



“十三五”学术文库系列

儒家法律文化的 现代价值研究

蔡琳 著

仁义礼智信



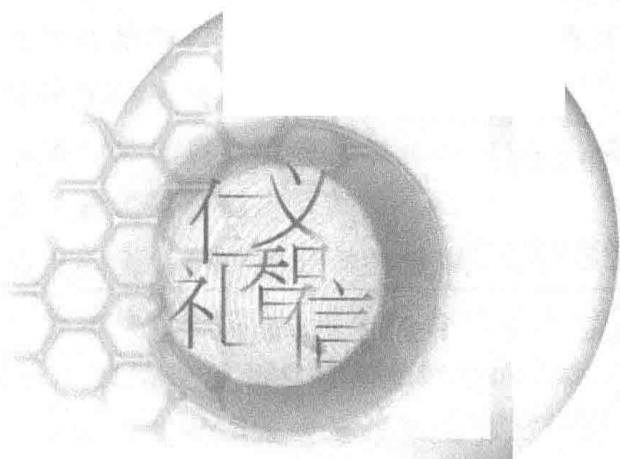
西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS



“十三五”学术文库系列

儒家法律文化的 现代价值研究

蔡琳 著



西安交通大学出版社
XI'AN JIAOTONG UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

儒家法律文化的现代价值研究/蔡琳著. —西安:
西安交通大学出版社, 2017. 12(2018. 8 重印)
(“十三五”学术文库系列)
ISBN 978-7-5693-0344-5

I. ①儒… II. ①蔡… III. ①儒家-法律-思
想史-研究-中国 IV. ①D909.22 ②B222.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 312327 号

书 名 儒家法律文化的现代价值研究
著 者 蔡 琳
责任编辑 魏照民

出版发行 西安交通大学出版社
(西安市兴庆南路 10 号 邮政编码 710049)
网 址 <http://www.xjtupress.com>
电 话 (029)82668357 82667874(发行中心)
(029)82668315(总编办)
传 真 (029)82668280
印 刷 北京虎彩文化传播有限公司

开 本 700mm×1000mm 1/16 印张 12 字数 200 千字
版次印次 2017 年 12 月第 1 版 2018 年 8 月第 2 次印刷
书 号 ISBN 978-7-5693-0344-5
定 价 78.00 元

读者购书、书店添货、如发现印装质量问题,请与本社发行中心联系、调换。
订购热线:(029)82665248 (029)82665249
投稿热线:(029)82668133
读者信箱:xj_rwjg@126.com

版权所有 侵权必究

前言

儒家学说从公元前五百多年的春秋时期发展至今,历经两千多年的兴衰与荣辱,有过独尊于封建朝堂的辉煌与荣耀,也曾在社会变迁的历史潮流之中经历被束之高阁的暗淡与沉寂。儒家学说在历史浮沉中不断地自我净化与完善的过程,同时也是其渗透到中国古代社会的各个层面与角落形成儒家文化群的过程。作为儒家文化群中的关键成员,儒家法律文化的形成也经历了一个由学派理论的民间流传到朝堂供奉,再到社会治理的过程。儒家法律文化的价值也由此而可见一斑。

从先秦儒家“厌恶”法制的法律思想萌芽到汉初逐渐开始的儒法融合转变,儒家法律文化的形成就此而初现端倪。如果说汉代“引经决狱”推动的儒学法律化和魏晋时期“制律以礼”实现的法律儒学化,共同构建了儒家法律文化的雏形,那么隋唐时期以《唐律疏议》为标志的“引经释法”行为,则反映了儒家法律文化的日渐成熟,成为了宋明时期鼎盛状态的铺垫。儒家法律文化历史流传和演化的进程,也是儒家法律文化价值关系不断构建且稳定运行的过程。

以非人类中心主义的价值哲学为基础,儒家法律文化的价值是指,儒家法律文化作为价值的客体,对于社会秩序这一价值主体发展、完善的“客体主体化效应”,这种效应关系来源于儒家法律文化自身所具有的价值因素。从结构分析的角度考察儒家法律文化的价值因素,其是形式结构、内容结构和品质结构共同构成的整体,是儒家法律文化价值的泉源,也是儒家法律文化在传统法律文化中主导地位的因缘所在。

