



法理文丛

多向度的法理学研究

Multi-dimensional studies on Jurisprudence

□ 刘作翔 主编



北京大学出版社

多向度的法理学研究

Multi-dimensional studies on Jurisprudence

主 编 刘作翔

撰稿人（按撰写章节顺序）

刘作翔 邹利琴 胡水君

黄金荣 贺海仁



北京大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

多向度的法理学研究/刘作翔主编. —北京:北京大学出版社,2006.4
(法理文丛)

ISBN 7-301-10610-6

I. 多… II. 刘… III. 法理学-研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 029045 号

书 名: 多向度的法理学研究

著作责任者: 刘作翔 主编

责任编辑: 周 瑾 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-10610-6/D·1469

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电 子 信 箱: law@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 北京原创阳光印业有限公司

经 销 者: 新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 15.25 印张 257 千字

2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

定 价: 23.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

序言 法理学的视野

法理学是一门什么样的学问？这是一个虽被许多中外法理学著作和教科书解读过无数遍但仍然困惑人们的问题。尤其是对于生活在现代社会的人来讲，法律渗透于社会生活和个人生活的角角落落，法律无处不在。法律问题也就成为现代人生活的一个组成部分。与此相应，对法律问题的解说也就成了我们生活中的一道“风景线”。君不见，只要我们打开电视，翻开报纸，启开电脑，法律问题或与法律有关的问题会迎面而来，进入我们的视线和视野，想绕也绕不开。虽然我们可以说，我们并不是生活在法律中，但是，我们的生活确实离不开法律。那么，这种现象与法理学又有什么关系呢？

大约二十年前，时任国际法律哲学与社会哲学协会主席的澳大利亚悉尼大学法学教授郑如纯（Alice. E-S TAY）女士来中国西安西北政法学院访问，在座谈中当我问到法理学到底应该研究些什么问题时，她的回答令我印象深刻。当时正值苏联奉行“改革与新思维”，东欧一些国家也发生了一些变化，她说这些问题都是法理学应该研究的问题。这对于我一个刚读法理学专业的硕士研究生狭小的视野无疑是一个不小的冲击。到后来，当我们有机会参加国际法律哲学、法理学或法律社会学的会议时，看到会议的议题和安排，真有点眼花缭乱，目不暇接。它的议题之广泛，内容之丰富，远远超出了我们原有的视野范围。可以说，只要生活中存在的法律问题，都是法理学涉及的问题，甚至生活中没被法律涉及的问题，也是法理学研究的问题，因为法律还有一个随着生活的变化而发展变化的问题。法理学确实是一个开放的体系。

这么讲，是不是法理学就成了一个箩筐，什么都可以往里面装？这确实是一个令人深思的问题。这涉及到对法理学中“法理”的理解。可以说，每一个法律里面，都有法理问题。不管是一个制度，一个法令，一条规则，或者法官的一个判决，都有其背后的法理，否则，无以解释它成立和存在的根据和理由。从这个角度讲，任何法律问题中都有法理问题存在。这也可以解释大约十多年前在中国有些部门法的学者开展的有关部门法理学的研究以

及对部门法理学的理论解说。^①但这样一来,是否法理学就没有必要存在了?既然每一个法律问题中都有法理问题存在,那对它的研究就是法理的研究,还要法理学干什么?^②这实际上又涉及到法理学的分类问题。

《牛津法律大辞典》的作者解释“法理学”的辞条时,将法理学分为“普通法理学”、“特殊法理学”、“比较法理学”三个类型。具体的解释是:普通法理学的任务在于研究法律制度中具有一般性意义的理论。特殊法理学是以某一种法律制度为研究对象。比较法理学则通过分析来自不同法律制度中的材料,研究其相互关系。^③这样的解释可以部分地消除人们的上述疑惑,也使法理学——作为研究法律制度中具有一般性意义的理论的普通法理学——有了存在的理由。对某一种法律制度或某一个法律问题的具体研究属于特殊法理学的研究范围和对象。

