

中国的法治主义:背景分析

许章润*

引言

三十年前重启改革开放,^[1]起步伊始,当政者即将“法制建设”当做“头等大事”,作为“社会主义现代化事业”的组成部分,与“发展国民经济”等量齐观。三十年里,不仅进行了一百多年来最大规模的立法活动,构成自晚清变法、民国初年颁行六法体系的法制格局以后,中国历史上

* 法学博士,清华大学法学院教授,博士生导师,主治法律哲学、政治哲学与宪政理论。

[1] 1840年以还,中国曾经有过三次“改革开放”,每次为时各约三十年。前两次分别是“洋务运动”和“清末—北洋—民国”时段。晚近三十年的改革开放,实为百年转型历程中改革开放的“第三波”,不仅志在接续未竟的现代化事业,更将建设优良政体、复兴中华文明纳入自己的视野。它们前后接续,因应时艰,自局部调整而至整体性变革,纵贯人生与人心,演绎出我民族国家“历史三峡”的艰难时世。

第三个里程碑性的立法周期。^{〔2〕}与此同时,“司法改革”更是进入了公共讨论领域,诉诸公共理性,一定程度上成为公共话题,回应并引导着社会大众对于法制的国民想象。虽然其间颇多曲折,议起议落,甚至于节外生枝,但是,建立第三方执法的体制架构的必要性和紧迫性,已为体制内外的多数人所认同。同时,随着观念转型和社会进步,特别是经济交往的自主性及其规制的必要性的日益彰显,逐渐造成了从上到下以法治社会作为民族愿景的国民期待,并以此衡估政制的合法性,拷问政治的正当性,评判公共权力的运作效能。特别是1985年以降,以嵌入国民经济与社会发展“五年规划”的方式,连续二十多年层层动员、各方应对、诸般网罗,推导全民“普法运动”,其动员之广泛,声势之浩大,涉及社会生活层面之深入,引发的社会效应之强烈,世所罕见,可能也为推导者所不曾料及。^{〔3〕}与各时段的“立法规划”两相呼应,“普法运动”改变了并正在继续改变着国民的法权观念、公民的自我政治期待和中国的法制状况,作为中国法制变革进程中的一部分,构成了刻下中国法治国情的重要方面,也是中国政治国情的重要指标。

这一切所为何来?欲将何往?其理论逻辑与实践逻辑有无脱节?又是如何发生的呢?

对此,常见的一种解释是“文献梳理法”。此种方法通过分析执政党和中国政府的相关文献、领导人的讲话及其官式诠释,以及立

〔2〕 李林:“改革开放30年中国立法的主要经验”,载《学习时报》2008年8月11日第5版,全文收见《中国法治三十年》,社会科学文献出版社2008年版,第89页以下。

〔3〕 有关“普法”的阐述,参详翟志勇:“民族国家与法律政策——论普法的语境、困境与意蕴”,载《历史法学》第一卷“民族主义与国家建构”研究专辑,法律出版社2008年版;季卫东:“普法随谭”,载许章润主编:《清华法学》第十一辑“普法研究”专辑,清华大学出版社2007年版;侯猛:“后普法时代的法律传播和公民守法——以闯红灯为主要分析对象”,载许章润主编:《清华法学》第十一辑“普法研究”专辑;刘洋:“普法、大众与权力——对《今日说法》的一个法律—文化分析”,载许章润主编:《清华法学》第十一辑“普法研究”专辑;许章润“普法运动”,载《读书》(北京)2008年第1期;凌斌:“普法、法官与法治”,载《法制与社会发展》2004年第10期。

法文本,试图提供可能的答案。就此而言,此种分析实为对于既有意旨的系统化和再解释,多半不可能提供超出现有官方文件的答案。另一种解释着眼于“主观心史”,锁定意识形态,将“改革开放”及其法制变革仅仅归因于强化执政党专政地位这一主观动因。因而,在此叙述中,三十年举国一致的励精图治和中华民族的自我发展,片面地成为执政党被迫步步退让的妥协史。普天之下,执政党对于自家统治地位的捍卫当然无所不用其极,但是,仅仅基此动机即能操控乾坤,裁制历史进程,则无异于视天下若无物,这样的解释显然同样只见树木,不见森林。还有一种解释针锋相对,可谓“主题先行”。此一进路基于建构“中国模式”的用意,梳理出一个执政党领导中国人民建设法治国家的应然谱系。在此谱系中,不仅三十年的历程是一部“摸着石头过河”的实用理性的践履史,而且是理论预设的实现史,甚至于某种历史决定论的自我展现史,而它们恰成特定政治正当性的证明过程。

上述三种进路,即“文献梳理法”、“主观心史”与“主题先行”,或采信有限,难达周全,或囿于立场之辨,周纳过度,因而均不免攻其一侧,不及其余。尤其是“主题先行”,吾人早已耳熟能详,并不陌生,无足论矣。事实上,今日回眸,因有百年纵深作为背景,不难看出,三十年持续的法治进程不可能只是执政党一家意志所能独力左右的,更非仅仅从意识形态着眼即可解释清楚的。因此,对于它的认识和总结,需要对此整个历史进程进行全面梳理,综合考量各种相关因素。特别是通过分析晚近中国社会政治中各种对立性关系的内在紧张,厘清其基本脉络,理述出其所要回应的主要时代课题,尤其是晚近三十年中国社会政治面临的核心问题与困境,始有可能得出割切的结论。不是别的,正是一个时代所面临的紧迫的当下课题,常常是攸关生死存亡的根本问题和时代困境,决定了时代的走向,解释了置此时代中人的思考与情感,其偏好与抉择。所谓“形势

比人强”,正为对于此种人事关系和人情世态的形象概括。

总体而言,之所以百废待兴之际,“民主法制(治)”即被提上执政党的议事日程,乃至于一定意义上成为全民事业,构成了三十年里最为强劲的时代思潮和国民愿景,甚至成为正当性本身,正取决于1970年代末期至1980年代初期的中国国情。这个国情不是别的,其根本症结就是,“不改革,就没活路”,大家日子都过不下去。为此体认提供知识论支持的,还包括对于一部近代国史的认知,特别是对于20世纪中叶以降三十年“正反两方面经验教训”的沉痛反思。同时,全球化背景下追求“现代化”这一中国人代代接续的国族愿景,在此作为历史记忆苏醒,伴随着经济决定论的发展观,再次获得了主导性政治意志的地位。这最后一点,越往后来,越发明显,而以“复兴”论、“接轨”论以及作为其修正和反拨的“文化自觉”等昭然表达。

其间,执政党的政治策略考量与社会进步的自发要求两相交叠,中国文化关于人世生活的秩序想象和人间秩序的道义追问表里为用,共同塑造了三十年的法治轨迹。同时,随着大国的成长进入思想视野,对于世界体系的重构性阐释逼迫着中国心智作出有效回应,法治不再只是表彰政治的德性,承载公民理想对于政制进行规训,而且成为构建中国国家实力的重要方面,乃至文明忧思的对象。由此,法制或者法治成为一种国家资源与国家战略,也是文明憧憬与文化正当性语境中关于中国人世生活的自我理解。

毕竟,建设民族国家及其意义秩序,解决“中国问题”与“人生问题”,藉由法权体制和社会进步形成优良政体,同时努力实现中国多种文化资源和西方舶来文化资源的和平共存与复兴,构成了晚近中国一百多年的整体历史语境,是中国民族需要作出切实回应的时代主题。就此而言,三十年法制变革演绎的是一部中国法的世俗化理性主义运动,一种关于中国法制、政制和政治正当性的文化建设,中

国文明法律智慧的制度主体性提炼过程,也是错综时空下常态政治的复归和实践。在此,如果说“起源即目标”,^[4]那么,对此法治主义背景缘由的梳理,可能恰恰是认识其归宿的起点。

一、世俗理性主义

首先,一个基本的判认是,改革开放是“文革”结束两年后,执政者世俗理性主义战胜“极左乌托邦”的结果。也正是这一世俗理性主义,推导出了“法制建设”思路。换言之,“法制建设”是以世俗理性主义归拢人事、收束人世的必然选择。当其时,从上到下,党内党外,人人痛感毫无安全感,自由、尊严、财产甚至于生命倏忽飘散的惨痛经历,伦理沦丧和人类基本情感惨遭蹂躏的切肤之痛,重申了尘世生活的第一要义是安全与生存这一常识,从而,如何获享安全与生存的基本条件,构成了当时中国时空下的主要时代焦虑。^[5]而诸如“中国向何处去”这样的启蒙式宏大提问,同时也可能是有关中国的世界性焦虑的主要内容,沉重地压在每个中国人的心头。按理说,“日月有常,星辰有行;四时从经,万姓允诚”,其所申说与晓谕的,不外就是有关人世常道的常理,虽古今而不易,而“十年动乱”所颠覆和摧毁的恰恰就是这一底线。因而,回应这一时代焦虑,复归

[4] Karl Kraus, *Worte in Versen*, Vol. I. 转引自[德]瓦尔特·本雅明:《启迪》,汉娜·阿伦特编,张旭东、王斑译,三联书店2008年版,第273页。

[5] “文革”结束于1976年。记得是一个秋天的下午,笔者当时正读初三,隐约间听到长辈们悄悄议论中国将要发生一件大事。长辈的神情,压抑中隐含着掩饰不住的兴奋,恐惧惶然而又似乎满怀憧憬,至今宛在眼前。想起来真是令人百感交集,我们这一辈人,从幼年到少年,正好赶上“文革”,基本上是在一种毫无安全感的环境中体认这个世界的,恐惧占据了我们的内心,全然无兄弟姐妹们曾经有过的豪迈与热情,更无一些老知青至今仍然挂在嘴上的所谓“绝不后悔”之类的伪浪漫和反启蒙。所以,长辈们的悄然议论,既引发了我们的好奇与忐忑,又不免心怀憧憬,隐约间感到仿佛到了某种历史的转折点。此种心态,如今回想,似乎为笔者力争文化保守主义与政治自由主义两相调和的改良型学术理路,而以家国情怀、常识理性与道义担当自相勉励,早已预为铺垫。古人曰,“惟志士仁人,为能识其远者大者,素求预备而不敢忽忘”。其实,匹夫匹妇,面对国难,同情共感,又何尝不是虑远而识大者也。

这一底线,构成了政治决断的主导意志。的确,当基本安全毫无保障、生存底线遭遇颠覆之际,人民首先希望获得的是秩序以及基于秩序而来的安全,而不论这是基于何种政治正当性的秩序和安全,也不论安全和秩序的获得将会付出何种代价。

(一)法制成为安全与秩序的期待视野

在中国近代史上的这一关键时刻,这一点再次获得了验证。世俗的法制因其实在法特征和程序性功用,兼具抽象一体性品格,特别是它所展示的具象形式,似乎向社会提示至少能够提供安全与秩序这一基本公共产品,恰恰满足了人们对于安全感的需求,给予人们以生存的规范性凭恃。至少,具象规范的颁行明确传达了主导性政治意志重新登台的讯息,在社会心理上暂时消解了“无法无天”的混沌状态所滋生的恐惧,将社会大众对于自己所栖身的社会无着无落的惶惑,给予即刻性的、针对性的回应。它们如同具象的救生装置,赋予茫茫大海上的船客以至少暂时而又切实的生存指望。20世纪70年代末期以还,如果说“赋予社会大众以生存指望”的更多地是政治的立法,包括或者说特别是“三中全会决议”,以及连续多年颁行的“一号文件”,那么,“给予人们以生存的规范性凭恃”的,则为市民的立法。它们诉诸具体法律规范的编排形式,不仅在于宣示裁判规则,而且向公民大众公示了行为规则。二者合一,造成“安全”与“安稳”的社会心理效果。只有在此语境下,才能理解1979年《刑法》和《刑事诉讼法》颁行的震撼效果。另外,“五四”以还广为传播的平等理念和中国革命的平等主义教育,某种意义上造成了一种司法平民主义风格,使得诉诸法律保护自己仿佛成为一种可欲的途径。对于“人民政府”的平民理想主义信任,于历经浩劫之后辗转寄托于司法救济式的安全与尊严幻象,恰为更张无方、青黄不接时刻,大众心理的唯一制度想象力,于此便不难获得同情的理解。

我们知道,安全与秩序并非法制的唯一功能,更非法治的根本

价值与核心理念,而且,说到底,也不是法制或者法治所能供给的,法制充其量只能提供一种实现安全与秩序的具体性与可能性,否则,哪至于发生手捧宪法的“国家主席”死无具名的惨劫。但是,浩劫之后,惊魂未定,伴随着政治权威坍塌和对于信念伦理的幻灭,社会记忆中的“法制”概念引导大众心理作出了此种选择性认知,道出了客观认知其实是主观向往的折射这一认知心理学命题,非唯顺理成章,亦且令人同情。当其时,不论是庙堂立法者还是普罗大众,均不脱这一大众心理。约翰·奥斯汀说,“法律的存在是一回事,它的功与过则是另一回事”,^[6]道明的正是此种有关法律与安全、法治与政治之间的吊诡关系。在此,“社会记忆”唤醒的不仅是中国“五四”传统的法制叙事,一种与“民主”、“人权”和“科学”相连的现代秩序意象,也是清末以还半个世纪里中国法制领域的主流政治意志,而且,还包括“王法”的秩序景观。说到底,“去古不远”的中国,一方面,一切法律虽然早已成为“国法”,但是,另一方面,毕竟首先又不外是“王法”,而“王法”所缔造的秩序及其稳态,仍然是大众心理中恒绵的记忆。前文说“不论安全与秩序的获得将会付出何种代价”,即缘此而发。

因此,不难理解,正是基于“篡党夺权”一再上演,纲纪废弛,基本人权毫无保障,社会秩序几近瓦解的惨烈教训,官民双方均渴求恢复基本秩序和人间正道,而百废待兴之际,急急选择以重订宪法作为整肃纲纪的大纲和法制建设的切入点,则又说明“法治”的隐约登场,昭示着人间正道的法制属性。因而,不仅1978年即匆忙重修宪法,更于1982年颁行“新宪法”,在较为全面清算“继续革命”的极“左”路线的基础上,将新时期政体的政治大纲浓缩于规范性表述,

[6] John Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, ed. by H. L. A. Hart, London, 1954, pp. 184 - 185.

