



东方法律改革比较研究

王云霞 著



A0964384

中国人民大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

东方法律改革比较研究/王云霞著
北京:中国人民大学出版社,2002

ISBN 7-300-04024-1/D·626

I. 东…

II. 王…

III. 司法制度-演变-对比研究-东方国家

IV. D909

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2002) 第 006912 号

北京市社会科学理论著作出版基金资助

法学理论与实务丛书

东方法律改革比较研究

王云霞 著

出版发行:中国人民大学出版社

(北京中关村大街 31 号 邮编 100080)

邮购部:62515351 门市部:62514148

总编室:62511242 出版部:62511239

E-mail:rendafx@public3.bta.net.cn

经 销:新华书店

印 刷:北京金特印刷厂

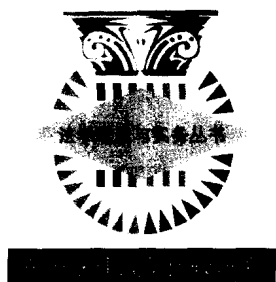
开本:890×1240 毫米 1/32 印张:11.375

2002 年 5 月第 1 版 2002 年 5 月第 1 次印刷

字数:322 000

定价:18.00 元

(图书出现印装问题,本社负责调换)



序

在世界法律演进的长河中，东方法律文化以其悠久而绵长的历史、丰富而独特的内涵占据着无可替代的位置。人类最早的一批成文法律就诞生在现今阿拉伯人居住的两河流域。那块被法国人掠去的镌刻着《汉穆拉比法典》原文的黑色玄武石柱一个世纪以来一直静静地竖立在卢浮宫中，仿佛在向世人诉说着古老的东方法律文化的辉煌。中国古代法律从夏商发端，到唐宋时代已形成义理精深、体系完备、内涵丰富、在东方世界独领风骚的法律体系，其完备发达的程度曾令当时来华游历的西方人士瞠目惊羡不已。然而，到了18世纪、19世纪，古老的东方法律文化便辉煌不再，在西方法律文化一次又一次的撞击下败下阵来，东方各国都被迫进行了旨在富国强兵的法律改革。从尼罗河畔到中原大地、从恒河之滨到阿拉伯半岛腹地，这股改革浪潮冲击了东方世界的每个角落，使传统的东方法律变得面目全非。究竟是什么原因，使得拥有古老法律文化的

东方各国在经过数千年各自独立的发展后开始了步调一致的变革？东方三大法律文化圈各自采用什么手段和步骤进行改革？改革的后果和前景有什么不同？青年学者王云霞博士的著作《东方法律改革比较研究》对这些问题进行了有益的探索，提出了自己的见解。

效法外族先进法律文化进行法律改革的做法在中外历史上都很常见。如日本、朝鲜、东南亚各国曾仿照中国法律文化来改革自己的法律制度，从而形成世界五大法系之一的中华法系。中世纪后期的欧洲各国曾经在商品经济发展需求的刺激下，大规模地采用罗马法，从而形成了当今世界著名的大陆法系。而18世纪以来发生在东方国家的法律改革无疑是人类历史上内涵最为丰富、涉猎面最广、影响最深远的法律改革之一。对这个问题的深入系统的研究，不仅有助于我们正确理解东方法律文化的内涵、特征、功能及其进化轨迹，有利于我们进一步认识东方法律现代化的途径和前景，同时对于我国正在进行的社会主义法治建设也很有借鉴意义。但是对于这样一个课题，国内外法学界的重视程度是远远不够的，至今为止还没有见到全面系统的专著，现有的研究成果大都只侧重于其中某一个方面。因此，从某种意义上说，本书的出版填补了法学研究领域里的一个空白。

这本书的内容不仅涉及儒家、印度、伊斯兰三大著名东方法律文化圈在近现代的变迁，同时还涉及英美和大陆两个著名西方法系在东方世界的扩张，内容几乎涵盖了世界上最重要的五大法系的发展状况。要驾驭这样复杂庞大的课题，又缺乏既有的研究成果以资借鉴，难度之大是可想而知的。但作者知难而进，广泛查阅各种中外文原始资料，求教于相关领域的专家学者，结合自己十余年教学和科研的经验积累，扬长避短，以合理的结构、缜密的论证、翔实的资料、流畅而朴实的文字顺利地完成了本书的写作。作为导师，我深为学生的勇气和探索精神而欣慰。

