

公民文化与法治秩序

GONGMIN WENHUA
YU FAZHI ZHIXU

刘雪松 著

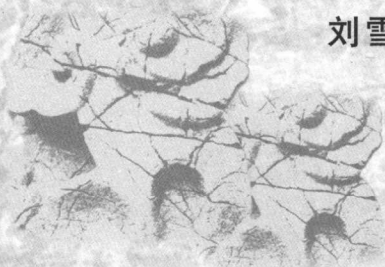


中国社会科学出版社

公民文化与法治秩序

GONGMIN WENHUA
YU FAZHI ZHIXU

刘雪松 著



中国社会科学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

公民文化与法治秩序/刘雪松著. —北京: 中国社会科学出版社, 2007. 7

ISBN 978 - 7 - 5004 - 6250 - 7

I. 公… II. 刘… III. 法治 - 研究 - 中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 091712 号

责任编辑 王半牧
责任校对 陶 璇
封面设计 弓禾碧
技术编辑 张汉林

出版发行 **中国社会科学出版社**

社 址 北京鼓楼西大街甲 158 号 邮 编 100720

电 话 010 - 84029450 (邮购)

网 址 <http://www.csspw.cn>

经 销 新华书店

印 刷 北京奥隆印刷厂

装 订 三河鑫鑫装订厂

版 次 2007 年 7 月第 1 版

印 次 2007 年 7 月第 1 次印刷

开 本 850 × 1168 1/32

印 张 9

插 页 2

字 数 201 千字

定 价 25.00 元

凡购买中国社会科学出版社图书, 如有质量问题请与本社发行部联系调换
版权所有 侵权必究

序

我国改革开放二十多年中，经济腾飞，政治进步，社会转型，民族奋起，同时也启动民主和法治的新进程。从全国普法教育到社会主义法治理念的形成，从加强法律制度体系建设到司法政策，从倡导民主法制到建设法治国家，所取得的斐然成就是令世界瞩目的。然而，问题尚有另一面，近年来立法数量与执法成果，制度建设与公民法治意识水平，司法改革方案与实践效应，等等，其间均存在着不小的距离甚至颇大的反差。这就表明，完善的法治秩序的生成，还有相当漫长的时日。

现代法治是一种价值选择和制度架构，一种现实生活的机理和状态，更是一种人的文化型塑。它的主旨已超越前资本主义时代的“臣民文化”和资本主义的“市民精神”，而达至当代“公民文化”。西方的法治曾经历数个世纪的发展途程，形成深厚的公民文化底蕴和操守的主体性。与其相差异，南美、东亚等转型国家的民主和法治的变迁则别是一番景象。在那里，尽管先后引入许多现代法律制度 and 理念，但它与“传统人”之间仍不是那么协调。由此看来，生硬地照搬外国法律制度，并不能确立本国的法治秩序。唯有从本国的具体国情出发，细心地、渐进

地、但又要不失时机地来培育社会成员的公民品格和公民意识，把现代的法律制度和规范的资源同他们的生活需要融为一体，逐步主观化为社会成员所惬意的价值取向和行为习惯，现代化法律制度才能贴近他们的生活，变成活的即有生命力的生活规则和生活秩序。那时，对他们而言，法治时代才算真正地光临。

现今色彩斑斓的，有互不相同的民族和国家的共存。它们各有自己的优长和短缺。便在经济、政治、文化、法律全球化的今天，大大强化各民族和国家的趋同，先进与后进总有一天会并肩而立，同步迈进。法律文化亦无例外。有鉴于此，我们就没有理由对后进者怀有悲观的情绪。

刘雪松博士的这部专著瞄准“公民文化”的主题，并为之有效地付出艰苦的钻研工夫。他通过法治秩序和伦理秩序的辩证关系的研究，阐发法治客观推演过程中的主体因素，深入琢磨公民性品格与公民意识在法治发展过程的内在动力机制和精神支撑作用，探讨现代法治秩序的文化精神和价值底蕴。这就避免套用西方法律文化那种做法的失误，又能积极地借鉴外域（尤其西方）的有益东西和本国传统乡土文化中的合理成分。进而细心培育当今我国法治秩序的根基，消除扭转与转型时期出现的某些刺目的社会失范和道德滑坡的状况。显然，这是饶有创意的、科学的逻辑思维范式。通览全书，还不难发现，作者着笔的视野是开阔的，富有贯穿古今的历史感和触及中外的时代感。这增加了作品的说服力和可读性。一言以蔽之，我对作者的印象是，人是刻苦钻研的人，他的书是新颖独到的

