

中国近代以来法律文化发展考察

潘大松

中国近代以来法律发展的历史进程，是在西方资本主义法律文化和中国传统法律文化的撞击和冲突中展开的。本土法律文化和外来法律文化，作为对立体系的融合、吸收本来就是不容易的事件，更由于中国封建传统法律文化的强大和特殊的历史原因，这一过程就显得更为复杂和缓慢。对于这一过程进行历史的考察和分析，从中获得一些有益的启示，对于我国的法制建设，重建中华民族的法律文化，都将是有积极意义的。

中国的传统法律，在世界法律体系中，是一种独立的、有重大特色的法律文化形态。几千年来，尽管时移势易，沧桑变换，中国法制的历史，具有十分明显的内在联系性和发展因袭性，长时期在中国社会发挥效能，改变它是很不容易的，而且长时间以来，由于中国自身的发展也没有使人感到有从根本上改变，用另一种类型的法律来取代的需要。

到了鸦片战争后，这种需要却变得非常迫切。一向自恃的“天朝大国”，突然在西方列强的欺凌中成了落后的弱者。这就使一些头脑清醒的人不能不认识到，如要富国强民，救亡图存，只有“变法维新”改变中国传统的法律制度。这种需求由于世界上有一种先进的、截然不同的法律体系的存在，在对照中愈形强烈。变法，别无他途，只能从西方“引进与移植”。康有为认为：“变法者，须自制度法律先为改定，……请先开制度局而变法律，乃有益也”（《戊戌变法》康南海自编年谱）。“今宜采罗马及英、美、德、法、日本之律，重定施行”（《戊戌变法，上清帝第六书》）。他认为清王朝国势之危弱是“法弊”所致，因此“非变通旧法无以为治”（《戊戌变法，上清帝第二书》）。严复在介绍、宣传资产阶级法制时，觉察到“泰东西之政制，有甚异而必不同者，则刑理一是也”（《厚富》戊部篇按语），即指中西国家“政制”之异在于法制，两相比较，竭力推崇资产阶级法制。沈家本也认为“为政之道，首在立法以典民”（《寄簠文存，旗人遣军流徒各罪照民人实现发配折》），主张考古律，译西法，取“彼法之善”以补己法之“不善”（同上，裁判访问录官）。在这种形势下，清王朝自1920年沈家本模仿欧陆、日本法律，修订大清法律开始，中国法律发展的原始演化进程，受到了西方法制的冲击，“数千年未有变局”的法律制度发生了巨大的离析与整合，从而产生了极大转折。

首先，一些启蒙学者翻译了一批西方法律书籍，在一定程度上介绍并宣扬了近代资产阶级的法治观念，社会舆论咸以法政为立国之本，培养了一批法学专门人才，打破了官府垄断律学的状况，冲破了封建专制对法学思想的束缚，使法律成为一门独立的学科，中国近代意义上的法学“于焉萌芽”（同上，法学会杂志序）。

其次，司法机构不同程度地参照英美，特别是日本的体制进行改革。1906年清政府按三权分立原则，在省会及商埠等地设立地方审判厅及初级审判厅，并介设律师及陪审员，1905年在上海创办巡警，并根据西方监狱经验筹建了模范监狱。

最为重要的是，沈家本仿照资本主义国家的法律，起草了新的刑律、商律和法律，借鉴和

吸收了大量西方资本主义的近代法律成果，从法律形式、体例、概念、原则、制度、术语、结构和分类方法都几乎照搬了大陆法系特别是德、日的东西。“这是中国法制史上由封建统治者自己进行的一次重要的法律改革，这是在中国封建法律向半封建半资本主义法纪转化的开端”。^① 杨鸿烈先生也曾对修律始作俑的沈家本作了如下评价：“中国法系全在他手里承先启下，并且又是媒介东西方几大法系成为眷属的冰人”。^② 沈家本修法实为开中国法律“西文化”之先河，中华法系从此便丧失了它的独特性质。

