



上海出版基金项目
Shanghai Publishing Project

纪念改革开放40年法律社会学研究丛书

当代中国法治文明建设 若干问题研究

李瑜青 著



上海大学出版社

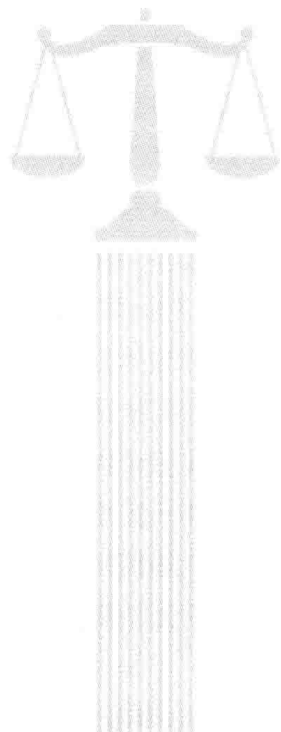
纪念改革开放40年法律社会学研究丛书



上海出版基金项目
Shanghai Publishing Funds

当代中国法治文明建设 若干问题研究

李瑜青 著



上海大学出版社

· 上海 ·

图书在版编目(CIP)数据

当代中国法治文明建设若干问题研究 / 李瑜青著.
—上海: 上海大学出版社, 2019. 5
(纪念改革开放 40 年法律社会学研究丛书)
ISBN 978-7-5671-3524-6

I. ①当… II. ①李… III. ①社会主义法治—建设—
研究—中国 IV. ①D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 076881 号

责任编辑 傅玉芳 刘 强
封面设计 柯国富
技术编辑 金 鑫 钱宇坤

当代中国法治文明建设若干问题研究

李瑜青 著

上海大学出版社出版发行

(上海市上大路 99 号 邮政编码 200444)

(<http://www.shupress.cn> 发行热线 021-66135112)

出版人 戴骏豪

*

南京展望文化发展有限公司排版

上海华教印务有限公司印刷 各地新华书店经销

开本 710mm×1010mm 1/16 印张 17 字数 278 千

2019 年 5 月第 1 版 2019 年 5 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5671-3524-6/D·218 定价 68.00 元

序 | Preface

作为本丛书的总序,这里试图只说明一个问题,即如何理解法律社会学在当代中国法治实践中特有的价值。当代中国法治实践是和中国现在正在进行着的改革开放事业紧密相联系的。现代化发展的深入,市场经济全方位的展开,高科技的进步把人们带进网络时代等,使得社会的治理方式必须做根本的调整,唯法治是对当代中国社会有效的治理方式。而法治总与民主相连,其要义在于使法律从作为国家或政府对社会控制的手段,转变为约束政府权力、有效治理社会的权威,国家的权力服从于社会公众的共同意志。这种社会治理方式的进步当然很明显,即摆脱了过去人们习惯的有血缘性、伦理性特征的人治治理方式。在社会治理中,人作为社会主体以一种全新的方式得到了表现。

但从当代中国改革开放的进步和法治的发展来看,人们对法治实践的研究方法而言,笔者认为先后经历有价值分析方法、规范分析方法分别占据主导地位的历史阶段。20世纪80年代到90年代的中期,可以认为价值分析方法占据着主导的位置。价值分析方法通过批判的逻辑与方法,摧枯拉朽地将与法治建设相抵牾的各种要素加以批判,最为重要的成果就是从“以阶级斗争为纲”的思维范式中走了出来,并迅速地倡导“权利本位”理论、法治现代化理论等。但解构有余建构不足则是价值分析方法最为学界所诟病的。20世纪90年代至2011年,以有中国特色社会主义法律体系完成为时段,可以说规范分析方法逐步占据法治实践研究的主导地位。规范分析方法通过对所谓国外先进制度的引进、移植或模仿,使得中国快速地建构起系统完备、结构合理的法律体系来,但至于正式的法律制度的法律设施效果如何则超越了规范分析方法的视域。上述两种法学研究方法对中国法治建设在不同的历史时段都发挥了重要功能,但所形成的“关于中国”而非“根据中国”的思考逻辑,则是这两种方法在面对法律有效实现的问题时自身系统存在理论上的困难。

