

国家社会科学基金项目优秀成果

GUOJIA SHEHUI KEXUE JIJIN XIANGMU YOUXIU CHENGGUO

当代中国法律文化 本土资源的法理透视

汤
唯
等
著

法律文化资源主要是一种思想性、学术性的资源，由某些思维方式、公序良俗、法治信仰、文明修养、心理动机等价值取向所构成。中国法律文化中包含着许多人类文明进化的观念要素，诸如人文主义、民本主义、调和主义、社群主义、成文主义、实用主义、经验主义等法律精神。我们希望，通过对这些影响深远的法律思想的探索，为中国本土资源的发扬光大抛砖引玉。



人民出版社

国家社会科学基金项目优秀成果

GUOJIA SHEHUI KEXUE JIJIN XIANGMU YOUXIU CHENGGUO

当代中国法律文化

本土资源的法理透视

汤唯等著

人民出版社

责任编辑:杜文丽

装帧设计:周方亚

责任校对:高 敏

图书在版编目(CIP)数据

当代中国法律文化本土资源的法理透视/汤唯 等著.

-北京:人民出版社,2010.12

ISBN 978-7-01-009257-7

I. ①当… II. ①汤… III. ①法律-文化-研究-中国 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 176454 号

当代中国法律文化本土资源的法理透视

DANGDAI ZHONGGUO FALÜ WENHUA BENTU ZIYUAN DE FALI TOUSHI

汤 唯 等著

人民出版社 出版发行

(100706 北京朝阳门内大街 166 号)

北京瑞古冠中印刷厂印刷 新华书店经销

2010 年 12 月第 1 版 2010 年 12 月北京第 1 次印刷

开本:710 毫米×1000 毫米 1/16 印张:26.25

字数:410 千字 印数:0,001-3,000 册

ISBN 978-7-01-009257-7 定价:49.80 元

邮购地址 100706 北京朝阳门内大街 166 号

人民东方图书销售中心 电话 (010)65250042 65289539

前 言

在当代中国法制现代化的道路上,法学家对中国法律文化寄予了厚望,将法治希望莫基于我们自己的“本土资源”之上。而透过法律本土化与西方化的争议、国家法与民间法的对垒、国家主义与个人主义的抗衡、法律价值与法律实践的互动,探讨中国法律文化中蕴涵的某些契合现代社会发展趋势的文化元素,对于全面把握中国现代法治建设的方向,不无意义。

—

在中国改革开放的时代潮流中,关于法律文化的研究成为当代法理学体系的重要组成部分。但以往法律文化研究,并没有科学地总结“当代法律文化本土资源”的源流、价值、制度、特色等原理和实践,因而研究有四个误区:

1. 在研究内涵方面,往往对中国传统法律文化批评得多,传承得少。
2. 在研究外延方面,将本土法律文化资源等同于传统法律文化资源,对“当代”本土法律文化资源的研究成为空白。
3. 在研究特色方面,将中国封建社会的法律文化与西方现代先进的法律文化进行对比,导致用西方化否定本土化。
4. 在研究的重点方面,仅限于研究法律文化的抽象理论,没有从中国国情、社会实践方面分析中国到底“有哪些”本土资源,从而使研究具有空泛性、虚构性和非操作性。

有鉴于此,笔者将当代中国法律文化本土资源的研究作为自己的一个重要研究方向,并申报了国家社会科学基金课题《当代中国法律文化本土资源

的法理研究》。该课题已出版前期成果《法社会学在中国：西方文化与本土资源》，主旨在于揭示法社会学思想在中国流传的社会意义、内涵形式、价值功能，为中国法律文化研究提供学理上的深厚积淀。本专著则为国家课题的结题成果，致力于对当代的、特色的法律文化资源进行法理学的求证与探究。这种研究思路，无疑要求我们具有新的研究视野，这就是立足中国、聚焦当代、纵横比较、突出改革、关注共性、正面评价，充分展示以下研究目标：

