

## 现代法治与传统文化关系考辨

中国政法大学人文学院教授 文兵

社会主义法治建设的总体目标之下，社会主义的法治文化建设也随之提了出来。目前社会与学界对于“法治文化”这一概念的理解并不统一。可是，“法治文化”本身却是一个统一的整体，也就是说，我们要建设的法治，应该成为我们的生活样式，形成新的文化传统；同时，我们要建设的文化，应该适应法治建设的需要，浸透法治的理念与精神。这实际上是从各自的角度来理解和把握对方的问题。因此，这必然涉及“法治”与“文化”作为两个不同的现象之间的关系问题。但如何理解两者之间的关系，尤其是传统文化与现代法治之间的关系，学界更是众说纷纭。我们可以把目前学界对于传统文化与现代法治之关系的理解，概括归纳为以下几种。

一是冲突论。即是认为中国传统文化与现代法治相冲突的。有的学者通过比较中西法治观念，明确认为：“法治思想在中国天然没有生根发芽的好条件。”这一判断所蕴含的价值评判是不言而喻的。如果从这个判断再推进一步，必然的结论就是：如果要建立现代法治，就要根本改造中国传统文化。这种观点，在现实中是难以做到的。伽达默尔的新解释学认为，与其说是我们占有了传统，不如说是传统占有了我们。传统文化已经深入到民族的血脉之中了。再者，虽然传统是前人的社会实践的产物，是与一定的社会生活相适应的，但是，传统也从来不是僵死的东西。诚如黑格尔所说，传统并不是一尊不动的石像，而是生命洋溢的，有如一道洪流，离开它的源头越远，它就膨胀得愈大。

二是承续论。这种观点或者是认为，从历史上看，法治只不过是西方近代确立起来的一种治理方式，而中国也有它自己独有的治理方式。而且，因其扎根于不同的历史与文化，任何一方皆不能作为评判另外一方的标准。故而，只有在中国传统的固有思想资源中寻求适应现代社会发展的治理方式。在涉及宪政这一作为法治的根本问题时，有的学者说：“既然我们手头能够看到的宪政理论资源都来自西方，而西方的宪政在很大程度上又内在于其独特的文化传统和历史情境，那么，就必须考虑中国宪政建设的独特性，也就是说，必须考虑中国的文化传统与历史情境对于宪政建设的内在要求和客观影响，从而在中国宪政建设的问题上避免两种错误的思路，即简单的移植和笨拙的嫁接。”还有一些学者进而提出了要承续儒家道统，建构儒家宪政。他们明确说：“承续儒家道统，建立儒家宪政，把中国政府的正当性建立在对中华五千年道统的继承和对现代民主政治的吸纳之上。在宪政结构下，宪法原则采用儒家义理，建立强有力的宪法审查制度，在此前提下，儒家可以吸收多党制、竞争性的普选制度、权力分立、有限政府等理念和制度，进而实现传统与现代的融合。”事实上，儒家宪政，很难在现实层面上加以落实。作为宪政顶层设计的“儒家义理”，毕竟只是一种“义理”，在中国历史上并未对君主产生刚性的制约。这种儒家宪政依赖的还是礼教和人治。

三是互补论。在有的学者看来，法治社会的主要价值，如“自由”、“正义”、“权利”、“规则”等，大致是抽象、非人、外在以及怀疑人性的。虽然，这些外在的价值和与之相适应的制度安排可以为人的政治活动提供较为合理的环境，但却不能为造就理想人格或升华人性提供保障。因此，还应从中国原有的文化传统中发掘出与法治相适应的文化因素来。有的学者提出法治也是对人类形象的一种设想，在“法治论”中，人是按照商人的形象塑造出来的，一个懂得完全行使“自由意志”的“权利的动物”。所以，他们提出了希望未来的“法治理想国”能够吸纳“人治论”中的某些理念和价值，以关怀“人”、尊重“人”、保护“人”和激活“人”为制度考量的出发点，将“价值理性”和“工具理性”结合起来，促进社会文化延续和社会个体生命活力中的优越性。

我们的问题是：文化是一个整体，如何把异质的东西结合起来？西方学者曾有感于法律日益变成一种机械的、僵化的法条，因此提出法律须与宗教相结合，因为宗教具有法律所缺乏的对于终极意义与生活目的直觉与献身。西方学人可以谈两者的结合，因为二者实际上从其起源上来说本来就是结合在一起的，只是同一思想文化体系的不同层面。伯尔曼在他所写的《法律与宗教》之中有过论证了。在当代中国，原本没有法治精神的中国文化，如何与现代法治结合起来？

