

法治： 实践与超越

——借鉴外域法律文化研究

夏新华 著

中国政法大学出版社



法治： 实践与超越

——借鉴外域法律文化研究

夏新华

著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治:实践与超越—借鉴外域法律文化研究/夏新华著. —北京:
中国政法大学出版社, 2004. 4

ISBN 7 - 5620 - 2578 - 9

I .法... II .夏... III .法治 - 研究 - 世界 IV .D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 038282 号

书 名 法治:实践与超越
——借鉴外域法律文化研究
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
字 数 360 千字
印 数 0 001 - 3 000
版 本 2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7 - 5620 - 2578 - 9/D·2538
定 价 32.00 元
社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62225059
电子信箱 z5620@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

内容简介

学术界有关中国法治化模式选择的话题众多，无论是智者之见，还是仁者之识，其最终落脚点还是“如何实现法治”。本书旨在通过对外域法律文化和法治实践的阐述，进而为中国的法治建设寻求可资借鉴的法治模式和法治路径。为达此目的，本书博稽中外，参考古今，在法治的视野下，将世界法律文化中具有鲜明特色的成果尽收眼底，详述广论，以期在历史的传承与借鉴之中，去其糟粕，取其精华，有针对性地为当代中国的法治建设提供一些有益的启迪。本书研究方法独到，资料取舍和内容构建特色突出。开篇第一章就与众不同地对相关的法理学基础问题进行了专门且深刻的论析，对法律文化、法律移植等进行了概念上的界定与内涵上的阐释，对法治本土资源和外来法在中国法治建设中的地位论争进行了说明和深入的分析，这为全书具体内容的展开研究奠定了坚实的理论基础。作者带着对中国法治问题的追求、思考与见识，独具匠心地精心选取了外域法律文化中最具特色的四个国家和两个地区作为典型，在介绍其法律文化特性的基础上，深入地探讨了美国宪政中的分权与制衡、法国的行政法治、德国的经济法治、英国法的程序优先与程序正义等原则、制度及其对中国法治的借鉴价值和意义。特别是，作为国内为数不多的研究非洲法的学者之一，作者还从中非法律文化的某些相似性出发，深入评析了非洲国家在法律现代化改革进程中借鉴外域

2 内容简介

法律文化的经验与教训，以期为中国法治建设提供可供参考的个案材料。此外，出于地缘因素的考虑，本书最后一章对东亚国家和地区的法治实例也进行了研究评判，以期通过更全面的比较研究获取更多的收益。他山之石，可以攻玉。外域法律文化及其法治化道路演进的理论与实践启示我们，中国法治化道路的现实追求在于如何通过借鉴进而整合外域法治资源，在于如何通过整合进而全面超越先进法治国家。本书具有较重要的学术创新价值和实践指导意义，是外域法律文化研究领域的一部力作。

序

本书是我的博士研究生夏新华副教授近期的一部学术专著，也是他主持的湖南省社会科学研究项目的最终成果。

应当说，新华与我首先是外国法制史专业的同行，并且都是对这个专业充满了真挚感情和无比热爱的人。不过我想，如果从主观愿望和客观条件上来评判，在专业的追求上，新华恐比我更主动、更诚恳、更执著，也更智慧。因为我和新华是两个时代的人。20多年前，当我走进外国法制史这个专业领域时，作为历史专业的大学毕业生，我对这个学科尚无太多的了解、理解和发自内心的感情，只是因为根据组织的安排成为了80年代这个专业最早的年青教师之一，只是因为毕业后有幸一直在外国法制史学科著名元老之一——我的恩师林榕年教授身边工作。很自然地，恩师将我带进了外国法制史这座装满人类法律文化瑰宝的学术殿堂，引领和指点我在漫长的法的历史发展中，从古至今的浏览、观察和思考，并在苦口婆心和循循善诱之中，将他对这个学科的深刻理解和生命般的热爱之情传递给了我，结果才使我在被动的“继受”中，生出了似乎并不亚于恩师的对这一学科的热爱和感情，而且将其作为了终身难以割舍的追求。新华则不然，作为新时代的青年学者，在当今完全可以把握人生命运的精彩世界里，以新华的才智，他是可以有各种各样包括功利主义一些的学术选择的。然而，新华不！观其思、其言、其行就可明鉴，新华