第一，聚焦当代，即从纵向研究向横向研究方向发展。“法律文化本土资源”是一个纵观历史的研究领域，又是一个现实主义的“活”的命题。中国有哪些本土法律文化资源？这些资源与习惯、风俗、道德、民族、地域、环境等问题的关联如何？对中国现行立法和司法有什么影响？怎样评价中国法律文化在当代的定位？这些问题不再局限于对传统的和西方的法律制度进行评价，而更多地关注建构当代中国法律文化工程，具有很强的现实性，需要对现代中国独具特色的法律文化思想体系进行阐释。

第二，立足中国，即从关注西方向关注中国自身发展。探索中国特色论题与特色原理，需要对在中国成长的法学思想及其法律制度进行立体分析。法律文化是一个具有多元性、社会性、本土性特征的命题。近代以来的西方法为中国法治进步提供了范式，但我们也有自身必须解决的“中国问题”。尤其我国法学家需要运用法学原理和法学方法，论辩“中国特色”的法学热点、焦点、难点论题。因此，我们力求研究中国法律文化价值观念体系问题；中国法律本土资源的形态模式问题；中国法律文化的特性、功能和实效问题；中国法律文化发展道路问题；中国当代社会转型过程中的法律文化转型问题；中国法律文化发展的未来前景问题。在此方面，“中国本土法律资源”的研究激发着我们的想象力、洞察力和学术的扩张力，而这些力量正是中国法学生生不息发展之希望。

第三，突出共性，即从批评性研究向对策研究方向发展。以往对中国法的研究主要体现了否定性、差异性、对抗性的特征，尤其东西方法文化的冲突已被许多学者所论证。但本课题组认为，法学研究既要积弊甚多的传统制度作为回音壁和反光镜，让当代的政治家们保持清醒；也要对当代的法律文化发展进化及其规律进行考察，在价值层面和实证层面上为现代法治建设提供理论根基和宏观导向。为此，本课题更加注重法律文化的共识性追求，试图在本土化和西方化的契合而非对峙中，寻求法治进化发展的道路。

第四,矫正方法,即从实证研究向理论研究方向发展。法律文化探索既是一种历史经验,也是一种价值理性。在部门法的研究中,人们更为关注的是运用文献法、统计法、调查法、经验法等进行研究。而“法律文化”本身则是一个纵横博大、海纳百川的领域,需要超脱实证主义方法论的局限,一定程度采纳哲理的、思辨的、抽象的、比较的、社会学的方法论。通过从思想到制度、从理论到实践的立体分析,力求开阔视野、吸取教训、设计模式,使未来的研究具有法哲学、法社会学、法史学意义。

在当代,中国法学应该有自己的学术目标、学术范畴、学术内涵与学术特色,并在中国有传播的历史、扎根的土壤和创新的思维。为此,“立足于中国的法学研究”是中国学人的独特视角。本专著的主旨,就在于梳理近代改革以来法文化发展里程和规律,并使这种梳理具有一种立体的、新颖的、填补学术空白的属性和特征。

二

本选题涉及法理学、法史学、法社会学、比较法学、部门法学等相关领域,具有一定的学科跨度和时空跨度,最终拟形成法文化内涵论、法文化价值论、法文化特色论、法文化成因论、法文化进化论、法文化趋势论等一些具有法律文化学功能的理论。又通过“价值评判”和“制度样态”两条路径进行剖析,基本思路是:

第一,思想观念的路径。当前,我国正在推进法治建设事业,而任何一项事业的背后都存在某种决定该事业发展命运的精神力量,这种精神力量亦发源于法律文化本源之中。因此,探讨文化问题,首先要关涉当代人精神家园和前景之路的思考,体现隐匿于法律之后的文化观。总体归纳,中国法律文化的思想特征,主要表现为成文主义、人文主义、民本主义、集体主义、社群主义、调和主义、世俗主义、实用主义、经验主义等法律精神。我们希望通过这些影响深远的法律文化观念的探索,为中国本土资源的发扬光大抛砖引玉,为法律制度建设提供思想启蒙和理性诱导。

