

从法社会学角度看继受过程中的中国法治 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/486/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BB\\_8E\\_E6\\_B3\\_95\\_E7\\_A4\\_BE\\_E4\\_c122\\_486335.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E4_BB_8E_E6_B3_95_E7_A4_BE_E4_c122_486335.htm) 自清末以来，中国有近百年的继受历史，然而法治进程的艰难却耐人寻味。进入21世纪，在建构现代化社会时，西方法律理念在中国仍未落实。本文以西方现代化的法治社会为参照，通过对中国长期的历史的继受过程的观察，用法社会学的分析方法来考察中国的法治进程。

### 一、法律的多元主义

以法社会学的观点来看，法律是“实然”的：一方面它是动态的文化现象，不同的文化可能产生不同的法律文化；另一方面，它是个实际的社会现象，是诸多社会规范的一种，并非国家专有，与所属的社会环境具有不可分割的关系。法社会学家认为国家制定的成文法并非法律的全部，特别强调在实际运作过程中对社会文化中人的全面的法律行为的考察工作，并在此基础上揭示了任何社会文化都可能存有的法律多元主义的现象。法律社会学创始人之一艾里希(E. Ehrlich 1862?1923)就指出，法律不是国家专有的，它内蕴于社会团体或社会习俗之中，因为在社会团体的生活与行动里有自然形成的活生生的法律来规范社会团体的生活。由国家所制定并通用的法规(国法)，都可在社群生活中寻其根源，它是“社会团体的内在的秩序”。对他而言，各社会团体的风俗即是广义的法律，而狭义的法律(国法)需以风俗为基础，换言之，国法只是社会诸多法律的一种而已。[1] 如果承认法律是多元的社会现象，国家制定法就不是唯一的法律。但是国法基本上是具有垄断性的，只有在国法未明确规定时，才会对活生生的法律(民间法)进

行有限的认可。“但是国法具有垄断性，并不意味着它同时具有正当性(legitimacy)与有效性(effectivity)，相反的，它随时面临民间活生生法律对其正当性的挑战与冲突，其有效性也有赖后者的配合与合作”。[2]国家制定法如果没有活生生的法律(民间法)的支持，是难以维持的。

## 二、中国传统社会的法律多元化

封建社会自秦汉建立大一统后，儒家、法家思想合流，礼法并列，两千多年来中国社会的本质变化并不大。如果我们对中国传统社会法律的实际运作进行探讨，会发现中国传统社会的法律也是多元的。我们用法律社会学多元主义的观点将中国传统社会法律的运作过程当成是一个连续的过程，由民间非正式的调解直到官府的正断判决，由“私了”到“公断”，都可纳入到法律的运作过程中。在中华法系解体之前，这一系列过程都一致受到儒家伦理息讼、和为贵、礼先法后、德主刑辅等理念的制约。在两千多年治乱相循的过程中，国法与民间活生生的法律处于合作的状态。在法律运作的程序上，由于朝廷及地方政府力量有限，仅能掌握兵马、财政、户婚、田土及重犯惩罚等重要事项。至于如地方治安、微罪处罚、农桑及民事争执等，大抵委任地方自治。

[3]民间的争执，官既不过问，民又不愿告官，大多由家法、族规、乡约(民间活生生的法律)自行解决。因为“传统的法律体系以家族为社会关系的根本，家族、宗族、行会、邻里是法律运作的基本单位。家族、宗教主要在继承、收养、祭祖方面发挥法律制约的作用；行会主要在买卖方面发挥法律制约的作用；乡党邻里主要在土地等方面发挥法律制约的作用。大多数中国人直接生活在这些日常的规矩里，家法、族规、行规、乡约、地方风俗扮演了比国法更重要的角

