

法律文化研究文丛

法 辨

中国法的过去、现在与未来

梁治平

中国政法大学出版社

法律文化研究文丛

法 辨

中国法的过去、现在与未来

梁治平

中国政法大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法辨:中国法的过去现在与未来/梁治平著. —北京:
中国政法大学出版社,2002.4
ISBN 7-5620-2219-4

I. 法... II. 梁... III. 法制史—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 018744 号

书 名 法辨

——中国法的过去现在与未来

项目编辑 张 越

封面设计 沈 颀

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社

经 销 全国各地新华书店

承 印 清华大学印刷厂

880 × 1230 32 开本

10 印张 220 千字

2002 年 11 月第 1 版

2002 年 11 月第 1 次印刷

ISBN 7-5620-2219-4/D·2179

印数: 0 001 - 4 000

定价: 22.00 元

社 址 北京市海淀区西土城路 25 号 邮政编码 100088

电 话 (010)62229563 (010)62229278 (010)62229803

电子信箱 zf5620@263.net

网 址 <http://www.cupl.edu.cn/cbs/index.htm>

声 明 1. 版权所有,侵权必究。

2. 如发现缺页、倒装问题,由本社发行科负责退换。

法律文化研究文丛

主编

梁治平

已出书目

- 清代习惯法：社会与国家 梁治平 / 著
- 法治及其本土资源 朱苏力 / 著
- 寻求自然秩序中的和谐 梁治平 / 著
- 乡土社会的秩序、公正与权威 王铭铭 王斯福 / 编
- 中国法律教育之路 贺卫方 / 编
- 法律多元 (日) 千叶正士 / 著
- 法治·启蒙与现代法的精神 陈弘毅 / 著
- 欧洲法学史导论 (葡) 叶士朋 / 著
- 明清公牍秘本 郭成伟 田 涛 / 点校整理
- 清代法制导论 (英) S·斯普林克尔 / 著
- 儒家伦理与法律文化 林 端 / 著
- 法 辨 梁治平 / 著

主编者言

《法律文化研究中心文丛》自 1996 年问世以来，已经出版著作 10 种，其中有专著、文集、译著等，内容涉及法律理论、法律史、比较法、法律社会学、法律人类学等。原“编者说明”述其宗旨为“将私人交谈转变为公共话语，通过平等的交谈和论辩取得最低限度的共识，并在此基础上建构自主的学术空间和建立学术共同体，……通过开展严肃认真的学术讨论和学术批评，逐步建立新的评判标准和评判机制，探求法学研究规范化与本土化的途径，寻找理论创新的可能”。《法律文化研究文丛》将更新旧版，赓续其事，继续坚持批评和反思的学术立场，提倡跨学科之法律研究，深入探究和理解中国的社会现实和法律现实，改善中国的法学研究，推进中国的法治事业。

梁治平

自序

这个集子收录了我自 1985 年至 1987 年这 3 年中间写就和发表的大部分文章，一共是 19 篇。其中，有 13 篇是发表在北京三联书店的《读书》杂志上，它们是全书的主干。

从内容上看，这篇文章涉及领域众多，时间和空间的跨度也很大，但是在方法和主题方面，它们却是相当一致的。这种情形与我的研究兴趣和研究方法有很大关系。

我取的基本立场，简单说就是“用法律去阐明文化，用文化去阐明法律。”这是一个很宽泛的原则，因为文化的概念本身就极有弹性。就更具体一层的方法来说，诚如一位学界前辈所言，我的研究主要是“社会学”的。这里我还可以补充一句，我的研究也是“历史的”和“比较的”，唯独不是思辨的，至少不是纯思辨的。我无意为自己建构一个完整的体系，更不愿被“理论”束缚了手脚。我需要一项原则作理论的支点，于是就把“法律文化”作了自己研究的对象。更确切地说，我不是在研究“法律文化学”，而是研究法律文化中的个案，研究可以归在这个大题目下面的种种具体问题。这是我兴趣所在，虽然这样做的结果不免要给人以内容上庞杂的印象。

不过，内容的庞杂未必就是主题的散乱。事实上，就这本

2 自序

集子所收的文章来讲，主题是相当集中的。编排此书目录所以大费踌躇，也是因为这个缘故。

按时间顺序编排文章的办法最简单，但显然不合适。最后以（1）概说；（2）中国法；（3）西方法；（4）中、西法律传统之比较四目作大致的分类，实在是勉强为之。实际上，这些文章不但是以同一种方法讨论着同一个大问题，而且是透着同一种关切的。在我来说，所以要写下这样一组文字，不纯是为了满足学术上的好奇心，也是为了对今天严峻的现实作出一种回应。

