

中青年法学文库



法制现代化的理论逻辑

公丕祥 著

中国政法大学出版社

— 中青年法学文库 —

法制现代化的理论逻辑

公丕祥 著

—— 中国政法大学出版社 ——

图书在版编目(CIP)数据

法制现代化的理论逻辑/公丕祥著. -北京:中国政法大学出版社,1999.1

ISBN 7-5620-1792-1

I.法… II.公… III.法制-现代化 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (98) 第 40527 号

责任编辑 丁小宣

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 河北省〇五印刷厂

开本 850×1168 1/32 13 印张 304 千字

1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-1792-1/D · 1752

印 数:0001-3000 册 定价:23.00 元

社址:北京市海淀区西土城路 25 号

邮编:100088 **电话:**62229803 或 62228801

中青年法学文库

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统。在我们的古典文化中,经学、史学、文学等学术领域都曾有过极为灿烂的成就,成为全人类文化遗产的重要组成部分。但是,正如其他任何国家的文化传统一样,中国古典学术文化的发展并不均衡,也有其缺陷。最突出的是,虽然我们有着漫长的成文法传统,但以法律现象为研究对象的法学却迟迟得不到发育、成长。清末以降,随着社会结构的变化、外来文化的影响以及法律学校的设立,法学才作为一门学科而确立其独立的地位。然而,一个世纪以来中国坎坷曲折的历史终于使法律难以走上坦途,经常在模仿域外法学与注释现行法律之间徘徊。到十年文革期间更索性彻底停滞。先天既不足,后天又失调,中国法学真可谓命运多舛、路途艰辛。

70年代末开始,改革开放国策的确立、法律教育的恢复以及法律制度的渐次发展提供了前所未有的良好环境。十多年来,我国的法学研究水准已经有了长足的提高;法律出版物的急剧增多也从一个侧面反映了这样的成绩。不过,至今没有一套由本国学者所撰写的理论法学丛书无疑是一个明显的缺憾。我们认为,法学以及法制的健康发展离不开深层次的理论探索。比起自然科学,法学与生活现实固然有更为紧密的联系,但这并不是说它仅仅是社会生活经验的反光镜,或只是国家实在法的回音壁。法学应当有其超越的一面,它必须在价值层面以及理论分析上给实在法以导引。在建设性的同时,它需要有一种批判的性格。就中国特

定的学术背景而言,它还要在外来学说与固有传统之间寻找合理的平衡,追求适度的超越,从而不仅为中国的现代化法制建设提供蓝图,而且对世界范围内重大法律课题作出创造性回应。这是当代中国法学家的使命,而为这种使命的完成而创造条件乃是法律出版者的职责。

“中青年法学文库”正是这样一套以法学理论新著为发表范围的丛书。我们希望文库能够成为高层次理论成果得以稳定而持续成长的一方园地,成为较为集中地展示中国法学界具有原创力学术作品的窗口。我们知道,要使这样的构想化为现实,除了出版社方面的努力外,更重要的是海内外中国法学界的鼎力推助和严谨扎实的工作。“庙廊之才,非一木之枝”;清泉潺潺,端赖源头活水。区区微衷,尚请贤明鉴之。

中国政法大学出版社

作者寄语

1994年9月，当我重回中国人民大学校园在职攻读博士学位之际，在我国著名法学家孙国华教授的精心指导下，并得到吕世伦教授的多方教诲，我在“博士研究生培养计划”中把博士学位论文的选题范围确定为“研究法律发展及法制现代化方面的基本理论问题”。我作出这样的抉择，并非偶然的一时兴趣之所致。

早在80年代后半期，我和南京师范大学的诸位同仁便开始涉足法制现代化的研究领域。1987年，由我主持的《近现代中国法制与西方法律文化的关联考察》课题研究，获得江苏省哲学社会科学基金资助。课题组试图运用法制现代化的概念工具，分析论证在近现代中国社会发展过程中西方法律文化东渐、渗入及中国传统法律文化转型变革的规律，从而提出在当代中国现代化过程中革新传统法律文化并使之现代化的重要课题。该项目研究的最终成果是出版了《法律文化的冲突与融合》（中国广播电视出版社1993年版）一书。1988年下半年，我牵头的《中国法制现代化的历史道路》课题研究，欣获国家社会科学基金的资助。在研究过程中，我们始终注意这样三个问题：第一，认真把握中国法制现代化的概念分析工具；第二，在与西方社会法制现代化进程的比较分析中，深入考察近现代中国法制现代化的主要特点；

第三，深入揭示中国法制现代化的运作机理。该项目研究最后以《中国法制现代化的进程》（中国人民公安大学出版社 1991 年版）为题而面世。此外，我也写了一些有关这一论题的文章，有的公开发表，有的则属于手稿性质。

