

# 二十世纪中国的现代化和法治

苏 力\*

法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力,他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界。<sup>[1]</sup>

## 近代中国法治问题的提出

20 世纪的中国历史可以说就是一个现代化的历史。然而,中国的现代化过程是作为近代世界性的现代化过程的一个组成部分而发生的,<sup>[2]</sup>它不是、或至少不完全是这个社会自身的自然演化的结果,因此它不是、而且也不可能是欧洲国家现代化过程在中国社会的一个重演。中国首先是被西方列强凭着它们的坚船利炮拉进了世界性的现代化进程;但是,现代化最终又成为中国面对西方列强殖民、扩张的一种自我选择。中国的现代化伴随着这个民族救亡图存的社会运动和社会实践,伴随着这个民族一百多年来富国强兵的梦想。中国近代以来的秩序和法治问题是在这一大背景下提出的,并且具有其特点,因此,也只有在这一大背景下才可能理解。

首先,这意味着,中国面临的第一位的任务是必须“变”,或者是主动的变,或者是被动的变,无论如何她都不可能依赖旧方式,维持现状,独立在世界的现代化之外。的确,当外敌侵来,连老祖宗的国土都守不住了,还谈什么老祖宗之法呢?<sup>[3]</sup>因此,从上个世纪末开始,中国社会的统治阶层和有社会责任感的知识分子一直集中关注的是“变法”的问题,要“改造中国”,变法是为了“图存”;为了“球籍”,为了使中国能够成为一个现代化的强国,“自立于世界民族之林”(毛泽东语)。一个多世纪以来,这个问题以各种方式自觉或不自觉地延续着,改良、维新、革命、战争、改革无不打上这一烙印。即使本世纪末最后二十年中国的改革开放,也是这一历史的延续,是这一梦想的延续。

但是,尽管称之为变“法”;而实际近代中国的问题决不是一个法律问题,也不是仅仅靠法律就可以解决的问题,尽管其中有法律的因素。变法不仅意味着要发展工商业、发展经济、建立新式军队,而且要创建富国强兵得以实现的一整套社会条件,建立新的教育制度、科学体系和

\* 北京大学法律系教授,哲学博士。

[1] Robert C. Ellickson, *Order without Law, How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, 1991, p. 286.

[2] 毛泽东在 30 年代就指出,自 1840 年鸦片战争以来的中国人民的革命是世界革命的一部分。见《中国革命和中国共产党》,《新民主主义论》,《毛泽东选集》第 2 卷,人民出版社 1991 年第 2 版,第 647 页以下。

[3] “今祖宗之地既不守,何有于祖宗之法乎”(康有为语),转引自张国华、饶鑫贤主编:《中国法律思想史纲》下册,甘肃人民出版社 1987 年版,第 359 页。

知识传播制度,要变革官制,要移风易俗,要使小农经济下的每个人都被整合进这个巨大的现代化工程,成为现代化工程的有机组成部分。这是一个全面的秩序破坏和秩序重建,这是一个结构性的整体的变迁。用康有为的话来说,就是要“全变”和“尽变”。而在这一现代化过程中,法律的主要作用并不是要确认社会秩序。转借孙中山先生的话就是,法律被当作一种“建国方略”,而不是“治国”方略。因此,“法律是主权者的命令”的理论在中国传统的“宪令著于官府,赏罚必于民心”(韩非语)的“法”文化传统之中很快得到接受,并进入实践。<sup>[4]</sup>法律所扮演的角色,就总体来看,就是要推进对现有社会秩序的全面改造和重新构建。即使在最讲求“法治”的情况下,也只是国家以“立法”的形式来推进这一现代化工程。

这也就意味着,变法是与现代国家的重建、国家权力的必要扩张结合在一起的。由于历史的不可重复性,我们今天已无法判断,中国社会内部是否可能自发地演进式地实现现代化,形成新的适应现代化进程的社会秩序和制度。但至少可以从社会的基本秩序必须从社会内部中产生出来,其基础是社会的生产方式和组织方式这一点推论出,在小农经济占统治地位的中国传统社会中至少不可能在短期内自发地演化出现代的工商社会,并形成相应的秩序。因此,我们很难想象,无须一个新的权力结构以及这个权力结构的支撑,一个社会可以通过“无为而治”或“自由放任”就可以自动地实现意图中的“全变”。因此,变法意味着必须建立一个新的、强有力的国家政权,要建立强有力的行政管理体制、财政体制,要将国家进行社会动员的网络或触角向下延伸(从清代的县延伸到乡村),要将一个传统的文化共同体的中国改造成一个现代民族国家,<sup>[5]</sup>要建立一种强有力的关于现代国家的意识形态,在每个人的心中建立一种民族国家的认同。

还必须注意,这一宏大的现代化工程不可能一蹴而就,而且20世纪不断变动的世界格局也不允许中国按照既定的方略从容不迫地细致展开和落实。因此,在20世纪的世界现代化进程中,中国不仅必须不断调整自己的变法方略和计划,同时,作为一个后进国家,中国要想救亡图存,要想重新屹立于世界民族之林,要想赶上和超过世界上的发达国家,中国社会的变革、转型和发展都必须“只争朝夕”、“继续革命”(毛泽东语),至少也必须“步子更快一点”,“力争隔几年上一个台阶”(邓小平语)。这也就意味着必须不能满足于现状,而必须持续地、频繁地进行变革、发展和调整。

20世纪中国的法治或法律实践正是在为了中国实现现代化这一历史的语境中构成的,打下了这一具体时空和情境的印记。当历史拉开了距离,使我们有可能比较从容地回顾这一历史进程中的中国法治时,我们就会发现,它的困难、它的成就也都无法脱离这一历史语境。

## 悖论之一:变法和法治

马克思在分析法律时曾经指出,法律就是将现状加以神圣化,“而只要现状的基础即作为现状的基础的关系的不断再生产,随着时间的推移,取得了有规则的和有秩序的形式,这种(将

