



中国文化与法治

Chinese Culture and the Rule of Law

【中国法律史学会 编】
EDITED BY CHINA SOCIETY OF LEGAL HISTORY



 社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

D929-53

5

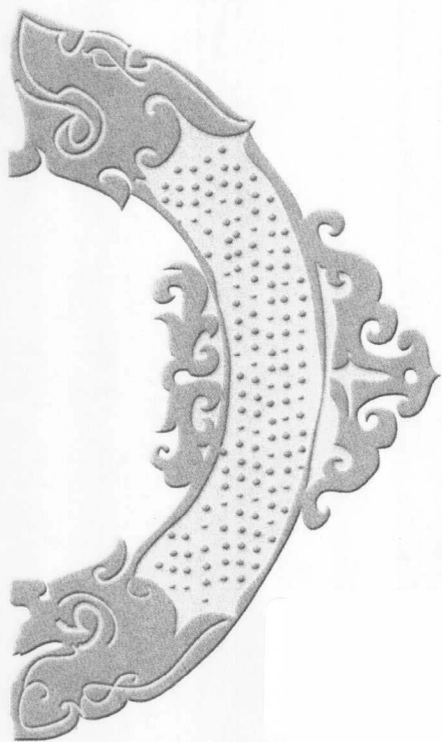
2007

中国文化与法治

Chinese Culture and the Rule of Law

【中国法律史学会 编】

EDITED BY CHINA SOCIETY OF LEGAL HISTORY



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目 (CIP) 数据

中国文化与法治/中国法律史学会编. - 北京: 社会科学文献出版社, 2007. 4

ISBN 978 - 7 - 80230 - 543 - 4

I. 中... II. 中... III. 法制史 - 研究 - 中国
IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 031635 号

中国文化与法治

编 者 / 中国法律史学会

出 版 人 / 谢寿光

出 版 者 / 社会科学文献出版社

地 址 / 北京市东城区先晓胡同 10 号

邮政编码 / 100005

网 址 / <http://www.ssap.com.cn>

网站支持 / (010) 65269967

责任部门 / 社会科学图书事业部 (010) 65595789

电子信箱 / shekebu@ssap.cn

项目经理 / 王 绯

责任编辑 / 刘晓君

责任印制 / 盖永东

总 经 销 / 社会科学文献出版社发行部

(010) 65139961 65139963

经 销 / 各地书店

读者服务 / 市场部 (010) 65285539

排 版 / 北京中文天地文化艺术有限公司

印 刷 / 北京季蜂印刷有限公司

开 本 / 787 × 1092 毫米 1/16 开

印 张 / 29.75

字 数 / 503 千字

版 次 / 2007 年 4 月第 1 版

印 次 / 2007 年 4 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978 - 7 - 80230 - 543 - 4/D · 141

定 价 / 58.00 元

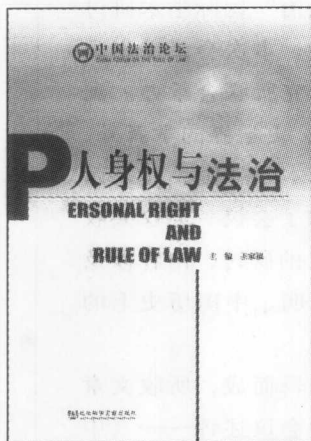
本书如有破损、缺页、装订错误，
请与本社市场部联系更换



版权所有 翻印必究

相关链接

更多信息请查询: www.ssap.com.cn



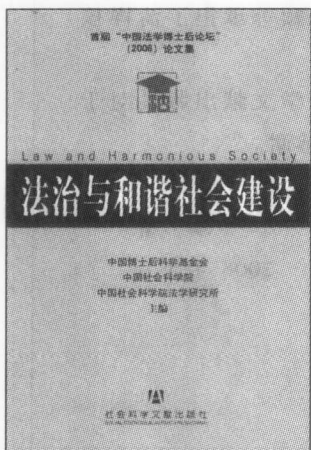
人身权与法治

王家福 主编

2007年1月出版 65.00元

ISBN 978-7-80230-464-2/D·107

本书是2005年6月在北京召开的“人身权法律保护与法治改革”国际研讨会的论文集粹。书中围绕人身权保护与法治探讨了人身权概念与人身权保护的意义、人身权保护与法治发展、人身权的宪法保护、人身权的民事法律保护、人身权的行政法律保护、人身权的刑事法律保护、不良行为违法行为的行政控制与矫正的法治化、人身权的保护与法治改革等问题,角度各异,但都深入调研,获得了富有见地的结论与建议。



