

山东大学 法律评论

2012

张海燕 主编



山东大学出版社
Shandong University Press



山东大学法律评论 (2012)

张海燕 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

山东大学法律评论. 2012/张海燕主编. —济南:山东大学出版社, 2012. 11

ISBN 978-7-5607-4692-0

I. ①山…

II. ①张…

III. ①法学—文集

IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 266936 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

济南景升印业有限公司印刷

787×980 毫米 1/16 14.75 印张 248 千字

2012 年 11 月第 1 版 2012 年 11 月第 1 次印刷

定价:30.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

《山东大学法律评论(2012)》

编 委 会

主 编	张海燕	
副主编	王丽娟	李德健
编 委	陈姿含	马菱霞

目 录

宪政

- 我国西部地区宪政文化建设本土化研究 曾 哲 (1)
- 青年马克思与历史法学派
- 透过马克思早期四文本的观察 石 伟 (16)
- 日本的政府信息公开诉讼研究 李成玲 (24)
- 从“人”到“公民”
- 读卢梭《爱弥儿,或论教育》..... 曾文远 (36)
- 中国农村社会保障规范形态分析 陈姿含 (71)

民商法

- 美英植入式广告法律规制对我国的启示 唐夕雅 张海燕 (86)
- “婚姻法解释三”对房产权属配置的法社会学分析 姚俊廷 (100)
- 论第三方交易平台经营者的法律地位
- 基于对《第三方电子商务交易平台服务规范》的考察
- 李德健 (110)

督促程序的破灭与再生

——以支付令异议审查制度的完善为视角…………… 李丰安(125)

遗产信托制度对我国继承法的启示…………… 林海容(135)

骨髓捐献志愿者在骨髓受捐者清髓后拒捐的致害责任

——法律责任还是道德责任…………… 孙梦婷(150)

祭奠纠纷的法律解释问题

——兼论侵权责任法一般条款…………… 吴纪树(158)

刑事法

刑法解释乱象梳理与应对机制…………… 赵运锋(169)

试论法庭之友的由来及演变

——兼谈新《刑事诉讼法》第一百九十二条…………… 刘 慧(185)

监督过失犯罪理论之提倡

——以《刑法修正案(八)》第四十九条为视角…………… 李秀沛(199)

论量刑监督之类案监督方式…………… 曾 涛 王 恰(212)

Contents

Constitutional Law

- The Localization Study of the Construction of Constitutional
Culture in the Western Regions of China Zeng Zhe(1)
- Young Marx and The Historical School of Law—Through
the Observation of Marx's Early Four Texts Shi Wei(16)
- The Lawsuit about Freedom of the Government Information
of Japan Li Chengling(24)
- From “Human Being” to “Citizen”
—After reading *Emile, or On Education* by Rousseau
..... Zeng Wenyuan(36)
- The Norms Morphological Analysis of China's Rural Social
Security Chen Zihan(71)

Civil and Commercial Law

- Revelations of U • S and U • K's Regulations in Product Placement
..... Tang Xiya Zhang Haiyan(86)
- Review on the Property Ownership Configuration of “The
Third Interpretation of Marriage Law” in Perspective
of Sociology of Law Yao Junting(100)

- On the Legal Position of the Operator in the Third-party
E-commerce Transaction—Based on the Study of
*Commerce-Service Norms for Third-party E-commerce
Transaction* Li Dejian(110)
- The Procedure of Supervision and Urge Burst and Regeneration
—From the Perspective of Improving the System of Payment
Order Objection Li Fengang(125)
- The Revelation of Probate Trust System to Our Country's
Succession Law Lin Hairong(135)
- Liability of Bone Marrow Donation Volunteers When They
Refuse to Donate after Myeloablative Treatment
—Legal Liability or Moral Liability Sun Mengting(150)
- Legal Interpretation of Dissensions on Sacrificial Ceremony
—Meanwhile on General Terms of Tort Liability Act
..... Wu Jishu(158)

