

Sociology of Law Reviews

法律社会学评论

第Ⅰ辑

主编◎李瑜青 张 斌



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

Sociology of Law Reviews

法律社会学评论

第1辑

主编◎李瑜青 张 斌



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

· 上海 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律社会学评论/李瑜青,张斌主编. —上海:
华东理工大学出版社,2014.6

ISBN 978-7-5628-3904-0

I. ①法… II. ①李… ②张… III. ①法律社会学
IV. ①D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 091840 号

法律社会学评论

本书主编 / 李瑜青 张 斌

责任编辑 / 唐晓婷

责任校对 / 李 晔

封面设计 / 戚亮轩

出版发行 / 华东理工大学出版社有限公司

地 址: 上海市梅陇路 130 号, 200237

电 话: (021) 64250306 (营销部)

(021) 64253797 (编辑室)

传 真: (021) 64252707

网 址: press.ecust.edu.cn

印 刷 / 江苏凤凰数码印务有限公司

开 本 / 710 mm×1000 mm 1/16

印 张 / 24

字 数 / 363 千字

版 次 / 2014 年 6 月第 1 版

印 次 / 2014 年 6 月第 1 次

书 号 / ISBN 978-7-5628-3904-0

定 价 / 58.00 元

联系我们: 电子邮箱 press@ecust.edu.cn

官方微博 e.weibo.com/ecustpress

淘宝官网 <http://shop61951206.taobao.com>



扫描进入手机淘宝商店

为什么是法律社会学

——代序

任何一次大的社会变革，对社会的有效治理都提出很大的挑战。而当代中国，这种有效的社会治理，其方式上我们有通用的话语，即法治。法治总与民主相连。^① 其要义是使法律，从作为国家或政府对社会控制的手段，转变为约束政府权力、有效治理社会的权威，国家的权力服从于社会公众的共同意志。^②

这种社会治理方式的进步是明显的。它摆脱了在自然经济条件下国家治理方式，总带有血缘性、伦理性特征的局限，^③ 也即我们经常诟病的人治的局限。人们总把法治与法制做区分，有法制并不一定实行法治，如古代中国历代王朝都重视法律制度的建设，但在中国古代政治中从来没有过真正的法治，即使是中国古代对法的作用给予高度评价的法家，在阐述其政治理想时，提出的仍是君主可以凌驾于法律之上，法律从属于君主的意志（“生法者，君也；守法者，臣也；法于法者，民也”）。而现代法制，则是与法治相统一的，强调法制中内涵了民主的要求，无论何种国家的权力，都要受到法律的约束，服从于社会公众的共同意志。

但一国的法治，又是在历史的发展中实现，总带有其特殊的痕迹。当代中国以改革开放以来 30 多年法治的发展，从法学研究方法角度看，可以说先后经历了价值分析方法、规范分析方法分别占据主导地位的历史阶段。20 世纪 80 年代到 90 年代中期，可以认为是价值分析方法占据主导地位的时刻。

① 李瑜青：“邓小平理论的历史主题与当代中国社会科学特点的变化”，《邓小平理论与实践研究论文选辑》，上海社科院出版社 2002 版。

② 李瑜青：《法律社会学导论》，上海大学出版社 2005 版，第 2 页。

③ 李瑜青：《法理学》，上海大学出版社 2005 版，第 2-3 页。

价值分析方法通过批判的逻辑与方法，摧枯拉朽地将与法治建设相抵牾的各种要素加以批判，最为重要的成果就是从“以阶级斗争为纲”的思维范式中走了出来，并迅速地倡导“权力本位”理论、法治现代化理论等。但解构有余建构不足，则是价值分析方法最为学界所诟病的。20世纪90年代至2011年，以有中国特色社会主义法律体系完成为时段，可以说是规范分析方法大显身手的重要历史阶段。规范分析方法通过对所谓国外先进制度的引进、移植或模仿，使得中国快速地建构起系统完备、结构合理的法律体系来，但至于正式的法律制度的法律设施效果如何则超越了规范分析方法的视域。上述两种法学研究方法对中国法治建设在不同的历史时段都发挥了重要功能，但所形成的“关于中国”而非“根据中国”的思考逻辑，则是这两种方法在面對法律有效实现的问题时自身系统存在理论上的困难。^①

