

[网站首页](#)[学科简介](#)[学术综合](#)[著作推荐](#)[教师队伍](#)[课题项目](#)

著作推荐

[专著推荐](#)[精品教材](#)[热点文章](#)

李其瑞：中西法律传统的比较

更新时间: 2015/5/24 6:16:17

中西法律传统的比较

李其瑞

对法的历史与传统的关注是19世纪法理学的特点[1]，进入20世纪以后，由萨维尼创立的历史法学派所倡导的“历史兴趣”在法学领域里逐渐消褪，并逐渐演化为一种法学研究的历史方法而被体系、内容更为宏大和现实的社会法学所吸收。如此，法律与历史传统的联系，也就由一种历史学意义上的理论联系转化为一种现实联系。正如庞德所说：“上个世纪（指18世纪，作者注）的各个学派是在自然法学派的消亡中兴起的，而今天（指20世纪）的各个学派则是在萨维尼学派的消亡中兴起的。历史法学派对今天的法律思想的影响，同自然法学派对19世纪上半叶的法律及法律思想影响一样显著。”[2]庞德所强调的这种影响给我们非常重要的一个启迪是，现代法理学理论及其方法必须建立在传统之上。当然，我们这里不是在讨论历史法学派的功与过或者是与非，而是从历史法学派理论特征中可以唤醒我们对法律传统的关注[3]。因为，有关法律传统的话题是每次社会变革、法制进步时倍受人们关注的法学论题之一。一方面现代化的法律制度是法律传统的延续和发展；另一方面对法律传统的态度及其认识程度处处影响着人们如何建构现代社会的法律制度。中国是世界上传统深厚的国度之一，在中国法制现代化的道路上，传统的力量无时不在影响着每一个人中国人的法律生活，乃至中国法律发展的未来走向。所以，对法律传统一词的界定，对中国与西方法律传统的各自特点进行比较分析以及如何处理传统与现代性的关系，就显得尤为重要。

一、何谓法律传统

传统一词，从汉语的语义上看，有沿传、流传之意，一般指由历史沿传下来的思想、道德、风俗、艺术、制度等。著名学者段秋关先生讲，传统是“传之未短，统而不乱”[4]。《牛津法律大辞典》对传统的定义是：“在特定文化中发展起来的信仰、风俗、习惯和惯例的集合体，它们因连续不断而具有其连续性。”[5]美国法学家伯尔曼在其《法律与革命》一书中认为，要了解法律传统应注意两个主要事实：一是它持久的年代非常久远，且每一代都在前一代的基础上有意识地进行建设；二是这种持续发展不仅是一个变化过程，而且还是一个有机发展的过程。[6]比较法学家梅里曼也指出：“法律传统是关于法律的性质，法律在社会和政治组织中的作用，法律制度的相应组织和实施，法律在实际上怎样以及应当怎样制定、适用、研究、改进和教育等根深蒂固的受历史条件制约的一种态度。”[7]可见，法律传统的概念总是同“流传”、“发展”、“持续”、“历史”等词相关联。但从内容上看，法律传统并非仅指法律规则和法律制度本身，它还包括着法律的实践活动以及人们对法律的认识活动。也就是说“法律传统不仅包括法律制度、印在书本上的法律条文和判例，而且还包括在实际生活中的运作、法律教育、法学研究等全部法律活动中所积累起来的经验、智慧和知识”。[8]不论人们对法律传统一词有多少种解释，我们可以看到它至少应包含以下几层含义：1、法律传统是法律制度、法律规则、法律价值、法律概念与思维方式的集合体，而不应将其仅仅视为某一种规则体系；2、法律传统上述内容时间上的沿传过程，它不包含法律现实中偶然因素及没有持久性的成分；3、法律传统是在被有意识地不断改造和完善下形成的。在一个特定国家、地区、民族或具有某些共同特征的国家集团中法律规则、有关法律的看法、思维方式以及工作方式等都是法律传统的组成部分。

