

中国法学会资助出版

CHINA JURISPRUDENCE

◆中国法理学研究会主办
◆李林 齐延平 主编

第3辑

中国法理

徐显明题

东亚法治研究

- 马长山 东亚法治秩序的局限与超越维度
张清 程冰洁 东亚法治发展的文化依归
李炳烁 新权威主义、立宪政体与东亚法治转型
贾永健 东亚法治秩序的正义特质
林永亮 东亚主权观念：生成方式与秩序意涵
李丽辉 日本法律近代化的精神动因

司法理论

- 孙笑侠 论基于规则与事实的司法哲学范畴
韩振文 论认知风格对法官决策差异形成的影响
方乐 最高人民法院巡回法庭的制度功能

理论纵横

- 陈景辉 法治必然承诺特定价值吗？
陈征楠 法的道德正当性的逻辑模型
宋旭光 论法律规则与法律原则的区分标准
张帆 法律家长主义的两个谬误
陆宇峰 社会理论法学：定位、功能与前景
孙国东 公共法哲学与法哲学的“公共转向”

法治中国

- 王旭 “法治中国”命题的理论逻辑及其展开
周祖成 池通 国家法治建设的县域试验
高其才 习惯法的当代传承与弘扬
丰霏 从立法技术到治理理念：中国语境下法律激励理论的转向



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CHINA JURISPRUDENCE

◆中国法理学研究会主办

◆李林 齐延平 主编

第3辑

中国法理

徐显明题

中国法学会资助出版



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法理. 第3辑 / 李林, 齐延平主编. -- 北京 : 法律出版社, 2017

ISBN 978 - 7 - 5197 - 1651 - 6

I. ①中… II. ①李… ②齐… III. ①法理学—中国—文集 IV. ①D920.0-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 287090 号

中国法理(第3辑)
ZHONGGUO FALI(DI 3 JI)

中国法理学研究会主办
李 林 齐延平 主编

责任编辑 韩满春
装帧设计 马 帅

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨锦华
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 787 毫米×1092 毫米 1/16
印张 17
字数 310 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1651 - 6

定价:58.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任 徐显明

副主任 李 林

委 员（按姓氏拼音顺序为序）

陈金钊 付子堂 葛洪义 公丕祥 高其才 龚廷泰

李 林 刘 星 林 喆 刘作翔 马长山 齐延平

沈国明 舒国滢 宋方青 石泰峰 孙笑侠 王晨光

魏 宏 汪习根 谢 晖 谢鹏程 信春鹰 徐显明

杨宗科 姚建宗 张光杰 郑成良 周旺生 周永坤

朱景文 朱苏力 卓泽渊

主 编 李 林 齐延平

目 录

东亚法治研究

东亚法治秩序的局限与超越维度	马长山 / 1
东亚法治发展的文化依归	张 清 程冰洁 / 10
新权威主义、立宪政体与东亚法治转型	李炳烁 / 19
东亚法治秩序的正义特质 ——从儒家的“义务对等”型法正义切入	贾永健 / 26
东亚主权观念:生成方式与秩序意涵	林永亮 / 39
日本法律近代化的精神动因	李丽辉 / 45

司法理论

论基于规则与事实的司法哲学范畴	孙笑侠 / 59
论认知风格对法官决策差异形成的影响	韩振文 / 80
最高人民法院巡回法庭的制度功能	方 乐 / 93

理论纵横

法治必然承诺特定价值吗?	陈景辉 / 110
法的道德正当性的逻辑模型	陈征楠 / 128
论法律规则与法律原则的区分标准	宋旭光 / 141
法律家长主义的两个谬误	张 帆 / 157
社会理论法学:定位、功能与前景	陆宇峰 / 172
公共法哲学与法哲学的“公共转向”	孙国东 / 190

法治中国

- “法治中国”命题的理论逻辑及其展开 王 旭 / 202
- 国家法治建设的县域试验 周祖成 池 通 / 219
- 习惯法的当代传承与弘扬
——来自广西金秀的田野考察报告 高其才 / 231
- 从立法技术到治理理念:中国语境下法律激励理论的转向 丰 霏 / 246

年会简况

- 第十届东亚法哲学大会暨中国法理学会研究会 2016 年年会简况 朱明哲 / 259

东亚法治秩序的局限与超越维度

马长山

【摘要】 近代法治是在市民社会与国家的二元化进程中,以社会权利制约和平衡国家权力为基点而得以形成和发展的。东亚国家的现代化进程虽然也出现了市民社会,但却因历史传统而呈儒化倾向,它既设定了东亚法治秩序的局限,也赋予了其一定的超越维度,展现了多元现代性的东亚法治走向。

