



中国法学精萃系列丛书

中国法史学精萃

(2005 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

中国法学精萃系列丛书

中国法史学精萃

(2005 年卷)

法苑精萃编辑委员会 编



高等教育出版社
HIGHER EDUCATION PRESS

内容提要

本书精选 2004 年度全国报刊上公开发表的有代表性的优秀法史学论文编辑而成。其内容主要包括：“为法律赢得神圣——中西法律观念的信仰基础反思”、“论汉代法律体系的几个问题”等。这些论文代表了 2004 年度我国法史学的发展水平，可供法律专业高年级本科生、硕士研究生、博士研究生、准备考研的人士以及法学教研人员和法律工作者阅读参考，也可作为年鉴由图书馆、资料室收藏。

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法史学精萃 (2005 年卷) / 法苑精萃编辑委员会
编. —北京: 高等教育出版社, 2005. 11
(中国法学精萃系列丛书)
ISBN 7-04-018128-2

I. 中... II. 法... III. 法制史 - 中国 - 文集
IV. D929.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 118608 号

策划编辑 梁代军 责任编辑 王 丽 封面设计 张 楠
版式设计 马静如 责任校对 金 辉 责任印制 宋克学

出版发行	高等教育出版社	购书热线	010-58581118
社 址	北京市西城区德外大街 4 号	免费咨询	800-810-0598
邮政编码	100011	网 址	http://www.hep.edu.cn
总 机	010-58581000		http://www.hep.com.cn
		网上订购	http://www.landaco.com
经 销	北京蓝色畅想图书发行有限公司		http://www.landaco.com.cn
印 刷	北京中科印刷有限公司		
开 本	787×960 1/16	版 次	2005 年 11 月第 1 版
印 张	34	印 次	2005 年 11 月第 1 次印刷
字 数	630 000	定 价	53.00 元

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题，请到所购图书销售部门联系调换。

版权所有 侵权必究

物料号 18128-00

法苑精萃编辑委员会

编委（按姓氏笔画排序）

- 王利明 中国人民大学法学院院长、教授、博士生导师
王保树 清华大学法学院教授、博士生导师
王晨光 清华大学法学院院长、教授、博士生导师
王家福 中国社会科学院法学研究所终身研究员、博士生导师
公丕祥 江苏省高级人民法院院长，南京师范大学教授、博士生导师
石少侠 国家检察官学院院长，吉林大学法学院教授、博士生导师
石泰峰 中共中央党校副校长、教授、博士生导师
龙宗智 西南政法大学校长、教授、博士生导师
田平安 西南政法大学教授、博士生导师
付子堂 西南政法大学副校长、教授、博士生导师
江 平 中国政法大学终身教授、博士生导师
孙宪忠 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师
朱景文 中国人民大学法学院教授、博士生导师
米 健 中国政法大学教授、博士生导师，《比较法研究》杂志主编
李 龙 武汉大学资深教授、博士生导师
李 林 中国社会科学院法学研究所副所长、研究员
李昌道 复旦大学法学院院长、教授
张广兴 中国社会科学院法学研究所研究员，《法学研究》编辑部主任
张文显 吉林大学党委书记、教授、博士生导师
张晋藩 中国政法大学终身教授、博士生导师
邵建东 南京大学法学院院长、教授、博士生导师

