法治保守主义思潮评析

——与苏力先生对话

谢　　晖*

与九十年代在中国兴起的文化保守主义思潮[1]相适应, 近年来在法学界也悄然兴起了法治保守主义思潮, 对此, 包括法学界在内的学术界并未予以应有的关注。笔者以为, 当改革使社会各项事业的发展与法治间有须臾不可分离的关系时, 人们对法治进行多角度的分析、观察、评论是不可避免的, 从而有关法治的不同学术思潮、学术流派的创立亦是必然的。与此相应, 对这些思潮进行必要的学术批评和论析, 既能促进学术发展, 也对法治建设不无裨益。

一、法治保守主义思潮及其文化背景

中外社会变革的史实表明, 任何一次重大的社会变革, 都会造就出五彩纷呈的学术思想, 尤其当社会变革以 "变法"的形式出现时, 围绕法律的价值取向、道路选择、资源筛取等展开的或保守、或激进、或中庸的学术思想更是不绝于史。在中国, 从子产改制引起的叔向与子产的学术争鸣起, 中经王安石变法引起新旧党对立, 直到清末法律改制引起的 "礼教派"与 "法理派"的论辨, 几乎每次变革, 都能证明前述结论。而在近代的西方, 法律改制运动的学术前导往往呈现为保守与激进二分的特征, 前者经常强调本土文化的价值性和渐进变革的合理性, 并以此为法制变革的理论基点; 而后者却强调本土文化就是法制变革的对象, 因此, 应向外求索法制变革的资源, 或重新建构法制变革的参照系。在法国, 孟德斯鸠与卢梭这两位关注制度建设的学者就很具有代表性。前者强调取法英国渐进经验, 注重吸收法国已有的文化资源, 具有明显的文化保守性。后者主张狂飙突进, 革除一切旧的文化基因, 创立一种新的法兰西文化。[2]在德国, 具有明显保守倾向的以萨维尼为代表的历史法学派和具有明显激进倾向的以耶林为代表的新功利主义法学派, 就法律与民族精神的关系、能否从罗马法中抽象出 "不变且普遍的要素"、"作为各文明国家共通的法的原理"等问题展开了异常激烈和深入的讨论。[3]这些事实为我们提

* 山东大学法学院副教授。

[1] 事实上, 文化保守主义从本质上讲并不保守, 它只是对于一种崇古气息的概括, 在当代中国发生了巨变的情势下, 这种崇古情结本是激进的表现。

[2] 有人主张这不是革新, 而是中世纪狂热宗教传统在法兰西的重现, 只是由宗教的狂热变成了全民的狂热, 因此是一种政治神学化的道德理想。参见朱学勤: 《道德理想国的覆灭》, 上海三联书店 1994 年版, 第 93 页以下。

[3] 参见何勤华: 《西方法学史》, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 205 页以下。

供了一个变革的社会必然会伴有激烈的乃至对立的学说的生动个案。

前述社会变革中保守与激进二分的一般经验, 在当代中国也是一个不争的事实。与人类历史上任何伟大的变革相比, 发生在二十世纪中国的三次大变革 —— 推翻帝制、建立社会主义和改革开放都毫不逊色。这只需要指出两点就足以得到确证: 一方面, 这些变革发生在一个具有五千年文化传统和二千年帝制传统的国度, 这些变革, 已经成功地割断了帝制连续体, 并在很大程度上封堵了文化连续体。但作为帝制连续体的观念尚存在, 作为文化连续体的心理还很坚固, 这是由于乡村社会及其思想对城市社会尚有决定性作用使然。另一方面, 这些变革发生在居世界人口之首的国家中, 在这样一个庞大的国度里进行任何制度变革, 对世界都会产生很大的震动和影响, 何况这些变革是那么彻底 —— 从帝制到共和, 从半殖民地半封建社会到社会主义社会, 从计划模式的社会主义到市场模式的社会主义。在这样具有世界震撼意义的历史变革中, 思想的分裂, 主张的相左, 认识的歧见, 都是必然的和正常的。

我国出现的法治保守主义主要是指以本土资源为主建设中国法治的理论主张。根据笔者掌握的资料, 这种主张大致可以分为三类: 其一是文化性质决定论, 即认为中国文化的特质是礼教型的, 它不可能胎生出法治来, 同时, 相沿成习的文化传统也是极难改变的, 因此, 当渐进变革。如著名学者梁漱溟和青年哲学家谢遐龄等, 便是这种主张的代表人物; [4] 在法学界的代表人物则是著名学者武树臣先生。[5] 其二是 "同情理解论" 者, 它与前一主张的不同之处在于: 前者对中国礼教文化具有较强的情感向心; 而后者只强调 "同情的理解", 但事实上是面对积淀深厚的中国法文化的一种无可奈何之举, 其代表人物是梁治平先生。[6] 其三是 "科学" 法文化论者, 其科学的理论基点是根据吉尔茨关于 "法律就是地方性知识" 的判断, 说明中国法治只能是中国地方性的, 因此 "现代的作为一种制度的法治……不可能靠 '变法' 或移植来建立, 而必须从中国的本土资源中演化创造出来"。[7] "……法律的一个最重要特点是保持稳定, 是一种保守的社会力量。"[8] 其代表人物是苏力先生。

