

中国传统法律文化的现代转型

胡利明

由于礼治文化、地理环境、民族习尚和专制政治制度等因素的影响，我国的传统法律文化逐渐地形成一种独特的公法品格和制度特征。社会主义市场经济的确立和全球化浪潮等因素的影响，使我国传统法律文化正在向现代法律文化转型。本文从制度层面和价值层面对中国传统法律文化的现代转型进行阐释，并对它的源流作探讨。

一、中国传统法律文化

法律文化概念的理论界定，我国学界众说纷纭。有学者认为，法律文化即是法观念、法意识，所涉及的只是不同民族，不同地域，不同阶层的人们对法律及司法机构、法律职业家等的态度，对于解决冲突方式的选择、政府标准以及法律价值尺度等。〔1〕有学者也表述为，法律文化是人类文化的组成部分之一，它是社会上层建筑中有关法律思想、法律规范、法律设施、法律艺术等一系列法律实践及其成果的总和。〔2〕还有学者归纳为，法律文化是社会观念形态、群体生活方式、社会规范和制度中有关法律制度的那一部分以及文化总体功能作用于法制活动而产生的内容，即法律观念形态、法律协调水平、法律知识沉积、法律文化总功能的总和。〔3〕以及，法律文化是由社会物质生活条件所决定的法律意识形态本适应的法律制度、组织、机构的总和。〔4〕法律文化是一定社会对法或法律制度的观点和态度的形态，包括法律意识及法律制度运行机制等方面。〔5〕如此等等。总之，法律文化是法律实践活动及其成果的统称。

中国传统法律文化是中国几千年法律实践活动及其成果的统称，是指从上古起至清末止，广泛流传于中华大地的具有高度稳定性和持续性的法律文化，主要包括以下内容：传统法律文化集体本位的总体精神，无讼息争的心理倾向，德主刑辅的理论学说，视法律为工具的价值判断。〔6〕中国传统法律文化在其演进的漫长的过程中，逐渐形成了独特的公法品格和制度特征，在世界法律史上独树一帜。这种公法色彩浓厚而私法属性淡薄的特色主要表现在以下方面：〔7〕

第一、在法律观念文化上，强调“礼法合一”，“德主刑辅”，而“礼”作为一种差别性的规则体系，被奉为治国之道。其中，古代中国过分地强调刑法与刑罚的作用，而忽视了法的预防功能。而且将法让位于伦理道德，使法律道德化和道德法律化，以至于道德成为社会的主要调整性手段，法律只是对道德起辅助性的作用。

第二、在法律制度文化上，强调国家权力本位，皇权至上，权大于法，法律受权力的支配与制约。其表现为：首先，在立法上法自君出，君主为最高法权渊源；其次，在司法上行政长官兼有司法职权，司法与行政合一；最后，在法律结构体系上，表现为公法与私法不分，诉讼法与实体法不分，形成了以刑法为核心的单一的、封闭的法律体系。

第三、在法律心理文化上，息事宁人，平争止讼的法律心理普遍。一方面，“天人合一”的哲学基础造就了中国传统法律文化追求秩序和谐，从而带来无讼的法律心理。另一方面，以家庭为本位的中国传统社会，注重人的社会义务，而忽视个人的权利；重视集体、大局的利益，使得个体成员的诉讼必然会受到社会、家族和家庭观念的抑制。

中国传统法律文化在市场经济观念、经济全球化浪潮和人们对权利的积极追求与重视的共同作用下，

在制度层面和价值层面发生了转型。

二、中国传统法律文化的现代转型——制度层面

(一) 以刑为中心(重刑轻民)到以民为中心(民刑并重)

古代中国,法即是刑,法律就意味着刑法与刑罚,同时,刑也就是法。刑事性的法律规范不仅存在于应当由刑法予以调整的社会关系领域,而且在许多民事经济领域,刑法与刑罚也涉及到其中,使本来由民事法律调整的社会关系被烙上“刑”的印迹。这样,整个社会基本上是以刑为中心,重刑轻民是其突出表现。从古代的一些立法实践来看,所立的基本上是刑事类的法律,不论什么原因都可能违反刑律的规定而受到刑事处罚。特别是对民事事务的刑事化,民事活动受到极大的打击,因而经济的不发达是必然的。法律的高度刑事性使人们都认为法律是用来镇压民众的,而不是用来保护人民的权利的,这种重刑轻民的倾向的基础就是在经济上的重农抑商。

