

Shanghai University
The Tribunes
of the Science
of Law

上海大学

法学论坛

主编 李瑜青

Chief Editor Li Yuqing

上海大学出版社

Shanghai University
of the Sciences

Shanghai University
The Tribunes
of the Science
of Law

上海大学

法学论坛

主编 李瑜青

Chief Editor Li Yuqing

上海大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

上海大学法学论坛 / 李瑜青主编. — 上海: 上海大学出版社, 2002. 11
ISBN 7-81058-545-2

I. 上… II 李… III. 法学—研究—文集
IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084094 号

上海大学出版社出版发行

(上海市延长路 149 号 邮政编码: 200072)

江苏句容市排印厂印刷 各地新华书店经销

开本 787×1 092 1/16 印张 16.125 字数 300 000

2002 年 10 月第 1 版 2002 年 10 月第 1 次印刷

印数: 1~500

定价: 36.00 元

上海大学法学论坛

Shanghai University The Tribunes of the Science of Law

上海大学 知识产权学院 主办

Sponsored by School of Intellectual Property
of Shanghai University

目 录

论市民社会的理念与现代法制观念的转换/李瑜青·····	1
现代政治与国家化的分离及“近代”的选择 ——21世纪东亚法哲学课题设定的原因 /今井弘道(日本) 徐飞 徐彦冰译·····	14
中西法律文化传统与中国法治之路的特殊性/瞿 琨···	24
中国人文精神的构建和法治的实现/李 瑞·····	34
普通法的司法理念及运作机制——兼评香港模式 /徐静琳·····	41
中国社会经理者阶层与制度化建设/田先纲·····	54
立宪原则与中国社会私营企业的发展/璐甫 陈琦华···	64
关于我国犯罪心理学理论发展的若干新思考/邱国梁···	75
法经济学与防治腐败的新视角/杨 超·····	88
澳门与祖国内地银行立法比较/陈剑平·····	98
人世,中国增值税转型的催化剂/倪才龙 熊嵘·····	104
上市公司收购与小股东权益保护/李 智·····	117
论公司产权界定的立法完善/游依群·····	125
《海牙规则》的适用/包远寒·····	135
海商法上的货物/包远寒·····	142
试论我国海外投资保险制度的立法完善/詹宏海·····	150

研究生论坛

财产权合理性的哲学基础

——自然权利论与工具主义论的交锋/宫建新…… 165

律师：法治的产物/陈琦华 …………… 181

网络银行税收法律问题研究/朱赛华…………… 187

对外资银行监管中的法律问题研究/张琳…………… 194

论知识产权的平行进口及其法律规则/徐飞…………… 200

知识产权法典化可行性分析/傅钢…………… 208

商标权和外观设计专利权的权利冲突若干法律问题之探讨
/熊敏琴…………… 219

商标与域名冲突的法律问题研究/胡丽芹…………… 227

关于域名纠纷的几点思考/郝俊君…………… 235

域名与商标的冲突及解决方法之初探/朱鹰…………… 243

后记 …………… 253

论市民社会的理念与现代法制观念的转换

李瑜青

内容提要 本文认为,经济全球化带来的深刻变化之一是市场经济的普遍化,而社会主义市场经济的发展及法治国家的建设,使得一直被人们看作与国家等同的社会这个对象的发育日趋完善,市民社会的理念从理论层面反映了社会自主性发展在这一点上的内容。作者企图说明市民社会理念中包括的社会进步及内涵的矛盾,指出由此带来的法制文化观念的转换。

关键词 市民社会 社会自主性 现代法制

abstract This article argues that one of the important changes brought by economy globalizing is that market-oriented economy universality. The development of socialist market-oriented economy and the constructing of law government country have made society which always be regarded as the equivalent of state being perfected. The concept of citizen society reflect the development of social independence from theory angle the author tries to illustrate the contradiction of society's progress and connotation which included in the concept of citizen society.

