

梁治平作品

法辨

法律文化论集

法辨

法律文化论集



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,这组文章涉及领域众多,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