色，它们是整体国家社会秩序的基础，#8943。” [4]绝对的是非分明不是追求的目标，关系的和谐更为重要。由无讼的理想到息讼的作法，最后演变成反诉讼。即使是表面的和谐，也胜过公开实际存在的冲突。因此，在传统社会中，日常的争执先在团体中就解决掉了，非至绝路，不会兴讼。无论国法或是民间活生生的法律，强调的都是群体秩序与和谐的维护，而非个人的权利与正义。因此，在中国传统社会中法律尽管多元却有很强的一致性。

### 三、两种法律理念的冲突及成因

中国传统社会法律的一致性在清末民初开展继受西法的行动中很快被打破了。这时国家制定法放弃了两三千年来的中华法系，以欧陆法律取而代之。两种法律体系的背后蕴涵的却是两种截然不同的法律理念。前者体现的是“情、礼、法”和“礼先法后”的中华传统的法律理念，后者体现的则是“法、礼、情”（力求区分法律与伦理道德，并力求法律在社会控制功能上的正当性）的西方法律理念。“情、礼、法”对“法、礼、情”这种新的法律多元主义的出现，因此冲突与对抗在所难免。于是深入人心的礼教观念与日常生活中活生生的法律与国家制定法产生了巨大的鸿沟。中西两种法律理念从某种意义上来说，恰似对立的两极。而这两种法律理念的差异源于其社会伦理观的不同。中国传统社会的法律实质上是一种伦理法。礼与法并列，其实就是法律的礼俗化、伦理化。儒家伦理的理想体现在中华法系上，便是对家族与阶级的强调与重视。[4]儒家视法律为礼俗的辅助（德主刑辅，礼先法后），两者都以家族伦理为基础，共同维系着一个有等差、有秩序的社会。这是一种自然发生的社会，这种社会关系常与血缘、地缘因素分不开，社会学上称之为初级关系，家

族关系、邻里关系是其代表，其中家族关系尤为重要。这种自然发生的初级关系以礼为核心，积习成礼。这种自然形成的礼，与前述艾里希所谓的活生生的法律实际上没有多大差别。礼形成后被儒家学说吸纳，儒家编纂出成文的礼书把行为规范系统化了，此时的礼就成为法律的基础。而西方法律的特点大抵是：权利本位、个人本位、天赋人权、民刑二分、实体与程序二分等，这样的法律不分亲疏远近，一视同仁，把一切关系都中性化，在法社会学上被视为是不带感情的次级关系。继受了西方的法律就不应再考虑特殊的伦理关系、身份地位，把自己人与陌生人等同看待。在法律上家族主义瓦解了，除对直系亲属有极少数的特殊规定外，一切亲属方面特殊规定皆已取消。同时，阶级、性别、种族的一切不平等皆已逐渐取消，不再有法律上的差异。当传统的国法在继受中进行了根本性的变革强调个人的权利与正义，而民间活生生的法律依然强调的是群体秩序与和谐的维护，两者必然产生了冲突。

#### 四、继受过程中的法治与法律理念

(一)清末民初 清末民初是一个张扬政治理想的时期，一个基于政治理想而展开政治斗争的时期，并不是一个践行法治的时期。[5] 不过在通向法治过程中，那个时代的思想者在制度建设方面作出了身体力行的实践。

##### 1. 清末变法运动???

沈家本修律法律制度的创新 在清末的变法自强运动中，大量移植了西方国家的法律，借用其概念，摭取其法条，继受其学说。“由朝廷成立修订法律馆，由沈家本、伍廷芳任修律大臣，并聘请日本法律专家冈田朝太郎、松冈义正帮助修律。在修律过程中，西方法律文献纷纷被翻译过来，成为拟定新律的重要蓝本，并且清末修律大抵上按照西方法制的模式对中国传统法律