【关键词】 东亚法治秩序;儒化市民社会;局限与超越

一、东亚市民社会的兴起及其儒化

在传统东亚并没有市民社会得以衍生和发展的土壤,而是在自然经济、中央集权和“家国一体”的儒家思想基础上形成了“东方专制主义”,构造了国家吞并市民社会的单维政治共同体,近代民主和法治无以生成。但是,随着西方国家率先实现现代化并以武力扩张形式而不断地君临东方,亚洲国家才在巨大内外压力下开始了“后发外生型”的现代化进程,市民社会也才开始从国家吞并中分离出来并日益获得自主性发展。^{〔1〕}“亚洲市民社会蓬勃兴起的重要意义就在于它本身对以往亚洲国家与社会一体化的模式构成挑战。”^{〔2〕}它在抑制权力扩张和专断、推进民主参与、增进政治稳定与合法性、促进良性社会秩序形成等方面发挥着积极的作用,从而成为推动亚洲现代化的重要社会力量。然而,东亚市民社会的兴起及其与国家的互动发展与西方国家有着重大差异。其一,东亚国家有着浓重的儒教文化传统,成为人们思想和行动的重要文化根基;其二,东亚国家在以西方为范本而展开现代化追求的过程中,又出于民族自尊、殖民反抗和传统刚性而本能性地要对西方文化予以抗拒,尤其东亚模式的崛起和新儒家的勃兴,以及西方现代文明的内在张力和自我反思,更增强了东亚对现代化多样性的关怀,虽历经亚洲金融危机,“东亚价值观”和“东亚意识”的信心仍有增无减;其三,东亚现代化的启动均源于国家。它有很强的“追赶”意识和“富国强兵”取向,对以和谐和团体为本位的儒家伦理颇为注重,以弥合社会转型给社会带来的裂痕和减缓社会震荡。这样,就使得东亚市民社会的兴起不仅具有

〔1〕 参见[韩]李寿勋等:《1987~1992年韩国过渡期的政治:市民社会的兴起》,徐漪译,载《现代外国哲学社会科学文摘》1998年第6期;[美]詹姆斯·科顿:《东亚民主政体的进步与局限》,林本炫译,载刘军宁编:《民主与民主化》,商务印书馆1999年版;[日]猪口孝等编:《变动中的民主》,引言,林猛等译,吉林人民出版社1999年版。

〔2〕 张蕴岭主编:《亚洲现代化透视》,社会科学文献出版社2001年版,第518页。

其私人权利、契约自由和民主法治诉求,而且也承运着儒家价值观和文化理念,因而造成了东亚市民社会发展的儒化倾向。

首先,市民社会对国家的依赖与合作取向。西方市民社会的生成历史造就了其与国家的分离对立关系,尽管它在当代“国家社会化”和“社会国家化”的浪潮中已有改观,但是,市民社会制约与抗衡国家的“本性”及其民主精神仍无实质性的改变。东亚市民社会并不像西方那样是与国家同步生成的,而是在庞大国家统治的历史传统下由国家推动而兴起的。它一方面,赋有现代市民社会所特有的分割国家权力和抵御公权力扩张,进而维护私权利和社会自由的重要目标取向;另一方面,它对国家也有天然的依赖成分,并基于儒家遵从权威、渴望圣君贤相的价值传统转换,而赋予国家权力以“好人政府”“施仁政”“开明的精英民主”等道德企盼和权威合法性,而政府也自觉地强化这一社会企盼的角色意识,这就进一步促进了市民社会对国家的价值寄托,因而形成有别于西方市民社会进路的市民社会对国家的依赖与合作取向。

其次,实质理性优于形式理性的价值取向。众所周知,西方市民社会的形成、发展并走向现代化的进程,也是一个日益理性化的进程,以至于后来工具理性获得了优势发展,逐渐形成西方社会占统治地位并具有“意识形态”性质的技术理性。^{〔3〕} 尽管存在韦伯所说的价值理性与工具理性的内在张力和矛盾,但工具理性(形式理性)确实促进和保障了价值理性(实质理性)的实现和社会经济的快速发展,成为推动西方现代化进程极为重要的内在力量之一。而东亚市民社会的兴起,则在很大程度上是在外在殖民压力和政府力图追赶现代化的背景下,由国家予以扶植和推动的:一方面,市民社会的发展必然产生现代性的理性化要求,并力图通过可信的“威权型”政府来践行这一要求,以维护其自由和权利;另一方面,市民社会又与“威权型”政府有一定的矛盾张力,特别是在政府加速社会转型和利益结构调整的过程中,其意图建构的现代性取向,会触及不同群体的既有利益和新群体的期望利益,从而与市民社会面对既得利益和预期利益时所主张的具有儒化色彩的“和谐”“公平”“公正”“合理”等理性要求发生某种悖离。与此同时,“现代化意味着各种新和旧、现代和传统的群体越来越意识到自己是作为一个群体而存在的;意味到自己在与其他群体关系中的利益和要求”。^{〔4〕} 面临着传统断裂和不同文化的“儒化”过程,其利益和要求则往往具有据守儒家价值观及其“实践理性”的内在倾向。这就使东亚市民社会理性化要求中赋有较浓重的重结果、轻过程和机会的实质理性取向。政府也往往基于社会稳定的压力和“仁政”道德偏好,严重地倾向于“牺牲个人的消费要求,照顾集体的福利”。因而,它在建构法律形式理性的过程中,也必然要较多地关注实质理性。尽管这些实质理性要求确实反映了东亚社会转型期所应克服的公平与效率的矛盾,但是,其过重的实质理性优于形式理性的价值取向也是客观现实。

最后,市民社会精神的伦理化取向。近代意义上的市民社会起源于中世纪的西欧城市,从一开始就表现出与封建领地和庄园显著不同的超凡气质,孕育和造就了崇尚民主参

〔3〕 参见〔德〕霍克海默、阿多尔诺:《启蒙辩证法》,洪佩郁、蔺月峰译,重庆出版社1990年版;〔美〕马尔库塞:《单向度的人》,张峰译,重庆出版社1988年版;〔德〕尤尔根·哈贝马斯:《作为“意识形态”的技术与科学》,李黎、郭官义译,学林出版社1999年版等。