“关于中国”可以说是鸦片战争以来所形成的一种思维框架或逻辑，其预设了这样的假设，即认为中国在政治、经济、社会和文化上都是一个被诊断的对象，是一个“病人”，为了拯救“病人”和治疗好“疾病”，需要开设各种药方，而西方国家的现实实践和成功所形成的那种示范性，使得以为通过西方知识、制度等的引进，就能够实现药到病除之目的。但现实的法律实践，却使人们发现，一定的法律制度，不能只建立在逻辑体系和道德力量的基础上，以抽象的道德原则或是逻辑来推演，更重要的是要依据社会现实或发展的条件。当下中国法学在实现自主性目的的过程中，既需要从批判的法学观过渡到理解的法学观，也需要从“关于中国”的研究路径过渡到“根据中国”的研究路径上来。

“根据中国”研究进路，首要的则是需要对中国自身的政治、经济、社会与文化等构成要素进行实证探讨，从法与社会的关系中突出关注法律的有效实现问题。将“根据中国”的研究进路的内在精神，投射于法学研究方法上，则需要重视法律社会学的学术成就。

当然，法律社会学本身既是一种法学思潮，同时更是一种法学研究方法。作为法学思潮的法律社会学，我们从中可以领略涂尔干、斯宾塞、韦伯、庞德、埃利希等经典思想，也可以发现弗里德曼、塞尔兹尼克等现代大家风范。

^① 李瑜青：《法律社会学教程》，华东理工大学出版社2009版，第10-11页。

当然，我们更要指出的是，马克思主义的法学，强调法律作为上层建筑要满足经济基础的要求，其内在精神与法律社会学思潮有共性之处。但仅仅是评介和研究各式法律社会学思想对“根据中国”学术思路的拓展、对法学学术自主性的推进，所具有的功效仅仅是表面的，更为重要的是需要对作为方法的法律社会学加以重视。

当我们将法律社会学作为一种法学研究方法加以重视和予以接纳之时，就意味着，在研究各种法律现象、行为问题时，既不能停留在价值法学那种通过某种预设，如正义、秩序、平等，来脱离实际地对法学问题加以批判；也不能停留在规范分析方法那种——对法律制度建构和法律内部的体系、语义等问题，脱离语境的分析（当然这不意味这两种方法不重要），我们更多的是需要首先对社会事实和社会经验进行实证研究和分析，进而在此基础之上来推进法律制度和法学理论的建构，也恰恰只有在此过程中才能体现法学的自主性。

经由对作为方法的法律社会学的重视，则可以进一步激活法律社会学内部的各种思想并将其逐步地转化为社会实证和经验调研的工具，如结构分析方法要求对研究对象进行整体把握和分析，功能分析方法要求对制度和结构的正负、显隐功能加以研究，冲突理论则要求对社会冲突的功能重新予以反思等等。同时，当我们将法律社会学作为一种方法之时，那么则可以进一步地推进法律社会学所具有的学术功能，如搜集资料为立法做准备、对司法过程进行分析、对执法的法律依据进行研究等等。

总之，对作为方法的法律社会学的重视，既有助于我们看到一个有别于当下研究所呈现的法学知识格局，更有助于我们了解过去、剖析现在和展望未来，进而对中国特色社会主义法治、法律制度、法学理论建设产生和发展起到不可估量的作用。正是在这个意义上，法律社会学评论这一法律社会学研究的专刊，应时代的呼唤而问世了。

李瑜青 张斌

2014年4月10日

致 谢

中国特色社会主义法律体系建成后，法律如何有效地实现就成为一个紧要的问题为学界、实务界所普遍关注。《法律社会学评论》的创办，是通过一定的渠道来反映和展示社会的这个要求。本书创办过程中，得到了华东理工大学、上海市虹口区人民法院、上海市浦瑞律师事务所和上海市新惟律师事务所的鼎力支持，在此我们表示深深的谢意！

李瑜青

目 录

[学术专题研究]

