



www.comparativelaw.com.cn

2015年卷

中国比较法学

比较法治文化

主编 高鸿钧
执行主编 王志华

马剑银

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW



中国政法大学出版社



www.comparativelaw.com.cn

2015年卷

中国比较法学

比较法治文化

THE CHINESE JOURNAL OF COMPARATIVE LAW

主 编◎高鸿钧
执行主编◎王志华 马剑银



中国政法大学出版社

2016·北京

声 明

1. 版权所有，侵权必究。
2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国比较法学. 比较法治文化: 2015年卷/高鸿钧主编. —北京: 中国政法大学出版社, 2016. 6
ISBN 978-7-5620-6834-1

I. ①中… II. ①高… III. ①比较法—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第131464号

出 版 者	中国政法大学出版社
地 址	北京市海淀区西土城路 25 号
邮寄地址	北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
网 址	http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
电 话	010-58908524 (编辑部) 58908334 (邮购部)
承 印	固安华明印业有限公司
开 本	720mm × 960mm 1/16
印 张	32.25
字 数	520 千字
版 次	2016 年 6 月第 1 版
印 次	2016 年 6 月第 1 次印刷
定 价	88.00 元

本书由中国法学会资助出版

卷首语

依法治国，建设法治国家，是我国治理国家和管理社会的基本方略，是实现国家治理体系和治理能力现代化的必然要求，是国家长治久安的百年大计，是中华民族伟大复兴的根本保证。

法治是一种文明秩序，除了包含必备的法律制度、规则和程序，还包含法治精神、价值和信念。法治精神、价值和信念总体构成法治文化。如果说法律制度、规则和程序是法治系统的“硬件”，那么，法治文化就是法治系统的“软件”。法律的权威源自人民的内心拥护和真诚信仰。国家没有确立依宪治国的理念，再完美的宪法条文也难以运行；政府没有形成依法执政的意识，再健全的行政法也难以实施；公民没有权利意识，再先进的权利规定也难以实现；人们没有法治信仰，再健全的法律体系也形同虚设。因此，在中国的法治发展中，弘扬法治精神，建设法治文化，具有重要的现实意义和深远的历史意义。

为此，中国法学会比较法学研究会，把“比较法治文化”作为2015年年会主题。会议期间，与会代表从比较法学的角度，讨论了法治文化的含义、法治文化与法律制度的关系、中国传统法治文化的现代意义、国外法治文化的经验以及当代中国如何融合不同法治文化的问题。通过这次讨论和交流，我们深化了对法治文化概念及其重要性的理解，进而为推进中国法治文化的研究，为中国法学理论和实践发展做出贡献。

《中国比较法学》2015 年卷,就是精选本次年会论文的文集。同时,文集还收录了“青年比较法论坛”与“2015 年度中国比较法学”中标项目的部分优秀论文。作为中国法学会比较法研究会的学刊,《中国比较法学》得到了中国法学会的关怀和资助。值此文集出版之际,我们感谢中国法学会领导的指导和支持。与此同时,我们向承办和协办本次年会的甘肃政法学院和甘肃省法学会表示衷心的感谢。

高鸿钧

2016 年 4 月 9 日

在中国法学会比较法学研究会 年会开幕式上的讲话

姜 伟*

各位专家学者、同志们：

今天，我们在甘肃省兰州市隆重召开中国法学会比较法学研究会 2015 年年会。这既是我国比较法学领域专家学者们的年度盛会，也是我国法学界的一次思想盛宴。我谨代表中国法学会，代表王乐泉会长、陈冀平书记，对大会的召开表示热烈的祝贺！向出席会议的各位嘉宾、各位专家学者致以诚挚的问候！向承办本次大会的甘肃政法学院和甘肃省法学会表示衷心的感谢！

比较法学研究会是中国法学会所属的研究会中历史悠久、地位重要、成果丰硕的专业研究会。自 1990 年成立以来，比较法学研究会在中国法学会的领导下，在沈宗灵、江平、刘兆兴等历届会长和常务理事会的带领下，在广大专家学者的共同努力下，积极开展学术研究，参与法治实践，培养学科人才，促进国际交流，创办出《比较法在中国》、“比较法论坛”等一系列有着广泛影响力的学术品牌，为我国社会主义法治国家建设提供了重要的智力支持。特别是比较法学研究会自去年换届以来，在以高鸿钧教授为会长的新一届理事会的带领下，研究会建设更加规范，学术活动更加丰富，社会影响更加广泛，受到中国法学会领导的充分肯定，发展成为法学理论研究的一支重要力量。借此机会，我向比较法学研究会的专家学者们

* 姜伟，中国法学会副会长。

表示崇高的敬意!

