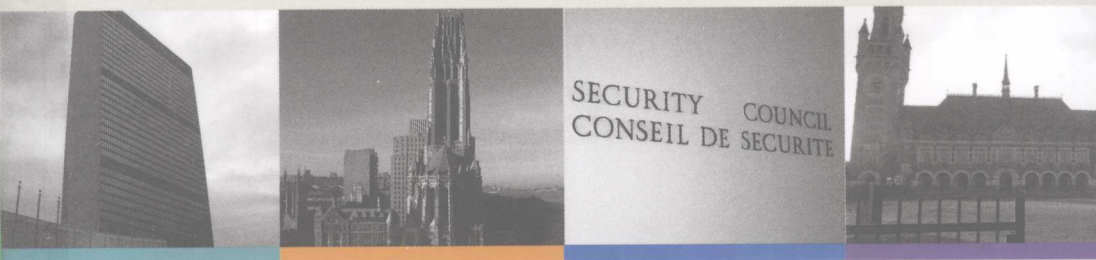


法治化变迁的经验与逻辑

目标、路径与变迁模型研究

陈步雷 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法治化变迁的经验与逻辑

目标、路径与变迁模型研究

陈步雷 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治化变迁的经验与逻辑:目标、路径与变迁模型研究 / 陈步雷著. —北京:法律出版社, 2009. 7

ISBN 978 - 7 - 5036 - 9719 - 7

I. 法… II. 陈… III. 社会主义法制—建设—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 115914 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/郭相宏

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社
总发行/中国法律图书有限公司
印刷/永恒印刷有限公司

编辑统筹/法律教育出版分社
经销/新华书店
责任印制/张宇东

开本/A5
版本/2009 年 7 月第 1 版

印张/13.125 字数/370 千
印次/2009 年 7 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)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782 西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

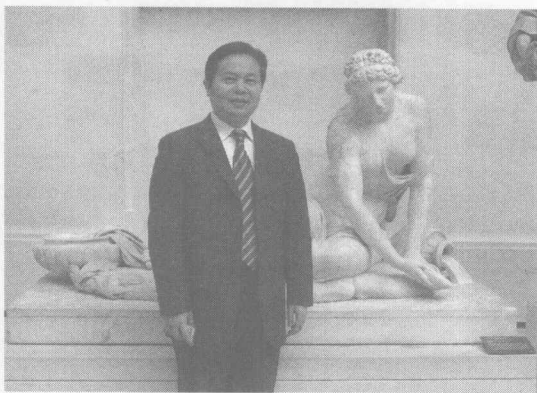
北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5036 - 9719 - 7

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



陈步雷,男,1967年出生,汉族,安徽灵璧人。北京大学法学学士、硕士、博士。曾从事警察、秘书、法官等职业。现为中国劳动关系学院副教授、西南财经大学兼职教授、中国人民大学劳动关系研究所研究员、中国法学会社会法研究会理事,北京万商天勤律师事务所律师。曾于2004~2006年在中国人民大学应用经济学博士后流动站从事研究工作。曾受邀请和资助到美国哥伦比亚大学和纽约大学、国家劳动关系委员会与荷兰全国工会联合会、国家社会与经济理事会作学术访问和工作交流。出版了《劳权与发展——以集体劳动争议的逻辑、结构和治理为视角》等个人著作,发表论文数十篇。2006年12月,时代周刊(TIME)的亚洲版和欧洲版,以“China's Quest for Justice”为题,对其人权教育、促进法治等活动进行了报道。2009年1月,香港阳光卫视在《立言者》栏目中,以“以行动诠释人权宣言”为题,作了人物类报道。

国中”的关联逻辑已变革重塑；阿强亦存常感也，外民数倍分取其，备具
附非全，等等，跟阿朴强配的章表殊入界世已，鞋丑，点支其补也，“数文
。映自甚不

星空、人类与中国法治(自序)