云霞是我带的第一位中外比较法律文化方向的博士生。她在大学期间就对东方法产生了浓厚的兴趣，她的大学毕业论文《〈摩奴法典〉的历史地位和影响》就是她早期学习研究东方法的记录。大学毕业后她一直没有放弃这个爱好，并与他人合作出版了《东方法

概述》一书。这是国内最早的东方法专著，深受学术界关注和赞赏。在确定博士论文选题时，我鼓励她结合自己的兴趣特长，选择对中国法治建设有重要影响的课题来做。她以《近现代东方国家的法律改革》为题，完成了一篇出色的博士论文，在答辩时，得到七位答辩委员会委员的一致好评。

诚然，她当时的博士论文也存在一定的不足之处，有些内容的论述略显单薄，最明显的缺陷是很少涉及当代中国的法律改革。我认为，当代中国的法律改革不是孤立的，它既是清末以来历次法律改革的有机延续，也是整个东方世界法律改革的一个组成部分。把当代中国的法律改革置于整个东方法律改革的大背景下进行研究，将有利于从东方邻国的经验教训中汲取有益的成分，总结中国法律改革的得失，节省探索中国改革之路的成本和时间。因此，我鼓励她对论文作进一步的修改补充，尤其要关注当代中国的法律改革问题。如今，她终于完成了这项工作，我很为她高兴。在本书即将付梓之际，援笔为序，以为砥砺。

曾宪义 谨识

2002年1月6日



序

法律改革意味着法律推陈出新，是贯穿法律史的中心内容。一部源远流长、亘贯古今的法律史是不断改革出新的历史。东方法律史是外国法律史的组成部分，在法律史苑居于重要地位。然而传统的外国法律史学大都将关注点放在近现代西方主要国家的法律发展上，无论教学或科研，都很少涉及东方国家法律的历史与现状，更少有人将东方国家的法律改革作为整体加以系统研究。这一领域基本上是国内外法学的一项空白。王云霞女士的《东方法律改革比较研究》是迄今所见第一部以近现代东方主要国家的法律改革为主题的综合性专著，它之问世，对于推动法律史研究无疑具有开拓意义。

本书是在作者的博士学位论文《近现代东方国家的法律改革》基础上加以修改补充而成的。它对中华、印度、伊斯兰三大法系的传统特色和法律改革的背景、动因、途径、进程及其发展趋势，进

行了宏观论述和探讨，又从宪政、民商法、刑法、诉讼制度等方面对法律改革的后果进行具体比较和剖析，不失为一部有较高学术价值的法学力作。

以礼法合一、追求无讼为主要特征的儒家法律文化历经改革之后，至唐、宋时代业已形成内容丰富、义理精深、结构完整的法律体系，其影响所及，涵盖了日本、朝鲜以及亚洲许多国家和地区。发端于《吠陀经》的印度法律文化以其宗教、伦理和法律三位一体的结合形式，展现出深厚的法哲学基础和鲜明的民族特色，并借佛教的传播将其影响伸延至东南亚各国。伊斯兰法律文化具有特殊的规范体系，它的产生背景和演变历程使它于公元10世纪至19世纪先后凭借阿拉伯帝国和奥斯曼帝国的盛势传遍于亚、非、欧三大洲，成为地中海、黑海、红海和里海四大海域广袤地区占统治地位的法律体系。直至今日，世界上仍有三十多个国家以伊斯兰教法为本国法律的基本渊源，散居于各大洲的穆斯林，无论在什么国度或什么地方，都以伊斯兰教法规戒自己的行为。

法律改革既不应背离固有传统，也必须与时俱进，开拓创新，不断吸取、兼容外来先进成分，使之适合自己的国情，达到促进社会发展的效果。19世纪后，伴随西方列强的资本输出和殖民扩张，东方社会的法律文化受到西方工业文明和法律文化的冲击，东方各国普遍进入了广泛而深入、激烈而复杂的法律改革历程。西方法律文化也不得不面对东方法律文化的渗透，至于这种渗透的形式、内容和诸多细节，尚待学界戮力探索和研究。毋庸置疑，随着国际经济一体化趋势的深入发展，东西方法律文化必将进一步贴近与融合。然而人类的生活方式是丰富多彩的，法律文化不可能趋同于一种模式，未来必将依然是绚丽多姿、异彩纷呈的情景。

