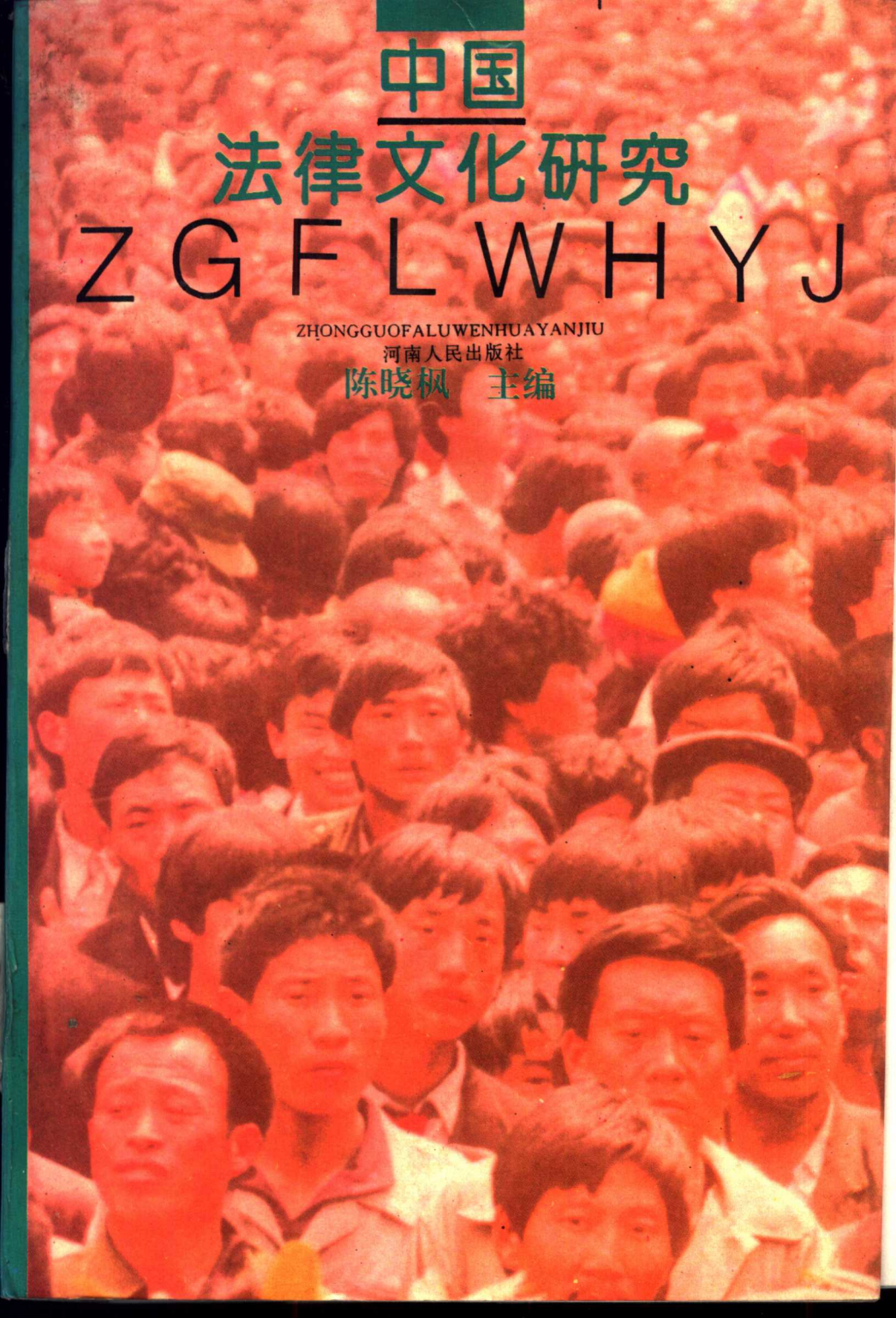




中国

法律文化研究

Z G F L W H Y J

ZHONGGUOFALUWENHUAYANJIU

河南人民出版社

陈晓枫 主编

中国 法律文化研究

ZHONGGUO FA LU WEN HUA YAN JIU

河南人民出版社

陈晓枫 主编

(豫)新登字 01 号

中国法律文化研究

主 编 陈晓枫

责任编辑 段南萍

河南人民出版社出版发行

郑州邙山书刊装璜厂印刷

新华书店经销

850×1168 毫米 32 开本 17.5 印张 398 千字

1993 年 12 月第 1 版 1993 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—2,000 册

