

法律文化研究系列

# 中西法律文化比较研究



张中秋 著

COMPARATIVE STUDIES OF CHINESE AND WESTERN LEGAL CULTURES

中国政法大学出版社

D911.01

3=2

2006

法律文化研究系列

# 中西法律文化比较研究

张中秋 著

COMPARATIVE STUDIES OF CHINESE AND WESTERN LEGAL CULTURES

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中西法律文化比较研究 /张中秋著. —3版. —北京:中国政法大学出版社,2006.7

ISBN 7-5620-2935-0

I.中... II.张... III.比较法-中国、西方国家 IV.D908

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第080445号

---

书 名 中西法律文化比较研究(第三版)  
出 版 人 李传敢  
经 销 全国各地新华书店  
出版发行 中国政法大学出版社  
承 印 固安华明印刷厂  
开 本 880×1230 1/32  
印 张 15.5  
字 数 360千字  
版 本 2006年9月第1版 2006年9月第1次印刷  
书 号 ISBN 7-5620-2935-0/D·2895  
定 价 30.00元  
社 址 北京市海淀区西土城路25号  
电 话 (010)58908325(发行部) 58908335(储运部)  
58908285(总编室) 58908334(邮购部)  
通信地址 北京100088信箱8034分箱 邮政编码 100088  
电子信箱 zf5620@263.net  
网 址 <http://www.cuplpress.com>(网络实名:中国政法大学出版社)

声 明 1. 版权所有,侵权必究。  
2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

## 第三版序言

一本书能够被不断地修订再版,这本身是一件值得高兴的事。从中我们不止看到作者的努力,也折射出时代的变迁和学术的进步。现在这一版是本书的第三版,但初版时的情景仍历历在目。正如作者在第二版序言中所说,由于第一版的不足,就有了第二版的修订。但第二版仍然没有克服第一版的缺陷,即对中西法律文化单纯“辨异”的比较。基于这种结构性的缺陷,作者一直想写一部从辨异到会通,从而能与本书书名相称的著作。现在虽然还不能说令人满意,但让我稍感安慰的是,本版增补的第九章大体担当了“会通”这个角色,而且在结构和内涵上可与前八章合成一体。按目前的学术水准,这样的结合似乎也暂时完成了从辨异到会通的中西法律文化比较研究。至于新一版的其他贡献,还是请读者自己来评判吧。

张中秋

公元2006年5月于中国政法大学

## 第二版序言

如果我有机会重写一部《中西法律文化比较研究》的著作,应该不是现在的面貌。这是我10年前完整大纲的一部分。当时的设想是,从静态到动态系统地对中西法律文化进行比较,所以拟议中的书名是《差异、变迁与融合:中西法律文化比较研究》。差异构成了现在全书的基本框架,这是一种对应性的静态观察;变迁想在宏观上勾画出中西法律文化相遇前的历史演进及其基本动力;融合则集中探讨近代以来中西法律文化在中国的冲突与流变,也即中国对西方法律文化的引进与改造。这个“宏大”的计划想以30万字的篇幅完成,结果第一部分从计划中的8万字写成了28万字。面对这一情况,我不得不调整自己的计划。设想要完成原来的计划,会遇到两个困难:一是篇幅巨大难以出版(九十年代初学术著作的出版是相当困难的);二是作为年轻的我还没有锻炼出对时间和声名的忍耐。于是我将完成的部分先行刊布。因此,这部著作的名称,准确地

## 第二版序言

说,应该是《中西法律文化八大差异之比较》。但考虑到当时中西法律文化(广义上的文化亦同)的比较,似乎差异或者说对极性的研究,更具有认识和现实上的意义,就采用了现在的书名。