一般来说，由于法律传统是在长期的岁月中发展起来的，是人们从事法律实践活动的过程中长期起作用的一种“定势”，因而具有容易被人们接受的权威性和感染力。如普通法系国家法官戴假法穿法袍的法律习俗，就是法律传统最典型的一种表现形式。再如，民法法系所具有的成文法典的立法模式也被人们视为一种典型的立法传统。另外，法律传统还被人们不断地有意识的加以改造，使原来属于某一法律体系重要的法律传统，可能会逐渐地被新内容所替代。19世纪欧洲法学的遗产之一“潘德克顿”式的法条主义，由于对法的合法性问题缺乏一种价值的体系和评判标准，而正在让位于强调政治和法律合法化的理论学派。[9]如哈贝马斯、罗尔斯就属于这种情况。这种变化就是法律传统自身更替、演化的一种表现。因此，法律传统作为一种规则、制度、思想和工作方式的集合体，具有自治性、连续性、完整性和不断发展的特性。同时，法律传统

还作为一种文化在传播和发展。这样,某一法律传统就可能不仅仅局限于一个国家或民族,而为诸多国家和民族所共有。

对法律传统的理解还要注意这样一个问题,那就是对许多现代人来说,传统的法律就是旧的法律,与现代文明相去甚远的法律。实际上这是一种误解。法律传统本来是有许多次传统组合而成,每个次传统可能会有不同的命运,或死亡或生存、或衰落或发展。那些能生存与发展的次传统,就是和现代法律有共生性的法律传统的组成部分。如果说法律传统仅仅是过去的、封建的、或中世纪的,那么当今世界的法律就成为一种没有历史连续性和完整性的僵死体系。法律传统是历史沿传和发展的产物,今天的法律正是传统法律的延续,也是明天法律的传统。

二、中国法律传统的特征

中国的法律传统的特征可以做这样的概括,那就是它主要源于古代的法律制度及其观念,其核心是法律没有与伦理区别开来,可以说中国的法律传统实际上是一种政治伦理传统。

之所以这样说,是因为我这里把我们所要继续的话题作了限定,也就是我把中国法律传统界定为19世纪以前一直独立发展的法律典章制度及其法律价值的总和。[10]中国的法律传统是在中国人特有的关于社会秩序的概念上形成的,它认为决定世界安定和人的幸福的是和谐(Harmonization)。和谐包括两个方面:一是人与自然的和谐,人的行为应该与自然秩序相一致;二是人与人之间的和谐,在社会交往中人们应该讲和解释精神与协调一致。基于此,中国人建构了以和谐为核心的法律规则体系,把法律与人伦道德紧密的结合在一起了。这样“以纲常伦理为主要内容的儒家文化,被统治者奉为国家文化,是教育与科举考试的根本依据,也是立法与司法的指导思想。——它决定了中国特有的传统”。[11]因此,中国的法律传统实际上是由道德、礼仪、风俗、法律结合而成的一种规则体系。在中国人看来,解决争端和纠纷的办法不应受法律框框的限制,而要符合天理和人情。这种规则体系的理论基础是儒家学说——礼教。礼被视为是养成宽仁温厚、维持良好秩序以及抵制邪恶的极其适当的方法,遵守人伦常礼替代了对法的遵守。这不是说中国的法律传统在否认和排斥法,而只是法律成为在万不得已时才使用的一种方法。中国人这种与西方人截然不同法律认识,在其社会的发展中起到了重要作用。也正是基于这种认识所建立起的法律制度,维系了中国几千年的社会结构和社会模式。正如孟德斯鸠所说:“中国统治者就是因为严格遵守了这种礼教而取得了成功,——生活上一切细微的行动都包罗在这些礼教之内,所以当人们找到使他们严格遵守的方法的时候,中国便治理好了。”[12]

