

南京大学亚太法研究所丛书

比较视野中的法律文化

张中秋 著

LEGAL CULTURE IN COMPARATIVE VISION



法律出版社
LAW PRESS

南京大学亚太法研究所丛书

该成果由南京大学985工程学科建设项目经费资助

比较视野中的法律文化

张中秋 著

LEGAL CULTURE IN COMPARATIVE VISION



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

比较视野中的法律文化/张中秋著. —北京:法律出版社,
2003.1

(南京大学亚太法研究所丛书)

ISBN 7-5036-4110-X

I. 比… II. 张… III. 法律—文化—对比研究—中国、
外国 IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 004244 号

法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法学学术出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京北苑印刷有限责任公司	责任印制/陶松
开本/A5	印张/11.125 字数/283 千
版本/2003 年 3 月第 1 版	印次/2003 年 3 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939685 63939689	传真/010-63939701
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalawbook.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-4110-X/D·3828	定价:20.00 元

南京大学亚太法研究所 丛书出版说明

学术的进步使我们无法停止下来,除非你放弃思考。现代社会的发展还使学术成为一项集体的事业。虽然有不少人包括我自己内心向往古典文明的创造方式,但我们又如何能不面对现实?人的一生总是想做的事很多,能做的很少,做成的更少。然而,如果我们连做事的愿望都没有,我们又能要求什么?有一个学术空间,从容开展一些学术活动,这是我们多年来的愿望。南京大学和法学院给我们以理解和鼓励,支持我们在新旧际会的 2000 年建成这样一个机构,使我们的事业有了起步。

成立南京大学亚太法研究所,首先有利于我们的学科建设。同时还考虑到,中国是亚太地区的大国,不仅与亚太诸国有着重要的经贸、外交关系,还有着密切复杂的法律和文化关系。因此,尽管没有实体性的亚太法,但开展亚太地区国家法律的研究,显然是可行复有可为的。我们的亚太法研究设想从传统、理论和比较三个层面展开,具体有三个方面:一是亚太法律传统研究,主要研究以中国为中心的“中华法系与东亚法律传统”和以美国为中心的“美国法与西方法律传统”;二是亚太法律理论研究,着重从理论角度探讨亚太国家的法治与法律现代化问题;三是亚太法律比较研究,着眼于当代亚太国家的法律制度比较。为逐步实现这一设想,我们申请获准“南京大学 985 工程·亚太法研究项目”立项,组成学术委员会,筹划出版“南京大学亚太法研究所丛书”。“丛书”由三部分组成,一是相关文献资料的整理;二是专题著作的编撰;三是

域外相关研究成要的编译。“从书”体裁不限,数量不定,愿在经年累月中慢慢展开,最终能汇入法学的汪洋大海。我们知道,这必定不易,但终不放弃。

我们真诚地感谢南京大学及其法学院和法律出版社的大力支持。同时,我们还要向那些为这套“从书”;提供思想和技术帮助的作者、译者、编者、读者和学界同仁致以诚挚的谢意。还有,大学为我们提供了适宜的生活方式,这项事业赋予它新的意义,我们愿为之努力。

南京大学亚太法研究所所长 张中秋 教授

南京大学亚太法研究所丛书编委会

主 编

张中秋 (法学博士 南京大学亚太法研究所 所长 教授)

编 委

何勤华 (法学博士 上海华东政法学院 院长 教授)

崔钟庠 (法学博士 韩国汉城国立大学法学院 教授)

石川英昭 (法学博士 日本鹿儿岛大学法文学部 教授)

高见泽磨 (法学博士 日本东京大学东洋文化研究所 教授)

陈弘毅 (法学硕士 香港大学法学院 院长 教授)

黄源盛 (法学博士 台湾政治大学法律学系 教授)

宋格文 (法学博士 美国耶鲁大学法学院 教授)

目 录

中国传统法律文化与现代法制的联系(代序)·····	(1)
Preface: The Interface between Chinese Traditional Legal Culture and a Modern Chinese Legal System ·····	(18)
略论法律文化·····	(26)
当代世界法律体系概观·····	(40)
中华法系封闭性释证·····	(56)
回顾与思考:中华法系研究散论 ·····	(79)
继受与变通:中日法律文化交流考察 ·····	(106)
异同之辨:中西长子继承制比较观 ·····	(149)
伦理化与宗教性:中西法律文化的一个比较认识 ·····	(168)
无讼与正义:中西法律文化价值之分析 ·····	(225)
进路与出路:中西法律文化比较论纲 ·····	(272)
法治及其与德治关系论·····	(276)
现代化进程中的宪政问题·····	(293)
传统中国政治生活类型的转变·····	(298)
透视唐代经济民事法律	
——以西方和现代法学为观照·····	(303)
寻求历史的资源·····	(321)
就人文社会科学研究而作的思考	
——以法律科学为议论中心·····	(328)
附录	
人在途中·····	(334)