[4] 梁漱溟认为, 中西文化走的是不同的路向, 因此中国 "无论走好久也不会走到那西方所达到的地点上去的" (参见梁漱溟: 《东西方文化及其哲学》, 商务印书馆 1987 年版, 第 65 页)。谢遐龄认为: "男孩长大了是男人, 而不会长成女人; 女孩长大了是女人, 而不会长成男人。中国现代化了仍是 '中国社会(伦理社会)', 不会是 '西方社会(理性社会)'"。而伦理社会的特征和标志是人治, 理性社会的特征和标志是法治(参见谢遐龄: 《中国社会是伦理社会》, 《社会学研究》1996 年第 6 期)。

[5] 武树臣先生认为: 中国法经过了 "礼治 · 判例法"、"法治 · 成文法" 和 "礼法合治 · 混合法" 三个时代, 并指出: "中国的混合法既不同于大陆法系的成文法, 也不同于英美法系的判例法, 而是兼取二者之长。在皇权支配下, 成文法与判例法相互补充, 互为因果, 循环运动。中国之混合法是中华法系的最大特征, 并预示着世界法律文化的发展方向。" 参见武树臣: 《中国法律文化探索》, 载《北京大学法学论文集》, 光明日报出版社 1987 年版。

[6] 梁治平先生曾经是一个西方法文化的积极赞扬者和中国法文化的深刻批判者, 这从其八十年代发表于《读书》杂志的一系列论文中可知。但后来他不太在意这种中西法文化优劣的价值比较, 对此, 他在论文集《法辨》一书中有交待: "细心的读者或许会发现, 在收入本书的 '法辨' (写于 1986 年初) 和 '死亡与再生' (写于 1988 年下半年) 之间, 有一条思想的轨迹可以觉察……结果我发现, 当我尽可能祛除主观上的好恶, 用客观公允的态度去研究中国古代法律与文化及其相互关系时, 我对于传统的法律和文化渐渐产生出一种新的理解, 那就是人们所说的 '同情的理解'"。他称这种变化是 "微妙而富有意义的" (梁治平: 《法辨 —— 中国法的过去、现在、未来》, 贵州人民出版社 1992 年版, 第 280 以下)。事实上, 从眼下看其变化不是微妙的, 而是巨大的。有类似思想变化的学者还有郝铁川先生, 这可在其《儒家思想与当代中国法治》(河南大学出版社 1994 年版) 和《论中国法律国际化的有限性》, 《长白论丛》1996 年第 5 期中看出。

[7] [8] 苏力: 《法治及其本土资源》, 中国政法大学出版社 1996 年版, 第 17 页。

这种法治保守主义思潮一出, 立刻得到了法学界的应和, 成为当今中国法学界极其显眼的现象。为什么会产生这种现象呢? 笔者认为有如下几对对立因素在共同发挥作用:

第一, 中国因素。专注于学术的人应该对八十年代那场来势汹猛的 "文化热 "记忆犹新。其基本特点和主导思潮是对中国传统文化的清算, 对中华人民共和国成立以来的一系列是非问题进行文化反思, 并进而强调经济和政治改革必须先从文化 —— 观念变革入手, 因此, 具有文化激进的明显倾向。1989 年以后, 尤其是 1993 年以来中国经济的再度飞速增长, 使曾经陷入迷茫中的一些知识分子开始认真关注渐进改革之路的价值, 对文化连续性和继承性问题进行了新的思索, 并从传统的演进中省察中国走向成功的途径, 最终使文化保守主义思潮大展其帜。而法学界一方面顺着八十年代的思路继续思考, 另一方面, 学术界九十年代的这种整体性变化大大激发了法学界对一些问题的重新思考, 这起先表现为法学界关于中西法律文化的比较, 随后演化为对中国法律的本土化与国际化之关系的思考, 最后从中分化出法治保守主义倾向。这是法治保守主义思潮的思想文化背景。

第二, 国际因素。从八十年代开始, 前苏联和东欧改革大多经过一番断裂性的政治变迁后, 经济上出现衰退, 综合国力大大下降, 尤其是俄罗斯。反观东亚国家, 大多采取经验渐进的改革之路, 这种经验对法学界的深刻启示是: 要发展, 就必须稳定。渐进之路是稳定发展之必须, 而法律是社会稳定的基础, 因此, 它是走渐进之路以实现稳定发展的关键因素之一。这使得一些法学家坚信只有遵循传统, 法律才能走向成功。这是法治保守主义思潮的国际文化背景的一个方面。另一方面, 在法律文化领域, 传统社会主义犯了列宁曾提醒过的将婴儿和洗澡水一起泼掉的错误。而在资本主义发展中, 对以往文化经验的吸收, 是它的一个明显特征, 尤其以美国为代表的西方国家, 对法律文化连续性的重视, 更引起部分法学家的兴趣。在一定程度上讲, 法治保守主义提出了另一种对西方法律文化的借鉴方式——与法律移植论相比, 是一种方法与观念的借鉴, 而非具体规则的借鉴。

