

武 汉 大 学  
博 士 学 位 论 文

中国民法现代化研究

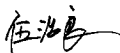
研 究 生 姓 名: 伍 治 良  
指导教师姓名、职称: 余能斌 教授  
学 科、专 业 名 称: 法学·民商法  
研 究 方 向: 民法总论

二〇〇四年四月

## 郑重声明

本人的学位论文是在导师指导下独立撰写并完成的，学位论文没有剽窃、抄袭、造假等违反学术道德、学术规范和侵权行为；否则，本人愿意承担由此而产生的法律责任和法律后果，特此郑重声明。

学位论文作者（签名）：



二〇〇四年四月五日

172

## 中文摘要

民法现代化,是指由以建立在自然经济基础上的传统民法规范-价值体系伴随着社会的转型而相应地向以建立在市场经济基础上的现代民法规范-价值体系变革的历史进程,具有内容的广泛性、变革的长期性、变革的从属性这三个特征,中国民法现代化亦不例外。中国民法现代化是民法观念现代化、民法基本原则现代化和民法制度现代化、民法形式现代化的统一体,其实现是建立在一定的社会经济基础之上的。

19世纪西欧民法现代化运动的成功开启与20世纪初期晚清中国民法现代化运动的开端失败的事实相比较表明,发达的商品经济和独立的市民社会分别是中国民法现代化的经济基础和社会基础。我国改革开放20年来,经济体制改革不断朝着市场化迈进,社会主义市场经济体制逐步建立,国家逐渐退出经济领域和社会生活领域,市民社会力量逐渐壮大,中国市民社会开始成长。中国市民社会的构建,应以“强国家和强市民社会”的良性互动关系为目标模式,即国家通过高效率的职能履行来满足市民社会的需要,力量强大的市民社会则防止国家权力不当干预市民社会,两者之间的良性互动关系较好地弥补了对方的内在弊病。

中国民法现代化的效果仰赖于民众民法观念现代化的程度。当前中国民众民法观念滞后,在一定程度上阻碍了民法现代化进程,其主要表现在民众对民法知识掌握、运用不够、民众的民法权利意识不强、国家官员普遍对民法缺乏正确评价、民众对民法的信仰不够。分析原因,主要在于部分民众整体文化素质偏低、民法制度的实施效果不良、缺乏发达的市场经济和独立的市民社会以及传统落后民法观念的影响。中国民法观念的现代化,关键在于以民法精神为指针,实现观念上的“四个转变”,即实现从法即刑观念向民刑并重观念转变,实现从身份等级观念向人格平等观念转变,实现从国家全能观念向私法自治受限观念转变,实现从重义轻利观念向重权兼义观念转变。

民法基本原则是民法精神的根本体现,是其效力贯穿于民事立法、民事司法和民事活动始终的民法根本规则;它具有宣示民法精神、指导民事立法、指引民事行为、弥补成文法之不足等四项功能。现代化的民法基本原则是体系化的外在构成与内蕴的民法精神的统一体。中国现代化民法基本原则必须是民法精神的宣示,须体现民法的个性、体现民法精神的直接性、体现民法精神的现

代性；由于民法体系是依据民事法律关系三要素理论建构起来的，以逻辑体系化为依归的现代化民法基本原则也必须围绕民事法律关系的主体、内容及表意行为三个方面来归纳。伴随现代社会分工的进一步细化，市场主体之间的社会合作将逐步加强，民事主体所负担的相对义务和社会责任也将逐渐增多，中国民法基本原则的现代化必须体现民事法律关系内容的这一变迁趋势，具体体现为人格抽象平等与具体平等的一体化、意思自治原则之限制扩大化和重权兼义原则的确立。

