

法律文化的冲突与融合

——中国近现代法制与西方法律文化的关联考察

公丕祥 主编

中国广播电视出版社

法律文化的冲突与融合
——中国近现代法制与西方
法律文化的关联考察

公丕祥 主编

中国广播电视出版社

(京)新登字 097 号

法律文化的冲突与融合
——中国近现代法制与西方
法律文化的关联考察

公丕祥 主编

*

中国广播电视出版社出版发行
(北京复外广播电影电视部灰楼 邮政编码 100866)
北京市朝阳区北苑印刷厂印刷
各地新华书店经销

*

850×1168 毫米 32 开 15.5 印张 376(千)字
1993 年 7 月第 1 版 1993 年 7 月第 1 次印刷
印数: 1—1500 册 定价: 10.70 元
ISBN 7-5043-1754-3/D·214

江苏省哲学社会科学“七五”项目

公丕祥 主编

撰稿人（以写作章节先后为序）：

公丕祥 刘旺洪

王宏林 黄和新

夏锦文 李 力

前 言

《法律文化的冲突与融合——中国近现代法制与西方法律文化的关联考察》是江苏省哲学社会科学“七五”规划项目之一。

近现代中国社会是一个历史性的社会，它正处于持续变迁的时代过程之中。这一变迁乃是一种文化的变迁，是由传统社会向现代社会过渡、转变的历史递嬗，是一个现代化的过程。随着中国由传统社会向现代社会的历史跃进，中国法制也同样面临着或正处于一个由传统型向现代型的转变。这个转变过程，就是中国法制现代化的过程。毫无疑问，这个过程伴随着中西法律文化的冲突与交融。深入考察进而揭示中国近现代法制成长过程的特点及其一般规律性，努力把握西方法律文化在中国传播、渗透的基本线索，进而阐明中西法律文化的冲突与融合机制，探索中国法制现代化的基本模式，这是当代中国法学界面临的一项重要课题。

本书是集体协作研究的成果。为了富有成效地开展这一项目的研究，课题组于1989年4月邀请江苏省三十多位法学理论工作者，在南京师范大学南山宾馆以“近现代中国法制与西方法律文化”为题，展开了理论探讨。与会者围绕中西法律文化的冲突、融合及其后果、近现代中国法制现代化的发展主线、中国法制现代化的障碍机制、部门法制的转型、苏俄法律文化对中国法律文化的影响等问题，热烈争鸣，深入切磋，提出了一些富有启发性的观点。这次研讨会对于开阔课题研究的思路，推动课题研究，起到了积极的作用。我们谨向到会的法学理论工作者表示衷心的感谢。

谢。为本书提供初稿的有：公丕祥（绪论、第一、二、三章）、刘旺洪（第四章）、王宏林（第五章）、黄和新（第六章）、夏锦文（第七、九章）、李力（第八、十一章）。全书由公丕祥修改定稿。

在本书写作过程中，我们得到了许多专家学者的热心关注和指导，也得到了江苏省哲学社会科学规划办公室和南京师范大学科研处的大力支持。中国广播电视出版社总编辑张品兴先生对本书的出版给予了热情支持，并特约责任编辑张光璐先生审阅书稿，遂使本书顺利付梓。王小锡同志也对本书的写作给予了积极关顾。在此，特一并致以诚挚的谢意。