第二,制度建设的路径。在制度层面,中国法律文化融注了社会习俗、道德伦理、民族精神、哲学思想、自然经验之成果,对于法的起源、法的内涵、法的

功能、法的改革、法治道路等进行了透彻分析。而且,经过漫长的文化积淀,诸种中国特色的法律文化理念已反馈渗透于一定的制度体系之中,成为多数社会成员所接受的一种行为模式。因此,在行政法、民法、刑法、诉讼法等各个部门,在立法、执法、司法、守法、监督体制等各个环节,我们都能洞察到相关中国文化的诸多表征。当然,在今天之中国,许多法律制度、法律规则、法律技术都处于过渡变化时期,这使制度性的实证研究具有许多不特定的因素,也导致了研究的复杂和难解。

在我们看来,实现法律文化的现代化,必然需要一个相当长的“文化因素”和“制度因素”的互动过程,它们是法的生命和灵魂。故而,要将市场经济、民主政治、理性文化和现代社会共生共进的过程作为一个整体进行探究。而且,凡法学研究或法学思潮,对于一个国家的法治建设体现着极其强烈的启蒙性、传播性、诱导性与实践性等诸多贡献。尤其现代法学原理,随着人们对法学领域的政治化、行政化、人治化、教条化思潮的反思和批判,日益成为学界应当关注的学术资源,更成为解决当代中国法治问题的“工具箱”里的诸多“工具”之一。

三

本专著在结构上分为九章,即研究分九大主题进行:

第一章,法文化本体论。这部分研究,属于该选题的基础性、原理性研究,重点从相关理论层面对法文化的定义、法文化的内涵、法文化的谱系、法文化的属性、法文化研究的方法论等进行分析,提出法文化学本身的论题、论点和论据。同时,研究亦对于本土化的意义、本土化的定位、本土化的要素等进行学术解释。由此出发,使中国人对于当代“中国问题”和“本土资源”予以初识和论辩。

第二章,法文化价值论。法律文化即是关于法律的价值观念之综合。通过透视当代中国法律文化之精神,从法律思想、法律意识、法律精神中揭示法律所渗透的深厚的文化蕴涵,论辩天理、国法、人情、道德的联系与区别,才能归述出中国法律文化的主要思想原理、内涵属性和学术特色。因此,本章重点在于论证权利观、自由观、统一观、整合观、稳定观、大同观、调和观、民本观、社

群观、道义观、自律观、义务观等原理观念。这些独具特色的法律思想观念,表明中国法律融入着中庸之道、社会和谐、人文精神等人类生活中最丰富的人情风俗和社会心理,从而使现代中国本土法律文化具有了极其深厚的精神文化蕴涵。

第三章,法文化样态论。本文以为,探究法律的外部表现形态、渊源、风格,洞察作为本土资源、基础资源、特色资源的法典、习惯、风俗等社会规范及其相互关联,是法律文化实证研究的重要方面。尤其现代法学应对中国现行法治状态下的制定法的严格意义、法律中心主义的特性以及大陆法系模式的优劣进行对比;并以民间法的争议为焦点,分析法律文化的民间性、多元性、社会性等多个层面的特性,有利于对中国现行的法律样态和模式进行点评,对形式主义文化风格和走向进行解答。

第四章,法文化体系论。这部分研究的设计理念,表现为从制度建设的路径出发,观察中国文化独有的制度设计、运作机理、经验技巧和实际效应。研究紧扣中国立法改革、执法改革、司法改革的现实主题,从宪政、行政法、民法、诉讼法文化的发展脉络、进程和特性中,考证相关公法文化、私法文化和诉讼文化的法律属性,力求挖掘当代中国法律文化之内涵,探讨中国法律文化的实际成就。我们认为,只有通过法律制度的优劣利弊剖析,才能充分展示中国法律文化不断成熟进步的伟大里程。