“关于中国”可以说是鸦片战争以来所形成的一种思维框架或逻辑,其预

设了这样的假设,即认为中国在政治、经济、社会和文化上都是一个应该被诊断的对象,它是一个“病人”,为了拯救这个“病人”和治疗好它的“疾病”,需要开设各种药方,而西方国家的现实实践和成功所形成的那种示范性,使得以为通过西方知识、制度等的引进,就能够实现药到病除之目的。但现实的法律实践,却使人们发现,一定的法律制度,不能只建立在逻辑体系和道德力量的基础上,以抽象的道德原则或是逻辑来推演,更重要的是要依据社会现实或发展的条件。当下中国法治实践的探索在实现自主性目的的过程中,既需要从批判的法学观过渡到理解的法学观,也需要从“关于中国”的研究路径过渡到“根据中国”的研究路径上来。

“根据中国”的研究进路,首要的则是需要对中国自身的政治、经济、社会与文化等构成要素进行实证探讨,从法与社会的关系中突出关注法律的有效实现问题。将“根据中国”的研究进路的内在精神,投射于法学研究方法上,则需要重视法律社会学的学术成就。当然,法律社会学本身既是一种法学思潮,同时更是一种法学研究方法。作为法学思潮的法律社会学,我们从中可以领略涂尔干、斯宾塞、韦伯、庞德、埃利希等经典思想,也可以发现弗里德曼、塞尔兹尼克等现代大家风范。当然,我们更要指出的是,马克思主义的法学,强调法律作为上层建筑要满足经济基础的要求,其内在精神与法律社会学思潮有共性之处。但仅仅是评介和研究各式法律社会学思想对“根据中国”学术思路的拓展、对法学学术自主性的推进,所具有的功效仅仅是表面的,更为重要的是需要对作为方法的法律社会学加以重视。当我们将法律社会学作为一种法学研究方法加以重视和予以接纳之时,就意味着,在研究各种法律现象、行为问题时,既不能停留在价值法学那种通过某种预设,如正义、秩序、平等等,来脱离实际地对法学问题加以批判;也不能停留在规范分析方法那种——对法律制度建构和法律内部的体系、语义等问题——脱离语境的分析(当然这不意味这两种方法不重要),我们更多的是需要首先对社会事实和社会经验进行实证研究和分析,进而在此基础之上来推进法律制度和法学理论的建构,也恰恰只有在此过程中才能体现法学的自主性,并有效地推进法治实践在中国的进步。经由对作为方法的法律社会学的重视,则可以进一步激活法律社会学内部的各种思想并将其逐步地转化为社会实证和经验调研的工具,如结构分析方法要求对研究对象进行整体把握和分析,功能分析方法要求对制度和结构的正负、显隐功能加以研究,冲突理论则要求对社会冲突的功能重新予以反思

等等。同时,当我们将法律社会学作为一种方法之时,则可以进一步地推进法律社会学所具有的学术功能,如搜集资料为立法做准备、对司法过程进行剖析、对执法的法律依据进行研究,等等。

总之,对作为方法的法律社会学的重视,既有助于我们看到一个有别于当下研究所呈现的法学知识格局,更有助于我们了解过去、剖析现在和展望未来,进而对中国特色社会主义法治、法律制度、法学理论建设产生和发展起到不可估量的作用。当然,由于研究者身份的复杂,在实践中存在三种情况:一是由法学研究者所进行的,二是由感兴趣于法律问题的社会学研究者所进行的,三是兼顾法学和社会学的研究者所进行的。由于学科背景上的不同,第一类研究者的成果往往研究方法使用不够严谨,抑或鲜有使用而使其规范程度受到影响;第二类研究者往往停留于社会事实的呈现和分析,规范分析较少或专业性不强;第三类研究者将社会调查和分析与法律的规范分析方法有机结合,具有较强的代表性和理论价值。但我们有必要较宽泛地去看待这个问题,因为重要的是通过大家的努力可以提出新观点、新思想,有效推进法治理论、法治实践的进步。

本法律社会学研究丛书正是体现了这样思考的本意,就法治思想在文学作品中的推进、法治思想在影视作品中的推进、法学研究话语的历史性转化、法治第三方评估实践在中国的发展、人民调解制度的事业与中国的改革开放、当代中国法治建设的若干问题等做了具有抛砖引玉性的探索。本丛书的作者以此学术成果献礼于中华人民共和国建国 70 周年!