党的十八大以来,以习近平同志为总书记的党中央就全面落实依法治国、加快建设社会主义法治国家,提出了一系列重要论述,为不断开创依法治国的新局面指明了方向。十八届三中全会对推进国家治理体系和治理能力现代化作出了重要部署。四中全会进一步指出,全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。在今年7月份召开的中央党的群团工作会议上,习近平总书记再次强调了群团事业是党的事业的重要组成部分,强调要发挥群团组织的人才资源作用。新一届中国法学会的领导班子,高度重视研究会工作,采取了一系列重要的举措,支持和促进研究会的建设与各项活动的开展。王乐泉会长、陈冀平书记多次要求各研究会充分发挥繁荣法学研究、服务法治实践的主力军和主阵地作用。可以说,在新的历史阶段,比较法学研究会面临的发展机遇前所未有,在法治中国建设的进程中大有作为。

下面,我就比较法学研究会的工作和比较法学研究谈几点意见,供大家参考:

第一,比较法学研究应服务于法治中国建设。

习近平总书记强调:“要把全面依法治国放在‘四个全面’的战略布局中来把握,深刻认识全面依法治国同其他三个‘全面’的关系,努力做到‘四个全面’相辅相成、相互促进、相得益彰。”在全面推进依法治国的关键时期,比较法学具有跨越学科,进行不同地域、不同时间、不同文化维度下的法律研究的独特优势,能够以更加开阔的视野为法治建设中的问题提供有价值的意见和建议。比较法学者要把握住难得的历史机遇,肩负起特殊的历史使命,努力做法治中国的建设者、推进者,结合实际、明确定位、找准方向,为中国特色社会主义法治体系和社会主义法治理论添砖加瓦。

今年比较法学年会的主题是“比较法治文化”,这一主题就契合了党中央提出的“弘扬社会主义法治精神,建设社会主义法治文化”的要求,对于在全社会增强规则意识、弘扬公序良俗、倡导契约精神、营造法治文化氛围,有着积极的现实意义。相信本次年会的学术研讨,将推动我国法治文化的进一步深入研究,进而为在全社会大力弘扬法治精神、宣传法治文化提供良好的基础。希望比较法学研究会能够继续配合中央全面推进依法治国的总体部署,充分发挥新型法学智库的作用,适应改革开放不断深化

的需要,围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题,科学借鉴国外法治的有益经验,为法治中国的建设提供理论支持和具体建议。

第二,比较法学研究应坚持中国特色。

习近平总书记指出:“中国特色社会主义法治道路,是社会主义法治建设成就和经验的集中体现,是建设社会主义法治国家的唯一正确道路。”孟建柱书记在今年政法领导干部全面推进依法治国专题研讨班上要求,“一定要增强自信、保持定力,坚定不移走中国特色社会主义法治道路,努力创造高水平的社会主义法治文明”。王乐泉会长在第十届中国法学家论坛上就“坚持和发展中国特色社会主义理论”指出,中国特色社会主义法治理论是中国特色社会主义理论体系的重要组成部分,是人类法治文明的最新成果,是对中国法治实践的理论表达。我们必须深刻地认识到,只有坚持中国特色社会主义法治理论的指导,才能保证我们的法学研究、法学教育和法治实践正确的政治方向。