是新时代不为任何所动，钟情于法律史学的青年学者之一，且还富有很强烈的使命感和责任感，不停地在这个不太被人重视和“待见”的学科里，辛苦地开垦处女地，刨根问底，栽花插柳。例如，因本土化史料极其匮乏，国内多少年无人敢涉足的非洲法领域，新华敢起来呼唤，敢立志去研究，并因此获得了不少的成果，带给学术界同仁诸多的启迪和思考。前段时间，在林榕年教授和我主编的《外国法制史》高等学校“十五”国家级规划教材的编写中，新华也是知难而上，接受了无人愿问津的“古埃及法”一章的写作，克服了种种困难，利用各种方式获取到可靠资料，并凭借自己在此方面多年的研究功力，很出色地完成了任务，大大突破了以往古埃及法研究中资料不足造成的缺憾和局限。此教材现已出版，我想人们不难从中看到新华的努力和贡献。而今，摆放在我面前让我作序的这部厚厚的《法治：实践与超越——借鉴外域法律文化研究》一书的书稿，更让我对新华在做学问上的进取与开拓精神刮目相看。因为仅从这部书的立意与写作方法来看，新华也是颇具个性和创设性的。闭上眼睛，写书的新华、渴望为早日实现中国法治现代化作贡献的新华，就会在我脑海中生动的显现，我似乎看到站在历史之巅的他，正在聚精会神地审视人类源远流长的法律文化成果，正在为哪些值得借鉴可供参考，勤奋地思考着、比较着、寻觅着、摘取着，而且还将他认可的排列组合在一起，认真地加以推荐和分析。睁开眼睛，回到现实中来，直觉也告诉我，新华这样的一种写作方式有一定积极的意义，因为“他山之石，可以攻玉”，因为这样的综合归纳，会让我们更直接明快地对国外法制建设中具有鲜明特色的成果一目了然，从而获得有益的启迪和借鉴。正因如此，作为同行，应当说，新华比我的追求更执著果敢，更具时代特色和现实主义精神，正所谓“后生可畏”，“青出于蓝，而胜于蓝”。

新华也是我的学生。2002 年从湘潭大学考取中国人民大学法学院攻读法律史专业博士学位。那时他已经是任职三年多的副教授。应当说,初来乍到时,新华尚有些许的稚拙和因广泛涉猎于学术生活精力难以专一的松散,但很快他懂得了时间对于专业的意义,于是勤奋进取,充分利用各种条件,大量搜集专业资料,大力为自己驾驭专业铺垫理论与部门法的基础,并出版发表了不少的学术成果。在我众多的学生中,新华为人的质朴、诚恳以及学业上的悟性与能力,都给我很深的印象。当然,也正是基于此,我这位兼任行政职务,工作有些繁忙的导师,对自己这位学子的学业也就比较放心和比较信任。新华近期完成的这部洋洋洒洒 30 多万字的专著《法治:实践与超越——借鉴外域法律文化研究》,就是他读博期间凝聚心智、颇费思考、厚积薄发的一部很有见地的学术作品。

《法治:实践与超越——借鉴外域法律文化研究》一书博稽中外,参考古今,在法治的视野下,将世界法律文化中具有鲜明特色的成果尽收眼底,详述广论,以期在历史的传承与借鉴之中,去其糟粕,取其精华,有针对性地当代中国的法治建设提供一些有益的启迪。本书研究方法独特,资料取舍和内容构建特色突出,体现了作者在学术研究上的创新意识和科研能力。本书开篇第一章,与众不同地首先对相关的法理学基础问题进行了专门且深刻的论析,对法律文化、法律移植等进行了概念上的界定与内涵上的阐释,对法治本土资源和外来法在中国法治建设中的地位的论争进行了说明和深入的分析。这种开章伊始的理论上的深层铺垫,很成功地升华了也深化了后面全书具体内容的展开研究。作者还带着对中国法治问题的追求、思考与见识,独具匠心地精心设计这部书的内容构建,选取了外域法律文化中最具特色的四个国家、两个地区为典型,在介绍其法律文化特性的基础

上，深入地探讨了美国宪政中的分权与制衡、法国的行政法治、德国的经济法治、英国法的程序优先与程序正义等原则、制度及其对中国法治的借鉴价值和意义。特别是，作为国内为数不多的研究非洲法的学者之一，作者还从中非法律文化的某些相似性出发，深入评析了非洲国家在法律现代化改革进程中借鉴外域法律文化的经验与教训，以期为中国法治建设提供可供参考的个案材料。此外，出于地缘因素的考虑，本书最后一章对东亚国家和地区的法治实例也进行了研究评判，这无疑也是作者希望中国法治建设能够比较全面地从他国的经验教训中获取更多收益的愿望所致。我想，这部凝聚着新华的真诚、思考、心血与汗水的书，不会让学界和读者失望，它的学术价值、实践意义定会得到人们的肯定。

