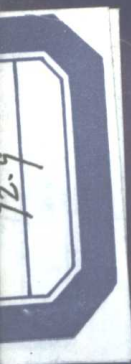


梁临霞 著

中国传统法文化 与法制现代化

中国政法大学出版社



中国传统法律文化与法制现代化

梁临霞 著

中国政法大学出版社

(京) 新登字 185 号

中国传统法律文化与法制现代化

梁临霞 著

中国政法大学出版社 出版

(北京海淀区学院路 41 号 * 100088)

冶金部物勘院华泰公司激光照排

河北省〇五印刷厂 印刷

新华书店经销

787×960 毫米 32 开本 3.25 印张 45 千字

1992 年 9 月第 1 版 1992 年 9 月第 1 次印刷

ISBN7-5620-0873-6/D·823

定价: 2.40 元

前 言

关于中国传统文化的讨论可追溯到“五四”运动以前。虽然国人素无批判的传统，但面对西方的强大，一种起于自卫而后自觉了的对于中国命运的忧患，依然使众多的人物投入了文化的反省。林则徐、魏征、李鸿章、张之洞、康有为、梁启超、孙中山，等等。或坚持“祖宗之法不可变”，或主张“师夷之长”，或鼓吹“中学为体，西学为用”，或要求改“中学”为“西学”，“变法维新”。虽然诸多仁人志士并未求得共识，但这些五彩缤纷的启蒙激荡在中国传统文化的深潭中决不仅仅是荡起了涟漪。及至二三十年代再度出现的文化论战，不仅来势更加迅猛，而且更加全面地成熟与深刻起来了。陈独秀、李大钊、鲁迅一针见血

地指出“新旧之间绝不可能调和两存”^①，大力宣传民主与自由；胡适则进而强调“我们必须承认我们百不如人”^②；毛泽东等提出应以西方传入的马克思主义为指导，总结中国的传统文化，创建适应革命需要的“人民大众”的新文化^③。

文化现象是难解的密码，然而几次文化反省总是出现在社会的危难时刻也同样的令人难解。这样看来，20世纪80年代文化热的再度兴起也决不是偶然的了。而催生法律文化研究的也不是潮水般的文化性研究领域的充溢。

早在1969年美国学者劳伦斯·费里德曼(Lawrence Friedman)就在一篇名为《法律文化与社会发展》的文章中首先使用了法律文化(Legal Culture)这一概念，他认为，法律文化概念涉及大量有关的思想，涉及到公众关于法律制度的知识、看法和行为方式。尽管对于法律制度的看法各不相同，但在不同的国家或群体中还是可以以

① 《陈独秀文章选编》

② 《胡适文选》

③ 毛泽东《新民主主义论》

看待问题的不同方式对它们进行区分的。此后，法律文化一词便被西方一些学者广泛使用。不过中国的学者们没有及早对这一新的研究课题给予注意，与其说是因为国难临头时新民主主义文化的选择过于彻底反而将与现代化相联系的商品意识也剔除掉，因而没有给传统文化树立对手，不如说是因为没有及时进行现代化建设使得商品意识无从滋长。只是到了近几年，伴随着现代化乃至法制现代化的进程，人们才不仅感觉到了外来法律文化的挑战，也深深感觉到了中国传统法律文化的挑战。于是，不得不思考：中国传统法律文化与法制现代化的关系究竟怎样？如何使在中国古代农业文明中孕育并沿续几千年的传统法律文化为有计划的商品经济为基础的法制现代化服务？可见这种思考是立足于当代，着眼于未来，而又涵括了过去的。

本文即是试图对中国传统法律文化与法制现代化谈点看法。但在本文写成后，仍然有些跳荡的思维在脑海中如流星般一闪即逝。这些断想没有体系，甚至有的与我的主文构思并不统一，但我仍然感到宝贵，于是努力记录了一些。有时候，

一个灵感能在脑海中开辟一个新的世界。我甚至希望有机会读到该书的朋友会把更多的目光投在断想篇里。但毕竟停留在本能的评价阶段与追求的东西要区别开。

目 录

前言

第一章 中国传统法律文化及其历史命运	(1)
(一) 法律文化与传统法律文化	(1)
(二) 中国传统法律文化的历史命运	(4)
第二章 中国传统法律文化的价值取向及本质特征	(11)
第三章 中国传统法律文化遗产	(27)
(一) 法律思想方面的优秀历史遗产	(28)
(二) 法律制度方面的优秀历史遗产	(40)
第四章 中国传统法律文化与法制现代化的冲突	(51)
(一) 法制现代化的概念和目标	(51)

