

法律现代化

——中国法治道路问题研究

蒋立山
 著

涉及经济、政治、文化各方面内容的社会转型过程，法律现代化既是社会整体转型的构成内容，也是对社会整体转型的反应。

二十世纪的中国走上了一条与社会演进型法治相区别的政府推进型的法治道路。这是一个基本的事实。

从时间角度提出的问题是，中国是应该在一个较短的时间过程中尽快建立起一种新的行为规则和社会秩序，还是把这种过程尽量放慢些？是应该通过一些适当“超前”的制度

法律现代化

——中国法治道路问题研究

蒋立山
著

法律现代化，是现代化国家的重要标志，也是
社会整体转型中国法，法律现代化是现代化的一种
以及经济、政治、文化各方面内容的社会转型
过程，法律现代化既是社会整体转型的构成内
容，也是对社会整体转型的反应。

二十世纪的中国走上了两条与社会演进型
法治相区别的政府推进型的法治道路。这是一
个基本的事实。

本书所提出的问题是，中国是应该在
一个较短的时间过程中尽快建立起一种新的行
为规则和新的社会秩序，还是把这种过程尽量
放慢些？是应该通过一些适当“超前”的制度
创新来“超前”地推行新秩序，还是让制度
创新随着社会条件的成熟而逐步发生出来？

本书从历史的角度对改革和法治进行了比较
研究，并在此基础上提出了自己的观点。本书是
作者多年研究的成果，也是一部具有较高学术
价值的著作。本书的出版，对于我国法治建设
和法学研究都将产生积极的影响。本书的出版
也得到了中国政法大学的支持。

责任编辑：罗洁琪 罗超

图书在版编目 (CIP) 数据

法律现代化：中国法治道路问题研究/蒋立山著.

—北京：中国法制出版社，2006.9

ISBN 7-80226-531-2

I. 法... II. 蒋... III. 社会主义法制-研究-中国
IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 114245 号

法律现代化——中国法治道路问题研究

FALU XIANDAIHUA——ZHONGGUO FAZHI DAOLU WENTI YANJIU

著者/蒋立山

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/10.625 字数/210 千

版次/2006 年 9 月第 1 版

2006 年 9 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80226-531-2

定价：22.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：66022958

市场营销部电话：66033393

邮购部电话：66033288

作者简介:

蒋立山, 1962年出生北京, 北京大学法学博士。在《中国法学》、《中外法学》等刊物发表多篇论文, 其中, 《中国法制改革的基本框架与实施步骤》论文, 获第二届全国青年社会学科优秀成果二等奖、全国法学杂志“中国法治之路”联合征文二等奖(一等奖空缺), 《中国法治道路问题讨论》(上、下)论文, 获《中外法学》杂志1988—1998创刊十周年优秀论文奖。2000年从北京市政府办公厅调入中国政法大学任教, 主编《新编法理学》(2006年版)等。主要研究领域: 法律现代化、中国法治实践与法律发展。





1. 法律现代化－中国法治道路问题研究
蒋立山 著
2. 漂泊的思：现代性视野下的法学与教育
曹义孙 著
3. 合同法基本原则的博弈分析
柯华庆 著
4. 话语、实践与制度变迁：当代中国司法
的关键词分析（1949－2002）
滕彪 著
5. 语言法导论
刘红婴 著
6. 民国时期婚姻法近代化研究
王新宇 著
7. 中国社会转型与法律治理
刘金国 蒋立山 主编
8. 依法治国评价理论与实践研究
王称心 主编

责任编辑 ■ 罗洁琪 罗超 装帧设计 ■ 李 宁

序：寻求对中国法律 发展的实证解说

在二十世纪后二十年里，法律现代化理论已经发展成为解说中国法律变迁的应用最广和相对成熟的理论工具。从文献规模和数量看，除了直接冠以“法律现代化”字样的各种文献外，冠之以“依法治国”字样的各种理论文献，数量最大、涉及面最广，其中绝大多数关于依法治国的理论文献，可以被客观地纳入法律现代化理论的范畴之中。

