



G L O B A L I Z A T I O N

A N D R U L E

O F L A W

李力 严海良◎主编

全球化 与法制现代化



法制现代化研究资料选编 ⑤

GLOBALIZATION

AND RULE

OF LAW

李力 严海良◎主编

全球化 与法制现代化

法律出版社 LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

全球化与法制现代化 / 李力, 严海良主编. —北京:
法律出版社, 2016. 7
(法制现代化研究资料选编 / 公丕祥主编)
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9675 - 9

I. ①全… II. ①李…②严… III. ①法制—研究—
中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 149497 号

全球化与法制现代化

李 力 严海良 主编

责任编辑 王 扬
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米×1092 毫米 1/16

版本 2016 年 11 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 固安华明印业有限公司

印张 30.5 字数 680 千

印次 2016 年 11 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

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 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-9675-9

定价:98.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法制现代化研究资料选编》

编辑委员会

主任委员：公丕祥

副主任委员：夏锦文 龚廷泰 李 力 刘旺洪

委员（按姓氏笔画为序）：

公丕祥 方 乐 刘旺洪 孙文恺 李 力 严海良 张 镛
庞 正 夏锦文 姜 涛 龚廷泰 睦鸿明 屠振宇 蔡道通

总 序

由南京师范大学法制现代化研究中心编辑的《法制现代化研究资料选编》第1~5卷,经过中心研究人员多年的协同努力,终于和广大读者见面了。这是进一步深化和推动当代中国法学界加强法制现代化理论研究的一项学术基础工作,无疑有着重要的理论与现实意义。

第二次世界大战结束后,特别是20世纪60年代以来,随着现代化理论或发展理论在全球范围内的广泛兴起,法制现代化或法律发展理论日益传播开来。在当代中国,1978年12月召开的“中共十一届三中全会”,开启了改革开放的伟大时代,中国法制由此进入了恢复重建与迅速发展的历史新时期。伴随着当代中国法制转型变革的历史进程,从20世纪80年代中期开始,中国法学界愈益重视研究法制现代化理论,深刻探讨社会变革与法治发展之间的互动机理,借以为社会转型条件下的中国法制现代化进程寻求理论分析架构,取得了一系列重要的研究成果。应当说,这一学术努力是富有成效的,时至今日依然方兴未艾,并且随着新的时代课题的提出与回应而不断深化。

马克思曾经提出这样一个科学研究的方法论原则:“一个时代所提出的问题,和任何在内容上是应当的因而是合理的问题,有着共同的命运:主要的困难不是答案,而是问题。因此,真正的批判要分析的不是答案,而是问题。”“问题就是公开的、无畏的、左右一切个人的时代声音。问题就是时代的口号,是它表现自己精神状态的最实际的呼声。”^①因此,每一个历史时期的法学研究,应当密切关注自己的时代所提出的种种问题。法学绝不能醉心于淡漠的自我直观,也不能成为游离于现实世界之外的主观遐想,而必须参与生动的现实生活,反映并解读时代生活的种种关系,使之成为时代精神的体现,成为法律文明的活的灵魂。这乃是法学的时代生命力之所在。

那么,我们的时代提出了什么样的问题呢?应当看到,随着迈进新世纪新阶段的时代脚步,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持续深刻地改变着中国社会的面貌,导引着中国社会的未来发展走向,推动中华民族的伟大复兴。这场伟大变革实际上是要完成中国社会深刻的历史转型发展。正是在这一社会转型发展的过程中,当代中国法治发展呈现出创新乃至现代化的基本趋势。这一时代进程的基本目标,就是要全面推进依法治国,加快建设社会主义法

^① 《马克思恩格斯全集》(第40卷),人民出版社1982年版,第289页。

治国家。1997年9月召开的“中共十五大”,郑重提出了坚持依法治国、建设社会主义法治国家的战略任务。2007年10月召开的“中共十七大”,对全面落实依法治国基本方略、加快建设社会主义法治国家作出了战略部署。2012年11月召开的“中共十八大”,进一步把“依法治国基本方略全面落实,法治政府基本建成,司法公信力不断提高,人权得到切实尊重和保障”确立为到2020年全面建成小康社会宏伟目标的重要内容。2013年11月召开的“中共十八届三中全会”作出了《关于全面深化改革若干重大问题的决定》,从完善和发展中国特色社会主义制度、推进国家治理体系和治理能力现代化这一全面深化改革的总目标出发,提出“推进法治中国建设”的重大历史任务。2014年10月召开的“中共十八届四中全会”,在中国共产党的历史上第一次专题研究全面推进依法治国重大问题,第一次专门作出《关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,强调要坚定不移走中国特色社会主义法治道路,提出全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,进而促进国家治理体系和治理能力现代化。显然,这具有重大的现实意义和深远的历史意义,对当代中国法学研究提出了全新的要求,也为中国法制现代化理论研究开辟了广阔前景。

