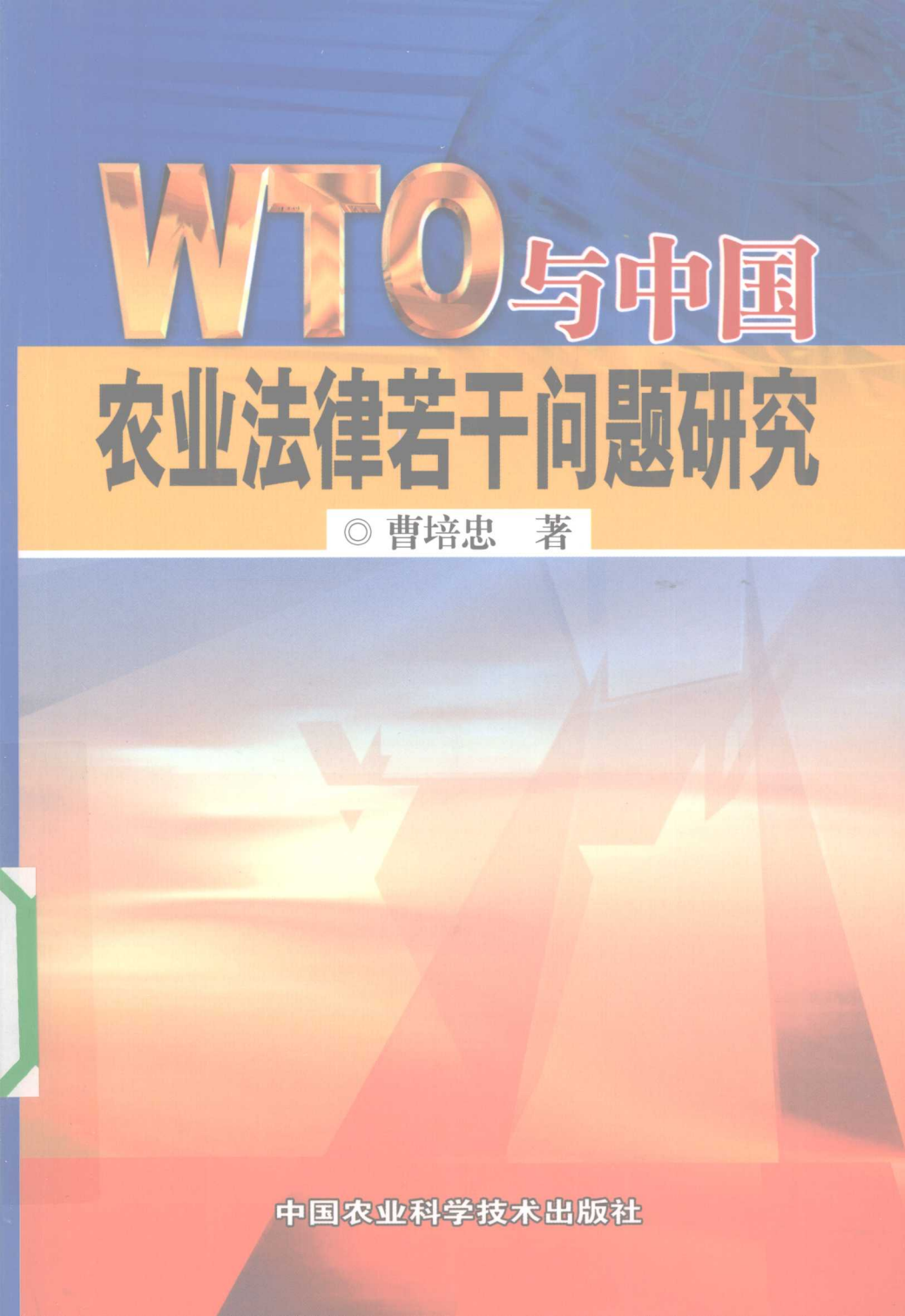




WTO与中国

农业法律若干问题研究

◎ 曹培忠 著

中国农业科学技术出版社

圖字題錄目(CIP)號

WTO 已中國農業法律若干問題研究曹培忠著北京

中國農業科學技術出版社 2008.4

WTO 与中国农业法律

曹培忠著 世界貿易組織 W.T.O. 國際貿易法

若干问题研究

中國農業科學技術出版社 2008.4 172003 号

曹培忠 著

責任編輯
張建華

出 版

(編輯部)

