

此项目研究受国家青年社科基金资助

中西法律文化通论

何勤华 郝铁川 程维荣 戴永盛

HE QIN HUA

HAO TIE CHUAN

CHENG WEI RONG

DAI YONG SHENG



复旦大学出版社
FU DAN DA XUE CHU BAN SHE

此项研究受国家青年社会科学基金资助

中西法律文化通论

何勤华 郝铁川 程维荣 戴永盛

复旦大学出版社

(沪)新登字202号

内 容 提 要

本书将中国的法制建设和法学研究置于世界法律文明发展的大格局中考察,依照社会主义市场经济对法律文化格局与秩序的要求,从文化学的角度,较为系统地比较研究了中西宪法、行政法、民法、婚姻家庭法、刑法、诉讼法诸法在制度和观念等方面的差异,并在此基础上,就中国法制现代化和建构现代法律文化等问题进行了探讨。

责任编辑:张永彬

中西法律文化通论

何勤华等编著

复旦大学出版社出版发行

(上海国权路579号)

上海第二教育学院印刷厂印刷

开本787×1092 1/2 印张 10.75 字数270,000

1994年12月第1版 1994年12月第1次印刷

印数1—1,000

ISBN7—309—01338—7/D·90

定价:7.00元

目 录

第一章 绪论	(1)
第一节 在“知彼”中“知己”	(3)
第二节 市场经济呼唤法律文化的更新.....	(9)
第三节 中国法律文化的改造与重建是中西法律 文化比较研究的根本任务.....	(13)
第二章 宪法文化	(19)
第一节 宪法基本观念.....	(26)
第二节 国家政体观.....	(35)
第三节 国家结构观.....	(46)
第四节 公民权利与义务观.....	(62)
第五节 中国宪政发展的若干思考.....	(67)
第三章 行政法文化	(84)
第一节 行政法基本观念.....	(87)
第二节 行政执法观.....	(93)
第三节 行政行为观.....	(99)
第四节 行政责任与行政赔偿观.....	(101)
第五节 行政诉讼观.....	(105)
第四章 民法文化	(109)
第一节 民事权利观.....	(109)
第二节 契约观.....	(125)
第三节 证券交易观.....	(137)

第四节	民事责任观·····	(149)
第五章	婚姻家庭法文化·····	(164)
第一节	结婚观·····	(165)
第二节	离婚观·····	(191)
第三节	夫妻观·····	(212)
第四节	亲子观·····	(227)
第六章	刑法文化·····	(245)
第一节	犯罪观·····	(245)
第二节	刑罚观·····	(260)
第三节	罪刑观·····	(275)
第七章	诉讼法文化·····	(288)
第一节	诉讼观·····	(288)
第二节	辩护观·····	(300)
第八章	中国法制现代化中的若干问题探讨·····	(314)
第一节	法的民族性与法制现代化·····	(315)
第二节	中国法制现代化的主要途径·····	(318)
第三节	中国法制现代化的主要内容·····	(328)
后记	·····	(339)

第一章 绪 论

近代著名学者梁启超在民国初年曾发表过一篇《中国史叙论》，从民族文化交流的角度，将中国史划分为中国的中国、亚洲的中国及世界的中国三个发展阶段。“自黄帝以迄秦之一统，是为中国之中国，即中国民族自发达、自竞争、自团结之时代也”；“自秦一统后至清代乾隆之末年，是为亚洲之中国，即中国民族与亚洲各民族交涉繁颐竞争最烈之时代也。又中央集权之制度日就完整，君主专制政体全盛之时代也”；“自乾隆末年以至于今日，是为世界之中国，即中国民族合同全亚洲民族，与西人交涉竞争之时代也。又君主专制政体渐就湮灭，而数千年来经发达之国民立宪政体，将嬗代兴起之时代也”^①。梁氏的这种分期，以民族文化间的交流为着眼点，阐明中国历史实乃炎黄子孙与异族、异邦之文化不断交流、扩大的历史，虽然这种历史分期方法不同于马克思主义的社会形态划分方法，但毕竟从一个角度描述了中国历史发展的轨迹，启发我们以开放的眼光来审视中华民族所走过的路程。