- | | |
|-----|------------------------------------|
| 吴汉东 | 中南财经政法大学校长、教授、博士生导师 |
| 吴志攀 | 北京大学党委常务副书记、副校长、教授、博士生导师 |
| 何勤华 | 华东政法学院院长、教授、博士生导师 |
| 陈卫东 | 中国人民大学法学院教授、博士生导师 |
| 陈光中 | 中国政法大学终身教授、博士生导师 |
| 陈兴良 | 北京大学法学院副院长、教授、博士生导师 |
| 陈明华 | 西北政法学院院长、教授、博士生导师 |
| 周国钧 | 《中国法学》杂志主编 |
| 郑成良 | 上海交通大学党委副书记、法学院院长、教授、博士生导师 |
| 郑成思 | 中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师 |
| 贺卫方 | 北京大学教授、博士生导师,《中外法学》杂志主编 |
| 赵秉志 | 北京师范大学刑事科学研究所所长、教授、博士生导师 |
| 胡建淼 | 浙江大学副校长、教授、博士生导师 |
| 郝铁川 | 华东政法学院教授、博士生导师 |
| 徐卫东 | 吉林大学法学院院长、教授、博士生导师 |
| 徐显明 | 中国政法大学校长、教授、博士生导师 |
| 高鸿钧 | 清华大学法学院教授、博士生导师 |
| 黄 进 | 武汉大学副校长、教授、博士生导师 |
| 崔建远 | 清华大学法学院教授、博士生导师 |
| 曹建明 | 最高人民法院常务副院长、教授、博士生导师 |
| 梁慧星 | 中国社会科学院法学研究所研究员、山东大学法学院院长、教授、博士生导师 |
| 曾令良 | 武汉大学法学院院长、教授、博士生导师 |
| 曾宪义 | 中国人民大学法学院名誉院长、教授、博士生导师 |
| 霍存福 | 吉林大学法学院教授、博士生导师 |

总主编 张文显

总策划 法苑精萃创作中心

序

当今是知识爆炸的时代，又是时间四分五裂的时代，这就形成了无限的知识与有限的时间之间的矛盾。其实这也是人生的矛盾，求知的本性与短促的人生的矛盾，这一矛盾深深地困扰着人类。

解决这一矛盾的努力无非有两种。第一种是充分利用时间。但会受到人的生理因素的制约，加上人生必要时间的支付，即使再充分利用时间，每人每天也只有24小时，因而这种努力未必真正有效。看来比较有效的是第二种，即对爆炸的知识进行甄别、挑选，取其精华，弃其糟粕。众所周知，著作虽多，但真正有永久价值的经典之作总是少数。择善而从，是人生的原则，自然也是读书求知的原则。读书求知的有效方法是取精用弘、含英咀华，读精品之作、经典之作。经典著作是知识的浓缩、思想的精华，读经典著作是纲举目张、事半功倍，恰似“与君一席谈，胜读十年书”，可以说，不读经典著作就谈不上真正的读书求知。

法治是治国安邦的大政国是，是全球大势和时代主题，也是人类智慧聚焦之所在。在步入法治社会的当代中国，法学日益成为一门显学，每年发表的法学作品数以万计。法律是时代精神精华的确认，法治是时代精神精华的贯彻，法学是时代精神精华的写照。法学必须是精华，只有精华才配称为法学，只有法学经典著作才是值得供人解读的真正的法学文本。人们希望快捷地找到其中那些真正有价值、有影响、堪称经典的作品。编选“中国法学精萃”系列丛书即是出于此种考虑。

考量著作是否精品、经典有以下标准：

一是思路新奇。学术的生命在于创新，学术的发展新新不已，学术创新之处正是学术精华所在。那些筚路蓝缕、独辟蹊径、开天辟地、振聋发聩之作当属精品、经典之作。

二是资料详实。思想没有全新的，学术是承先启后和不断推陈

出新的，对大量的已有资料的搜集、占有、爬梳、概括、提炼本身就是十分重要的学术工作，而在这个基础上的研究才不是无源之水、无本之木。那些钩沉发隐、洞烛幽微、经纬百家、茹古涵今、集大成者当属精品、经典之作。

三是思想深刻。学术的使命是求真，追求真理。但真理作为规律是内在的、深刻的，这就决定了学术思想必须深刻，不深刻不足以入理。思想深刻是学术的价值所在、尊严所在，也是精华所在。那些体大思精、高瞻远瞩、笔扫千军、慎思明辨、警世喻人之作当属精品、经典之作。

四是传世之作。在所有的批判中，最伟大、最正确、最天才的是时间。精品、经典之作不仅是时代精神的精华，而且是时代精神的超越，是经得起时间批判的传世之作。那些与时俱进、雄视百代、历久弥新、嘉惠新学、启迪后人之作当属精品、经典之作。