中 華

書 局

出 版

社

中 華

書 局

出 版

社

中 華

書 局

出 版

社

中国农业科学技术出版社

57.00 元

北京印刷·青島印刷

图书在版编目 (CIP) 数据

WTO 与中国农业法律若干问题研究/曹培忠著.—北京:
中国农业科学技术出版社, 2008.4

ISBN 978-7-80233-446-5

I. W… II. 曹… III. 世界贸易组织—规则—影响—农业法—研究—中国 IV. D922.44

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 175063 号

责任编辑 段道怀
责任校对 贾晓红

出版者 中国农业科学技术出版社
北京市中关村南大街 12 号 邮编: 100081
电 话 (010) 68919704 (发行部) (010) 62187620 (编辑室)
(010) 68919703 (读者服务部)
传 真 (010) 68915144
网 址 <http://www.castp.cn>
经 销 者 新华书店北京发行所
印 刷 者 泰安福运达彩印包装有限公司
开 本 850mm×1168mm 1/32
印 张 8
字 数 216 千字
版 次 2008 年 4 月第 1 版 2008 年 4 月第 1 次印刷
定 价 25.00 元

版权所有·翻印必究

序

2002年春天，我任主管领导，认识了从国外回来的一位同志，从他的个人经历中，发现了他的一些独特的品质，于是，大家到了一起。他就是本书的作者，一位年轻教师。

在山东农业大学社会科学发展的历史时刻，他作为教师，做了自己的事情，并且取得一定成绩。例如，他在学院承担双语教学任务，取得了较好的成绩。在工作的同时，他不仅仅胜任工作和完成任务，而且从学术研究的角度比较和分析不同文化背景下我国法学教育和世界的差距。他在文章中较深刻地研究和揭示中国双语法律教育存在的问题，并找出问题的症结。例如，他把教学问题放在国际化的环境中对比，得出结论：在 WTO 环境下中国的高等教育，尤其是法学教育，将在全球化的浪潮中，实现法学专业教育和司法考试的对立统一，并将依此推进中国高等法学教育的改革。按照国际惯例，在加强双语教学中能够实现中国高等教育和国际先进的教育模式的兼容。结合中国实际，采取双语教学过渡式教学法；依据课程特点，从英语的层面提供学生学习知识的机会和必要的环境，并注重外语实际运用。通过这种锻炼学生的独立意识和搜寻资料的课业，证明了 Peal.E 的实验观点和实验结果，即：通过对双语环境中学生能力的测定表明其比单体的学生优秀这一事实。

他是一个十分诚恳的人，研究的基点和视角着眼农村。在他的视野中，他认为中国法律的现代化任务就是实现 WTO 倡导的基本原则对于农民的适应。他认为国民待遇原则作为不歧视原则的一个重要方面，在自由贸易条件下，国民内部一律平等，不能因差别有所歧视。基于国民待遇原则，为充分保障农民权益，以国民待遇为基础的 WTO 法律体系，不仅要求政府职能彻底转变，而且对农民的利益应加强保护。中国加入以国民待遇为基础原则的 WTO 或许是

一次机会，在推动保障农民权益方面，给农民兄弟一次历史机遇。

今天出版这个专论，论述 WTO 和中国若干法律问题，对文法学院法学研究的学术总结和学科建设是有积极意义的。我作为他的领导和同事，看到一个有较多独立思想的同志，在中国法律研究的学术领域努力，尤其是最近他的研究成果得到了中国法学会的科研支持，十分高兴。这个专论是一些广阔研究视角的学术成果，是一段学术活动的整理和总结，也是几年来作者本人学术成果的汇报。也许还有问题，但是从某种意义上讲已经足够了。