第三, 法学因素。自八十年代中叶以来, 比较法研究在我国一直昌盛不衰, 不论在本土成长起来的法学者还是曾留学西方的法学者, 大都自觉地把当代中国的法治建设置于国际大背景下进行比较、研讨。通过比较人们得知, 英美法文化更注重对传统的借鉴, 在英国, 不论是普通法传统, 还是衡平法传统, 均是其法制史长期发展的结果, 而其至今适用的宪法, 最远的竟来自十三世纪的《大宪章》; 美国独立战争虽然是革命性的, 但那只有政治主权意义, 在文化上, 美国主要继承了英国式经验传统, 这种注重法律文化连续性的经验传统在当今世界法制中的优势是明显的, 它对英美国家稳定发展的绩效也是明显的。而大陆法系国家的法典理性, 虽然是对罗马法传统的重新发掘, 但对许多国家独特的民族文化而言是一种相当程度的割断。这种比较, 使法学家在法文化层面开始深刻的反思, 例如贺卫芳先生曾撰文认为: "在文化的某些方面, 中国与英国还有较诸欧洲大陆国家更可沟通之处呢 "。[9] 尤其是新时期一大批在国外深造过的高层次法学学人, 大多曾就学于英美法系国家, 这便使法治保守主义思潮的形成有了法文化自身的背景。

尽管如上原因导致了法治保守主义思潮在中国的诞生, 但这能否证明其所持的观点必然适合于中国法治建设, 对此我将在后文继续探讨。

[9] 贺卫芳: 《英美法与中国》, 《比较法研究》1991 年第 4 期。

二、中国本土文化能否成为支持其法治化的主要资源

不论法治浪漫主义,还是法治保守主义,都植根于当代中国在改革过程中的法治取向,在法学界两者对法治的向往是大致无异的,对法治价值的肯认构成两者共识的基础。两者的区别在于对法治道路的选择上,即前者倾向于非连续性的建构,而后者强调连续性的经验;前者注重对已有法治模式的借取,后者注重从自己传统中挖掘……那么,法治保守主义的建言真能如他们确信的那样演化为中国的法治吗?笔者认为很难,具体原因如下:

(一)中国所面对的前所未有的历史变革使已然的传统虽不是变革的全部对象,但也是其主要对象。这场变革虽不否定其文化的连续性,但主要不是为了文化的连续性,而宁可说是一种文化的重构性。众所周知,自十九世纪中叶以来,随着西学东渐、武装入侵和社会变革,中国面临着一次全面的结构性的文化转变。近一个世纪以来中国发生的三次巨大变革表明:第一,在我国面临结构性的文化调整——社会变革中,一切皆流,因循不变的"活生生的传统"不是没有,但至少还难以起到独自地或主要地支撑中国法治大厦建立的程度。第二,中国在不到百年的时间使其制度发生两度巨变和在不到二十年的时间使其经济与主体精神发生巨变的事实,无可辩驳地表明:今日之中国,虽是昨日之中国的延续,但并非昨日之中国的复制,而是发生了深刻文化变异、制度创新和经济社会结构变迁的中国。历史经验如此,谁能保证随着中国改革的进一步深入,尤其城市化的迅猛发展,将来的中国不否弃在今天尚具有"活生生"特征的传统呢?第三,笔者赞同在中国巨变过程中保持适度文化连续性的主张,并且这种连续性不是因某些人的主张或不主张可以改变的,而是文化遗传性的必然结果。所谓适度连续性是指:首先,文化主体的连续性,即中国文化(包括法律文化)的重建,只能是中华民族主体操作的结果。文化主体的连续性是未来中国文化独创性的关键因素。其次,文化载体的连续性。尤其语言和文字这两种最基本的文化符号和载体,在中国具有无可替代的连续性。任何外来文化都要经过其语言加工和文字译介,即便英语等外来语言文化在中国有了大的发展,要取代汉语和汉字的连续性,也是没有任何可能的。反观中国二十世纪初期法学的发展,如何把西方的法言法语转换成中文这一中国文化之载体,是一个艰难的过程。[10] 再次,文化内容的连续性。中国文化博大精深,对此论者纷纭,毋须笔者赘言。其中可被今天采用、借鉴的文化成份是大量的,这不论在古远的传统还是新近的传统中,都是无可置疑的。但在中国法治化进程中,可借鉴的仅是中国传统文化的一些成份,而不是其主体精神。最后,精神情感的连续性。"寻根"意识是人类共有的普遍意识,对中国这样一个具有悠久历史的国家而言,其人民的寻根意识、乡土情结尤为明显。正是这种意识形成了民族文化在主体精神情感上的深刻连续性。厘定了中国变革过程中文化连续性的这几个界线,也就相应地清楚了中国法治化对文化连续性的要求是什么。