当然，上述标准是很高的，也许身不能至，但心向往之。我们把它作为行动的旗帜和追求的目标，并为此而与人们一道不懈努力。

对于本系列丛书来说，我们希望达到以下目标：

一是起到年鉴的作用。从每年公开发表的法学文章中精选出有代表性、权威性、经典性的文章，铭记法学各学科每年的发展状况和学术进展，以供图书馆、资料室收藏。

二是具有教研资料的作用。资料是教研的基础，了解把握研究动态是为教为研之始，本套丛书可以成为教研人员床头案前之必备。

三是具有考试指南的作用。近几年法学硕士、博士考试愈来愈热、人数愈来愈多，每个考生在复习过程中，都要查找、复印、装订相关的有代表性、权威性、经典性的文章仔细研读，极其烦难不便，本系列丛书恰能予以弥补，提供方便。

我们的工作把我们推到了审判官的位置，但我们没有火眼金睛、或许有时还有眼无珠，难免良莠不分，取舍不当。我们在提请公众批判理解的同时，也虔诚地希望公众热情参与，把自己所认为的精品、经典之作推荐给我们。俟条件允许，我们也会敬请有关专家、学者进行评选，以求名至实归、不负众望。

张文显

目 录

第一部分

陈景良	反思法律史研究中的“类型学”方法 ——中国法律史研究的另一种思路	3
胡旭晟	肖洪泳 作为一种立场和方法的法律文化	17
任 强	为法律赢得神圣 ——中西法律观念的信仰基础反思	33
林 端	中西法律文化的对比 ——韦伯与滋贺秀三的比较	47

第二部分

刘笃才	论汉代法律体系的几个问题	73
张建国	张家山汉简《具律》121 简排序辨正 ——兼析相关各条律文	82
闫晓君	试论张家山汉简《钱律》	99
吕 丽	故事与汉魏晋的法律 ——兼谈对于《唐六典》注和《晋书·刑法志》中相关内容的理解	111
闫晓君	秦汉盗罪及其立法沿革	121
郑显文	从唐律到日本律 ——关于日本律成立的几个问题	136
吕志兴	宋格初探	154
李 青	从《大明律》对东亚的影响看其历史地位	166
张 生	《大清民律草案》摭遗	173
郭志祥	民初法官素养论略	190

第三部分

艾永明	中华法系并非“以刑为主”	205
陈 涛	高在敏 中国法典编纂的历史发展与进步	220
徐忠明	论中国古代刑事审判传统	242

谢 晖	古典中国法律解释的哲学智慧	266
曹全来	中国近代的法律危机与法律变革	284
张晋藩	综论中国法制的近代化	291

第 四 部 分

张全民	郑克法律思想初探	309
郑 定	杨 昂 还原沈家本：略论沈家本与晚清司法场域之变迁 (1901—1911 年)	331
范忠信	沈家本与新刑律草案的伦理革命	352
李 青	洋务派法律思想探析	367
许章润	法的概念：规则及其意义 ——梁漱溟法律思想研究之一	378
许章润	宪政：中国的困境与出路 ——梁漱溟宪政思想研究	392
张允起	萧公权的民国宪政论	422
宋四辈	近代中国宪政建设的教训及启示	432
夏 勇	民本与民权 ——中国权利话语的历史基础	444

第 五 部 分

何勤华	西方法学观在近代中国的传播	473
徐爱国	亚里士多德法律正义论的思想史探索	492
汪太贤	从神谕到自然的启示：古希腊自然法的源起与生成	506

附 录

2004 年度全国主要报刊法史学论文索引	527
----------------------------	-----



第一部分

反思法律史研究中的“类型学”方法

——中国法律史研究的另一种思路

陈景良*

〔摘要〕 以“类型学”的方法研究中国法律史固然使中国的法律传统之异质性得到了彰显，但与此同时，中国法律传统中的鲜活个性与时代特征也常常因此而受遮蔽。当我们以尊重的态度使用马克思·韦伯的“类型学”方法时，还要对此种方法保持警醒。从中国文化的内在理路理解法律史与中国法律传统，在当前的学界显得尤为重要。