2007年8月于泰安

突事一好表前主学第科单出其则素宝属的代指主学中的前主。林方期管就野麻点基的究得，人前思属的一个一量前想本基的早得 OTW 麻实县管老并外分服的事慈国中式人前，中理期重个一前概期野就不次看倾服服得另国式人前。前虽前另方于权期前育段基因道不，在平前一路内另国，不科素思宽由自立，而式要基式段得另国知，益对另方制科公资次，则前服科另国干基。将勉前另方权且而，变辞期前服期前类来要又不，是科前基 OTW 前部虽前基 OTW 前例期前基式数科另国以人前国中。特前服前直益降

目 录

第一章 中国加入 WTO 历程和谈判障碍与立场研究	1
一、概述	1
二、中国加入 GATT/WTO 历史事件回顾	2
三、中国加入 GATT/WTO 谈判障碍、立场概述	4
四、小结	6
第二章 WTO 和中国法律的传统转型和法律文化的变迁	7
一、从清代礼法之争审视加入 WTO 条件下中国法律 的传统转型	7
二、论加入 WTO 条件下中国法律文化的结构变迁 和社会价值	17
第三章 WTO 与中国法律生态化、国际化	25
第一节 WTO 条件下中国农业法律体系生态化构架研究	25
第二节 论加入 WTO 条件下中国仲裁的国际化发展趋势和完善	46
第四章 WTO 与中国“三农”法律问题	61
第一节 WTO 条件下中国农业现代化问题	61
第二节 论 WTO 法律体系的人口理念和人权保护观 ——以 GATT 中 1947 第二十条为视角	74
第三节 国民待遇和中国农民权利的法律保护	81
第五章 WTO 与中国市场经济地位和外资投资法律问题	88
第一节 WTO 环境下中国“市场经济地位”问题和应对举措	88
第二节 加入 WTO 条件下我国引进外资的战略调整和制度重构	98
第六章 WTO 环境下的中国法学高等教育的完善和国际教育 对比	105

第一节	WTO 环境下的中国法学素质教育和国际教育对比·····	105
第二节	从澳洲高校课程结业形式谈当前法学考试·····	113
第三节	经济全球化条件下的双语教学——以《国际经济法》 课程为例·····	119
第四节	论市场经济条件下高校“缠讼”和制度完善·····	128
第五节	中国高校扩招贷款制度和金融机构风险配置 的系统失衡·····	136
第七章	WTO 条件下的中国技术标准化问题和知识产权保护··	140
第一节	全球自由贸易环境下科技标准化作用的双重性研究··	140
第二节	WTO 和网络环境下的著作权保护和完善 ——以 WTO 的 TRIPS 协议为视角·····	146
第八章	WTO 环境下中国“失地难民现象”法理透视和制度 救助·····	158
第一节	失地难民现象概述和危害·····	158
第二节	农民失地成因分析·····	162
第三节	参照国际经验对制度救助的研究·····	164
第九章	WTO 条件下中国法律现代化的国际借鉴·····	167
第一节	对 WTO 环境下美国“301 条款”的法律审视和对中国 公平法的借鉴·····	167
第二节	论欧盟法律全球化发展趋势及其对中国法律的影响 ——以中国第二次参加海牙国际私法会议为视角·····	184
第十章	中国加入 WTO 后的国际法反思和 WTO 走向·····	201
第一节	中国加入 WTO 后的国际法反思·····	201
第二节	从中国复关入世审视 GATT/WTO 本质·····	208
第三节	从国际秩序的改变审视世界贸易组织之命运·····	216
附录	国际仲裁的发展趋势和原因分析(英文)·····	221
参考文献	·····	238

第一章 中国加入 WTO 历程和谈判

障碍与立场研究

一、概述

2001年11月15日,中国政府成功地加入世界贸易组织(WTO),不仅是1995年1月1日世界贸易组织(WTO)建立以来最重要的事件之一,极大地丰富和完善了世界贸易组织(WTO)的组织体系和多元性(multiplicity),使世界贸易组织(WTO)这个经济联合国(Economy UN)更具代表性和权威性,而且也是中国经济融入世界经济主流的重要战略选择。通过入世,中国政府积极参与经济全球化,对加快改革开放,实现中国经济迅速发展和增长,确保经济安全和维护国家根本利益有着重要意义,同时对世界经济也产生积极的影响,极大地促进了世界经济的发展。

