

国家社会科学基金项目



中国的法制现代化

公丕祥 著

中国政法大学出版社

国家社会科学基金项目

中国的法制现代化

公丕祥 著

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

中国的法制现代化/公丕祥著. - 北京:中国政法大学出版社, 2004. 10
ISBN 7-5620-2616-5

I. 中... II. 公... III. 社会主义法制 - 研究 - 中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 110774 号

书 名 中国的法制现代化
出 版 人 李传敦
出版发行 中国政法大学出版社
经 销 全国各地新华书店
承 印 北京博诚印刷厂
开 本 787×960 1/16
印 张 43.5
字 数 790 千字
版 本 2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷
书 号 ISBN 7-5620-2616-5/D·2576
定 价 44.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088
电 话 (010)62229563(发行部) 62229278(总编室) 62229803(邮购部)
电子信箱 zf5620@263.net
网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名:中国政法大学出版社)

☆ ☆ ☆ ☆

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,请与出版社联系调换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序 言

“法制现代化”日益进入我们这个时代的主流学术话语系统之中。这确实是一个值得关注的法学学术现象，也是当代中国法律的变革进程在法学领域中的理论回响。

20世纪80年代中后期以来，我开始涉足中国法制现代化研究领域，相继发表或出版了一些著述。《中国法制现代化的进程·上卷》（主编，中国人民公安大学出版社1991年版）一书，试图运用法制现代化的分析工具，考察从1840年到1949年这百余年间中国法制现代化的艰难历程，藉以揭示中国法制现代化进程的基本规律。《法律文化的冲突与融合》（主编，中国广播电视出版社1993年版）一书，以中西法律文化的冲突与融合为历史向度，探讨中国现代法律的成长与西方法律文化之间的内在关联，进而勾勒出中国法制现代化发展脉络。我的博士学位论文《法制现代化的理论逻辑》（中国政法大学出版社1999年版），在对法制现代化的一般理论之阐释过程中，较为深入地研究了中国法制现代化进程的主要特征。而《当代中国的法律革命》（主编，法律出版社1999年版，——该书实际上可以被看作是《中国法制现代化的进程》的下卷），则概览了1949年中华人民共和国成立以来法律发展所走过的道路，分析了当代中国法制现代化的革命性进程及其意义。

本书是国家社会科学基金项目《中国法制现代化的发展战略》的最终研究成果，也是作者迄今为止所进行的有关中国法制现代化问题探索的一次初步总结。本书以20世纪中国法制现代化进程中的三次法律革命为叙述主线，着力研究了中国法律从传统型向现代型的历史转变过程及其本质性趋势，旨在把握中国法制变革进程的特殊逻辑，认识中国法制现代化的模式特征。

全书由六编构成。第一编意在为本书的主题研讨确立基本的分析架构，不仅概述了马克思的东方法律文化理论及其对中国法制现代化的指导意义，而且从总体上统摄了20世纪中国法律发展的内在属性及其模式化表征。

第二编考察了作为中国法制现代化进程历史基础的传统中国法律制度之基本特质。在这里，我们看到了马克斯·韦伯（这是近代以来西方思想界研究中国

问题的典型代表人物之一)是怎样从“类型学”原则出发解构中国法律的“实质正义”特性的,也进一步把握了传统中国法律赖以存在和发展的社会基础及其形式结构上的与价值层面上的诸多品格。

第三编较为详细地分析了中国法制现代化进程中的外域因素,主要是西方法律文化的冲击问题。这里所涉及的主要是19世纪以前中外法律交往中中国法律的自主发展,对近代中国社会和法律构成挑战的近代西方法律文化之基本状况,影响近代以来中国法律变迁过程的域外因素的复杂性,以及如何估量近代西方法律文化对中国的冲击等问题。

第四编的主题是20世纪上半叶中国的法律发展及其诸种形态。我们可以看到,在这半个世纪的历史行程中,1911年辛亥革命所引发的第一次法律革命,实现了从封建专制主义法律秩序向近代民主主义法律秩序的历史转变,法律的现代性思潮激荡在法律生活世界之中,近代化的法律结构系统开始形成;然而,这一时期法律发展依旧在传统与现代的两极之中徘徊,法律制度的现代化改造(从清末到民国)表现为形式与实体的“二律背反”。