由于我们水平有限，加之课题难度较大，书中不妥之处在所难免，尚祈法学界同仁及广大读者批评教正。

作 者

一九九〇年十月

目 录

绪 论	(1)
一、文化与法律文化	(1)
二、法律文化的多样性与统一性	(5)
三、近现代中国法律文化的变革主流	(8)
四、本书的宗旨与结构	(13)
第一章 中国传统法律文化的特征	(15)
第一节 中国传统法律文化的社会氛围	(15)
一、中国传统法律文化的经济基础	(15)
二、中国传统法律文化的政治背景	(17)
三、中国传统法律文化的社会架构	(20)
第二节 中国传统法律文化的权力本位性	(22)
一、权力和法律的冲突与同一	(23)
二、法律的权威与人治主义	(25)
三、等级结构与法律功能	(29)
四、传统法律的重刑主义性质	(32)
第三节 中国传统法律文化的义务本位性	(35)
一、权利本位与义务本位	(35)
二、传统法律的礼治主义	(39)
三、法律与道德：传统法律的解决方案	(42)
四、财产关系与传统法律	(46)
第二章 西方法律文化的冲击	(50)
第一节 冲击的过程及其实质	(50)
一、艰难的历史行程	(50)
二、两种价值体系的冲突	(55)
第二节 思想家的反应模式	(60)

一、晚清统治集团思想家的反应	(6 1)
二、资产阶级维新论者的反应	(6 4)
三、资产阶级革命派的反应	(6 6)
四、马克思主义者的反应	(6 8)
第三节 法制现代化的历史变迁	(7 1)
一、第一期:清末法制改革	(7 1)
二、第二期:《临时约法》的意义	(7 5)
三、第三期:南京国民政府的法制实践	(7 8)
四、第四期:新民主主义法制的建构	(8 5)
第三章 近现代中国法制与西方法律学说	(8 8)
第一节 西方法律学说概观	(8 8)
一、西方法律学说的源流分析	(8 8)
二、西方法律学说的主要特征	(9 1)
三、西方法律学说的分野	(9 5)
第二节 古典自然法学与近现代中国法律文化	(9 9)
一、问题的提起	(9 9)
二、古典自然法学与清末法制变革	(100)
三、古典自然法学与辛亥革命	(107)
第三节 社会法学派与“三民主义法制”	(117)
一、“三民主义法制”的实质	(117)
二、社会法学与三民主义立法	(122)
三、社会法学与三民主义司法	(129)
第四章 近现代中国宪政制度与西方宪政文化	(134)
第一节 概述	(134)
一、古代中国的政治制度	(135)
二、近代西方的宪政文化	(137)
三、西方宪政文化对近现代中国的冲击	(141)
四、近现代中国宪政史文化学鸟瞰	(148)

第二节 宪政原则	(152)
一、西方宪法的基本原则	(153)
二、近现代中国宪政原则的历史衍化	(158)
三、近现代中国宪政原则与西方宪政精神	(168)
第三节 国家制度	(170)
一、近现代西方国家制度的主要特征	(170)
二、近现代中国国家制度的历史嬗变	(174)
三、国家制度的文化学沉思	(177)
第四节 民权体系	(178)
一、古代中国专制制度下的臣民状况	(179)
二、近代西方的民权体系	(180)
三、近现代中国民权制度的历史进化	(184)
四、近现代中国民权问题的二律背反	(187)
第五章 近现代中国行政法制与西方行政法律文化	(189)
第一节 概述	(189)
一、行政法的概念	(189)
二、现代行政法与法律文明	(191)
三、行政法与近现代中国	(192)
第二节 近现代中国行政组织的特征	(194)
一、行政组织立法	(194)
二、行政组织机构	(198)
三、行政工作人员	(202)
第三节 近现代中国的考铨制度	(204)
一、考铨制度的概念及其意义	(204)
二、考铨制度与中国传统文化	(207)
三、考铨制度在近现代中国的变迁	(210)
第四节 近现代中国监察制度	(211)
一、监察制度的意义	(211)

