

第一章 导论 东亚法与东亚法治

一、东亚法起源

(一)东亚·东亚社会结构

在具体研究东亚法的产生与发展过程之前,我们首先有必要从法律模式或法治模式角度确定东亚的概念与范围。近年来,国内外学者们从政治、经济、文化、地理、哲学等不同角度分析了现代东亚社会的形成过程与在当代社会中的基本特征。研究角度与方法的不同,自然呈现出东亚概念的表述与范围确定形式上的多样性。当人们谈到‘工业东亚’(或亚洲五龙)时,东亚包括日本、韩国、台湾、香港、新加坡等国家和地区。当人们提到东亚地区时一般包括日本、中国、四小龙、东盟。有的学者认为,东亚地区包括东亚、东南亚、南亚地

区。^①也有学者将东亚分为广义和狭义两种,狭义的东亚指中国大陆、日本列岛、台湾,广义的东亚指在上述范围基础上加上东南亚。^②从历史与文化发展的轨迹看,确定东亚范围时采取广义的东亚概念是比较适宜的。首先,这种分类符合地理学意义上的东亚概念。东亚一般指亚洲东部大陆和岛屿,包括中国、日本、朝鲜半岛、东南亚的东盟各国等。其次,这种分类也符合东亚各国的文化与历史发展的传统,即东亚地区自古以来是以汉字文化、儒家文化为其主体文化(至少在文化发展的初期)的国家或地区。共同的文化发展背景与文化的多层次的交流为东亚地区各国人民的休养生息提供了浓厚的文化气息,共同的文化传统渗透到社会生活的不同领域。在现代社会中,人们谈论的东亚已不再是传统意义上的概念,时代的变迁与进步赋予东亚概念极其丰富的内容。比如,传统意义上的东亚通常包括中国、日本、朝鲜半岛,其中以中国文化或制度模式作为共同文化背景与主体性的标志。过去学者们研究古代东亚法时主要是以中国古代的法思想为对象,东亚法思想的研究仅限于或基本限于中国古代法思想的探讨。这在传统的东亚社会体制与文化背景下是不可避免的现象,实际上反映了东亚社会发展当时的历史条件。随着历史与社会的变迁,东亚的概念及其所包含的内涵也有所变化,除地政学意义外,作为文化共同体的区域性意义显得更为突出,东亚已成为综合性的概念体系。

经过曲折而多样化的历史变迁,东亚社会已形成了既不同于西方社会,又不同于东方其他国家的独特的社会结构。东亚发展模式曾经风靡一时,成为国际学术界研究的热门话题,东亚已形成具有特色的社会发展模式。东亚发展模式是东亚社会结构与历史发展特殊轨迹所决定的,也是亚洲乃至整个东方社会寻求现代

① 罗荣渠:《现代化新论》,北京大学出版社 1993 年版,第 179 页

李晓:《东亚奇迹与强政府》,经济科学出版社 1996 年版,第 4 页

化的历史进程的重要组成部分。那么,什么是东亚社会结构的基本特征呢?

美国学者小 R·霍夫亨兹、K·E·柯德尔在《东亚之锋》一书中认为,今天东亚之所以具有对于我们的优势,是因为它们的组织和思想都与我们不同:一是尽管语言不同,但东亚人具有共同的生理特征;二是具有共同的文化,东亚所有的文字都以借用中国古典文学为基础;三是具有共同的传统,即基于农业的家庭、中央集权体制中等级排列的组织。^①同时,他们还认为东亚社会植根于朴素的₂家庭基础之中,古代东亚人要求政府关心人民的共同福利。传统的东亚政府是人治的政府,而不是法治的政府。^②

在研究东亚社会结构时,也有学者将东亚社会的变革置于近代以来世界变革的总体进程之中,从变革的总体进程中揭示东亚社会的历史与文化特点。罗荣渠教授把东亚社会转变过程分解为自身衰败化、边缘化与半边缘化、革命化、现代化四个过程,并把东亚各国大体上分为三种不同的基本演进类型:一是日本型,二是韩国型,三是中国型。^③他认为,东亚的变革具有边缘型现代化的新特征。^④这种特征的分析是基于东亚同西方传统社会结构的相互比较,及其比较中得出的不同的历史事实与人文环境。东亚社会具有统一性与多样性相统一的社会结构,除传统文化的共同基础外,在治国原理、方式及其东亚人所推崇的政治哲学及其社会组织