中国人世元年开门红。中国加入 WTO 元年有十大变局,如实行修法和新政,政府部门为了适应加入 WTO 的新形势,明确职能定位,以及在观念、职能和管理方式上进行调整。将“行政——控制型管理”转变为“规则——服务型管理”。积极稳妥地进行改革开放,加入世界经济主流,如垄断行业重组改革迈出重大步伐,民航重组、电信拆分、一汽并购、中韩合作。2002年11月18日,中韩合资的北京现代汽车有限公司正式成立,这是 WTO 时代我国首个汽车生产领域的合资项目。

当我们以马克思主义、邓小平理论的立场观念,深入分析中国入世历程,回顾从1986年7月中国政府正式申请恢复关贸总协定缔约国地位至今这段历史,正是我国探索建立社会主义初级阶段经济建设模式的过程,也是我国经济体制向世贸多边体制和市场经济接轨的过程。事实和历史证明:中国加入 WTO 符合国家根本利益和

民族利益,有利于中国经济发展和世界经济发展。中国加入 WTO,经历了长期艰苦卓绝的过程,一波三折。中国加入 GATT/WTO 谈判历史之长,谈判之艰辛,既有法律方面的原因,又有政治方面的原因。除了中国内部经济体制方面的原因外,还有西方敌对势力借口中国加入 GATT/WTO 谈判以遏制中国发展,不希望一个强大的中国出现的这方面原因。

二、中国加入 GATT/WTO 历史事件回顾

1947 年 4 月到 10 月,当时的国民政府代表中国参加了联合国经社理事会 (United Nations Economic and Social Council) 主持召开的国际贸易和就业会议第二届筹备会,并和 10 多个国的代表进行了关税减让谈判,签署了有关最后文件。1948 年 4 月 21 日,中国政府签署了关贸总协定临时适用议定书 (Temporary protocol on GATT),5 月 21 日中国成为关贸总协定 23 个原始缔约国之一。1950 年 3 月,台湾当局非法宣布退出关贸总协定。自 1965 年 3 月后近 7 年又非法窃取了关贸总协定观察员席位。¹

1971 年中央人民政府恢复联大合法席位后,20 世纪 80 年代,中国开始着手恢复关贸总协定合法席位。1981 年中国代表列席关贸总协定纺织品委员会召开的第三次国际纺织品贸易协议的谈判。1982 年 11 月中国政府和关贸总协定秘书处就恢复关贸总协定合法席位问题交换意见。1984 年关贸总协定通过决议,准许中国参加关贸总协定的一切会议。

随着 1986 年 1 月 10 日,时任关贸总协定总干事的邓克尔访问中国和中国政府高层领导人就恢复关贸总协定合法席位问题交换意见,1986 年 7 月,中国政府正式提出复关申请。9 月,正式成为关贸总协定乌拉圭回合的参加国。1987 年 3 月至 6 月,随着关贸总协定理事会关于中国复关工作小组的成立,中国开始了一段漫长而又艰

¹ 刘笋,《国际贸易法》,中国法制出版社,2000 年 5 月,第 1 版,第 313-314 页。

辛的复关谈判。²直到1994年11月,有些主要问题仍然没有完全解决。1995年1月1日,世界贸易组织(WTO)正式生效,在GATT和WTO共存的一年期限内,³中国未能就恢复关贸总协定原始缔约国地位和有关方面达成协议,谈判由复关谈判转为加入WTO谈判。

在20世纪末最后几年,特别是1995年之后,国际经济形势发生剧烈变化,多边贸易体制不断加强,世界需要中国,中国需要走出去,尤其是中国经过20年的改革开放,积累了丰富的经验,新一代领导集体,有着成功的驾驭国际国内复杂局势的能力,入世谈判明显加快。尤其是1999年和美国达成双边协议,清理了中国入世的主要障碍,之后,中国又和欧盟就中国入世达成一揽子协议,在2001年11月15日,在WTO多哈(Doha)会议上,成员国一致接受中国为WTO加入国。之后一月内,经中国全国人大常委会正式批准生效。至此,自1986年7月,中国政府正式提出复关申请到中国全国人大常委会正式批准生效,历时15年的中国加入GATT/WTO历程,历经艰辛,终于有了一个圆满的结局。

