

中国传统法律文化的批判与重构研究

道·术

谱系中的法律精神

汪公文 著



法律出版社
LAW PRESS CHINA

中国传统法律文化的批判与重构研究

D909.2
W3

谱系中的法律精神

汪公文 著

道·法



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

“道”“术”谱系中的法律精神:中国传统法律文化的批判
与重构研究/汪公文著. - 北京:法律出版社,2004.5
ISBN 7-5036-4838-4

I. 道… II. 汪… III. 法学史-研究-中国
IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 018347 号

法律出版社·中国

责任编辑/郑 导

装帧设计/李诺祺

出版/法律出版社

编辑/法学学术与综合出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/10.375 字数/248 千

版本/2004 年 5 月第 1 版

印次/2004 年 5 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术与综合出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939690

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalaw-book.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65293270

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

书号:ISBN 7-5036-4838-4/D·4556 定价:20.00 元

序

这是一本关于法理学、法文化与宪政制度综合研究的专著。纵观全书，大有元气淋漓之象。作者以其深厚的法律哲学功底和宏大叙事精神，从中国传统文化流变的角度考察了中国法治秩序构建的基本法哲学问题。在论证中，引入了多重叙事和大历史观的比较研究方法，独到地提出评价文明至少要有一个“相对宽裕的历史评价期”。作者强调历史在变迁中的应然性，并进而认为，超越精神与法律技能的知会是建立在对人性真相深刻的哲学洞见之上的。法律的本质即在于承认人的真正自由和社会的全面进步，而作为自由的法律即是一个“观念的自由”或者“设计的自由”。在自然的神性退隐之后，人类的思想却在历史的进步中退步了。社会进步中最使历史学家和世人激动的乃是狂飙突进的革命运动。然而，激进往往与错误共生，保守常常与传统同在。正因为如此，历史不单在宏观的思想层面上而且在微观的制度层面上给我们留下了太多的颀颀和疑问。因此，我们就完全有必要重新审视中国近百年来的历史发展，也有必要从一个文明的历史流变和宏观的视角来把握中国传统文明在世界法治建设和文明中的作用和地位。应当将中国和西方，还有与其他文化的对比放到一个大的历

史背景中作一考察,甚至放到人类社会发展的数千年乃至人类社会文明总成以及历史走向中去考察,方为有效可行之方法。实际上,作者并没有否定社会进步和现代法治的根本意义,毋宁从西方知性文明同中国心性文明的对比中,承认法律多元化和民族、社会、个人的主体地位,承认民族法律文化在历史传承以及构建国家法治秩序过程中的主导性,并由此导致信仰类型在社会变迁中的更替。作者深刻指出,人类社会发展,不可能缺少“人王”精神,千百年以一贯之。作者强调,人们在误读西方法治精神的同时,也误读了中国传统文明。儒教精神并不能代表中国传统文明之精髓。人们只有从现有的精英文化中寻求信史的密码,认真地对待超越于自然法之上的“道家”文化精神,才有可能找到上升的路径。

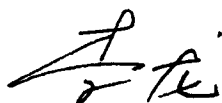
作者认为,中国传统法律的结构是一个“道——德——仁——义——礼——法”的等级结构,而未来的发展则是一个典范逆序模型。以“道”为核心的道学乃是中华传统文明之核心,乃传统文明最高之成就,它同儒学、佛学共同构成中华文明之基奠。作者从中国传统“道”“术”相洽的立场上,提出重整民间社会秩序的努力方向,认为民间法生成并于国家之勾连是中国社会法治化的一个基本场景,由此提出中国法治道路应当走一条宪政秩序安排下的,“双向”“多元社会”的道路。法治的本质是为了保持一个正义和公平的社会秩序,是为了还原人的自由和促使社会的进步。从横的设计上讲,国家—民族—社会—家庭—个人,构成一个连续的整体;从纵的设计上讲,国家权力—地方权力—个人,构成一个权力的等级体系。纵横结合的基点,却殊途同归于个人面前。个人,而且只有个人才是一切中国传统自由思想的来源。在对待传统文明的态度上,我们必须要将思想文明同制度文明在一定程度上分开,要将文化同文明分开,要小心谨慎地对待精英思想和一般思想的不同与界分。在中国发达的法律思想中,亦非缺乏“可忽略的入世精神”。同时,作者深入地论证了中国在法治秩序构建中的几个重