按照罗荣渠教授的说法，二十世纪八、九十年代流行于国内学术界的现代化理论，是二次世界大战后由美国学术界提出来的，对于中国人来说自然是一种舶来品。然而，早在此前的二十世纪三十年代，中国学术界在讨论中国未来道路与前景问

题的时候，就已经提出了“现代化”的概念和观点。^①较为遗憾的是，虽然目前人们仍然谈论三十年代里的一些学术话题，或者是一些十分类似的话题，但当时关于中国现代化问题的讨论似乎被人们遗忘了。其中一个重要原因是，经过几十年的对外学术封闭，二十世纪后期中国学术界对外部世界的知识渴求愿望十分强烈，追踪国外学术思潮的积极性颇高，而对于本国二十世纪早期的学术传统与研究却缺乏必要的了解与重视。当然，二战之后由美国学术界提出的现代化理论，从理论建构上说更完整、更严密，其作为系统化的学术工具的价值也更大。与之相比，三十年代中国学术界关于中国现代化问题的讨论，不仅理论的完整性差一些，与法律的直接关联性也稍显薄弱。虽然如此，当时提出的一些问题、研讨的角度以及各种理论解决方案，也有贴切于中国国情的地方，并暗合了当前法学界的某种讨论，值得人们重新重视。

由于战后的现代化理论传入中国法学界较晚，国外不同时期的现代化理论几乎都是在二十世纪八、九十年代的较短时间里同时引入法学界，也由于这种引入在很大程度上是通过社会学、政治学等其它学科领域间接实现的，时间的滞后使得现代化理论在法学界的落脚显得十分仓促，各个时期不同学派的现代化理论均未得到较好的消化吸收及批判反省。尔后，后现代主义的批判话语又接踵而至。法学界很像一个早晨和中午都没吃饭的饿汉，等到要吃晚饭的时候，本来是饥肠辘辘，却又听

① 罗荣渠（主编）：《从西化到现代化》，北京大学出版社1990年版，第22页。

到一些吃饭无益、节食健身一类的说法，一时间面临着两难选择。结果是，既没有充分吸收先期现代化理论的营养，也缺少享受后现代主义理论的福份。这大概就是世纪转折之际中国法理学在法律现代化理论上的客观境遇。

在这种学术的总体境遇之下，学者的个人选择依然可以是相当自主而坚定的。有人可以继续编织有中国特色的法律现代化理论；有人可以欣然折服于后现代主义的解构魅力，把任何理论建构均视为顽童在海滩边构筑沙堡的游戏，经不住海潮轻轻地一击；也有人可以继续执着地埋头于自己兴趣之下的具体问题，与总体性问题无争。这些都是每个个人在各自条件和偏好下的合理选择。

抛开上述这些个性化的学术偏好问题不谈，就总体情况看，为中国当前乃至延伸至过去与未来的法律改革与变迁做出一种总体性解说，依然是摆在学术界面前的一项客观使命。这是一个法学家个人可以回避、法学职业群体却无从回避的现实。这项客观使命决定了，在目前可以利用的学术资源范围内，现代化理论依然是滋养中国法律发展与变迁理论的、营养较为丰富的盛餐，现在还不是完全放弃这道盛餐的时候。尤其是回首中国二十世纪的法律发展，人们会发现，法律现代化可以说是一面旗帜，是一种方向，也是中国近现代历史向人们展示出的一个最富趋势性的事实。退一步说，即使在理论的合理周期日趋缩短的时代背景下，即使一种集体性的选择使得人们意欲在二十一世纪放弃“法律现代化”理论的建构，放弃这样一面旗帜，法律现代化理论所提出的问题以及对这些问题的反思在中国也依然未到命运终结的时候。

