

目 录

第一讲 国家进入社会的方式	1
一、国家、社会二分：国家进入社会的理论前提	1
二、治理：类型与实现条件的分析	1
三、国家统治的合法性：国家进入社会的方式与根据	1
四、关于国家进入社会的几个问题的附论	1
第二讲 我们为什么要选择法治	2
一、法治和相关概念的关系	2
二、什么是法治——一个与人治相比较的说明	2
三、为什么要选择法治——从学说史的视角看	2
四、为什么要选择法治——从历史经验教训看	2
五、为什么要选择法治——从我们面临的现实社会关系看	2
第三讲 德性的法治	3
一、道德和法律的一般关系	3
二、道德的发展历程及其与法律的关系	3
三、道德的不同层次与法律和法治的关系	3
四、法律和道德的冲突及其救济	3
第四讲 全球化与法治——全球化与中国法制模式的选择	4
一、对全球化的一般性理解	4

二、全球化的表现	圆苑
三、全球化可能带来的中国社会结构之变化	圆猿
四、全球化、社会转型和中国法制模式的选择	圆圆

第五讲摇摇法治建设的资源选取——中国法治的本土性与国际性	圆猿
------------------------------	-------	----

一、法律的本土性与国际性的人性基础及相关问题	圆源
二、对法治的本土性之界定	圆苑
三、对法治的国际性之界定	圆圆
四、法治本土性的成因、国际性之背景及对中国法治的可能影响	猿远

附摇摇录	猿苑
一、我的学术兴趣与学术思想	猿苑
二、代表作简介	猿猿
三、主要作品目录	猿怨

游走在声音与象形之间

(代序)

本书的内容,是根据我给山东大学在职法律硕士的讲课录音整理出来的,基本上是一本“说”出来的书。事先只有一份讲课提纲,没专门写什么教案,就把平日里的想法漫谈式地讲解给了受众。不过读书人总是有点敝帚自珍,因为有录音笔这么好的现代工具,也就把平时讲课的内容录了下来。有时讲到兴奋的地方,电池没了,录音也就中断了,所以,留下来的录音往往是“断章”、“碎片”。

可以说,自文明时代以来,人类的精神活动就主要纠缠于声音(语言)和象形(文字)之间。牧人的“信天游”是声音,他们刻在岩石上的图画是象形,面对面的互诉衷肠是声音,鸿雁传书的形式是象形,优美的歌声是声音,醉人的舞蹈是象形,而那典雅的戏曲却是两者的美妙结合;电话是声音,电报是象形;广播是声音,早期的电视是象形。如今,电视已经实现了声音与象形间完美的立体结合,而互联网则更完美地、立体地结合了声音与象形……完全可以这样说,当今世界的诸多竞争,乃是人类的这两种必不可少的交往符号——语言与文字——之间的竞争。然而,学院派的学者却大都关注文字,忽视甚至轻视语言,重视象形,忽视甚至轻视声音。这从我们时下各高校、各研究机构评定职称时只看重那文字堆砌的“文章”,而不关注教师的教学效果、教学内容的种种举措中不难发现。

对这种情形,那些语音中心主义的学者也许并不以为然。最

著名的莫过于语言学家索绪尔,他就特别强调语音的价值。甚至在有些人看来,“西方中心主义”就是语音中心主义。确实,在西方文明的轴心期,我们就能听到一位理想主义者如下的声音:

摇摇摇摇思想一旦变成文字这种外在的标记,就会失去与言说的联系,造成误解和歪曲,迷惑和变乱人心。文字非但不是有助于记忆的工具,而且会在灵魂中助长遗忘。^①

是啊,柏拉图的见解确实是超群的!在没有外在的文字工具的时候,我们必须将声音、将意义烂熟于心,嵌在我们的灵魂深处。而一旦有了文字,我们就有了一个可以在心灵深处放逐记忆和意义的托词:忘了没事,查查书吧!