还有一个需要交代的问题,即作为教学体系或教材体系的法理学和作为研究体系的法理学的区分。这是我十年前在一篇文章中所提出的一个看法。^④前者是作为高等院校法学教育的一门基础性学科(教材或课程)的理论体系所包含的研究内容;后者是作为法理学研究者对法理学问题的研究内容。这两者虽然有着密切的联系,但还是有所区别。作为后者,其研究范围是非常广泛的,法理学研究者可根据个人的研究兴趣(这种兴趣当然并不是无根据的),选择自己认为有价值的法理学问题进行研究,这是不应限制、也无法限制的。这一类的研究几乎无所不包,它可能涉及法理学的所有问题以及学者们的创新,这为法理学发展所必需;而作为前者,则涉及法学教育体系的学科设置和课程设置问题以及该课程应该包括的主要内容。当然,也有一些学者不同意这样一个区分,认为二者应该合一,法理学研究体系的内容就是法理学教学体系的内容。但是,一个不容否认的事实是,任何一部法理学教材,都不可能容纳所有的法理学问题,可能的只是法理学中主要的和重要的问题。

美国法学家博登海默指出:“法理学的对象是非常广泛的,其中包括法

① 参见刘作翔:《我们需要什么样的法理学——比较·借鉴·革新》,载《法学》月刊1994年第8期;刘作翔:《法理学研究的一般特点及其功能》,载《法律科学》1996年第6期。

② 实际上一些部门法的学者或明或潜地就有这种认识。

③ [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,中译本,光明日报出版社1988年版,第489页。

④ 参见刘作翔:《我们需要什么样的法理学——比较·借鉴·革新》,载《法学》月刊1994年第8期。

律理论的哲学成分、社会成分、历史成分以及分析成分。”^①时代在发展,在变化,生活在常新,法律问题也越来越趋于复杂和多变。对法律问题的研究也呈现出常变常新的样态。法理学研究的任务也就愈加艰巨,但同时也带来了可以作为的空间和场域。我们希望能在这样一个可以作为的空间和场域中有所作为,有所贡献。

本书名《多向度的法理学研究》,是受西方马克思主义重要代表人物马尔库塞《单向度的人——发达工业社会意识形态研究》一书的启发。按照该书中文译者张峰先生的解释:“‘单向度’(One-dimension)又可译为‘单面’和‘一维’。我们认为译为‘单面’虽通俗易懂,但难以体现其中包含的‘趋势’之意;译为‘一维’虽准确严谨,但过于抽象而不便理解,故取‘单向度’的译法。”^②我们赞同和欣赏此一译法并借鉴之。“多向度的法理学研究”是想表明法理学研究的多面性、多元性、多样性、多维性、多视野性等等,通过这种多面性、多元性、多样性、多维性、多视野性等,来展现法理学研究的广泛性和开放性。选取“多向度的法理学研究”为书名,最主要的原因是我们认为它同本书的内容是相契合的。

本书是一本以五篇法理学博士论文为基础编选而成的集体合作著作,其论题涉及了法理学广泛的领域:有研究法律文化冲突问题的,有研究违宪审查正当性问题的,有研究法律与社会权力问题的,有研究经济和社会权利可诉性问题的,有研究权利救济问题的。本书的作者均是供职于中国社会科学院法学研究所法理学研究室的研究人员。法理学研究室2003年度被评为中国社会科学院院级重点学科研究室。作者大多都是年富力强、富有朝气、学有所成的青年法学博士。书中的各章内容是各位作者从自己的博士论文中选出来的,除了一些技术规范修改外,基本上保留了当时的原貌。之所以说“选”,是指各位作者将其博士论文中最得意、最满意的部分拿出来,呈现给读者,接受读者的批判和检验。从五章的内容看,也验证了我在前面所讲的法理学研究视野的多样性、广泛性和开放性。

本书各章的作者分别为:

第一章 刘作翔(法学博士,中国社会科学院法学研究所教授,博士生导师

① [美]E. 博登海默著:《法理学—法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,“1962年版序言”,第3页。

② [美]马尔库塞著:《单向度的人——发达工业社会意识形态研究》,张峰、吕世平译,重庆出版社1988年版,“中译者序”,第3页脚注①。

师)；

第二章 邹利琴(法学博士,中国社会科学院法学研究所副教授,清华大学哲学系博士后研究人员)；

第三章 胡水君(法学博士,中国社会科学院法学研究所副教授,法学研究所博士后研究人员)；

第四章 黄金荣(法学博士,中国社会科学院法学研究所副教授,社会学研究所博士后研究人员)；

第五章 贺海仁(法学博士,中国社会科学院法学研究所副教授,社会学研究所博士后研究人员)。

本书主编 刘作翔

2005年7月30日

CONTENTS 目 录

第一章 法律文化的冲突理论	1
第一节 法律文化冲突的一般理论分析	1
第二节 当代中国的社会秩序结构	19
第三节 当代中国法律文化的冲突与选择	35
本章参考文献	46