〔4〕 〔美〕亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,李盛平等译,华夏出版社1988年版,第38页。

与和自由平等、强调私有和尊重法律、注重契约和权利、关注世俗利益等精神品格。这一方面,促进了近代市民社会中法的“非伦理性”即法与传统伦理的分离;另一方面,又把一种适应市场经济发展的新型市民社会伦理注入法律,实现了法与伦理的内在“关联”,从而构造了近代法律发展的伦理基础。^{〔5〕} 东亚市民社会是在具有浓重儒家价值传统的土壤和“后发外生”现代化进程中生成的,这使得它一方面,赋有近代市民社会那种财产私有、契约自由、平等竞争和民主法治的诉求;另一方面,也怀有现代化进程与社会转型阵痛所带来的“乡愁”和道德理想主义的“回归”情感,尤其是把儒家伦理道德注入市民社会精神之中,强调团体本位和义理人情、注重和谐和裙带关系、尊重权威和等级、重责任轻权利等,形成一种较为浓重的“道德偏好”。^{〔6〕} 同时,东亚国家基于减缓社会转型震荡和维护社会稳定考虑而对“亚洲价值观”的强调和贯彻,则加重了东亚市民社会的伦理倾向。这也是造成东亚金融危机的一个重要因素。

二、东亚法治秩序的局限性与超越性

(一) 国家和市民社会的和合发展:东亚法治秩序的本土化根基

应当说,东亚市民社会的兴起及其与国家的分离互动发展,打破了国家统合社会的高度政治社会化、一体化局面,形成了多元自主性权利对国家权力的分割与制衡,促进了东亚民主法治的形成。然而,东亚市民社会主要是由政府推动和扶植的,它不仅尚处于初级阶段,而且从开始就具有一种儒化倾向,即注重“贤人政治”和强调集体地位。东亚政府是一种威权型政府,它注重社会转型期的社会控制,并对市民社会组织的发展予以限制以期使它们成为主要是支持政府的团体,而市民社会在主张和保护其权利的同时,因囿于国家统合社会的传统惯性,在生产、消费、安全保障和社会经济生活等方面也对政府有较多的依赖和企盼。1994年“新亚洲委员会”所主张建立的“富有成效的和持续的民主”,其十分重要的内容就是企求稳定而强大的开明政府和弘扬亚洲文化价值观。^{〔7〕} 这无疑会形成市民社会面对国家的权威、妥协合作的价值取向,进而赋予威权型政府以合法性。这种取向固然适合了推进东亚国家转型期的社会变革、维护社会稳定和加速经济发展的需要,就像有学者指出的那样,“东亚社会的相对稳定主要归于国家对市民社会的思想霸权”。^{〔8〕} 然而,它对法治的负面作用和影响也是十分明显的。儒家文化把社会融化在国家之中,“没有为自治的社会机构提供合法性来在全国的层次上抗衡国家的力量”。而且,“在若干东亚国家中,市民社会一直无法逾越国家所设下的界限”。也就是说,面对采取积极干预政策的威权型政府,市民社会缺少应有的权力抗衡力量和权利主张与保护机制,也严重消减了市民社会成员的权利和自由追求,这使权力运作的膨胀性和扩张性很难得到有效遏制,个人、群体的权利和自由难以得到有效保障,进而“容易在团体价值观的

〔5〕 参见〔日〕川岛武宜:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社1994年版,第7~47页。

〔6〕 同上书,第218~219页。

〔7〕 See Towards A New Asia, A Report of the commission for A New Asia, 1994, pp. 31-37.

〔8〕 〔韩〕金勇明:《亚洲式民主》,苗爱芳译,载《现代外国哲学社会科学文摘》1999年第1期。

掩盖下滋长官员权力的膨胀和政治腐败”,其民主法治进程也就要受到严重制约。为此,韩、日等国家的学者才开始着力于对东亚国家“排他性国家主义与法治主义”的矛盾、“赶超型”的权威主义体制和政府主导经济运行机制对多元自主性市民社会的制约、法治进程中西方价值观与亚洲价值观的扬弃与平衡等重大问题进行深入研究,^[9]以期回应建立东亚法治秩序的需要。因此,克服市民社会的依赖性和对国家权力的平衡制约,就成为东亚法治秩序建立的关键。