然而，我对既有的研究成果不甚满意。尽管我和我的同事们有关法制现代化问题的探讨，已经大体上确立了一种理论分析架构，并且把它应用于对中国事例的分析过程之中，在法学界产生了一定的影响，但是，我清醒地意识到，迄今为止尚缺乏对法制现代化一般理论逻辑的较为深入透彻论证与阐释，而这种学理层面的探讨在当前似乎显得尤为必要。这是因为，在国外（主要在西方），虽然这方面的研究开始比较早，但进入 60 年代及 70 年代以来，相关的著述文献越来越多，观念与认知的差异也愈益加深。特别是近些年来，在中国，伴随着当代中国的社会转型与法律变革，许多学者愈益发现法制现代化理论研究的重要价值意义，一些著述明确使用“法制现代化”或“法律发展”的术语来表征当代中国法律变革与转型的历史走向。这方面的专门性文章不断问世。但是，从总体上看，系统地研究这一问题的高水平学术著作确实不多，而致力于法制现代化一般理论研究的著述则更为少见。现实生活的需要和理论创作的热忱在催动着我奋力求索。因此，我选择法制现代化的一般理论作为博士论文写作的主攻方向，旨在在这方面做一些更为深入的思考和研究，同时也是对自己近些年来在这一领域的研究思路及成果作一次比较系统的梳理，以期在原有的基础上有所收获，有所进展。

两年多来，在导师孙国华先生的悉心指点下，我不敢懈怠，努力钻研，如今终于完成了论文的写作工作，并将论文定名为

《法制现代化的理论逻辑》。此时此刻，我要衷心感谢孙国华先生和吕世伦先生，师长的睿智学识确乎是取之不竭的学术养份。在论文写作过程中，我得到了中国人民大学研究生院院长周新城教授以及高铭暄教授、曾宪义教授、沈宗灵教授、张文显教授、谷春德教授、郭宇昭教授、刘新教授、朱景文教授、刘瀚教授、刘海年教授、吴大英教授、李步云教授、韩延龙教授、郭道晖教授、李双元教授、李龙教授、陈弘毅教授、武树臣教授、林仁栋教授、钱大群教授、王超教授、王利明教授、赵秉志教授、贺卫方教授、信春鹰教授、郑成良教授、刘作翔教授、何勤华教授、郝铁川教授、张中秋教授等等许多专家学者的鼓励、关心和支持。朱景文教授还专门给我寄来了美国研究法制现代化问题的著名学者M·格兰特的“法律的现代化”（The Modernization of Law）和L·M·弗里德曼的“论法律发展”（On Legal Development）这两篇论文的英文复印件，供我研读。在1996年6月的论文开题论证会上，中国人民大学法学院法理学教研室的老师和同届学仁对我的论文写作思路提出了许多富有见地的意见或建议。南京师范大学经济法政学院、法律系及法制现代化研究中心的诸位同仁学者，时常给我以帮助和鞭策；法律系法学理论专业硕士研究生唐宏强同志不辞辛劳，放弃休假，帮助我打印校对文稿。特别值得一提的是，我在职攻读博士学位的这三年，正是行政事务最烦忙的时期，我的师长和同事们给予了我多方面的关怀与支持。尤其是南京师范大学党委书记王臻中教授时常给我以鼓励，并尽量减轻我的工作负担，使我相对集中精力完成学业任务。此外，我的双亲大人、我的家人对我的支持是难以言表的。妻子刘凤灵女士默默地承担起全部的家务，女儿公历小朋友从来不向我提出带她

外出游玩之类的合理要求。每每想到这些，我的心情是苦涩的。因此，我要深切地、衷心地感谢这些师长、同事、学仁及亲人们的关心、帮助和支持。这篇博士学位论文的出版，得到了中国政法大学出版社领导和编辑们的热情关注，特别是丁小宣先生的鼎力支持。我要向他们致以深深的敬意和谢忱！

我清醒地意识到，这篇论文离预期的理论目标要求还是存在差距的。这使我有些遑然。我热忱地期望能得到学术界批评性的反应。看来，关于法制现代化基本理论及比较研究的更为艰巨的学术任务，还在后面，我将孜孜不倦，奋力前行，以期回应迅疾走来的新世纪的挑战和变革时代的理论期待。

公丕祥

一九九七年四月

内 容 提 要

本书是一部系统研究法制现代化基本理论的学术专著。作者运用比较法律社会学和历史分析方法,深入探讨法制现代化的概念内涵、研究范式、评价标准、社会机理、精神枢纽及矛盾关系,考察在社会转型过程中法制现代化的基本表征及其运动规律,把不同国度或地区的法制现代化运动放置到各自的社会生活条件下去加以考察,揭示了在法制现代化进程中经济因素与非经济因素、客观的与主观的、必然与偶然等等之间的互动关系。