第五编则反映了从1949年到1978年这大约三十年间当代中国法律发展的基本状况。1949年、截至1956年的第二次法律革命,标志着中国法律发展历史的伟大转折,因为这一革命在古老的中国大地上创设了社会主义类型的国家制度与法律系统,实现了由半封建半殖民地法律秩序向新民主主义及社会主义法律秩序的历史更替。但是,从1957年开始,法律虚无主义逐步蔓延,直至酿成“文化大革命”的历史悲剧,遂使当代中国的法律革命进程遭遇到严重挫折。

第六编重述了20世纪中国第三次法律革命的理论基础、内在动力、立法和司法领域的深刻变化以及这一革命的发展走向。毫无疑问,与1978年12月以来当代中国改革开放进程相伴而生的第三次法律革命,就是要实现从传统的计划经济体制下的人治型法律秩序向现代市场经济条件下的法治型法律秩序的历史性变革,推动国家治理方式的历史性转换,建设体现中国国情特点与社会发展需要的社会主义法治国家。这一革命性的伟大进程与席卷而来的全球化浪潮交织在一起,构成了走进21世纪的当代中国法制现代化的绚丽画卷。

本书的写作得到了多方面的关心与支持。国家社会科学基金办公室为本课题研究提供了专项经费支持;江苏省哲学社会科学规划办公室和南京师范大学科技处在项目管理方面给予了诸多便利;南京师范大学法学院的同仁们亦关心课题研究的进展并予以支持。该院的博士研究生季金华副教授耐心细致地帮助我查找资料,打印与校对文稿,令我深受感动。中国政法大学出版社社长李传敢先生和总编辑助理张越女士对本书的出版面世,予以热情关顾与鼎力支持。在此,我谨一

并致以诚挚的谢忱。

在本书的写作过程中，我深深感到这一课题研究的重要性，然囿于学识水平，无论是资料的选取运用，还是观点的阐释论证，都还存在不足之处，尚祈学界同仁与广大读者教正。

公丕祥

2003 年 12 月 23 日于南京

目 录

序言	(1)
----------	-----

第一编 理论工具

第一章 马克思东方社会理论与中国法制 现代化	(1)
一、问题的提出	(1)
二、东方法律文化的固有逻辑	(2)
三、东方社会的土地所有权系统	(15)
四、西方法律文化对东方的冲击	(25)
五、深刻的时代启示	(34)
第二章 中国法律发展的模式特征	(37)
一、问题的重要性	(37)
二、中国法律发展的现代性	(41)
三、中国法律发展的动力机制	(46)
四、中国法律发展进程中的革命与改良	(51)

第二编 传统中国的法律遗产

第三章 韦伯论传统中国社会与法律	(57)
一、理论背景	(57)

2 目 录

二、家产制国家	(61)
三、宗族组织	(66)
四、法律结构	(70)
五、儒教伦理	(77)
六、简要的评价	(82)
第四章 传统中国法律的社会基础	(84)
一、传统中国法律的经济条件	(84)
二、传统中国法律的社会机理	(89)
三、传统中国法律的政治基础	(92)
四、传统中国法律的意识形态	(97)
第五章 传统中国法律的结构与价值	(107)
一、传统中国的法律结构及其法典化运动	(107)
二、中国古代民法的不发达问题	(115)
三、传统中国法律的价值基础	(125)
 第三编 西方法律文化的冲击	
第六章 19 世纪之前的中外法律交往	(138)
一、中国法律文化的自主成长	(138)
二、中国法律对外部世界的影响力	(146)
三、近代欧洲学者的中国法律形象	(155)
第七章 近代中国所遭遇的西方法律文化	(162)
一、近代中国所遭遇的西方法学思潮	(162)
二、近代中国所遭遇的西方法律制度	(166)
三、中国法律变革中域外因素的多元性	(171)
第八章 西方法律文化的冲击及其评价	(186)
一、从朝贡制度到条约制度	(186)

二、西方法律文化对中国冲击的广度和深度	(192)
三、西方法律文化对中国冲击的性质估定	(198)

