

FZ “法治之路”丛书

丛书主编/俞荣根

History and
Notion of
Legal System
in Eastern Asia

◎韩大元/著

东亚法治的历史 与理念

围绕东亚经济的演变，
说明法治是东亚社会发展的
重要的动力；
循着东亚模式的轨迹，
揭示尊重本土价值的
东亚社会开拓独特法治道路的规律
和对中国法治之路的意义。

法律出版社

90045201

FZ “法治之路”丛书

丛书主编/俞荣根

History and
Notion of
Legal System
in Eastern Asia

◎韩大元/著

东亚法治的历史 与理念

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

东亚法治的历史与理念/韩大元著. —北京:法律出版社, 2000. 6

(法治之路丛书/俞荣根主编)

ISBN 7-5036-3126-0

I. 东… II. 韩… III. 国家 - 行政管理 - 研究 - 东亚
IV. D731.03

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 61495 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

责任印制/张宇东

责任校对/杜进

印刷/民族印刷厂

开本/850×1168 毫米 1/32

印张/9 字数/208 千

版本/2000 年 7 月第 1 版

2000 年 7 月第 1 次印刷

印数/0,001 - 5,000

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3126-0/D·2847

定价:17.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序

法治这一概念有广义和狭义之分,广义的法治是古代就有的。法治与人治这两种不同的治国理论(方针、指导思想)与原则(制度、方法)的对立与论争,在中外历史上已经存在了几千年。古代的法治虽然是建立在专制主义的基础上,但它在历史上的不同时期总是代表着先进的阶级、阶层或开明的思想家、政治家的利益、愿望和主张,同当时社会的发展和进步相适应。狭义的即现代意义的法治是近代以来才有的。它是建立在市场经济、民主政治和理性文化的基础上的。

新中国建立以来,我们国家的民主法制建设虽然历经挫折,但终于从 1978 年起开始走上了法治的道路。党的十五大正式将“依法治国,建设社会主义法治国家”作为治国方略确立下来,是这一历史性进程中一个非常重要的里程碑。从广义上看,我们通常说的“依法治国”是包括“建设法治国家”在内,但从狭义上看,两者又有一定区别。依法治国是一项治国的战略方针,基本含义有两个:一是依法治国是一种治国的理论和指导思想,即国家的兴旺发达和长治久安,关键的决定性的因素和条件,是要建立一个良好的有权威的法律和制度,而不应主要寄希望于国家出现一、两个圣主贤君;二是依法治国是一种治理国家的行动准则,即国家不能依照少数几个领袖人物个人的智慧、看法和注意力来治理,而应依据符合事物规律、时代精神、社会理想与人民利益的法律来治理,不能权大于法。建设法治国家则是一项治国的战略目标,其主要含义在于,它是一个国家在政治法律制度上的一种模式选择;它是现代社

会一种最文明、最先进的政治法律制度类型；它应具有一系列基本的标志和要求。根据国际的共同经验和中国的具体国情，社会主义法治国家的主要标志（或称法治原则）主要有如下十项，即：法制完备，主权在民，人权保障，权力制约，法律平等，法律至上，依法行政，司法独立，程序公正，党要守法。这些要求表明，现代法治同古代法治相比，其内涵要丰富得多，先进得多，文明得多。

自近代资产阶级革命以来，一些工业发达国家的法治建设已经经历了约二百多年的长久过程。现在这些国家中的学者们和政治家们仍在关注法治问题的讨论。虽然他们面临的理论与实践问题，主要已经不是法治好还是人治好的争论，而是观念与制度上某些具体模式的比较与选择，但其文明的程度仍远远没有达到人们所希冀的境地。我们国家有过两千多年封建主义的历史，缺少民主与法治传统。要建设现代法治国家，必然是一个长久的历史过程，面临着一系列观念的更新与制度的变革，更需要人们进行艰难的探索与实践。这就为我国的学者研究法治提供了良好的机遇和广阔的空间。