在当代中国,法制现代化与国家治理现代化之间有着密切的关系。一方面,国家治理现代化构成了法制现代化的总体目标。也就是说,法制现代化的进程在很大程度上反映了国家治理体系与方式的转型过程,这是一个人治的式微、法治的成长进程,是从人治型的国家治理体系与方式向法理型的国家治理体系与方式的历史性的转型与变革的过程。建构法理型的国家治理体系与方式,乃是国家法制现代化的基本目标与必然选择。国家治理体系是包括法律制度在内的一整套制度安排,内在地蕴含着法制现代化的重要内容,决定着法制现代化的目标设定与路径依赖。另一方面,法制现代化亦是国家治理现代化的基础。一般来说,国家治理体系与法治之间并不具有必然的联系。传统的国家治理体系是建立在人治型统治方式基础上的,人治型统治方式决定着传统的国家治理体系的本质特征,而现代国家治理体系与法治之间联结为一个有机的整体。作为一种制度安排体系的创新发展的产物,国家治理现代化总是与现代法治相联系而存在。只有在法治成为国家治理体系之基础的情况下,才有可能谈得上建构现代国家治理体系、实现国家治理现代化的问题。也就是说,只有在实行现代法治的国家,才能提出并实现真正的现代化的国家治理体系。因之,推进国家治理现代化、完善与发展中国特色社会主义制度和推动法制现代化、建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家,处于同一个时代进程之中,二者相辅相成、内在关联、不可分割。这一进程集中反映了建设法治中国、探索法制现代化的“中国道路”、“中国经验”或“中国模式”的客观要求,它所昭示的当代中国法制现代化的时代走向无疑是激动人心的。

因此,坚持以马克思主义法律观和中国特色社会主义法治理论为指导,深入研究当代中国法制现代化进程的重大理论与实践问题,悉心把握中国特色社会主义法治道路的基本要义,科学揭示法制现代化的“中国道路”的内在机理,从而不断坚定全面推进依法治国、加快建设法治中国的道路自信,这是当代中国法学的时代精神之体现,是当代中国

法学发展的时代使命。

《法制现代化研究资料选编》(第1~5卷)从一个侧面清晰地再现了当代中国法学界致力于法制现代化理论探索研究的思想轨迹,生动地反映了当代中国法学理论工作者从理论与实践的结合上回应法制现代化的时代挑战的学术历程,从而构成了法制现代化问题研究的“中国图景”。全书由五卷本的研究资料选辑所组成,每一卷的内容包括该卷前言、相关领域代表性论文和研究资料目录索引。第一卷由庞正教授负责,中心法制现代化基础理论研究室具体组织选编,主要选取当代中国法学界关于法制现代化基本理论研究方面的代表性文章。第二卷由龚廷泰教授、孙文恺教授、屠振宇副教授负责,中心国别法制现代化研究室具体组织选编,主要汇集当代中国法学界关于亚洲、欧洲、美洲和非洲等若干国家法制现代化问题研究的代表性文选。第三卷由刘旺洪教授、姜涛教授负责,中心部门法制现代化研究室具体组织选编,主要辑录了当代中国法学界关于宪法、行政法、民法、刑法等领域现代化问题的代表性研究成果。第四卷由夏锦文教授、方乐副教授负责,中心司法现代化研究室具体组织选编,主要辑录了当代中国法学界关于司法改革与现代化、诉讼法制现代化等方面的代表性论文。第五卷由李力教授、严海良副教授负责,中心全球化与法制现代化研究室具体组织选编,主要涉及当代中国法学界关于法律与全球化的理论和历史、全球化与中国法制现代化、全球治理与法治发展等领域的代表性论文。

在这套研究资料选编的辑录与出版过程中,得到了论文作者的同意和支持(还有一些作者尚未联系上),得到了南京师范大学法学院的大力支持,得到了江苏省法学优势学科专项经费的资助;法律出版社领导给予了鼎力支持,王扬同志精心编辑,保证了全书的顺利面世。在这里,我们谨表示衷心的感谢!本书是由大量的相关研究文献选编而成的,一定会有疏漏不当之处,尚祈学界同仁和广大读者指正。

