



SUSONG WENHUA CHONGTU YU
MINSHISUSONG ZHIDU DE BIANGE

诉讼文化冲突与 民事诉讼制度的变革

王德新◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位



本书是教育部人文社会科学青年基金项目（11YJC820113）结项成果

SUSONG WENHUA CHONGTU YU
MINSHISUSONG ZHIDU DE BIANGE

诉讼文化冲突与 民事诉讼制度的变革

王德新◎著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼文化冲突与民事诉讼制度的变革/王德新著. —北京: 知识产权出版社,
2017. 6

ISBN 978 - 7 - 5130 - 4968 - 9

I. ①诉… II. ①王… III. ①诉讼—文化冲突—研究—中国②民事诉讼—
司法制度—改革—研究—中国 IV. ①D925. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 133231 号

责任编辑: 汤腊冬

责任校对: 王 岩

执行编辑: 吴亚平

责任出版: 刘译文

诉讼文化冲突与民事诉讼制度的变革

王德新 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司 网 址: <http://www.ipph.cn>

社 址: 北京市海淀区西外太平庄 55 号 邮 编: 100081

责编电话: 010 - 82000860 转 8108

责编邮箱: tangladong@cnipr.com

发行电话: 010 - 82000860 转 8101/8102

发行传真: 010 - 82000893/82005070/82000270

印 刷: 北京科信印刷有限公司

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

开 本: 720mm × 1000mm 1/16

印 张: 18

版 次: 2017 年 6 月第 1 版

印 次: 2017 年 6 月第 1 次印刷

字 数: 274 千字

定 价: 56.00 元

ISBN 978-7-5130-4968-9

出版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序 言

钱穆先生说：“一切问题，由文化问题产生。一切问题，由文化问题解决。”^① 法律文化理论自 20 世纪 80 年代开始在我国大陆地区兴起，30 多年来经法理、法史学者的耕耘，已取得丰硕的成果。但具体到部门法，特别是诉讼法学领域，对文化分析的方法仍不够重视，这使我们容易犯“近视病”，拘泥于部门法视域或陷于微观制度之中，缺乏从历史文化的恢弘画面中把握诉讼法制发展走势的能力。

回顾历史，从 1906 年沈家本、伍廷芳授命起草完成《大清刑事民事诉讼法（草案）》时起算，中国民事诉讼法典化运动已走过 110 年的历程。其间，在“西学东渐”大背景下出现了“全盘西化”“中体西用”“维护道统”等多元思潮争鸣的局面，这也渗透到了法学研究领域。近代以来在中国诉讼法制建设的历史舞台上，逐渐汇聚产生了三种典型的诉讼文化思潮：传承中国古代诉讼文化、传承中国共产党领导下形成的人民政法传统，以及借鉴西方诉讼文化。它们彼此冲突，不断整合。《易经》曰：“形而上者谓之道，形而下者谓之器。”如果说诉讼文化是形而上的“道”，诉讼制度则是形而下的“器”，在二者的关系上，既要重视“道在器先”“以道御器”（诉讼文化形塑了诉讼制度），也要重视“道不离器”“以器载道”（不要空谈文化，要重视制度建设），“道”“器”互动，隐喻了中国民事诉讼法制现代化的过程。