① 小 R·霍夫亨兹、K·E·柯德尔:《东亚之锋》黎鸣译,江苏人民出版社 1995 年版,第 54—56 页。

② 小 R·霍夫亨兹、K·E·柯德尔:《东亚之锋》黎鸣译,江苏人民出版社 1995 年版,第 54—56 页。

③ 罗荣渠主编:《东亚现代化:新模式与新经验》,北京大学出版社 1997 年版,第 5 页。

④ 罗荣渠主编:《东亚现代化:新模式与新经验》,北京大学出版社 1997 年版,第 5 页。

结构等方面都呈现出不同于西方传统社会结构的某些特征。儒家文化的广泛影响、历史发展中自然形成的权威意识、民众共同精神纽带的形成、强调社会发展中人文背景与人文因素等构成东亚社会发展过程中形成的共同特征。分析东亚社会结构及其特征应挖掘东亚社会自身的知识资源与本土文化,切忌简单地以西方社会的认识工具与思维模式作为评价标准与依据。日本学者中村哲认为,现在有必要依据现代东亚的变化来重新探讨东亚近代史的框架……有必要建立新的东亚的近现代史结构。这对从历史上把握现代世界是非常必要的。^①

对东亚社会结构的分析中我们还可以进一步概括反映东亚社会内部基于共同特征而形成的模式,即东亚模式。东亚模式是一种综合性的概念,其中包含着政治、经济、现代化的整套发展措施和体制结构,其显著特征是强有力的政府具有强烈的经济建设意识和强大的导向作用。^②也有学者认为,东亚模式本质上是一种文化模式,即认为东亚工业化地区成功的根本原因是因为它们共同的儒家文化背景。^③还有一种观点认为,东亚模式的本质内涵在于,在共同或相近的历史传统或文化背景下,形成了致力于经济发展的“强政府”。^④也有学者认为,从一定意义上看,东亚模式亦可称之为一种文化模式,其中蕴含着在道德伦理和人际群体关系上的亚洲式价值观念体系,它崇尚自立、自强,认为亚洲是亚洲人的亚洲,没有必要从属或依附西方,重视教育,重视家庭。^⑤上述

①中村哲:《近代东亚经济的发展和世界市场》,商务印书馆 1994 年版,第 131 页。

②王逸舟:“东亚模式·东欧模式·中国道路”,《天津社会科学》,1993 年第 1 期

③侯家驹:“儒家思想与经济发展及其对台湾经济的贡献”朱家桢等主编:《东亚经济社会思想与现代化》,山西经济出版社 1994 年版,第 440 页。

④李晓:《东亚奇迹与“强政府”》,经济科学出版社 1996 年版,第 14 页

⑤马杰:“文化底蕴与金融危机”,1998 年 2 月 28 日《金融时报》

有关对东亚模式的看法从不同的角度揭示了东亚社会模式所表现的基本特征与结构,在不同程度上概括了世界现代化发展进程中东亚模式所具有的理论与实践意义,具有一定的学术价值和理论的合理性。

但是,当我们把统一性与多样性相结合的东亚作为社会结构的整体性概念时,特别是将东亚作为东方社会结构的组成部分综合考虑的时候,我们对东亚模式的理解和具体研究方法上的某些观点可能得出新的结论。例如,东亚发展模式中文要素是一个十分重要特征,可以将文化特征作为分析东亚模式的基本认识工具与出发点,但不宜仅仅以文化模式的范畴作为东亚模式总体框架的基础,因为文化只是东亚社会结构中各种要素相互作用的表现之一。又如,东亚的经济发展中政府发挥的作用是比较突出的,政府的确扮演了重要的角色,强大的政府、高质量的政府效能从客观上推动了东亚社会的发展。因此,人们自然把政府功能、政府权威等因素视为东亚模式的内在要素,并以这一要素为基础归纳东亚模式的特征。但这里容易忽略这样一个基本事实,即政府效能并不能代表东亚社会结构的整体性,或者它只是行政权作用的体现,不能客观地表述国家权力整体的效能,更没有直接涉及社会——国家——个人之间的利益关系。至于把东亚模式的特点简单地概括为权威主义政治的提法是不符合东亚社会发展的实际情况的。东亚社会在发展过程中的确采用过权威主义的体制,即在历史发展的特定阶段以权威主义体制为主要手段推动整个社会的变革,故可以说东亚社会发展模式具有一定程度的权威主义色彩,但权威主义只是历史发展过程中的过渡性制度与理论,不能成为现代东亚模式的结构特点。