一、描述法律演进的三种理论模式

二十世纪八、九十年代以来,对于中国近现代的法律演进,无论在法律现代化理论外部或内部,都已经出现了许多有益的学术成果,逐渐形成了解说中国法律演进的三种理论研究模式:法律现代化模式,市民社会与国家模式,以及法治的本土资源模式。

在法律现代化理论内部,九十年代中后期比较突出的是公丕祥等人关于法律现代化的研究,^①对于法律现代化,法治及法治模式等概念,法治的形式价值与实质价值,法治的动力,法治与传统,各部门法的现代化标准及方向,都做了较好的研究,初步形成了关于中国法律演进理论的现代化模式。

在法律现代化理论外部,由邓正来等人推动形成的关于建

① 参见公丕祥:《中国法制现代化的进程》(上卷),中国人民公安大学出版社1991年版;公丕祥(主编):《当代中国的法律革命》,法律出版社1999年版;公丕祥:《法哲学与法制现代化》,南京师范大学出版社1998年版。应该注意到,中国的法律现代化研究已经形成了一个规模庞大的阵容,在90年代中后期,还出现了许多学术成果,比如谢晖:《价值重建与规范选择——中国法制现代化沉思》,山东人民出版社1998年版;姚建宗:《法律与发展研究导论》,吉林大学出版社1998年版。

同时,我愿意把本人在1995以来发表的关于中国法治问题的若干论文也划入法律现代化理论的阵容之中,参见蒋立山:《中国法制现代化建设特征分析》,载《中外法学》1995年第4期;《中国法制改革问题基本框架和实施步骤》,载《中外法学》1996年第6期;《中国法制改革和法治化过程研究》,载《中外法学》1997年第6期;《中国法治道路问题讨论》(上、下),载《中外法学》1998年第3、4期。

构中国市民社会的理论研究同时也成为说明中国法律现状与未来走向的一种理论模式，^① 该模式对中国市民社会法律现状与未来发展提出了预测，并在解释二十世纪中国国家政权建设及法律建设方面做了有益的探索。

另外，苏力提出的法治本土资源理论，在客观上也已成为一种法治理论的研究模式。该理论，认为中国的法治不可能靠“变法”或移植来建立，而必须从中国的本土资源中演化创造出来，^② 这里的所谓法治本土资源，既包括历史上的传统，又主要是指当代人的法律实践，以及在其中形成的或正在形成的非正式的制度与秩序。

① 法律现代化模式与市民社会模式的关系比较复杂，有的学者如公丕祥等人，也曾把市民社会理论作为法律现代化理论的一个组成部分，但由于市民社会理论比法律现代化理论要早得多（前者至少是十七世纪时就出现的理论，而法律现代化理论则是二十世纪中后期的理论），我宁愿把它们看成是两种不同的理论。关于市民社会理论，参见邓正来：《国家与社会研究框架的建构与限度——对中国的乡土社会研究的评论》，载王铭铭、王斯福编：《乡土社会的秩序、公正与权威》，中国政法大学出版社1997年版。邓正来：《国家与社会——中国市民社会研究》，四川人民出版社1997年版。邓正来：《市民社会与国家——学理上的分野与两种构架》，载邓正来、亚历山大编：《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》，中央编译出版社1999年版。当然，在当前中国的现代化理论模式与市民社会——国家理论模式之间，本身有着千丝万缕的关系，许多市民社会理论是在现代化理论的大前提下展开的，而法律现代化论者在论及现代社会的理想建构时也往往借助市民社会（或社会）与国家的理论模式。这是问题的一个方面。另一方面，由于市民社会——国家理论有着更加长久的历史传统（最早源自17世纪洛克的思想），有着自身特定的分析架构和分析语言，呈现出更鲜明特色，并以此与后来出现的法律现代化理论相区别。故此，有理由把它作为一种单独的理论模式看待。

② 参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第13-14页。

法学界对上述理论研究模式有各种各样的比较评述。^① 我以为，它们之间的最大区别在于，关于法律发展的现代化模式主要突出了理论的描述功能，而法律发展的本土化模式主要突出了理论的批评功能。

