

法制现代化
研究丛书

东方法律文化的历史逻辑

THE HISTORIC LOGIC OF THE ORIENTAL LEGAL CULTURE

公丕祥 / 著

法律出版社

法制现代化
研究丛书

东方法律文化的历史逻辑

THE HISTORIC LOGIC OF THE ORIENTAL LEGAL CULTURE

公丕祥 / 著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

东方法律文化的历史逻辑/公丕祥著. —北京:法律出版社,
2001.9

(法制现代化研究丛书)

ISBN 7-5036-3521-5

I. 东… II. 公… III. 法制史—研究—东方国家 IV.
D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 059744 号

出版/法律出版社

责任印制/陶松

印刷/中国科学院印刷厂

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

责任校对/杜进

开本/850×1168 1/32

版本/2002年1月第1版

印张/12.5 字数/292千

2002年1月第1次印刷

法律出版社地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn

传真/(010)88414115

电话/(010)88414121(总编室)

(010)88414123(责任编辑)

中国法律图书公司地址/北京市西三环北路甲105号科原大厦A座4层(100037)

传真/(010)88414897

电话/(010)88414899 88414900

(010)62534456(北京分公司) (010)65120887(西总布营业部)

(010)88414933(科原大厦营业部) (010)88960092(八大处营业部)

(021)62071679(上海公司)

出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3521-5/D·3238

定价:24.00元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

总 序

~~21世纪钟声~~即将敲响。

伴随着向新世纪迈进的时代脚步，当代中国的社会变革正在以空前的广度和深度波澜壮阔地展开。这场伟大变革的进程已经并且将继续深刻地改变着中国社会的基本面貌，导引着中国社会的未来发展走向。

综观 20 世纪的全球历史进程，我们可以看到，在不同的区域或国度，尽管法律变革的过程、特点和目标有所差异，但是作为一种模式或势态，法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然，这个进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的；不过，它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律发展的范畴。法律发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构，它所要建构的正是法律成长的一般模型。在法律发展论领域中，法制现代化理论关注的重点，是从前现代社会法律系统向现代社会法律系统的转变这一特定过程，寻找这一转变的

内在机制。从广泛的意义上讲，法制现代化是一个变革的概念，是传统法制向现代法制的历史性跃进。这个进程或是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代，亦称“内发型”法制现代化；或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型，亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革形态，法制现代化无疑是一个创新的进程，其实质乃是从人治型的价值——规范体系向法治型的价值——规范体系的转变。

从世界范围来看，关于法律变迁与发展的理论研究，早在17、18世纪就已经开始了。到了19世纪后半叶，对于法律发展的研究由历史哲学分析模式转向类型学的分析范式。在这方面，以马克斯·韦伯为典型代表。韦伯把法律的现代化视为理性化的过程，是形式合理化的过程。而这一过程只发生于西欧社会，在其他地区，法律由于各种因素的影响而未能走上现代化的道路。到了20世纪60年代，在西方主要是在美国兴起了关于法律与现代化、法律与发展的研究思潮。这一思潮从一开始就具有两个鲜明的特色：一是重点研究发展中国家经济发展的非经济环境，也就是法律制度和政治结构的转型问题；二是关注法律发展的普适性问题，也就是研究不同社会文化背景下的法律向现代法律转变的共同特征，把法律发展或法制现代化看做是第三世界国家法律体系移植西方法制进而逐步“西化”的过程。这一思潮有其特有的政治功利性，这集中地表现为西方国家力图把广大非西方的第三世界国家法律发展纳入西方化的轨道之中。随着西方式法律改革试验在一些第三世界国家的相继受挫或破产，人们对20世纪60年代法律现代化理论模式开始怀疑、质难和批判性反思。许多学者日益认识到，西方法制只不过是人类法律文明体系中的一个系统，是西方社会生活条件的法律表现。诚然，它体现了人类法律文明的某些共通性因素，但它并不是世界法制现代化进程中的惟一的标准模式。非西方社会的法律应当反映各民族各国家各

地区的社会条件、经济因素、民族精神及其现实需要，因而必然要形成具有自身特色的法制现代化模式和法律发展道路。在这一反思过程中，出现了法律发展多样性的理论学说。时至今日，以世界范围内的法律发展为对象的理论研究依然兴盛不衰。

