地球上的头等重要事件,因为在这以前,地球的一半对另一半一直是一无所知,迄今为止的任何伟大业绩在这一新的创举面前都相形见绌”。参见[法]伏尔泰:《风俗论——论各民族的精神和风俗以及自查理曼至路易十三的历史》(下册),谢戊申、邱公南译,商务印书馆 1997 年版,第 107、7—27 页。吉登斯指出了地理大发现与绝对主义国家时代之间的内在关联,认为事实上,大多数伟大的航海发现以及对地球各大陆的主要地理形态的认知,都恰好发生在绝对主义国家体系的时代。从前的大型帝国,不管它们是否已达全球规模,它们都从未对全球有真正的认识,它们的知识基本上是“地方性知识”;而自从地理大发现以后,历史上的人类才开始第一次生活于拥有“普遍性知识”的世界中。然而,如果没有西方“普遍主义”的创发,那么商业资本主义以及随后工业资本主义在全球的扩张,就不可能会发生。参见[英]吉登斯:《民族—国家与暴力》,胡宗泽、赵力涛译,三联书店 1998 年版,第 114—115 页。

② 中共中央编译局:《马克思恩格斯全集》(第 3 卷),人民出版社 1960 年版,第 51 页。

③ [英]亚当·斯密:《国民财富的性质和原因的研究》(下卷),郭大力、王亚南译,商务印书馆 1974 年版,第 21—201 页。

④ 中共中央编译局:《马克思恩格斯全集》(第 3 卷),人民出版社 1965 年版,第 396 页。

西方式的社会奠定物质基础。”^①显然,按照马克思的看法,英国人对印度的征服,从本质上看,是先进工业文明对落后的农业文明的征服,这种征服必须表现出自己固有的特点。从法权意义上讲,它势必要用近代的体现商品经济规律的法律关系体系逐步取代体现自然经济规律的法律关系体系,从而瓦解了印度的公社土地占有制。因此,西方文明对东方文明的冲击,乃是一种历史的进步,因为这是源于商品经济的新型文明体系对传统的公社制度的古老文明体系的挑战。正是在这一冲击和挑战的过程中,东方国家逐渐走上资本主义或“西化”的道路,从而跨入“世界历史”的行列。这是不以人的善良的主观情感和意志为转移的客观历史进程。所以,从历史主义的高度出发,马克思指出:“的确,英国在印度斯坦造成社会革命完全是被极卑鄙的利益驱使的,在谋取这些利益的方式上也很愚钝。但是问题不在这里。问题在于如果亚洲的社会状况没有一个根本的革命,人类能不能完成自己的使命。如果不能,那么,英国不管是干出了多大的罪行,它在造成这个革命的时候毕竟是充当了历史的不自觉的工具。”^②同样地,当我们反观近代西方法律文化对近代中国社会的冲击和影响的时候,就会发现,这一冲击无疑是引起近代中国法制变革的重要动因之一。这是因为,近代西方法律文化与中国传统法律文化之间有着深刻的历史差异性,前者是与商品经济文明体系紧密相连的,而后者则是自然经济文明体系的必然法律表现。因此,二者的矛盾冲突是不可避免的。在这一过程中,“天朝帝国万世长存的迷信破了产,野蛮的、闭关自守的、与文明世界隔绝的状态被打破,开始同外界发生联系。”^③因此,我们不应当局限于狭隘的情感樊篱之中,而应当历史地辩证地肯定西方冲击的历史意义。

同时,还应当看到,尽管外域的西方法律文化的冲击在客观上影响了广大非西方世界法律发展的历史进程,推动了非西方社会的法律变革浪潮,但是这一冲击及其影响毕竟是有限的,决不能把外来的冲击神秘化。西方法律文化对非西方社会的冲击,诚然在一定程度上可以改变非西方社会法律的发展道路,但绝不是非西方社会法律历史转型的唯一动力,更不意味着“西方中心主义”。如果说在19世纪50年代期间马克思还具有某些东方社会“欧洲化”的思想倾向,把西方的冲击看做是引起古老的东方社会变化的基本因素,那么,到了晚年,马克思则更多地从东方社会内部去探寻东方法律文化的变革轨迹,指出:“使用一般历史哲学理论这一把万能钥匙,那是永远达不到这种目的的,这种历史哲学理论的最大长处就在于它是超历史的。”^④马克思通过人类学著作对东方社会有了进一步的了解以后,便十分注意把东方社会同欧洲社会的历史进程严格区别开来,强调东方社会发展道路的特殊性。尽管马克思认识到东方法律文化的发展进程不可避免地要受到外来因素的影响,但是他明确指出,东方社会法律文化系统要获得自由发展的正常条件,就“必须肃清从各方面向它袭来的破坏性影