[4] 参见朱苏人:《法本质理论的接受与中国传统的“法”和“法治”》,《比较法研究》1997年第2期。

[5] 关于传统中国的“国”,许多学者都持这种观点,例如,梁漱溟:《中国文化要义》,学林出版社1987年版,第18页以下。关于近代西方民族国家的形成和建立,请参见Anthony Giddens, *The Nation-State and Violence*, Polity Press, 1985; 又可参见Michel Foucault, *Discipline and Punish, the Birth of the Prison*, trans. by Alan Sheridan, Vintage Books, 1979。

现状神圣化的)情况就会发生”。<sup>[6]</sup>在这里,马克思隐含着一个重要洞察,即提出了法治的时间维度。当马克思强调“随着时间的推移”之际,他不是将时间仅仅视为法治发生的一个场所,因此是可以同法治的逻辑构成分开讨论的一个外在因素;而是将时间作为法治的一个构建性的内在变量,是法治的一个固有的或内在的要素。这种分析问题的方法显然是与马克思所追求的历史的和逻辑的统一分析方法相一致的。其他许多法学家在分析法治的时候,也都曾以不同的方式隐含地提到过时间的问题。<sup>[7]</sup>由此可见,法治不仅仅是一个逻辑化结构的社会关系,时间是法治的内生的变量。

因此,从这一维度上看,变法与法治有一种内在的紧张关系,从短期看,这两者甚至是不可兼容的。即使变法对中国的现代化是必须的选择,从长远来看是唯一的选择,但是从制度建设的层面上看,至少在一段时间内,却是不利于秩序的形成,因此也就不利于法治的形成。因为,在一个急剧转型的社会中,往往发生普遍的、长期的社会动荡和社会变革,而这些动荡和变革本身就意味着打乱现存社会秩序。它会打破一个社会中正式的制度,即国家已经确立的法律的有序运作,例如,革命和战争都往往迫使一个民族放弃常规生活中所使用的制度,利用各种便利的紧急措施、颁布各种临时性规则来组织社会生活,维持社会秩序。这不仅会涉及机构的废立,而且最重要的是会改变活动的规则,改变贯彻规则的人员。

社会动荡和变革也必然会触动甚至摧毁社会中的其他非正式的制度维持的秩序。例如,因社会动荡或因城市化带来的人口流动,会使原先在稳定的社会关系中相对有效的社会控制方式不稳定甚至完全失效,由此社会学意义上的不法、越轨行为急剧增加。然而,中国过去百年间的现代化过程正是通过这种方式进行的,并且几乎是在一种不断的变革中进行的,因此这种紧张关系就进一步加剧。

频繁、剧烈的动荡、变革不仅会打乱旧的秩序,甚至会打乱在现代化进程中可能正在形成和生长着的回应现代社会生活的规则,使社会生活无法形成秩序。正如仅仅许多优秀教师的汇集并不能马上变成一个好的学校,仅仅汇集了许多单个看来训练有素的士兵也不能成为一支有战斗力的军队一样,即使有一些个别看来是良好的秩序和规则,也并不必然能构成一个总体上得体、恰当、运作有效的社会秩序。尤其是在一个动荡或迅速变革的社会中,即使是从长远看来可能是有生命力的秩序、规则和制度,也仍然可能由于没有一个相对稳定的社会环境来发生、生长、发展,因此而无法以自己的得以验证的生命力获得人们的青睐和选择,也无法通过其制约力量进入人们的心灵和记忆中,很难成为长期有效的规则和稳定的秩序,更无法作为制度积累下来。频繁的社会动荡、革命、变革甚至会使社会中各种生长着的、本来可能符合现代社会生活的正式和非正式制度一次次夭折。这样一来,即使假定人民渴求稳定,当政者力求依法而

[6] 《资本论》第3卷(下),人民出版社1975年版,第894页。恩格斯在谈论法律起源时,也提到了时间的构建性作用,“在社会发展的某个很早的阶段,产生了一种需要:把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用一个共通规则概括起来,设法使个人服从生产和交换的一般条件。这个规则首先表现为习惯,后来便成了法律”。《马克思恩格斯选集》第2卷,人民出版社1972年版,第538页。

[7] 例如,萨维尼认为法律的发展和语言的发展更为相似,是历史地构成的(萨维尼:《论当代立法和法理学的使命》,西方法律思想史资料选辑,北京大学出版社1983年版);而霍姆斯认为普通法是一个民族多少个世纪以来的故事;有许多“荒谬的”制度,例如“对价”,是由于其历史而获得不可改变的法律地位(Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Common Law*, Little, Brown and Company, 1948);又如,哈耶克提出了社会自发性秩序的演化理论(F. A. Hayek, *Law, Legislation, and Liberty*, 3 vols. University Chicago Press, 1973-1979)。

治, 希望将某种秩序以制度化的方式固定下来, 并且也形成了文字, 但由于社会秩序本身没有形成, 或缺乏正式和非正式制度的配套, 秩序将无法真正出现, 法律将仍然是形同虚设。

人们常说, 人是因为有未来才能生活, 其实没有昨天的未来是完全不确定的, 人之所以能够期望明天是因为他或她有对于昨天的记忆。在生活实践中一切对于未来的预期都必须建立在对于昨天的确认和记忆上, 正是这种比较恒定的预期给人们带来的一种秩序感, 一种规则感。而任何变革, 无论是如何精心安排和设计, 都必定具有超越至少是普通人掌握和预测的能力之外的变化, 都可能破坏普通人基于对昨天的记忆而建立起来的预期。因此, 可以说, 在人们对于未来的渴望这种看起来不安定因素中实际上也隐藏着一种也许是更深层的保守主义倾向, 而法律以及其他正式和非正式制度的设置, 就其总体来看, 就是人的这种倾向的产物。因此, 法律上要求信守诺言, 契约必须遵守, 特别关注“被依赖的利益”, 都是人的这一基本要求的反映。而变革, 即使从长远看是必要和合理的变革, 都会打乱人们的这种基本预期; 即使是社会经济的调整、发展和繁荣, 都可能破坏普通人基于对昨天的记忆而建立起来的预期, 使人感到不安和急躁。<sup>[8]</sup>对于生活在变革时期的一个个具体的、生命有限的个人来说, 他们的感受往往是, 频繁的变法不是在建立秩序, 而往往是在破坏秩序; 频繁的变法不是在建立法治, 而是往往在摧毁法治。