书。至于讲到这部专著的不足处，像任何作品一样，是难以避免的。但瑕不掩瑜，我不愿求全责备。只是坚信，在再版的时候，作者定会凭借新研究的心得，对书加以修订。

非常感谢刘先生给我一个为他的大作撰序的机会，并使我享受了先睹之快。

吕世伦

2006年11月于中国人民大学时雨园小区

目 录

序	(1)
导论	(1)
一 法治“表层化”的反思	(1)
二 市民社会理论复兴中的法治根基关怀	(4)
三 公民文化的理论溯源及其界定	(8)
四 公民文化与法治秩序	(16)
第一章 公民文化的孕育与近代西方法治的生成	(21)
一 公民文化的原生涌动和整体主义情怀	(21)
二 古罗马依附屈从的公民文化与私法秩序	(71)
三 近代公民文化的形成与法律形式化运动	(85)
四 启蒙精神与近代公民文化的现代性转向	(102)
五 公民文化与近代法治秩序的生成	(113)
六 公民文化与法治秩序的合法性	(120)
第二章 公民文化的当代嬗变与法治秩序的反思 和超越	(124)
一 全球化时代的公民文化走向	(124)
二 公民文化的嬗变与当代法治的反思变革	(138)
第三章 转型国家的公民文化建设与法治进程	(145)

一	转型国家“沉重的传统之翅”	(145)
二	转型国家法治进程的特殊性	(147)
三	转型国家法治进程中公民文化建设的难题	(161)
四	转型国家公民文化与法治秩序的“普适性” 与“地方性”	(167)
第四章	公民文化对法治秩序的契合支撑	(185)
一	公民文化：法治进程的深层动力	(185)
二	法治秩序建构中的公民文化功能机制	(203)
三	契合与支撑：法治秩序和伦理秩序建构中的 定位	(218)
四	道德与法律：公民文化中两种重要价值观的 再审视	(224)
第五章	公民文化重建与法治国家的建立	(243)
一	促进公民文化的现代转型	(243)
二	把公民文化纳入精神文明建设工程	(245)
三	发挥公民文化功能，培育法治的深层文化根基	(249)
参考文献	(260)
后 记	(280)

导 论

一 法治“表层化”的反思

法治是现代社会进步与文明的标志，它以民主为基础和条件，追求权利平等、社会主体的自由与人格的完善，因而，成为近现代民主国家努力追求与建构的政治模型。改革开放以来，随着市场经济的迅猛发展和民主化政治改革的加快，中国也开始逐渐步入由传统社会向现代社会、从封闭性社会向开放性社会、由单一社会向多元社会的伟大转型。尤其在当代，中国社会更处于“高速转型期”。^① 随着改革开放的深入，社会分化加剧，原有“大政府，小社会”的国家本位管理模式已退出历史舞台，“小政府、大社会”的社会本位发展模式开始形成。面对多元化利益诉求、多样化权利主张和自由、权利意识的觉醒，社会如何走向自由和秩序，无疑就

^① “因为西方早期现代化国家一二百年走完的现代化之路，我们将在以后几十年内以赶超的方式浓缩完成，没有一定的速度不行。不仅如此，从我国现代化的历史实践来看，在第三个阶段，即改革开放以后的20多年的发展，已超过以前140年的总和。毫无疑问，其发展速度也是任何一个时期都无法比拟，因此，我们不妨把这一时期的社会转型称为高速转型期。”——《高速转型期中国农村社会稳定社会学分析》，网易·中文网页，2003年3月。

