

国家社会科学基金会项目

中国 法制现代化 的进程

(上卷)

公丕祥 主编

5

中国人民公安大学出版社



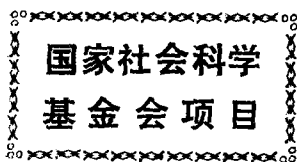
责任编辑：张智辉 黄迎芬

封面设计：聂崇文

ZHONG GUO FA ZHI XIAN DAI HUA DE JIN CHENG

ISBN 7-81011-353-4/D · 294

定 价：7.00元



中国法制现代化的进程

(上卷)

激荡的法制变革浪潮

(1840—1949)

主 编 公丕祥

撰稿人 (以写作章节先后为序):

公丕祥 刘旺洪

黄和新 李 力

夏锦文

中国人民公安大学出版社

一九九一年·北京

(京)新登字第165号

中国法制现代化的进程

(上 卷)

公丕祥 主编

中国人民公安大学出版社出版发行

北京市西城区木樨地南里 邮政编码100038

新华书店北京发行所经销

迁安县印刷厂印刷

850×1168毫米 1/32 13.125印张 319千字

1991年11月第1版 1991年11月第1次印刷

ISBN 7-81011-353-4/D·294

定价：平装 7.00元

印数：0001—3000册

绪 言

时下的人们纷纷议论中国法律实现的社会效益问题。其实，法律的社会效益问题在文明世界各国都程度不同地存在着，只是在不同的国度，其表现形态和特点是不尽相同的。而当代中国法律效益方面存在的种种问题或弊端，带有显明的从传统到现代转变的历史的时代的痕迹。我们尽可以对法律的社会效益进行各个不同侧面的或综合一体的研究，但是如果不能从整体上即不能从由传统到现代这样一个历史转化的时代意义上来研究法律效益问题，那么这种研究就很有可能停留在“只见树木、不见森林”的研究水准上，不可能对法律效益的社会文化底蕴作出深刻的透视，因而也就无法科学地找寻提高法律社会效益的有效途径。只有对中国法制现代化问题进行全面的、系统的、深入的理论反思，才能使对于诸如法律效益等等法社会学的种种问题，作出科学的准确的把握。本书正是从时代的需要出发，力图综览从1840年到1949年这百余年间中国法制现代化的艰难历程，从中体味法制变革运动的复杂性和曲折性，以便发现当代中国法制转变过程中种种问题的历史根源，并且给予理论上的说明。

运用法制现代化的理论分析近现代中国法制变迁过程，这确乎是一个全新且又难度很大的课题。问题的困难之处不仅在于近现代中国社会与法制变迁过程是如此扑朔迷离、错综复杂，而且在于考察这一进程的概念工具本身直到现在尚未引起中国法学界同仁的足够重视，以至于这方面可供参鉴的文献相当贫乏。但是，现实生活的需要和理论创作的热忱始终在催动着课题组全体同志

孜孜不倦，努力求索。从1988年下半年本课题欣获国家社会科学基金会资助以来，我们在研究过程中始终注意这样三个问题：第一，认真把握中国法制现代化的概念分析工具，因为没有基本的分析工具，就无法为整个课题研究确立坚实的基础；第二，在与西方社会法制现代化进程的比较分析中，深入考察近现代中国法制现代化进程的基本规律性及其特点；第三，深入揭示影响近现代中国法制现代化的滞阻因素及其现象形态，找寻中国法制现代化历史进程的障碍机制。

由上述指导思想所决定，本书的叙述结构由四篇所组成。第一篇阐述了迄今远未得到中国法学界深入研究的马克思东方社会法律文化理论及其意义。研究马克思的这一理论，可以使我们在更为广阔的历史与时代背景下考察中国法制现代化进程的历史特质和文化生成机理。第二篇充分展示了关于法制现代化的理论分析系统，这包括法制现代化的概念、判定标准和分析方法。与此同时，还深入透视了作为中国法制现代化进程历史起点的中国传统法制，研讨了传统法制的实证结构与价值取向，并且由此出发揭示了中国传统法制向现代法制转化的一般特点及其动力机制。第三篇运用法制现代化的一般理论探讨了近现代中国宪政制度、行政法制、民商法制、刑事法制和诉讼法制现代化的具体层面，由此展现了中国法制变革运动在近现代中国社会的历史命运。第四篇则从总体上对中国法制现代化过程中的外来影响、传统与现代化、社会主体以及中国法制现代化的世界意义等一般性问题作了初步的归纳和总结，从而勾勒了中国法制现代化进程的整体画面。