现代法治文明是全人类的共同创造和宝贵财富。任何事物都有它的普遍性和特殊性，现代法治也是这样。由于经济发展水平、政治体制建构、文化与历史传统等方面的差异，各个国家在法治的理念和制度上不可能完全一样，但是，它们也必然存在着全人类所共同认可的一些理想与原则。社会主义法治国家的建设，在价值追求与制度设计上，自然有它自己的特色。然而，它理应吸纳历史与现时代不同民族在法治问题上一切具有民主性和科学性的成果，走全人类文明共同发展的大道。

俞荣根教授主编的这套丛书，聚集了我国法学界一批卓有成就或崭露头角的青年学者。他们从历史的与现实的、观念的与制度的不同角度与层面，对法治问题进行了广泛和深入的探讨。我相信，这套丛书的出版，能够为我国法治建设的宏伟事业和人类文化宝库，作出自己应有的贡献。

李步云

1999年3月

前 言

我们正处于世纪之交、社会转型的时代。

整个 20 世纪,中华民族一直在追求着民主、自由和法治。为了这个目标,我们的前辈和我们自己曾一代一代地努力奋进,前仆后继,流血牺牲,百折不挠,执着始终。直到最近的 20 年中,中国社会主义的民主法制事业才有了蓬勃的发展。直到最近的三、二年中,“依法治国”终被确定为社会主义中国的治国方略,实现了由法制到法治的历史性超越。“艰难困苦,玉汝于成”。百年求索,终在世纪之交的关头,使中国的法治事业迈向了一个新的阶段,前进到了一个新的起点。此乃旷世之功!全民族之福!

1997 年召开的中国共产党第十五次代表大会,功勋卓著,彪炳史册。其在理论上诸多的突破和在各方面正确方针的制定上,可铭可颂之处在所多多,而提升法治为治国基本方略,无疑是其丰碑式的记录之一。自那以后,在共和国所及之处,诸凡政治生活、会议文件、集会讲演、新闻报道、大众传媒、学术著述、课堂教学,乃至巷议街谈,“法治”二字在见著纸面、显于银屏等等方面,频率都是居高不下的。法治由国家政治中枢,由最高领导层的决策和号召走向社会,深入民间,这是必由的要事,又是天大的好事。不过,画虎类犬、好经念歪、雅乐走腔之类的事,历史上也曾不少。由“依法治国”而推演到“依法治省”、“依法治市”、“依法治县”,咋看虽合逻辑,细究值得质疑,不过就现实的法治运动而言,其积极方面或可过半;但若再演绎出“依(或以)法治脏”(脏乱差的脏)、“依(或以)法治团”(共青团的团)等等,就不单是望文生义了,搞得不好,还真有混淆视听、哗众取宠之嫌。法治固然是包括中华民族在内

的全人类文明发展的成果,有其漫长而可考的历史轨迹,但一说到中国的法治,非要抬出春秋的管仲、战国的商鞅,称道他们已有了不起的法治理论和实践;这就不仅是落入了“老祖宗古已有之”的俗套,而且弄得不好,会搅乱现代法治的真义,误导了善良的百姓。由此而思之,法治之道何然又何所然,中国法治之路何由又何所由,真还值得来一番多元和多角度的探讨。如果说事都有缘起,那么,这些便是本丛书的缘起。

毋庸置疑,法治衍生于西方的文化传统,且经古代、近世的不断孕育、更新与发展,已具有一种成熟、多元而独特的文化品格和制度框架。当今之世,法治实已成为衡量社会进步、政治文明的尺度。民主政治、宪法至上、依法行政、程序正义、司法独立、善待权利等等,已不只是西方文明独有的成果和价值,同样是人类普遍的经验 and 愿望。问题在于,在世界发展到地球村的今天和不远的将来,在东方与西方、古代与今世纵横交错的坐标上,它们会呈现出怎样的理论形态和实践模式?中国的法治应当怎样从西方法治吸取经验?同样重要的是,除了效法和借鉴,我们必须充分挖掘自己的传统与文化,以及悠久的历史本身这些本土资源。我们也许不能从中国古代法律思想和制度中直接找到法治的精髓和运作方式,但至少可以发掘融通、接引它的种种资源和智慧。正是因为有了这种资源和智慧,才会有中、西法治问题上的相生相克、相反相成,近代中国才会有在“中体西用”文化范式指导下的法治理论的继受与变异,才会有当代中国法制所经历的 20 年世变和超越,才会有今天在政治、经济体制改革的大背景下,注重研究和解决中国法制和法治的理论与实际问题的良好态势。中国共产党“十五大”对法治问题所作的提升,在某一个方面可以说是对借取西方法治经验和挖掘自己本土资源作的最有权权威性的论说,同时也是在创造资源、积累资源。中国法治的未来必须从中国的过去和现实中找到出发点,西方的经验也必须本土化才会在中国获得更生。在传统与现代之间,对于中国的法制历史,我们也许比别处更需要冷静地反省而非轻率的弃绝,更需要深刻的理解而不是粗浅的注解。

