

法文化建构： 穿越比较与社会的 表象

FAWENHUA JIANGOU
CHUANYUE BIJIAO YU
SHEHUI DE BIAOXIANG

林林 著

早在20世纪中叶，庞德似乎就未来的法学发展遇到的问题——全球化与地方化的统一与冲突，作出了精准的预测。法律全球化凸显了法律文化的事实存在、事实差异，也凸显了这门学科的重要性。在法理学中，普遍原则（即法律推理的出发点）之一便是一方面对普遍规制社会生活中的关系和行为进行指导，而另一方面则制定与地方的、族群的、地理的、历史的和经济的情势相调适的详尽具体的规则。



西南师范大学出版社
国家一级出版社 全国百佳图书出版单位





法文化建构： 穿越比较与社会 的表象

FAWENHUA JIANGOU
CHUANYUE BIJIAO YU
SHEHUI DE BIAOXIANG

林林 著



西南师范大学出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位



北航

C1669057

D909.2

49

图书在版编目(CIP)数据

法文化建构：穿越比较与社会的表象 / 林林著. —
重庆：西南师范大学出版社，2013.5
ISBN 978-7-5621-6079-3

I. ①法… II. ①林… III. ①法律—文化—研究—中
国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 299873 号

法文化建构：穿越比较与社会的表象

林林 著

责任编辑：谭小军 杨光明

书籍设计： 周娟 廖明媛

制作排版：夏 洁

出版发行：西南师范大学出版社

地址：重庆市北碚区

网址：<http://www.xscbs.com>

印刷者：重庆川外印务有限公司

开 本：720mm×1030mm 1/16

印 张：13.75

字 数：250 千字

版 次：2013 年 6 月 第 1 版

印 次：2013 年 6 月 第 1 次印刷

书 号：ISBN 978-7-5621-6079-3

定 价：38 元

导言 全球化背景下中国当代法文化的重塑



早在 20 世纪中叶,庞德似乎就对未来的法学发展遇到的问题——全球化与地方化的统一与冲突,作出了精准的预测。法律全球化凸显了法律文化的事实存在、事实差异,也凸显了这门学科的重要性。进入 20 世纪中下叶,愈来愈快的全球化趋势,导致“伴随着经济秩序的统合和扩展,在普遍性与地方性之间达致并继续一种恰当的平衡,便成了法律科学的一个首要问题。……在法理学中,普遍原则(即法律推理的出发点)之一便是一方面对普遍规制社会生活中的关系和行为进行指导,而另一方面则制定与地方的、族群的、地理的、历史的和经济的情势相调适的详尽具体的规则。……建构一种关于地方性立法和地方行政与适合于统一化世界的普遍法律原则间关系的理论,有可能会成为未来法学家所面临的迫切任务”。^①

自 20 世纪 60 年代美国学者劳伦斯·M. 弗里德曼最先提出了法律文化概念以来,就被广泛援用并迅速成为一门显学。尽管对其概念内涵和外延的认识多有歧义,但丝毫不妨碍它成为一个具有旺盛生命力的热门领域。究其原因,一是当今各国法律发展的本土化与主体性的自我诉求趋势更加强烈;二是法律的全球化趋势在加速;三是法律多元、移植现象更加普遍;四是法律自身的社会化进路在不断拓展。而所有这些,都对当代中国法文化的重塑带来了新的挑战——在尚未很好地认识与梳理中国传统法文化精髓的同时,新的法文化建构却迟迟没有真正进展;而一种与复兴传统文化的口号相呼应,试图从表义上简单地重拾传统法文化思想的现象,也成为一种“时髦”,比如,对“和谐”的认识就带有功利主义的色彩。事实上,关于这一点,我们不如外国同行看得清楚:“在法律争端方面,中国人从未想到他们可以经由某种固定的司法程序用事先制定的规范加以解决;反而认为,法律上的正义是由人类本于宇宙间的和谐精神去调和各方利益的结果,而人类的智慧早已蕴藏了许多关于宇宙间和谐状态的暗示。”^②

法律全球化背景下法律文化的多元化趋势更为复杂,冲突和整合成为主旋律。目前,法律全球化的主导方还是发达国家和由发达国家主导的以国际组织、超国家政治组织、国际间非政府组织等面目出现的组织,显然,它们为发展中国家、新兴经