第五章,法文化继承论。这一章节的研究,是从纵向视野分析当代中国法律文化的积累和传接问题。毫无疑问,“法律文化本土资源”是一个纵观历史、横看世界的研究领域,需要在当代重新解读中国传统法文化,并对其连续性、稳定性、影响力进行剖析。其中,中国法文化的传统属性、法文化的内涵积淀、法文化的自信自尊、法文化的基本定位、法文化的内外影响、法文化的改革超越等论题,都应当纳入当代法学家的研究视域。惟其如此,我们才能在自信中体现自我,在自强中升华自尊,在自警中实现自动。同样,我们也才能在羁绊中获得解脱、在废撤中进行改良、在批判中形成对策。

第六章,法文化移植论。本章内容涉及对西方法文化思想、制度、模式的总体评判,旨在从优势、缺陷、趋向三大方面分析西方文化的利弊与前景,并涉及当代中西法律文化之博弈。从发展脉络看,近代中国法文化出路,在于沿着西方文明进程前行,因此近代以来的中国法纳入了许多西方文明因子,而西方法也为当代中国法治进步提供了观照和警示。同时,从目前全球化视野出发

进行跨文化考察,围绕法文化发展的深度与广度、内力与外力等热点命题,才能达成双向文明合作的目标或目的。更重要者,我们需要通过揭示各国法律制度的风格特征,总结各国法治发展的成败经验,从而选择适合中国国情的法文化发展道路。

第七章,法文化成因论。这部分研究,属于该选题的互动性研究。拟对当代中国法律文化发展演化之各种环境背景因素进行解构,对法治发展的动因动力进行法文化意义上的法理分析,以探讨法律发展与政治学、经济学、社会学的相互关系,阐发形成当代本土法律文化特征的政治、经济、社会根源。其中包括自然秩序与法律文化的关联性分析、社会生活与法律文化的关联性分析、经济发展与法律文化的关联性分析、政治制度与法律文化的关联性分析。

第八章,法文化转型论。法治转型属于特定时代的特定构造,当代中国的法治转型必然在法治发展史册上留下深邃深厚的印记,作出不可磨灭的贡献。通过考察转型期的法律思想和法律制度,本章将重点剖析现代本土法律文化资源在思想奠基、制度改良、法治建设、大众启蒙等方面的功能和效果,分析转型期的时代变化和机遇,洞察法治国家的现代表征,为中国构建法治社会提供理论上的支持。

第九章,法文化前景论。这部分研究,属于该选题的前瞻性研究,即通过法学本身特性和贡献的考察,开阔视野、总结经验、吸取教训、设计模式,揭示出当代中国法律文化发展的特殊风貌和未来走向。其中,涉及中国法学思潮的基本端倪、中国法学事业的科学精神、中国本土法律文化资源的整合等主题。我们力求对于法学研究进行可持续性思考,对未来法律文化的成长和成就寄予期望。

本专著主要由汤唯教授撰稿,孙季萍教授撰写了第五章、第六章部分内容,王洪平副教授撰写了第三章、第八章部分内容,冯勇、王桂玲等课题组成员也提供了一些原始材料,在此表示衷心的感谢。但在统稿时,考虑到专著的整体结构、学术内涵、语言风格的统一性和严谨性要求,汤唯作为课题负责人对各个章节均作了大幅度的补充、修正和变动。