二

法的现代化决不仅仅意味着引进现代国家的法制，改进立法，制几个法典，设几个机构就能完事的，当一个国家对所引进的那个法律的自然演化过程视而不见，却致力于将其结果“移植”到异质社会中，法律将会与社会现实生活脱节，并且也是毫无实际效用的。一般而言，外来法律和制度的引进应包括两个层次：第一个层次是法的形式、技巧、概念、原则、制度等表层东西，这对于一个社会来说是相对容易的，通过一场变革或革命就可完成。第二个层次是引进法的意识，法的价值观念，以及与法律相适应的文化条件和社会环境，这是极其艰难的。只要我们考察一下西方法律制度引进后，在中国这一文化形态迥异的社会中的命运，这一问题就显得十分清楚了。

沈家本修订的几部法律，由于清王朝的灭亡，尚未来得及颁布，便夭折在襁褓里，自不待说。辛亥革命后，建立了资产阶级共和国，在法制上的成果，就是一部《中华民国临时约法》。这部中国历史上硕果仅存的资产阶级宪法，确立了资产阶级的政治原则和法制原则，如三权分立、自由、民主等等。但是，它面对强大的封建复辟势力，缺乏民众的信仰基础，没有与之相应的社会条件及合理的权力结构，所谓的宪法也不过是用以装装门面的一纸空文，丝毫没有能够阻止袁世凯登基做“洪宪皇帝”的春秋大梦。《临时约法》昙花一现，只是在纸面上留下了资产阶级的共和纲领，供后人评说研究而已。

袁世凯倒台后，北洋政府、蒋介石国民党政府陆陆续续制订的法律，其形式、技巧、制度上仍然沿用了沈家本立法以来所确立的西方模式，虽然也有这样那样的改变，总体上并无变化。然而，它们的专制、独裁，它们的权力结构，以及文化条件和社会环境，注定了那一套法律制度在中国是无法得到实施的，至少是不能有效实施的。在中国社会生活中起作用的，仍然是沿用了几千年的传统法律文化。

如上所述，从清末到民国，引进的那一套法律制度就象油漂浮在水面上一样，始终没有和中国社会水乳交融在一起。法律与社会从来就没有找到一个真正的契合点，纸面上的法与社会生活中的“法”严重割裂。因此，中国近代法律制度的基础，以及客观上对它们提出的要求，并不是在社会内部自发形成的结果，可以说在中国的法律体制中，作为制度的法与现实社会生活之间，在开始时就存在着原理上的差距了。究其原因，是隐藏在法律背后的法律文化在作祟。

^① 李光灿：《评“奇觚文存”绪论》。

^② 杨鸿烈：《中国法律发达史》（下）。

外来法律和法律制度的移植成功的条件,归纳起来不外两个方面。一是社会发展的内在需求;二是相应的社会文化条件。从前者而论,中国清末引进西方外来法律,当然也是社会发展的要求,然而这种要求仅仅是为了抵御外国的凌辱,仅仅为了生存下去,所谓“师夷长技以制夷”,这种社会要求便要打折扣了。因为近代资本主义商品经济的发展,强大的现代工业生产方式的发展,是西方近代法的经济依托。而中国在近代意义上的法律所能依傍的经济基础是非常微弱的,因此对法律的要求也不是强烈的。在中国一直占统治地位的,是自给自足的小农经济的生产方式,它所孕育的传统法律便有了强大的经济基础,顽强地抵制着近代法律的产生和发展。

第二个方面就是法律文化问题。从异质化形态上移植外来法律,势必引起两种文化的碰撞和摩擦,本土法律文化必定会对外来法律产生顽强的抗力。法律与社会脱节的更为深层的原因,是法律与文化的脱节。

“文化”这一概念,含义非常广泛,在现代社会学著作中,它主要指特定社会或社会群体在长期生活中所形成的对环境的反应模式,包括行为方式、信仰、态度、认识、观念、价值观、推理方式及其感性认识的复合体。在这个意义上讲,文化构成一种反映特定社会和群体在许多方面的共同行为方式和共有看法。比如“法律面前人人平等”这一现代西方基本思想,在我国这样一个天经地义的等级特权社会里会显得不可理解;同样的道理,中国的“法随言出”“权大还是法大”的争论,在西方法治国家也会觉得莫名其妙;当个人权利受到损害时,处于不同文化背景的人会作出不同的反应和行为。所有这些都告诉我们,一切法律制度和法律概念的问题,都必须与产生这一法律的社会条件联系起来加以领会。这样,我们就可以解释和理解,为什么中国所移植的与西方表面相似的法律条文和法律制度,会以不同的方式发挥作用,并收到不同的效果,因为它们背后所蕴藏的法律文化不同。

