
总主编 马小红

法律文化研究

第八辑

RESEARCH ON LEGAL CULTURE

澳门法律文化专题

Symposium on
Legal Culture of Macao

主编 邱少晖



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

中国人民大学法学院与澳门基金会项目“传统法律文化与澳门法律发展”研究成果

总主编 马小红

法律文化研究

RESEARCH ON LEGAL CULTURE

第八辑

澳门法律文化专题

Symposium on
Legal Culture of Macao

主编 邱少晖



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

图书在版编目(CIP)数据

法律文化研究. 第8辑, 澳门法律文化专题/邱少晖主编.

—北京: 社会科学文献出版社, 2015. 12

ISBN 978-7-5097-8377-1

I. ①法… II. ①邱… III. ①法律-文化-研究-丛刊

②法律-文化研究-澳门 IV. ①D909-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 276344 号

法律文化研究 第八辑: 澳门法律文化专题

主 编 / 邱少晖

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 尹雪燕 关晶焱

出 版 / 社会科学文献出版社·社会政法分社 (010) 59367156

地址: 北京市北三环中路甲 29 号院华龙大厦 邮编: 100029

网址: www.ssap.com.cn

发 行 / 市场营销中心 (010) 59367081 59367018

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 24.75 字 数: 399 千字

版 次 / 2015 年 12 月第 1 版 2015 年 12 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-8377-1

定 价 / 98.00 元

本书如有印装质量问题, 请与读者服务中心 (010-59367028) 联系

 版权所有 翻印必究

中国人民大学法律文化研究中心 主办
北京市法学会中国法律文化研究会

曾宪义法学教育与法律文化基金会 资助

《法律文化研究》编辑部

主 任: 马小红 (中国人民大学)

副主任: 姜 栋 (中国人民大学)

尤陈俊 (中国人民大学)

李 伟 (山东科技大学)

成 员 (以姓氏拼音为序):

曹 磊 (中国人民大学)

柴 荣 (北京师范大学)

陈新宇 (清华大学)

邓建鹏 (中央民族大学)

方 明 (中国人民大学出版社)

高汉成 (中国社会科学院法学研究所)

高仰光 (中国人民大学)

顾文斌 (东华理工大学)

黄春燕 (山东政法学院)

黄东海 (北京邮电大学)

姜 栋 (中国人民大学)

姜晓敏 (中国政法大学)

蒋旭杲 (澳门科技大学)

金 欣 (中国人民大学)

李德嘉 (中国人民大学)

李 伟 (山东科技大学)

马凤春 (山东政法学院)

马小红 (中国人民大学)

娜鹤雅 (中国人民大学)

邱少晖 (安庆师范学院)

芮素平 (社会科学文献出版社)

王振东 (中国人民大学)

吴佩林 (西华师范大学)

尤陈俊 (中国人民大学)

张琮军 (中国民主法制出版社)

张世明 (中国人民大学)

张勇凡 (中国人民大学)

朱 腾 (中国人民大学)

原序

从传统中寻找力量

出版发行《法律文化研究》（年刊）酝酿已久，我们办刊的宗旨当然与如今许多已经面世的学术刊物是一致的，这就是繁荣法学的教育和研究、为现实中的法治实践提供历史的借鉴和理论的依据。说到“宗旨”两字，我想借用晋人杜预《左氏春秋传序》中的一段话来说明：“其微显阐幽，裁成义类者，皆据旧例而发义，指行事以正褒贬。”即通过对历史上“旧例”、“行事”的考察，阐明社会发展的道理、端正人生的态度；记述历史、研究传统的宗旨就在于彰显复杂的历史表象背后所蕴含的深刻的“大义”。就法律文化研究而言，这个“大义”就是发掘、弘扬传统法的优秀精神，并代代相传。

