

比较法制 现代化研究

法制现代化研究丛书

刘旺洪 主编

Comparative Research on Modernization of Legal System



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法制现代化研究丛书

比较法制 现代化研究

主 编 刘旺洪
副主编 陈乃胜
杨 力

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部新世纪人才项目

江苏省哲学社会科学“十五”规划重点工程项目

• 图书在版编目(CIP)数据

比较法制现代化研究 / 刘旺洪主编. —北京:法律出版社,2009.6

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9398 - 4

I. 比… II. 刘… III. 法制史—比较法学—研究—世界
IV. D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 041928 号

法制现代化研究丛书

比较法制现代化研究

刘旺洪 主编

责任编辑 田会文
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2009 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 14.25 字数 364 千

印次 2009 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9398 - 4

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

21 世纪的钟声即将敲响。

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。

综观 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。这个进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。但不管是哪一种变革形态,法制现代化无疑是一个创新的进程,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。

从世界范围来看,关于法律变迁与发展的理论研究,早在17、18世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶,对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面,以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理性化的过程,是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会,在其他地区,法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代,在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色:一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境,也就是法律制度和政治结构的转型问题;二是关注法律发展的普适性问题,也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征,把法律发展或法制现代化看做是第三世界国家法律体系移植西方法制进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性,这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产,人们对20世纪60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质疑和批判性反思。许多学者日益认识到,西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统,是西方社会生活条件的法律表现。诚然,它体现了人类法律文明的某些共通性因素,但它并不是世界法制现代化进程中的唯一的标准模式。非西方社会的法律应当反映各民族各国家各

地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要,因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中,出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日,以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

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,其目标是“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、文化传统等的大变革潮流;它所反映的,是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面;它所要展示的,是从我们这个民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程;它所要确立的,是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动,有其特殊的历史运动轨迹,具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后,世界变得更加相互依赖,法律发展中的共同性日益增多;但是,世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一,而是更加多样化。中国法律发展的特殊性,恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光,与现实世界相撞击,自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题,这是当代中国法学的历史使命。在当代中国,从20世纪80年代后半期开始,法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义,一些著述和文章愈益频繁地使用“法制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入20世纪90年代以来,对于法制现代化的理论与实践的学术探讨,引起了更多学者的关注和兴趣。这充分体现了当代中国法学工作者对这一重大时

代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究》丛书应运而生了。

《法制现代化研究》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研 究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特道路,分析当代世界主要国家或不同类型的法制现代化的取向、走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;深刻把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机理;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究》丛书的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211工程”重点学科建设项目的资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学界同仁一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999年10月

前 言

法制现代化是全球性的法制发展浪潮,发端于西方中世纪中晚期。伴随着西欧中世纪晚期商品经济的复苏,城市化运动的兴起,市民阶级的不断壮大,由宗教改革、文艺复兴和罗马法的复兴等构成的波澜壮阔的启蒙运动的蓬勃开展,近现代法制的基本精神和制度要素在中世纪社会的内部得以孕育和逐步成长。资产阶级革命胜利以后,近现代法制终于在西欧首先得到建立并不断发展。伴随着欧美资本主义国家的经济扩展、军事侵略和文化渗透,欧美先进的近现代法制理念和制度开始向全球传播,在相当长的时期里,“西方化”就成了现代化的代名词,学习和效法西方成为第三世界国家推动本国现代化的重要价值追求。20世纪60~70年代以来,随着世界民族独立运动的发展,大部分殖民地国家逐渐脱离了西方殖民统治,开始寻求自己的现代化之路。20世纪60~70年代以美国为代表的开展的“法律与发展”运动的失败,使第三世界国家

越来越认识到法律与民族历史传统之间的内在联系,不断探寻本国法制现代化的特有发展道路和模式,世界法制现代化呈现出多元性统一的发展格局。当今,在全球化的背景下,各个主权国家一方面不断强调本国法制发展的民族性特质,另一方面又积极推动法律的全球协作机制的形成。各国在探寻传统与现代、外域文化与本土资源、中心与边缘等矛盾关系解决的过程中不断推进世界法制现代化的新的发展,从而人类法制现代化的历史进入了新的发展阶段。