然而从鼎盛走向衰落,从主导沦为扬弃,历史发展的轨迹从不留恋任何隶属于曾经的辉煌,由于社会秩序这一价值主体在近代发生了型态变迁,儒家法律文化的价值也在近代遭遇了重大的困境。无论是明清理

学的桎梏、清末变法修律的改良、五四运动激进变革的扬弃,还是文革“批林批孔”的价值否定,通过结构分析的路径,对儒家法律文化价值因素的变迁进行研究,不难发现儒家法律文化的价值虽然经过近代困境,却并未完全丧失,而是反以其近代困境为起点,开始了价值现代化的进程。这一进程起始于儒家法律文化价值因素的现代化转变,归宿于儒家法律文化现代价值的形成。

儒家法律文化现代价值的形成,除了价值现代化提供的基础之外,还受到了中国现代法治构建过程中形成的多种因素的推动,具体包括儒家法律文化自身的品质核心形成的转型动力,中国现代法治的文化惯性对儒家法律文化的嬗变需求,以及马克思主义法律思想中国化对儒家法律文化结构困境的突破性“权变”等。其中,“中国现代法治的文化惯性对儒家法律文化的嬗变需求”是儒家法律文化现代价值形成的主导动因,这种动因产生于儒家法律文化价值现代化的过程当中,具体表现为:中国特色社会主义法治作为价值主体,对儒家法律文化这一价值客体,提出的新的价值关系构建需求。

在基础力量与动因力量的共同推动之下,儒家法律文化的现代价值在法治现代化的历史条件之下逐步形成,也就是经过价值因素现代化转型的儒家法律文化作为客体,对于中国特色社会主义法治这一主体构建、完善的“客体主体化效应”。这一效应具体表现为:在中国特色社会主义法治构建的具体实践中,儒家法律文化是中国特色社会主义法治构建的本土资源、马克思主义法律思想中国化的承接力量以及中国现代民间法形成的重要渊源。

然而,由于儒家法律文化价值因素的形式结构,在现代化转变中丧失了显形存在的结构要素,其现代价值极易被法治实践所忽视,而造成不良的社会效果,因而在中国特色社会主义法治构建的过程中,应当通过积极的方式推动儒家法律文化现代价值的实现。

因此,立足于对儒家法律文化现代化转型的法治需求,分析儒家法律文化兴衰荣辱历史演化的自身结构根源,从而深刻挖掘其现代价值,对于在新时代中国特色社会主义法治构建过程中,实现法治进程和谐

化,确立国际一极法治话语权,融入民族法治特色与民族法治精神等目标来说,意义深远且责任重大。

作者

2017 年 10 月

Preface

Confucianism has been developing since the Spring and Autumn Period 500 BC. It has been risen and fallen, and used to have peerless magnificent glory in those feudal empires, also experienced drearily stage as shelving among the historical trend of social change. The process of confucianism's continued self-purifying and consummating, is also the process that Confucianism permeating into different fields and hierarchies of society in ancient China. As a key number of the group of Confucian culture, the Confucian legal culture has also experienced a process from the folk spread of doctrine to be attached importance to the governor and then become the social regulation.

The origin of Confucian legal culture is from the legal thought of Pre-Qin Confucian "disgust the law", later Confucianism and law have merged gradually at the beginning of the Han Dynasty. The "cited by the tactics prison" in Han Dynasty promoted the Confucian legal culture and the "system of law with propriety" in Wei and Jin Dynasties practiced the Confucian legal culture, eventually both of them built a prototype of the Confucian legal culture together. The "cited by the interpretation of the law" movement taken the "tanglvshuyi" as a symbol in the Sui and Tang dynasties reflected the mature of Confucian legal culture, also became the preparation of prosperous state in Song and Ming Dynasties. The developing process of the Confucian legal culture is also corresponding to the value of the Confucian legal culture's com-

pleting.