(二)法治的本质要求是控权,而中国文化传统和制度设置却对控权重视不够。中国传统文化的本质不是法治的,因此,如不果断地采取措施,淡化"活生生流动"的传统中对权力的无限崇拜,就不可能有中国之法治。法治是依法控权和依法管理的统一,但"一人得道,鸡犬升天"、"有权能使鬼推磨",这不仅是中国人对权力的一种批判,而在很大程度上是对权力及其能带给

〔10〕 李贵连先生对二十世纪中国之"法律用语的创制和引进"有详细探讨,并得出"通过这些新词,我们仍然可以品尝东方古代法的流风余韵。"参见李贵连:《二十世纪初期的中国法学》,《中外法学》1997年第2、5期。

人们好处的赞美和羡慕。这种把权力私化[1]的现象由来已久。当《诗经》中唱出“普天之下, 莫非王土, 率土之滨, 莫非王臣”[2]时, 我们看到的是普通百姓对国王个人居高临下, 把权力私化的无可奈何的叹息。而当秦始皇写出“六合之内, 皇帝之土; 人迹所至, 无不臣者”时,[3]我们看到的则是一个得胜皇帝把权力据为私有, 把天下据为私产后的昂扬之志。中国古代的政治学说极其发达, 但权力制约学说却极其落后, 除了以天、神、祖宗等较为虚幻的说教来警告最高统治者[4]外, 孟子曾提出过著名的“暴君放伐论”,[5]黄宗羲提出过著名的“一家之法”是“非法之法”。[6]但这些观念并未得到深刻的社会认同和制度认可。中国古代也有独树一帜的法制, 其中不乏有关“吏律”之类控制官吏权力的法律, 也不乏有关对皇帝勤于朝政的礼法制约机制(主要是一种道德制约), 但把皇帝公开置于法律之下的制度安排从未有过。这些情况给我们的启示是: 第一, 中国法治的控权要求是对中国传统文化中控权主张匮乏的一种断裂性的或非连续性的改造。要硬着头皮从中国文化传统中找到控权的资源, 一方面, 只能见其皮毛, 而无法见其本质; 另一方面, 只能使法治进程耗费时日, 而无法实现应有的主观推进。第二, 既然中国文化传统中不具备控权的思想资源和制度资源, 那么面对臻于成熟的国外有关控权理论主张和制度安排, 尤其面对我国已有部分人对这种权力控制方式较为熟悉的局面, 引进国外有关控权的思想和制度, 不仅是应当的, 而且是不可避免的。中国法制发展的实践证明, 对外来法律文化、法律模式的引进, 虽尚未取得学者们预期的效果, 但我们同样尚未实证以本土资源为主的法制比外来引进的法制更能促进中国法治的发展, 尤其控权的发展。第三, 也许我们在中国传统文化当中, 在当今流动着的传统中可以找到零星的控权资源, 但要真正把它们精雕细刻为现代法治的有用资源, 涵化为现代法治的内在成份, 恐怕与引进外来法治的现有资源所耗费的成本不相上下, 因为它们都要经历一个观念的接受过程、制度的理顺过程和行为的谨从过程, 而且除此之外, 要在芜杂的本土资源中清理出可资今用的法治资源, 其成本是很高的。

(三) 中国传统习惯的分割性和非理性化在根本上是法治统一要求的破坏力量, 而非相反; 全国性统一的商业习惯几乎等于零, 如有, 也只是建构式创造, 而非自身经验的累积。中国很早就是统一的大国, 大一统观念深入人心, 但是这丝毫不能减弱中国同时是一个具有文化多样性国家的历史和现实。“十里不同风, 百里不同俗”是中国文化差异性的恰当写照。在这种文化差异明显、习惯规则冲突的文化环境下, 能否以它为主建立起一种哪怕是并不理想的法治呢? 中国的法治是否“必须从中国的本土资源中演化创造出来”?[7]笔者认为是不可能的。首先, 在没有与法治相关的统一商业习惯、或这种习惯相互冲突、甚至多重对立的本土文化中寻找支撑法治大厦的本土资源, 要么是人力资本的极大浪费, 要么也是学者们一厢情愿的主观建构, 即“我

[1] 参见谢晖:《权力私化与政治拜权教》,《学习与探索》1988 年第 5 期。

[2] 《诗经·北山》

[3] 《史记·秦始皇本纪》

[4] 刘泽华先生等曾经系统探讨过中国古代的控权方式, 但其结果是“进谏多悲剧”。因此, 古代的控权方式不能与法治要求的控权相提并论。参见刘泽华:《中国传统政治思想反思》, 三联书店 1987 年版, 第 1 页以下; 刘泽华等:《专制权力与中国社会》, 吉林文史出版社 1988 年版, 第 306 页以下; 黄百炼:《权力裂变》, 吉林教育出版社 1989 年版, 第 1 页以下。