Key words citizen society social independence modern law system

一 市民社会理念的释义

市民社会理念为当代学者广泛关注,虽有很多争议,但不可否认它实际反映了正在发生的一种文化运动。这一文化运动正深刻地影响着中国现代法制的建设。因此,揭示这一文化理念的内在含义就十分必要。市民社会理念的现代意义,我们可以先从它在历史展开的过程作为说明。有学者已经指出,市民社会最早指的是欧洲中世纪的自治城市,当时的城市手工业者结成行会来反对封建土地贵族,主张由城市来安排自己的制度。当欧洲社会生产力发展进入工场手工业时期,市民社会进入第二阶段,这一阶段,城市地位明显提高,工场手工业的扩大,当时欧洲产业对农牧产品原料的巨大需求,促使大量耕地变成牧场,使得城市逐步取得对农村在经济上的领导权。资本的数量增大了,资本的形式也由商业资本转为产业资本。城市农村生产方式的转变,促使传统的封建体制也发生变化。土地贵族开始失势,大批的农民从自己世代耕种的土地上被赶走,加入到庞大的城市失业者的队伍;财产私有权被确立为一般原则。市民社会的第三阶段是资产阶级获得社会领导权的时期。它开始于17世纪。当时随着大生产时代的到来,资本又以突飞猛进的方式迅速发展,因此,已经获得经济领导地位的资产阶级商人和工业手工场主,再也不甘心在国家生活中充当配角。同时,当时思想启蒙运动的发展,把文艺复兴倡导的世俗观念、科学精神、理性原则普遍化为人们广泛接受的社会意识,于是便有了1640年和1688年的英国革命以及1789年的法国革命。资产阶级政治革命的胜利真正确立了资产阶级社会形态。

市民社会的历史理念在当代人们赋予其新的含义。从市民社会历史演化的三个阶段可以看到,市民社会原本含义指的是当时资产阶级所控制的城市逐渐摆脱封建国家的控制而追求自身独立的利益,反映了当时社会经济发展与上层建筑国家的剧烈的矛盾,正是在这个意义上,马克思不同意黑格尔把国家作为整个社会基础的看法,认为市民社会才是基础,而历史是市民社会进化的过程。但当代世界不同国家的学者提出市民社会理念则又赋予其新的含义,即着重与国家相对应的社会自主性的发展。研究表明,人们不可能再去重复西方早期市民社会的历史进程,或简单地去模仿它提供的制度模式。但市民社会的理念实际上则揭示了随着市场经济和现代化的发展,各个国家都存在其国家的政治职能的转换问题,思考国家与社会这两个范畴的关系,从制度结构上为国家或政府寻到其存在的合理性基础,或者更明确地说研究社会自主性发展问题。

我们可以看到,世界不同国家的学者使用市民社会理念虽然使命感不同,但都不同程度反映了对社会自主性发展的关注。欧美学者对市民社会问题的关注,与

全球化运动带来的社会生活的变化有关,这充分表现在,随着全球的重构——灵活的积累和资本的三级组织(美国、日本、欧洲共同体)出现了对机构部署和结构的重新安排。国家主义开始盛行。西方一些激进的学者为此感到有必要诉诸于市民社会的理念,试图对国家与社会间极度的紧张关系做出检讨、批判和调整,以求通过对市民社会的重塑和选择来重构国家与社会的良性关系。东欧及前苏联学者所说市民社会问题则与当时为摆脱国家的集权式统治的思考有密切关系,原苏联模式的极权政体乃造成了国家对整个社会生活的全面控制,通过国家政权的作用使社会高度同质化与一体化,从而使国家的目标与社会的目标在任何一个细节上都完全趋于一致。在这种体制下,国家意志是唯一被认可的社会进步动力机制,国家同时垄断了所有的社会资源和社会价值,个人价值则只能通过由国家提供的渠道得以体现。于是东欧及前苏联的一些学者把市民社会的概念提出来,并进行一种理论预设,认为市民社会的建设不仅是用来抵御暴政、集权或统治的必要手段,还是一种就应被视为当然的目的。

