



中国 大杰出中青年法学家文丛

法制现代化的挑战

公丕祥



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

中国 大杰出中青年法学家文丛

法制现代化的挑战

公丕祥



WUHAN UNIVERSITY PRESS
武汉大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法制现代化的挑战/公丕祥. —武汉: 武汉大学出版社, 2006. 1

中国十大杰出中青年法学家文丛

ISBN 7-307-04857-4

I. 法… II. 公… III. 社会主义法制—中国—文集

IV. D920. 0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 149933 号

责任编辑: 钱 静

责任校对: 刘 欣

版式设计: 支 笛

出版发行: 武汉大学出版社 (430072 武昌 珞珈山)

(电子邮件: wdp4@whu.edu.cn 网址: www.wdp.com.cn)

印刷: 武汉中远印务有限公司

开本: 787×980 1/16 印张: 33.25 字数: 511 千字 插页: 2

版次: 2006 年 1 月第 1 版 2006 年 1 月第 1 次印刷

ISBN 7-307-04857-4/D·658 定价: 53.00 元

版权所有, 不得翻印; 所购教材, 如有缺页、倒页、脱页等质量问题, 请与当地图书销售部门联系调换。

前 言

这里奉献给广大读者的这部著作，是我的第二部学术文集。前一部文集题为《法哲学与法制现代化》，出版于1998年春，收录了作者在这此前16年间所撰写的部分论文。而这第二部文集则是我于1998年至2004年间发表的部分文章的结集。

贯穿在本书字里行间的的一个共通主题，即是关于法制现代化问题的探讨。从20世纪80年代中后期以来，我的主要学术领域之一就是对于法制现代化基本理论以及中国法制现代化问题的研究。这是对波澜壮阔的当代中国法律革命进程的理论回应！我大体上沿着三个方向展开自己的探索：其一是关于法制现代化基本理论的思考。这包括法制现代化的概念系统、分析工具、评价标准、类型模式、运作机理、历史进程、比较研究、内在规律以及思想家的阐释等方面。其二是关于中国法制现代化问题的分析。这里涉及中国法制现代化的历史起点、发展阶段、模式特征、全球化背景下中国法律发展的目标定位和发展战略以及转型期中国法律发展的性质、状态与结果等诸多论题。其三是对司法现代化问题的关注。这是将法制现代化的基本理念应用到司法发展领域所进行的实际分析，借以考察司法制度现代化在法制现代化整体行程中所处的地位及其意义。本书所收录的论文，反映了作者对上述问题研究在以往基础上的进一步深化（当然是远远不够的）。

本书收入的23篇文章，根据论域范围，大致分为四个部分。第一部分的7篇文章，旨在对法国启蒙思想家、英国古典政治经济学家和马克思的东方法律文化思想进行诠释。在这里，我们可以清晰地看到，马克思的东方法律文化思想不仅实现了对先前思想家的学术超越，而且揭示了传统东方社会与法律生活的客观逻辑，为我们研究中

国法制现代化问题提供了理论指南。第二部分的5篇文章，着重探讨了法制现代化的基本理论问题，涉及法制现代化的概念架构、分析工具和评价标准，东西方法律发展的政治机理以及东方社会主义法律发展的理论基础等内容。研究这些基本理论，有助于建立或完善法制现代化问题的分析系统，提升法制现代化研究的整体水准。第三部分的7篇文章，围绕中国法制现代化问题而展开，分别考察了前现代中国法律与外部世界的关系，20世纪中国的三次法律革命，20世纪初叶的中国法律文化思潮，中国法制现代化进程中内部因素与外来冲击的交互作用等论题。在这里，作者对于全球化与中国法制现代化问题给予了特别关注，强调建构中国法制现代化的发展战略，需要确立广阔的全球视野。第四部分的4篇文章，则对传统东方与现代中国的司法机理作了初步的分析，尤其是较为深入地考察了1949年革命胜利以来中国的司法发展历程，并且对全球化背景下中国司法改革进行了专门探讨，由此把握中国司法制度现代化的运动轨迹与发展走向。

