

陈鹏生 徐永康 主编

# 传统法文化的

## 反思与传承



# 传统法文化的 反思与传承

主编 陈鹏生 徐永康

吉林人民出版社

## 图书在版编目(CIP)数据

传统法文化的反思与传承/陈鹏生,徐永康主编.

—长春:吉林人民出版社,2012.4

ISBN 978-7-206-08720-2

I .①传… II .①陈… ②徐… III .①儒家—法律—文化—文集

IV .①B222.05-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 062788 号

## 传统法文化的反思与传承

主 编:陈鹏生 徐永康

责任编辑:李艳萍 封面设计:丁 雪 责任校对:李 君

吉林人民出版社出版 发行(长春市人民大街 7548 号 邮政编码:130022)

印 刷:吉林省吉育印业有限公司

制 版:吉林人民出版社图文设计印务中心

开 本:880mm×1230mm 1/32

印 张:14.75 字数:450 千字

标准书号:ISBN 978-7-206-08720-2

版 次:2012 年 4 月第 1 版 印 次:2012 年 4 月第 1 次印刷

定 价:45.00 元

---

如发现印装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

# 目 录

## 传统法文化反思

正本清源 折中融西——重建新的中华法系 .....	俞荣根 / 3
全球化时代的中国法律传统.....	夏锦文 / 11
中国古代士人精神及其存在意义.....	徐永康 / 47
以人为本与解释理念的探究.....	陈金钊 / 57
法律只考虑正常人.....	何柏生 / 73
平衡：法律核心价值的历史确认.....	孙光妍 / 78
儒家“中庸”之传统法文化观照 .....	马作武 马 腾 / 90

## 中西比较研究及传统法制影响

西方法学的局限与中国传统法律文化的价值 .....	张中秋 / 117
试论中国式法治道路的本土资源 .....	何勤华 / 129
《中国丛报》与中西法律文化交流史研究 .....	李秀清 / 154
儒家文化对当代检察文化建设的启示 .....	袁兆春 / 174
吏治法律文化的概念证成 .....	杨成炬 / 194

## 传统法文化的反思与传承

中国信访法律传统及其现代影响 .....	周丽红	/ 210
中国传统文化对现代日本经济的影响 .....	田村重信	/ 221

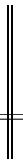
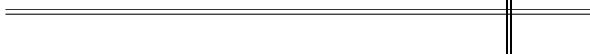
## 法文化人物与个案研究

中国古代表达制度初探 .....	陈晓枫	解国臣	/ 231
老子政治思想批判 .....	杨师群	/ 255	
还原孔子的真思想 .....	高积顺	/ 272	
“亲亲相隐”原则法律化的自由价值剖析 .....	张益刚	/ 296	
石渠阁会议、石渠遗文及其对封建法文化的 影响 .....	丁凌华	/ 308	
从唐五代的典身到宋代的奴婢典卖——宋代奴婢问题 再探讨 .....	戴建国	/ 332	
创制与革新：清末司法变革论析 .....	吴永明	/ 347	
“观其同而通之”：《管锥编》与中国传统法文化的 意蕴阐发之道 .....	易江波	/ 363	
湖南理学与司法文化 .....	李交发	张全民	/ 396
喝酒与纠纷解决——对贵州省苗侗地区纠纷解决方式的 法人类学考察 .....	粟丹	/ 422	
民国时期新疆地方立法初探（1933—1949年） ...	白京兰	/ 437	

## 会议综述

传统法文化的反思与传承 .....	李远明	刘承涛	/ 453
编后说明 .....			/ 461

# 传统法文化反思



# 正本清源 折中融西

——重建新的中华法系

俞荣根

**内容提要：**一百多年来移植西法有必要，有成功，还有些消化不良。中国法学和法治的发展必须两条腿走路：移植西法；接续传统。由于对传统文化及其中华法系的集体遗忘和误解曲解，有必要正本清源、回采历史，在此基础上折中融西，取精用宏，重建新的中华法系。

**关键词：**移植西法 正本清源 重建中华法系

## 一、中华法系：儒家之法

人类社会进入法律文明时代以来，创制并生活于不同的法系之中。其中影响最大的有五大法系。它们是大陆（罗马）法系、海洋（英美）法系、阿拉伯（伊斯兰）法系、印度法系，再就是以中国为主体的中华法系。

中华法系是中国古代的法制度、法思想、法文化、法心理的总汇。

中华法系肇始于三代，定鼎于隋唐，远播于东亚。

中华法系以儒家思想为指导思想。重视家庭伦理价值，以天理-国法-民情三者的相辅相成为法制运作的基本框架。所以，从中华法系的思想体系上说，也可以说是儒家的法系，是儒家之法。