一、从马克思·韦伯说起

近代中国，学术知识的各个谱系都充斥着西方的强势话语，法学相对于其他学科更是有过之而无不及。人们不仅用西方法学中的名词编织着未来中国大地上法治的美好理想，同时也以西方法学的知识谱系去剪裁中国的历史与传统。用“类型学”的方法研究中国法律史或中西传统法文化就是其典型之一。由于马克思·韦伯对当代中国的学界影响尤剧，故本文不得不从此说起。

马克思·韦伯(Max Weber, 1864—1920)作为当代最有影响的社会学家之一，他的名字在中国的学术界，尤其是在法学界几乎是人人皆知。其著作在汉语学界广为翻译和流传，笔者案头能见到的著作大体可以分为三类：其一，综合类。主要有：(1)于晓、陈维刚译，三联书店(北京)1987年12月出版的《新教伦理与资本主义精神》；(2)洪天富译，江苏人民出版社1993年8月出

* 陈景良：中南财经政法大学法学院教授，博士生导师。

版的《儒教与道教》，此书的另一译本为王容芬所译，商务印书馆1995年10月出版；(3)姚增广译，上海译文出版社1981年出版的《世界经济通史》；(4)林荣远译，商务印书馆1997年12月出版的《经济与社会》上、下两册。需要指出的是，这类综合性的著作虽不以法律命名，但其中很多内容却与法律尤其与中国传统的法律相关，如《儒教与道教》等。其二，以社会学的眼光讨论法律与社会的专门著作，如张乃根翻译，中国大百科全书出版社1998年9月出版的《论经济与社会中的法律》，不过此书实应译为《法律社会学》。其三，研究马克思·韦伯生平与思想的传记与著作。如：(1)德国著名学者迪尔克·克勒斯著、郭锋译，法律出版社2000年9月出版的《马克思·韦伯的生平、著述及影响》；(2)美国学者莱因哈特·本迪克斯著、刘北成等译、顾忠华审校，上海人民出版社2002年3月出版的《马克思·韦伯思想肖像》；(3)王威海编著，辽海出版社1999年7月出版的《韦伯：摆脱现代社会两难困境》；(4)杜恂诚著，上海社会科学院出版社1993年4月出版的《中国传统伦理与近代资本主义：兼评韦伯〈中国的宗教〉》；(5)我国台湾地区学者林端著，中国政法大学出版社2002年5月出版的《儒教伦理与法律文化》；(6)李猛编，上海人民出版社2001年7月出版的《韦伯：法律与价值》。

另外，笔者近日在坊间又看到广西师范大学出版社2004年5月出版的《韦伯作品集》。该作品集包括《学术和政治》、《经济与历史的支配类型》、《支配社会学》、《经济行动与社会团体》、《中国的宗教》、《宗教与世界》。这套书由我国台湾地区学者康乐、简惠美、胡昌智等人译出，经台湾远流公司授权在祖国大陆出版发行。书前有苏国勋教授写的序言，文笔甚佳，值得一读。

韦伯的著作及其思想、生平在不足20年的时间内，能在海峡两岸中国人的心目中引起如此强烈的共鸣，足见其观察法律与社会的思想及方法有独到之处。那么，韦伯的思想有哪些特点，又是如何影响一代中国学人的呢？这些都必须先作简略交待，然后才能对其质疑。

先说方法论。韦伯作为古典的社会学家，也是现代文化比较研究的先驱人物之一。他对中国古代法律观察的睿智之光就是在与西方宗教伦理及资本主义精神的比较研究中折射出来的。韦伯一生致力于考察“世界诸宗教的经济伦理观”，亦即试图从比较的角度，去探讨世界主要民族的精神文化气质与该民族的社会经济发展之间的内在关系，并在研究中形成了自己独特的研究方法——即“理解”及“理想型”的方法，学者又称为“类型学研究方法”。

在韦伯的研究中，“理想类型”可分为两种：一是“历史学的理想类型”；二是“社会学的理想类型”。前者如韦伯在《新教伦理与资本主义精神》一书中所经常使用的术语“资本主义文化”、“新教伦理”等。由于这种“理想类型”是在特殊的时空条件下形成的，亦即是在一定的历史进程中形