民法制度的现代化是民法现代化的关键。中国民法制度现代化，必须涵摄社会生活事实，以人类利益中心主义为价值取向，在逻辑标准上体现概念的规范化与内容的体系化。我国民法制度的现代化包括民事主体制度、民事权利制度和民事法律行为制度的现代化三个部分。21 世纪生物技术和信息技术的广泛应用，带来了中国民事主体制度的现代化，自然人主体范围将扩充至克隆人，非法人团体取得主体地位，法人分类结构进一步开放，即取消以所有制为标准的企业法人分类，采纳营利法人与非营利法人之分类，将非营利法人分为机关法人、事业单位法人、社会团体法人、财团法人及其他非营利法人。中国民事权利制度的现代化关键在于民事权利体系的现代化，其表现为人身权的体系化、财产权类型的开放化、知识产权客体范围、内涵和类型的扩张化、成员权的独立化。人身权的体系化包括建立一般人格权与具体人格权相结合的人格权二元化结构体系，以及由荣誉权、亲权、亲属权和配偶权组成的身份权四元化结构体系。财产权类型的开放化体现为融合商事权利及其他新型财产权利和物权类型的扩张，前者融合信托财产权、提单持有人的提单权利、票据权利和个人或团体依据公法所获得的财产权等权利，后者体现为自物权类型的扩展、所有权类型的扩充、他物权类型的扩张。知识产权客体范围、内涵和类型的扩张化表现在知识产权客体范围和内涵的扩张化，知识产权类型的扩张化，植物新品种专有权、集成电路布图设计权、域名权、商业秘密权等成为新的知识产权类型。成员权是法人成员基于其成员地位对法人所享有的各种权利的总称，其独立化的原因在于不同于人身权、财产权和知识产权的特点，其类型包括村民权、居民权、股权、会员权等。中国民事法律行为制度的现代化，在于实现民事法律行为成立与生效要件的分化，将行为的合法性作为民事法律行为生效要件；民事法律行为适用范围的广泛化，民事法律行为将涵盖物权法中的物权行为；网络民事法律行为成立制度的规范化，体现为电子合同主体的确认、电子合同书面形式的确认、电子合同成立时间和地点的判别标准确定以及机能障碍错误

电子意思表示的救济等内容。

民法形式是表现民法制度内容、展示民法价值理念的载体，因其自身发展道路的历史多样性决定了其具有相对独立性特征。中国民法形式的现代化，应该树立三个指导原则，即遵循民法的体系开放性原则，使民法形式因应现代化民法内容发展趋势，具有适应社会发展变动需要的前瞻性，更好地张扬现代民法的价值理念；遵循民法形式传统的继承与创新的指导原则，遵从民法形式发展的相对独立性规律，顺应现代化民法形式发展之个性化、多元化趋势，尊重中国民法形式现实，提高民法的社会可接近性，提升立法效率，节约立法成本，创新中国民法形式，达到尊重民法形式现实与适度创新的统一；遵循商法是民法特别法的原则，理清商法与民法的关系，使中国民法形式具备现代化的立法模式。中国民法形式现代化的三个指导原则决定了中国的民法形式现代化的趋势，即立法模式的民商合一化、民法体系的非法典化和民法体系的“总纲-单行法”化。中国民法形式现代化的目标在于建立以《中国民商法律总纲》为统帅、以民事单行法为支撑的“总纲-单行法”式民商法律体系，具体来讲，就是删除《民法通则》中物权法、合同法、侵权行为法、继承法、婚姻法及知识产权法等单行法内容，将其作为单独的民事单行法，同时充实、调整《民法通则》中属于民法的一般性规定的内容，形成《中国民商法律总纲》，以《中国民商法律总纲》作为统帅全部民事活动的基本法。

关键词：民法观念 民法原则 民法制度 民法形式 现代化

## Abstract

The modernization of civil law is the historical course in which the civil law progresses from the traditional norm-value system based on natural economy to the modern norm-value system based on market economy accompanied by the transition from the traditional society to the modern one. It has three characteristics, that is, the extensiveness of the content, the protracted nature of evolution and the subordinate of evolution, with no exception of the modernization of Chinese civil law. The modernization of Chinese civil law is the integrity of the modernization of the idea, the basic principle, the system and the form of civil law, which comes into practice on certain social and economic foundation.

Comparison between the successful Starting of the modernization of civil law in Western Europe in 19 century and failing beginning of the modernization of Chinese civil law early in 20 century states that the prosperous merchandise economy and the independent civil society is the social and economic foundation respectively of the modernization of Chinese civil law. As the reformation of economic system is moving continuously toward the market economy, socialist market economic system is gradually constructed and the nation is gradually withdrawing its power from the economic and social realm 20 years since the reform and opening to the world in China, the power of Chinese civil society is gradually strong and Chinese civil society begins to grow. Chinese civil society should be constructed on the targeting mode of the effective interactive development of strong nation and strong civil society, that is to say, the nation can satisfy the needs of civil society by doing its duties efficiently, strong civil society can prevent the national power from interfering with the civil society, and their effective interactive development can remedy the defects of the opposite side.