由于市场经济体制的建立,经济全球化带来其他各方面的全球化思潮,使得权利观念日益深入人心,进而导致基本理念和制度的变迁。由此导致法也不再是以刑为中心,而是以民为中心,民刑并重,刑法与刑罚是为民事领域的经济活动而服务的,刑法与刑罚被大大地限制,其作用的范围被大大地缩小。例如,中国目前已经制定了大量的民事经济类法律,其中最引人注目的是中国民法典的起草与制定,它为中国法律以民为中心奠定了最重要的基础,使民刑并重得到了立法上的认可。同时,中国现在的刑事案件比重日益下降,相对来说民事类的案件的比重却在上升,也验证了这点。

(二) 程序工具主义(低程序化)到程序正义的转型

程序工具主义或低程序化是中国传统法律文化的一个重要特征,主要是指这种程序只重视判决的实体而轻视判决的形成过程。即使有程序的存在,也只不过是实体服务的工具,自己本身没有独立存在的价值。具体表现在以下方面:1. 实体与程序不分,中国历来的立法重点是在实体方面,成文法典相当发达,却没有出现一部程序法典;2. 民刑不分,司法上没有刑事诉讼与民事诉讼的严格区分,民事案件的审判适用刑事诉讼的程序,采取刑事手段等;3. 从案件的审理来看,没有一套固定的应予严格遵守的规则,司法者可以随意启动和终止审判程序,庭审调查由司法者自己选择;4. 传统法律即使有程序性的规定,也是残缺不全的,没有一套封闭、有序、较为完整的程序。〔8〕

中国目前的情况是程序性的立法日益完善,其突出表现是在立法实践上有三部诉讼法的颁布并实施,另外,还有一些其他形式的程序性法律甚至是实体性的法律,也有相当多的程序性的规范,例如,《行政处罚法》中对程序作出了较为详细的规定,《仲裁法》本身就是一个关于程序性规范的立法成果。同时,特别是1971年罗尔斯《正义论》的发表,对中国影响巨大,程序正义得到了空前的重视,体现了程序正义的价值。

程序正义在中国逐渐具有独立性的价值,为公正的审判结果的产生发挥了积极的作用,可以说,程序正义的观念和做法保证了司法结果公正的实现,是因为,即使被认为公正的实体结果,由于没有遵循严格的程序,也会使当事人难以认为是公正的;即使实体上不是非常公正,但遵循了严格的程序作出判决结论,当事人也是可以接受这个结论的,因为程序的独立性价值日益深入到人们的基本观念之中,程序并不是可有可无的东西,而是不可或缺的法治因子。

(三) 法律属性的公法化到私法化

中国传统法律文化的公法属性基本上表现为法律的刑事性、刑法化和国家化,具有强烈的国家和社会的公的属性。具体表现为:一是法典的刑法化与刑事化,国家的法律基本上表现为法典;二是刑法的刑罚性与刑罚化,法律具有高度的惩罚性色彩,其实是一种刑法和被刑法化的官僚体制组织及行政执法等;三是民事法律也体现出刑法化的色彩,使民事法律刑法化,进而呈现出非民事化倾向。

中国传统法律文化的刑事性的社会原因中最关键的既不是商品经济的不发达,也不是社会的古老,因为当时所有国家都是这样的,最重要的社会原因是中国的国家权力观念发达,而且这并不表明中国法律文化的落后性,只是透视出这种法律文化的公法性国家政治性。〔9〕

