



科技、文化与法律

——中国法理学研究会2012年学术年会论文集

主 编 徐显明

副主编 杨宗科 齐延平

KEJI WENHUA YU FALU

ZHONGGUO FALIXUE YANJIJIHUI 2012NIAN XUESHU NIANHUI LUNWENJI

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



科技、文化与法律

——中国法理学会2012年学术年会论文集

主 编 徐显明

副主编 杨宗科 齐延平

KEJI WENHUA YU FALU

ZHONGGUO FALIXUE YANJIU HUI 2012 NIAN XUESHU NIANHUI LUNWENJI

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

科技、文化与法律：中国法理学研究会 2012 年学术年会论文集 / 徐显明主编. —北京：中国法制出版社，2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5093 - 4550 - 4

I. ①科… II. ①徐… III. ①法理学 - 中国 - 学术会议 - 文集 IV. ①D920. 0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2013) 第 093326 号

策划编辑 陈兴

封面设计 李宁

科技、文化与法律：中国法理学研究会 2012 年学术年会论文集

KEJI、WENHUA YU FALÜ; ZHONGGUO FALIXUE YANJIU HUI 2012 NIAN XUESHU
NIANHUI LUNWENJI

主编/徐显明

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/640 × 960 毫米 16

印张/29.5 字数/424 千

版次/2013 年 9 月第 1 版

2013 年 9 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 4550 - 4

定价：69.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真：010 - 66031119

网址：<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话：010 - 66071862

市场营销部电话：010 - 66033296

邮购部电话：010 - 66033288

科技与文化视野中的法律

——中国法理学研究会 2012 年学术年会综述

杨宗科*

中国法理学研究会第一次会员代表大会暨 2012 年学术年会于 7 月 7 日至 8 日在西安召开。本次年会由中国法理学研究会主办、西北政法大学承办、西安市雁塔区人民检察院协办,全国各地 300 余位代表参加了会议。主办方考虑到“文化与法律”问题将是我国法学界未来一段时间的研究热点,又考虑到 2013 年即将召开的第 26 届国际法哲学法社会学大会的主题为“科技与法律”,故将年会的主题确定为“科技、文化与法律”。围绕着这一主题,与会代表们展开了热烈而深入的讨论。

一、科学技术与法律

(一) 行业法与卫生法

随着科学技术对法律影响的日益深入,传统的“部门法”概念已无法准确地涵盖法律的调整对象,因此,有学者主张以作为“行业法”对部门法的补充,认为行业法是跨部门的,其法律渊源是多元复合的,既有国家制定法,也包括行业习惯等非国家法。其中,与会学者关注程度较高的行业法是卫生法(医事法)。有学者探讨了卫生法学的逻辑起点,指出基础理论研究和应用研究都需要明确自己的出发点和根据,跨学科研究需要一个共同的理论平台,而应用性跨学科研究更需要基本的价值控制,并认为关注逻辑起点是新

* 西北政法大学副校长,教授,法学博士。

兴法学学科的“后发优势”。具体就卫生法学而言，其逻辑起点应是“生命法益”，卫生法学的研究应从维护生命的角度展开，故卫生法学理应涵盖“生命法学”。关于卫生法学的具体问题，有学者从医患纠纷这一社会热点问题入手探讨了医患关系的法律性质，认为医患关系具有特殊性质，指出法律不宜强化其契约性而弱化其非契约性，否则便有悖于医学自身具有的不确定性和高风险性，建议以医事法代替契约法对医患关系进行调整；还有学者探讨了代孕技术对传统法律伦理的影响，指出代孕行为可能侵犯代孕母亲的合法权益，并存在伦理上的风险，强调应通过法律来对其进行规范，并建立法律与伦理的衔接机制。

此外，与会学者对于人性尊严与遗传学、责任伦理与干细胞研究、医疗技术发展与生命伦理等前沿理论问题也展开了热烈的讨论。

（二）人权与知识产权

人权与知识产权的关系集中展现了科学技术发展与传统法学理论之间的张力。有学者认为，知识产权保护与作为集体人权的发展权存在矛盾，而这一冲突中隐含着公平与效率这对价值的冲突，并提出以全球正义的原则、合理与共享的原则、特别保护的原则及政策性平衡原则作为上述价值冲突的整合原则。还有学者从基因科技利益的配置角度分析了知识产权与人权的关系，认为基因技术对包括专利权、隐私权、农民权、健康权在内的传统权利类型都构成了某种挑战，知识产权与人权的冲突已成为基因科技利益配置中话语斗争的基本形式。另有学者认为，基因科技发展的人权影响有利有弊，应在科技的产业化中更多发挥法律的调整作用，以人类的价值理性引领工具理性的发展方向，并以此构建基因科技发展的伦理基准。