此次修订也让我在这个问题上颇费了些思量,因为拙著出版10年来,我只是在与少数学界友人的交谈中提到过上述设想,但一直没有变成现实,所以心里始终惴惴不安。再有,十余年中,有不少学界同道在评论该书时,曾指涉它在体系(体例)和方法上的局限。而我自己则随着知识的累积和认识上的相对深化,已愈益意识到中西法律文化的比较不只是差异、变迁与融合,还有材料、理论和方法的问题。若没有材料的挖掘、理论上的提高、方法的改进,即使依原来的大纲完成变迁与融合部分的写作,又能怎样?除了问题的新颖和领域的拓展外,在学术深度和学理建设上还能超过以前吗?事实上,十余年来,由于多项事务的插入,种种因素的影响,我对中西法律文化的系统思考实际上已经停止下来了,偶尔和不连续的思考与授课,已不能保证我对心中的疑问给一个肯定或否定的回答。不过,同时我又在设想,计划在一个相当宽裕的时间里,从容地从法律文化的原理到中西法律文化的异同,从制度性的官方法律文化到习惯性的民间法律文化,做一次与“比较法律文化”含义相称的研究。其结果能达到什么境界,自难料定,但肯定不会是现在的面貌。还在我设想时,南京大学学术文库委员会通知我将1991年的版本进行修订,以便收入“南京大学学术文库”,而且时间是远够不上从容和宽裕的。情急之下,我只能在沿用原版书名和体系(体例)的同时,尽量对正文和引注作最大的修订,借此将自己历年来断断续续的思考和诸多师长、友人的评论与建议融入书中。所以,现在的版本在容量上增加了五分之一,在一些观点和具体表述上有了不小的充实、修正和补充。但限于原有的框架,还不能说是理想的修订。因此情形,我内心的最大企盼是,

## 第二版序言

但愿再读本书的朋友,在原谅和理解的同时,多少会有一些新的收获,不致使您的时间浪费过多。

有关拙著的书前书后大体如此。惟有最后不能忘怀的是,我要特别感谢我的导师张晋藩先生多年来的关心和指点,他使我对中国传统法律文化的认识不只停留在智识的层面上,还增加了一份至关重要的责任感。还有我的师长和学友:蒋广学教授、钱大群教授、王超教授、陈景良教授、刘广安研究员、范忠信教授、贺卫方教授、张志铭研究员、徐忠明教授和胡旭晟博士等,我也要特别感谢他们的评论,这些评论既使我的修订有了具体的目标和开阔的视野,也使我深深体会到批评对学术的发展是何等的重要。我还要向南京大学中美文化研究中心的安瑞志(Daniel Aldridge)、雷巧儿(Rachel Arnold)、黛晴文(Nicola Daniel)、戴本德(Robert Delaney)等同学致意,他们不仅使我的中西法律文化比较有了实际交流的机会,也让我从中获益匪浅。再有“南京大学学术文库”的全体评审委员们、南京大学出版社的任天石社长,也请你们接受我真诚的敬意,感谢你们将拙著收入“文库”,获此再版。

张 中 秋

公元 1999 年 5 月于南京大学

## 第一版序言

近代以前,中国一直稳健地走着自己的路。从近代开始,历史发生了巨变,东方从属于西方,伟大而古老的东方文明遭到了西方殖民炮舰和文化的无情冲击。在这场历史性的转变中,具有数千年历史和独特个性的中国法律文化随着大清帝国的沉沦而解体了。此后一百多年来,在中国新法律文化的创建中始终交织着诸种文化的矛盾和冲突,其中中西法律文化的矛盾是这场冲突中最为显著的。时至今日,中国的法制建设早已进入了一个新的时代,但中西法律文化的冲突,至少在观念上,仍是一个毋庸置疑的事实。这就向我们提出了一个富有现实意义的理论课题:中西法律文化有哪些冲突?这些冲突是基于什么样的差异而产生的?这些差异又是如何形成的?伴随着我国法制现代化建设的深入,探讨和回答这类问题变得愈加刻不容缓,本书就是作者为迎接这种挑战而作的一次努力。

本书以中西传统法律文化为比较对象。全书共



## 第一版序言

八章,在逻辑上是对上述诸问题的展开。书中集中探讨了中西法律文化的八大差异,以及导致这些差异的成因(历史地理的、文化的、社会结构的、政治经济关系的,以及诸种因素的综合)和历史后果。本书采用历史证明与法理分析、文化比较与经济社会探讨相结合的方法,从横向的差异入手,然后围绕差异展开纵横联系的阐释。