中国内地学者是在 20 世纪 80 年代下半叶开始引入市民社会理念的,在市民社会理念的使用上也特别强调了社会自主性发展问题。当时在引入市民社会理念的,当然受到东欧和前苏联国家摆脱集权式统治的某种“示范”作用的影响,但学者们更多地在思考或设计本国改革的具体的框架,同时还有一部分学者则用市民社会的理念话语去解读中国近代史,试图对中国近代史的发展作出一种独特的思辨的说明。把他们的理论意图说成只是以西方市民社会模式为依据,在中国社会历史中寻求发现或期望发现中国与西方二者间的相似之处的说法是不全面的。如前所述,其实,无论是西方早期市民社会的成长过程,还是它所倡导的一系列制度、观念等,对我们都没有真正的模仿意义,西方现代化道路并不是现代化发展的唯一的形式,中国的现代化道路有它的特殊性,研究市民社会的理念使我们从中国现代化发展的特殊性中找到某种共性的因素,即去研究,随着市场经济和现代化的发展的国家与社会这两个范畴的关系以及社会的自主性发展。

二 社会自主性发展的逻辑确证

提出市民社会的理念,检讨中国内地国家与社会的关系以及社会自主性发展,当然很有意义,实际反映了一种文明模式的变化,即由过去行政一体化的社会走向国家与社会多元相对独立的社会,是社会的深层次发展。

从中国古代思想上看,国家与社会几乎一直处于胶合的状态,根本不存在社会的自主性问题。在汉语中,“国家”一词原由两个概念合成的,中国古人很早就形成了“国谓诸侯之国,家谓卿大夫之家也”。孟子也说:“人有恒言,皆曰天下国家。”

“天下之本在国，国之本在家。”形成这一胶合状态的原因是多方面的，其中最为关键的则在于小农经济以及宗法制度的决定作用。当时的中国，这种分散的小农经济多如繁星。小农经济与宗法制度相联系，形成对宗法制度的依赖关系。家族是宗法制度最基本的单位，每个成员都置于一个高度系统化的等级名分体系中，并且由此产生权利和义务关系。父家长有无可置疑的权威。家族的社会功能是广泛的：一个家族往往有自己的宗祠，里面放着一块记载着为家族认可的习惯法的石碑，家族有无可置疑的权力把它强加给自己的族人；家族负责安排其成员的婚姻和继承以及相关的必要的礼仪活动，从而使更多的人陷入家族控制的网络之中。这种家族体系的运行准则广泛地渗透到国家政治生活之中，专制国家乃是宗族主义家族的放大，皇帝被渲染成父亲般的人物，总揽国家最高权力，官吏和绅士对他和他的家系竭尽忠诚之职。国家生活围绕皇帝而旋转。黑格尔对中国古代这个特点作了较为深刻的说明：“中国政府就完全建立在这种伦理关系上。客观的家族孝敬是国家的标志。中国人认为自己既属于他们的家庭，同时又是国家的儿子，在家庭内部，他们不具有特性，因为他们所在的实体单位是血缘和自然的单位。在家庭内部，他们同样缺少特性，因为国家内部占统治地位的是家长制。政府的任务仅仅是落实皇帝预先制定的措施。皇帝像父亲一样掌管一切。”^①马克思也指出：“虽然皇帝占有政府的法律，居于国家政府的顶峰，可是他以父亲对待孩子的方式行使权力。他是家长，集全国的敬畏于一身”。^②很显然，根深蒂固的宗族制度不仅构成了古代中国的社会结构的基本特征，同时使整个社会生活形成家国一体的框架，置于一个高度系统化的等级名分体系之中。人不被看作是独立的个体，人与人之间有着依赖，天子、诸侯、卿大夫之间既是政治上的君臣关系，又是血缘上大宗小宗关系。社会组织、经济结构、政治设施等也都无一不与宗法血缘关系紧密结合在一起。国家的治理主要是通过宗法关系来实现的，以血缘为纽带的家庭等级制度放大到社会就是社会上的等级制度，而等级制度在政治上的表现又只能是专制制度。

1949年新中国建立之后，由于当时的特殊情况，国家这个主体在政治、经济及社会生活的各个方面起着主导作用。从经济上说，中国由于原来的工业化基础很薄弱，国家或政府不得不扮演直接的经济组织者和管理者的角色。通过直接的计划和行政指令最大限度地集中资源，并进行资源配置，以推进工业化进程。但在完成了社会主义改造，建立了社会主义公有制经济基础后，由于历史的惯性和受原苏