然而，一部学术著作和学术刊物的生命力和影响力并不只取决于它的宗旨，在很大程度上，它是需要特色来立足的，需要用自身的特色力争最好地体现出宗旨。我们定名为《法律文化研究》（年刊）有这样几点考虑，第一，我们研究的对象是宽阔的，不只局限于“法律史”，从文化的角度，我们要探讨的甚至也不仅仅是“法”或“法律”。我们的研究对象包括法的本身与产生出不同模式的法的社会环境两个方面。因此，我们在考察法律的同时，要通过法律观察社会；在考察社会时，要体悟出不同国家和地区的法律特色之所在，以及这些特色形成的“所以然”。第二，在人类的历史长河中，传统文化的传承、不同文化间的交流与融合，构成了人类文明不断发展的主旋律。一个民族和国家的传统往往是文化的标志，“法律文化”研究的重点是研究不同民族和国家的不同法律传统及这些传统的传承；研究不同法律文化间的相同、相通、相异之处，以及法律文化的融

合、发展规律。

因此，我们的特色在于发掘传统，利导传统，从传统中寻找力量。

在此，我们不能不对近代以来人们对中国传统法律文化的误解作一辩白。

与其他学科相比，法学界在传统文化方面的研究显得比较薄弱，其原因是复杂的。

首先，近代以来，学界在比较中西法律文化传统时对中国传统法律文化基本持否定的态度，“发明西人法律之学，以文明我中国”是当时学界的主流观点。对传统法律文化的反思、批判，一方面促进了中国法律的近代化进程，另一方面也造成了人们的误解，使许多人认为中国古代是“只有刑，没有法”的社会。

其次，近代以来人们习惯了以国力强弱为标准来评价文化的所谓“优劣”。有一些学者将西方的法律模式作为“文明”、“进步”的标尺，来评判不同国家和地区的法律。这种理论上的偏见，不仅阻碍了不同法律文化间的沟通与融合，而且造成了不同法律文化间的对抗和相互毁灭。在抛弃了中国古代法律制度体系后，人们对中国传统法律的理念也产生了史无前例的怀疑和否定。

最后，受社会思潮的影响，一些人过分注重法学研究的所谓“现实”性，而忽视研究的理论意义和学术价值，导致传统法律文化虚无主义的泛滥。

对一个民族和国家来说，历史和传统是不能抹掉的印记，更是不能被中断或被抛弃的标志。如果不带有偏见，我们可以发现中国传统法律文化中凝聚着人类共同的精神追求，凝聚着有利于人类发展的巨大智慧，因此在现实中我们不难寻找到传统法律文化与现代法律文明的契合点，也不难发现传统法律文化对我们的积极影响。

就法的理念而言，中西传统是不谋而合的。东西方法治文明都承认“正义”是法律的灵魂，“公正”是法律追求的目标。只不过古今中外不同的文化对正义、公正的理解以及实现正义和公正的途径不尽相同。法国启蒙思想家伏尔泰说：“在别的国家法律用以治罪，而在中国其作用更大，用以褒奖善行。”西方文化传统侧重于强调法律对人之“恶性”的遏制，强调通过完善的制度设计和运行来实现社会公正与和谐。中国传统法律文化的主流更侧重于强调人们“善性”的弘扬、自觉的修养和在团体中的谦让，通过自律达到和谐的境界。在和谐中，正义、公正不只是理想，而且

成为可望也可即的现实。

就法律制度而言，中国古代法律制度所体现出的一些符合人类社会发展、符合现代法治原则的精华也应该引起我们的关注。比如，尊老恤弱精神是传统法律的一个优秀之处。历代法律强调官府对穷苦民众的冤屈要格外关心，为他们“做主”。自汉文帝时开始，中国古代“养老”（或敬老）制度逐渐完善，国家对达到一定岁数的老者给予税役减免，官衙还赐予米、布、肉以示敬重。竞争中以强凌弱、以众暴寡在中国传统文化中被视为大恶，也是法律严惩的对象。这种对困难群体的体恤和关怀，不仅有利于社会矛盾的缓和，而且体现了法律的公正精神，与现代法律文明完全一致。再比如，中国古代法律中对环境开发利用的限制也值得我们借鉴。《礼记》中记载，人们应顺应季节的变化从事不同的工作和劳动，春天不得入山狩猎，不得下湖捕捞，不得进山林砍伐，以免毁坏山林和影响动植物生长。这一思想在“秦简”和其他王朝的法律典籍中被制度化、法律化。这种保护自然、保护环境的法律法规，反映的是“天人合一”的观念、对自然“敬畏”的观念及保护和善待一切生命的理念等，而这些观念与现代法治中的环境保护、可持续发展精神也是吻合的。

