

法
金陵学论丛 2

夏锦文 著

社会变迁与法律发展

南京师范大学出版社

“九五”国家社会科学基金项目

社会变迁与法律发展

夏锦文 著

南京师范大学出版社

U FALU FAZHAN

社会变迁与法律发展

夏锦文 著

*

南京师范大学出版社出版发行

(江苏省南京市宁海路 122 号 邮编 210097)

江苏省新华书店经销 南京通达彩色印刷厂印刷

*

开本 850×1168 1/32 印张 11.625 字数 292 千

1997 年 12 月第 1 版 1997 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—1000

ISBN7—81047—190—2/D·18

定价:18.00 元

(南京师大版图书若有印、装错误可向承印厂退换)

金陵法学论丛

总 序

21 世纪正在快速地向我们的世界走来。

在即将迈向另一个新世纪的时候,我们大家都在深深地关切着我们国家社会变革的进程,关切着伴随社会转型而展开的走向现代法治国家的时代趋势,也关切着当代中国法制现代化在新旧世纪交替之机所出现的机遇和面临的挑战。为了进一步推动我国法学研究工作的开展,为繁荣和发展中国法学竭尽微薄之力,我们编辑出版了这套法学研究丛书。

《金陵法学论丛》的学术宗旨和研究范围是:顺应世界法律发展的进程和规律,探讨法律发展与社会进步的互动关系及其社会哲学基础;建构法制现代化的理论逻辑系统;比较不同国家法律文明成长的独特道路,以及法制现代化的多样化模式和发展趋势;研究现代市场经济条件下法律发展的基本原理、目标模式,揭示法制转型的基本条件、动力及规律;深入研究法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制;考察依法治国进程中部门法制发展、完善乃至现代化的基本特征、走向及实现途径;组织翻译出版外国学者在法律发展和比较法律文化方面的有代表性的力作,以借鉴吸收世界法律文明成果,以便为建设社会主义法治国家进行既具理论价值又有实践意

义的学术探索。

《金陵法学论丛》是一套以法哲学、法社会学、比较法律文化、法制现代化和部门法学研究为主要内容的学术丛书。这套丛书以江苏省人民政府重点学科——南京师范大学法学理论学科为依托,以法律系全体教学科研人员的长期学术积累为基础,由南京师范大学法律系和法制现代化研究中心组织编撰。我们计划每年推出若干本专著,认准方向,坚持不懈,使论丛成为我校高层次法学理论成果荟萃的一方学术园地。我们深知,要使这样的构想成为现实,除了仰赖海内外法学界专家学者的指导和帮助外,仍需我校全体法学同仁的努力拼搏和严谨踏实的学术研究工作。

《金陵法学论丛》的顺利出版,得益于江苏省人民政府对我校法学理论重点学科的支持和资助,也得到了海内外友人的关顾与帮助,南京师范大学出版社的领导和同志们也给予了全力支持,付出了辛勤的劳动。在此,谨向他们表示诚挚的敬意和谢忱。我们坚信,伴随着当代中国法制现代化的伟大进程以及法学研究工作的深入拓展,我们一定会以学术研究的有价值成果,促进中国建设社会主义法治国家的时代进程,回应新的世纪、新的时代对中国法学工作者的历史期待。

法 律 系
南京师范大学 法制现代化研究中心

一九九七年十二月八日

序

夏锦文同志的专著《社会变迁与法律发展》一书就要出版了。这是我国法律文化和法制现代化研究领域结出的又一硕果。值此之际,我谨致以学术上的衷心祝贺!

随着我国社会主义市场经济和民主政治建设的不断发展,当代中国法制现代化已成为不可逆的历史进程。在“依法治国,建设社会主义法治国家”的新的时代条件下,深入研究中国社会变迁与法律发展之间的内在关联,考察法律文化从传统向现代转型、成长的运作机理,无疑有着重要的理论价值和实践意义。本书作者夏锦文同志孜孜不倦、努力求索,在这一领域进行了积极的、富有成效