目 录

前 言 /1

第一章 法文化本体论：当代中国法律文化之解读 /1

第一节 学术语境：法文化观的追问与重述 /1

一、法文化研究的概念阐释 /2

二、法文化研究的理论框架 /8

三、法文化研究的方法路径 /12

第二节 法律资源：法律文明的基本要素 /17

一、历史资源与现代资源 /18

二、共性资源与特性资源 /21

三、制度资源与思想资源 /25

四、国家资源与民间资源 /27

第三节 法文化属性：关于本土化的定位思考 /30

一、本土化的论辩 /31

二、本土化的特性 /38

第二章 法文化价值论：中国法律文化之精神 /46

第一节 法律善德：伦理性思维诱惑 /46

一、奇异的公共道德 /47

二、理想的价值标准 /54

三、珍贵的民本观念 /65

第二节 法律精义：国人的文化视野 /72

一、统一观的法理分析 /72

二、和谐观的法理分析 /77

三、社群观的法理分析 /81

四、责任观的法理分析 /87

第三章 法文化样态论：当代中国之法源 /93

第一节 规则之治：法律的标准化形式 /93

一、制定法的法源基础 /94

二、大陆文化模式正名 /101

第二节 法律多元：一张“普洛透斯式”的脸 /106

一、多样性的法渊源 /106

二、多动态的法走向 /115

第四章 法文化体系论：现代法律质料 /126

第一节 权力制约：公法文化的主流精神 /126

一、宪政领域的思想资源 /126

二、行政法领域的思想资源 /135

第二节 运作机理：私法文化的现代变革 /144

一、私法优位的理性初识 /145

二、公私冲突的法律调整 /150

第三节 法在事中：司法文化的客观理性 /158

一、大司法的制度设计 /158

二、非正式的解纷机制 /167

三、典型化的中国方案 /173

第五章 法文化继承论：传统法律文化之特性 /183

第一节 文化记忆：中国法律文化的历史导读 /183

一、传统法的成文形式和律学体系 /184

二、传统法的基本特征与价值取向 /190

第二节 文化检省：回音壁和反光镜 /199

一、中国法文化之自信 /199

二、中国法文化之超越 /208

第六章 法文化移植论：中西法律文化之博弈 /219

第一节 历史意蕴：西方法文化回溯 /219

一、西方法律文明进程 /220

二、西方法律文明因子 /224	
第二节 西方范式:现代中国法文化共识 /232	
一、中国法律西方化的历程 /232	
二、中国法律西方化的需求 /240	
三、中西法律文化异同证明 /248	
第七章 法文化成因论:中国法律文化之背景 /256	
第一节 法的灵魂:法律文化与社会结构 /256	
一、自然秩序与法律文化的关联性分析 /257	
二、社会因素与法律文化的关联性分析 /263	
第二节 法经济学:法律文化与客观基础 /271	
一、纳入经济分析法学的学理 /271	
二、中国法律的经济思想动力 /278	
第三节 政治势力:法律文化与治理方式 /287	
一、法律中的政治烙印 /288	
二、法治框架下的政治制度 /294	
第八章 法文化转型论:中国法律文化之属性 /303	
第一节 法文化的流变性:时代变迁的特殊背景 /303	
一、农业社会的法文化转型 /304	
二、工商社会的法文化转型 /310	
三、知识经济时代的法文化转型 /316	
四、全球化背景下的法文化转型 /322	
第二节 法文化的适时性:当代法律文化工程 /327	
一、转型时期法制变革的基本导向 /327	
二、转轨时期法治文化的时代表征 /335	
第九章 法文化前景论:法律文化之趋向 /349	
第一节 人文底蕴:法学发展的基本端倪 /349	
一、流行各国的法学思潮 /349	
二、中国法学的智慧使者 /360	
三、法学质量的现代反思 /370	
第二节 可持续发展:法治文化的总体设计 /377	
一、现代法律文化科学精神的彰显 /377	

当代中国法律文化本土资源的法理透视

二、现代法律文化资源整合的路径 /385

三、现代法律文化研究范式的确立 /391

参考文献 /399

第一章

法文化本体论：当代中国法律文化之解读

法学发展不仅注重法律基本表现形态的探讨,而且注重法律与文化之间相互关系的分析。因此,法律文化研究进入了各国法学研究的视野。实际上,法律文化问题,与法的概念和法的原理、法的特征和法的模式、法的历史和法的现实、法的价值和法的精神、法的进化和法的改革等命题,都息息相关,法学就是在这些相互关联的主题中进行着自己的文化思考,完成了独特的理论体系,承担了法治建设的神圣使命。尤其自20世纪80年代中国形成“文化热”以来,“法律文化”这个法理学的最新范畴几乎成了除“法治”之外的另一个时髦的术语。而伴随整个中国法律文化的研究热及其成果,法文化学成为了法学的一个分支学科。