我国法制现代化的系统理论研究肇始于 20 世纪 90 年代中期。长期以来,在公丕祥教授的带领下,南京师范大学法学学科围绕“中国法制现代化的理论和实践”这一重大课题开展了深入系统的研究,先后承担了近 20 项国家社科基金项目,形成了 30 多部学术专著、数百篇较高质量的学术论文。在前期的研究中,尽管我们在不同的学术论著中,对西方法制现代化的理论和法制发展进行了专题性的研究,形成了若干研究成果,但总体来说研究还较为分散、未成系统。随着中国法制现代化研究的深入,课题组越来越感觉到中国法制现代化的研究必须要系统理解和把握作为法制现代化源头的西方近现代法制的生成和发展的历史进程,对世界主要国家法制现代化的历史基础、生成机理、发展进程、动力机制、模式特征进行科学把握,以科学确定我国法制现代化的世界历史地位和全球意义,为我国法制现代化进一步深入研究提供历史的经验和有益的启示。因此,运用法制现代化的理论和方法,对西方国家近现代法制生成和发展的历史进行系统的理论研究逐渐纳入研究的视野。2001 年课题组申报的江苏省哲学社会科学“十五”规划重点工程项目“21 世纪中国法制现代化的理论和实践问题研究”获准立项,其中“比较法制现代化研究”为该项目的子项目之一。本书就是该项目的最终研究成果之一。

本书是研究比较法制现代化的初步尝试。由于该课题的研究涉及的范围甚广,各国法制现代化的历程长则数百年,短则一两百年,历史文

献繁多,发展形态各异,把握十分困难。因此,我们无法过于关注历史发展中的细节问题,只能从法制现代化的特定历史视角对世界主要国家法制的现代化的发展历程进行一个总体的把握,以从宏观上俯瞰各国法制现代化的总体性历程,更为精致的成果还有待以后有计划进行深入系统的国别研究的基础上才能获得。

本书是集体协作的产物。为本书提供初稿的有:导论:刘旺洪(南京师范大学法学院教授、博士);第一章:杨丹(南京师范大学法学院副教授、博士);第二章:季金华(南京师范大学法学院教授、博士);第三章:陈乃胜(南京审计学院法学院教授、博士);第四章:杨力(上海交通大学法学院副教授、博士);第五章张清(扬州大学法学院教授、博士)。感谢季金华、陈乃胜参与了本书部分章节的统稿工作,最后全书由我统、定稿。当然本书的错误、疏漏之处由我负责,请各位同仁和广大读者批评指正。

刘旺洪
2008年11月8日

目 录

导论：比较法制现代化的基本理论/1

一、法制现代化的基本理念/1

二、传统法制与法制现代化的统一性/15

三、法制现代化模式的多样性与比较法制 现代化/28

四、本书的理论目标和结构安排/44

第一章 英国法制现代化进程/47

一、英国法律制度的历史演进/47

二、英国法制的现代化进程/63

三、英国部门法的发展/75

小结/135

第二章 美国的法制现代化/141

一、美国法律的历史基础/141

二、美国法制现代化的历史阶段/156

2 比较法制现代化研究

三、美国法制现代化的主要层面/179

四、美国法制现代化的模式特征/206

小结/222

第三章 法国的法制现代化/223

一、法国法制现代化的历史基础/224

二、法国法制现代化的历史进程/246

三、法国主要法律部门的现代化/263

四、法国法制现代化的模式特征/296

小结/307

第四章 德国的法制现代化/308

一、德国法制现代化的历史基础/308

二、德国法制现代化的历史进程/318

三、德国主要法律部门的现代化/329

四、德国法制现代化的模式与特征/368

小结/379

第五章 日本的法制现代化/380

一、日本法制现代化的历史基础/381

二、日本法制现代化的历史进程/394

三、日本主要法律部门的现代化/402

四、日本法制现代化的模式特征/432

小结/440

导论：比较法制现代化的基本理论

一、法制现代化的基本理念

（一）法制现代化的理论形态

法制现代化问题是现代化理论在法制领域的特殊表现,也是对社会法制系统从前近代形态向近现代范型跃进和替嬗的特殊发展形态和历史进程的理论概括。它运用马克思主义的社会和法律发展理论,在对西方 20 世纪 60 年代以来兴起的现代化理论进行创造性重构的基础上,将社会法制系统从传统向现代的历史转型过程概括为法制现代化的过程,进而揭示了这种法制转型过程的历史起点乃是传统社会的法律文化价值—规范—制度范式,其价值目标乃是确立与近现代市场经济、民主政治、理性文化相适应的社会法律价值—规范—制度体系。正如我国著名现代化问题研究专家罗荣渠先生所指出:“‘现代化’这个概念是用来概括近期发展进程中社会急剧转变的总的动态的