并于一定程度上体现了以“富强”、“现代化”甚至于“民主法制”为鹄的的民族理想。职是之故,同样不难理解的是,正是对于惨烈“群众运动”的记忆和恐惧,不仅使得朝野双方更多地希望藉由具体可见的形式化法制来重构秩序,而共同暂时排斥了直接民主的制度诉求,而且,使得后来当局对于民间多元性诉求的抵抗也采用了反对群众性运动“动乱”这一政治修辞,并且埋伏了“法制与政制的紧张”的伏笔。^[7] 这就正如晚近十年间这一修辞已然丧失大众心理说服力,而代之以指向不明、蕴意不祥的“群体性事件”一样。如果说1980年代西方斑驳思潮的登陆与再登陆表征的是变革与亢奋中的中国文化症候的话,那么,法治话语登场,规则之治成为不言自明的可欲目标,而为官民咸认的秩序和制度选择,传达的便是“新时期”的集体愿望、政治热情、历史想象与社会期待,不仅蔚为政治象征,而且是一种思想文化姿态,表征的是这一特定历史语境的“期待视野”。这一切,只有置身于当时中国社会集体经验的特殊性中才能理解,其单面与幼稚也才能逐步获得消解。

当然,就官民双方而言,具体动机容或不同。就“官”方来说,对于十年“文革”中惨遭整肃、九死一生的许多人,特别是党内“高干”而言,“法制”可能更多地意味着针对“动乱”而言的“规制”或者“规度”,一种“上下有序”、“定分止争”、“听话出活”的政治、经济和社会

[7] 例如,1985年5月20日,邓小平在会见陈鼓应教授时即作此评论:“中国在粉碎‘四人帮’以后出现一种思潮,叫资产阶级自由化,崇拜西方资本主义国家的‘民主’、‘自由’,否定社会主义……他们搞的这一套无非是大鸣大放大字报,出非法刊物,实际上是一种动乱,是‘文化大革命’遗留下来的做法。不能让这股风刮起来。全国人大1980年专门做了决议,废除宪法中肯定‘大鸣、大放、大辩论、大字报’的条款,这个条款是‘文化大革命’中写进宪法的。那些崇拜西方‘民主’的人总想搞这个‘四大’。”在此,“四大”与“动乱”、“资产阶级自由化”和“资本主义道路”等全部画上了等号,尤其是与“狼来了”的“动乱”勾连上了,属于典型的经由修辞而将政治对手“污名化”的手法。由此可以看出,对于包括“四大”在内的“群众运动”的记忆是如此强烈而惨烈,一提起似乎就导致心里反感,并引导到“资产阶级自由化”定性,是一种典型的政治修辞术,不仅是一种理论铺排,更为一种政治设计了。以上引文,参详邓小平:“搞资产阶级自由化就是走资本主义道路”,载《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第123~124页。

会秩序,同时还可能包括正常的“党内民主生活”诉求,当然也含指常态的生产、交往和社会生活秩序。其中,特别是要清除承载“大民主”的所谓“四大”。其后情形,牵扯愈繁,治丝愈棼,一以“稳定”与“发展”笼统之,并最终定型化为“发展是硬道理”,非当日情形所能尽述,但基本理路一以贯之,则无疑义。因而,不难理解,其法治图景与此前的政治认知并未获得理论上的真正清算,或许也无意于进行彻底的正本清源。之所以1980年代再度出现文化反传统主义狂潮,原因之一就在于对于十年“文革”集权体制政治遗产及其意识形态的正面清算和清理受阻,于是演变为侧翼挺进,文化出面代政治受过,历史为当下担责,古人向今人道歉,将“五四”以来的老故事演绎出一个新版本而已。职是之故,法制建设首先和主要的成为秩序重整的技术要素,“以法治国”而非“依法治国”,成为首当其冲的最低限度目标。也就因此,十一届三中全会决议宣谕的“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”,所谓的“十六字方针”,长时间里成为官方法制憧憬的经典解说。

另外,对于亿万平民百姓而言,此时此刻,“噩梦醒来是早晨,独自凄凉”。他们彻底厌倦了在玩偶之家中充当阶级斗争的炮灰和政治运动的工具,不愿仅仅作为统计数据存在而再受愚弄。历经三十年的高亢与压抑,革命热情早已为政治幻灭所替代,人人渴盼着恢复常规平静、安分守己的市民生活,吃饭穿衣远远胜过宏大理想,曾经的壮怀激烈消歇于油米柴盐。其实,房子、票子和孩子,才是真实此际,不仅是“大革命”过后一般百姓的心路历程,也是当时似乎首先由“看破了”的高中级人士及其子弟所引发,而后蔓延至全社会的世俗化与末世性浪潮的核心追求。它在表明市民的政治经济学回归的同时,演绎的是一出中国社会政治世俗化的活剧,迄今而未止。此时此际,“法制”对于他们首先意味着基本的人身安全,更多地希望借由法律对于“打砸抢”的社会乱象进行规制,在实现“安定团结”

的同时,进而对于公共权力之为所欲为多少有所约束,提供基本的产权关系和社会公正,乃至将“小康”憧憬与法治作理想化勾连。这后一点,越往后来,越发清晰,并于最近十来年间,几经顿挫,演变为以“公民维权”和产业确权为特征的法治推导模式,已然并正在担当着中国公民社会的发动装置。至于罗尔斯式的“自由与平等的个人在公正条件下进行社会合作”的社会想象,以及德沃金式的“追求理想的人生”的政治道德理想等,当其时,尚未到达登场之际。不仅尚未提上议事日程,而且根本还不曾进入大众心智。就连“洒泪祭雄杰,扬眉剑出鞘”式的豪迈,亦且烟消云散。“革命”落幕了,面对政治幻灭与世俗化进程之势不可挡,顶多还剩下一丝“永不再悔”式的伪浪漫与反启蒙。

因而,综理上述官民双方的感受和追求,不妨说,若谓二十世纪初年民国初肇旋即上演的袁氏复辟闹剧,“民怨民愤”的积累藉由策士之身而共同推导,有以然哉,那么,此时此刻,同样还是因为“日子过不下去!”这一“民怨民愤”,促成了此一世俗理性主义的幡然觉醒。^{〔8〕}人心思治、渴望建构能够提供基本安全与秩序的法律之治的社会大众心理,为当政者启动以颁制立法为主要特征的“法制建设”,提供了有利的“初始条件”。就此而言,响彻中华的“实践是检验真理的唯一标准”这一命题,不仅是世俗理性主义的政治纲领,也是其文化纲领,甚至是法制纲领。因而,尽管双方动机有别,追求的最终结果容或不同,但均指向以基本安全作为首选指标的秩序重构,以及在此基础上可能联翩带出的丰衣足食的国民憧憬和社会公正的公民理想。法制作作为双方的交集性目标,于此成为不二选择。借用黄仁宇先生的一个表述,如果说三十年法制变革自有其“长期

〔8〕 有关民初这一出后现代激进悲喜剧的表里源流,参详唐德刚先生的《袁氏当国》(广西师范大学出版社2004年版),正文所涉情节见第96页。至于袁氏作为“次强人”所扮演的历史角色,则又另当别论。

合理性”,则“合理性”在此。

(二) 工具性托付与价值性托付

正因为此,如同清末变法图强运动一样,一开始官民双方即赋予法制或者法治以强烈的工具性托付。此时此刻,无论是大众心理还是政体本身,其所期待的法制或者法治,与其说是一种政治范式与道德理想,统一的政道与治道,不如说是一种能够立竿见影带来秩序、稳定甚至富强的工具,而恰恰使得法制或者法治成为自己秩序想象中的一种“工具性托付”。

在此,简略比较一下第二波与第三波改革开放中“法制建设”的“工具性托付”的具体指向,有助于说明这一概念的时代性格。概而言之,清末变法彰显的不仅是中华民族的自我更张、当政者的有意选择,同时是清王朝为了“延祚”而被迫上马的“面子工程”,观众则是革命党人、激奋士人和环伺列强。这一工程意欲为文化中国罩上现代法权屋顶,给予中国“现代国家”的活力,向世界展现一个“现代中国”的形象。因而,一方面,既难言实质性的落实,无法于转瞬间“飞禽变走兽”般造就出一个法制王国,而且,另一方面,就连“延祚”的目的也必然最终落空。从当事者的角度来看,其工具性托付主要表现为自救自强,包括救“大清”与“强中华”,所触及的更多地属于政权的民族代表性冲突与全球性政体转换之际的中国式痛楚。^[9]相较而言,1970年代末期启动的“法制建设”,其“强烈的”工具性托付依循的是“稳定”与“发展”这一主轴,而以“稳定”为第一要义,主

[9] 在纪念戊戌变法百年的论文中,余英时先生曾指出,导致戊戌变法失败的根本原因是“国家利益与王朝利益之间的冲突”。换言之,“在守旧派眼中,变法即使有利于中国也不利于清王朝的统治。”因而,无论变法会给中国带来多大好处,也不能为此而付出满族“一族专政”丧失的巨大代价,绝不能为了变法而让政权流散于被统治的汉人之手,这才是“戊戌变法失败的总关键。”论其原由,也就是钱穆先生在分析“清代的部族政权”时所指出的,满清以满洲部族凌驾于汉族读书人,以致形成一种部族专制而非皇帝专制的政治形态。以上分别参详余英时:“戊戌政变今读”,载《文化评论与中国情怀》(下),广西师范大学出版社2006年版;钱穆:《中国历代政治得失》,三联书店2001年版,第145页。

要表现为稳定社会秩序,重构政制,继续政体,有效保障经济建设等指标,从而在表达为公民理想与民族理想的交集和冲突的同时,反映了社会公义对于既有法权安排的政治正当性的深度质疑,特别是政治正义要求主权在民的复位与专政思路的扞格。^[10] 论者谓现代中国法学自始即秉有“强烈的政治性使命和色彩”,^[11]其理论命题的“跳跃式变换”,“显然主要不是法学理论自身逻辑演进的结果,而是出于法学理论对政治决策、政治纲领等法学外部问题的一种回应”,^[12]其实怪而不怪,恰恰为现代中国法制与法意的社会性格和历史关联所在,盖因中国现代法制的建构自始即为一种政治重构历史,也是中国文明自救过程的组成部分,因而,非唯如此,益且如此,只能如此,否则,反倒失职了。

其间情形,略如丹尼尔·贝尔所述:

19 世纪的意识形态是普世性的、人道主义的,并且是由知识分子来倡导的。亚洲和非洲的大众意识形态则是地区性的、工具主义的,并且是由政治领袖创造出来的。旧意识形态的驱动力是为了达到社会平等和最广泛意义上的自由,新意识形态的驱动力则是为了发展经济和民族强盛。^[13]

[10] 中共中央《关于建国以来党的若干历史问题的决议》中的下列文字,可谓对于其间紧张关系的传神表述:“必须巩固人民民主专政,完善国家的宪法和法律并使之成为任何人都必须严格遵守的不可侵犯的力量,使社会主义法治成为维护人民权利,保障生产秩序、工作秩序、生活秩序,制裁犯罪行为,打击阶级敌人破坏活动的强大武器”。

[11] 赵明:“从‘法制’到‘法治’的中国语境”,载《思想战线》2005 年第 2 期。

[12] 程燎原:《从法制到法治》,法律出版社 1999 年版,第 280 页。

[13] [美]丹尼尔·贝尔:《意识形态的终结》,张国清译,江苏人民出版社 2001 年版,第 463 页。不过,是否 19 世纪的(西方的)意识形态就是“普世性的、人道主义的”,而亚非诸国的则为“地区性的、工具主义的”,则又另当别论。此种分梳,在东亚国家的学思中亦有复制本,如以普世性思考与地方性焦虑的对举来概述东、西两方的学思进路,曾经是不少中国愤青式思想人物的共同特征。

以此衡估清末民初的“变法图强”,自有若合符契之处,即就三十年前启动的“变法”来说,也还有一定的解说力。的确,自清末变法开始,法制或者法治即被赋予了强烈的政治憧憬,载负着万千社会寄托。它不仅表明中国的法学家和一般政治人物寄情于“变法图强”这一进路本身,而且,举国一致怀持法治憧憬,其实道出的是值此硬实力不敷国族之用的情形下,弱势文明辗转求诸“法制”的不得已,可谓苦心与天真俱至。

此一用心和命意,在吴经熊先生有关法律与民族主义的论述中,其实早已表露无遗。在“三民主义与法律”一文中,吴先生喟言:

中山先生革命的一件大目的,就是要跻我民族于国际平等的地位。取消领事裁判权,废除不平等条约,是完成民族主义最要紧的工作,且于遗嘱中谆谆交代,尤须于最短期间内促其实现。可是现在照我国的国势而论,尚无以强权来抵抗强权的力量,只能藉国际公法的运用,主张正义公道以自卫,据理力争,而求达到取消领事裁判权及废除不平等条约目的。^[14]

揆诸国际,弱势国族只能“主张正义公道以自卫”,因而,国际法为弱国的自保自救之道,却为强国利益张本,从而不过只是一种国际道义,其理固然。考之于国内,则法制为小民百姓的“正义的最后屏障”,其理亦然。因此,也就不难理解,正因为秉此“工具性托付”理路,在具体操作实践中,不少时候,官民双方均无视法治的自主自治品性,罔顾其价值理性担当,加上固有的“专政”思路暗中主宰立法和司法,使得后面将要阐释的法制与政制的紧张,随着时代的迁延,越发凸显出来。这一点,在下文将要描述的回应与发达国家经济交往、引进先进技术的要

[14] 吴经熊:“三民主义与法律”,载吴经熊:《法律哲学研究》,清华大学出版社2005年版,第97~98页。

求下进行的立法方面,表现得尤为淋漓尽致。特别是基于局部性政制需要而罔顾法律的自治主权,三十年来,所在多有,与法制建设同行,难以褒贬一言以蔽之。牟宗三先生标立理性的“制度性架构”,综括政道、政治、国家、法律与科学五端于其中,强调“伦常法”与“政治法”的区别,就在于后者具有“永恒独立的意义”,而“使治道客观化”,前提则是人民对于政治自主的自觉,从而,它反过来意味着凡此法律便非“一面倒所订立的”。^[15] 换言之,在形式主义的法制背后,尚需有民主撑腰,法制才能站立而为法治,也才能使“自治自主品性”道成肉身。否则,如儒者所论,“其实他所谓法,明明是他私意撰造出来的,不同儒家之天秩天讨,而彼方自托于道,亦以众人太愚而可欺了”。^[16] 以此观之,真要实现法律的“工具性托付”,反倒不能无视其自主自治品性,否则即无“客观化”治道,更无借用“工具性托付”以实现“价值性托付”的可能,其理豁然,不言自明。三十年前启动法治建设之初尚难顾及于此,三十年后则断断不能无视于此,可谓一世生聚的教训。

