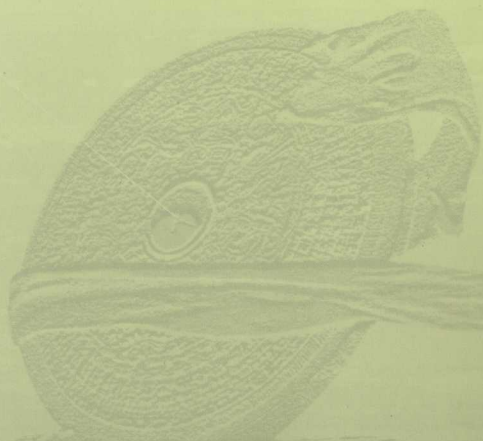




抹不去的传统

——关于法治“不在场”的一种解读

汤烈琴 李成文 ◆ 著



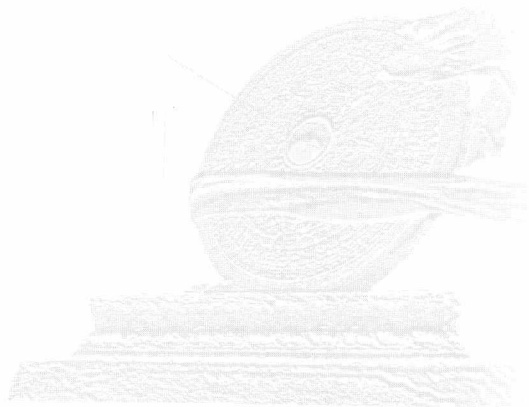
四川出版集团 四川人民出版社

抹不去的传统

—— 关于法治“不在场”的一种解读



汤烈琴 李成文 ◆ 著



图书在版编目 (CIP) 数据

抹不去的传统：关于法治“不在场”的一种解读/汤烈琴，李成文著. —成都：四川人民出版社，2009.2
ISBN 978-7-220-07769-2

I. 抹… II. ①汤… ②李… III. 法的理论—研究
IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 019814 号

MOBUQU DE CHUANTONG

抹不去的传统

——关于法治“不在场”的一种解读

汤烈琴 李成文 著

责任编辑
封面设计
技术设计
责任校对
责任印制

董 玲
经典记忆
杨 潮
叶 勇
丁 青 李 进

出版发行
网 址

四川出版集团 (成都槐树街 2 号)
四川人民出版社
<http://www.scpph.com>
<http://www.booksss.com.cn>
E-mail: scrmcbsf@mail.sc.cninfo.net

发行部业务电话
防盗版举报电话

(028) 86259459 86259455
(028) 86259524

照 排
印 刷
成品尺寸
印 张
插 页
字 数
版 次
印 次
书 号
定 价

四川上翔数字制印设计有限公司
成都蜀通印务有限责任公司
146mm×208mm
10.25
2
270 千
2009 年 2 月第 1 版
2009 年 2 月第 1 次印刷
ISBN 978-7-220-07769-2
30.00 元