随着当代世界政治经济的迅猛复杂发展和全球一体化进程的加快,西方国家与市民社会的关系也发生了重大变异,即一方面,是福利国家对市民社会的更多干预和公司国家的官僚化倾向;另一方面,则是社群主义、法团主义的市民社会对国家生活的积极参与和权力分享。这种“国家社会化”和“社会国家化”的趋向不仅打破了传统的国家与市民社会的二元对立模式,而且也对西方法律传统带来了重大冲击。由市民社会对抗国家走向市民社会与国家的制衡互补、由权力单向度运行的“统治”走向多向度权力运行的“治理”的变革,以及对“自由法律范式”和“福利国家范式”的反思,使人们看到了西方旨在抛弃国家与市民社会对立发展模式而探寻二者良性互动发展关系,进而克服西方民主法治危机的重大努力。^[10]这意味着西方国家与市民社会的二元发展及其法治模式并不是自足的和“完成性”的,而东亚民主和法治进路也并非是不能创生的。实际上,不管东、西方的市民社会和国家呈现的是什么样的演进路径,但其二元分立发展则是共同的。从当代社会发展趋向来看,市民社会与国家既相谐和补充又相抗衡冲突才是其关系原貌,而国家吞并、统合市民社会,或者市民社会对抗、敌视国家,都无法构成二者的良性互动和均衡发展关系,因而是难以适应当代民主法治发展要求的。为此,西方才努力探寻“第三条道路”和“善治”之道,谋求市民社会与国家的良性发展基因和新型互动关系,以期克服其民主和法律传统的危机。东欧转型国家也在致力于“活化市民社会”,探索国家与市民社会的双向互动机制。^[11]而东亚法治进程中固然存在着市民社会遵从、宽容国家权力的不足,但其基于儒家传统的与国家谐和与合作的价值取向,则有助于限制国家和市民社会的对抗式发展,避免西方正在努力克服的二者深层紧张关系和消减社会转型张力,进而构筑起东亚民主与法治的本土化根基,并促进其健康发展,因而赋有了相对于西方的“超越性”和“本土性”。但是,这种“超越性”和“本土性”必须建立在市民社会的成熟发展和国家的理性自律能力上,尤其是市民社会的充分独立性、自主性及充足的对国家制衡能力基础上,否则,这种“超越性”和“本土性”就可能演化成对国家统合市民社会的“复归性”。因此,在东亚国家,自由而活泼的市民社会、自主的政治领域、市民社会与国家的良性互动发展关系,以及在此基础上的民主与法治,都“还只是一个进行中的过程,而非结果”。^[12]

[9] 参见郭道晖:《多元社会中法的本质与功能——第二次亚洲法哲学大会述评》,载《中外法学》1999年第3期。

[10] 参见马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆2002年版,第三章。

[11] 参见[德]G.施罗德:《市民社会——关于重定国家和社会的任务的几点思考》,逸菡译,载《国外社会科学》2001年第3期;[德]J.施特拉瑟:《活化市民社会》,逸菡译,载《国外社会科学》2001年第3期。

[12] [美]詹姆斯·科顿:《东亚民主政体的进步与局限》,载刘军宁编:《民主与民主化》,商务印书馆1999年版,第29页。

(二) 建构与反思: 国家秩序与民间秩序的双向互动

东亚现代化基本都是国家导向型的,加之其不同于西方的特有的市民社会与国家合互动发展关系,这无疑导致其国家秩序和民间秩序关系的特殊性和复杂性。一方面,作为现代化推进者、导引者的东亚国家,必然要根据市场经济和社会发展的需求,大量引进和移植西方“先进性”的法律制度,树立和培养“现代性”的法观念和法意识,以建立起促进与保障市场经济发展和多元利益分化整合的理性规则秩序。它体现着一种加速社会转型的“现代性”诉求,也固然反映了市民社会兴起过程中的一种理性化期待。然而过重的历史传统无疑会形成一种惯性力量,它所造就的民间秩序必然要与国家秩序发生甚于西方的矛盾冲突。虽说西方法治生成和发展过程中也存在国家法与民间法、建构理性与经验理性的某种分离和张力,或者说也“存在一些非官方法律原理”,但从根本上讲,近代法治则是西方市民社会内在理性精神的弘扬和升华,体现了市民社会权利制约和平衡国家权力的根本要求。而东亚市民社会的发展则有很大的不成熟性和儒化色彩,并缺少相应的现代法意识,因此,在国家法取代传统温情主义、家族主义等人情义理规范时,法律实效很难“从下面”得到保障而往往需要“从上面”强行地控制,因此,“说法律生活的近代化,决不只意味着引进近代国家的法制进行立法”,而关键是“要把这种纸上的‘近代法典’变为我的生活现实中的事实”。^[13] 国家秩序与民间秩序的这种冲突,从东亚学者关于现代性与本土资源、官方法与非官方法、固有法与移植法等争论中就可可见一斑。应当说,东亚法治进程确实没有必要也不可能对西方法治进程亦步亦趋,因为现代化本身就是一个多元开放的进程,而且传统与现代也不是截然分开的,“亚洲是可以也应该有一个不同于西欧的‘现代性’的”。^[14] 也就是说,东亚法治确实应有其“地方性”属性,而民间秩序与国家秩序的冲突,也确实有民间秩序反抗国家秩序的“西化”意向和普适性“霸权”的合理动机。然而,民间秩序依其惰性传统抵制法律理性和现代性的内在“回归”意识,也是绝对不可忽视的。从这一意义上讲,东亚民间秩序对国家秩序的抵制,反映了传统权力等级、义理人情,以及共同体主义精神对国家推行的现代形式主义的法律理性的抗拒。另一方面,国家通过法律移植而建构“现代性”国家秩序的过程中,又基于加强社会控制、保证权威合法性、实现“赶超”的努力,以及权力本身的扩张性等,使得国家秩序带有严重的工具主义和实用主义倾向,“立法和执法相互脱节而导致的执法不严、法律工具主义等观念与制度是东亚社会的一个通病”,形成一种“国家主义法治”。^[15] 为此,在民主“第三波”运动背景下,东亚市民社会的自由和权利诉求不断上升,^[16]并着力于工具主义法律观向价值主义法律观的转变,从而把市民社会的自由、平等、人权、正义等价值理念诉诸国家秩

