

中国法文化散论

张培田 著

中国政法大学出版社



中国法文化散论

张培田 著

法学室

三
371.01.0

中国政法大学出版社

(京)新登字 185 号

中国法文化散论

张培田 著

中国政法大学出版社 出版

(北京海淀区学院路 41 号 · 100088)

河北省〇五印刷厂 印刷

新华书店经销

787×1092 毫米 32 开本 6.625 印张 150 千字

1993 年 3 月第 1 版 1993 年 3 月第 1 次印刷

ISBN7—5620—1105—2/D · 1057

印数:1000 册

定价:4.90 元

序

中国作为东方的文明古国，以文化悠久著称于世。在溢光泛彩的中华文化形态中，法文化是重要组成部分。中国法文化绵延四千余年，特色鲜明，内容丰富，典籍浩瀚，遗存累累，在世界法文化史上占有突出的地位。多年来对中国法文化史缺乏必要的研究。只是最近才赢得了学者们的关注，并取得了迅速的发展，张培田所著《法文化散论》，从宏观到微观，涉猎广泛，很有见地，是法文化学术园地的一株新葩，为恢宏中国法文化作出了自己的努力。余忝列师席，欣然命笔为序，以示嘉许。

张 晋 藩

1992·4·2

自序

中国法文化，是中华民族创造的以制度文化为核心展开并围绕该制度文化运行的调节方式和调节手段的总和。它包括深层固有结构和表层外化形态两个层次。

在中华五千年发展史上，法文化的延续一脉相承，形成了内容丰富、风格迥异的中华法系。从氏族社会解体开始，我们的祖先即继承发展氏族社会宗法血缘关系，逐渐选定以宗法等级与政治经济制度相结合的法文化模式。伴随着奴隶制社会和封建制社会的演进，中国法文化的宗法等级调节结构和方式愈演愈密，反过来维持并扩大了中国法文化调节的思维偏向。

以宗法等级作基本选择方式的中国法文化适应着古代小农自然经济发展的要求，对维持和发展自给自足的生产方式及社会秩序起着重大的积极的作用。正因为中国法文化对小农最佳环境有着超乎寻常的适应性，所以在古代农业文明条件下，中国法文化显示出强大的内聚力和外化力，比同时代其他古国的法文化稍有优越。

但是，作为中华文明重要组成部分的法文化采用宗法伦理建构，将以祖先崇拜为基础的直观感性的经验思维积淀并发散，走向了极端顽固保守而不求上进的死胡同。当它所维护和支持的小农经济生产方式发展到鼎盛而不适应甚至阻碍社会生产力进步之时，其本身的堕性和腐朽也就

逐渐暴露出来。由此不难理解近代西方资本主义在权力制衡和权利保障的法文化机制维持中掘起的同时，为什么中国社会生产力发展却在落后法文化桎梏或破坏的环境中挣扎爬行的动因。

中国法文化在近代及现代的没落，归根结底在于它只适应农业文明而不适应工业文明的特性。这种不适应，表现为整体机制的抵触或阻碍。从总体上看，近现代社会必须抛弃以人性桎梏和束缚为内容的封建法文化，建立和发展以民主制度作核心的先进法文化。这是不以人的意志为转移的必然趋势。违背历史发展的必然趋势，逆历史潮流而动，势必受到客观规律的惩罚。

然而，我们所说的对传统法文化机制的否定，并不是说这种法文化毫无可取之处。中国法文化存续五千年，尽管积淀了不少的糟粕阻碍着中国社会的现代化，但其中也包含着促进社会进步的许多精华。在铲除封建沉渣的行动中，我们既要坚持批判的立场，避免陷入盲目自大的“国粹”泥坑；同时反对对传统法文化的全盘否定，以便从中挖掘出有利于促进现代化发展内容，建设更高层次的文明。