法律与文化互动的三点思考

——以传统儒学与中国法治建设关系为切入点 李瑜青/1

论和解公诉程序的完善 周登谅/17

刑事和解的文化之维 杨继文 陈鹤/31

社会公众对法律人的信任问题探析

——基于上海的实证研究 张善根 李峰/43

[法院专题研究]

论基层法院司法公信力第三方评估机制的构建 张斌 邹杰 孙正君/58

司法如何保护婚姻

——基于离婚案件二次起诉现象的分析 朱振媛 姜金良/74

司法沟通的语境、修辞与转换 王凤涛/91

调解考核制度的设计与功能悖论 张建/119

公开民事裁判文书中个人信息的识别与保护 韩文江/147

人民法院协调处理行政案件的实践逻辑与反思 孙素华/160

[检察专题研究]

关于加强整治新建城区社会治安的调研报告

——以 N 市 L 城区 D 片区作为调研样本 曾祥桐 覃勇/172

A 市 B 县检察院抗诉案件调查与反思

——以 2008—2012 年抗诉案件为实证研究 蒋治清/185

检察机关自侦案件的犯罪嫌疑人之羁押执行交付

问题研究 广西省南宁市良庆区人民检察院课题组/192

[纠纷与纠纷解决机制研究]

基层民主协商制度研究 刘平 程彬 费文婷 王天品/202

论转型乡土社会的司法策略

——以重庆市 L 村为例 吴纪树/224

纠纷解决的城乡差异

——基于“CGSS”数据的分析 谢军/242

[学术书评]

转型之感与实践之学

——评李瑜青教授《法律社会学教程》一书 钱锦宇 李晓曦/257

中国法社会学的理想图景

——读郭星华《法社会学教程》 萨其荣桂/267

由西向东、由理论迈向实践

——评汤唯《法社会学在中国——西方文化与本土资源》

..... 刘顺峰/280

法社会学中国化研究的理论自觉

——兼评高其才教授的《法社会学》 任帅军 吴敬华/299

《新教伦理与资本主义精神》法律社会学解读 李思豫 刘婧/314

法治中国的“西体中用”之道

——读周大伟先生《法治的细节》一书有感 魏敦友/334

[会议综述]

传统法律文化的当代意义

——“当代法治发展与传统法律文化价值”学术研讨会

会议综述 张建/346

社会管理创新与法治保障的理论建构、制度设计与区域经验

——“社会管理创新与法治保障”研讨会综述 赵斌/360

[征稿启事]

法律与文化互动的三点思考^①

——以传统儒学与中国法治建设关系为切入点

李瑜青

(华东理工大学法学院)

内容摘要 中国的法治建设之路，是在中国特有文化条件下进行的实践，必须探讨如何把握好中国的法律与文化的互动问题。笔者认为对法治过于形式化倾向予以批判，是把握好法律与文化互动首先要解决的问题。同时法律不仅在自身的内部实现着文化的流动，它还与社会其他文化一起实现着文化的流动。因此，一个国家的法律，其自我表达总是具有个性化的特征，是以具有浓烈的地方性知识形式反映的一种社会规则。如此，必然深深地影响一国法治的存在方式。这是把握中国的法律与文化互动又一个重要方面。此外，治道以人的主体之善为根本，以强调人的主体之善为基本路径，也许是中国法治在中国文化中流动表现的特殊性之所在，这是把握中国法律与文化互动的又一个重要方面。

关键词 法治之路 法律 法文化 相互关系

法治在一国的实现要关注其社会条件、社会机制、社会心理、社会文化、社会习俗等，这是法律社会学研究一个重要的视野。^② 这就要求我们“带着

^① 本文系李瑜青主持教育部2011项目“当代法治文明与传统儒学价值研究”和上海市社科基金项目《传统儒学文化与当代法治文明关联性研究》部分研究成果。

^② 李瑜青：《法律社会学教程》，华东理工大学出版社2009年版，第8页。

‘社会学的想象力’来观察法律”。^①正是在这个意义上，我们有必要从法律与文化互动的视角研究中国的法治之路与传统儒学的关系，而深入探讨对法治过于形式化倾向的批判，一国法律表达的逻辑及治道以人的主体之善为根本等问题，则可以揭示传统儒学提供的中国智慧在今天的价值。