自清末政制、法制改革以后，中华法系走向衰亡。一百多年来，我国持续不断地移植西法。这里的所谓西法，主要是大陆法系和海洋法系的法制度、法条款、法理念、法价值。在国家制定法的层面上，中华法系在中国大陆已经退出历史舞台。

## 二、移植西法：成就与困惑

这一百多年的法制建设取得了巨大成就。移植西法也功不可没。这是有目共睹的。

任何事情都有两面性。一些在西方国家运作得非常好的法律制度，一旦学习引进，总有些不对劲，不是走不动就是变味走样。给人们带来新的苦恼和困惑。

法律是国家立法机关制定和实施的，但却不是随意制定的，其实施也不是轻而易举的。它要受政治、经济、文化、社会状况、国内外情势等，还有立法者和实施者的价值观、认知与能力水平等主观因素的影响。其中，文化的影响，尤其是民族的文化心理、习俗习惯、价值取向等等的影响，不仅久远而且深刻。因此，现实法律生活中经常会出现一些与国家制定法不相一致的行为。譬如，中国是一个重视婚姻之礼的国家，近些年，这一风气愈演愈烈，浩浩荡荡地从农村进军到城市。尽管这些婚姻仪式不中不西，但当事人显然只把民政部门颁发的结婚证作为结婚仪式的一个前提、一个开始，甚至一道程序，而不是全部。再如，当今广大农村中有了一点

积累的农民，还有大大小小的先富起来的老板们，他们是怎样继承财产的？是遵照国家颁布的继承法吗？不是的，或基本上不是的。在那里，有所变异的传统分家析产方式仍在广泛适用。以上讲的是民间的法律生活情况。

那么，在国家司法改革和建设法治国家的层面上，也存在同样的情况。说得形象一些，有点消化不良。就是说，移植大量的西法西制后，中国社会消化不了，出现了消化不良反应。试举一例。改革开放以来，中国法院建立了审判程序制度，强调程序正义，这很对，很重要，也取得不错的成效。合议庭制，陪审制，法庭辩论制，民事审判中的谁主张谁举证原则等等，大多从西方引进。法院系统一直强调公正审判、案结事了。可是，实际情况是案难结事难了。然而，不可否认，在符合程序正义的常态司法中也存在着案结事不了的上访。这些当事人认为，审判的程序正义未能实现实体正义，法庭举证的“法律事实”掩盖了案件真实，所以他们觉得冤，不断地上访找“青天”伸冤。美国的辛普森杀妻案，陪审团因证据上的瑕疵宣告辛普森无罪。尽管美国人被这一出人意料的判决惊愕得瞠目结舌，但因为其程序是正义的，也只好接受，全国上下平安无事。<sup>①</sup> 这就是美国的法律文化。试想，如果这一案件发生在中国，民情岂肯罢休？！舆论岂不大哗？！这一点只要对照一下许霆案就可以一目了然。2007年12月，许霆因盗窃金融机构罪被广州市中级人民法院判无期徒刑，一时间社会舆论蜂起。广东省高院重审

---

<sup>①</sup> 辛普森案：1994年6月12日深夜，美国著名橄榄球运动员辛普森的前妻妮科尔与其男友罗纳德·戈尔德曼被发现死于洛杉矶南邦大街875号。从作案动机、作案时间和证据表明辛普森具有重大嫌疑，辛普森遂因涉嫌谋杀前妻及其男友而被检方起诉。辛普森聘请了被人称为“梦幻队”的辩护律师团。经过一年多的被媒体称为“世纪”审判，在控方“铁证如山”的情况下，只因为警方取证时程序上的一些瑕疵和证人的种族歧视嫌疑等问题，涉嫌杀死前妻的辛普森最终被无罪释放。

后改判处有期徒刑五年，并处罚金二万元。其实，一审程序绝无问题，公众关注的也不是程序正义与否，而是实体正义问题，认为一审量刑过重。这就是中国的法律文化！它更重视实质正义。强调程序正义是必要的，但程序正义只是司法审判的手段而非目的，不能代替司法正义。如果对案件的审判满足于程序正义，忽视了对实质正义的追求，相关当事人岂肯善罢甘休？涉法涉诉上访焉能减少？因为，这种司法审判与民众中存活着的重实质正义的传统法律文化不相一致，从而必然出现消化不良状况。