但令人不解的是,如此贬低文字和书写的柏拉图,最后还是下了那么大的决心、投入了那么多的精力,把师徒之间的声音(对话)记录成了文字。这不禁让我想起了庄子,那位愤世嫉俗的文化虚无主义者,却给后人留下了那部并非无为之作的伟大作品——《庄子》。今天,有信徒早已将它奉为经典——《南华经》啊!所以,文字尽管“变乱”了人心,但我们已经没有办法摆脱它的纠缠。于是,作为一位学人,作为一位教师,我就只能纠缠于或游走在语言和文字之间、声音与象形之间、叙说与书写之间……

这部书也是,今天它呈现在列位读者面前,显然也是文字符号的堆砌。虽然人类因为有了录音、录像技术和设施,对文字的依赖已经明显降低,但录音与录像的粗疏,仍然不能满足人们对精致的追求。于是,人们仍然怀念通过精致的文字来表达见识、突出意义。读书人、识字人仍然是这个号称知识时代的核心、中坚、精英。我曾看到不少学者的讲课录像,原汁原味讲出来的太少,拿着高头讲章念出来的居多。所以,我们还无法摆脱文字、象形的“形式理性”,尽管它束缚了我们的自由。正是考虑到这一点,当素不相识、

① 柏拉图:《斐多篇》,沈阳,辽宁人民出版社,1988。

至今也未谋面的广西师范大学出版社赵明节先生来信向我约稿，说那里准备出版一套“大学名师讲课实录”丛书的时候，我不觉就动了心，很快把这些年来积攒下来的有关法治问题的讲课录音托博士研究生魏治勋、周赞、李川，硕士研究生马德华、秦强、王斐整理了出来。原本整理了十讲，但考虑到政党制度、议会制度、政府制度、司法制度以及法律观念等的改革，浅了不关痛痒，深了公开出版不是时候，所以，这些讲课记录，在这次出版的内容中全被我去掉，待时机成熟，再出版不迟。

须作交代的是，按原合同规定，本书应当在今年二三月份交稿，没想到家人的手术容不得我有半点心思静下心来，润饰学生们整理的稿件。现在，终于随着家人病情的稍微稳定，我也可以稍稍安下心来，润饰完这份书稿，付清这笔文债！稿子是润饰完了，但仍要说明的是，只要声音变成了文字，就不可能再现讲课时的激情、演说时的风采，就只能给人这种机械、干巴的印象。不过，即使如此，我们还是乐意将演讲时声音的激情转换成这笔底下象形的理性……

屈指算来，从大学毕业走上讲坛，至今已经整整 四十年。这篇文章写完后，乘“十一”黄金周，我也将参加近 四十年位大学同学毕业 四十年周年的纪念聚会。回想起来，在这么多同学当中，有些人选择了行动的职业（法官、商人），有些人选择了言说的职业（律师、主持人），有些人选择了文字的职业（编辑、职业研究人员），而我却选择了教师——这个天然只能游走于声音和象形之间的职业。

在这过程中，人们都在谈贡献，都在谈自己的社会地位。回想起来，我感到汗颜：没当高官，也无厚禄，仰不足以事父母，俯不能畜妻女。内心愧疚，实难言表！听说小学老师揶揄我说：他干得再好，也不过是一个老师！曾有人醉醺醺地跟我说：厅……厅长今天请你客了，你面子不小啊！也曾有人这样语重心长地对我讲：谢老师，人家是校长，你们俩合作的书，怎么能把你的名字署在前面……是啊，这官本位的惯性常让人在比较中相形见绌！但另一方面，我也感到自豪——经常游走于这声音和象形之间，游走于人类

精神活动中最美好的两种符号之间 ,粗茶淡饭 ,安贫乐道 ;仰察天文 ,俯视地理.....这种惬意 ,这种舒心 ,多少人梦寐以求啊 ! 但并非人人都能得到。今天我得到了 ,或许还是敝帚自珍 :我得倍加珍惜 !

——我热爱这游走于声音与象形间的生活 !