随着时间的推移,中国加入GATT/WTO历程和谈判中所涉及的范围已远远超出贸易范畴,政治化倾向十分明显,谈判的障碍不断增加。然而,中国政府在谈判进程中始终如一地以确保经济安全和维护国家根本利益民族利益为重,坚持原则,克服谈判进程中的一个又一个困难,赢得了中国加入GATT/WTO的最后胜利,为中华民族的伟大复兴奠基了坚实的基础。

纵观中国加入GATT/WTO谈判进程,大体说来可以分四个阶段,每个阶段各有特点,谈判障碍也不尽相同,中国政府立场也灵

² 1987年2月,中国政府向关贸总协定提交“中国对外贸易制度备忘录”是一标志性文件。参见刘笋,《国际贸易法》,中国法制出版社,2000年5月,第1版,第314页。

³ 关贸总协定认为:中国是非关贸总协定缔约国,因为1950年3月台湾当局非法宣布退出关贸总协定而消失。应当先谈减让。参见《乌拉圭回合多边贸易谈判结果最后文件》第五条。笔者认为:中国关贸总协定23个原始缔约国之一的地位并不因为1950年3月台湾当局非法宣布退出关贸总协定而消失。

活多样，务实创新，坚持原则。

三、中国加入 GATT/WTO 谈判障碍、立场概述

第一阶段：接受审议阶段

自 1986 年 7 月，中国政府正式提出复关申请到 1989 年 5 月，中国和主要缔约方进行十几次双边磋商就恢复关贸总协定合法席位的核心问题基本上达成谅解。关贸总协定理事会中国复关工作小组也基本上完成了外贸体制的答疑和评估。第一阶段谈判障碍主要表现在：外贸体制透明度和统一实施，关税和非关税的减让，价格改革和选择性保障条款这五方面。中国政府的立场也十分鲜明并成立相应的组织机构。第一阶段进展较为顺利，究其原因无外乎两点：一是当时中国政府提出的改革开放政策较为提前，中美关系处于相对友好时期，美方出于国际局势的考虑，把中国拉入多边贸易体制服务其全球政治目的；⁴二是基于复关谈判内容少而窄，仅仅是中国的外贸体制，中国国内的经济政策和外汇政策，没有触及对方的利益，尤其是对方的根本利益。当然接受审议的第一阶段进展较为顺利，谈判障碍较少。

第二阶段：停顿阶段

以美国为首的西方国家粗暴干涉中国内政，借口 1989 年动乱联合西方势力对华实行经济制裁，把阻止中国复关作为其对华实行经济制裁的主要内容，⁵台湾当局又在 1990 年申请入关。当时的布什政府迫于国内压力，支持台湾当局加入关贸总协定，使台湾这个中美关系敏感政治问题卷入到中国加入 GATT/WTO 谈判进程，使中国

⁴ 当时中国政府提出的改革开放政策较为提前，中美关系处于相对友好时期，美方出于国际局势的考虑，给“苏联，东欧和波兰”树样板，诱惑其经济体制改革。周道许等，《加入世界贸易组织和中国金融》，国际时事出版社，2000 年 4 月，第 1 版，第 2-3 页。同时参见龙永图系列丛书《世界贸易组织知识读本》，中国对外经济贸易出版社，1999 年，北京。

⁵ 无论尼克松主义，搞三角战略对抗前苏联，还是里根主义的台湾关系法，美国一直利用台湾这个中美关系敏感政治问题粗暴干涉中国内政。《战后世界经济和国际经济》，陕西人民出版社，1986 年，第 1 版，第 76 页。

入关政治化。这一阶段自 1989 夏到 1992 年初，中国复关谈判几乎完全停顿。对于主权问题，中国政府立场始终保持“一个中国”的原则，不屈服任何外来压力，坚持了针锋相对的斗争。同时，考虑到台湾同胞血浓于水，按照国际惯例和 GATT 第 26 条和 33 条，允许台湾以“关税地区 (Customs Territories)”名义，按照“单独谈判，先中后台”的次序加入 GATT/WTO。