The effects of the modernization of the Chinese civil law rely on the degrees of the modernization of the Chinese idea of civil law. The Chinese citizens' current ideas of civil law fall behind the course of the modernization of the civil law, which contain that Chinese citizens cannot master the knowledge of the civil law well, the citizens' consciousness of civil rights is not strong, the national officials lack right evaluation

on civil law, the citizens cannot take enough belief in civil law. The above lagging ideas result from the low educational level of the part of Chinese citizens, ineffective practice of civil law, lack of prosperous market economy and independent civil society and influence of the traditional backward idea of civil law. The key of the modernization of the Chinese idea of civil law is to make four changes of the idea of civil law under the spirit of civil law, i.e., change from the "law-equal-to-criminal-law" idea to the idea of that civil law and criminal law are equally important, from the grading idea to the idea of personal equality, from the idea of national omnipotence to the idea of limited autonomy of private law, and from the idea of laying stress on duties and ignorance of rights to the idea of laying equal stress on duties and rights. The basic principles of civil law give expression to the spirit of civil law. They are regulations which effects pierce through the civil legislation, civil justice and civil behavior, and have four functions—declaring the spirit of civil law, leading the civil legislation, guiding the civil behavior and making up the defects of written law. The modern basic principle of civil law is the unity of systematic form and spirit of civil law. The modern basic principle of Chinese civil law must express the spirit of civil law distinctively, directly and modernly, and should be constructed logically around the subject, content and conscious behavior of civil legal relationship because the system of civil law is set up on the theory of the three factors of civil legal relationship. As the division of labor in modern society is becoming more and more elaborate, social cooperation between the market subjects gradually enhances, the civil duties and social responsibilities on the civil subjects increase, the modernization of basic principles of Chinese civil law should follow the trends, i.e., the integrity of concrete and abstract personal equality, extensiveness of limited autonomy of the will and the establishment of equality of civil duty and right.

The modernization of the civil law system is the key of the modernization of civil law. It must adjust the social activities, aim at the doctrine of humanity centralism and express the normative concepts and systematic contents logically. The modernization of Chinese civil law system includes modernization of civil subject system, civil right system and civil juristic act system. As the genetic technology and information technology are extensively applied in 21 century, the modernization of civil subject system appears, the subject scope of natural person will be broadened

to cloning person, non-legal-person body will obtain the subject position, the classification of legal person will further open, i.e., cancel the classification of enterprising legal person based on the ownership, adopt the classification of profit-going legal person and non-profit-going legal person, and the profit-going legal person can be further classified into legal person of government units, institutional person, legal person of mass organization, corporate body and other non-profit-going legal person. The modernization of Chinese civil right system is composed of the systematic personal rights, the opening of the types of property rights, the extensiveness of intellectual property and the independence of membership rights. The systematic personal rights contains dualistic system of abstract and concrete personal rights, and the rights of status are composed of right of honor, parental power, right of kinship, consortium. The opening of the types of the property rights is made up of two parts: the integrity of commercial rights and the expansion of other new property rights and types of real right. The former includes the property right on the trust estate, the right of the bill-of-lading holder, the rights on notes and the property rights according to the public law, the latter is composed of expansion of types of *jus in re propria*, extensiveness of the types of ownership and broadness of the types of *jura in re aliena*. The extensiveness of intellectual property reflects that the expansion of its range and connotation, extension of its types and appearance of exclusive right to new plant variety, the right on the layout-design of integrated circuits, the right on domain names, exclusive right to business secrets, etc. The membership rights, which include the right of villagers, the right of residents, the right of share-holders, the right of members of various social organizations, etc. The key of the modernization of the system of Chinese civil legal act is to identify its establishment condition from the effective one, widen its range to the juristic act of right in rem, regulate the establishment system of civil legal act through internet, which include the recognition of the contractual subject through internet, distinguishing of the establishing location and time of contract and the remedies of contractual rights resulted from the mistakes on declaration of will by electronics, etc.