在人类漫长的历史发展的长河中，不同文明文化间的传承、交流与融合，构成了人类文明不断发展的主旋律。欧洲文化之于古希腊、古罗马，日本文化之于古代中国又之于西方传统，近代中国之于欧美现代文明等，都是不同文化间相互交流、相互促进的例证。世界文明兴衰史雄辩地证明，一个民族、一种文明文化惟有在保持其文化的主体性的同时，以开放的胸襟吸纳其他文明的优秀成果，不断吐故纳新，方能保持其旺盛的生命力，保持住永续发展的势头，并创造出更加辉煌的文明成果。

我期望今后的新华能如其后记中所言：“路漫漫兮，吾将求索！天行健兮，君子当自强不息！”是为序！

叶秋华

2004年3月16日

目 录

序.....	(1)
第一章 依法治国与借鉴外域法律文化的一般理论.....	(1)
第一节 概念阐释与价值定位.....	(1)
一、研究语境中的概念阐释.....	(1)
二、他山之石，可以攻玉：外域法律文化的借鉴 价值	(24)
第二节 法律移植与本土资源	(33)
一、关于法律移植	(33)
二、关于本土资源	(38)
三、正确处理法律移植与本土资源的关系	(41)
第三节 外域法治模式发展概观	(46)
一、法治模式与法治化道路选择	(46)
二、西方法治模式发展概观	(49)
第二章 美国宪政的分权制衡及其借鉴价值	(67)
第一节 美国法律文化的特性与宪政分权制衡原则的 形成	(67)
一、美国法律文化的特性	(67)
二、美国宪政分权制衡原则的形成	(82)
第二节 分权制衡原则与美国法治	(99)
一、分权制衡原则的内涵	(99)

2 目 录

二、分权制衡原则与美国法治	(106)
第三节 分权制衡原则对当代中国法治的借鉴	
价值	(115)
一、调适多元利益, 夯实宪政根基	(115)
二、规制权力结构, 推进政治文明	(122)
第三章 法国的行政法治原则及其借鉴价值	(134)
第一节 法国法律文化的特性与行政法治原则的	
形成	(134)
一、法国法律文化的特性	(134)
二、法国行政法治原则的形成	(147)
第二节 行政法治原则与法国法治	(159)
一、行政法治原则的内涵	(159)
二、行政法治原则与法国法治	(165)
第三节 行政法治原则对当代中国法治的借鉴	
价值	(173)
一、行政权控制与人权保护	(173)
二、WTO 与中国行政法治建设	(181)
第四章 德国的法治经济及其借鉴价值	(193)
第一节 德国法律文化的特性与法治经济的形成	(193)
一、德国法律文化的特性	(193)
二、德国法治经济的形成	(206)
第二节 德国民商、经济法制与德国法治	(216)
一、德国法治经济的内涵	(216)
二、民商法制与德国法治	(219)
三、经济法制与德国法治	(229)

第三节 德国法治经济对当代中国法治的借鉴	
价值	(243)
一、法治与经济的互动：德国的经验与启示	(243)
二、借鉴《德国民法典》，构建我国规范的民商法律 体系	(245)
三、制定反垄断法，构建公平竞争法律体系	(250)
四、发展市场经济，完善宏观调控法律	(255)
第五章 英国普通法的程序优先及其借鉴价值	(260)
第一节 英国法律文化的特性与程序先于权利原则的 形成	(260)
一、英国法律文化的特性	(260)
二、普通法程序先于权利原则的形成	(270)
第二节 程序先于权利与英国法治	(280)
一、程序先于权利原则的内涵	(280)
二、程序先于权利与英国法治	(288)
第三节 程序优先对当代中国法治的借鉴价值	(297)
一、程序优先的现实价值	(297)
二、法律职业共同体与司法改革	(306)
第六章 非洲法律现代化及其借鉴价值	(311)
第一节 非洲法律文化的变迁和特性	(311)
一、非洲法律文化的变迁	(311)
二、非洲法律文化的特性	(320)
第二节 非洲法律的现代化变革	(327)
一、东西方政治模式的影响与非洲法律的 现代化	(327)
二、非洲习惯法的现代化	(337)
三、非洲法律制度的现代化变革	(342)

