

法律移植的困境*

——现代性、全球化与中国语境

马剑银

摘要:法治、现代化与民族复兴成为了中国社会建构的理想蓝图,通过法律移植的立法过程也逐渐暴露出其内在的各种张力与困境,主要体现在事实与规则、建构与自生、生活世界与价值世界、地方主义与普适主义等范畴的紧张关系之中。在加入了全球化这一变量之后,这些张力与困境表现出更为复杂的面向,只有通过内部与外部两种不同的认同——伦理-政治认同与道德-权利认同,才有可能缓和甚至消除法律移植所带来的各种困境。

关键词:法律移植;困境;现代性;全球化;中国语境

弃我去者,昨日之日不可留。

乱我心者,今日之日多烦忧。

——李白《宣州谢朓楼饯别校书叔云》

导 言

近代以降,中国社会与法律制度遭遇“数千年未遇之大变局”(李鸿章语),迈入了湍急的“历史三峡”(唐德刚语),这个“历史三峡”实际上是中国被甩入始于西方并被西方所主导的全球性现代化进程,或者说是一个“现代世界体系”^[1]的形成过程。从一个社会的秩序重构、规则重建和行为重塑的意义上来说,这也是一个持续不断进行法律移植的过程。自清末立宪修律开始,历经北洋政府、南京国民政府以及 1949 年之后的中国共产党政府,所进行的以法律变革为导向的制度变革,都是一种“法律移植”。^①在这一过程中,如何走出“历史三峡”,使得中国社会与中国法律制度成功转型,成为“现代化”的“法治”强国,实现“中华民族的伟大复兴”成为了中国历史发展与社会变迁的“剧情主线”(story line,柯文语),也就是“中国语境”。^②随着中国社会转型与全球性社会变迁的逐步展开,所谓的“中国语境”也变

作者简介:马剑银,清华大学法学院法理学博士生,中南财经政法大学法律文化研究院兼任副研究员。

* 本文成文过程一如既往得到业师高鸿钧教授的关心、支持与精心指点,他通读了全文并提出了宝贵的修改意见;本文还得到华东政法大学国际法律与比较法研究中心重点课题“全球化背景下的法律移植”(批准号:07GBZ1)的资助,在此一并表示感谢。

① 甚至,清末修律之前的戊戌变法与洋务运动,也涉及到了制度的变革,但学界通说清末修律为中国法律现代化之始,本文从此通说。

② “现代化”、“法治”与“民族复兴”,构成了近代以降的“中国语境”,详见马剑银:《法律移植与法律认同——中国语境的法律现代性困境》,清华大学硕士论文,2005年,第2章。

得越来越复杂:在现代世界体系形成并不断发展的大背景之下,一方面要进行现代化、法治化、民主化的社会-文化-法律转型,构建新的政治-经济-法律共同体,以“民族国家”的形态,谋求与西方诸国在国际舞台上的平等话语权,找寻一种普适性与确定性的安心;另一方面,文化多元主义与后现代话语又使得对这种现代化的普适性和确定性产生怀疑和犹豫,再加上不断升级的民族主义与广泛展开的全球化运动之间的逡巡,形成了某种意义上的时空交错局面。而在这种背景之下,法律移植现象也表现出前所未有的复杂。本文就是观照这种复杂的背景,分析中国语境的法律移植所面临的各种困境,以期对当下中国正在进行的社会变迁和文化-制度转型的走向能有更为清醒的认识和明晰的理路。

一、法律移植的过程

作为观察、描述与指称人类法律文明演进史上的法律迁移 (legal transfer) 现象——即一个民族/国家/地区的法律迁移到另一个民族/国家/地区的现象的一个术语,“法律移植”(legal transplant/transplantation) 有其自身特有的解释力与优势^[2];而作为一种隐喻,自沃森 (Alan Watson) 对其进行详细阐释之后,也引起了法律史学界与法律社会学界的极大争论,其他各种隐喻和术语相继诞生,例如“法律刺激”(irritant)、“法律重置”(transposition)、“法律适应”(adaptation/adaptation) 等^[3]。笔者在本文中对这一术语作为隐喻的面向做必要之忽略,仅借此来指代某一现象:即因晚清以降中国立法借鉴大量西方法律文本而导致的西方法向中国的大规模迁移现象。在本文的语境中,“移植”、“继受”、“引进”、“嫁接”诸如此类的术语实际上可以互换。

晚清以降的中国历届政府(包括1949年之后的大陆与台湾),在回应西方对中国社会的冲击,从而重构统治正当性、重建社会秩序以及重塑行为模式的历史使命时,无一例外,都采取了通过法律移植的法律创制(主要是立法)这一模式。也就是说,在中国语境之下,法律创制(立法)与法律移植成为一个硬币的两个方面密不可分,所以我们需要考察法律移植的一般过程。

所谓法律移植的过程,其实有多重内涵:

其一,就是指代近代以降中国社会变迁和文化-制度转型中所进行的以域外法律作为模板的法律现代化运动。这种含义上的法律移植过程实际上是一个长时段的历史过程,至今这个过程仍在继续。

其二,也就是本土产生法律生产的需求,而本土又没有原料可以生产法律,需要从域外进行引进,这种向国外寻求法律原料的过程就是一个法律移植的过程,这个过程终点(我指代的是一个循环的终点)是国家法律产品的“上市”——新的立法产生。在这个过程中,移植的对象是法律器物与法律文本(规则和制度),而不是法律秩序,也不是法律器物、规则和制度背后的理念和价值体系。也就是说,在这个所谓的法律移植的过程中,移植的只是一种知识论上的法律,或者说“书本之法”。

其三,就是指代法律移植过程第二种含义的逻辑顺延过程。这个过程说到底还是移植承受国的法律实践过程,也就是说如何将书本之法变成现实之法(生活之法)的过程,这个过程在本质上与移植承受国其他的法律生产并没有太大的区别,都可以涵括于“秩序是如何形成的”这一进程。但是既然法律产品之原料来自域外,于是就可能存在“秩序断裂”的现象,同时也就会产生一个域外的法律原料和本土的制度-文化背景的一个博弈过程,这个过程存在于移植体运作过程中各方当事人的博弈。这个过程会导致以下几种结果:像在母国那样运行,并且效果良好;与母国运行有差异,但是也效果良好;不能运行;运行效果不良。这四种结果其实也是一个评价移植效果的过程,这种评价是一种实证评价。并且这个过程并不是一步到位的过程,也有可能是一个长期反复博弈和不断适应的过程,一时的失败并不能得出不可法律移植的结论,一时的成功也有可能本身就隐含了危机,这是一个极富语境性且十分复杂的过程。

本文所要着力探讨的是法律移植的第三种含义,对于前两种含义同样会有不同程度的涉及和观照。

当然在进行法律移植的困境论述之前,我们还需要厘清这么几个小问题。

第一,在法律移植过程中,立法者对制度文本的提供上体现了政治精英和法律精英的共谋。如何描述制度文本母国的制度实践面向是这种共谋的实际体现,当然这种共谋是以“先进”、“社会发展趋势”、“发达”等话语而引起民众的注意,并且用诸如“正义”、“人道主义”、“自由”等价值概念所构筑的理想蓝图来为制度变革的正当性进行阐释与辩解,但是这种阐释与辩解往往带有理想主义的色彩,或者说故意渲染移植体母国的政治经济优势与所施行法律制度之间的密切关联,从而使之作为本国“未来现实”的模型,用以以为自己将要实行的制度变革寻找正当性基础。这也是笔者为何要区分法律移植第二种与第三种含义的原因之一。

第二,法律移植的过程说到底是一个法律实践过程,这个过程的两端就是书本之法和现实之法,同时这个过程体现着制度文本向制度运作的转化。但是立法者往往强调法律移植作为变法图强的政治策略,将之提升为一种意识形态或者政治口号,从而来争取民众对这种政治运作方式的认同,但同时往往故意淡化移植过程中的规则博弈和制度断裂,淡化由于规则博弈和制度断裂而导致的民众的价值迷失和利益冲突;或者将这些现象与法律移植分开,并将之表述为“秩序的形成需要时间”。

第三,同样需要注意的是在法律移植过程中对“法律”的理解,近代以降,越来越多的法律生产通过立法的方式进行,而这种制定法通过规则导引社会生活事实也同现代纷繁复杂的社会相适应,但是,制定法的繁荣并不意味着制定法与法律简单等同,成文法所表述的规则与社会生活中的规则并不重合,这就是规范性秩序趋于分化的主要表现,这在作为法律移植承受国的后发现代化国家中尤为突出。但是所移植的域外法律文本,作为立法之原料,以成文法的形式进行表述,作为导引社会生活事实“符合”立法文本的理想范式,这同样面临着规则重合的需要,也就是说怎么使得这种制定法成为秩序本身。这个问题也正是本文所着重探讨的。

