

00006591

D90-05  
01-2

三联 ● 哈佛燕京学术丛书

# 法律的文化解释

(增订本)

梁治平编



生活·读书·新知 三联书店

Our Academic Books  
are subsidized by  
the Harvard - Yenching Institute,  
and we hereby express  
our special thanks

**图书在版编目(CIP)数据**

法律的文化解释(增订本)/梁治平编. - 北京:生活·读书·  
新知三联书店, 1994. 10 (1998. 5 重印)

(三联·哈佛燕京学术丛书)

ISBN 7-108-00746-0

I. 法… II. 梁… III. 法律—关系—文化 IV. D90—05

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (94) 第 11923 号

**责任编辑** 许医农  
**封面设计** 宁成春  
**出版发行** 生活·读书·新知三联书店  
(北京市东城区美术馆东街 22 号)

**邮 编** 100010  
**经 销** 新华书店  
**排 版** 北京新知电脑印制事务所  
**印 刷** 北京市宏文印刷厂  
**版 次** 1994 年 10 月北京第 1 版  
1998 年 5 月北京第 2 版第 3 次印刷  
**开 本** 850×1168 毫米 1/32 印张 14.125  
**字 数** 312 千字  
**印 数** 10,001—17,000 册  
**定 价** 21.00 元

《三联·哈佛燕京学术丛书》

学术委员会：

季羨林  
(主任)

李学勤

李慎之

朱虹

厉以宁

苏国勋

刘世德

陈来

王蒙

赵一凡  
(常务)

责任编辑：许医农

本丛书系人文与社会科学研究丛书，  
面向海内外学界，  
专诚征集中国中青年学人的  
优秀学术专著。

•

本丛书意在推动中华人文科学与  
社会科学的发展进步，  
奖掖新进人材，鼓励刻苦治学，  
倡导基础扎实而又适合国情的  
学术创新精神，  
以弘扬光大我民族知识传统，  
迎接中华文明新的腾飞。

•

本丛书由哈佛大学哈佛-燕京学社  
(Harvard—Yenching Institute)  
和生活·读书·新知三联书店共同负担出版资金，  
保障作者版权权益。

•

本丛书邀请国内资深教授和研究员  
在北京组成丛书学术委员会，  
并依照严格的专业标准  
按年度评审遴选，  
决出每辑书目，保证学术品质，  
力求建立有益的学术规范与评奖制度。

梁治平

## 法律文化：方法还是其他（代序）

法律社会学研究委员会(RCSL)下一次年会将于1995年在日本神户举行。这次大会的主题是：“法律文化：相遇与变迁”(Legal Culture: Encounters and Transformations),列在下面的分组议题内容包括法的理论和法律过程、法律社会学中的术语问题、法观念与法意识、社会系统与法律系统、法与法律过程的人类学研究方法、前“社会主义”国家法律制度变迁、比较的法社会学、法律职业、关于诉讼的比较研究、犯罪控制与刑事程序、人权、法律与家庭、法律与商界、工业化、发展与环境、法律与技术发明等，一共有二十项。这还不算列在每一分组议题之下的细目，否则，论题的数目还要翻倍。看起来，“法律文化”这个题目可以无所不包，就好像“文化”概念可以包罗万象一样。不过，多少让人感觉奇怪的是，这样一个重要概念在一般法律学乃至社会科学辞书里面是找不到的。不仅如此，以我闻见所及，世界上尚无一家法学院把“法律文化”单列为一门固定的课程，而且，也还从未有人写出像G. A. Almond和S. Verba合编的《公民文化：五国政治态度与民主》那样有影响的著作，从而使“法律文化”概念如同“政治文化”概念一样具有较为确定的内涵和明晰的界限。结果是，人们在极不相同的意义和层面上使用这个词，由此