法律文化的公法属性向私法属性的转型，是中国法律发展的必然要求。目前，中国法律更加趋向于私法化，谢怀栻先生说过：“法国民法典是19世纪初世界有影响的法典；德国民法典是20世纪初世界有影响的法典；我希望中国民法能成为21世纪初世界有影响的法典”。〔10〕例如，中国制定的法典基本上是民商事法律，最突出的例证是民法典的起草与制定，表明中国法律的走向正在向私法化发展；在司法上，人民法院审理的绝大多数是民事类的案件，而且有增加的趋势，其比重越来越大，而刑事类的案件却刚好相反，这样中国法律文化对外所体现的则是更多的私法性。

（四）法律体系的封闭性到开放性

中国的传统法律体系是非常封闭的，突出表现为法律的高度法典化，而法典化的体系造成与外界的交流与联系的减少，这更加剧了法律体系的封闭性倾向。原因大概有：1. 经济上中国以自然经济为基础，能够实现经济上的自给自足，与外界的交流与联系必然的减少，理所当然体现在其法律体系上是与外界的联系较少，另外小农经济属性也造就了法律体系的封闭；2. 政治上的高度专制，导致这种环境下的法律与法律体系必然与之相适应；3. 中国地理环境相对较大，这为人类的生存和繁衍生息提供了基本环境；4. 中国特有的宗法制度与宗法组织的封闭性，特别是家国一体化加剧了它的封闭性；5. 儒家思想成为古代中国唯一的思想渊源，思想上的封闭性导致法律体系的封闭性是必然的。

中国当前的法律体系正在逐步向开放性迈进，特别是中国改革开放以来，法律体系的开放性趋势越来越强。其重要原因表现为：1. 经济上不是自然经济，小农性的色彩也趋于消灭，取而代之的是市场经济的建立，市场经济本身就是开放型的经济，这为法律体系的开放性提供了经济基础；2. 政治上更加趋于民主，形成民主的基本条件是开放，也与法律体系的开放性相契合；3. 由于中国地理环境的封闭性是不可能改变的，可是中国采取的措施是进行全面与全方位的开放与交流，不仅在经济上，而且在法律文化上，促成了法律体系的开放性的生成；4. 中国的封建专制体制与对人进行封建统治的宗法制度和宗法组织基本上是消失了；5. 中国的法律思想也在朝多方位的发展，而不是以前单纯的儒家伦理化的思想束缚着人们，取而代之的是法律思想的多元化，从而导致法律体系的开放性。

（五）司法与行政的不分到司法独立

中国古代司法与行政的合一突出表现为司法行政一体化，即司法的行政化。〔11〕还有学者认为：“每一个官员不论中央行政机关还是地方行政机关的首脑，都拥有司法职权，官僚政治体制中的每一个机构都负有天生的职责来处理案件”。〔12〕主要体现在：1. 组织机构上传统中国的司法行政难以区分，中央虽有司法的专门机构，但要受行政的限制和制约；2. 司法主体上没有专门的司法人员，司法只是行政人员的职权之一；3. 司法权不是由特定部门来行使，同一级部门都有司法权。

章太炎提出了一系列的手段与措施保证司法独立，而且在《中华民国临时约法》中作出了明确规定。司法行政一体化到司法独立，是一种历史的必然趋势，我国的现行宪法规定司法机关依法独立行使审判权，其中《人民法院组织法》作出了较为详细的规定。同时，我国也从制度、物质保证、职业资格等方面作出了司法独立特别是法官独立的具体规定。

三、中国传统法律文化的现代转型——价值层面

（一）从法律集团本位（义务本位）到个人本位（权利本位）

中国古代社会从本位的角度来说说是“集团本位”时代，这种本位在古代中国有着深厚的基础，它极可能会对个人的权利进行干预和干涉，甚至淹没个人权利。因而，从一定意义上说，集团本位主义的实质就是义务本位和权力本位，与法律属性的公的性质密切相关。这种义务本位的扩展，最大的后果就是对个人权利的无视甚至毫无顾及地侵犯，进而不利人们对权利的进取，于社会与个人等都是不利的。

