

“法律文化”概念在中国(1930—1985): 一个知识考古学分析

尤陈俊

内容提要 通常认为中国法学界对“法律文化”的研究兴起于20世纪80年代中后期。其实早在20世纪30年代的民国时期,受日本学者牧野英一的影响,“法律文化”一词便已经开始出现在中文文献当中。在50年代后期中国法学界围绕“法的继承性问题”而生发的学术争鸣中,也可见到“法律文化”一词的身影。从1979年开始,几乎已销声匿迹二十多年的“法律文化”一词又重新回到了中国法学界,并基本延续了50年代后期那种将“法律文化”一词锁定在“法的继承性问题”之话语结构中加以使用的惯性。而到了80年代中叶,随着国外的一些比较法学研究作品(尤其是关于“法系”的研究)逐渐被介绍到中国,人们在使用“法律文化”一词时所依赖的话语结构和智识资源也发生了变化,从而开辟出另一些新的研究方向和空间。这种断裂、延续和分化,既昭示着中国法学界不同时期的法学话语结构与“知识/权力”结构,也隐藏着导致“法律文化”无法成为一个强有力的分析性概念而只是一个描述性概念的弊病。

关键词 法律文化 “法的继承性问题” 比较法学 法学话语结构 知识考古学

DOI:10.13858/j.cnki.cn32-1312/c.20200520.015

尤陈俊,中国人民大学法学院副教授,教育部青年长江学者

在20世纪80年代末和90年代的中国,“法律文化”研究可谓是法理学界、法律史学界一个非常重要的学术新增长点,各种以“法律文化”为名的著述如雨后春笋般涌现。但正如一位学者前些年所感慨的,“中国的法律文化研究,于20世纪80年代后期勃兴,却又于十余年后归于沉寂,几近于其兴也勃,其亡也忽。虽然此后还有一些研究不绝如缕,但相对‘热潮’来说,实已逝如东水”^[1]。“法律文化”一词如今早已成为中国法学界的常用概念之一。但近十余年来,以“法律文化”为名的著述在数量上继续增多,在总体学术质量上却并无明显的突破,呈现出一种“没有(质的)发展的(量的)增长”的“内卷化”态势。

对于上述这种盛极而衰并走向“内卷化”的学术发展轨迹,不少学者已经从不同的角度看到“法律

本文为国家社科基金一般项目“中国法律史研究的范式问题与方法论反思”(18BFX030)阶段性成果。

[1]陈晓枫:《法律文化的概念:成果观与规则观辨》,〔南京〕《江苏行政学院学报》2006年第1期。

文化”概念使用上的泛化乃是导致出现上述境遇的最主要原因^[1]。不过,还有许多问题需要进一步深入探究。例如,中国法学界对“法律文化”一词的使用,是否就像目前许多论著中众口一词所说的那样始于80年代中后期?被一些学者所反思的那种对“法律文化”概念缺乏清晰界定的弊病,究竟是最初始于80年代中后期,还是在更早的时候就已埋下隐患?

本文将聚焦于中国法学界“法律文化”概念的使用情况或者说其学术史,并放宽考察的视野,不是仅仅回到20世纪80年代开始的讨论,而是往前追溯至民国时期;不仅关注不同时期的中国学者是否曾经对“法律文化”概念的内涵做过界定,而且更注重反思不同时期的人们使用“法律文化”一词时的具体语境、话语结构和智识资源,以期通过概括并检讨其中所反映出来的问题,推动“法律文化”研究在当下能够浴火重生。

一、昙花一现:民国时期“法律文化”概念的使用情况

迄今为止,研究者们几乎无一例外地认为,中国法学界对“法律文化”的研究,乃是兴起于20世纪80年代中后期,一些学者讲得更具体,认为是起步于1985年或1986年^[2]。但是,如果我们将学术视野放得更远一点则可以发现,“法律文化”一词在中国的使用历史,至少可以追溯到20世纪30年代的民国时期。

在20世纪30年代的中国法律界,“法律文化”一词便已偶见有人使用。例如,中华民国律师协会在1936年召开第七届代表大会时,将其提交大会讨论的一份倡议“应扩大组缴、出版法学书籍”的议案之目的,描述为“以资发扬法律文化”^[3]。1941年9月,投靠了汪伪集团的《大楚报》报社社长张榆芳(同年12月他在汉口成立了“大公法律事务所”,兼做律师)^[4],在中日文化协会武汉分会(这是日伪的一个御用政治、文化机构)主办的《两仪月刊》上发表了一篇题为《中日法律文化的课题》的文章,鼓吹该协会致力于“促进中日法律文化的合作”^[5]。

民国时期的中国法学界对“法律文化”这一概念的最初接触,是来自于日本著名法学家、东京帝国大学教授牧野英一被译成中文并在中国发表的两篇文章。1930年7月,《大公报》天津版分八期连载刊登了牧野英一的《日本民刑法进化概况》一文之中译稿^[6]。该文的中译者杨雪竹强调,之所以将牧野英一此文译成中文刊行,乃是因为考虑到“此篇不但可以观日本民刑法的进化,更可从而概观世界各国的法律文化”^[7]。不过,从这篇中译稿的内容来看,全文当中只有两处出现了“法律文化”一词,且全

[1]参见陈晓枫:《法律文化的概念:成果观与规则观辨》,〔南京〕《江苏行政学院学报》2006年第1期;柳正权:《中国法律文化研究范式之审视》,〔武汉〕《法学评论》2009年第5期;陈晓枫:《误读与解读:法律文化概念的析义与辨正》,〔南京〕《江苏行政学院学报》2013年第2期;常安:《关于法律文化概念构建的再思考——对概念和问题本身的诘问》,〔济南〕《山东大学学报(哲学社会科学版)》2006年第4期。