[5] 《孟子·离娄下》

[6] 参见黄宗羲:《明夷待访录·原法》。

[7] 同前引[1], 苏力书, 第 17 页。

们不得不在改革中逐步积累经验, 实际是积累资源, 逐步建立起一种 "传统 ' "。[18] 如果这种 "传统 "说成立, 那么, 以开放心态引进国外成功的法治资源, 以资我国法治, 不也是我们累积 "传统 "的实践吗? 其次, 当代中国长盛不衰的地方保护主义、部门保护主义和企业保护主义, 既是一种体制病, 同时也是一种因长期以来文化分割的积淀而形成的文化病, 它深刻暴露了传统文化与法治的根本对立和冲突。那么究竟以法治要求清算、化解与其对立的文化呢? 还是要求法治附就于这种文化? 我看行得通的应是前者, 社会的发展方向也只能指向前者。这点, 我在下面还将分析, 此处不赘。第三, 苏力先生把吉尔茨的 "法律就是地方性知识 "[19] 作为论证中国法治化进程中必须以本土资源为主的重要根据, [20] 但在笔者看来, 吉尔茨的结论也只是有限理性。说其是有限的, 在于它只是反映了人类知识和文化经验的一个方面, 而忽视了另一方面——一种文化与其他文化的平等交流和相互借用, 即文化具有普适性、世界性和无限性的一面, 否则这种文化只能如汤因比遗憾地归纳的那样, 成为供人们凭吊的文化化石, [21] 而无缘走向世界。这在世界经济明显趋于一体化, 各国文化的交流面越来越宽、交流度越来越深的情况下更为明显。最后, 苏力先生举了一对矛盾的个案: 一是利用宗法传统("一家一户的农业经济制度 ") 使农村和农业改革成功的例子; 一是利用 "公社社办企业传统 "而成功的苏南乡镇企业。[22] 且不说这两次改革当下的成功是否和中国长远改革的目标——实现现代化当然吻合(如华北大平原不少地区因每家每户的土地分割致使现代化机械至今无法耕作, 因而只能借战国时代中国人创造的犁来耕作) , 仅就这两种改革所利用的截然不同的资源而言, 人们不难发现, 更具有现代化特征的恐怕是建立在主要是借外来文化资源而成立的 "公社 "基础上的乡镇企业的成功, 而不是借本土宗法资源而推行的分割成块的土地的改革。经济的指令决定着社会的发展和文化(包括法律文化) 的发展, 这是中国绝大多数学者并不反对的一个结论, 但这一普遍性的结论并不能无条件地适用。利用宗法资源所致之农业改革的成功及其所致的经济发展, 究竟在多大程度上同时推动了中国农村社会的发展(除乡镇企业有大的发展的地区以外) , 甚至有无推进中国农村社会的整体发展, 还是值得怀疑和探讨的。与此同理, 被苏力先生推崇的宗法传统下的海外华人企业的 "成功 ", 迄今为止, 不仅是一种有限理性, 而且是相当有限的理性。在这种情形下, 才真正用得上苏力先生质疑过他人的那部书名: 《谁家的正义? 哪一种合理性?》。[23] 如果 "盗亦有道 "的道和法治之道都是有理的, 那么, 冲突和紊乱的社会秩序亦是有理的, 勿庸调节的, 法治也勿须倡导之, 这难道能自圆其说吗?

(四) 近二十年中国改革的历史, 确实是一个变法的历史, 它已有的成功, 与开放(包括法律的艰难开放) 是分不开的, 其突出的法律成果是与法治要求相适应的法律权利的不断扩大和深入人心。著名民法学者梁慧星先生就此指出: "总而言之, 我国改革开放的法制实践, 绝不是有

[18] 同前引 [7], 苏力书, 第 17 页。

[19] 参见吉尔茨: 《地方性知识: 事实与法律的比较透视》, 载梁治平编: 《法律的文化解释》, 三联书店 1994 年版, 第 73 页以下。

[20] 如前引苏力书中的两篇文章: 《变法、法治及其本土资源》和 《秋菊的困惑和山杠爷的悲剧》中均以吉尔茨的话为分析工具。参见前引 [7], 苏力书, 第 17 页和第 27 页。