第四,近代以降中国进行法律移植的目的之一是法治社会的构建,这个源于西方话语的法治已然成为当下中国语境的一部分,那么法治到底是不是能够契合中国社会变迁和文化-制度转型的历史主线,这并不是一个道德哲学或者逻辑分析的过程,而是需要对法律移植进行考察,包括对移植体本身的逻辑自恰和理性分析,对作为移植体的法律制度和规则在母国的起源、形成和实际运作过程的考察,在地方性知识的语境之下对移植体内涵的价值体系的考察,以及对现代法治秩序取代传统中国的秩序进行社会学和历史学(而非伦理学或逻辑学)视域的考察。

总而言之,作为现代中国进行统治和秩序的正当性重构手段的法律移植,体现了如何进行现代化、如何构建法治社会、如何实现民族复兴这三维中国语境的需要。同样,这种经由规则对事实进行人为切割的不得不然,实际上同样也体现了政治精英、法律精英的一种无奈,因为毕竟以法律移植为代表的现当代中国立法,实际上很大程度上是“无中生有”的创造过程,这种创造实际上与法律自身的生成规律可能存在背离之处。即使中国社会表面上具备了现代工商社会的一些面向:例如以法律为主要纠纷解决机制、进行“数字化”管理、热闹的市场经济、诸种机构齐全的政治体制等,这些表象的背后也会出现暗涌的悖论,甚至,这些悖论已然构成了中国现代性的某些困境。

二、现代性与法律移植困境

“现代性”一词有多重内涵,而更多的人将之作为一种西方话语中“基督教-新教伦理-理性主义”的特殊文化源流,认为现代性是西方文明独具的观念^{[4](P.9)}。但是作为历史时间的现代性和作为问题意识的现代性又是不同的,前者带有乐观主义的色彩,认为整个现代西方社会的社会变迁与文化-制度转型,是现代性的结果,例如帕森斯和本迪克斯对韦伯理性化与除魅过程所进行的乐观主义解读;而后者却带有悲观主义的色彩,主要是因后现代话语对现代性的批判和反思而来的,认为现代性在西方的成

长衍生了难以弥合的分裂,同样的例子是卢卡奇和马尔库塞对韦伯的理性化与除魅过程进行的悲观主义解读^[5]。同时,现代性一词也体现了传统-现代二元话语的西方色彩,无论是梅因的身份与契约、滕尼斯的共同体与社会、涂尔干的机械聚合与有机聚合,还是韦伯的巫魅与理性、齐美尔的自然经济与货币经济、舍勒的休戚与共与自由竞争,都是这种二元话语的体现^[6]。这种现代性的主要特征是理性化,包括社会、文化与个人的理性化。^①当然,也有很多人用“多元的现代性”^[7]^②来解构这一西方话语,有人认为现代性虽然产生于“除魅”化的西方语境,“但是其所造成的影响,却是普适性的”^[8](P.2)。这些普适性的理念构成了现代性的出发点,但不是全部,各个民族、国家或文明的现代性面向可以而且应该不同,然而,起源于西方文明的现代性概念本身可以成为一个普适性的语词。

但是相对于西方社会,除了作为历史时间的现代性与作为问题意识的现代性两分之外,非西方社会的现代性还有其新的内涵:

首先,非西方社会现代性问题的应对,不仅要考虑一般意义上的现代性内涵,即一种既有的权威和秩序被打破,新的权威和秩序的正当性尚未真正建立的过渡阶段所体现出来的一些特性。而且还要考虑到,这些权威与秩序的解构与重构,社会冲突、矛盾、紧张、混乱等等问题的出现,到底是因为文明类型、文化多元之差异,还是因为历史发展阶段之差异。中西古今,两对范畴的交织,使得非西方社会的现代性问题更为复杂^[9]。

其次,除了权威与秩序的解构和重构这个一般意义上的现代性问题之外,非西方国家还更需要考虑社会内部的政治、经济与文化各部分发展的不平衡,以及考虑作为现代世界体系一部分的本国社会与其他国家社会之间的发展不平衡,尤其是全球化这一不归路越走越远,文化-制度的趋同与趋异现象双向加速,使得非西方社会的现代性问题比起西方的原生现代性问题更加棘手。

同样,晚清以降中国的社会变迁和文化-制度转型过程中,现代性也是同时作为一个历史时间概念和一个问题意识概念提出来的,但与西方原生性现代性话语的两种概念不同,中国的现代性话语的两种概念自产生之日起就交织在一起,自严复、康有为、梁启超一直到当下的第五代法学家,^③都在汉语生活世界与价值世界中讨论现代性话语。作为历史时间概念的中国现代性,构筑于现代化这一进程之上,现代化这一语境本身就是带有乐观主义色彩的,其对未来充满信心。但是这种乐观主义却忽视了文化多元或中西问题而造成的差异性。我们在考察一百多年来的现代化过程时,无处不见西方话语的绝对优势,其中最极端的就是全盘西化的理论,而这种建构于西方话语基础之上的现代化乐观主义实际上是作为问题意识概念的中国现代性登上历史舞台的前提。人们不无担忧,按照西方话语基础之上的现代化进程,是否会必然导致中国的现代化、法治秩序的构建和民族复兴?传统中国的权威和秩序的正当性重构需要借用外来资源的时候,这种重构应该怎样进行?“一切坚固的东西都烟消云散了”^[10],怎么使得人们去找寻未来生活的方向和确定性?而西方的后现代话语的出现,又使得中国面临着这样一种时间的丛集和时代的错位:前现代的、现代的与后现代所面临的问题被压缩到当下中国这样一个空间之中,为此不得不通过自上而下的强力去人为地推动社会变迁和文化-制度转型。这种事实与规则、法制与法意、经验世界与超验世界、生活世界与价值世界以及现代性与后现代性之间的多重张力与困境,构成了问题意识概念的中国现代性。而法律移植问题就是这种中国现代性所面临的困境的集中体现。

① J Habermas *The Theory of Communicative Action* (Vol 1): Reason and the Rationalization of Society trans. T. McCarthy. Boston MA: Beacon Press 1984. p. 158-165.

② 笔者在本文中仅仅是借用吴冠军一书“多元的现代性”的概念,而非其所讲述的内涵,因为其对多元现代性的内涵的论述笔者并不是完全赞同。

③ 五代法学家的界分,借用于许章润教授,他将中国法学步入近代(清末立宪修律)以降前赴后继的法学家分为五代,而第五代法学家主要指代文革之后恢复高考入读法律院系并成为当下法学研究和法律教育核心力量和中国法律职业共同体之主干的法律人。参阅许章润:《书生事业 无限江山——关于近世中国五代法学家及其志业的一个学术史研究》,载氏著:《法学家的智慧——关于法律的知识品格与人文类型》,清华大学出版社,2005年版,第3-45页。

法律移植从表面上来看是一种规则和制度以及该规则和制度所协调和导引社会生活事实的“移民”，但实际上，无论立法者如何美化被移植的法律以及该法律在母国的法律秩序，实际上他（们）想表达的不是他（们）发现了这种法律能够适应当下的社会生活事实，而是其自身想制定这种法律（规则和制度），从而使得其脑海中所构想的秩序蓝图得以实现。但是，一种坚固的传统断裂之后，这种蓝图先行圈割社会生活事实的做法是否能够重构社会秩序与重建统治之正当性，就成为了一个问题。

西方现代性的兴起是对传统宗教价值体系的背叛，但是其困境在于在“上帝死了”之后，用理性去取代上帝的位置，从而继续构建一个先验的终极概念，这种先验的终极概念的幻象被包括多元主义在内的后现代主义所诟病。与这个过程具有逻辑上相关联系的就是非西方文明对西方文化的抵制以及和谐共存的愿望。通往现代化天堂“并不只有一条路”的理念大行其道，同样，中国作为一种历史悠久文明的中心地区，自然也会有这种类似的愿望：既要打破西方文明一统世界的梦魇，同时争取各个文明之间平等的对话权。因而，当下的法律移植已然不同于现代化过程早期的法律移植，被移植的法律首先必须经过本土的筛选，当然这种本土的筛选不同于本土化，后者体现于法律移植过程的第三层含义之中，而这里所指的经过本土的筛选是指移植体承受国对所移植的制度文本有了更为充分的自主选择权。

尽管如此，法律移植本身并没有脱离中国现代化早期所存在的，或者是任何共同体或文明利用外部资源进行规则和制度变革时所存在的那种困境。虽然这种困境在进行了一百多年的法律移植之后的中国可能会稍微有所改善，但是总体的困境仍然没有消失，在某些领域由于新传统的确立^①而表现得更加尖锐了。