Based on the value philosophy of non-anthropocentrism, the Confucian legal culture is the object Confucian legal culture value. It is the developed and consummated “the object spatial effect” of social order, which effect is come from the parameter of Confucian legal culture itself. Analysing in the angle of investigating the value of Confucian legal culture, formal structure, content structure and qualitative structure combined the entire integrity, which is the source of the Confucian legal culture, and also is the reason of historical predominance of the Confucian legal culture.

However, from prosperity to decline, from the dominant reduced to discard, historical development trajectory has never belong to former glory. The modern predicament Confucian legal culture encountered proves the doctrine “Prosperity and decay” once again. Examine the dilemma Confucian legal cultural encountered in history of the decline, the modification of law in late Qing, the improvement of the May 4th movement by radical change discard, the value negation by “Pi Lin Pi Kong” in Cultural Revolution, in addition to the interpretation of the historical evolution of inevitability advocated by historicism, the internal structure of the relationship emphasized by structuralism sucked Confucian legal culture as a separate inspection object, and explore the direct path of its decline by while state analysis of structural elements and relationship building.

The arising of the Confucian legal culture is not only based on the material provided by modern value, and also multiple element of Chinese modern legal system, to be specific that consists of the changing of the

quality of the Confucian legal culture, the demand of governed by law in China, the influence from the sinicizing of Marxism. Thereinto the third element above is the major motivation of the forming of the Confucian legal culture's modern value, which expressed the socialist rule of law with Chinese characteristics as the subject of value that proposed the new demand of value to the Confucian legal culture.

The modern value of the Confucian legal culture is forming under the principle and motivation supplied by Chinese legalization, which means the Confucian legal culture is achieving the "the object spatial effect" for the socialist rule of law with Chinese characteristics as the object. It incarnated that the Confucian legal culture is the local material in the practice of the socialist rule of law with Chinese characteristics, and the Confucian legal culture is also the performer of the sinicizing of Marxism, further on the Confucian legal culture is source of folk law in modern China.

However, for the reason of the Confucian legal culture lost its dominant element in the social structure within the Modern Transformation, its modern value is vulnerable for law practice, and might turns into negative social effect, we have to promote the value achieving of the Confucian legal culture by some positive methods with the socialist rule of law with Chinese characteristics

Therefore, based on the rule of law demand of transformation of Confucian modernization of legal culture, analysis the history evolution of its structural causes and excavates its modern value. It is far-reaching and great responsibility for the the realization of the harmony in the rule of law process, establishing a discourse power in the international

rule of law, injecting national characteristics and the national spirit of rule of law into socialist legal system.

Author
Otc. 2017

目 录

前言

1 绪论

1.1 研究背景及意义	(1)
1.1.1 研究背景	(2)
1.1.2 研究意义	(3)
1.2 国内外研究现状	(6)
1.2.1 国内研究现状	(6)
1.2.2 国外研究现状	(14)
1.3 研究思路与研究方法	(21)
1.3.1 研究思路	(21)
1.3.2 研究方法	(23)
1.4 研究难点及创新点	(24)
1.4.1 研究难点	(25)
1.4.2 创新点	(26)

2 儒家法律文化的历史演化

2.1 儒家法律文化演进的历史阶段	(30)
2.1.1 先秦时期的儒家法律思想	(30)
2.1.2 汉代“引经决狱”推动的儒学法律化	(33)
2.1.3 魏晋时期“制律以礼”实现的法律儒学化	(36)
2.1.4 隋唐时期“引经释法”形成的儒学化法律解释	(37)
2.1.5 南宋理学对儒家法律文化的改造	(39)
2.1.6 明清儒学派别之争对儒家法律文化革新的尝试	(41)