在当今中国的法学界，对于法制现代化的理论与实践的学术探讨，引起了很多学者的关注和兴趣。这一新的学术思潮乃是时代精神的生动体现。我在这一领域的探索，始终得到前辈师长、同事朋友诸多方面的关心和支持。这部文集的问世，又得到了武汉大学出版社的热情光顾。在这里，我要表达自己发自内心的敬意与谢忱。我也清醒地意识到，法制现代化的系统研究只是起步不久，许多重大课题有待深入思考，未来的学术道路还很漫长。我要和学界同仁一道，坚持不懈地奋力前行，推动法制现代化研究工作的高水准展开，努力建构体现时代精神、具有中国风格的法制现代化理论系统，以期回应伟大的变革时代对当代中国法学工作者的历史期待。

公丕祥

二〇〇五年七月于南京

目 录

前 言 / 1

第一编 传统东方法律文化的机理

- 第一章 法国启蒙思想家眼中的东方法律图景 / 3
 - 一、伏尔泰：“欧洲的孔夫子” / 4
 - 二、魁奈的中国法律文明观 / 13
 - 三、孟德斯鸠的东方法律观取向 / 19
- 第二章 英国古典经济学家心目中的东方法律样式 / 27
 - 一、斯密的东方法律文明观 / 27
 - 二、琼斯与古代东方专制主义概念 / 34
 - 三、约翰·穆勒论东方法律文化的特点 / 42
- 第三章 马克思东方法律文化思想的演进 / 47
 - 一、世界历史与东方社会法律文化 / 47
 - 二、“亚细亚生产方式”的概念 / 55
 - 三、社会与法律的多样性统一 / 63

2 法制现代化的挑战

第四章 传统东方社会的法律调整

机理 / 74

一、社会调整机制的演进 / 75

二、东方法权关系起源的特殊机理 / 78

三、习俗与惯例的独特机能 / 82

四、君主的命令与习惯的力量 / 86

第五章 传统东方法律文化的价值

取向 / 92

一、西方的经验:个人与社会 / 92

二、古代东方人身依附关系的经济

成因 / 97

三、古代东方社会的等级结构 / 102

四、古代印度法制 / 106

第六章 传统东方村社制度与法律

文化 / 110

一、国家与社会之间的往返运动 / 110

二、东方村社制度的基本表征 / 113

三、东方村社制度的内部结构 / 115

四、俄国村社制度的分析 / 117

第七章 传统东方法律文化的政治

形态 / 130

一、亚细亚的政治传统 / 130

二、古印度的政治统治 / 133

三、东方社会的共同体形式 / 136

四、传统东方国家的行政体系 / 142

五、恩格斯论传统东方政治生活 / 146

第二编 法制现代化的理论与方法

第八章 法制现代化的概念架构 / 153

一、对现代化的理解 / 154

二、法律、法律文化与法制之意义 / 157

	三、法律发展与法制现代化 /	161
	四、法制现代化的意义解构 /	163
第九章	法制现代化的分析工具 /	168
	一、绪 言 /	168
	二、传统与现代 /	176
	三、外发与内生 /	187
	四、依附与自主 /	196
	五、国家与社会 /	205
	六、小 结 /	219
第十章	法制现代化与现代法治 国家 /	221
	一、法制现代化的历史向度 /	221
	二、作为法制现代化评价尺度的法治 变项 /	223
	三、现代法律与法律的形式化 /	227
	四、罗马法形式化运动的价值意义 /	230
	五、形式主义法律的基本表征 /	234
第十一章	政府与法律：东西方法律发展的政 治机理 /	241
	一、法律形式主义运动与专制 国家 /	242
	二、东方世界的法律发展与政府的 作用 /	246
	三、国家与政府行动的三种 方式 /	250
第十二章	东方社会主义的法律 发展 /	254
	一、“自由人的联合体”与东方社会 发展 /	254
	二、“半亚细亚”式国家的法制 重构 /	262
	三、中国的法律革命 /	268