公丕祥

2014年11月于南京

前 言

全球化是人类社会发展的客观进程,是当代中国着力推进法治建设的基本语境。历史地看,尽管全球化的“蠕动”可以追溯至15世纪资本主义商品经济的发展,但直至20世纪80年代,“全球化”一词才开始进入公众视野,并逐渐流行起来。如今,尽管像“人权”“民主”“法治”这些词语一样,“全球化”已是一个被过度滥用的词汇,并充斥争议,但不容否认的是,全球化本身开辟了人类新的视域,引领了一个新的时代的到来,迫使人类史无前例地在一个全球性的社会结构中重新审思自己。一方面,全球化在把对“人的尊重”前所未有地置于关注中心的同时,又须容纳并考量多元文化对于每个人生命的意义;另一方面,面对全球化带来的风险,人类社会在建构全球治理体系的同时,又须尊重各个国家或社会置于自身语境的治理。

20世纪70年代末80年代初开启的中国法治建设一开始就处于全球化的时代背景中。然而,从中国的法治进程来看,起初的法治建设毋宁主要是在总结与反思新中国成立以来法制建设经验与教训的基础上,重建社会主义的法律秩序。尽管法制建设从一开始就注意到了对他国相应法律制度的比较与借鉴,但在较长一段时期内,并没有自觉纳入一种全球化视野。这事实上也是与全球化的发展历程大体一致的。因为直至20世纪90年代初全球范围内的冷战结束,全球化才真正兴起。正是在几乎同一时段,随着社会主义市场经济制度的确立以及此后改革开放走向深化,全球化的法律命题才在中国得以浮现并逐渐清晰。这一命题的基本思考是,以中国法治建设的自主性为中心,如何在有选择地借鉴他国成熟经验的同时,积极参与全球法律对话,共同构建全球化的法律秩序。

从当代中国的法学研究状况来看^①,中国学者们对全球化法律问题的思考是与当代中国参与全球化的进程大体一致的,并大致可以分为三个阶段:

第一阶段(1982~1994年)是全球化法律问题研究的萌芽时期。这一时期,全球化法律问题并未进入学者们的视野。尽管全球化思潮已经开始在国际上掀起,但中国法学者当时关注的中心问题是如何完善自身的法制建设。即使有学者从中外比较的角度来研究法律,但为数不多,且主要限于具体法律制度的考察,包括刑法、刑事司法、行政诉讼制度、行政复议制度等。中西法律文化之间的关系虽然也为学者关注,但主要是为了揭示法律的主要功能,辩明中国法学的定位以及法律文化转型的内在逻辑。虽然进入90

^① 参见本书所附研究资料目录索引。

年代,有学者开始关注国外学者对全球变化中的法律问题的研究,但学者们关注的重心仍然是对国外法律制度与理论的借鉴与吸收,以期实现当代中国法律与法学的时代更新。

第二阶段(1995~2003年)是全球化法律问题研究的展开时期。这一时期,随着中国正式确立“依法治国,建设社会主义法治国家”的战略目标以及2001年加入世贸组织,学者们对国外法律制度的比较研究不仅在深度与广度上有所拓展,而且全球化法律问题也开始受到普遍关注。在这一期间,不仅专门举办了以“法律与全球化”为主题的全国性学术会议,而且有大量的研究成果面世。在这一阶段,国际化与本土化这一对范畴首先被作为全球化背景下中国法制现代化进程中的基本问题提了出来,继而引发了关于全球化法律问题的广泛探讨。综观这些探讨,可以看到,它们基本上是在基础理论层面展开的,并主要涉及:(1)法律全球化与国际化、西方化、法律趋同等相关概念的理解;(2)法律全球化的历史发展、实现路径与趋势研究;(3)全球化及法律全球化对中国法制现代化的影响,包括中国法律文化、法治建设的思维方式、价值选择、面临的挑战、实现路径等方面。此外,全球性法律问题也开始受到学者们关注,包括全球化视角下的国际法治建设问题、全球法治秩序的变革、环境问题、劳工权益问题等。

第三阶段(2004~2013年)是全球化法律问题研究的深化时期。这一时期,“全球化”不仅是法学学术会议追逐的主题,而且涌现了一大批学术论文与著作。这些对全球化法治问题的研究不仅在数量上有了很大的增长,而且在研究的广度和深度上都有了提升。与前一阶段相比,这一期间不仅延续并深化了对全球化基本法律问题的研究,而且从不同视角进行了拓展:(1)在探及法律全球化与法律多元化之间关系的同时,进一步深入探讨了全球化与中国法学、法治建设的主体性与自主性问题;(2)不仅从宏观层面论述全球化对中国法治的影响,而且更从中观或微观的层次探讨了全球化对我国立法、司法、刑法、宪政以及人权等各个方面的影响,阐明中国法制建设面临的问题以及应对的基本思路;(3)开始积极从国际层面来思考全球治理与法治问题,包括经济全球化与全球法治化的基本关系;全球治理法治化的正当性与依据以及在全球治理框架下的反恐问题、国际贸易问题、国际金融改革、环境问题等;全球化与人权保障、国际法治的完善等。