第四编 第一次法律革命及其流产

第九章 20 世纪初叶的中国法律文化思潮	(205)
一、问题的设定	(205)
二、传统与现代之间的激荡	(207)
三、早期的法律与现代化理论架构	(217)
四、若干思考	(228)
第十章 清末法制改革运动	(232)
一、19 世纪下半叶中国的社会与政治变动	(232)
二、领事裁判权与清末法制改革	(237)
三、传统法律结构的现代化改造(上)	(251)
四、传统法律结构的现代化改造(下)	(265)
五、清末法制改革的价值变向	(285)
第十一章 共和革命与法律进步	(297)
一、概述	(297)
二、近代民主共和国的方案	(301)
三、关于五权宪法的问题	(304)
四、民权主义的高扬	(307)
五、法治原则的确立及其运用	(310)
第十二章 北洋政府时期的法律发展	(314)
一、概要	(314)
二、民初的国体之争	(317)
三、新旧法律系统的纷然杂陈	(325)

第十三章 南京国民政府的法制实践 (336)

- 一、“三民主义法制”的实质 (336)
- 二、“六法全书”体系分析 (343)
- 三、司法制度的基本架构 (373)
- 四、形式与实体的“二律背反” (383)

第五编 第二次法律革命及其挫折

第十四章 新民主主义法制的建构 (397)

- 一、新民主主义法律发展概述 (397)
- 二、新民主主义的政权架构 (399)
- 三、新民主主义的司法功能 (400)

第十五章 建国之初的法律发展 (404)

- 一、废除“六法全书”的法统 (404)
- 二、新型的国家制度 (423)
- 三、新型法律的建构 (437)

第十六章 社会改造的法律机制 (468)

- 一、土地改革运动的法律机理 (468)
- 二、婚姻家庭关系革命的法律基础 (480)
- 三、司法改革运动 (491)
- 四、简单的小结 (501)

第十七章 建国之初的司法制度 (505)

- 一、司法与行政的关系 (505)
- 二、关于司法独立原则与机制 (512)
- 三、司法制度的重建 (519)

第十八章 法律虚无主义年代	(525)
一、法律发展的历史厄运	(525)
二、群众运动的“法律秩序”	(528)
三、司法运作的特殊方式	(531)

第六编 第三次法律革命

第十九章 东方社会主义的法律发展	(537)
一、社会主义与东方法律发展	(537)
二、落后国家的社会主义法律发展	(543)
三、中国法律革命的现实基础	(549)
四、从人治向法治的历史性转变	(553)
第二十章 当代中国法律革命的内在动力	(560)
一、法律革命的经济机理	(560)
二、作为一种法理型经济的市场经济	(562)
三、权利、利益与市场经济	(565)
四、市场经济秩序与法律调整	(567)
第二十一章 立法革命的时代	(573)
一、宪政与行政立法的进展	(573)
二、民商立法的进展	(581)
三、刑事立法的进展	(595)
四、诉讼立法的进展	(602)
第二十二章 司法革命的新时代	(614)
一、司法权威与司法法治化	(614)
二、党的领导与司法独立	(618)
三、司法组织体系的完善	(623)
四、法院改革的推进与前景	(626)

第二十三章 全球化背景下的中国法制现代化	(632)
一、引言	(632)
二、通行的观念及其问题	(634)
三、外来冲击与内部取向	(637)
四、中心与边缘	(640)
五、国家与社会	(648)
六、同构与异质	(654)
七、小结	(662)
参考文献	(664)

第一编 理论工具

第一章 马克思东方社会理论与 中国法制现代化

一、问题的提出

人类社会的法律文化是多彩多姿的。不同民族或国度的法律文化，在不同条件的作用下，总是循着特定的路程发展演化。尽管在漫长的法律文化演进历程中，在不同的法律文化系统之间常常会有相似之处，但这种相似性并不能淹没每一具体的法律文化系统的个性色彩。因此，探寻法律文化运动的多样性统一，是马克思主义法哲学的重要理论使命之一。在法哲学发展的历史长河中，马克思主义哲学理论的革命性意义，就在于深刻地揭示了文明社会法律文化现象发展的基本规律，从而使人们在纷繁复杂的法律文化现象的历史行进中，获得真理性的认识。