①[美]罗斯科·庞德,普通法的精神,唐前宏,等,译,北京:法律出版社,2001,470~471

②[英]丹尼斯·罗伊德,法律的理念,张茂柏,译,北京:新星出版社,2005,194~195

济体国家带来了更多的压力与制约,影响着发展中国家法律制度、法律结构和法律生成与运作模式,本土法律文化也就不得不做出应对和调整。“国际行为主体的多元化造成了法律多元化和法律保护的国际化,导致了法院管辖权的竞争,产生了要求国家解除对跨国法律诉讼手续的限制以及要求提供高效的法庭审理的司法诉求,必然造成国际组织的司法管辖权与成员国的司法管辖权的冲突,导致不同类型司法文化之间的冲突和融合。因之,这些新的交往规则制度及其观念体系在表现法律全球化的同时,本身又构成了新的法律文化形式,给法律文化多元化赋予了新的含义。”^①在多元化过程中,不同国家之间法文化发生着碰撞与磨合;而即使同一国家新、旧法文化之间,也同样面临着整合与冲突。可以说,“法律文化全球化实质就是全球体系中的法律文化的整合与嬗变、分离化与同质化并存的过程”。^②

全球化与本土化之间的张力与冲突,成为当今各个学科领域都必须正视的论题,但不管其范围和涉及的对象如何,对于法律文化来说至少有两个方面是尤其值得重视的:国际法律制度的本土化和本土法律的全球化。也就是说,伴随愈来愈多的法律移植现象,以及本土法律超越本土意义的现象日趋增多,法律文化的多元性和复合性问题也愈来愈凸显。其带来的影响将直接冲击乃至瓦解传统文化。在混乱的法律话语体系下,本土、本民族、本国和跨国的法文化语言开始交叉与混合,当人们发现自己处于一个复杂的文化背景下时,那么所谓的“传统文化”实际上也是一种多元的复杂的存在。在这样的大背景下,一些原本局限在本土、传统的框架内的话题,如人权,就处于本土与超本土之间的张力之中,使得人们不得不关注本土与跨国的法律话语体系在各种各样的情景中是怎样被移植并具体适应的,又是如何受到抵制或进行转化这样的论题。

我们今天的法制建设已经大大地迈向了国际化,法律移植、法律多元的现象充斥在我们的法律体系之中。而我们当代的法文化精神与法律信仰的培育却严重滞后,在民众中还远未建立起对捍卫法律、对司法的敬畏以及对法治的信赖的自觉性。法文化的研究与张扬,仅限于个体法学家的个人兴趣,或者法学家们的研究还仅局限在法理学、比较法学、法制史等层面,远未开启法社会学的广阔天地,与社会舆情紧密结合起来,让法律及其文化成为公民心目中神圣的精神支柱。也正因为如此,每遇一些重大敏感案件(有些也非重大敏感案件)引起社会舆论的强烈反弹时,我们可以看到社会公众,包括一些法律职业人士、法律职业共同体内部,在法文化方面的混乱与冲突。这使我们有理由呼吁,中国当代法文化已经到了寻求建构和整合的时期了,而自主性建构更是迫在眉睫的问题!

20世纪80年代肇始的改革开放进程,以往旧的政治、经济和社会格局被打

①何勤华.混合的法律文化.北京:法律出版社,2008.98

②[日]星野昭吉.全球政治学——全球化进程中的变动、冲突、治理与和平.刘小林,张胜军,译.北京:新华出版社,2000.191

破,新的秩序尚未建立,而旧的秩序被作为现代化的对立面或落后面而被否定和扬弃。法律及法律文化的研究自然也带上了这样的有色眼镜。由此,区分了西方社会法制和观念与中国传统法制和观念两大知识系统,将现代化的目标设定为西方的技术与文明进步的唯一的参照系,“这种单线进化的逻辑被中国接受,并成为中国社会改革的基本逻辑。其事实上就从国家意识形态中确立了西方的制度与知识的合法性,这也使得国家推进的法律移植及法制现代化的话语具备合法性基础,而传统中国制度及知识系统就降格为‘非法性’”。^① 因此,社会转型过程表现为以西方法制为坐标在中国的确立以及中国传统法制意识被清除的过程。与之相应,知识变迁则表现为现代知识的进入和传统知识的退出过程。很明显,这一时期的法律社会学研究者所认为的合法性是建立在西方知识与经验的基础之上,并在研究中自觉不自觉地把中国的社会传统与现实存在都基本忽略了,或者说中国社会只是处于被改变的地位。