■ 版权所有·侵权必究

本书若出现印装质量问题，请与我社发行部联系调换
电话：(028) 86259624



目 录

(153)		第三章
(153)		第一节
(153)		第二节
(153)		第三节
(153)		第四节
(153)		第五节
(153)		第六节
(153)		第七章
(153)		第八章
(153)		第九章
(153)		第十章
(153)		第十一章
(153)		第十二章
(153)		第十三章
(153)		第十四章
(153)		第十五章
(153)		第十六章
(153)		第十七章
(153)		第十八章
(153)		第十九章
(153)		第二十章
(153)		第二十一章
(153)		第二十二章
(153)		第二十三章
(153)		第二十四章
(153)		第二十五章
(153)		第二十六章
(153)		第二十七章
(153)		第二十八章
(153)		第二十九章
(153)		第三十章
(153)		第三十一章
(153)		第三十二章
(153)		第三十三章
(153)		第三十四章
(153)		第三十五章
(153)		第三十六章
(153)		第三十七章
(153)		第三十八章
(153)		第三十九章
(153)		第四十章
(153)		第四十一章
(153)		第四十二章
(153)		第四十三章
(153)		第四十四章
(153)		第四十五章
(153)		第四十六章
(153)		第四十七章
(153)		第四十八章
(153)		第四十九章
(153)		第五十章
(153)		第五十一章
(153)		第五十二章
(153)		第五十三章
(153)		第五十四章
(153)		第五十五章
(153)		第五十六章
(153)		第五十七章
(153)		第五十八章
(153)		第五十九章
(153)		第六十章
(153)		第六十一章
(153)		第六十二章
(153)		第六十三章
(153)		第六十四章
(153)		第六十五章
(153)		第六十六章
(153)		第六十七章
(153)		第六十八章
(153)		第六十九章
(153)		第七十章
(153)		第七十一章
(153)		第七十二章
(153)		第七十三章
(153)		第七十四章
(153)		第七十五章
(153)		第七十六章
(153)		第七十七章
(153)		第七十八章
(153)		第七十九章
(153)		第八十章
(153)		第八十一章
(153)		第八十二章
(153)		第八十三章
(153)		第八十四章
(153)		第八十五章
(153)		第八十六章
(153)		第八十七章
(153)		第八十八章
(153)		第八十九章
(153)		第九十章
(153)		第九十一章
(153)		第九十二章
(153)		第九十三章
(153)		第九十四章
(153)		第九十五章
(153)		第九十六章
(153)		第九十七章
(153)		第九十八章
(153)		第九十九章
(153)		第一百章

引 言 (1)

第一章 传统：思维意识与行为模式的呈现 (17)

第一节 情理：传统日常模式 (19)

第二节 透视传统意识形态——儒家文化 (39)

第三节 专断：政治权力的行为模式 (61)

第四节 制度：思维意识的侧影 (77)

第五节 司法：行为模式的镜像 (94)

第六节 千年传统未变之缘 (120)

第二章 清末法变：守护传统之战 (153)

第一节 困境中的艰难抉择 (155)

第二节 宪政：以守护传统为目标 (171)

第三节 守护传统的修律运动 (196)



第三章 传统“在场”：基于法治现况的考察及

学理分析 (221)

第一节 变法：以市场经济的名义 (223)

第二节 一起纠纷解决的事件分析 (236)

第三节 几则案例引发的思考 (261)

第四节 民众、法律信仰与传统 (289)

主要参考文献 (314)

后 记 (324)

(一) 育 民

(二) 庭呈的左對代行已影意和思 ; 庭對 章一第

(三) 大對常日越計 ; 庭對 章一第

(四) 對文案謝一 ; 庭對則意越對則意 章二第

(五) 大對代行則代對命與 ; 庭對 章三第

(六) 庭對則則意越思 ; 庭對 章四第

(七) 庭對則左對代行 ; 庭對 章五第

(八) 庭對之未對對則行 章六第

(九) 庭對庭對則安 ; 庭對未對 章二第

(十) 庭對庭對則中對則 章一第

(十一) 庭對代對則則安 ; 庭對 章二第

(十二) 庭對庭對則庭對則安 章三第



引言

三十年，就人类个体而言，意味着人到中年；而对历史而言，则只不过是其中一个极短的断面。对一门学科而言，三十年并不可能酝酿一门成熟的学科，仅仅意味着“起步”。

三十年间，刚刚起步的中国法学一心向前，无暇回顾、反思。盘点三十年法学，就是为了正视三十年来法学的兴衰成败。正视法学三十年，是为了能更好地找到我们潜在的“病症”且将其掐灭于胚胎之中。及时盘点与清理“病症”，可以防止潜在问题的扩大，进而寻求“端正”之道，重构中国法学！

反思过去，是对一段岁月、一个时代的回顾，也是对过去的进一步认识。怎样认识、从何种角度认识、设定何种标准，是我们开始探讨问题的前提。

反思法学三十年，我们需要找到认识问题的切入点。“考虑到中国法学中所强调的那种对中国法制或法治发展的‘服务性’，考虑到中国法学中某些观点所强调的所谓‘要解决现实问题’的主张，我们有理由根据中国法律或法律实践与中国法学之间所存在