最后要说明的是,写作本书的意义是显而易见的,但对我来说,这的确又是力难堪任的。这不仅是由于该课题所涉及的范围之广、难度之大,已远远超过了我的专业和学识,更重要的是在这方面谈得上有参考价值的专题研究文献是极其有限的。这迫使我不得不硬着头皮做了一件多少有点“拓荒”性质的事。因此,书中留下一些空白和缺陷甚至错误,是在所难免的。不过,我仍为自己的勇气和毅力而倍感欣慰,因为这毕竟是一次大胆的尝试。自然,书中的错误均由我负责。同时,我也竭诚欢迎大家的批评指正。

**张中秋**

公元1990年12月于南京大学

## **A Brief Introduction**

In this book the Chinese and Western traditional legal cultures are taken as the objects of comparison by nine chapters, with two appendices, a preface and a postscript. The first edition of this book was published in 1991, and then it was reprinted in 1999. This is the third edition. In the preceding eight chapters of this book, the author focuses his studies on eight main differences between Chinese and Western legal cultures as well as the causes and historical consequences of the differences. In the last chapter, the author gives his account from the cultural principle of human being of the feasibility, the difficulties as well as the solutions of legal cultural communications between China and western countries, with the aim to seek similarities and coordination between them. Compared with works of the same kind, this book exhibits itself the following characters. Firstly, the author pursues for the first time a systematic study of comparison on Chinese and Western legal cultures on the basis of other relevant researches, and gives his unique remarks on some important questions on Chinese and Western legal cultures, such as the formation of Chinese law, the philosophical basis and social causes of the penal nature of Chinese law, the causes of ethicization of Chinese law, the system of Chinese law and so on. Secondly, the author holds that both Chinese and Western legal cultures are formed in their geographical, historical and cultural circumstances respectively, as a result, the differences between the two are just objective beings, which are not appropriate to be measured by value standards. Thirdly, the author argues that communica-

## A Brief Introduction

tions between Chinese and Western legal cultures are practicable for both of them carry inherently human cultural principle, and thus enjoy common characters on human cultural origin, principle and the axis and structural model around and by which they develop themselves. On this understanding of principle, we could not only review the historical practices of legal cultural communications between China and western countries, but also analyze the current structure of Chinese legal culture and foresee its tendency in future.

# 目 次

第三版序言	
第二版序言	
第一版序言	

<b>第一章 法的形成:部族征战与氏族斗争</b> .....	1
<b>第一节 部族征战与中国古代法(以刑为中心)的</b> <b>形成</b> .....	2
一、远古中国文明与原始组织的演进及其分布 .....	2
二、部族征战与中国古代法(以刑为中心)的形成 .....	4
三、部族征战对中国古代法(以刑为中心)的影响 .....	17
<b>第二节 氏族斗争与古希腊(雅典)法和罗马法的</b> <b>形成</b> .....	20
一、氏族内部斗争及其改革与古希腊(雅典)法的 形成 .....	20
二、平民和贵族的斗争与罗马早期法的形成 .....	29
三、氏族内部及平民与贵族之间的斗争对古希腊 (雅典)法和罗马法的影响 .....	35

## 目 次

<b>第二章 法的本位:集团本位与个人本位</b> .....	38
<b>第一节 中国集团本位法的形成与发展</b> .....	40
一、从氏族(部族)到家族(宗族):集团本位法的 形成 .....	40
二、从家族(宗族)到国家(社会):集团本位法的 发展 .....	42
三、有关中国集团本位法的几点补论 .....	57
<b>第二节 西方个人本位法的形成与发展</b> .....	61
一、从氏族到个人:西方早期个人本位法的形成 .....	61
二、从氏族/上帝到个人:西方个人本位法的大发展 .....	67
三、从社会到个人:西方个人本位法的再次确立 .....	77
<b>第三章 法的文化属性:公法文化与私法文化</b> .....	82
<b>第一节 公法文化:中国传统法律文化的属性</b> .....	84
一、中国传统法律的刑事性(刑法化) .....	84
二、中国传统法律刑事性的哲学基础与社会原因 .....	99
<b>第二节 私法文化:西方法律文化的传统属性</b> .....	109
一、私法的传统和发达 .....	109
二、近代以前西方刑事民法化与近代以来公法的发展 及其私法化现象 .....	120
<b>第四章 法与宗教伦理:伦理化与宗教性</b> .....	126
<b>第一节 中国传统法律的伦理化</b> .....	127
一、中国传统法律伦理化的进程 .....	127
二、中国传统法律伦理化的表现 .....	134
三、中国传统法律伦理化的成因 .....	146
四、对中国传统法律伦理化的认识 .....	155
<b>第二节 西方法律的宗教性</b> .....	165