谢 摇晖

圆缘年 怨月 圆愿日于济南寓所

第一讲

国家进入社会的方式

国家如何进入社会？人们又为什么要提出此一问题？这里我首先介绍一下提出这一问题的理论前提和现实背景。

首先，既然在这里提出国家如何进入社会或国家进入社会的方式，那么，在逻辑上也就必然意味着二者是有区分的。但我们在潜意识中，似乎根深蒂固地认为：国家和社会二者是一而二、二而一的东西。不论政府官员、学者，还是普通公民，在谈起国家和社会两者的关系的时候，总是对两者不加区分，从而国家的就是社会的，社会的也就是国家的，一言以蔽之，两者是同一个东西。

这些年来，经过个人阅读和进一步反思，我大体上得出了这样一个基本结论：国家和社会两分，是自文明时代以来国家和社会关系的基本模式和基本事实。

这是我作出的一个事实判断，判断的主旨是说明国家和社会的两分，不仅是近代以来才有的理念，也不仅是近代资本主义以来才有的社会事实，即使在古代社会，同样存在这种两分情形，只是和近代社会相比较，二者两分的程度不同而已。

也许大家会有这样的问题：谢老师，按照通行的说法，国家和社会的两分应当是近代资本主义社会以来才有的事啊，近代以前不存在国家和社会两分，不存在文明国家以外的社会。你怎么会走得那么远，提出国家和社会两分是人类社会自文明时代以来的普遍存在的事实这样的判断呢？对这样的问题，大家只要听了我后面的讲解就会明白的。

那么，二者之间究竟有何区别？要回答这一问题，就需要我们

引出国家和社会两分的理论。

“文明社会”的概念是谁首先提出来的？根据我的阅读和记忆，是著名的人类学学者（有人说是人类学的奠基者摩尔根在《古代社会》中提出的）。在该书中，他提出了人类发展的三个时代——蒙昧时代、野蛮时代、文明时代。大家知道，马克思在他的《人类学笔记》中，恩格斯在他的《家庭、私有制和国家的起源》中，都对这三个历史发展阶段的划分给予了很高评价^①。有的人甚至提出这样一种看法，说历史唯物主义的产生就奠定于摩尔根在《古代社会》一书中的实证研究基础之上。当然，这是一种观点或说法，是否正确，另当别论。不过话说回来，这确实是一个非常重要的划分，“文明时代”的概念也是一个值得人们特别关注的概念，这个概念就是和野蛮社会相对的概念，它标志着文明时代——文明社会的产生。文明时代的时间界限大体上相当于国家产生以来的时代。但国家产生以来，在人们的一般印象中，似乎国家业已代替了、包办了整个问题，那还谈什么国家进入社会的问题？果真这样吗？我说不是！即使在那种“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”^②或“六合之内，皇帝之土；……人迹所至，无不臣者”^③的皇权统揽一切的时代，事实上仍然存在着皇权不能的问题。所以，所谓皇权统揽一切只是一种理论上或制度上的假设，而不可能是一种社会现实（特别是在那些国情复杂的大国）。因此，文明时代的产生或国家的产生，客观上为国家和社会的两分创造了一种我们言说的历史逻辑前提。

^① 参见恩格斯《家庭、私有制和国家的起源》原页，张仲实译，北京，人民出版社，1955年。

^② 《诗经·小雅·北山》。

^③ 《史记·秦始皇本纪》。

一、国家、社会两分：国家进入社会的理论前提

国家和社会两分：人类社会进化的一个基本事实

在讲解这一理论之前，先以本人的经历为例，简单地回顾一下我国当代“国家和社会”关系之情形。我们知道，自中华人民共和国成立以来，在我国似乎国家什么都得管，从天翻地覆的大事到鸡毛蒜皮的小事都要管，乃至管到每个人的灵魂深处——所谓“灵魂深处闹革命”就是。我清楚地记得，小时候，在我的家乡，农民在其房前屋后种一些树，种一些菜，这本是十分私人的事情，但对不起，这是国家所不允许的，是“资本主义尾巴”，因此，要千方百计地割“资本主义尾巴”。在我的宅基地上，我培育点花草树木什么的，本来是一件很好的事，至少说明农民不偷懒吧，但对不起，这也要受到来自“国家的”批判。我就喜欢栽种花草树木，这对家乡黄土高原地区有好处，那里缺少绿色，所以，人们尤为热爱绿色。有一次我在园子里种了数十棵刺槐，但第二天早上被村会计受命砍掉了，说是要割“资本主义尾巴”。可想而知，当时我们的国家、政府以及在其严格控制下的乡村组织，进入社会、进入私人生活领域到了什么程度！它已经到了国民没有丝毫自由、一切行动完全由政府控制的程度。