二、中西方监察制度的比较	(213)
三、近现代中国的监察制度	(217)
第五节 近现代中国的行政救济	(219)
一、概念	(219)
二、行政诉愿	(220)
三、行政诉讼	(221)
第六章 近现代中国民商法制与西方民商法文化	(223)
第一节 概述	(223)
一、自然经济条件下的古代中国民事规范	(223)
二、从罗马私法到近代西方民法	(231)
三、近代西方民法文化对近现代中国民法的影响	(234)
第二节 民法总则	(237)
一、概述	(237)
二、近现代中国民事权利主体的概念	(240)
三、近现代中国民事权利客体分析	(245)
第三节 债权	(248)
一、债编在中西民事立法中的地位分析	(248)
二、契约自由原则与近现代中国民法	(250)
三、契约分类的文化背景	(254)
四、侵权行为与法律救济	(257)
第四节 物权	(261)
一、近现代中国物权立法的特征	(261)
二、近现代中国的所有权体系	(265)
三、永佃权与典权	(271)
第五节 商事法	(275)
一、古代中国“重农抑商”与西方商事法制之对比	(275)

二、近现代中国商事立法概况	(280)
三、近现代中国的公司立法	(282)
四、近现代中国的票据立法	(286)
第七章 近现代中国亲属法制与西方亲属法文化	(289)
第一节 概述	(290)
一、中国传统亲属法文化的特质	(290)
二、从罗马亲属法规范到近代西方亲属法	(293)
三、西方亲属法文化对近现代中国亲属立法的影响	(297)
第二节 亲属法原则	(303)
一、中国封建的家族主义原则	(303)
二、近代西方的个人本位原则	(306)
三、近现代中国亲属法原则的历史演进	(308)
第三节 婚姻制度	(312)
一、中国封建的婚姻制度	(312)
二、近代西方婚姻制度的主要特征	(314)
三、近现代中国婚姻制度的变革	(318)
第四节 亲属关系	(324)
一、中国封建的宗法亲属关系	(324)
二、近代西方亲属关系的特征	(326)
三、近现代中国亲属关系的历史演化	328)
第五节 继承制度	(335)
一、中国封建的继承制度	(335)
二、近代西方的财产继承制	(337)
三、近现代中国继承制度的历史发展	(340)
第八章 近现代中国刑事法制与西方刑法文化	(345)
第一节 概述	(345)
一、刑事法律制度的结构	(345)

二、古代中国的刑事法律制度	(348)
三、西方刑法文化在近现代中国的激荡	(353)
四、近现代中国刑事法律演变的性质	(358)
第二节 中国近现代刑事法律制度演变的动力和道路	(363)
一、刑事法制现代化的一般道路	(363)
二、近现代中国刑事法律演化的动力	(365)
三、近现代中国刑事法制演化的模式	(368)
第三节 中国近现代刑事法律文化的转型	(374)
一、刑事法律规范的演变	(374)
二、刑事法律意识形态的演变	(383)
三、初步小结	(389)
第九章 近现代中国诉讼法制与西方诉讼法律文化	(391)
第一节 概述	(391)
一、中国传统诉讼法律文化的特征	(391)
二、近代西方的诉讼法制	(396)
三、领事裁判权的法文化启迪	(399)
四、近现代中国诉讼法制的发展大势	(402)
第二节 诉讼法律原则	(408)
一、近代西方诉讼法的基本原则	(408)
二、近现代中国诉讼法原则的确立和发展	(410)
三、西方诉讼法原则对近现代中国诉讼法思想的影 响	(414)
第三节 司法体制	(418)
一、近代西方的司法体制	(418)
二、清末司法机构改革	(421)
三、近现代中国司法体制的历史发展	(423)

第四节 证据制度	(426)
一、近代西方证据制度的主要特征	(426)
二、清末证据制度的变革	(430)
三、近现代中国证据制度的发展	(433)
四、近现代中国证据制度的确立	(436)
第五节 审判制度	(439)
一、近代西方审判制度的主要特征	(439)
二、近现代中国审判制度的改革和发展	(442)
三、西方审判制度传入中国的文化学思考	(446)
第十章 近现代中国国际法律秩序与西方国际法律文化	(450)
第一节 19 世纪初中西国际法律文化的背景	(450)
一、中国的锁国政策与大国主义	(450)
二、西方的经济扩张和实力政策	(453)
第二节 近代中西法律冲突与条约法	(456)
一、19 世纪上半叶中国对外关系的法律基础	(456)
二、西方对华关系的性质	(457)
三、中外关系中的法律冲突	(458)
四、战争推动下的条约制度	(461)
第三节 国家关系法的演变	(464)
一、中西法律文化在国家关系领域中的冲突	(464)
二、国家主权观念的演变	(465)
三、外交关系的建立和发展	(467)
第四节 国际经济关系的法律调整	(469)
一、早期的通商条约	(470)
二、19、20 世纪之交的经济条约	(472)
三、20 世纪上半叶的对外经济条约	(475)