目 录

总序	(I)
作者寄语	(I)
绪 言 时代的挑战及其理论回应	(1)
第一章 法制现代化的研究范式	(6)
1.1 若干概念辨析	(6)
对现代化的理解	(6)
法律、法律文化与法制之意义	(11)
法律发展与法制现代化	(17)
1.2 思想的轨迹：现代化与法律	(21)
以历史哲学为基础的研究范式	(21)
以类型学为基础的研究范式	(29)
以“法制现代化等于西方化”为特征的研究范式	(37)
以法律发展多元性为特征的研究范式	(44)
1.3 马克思的法律发展观	(52)
概述	(52)
基本的方法论原则	(53)
对东方社会与法律问题的关注	(59)
1.4 法制现代化的意义解构	(62)
法制现代化的历史向度	(63)

法制现代化的基本性质	(65)
法制现代化的内涵特征	(67)
法制现代化的发展样式	(69)
第二章 法制现代化的评价标准	(72)
2.1 问题的缘起	(72)
法制现代化标准之认知	(72)
现代法治与法制现代化	(75)
2.2 法律形式主义运动	(78)
法律形式化之实质意义	(78)
传统中国的法典化运动及其对形式法的排拒	(81)
罗马法形式化运动的价值意义	(86)
形式主义法律的基本表征	(88)
2.3 现代法律的价值基础	(96)
法律形式化的价值依归	(97)
两种实质合理性	(104)
平等、自由和市场经济	(106)
经济领域中的社会正义	(114)
体现社会正义的效益与法律的价值	(122)
2.4 法律效益与社会需要	(126)
作为评价尺度的法律效益	(127)
法律效益的实证要素	(130)
法律效益的价值要素	(133)
法律效益本身的评价问题	(136)

第三章 法制现代化的成长机理	(140)
——一种比较历史分析	
3.1 从著名的“韦伯问题”谈起	(140)
韦伯的设问及其解答	(141)
昂格尔的关注	(143)
本章的理论旨趣	(145)
3.2 国家与社会:现代法律的起源	(146)
作为国家与社会相分离产物的法律和官僚法	(146)
市民社会与政治国家的矛盾运动	(152)
城市自治制度的法律意义	(161)
法律形式主义运动与市民社会革命	(171)
3.3 东方及中国问题:法律发展的社会机制	(178)
传统东方法律调整的社会意义	(179)
法律伦理主义的基本品格	(187)
法律伦理主义的时代价值	(194)
3.4 法律变革进程中的政府功能	(197)
国家与法律发展的功能关系模式	(198)
法律形式主义运动与专制国家	(205)
东方世界的法律发展与政府的作用	(214)
国家与政府行动的三种方式	(222)
3.5 问题的简单小结	(227)
第四章 法制现代化的精神枢纽	(232)
4.1 个人与社会:法律现代性的取向问题	(232)
村社与宗族高于个人的法律价值取向	(233)
自由主义与国家主义	(237)
现代法律调整的本质	(242)

4.2 应有权利:现代法律的本体	(248)
权利、法与法律	(249)
应有权利的存在根据	(252)
应有权利的优先性问题	(259)
小结	(263)
4.3 作为权利体系的现代法律	(264)
权利确认过程的客观性与主观性	(265)
权利确认过程与法律价值判断	(268)
法律调整与权利的实现	(270)
权利的限度问题	(272)
4.4 法律变革进程中的权利问题	(277)
前现代社会的权利结构	(278)
近现代西方社会的权利分裂及其超越	(283)
近现代中国社会转型中的权利发展	(294)
第五章 法制现代化的矛盾运动	(308)
5.1 外部影响与内发力量	(308)
法制现代化的动因问题	(308)
“冲击——反应”模式及其缺陷	(312)
外来影响的复杂性	(318)
内部取向及其重心	(323)
5.2 形式理性与价值理性	(330)
法律工具合理性的先导地位	(330)
法律价值合理性的优先性及其证明	(334)
理想与现实	(339)
社会变革进程中法律理性转型的复杂性	(340)

5.3 传统与现代性	(346)
法律传统的意义分析	(346)
传统法律与现代法制相容的历史可能性	(348)
传统法律在现代存留的时代限度	(359)
法律传统的创造性转换	(360)
5.4 国际化与本土化	(364)
法律发展的全球意识	(364)
法律的国际化等于西方化吗?	(374)
法律本土化之奥秘	(379)
当代中国法制现代化的发展道路	(386)
主要参考文献	(391)

绪 言

——时代的挑战及其理论回应

21 世纪正在迅疾地向我们走来。

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。

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，和任何在内容上是正当的因而也是合理的问题，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〕}因之，每一个历史时期的法哲学研究，应当密切关注自己的时代所提出的种种问题。法哲学决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各种关系，使之成为时代精神的体现，成为法律文明的活

〔1〕《马克思恩格斯全集》第40卷，第289页。

的灵魂。这乃是法哲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？

纵观 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，它所要建构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。这个过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”法制现代化；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。但是，不管是哪一种变革形态，法制现代化无疑是一个创新的过程，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。

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。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、文化传统等等的大变革潮流；它所反映的，是从