成的，因此又被称为“形成过程中的理想类型”；后者指韦伯所讲的“三种权力类型”，即指“克里斯玛型统治”、“传统型统治”、“法制型统治”。^①韦伯认为，合法性是统治的基础，合法的统治主要包括以上三种类型，但只有最后一种——“法制型统治”，才是唯一具有合理性与合法性的统治。韦伯认为，这三种“理想类型”虽在具体的历史进程中很少单独见到，但作为一种抽象原则或典型却又是在任何时空条件下都可能存在的，所以又称为“纯粹的理想类型。”一般所说的作为韦伯社会学方法论概念的理想类型，主要是指后者。

韦伯《新教伦理与资本主义精神》一书的译者于晓说：“‘理想类型’（ideal-type）是韦伯社会学理论中最重要的方法论概念之一。”^②质言之，韦伯在进行学术研究时，试图仿效自然科学研究中普遍采用的“理想模式”的方法，先对经验的、现实的对象或关系进行抽象，即先进行超验的、纯观念的研究，然后再以研究中假设的“理想类型”为参照坐标对经验的、现实的对象或关系进行理论解释。

当然，上述解释还是太过抽象，欲明了韦伯的思想方法还需对“理想类型”作进一步的阐释。第一，“理想类型”是一种社会学的研究方法，也是社会学分析的工具，该方法强调通过理想类型的主观建构去理解社会行动的客观意义。这句话是什么意思呢？我们知道，无论是自然科学，还是社会科学，人们都试图通过发现真实去理解自然现象或人类行动的意义。但自然科学的真实与社会科学的真实又有着较大的差别。自然科学的真实（即现象之间的规律性）可通过因果律来认识，一个结论正确与否，可通过实验去证实，而社会科学则不能。韦伯认为，与自然科学相比，由于社会科学的研究对象是人及人的社会行动，而人具有复杂的动机和意志，所以社会科学的概念建构就远比自然科学来得复杂和困难。因此，就社会科学之一的社会学而言，无论是发现现实的真实或者历史的真实，构成真实本身的素材或文本都不能自己发言，都必须通过研究它的主体——人的眼光去发现。发现意味着选择，选择就是有所放弃、有所保留。弃留的方法之展开表现为概念的建构，弃留的标准是所遇材料在研究者主题中的地位，凡与主题有重大意义的则留之，与主题意义不大的则舍去，故此称为“主观建构”。但主观建构并非随心所欲、埋头杜撰，而是以特定历史阶段的文化现象为对象所作的符合历史逻辑和规则的设想。为什么要

① 参见[美]莱因哈特·本迪克斯：《马克思·韦伯思想肖像》，刘北成等译，上海人民出版社2002年版，第319～452页。

② [德]马克思·韦伯：《新教伦理与资本主义精神》，于晓、陈维刚等译，三联书店1987年版，第51页。

作这种主观的“理想类型”的设想呢？在韦伯看来，这是由社会科学研究对象所具有的复杂性决定的。在人文科学的领域内，人是有目的有意识的行动者，人与人之间社会关系的因果性可不像自然界的因果性那样容易确定，往往只能从或然的角度去观察。人的社会行动总是或然的，而非必然的，故在人文科学中百分之百地发现客观、寻找真实，都是不可能的。因此，对人的行动之客观意义的理解必立足于个人而不是团体，必立足于精神而不是物质，必立足于主观而不是客观，这正是韦伯区别于马克思和杜尔凯姆的地方。韦伯说：“在社会学研究方法上，我一直力求把说明与理解结合起来，以建构起我称之为理解的社会学。所以我的社会学理论与实证社会学的理论存在着一些不同之处，比如与我同时代的实证社会学的重要代表法国社会学家杜尔凯姆，他的社会学理论主要是试图说明社会是什么以及社会是怎样构成的，论述的主要是会在各种不同领域内的外在表现。与杜尔凯姆不同，我的社会学研究主要集中在探讨社会生活的本质上，通过研究社会的精神气质和分析人们社会行动的动机进而把握社会行动的意义，我认为人们的社会行动既是主观的，亦是客观的，但是主观理解乃是社会学研究的独具的特点。”^①

