

# 法律文化

# 理论

刘作翔 著



商务印书馆

D90  
L77

453663

# 法律文化理论

刘作翔 著



2



00453663

商务印书馆

1999年·北京

**图书在版编目(CIP)数据**

法律文化理论/刘作翔著. —北京:商务印书馆,  
1999

ISBN 7-100-02827-2

I. 法… II. 刘… III. 法律-文化理论-研究  
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(1999)第 05398 号

33575/04

FǎLǚ WÉNHUÀ LǚLÙN

**法律文化理论**

刘作翔 著

---

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

新华书店总店北京发行所发行

北京新华印刷厂印刷

ISBN 7-100-02827-2/D·258

---

1999年5月第1版 开本 850×1168 1/32

1999年5月北京第1次印刷 字数 229千

印数 3 000册 印张 10<sup>1</sup>/<sub>2</sub>

定价: 15.90 元

# 自序 思想的价值和 法治的理念

人世间最宝贵的是什么？对这一老生常谈的问题会有许多不同的答案。有人会说生命是最宝贵的，这回答不错。没有了生命，世间的一切无论对个体还是对群体都将失去意义；有人会说爱情是最宝贵的，这也没错。如果世间没有爱情，人类犹如生活在干涸的沙漠中，渐渐枯竭；有人会说亲情和友谊是最宝贵的，这也没错。世间如果没有亲情和友谊，人们就像生活在冰凉的荒岛上，没有温暖；也有人会说世间最宝贵的是物质和财富，这也没错。如果世间没有物质和财富，人类和人生将失去生存的基础。但我要说，人世间最宝贵的是思想。思想是人世间最宝贵的东西，是人世间“最美丽的花朵”。思想具有涵盖人类一切价值的含量和特性。

唯物主义理论和学说认为，人类历史是一个自然发展演进的历史。但人类的历史也是一个思想发展的历史。思想在人类历史上产生过巨大的作用，推动着人类社会发生历史性变化和转型。思想是人类知识的结晶，是人类智慧的体现，是人类发现世界、解释世界、说明世界的产物，是一代代人类思想家的文化积累的结果。思想是人类行动的指南，是社会转型的先声，是制度创新的先导。唯物主义哲学家提出了一个“物质不灭”的哲学定理。其实，

思想也是不灭的。只有思想,才能真正地长存人间,给人类以启迪,给后来者以借鉴,给行动者以志铭。在人类即将告别 20 世纪、跨入 21 世纪的历史交汇之际,思想的这些巨大作用和功能将日显突出和强大。

美国法学家弗里德曼有句名言:“法典背后有强大的思想运动”(《法律制度》中译本第 241 页)。这句名言非常精辟地道出了思想对于法律制度的产生、创制及实现的巨大价值和功能。中国正处在法律变迁和法制转型的历史进程之中,其目标便是中国在经历了近一个世纪的曲折之后提出的建设“社会主义法治国家”。这是一个几代中国人为之奋斗的宏伟目标。要实现“法治国家”这一宏伟目标,我们首先要确立一些关于法治的新的思想和新的理念。

我认为,法治是一个包含着多重内涵的概念。

首先,法治是一种观念,一种意识,一种视法为最高权威的理念和文化。这种观念、意识、理念和文化尊崇以社会集体成员的意志为内容而形成的规则体系。它重视个人在社会中的价值和尊严,但排斥个人在社会运行机制中的权威地位。

其次,法治是一种价值的体现。法治不但要求一个社会的成员遵从具有普遍性特征的法,而且还要求这种被普遍遵从的法必须是好法、良法、善法。也即法治之法包含着民主、自由、人权、平等、公平、正义等等人类价值要素。因此,法治之法使人类对法律提出了更高的要求,它使立法者在法律制定之后必须接受价值的评判和检验。

再次,法治是一种以“法的统治”为特征的社会统治方式和治理方式,它并不排斥社会道德等对人们内心的影响和外在行为的

自我约束,但它排斥以个人为轴心的统治方式。它奉行“人变道不变”的政治哲学原则。法治社会中评判人们外在行为的标准是法律。表面看它似乎低于道德标准,但它更有利于社会文明的进展,从最终目标上是向道德准则的接近和迈进。

总之,法治是一个能够统摄社会全部法律价值和政治价值的综合性概念。实现法治,也即实现这些价值;法治的实现,也标志着这些价值的实现。

实现法治是几代中国人的理想。当代中国人有责任使这一理想变为现实。让我们期盼并迎接 21 世纪中国民主与法治时代的到来!