历史经验表明，一国的诉讼文化思潮总是多元并存的，其诉讼制度总是特定历史阶段居主导地位的诉讼文化的形构；同时，诉讼制度的重

^① 钱穆：《文化学大义》，台湾中正书局 1981 年版，第 3 页。

大变革又深受诉讼文化思潮冲突的影响。一百余年来，在中国诉讼法制建设的舞台上，多元诉讼文化碰撞激烈，甚至酝酿了一些重大的历史事件。例如，在清末变法期间，1906年《大清刑事民事诉讼法（草案）》公布后旋即引发了一场“礼法之争”，“法理派”力倡“尽学西法”，“礼教派”疾呼“勿碍礼教”，^①争论的本质乃是中国古代诉讼文化与西方诉讼文化的一次碰撞。结果“礼教派”占了上风，中国历史上第一次诉讼法典化运动惨遭失败。再如，1935年，济南女子施剑翘为报父仇、刺杀军阀孙传芳案，引发民国法界精英、权贵阶层和社会公众立场分裂，围绕施剑翘究竟是杀人罪犯还是挽救世风的道德楷模，各派辩论激烈。^②可见，即使在欧美法律文化已成学界主流的民国时期，中国传统的忠孝文化与西方法治主义仍难以相融。又如，1949年新中国成立前夕，蒋介石在战局不利的情况下发表《元旦文告》，将“中华民国的法统不致中断”作为国共和谈条件；与此针锋相对，中共中央则发布了《关于废除国民党〈六法全书〉与确定解放区的司法原则的指示》，并在新中国成立后发动了一场以批判“旧法观点和旧司法作风”为主调的司法改革运动（1952—1953年），这标志着从诉讼文化和制度上与国民党统治时期彻底决裂，从此新中国走上了一条与西方国家不同的诉讼法制发展道路。

新中国成立后，传承和发展人民政法传统成为诉讼法制建设的思想主轴，但也不乏曲折和争鸣。20世纪60年代法律虚无主义泛滥，导致公检法被砸烂，诉讼法制遭到严重破坏。1978年12月党的十一届三中全会召开之后，“加强社会主义民主，完善社会主义法制”成为时代的主旋律，中国的民事诉讼法制建设事业又有了长足的进展，全国人民代表大会先后制定了1982年《民事诉讼法（试行）》和1991年《民事诉讼法》两部法典，后者在2007年、2012年又经过两次重大修订。其间，还伴有波澜壮阔的民事经济审判方式改革，目前已演化成广泛而深入的司法改革运动。

^① 《张文襄公全集·奏议》卷六九。

^② 参见任伟：“施剑翘案：‘罪行’与‘义举’”，载《看历史》2011年第5期，第65—67页。

回顾历史，几乎在每一部民事诉讼法典的制定和修改过程中，甚至在每一项重大改革措施出台之际，都伴有思想争鸣和观点交锋。究竟是传承中国传统诉讼文化，还是借鉴欧美诉讼文化？是不折不扣地继承革命政法文化，还是探索人民政法传统的法治转型？在法院调解制度、人民陪审员制度、涉诉信访制度和检察监督制度等一系列民事诉讼制度改革过程中，都存在认识上的巨大分歧。如何超越具体制度构建的微观技术层面，从诉讼文化冲突与融合的宏观视野深刻解读我国民事诉讼法制发展的历史和未来走势，这是我们这一代学者面临的一个时代性课题。

本书就是在诉讼文化冲突的视野下，对我国民事诉讼制度变革进行解读的一个尝试。全书共分九章：前三章是基本理论研究，第一章“导论”对文化、法律文化和诉讼文化进行辨析；第二章着重探讨了诉讼文化冲突的基本原理，试图揭示诉讼文化冲突与诉讼法制发展的互动关系；第三章着重勾画了诉讼文化冲突的历史场景，试图从中探寻诉讼文化冲突与诉讼法制发展的历史规律；第四章、第五章承上启下，分别从国人的诉讼心理和我国当代诉讼制度变革两个角度，对诉讼文化冲突的心理基础和制度基础进行文化解析。后四章是应用对策分析，分别选取人民陪审员制度、法院调解制度、涉诉信访制度和检察监督制度四个文化底蕴深厚的制度，运用文化冲突的分析方法，对制度改革走势进行解析和预判。