时下正在历史性地展开的中国社会变革，实际上是要完成从传统社会向现代社会的历史转型。正是在这一转型过程中，当代中国法制呈现出创新乃至现代化的发展趋势，其目标是“依法治国，建设社会主义法治国家”。从本质意义上讲，这一法律发展趋势，意味着法律文明价值体系的巨大创新。它所体现的，乃是整个社会的经济、政治、社会结构、意识形态、文化传统等等的大变革潮流；它所反映的，是从前现代社会向现代社会转变这一特定过程中法律文明及其价值基础变迁的激动人心的画面；它所要展示的，是从我们这个民族的法律思想到法律行为的各个领域变化的多方面进程；它所要确立的，是同世界法制现代化进程相协调的但又充满浓郁的民族意味的制度安排、价值观念及其生活准则系统。中国法制现代化是中国人在本国的历史条件下所进行的一场法律变革运动，有其特殊的历史运动轨迹，具有独特的发展道路。即使在进入所谓的“地球村”时代以后，世界变得更加相互依赖，法律发展中的共同性日益增多；但是，世界法制现代化进程并不是由此而变得呆板划一，而是更加多样化。中国法律发展的特殊性，恰恰显示了中国法制现代化的世界性意义。

以理性的目光，与现实世界相撞击，自觉地审视我们时代的法律变革进程所提出的重大问题，这是当代中国法学的历史使命。在当代中国，从20世纪80年代后半期开始，法学界日益注意到研究法制现代化问题的重要意义，一些著述和文章愈益频繁地使用“法制现代化”这一术语来界定相关的研究范围。进入20世纪90年代以来，对于法制现代化的理论与实践的学术探讨，引起了更多学者的关注和兴趣。这充分体现了当代中国法学

工作者对这一重大时代课题的理论使命感。在时代精神的激荡下,《法制现代化研究》丛书应运而生了。

《法制现代化研究》是一套由南京师范大学法制现代化研究中心主持编撰的以法制现代化理论、中国法制现代化、比较法制现代化和部门法制现代化研究为主要内容的法学研究丛书。其学术宗旨和研究范围是:总结世界法律文明发展的历史进程和现实态势,深入研究法制现代化的基本理论,建构法制现代化的理论逻辑和研究范式系统;比较不同国家法律文明成长和发展的独特道路,分析当代世界主要国家或不同类型的法制现代化的取向、走势及特质,架构比较法制现代化研究的多样化模式;深刻把握法律发展全球化与民族化彼此互动的时代脉搏,探讨法律发展与社会现代化及人类进步的互动关系及运行机理;深入探讨中国传统法律文化的内在特征及现代价值,探讨法律传统与中国法制现代化的内在关联及其机制,揭示中国法制现代化进程的基本规律和目标模式;考察当代中国走向法治进程中部门法制现代化的基本特征、条件、价值目标、发展趋势及实现途径。

《法制现代化研究》丛书的编辑出版,得到了海内外法学界专家学者的指导和帮助,得到了法律出版社领导和同志们的全力支持,也得到了江苏省人民政府法学理论重点学科和南京师范大学国家“211工程”重点学科建设项目的资助。在此,谨向他们致以诚挚的敬意和谢忱。伴随着当代中国建设社会主义法治国家的时代进程,我们将会与法学界同仁一道奋发进取,深入拓展法制现代化研究的学术视野和领域,以严谨踏实的学术研究和富有价值的理论成果,推动中国法制现代化向新的法律世界迈进,以不辜负新世纪的挑战和变革时代的法学期待。

南京师范大学法制现代化研究中心

1999年10月

自序

本书是我十余年来研究马克思东方法律文化思想的一个初步总结。应当看到，在我国，从法学角度系统研究马克思的东方社会理论还是相当薄弱的。我希望本书的写作和出版能够为改变这一状况，促进我国学术界关于马克思东方法律文化思想研究的进一步深入，作出必要的努力。当然，我也期望学术界的同仁们能够对本书提出批评意见。

本书是法制现代化研究计划的有机组成部分之一。早在十年前，中国人民公安大学出版社出版了由我主编的《中国法制现代化的进程》上卷，——这是我负责的国家社会科学基金项目《中国法制现代化的历史道路》的最终成果。在该书的导论部分，我专门阐述马克思的东方法律文化思想的主要内容，揭示这一理论对于研究中国法制现代化理论的指导意义。自那以来，我围绕这一论题发表了系列论文。这一学术探索的过程，使我深化了对马克思东方法律文化思想的认识，也拓宽了法制