在分析东亚模式时首先需要把东亚作为一个整体来考虑,不能以东亚模式中存在的某些因素取代东亚社会总体结构。为了把统一性与多样性相结合的东亚模式描述得更为全面与具体,可以

将东亚社会的具体领域的特点作为分析基础，综合地表述东亚社会总体模式的特点。在经济发展方面，可以概括东亚经济发展模式的特点，在政治发展方面，可以概括东亚政治发展模式的特点，在文化发展方面可以概括东亚文化发展模式的特点，在法律发展方面可以概括东亚法律发展模式的特点等在政治、经济、文化与法律等具体制度的发展中形成的特点构成了东亚发展模式的总体内容。因为东亚模式的概念本身涵盖着东亚发展的不同领域与不同侧面，是一种综合性的概念。所谓东亚模式是指东亚人依其主体性意志在东亚政治、经济、文化与法律等领域所创造的一种独特的发展体制与运作过程。本书中我们探讨的东亚发展模式主要是探讨东亚社会发展中法律的功能及其运作过程，即东亚的法治模式或者法治的东亚模式。东亚发展模式法治发展是不可缺少的重要组成部分，可以综合性地表述东亚社会规范化体制与法的价值。从现代社会法治的价值构造看，法治标志着一个社会文明程度与进步，是衡量社会发展与变革的重要标尺。从某种意义上说，法治中包含着人类文明与发展的各种正当需求与现实状况，社会结构中其他相关因素可以透过法治这一高度概括的规范体系表现其价值取向。因此，现代社会中法治不仅仅是法律文明的体现，它同时反映着整个社会文明发展的成果。以法治作为切入点，探讨东亚社会发展模式是一种合理的研究思路与研究方法。讲东亚模式时不讲法治因素，或者不把法治作为东亚社会结构自身的内容加以考察的话，有可能失去整体上理解东亚社会的认识工具与理论框架。如果说，过去的东亚模式的研究存在认识方法上的缺陷的话，我认为主要是对东亚模式的法治要素没有给予应有的重视，没有从理论上挖掘东亚社会结构中存在的法治的实体与程序价值。

（二）东亚法起源

研究东亚法治首先要从法的起源说起，需要从宏观上考察法

及其制度在东亚社会中是如何形成的,东亚社会中法到底具有什么样的意义,东亚法的结构是如何构成的等一系列问题。这里暂且不论东亚社会结构及其运作过程本身是否具备实现法治的主客观条件问题,或者可先忽略法与法治价值的内在联系性。东亚社会的发展为什么需要法,法在东亚社会发展中起到何种作用,如何判断东亚法的社会价值?要回答这些问题,首先要分析法的起源及其法在东亚社会中的意义。^①

传统东亚社会中的法的意义可先从语句意义上加以考察。东亚社会中最初采用的法的语句是古汉语中的“灋”;汉语中的法的古体是灋。据《说文解字》的考证:“灋,刑也,平之如水,从水 𠂔,所以触不直者去之,从廌去。”^②从这一解释中可以看出,在古代,法和刑是通用的,法除与刑通用外,还具有公平、正直的象征性意义。东亚法学者在论述东亚法起源时通常以中国古代法的语义来解释法的意义与特征。可以说,语句意义上的法的意义广泛影响了传统东亚社会中法的解释与运用。韩国法史学者朴秉濠在《韩国传统社会与法》一书中认为,东亚社会中广泛使用的法的概念直接源于古代中国的灋字,除指刑罚意义外,还有公平、正义、限制、道理、天下之道等广泛的内容。^③这种解释同样适用于传统的日本社会。金勇义先生认为,为了满足更多地了解东亚文化这种一目了然的需要,为了理解如此广大而复杂的地区,所采用的最好方

