
法律文化研究

第七辑

RESEARCH ON LEGAL CULTURE

中华法系专题

Symposium on
Chinese Legal System

马小红 刘婷婷 主编



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

国家社会科学基金重点项目“法律文明史”（批准号：11AZD050）中期成果

法律文化研究

RESEARCH ON LEGAL CULTURE

第七辑

中华法系专题

Symposium on
Chinese Legal System

马小红 刘婷婷 主编



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7辑, 中华法系专题/马小红, 刘婷婷主编.

—北京: 社会科学文献出版社, 2014. 11

ISBN 978-7-5097-6652-1

I. ①法… II. ①马… ②刘… III. ①法律-文化-研究-丛刊
②法律体系-研究-中国 IV. ①D909-55

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 242157 号

法律文化研究 第七辑: 中华法系专题

主 编 / 马小红 刘婷婷

出 版 人 / 谢寿光

项目统筹 / 芮素平

责任编辑 / 汪 珍 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 59367090

读者服务中心 (010) 59367028

印 装 / 三河市尚艺印装有限公司

规 格 / 开 本: 787mm × 1092mm 1/16

印 张: 23.75 字 数: 387 千字

版 次 / 2014 年 11 月第 1 版 2014 年 11 月第 1 次印刷

书 号 / ISBN 978-7-5097-6652-1

定 价 / 88.00 元

本书如有破损、缺页、装订错误, 请与本社读者服务中心联系更换

 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）

范晓薇（北京联合大学）

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）

何志辉（澳门科技大学）

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）

蒋旭皋（澳门科技大学）

李启成（北京大学）

李 伟（山东科技大学）

刘婷婷（云南大学）

马凤春（山东政法学院）

马泓波（西北大学）

马小红（中国人民大学）

娜鹤雅（中国人民大学）

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）

谢耿亮（澳门科技大学）

杨 梅（中国联合网络通信股份有限公司）

尤陈俊（中国人民大学）

张琮军（中国社会科学院法学研究所）

张世明（中国人民大学）

张 龔（中国人民大学）

张勇凡（中国人民大学）

周大伟（旅美法律学者）

朱伟一（中国政法大学）

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决定于它的宗旨，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坏。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

成为可望也可及的现实。

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发表了《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。一些现代欧美国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”，我们希望能从传统寻找到力量，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：中华法系研究评析

“中华法系”是从20世纪初就备受法学界关注的论题，而每过一段时间，对相关的研究成果进行学术史梳理的论著也屡见不鲜^①。我们是否还有必要对这样一个由来已久的研究论题进行再探究和再总结，这本《中华法系专题》与以往已经取得的丰富的研究成果相比有何不同，这是我们应该首先向诸位读者交代的。

此外，我们认为还有必要向各位读者解释的是，在大量的研究成果中，我们为什么要选择这17篇研究论著结集成书。我们需要向读者一一介绍被选编在册的这些研究成果有着怎样的学术贡献，以及和同期研究成果相比有着怎样的特点。

限于笔者的学术能力，一些精品的论著未必被列入其中，但我们所能把握的是，在编者“经眼”的相关研究成果中，所选的这17篇论著或属于同时研究成果中的上乘之作，或其观点有着突破性的贡献。

一 “中华法系”的研究应该回归于学术

1. “法系”研究的由来

“法系”是近代比较法研究中出现的概念。根据《简明不列颠百科全

^① 对“中华法系”研究成果进行学术史梳理的最近成果是张晋藩主编的《中华法系的回顾与前瞻》一书，由中国政法大学出版社2007年出版。

书》“比较法研究”(comparative law, study of)条叙述,比较法研究肇始于19世纪初期的欧洲,1829年在德国、1834年在法国都发行了对外国法研究的法学杂志。1850年至1852年,英国的利维发表了一部书,题为《商法,它的原则及实行,英国商法和罗马法及59个其他国家法典或法律的比较》。在“比较法研究”条目下的分词条“法系”则明言:“法系的分类是有争论的。因为一个国家的法律制度可能与几个法系发生联系。特别是中东和非洲的法律更是如此。”“甚至在同一法系内各种法律制度也可能有很大的区别,例如普通法系中的美国法律就不同于英国法律。”^① 中国学界一般认为,“法系”划分最早是出自日本的法学家穗积陈重的研究。^② 笔者根据各研究论著提供的线索,寻找到穗积陈重发表于1884年日本《法学协会杂志》第一卷第五号(日本明治十七年三月)上的《法律五大族之说》^③,重新研读,深感有厘清源头、正本清源之必要。