李瑜青

2019 年 5 月 1 日

目录 | Contents

前 言	1
第一章 当代中国法治文明建设中传统儒学的价值	4
一、传统儒学对法治文化构造的价值	4
二、传统儒学“和”的理念及其作为正义思想的价值	12
三、法律与文化互动的三点思考——以传统儒学与中国法治建设 关系为切入点	21
四、传统儒学人文精神主导思想及对法学中国化的价值	32
五、中国法制传统中隐形系统价值再思考——以法制文化为视角	40
第二章 法治文明实践中法治德治关系	49
一、从何种意义上理解法治文明——法治与德治关系的一种思考	49
二、法治进路中国话语的创造性探索——法治德治讨论的又一个 视角	69
三、德治对法治文明的精神功能	79
四、法治文明与人文精神的张扬	86
五、德治“关键少数”	93
第三章 法治中国、法治政府建设	104
一、“法治中国”概念的发生学思考	104
二、从革命法制观到治国方略法治观	109
三、中国共产党治国理政思想历史地位分析	120
四、诚信机制在法律实施中的价值——以构建政务诚信为切入点	129



五、政府信息公开制度实施的问题及对策建议——以上海为例	133
六、法治评估效度的文本研究——以“余杭法治指数”为例	141
第四章 法治社会建设的探索	157
一、法治社会概念内涵的历史演绎及转化	157
二、法治社会概念文化意蕴的思考	172
三、法治社会建设面临的问题与治理机理	178
四、法治社会建设主体间诚信机制及其建设	205
五、市民社会理念与社会自主性发展	232
六、多元化纠纷解决机制的价值及其路径思考——兼驳机制的运行 与法治社会建设相悖论	240
七、诚信价值在上海城市的内涵与发展——基于民间法视野的考察	251
后 记	259

前言

当代中国法治建设的事业,必须与中国正在发生的变化相结合才能作出说明。当代中国正在发生的变化可以说极为深刻。有学者认为,中国的当代改革,使中国在极短的时期内经历了其他国家在16世纪、17世纪、18世纪、19世纪、20世纪等几个世纪所经历的,感受了这些世纪所有的一些社会特征。这样的话语当然有某些夸张,因为中国的改革开放所带来的社会变化或问题,有中国特点及内容,不是简单用其他国家的经验就可以说明的。但我们一路走来,其中的逻辑应当十分清晰,反映的是中华民族自觉主动地把中国的历史汇入世界史的过程,中国的发展汇入世界文明主潮流的过程。中华民族在汇入世界文明主潮流的过程中,最初是跟随,逐渐开始了引领。这个主潮流就是大家很熟悉的一个概念,即“现代化运动”。

马克思曾经深刻地指出:自资产阶级开拓了“世界市场”的时期起,人类历史便开始从“史前历史”过渡到真正的人的历史,从“民族历史”过渡到“世界历史”。综观这一历史发展,我们发现,现代化从少数地区和国家向世界几乎所有地区和国家推进,是一种不可抗拒的历史潮流。生活在同一时代的世界各个民族和国家,无论其历史和社会背景如何,无论其自身处于怎样的历史发展阶段和社会制度中,都不能始终游离于现代化的世界进程之外,最终都要走上现代化的道路。这里就存在一个必然性的根据问题。笔者认为,这必然性的根据不在其他,而在商品经济或市场经济的发展上,是商品经济或市场经济的发展给人类的生活带来了这个具有本质性的变化。

当然,对这个观点需要论证。我们知道,从整个世界历史来看,各个民族和国家先后都经历由自然经济向商品经济的过渡,这不是偶然的,它与社会生产力的发展有着内在的联系。自然经济的特点,它是一种以生产使用价值为目的的生产方式,在自然经济下,生产的目的不是交换,而是满足生产者个人或某些社会集团的生活需要。自然经济实际上是生产力水平低下和社会分工



