

纪念新疆大学法学发展 30 年

法学文萃

新疆大学法学院《法学文萃》编委会 编

新疆人民出版社

纪念新疆大学法学发展 30 年

法学文萃

新疆大学法学院《法学文萃》编委会 编



 新疆人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学文萃 / 《法学文萃》编委会编. — 乌鲁木齐 : 新疆人民出版社, 2010.7

ISBN 978-7-228-13571-4

I. ①法. II. ①法. III. ①法学—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第129278号

出 版	新疆人民出版社
地 址	乌鲁木齐市解放南路348号
邮 编	830001
电 话	3652361
制 作	乌鲁木齐捷迅彩艺有限责任公司
印 刷	乌鲁木齐八家户彩印有限公司
开 本	787 × 1092 16开
印 张	19.25印张
字 数	300千字
版 次	2010年7月第1版
印 次	2010年7月第1次印刷
印 数	1~500册
定 价	68.00元

序 一

春节期间,新疆大学法学院院长秦鹏教授写信给我,说为纪念新大法学院复办 30 周年,他们要出版一本纪念文集,并希望我能够为这本书写个序言。这是一个很大的荣誉,我自忖没有资格,推辞再三,但他说,因为我已经在石河子大学支教一年了,对于新疆的法学研究以及法律教育的观察有一种局外与局内两个视角兼具的优势,理应有一些独特的观感。拗不过我的这位老同学,只好勉力为之,写一点粗浅的意见。

新疆属于边陲,许多人往往把地理的边缘想当然地视为文化的边缘。不过,新疆却是一个独特的地方。不久前我粗读了美国著名中亚史学家米华健的《欧亚细亚的十字路口:新疆史》(James A. Millward, *Eurasian: A History of Xinjiang*, Columbia University Press 2007),感触良多。作者把新疆视为连接欧亚多种文明(汉、印度、希腊、佛、伊斯兰、基督、西方、俄罗斯以及社会主义等等)的枢纽地带。我们都知道,一种文明的生命活力来自于异质文化之间的交流;长久的自我封闭足以窒息一个民族的创造力和想象力。所以,从文明的角度说,正因为新疆地处各种文明的边缘交错之处,反而成为一个中心区域,是交汇融合的兴奋点,是文化创造的梦工厂,是文明再造的实验区。从斯坦因的文物里,我们看得到印度与希腊风格并存的神像。维吾尔语里有许多来自俄语和汉语的“外来词”,同时,当地汉族人的话语里又有为数甚多的维语音译词(如“巴扎”、“巴郎”、“皮牙子”等);建筑、绘画、饮食等方面都存在着你中有我、我中有你的情形。

我到这里支教后,一直留意阅读有关近代西方在新疆传播基督教的资料。一个有趣的现象是,在南疆这一伊斯兰教信仰最坚定的区域,一些西方人尤其是瑞典传教士在说服人们皈依基督教方面所作艰苦卓绝的努力,几乎可以说是费尽移山心力,却所获无几。说起来,瑞典人之所以如此热心在南疆传教,或许跟一个后来证明为虚假的说法有关。1710 年,法国东方学家克鲁瓦(Petis de la Croix)在《成吉思汗的历史》一书中提到,马克·波罗曾游历喀什噶尔,同时又加上一句令人惊诧的话:“瑞典人正是来源于这座城市。”按照瑞典当代著名突厥学家贡纳尔·雅林(Gunnar Jarring)的考证,这种说法的始作俑者乃是瑞典博学多闻的旅行家斯巴温菲尔德(Johan G. Sparwenfeld)。虽然后来严肃的学术研究证伪了这种说法,但它还是激发了不少瑞典人对喀什乃至新疆的浓厚兴趣。瑞典建立了喀什

噶尔传教团。传教士们传教之余,还建立医院、学校、印刷所,进行世俗性质的慈善事业和文化传播。那位在喀什传教三十多年的豪格伯格(Lars ErikHögberg)不但用熟练维语布道,还兼做医生、木匠和设计师。著名的英国驻喀什总领事馆就是他的杰作。这座俗称“秦尼巴克”或“中国花园”的建筑体现了多种风格的交融,一些高级建筑装修材料直接从瑞典采购,据称新疆与瑞典之间贸易的第一单。