穗积陈重在《法律五大族之说》中认为,世界不同地区,有不同的君主制度、不同的宗教信仰、不同的自然环境,而风土、宗教、民俗相类似的不同国家,法律制度也大致相同。由此,世界所有的法律有五“族”,即“印度法族”“支那法族”“回回法族”“英国法族”“罗马法族”。正如此后许多学者指出的那样,这里的“法族”即为“法系”,“支那法族”即为“中华法系”(有学者亦称“中国法系”)。但值得注意的是,穗积陈重的“法系说”不只是不同地区不同法律特征的客观陈述,而是带有强烈的价值判断。他用图表表示不同法系的不同现状,英国法系与罗马法系是“进行法”(发展或进步的法),中华法系是“迟进法”(缓慢发展的法),印度法系和回回法系则是“静止法”(已经停止发展的法)。穗积陈重将中华法系的法源简单甚至可以说是错误地归为“诸律”。

① 《简明不列颠百科全书》(中译本),中国大百科全书出版社,1985。

② 参见何勤华《关于大陆法系研究的几个问题》,《法律科学》2013年第4期。但何文未引穗积陈重的原文,而是引1975年日本评论社刊发的潮见俊隆、利谷义信的《日本的法学家》中的介绍为据,并认为穗积陈重在《法律五大族之说》中所说的“法族”,就是法系,“支那法族”就是中华法系。又参见张晋藩主编《中华法系的回顾与前瞻》,法律出版社,2007。张著确定“关于法系问题的提出,是19世纪末日本著名法学家穗积陈重发端的”,但亦无原文的征引。

③ [日]穗积陈重:《法律五大族之说》,收于《穗积陈重论文集》第一册,岩波书店,1933。

归纳《简明不列颠百科全书》“比较法研究”有关“法系”研究的介绍和穗积陈重的观点，我们可以得出如下的结论：

第一，穗积陈重“法系”说的渊源很容易让人联想到英国思想家梅因有关法律的分类。曾有留学欧洲经历并深受达尔文进化论影响的穗积陈重，直接受到当时欧洲大陆比较法研究的影响。梅因同样深受进化论的影响，他发表于1861年的巨著《古代法》即将法分为“进步社会”与“静止社会”两类，他认为：“如果我们注意到，在法典时代开始后，静止的社会和进步的社会之间的区分已开始暴露出来的事实，我们的工作就比较容易进行。”^① 深为西方的法律骄傲的梅因这样比较世界各地的法律：印度法律一直处在原始阶段，是宗教与法律不分的；中国法律虽然已经脱离法的原始阶段，但发展却就此停止，“因为在他的民事法律中，同时又包括了这个民族所可能想象到的一切观念”。^② 由此可见，穗积陈重有关法律“进行法”“迟进法”“静止法”的分类直接继承了梅因的思想。

第二，穗积陈重研究“法系”的目的在于为当时的日本法律变革提出方向，为日本现实的立法寻求出路。通过法律“五大族”的系统比较，穗积陈重提出了日本法律改革的明确目标，即弃中学西，弃旧从新，向罗马法系靠拢。根据梅因《古代法》的观点，西方法律不同于其他国家和地区的先进之处在于民法的发达，^③ 所以近代日本的法律变革有着明显的重视民法的倾向。如在1904年美国的学术会议上，穗积陈重就发表了《作为比较法学研究资料的日本民法典》一文。由于穗积陈重关于“法系”的研究有着明确的变法目的和现实使命，所以其在研究中带有强烈的价值判断是不可避免的。这种“法系”的分类，由于过于笼统，在西方法学界并没有得到普遍的认可。这也就是我们上文所引《简明不列颠百科全书》中所说明的那样，法系的分类是有争论的。现实中一个国家的法律制度有可能与几个法系发生联系，而同一法系的各种法律制度也存在很大的区别。另外，许多学者认为，比较法研究的原则应该是客观事实的陈述，而不应该