但是,所谓“事物发展不以人的主观意志为转移的固有规律”在于,法治的自主自治品性是法制逐渐成长后的固有主张,也是法制达成最低限度实效的必然结果,更是法治本身的自我位格即法律理性的绝对要求,绝不会因为承载着工具性托付就消隐其主体性诉求,只是时机未到,暂时屈居一隅而已。一旦时机成熟,其价值性立场便会彰显无遗,寻求自我实现的制度表达,其情其形,可谓势所必然,顺流直下。否则,便无法治,更无法治国家,连工具性托付亦难实现,而此一托付是立法与立法者存在的合法性所在。因此,情形常常是,一定历史时段内,大规模的立法、配套性的司法以及为此积累的法律人才资源,达致一定值点,自成一势,就必然会提出自我位格诉求,法制因而不得不转向法治。数量的积累可能渐次导致质量上的变革,此为一例。因此,晚近十多年

[15] 牟宗三:《政道与治道》,广西师范大学出版社2006年版,第22、47页。

[16] 马一浮:《泰和宜山会语》,辽宁教育出版社1998年版,第36页。

来,社会自主空间逐步扩大,以“法治理念”面世,而实则表达了法治的价值诉求、有关惬意人世的种种国民憧憬,虽屡遭辖制,犹所不屈,如春来江水,日见浩瀚,正说明此势渐茁,日益逼近这一值点。包括以立法主权和普遍直接选举表达的主权在民、权力必须受到制约、法律平等、社会正义与政治正义等理念、价值和主张,成为中国社会的主流思潮,也是中国民族的公民理想与全体公民的民族理想,反映了工具性托付与价值性托付的良性互动,而与法制和法治的成长互为因果。

由此,三十年的社会、政治与文化转型历史表明,“改革开放”的政治意志指向的是一个综合性的秩序图景,包含民族、民生和民权等多项诉求,因而是一场整体性的经济、社会、政治与文化变革。法制于其中承担着提供秩序、落实政治、保障经济发展、纾解社会矛盾、反映文化诉求、实现社会公义等多重嘱托,自“工具性托付”逐渐向“价值性托付”过渡。凡此过渡,不仅彰显了政体诉求,而且在一定程度上表述了民族理想和公民理想,同时并将其间的紧张展露无遗。职是之故,法制,或者其原初的表达形式“以法治国”之成为时代思潮,蔚然而为浩大政治动员旗帜,首先起于世俗理性主义,但是,迄至“依法治国”或者“法治”逐渐主宰了制度话语,又表明了中国心智超越于此,而追寻更为浩森的理想人间秩序,已然非世俗理性主义这一概念所能完全框含的了。

二、救济政治合法性

也正因为此,反过来,至少从当局者的命意来看,“法制建设”自始至终都是救济政治合法性的手段,最终的目的在于实现特定的政治秩序。换言之,通过“法制建设”来强化政制权威,表征政治正当性,使政统之身粘系于道统之尊,幻化为政治正义,是潜含在法制进程之下的政治进程,是推导政治进程的思想进程。此与上述两波“改革开放”,均无不同,也同样是或者首先是一种“工具性托付”。置身“文革”后的政治社会生态,当局以“拨乱反正”为帜,进而手握法制之柄,希望脱离政治不成熟之境,自是不难理解。但是,问题在于,凡此进程于不知不觉间

“不依人的主观意志为转移”，逐渐向“价值性托付”过渡，而造成所谓“既受命亦革命”的秩序景观，于时间的迁延中，明暗交叠，逐渐构成了两种托付之间的转圜，也是明摆着的事实，否则就不会有“法治”的语词转换及其过度放大的象征意义。反面来说，也就不会出现对于“司法独立”之类诉求的强烈反弹。上节所述“中国心智超越于此”云云，则“超越”在此，而思想尚未能够使自身现实化，同样在此。其间情形，略如传统中国在“政治伦理化”这一总纲目下，期期以求的是以“王权代替神权”，以“师道辅君道”，而这也同时意味着“用神权饰王权”，^[17]进而，反转过来，“以神权驭王权”，同时，并“藉师权规范君权”，而终究难驭，时有脱范。但是，总体而言，道统之治辖政统，并且逼使政治趋向常态，属于政治常态。“工具性托付”和“价值性托付”的两相折冲，辩证互动，同样不脱此辙，一唱三叹。也就因此，“救济”本身就是“规训”的过程，进而辗转渐变为一种“建设”的进程。

（一）以治道救政道

就切近的这一波而言，从政治动员的立场来看，针对“十年动乱”之后危在旦夕的体制合法性，除了采取与民休息、逐步满足民生需求、调整“路线”、平反积年政治冤狱等措施，以重聚政治认同、安顿民生、调动社会积极性之外，还需提供“有法有天”这一公共产品，由此使政体多少获秉道德理想，从而在进行政治建设中重启社会建设，于安顿“民心”中照料民生，也才能获得所欲的“稳定”，而护持既有的政治格局。如果说长期奉行的准军事性战时动员体制和持续激烈的政治运动，使得“和尚打伞，无法无天”构成了 20 世纪中叶以还相当长时期内中国社会政治的总体特征的话，那么，实施救济的最佳进路就是返回政治常态，力争“有法有天”，于“法”“天”重构、遥相呼应的格局中，获秉政治合法性。

有关“常态政治”，下文还将详述。这里需要指出的是，“有法有天”之“法”者，规则之治也，意味着需将整个“中国”网罗于规则之中，用实

[17] 钱穆：《中国文化史导论》，商务印书馆 1994 年版，第 80 页以下。

体规范编织事实,以程序主义法权安排铺设生活之道,提供安全与秩序这一基本公共产品,好歹让人有个讲理的规矩,借由法律平等消弭社会平等实现不足所埋伏的政治隐患;“有法有天”之“天”者,公道也,公共权力需还世间一个公义和道义,秉此公义和道义,一切为了这一公义和道义。基此规则之治和公义与道义,如此形成“有法有天”、天高于法的形势,人间秩序才有保障,人世生活才有希望,而政治统治不外乎一种人世生活方式,其立其废,均系于此种天与法的错综勾连之中,考验着政体运用法制回应天道命令的政治能力。因而,这一过程在表明当政者经由政制的转型而对于政治重予自我理解的尝试和努力之际,以特定方式验证了现代政治的合法性难题的不可回避性。正是这一切,构成了三十年政治实践,特别是最初十多年间的政制与法制措置的基本背景。其间情形,就如阿伦特在论述法美革命的差异时曾经说过的,“如果世俗法律的本质乃是一种命令,那么,就需要一种神圣性赐予它效力,这种神圣性不是自然,而是自然神;不是理性,而是神启理性。”^{〔18〕}在中国神俗两分而又不即不离的义理结构和体制安排下,不仅公义与道义是天,安全与秩序的公共产品供给同样是“天”,公民的自由和尊严更是天。因而,政治合法性的自我赋予不得不溯源于基本公共产品的供给,一方面展现了法律的“工具性托付”与“价值性托付”的错综关系,另一方面,它道出了一切政制最终还是不得不向“以自由立国”复位才能获得真正的政治统治这一现代政体的宿命,一切政治的不得不然。这就如神圣观念的出现意味着人的诞生,人间秩序的继续恰恰需要“天”的存在,道尽了人世生活的幸与不幸,人类的崇高与渺小。

换言之,政治合法性不仅奠立于上述“天”、“法”关系与公共产品的提供能力,而且,更主要的是应当能够经由政体安排及其实践效用,自我阐明或者似乎阐明了自己的历史关系与政治宗旨,也就是说,要赋予自己以政治德性,而于所谓“道统”上站得住脚,避免陷入柏林所设想的

〔18〕 [美]汉娜·阿伦特:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2007年版,第181页。

那种政治陷阱:不可避免的不是失望,而是不可救赎的道德污点。一方面,“枪杆子里面出政权”式的合法性在此依然作为一种话语发挥阐释作用,为“江山”护法;另一方面,却又已然根本无法充当全部正当性的说明,甚至难以招架质疑,进而对于自己的合法性产生了负面影响。置此情形,基此现实,法制或者法治登场,以治道救政道,发挥其挽救合法性、说明正当性、进而建设合法性与正当性的作用,且非顺理成章,责无旁贷。事实证明,过往的三十年里,经济危机及其引发的社会危机和政治统治危机,之所以总能于峰回路转中化险为夷,不仅凭恃强力调控,亦且依赖于法制主义进路。藉由“依法办事”,化政治为法制,将社会问题变成“依法办事”的法律教条,使经济风险最后落实在法权安排上,政治以政制的有限让步,使自己立于不败之地。1983年春夏开始的“严打”以及此后多次运动式的“执法活动”,属于以法制解决社会危机,首度发生于新《宪法》颁行的翌年。而以“扫黄打非”、“净化网络、文化市场”为名进行的法律行动与治安措置,主要针对的其实是言论领域的“自由化”苗头。至于《物权法》等诸多法律对于一系列市民生活领域平等主体间生产和消费关系的规制,不仅名正言顺地启动了法治机制,更且赋予了理顺产权关系这一市民政治经济学以道德想象。它们一步步修理、增添了现有体制的合法性,并且于此过程中校正之,而培育出有关政治合法性的新型因素。^[19]

这不是说执政集团自此即奉行“永久和平”的共和主张与公民理想,彻底放弃了“暴力革命”旗帜与阶级斗争路线,一心一意于公共政治文化的建设。而是说,值此全民希望“告别革命”之际,当政者体认民意,顺遂人心,改弦更张,便就是诉诸“天”了。而“天何言哉?”,于是便指向了“法制”乃至“法治”这一秩序的俗世象征,一般情形下大众心

[19] 在此,如果考察一下晚近三十年里中国大陆经历的经济周期、犯罪高峰与当局进行“严打”之间的内在关联,必定饶有趣味,可能会为我们思考政治社会与经济、法律之间的互动性,提供某种新的启示。参见温铁军:“百年中国,一波四折”、“新中国成立以来的经济周期及其相关调控政策分析”,载温铁军:《我们到底要什么》,华夏出版社2004年版。

理上可见、具象、形式化的安全托庇之所。当其时,谁能提供安全,保障秩序,谁就能获得民心,不仅“抹去道德污点”,而且获享道义发言权。也就因此,1979年《刑法》与《刑事诉讼法》率先出台,1982年细予修订的《宪法》颁行天下。因而,在告别革命,人心思治之际,一方面“法制”发挥着政治合法性的临时保护派的角色,另一方面却将政体的道统羸弱,因而亟须寻求新型正当性资源的急迫等,益且展露无遗。历经二三十年后,大众心理“法律信仰”的幻灭,不仅说明“可见、具象、形式化”的法制难恪其愿,而且说明中国法律心智渐次成熟,洞悉于法制与民主之间的血肉关联,进而对政制提出了政治要求。同样,法制于此出头露面,而以“人权入宪”和“私产入宪”对此分别作出有限交代。前者是政治的回应,并为政制的道德招贴,后者则属于市民的政治经济学的制度落实,以及“经济统战”,而一统服务于“救济合法性”的总体思路。

换言之,在此语境下,“加强法制”之所以能够救济政治合法性,得力于它表征了政体与政制的德性,即它们决意自我约束、建构规则,“好好干了”。退一万步言,以法制/法治来救济合法性,包括在支撑合法性的政治改革资源逐渐穷竭,而民主建设滞后的情形下,法治建设所启动的对于公共权力的重构性阐释,在给予大众政治建设和民主建设并未止息的心理感受的同时,至少暂时提供了某种社会表达的空间与渠道,缓解了公共权力与个体权利、国家意志与社会自主要求之间的紧张。因此,行政诉讼制度、国家赔偿制度的确立,“民告官”成为自我救济的市民途径,不啻成本最小、代价最微的政治改革,也是民主的法制形态,而恰恰蔚为法治。“高考”、公务员考试制度、司法考试制度等,既是政制,也是法制,更是政治,将社会阶层流动和政治开放打开了一条缝,至少为政治建设注入了新鲜体制合法性。听证制度、政府发言人制度等政制设置,同样具此法律效应与政治意义,而一并统归于以治道救政道的历史联系和政治脉络之中。

(二)道德与历史之间的转圜:对于普遍权利诉求的闪避和有限接应在论及政治自由主义所涉及的多元性与一致性时,托马斯·内格

尔教授曾经指出,为了对它作出一种多元主义辩护,只要否定以下这一点就足够了,即冲突价值的多元性可以通过将它们都化约到一个共同标准就可以排除;然而,即便如此,不妨仍然坚持认为,寻找更高位阶的价值,或者寻找允许冲突被解决的方法,是一种合理的追求。^[20]——笔者在此意欲附议的是,这是而且必将是一个“历史的”并且正在“历史着的”过程。经此过程,在特定时间节点上,道德可以转换或者转圜为历史,正像历史恰恰是道德与道德合法性的源泉。借用这一论式我们可以看出,上述经由制颁法律,特别是颁行新《宪法》、适时修订《宪法》的方式来昭示“法制建设”的决心,从而立“天”的用意,不仅有效回避了是否允许寻找更高位阶的价值与解决冲突的方法的问题,而经由具体一统于宪法这一特定的根本性规范,实际上将它们暂时“屏蔽”或者搁置了,而且,经此作业,自立为“天”的政治为政制注入了生命力。换言之,运用根本规范消解或者暂时搁置价值冲突,“不争论”或者设置争论的最高上限,堪为暂时性救济合法性、从而标立正当性的一着妙招。——由此,不仅道德问题转换或者转圜为历史过程,而且这一历史过程终止于或者中止于根本规范,则在立法者看来,“稳定”与“发展”不仅是可欲的,亦是惬意的,甚至是德性的。于是,“法制”成为一举多得的招式,真正是“全党、全军和全国各族人民”一心向往、共同拥护和奋力追求的国家目标。无论“左”还是“右”,也不论奉行何种利益立场,尽管对法治可能会持不同立场,但于法制则无异议,这是一个重要原因。

无独有偶,在论述法官为了获得正当裁判,必须根据当下的需要,通过赋予法律以目的而阐释法律时,德沃金指出:

(他)将秩序加诸学说,而非从创设了学说的因素中去找

[20] [美]托马斯·内格尔:“多元主义与一致性”,载[美]马克·里拉、罗纳德·德沃金、罗伯特·西尔维斯等编:《以赛亚·柏林的遗产》,刘擎、殷莹译,新星出版社2006年版,第98页。

寻秩序。他努力形成一套能够提供给整体性的原则,一种将法律链条上的各个环节转型为此刻口径一致的统治景象的方案,即便它们与过往领袖们的看法大相径庭。^[21]

就上述“暂时性救济合法性”的策略而言,立法者似乎采用了与法官相同的技巧。“法制”,特别是宪法,作为一种秩序的至高无上的合法性在先,不仅说明了其本身的价值正当性,而且限定了正当性追求的最高进境,以及只能在此秩序范畴之内追求的进路,从而,立法者和法学家所能操作的只是将社会和制度链条上的“各个环节”,缝缀、串联为建构这一可欲秩序的“方案”。倘若旧有的理论无法提供现成解说,那么,不是正面迎应普遍权利的法权安排,而是“解放思想”,一种武器的批判,成为所向披靡的利器,“即便它们与过往领袖们的看法大相径庭”。

