当代学者人文论丛

西方法·中国法与法律现代化

曹全来 著

中央编译出版社
CENTRAL COMPILATION & TRANSLATION PRESS

西方法·中国法与法律现代化

曹全来 著

中央编译出版社

图书在版编目(CIP)数据

西方法、中国法与法律现代化/曹全来著. -北京:中央编译出版社,2005.3
(当代学者人文论丛)
ISBN 7-80211-031-9

Ⅰ.西… Ⅱ.曹… Ⅲ.法律—对比研究—中国、西方国家 Ⅳ.D908

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 010791 号

西方法、中国法与法律现代化

出版发行:中央编译出版社
地　　址:北京市西直门内冠英园西区 22 号楼 3 层(100035)
电　　话:81528114(编辑部)　66480209(发行部)
网　　址:http://www.cctp.com.cn
E-mail:edit@cctpbook.com
经　　销:全国新华书店
印　　刷:北京忠信诚胶印厂
开　　本:880×1230 毫米　1/32
字　　数:250 千字
印　　张:9
版　　次:2005 年 3 月第 1 版第 1 次印刷
全套定价:230.00 元(本册 20.00 元)

当代学者人文论丛总序

张立文

近代以来，西学潮水般地涌进，激烈冲击着中国传统学术文化，为适应于世界学术文化的发展，中国知识精英们纷纷吸纳西学。这种中西学术文化的交往和碰撞，是促使学术文化转型和发展的动力。罗素说："不同文明之间的交流过去已经多次证明是人类文明发展的里程碑。"①中西学术文化的交流，使中国传统学术文化向现代转变。

中国学术文化在学习、接纳、引进西学的过程中，按西学的学科分门别类，以现在话语说便是与世界学术文化接轨。接轨意蕴着痛苦的冲突和融合：一是要转变传统学术文化的思维方式、立场观点、价值观念、评价标准，以适应西学的需要；二是要肢解传统学术文化的有机整体，选出符合于西学学科名之者的资料而叙述之，不符合于西学学科名之者的资料则抛弃之；三是变中国传统学术文化主体的自我发展演化为被动的、受制于人的发展演化；四是要放弃一些中国传统学术文化的学科范式和学术规范，照着西方学科范式和学术规范讲。在中西学术文化的交流中，有得必有失，有收获也必有牺牲，这是最简单的道理。但如何得多失少，收多损少，这便大有讲究。主张学术文化"全盘西化"者，"一边倒"学苏联者，则得少失多；学术文化保守主义者、国粹主义者，则失少得少，两者在得少这一点上是共同的。

---

① 罗素：《中西文明比较》，胡品清译，《一个自由人的崇拜》，时代文艺出版社 1988 年版，第 8 页。

在中西学术文化交流中，如何得多失少？应选择融突而和合转生的方式。印度佛教作为一种外来的学术文化，在汉代传入中国后，便与中国传统学术文化发生冲突，展开了“沙门敬不敬王”、“神灭不灭”、“因果有无报应”、以及“空有”、“夷夏”、“化胡”等辩论。到唐韩愈主张对佛教文化采取“人其人，火其书，庐其居”①的简单拒斥方法，而柳宗元主张“统合儒释”，出入佛道。柳氏在回答韩愈指责他为什么不斥佛时说：“浮图诚有不可斥者，往往与《易》、《论语》合，……吾之所取者，与《易》、《论语》合，虽圣人复生，不可得而斥也。”②柳宗元在当时对待儒、释、道三教的态度：一是以平等、同情的立场和视角看待三教，不扬此薄彼，或尊彼卑此；二是出入儒、释、道三教，才能深入各家学术思想的堂奥，既悉其本真，又知其长短；三是在出入儒、释、道之中，明三教冲突之所在，才能悉三教融合的关键。在这里冲突也是一种融合的方式，所以不能排斥冲突，而应融合冲突；四是吾所取于佛、道者，与《易》、《论语》合。换言之，柳宗元是从中国传统学术文化出发，以《易》、《论语》为“取”的标准，不是以佛、道为“取”的标准，即取佛、道以合于《易》、《论语》，而不是相反，从而在“统合儒释”中发展中国学术文化。