张中秋教授采访记·····	(338)
从辨异到寻求联系	
——试评张中秋教授的法文化研究·····	(343)

中国传统法律文化与现代法制的联系(代序)*

提要 在中国法制现代化的进程中,法学家和法律家们都应正视中国传统法律文化与现代法制的联系。这种联系不只表现在法律与政治关系的模式和因变法而引起的制度文明模式的变迁上,更值得关注的是,它与中国历史内在性的源流关系。这提示我们,在建设理想法制时,不能放弃对自己历史文化资源的解释权,应以积极的姿态来挖掘、引导、弘扬其中的优秀成分,构成不悖于

* 这篇文字的主题和提纲最初来源于高鸿钧教授和贺卫方教授邀我在清华大学和北京大学所作的讨论和讲演,后应浙江大学法学院翁晓斌博士约稿,首次形成文字发表于《浙江大学法律评论》2000年卷(浙江大学出版社2000年版)。此后,我又随机数次修订,携带此文参加了在美国洛杉矶西南大学召开的“中国传统法律的内在性”(2001.3),在德国柏林自由大学召开的“传统中国法及其对现代的适应”(2001.8),在清华大学召开的“法治:中国与世界”(2001.11),以及2002年元月在香港大学召开的“东亚法治社会之形成与发展”的国际学术会议。提交同一篇论文参加不同的会议,说起来有些惭愧。之所以这样,一是会议的主题相近;二是这篇文章在一定程度上代表了现阶段我通过做比较法律文化,对中国传统法律文化与现代法制的关系这一我所关注的核心问题所得到的基本认识。所以,又移排于此,权代序。

世界共性的现代型中国法制。有鉴于此,对中国传统法律文化在现代法制建构中的转化,必须谨慎操作,做到有所限定、有所转换、有所扬弃。



现代中国的法律,在形式、内容和精神上,与传统中国已有很大的背离,这应是不争的事实。^{〔1〕}然而,这不过是问题的一面,且不免有表面化和文化本质主义的迹象。如果宏观地历史性地来看,中国法律传统虽已中断,但联系是依然存在着的。我们不妨先注意一下法律与政治关系模式的内在联系,从中可以清晰地察见到历史的连续性。在中国文明形成的最初时期,法律大致是由各种原始习俗所构成,政治主要由宗教礼仪所体现,表现为“巫”。^{〔2〕}虽然巫也发挥法律的功能,但首先是政治性的,原始习俗与宗教或者说与巫的关系完全可以视为远古中国社会法律与政治的关系。在这对关系中,巫是决定性的,对习俗具有解释和操作上的支配权,习俗在很大程度上成为体现政治权力巫的一种工具。^{〔3〕}远古社会的这种模式被继承和发展下来,在夏商周三代时期表现为刑与礼的关系。礼的成分要比刑复杂一些,但与巫有着密切的联系,可以说是巫的精神和内容在后时代的转化。如同巫一样,礼本身并不是严格意义上的法律,只是由于得到了刑的支持才具有了现代意义上的法律性质。^{〔4〕}无可否认,相对于刑,礼是经国大典,政