第二章 法律与政治之间:寻求违宪审查的正当性	48
第一节 如何论证违宪审查的正当性	48
第二节 质疑违宪审查正当性的理论分析	55
第三节 中国的违宪审查理论分析	87
本章参考文献	100

第三章 法律与社会权力	104
第一节 社会权力的界定	104
第二节 社会规范与社会权力	114
第三节 国家法律与社会权力	130
本章参考文献	146

第四章 经济和社会权利可诉性问题的由来及其发展	149
第一节 问题的由来:国际人权公约的制定	149
第二节 问题的重现:国内法中的可诉性问题	161
第三节 可诉的平台:申诉机制的发展	168

CONTENTS 目 录

第四节 曲线保护：“一体化方法”	174
第五节 问题的突破：南非的判例	185
本章参考文献	194
第五章 自我救济的权利及其历史逻辑	197
第一节 作为权利的救济	197
第二节 自我救济权利的历时性结构	203
第三节 法官社会	210
第四节 理想抑或乌托邦	227
本章参考文献	234

第一章 法律文化的冲突理论

法律文化的冲突,是法律文化发展变化过程中的一种客观存在的现象。法律文化的冲突理论,是运用文化冲突的一般理论,来分析研究法律文化这种特定的社会文化现象在发展变迁过程发生冲突的一系列相关问题。法律文化的冲突研究有两个层面:一是对它的一般理论形态的研究,诸如法律文化冲突的原因,法律文化冲突的表现方式,法律文化冲突的价值功用等等。另一个是运用这一理论形态对当代中国法律文化的冲突现状作实证分析。为分析当代中国法律文化的冲突问题,有必要对当代中国的社会秩序结构作些研究。因此本章将对这三个问题进行研究。法律文化的冲突研究,对于说明法律文化的发展、变化等等,有着一定的理论价值。

第一节 法律文化冲突的一般理论分析

法律文化冲突的一般理论分析,是从一般理论的角度,对作为人类政治社会中所客观存在着的法律文化冲突现象所进行的抽象性分析。这种分析暂时不涉及具体的国家、社会、民族,而是对其共性的分析。因为法律文化冲突是人类政治社会普遍存在着的一种社会现象,就一定有着一些普遍性的、规律性的、共性的问题存在,对这些带有普遍性、规律性、共性的问题进行研究,就成为法律文化冲突研究的对象和任务。这些问题主要有:法律文化冲突的原因;法律文化冲突的表现方式;法律文化冲突的价值功用等等。

一、法律文化冲突的原因

任何一种文化,都有其产生、形成、发展的社会历史条件和地域的民族的土地,因而形成各种不同的文化类型和模式。各类文化中所内涵的价值观念存在着很大差异,这种价值观念很可能反映在由此而创制的各种不同的制度体系中。即使在同一文化类型内部,也存在着不同的群体文化意识。正如任何事物的发展在于它的内部矛盾性一样,文化的发展也不例外。文化冲突是不同性质的文化之间的矛盾性的反映和表现。法律文化的冲突,也正是法律文化在发展变化过程中其内在矛盾性的反映和表现。

许多学者在探讨法律文化冲突的原因时,大都倾向于将法律文化冲突看作是发生在不同法律文化发生碰撞和交流过程中所产生的一种矛盾现象。比如,有位学者认为:“法律文化冲突是指不同法律文化体系在相互交流中由于传统的差异和文化模式的排他性而必然引起的矛盾与抵触。”^①这一论点,虽正确地指出了法律文化发生冲突的主要原因之一,但忽略了导致法律文化发生冲突的内在矛盾性。在研究法律文化冲突的原因时,引入社会学的分析方法是有益的。除了在法律文化发生交流的过程中,由于异质文化的差异而发生矛盾和冲突外,在同一文化体系内,由于其内在的矛盾性和社会发展而引出的对法律文化的不同需求,也会产生文化冲突现象。因此,探讨导致法律文化发生冲突的原因,应该将法律文化的内在矛盾(内因)和外部交流(外因)等诸多因素综合起来,从多视角来进行考察和分析。