[21] 在汤因比举的 "二十八个文明中, 至少十八个已经死亡和消灭了 "。参见汤因比: 《历史研究》, 上海人民出版社 1987 年版, 第 1 页。

[22] 同前引[7] , 苏力书, 第 16 页。

[23] 参见前引[7] , 苏力书, 第 27 页。

意模糊权利和义务的界限, 使权利义务相对化, 使权利变成 ‘似有却无, 说无却有 ’的不可名状的东西, 绝不是搞什么 ‘原始回归 ’, ‘返朴归真 ’, 也绝不是什么权利和义务价值并重 ’, 而是突出、强调、强化对公民、法人权利的保护! ”。[24] 在这个意义上讲, 中国改革的建构性就更明显了。数千年来, 中国一直是一个权力支配一切, 主体自治几无的社会。如果说有权利, 也只是马克思曾分类的特权, 而不是 “普遍权利 ”。[25] 这种普遍权利不论在古代的国家法、家族法抑或习惯法中, 是尚未发现的一个领域。即便中国古代有发达的契约, [26] 但并没有普遍权利观念和规范。就观念而言, 这种情形至今还沉淀在人们的心底, 以致我们虽在法律中不断扩大权利的范围, 但人们运用权利的自觉性还不尽如人意。这里面不乏体制性的因素, 但更为重要的是观念性的因素。虽然近二十年来我国人民权利观念的日渐萌发亦是不容忽视的, 然而, 即便在这可喜的现象背后, 仍有深深的隐忧。最近报道的河南省南阳市宛城区漂河乡李营村以村规对抗国法, 剥夺到女方家落户的夫妻俩的责任田的个案, [27] 既表明了主体权利观念的增长, 也表明这些权利观念中明显具有特权性质的内容, 还证成了如果自利观念转化不成普遍权利观念, 那么它除了大恶还是大恶。而从国法与村规难以共同调整这些事实说明: 一方面, 普遍权利是法治制度的重要目的之一, 但在权利制度和权利观念十分贫瘠的中国要开启一个以拓展权利为主导的法治秩序, 既要有本土主体的原创精神, 更有赖于在开放中借鉴他国经验, 需知, 他国的经验也是经验, 那种只有我尝过试过才信服的直接经验论者, 往往将现成的极有用的间接经验视而不见, 从而遮挡了应有的视野。另一方面, 以建立普遍权利为主要目的法治, 还预示着对主体观念形态结构的必要的重新塑造, 因此, 它是根本性的变革, 因为它改变着民族的精神风貌。虽然在现实生活中人们对过分的逐利深表不满, 但这种现象的造成并非权利之过, 这恰恰证明了普遍权利尚未深入人心。与此同时, 我们只要把今日踌躇满志、意气风发的沿海农民和二十年前愚腐木讷、得过且过的沿海农民加以对比, 则权利塑造主体、权利变更文化、权利壮大精神的功能昭然。另一方面, 以普遍权利为主要目的的法治对中国固有社会而言, 虽不能说是一种彻底的改变, 但至少是一种主要精神的改变, 对此, 笔者曾撰有一系列论文予以探究。[28] 需要在此强调的一点是: 这既是一个漫长的过程, 同时也是需要我们不断开放法治门户, [29] 吸收、借取国外优秀法治成果的过程。至于本土资源, 既然是改变的对象, 就不可能是以权利为重要目的的法治之主要支持力量。

当然, 这并不意味着笔者要否定本土资源对法治的可用性, 我只是想说明: 中国的法治之路, 开放引进他国的经验比整理国故更为重要, 也更为必要, 无论从现实而言, 还是从成本而

[24] 梁慧星: 《原始回归, 真的可能吗?》, 《比较法研究》1995 年第 3 期。

[25] 《马克思恩格斯全集》第 1 卷, 第 63 页以下。

[26] 有人通过实证研究指出: 从十八世纪前期至二十世纪中叶, 在四川自贡曾普遍采取了契约合资经营盐业的方式, 它是由中国人建构的股份制, 是一种有限公司股份制, 这比欧洲的同类制度至少早出百年 (参见彭久松、陈然: 《中国契约股份制》, 成都科技大学出版社 1994 年版, 第 1 页以下) 。这表明了中国契约制发达的程度。

[27] 国华、陈琪: 《村规与法律的较量》, 《中国青年报》1997 年 5 月 5 日。

[28] 参见谢晖: 《从法理社会看中华民族精神重构》, 《文史哲》1996 年第 6 期; 《法治, 中华民族精神转型的主导价值取向》, 《政治与法律》1995 年第 3 期。

[29] 孙笑侠先生对 “法律开放观 ”的界定是 “把法律放在国际交往的过程中来对待; 法律的发展不局限于本国、本民族的视野和思维, 正确理解法律民族性的意义和作用。”参见孙笑侠: 《法的现象与观念》, 群众出版社 1995 年版, 第 42 页以下。