〔1〕 现代中国的法律源自清末“变法修律”,移自日本化的西方法律文化,与传统中国的法律文化,别为两种样式。

〔2〕 详见〔美〕张光直著:《中国青铜时代》(二集),北京三联书店1990年版。

〔3〕 参见张晋藩总主编、蒲坚主编:《中国法制通史·夏商周》,法律出版社1999年版,第一章。

〔4〕 笔者在“回顾与思考:中华法系研究散论”(载《南京大学法律评论》1999年春季号,此文已收入本书)一文中有较详细的讨论。

治上具有宪法性,所以刑之存废一以礼之取舍为标准,礼纲刑目成为中国法律与政治关系在新时代的表现。东周以降,社会震荡,礼与刑的关系受到破坏,经过近五百年的分化整合,到汉初礼与刑的关系在政治上被重新确定下来,发展到唐律,即是“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,两者犹昏晓阳秋,相须而成者也。”〔5〕此后千余年直至晚清“变法修律”,法律与政治的关系便是“德主刑辅”,也即体现政治精神和原则的德礼对服务于这种政治的法律具有统摄性,也可以说法律是道德政治的工具。〔6〕晚清以降,社会紊乱,中华法系整体瓦解,法律与传统道德政治的关系在内容上受到猛烈冲击,法律转上实证主义的道路,形式上摆脱了传统政治的控制,实际上依然是统治阶级意志的体现、国家政治的工具,民国历届政府宪政的实际遭遇即是最好的注解。可见,法律与政治关系的模式实质上并没有改变。1949年以来,中国的法制建设历尽坎坷,“文化大革命”时期法律虚无主义肆虐,法律完全为政治所消解和取代,即便实证主义形式上的法律也为政治性的专政暴力所不容。及至1980年代,国家部定的大学法律教科书对法律的定义、对法律与政治/政策关系的解说,明显融合了源于前苏联的法学理论和传统中国法律与政治关系的精髓。〔7〕这种情形确与我们的时代精神和日常生活的内在趋势格格不入,但理论和观念的变化,仍将是而且必然是缓慢的。可以预料,这种法律与政治关系的模式不会有很快的变革,它已成为中国历史内在性〔8〕的一种体现。

〔5〕《唐律疏议·名例》“序”。

〔6〕详见〔美〕金勇义著:《中国与西方的法律观念》,辽宁人民出版社1989年版,第29~30页。

〔7〕20世纪80年代至90年代中前期出版的《法学基础理论》或《法理学》教科书,几乎异口同声地认定法是统治阶级专政的工具,法律从属于党和国家的政治和政策。

〔8〕这是笔者依据自己的认识而拟的一个词,意指在长期历史中形成并在根本上制约和支配中国历史走向的内部因素及其力量。

因变法而引起的制度文明模式的变迁,是中国历史内在性体现的又一显证。在社会控制的制度文明模式上,夏商以来中国经历了从“礼乐文明”到“礼法文明”再到“法治文明”的三大变迁,每次变迁都与变革法律及其所引起的争论密切相关,也与中华民族的文化理念息息相联。从具有蒙昧色彩的巫术文化到青铜时代的礼乐文明,中华民族在寻求社会控制的模式上前进了一大步。惜乎这场变革的内情因远古文字记载的缺乏,很难获知。但礼乐文明从巫术文化而来,并在文明的路途上实现了质的飞跃,诚是历史的事实,也为多种研究所证实。^{〔9〕}历时千年而在西周达于顶峰的礼乐文明,意图借助礼、乐的互补性实现血缘等差社会的和谐。尽管这是一种直接明显的宗法伦理政治,其首要目的也是为了政治控制和经济利益,但将其置于三千年前的历史环境中,我们应该看到,在人类大部分地区文明还没有出现,甚至伟大的希腊文明才初露曙光时,礼乐作为一种社会控制模式,其文明性和先进性,尤其是它基于人之为人的德性而蕴含的人文性,确是中华民族远离野蛮、奔向文明的伟大创造。

礼乐文明在春秋战国时期因受到各种挑战而处于“礼崩乐坏”状态,变革法律是诸种挑战中最直接的一种。法律在中国上古主要表现为“刑”,相对于文雅的“礼”,它是一种惩罚性规则,就其起源和适用对象来说,是和战争、野蛮、夷狄等联系在一起的,所以史书上称“刑起于兵”,“刑不上大夫,礼不下庶人”。^{〔10〕}因此,文化上刑与礼成为野蛮与文明的分界,礼对刑的支配体现了文明对野蛮的控制这样一种文化理念。春秋战国,刑法崛起,由“临事议制”的秘密法状态转向“使人尽知”的成文法时代,由慑服于礼的刑转向与礼分离而具有独立性的法。面对这种转变,孔子和叔向都发出