Criminal Law

- The Carding and Response Mechanism about Criminal Law
Interpretation Chaos Zhao Yunfeng(169)
- Research on the Origin and Evolution of Amicus Curiae
—Together with Evaluation of Article 192 of the New
Criminal Procedure Law Liu Hui(185)
- The Advocacy of the Theory of Supervisory Negligence Crime
—From the Perspective of Article 49 of *Amendment to
Criminal Law (Eight)* Li Xiupei(199)
- On Typed Supervision of Sentencing Supervision
..... Zeng Tao Wang Qia(212)

宪政

我国西部地区宪政文化建设本土化研究

曾 哲*

内容摘要 对我国西部地区宪政文化建设问题的思考焦虑,主要源自于两个方面:其一是地区性民族性宪政文化研究应该要有自己的本土化个性和特征;其二是西部地区是我国少数民族众多且地缘经济、政治文明、宗教信仰相对封闭保守与落后的地方,理所当然其宪政文化建设研究在理论上显现出一定的滞后性。本文针对法治宪政文化研究的本土化问题加以阐释,创新厘定了“本土化”内涵的四种表达内容,宪政文化建设研究本土化的基本标准与规范、路径和行为选择,以及法治宪政文化建设研究本土化的话语维度与视界。结论是,中国宪政法治文化建设本土化的世界普适性与中国西部地区宪政文化建设本土化研究的特殊性之间的张力始终存在,无论怎样搅拌、剔除、扬弃都将会沉淀在中华民族带有“皇权性”宪政文化的本土性之上。

关键词 宪政文化;本土化研究;本土化基准;本土化维度

一、宪政文化建设本土化焦虑及问题的缘起

宪政是指一种在宪法之下使政治运作法律化的理念或理想状态,它要求政府所有权力的行使都被纳入宪法的轨道并受宪法的制约。民主宪政的

* 作者简介:曾哲(1960~),男,法学博士,西南政法大学教授。本文为本人主持国家社科基金项目课题阶段性成果,国家社科基金项目编号:【07XF012】。

实施首先要限制政府的权力,同时要保障公民的权利。“宪政”(Constitutionalism or Constitutional Government)与“宪法”(Constitution or Constitutional Law)一样,均是舶来品。从英文词源上看,宪政与宪法有不解之缘。从历史渊源上考察,古希腊最博学的思想家亚里士多德在《政治学》一书中交替运用宪法、宪政、政体等语词作表达,在他那里,宪政与宪法的含义并无二致。他主张用宪法的形式限制整个国家的结构,规限城邦“最高统治机构政权的安排”。到了近代,宪政与宪法的含义既有联系又有区别。而且,就其科学内涵而言,近现代宪法与宪政的概念与古希腊时期的城邦宪法、宪政均有实质上的不同,不过其仍然带有十分显性的希腊本土法益表达特征。西方学者的宪政概念:他们都回避对宪政阶级实质的分析,且大都是从某一角度来阐释宪政,因而不够全面。若撇开他们以西方宪政为理想参照系所带来的偏见不论,他们的不少观点对我们界定宪政概念还是有借鉴意义的:(1)宪政以“法之法”的宪法为基础;(2)宪政意味着对于政府权力和公民权利的制度安排,它保障公民权利并制约政府权力;(3)宪政是法治的政治秩序,宪政文化是法治的政治文化;(4)宪政包含着强烈国家色彩的意识形态和文化道德范式和观念。本来,中国学者的宪政概念既包含了西方学者宪政定义中的合理成分,又有自己的突出优点:一是比较全面,二是大都强调了宪政的动态意义和实践色彩。但也有若干不足,如张友渔教授的定义中并没有强调“宪政”的民主政治要义,以致难以说明一些国家制定了宪法但实际上并不存在宪政的例证。杜钢建教授的观点颇为新颖独特,有一种更为务实的特点。但他将民主排斥出宪政的要义范围而把自由推崇为宪政的首要目标并不可取。自由是宪政的低度目标,民主才是宪政的关键要旨。总结上述学者的观点,我主张把宪政简单地定义为:宪政是以宪法(立宪)为起点、民主为内容、法治为原则、人权为目的的政治形态和政治过程。而文化的概念定义有千种之多,宪政文化则是偏正结构之附后的言说。列宁指出:“当法律同现实脱节的时候,宪法是虚假的;当它们是一致的时候,宪法便不是虚假的。”宪政是宪法的支柱、动力和灵魂,有宪法而无宪政,宪法便失去其真实性、有效性。