不过,正如杰弗逊式的“我们认为这些真理是不言而喻的……”这一表述无异于诉诸高级法或者最高立法者,本意旨在将人意的协约与天意勾连一体,既为现实政治找到“同意”和“承诺”,也为之提供正当性,但却以“我们认为”道出了其不许争论的绝对性格,最终未能避免其强制性与绝对性的专断,反倒违忤于高级法宗旨本身,从而,如阿伦特所言,导致这些真理属于前理性的,它们唤醒了理性,而非理性的产物,^[22]这里,以一统于法制或者具体宪法,即便是“最好的宪法”,而“不争论”的智慧,可以合法化合法性,特别是具有“稳定”的效果,但却无法避免“我们人民”对于“不争论”本身进行争论,进而最终其实是在瓦解这一合法性。此一尴尬存在于启动“法制建设”的制度命意本身,而从一开始就注定成为构成三十年中制度紧张的内在原由。毕竟,就像包括法国大革命在内的种种近代“革命”所昭示的,对于革命精神的失忆和未能将其抽象化与概念化,实因革命本身未能为革命精神提供一种

[21] 德沃金:《法律帝国》,哈佛大学出版社1986年英文版,第273页。

[22] [美]汉娜·阿伦特著:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2007年版,第178页。

制度性落实,即未能使之体制化,化为制度成果,从而,“立国”超越了“自由”,则“国家”终究难免为其肇始者所自拆台脚。如此,诉诸具体人间的最高规范只能救济合法性于一时,作为其基础的正当性,却需要更为诚实的政治协商过程方始获得,而政治与法律的德性也恰恰蕴涵于此过程之中。由此,法制的“工具性托付”必须向“价值性托付”转型,自不待言。晚近十年来中国社会的民主诉求高涨,当政者因应时局,主动被动地给社会进一步松绑,恰恰为此提供了注脚。

进而言之,这里涉及的是一个有关“统治”与“批判”的问题。如果说对于“当权者赋予的多少具有威慑力的堂皇外表下隐藏着实质上的不合法性”的发现,是批判的启动装置的话,那么,正如福科所言,“批判就是用不可取消的普遍权利来挑战统治,拒绝它所命令的顺从,因为每一种统治,不管它是什么,不管它跟君主、地方官、教育者,还是跟一家之主有关,它都必须服从这些权利。”^[23]换言之,救济合法性的措置本身同时释放出对于合法性的质疑,而其根本理据正在于救济行动本身所最终希望掩蔽的“普遍权利”。一方面,借由前述种种具体法制来妆饰政制,为此普遍权利打开了一扇大门,另一方面,完全开门接应可能会即刻造成“统治”危机。但是,再度关门已属不可能。于是,造成了上述闪避与接应的二龙戏珠局面,一旦不得已,只好以“解放思想”与“进一步解放思想”虚应。

因此,透过重重修辞,我们可以看到,贯穿这一合法性重构过程始终的是彻底的世俗政治实用主义,而将“告别革命”的演出形诸制度重建的努力,却又在为一种新的理想开道。此种治道服务于合法性重构的努力,同时形成并借重于中国现代法律的“实用道德主义”思维

[23] [法]米歇尔·福科:“什么是批判?”,载[美]詹姆斯·施密特编:《启蒙运动与现代性——十九世纪与二十世纪的对话》,徐向东、卢华萍译,上海人民出版社2005年版,引文见第390页。

方式。^[24]与清末变法一样,经由“法制建设”为民族国家铺设政治屋顶和法权外形的努力,其所瞄准的目标,也是基本的理路,就是“与国际接轨”,首先是“救大清”,然后是“保中华”。“与国际接轨”,也就是向一定历史时期内占据主流地位的文明形态学习,与强权妥协,甚至向强权求饶,忍辱负重,守时待变,循时以变。而最为根本的原因,其实也是最为实际的原因,就是救济合法性必须首先满足民生需求,发展经济于是成为当务之急,并成为三十年一以贯之的 GDP 纲领,并进而演变成为 GDP 合法性本身。只有将 20 世纪 90 年代后期迄今几度出现的“保 8”运动置此语境下,才能理解,也才能谅解。大凡常态之下的政体对此均会保有基本常识,无意违忤,也没有必要与之恶意作对。发展经济必须对外开放,重获世界主流的接纳,亦即获得占统治地位的西方发达国家的认可,因而,向洋人昭示法制,回应制度挑战,实在是做生意的基础,也是由经济而政制,由法制而政治的连环套路。在此,合法性重构不仅发生于政治统治对于内部挑战做出法制回应的历史联系之中,而且意味着全球化时代“中国形象”的塑造,乃至于此后所谓从“现代性”向“中华性”的转型,牵连带出世界体系中的中国位格问题,由此引发了西方世界持续三十年的各种中国想象。

因此,也就不难理解,在整个中国尚无一家中外合资企业之时,为何立法机构置“规范”于“事实”之前,以最快的速度,先行颁布了《中外合资企业法》。当其时,该项立法的颁行不仅为外资登陆提供法制担保,而且更是一种政治象征,以治道的技术装置隐喻着政道的更张,向世界宣示中国以自我转型与世界和解。从而,此种进路,既是“法制建设”的基本理路,也是法制重上台面的基本背景,在为“工具性托付”张本的同时,而与“价值性托付”互文。也就因此,“有法有天”之“天”,其

[24] 黄宗智教授认为,近百年来的现代中国法律变革过程中贯穿着一种“实用道德主义”思维方式,而与欧陆法的形式主义思维方式区别开来。“这个思维方式既可见于国民党的法制,更可见于共产党的法制。同时,它也是中国传统法律思维方式的延续。”参见黄宗智:《经验与理论:中国社会、经济与法律的实践历史研究》,中国人民大学出版社 2007 年版,第 405 页以下。

实已经顾不上“天”了,同时却又别有洞天,真是“天何言哉”。黑格尔说,“范畴是自在的,因为它是纯粹意识的普遍;它又是自为的,因为意识的自我同样也是它(范畴)的环节。范畴是绝对的存在,因为它的那个普遍性乃是存在的简单的自身等同性。”^[25]证诸上述法制由“工具性托付”向“价值性托付”的转型,“不争论”而又“不得不争论”以及“无中生有”的林林总总,对于普遍权利诉求的闪避与逐渐作出有限接应的政道变革,可见此言不虚。三十年来,“自在的”法制逐渐逼进“自为的”法治,实现着其所载负的普遍性,彰显着其日益明朗的“存在的简单的自身等同性”。它们统归于救济政制合法性与政治正当性这一当务之急,转圜为规训与重建政治正当性的务实措置与长远盘算。

申而言之,正如论者所言,如果说西方在工业化阶段只是以传统手段争夺传统空间的话,所谓“拓殖”与“海权”因而蔚为政治体系中心的话,那么,近代新增的手段则包括对于“符号资源”的争夺和制轭。^[26]转用此意,则“法制”或者“法治”不仅是一种政制与政体安排,而且是一种“符号资源”,事关政统与道统,逶迤于治道与政道之间。它既是“政治的晚礼服”,可能还是政治的“保暖内衣”,从而在中国当今语境下,还是政治本身。事实说明,现行政统一脉绵延,道统羸弱却立于不败,以迄于今,伸曲收放之间,所赖于此多矣。^[27]

三、回归常态政治

重提法制话题,意味着回归常识理性,不仅是对“文革”的拨乱反

[25] [德]黑格尔:《精神现象学》(上),贺麟、王玖兴译,商务印书馆1997年版,第279页。

[26] 温铁军:《我们到底要什么》,华夏出版社2004年版,第3页。

[27] 至于法制在救济政治合法性之际自己本身也面临的合法性问题,特别是文化合法性问题,又另当别论。在此需要略予提示的是,法律或者法制不仅是一种规范体系,而且是一套意义体系,二者合一构成了完整的“法律”或者“法制”。作为一种规范体系,它必须提供历史——文化归属的法权满足形式;作为一种“意义体系”,它必须具有自己的文化属性,反映民族文化的历史预期和惬意人间秩序向往,以对自己置身其中的特定文明的文化诉求作出恰切的法权回应作为自身合法性的源泉。

正,而且是对百年激进狂潮的嘎然矫正,在痛加反省“激进反传统主义”的基础上,重回政治常规,以常态政治而非异常政治重启政治进程,导引社会建设,进求全体公民的政治和解与和平共处。所谓“极左”思潮以及此前源于“五四”的左翼政治力量,一本于激进反传统主义,^[28]辗转之间构成了激进反传统主义的政治之翼。因而,对于“极左”思潮和“极左路线”的清算,意味着对文化上激进反传统主义的政治倒戈,从而其实是对自家传统的颠覆。一定意义上可以说,这是摒弃内在资源而另觅道统的当下努力,其革故鼎新、洗心革面的决意之坚可见一斑,同时,它并说明了体制本身对于存亡危急之际,时不我待情势之清醒自觉。

(一)用法制组织政制,表征政治正在复归常态

当其时,此于一直以革命政党自任的政治力量而言,实即意味着自我转型,认识到向常态政治的复归,才是自救之道。从而,它在主动与社会讲和的同时,从理论建设和观念转型的角度,埋伏了日后逐渐从“专政党”向“执政党”转型的可能性。^[29]从大历史的角度来看,可以说1840年以还一个多世纪的中国历史,均为非常政治时段,遭逢“三千年未有之大变局”,而恰为一“变局”。其实,庚子后一年,任公作《过渡时代论》,早已深切体悟到“中国自数千年以来,皆停顿时代也,而今则过

[28] 有关中国近代史中的“激进”与“保守”的反思,参见余英时:“中国近代思想史中的激进与保守”、“再论中国现代思想中的激进与保守”,分别载《二十一世纪》(香港)第7、10期。围绕这一论题引发的诸多议论及不同体认,参详该刊第3~15期的有关论文,如林岗:“激进主义在中国”(第3期)、姜义华:“激进与保守:与余英时现实商榷”(第10期)、许纪霖:“激进与保守的迷惑”(第11期)、汪荣祖:“激进与保守赘言”(第11期)、王绍光:“‘保守’与‘保守主义’”(第12期),以及赵雁生:“关于激进主义与保守主义”,载《科学·经济·社会》1997年第2期;姜义华、陈炎:“激进与保守:一段尚未完结的对话”,载《开放时代》1997年第2期。有关这一主题的讨论,近年来持续有论述问世,如马志强、刘歆立:“对‘五四’激进主义发展命运的另类解读”,载《兰州学刊》2006年第8期;王文章:“试析中国近代化进程中的激进主义”,载《南京社会科学》2007年第8期;罗银胜:“王元化对激进思潮的反思”,载《民主与科学》2008年第4期。

[29] 事实上,有论者认为,1989年夏后,中共已经从“革命党”转变为“执政党”,变成了奉行实用主义的“理性经济人。”具体细节论述,参见康晓光:《仁政——关于中国政治发展的保守主义思考》,作者自印,第205~206页。

渡时代也”。^[30] 是否千年“停顿”，见仁见智，姑且不论，但“过渡”则在自明也，故为唐德刚先生倡说之“历史三峡”，恰为非常政治时刻，自不待言。但就峡中景象判断，1978年启动的“改革开放”以及随后逐渐展开的“法制建设”，却是以告别非常政治，回归常态政治的方式完成的，也是以此作为追求目标的，因而，才会从“不争论”过渡到了“不折腾”。所谓“常态政治”，就现象而言，就是“不折腾”的政制运作，倏忽生没的“变局”过程，潜转沉淀为相对“稳定”的历史进程。

当其时，作为“改革开放”的政治动员和启动装置，“拨乱反正”本身属于非常时刻的非常政治，诉诸“决断”，其志却在重建政治常规，从“人总是要吃饭穿衣的”重新做起，以人间秩序的常态、常规和常例与人世生活的常识、常理和常情，来矫正或者救济非常政治的文化、社会与道德恶果，重启社会建设与文化建设，重构俗常的政治社会与庸常的万民世态，以求得常态人世的复归。因而，它重申了这样一种政治意志：政制本身立足于常态政治，也只有以常态政治为凭，才能确保政制的延续，也才能护持特定政治的合法性与生命力。借用《明儒学案》的命意，所谓“国不患乎无积，而患无政”，^[31]则庶几乎其政在此。

在此，日常政治终究回归，非常政治退隐，正为“大革命”后世俗理性主义觉醒的结果，俗常人世生活的必需，也是政治本身的自救自保之道，早已为晚近东西方的各种“大革命”所一再释证。历史表明，非常政治通常发生于重大历史转折时节，如英国“光荣革命”前后，“法国大革命”后的半个多世纪，起于1872年俾斯麦统一德国之后、至少下迄魏玛共和的“腾飞”时段，以及一百多年来的中国历史，皆为其例。所谓处非常之世，必有非常之人，以非常之手段，实现非常之目的，而成就非常之事功。它可能是一个造就历史，英雄辈出的时代，生灵涂炭于车殆马烦，血色纷飞中丰碑巍峨，但却绝非平常百姓安居乐业的惬意人世；它

[30] 梁启超：“过渡时代论”，载《清议报》第82期。

[31] （清）黄宗羲：《明儒学案》（下），中华书局2008年版，第1045页。

也许摧枯拉朽,荡瑕涤垢,而为万世开太平,但既然人头滚滚,血流成河,朝不保夕,就无法不得不是人人思图尽早结束的人间炼狱。因此,每当非常政治倏忽生没,抑或折腾经年,民怨鼎沸、风雨飘摇之际,最有感召力的旗帜就是结束这一曾经鼓荡人心、让时代骚然的时代。毕竟,“巴黎市民又上街了”,总不是个事。此所谓“乱后必治,而举国求安矣”。

人心思治之“治”者,日常政治也,庸常人世也,俗常秩序也;举国求安之“安”者,安全、安定、安稳、安适与安宁也。^[32]而表征“治”与“安”的常态与常规属性的最佳制度安排,能够看得见摸得着的、具象而形式化的就是足能提供基本安全和秩序的法权体制,一种抽象一体性的规范体系和意义秩序。“法制”于是成为重启常态政治的不二选择,也是一切大革命之后的常规手段。就此而言,“约法三章”便能收拾人心,其因在此。1982年9月30日,时任全国人大委员长的彭真主持召开宪法修订会议,指出新宪法“只写定了的共同原则,才可以团结;有了团结,就有了安定”,同样是将“安定”作为久乱之后中国的首选政治目标,缘由未出此辙。