① 法的意义不能代替法治,法治价值高于法或法律本身的价值。但法治的形成与运作过程不能脱离法本身存在的现实。没有法的存在则不可能有法治状态,因为它失去了法治存在的前提。梅因在《古代法》一书中认为,如果我们能通过任何方法,断定法律概念的早期形式,这将对我们有无限的价值,这些基本观念对于法学家,真像原始地壳对于地质学家一样的可贵。这些观念中,可能含有法律在后来表现其自己的一切形式。参见梅因:《古代法》,商务印书馆 1984 年版,第 2 页。

② 《说文解字》,中华书局 1963 年影印本,第 202 页

③ 朴秉濠:《韩国传统社会与法》,汉城 汉城大学出版社 1990 年版,第 4 页

式莫过于通过东亚的法律来接近它。因为中国传统的法律不仅仅是检测中国文化,也是检测整个东亚文明的试金石。^① 中国古代法律文化中法的词源的解释可通用于东亚其他国家和地区。

由于各个民族历史和文化背景的不同,法的起源与具体产生过程不尽相同。有的学者认为,中国古代法主要直接形成于部族之间的征战,而西方古代法(古希腊法、古罗马法)则是氏族内部及平民与贵族之间矛盾斗争的直接产物。^② 中国古代法形成的历史特点在其他东亚国家法的起源中也有不同程度的体现。在古代东亚法思想中曾出现过法起源于神、天或上帝意志的理论。如神天说认为,法是一种自然的力量,即神或天创造。圣人说认为,法的起源与阶级、国家的诞生无关,只是因为某位圣人出于某种需要而创制的,法的起源归功于圣人。^③ 在中国古代思想流派中,人们称之为法的确切地说乃是自然秩序的概念,法的渊源存于天道和人的事件的起因之中。^④ 自然秩序的概念又可以用道来表述,如人法地,地法天,天法道,道法自然。总之,在古代东方,尤其是东亚社会中人们把法理解为“作为神的意志或统治者的言辞,统治者就是法”,贤君乃是法的化身,法源于天或神(神的化身又是贤君)的意志。

(三)东亚法的概念

东亚法是多样化的概念,其法的价值体系已成为世界法律体系的不可缺少的一部分。东亚法概括了历史发展与现实运作中东亚各国(地区)法律思想、原理与制度的一般特征,是一种独立的法律思想体系与法律制度体系。东亚法概念至少包含如下要素:一

① 金勇义:《中国与西方的法律观念》,陈国平等译,辽宁人民出版社 1989 年版第 4 页。

② 张中秋:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社 1991 年版,第 1 页。

③ 立民:《古代东方法研究》(上),博士学位论文,第 11 页。

④ 金勇义:《中国与西方的法律观念》,第 6 页。

是东亚法是东亚社会中存在的法,既包括历史和现实的法,同时包含大量的习惯法;二是东亚法概念反映了法的共同体意识;三是东亚法是东亚社会历史背景和法律价值的体现,是调整东亚社会生活的规范体系。

东亚法作为一个独立的法律价值体系,其形成是伴随着法系理论与比较法学的发展。在西方法影响占主导地位的传统法律世界中我们难以找出亚洲法、东亚法等非西方法的存在模式。但是,人们不可忽视的客观事实是,文化多元化的趋势不可避免地冲击传统世界法律体系的不合理性与封闭性,必然要求在传统法律体系中注入非西方法律体系的新的内容与原理。西方学者们在谈论法系时也不得不逐步关注亚洲法、非洲法等昔日人们往往忽略的新兴的法律体系。