中国社会在19世纪末开始发生重大的变化,但那种把法律、习俗、礼仪结合起来的法律传统并未因此而消失。尽管这时也参照了西方的法律模式制定了自己的法典,从表面上吸纳了许多西方的法律原则和经验,但在这种表象之后,传统的法律观念仍在中国继续存在。如果法典与人们的道德观念发生抵触就不起作用,人们仍然倾心于由长者、有威信的人或邻里来调解他们之间的纠纷。虽然这时已不再强调过去所推崇的社会和谐,但重视人的道德修养、偏重化解纠纷的法律传统仍不同于西方社会和其他民族。在中国,由于历史上从未出现过与皇权相抗衡的任何权力(Is Power, not right),尤其是教权一直是依附于王权之下的,也就不可能出现西方社会那种王权与教权相分离过程中而产生的具有妥协、制约性质的法律制度。因此,可以说中国的法律传统从实质上讲只是一种世俗的政治伦理传统,它是以德治、礼治、人治为框架建立起来的社会规则体系。也正是如此,西方学者才把中国古代的法律制度视为不同于其他法律制度的“中华法系”。

在1949年中国社会主义制度确立后,由于受上述几千年主要依赖道德教化的传统规则体系的影响,以及盲目接受前苏联的法律制度和法学研究模式,使中国长期没有树立起法律应有的权威与地位,“法律至上”、“依法治国”对中国人来说是陌生与遥远的。这样,“新中国建立后的最初30年,法律也主要是对敌人实行专政的工具,社会主义的意识、政策和道德,才是建国治国之本。”[13]实际上,这种治理社会的方法仍然是中国传统政治法律制度的另一种表现形式,其中,法律是对付“小人”与“敌人”的工具,政策和道德则是解决人民内部矛盾的“良策”。自中国改革开放以来(20世纪70-80年代),随着适宜法治国家生存土壤的市场经济的确立,中国新的法律传统才逐步建立。

三、西方法律传统的特征

西方的法律传统主要体现在民法法系和普通法系的共同特点之中,其核心是法律能与其他社会规则和现象区分开来,并强调法律在至上性。西方的法律传统往往被认为是一种经典性的法律传统。这种认识可能受

两个因素的影响：一是自古罗马以来，在西方的社会交往中，法律文明占据了极其重要的地位，并由此建立了系统的法律思想和学说体系；二是自近代以来的西方社会，法律一直可以区别于政治、宗教、道德和其他社会规则体系的一种制度体系。虽然其中也有政治、经济、文化等因素的影响，但法律本身在社会中占据的重要位置，以及完备的法律规则体系，无疑是人们推崇西方法律传统的重要原因。以至于许多国家和民族把法的现代理解解为效仿西方法律传统的“西化”，纷纷以西方社会的法律为蓝本来构建自己的法律制度。这种倾向是否正确，在此我们暂不讨论，但仅从这一点足以表明西方法律传统的影响之大，流传之广。

西方法律传统何时形成？对此，西方学者有着不同的看法和见解。如伯尔曼就认为西方法律传统形成于11世纪末至13世纪末这两百年中，并指出这一阶段的教皇革命及其所引发的教会与世俗两方面的一系列重大变革，是西方法律传统得以产生的基本因素。“正是这次全面的巨变产生了西方法律传统”。[14]而英国史学家梅兰特则把它定位于12世纪，并声称12世纪是一个法律的世纪。法国比较法学家勒内·达维也指出，13世纪以前，欧洲是法观念的淡漠时期，罗马人以其才华建立的法律制度被以领地范围为习惯所取代。但随着13世纪以后的罗马法复兴，法律才在欧洲无争议的占据了统治地位。