现在的大学历史系都开设有“世界史”课程，然而真正的世界史只是在近代资本主义问世后才形成的。此前，由于自给自足的自然经济占主导地位，世界各地缺乏密切的经济

^①《饮冰室文集》卷三十四。

联系，甚或“鸡犬之声相闻，老死不相往来”的事情都难以避免。因此，从严格意义上来说，那时只有地区史、国别史，而未有真正的世界一体化的历史。但是，到了近代，情况则与过去大不相同了。正如马克思、恩格斯在《共产党宣言》中所指出的那样：“资产阶级由于开拓了世界市场，使一切国家的生产和消费都成为世界性的了。……过去那种地方的和民族的自给自足和闭关自守状态，被各民族的各方面的互相往来和各方面的互相依赖所代替了。物质的生产是如此，精神的生产也是如此。各民族的精神产品成了公共的财产。民族的片面性和局限性日益成为不可能，于是由许多种民族的和地方的文学形成了一种世界的文学”；“资产阶级日甚一日地消灭生产资料、财产和人口的分散状态。它使人口密集起来，使生产资料集中起来，使财产聚集在少数人的手里。由此必然产生的后果就是政治的集中。各自独立的、几乎只有同盟关系的、各有不同的利益、不同法律、不同政府、不同关税的各个地区现在已经结合为一个拥有统一的政府、统一的法律、统一的民族阶级利益和统一的关税的国家了。”^①

然而，在中国近代，人们对这一历史发展趋势的认识是非常不自觉的，不知道为此付出了多少辛酸的眼泪，闹出了多少啼笑皆非的事情，牺牲了多少旺盛的生命。历史的悲喜剧总是弄人不尽，今天的中国人终于意识到了中国只是世界不可分割的一部分，在人类缔造的文明中，中国文化只不过占了一席之地而已。如今的世界在急剧地缩小，人类各民族文明之间的交汇，势必融合成一个共同的人类文明，“海内存知

^①《马克思恩格斯选集》第二卷第254、255页。

己，天涯若比邻”已不再是诗人的比喻，而是真切的写照。我们已经和世界各个民族、各个国家共同生活在一个“地球村”，发达的通讯设备已足以使“秀才不出门，便知天下事”。

因此，今天当我们进行法制现代化建设和法学研究时，就不能把视野仅仅局限于中国一隅。“知己知彼”方能“百战不殆”，如果不把中国的法制建设置于世界法律文明发展的大格局中考察，不与国际接轨，那必定会坐井观天，贻笑异邦。

第一节 在“知彼”中“知己”

古人云“知己知彼，百战不殆”，知己和知彼是相互联系、不可分割的。不知己，难知彼；反过来，不知彼，也难知己。因此，一个国家绝不能闭关锁国，一个民族绝不能孤立生存。中国近代的历史从一个角度来看，就是了解、借鉴西方进而为洋为中用的历史。了解、借鉴西方，必须是系统、全面的了解，不能一知半解，否则就不能正确地借鉴，就不能认识自己的长处和短处。因此，我们既要完整、准确地掌握马克思主义关于法律文化的基本理论，同时也要完整、准确地理解西方非马克思主义的法律文化学说；既要了解中国的国情，又要了解西方的国情。不了解西方的国情，也就难以把握中国的国情。过去我们不赞成“言必称希腊”，其实，没有西方作参照系，就难以认识中国的国情。英国人能够推出多卷本的中国通史著作，而我们呢？只是参考前苏联编撰的《世界通史》。如果不能完整、准确地掌握西方文化，就容易产生夜郎自大的思想，就容易从狭隘的民族主义意识出发，将西方文化中的精华拒之于门外，这里以章太炎为例说明之。

章太炎在中国近代是一个极具个性的思想家。首先，他不是坐而论道、怯于行动的书生，“考其生平，以大勋章作扇坠，临总统府之门，大诟袁世凯的包藏祸心者，并世无第二人；七被追捕，三入牢狱，而革命之志终不屈挠者，并世亦无第二人，这才是先哲的精神、后生的楷模”^①。其次，章太炎以其深厚的国学根底，将他所掌握、理解的西方资产阶级政治法律学说，用古色古香的中国语言文字形式表达出来，这是当时满脑袋封建文化的知识分子心向往之却只能望洋兴叹的，也是革命大众欢迎他、尊重他的重要原因。

但是，不必“为贤者讳”。章太炎也有着如同其优点那样明显的缺点，他对西方资产阶级法律学说的了解是相当浮浅、片面的，对中国传统乃至近代政治的把握也是表层的、感情多于理智的，在全面、准确理解西方法律文化方面，他不如严复，在正确分析中国近代政治法律症结方面，他赶不上孙中山。原因何在呢？通读章氏著作，不难看出，对西方政治法律学说一知半解是其落后于严复、孙中山的重要原因。例如，在国家政体问题上，他开始主张实行立法、行政、司法、教育四权分立的政治体制，后来又主张立法、行政、司法、教育、纠察五权分立。从四权分立到五权分立，表明章太炎力图改变封建社会一切权力归于皇帝的专制制度。为此，他引进了西方资产阶级的分权与制衡学说。但是，细加探究，即可看出，章太炎注重于分权，而粗疏于制衡。分权与制衡相互依存，密不可分。分权是制衡的前提，制衡是分权的归宿。在章太炎那里，虽有四权或五权的分立，但他