新名词。这个词虽是近几十年才出现在社会科学的论著之中,但它所概括的那个历史过程,是早就为人们所熟知的,只不过过去使用别的称呼罢了。”〔1〕

从全球范围内来看,日本著名社会学家富永健一认为,从理论源流关系的角度来看,现代化理论发展经历了三个阶段:即:自17世纪末到19世纪初形成的古典市民社会理论、古典经济学和实证主义产业社会理论等作为第一阶段的现代化理论;以历史唯物主义理论为先驱,从19世纪末到20世纪初的一系列近代社会过渡理论作为第二阶段的现代化理论;20世纪初60年代及其后来所展开的一系列理论作为固有意义上的第三阶段的现代化理论。〔2〕我国著名法学家公丕祥教授则认为:“现代化理论作为一种广泛的思潮,乃发祥于20世纪60年代。导致这一理论兴起的主要背景,是昔日的殖民帝国主义体系的崩溃,以欧洲为中心的世界秩序的崩溃,以及战后第三世界国家的发展问题。现代化理论的目标之一,就是探求不同文化背景下由传统社会向现代社会转化的共同特征,以揭示现代化进程的普遍意义。”〔3〕

在我们看来,现代化理论作为一种特殊的描述和把握世界近现代社会变迁过程的理论范型,特别是明确使用“现代化理论”这一概念,是20世纪60年代以来的事情。但从广泛的意义上论之,如果将现代化理论理解为反映人类从前近代向近现代转型的广泛而持久的社会变革过程的理论表现,则现代化理论涵括了从17世纪以来反映和表现这一伟大社会历史变革过程的所有理论形态。从这个角度来说,法制现代化理论迄今经历了以下五个发展阶段:第一阶段是从启蒙运动、罗马法的复兴

〔1〕 罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社1993年版,第8页。

〔2〕 参见〔日〕富永健一:“现代化理论与中国社会的现代化”,载《国外社会科学》1986年第10期。

〔3〕 公丕祥主编:《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,第56、57页。

运动和宗教改革运动中发展起来的,以中世纪晚期的注释法学、古典自然法学、近代德国哲理法学等为主要形态的社会和法制变革理论。这一阶段的主要理论成果在于建构起近现代法律价值基础和制度架构,为建立近代资本主义政治法律制度的基本框架奠定了较为坚实的法学理论基础。第二阶段是从19世纪末到20世纪初产生并盛行的以分析实证主义法学为主要理论形态的社会和法制发展理论。这一时期的主要理论特点在于,在近代资本主义政治法律制度建立以后,为了满足法律实际运行的需要,只注重对法律形式、法律规范的逻辑体系以及运行程序和技术分析,而无视、否定近现代法制的价值基础和伦理品性,将法律仅仅理解为一种没有人文价值根基的纯粹逻辑的技术构造。第三阶段从20世纪初到20世纪50年代,以分析实证主义、社会学法学、复兴自然法学为主要理论形态。这一时期法学理论的主要特点在于,由于对现代法制的多元性理解,逐步形成了以三大主流法学为主导,多元法学理论并存的格局,经过20世纪两次世界大战的洗礼,法学家们不仅将近现代法制理解作为一种具有近代科学特质的纯粹的形式理性和逻辑技术构造,而且开始关注法制背后的价值理性、社会结构和人类生产、生活方式本身,注重从社会中发现法律,关注作为法律制度安排根基的人文价值和社会利益结构。但这一时期的理论仍然带有明显的西方中心主义和法学霸权主义的色彩。第四阶段是20世纪60~90年代,以美国的“法律与发展运动”及其失败,20世纪60、70年代的民族解放运动的兴起,近代殖民帝国主义体系和西方中心主义体系的崩溃为标志,明确提出了现代化和法律(法制)现代化的概念,世界各国根据本国的国情,着力于探讨本国社会和法制发展及现代化的问题,形成了广泛的社会和法制现代化的发展思潮。第五阶段是20世纪90年代以来,面对经济全球化的挑战,以国家法制建设与全球法律秩序的理性建构,以多元法律文明的沟通、交流和协作机制的建立和完善为主要内容的法制现代化获得了新的发展,目前正在进一步向广度和深度拓展。