毫无疑问,中国的传统法律文化是在封建时期得到大发展而成熟的,封建统治阶级的思想必然渗透其间,叫它为封建法律文化是无可厚非的,和西方资本主义的法文化相比,就历史形态而论,它是滞后了一个时代。中国特有社会土壤中产生的某些东西,如专制主义、义务本位、礼刑合一、厌讼轻法、等级观念、家族主义、权力崇拜等等,与建立在民主、权利、自由、平等、个人主义、法治主义基础之上的资产阶级法律是格格不入的。

法律文化是有惰性的,一个民族历史愈悠久,积累的文化遗产越丰富,就难免鱼龙混杂,那些失去利用价值甚至阻碍社会发展的文化,有时仍能顽固地保存下来。中国近代法律文化的发展历程表明,中国封建法律传统文化的深层结构,虽然经过长期的发展,并没有实质性变化。其原因是多方面的。

第一,尽人皆知,清末修律,仿效资产阶级法律是一种别无选择的选择。那些宣传变法的启蒙学者,如康有为、梁启超、谭嗣同、严复,虽然接受了先进资产阶级思想的熏陶,但他们与封建的传统有千丝万缕的联系。他们所提出的资产阶级改良主义的政治纲领以及一系列变法主张,无非是通过改良的道路,依靠一个英明的皇帝来实现自上而下的改革,以挽救清王朝的灭亡。他们对封建的传统都不同程度地持保留态度,后来几乎都从提倡新学,宣传资产阶级思想,转向维护封建统治,维护旧文化中去了。在修律之初,爆发了一场张之洞、劳乃宣为代表的“礼教派”与沈家本为代表的“法理派”的大论战,实质上是一场围绕对封建法

律革新与守旧的斗争。沈家本主观上力图“以法治国”，吸取中国古代法及西方法中的积极因素，以达到“变法自强”的目的。而“礼教派”却借口修律应从中国国情出发，以一种新的形式来坚持“祖宗之法不可变”及“中学为体”的信条，反对吸取西方资本主义国家法制积极的因素。争论结果以沈家本退让而告终。在大清律中揉合了封建主义的法律条文，我们在北洋政府和国民党法律中还可看到鳞鳞爪爪的残余。足见中国封建法律传统文化是多么的强大。启蒙学者的结局和沈家本修律不彻底的开端，似乎就预示了在厚重的封建法律传统文化氛围中，中国近代法律发展的道路是多么的艰难。“正是在旧瓶装新酒的情况下，新酒的新鲜空气和富有朝气的生命力，蒙受着困难、阻碍甚至窒息的污浊空气，而潜在的发展着”。^①

第二，西方法律制度、原则是西方社会和文化基础上发展起来的，是一个自然的演化过程，它历经了罗马法复兴、人文运动、启蒙运动和资产阶级革命几百年的文化准备。而中国近代法律的发展，由于特定的历史原因，救亡图存的急功近利，它的发展是以否定传统为特征的。按说对于与近代法律制度相适应的法律文化的创新，应以对西方文化认同为基本特征，然而，历史却没有给中国提供这样的机会。

辛亥革命摧毁了清皇朝，但没有能从政治上、经济上摧毁封建势力，更没能在思想文化领域战胜封建势力的统治。“五四”运动是一场伟大的思想启蒙和解放运动，其中在这个时期发生的关于东西文化问题的论战规模之大，时间之长，在中国近代文化史上是空前的。中国一批先进的民主主义知识分子已经开始认识到思想文化上的变革在社会变革、社会革命中的重要地位和作用，开始认识到开展文化上的启蒙运动，消除人们思想中封建主义毒素的重大意义。认为在学术、政治法律制度上引入西洋文明，乃“守缺抱残之势，继之以往，国人所怀莫决者，当为伦理问题。此而不能觉悟，则前之所谓觉悟者非彻底之觉悟，盖忧在惆怅迷离之境”，^②“妄欲建设西洋式之新国家，组织西洋之社会，以求适今世之生存，则根本问题，不可不首先输入西洋式社会国家之基础，所谓平等人权之新信仰，对与此新社会、新国家、新信仰不可相容之孔教，不可不有彻底之觉悟，勇猛之决心，不则不塞不流，不止不行”。^③他们高举“德先生”、“赛先生”的大旗，宣扬资产阶级自由、平等、个人权利以及法治，猛烈地抨击旧的、封建的传统思想文化，提出重构中国新文化的要求。