综观当代学者关于全球化法律问题的研究历程,可以看到,一方面,这些研究从一个侧面表明,中国法治建设已经深深嵌入到全球化的社会结构之中;另一方面,这些研究也深刻地反映了中国法学者们思维的转换与问题意识的扩展,即不再仅是从一个外在者视角来考察全球化对中国法治建设的影响,而是自觉地立足全球化语境,在思考如何完善中国法治建设的同时,主动面对并参与到全球法治问题的探讨中去。

这本《全球化与法制现代化》资料选编正是在全球化的法治语境中促成的。这一主题的资料收集主要集中于三个方面:一是法律与全球化的理论研究;二是在全球化背景下中国法治对域外的比较与借鉴研究;三是在全球化背景下外国学者对中国法律发展的研究。为方便阅读与研究,我们不仅选编了若干篇具有代表性的研究论文,而且系统整理了自20世纪80年代至2013年年底的研究资料目录索引。

这一资料选编从2013年上半年南京师范大学法制现代化研究中心主任会议决定启动这项工作开始至最终定稿,历经了一年多的时间。在选编工作安排上,李力教授负责统筹,并明确资料选编的思路与范围;严海良具体负责资料选编,并组织硕士研究生完成。在基本资料的收集上,中文文献资料由何娇娇、金尊视同学负责,英文文献则由夏文杰、姚传应同学负责。除此之外,这些同学还承担了本书的文字录入与校对等大量工作。

有必要说明的是,在本卷编辑过程中,编者与入选论文作者进行联系,得到各位专家学者的大力支持;但因多种原因,尚未与少数入选论文作者取得联系,尚祈相关专家学者在本书出版后尽快与编者联系,以便及时支付稿酬、寄上样书。在此,谨一并致以深切的谢忱。由于能力与搜索资料途径的限制,书后所列论文、著作等文献资料必然有所疏漏;由于书的容量限制,也难以把所有优秀的论文汇集出版;更重要的是,由于编者的眼光所限,必然在汇集出版的文献中遗漏了一些优秀的论文,这是令人遗憾的。在此,如有不妥的地方,自然是应由编者来承担。

编者

2014年11月20日

目 录

前言	001
国际化与本土化:法制现代化的时代挑战	公丕祥 001
全球化与法学思维方式的革命	周永坤 016
全球化与中国法制现代化	公丕祥 025
法律全球化与国际法治	车丕照 042
对“法律全球化”的理论剖析	慕亚平 078
全球化背景下中国法治发展面临的挑战	李 林 肖君拥 085
法律国际化与法律全球化辨析	黄文艺 099
全球化背景下中国法律变革与发展关系论	唐宏强 107
全球社团革命与当代法治秩序变革	马长山 114
全球化背景下的中国司法改革	公丕祥 132
法律全球化解析	卓泽渊 145
论国际法治与中国法治的良性互动	
——从国际刑法变革的角度透视	邵沙平 154
从司法实践的视角看经济全球化与我国法制建设	
——论法与社会的互动	范 愉 164
论全球共同法	李桂林 179
略论全球化理论的研究语境	
——兼论法学理论的变革与更新	冯玉军 186
全球化时代的中国法治	张文显 196
对话与超越:全球化时代中国人权法治的发展路径	汪习根 205
全球化进程中的法律发展理论评析	
——“法律全球化”和“法律趋同化”理论的	
比较	李双元 李 赞 211
全球化与法治国家的历史演进	
——国内与国际的连接	朱景文 223
论法律的全球趋同	
——一个制度变迁视角的分析	钱锦宇 赵海怡 232

法律全球化进程中的特征分析与路径选择	刘志云	242
经济全球化与全球法治化	王贵国	254
作为一种“国家法与非国家法多元互动”的全球化进程		
——对“法律全球化”争辩的中立性批判	邓正来	268
经济的全球化与人权的普遍性		
——论通向世界和平秩序之法制构建的基础和原则	赵明	288
两种法学全球化观		
——中国将何去何从?	邓正来	303
国际法治:和谐世界的必由之路	何志鹏	314
全球化时代的国际法治		
——以形式法治概念为基准的考察	黄文艺	328
全球化、中国崛起与法制现代化		
——一种概要性的分析	公丕祥	337
全球治理的法律渊源及其合法律性问题	王奇才	353
全球结社革命的主权理论反思	严海良	365
中国法需要什么样的世界观?	方乐	382
法的国际化与本土化:以中国近代移植外国法实践为中心的思考	何勤华	406
全球经济治理新模式的法治化路径	刘敬东	419
嬗变诉求与锐变依据:论全球化对当代中国立法制度的意义	潘伟杰	430
全球化趋势下我国法律发展的自主性	王莉君	438
研究资料目录索引		450