不发达的产物。正因为如此,在当时的条件下,人们必须直接依赖于他们所属的共同体。也就是说,他们只有作为某个共同体的成员,才能占有土地和从事生产活动。人的独立性、民主意识、开放的生活方式、对科学或理性的尊重等作为现代化表征的这些因素,在当时就缺乏现实存在的条件。前资本主义形态在历史的发展上虽经历了若干阶段,但无论哪一个阶段都表现出了这一明显的自然经济的特征。

历史发展到资本主义阶段,情况发生了深刻的变化。尽管商品生产和商品交换在前资本主义形态已经出现,但只是到了资本主义形态它才成为产品的一般形式,不仅生产者的剩余产品是商品,他的生活必需品也成为商品,各种不同的生产条件也都是商品,一切生产活动表现为商品生产和商品交换。之所以形成这样的格局,其根据也在于社会生产力发展到了机器大工业和社会化大生产的阶段,商品经济这种方式是适合生产力的客观要求的,因此极大地推动了生产力的发展。对此,马克思曾这样指出:这种生产方式的基础,不是为了再生产一定的状态或者是扩大这种状态而发展生产力,相反,在这里生产力是自由的、毫无阻碍的。不断的进步和全面的发展本身就是社会的前提,因而是社会再生产的前提,在这里唯一的前提是不断超越出发点。马克思的这一论断指出了商品经济的一般特性,即商品经济不是为了自给自足,生产者的生产并不是为了使用价值,而是为了生产交换价值,进而获得剩余价值。这就必然会产生一种无止境的追求发财致富的欲望,这种欲望推动着人们力图无限地提高劳动生产率并使之成为现实。同时,在商品经济中,由于价值规律的作用而产生的竞争关系,作为一种外在的强制力量也迫使每个社会主体不断提高生产力。在这个过程中,当然要借助于科学技术,不断改变生产条件。但随之而来的是,人们具有全新意义上的生活方式,人的独立性、知识性、民主精神、城市生活、平等主体等,这些表征现代化的成分有了现实存在的条件。

但中国的历史证明,只有社会主义可以救中国,这就有必要特别说明中国社会主义发展与现代化的关系。我们应当看到,在现代化的世界进程中,存在着许多错综复杂的矛盾和冲突,因此各个国家实现现代化的方式都具有自身的特殊性。而中国社会主义的理论和实践,应当被看作以现代化为主旋律的“世界历史”进程中种种矛盾冲突的一种表现形式。先发展起来的资本主义国家对中国的资本输入,并不是为使中国富强发达,而是要把中国作为殖民地,从而为这些资本主义国家获取廉价的原材料和劳动力提供条件。中国民族工

业的落后,使得中国的民族资产阶级力量先天薄弱,无法完成本该由其领导完成的民主革命的历史任务,由无产阶级领导的以广大农民为同盟军的与社会主义革命联系在一起的新民主主义革命,就这样成为一个历史的必然选择。因此可以说,中华民族正是为了争取本民族的现代化前途,而选择了社会主义的发展道路,对于中国来说,社会主义是实现现代化的途径。我们可以由此理解毛泽东提出的新民主主义理论和社会主义革命与建设理论。但是,中国现代化建设事业在中华人民共和国成立以后并没有全面而顺利地得到发展,其中一个重要的原因在于,当时在对社会主义制度与理论的理解上陷入了严重的教条主义。直到党的十一届三中全会之后,在邓小平理论指引下,通过全体中国人民的共同努力,才改变了中国社会现代化发展一度下滑的历史惯性,使社会主义现代化事业又重新进入正常的发展轨道。当代中国的法治事业就是在中国现代化发展条件下展开的,由过去习惯的一种国家或社会治理方式转换为法治的方式,比如中国社会阶级、阶层结构变化带来的变迁。中国社会原有的阶级、阶层结构比较简单,在计划经济时期集中于公有制或集体所有制两种所有制条件下,主要由工人阶级、农民阶级、干部和知识分子所组成;而现在又转化成在多种所有制条件下较为复杂的阶级、阶层结构。这个变化内涵的是社会分工的发达、社会流通的发达,使过去习惯的一种国家或社会治理方式必须转换为法治的方式。但中国的法治建设之路,是在中国特有文化条件下进行的实践,必须把握好中国的法与中国政治经济、历史文化、社会结构等的互动关系,批判对法治过于形式化、空洞化的倾向。这里,笔者赞成习近平同志的观点,即坚持道路自信、理论自信、制度自信、文化自信,其中最为根本的是文化自信。正是在这个意义上,本书就当代中国法治文明建设与传统儒学价值的关系、当代中国法治文明建设中法治与德治的关系、法治中国与法治政府建设、法治社会建设等问题进行思考。欢迎学界对本书提出的观点的批评或有更为深入的讨论。