。外外既已逐排，年变，年数千陈不熟
备部大家受取育以。要重关至禁治治强排所害已街里，中路拉堡排

中华民族关于法治的知识、智慧、能力和成就，似乎并没有因为中国近现代的命运多舛、饱受挫折而显著增长。常识的阙如、无知的普遍、想象力的残缺、低水平的重复，仍然是公众与学者所共同面临的困境。看看晚清至民国的出版物，即可发现百余年后我们在相关智识领域仍存在“历史蜗牛”、“智识尺蠖”、“思维循环”、“不长记性”等现象。从仁人志士、明哲先贤倡导至今，百余年过去，几番更替，数度轮回，中华民族仍然“彷徨于法治之门，而不得入”(蔡枢衡语)。与四邻环比，也难免令人英雄气短、沉郁颓然。在法治问题上，我们果真例外、自成一系，如黑格尔所说的“中国是一切例外的例外”？

启蒙与祛魅，尽管从世界历史大势或“大历史”的角度看，是不可逆转的、大江东去的，但是，我们似乎志在保持例外、创造例外；其愿否、能否认同、实现法治所代表的(政治文明、制度文明领域的)现代化、现代性，能否自省自察、实现变革与顺利转型，已成了重大问题。

本书不揣浅陋，探讨法治化变迁的目标与路径、经验与逻辑问题，具有如下背景、缘由：

其一是在改革、变革、转型与现代化的山重水复、攻坚艰难阶段，在经历“历史的三峡”的湍流险滩时，需要对目标性的政治文明、制度文明的类型和生态，具有清醒的认识，实施积极的学术干预。

相关国情是，“依法治国，建设社会主义法治国家”虽已成为自上而下的动员口号，但对于法治尚未形成基本的、普遍的共识；历史变革所需的大众意识形态并未形成。“什么是法治”、“中国所要建立的法治与《世界人权宣言》序言第三段所称的法治，是什么关系”、“人权与法治是否改革与转型国家急需的制度硬实力、文化软实力”，等等，仍呈现着认识混乱。其他国家的确难以解释中国，其假设和前提在中国是否满足、

具备,其理论的适用性,也通常存在疑问;制度变革与转型相关的“中国之谜”,包括其支点、逻辑,与世界人权宪章的通约性问题,等等,令我们不甚自知。

受制于利益、阶层、教育、文化背景,大众的价值迷惘、认识混乱,显然不利于改革、变革、转型与现代化。

转型过程中,理论与意识形态的供给至关重要。尽管难免宏大话语之讥,但拨开琐屑化的、小工匠式的、“社会巫术(social magic)化”的学术碎片的遮蔽,避免其误导,对社会变革、变迁等合力过程,贡献一力,实施强力的学术干预,是必要的。“行动社会学”、“公共社会学”、“转型社会学”所主张的(学术)强干预立场,应能给法理学以些许启示:强调价值中立、实证立足的社会学都发展出志在参与、干预社会过程的分支,何况固有社会干预职能的理论法学?故本书主张、试图实施“历史过程的强干预”。

二是基于功利目的和功能主义视角,为国家、民族的国际竞争与合作考虑,倡导“制度硬实力”、“文化软实力”,需阐明法治的积极功能和不可替代性。

当代政治学家西蒙·M.李普赛特比较研究了南北美国家的发展历程,发现这些国家独立、建国的时间相差不远,资源都比较丰裕,本土均未受世界大战的直接侵袭,都较早地走上了资本主义道路,科学教育并不封闭,但是,同处美洲,南北差距甚大,阿根廷等自然条件极好的国家竟有国家破产的危险;发展经济学的“低水平循环陷阱”理论即为南美所创设。如此差异,何故?宪法所代表的宪政、法治是否成功,是其主因。好宪法导致繁荣,坏宪法导致衰败。2005年3月在纽约哥大法学院,一位阿根廷大法官依据其他视角和本国历史,也坦承了上述教训和理念。

据此,可以认为,制度及其营造的集体逻辑、历史惯性、社会潮流,是第一决定因素。制度是一种硬实力,是核心竞争力;人文类文化,包括价值观是软实力。好制度能够确认、服膺和保障人权,能够激发个人与群体的创造力、公共精神,进而保障群体、国家的尊严与福祉。坏制度无视、蔑视、践踏人权,加剧内耗,自毁江山,甚至引狼入室。为一己私利而

死守固持恶制者,独夫民贼也;因愚昧颛预而效命恶制、妨害法治者,“五蠹”腐儒也。中国晚清以来的教训,与南北美、亚洲四邻的比较,更加鲜明深刻。

因此,以人权为核心的价值观,为文化软实力的代表。制度为表,文化为里。人权与法治为表里关系。

我们在途中。中国正在发展,志在崛起,正在经历“历史的三峡”,试图有目标地完成变局或转型。按照“内圣而外王”等旧箴的启示,也须重视法治的功能。国人须形成共识和常识:唯有人权与法治,才有个人、群体、国家和全人类的尊严与福祉,才有共同的、持久的生存机会和繁荣可能。