一、早期基督教在罗马法中的地位 .....	165
二、中世纪:基督教的神圣化、法律化时代 .....	175
三、教会法的衰落及其对西方法的继续影响 .....	186
<b>第五章 法的体系:封闭性与开放性 .....</b>	<b>194</b>
<b>第一节 中华法系的封闭性 .....</b>	<b>196</b>
一、中华法系及封闭性释义 .....	196
二、中华法系的封闭性释证 .....	199
三、中华法系封闭性释证的补充 .....	218
<b>第二节 西方法系的开放性 .....</b>	<b>221</b>
一、西方法系及开放性释义 .....	221
二、西方法系的开放性述论 .....	222
三、西方法系开放性机制的成因 .....	242
<b>第六章 法的学术:律学与法学 .....</b>	<b>250</b>
<b>第一节 传统中国的律学 .....</b>	<b>251</b>
一、传统中国的法律学术是“律学”而非“法学” .....	251
二、传统中国律学的盛衰 .....	261
三、传统中国法学难生说:兼论律学形成的必然 .....	269
<b>第二节 西方的法学 .....</b>	<b>280</b>
一、西方法学的兴起、发达及其原因 .....	280
二、西方法学的共性 .....	293
三、西方法学对法律发展的推动 .....	301
<b>第七章 法的精神:人治与法治 .....</b>	<b>306</b>
<b>第一节 人治:中国传统法的根本精神 .....</b>	<b>307</b>
一、传统中国法的根本精神是人治:兼辨析法治、礼治、德 治与律治 .....	307
二、传统中国法人治精神剖析 .....	311

## 目 次

三、传统中国法人治精神若干问题辨析 .....	324
第二节 法治:西方法治的传统精神 .....	331
一、近代以前:西方法治精神溯源 .....	331
二、法治理论的完备与实践:近代以来西方法治 述略 .....	337
三、成因与成就:西方法治因果关系简论 .....	347
<b>第八章 法律文化的价值取向:无讼与正义 .....</b>	<b>353</b>
第一节 无讼:中国传统法律文化的价值取向 .....	354
一、传统中国无讼价值观的形成与早期追求实现的途径 ..	354
二、传统中国追求无讼的基本模式及其实践 .....	365
三、传统中国法律文化无讼价值取向评说 .....	372
第二节 正义:西方法律文化的价值取向 .....	378
一、法(律)正义论:西方法学(家)对正义价值的 追求 .....	378
二、通过法律实现正义:西方追求正义的一般 途径 .....	387
三、法(律)正义论的基础及其评说 .....	395
<b>第九章 人与文化和法:从人的文化原理比较中西法律文化</b> .....	<b>407</b>
第一节 人的文化原理 .....	407
第二节 人的文化原理是中西法律文化展开的轴心和 结构模型 .....	409
第三节 从人的文化原理看中西法律文化交流的可行 与难题及其克服 .....	412
第四节 以中西法律文化交流的实践检讨并推论上述 认识 .....	417

附录 I :辨异·求同·会通:我的中西法律文化比较的 经历与体会 .....	422
附录 II :参考文献 .....	453
第一版后记 .....	464
第二版补记 .....	467
第三版再记 .....	468



# ***Contents***

***Preface of the Third Edition***

***Preface of the Second Edition***

***Preface of the First Edition***

## **Chapter I Formation of Law: Tribe War and Clan**

**Conflict** ..... 1

**Section One Tribe War and Formation of Ancient  
Chinese Law (Criminal Law Oriented)** ..... 2

1. *Evolution and distribution of civilization and primitive organization of ancient China* ..... 2
2. *Tribe war and formation of ancient Chinese law (criminal law oriented)* ..... 4
3. *Influence of tribe war upon ancient Chinese law (criminal law oriented)* ..... 17

**Section Two Clan Conflict and Formation of Ancient  
Greek (Athenian) Law and Rome Law** ..... 20

1. *Conflict and reform inside clan and formation of ancient*