20世纪90年代,中国社会学研究领域引进了国家—社会框架下的市民社会理论,对法制现代化的认识及法律文化的研究产生了积极影响。它打开了法律的神秘大门,使法律与社会之间架起了一座通天的桥梁,法律文化也开始有了市民社会的基础。“在中国社会转型与法治化过程中导入市民社会理论,把法治的构建视为一个从国家到社会,从制度到意识的全面的、复杂的构建过程,在某种程度上校正了法制的简单复制和移植甚至是全盘西化的倾向。通过从理论上将国家与社会分离,可以发现法制的现代化并不仅仅是国家现代法制的健全、法律组织机构的建立,也绝不仅仅是国家的严格执法,而更在于有一个构建在国家制度之上的社会基础——市民社会。”^② 与国家法律创制和强力推进对社会的影响相比,社会生活及其变迁对法律的影响才是真正重要的,并且是法律发展进化的本质动力。市民社会也是法文化赖以成长和承继的基础。法文化固然有其自体系性和自足性,但法律制度也好,法律观念也好,最终都要植根于社会公众的法律意识和法律行为之中;或者说,法律文化天然地具有将法律的自组织性与市民社会联系在一起的特质。

因此,我们需要回到广大的市民社会的层面,从社会过程、社会舆情、社会价值的层面,来观照中国传统法文化的得与失;从当代中国究竟需要培育什么样的法文化精神,从我们的法律共同体需要什么样的职业文化,从社会环境需要什么样的法文化生态环境等视角,反思我们的法文化研究进路。把法文化的研究从僵死的历史追味中解脱出来,从法律制度的“器”的层面解放出来,寻求当代法文化的建塑之“道”,这是本著所努力追求的。因此,强调法文化的社会过程,重视法文化的社会

^① 张善根. 当代中国法律社会学研究. 北京: 法律出版社, 2009. 162

^② 张善根. 当代中国法律社会学研究. 北京: 法律出版社, 2009. 175



舆情反馈,关注法律变革期法律制度建设与法文化传统的割裂现象,解剖中国传统法文化对和谐、公正等的误读,提示中国民众对司法不信任情形下的权益诉求,是本著关注的重点,也是法文化建构不能回避的问题。

但另一方面,由于中国历史上缺少法律职业共同体的传统,导致就是到今天,不论是立法、司法等从业者,还是法学家、法学教育家和律师群体,都缺乏法律的职业文化与职业精神素养,以致在社会公众心目中,并没有形成积极而稳定的认同感。法律文化只是作为政治社会文化的一小部分,作为附属的部分,完全没有自身的文化自主性和鲜明特征,并反过来影响政治、经济、文化和社会的全局。由此也逻辑地决定了法文化的建构首要的是唤起法律职业共同体的法律精神。

相比之下,西方的法律精神探求与法文化形成则有着职业化的法律传统。西方法律职业化的进程大致始于 13 世纪的教会,当时由主教授权任职的法庭已经成为西罗马教廷的普通地方法庭,这成为专业法官普及化的一个重要的突破口。在此之前,早期的法官有的是封建领主,他们自己与封臣一道主持法庭;而在郡法院则是郡长,在市镇法院则是自由民或百户长,更有甚者如采邑法院则是农民。这些法官均未受过正规的法律审判的职业训练。这种状况到 13 世纪中期开始有了转变。法国国王路易九世率先在巴黎设立了高等法院,并首次在他的王国内适用罗马—教会法的诉讼程序,以取代古老的神明裁判和决斗,其他国家便纷纷效仿。中央法院的职业化趋势也逐渐影响了各省各地城市中的法庭。在 16 世纪之前,城市法庭中科班出生的大学毕业生还极少,而随着罗马法的普及和 16 世纪法律研究的兴盛,学习法律的大学生人数以前所未有的势头增长,不论是在英格兰还是欧洲大陆的大学,都呈现出这一旺盛的趋势。比如,1297 年时,法国巴黎高等法院已有专业法官 51 名,到了 18 世纪更是达到了 240 名,而且还新增了 12 个高等法院,与之前的巴黎高等法院人数加起来,一共 13 个上诉法院的法官达到了 1200 名之多。1900 年时,法国共有 5000~6000 名职业法官。^① 职业化的进程与法官地位的提高同步推进,或者也可以说,职业化使法官的地位得到了巩固,法官逐渐获得了独立性与尊崇。到 18 世纪初,法官就不再被视为任何人的仆人了,即使国王想要辞退他,也只有在议会两院都认可的情况下,实际上,这意味着法官的职位已经是终身的了。这为司法独立创造了最重要的前提条件,也为法律职业共同体及其精神的形成提供了土壤。