## 悖论之二: 法律与立法

现代社会中, 国家的立法以及相应的司法和执法活动已经成为现代法治中最显著、最突出的因素。许多学者在讨论法治时, 集中讨论的几乎完全是宪法、立法以及有关机关的活动。然而, 所有这些都不能涵盖法治。如前所述, 一个社会生活是否在规则的统治之下, 一个社会是否有序, 并不必定需要以文字体现出来, 而是体现在社会生活之中。因此, 社会生活的秩序在任何时候都不可能、而且也不应当仅仅是由国家制定的法律构成的。任何制定法以及有关法律机关的活动, 即使非常详尽且公正, 即使我们承认法律语言具有超越其符号的力量, 也只能对社会生活的主要方面作出规定, 并以国家强制力来保证社会生活的主要方面基本稳定。例如, 即使在声称对公民权利保护最为重视的国家, 其宪法也只是规定了人们的基本权利, 而没有规定每个人的每项权利; 之所以如此, 非不为也, 乃不能也。我们无法设想以立法文字的形式将人们的日常生活、社会运转的一切都规定下来。

因此, 我们即使承认制定法及与其相伴的国家机构活动是现代社会之必须, 我们也不能因此误以为现代法治必定要或总是要以制定法为中心。社会中的习惯、道德、惯例、风俗等从来都是一个社会的秩序和制度的一部分, 因此也是其法治的构成部分, 并且是不可缺少的部分。<sup>[9]</sup>它们之所以能长期存在, 决不可能仅仅是人们盲目崇拜传统的产物, 而没有什么实际的社会功

[8] 迪尔凯姆关于自杀问题的研究发现, 社会的无序(anomie)并不仅仅来自社会的灾难, 而且也可能来自“某种令人获益但过于突然的变化”, 例如权力和财富的突然增加, 会使某些人难以忍受。见 Emile Durkheim, *Suicide, A Study in Sociology*, trans. by John A. Spaulding and George Simpson, Free Press, 1951, pp. 252ff. 这种状况最典型的也许就是“范进中举”; 人们也常说, “最难熬的并不是最后结果, 而是等待本身”; 以及改革以来的“端起碗来吃肉, 放下筷子骂娘”的现象, 都是这个道理。

[9] 例如, 作为普通法国家司法之核心的遵循前例原则就是一个惯例: 英国宪制的一部分就是历史形成的、至今不见诸文字的惯例; 美国统一商法典也总是跟随商业习惯变化, 而不是相反。

能。作为内生于社会的制度,可以说它们凝结了有关特定社会和环境特征、人的自然禀赋和人与人冲突及其解决的信息,是反复博弈后形成的人们在日常生活中必须遵循的“定式”。任何正式制度的设计和安排,都不能不考虑这些非正式的制度。如果没有内生于社会生活的自发秩序,没有这些非正式制度的支撑和配合,国家正式的制度也就缺乏坚实的基础,缺乏制度的配套。这样,不仅谈不上真正有社会根基的制度化,甚至难以形成合理的、得到普遍和长期认可的正当秩序。

立法之局限还在于,即使有国家强制力的支撑,它并不能彻底废除任何一种流行于社会中的习惯性秩序。只要社会还需要,只要没有其他的制度性替代,即使为立法所禁止或宣布无效的规则就仍然会发生作用。并且,由于规则是在社会生活中体现出来的,我们甚至觉察不到它的存在,就象鱼感觉不到水的存在一样。而又正如力量只有在受到阻碍时才可测度一样,只是在我们试图使社会或人们按立法来规范行为方式时,社会中的习惯性规则才以立法的无力或者无效或社会对立法的有意或无意的(更多的是无意)拒绝的方式体现出来。

尽管法治的原则之一是立法不溯及既往,然而,事实上任何立法必定为在某种程度上改变现状而立,而且只要它不停留在纸面上,就总是具有溯及既往的效果。一个税率的改变实际上改变了一个企业或企业家实际占有财产的价值,尽管这个税率也许要等到明年开始适用。一个禁止在公共场所吸烟的规定也会影响吸烟者已经形成的习惯,使他感到某些场合的不便。因此,绝对的不溯及既往是不存在的,也是不应当的。如果社会要发展,有些现状是必须改变的,通过立法来改变现状在原则上是正当的。然而,恰恰是由于立法总是具有这种溯及既往、破坏既定预期的效果,因此,不能过分相信立法,更不能频繁地立法或修改法律。立法不溯及既往的意蕴之一就是不应当大量立法和频繁地修改立法。

正因如此,哈耶克提出要区分法律和立法的概念,以澄清近代以来人们关于法律的误解。<sup>[10]</sup>在他看来,法律不必定形成文字,甚至无法形成文字,它是内生于社会生活的普遍规则,出现在现代立法机关诞生之前,往往是对自发秩序的承认和认可,国家政权仅仅对保证法律得以实施起到一种辅助性作用。尽管这种法律只要有发展、变化,也必定具有某种溯及既往的效力,并且事实上在某种程度上改变现有的利益格局。但是,由于这种内生的法律规则的变化往往来自个人之间合作、互利,因此是一种帕累托改进,而不是纯粹的再分配性质。并且由于这种法律基于经验,得到更大程度的普遍的和自觉的认同,也较少需要国家暴力强制执行。相比之下,立法(制定法)则是国家通过深思熟虑制定的强加给社会的规则,往往用来实现某个目标,创制某种期望的秩序,尽管经过立法机关的法定程序,然而,这一过程不足以充分利用受立法影响的个体的具体的知识,而依赖一般的理性原则,因此往往会与社会的自发秩序相对立。尽管哈耶克并不一般性地拒绝立法,但他确实指出立法的危险。这种危险,不仅在于近代以来立法一直是同国家的合法暴力相联系,更重要的是一种对于立法者或法学家的理性的过分迷信,将法律等同于立法,同时将那些社会自生的习惯、惯例、规则完全排除在外,视其为封建的、落后的、应当废除和消灭的,这种做法实际上是不利于社会秩序的内部生成和自发调整,社会变成一个仅仅可以按照理性、按照所谓现代化的目标、原则而随意塑造的东西。

然而,中国近代以来的法律活动可以说是一直着眼于立法,基本着眼点在于把中国改造成

[10] 同前引⑨;又见 F. A. Hayek, *New Studies in Philosophy, Politics and Economics, and the History of Ideas*, University of Chicago Press, 1978, pp8-9.