① 黑格尔：《东方世界》，载于《德国思想家论中国》，江苏人民出版社1989年版，第118~120页。

② 同上。

联经济模式的影响,形成了以指令计划为主的经济体制。中国形成的这种高度集中统一的以行政直接控制和调节为根本特征的计划经济体制,由于国家享有至高无上的权力和几乎无所不包的渗透力量,在社会中行政控制力量占据了主导地位,形成了使国家与社会处于同构状态,造成整个经济生活的过度政治化特征。它的直接后果,就是作为社会生活基础的企业或个人都成为国家计划的执行者,缺乏自主性和独立性;社会生活单一、缺乏活力,社会无力有效的对国家权利进行监督。

当今学界对市民社会的研究,使人们意识到社会自主性发展的问题,但这不是一个理论问题,更为重要的是实践问题。这种社会自主性强调社会本身应有的独立地位的尊重和保护,经济及社会生活的多样性、自主性、主动性,公民的自由及选择,以及对行政权力的社会有效监督等。我们看到,在当代中国的诸多系统都在有力地促进社会自主性的发展,我们可以就经济和政治的两个方面做出论证。

经济体制的转换,有力地促进了社会自主性发展。所谓经济体制转换,指的是从计划经济体制向市场经济体制的转变。在经历了一个比较曲折的过程之后,市场经济终于被写入国家根本大法,得到制度上的确认,市场经济对社会自主性发展的意义,我们可以从市场经济运作的特点作出分析。一般说,市场经济是以市场作为资源配置的基础方式和主要手段的经济,它在运作特点上突出了围绕市场这个轴心点展开,这其中社会的生产分工是它的前提,满足不同人们之间的需求是它的目的,市场交换是它的表现方式。这样市场经济的主体就不再只是国家或政府了,一切自然人和法人都是作为主体活跃于市场经济中。人们在经济活动中,以平等主体的方式交换。经济组织的方式也有了多样性,除国有企业外,还有许多其他的经济组织形式,独立地活跃于社会舞台上。经济是基础,市场经济的发展,促进了社会自主性的发展。

随着市场经济的发展和市场经济体制的建立,逐步改变了现行政治体制,从而也促进了社会自主性的发展。我们可以看到,经济体制的深入发展,已经使我们的所有制结构从单一公有制转变到以公有制为主体、多种经济形式并存;公有制的实现形式由工厂制度变到公司制;经济运行方式从行政命令,计划配额转变到市场竞争自主选择;政企关系从企业是政府的附属物转变到企业是独立法人,国家政府的权力也要求以法律为依据,权力与权力应受到有效的制约。从国家与社会的角度看,经济市场化是政治民主化的必要基础,而政治民主化又有力促进经济市场化的发展,并使行政的体制转型,政府的角色转换,管理的一部分职能社会化,主要起到监督和调控的作用,从而社会自主性发展的特点得到支持。

三 社会自主性的现时态表现

“社会自主性”发展的直接结果,当然表现在国家行政权力不再是社会唯一的

支配力量,在部分地分配于相关的社会组织,众多利益群体与社会组织与政府机关并存,社会权力与国家权力互补,形成多元化社会控制的特征。社会自主性的发展的表现是多方面的,我们可以特别关注以下一些方面。