计, 都是如此。

三、如何理解中国法治的本土化问题

九十年代以来, 尤其社会主义市场经济体制目标提出以来, 我国法律的国际化和本土化关系问题格外引人注目, 其中公丕祥、何勤华、孙笑侠、田成有诸位先生对两者关系的论述都是较为深刻的。[30] 笔者在 1994 年撰写的《本土化与世界化: 中国法制现代化进程中的冲突与抉择》一文中, 对法律发展本土化的含义与有些先生的理解无实质区别。经过近两年的思考觉得有必要重新确定法律发展本土化的含义, 这就是: 中国法律发展的本土化是指: 把具有世界性或国际性价值取向的法律理念、法律规则、法律组织、法律运行方式以及法律技术等中国化的过程。而前述关于法律发展本土化的观念, 应当表述为 "本土性"。即就本土固有资源而言, 法律现代化不可能完全抛弃它, 但这并不意味着在法律现代化中必然存在一个本土资源化的问题, 而只存在利用本土资源的问题。中国法制现代化必然面临本土性问题, 但本土性不是本土化。下面将主要阐述我对法治[31] 在中国本土化的新理解:

首先, 法治在中国的本土化是指具有世界意义和全人类价值的法律理念、法律原则、法律规则、法律组织构架、法律行为方式等被中国人理解、掌握和运用的过程。如前所述, 中国文化的连续性首先是指中华民族主体的连续性, 因此, 任何外来的文化也罢, 由中国人重新创生的文化也罢, 只要其对中国发挥作用, 则必须由中国人作为承载者, 并由中国人来理解、消化之, 否则, 便无法在中国发挥作用, 无法化为中国文化的有机组成部分。如果我们把本土化理解为就是复活中国固有文化中有用的传统, 那么其显然与法制现代化所独具的革故鼎新要求相去甚远。只有对其做上述的理解, 才能不断地在开放系统中光大中国文化, 进而实现我国在法制现代化这一牵涉文化全局变革中的文化创新。这种理解, 从根本上打破了种种假借本土资源而行复古之实的举动, 使中国人民能以更加开放的心态和积极主动的精神消化法治文化, 并使其既成为实现中国文化创新的有效资源, 亦成为创新了的中国文化的组成要素。在这方面, 佛教文化本土化或中国化的过程就能说明问题, 虽然它曾是一种外来文化, 而在今天要谈论中国固有文化但要避开佛教文化, 则不能想象。在我国许多地方, 包括儒家文化的创生地山东, 笔者经常看到佛居中, 儒道分居左右的寺庙, 这既说明中国人领悟、改造、运用外来文化的能力, 又表明中国曾有过博大的文化开放精神,[32] 还揭示了与我们的理解大致相同的外来文化本土化的

[30] 其中何勤华、孙笑侠二位先生对法的本土化(或国际化) 给出了定义性解释。前者的解释是: "法的本土化, 则指任何国家的法律要发挥其内在的价值、功能和社会作用, 必须与其本国(本地区、本民族) 的政治、经济、文化、历史传统以及风俗习惯等密切结合, 成为该国文化的一个组成部分, 为人们所接受并自觉遵守。"(参见何勤华: 《法的国际化和本土化》, 《长白论丛》1996 年第 5 期)。后者的解释是: 法的民族化 "是指按照本民族的特质而发展, 它是民族、传统、文化、国情及其发展规律对法的要求, 是法的内向型发展的规律。"(参见孙笑侠: 《法的现象与观念》, 群众出版社 1995 年版, 第 26 页以下)。公丕祥先生则探讨了本土化的原则, 参见公丕祥: 《国际化与本土化: 法治现代化的时代挑战》, 《法学研究》1997 年第 1 期。

[31] 笔者认为, 所谓法制现代化与法治化大体同义。如果说有区别, 则前者更重过程, 而后者直指目的。这里所谓中国法治, 就是指中国的法制现代化。

[32] 这种开放性, 从本质讲是一种 "外开放性", 而不是内外的 "双向开放性", 即对外来文化, 它是开放的(只有当外来文化影响其制度和统治时才例外), 而对本土文化却是相对封闭的, 除非他人来主动学习, 否则, 不会主动输出。

含义。这深刻地说明法治的本土化就是指中国人作为法治文化的主体消化、理解和运用法治的过程。

其次, 法治在中国的本土化还意味着用中国固有的文化载体来表达法治的内在要求。众所周知, 中国文化的主要载体是汉语。[33] 正如佛教的中国化曾经动用了无数古人的智慧译经书一样, 法治在中国的本土化也必然面对着现代法的理念、规则、组织、运行等用中国固有文化载体—— 汉字和汉语表达的问题。正因为如此, 我们经常称香港法律的中文化和澳门法律的中文化为本土化(或本地化) 。当然对法治精神及现代法的规则用中国固有的文字和语言表述的过程, 并不是从一种文化载体到另一种文化载体的简单复制或翻译过程, 而是一个复杂的心智创造过程, 是用饱含智慧的中国文化工具调制法治精神和现代法规则的过程。二十世纪以来中国法制现代化的历史事实证明: 尽管我们借汉字和汉语引进的法治理念和现代法术语尚未实现我们预期的理想, 但在新旧文化不断交锋、各种政治势力不断对垒, 社会生产力艰难成长的复杂历史情势下, 法治理念和现代法精神却能不断成长, 成为业已形成的中国 "新传统 "的一个重要组成部分。我们不能指望法治理念与现代法规则一用汉字和汉语表达出来, 就立马变成中国的法治, 正如我们不能指望一个刚刚诞生的婴儿一夜之间长为成人一样。如果由于一些制定法在近些年来未发挥更大作用, 而否定以中国文化载体对法治精神和法律规则的立法表达, 只能说论者们犯了急于求成的错误。[34] 难道我们通过自己整理国故或捡拾 "活生生流动着的传统 " 中和法治相关的因素, 就肯定能在短时间内实现中国的法治吗? 我看这同样缺乏实证的根据。总之, 法治在中国的本土化, 必然是一个用中国固有文化载体表达、记载法治精神及其具体要求的过程, 更进一步讲, 则是中国文化主体借用其固有文化工具理解、消化和运用法治精神及其规则的过程。