ISBN7-215-02371-0/D·492

定价:19.80 元

目 录

绪 论

- 一 恒变又恒定的“文化”..... (1)
 - 1—1 远远没有结束的论战 (1)
 - 1—2 被决定的我们 (4)
 - 1—3 历史凝结的情感体验 (9)
- 二 既往这样切入了现实 (13)
 - 2—1 一种指令 (13)
 - 2—2 指令作用的机制 (17)
 - 2—3 通向现实法制的入口 (20)
- 三 中国法律文化的形成及基本范畴 (36)
 - 3—1 历程 (36)
 - 3—2 历史传统的沃土 (39)
 - 3—3 中国法律文化的根基 (41)
 - 3—4 中国法律文化基本范畴 (44)

第一篇 史 源

- 第一章 冉冉而升的东君太阳 (56)
 - 第一节 崇拜太阳的先民 (56)
 - 1—1 拾起历史坠绪之键 (56)

1—2	两个事实	(61)
1—3	由日神所昭示的法律文化始基	(64)
第二节	海洋型文化的法律观	(70)
2—1	从濒海的生存条件发源	(70)
2—2	一般的公平的契约精神	(74)
第二章	法律规范向伦理规范的第一次沉淀	(76)
第一节	在历史的深处	(76)
1—1	“德”义辨正	(76)
1—2	祭祀法则	(78)
第二节	朦胧的“德”治之光	(82)
2—1	“成德”“建德”的国家组织制度	(82)
2—2	“德”赋的财产制度	(85)
2—3	整体综合的刑罚强制	(91)
第三节	沉淀与潜化	(94)
3—1	法律文化中的第一次沉淀	(94)
3—2	潜在的制约	(94)
第三章	从多元到一统的整合	(97)
第一节	另一种文明	(97)
1—1	不夷于民的奴隶	(97)
1—2	大战的遗存	(100)
1—3	先进的苗民之刑	(103)
1—4	“刑书”结构析	(105)
第二节	礼刑关系新探	(108)
2—1	德衰制礼	(108)
2—2	进一步的侵夺	(112)
2—3	德礼互为表里	(114)

2-4 礼制编制·····	(116)
2-5 刑礼关系辨正·····	(119)
2-6 礼刑关系的历史投射作用·····	(128)
第三节 僵滞的时间·····	(130)
3-1 法制的复合·····	(130)
3-2 观念的互摄兼溶·····	(134)
3-3 僵滞的时间·····	(136)
3-4 最后的辉煌·····	(138)
第四章 中国传统法律文化横断揽略·····	(146)
第一节 深厚的热土·····	(147)
1-1 田园式农业文明·····	(147)
1-2 唯一的社会关系·····	(151)
1-3 “德”“刑”为主要特色的法律传统构成·····	(155)
第二节 思维方式的指令作用·····	(159)
2-1 众说援之的《易经》·····	(160)
2-2 多样性规定为统一性包容·····	(161)
2-3 以“顿悟”为机制的功利法治·····	(166)
2-4 失衡与平衡之间的徘徊·····	(172)
2-5 个体的消弥·····	(176)

第二篇 法 理

第一章 马克思主义法的本质理论在中国的命运·····	(184)
第一节 法的阶级性：一个坚固的堡垒·····	(186)
1-1 似乎是常识·····	(186)
1-2 有趣的论战·····	(187)
1-3 万能钥匙·····	(188)