欣闻本书即将出版，由衷高兴。此前云霞以索序为约，虽曾谢辞，但未获允。爰勉应嘱赘此数语，聊为以序。

林榕年

2002年2月5日于中国人民大学



法学理论与实务丛书

目 录

绪 论	 (1)
一、研究本课题的理论意义与实践意义.....	(1)
二、本书的研究范围.....	(3)
三、本书的基本结构.....	(6)
四、本课题在国内外的研究现状.....	(9)
第一章 儒家社会的法律改革	 (12)
第一节 儒家法律文化的总体特征	 (13)
一、礼法合一	 (13)
二、家族本位	 (15)
三、等级森严	 (17)
四、追求无讼	 (19)
第二节 近代儒家社会法律改革的动因	 (20)
一、近代儒家社会法律改革的共同动因	... (21)

	二、近代儒家社会法律改革的不同动因 …	(25)
第三节	近代儒家社会法律改革的进程 ……………	(27)
	一、近代中国法律改革的进程 ……………	(28)
	二、近代日本法律改革的进程 ……………	(35)
第四节	近代儒家社会法律改革的特征比较 ……………	(39)
	一、对法律改革的认识程度不同 ……………	(40)
	二、对西方法律文化的传播程度不同 ……………	(40)
	三、法律改革的指导思想不同 ……………	(43)
	四、法律改革的经济基础不同 ……………	(44)
第五节	现代儒家社会的法律改革 ……………	(45)
	一、第二次世界大战后日本的 法律改革 ……………	(46)
	二、“四小龙”的法律改革 ……………	(52)
第六节	儒家社会法律改革的后果 ……………	(64)
	一、宪政制度及其观念的确立 ……………	(65)
	二、现代民商法律体系的建立 ……………	(75)
	三、刑事法律制度及其观念的更新 ……………	(81)
	四、司法制度的改革 ……………	(89)
	本章小结 ……………	(100)
第二章	印度社会的法律改革 ……………	(103)
第一节	印度传统法律文化的基本特征 ……………	(104)
	一、以印度教义为哲学基础 ……………	(104)
	二、以种姓制度为基本内涵 ……………	(105)
	三、以村社制为社会经济基础 ……………	(107)
	四、以宗教、伦理及法律规范的 结合体为表现形式 ……………	(107)
第二节	印度社会法律改革的动因 ……………	(109)
	一、殖民统治破坏了印度教法赖以 实施的社会经济基础 ……………	(110)
	二、殖民统治改变了印度社会的 政治秩序 ……………	(111)

	三、法律多元化局面阻碍了 印度法律的发展·····	(112)
	四、传统印度教法自身的缺陷阻碍了它 与现代社会的接轨·····	(113)
	五、宗教社会改革家的活动 促进了法律改革·····	(115)
第三节	印度社会法律改革的进程·····	(116)
	一、近代印度的法律改革·····	(116)
	二、现代印度的法律改革·····	(122)
第四节	印度社会法律改革的特点·····	(125)
	一、受宗教状况的牵制·····	(126)
	二、受英国法影响极深·····	(128)
	三、并非完全英国化·····	(130)
	四、在一定程度上与社会改革脱节·····	(132)
第五节	印度社会法律改革的后果·····	(133)
	一、宪政制度及其观念的确立·····	(134)
	二、民商法律体系的调整·····	(139)
	三、刑事法律制度及其观念的更新·····	(145)
	四、司法制度的改革·····	(147)
	本章小结·····	(151)
第三章	穆斯林世界的法律改革·····	(153)
第一节	传统伊斯兰法的基本特征·····	(154)
	一、法律渊源的神圣性·····	(154)
	二、统治模式的政教合一·····	(156)
	三、义务规范的独特地位·····	(158)
第二节	传统伊斯兰法与现代社会发展的冲突·····	(159)
	一、伊斯兰教法体系过于简单·····	(160)
	二、伊斯兰教法的观念和制度 阻碍了社会经济的发展·····	(160)
	三、伊斯兰教法学严重脱离社会现实·····	(161)
	四、伊斯兰法赖以实施的	

	社会基础遭到破坏·····	(162)
第三节	穆斯林世界法律改革的进程·····	(163)
	一、奥斯曼帝国时期的法律改革·····	(164)
	二、奥斯曼帝国解体后各国的 法律改革·····	(166)
	三、现代穆斯林世界的法律改革·····	(172)
第四节	伊斯兰法改革的主要方法·····	(175)
	一、利用程序规则进行改革·····	(176)
	二、通过选择进行改革·····	(177)
	三、通过拼凑进行改革·····	(178)
	四、通过重新解释进行改革·····	(179)
	五、利用行政法令进行改革·····	(181)
	六、利用司法判决进行改革·····	(183)
第五节	穆斯林世界法律改革的特点·····	(184)
	一、宗教改革家为法律改革做了 必要的理论准备·····	(185)
	二、改革进程与各国的民族成分、 政治经济发展状况密不可分·····	(185)
	三、在效法欧美法律的基础上 建立现代法律体系·····	(186)
	四、伊斯兰法作为法律渊源之一 被保留·····	(187)
	五、对伊斯兰法的改革以 实用主义为原则·····	(187)
第六节	穆斯林世界法律改革的后果·····	(188)
	一、现代宪政制度及其观念的确立·····	(189)
	二、民商法律体系的调整和 内容的更新·····	(196)
	三、刑事法律制度及其观念的更新·····	(207)
	四、司法制度的改革·····	(210)
	本章小结·····	(214)