在现代法治的形成过程中，从理念到制度，我们并不缺乏可利用的本土资源，我们理应对中国源远流长的传统法律文化充满信心。我们进行研究的目的，也是希望能够充分发掘传统法律文化的价值，从中找到发展现代法治文明的内在力量。

我们也应该切忌将研究和弘扬传统法律文化理解为固守传统。任何一种传统的更新都不可能在故步自封中完成。只有在与现实社会相联系的淘汰与吸收中，传统才能充满活力，完成转型。传统法律文化也是如此，古今中外，概莫能外。

就中国法律而言，现代社会已经大不同于古代社会，我们的政治、经济环境和生活方式已经发生了巨大的变化，古代的一些法律制度和理念在确立和形成的当时虽然有其合理性，但随着时代的变迁，这些制度和理念有些已经失去了效用，有些甚至走向发展的反面，成为制约社会进步的阻力。在对传统法律文化进行改造和更新时，我们要注意积极地、有意识地淘汰这样的制度和理念，注意学习和引进外国的一些先进的法律文化，并不断总结引进外国法律文化的经验教训。近代以来，我们在引进和学习西

方法律文化方面有过成功，也有过失败。比如，罪刑法定主义的确立就值得肯定。1764年，意大利法学家贝卡利亚出版了《论犯罪与刑罚》一书，对欧洲封建刑事法律制度的野蛮性和随意性提出了谴责，从理论上提出了一些进步的刑法学说，其中罪刑法定的原则影响最大。罪刑法定，即犯罪和刑罚应由法律明文规定，不能类推适用。近代以来，这一原则逐渐为各国刑法承认和贯彻。1948年联合国大会通过的《世界人权宣言》和1966年的《公民权利和政治权利国际公约》都规定了罪刑法定原则。罪刑法定主义的学说在清末传入中国，此后，在颁行的一些刑法中也得到原则上的承认。但是，由于种种原因，这一原则在司法实践中或难以贯彻实行，或类推适用一直被允许。直到1997年刑法修订，才明确规定了“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑”。类推适用在立法上被彻底废止，司法实践则在努力的贯彻之中。罪刑法定原则的确立，对促进中国法律的发展和提升中国的国际形象有着重要的意义。

世界文明兴衰史雄辩地证明，一个民族、一种文明文化唯有在保持其文化的主体性的同时，以开放的胸襟吸收其他文明的优秀成果，不断吐故纳新，方能保持其旺盛的生命力，保持其永续发展的势头，并创造出更辉煌的文明成果。其实，近代西方法律传统转型时也经历过一个反思传统—淘汰旧制—融合东西—形成新的传统并加以弘扬的过程。在许多启蒙思想家的法学经典著作中，我们可以看到西方法学家对中国法律的赞扬和批判、分析和评价。孟德斯鸠《论法的精神》、伏尔泰《风俗论》、魁奈《中华帝国的专制制度》、梅因《古代法》、黑格尔《历史哲学》等都对中国的法律有着精湛的论述。即使现代，西方的法治传统仍然处在变化“扩容”之中，中国的一些理念不断地融入西方法治中。一些现代欧美法学家或研究者更是将中国法律制度作为专门的领域精心地进行研究。比如费正清《中国：传统与变迁》、C. 莫里斯等《中华帝国的法律》、高道蕴《中国早期的法治思想？》以及欧中坦《千方百计上京城：清朝的京控》、史景迁《王氏之死》等。一些中国传统法律的理念，比如顺应而不是“征服”自然，弱者应该得到或享有社会公正，以和睦而不是对立为最终目标的调解，等等，在吸纳现代社会气息的基础上，在西方法治体系中被光大。如同历史上的佛教在印度本土式微而在中国的文化中被发扬一样，这些具有