要问题,强调法律移植仅限于法律技能的范围,中国的法治问题仍然在于民间法的自主意识,只有避免了法治中“全球化”这个伪命题,在宪政秩序的设计中强调“多元”和“自主”的人文价值,促使社会网络的有效沟通,便可以到达有效秩序化的方略,并不必将所有的法律问题格式化。而这属于构建中国现代法律秩序之真正精要所在。所以,从中国的实际情况来看,法治秩序的构建必须建立在传统文化传承的基础上。作者对于中国传统法律文化以及对于人类社会未来之发展的哲学洞见,在国内法学研究中尚属首次,有着独特的学术价值。

作者在比较了中西文明的不同之后,提出了中国法律问题的本质在于人们对于传统的文明的错误认识,以及没有真正地理清西方法律文明的核心所在。中西文明的传统并不构成彼此相向的关系,而是文明之集成总是以传承的形式出现,在发展中总是表现为相互交融和谐。知性文明在总的形态上应当服从于心性文明的基本设定。作者认为,中西文化的交融乃是构建普遍人权观的惟一基础。如果抛开国家民族不论,这一“普遍人权观”的实现仅仅取决于物质条件的成就。文化背景永远不可能相同,但是可以发达到彼此互相尊重。至于民族国家,按照马克思主义理论,随着社会的发展,物质极大丰富,文化高度发达时,它就会消亡。国家既然已经消亡,就自然不再会有主权与人权之争。并指出,在未来全球化背景下,人权问题就是一个掺杂了意识形态的“集团斗争”,但是当这些消失时,人权的观念本身是相容的。这是一条人类社会或可通约的道路。

本书在构思上独具匠心,观点独到,资料详实,论证得当,作者视域宽阔,思想深刻,具有深厚的法学理论功底和实践基础,亦可见其经由多年积淀而历练的独到的史家工夫。特别是在中国传统法律文明以及传统法律秩序结构的研究上已取得了突破性进展,达到了本学科的前沿水平。尽管缺漏在所难免,有些问题尚值争论,有些问题还需进一步作细化研究,尤其是在中国宪政道路的设

计问题上也有待于商榷,但是,本书仍然不失为一部不可多得之佳作,具有相当的思想性和较高的学术价值。青年才俊,横望江东,大风起于草莽,生物相吹以息;辩言无穷,唯达者知通为一。是为序。



2004年4月29日

引言：从“道”至“术”的流亡

如果我们可以在宏大的历史叙事中得以判断文明的走向问题，并进而对一种、数种甚或人类文明总体进行比较研究以取得适当的结论，那么在一定程度上，则既可以满足人类对于宇宙自然规律之把握的欲望，又可以有效的安置人类社会的秩序生活。但是显然，在现有的条件和既定的方法之下，这一切都将成为一个伟大并且不可实现的企图。对于人类历史中先贤们曾经为此做出过的种种努力，现代人们几乎愿意将其讥之为“宏大叙事”而蔑视它们。因为实证主义已经将人们的思维限定在有用的现实生活上了。如果一种思想及方法不能够在人们的有生之年或者更短的时间中发挥实在的效应，是断然得不到承认的。现代人将其实效缩得更短，他们可以用一切能够马上实现的方法排除那些遥远的思维，从而导入茫然以及短视的陷阱中而不能自拔。现在需要确定的问题是，如果人类社会不能或者永远不能在自织的社会之网中寻得历史的秘密，那么，社会秩序的安定性是否还能够一如既往的存在下去？如果人类社会从来没有发现而将来也永远不会发现存乎最高精义的宇宙原点就是人类社会赖以产生的根源，那么，人们在社会历史发展中曾经赋予哪亘古不变的种种价值必将毫无意义；只有