体系进行结构性改造。” [6] “它不仅形式上改变了古代的‘诸法合体’、‘民刑不分’的法律编纂体系，而且构成了以宪法为主导的公法与私法相分离、实体法与程序法相区别的西方方式的法律体系”。 [6]到晚清政权垮台前，已经基本上移植了西方大陆法系的结构框架，形成了以《钦定宪法大纲》、《重大信条十九条》、《大清新刑律》、《大清民律草案》、《钦定大清商律》以及刑事、民事诉讼律草案等为骨干的系统的成文法体系。在沈家本修订新律革除旧法的过程中，没有把从根本上改造中国传统社会作为出发点，而是以收回领事裁判权、维持清政府的统治为目的，因此他虽然使中国法律具有了近代化的外壳，却在移植外国法律的过程中中断了中国法律的传统性。而民间活生生的法律却几乎没有任何改变。他所修订的新法律与传统的价值观念格格不入，无法深入到现实生活。在清末自上而下的修律行动中，近乎全盘西化地继受了西方的法律制度，原有法律规范的一致性被打破，上层的国家制定法革命地西化了，却并没有移植与其息息相关的西方伦理体系。 [2]国法只有与固有的伦理息息相关的活生生的法律相配合与合作，才能良好地运行。

## 2. 民国时期???

### 孙中山民主宪政的渐进

辛亥革命后，孙中山先生于1912年创立了近代民主国家。他认为，“中国几千年以来，社会上的民情风土习惯，和欧美的大不相同。中国的社会既然是和欧美的不同，所以管理社会的政治，自然也是和欧美不同，不能完全仿效欧美，照样去做，像仿效欧美的机器一样”。 [7]孙中山先生致力于中国法律的本土化发展，扭转了清末民初以来我国立法方面极力仿效西方制度的倾向；提出了“使最宜之治法适于吾群，使吾群之进步适应于世界”

的三民主义法律变革方针及改造中国的法制方案。他一方面继承了中国传统的道德思想，另一方面又最大限度地吸取了西欧近代民主法治制度，创立了“五权宪法”，确立了近代有中国特色的资产阶级革命民主主义的宪法学说。遵循着孙中山先生的宪政思想，国民政府在1928年于南京设立立法院，考试系统编纂法律。1928年民法的总则编、债权编、物权编，以及公司、票据、还上、保险等商事法规，1930年的民法的亲属编、继承编，以及1935年的刑法、刑事诉讼法和民事诉讼法等相继问世并得以实施。上述法律在1949年之前因爆发中日战争及后来的内战，致使政局不稳，所制定出的近代化法典在中国大陆并没有得到很好的实施。(二)新中国成立后 1949年新中国成后，由于废除了一切旧思想和旧制度，不仅持续二千五百年的传统法思想不复存在，国民政府制定的《六法全书》也被一扫而光，受苏联影响而制定革命的社会主义法取而代之。由中国传统法律文化与前苏联社会主义法律文化整合而成的中国社会主义法律文化逐渐占据主导地位(实际上是中国传统法律文化几乎全部被否定了)。在这一点上，它和旧中国法，以及前面所示的民国诸法典是不相衔接的。[8]当时的社会主义政策是从苏联引进的以马克思、列宁主义思想为基础的文化。中国的全部权力都在中国共产党的领导下统一行使。也就是说，法和政治密不可分。在中国，由于形成政治第一主义或者政策指导型的法秩序，党介入国家机能的所有环节(具体过程)，党的指导也即法的实现。[9]“在新中国开国前夕和开国之初，‘法治’一词在一些场合和重要法律文件中曾加以使用，‘法制’的重要性也为一些法律界人士所强调。”[10]但是，这一思想并未成为主