第三阶段：重开谈判和谈判攻坚阶段

1992 年初，以邓小平南巡讲话为契机，中国政府全面推进改革开放政策，中国的经济发展进入高速发展阶段，党的十四大进一步深化改革，国际经济形势发生剧烈变化，中美达成劳改产品、知识产权和市场准入协议。然而美国对中国要价得寸进尺，竟然要求中国政府以发达国家的身份加入 GATT，并不享受有关过渡保护时期规定，权利义务明显失衡。并由此带动其他国家滚动要价。以美国为首的西方国家要求中国政府以发达国家的身份加入 GATT，无视中国国情和中国经济转型的客观情况，人为设置障碍，阻挠中国政府加入 GATT。这一时期一直到 1995 年底。期间，谈判障碍主要体现在贸易逆差，贸易总额，非法转口贸易和市场准入等方面。其中，市场准入方面范围已远远超出贸易范畴 (exceed scope of trade)，涉及我国国内宏观调控措施和司法主权事务 (the matter of judicial sovereignty)。为打破僵局，中国政府采取了灵活务实的态度，提出三个原则：(1) 权利义务一致原则；(2) 中国政府以发展中国家的身份加入 GATT；⁶ (3) 以乌拉圭回合协议为基础承担义务，结束 1994 年底前的实质问题的谈判，要对方丢掉幻想。

第四阶段：入世谈判和成功阶段

1995 年底到 2001 年 11 月 15 日，在 WTO 多哈 (Doha) 会议

⁶ 加入 GATT/WTO 的身份不同，权利不同。发展中国家在农业补贴，GATT1994 幼稚工业例外，服务性行业及贸易，知识产权和国家收支平衡权利。参照 WTO 网站：the WTO Officer Document (Accessed in November 2001)
<http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/ursum_e.htm>

上,成员国一致接受中国为 WTO 加入国。随着中美双边关系的发展和高层互访,中国政府代表团权限增大,关键时刻政治决断,⁷1999 年和美国达成双边协议,清理了中国入世的主要障碍。之后,中国又和欧盟就中国入世达成一揽子协议。这期间,谈判障碍主要体现在:农产品关税减让和服务贸易开放领域和开放程度。中国政府采取了务实的态度,为中国国内的经济发展争取了国际贸易空间和战略机遇。

四、小结

中国入世,经历了长期艰苦卓绝的过程,一波三折。中国加入 GATT/WTO 谈判历史之长,谈判之艰辛,既有法律方面的原因,又有政治方面的原因,除了中国内部经济体制方面的原因外,还有西方敌对势力借口中国加入 GATT/WTO 谈判遏制中国发展,不希望一个强大的中国出现方面的原因。

中国加入 GATT/WTO 谈判历史经历 15 年的风云变幻,从国际法和 WTO 本身组织结构和运行机制等角度审视中国加入 GATT/WTO 这一历史进程发人深思。

合作者介绍:周艳波,(1969~),女,吉林延边人,山东农业大学副教授,并任律师、仲裁员,南京大学法学硕士,主要研究领域为民商法和诉讼法。主持课题多项,发表论文 20 余篇。

⁷ 参见《青年导报》1999 年 11 月 26 日《中美加入 WTO 谈判纪实》。

第二章 WTO 和中国法律的传统转型

和法律文化的变迁

一、从清代礼法之争审视加入 WTO 条件下中国法律的传统转型

(一) 问题的提出

在 21 世纪的今天,经济的国际化、全球化趋势日益加强,⁸导致法律的全球化,尤其是中国加入 WTO,对中国法治进程及中国法律的影响十分明显。WTO 规则的约束和自由贸易的发展,以及在入世条件下中国经济发展的全球化和国际化,对于中国的法律,尤其是对于立法、司法、执法和法律服务等在内的整个法制领域发生深刻影响,促使中国国内法与国际惯例相接轨,促使中国文化和世界文明的兼容。因此,中国的人世标志着中国的法制正在正走向一个新的阶段,⁹中国法制正在世界经济全球化的浪潮中,迅速转型。

当我们站在历史的高度,回首整个中国法律的发展历史和审视中国法制的演变轨迹和发展趋势时,不能忽视清末变法及修律而引起的深刻思考及历史经验教训。¹⁰历史上中国法律经历过两次大的转型,即春秋战国时期的诸子百家从“礼治”到“法治”的变革,最终形成孔子正统和清末礼法之争,形成现代意义上的中国法律制度。清末礼法之争之后经过了近一个世纪的历史进程。中国经历了艰难的过程,成为世界贸易组织的成员,极大地影响中国的法律制

⁸ See Mireilie Delmas-Marty *Law and Globalization from China education striving for the world collection of articles*, 2000, China People University Press 357.