的关系把它们二者勾连起来加以审视。”^①因此，我们完全有理由通过法治建构理论对法学三十年的反思进行再认识。

三十年法治建构理论，已经进入到实践之中，但实践之中的法治建构，并未达到法学家们所预设的理想效果。法治在实践中总是游离于理想图景之外，总是以一种“不在场”的状态展示在人们的面前。这让外界对三十年来法治所提供的理论产生了质疑，也使得法学界倍感尴尬。反思三十年法学，这也许正是出发点。笔者拟从解读法治“不在场”这一现象着手，寻找法学三十年来可能存在的诸多问题，并希望能为这些问题的解决提供一些拙见。

对于法治建构理论的认识，国内已有部分学者进行过剖析，最为瞩目的莫过于邓正来先生在 2006 年刮起的“法学批判之风”。邓先生对国内几大知名或者说大腕级法学家们的思想进路展开了分析，认为中国法学界提供的法治建构之路是一条“西方理想图景”的法治变革之路。邓先生认为，造成这一现象的原因是学者们的“西方中心主义”立场。

西方中心主义者很难以中国式的思想观念为主导，只是不加批评地接受与承袭西方的问题、理念及方法。以西方作为我们的风向标，作为我们借鉴的参照物，成为主宰我们学术乃至生活的标度。这正如许章润所说：“对于自家事务的任何评论，必然征引西方坐标，以之为衡准。一旦论述进入到西方层面，似乎一切不

^① 邓正来：《中国法学向何方去》，商务印书馆 2006 年版，第 32~33 页。



证自明，获得了天然的合法性，不言而喻的正当性。”^①诚然，我们当下所言及的一些具有普世价值的东西，最先被西方先哲们宣扬，且在西方通过特殊的形式而最终得以实现。“现代化虽先发自西方，但是只要它一出现，它就没有地方性，只要它是个真理，它就有普遍性，只要有普遍性，任何一个民族都应该承认它。”^②“今天，人们虽然喜欢用‘现代化’而不是‘西化’一词，但西化仍然是现代化的一个组成部分。”^③需要声明的是，笔者并非保守排外者，恰恰相反，“虽然我们不能说，西方国家是现代化的唯一模式，但是我们可以确证，西方模式则实实在在地成为了我们的参照系之一”。笔者以为，西方在某种程度上还是我们借鉴的对象，但这却让人误以为普世价值与西方实现路径在内容上的不可剥离性。

需要说明的是，价值虽然是普世的，但价值实现路径的设定因素却是多元的、特定的；妄图抹杀设定因素的特殊性显然是徒劳的。这亦如曹锦清所质问的那样：“借用西方社会的现代化经验及西方学者从他们现代化过程中提炼出来的现代化理论来考察中国现代化的实际进程。近世以来，西学东渐，源于西方的社会科学已成为中国主流知识分子的共同话语，他们不仅用这一话语体系来考察中国诸多社会问题，且作为推动中国现代化的目标设置。但西方的理论产生于实践之后，而中国的现代化理论则产生于实践之前，是否具有实践可行性，我们不得不加以问号。”^④法学中存在的“西方中心主义”，导致法治建构理论在价值及其进路上完全按照西方标本而