第一节 学术语境：法文化观的追问与重述

社会学家钱穆曾经说过:“一切问题,由文化问题产生。一切问题,由文化问题解决。”^①诚然,这种说法扩张了文化的功能作用,但对于我们重视法律文化研究不无意义。在法学领域,剖析研究对象是进行学术研究的出发点。易言之,法律文化研究要从相关法律文化原理的角度,进行法文化学本身的分析。目前,中外研究法律文化的法学家已从不同视角对法文化学之范畴、内涵、属性、功能、方法论等进行概括,并致力于探讨法律和文化之间的复杂的密

① 钱穆:《文化学大义》,台北中正书局1981年版,第3页。

切关系,形成了关于文化、法律文化、法文化学的种种学理。

一、法文化研究的概念阐释

进行当代中国法律文化本土资源的界定,首先需要对法律文化本身进行定位性解释。由于法律文化研讨最具争议性的问题,是作为研究核心的法律文化的概念,所以定义概念既关乎各种相关理论命题的展开,也是一种理论走向成熟的标志。本文也将概念界定作为阐释本专题的逻辑起点,这便是法律文化名称术语的确定性。

(一)文化的范畴

与其他社会科学诸多范畴的弹性解释相同,关于什么是文化,古今中外的学者们一直下着多义性的定义。最早的文化,有文学艺术、文明成就、教育教养、风俗习惯、生活方式等意义;后来被引申为人类发展历程以及精神、思想、观念、制度形成的一般过程。^①一般而言,文化应当被视为一个综合体,它包括人的行为方式和为满足这些行为方式所创造的物质和精神的资源,以及基于这些行为方式所形成的内隐的和外显的习惯和意识。因此,文化是人类在长期的历史实践过程中所创造的物质财富和精神财富的总和。

在西方,人类学家和社会学家首先就文化一词提供了多种解释。在他们看来,文化既复杂也重要,它或许是人类生活的经验,或许是人类协作的可能,或许是人类处理问题的特殊品格,或许是支配社会秩序的原则等。^②其中,人类学家泰勒在《文化之定义》中,对文化所进行的概括颇具代表性。在他看来,所谓文化或者文明,“乃是包括知识、信仰、艺术、法律、道德、习俗,以及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。”^③

在中国,不少学者认为进行文化的解读非常重要。法学家夏勇教授认为,文化精神总凝聚为许多成型的价值理念,并使一些国家或地区的秩序得以维系和深化,因此“探究作为文化原点或文化纽带的基本理念,就成了文化识别

^① 苏彦新:《多元的法律文化:面对地方性与现代性》,何勤华主编:《多元的法律文化》,法律出版社2007年版,第27—28页。

^② [美]埃尔曼:《比较法律文化》,贺卫方、高鸿钧译,清华大学出版社2002年版,第9—11页。

^③ 庄锡昌等:《多维视野中的文化理论》,浙江人民出版社1987年版,第98页。

的一种简单方式。”^①历史学家庞朴先生则提出了“文化结构三层次”的学说。他指出,作为一个立体的系统,文化由三个层次构成:一是外层,即物质层,包括自然界及其成果;二是里层,即心理层,包括价值理念、思维方式、文化信仰等;三是中间层,即心物结合的一层,一切外物与一切人的思想,以及教育制度、政治制度、法律制度,都包括在这一层中。^②以研究法律文化著称的刘作翔教授,亦对文化本身进行了总结。他提出,在文化研究中无非有广义文化研究、中观文化研究和狭义文化研究三大类。其中,广义文化研究,对应的是自然界的所有事物,凡人类创造之物都被纳入文化范畴;中观文化研究,对应的是社会存在,凡精神领域及其人类创制的制度和组织,都属于文化研究的时空范围;狭义文化研究,对应的是精神世界,只有思想、观念、意识等与“人类大脑”有关的领域,才是文化研究的对象。^③