成为人们必然要解决的重大理论问题和现实抉择。

80年代初,我国在治国机制的选择上曾引发了“人治与法治”的大讨论,从而逐步确立了大力健全社会主义民主和法制的治国方针,到90年代中后期,我们才正式确立“依法治国,建设社会主义法治国家”的法治方略。因此,在中国法治先天不足和苏联法律模式解体失败的背景下,中国法制建设开始把目光投向西方,开始了浩大的“法律补课”工程。实体上补,程序上补,形式上补,内容上补,大量的立法与法律草案频频出台(解决先有法的问题),审判机制与法律技术也不断与世界接轨(形式效尤)。然而,中国后发现代的法治国模式是以“政府推导”为原型而展开的,这绝不同于西方近400年来自发的法治秩序成就。如果我们仔细考察一下法律“补课”的效果,我们就会发现许多问题,如缺乏发育良好的社会生活支持而进行的超前立法(如《企业破产法》)不得不归于流弊(真的“破产”了);法官与行政官员由于严重缺乏职业道德,在司法与执法中经常出现有法不依、执法不严、贪污受贿等等司法腐败现象;“特权法思想”,“官本位意识”,“泛政治化思维”,“领导人的个人意志冲击甚至代替法律”^①等传统法律观念与伦理道德对法律移植的消解;以及公民民主法制意识虽不断提高,但社会公众仍然缺少相应的制约权力和维护权利的信念、法律的信仰和积极守法精神。因此,虽然法条充备了,律师也有了,司法“行头”也换了,但是,简单的形式模仿并不能真正推进

^① 黄文艺:《法律自治——法治的另一种思考》,郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》(3),中国政法大学出版社2000年版,第242页。

“依法治国，建设社会主义法治国家”的宏伟目标。而且，更为重要的是，制度机制的表层建构背后还隐藏了更为深层的思想文化危机。传统道德失去了文化的社会整合之后，社会失范现象大量泛滥，社会道德状况滑坡，而此时法治文化尚未确立和形成，于是，法治进程在加快，但社会秩序却不容乐观。这就意味着，我们的大量法律移植和简单模仿，出现了“法律纸面化”（仅停留在纸面条文上，未能演化为生活中的事实规则）“法治表面化”倾向（仅体现在形式化、表面化的司法改革、口号上和理论上的法治理念与法治机制，而没有化为生活中的法治现实），并伴随着“法律工具主义”和“道德滑坡”等社会失范现象，这就促动了学者们深刻的反思：法治的基础是什么？如何培育真正的法治秩序？什么又是“生活中活的法律规则”？我们说，造成上述状况的原因很多也很复杂，但最根本的原因还是我们过去过于偏重法律制度的建构，而忽略了法治的运行机制及其得以生成、运行和发展变化的社会根基，这就是市民社会的构建。没有市民社会多元权利对国家权力的分解、平衡和制约，专权就不能得到有效控制；没有市民社会理念中蕴含的自由、平等、正义、契约、权利和理性自律等“公民性”价值诉求，就没有法治理念和法治信仰；没有市民社会中道德理性与道德实践的必要支撑，现代法治精神与原则就很难内化为社会成员内在自觉的价值尺度和行为准则，“法治”也就很可能成为“空中楼阁”，难以在中国大地生根、发芽并茁壮成长。^①可见，市民社会的生成发展构成了法治的基础和

^① 马长山：《法治的社会根基》，中国社会科学出版社2003年版，第158页。

动力，市民社会理论也就成为我们探讨法治的重要出发点。

二 市民社会理论复兴中的法治根基关怀

“市民社会”的英文为“Civil Society”，它除了“市民社会”的译名外，还有“公民社会”、“民间社会”等译名。不仅对“Civil Society”的译法不同，国内外对“Civil Society”含义的理解也颇为不同。“这些定义归纳起来可分为两类：一类建立在国家和社会的二分法基础上，公民社会在此指独立于国家但又受到法律保护的社会生活领域及与之相关联的一系列社会价值或原则。另一类定义则建立在此提介于国家和家庭或个人之间的一个社会相互作用领域及与之相关的价值或原则。进入90年代以来，以（国家——经济——公民社会）三分法为基础的公民社会定义逐渐为大多数学者所接受。”^①但从根本上说，市民社会是相对于国家的私人领域，是相对于普遍利益的私人利益，意味着多元利益、多元权利、多元自由和理性自律精神。

在当代，市民社会理论已经成为一种全球化的研究热潮。其含义也不不断地被赋予新的内涵。应当说，社会独立于政治国家的思想在西方有着悠久的历史，其传统可以追溯至古代希腊古罗马时期。但是，近代西方市民社会理论的真正出现，则肇始于启蒙思想家以及资产阶级反对封建专制主义的斗争中，市民社会理论为资产阶级推翻封建专制制度，夺取政权，