此外，学者们还从法律的技术化、数字化、信息化以及法与系统科学之关系的角度讨论了科学技术对法律的影响，对于环境资源问题、食品安全问题以及非物质文化遗产保护问题与人权的关系也有所涉及。

二、传统文化与法律

(一) 传统法律文化与中西文化比较

有学者探讨了中西法律治理模式差异的文化成因,认为法律治理模式的形成和运转受多种因素的影响,其中文化因素是影响法律治理模式形成的一个重要因素。中西方法律治理模式的差异在很大程度上是由于文化差异所导致的:对西方法律治理模式影响较大的是宗教文化,而对以中国为代表的东方法律治理模式影响比较大的因素则是道德文化。但是,也有学者对当前法学研究中过分强调中西法律文化差异的倾向提出质疑,指出在中西方法律文化的比较上,存在着方法上的错误或缺漏:一是宏大叙事,缺乏实证方法;二是断章取义,导致时空的错位。反对用整体性的中国传统法律文化与西方的某个历史片段作比较,甚至是拿中国传统法律文化与西方现代法律文化作比较。因此主张比较研究应以求同而非辩异为主,应注重从中国的传统文化中寻找当代法治建设所需要的基本观念。

另有学者认为,中国传统法律文化中存在一个“隐型系统”,即道德习惯、价值观念的系统。“礼”的精神与价值、注重教化及调解的传统皆属于该隐型系统,在当时的社会控制与法治实践中,这个隐形系统对于社会控制有很重要的作用,对当代中国的法治建设也不乏启发意义。

(二) 习惯法与民族法

学者们集中讨论了少数民族法尤其是藏族习惯法在现代民族地区所起的作用,澄清了学界长期以来对“赔命价”这一独特习惯法制度的误解,指出“赔命价”是迫使侵害他人生命、健康权的行为人承担一定的财产赔偿责任,以平息纷争、缓和矛盾、修复关系、维护社会秩序的一种法律制度。时至今日,“赔命价”在藏区仍以“活法”的形式作用于现实。还有学者从文化学的角度分析了“赔

命价”的文化因素、秩序面向以及价值功能。此外，对于蒙古族法律文化以及回族习惯法，与会学者也进行了广泛的讨论。

还有学者关注了中国法学话语与法治话语以及话语权问题，指出上世纪七十年代以来，中国法在西方当代主流法学文献中遭到了“边缘化”，这与中国的国际地位、中国学者的国际化程度以及国外研究中国法学者的学术地位有关，但本世纪以来，随着中国国力的增强和中国学者对世界的了解，这一局面正在改观。

三、法治文化与文化法治

（一）法律文化与法治文化

关于法律文化与法治文化，有学者认为二者在概念位阶、产生历史和价值取向上存在差别。还有学者主张，既要区分法治文化与法文化、法律文化，也要区分法治文化和非法治文化、包括反法治文化，认为中国法律文化有长达数千年的历史，而法治文化的历史却不过短短百年，且在多数时间并非主流文化。当代中国法律文化中仍包含不少反法治的因素，需要认真加以鉴别。关于社会主义法治文化，有学者认为应当分别在以下三个层面上来理解：第一个层面是作为精神文明成果的法治文化，是法治文化建设的思想、灵魂和理论先导，包括法治的价值、精神、原理、原则等一整套理论、观念、意识、学说；第二个层面是作为制度文明成果的法治文化，是法治文化建设的主干、平台和躯体，指狭义的法律制度、法律规范和相关的机制措施等；第三个层面是作为社会行为方式的法治文化，是法治文化建设的实践基础和实现形式，主要是指社会成员在社会活动中对待法治的态度和所采取的行为方式，与特定主体的具体行为过程相联系。

有学者指出，中国特色社会主义法律体系的建成并不意味着中国成为法治国家。尽管中国的法律制度多自西方移植而来，但在实践中却严重变形。因此，中国要真正建立法治国家，理念层面和精神文化层面非常重要，应重视法治文化的培育。强调通过法治文化