本书着重运用文化分析的研究方法，立足于中国近代以来“三大诉讼文化思潮冲突与融合”的历史背景，着眼于诉讼文化冲突与诉讼制度变革的交互影响，探讨诉讼文化冲突的基本原理和中国民事诉讼制度演进中的文化规律和主要态势。在以下几个方面，提出了一些新的观点和见解：（1）在基本概念层面，将诉讼文化定位为人们对各种诉讼现象所持的诉讼心理、诉讼意识和思想体系，人的诉讼行为方式、诉讼制度和诉讼场所设施只是诉讼文化的外化或物化形式，贯彻了文化主要是一种观念或精神财富的基本立场，厘清了诉讼文化“本体”和诉讼文化“反射体”之间的关系；（2）在研究宗旨上，尝试分析了各种诉讼文化的历史形态和实践形态，揭示了诉讼文化冲突的基本规律，最终服务于阐释诉讼文化冲突与诉讼制度发展的关系这一宗旨，践行了文化主要是一种

社会科学的阐释方法的基本立场，使诉讼文化研究不再处于“理论悬空”状态；（3）在诉讼文化冲突原理方面，提出了有别于传统的诉讼文化冲突形式，以历史写意的方式阐述了诉讼文化冲突的主要原因，深刻论述了诉讼文化冲突、融合与创新之间的关系，重点提出了“冲突——颠覆”“冲突——融合”和“冲突——共生”三种诉讼文化冲突模式，并辨析了“进化论”和“建构论”两种诉讼法制发展模式的内在关系；（4）在当代中国民事诉讼制度的发展和变革方面，循着人民政法传统的历史生成、发展演化和未来走势这一思想红线，交叉论述了人民政法传统、中国古代诉讼文化传统和西方诉讼文化思潮对中国历次民事诉讼制度变革的重大影响，主要创新之处不仅体现在人民陪审员制度、司法调解制度、涉诉信访制度和检察监督制度的改革对策建议方面，更体现在遵循诉讼文化冲突的原理来展开论证的视角方面——换言之，有关制度改革的具体观点或许存在争议，但论证视角和论述方法给民事诉讼制度变革带来的新思维才是学术同行继续探讨或争鸣的重点。

当然，本书是在中国场景下对诉讼文化冲突和诉讼制度变革所做的一个初步的解析尝试，有些问题尚需深度厘定，文中观点虽再三斟酌，也难免有偏颇之处，欢迎学界同仁批评指正。

目 录

第一章 导论	(1)
一、文化的释义	(1)
二、法律文化理论的兴起	(6)
三、诉讼文化的基本问题	(18)
第二章 诉讼文化冲突的原理	(33)
一、冲突的意蕴	(33)
二、诉讼文化冲突的形式	(34)
三、诉讼文化冲突的原因	(42)
四、诉讼文化冲突的功能	(48)
第三章 诉讼文化冲突的历史场景	(67)
一、中国古代的诉讼文化	(67)
二、清末民国时期诉讼文化的转型	(90)
三、新中国成立前后诉讼文化的革命化、群众化	(108)
第四章 当代中国人诉讼文化与诉讼心理调查报告	(122)
一、关于问卷调查实施情况的说明	(122)
二、当代中国民众的纠纷解决观	(124)
三、当代中国民众的诉讼行为模式	(127)
四、当代中国民众对司法公正权威的感受与态度	(131)
五、关于当代中国民间诉讼文化的补充分析	(137)
第五章 诉讼文化冲突与民事诉讼法制的转型发展	(139)
一、1982 年《民事诉讼法（试行）》的历史使命	(139)