三是在启蒙与祛魅背景下,结合本书所主张的价值、意义重估和权利哲学重构课题,给人权、法治等现代性事物以彻底的论证;从确信到度信,降低社会转型成本。

1900年在欧洲召开的世界科学家大会,曾豪情满怀地认为“已经获得了自然科学领域的所有重大发现,后来人进行补充、完善即可”。资本主义当时的确经济繁荣,海牙和平公约的缔结也能给出乐观愿景。奥地利作家茨威格在第一次世界大战后的作品《寻找昨日的世界》中,对战前的美好生活进行了怀旧。然而,世界大战的冲击、科学范式的变革、全球化的浪潮等各种场域的裹挟,让世人无暇喘息,使祛魅更加彻底——人类面临着空前的不确定性、无力感、幻灭感。

20世纪以来,生物学、天文学等学科的发展,带给人类以更彻底的祛魅与“幻灭”:所来所往尽知,宇宙过客浮尘。再加上环境生态等学科的悲观预测,失乐园、失家园、无未来的隐忧更使人觉醒和痛苦。既如此,人们为什么要承认权利、秩序,为什么在有限的、唯一的生命中容忍哪些丧失了正当性的制度和行为?社会平等乃第一公理或第一原则,由此派生的其他原则亦为现代政治文明本义,为何不能尽快实现?既平等,人权与法治自然为其应有之义。换言之,生物学、天文学彻底地为世人祛魅,间接论证了法治的唯一正当性。权利的道德依据、权利的机理和功能等权利哲学问题,均在“失家园,无未来”的科学预测面前,重新接受批判和论证;价值与意义,需要重估。权利哲学的重构不等于否定

和颠覆,而是需要给出更彻底的、更有效的、尽力自洽的扬弃。

基于上述缘由,本书试图对法治的目标、路径以及历史过程中的经验理性、经验过程中所蕴含的逻辑理性,进行梳理、阐释,试图把法治阐释为启蒙和祛魅基本实现后的、与人权密切相关的事业、运动和社会生态,并以此确立“常态社会”的标准和参照系;讨论法治与人权等价值的表里关系、体用关系、目标与手段关系;探讨法治所必需的制度、机制,提出法治化变迁的目标与路径问题;从相关国家、民族、社会的历史经验中寻找经验理性与逻辑理性;对法治化变迁的主体维度和层次维度进行分析论证,试图论证中国法治化变迁所必需的制度、机制和必经的路径。由此,推动中国法治化变迁历程所需的科学、正确的大众意识形态的形成、扩展和深化。

易言之,对法治所蕴含和追求的价值、法治所必需的制度机制、成熟国家的变革历史与法治化路径,进行回顾和梳理,从历史过程中寻找经验理性,从经验理性中概括出事理逻辑或逻辑理性,是并不多余的事情。历史与逻辑的统一,是社科理论的高妙境界。本书试图对法治化变迁历程中的历史经验和事理逻辑进行梳理和发掘,提出中华民族应当重视的经验教训和变革路径等问题,以引起争论,权当靶子,助益于大众意识形态的形成。在变革和转型尚存变数和困难的时期,特别强调公共哲学的解释、说服和规诫功能,在道与器层面均给出清晰图谱,强调学术的强势社会干预职能。

上述努力,面临诸多风险和挑战。本序言需要给出初步回应。

首先是知识风险——后现代主义与两种理性观、有关知识论的批判。

从1990年代中后期以来,我国政治学、法学等学科,引入了后现代思潮,对启蒙运动和近现代诸多现代性价值、理想、原则,进行了质疑、祛魅,甚至解构。当然,现代社会远非完美,有很多弊端,甚至20世纪的很多罪恶与现代性具有思想或技术上的牵连。这种怀疑、批判,对于认识与实践的进步都是必要的,知识在批判中增长。但是,某些学者简单地认为后现代理论与方法具有智识优势、道德优势或更充分的知识合法性,想象出后现代与现代性之间具有高下之分、智识落差,而对包括法