人民公社时期实行大食堂制度，这种情形被发展到极致。我自己虽然没有经历过公共食堂的生活，但我的长辈们大都经历过。听他们说，那时整个村子仅仅支一口大锅，大家在一口大锅里做饭，全村人巴望着那口大锅吃饭。尽管大食堂制度的目的是要更好地实现公平，但据老人们讲，事实上根本就不公平，原因在于那掌勺人的种种作为上。据说那时我的家乡流传着一首小歌谣：“某某的钢笔某某的秤，某某嫂子的大马勺真是要人命！”意思是说那掌握笔杆子的、秤砣的以及专门掌勺盛饭的，决定着人们的生计好坏，在当时的情形下，甚至决定着人们的生死存亡啊！特别是那掌勺的大嫂，她可以给你盛得稀一点，也可以盛得稠一点。因为在那

忍饥挨饿的年代,大家都食不果腹。盛得稀的就可能被活活饿死;盛得稠的,因为忽然吃得太饱,竟然也有可能被撑死。

我讲这个说明什么?在那个时代,连我们吃饭,到什么地方吃饭,如何吃饭,都成了公权力染指和控制的领域。我们政府强大到直接深入我们的生活细节中去了。国民没有任何自治权,在这种理念的引导之下,人民以为国家就是社会、社会就是国家就理所当然了。今天我们依然有相当多的国民仍然秉持这种认识,我们的政治、经济、文化中仍然在强调这种观念。但事实上,国家和社会自古以来似乎就是或者应当是两码事。

在理论上提出对国家和社会两分的是大名鼎鼎的德国哲学家黑格尔,他在《法哲学原理》一书中提出了两个不同的概念:一个是政治国家,一个是市民社会。他认为政治国家和市民社会是两个不同的领域。政治国家代表的是国家政权机器,市民社会代表的是市民的经济生活领域。^①后来,这两个概念为马克思所接受,马克思在他的早期著作中使用了政治国家和市民社会这样两个概念,并在这两个概念基础上进一步得出了我们熟悉的一个理论:上层建筑和经济基础理论^②。他所谓的上层建筑相当于黑格尔所讲的政治国家,他所谓的经济基础相当于黑格尔所讲的市民社会。

关于市民社会的研究,近年来我国学术界已有不少学者涉足,大家在看书时,可能接触“市民社会”这一概念的机会较多。我建议,大家可以读读邓正来在这方面的论述。邓正来是专门研究市民社会的著名学者,虽是自由职业者,但学问做得很大。他精通多个领域,视野很广,对哈耶克很有研究,特别是对市民社会理论的研究,在中国法学界学者中恐怕是做得最深入、最有成效的。现在,他出任吉林大学法学院教授,重点研究庞德的理论。

那么,为什么要提出政治国家和市民社会的分野?我觉得,这恐怕不在于理论上人们有意的主观设定,而是在事实上、在利益上、在社会运作中本来就存在政治国家和市民社会的分野问题。