再次, 法治在中国的本土化也要求法治精神及其规则必须获得中国固有文化传统中对法治并不排斥的文化内容的支持。这在不少学者看来就是法治现代化中的本土化问题, 而笔者已在前文中将其界定为 "本土性 "。任何一种在特定文化中不具有主导性的外来文化要在这一特定的文化中扎根、生存、成长, 必须在该特定文化中寻找可以搭借的桥梁, 其中借该文化的载体以表达固然是可以搭借的主要桥梁, 但该文化内部除了工具性的载体以外, 还有实体性或价值性的文化成份可与外来文化吻合, 这便是外来文化本土化时应重视的问题。以中国文化为例, 中庸之道所蕴含的与法治相关的宽容理念、诚实理念所表明的与法治相关的诚信精神, "民本 " 思想所具有的对法治的民主要求, 大同理想所包容的对法治之合理秩序的要求等等, 这些都可以是法治在中国借以搭桥的有效资源。之所以本土文化中必然具有这种资源, 其基本的哲理基础是人类作为理性动物具有一致性要求, 即便分散在世界各地的文化与文明有再大的区别, 也不会是全面的对立, 其中总有可沟通的因素。这正是人类交往的一般基础。如果没有人类基本需求的相同性及在这种需求决定下的文化因素的相通性, 那么, 人类的交流是不可想象的。这说明法治在中国的本土化, 绝不是不分青红皂白地排斥中国的固有文化, 也不可能完全排斥固

[33] 除汉字和汉语外, 中国还有其他众多的语言文字。但汉字与汉语是中国文化的主要载体, 这是任何一个中国人都认可的。

[34] 对日本法律和法学素有研究的何勤华先生与笔者在开封一次会议上交谈时指出: 在日本, 一些制定法在二十年内未发挥预期作用的情况绝不鲜见, 随着经济的发展和城市化、工业化的成熟, 这些法律才开始发挥其应有的作用。

有文化。笔者认为, 中国固有文化与法治的对立, 是从其基本精神价值、尤其是制度形态的文化基本精神价值方面而言的。从具体文化成份而言, 中国文化成份中即便没有与法治要求直接对应的内容, 但也有可使法治精神和现代法规则方便地进入中国的实体性文化因素, 对这些文化因素的充分运用根据法治要求的创造性阐释, 可使法治在中国的本土化事半功倍。相反, 对这些文化因素熟视无睹, 对法治在中国的本土化只能事倍功半。

最后, 法治在中国的本土化最终要求把法治理念转化为中国人的精神情感认同。文化的最深刻的内在机理在于它是一种精神性的存在和具有情感力量支持的存在, 否则, 即便存在某种文化遗产, 但没有相关主体的精神动力和情感支持, 只能是一种终断的文化。比如巴比伦文化, 虽然具有令今人叹为观止的文化遗产, 像楔形文字、汉漠拉比法典等等, 但由于其主体—— 巴比伦民族的消失, 如今它只是人们研究的资料和凭吊的对象, 不论其文化工具——楔形文字还是文化实体—— 汉漠拉比法典, 都只是一种无主体传承的死的存在, 就算有学者把它复活, 但没有主体使用的文化只具有收藏和欣赏价值。在中国, 由于中华民族数千年的延绵和发展, 因而任何一种异质文化的本土化必然要以中华民族精神情感的认同为前提, 如果被其在精神情感上排斥, 就不可能本土化。法治主要作为一种外来文化, 它在中国的本土化照例是中国人精神情感对它的认同过程。中国人在精神情感上对法治的排斥不清除, 则表明法治的本土化未实现。正是在这一意义上, 我们认为中国实现法治的过程, 在本质上是一个以法治文化精神重构中华民族文化精神的过程。[35] 当然这一过程是复杂的、痛苦的和长远的。但只要我们认识到这一点, 便会有起码的精神准备, 至少不会使法治化进程南辕北辙。

[35] 参见前引[28], 谢晖文。