[2]参见何勤华主编:《当代中国法学新思潮》,上海社会科学院出版社1991年版,第90-91、105页;武树臣等:《中国传统法律文化》,北京大学出版社1994年版,第12页;刘作翔:《法律文化理论》,〔北京〕商务印书馆1999年版,第57-65页;李强:《法律文化研究的方法论问题——兼评马克斯·韦伯的法律社会学》,〔北京〕法律出版社2018年版,第1、8页。

[3]《中华民国律师协会昨开五次大会分组报告讨论议决明年在苏八届大会》,载〔上海〕《申报》1936年2月21日,第12版。

[4]参见田子渝:《中日文化协会武汉分会述评》,《武汉文史资料》1999年第7期;恒清:《武汉沦陷时的报刊》,《武汉文史资料》1997年第1辑;程华:《汪伪中央青年干部学校武汉分校始末》,《武汉文史资料》2006年第4期;李杰:《汪伪时期的“东亚文艺复兴”思潮》,《现代中国文化与文学》(第30辑),〔成都〕巴蜀书社2019年版,第126-140页。

[5]张榆芳:《中日法律文化的课题》,〔武汉〕《两仪月刊》第1卷第3期(1941),第12-13页。

[6]分别刊载于《大公报》天津版1930年7月19日至同月27日间每天的第四版。

[7]〔日〕牧野英一:《日本民刑法进化概况》,杨雪竹译,载《大公报》天津版,1930年7月19日,第4版。

部集中在全文末尾的一段文字里面:“陪审法可以看做法律文化的出发点。在这法律文化中,国家即对于犯人亦不加以敌视,虽对于犯人亦不欲以力来解决。”^[1]

差不多四年后,牧野英一的另一篇原先刊在日本《中央公论》1934年6月号上的文章,由他的中国弟子、当时正在东京帝国大学法学部留学的蔡枢衡译成中文,于同年分为两期在朝阳大学(民国时期中国最著名的法科大学之一)主办的法学刊物《法律评论》上连载刊出^[2]。值得注意的是,这篇日文原标题为《法律现象之解体 and 构成》的文章,被译者蔡枢衡改用《日本法律文化之过去与将来》作为中译稿的新题目。这篇中译稿通过考察日本明治时代、大正时代与昭和时代在民法、刑法、商法、诉讼法等领域的法律制度之演变,力图总结概括上述各时代的“法律文化”特色并加以比较,其正文当中多次明确使用了“法律文化”一词。

上述牧野英一使用“法律文化”一词并从文化立场讨论法律现象的做法,至少影响到了他的中国高足蔡枢衡。管见所及,蔡枢衡虽然没有发表过直接以“法律文化”作为题名的论著,但他在1934年6月13日撰写于日本东京帝国大学并在同年分两期在中国连载于《法律评论》的《刑法文化之展望》一文中^[3],也使用了“法律文化”一词。蔡枢衡在该文中写道:“然三民主义之新中国之建设,尚在进行中,三民主义的法律文化之创造,尚有待于今后之努力。而欲创造三民主义的法律文化,必须完成三民主义的社会组织。”^[4]不仅如此,该文章题名中的“刑法文化”这一表述,亦可被视为“法律文化”概念在刑法领域的具体化。除此之外,次年在山西太原出版的《新建设》杂志也刊登了一篇题目为《刑法文化》的文章,其作者署名为“蔚庭”,该文的内容可谓是前述蔡枢衡《刑法文化之展望》一文的缩写版,例如文中同样出现了与前引那段文字几乎雷同的表述:“然三民主义之新中国建设,现仍在进行中,其法律文化之创造,尚希待于今后之努力,如欲创造三民主义之法律文化,必须先完成三民主义社会组织而后已。”^[5]不过,从整体来看,在民国时期,明确使用了“法律文化”一词的中国学者尚属凤毛麟角。

二、嵌入在“法的继承性问题”之语境中的“法律文化”一词(1949—1977)

1956年4月,毛泽东在中共中央政治局扩大会议上正式提出要在科学文化工作中实行“百花齐放,百家争鸣”的方针,次月召开的第七次最高国务会议随即宣布实行上述“双百”方针^[6]。受此鼓舞,中国法学界也开展了如何贯彻“百家争鸣”方针的讨论。

1956年上半年刚刚创刊的《华东政法学报》(时为季刊,现华东政法大学主办的《法学》杂志之前身),在同年6月出版的第2期上刊登了数篇阐述如何在法学研究中贯彻“百家争鸣”方针的文章,其中尤以两篇重点讨论应如何看待“旧法”的文章最具影响力^[7]。同年10月31日,《华东政法学报》编辑部邀请了来自上海市政法部门、政法院系和其他方面的法学专家共30多人召开座谈会,专门讨论研究

[1][日]牧野英一:《日本民刑法进化概况(续)》,杨雪竹译,载《大公报》天津版,1930年7月27日,第4版。

[2][日]牧野英一:《日本法律文化之过去与将来》,蔡枢衡译,〔北京〕《法律评论》第11卷第37期(1934);〔日]牧野英一:《日本法律文化之过去与将来(续)》,蔡枢衡译,〔北京〕《法律评论》第11卷第38期(1934)。

[3]蔡枢衡:《刑法文化之展望》,〔北京〕《法律评论》第11卷第39期(1934);蔡枢衡:《刑法文化之展望(续完)》,〔北京〕《法律评论》第11卷第40期(1934)。