① 许章润：《说法 活法 立法：关于法律之为一种人世生活方式及其意义》（增订版），清华大学出版社2004年版，第305页。

② 牟宗三：《治道与政道》，广西师范大学出版社2006年版，第15页。

③ [美] 沃拉：《中国：前现代化的阵痛》，廖七一等译，辽宁人民出版社1989年版，第1页。

④ 曹锦清：《黄河边的中国》，上海文艺出版社2000年版，第762~763页。



设置。此种主义的最大危害是造成对中国问题本身的忽视。西方中心主义者的危害是显性的。显性的伤势容易疗治，但隐性的伤势却难以发现，“政治中心主义”就是这种情况的突出代表^①。在笔者看来，作为学术传统的政治中心主义的危害甚于西方中心主义^②。在中国的学术传统中，所谓的读书人绝大多数是为了功名利禄而读书的。其中，偶然也有因习举业而接触到圣人之道，便从此转向学术方面的，但毕竟是太少了。在这种风气的长期熏陶之下，中国知识分子无形中养成了一种牢不可破的价值观念，即以为只有政治才是最后的真实，学术则是次一级的东西，其价值只是工具性的。换句话说，政治永远是最后的目的，学术与文化不过是手段而已。“他们普遍持实证主义一元的法律观，单从国家的角度去定义法律性。”^③这类学者的研究成果“所涉及的问题很大程度上均依赖于国家政策”^④。“其理论命题的跳跃式快捷变换‘显然主要不是法学理论自身逻辑演进的结果，而是出于法学理论对政治决策、政治纲领等法学外部问题的一种回应’。”^⑤从根本上来说，法学人依附于政府方略而不是先于政府方略去建构

① “西方中心主义”与“政府中心主义”两者看似差异迥然，但实则存有共性，即两种主义往往集于一人之身。在笔者看来，中国的学者们更多地是推崇“政治中心主义”。基于对政府方略的回应，学者们首先想做的是开出一剂顺合政府口味的方剂。接着，他们开始将眼光投向西方，西方现有或者既有的东西便成为他们的首选，于是，“两种主义于一身的主义”便诞生了。

② 邓先生虽然意识到了此问题的存在，但却低估了法学中的另一种主义的危害。在《中国法学何方去》一书中，邓先生对“西方中心主义”给予了深刻的批判，但对“政治中心主义”不过是蜻蜓点水，顺便提及罢了。（有关“政治中心主义”与“西方中心主义”的内容，可参考汉学家黄宗智先生的相关论著。）

③ 梁治平编：《国家、市场、社会：当代中国的法律与发展》，中国政法大学出版社2006年版，编者前言第2页。

④ 强世功：《想起了黄宗智——本土化与法学传统》，参见《法律人的城邦》，生活·读书·新知三联书店2003年版，第204页。

⑤ 程燎原：《从法制到法治》，法律出版社1999年版，第8页。



法治理论。“学者们大抵自觉不自觉地把‘法治’作为一种国家统治方式或安邦治国的策略。”^①

在当下，顺应市场经济体制的要求，出于政府自身传统的需要，维系正常的社会秩序，继而维护自身的传统秩序。法律更多的是关注规范性问题，如制度的设计，怎样规范人的行为等等。出于政府自身统治的考虑，法治被打上了政府意志的烙印。诚然，市场经济发生地的城市或者说发达地区对法治有自身的需要。因此，法律往往是以城市或者说发达地区的人们的需要而厘定的，法律更多地是关注市场经济发生地或人的需要，学者们的眼光也就局限于此。“现代法律在很大程度上主要适用于城市社会、工商社会、陌生人社会。……从中国目前的法学研究现状来看，大量的学者的研究都更着重规范性的法律研究，也都更侧重于研究城市工商业发展的需要，司法制度的研究也基本是以现代都市生活为背景的，例如抗辩制的研究、庭审方式改革等。”^②

“过于注重上层结构，很少涉及低层。”^③“从这样的视角（忽视对乡村的观察）透视，在相当时期内，中国社会的一体化设计的主导取向上存在着一定的缺陷。即我们的主导价值不是促使乡村社会结构的文化模式的变革，而是自觉不自觉地强化了乡村结构的经验式文化基础。这突出表现中国的城市化战略的人为的滞后。”^④ 政治中心主义者剥离了中国实际，以国情知晓者自居，同样产生的是一种非中国理想图景的法学图景。相对西方中心主义者而言，他们以中国自知者的状态自居的危害程度却并不亚于西