^① 参见黑格尔《法哲学原理》,范扬等译,北京,商务印书馆,1979年。

^② 马克思:《黑格尔法哲学批判》,《马克思恩格斯全集》,第1卷,北京,人民出版社,1956年。

我们先看一下中国的情况。在中国,很多人认为国家和社会是不分的,“家国同构”、“家国一体”嘛!家庭不过是国家的缩小,而国家是家庭的扩大,家国是一体的,是同构的,是不加过多区分的。这是我们中国人长期以来所坚持的观点。但事实上,在我看来,即使在中国古代社会,也存在国家和社会两分的事实。那么,国家和社会的两分在古代中国表现在什么地方呢?我认为,它就是所谓“皇权国家”和“宗法社会”的分野。我的论文集《法的思辨与实证》一书,收有我的一篇《政治家的法理与政治化的法——二十世纪中国法理对“宪政”的支持关系及其变革》的文章。其中,我对学者们公认为古代中国长期以来是国家和社会不分的观点进行了反驳,我认为,与此恰恰相反,古代中国国家和社会是两分的,这两分即把皇帝的事情交给皇帝,把宗族的事情交给宗族。所以我们有以国家名义出现,并操之于帝王之手的“刑罚权”和操之于家长之手的“家父权”。^①《唐律疏议》就讲:“刑罚不可弛于国,笞捶不得废于家。”^②当然,国家也可以进入家庭,甚至有时候能诛灭九族,能禁止“非所宜言”。但这种情形,只有在违背皇权国家利益时才能启动。

我想,大家都看过《红楼梦》吧。如果没看过,建议大家看一下这部名著。在《红楼梦》中,贾政是那个曾经如日中天,后来又风雨飘摇的大家族的首领,他可以对家族成员处以刑罚。在整个大家族中,家族内部的事情是交由一家之长来解决的,甚至家族之间的事务一般也由家族之间协商解决,除非家族内部或家族之间解决不了而且涉及国家政务的重大事情,才交由国家解决。所以我们说,古代中国明显地呈现出国家和社会的分野的特征。

浙江人民出版社曾出版了一套关于中国社会史问题的丛书,其中有《古代中国的“国”和“家”》、《古代中国的“社”和“会”》这样两本。从中我们会发现,原来被我们混称的国家和社会在古代中国本来是国、家、社、会,它们之间本来是不同的。所以在古代中国,不但国家和社会是不同的概念,而且国和家、社和会之间也是不同的概念。至少可以这样说:在古代中国,国家是一个概念,社会是另一个概念。社会

^① 谢晖:《法的思辨与实证》,北京,法律出版社,1999年。

^② 长孙无忌等:《唐律疏议》,贞观,北京,中华书局,1983年。

有一定的自治性,尽管古代社会的自治是很有限的——典型地反映在家族是一个相对独立的社会体这一事实和特征上。所以,在中国古典制度中,国家统治的最低层次是“县”这一级,以此为限,国家的控制再没向基层继续深入。众所周知,那时的县比今天的县要少,在地域范围上又比今天要大。由于县之下国家政权不再进一步延伸,国家控制也就到此为止,所以不仅有“天高皇帝远”这一现象,而且县令和乡民之间的距离也不是很近。乡民在其一生中,涉足县衙所在地的机会往往是非常有限的,甚至在今天,此种情形仍然普遍存在。县级之下的事情,由地方的自治组织保和甲自己去解决^①。所以,我们尽管批判皇帝制度的专制和严厉,但从其实际的控制能力讲,它和今天任何国家的控制能力相比简直是小巫见大巫,不能相提并论。其原因我将在后面再讲。

在我国,皇权国家和家族社会这样的分野究竟是何时被打断的?我以为,是从孙中山建立共和政体后被打断的。虽然共和是一种很好的制度,但它必须建立在宪政基础之上才是真共和,否则,即使有宪法,有法律上的形式民主,也是假共和。假共和不但没有或者不能保障国家和社会的两分,反而进一步强化了国家对社会的控制能力,最后直到国和家、社和会不能或无法两分。为什么 19世纪以来我国国家对社会的控制能力有增无减、无孔不入?我想,除了科学技术发达导致的更为方便和全面的控制工具之外,导致其控制能力明显增强的根本原因是行政制度设置的不同。大家知道,古代社会最低只控制到县,而我们今天业已控制到乡一级。这样必然导致的一个结果是:中国古代所存在的明显的皇权国家和宗法社会的两分,自 19世纪以来反而荡然无存了。

同样,西方社会也早已存在一种国原社两分的体制。当恺撒大帝讲出“把上帝的事情交给上帝,把恺撒的事情交给恺撒”这样的豪言壮语时,我们就不难判断:至少从此时起,就有了世俗国家的政权与宗教社会的教权两分的情形。政权更多关注国家事务,而教权更多关注社

