

法制现代化与传统法律资源研究

张 万 洪

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 张万洪(1976-), 男, 河南洛阳人, 武汉大学法学院副教授, 法学博士, 主要从事法理学研究。

[摘 要] 法制现代化是一国现代化的重要组成部分和标志, 其目标就是“法治”的实现。传统法律资源是前近代以前的古代法律。传统法律资源在法制现代化过程中具有重要的地位和作用。

[关键词] 法制现代化; 现代化; 传统

[中图分类号] DF611 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)05-0694-05

马克思在《路易·波拿巴的雾月十八日》中明确指出:“人们自己创造自己的历史,但是他们不是随心所欲地创造,并不是在他们选定的条件下创造,而是在直接碰到的、既定的、从过去承继下来的条件下创造。一切已死的先辈们的传统,像梦魇一样纠缠着活人的头脑”^[1](第603页)。这充分说明传统在现代化中具有不容忽视的地位和作用,但显而易见的是,传统中的许多东西并不符合现代化的要求,亦即人们所谓的“传统性”与“现代性”并不完全兼容。为了寻求传统与现代之间的结合点,学者们倾注了大量的心血。寻求传统与现代之间的结合点,学者们倾注了大量的心血。

鸦片战争以后,中国的有识之士开始寻求自己国家的富强之路,这个艰难的探索过程经历了器物、制度和精神等几个阶段,直到“救亡压倒了启蒙”,这个过程才被打断,但中国人对自己传统与现代化建设关系的思考却一直没有停止。法学界对此问题也有自己的反思:传统法律,是优,是劣?西方法律,福兮,祸兮?继承传统,怎取,怎舍?法制建设,何去,何从?这些问题都殊难回答,但其重要性却毋庸置疑。从沈家本、蔡枢衡、瞿同祖,到张晋藩、公丕祥、朱苏力,一代代法苑学人均提出了独到的看法。本文亦试图在厘定法制现代化和传统法律资源的概念的基础上,探讨传统法律在法制现代化过程中的地位和作用。

一、法制现代化与传统法律资源界说

(一)法制现代化

关于现代化的内涵,学者们是从不同的角度进行研究的,因此众说纷纭,莫衷一是。正如英国学者托尼所说的那样,现代化是一种“通用却又意义不明的表达”。政治学家主张从政治结构的分化和政治参与的扩大来解释现代化^[2](第37页),社会学家从社会分层化和整合的程度来分析现代化,经济学家则从工业和服务业在国民总收入中所占的比重来衡量现代化。笼统地说,现代化是传统社会向现代社会的转变过程。它是一个多层面同步转变的过程,是涉及到人类生活所有方面的深刻变化。有的学者就将现代化概括为经济领域的工业化,政治领域的民主化,社会领域的城市化以及价值观念领域的理性化

的互动过程^[3] (第7页)。既然现代化是从传统社会向现代社会转变的过程,那么法制现代化就是指一个国家的传统型法制向现代型法制转化的过程。在这种历史性的转变过程中,将使一个国家的法律整体面貌发生巨大的变化。在静态方面,法制现代化意味着已公布的法律是体系完整、层次分明、结构均衡、规范协调、体例统一,并且体现人民意志、适应社会发展、代表人类前进趋势的“良法”;在动态方面,其意味着法律“在任何方面得到尊重而保持无上的权威”^[4] (第192页)。简言之,法制现代化的目标就是“法治”(rule of law)的实现。在当下的中国,法制现代化与写入宪法的“依法治国,建设社会主义法治国家”是“同一命题的两种表达”^[5] (第92-95页)。后者是前者的实质内容和战略目标,前者是后者的描述性写照。

由于现代化最早发轫于工业革命,故人们在讨论现代化时,较为关注经济的发展和社会的变迁,而忽视了其它方面,如政治制度、法律体系、心理因素和价值观的改变过程。马克斯·韦伯较早看到了这一点,他指出,欧洲资本主义的兴起并不仅是经济与结构方面的问题。“归根到底,产生资本主义的因素乃是合理的常设企业、合理的工艺和合理的法律,但也并非仅此而已。合理的精神,一般生活的合理化以及合理的经济道德都是必要的辅助因素”^[6] (第14页)。亨廷顿也认为,“现代化是一个多层面的进程,它涉及到人类思想和行为所有领域里的变革”^[7] (第30页)。法制现代化就是现代化的一个有机组成部分。鉴于法律在现代社会中的至上地位,法制现代化在现代化过程中有着重要的意义。

(二)传统法律资源

什么是传统?有的学者认为,“古愁莽莽不可说”(龚自珍诗句),“青史评谁定是非”(林则徐诗句),传统是一个“沉重而模糊的概念”^[8] (第129页)。的确,传统在历史之流的滚滚风涛中形成;一个古老民族的历史传统,总给人以混茫幽遥的印象,似乎无比丰厚,而又无从把握。因此,才有了“恢复论”和“抛弃说”的对立。