早在 1900 年比较法国际大会上,埃斯曼教授试图依人种与宗教标准将世界法系分为拉丁法系、日耳曼法系、英美法系、斯拉夫法系、伊斯兰法系。德国哈尔教授进一步以人种为标准将法系分为印度法、欧洲人法、蒙古人种法等,并把蒙古人种法又分为中国法与日本法。以历史传统为标准,有的学者将法系分为罗马法族、英国法族、伊斯兰法族,并把罗马法族进一步分为拉丁法、日耳曼法及东西近代文明法等。其中,近代东亚文明法反映了东亚社会的传统文化因素,此后学者们在不同历史发展时期进行的有关法系的划分都在不同程度上涉及亚洲法、东亚法等具体内容。随着法系的划分标准与内容日益成熟与合理化,东亚法逐渐发展为一种相对独立的法律体系。瑞士比较法学家阿道夫·休尼彻(Adolf F. Schnitzler)采用了民族性、语言、政治、经济、宗教等综合因素划分其法系,其法系划分中包含非洲·亚洲法(Afro-asiatische Rechte)。法国学者达维德(Rene David)在《当代主要法律体系》一书中基于哲学的基础与正义的观念,专门探讨了属于非西方法律体系的伊斯兰法、印度法、中国法等,初步提出了非西方国家法律体

系的理论。达维德认为,当代世界除了三个主要法系之外,还有亚洲、非洲一些次要的法系或法律,如穆斯林国家、印度、远东和非洲地区的法律。他还把亚非国家的法律分为两类:一类是穆斯林和印度教地区的,它们强调非法律的宗教规范的作用;另一种是远东(主要是中、日两国)和大部分非洲国家;人们拒绝法律观念本身,社会关系是受法律外手段所支配的。^① 上述研究根据法律文化的发展与法律制度国际化的趋势,将法律的研究范围扩大到广大非西方国家,对于推进法律多元化的历史进程无疑是一种进步。

当然,完整意义的东亚法概念与如上所述的法系的划分并不具有同一层次的意义。按照一定标准被划为一个法系的国家在法的精神与概念的表述上不尽相同,甚至有可能体现不同的法律观念。这一点是值得我们注意的。但从不同法律文化与制度进行比较的客观要求看,我们迄今还没有找到比法系的概念与划分更具科学性与合理性的理论工具。从目前比较法学与比较法律文化发展的趋势看,借用法系的概念说明具有同一文化基础的法律体系或法族是有一定合理性的。我们所说的东亚法正是在这种意义上使用的。伴随着亚洲的觉醒和发展,古老的世界法律体系中亚洲法以其特有的法律与文化体系影响世界法律的发展进程,同时在其内部体系中又不断演化出东亚法、西亚法、东南亚法、南亚法等新的分类体系。谢尼茨尔在《比较法学》一书中划分法系时特别强调种族和语言以及传统文化的综合因素,专门论述了独立的法系——亚洲与非洲法。特别是 20 世纪 60 年代美国兴起的“法与发展运动”(Law and Development),进一步推动了整个亚洲法的发展,亚洲法作为一个总体概念得到学界的重视。亚洲法尤其是东亚法概念的出现,对于世界比较法学的发展,对于挖掘多元化的法

^① David & Brierley, "Major legal System in the World Today" (1985) p. 26, 转引自沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社 1998 年版,第 66—67 页

律文化的价值,最后形成尊重不同民族法律制度的传统产生了重要影响。从某种意义上说,东亚法概念是东亚模式的法律表述,构成东亚社会现代化的法文化基础。

二、东亚法形成与东亚法文化

(一)东亚法形成

东亚法的形成是东亚社会发展的必然结果,东亚法是东亚人在长期的社会实践中寻找并创造性地发展的社会规范体系。东亚法的形成与发展是东亚文明的重要标志。正是依靠东亚法的历史和社会功能以及东亚法的独特的文化影响力,东亚社会才有可能从传统社会走向现代社会,进而发展为令人瞩目的、最具活力的经济发展地区。

从理论上讲,东亚法形成过程中东亚社会传统的生产方式,即亚细亚生产方式提供了经济方面的条件。特定的生产方式是东亚社会发展的重要因素,法律制度的形成自然反映了生产方式的这一要求。^① 由于东亚的古代社会以农业自给自足的自然经济为基础,以家族为本位,以血缘关系为纽带的宗法等级制度和思想体系占据统治地位,^② 所以,传统经济体制的共同历史经验与经济发展进程中的共同背景在客观上形成了法律体制结构上的相似性。

东亚法的形成与发展中东亚社会的传统文化产生了重要影响。无论是中国、日本、韩国还是新加坡,文化的共同体意识客观上形成了东亚作为一个整体发展共同法律体系的基础。有的学者认为,包括儒学在内的东亚传统文化是东亚文化发展大道上必不