也有学者将“理论”一词与文化概念相互等同,或者将文化视做一种文化教化,强调通过思想的缔造、理论的阐释和信仰的教化,使社会成员的精神状态和外部行为符合一定道德规范、法律意识和社会习俗。但我们认为,“文化”是一种恒久的、稳定的、持续的人类发展的动力与活力,文化需要各种思想和理论资源的长期积累,需要思想家、理论家、法学家的阐释、发挥、想象,需要贯彻到大众的思想意识之中。在这个意义上,思想或理论是达成文化进化的途径,是构成文化的某种来源或者资源,但却不是文化本身。

由此可见,在中外学者的论述中,文化或文明是极为复杂的体系,泛指人类社会的所有成就,包括公共价值、社会关系、道德习俗、宗教信仰等人类生存与发展的、能够获得自我认同的属性,而语言、思想、理性、科学、技术等则被视为文化现象。当然,总体来说,学界对于文化的含义仍然缺乏明确的界定,致使这个概念有些笼而统之、模糊不清。

(二) 法律文化界说

法律文化的概念导源于上述文化概念。20世纪初,德国法学家柯勒开创了法律文化研究,从此“法律文化研究在世界各国都一直深受学术界重视,并

① 夏勇:《法治源流——东方和西方》,社会科学文献出版社2004年版,第184—185页。

② 庞朴:《文化结构与近代中国》,《东西文化与中国现代化讲演集》,浙江人民出版社1986年版,第9—11页。

③ 刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆2001年版,第25—26页。

日益扩大着其影响”^①。但法律文化研究的兴旺发达则是在 20 世纪中期开始的。“在世界范围内法律文化概念的出现,大约是 20 世纪 60 年代的事情。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 60 年代。而在中国,将法律文化作为一个新的概念和问题进行研究,最早则始于 20 世纪 80 年代中期。”^②经过如此的进程,这一概念基本得到了我国学术界的认可,它也获得了作为一个学科概念的合法性地位。

追根溯源,对“法律文化”一词进行深邃探讨的,是美国法学教授弗里德曼。在他看来,法律文化是指“与法律体系密切关联的价值与态度,这种价值与态度决定法律体系在整个社会文化中的地位”^③。他又指出,法律文化“指针对于法律体系的公共知识、态度和行为模式”,^④“那些普通文化的组成部分——习俗、观念、行为与思维模式——它们以特定的方式改变社会力量,使其服从或者背离法律”。^⑤而且,法律文化制约着法律制度并决定着法律制度在整个文化中的地位;法律文化也渗透于各种法律命题之中。诸如,人们是否尊重法律、政府以及传统;民众对法律的想法如何;集团或个人是否愿意求诸法院;律师和法官有怎样的训练方式和习惯;社会结构与法律制度之间存在着怎样的关系;正规的法律手段之外有哪些非正式方式等。

步其后尘,中国学界开始“用文化来解释法律,用法律来解释文化”,并在中国掀起了一场热烈无比的法律文化大讨论。而总结起来,关于法律文化的各种定义,无非有狭义和广义之分。广义的法律文化概念,以为法律文化在范围上包括全部法律现象。其中,物质性的法律文化,比如法律制度、法律规范等,可以称作制度形态的法律文化;精神性的法律文化,比如法律学说、法律心理、法律思想、法律习惯等,可以称作观念形态的法律文化。这意味着,法律文化不仅包括关于法律现象的学说、知识、观念、判断、意识、价值、传统、信念、心理、语言、符号、情感、习惯等精神因素和宏观样式,而且涉及法律规则、法律制

① 参见何勤华:《法律文化史研究》(2),商务印书馆 2005 年版,序言。

② 刘作翔:《法律文化理论》,商务印书馆 2001 年版,第 32 页。

③ L. M. Friedman, “Legal Culture and Social Development”, *Law and Society Review*, 6 (1969), p. 34.

④ L. M. Friedman, “Legal Culture and the Welfare State”, in G. Teubner, ed., *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: de Gruyter, 1986, pp. 13, at 17.

⑤ L. M. Friedman, “Is There a Modern Legal Culture?” *Ratio Juris*, vol. 7, 1994, pp. 117—131, at 118.