而反观中国法律发展史,中国社会维系更多的则是依靠“实用主义”的世俗道德规范,或者说,更看重的是世俗的社会道德规范对人与人关系的调节作用,法律的自主性几乎难以有脱颖而出的空间。作为主流意识形态,儒家的信仰在于实现

^①[比]R. C. 范·卡内冈,法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇,薛张敏敏,译,北京:北京大学出版社,2006. 130~134

齐家与治国相统一的政治抱负,其最高的境界无外是寻求“以德配天”,法律是实现其政治抱负的一种手段,而且还是与德化、礼教相匹配的手段,并且从一开始就被笼罩在了君权天授的逻辑下,因此,法律为特权阶级服务的本质,也就贯穿于整个中国封建历史。法律从一开始就被置于普通大众的对立面,用来恐吓人民,维护统治,保护等级特权,因此,人民对法律也就抱着恐惧与怀疑的心理。有趣的是,“天人合一”的根本点和落脚点在“人”,在世俗的“人情社会”上,却很少从人情社会的角度培养社会大众对法律的理想与信仰。这也就不难理解为什么中国法制史更多的是刑法史,而私法部分没有独立的空间;同样,也不难理解中国历史上的法律必然地堕入工具的层次,作为德化和政教的一种迫不得已的最后的强制性手段。中国思想传统上缺乏法制本体的精神和价值信仰,是造成国民法律文化缺乏精神价值内核的根本原因。

因此,从职业共同体法文化精神的培育入手,进而由精英阶层延伸到社会大众,最终使社会公众建立起对法律的信心和对司法的信赖,对法律基本价值的共同追寻与信守,是研究中国法文化的价值指向,也是建构现代中国法文化必须正视的重大责任。我们需要穿透历史的迷雾与表象,同时,也要在全球化的语境中,破除一味照搬西方法律体系乃至碎片的自卑加懒汉的心态,撑起 21 世纪与中华民族复兴相匹配的新的法律文化脊梁。

目 录

导言 全球化背景下中国当代法文化的重塑

第一章 法文化的社会理性重识	001
第一节 法与社会的关系是法文化发育的基质	002
第二节 法文化与社会文明	006
第三节 法文化的社会“过程性”	011
第四节 法文化生态:冲突与分化	015
第五节 法文化:职业共同体及其裂变	021
第二章 法文化的结构模式与特质	027
第一节 关于法文化的认知辨析	027
第二节 法文化:制度化建构与动态平衡	035
第三节 法文化的特质	042
第三章 法律职业人共同体文化的分化与统一	055
第一节 共同体视野下法律职业人群体的文化价值	056
第二节 法律职业人共同体的分化特征	059
第三节 法律职业共同体文化的生态多样性	062
第四节 法学教育与法文化	070
第四章 社会舆情与法文化形塑	075
第一节 法文化的社会舆论视角	075
第二节 公众对律师的态度是法文化的衡量指标	085
第三节 大案要案的舆情反弹与法文化形塑	089

第五章 传媒与司法关系的法文化建构	098
第一节 传媒性质及其与司法关系折射法文化价值.....	099
第二节 中国舆论监督的困境与法文化的缺失.....	104
第三节 西方传媒与司法关系调整的借鉴.....	110
第六章 中国古代法文化的和谐观重识	120
第一节 古代先哲关于和谐的思想渊源与经典表述.....	120
第二节 东方传统法文化关于和谐的认识与实践比较.....	129
第七章 中国传统法文化基因辨识	135
第一节 中国法文化的思想渊源.....	135
第二节 中国法文化是否具有“罪刑法定”传统.....	140
第三节 中国传统法文化的公平观.....	145
第四节 中国传统法文化中的息讼调处因由.....	150
第五节 惧讼抑或健讼背后：真实而错位的诉讼民情	155
第八章 从“三言”“二拍”看明代社会法文化意识	163
第一节 社会组织结构的分化趋向.....	164
第二节 从小说情节看明代社会的调解与健讼.....	166
第三节 明代社会民众对法律的认知状况.....	170
第四节 地方官员案件受理与“断罪引律”的考察.....	175
第九章 变革期法文化的割裂与博弈	180
第一节 法制变革的先导性及其与旧文化的剥离现象.....	181
第二节 变革期法文化先进性与落后性的并存与割裂.....	183
第三节 变革期法文化新质性与传统性的并存与割裂.....	189
第四节 晚清法律变革纷争的启示.....	193
结语：中国当代法文化建构路向省思	198
主要参考文献	205