二、1991年《民事诉讼法》的制定与诉讼文化的转型	(149)
三、诉讼文化变迁与近年来民事诉讼制度的变革	(158)
第六章 司法民主与人民陪审员制度的改革	(184)
一、西方陪审制度的源流与精神	(184)
二、中国近代以来对陪审制的引进	(191)
三、我国学术界有关人民陪审员制度改革的争议	(197)
四、中国特色的人民陪审员制度的发展前瞻	(202)
第七章 中国司法调解政策的传统、流变与现代转型	(208)
一、中国古代的官府调解及其文化底蕴	(208)
二、新中国成立前后“调解为主”的司法政策及其文化 底蕴	(211)
三、1990年以后我国司法调解政策的三次调整及其原因	(214)
四、关于“调解结案率”与办案质量和社会和谐度关系 的检讨	(220)
五、重构我国司法调解政策的基本思路	(223)
第八章 涉诉信访与再审机制改革的文化困境与出路	(228)
一、从法律文化视角分析申诉信访改革的必要性	(228)
二、儒家文化影响下申诉信访机制及改革的多重困境	(231)
三、以“法治思维”重塑我国的生效裁判救济机制的设想	(242)
第九章 民事检察监督的理念转换与制度转型	(250)
一、宪政体制与检察监督文化之比较	(250)
二、我国对苏联检察监督文化的借鉴与反思	(257)
三、民事检察监督制度改革的思路之争	(262)
四、中国民事检察监督制度改革的展望	(269)
后 记	(276)

第一章 导论

法律人类学家霍贝尔认为,“一个探索者在任何领域的工作总是从创造该领域中有用的语言和概念开始的”^①。“文化”“法律文化”和“诉讼文化”三个概念彼此关联,层层递进。本部分通过对语言学、人类学、文化学、法学等多学科领域的比较分析,从宏观上把握“文化”和“法律文化”的学术史发展脉络,为诉讼文化的概念界定、内涵结构和类型划分做好理论铺垫,并为后文诉讼文化冲突原理和制度层面的分析奠定基础。

一、文化的释义

“文化”是什么?自古以来,人类学家、社会学家、文化学家、政治学家、哲学家、历史学家等都热衷于给“文化”下定义。但迄今为止,仍然没有一个公认的、令人满意的定义。

在不同的社会科学研究领域,甚至在同一领域由于研究方法的不同,人类学、社会学、文化学、政治学、哲学、历史学、法学、心理学等,都有可能对“文化”产生不同的理解。据统计,在1920年以前主要有6个不同的“文化”定义,到了1987年已经增加到260种。^②其中,人类学或文化学对文化概念的形成做出了突出的贡献,现择要介绍以下三种观点。

第一种观点认为,文化即文明,是人类知识和能力的复合整体。1871年,有“人类学之父”之称的英国人类学家泰勒(Edward

^① [美] 霍贝尔:《原始人的法》,严存生等译,贵州人民出版社1992年版,第17页。

^② 参见刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第12页。

B. Tylor, 1832—1917) 在《原始文化》一书中提出,“所谓文化或文明乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及其他人类作为社会成员而获得的种种能力、习性在内的复合整体”^①。泰勒是社会科学领域第一个赋予“文化”科学意义的人,泰勒的定义明确了文化的范畴,为此后的研究描绘了轮廓。沿着这种宽泛的文化定义思路,英国文化人类学家马林诺夫斯基(Bronislaw K. Malinowski, 1884—1942)提出,^②文化的要素,既包括“一套工具”,如器物、房屋、船只、武器等物质文化方面,“一套风俗”,如宗教、法律、伦理、语言等精神文化方面;也包括物质工具和人类习惯的结合物,即社会组织。这种宽泛的文化定义在西方一度影响甚广,我国学术界亦受其影响。例如,文化学家梁漱溟认为,文化就是“吾人生活所依靠之一切”。当代著名学者庞朴也曾主张,文化是一个立体的系统,包括三层结构:一是外层,即物质层;二是里层,即心理层,包括价值理念、思维方式、表达方式、信仰等;三是中间层,即心物结合层,如教育制度、政治组织、法律制度等。^③目前,这种由器物文化、观念文化、制度文化三层结构构成的文化结构理论,在我国学术界仍有广泛的影响。

第二种观点认为,文化即生活,是某个人类群体的一整套生活式样。20世纪中期,曾任美国人类学协会主席的美国文化人类学家克鲁克洪(Clyde Kluckhohn, 1905—1960)指出,“美国人类学家所用的‘文化’一词,当然是一个术语,绝不能与普通语言以及历史和文学上比较有限的概念相混淆。……所谓‘一种文化’,它指的是某个人类群体独特的生活方式,他们整套的‘生存式样’”。关于文化的存在形态,他认为,“文化存在于思想、情感和起反应的各种业已模式化了的方式当中,通过各种符号可以获得并传播它,另外,文化构成了人类群体各有特色