第二节 在神圣的灵光之下.....	(189)
2—1 神圣的灵光.....	(189)
2—2 透过神圣的灵光.....	(190)
第三节 冥冥之中.....	(192)
3—1 教条主义的思想方法.....	(192)
3—2 “法自君出”的巢臼.....	(195)
第二章 法律——一种刑罚手段.....	(197)
第一节 两种“法”的观念.....	(199)
1—1 西方法文化中法的概念.....	(199)
1—2 中国法文化对法的认识.....	(200)
第二节 法即是刑.....	(204)
2—1 刑起于兵.....	(204)
2—2 唯一的法律调整手段.....	(206)
第三节 “礼”与“刑”.....	(208)
3—1 “礼者禁于将然之前”.....	(208)
3—2 出于礼则入于刑.....	(210)
3—3 行为模式与法律后果.....	(211)
第三章 “治”与“乱”.....	(214)
第一节 西方法律文化的价值观.....	(215)
1—1 正义、自由、效益.....	(215)
1—2 理性的致思途径.....	(217)
第二节 中国传统法文化的价值观.....	(218)
2—1 以秩序为最高的法律价值.....	(218)
2—2 求同意识.....	(220)
第三节 当代中国的法律价值观.....	(222)
3—1 历史的沉淀.....	(222)

3-2 法律工具论	(223)
3-3 治乱世用重典	(224)
3-4 从重从快	(225)
3-5 以“秩序”为本的调解	(225)
第四章 法治=以法治国: 一个公认的定式	(226)
第一节 两种不同的法治传统	(226)
1-1 法家笔下的“法治”	(226)
1-2 西方的法治传统	(229)
第二节 走向法制的坎坷之路	(235)
2-1 希望的曙光	(235)
2-2 人治投向现实的阴影	(237)
2-3 新的起点	(238)
第三节 中国式的法治理论	(239)
3-1 辨“法治”与“法制”	(239)
3-2 对“法律至上”的批判	(240)
3-3 依法办事——法治的基本要求	(241)

第三篇 宪 政

第一章 国家权力的一元结构	(243)
第一节 不同的动机产生了形式同一的权力结构模式	(243)
1-1 不伦不类的钦定宪法	(243)
1-2 人民利益代表者的自信	(245)
1-3 对效率的重视“淹没”了对权力滥用的担心	(247)
1-4 两种不同的一元权力结构	(249)
第二节 柔性的权力制约	(250)

2-1	不是“三权分立”的权力制约	(250)
2-2	目标与现实的差异: 最终主权者对国家权力执掌者 的软约束	(252)
2-3	“主体自觉”的自我约束	(256)
2-4	柔性权力制约的逐步刚性化	(258)
第三节	权力运行中的单向性	(261)
3-1	“老虎借猪”	(261)
3-2	无所不能的政府	(263)
3-3	宪法监督问题	(265)
第二章	社会利益的统一性	(268)
第一节	社会利益一致是国家政策的基本出发点	(268)
1-1	不重视个体利益的文化传统	(268)
1-2	社会利益一致是制定政策的基本出发点	(269)
第二节	以公有制为主导的社会主义经济制度是社会 利益统一性的决定因素	(271)
2-1	正在完善中的公有制	(271)
2-2	其他经济成份是公有制的补充	(273)
2-3	社会利益一致的具体体现是按劳分配	(274)
第三节	国家对社会利益调节的兼顾论	(275)
3-1	公共利益的神圣地位	(275)
3-2	国家、集体和个人利益的兼顾	(276)
第三章	大一统的国家结构	(278)
第一节	大一统精神的历史渊源和现实基础	(278)
1-1	“大一统”的传统文化	(278)
1-2	大一统国家结构的现实基础	(280)
第二节	大一统国家结构不能回避的两个问题: 民族	

