

东亚

法律·经济·文化

国际学术讨论会

论文集

南京大学中德经济法研究所法学丛书 第5辑

东 亚

法律·经济·文化国际学术讨论会

丁邦开 戴奎生 邵建东 主编

中国大百科全书出版社

(京)新登字 187 号

责任编辑:孟 军

封面设计:张 帆

**东亚法律·经济·文化
国际学术讨论会论文集**

丁邦开 戴奎生 邵建东 主编

出版发行:中国大百科全书出版社

(北京阜成门北大街 17 号)

印 刷:江苏丹阳新华印刷厂

开 本:850×1168 1/32

印 张:18

字 数:450 千字

版 次:1993 年 8 月第 1 版

印 次:1993 年 8 月第 1 次

ISBN 7-5000-5342-8/F·12

定 价:(精) 38 元
(平) 28 元

前 言

这本论文集所收集的文章,是参加“东亚法律·经济·文化国际学术讨论会”的中外代表向大会提交的论文。“东亚法律·经济·文化国际学术讨论会”于1992年10月7日至9日在南京金陵饭店召开,出席会议的中外代表共62人,其中国外代表22人,国内代表40人。大会共收到48篇论文。

这次国际学术讨论会由南京大学中德经济法研究所主办,德国康拉德·阿登纳基金会为会议的召开提供了全部资助。会议开得十分成功,在国内外得到了良好的反应。在这里,我们代表南京大学中德经济法研究所,向全体与会学者和工作人员表示衷心的感谢。

此次会议主要对东亚的法律与文化、东亚的法律与社会发展、东西方法律交流以及东亚的法律与经济展开讨论。这本论文集就是按照这个顺序编排的。需要指出的是,由于论文作者来自不同国家,因此他们对有关问题的看法和观点也各不相同,有时甚至有很大差异。在大会上,学者们曾对某些问题展开热烈的讨论。讨论自始至终都是在友好的气氛中进行的,代表们各抒己见,互相尊重,不仅促进了中外学术交流,而且增进了彼此的了解和友谊。本着这一精神,我们在编选这一论文集时,充分尊重每个作者的学术观点,以使该论文集成为中外学者进行学术交流的象征。

本论文集由丁邦开、戴奎生和邵建东主要承担了编辑整理工作,其中外国学者论文的翻译和编辑,由邵建东具体负责。

最后，我们要特别感谢中德法学家联合会副主席、哥廷根大学法律系教授、中德经济法研究所德方所长布劳洛克博士(Prof. Dr. Uwe Blaurock)。这次国际学术讨论会的顺利召开以及论文集的出版，是与布劳洛克先生在组织工作上的密切合作和出版经费上的不懈努力分不开的。

目 录

前言

二十世纪东亚的社会哲学观点及其与现代法律文化的发展	罗·特劳蔡特尔 (德国波恩大学)(1)
论礼与中国的传统法律	王 超 (中国南京大学)(12)
东亚的法律文化与经济生活	奥·魏格尔 (德国汉堡东亚研究所)(24)
从中西传统法律文化比较看中国法制现代化的前景	曲可伸 (中国南京大学)(29)
传统与现代性:中国法制现代化的历史逻辑	公丕祥 (中国南京师范大学)(54)
中国法律体系概要	彭 德 (加拿大不列颠哥伦比亚大学)(68)
论集体权利与个人权利	郭道晖 (中国《中国法学》杂志社)(84)
法律在社会发展中的地位和作用	刘 瀚 (中国社会科学院法学研究所)(99)
中国社会的发展与法律科学	余先予 (中国宁波大学)(108)
论法律对利益群体关系的调整	杨海坤 (中国苏州大学)(119)

权力制约——一条重要的政治规律

..... 傅兆龙 (中国江苏社会科学院)(129)

论非常规条件下的政治运行

..... 严 强 (中国南京大学)(140)

宪法与经济体制改革

..... 王士如 (中国山西大学)(151)

论中国妇女权利的宪法保障

..... 田 军 (中国南京大学)(161)

中国残疾人的权益保障

..... 刘翠霄 (中国《法学研究》杂志社)(174)

人权的理论和实践

..... 林仁栋 (中国南京大学)(187)

人权在西欧的发展和保护

..... 卢·贝恩哈特 (德国海德堡外国公法国际法研究所)(198)

人权在日本——观念·功能·解释

..... 荷·雍巴尔特 (日本上智大学)(205)

人权在韩国

..... 金日秀 (韩国高丽大学)(219)

不同人权观交叉火力之下的香港人权法案

..... 戴大为 (香港中文大学)(228)