^① 何增科主编：《公民社会与第三部门》，社会科学文献出版社2000年版，第3页。

确立和捍卫个人自由、个人权利提供了重要武器。从而建立起了“守夜人”式的自由放任主义的国家体系，大大促进了资本主义的发展。但是，随后的发展表明，过度浪漫的自由主义和漫无止境的个人主义精神，也造成了经济危机、贫富两极分化和自由与平等的矛盾冲突，因而对社会秩序构成了严重威胁。为了缓和这一危机和矛盾，力图通过国家干预刺激经济增长、缓解社会危机的凯恩斯主义开始兴盛起来，自由和权利的“社会本位”观也随之抬头。然而，进入20世纪80年代以来，当代世界各国都发生了深刻的社会变革，特别是西方的民主政治与社会经济发生了畸变，也即凯恩斯主义不仅出现了失灵，而且这种干预导向也使得国家权力日趋膨胀，普通公民参政型公民文化遭到了破坏，公民个人自由与权利受到了严重威胁，西方法治也因此遭到大众的质疑和产生了严重危机，复兴自由传统和多元权利成为新的诉求。由此看来，西方的发展路径是在自由放任——国家干预——自由复兴的道路上摇摆探寻，这不仅会对政治、经济产生重大影响，也形成了不同时期的法治模式（包括自由主义法治模式、福利国家法治模式、程序主义法治模式等），同时，更引发了不同学者及政治家们的深刻反思，以探讨国家与社会关系为基本问题的市民社会理论，也就再度成为西方学术界的主流话语。在东方及各发展中国家，传统文化面对着西方民主、法治文化、市场经济全球化浪潮的冲击，使得传统权威主义的统治模式面临着严峻的政治合法性的考验。因而20世纪80年代后，市民社会的社会政治思潮迅速由西方学术界扩展至世界其他地区，成为社会广泛关注并进而成为实证化研究的显学，不同政治主张的理论家、不同政治模式的统

治集团都从市民社会理论中挖掘为其所用的社会改革或改良主义的良药。

需要强调的是，与近代单纯以市民社会与政治国家间或对抗、或从属、或制衡关系为中心问题的市民社会理论相比，当代市民社会理论还注重对市民社会这一理想社会模型的构成性因素、支撑性因素及因素与因素之间的相互作用关系进行分析，以期在批判与分析的视角上跨越到建构一个真正强大的、活跃的与政治国家进行良性互动的民主市民社会。当代市民社会理论对什么是“市民社会”有了更新的全面的认识，“第三部门”、“公共领域”、“社团运动”等活跃性因素正成为市民社会中重要的结构性因子。在市场化与民主化的世界潮涌推进下，这些因子使得市民社会迅速壮大成为一支民主化的生力军，在改善国家与社会的关系，促进社会发展方面起到了重要的作用。同时，市民社会在民主社会化过程中，以互利诚信、理性自由、多元权利、自律秩序等公民文化为内核所衍生的一系列价值和信仰，促进了法治秩序的形成和发展，因而，公民文化就成为转型期法治建设的重要内在支撑力量。

事实上，公民文化经过启蒙运动的成熟发展之后，实现了公民文化的现代性转向。以参与型文化为主要特征的现代公民文化，促使市民社会组织广泛参与到民主政府结构与政治秩序中来，极大地弥补了传统国家中心主义社会治理模式的不足，构成了法治反思和变革的重要推动力量。历史与现实表明，以人为根基的市民社会及其公民文化正显示出巨大的生命力，公民文化是法治进程中的一个非正式制度要素和内驱力，它以其特有的导向功能、整合功能及反思功能，成

为市民社会伦理秩序和法治秩序的内在支撑与契合机制。因此，要解构传统国家中心主义模式，建构市民社会与政治国家良性互动的现代社会治理模式，推进民主，建立法治国家，就必须培育“公民文化”，关注公民文化的现代转型，促进公民文化功能的充分发挥，进而培育市民社会及法治的深层文化根基，推动内在自觉的法治秩序的形成。