治、民主、理性化、共同价值等现代性事物,缺乏条件约束、语境限制、进化阶段等意识,进行片断性的解读和片面性的传播,让知识营养甚为单一、历史感近乎虚无、想象力难免贫乏的部分公众(特别是很多青年)在对现代性缺乏了解、理解的情况下,即怀疑、疏离现代性,认为中国也已染上或即将染上政治文明、制度文明领域的“现代病”、“富贵病”,也需要“跟着富人喝粥”。在否定现代性中的“脏水”时,也否定和抛弃了其

中的“婴儿”。我们引入了后现代思潮,对包括人权、法治、民主在内的现代性事物进行警醒和批判,固然很重要,因为法治等现代性事物远不完美,需要在批判中建设和进步。问题是,怀疑、批判、解构都可以,都必要;但解构了以后怎么办,革命胜利后第二天的问题怎么办?岸上的人对渡船和风景挑毛病,是轻松自如的。而我们是否已经上岸,站在了坚实、可靠的基点上?

中国处于徘徊于“中式传统”和现代化之间的状态,尖端与原始并存,理性和蒙昧同在,现代政治文明、制度文明的温饱尚未普及;对现代性事物盲从迷信抑或倦怠疏离的现代病、“富贵病”,仍遥遥无期。价值、知识层面的共识和常识远未形成,分化与断裂日益凸显。诸如人权、宪政、法治等事物,并未被知识阶层所深刻理解、系统把握。以现代性的祛魅者自居和出现、自认为具备智识优势的后现代主义,对解读、阐释、传播该些现代性事物和构建宏大话语的努力,或明或暗地表达了心理优势和些许轻慢。

哈贝马斯与鲍曼(Zygmunt Bauman)等思想家,把现代与后现代的不同旨趣、取向纳入到共同的历史过程中考察,认为现代性更多地表现为对新秩序的建构,在追求确定性的行动、秩序和结构。后现代对其警醒和批判是必要的,但对其完全颠覆、抛弃是不可能的,也是危险的。诸多病理性问题,需要通过修正和完善现代性事物,加以解决。中国处于旧已破而新未立,至少是尚未有效地立新的状态。如何立新,如何对待政治文明、制度文明领域的现代性事物,对于转型中的中国,是必须面对的问题。“补课”说,不无合理性。

知识性的风险还来自政治学、法学等学科近十多年来对进化理性主

义的推崇、对建构理性主义的批判。本书试图描述、阐释、“建构”法治图景,此等努力可能被列入建构理性。

1990年代中后期以来,在思想与学术领域,渐进、进化理性主义似已获得了知识和经验的绝对合法性、唯一正确性,法国大革命所代表的建构理性主义似已堕入谬误、虚妄之列,令人避之不及、批判不已。

本书认为哈耶克的两种理性主义的研究范式和新制度经济学所讨论的制度“诱致性变迁”、“强制性变迁”的变迁模式,极具理论价值和逻辑力量,当然不主张通常所谓的理性建构、人为设计路径,即不支持忽视本土资源与内生性制度、迷信外来法律文化或外生性制度的取向。

内生性制度,与进化理性主义的制度近似或相同,是靠人类的长期经验形成的,是通过一种渐进式反馈和调整而逐渐演化发展而来的。它们是群体、社会持续生存、自我调适、满足相互预期的制度,是“自己实践出来”的制度。“豪猪哲学”即蕴含了内生性制度产生的事理逻辑和通用技术。其震动小、成本低,易被接受、内化,形成稳固的新传统,当然是比较理想的法治化变迁的模式,如历史上的英国。

但是,对法制现代化过程中必要的变革、跃迁、设计,不能否定。英国历史上的大宪章和权利法案、美国制宪及其成文法的发达、法国人权宣言和后来制宪、日本的维新与变法、第二次世界大战后大量新兴国家成功的制宪和建国,以及国际社会制定联合国宪章、两大人权公约,既是经验理性、渐进理性的产物,更是人为选择和设计、积极改造与创新的逻辑理性成果。先属后发、诱致型,后成内生型、主动型的中国法治化,当然需要积极的选择和行动。此外,进化理性主义所需要的妥协能力、进化可能、漫长周期、长久安全等条件,中国等转型国家未必具备。已启蒙的公众对人权与法治的追求,改革与危机赛跑的压力,也迫使转型国家加速变革。