当今世界突飞猛进，日新月异。振兴中华以赶超先进，是每一个炎黄子孙的共同心愿。而要振兴中华，又必须首先选择并建设一个能够确保社会各方面积极性极大发挥以促进社会生产力迅速稳定发展的法文化环境。作为一名中国法制史专业的博士研究生，在批判、借鉴传统法文化方面，在剔除糟粕吸取发扬精华振兴中国当代法文化现代化方面，有着义不容辞的责任。本书的问世，尽管有许多不尽完善之处，但它毕竟表达了我的一点心意。我衷心希望

它的问世能够对社会关心并促进中国法文化现代化起到积极的作用，同时恳请诸学者同仁批评赐教，鞭策我前进。

作 者

1992年4月于京

目 录

序

自序

法文化继承与现代化的几点思考..... (1)

中国传统法文化的价值 (12)

建国以来中国古代法制史研究述评 (16)

中外古代奴隶制法文化的差异 (34)

论中国封建法文化的结构、渊源体

系及运行规律 (42)

中日近代法文化变革的历史经验与

教训 (56)

试析中西近代法文化冲突及沈家本 (64)

“官当”制度考论 (84)

论元杂剧与元代法制 (97)

我国古代用法律保护文物的史实

考述..... (120)

中国先秦的债及其法律调整初探..... (132)

我国古代对宝器的珍藏和防护..... (192)

我国古代惩贪治吏得失谈..... (200)

法文化继承与现代化的几点思考

随着社会生产扩大带来的各民族文化或区域文化的深入交流，正确对待法文化继承已不可避免地成为我国现代化进程中亟等解决的课题。下面，笔者试就有关问题谈点浅见，以求教于先生及同仁。

一、全面理解法文化继承的客观性

当前，如果提出法文化继承是不以人的意志为转移的客观存在这样一个命题，恐怕不会有多少人旗帜鲜明地加以反驳。因为法文化作为人类文化的有机部分，日益发挥着扶助整个文化演变、巩固其成果并创造继续进步的环境等不可抹杀的作用。而这些作用的体现，又都在前人法文化成果的基础上展开。这是无需赘述，有目共睹的事实。

然而值得注意的是，人们对法文化继承的客观性的认识，并不是彻底的。特别是在法文化继承范围的理解方面，人们有诸多分歧或对立。

我们不能因为圣君贤相的思想和制度是民族传统，就大力继承并使之发扬光大；也不能以为民主自由法治的机制是外来文化，便有选择地引进，使之适应并服务于传统。既然我们自觉到法文化是人类共同创造，同时又首肯对它的继承是不以人的意志为转移的，那么我们就该再坚持立足于狭隘的民族本位来观察和对待非本民族的法文化。

倘若我们真正透过日耳曼民族和俄罗斯民族跨越奴隶制阶段的现象看到这种跨越的实质和功用，那么我们就不会始终以本民族法文化成果作为法文化继承的唯一对象。简言之，法文化继承的客观性，突出表现在它的范围的客观性。否定其范围的客观性，就陷入了片面性，也就否定了其本身的客观性。这是正确理解法文化继承，使我国法文化机制走向现代化的一个基本认识前提。

正确对待法文化继承客观性的另一基本认识前提，是必须承认它的规律的客观性。不管是东方还是西方，法律形式都经历了由不成文习惯发展到成文法的过程。既不存在永久不变的不成文习惯，也未出现不经习惯阶段而“天生”的成文法。英美法系虽然走上同大陆法系不同的发展道路，有其独特的形式，但对私有财产的保护、维持契约自由及人身自由等内容，却又与大陆法系类同。如同日本被迫明治维新走上西化道路一样，晚清政府的顽固也未能抵挡住以收回“治外法权”为口实的修律潮流。法文化形式、内容和进程发展的规律性，决定并反映了法文化继承的规律性。正是这种规律的客观存在，使人们能够理解为什么隋代统治者继承北朝法律而摒弃南朝法律；同时也有助于人们从罗马法复兴的必然趋势中获得有益的启示。