价值宽容主义与东亚社会经济改革和法文化发展

..... 杜钢建 (中国人民大学)(242)

西方法律的接受对韩国法律文化中社会关系的影响

..... 崔钟库 (韩国汉城大学)(254)

欧洲法在日本的接受与日本化

..... 多田利隆 (日本北九州大大学)(265)

中国与英美法律文化演进比较

..... 罗·贝林 (美国加州大学)

..... 信春鹰 (中国社会科学院法学研究所)(272)

中国历史上几次经济立法活动的经验与教训

..... 钱大群 (中国南京大学)(281)

发展经济必须改革,推动改革必须以法制为先导

..... 袁永亮 (中国江苏省司法厅)(293)

论法律在经济领域中的功能

..... 刘兆兴 (中国社会科学院法学研究所)(302)

通过法律改革促进经济发展的可能性

..... 张里安 (中国武汉大学)(312)

中国民法:现状·民法典的制定

..... 梁慧星 (中国社会科学院法学研究所)(320)

民法与商品经济发展

..... 马俊驹 (中国武汉大学)(332)

名誉侵害的认定标准

..... 王利明 (中国人民大学)(344)

中国捐助型单位立法刍议

..... 张 淳 (中国南京大学)(356)

韩国对民事纠纷的调解

..... 黄迪仁 (韩国汉城大学)(367)

从群体侵权案的争议解决看群体权利问题

..... 北川善太郎 (日本京都大学)(385)

东亚国家调解纠纷的手段

..... 罗·豪依塞尔 (德国科隆大学)(396)

论中国市场竞争对法律规则的需求

..... 王保树 (中国社会科学院法学研究所)(414)

论科技成果转化生产力的法律保障和促进机制	李昌麒 (中国西南政法学院)(427)
关于科技法制建设的探讨	丁邦开 (中国南京大学)(439)
中国三资企业现状探析	李乾亨 (中国南京大学)(450)
中国股份制立法的若干基本问题	吴建斌 (中国南京大学)(460)
外商投资企业劳务管理中的国际惯例	孙南申 (中国南京大学)(472)
论有约必守原则在国际经济法中的正确运用	陈 安 (中国厦门大学)(485)
西方国家和中国的消费者问题及立法	戴奎生 (中国南京大学)(499)
西方反倾销法的新趋向及其对我国外贸的影响	陈立虎 (中国南京大学)(509)
中欧贸易与欧共体反倾销法	范 健 (中国南京大学)(520)
德国的卡特尔与卡特尔立法	邵建东 (中国南京大学)(531)
中国涉外、涉港澳经济审判的几个问题	宋保林 (中国江苏省高级人民法院)(541)
香港转口贸易中的法律问题	张肇群 (中国南京大学)(551)

二十世纪东亚的社会哲学观 及其与现代法律文化发展的关系

罗·特劳蔡特尔

(德国波恩大学汉学研究所教授)

—

我的论述是从以下命题为出发点的：

传统社会，如中国和日本，要实现现代化，其重要的条件之一，是必须实现传统法律文化的现代化。

这一命题的可能性(亦即其学术意义)是从两个事实中得出来的：第一，在产生了两次工业革命的欧洲和北美洲的经济发展中，相对独立的司法制度起了非常重要的作用。没有实定的民法和广泛的律师阶层，私人投资者就得不到他们所需要的法律保护，他们承担经济风险的决心必然就会受到抑制。第二，东亚国家的现代化是在西方列强的推动和持续的影响下进行的，这种影响主要是经济上和政治上的，也有一部分是军事上的。这就意味着，由此而日益加强的东西方之间的相互影响在法律的基本范畴方面，是由西方法律模式确定的。

法律的制定本身并不是现代社会的发明，也不是现代性的标志；至少中国古代后期所制定的法律并不体现这种现代性的形式。^[1]现代社会的特征首先是制定实定法的领域的扩大，并且在这一扩展过程中，原有的司法形式得到了重新组合。换言之，似

乎有迹象表明，法律文化的某些形式，与其说是现代化发展的结果，毋宁说是其发展的前提和条件。因此，在工业革命的起点上，必须存在一个至少是部分独立的法律制度，而当时的中国就缺乏这种制度。中国的专制权力不允许产生一个独立意义上的法律制度；它对于法律的适用无需作出论证，而只需凭藉专制的政治和社会结构来强制实施这些法律。在这样一种体制下，广泛适用的习惯法明显地要比实定法更有利于当权者的统治。