从某种意义上说,法律文化的研究再次凸显了法律社会学(或社会学法学)的显学地位。事实上,社会之于法律的重要性远远大于法律之于社会的重要性。社会是法律天然的客体化对象,也是司法运行过程的对象,脱离社会,法律就是虚空的,没有任何的价值;而如果反过来看,一个社会除了法律之外,还有其他许许多多的规范方式,比如习俗、道德、宗族法、宗教教义等。也就是说,没有社会,法律将失去载体和舞台,成为无本之木、无源之水;而没有法律,一个社会仍可以有其他规范来规制秩序,循其自然、自发的轨迹独立地、有规则地运行和进化。这一论断也同样适用于法律文化的研究,并为我们开启法律文化阔大的视野,使我们对法律文化探究的目光,不得不从静态的法律制度、观念的本体转移到活生生的法律与社会关系的相互建构上来。这恰是笔者所重点着墨的中心所在。

此为试读, 需要完整PDF请访问: www.ertongbook.com

第一节 法与社会的关系是法文化发育的基质

作为社会学学科的奠基人之一，E. 迪尔凯姆将社会事实作为基本的概念，并由此建立了一门科学所应具有的概念体系和研究方法。他认为，社会事实独立于人们的意识之外而存在，“一切行为方式，不论它是固定的还是不固定的，凡是能从外部给予个人以约束的，或者换句话说，普遍存在于该社会各处并具有其固定存在的，不管其在个人身上的表现如何，都叫做社会事实”。^① 他由此进一步表述了社会事实的自在性和自为性，“社会事实非常自然地直接地具有物的一切特性。法律存在于各种法典之中，日常生活的变迁记载于统计数字和历史文物之中，时尚表现于服饰之上，魅力存在于艺术品之中。它们支配着个人的意识，所以能依据自身性质形成于个人意识之外。因此，把它们作为物来观察就不必想法去歪曲它们了”。^② “社会事实”这一概念的提出，奠定了社会学作为一门科学的研究对象确立了其自身的研究任务、方法和体系。这一概念对法律和法律文化研究的启示价值在于：法律具有“社会事实”的特性，也必须将之作为物化的社会事实加以对待。而正因为社会主体角色、社会阶层、社会目的、社会行为、社会动机、社会现象等的多元性、复杂性、变异性，使法律规范及其司法运行也具有天然的动态过程性。它由此决定了法律文化不能仅仅关注于观念、思想和价值层面，不能仅仅从法律内部规范制度和法律职业共同体中去揭示法文化的重重帐幕，寻找解释的动因和解决方案。

按照迪尔凯姆的观点，要探讨社会过程的起源，应该到社会内部环境的构成中去寻找。这一思想可以放大为一切社会事实的起源及其运动、变异，都应当从社会本身中寻找原因；或者也可以说，不能对社会事实的变动视而不见。社会学法学奠基人埃利希（Eugen Ehrlich）提出的“活法”理论，本质上也与迪尔凯姆的观念是一致的。他率先提出了其著名的观点：“不论是现在还是其他任何时候，法律发展的重心不在立法、法学，也不在司法裁决，而在社会本身。”^③ 这是因为，不论法律的规则、制度本身具有多么完善成熟的自创生性，也不管法律抽象的逻辑推理如何具有超时代的正义和衡平价值，单就法律的存在和应用而言，法律从其起源开始，就

①[法]E. 迪尔凯姆. 社会学方法的准则. 狄玉明, 译. 北京: 商务印书馆, 2003. 34

②[法]E. 迪尔凯姆. 社会学方法的准则. 狄玉明, 译. 北京: 商务印书馆, 2003. 50

③[奥]尤根·埃利希. 法律社会学基本原理. 叶名怡, 袁震, 译. 北京: 中国社会科学出版社, 2009. 1

是为了保障社会秩序和推动文明进步服务的。法律的价值体现在以公平、正义的名义,保障每一个社会成员拥有最低限的自由、权利,每一个组织、阶层得到最低限的正义分配,并在社会发生纠纷时能够主持公道,使被害人得到补偿,施害者得到惩处,由此维护整个社会秩序的稳定与发展。在这一过程中,法律才得以存在、发展,获得信任、得到遵守。法律虽然具有国家强制性,但以社会为根基的特性,决定了只有符合社会发展需要、与一定社会发展阶段相适应的律令、规章,才会得到普遍的认可与遵行。法律以社会为底色并在社会的经济、政治和文化中得以成长。法律命题和法律制度都是从民族的生活中成长起来的,从作为一个整体的社会和经济构造中成长起来。对于法律社会学而言,只有充分体现这一本质,它才有存在的价值。而其价值的核心是社会需要以及适应社会需要。如果一个法律律令不是社会所需、因社会所需而制定,而是脱离社会、经济发展实际,就算法律条文高度完备、法制高度完善也只能被束之高阁或根本得不到施行。因此,社会需要是法律存在的第一要义。“司法行为从来不是个人性质的、孤立的事务,与其更大部分的内容一起,它是主流社会秩序的一部分。引发特定法律行为的需要,例如,法人、契约、遗嘱的创设,一般都是社会需要,满足这些需要的手段与这些需要本身一样普遍。”^①