第四章

当代中国的法律改革..... (216)

第一节 新型社会主义法制的

建立和磨难..... (216)

一、社会主义法制的建立..... (216)

二、法律虚无主义的灾难

及其启示..... (232)

第二节 改革开放与当代中国法律改革..... (240)

一、当代中国法律改革的动因..... (240)

二、法律改革的基本进程..... (243)

第三节 当代中国法律改革的

成就与任务..... (254)

一、宪政制度的完善及其

民主化..... (254)

二、社会主义市场经济

法律体制的完善..... (261)

三、中国民法法典化..... (271)

四、刑事法律的健全与完善..... (280)

五、司法改革的成就与前景..... (289)

六、法律意识的现代化..... (301)

本章小结..... (306)

..... (308)

结 语

一、对近现代东方国家法律改革的

历史透视..... (308)

二、关于当代中国法律改革的

若干思考..... (314)

附 录

中国的人治传统与现代法治社会的建构..... (320)

一、中国的人治传统..... (321)

二、清末以来中国对法治社会的

追求..... (329)

三、建构法治社会所面临的

问题..... (335)

主要参考

书 目

后 记

..... (341)

..... (347)



绪 论

一、研究本课题的理论意义与实践意义

在人类社会发展的历史长河中，法律的进化充分体现了人类在维护社会秩序和社会正义方面智慧的增长。法律这种社会现象从萌发到完善，其每一步成长都凝结着人类的智慧，记载着人们为之奋斗所付出的艰辛和代价。而法律改革正是人们有意识地通过自己的行动，改善现有的法律环境，在有限的一段时间里达到预期目标的一种法律进化方式。法律改革充斥着人类社会发展的任何阶段，但像近现代东方法律改革这样背景复杂、目标一致、内涵深刻、涉猎面广、影响深远的尚不多见。

东方法律具有悠久的历史、丰富的内涵、奇特的表现形式，在古代世界曾大放异彩，对东方世界的强盛起过重要作用。然而，在现代社会，这种根植于自给自足的自然经济土壤的法律文化却表现出极大的不适应性，甚至对经济的发展、社会的进步产生很强的阻

力。如果不设法实现东方法律的现代化，就永远无法实现东方社会的现代化，永远摆脱不了落后挨打的局面。为了富国强兵，东方各国的改革者大都通过各种手段对现有法律状况进行改革，赋予东方法律以现代法律的基本形式和内涵，使其符合现代社会的基本需要。东方法律的改革是痛苦不堪的，其进程也一波三折，许多国家付出了沉重的代价。但惟有改革才能逐步实现东方法律的现代化。研究东方国家的法律改革，不仅能够探究东方法律在近现代的发展轨迹，而且能够进一步揭示东方法律现代化的进程和前景。

社会是不断发展变化的，无论何种法律文化，都有不断改革、进化以满足新的社会需求的问题。法律文化自身的更新完善，又反过来不断促进着社会的发展与繁荣。而一种法律文化之所以具有强大的生命力，不仅因为它根植于本民族深厚的文化土壤，更在于它具有不断吸收、兼容外来先进法律文化的开放性。与西方法律文化相比，传统东方法律文化基本上是封闭型的。然而在近现代，当东方社会面临西方列强的殖民侵略，受到西方先进法律文化的冲击挑战时，东方各国经历了一个学习吸收西方法律文化和改造扬弃传统法律文化的共同历程，从而出现了法律发达史上少有的世界法律文化大融合局面。这种融合是否预示着法律发达史上的最高境界？抑或融合以后又是分道扬镳？西方法律也远非完美无缺，亦处于不断的改革、进化过程中，只是由于其政治、经济、社会需求与法律发展之间的冲突没有东方那么尖锐，加之其法律体系具有一定开放性，其改革、进化过程就远远不如东方法律来得激烈、复杂。文化学界常有人热衷于探讨东方文化对西方文化的影响，以及西方文化在何种程度上吸纳了东方文化的合理因素，那么，法学家们可否探讨一下这样一个问题，即西方国家能从东方法律的改革中得到什么启示？西方法律是否有可能在不远的将来转而吸收东方法律的有益成分？因此，研究东方国家的法律改革不仅是追索东方法律本身的进化途径，也是从一个侧面探求人类法律文化的发展前景。