中国古代法经历了数千年的发展，终于在最近的一百年里消沉歇绝，为所谓“泰西”法制取而代之。但是另一方面，渊源久远的文化传习，尤其是其中关乎民族心态、价值取向和行为模式的种种因素，又作为与新制度相抗衡的力量顽强地延续下来。由此造成的社会脱节与文化断裂转而成为民族振兴的障碍。这一点，经常成为热衷于“观念现代化”的人们的话题。然而，“人的现代化”云云终究还是皮相之谈，既然大家想要确立的只是隐藏在西制后面的全套价值观念。

虽然中国的进入现代社会不得不以学习西方开始，但是中国现代化的完成，又必定是以更新固有传统结束。任何一种外来文化，都只有植根于传统才能够成活，而一种在吸收、融合外来文化过程中创新传统的能力，恰又是一种文明具有生命力的表现。在这意义上说，上面谈到的社会脱节、文化断裂等现象已经是一种“文化整体性危机”的征兆了。这样讲并不过分。

辛亥革命至今，半个多世纪过去了，我们的文化却比较历史上任何时候都更缺乏说服力。在一班先进青年的眼中，传统不但是旧的，而且是恶的。揭露与批判传统，竟成为“五四”以来知识分子的一种“传统”，这种情形不能不引起我们极大的忧虑。因为事实上，这种对于传统的批判态度，实在不是来自他们的过激，而是来自他们的敏感：他们痛切地感受到这样一种事实的存在，即在这百余年的社会动荡与文化变迁中间，健康而富有活力的传统已然失落，泛起的只是数千年文化积淀中的沉渣。至少，这一点在今天尤为显明。

当然，问题也不像人们通常以为的那样简单。对于传统，无论我们所采取的态度是批判的还是创新的，弄清楚传统及其由来总是必要的前提，而这需要我们以冷静的做学问的态度去看待历史和现实。这里，有许多问题是值得我们认真研究的。比如就中国古代法律传统这个大题目来说，我们要弄清的就不仅是中国古时的传统，而且也包括西方自古代希腊、罗马传来的遗产。我们不但要问过去的和现在的法律实际上是怎样的，而且要问它们为什么是这样而不是那样。罗马何以能藉法律而征服世界？西方的法制凭了什么能够取中国法而代之？反过来问，源远流长、自成体系的中国传统法制因为什么竟遭消沉歇绝的命运？使它不能够传世的原因究竟是什么？这些是历史问题，也是现实问题。因为归根结蒂，中国人今天的生活环境是以往全部历史共同作用的结果。在这层意义上说，欲知今日，不能不先知过去。未来亦是如此。既然它直接取决于我们今天的认识和努力，未来就不能不带有历史的印记。在我来说，过

去、现在、未来的界限总是相对的。一切都是历史，一切都是当代史。传统之于我，“不仅仅是一个历史上曾经存在的过去，同时还是个历史地存在的现在。因此，我们不但可以在以往的历史中追寻传统，而且可以在当下生活的折射里发现传统。”（“古代法：文化差异与传统”）我谈西方的法律传统，讲它过去的和现在的理论与实践，既是要廓清其本来面目，也是想探寻中国现代法律制度后面原本应有的精神。关于希腊法终于隐而不彰的悲剧命运的讨论，实际是包含了对中国古代法历史命运的反省；而就自然法乃至西方中古法律学说所作的讨论，同时又未尝不是对于中国法律传统以及法学衰败现状的观照与批判。在关于“中国法”的一组文章里面，即便是最最单纯的只讲中国古代法律的文章（只有一篇），实际也隐含了与西方文明相比照的背景，透露出我对于过去与现代中国法与中国社会的基本思考。促使我这样做的，自然不是借古讽今的冲动，而是我对于中国近代历史演变以及文化发展路径的特定认识。这些文章确实表明了某种现实的关切，但是引领着我深入历史文化中去的，同时也可说是学术上的好奇心。也许可以说，严肃而平正的历史研究正是我关注现实的另一种方式。在我身上，这两个方面并不矛盾。我从不曾为了现实的缘故去“修正”历史。相反，在探究所有具体历史问题的时候，我都为问题本身所吸引，几乎是为学问而学问的。如果说这里面依然隐含了重大的现实问题，那只是因为传统不灭的缘故。

毋庸讳言，在这3年中间，我对于问题的看法也经历了一个深化的过程。这一点，细心的读者当不难发现。“死亡与再

生”一文在时间上最为晚出，其中所表达的思想自然也比较成熟，只是囿于篇幅和文章的形式（此文为 H. J. Berman《法律与宗教》一书的中译本序），意见的表述未尽系统。这种情况，在那些借“书评”之名写下的文章里面也程度不同地存在着，这或者是一种缺憾。此外，这本集子里关于中国法的讨论，基本上只集中于“是什么”和“为什么”的问题，而于中国古代法“不是什么”和“为什么”的问题却没有正面展开，当然更不可能在此基础上就中国古代法作全面而系统的总结和评判。完成这项工作需要写成一本专著，而这正是我现在在做并且已接近于完成的一件事情。这是可以顺便加以说明的。