法律社会学(或者社会学法学)尽管侧重的视角有所不同,但不论是从社会学角度研究法学,还是从法学角度审视法律与社会的关系,都试图深入法律与社会、经济、政治等各个领域关系的内在机理,从社会的宏观架构中寻找法律功能与运行的内在规则,从法律实施的实际社会效果来评价法律是“善法”还是“恶法”。法律社会学的开创者之一庞德认为,每一个团结的社会都有一种文化模式决定它不同的意识形态,“法律扎根于这个普遍的社会丛结与它的意识形态中,为自己发展出某些基本假定,以便建立一个法律可以在其中生长的形态或架构”。^② 在他眼里,法律是与政治、经济等结合一起的,代表统治阶级利益,调整各社会关系利益的一种社会力量,“法律不过是社会力量、特定时间和地点的文明、阶级斗争、经济压力以及当时统治阶级的利益的表现而已”。^③ 他用这种观念来阐释美国普通法的精神所在,并进而上升到法理学的层面,试图给法律在社会的宏大背景中找到框架与坐标。“社会学法学家认为,法律乃是经由理性发展起来的经验和经由经验检测的

①[奥]尤根·埃利希,《法律社会学基本原理》,叶名怡、袁震译,北京:中国社会科学出版社,2009,300

②[英]丹尼斯·罗伊德,《法律的理念》,张茂柏译,北京:新星出版社,2005,168

③[美]罗斯科·庞德,《普通法的精神》,唐前宏等译,北京:法律出版社,2001,23

理性。他们认为,法律是一种可以经由智性努力而得到改进的社会制度。”“法律律令乃是从其对社会利益的保障中获致其终极权威性的,即使法律律令的直接权威源出于按政治方式组织起来的社会。”^①“法律是社会制度”的判断,再清楚不过地表明法律之起源就是为社会而服务的,为各种社会组织和利益所服务,自然也体现各种社会组织的利益。

与庞德一样,法律社会学家们从一开始就拒绝将法律只是看作法律自身加以研究。他们更自觉地从社会、经济的历史、文化因素等方面,审视法律这一“社会事实”,并从社会、经济等的相互架构关系中,确立法律的架构。把法律视作社会秩序、社会规则、社会控制、社会冲突的协调过程等等,都是这一进路的理论贡献。“就法律社会学对法的解读而言,法不仅不是一个规则体系,也不是永恒的超实在法的理念,而是深藏于社会各个领域之中的内在社会秩序。这就把法的结构要素从规则拓展到了技术和社会理想层面。因此,法律社会学的基本理论也把法律的研究视野拓展到社会的宏观架构中,而不仅仅是法律本身。”^②

如果只是强调社会的背景意识,显然还远不能揭示法律生活的本来面目,因此,探讨法律生活的社会渊源就是必须的。埃里希强调,“法律生活取决于社会和经济体制。如果有按照特定规律呈现的法律发展,那么它只能在整个社会 and 经济发展方面被认识和提出。因此,法律社会学不是从古代的风俗习惯中提取素材,而是从社会和经济的历史中提取素材”。^③这一观念表明,法律不是类似习俗一样的渐进积累和传承,法律的传统始终与活生生的“当下”的法律与社会、经济相互作用,这种当下性的相互作用对法律变革发展具有深刻的影响,起着直接的推动作用。L. 弗里德曼说:“法律是由变革型塑的,没有什么是出于历史的偶然,也没有什么是独立自主的,凡事皆受经济和社会的型塑。”^④从经济、社会对法律的塑造和影响看,有什么样的经济生产方式、有什么样的社会组织制度,就会形成什么样的法律规则范式。比如,古罗马依靠战争和发达的商品经济建立起了市民社会,催生了罗马法中对主体权利、平等、自由意识的尊重。万民法、契约法的产生,成为罗马法精神中重要的标志。而中世纪宗教占主导地位、教权至上,教皇控制了整个社会生活,教权高于王权,甚至国王也要得到教皇的加冕才具有合法性。在此背景下产生的教会法居于至高无上的地位,而教会法来源于圣经、宗教教义以及教会神父和教