同时,中国的“制度内生能力”也需要高度关注。很多制度是根置于社会自身的制度需求和固有传统的。当某些群体、民族自己内生制度的能力比较低下,不能从实践中概括、提炼出抽象性、一般性的概念、逻辑和方法,不能形成一般性的法律推理结构时,对其所需要的“一般性规则和推理结构”加以逻辑化改造,通过国家法的形式予以颁布、施行和强

制、保障。可见,内生性制度的正式确立与内容、形式的跃迁,通常与国家有关,与群体内部的制度能力相关。如果能力低下,则需要国家出场来帮助改造。相反,如果其能力很强,如中世纪商人群体所“内生”的贸易、航海、保险等法律,则不需要国家的介入和改造。

既如此,对建构理性不仅要批判,也需“同情式的理解”。危机不紧迫时,就妄谈十几代、几十代人的渐进、进化,是对国内外历史相对无知、对历史条件与机制缺乏认识的乡愿主义论调。英国1640~1689年的历史,中国1898~1912年的历史,应当高度关注。转型、跃迁、变革的条件已经齐备、烂熟,改革在与危机赛跑,因而应在服膺人权与法治的基本价值和事理逻辑的基础上,谦虚谨慎、理性稳健、积极行动,甚至创造条件、只争朝夕地去“建构”和变法。

因此,本书为法治及相关价值、共同技术和必经路径等问题,所阐释和辩护,可能要面对各种心理优势和态度轻慢,也可能冒着被列入建构理性的风险。

其次是来自基于民族主义情感、文化自尊意识、文化相对主义等思潮的挑战。“东方主义”、“通三统”、“本土资源”、“地方性知识”、“中国法学的话语主体性”等学术思潮和主张,均有其特定条件下的相对合理性。不盲从、不臣服、不依附、不“前反思接受”西方话语和传统是正确的。不仅是自尊心的需要,也是知识生产、社会发展、解决中国问题的需要。

问题是,对于人权和法治,如果进行知识发生学、知识社会学、知识考古学的研究,只能发现:这些问题、思想、理论、制度、技术,均是西方的。不仅是现当代的西方,而且是古希腊、罗马、中世纪、近代的欧洲。任何能够相对成熟、持续生存的文明,都会有其尊严、正当性、秩序等问题的观念和和实践,但未必能够形成理论,未必能够实现深刻、系统的思维超越或跃迁,未必形成其理论体系和制度体系。“为什么只是希腊”的问题及希腊文化发生之谜,多个学科至今难以彻底解析。

西方史学通常认为近代肇始于1500年前后的地理大发现与海外扩张、文艺复兴完成与新的文化范型的形成、宗教改革与世俗化传统、(欧洲)近代民族的形成以及商品经济、贸易体系等。从那时起,西方宗教文

化、世俗文化中的平等观念、契约伦理、法治文化,随着殖民主义、资本主义的扩张而超出欧洲,走向世界。近代国际法的形成和扩展,是对主权理论、国家主义的修正和限制,是国际法治的初步图景。经过19世纪、20世纪前期的竞争、动荡,人类获得了足够的教益。1945年的《联合国宪章》和1948年的《世界人权宣言》,正式标志着“世界当代史”的开始和全球性政治文明、法律文化的基本形成。人权与法治,从西方的,变成了世界的、全人类的。请特别注意,那部伟大宣言的名称是“Universal Declaration of Human Rights”——普遍(世)人权宣言。1966年联合国的两大人权公约,是该宣言的制度化、法律化。

从中华民族自尊与人类共同福祉考虑,中华民族的很多道德、智慧也可以“从中国的、东方的,变成世界的、人类的”。关键是我们是否科学地、勤勉地努力:是否继承发扬了这些价值,如何使其成为精致的、现代的科学话语体系,如何使其与人权文化相结合。任何文明,如果不能对个人的、群体的尊严与福祉,给出合乎逻辑、深刻精致的表达,都难免沦为故纸堆中的“古代文明”,因为启蒙和祛魅这些在知识上不可逆转的过程,在先地、直接地关心了个人的主体地位、尊严和福祉。当我们试图把中华文化中若干美好价值理想,通过孔子学院等方式,推介、输出给其他民族、全人类的时候,我们是否克服了该些文化因素的自身悖论:是否通过现代学科技术形成了逻辑化的知识体系;能否改变其顿悟式、专断性、片断型、非逻辑化的表达而成为理性化、逻辑性、自洽型的表达;其内容与形式能否从中国的“市制”变成世界的“公制”?