目前，我国的社会主义市场经济建设正如火如荼，“依法治国，

建设社会主义法治国家”也已作为党的一项基本目标和治国方略提出。市场经济建设需要有与之配套的完善的法治基础，而我们的法治基础还十分薄弱。中国具有深厚的儒家法律传统，这种传统中的许多因素与现代市场经济体制极不相融，但其中又有一些伦理因素对协调现代社会中的人际关系、维护市场经济的良性发展具有积极意义。如何借鉴、吸收西方先进法律文化，同时除去传统法律文化的糟粕，取其精华，是当代中国法律改革和建设社会主义法治国家的关键。而回顾一下东方各国法律改革的历史，比较一下各国的改革手法和特色，总结一下各国改革的得与失，并在此基础上借鉴东方邻国的改革经验，尤其是同具儒家传统的日本、韩国、新加坡等国的经验，将是很有裨益的。

二、本书的研究范围

“东方国家”（Oriental Countries）是一个容易产生歧义、内涵很不确定的名词。中国古籍喜欢以中国为中心，将中国以西的地区称做“西天”、“西域”，而中国以东的地区才是“东方”。地理学以子午线为界，子午线以东的东半球称“东方”，子午线以西的西半球则称“西方”。东方学则以西方学者的目光，将欧洲以东的地区称“东方”，离欧洲近的地区比如西亚、东北非称为“近东”，或“中东”，离欧洲较远的东亚自然就称为“远东”。国际政治领域还有学者以第三世界理论为依据，将亚、非、拉的殖民地半殖民地和民族独立国家统统称做“东方国家”，而发达国家则自然成为“西方国家”。甚至冷战时期的意识形态之争也影响到东西方社会的划分，社会主义国家一律被划为东方阵营，而资本主义国家则成为西方阵营。^①

不可否认，上述有关“东方国家”的观点在不同历史时期、不同论述主题中都有一定合理因素。本书论述的是近现代法律改革问

^① 参见周青主编：《当代东方政治思潮》，2～3页，广州，广东人民出版社，1993。

题，自应从传统法律文化入手做自己的界定。既是法律改革，势必涉及传统法律。如果不具备深厚的传统法律文化，就无所谓改革。因此，本书对“东方国家”的界定将以法律文化传统为基础。综观世界法律史，最具特色、影响最广、持续时间最长的东方法律文化圈有三个：儒家社会、印度教社会和穆斯林世界。这三大法律文化圈在古代光彩夺目、自成体系，与西方世界的罗马法、教会法、日耳曼法等竞相辉映。然而，近代以来，儒家社会、印度教社会和穆斯林世界再也无法恪守传统法律文化，相继在西方先进法律文化的冲击下进行了法律改革。各国法律改革进程不一、方式各异，由此走上了不同的发展道路。

然而，东方三大法律文化圈包括大大小小四五十个国家，笔者无法也无意在有限的篇幅内一一描述这些国家的法律改革进程及其后果，只能择其具典型意义的几个国家作一番解剖、分析及比较，试图以一斑窥全豹，对东方国家近现代的法律改革作一整体评价。

地域范围确定以后，还有几个相关的基本概念需要预先界定和说明。

关于“近代”和“现代”。这对名词在各国历史学中的含义是有出入的。英语里没有“近代”的对应词，而以“modern times”一词表示从1450年一直持续至今的历史时期^①，大致包括汉语的“近代”和“现代”。日本史学通常将明治维新一直到1945年战败这段历史称为近代，而把战后时期称为现代。^②我国史界则普遍接受苏联历史学的划分方法，将1640年英国资产阶级革命至十月革命这段时间划为近代，十月革命至第二次世界大战结束则为现代。^③本书并未采用国内史学界和法律史学界都普遍接受的标准，以十月革命为界来划分近现代，而是以第二次世界大战结束为界。

① Webster's New World Dictionary, 2nd Concise Edition, New York, Webster's New World, P481.

② 参见罗荣渠：《现代化新论》，7页，北京，北京大学出版社，1993。

③ 比如史学家周一良、吴于廑主编的《世界通史》（北京，商务印书馆，1972）就采用了这种划分方法。