本丛书的立足点既非“西方中心主义”,也非“中国中心主义”,

而是以现代法治的普世价值为“中心”的。这一“中心”则通过中西法治发展,特别是其与反法治和非法治的较量中曲折发展的理论和实践纵向展开,并在诸如宪法至上、程序正义、权利本位、依法行政等等普遍公认的法治价值和原则上进行横向的深度开掘。在力图回答中国法治走向这一问题时,我们赞同 Matz 的“定理”:“所谓结论,就是你懒得继续思考下去的地方。”有时一个所谓权威的结论甚至比老老实实的疑问更为有害。中国法治问题是一个历史课题,也是一个悠久民族的群体性的文化选择课题,除了历史、民族和文化自身的答案以外,任何欲进行书斋作业式的“学术定位”的企图都是虚妄的。诚然,这并不妨碍对这一命题进行艰巨而深刻的探索和论证,问题将随着理论的深入和实践的发展不断激起更多的争论和进一步的思索,并一步一步地向它的目标接近。虽然我们不敢也无力构建“中国法治”理论的宏伟体系,但每一部书都可视为我们对这一问题探寻深思的结晶。它可能是纵向的、横向的,或点或面地记录了古今中外法治的理论和实践,以滴水之光折射汪洋大海,同时也提供了作者本人对法治之道、对中国法治之路的审视、反思、拷问和设想。

本丛书的作者们是在那些头脑里长有思想,崇尚学术创新,被忧患所煎熬,甘居书房的寂寞,信守着精神上的清高,饮享着物质上清贫的一族中选的。除我一人杂务趋多,读书趋少,渐入老朽以外,其他都是虎虎有学术生气的青年法学理论工作者,有不少已在中国法学论坛上享有一席之地,名声鹊起,犹如朝日。他们的书桌里摆着各大出版社的稿约,笔耕正酣,文务繁重,但还是毅然决然地承担了本丛书的写作任务,我想这绝不是因为我的年长而不得不讲点礼数,主要的或根本的原因在于他们对中国法治的那种渴求和责任。他们书中的观点、见解、理想与深思,也许只是计量中国法治理论的一些分分角角的零币,然而每一枚却都是学子们用黄金打铸的。正如施勒格尔所言:“每一个正直的作家的创作,要么不为任何人,要么是为了每一个人。谁若为了让这些人或那些人愿意读自己的作品而写作,只会落得无人问津。”因是之故,各位作者看重的是文化上的品位和学术上的独立。就我们的初衷而

言,它为每一位真诚、真切关怀和信任中国法治命运的国人而作,若能赢得更多的读者共鸣激赏,引出更深的思考,自是我们莫大的欣慰。

作为主编,我要谢谢我们的作者,也要谢谢我们的读者。
中国法治,祝您走好!