^①鲁迅：《关于太炎先生二三事》。

们之间的相互制衡关系却不十分明显。例如，教育权的独立，究竟对其他权力有什么作用？谁来制约司法权？章太炎注意了分权，而忽略了制衡。这说明他未得西方资产阶级分权学说之真谛。

在代议制问题上，章太炎始终持反对态度。其主要理由是：第一，西方资本主义国家代议制弊端丛生，有害无益。他认为，议会制与多党制相联，大多数议员都由政党作后盾。因此反映的只是某一政党的要求，而不是全体人民的要求。议员竞选需要活动经费，只有那些豪富之家才具有这笔金钱。所以议员大都属于资本家或资本家的代表。富豪们为了自己的私利，贿赂议员、让议员充当他们的代言人。所以，议院是“受贿之奸府”。美国的议员“在乡里有私罪不得举告，其尊与帝国之君相似”。中国好不容易才取消了皇帝制度，假如实行代议制度，岂不是容忍出现“数十百议皇耶？”^①。第二，中国近代社会距离西周“封建”时期已相当遥远。章太炎认为代议制是西欧中世纪“封建之变形”，“非承封建末流弗能”建立。中国西周的“封建”与西欧中世纪“封建”相类。章氏说，一个国家是否适宜代议制，要看距离“封建”时代的远近。距离近则适合，反之则否。原因是代议制中有上院、下院之分。上院是贵族院，系从“封建”时期各级贵族等级制度演变而来。“去封建远者，民皆平等，去封建近者，民有贵族黎庶之分”。中国西周存在着宗法等级贵族，秦汉以降则不复存在。因此，中国近代不承“封建末流”，没有条件实行代议制。第三，中国地域辽

①《章太炎政论选集》上册，第385页。

阔，不适合实行代议制。章氏认为，版土面积小的国家适宜搞代议制，版土面积大的国家则不适合。他说，在中国实行普选，按人口比例选举议员，则会产生三千多议员，这样多的人在一起开会时，单是咳嗽、喷嚏声就会压倒发言者的声音。

从章太炎所列举的上述否定代议制的理由来看，章氏对代议制的基本常识未必尽懂。代议制并不是“非承封建末流弗能”，美国的代议制不就是一个很好的例证吗？代议制亦不是适用于版土面积小的国家，而恰巧是适用于版土面积大的国家，面积小的国家可实行直接民主制。至于说在中国按人口选举议员，会导致议员数目多，开会时单是咳嗽、打喷嚏的声音就会压倒发言者的声音，更令人发笑，难道章氏连近代先进的音响设备都不知道吗？章太炎担心议员变成“议皇”，“议皇”贪污、受贿、专制，固然有其合理性，但也表现出他对西方民主制度缺乏全面的了解。资产阶级民主制度包括公民选举、罢免、创制、复决四大内容。其中罢免权正是为了防止“议皇”的出现，第一次世界大战后已成为较为普遍的制度；创制权和复决权是为了防止议会专横而设立的。不管代议制有多少弊端，但它总比封建专制略胜一筹吧！而章太炎却说什么“代议政体，必不如专制为善”^①。

西方近代以来的国家政治秩序之所以比较稳定，重要原因之一，是军队实行了国家化原则，即军队不沦为一党一派之武装。章太炎不谙此理，在国家结构形式问题上，一会儿主张联邦制以遏制中央军阀，一会儿又主张单一制以遏制地

^①《章太炎政论选集》上册，第461页。

方军阀。但结果却是事与愿违，“中央君主之制既去，而地方君主之制又兴”^①。

章太炎为什么在单一制和联邦制问题上反反复复？原因是复杂的。但从根本上说，章太炎对封建军阀缺乏足够的、一贯的认识。不消灭封建军阀，单一制会造成像袁世凯那样的军阀独裁；联邦制则会造成无数个大小军阀、土皇帝的割据称雄。

要么是军队国家化，不为某一政客所操纵；要么是依靠工农大众消灭封建军阀。前者在西方逐渐成为制度，在中国近代却行不通；后者是中国近代化所必须采取的手段。然而，章太炎不管是对前者，还是对后者，都没有论及。或没有大论特论。这表明章太炎并没有真切把握住中国的国情。