本书的写作分工如下：公丕祥（第一、二、三、四、五、十一章）、刘旺洪（第六、七章）、黄和新（第八章）、李力（第九章）、夏锦文（第十章）。全书由公丕祥修改定稿。范健、李玉生同志也参加了本书写作大纲的讨论工作。

在本书的写作过程中，我们一直感到这一工作的难度。书中不足之处在所难免，尚祈广大同仁和读者大力匡正。需要指出的是，我们的研究工作得到了多方面的大力支持。国家社会科学基金会为本课题提供了经费。司法部教育司司长甘绩华教授始终关注本书的写作，并专门来函提出具体指导意见。林仁栋、曲可伸、钱大群、傅兆龙、张志铭、赵长生、贺卫方诸位先生对本课题研究提出了有益的见解。南京师范大学科研处也对本书的写作给予了积极支持。中国人民公安大学出版社为本书的问世提供了热情的帮助，使本书顺利付梓。谨在此一并致以深切的谢意。

目 录

绪 言

第一篇 导 论

第一章 马克思东方社会法律文化理论之意义·····	(3)
一、问题的重要性·····	(3)
二、马克思关于东方社会法律文化的思想演变·····	(4)
三、马克思论东方社会法律文化的社会基础·····	(14)
四、马克思论东方社会法律文化的特征·····	(23)
五、马克思论西方法律文明对东方的冲击·····	(38)
六、时代的启示·····	(51)

第二篇 理论与方法

第二章 法制现代化的概念分析工具·····	(55)
一、法制现代化的概念·····	(55)
二、类型学方法论的选择·····	(60)
三、马克思的思考·····	(69)
四、中国法制现代化的分析构架·····	(75)
第三章 法制现代化的标准·····	(80)
一、研究法制现代化标准的重要性·····	(80)
二、法制现代化的实证标准·····	(85)
三、法制现代化的价值标准·····	(93)
四、两类标准之间的关系分析·····	(102)

第四章 古代中国社会的法律遗产.....(111)

一、中国古代法制的文化背景.....(111)

二、中国古代法律制度的模式分析.....(118)

三、中国古代法律制度的价值取向.....(129)

四、中国古代法哲学的基本范式.....(149)

第五章 中国法制现代化的动力机制.....(161)

一、推动中国法制变革的客观力量.....(161)

二、中国法制变革的模式分析.....(171)

三、中国法制变革的社会载体.....(179)

四、中国法制变革的结果分析.....(188)

第三篇 过程分析

第六章 中国宪政制度的现代化.....(197)

一、宪政制度现代化概述.....(197)

二、中国宪政现代化的发展阶段.....(211)

三、中国宪政制度现代化的动力与障碍.....(220)

四、中国宪政现代化的价值评估.....(230)

第七章 中国行政法制的现代化.....(236)

一、行政法制现代化的目标系统.....(236)

二、中国传统官制法律文化及其历史命运.....(242)

三、中国行政法制现代化的历史演进.....(246)

四、中国行政法制现代化的价值判断.....(260)

第八章 中国民商法制的现代化.....(268)

一、中国民商法制现代化的概念和历史起点.....(268)

二、西方民商法制现代化的历史道路.....(274)

三、中国民商法制现代化的行程.....(279)

四、中国民商法制现代化的动力机制.....(285)

五、中国民商法制现代化的基本特征.....(290)

第九章 中国刑事法制的现代化	(299)
一、刑事法制现代化的概念.....	(299)
二、中国刑事法制现代化的历史起点.....	(305)
三、中国刑事法制现代化的发展阶段.....	(309)
四、中国刑事法制现代化的机理分析.....	(316)
五、初步的小结.....	(333)
第十章 中国诉讼法制的现代化	(336)
一、诉讼法制现代化之界定.....	(336)
二、中国传统诉讼法制的评估.....	(346)
三、中国诉讼法制现代化的历史道路.....	(351)
四、中国诉讼法制现代化的动力分析.....	(363)
五、中国诉讼法制现代化的价值评价.....	(372)

第四篇 结 论

第十一章 中国法制现代化的总体观念	(381)
一、中国法制现代化进程中的外来影响.....	(381)
二、中国法制现代化过程中的传统与现代性.....	(386)
三、中国法制现代化进程中的主体问题.....	(396)
四、中国法制现代化的世界意义.....	(400)