法治与和谐社会建设

中国博士后科学基金会 中国社会科学院

中国社会科学院法学研究所 主编

2006年10月出版 65.00元

ISBN 7-80230-308-7/D·058

本书围绕“法治与和谐社会建设”这一主题,从不同学科、不同角度深入探讨了和谐社会建设中法学各领域所应有的观念革新和具体制度建构,代表了我国法学博士后的最高研究成果。

社会科学文献出版社网站

www.ssap.com.cn

1. 查询最新图书
2. 分类查询各学科图书
3. 查询新闻发布会、学术研讨会的相关消息
4. 注册会员，网上购书



本社网站是一个交流的平台，“读者俱乐部”、“书评书摘”、“论坛”、“在线咨询”等为广大读者、媒体、经销商、作者提供了最充分的交流空间。

“读者俱乐部”实行会员制管理，不同级别会员享受不同的购书优惠（最低7.5折），会员购书同时还享受积分赠送、购书免邮费等待遇。“读者俱乐部”将不定期从注册的会员或者反馈信息的读者中抽出一部分幸运读者，免费赠送我社出版的新书或者光盘数据库等产品。

“在线商城”的商品覆盖图书、软件、数据库、点卡等多种形式，为读者提供最权威、最全面的产品出版资讯。商城将不定期推出部分特惠产品。

咨询/邮购电话：010-65285539 邮箱：dushe@ssap.cn

网站支持（销售）联系电话：010-65269967 QQ：168316188 邮箱：service@ssap.cn

邮购地址：北京市东城区先晓胡同10号 社科文献出版社市场部 邮编：100005

银行户名：社会科学文献出版社发行部 开户银行：工商银行北京东南支行 账号：0200001009066109151

“中国文化与法治”国际学术研讨会暨中国法律史学会

2005 年年会开幕词（代序）

夏 勇 / 1

中国文化与现代法治研究

不能遗忘的文明

——中国文化与法治

夏 勇 / 5

中国传统法律文化中的和谐精神

周子良 乔守忠 / 42

中国传统法文化研究的多维视角

祖 伟 / 62

中国传统法律思想与现代法治

崔永东 / 77

中国法治的“原罪”

马作武 / 82

中国近代法律精英的法治理想

张仁善 / 89

为“法治”降温，为宪政开路

高积顺 / 104

中国司法传统与当代中国司法权力潜规则

范忠信 / 119

中华法系与中国法制文明研究

探索中华法制文明的珍贵遗产

——编写《中国少数民族法制通史》的几点设想

张晋藩 / 141

法系比较与中华发展法系

倪正茂 / 152

大陆法系与中华法系的相近性

徐祥民 刘远征 张红杰 陈 晨 / 175

隋《开皇律》与佛教的关系论析

周东平 / 184

唐律四个问题的述评

王立民 / 199

官吏选、考及相关犯罪

——唐律第 92 条研究

〔英〕杰夫瑞·麦考麦克 / 210

从中国古代法律看典权制度的生存条件和价值功用

——兼论典权制度在中国当今物权立法中之命运

王明锁 / 226

部门法史研究

明清及民国初期的产权与商业投资

〔美〕曾小萍 / 243

中国前近代商品市场的法律机制

——闽南与松江地区

苏基朗 / 253

民从私约与纠纷解决

——对明代徽州 38 件契约文书的分析 韩秀桃 / 259

民间法国家法互动中的古代中国民事法 卜安淳 / 276

清代民事起诉的方式

——以黄岩诉讼档案为考察中心 邓建鹏 / 292

明清“在官求索借贷人财物”罪与豪强行贿 柏桦 / 311

签注视野下的晚清刑法改革

——以大清刑律草案的价值取向为中心 高汉成 / 329

历史中的五四宪法：文本与现实之间 郭绍敏 / 343

文化、国力和全球化：中国对国际法态度的转变

[澳] 康怡安 / 356

清末·民国时期的习惯调查和

《民商事习惯调查报告录》 [日] 西英昭 / 371

中外法文化与法律史比较

法律仁慈观之中西比较 [挪威] 白肯 / 399

亨利·梅因的著作与传统法律制度 [匈] 加勃·哈姆札 / 417

英租威海卫的法律和文化间的纽带 [马] 陈玉心 / 430

经济管理规范的选择性适用：当地语境下的透明度和

自治权原则 [加] 彭德 / 439

中国文化与法治的多维审视

——“中国文化与法治”2005 年国际学术研讨会

学术述评 高汉成 / 447

后记 / 465

Opening Remarks for International symposium on Chinese Culture and the Rule of Law and Annual Conference of China Society of Legal History (Preface)	<i>Xia Yong</i> / 1
--	---------------------