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1984，第13页。

② [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1984，第14页。

③ 参见[英] 梅因《古代法》，沈景一译，商务印书馆，1984，李祖荫“小引”：“梅因在他的著作中有这样的错误论调：一个国家文化的高低，看他的民法和刑法的比例就能知道。大凡半开化的国家，民法少而刑法多，进化的国家民法多而刑法少。”

是价值优劣的评价。按“适应的就是合理的”来阐述不同类型的法，每一种类型的法都有其存在的合理性。

第三，与西方学界不同，“法系”之说在中国几乎得到了学界的全面认可。最早将法系的理论引入中国并率先展开研究的是梁启超。1904年梁启超发表《中国法理学发达史论》认为：“近世法学者称世界四法系，而吾国与居一焉，其余诸法系，或发生蚤（早）于我，而久已中绝；或今方盛行，而导源甚近。然则我之法系，其最足以自豪于世界也。夫深山大泽，龙蛇生焉，我以数万万神圣之国民，建数千年绵延之帝国，其能有独立伟大之法系，宜也。”^①但在同年的《论中国成文法编制之沿革得失》中却又自相矛盾的认为“我国法律界，最不幸者，则私法部分全付阙如之一事也。罗马法所以能依被千祀，擅世界第一流法系之名誉者，其优秀之点不一，而最有价值者，则私法之完备是也。”^②由此，我们可以发现梁启超对穗积陈重思想的继承与不同。梁启超认为就制度而言，中华法系的私法阙如，是落后于西方的原因，这一点与穗积陈重并无二致。但是，梁启超没有或不便直接将中华法系归为“静止法”或“迟进法”，而是顺应了中国“祖述尧舜，宪章文武”的社会习惯，以中华法系独树一帜而自豪。这种顺应也许是出于无奈，也许是其真意的表达。无论是出于怎样的因由，梁启超对中国古代文化、对中华法系的矛盾心理，因其执学界牛耳的翘楚地位而风靡学界，他的矛盾成为整个学界的纠结。民国时期，学界一方面不得不承认中华法系已经如印度法系、回回法系一样，行将就寝；另一方面，对中华法系能居世界法系之林又十分自豪和不舍，希望中华法系能重振雄风，与英法法系、罗马法系并立，这就是当时许多学者不遗余力鼓吹的在三民主义的指导下“复兴中华（国）法系”。^③

2. 中日学界“法系”研究的不同目的

对法系研究，尤其是“中华法系”研究由来的梳理，可以使我們认识到，“法系”的研究从日本传到中国，宗旨和目的已然改变。穗积陈重在

① 《饮冰室合集》第2册，《文集之十五》，中华书局，1989，第42页。

② 《饮冰室合集》第2册，《文集之十六》，中华书局，1989，第52页。

③ 阅读20世纪30年代学人的文章，可以看到当时的学人对在“三民主义”思想指导下复兴或重新建立一个与英法法、罗马法并立的“法系”之信心。参见张晋藩主编《中华法系的回顾与前瞻》，附录中马存坤《建树新中华法系》（1930年）、王汝琪《中华法系之复兴》（1933年），程树德《论中国法系》（1934年）等皆反映了这种情绪。