中国宪法学界关于宪政文化建设本土化的讨论,实质上经历了近一个世纪的起伏历程。最早可以索骥到晚清宪政思想的启蒙与传播,即便是晚清宪政被历史学家誉为“龙窟中的宪法”演进,但或多或少还是给晚清帝国带来些许政治清风。大约从辛亥革命到20世纪三四十年代开始,已经成为民国法学大家一个激烈争论的话题,时任国民政府司法部长的居正进而写

就了《为什么要重建中国法系》一文^①，并于当时反复再版。遗憾的是新中国建立后整个法治和宪政建设及其制度文化研究随着“三反五反”、人民公社化、大跃进的号角而迅速归于沉寂。即便是到了20世纪80年代末，法学界仍既不认为法治与宪政文化建设本土化研究是一个值得关注的问题，也不认为它是一个难以言说的理论问题，当然也就不会注意到我国各个少数民族民生及其法治状态的密切联系，特别是忽略了诸如我国西部地区经济文化相对落后的地缘、宗教、信仰、文化心理等关乎民族性、区域性宪政文化建设问题的内在联系。改革开放最初几年所兴起的法治宪政文化研究是“西学热带来的反传统文化”研究，西方世界新鲜的法学概念和视角打破了中华固有教条的法学理论和法治文化的心理定式，这种反叛带来的兴奋和新鲜感使西部区域性本土化很难被作为法治宪政问题和法治宪政文化发展问题正式提出。进入20世纪90年代后，海外学者的关注和讨论中国发展不平衡性使国内学者开始意识到这确实是个问题，而且还是一个切分西部地区社会发展与平衡社会矛盾颇为深刻的问题。围绕着整理中国传统中的法律思想问题，学者们曾一场接着一场地展开过本领域难得一见的学术专题讨论。另外，还有一些西部省区理论与实务界着意本土化的零星尝试，但走的基本是港台地区学者和日本学者在八九十年代走过的将西方法律价值观及其理论模式在中国加以验证的“西方理论，中国经验”的老路。然而，当海外法学界已经不认为这是个问题的时候，我们却突然发现本土化竟成了一个亟待解决的问题，并产生了某种程度的文化本源与精神焦虑。从提出时机来看，这已不是一个纯粹的学术问题，而是一个在中国民主宪政法治走出一定学习阶段之后反思和检讨现行法治现状与路径选择的问题，从而缓释对现世宪政难题备感迷茫的心理压力。

从民主法治与宪政文化建设研究本土化问题历史分析中可以看出，不同时代的民主法治及其宪政本土化问题的建设语境和文化表达并不相同。甚至可以说民主法治与宪政文化建设研究本土化话语本身就是一个由语境时空而创设的问题。但是在对它不得不进行回答的过程中，多数研究者却

^① 居正：《为什么要重建中国法系》，大东书局1947年版。居正，辛亥革命元勋，当代著名民主革命家、政治家、法学家，曾任南京临时国民政府内政部长，南京国民政府司法院院长，中华民国法学会理事长。全文分六部分论述中华法系本土化问题：（1）引言；（2）殷周及其前期法律萌芽情形的检讨；（3）法律思想蓬勃发展的一个时期；（4）儒家思想对历代法律的影响；（5）重建中国法律体系的取向；（6）结论。

将问题的语境或时空悬置起来,把它当作一个“科学”问题加以讨论。对于西部地区民主法治宪政文化建设语境的检讨反思一直是到了21世纪才逐渐被很好地揭示出来——这主要得益于国家对西部大开发战略构想的提出与实施。除了关注民主宪政法治文化建设语境这一历史维度外,还有一个维度可能也被我们忽略了,那就是民主宪政法治文化话语结构的问题,具体来说就是在一定地域范围内民主宪政法治文化建设的本土化问题的问题意识。易言之,也就是对现世民主法治宪政原则的提问方式责难维度。问题意识决定了问题的视角与论域,也限定了答案的预置内容及其关照事项。因此,在回答西部地区宪政文化建设研究本土化的问题之前,需要先行界说本文的问题意识和所关旨趣,其意识表示可以从三个层面加以归结。