一、对法治过于形式化倾向的一种批判

笔者认为这是中国的法治建设把握好法律与文化互动首先要予以解决的问题。一国的法治是在文化流动中形成、发展的。在法律的研究和实践中，我们必须摆脱对法治做过于形式化理解的倾向。

中国法学对法治过于形式化倾向的批判其实反映了一种文化冲突。所谓法治即以法而治，它包含了两个方面的内容。其一，建立一套反映社会政治、经济、文化关系及其变化发展要求的法律规范体系；其二，形成对作为法律规范体系思想文化基础的伦理、价值观念的普遍认同。前者属于制度的文化；后者属于思想观念的文化。一般而言，后者是法治的核心所在，因为法律规范体系是人们根据一定的伦理、价值观念构造的；经构造而成的法律规范又是通过人的行为使其从书面上的法转化为现实生活的法，在这个过程中，人们以一定的伦理、价值观念形成对法律规范的认知、评价等。而法治过于形式化却忽略了对法的伦理、价值观念的建设，把眼光仅限于法条的工具性、技术性方面，造成在法治建设中缺乏对法律的历史性、文化性理解这种过于狭隘的视野。

笔者注意到学界有不少学者已对这种法治过于形式化提出了批评。如有的学者指出，它的直接后果，是使法律变成对公众陌生的产品，法律应有的价值不能转化为主体价值追求的目标。^②因为这种立法产品游离于广大民众的需求以外，不仅无法满足广大民众生活的需要，而且可能是与广大民众利益相对立的。也有学者指出，法治的过于形式化会造成新的法律虚无主义。^③因为法律没有良好的群众基础，法律游离于广大民众的精神需求以外，它的一个可能的后果，即使法律成为一种摆设，在社会生活中不能起到良好的社会

① 李瑜青：《法律社会学导论》，华夏出版社1989年版，第7页。

②③ 范进学：《法的观念与现代化》，山东人民出版社2003年版，第15页、第16页。

控制作用。有学者统计,我国实际生活中有法不依的现象很普遍,在20世纪90年代当时的条件下,有80%左右的法律没有被很好地执行。^①也有学者从历史反思的角度提出批评,指出法律的过于形式主义曾给西方国家带来灾难。在纳粹统治的德国,当时也是以“法律”的名义实现的,但这种法治把人带人野蛮和恐怖。过分强调法律的形式合理性,而忽视其实质的合理性,使得人们对法治文明的基础和信念产生怀疑。可以看到,正是对法治的过于形式化倾向的批判,使得法学研究方法论发生转向。自近代以来,实证法学的理论曾作为主导的方法论对法学的研究和法律的实践产生过很大影响。但实证法学忽略对法的价值基础问题的研究,把对法的价值问题的研究看做是一个法学研究的假问题来加以拒绝。但经过第二次世界大战,人们通过对纳粹事件的反思开始意识到,其实人类的文明与进步不能以牺牲理想与价值为代价;高扬人的价值,追求人的理想,是人类进步与发展的动力,也是人类自身奋斗的归宿。它反映到治国层面上,在实现人类理想和价值的时候,法应当是一种体现着人类价值选择的规范、原则、精神,法治应始终是善治。正因如此,新自然法学、法社会学开始取代原实证法学而活跃于法学的思想舞台和法律的实践舞台,实证法学也调整自己的思路演变为新实证法学来表达对法的理想与价值的关注。^②

但笔者认为,对法治的过于形式化倾向的批判除了从上述的这些角度,还有必要从更高的境界来进行分析,这就是从我们所提出的建设社会主义法治国家的命题所包含的文化要求来进行分析。法治不仅仅是一个治国的方略,同时也是一个时代的命题,^③而作为法治时代基础的重要内容,就在于法律必须为人们所信仰,这种信仰对法来说,即使人们形成一种对法的运用行为的自觉。法律的作用不仅依赖于国家的强制力,而且还依赖于权力主体积极地实现自我权利、履行法定义务来保障法律秩序的稳定、法律规则的推行。这