当那些对宇宙规律了然于胸的智者或者圣人通过一种非常世俗的手段取信于人们时,人们才有可能产生一般性的权威信仰——这种信仰并不是自我实证的信仰,而是一种权威的征服,最终必将沦落为一种世俗的权力,以获得世俗秩序之认可为确定之价值。从人类社会发展的意义上来讲,社会进步应当是基于个人自由的获得,而个人自由之获得必然途经最大范围的自由空间之拓展。世俗的人们只有在现存的手段之下,通过最浅表的实证来获知自由的界域,从而在物质或者精神中建立自己的自由方式。人类社会就是将这样一些拓展自由的活动以及方法用文字或者其他手段记述下来,积淀而成文明。文明的传承就成为传统。可以见到,传统是一个变化的概念,传统可以在物理的概念中中断,也可以重新生成,但是却决不可以文明框架的意义上全部摒弃或者打倒重建。在此种意义上的“重构”就必将变为一种非常可笑的举动。因为,传统是一种传承的结果,其只有在不断的生发中继替而不可以原始的场景中抽掉已经成为传统主体的部分。无论如何,人类社会不可能在物理的意义上回归到其发展的初点,即使在文化的意义上恐怕也属难能。所以,越来越远的偏离传统的原始顶点,而在发展中擅越部分甚至全部传统的做法,必然会受到来自内部力量的抵制,脱离原来宏大场景的重建或者重构,从哲学上来说,是无法存在的。是以“法律本土化”尽管不算是一个独创的新颖的观念,其范畴亦处于争议之中,但是在“全球化”大潮的意识形态化之下,能够坚持这样一种观点也是一种难能可贵且值得赞扬的品质。

在我们最一般的认识中,衡量一事物之优劣总是同其历史密切相连在一起的,并且无法舍弃比较的方法,甚至于使用综合的方法来探究事物的秘密。对待人类文明也是如此。民族文明总是同本民族之历史发展联系在一起的,而且也应当以其他民族的文明乃至人类文明总成为背景。故而在人类之有限智慧中,不采方法之综合,始不知历史之宏大;不知历史之宏大,则无以知历史之方向。其中,我们还应尽可能地去掉无关判评历史走向之宏旨的部

分,以凸现历史的应然特征。当然,由此可以导致忽略真正生活的细节问题,并使我们招致批评。但是,在真正的宏大历史中,只有在影响到判断历史方向或者确有必要时,才有可能忽略个性的鲜明特征,可以这样说,宏大历史并没有也不应当忽略真正的社会生活以及秩序的形成,其只不过是一个个鲜活的个案构成的连续的历史走向。这是在现有条件下人类所能获知的认识历史、判断历史的最一般方法。

可是,就当我们从生活细节同宏大历史的融合中忽然转身时,蓦然发现,人类社会在进入现代的过程中表现出前所未有的历史特征。可以这样说,在人类文明的发展史中,迄今为止,有四个方面表现地最为明显。第一,道术相裂成为人类历史所谓“进步”的最大障碍。现代所谓社会历史之进步实际上就是道术相裂的过程,是一个从人类发源的初端向周围延发的过程。哪个哲学之中的原点并不固定地向周边呈等距离的扩展或者传递,而是片面的向一个或者数个方向发展。它们并不构成一个人类社会的循环,只不过是一条条无限延伸的恶劣的射线而已。其直接导致人类社会的在精神上的不可复归。所以在此意义上,人类社会的发展,就是从“道”至“术”的流亡,世俗社会不知何时,亦不知何地才可以从此在回归自在。人类社会的宏观思维已经相当弱化,生活的技能则不断地得以强化。第二,历史的进步与思想的倒退紧密地联系在一起。历史进步只不过是思想倒退的代名词而已。所谓历史的进步都是经由世俗之手满足人们欲望的记述,当人类欲望日益满足成为不可能时,历史进步即会从此处停止。与此相依,思想——那种已经成为人类历史上最为成功的思想,却日益的受到攻击甚至被视为历史上最为无用的产品而废弃。在这个世界上,思想家成为人们肆意嘲笑的对象,任何人——只要不相信世界还会有真相的人,都可以随意向他们投掷石子,似乎也不必承担甚么责任。人们的思想以及信仰都将从这里消失,包括来自先人经验的和来自自身实证的甚至先验的思想和信仰。第三,文明的争端日益加