当然站在 21 世纪的高地去回眸 19-20 世纪的社会变迁和文化-制度转型过程，似乎显得有点从容，但是这种从容只是暂时的，或者说仅仅是一种表象。在事实与规则、法制与法意、生活世界与价值世界、经验世界与超验世界以及现代性与后现代性这五对张力的纠缠之中，伴随着全球化运动的不断延伸，仿佛黑洞一般，当下的时空被紧缩了，承受了太多，从而构成了“异质时间的同时性”（*Gleichzeitigkeit der Ungleichzeitigen* / *contemporaneity of noncontemporaneous*）^②或“时间的丛集和时代的错位”^{[11] (P. 1-30)}。这种“复调”合唱与多重演奏的场景之下，以法律移植为表征进行法律制度的变革，进而为社会变迁和文化-制度转型提供出路的解释进路也越发显得艰难。反而经过了百年之后，中国社会已然成为一种“多元”的社会，在这个社会中包涵着多种文化因素，但是却比较杂乱，甚至有人宣称现代化共识已经破裂^[12]。可以说现在以及将来很长一段时间里，以法律移植为表征的社会变迁和文化-制度转型的进路，仍然不得不面对多种的冲突、悖论、困境或者“不得不然”。^③ 以下各部分笔者将列举法律移植背景之下中国法律现代性的五大困境。^④

① 这里指代文革之前中共政府对苏联模式的简单照搬，从而在之后的几十年中所积淀的传统，这个传统有别于前现代中国的大传统。因此，实际上在当下中国说“传统”和晚清时期说“传统”已经有了微妙的区别。

② R. Koselleck *Futures Past: On the Semantics of Historical Time*, trans. Keith Tribe, Cambridge, Mass: MIT Press, 1985.

③ 苏力曾提出现代化视野中的中国法治所面临的五种悖论：变法与法治、法律与立法、国家与社会、理想与国情、普适性与地方性；高鸿钧也提出作为中国法律现代化模板的现代法治存在着五种困境或者内在冲突：封闭与开放、内信与外迫、确定与无常、普适与特惠、规则与事实；许章润亦认为中国百年法律生活法意阑珊，有四种困境但不得不然：规则委屈事实、舍本土而求移植、既有合法性与欲有合法性的两败俱伤、现代性和后现代性的同时纠缠；梁治平也意识到中国法律现代化进程中传统与现代性的冲突以及国家与法律的悖论，并追问移植的法治的正当性。这四位学术背景、知识结构、研究趣向和行文风格迥然不同的同代法学家从各自不同的视角来审视和反思中国的法律现代化进程，竟然不约而同地得出了类似的结论，这是中国当代法学学术史的一个亮点，体现着这一代法学家所共有的学术敏锐、法律智慧和社会担当。相关论述请参阅苏力：《现代化视野中的中国法治》，载氏著：《道路通向城市——转型中国的法治》法律出版社 2004 年版；高鸿钧：《现代法治的出路》清华大学出版社 2003 年版；许章润：“法律：民族精神与现代性”，载《清华法治论衡》（第 2 辑），清华大学出版社 2002 年版；梁治平：“法治：社会转型时期的制度建构”，载氏著：《在边缘处思考》法律出版社 2003 年版。

④ 当然，这五大困境仅仅是不完全归纳，其他人也有可能从别的视角举出另外的困境。

三、本土社会事实与外来法律文本的 9 轱

谈及法律移植,最先遇到,也许是最易被人意识到的困境就是外来法律文本和本土社会生活事实之间所构成的紧张关系。这个困境一直在法律移植的研究文献中出现,法律移植是否可行这样的论争也是从讨论这样一个困境作为起点的。虽然法律移植的支持者列举历史上存在种种法律移植“成功”之先例,以此来证明“法律规则通常不是专门为……特定的社会设计的”,^①但是他们仍然不能解释论争的另外一方(或许要追溯到孟德斯鸠)所提出的法律背后的“法的精神”与法律文本之间天然紧密的联系。^②认为“如果一个国家的法律竟能适合于另外一个国家的话,那只是非常凑巧的事”^{[13](P.6)}。笔者没有兴趣继续或者重复这种论争,更无意去用历史主义的进路讨论法律移植的可能性和可行性。法律移植,无论人们喜欢与否,它已然成为了中国立法的组成部分,成为我们必须面对并且需要正视的一个现实。所以笔者所关心的,是移植体脱离了母国的语境而成为规则和制度的文本而当作移植承受国的立法资源时,如何重新赋予其生命力。而移植体是否能够完成这种重生就是这个困境产生的核心原因之所在。笔者并不想直接用生物学或者医学上的移植隐喻来分析法律作为移植体和社会生活语境之间的关系,而是想从法律规则本身入手来分析这个困境之所以产生的原因。

在一个自然生长的社会秩序形成过程中,法律是一种规则,并由规则集合成一项制度,进而再由制度建构成一个秩序的规则、制度与秩序三位一体的系统,并在这个系统中逐渐产生出与此相关的价值体系与意义体系,也就是所谓的法律文化。

作为秩序与文化的法律,由诸文明或共同体的社会生活事实所提炼而成,继而协调、引导和保持社会生活事实,从而构成了事实与规则之间的互动链条,其本身是诸文明或共同体的生存、生计和生活方式的一部分。法律所关涉的首先是布衣百姓的日常洒扫应对和衣食住行以及人与人之间交涉往来的种种牵连。所以法律后于社会生活事实而出现,同时又作为新的社会生活事实的接引器,在时间的推移过程中,勾连社会生活事实之间使得共同体能够形成平缓前行的社会变迁和文明演进模式,用马克思的话来说,法律建立在社会生活事实的基础之上,“只要现状的基础即作为现状的基础的关系的不断再生产,随着时间的推移取得了有规则的和有秩序的形式,这种将现状神圣化的情况就发生。”^{[14](P.894)}这里的“现状”和“关系”就是指社会生活事实,而这里的“规则”和“有秩序的形式”中就包涵着法律。

但是这种平缓前行的社会变迁和文明演进模式很大程度上是一种理想主义的蓝图,或者用韦伯的话就是“理想类型”(ideal type),真实世界中的社会变迁和文明演进往往充满着动荡和变革,例如战争、革命、天灾,都有可能打乱、解构甚至颠覆现有的常规秩序,也就是改变社会生活事实。这种变化了的社会生活事实必然需要进行规则和制度的同步变化才可能重新保持一个有序的状态,达致事实与规则之间的均衡。但是在规则和制度“同步”变化之前,人们或者说治者(立法者)并不一定清楚社会生活事实由于偏离、脱离或者改变了原有的轨道的现实走向。那么这种规则和制度的变化必然首先会带有治者的偏好。这种带有偏好的规则和制度的变革就是变法,通过立法等形式来强制新的规则和制度的出现,去切割和规制社会生活事实进入新的规则和制度的框架内,从而强行构建新的秩序状态。

法律移植进入到这一过程中,其实就是立法改变社会生活事实的一种新的表现形式。那就是治者

① A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed. Athens and London: The University of Georgia Press, 1993, p. 96.

② 孟德斯鸠在其《论法的精神》中,论述了构成“法的精神”的各种关系:自然状态、气候、土地、生活方式;政制、居民宗教、性癖、财富、人口、贸易、风俗、习惯;法律渊源、立法者目的、基本秩序等;奥·卡恩-弗伦因德将之归纳为环境因素、文化因素和纯粹政治因素。参阅[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版(2002年印本),第7页;以及O. Kahn-Freund, “On Uses and Misuses of Comparative Law”, 37/1 *The Modern Law Review*, 1974, pp. 1~27.

心目中已然有一个成熟的未来社会生活事实的蓝图:即母国的秩序。但是母国的秩序是无法整体搬迁到本土的,所能搬迁的也只是由母国秩序中被归纳和提炼的规则及其制度的文本及其解读文本。这种外来法律文本进入本土秩序运作时,由于法律移植过程中规则(文本)与意义(价值)的两分^{[15](P.75-94)},很可能就会与本土社会生活事实产生9悖(也许在极少数情境中会很契合),这种9悖就是笔者所要讨论的法律移植的第一种困境。外来法律文本或者说这些文本所体现的逻辑自恰的规则和制度(不是现实中的规则和制度以及由规则与制度构成的法律秩序)和本土社会生活事实并无关联。这种无关联或许表现在文本的语词和本土文化无涉,或许也表现在文本所指称的母国的事物在本土不存在。例如有学者所称青藏高原藏族牧人的生活世界中不存在不动产^{[16](P.1-7)}。

