

四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列

法律史评论

四川大学近代法文化研究所 主办 里 赞 主编

2013年卷 | 总第6卷



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014042173

D929-53

10

V6

四川大学“211工程”项目
中国区域历史与文化
“近代地方社会与法律”学术系列

法律史评论

四川大学近代法文化研究所 主办

里 赞 主编

2013年卷 | 总第6卷



D929-53

10

V6



法律出版社

LAW PRESS · CHINA



北航

C1728558

图书在版编目(CIP)数据

法律史评论. 2013 年卷: 总第 6 卷 / 里赞主编. —
北京: 法律出版社, 2014. 3

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6157 - 3

I. ①法… II. ①里… III. ①法制史—中国—文集
IV. ①D929 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 045538 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/陈 慧

装帧设计/贾丹丹

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙 磊

开本/787 毫米×960 毫米 1/16

印张/15.75 字数/268 千

版本/2014 年 5 月第 1 版

印次/2014 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 6157 - 3

定价: 22.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

本卷出版承以下资金资助

2013 年四川大学中央高校基本科研业务
费研究专项(哲学社会科学)项目:中青年学者
高水平学术团队建设“民国时期川省基层司法
档案整理与研究”

学术顾问(以中文姓氏笔画排序)

王汎森(台湾中研院院士)

王挺之(四川大学教授)

叶文心(Wen-Hsin Yeh)(美国加州大学伯克利分校讲座教授)

田 涛(上海政法学院教授)

刘海年(中国社会科学院荣誉学部委员)

许章润(清华大学教授)

陈廷湘(四川大学教授)

苏成捷(Matthew Sommer)(美国斯坦福大学教授)

吴志攀(北京大学教授)

陈金全(西南政法大学教授)

陈春声(中山大学教授)

何勤华(华东政法大学教授)

罗志田(四川大学教授)

林富士(台湾中兴大学讲座教授)

贺卫方(北京大学教授)

施耐德(Axel Schneider)(德国哥廷根大学教授)

葛兆光(复旦大学教授)

彭慕兰(Kenneth L. Pomeranz)(美国加州大学欧文分校讲座教授)

霍 巍(四川大学教授)

编辑委员会

里 赞 刘昕杰 赵妮妮 钱向阳 王有粮 杨 晖 钟 莉
陈长宁 汤 敏

主 编

里 赞

副主编

刘昕杰 王有粮

特邀编审

丁小宣 何进平 徐亮工 郭 烁

编者的话

老话说，民以食为天！至少在农耕时代，此话无疑是真理。而今，一般来说，人们虽大致不会对此持有异议，可酒劲一上来，干出的事却往往与此等常识相悖。在城市化不断加速的时代，几千年来生长麦稻的土地渐渐被水泥覆盖，随之，乡村被城镇所取代，农事被商业所取代，青壮农民变成了打工者，乡下留守的老弱不再有对田野的希望。当土地被糟蹋的时候，农业始真正面临危机。所谓皮之不存毛将焉附，长此以往的“发展”下去，我们以及我们的后代上哪儿淘食？

与土地和农事的遭遇相类，学术上的人文类学科（包括法律史），在近年来所谓的学科调整中也不断陷入尴尬，尽管，我们这样一个古老国家历经几千年的人文传统自近代以降就受到边缘化的历史处理。人文学科以及与人文相似的基础理论社会学科的专业，任谁都说重要，可落到实处，却屡遭冷遇。从事此类学科的人，颇似农人，干的活是打底的，辛苦不说，还难以速成，汗珠子掉地摔八瓣（搞历史的查档案、拍片子，真是个体力活），收成还不确定，农事靠天，咱们这个得靠运气。耨地是有规律的活计，不按时节程式，不下苦力，庄稼是种不出来的，不如商事可以投机渔利。人文学术尤其历史研究，学术传承有序，规矩严明，靠的是缜密考据，不兴创新“穿越”，下的是苦力，要的是耐力。好些个明时务者，一早抽身转入他门，图别样快活，留下的恐多是些“执迷不悟”的痴者。痴者自有其乐，可以不在山珍海味、金银珠宝、升官发财，但制度性的体面还需维持，正如农人应当获得的尊敬。现如今似乎连这都有些成为奢望。教育部新近发布的高等教育本科主干课（必修课）目录，就明令取消了中国法制史课程。此事一