今日回头一看,1970~1980年之交的中国,遭临的恰恰就是这一转折时刻。“不断革命”早已丧失政治感召和道德信誉,亿万百姓梦寐以求的是人世常态,渴盼温饱,憧憬小康,所谓“衣食足,天国至”,而首先是生命安全与生计安宁,无须为夜半敲门而心惊肉跳。^[33]也就因此,回应前文说的“重启”改革开放这一断语,其意在于说明,启动于整整三十

[32] 据顾昂然先生回忆。具体详情,参见顾昂然:“制定‘治国安邦的总章程’”,载《财经》(北京)2008年第24期。

[33] 不特乱后求治之际如此,即便生杀活现,只要无关自家颈项,市民生活的延续仍然往住是第一位诉求。18世纪的中国文祸连年,却是一个轻赋立国的盛世,如论者所言,“当文字狱引发的凌厉和紧张使士人世界不得安宁的时候,盛世里的田夫耕垌正各安其业,在这个多数人的世界里,很少有人会感受到来自那一头的冲击和窘迫”。由此,孟森述史,亦谓“康熙之不欲扰民,自是当日善政,不必异世而转作不怨之词也。”其中细节,参见杨国强:《晚清的士人与世相》,三联书店2008年版,第291页。孟森先生语,详氏著:《明清史讲义》(下册),中华书局1981年版,第476页。

年前的改革开放及其法制变革,是晚近百多年间中国社会文化转型的“第三波”,承接的是清末变法图强运动以来中国社会转型的主导意志,但表现出来的却是以回归常态政治来收束世事,重理人事,进而安定人生、抚慰人心这一政治复位过程,也是文化与德性渐次回归的进程。放眼百年中国转型历史,可以看出,相较于1911年和1949年的两次易帜,它并非属于“另起炉灶重开张”的开天辟地的创举,毋宁,如主事者所言,旨在“拨乱反正”,通过告别革命的去政治化与奉行“发展是硬道理”的世俗化努力,接续清末以还开启、两度中断的与世界主流文明“接轨”的进程,继续中国的现代化事业,实现百年未竟的华夏复兴梦想,彻底解决“中国问题”。^[34]

(二)重建法制是对于中国近代史“枢纽时代”的制度接应

也就因此,从政统的角度衡之,三十年来中国的改革开放及其法制变革,确实具有“与传统的非断裂性”,即“强调并尊重中国现行政治体制转轨的历史连续性……充分考虑到本国社会主义历史上遗留下来的

[34] 因此,“改革开放二十年,一觉睡回解放前”,街巷之议,正表明历史的“接续”,其实怪而不怪。“共产党并没能割裂中国历史”,潘维教授的判认不虚。参见潘维:“现行中国体制面临的五大问题与机会”,载《中国与世界观察》,商务印书馆2005年版。

此处另需说明的一点是,正文所谓“世界主流文明”,并非意味着对于特定强势文明的巨服式认同与文化皈依,毋宁它道出了“风水轮流转”式的文明兴衰历程中,特定历史时期总是有某种人文类型成为主导性文明,从而,其他文明响应风从的事实。其实,漫漫人类文明史上曾经有过多次轴心文明此盛彼衰的消长轮替过程,对此,见贤思齐的开放心胸、参与建构的坦然气度和自强不息的奋斗精神,恰恰是迎头赶上、免受宰制的前提。实际上,新儒家诸公,自梁漱溟先生而张、唐、徐、牟诸贤,无不以吸纳民主、法治和科学为中国文明的当下要务与沛然复兴的条件,反不若后起名号新儒者以拒斥求自保之偏狭,确乎需三思而复思者也。在此,正如高全喜教授所言,人类文明经历了多次轴心时代的变迁,在一个历史性的发展演变过程中,各个民族都曾经致力于伟大的奋斗,“一轮轮”的普世性规则是存在的,关键在于参与建构,并占据要津。否则,如杨国强教授所言,以自固藩篱为折冲中西的自觉意识,表达的是中国人在舶来的西方世界面前对冲击作抵挡,其间固有其强烈的道义正当性和历史合理性,然而忿戾内涵于敌忾之中,则自固藩篱的意识又很容易表现为中西对峙中的意气。以上分别参详高全喜“三十年法制变革之何种(中国经验)”,将刊于《历史法学》第二卷;杨国强:《晚清的士人与世相》,三联书店2008年版,第126页。

社会规范、文化遗产与社会主义传统”,等等。^[35] 凡此种种,一定意义上,固为其重要特征,亦且为其出奇制胜,几经顿挫而不败的政治保障。但是,就道统而言,则与凡此“传统”之藕断丝连而渐至义断情绝,实质上拥抱清末以还的中国民族主导性政治意志,才是这三十年的真实轨迹。百年以来,这一主导性意志的核心在于建设现代民族国家,实现中华文明的复兴和国族的繁荣富强,同时,建构优良政体,形成现代性的民族国家法权体系,使中华民族蔚为成熟的政治国族,进拓全球正义与人类的永久和平,而一以我民族国家的自立自强为期,维新维盛为务。就现代性法权体系的建设而言,其核心诉求之一是从威权型法制走向民主基础上的法律统治,以宪政体制提供政治正义,保障个人自由与社会公正,实现法律统治的自主自治,亦即所谓的法治。因而,“中国问题”纠缠于民族主义和自由主义,辗转于民族认同、国家利益、集体尊严、人民共和与个人自由、社会进步等多重维度的紧张关系。就此而言,总体来说,中国是在19世纪末至21世纪初的背景下,完成18、19世纪西方曾经进行并且业已完成的历史进程。^[36] 所谓“转折”、“转型”,所谓“过渡”、“闯关”,所谓“历史三峡”之惊涛骇浪,其意在此,其义亦在此。

综观1840年以还的中国历史,可以看出,“清末民初”的三十年来,是一个改天换地、开天辟地的大变革时段,此后国共两党、海峡两岸的

[35] 萧功秦:“中国转型体制的类型学”,载《二十一世纪》(香港),2006年总第96期,第15页,收见氏著:《中国的大转型》,新星出版社2008年版,“导言”第6~7页。

[36] 此种20世纪历史的“分崩离析”,导致正如汪晖教授所述,“90年代”与“漫长的19世纪”有着更多的亲缘关系,而与“20世纪”相距更加遥远。伴随着20世纪的大幕落下,那些构成“19世纪”特征的社会关系重新登场,仿佛从未经历革命时代的冲击与改造一般。所以,“90年代”与其说是“历史的终结”,毋宁更像是“历史的重新开始”;“90年代”不是“短20世纪”的尾声,而更像是“漫长的19世纪”的延伸。将眼光放远,也就难怪,整整半个世纪前,置身这一历史时段,奥地利历史学家弗里德里希·希尔教授才会于“二战”结束后不久喟言:欧洲的“十九世纪是在第二次世界大战末欧洲城市的残垣断壁中才告终结的”。以上分别参见汪晖:《去政治化的政治:短20世纪的终结与90年代》,三联书店2008年版;[奥地利]弗里德里希·希尔:《欧洲思想史》,赵复三译,广西师范大学出版社2007年版,第475页。并详见本文最后一节中所引钱永祥教授有关“迟到的格劳休斯——洛克时期”的论述。

一切努力,不过是对于这一时段早已提出的大经大法的重新诠释与当下落实,而无论染苍染黄,涂红抹黑,基本不脱当初的蓝图。建设三峡大坝、武汉三镇借由江底隧道联为一体等,均为《建国大纲》的设想,刚刚实现。而《建国大纲》所设想的九万公里铁路梦,迄今也还未能实现,“同志仍需努力”。清末即已提出制颁蓝图的民法典,几经辗转,大陆地区尚付阙如,表明已然持续百年的中国法典化进程,亦未终结,正待收尾。因而,这一时段,前后三十年来,正为一世,堪当中国近代史的“枢纽期”。也就因此,从中国近代史的这一“枢纽期”观之,凡此第三波改革开放及其法制建设,实为对于遭受战争和革命而被迫中断的“现代化历史进程”的当下接续,而这一进程本性上属于彻底的世俗化事业,是“世俗化”这一现代性概念的中国式展开。也正因为革命和战争先已解决了民族独立问题,基本完成了政治统一,从而为优良政体的建设提供了时空条件,才使得后者历经波折,于晚近十多年间逐渐逼进政治议程,而表现为一种经由法制建设来救济世俗政治正当性的当下努力。特别需要提出来的一点是,今日回看,政治威权体制的出现,恰恰是整合历经内忧外患的转型时段的有效政制安排,实为无可避免之事,非事后道德评议所能消长。可能,一切有关此一时段“历史功过”的估量,均只能止步于此。^[37]

颇为吊诡的是,三十年来,因为牵扯民族理想和公民理想,以“解放”为宗旨,因而,这一本性上世俗化的努力却赋予了自身以神圣性色彩,或者恰恰相反,力图反抗、超越世俗化的努力总是低调地以满足“食色”来揭示自身,“启蒙”与提前降生的解构性“后”什么,便纠结一体,形态莫辨了;文明忧思与特定的民族国家建构历程中的阶段性焦虑和

[37] 有一种观点以威权政府和小政府的对比来编排东亚、南亚国家与“西方”国家政治体制的差异,并以是否赋予政府以“重大的角色”来区别“中国模式”与“华盛顿共识”的倾向性。笔者以为强政府与其说是“东方国家”的特色,不如说是后发国家为了向现代化“强行军”,“急起直追”之际的不得不然。因而,其“强”只有工具理性,并无价值理性。有关于此,对比阅读邬东涛:“‘华盛顿共识’、‘北京道路’与中国独特的发展道路”,载俞可平、黄平等编:《中国模式与“华盛顿共识”——超越“华盛顿共识”》,社会科学文献出版社2006年版。

指向性考量,于多元一体的缠绕中,各取所需,各美其美,见仁见智。^[38]因此,三十年来,我们看到的是这样一幅悖论性的图景:追求自我利益、张扬个体本位与耽溺世俗享受的赤裸裸自利努力,高扬的旗帜却是独立、平等与人权等大词,而护持心灵自由、追求思想独立与人格尊严的精神旅程,反倒总是低调地宣称不过是“还原为人”的自然行为。由此,就如既是回归常态政治,然而“改革开放”本身的确又是一种非常政治,因而,虽然总体来说,包括将人还原为“恶人”预设而希求其为“好人”预期的法制建设在内,百年中国的发展趋向是一个世俗化的过程,而近三十年更是一个回归常态政治的秩序重整历史,但却总是挥洒不掉一缕悲壮的气息,更附有阶段性政治危机甚至是总体性危机的阴影,以及全体国人“牵心扯肺”的时段。凡此种种,构成了三十年“法制建设”的整体时代氛围,表现为一种非常态历史时段中回归常态政治的政治格调。

(三) 政治问题的法律进路

因而,不难理解,此种常态政治或者常规政治,在于将“政治问题”转化为“社会问题”,诉诸社会建设,而非恰恰相反,如同曾经有过的“革命”那样,将社会问题,首先是贫困与饥饿,其次是对于平等和福利的追求,转化为政治问题,幻化为对于自由的追求,而诉诸大革命的政治暴力。此于一度“有家庭、无社会”的中国现实,尤显迫切,特具针对性。^[39]的确,无人能够否认“社会问题”在革命中发挥的作用,特别是

[38] 正是在此,基于“文明忧思”的幽思和对于比较视野中的现实政治的当下考量,应有适当分际。前者属于对于文明是否一直在“进步”,而进步是否导向人类幸福,以及诸如人性和人生的根本意义及其疑虑这种层面的思考;后者如研判民主与专制究竟哪一种属于较好与善的政体,当下政制是否能够促进国族繁荣、保障民生福祉与捍卫自由人权,等等。将两者混淆,特别是以文明忧思代替当下批判,往好里说是避重就轻,误置历史,耍滑头,往坏里说是混淆视听,进而混淆是非。至于个别“理论左派”连“文明忧思”与“当下批判”都分不清,假装或者真的不明白“文明忧思”的含义,却辄发愤论,不仅说明其理论破产,而且表明学思肤浅,更是凡此理论与学思面对现实瘫软无力的不打自招。——如果还有什么理论与学思的话。参详拙文“‘左派’的谱系”,见“中评网”。

[39] 参见潘维:“现行中国体制面临的五大问题与机会”,载《中国与世界观察》,商务印书馆2005年版,第113~131页,引语见第126页。

近代以还的世界历史,对此多有佐证。至少,据说当繁荣和“平等”的美国出现之后,贫困与贫富差别就已构成近代历史进程中的一个“问题”——严重的社会问题,进而成为改变现状的充足条件,并且导致了政治诉求“社会问题化”的解决进路的应运而生。革命的发生导源于此,暴力的正当性自此更是借助法国大革命的样板效应,肆虐全球。^[40]

由此,历史必然性的前景中便增添了平等与均富这一内容,就如刻下对于常态政治的世俗化努力所造成的“严重贫富差别”的矫正,必然诉诸“共同富裕”这一“继续改革”的政治承诺,虽进路相反,而理路则一。尽管如阿伦特所言,“对于革命者来说,更重要的是改变社会的结构,而不是政治领域的结构”,^[41]但是,包括法国大革命、俄国革命和中国革命在内的诸多“大革命”,其实际历史进程却恰恰相反,人们诉诸政治革命以解决社会问题,用政治革命来满足“胃的造反”的社会诉求。而且,常常希望的是一种毕其功于一役式的彻底及时解决,谋求在彻底推翻旧社会的同时,旦夕之间,速战速决,建设一个理想的新社会。于是,“时间开始了”。

另一方面,既为革命,则求自由,而在此革命恰恰成了必然性而非自由的实现,革命者是对必然性的实现者,而非自由的实践者,与“革命”本身正相悖谬。于是乎,与此挫折相伴的便常常是革命胜利后不旋踵而来的堕落,而且是真正的、彻底的堕落。特别是革命以解放为居所,以自由为目标,恰恰无暇顾及“社会问题”,而使得革命后的社会一仍其旧,甚至于“民国不如大清”,真正应了西文“复辟”这一“革命”原意与“反革命”这一衍义。所以,晚近三十年的中国秩序重整过程采取的是“告别革命”的方式,启动了有限的社会建设进程,而且,愈往晚近,社会建设愈具建制性努力,并且似乎出现了由此带动政治建设的势头,

[40] 晚近十多年,美国在新保守主义单边路线指导下进行了全球性霸权演练,特别是动辄要将敌人“炸回旧石器时代”,其残暴蛮横可谓无以复加。究其缘由,大革命所昭示的暴力正当性,可能是一种重要的政治遗产。