① 石泰峰:“社会需求与立法发展”,《中国法律》1991年第1期。

② 李瑜青:“人文精神的价值与法的合理性追问——从法的现代性角度引发的思考”,《上海大学学报(社会科学版)》2008年第一期。

③ 李瑜青:《法理学》,“序论:当代中国改革的历史主题与法治之路”,上海大学出版社2004年版。

时主体是发自内心地对法律产生信服,因而法律在实现过程中,也是内涵于法律中的理想、价值、思想在其自身。实体法以一般行为规则的形式存在于规范性文件或其他法律形式之中,它不依个人的意志为转移,而是普遍地适用于全体社会成员,但实体法中的权力、正义、公平等思想、理想或观念也存在于权力主体的内心并化为一种具有普遍性的行动。法律作为人类价值的追求所实现与保障的手段,主要表现在法的规范被用来指引、预测、评价、教育、强制和处理人的行为,以维护一定的社会秩序。在这种情况下,法的规范作为一套社会评价标准体系是为主体的社会目的服务的手段,既具有手段性或工具性,又由于体现着人类的公平、正义、权利、自由、平等价值追求,凝结成人类的法的精神,具有其目的性。

而法治的过于形式化的直接后果是不能实现法治的这个基础性建设的。我们知道,人类的活动并不是个体性的孤立活动,而是以社会性的群体方式所表现的。这种社会性的群体活动使得人们相互联系、彼此影响,诸多的观念、思想、行为方式等构成为其中这种相互联系的复杂网络。社会就是以这种方式存在着。离开了人们之间的相互理解和价值理念的沟通,离开了人们由于相互理解和沟通所形成的共识,所谓的法律也就缺乏了社会的基础。具体来说,法律颁布的目的是规范人们的社会行为,以促进政治、经济、文化事业的发展。但立法是一回事,人们的执法、守法却是另一回事。立法者通过立法活动,如果不能将其正义、公平、效率等价值理念转换为权力机关的执法意识和普通公民的守法意识,在现实中人们照样还是我行我素,那么法律不过是一场文字游戏而已。因此,伯尔曼指出:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。它不仅包含人的理性和意志,而且还包含人的情感、人的直觉的献身以及人的信仰。”^① 信仰当然是十分崇高的事业。^② 信仰必须是人发自

① [美] 伯尔曼:《法律与宗教》,生活、读书、新知三联书店 1999 年版,第 28 页。

② 歌德说:世界历史的唯一真正的主题是信仰与不信仰的冲突。在所有信仰占统治地位的时代,对当代人和后代人都是光辉灿烂、意气风发和硕果累累的,不管这种信仰采取什么形式;另一方面,所有不信仰在其中占统治地位的时代(也不管这种不信仰是什么形式),都只得到一点微弱的成就,即使它也暂时地夸耀一种虚假的光荣,这种光荣也会飞快地逝去,因为没有人操心去取得一种对不信仰的东西的知识。

心灵内部的呼唤和需要，是在人的心中所产生的心灵上的平衡。它对法治的实现具有特殊意义。

对法治过于形式化倾向的批判，使我们看到要重视当代文化、传统文化，在中国尤其是传统儒学文化对当代法治建设的价值，法律规则只有在思想文化的基础上才能有效地得以构建。

二、从何种意义上理解一国的法治实践

法律不仅在自身的内部实现着文化的流动，它还与社会其他文化一起在实现着文化的流动。因此，一个国家的法律其自我表达总是具有个性化的特征，是以具有浓烈的地方性知识形式反映的一种社会规则。如此，必然深深地影响着一国法治的存在方式。这是把握中国法律与文化互动的又一个重要方面。