价值的思想和理念在中国却常常因为其是“传统”而受到漠视或批判。

因此，我们应该发扬兼容并蓄、与时俱进的精神，在融合中西、博采古今中改造和更新传统法律文化，完成传统法律文化的现代转型。

近代以来，中国传统法律文化的断裂是一个不争的事实，但是，另外一个不争的事实是，近年以来，中国传统文化越来越受到社会的广泛重视。不仅政府致力于保护各种文化遗产，学术界也从哲学、史学、社会学等各个方面对传统文化进行研究。中国人民大学首创全国第一所具有教学、科研实体性质的“国学院”，招收了本科学生和硕士研究生、博士研究生，受到国人的广泛关注；此前，武汉大学在哲学院建立了“国学班”，其后，北京大学建立了“国学研究院”和“国学教室”，中山大学设立了“国学研修班”，国家图书馆开办了“部级干部历史文化讲座”。鉴于各国人民对中国传统文化的热爱和兴趣，我国在世界许多国家和地区设立了近百所“孔子学院”。2005年年底，教育部哲学社会科学重大攻关项目“中国传统法律文化研究”（十卷）正式启动，这个项目也得到国家新闻出版总署的重视，批准该项目为国家重大图书出版项目，从而为传统法律文化的研究工作注入了新的推动力。我作为项目的首席专家深感责任重大。孔子曾言：“人能弘道，非道弘人”，我们希望能从传统中找到力量，在异质文化中汲取到法治营养，并为“中国传统法律文化研究”（十卷）这个项目的顺利进行营造学术环境，努力将这一项目做成不负时代的学术精品。

《法律文化研究》是学术年刊，每年出版一辑，每辑约50万字，这是我们献给学人的一块学术园地，祈望得到方家与广大读者的关爱和赐教。

曾宪义

2005年

改版前言

《法律文化研究》自 2005 年至 2010 年已经出版六辑。时隔三年，我们改版续发，原因是多方面的。

本刊停发最为直接的原因是主编曾宪义教授的不幸去世。此外，近年来我本人新增的“做事”迟疑与拖沓的毛病以及出版社方面的出版困难也都是这项工作停顿的原因。

2004 年我调入中国人民大学不久，曾老师告诉我他有一个计划，就是用文集的方式整合全国法史研究的资源，展示法史研究成果。不久曾老师就联系了中国人民大学出版社并签订了六辑出版合同。后来，作为教育部重大攻关项目“中国传统法律文化研究”的首席专家，曾老师明确将年刊与《百年回眸——法律史研究在中国》定位为重大攻关项目的配套工程。

在确定文集的名称时，曾老师斟酌再三，名称由“中国传统法律文化研究”改为“传统法律文化研究”，再改为“法律文化研究”。对此，曾老师在卷首语《从传统中寻找力量》中解释道：“我们研究的对象是宽阔的，不只局限于‘法律史’，从文化的角度，我们要探讨的甚至也不仅仅是‘法’或‘法律’。我们的研究对象包括法的本身与产生出不同模式的法的社会环境两个方面。因此，我们在考察法律的同时，要通过法律观察社会；在考察社会时，要体悟出不同国家和地区的法律特色之所在，以及这些特色形成的‘所以然’。”

时光荏苒，转眼近十年过去了，当时我所感受到的只是曾老师对法史研究抱有的希望，而今天再读“卷首语”中的这段话，则更感到曾老师对法史研究方向或“出路”的深思熟虑。

感谢学界同人的支持与关注，《法律文化研究》自出版以来得到各位

惠赐大作与坦诚赐教。近十年来“跨学科”、“多学科”研究方法的运用，已然使曾老师期冀的法律文化研究“不只局限于‘法律史’”的愿望正在逐步成为现实，而唯有此“法律史”才能与时俱进，在学术与现实中发挥它应有的作用。我本人在编辑《法律文化研究》的过程中，在跟随曾老师的学习中，也认识到“学科”应是我们进入学术殿堂的“方便门”，而不应是学术发展的桎梏，研究没有“领地”与“边界”的限制，因为研究的对象是“问题”，研究的目的是解决学术和实践中的问题而不只是为了在形式上完善学科。