①[美]罗斯科·庞德.法理学(第一卷).邓正来,译.北京:中国政法大学出版社,2004.296

②张善根.当代中国法律社会学研究.北京:法律出版社,2009.42

③[奥]尤根·埃利希.法律社会学基本原理.叶名怡,袁震,译.北京:中国社会科学出版社,2009.356

④D. 奈尔肯, J. 菲斯特.法律移植与法律文化.高鸿钧,等,译.北京:清华大学出版社,2006.17

皇的决定。西方法制文化史再清楚不过地说明了法律与社会、经济之间相互依存、相互作用的关系。法律深植于社会、经济发展的历史之中,而不是相反。“从孟德斯鸠到梅因的一个世纪中,法律理论表明,法律不可能在某一个单独因素的基础上得到充分的解释。在一个特定的社会中,法律的作用取决于这个社会中的社会精神,如果我们可以将精神理解为道德态度、政治组织、社会传统和经济发展水平的混合物的话。”^①一个社会的精神,直接关系到其法律思想和制度特色,直接关系社会民众对法律的态度以及法律在社会上的认同与遵行效果。

上述我们主要侧重于社会、经济等对法律形成和运行的影响,但不等于抹杀法律的自主性、自创生性,以及法律对社会、经济等的反作用。历史上,因一个法律的颁布而催生一种经济生产方式、经济形态;因一个法律的实施而迅速推进社会的发展的事例不胜枚举。“法律永远不会成为凌驾于社会经济结构之上的什么东西。但是,却存在着由法学家创造并发展了的、相对独立的法律意识形态,它虽然依赖于社会经济结构,但有某种自身的生命力。……法学家们的意识和思想,也可能对经济基础产生反作用。”^②法律的这种巨大的反作用力,在社会发生剧烈变革的时候反映得更为突出。朝代的更迭、殖民统治、战争占领等所发生的法律移植现象,也可以看作是法律强大的反作用力的特例。

法律与社会之间的关系历来是法律哲学研究的基础性命题。围绕两者之间相互作用的关系产生了多种主张。一种主流观念强调社会变迁可以影响法律变革,促进法律发展,因而不重视法律对社会变迁的作用,代表人物如萨维尼、埃利希和庞德等人;第二种看法则强调法律乃是促进社会变迁最有效的方法,法律通过强制性实施政策与法令,来达到立法的目的,代表学者如霍布斯、奥斯丁等。为积极实施各种发展计划,以法律为手段促使社会积极变革的事例颇为常见。事实上,法律与社会变迁相互影响,是一组作用和反作用的关系,不应当人为地割裂开来。为此,我国台湾学者马汉宝评价说:“法律促成社会变迁,社会变迁反过来亦促使法律改革。具体言之,前者主要指借立法以达成社会之变革。不过,司法及行政之参与亦不可缺少,不可偏废,俾竟变革之全功。后者即指为应付社会变迁之结果,法律本身之进一步的充实——包括法律之废止、修正或制定,司法制度、执行程序之加强,法律教育之改进等。”^③这说明,与其他力量相比,法律的力量在作用于社会时,

①[英]彼得·斯坦,约翰·香德,西方社会的法律价值,王献平,译,北京:中国法制出版社,2004.25

②[英]彼得·斯坦,约翰·香德,西方社会的法律价值,王献平,译,北京:中国法制出版社,2004.27

③马汉宝,法律思想与社会变迁,北京:清华大学出版社,2008.113



具有更强有力的外显功能。比如,宪法的创制和实施,必然与政体的变迁相关联,而其他部门法律的制定、完善,也都与社会、经济生活的某一方面的嬗变休戚相关。法律的强制力从外在和内在两个层面型塑着社会整体面貌,它通过具体的司法案例的裁判体现着社会文明的进步,推动着社会文明的发展。由此,我们可以说,正是法与社会的互动关系构成了人类文明的基本底色。一个文明欠发达的国家、民族、地域,其法律文明也是欠缺的。法律与宗族制度、伦理道德、宗教教义以及行政权等交织在一起,没有脱离宗教、王权、行政权的控制。这样的社会发展阶段,法律还没有自为性、独立性,因此,其文化也没有自为性、独立性;反之,法律从社会、政治、宗教(族)的关系中脱离出来,成为一个完全的、自在的主体的时候,法律文化才能自主地发育起来。