梁治平

1988年5月于北京

目 录

编者言	(1)
自序	(1)
1 比较法与比较文化	(1)
2 比较法律文化的名与实	(12)
3 身份社会与伦理法律	(19)
4 “礼法”还是“法律”	(29)
5 “从身份到契约”：社会关系的革命	(36)
6 古代法：文化差异与传统	(49)
7 “法”辨	(61)
8 说“治”	(93)
9 中国法的过去、现在与未来： 一个文化的检讨	(136)
10 从苏格拉底之死看希腊法的悲剧	(168)
11 中古神学的理性之光与西方法律传统	(181)
12 自然法今昔：法律中的价值追求	(196)

2 目 录

13	文明、法律与社会控制	(209)
14	从权力支配法律到法律支配权力	(220)
15	法 法律 法治	(231)
16	法制传统及其现代化	(244)
17	情理 道德 自然法	(254)
18	海瑞与柯克	(269)
19	死亡与再生	(285)
	后记	(298)
	重印后记	(301)

1 比较法与比较文化^{*}

谈及欧洲历史上的文化运动，人们马上会想到文艺复兴。不过，提到罗马法运动，恐怕知道的人就不太多了，至于说了解，那就更少了。这不能说不是一个缺憾。因为，罗马法运动不仅是欧洲中世纪最早的世俗文化运动，而且，在近千年的时间里，它时起时落，进行得有声有色，其规模和声势，几乎不亚于文艺复兴。不了解这段历史，就很难弄懂欧洲文化史，更不用说西方文化的特质了。这个问题值得专门著文介绍，这里，不过想借此话题，谈谈法与文化、比较法与比较文化的关系问题。

一

文化，作为一个专门术语，是个多少有些含混的概念，富于弹性。学术界有关文化的定义，大概不下百种，但没有一种具有无可争辩的权威性，可以为所有人接受。尽管这样，大家还是用它来讨论问题，可见，其中总有些共同的东西。邓肯·米歇尔编的《社会学辞典》把文化说成是一种复杂的社会现

* 本文原载《读书》，1985年9月号。

象，包括信仰、艺术形式、文学、意识形态、价值体系，以及物质组织、技术水平等情况等。这样的定义差不多是包罗万象的。19世纪的英国人类学家爱德华·泰勒认为：“文化是一个复杂的整体，其中包括知识、信仰、艺术、法律、道德、风俗，以及作为社会成员之个人所获得的任何其他能力和习惯”。这个定义偏重于意识形态和行为模式，是一般文化人类学家所持的立场。当代美国人类学家艾尔弗雷德·克罗伯就强调，文化包括各种外显的或内隐的行为模式，其核心是传统观念，尤其是价值观念。^{〔1〕}对于文化人类学，我是外行，不敢随便发议论。好在，这里探讨的也不是严格的人类学问题。我倾向于接受含义比较广泛的文化的概念。在这个意义上，法正是文化的题中应有之义。

单就形式着眼，法包括两个方面。首先是法律意识，包括一般人的法律观念和法学的各个门类；其次是法律制度。这两个方面有密切的关系。制度总是在一定的观念指导下形成的，不过，二者之间又经常有差距。这些差距集中地表现在个人的行为方式上。在伊斯兰世界，法通常被理解为与宗教相连的理想体系，现实中的习惯、法令，即现行法律制度的权威反而退居其次。这样的法律自然不会被严格遵行。中国古代也有类似的情况，比如，法律禁止仇杀，可是，为报父仇而杀人者，不但常能赢得社会的赞许，有时还能免受处罚，得到统治者的褒奖。这主要是因为，“孝”的观念在中国传统价值体系中是高出于法的。为什么会产生这些差距？原因固然不简单，恐怕主要应在法律意识当中寻找答案。不过，若再问起，法律意识何

〔1〕 以上两种定义均见《百科知识》，1981年第2期，第19页。

以这样而不是那样，问题就更不简单了。这是它本身无法回答的。因为，法律意识不是一个独立自在的体系。如果说，社会（文化）是一个大的系统，法则不过是其中的一个有机部分，它与其他部分相互依存，彼此影响，有不可分割的密切关系。