“越是民族的,就越是世界的。”这是审美领域的公理,而非政治、法律文化领域的通则。审美追求新奇、新颖、多样性,故夏威夷初民社会中的草裙舞、中国边疆民族的原生态艺术,均可以在纽约、巴黎等国际大都会展示魅力,走向世界;反映中国北方独特习俗、风格颇为粗犷的《红高粱》电影可以在1988年获得柏林电影节大奖。而政治、法律涉及人权的生存、尊严,“善”与正义是绝对第一的价值。“public goods”译为公共物品、公共善,确有道理。既如此,在经济、政治、法律领域,承认“人同此心、心同此理”,寻求一定限度的共同性、普遍性、全球性,就是必要的、合理的。在“法律全球化”过程中,争夺话语权、不盲从西方范式、在“世界

结构”中占据空间的愿望和努力,值得肯定。但是,多维度、多元化、开放性是有共同基础和必要交集的。缺乏必要节制的相对主义,并无自尊,且会误国。

“东方主义”是对西方孕育、主导世界的有关价值、制度、秩序的很重要反思。西方文明的历程,是“基督教文化推之,希伯来文化挽之”,兼具东西文化品质的希伯来文明,是欧洲文明的文化源头之一。在西方过度强调个人主义、现世主义、消费主义的文化背景下,对其进行反思批判,需要在东方文明中寻找文化资源。但无论如何,“东方主义”者不能把世界人权宪章等全人类政治法律文化成果,置于“西方主义”的地位,否定不了人权与法治文化的地位和价值。

“本土资源论”主张警惕现代法律的话语暴力、知识霸权,不能迷信其本不存在的普适性,主张重视利用中国传统中与人的尊严、价值和社会秩序相关的本土资源,此观点具有后现代主义的问题意识和批判精神,具有独特的价值。问题是,中华法系的本土资源还剩下什么,如何接受人权价值准则的检验。在清末变法运动对中华法系作整体抛弃、新文化运动作正当性否定后,经过20世纪各种全能主义的诱惑和耕耘,我们还有什么样的本土资源?论者语焉不详。传统习俗、乡规民约等被其列举的本土资源,适应不了基于社会平等的第一原则所扩展而成的市场经济、民主政治与法治社会,至少会出现严重的“非自足性”和制度短缺。中国西部小山村的秋菊女士如有机会学习人权、法治原则,则极可能不会排斥国家法。即使一时一事困惑,也并非持久的、普遍的困惑,因为她敢于行政诉讼寻求救济。改革开放之后的全国第一例行政诉讼就是温州农民提起的,似可佐证。论者对国情无知、误读甚为严重,志在新异,却不中不西、扭曲失真。去“上访户”中体验生活,或到信访局挂柜,研究点法律社会学问题,倒不失为有信度和效度的便捷方法。

“地方性知识”说,是从人类学、法律社会学角度,给出的经验判断。作为“国家法”、“正式制度”的中华法系,作为非正式约束的四书五经和《三字经》、《千字文》、《幼学琼林》等所传播、教化的道德规范,以及全国孔孟的辈分统一、关公所代表的忠义伦理、入赘者不分土地和寡妇再嫁不带走财产等民间法,的确是我们的地方性知识。但是,市场经济、

法治、民主以及人权,并非中华大地上的地方性知识,知识社会学、知识考古学均可给出清晰论证。中国文化传统,特别是其与制度、秩序相关联的政治、制度文明子系统,与人权、法治等现代性事物,似有“基因冲突性、肌体排异性”、“不可通约性(incommensurability)”。此非韦伯理论、昂格尔命题的简单重复。二者在基本价值与逻辑、与权力的关系等方面,确有无无法通约的差异。从经验上,纵向可以考察宋、明、清王朝有无“资本主义萌芽”,横向可以比较秋菊家乡的西部地方文化与第一例行政诉讼发生地的温州文化,结论难以乐观。如果说再给若干世纪,让中华民族“自生自发地”发育好自己的市场经济、契约政治,那么不仅黑格尔、韦伯、昂格尔们不相信,我们自己也会心虚。