造成的用语混乱几乎与这个词的泛滥一般严重。

前几年译为中文出版的《比较法律文化》差不多是此地喜谈“法律文化”者必引的一部书。不过，正如该书原作者——一个政治学教师——明白表示的，他只是把“政治文化”概念推广而用于法律研究，而且，他所采取的立场是严格“功能主义”的，而这种立场，至少在某种意义上，可能正好被人看成是反文化的。当然，这样一种“法律文化”观，即使可能招致批评，到底容易为人所理解。相比之下，一位欧洲法学家在谈到所谓“美国法律文化”时却让人感到相当地费解，因为，他用这个词指的只是某种传统的学者秩序，其核心乃是法学家群体及其派生物：法学教育、法律思想、法律知识体系及其传统等。<sup>[1]</sup>这种用法与比如倾向于社会学方法的法学家习惯的用法相去甚远。斯坦福大学的Lawrence M. Friedman教授把“法律文化”说成是“关涉法律的价值和态度之网，它决定了人们何时何地以及为何诉诸或弃绝法律或者政府”。<sup>[2]</sup>这是一个法律社会学上的定义。而实际上，大多数人在使用这个词时似乎更愿意采取某种不甚严格的态度，因为它给人们提供了一种方便，即可以笼统和含混地用它来指与法律有关的历史、传统、习惯、制度、学理和其他任何东西。

大概就是因为不满足于“法律文化”一词用法上的这种多义、含混甚至空泛性质，Gray L. Dorsey在阐述他的法律思想时才杜撰了“法文化”(jurisculture)这样一个特别的用语。这是一个兼具法律、哲学和人类学意味的语辞，其核心概念乃是“安排秩序观念”(ordering ideas)。有多少种文化，就有多少种“安排秩序观念”，就此而言，“安排秩序观念”当然是一个文化概念，但它同时又是一个哲学的和律的概念。因为它在逻辑上一面通向世界本质、生活终极目的一类形而上问题(宗教和哲学)，一面又

通向政治安排、法律制度一类形而下问题(政治学和法律学),最终通过包含在“法文化”概念中的若干设定将上述问题统一于一。在这些设定里面,最重要的是认为人总是生活在他们信其所以的世界之中。由此,文化被确定为个人与其社会以及社会与其法律之间的有效性联结;进而,真实性而非真理就成为一种法律哲学和社会哲学有效与否的评判标准。<sup>[3]</sup>

“法文化”概念的优点是显而易见的,它比较完整,也比较确定和明晰。更重要的是,这个概念同时包含了某种方法论上的思考,因而颇具启发性。<sup>[4]</sup>当然,我们也没有必要因此而否定“法律文化”概念可能具有的积极意义。至少,它能够帮助人们拓宽其视野。实际上,由于引进了“文化”概念,它也像“法文化”或者“政治文化”概念一样扩大了固有的研究领域,而且,同样是由于同一些法律(政治)以外的学科如社会学、人类学、心理学等发生关联,它也有助于提出新问题和改变旧方法。至于词义含混和用法多样一类问题,至少在一定阶段上是可以容忍的。问题在于,使用者应当不失时机地自我反省,这包括有意识地运用“法律文化”概念去指导具体细微的实际研究,同时又在此基础上自觉地思考和修正这一概念,重新确定其有效性。在此意义上,应该说只有那种漫不经心的态度和赶时髦空发议论的作法才是有害的和应当杜绝的。

以往,有关“法律文化”的论说和定义都主要是从研究对象或研究范围的方面入手。比如上面所引Friedman的定义强调有关法律的价值和态度,埃尔曼则强调政治文化论者所关注的“个人或集体的心理倾向”,并且把法律文化看成是和政治文化一样的“它们文化环境中的子系统”。<sup>[5]</sup>表面上看,这类作法增加了“法律文化”概念的可操作性,但是实际上,它们多少降低了这一

概念可能具有的建设性意义。被如此限定了的“法律文化”变成了法律研究(或只是法律社会学)领域内的一个小小分支,它要在已经十分拥挤了的学科领域内为自己争得一席合法位置,因此不能不先将自己手脚束缚起来。更严重的是,对理论和方法的关注为关于对象的思考所取代,在寻找和确定适当范围的过程中,“法律文化”概念可能具有的创新的方法论意义就逐渐被掩盖或竟消失了。正是因为这一个缘故,我宁愿把“法律文化”首先视为一种立场和方法。