出,虽旋即引发全国法律史学界强烈反弹,联署反对此决定,却再次证实了当下中国人文学科的不幸。其实,人文学科的不幸就是文化的不幸,尽管官方前不久才宣称已经意识到文化建设的迫切!人要想吃饭,就得保护好土地,国家乃至一个民族要想活的有点体面,就得养育文化,而养育文化就必须为人文学术多留活口。

法律史学科大概算是法学这一显学或应用学科中为数不多的具有较多人文属性的基础学科,因而它所负载的文化意义当然最为鲜明而丰富,自然其命运之不幸也首当其冲。然而,世风不济并不能消解掉它的重要价值。在国家寻求特色道路以及中国法学走向世界的过程中,法律史尤其是中国法律史的研究更凸显其独特的意义。钱宾四先生曾说过,“正如一个人走路,我们可以察看他的行踪和线路,来推测他想走向哪里去。同样情形,治史者亦可从历史进程各时期之变动中,来寻求历史之大趋势和大动向”。许多年来,中国大陆的法律实践,多以美国为代表的西方经验为借鉴,学习了不少外面的思想,引进了不少外来的制度,课堂上灌输了不少别人的理论,可是在治理上,究竟解决了多少问题却难以明述;更为不祥的是,在众声喧闹中,我们已经渐渐地忘记了自己,而我们口口声声模仿的那个所谓的“西方”,也不过是我们幻想出的或我们认为的那个西方。于是,在一路走过后,我们仍要不断地重复追问,中国向何处去。这样的历史事故,对中国而言已然不止发生过一次。审视当下,与其在空中楼阁中冥想中国的法学未来以及法治之路,倒不如立足于中国的历史与实践,或许从中能够有所领悟。

梁任公先生于近百年前将史学进步的特征归纳为,“其一为客观资料之整理,其二为主观的观念之革新”,此言置于今日也同样适用。随着近年来学术风气转型,法律史研究开始发生从“思想”到“学术”、从宏大叙事到微观实证的转变,特别是重视对基础资料文献的挖掘、整理与保护在相当程度地提高法律史研究的学术质量与学术水平的同时,也相应拓展了法律史学科的发展方向,学科的文化价值也随之提升。

目录

Contents

论文

- 形式意义上的中西古代法律宗教性比较研究 张西恒 / 3
- 论韩非对黄老法律思想的继承与发展 陶佳 / 14
- 唐律《名例》对于盗罪的特别适用 孙向阳 / 32
- 从学堂章程的比较看近代法律教育发端时的两种模式 谢卫东 / 43
- 南京国民政府刑法典中的烟毒犯罪 陈长宁 / 53
- 共治与中国人民:军阀时期的中国对国际化的诉求
爱德华·麦考德 著 王立颖 译 / 67
- 国家与社会互动视野下的请愿警制度
——以华大请求派警维持治安一案为例 樊英杰 / 94

评论

- 清帝国司法的时间、空间和参与者
——对清代州县司法研究的一种反思 邓建鹏 / 117
- “夫为寄猥,杀之无罪”是严惩奸罪的法令吗 宋磊 / 120
- 晚清至民国初年商事法律研究述评(1904—1927) 白阳 / 127
- 对有关清代成例制度研究的阅读探讨 姜方毅 / 140

书评

追寻理想的法学教育与法律人之治

——《磨镜》浅解

王进文 / 155

立宪悲歌:谁能破解末世危局?

——读高放先生重修《清末立宪史》有感

任晓兰 / 170

创新未新、史学无史

——评《历史与现实的选择——陕甘宁边区法制创新研究》

韩 伟 / 176

人类悲剧性命运的三个维度

——《法律与文学》前三章导读

陈艳风 / 180

帝制中国和东亚世界的起点

——读西嶋定生《白话秦汉史》

陈 鸣 / 194

清代地方政府的陋规

——评《清代地方政府》

吴饶竹 / 200

“法治转型”的历史中探寻法治之路

——李贵连《法治是什么——从贵族法治到民主法治》读后

张 艺 / 205

从法律人意识到社会人意识

——读《违背我们的意愿》

符沁莹 / 215

裂变与承继:李启成《晚清各级审判厅研究》读后

周 聪 / 224

论文

- ◎ 形式意义上的中西古代法律宗教性比较研究
- ◎ 论韩非对黄老法律思想的继承与发展
- ◎ 唐律《名例》对于盗罪的特别适用
- ◎ 从学堂章程的比较看近代法律教育发端时的两种模式
- ◎ 南京国民政府刑法典中的烟毒犯罪
- ◎ 共治与中国人民：军阀时期的中国对国际化的诉求
- ◎ 国家与社会互动视野下的请愿警制度
——以华大请求派警维持治安一案为例