从表面上看，这种区别并不一定很明显，因为在法律现代化理论的阵营里，也有人提出了批评与价值设计的内容，而在法律本土化理论阵营里，也有人提出了一些历史事实作为立论的基础。但是，透过这些表现上的情况，从大的方面看，法律现代化理论把立论事实的基础建立于中国近现代史的主要趋势之上，即在外部压力与挑战面前，中国被迫走上了对外开放、追求现代化进程的道路，法律也先是被迫、后是主动地走上了从传统向现代的转型之路。与此不同的是，法律本土化理论的主要立论，无论是借用欧美早期的情况也好，还是引证中国当代农村的某种情况也好，都在于批评和置疑中国法律走向现代化的事实。所以，我倾向于把所谓的法律现代化理论和法律本土化理论分别称之为关于中国法律发展的描述理论和批评理论。而市民社会——国家理论模式，由于将自身功能定位在

① 黄文艺曾经从法律观、法律功能、法律历史发展、法律发展途径、法律知识的性质、法律发展主体、发展资源等几方面对法律现代化范式和法律本土化范式进行了全面的比较分析。参见黄文艺：《论中国法律发展的两大范式》，载《法制与社会发展》2000年第3期。

“社会转型中构建中国的市民社会，推动社会的转型”，^① 其兼有理论的批评和价值设计的功能。^②

在上述法律现代化模式，市民社会模式与本土资源论模式等三种理论模式中，至少在现阶段，我比较倾向于法律现代化模式。从个人偏好的角度看，主要有以下几点理由：

第一、在上述三种理论模式中，现代化模式最接近历史的事实。现代化的理论模式虽然也包含或预设着价值目标，特别是早期西方国家的现代化理论，过多地从西方经验中提取价值目标，以此作为衡量和评判非西方国家的发展状态的工具。但是，现代化理论的基本立足点，是建立在世界近现代史的主要趋势上，特别是在九十年代中后期新近发展起来的中国本土的现代化理论，更把中国近现代历史发展置身于世界近现代史的

① 朱英认为：“如果中国将来建构的市民社会发展较为充分，克服了近代中国市民社会雏形的一系列缺陷，从理论上讲很可能在现代化建设的过程中发挥更为突出的积极作用，甚或从根本上解决中国现代化长期以来悬而未决的难题，使之走向成功。”参见朱英：《市民社会的作用及其与中国早期现代化的成败》，载《天津社会科学》1996年第6期。邓正来也曾援用台湾学者的话指出：“对于中国大陆和台湾论者来讲，最为侧重的却显然是其间的非实证的理念层面；因此，他们在援用市民社会理念时所反映出来的首要意图便是对现实的批判并实现精神的整合。……其任务当然是首先建构起中国的市民社会”。参见邓正来：《市民社会理论的研究》，载《中国书评》1995年第7期。

② 目前，国内学界很少见到关于市民社会——国家理论与现代化理论（包括法律现代化理论）的比较，表面上看也许是因为两种理论之间没有直接的观点交锋。从更深层说，两种理论都是建构取向的，且都处于理论初创阶段。另外，也有学者试图将市民社会理论与法律现代化理论结合起来，将前者作为后者的理论支持和组成部分。与此不同，法治本土资源论则是直接建立在对法律现代化的实践与理论的批评基础之上，故一开始即以与其它理论交锋的姿态出现。