流，而是随即消失在各种政治运动之中。虽然从1954年宪法的制定到1957年党的“八大”的召开，新中国的法制迎来了难得的发展机遇。但自1957年夏季开始的反右运动之后，革命法制越发无足轻重了。毛泽东在50年代后期说过：“要人治不要法治，《人民日报》一篇社论，全国执行，何必要什么法律。”[11]毛泽东研究专家李锐谈到，执政之后，毛泽东“就不象民主革命时期那样强调民主问题了，更不提及民主必须制度化、法律化”。“他对一切规范的东西，从政治、经济到教育，抵触似乎越来越大。列宁的定义：‘专政是直接凭借暴力而不受任何法律约束的政权。’他是奉为圭臬的。”[12]正是这种“要人治不要法治”的权威意见的流行，革命法制也开始走入低谷：立法工作处于停滞状态；宪法和法律规定的司法体制被打乱；许多人法律知识匮乏，不懂法的现象比比皆是。这种状况一直延续到文革结束。用梁漱民先生的话来说：“我通观本世纪以来的中国历史现状，我的看法是，宪法在中国，常常是一纸空文，治理国家，主要靠人治，而不是靠法治。#8943.新中国成立30年，有了自己的宪法，但宪法是否成了最高权威，人人都得遵守呢？没有，至少是遵守得很不好。”[13]

(三)改革开放时期 文革结束后，社会主义市场经济逐步确立，以市场经济和民主政治为根基的西方法律文化作为一种现代法律文化的参照体系再一次全面而深刻地影响和作用于中国社会，渗透到法律观念、政治法律体制、法律体系框架、具体的法律制度，以及法律学术、法律教育等各个领域，与中国法律文化不断地冲突与整合，我们推行的民主与法制有一定程度的实现。虽然民主与法制在文革中遭到了彻底破坏和摧残，但中国传统的法律

理念并没有完全消失。民间传统的法律理念在社会中依然具有相当的影响，而且这些传统的法律理念在乡村社会中的影响更为深远。因为在相对落后的广大乡村所受到的政治文化冲击要比城市受到的冲击要小得多。由于历史的原因造就了中国的二元城乡社会结构：农村和城市。中国的城市地区已经相当程度的现代化，正在变成新兴的工业社会，左邻右舍不再是熟人，陌生人的关系增加了。虽然在城市，熟人社会问题也并非完全消失，但社会的不断发展，最终将被陌生化。在这个逐渐陌生化的社会，民间活生生的法律也逐渐地进行着演变。西方法律制度再次引入，在中西法律思想不断的互动中，民众能逐渐适应并接受国法背后的法律理念，形式的官方的法庭的影响力逐渐增加，而民间调解制度逐渐失去功能。相反，中国农村是一种熟人社会[14]，尽管中国传统的熟人社会的礼治秩序和长老政治早就解体，自然生出的信用和规矩也已不大可靠(唯一比较可靠的是大家相互之间仍是熟人)，而目前中国的最广大的区域仍然是农村，最广大的人口仍然居住在农村，那里的生产仍然是以家庭为主要生产单位的农业经济，基本上仍然是一个熟人社会。在这种熟人社会，亲情、乡情容易使人产生诚实不欺的美德，容易产生将心比心的责任意识，而法律似乎成了多余之物。虽然整个中国的社会最终将陌生化，但这也许需要相当长的时间，在社会变迁中农村活生生的法律才能与国法相一致。自清末至今，在百余年的继受过程中，西方法律文化的许多要素已逐步内化为中国法律文化的一部分，但这并不意味着整个法律理念及法律文化的全盘西化。在中西两种法律理念的冲突中我们看到我们民间与固有的伦理息息相关的活生生法律仍持续

存活的事实。与其他非西方社会继受西方法律的事实相比较，就会得出这样一个结论：尽管我们有近百年的继受历史，但是继受来的法律背后的理念与我们传统的法律理念的对抗是必然的正常的，并将持续很长的时期，这一段时期实际上是一个社会变迁的过程。