比较法研究的对象具有国际视野,侧重于不同法律文明、法系和法律制度的比较研究,不能在比较中迷失方向、迷失自己。中国的比较法研究要立足于中国的法治实践,要以中国特色社会主义法治理论为指导,既要借鉴人类法治文明的优秀成果,更要彰显中国特色社会主义法治的立场和价值。比较法研究要从中国的实际出发,解决中国的问题,以我为主、洋为中用,认真鉴别、合理吸收,不能简单模仿,更不能照搬照抄甚至全盘接受。要围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题,结合我国改革开放不断深化的现实,积极借鉴国外有益的法治经验,把国外先进的法律理念和制度转化为中国特色社会主义法治体系的有机部分,服务于中国的法学发展和法治建设。

第三,比较法学研究应理论联系实际。

法治是治国之重器,是国家治理体系和治理能力现代化的重要基础。因此,法治不仅是理论之法,也不仅是书本之法,更是行动之法、实践之法。在全面推进依法治国战略的引领下,各项改革措施正在顺利推进。党的十八届三中全会、四中全会提出的司改任务共有一百多项,这些政策和措施的出台很多都需要比较法研究的配合与支持。希望我们的比较法学者走出书斋、走出校园,主动研究法治建设的重大现实问题,重点破解改革实践中的热点难点问题,积极参与立法、司法活动,从实践破题、以实践立论、用实践论证,真正做到理论联系实际、理论服务实际。

首先,做到与域外的法治实践相联系。对域外的司法制度研究要注重系统性,不仅要了解法律制度本身,还要研究法律制度生成的背景、实践运行的状态、配套保障的机制,避免一叶障目、断章取义;要注重时代性,准确把握域外最新的法治发展趋势和最前沿的法学理论成果,避免炒人剩饭、拾人牙慧;要注重严谨性,尽可能实地考察调研、搜集一手材料、查阅初始文献,避免以讹传讹、自说自话。

其次,做到与我国的法治建设相联系。当前我们处在改革开放的深水区、法治建设的攻坚期和司法改革的关键期,面临的问题和挑战都具有独特性。从三中全会、四中全会决定,到今年的《司法体制和社会体制改革的实施方案》等一系列文件,既是改革的方向,也是问题的清单。我们撰写论文和报告、申请课题和项目,必须始终坚持问题导向,结合这些具体的法治和司法议题,将论文写在大地上、写在司法改革的文件里、写在推进法治理论建设和法治实践的进程中,使我们的研究接地气,重实践,有的放矢。

最后,做到与司法实务部门、司法实践相联系。研究会要充分利用“双千计划”等平台,努力创造条件,鼓励、支持比较法学者到实务部门挂职,亲自参与实务问题研究、疑难复杂案件办理、司法改革方案论证,为解决法治中国建设献计献策。

第四,比较法学研究应注重人才培养、实现学术创新。

比较法学研究会应以建设学习型、协同型、国际型研究会作为目标,要主动学习,树立鲜明的问题意识,精准聚焦法治建设与司法体制改革中的重点与难点问题,前瞻谋划,增强组织研究的科学性、预见性和有效性。研究会要继续加强自身的思想政治建设、组织建设、制度建设和作风学风建设,注重发挥比较法学研究会的平台作用。要通过这个平台,形成比较法研究的专家型智库。这些专家既掌握中国的法律理论和实践,又了解国外法律的最新发展动态,既能把中国法治发展的成就及时介绍到国外,又能把国外法律发展的经验准确介绍到国内,还能将研究成果及时向立法、执法、司法等领域应用转化。要通过这个平台,努力培养一批青年比较法学人才,加大对优秀青年人才的支持力度,不断创新学术活动机制,多给青年学者交任务、压担子,创造青年人才健康成长的良好环境。要通过这个平台,进一步丰富学术活动、健全学术评价激励机制。通过请进来、走出去,大力促进国际交流,积极开展优秀比较法学研究人才、优秀论文、

优秀成果评选活动，努力推出在国内外具有影响力的学术成果，不断扩大比较法研究学者的学术空间和比较法学研究会的学术影响。

同志们，中国法治建设的发展前景，为比较法学研究会和比较法学者提供了广阔的舞台。中国法学会将一如既往地支持比较法学研究会的工作，也希望研究会和比较法学界抓住新的机遇，不断提出新观点、新思路，为全面建设法治中国的伟大事业做出新的贡献。