四、向现代法治社会的深刻
转变 / 273

第三编 中国法制现代化的范型

- 第十三章 19 世纪之前的中外法律
交往 / 283
- 一、中国法律文化的自主成长 / 284
- 二、中国法律对外部世界的
影响力 / 294
- 三、近代欧洲学者眼中的中国法律
形象 / 305
- 第十四章 20 世纪中国的三次法律
革命 / 314
- 一、问题的提出 / 314
- 二、第一次法律革命 / 315
- 三、第二次法律革命 / 318
- 四、第三次法律革命(上) / 324
- 五、第三次法律革命(下) / 327
- 六、结 语 / 333
- 第十五章 20 世纪初叶中国法律
文化思潮概览 / 335
- 一、引 言 / 335
- 二、传统法律文化的危机 / 338
- 三、传统与现代之间的激荡 / 347
- 四、早期的法律与现代化理论
架构 / 361
- 五、若干思考 / 376
- 第十六章 共和革命与法律进步 / 382
- 一、近代民主共和国的方案 / 382
- 二、关于五权宪法的问题 / 386
- 三、民权主义的高扬 / 390

	四、法治原则的确立及其运用 / 393
第十七章	中国法制现代化的进程与 前景 / 398
	一、三次历史巨变与三大法律 革命 / 399
	二、中国法制现代化的模式 特征 / 401
	三、面向新世纪的法理学思考 / 403
	四、结 语 / 406
第十八章	中国法制现代化的动因 机理 / 408
	一、法制现代化的动因问题 / 409
	二、“冲击—反应”模式及其 缺陷 / 411
	三、外来影响的复杂性 / 415
	四、内部取向及其重心 / 419
第十九章	全球化与中国法制现 代化 / 425
	一、如何看待外部的挑战? / 426
	二、确立法律发展的自主品格 / 430
	三、主权国家的功能取向 / 437
	四、全球法律机制重构与中国的 选择 / 442
	五、总 结 / 447

第四编 司法发展的逻辑

第二十章	传统东方社会司法的一般 分析 / 451
	一、西方司法机制的社会基础 / 451
	二、古代东方农业村社的司法权及其 程序 / 454

	三、传统东西方社会的财产扣押 机制 / 458
	四、古代东方村社司法职能的 实现 / 460
第二十一章	新中国成立之初的司法 制度 / 463
	一、司法与行政的关系 / 463
	二、关于司法独立原则与 机制 / 472
	三、司法制度的重建 / 479
第二十二章	当代中国司法机理的 重构 / 485
	一、问题的设定 / 485
	二、司法权威与司法法治化 / 487
	三、党的领导与司法独立 / 492
	四、司法组织体系的完善 / 498
	五、时代的启示 / 503
第二十三章	全球化背景下的中国司法 改革 / 506
	一、问题的重要性 / 506
	二、第一次全球化浪潮与中国司法 发展 / 507
	三、第二次全球化浪潮与中国司法 转型 / 509
	四、第三次全球化浪潮与中国法院 改革 / 512
	五、全球化与中国司法 现代化 / 517
	六、未来的召唤 / 522

第 一 编 法·····制·····现·····代·····化·····的·····挑·····战

传统东方法律文化的机理

第一章 法国启蒙思想家眼中的东方法律图景

内 容 提 要

近代法国的启蒙运动是促进近代西方“理性的时代”形成和发展的一个重大事件，在西方乃至整个人类文明史上都占有重要的地位。然而，如果说这个启蒙运动范围内的思想家们在抨击和否定当时法国专制主义和教会统治这一基本问题上持有相同或近似的看法，那么他们关于东方社会以及中国法律文化的见解则表现出如此明显的差异乃至相当程度上的对立。这确实是一个值得玩味的思想现象。在那个所谓“理性的时代”，“尽管人们承认亚洲的古老文明，但是欧洲人（当时他们正处于自身的制度与习俗都在发生迅速变化的时期）同时不得不对亚洲古老的耕作经验和政体传统的停滞性作出说明。亚洲的古老文明及其后来的停滞性成为欧洲18世纪启蒙时期的哲学、法学、伦理学、历史学以及政治学反思的问题。”^①但是，这种反思所得出的结论性意见又是这样的不同，以至于给人们造成一种扑朔迷离的印象，并且充分表明东方问题的复杂性。实际上，无论这些看法的差别有多大，关于东方社会问题本身的思考，都从特定的角度折射出这些思想家们对待他们所赖以生活和行动的欧洲社会的基本态度。因此，启蒙思想家的东方社会与法律观无疑受到了许多因素的复杂影响。