### 五、中国法治的选择

回顾中国法律继受百余年的历史，为了从西方输入科学技术、民主制度，无数先进中国人的心智被耗尽。但是西方人的经验最终并没有融入我们民族的血液。我们几乎拥有全套西方式的法典，但却从来没有建立起真正的法律秩序。相反，新中国成立后废除了一切旧思想和旧制度，引入前苏联的法律制度。受苏联法学的影响，我们也基本上是依靠政治、政策和道德整合，而不是依靠法律来建立新的社会秩序；政策居于优先发展的地位，而法律却没有受到应有的关怀。同样也未能建立真正的法律秩序。法律制度的拿来并不等同于对法律的继受。对西方法律的继受，也不等同与完全遵循西方途径。借鉴西方法律制度的优秀成果本身并没有错。正如史家陈寅恪所说：“窃疑中国自今日以后，即使能忠实输入北美或东欧之思想，其结局当亦等于玄奘唯识之学，在吾国思想史上既不能居最高之地位，且亦终归于歇绝者。其真能于思想上自成系统，有所创获者，必须一方面吸收输入外来之学说，一方面不忘本来民族之地位。此二种相反而适相成之态度，乃道教之真精神，新儒家之旧途径，而二千年吾民族与他民族思想接触史之所诏示者也。”[15]我们需要的不是同过去的一切彻底绝裂，也不是将西方法律制度拿来，而是需要将西方制度背后的法律理念与中国传统法律理念的有机融合。西方法律的继受不仅仅是法律制度的继受，更是伦理的继受、法律

理念的继受、法律文化的继受，必须植根与本土的文化之中。同时，法律的继受不是一次性的立法行动，而是长期的社会变迁过程。它以文化传统的形式出现，一直到外来法律的思想资产逐渐由继受的一方整合吸收进其本身的社会文化里才算完成。继受对象不应只是法条或法律规范，而是整个法律的思想资产，包括法哲学上的意识形态、世界观，法律技术上的法条、判决以及法律科学上的法律教育学说与理论等。我们应当将它看作是一个长期性的社会变迁过程。也许不止是一个世代的问题也许需要几十年甚至上百年的时间。这一过程既是中西双方法律理念相融的过程，同时也是中国实现法治的过程。

【注释】作者简介：陈伯礼(1965 - )，男，辽宁盖州市人，重庆大学法学院教授，主要从事法理学、宪法学、立法学研究。(重庆大学法学院，重庆400030) [1]

EHRLICH E. Grundlegung der Soziologie des Rechts [M] Berlin: 1989. [2]林端. 中西不同法律观之颉颃[A]. 儒家伦理与法律文化??社会学观点的探索[C]，北京:中国政法大学出版社，2002. 307. [3]戴炎辉. 中国法制史[M]. 台北:三民书局，1987. 148. [4]瞿同祖. 中国法律与中国社会[M]. 北京: 中华书局，1981. 1. [5]夏勇. 飘忽的法治??清末民初中国的变法思想与法治[J]. 比较法研究，2005，(2): 46 - 49. [6]公丕祥，清末法制改革与中国法制现代化[M]. 江苏社会科学，1996，(3): 27 - 28. [7]孙中山. 民权主义第五讲[A]. 三民主义[C]. 岳麓书社，2000. 132. [8]浅井敦. 现代中国法的理论[M]. 东京:东京大学出版会，1973. 41. [9]土岐茂. 中国法[J]. 比较法学研究，1987，(49): 159. [10]程燎原. 从法制到法治[M]. 法律出版社，1999. 4. [11]王碧蓉. 专题座谈:健全法制厉行法治[J]. 群言，

1988 , (5) : 4. [12]李锐. 毛泽东的早年与晚年[M]. 贵阳:贵州人民出版社 , 1992. 288 , 290. [13]汪东林. 十年风暴中的爱国民主人士[M]. 北京:中国文史出版社 , 1998. 159. [14]熟人社会应是理解中国传统乡村至为重要的一个概念 , 在熟人社会里 , 一曰礼治秩序 , 二曰无讼 , 三曰无为政治 , 四曰长老政治。总而言之 , 成文法和强权政治似乎没有地位。 [15]梁治平. 传统文化的更新与再生[EB/OL]. 法律思想[http:// law - thinker. com /show. asp ? id = 85](http://law-thinker.com/show.asp?id=85). 2004. 100Test 下载频道开通 , 各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)