The form of civil law is the body of expressing the system of civil law and displaying the spirit of civil law. It has its own characteristics due to the variety of its development history. The modernization of form of civil law should abide by three

guidelines, i.e., follow the principle of opening formal system of civil law so as to conform to the developing trend of the content of civil law, satisfy the needs of social development, expand the spirit of civil law, follow the principle of the inheritance and creation of the traditional form of civil law so as to comply with trend of independence and pluralism of its development, increase the social approachability of civil law to the people, enhance the legislative efficiency, economize the lawmaking cost, create the form of Chinese civil law, follow the principle that commercial law is the special law of civil law so as to deal with the relationship between commercial law and civil law and make the form of Chinese civil law into modern lawmaking mode. The three guiding principles of the modernization of the form of Chinese civil law determine the trend of the modernization of the form of Chinese civil law, i.e., the combination of civil and commercial codes, de-codification and separate regulations of civil and commercial law under the general principles of civil and commercial law. The aim of the modernization of form of Chinese civil law is to construct the system of civil and commercial law with the separate regulations under the general principles of civil and commercial law, concretely speaking, is to delete the content referring to real right, contract, tort, inheritance, marriage and intellectual property in General Principle of Civil Law and then adapt them into separate regulations civil and commercial law firstly, and secondly enrich the general regulations in General Principle of Civil Law and regard them as the general principles of civil and commercial law which govern the separate regulations of civil and commercial law.

**Key words:** idea of civil law   principle of civil law   system of civil law  
form of civil law   modernization

# 目 录

中文摘要

英文摘要

|                                          |    |
|------------------------------------------|----|
| 引 言 .....                                | 1  |
| 导 论 .....                                | 2  |
| 一、现代化、法制现代化与民法现代化之解读 .....               | 2  |
| (一) 现代化概念涵义及特征 .....                     | 2  |
| (二) 法制现代化之意义及特征 .....                    | 5  |
| (三) 民法现代化之意义及特征 .....                    | 6  |
| 二、对中国民法现代化问题研究之意义 .....                  | 7  |
| 三、对中国民法现代化研究路径之选择 .....                  | 8  |
| 第一章 中国民法现代化的社会经济基础 .....                 | 10 |
| 一、从中西民法现代化之起始比较中获得的启示 .....              | 10 |
| (一) 商品经济的发达和市民社会的独立：西方民法现代化的起始基础 .....   | 10 |
| (二) 商品经济不发达和市民社会不健全：中国民法现代化开端失败之因由 ..... | 15 |
| 二、中国民法现代化的经济基础：发展社会主义市场经济 .....          | 21 |
| 三、中国民法现代化的社会基础：建构中国市民社会 .....            | 23 |
| (一) 市民社会的一般概念和特征 .....                   | 23 |
| (二) 构建中国市民社会之于中国民法现代化的意义 .....           | 27 |
| (三) 构建中国现代市民社会的模式及途径选择 .....             | 30 |
| 第二章 中国民法观念现代化 .....                      | 33 |
| 一、中国民法观念之现状及其原因分析 .....                  | 33 |
| (一) 民法观念意义之解读 .....                      | 33 |
| (二) 中国民法观念之现状 .....                      | 37 |
| (三) 中国民法观念现状之原因分析 .....                  | 39 |
| 二、中国民法观念现代化之目标 .....                     | 40 |
| (一) 实现从重刑轻民观念向民刑并重观念转变 .....             | 40 |
| (二) 实现从身份等级观念向人格平等观念转变 .....             | 43 |
| (三) 实现由国家全能观念向私法自治受限观念转变 .....           | 48 |