[4]蔡枢衡:《刑法文化之展望》,〔北京〕《法律评论》第11卷第39期(1934)。

[5]蔚庭:《刑法文化》,〔太原〕《新建设》第2卷第7、8期合刊(1935)。目前尚无证据表明“蔚庭”是蔡枢衡的笔名。

[6]李洁非:《“双百方针”考》,〔长春〕《文艺争鸣》2018年第8期。

[7]这两篇文章是:李良:《“百家争鸣”和法律科学》,〔上海〕《华东政法学报》1956年第2期;刘焕文:《在“百家争鸣”中谈旧法思想》,〔上海〕《华东政法学报》1956年第2期。

对待“旧法”的态度和意义问题^[1],并在同年 12 月出刊的《华东政法学报》第 3 期上再次推出了一组讨论“旧法”问题的文章。其中由杨兆龙撰写的《法律的阶级性和继承性》一文,提出了后来引起极大反响的“法的继承性问题”^[2]。这场围绕如何看待“旧法”并进一步发展为如何看待“法的继承性问题”的学术争鸣,从 1956 年底在上海发端,到 1957 年上半年成为当时全国法学界众人瞩目的热点,直至 1957 年下半年“反右”运动扩大化后,由学术之争异变为意识形态之争^[3]。而是否存在可以继承的“法学遗产”以及如何研究此项“法学遗产”,乃是这场学术争鸣中的核心问题。

值得注意的是,除了“法学遗产”这一当时被频频使用的词语外,在这场学术争鸣中,还出现了“法制文化遗产”“法律文化遗产”乃至“法律文化”等名词。1956 年 11 月 22 日,中国政治法律学会邀请来自北京大学、中国人民大学等单位从事法制史(当时称作“国家与法的历史”)教学和研究的数位工作者,在京召开了一次关于中国法制史的座谈会。在这次座谈会上,张映南主张“要用马克思列宁主义的立场、观点、方法,去整理中国旧的法制文化遗产”;而陈盛清则认为“整理和研究我国法律文化遗产,应该包括我国社会历史发展各个阶段的政治、法律观点和与之相适应的政治、法律制度”,“整理我国法律文化遗产,要打破一些陈旧观念”,“整理和研究我国法律文化遗产,工程是浩大的”^[4]。1957 年 3 月 14 日,上海法学会也组织召开了一次座谈会上,来自华东政法学院、复旦大学法律系等高校的教师和上海市各政法机关的法律工作者共 50 多人参加。在这次座谈会上,青年教师幸世才“认为法律文化中是有‘遗产’的,‘继承’两字也可用”^[5]。这一时期明确使用了“法律文化遗产”“法律文化”等词语的学者,应该不止上述几位。有学者在 1958 年撰文批判“继承旧法”的所谓错误观念时就曾回忆说,法学界先前在争论“法律有无继承性”问题时,“有一位同志这样认为:‘在社会主义法律文化的发展中,譬如在法制的经验上,在法权形式上以及某些法权规范等方面,并不排斥继承过去那些合理的并对工人阶级有利的法律文化遗产’”^[6]。

从 1957 年底开始的“大跃进”运动,导致当时新中国的法学教育和法学研究进入了曲折发展的时期,而从 1966 年 5 月开始、直至 1976 年 10 月方才结束的十年“文革”,更是让中国的法学教育和法学研究基本处于停滞状态^[7]。在这近 20 年的时间里,连法制本身都受到了极大的创伤,“法律文化”这样的词语在中国大陆自然也就无人问津了。

三、“法律文化”一词之使用语境的一脉相承与另生新枝(1978—1985)

1978 年十一届三中全会之后,中国的法学教育和法学研究回到正轨,走上恢复重建的道路。从 1979 年开始,在中国法学界几乎已然销声匿迹二十余年的“法律文化遗产”“法律文化”等词语,也开始零零星星地重新出现在一些中国法学研究者的笔下。

仅是 1979 年上半年发表在各刊物上的那些法学文章当中,就至少有两位中国法学研究者明确使

[1]《关于“旧法”问题座谈会的综合报导》,〔上海〕《华东政法学报》1956 年第 3 期。

[2]杨兆龙:《法律的阶级性和继承性》,〔上海〕《华东政法学报》1956 年第 3 期。

[3]张恒山主编:《共和国六十年法学论争实录(法理学卷)》,厦门大学出版社 2009 年版,第 1-36 页(此部分由王立峰执笔)。

[4]《中国法制史问题座谈会发言摘要》,〔北京〕《政法研究》1957 年第 1 期。

[5]梅耐寒:《关于“法的阶级性和继承性”的讨论——介绍上海法学会第二次学术座谈会》,〔上海〕《法学》1957 年第 2 期。

[6]胡瑾:《检查我们在“国家与法权理论”的教学和科学研究工作中的修正主义观点和旧法观点》,〔北京〕《教学与研究》1958 年第 4 期。

[7]汤能松等编著:《探索的轨迹——中国法学教育发展史略》,〔北京〕法律出版社 1995 年版,第 393-406 页。

用了“法律文化”这一概念。值得注意的是,他们都是在谈及“法的继承性问题”时使用到“法律文化”一词的。张光博主张,对于“旧法”应当采取“批判的借鉴这种特殊的继承”,但这“并不是把某些旧法条文和具体制度原样拿过来为我所用,即所谓的‘砖瓦论’。也不是他们法律文化中的名词术语和技术规则有些同我们的一样。而是把剥削阶级的这套东西吃掉,经过分解、消化后,名虽似而意已非了。”^[1]李放强调说,“虽然法是有鲜明阶级性的,社会主义的法对剥削阶级的法不具有蝉联关系和继承性,但作为研究社会现象的法学,即做为法律文化统治经验来说,凡是对我们有意义的都应该研究和借鉴……”^[2]。皮纯协则使用了“法律文化遗产”一词。他在同年发表的一篇文章中写道:“在如何正确对待法律遗产问题上,列宁、毛泽东同志早为我们作出了光辉的榜样。……毛泽东同志指出,要总结从孔丘到孙中山这份珍贵的历史文化遗产,当然也包括法律文化遗产在内……。”^[3]