区域自治和一国两制·····	(281)
2—1 单一制国家解决民族问题的途径是民族区域自治 ·····	(281)
2—2 一国两制与大一统 ·····	(283)
第四章 义务重于权利的公民地位·····	(284)
第一节 从身份到契约的演变的断裂·····	(284)
1—1 重身份的中国封建社会 ·····	(284)
1—2 身份关系的残存 ·····	(286)
1—3 打破身份关系的桎梏 ·····	(288)
第二节 在公民基本权利上的现实主义·····	(290)
2—1 对公民基本权利起源的观念差异 ·····	(290)
2—2 公民基本权利的增减随形势而定 ·····	(292)
2—3 公民权利意识淡薄 ·····	(293)
第三节 法律面前一律平等的实现还有待努力·····	(295)
3—1 “官当”并未绝迹 ·····	(295)
3—2 权力等于一切 ·····	(296)
第四节 令人忧虑的公民义务问题·····	(298)
4—1 义务也不明确 ·····	(298)
4—2 培养新的义务观念 ·····	(299)

第四编 刑 法

第一章 在圣教外衣笼罩下的严刑峻法·····	(301)
第一节 刑法：传统道德的化身·····	(303)
1—1 亲属相犯·····	(304)
1—2 性的禁忌·····	(305)
1—3 亲属相隐·····	(307)

第二节 利剑与天平·····	(310)
2-1 在家制的故乡·····	(310)
2-2 刑法——暴力的象征·····	(310)
2-3 工具主义的刑法观·····	(312)
2-4 推行政策的工具·····	(313)
2-5 注释刑法学·····	(315)
第三节 刑罚观上的善恶报应论·····	(317)
3-1 同害报复与诬告反坐·····	(317)
3-2 复仇之风与私和之罪·····	(318)
第四节 对重刑理论的再思考·····	(322)
4-1 一个万古不变的评判模式·····	(322)
4-2 “严打”运动的理论前奏·····	(323)
4-3 倍受推崇的刑罚——死刑·····	(324)
4-4 对重刑主义的忧虑·····	(328)
4-5 梦想与现实·····	(329)
第二章 实现法治理想的艰难跋涉·····	(332)
第一节 一个遥远的梦·····	(333)
1-1 神秘的法律与公开的法律·····	(333)
1-2 商鞅的悲剧·····	(335)
第二节 走向法治的屏障·····	(336)
2-1 不平等的法律·····	(336)
2-2 引经断狱、比附援引与罪刑法定·····	(337)
2-3 原心论罪和客观归罪·····	(338)
2-4 “刑止一身”与“缘坐连坐”·····	(342)
2-5 有罪推定与无罪推定·····	(345)
第三节 权与法的长期较量·····	(348)

3-1 “权大还是法大?”——一个反常的命题	(348)
3-2 常盛不衰的“官当”之风	(349)
3-3 缓刑的特权	(351)
3-4 倡廉肃贪的法律机制	(353)
第三章 严峻的挑战与痛苦的抉择	(358)
第一节 中国人从沉睡中醒来	(359)
1-1 妄自尊大的刑法观	(359)
1-2 枪炮声敲碎了宁静的夜	(359)
1-3 “中体西用”	(360)
1-4 沈家本的慨叹	(361)
1-5 历史的教训	(363)
第二节 古老的传统受到了强有力的挑战	(365)
2-1 冲决纲常礼教的罗网	(366)
2-2 犯罪观和刑罚观的变革	(367)
2-3 跨越旧派和新派的鸿沟	(371)
2-4 抉择	(375)

第五篇 民 法

第一章 残缺的固有民法	(379)
第一节 淹没在刑法中的民法	(380)
1-1 没有独立位置的民法	(380)
1-2 不发达的民法	(381)
1-3 观念与不应存在的民法	(381)
第二节 立法中“民法规范”的角色	(383)
2-1 民法规范的鉴别标准	(383)
2-2 中国古代“民法”的实际性质	(386)