这样说，有两方面的含义，一个是部分与部分，一个是部分与整体。这个问题实在是一而二、二而一，侧重不同罢了。

考察一个社会的法，必须注意它与社会其他部分的联系。有时还要强调其中的某一方面。比如，研究西方的法，首先要研究罗马法，其次是日耳曼法，还有封建习惯、教会法和商法。这样，研究者除须一般地了解罗马史以外，还要了解日耳曼的部族习惯，熟悉封建制度。教会法和商法大多来自罗马法，但又有自己的发展，所以，不能不注意到基督教教义和地中海沿岸各国通行的商事惯例。这样一步步深入下去，势必要涉猎政治、经济、宗教、伦理、哲学、历史等诸多领域。当然，这里强调的只是各部分间的联系，还不是研究的方法。因为，用部分说明部分，只能在互为因果的圈子里打转，却不能深刻地把握部分。只有把部分放到整体的背景中考察，才可能跃上一个层次，一下子抓住本质的东西。这个整体就是上文所说的文化，也不妨称之为文化体、文化结构。还借上面的例子来说，（西）罗马帝国灭亡了，罗马法为什么能保存下来，传播开去？罗马人的正义观念（自然法理论和衡平观念）为什么会传之后世，甚至被发扬光大？罗马法中公法与私法的划分，它的主观权利说、无限私有制以及契约自由和自由遗嘱的原则，为什么能够成为早期资本主义法的支柱？这些问题仅用法的或经济的观点是无法圆满解答的。既然法是一种复杂的社会—文化现象，就应该把它放在社会—文化的整体结构中去把

握。

整体与部分的关系并不止于决定与被决定，部分也会积极地参与整体。否则，整体就无从谈起。理论上说，西方人有法律至上的传统，实际上，法的作用也常常是很突出的。西方历史上有作为的政治家，往往也是杰出的立法者。雅典政治家梭伦，东罗马皇帝查士丁尼，教皇格雷戈里七世，都铎王朝的亨利八世等等，都是如此。据说，拿破仑晚年回首往事时曾骄傲地说，“我的光荣不在于打胜了四十个战役，滑铁卢会摧毁这么多的胜利……，但不会被任何东西摧毁的，会永远存在的，是我的民法典”〔2〕。所以，欲明了西方文化结构，须特别注重法的社会作用。当然，这并不是说，对于法的作用相对较弱的文化体，便可以忽视法的研究。不是的。因为，从法对社会的作用中，从人们的法律意识里，正可以窥见文化的特色。

法与文化是不可分割的。

二

古代民族的法律有不少共同点。比如，与原始宗教（包括巫术）有密切关系；注重形式，缺乏弹性；诉讼程序常常重于实体规范，等等。这与人类早期的发展特点不无关系。尽管如此，古东方的楔形文字法与希腊法却有很大的差异，中国古代法与罗马法更不可同日而语。为什么呢？要弄清其究竟，不但要比较法律本身的异同，还要比较各种文化的特点。

最一般意义上的文化比较和法的比较古已有之。希罗多德

〔2〕李浩培等译：《法国民法典》译者序，商务印书馆1979年版

的《历史》，凯撒的《高卢战记》和阿里安的《亚历山大远征记》，都含有对不同社会、部族文化的描写。亚里士多德的《政治学》一书对希腊各城邦的法律进行了比较。据说，梭伦立法和罗马的《十二表法》也都是在比较异邦法制之后完成的。如果细心考证一下，相信在各历史时期都可以找到这方面的例子。不过，比较的方法引起人们的高度重视，各门比较学科从其他学科中独立出来，这却是 19 世纪以后的事。其中的原因虽不尽相同，但也有些共同背景。19 世纪中，西方资本主义的势力向亚洲、非洲大事扩张，许多神秘的王国被发现了。这一方面，打开了学术研究的新领域，另一方面，也产生了大规模的文化冲突。殖民者为了统治的便利，殖民地人民为了救亡图存，都要研究对方的文化，重新估价自己的文化。本世纪以来，由于科学技术的巨大进步，人类的通讯和交通手段越来越发达，国际间交往与合作日益频繁，彼此的依赖性也不断加深。这些，都迫使人们去了解别人。了解别人，也是为了了解自己，或者是为了了解人类的童年，或者是为了勾画人类历史的统一图景。前者如摩尔根的《古代社会》，弗雷泽的《金枝》和列维—布留尔的《原始思维》；后者则有黑格尔的《历史哲学》，施宾格勒的《西方的没落》以及汤因比洋洋百万言的巨著《历史研究》。后举三种虽然是历史学著作，但在广义上，也不妨看做比较文化的名著。列举几例不过用以说明一个时代的风气，实际上，在比较文化这个大题目下，文化人类学、比较哲学、比较宗教学等方面的著作实在多得不胜枚举。

比较法正是在这种风尚中发达起来的。19 世纪中欧洲各国统一民族法律的形成，是比较法作为一种法学思潮和独立学科得以产生的重要条件。因为，在那以前，法学家所关心的不