刘作翔

1998 年 11 月 29 日于西安

# 目 录

导言 法律文化:一个宏观的法学新思维 .....	1
第一章 文化概念与法律文化概念 .....	8
第一节 从文化概念到法律文化概念 .....	9
一、文化概念的多义性 .....	10
二、几个“经典性”的文化概念 .....	14
三、归纳:三种文化观以及法律文化研究应对文化概念的定位 .....	19
四、文化能否有附加词——法律文化的概念能否成立? .....	28
五、法律文化概念研究的意义 .....	32
第二节 国外学者关于法律文化概念的观点 .....	34
一、美国学者对法律文化概念的理解 .....	36
二、苏联学者对法律文化概念的理解 .....	45
三、日本学者对法律文化概念的理解 .....	51
第三节 我国学者关于法律文化概念的观点 .....	57
第二章 法律文化的释义:作为方法论意义的法律文化和 作为对象化的法律文化 .....	66
第一节 作为方法论意义的法律文化 .....	68
一、梁治平先生的“方法论法律文化观”介评 .....	69
二、作为方法论意义的法律文化的研究范例——严景耀先生的 “犯罪文化”研究 .....	73
第二节 作为对象化的法律文化 .....	80
一、“法律是一种文化”——法律与文化关系的法理学阐释 .....	81

二、法律文化在整体文化中的地位和作用 .....	92
三、法律文化发展的“三步曲” .....	93
四、法律文化与法律传统 .....	96
五、法律文化的实体内容界定——法律文化的对象化 .....	98
六、法律文化的参照系 .....	104
<b>第三章 法律文化的结构 .....</b>	<b>106</b>
<b>第一节 结构与结构主义 .....</b>	<b>106</b>
一、结构的意义 .....	106
二、作为一种方法论的结构主义 .....	108
<b>第二节 文化结构与法律文化结构诸说 .....</b>	<b>112</b>
一、文化结构 .....	112
二、法律文化结构诸说 .....	114
<b>第三节 法律文化结构的构造 .....</b>	<b>117</b>
一、法律文化的深层结构 .....	118
二、法律文化的表层结构 .....	135
三、法律技术的属性分析 .....	150
<b>第四章 法律文化的基本特征和类型 .....</b>	<b>155</b>
<b>第一节 法律文化的基本特征 .....</b>	<b>156</b>
一、文化特征 .....	156
二、法律文化的基本特征 .....	157
<b>第二节 法律文化的类型 .....</b>	<b>170</b>
一、法律文化分类理论 .....	170
二、法律文化的类型 .....	175
<b>第五章 法律文化的社会化 .....</b>	<b>179</b>
<b>第一节 法律文化社会化释义 .....</b>	<b>179</b>
<b>第二节 法律文化社会化的途径 .....</b>	<b>183</b>
一、大众传播 .....	184



二、正规的法律教育·····	188
三、非正规的法律教育·····	195
四、高层次的法律理论研究·····	202
五、法律实践活动中的信息传播和反馈·····	203
第三节 法律文化社会化的效果分析·····	204
第六章 法律文化的冲突·····	210
第一节 法律文化冲突的一般理论分析·····	210
一、法律文化冲突的原因·····	211
二、法律文化冲突的表现方式·····	218
三、法律文化冲突的价值功用分析·····	236
第二节 当代中国的社会秩序结构·····	238
一、“礼治秩序”——传统中国社会秩序结构的主要特征·····	239
二、“多元混合秩序”——转型时期中国社会秩序结构的 主要特征·····	243
第三节 当代中国法律文化的冲突与选择·····	262
一、当代中国法律文化现状的理论概括：二元结构·····	263
二、当代中国法律文化二元结构的现实表现·····	265
三、当代中国法律文化的出路与选择·····	274
第七章 法律文化的现代化·····	280
第一节 法律文化现代化之特质·····	280
一、法律文化现代化的静态分析·····	281
二、法律文化现代化的动态分析·····	285
第二节 法律文化现代化的实现途径·····	290
一、法律文化的矛盾与冲突·····	290
二、法律文化的选择与整合·····	293
三、法律文化的进步与发展·····	294
第三节 中国法律文化的现代化·····	295

一、20 世纪中国法律文化现代化的历史回顾和历史动力 .....	296
二、中国法律文化现代化与中国传统法律文化 .....	303
三、中国法律文化与西方法律文化 .....	307
结语 迈向 21 世纪的中国法律文化 .....	311
参考书目 .....	315
后 记 .....	322

# 导言 法律文化：一个 宏观的法学新思维

20世纪80年代中期在中国法学界兴起的法律文化研究，至今已有多十年历史。十多年来，中国法学界对此投入了一定的精力和热情，进行了全方位研究，发表和出版了相当数量的研究论文和著作。这些论文和著作丰富了我国的法律文化理论，并将我国法律文化研究逐步引向深入。