毋庸讳言,文化的交会不总是在亲切友好的气氛中进行,也会伴随着冲突,甚至是战争、杀戮、毁灭及其遗留下的隔阂和仇恨。新疆的历史存在着不少断裂,中亚史专家在试图描述18世纪之前的历史细节时,常常坦白地承认,难以获得足够的材料,如同拼图游戏,缺失很多,不少画面只好付诸阙如。这当然跟此地战事频仍、兵连祸结的经历有关。古罗马有法谚谓“枪炮作响法无声”(Inter arma silent leges);的确,战乱对法治事业造成的是最严重的伤害。政治格局的不稳定导致良好的法律秩序不易形成,而没有良好的法律秩序则很难孕育发达的法学。在这片辽阔的土地上,我们可以看得到不同族群在器物、语言和观念层面上有很多融合,但是,在法律制度领域却进展不大,成果微薄,原因大抵在此。

在这样的背景下,我们可以重新审视新疆大学法学院的成就和未来使命。在过去的三十年里,新大法学院为新疆的法律教育和法治建设作出了巨大贡献。不只是在新疆,还有许多毕业生活跃在其他地方甚至海外,将法学院和新大的影响扩展到更广阔的空间。在新疆各高校中,新大的法学教育历史最久,规模最大,而且师生的族群多样性是其重要特色。毫无疑问,这些特点都使得新大法学院具有一种独特的优势,即最有条件在这个多元文化重叠的区域探索法律文化融合与创新的途径。不只是一般意义上的法学研究,也不只是对于伊斯兰法或习惯法的探讨,而是在坚实的历史和实证研究的基础上,寻求体制、原则以及规范的重整与再造。

古人说“三十年为一世”。就高等教育而言,三十年属于相对短暂的时光。不过,在短短的一世时间里,新大法学院所取得的成就令人对于其前景有更美好的期待。我愿意在这里表达自己衷心的祝福:新大法学亚克西!

贺卫方

2010年3月26日

时支教于石河子大学

序 二

2010年7月,新疆大学法学院(原法律系)将要迎来自己的“而立之年”,为此拟定出版论文集《法学文萃》,这一切仿佛又令我回到了30年前,那一幕幕、一桩桩清晰而又久远的情景,使我不禁回忆起新疆大学法学专业组建与发展历程中的每一位甘于奉献的同仁、每一件值得回味的往事和每一个跌宕起伏、润物无声的阶段……

在即将过去的30年间,法学院跟随着共和国民主法治建设的步伐走过了一个从批准组建到白手起家再到进入初步兴旺发展的历程:1980年7月21日经教育部批准,新疆大学“增设法律专业”,并于1981年8月开始招收法学普通本科生;1999年1月新疆大学法律系与政治系合并组建为新疆大学政法学院,2001年4月更名为法学院;2005年9月起接受武汉大学法学院的全面支援;2006年1月学院非法学专业分离,仅保留法学专业,法学院名称保持不变。

从1980年到2010年的30年是中国社会主义现代化建设和民主法治建设事业取得辉煌成就的30年,是新疆政治、经济、法治和社会等各项事业加速发展的30年,同时也是新疆大学法学专业逐步成长壮大的30年。

经过30年的建设与发展,法学院现有1个普通本科法学专业,4个法学二级学科硕士点(国际法学、法理学、民商法学、法律史学)和1个法律专业学位点(J.M),是目前新疆拥有法学硕士点最多的学院;法学院现有专业教师65人,其中教授5人,副教授30人,教师中具有博士学位的4人,具有硕士学位的29人,在读博士21人,他们分属于7个教研室和4个研究中心。此外,法学院还辟有一个法律图书逾3万册的资料中心和一个法律期刊阅览室。

特别值得一提的是,在武汉大学法学院的全面支援下,2006年7月和2007年11月在新疆大学法学院成功举办了两届“天山法学论坛”,并十分荣幸地聘请马克昌、漆多俊、蔡守秋、赵廷光等11位学界大师为新疆大学法学荣誉或客座教授;在皮勇、柳正权、孙晋3位博士来疆挂职援助下,新疆大学法学院在学科建设、队伍建设、科学研究和人才培养等方面都获得了新思维、新经验,采取了新措施,并收到了良好的效果。