“法律文化遗产”一词,也同样出现在陈守一于1980年初发表的一篇文章当中。他在反思50年代后期批判“旧法”观点过程中出现的一些偏激做法时指出:“在批判国民党六法可以全盘沿用、全盘继承的错误观点时,却偏到了全盘否定法律文化遗产的另一极端,这显然不是马克思主义的正确态度。……社会主义革命和社会主义建设的实践表明,废除反动的旧法和批判旧法观点,同批判地继承法律文化遗产、吸收和借鉴历史上和外国一切对人民有用的知识和经验,并不矛盾。可是当时我们对于如何批判地继承法律文化遗产的问题,却采取完全否定的态度。”^[4]在同年发表的一篇文章中,王子琳则使用了“法律文化”一词。他认为,人治和法治“是我国古代法律文化传留下来的宝贵遗产,是客观存在的事实”^[5]。

从1980年开始,使用“法律文化”一词的法学研究者开始逐渐增多,但他们对此概念的使用有一个明显的共同点,亦即当时绝大多数的学者都是在阐发自己对于“法的继承性问题”之看法和立场的语境中使用“法律文化”概念。例如,吴家麟在1980年撰文反思当时“我国法学为什么落后”这一现实问题时,认为“法律文化是有历史继承性的,纯之又纯、与旧法观点毫不沾边的‘新法观点’,在现实中是不存在的。”^[6]他后来还在1983年再次反思了先前“我们没有把法学的阶级性同继承性统一起来,只看到法学具有阶级性的一面,而忽略了法律文化具有历史继承性的另一方面,犯了否定一切的历史虚无主义的错误”^[7]。在1979—1985年的这七年间,使用过“法律文化”(不包括“法律文化遗产”“法律文化传统”之类的衍生用法)一词的中国法学研究者,除了前述提及的张光博、李放、王子琳、吴家麟外,至少还有马克昌、康英杰、陈守一、王应瑄、郑静仁、俞荣根、于晔、沈宗灵、韩铭立、曹培、李放、谷安梁、齐海滨、何家弘、徐尚清、徐纯科、黎国智、雪梨、林榕年、储有德、徐炳、潘忠人、梁治平、高格、洪德、公丕祥等人^[8]。

[1]张光博:《学习马克思主义法学 提高法制建设的自觉性》,〔沈阳〕《社会科学辑刊》1979年第1期。

[2]李放:《谈加强法制的几个问题》,〔长春〕《吉林大学学报(社会科学版)》1979年第2期。

[3]皮纯协:《谈谈当前加强社会主义法制的几个思想问题》,《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》1979年第1、2期合刊。

[4]陈守一:《新中国法学三十年一回顾》,〔北京〕《法学研究》1980年第1期。

[5]王子琳:《怎样认识人治和法治》,〔长春〕《吉林大学社会科学学报》1980年第5期。

[6]吴家麟:《我国法学为什么落后?》,〔重庆〕《西南政法学院学报》1981年第1期。

[7]吴家麟:《在马克思主义指导下开创法学研究的新局面》,〔银川〕《宁夏大学学报(社会科学版)》1983年第1期。

[8]具体参见马克昌:《论自首》,〔武汉〕《法学评论》1983年第1期;康英杰:《论社会主义法制与精神文明建设》,〔重庆〕《法学季刊》1983年第1期;陈守一:《学习新宪法的回忆和思考》,〔北京〕《法学杂志》1983年第2期;王应瑄:《简论〈淮南子〉的法律思想》,〔武汉〕《法学评论》1983年第3、4期合刊;郑静仁:《社会主义法制不是精神文明的组成部分》,〔重庆〕《法学季刊》1983年第4期;俞荣根:《孔子伦理法律观的再认识》,〔上海〕《法学》1984年第1期;于晔:《唐律》,〔石家庄〕《河北学刊》1984年第1期;《我国法学十个学科的现状与展望》,〔北京〕《中国法学》1984年第1期(见该文中沈宗

也正是由于“法律文化”一词此时期乃是在上述这种语境当中被重新提及,故而不少学者都直接采用了“法律文化遗产”这一更为具体的衍生性表述。于是,70年代末和80年代前期中国法学界对于“法律文化”一词的使用,实际上很多都具体表现为在如何对待“法律文化遗产”这一问题上的立场表态。例如在1981年,时任北京政法学院院长的曹海波在总结1949—1956年间我国政法教育发展的教训时,曾两次谈及当时在如何对待“法律文化遗产”的问题上,没能很好地执行“古为今用,洋为中用”或者“批判地继承”的方针^[1]。此时期使用过“法律文化遗产”这一具体表述的中国法学研究者,除了前文提及的皮纯协、陈守一外,至少还有金凯、李光灿、李放、郑静仁、贾潜、张贤钰、谌贻绵、俞荣根、谷安梁、刘瀚、徐纯科、彭志文、安希勤、万斌、公丕祥等人^[2]。其中不少人既使用了不添加其他前后缀语词的“法律文化”一词,也使用了“法律文化遗产”这样的衍生性表述。