^① 任爽:《唐朝典章制度》,魏晓、魏源页,长春,吉林文史出版社,1994。顺便提及一点,该书系吉林文史出版社“中国历代典章制度研究文库”丛书之一本,该文库中的其他几部,如《清朝典章制度》、《汉朝典章制度》等,均有相关介绍。

会事务。政权和教权的两分明显形成了古代西方国原社两分的局面。但在中世纪相当长的一段时间,由于教权控制过于严厉,甚至以教权代替了政权,导致了所谓“政教合一”的畸形制度。这种统治大约维持了千年左右,西方爆发了从教权到人权、从专制到民主、从奴役到自由、从特权到平等、从偏爱到博爱、从人治到法治的运动,这种运动的实质是要求政教分离,要求国家、社会有别。所以,所谓政教两分,实际上就是代表国家的政权和代表社会的教权两分的情形。这两者间不仅是分离,而且各有自己的领地——分领国家和社会事务。教权虽然在很多地方有强制性,但是在更多的情形下,多数宗教对人们信仰与否秉持自愿的原则。西方社会后来为什么能够得以充分发展?我想,这和它长期秉持这种国家和社会两分的原则——即把社会的事情交给社会,把国家的事情交给国家——恐怕不无关系。

回过头来再看看日本吧。人们经常问:日本为什么成功?^①对这一问题的回答可谓五花八门,如日本的民族精神——大和精神,该民族明显的民族向心力,日本独特的海洋文化和日本国民的内忧外患意识,明治维新以来所架构的政治制度,日本历来注重向中国学习、注重向海外学习,注重吸取他人经验和对外开放……毫无疑问,以上这些原因都是日本成功在某个方面的强大动力。但大家很少关注到另外一点,这就是:日本尽管实行天皇专制,但其专制范围是有限的。为什么呢?因为日本在古代,和天皇相对的存在着一个很重要的阶层,这个阶层就是武士阶层。实际上,武士阶层就是代表社会的。在很大程度上,他们对天皇形成了很大的制约能力。所以在一定意义上讲,古代日本社会存在这样一个和天皇国家相抗衡、相制约的因素,这个因素就是在一定程度上代表社会力量的武士阶层。这就导致了古代日本国和社两分的情形,武士代表社会,天皇代表国家。在日本,国家和武士阶层的分野是个事实问题。有学者研究认为,日本明代侵华在很大程度上不是由皇权决定的,而是由武士决定的,其背后的重要力量是移民日本的华商,因为当时中国皇帝不许其子民片帆下海,旅居海外的华人一回国就有杀头之虞,所以,日本武士为了其商业利益挑起

^① 19世纪80年代,有一部影响甚大的作品《日本为什么成功》(森岛通夫著,四川人民出版社,1982年版),专门探讨了近代以来日本成功崛起的一些原因。

旅居华人发动对中国的战争,在一定程度上,这是一场由日本武士策动的中国人打中国人的战争。^①这也充分表明了古代日本天皇国家和武士阶层之间的分野和抗衡。

当然,在古代世界,也有些地方是国家和社会完全不分的,如伊斯兰的哈里发国家,就是典型的政教合一国家,宗教领袖往往既是国家的政治领袖,又是社会的精神导师。但古代的大多数地区,即使不存在近代以来在西方首先形成的这种意义上的国家和社会分离,但客观上还是国家没有也不可能事无巨细地将所有事务揽于自己怀中。

以上我简单地叙述了古代世界中国家和社会在一定程度上两分的事实。至于在近代以来,国家和社会的两分更是人类社会进化的一个重大事实。它从具有明显商业传统的西欧发端,并随着资本家追求大规模商业利润的活动而将其传遍天下。今天,虽然在这个世界上的一些地方肯定存在以国家替代社会的现象,但国家和社会两分的基本趋势却是任何人也无法不正视的。特别值得注意的是:近代以来国家和社会的两分,更具有某种自觉的特征,它和古代一些地方国家和社会两分的自发特征形成显明的对比。这是一种在个体主体自治基础上的国家和社会两分,因此,社会得以相对独立的直接路径依赖是个体。而在古代,一些地方国家和社会的两分始终不见个体主体的存在,在那个时代,即使和国家相对分离的社会,也是个体的奴役者,而不是其自治、自主和自由的必要动力。