剧,在物质日渐丰足的世界里,人们的欲望变得散漫而混乱。但是历史并无偏见,文明只不过是历史的替罪物。也就是说,世俗所谓文明的争端,实际上是满足欲望及利益之争端,而非文明本身之争端。隐藏于其后的仍然是绕不开的“异端”利益平衡问题。文明的真正争端始于从“术”向“道”的过程中,而非相反。第四,普世的有关人的治理技术还远未成熟,社会秩序的维系仍然处于古老的人性设计中。虽然法治秩序已经成为当下最为流行且备受赞扬的治世模式,但是其弊端日渐显露,并成为一些智识之士所纠正的实在目标。仅从这个角度而言,法治秩序并不是实现正义的最佳手段,却是人类社会的发展过程中必经的阶段。正是在此意义上,人们探讨法治的可能性才是有益的和有价值的。只有当人们将法治秩序视为自足且可完善的内在的精神或者体系时,才可以将其夸大为实现人之自由、维护最大化自由的终极目标,不再称其为让法学家丧气的“手段”,而是对于“国家权力的限制”(从语言学的角度,应当说对于国家权力的限制也是手段之一种)。尤其在一个与西方法治文明背景不同的国度里探讨法治可行性时,更需如此。

本书从企图借助于中国法制现代化问题来阐释中国传统文明问题,同时也将中国法制现代化问题放在中国传统文明的宏大背景中来考察,并进而对比中国传统文明与其他文明之间的各种关系,从总体上把握人类历史的进度以及进步的方向。本书从比较法史的立场上提出中国法治可能性以及如何法治这一命题的。全书贯穿两大主线:第一条主线以中国文明甚至以世界文明的宏大历史为背景,企图从“道”“术”相洽的立场上,运用“大历史观”的研究范式来探求法治本相及其中国法治问题产生的根源,并通过考察、清理和析出中国文明的精义来说明什么是中国传统中的真正文明,借此来奠定中国传统文明在世界文明史中的超然地位和法治发展的应然趋向;第二条主线从实证的角度,以“法律技能”的成就为发端,比较中外历史的发展历程,企图在自由秩序生发和人类社会在历史的不断转型中,研究信仰的形成。在人类历史发展中,

信仰曾经对社会秩序起到了主导作用,而权威则借助于信仰的改变而继替,中国的秩序的危机问题之根本即在于“道术相裂”。全书共分九章。

第一章从比较法史的立场出发,以中国的实际问题为初见,认为人们将法治问题片面的扩大化就是制造法治神话,忽略法治秩序产生的文明背景是一件非常危险的事。应当分清中国法治问题是一个内生的诉求还是一个强加的结果。在此意义上,我们才可以谈到古老中国在文明的另一端实践着完全不同的治世方式。传统可以相习,文明可以相依,但决不可以相互代替。中国历史的个性即在于其五千年之文明以一贯之,从未中断,从来就是一个不断融合其他民族文明并且自主发展的历史,而不是一个他主的进程,尽管有人可以从少数民族入主中原来争议这一点。毋庸置疑,中华文明在世界文明史中独树一帜,罕有匹敌。在人类本身的发展中,中国人曾经以实证主义精神取得了其他民族从未有过的文明成就。包含实证主义精神的心性文明,同时也成了人类历史上最高的一跃,在文明框架的意义上,前无古人,后无来者。以至于后人以为中国古人遗留的典籍都是些捕风捉影的无稽之谈,至少以为是西方人所谓的哪种“超验的事物”。在此意义上,法律实证主义保留了形式上的优势,不过基于其性质本身的缘故,目前尚难以同实质主义达致谐和。现代实证主义实际上是人类社会“致命自负的”的产物。当我们认识到超越法治的心性文明不仅包含着现代法治实证主义的精神,并且早就超越了其片面形式时,那种维系个人自由并发端自由的人性真相同宇宙规律就成了法治秩序的终极依据和模型。所以,只有从传统的最高精义中寻找法律技能同终极依据的相洽,方有望构筑一个温润圆通的法律秩序。此一路径就成了现代法学家追求法律形式正义同实质正义融合的必由之途。