章太炎未能真切地把握中国的国情，是因为他对西方近代的政治法律制度缺乏真切的了解。而章太炎对西方近代政治法律文化之所以一知半解、不求甚解，决非偶然。探本究源，是封建小农经济带来的狭隘心理模糊了他的双眼。

章太炎的思想潜伏着一个很大的矛盾，即他在政治上是坚决反对封建专制制度的，是向往资产阶级民主法制的。但在经济上，他却对资本主义生产方式怀有极大的疑惧，甚至排斥，而对封建小农经济恋恋不舍。他不仅主张“均配土田”（这是封建小农平均主义意识）。还要“均配”矿山、工厂、银行，故意要阻碍资本主义的发展，他以封建社会一贯之的“重农抑商”理论，一再强调要打击、困辱商人，

^①章太炎：《对于时局之意见书》，北京图书馆藏。

甚至荒唐到反对一切近代资本主义生产力的地步。例如，他说：“电车只以商人增利，于民事无益毫毛”，“欲事气机，必先穿求石炭，而人所需，本不在此。与其自苦于地窟之中。以求后乐，曷若樵苏耕获，鼓腹而游矣”^①。他根据职业，将社会成员的道德水准分为十六个等级，农民道德最高，工人在其下。

由于他留恋封建小农经济模式，所以他有意无意地接受了一些农民的落后意识。如平均主义，固步自封，盲目排外，重经验、轻知识。他认为“知识愈进、权位愈申，则离于道德愈远”^②。“学界中人，不如会党，会党中人，不如强盗”^③，把知识、知识分子贬得还不如黑帮、强盗。最后走上了拒绝学习借鉴资本主义文化的地步。章太炎认为“朴学之士多贪、理学之士多诈、文学之士多淫。至外学则并包而有之”^④。他认为，“欧美固非就学之地”、“今妄遣十百少年。雉兔相随，斯有百害无一利也。”^⑤

章太炎试图利用传统文化来进行变革，但最终不是他利用了传统，而是传统利用了他；章太炎剪下了长辫，但并未割断他与封建主义的所有关系！他既未“知己”（正确把握中国国情），又未“知彼”（系统了解西方文化），焉能“百战不殆”！

章太炎留给我们的，不仅仅是一笔丰富的学术遗产，更多的是：一个革命理论家的失误与悲剧！因此，欲想“知

①《四惑论》。

②③④⑤《章太炎政论选集》上册，第318、328、316、476页。

己”，必须“知彼”，知彼方能知己，在知彼中知己，在开放中认识中国。如此而已，岂有它哉！

第二节 市场经济呼唤法律文化的更新

改革开放以来，中国的法律制度发生了较大的变化。但是，人们同时也看到，改革开放以来中国所发生的法制变革大多只停留在社会的表层，主要是制度层面。而在社会观念的深层，传统的法律至今仍然时时闪现。因此，我们不应再仅仅专注于某一项具体的法律设计，而更要关心作为整体的法律文化格局与秩序的形成，自觉地把每一项具体的法律设计放入这种整体性的格局中去考察和评判，并且寄希望于一种崭新的法律文化秩序的建立。

观念与制度的脱节，是当前中国法制建设中的一个突出问题。陈旧的落后观念严重地阻碍了“法治国”目标的实现，使得我们的社会生活出现了不容忽视的种种弊端：

中国是一个“人治”、“德治”历史传统悠久的国家，与西方悠久的“法律至上”的法治传统大相径庭。因此，长期以来中国习惯用长官意志来解决社会问题，而忽视用法律来调整社会关系。现在虽已无人公开否定法治的必要性，但观念深层里仍然潜藏着法律虚无主义的阴魂。例如，不少人反对立法超前，要求法律被动地滞后于社会经济、政治的发展。对于西方发展市场经济而行之有效的一些法律、法规，亦采取拒之门外的态度，致使我国的市场经济缺乏足够的法律调整，而呈现出某种“权力经济”的色彩，有些学者径直地称之为“病态经济”。病在何处？其实