为现代化的国家,法律往往是一个被称之为立法机关或规则制定机构通过一定的制作程序制作出来的产品。这种对立法之重视,不仅是由于当年中国知识界的急于求成和天真,过分相信现有的科学和知识及其解释力,因而常常以愿望的逻辑完全替代了对具体问题的细致分析,<sup>[1]</sup>更重要的是,在20世纪中国,它具有相当程度的语境化的合理性。在世界现代化的大背景下,中国要想以国家权力来改造中国和推进现代化,制定法几乎是唯一的最便利的形成规则的方式。但是,问题在于一旦把法律等同于立法时,就会出现,一方面是成文法的大量制定和颁布,执法机构的增加和膨胀,而另一方面是成文法的难以通行,难于进入社会,成为真正的规则,同时不断改变社会中已经或正在形成的规则,破坏了人们的预期。结果往往是,如同费孝通先生多年前所言,“法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了”;<sup>[2]</sup>而这种状况往往又成为一种进一步“加强法治”的正当根据和理由,制定新的立法或修改立法,甚至会陷入一种恶性循环。

### 悖论之三:国家与社会

因此,中国20世纪的现代化和法治建设又呈现了另外一个悖论,对于变法的强调意味着必须有一个强大的国家权力来保证这一工程的实施,对立法的强调意味着要以更多的强制力才能使立法得以落实。但是,在进入这一世界性现代化格局之际,中国并没有成为一个强大的国家。事实上,正是由于当时国家不强大,军队不强大,财政不强大,官僚行政机构缺乏效率,无法有效动员社会,才引出了变法的主张。因此,中国的变法或现代化同时又是一个国家重建的过程,是建立和强化国家政权的行政管理、财政税收、军队和警察,并以此保证国家推动社会现代化的过程。就整体上看,这一基本的倾向在很长时间一直没有改变。<sup>[3]</sup>

然而,以这一思路实现现代化,以及它在某些方面的成功,带来了一些意想不到的或想到了但为了尽快“现代化”仍然不得不这样做的问题。在这种建立法治的努力下,尽管社会可能呈现出有序,但是这种秩序是由国家强制力保证的,与社会缺乏内在的亲合性,往往无法有效调动个体运用他个人的知识采取有效行动,促成人们之间的相互合作,形成、发展、选择更为人们偏好的、有效的秩序,因此这种秩序缺乏自我再生产、扩展和自我调整的强大动力,也无法对不断变化的社会作出灵活有效的反应。结果是,社会显得相当僵化。更重要的是,在这种法治建设的进程中,法律主要不是或不仅仅是作为对国家权力行使约束而发生的,而是作为强化国家政权的力量对社会改造的工具而发生的。国家权力不仅大大膨胀了,而且社会难以对政治权力的行使构成强有力的制约。特别是在计划经济体制下,一切都由国家统管起来,整个社会的自我管理、规制的空间日益狭小,不仅经济缺乏活力,更重要的是社会中其他机制调整社会秩序的作用受到了大大的限制,有的被当作“四旧”清除了。在这种条件下,已很难谈论社会内部自发地秩序,而且也不会有人去关心和考察社会内部的合作是如何进行的,秩序和规则是如何形成的。以致70年代末,安徽凤阳县小岗村的农民不得不以坐牢托孤的决心、以秘密协定的方

[1] 一个典型的例子是清末立宪,几乎所有的人都认为只要实行了立宪,就可以迅速地富国强兵。参见萧功秦:《近代中国对立宪政治的文化误读及其历史后果》,《战略与管理》1997年第4期。

[2] 费孝通:《乡土中国》,三联书店1985年版,第59页。

[3] 在这个层面上看,计划经济体制在中国自50年代——80年代间的建立,具有其内在的历史必然性和合理性,而不能仅仅视为一种政治决策的“失误”,也不仅仅是对苏联模式的天真效仿。

式开始一场新的变革。

70年代末以来,中国政府和中国共产党实行了改革开放的基本政策,国家权力开始在许多领域退出,不仅经济建设取得了举世瞩目的成就,而且整个社会也更具活力。社会空间在扩大,社会团体和职业团体在不断增加,在农村,乡规民约受到了重视,许多企业和行业内部也开始注意逐步积累形成自己的“企业文化”或行业规范。尽管如此,我们必须看到,在法治建设方面我们仍然过分强调国家立法主导,往往以为只要是通过法定程序,以民主投票方式通过的立法就是社会需要的法律,就可能建立法治。一旦社会中出现了一些混乱,无论是政府官员还是普通百姓,都很容易想到国家干预,行政性的或者是以法律形式(立法或执法)的干预。在许多场合,仍然趋向于强调以国家垄断的方式来维持秩序。这几乎成为一种思维定式。例如,当出现“王海现象”时,有关国家机关声称公民个人无权“执法”;当一些商家尝试以“偷一罚十”这种带有传统意味的规则来警示和处罚某些行为不检点的顾客时,许多政府官员和法学家都声称只有政府才有处罚权。而在这种保护公民权益的正当口号的背后实际上是主张国家对强制力的垄断,一种对国家权力的迷信。<sup>[4]</sup>