第二，“理想类型”是一种逻辑的抽象，而非事实本身。换言之，理想型不是现实型，而是一种逻辑建构，它从来没有在历史、社会的真实里存在过；它只是一种抽象的概念，用以检验经验界的事实，掌握社会领域的复杂性。韦伯认为，只有通过这种清晰的理想建构来分析社会现实或社会行动，社会学家才有可能从经常是互动抵触的、混乱的经验材料中理出个头绪来，从而精确地显示事实最关键性层面。要做到这一点，必须对经验材料加以取舍。譬如，韦伯在研究宗教社会学的时候，首先从分析中古以来西欧历史的演变入手，从中选择出一些他认为是促成西欧资本主义之形成的“理想型”，然后利用西欧资本主义的这个“理想型”进一步检视其他异文明的相关因素，将之有机地构成那个异文化的社会“理想型”，再将这个异文化的社会“理想型”与西欧近代资本主义社会的“理想型”进行比较，以期近代资本主义为何只在西欧产生出来这个问题提供较满意的解释。

韦伯说：“我这里所说的理想乃是指事物在逻辑上的一种可能性。所以所谓理想类型并不是对现实的描述，而是把某种特定社会现象的本质属性而非一般属性加以集中的理性的构造。理想类型研究的社会生活的主观因素，也就是实证性加以集中的理性的构造。理想类型研究的是社会生活的主观因素，也就是实证社会学理论所忽视的那些独特的无法重现的文化因素。所以理想类型涉及选择，因此往往是片面地强调社会现象的某些特点，从而把许多混乱的、无

^① 王威海编著：《韦伯：摆脱现代社会两难困境》，辽海出版社1999年版，第271页、第274页。

关的、瞬间消失的具体现象加以综合起来，安排到一个统一的分析构造中间去。”^①

第三，“理想类型”是社会行动的类型。社会学的意义在于理解社会行动。所谓“理解”，有两层意思，即“观察性理解”与“解释性理解”。虽然这两种理解对社会行动的意义都是必不可少的，但韦伯强调的重点显然在于后者。就二者的意义来说，前者告诉我们什么正在进行之中，后者告诉我们为什么它会进行。例如，当我们观察樵夫砍柴的时候，我们只理解他正在砍柴，但不知他为何要这样做。只有当我们了解到他行动的原因，比如为了营利，为了养家糊口等，我们便获得了解释性的理解。韦伯想借此说明，只有参照一种更广阔的知识背景，一种社会行动才能被适当地理解和解释。再就社会行动而言，韦伯既立足于社会行动中的个人及由共同价值取向组成的社会群体的考察，又不把个人及特殊的社会群体的行为视为一孤立的现象。在韦伯看来，从理解的社会学所研究的基本对象即个人的社会行动的角度看，资本主义、儒教与道德等可以被看作是个人社会行动的方式；而反过来，新教伦理、禁欲主义和典范先知等又可以被看作是对个人社会行动方式的限制。这样一来，韦伯就把对社会行动意义的理解与社会现象规则的研究结合起来，使每一个概念都成为具有理想类型涵义的复合概念。

再说韦伯法律社会学思想的特色及其对中国学界的影响。韦伯一生中几部著名的著作并非法学专著，因此韦伯对法律的看法是立足于社会学的角度去研究问题的。此其一。其二，韦伯对中国法律传统的评估，既非立足于中国的法律史，也非立足于中国文化的内在理路，而是在论证西方宗教伦理——新教伦理（即文化气质）与资本主义生产方式产生的内在关系的整体框架下，把中国文化、法律当作异质于西方的“另一类”理想类型而立论的。当然，这些特殊的视角并没有抹去韦伯法律社会学的理论光辉，^②也没有影响他对中国古代法律所具有的敏锐洞察力。正是韦伯思想的独到之处才影响了中国学界几代法律学人。质言之，韦伯研究法律的方法及特色有三：一是立足于西方文化气质，寻求法律正当性的途径；二是以“类型学”的研究方法，排列组合、阐释历史进程中法律的不同类型（如形式的与实质的、理性的与非理性的等）；三