中国现代社会开始重视个人权利，并正向权利本位扩展，无论是从主体抽象人格及财产权的绝对保护，还是对个人隐私权和精神利益在制度上的确认，在立法和司法实践上得到充分体现。这种本位观念的提出和推广，对人们积极地创造财富起着不可估量的作用，其本身就是对人的尊重，体现了一种人文主义关怀。例如，中国目前的立法基本上是权利性的立法，确认和保护各种权利及各种权利的行使，最为注目的是物权法的起草与制定，这本身就是确认权利归属，以及对权利，特别是对私权利的保护，从而鼓励了人们对财富的进取心，促进了社会的健康发展。司法上，越来越多的诉讼案件是一些民事类的案件，要求

对权利的确认和保护的占绝大多数。总之，权利本位呈现出“权利化”倾向，并且日益强烈。德国学者耶林曾说过，为权利而斗争这句话深深地印证了权利本位的合理性。

（二）从法律的伦理化到理性化

中国传统法律文化的伦理化，并非指中国传统法律的全部内容都是伦理性规范，或者说所有的伦理规范都是法，而只是表明，儒家伦理支配和规范着法的发展，成为立法与司法的指导思想，法的具体内容渗透了儒家伦理精神。〔13〕这种伦理化的产生不是偶然的，而有一定的原因，主要表现为：1. 占统治地位的自然经济结构是其产生的经济原因；2. 宗法制度具有深厚的土壤和悠久的历史；3. 儒家思想为其提供了牢固的理论基础；4. 封建统治者对父权、族权特殊作用的经验总结。〔14〕同时，这种伦理化的思想在司法领域表现为司法人情化，它主要表现为：1. 司法审判案件时按“君臣之义，父子之亲”的道德原则去衡量而不是首先查清事实，分清是非；2. 司法判决不是首先寻找法律依据，而是考虑是否符合人情化的道德；3. 司法者经常受当事人的情感、生活状况等因素的影响。

中国目前正处在伦理化向理性化的转型的过程中，依法治国，建设社会主义法治国家的目标提出以后，人们处理各种事务基本上根据法律的规定。伦理化的道德虽然不能完全被消除，但至少可以在一定的程度上得以减少。中国制定法律的本身就是对伦理化道德的否定，使中国社会中法治因素与理性化的因子增多，全社会呈现出一种理性化的良好态势。这反映到人们的思维中则是更多的理性，而非非理性和伦理化的道德。需要说明的是这里并不说道德没有任何作用，只是中国目前的法律正在呈现出理性化的趋势。

（三）从法的精神的人治化到法治化

法的精神是指构成法的各种关系的综合与抽象，也就是法的质的规定性，这种规定性直接决定于法的意志，意志具有专制性，也具有民主性；前者表现为人治，后者表现为法治〔15〕。人治在本质上来说所体现的是拥有极权的个人或极少数人的意志蕴含这种意志的法既是极权的一部分，又是维护极权的工具，从政治上构成了一种专制的模式。〔16〕这主要表现为：1. 人治在政治上的表现的不是民主和宪政，而是专制；2. 人治并不是没有法律，法律只不过是实行专制的工具而已，是通过法律进行专制的统治；3. 人治通过法律来对社会进行控制，但法律并不是社会的权力基础，是国家机器的工具，表现为权大于法；4. 古代中国社会的人治表现出高度化的极权。

中国向法治化的转型也是很明显的，特别是改革开放以来，这种趋势得到了较大的发展。依法治国，建设社会主义法治国家，后来被载入我国的宪法，这种法治观念与方法被提高到了宪法层面，同时也在其他的一些法律中得到了具体的体现。司法实践中，法官的基本观念也正在向着这一方面发展，他们运用法治的思维对案件进行审理，所得出的判决结论必然是法治化的结论。我国现在的法治既包括硬件性质的法治，也包括软件性质的法治，前者是依据法治的精神而被奉为的法制原则以及由这些原则所决定形成制度的法律内容及表现方法；后者是法治精神，即对法律至上、权利平等观念的认可和运用。中国目前的法治正在重视这两方面的内容，但更重要的是对法治精神的培养与塑造。