第一篇 导 论

第一章 马克思东方社会法律 文化理论之意义

一、问题的重要性

从19世纪70年代中期到马克思逝世前夕，马克思以极大的精力研究世界范围内的古代公社历史，阅读了各种有关的学术著作，并对其中某些著作进行了细心摘录、评注、删节、改造和补充，以便进一步阐述前资本主义生产方式历史运动的规律性问题。这些著作被称之为马克思晚年的“人类学笔记”，它包括：《马·柯瓦列夫斯基〈公社土地占有制，其解体的原因、进程和结果〉一书摘要》、《路易斯·亨·摩尔根〈古代社会〉一书摘要》、《亨利·萨梅纳·梅恩〈古代法制史讲演录〉一书摘要》、《约·拉伯克〈文明的起源和人的原始状态〉一节摘要》、《约·布·菲尔〈印度和锡兰的雅利安人村社〉一书摘要》等五个笔记。

自从1972年美国学者劳伦斯·克拉德将马克思关于摩尔根、菲尔、梅恩、拉伯克著作的四个“笔记”加以整理，以《卡尔·马克思的民族学笔记》为题公开发表以后，引起了世界学术界的广泛注意，甚至形成了一股方兴未艾的争论热潮。人们不禁要问：为什么马克思在生命的最后十年把《资本论》创作工作搁置一旁，而去潜心研究古代社会的历史呢？马克思写作这些笔记的动机是什么？这些笔记在马克思的思想发展过程中处于什么地位？由这些笔记所展现的晚年马克思的思想与青年马克思以及成熟时

期马克思的思想之间，究竟是一种什么样的关系？晚年马克思关于古代社会史的看法与恩格斯在这方面的研究相比较，又有哪些特点等等。很显然，这些问题对于深入把握晚年马克思的思想脉络进而科学地研究马克思的社会历史哲学，都是至关重要的。

从法律科学的角度看，我们认为，晚年马克思的这些笔记具有极其重要的法哲学及法律文化的价值意义。这是因为，在这些笔记中，马克思不仅进一步探讨了公社所有制形态的演变，揭示了国家和法的历史起源的一般规律，而且分析了古代社会法权关系的本质特征，阐明了社会发展与法律进步的内在关联：特别重要的是，马克思着力考察了古代东方社会的法律文化面貌，并且将其放置到世界法律文明的背景下来加以观照。这就提出了如何认识文明社会法律世界多样性统一的重大课题。本章的主旨就在于深入研究马克思晚年“人类学笔记”关于古代东方社会法律文化的基本分析，由此洞见这些思想的重大理论和实践意义。

二、马克思关于东方社会法律文化的思想演变

马克思关于东方社会及其法律文化的思想，经历了一个复杂的演变过程。这个过程大致可以划分为三个既相区别又相联系三个阶段：第一个阶段从19世纪40年代中期到50年代初，这是马克思的东方社会法律文化思想从萌芽到初步形成的过程；第二个阶段从19世纪50年代末期到70年代初期，这是马克思正式提出东方社会法律文化理论并且作进一步证明的过程；第三个阶段从19世纪70年代末期到马克思逝世前夕，这是马克思的东方社会法律文化思想进一步深化的过程。总观这三个阶段的发展历程，即可发现，马克思的东方社会法律文化的学说逐渐从纤弱的思想萌芽生长为一株参天的理论大树，进而充分展示了这一理论的重大价值意义。

这里需要指出的是，马克思关于东方社会法律文化的思想是同他的“亚细亚生产方式”的概念紧密联系在一起的。倘若不了解“亚细亚生产方式”概念在马克思学说体系中的地位及其演变历程，就不可能准确地把握马克思的东方社会法律文化理论的精髓。而在马克思那里，“亚细亚生产方式”的概念具有双重涵义：其一是指称人类社会发展过程的“原生形态”，其二是指称东方社会所特有的社会形态。马克思关于东方社会法律文化思想演变的三个阶段中，“亚细亚生产方式”的概念内涵经历了由人类社会发展的“原生形态”到东方社会所特有的社会形态的复杂转化过程。如果说，在马克思的前期或中期的学说体系中，“亚细亚生产方式”的概念更多地具有人类社会“原生形态”的意味，并且是一个逻辑的假设，那么，在马克思的后期或晚年思想体系中，“亚细亚生产方式”的概念则更多地具有东方社会文化机制的意蕴，正是这一历史逻辑内涵，成为马克思揭示人类社会法律文化发展的多样性统一图式的重要理论契机。因之，研究马克思的“亚细亚生产方式”概念内涵的转化过程，就成为我们考察马克思关于东方社会法律文化的思想演变的基本线索。