30年来,新疆大学法学院始终坚持社会主义办学方向,认真贯彻执行党的教育方针,以提高人才培养质量和实现全面素质教育为目标,贯彻“特色加精品”的办学理念,以培养“品德优良、基础厚实、知识广博、专业精深”的人才为己任。迄

今为止,法学院已培养高素质法律人才万余名,毕业生大都在政府机关、司法部门、科研院所、教育机构以及大中型企业等单位工作,足迹遍及天山南北,广泛受到社会各界的欢迎和好评,为新疆的民主法制建设事业和经济发展作出了重要贡献。

在注重人才培养的同时,法学院立足于加强科学研究,广泛开展学术交流活动。尤其是近几年来学院通过制定和实施“十一五”发展规划,在科学研究和学术交流方面都取得了骄人成绩。近5年来,学院共获得国家社会科学基金项目4项,省部级项目11项(教育部、司法部、国家民委、自治区),出版法律类学术专著5部,发表学术论文92篇,获得省部级科研成果奖11项,每年申报的省部级以上科研项目逾30项,有力地促进了新疆法学研究工作的开展。

新疆大学法学院的教师们不断解放思想、实事求是、开拓进取、努力奉献,不断推进新疆大学法学事业的发展,为新疆法学教育事业的全面腾飞和繁荣提供了坚实理论基础和丰富的理论资源。《法学文萃》正是为了纪念和庆祝新疆大学法学院建院30周年而出版的,它以新疆大学法学院老中青科研骨干教师为创作主体,以加强法学教育、促进法学研究与交流、推动法学学术发展为目的,它的出版凝聚了两代边疆法学人的学术追求和为边疆法学事业奋斗的精神。

《法学文萃》是以新疆大学法学专业恢复以来涌现出来的不同时期的法学发展的新生增长点 and 新疆民主法治建设中的现实问题为历史背景和研究主题,紧跟时代,聚焦法学研究的前沿和动态,汇集了法理学、法史学、宪法学、刑法学、经济法学、民商法学、诉讼法学、国际法学等方面的研究成果,突出前沿问题研究、地方法治建设研究、中国与中亚国家法律制度比较研究等特色,基本体现了不同历史阶段新疆法学研究的意识和风格。

总的来说,《法学文萃》具有以下特点:选题,紧扣不同时期国家法学研究的发展变化、新疆地方法学研究的发展变化和新疆大学法学院学科方向凝练的基本需要;作者,都是新疆大学法学院具有一定研究能力和研究潜力的学术骨干、青年教师;内容,基本反映了新疆大学法学理论的研究实力和水平。

《法学文萃》中的作者有我先前的同事,也有后继的学生、晚辈,有的已经离退休,有的正在自己的岗位上辛勤耕耘。在此絮言,一方面想感谢这本文集的创作团队,感谢他们为新疆大学法学院的建设与发展做出的努力,另一方面也想表达作为前者对后学的寄语和期望:

新疆大学法学专业自组建以来,作为第一代的建设者和见证人,对于她的未来和发展,都曾有过美丽的憧憬和规划。从最初的法律系到如今的法学院,30年弹指一挥间,飞逝的只是岁月,改变的只是沧桑,唯一不变的是法学人不懈的奋斗

精神和奉献意识,今天的成就代表的是法学人过去的付出和努力,未来的辉煌仍需一代代法学人的不懈奋斗和拼搏。

愿新疆大学法学院明天更美好!