4 目 录

第三节 非洲法律现代化的反思与重构	(354)
一、关于本土法与外来法	(354)
二、关于固有法与现代法	(359)
三、关于伊斯兰法治与法律现代化	(362)
四、关于部族主义与法律统一	(367)
第七章 东亚法治模式及其借鉴价值	(370)
第一节 东亚法律文化的特性与东亚法治模式的 形成	(370)
一、东亚法律文化的特性	(370)
二、东亚法治模式的形成	(383)
第二节 东亚法治模式与东亚社会发展	(391)
一、东亚法治模式：传统与现代的契合	(391)
二、东亚法治与东亚社会发展	(394)
三、东亚法治与亚洲金融危机	(404)
第三节 东亚国家和地区法治的实例及其启示	(412)
一、日本法治：建构现代法律职业	(412)
二、韩国法治：宪法裁判与法治理念	(421)
三、中国香港、新加坡法治：反腐与廉政	(429)
结语 整合与超越：中国法治化道路的现实追求	(439)
参考文献	(447)
后记	(459)

CONTENTS

Preface	(1)
Chapter One General Theories on Administering a Country	
According to Law & Borrowing Foreign Legal Culture	(1)
Section 1. Explanation of concept and value orientation	(1)
(1) Explanation of concept on studying context	(1)
(2) There are other hills whose stones are good for working jade: the value of borrowing foreign legal culture	(24)
Section 2. Transplant of law and native resources	(33)
(1) Transplant of law	(33)
(2) Resources of native country	(38)
(3) Handling correctly the relationship between transplant of law and resources of native country	(41)
Section 3. General survey on development of foreign model of the rule of law	(46)
(1) Model of rule of law and selecting the road of rule of law	(46)
(2) General survey on development of Western model of rule of law	(49)

6 CONTENTS

Chapter Two U. S. constitutional principle of

Seperate and Balance Power & Its Value of Borrowing (67)

Section 1. Characters of American legal culture and formation of

principle of seperate and balance power (67)

(1) Characters of American legal culture (67)

(2) Formation of U. S. constitutional principle of

seperate and balance power (82)

Section 2. Principle of seperate and balance power and rule of

law of America (99)

(1) connotation of seperate and balance power (99)

(2) Principle of seperate and balance power and rule of

law of America (106)

Section 3. Value to contemporary China of borrowing of principle of

seperate and balance power (115)

(1) Adjusting multiple interest and tamping

constitutional groundwork (115)

(2) Regulating structure of power and advancing

political civilization (122)

Chapter Three French Administrative Rule of Law &

Its Value of Borrowing (134)

Section 1. Characters of French legal culture and formation of

principle of administrative rule of law (134)

(1) Characters of French legal culture (134)

(2) Formation of principle of administrative rule of law (147)

Section 2. Principle of administrative rule of	
law and rule of law of France	(159)
(1) Connotation of principle of administrative	
rule of law	(159)
(2) Principle of administrative rule of law and rule of	
law of France	(165)
Section 3. Value to contemporary China of borrowing of	
principle of administrative rule of law	(173)
(1) Controlling administrative power and	
protection of human right	(173)
(2) WTO and construction of China's administrative	
rule of law	(181)
Chapter Four German Economic of Rule of Law & Its	
Value of Borrowing	(193)
Section 1. Characters of German legal culture and formation of	
economic of rule of law	(193)
(1) Characters of German legal culture	(193)
(2) Formation of economic of rule of law	(206)
Section 2. German civil and commercial economic legal	
system and rule of law of Germany	(216)
(1) connotation of German economic of rule of law	(216)
(2) Civil and commercial legal system and rule of	
law of Germany	(219)
(3) Economic legal system and rule of law of Germany	(229)

8 CONTENTS

Section 3. Value to contemporary China of borrowing of	
German economic of rule of law	(243)
(1) Interaction between rule of law and economy:	
German experience and revelation	(243)
(2) Borrowing <i>Germanic Civil Code</i> , constructing China's	
canonical civil and commercial legal system	(245)
(3) Constituting antimonopoly law, constructing legal	
system of fair competition	(250)
(4) Developing market economy, consummating	
macro-control law	(255)
Chapter Five Priority of Procedure in English Common	
Law & Its Value of Borrowing	(260)
Section 1. Characters of English legal culture and formation of	
principle of priority of procedure	(260)
(1) Characters of English legal culture	(260)
(2) Formation of principle of Remedies Precede	
Rights in common law	(270)
Section 2. Remedies Precede Rights and rule of	
law of British	(280)
(1) Connotation of Remedies Precede Rights	(280)
(2) Remedies Precede Rights and rule of law of British ...	(288)
Section 3. Value to contemporary China of borrowing of	
priority of procedure	(297)
(1) Realistic value of priority of procedure	(297)
(2) Legal profession community and judicial reform	(306)