不同法系的比較中尋求日本法律效法的對象，而中國學界則是在其中尋求着中華法系自立或復興的依據。這種研究目的的不同，是中日兩國文化的不同所致。

這裡有必要分析一下中日兩國的“國民性”和文化的特点，因為對“法系”認識的差異以及研究目的的不同與此有着密切的關係。中日兩國雖是一衣帶水的鄰邦，但“國民性”的差異卻可以用咫尺天涯來表述。就地理環境而言，中國東、南面海，西、北則是遼闊的大陸。自古以來，生活在中原地區的人便以王朝物寶天華、地杰人靈自豪，以為自己處天下“中央”。地理與文化的優越感早在春秋時期先哲的經典中就表露無遺。孔子說：“夷狄之有君，不如諸夏之亡也。”^①漢以來“大一統”成為中國歷史發展的主流，政治一統、思想一統、文化一統，甚至遼闊疆域中不同地區的生活模式都幾乎一統。即使在三國鼎立、南北朝對峙的政權分裂時期，天下須“定于一”的思想也從來不曾從主流地位退居，政權“分裂”會被認為是非正常的“亂世”，“統一”則被認為是“治世”與“盛世”的必要前提。可以說文化的一統、思想價值觀的一統是中國政權一統的基礎。近代中國正是這種一統文化的“主創國”，這一文化經過中國歷代人數千年的精心琢磨，在每一個中國人的身上打上了深深的烙印。由此我很贊同費正清的观点：“中國的文化（生活方式）是比民族主義更為基本的東西。”^②中國是一個文化崇拜的國度。因為文化崇拜，在中國人的眼中，不同的族群沒有高低貴賤之分。即使異族的首領，只要他接受了中土的教化，信奉了孔孟之道，也可以成為“天朝”的皇帝，甚至可以像元、清那樣建立強大統一的政權。作為民族主義缺失的補償，歷史上除漢族之外，入主中原建立政權的其他民族幾乎無一例外地被漢（中華）文化所同化，成為“化內”之人，甚至成為“新漢人”。^③中華文化的包容性和融合性確實是舉世無雙，令世人嘆為觀止。由於對文化的珍視，中國人在學習外來文化時，會以自身文化的價值觀為標準，衡量外來文化的善與惡、是與非；所以在學習和吸納“異質”文化因素時，中國人格外強調“融會貫

① 《論語·八佾》。

② [美] 費正清：《美國與中國》，張理京譯，世界知識出版社，2002，第93頁。

③ 《唐律疏議·名例律》中有對“化外人”的解釋：“謂藩夷之國，別立君長者，各有風俗，制法不同。”

通”，即在寻找不同文化与中华文化相同或相通“精义”的基础上，将外来文化的精髓融化为本土文化中的有机组成部分。在学习与吸收中，中国人无法也不会放弃自我。这种学习，与其说是“学习”，不如说是“再创造”更为贴切。

与中国的“创造”不同，作为岛国的日本则是一个典型的善于学习的民族。明治维新前的幕府政治，使日本的政治传统与社会结构更接近西方的贵族传统；而传统的武士精神造就了日本人的服从习惯，这些都是日本学习西方的有利因素。但更为重要的是，日本有着务实而精准的“学习”特长，他们能准确地选择学习对象，并对学习对象的“所长”有着敏锐的认识和把握。作为“学习型”的国家，日本只是中华文化的接受者，所以在放弃以往的传统时也没有像中国那样的不舍之情。与中国相比，日本更在乎在学习中得到什么，而不太留意在学习会失去什么。因为这样的文化和国民性，古代的日本几乎可以直接搬用唐代的法律作为他们的国法，而近代的日本对西方的法律也几乎可以像日语中出现的“外来语”一样直接套用。

简言之，中国是一个“创造型”的国度，是中华文化的“主创国”。而日本则是一个“学习型”的国家，在古代它接受了中华文化，取得了成功；在近代，当中国人纠结于历史与现实，艰难地探索中西结合之道时，日本接受了西方文化并迅速地取得了成功。

当我们从“国民性”与“文化”的角度认识了中日的差异后，我们就可以明白为什么导引日本“弃中学西”的法系之说传到中国却结出了试图复兴中华法系的学术之“果”。同时，我们也就能理解当年“梁启超们”在批判中国法律种种不足时却又言：“我之法系，其最足以自豪于世界也。……既有法系，则必有法理以为之原。故研究我国之法理学，非徒我国学者所当有事，抑亦全世界学者所当有事也。”^①

面对现实，我们无法不认可这样一种观点：近代日本对罗马法系的学习或仿效是卓有成效的，它几乎成为法律移植成功的典范。近代日本能跻身于世界强国之列，与法律的这种彻底转变是不可分的。反观中国，近代法律的变革举步维艰，历经曲折。时至今日，法治观念的养成不仅尚在进

^① 《饮冰室合集》第2册，《文集之十五》，中华书局，1989，第42页。