李希智

2010年1月12日于乌鲁木齐

目 录

当代法律文化发展趋向	汤 唯(1)
法家法治与君主专制的内在矛盾	王照东(13)
从“复礼”看孔子的法律思想	王振安(22)
比较法学科的比较框架与核心关注——对比较法学课程内容的再思考	肖建飞(28)
论法与宗教的关系	彭 诚(36)
民国前期新疆缓设审检两厅探析	伏 阳(42)
民国时期新疆地方立法初探(1933—1949 年)	白京兰(50)
试析中国传统法律刑事化之成因——从中西法律文化比较之角度切入	王晓锋(59)
试论《福乐智慧》中的治国思想	吐尔逊·沙吾尔(69)
物权变动立法模式的利益平衡机制比较	刘静波(79)
以循环经济立法促新疆生态文明建设	王 芳(89)
中国—乌兹别克斯坦债权法比较研究——中国—乌兹别克斯坦两国债的履行比较研究	热夏提·莫明(104)
意思表示诸问题研究	阿迪力(115)
大陆法系犯罪论体系嬗变之研究——应暂缓引进大陆法系犯罪论体系	韩永初(127)
试论刑事案件辩护中的逻辑反驳	曹 铮(144)
清代回疆刑法刍议	陈 靖(152)
犯罪构成在知识形态中的考察	罗 钢(159)
国有企业的政策定位和公共企业的立法思考	李卫平(169)
商谈性司法引论	夏黑讯(177)
多元化纠纷解决机制构建——以和谐民事诉讼为视角	白 洁(187)
论当事人滥用诉权	阮友利(198)
关于行政审判中“程序违法”的实证分析	张建江(209)
服务行政下行政私法行为的法律规制	申艳红(221)

中亚区域合作——环境保护的理智选择 秦 鹏 陈建萍(233)

试析国际争端解决之司法化倾向 王林彬(241)

政治、经济、法律——分析中亚国家投资环境 于 飞(248)

WTO 农产品贸易规则对新疆棉花产业的影响及对策研究
..... 王青松 廖 琼(255)

民主立法问题探微 蔡镇疆(264)

党在宪法和法律范围内活动的重大意义 陈海超(275)

民族立法若干问题初探 朱文成(283)

新疆维吾尔医药地道药材资源知识产权的法律保护
..... 哈丽旦·艾尼瓦尔(295)

后记 秦 鹏(300)

当代法律文化发展趋向

汤 唯^①

法律文化是人类文明的重要组成部分,是人类反馈并控制世界的法律实践活动及其成果的总称。它由两部分构成:一是法律实体,即国家设计和实现法律规范的立法司法活动,包括法律制度、法律体系、法典文献、法律设施等;二是法律意识,即作为法律文化之源的人类认识与评价法律的思维活动,包括法律思想、法律理论、法律观点、法律技术与经验等。

在当代,各国法律文化建立在截然不同的社会背景、物质基础、价值标准等基础上,因而差异颇大,难以用几条单纯的线条勾画出一幅清晰的图画。但我们能够将诸多的法律发展趋向归结为几种主要倾向,“综合起来铸成新的样态”。本文论及的法律文化发展趋向,正是通过宏观纵横比较研究,表明当代法律文化不同于它之前法律文化的新观念、新体系、新模式。

当代日益扩大的国际政治经济文化交流,使各国家、各地区之间的传统界限已经淡化,一国的法律建设亦成为人类共同的实践活动。因此,只有比较各国法律文化之短长,开拓纵观历史横看世界的宏观视野,揭示法律文化发展的时代风格,探索法律发展的未来走向,才能选择和制定我国现代化法制建设的基本方略,促进我国法律文化早日与世界法律文化接轨,这也正是本文的立意与目的之所在。

一、当代法律文化的多元化趋向

风云变幻的社会变革,使当代法律文化进入繁复演化时期,传统的法律体系与法律模式已经打破,代之而起的是各国法律的多体系、多结构、多元化发展,具体表现在下列方面:

1. 随新兴民族独立国家的兴起,维护主权成为各国法律建设的核心,主权利

^① 汤唯,女,法学博士,原新疆大学法学院教授,现为烟台大学法学院教授。

益的差别是法律多元化体系形成的主要原因。

20 世纪前半期,帝国主义先后灭亡了亚非拉美近百个国家,并靠殖民统治强制推行自己的法律,建立了具有世界性的大陆法系与英美法系。二战后,随着殖民地相继独立,民族国家成为国际法中最重要、最活跃的主体,开始摆脱大陆英美殖民主义法律体系,走上自身法律发展变革之路。导致新兴独立民族国家法律多元化的因素有二:其一,原殖民地国家在历史条件、文化传统、宗教信仰、风俗习惯方面本身就有很大差异,接受西方法程度又千差万别,因此,法律的渊源和基础迥然不同。往往一国法就既包括英美法传统,又包括大陆法因素;既受到外国法渗透,又体现本国法特色;既保留古老文化痕迹,又适应情势更新。形成“部分外国的,部分国内的,部分宗教的,部分世俗的,部分法定的,部分传统的”^①大杂烩式的法律。其二,现代民族国家经济发展不平衡,主权利益各不相同,均根据本国实际情况发展与自身利益相适应的法律制度,使各国法的发展主旨与方向自然有异。人类社会以国家活动为基础,国家政治以生存、权利和发展利益为核心,主权原则是当代各国处理相互关系的重要原则。独立国家拥有主权,必然包括拥有立法权和司法权,一个国家谁立法、怎样立法、如何实施法律,都是各国主权范围的最高而排他的重要权力。而法律保护的国家利益构成是复杂的,发展是不平衡的,加之历史遗留下来的边界、民族、领土、宗教摩擦,使各国矛盾重重,甚至兵戎相见。因此,当国家至上、民族自立的意识使各国强调主权时,当国家作为主体进行立法司法活动时,其法律中就包含了许多明显分离的因素。

2. 法律文化是特殊社会经历和特殊现状的反映,在同一时代的不同国家,存在着既相互联系又彼此不同的法律意识与法律实体,传统文化和历史环境是导致法律多元化的社会背景。

法律与法学同一个国家文明发展、民族宗教变迁有着千丝万缕的内在联系。“法律一开始就明显不仅仅是法律问题,而同时也是政治问题、社会问题、历史问题和文化问题。”^②某些传统文化被一个国家保持着,可能为其他国家不同文化所排斥,因而不同经济的、地域的、民族的、宗教的群落中会形成不同的文化背景,这是形成法律多元化的不可避免的历史现象。例如,日本社会中的“义理”,中国封建法统中的礼治主义,阿拉伯国家的宗教教义,西方社会崇尚的个人主义等,都给法律文化留下了深深的印记,其中最为典型的是宗教意识形态,它一定程度上决定着统治阶级采取何种法律指导思想和法律措施作为治国工具,并且使宗教法与

① [美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识》,1983。

② 梁治平:《法律的文化解释》,6 页,生活·读书·新知三联书店,1993。

世俗法并驾齐驱。宗教法作为一种独特法律形态的存在本身,就是法律多元化的一种表现。

近代宗教改革的世界性的冲击波,已经断送了佛教法的前程,击溃了教会法的巩固防线,并且从20世纪开始掠过穆斯林海岸,使堡垒最为坚固的伊斯兰法迈向了自身改革和西方化的里程。其结果是使步调一致、效力统一的宗教法观念不复存在,伊斯兰法本身更呈现多元化发展趋势。在形形色色的伊斯兰国家中,土耳其与埃及走得最远,除部分领域保留伊斯兰传统外,颁布了基本照搬西方的法律法典;以色列采取“三路进兵”之法吸收外国法有益自身之处,形成了犹太法、伊斯兰法、大陆法与英美法相结合的“法律四重奏”;叙利亚、伊拉克、巴基斯坦等国谨小慎微地模仿西方法,成为“传统伊斯兰教制度与西方制度妥协的尝试”;阿拉伯半岛一些国家则比较保守,“法律长时间仍然是伊斯兰性质的”^①;时至今日,一些伊斯兰国家掀起了“伊斯兰革命”,但这种复兴民族个性的努力,并没有使各国法出现一次大融合,相反“乃是一场大争执和大不和”,加剧着法律发展道路上变化多端的势态。

3. 世界各主要法系正受到自身与外部改革力量的冲击,各国法律发展已打破传统法系划分的基本模式,世界格局的多极化是法律多元化发展的政治条件。

当代社会,各种政治力量分化组合频繁,政局动荡不定,跌宕起伏,各国社会政治制度、经济发展模式、意识形态指导思想形形色色,国际社会呈现多中心状态。基于这种政治上多极格局的事实,我们才能揭示法律运动的轨迹。