① [英] 泰勒:《文化之定义》,顾晓鸣译,载《多维视野中的文化理论》,浙江人民出版社1987年版,第98页。值得注意的是,泰勒在 *Primitive Culture* 一书中追溯 Culture 的渊源时,直接援引了德国学者克莱姆(G. F. Klemm)的《人类文化史通论》中的观点,将 Culture 与 Civilization 在相同的意义上使用。

② [英] 马林诺夫斯基:《文化论》,费孝通等译,中国民间文艺出版社1987年版,第14页。

③ 庞朴:《文化结构与近代中国》,载庞朴:《东西文化与中国现代化讲演集》,浙江人民出版社1986年(临)第17号,第9—11页。

的成就，这些成就包括他们制造物的各种具体形式；文化基本核心由两部分构成，一是传统（即从历史上得到并选择）的思想，二是与它们有关的价值”。^①我国也有持类似观点的学者，例如，1926年胡适先生撰文指出，“文化（Culture）是一种文明所形成的生活的方式”。^②从克鲁克洪的学说来看，传统思想和价值观念是文化的核心含义，而不包括器物。

第三种观点认为，文化是进化的产物，体现为文化传统。1859年英国科学家达尔文发表了《物种起源》一书，提出了生物进化论。受其影响，以泰勒为代表的一批人类学家创立了文化进化论。泰勒除了第一次阐明“文化”的科学意义之外，还提出：人类文化是从低级阶段向高级阶段进化的，并将人类文化进化分为三个阶段，分别是蒙昧阶段、野蛮阶段和文明阶段。^③美国人类学奠基人、古典进化论学派的主要代表人物摩尔根（Lewis Henry Morgan, 1818—1881）在其著作《古代社会》中进一步提出，全世界所有民族在文化进化上都经历了低级蒙昧社会、中级蒙昧社会、高级蒙昧社会、低级野蛮社会、中级野蛮社会、高级野蛮社会、文明社会的进化过程。^④早期的文化进化思想遭到了激烈的批评，因为这一思想认为，欧洲文化或白人社会代表着人类社会进化迄今为止所达到的最高阶段，这种白人种族主义和欧洲文明中心论的观点对其他民族文化充满了歧视。

本书无意对林林总总的文化定义一一考证，也无意创立一个新的定义。这样的任务，即使文化巨匠有时也会感到力有不逮，钱钟书先生曾言：“你不问我文化是什么的时候，我还知道文化是什么；你问我什么是文化，我反而不知道文化是什么了”^⑤。但为了分析法律文化和诉讼文

① [美] 克鲁克洪等：《文化与个人》，高佳等译，浙江人民出版社1986年版，第4页、第5页注③、第6页。

② 胡适：“我们对于西洋近代文明的态度”，载《胡适文存·三》，黄山书社1996年版，第1页。

③ [英] 泰勒：《原始文化》，连树声译，上海文艺出版社1992年版，第15页。

④ [美] 摩尔根：《古代社会》，杨东莼等译，商务印书馆1977年版，第15—16页。

⑤ 庞朴：《文化结构与近代中国》，载庞朴：《东西文化与中国现代化讲演集》，浙江人民出版社1986年版，第8页。

化的需要，有必要在此表明我们的文化观，以免产生歧义。

第一，文化不宜包罗万象。早期的人类学家所下的定义，无论是“复合整体”，还是“生活式样”，都习惯于将器物文化、观念文化和制度文化均包含在内，使得“文化”成了一个包罗万象的概念。20世纪50年代以后，陆续有学者对这种宽泛的定义提出批评，认为不具有理论分析的可操作性，进而主张将文化概念“缩小到一种狭义的、专业化的和……理论上更为有力的文化概念”。^①美国学者亨廷顿更是直言不讳，“文化若是无所不包，就什么也说明不了。因此，我们是从纯主观的角度界定文化的含义，指一个社会中的价值观、态度、信念、取向以及人们普遍持有的见解”^②。我们认为，这种理解把握住了文化的本质^③，也是在研究法律文化和诉讼文化时应当贯彻的基本观点。申言之，应当将物质文化、制度文化从文化概念中排除出去，而仅仅从观念或精神层面来把握文化的含义。