（一）马克思东方社会法律文化思想演变的第一个阶段（19世纪40年代中期到50年代初）

确认古代东方社会法律体制的专制主义基础，这是18世纪乃至19世纪初欧洲思想界的一种普遍流行的观念。法国启蒙思想家孟德斯鸠把专制政治与君主政体区别开来，认为亚洲政体是专制政体。他指出，在古代中国，人们曾经想使法律和专制主义并行，但是任何东西和专制主义联系起来，便失掉了自己的力量。中国的专制主义，在祸患无穷的压力之下，虽然曾经愿意给自己带上锁链，但都徒劳无益；它用自己的锁链武装了自己，而变得更为凶暴。因此，中国是一个专制的国家，它的原则是恐怖。^①德国

^① 孟德斯鸠，《论法的精神》上册，商务印书馆1961年版，第129页。

思想家黑格尔也承袭了孟德斯鸠的上述观点，认为古代的中国、印度、波斯、土耳其等东方国家乃至整个亚洲都是专制政体，而且是恶劣的暴君政治的舞台。而在这些国家中，印度是最典型的，印度“是一种没有一个原则、没有什么道德和宗教规律的专制政体”，“在印度，那种最专横的、邪恶的、堕落的专制政治横行无忌”。^①

对于近代欧洲思想界关于东方社会法制的普遍看法，马克思一方面予以赞同，并把它同近代西方法制对立起来，指出：“实体法却具有本身特有的必要的诉讼形式。例如中国法里面一定有笞杖，和中世纪刑律的内容连在一起的诉讼形式一定是拷问，——以此类推，自由的公开审判程序，是那种本质上公开的、受自由支配而不受私人利益支配的内容所具有的必然属性。”^②马克思还引用了孟德斯鸠的下述一段话来揭露专制法律的恐怖性。即：

“孟德斯鸠说：‘有两种坏现象’，一种是人民不遵守法律；另一种是法律本身使人变坏；后一种祸害是无可救药的，因为药物本身就包含着这种祸害。”^③按照马克思的看法，亚洲的专制制度与现代国家是截然不同的。这就是说在亚洲的专制制度中，

“政治国家只是一个人的独断独行，换句话说，政治国家同物质国家一样，都是奴隶。现代的国家 and 这些在人民与国家之间存在着实体性统一的国家是不同的”。^④但是，另一方面，马克思也批评了孟德斯鸠和黑格尔把君主政体与专制政体相区别进而美化君主政体的观点，认为：“专制制度的唯一原则就是轻视人类，使人不成其为人，……专制君主总把人看得很下贱”。“君主政体的原则总的说来就是轻视人，蔑视人，使人不成其为人；而孟

① 黑格尔：《历史哲学》，三联书店1956年版，第204页。

② 《马克思恩格斯全集》第1卷，第178页。

③ 《马克思恩格斯全集》第1卷，第139页。

④ 《马克思恩格斯全集》第1卷，第285页。

德斯鸠认为君主政体的原则是荣誉，他完全错了。他竭力在君主政体、专制制度和暴政三者之间找区别，力图逃出困境；但是这一切都是同一概念的不同说法，它们至多只能指出在同一原则下习惯上有所不同罢了。哪里君主制的原则占优势，哪里的人就占少数；哪里君主制的原则是天经地义的，哪里就根本没有人了。”^①

在1846年写成的《德意志意识形态》中，马克思从生产力和生产关系的矛盾运动出发，区别了人类社会中几种本质不同的社会形态以及与之相适应的法权现象，分析了它们各自的基本特征。这几种所有制形式分别是：部落所有制、古代公社所有制和国家所有制、封建的或等级的所有制以及纯粹的所有制等。在这里，马克思所探讨的古代公社所有制形态并不包括东方社会的所有制形式，而是指以古代希腊和罗马为代表的奴隶制，亦即“积极公民的一种共同私有制”。^②但是，值得注意的是，马克思强调：“分工发展的各个不同阶段，同时也就是所有制的各种不同形式。”^③由此出发，马克思认为，“印度人和埃及人借以实现分工的原始形态在这些民族的国家 and 宗教中产生了等级制度”。^④显然，马克思已经开始把古代印度和埃及的东方社会等级制度看作是不同于其他社会组织形态的一种独特的社会形式，尽管他只是很简单地提出这个问题而没有对此作更深入的研究。此外，马克思还分析了近代资本主义文明的冲击下东方社会所发生的变化：“各个相互影响的活动范围在这个发展进程中愈来愈扩大，各民族的原始闭关自守状态则由于日益完善的生产方式、交往以及因此自发地发展起来的各民族之间的分工而消灭得愈来愈彻底，历

① 《马克思恩格斯全集》第1卷，第414页。

② 《马克思恩格斯全集》第3卷，第25页。

③ 《马克思恩格斯全集》第3卷，第25页。

④ 《马克思恩格斯全集》第3卷，第44页。