如何对法律文化的冲突进行理论概括,还需进一步探索。依我的理解,所谓法律文化冲突,是指某一具体的国家或民族由其特定的物质生产方式基础上所形成的法律文化,在其发展变迁过程中,由于其内在的矛盾性,已经不适应不断发展变化的社会生活,加之各类不同法律文化之间存在的差异性等因素,所产生的一种社会文化冲突方式。法律文化冲突产生的最根本的原因乃是由于社会物质生产方式的变化所带来的结果。

法律文化的冲突发生于社会变迁过程之中,因而社会变迁的原因也就是法律文化冲突的原因。马克思主义的唯物史观认为:“生产以及随生产而来的产品交换是一切社会制度的基础;在每个历史地出现的社会中,产品分配以及和它相伴随的社会之划分为阶级或等级,是由生产什么、怎样生产以及怎样交换产品来决定的。所以,一切社会变迁和政治变革的终极原因,不应当在人们的头脑中,在人们对永恒的真理和正义的日益增进的认识中去寻找,而应当在生产方式和交换方式的变更中去寻找;不应当在有关的哲学中去寻找,而应当在有关的时代的经济学中去寻找。”^②一切社会的、文化的变迁,都有一个现实的基础,即由于生产力水平发展到一定阶段,原有的生产关系与它不相适应所发生的变革。这种不适应在法律文化方面表现为一系列冲突现象。

同时,马克思主义的唯物史观也认为,任何历史事变和社会文化的变迁

^① 刘学灵:《法律文化的概念、结构和研究观念》,载《河北法学》1987年第3期,第39页。

^② [德]恩格斯著:《社会主义从空想到科学的发展》,《马克思恩格斯选集》第3卷,人民出版社1972年版,第424—425页。

都是极为复杂的,经济基础的变化是社会文化变迁的最决定性的历史因素,但不是唯一的因素。其他各种社会因素,如科学、技术、政治、法律、哲学、宗教、文学、艺术以及人们头脑中的传统观念等等,都是交互发生作用的。恩格斯讲:“整个伟大的发展过程是在相互作用的形式中进行的。”^①不注意这些相关因素的交互作用,就会成为庸俗唯物主义者。

法律文化的冲突,主要发生于社会经济的、政治的以及文化的变迁过程之中。在相对稳态的社会结构中,法律文化冲突的表现可能会小些。但在剧烈变化的社会结构中,不论是经济、技术、科学、政治、或者文化,每一个系统的变化都可能引起法律文化的冲突。马克思主义的唯物史观,以及社会变迁理论,为我们分析和研究法律文化冲突原因提供了一种理论上的指导。

我认为,法律文化冲突的原因有以下几个方面:

(一) 社会物质生产方式的变化

法律文化作为法律上层建筑,如同其他上层建筑一样,都是建立在特定的社会经济基础之上——即物质生产方式基础之上的。在构成一个社会的宏观结构中,生产力的变化,乃至物质生产方式的变化,是最迅速、最活跃的因素。在社会结构之中,经济活动经常处于一种变动状态。劳动的发展,技术的发明,劳动力素质的更新和提高,都会给经济生活注入一种活力。与此相反,作为经济生活反映的上层建筑——如政治、法律、思想文化等等,却常常处于一种相对稳定状态。它们同经济生活相比,常常有一种滞后效应,跟不上变化迅捷的经济生活。于是,由此而导致产生一种文化上的冲突。一方面,在社会生产力和生产方式发生大变革时代,作为上层建筑主要内容的法律文化,如果跟不上这种变革的步伐,便会同社会经济基础产生矛盾,由此而产生冲突;另一方面,即使在社会生产力和生产方式发生某些微观的变化时,比如新技术的发明,新生产力因素的出现所带来的新的经济活动内容的产生等等,法律文化如果不能及时调整自身,同样也会产生矛盾和冲突。这就是我们常常说的法律落后于社会(经济),法律难以适应社会(经济活动)的需求。社会生产力和物质生产方式的变革是法律文化发生冲突的一个终极性的社会根源。