第二，文化不等同于文明。在人类学者早期的论述中，文化（Culture）与文明（Civilization）两个词是混用的。到了19世纪，德国思想家倾向于将二者区别对待，文明包括技巧、技术和物质的因素；文化包括价值观、理想和一个社会更高级的思想艺术性、道德性，这一区分在德国思想中延续至今。^④但是，在德国以外的西方世界，这种区分并不被广泛接受。美国学者亨廷顿在讨论了众多观点后，明确指出，“想要用德国的方式把文化分离于其基础——文明，是虚妄的”；“文明和文化都涉及一个民族全面的生活方式，文明是放大的文化”。^⑤对此，我们倾向于认为，虽然二者都形成于人类的群体生活，但文明侧重于物质方面，文化侧重于精神方面；文明则是一个不可分割的整体概念（如中华

① [美] 克利福德·格尔茨：《文化的解释》，译林出版社1999年版，第4页。

② [美] 亨廷顿等：《文化的重要作用》，新华出版社2002年版，前言第3页。

③ 从本质上说，文化是一种观念。申言之，文化影响并塑造人的行为，但文化本身并不是人们的行为；文化外化为某种秩序，但文化本身并不就构成某种秩序；文化对象化、物化成为各种人造器物或者社会组织，并不意味着文化本身就是器物或者社会组织——前者与后者的关系，正如“本体”与“影子”的关系，也体现了人类意识对自然界和社会的反作用。

④ 刘汉俊：“文化的本色与力量”，载《红旗文稿》2012年第13期，第22页。

⑤ [美] 亨廷顿：《文明的冲突与世界秩序的重建》，新华出版社2010年版，第20页。

文明、西方文明、伊斯兰文明),文化则是一个可以拆分的总体概念(如中国文化、中国法律文化、中国饮食文化);文明与野蛮相对,强调的是—个社会的智力总体的进步特性,文化具有多样性,是对—个人类群体智力成果的中性描述。对法律文化的研究,不可过多的掺杂文明的观点,不宜将重点放在法律器物上,而应放在器物所承载的法律文化思想层面。

第三,文化不等同于传统。人们经常使用“传统文化”或“文化传统”的表述,并将其与“外来文化”相对,从而突出文化的历史或民族因素。但是,必须注意以下两点:(1)传统是指从历史上传承下来的社会态度、信仰、习俗、制度等,但不能简单地将“传统”等同于“历史”或“过去的做法”,那些仅仅属于过去而未能传承下来的思想观念,并不能称为传统。(2)不能将“传统”等同于“文化”。“传统偏重于文化中的心理状态,即那些定势化、潜意识或无意识的因素;文化的内涵更丰富,除了心理状态和行为模式的因素外,还包括认识和价值等更重要的因素。”^①在进行法律文化的研究时,将“文化”与“传统”“过去的做法”作—定的区分,有利于营造兼容并包的文化氛围,这对于当代中国法治建设事业的健康发展来说至关重要。

界定文化的内涵,并不是学术研究的终极目的。关键是,我们研究文化的目的是什么?我们认为,文化主要还是一种社会科学的阐释方法。“对于文化的分析不是一种寻求规律的实验科学,而是一种探求意义的解释科学。”^②也就是说,文化与其说是一种研究对象,不如说是一种研究方法。与那些定义明确、界限分明的学科或研究方法相比,文化分析法的研究视野、材料、取向都有极大的开放性与包容力。钱穆先生曾说,“我认为今天以后,研究学问,都应该拿文化的眼光来研究。每种学问都是文化中的一部分”。^③用文化的观点和方法看待和研究法律问题,将成为法学研究发展的—个重要趋势。