的培育将法治文化塑造成为中国先进文化的基本组成要素。主张法治文化的培育，必须基于一种文化的自觉，必须依赖中国的经济建设、政治建设、文化建设、社会建设的总体发展，其关键在于要把法治文化、法治理念、法治精神转化为普通民众的日常生活实践。还有学者认为，法治文化建设应从以下三个层面着手：在制度层面上通过加强法律制度建设，实现法的统一性、完整性、至上性、公正性和稳定性；在意识层面上清除封建主义人治糟粕，汲取资本主义法治精华，深入开展社会主义法治宣传教育；在主体层面上，增强领导干部、执法人员、人民群众学法、知法、守法、护法的自觉性和自律性。

（二）“文化立国”与文化法治

中共十七届六中全会以文化建设为主题，通过了《中共中央关于深化文化体制改革、推动社会主义文化大发展大繁荣若干重大问题的决定》，提出了建设社会主义文化强国的目标。与会学者也探讨了“文化立国”与法治文化建设的关系。有学者提出，法治文化建设是文化立国的重要组成部分，文化立国理应包括法治文化的立国。还有学者认为我国当下的文化状况不理想，远不能适应文化立国的需要，其主要表现有四个方面：一是法制建设还不够健全，文化立法层级偏低；二是产权保护力度不够，乱执法、违法执法、随意执法和执法不作为的现象广泛存在；三是公民法律意识和素养还不够理想；四是文化法治秩序还比较混乱。并对这四个方面提出加强法律文化建设的相关对策。

四、司法实践与司法文化

（一）司法建设与司法实践

加强司法建设本身对于发展社会主义法治文化具有举足轻重的意义。有学者提出了“司法的中国特色”问题，认为当代中国司法的特色在于政治的适应性、文化的衔接性和实践的有效性，要处理

好下面三组关系，即：司法的政治化与司法的技术化、司法的民主化与司法的专业化、司法的克制化与司法的能动化。但也有学者对“法律效果与社会效果统一”这一颇具“中国特色”的司法政策提出了质疑，认为“统一论”多少表明人们对法治缺乏信心，现行司法政策已经否定了法律权威的绝对性。认为“统一论”是一种难以操作的司法政策：第一，法律虽是社会的元素之一，但具有相对独立性和体系性；第二，“统一论”没方法论意义上的可操作性；第三，“统一论”淡化了法律的权威，违背了法治的原则。

当代衡量司法社会效果的重要指标之一是“公众意见”或“社会舆论”，与会学者对此问题也展开了热烈的讨论。有学者认为，应将公众意见和司法裁判的关系转换为技术性的公众意见在裁判结构中的地位问题。公众意见不是我国的法律渊源，不能作为行为的规范依据，但可作为辅助依据，并具有填补法律漏洞的功能。因此，法官不应刻意冷漠或对抗公众意见，也不可亦步亦趋地推行“现实主义裁判”或“民意审判”。还有学者认为，当前司法的“社会效果”已转化为对舆论的顺从，并直接影响了案件的判决乃至法官的命运。涉诉舆论反映的是大众思维，而司法遵循的是法官的职业思维，涉诉舆论总是对于案情的细节发生兴趣，并因而始终偏离司法的“形式化”要求。

此外，与会学者还讨论了司法解释、指导性案例、司法建议以及专家法律意见的法律地位与法律效力等司法建设中的热点问题，并从理论和实践两个维度检讨了“能动司法观”的利弊得失。

（二）司法文化与法院文化

有学者从法院文化的角度论述了司法文化的三个特征，即内在性、历史性和职业性，强调当代法律文化的核心内容是法院文化，主要形式是法官文化。法院是法律的实施者，也是法律的细化者与补充者，将抽象的内涵具体化。也有学者指出，当前法院文化与检察文化建设过多注重宣传，缺乏对内涵的挖掘。文化建设本身是一个渐进的过程，急于求成并不现实，必须理解法律文化建设具有的长期性与艰巨性。还有学者对当前司法文化建设的方式、途径和重

点持不同意见，认为司法文化建设应避免掺入非理性的因素，不应采取轰轰烈烈的“文化运动”方式，而应注重体现司法的价值内涵和内在规律，提升司法官员的法律素养和综合素质。

还有学者从符号学的角度解读了西方正义女神的形象细节中的司法喻意，认为女人象征司法的被动性，利剑象征司法的权威性，天平象征司法的公正性，眼罩象征司法的中立性，白袍象征司法的纯洁性，并提出从构建具有中国特色社会主义法律意识形态的角度看，选择、设计植根于中国文化传统且符合国情的司法符号、标志，是不可或缺的一个举措。