费孝通先生在40年代写的《乡土中国》一书,用很多的篇幅比较了传统

^① [德]恩格斯著:《致施米特》,《马克思恩格斯选集》第4卷,人民出版社1972年版,第487页。

中国社会步入现代社会过程中所面临的一系列文化冲突。费先生指出:在社会学里,有两种不同性质的社会,一种并没有具体目的,只是因为在一起生长而发生的社会,一种是为了要完成一件任务而结合的社会。前者是礼俗社会,后者是法理社会,礼俗社会是熟悉人组成的社会,调整人们相互之间关系是礼俗社会形成的规矩,规矩不是法律,规矩是“习”出来的礼俗;法理社会(即现代社会)是个陌生人组成的社会,各人不知道各人的底细,所以得讲个明白;还要怕口说无凭,画个押,签个字。这样才发生法律。在乡土社会中法律是无从发生的。乡土社会靠的是熟人们之间的信任和信用,这种信任和信用就是乡土社会的规矩。费先生指出:这种办法在一个陌生人面前是无法应用的。在我们社会的激速变迁中,从乡土社会进入现代社会的过程中,我们在乡土社会中所养成的生活方式处处产生了流弊。陌生人所组成的现代社会是无法用乡土社会的习俗来应付的。^① 两种不同的社会,两种不同的社会调整方式,在一种社会向另一种社会过渡中,必然会发生较大的文化冲突。

(二) 社会的变革

社会的变革也是法律文化冲突产生的一个重要原因。广义地讲,社会的变革是指社会结构的诸方面发生的变革,包括社会经济、社会政治和社会文化等等。但在这里主要是指社会政治的变化。社会政治虽然是社会经济的集中表现,但社会政治有其相对独立性。政治居于一个社会上层建筑的最高层,它的变化也常常带动着其他上层建筑的变化。一个社会的政治机制发生变化,也常常给法律文化带来较强烈的冲击力。尤其是在剧烈的政治变革时代,新的政治制度取代旧的政治制度之后,原有的法律文化显然不能适应新的政治制度的需求,冲突便由此而生。当然,在通常情况下,法律文化中的制度性文化会伴随着政治制度的变革而相应发生变革,但作为一种社会调整性文化,它还有一个较长的适应期。而原有的观念性法律文化,其变化的时限则更为漫长。因此,在这个过程中,新旧文化之间的冲突是难以避免的。

除了这种大规模的剧烈的政治变革时期法律文化发生冲突之外,在以和平方式所进行的社会改革或社会改良过程中,法律文化也会发生冲突,只不过这种冲突的性质和表现形式有所不同。最典型的例子是,现阶段中国所进行的改革,这种改革是一个对社会主义制度的自我完善过程。其中,主

^① 参见费孝通著:《乡土中国》,三联书店1985年版,第5—7页。

要内容有:改革原有的高度集中的政治管理体制,代之以社会主义的民主政治;改变原有的计划经济模式,代之以社会主义的市场经济模式。原有的法律文化是很难适应这一新的政治经济秩序的要求和目标的。在由适应高度集中的计划经济模式的法律文化向适应社会主义市场经济模式的法律文化的过渡之中,两种法律文化之间所蕴含的所有矛盾和冲突便会全部展现出来,并有可能存在于改革的全过程之中。因此,社会的变革,是法律文化发生冲突的一个重要原因。

(三) 各种异质文化的影响和冲击

一些学者在探讨法律文化冲突时,都将各种外来文化对一种文化(本土文化)的冲击和碰撞,作为产生冲突的一个主要原因。的确,从文化冲突的表面形式来看,它主要是各种不同文化在交流、传播过程中,发生碰撞、排斥、抵触的结果。但将各种异质文化的影响和冲击看作是产生法律文化冲突的一个主要的外部原因似乎更贴切些。文化从其本质上讲,应该是一个开放体系。各民族的文化都是世界文化的组成部分。各民族的文化都不可能只封闭在本民族的狭小的圈子里,这样的文化是缺少生命力的。各种文化都会冲破狭小的民族界限,到世界各民族中去交流。这样,既丰富了世界文化,也同时使本民族的文化不断得到提高和进步。但是,对于一个相对独立的特定社会和民族来讲,文化又各有其相对独立的特征和体系,这就是文化的民族性。某种外来文化对一个民族的文化发生影响和冲击,虽然可能有一些传播上的因素,但究其实质,它同本民族和社会的内部需求有关。也就是说,特定民族和社会的内部需求、内在矛盾是各种异质文化发生影响和冲击的主要原因。最明显的是,在本世纪20年代,马克思主义作为一种外来文化思潮,被先进的知识分子传入到中国,被中国工人阶级以及中国共产党的创始人所接受,主要是因为马克思主义作为全世界被压迫被剥削的劳动者争取解放的革命学说,对于解决中国社会的阶级矛盾,解决中国革命中的各种问题提供了理论指南。它符合中国当时的社会实际状况。因此,各种外来法律文化是法律文化冲突的外因,是催化剂,它通过内因而起作用。