也正是在这样的背景下,法学界提出了“市场经济是法治(或法制)经济”的口号。表面看来,这种观点强调了法治的重要性,然而其要旨是,不相信市场本身作为一种制度对于社会秩序形成和规则形成将起到基本的作用,而更相信政府的作用,相信国家立法机关或行政机关以立法形式对市场的干预和规制。我并不一般地反对国家干预,也并不一味迷信市场,在当前中国市场经济的发展和形成中,国家的确起到了甚至必须起重要作用。例如,没有中央政府的大力推动,即使是农民自发创造的联产承包责任制也决不可能很快在全国展开。但问题在于,恰恰因为这种以国家权力的退出的成功改革,容易遮蔽我们的视野,以为这主要是法律或政策的结果,只要政策和法律“对头”(所谓“对头”,不是理解为创造条件促成社会自发秩序的形成,而是理解为国家通过大力干预创造秩序),市场和秩序就可以形成。事实上,以政府的力量构建起来的市场,也可能因为政府的力量而萎缩和缺乏活力;同样,以国家权力推行法治也可能会以另一种方式强化国家的权力,而不是有效地规制国家的权力。

必须强调,尽管现代社会中的法治已经与国家权力不可分离,但从根本上看,法治所要回应的是社会的需要,而不是国家的需要(国家在一定意义上讲,只是社会的一部分)。因此,法治不可能仅仅依靠国家创造出来,也不应当依靠国家来创造。无论立法者有何等的智慧或者法律专家有何等渊博的知识,也无论他们可能是如何没有私利,他们都不可能对中国这个特定社会中秩序的形成、秩序构成条件和复杂的因果关系有完全的、透彻的并且预先的了解;他们所拥有的知识只能是历史上的或外国的、已经或多或少一般化了的的知识,这种知识,即使是圣经,那也已经意味着它不可能同时又是操作手册。在这个意义上,法治是不可重复的,即使我们希望重复某个历史过程,由于时间和空间的不可复制,也不可能。法治的唯一源泉和真正基础只能是社会生活本身,而不是国家。

[4] 这并不意味着笔者就完全同意王海“知假买假”的做法,或者某些商家在执行“偷一罚十”时可能出现的过度。我所反对的是国家在建立和维持社会秩序上的垄断。

## 悖论之四:理想与国情

就总体来看,法治是一种实践的事业,而不是一种冥想的事业。它所回应和关注的是社会的需要(当然,这并不排除法律在某些情况下可以以推动变革的方式来回应社会的需要)。然而,当中国近代社会的主要目标是要实现现代化,法律被视为是建立一个未来的理想社会之工具,用来推行各种改革并回应未来社会之际,法律的主要功能就发生了一种根本性的改变。立法者和法学家往往不是强调法律回应社会,将社会中已经形成的秩序制度化,而是要求社会来回应法律,希冀以国家强制力为支撑来人为地和有计划地创造一种社会秩序的模式,并且主要是以“先进”国家为标准,然后将中国社会装进这个模子中。正是在这个意义上,我们才可能理解“法治”或“法制”何以可能成为一个“建设”项目,一个以立法数量、受案率、法官的文化程度以及律师的增长作为衡量指标的工程项目。

现代社会已不可能没有对于未来的一般设想和追求目标了,处在不断变动中的中国为保持法律的相对稳定,有时甚至必须有某种“提前量”。然而,如果法律的兴废、修改首先并集中关注的是如何实现国家的“现代化”,如何满足未来的需要,势必会忘记或忽略社会当下的需求。法律不再是经验性的了,而是成为某个理想的社会、经济制度的逻辑需求的延展,成为一种具有普适性并且在理论上不容忍地方性知识的原则。这样一来,法学家必然以法条为中心,以书本为中心,以对外国法条之知代替对中国社会之知,法律所必须回应的社会现实问题势必会被遮蔽,甚至被有意识地牺牲了。这也势必造成许多法律制定出来之后,难以在社会中实际发挥有效的和积极的作用,而只是一种看上去漂亮的“间架性结构(黄仁宇语)。从这个角度来看以及从法律的总体设计来说,都主要以是否符合理想的现代化、符合中国即将进入的现代化阶段为标准,强调法律的前瞻性和纲领性。当计划经济被社会认为可能是现代化之路时,法律关注的是如何建立和保证一种理想化的计划经济的运作;当市场经济被认为是现代化之路时,法律又围绕着理想化的市场经济来设计。一个奇怪又不奇怪的现象是,在中国当代,司法部门常常说立法部门脱离实际,立法部门又常常说法学研究部门脱离实际。而一些实际调查发现,许多法学知识在实际生活中缺乏用处,而常常沦为一种“案件制作术”。<sup>[5]</sup>

必须认识到,尽管20世纪中国已发生了巨大的变化,但是,中国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,(50—70年代的集体化仅仅是以行政手段迫使人们一起劳动),基本上仍然是一个熟人社会、乡土社会。中国的城市地区已经相当程度的现代化了,陌生人的关系增加了,但由于单位制,由于绝大多数普通人的生活世界总是相对稳定并追求稳定,以及由于大量农民进入城市,熟人社会的行为习性在城市地区也并不罕见,即使是商贸交往上也无法避免。在这个意义上,中国城市是一个“关系社会”,或者称之为“网络化熟人社会”。在这样的社会中,那种以陌生人为前提假设的理想型现代法律就很难发挥立法者所预期的作用。如果交易是在熟人之间进行的,或者是交易方保持一种持续性的关系,那么合同就基本是可有可无,强制推行,就只会成为