俞荣根

1999年3月2日定稿于北京东郊之燕翔饭店1728房
时值全国政协九届二次会议召开之际,余恭逢其盛

引 言

法治是人类文明的标志,不同的民族在不同的文化背景下感受法治价值,并选择适合自身特点的法治之路。法治是普遍性与特殊性价值的统一,人类一方面追求着法治的共同目标,同时又在寻求不同的法治发展道路。法治历史最早始于西方世界,它已积累了丰富的经验与文明成果,但法治文明并不是西方文明的独占品,不同文化背景与传统孕育着体现不同民族风格与传统的法治,在法治的发展中每个民族所作的努力与贡献应具有同等价值。

东亚经济发展的成功引起了世界各国学者的广泛瞩目,学者们从不同的角度分析了东亚经济生长的环境与经济增长的条件,提出了富有价值各种理论。亚洲金融危机给东亚发展理论提出了挑战,热衷于宣传东亚经济成功的一些学者一

夜之间改变了其主张,开始批判东亚模式的“落后性”。“亚洲价值观”、“东亚模式”的批判成为学术界的热门话题。但多数学者对金融危机给东亚社会发展进程,特别是法治发展所带来的冲击作了理智的、客观的评价。人们透过金融危机的各种现象,切身感受到东亚社会中法治的功能与价值。从某种意义上说,东亚成功的背后潜在着东亚法治的价值,法治文明对东亚社会发展进程所产生的影响是有目共睹的。而东亚金融危机出现的重要原因之一,是东亚人未能在经济发展的同时进一步依靠法治的力量推进社会变革,忽略了法治价值,传统社会结构中存在的“人治”思想以非制度性因素影响法治发展的进程,社会的指导层习惯于以人治的思考方式处理社会事务。经历过金融危机的东亚社会政治家和民众更加珍惜法治价值,并依靠法治的力量正在逐步摆脱金融危机,进入经济复苏时期。东亚从经济成功到遭遇金融危机、进入经济复苏的实践表明,法治是东亚社会正常发展的重要保证。

东亚经济发展是经济与法治的价值相互融合的结果,法治追求的目标与法治产生的社会影响力是东亚社会获得持续发展的内在动力。但是,长期以来,由于受“西方中心主义”思考方式的影响,我们对东亚社会中存在的法治传统与法治运作过程缺乏必要的关注与研究,习惯于以西方法治的既定指标与标准来观察我们自己面临的各种问题,没有开发东亚社会自身发展中的法治资源。或许有些人有这样的担心,即以“集权”或“权威主义”为特征的东亚社会中能否存在法治,强调东亚法治的特色是否意味着东亚人法治观的狭隘与封闭?有一种观点认为,东亚社会没有什么法治,不可能形成法治的东亚模式,东亚法治是在移植西方法治理论的过程中形成的,故法治的西方化才是东亚法治的前途等。我们承认,东亚法治的历史远远晚于西方,而且法治实践也是不成熟的,但法治是尊重本土性价值的,东亚社会毕竟不同于西方社会,东亚人不是西方人,我们面临的许多问题是东亚社会发展进程中出现

的,不可能指望在西方人的生活体验与经验中积累的法治理论能够为我们东亚人解决东亚社会问题提供具体的理论支持。因此,应把法治的普遍性价值运用到东亚社会发展过程之中,允许东亚人进行比较与必要的加工,把崇高的法治理想融化为东亚人丰富的生活经验之中,培育东亚人对法治的感受和体验。正是基于这一点,我相信东亚模式中必然包括东亚法治模式,而在法治的理想与现实中东亚人依靠主体性与创造性,建立自身的法治系统。中国是东亚国家,在法文化与历史发展过程中我们与东亚各国之间有着非常相似的经历,在挖掘东亚法治价值方面有着近水楼台的先天优势。因此,系统地研究东亚法治理论对于中国建设社会主义法治国家有着重要的参考价值。

本书在探讨东亚法治一般原理的基础上,对日本、韩国、新加坡三个国家法治的历程与法治运作过程进行了介绍与评价。东亚法治的理论具有丰富的内涵,本书侧重于探讨东亚的法治理念。在分析中,我力求把东亚法治置于世界法治的宏观体系之中,既指出不同民族、不同文化在法治价值上的共性,同时也着力挖掘东亚传统下法治的意义与价值。东亚法治模式是以东亚国家的法治实践为基础的。日本、韩国与新加坡在法治原理与运作中各具特色,如日本法治是模仿与创新的统一,韩国法治是文化主体性价值与法治价值的统一,新加坡法治则以特殊的社会情形为基础,实现了社会共同价值观与法治价值的统一。在分析三国法治时,作者侧重于客观描述东亚国家法治发展过程,力求从历史事实中观察东亚法治的现状,并分析各国法治构成的相关要素。本书的这种结构安排主要是帮助读者从东亚各国法治实践中归纳东亚法治的一般原理,便于理解东亚法治的特色。