第二章提出了“大历史观”的法学研究范式。认为现代人们惯以蔑视的“宏大叙事”精神,正是人们最为缺乏的。走向形而下是

同形而上相对应的一个范畴,人们在这个意义上忽略了“形而上”的内在品格,其是以形而下为关照、并非自足的事物。滥用概念造成了人们忽视甚至抵牾“宏大叙事”和宏观思维的结果,以为凡是宏观的都是没有现实依据和无用的东西,将一些陈词滥调和不着边际的话语视之为“宏大叙事”,对于真正的应然指向则视而不见。宏观思维的羸弱与技能的强化,已经成为现代人不可克服的陋见。形而上必须以形而下作为验证的标准,形而下也必须接受形而上的指导。两者弊端的克服即在于两者之融合,而非两者之相裂。解决中国法治问题必须摒弃“有偏向的价值确认”而趋向“民族的共同意识”。以宏大叙事为方法的历史认识,必须借助于一个“相对宽裕的历史评判期”。如此方可以找到人类社会上升的应然规律和法治问题的前提。

第三章与第二章相映成趣。第二章讨论了宏观的人类历史的应然问题,第三章则主要从微观的角度探讨了法律方法对于法律秩序形成的影响和法学方法对于法学研究的主导性,以及两者互动之关系,指出假定方法和中庸之道乃是法学发展的一大前提。从假定的超验到实证的经验并没有不可逾越的界限,两者相和于人本身。我们不能只偏向于法律技能而失去法治规律对于人性本身的关照,比较不同文明背景的社会秩序生发条件是有益的。

第四章回到了中国的具体问题——百年来的法治危机,指出中国百年来的法治危机之根源在于忽略传统的功利性的民族图强运动,同时也没有恰当的处理故学与新知之间的关系。中国面临着“三千年未有之大变局”,但是,这绝不仅仅是近代中国所独有的问题,而是整个世界阴阳聚变之显相,所有的国家民族之转型只不过是世界阴阳聚变中的一个部分而已。所以,面对中国百年来的法治危机问题,我们毋须惊惶,超然的冷静的分析中国历史前进的路径,通过厘清何谓传统,以及传统中的最高精义何在的问题,借以对比其他文明传统的形成;反过来以其为背景阐释或者促动中国法治秩序的发生。我们不但要廓清中国历史发展的大致框架,

而且要从历史变迁中得以知晓中国因何而盛因何而衰的根本原因之所在。

为了解决中国问题,第五章进一步的探讨了法之进步与社会进步之间的关系,认为法治的手段就是目的本身。法治的重要性在于解决社会存在的根本问题,它只是一种工具,但当这种实现社会正义的手段变得日益重要时,人们忘却的正是目的本身,而法律却成为社会发展的重要目的甚至是惟一的目的。因为法律指向社会的规范需要有人将法律作为最为重要的事业而奋斗终身,甚至是奉献生命。另一方面,中国的法治问题具有相当的特殊性,断绝或者弱化传统的现代法治的观念使得人们视传统为现代法治之大碍,却不明传统之真意;向往西学,却对西方法治文明之发端并未有透彻之了解,由此造成人为的中西文明对立。实际上,这一切都可见诸于人性的哲学基础,向原始复归乃是人类思想进步的惟一途径。准此而言,法治历史并不是人类思想的进步史,接近真理的基础仅在于内在精神与天地自由之沟通。历史并没有为人类解决任何问题,倒是人类以自己的行为表达和记述了历史本身。欲望使人类历史进步,却阻碍了思想的通达。只有当思想成为人类接近真理的动力和基础时,我们才得以研究法律秩序的圆通性质。