“三通三统(孔、毛、邓)”是指少数文化学者提出、被贴上保守标签、志在反对“用西方一时一地的理论和观点去看世界”和主张“以中国文明的历史视野去看世界”的一种较有影响的思潮。该理论认为,21世纪初期的中国,存在孔夫子代表的儒家文化传统、毛泽东时代的强调平等与正义的传统、邓小平开创的改革开放时代的市场与自由的传统;该三种传统是同一个中国历史文明连续统,应当贯通、融会,熔铸成中华民族的新道统,实现中华文明的复兴。此理论尚未见像样的论证,不知各统如何独立,如何界说。实际上,对晚近历史如此简化,不仅严重偏颇,且未必准确。毛泽东的传统就对儒家文化进行了抛弃,二者如何兼容,难以想象。按照此说,可形成中华民族的新道统,对世界人权宪章所代表的全人类共同政治文明成果可置之不顾;我们的思想文化资源有了孔、毛、邓三大家就自给自足了。果如此,大学还设置如此多的人文社科“西学”干什么?

至于为何要用西人创设的概念、理论解释中国问题,为何不能自成一统、独自成统,那么要弄清楚近现代学科、包括现代汉语的形成机理、逻辑与功能。根本原因是他们那一套能够较有效地解释你,而你那一套不仅解释不了他们,且很难解释好自己。解释能力是文化竞争中的法则。如坚持道统独立,拒斥西学,那么使用现代汉语,特别是语法、标点,也中了人家的毒了,因为其中的语法甚至标点都借鉴了西方语言。应否、能否回归没有多少标点的线装书和表意文字结构?使用西方现代社

科学科、学位,也有问题了,应不仅立足国学学科,且应设立国学学位来研究中国问题,或恢复太学、国子监。以此推理,当然也不能用西医来解释自己的生理、病理问题,顺便要废止格物致知的数理化。污染物全球漂荡,臭氧洞覆盖中西,我们要自创知识技术,加以隔绝、消弭。如此,中华道统的铁杆们,似应长袍马褂,骑马坐轿,在冬天穿过结着厚冰的白令海峡,而不应乘坐飞机、车船去游学北美;或如玄奘那样西行,游历他邦;或干脆不去。

或问,清理、别异西学有理由,那么佛学也非本土创造,是中还是外,又如何对待?

与道统独立论异曲同工的“国学学位”之议,认为有必要设立“国学”学位,理由是现有人文社科学位无法准确对应国学。而学位本是洋玩艺,既如此,还要学位干什么?设立国学学位,搞“半截子革命”,还会落入西方的范式。再者,在人文社科领域,成功创设一种新学位,等于在自然科学领域发现了新元素、新定理,发明了一个新单位(如物理学中的牛顿、焦耳、帕斯卡等),意义何其伟大!顺便又扛了大旗、占了山头。真是名利双收,不亦快哉!

调侃地追问一下,在数理化领域,为什么不坚持“本土资源”、“地方性知识”、“中华道统”、“文化主体性”?为什么不搞中国特色的数理化,人文社科领域问题有无通则性?如果“自然科学有通则”,“人文社科”类是否就没有通则了呢?如果不承认普遍性,按照官方意识形态,至少是反马克思主义的,因为“马克思主义是放之四海而皆准的普遍真理”。再者,“无普遍性”这种论断,是否普遍正确?如果正确,那么,万能的上帝能否造出一块他自己搬不起来的石头?

人文、社科领域当然更加多样性、多元化,如此反诘可能是“关公战秦琼”之类的比较。然而,在较充分的知识传播、信息流动和教育普及的背景下,各种族、民族对于社会平等、契约伦理、公平正义、民主法治,真是不能形成一定限度的共识和“公制”吗?人类学、实验心理学、文化心理学等学科,已有实证性依据证明有关结论。肯尼亚黑人的儿孙能够获得法学学位、当选美国总统,华人子弟能够当该国部长、州长,日裔曾当过秘鲁总统,就是证实“(制度文化)习得能力”的典型例证。

须知度量衡与被度量衡之物,是两回事。概念、理论和学位是前者,研究对象是后者。即使中国人文领域具有诸多特异性,例如道、理、气、乾坤、意境等难以翻译,那么仍须承认:社科领域、政治和制度文化领域,能够且已经存在通约性与“公制”度量衡。对“体用论”进行花样翻新或低水平重复,不仅误国误民,且没有知识尊严,更没有民族自尊。