从他们对西方法律传统的论述看，西方法律传统虽说早在古罗马的法律中已孕育而生，但其完全形成的标志应该以西方社会两大法系（即民法法系和普通法系）的形成算起。而且，随着这两大法系的逐步完善，法律传统也不断地改革自身并得到进一步发展。因此，西方法律传统的主要内容和特征也就集中体现在两大法系的共同特点之中，这主要可以概括为以下几个方面：（一）法律制度可以同宗教、政治、道德、习惯等其他社会制度区别开来；（二）有专门化的从事法律活动的法律机关和专职人员；（三）有专门的法律教育及研究场所，而且法律制度被概念化和系统化到相当程度；（四）法律具有高于政治权威的至上性，一切权力都应该服从于法律。所有这些都是西方法律制度区别于其他地区，尤其是中国法律传统的显著特征。

西方法律传统从其形成的时代起，就经历了包括理性主义在内的各种思潮和价值观念的影响，但无论是在哪种思潮和价值观念影响下的法律改革，都应该被看作是西方法律传统整体发展变化的时间上自觉连续性的一部分。如果不克服某一时期或阶段与法律本身相关的思想或行动的狭隘性，就难以逾越某一派别或学说关于法律发展的界定，从而无法对超越国别和民族的法律传统给予科学的说明。

四、如何看待外来文化对本国法的影响

每一种法律传统都是具有不同民族特色的社会规则体系及法律文化的历史积淀，呈现出一种多元化的状态。这是由于，一方面，不同的民族及其社会文化背景会造就出不同的法律规则及人们对这些规则的不同认识；另一方面，每一个国家或民族法律的发展和完善过程中又不可避免的要吸取、借鉴其他国家或民族的有益经验。比如，“当代的中国法律制度至少在形式上已经是由各种外来的法律制度、规则、概念、术语所构成。无论英美法、西欧法、前苏联法和日本法都对当代中国法律有着或有影响。随着对外开放与国际交往的增加，外国法律的影响可以说仍在增加。”[15]当然，承认这种影响并非说中国的法律传统就不存在了，在中国社会中，特别是在农村中，许多带有传统法律文化色彩的民间规则仍在组织着社会生活，调整着人们之间的纠纷和矛盾。描写中国农村生活的一部电影《秋菊打官司》[16]就反映了传统规则在实际生活中的作用。可见，中国社会虽然吸取了西方法律的许多形式甚至包括西方法的精神和原则，但是传统还在起着潜移默化的作用。因为，一个民族很难想象在传统业已枯竭以后会是怎么样的。这可能就是吉尔兹所说的法律也是一种地方性知识吧。

基于此，我们可以认为每一种法律传统都有其明显的民族色彩和地方特色，尽管中国的法律传统从某种特定的法律定义出发，很难说它就是一种法律，然而无法否认与这种传统相联系的理念和行为方式仍深刻地存在于中国社会，规范着中国社会，特别是中国农村的和少数民族的社会生活，[17]影响着中国的现代国家制定的法律的实际运行及其有效性。这样，尊重地方性和本土性是一个国家法律具有生命力的重要条件。那种把中国人的经验装入西方的概念体系的做法，只能把中国法制现代化引入歧途。相反，如果故步自封，绝对排斥外来法律文化的影响，过分强调民族和本土化的态度，也是缺乏理论气度的狭隘认识。在传统与现代之间，固有文化与外来文化之间，并不是只有“非此即彼”一条路。西方文化固然先进，但它毕竟是另一种历史经验，而且是一种与中国迥然不同的历史经验，在中国让一种陌生的经验取代固有的一切是不现实的；同样，要中国回到历史固有的旧经验中也是不可能的。但这种不可能并不意味着外来法律文化的移植和借鉴是不可能的，只不过这一过程决不能离开传统而独立完成。因为，文化的交流是推动人类历史发展主要动力之一。在这里，关键是一个“交”字，向一边流不能称之为“交流”。中国古书上说：“有容乃大”，肯于和善于吸取外来的好东西，“海容百川”，所以能成其为大。[18]所以，科学的法治现代化方案只有在尊重传统、尊重社会成员的心理、习惯和文化观念的基础上，吸取、借鉴外来法律文化中的有益经验，才能设计出符合本民族特点的法治之路。

