

CHUANTONGFAWENHUAYUYUFAZHIXIANDAIHUA

传统法文化 与 法治现代化

田成有 著

贵州人民出版社

九六年国家教委课题项目

云南省跨世纪学术带头人资金资助

传统法文化与法治现代化

田成有 著

贵州人民出版社

责任编辑 顾庆荣
封面设计 未 名

传统法文化与法治现代化
田成有 著

出版发行 贵州人民出版社
经 销 新华书店
印 刷 贵阳经纬印刷厂
开 本 850×1168mm 1/32
印 张 9 印张
字 数 178 千字
版 次 1999 年 1 月第 1 版 1999 年 1 月第 1 次印刷
印 数 1—3500
定 价 17.80 元
书 号 ISBN7-221-04882-7/D·180

社址邮编 贵阳市中华北路 289 号 550001

只有理性才能拯救
我们坠落的灵魂。

送邹永志老乡留存。

田成育。

2000年7月3日

CHUANTONGFAWENHUA YUFAZHIXIANDAIHUA

贵州人民出版社

田成有 著

传统法文化

与

法治现代化

谨将此书

献给教诲过我的所有老师

献给所有曾经帮助、支持、鼓励过我的人们

献给为中国法治昌盛、民主进步、勇敢迎接未来挑
战而不断苦苦思索的人

目 录

导论	传统中的法文化与法文化中的传统·····	(1)
----	----------------------	-----

第一章	中国传统法文化的基本精神·····	(8)
-----	-------------------	-----

一	众说纷纭的传统法文化·····	(8)
二	传统法文化的基本品性 ·····	(21)
三	传统法文化的发展样式 ·····	(31)
四	传统法文化中法律的产生、 发展与演进 ·····	(37)
五	传统法文化的社会成因 ·····	(42)

第二章	儒家法律思想 ·····	(50)
-----	--------------	------

一	儒家法文化的形成与演变 ·····	(50)
二	儒家法律思想中的德治思想 ·····	(54)
三	儒家法律思想中的民本主义 ·····	(59)

四	儒法两家法律思想要义	(66)
五	儒法两家法律思想的冲突与融合	(73)
六	儒家法文化在近代社会的 矛盾与挑战	(79)
七	儒家法文化近代化遭遇的 起因和结果	(84)
八	儒家法文化的失落与重塑	(90)
 第三章 中西法文化的基本差异		(96)
一	“天理”与自然法	(96)
二	儒家伦理法与西方自然法	(105)
三	人治设计与法治模式	(110)
四	中西传统法文化的内在差异与冲突	(118)
五	中国法的传统化与西方化情结	(126)
六	传统法文化对西方法文化的回应	(135)
 第四章 中国传统法文化的重建与再生		(148)
一	中国传统法文化的秩序价值	(148)
二	传统法文化中法统与法体的 优性遗产	(155)
三	传统法文化中“德主刑辅”的 现代意义	(159)
四	儒家伦理法对现代社会的积极作用	(165)
五	民本思想的转化价值与儒家思想的	

合理定位·····	(172)
六 从文化保守主义立场前瞻 传统法文化·····	(179)
七 转型期传统法文化的失语与 话语重建·····	(186)
第五章 转型期传统法文化与中国法治之路·····	(199)
一 社会转型与中国法治现代化的启动·····	(199)
二 转型期传统法文化创造性 转化的难题·····	(207)
三 后发外生型条件下中国法治 现代化的传统处理·····	(215)
四 西方现代法治模式与中国 法治之参照·····	(223)
五 西方两大法系与中国法治之借鉴·····	(235)
六 转型期传统法文化形而上的 缺失与代价·····	(241)
七 转型期中国法律的深层次 矛盾与消解·····	(248)
八 法治之路——伦理道德与法律 的整合·····	(262)
结 语·····	(271)
参考书目·····	(274)

导 论

传统中的法文化与法文化中的传统

人类正面临着“世纪换千”的历史关头,这不仅是时间维度的转换,同时更意味着文化精神的变迁。处于世纪之交的中国传统法文化,无法回避对自身进行深入的反省。

实质上,自近现代以来,古老的中华法系伴随着列强的入侵逐渐解体,近代仁人志士都一直未曾中断地反思传统法文化与现代化法治的关系。我们致力于建设有中国特色的社会主义法治,我们将在多大程度上和以什么方式吸收、摒弃先辈们的法文化传统?法治现代化能不能在传统中找到历史的资源?中国特色的社会主义法治,其根基该植向何方?法治的现代化能不能脱离本民族的传统,我们如何在伦理型的传统法文化中闯出一条现代化新路?这既是一个理论问题,更是一个现实问题,这些问题总在纠缠着法学诸子们进行苦思探索。