〔9〕 详见陈来著:《古代宗教与伦理》,北京三联书店1996年版。

〔10〕 详见张中秋著:《中西法律文化比较研究》,南京大学出版社1999年版,第2~18页。

了保守的呼吁,^[11]从而引起有关变法的历史性争论。从政治和法律上讲,孔子等人的意见反映了西周贵族的传统信念,即礼乐是一种理想文明,变法是对这一文明的破坏,法律不是不要,而是应保持西周时期刑的状态,法律一旦公开并铸刻于象征国家权贵尊严的鼎上,礼乐所构成的文明秩序(“法度”或“和谐社会”)必将混乱以至于亡。这种担忧隐含了一种文化理念,即认为刑或法远不是文明本身,只是文明的工具,而文明是目的,是理想,是人之所以为人的本质使然。借用现代话语,文明和体现文明的礼乐是价值理性,刑和法是工具理性,工具理性只有为价值理性所支配并为其服务,才是理想的文明社会。所以,孔子的意见在政治上是保守的,文化上却是一种忧患,一种关怀,他提出“克己复礼为仁”是要人们发扬人的德性(对立面应是兽性),以进于西周那样的理想社会。联系到他的政治主张,这一点尤显其然。他曾明确表示,即使吴、越之类的夷狄比齐、鲁之属的诸夏强大,他也不欣赏,因为是夷狄变诸夏还是诸夏变夷狄关系到是野蛮胜文明还是文明代野蛮,他希望诸夏能保持自己优越的礼乐文明而不是退回到夷狄般的野蛮。^[12]这应是那个时代与“变法”相关的“华夷之辨”的文化实质所在。但历史的无情是,礼乐在西周是文明,在春秋战国已不适世,社会结构的内在变化终使礼法文明从西汉开始成为传统中国控制社会的新型文明模式。

礼法文明是对礼乐文明模式的替代,但不是对它的彻底革命,它变革了礼乐文明中有关西周贵族优越及其制度化的部分,面对现实地吸纳了法家关于“法治”的部分思想,以取代和充实礼乐文明被变革的部分,但礼乐文明中最根本也即孔子等所坚持的“礼”所体现的人文性被继承和保留了下来。在中国文化理念中,这是

[11] 《左传·昭公二十九年》、《左传·昭公六年》。

[12] 这是笔者从2000年11月中旬南京大学历史系颜世安教授因我邀请在法学院所作的讲座中获得的一个认识。若有错误,责任在我。

先进和文明的象征,是中国文化价值系统的核心,所以有论者指出,礼法结合是中国法律文化对春秋以来礼乐文明价值系统破裂的重建。^[13]重建的实质,恰如礼乐文明对巫术文化的替代一样,是中国文明框架内新文明对旧文明的继承和超越,是中国历史内在联系性的体现和表证。

由礼乐文明破裂到礼法文明确立,前后经春秋战国秦至汉初近五百年的社会激荡,从中不难看出一种社会控制文明模式的形成要经历多么漫长艰难的磨合。这似乎是普遍的历史现象。理性的希腊文明、法律化的罗马文明是这样,西方市场经济法律体系(法治经济模式)的形成也是如此。^[14]这显示出一种文明模式的形成所历时间愈久、所涉空间(含地域、人口和社会规模)愈大、所及文化愈复杂,其生命力也相应成正比。礼法文明在传统中国辽阔的疆界、众多的人口和关系复杂的社会中,有效运作至少在框架和形式上保持运作状态近二千年,这是人类文明史上的一个奇迹。尽管近代以来它已不适应变化了的以西方为主导的世界,备受各种指责,但不能否认它是传统中国社会的结构化体现,是辉煌的中国古典文明的精华,也是世界法律文化宝库中的一个特有景观。它与中国社会一样,受中国历史内在性的支配,在从传统到近代的转变中,再一次经历了断裂与联系的变迁。

放宽历史的视界,法律化和东亚化的礼法文明(中华法系)宋代以来已有不适社会之虞,明清时期制度与社会的脱节更形明显,但若不是西方法律文化的介入,礼法性的中华法系还将存续多久,将是一个历史的问号。面对西方的冲击,晚清中国不得已“变法修律”。与以往一样,这同样引起了争论。表面上看以前是“华夷之

[13] 参见梁治平著:《寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究》,上海人民出版社1991年版,第232~305页。

[14] 西方市场经济法制即近代意义上的私法体系从公元10世纪开始,经800年左右时间才臻于完善。详见徐忠明:“西方市场法制的成因探源”,载《法制与社会发展》,1996年第1期。

辨”,这次是“中西之争”,其实还是同一个历史课题,即连续不断的文明与野蛮的较量及其选择。清末“礼教派”坚称中国不应放弃的数千年立国之根本、文化之精粹惟礼教/礼法而已;“法理派”面对形势的变化,认为固守礼教/礼法已不可能,要富国强兵、收回治外法权,必须“变法修律”,移植日本化的西方法律文化。^{〔15〕}历史的结局是折衷妥协,既保留了部分礼教/礼法的内容,又更大规模地输入了异于中国传统礼教/礼法的西方法治文明。法治文明对礼法文明的替代是形势使然,这一进程在中国仍未完结,“依法治国”是这一进程的时代表现,而本土资源也不妨看成是中国固有文明和现代经验的结合,它昭示我们要认真对待中国法律文化自身的连续性问题。