然而，资产阶级启蒙的呼声，一方面遭到势力强大的封建守旧势力顽强抵抗，另一方面，19世纪中叶后，外强凌辱，始终存在着深刻的民族危机，救国浪潮压倒一切，政治运动马不停蹄，外困内乱，国无宁日。相形之下，法律问题就显得不那么重要了，更毋论自由、民主、平等观念的裂变了。而且出于救亡的需要，人们还自觉或不自觉地将传统的观念作为民族振兴和预测未来的依据。因此，“五四”运动没有能够完成资产阶级民主、自由的启蒙任务，也没有达到清算封建传统文化，重建文化的目的。

第三，中国新文化运动没有推向和深入人民大众。当中国一批知识分子在追求民主、自由、平等、个人权利时，在同一历史场景中，几亿中国老百姓无论是在观念上，还是在行为方式上，都表现了另一套欲求。在观念上向往平均，呼喊灭洋，祈求救世主。这种与中国传统文化同步并反映了这一性格的小农意识，是家族主义、皇权至上、等级特权，其重要特征

① 李光灿：《评“寄谕文存”绪论》。

② 陈独秀：《吾人最后之觉悟》，《青年杂志》第1卷第6号，1916年2月。

③ 陈独秀：《宪法与孔教》，《新青年》第2卷第3号，1916年11月。

是将个人、家族和国家的权力层层集中，交付给少数主权者。这种小农意识的本质，是同民主法制的观念背道而驰的，是中国传统法律文化的巨大心理源泉。在中国社会基层，人们处理事务、解决问题的群体方式，制约和调整人们关系的行为规范，仍旧是那一套在封建社会形成的民俗和习惯，如轻法厌讼、亲情人伦、乐于服从等级权力等等，它们是封建社会中积淀下来，从世代经验中发展起来的，在社会群体中普遍适应并且富有强制性。这些观念和行为方式由于有深厚的社会基础，实际上支配着中国社会的秩序，它们才是真正的法律。那些悬浮于上面的法典、法令，对它们很少有影响，更不可能从根本上改变它。

四

更为复杂的是，在封建文化向近代资产阶级法律转型的时期，又引进了科学社会主义——即马克思列宁主义。三种文化纠缠在一起，使新法律文化的创新和成熟的进程更为缓慢，尽管后者较之前者快得多。

中国民族资产阶级先天不足，其经济基础、阶级基础、政治基础、社会基础，都不足以改造我国旧的文化，建立新的文化。在20年代初期至中期的文化大论战中，一支新的文化生力军崛起于论坛。1918年，李大钊在论述东西方文明的差异时，已经意识到“东洋文明衰颓于静止之中，西洋文明又疲命于物质”，“世界非有第三种文明崛起，不足以渡此危崖”。^①十月革命的一声炮响，给中国送来了马克思列宁主义。产生于西方资本主义社会的马克思列宁主义一走进中国大地，就要处于“横站”的地位，一方面要批判中国传统的封建思想，另一方面又要反对在中国刚刚萌芽的资本主义思想。同样的历史情景，救亡图存，解放民众，夺取政权是共产党的首要目标。它们来不及作更多的理论准备，也无暇作广泛深入的宣传，便付诸行动，投身于血与火的斗争中。中国革命的首要问题是农民问题，中国革命的主战场是广大贫瘠的农村，革命的主力军是农民。这样，一方面，弥漫于农村和农民中的小农狭隘意识自觉不自觉地渗进了马克思列宁主义，形成了所谓中国特色的马克思列宁主义。另一方面，为了调动农民的积极性，除了对农民进行马克思列宁主义灌输外，最有效、最简捷的办法是迎合农民的传统和生活习惯，以及他们的渴望和追求。这种急功近利的权宜之计，固然目以快速、全面的获得农民的支持，但极易与小农意识结成联盟，忽视中国革命反封建的主要任务。同时，处于战争年代，法律问题一直处于极为次要的地位，命令和政策成为主要的行为规范，法律意识也极为淡漠，埋下了革命胜利后的隐患：法律虚无，权力至上，等级特权等等。