的学术尝试。他1986年7月从南京大学法学院毕业并来我校工作,其间在南大在职研修法理学和法律史专业硕士研究生课程,此时,我既是他的同事,又给他们讲授《西方法学思潮》这门研究生课程,因而对他有较深的了解。11年来,锦文同志立志高远,勤奋好学,严谨踏实,刻苦钻研,在法律文化和法制现代化研究领域辛勤耕耘,发表了数十篇有关这方面的学术论文,出版了这方面的专著和合著10余部,取得了较为丰硕的学术成果;他勤于思考,善于钻研,具有较强的科研意识和学术研究责任感,主持“九五”国家社会科学基金课题1项、省级课题3项,参加7项国家级及省级科研项目的工作,并成为其中的主要科研骨干;他的法律专业基础厚实,具有较为宽广的法律史学、法社会学、法文化学和比较法学知识结构,在法学研究的具体实践中,已充分显现出较强的科研能力和较高的学术水平。1994年,夏锦文同志被破格晋升为副教授;1996年,考入中国人民大学法学院,师从我国著名法学家曾宪义教授攻读法学博士学位。近几年来,他在法律文化与法制现代化研究方面取得了长足的进步,不仅论文的数量颇丰,而且成果的质量、发表刊物的档次较高。1997年,他被评为江苏省“333工程”跨世纪学术带头人培养人选。

11年来,夏锦文同志一直将“在社会中研究法律,通过法律考察社会”作为长期的学术目标,努力探索着、追求着、实践着,矢志不渝,奋进不止。在《社会变迁与法律

发展》一书中,作者运用马克思主义法社会学理论和法律发展观,深入考察了中国传统法律文化的基本性质、特征及其现代意义,分析论证了在近现代中国社会变迁和发展过程中中西方法律文化东渐、渗透及中国传统法律文化转型变革的历史进程和规律,着重研究了在全球法制现代化进程中法律发展的基本模式、东西方法律文明的关系、法律效益化的标准等问题,从而提出在当代中国现代化过程中革新法律文化,并使之现代化的重要课题。综观全书,有这样几个明显的特点:一是主题鲜明,逻辑严密。全书分法律的传统及其变革、法制现代化的目标和模式、诉讼法制的现代化、转型中的法律与社会四编进行论述,并以社会变迁与法律发展这条主线贯穿始终,从而使全书四编既相独立又浑然一体。二是学术视野宽广,论证充分。该书将法律文化与法律发展问题置于中国社会变迁和全球现代化进程这一宏大背景下研究,并运用法社会学、法文化学等多学科方法,描述和总结中国法律文化从传统向现代发展的历史轨迹,比较分析中西方法律文明成长的异同机理,有史有论,史论结合,资料翔实,分析透彻。三是大胆尝试,勇于开拓。在本书中,作者将法律文化和法制现代化理论研究引入诉讼司法这一部门法领域,着力探讨中国诉讼法制现代化的基本原理和运行过程,具有开创性,对拓展诉讼法学理论研究,塑造现代型诉讼法制,无疑有着重要意义。四是在努力进行理论研究的同时,注重法律现实的考察。作者基于

“现实的法律生活是中国法制现代化的立足点和出发点”这一认识,研究了法律至上观念的社会条件、执法效益、地方保护主义、社会犯罪现象等社会转型过程中的重要问题,将法制现代化研究导入了正在变迁着的当代中国法律实践。

我们将告别20世纪,步入21世纪。这是中国建设社会主义法治国家的关键时期,也是具有中国特色的法制现代化和法学发展的重要阶段。我衷心希望锦文同志能在本书出版的基础上,抓住机遇,锲而不舍,努力探索,在法律文化和法制现代化研究领域作出更大的学术贡献,以无愧于新的世纪和我们这个伟大的时代。

公丕祥

1997年12月6日于南京

前 言

一个古老而又生机盎然的中国,正进行着依法治国、建设社会主义法治国家的伟大实践,当代中国的法制建设也在以前所未有的速度和规模向 21 世纪迈进。在新旧世纪交替之际,我们不禁要回眸即将过去的 20 世纪,关注漫长曲折的中国法制变革的历史进程。20 世纪的中国社会,始终处于一个历史性的持续变迁的时代过程之中,这种变迁乃是由传统社会向现代社会的历史转变,用一个内涵丰富的术语来表达,那就是“现代化”。伴随着这一社会文化变迁过程,中国法制也同样处于一个由传统人治型向现代法治型的历史跃进,这就是中国