现代化项目计划的研究视野。

在本书的写作准备过程中,我得到了南京师范大学科技处、法学院和法制现代化研究中心的同事们热情关顾,南京师范大学校长办公室尚洪波同志和姜晓云同志帮助校对我的手稿;此外,本书的出版得到了江苏省人民政府重点学科“法学理论”学科专项经费和我主持的国家社会科学基金项目《中国法制现代化的发展战略——一种比较分析》专项经费的资助,谨在此一并致以衷心的感谢。最后,我还要特别感谢法律出版社贾京平先生和张波先生的鼎力支持以及出色的编辑工作。

公丕祥

2001年6月

法制现代化研究丛书

主编委员会
主编
副编

祥文新
丕锦和
公夏黄
夏公刘

洪泰力生敏
旺廷玉
刘龚李李王

基洪明
增旺鸿
吴刘睦

目 录

第一章 导论	(1)
第一节 文化、法律文化与 法律发展	(1)
文化概念的复杂 性与多义性——劳动 与文化——法律文化 的本质特征——物质 性法律文化与精神性 法律文化——法律发 展问题的关注重心 ——法律发展的不平 衡性——法律发展的 “指示器”——现代法 律发展的特殊含义 ——弗里德曼的看法	
第二节 古代文明与法律 文化	(9)
民族的文化与民 族的法律——古代中 国文明的基本层面 ——中国传统法律文	

	化的基本品格——古代印度文明的形成—— 种姓制度与印度法律文化——从古希腊法律 文明到古罗马法权体系——日耳曼法的特征	
第三节	马克思晚年笔记的法学取向……………	(21)
	科学理论的使命——对统一性的探 寻——法律文明成长的价值尺度——晚年探 索的理论取向——晚年笔记的法学意义—— 本书的论旨与结构	
第二章	近代欧洲思想家的东方法律文化形象……………	(28)
第一节	问题的提出……………	(28)
第二节	法国启蒙思想家的东方法律图景……………	(30)
	启蒙学者的“东方兴趣”——伏尔泰：“欧 洲的孔夫子”——各民族的风俗习惯与文明 的差异性——亚洲的政治统治形式——浓重 的“中国情结”——中国的礼治文明——印度 的宗教性法律文化——日本对基督教的排 拒——魁奈与重农学派——中国的农业与政 治——“自然秩序”与中国文明本体——中华 帝国的“合法专制主义”——传统中国的治理 方式——孟德斯鸠的东方观取向——专制政 体的原则是恐怖——土耳其、波斯与印度的 专制主义——日本法律的精神与日本专制主 义——东方法律文化与自然条件——关于中 华帝国的矛盾心态	
第三节	英国古典经济学家心目中的东方法律 样式……………	(62)
	英国古典经济学家东方研究之特点—— 斯密的建树及其东方社会研究——东方君主	

政治与地理环境——东方国家的公共职能——亚洲社会的停滞状态——欧洲与东方法律文化之差异——琼斯与东方专制主义概念——四种地租类型——亚洲的印度农民地租及其形式——东方专制制度的特征——传统中国的政治生活——君主土地所有权的意义——约翰·穆勒论东方社会的特点——习惯机制的独特功用——英国人的印度土地政策

第四节 德国古典哲学家的东方法律理念…………… (88)

近代德国东方研究的复杂图景——莱布尼茨对中国文明的向往——中国的礼治规则与公共道德——对清帝康熙的颂扬——儒家学说的价值意义——中欧文明之间的沟通——沃尔弗的学术理路——孔子：中国智慧的复兴者——中国政制文明的道德理性精神——赫尔德与德国东方研究的转折——中国专制政体的本土土壤——对传教士材料的异议——传统中国社会停滞不前的原由——黑格尔与历史辩证法——“绝对精神”的漫游与东方世界的历史位置——民族精神与国家精神——东方的专制政体及其形态——东方的伦理准则与法权关系——亚细亚政治的地理基础

第三章 从“世界历史”到真正的世界历史…………… (112)

第一节 概述…………… (112)

第二节 世界历史与东方社会法律文化…………… (114)

“世界历史”的方法论原则——维柯与黑

	格尔——社会历史形态的划分——历史向世界历史的转变——世界历史与民族国家——传统东方社会的内涵特征——东方社会的“三位一体”	
第三节	“亚细亚生产方式”的概念	(124)
	前近代社会的三种文化形态——亚细亚型的法权关系特征——概念的重要性与复杂性——亚细亚生产方式概念之强化——《资本论》的确证——毛勒的研究成果及其意义	
第四节	社会及法律的多样性统一	(135)
	真正的世界历史研究——晚年学术活动的主题——社会发展的多样性统一问题——世界文明进程的一般轨迹——世界历史进程的多样性——《资本论》研究结论的适用范围——极为相似的事物与不同的历史环境——晚年的新见解	
第四章	传统东方法律文化的社会机理	(148)
第一节	传统东方法律文化的经济基础	(149)
	概述——东方社会土地所有权的主体归属问题——早期的主导性见解——前近代三种类型土地所有权的形成机制——两个理论关节点——专制国家土地所有权系统——从土地公社共有权到专制国家土地所有权的转变——土地公社所有权与专制国家土地所有权的并存——个人份地的形成机制——时效问题——家庭土地共有财产权	
第二节	传统东方法律文化的社会结构	(165)
	国家与社会——传统东方国家与社会之	