国际化与本土化：法制现代化的时代挑战

公丕祥*

法制现代化是人类法律文明的成长与跃进过程,这种历史性的跃进,导致整个法律文明价值体系的巨大创新。法制现代化是一个世界性的普遍现象,但同时又存在多元发展的多样化模式。这是全球法制现代化进程中的一条基本规律。实际上,这一规律所反映出来的乃是法律发展中的国际化与本土化的关系问题。也就是说,在法制现代化进程中,确乎存在体现人类法律文明共同属性的普遍性的构成要素,而这些构成要素为国际社会所认同,并且反映在世界各国的法律制度之中;然而另一方面,法制现代化在不同民族或国度中不可避免地有其各自的表现形式,那些普遍性的共同构成要素的实现方式显然要打上鲜明的民族印记,从而独具个性特征。因此,在法制现代化进程中,如何协调与解决国际化与本土化之矛盾关系,这不仅是一个重要的时代论题,而且也是各国法律发展共同面临的一个跨世纪的挑战。

法律发展的全球意识

法制现代化不是孤立封闭的法律现象,也不是某一个国家或某一个地区的个别态势,而是一个开放式的国际性的法律发展过程。这一革命性的进程,深刻地改变了人类法律生活世界的面貌,推动着各民族、各个国家和各个地区的法律文化的交流与融合,从而促进了人类法律文明的成长与飞跃。因此,法律发展的国际化,这是当代世界法制现代化进程中一个十分突出的时代趋势。

所谓法律发展的国际化,主要是指在法律文化的传播与交流过程中,各个主权国家的法律制度蕴含着世界法律文明进步大道上的共同的基本法律准则,使各国的法律制度在某些方面彼此接近乃至融合,进而形成一个相互依存、相互联结的国际性法律发展趋势。^①由此可以看出,法律发展国际化的主要特征是:其一,法律文明的共同性因素是法律发展国际化的基础和前提。人类的法律文明是社会主体在特定的社会历史条件下创造和累积起来的,体现着不同的民族或国度独特的法律精神、概念和规则。每一种法律

* 南京师范大学法学院教授。

① 孙笑侠先生给法的国际化下的定义是:它是指“法顺应国际社会的法律合作、交流、融合乃至局部统一的趋势,这是人类共同活动和共同理性对法制的要求”。参见《法的现象与观念》,群众出版社1995年版,第26页。

文明形式与实体、意义与价值,都自成一个特殊的系统。然而,处于不同的时间与空间条件下的法律文明系统之间无疑存在某些共同性的因素。随着人类社会交往的增进与扩大,潜藏在不同法律文明系统背后的共同性因素,必然要以各种方式和途径显现出来。在这些多样性的法律文化模式下,确乎存在某种共同的普遍性的东西。尽管一种法律文明与另一个种法律文明在许多方面都显现出差异性,但它们之间的相似之处却往往也是显而易见的。之所以如此,原因之一就在于人类居住的世界无疑存在许多相同的特质,不同民族或国度下的人们都会遇到一些共同性的自然的与社会的问题(尽管表现形式有差别)。而为了解决这些问题,生活在不同国度中的社会主体创造出相应的调整规则,积累了有价值的调整经验。这无疑体现了人类法律实践的普遍性的历史规则,反映了人类的法律智慧和对理性的追求。^②正是这一点,构成了法律文化交流与交往以及法律发展国际化的基础和前提。