1949年中国革命成功，社会性质的改变，曾经带来了整个社会和整个民族的文化心理结构的大震荡，某些世袭千百年之久的陈规陋习被涤除。但是，解放后的历次政治运动都注重于对资本主义的批判，而忽视了对封建主义的批判，忽视了民主与法制的建设。平均主义、大锅饭、否定个性、一言堂、特权、重人治轻法治等，以改头换面的形式，自觉或不自觉地在整个社会中蔓延开去，统治了人们的生活和意识。“文革十年”浩劫，实际上是一场封建主义的全面复辟。封建传统文化的存在，同样也是我国社会主义法制建设的最大障碍。

革命后的法制建设，虽然在法的本质上与以往是截然不同的，但是在法的形式、概念、术语等等，仍然是中国近代以来法律发展的结果和延续，同时模仿和借鉴了苏联模式，按理说，作为比资本主义法律更先进一个历史形态的社会主义法律，应该有一个比资本主义文化

^① 李大钊：《东西文明根本之异点》，《言治季刊》第3期，1918年7月。

更为先进的社会环境与之相适应，但是，实际上我们并未完成与之相适应的社会文化环境的创新。法律与文化脱节，法律制度和原则与社会脱节也是理所当然的。1954年，我国颁布了第一部宪法，随之而来的是“反右”斗争，致使几十万人罹于无辜，“文革十年”浩劫，法制荡然无存，当然这是举其极端的例子而言。但在我们的现实生活中，法律确实没有发挥多大的作用，至少不能象纸面上所写的那样去调整社会关系，规范人们的行为。“权大还是法大”的争论，党委、行政干预法律，广大公民的轻法厌讼，都表明了中国的法制建设的当务之急，并不是去制订几部法典，而是要彻底地清除封建主义的影响，创造一个有利于法律生存的社会文化环境。

五

以近代以来法律文化发展的角度看，我们的两次所引进与移植的法律都没有完成与本土法律文化的融合和现代化过程，在中国有深厚基础的小农意识中产生出来封建的法文化传统与现实的社会结构、权力结构，以变动缓慢的封建自然经济为共同基础，从两头挤压着以民主平等观念为特征的现代法律制度的生存和新法律文化的创新。这种局面造成了这样一种互相作用因果链条：一方面，现有的法律制度、原则，由于受到中国传统法律文化和小农意识的抵抗，无法在社会中有效地实施；另一方面，现有法律制度不能在社会中有效实施，及其与政治权力结构的不一致，又助长了公众对法律的轻视与漠然，进一步强化了固有的法律观念和心态。对于旧法律文化的改变，固然需要从理论上反省和批判，文化的特点却决定了，来自现实生活本身的直接经验，有着更为深刻的教育意义。对于一个没有实际作用的法律，人们自然不会对它报以信任和期待，当这种情形变为一种社会的普遍现象时，老百姓当然无需也不会有强烈的法律意识，传统法律文化就得得以延续下来，也不会有实质性的改变。

十一届三中全会以来，社会主义法制已经提到重要的议事日程，法制建设也开始入轨道。特别是社会主义经济体制改革和政治体制改革，社会主义商品经济和社会主义民主的发展，为社会主义法律文化的创新提供了可能的条件，同时也是建设社会主义完善的法制所必须的关键因素之一。我们应不失时机地着手法律文化的创新。