韩、柳两人对待外来学术文化与本土传统学术文化的立场、态度及其“取”法，对后世宋明学术文化影响巨大。宋初一派以“夷夏”、“费财”之辩拒斥佛教；另一派出入佛道，无论是张载、二程，还是朱熹、陆九渊、王守仁，都累年尽究佛、老之说，而后反求诸《六经》，终于在儒、释、道三教融突中和合转生为新儒学，即宋明理学。学术发展的历史说明，粗暴的批判，取缔的暴力，激烈的拒斥，并不能消除一种思想、学说、理念对于人的思维、心灵的渗透和影响。韩愈主张对佛教采取强制僧侣还俗，焚毁经卷，没收庙产的做法，并没有阻止佛教的继续传播和发展。在唐代，绝大部分第一流知识精英与佛、道有很好的交往，以至相

① 韩愈：《原道》，《韩昌黎集》卷Ⅱ，《国学基本丛书》本。

② 柳宗元：《送僧浩初序》，《柳宗元集》卷25，中华书局1979年版，第673—674页。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

信佛、道，出现了一批伟大的宗教家，而没有造就伟大的儒学哲学家。伟大的儒学哲学家应该是海纳百川，有容乃大的统合儒、释、道三教之学者，宋明理学家沿着融合儒、释、道三教道路，出入佛老，反诸《四书》，和合转生，而开出理学的新学风、新思维、新理论。

在当今中、西、马学术文化交流互动的情境下，学术界在改革开放以后清算了极左思潮，开创了学术的春天，营造了生动活泼、求真务实的学术环境，提倡说理充分的批评与反批评，鼓励大胆探索，主张区分学术问题和政治问题的界限，既不要把学术探讨中出现的问题当作政治问题，也不要把政治倾向性问题当作一般学术问题，明确了学术与政治的关系，为学术研究和讨论松了绑。在这种学术的氛围中，中、西、马学术文化的冲突、融合，而喷发出智慧之光，中华学术文化在吸纳西、马学术文化中，和合转生为新的学术文化；西、马学术文化在中国化过程中，成为中国化的西、马学术文化。中、西、马学术文化融突和合，生生不息。

无论是中华学术文化的和合转生，还是西、马学术文化的中国化，都应从创新出发，立足于创新，落实于创新，创新是学术文化发展的硬道理。我们“要自觉地把思想认识从那些不合时宜的观念、做法和体制的束缚中解放出来，从对马克思主义的错误的和教条式的理解中解放出来，从主观主义和形而上学的桎梏中解放出来”；我们要“立足当代又继承民族优秀文化传统，立足本国又充分吸收世界文化优秀成果”；我们要“努力建设哲学社会科学理论创新体系，积极推动学术观点创新，学科体系创新和科研方法创新”。这里所说的“三个解放”，就为中华学术文化的学术观点创新、学科体系创新和科研方法创新的“三个创新”，营造了前所未有的创新机遇和优越氛围。我们应该有下地狱的精神和盗天火的勇气来实现中华学术的这“三个创新”，建构中华民族的哲学社会科学理论创新体系。

《当代学者人文论丛》便是从这“三个创新”契入，回应现代社会所面临的种种冲突和危机。他们各自从教育学、中西哲学、文学、历史学、经济学、法学、政治学、伦理学、管理学、心理学、逻辑学、新闻学、语言

学、科学等多视角、多层面探索问题。并以强烈的问题意识，接触各种学术文化中的深层问题，提出种种化解之道。既有对中华民族学术文化的继承和新诠释，又有对西方学术文化的吸收和新诠释。在融突“古今中西”学术文化中，尊重知识，尊重人品，尊重人才，尊重创新，提倡不同学术观点、学术流派的争鸣和切磋，那末实现“三个创新”的目标一定能够达到。

是为序。

2004.4.6

于中国人民大学孔子研究院

鸣　谢

本书的出版首先要感谢我的两位导师：刘全德教授和朱勇教授。他们对学术孜孜不倦的追求精神和严谨的治学态度，促使本人走上了追求学术的道路。我的硕士生导师刘全德教授指导了我的硕士学位论文，鼓励我这个愚钝的人大胆地向学术靠拢，他是我迈上学术之路的引路人。我的博士生导师朱勇教授，启发了本人对学术更深入的理解，对我的学术理路有着直接的影响。本书的出版是两位导师教诲的结果。

中国政法大学的优秀学生张红、刘鹏、张清波、韩元建、刘明竞等，一直关心我的学术进展，他们的聪明才智往往使我受益。他们的鼓励是本人从事学术研究的重要的动力源泉。

在过去的岁月中，我的好朋友卞修权博士、肖建华博士、程春明博士、蒋传光博士等，与我一起探讨学术的奥秘，领略法学的精神，分享人生的感受，建立了不可磨灭的友谊。本书的出版，也是他们对我的帮助的结果之一。