|                                 |     |
|---------------------------------|-----|
| (四) 实现从重义轻利观念向重权兼义观念转变 .....    | 51  |
| 第三章 中国民法基本原则现代化 .....           | 56  |
| 一、民法基本原则之意义与功能解读 .....          | 56  |
| (一) 民法基本原则意义之新解 .....           | 56  |
| (二) 民法基本原则功能之新解 .....           | 58  |
| 二、民法基本原则之现代化标准 .....            | 60  |
| (一) 价值标准: 以民法精神为旨归 .....        | 60  |
| (二) 实证标准: 以逻辑体系化为依归 .....       | 63  |
| 三、中国民法基本原则现代化的构想 .....          | 64  |
| (一) 中国现行民法基本原则评析 .....          | 64  |
| (二) 中国民法基本原则现代化趋势 .....         | 68  |
| 第四章 中国民法制度现代化 .....             | 78  |
| 一、中国民法制度现代化之标准 .....            | 78  |
| (一) 事实标准: 以涵摄社会生活事实为基础 .....    | 79  |
| (二) 价值标准: 以人类利益中心主义为旨趣 .....    | 79  |
| (三) 逻辑标准: 以概念规范化与内容体系化为依归 ..... | 84  |
| 二、中国民事主体制度现代化 .....             | 87  |
| (一) 自然人主体范围的扩充 .....            | 88  |
| (二) 非法人团体的主体化 .....             | 89  |
| (三) 法人分类结构的开放化 .....            | 93  |
| 三、中国民事权利制度现代化 .....             | 98  |
| (一) 人身权的体系化 .....               | 99  |
| (二) 财产权类型的开放化 .....             | 100 |
| (三) 知识产权客体范围、内涵和类型的扩张化 .....    | 105 |
| (四) 成员权的独立化 .....               | 107 |
| 四、中国民事法律行为制度现代化 .....           | 109 |
| (一) 民事法律行为成立与生效要件的区分化 .....     | 109 |
| (二) 民事法律行为适用范围的广泛化 .....        | 111 |
| (三) 网络民事法律行为成立制度的规范化 .....      | 114 |
| 第五章 中国民法形式现代化 .....             | 119 |
| 一、中国民法形式现代化之指导原则 .....          | 119 |
| (一) 遵循商法是民法的特别法原则 .....         | 119 |

|                            |     |
|----------------------------|-----|
| (二) 遵循民法的体系开放性原则 .....     | 123 |
| (三) 遵循民法形式传统的继承与创新原则 ..... | 127 |
| 二、中国民法形式现代化之构想 .....       | 127 |
| (一) 立法模式的民商合一化 .....       | 127 |
| (二) 民法体系的非法典化 .....        | 128 |
| (三) 民法体系的“总纲-单行法”化 .....   | 140 |
| 主要参考文献 .....               | 146 |
| 后    记 .....               | 160 |

## 引言

民法是万法之母。民法是法制现代化的核心内容,是其他法律现代化的基础<sup>①</sup>。因而,民法本身的现代化在我国法治建设中占据重要地位。

当前,国内法理学界对于法制现代化的研究很深入,较为系统、全面,却很少涉及部门法现代化研究,即便涉及,内容也不深入。就部门法而论,刑法的现代化研究近年来偶有专著及论文出版,而民法方面,学者多从微观角度孤立地研究民法制度、民法原则、民法形式、民法的社会基础等问题,很少从宏观层面来研究民法观念、民法制度、民法原则、民法形式、民法的社会经济基础相互之间的关系,特别是从现代化的层面研究的少。这种状况是与民法在我国现代化进程中的地位是不相适应的。

我国正处在社会转型时期,民法目前也处于现代化进程之中。什么是现代化?什么是民法现代化?中国民法为什么要现代化?中国民法怎样才算现代化?中国民法现代化应当具备什么前提条件?中国民法现代化的趋势如何?从深层次探讨这些问题,期望能够进一步充实我国民法总论研究,完善我国的法制现代化理论,强化民众对现代民法认识的全局性观念,加快中国民法现代化启蒙步伐,推进社会主义法治文明建设,实现民法现代化的最终目标,进一步促进人的自由和全面发展,正是本文的目的所在。本文从中国民法现代化的社会经济基础、中国民法观念现代化、中国民法基本原则现代化、中国民法制度现代化、中国民法形式现代化五个方面予以研究中国民法现代化问题。