① 许章润等：《法律信仰：中国语境及其意义》，广西师范大学出版社 2003 年版，第 27～28 页。

② 苏力：《送法下乡：中国基层司法制度研究》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 8 页。

③ 黄仁宇：《资本主义与二十一世纪》，中华书局 2007 年版，第 227 页。

④ 衣俊卿：《现代性与文化阻滞力》，人民出版社 2005 年版，第 29～30 页。



方中心主义者。

“‘政治中心主义’者往往采用的是‘从上而下’的论述方式，而‘西方中心主义’者则采用的是‘从外到内’的叙事方式。‘从外到内’更多地强调‘中国应该如何’；而‘从上到下’则论证‘中国应该怎样办’。”^①两种主义所存在的问题汇集在一起，变成了“法学在进行法律知识生产和再生产的过程中基本上忽视了对中国现实问题的切实关注和研究，甚至根本就没有意识到中国法学在当下的发展必须以我们对‘中国’的定义为基础这个话题”。忽视“中国”自身身份的法学者却又建构出了理论体系，面对两种视阈存在偏误而建构的法治理论路径，我们将如何对其进行再评价与认定呢？未能论及中国问题本身，却开始了法治建构理论之路。在笔者看来，两种主义所建构的法治之路都是一种激进化的建构之道。

带有强烈理想主义色彩的西方中心主义者将西方视为理想的天堂，并寄希望于尽快效仿西方模式、走西方的路径。“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。……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。”这完全是一种急功近利、急于求成的心态！从中西交汇开始的那一天，这种急功近利的思想就初现端倪^②。这种急功近利一直延续到今天。西方中心主义者秉承了科学主义的功利，“拿

① 曹锦清：《黄河边的中国》，上海文艺出版社2000年版，第762页。

② 西方中心主义的功利，可追溯到中西方文化碰撞之际。康有为曾言：“臣于变法之事，尝辑考各国变法之故，曲折之宜，择其可施行于中国者，斟酌而损益之，令其可施行，章程条理，皆已具备，若皇上决意变法，可备采择，但待推行耳。泰西讲求三百年而治，日本施行三十年而强，吾中国国土之大，人民之众，变法三年，可以自立，此后则蒸蒸日上，富强可驾万国，以皇上之圣，图自强，在一反掌间耳。”旷代逸才杨度开出的《九年预备立宪清单》可以说是一个典型的代表。详见刘晴波主编：《杨度文集》，湖南人民出版社1986年版，第504~505页。



来主义”充斥着整个法学界，法治建构迅速演化为法治“在场”之道！

如果说西方中心主义是“拿来主义”，那么政治中心主义则是“实用主义”。对于政府基于市场经济而推出的法治治国方略，以及在依法治国方略下建构的较为齐全的法制体系、较齐备的司法机制，学者们都给予了充分的认定；对市场经济发生地上法治运行的良好绩效，他们也给予了充分的肯定。基于此，学者们开始放大政府依法治国方略及该方略下的具体措施、社会效应等，便以为我们已经具备了法治建构的条件。推行依法治国方略就成为学者们在这三十年来的最大贡献。

将依法治国方略全面推开，建构更为完善的法制体系，以及为司法提供更为可行的技术性手段，所有的这些都构成了三十年来法学的主流。法学似乎关注技术性的问题多一点，对法治本身的问题研究似乎更少，学者们所论及的内容大抵集中在法治建构问题之上。这种重“术”疏“学”的研究进路，注定了三十年法学在很大程度上服务于政府，皈依于政府治理社会的现实。

“市场经济乃法治经济”、依法治国的口号声在法学界此起彼伏。快速格式化、快速建构法治，将整个中国尽快纳入法治建构的轨道，同样构成了三十年来法学的主要目标。“主张政府运用国家强制力尽快建立一个现代的法律体系，以保证市场经济的顺利发展”^①，已经是三十年来法学学人的最大心愿！“尽快建构”，这印证了政治中心主义者建构的法治建构理论同样是一条激进化的法治“在场”建构之道！

① 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第16页。



二

对当下法学所建构的法治建构理论进行考证之后，笔者将对此问题作进一步讨论。其实，激进化的法治“在场”建构之路并非毫无意义，相反，从某种程度上讲它还有一定的合理性。需要说明的是，笔者批判两种主义下的法治“在场”建构理论，并不是完全否认它们的合理性。

在笔者看来，不能轻易对一个理论进行全部否定。诚如波普尔认为，科学理论是不可证明的，因为在任何特定数量的证据下，所有理论的数学概率都近于零。为此，他还提出了一个分界标准——可否证性标准。我们姑且不深入讨论波普尔的理论，但却能从中得到巨大的启发：任何一种理论的存在均具有自身的合理性。因此，判断一种理论的合理性需要通过证伪方法取得结果。