[13] [日]川岛武宜:《现代化与法》,申政武等译,中国政法大学出版社1994年版,第52页。

[14] 金耀基:《中国现代的文明秩序的建构》,载刘军宁等编:《经济民主与经济自由》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第50页。

[15] 参见郭道晖:《多元社会中法的本质与功能——第二次亚洲法哲学大会述评》,载《中外法学》1999年第3期。

[16] 参见[韩]金勇明:《亚洲式民主——来自东亚的短评》,载《现代外国哲学社会科学文摘》1999年第1期;李路曲:《文化与民主:“亚洲式民主”的再探讨》,载《贵州师范大学学报》(社会科学版)2001年第2期。

序建构之中。从总体上看,民间秩序与国家秩序的这种双向互动,在深层上反映了东亚儒化市民社会的实质理性追求。民间秩序以其世俗伦理的“实践理性”来抵制国家秩序的形式主义的现代法律理性自不待言,就是民间秩序抗拒“工具主义”国家秩序的过程中,其具有现代性的价值关怀也带有东方色彩而不同于西方,体现了亚洲自由秩序、社会关心和个人主义价值观。因此,市民社会的针对“工具主义”“国家主义法治”的价值诉求,在具有现代性要求的同时,也蕴含一定的儒化成分。这致使东亚法治进程中“法侧重于实体的合理性(substantive rationality),其价值高于形式的合理性(formal rationality)”。而从法律的实现环节来看,也是“合作与团体意识的价值高于竞争本身的价值,法律秩序的最后形成往往依靠合作的价值得到实现,以个人主义为本位的竞争原理不像西方社会那样拥有广泛的市场”。这种实质理性追求,一方面,可能导致不加扬弃地“传统回归”而侵蚀现代性和阻碍民主法治进程;另一方面,也会导致实质理性对形式理性的“霸权”地位,进而消解现代法治的形式理性追求。而实质理性与非理性可能只有一步之遥,尤其是在没有形式理性制约和保障的情况下更是如此。

从另一角度来看,东亚儒化市民社会的实质理性追求,也有其超越维度。西方形式主义的法律理性传统,固然型构了现代民主法治社会。但是进入垄断资本主义以来,尤其是“二战”后,形式理性的西方法律传统面临着重大挑战。面对自由主义法治向福利国家法治的转型,哈耶克、昂格尔、伯尔曼、基顿等人大呼西方法治传统的危机和衰落,而哈贝马斯、弗里特曼、艾伦等人却视其为现代文明的趋势,后现代主义法学的解构策略则直指法律理性本身的可能性,这无疑使西方现代形式主义的理性受到重大冲击。从更深层面来看,西方过度发展的形式理性逐渐演化为技术理性,在践行其带给人类丰裕生活和空前主体能力承诺的同时,则成为消蚀人的主体性、脱离并凌驾于人性之上的异化统治力量,也即“技术理性越来越由解放人、确证人的本质的文化力量转变为束缚人、统治人的异化力量”。^[17]这种内在紧张的生存境遇就会造成西方人“逃避自由”的冲动,以及经验中有一种“深刻的无方向感”。^[18]于是,他们开始反思西方官僚制中的法律理性带来的究竟是奴役还是自由,进而认为“正义的准则不能局限于法律理性。衡量所作出的决定和所采取的行为是否合理,共识和相互信任是必要的”。^[19]针对西方法律形式主义危机,诺内特和塞尔兹尼克力图以“回应型法”、卢曼力图以法律制度功能的重新定位、哈贝马斯力图以“沟通理性”来予以回应,而图依布纳则设法超越对法律危机“内在”变量和“外在”变量的审视,以法的“反思理性”消解形式法律理性和实质法律理性的张力。由上可见,西方社会正在以实质理性修补形式理性,直至以“反思理性”来实现二者的整合,从而克服其法律传统的危机,恢复法治的当代活力。以此回首东方,“儒家追求和谐的与秩序的理性或价值观,非常不利于落后国家现代化的启动;但是在一个国家已经高度现代化或面临现代危机之时,儒家理性和价值观的意义就必须重估了”。而在东亚儒化市民社会

[17] 衣俊卿等:《20世纪的新马克思主义》,中央编译出版社2001年版,第17页。

[18] 参见[美]李普曼:《公共哲学的复兴》,晓冬译,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,生活·读书·新知三联书店1995年版。

[19] [美]奥斯特罗姆:《政治文明:东方与西方》,潜龙译,载刘军宁等编:《经济民主与经济自由》,生活·读书·新知三联书店1997年版。

的实质理性追求中,则赋有一定程度的重心性义理与谐和中庸、重人格完善与人本精神、重社群价值与实质公平等儒家传统价值观,这无疑蕴含内在自醒、反思超越的潜能,因而与西方过于发展的形式理性形成对照,并与其“反思理性”有可通约之处,这就为东亚法治进程中避免西方形式主义法律传统危机,实现法律制度的反思能力创造了条件,体现了东亚儒化市民社会实质理性追求的超越维度。当然,我们必须看到,“只有在旧制度解体比较彻底的地方,传统儒学中包含的实践理性的东西才可能被解放出来,在新条件下推陈出新,发挥作用。否则,也只能是传统儒学的变种,新形式下的旧事务”^[20]