^① [美] 劳伦斯·克拉德：《西欧著作中的东方社会史》，译文载《马克思主义来源研究论丛》第15辑，商务印书馆1993年版，第91页。

一、伏尔泰：“欧洲的孔夫子”

法国人说过，18世纪是伏尔泰的世纪。的确，在波澜壮阔的18世纪法国启蒙运动中，著名思想家弗朗斯瓦·马利·伏尔泰（Francois Marie Voltaire，1694 ~1778）站在这一精神运动的前列，导引着运动的前进方向，被称之为启蒙运动的领袖和导师。伏尔泰写下了大量的文史哲和政论著述，抨击旧制度和教会的黑暗势力，宣传真理和理性，憧憬着一个民主、仁慈、自由的新社会的到来，在人类文明史上树立了一座思想的丰碑。伏尔泰的东方社会与法律文化思想是他的整个学说体系的重要组成部分之一。尽管他没有亲自游历过东方诸国，但从当时大量的东方游记和叙闻中，特别是耶稣会传教士所提供的有关中国的第一手材料中，从东方先贤的著作中，他清晰地看到了与西欧迥然相异的、生动的东方形象，深切感悟到东方精神的内在价值。他关于中国文明与文化内在义理的阐述，特别是对孔子的高度尊崇，对于传播中国文明，推动启蒙运动，产生了重要影响，以至于在当时欧洲人的心目中，伏尔泰就是“欧洲的孔夫子”。^①

伏尔泰考察传统东方社会法律文化有一个基本的出发点，即发现人类社会文明成长过程中的共同之处以及历史差异性。在他看来，与人性相连的事物是人类社会共同的或相似的，而与风俗习惯相关的事物在不同社会与国度则是有差异的。他指出：“一切与人性紧密相连的事物在世界各地都是相似的；而一切可能取决于习俗的事物则各不相同，如果相似，那是某种巧合。习俗的影响要比人性的影响更广

① 1767年冬，一位德国青年在给伏尔泰的信中写道：“您是欧洲的孔夫子，是世界上最伟大的哲学家。您的热情和天才以及您的人道主义的行为，使您赢得了任何世人都不敢企盼的地位：您堪与古代最著名的伟人并列齐名”。参见《伏尔泰书信集》，贝斯泰尔曼版，第13638号信；转引自孟华：《伏尔泰与孔子》，新华出版社1993年版，第15页。伏尔泰在《关于〈百科全书〉的问题》一书中“论中国”的辞条中述及孔子思想时写道：“我认真读过他的全部著作，并作了摘要；我在这些书里只找到最纯洁的道德，而没有丝毫江湖骗子的货色……”参见《哲学辞典》，伽利耶兄弟出版社1967年版，第481页；转引自孟华：《伏尔泰与孔子》，新华出版社1993年版，第16~17页。

泛，它涉及一切风尚，一切习惯，它使世界舞台呈现出多样性；而人性则在世界舞台上表现出一致性。它到处建立了为数不多的基本原则：土地到处都一样，但是种植出来的果实不同。”^①“宗教、迷信、好的或坏的法律，奇风异俗，都各不相同”。^②而人性和风俗的力量是巨大的，在人性和各民族的风俗习惯面前，法律是苍白的、无能为力的。立法要反映一定社会的风俗习惯的自然要求，世俗的立法者不要伪称神明的启示或口授而颁行律法。那些体现人类理性之自然法则的自然法，是基于人的本性而形成的，是一切人间的政治性法律的基础。这种自然法体现了人类对正常秩序的向往，“它在暗暗地鼓舞着人类，防止人类的彻底毁灭。这是大自然的一种动力，它在不断地恢复它的力量；它形成了各个国家的法典。因为有了它，人们才尊重法律和法官”。^③