相比较而言，在各种关于法律文化的研究中，法律文化基本理论的研究仍是一个比较薄弱的环节。这一方面可能由于法律文化基本理论的抽象、宽泛和不易把握，另一方面也可能由于从事基本理论研究的艰涩。但这是一个绕不过去的研究课题。所有的关于法律文化的研究，如果没有基本理论研究作铺垫，将最后可能失去根基。

鉴于此，本书作者选择了“法律文化理论”作为研究主题。当然，就此主题而言，它涉及的范围相当广泛，远不是本书所能胜任和完成的。但我将择其我认为比较重要的几个法律文化基本理论问题进行分析和研究。这几个基本理论问题是：法律文化的概念、释义，法律文化的结构，法律文化的基本特征和类型，法律文化的社会化，法律文化的冲突，法律文化的现代化。以上七个问题的研

究,都是以当代中国为分析重点,兼及了国外的有关理论和实践。

本书的主题思想是:法律文化是一个宏观的法学新思维,它渗透在人类的法律实践活动之中。法律文化既体现在作为隐性的法律意识形态之中,也体现在作为显性的法律制度性结构之中;法律文化既是历史文化的遗留,也是现实的人类创造。过去人们创造了法律文化,今天人们仍在发展着法律文化。法律文化是一种集历史与现实、宏观与微观、静态与动态、观念与制度在内的宏观的整体性文化。正是在这一主题思想的指导下,本书展开了全方位的分析,并将这一主题思想贯穿在有关法律文化的概念、释义、结构、特征、类型和法律文化的社会化、现代化及法律文化的冲突等分析和研究之中。

本书七章的主要内容简介如下:

第一章是“文化概念与法律文化概念”。此章共有三节。第一节是“从文化概念到法律文化概念”。此节中,作者用较多的笔墨分析了文化概念,指出文化概念是一个多义性的概念,并剖析了几个“经典性”的文化概念,最后从哲学抽象的角度,将多样化的文化概念归纳为三种文化观,并谈及了作者选取“中义文化观”作为法律文化研究对文化概念的取舍和定位的主要理由。接着作者提出一个对于法律文化研究非常实质性的问题,即文化能否有附加词?提出此问题实际上是要回答法律文化这个概念能否成立。最后,作者从法律文化研究的现状出发,谈及了法律文化概念研究的意义,认为法律文化的概念是所有法律文化研究都无法回避的问题,它是法律文化研究的核心概念,是法律文化理论研究最重要的问题。第二节是“国外学者关于法律文化概念的观点”。在此节中,作者选择了对我国法律文化研究产生较大影响的美国、苏联、日本

学者关于法律文化概念的各种观点,并进行了简要的述评,为我们了解国外学者关于法律文化概念的理解、观点、学说提供了较为系统、详细、丰富的材料,也为进一步研究法律文化概念提供了可供借鉴的思想积累。第三节是“我国学者关于法律文化概念的观点”。在此节中,作者对自80年代中期以来我国学者关于法律文化概念的一些主要观点进行了介绍,以使我们了解法律文化这一概念在我国学者视野中是如何理解、界定及在何种意义上使用这一概念的。

第二章是“法律文化的释义:作为方法论意义的法律文化和作为对象化的法律文化”。此章中,作者从两个不同的角度,对“法律文化”这一概念作出解释。本章共分两节。第一节是“作为方法论意义的法律文化”。在此节中,作者选取了对法律文化的方法论意义作了大力倡导的梁治平先生的“方法论法律文化观”进行了评介,肯定了其视角的意义,同时也指出其不足。随后,作者着重介绍了作为方法论意义的法律文化的研究范例——严景耀先生的“犯罪文化”理论及其观点。第二节是“作为对象化的法律文化”。这是本书对法律文化概念进行释义的核心部分,也是本书主题思想的阐发和论证部分。在此节中,作者分别从以下几个方面对“法律文化”这一概念所包含的涵义进行了分析:提出了“法律是一种文化”的观点,分析了法律文化在整体文化中的地位和作用,法律文化发展的“三步曲”,分析了法律文化与法律传统的联系与区别,给出了法律文化的实体内容界定——即法律文化对象化的内容,最后提出了考察一个国家或社会法律文化发达与否的评价体系等。

第三章是“法律文化的结构”。此章可看作是对法律文化概念

释义的展开和具体化过程。本章共有三节。第一节是“结构与结构主义”，作者介绍了有关结构和结构主义的理论，为研究法律文化的结构进行理论和方法论铺垫。第二节是“文化结构与法律文化结构诸说”，介绍了一些学者关于文化结构和法律文化结构的观点。第三节是“法律文化结构的构造”。作者从“法律文化的深层结构”和“法律文化的表层结构”提出并论证了本书关于法律文化结构的建构理论。最后对法律文化的一个重要元素“法律技术”为什么不能作为法律文化的结构内容发表了作者的独特观点。