(三) 市民社会理念的伦理化与东亚法秩序

我们说,在近代西方法治的形成过程中,实现了法的“非伦理化”和法与伦理的“关联”,这一双向运动使得新型伦理成为法秩序的内在支撑。而东亚儒化市民社会的兴起,在诉求市民社会现代性价值观的同时,又蕴含一定的儒家传统价值理念,加之东亚法治进程主要是由国家来推动并仰赖大量的法律移植,因而一方面造成法的非伦理性的“不彻底”,另一方面又造成法与伦理关联的不够“充分”。尽管东亚社会变迁中已使现代性价值观念日渐增强,但重义理轻法律、重团体轻个人、重和谐轻利益、重责任轻权利、重权威轻自由、重情感轻诉讼等传统观念仍颇有市场,裙带关系、血缘纽带、等级身份、权力本位等传统遗迹尚存,现代契约精神、人权精神、民主精神、自由和平等精神尚不发达,使得“法律体制与技术上的西方化和法律运作背景的浓厚的伦理性之间难以协调”。从某种意义上说,东亚金融危机在法治方面的一个重要原因,就是“法治理想、法律制度在现实运作过程中遇到的各种人为的阻碍因素,没有全面实现法治的精神”^[21]。这种儒化市民社会的伦理性必然使传统伦理秩序或隐或显地得以存续,进而消解着东亚法治秩序的真正建立,而现代性的市场经济新型伦理又难以有效形成并为法治秩序提供必要支撑。因此,克服儒化市民社会的伦理性,弘扬现代法价值和法精神则是东亚法治秩序建构的一个关键要素。

当然,东、西方不同的现代化进程及其“现代性”维度也表明,儒化市民社会伦理性经过现代的创造性转换,则可构成现代法治运行的补充纠偏机制。我们知道,现代西方法治正经历着“法律传统的危机”,既包括国家与市民社会双向“侵蚀”导致的张力关系方面,又包括形式理性的过度发展方面,也包括其过分依赖法律而轻视道德共识和公共理性方面。对此,一些西方学者进行了深刻的反省:“我们最迫切的问题不是由我们法律中的缺陷引起的,而是起因于应该支持法律的道德共识的分崩离析。”事实上,秩序必须建立在能够赋予社群以意义的规范基础之上,而规范并不仅仅是抽象的法律体系,“而是与某个特定社会所共有的一套传统、目标、价值观和准则相关联的人群和社团”,这套传统目标、价值观和准则也在法律中得到表达,但更多的时候是一种“社会现实中患难与共的体验”。因此,“狭隘地依赖重视惩罚的法律理性,其结果就是人们普遍地采取只遵守法律

[20] 罗荣渠:《现代化新论续篇》,北京大学出版社1997年版,第89页。

[21] 韩大元:《东亚法治的历史与理念》,法律出版社2000年版,第48~49、121页;[美]奥斯特罗姆:《政治文明:东方与西方》,载刘军宁编:《经济民主与经济自由》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第272页;[奥]霍利:《全球化和社会失范》,马迅译,载《现代外国哲学社会科学文摘》1998年第11期;[美]巴尔:《三种不同竞争的价值观念体系》,力文译,载《现代外国哲学社会科学文摘》1993年第9期。

条文,寻找法律漏洞的策略,从而避免惩罚,对此就需要严格先前的法律,弥补漏洞,而这会使得法律更加严厉。如果所有人都把自己的事业发展限制在法律的范围之内,那么生活就会变得不可忍受。”从根本上讲,这是西方过度而浪漫发展的个人主义和理性精神所致。我们不能否认,西方价值观在促进个人自由、民主法治和经济繁荣方面的伟大功绩,但是,它的弱点和不足也是致命的。西方文明危机的征兆就已预示了其作为道德共识和公共观念的“天命”成了问题,也预示了西方式市场和民主的内在限度。^[22] 现代文明进程表明,秩序必须根植于社会成员自觉维护和遵守的道德共识和共同信念,也即“民众的政府及其法律必然依赖某种先于国家和人为法律而存在的基本的道德秩序”。^[23] 西方法治文明恰恰忽视了这个问题。而东亚文明固然有其悖离于现代民主法治要求的不良传统,但是,其注重和谐与道德共识的倾向也确实令西方文明回眸“青睐”,并标示着东亚新型民主法治的创生。也就是说,“尽管儒家思想与英美民主有冲突,但儒家所强调的秩序、和谐、共识等也许会有助于新的民主制的生存而并非使其处于危险之中”,“我们可以认为一种东亚式多样化民主,是把西方的尊重个人和参与的价值与东方的共识和权威的价值结合起来,但这不能等同于为权威主义统治的辩护”。可见,对东亚儒化市民社会进行现代性变革,抛弃其不良传统并注入自由民主社会的新型伦理之后,是可以克服西方社会秩序危机,而为东亚法治秩序提供内在支撑的。

三、并非结论的结论

通过上文的分析,我们可以得到以下几点认识:

第一,东亚儒化市民社会兴起背景下的法治秩序,展现了多元现代性的东亚走向。世界性的现代化进程表明,现代化并不等于西方化,“非西方社会在没有放弃他们自己的文化和全盘采用西方价值、体制和实践的前提下,能够实现并已经实现了现代化”。这无疑展示了“现代性”的多元化发展。西方对个人主义和自由精神的乌托邦式追求,使其“现代性”在承载“解放”功能的同时,也造成了人的严重异化和“主体意义失落”;而东亚儒家传统中重团体、和谐、权力和秩序而轻个人、自由和权利的价值观念,在阻碍和消减东亚“现代性”的同时,也赋有了对西方“现代性”反思和超越的维度。从文化深层来看,“东方更关心生命历程中的历时的语言变化,关心生命中每一个阶段的成就潜力,并如何实现它。相反,西方却依赖个人的自主能力来设计普遍的原则,并把它应用于所有人类,而不管构成人类社会基本关系的共同知识、共同的理解、责任模式以及相互信任”。这就决定了东、西方文化的深层相遇及不同的“现代性”向度,它不仅展现了“现代性”的多样性图景,也预示了东、西方“现代性”良性互补的可能。事实上,当今全球化时代正在形成一种世界文化,但“世界文化的要点更在于所有文化互相尊重以及平等

[22] 参见[法]阿塔利:《西方文明的崩溃:市场和民主的限度》,载《现代外国哲学社会科学文摘》1998年第8期。

[23] [美]亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》,周琪等译,新华出版社1998年版,第70页;[韩]金勇明:《亚洲式民主——来自东亚的短评》,载《现代外国哲学社会科学文摘》1999年第1期;[美]巴尔、力文:《三种不同竞争的价值观念体系》,载《现代外国哲学社会科学文摘》1993年第9期。

沟通的能力和愿望”。^[24]更为重要的是,不管是西方还是东方,谁都不能宣称自己将独握天命。

第二,东亚儒化市民社会相对于西方的反思和超越维度,必须以现代的创造性转换为前提。东亚市民社会的兴起及其儒化,反映了现代与传统的交汇,而东亚儒家传统是有相当强的生命力和历史惯性的,虽然说它有许多与“现代性”相通约的文化价值,但相对立的力量仍不可低估。更不能借口“地方性”来消解现代性“共相”,或者以“多元现代性”来抵制现代性的共同趋势。因此,不管现代法治是怎样地包含多元化契机,但也绝不可曲解法律秩序多元性和地域性而否认法治的共性目标,更不可急于以“后现代”策略来解构现代法治构架而“纵容”不良传统,乃至过于对“本土”和现实“秩序”予以热情呼唤和进行合法性、合理性确证。^[25]因此,我们一方面要对儒化市民社会的不良传统进行摒弃,另一方面又要对其具有创生转换潜力的价值观进行“现代性”改造,否则将导致的是“传统复归”而不是再生和超越。

第三,中国法治进程同样面临着儒化市民社会的问题。一些学者指责“市民社会论”有囿于冲击—回应、西方—东方、传统—现代的二元对立逻辑之嫌,也有学者对中国是否有市民社会或者能否型塑一个市民社会抱有疑虑。尽管这些批评和疑虑亦有其合理省思的地方,但是并未看到根本。宏观的审视表明,市民社会与国家的二元化进程并不能因生发于西方而天然地成为西方的“专利”,它乃是人类历史演进的必然表现,也就是说,“西方型模只有在历史的意义上是西方的,但在社会学意义上说,则是全球性的”。更重要的是,随着中国改革开放和现代化建设的加快,“小政府、大社会”的政治经济格局日渐形成。随之而来的是,多元利益的分化导致社会分层的出现;国家权力日益缩减使社会权利日益扩展并呈多元性;社会资源占有日益分散化和分布多元化;社会分工分化的加速导致社会组织日趋自主化、多元化;社会重大分化解组推动了社会价值观念的多元化;等等。这表明,国家与社会的分离和市民社会的兴起已不是一个可能的问题,而是一个现实问题。作为东亚儒家传统的发源地,中国市民社会也自然在兴起中走向儒化,面临着儒化市民社会与法治秩序之间既有局限又有超越的复杂境地。然而,中国的问题毕竟是“中国”的,诚如有学者所言:“中国建构新的现代文明秩序的过程,一方面,应该不只是拥抱西方启蒙的价值,也应该是对它的批判;另一方面,应该不止是中国旧的传统文明秩序的解构,也应该是对它的重构。”^[26]因此,在扬弃儒化市民社会,促进法治秩序建立的进程中,又必须立足中国国情。^[27]

第四,儒化市民社会并不是影响和决定东亚法治秩序的唯一因素,东亚的儒化市民社会也只具有“家族相似性”。然而不容否认的是,确实是影响东亚法治秩序的一个十分重要的因素,对这一因素的考察和研究,无疑有助于我们深化对东亚法治秩序现状及未来的认识 and 把握,从而进入到现代法治多元缤纷的图景中去。

[24] [奥地利]霍利:《全球化和失范——走向世界新秩序途中的问题和机遇》,载《现代外国哲学社会科学文摘》1998年第11期。

[25] 参见季卫东:《法治中国的可能性:兼论对中国文化传统的解读和反思》,载《战略与管理》2001年第5期。

[26] 参见马长山:《国家、市民社会与法治》,商务印书馆2002年版,第四章。

[27] 金耀基:《中国现代化的文明秩序的建构》,载刘军宁编:《经济民主与经济自由》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第54页。