这个困境发生的场景是中国法律现代化和民族复兴,而法律移植的蓝本是现代西方法治秩序。之所以称这个母体为现代西方法治秩序,因为其形成过程、价值取向和基本面向具有西方文明演进和社会变迁的独特个性^{[17](P.4-6)}。因此不同于其他共同体或文明法治秩序或者其他治道(秩序类型)。^①因此作为近代中国的敌人进而又不得不成为近代中国社会变迁和文化-制度转型榜样的西方诸国及其法治秩序,成为近代中国政治精英和法律精英规则和制度设计的参照物。这个参照物以解构传统中国内求式的礼治秩序(实际上已然分崩离析)而代之以新的外求式法治秩序以引导甚至规制中国社会生活事实的新的走向,以规则网罗事实,以外来之法律文本去导引本土之生活场景。但是新的本土生活场景又由于社会生活事实的连续性而紧紧依附于传统或者说旧有的本土生活场景:小农经济、乡土宗族社会、差序格局、熟人共同体、儒家文化共同体,治者需要通过全面的秩序破坏和秩序重建来重构其权威的正当性基础,而且有可能在这个秩序破坏和重建的过程中彻底丧失权威,晚清到民国政权的丧失均为此种因由。

当下的中国治者依然面临着这样的困境,在通过立法,而且是通过凭借外来法律文本资源的立法来进行这种结构性的整体社会变迁和法律转型的过程并且在这个过程中构建其统治正当性的基础,并且真正将现代化、法治和民族复兴从理想蓝图而实现为现实生活世界的一部分,必然需要重视如何解决这个困境。人们需要把握过去去预测未来,通过认知和记忆昨天而去期待和预知明天,这是社会生活事实连续性而演化的秩序状态的内在要求,而另外一个内在要求就是事实与规则之间的内在牵连。而这一切惟有在共识的基础之上才能形成,而共识的出现则有赖于法律认同^{[18](P.84-110)}。

四、自生秩序与立法秩序的悖论

从前一困境——即本土社会生活事实与外来法律文本之间的9悖——推而广之的一个困境就是自生秩序和立法秩序之间所构成的悖论或张力。这个悖论或张力并不仅仅局限于法律移植现象发生时,而广泛出现于治者用立法的手段去强行规制和切割社会生活事实之时,但是毋庸置疑的是,以法律移植作为立法的表现形式时,这种张力表现得尤其突出。实际上,这也就是“超前立法”的困境^[19]。用通过移植与本土社会生活无涉的法律规则而进行的立法、变法去催生新的社会生活事实与新的法律秩序状态。

在哈耶克的语境中,秩序是一种诸要素之间相互密切联系的均衡状态:“所谓‘秩序’,我们将一以贯之地意指这样一种事态,其间,无数形形色色的要素之间的相互关系极为紧密,以至我们可以从了解整体中某个时间部分或某个空间部分中领悟如何对其余部分做出正确预期,或者至少是领悟如何做出

^① 高鸿钧教授将法治秩序分为四种:民主型形式法治、民主型实质法治、非民主型形式法治、非民主型实质法治;同时将人类社会以往所存在的秩序类型(治道)分为四类:神治、人治、德治、法治。相关论述参阅高鸿钧:《现代法治的出路》清华大学出版社2003年版,第2章。

颇有希望被证明是正确的预期。”^{[20] (P.54)} 哈氏钟情于内部秩序 (kosmos 自生自发秩序或增长秩序), 而反对外部秩序 (tax is 人造秩序或建构秩序), 他认为前者是“自我生成的秩序”, 是进化的产物, 而后者却是某个或某些“具有思考能力的心智”通过“将一系列要素各置其位且指导或控制其运动的方式而确立起来的秩序”, 是“刻意的安排”^{[20] (P.54) [21] (P.497-544)}, 所以哈氏提出要区分法律和立法的概念, 将法律作为内生秩序而将立法作为外部秩序。与哈耶克话语较为相近的是以萨维尼为代表的历史法学派, 他认为法律和语言一样, “存在于民族意识之中”, 是世代相传的民族精神或民族意识的有机产物。在萨维尼的语境中, 法律和立法同样是有区分的, 他认为以立法形式制定全德民法典, 同法律的民族精神特性不符^{[22] [23]}。

同第一个困境相似, 自生秩序与立法秩序的困境同样也是从法律本身入手来分析。自生秩序是社会演进过程中秩序的自然生长模式, 是作为社会共同体主要治式的法律规则集合成法律制度进而与社会生活事实相结合而构建的秩序类型, 其体现的是社会变迁和文化 - 制度转型的平缓前行的过程, 所以说本文语境中的自生秩序是一个将生活事实逐渐逻辑化的自恰系统, 当然这个系统里面的规则不仅仅包括法律, 而且还有习惯、风俗、道德、宗教等, 这些社会规范虽然不构成法律规则和法律制度, 但却是自生秩序的有机组成部分。自生秩序最大的特征就是其内生性和自然演化性, 也就是说包括法律在内的所有社会规范, 都“凝结了有关特定社会的环境特征、人的自然禀赋和人与人之间的冲突及其解决的信息, 是人们在反复博弈后形成的日常生活所必须遵循的‘定式’”^{[24] (P.26)}。同时, 法律也未必一定需要形诸于文字, 甚至在立法出现以前, 就有许多自生自发秩序的承认和认可, 这本身是社会生活事实的提炼过程的一部分, 法律规则、制度以及法律价值意蕴的形成与变化往往来自于人与人之间相互合作, 是社会共同体内部的自恰化衍, 或者说是一种非蓄意的后果 (Unintended Consequence)^{[25] (P.1)}。而立法秩序则不然, “立法秩序”本身并非是现实中的秩序状态, 而是立法者或者治者的一种理想蓝本, 其是治者通过深思熟虑、反复论证之后形成的, 强行加诸社会生活事实之上, 用以规制、构建新的社会生活事实、创制某种所欲的秩序形态的模型。这种秩序状态仅仅是一种预期, 其所体现的理论内核是自笛卡儿以降的建构理性主义, 也就是说人的心智和理性能够人为拟制构建社会生活事实, 甚至“道德观念、宗教和法律、语言和书写、货币与市场——至少它们所具有的各种程度的完备形式——都被认为是某人经由刻意思考而建构出来的”。^① 这样就构成了自生秩序和立法秩序之间不可调和的紧张关系, 一方面自生秩序要求社会生活事实经由自然演化而提炼包括法律在内的社会规范, 法律的变革和转型要符合社会生活事实的变化, 也就是说社会变迁决定文化 - 制度转型, 包括法律转型; 但是另一方面, 政治精英和法律精英或者说治者却要求其理性构建的理想秩序状态以及相关逻辑自恰的法律规则和法律制度的文本来调整、切割和规制社会生活事实, 从而使得现实的社会生活事实符合其理想中的秩序状态, 比较典型的例证就是对传统“亲亲相隐”原则的废弃而取代之绝对的“窝藏罪”或“包庇罪”的刑事处罚。关于“亲亲相隐”的论争起源于清末修律时期“礼教派”与“法理派”的论争, 两派对于新刑律中是否保留“亲属相为容隐”等条, 进行了中国近现代史上第一次法律大辩论, 这就是对于中国社会生活事实看法之差异所导致。“亲属相为容隐”还是“亲属包庇定罪”, 固然是法律规则与制度导向之差异, 又何尝不是社会生活事实及其衍生的生活态度之差异呢? 何者为优, 本来就要看具体文化情境。从包庇罪立法的当代中国来看, 该规则至今未曾被普通老百姓所普遍接受, 就是明证。^②

中国近代以降的现代化过程, 实际上就是以国家强制力来加速改造社会生活事实的过程, 从而来实

① 哈耶克还认为这种建构理性主义最充分的表达就是由霍布斯阐发, 并由卢梭集大成的社会契约论。请参阅 [英] 弗里德里希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》(第 1 卷), 邓正来等译, 中国大百科全书出版社 2000 年版, 第 5~6 页。

② 2005 年“两会”期间, 更有人大代表提议, 修改刑法, 减轻近亲属包庇罪犯的处罚, 理由是刑法要关照社会伦理和人性能, 并且举出我国唐以后的法律一直是作此规定的。参见 http://www.cq.xinhuanet.com/subject/2005-03/10/content_3859011.htm (最后访问时间, 2007-8-21)。