[5] 参见强世功:《乡村社会的司法实践:知识、技术与权力》,《战略与管理》1997年第4期。特别是第三节。我在湖北对基层法院法官的访谈中也发现同样的情况。

交易者的负担,而不是带来便利。<sup>[6]</sup>假如斗殴者是熟人,即使造成了依据制定法可以处罚的伤害,那么,只要伤害不是十分严重,熟人之间还不准备彻底撕开脸面,他们就不大可能像陌路人之间的伤害那样轻易诉诸法院,而会寻求其他解决方式。<sup>[7]</sup>只要儿子还必须和父母住在一起,他在婚姻上就不可能不考虑(并非听从)“父母之命”;而如果父母只能而且也准备依赖儿子养老,作为大家庭的一员,作为利益相关者,他们也就不可能在儿子的婚姻问题上保持一种自由主义的不干涉态度。只要乡土社会的社交面还比较狭小,那么自由恋爱就必定需要媒妁之言的补充,或者是媒妁之言需要自由恋爱的补充;<sup>[8]</sup>即使知道本村某村民偷盗了国家的电线,但只要“兔子不吃窝边草”,那么他的乡亲乡友就不大可能愿意出庭作证支持公诉。<sup>[9]</sup>在这种条件下,如果过分强调法律的“现代性”或前瞻性,强调回应现代陌生人社会,法律就会与普通人的生活失去联系,而——说句也许是愤世嫉俗的话——成为社会的某些利益集团事实上的谋求自我利益的工具(例如,法学家以此获得对立法的影响和社会声誉,律师可以收取更多的诉讼费用),而这样的法治也就失去了其真正的基石功能。

另一方面,如果法律以移风易俗、改造社会、重组社会为关注,势必带有更大的强制性、压迫性。当然,所有的法律都必定具有、也必须具有某种强制性。人并不会天生就信守合同,信守合同是一种以社会强制力为后盾的教化的结果;人也并不可能自然而然就遵守交通规则,注意公共卫生,所有这些在现代社会提倡的“公共道德”,在某种程度上都必定是社会的强制力影响的结果。然而,当社会现有的秩序尚不具有潜移默化的教化力量,或者社会本身的秩序形成是与正式法律相悖的另一种教化、养成的是另一种习性,法律要改造社会势必需要有更大的强制力、甚至是公开的暴力才可能得到贯彻。并且,即使运用了更大的国家强制力,法律也仍然会受到抵制,无法真正进入社会,而往往只是停留在字面上。这样的法律,即使目的是为了整个社会的长远利益或未来利益,也难在短时期获得人们的认同,甚至视这种法律为异己的压迫力。例如,即使是依据正式的法律、法规在农村集资修路、办学、推行计划生育、建设精神文明村等等,有时也会在立法意图中的最终受益者那里受到各种抵制,被乡民视为政府的事,与乡民直接

[6] 这并非中国的特点,即使在西方发达国家的工商经济中,也有这种状况。例如,麦考雷 1963 年的实证研究发现,在美国威斯康星州,经常交往的厂商之间有 60—75% 的经济活动并不通过合同,而是依据公平交易 (fair dealing) 的规范,并且这种商业规范与合同法同样有效。见 Stewart Macaulay, "Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study," *American Sociological Review*, vol. 28, 1963; 以及 "The Use and Non-use of Contracts in the Manufacturing Industry," *9 Practical Lawyer*, November 1963.

[7] 因此,秋菊对村长打伤其丈夫只是要个“说法”,而不理解为什么“把人给抓了”。参见苏力:《现代法治的合理性和可行性》,《东方》1996 年第 3 期。同样,婚内强奸尽管应当受到谴责,却很少被真正定为犯罪;而且除了夫妻决心彻底分手,甚至无人报案。因此,即使是“公正”的法律终究还是要受到当事人之选择的限制。

[8] 因此,城市人的婚姻似乎比农村人更为“自由”。然而,这并不是由于人们对“权利”的认识或者是“法治观念”不同的产物,在我看来更多地是社会生活的制约条件不同的产物。

[9] 因此,所有国家在法律上都允许不同程度的“子为父隐,父为子隐”,而其功能在于保护社会最基本的社会组织和秩序,由此也就维护了社会秩序。参见范忠信:《中西法律传统中的“亲亲相隐”》,《中国社会科学》1997 年第 3 期。

生活无关或关系很小。<sup>[20]</sup> 法律以另一种方式表现出异己性。

### 悖论之五：普适性和地方性

现代法治的一个重要原则是，除了某些法律认可的范畴（例如军人、妇女、未成年人、残疾人）之外，在一个国家内，对人们的行为要求基本是相同的，人们可以依赖的行为规则、人们必须遵循的秩序规则和社会实际贯彻的规则是基本相同的。这就是法律的一般性原则，也是法律面前人人平等的原则。因此，在市场经济的不断扩展中，在法治的形成中，各国（殖民地国家除外）都有一个打破“封建制”的过程，就是要扫除“地方保护主义”和“胳膊肘向里拐”的现象（而在对外扩张和殖民过程中，则导致以武力为后盾的法律秩序的强制性移植（imposition））。

从中国现代化和市场经济发展的要求来看，要逐步消解地方秩序，法律必须统一，具有普适性。但是，要回应具体社会中纷繁复杂的生活问题，法律秩序和规则又势必是具体的，因此必须具有地方性。这种法治空间维度上的一个两难，一直是现代化过程中的一个悖论。然而，与历史上的西方国家或日本这样地域相对狭窄的国家相比，如果这还不是一个“中国的”问题，那么在中国也格外地突现出来。

这不仅是因为中国的现代化是后发的，许多人希望尽快走完西方人在三百年内走过的历程；而更重要的一个基本国情，就是毛泽东同志早在本世纪20年代指出的，中国是一个大国，各地区政治经济文化发展不平衡。<sup>[21]</sup> 尽管这一判断已成为老生常谈，在许多言说者那儿已失去了思考的意蕴，但在我看来，这仍然是今天我们在思考中国法治问题时必须铭记的关于中国国情的基本判断。

同样是“国家”，对于在概念层面思考的人来说，它们是同样的一个分属单位，但对于现代化实践来说，同样的概念无法掩盖这个概念背后的这一片和那一片疆域的巨大差别。一个大国和一个相对来说的小国在法治的统一和确立的难度上会有很大不同。大国意味着有更为繁复的小型社会的秩序体系，意味着形成统一的规则的艰难，也就意味着更漫长的时间，意味着立法者必须考虑更多既成的地方性秩序的利益，意味着有更多的地方性秩序会以各种方式反抗为了现代化的进程而强加给它们的据说是为了他们的利益或他们的长远利益的法律，而这些为了现代化的法律至少在目前以及在未来的一段时间内不可能对这些尚未现代化的或正在现代化的小型社会或社区带来利益，甚至可能带来损害或不便。因此，一个社会的地域空间并不仅仅是一个空间的问题，它还意味着形成统一法治所面临的难度和所需要的时间。