（二）中国传统法律文化与法制现代化	
冲突解决的条件	（68）
（三）关于借鉴优秀的传统法律	
文化遗产	（71）
附：法律文化断想	（88）

第一章 中国传统法律文化 及历史命运

（一）法律文化与传统法律文化

自从“法律文化”被用作研究以来，即使不像“文化”的使用情况那样糟糕，但命运几乎一样。就是在我们这样一个开始法律文化研究仅仅几年的国家，给法律文化所下的定义也已数十种之多了。仅管如此，仿佛还是有一个基本的共识，使得这项研究依然能够在众说纷纭中维系并发展。毋庸置疑，下定义的意义之一是为了论证的方便。

但本篇并不打算给法律文化下定义，不过为了前后的逻辑统一，作些力所能及的说明。

如同中西方法律文化的显著差异一样，中西

方学者对法律文化的界定也颇具有不同的风格。西方一些训练有素的学者，采取谨慎的态度，同时吸收政治文化的研究成果，将法律文化最终归结为人们的态度或观念。中国学者则喜欢从宏观上进行包罗万象的概括。从见诸文字的多种定义看，表达虽然不同，内容上几乎都包括关于法律的器物设施、典章制度、风俗习惯及思想、观念和信仰。

虽然对文化的把握很抽象，文化则总是具体的。作为一种理解，你可以将文化视为一个民族成其为民族的标志和符号，作为科学术语，它能涵盖“整个社会生活的总和”。从这个意义上说，法律现象也是文化，但法律又绝不等同于文化。可以说法律文化研究新领域的开辟，就是起到了这样的纽带作用，它成为法律与社会之间的桥梁。我就是从广泛意义上的文化与狭义法律有机结合的意义上理解法律文化的，它是指社会中存在的较为普遍的构成法律秩序的和与此相关的行为方式。首先，一种生活方式被归入法律文化的范畴，必须具有一定的普遍性，它与广义文化相同，即涉及上层建筑领域，也涉及经济基础，它存在于

国家或民族之中，存在于部门、地区之中而不为个人所独有。其次，在内容上，立足于狭义法律，仅仅将与法律有关的行为方式归入法律文化，即包括人们的外部行为如法律规范、法律制度、法律设施，也包括人们的心理活动如思想、观念、学说和信仰。法律文化有着独特的内部结构。在这个结构中两个层次，一个是制度形态的法律文化，如法律规范、法律制度等等；一个是观念形态的法律文化，如法律学说、法律心理、法律习惯等。比较而言，制度形态的法律文化嵌刻着明显的“物质外壳”，即要借助某种物质载体，才能存在于法律社会之中；而观念形态的法律文化则充分展示了文明社会法律精神世界的复杂活动。

法律文化同文化一样，具有整体性、历史性、民族性和实践性。从整体性看，法律文化的各个层次、各种要素彼此联系，相互作用，并共同对社会产生影响，形成了一个统一的行为系统；从历史性看，法律文化是一个国家或民族长期积累的结果，是历史的沉淀，包含着对传统的选择和继承；从民族性看，各民族的法律文化各不相同，在发展过程中，始终具有独特的民族形式和特征，

体现了一定的民族精神，从实践性看，法律文化并不仅仅静止地表现在文字上，而是一种生机盎然，丰富多彩的现实活动，具有实际的社会效果。

法律文化，从其时间上的顺序及其总体特征来看，可分为传统法律文化和现代法律文化，它们有着质的区别，但并非毫无联系。从历史的观点来看，某种传统法律文化在一定程度上总是某种现代法律文化的历史渊源，而某种现代法律文化在一定程度上总是某种传统法律文化的历史延伸。

（二）中国传统法律文化的历史命运

中国传统法律文化，其起源可追溯到我国原始社会末期。从古籍的记载中，可窥见夏商法律实践的史影。但有据可考的历史是从西周开始的。西周至清末，经历了数千年的法律实践活动，在中国历史上形成了一脉相承、自成体系的传统法律文化。西周至春秋，是我国历史上宗法贵族政体时期，社会的政治、经济、法律权力都依照与最高统治者的血缘亲疏标准进行分配，并按嫡长