还有一种观点亦可归入这种互补论，那就是认为现代法治是关乎公共领域，而传统文化则是关乎私人领域，两者可以在各自的领域并行不悖。其实，这是一种过于简单化的看法。传统文化，不仅为人们提供价值信念、精神家园，而且也为人们提供了人伦规范、道德要求。而前者恰恰是通过后者来体现与彰显的，私人领域与公共领域并不能完全分离开来。

四是转化论。七十年代初，林毓生在华人世界中提出了“创造性地转化”，这一思想得到了包括海峡两岸思想界的高度认同。所谓“创造性地转化”是指：“把一些中国文化传统中的符号与价值系统加以改造，使经过改造的符号与价值系统变成有利于变迁的种子，同时在变迁的过程中继续保持文化的认同。”中国传统文化中的很多方面，可以作为重要的思想资源引入当代的法治建设之中。例如，“诚信”，一直是中国传统文化强调的传统美德，而在现代法律体系之中，诚信则上升为一种法律原则，被有些学者奉为现代民法的最高指导原则，并称之为“帝王条款”。在法学界，则多是把这种“创造性的转化”具体化为“法律移植”的方案。“法律移植”涉及到跨越不同的文化传统。“法律移植”不能说没有成功的范例。例如，涉及家庭婚姻法律与制度，没有什么比道德的和宗教的信念、习惯以及社会结构联系更为紧密的了。在这方面法律移植遭遇了最大的排斥风险和适应困难。但是，一些从事比较法研究的学者则明确指出，实际上我们却很少发现任何法律领域像家庭婚姻法律制度那样发生那么深入而且迅速的观念和制度上的同化。反观中国的婚姻家庭法的制度与修改，亦是充分说明这一点。现代婚姻法的基本原则（如一夫一妻、婚恋自由、男女平等）与传统的观念习俗是相冲突的，但却在民国之后被引入并确立起来。在我们看来，虽然“移植论”大体是可以接受的，但它主要是从法律制度来谈的。实际上，“法制”与“法治”，虽是一字之别，但内涵却相差极大。“法治”是与“人治”相对的，而“法制”则完全可以是“人治”的。移植一种制度，也引入一种法治的理念与原则还是相当不同的。当然，我们不可否认，通过法律制度的移植，西方近代以来的法治原则与理念也会在某种程度上渗透入当下的中国。因此，如何创造性地转化，也是值得我们深入思考的。

五是本土论。有的学者则提出了利用本土资源。在他们看来，寻求本土资源即对于本国传统的利用，不仅要从历史典籍规章中去寻找，更重要的是“重视研究和发展中国社会中已有的和经济改革以来正在出现和形成的一些规范性的做法”。这种“本土论”与“转化论”都强调了对于传统的重视，但细究之下是存在着差别的。“创造性地转化”重点是指向未来的，“寻求本土资源”重点是落到当下的，如他们所说：“法治建设借助本土资源的重要性还在于，这是法律制度在变迁的同时获得人们的接受和认可、进而能有效动作的一条便利的途径，是获得合法性——即当下意识的认同——的一条有效途径。”甚至，宗法关系亦可利用对制度的形成和转变产生一种积极的作用。其实，具体的法律制度以至政策规定，可以与传统习惯、社会风俗相结合，但法治精神恰恰是当代中国社会所缺失的。“本土论”也是没有区别“法制”与“法治”。以宗法关系作为法治建设的本土资源，本身就颇令人费解。法治原则本身就是超越差等、特殊而具有普遍的、抽象的内容。

在传统文化与现代法治关系问题上，还有其他种种观点，我们在这里也不能完全概括归纳。无论怎样，要解决在这一问题上的纷争，还应坚持历史唯物主义的基本立场和观点。如果不从客观的现实生活与社会实践来思考问题，它们之间的关系就无法解答。“文化”与“法治”，其实都是属于上层建筑领域，是被客观的现实生活与社会实践所决定的。钱穆曾说：“一切问题，由文化问题产生。一切问题，由文化问题解决。”这其实是颠倒了现实与文化的关系。不可否认，文化有它的相对独立性，对于现实问题的解决，对于现代法治的建设，可以产生强大的助推作用或

阻碍作用。但是，这种作用是助推还是阻碍，取决于它是否适应了现实发展的客观需要。而法治，也正是产生于我们现实的社会生活的需要，虽然近代以来就有了建设法治国家的吁求，但真正变得迫切起来，恰恰是我国当前市场经济建设的需要。因此，从文化的角度来观察和思考法治问题，或者从法治的角度来思考文化问题，皆不能脱离客观的现实生活与社会实践。虽然两者皆受制于现实生活，但社会发展的客观要求反映到两者上来并不是同步的。一般来说，文化的变化较之制度的变迁要慢得多。因此，理论工作者的一个重要的任务也就在于如何倡导、打造一种新的文化以适应法治建设的需要。