对这个观点做出论证，首先我们可以分析法律制度及其运作过程所具有的独特性。其实法律制度及其运作过程同时是与人的意识所相伴随的过程，是受到人的内心世界及感情色彩影响的过程。法律并不是一个纯客观的法律文本或物件，而是法律主体所赋予意义的构成物；法律规则不是现实法律制度的核心，构成法律核心的是人们在情感的互动中达成的对法律的理解和体验；因此法学研究者的目光不能仅限于日常法律的范围，而要考察多种的“活法”的形成和运行机制，尤其要关注传统文化给予我们并对我们产生深刻影响的事物，因为我们包括正在建设的法治都是由历史所铸造的。离开了人的主体活动的法律制度及其运作过程根本就不存在，法律制度及其运作过程的意义或价值是历史上的人所赋予的。

其次，我们来分析社会其他文化与法律文化的交融和相互作用而形成法律的文化力问题。^①所谓文化力是指，文化在社会生活中从来不是一种消极被动可有可无的存在品，它对经济、政治和人们的日常生活等，在无形地进行一种设计。文化传统越是悠久，这种设计所包含的内容就越丰富。在这种设计中，人们不但建立起独特的精神世界，而且往往建立起彼此相互认同的规

^① 李瑜青：“论中国传统内在观念与当代法制精神的现实冲突及选择”，《法律文化研究》，陕西人民出版社1995年版。

则原理。由于文化力的这种作用，它释放出特殊的文化信号，调动起人的潜力，影响人的态度与情绪、民族的凝聚力与向心力等等。^①文化力的作用告诉我们，我们不可能在历史虚无主义的背景下建设一国的法治，这个建设的过程必然地与传统及现代文化有着千丝万缕的联系。如果我们对传统及现代文化不能采取一种正确的选择态度，由于无形的文化力的设计作用是不以人的意志为转移而总是客观地发生影响的，形成一种既定力量后，就会使这个国家的法治建设偏离本国现实发展的客观要求，不能满足时代的发展需要。^②

这是说，其实任何国家的法律所包含的规则都不是抽象的，它是以一种直接的形式，对人的社会生活做出表现和确证，体现了一种人的存在的方式。法律表面上看似是孤立的，其实它总是与这个国家所处的哲学、伦理等文化相互联系、相互影响、相互制约而存在和发展着。因此，我们必须承认有一种文化力的存在。^③它是我们确证法律的文化人格的重要依据。人们在日常生活中常常低估文化的意义或作用，把文化当作纯粹的法律生活的点缀品，轻描淡写地加以颂扬或评论，而在强调法律建设必要性时就简单地把法律规则、法律实施的实体物看成是“刚性”的存在，而没有看到这些法律规则或法律实施的实体物都是人们根据伦理、价值等观念构造的，实际上是在反映一种文化力。

基于法律的文化力的作用，我们在进行现代法治建设时，要正确对待传统文化。因而提出一国法律制度的个性问题。历史的经验是值得重视的。法治建设如果忽略了民族文化内在因素的作用，采取简单的“拿来主义”，它的一个直接后果，就会造成整个社会文化系统的紊乱，社会系统中各文化力作用的相互抵消。^④但学者们在注意这个问题时，一般都从西方法治史来说明，强调西方文化传统、价值观念与法治的一致性，注重它们如何推动了法治的发展。有学者指出，欧洲国家步入法治化是以其社会自身深厚的伦理、价值

①②④ 李瑜青：“论法律的文化人格”，《上大法学评论》，上海大学出版社2004年版。

③ 笔者这里所说的文化是从狭义上使用的，指一定社会的意识形态以及与之相适应的制度和组织结构。而文化力则是一定社会所表现的对社会发展的精神动力。

观念作为基础的。^① 这种分析从法治的建设对法治文化依赖的角度是很有意义的。当然，要说明这个问题，首先要强调罗马法复兴这段时期的意义。从时间上说这大约在公元 12~16 世纪，当时欧洲不少国家和自治城市先后程度不同地出现了市场经济的萌芽并有一定规模的发展，市场经济这一新的经济形式的兴起，开始引起人们对新的经济秩序、规则的思考。研究罗马法，并将其基本原则和概念运用于法律实践中的学术活动也就逐渐展开起来。也正在这时，查士丁尼《国法大全》的重新发现，促进了罗马法复兴运动的发展。在这个过程中，形成了注释法学派、评论法学派、人文法学派等学派。注释法学派强调对《国法大全》原文的甄别和整理；评论法学派则主张对《国法大全》的法理阐释和实际运用的结合，从罗马法理学中去发现适合新时期需要的规则；人文法学派将人文主义思想贯彻于法学研究中，把法律研究和人的价值的研究相结合。当时文艺复兴产生的人文主义运动、宗教改革运动等所主张的伦理、价值思想为法治思想的建构提供了重要的资源，如由罗马法私法体系所明确规定的个人的权利和义务系统；人文主义运动主张个体的自由、人格的尊严、世俗生活的价值等的伦理学说；宗教改革提出人人在上帝面前平等、禁欲、勤俭，为上帝尽责的宗教意识等。