⁹ 参见杨欢进,《WTO 和重点行业发展》,中国经济出版社,2002 年,第 10~12 页。

¹⁰ 杨霍皋主编《中国法律思想史》,北京大学出版社,2000,592。

度。因此,入世条件下中国法律的完善,即 WTO 对中国法律诸方面发展造成的影响和完善可以认为是中国法律的又一变革。从清代礼法之争审视入世条件下中国法律的传统转型,研究实现中国法律制度的改革与发展不仅要靠自身的积极的能动效能,并且最大限度地实现法律的本土化,才能为本国经济发展服务,具有重要意义。

(二) 近代礼法之争和对于中国法律制度的影响

1. 礼法之争历史背景和主要内容

在中华文明历史长河中,清朝政府,作为封建社会的最后王朝,在内外交困的无奈中,被波澜壮阔的资产阶级革命浪潮所冲垮。

但是,清朝的近代礼法之争有着深刻的历史背景。首先从当时的中国社会历史背景上看,晚清统治集团倡导新政,主张变革,一方面是自救,另一方面是无奈。¹¹其次是当时的国际局势,尤其是日俄战争失败和北洋舰队的失利,清政府被迫加大政治改革力度,系统学习外国文化和西方先进技术,“以夷治夷”,达到自强的目的。¹²

礼法之争之前,清政府全面推行西方法制,首先是出洋考察,然后预备立宪,成立各省咨议局和中央资政院,大力推行地方自治政策,最后立法,颁布《钦定宪法大纲》和《宪法重大信条十九条》,修订律例,彻底改革法律制度。¹³

清末新政通过制度的重新构筑和学习西方文化,推进社会变迁和自我更新社会的政治结构,尤其是从西方社会直接移植了一系列

¹¹ 1840 年鸦片战争使中国逐渐沦为半殖民半封建社会,中国的社会关系发生了很大的变化,因而旧的法律已经不能适应新的社会关系,必须制定新的法律。又参见杨霍皋主编《中国法律思想史》,北京大学出版社,2000 年,第 490~496 页。

¹² 历史上的清朝新政,开始就是处于无奈和自救,维系封建王朝的统治。因此,具有虚伪性,但是当时的礼法斗争和对于法律的影响,尤其是建立近代法律制度却有着进步的历史意义。正如史学家陈旭麓先生在论及清末新政时,曾指出:“诠释这一时期的‘新政’的真义,不仅在于指出假维新,更重要的是在于从假维新中剥绎出真改革。”笔者注。参见陈旭麓《近代社会的新陈代谢》,上海人民出版社,1992 年,230 页。

¹³ 聂家华,《清末新政考》,山东农业大学学报(社科版),第 5 卷,第 2 期。

新制度，导致王朝内部的势力和利益的冲突，引发了礼法之争。虽以沈家本为代表的“法理派”的妥协而失败，但是对推进中国法律的近代发展，发挥了重要的作用。

1840年鸦片战争使中国逐渐沦为半殖民半封建社会，中国的社会关系发生了很大的变化，因而旧的法律已经不能适应新的社会关系，必须制定新的法律。在内忧外患的条件下，清朝政府高唱“变法”的调子，不断下诏实行“变法”。命大臣，设律馆，修律制宪。在以沈家本为代表的法理派看来，西律比旧律更文明，更进步。因此，取人之长以补我之短。同时，认为中国的礼教风俗必须适应自己的国情，主张“兼采中西，博采众长，不可偏废。”沈家本等遵循“中外通行”的修律指导方针进行了一系列修订法律的活动。他们首先修订了一些旧律，从根本上进行修改。其外，建立西方法学之原则，但是实施过程中，遭遇到了反对势力的阻挠。¹⁴而这些却遭到了礼教派的攻击。他们认为新律不合礼教之处，不胜枚举，并指责修订法律大臣沈家本“叛道离经”，所修新律显与礼教背驰。¹⁵两派分歧的根本原因，首先在于其立法宗旨不同，即采取旧的纲常名教还是采取西方资本主义的法律理论作为立法宗旨的问题；其次，礼法两派争论的实质是资产阶级的法理原在中国的适应和改良中国的封建法律，取代家族主义的问题。