宏大背景之下，这使它既可用于一个国家或地区的法律发展分析，也适于描述世界范围内的某种普遍趋势及世界不同地区国家间的互动影响。

相比之下，市民社会——国家模式的历史感稍显逊色。虽然市民社会理论有着西欧历史的经验作为事实基础，也被认为曾经较适合描述西方近代社会变迁的一般情形，但将其运用于中国，在事实层面上则显得勉为其难了。因为它假定在一国的社会内部，即在市民社会的内部，有着结构性变迁的动力，这种市民社会内在生长的力量会推动政治国家的形成，并且在社会与国家之间形成一种比较合理的关系。也就是说，市民社会——国家理论着眼于从社会内部看近代社会与政治国家的关系，它着重从社会内部寻求社会进步的动力。这显然是基于西方历史的局部性经验。与此不同，在近现代非西方世界里，大多数国家社会结构变迁的主要动力来自于（或来源于）社会外部，即西方世界的扩张。中国的情况即是如此。这使得用市民社会——国家模式描述中国法律演进的努力，总给人一种貌合神离的感觉。另外，市民社会——国家理论，从方法上说，是一种适于研究孤立社会的理论，而不适合研究处于相互作用影响中的社会，不适宜从国家之间的相互关系中研究法律演化问题。

在上述三种理论模式中，法治本土资源理论的历史感最弱。虽然在西欧早期社会有过依靠社会本土因素成长法治社会的现象，但这毕竟是世界近代史早期的一种局部现象，而且仅局限于欧洲特别是英国的经验，这不是中国的现实，也不是大多数非西方国家的现实。在绝大多数非西方社会的法律现代化

进程中，人们看到的，更多地是强制性的西化，被迫的现代化，甚至是本土法律传统的灭绝。利用本土法律资源实现法律现代化的事例，至多只是一种愿望而已。也许，法治本土资源论主要是对中国法律现代化的现实状态（政府自上而下推进及大规模借鉴西方国家经验）持一种批评立场，是建立在一种良好理论愿望基础上的批评理论。这样评价它，并不是说它缺乏实证研究的价值。它的学术价值也许不在于对事实的解释，而是为人们反思现实和历史提供一种独特的学术视角。

第二、现代化理论模式的理论视角比较宽广，理论解释力比较强，这也是其它两种理论模式所无法比拟的。现代化理论，经过各国学术界几十年的苦心经营，已经成为一个庞大的、多学科的和跨学科研究的理论体系，其自身包含着政治、经济、社会、文化等多种学科角度，又具有兼顾历史（传统）、现实（转型）与未来（价值）的时间跨度，这使它成为了一种多学科和多视角的理论解释工具。建立在现代化理论基础上的法律现代化理论也因此有望成为最具综合性的法律发展理论。

相比之下，市民社会——国家理论本身主要局限于一个社会内部的社会政治经济结构的格局变化与演进结果，而法治本土资源论则更是固守于对政府自上而下推进和借鉴西方经验的批评立场，其对历史传统与当下非正式制度的自发实践的特殊学术关爱和期盼的价值也引起了一些学者的怀疑。当然，就市民社会模式和法治本土资源论各自所关注的问题而言，其所具有的启迪性与理论建构意义并不因此有丝毫削减。

第三、现代化理论模式的理论包容性和兼容并蓄的能力较

强。许多看上去相互对立的理论，其实并非是水火不容的，只是不同理论对于其它理论，特别是针对自身的批评理论的相容程度有所不同。现代化理论模式与市民社会理论之间并无直接的批评关系（更有人愿意把两者结合起来，这对于西方国家的历史无疑可行，但对于中国则未必合适）。从经验层面上看，现代化模式中的社会分层、社会转型与结构变迁理论，对于市民社会理论来说，本身就有着一一种强大的理论替代功能。所以，在19世纪，“当政治哲学家们将他们的注意力转向工业革命所引发的社会和政治变迁时，（市民社会）这一术语被长久废弃了。”近代市民社会无非反映了这样一种经济现实，即私有财产、市场竞争和中产阶级的勃兴，这个阶级有着对自由的普遍要求。^①这恰恰是社会结构与变迁理论通过实证研究可以更好地解释的东西。法律现代化理论，通过研究社会阶层结构变化与社会变迁问题，能够从经验层面上描述国家与社会关系及彼此界限的变化，以及这种变化的复杂动力（而不是简单地重复“市民社会决定国家”的应有结论）。