书中没有具体涉及中国法治问题。中国法治理论与经验是构成东亚法治的重要的资料来源与实践基础。在东亚法治模式中中国法治历史与经验所占的比重与重要性是不言而喻的。作者注意

在思考与研究东亚法治时,始终把中国法治的历史与现实因素置于重要地位,但考虑到丛书的性质、篇幅与研究现状等问题,书中没有专门列入中国法治问题。本书采用广义的东亚概念,即从地理因素与文化因素的综合内容中考察现代东亚法治的基本框架与理论。

目 录

引 言	1
第一章 导论:东亚法与东亚法治	1
一、东亚法起源	1
(一)东亚·东亚社会结构	1
(二)东亚法起源	6
(三)东亚法的概念	8
二、东亚法形成与东亚法文化	11
(一)东亚法形成	11
(二)东亚法文化	12
三、东亚法理念与东亚法治模式	19
(一)东亚法理念	19
(二)东亚法治模式	22
四、东亚法治结构与研究方法	34
(一)东亚法治结构	34
(二)东亚法治研究方法	36
五、东亚金融危机与东亚法治的价值	41
(一)东亚金融危机出现的社会经济文化原因	41
(二)金融危机并没有否定东亚模式存在的价值	42
(三)金融危机与东亚法治价值	45

(四)反思与改革	49
第二章 日本法治:模仿与创新	52
一、法治历程	52
(一)古代法的传统	52
(二)法制近代化进程	55
(三)明治宪法制定与文化冲突	57
(四)民法论争与法文化冲突	70
(五)近代法制的发展	73
(六)战后法制改革与法治价值的恢复	76
二、法治结构	87
(一)日本法的基础	87
(二)立法制度	90
(三)日本法体系	94
(四)权力分配与权力制约机制	96
三、法治状态	97
(一)权利观念	98
(二)法律意识	102
(三)法律家的功能	107
(四)人权与违宪审查制	110
(五)日本法学	114
四、法治改革	118
(一)法治理念与法律现实	119
(二)法的思维方式变革	122
(三)司法体制改革	123
(四)法律改革与本土化	125
(五)法调整领域的扩大	127
五、小结	127

第三章 韩国法治:法文化的主体性与法治价值的协调	129
一、法治思想源流	130
(一)法·法理念源流	130
(二)传统法与西洋法冲突	137
(三)殖民地统治与法治价值	143
(四)法制形成期	144
(五)基本法律体制的确立	146
(六)法治与法律体制调整	151
二、法治结构	153
(一)韩国法的性质	153
(二)法思想的多元结构	156
(三)法的制定与法治原理	159
(四)法治国家与权力控制	163
(五)司法体制	166
三、法治运作	171
(一)法律意识	172
(二)宪法裁判与法治理念	188
(三)法治价值与人权保障体制	195
(四)法治与法学	201
四、法治改革	206
(一)法治理念的变革	207
(二)法治改革的背景与总体目标	210
(三)立法体制改革	213
(四)法治价值与司法改革	216
(五)从工具主义法律观向价值主义法律观的转变	218
五、小结	219

第四章 新加坡法治:共同体价值与法治价值融合	221
一、法治发展	221
(一)法律传统	221
(二)法律演变	224
(三)法律制度的近期发展	226
二、法治结构	227
(一)法的基础	227
(二)法的渊源	228
(三)法律的制定	229
(四)法治与“好政府”	232
(五)法治与司法	236
(六)法治与人权	238
三、法治状态	242
(一)新加坡人的法治观念	242
(二)法治与共同价值观	246
(三)法治与廉政	251
(四)执法环境与守法	254
(五)“严刑峻法”与法治	255
四、法治的未来	257
(一)法治理想与社会现实	257
(二)法文化冲突与法治价值	258
(三)自由与法治价值	260
五、小结	261
主要参考书目	262
后记	266