据徐复观先生考证,“传统”一词在中国典籍中最早出现于《后汉书·东夷传》^[9] (第459-469页)。但所指的只是统治者的权位继承,与今天所讲的“传统”相去甚远。中国过去有“道统”的名词,但也不等于传统。传统这个词,系从英文“tradition”翻译过来的,而“tradition”又来自拉丁文“traditio”,其词根“tradere”的含义是“引渡”,是一件东西从一个人传到另一个人的意思。E·希尔斯认为,传统意味着许多事物。就其最明显、最基本的意义来看,它的含义是世代相传的东西(tradium),即任何从过去延传至今的东西。传统的实质是“人类所成就的所有精神范型,所有的信仰或思维范型,所有已形成的社会关系范型,所有的技术惯例,以及所有的物质制品或自然物质”等^[10] (第15,21页)。这种对传统的广义理解并不少见。除黑格尔外,作家龙应台女士就生动地说道:“所谓传统,不是固定的事实,而是不断的突破发生。”“它绝不是一幅死的挂在墙上已完成的油画——油墨已干,不容任何增添涂改。”相反,它“是一条活生生的、浩浩荡荡的大江大河,里头主流、支流、逆流、漩涡,甚至于决堤的暴涨,彼此不断地激荡冲撞、不断地形成新的河道景观”^[11] (第1-7页)。郭齐勇教授也认为在当今中国有三大传统,即中华六千年文明的传统、西方文化的传统和两百多年来社会主义运动及近百年马克思主义中国化的新传统^[12] (第14页)。如果在别的场合,笔者亦同意对传统的这种解说,但对于现代化的研究来说,尤其是对本文而言,这种理解就显得过于宽泛。这里,笔者赞同对传统的特殊限定,即它指称的是“一种前近代社会文化成果的总和,具有相对稳定、内部和谐一致的系统的特质”^[13] (第197-204页)。这种意义上的传统的核心是伟大的“轴心期”(Axial Age)文明。

传统法律是一个历史性概念。从时间上来说,主要是指前近代以前的古代法律。学者们经常混淆传统法律和法律传统这两个概念,事实上,二者是有区别的。根据朱景文教授的观点,后者是指一定国家、地区、民族或若干个有着某种共同特征的国家集团的全部法律活动的产物和结晶,是现行法和法律实践中所包含的知识、智慧和经验^[14] (第1-2页)。可见法律传统是一个历时性概念,它不仅存在于古代社会中,而且存在于现存社会之中,是由传统法律生长和演化而来的对现实社会仍发生作用和影响的未曾间断、不断延伸的法律文化和精神^[15] (第10页)。如果我们将法律传统比拟成一株枝繁叶茂的大树的

话,传统法律就是大树的根;如果我们将法律传统比喻为一条波涛滚滚的大河的话,传统法律就是大河的源头。

所谓“资源”,乃是借用经济学的术语,本指“资财的来源”^[16](第 1621 页),在本文中意指可供法制现代化利用的法律传统。

二、传统法律在法制现代化中的地位和作用

日本学者青木顺二在《民族意识与传统》一文中说:“传统一定包含民族,民族也一定包含传统”^[19](第 459 页)。每个民族都有属于其自己的传统,这既不是傲慢的资本,也不是天生的耻辱。传统活在我们的生活里,我们也生活在传统里。

英国现代法律史学家梅特兰(Maitland)在论述“诉讼形式”的顽固性时曾形象地说道:“The forms of action we have buried, but they still rule us from their graves.”有的学者也仿照他的说法,说:“尽管我们已经埋葬了传统,但是它们却从坟墓中统治我们”^[17](第 1 页)。这说明人们不可能“遗世而独立”,只能在某种传统中去承前启后,谢故生新;也不可能像摆脱梦魇一样摆脱传统,割去辫子一样割去传统,只能企望认识它、利用它、健康地转化它。正如前苏联诗人拉苏尔·加姆扎夫说的那样,“如果你用手枪向过去发射,那末未来将用火炮向你开火”^[18](第 55 页)。

人们在法制现代化过程中重视对传统法律的研究,并非只是无可奈何的权宜之计,而是因为传统法律在法制现代化中有着重要的作用。

(一)传统法律是法制现代化的基础与逻辑起点

传统一经形成,即“化作千民万众生活方式的一部分,并如同遗传基因一般,代代延续下来。朝代更替不变质,国土分裂仍如一”^[17](第 1 页)。法制现代化并非无本之木、无源之水,它的本源和基础就是传统法律。我们不能不正视传统法律的存在,不能不仔细研究传统法律,寻找传统法律与法制现代化的契合点,在传统法律的基础上实现法制现代化。在这方面,英国的经验值得我们注意。现代化研究的学者认为,英国人最善于“以传统作为改造传统的依据,同时又对传统做出符合时代需要的解释”^[19](第 40 页)。在中世纪时,“英国王权的获取和行使就在不同程度上受到习惯法、成文法以及贤人会议和议会的限制;王在法下、法律至上的宪法原则得以滋生和成长,由朦胧状态变得比较清晰和不可动摇”^[20](第 5 页)。正是在这些传统法律的基础上,“法治”原则才得以在英国首倡。