马克思在晚年的岁月中，把目光投注到对人类社会发展过程的全方位的历史反思方面。他不惜把《资本论》巨著的创作搁置在一旁，拖着重病之身，以极大的毅力潜心研究古代社会特别是东方社会的历史，先后写下了关于柯瓦列夫斯基《公社土地占有制，其解体的原因、进程和结果》、摩尔根《古代社会》、梅因《古代法制史讲演录》、拉伯克《文明的起源和人的原始状态》、菲尔《印度和锡兰的雅利安人村社》、佩顿《亚洲君主制度》、罗伊尔《印度长期停滞不前的状况的原因调查》、哈尔斯豪森《关于俄国的农村制度》、克拉辛斯基《斯拉夫民族宗教史纲》、毛勒《马尔克制度、农户制度、乡村制度、城市制度和公共权力的历史状况》、汉森《特利尔专区的农户公社》、德梅利奇《南方斯拉夫人的习惯法》、乌提舍诺维奇《南方斯拉夫人的家庭公社》、卡尔德纳斯《试论西

班牙土地所有制的历史》、契诃夫《俄国和其他欧洲国家的土地占有制的农业》、索柯夫斯基《俄国北部农村公社史论文集》、莫尼《爪哇》等等三万多页高质量的读书笔记。这不能不是人类思想史上的一个奇观！在这些笔记中，马克思不仅进一步探讨了人类早期所有制形态的演变，揭示古代公社法权关系的历史起源及其本质特征，而且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。显然，马克思的这些思想不仅进一步丰富了马克思主义法哲学理论宝库，而且为分析中国法制现代化的历史进程提供了重要启示。

二、东方法律文化的固有逻辑

对于东方社会法律文化现象的研究，乃是马克思从早年到暮岁探讨社会发展与法律进步之间关联的一个极为重要的理论层面。如果说在马克思的前期或中期的学说体系中，东方社会法律文化问题更多地是从属对于“世界历史”发展进程的研究。那么，从19世纪70年代下半期以来，马克思则更加关注东方社会法律文化发展的特殊机制。这一探索在他的晚年人类笔记中达到新的理论高度。

法权现象的起源是一个斯克芬斯式的历史之谜。在法权关系的历史演进中，凝结着一定社会法律文化的基本因子。就东方社会法律文化而言，如果说它有其固有的逻辑进程，那么，这一进程的特殊性首先就蕴涵在东方社会法律文化的历史起源过程之中。不了解东方社会法律文化在发生学意义上的特殊性，就不可能准确地把握东方社会法律文化的基本特质。因此，马克思在研究东方社会问题时，始终注意把东方法律文化的历史起源放在很重要的位置上。在19世纪70年代中期以前，马克思大体上把体现古代东方法律文化精神的“亚细亚生产方式”视为人类社会的“原生形态”，认为西方古罗马和日耳曼生产方式的各种原型，都可以从亚细亚的形式中推演出来。^{〔1〕}然而，随着19世纪70年代下半期人类学研究的突破性进展。马克思开始发现原始的氏族公社才是人类社会历史发展序列中的真正的“原生形态”，东方农村公社乃是原生的社会形态的最后阶段和向次生形态过渡的阶段。^{〔2〕}马克思特别重视摩尔根的研究成果。在1877年出版的《古代社会》一书中，摩尔根把血缘亲属关系的演进，看作是理解人类从蒙昧时代经过野蛮时代向文明时代进步的一个“契机”。他认为，原始社会组织的基本单元是氏族而不是家庭，母系氏族的历史先于父系氏族，进而反对父权制家庭是