在这里，有必要对一个问题作出清楚的解释：现代（以及现代化）仅仅是一个相对的概念，因此对这些概念不能也不应该作出价值判断。对于西方的历史学者或者社会科学研究者来说，衡量一个社会的现代性，只应以这个社会的各项制度所表现出来的相互联系和协作的整体性程度作为标准。尽管如此，他们还必须看到，他们难免会以西方主要国家和社会作为其评判的标准。

现在我想从狭义的角度来论述我的题目。不过这样我的题目还是过于宽泛，因此我先得说明一下我在下面将要谈及的几个方面。我将探讨 20 世纪上半叶中国具有代表性的社会哲学观点，研究这些观点的代表人物是如何构想国家与社会的关系的，是国家应凌驾于社会之上，抑或相反而社会应凌驾于国家之上；另外，国家是否应设立某些至少在形式上独立的机构；如果设立这种机构是一种应该实现的理想，那么，人们就不会去追求直接达成的公正，而应先建立一种在形式上制度化的法律秩序，用以规定那些应予规范和遵守的法律途径。这种模式与国家相关，而另一种模式则与社会相关。

对于中国的发展来说，孙中山的社会哲学观起到了关键的作用，无论是对国民党，还是对毛泽东的社会主义都是如此。

二

对于孙中山当时所处的祖国中国的状况，有必要作几点说

明。以下所列几点就是中国自 19 世纪中叶以来的形势的特征：

1. 中国对国际关系日益依赖；
2. 工业生产仅有相对的发展；
3. 国民收入的分配范围同以前相比有所扩大；
4. 行政机构不断细致化和专业化；
5. 教育机构日益增多；
6. 为政治参与而斗争的社会政治运动不断壮大。^[2]

从中国的整体形势中，我认为可以发现一个问题，这一点对 20 世纪以后的所有理论家和实践家都具有决定性的意义，这就是：在当时以及迄今为止的中国历史中，经济和法律制度被融合于社会之中。而在当时处于相同的基本关系中的西方主要国家，现代资本主义发展的条件开始形成，新的市场机制以及整个经济制度开始凌驾于社会制度和政治制度之上，也就是说社会融合于经济制度之中^[3]，其发展与中国正好相反。孙中山和他的同仁们，甚至他后来的敌人，都坚定地认为，社会应当保持其主导地位，亦即政治和社会制度必须对经济和法律起主导作用。我们看到，社会制度仿佛就等同于自然，经济领域中的不断自主独立会引发恐慌。梁启超曾在《新民丛报》（第三期第六号）的一篇文章中警告人们要防止外来资本的大量涌入所造成的后果，同时他也表达了对现代资本主义经济机器的恐惧。他认为，在过去，全体人民都一直是有事可做的，人民虽然贫困，但是“丧失工作一般都出于自身的原因”；而在西方，人们丧失工作很少是因为自己的过错，而多由于一种“普遍的窘境”。这种无法再由个人或人群体来控制的整体经济是一种骇人的怪物，而与此相比，古老的父权制度虽然对经济发展的作用是阻抑甚于促进，但却更具人性。中国形形色色的社会主义思潮都同样怀有这种恐惧，因此也都构想了各种预防性战略，以保证社会对经济生活的控制。孙中山在他关于新的社会制度的思想中，也遵循了这条路线。他提出的“三民主义”是以人民、社会和国家的统一思想为出发点的。三民主义的第一条

“民族主义”^[4]，是以生物学上的人种因素为基础的，中国应成为“唯一的单一人种的国家”^[5]。在孙中山的国家学说中，国家是等同于一个内部统一的民族的。不过，孙中山也认识到，民族和国家是两个不同的实体，前者是生物意义上的实体，后者是社会的，是作为一个大群体内的权力产物。

孙中山在他的论述中明显地使用了社会达尔文主义的术语。大概这是对西方列强威胁的一种反应。对于我的题目来说，有一点是具有启发意义的，那就是：统一中国人民的意志加强了一种统一思想的形成，这种统一思想把传统的儒家关于社会和谐思想转变成一种现代形式的大同概念。在这种大同社会里，个人的自由领域被禁锢了，而这一点与过去的传统社会并无二致。孙中山希望新中国是一个“大的民族体”^[6]。这在表面上使人联想起19世纪法国民族主义的某些口号，不过它还不能说明涉及到这种民族国家内在结构的任何东西。