对于以上我的导师、学生和朋友，本人在此一并致以衷心的感谢和深深的敬意，感谢他们对我的支持、关心、照顾和鼓励，他们是本人的良师益友。

最后，我愿意将本书献给我的大学本科、研究生和博士生的同学们，我十分想念他们。

序言　迈向法治的法文化史观

中国与西方的法律传统，本来是各自独立发生与发展的。由于其历史根基已定，发展脉络互不相同，加之历时久远，因此中西法律传统表现出极大的差异。近代以来，伴随西方资本主义经济的扩张和文化的渗入，西方法律文化逐渐传入中国，与中国固有的法律文化发生了冲突与融合。并且，这种冲突与融合被视为中西文化的冲突与融合的一部分。由于这个原因，中西法律传统文化的比较研究不仅受到法律史研究者的关注，还引起近代史和中外文化比较研究者的广泛兴趣。

从比较法律史学的角度来看，中国法律传统属于中华法系，是中华法系的发源地。而西方的法律传统则主要表现为英美法系和大陆法系。除去中西法律传统的外在形式方面的差异，它们在法律的主体内容、基本精神、法律价值与功能等方面，存在着重大的不同。总体说来，中国的法律传统是为传统中国社会的中央集权君主专制政治制度服务的，法律是一种统治民众的工具，这种法律制度与儒家所倡导的仁政、德治与人治思想相结合，形成别具一格的“儒外法内”的法律文化格局。从本质上说，这种泛道德主义的法律传统与专制制度联系更为密切，而与民主、自由、人权的观念联系甚少。反观西方，其法律传统经过文艺复兴和启蒙运动的洗礼，基本上适应了近代资本主义的发展，与近代西方以自由、平等、博爱为主要内容的民主政治与人权保护直接联系。在总体上，西方法律传统表现出十分明显的法治主义的品格。这种法治主义确认的是法律至上、权利神圣、宪政民主与超越政治特权等的基本内涵。正是这种法治的绝对主义特征，确保了近代资产阶级革命的成果，最大限度地释放了个人的潜力，解放了人的个性，大大促进了社会的发展与进步。以中国学者的立场看来，中国近代社会的总体

发展趋势就是发展资本主义，中国的近代化或者现代化，就是促使中国社会从传统农业社会向近代工商业社会转变。相应的，社会的组织管理方式也理应从过去的泛道德主义“法治”，向近代自由民主主义的法治模式转变。

从法理的层面上来看，法律是社会存在的基本方面——包括基本社会矛盾与问题、主要的利益冲突和主流价值观的反应。法律如果不能对这些事物做出有力的反应，那么可以肯定，这种法律必然不能发挥法律应有的控制社会和整合社会的功能，法律自身的优越性就体现不出来。因此，无论何种法律研究，都不能对上述社会存在的基本方面避而不谈，抓住一些细枝末节纠缠不清。这种研究虽然无害，但意义不大。从当前中国法学研究状况来看，这是一种对学术资源的极大浪费和社会发展的漠不关心。

由此而来，就不得不谈到法学研究的治学态度和学风问题。法律是一个世俗的事物，法学就不能不是一种入世的学问。因此法学研究只有植根于社会、立足于现实、从民众的普遍利益出发，才可能对社会发展和民族进步有所贡献。一个没有社会担当精神的法学家，不是一个真正的法学家。同样，一个没有历史使命感的学者，也不是一个真正的学者。

本书可以算是笔者基于上述问题思考的一个结果。本书的大部分内容已经在有关杂志或报纸上发表过。这些文章涉及到比较法律史学和法理学两个学术领域。

本书的第一卷“西方法文化史述评”，主要讨论了西方法律与法治传统、古代罗马法和美国法治三个大问题。其中，“罗马法的法律哲学及其现代意义”是由我的硕士学位论文修改而来，原来的题目是“罗马法的法哲学探索”，完成于1997年6月份。“美国法治简史”与“美国法治模式”部分，是笔者参与“西方国家法治模式研究”的成果，曾以“论美国法治的历史”和“论美国的法治模式”分别发表。这几篇文章，着重探讨“法治”的一般意义、基本精神及其在西方发展演变的情况。本人认为，古代罗马与美国依靠法治进行国家管理，从而形成历史上一个