首先,法律文化的多元化可以从举世瞩目的东欧骤变引起的法律变革分化予以说明。社会主义法律的思想理论是马克思时代的巨人们所首先倡导的,苏维埃社会主义法律体系使这种理论获得了明确的法律表现形式。社会主义法所体现的革命与创新精神,改变了西方法律一统天下的历史格局。然而,从东欧苏联一些社会主义国家完成政权更迭以来,分立主义、民族主义情绪四处蔓延,社会主义法系与资本主义法系之间的对抗关系发生相应变化。一些国家因国而异地发展各自的法律,或从社会主义法律体系中脱离出来,被“融合”到西方法律世界之中,在接受西方法过程中又进展不一,其前景如何难以定论,分合趋向是优是劣也需后人评说,但作为一种多元化发展趋向本身,是不容当代法学家与历史学家忽视的。

其次,发达国家内部的发展,也使资产阶级两大法系受到改革力量的评判,呈

^① [英]诺·库尔森:《伊斯兰教法律史》,吴云贵译,123—133页,中国社会科学出版社,1986。

现时分时合的趋势。一定程度上讲,多元化是世界民主政治发展的产物。今天的世界已不是惟超级大国唯一称雄的世界,西欧、日本、加拿大等一些发达国家的实力也在迅速膨胀;原英、美、法、德等两大法系代表国在法律发展水平上已不占绝对优势,日本、欧共体也在法律方面作出了突出努力;一些国家既模仿大陆法系模式,又承袭英美法系传统,形成了独特的“混合法”形态;大陆国家不断重视判例法作用,以弥补成文法典不能未卜先知、包罗万象、应付万变的缺陷,英美法系不断提高成文法的地位,以规避判例法过于杂乱弹性的弊端,其变化的共同趋向也是混合法模型的建立。

由此可见,当代法律文化体现着经济发展、国家利益、政治格局、社会制度、文化传统、宗教意识等多种要素的结合。20世纪一系列社会政治变革引起的国家分离、民族纷争、阶级分化,已经远远突破了既存大陆法系、英美法系与社会主义法系的传统分类。资产阶级法律已经成熟,到了它的衰老期;社会主义法正面临变革与进化;宗教法、混合型法、新兴民族国家法等也是不可漠视的法律一族,各种法律形态都在裂变之中,三分法已无法涵盖繁复变化的世界法律关系、法律体系和法律模式,不同基础、不同制度、不同发展水平与速度的法律文化相互竞争,共处并存,构成一幅多线条发展的法律图景。

二、当代法律文化的一体化趋向

与法律的多元化相对称,当代法律文化还朝着区域化、统一化、一体化方向发展,构成所谓“动荡时代”法律文化相互矛盾的基本征兆。

法律一体化的可能性与必要性因素有三:

第一,法律一体化是世界经济一体化的一种表现形式。现代科技进步使社会生产力发展到了惊人的程度,空间距离魔力般缩短,生产的全球化、市场的国际化正向纵深延伸,任何一国超脱国际环境都难以发展繁荣,国与国之间相互依赖的外向性、跨国性国际交往不断加强。而这种跨国性的活动,自然而然地要求跨国范围的法律调节,要求国家在建立公正有效的法律秩序方面协力合作,消除各国法带来的差异和障碍,从而使国内法与国际法、一国法与他国法之间出现融合趋势。

第二,国际性组织机构的迅速增加也使法律一体化成为一种现代趋势。目前,国与国之间正趋向建立某种“实体”,即具有一定组织机构的国际社会。构成国际社会的要素有三,一为有共同利益维系,二则有某种组织形式体现,三是以共识的规则为纽带。这类组织订立规章,签订多边条约,承认彼此法律与习惯,形成共同遵守的规则等等。在某种程度上,其制定或认可的各种行为规则起着相当于

法律的效力。法律的一体化正是国际组织一体化的结果,又是这些国际组织赖以存在的条件。在此方面,欧洲共同体、世界贸易组织、石油输出国组织、海牙国际私法会议等诸如此类的机构,都发挥着促进国际法律协调的日趋重要的作用。