1. 人由“单位人”变成了“社会人”是社会自主性的重要表现。“单位人”是一个专门的术语,指中国人当时在计划经济体制下的存在状态。当时国家是单位资源唯一或主要的供给者,单位同国家及上下级单位的关系以及单位同职工的关系是行政性的而非契约性的,单位组织不仅有专业功能,而且具有经济、政治、社会等多方面功能。国家权力和众多分散的社会成员,是由行政化的“单位”组织起来的,无论是企业、学校、医院、科研机构或当时农村组织等都归属于行政的系统,它们不仅是生产单位,同时又是生活单位,职工的生老病死、衣食住行、文化娱乐乃至子女入托上学、家庭邻里纠纷等等,都由单位统一安排、管理。各种“单位”组织也许规模大小不同,等级有别,但小而全的基本结构则相同。同时,在计划经济条件下,人的流动性受到极大的限制,“企业办社会”、“机关办社会”成为普遍现象。当时自上而下建立起来的部门或单位被规范为不同的行政系列而把人集合起来,同时用城乡户籍制度限制了占全国人口70%左右的农民,除了极少数人通过升学、招工、当兵或提干等方式可能转为吃商品粮的城镇居民外,其余的均只能耕作在世代延续的土地上。城镇中的大、小集体企业和国营单位之间也壁垒森严,人员之间的流动受身份、指标等因素的限制,并需经层层审批,跨地区的流动更是困难重重,这在客观上造成了人们的一种相对稳定的心态,每个公民自觉或不自觉地意识到,唯有自己的行政单位或部门才能实现自身真实利益,保障自身真实利益的实现。

人由“单位人”转为“社会人”,是当今中国社会的重大变化。所谓“社会人”,即人不再像过去那样附属于行政系统或单位,人的自身利益、自主地位得到确认,人以平等主体的身份与外界发生联系的人的一种存在状态。这种变化首先表现在“单位”意义的变化,进入市场经济后单位的自主性明显增强。各种单位,尤其企事业单位适应社会需要,在社会竞争中求生存、求发展。许多新发展起来的单位也不再具有行政性,它们本身是一些生产性和服务性机构,根据市场的需要生存和发展的,它们自主管理、自主行为,在这些单位工作的人是具有社会性特征的。同时我们看到,市场经济的一个重要变化是促进了政府行政职能的转化,它不再像过去充当社会生活一切领域的组织者和指挥者,而主要以社会公共权力持有者的身份,通过法规和政策来调整或干预社会生活。另外市场经济给人以经济自由及独立,平等追求自身利益的权利,灵活和多变成了市场经济中个体与单位关系的特点。人们在一个单位或部门,如工作不称心或特长难以发挥可以跳槽,社会也开辟了劳动力市场为他们创造条件;有的人还可以独立的创办企业,开拓自己的事业。社会上

不少人除了做好一门主业外,还从事第二职业,从而与其他部门或单位发生联系。人群的阶层性意义由此突出出来。由于经济结构多元化,分配方式的调整,市场竞争因素的作用等,社会人群因职业、收入、受教育程度的不同而出现社会性分化。

2. 社区及其社会组织在现实生活中具有了重要意义,是社会自主性的又一重要表现。在传统计划经济体制下,行政体系支配一切,政府行政命令包办一切,因此,基层行政部门成为人们社会生活的最基本单位。行政系统通过指令性的控制方式,按隶属关系层层具体化,组织同构对口,权力纵向运行,这样,社区及其一般的社会组织在社会生活中不具有实质意义。但随着中国社会自主性的发展情况发生了变化,社区及社会组织在社会生活中的作用突现出来。当然,这个原因很多,比如:企业把原来兼任的社会职能还给社会的同时,政府也把历来兼任的社会职能还给了社会,此外,自改革开放以后,非国有经济组织大量出现,它们已不具备所有的社会职能,有的甚至根本不具备社会职能,它们只是社会劳动场所,企业员工的业余生活和社会劳动生活已有了明显的分界。由于社会资源分配渠道增多,单位以外的可替性社会资源增多,单位的吸引力已大大减弱,单位的聚合能力不断下降,这都为社区的发展提供了广阔的舞台。同时工业化进程加速并促使生产的专业化,生活的快节奏以及竞争压力的挑战等也为社区生活及社会组织在其中起一种整合、调整人们的心态提出十分必要的任务。

一般说社区作为一定地域群体和区域社会,有四个基本的构成要素,即相对稳定的人文区位意义上的地域;一定规模的具有同质性的人口,有基本共同性的文化心理和生活方式,以横向分布和联系为主要特征的组织结构。社区作为一个“社会生活共同体”在过去的传统生活中,它的主要功能是满足直接发生于居民日常生活中的各种需要。对于这些大量发生在家门前的衣食住行及情感性需求,任何庞大发达的行政系统都是难以包办处置的,但新型的社区管理在内容上更为丰富,把过去由政府管理的部分内容也归在社区,因此,在新型的社区结构网络中,出现了各类社区服务团体、社区福利委员会、业主管理委员会、居民委员会、老人和妇女自给组织、各类旨趣性组织以及社区内具有法人地位的企业、学校、中介团体等等,这些组织形成横向分布和横向联系的网络结构,以专业化的分工履行满足社区成员的多样化要求。