绪 论

一、文化与法律文化

自从“文化”一词在 18 世纪后半期被欧洲思想界广泛采用以来,人们对于什么是文化问题的解释呈现出异常纷繁复杂的情形。有的人认为,文化的定义至少有 200 多种。显然,文化是一个极为复杂、并在概念上有点模糊不清的现象。

马克思主义文化学试图从考察人类、社会和历史的产生过程去回答什么是文化的问题。“文化”这个术语产生于拉丁语,在拉丁语中,它是动词“Colere”的派生词,其本意是指人类在改造外部自然界使之适合于满足食住等需要的过程中,对土壤、土地的耕耘、加工和改良。很自然,词源学意义上的文化概念,与人类的劳动过程息息相关。这就启迪我们,劳动是文化产生与发展的源泉。正是在劳动过程中,人们不仅改变外部自然界,使之适应自己的需要,而且改变自己的本性、自己的内在世界、自己的价值观念、感情和思想。文化是人借助劳动的中介和自然界、社会相统一的特殊表现,是对个人创造力和才能发挥程度的鉴定,是对社会的一种独特的衡量。它表明人类所达到的由人同自然界和社会的关系所决定的历史发展水平,反映了具有历史根源的实体范围内个人行为的特定模式。因此,文化是一个有层次的结构系统,不仅包括人们活动的对象性成果,诸如劳动工具、认识成果、艺术作品、法律和道德、日常生活用品等,而且包括人们在活动中所发挥的主观力量和才能;不仅是指物质生产及其产品,而且

也指精神生产及其产品。因此，文化是物质文化和精神文化的有机统一，是客观方面与主观方面的有机统一。文化作为物质价值和精神价值的一种明确的聚集体，构成了人类赖以生活和活动的物质环境和精神环境。

那么，什么是法律文化呢？既然社会同文化有着密切的联系，文化存在于社会之中，而法律又是一种特殊的文化现象，那么要认识什么是法律文化，就必须考察法律文化与社会大系统的关系。

从宏观角度看，人类社会划分为社会存在与社会意识两大基本领域。马克思指出：“我所得到的，并且一经得到就用于指导我的研究工作的总的结果，可以简要地表述如下：人们在自己生活的社会生产中发生一定的、必然的、不以他们的意志为转移的关系，即同他们的物质生产力的一定发展阶段相适合的生产关系。这些生产关系的总和构成社会的经济结构，即有法律的和政治的上层建筑竖立其上并有一定的社会意识形态与之相适应的现实基础。物质生活的生产方式制约着整个社会生活、政治生活和精神生活的过程。不是人们的意识决定人们的存在，相反，是人们的社会存在决定人们的意识。社会的物质生产力发展到一定阶段，便同它们一直在其中活动的现存生产关系或财产关系（这只是生产关系的法律用语）发生矛盾。于是这些关系便由生产力的发展形式变成生产力的桎梏。那时社会革命的时代就到来。随着经济基础的变更，全部庞大的上层建筑也或慢或快地发生变革。在考察这些变革时，必须时刻把下面两者区别开来：一种是生产的经济条件方面所发生的物质的、可以用自然科学的精确性指明的变革，一种是人们借以意识到这个冲突并力求把它克服的那些法律的、政治的、宗教的、艺术的或哲学的，简言之，意识形态的形式”。^① 列宁在《什么是“人民之友”》一书中，引述了《序言》上