再次是难免法治浪漫主义、激进主义之讥。

“中国法治需要十几代人、几十代人的历程。”认为中国法治需要渐进、进化理性主义的路径,摈弃激进、浪漫的变法改革。此说符合进化理性主义的逻辑,有道理。问题是:谁给你如此长久的缓慢进化时间,谁敢保证危机不会再次跑赢了改革——“过了这一村,没了那一店”;你有无渐进理性的智慧、意识、空间和能力,给你足够时间,你又愿否、能否理性妥协、积极进化;法治化主要是政治、社会问题,社会学家所提出的“结构先于制度定型”问题,该怎么办?

阿根廷等国家在“拉美化”病理形成过程中,几乎无所作为。在不合理的社会结构形成之后,即使加入了全球的和美洲的人权公约,改进了立法,也解决不了国内问题。公约难以实施,人权难以保障,长期陷入动荡和衰退。它是“结构先于制度定型”、“结构消解制度、吞噬改革”的典型。若非其人均资源丰富、民众谋生容易,早已出现了更严重的恶局。其教训,堪为中国所汲取。

换言之,给你足够的时间,你也未必愿意、未必能够实现渐进性、进化性的改革和变迁。更何况已经面临着严格约束、路径依赖,断裂与对立的危险日趋严重。

据此,不讲条件地幻想从大乱到大治,或者幻想缓慢进化到理想境地,对转型持有盲目乐观等,看起来是幼稚的,实质上是乡愿主义的,是缺乏历史感与危机感、不长记性的诡辩论。幻想者不妨也去信访局挂职几年。

除了上述风险,本书还涉及到对中华法系的认识与评价问题。所持片面之论,会招致对中华法系颇有思古追远情怀者的恶评、驳难。

本书认为,中华法系尽管荣列几大法系之一,但在基本逻辑、核心内容等层面,只可能是东方的、古代的、传统的。它在隋唐时代焕发过文化荣光,对包括日韩在内的等儒家文化圈的形成,具有重要贡献。它对于

形成、维系中华民族及社会秩序,延续和发展中华文明,具有重要作用。如果把制度及其蕴含的价值作为一种文明的核心,那么,中华法系是中国文化的核心性、中枢性的子系统。

当我们梳理本民族法律文化时,不能妄自菲薄,也须理性、客观。承认其贡献,但也应自知、知耻。

在宋代以后,特别是明清,它具有典型的封闭、内敛、死循环、自我强化、吞噬新生事物的“文化黑洞”特性。其两大缺陷,值得警惕:

一是基于其人性论、“模糊思维”、统治需要所生发的治道和治术,中华法系“有彼岸,无桥梁”,难免陷于伪善。

先秦思想中的仁政、民本等进步思想,是模糊的理想、彼岸,但是,实现理想、通往彼岸的制度和机制、路径和桥梁,无法内生,拒绝外生,一直阙如。“有彼岸,无桥梁”是中华法系的自身悖论、第一病理和突出特征,被长期忽视。

二是具有“文化黑洞”、精神阉割、全民奴隶化(普遍奴隶制)的属性、功能。

中华法系的思想专制传统导致我们在制度文明、政治文明领域的想象力、创造力、超越能力极为匮乏。连所有权(ownership)之类的抽象概念都“内生”不出来,就是例证。易言之,到了明清时期,连所有权、债权等概念都想象不出来,还有什么牛皮可吹!

基于启蒙主义视野,就“公法问题”来说,“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”就是“皇匪同源”的传统,皇匪仅有坐寇流寇之别。由于内外争斗极为残酷,内部缺乏小范围平等(如贵族制),从皇帝到乞丐,各个阶层都普遍、持久地恐惧恐慌,仁义与怀柔居次,暴虐残忍绝对主导,不能形成政治上的共存、平等,不能理性妥协、形成契约伦理,自然难以政治进化。就中国从古到今没有、也想象不出来 citizen、citizenship 而言,中国只有农民——“中式农民”。只应分出穿草鞋的农民与穿皮鞋的农民、看电视的农民和上电视的农民。中国的“农民”,主要不是指在田野劳作的谋生者,实为政治、法律、人文领域的泛称概念。

近代日本在文化上脱亚入欧时,对中华法系进行了尖锐的批判,其中的“道理”令人警醒。