那么，能证实一个理论合理性的基础何在呢？通常看来，一个理论的合理性在于其自身具有严密且谨慎的逻辑架构。但判断一个理论自身的逻辑架构通常会陷入其自身的逻辑架构之中，可能会出现“不识庐山真面目，只缘生在此山中”的境况。由此可见，判断一个理论的合理性需要另辟途径。拉卡托斯认为，任何理论都不是各自孤立的，而是相互联系的，与某一理论相互联系的其他理论就构成了这个理论的背景知识。因此，当经验事实与科学理论不一致时，是该理论错了还是背景知识错了是很难确定的。如前所述，通过理论自身去判断理论本身的真伪，显然是不可行的，但从其预设的背景来看却具有相对较大的可能性。在笔者看来，从理论的逻辑前提出发，比证实理论自身的可证实或者可证伪性更具可行性和有效性。



那么，两种主义关于法治“在场”建构理论的可证实的逻辑前提何在？翻开三十年来的法学作品，在笔者看来大抵分为两类：一是部门法学者们的技术性作品，二是法学理论者们关于法治可行性证实的报告。关于法治“在场”建构可行性的分析中，这样的一些言论常常成为学者们似乎不可证伪的公理：“市场经济就是法治经济”、“法治时代已经到来”！琢磨这些公理性的定论，笔者发现他们对这些定论书写的前提是，中国已经具备法治大规模建构的条件。不难看出，这是学者们关于法治“在场”建构之路向前推进的理论佐证。在笔者看来，这种佐证实则是关于法治“在场”建构理论可能性的证实。换言之，在法学者们看来，法治“在场”建构理论之所以具有自身的合理性，就在于其理论具有可证实性的前提，或者说是具有有力的论据。这些作为前提、论据的东西实则是理论自身的可证实性逻辑前提。逻辑前提的可证实性佐证了法治“在场”建构之路在中国能得以践行，且具有这种理论上的可能。

将法治“在场”建构理论的可证实性之逻辑前提提炼出来之后，我们开始对这一逻辑前提展开进一步的探究。何谓法治“在场”？法治“在场”所蕴含的意义何在？解读这一概念，需要将问题转向另一个相关话题的讨论，即对法治建构的讨论。何谓法治建构？法治建构的实质是什么？法治建构命题往往等同于法律变动这样一个话题。法律变动显然包括两个方面：硬件与软件。“有国家者，非立法之难，而用法之难也。”^①在法治化的过程中，物质的、技术的法律制度，即法治的“硬件”系统，相对而言是更容易构建或引进的；但它们若要真正发挥其应有的作用和价值，则必须有与之相适应的精神、意识和观念，即必须有法治的

① 沈家本：《历代刑法考》，中华书局1985年版，第34页。



“软件”系统予以支撑。就此，笔者以为，法律变动的核心是法律运行软件的建构。法治变革软件的建成与否才是量度法治是否建构的标准。当我们将法治建构纳入现代化的场景之中思考之后，法治变动又可称为“法制现代化”。也就是说，通过对法制现代化建构的软件进行剖析，我们就可认识法治变动的内核。

“法制现代化首先是从事这一变革的主体自身的现代化（即转变，笔者注），是把表现传统法律观念并以传统模式行为的人转变为具有现代法律意识和行为的人的广泛过程。……法制现代化是一个包括了人类法律思想、行为及其实践各领域的多方面进程，其核心是人的现代化。……人的现代化是一个国家法治现代化的必不可少的重要因素之一。它决不是法制现代化过程结束后的副产品，而是实现法制现代化并使现代法制长期发展的基本的先决条件。一个先进的现代化法律制度要获得成功，取得预期的社会效果，就必须有赖于操作这些制度的人的现代素质，即人的价值观念、行为模式、思维模式、情感意向和人格特征的现代化。”^①从此层面上来说，变法是人的现代化抑或说人之思维与行为模式的转变，实则为人思维与行为模式的转变。只有从心理、态度和行为上与法制现代化的历史进程相互协调，这个国家的法治现代化才能真正得以实现。