继承制世代相传。贵族政体要求以“礼治”为指导思想，这又必然要求法律确立和维护宗法等级制度。当时法律的形式是“判例法”，判例成了当时最普遍有效的法律文件。春秋战国时期的社会大变革，使个体家庭土地所有制取代了贵族土地所有制，中央集权的君主专制政体取代了世卿世禄的贵族政体。新兴地主阶级反对“礼治”，要求实行“法治”。从而，与中央集权的君主专制政体相适应的“成文法”取代了以往与贵族政体相适应的“判例法”。秦朝是“法治”的鼎盛时期，社会生活的各个领域“皆有法式”，“事皆决于法”。^①西汉至清末，中国封建社会的基本特征是自然经济、宗法结构与中央集权专制政体三者的结合。在这种社会条件下，以往维护宗法等级制度的“礼治”和维护中央集权君主专制政体的“法治”得以融合起来。这是中国历史上的“礼法合治”时期，其法律形式是“成文法”与“判例法”相结合。封建历朝既制定成文法典，同时还适用判例。另外，这一时期除了国家制定的法律外，还存在

① 《史记·秦始皇本记》

大量的家族法规，它们得到国家的肯定，对维护封建社会的基础起了巨大的作用。由于中国封建社会历时两千年之久，且封建法律制度相当完备，影响极为深远，因此，中国传统法律文化主要是指封建法律文化。鸦片战争特别是辛亥革命以后，中国结束了漫长的封建时代，进入了新的历程，从而中国传统法律文化也解体了。

从以上的鸟瞰中可以看到，中国传统法律文化的主体是封建专制主义法律文化，是分散的小农经济和宗法制社会的产物，具有三千多年来曾间断的历史；中国传统法律文化体现了中国传统文化的主要特点，具有自己的特殊的价值判断和文化结构，形成了鲜明的民族特色，在古代世界法律文化史上占有重要地位。

诚然，中国传统法律文化作为一种整体的文化形态在当代已不复存在。但是，由于古代中国的特殊情况，它仍然在现实社会中发生着深刻的影响，其部分因素不仅融进当代中国人的法律观念之中，而且它本身在当代还具有发生作用的社会条件，成为中国实现法制现代化的一种客观的背景。因此，如何对待传统法律文化与法制现代

化的关系是一个不容回避的重要课题。这里，首先应解决的是从实现法制现代化出发，如何对待中国传统法律文化的问题。当然，这个问题本身也包含着如何对待外来法律文化的问题。

如何对待中国的传统法律文化乃至整个传统文化，从“五四”时期直到现在，可谓仁者见仁，智者见智，但归纳起来不外三种态度。一是在原有的传统文化模式的基础上，吸收和消化外来文化的某些成分，即所谓的“中体西用”，包括时下风行海外的“儒学复兴”的鼓噪。我们知道，文化形态是在一定的社会结构中形成和演进的，它不能脱离社会生活条件。中国传统文化的主流，建基于中国历史上长期稳定存在的宗法或农业社会。它在漫长的衍续过程中之所以始终未曾改变自己的特性，是因为它所依存的社会土壤未发生根本变化。鸦片战争以后，随着近代大工业的兴起，小农经济和宗法关系沦于解体，传统文化包括传统法律文化已不可能保持原有的结构，很难想象，那种以家族伦理为本体的宗法关系还能与现代社会里的民主、法制原则相适应，还要看到，传统文化心态的许多方面已经成为我们民族向着

社会主义现代化目标腾飞的沉重包袱。可见，这种态度极不科学。第二种态度是放弃自己原来的传统，被其他文化形态所同化。这种态度也不可取，因为任何文化体系都不能从天而降，必须以现存的物质和思想资料为前提。马克思说过：“人们自己创造自己的历史，但他们并不是随心所欲地创造，而是在直接碰到的、既定的、从过去继承下来的条件下创造。”^①我们中华民族有着几千年来未曾中断的文化传统，它深深植根于民族心灵之中，决不可能轻易被抹杀或被取代。与传统文化彻底决裂，不仅行不通，而且有害，因为有意削弱现代文化与传统文化的内在联系，势必增加楔入民族心灵深处的旧文化心态向崭新的文化形态转化的困难。第三种态度是借鉴外来文化的先进成份，以促进原有文化结构的转变，形成新的现代文化。既然保持传统文化的固有模式极不科学，盲目照搬外来文化又不可取，那末，唯一切实可行的途径便是立足于现实。一方面借鉴外来文化的先进因素，一方面转变传统的文化结构，

^① 《马克思恩格斯选集》第1卷，第603页。