当各种不同文化类型的法律文化传入到某一具体的社会或国家之后,由于它们同该社会原有的法律文化存在着质的或非质的差异性,这种差异性便成为导致法律文化发生冲突的一个重要原因。这种冲突可能表现为不同法律文化整体结构间的冲突,也可能表现为新的制度文化同旧的观念文化的冲突,或者是新的观念文化同旧的制度文化的冲突。

(四) 法律文化的适应性

法律文化作为社会生活和社会文化的组成内容,必然要求其同社会有某种内在的适应性。否则,冲突便不可避免。所有的法律文化冲突原因都同法律文化的适应性相关。法律文化冲突和法律文化适应是一对不可分割的矛盾体。一种法律文化,如不能适应于社会,便会产生冲突;同样,法律文化发生冲突,正好说明了这种法律文化已不能适应发展着的社会。不论法律文化的冲突产生于社会经济原因,或社会政治原因,或外来文化的影响,都是因为法律文化不能适应社会的缘故。

所谓法律文化的适应性,其含义主要是指一种法律文化对于解决特定社会的经济、政治和社会矛盾及调整特定社会各种社会关系的能力、价值和功用。具体讲,就是指它具有解决各类社会矛盾的有效性,调整各类社会关系的有序性和有用性,及对社会发展的进步性功能和价值。一种法律文化,如果具备上述功能和价值,就可以说它具有适应性,反之,则缺乏适应性。法律文化在缺乏适应性状态下,它同社会便格格不入,便同社会抵触,便会产生冲突。说明这一点,对于寻找解决法律文化冲突的途径有所助益。

法律文化的适应性,除了同社会的适应性之外,还有如下一种含义,即在法律文化的内部结构中,制度形态同观念形态的相互适应性。我们知道,在有的情况下,法律制度文化同法律观念文化是相吻合的,也就是说是相适应的。但在有的时候,制度文化同观念文化之间也存在着严重的不相适应,即存在着严重的冲突。这种冲突既同制度文化和观念文化的不同表现形式有关,也同两者之间的相对易变和相对稳态有关。此外,两者的冲突不仅在社会大变革时期表现剧烈,就是在常态的和平状态中,也常常相互发生冲突和抵触,只不过表现方式较为隐蔽些和和缓些。

二、法律文化冲突的表现方式

由于形成法律文化冲突的原因有多种,因而法律文化的冲突在表现形式上也呈现多样化。研究法律文化冲突的表现方式,不能只局限于其自身的冲突,而应将冲突置于社会学的视野之内,将它同社会及相关体系联系起来,从社会学的角度来对各种冲突现象进行分析。

(一) 法律文化与社会冲突

法律文化与社会文化的冲突主要发生于社会发生转型时期或变革时期。社会转型或社会变革,都同社会经济基础有关。作为社会结构中最活跃的生产力常常处于一种变动之中。这种变动会带来社会的变动。但法律

文化对这种变化一般是“迟滞”的。西方一位学者指出:尽管法律是一种不可缺少的具有高度裨益的社会生活制度,但它同人类创建的大多数制度一样也存在某些弊端。法律有其自身的缺陷,法律常常有一种保守主义倾向。这种倾向根植于法律这样一种性质之中,即法律是一种不可以朝令夕改的规则体系。一旦法律制度设定了一种权力与义务的方案,那么为了自由、安全和预见性,就应当尽可能地避免对该制度进行不断地修改和破坏。但是当业已确定的法律同一些易变的、迫切的社会发展力量相冲突时,法律就必须为这种稳定政策付出代价。一位法律学者曾指出:“社会变化,从典型上看要比法律变化快。”在发生社会危机时,法律常常会瘫痪,为间断的调整有时是为大变动的调整让路。^①