本世纪初的政治经济文化的不平衡状况在20世纪末的中国已经有了相当大的变化。但这

[20] 但是，乡民的感觉并非完全没有道理。如果放在现代化的大背景下，在所有这些乡村的经济、政治和社会文化建设和改造中，又的确带着浓重的建设现代民族国家的色彩，以增强总体的国家的经济实力，建立现代民族国家的意识形态，增强国家的社会动员能力。当那偏远的山村小学使用着国家统一规划的教科书，举行升国旗、唱国歌的活动之际，我们看到的并不仅仅是“文化下乡”，而且是国家权力末梢的延展，看到了这是中国从一个文化共同体变成一个现代民族国家的无数事件中的一件。用小说和电影《凤凰琴》中的山区教师张英的话来说，是山区小学校的艰苦生活使他“第一次听懂了国歌”。

[21] 《中国革命战争的战略问题》，《毛泽东选集》第1卷，人民出版社1991年第2版。特别是第三章第二节。但是毛泽东的这一分析判断至少在1920年以后的井冈山时期已经形成他对中国革命的一系列决策的基础性判断之一。可参见毛泽东写于1928年至1930年的《中国的红色政权为什么能够存在》，《井冈山的斗争》，《星星之火，可以燎原》等文。

种变化是否足以保证现在在全国实现统一的现代法治,笔者仍然持一种谨慎的态度。从经验上看,当代中国社会,除了东部沿海和大中城市外,在广大农村甚至许多小城镇,熟人社会仍然是一个不争的事实,尽管这种状况也正在变化。当然,从理论上假定中国必定走向现代化,中国广大农村的熟人社会将会变成陌生人社会,那么,现代法治的建立作为一个目标是可取的,也是应当争取的。但是,目前我们有两个无法确定的问题:第一,中国的市场经济发展是否必定导致中国农村小型社会的解体,对此我觉得不应当依据一个西方国家现代化历史进程而低估了中国社会发展的复杂性,以一种过去的、外国的经验代替对中国现实的分析。第二,即使假定中国的农村社会也将随着人口的难以想象的规模高度流动起来,最终将陌生化,这可能也需要几十年的时间,而在这一期间,中国广大农村社会生活的秩序将依据何种模式来制度化?就算这是一个过渡时期,但仍有一个如何过渡的问题。并且在城市,熟人社会问题也并非完全消失了。不仅新近进入城市的农民的习惯难以在短期改变,而且一些行业当中,由于职业的关系,由于同乡关系,也出现了新的熟人社会。例如,夫妻店式的公司,家族化的商业经营,以及“浙江村”那样的城市居住区。如果真正相信个人的偏好是他的效用的真正衡量标准,如果真正相信在社会互动的制约下每个人的自由选择最终将导致社会福利、财富或效用最大化,那么即使从社会繁荣和福利的角度出发,我们也应当遵循这种也许并不完全符合现代法治理论的社会现实。至少,我们不应简单地并轻易地以现代化为由来牺牲中国农村社会目前所需要的秩序。而如何协调现代化的城市和传统的农村社区对相对不同的法律和法治的需求,这是一个需要中国的法学家和律师家认真面对的问题。这不仅仅是一个技术性问题,而且也是一个道德问题。

## 中国法治的前景

上面所列举的这一系列悖论,仅仅是中国现代化进程中,由于中国特殊的国情而形成的一些难题,而不是全部的难题。事实上,本文不是试图揭示所有的这类悖论,而仅仅以这些悖论为例,试图重新展现和理解中国现代化背景下法治的复杂性、艰巨性、特殊性以及与此相伴的长期性。我不敢说这些难题就其性质来说是“中国的”,但起码从其规模来说,这些问题又确实是中国的。而且我们可以看到,即使在学术分析层面上,我们都无法以一个整齐的、简单化了的公式来解开这些悖论,强调现代法治的某一个方面就很可能损害现代法治的另一个同样值得珍重的要素,甚至会损害这一方面得以实现的条件。更何况中国的法治是一个艰巨而伟大的社会实践性事业,是一个社会的秩序重建的过程,而不可能只是一个学术性的活动。尽管中国的现代法治建设是一个艰巨的事业,然而,我个人认为,中国现代法治形成的一些基本条件也许已经具备。这就是,经过中国人民的百年艰苦奋斗,中国的社会转型就总体说来已经基本完成。

经济上,中国社会从小农经济为本已经基本转向以工商经济为本。政治上,中国已经从一个传统的“文化共同体”基本形成一个现代的民族国家,公民的意识已经开始形成。在文化上,也许这种变化更为突出,由于白话文,由于现代教育制度的创建,由于广播、电视的普及,由于科学的巨大实际效用以及因此而出现的深入人心,已经从根本上改变了中国的文化。在这个层面上,我们可以说,中国已经基本完成了社会转型。

就中国 20 世纪的这一巨大变化和成就而言,中国的法治现代化似乎是“滞后”了。尽管从本世纪初,中华民族就开始了一个以修宪立法为标志的大规模的“变法”,但到了世纪末,我们

又一次面临着大规模的以立法为标志的社会变革。尽管已经制定了大量的成文法,人们却仍然感觉有大量的领域缺乏规则,即使已有立法的领域,也有不少法律的空白之处。尽管现代的法律职业在本世纪初已经出现,但是到世纪末,中国的几十万法官的平均文化程度还只是接近大专,而其中经过法律专业系统训练的还不占多数。就法官的工作而言,他们在许多时候仍然是在解决纠纷,而不是在确认规则。在这个意义上,他们的工作更类似于传统的调解,而不是在审判。有相当数量的基层法院的派出法庭,甚至必须承担不少完全是法律专业之外的工作(例如扶贫)。<sup>[2]</sup> 司法的专门技术远未形成,许多所谓的司法原则都还停留在哲学、社会学、经济学、政治学原理的演绎,甚至是政治口号的照搬上。尽管就总体来说,目前律师的平均文化水平和专业水平要高于法官、检察官的平均水平,但至少到目前律师的主要工作仍然不是法律的,而是关系的;关系重于专业能力。<sup>[3]</sup>