〔1〕《马克思恩格斯全集》第13卷，人民出版社1962年版，第22页注2。

〔2〕参见《马克思恩格斯全集》第19卷，人民出版社1965年版，第450页。

原始社会的典型家庭这一流行的看法。他指出,“女性世系是原始的,这种世系比男性世系更适合于古代社会的早期状态”。〔1〕人类的世系经历了从女系到男系的转变,父权的萌芽与对偶制家庭一同产生,并且随着新家庭日益具有专偶婚制的性质而发展起来。马克思对摩尔根的上述思想表现出极大的兴趣,并且透过远古社会亲属关系的演变过程,发现法权现象历史起源的轨迹。尤其重要的是,在评述摩尔根关于亲属制度落后于亲属关系的思想时,马克思指出:“同样,政治的、宗教的、法律的以至一般哲学的体系,都是如此。”〔2〕这表明:马克思把亲属关系与亲属制度的关系视为社会经济基础与上层建筑的关系,从而赋予亲属关系以社会基础的性质和地位。既然血缘亲属关系是一种与社会生产关系具有相同性质的物质性的基本社会关系,那么,要深入把握法权现象历史起源的规律性,就必须高度重视对上古社会血缘亲属关系演变过程的研究。基于这一认识,马克思认为父权制是历史发展到一定阶段的产物。“它以缩影的形式包含了一切后来在社会及其国家广泛发展起来的对抗”。〔3〕

然而,尽管氏族公社的瓦解是一个世界性的历史进程,但是在不同的民族或国家,这一进程的表现及其后果是各不相同的。诚如马克思所指出的,“极为相似的事情,但是在不同的历史环境中出现就引起了完全不同的结果。”〔4〕在古代东方社会,法权现象的历史起源过程较之西方社会来说,具有更为浓厚的血缘关系色彩。东方农村公社是从较早的古代氏族公社和家庭公社类型中产生出来的。“农村公社社员是用公社团体或亲属会议的名称来体现的”,〔5〕因而是以血缘关系为主导的兼具地域性的组织机体,是基层社会的自治组织单位。尽管在历史的进程中,农村公社开始割断村社成员之间的血缘上的牢固而狭窄的联系,但这种血缘联系并未被彻底割断,而是表现为自然的宗法关系积淀下来,进而给东方法律的发展进程投下了沉重的阴影。正是在这一基础上,铸造了古代东方社会法律文化的基本品格,导致东方法律文化系统与西方法律文化系统判然有别。由此出发,马克思主要从以下若干方面揭示了东方法律文化的固有逻辑意义。

〔1〕〔美〕路易斯·亨利·摩尔根:《古代社会》下册,杨东莼、马雍、马巨译,商务印书馆1977年版,第343页。

〔2〕《马克思恩格斯全集》第45卷,人民出版社1985年版,第345页。

〔3〕《马克思恩格斯全集》第45卷,第366页。

〔4〕《马克思恩格斯全集》第19卷,第131页。

〔5〕《马克思恩格斯全集》第45卷,第248页。

（一）风俗习惯在法律调整机制中的重要作用

社会生活是多种多样、纷繁复杂的，因而社会调整也有多种多样的表现形式，从而体现为相对独立的不同的社会规范体系。在西方，最初法律名称包括社会控制的所有手段，人们通过使用法律这同一个词来表达宗教礼仪、伦理习惯、调整关系的传统方式和城邦立法。到了罗马时代，法律逐渐从社会调整体系中分离出来，成为一种相对独立的社会控制手段，从而出现了一个法律发展的阶段。^{〔1〕}但是在东方，以农村公社制度为基础的古代法律调整机制的一个突出特点，便是风俗习惯在其中占有十分重要的地位。这种风俗习惯是公社成员在长期的生产和生活实践中所形成的、世代相传的习俗和惯例。它自发地调节着公社内部的各种关系，体现和保护着村社全体成员的利益。这些在日常社会生活交往过程中形成的风俗习惯持续一个时期以后，逐渐地固定化、规则化和制度化，日益取得法权的意义，并且由此发展成为一种村社内部自治调节的自然法律秩序。尽管这些规则和秩序没有摆脱风习的藩篱，但却是村社成员日常生活经验的结晶和体现，得到了村社成员的普遍认同和接受，因而比起成文法来说具有更为直接的拘束力。马克思的晚年人类学笔记表明，他充分注意到东方社会法律调整体系的上述特点。