国家和社会两分的基本缘由

既然如此,那么国家和社会两者分离的基础是什么呢?可以这样说,其中既有内部因素,也有外部因素。如果从内部因素上讲,国家社会两分无疑彰显了人的本性。我在《法律信仰的理念与基础》那本书中,把人性分为两方面。一方面是人的个体性,个体性是指人的自由要求和自由归属,自由要求和归属的规范化形式就是法定的个人权利。个体性要求自治,要求人的自主、自治和自由。它的必然的逻辑延伸就是由自治的个体形成“自由人的联合体”——社会。另一方面,人性又具有社会性的一面,社会性就是指人们的秩序要求和秩序归

^① 参见陈尚胜《“怀夷”与“抑商”——明代海洋力量兴衰研究》,济南,山东人民出版社,2007年。

属,是指人们在公共交往中对秩序的渴望和选择。它的规范化形式就是义务。可见,权利和义务两个概念在实现自由和秩序这两种不同的价值选择中是有所分工的。权利更多地指向自由价值,义务更多地指向秩序价值,权利更多地表达主体的个体性,义务更多地表达主体社会公共交往的秩序意愿。^①如果说个体性的逻辑延伸是自治的社会的话,那么,社会性的逻辑延伸就是带有一定强制性并以服务为使命的国家的产生。这是从内部视角——人性视角——看为什么国家和社会必然分离。仅仅有个体自治的心理要求或者仅仅有公共交往秩序的心理要求,都不可能产生国家和社会的两分。正是在这个意义上,我们可以说,任何社会现象都是根据人的需要产生和构造的,国家和社会的两分也不例外。这是国家和社会两分的内在原因。

第二方面原因可以称作外部原因或因素。外部因素究竟何在呢?可以说,任何国家,即使其能力再强,也不可能只手遮天。国家机器运转需要成本,需要经费。成本不及,经费不够,国家也就只能无可奈何了。所以,中国古人有句老话,叫“天高皇帝远”。也就是说,在皇权不及的地方,我们总还是要维持一种基本的秩序吧。这种秩序叫什么?我把它称作社会自治。

四五四年 怨月,我在贵州搞调查。在贵州和湖南交界处的一个山高沟深的苗族山寨里,居然还保存着从清代康熙年间一直到民国时期的数万份契约。人们为什么要细心地保存之?我想,这绝不是后人发思古之幽情,而是通过契约为将来可能发生的纠纷准备好凭证。当然,还有一些更偏远的地方,在一定程度上讲,那里真可谓是国家法律的不涉之地,因为太遥远,管理太不方便了。尽管今天我国的整个政治统治已经延伸到乡镇一级,也可以说延伸到人们的房间炕头,但在深山沟里,国家的法律还是很难深入。那么,人们发生纠纷怎么办?据说在我国有些地方,两造到山上唱歌去,用对歌讲理的方式来解决纠纷。什么叫对歌的解决方式呢?据说两造在山顶上通过对歌讲理甚至对骂——但不是非常难听地骂,而是非常讲究艺术水准,用比喻、象征等修辞方式,将对方说得一无是处,直到其中一方在规定的时间内

^① 参见谢晖《法律信仰的理念与基础》,页66~页67页,济南,山东人民出版社,页66页

想不起用什么词骂对方或者进行说理的时候,想不起的一方才被判定为败诉,而能继续讲理的一方则被判定为胜诉。^①大家有机会、有兴趣可以到各地去调查一番啊。

再比如,在我国羌族地区,很多地方往往是国家权力和法律所不及的地方。人们发生了纠纷怎么办?靠议话坪制度,用民主商议的方式决疑解纷。^②直到今天,我们的法庭到不了那些地方,警察到不了那些地方,因为一旦到那些地方,成本太高,入不敷出。在这种情况下,人们的公共交往、社会纠纷究竟怎么办?在我国不少地方,就专门建立了由乡老(村庄或村寨里最有权威的人士)出面解决纠纷的制度,他们对纠纷进行民主讨论和协商,讨论和协商的结果就是案件的“判决”结果。