2.2 儒家法律文化的历史演化轨迹分析·····	(43)
--------------------------	------

3 儒家法律文化价值的结构分析

3.1 儒家法律文化价值的内涵界定·····	(48)
3.1.1 儒家法律文化的价值本质是“客体主体化效应”·····	(50)
3.1.2 儒家法律文化的价值来源于自身的价值因素·····	(51)
3.1.3 儒家法律文化价值因素的结构·····	(52)
3.2 儒家法律文化价值因素的内容结构·····	(53)
3.2.1 儒家“仁爱”法律文化·····	(54)
3.2.2 儒家“民本”法律文化·····	(56)
3.2.3 儒家“礼”法律文化·····	(58)
3.2.4 儒家“大一统”法律文化·····	(62)
3.2.5 儒家“权变”法律文化·····	(63)
3.2.6 内容要素的结构关系分析·····	(65)
3.3 儒家法律文化价值因素的形式结构·····	(68)
3.3.1 儒家法律理论·····	(68)
3.3.2 儒家法律意识·····	(69)
3.3.3 儒家法律制度·····	(72)
3.3.4 形式要素的结构关系分析·····	(75)
3.4 形式结构与内容结构共同构成了儒家法律文化价值因素中的品质 ·····	(80)

4 现代化进程中儒家法律文化的价值困境

4.1 现代化进程中儒家法律文化价值困境的呈现·····	(85)
4.1.1 明清时期的理学禁锢导致儒家法律文化自我净化品质的减退 ·····	(85)
4.1.2 清末变法修律造成儒家法律文化秩序构建品质的弱化·····	(91)
4.1.3 五四运动对儒家法律文化兼容并包品质的影响·····	(93)
4.1.4 “批林批孔”对儒家法律文化人文关怀品质的全盘否定·····	(95)
4.1.5 儒家法律文化“权变”要素的“离度”·····	(100)
4.1.6 内部儒家法律意识自我净化能力的障碍·····	(102)

4.1.7 儒家法律文化形式结构运行的中断	(104)
4.1.8 儒家法律文化不可调和的内容结构矛盾	(105)
4.2 儒家法律文化的价值困境是其价值现代化的起点	(107)

5 儒家法律文化现代价值的形成及表现

5.1 儒家法律文化价值现代化的结构体现及作用	(113)
5.1.1 儒家法律文化价值因素内容结构的现代化转变	(115)
5.1.2 儒家法律文化价值因素形式结构的现代化转变	(121)
5.1.3 儒家法律文化价值因素中品质的现代化转型	(125)
5.1.4 儒家法律文化价值因素的现代化转型是其价值现代化的基础	(127)
5.1.5 儒家法律文化的价值现代化是其现代价值形成的前提	(127)
5.2 儒家法律文化现代价值形成的动因	(128)
5.2.1 儒家法律文化自身的品质核心形成的转型动力	(129)
5.2.2 中国现代法治的文化惯性对儒家法律文化的嬗变需求	(132)
5.2.3 马克思主义法律思想中国化对儒家法律文化结构困境的突破 性“权变”	(134)
5.3 儒家法律文化现代价值的表现	(137)
5.3.1 儒家法律文化是构建中国特色社会主义法治的本土资源	(138)
5.3.2 儒家法律文化是马克思主义法律思想中国化的承接力量	(141)
5.3.3 儒家法律文化是中国现代民间法形成的重要渊源	(144)

6 儒家法律文化现代价值的实现

6.1 儒家法律文化现代价值实现的历史机遇	(150)
6.1.1 中国特色社会主义法治构建要求法治国家与法治社会的有机统一	(152)
6.1.2 中国社会在法治构建过程中面临着法律内在精神的转型	(153)
6.1.3 中国现行法治运行中体现出法律移植的冲突与矛盾	(156)
6.2 儒家法律文化现代价值实现的路径	(157)
6.2.1 根据儒家法律文化人文关怀品质坚持“人文法治”的道路	(159)
6.2.2 通过儒家法律文化的现存结构构建中国的法治话语体系	(160)

6.2.3 对儒家法律文化反映的法制需求进行法律制度的回应	(161)
-------------------------------------	-------