其一,是否承认国家本土法制文明承传历史的正当性与正义性。这里不是指一般的历史法学派,而是专指中国法制传统中的法治功能主义的东西。这一派学者对问题本身的历史性和承传性并不怀疑,认为法治与宪政文化建设研究的本土化具有当然的历史承接正当性,法治实施无非是“西法中用”(借鉴西法,将中国或中国某一地区作为试验场)和中华帝国几千年来本土内生的法律思想及其规章制度凝练而成的法治文化,是理所当然的。因为它只是相对于中国法治文化建设和帝国“龙窟”之中的宪章思想的论域提出来,如果大前提存在,该问题也就必然存在,关键在于如何理解。西部地区学者一般只认可一条本土化研究的路径选择。他们意识到了本土化话语背后的文化张力在于东西方对“理论”和“研究”概念的不同理解。中国法治传统的文化中不仅缺乏现代社会科学理论建构方式,而且讲求的是传统经世致用的法治工具理性和帝制章典原则,其与源自古希腊罗马民主共和思想法益精神多存牴牾。因此,建构中国西部区域性特色、民族特色研究的本土化民主宪政法治文化建设理论,不是裂变或蜕变一个与现存社会主义法治理念和基本法治理论完全对立的東西,而是遵守西方传统法律文化价值理论建构标准,结合中国历史特殊国情的法治文化语境,“入乎合理情理性,出乎合理智性”^①。具体的进路和做法有二:一是从国学或说民族传统文化菁华中凝练出理论“胚胎”和“雏形”,用现代技术手段和社会科学方法充分解构、分析和检验其合理成分,会通融合,显示出普世价值的理论,它是基于东方古老文明帝国章制与西方民主宪政法治文明的横向交汇。二则是认为西部民主法治宪政文化建设的本土化必须建基于整个中国民主宪政法

^① [美]劳伦斯·索伦:《法律学词:理性人》,王凌晖译,中国政法大学出版社2010年版,第13~16页。

治本土化,它是内生性的,同时也是知识外溢性的。其主要任务是解释中国西部各民族区域内的特殊法治状貌及人们生活的社会图景,而不是用中国现存的民主法治理论和原则来统一改造和构建各少数民族及相关地区的传统法治理念及文化蕴涵。因此,研究中国西部区域性民主宪政法治文化建设不必简单地排斥西方理论,更不能过分地强调其西部少数民族自治性与自闭性的民族风俗和习惯法的特殊性,而排斥甚至对抗中国特色社会主义的民主法治文化和宪政文化精神的普遍性,其实普遍性也存在于各民族法律文化的特殊性之中。西部地区本土化的民主宪政法治文化不是抽象的,而应是从各民族政治生活和法律文化传统的万千具象生态中广泛搜索国际学术界的知识库,从中严格选择相关且有操作性的概念、命题或理论框架,建构能解释中国法治文化建设整合性的理念,于是,关于“西部地区民主法治宪政文化建设研究本土化之问”也就不答自见了。

其二,“知出乎争”。有部分公法学者认为,对中国民主宪政法治文化建设研究本土化之论争,本身是个“伪命题”或无意义至少也意义不大的问题,批评“民主宪政法治文化本土化”的提法带有比较鲜明的历史排外的民族主义情绪或“划清界限”意识趋向,这一论派可称为“取消派”。

其看法一种认为法治文化作为法律科学之一,根本没有必要区分它是来自哪个地区、哪个国家、操什么语言或是呈什么肤色!作为一个社会科学理论的提出,当然首先是基于本国或本民族的知识背景和社会心理,但在全球快速一体化的背景下就显得太“小家子气”了。地球都变成在一个村庄了,还讨论宪政法治“本土化”问题,实在无任何实际意义!的确,信息时代的便捷和全球化意识的普及造成了诸多领域里东西方界线的模糊,就宪政原则里的正义原则、民主原则、权力受限原则等,就很难区分何为本土意识的、何为外来传输的。常见的西法传统文化中有影响甚广的“疑罪从无、疑罪从轻”原则,而早在我国殷周时期就出现了“罪疑从轻,功疑从重”司法原则。