^① 《马克思恩格斯全集》第13卷，第8—9页。

述论断之后，进一步强调马克思的基本思想“是把社会关系分成物质关系和思想关系。思想关系只是不依赖人们的意志和意识为转移而形成的物质关系的上层建筑，是人们维持生存的活动的形式（结果）”。^①显然，包括法律文化在内的上层建筑，属于思想的社会关系的范畴，而不属于社会存在的范畴；作为思想的社会关系和社会意识的存在形式之一的法律文化，既是对不依人们的意志和意识为转移的物质关系即社会存在的反映，也是人们维持自身生存的活动的形式。法律文化属于社会发展的主观方面。

具体地来讲，首先，一定的法律文化根源于一定的社会物质生活条件。只有当它们从这些物质生活条件中被引伸出来的时候，才能被理解。那些不依赖于个人意志的社会生活条件，乃是法律文化得以产生、存在和发展的现实基础；这些现实的社会关系不是法律文化创造出来的，恰恰相反，它本身正是创造法律文化的根源和基础；法律文化不是由于人们的意志而存在，恰恰相反，它要受到客观的社会关系的制约。因之，从法哲学本体论意义上讲，法律文化是第二性的、派生的东西，而现实的社会关系却是第一性的、本原的东西。离开现实的社会条件，法律文化就如同无水之水，无本之木。法律文化同其他上层建筑的各个组成部分一样，之所以属于社会意识的范畴，正是因为它反映了社会存在即物质的社会关系，并且受到它的制约。

其次，法律文化之所以是上层建筑、思想的社会关系的表现形式，就在于它是通过人们的意识而形成的关系，是人的有目的的活动的产物。在法律文化世界中进行活动的，全是具有意识的、经过思虑或凭借激情行动的、追求某种目的的人。一切法律文化现象都是同一定的有意识的、有目的的活动联系在一起的。当然，在法律文化领域中，人的有意识、有目的的活动无疑要受到时代

^① 《列宁全集》（第一版）第1卷，第131页。

的社会生活条件的支配。在人的动机、目的、倾向、情感、态度等等背后，隐藏着更为深刻的东西，即客观社会经济必然性，正是它支配着人们的行为的动机、目的或倾向。

再次，法律文化作为体现思想的社会关系的一种特殊现象，又不是纯粹的社会意识，而是具有“物质外壳”的社会意识。马克思曾经指出：“人也具有‘意识’。但是人并非一开始就具有纯粹的意识。‘精神’从一开始就很倒霉，注定要受到物质的纠缠”。^①因而，属于社会意识范畴的、体现思想的社会关系的法律文化，总得借助于某种物质材料和物质力量，才能客观地存在于现实社会之中，也才能以自己的特殊形式反作用于社会存在，或调整物质的社会关系。这是因为，法律文化有其独特的内在结构。这一结构由两个层面所构成，其一是物质性的法律文化，诸如法律制度、法律规范等，亦曰制度形态的法律文化；其二是精神性的法律文化，诸如法律学说、法律心理、法律习惯等等，这可称为观念形态的法律文化。如果说，观念形态的法律文化充分展示了人类关于法和法律的精神世界的活动；那么，作为制度形态的法律文化，则嵌刻着明显的“物质外壳”。比如，在刑法领域中，不仅犯罪人所实施的犯罪行为常常要借助于一定的物质手段（这一点常常作为定罪量刑时的一个重要情节来考虑），而且对犯罪人的犯罪行为的惩罚，也都伴随着相应的物质力量。特别是作为犯罪现象对立物的刑罚，如果没有某种物质力量作支撑，如果没有某些物质附属物（如监狱和各种强制机关、行刑的物质手段，等等），就不能收到惩罚犯罪、预防犯罪的实际功效，因而也就难以维护和巩固统治阶级的政治的、经济的统治。

总之，法律文化是在一定社会物质生活条件的作用下，掌握国家政权的统治阶级所创制的法律规范、法律制度或者人们关于

^① 《马克思恩格斯全集》第3卷，第34页。