7 结论与展望

7.1 结论	(164)
--------------	-------

7.2 展望	(165)
--------------	-------

参考文献

1 绪 论

自西学东渐在鸦片战争失败的历史沉痛中成为趋之若鹜的潮流之后,关于中学与西学、传统与现代、落后与进步的争论,在千年供养的中华热土上就无时无刻不在如火如荼地进行。辩论、争议、宣扬与批判的声音,伴随着战争的烽火喧嚣转向和平的盛世凯奏,至今依然绵延不绝。如同2003年一场SARS的危机打破了国人对于西方医学的盲目推崇和中医药学的信任危机一样,20世纪末英国汤因比博士与日本学者池田大作的一句颇具禅机的对话,打破了传统文化在中西文化针锋相对中一直处于弱势地位的僵局:“拯救21世纪人类社会的只有中国的儒家思想和大乘佛法,所以21世纪是中国的世纪。”^[1]这一“偈语”的传来,使得百年争论骤变哗然,儒学传人、研究者乃至中华传统文化的研究者和推崇者,回眸“文革”时期被砸破的千年孔庙,不住的热泪盈眶,一边感叹“海内存知己”的西方友人,一边信心满满地火力集中于理论和实践的再探索。于是一场传统文化的“反攻倒算”便汹涌澎湃地展开。2011年1月13日,孔子青铜雕像在天安门广场毅然树立,昭示了中华民族精神灵魂之所在的儒学,虽历尽千年的兴衰与荣辱和近代的历史浮沉,仍然在现代社会中居于中华传统文化的核心地位。

由于中华传统文化的研究无法规避于儒学发展的主线。于是政治学、伦理学、社会学、哲学等领域对于儒学的研究成果日渐丰硕。各种论坛和研讨会如雨后春笋般召开,会中却始终鲜见法律人的身影。原因在于相对儒家政治文化、伦理文化、宗族文化而言,儒家法律文化的存在与否一度倍受质疑。

然而随着我国现代法治的不断演进,西方法律制度移植的排异反应,却使得法学界不得不正视和探析传统法律文化的轨迹,作为传统文化核心的儒学则成为主要的研究对象。从儒家思想对于古代法制的影响入手,不难发现无论是儒学对于法制的抑或扬、贬或褒、不置一词还是加以用之,都形成了一种特殊的法律文化,经过历史的演进与积淀之后,通过隐性的或显性的方式作用于社会法治之中,即所谓的儒家法律文化。

1.1 研究背景及意义

翻开儒家法律文化的研究文献,对儒家之法乃至整个中国古代法批判的声音,此起彼伏地由历史深处传来,无数的真知灼见都使它一度成为中华民族困囿于历史深处的忧虑。甚至有些人赫然地将儒学与法律对立起来,否认儒家之法的存在,更加否认中国传统中具有法律文化的因素存在。“法”之文化传统的缺失几乎成为人们盲目自卑和盲目崇外的直接理由。近年以来面对西方法治的连番冲击,儒家

法律文化的研究在中国特色社会主义法治构建的时代背景中逐渐兴起,无论是对于中国法治图景的预测和勾勒,还是对中华民族自信心和凝聚力的重塑,都具有重大的历史意义。

1.1.1 研究背景

自马克思主义法律思想传入中国以来,经过了指导中国革命与主导社会主义法制建设两个历史阶段。现阶段,中国特色社会主义法制体系已经基本建立,中国正面临着一个从健全静态法制,到构建动态法治的法律治理转型时期。这就意味着不仅在法律制度层面要体现现代法治核心价值的融入,更要从法律的执行、法律的实效等层面,多维度地构建现代法治。相对于法律制度而言,法治更加强调核心价值的积极追求、社会法律秩序的构建以及法律的治理状态等。因而,构建法治仅靠完成国家制定法是不能够实现的,还需要社会对于已有制定法的回应,这种回应通常包含否定性评价而导致的已有制定法的修改与变更,以及需要上升为制定法的民间秩序对立法的推动。

我国的法治进程,一直以来表现为以政府的积极推动为主导力量,推动的方式体现为对外的法律制度借鉴和移植,对内的法律教育和法制执行。政府推动型法治构建模式造成了以制定法为结果的精英法治和民间法治的脱离,成为影响法律治理状态最为严重的障碍。这一矛盾集中体现为移植法律与内生秩序之间的冲突和矛盾。法治的良好状态,不仅是社会民众从外在的行为上的法律遵从,还包含了精神内心的价值认同。移植法律与内生秩序的矛盾便隐含了一种法制信任危机,成为良好法律治理状态实现的潜在羁绊。