之所以着重强调法文化继承的客观性，其意义在于使人们全面自觉地理解并遵循客观规律。只有把华盛顿申明不作终身总统等合乎规律的史实，和清朝灭亡帝制废除后袁世凯张勋之流的倒行逆施对照分析，才能坚定客观规律不可违背的信念，提高识别能力及行为的科学性、规范性、有效性。

二、正确确定法文化继承的价值取向

如上所述，法文化继承是人类社会生存发展的客观要求。人类作为法文化继承的主体，自然要为实现这个要求而努力。但是，表现在为什么继承、继承什么和怎样继承等方面，亦即在继承对象、范围、动机、目的等认识上，人们有不同的看法甚至根本的分歧。而这些分歧最后又都集中反映出法文化继承价值取向的差异；虽然遗憾的是，差异各方并没有从价值取向的角度来观察探讨。

不言而喻，不同时代甚至相同时代的人们均有不同的价值取向。例如，原始社会的人们竭力保存氏族图腾及祖先遗物来维系本部落氏族的特点，奴隶制社会则对此有所选择地保护和继承。在我国中世纪，法文化继承的目的主要是基于维持封建君主专制大一统的需要，而今天的人们在法文化继承上已转向是否对社会进步有利或实用来决定取舍。与此相应，法文化继承的阶段亦由原始的蒙昧继承，古代有宗教继承或宗祧继承，向近现代开放式继承或科学继承发展演变。在内容上，法文化继承的价值取向也经历了从义务本位向权利本位，由宗族本位、国家本位、个人本位到社会本位的渐进过程。

作为人的主观与客观联系的产物或表现，价值取向的确定受到社会经济政治等诸多因素的影响。其中，社会生产力的发展水平，是制约同时期价值取向的基本要求。由动物包括人本身的生存本能决定，单个人也好，群体、民族和国家也好，均会面临着或适应生存或不适应生存的抉择。人们当然总是千方百计不断地纠正自己的思想和行为

去适应当时的生活条件。这样，人们就自然要对自己的行动作出判断，而判断的标准即是否对生存发展有所促进。在法文化继承的价值取向上，也通用类似的标准；尽管人们在运用这个标准时受种种条件限制而并不自觉。所以，不管我国中世纪如何强调“祖述尧舜、宪章文武”，“经世致用”之说却始终指导着人们的继承活动。虽然在家天下的君主专制时代，统治者总是标榜祖宗之法不可变，而且出于自身专制统治利益的考虑，往往抛弃社会功用和整体性，但这种为所欲为受到无数次惩罚之后，又不得不或多或少地接受社会功利规律的制约。由此可见，功利规律构成价值取向的基准或轴心，不以人的意志为转移地调节着人们在法文化继承上的行动。在这种客观的、人们不能直接觉悟到的调节下，落后腐朽的、对现实社会进步起阻碍作用的法文化遗产逐渐被抛弃，先进的有利于社会进步的法文化成果则保留并被发扬光大。按这种调节的不可违反性，决定了人们总是要继承先进有用的法文化，而不管它是本国的还是外国的。

以功利规律作基准来确定法文化继承的价值取向，符合人类社会发展包括法制发展的客观要求。因此，功利规律自然要迫使现实人们去理解认识把握遵循。人类社会发展史上所谓功利主义的出现、演变及发展，正是功利规律在人们头脑中的必然反映。当然，由于人们认识的历史局限和阶级局限，功利主义并没有完全恰当地表现出功利规律，有时甚至与功利规律对立。比如，按客观功利规律确定并指导人们选择适合的价值取向，并非要求人们急功近利。战国时代的法家急功近利，排斥其它有益于社会稳定

持久发展的法律思想与制度，竭力强调重刑惩奸，以刑止刑，结果促成了奉行法家思想的秦王朝一味滥施酷刑而致二世灭亡的事实。经过这一严峻历史教训的借鉴总结，汉初统治者才意识到长治久安的重要，采取了废肉刑等刑制改革的进步措施。