地跨亚、非、欧三大洲的帝国，和当今世界惟一的超级大国。这种研究素材才可以称得上是“真问题”，对其研究才可能具有典型意义。这正是本人选择古罗马法与美国法作为研究法治问题的切入点的原因之所在。

第二卷“中国法文化史述评”。这一卷所包含的几篇文章主要涉及到对中国传统法律文化的基本精神的理解和评价。“轴心时代的中国法与法学”，是对中国传统法律文化的一个宏观描述，主要讨论的是春秋、战国时期，直到秦汉的法文化发展，及其对以后中国法律文化的影响。笔者以为，其中的人文主义思想——人的理性认识与人道观念，在今天依然具有鲜明的时代意义。对中国传统法律文化的再评价，应当关注法律的人文主义底蕴，因此如何发掘中国古典法律文化中的人文思想，将对我国以后的法制与法治建设都将产生深远的影响。“礼”的那篇文章，则是从微观角度对中国传统法律文化所作的分析。“礼”是维系传统中国的最基本社会纽带，是儒家思想在行为方式上的投射，是中国传统文化的“样本”。因此，从法理学的角度对“礼”进行分析，具有典型意义。这一点西方的学者也都注意到了。“情理法与中国传统法官哲学”一文，是从司法实践的角度，对中国传统法律文化的一种思考。笔者以为，从法律适用，也就是说对法律的动态分析，而不是仅仅限于法律文本的考察，应该是研究中国传统法律文化的一个很好的学术进路。遗憾的是，这方面可以看到的论文并不多见，而本文也只是一个小小的尝试而已。最后一篇，“田园诗与中国古典法文化”，是受到发表在《读书》杂志上的一篇介绍日本江户时代批判中国古代哲学的启蒙思想的影响写成的。这篇文章于完成约两年后发表在中国政法大学的校报上。

第三卷“法律近代化：中国问题”。法律近代化问题，是最近几年来兴起的一个学术研究的热点问题。就笔者的体会，这方面的研究十分不够。其原因十分复杂，既涉及对中外文化进行深入比较的基本功，也涉及对近代中国社会变革和中国近代、现代史的认识问题。这仍是一个敏感的学术问题。这一卷主要由我在攻读博士学位过程中所作的几篇论文组成。这里着重讨论的问题是：近代中国史、中国近代的法律

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

危机、中体西用、国际化与本土化。它们分别构成了中国法律近代化的社会背景、因应模式、变革道路与发展目标。

第四卷“当代中国的法治与法学”。其中“寻找法治的根基——中国当代法律意识调查”一文,是笔者指导的一次问卷调查的报告。“国家统一司法考试与当代中国法学教育”一文,是源于笔者对当今法科学生就业与中国法律职业的发展一种担忧。中国需要法律从业人员,以支撑中国未来的法制与法治。在中国的基层司法部门——公安机关、监狱、看守所、检察院、司法局、公证机关、调解委员会、仲裁机构,当然,更重要的在——法院等,都需要大量的法学专业人员去充实。同时,大量的法学毕业生没有去那里就业,而滞留在大城市,飘浮在社会上。这是什么原因造成的?这个问题值得注意。《法学启蒙与启蒙法学》完成于1998年底、1999年初,是为纪念戊戌变法100周年而作。这篇文章曾提交到1999年在上海召开的法理学年会,后来发表在法大学生自办的“法律评论”第一期(创刊号)上。这种小报纸有一个特点,就是虎头蛇尾,往往不能很好地坚持。其实,就其发行量来说,简直大得惊人。

在结论中,笔者引用一位贯通了中西文化、中国现代的“智者”——胡适先生的一个说法:“中国的文艺复兴”,来表达本人对中国文化,特别是通过法文化的未来发展的期望——中国正在发生一次伟大的文艺复兴,而这个伟大的事业,正是借助于国家治理模式的改变,即通过法治,来逐步实现的。这是胡适先生生前的希望,也是中华民族未来的希望。

这些文章可以分为西方法治理论、中国法律传统及其近代变化以及关于人性、人文主义和启蒙的法律意义等三个部分。同时,书中也包含了笔者对所谓“法律哲学”的理解与思索,姑且算是对过去几年从事法律思想史和法理学教学的回顾和总结吧。

为了便于读者阅读,在每一篇文章的前面都加了一个简短的说明。

最后需要说明的是,由于本书各部分内容创作时间跨度较大,其体例和风格不尽一致,望读者见谅。

目　录

导论　比较与借鉴:现代化语境中的中西法文化 …… (1)