然而,如果从学理的方面来考察,法治的“滞后”在很大程度上并非一个真问题,至少不是一个有意义的问题。所谓真,所谓有意义,在这里是指可以通过人为的努力加以解决或避免的问题。当我们说法治“滞后”,并将之作为一个问题来研究时,我们实际上是隐含地接受了这样一个很值得怀疑的理论前设,即在同一时段内,法治的确立是与社会的政治、经济、文化变革完全兼容的,可以完成共时性的变革。而这一前设,实际只是我们的愿望的凝聚,并在一定意义上与那种要求社会变革的愿望同源:都希望中国在短期内完成一个社会范式的转换。而正是这种关于法治的愿望,可能使得我们急切希望以唯理的设计变革的方式、政治推动的方式、急风暴雨的方式、只争朝夕的方式、群众运动的方式来“建设”法治;而这种方式恰恰是与现代法治本身要求的回应社会、秩序内生于社会、规制社会也规制国家权力的行使、维护社会长期稳定难以兼容和两全的。

因此,正是在这个意义上,我要说,就一个社会的总体看来,制度的形成和确立必定是后续性的。<sup>[4]</sup> 并且,从这一分析的角度来看,从秩序出现、形成和确立的历史演进的可能性来看,而不是从我作为普通人的一员同样渴求秩序的愿望来看,20世纪中国的法治并不存在一个“滞后”的问题。我的这一论断并不是否认法治的必要和迫切,也并不反对各种法治建设的努力,也不否认具体的、地方性的法律制度与社会变革之间的互动关系,我想强调的只是,作为一个现代社会的法治(而不是局部的和暂时有序的),只有在这个社会经济、政治和文化转型并大致形成了秩序的基础上才有可能。法律本身并不能创造秩序,而是秩序创造法律。

也正是在这一点上,也许可以说20世纪中国社会的巨大变化为中国社会现代法治的最终确立已经奠定了最深厚的基础。没有这个社会的根本转变,法治就将对旧秩序的维护;没有这个根本转变,任何字面上先进的法律和法令以及组织安排都将只是一纸空文;没有这个根本转变,主要依靠国家强制力建立的“法治”和秩序都将是不稳固的;没有这个根本转变,已经进入了世界性的现代化之中的中国人也不会以他们的行动——而不仅仅是语词——参与秩序,

[2] 关于中国目前法官的现状,可参见贺卫方:《通过司法实现社会主义:对中国法官现状的一个透视》,夏勇主编:《走向权利的时代》,中国政法大学出版社1994年版,第212页以下。

[3] 关于中国律师业的发展和现状,可参见张志铭:《当代中国的律师业:以民权为基本尺度》,同上书,第135页以下。

[4] 这并不是否认法律在某些时候可以作为社会变革的工具。这里首先要区别法治与具体的法律,其次是要区别已经成为制度的法律和意图成为制度的立法。作为变革工具之立法具有成为制度的潜能,但未必能成为制度,它必定要经受时间的检验和公共的选择。

因此也是“建设”法治。

但是,细心的读者可能会注意我在作出这一断言时用了“也许”二字。这并不是模棱两可,而是因为这种对当下之历史的断言太容易出问题了。事实上,这一判断是无法进行论辩的,无法诉诸于任何东西来论证这一判断是否正确。我无法给出确定无疑的理由说,我的确不是对自己的愿望的一种正当化。在这个意义上,先知是不存在的,先知是当人们偶尔回头一瞥时的一个构建。然而,更重要的是,昔日的历史仅仅构成一个指向,而现实是开放性的,不具有必定性。因此,中国社会的秩序形成,中国法治的确立,并不会像诗人的语言那样“大步向我们走来”。我们面临着许多20世纪中国法治的许多悖论,而且这些悖论并不会由于我们重视了“法治”,强调了“依法治国”,强调了“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”,或者是作了一些可以数字化的“法治”工作就会消解。

法治话语的流行反映的是对秩序的渴求。然而,秩序的真正形成是整个民族的事业,必须从人们的社会生活中通过反复博弈而发生的合作(广义的)中发生,因此它必定是一个历史的演进过程。秩序需要制定法以及与之相伴的有关机关的实践,特别是在城市地区和经济活动中。但在许多情况下,制定法和国家的活动甚至并非保持在社会秩序之中。由于人们事实上总是拥有多种可供选择的解决纠纷、进行合作和维持秩序的手段(协商、调解、自助、疏远甚至威胁等),由于获得法律救助高昂的信息费用(法律太多,无法了解),由于律师费用的高昂以及普遍对于律师的不信任(似乎各国均如此,并历来如此),以及政府受人力、财力的限制而不可能向社会提供足够并且“对路”的法律的公共产品,<sup>[25]</sup>制定法事实上对社会秩序的影响并如同法学家想象得那么大,有时甚至是毫无影响;即使在最好的情况下,它也仅仅是促进人们合作的一种机制。因此,当人们渴求秩序、呼唤法治之际,立法者和法学家的眼光也许应当超出我们今天已习惯称之为“法律”的那些文本以及与之相伴随的国家的活动,看到、关注并注意研究任何社会中总是存在且并不缺乏的那些促成人们合作、遵守规则的条件,那才是一个社会的秩序的真正基础。“法律制定者如果对那些会促成非正式合作的社会条件缺乏眼力(unappreciative),他们就可能造就一个法律更多但秩序更少的世界”,当然,这句话的主语后面也许还应添上法学家。

[25] 即使不谈法律所要求的普遍性与地方习惯可能有矛盾的问题,就中国目前农村地区来说,一般是一个方圆几十里、人口10余万的乡设一个派出法庭,审判人员2—3人,一名事实上号称专职实际并非专职的司法助理员,没有什么现代化的交通工具和通讯工具,在我所了解的一些山区法庭,法官们甚至连自行车都没有(根本用不上)。