① 王威海编著：《韦伯：摆脱现代社会两难困境》，辽海出版社1999年版，第271、274页。

② 马克思·韦伯在法学领域所具有的高素质，得力于他年轻时所受的良好法律教育。据学者研究，韦伯的父亲是一个富裕的律师，韦伯本人18岁中学毕业后即进入柏林大学攻读法学专业，1886年通过法学考试，在完成法律史领域的博士学位论文《论中世纪商业团体的历史》后，韦伯还进行了法官或律师资格所要求的司法实习。此后，他于柏林大学取得讲师资格并主讲罗马法、日耳曼法、商法课程。参见[美]莱因哈特·本迪克斯：《马克思·韦伯思想肖像》，刘北成等译，上海人民出版社2002年版，第1~2页。

是强调不同文化形态下法律秩序传承者对法律传说的影响有着举足轻重的作用(如伊斯兰教下的先知卡的大师,基督教下的普通法系中的律师团体等),这些人的文化知识体系、价值取向、行为模式塑造了世界法系的传统。

二、韦伯的影响及其“类型学”方法论的偏颇

韦伯对中国学界的影响,固然在于他思想的深刻,但若不是与中国法制现代化的追求形成视界融合,断不能使其类型学研究方法风靡于学林。申言之,韦伯对西方法律正当性的追寻、描述与解释,既具洞察历史的深邃眼光,又特别迎合了现代社会众多法理、法史学者及研习法学的莘莘学子解说中国法律的口味。这个口味的特征有二:一是仰慕西方法治文明;二是鄙视或忽视本民族的传统。尤其是韦伯下述两个“著名”的论断,更是得到了学界及青年学生的热烈响应:其一,与西方文化的特质相适应,西方的法律(即近代资本主义社会的法律)是理性的、正当的;其二,这个理性的、正当的法律在历史进程中展现为“形式合理性”与“实质合理性”,并得出结论说,只有西方的法律才具备这种合理性。反观中国,中国传统的法律是“家产官僚制”下的法律,在此种形态下不仅形式的法学未能发展,而且它从未试图建立一套系统的、实在的、彻底理性化的法律。^①

虽然韦伯的著作本身并不包含对中国传统文化的特殊鄙视心理,但韦伯有关中国传统法律的论断却使现代法学界及其青年学生忽视或鄙视中国传统法律乃至中国法律史这门课程。

韦伯对我国法学界的影响既是思想的,也是方法的,既影响到中国青年学者及青年学生,也影响到上一代中国学人。翻翻放在案头的由当今法理、法史

① 韦伯对中国古代法律提出了不少睿智的观点,笔者虽然并不完全赞成这些观点,但对韦伯的学术深度常怀敬重之心。韦伯的主要论断如下:(1)西方中世纪城市中朝气蓬勃的市民阶级发展出的那些风格独特的机构,要么是至今根本不存在于中国,要么就是展示出一种完全不同的面貌。在中国,缺乏资本主义“经营”的法律形式与社会学基础。(2)家产制的国家形式,尤其是管理与立法的家产制性质,在政治上造成的典型结果是:一个具有神圣不可动摇的传统的王国和一个具有绝对自由和专横与仁慈的王国并存。这种情况无论是在中国,还是在其他各国,都会阻碍对这些政治因素特别敏感的工商资本主义的发展,因为工业发展所必须的那种理性的、可预见的管理与法律机能并不存在。(3)在中国并没有一个法官阶层,因为那里缺乏西方意义下的律师事务所。之所以如此,是因为中国福利国家的家产制度及其微弱的职权并不在乎世俗法律的发展形式。中国的家产政体,在帝国统一后,既没有考虑到强而有力且不可抑制的资本主义利益,也没有顾及到一个自主的法学家阶层。(4)特别值得一提的是,中国的法官是典型的家产制法官——以彻底的家长制方式来判案。也就是说,只要是在神圣的传统所允许的活动范围内,他绝对不会根据形式的律令和“一视同仁”来进行审判,情况恰恰根本相反,他会根据被审者的实际身份以及实际情况或者根据实际结果的公正与适当来判决。参见韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1993年版,第103页、第120页、第174页、第175页。