### 三、尊重传统法：回采历史与正本清源

古老的中华法系传统中包含着不少有恒常价值的法律智慧，应当尊重，值得尊重。譬如，受孔子“使无讼”、“和为贵”的思想影响，全社会比较重视运用调解、协商的方式解决法律纠纷。又如，在“己所不欲，勿施于人”的观念支配下，能宽容别人，尊重对方的利益和人格。再如，强调“政者，正也”、“为政以德”的从政理念，上上下下非常关心和重视立法者、从政者、司法者的道德品质的提升，而这一点正是建设现代法治国家的重要基础。另如，有一套“世轻世重”、一张一弛、宽严相济的刑事政策和法律艺术。如此等等。

中国的民主法制建设和法治国家建设发展到今天，不能再靠移植西方法律这样一条腿走下去，必须加上另一条腿，这就是回采法的历史，发掘传统中华法系的智慧。

然而，由于一百多年移植西方法律的历史，社会受到了欧美文化一元论和西方法律中心主义的影响，中华法系及儒家法文化传统

被集体遗忘，存在着不少常识性的误解和曲解，甚至被矮化和妖魔化。因此，回采法的历史过程中，同时必须正本清源，辨误去诬。

例如，“儒家人治，法家法治”之说，就是十分常见的一种误读。法治理论来自西方，其理论要旨与帝王专制水火不容。法家之学主张君主“独断”、“独听”、“独视”、“独治”<sup>①</sup>，是极端的君主绝对专制主义，哪里是什么法治理论？！诚然，儒家也主张君主政治，但同时强调民本思想，是民本主义的君主政治。从君主政治角度上说，儒法两家没有本质上的对立，君主政治只能导致人治，都应划入人治思想之列。儒家法家的区别只是君主专制程度上的差异。儒家是相对柔性和开明的君主主义，法家是绝对专制的君主主义。他们之间的论争不是法治与人治的对立斗争。在刑事法律主张方面，法家提出有罪必罚、不避贵贱是有积极意义的，但一味强调“严刑重罚”、“轻罪重刑”恰恰违背刑法法治原则。相比之下，儒家主张“罪刑相应”、“中刑中罚”，以及提倡“慎刑”、“恤刑”，倒更符合刑法科学，也比较人道和理性一些。

又如，几乎所有的历史教科书和法律史教材中都说，孔子反对“晋铸刑鼎”就是反对公布成文法，主张秘密法。其实，晋刑鼎是晋国贵族赵鞅、荀寅所铸，事先未经国君同意，而且铸的是一个已经废弃的“夷蒐之法”，如果硬要说这是一次公布成文法，那末，它是贵族为了擅权而采取非法手段公布的一个废法。对此，明代著名的经学家、法学家丘浚早已发现。他认为，孔子反对晋刑鼎，是因为刑鼎所铸之法“非善耳”，“非谓圣王制法不可使人知也”。<sup>②</sup>再说，把晋刑鼎说成是中国古代最早公布成文法的改革也同样值得

<sup>①</sup> 韩非、商鞅都反复强调“权者，君主所独制也”“权制独断于君则威”“独视谓之明，独听谓之聪。能独断者，故可以为天下主。”语见《韩非子》的《外储说右上》、《忠孝》、《商君书》的《修权》等篇。

<sup>②</sup> (明) 丘浚《大学衍义补》卷一百二。

质疑。《尚书》的《多士》篇说“惟殷先人有册有典。”《吕刑》篇有“伯夷降典”，又云“明启刑书胥占。”说明中国古代成文法的历史比人们想象的要早，有成文法也就有了将它公布出来的基础。根据《左传》<sup>①</sup>和《周礼》<sup>②</sup>的记载，至少从西周开始就有在城楼（古称“象魏”）上“悬法”的传统。可以说，“悬法象魏”是比铸刑鼎早得多的公布成文法方式，而且已经制度化，并非偶然为之。值得指出的是，用“悬法象魏”这样的方式公布成文法，更符合中国文明的传统。

这样的误读还有不少，兹不一一列举。

#### 四、重建新的中华法系：折中融西、取精用宏

当今世界，欧美中心主义的价值取向已经改变或正在改变，文化多元化成为地球村人的共同价值。随着中华民族伟大复兴事业到来的，亦将会有场中华文化的伟大复兴，其中包括中华法系的复兴。复兴不是复古，而是开新。新的中华法系的创建，理当尊重两个传统：一是一百多年来引进、移植西法的传统，其中包括新中国

---

① 《左传·哀公三年》载：“夏五月辛卯，司铎火。火逾公宫，……季桓至，御公立于象魏之外，……命藏《象魏》，曰‘旧章不可亡也。’”杨伯峻《春秋左传注》注云：“此象魏可以藏，非指门阙。……当时象魏悬挂法令使万民知晓之处，因名法令亦曰象魏，即旧章也。”