现独立、富强和民族复兴,即立法秩序似乎是一种不得不然,但这种不得不然由于长期运作,成为了制度运作的常态,从而,立法秩序就确立了其话语上的正当性,实际上,现代国家的复杂程度,已然不可能光凭自发秩序就能够治理,立法秩序或多或少都具有了其必要的正当性,从而来引导社会生活事实的良性发展。但在后发现代化国家,由于立法秩序渗入了法律移植这个因素,使得自生秩序和立法秩序的张力更加突出:一方面,成文法大量制定和颁布,而绝大部分成文法都是西方法律文本的照搬或者是改头换面——在法律现代化的早期尤为如此,同时为了将这些不断增长的立法成为预期秩序和新的社会生活事实的催化剂,大量的财力、物力和人力所支持的执法机构也日渐庞大,国家权力随着立法成为型构社会的手段而变得非常强大;而另一方面由于国家的强力推行的立法以及立法秩序所包涵的规则和制度文本的“横空出世”,试图“无中生有”来创建新的社会生活事实,^①这却与社会秩序的自然演化产生了悖论,立法的实践和实现遭遇了障碍,立法背后的强制力又使得治者和布衣百姓之间产生了形形色色的矛盾,同时社会生活事实自身所提炼的规则被抵触、放弃甚至改变,人们在频繁的由立法主导的法律转型过程中,困惑于社会生活事实连续性的打断,无法以过去预知未来,因此出现了大量的“有法不依”的现象,导致出现了“法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了”^{[26](P.58)}的怪现象。不仅如此,这个困境还有循环之效果,破坏原有的秩序状态,但所欲构建的秩序状态却迟迟未能建立,法律规则和制度的文本的实际功能未能发挥,书本上的法无法转化成生活中的法。而掌握强有力的国家权力的治者自然会继续探索新的法律文本,以移植体母国社会变迁和法律转型的终点作为本土进行法律移植的起点,从而形成新的立法,用强力推行。由于新的立法无法或者没有时间等待对本土社会生活事实的实际掌握,匆匆制定,必然会重新陷入前述困境,导致恶性循环。

所以百年中国,多少冠以“中国”名称的法律规则和制度,实际与中国的社会生活事实以及中国的布衣百姓无涉。^②但是中国社会变迁和法律转型是在进行现代化、法治和民族复兴的语境之下进行的,而未来的趋向虽然不可以人为地去限定,但是却可以大体去根据现有的社会生活事实去衡量,毕竟人心是相通的,本土以外的秩序状态之所以成为一种秩序,必然有其符合人心人性的地方,治者要考量的不仅仅是自身对于秩序的构想和逻辑推演,同样要重视布衣百姓的社会生活事实,立法推进法治秩序在当代中国是不得不然,但是不得不然并不意味着知其不可为而为之,而是寻求治者、政治精英、法律精英和布衣百姓之间的认同,不仅仅是彼此之间的认同,而且还有被治者对规则本身的追求和认同。

五、正当性追求与移植实效的冲突

在现代中国语境中,通过法律移植所进行的立法还存在着这样一个困境,那就是自晚清以降,所有的治者都面临着重建秩序与权威正当性的任务。传统中国的秩序与权威的正当性建立在“天人合一”的基础之上,这种天人合一实际上就是以“天”的名义对社会生活事实进行导引和协调,“天”具有当然的正当性,所谓“人法地、地法天、天法道、道法自然”,^③天道就是自然,而自然在某种程度上就是正当性的代名词。而君主作为“天子”,成为了“天”的代言人,成为人世生活和人间秩序的守护者,实际上是代天统治,权威来自于天,秩序依天道而成,从而形成“天人合一”的治理模式。同时,在传统中国,天是有生命的人格神,虽然君主代天统治,但是天仍然会实行其最高统治者的功能,对在世生活和人间秩序

^① 许章润认为,“事实子虚乌有,而期求新制度新规则横空出世,犹譬没有高速公路,却希望凭空制订一纸高速公路规则并具有法的效力,实在是白日做梦。”参阅许章润:“法律:民族精神与 Modernity”,载《清华法治论衡》(第2辑),清华大学出版社2002年版,第10页。

^② 最典型的例子就是《中华人民共和国破产法(试行)》(1986)。许章润教授曾历数晚清、北洋、国民党政权以及1980年代的共产党政府制定破产法的情形,法律制定已久,但国人尚感陌生,利用其解决纠纷者寥寥无几。参阅许章润:“法律:民族精神与 Modernity”,载《清华法治论衡》(第2辑),清华大学出版社2002年版,第15页。

^③ 语出《老子·道经二十五》。

提供指南。所以有“国家将兴,必有祚祥;国家将亡,必有妖孽”^①以及“天下太平,符瑞所以来至者,以为王者承天统理,调和阴阳,阴阳和,万物序,休气充塞,故符瑞开臻,皆应德而至”。^②之说。而历代君主均需借天来型塑其统治秩序与政治权威的正当性,例如“替天行道”、“天命所归”,作为君主信物的传国玉玺也刻上了“受命于天,既受永昌”八个大字。甚至在进行统治秩序变革之时,亦会以“天”的名义来实施,例如陈胜、吴广以鬼神之名来证明其起义之正当性。^③而之后诸如刘邦斩白蛇、赵匡胤梦中神龙出窍等,都是利用“天”来印证其统治秩序与政治权威的正当性。然而自西方列强的坚船利炮打开清帝国之门,自清政府以降历代中国当政者都在为重建被西方列强的侵入而崩溃的正当性基础。随着“德先生”和“赛先生”的传入,“天”以及“天子”无法继续再成为正当性的来源,而新的正当性基础就是使得中国步入独立、富强和民族复兴的社会状态,无论是晚清政府、北洋政府、南京国民政府还是中国共产党政府,都曾经借用移植外国法律来作为新的秩序状态的催生剂。但是前三者的失败都是因为法律移植过程中无法为人们提供或者无法继续提供其移植的法律催生新的秩序状态的承诺,最主要的是其没有妥善处理追求正当性的重构和法律移植的实效之间的冲突。

近现代中国是一个社会生活事实急速变迁的社会,这种变迁状态使得无法采用自生自发的法律变革来进行规则与事实之间均衡互动的自然演进,所以不得已需要以规则先行去规制事实,并且此规则为舶来之品,本与本土无涉。历代治者利用移植的规则和制度文本来规制事实,创设新的秩序状态实际上也在为其统治与政治权威寻找新的正当性根基,但是,这个过程本身就是以打破其原有的正当性基础为代价的,本土的社会生活事实不是说放弃就放弃得了的,放逐旧的正当性基础去追求新的正当性根基,实际上并没有将外来的规则制度与本土的社会生活事实以及本土社会生活事实之上的人生意义和价值体系合为一体,实际上并不能确立新的正当性,甚至和正当性追求之努力背道而驰。在西方,上帝死了,而理性取代了上帝的位置,与理性密切相关的法律统治成为人心思定与秩序重构的正当性源泉。但中国文化中法律与宗教的关系并不如西方历史中两者关系如斯密切,并不能自然地以“法治秩序”来取代“天道秩序”,为中国人的人心与生活状态提供意义系统。这也是中国语境现代性困境的一个重要特征。

另外一点,治者所追求的正当性的根基就是所谓的西方法治秩序,而西方法治秩序对于西方诸国可能已然构成了当地的语境,但是对于中国而言,却仍然是纸面上的一种理想。而以法律移植为表现形式的立法来在这个正当性的追求过程中扮演着建构“理想社会”的角色,自晚清以降的历代政府都希冀以自身所掌握的强有力的国家权力去人为地有意识地有规划地去创造符合其文本蓝图的社会秩序模式,但在这个过程中并不去考虑如何从本土社会变迁过程中所变化的社会生活事实中提炼出法律规则和法律制度;他们关注作为蓝图的移植体母国的社会秩序的逻辑自恰以及“先进性”,但是却忽视了另外一个方面,如果将中国社会生活事实一股脑装入这样一个蓝图模子是否有真正的实效,以及如何衡量这种实效。以至中国社会在很多时候陷入了立法越多但秩序感越少的困境之中。

诚然,自晚清以降,面对着西方列强旁伺图谋和虎视眈眈,国家的要务之一就是国家的独立自主,例如废除列强在中国的关税、司法和其他特权,以保持国家主权完整,废除不平等条约以谋求与其他各国平等的话语权,这一切都需要治者首先带有深深的危机感和紧迫感,这种危机感和紧迫感使得治者没有时间去过多考量移植法律文本在本土的实际效果,或者说企图用手中掌握的强大权力去强制性地推行所移植的法律制度和法律规则,这种强力如果运用不当,则有可能会激起民众的激烈回应,历次革命的

① 语出《礼记·中庸》。《春秋左传·庄公三十二年》亦云:“国之将兴,明神降之,监其德也;将亡,神又降之,观其恶也。故有得神以兴,亦有以亡,虞、夏、商、周皆有之。”

② (汉)班固等:《白虎通义·封禅》。

③ (汉)司马迁:《史记·陈涉世家》中记载:陈胜、吴广喜,念鬼,曰:“此教我先威众耳。”乃丹书帛曰“陈胜王”,置人所罾鱼腹中。卒买鱼烹食,得鱼腹中书,固以怪之矣。又间令吴广之次所旁丛祠中,夜篝火,狐鸣呼曰“大楚兴,陈胜王”。

爆发都脱离不了这个困境逻辑。

当然,从 21 世纪初的当代中国去讨论革命,似乎话题扯得有点遥远,但是和平时代的中国仍然需要去考量社会秩序与政治权威的正当性根基。这种正当性更加现实地摆在政治精英和法律精英面前,那就是法治秩序构建、现代化(包括人民生活水平的提高)以及民族复兴三个理想蓝图的现实化。在这种背景之下,所谓注意法律移植的实效包含三层深意:

其一,在宣传移植体的时候,多进行民意调查,也就是多了解本土社会生活事实本身,了解本土社会生活事实变迁的连续性和趋向,而不再像以往那样企图用规则和制度文本去圈制、切割社会生活事实。

其二,在移植的法律文本实践化的时候,考量制度和规则运作的实际模型,考量制度和规则运作过程之中各方当事人对于规则和制度的博弈和沟通。

其三也是最重要的,就是注意规则和制度的经验性特征,那么需要考察建立在移植体母国的经验之上的移植法律文本怎么同本土人们的经验相沟通,而不是片面地进行所谓移风易俗、改造社会,因为本土的经验未必一定不如外来的经验,本土社会生活事实及其规则化制度化的非正式规则和制度未必一定不如以法律移植为表现形式的立法,而衡量的标准只有一个,不是是否符合治者脑海中那个理想化的蓝图,而是布衣百姓的感同身受和普通心智的情感体悟。否则就会出现例如刘涌案中所谓民众和法律专家之间的认知差异^[27]。

六、规则的地方性与秩序追求普适性的两难

接下来笔者所要分析的一个困境也许带有更大的“普适性”,这是中国法律现代性的一个困境,同样也是现代性本身的一个困境。“现代(modern)”作为一个概念,本身也带着其流变的过程,当然在本文的语境中,“modern”本身是一个 19 世纪之后的一个概念,也就是作为一个具有正面内涵的话语,“实际上等同于‘改善的’或‘令人满意的’或‘有效率的’”^{[28] (P. 308-309)}。而现代性就是以区别于中世纪以及中世纪以前的时代特征的一个现代社会的本质特征:以理性主义和科学主义哲学观为基础,以自由主义、功利主义和社会进化论为指南,追求工商社会化、城市化、市场化以及个人主义化的社会秩序状态,同时理性导向的人的心智被认为能够认知一切(所谓未知只是未曾知而非不可知),并以永恒追求单线的社会进化、事物的确定性以及普适的终极价值为目标。现代法治就是根据这个现代性的基础而构建起来的,其强调规则和制度的普适性、正义的普适性和人类价值的共通性。这种现代性统治了自 18 世纪启蒙运动以降整整两个世纪,直到 19 20 世纪后现代主义或者带有后现代主义倾向的哲学流派对现代性的批判,目标直逼这种建立在现代性基础之上的终极价值观,提出从理性世界回归生活世界、“回归事物本身”等口号,^①而后才有了反本质主义的出现^②和吉尔兹的地方性知识说。吉尔兹认为,“法律和民族志,一如航行术、园艺、政治和诗歌,都是具有地方性意义的技艺,因为它们的运作凭靠的乃是地方性的知识。”^{[29] (P. 222) [30] (P. 73)}

诸如法律是一种地方性知识之类的命题体现了法律和法治理论的典范转移,同时也是反思自古希腊历经古典自然法学派对法律普适性和正义的终极性追求的一种现代性反动,同时也和前文所述关于法律的内在特征相关。法律地方性和秩序追求普适性的两难,是确定性与不确定性、本质主义和反本质

① 前者由两大哲学思潮构成,马克思的实践唯物主义、狄尔泰和尼采的生命哲学;后者则由自胡塞尔、海德格尔到德里达一脉的“解构进路”,其他人物还有诸如德勒兹、福柯、利奥塔、罗蒂等,都对现代性的信条进行批判,认为人类业已进入或者即将进入非中心非先验非终极的后现代社会,理性、正义、进化不再是可以实现的理想目标,而是批判和超越本身。类似的论述可以参阅余碧平:《现代性的意义与局限》,上海三联书店 2000 年版;陈嘉明等:《现代性与后现代性》,人民出版社 2001 年版。

② 反本质主义最典型的代表是维特根斯坦,其前后期哲学思想的转变,或者说代表了 20 世纪哲学的语言学转向,同样一个概念就是从本质主义向反本质主义的典范转移。而后文所提的吉尔兹的地方性知识学,其实也是回应和支持了这一典范转移。

主义、终极价值和相对性价值、现代性和后现代性的互相纠缠的悖论中衍生出来的,这个两难困境为我们认识当代中国法治进程提供了更广阔的反思空间。

法律作为共同体社会生活事实的提炼而成的规则和制度,是带有语境化的社会生活方式和共同体的组织形式,这也是法律移植的反对者们最大的论证根据;自孟德斯鸠、萨维尼以降直至弗伦德、罗格朗以及塞德曼夫妇,都曾经表达类似的论断,这种对于法律普适性的反动也确实具有实例为证,但正如笔者一直所持的立场,无论有多少实例,总有相反的其他例子可以作为进行法律移植的支撑论据,这种用实例或者历史化的进路同样也是近年来对法律移植的研究进路所反对的范式。^①诚然,我们从法律的内在特征出发可能会持有和反对法律移植的学者们相似的立场,但是这不足以抛弃法律移植这样一种法律发展和转型的模式。因为法律作为社会生活事实的规则化和制度化,其目标不是规则和制度本身,而是为社会生活事实追求一种确定性和可预测性,也就是追求一种秩序感,这种秩序感的追求对任何文明都是适用的,或者说这本身就是社会生活事实的内在特征(如果说我们对人性使然这类的话语保留着几分谨慎态度的话),那么了解和分析其他共同体或者文明追求秩序感的经验和教训作为对本土秩序构建的一种参照,同样也是具有逻辑上的可行性的。当然这种逻辑上的可行性不能视为当然的可行性。也许这也正是这个困境之所以称为两难困境的原因所在。

后现代主义对普适主义、理性主义甚至客观主义的否定也许在文学艺术方面更容易得到共鸣,但是在涉及法律这种直接和秩序感相关的命题时,却不得不需要采取更加谨慎的态度。中国处于社会大变迁的急遽变局中已然有百余年,此间由于原有礼治秩序的崩溃导致了人们对秩序感需求的增强。但同时现代西方的秩序移入中国进行“现代化”和“法治化”所导致的理性主义的“恶魔”阉割社会生活事实的“秩序追求”,也促使了威权主义的进一步加强。因为要追求新的秩序感,所以要对社会生活事实的变迁路径进行理性的设计和规制,但是这种理性的设计和规制本身应该配有多元的政治体制和独立的人格,才能保证有充分的沟通和博弈,然而在身处大变局中的中国,这样的配套条件本身又仅仅是一种理想目标而非现实的前提。所以在中国语境下空谈反理性构建、反法律普适性和政府主导建构秩序或者自上而下的法治建设同样需要谨慎对待。否则在当下的中国谈法律的地方性这种后现代主义,无疑是同中国语境的现实化背道而驰。

当然,也许现实并没有如笔者所分析的那样悲观,中国现实中对法律地方性的强调不是太多而是太少,绝大多数的政治精英和法律精英仍孜孜不倦地表达着其普适主义的立场,希望中国能够实现西方意义的法治秩序,并以欧陆和英美的法律文本作为构建法治秩序的模板,例如当下关于民法典制定呼声甚嚣尘上的种种论争中,讨论更多的不是如何制定“中国的”民法典,而是“用什么模式”来制定中国民法典。所以并不存在有的学者所担心的那种情形,中国社会已经确立的关于改革开放的现代化共识终于破裂^[31],使中国法治的构建走上“地方风味小吃”的进路,从而“家家户户都关门自闭在各自特有的话语空间里”,后现代主义和“多元文化主义的壁垒遮断了公共性对话的机会”^{[12](P.66)}。

笔者仍然以法律移植背景下的中国立法为例,现在更多存在的不是由于语境论导致的“多元主义所遮蔽的无知”或者文化自闭症,而是相反,中国立法考虑更多的是法律的普适性(而非秩序的普适性),强调与国际接轨和全球化。自清末立宪修律以降的中国,从来不缺乏对于由于仰慕西方文化(包括共产主义文化)而进行的所谓“公共性对话”,反而因为此种“公共性对话”中的西方强势话语的盛气凌人所造成的文化失语症。无论是 20 世纪 20-30 年代的乡村建设运动,还是 20 世纪 90 年代的“本土资源论”以及 2004 年的甲申文化宣言,其出现的本身与其说是民族主义的兴起,不如说是对西方中心主义和法律普适性的反弹。

① 关于法律移植研究的几种范式,请参阅马剑银:《法律移植与法律认同——中国语境的法律现代性困境》清华大学硕士论文,2005 年,第 1 章。

七、单项制度(规则)与制度环(境)的矛盾

法律移植背景之下的立法另一个但却不是最后一个困境是单项制度(规则)的移植与制度环(境)之间存在的吊诡矛盾。如前文所述,笔者在本文一以贯之对法治的理解就是,法律是共同体社会生活事实所提炼或者自然演化的规则和制度并由规则和制度构成制度环而与社会生活事实和生活意义系统一同组成的秩序状态。法律是这个秩序状态中的规则和制度所构成的制度环,或者说制度环境,而并非孤零零的规则和制度或者说规则和制度的文本。因为法律背后的原则、价值和理念或许带有普适性(也许是想象中的普适性),法律本身是语境化的事物,但是秩序感却是实实在在具有普适性的主观感受(参见上文),而秩序感的产生除了具有文化意义之外,更重要的是秩序状态中制度环的面向。