由此，伏尔泰进一步分析了东西方社会法律与风俗习惯的历史差异性，甚至认为东方民族的品性要好于西方民族。^④他驳斥了欧洲人对中国传统习俗与礼仪的极大误解，指出欧洲人因中国人有跪拜的礼仪风俗就轻率地说他们崇拜偶像，这种指责是自相矛盾的。对中国礼仪的极大误会，产生了欧洲人以他们的习俗为标准来评判中国人的习俗，由此把欧洲人偏执的门户之见带到世界各地。伏尔泰对东方人的智慧叹服不已，认为尽管东方人没有细腻的温情，他们散漫无序，但是，“东方人闪烁出智慧之光，他们用言语来描绘，虽然比喻形象往往大而无当而且互不连贯，人们也可以从中看到卓越之处”。^⑤按照伏尔泰的看法，东西方各个民族与国度的风俗、习惯与法律是有差异的，“各国的风俗、习惯、法律、变革虽然有相同的根源和目的，但

① [法] 伏尔泰：《风俗论》下册，谢戊申等译，商务印书馆 1997 年版，第 481 页。

② [法] 伏尔泰：《风俗论》上册，梁守锵译，商务印书馆 1995 年版，第 52 页。

③ [法] 伏尔泰：《风俗论》下册，谢戊申等译，商务印书馆 1997 年版，第 479 页。

④ 参见 [法] 伏尔泰：《风俗论》下册，谢戊申等译，商务印书馆 1997 年版，第 479 页。

⑤ [法] 伏尔泰：《风俗论》中册，梁守锵等译，商务印书馆 1997 年版，第 218 页。

却是千差万别的，它们构成了描绘世界的画卷”。^①“各国人民不是按照同一个模式管理自己的”。^②比较东西方两大文明系统，伏尔泰得出的结论是：“不论我们谈亚洲的哪一个文明国家，我们都可以说，它曾走在我们前面，而我们现在已经超过了它”。^③在东西方民族与文化的交往过程中，欧洲一些国家的君主或教会向东方派出他们的使者或传教士，这些人回国后给欧洲人带来了许多有关东方的信息、传闻和材料。伏尔泰主张对欧洲人写下的这些东方见闻录持怀疑的态度，^④但关于东方的艺术与科学的史料，却应给予重视，应成为“我们主要的研究”。^⑤在伏尔泰看来，欧洲开始超过亚洲的一个历史性转折标志是地理大发现及其后欧洲人的海外殖民扩张。近代早期的地理大发现，是人类文明史上的一个重大事件。它给东方与西方都带来了不可估量的深刻影响。

伏尔泰着力研究了前近代亚洲的社会状况，认为在漫长的历史演进过程中，传统的亚洲社会形成了自己特有的政治统治形式。他不相信欧洲传教士们关于成吉思汗实行专制统治的说法，指出：“13世纪到鞑靼地方旅行的僧侣们写道，成吉思汗及其子孙对他们的鞑靼人实行专制统治。但是，人们难道能够相信，一些手执刀剑跟他们的头目平分战利品的征服者，一些粗壮结实、生性自由散漫的人，一些居处无定、冬宿雪地、夏寝露水的人，会听任在旷野里选出的首领们像对待作为他们的坐骑和食料的马匹那样对待自己么？这不是北方民族的本性”。^⑥伏尔泰也不赞同孟德斯鸠关于古代东方政体的看法，指出：“《论法的精神》的作者孟德斯鸠说，在亚洲不存在共和政体。但是

① [法] 伏尔泰：《风俗论》下册，谢戊申等译，商务印书馆1997年版，第453页。

② [法] 伏尔泰：《风俗论》下册，谢戊申等译，商务印书馆1997年版，第133页。

③ [法] 伏尔泰：《风俗论》下册，谢戊申等译，商务印书馆1997年版，第107页。

④ 参见[法] 伏尔泰：《风俗论》上册，梁守锵译，商务印书馆1995年版，第2~3页；《风俗论》下册，谢戊申等译，商务印书馆1997年版，第19~20页。

⑤ 参见[法] 伏尔泰：《风俗论》上册，梁守锵译，商务印书馆1995年版，第2页。

⑥ [法] 伏尔泰：《风俗论》中册，梁守锵等译，商务印书馆1997年版，第60页。