

梁治平作品

法辨

法律文化论集

法辨

法律文化论集

梁治平

—
著

FABIAN
FALV WENHUA LUNJI



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

出版统筹_汤文辉
品牌总监_范新
责任编辑_徐婷
书籍设计_广大迅风艺术
徐俊霞
责任技编_李春林

图书在版编目(CIP)数据

法辨: 法律文化论集 / 梁治平著. —桂林: 广西
师范大学出版社, 2015.4

ISBN 978-7-5495-6162-9

I. ①法… II. ①梁… III. ①法律—文化—文集
IV. ①D909-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 281525 号

广西师范大学出版社出版发行

(广西桂林市中华路 22 号 邮政编码: 541001)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

广西大华印刷有限公司印刷

(广西南宁市高新区科园大道 62 号 邮政编码: 530007)

开本: 889 mm × 1 194 mm 1/32

印张: 9.375 字数: 200 千字

2015 年 4 月第 1 版 2015 年 4 月第 1 次印刷

印数: 0 001~6 000 册 定价: 36.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

自序

这个集子收录了我自 1985 年至 1988 年这几年中间写就和发表的大部分文章,共计 18 篇。其中,13 篇发表于北京三联书店的《读书》杂志,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,它们却又是非常单一的。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,或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。我无意建构体系,也不愿被“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,不可避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)比较中、西法四目作大致的分类,实在也是勉强为之。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。

中国的进入现代社会,固然是以学习西方开始,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,首先是来自他们的敏感: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,有许多问题值得我们认真研究。比如,就中国古代法律传统这个大题目来说,我们要弄清的,就不但是中国古时的传统,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。罗马何以能借法律而征服世界?西方的法制凭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?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,它就不能不带有历史的印记。在我看来,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,“不仅仅是历史上曾经存在的过去,同时也是历史地存在的现在。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规律的特定认识。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,在这三年中间,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。为 H. J. Berman《法律与宗教》所写的译序《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,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,这或许是一种缺憾。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。

1988年5月于北京

作者附记:

这里提到的“接近于完成”的专著,指的是《寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究》。该书最早由上海人民出版社出版(1991),后在中国政法大学出版社修订再版(1997)。最近的也是印刷错误最少的一版,由商务印书馆2013年印行。

目 录

001 自 序

001 比较法与比较文化

013 比较法律文化的名与实

021 身份社会与伦理法律

031 “礼法”还是“法律”

038 “从身份到契约”:社会关系的革命
——读《古代法》随想

052 古代法:文化差异与传统

065 “法”辨

098 说“治”

142 从苏格拉底之死看希腊法的悲剧

156 中古神学的理性之光与西方法律传统
——《阿奎那政治著作选》读后

- 172 自然法今昔:法律中的价值追求
- 187 文明、法律与社会控制
——《通过法律的社会控制 法律的任务》读后
- 199 从权力支配法律到法律支配权力
- 211 法·法律·法治
——读《比较宪法与行政法》
- 225 法制传统及其现代化
- 236 情理·道德·自然法
- 252 海瑞与柯克
- 269 死亡与再生:新世纪的曙光
- 285 后记
- 289 重印后记
- 290 再版后记

比较法与比较文化*

谈起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,知道的人恐怕就不太多了,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。

—

文化,作为一个专门术语,是个多少有些含混的概念,富于

* 原载《读书》1985年9月号。

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·米勒编的《社会学辞典》把文化说成是一种复杂的社会现象,包括信仰、艺术形式、文学、意识形态、价值体系,以及物质组织、技术水平的情况等。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。(转见《百科知识》1981年第2期,第19页)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”(转见李浩培为所译《法国民法典》写的译者序)。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。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《十二铜表法》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,也不妨看作比较文化的名著。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展起来的。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,法学家所关心的不是现行的各种地方习惯和君主的法令,而是只在大学里讲授的罗马法原则。那时,即或将不同的法律加以比较,也只能在实务者中间,在较低的层次上进行。唯一的例外是孟德斯鸠。在1748年出版的《论法的精神》一书中,他把法律看作一种社会/文化现象,强调地理环境、历史、政治、道德、商业等因素对于法律的影响,这部百科全书式的巨著既是比较文化的名著,也是比较法的杰作。19世纪的英国法律史家梅因接过了这一传统。他对各种古代法制进行研究,其视野之开阔,可与当时的人类学家媲美。他在《古代法》一书中提出了从身份到契约的法律进化公式,其中包含了社会进化的丰富内涵。法学家之外,比较法的发展更为触目。1831年,法兰西学院率先创立了比较法

讲座;1869年,世界上第一个比较法协会在法国成立;1895年,英国也成立了比较法协会。1900年,第一届比较法国际代表大会在巴黎举行,它标志着比较法成为一门独立的学科——比较法学。不过,这一时期比较法学家的注意力主要集中在欧洲大陆,因为,这时欧洲大陆各国正竞相改革法律,编纂法典,亟需参考、借鉴别国法律。与此同时,在印度、中国和日本,西方的法制是被作为西方文化的一个部分来看待的。囿于传统,这里不曾产生西方意义上的比较法学,所以,谈论比较法的教科书和百科全书,从未注意到这一时期东方的情形。我想,这是个值得重新研究的问题。一方面是因为,这一时期的发展为东方国家的比较法学奠定了基础,另一方面也因为,一开始就把法与文化视为一体,合并论述,正好反映出东方国家特定的文化传统和当时东西文化冲突的历史背景。

进入本世纪,特别是第二次世界大战以来,比较法又经历了一个大的发展。比较法学家的眼光不仅超出欧洲大陆,注意到英美及其殖民地的法律制度,也开始研究苏联东欧国家以及亚、非、拉独立国家的法律制度。这一时期,相当多的国家设立了比较法研究机构,其中,有些是大型的综合性研究机构,如设在汉堡和海德堡的马克斯·普朗克研究所。此外,还有诸如世界比较法科学院(1924)、国际比较法协会(1960)等世界性比较法组织。它们出版大型的比较法百科全书,开展大规模的学术交流活动,组织各国各学科的法学家协同工作。这就为法学家同社会学家、人类学家、历史学家、经济学家和政治学家的合