为此，在本刊再续时，我与学界一些先进、后锐商议，用一个更为恰当的方式反映法律文化研究的以往与现实，于是便有了这次的改版。改版后的《法律文化研究》，不再设固定的主编，每辑结合学术前沿集中于一个专题的研究，由专题申报者负责选稿并任该辑主编，每一辑都力求能反映出当前该专题研究所具有的最高学术水准与最新研究动向。每辑前言由该辑主编撰写“导读”，后附该辑专题研究著作与论文的索引。这样的形式不仅可以使研究集中于目前的热点、难点问题，而且可以使更多的学者在《法律文化研究》这个平台上发挥作用，同时出版社也可以摆脱出版负担过重等困境。

编委会与编辑部的工作机构设于中国人民大学法律文化研究中心与曾宪义法律教育与文化研究基金会。希望改版后的《法律文化研究》能一如既往地得到学界的赐稿与指教。

马小红

初稿于2013年仲夏

再稿于2014年孟春

主编导读

研究澳门这一区域的法律文化，首要的问题在于界定研究对象的范畴，否则把任何东西都装进法律文化的框架中，不符合科学研究的精神，也难以把握澳门法律文化的主体精神，故编者首先要界定法律文化的范畴。关于法律文化的范畴，学界已有多种界定，存在多种观点。编者在梳理不同观点的基础上，认为应当回归到文化的本源含义，并由此确定法律文化的范畴，进而确定澳门法律文化的范畴。本论文集的编纂主要按此范畴展开。当然，需要说明的是，诸多研究澳门法律文化的学者皆有上乘之作，限于编者的水平以及论文集的篇幅，不能一一选入，疏漏之处在所难免。收入本论文集的23篇文章都是相关领域的经典之作，要么提出了新的视角和观点，要么对澳门法律文化研究的发展产生了极大的推动作用，编者相信将会有越来越多的学者投身到澳门法律文化研究领域中来，让澳门及其他区域性法律文化研究得以蓬勃发展。此外，限于编者水平，也考虑到版权和本论文集的目标受众等各种因素，本论文集暂未收入外国相关论著，期待此方面的论文集能够尽快面世，以进一步拓宽对澳门法律文化的总结和梳理工作。

一 文、化与文化

了解文化的含义，需从其原始含义入手。何谓文？何谓化？文化作为一个词何时出现？其含义如何？

所谓文，《说文解字·文部》：“文，错画也。象交文。凡文之属皆从文。”^① 朱芳圃《殷周文字释丛》：“文即文身之文，象人正立形，胸前之

^① 许慎：《说文解字》，岳麓书社，2006，第185页。

丿、乂……即刻画之文饰也……文训错画，引申之义也。”王筠句读：“错者，交错也。错而画之，乃成文也。”《庄子·逍遥游》：“越人断发文身。”《穀梁传·哀公十三年》：“祝发文身。”范甯注：“文身，刻画其身以为文也。”《礼记·王制》：“被发文身……雕题交趾。”郑玄注：“雕文，谓刻其肌以丹青涅之。”清厉鹗《辽史拾遗》卷十五：“契丹之法，民为盗者一犯文其腕为贼字，再犯文其臂。”^①从以上对“文”的解释可以看出，其最早的含义当为在肌肤上刺画花纹，即文身。

所谓化，《说文》：“化，教行也。从匕，从人，匕亦声。”^②朱芳圃《殷周文字释丛》：“化象人一正一倒之形，即今俗所谓翻跟头。《国语·晋语》：‘胜败若化’。韦注：‘化，言转化无常也。’《荀子·正名篇》：‘状变而实无别而为异者谓之化。’杨注：‘化者改旧形之名’。皆其引申之义也。”《玉篇·匕部》：“化，易也。”^③从以上解释可以得出，“化”最早的含义应当为转化、改变、变化之义，后演进为教化之含义。