因此，我们应该探讨一下三民主义的第二条原则，即孙中山所称的“民权主义”。在民权主义上，三民主义的传统性体现得非常清楚。孙中山明确不主张实现代表制民主这种国家形式。他的目标不是要实现个人的自由，而是中国民族的自由。根据我们所熟悉的历史经验和传统，如果自由原则只是少数几个人滥用其自由的出发点，那么这样的自由原则只能在有限的范围内运行。这也就是说，自由只能在形式上被确定为平等地利用机会的自由，即在一个其效力基于大多数人在政治和社会上一致意见的法律制度内利用机会的自由。当然，这样一个自由概念有利于经济上的强者，而正是这一点对孙中山以及所有中国社会主义者来说是不可接受的。孙中山以及中国社会主义者们的理想是建立一种“完全的民主”。然而，正是这种理想显示出它的空想性，孙中山及其他人因此没有能够指出一条实现这种理想的具体道路。这种理想首先缺乏一个基本条件，即缺乏某种建国学说。同整个儒家传统一样，对孙中山来说，由某种机构充当中介的原则是可疑的。但是，

所有符合现代社会高度社会分工的政治代表形式，无一例外都是各种中介机构。要保证这些中介机构正常运行，就必须建立一个发达的、实定的法律制度。这说明，形式上的合理原则被引入了政治中去。历史的发展表明，要实现政治上的合理性，就必须建立一个相应的行政法律制度。

为了阐明这一点，我想提一下弗里德利希·尤利乌斯·施塔尔(Friedrich Julius Stahl, 1802—1861)。他在其代表作《法的哲学》中也发现并确定了法治国家的界限，即“道德观念”只能以法律领域内的间接途径才能实现，因此在法治国家的制度中无法强制实现它们。我希望，这个有关欧洲法律传统的简短的引语不会被视作离题，而应当作为对照，使孙中山的设想更加清晰。尽管如此，在这个政治世界中，“直接民主”原则对于那些人口较少的共和国来说，仍然是最合适的制度。此外我们不应忽视，“直接民主”原则与一种建立在人类天性善良的观念之上的——明示的或默示的——道德学说是紧密相联的，这一点既适用于儒家学说，也适用于孙中山的学说。

第三个原则“民生主义”试图设计出一个从属于“大同”目标的经济制度。在这种经济制度下应当采取的防范措施，同上面所引的梁启超的言论一样出于同样的担忧。^[7]但是孙中山错误地估计了中国农民的实际情况，维持一个精英阶层对全体民众的监护的传统在他的思想中还是太根深蒂固了。他也并没有意识到他的这一传统思想与他完全民主的理想之间存在着矛盾。对本文来说，重要的是确定这样一个基本观点，即无论从这两种相互对立的基本态度的何种出发，都不能建立一个现代化的法律制度！

孙中山在他最重要的著作五权宪法中所表达的思想，最能清楚地说明他的政治应当高于经济和法律的观点。他在1921年对国民党干部的一次讲话中阐述了他的理论。^[8]他说，他的学说同西方的三权分立(立法、行政和司法)不同，在三权之外还设有两权，即掌握国家教育事业的考试权和应由监察官员行使的旨在预防腐

败的监察权。我们一眼就可以看出，这一五权制度脱胎于儒家的精英统治、官吏阶层应受到监督的思想，它是以极权的方式保障政治领导层的统一，以利于人民的统一。归根结蒂，这是传统的集体责任制度在政治精英阶层上的重新构建。后来，在孙中山逝世以后，南京国民政府于1928年发布了一个法律，规定国民党的机关为国家最高机关。这个法律经1931年修订后一直适用到1947年。是年，根据孙中山的五权学说颁布了一部新宪法，但这部宪法在中国大陆只存在到1949年国民党失败为止。

在孙中山的同仁中，胡汉民(1879—1936)对社会主义具有一种与孙中山不同的理解。但他的观点也不能完全自圆其说。他一方面清楚地认识到中国的社会制度还远远没有摆脱传统家族制度的束缚；他在1920年写道，虽然中国的家族正在随着经济发展而进步，传统的家法家规也已不再存在，但中国社会“始终没有完全摆脱旧式大家族的伦理道德”^[9]。而在另一方面，他置这一认识于不顾，要求人民群众承担直接的政治责任，而人民群众的教育程度和精神气质却根本无法达到这种要求。^[10]胡汉民同孙中山一样，对代表制民主制度充满了厌恶感。

朱执信(1885—1920)对代表制民主制度也充满了厌恶感。换言之，在“直接民权”的理想和“代表民权”之间，他选择了前者。^[11]他清楚地看到了代表民权的不足之处，尤其是代表民权在社会公正方面的缺陷，但他自己的理想却是盲目的。