其二,法律文明的交流与传播是法律发展国际化的主要媒介机制。每一种法律文明系统都是自成一体的。而造成法律文明多样性和相对一体化的重要原因之一,就在于一定法律文明圈中存在独立的文化隔离机制。这种法律文明的隔离机制是使一定地域或国度的法律文明成为独立形态的基本要素。一个法律文明圈的形成,没有一定的隔离机制是显然不可能的。从文明发生学意义上讲,法律文明的隔离机制最初是与地理环境相联结的。所以在法律文明的比较研究中,人们总是力图把一定的地理环境看作是构成法律文明差异性的中介。但是,一定的法律文明系统一经产生,就会在内外各种因素影响下发生超越原生地理环境的深刻变化。特别是随着交往的增多及其复杂化,不同的法律文明系统之间必然要打破地域的界限,进行各种形式的交流与沟通。诚然,在这一过程中,异质的法律文明系统有可能产生相互撞击和冲突。不过,法律文明要发展,就必须冲破原有的民族界限,参与到其他法律文明系统的发展过程之中,形成相互依存、相互促进、相互包容、相互融合的格局。一个开放式的交互性的法律文明系统,才是富有生命和活力的有机系统。而闭关自守,盲目排外,必然导致法律文明进步张力的丧失。^③多样化的法律文明之间的日益扩展的交流与沟通,势必会推动那些法律文明共同性要素的广泛传播与接受。这样,就逐渐汇聚成为法律发展国际化的历史潮流。

法律移植是法律文明交往与传播形式中的一种特殊情形。据说,法律移植是一种十分古老的现象,早在公元前17世纪前后一些古老的法典中就似乎存在了。^④但是,无论法律移植的远古形式如何以及它后来是怎样发展演变的,这一特殊的法律文明交流与传播形式的本质性意义,就在于它是一个国家或地区主动地、有选择地自愿采纳和接受其他国家或地区法律的过程。很显然,法律一直同主体一定的有意识有目的的活动是密切

② 万斌先生认为,任何历史类型的法律,都有其产生的必然性,因而也都程度不同地凝结着人类的智慧和创造,具有全人类的价值。参见《法理学》,浙江大学出版社1988年版,第164页以下。

③ 刘作翔先生认为,文化虽然是民族的,但文化却是没有国界的。各民族就是在广泛的文化交流通过各种文化的冲突、竞争和筛选,寻找适合于本民族发展的文化形态。参见《法律文化论》,陕西人民出版社1992年版,第113页以下。

④ 英国学者阿·沃森从埃什南纳法令、汉谟拉比法典以及“出埃及记”这些人类古老的法律典籍中,发现了在遥远的时代就存在法律移植。参见《法律移植论》,载《比较法研究》1989年第1期。

联系在一起的。它表明,一定社会的主体根据对本国或本地区社会生活条件及其需要的认识,主动自觉地选择外域国家或地区的法律或某些制度,直接或间接地移入本国相应的法律的创设过程之中,使之成为本国法律的有机组成部分。^⑤ 由于社会生活是千变万化、复杂多样的,也由于主体对移植法律的社会需求、具体层面、实现机制等的把握是不尽相同的,因而常常会出现移植法律时有的实际效果与主体的预期目的如愿以偿地实现了,有的则如水中捞月般地落空了;或者表现为有的虽然暂时地实现了,似乎是达到预期的结果,但往后又引起了与初始的目的完全相反的果。因此,法律移植既有其客观的方面,又具有明显的主观性。这就使法律移植的过程呈现出令人捉摸不定、扑朔迷离的色彩。但是,无论是哪一种情形,有一点则是确定无疑的,即法律移植在客观上促进了人类法律文化的交流与沟通,进而一定程度上推动了法律发展的国际化趋势。

其三,法律制度一定意义上的趋同性是法律发展国际化的时代走向。随着社会经济文化的发展,交往的日益频繁,历史上存在的国家、民族以及地域间的堡垒,会越来越打开,从而法律文明的历史个性逐渐减弱。在法律文化的交流与传播过程中,各个民族或民族国家的法律制度之间相互沟通,相互渗透,相互吸收,从而逐渐成为一个协调发展、趋于接近的法律格局。^⑥ 这是当代世界法制现代化进程的客观趋势。法律发展的趋同性态势主要表现为:法律创制的程序与技术的相似性,诸如,立法技术,法律语言,法律规范的要素与分类,法律渊源及其表现方式,法律体系的结构与形式,以及法律系统化的方法,等等;法律适用与执行机制方面的相似性,诸如,执法与司法机构的设置,法律适用的程序,法律解释方法,法律效力范围的确立依据,法律的恢复机制,法律职业的分立化,等等;某些法律价值准则方面的相似性,诸如,对法律正义的理性的追求,对法治原则的信仰,对人权的法律确认与保障的重视,等等;国内法与国际法之间的有机协调,这在民商法与经济法领域表现得尤为突出。如此等等。这充分表明,当代法制现代化进程愈益显示出法律文化上的相互认同、协调合作的发展走向。当然,这绝不是世界法律大同主义,也丝毫不意味着统一的共同的世界法时代正在到来。实际上,当代世界的法律发展与主权国家的推动是分不开的。协调和解决不同民族、不同国家、不同地区的法律制度的冲突,正在成为各国政府的共同行动。而这一事实本身恰恰表明法律发展的国际化趋势并没有能够湮没主权国家的自主独立性,法律发展的国家主权因素在一定意义上得到