从近代开始的这一进程虽导致中华法系整体瓦解、价值断裂,但并没有完全中断历史的联系,且不说具体的制度和观念,就其面对现实挑战择向文明而言,仍是中国文化真精神的体现,是礼乐文明对巫术文化、礼法文明对礼乐文明、法治文明对礼法文明替代中一以贯之的那种文明性选择的体现。尽管保守的礼教派囿于文化成见和时代局限不能正视西方法治文明的优越性,但法理派和近代以来中国的历史实践还是接纳了这种优越性。透过这段历史,透过中国社会控制模式的变迁,我们不难看到中国文化趋向文明的力量及其历史的内在联系性。这种力量和联系从上古开始,历经遭际,至今仍顽强不屈,正成为我们建设现代型中国法制的精神动力和历史根据。

二

中国传统法律文化与现代法制的联系自然不限于上述讨论,我们还可以从法的观念、刑治主义、群体思维以及法律学术风格诸

〔15〕 详见本书“继受与变通:中日法律文化交流考察”一文。

方面获得同样的认识。值得注意的是,人们对这一客观存在表现出极不相同的态度。有一种极端的否定,认为中国法律文化传统在近代变革中已经中断,现代法制从精神、观念到制度都是西方的,因此不存在联系问题。另一种在认识上虽不否定联系的客观性,但否认联系的积极性,认为中国固有的礼法文明与西方的法治文明在价值上是背离的,现代中国的法制建设应尽量摆脱这种联系。笔者以为,这不止是错误的,还是无益的。因为,历史的联系并不是人们靠主观能够摆脱的,更何况这种联系也不完全是消极的。

正视历史的联系,认识到这种联系具有不以人的意志为转移的客观性,是我们面对世界所应持有的一种恰当的现实主义态度。它要求我们不因对联系意义的认识分歧而改变对历史的客观态度,联系即使是消极的,也应认真对待。这样,我们可以有效地为因应消极性而做好充分准备,同时还有可能转移、减少、化解甚至转化利用它。否则,消极性完全有现实化的可能。譬如,普遍存在于中国民众中的以刑为核心的法观念,显然与中国的法律传统有着密切的联系,对现代中国法治信仰的确立无疑是消极的,但这并不妨碍我们以积极的姿态来分析它的成因、影响、流布等,从而为法观念的转变创造条件。事实上,中国传统法律文化与现代法制的联系是一个复杂的复合体,并存、交织、混合着各种要素,这需要认真地挖掘、引导、弘扬其中的优秀成分,以符合历史的目的。

中华民族五千年以来有关法律的经验、智慧和社会理想,对现代中国法制的健康发展自有一定的积极意义。这种意义可能是启发性的,也可能是补充性的。从经验层面讲,法典化的成文法传统、法律语言的简洁、司法人员的人文修养、节约成本的调解制度、对经济犯罪的严厉制裁、重信诺的习惯、财产流通中的典当制度,以及对外贸易法律调整中的国家利益主义等,既是中国固有的法律文化,又不失挖掘、改造的价值。在法的智慧方面,中华民族虽不同于西方着力从权利的角度来关注法(权)与人(权)的关系,从而

没有发展出系统的法学理论,但这不等于说中华民族在法的问题上没有自己的思考。它是从另一个角度,即个体与群体的关系来关注人类生存状况的。寺田浩明教授的研究极富启发,不妨移来参考。他说:

“西欧似乎是选择以个人作为秩序形成出发点的发展道路。把秩序理解为就是保护每个个体所拥有的正当利益而得到的总和。个体所拥有的正当利益被称为‘权利’,而权利完全实现的状态则被称为‘法’。权力就是实现这个法的机关。其观念形态的发展最终归结为社会契约论。与其相对,中国则是以全部个体的共存为基础。无论其基本的经济单位如何趋向于个体化或分散,但要求所有个体都顾全大局并作为一个和谐的集体中的一员来生活却一直被视为不证自明的道理。首先有全体的生存,才会有个体的生存。代表全体的利益要求每个个体互助互让,同时对于每个个体有时会出现的私欲膨胀予以抑制和处罚,这些都被看作是公共权力应该履行的职责。”〔16〕

法律从来就是公共权力的核心部分,中国传统法律基于个体对群体的义务优先而发挥的抑制和处罚作用,可能不完全符合但也没有完全违背现代法制原则。法律必然是权利和义务的结合,法治的制度框架是由权利和义务双柱支撑的,现代社会是权利优先,但不同时代的法律有着不同的任务,依博登海默的意见,前资本主义社会法律的主要任务是为社会提供安全和秩序,义务优先

〔16〕〔日〕寺田浩明:“清代民事审判与西欧近代型的法秩序”,载《中外法学》,1999年第2期。