<sup>①</sup> 参见郝铁川:《当代中国与法制现代化》,浙江人民出版社1999年版,第91-94页。

## 导 论

### 一、现代化、法制现代化与民法现代化之解读

从逻辑学的意义上来说,基本概念的辨析是理论研究的基石。因此,中国民法现代化研究,必须首先解读现代化、法制现代化与民法现代化这三个概念。

#### (一) 现代化概念涵义及特征

现代化是人类社会发展的一个特定的历史过程和历史范畴,是哲学、社会学、历史学、政治学、经济学、心理学的重要研究范畴,也是法学的重要研究课题。“二战”后,新技术革命极大地改变了世界面貌,发达国家经济发展进入了一个全新阶段,帝国主义殖民体系崩溃,众多殖民地国家独立后纷纷谋求发展,尖锐对立的北约与华约两大阵营为了各自政治、经济利益而展开对“第三世界”国家政治、经济、社会发展状况的研究<sup>①</sup>,西方现代化理论应运而生并风靡于20世纪50—60年代。与此同时,兴起了反现代化理论的依附理论、世界体系理论及反启蒙理性的后现代主义思潮。我国对现代化的认识虽然始于20世纪30年代,但真正系统的理论研究却是成熟于20世纪80年代中期。“现代化”作为一个现代的流行词语,被频繁使用,使其几乎成了一个不言自明的概念。然而,细究起来,究竟什么是“现代化”,歧义甚多,没有一个统一的看法和公认的定义。西方现代化理论对现代化概念的界定歧见纷呈<sup>②</sup>,虽然包含着现代化是一种由传统社会向现代化社会转变的历史进程这一价值特征,但由于缺乏科学的历史观,不可避免地存在一定的局限性和片面性,即从西方国家的价值观与利益立场出发,把西方国家现代化的具体道路与模式作为全人类现代化的惟一道路与模式,把西方文化的价值观强加给广大发展中国家<sup>③</sup>。

现代化具有时间尺度与价值尺度两层含义,前者泛指从中世纪结束以来一直延续到今天的一个“长时程”,后者则指区别于中世纪的新时代精神与特征<sup>④</sup>,

① 参见钱乘旦等:《世界现代化进程》,南京大学出版社1999年版,序言第1-2页。

② 有学者将其分为6大学派,即以结构—功能主义现代化理论为主要特征的结构学派、关注现代化过程而不是现代化结果的过程学派、强调心理与行为转变在现代化中重要性的行为学派、实证学派、综合学派及未来学派。参见周毅:《现代化理论的六大学派及其特点》,载《当代世界与社会主义》,2003年第2期。

③ 参见张三夕:《论现代化理念及其两个维度》,载《华中师范大学学报(人文社会科学版)》2002年第2期。

④ 这里借用了罗荣渠先生对“现代”内涵的分析结论。参见罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社1993年版,第6页。

正如学者所言,“现代化概念是“现代”和“化”的组合:“化”字的含义是指过程、到达,现代的概念则用来表述当下现代社会的性质。”<sup>①</sup>因而,现代化概念的内涵可界定为:社会的经济、政治、文化以及社会主体伴随着由传统社会向现代社会的转变而发生的适合民族特点及世界趋势的整体性发展变化的历史过程<sup>②</sup>。这里须指出的是,不宜借用日本史学界及我国史学界使用“近代化”的提法,同时使用近代化和现代化的概念,而应统一使用现代化概念,因为,近代化<sup>③</sup>概念不适用于世界许多国家的历史,若单纯地按时间先后来区分近代化和现代化,是不符合现代化理论观点的,造成概念上的混乱<sup>④</sup>。

现代化不等于西化、工业化、社会发展概念,具有6个方面特征<sup>⑤</sup>:

第一,人文性。现代化的终极目标是促进人的自由和全面发展。从发展的历史目标来看,现代化是直接为完成人类的自由和解放的物质和文化条件的积累而实行的历史运动,即在人的物质基础方面建立“普遍的物质变换”,在人的社会结构方面形成“全面的关系”,在人的主体性品质方面形成“多方面的需求、全面的能力和以物的依赖性为基础的人的独立性。”

第二,时代性。现代化是重要的社会历史范畴。“现代化最初是以资本主义的方式进行的。资本主义否定了中世纪的封建社会形态,把世界拉进了‘现代’。资本主义是在西欧产生的,西欧是现代化最早的发源地。”<sup>⑥</sup>而16世纪,正是西欧封建制度迅速解体、资本原始积累和工场手工业大发展的时期。是故,马克思才说:“资本主义时代是从16世纪才开始的。”<sup>⑦</sup>因此,“将16世纪作为现代社会的开端,一般来说是容易为多数人接受的。”<sup>⑧</sup>换言之,现代化具有强烈的时代性,是贯穿于马克思所说的人类社会第二大阶段的历史运动,是封建社会