此外,还有一种看法,认为民主法治之宪政文化建设本土化本身可能是带有极为暧昧或可疑点的概念或命题,它将“西方法治文明理论”与“中国经验主义”的司法观对立起来,对二者作某些非学术化的机械主义与教条主义比对性阐释解读,发现其问题和方法均不科学,也不该成立。笔者以为,宪政文化本土化研究应该是一种多元学术自觉的积极担当。事实上,“中国传统学术向现代学术的转变,走的是多源多流、交错嬗变的路径。有远源,也

有近源。有内因,也有外缘”^①。中国宪政文化研究的本土化也不能例外,其关键就在于我们的研究者应该对宫廷传统、“龙窟”帝权宪章中的“远源、近源、内因、外缘”理论与当下中国特色社会主义民主宪政法治理念及经验之间的张力保持某种批判与警惕的姿态。

第三种表达方式为将法治宪政文化本土化看作一个真真切切的社会现象,而非一般的学术发问或追问本体。如此,人们势必研究其背后的发生机制以及西部不同民族或地区间民主宪政法治本土化话语的正当性,姑且,我们可论之为社会法学派。这一派渊源于西方社会学派的理论嫁接和变种,他们从创新扩散的某些概念论点出发,主观地将民主宪政法治文化本土化研究只是看成一个自然发生过程中的产物或现象,关注的是外来法律科学新观念与传统民主宪政思想和法治文化之间能否造成互动与相互促进。在这一问题的表达语域中,民主宪政法治文化本土化和本土化研究早已经被人为地剖分为不可统一的多重标准和研究范式。诸如维民、回民、蒙民、藏民、苗民、彝族、羌族、壮族、土家等及西部其他土著之民主法治文化建设,他们早有形成多年的民族习惯和社会风尚及法律道德规范。

宪政及其文化建设本土化问题之所以成为人类社会科学领域的一个世纪性难题,不仅仅是因为它讨论的是人类本身生生不息的各个民族自然习惯法则与和睦相处的基本道德范式,更在于它将法学理论的一般性与地域性法治的特殊性、国家民主意识表达机制与地方民族自治权及其宗教传统长期的教化,还有宪政文化建设本土化是重应用研究还是重理论研究以至于宪政文化的普世价值与地区宗教或民族分裂主义趋向等等问题纠缠在一起,几乎所有国家(包括发达国家和发展中国家)均不例外。

其实,笔者并不赞同将宪政文化“本土化”问题与上述问题搅和在一起,然后用一种简单的“去正当化或是非正当”的行政行为方式相干预,不管其许可或是强制执行——犹如泼洗澡盆里的脏水连同盆里孩子一同倒掉。而理性和慎重地思考在中国西部本土化问题背后所透示的民主法治、宪政文化建设究竟“怎么办”的问题,作怎样的抉择,这也恐怕是我国当下法学者与文化学者在政治和意识形态立场基准下实际研究中感到莫名焦虑和不安的根由所在。和国外的民主法治及宪政文化本土化研究相比,中国的研究已经日渐相形见绌,特别是我们年轻的硕士博士生们,几乎对中华民族传统意义上的法文化精神的东西视而不见,更不愿面对古老帝国律例故纸做功课。诚如毛泽东主席所指斥的那样“言必称希腊”。因而,国内很少发现关心和

^① 刘梦溪主编:《中国现代学术经典》(康有为卷),河北教育出版社1996年版,第32页。

潜心研究西部地区性本土化民主法治文化建设者,理所当然便对西部宪政文化建设本土化研究未能引起足够重视甚至有意无意把它当成学术“伪问题”加以忽略,也就顺理成章忽略了民主宪政文化建设问题与西部各省区市“本土法治”的关联与互动。比如关于重庆市“大打黑”还是“大黑打”问题,在事发中和事发后就有宪法学者^①撰文呼吁:不要将“打黑”变成“黑打”,严防将一般社会治理问题变成大张旗鼓的社会运动。难怪有法学者敬告“这个社会,如果人人都不讲法治和程序,那么人人都将会变得很危险”^②。那么,正确的做法是将本土化问题放在西部地区民主法治宪政建设的大文化场域中加以动态理解和创新阐释,这样才能真正把握宪政文化建设之本土化的内涵外延、方针策略和路径选择。