不过,与50年代后期的中国学者们清一色地是在讨论“法的继承性问题”的语境下使用“法律文化”一词不同的是,在80年代前半期,尽管绝大多数学者对“法律文化”一词的使用实际上仍然是接续50年代后期的那种话语模式和智识资源,但这一时期中国法学界对于“法律文化”的语词使用,也出现了一些值得注意的新变化。

首先,从那些使用“法律文化”一词的学者们的主要研究领域来看,此时开始逐渐呈现出学科多元化的趋势。具体而言,50年代后期人们对于“法律文化”一词的使用,乃是被锁定在前苏联式政法话语的宏大叙事之中,而到了80年代前半期,学者们对“法律文化”一词的使用,开始变得不再局限于讨论宏大的政治法律话题,而是同时出现在研究法律史、宪法学、刑法学、民商法等法学内部其他学科具

灵、韩铭立执笔的“法学基础理论”部分);曹培:《清代州县民事诉讼初探》,〔北京〕《中国法学》1984年第2期;李放:《为进一步开创我国法学研究的新局面而努力》,〔长春〕《吉林大学社会科学学报》1984年第5期;谷安梁:《关于建立具有中国特色的社会主义法学体系的问题》,〔北京〕《中国政法大学学报》1984年第3期;齐海滨:《法系刍议》,〔北京〕《法学杂志》1984年第3期;何家弘:《在运动中把握法制的协调发展》,〔上海〕《法学》1984年第10期;徐尚清:《世界主要法系探讨》,载外国法制史研究会编:《外国法制史汇刊》(第1集),武汉大学出版社1984年版;徐纯科:《试谈法治和社会主义法治原则》,〔沈阳〕《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》1985年第1期;黎国智、雪梨:《论改革经济体制与加强法制建设》,〔重庆〕《法学季刊》1985年第1期;俞荣根:《孔子伦理法律思想再议》,〔北京〕《法学杂志》1985年第1期;林榕年:《外国法制史研究中的几个问题》,《汕头大学学报》1985年第1期;储有德:《国外比较法学发展概况》,《上海社会科学院学术季刊》1985年第1期;徐炳:《大陆法系是怎样形成和发展起来的》,〔石家庄〕《河北法学》1985年第2期;潘忠人:《关于比较刑法学的几个问题》,〔重庆〕《法学季刊》1985年第2期;梁治平:《判例法评介》,〔武汉〕《法学评论》1985年第3期;高格:《第三讲:西方刑法中的罪过学说》,〔北京〕《国外法学》1985年第4期;洪德:《英美的货物买卖法》,〔上海〕《政治与法律》1985年第6期;公丕祥:《科学法哲学观的理论形态——学习〈德意志意识形态〉》,《南京师大学报(社会科学版)》1985年第4期。

[1]曹海波:《对我国政法教育工作的回顾与展望》,《北京政法学院学报》1981年第4期;曹海波:《办好政法教育 更好地为四化建设服务》,〔北京〕《法学杂志》1981年第6期。

[2]具体参见金凯:《对惯犯的比较研究》,〔哈尔滨〕《学习与探索》1981年第5期;李光灿:《从沈家本的奏议和修律看他的法律思想》,〔北京〕《近代史研究》1982年第3期;李放:《论进一步加强马克思主义法学研究的问题》,〔长春〕《吉林大学社会科学学报》1983年第2期;郑静仁:《社会主义法制不是精神文明的组成部分》,〔重庆〕《法学季刊》1983年第4期;蓝天:《丹可磨而不可夺杰——访原司法部顾问、著名法学家贾潜同志》,〔北京〕《法学杂志》1984年第1期;张贤钰:《增强道德法制观念 妥善解决家庭纠纷》,〔上海〕《法学》1984年第3期;谌贻绵:《法律应干预通奸行为的我见》,〔武汉〕《法学评论》1984年第2期;荣根:《从以礼率刑到改法为律——先秦的立法概况》,〔北京〕《法学杂志》1984年第2期;谷安梁:《关于建立具有中国特色的社会主义法学体系的问题》,〔北京〕《中国政法大学学报》1984年第3期;刘瀚:《我国法律形式标准化和规范化之管见》,〔北京〕《法学研究》1984年第6期;徐纯科:《试谈法治和社会主义法治原则》,〔沈阳〕《辽宁大学学报(哲学社会科学版)》1985年第1期;彭志文、安希勤:《关于法学的几个问题》,《兰州大学学报》1985年第1期;万斌:《法的社会质与功能质》,〔重庆〕《探索》1985年第2期;公丕祥:《科学法哲学观的理论形态——学习〈德意志意识形态〉》,《南京师大学报(社会科学版)》1985年第4期。

体问题的时候。例如,李光灿、王应瑄、俞荣根、于晔、曹培、林榕年等人是在讨论法律史学科中某个具体问题的文章中使用到了“法律文化”一词,金凯、谌贻绵、储有德、潘忠人、高格等人是在讨论刑法学科某个具体问题的文章中对“法律文化”一词有过使用,而陈守一和洪德则分别是在讨论宪法问题和英美货物买卖法问题的文章中谈到“法律文化”一词。

其次,在这一时期,有一些学者开始走出上述语境的局限,借助于新的话语结构和智识资源使用“法律文化”一词。而这与西方学界比较法学研究领域的相关知识(主要是“法系”理论)在这一时期被一些中国学者引进来并逐渐引起关注,有着密切的关系。