① 张文显:“法律文化的释义”,载《法学研究》1992年第5期,第12页。

② [美]克利福德格尔茨:《文化的解释》,韩莉译,译林出版社1999年版,第5页。

③ 钱穆:《从中国历史来看中国民族性及其中国文化》,台湾中文大学出版社1979年版,第100页。

二、法律文化理论的兴起

(一) 理论背景

人类学家对文化的学术讨论始于 19 世纪六七十年代,迄今已有约 150 年的历史。法学领域的法律文化理论,则是自 20 世纪 60 年代在欧美社会和苏联同时兴起的;而中国大陆地区,则是在 20 世纪 80 年代以后才开始关注这一理论的。

美国是西方法律文化理论研究的先驱和重镇,斯坦福大学法学院教授弗里德曼(Lawrence M. Friedman)是法律文化理论的开拓者。1969 年,弗里德曼首倡“法律文化”理论,认为法律文化是指“与法律体系密切关联的价值与态度,这种价值与态度决定法律体系在整个社会文化中的地位”^①,并阐释了法律文化在社会发展中的作用。此后,其他学者也陆续加入进来,具有代表性的有 1976 年哈佛大学法学院教授埃尔曼(Henry W. Ehrmann)所著的《比较法律文化》、1980 年匹兹堡大学法学院教授 L. S. 温伯格和 J. W. 温伯格合著的《法律与社会》等。20 世纪 90 年代以后,受美国法律文化理论的影响,欧洲学者对法律文化的研究也呈现一片繁荣景象。进入 21 世纪后,欧美社会对法律文化理论的研究进入了理性沉淀阶段,英国伦敦大学玛丽女王学院的考特瑞尔(Roger Cotterrell)的专著《法律、文化与社会》,对欧洲大陆的法律文化进行了系统的比较研究,是这一时期最具代表性的研究成果之一。

同一时期,苏联学者也开始关注法律文化问题,只不过带有浓厚的意识形态色彩。1962 年苏联学者 E. A. 罗卡斯西娃发表了《共产主义建设时期的法律意识与法律文化》,其中特别区分了“法律文化”与“法律意识”两个概念,认为每个人、每个阶层都有自己的法律意识,即关于法、合法、公正的看法,但不一定有法律文化;法律文化是法律意识的高级阶段,即在接受法律教育之后,除去自发形成部分的高级形式的

^① Lawrence M. Friedman, Legal Culture and Social Development, Law and Society Review, Vol. 4, No. 1. (Aug., 1969), p. 34.

法律意识。^①此后,1968年O.S. 克拉萨奇科夫的《社会主义法律文化的基本特征及其意义》、1970年V. 切克伐兹的《现阶段的法律与法律文化》、1987年A.P 西米特科的《社会主义社会的法律文化:实质·定义》等,围绕苏联社会主义法律文化的含义、特征、性质等问题进行了系统的阐述。值得注意的是,虽然新中国成立后一度以苏联为师,但在20世纪80年代以前鲜见引入或介绍苏联法律文化理论的著述;即便在80年代以后,我国学术界受苏联社会主义法律文化理论的影响也比较小。

自20世纪80年代中期开始,我国大陆地区学者开始关注法律文化理论。1985年年初,潘汉典教授翻译发表了美国学者的《论美国的法律文化》一文,这是“法律文化”作为学术概念第一次出现在中国大陆地区学者的研究视线中。^②孙国华教授在1985年4月撰写的《法学基础理论讲义》中第一次对法律文化作了专题解释,他认为,“法律文化属于社会精神文明,……有很大的实际应用价值”。^③此后,梁治平、刘作翔、张文显、武树臣等法理学者和法史学者开始围绕法律文化理论开展系统的研究,取得了丰硕的成果。总体来看,近三十年来我国有关法律文化的理论研究呈现如下特点:(1)发表的论文数量总量大,自20世纪80年代中期以来已发表数千篇,^④从论文发表的时间曲线来看(参见图1—1),1985—1999年属于研究的起步阶段,2000—2006年属于快速发展阶段,2007—2013年属于繁荣期,2014—2016年趋于理性沉淀期。(2)在研究的核心问题上,除了早期对国外法律文化理论的评介外,法理学界已逐步勾画了法律文化理论的框架,包括法律文化的概念、特征、类型,法律文化的释义,法律文化的结构、层次、要素,法律文化的功能,法