第三节 立法以外的“民法规范”	(389)
3—1 私和的发生原因	(389)
3—2 乡规民约的适用范围	(391)
3—3 乡规民约的规范性质	(393)
第二章 典型范畴与制度	(396)
第一节 礼与礼治	(397)
1—1 法之大分	(397)
1—2 礼对法的影响	(400)
第二节 家族和家庭本位	(401)
2—1 历史由来	(401)
2—2 家族窒息了权利	(403)
2—3 追求“和谐”的代价	(406)
2—4 跛足的侵权责任	(412)
第三节 财产实益的宗法分配	(414)
3—1 私人“所有权”产生了么?	(414)
3—2 产品归属	(418)
第三章 近、现代民法文化的变革	(422)
第一节 固有法的死亡	(423)
1—1 自身的危机	(423)
1—2 抑商的作用	(425)
1—3 列强入侵的催化	(427)
第二节 近、现代民法的发展	(429)
2—1 在近期目标的限制下	(429)
2—2 舶来的民法制度	(429)
2—3 几乎空白的新中国民法史(~1978年)	(432)
第三节 现代民法观念同传统观念	(436)

3—1 两种行为模式	(436)
3—2 中国现代民法文化的多元性	(441)
3—3 涵化的模型	(443)
3—4 观念的多层次	(447)
第四章 现代民法及其实现形态	(449)
第一节 债：舶来的概念系统执行着传统的功能	(449)
1—1 社会主义的市场经济条件下的合同法	(449)
1—2 责任法的首要目的仍在于制裁违法？	(454)
第二节 所有权制度：抽象与具体各行其是	(458)
2—1 权利与地位	(458)
2—2 历史与理论	(461)
2—3 各有所本的观念	(463)
2—4 集体所有权在哪里？	(465)
2—5 究竟什么是企业经营权	(467)
第三节 主体论：在形而上学与实用主义之间摇摆	(471)
3—1 现行民法中的民事主体	(471)
3—2 公民观念与人人平等的自然法学	(473)
3—3 法人权利能力范围的限制与市场经济	(475)
3—4 “两户一伙”与家族本位遗风	(479)

第六篇 司法诉讼

第一章 倾斜的诉讼大厦	(482)
第一节 执法殿堂的基石	(482)
1—1 解决冲突的最终权威	(482)

1—2 不偏不倚的公正裁判	(485)
1—3 互不依附的居中裁判	(485)
1—4 分权理论下的司法独立	(487)
第二节 沉重的桎梏	(493)
2—1 行政依附制	(493)
2—2 行政官吏制	(494)
2—3 长官意志作用	(496)
2—4 出路在于专业化	(497)
第二章 难以溶合的双重司法目的	(499)
第一节 不受制约的国家权益	(500)
1—1 追究严重犯罪的便利原则	(500)
1—2 国家财产的特殊保护原则	(503)
1—3 民事诉讼中的国家干预原则	(505)
第二节 进退维艰的公民个人	(507)
2—1 无处流的五女泪	(507)
2—2 难以实现的离婚权	(509)
2—3 扭曲的上诉制度	(510)
2—4 服不完的刑期	(511)
第三节 “和谐”精神与诉讼制度的抗争	(514)
3—1 刑不上大夫的司法诉讼	(514)
3—2 礼不下庶人的纪检追究	(515)
3—3 忽视“个体”的调解机制	(516)
3—4 倡导勇于兴诉的新文化	(519)

第七篇 域 外

第一章 “国外”与“化外”	(523)
---------------------	-------

绪 论

一位德国学者曾经说过：“只要立法者三句话，整框整框的书就可以毁掉。”^①在他看来，表现观念意识的理论著作是如此苍白和脆弱。然而，法国学者达维德却表示了相反的看法，他说：“确定的法律条文是会变的，……可是法律教育之所以可能，只是因为法是由变动不居的条文以外的其他东西所构成。”^②这些“其他东西”，是君主也难以对之强令的，它们的重要内容便是存续在人们思维、价值观和心理中的“法律”世界。

对此，我们称之为“法律文化”。

一 恒变又恒定的“文化”

1—1 远远没有结束的论战

任何一个概念的定义，都不象“文化”这样多得令人惊异。就象每一个人都有自己独特的指纹一样，几乎每一个文化学者，都有自己的“文化”定义。1871年，英国学者爱德华·泰勒在《原

① 勒内·达维德：《当代主要法律体系》上海译文出版社1984年版，第23页。

② 同上。