但在涉及中国法治的发展与中国传统文化尤其是传统儒学文化的关系时，学界谈得更多的是中国传统文化尤其是传统儒学文化反法治的因素，把两者简单地加以对立。如有学者认为，中国传统社会是建立在以宗法血缘为纽带的家庭关系之上的，“国”只是家的放大，“家”不过是国的缩小，国家关系、君臣关系是家庭关系、父子关系的延伸，人们习惯于在温情脉脉的伦理道德的纱幕中生活，人与人之间的社会关系完全情感化、伦理化与道德化。这种社会心理沉淀的结果，使人们陶然于伦理亲情，钟情于对现实人际关系的把握，并从中获得心理上的满足。同时在传统法文化中“法即刑”的观念深入人心，《唐律疏义》释：“律之以法，文虽有殊，其义一也。”《尔雅·释诂》云：“刑，法也？”汉郑昌曰：“立法明刑者，非以为治，救寰乱之起也。”

① 蒋先福：“法治的文化伦理基础及其构建”，《法律科学》1997 年第 6 期。

《汉书·刑法志》明顾炎武曰：“法制禁令，王者之所不废，而非所以为治也。”（《日知录·法制》）宋苏东坡诗云：“读书万卷不读律。”^① 这种法即刑的法律文化造就了民众在内心情感上自发地排斥法律，这种心灵上的厌恶与排斥无法形成公众对法律信仰的原发性动力。如此一个传统文化对我们今天的法治建设还有没有意义？

中国的文化历史真的缺乏法治所需要的伦理、价值因素？其实历史留给我们的东西是复杂的。固然中国在过去的发展中与西方的发展所表现的文化模式有很大的差异，而传统儒学的文化在道德文化和伦理文化上表现得特别发达，但从我们今天法治建设的角度来看，它所存在的问题是把某种道德和伦理因素的作用绝对化或夸大化，但这些道德和伦理的文化因素与法治的文化因素并不是截然对立的。我们看到 30 多年来中国的改革开放，我们从过去的封闭走向开放，中西经济、文化交流日益频繁。但是由于中西在经济上存在着较大的差异，使一些人提出全盘西化的观点，对自己民族的文化缺乏起码的自信心。这种观点在法学研究中也时有表现，如果影响到当代中国的法治建设，将会产生很大的消极后果。其实持有这种文化观的人在认识论上有一种误解，即把时代性和民族性这两种因素混淆了^②。就西方现代文化而言，也是现代化了的具有西方传统的文化，其中蕴含着具有永恒性与人类性的成分，可供其他民族发掘采用，也有合乎时代的成分供别人参照吸取，但不等于说可以无条件地适用于其他现代化的民族和国家，因为它还有独特的民族性的一面。^③ 因此，英国著名史学家汤因比曾这样说：一种文明系统中不会致害甚至会致富的因子，一旦跳离这一文明框架的制约而参与到另一个文明系统中，就有可能对这一文明系统产生致命的危害，因为这一文明中没有制约它的相对机制，因而“一个人的佳肴，完全可能成为另一个人的毒药”。^④

当然，我们应当承认，中国真正意义上的法治建设是在经历了“文化大

① 《苏东坡诗词选》，人民出版社 1981 年版。

② 李瑜青：《论法律的文化人格》，《上大法学评论》，上海大学出版社 2004 年版。

③④ 李瑜青：《世纪的交融与选择》第九章，安徽大学出版社 1997 年版。