Chinese Culture and the Modern Idea of the Rule of Law

Unforgettable Civilization

—Chinese Culture and the Rule of Law	<i>Xia Yong</i> / 5
Spirit of harmony in traditional Chinese culture	<i>Zhou Ziliang and Qiao Shouzhong</i> / 42
Multiple dimensions of traditional Chinese culture research	<i>Zu Wei</i> / 62
Traditional Chinese legal thinking and the modern system of the rule of law	<i>Cui Yongdong</i> / 77
“Original sin” of the law of China	<i>Ma Zuowu</i> / 82
Ideal for the rule of law by the modern Chinese legal elites	<i>Zhang Renshan</i> / 89
Cooling down the rule of law for constitutionalism	<i>Gao Jishun</i> / 104
Chinese tradition of judiciary and potential rules of Chinese judicial powers	<i>Fan Zhongxin</i> / 119

Chinese Legal system and Legal Civilization in China

Exploring precious heritage of Chinese legal civilization: Some Tentative ideas on compiling Legal History of Chinese Minority Nationalities	<i>Zhang Jinfan</i> / 141
Comparison of legal systems and the developing Chinese legal system	<i>Ni Zhengmao</i> / 152
Similarity between continental legal system and Chinese legal system	<i>Xu Xiangmin, Liu Yuanzheng, Zhang Hongjie and Chen Chen</i> / 175
An analysis of the relationships between Kaihuang (开皇) Code of Sui Dynasty and Buddhism	<i>Zhou Dongping</i> / 184
Comments on four questions in the Tang Code	<i>Wang Limin</i> / 199

- A Study of Article 92 of the Tang Code: Examination and
Assessment of Officials [UK] *Geoffrey MacCormack* / 210
- Conditions and values of mortgage system from
the viewpoint of ancient Chinese law:
A concurrent study of the fortune of mortgage
system in the current Chinese legislation of
property law *Wang Mingsuo* / 226

Legal History of Legal Disciplines

- Property Rights and Business Investment in Late
Imperial and Early Republican China [US] *Madeleine Zelin* / 243
- Chinese legal mechanism of commodity market in
early modern times *Su Jilang* / 253
- Private agreement and dispute settlement:
analysis of 38 Huizhou (徽州) contractual
instruments in Ming Dynasty *Han Xiutao* / 259
- Ancient Chinese civil law in the interaction of folk
law and state law *Bu Anchun* / 276
- Means for civil proceedings in Qing dynasty:
focusing on the Huangyan (黄岩) Records *Deng Jianpeng* / 292
- Crime of "seeking property from loanee by official"
and bribery by despots in Ming and Qing dynasties
Bai Hua / 311
- Criminal law reform in late Qing dynasty
—emphasis on values of the draft criminal code of
the Qing Dynasty *Gao Hancheng* / 329
- 1954 Constitution in history: the text and the reality
Guo Shaomin / 343
- Culture, Power and Globalization: China's Changing
Approach to International Law [Australia] *Ann Kent* / 356
- Investigation of customs and conventions in late
imperial and early republican China and Investigation
Reports of Civil and Commercial customs and
conventions [Japan] *Siyinzhao* / 371

Comparative study of Legal Culture and History in
China and Other Countries

Legal Mercy in Chinese and Comparative Perspective

[*Norway*] *Børge Bakken* / 399

Sir Henry Maine's work and the traditional legal systems

[*Hungary*] *Gábor Hamza* / 417

Between Law and Culture in the Leased Territory of

Weihaimei

[*Malaysia*] *Carol Tan* / 430

Selective Adaptation of Economic Governance Norms:

Transparency and Autonomy in Local Context

[*Canada*] *Pitman B. Potter* / 439

Review of Chinese culture and the rule of law in

multiple dimensions: Comments on 2005

international symposium on "Chinese Culture

and the Rule of Law"