从根本上看，我们绝不能勿视与功利规律密不可分的时空环境的客观性。也就是说。我们不能把功利规律与其作用的时空环境割裂开来，而必须把它放到具体的时间和空间中考察、评价，这样才能正确确定法文化继承的价值取向。如果一个时代的统治者或领导力量仅仅为了自己小集团的功利，而不顾民族或全社会利益去决定法文化的继承与否，那就违背了功利规律适用的客观条件，就违反了功利规律，迟早要为社会所唾弃。假设确定价值取向的功利标准只局限于眼前的应付，以求得苟且偷安的喘息，其结果只能损害社会发展的长远利益。只有自觉到遵循功利规律应在空间上使局部与整体结合，个别与普遍联系在一起；同时在时间上把眼前与将来、短期与长远有机兼顾，才符合正确确定价值取向，恰当继承发扬法文化，加速社会持久进步的要求。集团的利益功效应与全民族或全社会的功利统一起来，以实现全社会现代化为目标，才促进社会前进。反之，则阻碍或桎梏社会进步。

三、辨正把握法文化继承的多元性

对于法文化继承的观察理解，仅仅依靠我们长期以来僵化的思维模式——继承只表现为简单继承与批判继承，无助于全面正确地认识把握，我们不否认简单继承与批判

继承揭示了继承性质的一个方面，但反对把它绝对化公式化神圣化。

实际上，法文化继承依观察角度的不同和标准各异，呈现出多元性。辩证地把握这种多元化性。能够使我们获得全面性的有益的启示，从而提高我们正确有效地继承、发扬、创新法文化的自觉性，适应和促进现代化。

1. 直接继承和间接继承。现实人们对前人法文化遗产的继承，有的是直接的，有的是间接的。比如，拿破仑法典对罗马法的继承，在债权债务一般内容上多为直接的，而于婚姻家庭方面则基本属于间接继承。我国晚清政府修律，就直接继承了西方的刑罚种类，而在罪刑法定及罪刑适应原则方面，一开始却不是直接明确规定的。

鉴于直接继承与间接继承一般是根据法文化遗产与现实联系的程度来划分，因而对于判断把握法文化遗产作用的发挥有特定意义。客观实践中，直接继承的多是可以直接作用于现实的法文化遗产。如中世纪英国在衡平法判决中直接引用罗马法的条文，就是因为罗马法的条文能够直接适应英国当时司法审判的需要。近现代的资本主义的英国虽然保留继承了封建的爵位制，但实质上这种继承在金钱至上的时代根本不可能发挥直接的作用，因而这种继承是间接的。

2. 消极继承与积极继承。根据人们对法文化继承的心态与行为之间的联系，继承又可表现为消极继承和积极继承。如奴隶制社会，即对维护氏族首领的习惯采取了积极继承的态度，但对同态复仇、以牙还牙却保持消极的继承心理。

一般来看，积极继承总是继承能够直接对当时有用并为继承主体所自觉的内容，消极继承则往往相反。便绝不可以为积极继承的都是先进的，消极继承的都是落后的或反动的。封建专制晚期，统治者总是积极继承和捍卫腐朽反动的东西，而对公平、正义、民主等进步的法文化持消极甚至抵制的态度。因此，观察人们对法文化继承的心态表现的两方面，都应当结合实际具体地辩证地分析，坚决避免和反对把积极继承与先进继承等同，视消极继承均为落后或反动的形而上学的思维定式。

3. 先进继承与落后继承。大凡继承对社会进步起促进作用的法文化遗产，即为先进继承，而继承已腐朽没落的，对社会前进起阻碍作用甚至破坏作用的法文化遗产，就是落后的继承。譬如，在我国正向现代化民主法制迈进的今天，还继承“君权神授”“三纲五常”之类的法文化遗产，那就会阻碍社会进步，当然就只能归于反动的落后的继承之列。当从自然经济转向商品经济的必然趋势已为人们所自觉，如果再坚持贯彻着绝对平均原则的法制机制，势必会阻碍商品经济的发展，延缓社会前进的步伐。反过来看，商品经济必须在只服从客观规律的自由环境中发展，它要求民主自由开放但又有序的法制保障机制。适应了这个要求，继承人类发展史上民主法制的优秀文化成果，就是先进的继承。