¹⁴ 其中，张之洞提倡的“中学为体，西学为用”是洋务派具有代表性的百年法政纲。他指出：“夫不可变者伦纪也，非法制也；圣道也，非器械也；心术也，非工艺也。”在以礼治国的中国，纲常名教乃制度之本，而刑罚只是其用，变法就是使本存而用变。并且他提出了九项改革法制的建议，即紧诉累、省文字、省刑责、重众证、修监羈、教手艺、恤经验、派专官。这种思想和当时统治集团的核心慈禧伪变法的欺骗政策项吻合，受到变相支持和鼓励，最终导致沈家本为代表的“法理派”的妥协而失败。笔者注。

¹⁵ 礼派认为：新律与礼教是根本对立的，“礼教可废，则新律可行；礼教不可废，则新律必不可尽行。是非不能并存，礼律必期一贯。”礼教派以新律为祸乱之源，纲常为治国之本。又参见张晋藩，《中国法律的传统和近代转型·前言》，法律出版社，1999年，435-436。

最终，清末礼法之争以礼派的妥协而失败。¹⁶

2. 礼法之争的法制意义

清末礼法之争虽然以法理派的妥协和失败而告终，但是这场争论对中国的法律制度和中华法系的转型起到了重要的推动作用。

第一，清末礼法之争对法学发展有巨大推动作用。第一次使得国学与西式的法学对垒。尤其是法理派所提出的用法理原则和以此改革中国封建法律，对于彻底改变和瓦解以封建法制和以皇权为中心的“中华法系”，在经历两千年的封建社会之后的以孔子为代表的正统思想和中华法系，随着近代帝国主义的舰艇炮舰和烈火而开始瓦解。随之而来的是中华法系的消失及世界法系的在中国的逐渐形成。¹⁷

总之，礼法之争，使中国法律迈向现代化之路，有利地促进了中国法律，尤其是近代法律，由传统化向现代化的过渡，实现了中华法系的近代转型。

第二，清末礼法之争以事实和结论演绎着一个法制价值原则：固守传统不可能实现法律的现代化，简单的拿来主义也不等于现代化，更不能完成实现现代化。只有法律文化的本土化和实践的結合，

¹⁶ 在反对派的压力下，新派又一次演绎了中国传统的历史和改革的悲剧。在新律遭到礼教派的反对之后，清政府将它发回法部，要求重新修订。结果，新刑律应按旧律惩办；卑幼对尊亲属不得适用正当防卫等。这实际上是肯定了传统的封建法制原则，否定了新刑律中的资产阶级刑法原则。面对有着坚强后盾的礼派，礼法两派的论争，最后以法理派的退让和妥协而告终，不但新刑律中不断加入了有关纲常名教的条文，而且沈家本也不得不辞去了修律大臣的职务。又参见《清末筹备立宪档案史料》下册第888，889页。

¹⁷ 研究中国法律文化的特征，必须居于历史和中国文明的变迁历史。在对待外来文明的过程中，先是中国古代坚持“夷翟入中国则中国之”的“尊王攘夷”的思想。例如汉唐都表现出了大中国主义。明太祖朱元璋一面讲“华夷有别”，一面讲“四海一家”，前者是实质，后者是雄图。后是至近代，由于天朝大国的尊严在世界列强的凌虐下已不复存在。于是，先进的中国人提出“师夷长技以制夷”。再后，一部分官僚集团主张“中体西用”，从而为接受西方的文化制造了舆论。就法文化而言，接受西方的影响是一个相当长的过程。由冲突、半接受、接受、融合到孕育新的法律文化。通过分析中国的法律文化的发展的变迁轨迹，不难发现中国文化对外的兼容和吸收，经历一个曲折的过程。又参见张晋藩《中国法律的传统和近代转型》，法律出版社，1999年，472。