1984年,当时正在北京大学法律系攻读硕士学位的齐海滨在《法学杂志》上发表文章,专门讨论了比较法学其中的一个基石性概念——“法系”。他在介绍国外学者关于法系之分类的代表性学说时提到“日本学者田中周友在《世界法律史概说》中将十六种法系进一步归纳为五种法律文化”,而且还在文末写道:“法系的正确划分和比较研究,有助于我们认识世界上不同国家和不同时期法律的相互影响和法律文化的发展,认识各种法律制度的共同点和差异,促进比较法学的发展和国际交往……。”^[1]同年年底,吉林大学法律系教师徐尚清也发表文章专门讨论“法系”问题。在这篇旨在介绍世界主要法系的文章中,徐尚清指出,法系的分类,“归纳起来,不外是以地域、国别、民族、法律文化特征等作为不同的划分标准”,接着又具体介绍了日本学者田中周友以法律文化作为法系之划分标准的五分法,并且总结说,“如果采用正确态度和方法去探讨法系,会有助于我们了解世界上不同国家法律的相互影响和法律文化的发展,有助于了解许多国家在法律制度上的共同点和差异。”^[2]1985年,中国人民大学法律系教师林榕年发表文章,讨论外国法制史研究中的几个重要问题。他不仅在这篇文章的第三节“法的批判和继承”当中认为“新中国的法律制度是从一个具有几千年悠久文化的旧中国发展而来的,不可能完全消除受旧中国法律文化影响的痕迹”,而且还在第四节“法的历史类型和‘法系’”当中提到,西方学者对于“法系”(legal genealogy)的分类标准众说纷纭,其中就包括按照法律文化特征的不同加以划分的做法^[3]。

除了这种借助来自于比较法学的“新”智识资源使用“法律文化”一词的做法外,80年代前半期还出现了另一种不同的“法律文化”用法。而这与80年代在中国学术界流行的“三论(指系统论、控制论和信息论)对法学研究的影响有关。1984年,当时正在中国人民大学法律系攻读硕士学位的何家弘在《法学》上发表文章,提出法制系统这一控制系统是由立法系统、执法系统和法律文化系统三个子系统构成,三者之间相互作用、相互影响,并具体阐述了法律文化系统的内在构成——“法律文化系统包括法律意识(普遍法律意识、职业法律意识和法律学说)、法制宣传(专门性法制宣传和法制文学艺术)、法学教育(普及教育、职业教育和高等教育)和法学研究等。”^[4]这种对于法制系统的理解,在当时产生了一定的影响,也被其他的一些学者所采用^[5]。

最后,80年代前期中国法学界对国外法学智识资源的翻译和引介,不像50年代后期那样基本限于来自前苏联法学界的研究成果,而且还将眼光逐渐扩大到日本、德国、美国、法国、罗马尼亚等其他

[1]齐海滨:《法系刍议》,〔北京〕《法学杂志》1984年第3期。

[2]徐尚清:《世界主要法系探讨》,载外国法制史研究会编:《外国法制史汇刊》(第1集),武汉大学出版社1984年版,第8-9页。

[3]林榕年:《外国法制史研究中的几个问题》,《汕头大学学报》1985年第1期。

[4]何家弘:《在运动中把握法制的协调发展》,〔上海〕《法学》1984年第10期。

[5]傅兆龙:《论全面改革与法制改革的关系》,〔上海〕《社会科学》1984年第12期;傅兆龙:《法制建设要适应经济体制改革——兼谈法制建设的协调发展》,〔上海〕《法学》1985年第1期。

国家的法学研究成果。这有助于当时的一些中国学者利用更为多元化的智识资源理解、使用“法律文化”一词。

在1980年,刚刚创刊才一年多的《法学译丛》发表了法国巴黎律师、布鲁塞尔《现代法杂志》总编辑罗朗·威勒于1976年在早稻田大学比较法研究所所作的学术报告的中译稿(系从原载日本《比较法学》1977年第12卷第1号的法文原稿翻译而来),这篇中译稿中就出现了“法律文化”一词(原句为“法律文化的争论和保障的内容,现在倾向于让位给实证主义……”)^[1]。

日本学者所撰写的一些与“法律文化”有关的论文,自1981年以来也陆续被翻译成中文在中国发表^[2]。其中最典型的例子,要数浅井敦1981年发表在《国外法学》的一篇中译稿《中国现代化与法律学——回顾新中国法学三十年的历史》。这篇文章的第一节的标题就叫作“从法律文化看东方与西方的区别”。不仅如此,浅井敦还概括引用了前述陈守一1980年发表的那篇文章的观点,认为50年代以来中国法学界的那些批判“已经造成对中国及西欧社会的法律文化遗产,全盘否定的极端倾向”,“经过三十年后的今天,才指出在法律领域里,批判地继承国内外法律文化,也不一定就是不正确的”^[3]。

自从E·A·罗卡斯希娃1962年在前苏联最早讨论“法律文化”开始,经过O·S·克拉萨切柯夫、V·切克伐兹、V·A·卡明斯柯、A·R·拉第诺夫等学者的努力,到了80年代初,“法律文化”一词在前苏联法学界已经得到越来越多的使用^[4]。其中一些使用了“法律文化”一词的文章,也在80年代前期被译为中文在中国杂志上登载^[5]。

1984年出版的《法学译丛》,还刊发了时任罗马尼亚立法委员会室主任、罗马尼亚比较法分会秘书维克托·丹·茨拉捷斯库的一篇文章的中译稿(原文刊登在法国《比较法国际评论》1983年第3期),在这篇文章中作者在多处使用了“法律文化”一词^[6]。