第三,基于某些价值观念、运行机制、表现方式、社会功能的共同性,法律亦呈现某种交汇融合共同发展的倾向。文明发展总是有着共同本质和内在联系的,某些法律思想、法律观念、法律规则、法律措施在人类文明发展中不仅是特定国家统治者反馈与控制自然界的一种手段,而且也其他国家所吸收利用,发展成为一种法律共识。而各国在建造自己法律体系时也在寻找着使法律具有普遍性、共同性的一般原理和规则,例如法律价值取向、某些技术性规范、立法司法经验等,就是各国法律趋向同一的共同基础。

因此,法律的一体化一方面是指某些国家或超国家实体组织制定并实施对其成员有普遍约束力的法律和法规,如欧共体法,这是一种直接的、具有实质意义的法律一体化。另一方面则意味法律作为一种意识形态有着共同基础上形成的相互影响渗透的共性特征,这是一种间接的、潜在的一体化,表现在一系列“法律移植”“法律继承”“法律借鉴”等立法司法活动之中。历史已证明,“任何没有从外国各种思想的研究中获益的法律制度都不能被视为先进的制度”^①。现代文明国家继承先辈们创造的文明技艺,将昔日法律文明的优秀成果按自己需要组装起来的范例不胜枚举。随着政治生活的民主化、经济生活的商品化、国际交往的扩大化,这种广义的“一体化”将表现得更为突出。

值得指出的是,法律的一体化主要表现在经济、民事、商事、国际私法等法律领域,并伴随经济关系的国际化而进一步发展。意大利学者毛罗·卡佩莱蒂指出:“统一法律的理想将是错误的幻想,应毫不犹豫地予以抛弃。然而,在一些重要的社会交流领域——商业、文化里……当法律的差异性可能有碍促进共同市场时,应使法律趋同。”^②加拿大法学家也有同论:“商业交易看来是争取国际合作、国际协调以及最后是法律的国际化统一的理想领域。”^③就实践而言,法律一体化是我们制定跨国性民事经济法律和处理跨国性案件的出发点。例如亚欧大陆桥经济关系问题、边贸发展问题、国际反走私缉毒问题、国际司法协助问题等,都与法律一体化相关,都应做到各国法的知己知彼,并使有关法律调整向一体化迈进。

在当代法律一体化过程中,欧共体法是最为典型突出的表现。欧共体法以新

① [德]根特·弗兰肯伯格:《批判性比较:重新思考比较法》,载《哈佛国际法杂志》第26卷,1985。

② 《比较法学新动向》,21页、109页,北京大学出版社,1993页。

③ 《比较法学新动向》,21页、109页,北京大学出版社,1993。

体系出现是二次大战后西方法制史上引人注目的历史事件,也是跨国家区域性法形成的一个重要标志。首先,欧共体法促进了各成员国法律相互接近协调合作,反映了西欧法由分而合的大趋势。在欧共体法之前,西欧法虽然有着共同基础和本质,但存在主权利益上的差异。欧共体则要求建立一个没有内部边界的、资本商品人员劳务均可以自由流动的大市场。其超国家形态的法取消了国内法的部分效力,一定程度限制了成员国主权。欧共体法特别在关税法、能源法、公司法、社会福利法、环境保护法等方面取得了统一化的效果,导演了西欧法的合作史。其次,欧共体法改变了世界法律结构,其既不同于国内法,又不同于国际法的性质,在传统的“国际法—国内法”二分法体系之外,又开辟了新体系,形成了“国际法—区域法—国内法”三分法结构。再次,欧共体成员国跨两大法系,欧共体法影响带动了大陆英美两大法系的融合,并对当代其他国家法的协调统一发生着示范效应。目前,区域主义已经盛行,经济一体化程度不断提高,一旦达到欧共体组织结构如此发展程度,还可能出现若干类似的区域化法律;一些东欧国家也要求加入欧共体,其结果亦会进一步影响欧洲乃至世界未来法律走向。因此,对类似欧共体一体化法律之研究和预测成为一种时代必要。

三、当代法律文化的社会化趋向

法律文化所调整的社会关系,不外是国家、社会与个人之间的权利、义务关系。任何一种法律文化的总体风貌都可以从法律在调整此关系方面所体现的基本精神中得以体现。而法律精神是法律的主旨、价值、目标和方向,即法律文化之灵魂。