一、不能逾越的“现代性” …… (1)
二、中西传统法文化与“现代性” …… (3)
三、“现代性”与中国法文化的重建 …… (8)

卷一　西方法文化史述评

轴心时代的西方法与法学
——西方古典法文化的三大渊源 …… (13)

一、“轴心时代” …… (13)
二、犹太教—基督教与西方古典法文化 …… (14)
三、古希腊的理性主义哲学——自然法与民主政治观念 …… (16)
四、古罗马的法律实践与法律智慧 …… (19)

西方法治传统的形成
——西方法律传统中的法治因素 …… (23)

一、西方法律传统与法治传统 …… (23)
二、个人主义 …… (26)
三、理性主义 …… (31)
四、民族主义 …… (35)

罗马法的法律哲学及其现代意义 …… (40)
一、罗马法的历史发展与影响 …… (42)
二、罗马法的法哲学探索 …… (48)
三、罗马法的精神及其现代意义 …… (82)
美国法治简史 …… (94)
一、美国独立与建国时期(从独立战争到南北战争爆发) ……
…… (95)
二、工业国家时期(从南北战争爆发到"新政"时期) …… (100)
三、福利国家时期(从实行"新政"至今) …… (103)
美国法治的模式 …… (108)
一、宪政 …… (109)
二、权利至上 …… (115)
三、法律至尊 …… (118)
四、法治自主 …… (124)

卷二 中国法文化史述评

轴心时代的中国法与法学
——中国古典法文化概观 …… (137)
一、中国传统法文化发端于轴心时代 …… (137)
二、轴心时代的中国法——中国古典法文化的基本成就 …… (140)
三、中国古典法文化的影响与价值——兼与西方比较 …… (147)

"礼"的法理学分析
——中国古典法文化透视 …… (151)

一、权利义务与礼的概念 …… (152)
二、规范分析与礼的结构 …… (155)
三、秩序、公平与礼的价值 …… (157)
四、礼法合流与中国传统法文化 …… (159)

情理法与中国古代的法官哲学 …… (163)

田园诗与中国古典法文化 …… (167)

卷三　法律近代化：中国问题

中国法律近代化的起源
——以中国为中心的考察 …… (175)

一、关于中国近代法律史研究的"西方中心主义" …… (175)
二、中国近代法律变革的起源 …… (177)
三、晚清法律变革起源之评析 …… (185)

危机与变革
——中国法律近代化的因应模式 …… (187)

一、中国近代的法律危机 …… (188)
二、法律危机的回应：法律变革及其理路 …… (195)

国际化与本土化
——中国法律近代化的基本目标 …… (199)

一、内外交困推动法制改革 …… (199)
二、中体西用指导法制改革 …… (203)

三、国际化:争取与世界对话 …… (205)
四、本土化:努力适应中国国情 …… (209)
五、回顾与反思:重评晚清法制改革 …… (212)

"中体西用"对中国法律近代化的指导意义
——张之洞《劝学篇》发表的前前后后 …… (214)

一、"中体西用"的思想渊源 …… (215)
二、张之洞《劝学篇》的发表 …… (217)
三、张之洞"中体西用"学说解析 …… (219)
四、"中体西用"学说的历史回响 …… (222)

卷四 当代中国的法治与法学

寻找法治的根基
——当代中国法律意识调查 …… (227)

一、"基本价值观",喜忧参半 …… (228)
二、"法律信仰",令人忧虑 …… (230)
三、"法律机关",形象不佳 …… (232)
四、法治建设,任重道远 …… (233)
五、结论 …… (235)

国家统一司法考试与当代中国的法学教育 …… (237)

一、系统教育与考试选拔 …… (238)
二、惟一规则还是附加规则 …… (240)
三、走走停停与红灯设置 …… (241)
四、降低标准还是提高标准 …… (242)
五、优先性与排他性 …… (244)
六、规则例外还是规则修正 …… (245)

启蒙法学与法学启蒙
——当代中国法治与法学不可逾越的命题 …… (248)
一、启蒙的意义 …… (248)
二、中国的法学启蒙之路 …… (250)
三、被中断的启蒙 …… (252)
四、启蒙法学——世纪末的呼唤 …… (253)

结论　通向法治之路
——中西法文化与中国的文艺复兴 …… (255)
一、法文化与中国的文艺复兴 …… (255)
二、中国法律近代化的实质问题 …… (256)
三、西方法文化对近代中国的冲击 …… (262)
四、中国法律传统的再造 …… (264)

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com