着眼于立场和方法的“法律文化”概念至少包含以下几方面的含义。

首先,作为一种文化现象,法律被认为是人生活于其中的人造世界的一个部分,它不但能够被用来解决“问题”,同时也可以传达意义。由此,把法律简单归结为解决纠纷的手段和技术就是不可取的了。法律也是符号,它在任何时候都体现价值,都与目的相关。在这样的意义上,单纯功能主义的立场可以被认为是反文化的。

由上述立场出发,研究者并不一般地否认功能主义方法的有效性,只是他们通常不以此为满足,而要透过“功能”一类联系去追问法律设置和法律过程后面的“根据”、“意义”。这种倾向使得研究者一方面在功能主义者“求同”的地方敏于“辨异”,另一方面又往往由观念入手,向深、广两个方面去求更有说服力的解释。

“解释”这个词也许能够很好地标示出“法律文化”方法论上的特征和复杂性。人的世界乃是一个意义世界,社会科学和人文研究因此不同于自然科学。建立在这一认识前提之上的法律的文化观具有解释取向乃是极其自然的。不过,“法律文化”上的解



释不仅仅是 interpretation,即阐发行为、事件和制度等的意义,它同时也是 explanation,即揭示事物之间的因果联系。因为,不仅意义结构的产生和存续本身需要予以说明,它对于人类行为和社会条件的延续和改变的影响也应当受到关注。

“解释”具有的另一含义与研究者所处“位置”有关。在解释学上,解释者处于各种“前见”的包围之中,在“法律文化”上,研究者首先是在他自己所用“语言”的包围之中。因为意识到人类存在的语言性,研究者既不自诩为持“中性立场”的观察者,也不以“真正客观”的理论相标榜。相反,他们是把人类理解的可能性置于主观性这一前提之下来考虑。相应地,他们对于概念、范畴和语式等问题极其敏感。

还可以由“法律文化”立场引出的一个结论是,对法律的文化诠释必定要超越各种孤立的和机械的法律观,也一定要反对各种狭隘的种族中心主义的法律观。换句话说,它一方面要强调法律与其他社会和文化现象之间的关联性,强调这种关联的复杂性和互动关系,另一方面还要求研究者在尽量保持视野开放的同时,对自己所处的“位置”不断进行反省。事实上,这里所阐说的“法律文化”观本身即是一件可以注意和应当省察的事情。

我并不打算把作为研究方法论的“法律文化”概念表述为真理。因为,它所需要的与其说是“科学”上的证明,不如说是个人经验的说明。当然,这种经验又不纯是个人的,而在很大程度上是特定人群特定历史经验的产物。这即是说,不了解作为中国社会科学产生和发展背景的中国社会特殊之点,就不能够真正了解被界定为立场和方法的“法律文化”概念以及提出这一概念的意义。那么,作为包括法律学在内的中国社会科学产生和发展的背景的中国社会特殊之点又是什么呢?

在中国,现今意义上的法律学和社会科学皆产生于本世纪初,它们同是文化移植的产物。不仅如此,现今中国最基本的制度设施也都是同一时期文化移植的产物。从某种意义上说,包括语言变革在内的极广泛而深刻的“文化移植”的发生乃是我们探究近百年来中国社会及学术发展时需要面对的最基本事实。当然,“移植”并非“照搬”,而且,即使“照搬”也不可能产生同样的“意义”。因此,“移植”应当被理解成一个复杂的变形过程。在此过程之中,外来的与固有的、历史的与现实的、情感的与理智的、习惯的与创新的、观念的与行为的、思想的与制度的,各种因素彼此纠缠、相互作用,共同造成了极其复杂的社会情态。这是一个充满矛盾和冲突而又依傍无定的情态,是以历史与现实、制度与行为等诸多层面的脱节为特征的情态。处于这种情态之下,法律问题从一开始就明显不仅是法律问题,而同时也是政治问题、社会问题、历史问题和文化问题。因此,要了解和解决中国的法律问题,必先了解和解决诸多法律以“外”的其他问题。从这一立场出发,研究者自然不能以流行的法律观为满足,而较多关注社会学、人类学及历史学诸种方法的有效性。这时,对于历史和文化问题的探究正好强化了这一趋势。当然,问题并未因此而解决。“认识”、“理解”、“解释”均是主观性极强的活动,对于“认识”的认识也就成为一般社会科学健康发展的前提。在中国,由于社会科学的“移植”背景,也由于长期以来政治强力对于思想及社会生活的全面渗入和控制,“认识”这一极为突出而且重大的问题基本上未被触及,以至于今天包括法律学在内的中国社会科学面临重建的紧迫要求。“法律文化”概念就是在此背景之下被重新提出和思考的。