⑤ 有的学者分析说,文明的传播过程表明,一个国家或社会在主动地、自愿地吸收和内化其他文明中的因素时,总是在这样两种条件下进行的:一是吸收那些能够与本社会或本文明相互融合的因素。这些因素虽然为这个国家或社会所吸收,但并不一定为那个国家或社会所吸收,这证明两类社会之间具有某种共同的特征。二是吸收那些具有一般性和普遍意义的因素,这些因素既可以为这些国家或社会所吸收,也可以为那些国家或社会所吸收,也就是说,这些因素具有某种一般性特征或共性。参见严立贤:《发展理论与不发达国家的现代化》,载《中国社会科学》1988年第5期。郝铁川先生关于近代中国对大陆法系选择的分析,进一步确证了上述原理的有效意义。他认为,作出这一选择的深层原因在于中华法系与大陆法系具有自身内在的许多相近因素。这一例证亦进一步表明法律文化的传播与接受以及法律移植是有条件的,是有限度的。参见《论近代中国对大陆法系的选择》,载《法制现代化研究》第2卷,南京师范大学出版社1996年版。

⑥ 有的学者敏锐地指出,国际社会法律的协调性和趋同化,反映了当代全球法律发展的基本走势。它表明不同国家的法律,正在适应国际交往日益发展的需要,逐渐相互吸收,相互渗透,从而趋于接近甚至趋于一致。参见李双元主编:《中华法商论丛第一集·现代法学论集》,湖南师范大学出版社1995年版,第1页;李双元:《二十一世纪国际社会法律发展基本走势的展望》,载《湖南师范大学学报》1995年第1期。

了进一步的强化。因此,无论是马里旦的“世界政府论”,^⑦还是凯尔逊的“国际法律共同体”的观念^⑧,或罗迪埃的“世界法律统一主义”的浪漫理想^⑨都是不切实际的幻想。不过,法律发展的国际化趋势乃是世界各国都无法回避的。

法律国际化的内在机理

法律发展的国际化走向不是一蹴而就的,而是一个长期演进的历史产物。它经历了一个从地区范围内的法律共同性到跨地区的法律协调发展再发展到法律国际化的发展阶段。这一历史性的趋势所体现出来的乃是人类法律文明交融与创新的激动人心的法律场景,是法律变革进程从民族国家走向国际社会的时空超越。因而,这一时代走向具有深刻的历史必然性。从内在方面看,法律发展的国际化体现了人类社会对法律自身价值的普遍认同与信仰。尽管世界法制现代化的进程在不同民族或国度中的表现形式和实现程度是不一样的,但是这一进程的价值取向却是相对一致的,亦即从人治型的价值规范体系向法治型的价值规范体系的革命性转变。诚然,在不同社会,人们对法治的价值内核之理解是有差异的。诸如,德国学者的“法治国”(Rechtsstat)概念与英国学者的“法治”(rule of law)观念,就存在明显的差异性。^⑩但是,现代法治的核心价值意义则是相通的,即确信法律能够提供可靠的手段来保障每个公民自由合法地享用属于自己的权利,而免受任何其他人专横意志的摆布。法制现代化进程无疑反映了法治价值增进的趋势。^⑪这是人类社会共同的法治理想与理性追求。法律发展国际化趋势的最深厚的价值底蕴即在于此。

从外在方面看,法律发展的国际化进程的社会根源则来自于社会交往规则特别是现代市场经济运行秩序的共同的法权要求。现代社会处于日新月异的变革过程中。人类的社会活动远远超越了狭隘的民族、地域的范围,而变得更加相互依存,相互关联。以信息革命为主导的科技革命,正在迅速地改变着人类的生存与交往方式,把全球社会联结成为一个信息整体,从而强化了社会发展的全球意识。而随着工业化进程加快所产生的日益突出的全球性问题(诸如生态环境危机、资源危机,等等)以及战争与核恐怖对人类的威胁,这使得国际社会愈益认识到要协调各国的行动,以解决面临的共同问题。特别是现代市场经济的大潮,把世界各国逐渐卷入国际经济一体化的轨道之中,各国经济的相关性与互动性因素不断强化。^⑫在这种情形的强有力的推动下,法律发展跨越了主权国家的疆域而愈益显现出国际化的强劲势头。