纵观古今中外不同法律文化,在法律精神的确立方面不外有几大系统:一是个体本位,视国家为个人联合,强调法的目的旨在保障个人自由权利;二是宗教本位,用神代替人,用信仰与服从代替世俗权利义务;三是家族本位,奉行家族至上、社会集体主义、个人义务第一的法律原则;四是国家本位,以个人为实现国家职能的工具,用所谓社会利益牺牲个人利益。其中,以调整商品经济关系为基础的上升时期的资本主义法,体现着“天赋人权”为核心的资产阶级个人主义法律世界观,确立着主权在民、权力分立、绝对私有权、契约自由、罪刑法定等一系列资产阶级法律原则。这种个人主义性质的法,比之奴隶封建社会的法律实践具有深刻的民主因素、法治精神和对商品经济的适应性,但同时又具有局限性,特别是在当代,新科技武装的生产活动需要更多的投资,更大的市场和社会化的合作,使资产阶级游离于社会关系之外的个人主义观念及民商法中的绝对私有财产权、契约自由等原则受到了社会化变革的巨大冲击。资产阶级一旦成熟,就日益觉察到了绝

对个人主义带给国家社会的种种不便:政治上的个人自由导致财阀政客对社会的全面控制,经济上的绝对自由导致相互吞并、经济危机,法律上的绝对自由导致社会病态、道德沦丧、犯罪率高,于是在资产阶级法律大厦的基层出现了永远解不完的深刻矛盾,近代资产阶级法便由盛而衰。

现代西方国家已开始自身内部调节和改造,用“社会利益”修正和制约绝对个人自由的发展,使法律向社会化迈进,具体表现在:

1. 个体本位思想受到约束,个体主义民法向“团体主义”民法过渡。在法学中,西方学者已开始重新认识人与社会实践的关系,法律的根源不再被限制为抽象的人的本性,而被扩展到社会需要,组织化思想、事物间相互联系思想和社会利益观念正以无形的力量渗入到法律理论之中;在部门法领域,放弃了绝对私有原则,缩小了契约自由的范围,限制了个人权利的广泛性,加强了个人对社会的责任等。

2. 西方国家一改对社会经济生活的自由放任态度,转而强化国家经济职能,迅速颁布各种法律协调经济运行。一些国家在宪法中公开宣布社会化原则,将具有公共服务性的大企业公司收归国有;法律中确认公法人、公私混合法人等各种法人形式,赋予其相应地位权责;推行强制保险、社会保障、环境保护等公益举措,实现国家对社会生活的宏观管理监督,也促进着资本主义经济的复苏和繁荣。

3. 颁布大量反映所谓社会利益的法律,形成了劳动法、土地法、经济法等“公私混合法”现象。在中世纪与近代西方法中,公法与私法的分类是基本的、明确的,但当代公法与私法的划分已经比较含糊,一些原来纯粹由民法调整的典型私法关系,由于国家宏观调控的结果具有了“公共”社会关系性质。例如德、日、美、法等西方国家颁行了大量经济立法与劳动立法,调整国家与企业、企业与企业、国家与个人、资本家与工人全方位的经济关系,并通过信贷、税收、价格、工会与雇佣制度等法律杠杆,对整个资本主义社会施加影响,使经济法、劳动法作为有别于传统民法的独立部门法,具有了公私交叉的混合法性质。

但上述西方资产阶级法所体现的基本精神,还只是现代法律和法学向真正意义上的“社会化”演化的准备和前奏。社会主义法则更深刻地调整着人与人、人与社会、人与国家的相互关系。社会主义法所体现的法律精神,既不是封建等级家族体系的借尸还魂,也不是资产阶级赤裸裸个人主义的舶来品,而是将国家与个人单向对立关系转变为双向统一关系进行调节,确立一种国家社会个人利益相结合、权利与义务相统一的“国民本位”的法律精神。具体而言,即国家社会由公民所组成,公民发展是国家社会发展的前提,国家社会发展是公民发展的条件;公民利益不能靠损害国家社会利益获得,国家社会利益也不能靠侵犯公民利益实现;