^① 详见韩大元著:《亚洲立宪主义研究》,中国人民公安大学出版社 1996 年版,第 31—32 页。

^② 张立文主编:《传统文化与东亚社会》,中国人民大学出版社 1997 年版,第 47 页。

可少的层层阶梯和环节，它的一切积极成果是推动社会走向现代化的历史根据和动力。^① 东亚传统文化是东亚人在长期的历史发展中积累下来的宝贵经验的体现，反映了东亚人特定的生活方式。在东亚文化与西方文化的冲突与矛盾中，东亚社会各民族理智、客观地比较了不同文化之间的价值，既要吸收西方文化中符合本国国情的因素，又要保留能够促进社会发展的传统文化因素，因而成功地协调了东西文化之间的价值。有关东亚法与东亚传统文化的关系我们将在论述东亚法文化时作进一步的分析。

由于东亚法赖以生长的历史与文化环境不同，东亚法体系的形成过程因国而异。如在日本、韩国、新加坡等国，近代法制的形成过程就是移植与借鉴西方法律制度的‘引进’与‘加工’的过程。移植西方文化是东亚法形成的重要的外部因素。当然，西方文化对东亚法形成的影响并不是通过直接的途径，而是经历了文化价值的比较与选择的复杂的过程。具体移植过程的特点将在分析日本、韩国、新加坡法治模式时作具体的论述。因为，分析东亚国家法治模式时，除了进行总体模式的描述外，还有必要结合具体国家法治形成过程进行实证的分析。东亚国家基本属于儒家文化圈，儒家思想文化对于东亚国家合理地选择法治发展模式与调整其方向产生了重要的文化影响。有的学者甚至认为，分析儒家文化是揭开东亚法现代化奥秘的一把钥匙。就其法产生的道德与伦理基础而言，东亚法是在国家与个人价值没有合理分化的条件下，法的理念缺乏具体化、抽象化的范畴的法文化背景下形成的，故东亚社会中的法还不能达到脱离伦理要求的完整的自由的规范体系。

（二）东亚法文化

对东亚法治、法律制度的比较研究必然涉及到存在于法律制

^①张立文主编：《传统文化与东亚社会》，中国人民大学出版社 1997 年版，第 47

度背后的法文化价值。东亚社会所表现的统一性与多样性的社会结构,在法文化的层次上表现其独特性。在东亚社会,法不仅仅是一种规范的创制与运用,而且是一种蕴含于特定文化背景,表现文化价值的文化现象。法首先是一种文化现象,这一命题是当代比较法学界普遍公认的观点。因此,谈论东亚法概念、东亚法治结构时,我们自然离不开东亚法文化现象的理论分析。

法文化是一个多样化的概念,它反映着特定文化背景下人们对法的价值的认识与情感,特别是反映一个民族传统文化中孕育的法的特定价值。东亚法文化是东亚法治得以运行的重要的文化基础。在战后西方国家法学家中之所以兴起研究法律文化的学术热潮,其重要原因之一是这些学者们在东方法律制度的研究中发现,探讨东方法律文化乃是寻求东方法律制度与基本精神的基本途径。如果只停留于法律制度表面层次而忽视其文化价值的话难以得到有关东方法律的完整的知识体系,即‘要真正理解东方国家的法律制度,必须同时研究东方的传统法律文化,即光有法律的比较是不够的,还必须同时进行法律文化的比较。’^①

在西方,美国学者埃尔曼(H·W·Ehrmann)的《比较法律文化》一书可视为研究东方法律文化的具有代表性的著作。作者在其著作中认为,法律文化是一整套的价值观念,它涉及法律的性质,法律在社会中的地位,法律制度的组织及应用,法律的制定、适用、完善及其讲授,律师和法官的训练方式和习惯,民众对法律的想法,人们求助于法律的目的,阶级结构与法律制度运用与否之间的关系。这一法律文化的概念所包含的内容是极其广泛的,作者强调法律制度运用过程中的文化背景的意义,同时对中国、日本等东亚国家法律文化的特征进行了宏观的论述。此后,在西方法学者的论述中东方法律文化、东亚法文化在不同程度上成为比较法律文