此外，与会学者对于诉讼文化、替代性纠纷解决机制（ADR）、政法干警核心价值观以及基层人民检察院文化建设等司法文化的具体问题也展开了广泛而深入的讨论。

目 录

科技与文化视野中的法律

——中国法理学研究会 2012 年学术年会综述

..... 杨宗科 1

主题研讨

理念、制度与法治实践

——一个文化的分析视角 龚廷泰 3

法治文化建设的理论探讨 王寿林 18

文化建设和法治文明 蒋德海 31

“文化立国”与法治文化建设 周世中 45

论本土文化与法治 王子正 54

中西文化差异在法律治理模式塑造中的影响 刘双舟 69

对宁夏少数民族受教育权利保障状况的检视与思考

..... 李其瑞 纪 爽 78

藏族“赔命价”习惯法的文化解释 淡乐蓉 92

法定节日的文化之维

——以少数民族传统节日放假为例 彭红军 111

文化与法律论证 雷 磊 124

法律家长主义视角下的文化政策 张健一 140

正义女神像的司法喻意 刘风景 153

法制改革的文化制约及其消解

——司法改革及其文化依赖为例

..... 王华胜 石旭斋 174

诉讼文化的重新界定	孙 记	187
作为“文化资本”的政法文化		
——从政法干警核心价值观建设谈起	孙建伟	210
当代中国法官文化建设论纲	王岩云	229
论信息社会的立法理念与学说基础		
——以个人信息法立法为例	张德森 高志明	241
人权视角的 e-knowledge 获取权	董青梅	264
基因科技发展与人的“类权利”	侯瑞雪	276
环境权法律保障的法理学反思	任瑞兴	287
挑战与回应		
——科学与法律的四组关系	朱寅昊	297
法学专论		
中国法治发展反思	范进学	329
四阶段论		
——法的运行的基本结构新论	韩立收	356
法律规范性的三个问题	马 驰	374
分析法学范式权利观探析	王茂庆	390
作为论题的法律	张静焕	405
司法解释规范化：从形式到实质	刘 国	420
社会稳定与法理均衡：基于中国大历史的国情分析		
.....	廖 奕	437
后记		452
附录 中国法理学研究会第一次会员代表大会暨 2012 年学术		
年会议程		454

主题研讨 | >>>

理念、制度与法治实践

——一个文化的分析视角

龚廷泰*

一、从制度到理念：中国近代法律文化发展的历史逻辑

实施依法治国方略，建设社会主义法治国家，也是中国实现法制现代化的过程。这一过程，如果我们反观从清末以来中国法制现代化的进程，在这一从传统法制向现代法制的历史性跃进中，我们就不难发现这是一个“导致整个法律文明价值体系的巨大创新，因而是一个包涵了人类法律思想、行为及其实践各个领域变化的多方面进程。”^① 这一过程，如果我们从文化的结构来看，则是一个从文化的物质层面→制度层面→精神层面逐步递进、逐步深化的过程。在文化发展由表及里的历程中，“物质文化因为处于文化系统的表层，因而最为活跃，最易交流；制度文化和行为文化处于文化系统的中层，是最权威的因素，因而稳定性大，不易交流；精神文化因为深藏于文化系统的核心，规定着文化发展的方向，因而最为保守，较难交流和改变。”^②

中国近代以来的社会发展和法律变革的历史逻辑充分地证明这一点。

1840 年爆发的鸦片战争，是中国近代史的起点与开端，鸦片

* 南京师范大学法学院教授。

① 公丕祥：《法哲学与法制现代化》，南京师范大学出版社 1998 年版，450 页。

② 庞朴：《粮莠集》，上海人民出版社 1988 年版，第 6 页。

战争以大清国的失败而告结束^①。学界普遍认为，19 世纪 60 年代的洋务运动是中国现代化的起点。当时的中央政府并没有提倡、主导“自强新政”的洋务运动，而是以曾国藩、李鸿章、左宗棠，以及后继者丁日昌、沈葆楨、刘铭传、郭嵩焘、张树声、张之洞等地方开明官员，与在总理衙门掌握权力的奕訢、文祥等人生气相通，加之一批竭力鼓吹和支持洋务的知识分子，他们以解除清王朝的内忧外患为己任，主张和支持洋务运动。他们既是洋务思潮的倡导者，也是洋务运动的推动者。^② 这批有识之士，看到了中国的长矛大刀，明显敌不过敌人的“坚船利炮”，物质文化的落后，是鸦片战争失败的重要原因。洋务运动实际上是一场不触动清政府制度层面的物质文化现代化的运动。1894 年 9 月，中日甲午战争爆发，洋务派苦心经营十余载的新式陆军和北洋舰队一败涂地，清政府被迫于次年 4 月签订了丧权辱国的《马关条约》，洋务运动从此而宣告破产。