① 参见胡承槐:《现代化:过程、特征与回应》,浙江人民出版社2000年版,第1页。

② 这里,笔者参考了刘作翔教授的现代化定义,因其对现代化内涵概括较为全面,涵盖了人的现代化这一内容。参见刘作翔:《法制现代化概念、释义和实现目标》,载《宁夏社会科学》1999年第3期。

③ 日本史学界将明治维新到1945年日本战败投降降为日本的近代,把战后的时期划为日本的现代,参见罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社1993年版,第7页。而我国史学界对中国近代化的时间界限存有异议,有的学者认为是从鸦片战争到五四运动80年间的历史,有的则认为是从鸦片战争到新中国成立前110年的历程(前80年近代化的主角是民族资产阶级,内涵是资本主义化;后30年无产阶级跃居近代化主角,近代化的内涵也随之而变为社会主义开辟道路的新民主主义化),有的认为中国的近代化,亦称之为“现代化”,指从1840—1949年期间的资本主义现代化。实质上,我国史学界的“近代化”或“现代化”概念,所揭示的内涵就是近代的资本主义化。参见孙占元:《中国近代化问题研究述评》,载史学评论网(<http://historicalreview.jianwangzhan.com>) (发布时间:2003-2-23)。

④ 参见罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社1993年版,第7-8页。

⑤ 美国哈佛大学政治学教授亨廷顿描述了现代化进程的九种特征:革命性、复杂性、系统性、全球性、长期性、阶段性、勾结性、不可逆性、进步性。参见钱乘旦、陈新意:《走向现代国家之路》四川人民出版社1987年版,第31-33页。

⑥ 钱乘旦等:《世界现代化进程》,南京大学出版社1999年版,第14页。

⑦ 《马克思恩格斯全集》第23卷,第784页。

⑧ 胡承槐:《现代化:过程、特征与回应》,浙江人民出版社2000年版,第2页;沈嘉荣主编:《中国现代化百年探索》,南京出版社1998年版,第2页。

之后和“社会化的人类”之前的整个社会发展过程，即不包括原始社会向奴隶社会阶段转变、奴隶社会向封建社会转变的历史变迁过程，而是始于16世纪，以封建社会后期为起点，贯穿于资本主义产生、发展和社会主义确立、发展的整个历史过程。现代化不是一个特定的和独立的社会形态的发展阶段，是为完成人类第二大历史阶段的历史目标的历史运动，也是为第三阶段创造历史条件的历史运动<sup>①</sup>。

第三，连续性。社会形态变迁是阶段性变迁，属断隔性转变。而现代化则与之不同，是阶段性与连续性的统一，即传统社会向现代社会的变迁是断隔性转变与连续性转变的统一：传统社会向现代社会转变是质的转变--断隔性转变，但并非一蹴而就、瞬间完成的，乃量的逐步转变--连续性转变，存在二元并存的过渡阶段。中国目前虽已进入社会主义初级发展阶段，并不表明已达到现代化程度，正处在现代化过程之中，我国将建设富强、民主、文明的社会主义现代化强国目标的确立即可说明这一点。

第四，世界性。现代化发源于欧洲，但现在已经变成一个世界性的现象。在空间上，现代化不是一个民族或国家特有的现象，而是整个人类社会历史发展过程中一个必然发生的历史过程，因为现代化最直接的意义就是实现从传统的农业社会向现代的工业社会、知识经济社会的转变。

第五，民族性。现代化的世界性特征并未消解其民族性，各国进入现代化的时间、起点、速度、方式、水平均存在差异，如中国现代化发轫于鸦片战争，落后于世界现代化进程300多年；俄国、日本亦为如此。民族性主要体现在一个国家、民族的传统之中。现代化并非与传统的断裂。传统是人类文化的积淀与流传，是某一国家、民族、群体、地区人们所共有的、世代相传的行为方式、情感方式、思维方式、价值观念、文化心态，具有民族性、社会性、历史性、实践性、秩序性等特征<sup>②</sup>。传统不是凝固不变的，而是随着社会历史的变化而变化的。现代化无法完全抛弃传统，现代性<sup>③</sup>在对传统的突破和否定的同时还内在包含着对传统中积极因素的肯定和发掘，是对原有传统的时代性扬弃。传统与