② 《周礼》记载，其天、地、夏、秋等六官在每年正月要在“象魏”悬挂“治象之法”、“教象之法”、“政象之法”、“刑象之法”，称“悬法象魏”之制。学界有指《周礼》资料并非件件可靠可信，然考诸《左传》哀三年“命藏《象魏》”之记载，此“悬法象魏”制度应属史实。

成立 60 年来在马克思主义指导下探索社会主义民主法制建设和依法治国建设的传统；一是中华民族五千多年历久不衰的古老中华法系的传统。前者是新传统，后者是老传统。

新、老传统都是轴心时代文化<sup>①</sup>发展的结果，它们在中国大地上的碰撞、会合，尽管让古老的中华民族备受苦难，付出沉重代价，但“风物长宜放眼量”，放远了看，当历史翻过了这一页，展现出来的不正是中西文化的风云际会的美好场景？！不正是融会中西文化和法系的大好机会？！环视全球各大文化体，谁具有这样巨大的焰两种不同文化和法系于一炉的舞台和机会？没有！只有我们中国。毫无疑问，这将是中华文化复兴的有力资源和坚实基础，也将是中华民族复兴的真正软实力之所在。

交汇于现代中国的新、老两种法系和法律文化传统各具优势。西来的法律新传统重视政府（指大政府）权力的分治与制约，尊重公民个人享有平等的权利和自由，强调形式法治和程序正义。从古代传承下来的中华法系老传统重视家庭价值和人与自然、人与社群、人与人的协调，强调政府的亲民与德政，崇尚实践理性并追求实质正义。诚然，这些各自优势的描述不是绝对的、非此即彼的，而是相比较而存在的。

中华文化从轴心时代一直延续至今，没有间断。这在所有轴心文明中绝无仅有。以儒家思想为主体的中华文化具有很大的包容

---

① 德国哲学家、精神病学家卡尔·雅斯贝尔斯（Karl Jaspers，1883—1969）在 1949 年出版的《历史的起源与目标》中说，公元前 600 至前 300 年间，是人类文明的“轴心时代”，这段时期是人类文明精神的重大突破时期。在轴心时代里，各个文明都出现了伟大的精神导师——古希腊有苏格拉底、柏拉图、亚里士多德，以色列有犹太教的先知们，古印度有释迦牟尼，中国有孔子、老子……他们提出的思想原则塑造了不同的文化传统，也一直影响着人类的生活，决定了今天西方、印度、中国、伊斯兰不同的文化形态。这些轴心时代所产生的文化一直延续到今天。每当人类社会面临危机或新的飞跃的时候，我们总是回过头去，看看轴心时代的先哲们是怎么说的。

## 传统法文化的反思与传承

性，在经过百多年西方文化的全方位冲击之后，使得中国人得到对自身文化传统有个自我反省的自觉，从而以开放的胸襟吸收和消化其他民族的优秀文化，以适应现代社会合理发展的要求，使之既具有民族的特殊价值，又具有全球的普世价值。这个过程有两个方面：折中，融西。折中，就是对自身的文化和法系传统，进行现代化的反省和批判，正本清源，创新发展；融西，就是对西来的文化和法系传统，进行中国化的吸收和消化，融汇贯通，化西为中。通过折中融西，实现取精用宏，这个过程将是漫长的，但必定是光明的。它的结果，便是新的中华法系的创建，便是中国特色社会主义法治国的成功。

# 全球化时代的中国法律传统

夏锦文<sup>①</sup>

从一个极其遥远而不能确知的年代开始，中华民族就走上了不断积累、不断融合的发展繁荣之路，在几千年的漫长岁月中积淀了博大精深、光辉灿烂的法律文明，创立了独具特色、影响深远的法律体系，形成了绵延不断、底蕴深厚的法律传统，以卓而不群、独树一帜而巍然屹立于世界法律文明之林。炎黄先人们一切优秀的法律创造，经过沉淀，成为传统。如同永远不会静止的涓涓细流，既汇聚成中华法系的个性和精神，又滋润着现当代中国的法律和文化；既在经历了几千年的风雨沧桑后仍然闪耀着深沉隽永、普照世界的理性之光，又在穿越了近代以来中西方法律文化接触与碰撞所带来的一系列艰难考验后更加彰显出顽强旺盛、生生不息的生命力；既在国家与社会平稳发展、法律与文化规律进化的正常历史时期细腻无声的扎根并存活在中华民族的内心深处，又在社会变迁、法律变革、文化冲突的特殊转型阶段集中爆发出不容抵抗的力量，反击并惩罚一切妄图彻底摧毁传统的思想和作为；既如一处挥之不