从1982年开始,中国政法大学教师潘汉典根据德国著名比较法学家康拉德·茨威格特(Konrad Zweigert)、海因·克茨(Hein Kotz)合著的传世之作《私法方面的比较法概论》之英译本《比较法总论》(1977年在荷兰出版)一书,将书中第1卷的某几章翻译成中文发表。而在这两篇中译稿当中,也都出现了“法律文化”一词^[7]。

[1][法]罗朗·威勒:《马克思主义和比较法》,汉典、刘桑译,[北京]《法学译丛》1980年第2期。

[2][日]五十岚清:《比较法教育论》,姚梅镇译,[北京]《国外法学》1981年第1期;[日]古贺正义:《律师业的现状与展望——关于律师与企业之间的关系》,小丁译,[北京]《国外法学》1981年第4期;[日]中山研一:《波兰的法与实际生活》,启迪译,[上海]《现代外国哲学社会科学文摘》1983年第8期;高作宾:《日本法学研究概况》,[北京]《国外社会科学》1983年第2期(笔者注:据译者说,此文系根据碧海纯一等7位日本学者合编的《法学史》一书的相关章节编译而来)。

[3][日]浅井敦:《中国现代化与法律学——回顾新中国法学三十年的历史》,康树华译,[北京]《国外法学》1981年第1期。

[4][美]范思深:《苏联的法律文化观点》,郭宝平译,[北京]《中外法学》1989年第2期。

[5][前苏联]B·H·库德里亚夫采夫:《苏联法的体系及其发展前景(二)》,任允正译,[北京]《法学译丛》1983年第2期;[前苏联]B·A·图曼诺夫:《论比较法学的发展》,梁溪译,[北京]《法学译丛》1983年第2期;[前苏联]Г·B·什韦科夫:《法的进步和继承性》,韦政强译,任允正校,[北京]《法学译丛》1984年第4期;[前苏联]B·H·库德里亚夫采夫:《加强法学与实践联系的迫切问题》,梁溪译,[北京]《法学译丛》1985年第4期;[前苏联]B·B·克拉夫佐夫:《法学与司法实践的相互作用》,梁溪译,[北京]《法学译丛》1985年第5期;[前苏联]Л·C·西姆金:《人民法院参加公民的法制教育》,田军译,毅从校,[北京]《法学译丛》1985年第5期。

[6][罗]维克托·丹·茨拉捷斯库:《法律比较方法论的几个方面》,黎钧译,路林校,[北京]《法学译丛》1984年第5期。

[7][德]康拉德·茨威格特、海因·克茨:《比较法的效用和目的》,潘汉典译,[北京]《法学译丛》1982年第1期;[德]K·茨威格特、H·克茨:《法式样论》,潘汉典译,[北京]《法学译丛》1985年第4期。

尤其值得一提的是,这一时期还出现了1949年后在中国大陆发表的文献当中第一篇明确在其论文题目中使用了“法律文化”一词的译文。潘汉典从两位美国学者李·S·温伯格(Lee S. Weinberg)和朱迪思·W·温伯格(Judith W. Weinberg)合著的英文著作《法律与社会》当中^[1],选取了一部分内容译成多篇中文论文在中国发表。其中一篇中译稿于1985年发表在《法学译丛》上,文章题目就叫作《论美国的法律文化》。这篇论文不仅主要依据美国著名的法社会学家萨拉特(Austin Sarat)所做的经验研究,介绍了美国社会大众对于法律、公民自由权、联邦最高法院和下级法院、律师、警察的态度,而且更重要的是,还专门针对“法律文化”一词介绍了美国法学界的通常理解——“法律文化这个概念包括人们对于法律、法律机构和法律判决的制作者,诸如律师、法官和警察等人的知识、价值观念、态度和信仰。”^[2]管见所及,这是1949—1985年间在中国大陆发表的中文文献当中首次出现了针对“法律文化”之概念内涵的专门解说。自从1930年在中文文献中最初出现了“法律文化”一词算起,一直到《论美国的法律文化》一文于1985年在中国大陆发表之前,在这五十多年的时间里,使用过“法律文化”一词的中国法学研究者不乏其人,但根据我的资料收集,尚未看到有任何一篇中文法学文献曾就其所使用的“法律文化”一词下过专门的定义。

结 语

本文的前述研究,在方法上或许会被视为采取了如今正在中国学术界逐渐流行起来的概念史研究路数^[3]。但我更愿意将之当作福柯(Michel Foucault)意义上的一次知识考古学分析^[4]。本文上述所做的细致梳理,并非只是旨在建构一段关于“法律文化”概念在中国之使用历史的更长时间叙事或者为先前的那种叙事简单补上一段前史,而是要通过考察“法律文化”一词在这五十多年间的被使用情况,挖掘出不同时期的人们是在何种法学话语结构或者“知识/权力”结构当中使用这一名词的,以及这些法学话语结构或者“知识/权力”结构之间又存在着什么样的连续性和不连续性。

具体而言,本文的主要发现和观点可概括如下:

第一,学者们以往认为,“法律文化”概念在世界范围内的出现,“大约是20世纪60年代的事情”。其中在美国最早始于1969年(劳伦斯·弗里德曼[Lawrence M. Friedman]被认为是英语世界当中最早使用“legal culture”这一学术概念的学者,他在1969年发表的《法律文化与社会发展》一文,被认为首次提出了这一学术概念^[5]),在前苏联最早始于1962年,在日本最早始于20世纪60年代,而在中国则最早始于20世纪80年代中期^[6]。但本文的前述梳理业已表明,最初受日本学者牧野英一的影响,“法律文化”一词早在1930年就已出现在中文文献当中。尽管我尚无法确定牧野英一当年在其日文稿中所使用的原文表述就是“法律文化”,但至少可以确认的是,两位中国译者(杨雪竹和蔡枢衡)在

[1] Lee S. Weinberg & Judith W. Weinberg, *Law and Society: An Interdisciplinary Introduction*, University Press of America, 1980.