第一章 当代中国法治文明建设中传统儒学的价值

一、传统儒学对法治文化构造的价值

一定法律所表现的文化人格,是一定国家内在文化的展现。法治建设如果忽略一定国家文化内在因素的作用,采取简单的“拿来主义”的移植,它的一个直接后果就是造成整个国家文化系统的紊乱。因此,中国法治文化的建设必须关注中国传统文化问题。而其中研究传统儒学对中国法治文化构造的价值就具有特别的意义。我们有必要考察传统儒学人文主义思想的特点,分析传统儒学对法治文化意义的立论,深入探讨传统儒学对法治文化价值的具体体现等问题。

(一) 分析化的人文主义和人情化的人文主义^①——传统儒学人文主义思想特点的思考

人文主义对法治文化的建设是基础性的^②。中国传统儒学伦理文化是人文主义的^③,但它的表达具有特殊性。笔者注意有学者对此作了分析,指出这种学说以“人”为中心思考问题,建构学说,预设制度,宣示理想的轴心。孔子以“仁”学阐发了他的人文思想。“仁者爱人”是“仁”学的中轴、中纲,最典型地表现了仁学的人文内涵,反映了人我关系的三个方面:其一,仁者在处理人我关系的基本准则上,要严于律己,宽以待人;其二,处理日常人伦关系时,仁者

① 参见任剑涛:《道德理想主义与伦理中心主义——儒家伦理及其现代处境》,东方出版社2003年版,第151页。

② 参见李瑜青:《人文精神与法治文明关系研究——儒家伦理及其现代处境》,法律出版社2007年版,第50—71页。

③ 参见任剑涛:《道德理想主义与伦理中心主义——儒家伦理及其现代处境》,东方出版社2003年版,第151页。

要弱己强人,对家中长者要以孝事父母,以悌尊兄长;其三,在社会关系上,要循本分做事,克尽自己的职责,不妄逞英豪,破坏人际的臣忠君原则,从而使社会于和谐中存在,于有序中发展。孟子稍后补充和完善了孔子的人文思想,孟子的贡献在于,把人之为人的本位论证作为人文思想的核心内容,他指出重人的原因是人具有不同于物性的人性。而到了宋明理学,把人的向圣性推到极端,认定做人就必须以崇高驱卑琐,以理制欲,甚至要“存天理,灭人欲”。

上述学者的观点很有价值,但其对传统儒学人文主义特点的概括缺乏合理性。该学者认为中国传统儒学的人文主义不同于西方的人文主义。近代西方的人文主义的基本要素是以个体的自由、独立为基础来建立人的至上地位,以个体的社会归属、角色作用的固定化为条件来构建人的组织机制,这种人文主义是一种分析化的人文主义。而中国传统儒学的人文主义是一种注重对人的妥帖安顿为特征的人情化的人文主义^①。当然这种人情化人文主义在当时的发生又带有血缘亲情的文化色彩,人们习惯于用亲情、乡情、人情来调整人际关系。在处理关系时,尽量不伤和气。