与社区的发育相联系的是非行政性社会组织也得到充分发展。就企业组织而言,随着政企分开、政资分开的改革进程逐步深入,日益减少了对政府的行政性隶属和依附关系,企业将成为自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束的法人实体和市场竞争主体。企业作为经济组织,将确定以市场为取向的资产经营的单一功能和目标。企业将实行公司法人治理结构组织形式。与此同时,教育、科研、文化、医

疗等事业单位的组织和运行方式也发生变化。它们逐步摆脱行政性的管理方式,拓宽了社会化管理的途径,增强了自主性和独立性。同时还有大量旨趣性、公益性、互益性新型的社会化组织,如各类行业协会、各类志愿者组织、各种俱乐部、各种中介机构等,它们以一种独特的方式把成为具有“社会人”功能的广大社会成员重新组织起来,广泛参与到社会生活的各个方面去。

3. 人们结合方式的契约化特征,是社会自主性的又一重要表现。在改革开放前,行政的指令性计划在人的社会生活中具有特殊的意义,人们的一切活动都必须严格依政府指令或指导进行,无论企业或个体对国家具有无限依赖性。但随着中国改革开放和市场经济的发展,社会自立性的有力推进,情况发生了变化。市场经济运行机制造成了不论是主体与主体间、主体与客体间,只能以契约关系为基准的经济运行模式。契约关系遂成为人们社会生活的基本关系。这是因为由于社会自立性的发展,确立了一切自然人和法人的主体地位,当事人之间都充分认识到自身的独立存在以及价值,他们都是不同的利益主体,都有自己特定的利益要求。人们之所以偏偏要进行市场交换,而不去自己生产自己需要的全部物质生活资料,只因为他们认识到自己本身并没有能力生产出自己所需要的所有物质生活资料,同时又没有权力命令他方无偿地提供这方面的帮助,因此,就有了对他方进行交换的客观需求。市场上利益主体进行的交换,双方都以主体的身份出现,契约方式体现了他们在地位上是平等的,平等不仅仅是契约缔结的前提,而且还可以看作是契约实现的过程和结果,否则,契约的任何一方都会因不平等中止交换活动的正常进行。同时,利益主体在缔结契约时,其意志的表达是自由的。对于市场主体的双方来说,就是以这种方式彼此相互为对方提供服务以满足自身利益,对于社会而言则实现了资源合理的配置和流动。从中国来说,契约关系的发展很快。不论是个别的产购销活动,还是承揽工程、不动产租赁、企业联营、科技攻关协作、技术转让等广义交易活动,都映现出我国社会自主性的进程。据国家工商行政管理总局的统计,1983年全国合同经济总量大约4亿份,1985年约6亿份,1987年约10亿份,1991年达到20亿份,到了2000年其数量之多已无法统计,这就是一个明显的例证。

4. 法律在社会调控中具有决定性意义,是社会自主性又一重要表现。传统中国缺乏法律的基础,法律是以皇权为中心,“重型轻民”为表征。这个历史起点,对社会主义新中国的法律建设以极为深刻的影响,使得在改革开放之前社会法律制度建设出现过多次挫折,究其原因,我们可以从政治、经济、文化等多方面分析,但笔者以为特别有必要指出的是法制发展在当时自身受到的限制,这种限制使人们不能马上意识到法在社会生活中的主要作用。这当然与当时特殊的计划经济体制有关。这种体制由于国家享有至高无上的权力和几乎无所不包的渗透力量,在社