在这里我想补充一点。只有历史本身才能教会理论家对各种理想模式进行现实主义的批评。对朱执信来说，中心问题是民族主义；他认为，只有民族主义才能使中国的“中等社会”融入工农阶级。^[12]朱执信对民族主义进行了深入研究，对国家(作为一种机构)与民族的关系有了深刻的理解，认为国家与民族之间存在着一种具有政治意义的差异。他学习过日文、英文和俄文，阅读过许多欧洲哲学家的著作，他意识到国家学说的重要性。但是他在1920年就过早地逝世了，因此未能系统地发展他的学说。

戴季陶(1891—1949)只需要简单地提一下。他在1906至1909年间在日本学习过法律,1912年后任孙中山的私人秘书。不过,他并没有从法律科学中得出什么结论,而是孙中山学说的完全追随者。

在孙中山周围的同仁中,最后还应当提廖仲恺(1878—1925)。在上面所谈及的诸位政治家中,他似乎是最左的一个。他是1924年国共合作的缔造者之一。他在他的理论著作和设想中强调国家的主权原则,其中包括国家领土的完整。^[13]他是一个财政专家,由于他正确地估计到了货币汇率将对中国产生的困难,因此要求设立一个独立于财政部的钱币部,但也只是仅此而已,他无意将这种自治原则扩展及立法、行政和司法等方面。我认为在这一关键问题上,廖仲恺同孙中山的其他追随者一样,是一个“直接民权”的信徒。

不需要作出什么结论就可以清楚地看出,这一广泛的社会经济和社会哲学思潮同儒家传统具有强大的、虽然常常是潜在的联系。根据儒家学说,国家和社会之间不能作原则性的区分。

这里没有必要对毛泽东的基本思想作进一步的探讨,因为在座的诸位在这方面都有基本的知识。我只想在我所谈及的题目中指出一个方面。中国共产党的社会哲学观,包括早期的代表如李大钊的社会哲学观,同马克思主义一样有一个基本的缺陷,那就是它没有一个发达的国家学说。马克思认为,无产阶级会自行“消灭”自己,阶级社会会自行消失,理论上的国家也会消失,取而代之的是统一的和公益的社会。根据马克思和恩格斯的理论,这个起初还存在的国家将转变为一个政治工具,来服务于无产阶级,并最终与无产阶级一同消亡。毛泽东基本上接受了人民统一的思想,这种统一的本质存在于居于领导地位的无产阶级农民政党之中,亦即共产党之中。也许毛泽东并没有意识到这种模式正是代表制的一种形式。不过这一点并不重要,而更具有特征的是这种模式的变体:在中国共产党与国家或民族的关系上,由党领导的

人民不享有政治上的参与权；新型的民主是“全体人民对帝国主义的专政”。1942年毛泽东在他著名的《延安文艺座谈会上的讲话》中就指出，“必须和群众打成一片”，并要求党对人民开展不断的教育，这一点与古老的传统是完全一致的。

这种国家与人民或国家与社会相统一的模式在很长时间内曾具有合法性，这一点最终应归功于它的反帝国主义。因这种合法性消失而产生的问题，则是缺乏一种对法律制度的新的构想，它的基础在人民群众中还没有形成。

最后还应当提及一种重要的观点，这种观点从历史学的角度出发描述了中国的国家与社会的关系。这位学者就是梁漱溟(1893—1988)。梁漱溟曾经在1922至1931年间从理论和实践政策的层面上为中国农村的重新构筑作出过努力。他在1982年出版的《中国文化要义》(台北1982年版)第9章中直接问道：“中国是否一国家？”他从纵观中国自古以来的历代皇朝的大视角得出结论，认为，在西方的国家学说的意义上，中国并不是一个国家，因为中国社会只是根据职业群体而划分的，却不曾能够产生政治参与性的社会联合体。这里我们暂且不管这种观点是否有些夸张。事实上，自中国的古代后期，由于有外族统治中国领土，形成了与“天下”相对应的国家概念。从本人的角度来看，重要的是至今仍有公认的学者代表这一观点，这表明国家与社会的关系依然具有十分重要的意义，而这一点对于法律文化的发展又具有重要的影响。

三

如果把日本自1868年明治维新以来的发展与中国作一对比，就会发现日本与中国的情况正好相反。日本引进和吸收西方的科学、技术和经济的方式方法，尤其是引进的速度，至今仍然是一个谜。日本发展的出发点就与中国完全不同。几百年以来，在日本，儒家——当然是日本式的儒家思想——在政治和社会结构方