形式意义上的中西古代法律宗教性比较研究

张西恒*

一、问题的提出

美国学者伯尔曼在1974年出版的《法律与宗教》一书中系统阐释了“法律与宗教”的关系,随后在《法律与革命》和《信仰与秩序:法律与宗教的复合》等著作里进行了进一步的发展。在作者看来,法律并不只是一个规则制度,宗教也不只是一套信条和仪式。^[1]“法律与宗教被看成既是人类本性又是社会关系的两个方面”,^[2]即“泛化的宗教和法律”。

但是,伯尔曼并非限于此,曹乔华“论法律的宗教性——兼解读伯尔曼的《法律与宗教》”中指出:“伯尔曼在《法律与宗教》一书中演绎了一条由信仰→生活目的与终极意义→法律价值→法律的宗教性→法律权威的思维路径。”^[3]鉴于西方人正在经历的“统整危机”,及法律实证主义研究进路所引发的法律工具主义价值倾向,伯尔曼开始了他的法律与宗教关系的研究,所以“他倡导赋予法律以宗教性就是要摒弃法律工具主义。他强调法律与宗教的相通,其宗旨在于主张法律应能同宗教一样被人们信仰。”^[4]这是伯尔曼

* 张西恒,上海交通大学凯原法学院。

[1] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第11页。

[2] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第11页注释。梁治平将此概括为“法律与宗教,实是人类经验或说人性的两个基本方面”(第4页)。伯尔曼认为,“人类随时随地都要面对未知的未来,为此他需要相信超越他自身的真理,否则,社会将式微,将衰朽,将永劫不返。同样,人类处处永远、永远面对着社会冲突,否则,社会将解体,将分崩离析”(第38页)。国内与此类似进路的是段兵的“原始宗教与法律的起源”,将宗教作为人类文化的开端,把宗教理解为人类的一种思维属性和心理特征是与生俱来的,具有不需要法律支撑的天然社会性,它为法律的形成提供了形式、内容、性质上的文化基础。参见段兵:“原始宗教与法律的起源”,载《青海民族学院学报》(社会科学版)2000年第3期。

[3] 曹乔华:“论法律的宗教性——兼解读伯尔曼的《法律与宗教》”,载《云梦学刊》2007年第6期。

[4] 同上引文。

研究的出发点,也是其归宿。

至于国内学者的研究则似乎沿着另外一条进路,先从争论说起。瞿同祖的《中国法律与中国社会》运用社会学的方法研究并分析了中国古代法律的基本精神及主要特征(即家族主义及阶级概念),它将中国古代由汉至清两千余年的法律作为一个整体进行分析研究,指出“儒家化是中国法律发展史上一个极为重要的过程……中国法律之儒家化可以说是始于魏、晋,成于北魏、北齐,隋、唐采用后便成为中国法律的正统。其间实经一长期而复杂的过程,酝酿生长以底于成”〔5〕。细细研读作者的研究进路,可以发现,他是从儒法的区别讲起的,也是对比于法家精神进行论证的。

张中秋先生《中西法律文化比较研究》则是以比较的方法,通过考察中西法律文化发展的史实,得出“西方法律相对于中国传统法律的伦理化,具有强烈的宗教性”的结论〔6〕。

目前学界很多人对其存在误解,认为“即使是中国自己的一些学者,如近代瞿同祖先生,以及当代张中秋先生也将中国古代的法律定义为伦理化法律,认为宗教性为西方法律的特征”〔7〕。对瞿同祖的误解显而易见,其实瞿同祖先生对宗教对中国古代法律的影响是有所关注的,在第五章,作者论述了巫术与宗教对中国古代社会和法律发展的影响。对于中国古代社会而言,“从表面上来观察,我们确不易见宗教在中国法律史上的地位……我们实无出自神授的法律,同时我们的法律也不曾依赖巫术宗教的力量来维持……但是,如果我们作更深的研究,我们会发现巫术宗教与法律的功能关系是相当密切的。”〔8〕紧接着,瞿同祖从“神判”、“福报”、“刑忌”、“巫蛊”四个方面具体阐释了巫术与宗教对中国古代法律的影响。〔9〕