[41] [美]汉娜·阿伦特:《论革命》,陈周旺译,译林出版社2007年版,第14页。

既在自觉力避此种悖谬,更是世俗理性主义总体背景下常态政治的表现,一种基于常态政治的社会努力。因而,所谓“以经济建设为中心”与“一心一意进行社会主义现代化建设事业”,就是将一切转化为社会问题,一如“电气化加苏维埃”,恰恰是一种新型政治经济学理念的适切运用,既在避免政治浪漫主义的想当然和政治神学的蛊惑人心,并求达成一己的政治命意。因而,在一定时期内,它是一个能够集聚最大限度社会共识,极具号召力、俘获人心的时代纲领。之所以说是“一定时期内”,就在于凡此“社会问题”的解决进程同时可能伴随着对于“政治问题”的解决,或者,导向对于政治问题的追问,因而,需要当事人审时度势,恰当把握其间的互动或者衔接关系。否则,社会问题触发政治问题,终究是早晚的事。事实上,晚近十多年间贫富差别的扩大、贪渎横行、权贵资本主义赢家通吃、民众参与热情高涨,以及“精英寡头化,草根民粹化”等问题所引发的种种社会政治思潮,所谓“端起碗吃肉,放下碗骂人”现象的出现,特别是所谓“群体性事件”的大范围、持续性、高频率的存在,早已对此作出了证明。^[42] 特别是社会建设进程所培育的社会自主空间,已然绝非此种社会建制本身所能容纳,亦非其所能忽视和压抑,而需引向政治场域,于进入政治场域的博弈中求其自我消解。凡此种种,更是展现出“社会问题”与“政治问题”之间的复杂互动关联,要求政治介入与公共政治文化的成长。这是后话,暂且不表。

职是之故,在当代中国的特定情形下,此种对于社会问题的解决路径,说到底是一种政治努力,除开掌握破、立分寸,恪守循序渐进的程序理性,严守公权力的边际之外,更须托付于“法制”,才能使之现实化,而笼统于将民族国家编织为一个法律共同体的整体努力之中。换言之,法制的抽象一体性、同质性、形式化和程序主义,不仅为将社会问题“纳入法制轨道”提供了制度想象力,从而为经由法制的政治统治提供了政

[42] 许章润:“多元社会利益的正当性与表达的合法化——关于‘群体性事件’的一种宪政主义法权解决思路”,载《清华大学学报》2008年第4期,第113页以下。

制形式,更为社会问题的解决提供了“延迟效应”。^[43]就是说,在现有的财富资源、制度条件和执政能力均无法彻底回应所有社会问题,而又不可能、不应当将它们重新化约为政治革命之际,同时,并且不应经常径直诉诸“严打”这种粗陋治安性对策的时候,法制的程序性安排提供了应对各种社会问题的缓冲装置,而为通过发展经济、积累制度能力、保持威权控制,以逐步解决社会政治难题,争取了时间。一句“按照法律程序解决”,不仅设定了矛盾解决的规则空间,而且等于宣布了解决矛盾可能享有的回旋时间,而为抑制社会矛盾的及时表面化赢得了时空条件。

尤有甚者,它所诉诸的“法制”在此代表的是人间常规与生活正道,既避免了“无法无天”的恶象,而且还展现了常规政治的迷人“温吞”,在政治正确和政策策略上居高临下。如果说以“空间换时间”或者“以时间换空间”均为特定时段内的一种有效政治策略的话,那么,此种借由法制而获得“延迟效应”的制度安排,可以说是一种“以制度换时间”,从而“以制度换制度”的智慧,也可以说是一种“以空间换时间”的策略。仅从功能角度来看,其用意与效用,正应了严复先生的“十六字箴言”：“制无美恶,期于适时;变无迟速,要在当可”。

因此,此种进路,即将政治问题转化为社会问题,社会问题换形为法律问题,特别是法权程序的“温吞”安排和技术操作,不仅解释了法制建设何以成为晚近三十年中国社会建设的制度依托,也是中国式的政治建设的承载装置,而且说明了中国式改革的和平要义与国家能力建

[43] 此处借用了萧功秦教授的表述。在“中国后权威型的权威政治”一文中,作者认为在权威主义强势控制下,即“低度政治参与”条件下,政治稳定可以在相当一个时期内得以持续,这就有可能为难度较大的改革与发展赢得时间,从而在客观上为政府通过长时间的经济发展来解决旧矛盾,提供了可能。换言之,政府由此获得了足够长的时间与回旋余地,来解决前一时期没有解决的社会发展问题,并有可能在一个比较充裕的时段中,解决前期遗留的问题。当新阶段又出现新的矛盾和问题时,通过下一周期内抑制矛盾的及时表面化,抑制“政治参与爆炸”,而为解决它们赢得了时间与回旋余地。参见萧功秦著:《中国的大转型:从发展政治学看中国变革》,新星出版社2008年版,第116页以下。

设的重要性,同时揭示了中国式改革的政治治理术。当然,它同时也为“法律拜物教”式的路径依赖埋下了伏笔,而在缺乏立法的民主性和第三方执法的独立性的情形下,法律或者法制却不堪此任,遂有可能成为引发“法律问题”之“社会问题化”,进而,“社会问题”之“政治问题化”的触媒,恰恰走向了制度预设的反面。^[44]故而,我们看到,“通过法制解决问题”这一良好理念,在悄然变成了将法律特别是司法当做治安应对性机构来运用这一“工具性托付”之后,所造成的唯一差别仅仅在于,将可能蜂拥到党政机构门口“闹事的”,转到了法院门口而已。而“上访”纷纷,正说明司法有心无力,有力无心,难恪其责,甚至自身难保。尤其是晚近十年来年间,举凡“农民工欠薪”、征地拆迁纠纷、医患关系纠纷和劳资对垒,乃至“扫黄打非联合行动”,都将法院这一原本被动性的权力拖将上阵,致使其中立性荡然无存,一如动不动就将森然警力部属到所谓“群体性事件”现场,不仅不是将“政治问题社会问题化”、“社会问题法律问题化”,恰恰相反,在毁弃其间的区隔的同时,也销蚀了三者递次运用可能具有的缓冲效应与正义行头,早已违背了回归常态政治这一基本国策。

(四)对于公共生活的经营管理式治理

进而言之,回归常态政治,意味着以技术官僚式的、经营管理式的方式来对待公共生活。在一个已然形成优良政体和公民社会的政治社会环境中,虽然这一方式也会造成韦伯所预警的工具理性与官僚化社会联合宰制的弊端,但却不至于完全窒息对于政治和社会本身的多元

[44] 2008年9月25日,成都“古船案”首次开庭,2009年1月5日再度开庭。此案引人注目之处在于,司法程序的提起系作为被告方的成华区政府主动借给原告10万元作为“诉讼启动费”,提示他经由司法程序“解决问题”。纵观事发缘由和双方博弈过程,不妨说,“司法解决”既是政府有意借助程序主义法权安排落实“延迟效应”,也是经由社会问题“法律问题化”,而避免其“政治问题化”的统治术的有意运用,故才有法学界人士赞曰,“政府把矛盾交给法院是明智的选择”。连中国的基层政府都明白并自觉运用“法律问题化”技巧,说明中国的治道确乎进益良多。有关详情,参详《北京青年报》2009年1月6日A14版的报导,以及《天府早报》、《华西都市报》的相关报导。

性思考。否则,“公民的政治经济”或者说“启蒙的政治经济”,势必为“市民的政治经济”或者“消费的政治经济”所取代或者遮蔽,导致“公民的政治经济”未彰,“消费的政治经济”先行。事实上,如果说20世纪初叶,“以技术进步为目的的工厂劳动给人以它本身包含着一个政治成就的假象”,甚至政治进步的幻景的话,那么,此刻这一技术官僚式的经营管理式的处理公共生活的方式,提供的不仅是政治成就的假象,而且同时确为一种政治成就,准确地说,一种治道的胜利,从而恰恰是对于真正的政治的“温吞的谋杀”。借用卢卡奇有关小说是“一种超验思维的流离失所形式”这一名人名言,不妨说此种治道是政治的无家可归形式。它在将政治放逐的同时,也使自身危乎殆哉。

进而言之,从政治社会的建构来说,三十年间逐渐显露、提炼出来的此种技术官僚式的、经营管理式的处理公共生活的方式,不仅告别了政治浪漫主义,抛弃了乌托邦道德想象,信奉“发展是硬道理”,凡事“不争论”。而且,它放逐了对于公共生活的批判性反思,消隐了——如果不说阻止的话——对于“共善”和“良善生活”的自由主义的政治追问,斩断了有关政策、法律和国家的德性之维的自然法考察,着意模糊民族理想和基于公民理想的政治热情,满足于整个社会安于生产和消费,甚至于着意追求整个社会和全体国民的私性幸福状态。换言之,以对于市民生活的私性幸福而非公民的公共生活的满足,以换得公民的政治认同,以对于“国家实力”所营造的“光荣与荣耀”,来争取国民的政治忠诚,是此种治道自我设定的道德理想,也是一种政治底线,说到底还是在于排除各种制度备选方案的竞争性。晚近十年来逐渐强化民生的营建,包括减免农业税等,在表明民生本身就是国家实力这一常识的同时,一定程度上反映了“和谐社会”这一政道的共和主义自我理解之于治道的影响,同时并说明了以对于民生的回应来回避对于公共生活的批判性反思的制度用意。

同时,“技术官僚式”的管制之能应运而生,因应了而且基本上源于平凡时代常规政治的需要,属于“现代化”这一除魅历史的制度后果,也

是一种文化现象(就此而言,1990年代开始的“思想消隐,学术登场”,其实有以然哉)。也就是说,造就“强人”的时代不再,一个相对平庸的政治社会过程开始,所需要的恰恰就是技术官僚与技术官僚政治。此种政治的特点在于将一切作平面化处理,于眼前算计中考量决策,经由价值稀薄化和历史观的悬置,摒除历史和价值顾虑。其极端者,例属马克斯·韦伯所喟言的“专家没有心肝”一类。凡此昭彰于西方先发国家的近代历史,后发国家的“赶超”历程似乎也在重蹈覆辙。中国三十年来的社会政治生活,至少自邓公以降,人人求安,举国思定,居家过日子的小康憧憬取替了形上冲动,消费才是“硬道理”,决定了再无“强人”出世的可能,正好步入这一平凡时代,也就是“法制”的常规政治时期。

实际上,将国家当做公司来经营,使得国家真正成为一个高度组织化的巨型公司式的政治经济结构,原本就是现代社会的一大症状,也是现代性驱导出来的统治术。——“数目字管理”,利弊均在于此。如果说差别的话,前者似乎多为私营公司,而后者更像国有公司。其“战斗力”在此,其之毫无“魅力”,丧失人性,同样渊源于此。^[45]也正因为此,在寻求合法性的语境下,对于“现代化”的承诺是二者共享的历史前提。进而言之,只有在这一历史语境中,才能理解为何作为生产力的科学技术在打理人与自然的的同时,也以意识形态的方式实现了对于人

[45] 昔年梁漱溟先生即曾有感于“老中国”历来是一个松散的文化共同体,属于“不像国家的国家,不要政治的政治”,不若近世西洋,往外用力,辗转于彼压迫此反抗,各以一己为核心而争求,进而将国家整合如同一个“公司”,并且运用此种态度于国际关系。进而,梁先生精辟地指出,“资本主义的经济,新兴中产阶级的民主政治,近代的民族国家的‘三位一体’”,是近世西洋社会一文化的一大特点,其对东方而言,集中表现为“近代国家内现代工业化的组织性的权能”,而这一切又深植于过去五百年间从中世纪向近代过渡中西洋“人生态度的改变”,“我”的觉醒。所以,在西方近代国家的政治背后有它的经济,而它的政治经济出于它的人生态度。它们环环扣合,出谷迁乔,一气呵成。宪政与法治,不过其间一端。以上参见梁漱溟:“我们政治上的第一个不通的路——欧洲近代民主政治的路”、“中国民族自救运动之最后觉悟”、“中国文化要义”,载《梁漱溟全集》,山东人民出版社1992年版;并参详许章润:“西方法律文明与近代中国”,载许章润:《说法 活法 立法——关于法律之为一种人世生活方式及其意义》,清华大学出版社2004年版。

的几乎全面统治。^[46] 技术官僚式的处理公共生活的治道,一种将人与人的关系换形为人与自然的关系,使得社会关系技术化的技巧,其实是这一意识形态胜利的历史成就。这一切,不仅构成了晚近三十年中国社会政治的基本面相,而且说明了凡此面相的由来,恰恰是法制登场的基本背景。

就是说,一个缺乏民主基础的立法和服务于政府意志的司法,抽离了政治正义,正是将公共生活进行“经营管理式”运作的绝佳体制搭档。政制认同和政治忠诚的要求,在此辄转换形表现为希望公民献出自己法律信仰的努力,进而落地为具体遵奉实在法律的直接指令,不仅是政治世俗化的结果,而且是“以法制合法化政制”,或者以“法制换政治”的治道,就未来前景来看,也未尝不可能进境为“以法治正当化政治”的政道。其间关联,仅就其初级形态而论,恰如特定情形下的“以行政吸纳政治”或者“以经济吸纳政治”。^[47] 于是,“社会关系技术化”的技巧在此表现为“社会关系法律化”的法权回应,以所谓“依法办事”一言以蔽之;“社会关系法律化”进一步引申、衍生为“法权程序化”及其精密细琐的法律技艺,如上述“古魁案”所示,交付于所谓的“司法职业化”和“司法专业化”。^[48] 从而,社会关系的法律化既满足了社会关系技术化的工具理性要求,同时使得技术化的后果消隐于程序主义的法权安排,不仅没有招致将公民单薄化和放逐共和道德的指责,似乎也并没激起有关它们销蚀了对于此在予以彼在性自然法式反思的愤怒,相反,却为自己赢得了政治正义的德性。——毕竟,“加强法制”、“依法治国”是时代的

[46] [德]于尔根·哈贝马斯:《合法性危机》,上海人民出版社2000年版。

[47] 所谓“以行政吸纳政治”,源于英人治港的经验。参见金耀基:《性质吸纳政治——香港的政治模式》,载金耀基:《中国政治与文化》,牛津大学出版社1997年版;金耀基:《从传统到现代》,中国人民大学出版社1999年版;康晓光:“90年代中国大陆政治稳定性研究”,载《二十一世纪》(香港),总第72期,其完整版为“再论‘行政吸纳政治’”,收见作者自印《中国的道路》,第84页以下,或者《仁政》,第69页以下。对于康文的驳论,参详吴增定:“行政的归行政,政治的归政治”,载《二十一世纪》(香港)总第74期。