会生活中行政控制力量占据了主导地位,法只是作为行政的辅助力量而起作用,这使得封建的法律虚无主义的文化传统在社会主义条件上以新的特殊方式表现出来,造成了在社会主义建设中不少悲剧性的事件。但经过思想的解放运动和反思“文化大革命”的痛苦经历以及改革开放、确定现代化发展的历史主题等,促使了法的现代化特型。法被强调作为国家或社会最高的统治力量,以约束政府权力并对社会进行有效的治理。这时法律作为治理国家的方式与人治相对立反映出社会自立性的进步。法律控制是国家运用法律来对社会成员的行为进行规范,法律是体现社会成员整体的根本的利益和人民的共同意志,因而它有广泛的社会基础。这时行政权力当然仍有重要意义,行政控制是政府运用自己的行政权力来对社会实施的调节,但政府的行政控制也有一个依法守法的问题。舆论控制是国家利用自己的舆论工具,通过舆论的压力,来影响社会成员的行为,在我国最主要的舆论工具都掌握在国家手中,但也必须依法行使。法治以公民的权利自主为前提,反映了社会自主性发展。

四 社会自主性发展中传统文化因素的作用

在我们引入市民社会理念,肯定中国社会自主性的发展时,又要看到它所依赖的文化积淀仍然起到的作用,来思考中国社会自主性发展内涵的矛盾。应该看到,如果没有一种思想、观念因素作为有形制度体系的基础,一个社会有形制度系统就不会发展起来。但恰恰在这个问题上,我们某些法学家、政治学家不为重视,把那些文化因素看作外在因素而不予考虑,它的一个直接后果是,缺乏对社会发展形成全面的考察及透视。这一点上,马克斯·韦伯的思想对我们是有启发的。马克斯·韦伯在他的东西方诸大宗教的比较研究中突出地表现了这样的观点:宗教价值在经济发展中具有独立性与自发性,因此,理性精神与物质质料都是发展不可或缺的因素。在缺乏一种理性精神和动机力量的情况下,即使最有希望的制度性条件也不能被有效地运用于理性的经济目的。这就是文化特有的功能。因此,布坎南曾指出:“文化进化已经形成或产生了非本能行为的抽象规则,我们一直依靠这些抽象规则生活,但并不理解这些规则。”“文化进化形成的规则……是指我们不能理解和不能(在结构上)明确加以构造的,始终作为对我们的行为能力的约束条件的各种规则。”^①

当然要分析中国传统文化对社会自主性发展的影响,对中国传统文化要有一个分析。从原来的意义上,传统文化产生于中华民族独特的生存空间,个体的小农

^① 《自由市场·国家》,上海三联书店1989年版,第115、116页。

经济构成它的生产力基础。古代中国是典型的农耕社会,土地是最基本的生产资料。以家庭为单位的小农在自己狭小的土地上投入劳动,再加上家庭手工业的补充,谋得自家的温饱。这种小农经济的生产方式构成了中国传统文化产生发展的生产力基础。同时,以血缘亲族关系为纽带的深层社会结构,并且绵延几千年不断,深深地积淀在社会人际关系和价值系统的深处,并在此基础上,形成了伦理型的政治文化以及影响个人思维和创造活动的道德和伦理信仰体系。这样国家政权的权威、宗法的权威,均以伦理道德为纽带在文化网络中取得义理并得以牢固确立。中国古代的思想文化观念进入现代,随着“西学东渐”的强大潮流以及马克思主义的广泛传播,的确使得它的文化形态发生了巨大变化,但我们应当看到,这种传统文化观念由于长期的沉淀,已转化为人们日常观念和行为信条,新旧观念的冲突将会相当长期持续下去。我们有必要注意这种传统观念对社会自主性发展带来的某种影响和制约。这里我们突出分析三个方面,反映社会自主性发展中可能面临的某些文化问题。