表面上看来,学者对张中秋先生的评判是建立在准确理解作者思想基础之上的,其实不然,他们夸大了作者的意思,并将其极端化,从反面角度讲就是“中国传统法律一点也不具有宗教性”,并在此基础上展开了批判,研究起中国传统法律与宗教的关系。

如果我们先暂且不管张中秋先生的用语概括表达,而总结其真正的意

〔5〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,第373~374页。

〔6〕 张中秋:《中西法律文化比较研究》,中国政法大学出版社2006年版,第127页。

〔7〕 李光显:“浅谈中国古代法律的宗教性”,载《中外法学》1999年第2期。

〔8〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,第269页。

〔9〕 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,第270~291页。

思,那就是,中国传统法律在形成和发展过程中深受儒家伦理思想的影响,而西方法律则更多受到了基督教的影响,这一意思完全符合史实,并无争议。由此可以看出,大家争议的焦点在于以下两点:(1)儒教是否是宗教;(2)法律的宗教性究竟指称的是什么。

二、中西古代法律宗教性的不同

关于第一个问题,目前学界说法不一,本文不做论述。关于第二个问题,在笔者看来,法律的宗教性则有形式意义和实质意义层面的区分,形式意义上是指法律从起源、形成到逐步发展受到的宗教的影响^[10](有点类似于宗教社会学的研究内容);实质意义则指法律自身的“宗教”属性,当然这又是一个众说纷纭的问题,^[11]根据我国宗教学家吕大吉先生在《宗教学通论新编》中对宗教的定义,“宗教是关于超人间、超自然力量的一种社会意识,以及因此而对之表示信仰和崇拜的行为,是综合这种知识和行为并使之规范化、体制化的社会文化体系”,^[12]笔者认为主要是指对超人间、超自然力量的信仰即法律自身的超验性、神圣性,以及人们由此而对其产生的崇拜敬畏信仰心理。^[13]当然,两个层面并不是完全分离的,而是相互联系、相互影响的。^[14]尽管如此,笔者认为,我们在谈论法律的宗教性时还是有必要将这两点分开论述的,否则容易导致混淆模糊、标准不一的问题。

本文主要论述形式意义上的古代法律宗教性。国内学者对这一问题论述较多,但是笔者发现,这一点上中西有着本质的不同。在此,笔者尝试着对

[10] 当然,这里还可以继续细化,宗教与法律的影响,笔者认为,也可分为宗教作为具体制度的渊源及宗教带给法律的使人们服从的效力两个方面。

[11] 关于宗教的定义上,“西方学者或者从信仰对象出发,或者从宗教情感体验和宗教社会功能出发去把握宗教,对宗教做了各自独特的理解”,参见彭自强主编:《宗教学概论》,宗教文化出版社2008年版,第68~77页。

[12] 吕大吉:《宗教学通论新编(上)》,中国社会科学出版社2000年版,第79页。

[13] 基于“我们把这样一些信仰和实践都视为宗教;它们把传统自然神宗教中通常给予和献给上帝或众神的那种奉献和权力赋予任何人、事物或者力量”,伯尔曼将宗教定义为“使人们表明对终极意义和生活目的的一种集体关切——它是一种对于超验价值的共同直觉与献身”,并且在此基础上,法律这种“分配权利与义务,并据以解决纷争、创造合作关系的活生生的程序”才获得了宗教性,尽管伯尔曼的认识和上述的理解并不矛盾,但是伯尔曼的片面性是显而易见的,似乎都是基于一些现代价值观,或言之,以基督教价值观为中心。参见[美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第11页。

[14] 伯尔曼在论述法律的宗教性时显然主要是基于实质意义层面,而在第三章论述宗教中的法律时则主要侧重于形式意义层面。

国内逐步兴起的中国古代法律宗教性研究代表性论文——李光昱的“浅谈中国古代法律的宗教性”从分析论证上做一批判分析,并在这个过程中逐步提出自己的观点。

李光昱的“浅谈中国古代法律的宗教性”指出,马克斯·韦伯以及伯尔曼等西方学者认为西方法律与宗教二者有着密切的联系,“基督教作为西方人信仰的支柱,对于西方法律传统的形成、演化以及实在法的制定、在社会中的实际运行,具有极大的影响”,^[15]而对于中国传统法律和宗教的关系及其宗教性问题则持否定意见。^[16]