在社会主义市场经济的促动下，今日的中国正在飞速发展，民主与法治成为中国社会的主流话语，厉行法治已不再是一个合法性的争鸣，而是一个亟待建构的细致性操作的实践问题。这种现象不仅是中国市场经济的单线性反映，更是全球民主法治浪潮的推动。20世纪90年代以来，市民社会理论的研究被引入中国，成为中国政治生活领域和知识精英层面的热门词汇。而市民社会理论之所以成为当代世界性的主流学术研究热潮，其一是因为市民社会理论有其深远的历史根源，它反映了西方现代化发展的演进路径，构成现代法治模式的重要支撑，更有效地解说了西方现代化演变和西方法治嬗变的历史发展，是认识和反思法治的重要理论视野；其二，市民社会理论由于扎根于市场化与民主化浪潮，其再度复活与当代世界各国所发生的深刻的社会变革及学者们对此理论的反思有着密切的关系。尽管市民社会理论在国内学界还受到了许多学者诸如“西方价值中心主义”的质疑，也有“套用西方社会的发展逻辑和经验”之嫌，但是，由于市民社会构成了现代法治的土壤和基础，触及了法治的社会根基，因而关于市民社会与法治秩序、市民社会与社会资本、治理与完善等的实证研究越来越在政治学、哲学、法学、社会学界引起广泛的共鸣，成为一种新的理论范式。由此看来，

市民社会的理论复兴，不仅具有重大的政治意义，而且也蕴含着浓重的自由权利诉求和法治关怀，而这种法治关怀恰恰是触及了法治的社会动力和深层根基，这就对克服“法律纸面化”、法治“表层化”，推进转型期的法治秩序具有重要意义和价值。

三 公民文化的理论溯源及其界定

公民文化^① (Civil Culture)，亦即公民政治文化，它的理论源头可以追溯到柏拉图和亚里士多德。柏拉图曾设想以“擦洗”城邦“画布”的方式，来重塑城邦公民精神，培养公民的优良品德；亚里士多德也讲，城邦的目的就在于至善理想和公民的优良生活，培养参加司法事务和治权机构的“全称的公民”；而霍布斯以著述《论公民》来探讨自然法则和国家体制，等等。但是，古希腊先哲以及霍布斯等后来的思想家们，更多的则是在其政治或伦理思想著述中来阐发公民文化理论，而没有对公民文化进行专门的理论研究。真正把公民文化作为一个独立理论体系而进行研究的，是由美国政治学家 G. A. 阿尔蒙德和西德尼·维伯于 1956 年最先开始的。他们从文化视角来探讨公民的政治行为和社会政治生活，就政治系统内的个人和社会利益诉求主体对于该系统的态度取向，包括对整个政治体系、体系的输入与输出功能，以及

^① 众所周知，文化是一个重要的哲学范畴，它的概念和界说可谓繁多奇异，色彩纷呈。而公民文化则是文化的一个具体的、现实的表现和分支，它的概念和解说也同样是如此。

自我政治角色的认知、情感和评价等问题进行了较为系统的研究。

在他们看来，公民文化就是民主政治体系中的政治文化，在民主制度下无论掌权者还是普通大众，其政治角色都是公民，公民文化就是公民们的政治取向，或者公民们在其认知、情感和评价中被内化了的政治制度。诚如L. 派伊所言，公民文化对个人而言，控制和指导着有效的政治行为，公民文化对集体而言，提供了系统的价值结构和系统的理性思维结构。^① 作为人们的政治取向模式，政治文化又可以分为三种类型：地域性文化（parochial culture）臣民型文化（subject culture）和参与型文化（participant culture）。G. A. 阿尔蒙德和S. 维巴通过对英美德意和墨西哥五国的经验调查认为，“公民文化”是由这三种类型政治文化交汇而成的，它所体现的是现代文化与优秀传统文化的结合。因此，香港学者余振教授概括说：“‘公民文化’是一种平衡的政治取向，比如说，有政治活动，但不至于去摧毁政府的权威；有政治的参与和输入，但却是温和的；有政治纷争，但却是有所节制的。公民文化的内涵是守法、宽容、恕道和理性论事的多元文化。”^② 概言之，公民文化的特质在于，第一，公民具有较强的政治参与意识，关注政治系统的输入与输出，尤其是输入功能取向的具备；第二，公民具有较强的政治认同感和效能感；第三，公民政治活动的频率较高，但这种活动的主要特

^① 参见徐大同《20世纪西方政治思潮》，天津人民出版社1991年版，第472页。

^② 余振：《澳门华人政治文化》，澳门基金会1993年版，第56页。