法制现代化的进程。其间,以封建专制主义制度的崩溃为标志的辛亥革命法制、以人民共和国的建立为标志的新型社会主义法制、以 1978 年改革开放和建立社会主义市场经济体制为标志的法治国家建设,是本世纪风云激荡的社会变迁浪潮下形成的三次伟大的法律革命,对于 20 世纪中国法制现代化的进程乃至社会发展产生了巨大的影响。同样,我们也应展望即将来临的 21 世纪,思考法律发展的未来走向。在新的世纪,社会变迁将显得更加迅速和剧烈,更是充满了加速改革、发展和创新的社会历史文化氛围;新的世纪既带来了新的机遇和新的希望,也面临着许多新的问题和新的挑战。在新的时代条件下,将中国法律发展放在新世纪全世界社会变迁和现代化进程中加以系统考察,确立未来中国法律发展的战略目标,把握世界法律文明发展的总体趋势,乃是当代中国法学界面临的一项十分重要的时代课题。

在笔者看来,“社会变迁——法律发展——人类进步”,这是一个永恒的法学研究课题。社会变迁、法律发展和人类进步三者之间的互动关系问题,不仅应当成为法哲学、法律文化学和法社会学研究的中心议题,而且应当成为所有部门法学研究的一个重要主题,也是整个法制现代化乃至法学的基本问题。就中国的法学研究而言,只有在波澜壮阔的中国社会变迁的宏观背景下,深入探讨社会变迁与法律发展之间的内在关联,才能有助于充分认清前现代社会中国法律文化的基本性质和特征,

认清西方法律文化对近现代中国社会及法律的冲击的实质及其影响;有助于进一步揭示中国法律文化从传统向现代转型、发展的基本动力、条件及其运动规律;有助于在理论上建构中国法制现代化的目标模式,从而导引中国法律发展的基本方向和趋势;也有助于在当代依法治国进程中,从法律社会文化意义上,深刻认识中国社会的具体国情,进而明确当代中国法制现代化的任务,探索具有中国特色的法律文明成长的基本道路。

正是基于上述认识,本书以马克思主义的法律发展观为指导,紧紧围绕着社会变迁与法律发展这一主线展开深入研究,力图在社会变迁过程中研究法律,通过法律及其发展变化考察社会。也正是这个原因,我选择了《社会变迁与法律发展》作为本书的书名,并从法律的传统及其变革、法制现代化的目标与模式、诉讼法制的现代化以及转型中的法律与社会这四个既相互区别又有内在逻辑联系的部分展开分析,由此形成了本书的叙述结构。

第一编着重考察中国法律文化的传统特质以及在近现代中国社会变迁过程中所遇到的冲击和挑战,揭示法律文化的转型与变革及其现代意义。传统与现代,是一个历久常新的研究课题。任何一个社会都无法回避传统的影响,又都无法抗拒现代的挑战。现实的现代法律总是历史的传统法律的延续和发展。因而,中国法律文化传统是中国法律变革乃至现代化的历史起点。

第二编深入研究作为法制现代化重要标准的法律效

益化问题,从各民族法律发展的具体道路出发,总结各国法律发展的共通性和一般规律,建构法制现代化的基本模式,并在全球法制现代化的进程中,洞察东西方法律文明的关系及其世界法律文明发展的多样性,深刻认识现代法律文明成长和发展的重大价值及其世界性意义,进而揭示中国法制现代化的发展道路、模式特征,以及建设有中国特色社会主义法制现代化模式的时代意义。

第三编专门探讨诉讼法制现代化的概念、标准,着力分析中国诉讼司法制度在近现代中国社会所受到的西方司法文化的冲击及其实质,充分展现近现代中国诉讼法制现代化的过程、得失及其动力机制。运用法制现代化的一般理论专门研讨中国诉讼法制现代化这一具体层面,目前还很少有人问津,然而却又是中国法律发展的十分重要的方面。因为,要实现“依法治国,建设社会主义法治国家”的宏伟目标,诉讼法律的发展、司法的现代化实在不可或缺,尤其在素有“重实体、轻程序”传统的中国,在“有法必依、执法必严、违法必究”成为法律实现的焦点的现时代,诉讼司法的现代化显得更为迫切。

第四编则从法律至上观念、执法效益、法律地方保护主义以及社会犯罪现象四个层面深刻分析当代中国社会转型过程中法律与社会的相互关系及功能机制。在这一编中,笔者更多地关注当今中国法律生活的现实,因为现实的社会生活是中国法制现代化的立足点和出发点。在这里,笔者着重研究了法律至上观念的真正内涵及其形

成的社会历史条件,考察了当今中国的执法功能状况及其社会效益,揭示了社会转型期地方保护主义的法律表现、社会成因及其对当今中国法律发展的滞阻性,并从社会学角度分析了社会变迁与犯罪现象之间的相互关系和发展趋势,建构了社会变迁条件下犯罪结构的社会要素系统、运行机制及动态模型。