为了论证中国传统法律的宗教性,李光昱遵循了这样一个论证思路,即古人信奉天(“中国宗教的核心”)→“人神分离”到“人神杂糅”的转变,^[17]使得君权神圣化→汉代“天人感应”学说出现,使得“君主言出法随,法承天意”,^[18]“表现在法律上就是以礼为基础,礼法合一”^[19]〔礼源于祭祀,“儒家认为礼承天之道以治人情”(三纲五常)〕→为了进一步神圣化,结合阴阳学说,“使道德伦理观念成为符合天道不可侵犯的神圣教条”,^[20]“人们对天的崇拜,也使中国古代法律,找到了最终的合理性依据”。^[21]另外,李光昱还从审判行刑上寻找了中国传统法律的宗教性依据,^[22]如春季行赦,遇灾异行赦,

[15] 李光昱:“浅谈中国古代法律的宗教性”,载《中外法学》1999年第2期。

[16] 学者通常关注的西方学者的论述可参见[美]德克·布迪、克拉伦斯·莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社2008年版,第8页。他认为:“在几个主要的文明古国里,其早期成文法都具有一个显著特点,即法律的发展与宗教有紧密联系。当然并不是所有这些文明古国都建立了成文法制度,但只要人们制定了成文法,他们通常把神圣的渊源赋予法律(至少开始时是这样),以此来突出这项成就,这种神圣的渊源表明,这些法律是由一个神或是诸神给予或展示给人类的”,“在中国,人们关于法律起源的观念与上述其他国家截然不同。有史以来,没有一个中国人认为任何一部成文法源于神的旨意,即使是最完备的成文法也不例外”,这里我们需要注意这种说法的前提,即从区别于其他主要文明古国情况并且是宗教是否赋予法律神圣性渊源的角度来论述,因此并非完全否定中国古代法律与宗教的关系。马克斯·韦伯主要从理性化的角度来探讨宗教与法律的关系,他将中国传统法律界定为传统型,即固有权力的神圣性是支配团体中大部分人之所以服从的理由,即传统被视为神圣的,而关于中国古代宗教对法律的影响,则论述较少。

[17] 《国语·楚语》。

[18] 李光昱:“浅谈中国古代法律的宗教性”,载《中外法学》1999年第2期。

[19] 同上引文。

[20] 同上引文。

[21] 同上引文。

[22] 另外,为了更好论证,作者还提出“中国古代的主要宗教是一种伦理化的崇拜天的儒家宗教,它是儒家哲学思想的基础,也是中国古代儒家化法律的基础”。正如前文所言,本文对儒教是否是宗教的问题不作评述。

秋冬行刑。

这个论证是有一定问题的,并不能解释法律来源于“天”崇拜,只能证明古代治国之道的宗教性,^[23]或者说皇权的神圣性,而法律的神圣性如果说有的话,也仅仅是皇权神圣的“副产品”,没有独立的神圣价值,更何况这种情况下,法律往往因为是皇权的“副产品”,而更加丧失了价值(更不用说“神圣性”了)。更重要的是,法律的合理性依据显然是统治者为了统治的需要一手炮制的,而非宗教本身自然赋予的。

所以,我们要分清中国古人尊崇的是法律还是皇权。如果法律是皇帝的命令,那他们又何必崇拜法律呢(从法律独立于皇权的意义上讲)?“前主所是著为律、后主所是疏为令”,^[24]在专制社会中法律在很大程度上被认为不过是君主意志的体现。许光县在“中国古代法律传播模式研究——以国家传播为中心的考察”一文中详细考察了中国古代社会法律的传播模式,指出中国古代法律传播模式的核心是诏书,“通过诏书来传播法律,不仅体现了大一统国家政权的需要,而且也符合王权(皇权)独尊的要求……诏书从根本上讲,是帝王意志的体现……当诏书与律典发生矛盾和冲突时,要以皇帝的诏书为准,即诏书具有比‘律’更高的法律效力,这更强化了诏书在传播法律中的核心地位”。^[25]由此观之,古代社会法律本身并没有获得独立的地位,其实只是一种手段。在中国的历史上,权力(统治者)高于法律的观念更是根深蒂固、由来已久的,对中国的影响也是广泛的、深刻的。这种观念已经融入了中华文化中华民族的意识之中。法自君出,为君所用。无论是在起源层面还是在实践层面,法律都成为了君主奴役百姓的工具。