就是缺乏法律调整，长官意志仍然在起着某种遥控作用。

中国传统文化中一个很大的缺陷就是泛道德主义，将道德意识越位扩张，逼迫政治、经济、法律等学科丧失自己的本性，统变为服役于道德和表述道德的工具。如果说西方中世纪一切学科都沦为神学的婢女，那么中国封建社会各方面的文化思想与制度则都沦为道德的丫环。在泛道德主义的笼罩下，人们产生了浓厚的法律装潢意识，即制定法律的根本目的并不是为了真正地实施，而是将其作为一种政治装饰品，作为“人治”的附属物。在中国封建社会，法典的颁布并不完全出于司法操作的考虑，而更主要的是为了体现本王朝的合理性和有效性，法律的存在证明王朝的存在，至于司法操作上的需要，则主要通过皇帝的敕令和行政机关的指示来承担。这种“明修栈道，暗渡陈仓”式的法律装潢意识使得当今大量法律得不到有效实施，长官意志时常作怪，许多有识之士高声疾呼：“有法不依比无法可依更可怕！”

在传统的法律装潢意识的影响下，我国的立法工作以“宜粗不宜细”为指导原则，结果制定出来的法律条文，一是少得可怜，二是过于简单、模糊。例如，现行刑法分则规定可以适用罚金刑的条文有20条，但对罚金刑的数额幅度未作明确的规定，在司法实践中导致一些司法人员或者是对罚金刑弃置不用，或者是适用时畸轻畸重。由于我国立法对行政部门的行政执法权的规定过于原则，自由裁量的余地较大，使得行政执法具有很大的随意性，引起了社会舆论的严重不满。当今世界各国法律发展的趋势是条文由少到多，日益完备，中国“宜粗不宜细”的立法方针显然与

此不甚吻合。

依据“法治国”的要求，司法应依据“一元化”的原则。就是说，法官的判案只应依照现行有效的成文、不成文法律，而不依法律以外的任何准则。但古代的中国法官则不然。他们一向以能运用多重标准——情、理、礼、法——为骄傲，对斤斤计较于成文法条规定者相当鄙视。有人把这种现象称之为古时中国法律的“多元化”标准。毛泽东在《反对自由主义》中指出：“因为是熟人、同乡、同学、知心朋友、亲爱者、老同事、老部下，明知不对，也不同他们作原则上的争论，任其下去，求得和平和亲热。或者轻描淡写地说一顿，不作彻底解决，保持一团和气。结果是有害于团体，也有害于个人。”把这段话用来批评当前司法领域徇私枉法、违法不究的现象也是颇为合适的。传统的宗法、人情观念常常使大事化小，小事化了，而一些违法分子得以逍遥法外。

以上是陈旧观念在当前法制建设中反映出来的突出问题，贯穿其中的一根主线则是法律虚无主义。在中国，以法律至上为核心的法治观何以不能根深叶茂？已经生效的法律何以不能实行？原因是多方面的，但从文化的角度来看，它与中国传统的性善论、德治观、礼治观、人治观具有莫大的关系，它实实在在表现为一个文化问题。

然而，文化的问题并不能单纯用文化的方法来解决。正如马克思所说的那样：批判的武器代替不了武器的批判。从法学的角度来看，邓小平同志关于市场经济的理论对中国法制现代化具有划时代的意义，它使中国法制现代化有了赖以生存的基础。“皮之不存，毛将焉附？”如果没

有市场经济，还何谈法制现代化？法制现代化的实质就是建立与市场经济相适应的法律制度，市场经济就是法制经济。

市场经济需要什么样的法律文化？首先要搞清楚市场经济有何需求。概括言之，市场经济有四大需求。（一）独立的市场主体；（二）强有力的、高效率的，以组织培育市场为己任的政府；（三）先规则，后市场；（四）各类市场管理要素。中国传统的法律文化与市场经济的这四大需求是尖锐对立的。例如，企业具有依附性，不敢起诉政府；政府的一些行政行为具有随意性，不重视规则，实行长官意志；商业交往具有不平等性，金钱、权力、人际关系往往成为其决定性因素；解决经济纠纷具有非诉讼性特点，惯用传统的伦理调解。

各国建立在市场经济基础之上的法律文化虽有不同的特色，但其内核毫无例外都是相同的。它们包括：宪政意识，独立主体意识，平等意识，公民权利意识，政府义务本位意识。

民法是市场经济最根本的规则。因此，建立在市场经济之上的法律文化的内核，即是民法文化。其特征包括：一是主体平等观，必须将权力本位转变为权利本位；二是诚实信用观，不能有欺诈行为；三是法律至上观，首先是国家机关守法，其次是公民守法。

从法理的角度来看，市场经济所需要的法律文化，是一种法定权利与义务相一致的文化，它是市场经济主体平等、等价有偿两大基本特征的法律表现。它要求公民、法人和政府平等地享有权利和平等地履行义务，既不容许存在只享有