[1]、博登海默认为,历史法学派也许是刺激历史兴趣复兴最重要的因素,而这种历史兴趣则是19世纪法理学的特点。参见(美)埃德加·博登海默:《法理学.法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第85页。

[2]、(美)罗斯科·庞德:《法制史解释》,曹玉堂、杨知译,华夏出版社1989年版,第2页。

[3]、按照庞德的概括,萨维尼的历史法学派的特征有三:一是法律是发现的,而不是制定的;二是法学说的哲学基础应替换为历史基础;三是法律规则的基础是社会力量而非道德实体方面的内容。参见2第15-17页。

[4]、段秋关先生对传统一词的八字概括可以理解为四个方面:长久的历史形成,内在的多元整合,强劲的生命延续和实际的现实影响。

[5] 《牛津法律大辞典》,光明出版社1988年版,第891页。

[6] (美)伯尔曼:《法律与革命—西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第6页。

[7]、(美)梅里曼:《民法传统》,美国斯坦福大学出版社1985年版,第2页。

[8]、朱景文:《对西方法律传统的挑战》,中国检察出版社1996年版,第1页。

[9]、“潘德克顿”是德语学说汇纂一词(Pandektenrechts)的音译。是19世纪中叶以后,历史法学派中的以温德沙伊德(Bernhard Windscheid 1817—1892)代表的一派,在研究《学说汇纂》基础上,创立了学说汇纂法学(潘德克顿法学),为1900年《德国民法典》的制定奠定了基础。参见李其瑞、张洪斌、柯岚著《比较法导论》,陕西人民出版社2001年版,第49页。

[10]、严格地说,中国法律传统应包括古代、近代以及现今社会主义市场经济法律体系建立以前各阶段的法律制度及其学说。但我认为,对现今影响最大的仍是19世纪以前的中国古代法律传统。

[11]、张晋藩:《中国法律的传统与近代化的开端》,载《政法论坛》1996年第5期。

[12]、(法)孟德斯鸠:《论法的精神》,商务印书馆1982年版,第313页。

[13]、陈弘毅:《中国法治新传统的建立》,载《法律科学》1996年第3期。

[14]、(美)伯尔曼:《法律与革命—西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第627页。

[15]、苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第53页。

[16]、《秋菊打官司》讲的是中国西部农村的一个纠纷的过程。一位村民同村长吵架，骂村长“断子决孙”（村长有四个女儿），这话在农村很伤人的，愤怒的村长于是与村民打起来，向村民的下身踢了几脚。村民受了受伤。这位村民的妻子—秋菊为此非常愤怒。她认为村长可以踢他丈夫，但不能踢那个地方。她要为此讨个“说法”，要领导批评村长，村长认个错。但由于伤害的也不重，乡里的司法助理员没给村长正式处罚，而是试图调解一下，但这种调解秋菊不满意。秋菊来到了县城和省城，在律师的帮助下，上级派来了公安人员调查，发现村民受到了轻伤害，应当受到治安处罚。于是，村长被抓走判了15天行政拘留。当秋菊得知村长被抓，秋菊说“怎么把人给抓了，我只要讨个说法”，她不理解为什么法律是这样运作的。

[17]、中国是一个多民族的国家，每一个民族都有自己的风俗和习惯，这些融入社会的，被人们当作天经地义的社会规则，时刻都在起着理所当然的作用。如中国西藏、青海的藏族中所盛行的“赔命价”，就是民间规则与法律冲突的一个典例。

[18]、参见季羨林《东学西渐丛书》总序，载《中国传统法律文化对西方的影响》，河北人民出版社1999年版，第1—2页。

关闭

Copyright© 2015—2020 nwjurisprudence.nwupl.cn 西北法学理论网 All Rights Reserved

西北政法大学法理学教研室主办 网站专用信箱: xbjuris@qq.com

中华人民共和国工业和信息化部备案/许可证号: 陕ICP备09024401号