另外,李光昱的论述表明了礼的宗教性渊源,而礼与法在给人的终极价值上在一定程度上是相互对立的。“古代圣贤确立了崇高的礼,它与人的内在情感和天地之序相一致,规范家庭、朋友和君臣的人伦秩序;礼的道德是利他的;各种礼仪为生命增添诗意和美感。反之,法被认为是由现代人的命令和规则组成的,用以节制他们所管治的社会的活动;它是机械化的、不带情感

[23] 同此类似,谷东燕的“古代中国的宗教与法律——从法律的宗教性角度谈”对天命崇拜的阐释只能证明古代王权政治的神圣根源,对祖先崇拜的阐释则只能证明礼的宗教性,对于法律的宗教性渊源则证明无力。参见谷东燕:“古代中国的宗教与法律——从法律的宗教性角度谈”,载《当代法学》2002年第12期。

[24] 《汉书·杜周传》。

[25] 许光县:“中国古代法律传播模式研究——以国家传播为中心的考察”,载《政法论坛》2011年第4期。

的,它缺乏普世有效性;法不同于礼,它不是根源人的内在情感。”^[26]于此我们也许可以真正理解黑格尔对中国古代法律的感叹,“它们不是法律,反倒简直是压制法律的东西”。^[27]如梁治平所理解的那样,“它是执行道德的工具,是附加了刑罚的礼。这种道德化的法律与法律化的道德其实应叫作礼法,一如希伯来的法律只合名为律法。道德无所不在,法也就‘包罗万象’,但是对于个人来说,法不但意味着国家的暴力(刑),通常还是耻辱的象征,因为它所惩罚的,总是不道德的。于是它又成为正常生活之外的东西。所谓‘出于礼则入于刑’,这既是合,又是分,它表明我们古代的法律只是有否定价值。这样的法律,自然不具有(也不要求)神圣性。孔子曰:‘道之以政,齐之以刑,民免而无耻;道之以德,齐之以礼,有耻且格’(《论语·为政》)。能唤起人尊崇,甘愿践行其原则的,是德与礼,而不是法(刑政)。这些不仅有别于西方历史上受基督教影响的法律,而且不同于希伯来法或伊斯兰法。”^[28]如果说礼具有“天”道的宗教性渊源,那么与此对立的法律又怎么会有同样的渊源?

尽管后续学者们也承认中国传统法律的逐步礼教化,但他们要表达的是法律在变化之中仍有不变的,或者是法律建立之初的基础,就是中国传统法律的宗教性,它渊源于“天道”观宗教。但是,纵观中国古代宗教史,并没有给予法律独立价值的观念,所以,很难说法律真的由此被赋予了“天道”的宗教性。

西方法律的宗教性在本质上则有着截然不同的特征。彭琦的《中西政教关系史比较研究》指出:“从犹太教《旧约》看,尽管以色列人民是上帝的选民,但摩西律法‘是耶和华(上帝)……吩咐摩西与以色列人立约的话’(《申命记》29:1),上帝拯救以色列人民的重要方式就是向以色列人民传布律例、诫命和典章,而以色列人民获救的条件就是要‘尽心尽性谨守遵行’律法(《申命记》26:16),因此,在犹太教看来,律法是以色列人民生存的根基,而谨守遵行律法,就能使以色列民族用为上帝选民而得到上帝拯救。”^[29]尽管后来的基督教《新约》对犹太教中的律法之上进行了改造,“但并不是完全扬弃,而主要是摈弃其形式主义和繁琐主义。这一方面简化了律法,去除了为

[26] [美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第202页。

[27] [德]黑格尔:《哲学史讲演录》(卷一),贺麟、王太庆译,商务印书馆1978年版,第119页。

[28] 梁治平:“死亡与再生:新世纪的曙光(代译序)”,载[美]伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,中国政法大学出版社2003年版,第11页。

[29] 彭琦:《中西政教关系史比较研究》,首都师范大学出版社1998年版,第141页。