4. 传统继承与外来继承。法文化继承对于人们社会进步来说，具有不可低估的作用。但法文化继承决不仅限于祖先特点的保留或民族特色的维系。如果说一个民族继承的法文化范围，仅限于具有传统特色但却对其生存已构成

威胁的法文化遗产,结果只会把这个民族带进灭亡的胡同。一个国家一个区域的法文化继承,也是同理。

人的生物本性决定,争取适应生存环境及条件,才能发展壮大。因此,一系列行将灭亡的信息反馈,迫使人们不断摒弃不适应的法文化遗产,哪怕是悠久的传统或特色。对于外来先进的法文化成果,亦势必基于此而从拒绝接受转向积极吸收继承。历史上各民族法文化的溶合,都反映了这种转变。而从整个人类进化发展看,人类的法文化虽然是在不同时间不同区域由不同民族创造的,但却都是整个人类智慧和实践的结晶,对于这些共同财富,不管人们自觉不自觉,或以民族发展为动机或以实用主义为目的,总是多少要吸收继承。中国古代并没有因为佛教是印度创造便拒之于千里之外,西欧人也没有排斥中国的四大发明。罗马的法学家公开表明了他们对古希腊自然法思想的继承;英国人亦毫不隐晦地说:英国当代的文官制度,乃是吸收了中国封建科举制度的精华而成。只要对社会进步起促进作用,不管是外来法文化还是传统法文化,人们总要继承发扬。尤其是在科学技术突飞猛进带来社会交往日益扩大的今天,把法文化遗产的继承始终按是否保持传统的尺度来决定取舍,显然是落后的、反科学的。

5. 继承与创新。毋庸讳言,人类法文化的进步和发展,绝不是仅靠继承就能办到的。每一时代的人们都会在不同的历史条件下,处理前人从未遇见或处理好的问题。随着人类法文化实践的深化及其认识程度的提高,后人当然不可能沿习照搬已为实践证明的错误的前人的观念与作法。正如科学发展促使人们抛弃中世纪神学和近现代类神学的

教条一样，抵御和铲除法文化遗产中的糟粕及毒素，亦必然成为人们前进抉择的行动。先人们创造的一切法文化成果，都不过是现实人们建设现代化大厦的奠基石。如果后人赖在前人的成果基础上只是简单地重复前人的行动而无创新，就不可能建成现代化大厦，更无促使社会进步可言。

在发展中继承前人的法文化成果并有所创新，才真正遵循了进化规律，使得人与其它动物从本质上区别开来。没有古希腊罗马的法文化成果作前提，欧洲中世纪史上便不能出现文艺复兴、罗马法复兴及宗教改革运动；而没有三R运动的创新，便谈不上欧洲乃至世界的近现代文明。

四、小 结

总括以上，全面理解法文化继承的客观性，正确确定法文化继承的价值取向，辩证把握法文化继承的多元性，是科学继承、发扬、创新法文化，实现法文化现代化的一般要求。在我国历经了长期的封闭式自然经济和封建专制统治形成的社会心理、生活习惯、思维方式、价值观念仍然根深蒂固，法文化的科学继承及其现代化受到严重阻碍的现实社会中，更有切实遵循客观规律的必要性和紧迫性。当前，我们要振兴中华、发扬不甘落后的民族精神去改变落后的现状，关键在于能否建立客观地科学地思维和行动的有效机制。要建立这样一个机制，就必须完成我们这一代乃至后代不可推御的任务。

第一、树立遵循客观规律的思维机制，反对并防止僵化的思维模式，吸收一切有利于社会进步的法文化成果。前文已经提到，我们长期奉行并标榜的“保持传统与特色”的