Gao Hancheng / 447

Postscript

/ 465



“中国文化与法治”国际学术研讨会暨 中国法律史学会2005年年会开幕词

（代序）

夏勇*

各位来宾、各位朋友，女士们、先生们：

今天，我们聚于古都开封，举办年会，着重研讨中国文化和法治问题。首先，请允许我代表中国法律史学会，代表该会执行会长朱勇先生、王立民先生、陈金全先生、郑定先生以及全体理事，向到会的海内外嘉宾深表谢意和敬意，向会议的东道主——河南大学深表谢意和敬意，向为筹办这次会议付出诸多辛劳的河南大学关爱和校长、陈景良先生、郭志祥先生和中国社会科学院徐立志先生、苏亦工先生等同仁深表谢意和敬意，同时，也代表在座的各位，对因故未能赶来参会的本会会员和其他同行同道们遥致问候。

把“中国文化与法治”确定为今年年会的主题，是因为，我们觉得，中国文化总被当作法治的对立面，现在，该到了正本清源的时候。仔细想来，用对立的、不相容的观点来看待中国文化与法治这两者的关系，不光是我们的法治观出了问题，更是我们的文化观出了问题。我们通常所持的法治概念，乃是西方式的法治概念，它滥觞于古希腊思想，奠基并体现于古代罗马法、日耳曼法、教会法和普通法的法律传统，传承并依托于戴雪、莱兹、富勒、海耶克等人的解释话语。面对这样的法治概念，中国传统的法治思想和法律经验，必然成为不可解释、不可理喻的，好比对着一面哈哈镜，看到的都是被人为夸大或被人为贬抑的自我。我们通常所持的文化观，乃是浸透欧洲文明中心主义的文化观，它用欧洲的历史和文化观念来度量和剪裁非西方的历史和文化，把不同文化之间

* 中国社会科学院法学研究所教授，中国法律史学会会长。

的差异解释成为单独一方的缺乏，即对某种进步的或先进的东西的缺乏。按照这样的观念，中国文化就自然被贴上“前现代文化”乃至所谓“落后文化”的标签，在欧洲启蒙运动以来的所谓现代体系里绝对不具备合法的主体资格，唯一的出路，似乎就是在“现代化”的旗帜下接受西方法化。这是很荒唐的。

历史是一个民族的生活经验，文化乃人文化成，凝集作为民族群体的人们生命体验和共同精神。一个民族的历史和文化，是不宜用别的民族的生活经验和话语系统来叙述的。别的民族的生活经验和关于生活经验的观念，即别的民族的历史和文化观念，只能作为叙述本民族历史和文化参考。中国文化是一道流淌不息的生命活水，当下的我们，不论在主观上如何地不情愿或无意识，注定都是这生命活水的一分子，并从中获得丰富的滋养和巨大的力量。今天，我们要努力走出一条新路，以足够的文化主体自觉来重新认识我们自己，重新认识我们所处的世界。本次年会就中国文化与法治开展研究，乃是这努力的一部分。

中国法律史学会（China Society of Legal History）作为中国法律史学界同仁自愿结成的全国性学术团体，是中国拥有法律地位的国家一级学会，于1979年成立。26年来，在以解铁光先生、李光灿先生、张国华先生、曾宪义先生、韩延龙先生为会长的六届理事会诸多前辈和同仁的共同努力下，学会薪火相传，不断壮大，会员相濡以沫，学德日增。本届理事会的主要使命之一，就是本着深刻的文化主体自觉，努力继往开来，在重新认识和深入研究中国法律文化的同时，推动中国法律文化走向世界，与包括西方法律文化在内的其他法律文化展开平等而有效的对话交流。本次年会的举办，昭展了我们心中的愿景。愿开封这块宝地，如其名所示，佑助我们打开封闭，开启中国法律文化研究的新天地。

祝各位健康、愉快。

谢谢大家。

中国文化与现代法治研究



不能遗忘的文明

——中国文化与法治

夏 勇

序说：检讨我们的历史观

研究中国文化与法治，首先要面对的，是学界常常议论的一个话题：“中国古代有没有法治思想？”学者们，尤其是西方的汉学界人士，多持有这样的观点：中国古代虽然出现过“法治”这个提法或者“法治”这个构词，但并没有所谓“真正意义上的”法治概念。理由是，中国古代的法治论在实质上是人治论或德治论，是为君主专制服务的。还有的学者直截了当地讲，法治是西方文化的产物，也是西方文明的特征，在小农经济和儒家文化占主导地位的专制主义中国，既不可能出现法治，也不可能出现法治思想。问题在于：什么是“真正意义上的”法治思想？“真正意义”的标准是什么？如果衡量是否为“真正意义”的标准是西方的，那么，为什么要以西方的尺度为标准？再进一步，为什么会提出“真正意义”这样的问题？