第六章分析了西方奉为“经典”的法治精神的层次问题,其在中国必然会遭到高位阶文化的抵抗。但是,中国国事失修之处并不在于中国没有相应境界的文明传统,而恰恰在于我们没有很好的认识传统和利用传统。脱离古老族群和生命传统观念的社会秩序构建纯粹缘木求鱼,荒谬以极。西方法治文明之所以不可能在其他国度里生发,即在于法治文明与其发生的文明背景密切相依。法治观念并非片刻造就,而是在漫长的岁月中形成的。法学家在发展中起到了重大作用。西方法治文明的最高成就也并非是法律精神的张扬,而是法律技能的发达。由于法律技能为脱离意识形态之“术”(为“术”之一种),故可以脱离文明背景进行移植而无关宏旨。所以,本章在比较心性文明与知性文明的基础上提出“文明

共享”中的“最高同一性”问题。中国法律秩序的设定必须建立在法律技能同中国传统法律文化相融合的基础之上。

第七章明确提出超越法治的“自由观念”，其应当是克服法本身限制的理论基础。为此本章将自由归纳为能力的自由、观念的自由和全能的自由(自由的全境)三种自由。并认为法治中的自由只不过是人类知性扩张之后的观念自由而已。法律精神并不能保证我们自由，人类社会必得从先验中的实证自由状态中寻觅最大自由的保障。不过在世俗中，这种方法并不是一种最为显见的方法，而是在追求自由过程中，以信仰的方式促使世俗社会中权威的形成。信仰并不是起源于神秘主义，也不是作为整体之一的社会人的经验，而是起源于动物的群生习惯，对于始无经验的原始人来说，信仰只不过是生存的本能而已。信仰权威是通过实证主义实现其功能的。怀疑是信仰的前提，实证是信仰的基础，自由则是立于信仰之上的雄伟大厦。与其说自由是人类精神的畅想，毋宁说信仰就是整个自由世界，而自由世界必是经过实证的信仰。没有经验先导的信仰必然无助于人类自由的实现。信仰是基于信服，当这种信仰变更时，维系社会秩序的信仰权威就必然发生继替。人类社会就是在这样的权威继替中发生转型的。

第八章继续第七章的命题，进一步廓清信仰权威与等级制度在世俗秩序中不可替代的地位。在人类社会的发展史中，神性的退隐与法律权威的形成并不是一种纯粹的继替关系，而是一彰一隐之关系。在显性的秩序中，权威处于继替过程中；在隐性的秩序中，哪种来自宇宙终极的秩序却始终没有失去其本源状态，而是以无限生发的情势扩展到人间秩序的厘定上。但是，人的自主性却使得人们往往忽略终极性的指引和秩序安排。本章比较了中西信仰史的不同发展，并企图克服世俗秩序中整体性精神的衰竭问题。“道术相裂”构成了社会发展中的重大问题。如果承认“道术相裂”命题的正确性，其后果则必然是世界信仰的重建。在以满足欲望为主导的纵情的人类社会发展中，“道术相裂”无以避免。在人类

社会的发展中,规则和秩序信仰从未断绝,“人王”思想(领袖精神)是一种来自于宇宙深层的依据。不管是过去,还是现在和未来,如果可见的物质条件不能满足人类灵魂升华的需要,并藉此与天地同构,那么,这种以“人王”为代表的“等级结构”就永远不会消失。所以,从人类历史的发展中我们可以见到,传统社会构成一个“道—德—仁—义—礼—法”的主导结构,而未来社会的发展则必然是一个典型的逆序模型。法作为维系社会秩序最初级的规范构成人类社会发 展过程的一个中枢。它们在显性的秩序中发生主导性替代。只有当社会秩序维系法则不断的趋向甚至还还原于宇宙之生发点“道”时,社会信仰才能够获得稳定的状态。