1. 平均思想和求安定和平的社会意识。我们知道,市场经济的发展是社会自主性的客观基础,市场经济造成了经济结构的多元化、分配方式多样性、市场竞争等,在这多种因素作用下,社会人群出现了因职业、收入、机会不同而发生的社会分化,人群的阶层性问题突出出来。但中国文化传统观念与社会自主性发展带来的这个变化是冲突的。孔子的“有家有国者,不患寡而患不安,不患贫而患不均”,墨子的“兼相爱”、“交相利”都是这种小农意识和心态的体现。小农心态与自给自足的经济状态导致了开拓精神与竞争意识的缺乏,以及对于竞争所产生的“不均”或“不安”的恐惧。这种思想由于长期的沉淀已成为具有普遍性的民众社会心理。改革前曾出现的“一大二公”的所有制结构可以说是这种民众文化心态在体制上的表现,而“大锅饭”、“铁饭碗”则是这种心态在劳动分工与收入分配上的表现。改革开放以来,由于社会不同群体利益的分化,造成社会心态不稳,也在一定意义上反映了传统文化观念在其中的作用。

2. 一个熟人社会问题。社会自主性发展突出了社会生活规则化,利用法律来调整社会生活的各种关系,从而保证社会生活的有序和稳定。但由于中国传统文化是一种伦理型文化,以人治作为其思想内核之一,从观念上孝悌为本思想在后来发展演变与重义观念结合,使人情高于理性形成为一种思维定势,这种文化作用的直接结果是形成了一个熟人社会系统,使得社会自主性发展所要求的法治基础受到挑战。这种熟人世界的核心是亲属关系,或是一种拟亲关系;它的原则就是亲情。情有亲疏,这亲疏就是判断是非的原则,在一个更广泛的社会背景中,熟人社会正是由各种社会关系网络织成的利益社会。拉关系、认老乡、请客、送礼等则把

功能性的社会关系变为情感化。熟人社会解决纠纷的方式往往是通过非诉讼的方式,即所谓私了。我们应当看到,中国社会自主性发展中这个文化惯性正强而有力地作用着社会的发展。因而国家作为一个唯一的普遍性的力量就很重要,当这种力量遭到削弱或扭曲变形,则使社会各种腐败及社会的离散性就会增大。

3. 家族价值异常突出。我们看到,随着社会自主性发展,人们意识到自身的利益和要求,人从过去个性受压抑转向个性解放。但在传统文化的作用中,这种个体的自主性和独立性又与家族利益相联系,以家族利益的形式表现出来。中国传统文化强调家是国家的原型,国是放大的家。人们依靠道德规范确定起自己在名分网络中的地位,人际关系和社会结构表现为等级制的“身份取向”与夫妇、兄弟、朋友之间的“关系取向”的结合。中国传统文化的家族传统转化为现今社会“发家致富”思想,使家族企业迅速发展起来。这种家族企业带有明显的人治色彩、温情主义,它对社会自主性发展要求的法治文明带来挑战。

五 社会自主性与法制观念变化

市民社会的理念及社会自主性发展,对当代中国法制观念的转换起到的作用,我们有必要作出充分的估计。从上述的分析,我们已经可以看到中国社会自主性发展对国家力量及法律的需求有它的特点,它的作用是具有两面性的。但我们在本文则要从积极的方面说明社会自主性发展对法制文化观念的影响。不少学者曾指出这样的观点,即中国法的现代化在国家正式制度的层面上往往推进较快,由于建设强大的社会主义中国的使命感,党中央集中人民的智慧,通过人民代表大会创制社会主义法律。这种工作由少数“精英”所推动,而“精英”意识与“大众”意识之间则存在很大的差距。在普通老百姓,甚至许多干部中,现代法律意识的形成还相当的困难^①,由此得出“精英”引导论。笔者认为,这种观点所看到的问题虽有一定的道理,但却是似是而非的,因为真正的法制不是靠引导建立得起来的,它归根结底是社会的需要。不成熟的社会,它的法制也不可能是成熟的。“精英”引导论这种观点没有看到所谓老百姓或普通干部缺乏现代法律意识,反映的是这个社会的不成熟。它还没有独立的法制需求,而在这样的条件下,“精英”们创制的法律也是很难具有现代性的。法律的不成熟是与这个社会本身的发育不成熟不可分离的。但随着中国社会自主性的发展,就法律最为核心的观念层面更新就变得十分重要,由此相联系的法律建设的重心,也有一个从公法转变为私法的问题。

就法制观念的更新,当然涉及到与由行政对社会绝对控制而带来的国家主义

^① 葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社1999年版,第254~255页。