毫无疑问,以上就“法律文化”概念所作的的方法论上的阐述

是极其粗略的和不能令人满意的。不仅如此,即使在“法律的文化解释”<sup>[6]</sup>那样的长篇论文里,这个主题也未能得到充分的讨论。因此,我宁愿把这种尝试视为一个有益的开端,即从自身经验出发尽可能地深入反省认识论和方法论诸问题,自觉推动中国法律学和社会科学的重建。我相信,这样做的意义应不止于法学一科。

1994年4月13—25日于北京万寿寺寓所

#### 注 释

[1] 见 Christian Atias, “American Legal Culture and Traditional Scholarly Order”, 载 *Louisiana Law Review* Vol. 46, 1986. 页 1117—1136。

[2] Lawrence M. Friedman. “Legal Culture and Social Development”, in *Law and Society Review*. p. 34. Vol. 4, No. 1.

[3] 见 Gray L. Dorsey, “Towards World Perspectives”, 载 Sava Alexander Vojcanin 编 *Law, Culture, and Values* (Transaction Publishers, 1990)。

[4] 有人著文专门讨论过这方面问题,比如 A. Edel 和 E. Flower 合写的文章“Reflections on the Concept of Jurisulture”。详见上引书。

[5] 埃尔曼:《比较法律文化》第 20—22 页。贺卫方、高鸿钧译。(三联书店,北京,1990)

[6] 详见拙文“法律的文化解释”,载《中国社会科学季刊》(香港)1993 年第四卷。

## 增订版前言

三年前本书出版时,无论我本人还是出版者都没有想到,它很快就会重印,而且不止一次。我不知道这是因为发行渠道变得比以前更加通畅的缘故,还是因为人们对学术和理论书籍愈来愈感兴趣的缘故,不管怎样,更多的人在买书和读书,这是一个事实。意识到这一点,那种想要完善自己的作品(不管是形式上还是内容上)的欲望就益发地强烈了。

正如本书“前言”所提到的,由于某种原因,原来已经译好准备收入本书的两篇文章,即格雷·多西的“法律哲学和社会哲学的世界立场”以及艾德尔夫妇合写的文章“关于法文化概念的若干思考”,未能与本书其他文章一道付梓。这件事一直令我感到非常遗憾。因此,能借本书再版的机会把这两篇文字补入,实在是一件令人高兴的事情。自然,既已有了原作,最初我为弥补缺憾而撰写的介绍文字,“格雷·多西及其‘法文化’概念”,也就可以撤去了。

这次补收的另一篇文章是美国学者宋格文的“天人之间:汉代的契约与国家”。这篇有关汉代契约的非常出色的研究文字,不但深入到法律中小传统的内部,而且就研究对象“事实”的方面和“规范含义”的方面作了细致的区分。这种超越“表面的相似”去探究“内在差异”的做法,正是我在谈论“文化解释”时所强调的东西。有意思的是,与我主张中国古代并没有“民法”或者