“文化”二字何时连成一词？其最早的含义为何？作为内涵丰富的“文”和“化”的并连使用始见于《周易·贲卦·彖传》，其文曰“观乎人文，以化成天下”，基本含义是“以文教化”，指以与武力征服相对应之“人文”即人伦仪则、道德秩序去规范和化易人民于“野蛮”，使之开化和文明化的活动。^④“文化”二字连成一词，今天能看到最早的记录是汉刘向的《说苑·指武》，“凡武之兴，为不服也；文化不改，然后加诛”，此外，还有《文选》，晋束广微（皙）《补亡诗·由仪》曰，“文化内辑，武功外悠”。^⑤故《辞源》的解释即文治和教化，今指人类社会历史发展过程中所创造的全部物质财富和精神财富，也特指社会意识形态。^⑥

前述“文”最早的含义当为文身，但早期人类为何需文身？文身之文

① 汉语大字典编辑委员会编纂《汉语大字典》（第4卷），湖北长江出版集团·崇文书局·四川出版集团·四川辞书出版社，2010，第2325页。

② 许慎：《说文解字》，岳麓书社，2006，第168页。

③ 汉语大字典编辑委员会编纂《汉语大字典》（第1卷），湖北长江出版集团·崇文书局·四川出版集团·四川辞书出版社，2010，第140页。

④ 王国炎、汤忠钢：《“文化”概念界说新论》，《南昌大学学报》（人社版）2003年第2期。

⑤ 《辞源》（修订本，上册），商务印书馆，2012，第1483页。

⑥ 《辞源》（修订本，上册），商务印书馆，2012，第1483页。

如何与文化之文相牵连?《礼记·王制》:“东方曰夷,被发文身,有不火食者矣。”疏:“越俗断发文身,以避蛟龙之害,故刻其肌,以丹青涅之。”^① 武树臣认为:“文身的产生与两性及家庭生活的进化有关。而这种进化大约源于相应的禁忌:对父亲们与女儿们之间,对母亲们与儿子们之间和兄弟们与姐妹们之间性行为的排斥。”^② 综合上述观点,编者认为文化之所以连在一起,原因即在于通过文身的方式让人懂得有所止,让人懂得基本的道理,进而成教而化天下之民。人类之所以有文化,即在于人类知道克制自身,纯粹的征伐和互不相让是不可能成就人类文化和文明的,唯有克制和知止方能成就文化与文明。

但经过长期的历史发展,今天的文化已经与古文化的含义有了很大不同,长期的历史积累给文化带来了太多的内涵与外延,以至于我们已经没有办法为抽象出文化概念而对其做出明确的界定。箫声在《文化概念考》一文中,在介绍了界定文化的八个思维路线之后,总结道:“大致说来,(文化概念)是循着一条由现象罗列到本质发掘,由功能论证到结构分析,由价值判断到渊源追逾,由心理解析到哲学抽象的道路前进的。”^③ 此文距今已久,然此话揭示了我们可以从多个不同角度去观察和理解文化,这就意味着很多学者是从文化的功能和结构乃至价值、本质直至源头来考察文化的概念的,在让文化这一个概念承受了难以承受之重的同时,恰恰忽视了文化的范围从而引发了太多的争论。文化的范围包括哪些?其内涵到底是什么?