这种情形,即使在汉族地区,也是存在的。我的家乡就在甘肃一个深山沟里,从我记事一直到现在几近 90 年,在这近 90 年里,我生活过的那个村庄只发生过一起起诉到法院的案件。一般情况是,村落里经常发生的纠纷,主要是靠民间自治力量来解决,靠老人们来协调,甚至靠时间去慢慢消磨,发生纠纷的村民之间相互自我压压气,忍一忍,纠纷也就解决了。我记得很清楚,在我小时候,父亲是当地有一定威望的人,村子里发生了纠纷,尤其是邻里之间的纠纷,还有丈夫打妻子、分家析产一类的纠纷,村民们就找到我父亲以及村子里的其他几位长者,由他们去裁判。他们的裁判往往很有权威性,很少有人提出反对。我记得他们一般是被动裁判,即只有村民们找到门上时他们才会去。但有时在村民们打得不可开交的时候,他们也主动去。

中华人民共和国成立以来,我们的国家机器不可谓不强大,国家权力不可谓不强大,国家的管理干部(公务员)不可谓不多(我们有世界上最庞大的公务员队伍),国家的触角伸得不可谓不远(整个触角延伸到乡镇一级,甚至连村干部的选举也往往是由乡级政权机构提名)——国家控制力如此之强,但在乡村社会,在广大的农村地区,仍

^① 电影《刘三姐》中就有用对歌解决纠纷的故事。这种情况在国外也存在,据说在印尼苏门答腊岛上亚齐一带生活的高约人,就喜欢通过对歌的方式解决村民之间的纠纷。

^② 参见龙大轩《乡土秩序与民间法律——羌族习惯法探析》,香港,华夏文化艺术出版社,1997。

然在一定程度上是自治的。这足以说明,社会自治具有必然性。至于近代以来在市场经济作用下社会和国家两分的根本因由,建议大家认真读一读黑格尔的《法哲学原理》、哈耶克的《自由秩序原理》,我想,大家自然会有收获。这里我不再展开。

以上是从外部视角说明,为什么会产生国家和社会两分,以及国家和社会两分的客观基础。

国家和社会两分的基本价值评估

大家可能要问,以上事实为例,或许确实能说明国家和社会的两分。但问题是,国家和社会两分或者合一,究竟哪个更好?我可以肯定地说,两者合一绝不是一种好的选择。为什么?因为这样国民就没有基本的自治空间。其结果只能是:“国家的事再小,也是大事;个人的事再大,也是小事。”中华人民共和国成立以来,过去由国家直接垄断的计划经济在这方面给我们留下了沉痛的教训。直到今天,我国不少地方还盛行着常年耕作于土地上的农民无权决定其土地种什么,而地方政府和官员却指手画脚地决定农民种这种那的情形。甚至在个人自治程度较高的我国的大学里,在课堂上教什么、不教什么的选择权,往往不是由在教学实践中的老师决定,而是由教育部、校领导、教务处等对教学涉足很少的部门或人员决定。这其实是将每个人的脑袋硬性地质于他人的意志安排下,这和金庸笔下被人用迷魂药灌得神志不清、任人役使的那种角色相差不远啊。这其实是要使人们变成不能思想的苇草。大家想想,人之为人,没有思想,其活着的意义究竟何在?而国家和社会不分,恰恰就是不让人活得有意义!

国家与社会不分的弊端,在一定程度上印证着国家和社会两分的好处。那么,这些好处是什么呢?

第一,它有利于社会对国家和政府权力的制约。权力必须受到制约,因为不受制约的权力必然导向它的绝对。正如阿克顿的那句名言所说:“绝对的权力导致绝对的腐败。”所以国家权力不应是绝对的而应是相对的。这就是即使在专制制度绵延久远的古代中国,人们也强调“君者,舟也;庶人者,水也。水则载舟,水则覆舟”^①的原因所在了。可以说,近代以来的国家权力制约,在源头上就来自相对独立的社会