东亚法治发展的文化依归

张 清 程冰洁

【摘 要】 近代以来,东亚法治仿照西方的发展模式,在一定程度上忽视了传统文化对本土法治建设的作用。东亚各国受中华传统儒家思想影响深远,东亚法治发展的传统文化依归于儒家的民本思想和秩序观,而民本和秩序思想中含有与西方法治工具性价值与实质性价值相似的人本与规则要素。但是,当前中国的法治思想在一定程度上还处在压制型法的阶段上,法治发展在传统向现代的过渡中出现的问题是未自然构建去“等级”的秩序与过分追捧具有个人主义倾向的秩序。日本、韩国在法治从传统向现代转型虽作出相当的努力,但其中也存在问题。因此,在对中国法治道路的探寻中,应追求实质与形式的统一,吸收经验教训并向“回应型法”过渡,以此实现对东亚法治发展的方向引领,并赋予法治以东亚文化气质的新内涵。

【关键词】 东亚法治;法治文化;儒家民本思想;儒家秩序观;回应型法

当下的世界发展呈现全球化、多元化的趋势,人类之间的联系越发紧密与深入,地缘相近的地区更是如此。对此,文正邦先生曾说:“人类的一切活动都离不开一定的地域空间—区域,所以,任何国家或地方的经济、政治、文化以及社会发展既都是在与其他国家或地方的经济、政治、文化以及社会因素的相互影响和作用中展开的,又都是在一定区域内实现和完成的。”^{〔1〕}作为整体中的部分,区域发展正在展现各自的特色,其内部又由于地缘、文化等的影响而出现相似的发展共性,因而给我们带来了观察社会发展的一个重要视角。

法治作为文化的一个重要方面也呈现出新的发展趋势。发源于西方社会的法治概念在历经多年发展后几乎覆盖全球范围,可是由于地域文化的差异,现阶段又出现各地区法治发展上的不同。追问这些不同的原因并赋予法治新的文化与时代内涵,对区域法治文化研究具有重要意义。

现阶段的中国,法治国家建设已经成为党和国家的重要任务。以往研究国家法治发展问题的惯常角度是“自己看自己”,这样做往往会有局限性和片面性。当我们扩大视野范围,放眼于整个东亚时,伴随着历史文化积淀所形成的文化的共性特征凭借“以大见小”的方式折射出中国法治的发展特点,这样的视角在宏观把握中国法治发展方向的同时也带动着对“东亚区域法治”的更深刻的认识。

〔1〕 文正邦:《区域法治研究纵论》,载《法制现代化研究》2009年第1期。

一、论证的前提

东亚法治文化研究是在区域法治大概念下的研究,因而要将研究具象化,就要对“东亚”“法治”“法治文化”的概念有一定的认识。界定“东亚”范围对该区域法治发展的整体性研究具有前提意义;而“法治”概念的渊源以及法治发展的“东亚”特点则为之后的研究规定了具体的范围和框架;“法治文化”的概念则更加具体化,它把文化的动态性融入区域法治的研究中,可以提供传统向现代的研究进路以及共性与个性的对比方法。

(一) 东亚

对于“东亚”这一概念,从地理意义上说有广义与狭义之分。多篇文章中指出,广义的“东亚”地域覆盖较广,北起俄罗斯的远东地区和日本,中经朝鲜半岛的朝鲜和韩国、中国(包括台湾、香港、澳门地区,下同),直至越南、泰国、新加坡、马来西亚、印尼等国。^[2]而狭义的“东亚”则多指日本、中国、蒙古、朝鲜和韩国。^[3]

经过对地理位置的界定,我们对东亚的范围有了大致的认识。但是,在现实中,对于以“东亚”为名称的各种国际会议的参与者来看,诸如召开的首届东亚运动会就有日本,中国的香港、澳门、台湾地区,以及韩国、中国内地、朝鲜、蒙古等国家“东北亚经济论坛”,有中、日、韩、蒙四国人士参加。从这些国家当前的发展状况来看,中、日、韩三国居于主导地位。综合各方面因素,笔者认为所谓东亚概念所界定的是以中、日、韩三国为中心但又不限于此三国的一个大致范围。

(二) 法治

“法治”发源于西方,追寻其源头,要从亚里士多德说起。他说“法治应包括两重意义:已经成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律”。^[4]亚里士多德的定义奠定了法治的发展基调,即从实质与形式两方面来衡量,这也可以说成是价值意义与手段意义。此后,西方法治经历了漫长的发展阶段,但都未能离开对其道德价值意义与工具意义的探讨和追寻。

诺内特和塞尔兹尼克在《转变中的法律与社会——迈向回应型法》一书中将法律分为三大类:压制型、自治型和回应型,且这三种类型也是法律与政治秩序和社会秩序的关系的进化阶段。压制型法最先出现,是“人治”的产物,强调权力的纵向性,是对法所内含的实质力量的认可;自治型法的出现弥补了压制型法权力无法限制的不足,是“法治”的产物,它强调了规则本身的价值,是对法律形式意义的认可;而回应型法则是笔者认为较理想的类型,即实现“使得实质正义与形式正义统合在一定制度内”。^[5]考察法律的历

[2] 参见茹越心:《亚洲意识在东亚的崛起》,载《国际观察》1994年第6期。

[3] 参见赵永植:《东亚地区的发展问题略谈》,载《齐鲁学刊》1994年第6期。

[4] 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

[5] 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会——迈向回应型法》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第3~6页。