近代很多学者在当时中西文化冲突的背景下对文化做了多种界定,影响力较大的首推梁漱溟和钱穆。梁漱溟认为:“文化,就是吾人生活所依靠之一切……俗常以文字、文学、思想、学术、教育、出版等为文化,乃是狭义的。我今说文化就是吾人生活所依靠之一切,意在指示人们,文化是极其实的东西。文化之本义,应在经济、政治,乃至一切无所不包。”^④ 钱穆认为:“人类各方面各种样的生活总括汇合起来,就叫它做文化……一国家一民族各方面各种样的生活,加进绵延不断的时间演进,历

① 《辞源》(修订本,上册),商务印书馆,2012,第1484页。

② 武树臣:《寻找最初的礼——对礼字形成过程的法文化考察》,《法律科学》2010年第3期。

③ 箫声:《文化概念考》,《湖南社会科学》1989年第5期。

④ 梁漱溟:《中国文化要义》,上海世纪出版集团,2005,第6页。

史演进，便成所谓文化。因此文化也就是此国家民族的生命。如果一个国家民族没有了文化，那就等于没有了生命。因此凡所谓文化，必定有一段时间上的绵延精神。换言之，凡文化，必有它的传统的历史意义。”^① 两位先生都强调了文化的实在性，即根源于人类的实践生活，钱穆更强调了文化的精神性和历史性，但这些界定并未指明文化的范围，似不能有效运用到科学研究中去。

科学研究诞生在西方，我们不妨将视野放到西方。关于此点，刘作翔在《从文化概念到法律文化概念——“法律文化”：一个新文化概念的取得及其“合法性”》一文中对几个经典性的文化概念做了详细梳理。大体而言，英国文化人类学家泰勒第一次给了文化一个整体性概念，即“所谓文化或文明乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及其他人类作为社会成员而获得的种种能力、习性在内的一种复合整体”。美国文化人类学家克鲁克洪在《文化概念：一个重要概念的回顾》一文中对 161 种文化的定义做了总结和归纳，最终认为：“文化存在于思想、情感和起反应的各种业已模式化了的方式当中，通过各种符号可以获得并传播它，另外，文化构成了人类群体各有特色的成就，这些成就包括他们制造物的各种具体形式；文化基本核心由二部分组成，一是传统（即从历史上得到并选择）的思想，一是与他们有关的价值。”英国人类学家马林诺夫斯基认为“文化是包括一套工具及一套风俗——人体的或心灵的特性，它们都是直接地或间接地满足人类的需要”，“文化是一个组织严密的体系，同时它可以分成基本的两方面，器物和风俗，由此可进而再分成较细的部分或单位”，包括“物质设备、精神文化、语言和社会组织”。^② 以上三位学者的阐述都对文化做了或粗或细的分类，这种分类事实上即明确了文化概念的范围。哪种界定更为合理？该如何界定文化的范围？

编者以为界定文化的范围应该回归文化的本源含义。如前所述，文化乃有所止而成教化，凡人类社会那些教人能够知止的现象皆属于文化。其意是指：第一，凡属于文化范畴的都应当能够规范人们的行为；第二，这种规范可以是直接规范，包括禁止性规范、授权性规范、倡导性规范和命

① 钱穆：《国史新论》，三联书店，2012，第 346 页。

② 参见刘作翔《从文化概念到法律文化概念——“法律文化”：一个新文化概念的取得及其“合法性”》，《法律科学》1998 年第 2 期。

令性规范等,也可以是间接规范,即通过影响人的内心进而约束人的行为。依此而论,笔者认为文化至少可以包括宗教、道德、礼俗、伦理、法律、知识、艺术及其他一切能够约束人的行为或通过影响人心而约束人的行为的现象。文化的核心含义在于让人有所止,而不同国家和不同民族因为不同时期、不同地理、不同气候等各方面因素的影响,导致约束人心与人的行为的有所止的模式和方式不同,有的国家以宗教为主导,有的国家以道德礼俗为主导,有的国家以法律为主导,但无论如何,正是因为这些文化范畴的存在,人类的行为才能够保持适度,从而保证了人类社会能够繁衍不息,此即文化的最大价值。

二 法律文化范畴再界定

法律作为文化的范畴之一,从其诞生之日起,就起到了规范人类行为的作用。法律与文化因共通的作用,结合而成法律文化之新概念可以说是水到渠成之事。这一概念的提出可以追溯到20世纪60年代:在美国,这一概念最早始于1969年,在苏联,最早始于1962年,在日本,最早始于20世纪60年代。^①我国对法律文化的研究则始于20世纪80年代中期。^②其时有多位学者从不同角度专门对法律文化做了界定,按时间顺序,比较有代表的包括孙国华、梁治平、刘学灵、武树臣、蒋迅、刘作翔、刘进田、张文显等。