(二)传统法律可以为法制现代化提供强大的智知支持,是法制现代化取之不尽的思想宝库

20 世纪西方著名的经济学家和政治哲学家弗里德里希·奥古斯特·冯·哈耶克(Friedrich August Von Hayek)认为哲学有两大类型:一类是“建构理性主义”(constructivist rationalism),另一类是“演进理性主义”(evolutionary rationalism)。笛卡尔、霍布斯、卢梭、边沁等人属于前者,他们认为可以把演绎推理应用于一切人类事务,人可以运用理性的力量来设计、建构社会制度,甚至可以将它们彻底改变。哈耶克认为这是错误的,并对其给予了尖锐的批评,称之为“致命的自负”,正是人类理性自负所导致的“试图设计人类前途”的极权主义威胁着人类的自由。与此不同,亚当·斯密,托克维尔、卡尔·波普与哈耶克自己,都属于演进理性主义者,他们认为理性的力量是有限的,用哈耶克的话来说就是那些长期被实践证明对人类福利意义重大的社会制度,虽然都是人类行为的产物,但绝不是人类设计的产物(the results of human action but not of human design)^[21](第 52 页)。因此,必须从传统法律中汲取营养,才能使法制现代化健康发展。一些国家的学者在总结该国法制现代化的经验时,也认为一个重要的方面就是“保持和吸收其前现代的原则和制度”^[22](第 12 页)。

(三)传统法律可以弥补法制现代化的漏洞,矫正法制现代化的偏差

在这里,我们有必要注意西方著名道德哲学家麦金太尔的反思。他在《德性之后》一书中,从亚里士多德的德性传统出发,对启蒙运动以来的现代社会进行了全面而深刻的检讨;在此基础上,他对以功利

和权利概念为中心的现代西方社会生活乃至整个现代性,作了有力的否定性批评。“在麦金太尔看来,没有德性[传统],人类生活性质的本身已经改变。社会道德如此贫乏,只能意味着一个新的黑暗时代已在来临。也许麦金太尔对现代西方社会的道德文明状况的诊断过于严重,但他向我们揭示了西方社会自从启蒙运动以来摒弃德性传统、全面功利化这样一种历史选择带来的自身难以克服的道德困境”^[23](第24页)。有鉴于此,麦金太尔主张,从传统中提升德性理论,以补救现代社会。一般认为,无论中西传统法律,其中均包含有较多的道德伦理因素,在法制现代化的过程中,由于人们将“现代”与“传统”完全对立,漠视传统或有意地回避传统法律,其弊端已逐渐凸显。而要改变这一现状,就需要在一定程度上回归传统法律。

(四)传统法律可以凝聚民族精神,为法制现代化提供所需的集体认同

美国普林斯顿大学历史学教授约瑟夫·R·斯特拉耶在考察西欧现代国家形成的历史后认为,有些国家的“政治体系和人民古老的传统之间没有相似之处”,是导致二十世纪欧洲悲剧的主要原因;相反,“在新兴国家中最有成功机会的是那些国家,它们同旧的政治单位很密切地取得一致;在持续存在的政治体系中,世代代的人生活在一起的经历使人们有一些认同的认识”^[24](第166-167页)。埃森斯塔特在对东南亚社会进行研究时也发现,这些社会有一个最重要的共同特征,就是“它们有一个外国人的中心强加在它们头上。这个中心无论在何种程度上都是与这些社会的其他部分相隔离的,而在它产生各种行政体系的同时也剥夺了这些社会集体认同的合法中心”^[25](第209页)。可见,包括传统法律的传统法律文化在凝聚民族精神,铸造民族认同感方面的作用不可小觑。有之,则人民心平气和,社会和谐进步,为法制现代化创造了良好的外部环境;无之,则民族意识消沉,社会心理浮动,法制现代化只能停滞不前。

笔者强调传统法律在法制现代化中的作用,绝非主张完全顺应传统法律,亦绝非反对借鉴和学习域外的法律制度和法律文化。《诗经·大雅·文王》曰:“周虽旧邦,其命维新。”我们现在可以用“旧邦”喻指古老的国家和民族,以“新命”喻指包括法制现代化在内的现代化伟业。“旧邦新命”亦可表示古老的文明、灿烂的文化、悠久的传统在现代的重光^[26](第164页)。我们正是在这一语境中探讨从东方到西方,从中国到希腊、罗马,从孔子到柏拉图,从《法经》到《十二铜表法》的传统法律资源,与先贤、智者作心灵的交流和思想的对话,并特重原原本本地理解他们的智慧,而力图避免厚诬古人。