分析是相对于综合而言的一种思维方式,而不是一种理论的特点。所谓分析即指把一个事物或现象分成若干较简单的组成部分,找出这些组成部分的本质属性和彼此间的关系等。分析作为一种思维方式,中国传统儒学在对人的研究中也是十分重视的,中国传统儒学就社会或家庭中的人际关系提出了一系列如孝、亲、仁、忠等概念,把现实生活复杂的伦理关系一一指出来,这就是一种艰苦的分析工作。因此,很难说中国传统儒学人文理论不是分析的。如果作者的意思指的是西方人文主义比较突出人的个体性,这当然很有意义,但这指向的是这种人文主义的理论倾向,是从内容上来讨论问题,我们要抓住西方人文主义的这个理论倾向,就没有必要在表达上过于模糊。

同时,我们也不能认为中国传统儒学的人文主义是人情化人文主义,这也是不严格的学术思维的话语。人文主义本身是一种学说或理论,它是对中国传统儒学文化性质作出的思维现象,说一种理论或学说是人情化的或情感化的,这不符合人类思维的规律,因为抽象的理论思维不可能是人情化或情感化的。如果说该学者的意思指的是中国传统儒学人文主义非常重视现实生活中

^① 参见任剑涛:《道德理想主义与伦理中心主义——儒家伦理及其现代处境》,东方出版社2003年版,第151页。

的人性化的因素,那么这反映的是一种理论的学术倾向,我们有必要从学理上对传统儒学作更好的理论抽象。

(二) 传统儒学对法治文化意义的立论

法治作为一个时代命题是具有普适性的,但它在一个国家的发生又具有其地方性,包含于它的是文化。一国的法治是在文化流动中形成、发展的。我们要考虑传统儒学对法治的价值,其立论的根据在于必须承认有一种文化力的存在^①。在日常生活中人们常常低估文化的意义或作用,把文化当作纯粹的法律生活的点缀品,轻描淡写地加以颂扬或评论,而在强调法律建设必要性时就简单地把法律规则、法律实施的实体物看作“刚性”的存在,没有看到这些法律规则或法律实施的实体物都是人们根据伦理、价值等观念构造的,实际上是在反映一种文化力。所谓“文化力”,就是要指出文化在社会生活中从来不是一种消极被动、可有可无的存在品,它对经济、政治和人们的日常生活等,无形地在进行一种设计。文化传统越是悠久,这种设计就越是完备。在这种设计中,人们不但建立起独特的精神世界,而且往往建立起彼此相互认同的规则原理。由于文化力的这种作用,它释放出特殊的文化信号,调动起人的潜力,影响人的态度与情绪、民族的凝聚力与向心力等^②。文化力的作用告诉我们,我们不可能在历史虚无主义的背景下就一国的法治进行建设,这个建设的过程必然与传统及现代文化有着千丝万缕的联系。由于无形的文化力的设计作用不以人的意志为转移,总是客观地发生影响,形成一种既定力量,如果我们对传统及现代文化不能采取一种正确的选择态度,国家的法治建设就会偏离本国现实发展的客观要求,不能满足时代的发展需要^③。

法律的文化人格^④的作用,使我们在进行现代法治建设时,要正确对待传

① 此处所说的“文化”是从狭义上使用的,指一定社会的意识形态以及与之相适应的制度和组织结构。而“文化力”,是一定社会所表现的对社会发展的精神动力。

② 参见李瑜青:《论法律的文化人格作用——兼论中国信访制度的历史命运》,载李瑜青主编:《上海大学法学评论——法律文化专题研究》,上海大学出版社2004年版,第3页。

③ 参见李瑜青:《论法律的文化人格作用——兼论中国信访制度的历史命运》,载李瑜青主编:《上海大学法学评论——法律文化专题研究》,上海大学出版社2004年版,第5页。

④ “人格”一词在伦理学上指个人的尊严、价值和气质的总和,心理学上指人的性格、气质、能力等个性特征的总和,法律上指作为权利和义务主体的资格。笔者在这里则用于强调一定国家和社会的法律不是孤立的,它与其他诸如政治、经济、道德、哲学等文化因素相互影响、相互交融地存在着,同时,法律对其他文化因素所给予的影响又是以自身独特的方式进行吸收表现的,具有自身独特的品性和风格。