甲午战争的失败，“不仅是清政府两百余年历史上的奇耻大辱，更为中华五千年文明史上所罕见。不能不在中国青年知识分子中引起强烈的震动，于是有了康有为领导的维新运动的蓬勃发展，并最终导致一场规模宏大的政治变动。”^③ 1898 年（农历戊戌年），以康有为、梁启超等人为首，通过翁同龢，多次力奏光绪皇帝实行变法。这次变法（史称戊戌变法），只历时 105 天，就被国家权力的实际掌控者慈禧太后打压下去，慈禧临朝训政，囚禁光绪，捕拿维新派，杀“六君子”^④，百日维新遂告失败。

① 令人悲哀的是，与英国打了几年仗的道光皇帝，竟然不知道英国是什么国家，位于何方，照样歌舞升平。倒是林则徐、魏源等人提出了“师夷之长技以制夷”的对策，由此揭开了中国现代化/近代化的序幕。参见张海鹏：《中国近代通史》（第 1 卷），江苏人民出版社 2006 年版，第 142 页。

② 参见虞和平、谢放：《中国近代通史》（第 3 卷），江苏人民出版社 2007 年版，第 34 页。

③ 梁启超：《戊戌政变记》，载《饮冰室合集》（专集之一），中华书局 1989 年版，第 1 页。转引自马勇：《中国近代通史》（第 4 卷），江苏人民出版社 2006 年版，第 57 页。

④ 史称“戊戌六君子”，被慈禧处死。他们是：康广仁、杨深秀、谭嗣同、林旭、杨锐、刘光第。

20 世纪的到来，并没有给清王朝带来新世纪、新气象。1900 年（农历庚子年）义和团运动的发展与八国联军的疯狂入侵，使清王朝的统治陷入风雨飘摇之中。如何救亡图存，这个问题严峻地摆在国人面前。清政府面临生死存亡的局面。在这样的形势下，清朝统治阶级内部的有识之士也在疾呼：“欲救中国残局，惟有变西法一策”。^① 慈禧太后于 1901 年以清政府的名义下诏变法，被迫宣布实行新政，史称“清末新政”。^② 清末新政是中国法制现代化的进程第一次正式被政府所主导，也是中国现代化的历史进程由文化的物质层面转向制度层面的开端。它表明中国现代化运动的文化发展与历史推进，由此也拉开了中国法制现代化的序幕。然而，清政府“制宪”也好，“修律”也罢，这种旨在维护帝制的新政，对于处于内忧外患、病入膏肓的清政府而言，已经算不上一剂良药。结束中国的封建帝制，已经成为不可阻挡的历史潮流。以孙中山为代表的资产阶级民主派发动的辛亥革命也就成为历史的必然。

1911 年的辛亥革命，结束了中国两千多年的帝制，但是帝制的结束，并未使中国走上民主共和的道路。这是因为与中国两千多年帝制相适应的中国传统法律文化，自身缺乏民主法治的传统，这就必然导致从西方克隆来的“共和”体制与中国固有的法律文化发生激烈的冲撞。1912 年袁世凯就任中华民国临时大总统，国家政权落入以袁世凯为首的北洋军阀手中，在没有现代法治精神的社会条件下，中国剩下的仅仅是“一块共和国的招牌，封建专制的实质与此前相较有过之而无不及。”^③ 但是，袁世凯还觉得当总统总是不如当皇帝来的“爽”，因此在他“通过政治与军事的方式确立其统治地位以后，废除共和改行帝制，过一把专权独断的皇帝瘾，成

① 张之洞：《致西安鹿尚书》，载苑书义等主编《张之洞全集》（第 10 册），河北人民出版社 1998 年版，第 8527 页。

② “清末新政”是指 20 世纪初年清政府在其统治的最后十年进行的包括法律改革在内的各项改革的总称，具体内容涉及经济、政治、军事、文化教育与社会生活的各个领域，其目的旨在维护清王朝的统治，但是客观上推动了中国社会从传统向现代的转型。清末新政也是中国法制现代化的历史开端。

③ 张海鹏、李细珠：《中国近代通史》（第 5 卷），江苏人民出版社 2006 年版，第 529 页。