“私法”不同，宋格文的出发点是中国古时也有契约法。要了解这种差异并不难，只要考虑一下我们身处的不同背景就可以了。在我这里，人们多相信普遍的历史发展规律，总是把“事实”与“规范含义”或者“功能”与“意义”混为一谈，以为表面的相似就是一切，更不用说，还有许多人热中于“古为今用”，总想证明不拘什么都是古已有之。在宋格文则不同，他所面对的情况毋宁说是过于强调差异（并不一定是在适当的意义上），以至取消了对比如“契约法”的研究。了解了这一点，人们就会发现，研究策略上的不同，可能恰好突出了研究者立场上的一致。这些，就是我决定把这篇文章增补进本书的原因。

增补的三篇文章中，前两篇先已发表在《比较法研究》1994年第3—4期上，收入本书时，我又对译文作了少量的修正。后一篇文章原来收在高道蕴等编《美国学者论中国法律传统》一书，现征得出版社及编者同意，收入本书。因为手边没有英文原文，无法对全文进行校订，只重译了其中一段吉尔兹的引文，并对文中明显属于错排的几个地方作了改正。自然，我也借此机会将本书重新通读了一遍，就我所发现的误植、误译和漏译之处一一予以补正。我希望，这次修订在弥补以前的缺憾之余，将不会留下新的遗憾。

梁治平

1997年12月15日

写于北京万寿寺寓所

# 前 言

收入本书的一共有七篇文章，它们分别出自人类学家、哲学家和法学家之手。

单从各篇的题目来判断，这些文章似乎缺少统一的主题，而由学术的训练与传承方面看，几位作者之间也没有明显的关联。尽管如此，它们或隐或显并且程度不一地保有某些共同倾向。比如，它们在认识论上都有足够的敏感，对于认识的“客观性”抱有某种审慎态度。又比如在方法论方面，它们都不满意于实证主义和功能主义一类法律研究，而倾向于某种文化解释（参见本书“代序”）。

“法律的文化解释”一文被置于全书之首，这种安排并不反映文章重要性上的次第，而只是出于某种方便的考虑，因为事实上，本书的编辑原是撰写该文的一个副产品。在“法律的文化解释”一文中，收入本书的其他文章和作者大都被提及，而且多少保持了协调一致的方式。这就使得拙文在阐发作者思想的同时又可以为读者提供进一步阅读的导引。当然，这并不意味着拙文业已将其他各篇文章的旨趣包容无遗，更不意味着本书编者想要把读者的眼界限定在一篇文章的框架之内。恰恰相反，正是有感于另外那些文章指涉之宽广、意蕴之丰富以及论说之精彩远非一般介绍或援用所能昭示，我才急切地想把它们相对完整地

介绍于读者诸君。

“地方性知识：事实与法律的比较透视”系著名人类学家克利福德·吉尔兹<sup>[1]</sup>一篇专论法律的长文，也是他所谓“阐释的人类学”理论运用于法律研究的一个杰出范例。吉尔兹把法律视为想像真实的一种方式，认为它不但调整行为，而且解释行为，这种法律的阐释观注重的是意义而非功能，是法律中想像的、建设性的和解释性的力量而不是它解决纠纷的机制。这即是吉尔兹大力倡导的“深度描述”理论<sup>[2]</sup>在法律分析中的展现。不过，也与其以往精细入微的个案分析不同，吉尔兹在这篇文章里引人注目地采取了宏观研究策略（尽管也不排斥运用微观材料）。通过对事实和法律及其关联方式在三种不同文明中表现形态的精采分析，他实际为把他所倡行的理论和方法运用于历史及当代社会研究的更广大领域做出了有益的尝试。

如其标题所示，比较的方法贯穿于吉尔兹全文，然而论及流行的比较法理论及实践，他的态度又大抵是批评的。事实上，理论上的反省和深入始终是比较法学家们至为欠缺的东西，这种情形不可避免地导致比较法研究理论上的贫弱和实践中的肤浅，并使得有识见的批判和建树益发显得急迫。