现代西方法治秩序同样也是一种立足于西方文明和共同体下一个有机系统,其内部诸法律规则和法律制度也构成了一个制度环或者说形成西方文明下社会生活事实的制度环境。并且这个制度环中一个重要的维度就是时间。时间作为秩序分析的一个重要维度长期以来被法学界所忽视。时间维度的引入在包括但不限于以下几个命题上具有反思和重构的可能性。

第一,对传统和现代关系的重新审视。社会变迁是一个多维度的过程,其本身并不会必然增加秩序感和社会公正程度,也不会增加人们对社会生活的满意度和幸福感。近代以来传统与现代二分法的学术进路基本都是以论证包括现代法治秩序、现代法律制度、现代法律规则的正当性而不惜贬低传统和传统法律,认为现代取代传统是具有天然正当性的,进而论证现代西方法治秩序取代非西方社会和文明的秩序状态(所谓前现代的秩序状态)也具有天然的正当性。这种二分法的分析进路就是忽视了时间这个维度在社会变迁过程中的意义,社会变迁是一个长期的过程,在这个过程中,法律规则和法律制度逐渐适应社会变迁而实现转型,同样,人们对于社会生活事实的认知和理解也相应地有了变化,传统和现代之间也没有截然的分界点。这就是忽视了历史发展的连续性以及传统与现代的同质性。如果站在当下,以当下人的理念和思维去理解不同时段人们的社会生活事实以及规则制度,就有可能导致对传统社会生活事实和传统秩序的非“同情性理解”,得出社会进化论意义上的,社会越发展,对生活的意义感就越大等经不起推敲的一些结论;同时也忽视了不同社会共同体和文明之间空间和时间的差异,强制而一元地将不同空间的社会共同体用同一空间不同时间的社会变迁模式去套用之,所以出现了“藏族牧人”和“不动产”^[16]、“讨个说法”与“法律惩罚”^{[32] (P.23-40)}、“民间借贷”和“国家金融管理秩序”^{[33] (P.81-84)}等等矛盾和冲突。

第二,对秩序变化的长时段和短时段的重新审视。在诸社会共同体或文明内部的生活世界中,人与人之间的关系是具体的、多维度的,同时是无法解脱的,人们对生活事实的认知和理解也带有连续性,社会共同体或者文明本身的传统就是对共同体成员构成了一种限制,使得其价值观和理念能够形成一个系统。所谓事实与规则、新旧规则之间的冲突也是发生在秩序演变的长时段中,这个长时段就有引入时间维度的意义,个体生命对于这种社会生活事实和秩序演变的长时段而言是很渺小的,甚至感觉不到这种演变的实际过程,所以在短时段的时间之维中并不存在规则和制度的巨变。这就是为什么在人类社会演进的早期,无论是西方、伊斯兰还是中国,都有因袭传统或者“法先王”以及“天不变、道亦不变”的理念的重要原因。将时间区分为长时段和短时段,同样也可以解释在历史演变的某个阶段由于社会生活事实的急遽变动导致规则和制度的激烈转型的现象。因为在短时段内如果出现规则和制度激烈转型的需要,那就说明某种强制力的出现,这种强制力或者表现为革命、政变、侵略战争;或者表现为移民、经济发展或者治者理念的突变。近代以降的中国的社会变迁就是这种短时段中发生的巨变,导致自然衍生的规则和制度无法适应这种变迁而不得不借助于法律移植,用移植的规则和制度构成新的制度环来规制社会生活事实,这就使得前现代、现代和后现代的社会生活事实出现于同一空间、同一时间,使得制

度环和单项制度之间的矛盾更加突出。

第三,对法治的稳定性和变革关系的重新审视。法治作为社会生活事实的规则化和制度化进而形成的秩序状态,其内在的特征是追求稳定的,具有将现状神圣化和固定化的保守性。这个特征在社会生活事实自然演化的历史阶段并没有什么问题,但是在社会生活事实产生巨变的时候,法治的这种保守性质就出现了时间维度上的悖论:一方面,继续保持这种保守性以维护历史发展的延续性和秩序的稳定性,另一方面,社会生活事实的巨变产生了制度和规则变革的需求,而且这个需求的实现是需要通过国家的强力,以法律移植的方式进行立法,将文化共同体转型为政治-经济-法律共同体的现代国家。时间在进行义无反顾的持续不断的均匀流逝,但是在秩序稳定性和制度变革的必要性之间产生了激烈的冲突,而这种冲突解决的惟一方法仍然需要时间,因为只有时间才可能重新调整事实与规则之间的关系。

也正是因为有时间这一维度的存在,使得规则和制度的变革需要逐步推进,一项一项而来,这样才有可能使得规则与事实之间的紧张关系尽可能地保持在一个韧性的范围之内,革命或者整体性的制度变迁不可能同时也不能带来社会生活事实的整体性变迁,这种倒果为因的建构理性主义不仅不能使得我们更好地理解秩序以及秩序与法律制度和法律规则之间的关系,而且还为我们认知和理解一个大国的整体秩序和由于民族和地方差异造成的小共同体的秩序之间的关系形成人为的障碍,更奢论对由西方社会生活事实而衍生的现代法治秩序和中国本土的社会生活事实之间的关系了。

尾论:全球化与法律移植困境

以上五种法律移植的困境不仅是中国语境的,更是现代性的,可能适用于中国以外的后发现代化国家(民族、地区)。近代以降的中国法律现代化过程,也就是中国人遭遇法律移植困境的过程,法治化、现代化、民族复兴的期许、希望和憧憬,与法律移植困境的无奈、失望和彷徨相伴而生,成为中国人面对社会变迁与文化-制度转型所生发的复杂的社会心理状态。20世纪的最后20年以及往后,中国和世界都面临了前所未有的变化。中国告别了一条岔路,重新回归百年前所开创的那条法治、现代与民族复兴之路,以经济现代化为主轴,欲以经济的高速发展来带动政治、法律、文化的发展;而在世界范围内,全球化也逐渐成为现实,首先是科学技术与经济的全球化,随之而来的是法律的全球化。^①法律的全球化包括全球治理与国际法治、全球法律的地方化和地方法律的全球化三种途径^[2]。但是,中国的崛起与全球化的发展双重作用,并没有使得中国语境的法律移植困境因此而缓解,反而使得这些困境更加复杂。笔者曾撰文,讨论通过法律认同来达致民族国家的政治-伦理(political-ethical)认同,从而解决中国现代性语境下的法律移植困境^{[18](P. 84-110)}。但是,如果加入全球化这一变量,仅仅以民族主义式的法律认同,似乎又对摆脱这些困境力不从心。

在全球化的背景之下,本土社会事实与外来法律文本的9悖、自生秩序与立法秩序的悖论展现出新的面向。诚然,民族国家内部,可以通过法律认同的政治-伦理认同,减缓文化差异所造成的规则与事实的隔膜;并通过法律职业共同体的努力,达致精英与大众、治者与被治者的和解与相互承认;随着中国现代化进程的加快,本土社会生活事实越来越多与国际趋同,超前立法的障碍也随着这种趋同以及精英与大众的相互承认而弱化。但是同时,全球化进程中的趋同本身蕴涵着一体两面式的趋异,法律秩序的趋同与社会文化的趋异同步发展,通过法律移植的法律同一化愿望会在这些“趋异过程中”停滞不前。^②

① 有关法律全球化比较完整和有见地的文献,参见 B. de S. Santos, *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization, and Emancipation*, 2nd ed., London: Butterworths, 2002.

② G. Teubner, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences*, 61/1 *The Modern Law Review*, 1998, p. 11-32.