统文化。这也就提出了一国法律制度的个性问题。历史的经验是值得重视的。法治建设如果忽略了民族文化的内在因素的作用,采取简单的“拿来主义”,它的一个直接后果,便是造成整个社会文化系统的紊乱,社会系统中各文化力作用的相互抵消^①。但学者们在注意这个问题时,一般都从西方法治史中寻求解释,强调西方文化传统、价值观念与法治的一致性如何推动了法治的发展。有学者指出,欧洲国家步入法治化是以其社会自身的深厚的伦理、价值观念作为基础的^②。这种分析从法治的建设对法治文化依赖的角度是很有意义的。当然,要说明这个问题,首先要强调罗马法复兴这段时期的意义。从时间上说这大约在12—16世纪,当时欧洲不少国家和自治城市先后不同程度地出现了市场经济的萌芽并有了一定规模的发展,市场经济这一新的经济形式的兴起,开始引起人们对新的经济秩序、规则的思考。研究罗马法,并将其基本原则和概念适用于法律实践的学术活动也就逐渐展开。也正在这时,查士丁尼《国法大全》的重新发现,促进了罗马法复兴运动的发展。在这个过程中,形成了注释法学派、评论法学派、人文法学派等学派。注释法学派强调对《国法大全》原文的甄别和整理;评论法学派则主张对《国法大全》的法理阐释和实际运用的结合,从罗马法理学中去发现适合新时期需要的规则;人文法学派将人文主义思想贯彻于法学研究中,把法律研究和人的价值的研究相结合。当时文艺复兴产生的人文主义运动、宗教改革运动等所主张的伦理、价值思想为法治思想的建构提供了重要的资源,如:由罗马法私法体系所明确规定的个人的权利和义务系统;人文主义运动主张的个体自由、人格尊严、世俗生活的价值等伦理学说;宗教改革提出的人人在上帝面前的平等,禁欲、勤俭,为上帝尽责的宗教意识;等等。

但在涉及中国法治的发展与中国传统文化尤其是传统儒学文化的关系时,学界谈得更多的是中国传统文化尤其是传统儒学文化反法治的因素,把两者简单地加以对立。如有学者认为,中国传统社会是建立在以宗法血缘为纽带的家庭关系之上的,“国”只是家的放大,“家”不过是国的缩小,国与家的关系、君与臣的关系是家庭关系、父子关系的延伸,人们习惯于在温情脉脉的伦理道德纱幕中生活,人与人之间的社会关系完全情感化、伦理化与道德化。这

① 参见李瑜青:《论法律的文化人格作用——兼论中国信访制度的历史命运》,载李瑜青主编:《上海大学法学评论——法律文化专题研究》,上海大学出版社2004年版,第5页。

② 参见蒋先福:《法治的文化伦理基础及其构建》,载《法律科学》1997年第6期。

种社会心理沉淀的结果,使人们陶然于伦理亲情,钟情于对现实人际关系的把握,并从中获得心理上的满足。同时在传统法文化中“法即刑”的观念深入人心,《唐律疏义》释:“律之以法,文虽有殊,其义一也。”《尔雅·释诂》云:“刑,法也。”汉郑昌曰:“立法明刑者,非以为治,救寰乱之起也。”(《汉书·刑法志》)明顾炎武言:“法制禁令,王者之所不废,而非所以为治也。”(《日志录·法制》)宋苏东坡诗云:“读书万卷不读律”。这种“法即刑”的法律文化造就了民众在内心情感上自发地排斥法律,这种心灵上的厌恶与排斥无法形成公众对法律信仰的原发的动力。如此一个传统文化资料,对我们今天的法治建设还有没有意义?