同样，虽然法治本土资源论对于法律现代化实践和理论有着直接的批评，但是，在不改变基本理论的前提下，法律现代化理论对于这些批评，特别是来自法治本土资源论对法律现代化实践的负面现实的批评是完全可以接受的。因为，从事实层面上看，法律现代化本身就是有代价的，现代化理论（包括法律现代化理论）也在承认和研究现代化的代价（但这方面的研

① 参见〔美〕托马斯·卡罗瑟斯：《市民社会》，蒲燕译，载《国外社会科学文献》2000年第7期。

究还薄弱)，法治本土资源论对于法律现代化代价的批评，在客观上道出了与法律现代化理论的部分共同立场。所以，法律现代化理论完全可以接受法治本土资源论的批评立场甚至包括部分结论，以其特有的方式部分地认同多元论的法律观和非正式制度等民间性法治资源的相应地位，描述和分析民间法律立场在法律现代化进程中受到排挤的事实，甚至也能够附带性地提出某些对策性的理论主张。^①这也是法律现代化理论的应有立场和需要进一步完善的地方。

比如说，传统的西方现代化理论比较排斥一国的固有传统，这是众所周知的。然而，这并不代表中国现代化理论的应有立场，特别是不代表中国现代化理论的发展方向。从历史上看，非西方社会的现代化本身经历了不同的历史阶段。在现代化初期，排斥传统和盲目崇拜西方经验是一种普遍现象。在现代化的较高级阶段中，经历了盲目崇拜西方经验的失败教训，非西方社会的现代化大多会开始重新思考本国固有传统的价

① 目前国内对于所谓“民间法”或法律多元论讨论的主要事实指向，是农村的法律秩序问题。从国外历史上看，至少有三种情况值得注意。一种是英国近代传统农村秩序的衰落，这与圈地运动和工业化进程有关，其中伴随着暴力、传统权利的衰亡与强制性变迁的情况。另一种是法国大革命时期，社会革命冲击了旧的农村秩序，同时导致了农村法律秩序的相应变革。第三种是近代日本的情况，自上而下的社会现代化运动伴随着国家对农村传统秩序的改造。

值，努力把西方经验与本国情况相结合。^① 这种情况自然促成现代化理论对传统问题的立场转变——从全面排斥否定传统向重新思考定位传统在现代化中的地位和作用。这种理论的转变既与现代化的实践发展有关，也与现代化理论吸收各方面的理论批评有关。

上面分别从历史事实、理论解释力和理论兼容等三个角度对法律现代化理论、市民社会——国家理论和法治本土资源理论做了一种简单的比较，这并不代表对三种理论模式的全面比较评价。因为，如果比较的视角或标准发生变化，比较得出的结论也许会另外一种情况。况且，此三种理论模式都还在沿着各自的理论轨迹不断发展演变，随着时间的演进，它们之间的理论协调、相互借鉴与互动也许会呈现出一种新的局面。

二、法律现代化研究的实证方向

在中国自近代以来的法律变迁做总体性解说的诸种努力中，由于学者个人的学术旨趣不同，在实证解说、价值论证与

① 高鸿钧在其《伊斯兰教法：传统与现代化》一书中介绍说：“在第一次世界大战前，（伊斯兰教）各国一般都是照搬抄袭西方法律，表现出很大的盲目性；自第一次世界大战之后，各国在接受西方法律方面表现出不同于以前的特点：首先，在吸收西方法律内容的法典法规中，保留了更多的伊斯兰法规则，并尽量接受与传统法律相一致的西方法律内容；其次，在接受西方法律时，不再仅以某一国法律为唯一模式，而是进行广泛选择……这种情况，表明这些国家在接受外来法律方面由不成熟逐渐走向成熟。”参见高鸿钧：《伊斯兰法：传统与现代化》，社会科学文献出版社1996年版，第143页。