在全球化的背景之下,对于正当性的追求也具有了更为多维的面向。中国民族国家的形成与全球化侵蚀国家主权的进程同时进行,法律移植的正当性追求不仅要面对伦理面向的民族国家认同,也要面对道德面向的普适主义认同,以人民主权为表现形式的国家主权与人权之间的紧张关系^[35],会在法律移植过程中继续传染,法律移植的效果不仅要受到正当性追求的多维性制约,而且还要受到普适主义与民族主义这对无法调和矛盾的制约,多重困境交织在一起。

在全球化的背景之下,单项制度与制度环境之间的矛盾似乎得到了缓解。因为中国现代化进程的加快使得各项制度之间的发展不平衡幅度降低,但是,全球化所导致的超越民族国家的发展不平衡却导致了一种相反的趋向。“现代性正在经历着全球化的过程”^{[36] (P.56)},而现代性困境也同样经历着全球化的过程。政治、经济、法律、文化之间的不平衡从民族国家内部延伸到民族国家之间的交往之中。后殖民话语与全球化话语交织在一起。由法律移植为导向的文化-制度转型,不仅有输入的过程,而且也有输出的过程,而这些输出和输入的制度文本本身又处于一种发展变化之中。因此,一个共同体内部的变化制度环境与全球动态的制度环境,使得法律移植的难度大大增加。

另外,由于经济全球化与民族国家间政治分歧所形成的“剪刀差”,引起了一系列的问题,例如,跨国资本集团穿梭游走于民族国家之间,利用民族国家之间的法律差异,进行利益最大化谋求。虽然WTO使得国际协作达到了一定的程度,但是民族国家面对跨国资本集团对其主权的侵蚀也深感棘手,联合国跨国公司委员会也多次发表关于跨国公司行动守则的草案,希望遏制这些“新型利维坦”,但这些草案却未能真正地转变为有法律约束力的法律文件。^①因此,民族国家(尤其是后发现代化国家),必然要更加依靠通过法律移植的制度转型,对抗“新型利维坦”对其主权之侵蚀,但法律移植在何种程度上既能满足民族国家政治-伦理认同以及民族国家内部统治的正当性,又能与跨国资本集团进行抗衡,在尚未形成世界政治(world politics)的国际政治(international politics)博弈中维持主权完整与国家尊严,这似乎仍然是一个问题。

法律移植困境之所以成为现代中国语境中不可挥去的阴霾,是因为中国人作为族民、国民、公民乃至世界公民的存在,多重身份所需的资格中介是不一样的,在中国这一方地域中生活,乃至与该地域外部的同类进行交往,在生活与交往过程中所需要的各类规则之间的不协调,法律发展史很大程度上是一部法律移植史。^②法律移植的原因是人类之间的承认与认同之所需,法律移植困境之出路,还是人类之间的承认与认同之所求。

当然,困境依旧,希望也依旧,要摆脱加入了全球化变量的中国现代性语境下的法律移植困境,需要从两方面进行努力:其一,如上文所述,在民族国家内部,通过民主(治者与被治者的和解与相互承认、精英与大众的和解与相互承认)实现法律认同,同时,通过法律认同实现民族国家的政治-伦理认同^{[18] (P.84-110)};其二,依靠民族国家与全球公民社会的双向互动,将法律移植命题置于“世界政治”或“世界内政”的语境之下,建立全球性的政治公共领域,培养普适性的政治文化,寻求民族国家的“政治-伦理”认同与普适主义或世界政治的“权利-道德”(right-moral)认同之间的包容。^{③④}似乎,只有这样,才会有摆脱法律移植困境的曙光。^⑤

当然,希望在远方,却也在脚下。

① 参见 S. Joseph “Taming the Leviathan: Multinational Enterprises and Human Rights”, 46 *Netherlands International Law Review*, 1999, pp. 171-203. 关于跨国公司的“新型利维坦”隐喻,也见 P. Sheehan “Leviathan Inc”, *The Sydney Morning Herald* (Sydney, Australia), 15 January 2000.

② A. Watson, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, 2nd ed. Athens and London: The University of Georgia Press, 1993.

③ J. Habermas, *Postnational Constellation: Political Essays*, trans. & ed. M. Pensky, Cambridge, Mass.: The MIT Press, 2001, p. 56-57, 104, 107-112.

④ J. Habermas, *Why Europe Needs a Constitution?*, 11 *New Left Review*, 2001, p. 5-26.

⑤ 由于篇幅所限,关于全球化语境下的法律移植困境新面向及其出路的详述,笔者将另撰文补充,此处只能简单勾画。

参考文献:

- [1] [美]沃勒斯坦:《现代世界体系》(第 1 卷), 尤来寅等译, 高等教育出版社 1998 年版。
- [2] 高鸿钧:“法律移植: 隐喻、范式与全球化时代的新趋向”, 载《中国社会科学》2007 年第 4 期。
- [3] 马剑银:《法律移植的隐喻与法律文化的“常”“变”——兼评黄源盛先生〈法律继受与近代中国法〉》, 载台北《法制史研究》2008 年版第 11 辑。
- [4] 汪晖:《韦伯与中国的现代性问题》, 载《汪晖自选集》, 广西师范大学出版社 1997 年版。
- [5] 马剑银:《现代法治、科层官僚制与“理性铁笼”: 从韦伯社会理论之法出发》, 载《清华法学》2008 年第 2 期。
- [6] 刘小枫:《现代性社会理论绪论》, 上海三联书店 1998 年版。
- [7] 吴冠军:《多元的现代性: 从“9·11”灾难到汪晖“中国的现代性”论说》, 上海三联书店 2002 年版。
- [8] 石元康:《从中国文化到现代性: 典范转移》, 生活·读书·新知三联书店 2000 年版。
- [9] 高鸿钧:“中华文化复兴宣言”, 载《清华法治论衡》第 7 8 辑(中华法文明的当代省思), 清华大学出版社 2006 年版。
- [10] [美]马歇尔·伯曼:《一切坚固的东西都烟消云散了——现代性体验》, 徐大建、张辑译, 商务印书馆 2003 年版。
- [11] 许章润:《法律: 民族精神与现代性》, 载《清华法治论衡》2002 年第 2 辑。
- [12] 季卫东:《法治中国的可能性——兼论对文化传统的解读与反思》, 载《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》, 北京大学出版社 2002 年版。
- [13] [法]孟德斯鸠:《论法的精神》, 张雁深译, 商务印书馆 1961 年版。
- [14] [德]马克思:《资本论》第 3 卷(下), 中共中央马克思、恩格斯、列宁、斯大林著作编译局译, 人民出版社 1975 年版。
- [15] [法]罗格朗:《何谓“法律移植”》, 马剑银译, 载[意]奈尔肯, [英]菲斯特编:《法律移植与法律文化》, 清华大学出版社 2006 年版。
- [16] 苏力:《这里没有不动产——法律移植问题的理论梳理》, 载《“法律移植与中国法制”学术研讨会文集》, 北京大学法学院、中国社会科学杂志社 2004 年版。
- [17] 高鸿钧:《现代西方法治的出路》, 清华大学出版社 2003 年版。
- [18] 剑银:“中国语境中的法律认同——移植法正当性重构的一项社会—文化考察”, 载《清华法学》(第 11 辑), 清华大学出版社 2007 年版。
- [19] 王伯琦:《超前立法的出路》, 载《近代法律思潮与中国固有文化》, 清华大学出版社 2005 年版。
- [20] [英]哈耶克:《法律、立法与自由》第 1 卷, 邓正来等译, 中国大百科全书出版社 2000 年版。
- [21] [英]哈耶克:《法律、立法与自由》第 2-3 卷, 邓正来等译, 中国大百科全书出版社 2000 年版。
- [22] [德]萨维尼:《论立法与法学的当代使命》, 许章润译, 中国法制出版社 2001 年版。
- [23] 许章润主编:《萨维尼与历史法学派》, 广西师范大学出版社 2004 年版。
- [24] 苏力:《现代化视野中的中国法治》, 载《道路通向城市——转型中国的法治》, 法律出版社 2004 年版。
- [25] 王人博:《宪政的中国之道》, 山东人民出版社 2003 年版。
- [26] 费孝通:《乡土中国 生育制度》, 北京大学出版社 1998 年版。
- [27] 林楚方:《沈阳刘涌案改判调查》, 载《南方周末》, 2003 年 8 月 28 日。
- [28] [英]雷蒙·威廉斯:《关键词: 文化与社会的词汇》, 刘建基译, 生活·读书·新知三联书店 2005 年版。
- [29] [美]吉尔兹:《地方性知识: 事实与法律的比较透视》, 载《地方性知识: 阐释人类学论文集》, 王海龙、张家瑄译, 中央编译出版社 2004 年版。
- [30] 梁治平编:《法律的文化解释》(增订本), 生活·读书·新知三联书店 1998 年版。
- [31] 张颐武:《再说“阐释中国”的焦虑》, 载《二十一世纪》1996 年第 2 期。
- [32] 苏力:《秋菊的困惑和山杠爷的悲剧》, 载《法治及其本土资源》, 中国政法大学出版社 1997 年版。
- [33] 梁治平:《乡土社会中的法律与秩序》, 载《在边缘中思考》, 法律出版社 2004 年版。
- [34] 高鸿钧:《法律移植: 隐喻、范式与全球化时代的新趋向》, 载《中国社会科学》2007 年第 4 期。
- [35] [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间——关于法律与民主法治国的商谈理论》, 童世骏译, 生活·读书·新知三联书店 2003 年版。
- [36] [英]吉登斯:《现代性的后果》, 田禾译, 译林出版社 2005 年版。