与 18、19 世纪以来认为法律是对个人自由的限制从而保护个人自由的手段的理论相比,20 世纪以来关于法律的认识,已从个体向社会转化,“法律存在是为了保护社会的、公共的、个人的利益之原理要求法学家们同生活保持接触”。^① 这一要求表面上是为了使法律规则切合不断变化的当下社会,而根本上却触及的是法律的本质目的——调控社会利益并使之处于和谐,尽管这种和谐是在法的规范下取得的相对的衡平。而法律一旦从自身封闭的规则运行体系中走向社会,就必然地被赋予了历史与当下的双重意味,它既是历史的,更是当下的;法律文化自然也既是历史的,更是当下的,它必须与当下的社会生活紧密结合起来,为当下的社会公共利益与个人利益的衡平提供文化共同体的精神与物理载体。这一要求说明,要理解法律思想和法律文化,我们必须跳出法律视域本身,从更宽广的视野来反观法律,“即法律具有文化的、政治学的、社会学的、历史学的、人类学的、语言学的、心理学的和经济学的意蕴。借用 M. 莫斯的话,我们必须将法律的每一种表现形式,例如,每一种规则都理解成为一种完全的社会事实”。^②

第二节 法文化与社会文明

“文化”一词作为学术定义,首先由英国著名文化人类学家泰勒(E. B. Tylor)提出,他在《原始文化》(1871 年)中认为,文化或文明是一个复杂的整体,包括了知识、信仰、艺术、伦理道德、法律、风俗和作为一个社会成员的人通过习得而获得的

①[美]罗斯科·庞德. 普通法的精神. 唐前宏,等,译. 北京:法律出版社,2001. 125

②D. 奈尔肯, J. 菲斯特. 法律移植与法律文化. 高鸿钧,等,译. 北京:清华大学出版社,2006. 82~83

能力与习惯。英国人类学家马林诺夫斯基(B. K. Malinowski)发展了泰勒的定义,认为文化包括器物、货品、技术、思想、习惯及其价值观念,他由此将文化分为物质文化与精神文化两大类。美国文化人类学家克罗伯(A. L. Kroeber)在比较分析了上百种有关文化的定义后提出了自己的定义:文化存在于各种内隐的和外显的模式之中,借助符号的运用得以学习与传播,并构成人类群体的特殊成就,这些成就包括他们制造物品的各种具体式样。而文化的基本要素是传统的思想观念和价值观,其中尤以价值观最为重要。^①

可见,尽管关于文化有无数的定义,而其分类更是层出不穷,比如,精神文化、物质文化的两分法,观念文化、制度文化、器物文化的三分法等。既有传统的文化人类学的视角,也有现代的符号学、交互理论等的新视野。但简言之,“文化是一个习惯性行为的习得体系,产生并决定个体的行动计划。总之,社会结构产生文化,而文化则引发实践,实践最终再生产社会结构”。^②这一简要的概括却内涵甚丰,它至少涵盖了这样几个层面的指向:文化是一种习得的过程,习得本身就体现了其长期的过程性和可承继性;文化是由一定的社会结构产生的,有什么样的社会结构就有什么样的文化模式;文化引发社会实践活动,实践则意味着文化不是一种静止的状态,而是充满了变化、变动、变量的因子。这些内涵反映到法律文化的层面,意味着法律文化与社会文明结构具有的直接的对应关系,它不能超越社会文明的阶段而只能孕育于社会文明结构的大背景之中,并受到社会文明发展变革的影响,因此,法律文化还有着许多的自变量和它变量。有学者指出:“法律文化是一个极其重要的变量。从某种意义上说,它就是驱使法律机器运转、工作的燃料,它决定法律制度的需求模式。”^③当法律文化作为独立的文化现象存在时,它还意味着法律文化的变量源于法律制度本身以及社会文明两个部分的实践。所以,庞德才会有这样的名言:“上个世纪,我们从内部研究法律,今天的法学家从外部研究法律。”^④这个“外部”既是历史的,也是当下的;既是静态稳定的,又是运动变化的。我们从美国普通法的演变过程,可以清晰地看到法律精神、法律文化形成过程的丰富性和变异性。

美国独立战争后,美国公众对英国及英国所有事物都产生敌意,自然包括源自

①王思斌,《社会学教程》,2版,北京:北京大学出版社,2003,42

②[英]奈杰尔·拉波特,乔安娜·奥弗林,《社会文化人类学的关键概念》,鲍雯妍,张亚辉,译,北京:华夏出版社,2005,2

③米健,等,《当今与未来法律体系》,北京:法律出版社,2010,19

④[美]罗斯科·庞德,《普通法的精神》,唐前宏,等,译,北京:法律出版社,2001,153