我想，这些问题的实质，是一个文化认识和叙述问题。我们在讨论中国文化与法治之前，最好先讨论一下究竟应该怎样认识和叙述文化。

在我们的时代，不仅法治成为一个西化的概念，而且文化本身也成为一个西化的概念。这里所谓西化，不是说文化的存在形式，而是说文化的叙述方式。通常，人们不但不否认在西方文化之外还存在形形色色的其他文化，甚至还打起文化多样性的旗号，强调本民族的文化特色或国情，可是，当他们叙述非西方文化的时候，禀持的却是西方文化立场，使用的却是西方文化概念。这是最要命的。因为，本着这样的立场和概念，他们所说的多样性，不过是多种异常的形态，是以西方文化为主流的人类文化色板上的边缘或点缀；他们所说的国情，不过是对某种现代标准暂时缺乏的历史性宽宥，是对自己作为另类的合理性论证，是对某



种进步趋势的节奏性规避。这是一种典型的把不同文化之间的差异看作某种文化“缺什么”的观念，是西方文明中心主义的反映^①。在这里，文化之间的差异，首先被认作某种重大的缺乏——缺乏西方文化已经拥有的、作为进入最先进时代之门槛的那些特征。随即，那些特征又逐渐成为评判的尺度或标准，于是，不具备某种特征，就被偷换成不符合某种尺度或标准，即特征概念偷换成标准概念。倘若某种文化不具备某种特征，它就是不“适格”、不合格的，这种文化里即便有再好的东西，只要不符合西方的标准，那就不是“真正意义上的”，或者，就是无意义的。

这里的逻辑十分荒唐。倘若按照这样的历史观和文化观来叙述非西方的历史和文化，就不仅谈不上文化之间的交流和汇流，而且更多的，是把文化叙述变成了遗弃、忘却乃至销融非西方文化的一种活动，最后只剩得西方文化的一统天下。

不论是回顾西学东渐以来的中国历史，还是考察工业化和启蒙运动以来的世界历史，我们都可以看到，这类荒唐逻辑已然成为事实，成为当代文明的一种现象。平心而论，在比较文化研究中，研究者自身的文化眼光、偏好或倾向乃至文化立场，都是不可避免的。它们不仅可以宽宥，甚至应该鼓励。比如，西方的学者，大可用柏拉图、奥古斯都关于两个世界、两个城邦的眼光来打量中国的“天”与“人”、“入世”与“出世”等概念，中国的学者也不妨用儒家的或道家的眼光，来打量古希腊的伊壁鸠鲁派的快乐主义和斯多葛派的世界主义。但是，这丝毫不意味着，通过文化叙述，把别家的文化改头换面地纳入自家的文化谱系，或者用自己的标准去裁剪别家的文化，是合适的、正当的。

在欧洲文明中心主义泛滥的今天，我们面临的一个最严重问题，还不是在不同的文明传统之间比较穿凿是否合适、是否正当的问题，也不是文化眼光、偏好或倾向的问题，而是非西方文化区域里的人们尤其是学者，自觉地、主动地用偷换过的标准概念来叙述和评判本民族的历史文化。他们热衷于对照西方的特征和标准，把本民族的历史文化描述为“无特征”、“非标准”。这就好比拔起自己的头发，离开自己生长且熟悉的土地，然后再回过头来打量自己的家园，于是，就难免“认不得”自

^① 鲍曼认为，各种相竞争的现代性理论，总是与一种历史理论联系在一起，这一点上，它们的立场是共同的，即，都是把在西方世界的各个领域中发展起来的生活形式，看作在二元对立中“直接出现的”、“无特征的”一方，世界的其他地方和其他的历史时代相对而言则成为有问题的、“特殊的”一方。后者之所以能够被理解，不过是因为它们不同于被认为是常态的西方模式。参见齐格蒙·鲍曼《立法者与阐释者》，洪涛译，上海人民出版社，2000。