传统法文化是一个非常宽泛的词汇,往往有见仁见智的理解。然而不管作何种理解,对其研究都有很深的意义。这种意义不仅在于我们是中国人,情感上对传统文化有难以割舍的情结,而且更重要的原因在于我们得学会“用文化的眼光来阐明法律”,学会跳出就法论法的怪圈,不能仅局限于政治、阶级的分析模式,应把研究的视野深入到法律制度层面的背后,从过去看未来。“法律除了有经济决定、受政治影响外,它的面貌与特征还来自文化的遗传。无论是立法还是司法,也不管是法律研究还是日常的法律生活,都应当具有文化学的视野、思维方式和价值取向,应当把法律看作是活生生的人类文化生命形态中的一部分,一个系统。”^① 对传统法文化进行研究,站在古今中外大交汇的时空背景下思考法治现代化的走向和命运,我们分析法的思维也许将更为宽厚、深邃。在我们眼里,法律或多或少会改变那种作为统治工具的冰冷面孔,而有了更深刻的社会文化意蕴和强大的生命力,法律也不再是一些无血、无肉、冷酷的抽象逻辑规范,而是一把可以燃烧的火,一缕可以发亮的光。

鸦片战争以来,西方的个人主义、民主主义和法治思想,多多少少改变着我们的价值观念。内忧外患的生存危机和改革开放目睹中国民主法制比较落后的现实,很

① 俞荣根:《法律文化的冲突与整合》,载《现代法学》1994年第5期第36页。

容易使我们从理智上反传统,与传统决裂。但冷静想想,中国传统文化是一个有机整体,西方文化是另一个有机整体,两者都各有所长,并可融二为一,因而,完全反传统是做不到的,也是不可能的。“反传统本身其实也是一种传统,或者说,背负着传统反传统。”^① 在中国历史上,反传统最厉害的人如陈独秀、胡适、鲁迅及李大钊等,就高喊着要彻底摈弃中国传统的价值观,但在下意识中或个人行为上,却保持着他们对传统价值观念的留恋。鲁迅尖锐辛辣地揭露、剖析国民性格的劣根性,是为了让中国人挺起民族精神的脊梁;胡适极端地责备传统文化的“罪孽深重”,同样是为了让民族反省知戒,改过自新。他们反传统的理论激情,固然有西方文化价值观的理性引导,但更有着儒家“舍我其谁”、“为万世开太平”的救世情怀的内在驱动。

“五四”以后,持续发展的反传统已经过去,人们对传统文化的愤愤不平也并未产生实质性的影响。对传统法文化而言,真正的危机与挑战不是简单化的批判,而是社会的转型与变化所带来的挑战。战胜危机与挑战的方法也不是靠简单的恢复传统法文化,问题在于如何使传统法文化变成一种有活力的、有生命力的精神资源,在日益多元化的世界文化格局中发挥积极的影响,这是我们需要认真加以审思的。

^① 李拯纲:《文化忧思录》第249页,河北大学出版社1994年版。

今天,处于转型时期的当代中国知识分子们似乎碰到了前所未有的思想困境,那就是“传统的精华不能充分继承,传统的糟粕无法彻底扬弃;西方文明不能深入地引进,而欧风美雨不能严正地排拒,仇外与媚外的情结纠缠在一起。”^① 在从传统社会向现代社会过渡、转型的时期,我们已经感受到传统法文化中的积极因素和消极因素共同存活在我们的生活中,西方法文化与中国传统法文化共同影响着我们的行为,我们生活在一个多元重构的矛盾境地中,承受着多方面的文化引力。我们既面临着传统法文化的承传与创新的矛盾,又面临着传统法文化与西方法文化的矛盾。这些矛盾,一方面表现为传统法文化中的消极因素对现代化法治建设的阻碍,或者说传统法文化中的某些价值观念、文化心态和思维方式等将成为中国法治现代化进程的阻力;另一方面,现代化的法治进程也在对传统法文化进行选择 and 扬弃,现代法治的价值观念和意义体系正在消解和接纳传统法文化中无用和有用的东西。我们是否应该形成这样的认识:传统法文化既是我们迈向现代化法治和未来文明的阶梯,同时又是压在我们身上的沉重包袱。在对待传统法文化与西方法文化的态度上,我们并不轻松和简单,我们面临着进退维谷的挑战:“一方面从理智上讲文明,容易接受西方法文化的价值,但在感情上却排拒西方;另一方面在感