① 马克思在《〈政治经济学批判〉（1857—1858年草稿）》中科学揭示了人类社会由自然经济而商品经济至产品经济的三个历史阶段：“人的依赖关系，是最初的社会形态，在这种形态下，人的生产能力只是在狭窄的范围和孤立的地点上发展着。以物的依赖性为基础的人的独立性，是第二大形态，在这种形态下，才形成普遍的社会物质变换，全面的关系，多方面的需求以及全面的能力的体系。建立在个人全面发展和他们共同的社会生产能力成为他们的社会财富这一基础上的自由个性，是第三个阶段。第二阶段为第三个阶段创造条件。”参见《马克思恩格斯全集》第46卷（上），人民出版社1980年版，第104页。

② 参见徐复观：《中国人文精神的阐扬》，中国广播电视出版社，1997年版，第12-14页。

③ 现代性是指在政治、经济、科学、技术、思想、文化诸方面与传统社会和传统人不同的各种特性的总和。参见李秀林：《中国现代化之哲学探讨》，人民出版社1990年版，第3页。

现代化二者之间具有密切相关的联系<sup>①</sup>:(1)传统是现代化的背景和起点。任何民族、国家的现代化都是基于一定的传统基础上开始的,每一民族、国家具体的传统决定了其实现现代化的方式和途径的不同;(2)现代化是民族性与世界性的统一,前者表现为对传统的适应,后者体现为对传统的变革。因此,现代社会都不能仅靠现代性而存在,需要依赖于合理性的传统,即现代化是传统与现代性的有机统一。

第六,综合性。现代化是一个综合的社会范畴,涉及人类社会的政治、经济、文化诸方面的变革。现代化内容,总体上可概括为器物层面、制度层面和观念层面三个方面的现代化,即现代化的全部意义实际上就在于:以经济社会为基础,以精神解放为先导,以工业化为动力,以科学技术为纽带,以人的全面发展为主体,涉及政治制度、社会结构、组织管理、生活方式、人类活动空间等诸多领域的革命性、全球化、长期性和整体性的发展与变迁过程<sup>②</sup>。

## (二) 法制现代化之意义及特征

法制现代化是现代化的重要组成部分。法制现代化的“法制”概念包含静态与动态上的两层含义:静态含义的法制是指法律制度(包括所有的法律制度),动态含义法制则指法律运转机制或法律运转过程,即立法、司法、执法、守法、法律监督以及法律价值体系等法律的整个运行机制和过程。法制现代化则指一个国家的法制伴随着社会转型而相应地由以自然经济为基础的传统“人治型”法律价值规范系统向以市场经济为基础的现代“法治型”法律价值规范系统的历史转型过程。法制现代化具有下列特征:①世界性,即法制现代化是一个世界性的从传统法制向现代法制转变的历史变革进程;②民族性,即法制现代化又具体地表现为每个主权国家和社会的法制现代化历史进程;③综合性,即首先,法制现代化由静态的和动态的要素构成,法制现代化的静态目标包括法律制度的现代化、法律规范的现代化、法律组织机构的现代化和法律设施的现代化,而法制现代化的动态目标主要是指法律运转机制或法制运转体系的现代化,即立法、司法、执法、守法、法律监督等的现代化<sup>③</sup>。法制现代化不是法律制定、法律实施孤立运动的结果,而是与法律观念的现代化紧密相联、不可分割的。其次,

① 参见李晓男、郑维东:《论儒家传统与现代化》,载《辽宁教育学院学报》2000年第3期。

② 参见李晓男、郑维东:《论儒家传统与现代化》,载《辽宁教育学院学报》2000年第3期。

③ 参见吕世伦、姚建宗:《略论法制现代化的概念、模式和类型》,载《法制现代化研究》(第1卷),南京师范大学出版社1995年版,第5页;刘作翔:《法制现代化概念、释义和实现目标》,载《宁夏社会科学》1999年第3期。