---

① 法学博士，南京师范大学教授、博士生导师。

本文是为参加“中国儒学与法律文化研究会 2010 年年会暨传统法文化的反思与传承学术研讨会”的论文初稿，由于时间仓促，相关观点和论证尚需进一步完善和充实，故未经作者同意请勿引用。南京师范大学继续教育学院陈小洁老师对本文的相关资料收集和整理工作给予了大力支持，特此致谢。

去、全民所系的心灵家园，又似一脉可以兴国安邦、扭转乾坤的宏大力量。

没有一个时代，没有一个民族，不曾感受到传统的坚韧，更不曾迷茫于传统与现代的亲缘关系、传统与现代性的不完全兼容等复杂问题。正因如此，近代以来中国的有识之士，在寻求国家富强、民族复兴、法律发展的同时，也始终在为中国法律传统找寻出路，一直徘徊在古今中西多维法律传统之间，心理上始终存有矛盾和彷徨，时常陷入无所适从、进退失据的境地。有关如何对待传统、存续传统的思想争论与实践探索此起彼伏，定于一尊与多系发展，中体西用与西体中用，中西分途与中西调和，这些互相对立又互相联系的思潮与实践，经历了器物、制度和观念等几个阶段或层面，尽管在社会变革中发生了不小变化，至今仍然各执一词，相持不下，中国人对法律传统及其当下命运的思考和探索始终没有停止。

当今社会，随着现代法治理念的发轫及深入人心、法制现代化事业的崛起及逐步推进，全球化时代“如何认识法律的传统与现代性问题”、“如何对待中国法律传统”、“中国法律传统向何处去”已成为学术界的前沿课题与议论中心。这些论题所涵盖的学术研究范围兼顾法律思想史、制度史、文化史，出入法学、社会学、政治学、历史、哲学、宗教等诸多人文社会科学领域，游刃中西种种思想派别与学术思潮，穿越由古至今各个时代；其思想的丰富性和论域的广阔性，使不同学者皆可找到自己的诠释视角；其凝聚的民族情感、忧患意识、法律信仰，使不同的思考与心迹都足以彰显出研究者的心智、气魄和激情；其展示给世人的种种研究论域及思想特点，承载着法律人对国家和民族的热爱，对法律传统的尊重，对人类命运的深切关怀，对法律未来的热忱期盼。可见，研究中国法律传统并不是为了怀旧和复古，而是在全球化时代、在法制现代化进程中“让历史告诉未来”。对法律传统的现实需要和历史诉求，逻

辑的导出了“发掘传统，利导传统，从传统中寻找力量”<sup>①</sup> 的理论期待和实践认知。

## 一、法律传统与传统法律

当下的法学界和法律界，法律传统已成为一个热门话题。那么，何为法律传统？对这个问题的回答，既是对法律传统进行研究的逻辑起点，也是解答法律传统领域内一切问题的参照物。我们认为，“传统”（tradition）是一个内涵十分丰富的术语，不同的学科所建构的“传统”内涵体系也不同，其多义性导致学术界在使用及理解这一语词上的见仁见智。<sup>②</sup> 关于传统的所有解释延传至今，为我们理解和探讨法律领域内的传统奠定了基础。由传统一词的多义性所决定，对法律传统应进行多角度多层次的综合分析。首先，传统是与现代相对的一个概念。在时间向度上，法律传统是指在过去产生或形成的东西，它是一个历史的概念。正如梅利曼（Merryman）所强调的，法律传统是“关于法律的性质，关于法律在社会与政治体中的地位，关于法律制度的专有组织和应用以及关于法律实际或应该被如何制定、适用研究、完善及教授的一整套植根深远、并为历史条件所制约的观念。”<sup>③</sup> 其次，法律传统必须是具有

---

① 曾宪义《从传统中寻找力量——〈法律文化研究〉（年刊）卷首语》。

② 在古代，中西方对传统都有着词源学上的不同解释。到了近现代，学术界对传统的理解主要有两种看法。一种是把“传统”与“过去”等同起来，另一种则把“传统”看成是过去的事物在现在的积淀。详细论述参见夏锦文《社会变迁与中国司法变革：从传统走向现代》，载《法学评论》2003年第1期。

③ 转引自〔美〕H·W·埃尔曼《比较法律文化》，贺卫方、高鸿钧译，三联书店1990年版，第20页。