哈姆雷特有言:“已经死去并化为黄土的恺撒大帝,可以用来堵一堵漏洞,挡一挡寒气”(莎士比亚《哈姆雷特》第五幕第一场第181行)。我们求之传统法律的,并非只是堵漏洞、挡风寒,而是要化腐朽为神奇,使筛选、改造后的传统法律成为法制现代化大厦的梁柱。

[参 考 文 献]

- [1] [德]马克思,恩格斯.马克思恩格斯选集:第1卷[M].北京:人民出版社,1995.
- [2] [美]塞缪尔·P.亨廷顿.导致变化的变化:现代化,发展和政治[C].[美]西里尔·E.布莱克.比较现代化.杨豫,等译.上海:上海译文出版社,1996.
- [3] 杨豫.译者前言[C].[美]西里尔·E.布莱克.比较现代化.杨豫,等译.上海:上海译文出版社,1996.
- [4] [古希腊]亚里士多德.政治学[M].吴寿彭,译.北京:商务印书馆,1965.
- [5] 庞正,景闻.迈向新世纪的法制现代化研究——“法制现代化与经济发展”学术研讨会综述[J].法律科学,1997,(2).
- [6] 罗荣渠.现代化新论[M].北京:北京大学出版社,1993.
- [7] [美]塞缪尔·P.亨廷顿.变化社会中的政治秩序[M].王冠华,译.北京:三联书店,1989.
- [8] 萧蓬父.传统·儒家·伦理异化[C].萧蓬父.吹沙集.成都:巴蜀书社,1991.
- [9] 徐复观.论传统[C].姜义华,等.港台及海外学者论中国文化.上海:上海人民出版社,1988.
- [10] [美]E.希尔斯.论传统[M].付铿,等译.上海:上海人民出版社,1991.

- [11] 龙应台. 尊重谁的文化差异[C]. 林贤治. 读书之旅:第 2 辑[C]. 卢伯华,译. 广州:广东教育出版社,1999.
- [12] 郭齐勇. 传统道德与当代人生[M]. 武汉:武汉大学出版社,1998.
- [13] 刘旺洪. 中国法制现代化的理性反思[J]. 比较法研究,1994,(2).
- [14] 朱景文. 对西方法律传统的挑战[M]. 北京:中国检察出版社,1996.
- [15] 田成有. 理解中国传统法文化的几个向度[J]. 政治与法律,1999,(1).
- [16] 辞海[G]. 上海:上海辞书出版社,1991.
- [17] 比较法研究编辑部. 缘起[J]. 比较法研究,1991,(1).
- [18] [苏]尼·瓦·贡恰连科. 精神文化[M]. 戴世杰,等译. 北京:求实出版社,1988.
- [19] 钱乘旦,陈晓律. 在传统与变革之间[M]. 杭州:浙江人民出版社,1991.
- [20] 阎照祥. 英国政治制度史[M]. 北京:人民出版社,1999.
- [21] 汪丁丁. 哈耶克“扩展秩序”思想初论[C]. 刘军宁,等. 公共论丛:第 2 卷. 北京:三联书店,1996.
- [22] [瑞士]莉蒂亚·R. 芭斯塔. 宪政民主的反思:后现代和全球化的挑战[C]. 刘海年,等. 人权与宪政——中国——瑞士宪法国际研讨会文集. 北京:中国法制出版社,1999.
- [23] [美]A. 麦金太尔. 德性之后[M] 龚 群,等译. 北京:中国社会科学出版社,1995.
- [24] [美]约瑟夫·R. 斯特拉耶. 欧洲国家形成的历史经验[C]. [美]西里尔·E. 布莱克. 比较现代化. 杨 豫,等译. 上海:上海译文出版社,1996.
- [25] [以色列]S. N. 埃森斯塔特. 殖民地和传统政治制度对后传统社会和政治秩序发展的影响[C]. [美]西里尔·E. 布莱克. 比较现代化. 杨 豫,等译. 上海:上海译文出版社,1996.

(责任编辑 车 英)

Modernization of Law & Traditional Legal Resource

ZHANG Wanhong

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: ZHANG Wanhong (1976-), male, Doctor & Associate professor, Wuhan University Law School, majoring in jurisprudence.

Abstract: The modernization of law is one of the organic parts and the symbol of one country's modernization. The achievement of Rule of Law is the goal of the modernization of law. Traditional Law is the ancient law that exists in the pre-modern society. Traditional legal resource plays a crucial role in the process of the modernization of law.

Key words: modernization of law; modernization; tradition