[48] 就此而言,2008年出现于中国的反司法专业化和职业化现象,以及与此相伴而来的对于“马锡武审判方式”的再评价,实可谓对于常态政治的背道而驰。

最强音,全体国民的共同憧憬,好像也是“现代化”的当然指标,可谓一举两得。这也从一个侧面解释了为何立法机构最大热情地从事适应市场经济的私法规则的订定,却能容忍公共生活领域的规则阙如,而公共生活的规则化本来恰恰就是包括立法机构在内的公共权力本身存续的根本。而且,说到底,“法律家”而非“法学家”,同样正属于典型的技术官僚,而绝大多数的法律从业者也只能是法律家。^[49]也就因此,为何“科学技术”和“法制”成为最受当今中国治道青睐的两种管控体系了。

概略而言,“改革开放”之初,1970~1980年代之际,下迄20世纪90年代,凡此均为基于“摸着石头过河”的进路,尚未整合成型,更难以“模式”、“道路”或者“共识”之类的修辞来状述。随着时间的推移,越往后来,特别是最近十年间,它们越发逐渐表现为一种自觉的治理术,而呈现为并配合以下述错综时空中的法权努力。

四、错综时空下建设民族国家的法权努力

如前所述,中国的社会文化转型早已启发于中国近代史的“枢纽期”,晚近三十年并非“开天辟地”之举,毋宁是以“拨乱反正”和“改革开放”为机理的接续历史的事业。就是说,将中断于两次战争和政治动乱的建设现代民族国家及其法权体系的努力,于1970年代末期重新提上政治议事日程,接续清末以还中国民族的主导性政治意志。这一主导性意志不是别的,就是被迫与以欧美为样板的世界主流政治接轨,“救国建国”,而以“现代化”一言以蔽之,从而将中国建设成为一个法律共同体,表现为关于中国与中国人的身份建构、地缘政治、民族认同和文化单元的抽象一体性法权安排。正是在此语境下,中国近三十年的法制变革参差于“接续”与“开新”之间,延续着一百多年来的“本土”与“西方”这一挥之不去的话题,渐次对于当下中国场域“不同时代”的不

[49] 许章润:“法学家:法律良心”、“法学公民与知识英雄”等,载许章润:《六事集》,法律出版社2008年版,第165页以下。

同“中国问题”作出综合性回应。

(一)“接续”与“开新”的二元论

1980年代以还,正当中国大陆启动“法制建设”、陆续恢复法学教研之际,台湾的法学著述和“立法”、“司法”的“正反两方面”经历,旋即引发了大陆法律界的浓厚兴味与高度关注。事实上,在此后的岁月里,大陆的诸多立法过程多援引台岛的立法例作为参备,主要法学院的教学资料中逐渐添备了台岛法学家的著述,“取其精华,去其糟粕”。究其原因,就在于作为清末以还中国民族主流政治意志的当下状态,台岛的法意和法制讲述了中国文化和法制转型的活生生历史,以压缩为地方性实践这一特定形态,彰显着中国文明的转型能力和实际结果,因而,横向的接引恰恰是纵向的接续,一水之隔的“空间”变成了“时间”。就此而言,结束了20世纪中叶的三十年历史“偏锋”之后,晚近中国又一个三十年法制建设的一切布局和操作,不过是因应整个中国的广土众民,对此更作适用的实践。其“伟大”在此,其并非“开天辟地”,同样渊源于此。也就因此,1980年代后大陆法学界对于对岸同行研究成果的消化和吸收,一定意义上,恰是对于断裂几达三十年的这一学术学统的接续。^[50] 进而言之,晚近三十年台岛的政治转型及其教训,对于整个汉语文明同样堪具启示意义,“样板效应”不可低估。

实际上,三十年来的法意探索和法制建设,正是在“接续”与“开新”

[50] 关于于此,参详许章润:“多向度的现代汉语文明法律智慧——台湾的法学研究对于祖国大陆同行的影响”,载《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2004年版。在此补充说明的是,人身经验可以见证历史的真实性。一个典型的例子是诸如谢怀栻先生这一辈法学家,或者更为年长的一代法律人,他们对于这一段历史的经历本身,就是对于“以空间换时间”的具象说明。谢先生的法学素养蕴育于1949年以前的法学教育,所接受的当然是《六法全书》这一法律体系。《六法全书》体系及其理念是当时中国人所能取得的最高法律成就,也是自清末变法以降主流汉语文明法律智慧的结晶。1957年,谢老册立右派,旋遭新疆“劳改”,大漠洪荒里战天斗地十七载。80年代“平反”后再捡民法,重续学思。当其时,盗版的台湾民法学著作和教材流行,打开了一扇窗口。年轻一辈捧卷遐思,固觉新鲜;老辈抚今追昔,又何尝不是百感交集。据说,谢老翻阅后喃喃:“接上了!”——历史又重新接上了头。此一意象,极具意味。一如所谓“以土地换和平”的以“时间换空间”,此乃“以空间换时间”,阴差阳错中让“时间汇合”了。

的二元论中展开的,构成了更为宏阔的“传统”与“现代”的二元语境的有机组成部分,而融汇于民族国家建设和中国民族现代化运动的历史洪流之中。不过,在“告别革命”后的三十年中,所要接续的“传统”不仅是清末变法改制以来的主导性政治意志,即清末、北洋和民国的法律遗产,一种主要始自近代中国“枢纽期”的法意导向与政治意志,而且包括对于帝制中国法制与法意传统的重构性阐释。特别是越往晚近,帝制中国的法意传统,或者更准确地说,含蓄两千多年积淀的,中国文化中久经检验而证明对于人世生活具有普世意义的法意精神,有限度地进入了立法、司法和法理视域。一度为激进而天真的反传统主义和现代化思潮所推导的种种歪曲观念,隔断法律的人文挂念和普世情怀,获得了有限度的校正。^[51] 金岳霖先生说,“时间不会打住”,从知识经验没有“打住”,可以证之。^[52] 转用此意,不妨说“时间不会断裂”,中国晚近“接续”与“开新”的法制变革,可以证之。

举例来说,1980年代“文化反思”热潮如火如荼之际,对于“情、理、法”连贯一体,而又井然区隔的传统法意秩序的批判,蔚成主流。三十年不到,法学家们恍然于天理、人情与国法的三位一体结构,不仅为实在法接引了超越意义,而且为超越意义防范俗世权威的为非作歹提供了法理进路,恰恰是最为精到而极富批判精神的法意传统,也是一种沁入中国心灵的民族精神,中国文明法律智慧的精粹。回头一看,不妨说,扣除八年对日抗战,清末以降法律领域“西化”与“国粹”的对垒演绎了三十年中国民族法律精神的成长历史,接续的是晚清沈家本的“变法派”与劳乃宣的“礼教派”的论战思绪,情势在分合之间。^[53] 1980年代末期起航的这又一个三十年的法制建设,总体来看,不仅是一百年来中

[51] 至于《婚姻法》规定夫妻双方有“相互忠实”的义务,诸如此类,则又将宗教和道德不加区分、囫圇吞枣般地下落为实在法规范,未能拿捏其间的分际,徒为笑柄了。

[52] 金岳霖:《知识论》,商务印书馆1996年版,第449~451页。

[53] 有关清末变法中的“两派”之争,参详蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,第28页以下;王伯琦:《近代法律思潮与中国固有文化》,清华大学出版社2005年版,第26页以下;李贵连:《沈家本评传》,南京大学出版社2005年版。

国最大规模的接引西学法意和法制的过程,而且成为中国法律文明的自我理解与自我保卫运动,格局转而为一合一新,一以我民族生活的安适与否为取舍。一定意义上,伴随着中国文化自信的逐渐恢复和中国文化身份认同的复位,中国文化元素开始在社会政治生活的各个层面获得有限的现代性阐释和运用,也可以将这一努力视做中国法意面对西方强势高压,延续百年的中国社会抗议运动与社会保卫运动的法律体现。也正因为此,粉墨登场的各种法意、法理及其政治社会实践主张,其实源自多元“时间”段落,以致有“时代”的落差,亦非耸人听闻,而构成了三十年法制变革的重要知识论背景。

(二)“中国”与“西方”的时间意象

同样正是在此,“传统”和“现代”不仅是一个时间概念,而且是一个空间意象。换言之,包括晚近三十年法制建设在内的百年法律史和法律思想史,仍然无法不在“中国”与“西方”这种二元体系中进行。转用卡尔·施密特“上帝离群索居,可又无处不在”这句话,可谓“西方偏居一隅,可又无处不在”。西方之代表“现代”与中国之象征“前现代”,从而应当成为前者不言自明的历史正当性的确证,不仅为中国的西化派奉若神明,也为历史唯物论宰制下的政治纲领所接受。只不过前者信誓旦旦,导向市场经济和中产阶级政治,后者慷慨悲歌,昂首慨论“走俄国的路”。但是,无论偏向哪一极,其将中国及其法律传统视为“现代”的他者,则无二致。迄至“历史终结”之际,中国的百年奋斗似乎只是也只能是资本主义全球凯歌高奏的一段过门而已。正是在此,晚近三十年的法制努力既是在延续这一神话,更是对于历史可能性的多元拓展,从而讲述了或者有可能讲述一个有关中国的法律传统和现代经验的重构性故事,进而有望打破或者超越这一神话。由此,粉墨登场的各种法意、法理及其政治社会实践主张,其实源自多元“空间”场景,以致变换为“时代”的差异,同样亦非耸人听闻。

因此,不幸却必然的是,“中国”和“西方”在此均呈现出“时间的丛集”和“时代的错位”的错综局面,让历史的当事人举止失措,尴尬

无比。^[54]就中国而言,“前现代”、“现代”与“后现代”同时俱来,导致出现了一个“多重的中国”。这一意象不仅是指按照经济与社会的发展水准,中国不得不分为东部、中部和西部等这样一种共处一国,却分属多层的“多重的中国”景象,^[55]一种“地方时间”与“世界时间”的差异,更不用提港澳台与大陆在经济、政治与法律各方面之轩輊。的确,中国现存的三个较大的、各自自成体系的法律体系和政治单位,即大陆的商业共产主义的法律体系,香港、台湾地区各自作为一个法律与政治单元,导致在“民族国家是一个法律共同体”的意义上,“中国”是一个多重的景观,也可以说是一种“时间”上的差异。同时,它还状述了这样一种现象,即我们眼中的中国、外部世界眼中的中国和作为一种历史—文化意象的所谓的“文化中国”,这种多重、多层、多时间和多意义的叠加意象。“多重的中国”意味着在时间上它不是循沿所谓前现代、现代与后现代前后相接而来的启蒙时空,一种直线发展的近代西方的进步历史时间序列,而是一种将它们同时呈现、共处于叫做“中国”的生活场景,而形成所谓“时间的丛集”。大家共处一堂,面对的问题可能一致,可能看似一致,而实际却悬如天壤,因而据以立论的语境、前提和用心,好似在对话,却难以沟通或者根本无法沟通,而不免出现“关公战秦琼”的尴尬,演绎出“时代的错位”的活剧。

作为此种“时间的丛集”的具象展现,刻下中国面临的严峻挑战之一就是,一方面未能有效避免资本主义工业化早期的弊端,如贫富差距扩大、生态恶化、腐败横行、道德失范和信用缺失;另一方面,又过早地出现了现代资本主义的病态,如对于金钱权力的崇尚和追逐,人际关系的疏离和紧张,精神世界孤独与工具理性对于人的异化,唯我式个人主

[54] 有关“时间的丛集”与“时代的错位”,参见许章润:“法律:民族精神与现代性”,载《中外法学》(北京)2001年第5期。

[55] 例如,根据联合国开发计划署公布的《2005年中国人类发展报告》,“如果贵州是一个国家,那么,它的人类发展指数仅刚超过非洲的纳米比亚,但是如果把上海比做一个国家,其人类发展指数则与发达国家葡萄牙相当”。至于基尼系数达到0.45,超过国际公认的0.4警戒线,更是将“多重的中国”数目字化。

义猖獗,理性反思能力沦落,内在德性资源空疏或者流失,社会关怀不足,等等。^[56] 凡此种种“中国发展过程中的问题”,一时间辐辏而来,齐齐汇聚一堂,不仅说明了此间“时间”的多元错综性质,而且,它展示了一旦此种“时间”差异纠结于同一“空间”,则“中国问题”无法摆脱“西方问题”的复杂性。至于政治威权主义与经济消费主义并行,坚信科学自会解决一切的开发利用与忧思地球命运的环保思潮同存,更是将此“时间的丛集”推导到大众文化层面,历史进程转换为社会议题与法律难题。因此,三十年来,中国一方面要完成适应工业化时代的产业关系立法,另一方面,不得不应对环保、绿色革命等“发展后”的时代课题。而所谓法律的“社会、义务本位”与“个体、权利本位”的对举,曾经是一个搅动法理学界的话题,姑且不论它是否属于一个真实的问题,但立论者不仅援引不同思想资源进行价值申说,而且从“自由放任资本主义”到“垄断资本主义”的“时代差别”所造成的法律差别中寻找论据,正说明了“时代的错位”施与中国语境下的思考以“时间的丛集”的阴影,确乎不证自明。就连当下中国应否、能否与如何制定一部“划时代”的民法典,也因据以立论的“时间”不同,而臧否立现。^[57]

因此,中国近三十年的法治建设虽然继续着一百多年来的“本土”与“西方”的话题,只是这个“本土”已然不是或者不完全是《乡土中国》中的图景,再要以此图景侈谈中国性,除了说明一缕文化乡愁才下眉头,却上心头以外,其于中国问题的解决,并无助益。而这个“西方”,除了上述现代与后现代的纠缠外,亦且增添了类如“新帝国主义”、“反恐轴心”、“霸权和平”以及主权的人权考量等诸多新型因素。^[58] 在此需要特别指出的是,正当中国开启第三波“改革开放”,换言之,正在以“赶

[56] 秦晓:“当代中国问题研究:使命、宗旨和方法论”,交流论文。感谢何迪先生提供。

[57] 苏永钦:“民法典的时代意义——对中国大陆民法典草案的大方向提几点看法”,载王文杰主编:《月旦民商法研究》(第3辑),清华大学出版社2004年版。并参见许章润:“论现代民族国家是一个法律共同体”,载《民族主义与国家建构》(《历史法学》第一卷),法律出版社2007年版。

[58] 关于于此,详王逸舟的《探寻全球主义国际关系》,北京大学出版社2005年版。

超”战略完成西方19世纪至20世纪初叶的现代性过程之际,其所面对的世界主流社会已然进入所谓后现代世态,世界文明格局与国际政治生态亦均发生了重大变革,逼迫着“中国问题”清单上不得不增列关于后现代社会的考量,在传统的东西方关系变量之上加添后殖民主义、新帝国霸权、全球化和世界经济一体化等因素。换言之,中国在努力完成上述国家建构与建设优良政体的同时,并须正视现代性的种种弊端和可能危害,防范现代性的野蛮性,在摆脱前现代的“落后”的同时,克服后现代的魔障与发展的极限。而且,新兴市场国家,包括东亚和东南亚的成功转型,所谓“金砖四国”的发展路向等,更是提供了进行重构性阐释的另类坐标,导致中国语境下有关法制与政制、社会与经济的话语之间形成了竞争性关联形态,一个缤纷繁然的多元性景观。