1996年,经由全国哲学社会科学法学学科规划小组各位专家的评审、国家哲学社会科学规划办公室的批准,我承担了“九五”国家哲学社会科学基金项目——我国当代法制与传统法律文化。本书就是该项目的学术研究成果。书中部分章节曾以系列学术论文的形式在《法学研究》、《中国法学》、《传统文化与现代化》、《法学》、《法学家》等学术刊物上先后发表。在此,对全国哲学社会科学法学规划小组各位专家的信任和鼓励、规划办公室的资助以及上述刊物及其编辑的支持和帮助表示衷心的感谢。

同时,本书也是我10年来涉足法律文化与法制现代化研究领域的一个阶段性成果。10年来,我在学习、教学和科研工作中得到了许多前辈、师长及朋友们的关怀、鼓励和帮助。我的博士导师、著名法学家、国务院学位委员会法学学科评议组成员、国家教委法学教育指导委员会主任、中国人民大学法学院院长曾宪义教授对我博士阶段的学习和研修给予了热情鼓励,倾注了大量心血,并提供了难得的机会和条件,对我的学术研究给予了精心教

095263

诲,师恩如山,令我终身难忘!10年多来,我的学术研究工作始终是在我国十大杰出青年法学家、中国法律史学会执行会长、中国法学会法理学研究会副会长、南京师范大学校长、法学博士公丕祥教授的精心指导下进行的,作为我国著名的法哲学与法制现代化研究专家,他的学术品格、治学精神、研究方法和丰硕的研究成果,对本书的写作乃至整个学术研究的顺利进行始终起着积极的、深刻的影响,本书第九、第十两章更是在他的具体指导下合作完成的,并且他还在百忙之中为本书欣然作序,这些都令我非常感动,深深致以崇高的敬意!我还要特别感谢中国法律史学会执行会长、江苏省人民政府参事、南京大学法学院教授钱大群先生,不仅本书第五章是我们合作的结晶,而且他在我法律本科阶段及研究生进修期间给予的关心和指导,对我的专业基础、学术基本功和研究兴趣的培养起到了重要的作用,使我受益匪浅。

在本课题的研究和本书的写作过程中,郭道晖、饶方、张少瑜、郝铁川、刘作翔、郑定、赵晓耕、秦惠民、李建明、朱未易、钱继秋等先生对本书的有关内容提出了很好的修改意见。中国政法大学刑法学硕士蔡道通先生,南京师范大学法理学硕士程德文先生,在我撰写本书第十六章和第十七、十八章时,分别同我进行了愉快的合作。南京师范大学经济法政学院的领导和有关老师以及法律系诸位同事对本书的写作也给予了许多帮助。在此,谨一并致以诚挚的谢意。

本书出版过程中,南京师范大学出版社的领导提供了多方面的关怀和全力支持,编辑、编审和校对同志帮助我更正了诸多文字技术上的错误或不妥,总编办、出版科、兰斯公司的同志为本书的顺利出版付出了不少辛劳。值此本书即将出版之际,谨向他们表示由衷的深切的感谢。

笔者深知,本书有许多不足之处,距离“在社会中研究法律,通过法律考察社会”的学术目标还很远。本书的研究仅仅是更系统的研究过程中的一个阶段,虽然这一阶段性成果还算不上什么学术贡献,但却是我辛勤耕耘、努力追求的足迹。对于书中的不足,笔者诚恳地接受法学界同仁和广大读者的批评指正。

夏锦文

1997年11月28日于南京

目 录

序	公丕祥(1)
前 言	(1)

第一编 法律的传统及其变革

第一章 中国法律文化的传统及其转型	(3)
一、中国传统法律文化的演变及其特征概述	(3)
二、中国传统法律文化的形式特质	(7)
三、中国传统法律文化的实体价值	(9)
四、社会变迁与中国传统法律文化的转型	(13)
第二章 公法文化:中国传统法律文化的重要特征	(18)
一、历代成文法典皆为刑法典	(19)
二、发达的官制法文化	(24)
三、民法的不独立和调整方式的刑法化	(30)
第三章 礼与传统刑法	
——以唐律为中心的考察	(36)
一、“亲亲”与“尊尊”:礼的实质	(37)
二、以礼为核心的传统刑法原则	(39)
三、“礼法合一”:刑事立法的精神	(48)
四、“一准乎礼”:刑罚适用之目的	(55)
第四章 中西亲属法文化的冲突与融合	(64)
一、中国传统亲属法文化的特质	(65)