① 中共中央编译局:《马克思恩格斯全集》(第9卷),人民出版社1961年版,第247页。

② 中共中央编译局:《马克思恩格斯全集》(第9卷),人民出版社1961年版,第149—150页。

③ 中共中央编译局:《马克思恩格斯论中国》,人民出版社1997年版,第2页。

④ 中共中央编译局:《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第131页。

响。”^①尽管马克思发现从前资本主义类型的法律文化体系向资本主义类型的法律文化体系转变,从历史意义上讲乃是一种进步,体现了法律文化发展的一般规律,但是他更加关注法律文化发展的一般规律在多大程度上适用于特殊社会的法律发展进程,并指出东方社会法律文化有其独特的运行路线,诸如俄国这样的国家可能“不通过资本主义制度的卡夫丁峡谷”^②而通过无产阶级革命进入社会主义社会。正是从上述认识出发,马克思批判了“西方中心主义”。由此,探讨近现代中国法制现代化的动因,也应遵循这样的方法论原则。中国法制变革乃至现代化的历史进程,有其固有的特殊轨迹,它是一系列复杂因素综合作用的结果。西方的冲击不过是这个综合动力体系中的一个组成部分而已,尽管它是很重要的力量,但这种力量终究要通过内部的复杂变量发生作用。正因为如此,中国法律有其固有的历史逻辑。^③因此,我们研究非西方社会的法制现代化的历史进程,固然要看到外部冲击的作用与效应,但更重要的是要揭示推动广大非西方国家法制变革的主要根源与这些国家内部存在着的处于变化状态中的经济和政治条件。正是在这些条件的综合作用下,形成了广大发展中国家法制现代化的运动能力和运动方向。认识这一点,对于把握全球化时代的法律发展的主流趋势,无疑有着重要的价值和意义。

三、依附与自主

从对内生型与外发型法制现代化模式及其取向的分析中,我们可以看到,在全球法制现代化的历史进程中,不同的民族、地区或国度在这一进程中所处的地位或位置是各不一样的,甚至是不对称或不平等的。尽管每个国家的法律发展都处于世界法制发展的整体之中,但是它们所起的作用又是有所差异的,而制约或影响这种功能作用的因素是相当复杂的。然而,在历史转变为世界历史以后,人类社会的法律发展是一个在交往中所形成的互动过程,每一

① 中共中央编译局:《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第269页。

② 中共中央编译局:《马克思恩格斯全集》(第19卷),人民出版社1963年版,第451页。

③ 20世纪40年代后半期,庞德应邀担任当时国民政府司法行政部顾问。他站在社会法理学的立场上,主张要从民族和国家的社会生活与历史经验中去探求法律存在与发展的缘由,要从中国的背景出发来考量现代法典,并且充分注重传统习惯和制度的价值所在——“传统习惯和制度的正当用途在于使法典贴近中国人民的生活”。他甚至认为,中国拥有关于民族习惯的传统道德哲学体系,这是一个优点,它有可能成为关系的调整 and 行为的规范可以形塑的理念体系,这样的伦理思想体系是法律秩序的有力支持;通过观念的因素,尤其是对于中国法典解释和运用,也许可以赋予中国法典真正的中国特征。由此,庞德说道:“当我呼吁中国的法学家通过研究活动,法官通过解释和适用活动而使法典成为中国法时,我的意思并不是说中国应当从法典起草和通过之时的立场退却,或在其历史制度的基础上开启新的起点,而是说中国法典的解释和适用不一定非要借鉴其他国家对于现代法典的解释和运用,甚或受其重大的影响,应当谨记的是,它们是中国法典,是适用于中国人民的,规范中国人民的生活的。进而言之,现代法律制度不止是由权威的法律规定和权威的技术组成的,也是由为人民所接受的权威理论所组成的;换言之,这些权威理念即法律制度赖以存在的社会中为人民所接受的图景,它是选择法律推理方式、解释法律规定、适用法律标准和行使司法自由裁量权的起点。”参见[美]R. 庞德:《以中国法为基础的比较法和历史》,王笑红译//王健:《西法东渐——外国人与中国法的近代变革》,中国政法大学出版社2001年版,第78—89页。