第四章是“法律文化的基本特征和类型”。本章共分两节。第一节是“法律文化的基本特征”。作者首先对有关文化特征的理论作了简介，然后提出了本书关于法律文化的七个基本特征的概括和分析，即：法律文化具有物质依附性；法律文化具有政治功能；法律文化具有普遍适用性；法律文化具有实践性、实用性；法律文化具有历史连续性；法律文化具有民族性；法律文化具有互融性。第二节是“法律文化的类型”。此节中，作者首先介绍了有关法律文化的分类理论，然后提出了作者关于法律文化的十大分类，并谈了作者关于分类的一些认识。

第五章是“法律文化的社会化”。本章共有三节。第一节是“法律文化社会化释义”，阐发了作者关于“法律文化社会化”这一命题的看法。第二节是“法律文化社会化的途径”，这是此章的重点。作者分别从大众传播、正规与非正规的法律教育、高层次的法律理论研究、法律实践活动中的信息传播和反馈等几个方面对法律文化社会化的途径进行了探讨。第三节是“法律文化社会化的效果分析”，主要论述了如何正确而不是错误地向社会公众传播法律文化信息和知识，避免法律文化传播过程中对公众的误

导。

第六章是“法律文化的冲突”。此章共分三节。第一节是“法律文化冲突的一般理论分析”。此节中,作者从一般理论的角度,共探讨了三个问题,即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分析。作者认为,引起法律文化发生冲突的原因主要有:社会物质生产方式的变化;社会的变革;各种异质文化的影响和冲击;法律文化的适应性。与此相应,法律文化冲突的表现方式主要有:法律文化与社会冲突;特定社会、民族的法律文化同外来法律文化的冲突;法律文化与其他调整文化的冲突(如风俗习惯、社会道德、政策等);制度性文化与观念性文化的冲突。最后,作者从正反两个方面对法律文化冲突的价值功用进行了分析。指出:动态地看,法律文化冲突可能是法律文化发展和进步的一个动力;但静态地看,冲突意味着矛盾、对立和斗争,它同社会和谐、社会稳定等法律价值目标是相悖的,可能破坏既有的法律秩序。第二节是“当代中国的社会秩序结构”。此节是为了分析当代中国法律文化的冲突而设置的一个章节。此节中,作者首先对传统中国社会秩序结构作了分析,主要介绍了费孝通先生本世纪40年代将传统中国社会秩序结构概括为“礼治秩序”的观点,然后分析了转型时期的中国社会秩序结构。作者将转型时期的中国社会秩序结构概括为由“法治秩序”、“礼治秩序”、“德治秩序”、“人治秩序”、“宗法秩序”等组合而成的“多元混合秩序”结构,并指出这是当代中国的一种“实然社会秩序”结构,而不是一种“应然社会秩序”结构。与此相关联,作者重点介绍和评价了在国家提出“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略和战略目标后,国内学术界对“法治国家”、“法治理论”所提出的一些质疑和不同

学术观点,指出这种学术争论的实质是中国究竟应该采取何种治理国家的方式及建立何种社会秩序结构的问题。第三节是“当代中国法律文化的冲突与选择”。此节中,作者从法律文化结构的角  
度,分析了当代中国法律文化的现状,将这种现状概括为“法律文化的二元结构”,即较为现代的先进的制度性法律文化与较为传统的落后的观念性法律文化二元并存。随后作者对这种“法律文化二元结构”的现实表现进行了一些分析,最后提出了当代中国法律文化的出路和选择应该是逐步打破二元结构,实现文化整合。

第七章是“法律文化的现代化”。此章共有三节。第一节是“法律文化现代化之特质”。作者从静态与动态两个方面,对法律文化现代化进行了分析,实质是提出了法律文化现代化的标准问题。第二节是“法律文化现代化的实现途径”。在此节中,作者并没有局限于法律文化的静态视角,而是从法律文化运动的过程,动态地考察了法律文化现代化的实现途径,认为法律文化现代化存在于法律文化的矛盾与冲突,法律文化的选择与整合,法律文化的进步与发展的过程之中。第三节是“中国法律文化的现代化”。作者首先简要回顾了 20 世纪中国法律文化现代化的历史与发展动力。然后主要分析了中国法律文化现代化进程中涉及到的两个重要问题,即中国法律文化现代化与中国传统法律文化的关系和中国法律文化与西方法律文化的关系。作者认为,要实现中国法律文化现代化,就要对中国传统法律文化进行创造性转换,而主要途径是制度创新和观念变革,并大胆借鉴和吸收西方法律文化中的优秀成果,兼容并蓄,开创一条有中国自己特色的法律文化现代化道路。

最后是结语“迈向 21 世纪的中国法律文化”。在此部分中,作



者对 21 世纪中国法律文化的发展前景、世界意义和地位进行了简要分析。