“批判性比较：重新思考比较法”是一篇系统地反省和讨论比较法研究方法论的文章。作者弗兰肯伯格一方面熟知当代欧陆哲学的发展（这里主要是解释学），另一方面又受到美国当代一些法学流派（这里主要是批判法学）的影响。恰当运用这两个方面的资源，就使其“批判”和“重新思考”既犀利而又不乏深度。值得注意的是，弗兰肯伯格提出的“学习”原则——拉开距离和辨析差异——以及他对于文化和语言问题的关注，多少是以另一种方式表现出来的解释学和人类学在法律研究中的结合（回

想一下吉尔兹“阐释的人类学”),而这一特点也在不同程度上表现在本书的其他一些文章里面。

格雷·多西试图解决世界上各种不同的社会哲学、法律哲学因为主张普适性而引发的种种问题。为此,他提出了“法文化”的概念。除去法律理论的渊源之外,这个概念还明显吸收了哲学的和人类学的成就,这一点已经 A·艾德尔和 E·弗罗尔共同指出。遗憾的是,由于版权上的原因,这两篇文章虽已被逐译为中文,但是最终未能收入本书。为弥补这一缺憾,我写了“格雷·多西及其‘法文化’概念”一文。此文以多西的文章“Towards World Perspectives of Philosophy of Law and Social Philosophy”为主要依据,同时参考了艾德尔和弗罗尔伉俪合写的阐释性文字“Reflections on the Concept of Jurisculture”。这两篇文章均收入 Sava Alexander Vojcanin 编的 *Law, Culture, and Values* 一书(Transaction Publishers, 1990)。希望读者能从这篇介绍性文章里面约略了解格雷·多西的“法文化”概念及其理论意蕴。

本书最后三篇文章都直接与中国古代法研究有关。

就其注重观念的力量和追问制度的“依据”这一点而言,安守廉教授的文章可以被视为由文化角度来解释法律的尝试(他自己的提法是“政治文化”)。应该指出的是,同一作者曾经专门撰文讨论比较法研究中流行的“大理论”(grand theory)的限度。他认为,一味在其他社会、文化中查证自己社会、文化中制度的有无,只能产生误导而无益于理解。理解应当从研究对象产生于其中的“文化语境”入手。<sup>[3]</sup>本着这一认识,他曾针对罗伯特·昂格尔教授《现代社会中的法律》一书处理中国古代法材料的方式提出了相当严厉的批评。<sup>[4]</sup>在编入本书的这篇文章里,读者或许



还能够发现上述方法论方面省思的痕迹。

从逻辑上说，本书第一篇文章和最末两篇文章有着相互依赖的关系：前者是后者（虽然实际上不止此两篇）在方法论上的总结，后者是前者具体运用（虽然实际上不限于此）的展示。事实上，它们之间的关系并不止于此。它们同时都超出了对方：理论有着多重渊源以及一定程度的明晰性和系统性，实践则更富有弹性和生命力。考虑到它们能够互相说明、互相补充甚至互相挑战，我最后决定把它们编在一起。当然，使我大胆地把旧文拿出来发表的还有一个原因，那就是其中的大部分文字过去只在一个相对来说很小的范围里流传。比如，新近发表于《中国社会科学季刊》（香港）的“法律的文化解释”一文，显然不易为此间对这一题目抱有兴趣的许多人读到。另一篇文章“礼法文化”取自几年以前由上海人民出版社出版的《寻求自然秩序中的和谐：中国传统法律文化研究》一书，此书初版时只印行两千册，迄未重印，以致几年来我不断收到各地读者求购信函，更多次被人问及何处可购、何时重印一类问题。在此情形之下，本书选收这两篇文字或许能同时起到一点“补不足”的作用。

最后，还回到本文开始时提到的问题。作为一部并非现有学术流派的记录或介绍但又具有某种专题性质的选本，本书各篇章之间的联系是松散的，同时又是内在的和具有启发性的。我承认，同样主题的任何另一个编选者都不大可能做出和我一样的安排，但这与其说是编者主观随意性的表现，莫如说是选本所具有的灵活性与适时性的优长。我相信，在另辟蹊径，于学术主流之外探索新的方法之际，选本这种形式的优点是其他编撰形式很难替代的。