中国的文化历史真的缺乏法治所需要的伦理、价值因素?其实历史留给我们的东西是复杂的,固然中国在过去的发展中与西方的发展所表现的文化模式有很大的差异,而传统儒学的文化在道德文化和伦理文化上表现得特别发达,但从我们今天法治建设的角度来看,它所存在的问题是把某种道德和伦理的因素的作用绝对化或夸大化,但这些道德和伦理的文化因素与法治的文化因素并不是截然对立的。我们看到40年来的改革开放,中国从封闭走向开放,中西方经济、文化交流日益频繁。但是由于中西方在经济上存在着较大的落差,使一些人提出全盘西化的观点,对自己民族的文化缺乏起码的自信心。这种观点在法学研究中也时有表现,如果影响到当代中国法治建设,将会产生很大的消极后果。其实持有这种文化观的人在认识论上有一种误解,即把时代性和民族性这两种因素混淆了^①。就西方现代文化而言,也是现代化了的具有西方传统的文化,其中蕴含着具有永恒性与人类性的成分,可供其他民族发掘采用,也有合乎时代的成分供别人参照吸取,但不等于说可以无条件地适用于其他现代化的民族和国家,因为它还有独特的民族性的一面^②。因此,英国著名史学家汤因比曾这样说:一种文明系统中不会有致害甚至会致富的因子,一旦跳离这一文明框架的制约而参与到另一个文明系统中,就有可能对这一文明系统产生致命的危害,因为这一文明中没有制约它的相对的机制,因而“一个人的佳肴,完全可能成为另一个人的毒药”^③。

① 参见李瑜青:《论法律的文化人格作用——兼论中国信访制度的历史命运》,载李瑜青主编:《上海大学法学评论——法律文化专题研究》,上海大学出版社2004年版,第5页。

② 参见岳介先主编:《世纪的交融与选择——现代西方人本主义价值观人生观与我国当代青年》,安徽大学出版社1997年版,第296页。

③ 参见岳介先主编:《世纪的交融与选择——现代西方人本主义价值观人生观与我国当代青年》,安徽大学出版社1997年版,第297页。

当然,我们应当承认,中国真正意义上的法治建设是在经历了“文化大革命”的动乱之后,在总结历史经验的基础上进行的一项创新实践活动。正如有许多学者在反思当代中国的发展时所提出的,如果没有20世纪70年代末80年代初的思想解放运动,没有对“文化大革命”极左路线的否定,没有人们对社会主义文化和伦理的基础精神的重新思考和解释,没有对西方发展道路的重新评价,就不可能有当代中国法治建设的实践问题^①。这可以看作中国人正在进行的继五四新文化运动之后新一轮的文化反思,它涉及政治上的不断完善社会主义民主的任务,经济上的建立和完善社会主义市场经济秩序的目标以及对过去实行的高度集权的经济政治体制的否定,而形成对建立和完善社会主义法治的高度重视。与此相联系,在哲学和以它为集中表现的精神文化领域内,出现了对实践是检验真理的标准这一马克思主义基本原理的重新推崇,对认识领域和历史哲学中的主体性理论的强调,这些都为中国法治建设的兴起和发展做了奠基性工作。我们面临的一个重要任务是如何使中国的法治建设与中国传统文化相结合,走出有中国特色的法治之路。正是在以上问题的基础上,我们有必要思考中国传统儒学与法治文化的结合问题。

(三) 传统儒学对法治文化价值的具体体现

不同国家由于文化传统的不同,使得法治文化的构造存在差异。笔者研究发现,以权利保障为入手点是西方法治文化的特点。西方法治的思想由人文主义思想所伴随,但其发展的表达基本上是围绕权利保障展开的^②。而传统儒学人文学说在治国原理上更关注的是人的主体至善,中国的法治文化建设自然应把人的主体至善作为重要内容。

提出这个观点,并不是赞成学界流行的看法,认为传统儒学在治国主张上是反法治的。其实历史上儒学一直十分重视治道,法治可以说是治道的重要内容。在分析法治与传统儒学人文文化关系时,笔者赞成有的学者的观点,应尝试从法治要素的角度去讨论问题^③。所谓要素即构成事物的必要因素,但对法治的要素学界有不同的看法。依照亚里士多德的观点,其有两个方面,即成立的法律得到普遍的服从,而大家所服从的法律应该本身是制定得良好的法

① 参见蒋先福:《法治的文化伦理基础及其构建》,载《法律科学》1997年第6期。

② 参见李瑜青:《传统儒学与法治理论关联性的特点》,载《学术研究》2010年第1期。

③ 笔者注意到这个观点在国内是夏勇先生较早提出并做了一定分析的。