二、宪政文化建设研究本土化的基准与规范

如果要明了中国宪政文化建设本土化研究的路径选择,首先就要弄清楚本土化的基本标准。假若没有一个比较客观中道或说能够让研究者心悦诚服的基准与规范,民主法治之宪政文明及其文化建设定然若“纸上画刀”,没有任何意义。因为在这个问题上,“本土化”研究或是研究本土化的话语表达总是显得有些暧昧,似乎混杂了许多纯学术以外的东西——民族情感和国家意识的形态与意念。笔者以为,关于宪政文化建设本土化的研究标准,不外乎以下四种基准表述和规范:一是“对中国民主法治历史经验和中国本土宪政法治问题的研究”;二是“中国内地的研究”即中国本土人的研究;三是“研究成果能够应用于中国的司法实践和宪政文化建设”;四是“普适的民主宪政法治文化价值以及重构的中国民主宪政文化范式”,亦即在中国特色社会主义政治文明范式之下创新建构西部老少边穷地区独特的宪政文化规范体系。一般所说的民主法治与宪政文化建设研究本土化视界也就定格在上述四种表达话语之中了。

具体而言,上述第一则是最常见也是最为粗线条的。因为它没有涉及或回答对宪政文化本土化建设谁来研究以及如何研究的问题。故而,容易

① 在2011年8月西安宪法年会上,华东政法大学童之伟教授所提交的论文,就是针对重庆的“唱红打黑”运动而写的,其文也针对中国西部地区民主宪政法治状况的特殊化、地域化、本土特征提出了许多富有见地的思想,但是中国法学教授的民主司法观念和理念,要转化成为一种司法行为或者是行政行为,实在是有很长的路要走。(参见《2011年中国宪法学年会论文集》)

② 参见北京大学贺卫方教授《致西南政法大学校友一封公开信》。公开信的主旨也是针对中国西部地区重庆“打黑”扩大化问题而发表的。

导致的问题是滋生懒惰的研究者,其会简单地将舶来的西法理论不作任何改造和创新便套用在中国式民主法治经验上,轻而易举地乘坐“西方理论,中国经验”的顺风车沿着老路返回到晚清龙窟帝权的宪政模式中。对这一学术之“宪政伪娘”现象的抨击,近年来学者早有警惕。当然,本土化的第一则定义,也很难符合我们对这个概念的直觉感知,并或多或少地反映出了本土化的概念里还附着了某种民族主义情绪或说地缘主义及地方主义的意蕴,即便是对此问题的研究主体都是中国人,但乡土观念和民族主义的痕迹还是可见的,不论是言中国宪政文化的本土化,还是说地区性法治文化本土化,都难以避免这样一个问题。

第二则表述,为关怀中国大陆的研究,除了关怀研究者对象身份外,更关怀研究者对问题研究的成果层次和水平。社会科学课题研究与自然科学研究有着共同的偏好,即容易受国家投入基金项目的多寡刺激和左右。这对于科研管理者考核来说,这一目标更容易操作,但要真正做出高水平成果将会更难,因为人们研究问题的兴趣点都奔功利去了,奔名誉和职称去了。大凡中国高校和其他科研院所对纸质载体的成果形式多以行业内权威核心和中文核心(CSSCI)作为标准的评价体系,且各地域还有细分上中下三等,这一标准带出了另一个长期被忽视的问题:谁来评价研究成果的优劣?易言之,学术研究的终极评价或说受众应该谁?比如西部地域性宪政文化本土化建设研究问题,迄今为止,前期研究成果如何?该由谁来评价?韩国首尔大学学者姜明求教授就曾经做过韩国“本土化”研究,统计了韩国籍学者在国际认可 SSCI 期刊上发表的论文,发现题目多是国外议题或研究模型,与韩国本土化及韩国民族性直接相关的不多。换句话说,简单强调由本国学者作为研究主体,并不一定带来对本国问题研究的繁荣,尤其是在把国际发表当成唯一的最高评价指标时。^①也就是说,对研究者的评价指标和考核机制不同,一定会导致研究者的学术命运和成果推出的结局不同。如现代的大学教授与博士们,研究的指挥棒往往不是本土化及本土文化经济资源,而是根据学术期刊的办刊质量和影响因素,将学术期刊人为地分为 A、B、C、D1、D2 五个等级。其中,A/B 类为校定权威期刊,C 类为校定重要期刊,D1、D2 为校定核心期刊。^②这样,无疑就将研究者及其成果的水平展