1879—1880年间，马克思在他的笔记中大段摘录了柯瓦列夫斯基关于印度农村公社调整机制的论述。柯氏在《公社土地占有制》一书中分析说，在古代印度，公社所有者的关系不是由法律来调节，而是由当地的习惯风俗来调节的。例如，当乡民、牧民之间发生纠纷时，公社法庭都采用这些习俗，因为这些习俗具有自然的约束力。^{〔2〕}此外，当时在印度的北部和西北部存在着每隔一定时间把公社土地平均分配的土地所有制形式，而调整分配土地的主要力量乃是一种习俗，即各村及其所属单位之间定期交换土地的习俗。借助习俗的力量，在土地不多的地方，全体共同占有者通过定期重新分配的办法而轮流获得使用这些土地的权利。而对于那些最适于耕种的土地，则是每年分配一次。之所以会形成这样的古老习俗，是由于人们希望消除一切不平等，而将土地交给人们比较永久地使用，则可能造成不平等现象。对于柯瓦列夫斯基的这一分析，马克思显然是同意的。他在笔记旁边批注道：这种定期交换份地的现象，“现在只见之于旁遮普和

〔1〕 参见〔美〕R·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆1984年版，第9—11页。

〔2〕 参见《马克思恩格斯全集》第45卷，第257页。

西北各省了。”^{〔1〕} 值得注意的是，马克思在笔记中也注意到由习惯法向成文法的演进历程。他对柯瓦列夫斯基的下述看法无疑持赞同的态度，即：印度晚期的法典编纂者，即印度法律文献中以《法经》著称的大批汇编的编者，就是从这些习惯中吸取解释《摩奴法典》中那些纯法律的特别是纯伦理的贫乏的规定。这些规定起初都是由各村、城市和省的內政当局调整的。^{〔2〕}

在稍后的梅因著作笔记中，马克思对于习俗习惯在古代东方法律调整机制中作用的肯定看法，再次得到了表述。近代英国分析法学派巨子奥斯丁极力宣扬法律是主权者的命令。对此，马克思在梅因笔记中予以批评，指出奥斯丁所论“涉及的只是形式方面”，^{〔3〕} 并未发掘出法律现象的真正奥秘。而从古代东方社会的法律实践来看，奥斯丁关于法律是主权者命令的观点就更显得“幼稚可笑”了。马克思摘引了梅因《古代法制史讲演录》一书在述及18世纪印度锡克教统治者朗克特·辛格时有关古代东方社会调整体系的论述：“辛格是专制独裁的。他攫取农产品中的极大一部分作为他的收入。他劫掠不服从他的勒索的村庄，并且处死了很多。他豢养大量军队，拥有一切物质力量，并以各种方式运用这一力量，但他从未颁布过法律。调节他的臣民生活的规则都来自他们古老的习俗，而且这些规则由家庭或农村公社的家庭法庭执行，……朗吉特·辛格从来没有也不可能想到改变他的臣民据以生活的民事规则。大概他同实行这些规则的长者本身一样也坚定地信仰这些规则的独立的强制力量。向一位东方的或印度的法律理论家断言这些规则是朗吉特·辛格的命令，他一定觉得荒唐。”^{〔4〕} 这些命令除用作组织行政机构以收税外，并不是真正的法律。实际上，对于地方和家庭的习俗惟一具有决定意义的不是统治者的命令，而是虚构的神的命令。旁遮普在朗吉特·辛格的统治下的情况，可以作为所有东方社会在罕有的和平与秩序时期所处的土生状态的典型。尽管梅因著作的这些材料带有某些夸张成分，但毕竟在一定程度上反映了他在印度的亲身体验和感受。^{〔5〕} 并且从梅因的叙述中可以看出，在古代印度社会风俗习惯是调节臣民生活的基本规则，它具有相对独立、坚韧顽

〔1〕 参见《马克思恩格斯全集》第45卷，第241页。

〔2〕 参见《马克思恩格斯全集》第45卷，第244页。

〔3〕 《马克思恩格斯全集》第45卷，第649页。

〔4〕 参见《马克思恩格斯全集》第45卷，第654页。

〔5〕 1862年到1869年，英国比较法律史学家梅因曾担任印度总督委员会的法律委员。1869年回国后所撰的《古代法制史讲演录》（1875年伦敦版），无疑反映了梅因在印度的生活经历和理论思考，参见〔英〕戴维·沃克：《牛津法律大辞典》，北京社会与科技发展研究所组织翻译，光明日报出版社1988年版，第577页。