事物从来都具有二重性。人们一般都坚守法律的稳定性,并且笃信这种稳定性对社会有益,极力反对对法律的随意改动。但如果将这种法律的稳定性推向极至,很可能使法律成为一种僵化的、守旧的、保守的势力。在社会发生变化之后,法律如果不能适应这种变化,同社会发生冲突,就有可能变成阻碍社会改革和进步的障碍。

美国法学家博登海默指出:法律文化同社会的冲突中所表现的“时滞”问题会在法律制度的各种不同层次中表现出来。他说,如果一部宪法的规定极为详尽具体而且不易得到修正,那么它在某些情形下就可能成为进步和改革的羁绊。一个立法机关在履行其改革任务时,可能会受到一些在维持现状方面具有一种既得利益的有影响的群体的阻碍。另外,立法进程往往是缓慢而棘手的,且立法者易于更为迅速的重视即时政治利益,而对修改过时的法典或使充满传统性的司法法律现代化等问题反应迟钝。从很大程度上来看,法官们很少进行改革,而且就是改革,也是犹豫不决的,填隙式的。他们可能会遵循过时的先例,即使他们有权推翻这些先例。^② 一个社会的法律创制者的重要任务之一,就是应适时地对社会变化作出反应,根据不断变化的社会生活,来及时地创造出适应性的法律调整机制。德国法学家约瑟夫·科勒曾指出:每种文明的形态都必须去发现最适合其意图和目的的法律。没有永恒的法律,因为适合于一个时期的法律并不适合于另一个时期。法律必须与不断变化的文明状况相适应,而社会的义务,就是不断地

^① [美]E. 博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第388页。

^② 同上。

制定出与新的情势相适应的法律。^①

但是,人类法律实践证明,法律的变化很难跟上社会的变化。曾任第七届全国人大常委会委员长的万里在分析当时中国的立法现状时指出:“现在的问题是立法赶不上经济的发展。”^②也就是说法律落后于社会生活。社会的变化是迅捷的,法律的变化是缓慢的,因而法律的“迟滞”,“时滞”现象似乎难以避免。在某种意义上可以说,只要社会处于不断变化前进的状态,法律文化同社会的冲突将是不可避免的,这种冲突促使新的立法的产生,新的法律调整手段的出现,由此而不断提高法律文化的社会适应能力,提高法律文化的调整水平和加快法律文化的进步步伐。

(二) 特定社会、民族的法律文化同外来法律文化的冲突

特定社会、民族的法律文化同外来法律文化的冲突也是法律文化冲突的表现形式之一。这种冲突,其内在原因是基于社会经济基础的变化。但通过文化传播、交流等手段引入的各种外来法律文化同本民族的法律文化相碰撞,是发生冲突的直接导因。日本学者千叶正士指出:“不言而喻,现在法律移植的问题不在同文化之间,而在于异文化之间。正如近代以后非西欧各国移植西欧法的实例所指明的那样,产生了移植法与移植主体的固有法相互冲突或同化的相反的现象。特别是在不是自发(这里指继受法)而是强制移植(即我所说的强加的法)的情况下,冲突非常严重。”^③法律文化同任何一种文化一样都具有双重性。一方面,各种不同文化在相互交流过程中有融合性,相互之间可以吸收不同的文化内容或形式,以丰富自身的文化;但各类文化之间也具有一种被文化学者所概括的“排他性”(或“排外性”)。这种排他性同文化的区域性有关。不同的文化产生于不同的区域,具有不同的特性。“当一种外来文化传入时,区域文化的封闭体系就会产生一种排外性,因而发生文化冲突。”^④法律文化也与此同理。当然,“排他性”只是对区域文化属性的一个客观概括,并无褒贬之意。“排他性”在某种情况下,可能会成为排斥对先进文化的吸收,使文化趋于僵化、保守、缺少活力的文化保守主义的根源;但在另外一种情况下,区域文化的“排他性”,对于

① [美]E. 博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来等译,华夏出版社1987年版,第133页。

② 见《经济日报》1992年4月1日第1版。

③ [日]千叶正士著:《法律多元——从日本法律文化迈向一般理论》,强世功等译,中国政法大学出版社1997年版,第244页。

④ 司马云杰著:《文化社会学》,山东人民出版社1987年版,第372页。