① 参见刘海龙《传播研究本土化的两个维度》,载《现代传播》2011年第9期。

② 参见西南政法大学对本校教师学术水平考评的“期刊分类办法”,一般分类以 SCI、SSCI、CSSCI、CSCD、EI、《中文核心期刊要目总览》、《国外人文社会科学核心期刊总览》等来源期刊为基础,结合高校或者科研院所中长期发展目标而确定。

示定格在上述五个等级之中了。因此,对传统的东西和本土文化的创新研究和成果展示,被另一种形式要件所掩盖和遮蔽。

可以说,再好的理论设计总有与实践不甚吻合的缺陷,甚至包括马克思主义理论,更不必说是转型时期的社会主义法治建设文化理论了。因为我们忽略了另一个充要条件即宪政文化不能离开本土国情,宪政文化资源本土化研究本身要从有裨益于中国的法治实践的维度着眼,这就回归到了关于法治理论与司法应用之间张力的二元对话。从其法制学科形成发展来审视,宪政文化研究作为大法学与大文化背景下的交叉学科,应该首先建基于法治的应用和法治的社会实践土壤,而后才能有理论化、系统化归结。笔者将“宪政”与“文化”连用起来,意在“以文教化”、“文化内辑,武功外悠”,以达到“文治教化,化育人心”之目的。因为文化本身是实践的产物,是社会历史的产物。任何历史时代的文化总是有着主要的、本质的、特定的精神内涵,如社会规范、价值要求、审美情趣、道德示范,等等。^①但作为存在于高等院校和科研院所的法律社会科学研究,它既兼具着法治理论研究的远景和抱负,又承担着法律文治教化的实践活动,所以形成了应用研究与理论研究双峰并峙的局面。如此,则更有益于中国特色社会主义的法治实践,有益于西部宪政文化的传播与教化。

此外,值得一提的是上世纪抗日民族战争取得胜利后,中华民族的法治文化研究建设一时空前发展和繁荣,于是乎关涉中国民主宪政本土化问题的讨论被纳入国民党民国政府法治建构的发展大端。为此,时任民国司法院院长(亦是中华民国法学会理事长)的居正,力主在宪政文化理论上重新建立中华民族本土法系系统的必要性与重要性。即便是在民族危亡的抗战期间,也不敢忘记为建立系统的中华民族法而鼓呼,没有民族本土法系和法律思想的民族,亦很难有民族本土独立之精神、独立之国格乃至人格。民国政府司法院和立法院均号召中华法学界“以三民主义为最高指导原则”重建中华法系,亦即加强中国法的本土化和本土资源的开发与研究。由是,居正先生率先完成了《为什么要重建中国法系》专著并广为刊行。当时,南京中央研究院还曾经就“民族法制本土化问题”展开全国性的讨论和征文。居正院长特别指出,检讨中华法系的方法是研究的程序和规范,民族法之方法论则是关于方法本身的理论。而每个理论都有未明确表达的前提假设,如果未对这些前提进行批判和检验便简单地移植,就会出现“食古不化”或是“食洋不化”。这种现象不仅存在于当时国民政府的中央研究院,也存在于西方

^① 参见张艳国《论文化的两重性及其时代意蕴》,载《新华文摘》2012年第1期。