①何勤华:《法律文化史论》,法律出版社 1998年版,第 234 页。

化的一项重要内容,构成比较法学的研究对象。

1. 世界法文化体系

东亚法文化属于世界法文化体系的不可缺少的组成部分,它的产生丰富了世界法文化的内容,促使不同的法文化之间逐渐形成价值平等的格局。世界法文化通常分为西方法文化、伊斯兰法文化、印度法文化及东亚(极东)法文化等。最近的一种法文化的分类方法是,将法文化分为欧洲法文化、美国法文化、极东法文化三种类型,强调法文化生长中区域性的因素。从法文化发展的现状看,无论何种分类法,极东法都是现代法文化体系中不可忽视的部分。西方法文化是在基督教伦理观与法律观的基础上,以自由主义、民主主义政治原则与资本主义经济原理基础上生长的一种文化形态。在西方法文化的形成过程中法实证主义等思潮曾产生过一定的影响,但最终没有形成为主流的思潮。在罗马法的影响下,西方法文化是以基督教思想为核心发展起来的,强调神法或自然法价值,要求实定法不违背人类的普遍秩序,体现正义与善的精神,其最终的目标是实现人本身的自我完善。伊斯兰教法文化是一种回教法文化,其核心内容是穆罕默德的《古兰经》精神,其基本要求是信仰安拉,服从先知,履行五项基本功课,^①进行圣战。就其本质而言,伊斯兰教法文化是一种宗教文化,神法思想贯穿于整个法文化体系之中。在世界法文化体系中伊斯兰教法文化是十分独特的一种文化体系。印度法文化是一种古老的法文化体系,源于婆罗门——印度教(Brahman-Hinduism),其法文化体系中包括法、宗教、习惯、风俗等各种不同的因素,其中宗教因素与种姓制度的维护成为法文化追求的主要目标。东亚法文化(或极东法文化)传统意义上主要指中国法文化,而在近代以后主要指东亚各国法律制度所呈现出的文化上的同一模式或文化的影响力。中国法文

^①指念功、拜功、斋功、课功、朝功。

化的基本思想是儒家思想,即儒家的天人合一,道家的清静无为等传统思想为基础,“中国民族的传统的法心理属于儒家伦理型。”^①我们可以把东亚法文化发展分为近代以前与近代以后两个阶段,主要基于如下考虑:一是传统东亚法发展阶段,中国法文化是占据主导地位的文化形态,其法文化的特点直接影响其他东亚国家,因为当时其他东亚国家还没有形成其独立法文化的条件;二是近代以后,在法文化多元化趋势的影响下,东亚法文化从单一走向多样化,传统的法文化结构发生相应变化,各国形成各具特色的文化形态,中国法文化的全局性的影响有所减弱。在各国法律文化的发展基础上,东亚各国普遍认识到重新建立其适应东亚社会发展需求的新的文化形态的必要性。东亚法文化传统有可能影响现代东亚社会发展的进程,但东亚社会结构的多样性与社会生活的急剧变化,已使东亚法文化体系摆脱了传统结构的束缚,形成为独具特色的完整的文化形态。其主要标志是:东亚法文化开始从封闭走向开放,吸收了其他民族法文化的合理因素,在一定程度上表现其现代性的内容,东亚法文化的单一结构逐步向多元结构发展,法文化与实际法律实践之间联系更为密切,作为从属性的法律手段向社会治理共同价值目标的发展;东亚法文化是一种崇尚共同体意识的法文化,具有鲜明的伦理型。

2. 东亚法文化与价值宽容

传统意义上的东亚法文化是一种封闭的、价值绝对的文化体系,文化对法的价值需求只是把法作为一种控制社会的工具,缺乏自身价值体系的追求。这一点往往成为人们批判东亚法文化封闭性的依据之一。似乎东亚是崇尚手段与实用价值的社会形态,缺乏价值目标的追求。实际上东亚法文化的这种历史性的缺陷已得到某种程度的改变,即法文化的绝对主义价值向相对主义价值转