(三)“两面作战”式回应的法权安排

凡此种种,造成刻下中国的多元时空情境,形成了意义的多元、裂变、交迭、纽结和冲突。举凡自由主义、保守主义与新左派的共存与攻讦,民族主义与后民族主义的扞格,威权治理与民权思潮的冲突,社会、义务本位与个人、权利本位的对垒,对于德性的重新强调和基于法权体制的建制化努力,以至于法制的本土化与“接轨论”的对举,文化自觉和政治成熟的论列等,均为此种错综时空的构成要素。它们同时汇集、多元纠结、参差共存于当下中国这一时空场景中,以致出现了在诸多问题上不得不至少同时“两面作战”的复杂局面。^[59]三十年的法制变革在被迫回应上述诸多背景因素要求的前提下,便自身亦且呈现出反抽象一体性特征。

这里举两个例子。第一个例子是,鉴于刻下中国法制的首要任务和根本宗旨在于建构民族国家的法权体系,建设中华文明的宪政秩序,

[59] 例如,此种情形反映为中共十七大政治报告中对于各种“主义”的并蓄式陈述,“和稀泥”,不仅说明“主流价值观”或者国家意识形态尚未整合成型,而且表明各种“主义”作为具有竞争性的理念选择和制度方案,均未占据主导地位,只能以“白猫黑猫”式的政治实用主义将它们框定于“改革”这一基本政治共识之中。

因此,上述错综时空造成的一个主要症状就是,一方面,中国不仅需要完成未竟的铺设民族国家法权屋顶这一宏伟事业,而且需要经由自己的建设性探索,提供有关人间秩序的制度想象力,否则不足以应付广土众民和纷纭国际格局对于法权安排提出的各种挑战;另一方面,后现代法学对于法律的确定性、中立性和自治性的颠覆,特别是批判法学对于现代性法制的解构性阐释,不仅在知识论上影响了中国法学的论述进路,而且其作为一种意识形态,影响甚至左右了一些研究者的理论立场,使得在一个现代法治尚未最终确立的国度,申述法治的弊端和局限的僥论大言居然颇为流行。而且,晚近以来的“西方”似乎经历着“国家合法性的衰落”,^[60]而使得国人对于完成中国民族国家建构的论述颇不以为然,导致一个尚未完成民族国际同一进程的国度,居然出现了后民族主义的思潮。进而,由此派生出的问题是,一方面,对于机械法制主义的揭示和提醒,有助于防止“立法拜物教”,告诫全体共同体成员不要以为单凭立法就可以解决一切问题,特别是务戒以法制代政制,防止“一部宪法治天下”式的天真,而为法律、社会与经济和政治的配套为用的整体性改革思路,提供理论准备;另一方面,针对西方法治,特别是美国式的法治导致法律对于生活世界过度殖民化之弊,法律世界与生活世界的严重脱离这一现状,对于正在汲汲于“法制建设”的中国来说,后现代的思虑又确有其警策意义。正是在此,2008年《劳动合同法》的颁行之引发资方及其经济学代言人的强烈反弹,不仅反映了法意背后的利益立场,而且是在究竟应与能否运用法制来调节劳资关系的制度选择方面出现了重大分歧,而之所以分歧如此之轩轻,原因之一,甚至可能是一个大家未必意识到的重要因素,就在于对于此刻中国经济社会

[60] 有关此种“衰落”的简要论述,参见伊曼纽尔·沃勒斯坦:《转型中的世界体系》,路爱国译,社会科学文献出版社2006年版,第122页。相关但不同的论述,参见[美]迈克尔·哈特、[意]安东尼奥·奈格里:《帝国》,杨建国、范一亭译,江苏人民出版社2003年第2版;吴稼祥:《果壳里的帝国——洲级国家时代的中国战略》,上海三联书店、华东师范大学出版社2005年版。

生活所处历史时段的判认不同,以致结论迥异。由此可见,如果说诸如民族主义等西潮是晚清舶来的西潮,那么,后民族主义则为新近引入的,使得中国在消化前一西潮过程尚未完结之际,又必须面对后一西学的冲击,而凡此以“后”字为前缀的西学虽与中国当下国情疏离,却又构成了整体性的环境因素的重要方面,深刻影响着中国的自我理解,对之无法采取视而不见的犬儒主义态度。由此,形成了当代“中国”场景的错综复杂性原来牵连于甚至源自“西方”思潮的此消彼长这一吊诡局面。此处所述,正为其例。^[61]

第二个例子是,如前所述,民族主义与后民族主义的同时登场,展现了我们这个时代“时间”之间的扞格,由此,“民族国家与后民族主义”的共时性交集,构成了我们这个“时代”的特征。“中国问题”的特殊性决定了现代中国担当着双重任务,既要建设民族国家,同时又要在东、西方意象和随后的全球化形势下完成政治转型,缔造民主中国和法治中国,形成中华文明的宪政秩序。然而,现实情形是,一方面,民族国家还没有最终建设完成,整个国族的国家意识其实相当淡薄,国家定位尚未最终成型,现代中国的国家哲学尚付阙如。虽然自1911年帝制坍塌、共和肇始以来,大框架上中国即已算做一个民族国家,但是迄而至今,隙漏甚繁,建设民族国家的任务依然尚未最后完成。从整个大中华地区宏观着眼,就法律面相而言,当今中国既然存在着台湾、香港和大陆三个独立存在的法律实体,彼此节制松散或者实际上并无直接辖制关系,而中国又不是美国、加拿大这类以移民为主体形成的新兴联邦制民族国家,那么,它在具象地表明中国还没有经由统一的法律体系来网

[61] 实际上,这是百年来一直存在的一种“中国现象”。早在1923年,共产党人瞿秋白即已对此有所指陈。在“自民权主义至社会主义”一文中,他写道:“中国宗法社会的皇帝制度破败之后十二年,方才露出一些民权主义的可能性,然而已经处于世界社会革命的时代,中国‘四海之内莫非王土’的国家观念受枪炮、飞机、潜艇、新银行团的恐吓,方才烟消云散,想建立‘民族国家’,然而欧美各大民族国家却已显然表露它们是‘阶级国家’。中国民权主义与民族主义的开始,恰好是在世界的民权主义和民族主义崩坏的时期。”参见《瞿秋白选集》,人民出版社1985年版,第55页。

罗中国政治疆域、法律时空范围内的一切活动,包括它的政治建构、经济制度和公民生活的同时,揭示了中国迄今为止还没有最终完成民族国家建构任务的严峻现实。这一特殊国情,决定了中国此刻一切措置的基本语境。另一方面,全球化、文化多元主义已然登场,后民族主义等“后现代”思潮正在解构着我们基于民族主义的关于民族国家的概念,甚至可能危及民族国家的利益边界,解构民族国家的主权整合。自由主义阵营整体性之缺乏国族利益关怀与文化认同,又拿不出针对具体问题的有效解决方案这种学思与实践的困厄,销蚀了其道义担当和思想力量,无从催生强有力的思想动员,更不可能形成有效的社会、政治动员,但却对社会思潮具有相当大的影响力,于此推波助澜。一些自由主义者漠视国族利益边界,嘲讽国族文化认同的言论,不仅暴露出其基本学理疏阔肤浅,而且情感认同错乱,从而招致实践层面对于生活世界的背叛,导致其思其学终究不过书斋吃语的命运。

(四)时间的二重性及其统一

正是在此语境下,晚近三十年的中国社会政治及其法律变革出现了“时间的困惑”,不仅是因为身处多个“时代”,以至于不免常常举止失措,令人无所适从,而且表现为宏观上政治社会本身对于自身所处历史时段的自我理解不同,以至于作出了迥然不同的判断,从而采行截然不同的措置。从1970年代宣告中国已经成为“初步繁荣富强”的社会主义国家,中间经过划分社会主义的高、低阶段,自找台阶重新定位,到最后定位于“社会主义初级阶段”,并且坦承这是一个无法准确估算的“相当长历史时期”,实际上等于是向以现代性为幡的历史进程的全面皈依,而将1949年式的革命元年时间概念,或者说一种“地方时间”,交迭、错综和混合于这一“世界时间”,力图在二元时间中理述出一种时代景象。与此相呼应,诸如“资本主义可以有市场,社会主义也可以有市场”一类的混融进程启动,导致“社会主义市场经济”实体的诞生与成长。由此,才会一步步“退后”到而非“迈进”到私有产权确认、承认人权的正当性等基本社会政治关系的重组过程,由此种曲折步法引领社会

政治向前“进步”。同时,以一个“时间的丛集”之身,应对后现代、后冷战、“后9·11”时代的世界,实现百年转型的“结束的开始”。

由此,法制变革随着对于“时间”体认的变换而调整。从旨在“加强专政”的社会主义法制建设宣谕,到基于“市场经济就是法制经济”这一理念而建立市场经济下的私法体系的努力,再到规范公权、维护私权、保障人权、建设法治国家的法律自我理解,递次表达了随着时间概念的变换而转换的法制定义,一步步接近于法治的自我理解。它们在展现经由法制的工具性托付与价值性托付的交集之际,更彰显出错综“时空”下市民生活的法律向度对于公民生活的“世界性”的诉求,从而,引导出法治主义的社会想象与道德秩序观。

五、马基雅维理时刻

总括以上论述可以看出,包括晚近三十年改革开放和法制建设在内,绵延一个半世纪的“历史三峡”,似乎颇类似于所谓的“马基雅维理时刻”。^[62]就西方语境而言,它指脱离中古神学的羁绊,从文艺复兴以还,将对于政治共同体的理解及其自我理解放置于世俗历史意识之中,以现实主义来考量政治活动的条件与形式,围绕着超越个体的德行而展开政治的体制安排,赋予个体的世俗追求,包括对于权力的追求,以不言而喻的合法性,等等。因而,这也是一个世俗化与去政治化的政治历史,一个私人与公民同步成长的社会发展史。在当代中国的历史语境下,借用这一术语旨在说明,百年中国转型时段表现出了自己的世俗化特点,世俗理性主义及其形式化法制的确立蔚为时代主流,常态政治而非异常政治主导着并构成了这一世俗历史进程,以及藉由法制的政治表达,通过社会建设的政治建设等特征。论者谓之“一个迟到的格劳

[62] 这一概念借自英国著名政治史家 John. G. A. Pocock 教授,参详氏著:《马基雅维理时刻》(*The Machiavellian Moment, Florentine Political Thought and Atlantic Republican Tradition*, Princeton, N. J., Oxford: Princeton University Press, 2003 2nd edition)。

休斯——洛克时期”，道出的也许正为同一硬币的另一面相。^[63]事实上，在此“错综时空”时段，世俗理性主义、政治实用主义、社会正义和启蒙话语的现代化论，诉诸政治现代化追求的自由主义思潮，自由主义的社会想象与道德秩序观等，构成了法制的主要意识形态。与此同时，表现为文化自觉的民族主义与基于中国情怀的文化保守主义，以及含义含混、背景复杂的“国情论”性质论说，同样成为推动中国社会发展的主要精神因素。它们构成了三十年里中国法制的主要精神向度和意义来源，叙说着一个有关中国社会文化与政治法制“转型”的宏大故事，其情节之独特、场面之波澜壮阔与过程之缤纷跌宕，概非人类既有成例所能全面解说，亦非任何一种理论即可曲尽其妙。

有一点可以在此陈述的是，在这一颇似章回小说的历史叙事中，“法制建设”是一个“综合性容器”。它承载着民族理想与公民理想，既要落实市民的政治经济学，提供解决纠纷的法人主义程序安排，经由分配正义和校正正义实现社会公义，又要体现共和德性与社会秩序的道德想象，为全体公民的和平共处铺排分享的公共政治空间，还要在提供和继续提供专政利器的同时，标榜和救济政制/政治合法性与文化正当性。因而，正在进行中的政治和法律的“理性化”进程，或者更准确地说，一种世俗理性化转型，不仅在向社会秩序和市民生活作出交代，而且越来越多地显现出对于人本主义关怀的承载，表达了社会生活的自我保卫性质，以及蕴涵于此过程的私人与公民的同步成长。就此而言，晚近三十年的法制变革不仅表现出构建市民社会政治架构的趋向和意义秩序的能力，而且，其意义在于通过利益调整为政制变革开道，以法人安排贯通社会与政治的隔阂，提炼全体公民政治上和平共处的可能性。也正是置此背景下，可能是因为职业的训育，并为现代法学本身的

[63] 钱永祥：“自由主义的道德秩序观与社会想象”，载许纪霖编：《现代性的多元反思》，江苏人民出版社2008年版。笔者在此意欲补充的是，这是一个漫长的西方19世纪的东渐史，也是更为漫长的中国20世纪的延续。正是在此，本雅明式的巴黎“游走者”与“拱廊街”，“异化了的人”与“灵晕”，均于晚近三十年里异地复活了，“再现”了。

精神内涵所决定,整体而言,三十年来的当代中国法学主流属于一种自由主义法意精神,法律从业者共享的基本上也是这一自由心智。同时,此一法意秉持世俗理性主义,强调循沿程序主义的法权进路,经由立法和个案的昭示,特别是争议性案件的全民讨论,竭力逐步规导矛盾重重的社会趋于理性、和平、循序与守法的纠纷解决之路,^[64]而服务于营造祥和世态的政治社会努力。

因此,晚近以来的法制变革不仅铺设法权体系,维系市民生活,而且通过将德性追问化约为法律上的权利与义务安排,建构生活伦理的法权立场,重建中国社会的道德自信。由此,法制以规范体系和意义体系的双重身份,加入到公共文化观的构建过程中来。私产确权、人权入宪、程序正义、“民告官”以及表现为公民维权的诸种法律行为,在将社会关系纳入法权体系,从而指向抽象一体性的法律体制的同时,也在培养着一种新型德性,一种关于公共生活的民权想象和国家想象。由此,表达为法制变革的法治建设,经由法治建设的政制建设,凭借政制建设的社会建设,诉诸社会建设的国家建设,经由国家建设的政治建设,联翩带出的是一个终必以自由立国的关于“中国性”或者“中华性”的时空实体。

[64] 有关“争议性个案”及其借由媒体而形成的“全民讨论”在引导中国社会的法制想象中的作用,参见吴革、王振宇等编:《中国影响性诉讼》系列资料,中国监察出版社2007年版。