间的同一性——强国家与弱社会——东方村社制度的基本表征——村社生活与社会变革——村社制度与专制国家——村社制度的内部结构关系——对俄国村社制度的关注——俄国村社的基本特性——民粹主义运动与思潮——给查苏利奇的复信——俄国农村公社的二重性及其发展前途

第三节 传统东方法律文化的政治形态…………… (187)

亚细亚的政治传统——韦伯的“传统型统治”——亚里士多德的东方政体观——近代欧洲思想界的流行观点——印度的亚洲式专制统治——东方国家的公共管理职能——东方专制制度的社会基础——亚细亚的共同体形式——超经济强制的机理——传统东方国家的行政体系——柴明达尔的行政行为——恩格斯论传统东方政治生活

第五章 传统东方法律文化的固有逻辑…………… (213)

第一节 风俗习惯的调整功能…………… (214)

社会与社会调整——社会调整机制的演进——斯芬克斯式的历史之谜——东方法权关系起源的特殊机理——从氏族习惯到“法权习惯”——习俗与惯例的独特机能——君主的命令与习惯的力量——评奥斯丁的“命令说”

第二节 村社高于个人的法律价值取向…………… (235)

西方的经验：个人与社会——从人的依赖性到物的依赖性——人身依附关系的经济成因——劳动地租形式的社会意义——东方

112164

	社会的等级架构——南亚村社的内部结构——古代印度法制的非人性特征——婆罗门教法的残酷性	
第三节	司法活动的特殊机理……………	(254)
	作为国家公共权力的司法——西方司法机制的社会基础——市民社会与司法——东方农业村社的司法权——东方的司法连带责任关系——村社参预司法的程序——古罗马的罚金诉讼——东西方的财产扣押机制——村社司法职能的实现方式——村社司法活动的依据	
第六章	西方法律文化对东方的冲击……………	(269)
第一节	问题的设定……………	(269)
	一个重大的思想主题——建设性使命与破坏性使命的双重价值——晚年的思想取向——例证：柴明达尔制度的变形——中间人的土地权利关系之形成——联合所有权与联合权益再转让制度	
第二节	外来冲击下东方村社体制的衰落……………	(275)
	村社制度经济基础的瓦解——马德拉斯制度的双重效应——孟买制度：英国与爱尔兰的奇妙结合——西北各省制度：从穆斯林类型到麦肯齐订正——旁遮普式的制度——奢侈之风与高利贷的发展——政府的直接介入——一种特殊的法律诉讼机制	
第三节	殖民者与殖民地的社会及法律……………	(285)
	东印度公司与英国人的殖民政策——英国议会的立法干预——东印度公司特许状的	

	“五个主要章节”——英国人在印度殖民统治的合法性问题——文明的伪善与野蛮的本性——只要有利就予以承认——对非欧洲法律进行“误解”——用新的法律规定否定殖民地法律——促使传统法律文明变形或解体	
第四节	东方法律发展的特殊道路·····	(295)
	西方法律文化的冲击效应——“印度社会根本没有历史”——文明交往与发展的历史规律——穆斯林人对印度本土法律文化的基本认同——英国人对印度法律文明的摧毁——法律文化成长的趋势——东方法律文化转型的内在因素——对“西方中心主义”的否定	
第七章	马克思东方社会理论与中国法制现代化·····	(310)
第一节	引言·····	(310)
第二节	中国法制现代化的历史基础·····	(312)
	古代中国公社制度的演变形态——私权观念的不发达及其成因——“共同体之父”与土地所有制——宗法制度的法权特征——家族法的一统天下——皇权政治的内在机理——吏治与官制法	
第三节	中国法制现代化进程中的外来影响·····	(322)
	问题的重要性——古代中国的世界秩序观念——文化优势与国家综合实力——弗兰克的命题——世界的“两极并存”——近代西方文明的挑战与中国的回应——近代中国法制变革的社会基础——西方法律文化冲击的广度与深度——两种价值体系的冲突及其复	