^① 俞荣根:《儒家法思想通论》,广西人民出版社1998年版,第26页。

变,形成与现代世界法文化具有内在联系的文化。

在东亚法律制度发展进程中,德国法以不同的途径对东亚法律制度产生过广泛而直接的影响,而这种影响首先是通过法文化的交流与相互借鉴中表现的。德国法文化对东亚各国的影响是多方面的,其中价值相对主义思想产生了十分广泛而深刻的影响。德国法学家拉德勃鲁赫(1878—1949年)的相对主义哲学提倡价值的宽容与文化的多样性,他认为自然法理论仅承认有一种正确的法概念,即自然法概念,而忽略了不同社会文化背景和价值体系中的法的多样性和合理性问题。^① 拉德勃鲁赫的法哲学,尤其是他的价值相对主义思想之所以在东亚地区引起人们的广泛瞩目并得到广泛传播的主要原因之一是东亚文化与东亚的历史传统需要确立法的多样性与法文化的宽容性。特别是,在法价值的认识方面,东亚国家的学者们通常以拉德勃鲁赫的法的理念作为分析法律现象的基本依据。拉德勃鲁赫认为,有三种法的理念,即正义(Gerechtigkeit)、功效(Zweckmigkeit)和确定性(Rechtssicherheit)。正义要求法符合基本的道德价值,功效着眼于法的社会功能,确定性则要求人们承认法律的司法裁决而不问其是否符合正义和它的功效如何。^② 法的理念所追求的价值要素具有同等的地位,价值都是相对的,在符合理性的法律文化世界中不应存在高于各个民族文化体系之上的绝对主义文化价值。

价值相对主义思想在东亚的传播首先始于日本、韩国等国。学者们普遍认为,东亚的文化风土中存在着价值宽容主义思想生长的社会基础。这种社会基础是以东亚人特有的精神与思考方式

^① 杜钢建:“价值宽容主义与东亚社会经济改革和法文化发展”,载丁邦开等主编:《东亚法律经济文化国际学术讨论会论文集》,中国大百科全书出版社1998年版,第244页。

^② 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第167页。

为特征的。在日本,价值相对主义思想的介绍与研究始于1919年。据统计,从1919年到1968年期间,日本共出版了130多本有关研究拉德勃鲁赫思想的著作。森口繁治在《法学论丛》(1919年第一期)中发表了“拉德勃鲁赫法理学本质”的论文。木村龟一教授的“拉德勃鲁赫相对的法律价值论”是具有代表性的研究论文,介绍了自由与民主主义思想。通过拉德勃鲁赫思想的研究与介绍,日本传统的法文化结构发生了变化,从基本理念上接受了法文化多样性原理,使法文化的变更上有合理性。韩国法文化的形成中拉德勃鲁赫价值相对主义思想的影响也是十分广泛的。1948年制定宪法后,人们围绕法文化建设与模式的选择问题进行了思考与判断。在长期殖民统治中获得独立的韩国民族痛感民主、自由人权的重要性,向往充满平等、宽容与仁义的文化与法律制度,试图从绝对主义价值法律文化中解脱出来。这种民众的法律文化心理与拉德勃鲁赫所提倡的文化相对主义思想是相适应的,这种社会背景为拉氏思想在韩国迅速传播提供了基础。自1955年起,韩国法学家们开始系统研究拉德勃鲁赫的价值相对主义思想,试图以此为基础建立法与价值的理论体系。1957年桂哲淳教授翻译出版了拉德勃鲁赫的法学入门一书,1958年由金圣培翻译出版《法哲学入门》一书。1959年徐敦甲、孙柱赞教授翻译出版《英美的法精神》一书。50年代是韩国法学、法的价值体系形成时期,拉德勃鲁赫著作的出版发行无疑对处于彷徨中的法学家们提供了可供选择的理论依据。拉德勃鲁赫的法哲学理论给韩国法学家的一个重要启示之一是,法学的研究不仅仅是对法本身价值的科学解释,它还包括法的哲学、宗教哲学等领域,法是充满正义的、充满人间关怀的价值体系,其价值的吸引力类似于宗教的魅力。这种思想的形成在某种程度上改变了韩国传统法文化中长期存在的对法的价值普遍不信任甚至是对抗的心理障碍,使人们在社会生活中真正感受到法的实体价值与意义。关于拉德勃鲁赫价值相对主义思想在