(二)现代化的概念内涵

关于现代化的概念,不同学者从不同的角度作了界定:C. E. 布莱克认为:“所谓现代化,作者是指这样一个过程,即在科学和技术革命的影响下,社会已经发生的变化或者正在发生的变化。”“我们认为,现代化过程的定义和对这个过程的描述是不同的。我们关心的是对这个过程的描述,而不是它的定义。我们认为,‘现代化’的定义是:就同时存在的社会形式而言,无生命动力源泉对有生命动力源泉的比例已经增长到了或者超过了不可回转的程度。在这个意义上,我们认为,如果无生命动力的比较少量的减少无法为有生命的动力增加所‘弥补’,或者如果不对社会作不可避免的、广泛的改革就无法弥补,那么这个社会或民族就现代化了”〔1〕可以说,在这里布莱克只是从人类动力源泉的历史性变化的角度对现代化作了界定,而在另外的场合,他则试图从更为广阔的社会文化视角,从历史发生学的意义上来对现代化作出概括。在这个意义上,他认为,现代化一词指的是:“近几个世纪以来,由于知识的爆炸性增长导致源远流长的改变过程所呈现的动态形式。现代化的特殊意义在于它的动态特征以及它对人类事务影响的普遍性。它发源于那种社会能够而且应当转变,变革是顺应人心的信念和心态。如果一定要下定义的话,那么‘现代化’可以定义为:反映着人类控制环境的知识亘古未有的增长,伴随着科学革命的发生,从历史上发展而来的各种体制适应迅速变化的各种功能的过程。”〔2〕

G. 罗兹曼把现代化看成是一个特定历史阶段的社会变迁过程。他指出:“我们把现代化视做各种社会在科学技术革命的冲击下,业已经历或正在进行的转变过程,业已实现现代化的社会,其经验表明,最好把现代化看做是涉及社会各个层面的一种过程。”“现代化是人类历史上最剧

〔1〕 [美]C. E. 布莱克:《日本和俄国的现代化》,商务印书馆1984年版,第18、19页。

〔2〕 [美]C. E. 布莱克:《现代化的动力》,四川人民出版社1988年版,第11页。

烈、最深远并且显然是无可避免的一场社会变革。是福是祸暂且不论，这些变革终究会波及与业已拥有现代化各种模式的国家有所接触的一切民族。现存社会模式无一例外的遭到破坏，现代化总是成为一种目标。”〔1〕

I. 罗伯逊等把现代化与工业化和西方化相提并论。在罗伯逊看来：“现代化就是在前工业社会中引入工业化的生产方式而产生的经济变迁和社会变迁过程。随着不发达国家对先进的工业国家所建立的模式的纷纷仿效，现代化过程目前正在席卷着整个世界。”〔2〕

詹姆斯·奥康内尔则从人的精神观念的独特视角来把握现代化：“归根结底，所谓现代化，就是一种观念，它给予各种成分以形态。”“如果要找到一种简单的表达方式来说明现代化一旦发展到‘起飞’时的精神状态，那么可以用‘创造性的理性’来表达。这几个字意味着创新和秩序两个概念的结合。”“现代化是探索性和创造性思想态度的发展，它既是个人的思想态度，也是社会的思想态度。这种态度隐藏在技术和机器使用的背后，引起个人之间社会关系产生新形式。”〔3〕

尽管上述关于现代化的各种界定从不同侧面揭示了现代化的内涵，但他们都包蕴着一个共同点，即现代化是一个人类社会及其各个层面由传统向现代转型的世界性的历史变革过程。具体来说，现代化首先是一个变革的概念，是指社会系统从传统向现代的历史性跃进。它标明人类社会从前近代社会向近现代社会的发展过程是一次历史性的社会变革，是社会系统的重建和再构的历史过程，是社会发展中的质变和连续性的中断，是一场波澜壮阔、蔚为壮观的漫长的社会变迁过程。在这一过程

〔1〕 [美] G. 罗兹曼：《中国的现代化》，江苏人民出版社 1988 年版，第 4、5 页。

〔2〕 [美] I. 罗伯逊：《现代西方社会学》，河南人民出版社 1988 年版，第 843 页。以上现代化理论还可参见公丕祥主编：《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，第 57 页。

〔3〕 [尼日利亚] 詹姆斯·奥康内尔：“现代化的概念”，载 C. E. 布莱克主编：《比较现代化》，上海译文出版社 1996 年版，第 24、25、32 页。