第一，社会主义商品经济的发展，为法律文化的创新提供了极为有利的契机。法律的命运与商品经济紧密相关，古罗马和19世纪的法国，分别是两种社会形态中商品经济较发达的国家，它们也同样分别孕育了那个时代最为辉煌灿烂的“罗马法”和“拿破仑法典”。那么，今天中国社会主义商品经济的发展，也必然需要一整套与之相适应的法律体系。商品经济所表现出来的对法律的强烈需求，是我国社会主义法律现代化的最大的内在驱动力。对财产所有权的界定和明确，对市场机制的形成与完善，商品交换主体平等地位的保障，以及在商品经济极其复杂运动过程中的可预测性和可计算性的保证，都需要完善的法制，特别是需要社会主体有较高的法律意识，自觉地遵守法律。同时，随着商品经济而来的平等意识、权利意识、民主意识，都为社会主义法制和法律的创新提供了经济基础和思想基础。当然，社会主义法律也应自觉地介入商品经济的发展过程，为其作出贡献。

第二，通过政治体制改革，建立和健全法律制度，并配之以合理的权力结构。重要的是要保证法律在社会中的独立地位。中国近代以来，法律在社会政治结构中，从来就没有过独立的地位，始终是作为权力的附庸而存在着。解放后，权力超于法律，行政、党委干预法律的现象十分严重。这种政治权力结构的现实，直接导致公民意识中的权力指向，他们宁愿崇

尚权力而不愿诉诸于法律。现代法律发展的一个重要方向，就是法律与社会不可分离又独立的整体过程。没有法律的独立地位，法律的发展是不可能的。通过权力的分工和制约，从制度层面上促进社会主义法律文化的创新。

同时，在政治体制改革中，完善法律体制结构。首先，要在法律中重视个体的利益和要求，大力强调个体权力，唤醒全民族的权利意识，以适应社会主义商品经济和民主政治的需要和发展。其次，建立有众多法律、法规、条例的法律体系。最后，建立一个高效而强有力的司法体制。在我国目前情况下，更应强调法律的实施和执行，应把司法作为法律建设的关键之一来抓。现在，我们已颁布了不少法规，“无法可依”的情况已基本上得到解决，但执法效果却大打折扣，最近一段时间，“有令不行，有禁不止”几乎成了报刊、电台、电视使用频率最高的词组，不正说明我们的执法效应在滑坡吗？“世不患无法，而患无必行之法”，^①有法不依，给社会心理和法律意识带来的负面效应，比无法可依的情况有过之无不及。法规在任何时候，在任何地方都体现一体遵循的效力，是确促法律的尊严和权威，提高公民法律意识的重要保证。

第三，促使法律观念的转变，真正在社会文化心理结构上完成法律现代化的过程。这是一个大的课题，也非常复杂。最近，经济学界有人指出：当前经济生活秩序混乱，主要是社会深层中封建主义经济因素在作祟。^②同样，影响中国法律现代化的最大障碍，也是封建法律文化传统，实现社会主义法律文化的创新，首要任务是彻底清算封建主义法律观念。当然，这并不意味着我们采取文化上的历史虚无主义，在否定过程中，对某些精华部分可以有选择的吸收。其次，真正吸收和消化西方现代某些民主性的精华。西方资本主义积数百年经验的法律理论和实践，如三权分立、法治原则、法律面前人人平等，应视作人类的共同财富，加以吸收和借鉴。“他山之石，可以攻玉”，以此来进一步改造我们的传统，对于民主、自由、平等、个人权利等观念的宣传与启蒙，仍应是重要任务之一。

第四，在法学理论研究中，应加强研究法律文化问题，特别应研究近代以来中国法律文化与外来法律文化的冲突与对抗过程。在这一问题上，我们应该借鉴日本国的成功经验。在近代史上，一水之隔的日本法律文化，几乎有同我国同样的遭遇，他们以积极主动的姿态化解了两种法律冲突所带来震荡和痛苦，法学界也以法社会学的理论和方法为指导，完成了法律现代化的过程，使西方的法律在日本社会生根，建立了现代的法治社会。^③对此中国的法社会学应有所启迪。

作者工作单位：华东政法学院比较法研究室

责任编辑：谭深

① 《盐铁论·申韩》。

② 参见《社会科学报》1988年10月6日，《经济生活秩序混乱的深层次因素》。

③ 参见蒋迅《日本当代宪政制度的确立——历史和文化背景的透视》，《比较法研究》第2辑35—42页；赵震江、季卫东、齐海滨：《论法律社会学的意义和研究框架》，《社会学研究》1988年第3期。