孙国华认为:“法律文化属于社会精神文明,它反映了法作为特殊的社会调整器的素质已经达到的水平,反映了历史积累起来的有价值的法律思想、经验和有关法的制定、法的适用等的法律文化法律技术。”^③梁治平认为:“法律文化概念主要包括法的各种观念形态、价值体系和行为模式,法律文化研究则包括这些现象的发生、发展、演变以及它们或隐或显的各种形态。”^④刘学灵认为:“法律文化是社会观念形态、群体生活模式、社

① 刘作翔:《从文化概念到法律文化概念——“法律文化”:一个新文化概念的取得及其“合法性”》,《法律科学》1998年第2期。

② 参见刘作翔《法律文化理论》,商务印书馆,1999,第9页。

③ 孙国华:《法学基础理论讲义》,北京电大法律教研室,1985,第89页。

④ 梁治平:《比较法律文化的名与实》,《法律学习与研究》1986年第8期。

会规范和制度中有关法律的那一部分以及文化总体功能作用于法制活动而产生的内容——法律观念形态、法制协调水平、法律知识沉积、法律文化总功能的总和。”^① 武树臣认为：“法律文化是人类文化的组成部分之一，它是社会上层建筑中有关法律、法律思想、法律制度、法律设施等一系列法律活动及其成果的总和。它是以往人类法律活动的凝结物，也是现实法律实践的一种状态和完善程度。”^② 蒋迅认为：“所谓法律文化，概言之是指一种渊源于历史的法律生活结构的体系，由赋予法律过程以秩序、形式和意义的特殊取向模式所组成。其中蕴含法律价值和法律技术两大系统。”^③ 刘作翔认为：“法律文化是法律意识形态以及和法律意识形态相适应的法律制度、组织机构等总和。一国的法律文化，就表明了法律作为社会调整器发展的程度和状态，表明了社会上人们对法律、法律机构以及司法工作者等法律现象和法律活动的认识、价值观念、态度、信仰、知识等水平。”^④ 刘进田认为：“法律文化是整个人类文化体系中的一部分。它是法律观念、法律制度、法律机构、法律设施、法律主体、法律活动等要素的统一体，以及贯穿于这一统一体之中的法律价值、法律本体和法律方法。”^⑤ 张文显“把法律文化理解为法律现象的精神部分，即由社会的经济基础和政治结构决定的、在历史过程中积累下来并不断创新的有关法和法律生活的群体性认知、评价、心态和行为模式的总汇”。^⑥

总结我国法律文化产生初期对其范畴的界定，可以看出两种基本观点：第一种观点认为法律文化的研究范畴仅限于精神领域，包括与法律相关的价值观念、态度、法律思想、法律意识等；另一种观点认为法律文化

① 刘学灵：《法律文化的概念、结构和研究观念》，《河北法学》1987年第3期。

② 武树臣：《中国法律文化探索》，载《北京大学法律系：法学论文集》，光明日报出版社，1987，第317页。

③ 蒋迅：《法律文化刍议》，《比较法研究》1987年第4期。文中继续指出，法律价值包括人们对法律本质、法律地位、法律作用的认同，对法律规范、法律机构、法律教育的认识、态度和信念，对立法、司法者和其他有关政府官员的了解、评价和信仰，对法院判决所持的立场，以及使用法律的意愿，即法律的动员性等五个方面。法律技术部分主要包括作为法律观念、思想和信仰的外化物的法学理论和法律规范，法律机器运作程序和方式及其传统法律心理、行为模式、价值观念和其他文化因素对法制操作的多向渗透和制约关系。

④ 刘作翔：《论法律文化》，《法学研究》1988年第1期。

⑤ 刘进田：《法律文化片论》，《法律科学》1991年第2期。

⑥ 张文显：《法律文化的释义》，《法学研究》1992年第5期。