换言之，在一个国家法制现代化的进程中，不管这些法律制度是如何现代化，如果操作这些制度的那些人并没有从心理、态度、行为方式上实现转变，那么，不仅这些法律制度难以取得很理想的效果，而且这个国家的法制现代化也不过是徒有虚名而已。法治变革意味着理想图景中的法治“在场”，原有思维及其行为模

^① 陈刚：《中国民事诉讼法制百年进程》（清末时期第一卷），中国法制出版社2004年版，第149页。



式的消逝（不在场）。这种原有的思维及其行为模式，我们通常称之为“传统”^①。

就此，法治“在场”建构理论的可行性前提便转化为“传统的消逝”这样一个话题。三十年法学，快速建构的法治“在场”之路意味着法治可能在短时间建成。换言之，法治建构意味着法治在相当长时间内可能“在场”，传统在短时间内即将谢幕。

短时间内即将消逝的传统，将在法治运行及其相关环节、相关主体上一——显现^②。就发起法治建构的政府而言，它身上将看不到传统意识形态的身影；就法治建构的模式而言，它将是一种不同于传统的治理模式；就法治的执行人——司法机关而言，它们身上闪现的是现代法治的光芒；就广大民众而言，他们将是法治的信任者、运用者。据此，我们这个法治建构国度上的所有人即将改变他们原有的思维及其行为模式，且在短时间内走完这一里程。

尽快建构法治，“尽快”两字的背后昭示着传统快速谢幕的可能性。三十年间，法学界关于“我们已经步入法治时代”的法治“在场”宣言的理论前提是传统已经退场。传统在三十年内消逝，这是法治“在场”理论的潜在逻辑。这一命题是真还是伪，是本书讨论的中心主题。

^① “传统意味着许多事物。……它是人类行为、思想和想象的产物。”（参见[美] E. 希尔斯：《论传统》，傅铿译，上海人民出版社1991年版，第15页。）

“传统文化是指一套世代相传的习惯观念与行为方式。”（参见曹锦清：《黄河边的中国》，上海文艺出版社2000年版，第82~83页。）

“传统是活生生地流动在亿万中国人的生活中实际影响他们行为的一些观念。……传统为一种行为方式或标准。”（参见韦政通：《中国文化与现代生活、伦理思想的突破》，广西师范大学出版社2005年版，第159~160页。）

^② 法律运行本身就是思维及其行为模式显现的过程，立法过程中的意识形态制度化、司法环节中法官的判决过程、当事人在整个司法过程中的表现，均能说明法律运行不过是思维及其行为模式的印象这一定论。



三

传统易逝，传统在短时间内消逝，这是三十年来法学建构的法治“在场”论的逻辑前提。传统真的迅速消逝了吗？在笔者看来，这是一个伪命题。它不仅是三十年来法学者们最大的认识误区，更影响了中国法治的建构。传统，不可能轻易地消逝；相反，“抹不去的传统”才是一个真命题，笔者拟对此命题进行证实。

“传统是围绕人类的不同活动领域而形成的代代相传的行事方式，是一种对社会行为具有规范作用和道德感召力的文化力量，同时也是人类在历史长河中的创造性想象的沉淀。”^①由此，传统已潜入人们心中，以一种自觉的方式表现在外。传统，构成了某一个群体之中的人们所特有的生活态度与生活方式，且已渗入人们的日常生活之中。笔者将其谓之“日常模式”。

一种群体之中的人们所特有的生活方式，成为识别这一群体的密码，也成为一个民族、一个国家的标志。传统，蕴涵本土意义的原因就在于此。传统还可以按照主体的不同进行分类：一是大传统，二是小传统。前者指代政治结构中的意识形态及政治行为模式；后者则是人们的思维及其行为模式。就法律而言，应该从以下几个角度去认识传统的类型：法律的本质或者说法律的性质、法律规范的特征、法律（司法）的特征。

抹不去的传统！带着对中国自身问题的深切关注，我们需要选择与两种主义不同的路径。两种主义关于法治建构理论是有缺

^① [美] E. 希尔斯：《论传统》，傅铿译，上海人民出版社1991年版，译者前言第2页。