^① 李拯纲:《文化忧思录》第263页,河北大学出版社1994年版。

情上和中国的传统法文化难解难分,但在理智上却又要否定传统。”^① 处于现代历史转型期,中国人的内心矛盾冲突非常激烈,在文化选择上经常陷入难以超越的困境与困扰。

正如马克思所说:“一切已死的先辈们的传统,像梦魇一样纠缠着活人的头脑。”^② 任何一个国家的法治现代化都不可能在全部废弃自己传统法文化的“空场”上凭空产生出来,任何一个民族法文化的存在和发展,都有其内在的价值,都有一定的合理性。极端反传统,对传统法文化进行全盘否定,固然在推动中国法治现代化的进程中有一定作用;但是,通过全盘反传统的方法或全盘西化的途径建设现代化法治,并不是最佳方案。一味跟随西方法的发展,菲薄固有的法传统,这种单向度选择方式,必将导致民族自信心的丧失,不利于社会主义现代化法治的建设。正如钱穆先生所说:“倘使一民族本身无文化,专待学别人,其前途必有限,其希望必亦黯淡。我们是自己有文化,而且这一套文化又发展的很丰厚、很博大、很精密,深入人心,牢不可破,一旦要全部丢掉去学他人,其事更难。”^③ 正因为如此,对待传统法文化,我们既不能轻视,也无法轻视。有着悠久文明的文化古国,要进

① 杜维明:《现代精神与儒家传统》第437页,三联书店1997年版。

② 《马克思恩格斯选集》第1卷。

③ 钱穆:《中华文化十二讲》第2页,台北东大图书股份有限公司1985年版。

行现代化法治,就不能不考虑传统法文化的精髓,不能不思考传统法文化的出路与命运。正如爱因斯坦所说,轻视传统是愚蠢的,……我们应该努力去认识在我们所接受的传统中,哪些是损害我们的命运和尊严的,从而相应地塑造我们的生活。现代化道路决非一元的,西方社会以个人主义为主,法律泛滥成灾的模式并非唯一的理想形式,西方法自身暴露的矛盾和弊端也需要加以批判和解决。追求法治现代化的中国必须充分考虑到自己的国情和民族文化传统的特殊性,应以自己民族传统法文化为依托。让传统牵着鼻子走固然不是出路,然而盲目地跟着西方走更不是明智的选择。

在回顾 20 世纪现代化变迁的过程中,事实已经告诉我们:法治现代化离不开传统法文化的支援;接受西方法文化离不开本土法文化“生命”的恢复和民族主体意识的创造转换。我们的立场和思路是:要站在现代化的立场上梳理阐扬传统法文化,站在传统的立场上吸纳消化现代西方法文明。

黑格尔曾说过:“在科学里,特别在哲学里,我们必须感谢过去的传统,但这种传统并不仅仅是一个管家婆,只是把它所接受过来的忠实地保存着,然后毫不改变地传给后代。这种传统并不是一尊不动的石像,而是生命洋溢的,有如一道洪流,离开它的源头越远,它就膨胀的愈

大。”^① 我们研究传统法文化对现今法治建设的价值和影响,其基本的意义并不是把古人现代化,或者是把古人理想化,而是要寻求传统法文化与现代法治的理解和沟通,利用传统法文化的资源为社会主义现代化法治服务。我们唯愿不同的法文化在撞击中能够进行融合,古代与现代的法文化能在冲突中沟通。

我们生活在一个剧变的转型时代。我们目睹了古老传统法文化的碎裂以及传统法文化创造性转化的艰难,我们得在一个全球一体化以及思想多元化的世界中寻求我们自己的法治之路。

① 黑格尔:《哲学史讲演录》第1卷第8—9页。