其实,隐藏在移植法律与内生秩序矛盾背后的,是外来法律文化和内生法律文化之间的冲突与摩擦,而我国的内生法律文化主要来源于对传统法律文化的继受。从深层的缘由来讲,移植法律与内生秩序的矛盾主要集中于:外来法律文化与我国传统法律文化之间的冲突。这一问题的良好解决对我国法治构建进程具有至关重要的意义。于是社会主义法治理念将传统法律文化作为一项重要的渊源,正视与挖掘传统法律文化在现代法治构建中的价值,对于法治理论的完善和法治实践的发展来说,已经成为亟待解决的问题。

我国的传统法律文化历史久而精深渊博,经过汉朝和魏晋时期儒学理论与制度融合的铺垫,唐代以后的法律制定及法律运行,整体上都保持了稳定的儒学特色,可以说中国传统法律文化,所呈现的最为重要和核心的特征就是儒学化,并因此而形成了中国传统法律文化的核心和主导的正统法律文化,即儒家法律文化。因而对于我国传统法律文化的挖掘,儒家法律文化是其中举足轻重的要义。

儒家法律文化随着社会的不断演化,其表现形式在不同的历史阶段具有差异性,但主旨内涵却一脉相承,直至今日,在经历了王朝更替与社会变迁的洗礼之后,

仍然在社会生活中发挥着重要的作用。

纵观儒家法律文化的传承与演变,从其形成的历史轨迹来看,这一文化群包含以下几个方面的要素:第一,儒家法律理论。我国古代的儒家法律理论是在对法律问题的共识基础上形成的。第二,儒家法律理论经过了古代司法实践与市民社会的结合。第三,儒家法律文化是在社会发展的过程中出现、存在并经过长期流传而形成的。从内容方面来看,儒家法律文化是儒家法律理论与市民社会结合而形成的,对儒家化法律的共同心理认知,以及由共同认知而导致的人们同质的外在行为及行为的产物。从表现形式方面来看,儒家法律文化可分为内在和外在两个部分:内在表现主要是指市民对儒家化法律的惯性价值判断和共同心理认知;外在表现是历史上形成的一部分具有传承意义的承载儒家法律理论核心价值的理论、意识与制度等。

埃尔曼教授在他的书中曾引用一位在伦敦受过教育的中国大陆法学家的话:“你们西方人的烦恼在于你们一直以来未能超越你们称之为‘法治’的初级阶段。……而中国却总是知道,要治理一个社会单凭法律是不够的。两千五百年前她便知道这一点,今天她仍然知道这一点。”^{[2]10} 面对近年来愈演愈烈的西方法治一元论的国际推行,西方世界将自身先验的法治模式,视为法治的历史终结状态,因而将其法治模式和法治标准在世界范围内予以推崇,并作为评判他国法治状态的标准和依据。面对这种法治强权,许多法治后发国家不知不觉地跟随了西方的节奏,从而丧失了在国际中的法治话语权。

根据埃尔曼的理论:“社会成员思想和行为形成一个社会的基本命题,并且型塑了支配社会秩序的原则,这些原则通常是毋庸置疑的前提。传统行为暗含着未来行为的规则;但是,这规则却可因为社会的实际的或觉察到的需要而发生变化。”^{[2]11} 弗里德曼认为:每个国家因为传统的差异都呈现出不同的法律文化特性。

这种不同的特性决定了不同法律文化的国家法治模式的差异,因而,法治模式的一元中心,时至今日应当引起我们的反思,即中国需要何种的法治模式,中国的法治实现模式的应然状态。对于这一问题的思考是充实和丰富“中国特色社会主义法治”中的“中国特色”内涵的必然之举,也是打破西方法治模式一元论,取得中国在国际社会中的一极法治话语权所面临的最为现实的问题。

在这样的国际环境和时代背景下,对儒家法律文化,这一中国法治元素中所具有的,产生于历史积淀的内生法律文化,进行深刻的挖掘,是回应时代需求,丰富中国特色社会主义法治主题,重塑民族法律自信和凝聚力的重要举措。

1.1.2 研究意义

德国社会学家马克斯·韦伯曾正式的强调,那些应被称为法律的规范之间不存在明确的界限:“法律、惯例和习惯属于同一个连续统一体,其中一个向另一个的