（四）从法律价值由“无讼”到正义

古代中国人“无讼”，“贱讼”，并不是真正地对诉讼本身的鄙视，而是害怕诉讼，厌恶诉讼，其原因为：1. 不体面的诉讼有辱人格的诉讼程序；2. 官司（不管输赢）会导致“结仇怨”，“乖名分”等不良后果；3. 诉讼中易受讼师撮弄敲诈，不得不低声下气屈己求人。〔17〕概言之，古代中国人是以自己的利害为出发点，而不是对诉讼本身的道德或者价值评价为出发点而去无讼。〔18〕从宏观层面看，“无讼”的原因有：1. 地理环境的封闭性与农耕文明；2. 小农经济和重农抑商的经济因素；3. 宗法文化与宗族组织制度；4. 思想文化渊源是中国文明的法自然；5. 无讼的社会根源是家国一体的政治体制；6. 政治根源是和谐与稳定。

目前，中国的法律价值取向正在向正义与公平的方向发展。例如，中国现在的立法需要遵循法定的立法程序，这种程序并不是可有可无的，而是保证立法正义的必然性的措施，只有通过这种立法程序制定出来的法律才是正义与公平的法律。因此，从价值层面来说，立法的过程就是对立法正义的永恒追求的过程。司法实践中，具有正义观念的法官越来越多，其法律思维也具有正义的因素，特别法官对个案的审理与判决的本身，就是一个对正义与公平的追求的过程，是在动态的过程中实现法律的个别正义，通过正义化的程序审理案件所得到的结果也应该具有正义性，法官对每个案件的正义的不断的实现，在整个社会的范围来看，最终也可以达到全社会一般正义的实现。总而言之，通过法律来实现正义是我们的一般经验，对法律的制定和对法律的运用其实就是不断地实现一般正义与个别正义，在共同的协调中实现最大优化的正义与公平。这种公平与正义的观念与精神在现在的中国正在广泛地传播，逐渐渗透到广大民众的日常思维中。

综上,中国传统法律文化在制度层面和价值层面发生了现代化的转型,为市场经济的发展提供了法律文化上的精神支持,进而为判例法在中国的生成和发展奠定了文化基础,在宏观上对中国实行判例法提供了法律文化环境,从而加速了判例法之中国化进程。

【注释】

- (1) 慕槐. 法律文化随想〔J〕.法学研究,1989,(2):71.
- (2) 刘学灵. 法律文化的概念、结构和研究观念〔J〕.河北法学,1987,(3)18.
- (3) 季卫东. 中国文化的蜕变与内在矛盾〔A〕.法律社会学〔C〕.太原:山西人民出版社,1988,225.
- (4) 刘作翔. 论法律文化〔J〕.法学研究,1988,(1)16.
- (5) 武树臣. 中国法律文化探索〔A〕.五四法学论文集〔C〕.北京:光明日报出版社,1989,279.
- (6) 于语和、施晓薇. 中国传统法律文化释义及其与西方的比较〔J〕.山西大学师范学院学报,2001,(2):13.
- (7) 夏利民. 传统法律文化与中国法制的现代化〔J〕.首都师范大学学报(社会科学版),1999,(6):16-17.
- (8) 黎桦、叶楹平. 司法现代化若干问题研究〔J〕.科技与法律季刊,2001,(2):95.
- (9)〔11〕〔12〕〔13〕〔14〕〔15〕〔16〕张中秋. 中西法律文化比较研究〔M〕.南京:南京大学出版社,1999,274;427;286;120-121;130-133;274;278.
- (10) 江平. 沉思与怀念----纪念谢怀栻老先生〕.
<http://www.civillaw.com.cn/weizhang/default.asp?id=12739>,2003-5-9/2003-6-8.
- (17)〔18〕范忠信. 中国法律传统的基本精神〔M〕.济南:山东人民出版社,2001,246;247.

来源:《西南交通大学学报(社会科学版)》2004年第1期

发表评论

用户名: (3 - 20个字符)

电子邮件:

用户评论:

发表评论

重置

用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

[中国法律文化](#) | [About law-culture](#) | [关于我们](#)

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720