[2] [美]李·S·温伯格、朱迪思·W·温伯格:《论美国的法律文化》,潘汉典译,〔北京〕《法学译丛》1985年第1期。

[3] 对概念史研究方法的介绍,参见[英]梅尔文·里克特:《政治和社会概念史研究》,张智译,〔上海〕华东师范大学出版社2010年版;李里峰:《概念史研究在中国:回顾与展望》,〔福州〕《福建论坛(人文社会科学版)》2012年第5期;孙江:《概念史研究的中国转向》,〔上海〕《学术月刊》2018年第10期。

[4] [法]米歇尔·福柯:《知识考古学》,谢强、马月译,〔北京〕生活·读书·新知三联书店2007年版;〔法〕米歇尔·福柯:《词与物:人文科学的考古学》,莫伟民译,上海三联书店2016年版。

[5] Lawrence M. Friedman, “Legal Culture and Social Development”, *Law & Society Review*, vol.4, no.1, 1969, pp.29-44.

[6] 刘作翔:《从文化概念到法律文化概念——“法律文化”:一个新文化概念的取得及其“合法性”》,〔西安〕《法律科学》1998年第2期。

30 年代先后使用“法律文化”这一概念时,已经不似二三十年代吴经熊那样是在“法律和文化”的层面上进行关系性理解(吴经熊认为,法律乃是促进人类文化的一种手段,文化的目的即为法律的目的^[1]),而是将“法律文化”作为一个整体性的新概念,尽管包括牧野英一在内的学者们当时都没有对此概念的内涵做出清晰界定。

第二,20 世纪 50 年代中国法学界对“法律文化”一词的使用,乃是被锁定在“法的继承性问题”这一特殊的政法话语之话语结构和“知识/权力”语境当中,作为一个描述性概念出现。“法律文化”一词在当时那场争鸣中的出场,并不是受到前苏联法学的影响,因为前苏联法学界直到 1962 年才有人开始讨论“法律文化”。此后“法律文化”一词销声匿迹二十多年,直到 1979 年才在中国法学界重新有人使用。从 1979—1985 年间中国学者对“法律文化”一词的使用情况来看,总体上延续了 50 年代那种将“法律文化”一词锁定在“法的继承性问题”之讨论语境当中提及的使用习惯,从而彰显出 50 年代形成的那种法学话语模式的持续影响力。而随着国外法学界的一些比较法学研究成果(尤其是关于“法系”的研究)逐渐被引介到中国,在 80 年代中叶,一些人们使用“法律文化”一词时所借助的话语体系和智识资源也发生了变化,从而为后来在新的法学话语结构当中使用此概念开辟出另一些新的方向和空间。

第三,“法律文化”一词自从 20 世纪 30 年代在中国出现之后,一直到 1985 年李·S·温伯格、朱迪思·W·温伯格两位美国学者的《论美国的法律文化》一文中译稿在中国刊出之前,这五十多年间,并没有看到有中文法学文献曾对“法律文化”一词专门下过精确的定义,中国法学研究者在使用这一概念时并不对其加以说明和解释。也因此,“法律文化”在中国法学界长期以来都只是作为一个描述性概念而已,并没有被有意识地打造成一个强有力的分析性概念。1985 年之后尽管也有一些学者试图对“法律文化”概念的内涵加以界定^[2],但更多的学者仍然习惯于将其作为一个无须解释的概念随心所欲地泛化使用(直至今日,不少在其题名中标举“法律文化”的论著,却未在其文中或书内对何谓“法律文化”做出任何界定),而这也导致了“法律文化”沦为一个语词标签,被很多人用来将旧的学术研究成果进行换汤不换药式的粗糙包装^[3]。这种对于“法律文化”概念欠缺内涵界定的泛化使用乃至滥用,其实早在 20 世纪 30 年代此名词在中国初次出现时便已埋下隐患。

〔责任编辑:钱继秋〕

[1]吴经熊:《法律哲学研究》,〔北京〕清华大学出版社 2005 年版,第 9—11、216—220 页。

[2]例如梁治平:《比较法律文化的名与实》,〔北京〕《法律学习与研究》1986 年第 8 期;刘学灵:《法律文化的概念、结构和研究观念》,〔石家庄〕《河北法学》1987 年第 3 期;蒋迅:《法律文化刍议》,〔北京〕《比较法研究》1987 年第 4 期;武树臣、李贵连:《重视法律文化学的研究》,〔上海〕《法学》1987 年第 6 期;刘作翔:《论法律文化》,〔北京〕《法学研究》1988 年第 1 期;段秋关:《简议法律文化》,〔上海〕《政治与法律》1990 年第 1 期;刘进田:《法律文化片论》,〔西安〕《法律科学》1991 年第 1 期;张文显:《法律文化的释义》,〔北京〕《法学研究》1992 年第 5 期。

[3]此类批评,参见梁治平:《法律文化:方法还是其他(代序)》,载梁治平主编《法律的文化解释》,〔北京〕生活·读书·新知三联书店 1994 年版,第 2 页;苏力:《法律文化类型学研究的一个评析——〈法律的文化解释〉读后》,载苏力《批判与自恋:读书与写作》(增订本),北京大学出版社 2018 年版,第 56—57 页。