纵观中国历史,凡是强盛之朝代,均是道家精神彰显的时代,无论其以何种形式出现。传统文明中最为精义的东西乃是道家学说之成就,而非儒教经典,“礼”亦非中国传统文明之代表,其只不过是法产生的上一级依据罢了。道家学说同儒家、佛家学说共同构成中华文明的基奠。儒教学说(与儒家思想相区别)适应于生产力低下的农耕文明,但是却无以应对生产力愈来愈发达的大工业时代。道家学说则必然在物质日渐丰足时,摆出积极入世之姿,且足以回应各种现实问题。向原始复归(指精神的复归)乃是人类社会通往自由的必由之路。第九章在总结前章观点论立的基础上,指出中国传统文明中并非缺乏“可行性入世精神”。在古老的道家观念中,入世同出世对立统一于实证的“道”的范畴之中。所以,在界定传统文明之后,宪政安排就应当在此框架中形成。从相反的方向来看,中国并没有在西方的指引下成就大业,而是在传统中艰难的迈进,甚至只有在传统的土壤中吐故纳新才能有所作为。近百年来的中国人忙于以暴制暴的功利化工程,因为惟其如此,才能够在列强的夹缝中求活。然而,我们并没有秉承传统的家法,也就是说,中国传统社会能够发达的原因,正是基于“虚”“实”相和这样一对范畴上。两者相辅相成,互为表里,如果要妥当地表达的话,就是“道术相依”。准此而言,“道术相裂”才是中国由强盛走向衰

弱的核心问题。如果不凸现这一点,中华民族之复兴必将无望。为此,有两个问题就值得重新考虑:一个是应然的“天道”如何同实然的国家法律相协调;一个是国家法律如何同民族、民间社会的习惯、习惯法相协调。中国法治秩序的形成必须以应然的天地秩序为同构,以民间习惯法则和自治为基础。我们应当谨慎的对待国家法同民间法的关系。中国未来将趋向于一个中央主导下的“双向”“多元”的法治社会。如果我们能够在宪政设计中承认民族、社会、家庭、个人的适当自治权利,就能够从“横”的体系上处理好它们同国家权力之间的关系。另一个方面是“纵”的关系。国家权力应当适当的界分。中央权力与中央权力之间,中央权力与地方权力之间应当有一个合适的界分点。在中央主导下的“联邦制度”可能是未来中国政治体制的一个模型。从宏观的层面来说,中国自治秩序的形成有赖于四个方面的建设:民族自治、地方自治、社区(村民)自治和大学自治。大学自治是中国法治秩序形成的突破口和楔入点,民族自治是条件,地方自治是基础,社区(村民)自治是核心。只有当这些制度和自由设计能够恰当地体现个人品格时,制度安排才是有益的和可行的。

本书认为,法律只是一种维系社会的手段,也只是沟通社会,尤其是陌生人社会的一种链接和纽带而已,只有在我们目前尚无法从实现这一秩序模式时,才有必要将其作为奋斗的终极目标。从法治秩序实现的角度来看,形式正义同实质正义的融合已经成为法学家努力奋斗的伟大事业。没有人否认这一点。但是那些繁琐的法律程序正在限制着实质正义的实现。另一方面,在现有的条件下没有形式的正义,实质正义同样无法在大范围内得到实现。法极有可能是一种用权力去消解仇恨而实现正义的途径,也是当事人在自救无望的情况下,只好鸣金回兵的自保方式。社会需要沟通,需要链接,但是并不需要格式化,尤其是限制人们自由空间的格式化,虽然社会自由并不是无限延伸的。所以,法治全球化应当是各种法律规则相衔接的另一种阐释,是多种文明可以多元存