最后，预祝本次大会取得圆满成功！

谢谢大家！

目 录

高鸿钧	卷首语	I
姜 伟	在中国法学会比较法学研究会年会开幕式上的讲话	III

第一编 比较法治文化

高鸿钧	法律文化的语义、语境及其中国问题	3
严存生	对我国古代“法治”观念文化的几点思考	32
魏磊杰	西方“法治”霸权与中国法治话语体系的建构	53
李晓辉	法治：重构公民之善与政制之善的联系 ——从亚里士多德政治伦理学出发的思考	83
赵彩凤	法律背后的沉默之音 ——弗里德曼大众法律文化思想浅析	98
王进文	普通法的司法民主观 ——以法律现实主义与社会科学研究之关系为切入点的考察 ...	122
于 明	大宪章的两种命运	146

第二编 比较视野中的中国传统法

柴 荣 林群丰	论中国传统司法责任制度及其当代价值	155
杜军强	法律原则、修辞论证与清代判决中的“情理” ——基于比较裁判方法的考察	170
魏 敏	“治人”与“治法”之博弈 ——清初官员管理理念刍议	189
赖骏楠	晚清时期梁启超宪法思想中的“人民程度”问题	206
余盛峰	法治文化视野下的中国法律传统 ——重温 2006 年法律传统论战	251

第三编 比较法的理论与实践

迟 颖 张金栋	比较法学的学科危机与概念重构	269
徐霄飞	司法在治理中的角色 ——法院策略行为与司法政治	296
孙海波	论指导性案例使用的特点与难点	319
王歌雅	疏离与回归：女性继承权的制度建构	352
刘振宇	异议意见的实质意义 ——以美国最高法院经典判决为例	371
孙丽岩	美国计算被征收不动产价值的时间维度问题研究	386
郑 曦	美国警察暂时性人身限制权制度及其借鉴	405
胡 凌	中国“数字丝绸之路”的兴起	420

杜卫华	1949 年前留德法学学人的学习与影响	430
汪 强	朝阳大学建校史事钩沉	454
王 婧	在海中重建宪法之船 ——贝拉米《政治宪政主义》评介	468
马剑银	比较法视域中的法治文化 ——中国法学会比较法学研究会 2015 年年会综述	487

第一编 比较法治文化

法律文化的语义、语境及其中国问题^{*}

高鸿钧^{**}

20 世纪 80 年代末，伴随中国学界对文化问题的特别关注、深入讨论和激烈争论，作为舶来品的“法律文化”一词不无神秘地开始在法学界走红。于是法理学、比较法学和法律史学领域的许多学者纷纷上阵参与讨论，颇有言必称“法律文化”之势。^{〔1〕}然而，如同其他时髦的热点问题讨论一样，“法律文化热”没有维持多久就开始降温。当然，法律文化的话语在中国仍然延续了下来，并在许多著述中频繁出现，但学界关于法律文化的含义及其语境缺乏明确的界定、深入的探讨和系统的阐释。因此，人们常常感到这个概念虽然不无新奇，但有些模糊不清、大而无当、空泛无力和华而不实。本文首先尝试界定法律文化概念的语义，分析法律文化概念的语境，阐释法律文化的类型并揭示其内在的复杂性，最后探讨当代中国法治发展过程中所面临的法律文化问题。

一、法律文化的含义与语境

毋庸讳言，“法律文化”的概念源于西方。托克维尔在《论美国的民主》一书中所使用的“民情”^{〔2〕}一词就包含了法律文化的意蕴，只不过

^{*} 本文原载于《中国法学》2007 年第 4 期，收录本书时略有改动。

^{**} 高鸿钧，清华大学法学院教授。

〔1〕 参见刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆 1996 年版。

〔2〕 托氏的“民情”是指“人在一定的社会情况下拥有的理智资质和道德资质的总和”，参见〔法〕托克维尔：《论美国的民主》（上卷），董果良译，商务印书馆 1988 年版，第 354 页。