① 参见范思深:“苏联的法律文化观点”,郭宝平译,载《中外法学》1989年第2期,第63页。

② [美] L.S. 温伯格、J.W. 温伯格:“论美国的法律文化”,潘汉典译,载《环球法律评论》1985年第1期。

③ 孙国华:《法学基础理论讲义》,转引自刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第58页。

④ 根据中国知网统计,截至2017年1月20日,按篇名搜索“法律文化”,共有2466篇;按关键词搜索“法律文化”,共有1364篇;按主题搜索“法律文化”,共有9790篇。

律文化的价值体系,法律文化的冲突,法律文化的现代化等。但是,法史学者似乎不关心法律文化的概念和原理,而是埋头于中国法律思想史和制度史的文化解读之中。(3)从学术争鸣的角度看,围绕把法律文化看作是一种“研究对象”,还是一种“应用文化解释来研究法律的方法”,展开了一系列深度的争鸣,是近年来最具争议性的话题。

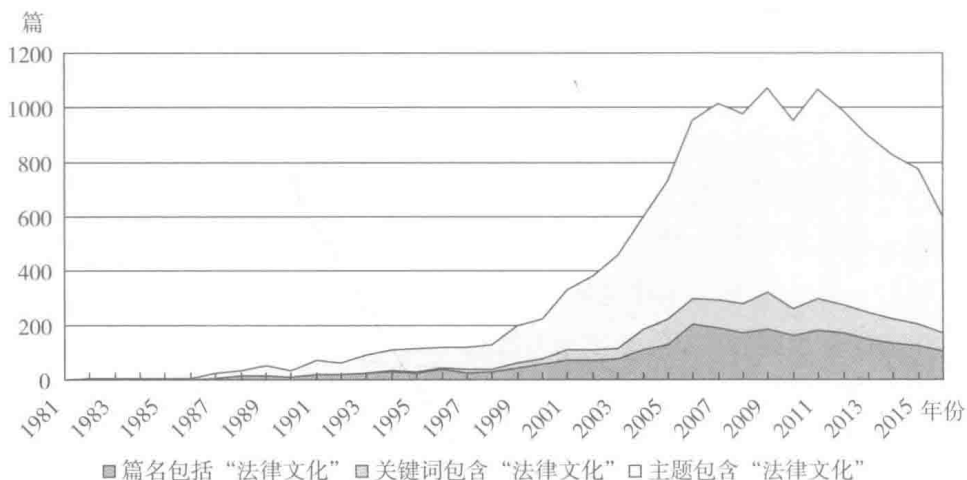


图 1—1 我国学术界围绕“法律文化”发表论文数量曲线图

从法律社会学的角度分析,我国法律文化理论兴起的原因和背景因素主要有三个:一是国际学术交流中外国“法律文化”理论的发展引起了我国学者的兴趣;二是“文化学”“历史学”的研究方法对法学理论研究方法的调整起了催化作用;三是对新中国法律实践中的历史和现实经验教训进行反思和总结的产物。^①有理由认为,法律文化理论经过学术争鸣和思想沉淀之后,将在未来中国法学走向世界的进程中扮演重要角色。

(二) 概念界说

关于法律文化,不同学科的学者从多种研究视角进行了迥然不同的概念界定,下面择要选取四类最具代表性的分析路径,通过对比分析,以求正本清源。

^① 参见刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆1999年版,第57页。