上述法律发展的价值的与社会的基础之普遍性意义,无疑表明法律发展的国际化的

⑦ 参见 J. 马里旦:《人和国家》,商务印书馆 1964 年版,第 48 页。

⑧ 参见 H. 凯尔逊:《法与国家的一般理论》,中国大百科全书出版社 1996 年版,第 357 页以下。

⑨ 参见勒内·罗迪埃:《比较法导论》,上海译文出版社 1989 年版,第 15 页。

⑩ 戴西区分了欧洲大陆的法治观念与英伦三岛法治观念之特征及其彼此的不同。这是很有趣的。参 M. P. 戈尔丁:《追溯既往立法与法治的恢复》,载《法制现代化研究》第 1 卷,南京师范大学出版社 1995 年版,第 88 页以下。

⑪ 参见葛洪义、卢鹏:《论法律的发展》,载《法制与社会发展》1996 年第 3 期。

⑫ 参见李双元、蒋新苗、蒋茂凝:《中国法律观念的现代化》,载《法学研究》1996 年第 3 期。

出现,这是不依人的主观意志为转移的客观进程,充分体现了人类在由必然向自由飞跃的征途上法律文明成长的历史足迹。罗马法的产生、复兴及世界化的历史进程,就确证了这一点。我们知道,罗马法以私法闻名于世,而罗马私法是在罗马氏族公社解体过程中同时发展起来的。虽然古代罗马法是在古代世界出现的,但是它一经产生以后,便以其独特的价值取向和法权要求对世界范围内的法律变革与法律发展产生巨大而深刻的影响。首先,罗马法是人类法律文明演进历程中法治传统和法律理性主义的始作俑者。它确立了一整套世俗的市民社会中推行的法治观念与制度安排,诸如确认了统治者必须遵照法律治理社会的原则,创造了私法优先的法律观念,强调私法中的权利本位和意思自治,等等。^⑬德国学者科尼特尔在分析罗马法世界性影响的原因时认为,一部古代制定的法律能对现代民法典产生如此巨大的影响,这一现象从本质上来说,有多方面原因。把那些与欧洲传统的特殊性相联系的原因抛在一边,其主要原因在于:罗马人对法的发现方式是理性的方式,这一方法由具有普遍约束力的规范所组成,并且可以用逻辑方法来推算和检验,这种思维风格已成为西方国家法律发展的标志;罗马法在内容上要实现的理想和价值评价,譬如私法上公民权利平等、公民人身自由、诚实信用原则、公平的理想、财产所有权的保护、合法占有的保障,等等,这些价值观念直到今天还深深地影响着现代化社会及其法律制度;罗马法的各种规定和它解决问题的方法,是从当时的实际问题中直接归纳出来的,并且以追求法律关系的公正和理性的调整为目标。^⑭其次,罗马法集中反映了商品生产者社会的法权要求,最早提供了商品经济运作的最基本法律原则、概念和规范架构。商品经济是现代社会与现代法律赖以存在和发展的基础。从古代社会中产生出来的罗马法反映了简单商品生产的基本要求。在古罗马社会,尽管那里的商品经济还深受自然经济的束缚,但简单商品交换已经有了较大的发展和相当的繁荣。这不仅表现在已经产生的货币流通上,而且也表现在独立的、同生产相分离的商业的存在上。在简单商品经济中,个体生产者在经常的波动和背离中,基本上按照耗费在自己产品上的社会必要劳动量,用自己的产品换取别人的产品。可是,通过这种商品交换,也就在这些生产者之间间接地实现了所生产出的产品的一定分配。罗马法规定了所有人依法享有对于物的占有、使用和处分权,交易主体地位平等,意思自治和契约自由,借以调整一般的社会经济关系。但是,随着罗马帝国的崩溃,罗马私法逐渐丧失了往日的荣耀。不过,由于罗马法反映了商品关系的法律要求,因而在没落的时期,罗马帝国的法学家所完成的完美的体系,不是封建法,而是罗马法,即商品生产者社会的法律。也就是说,罗马法的本质属性是调整商品关系的,所以罗马法的调整方法是确认独立的人格权、财产自主权和签订合同的自由权,从而带有反封建的特性。正因为如此,随着封建生产关系的逐渐瓦解和资本主义生产关系的兴起,罗马法奇迹般地得到了复兴。

罗马法文化的广为传扬,在很大程度上改变了现代世界的法律发展图式。在大陆法

^⑬ 参见杨振山、龙卫球:《论罗马法的成就对人类的基本贡献》,载《罗马法·中国法与民法法典化》,中国政法大学出版社1995年版,第16页以下。

^⑭ 参见罗尔夫·科尼特尔:《罗马法与民法的法典化》,载《罗马法·中国法与民法法典化》,第47页以下。