

法律移植、公共领域与合法性 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/20/2021_2022__E6_B3_95_E5_BE_8B_E7_A7_BB_E6_c25_20587.htm 导言 一、问题的提出 清末的修律运动标志着中国本土的法律制度作为一个自足的法律体系已告终结，从此中国开始大规模地、整体性地移植西方的法律制度以及与此相适应的法律教育，中国的法律制度也被纳入到依西方中心论而建立起来的世界法律体系之中。1 这一法律移植运动除了由于战争、革命等因素导致的短暂中断之外，一直延续到今天。如果说晚清法律移植是西方世界殖民政策下“制度霸权”的产物，那么改革开放之后中国的法制建设无疑是积极主动、自觉自愿地吸收、借鉴西方法律制度的结果。2在短短的十几年间，中国大陆已建立起相对完善的法律体系，采取了大规模的法律教育，培养了大批的法律技术人才，并配之以声势浩大的法制宣传。实行依法治国，建设社会主义法治国家，已成为我国的基本治国方针。3尽管如此，“70年代末开始的建设和完善法制的运动到了80年代中期面临着一个危机：虽然立法已相当快的速度覆盖了社会生活的许多方面，然而法律的实施情况却相当不如人意。……承诺与现实距离的逾法拉大，对法律和法治的期望逐渐化为失望。”4因为我国目前还并没有进入人们所期盼的法治社会，“有法不依”、“执法不严”、“以言代法”的现象随处可见，党的政策、行政命令和传统的伦理、习惯往往取代法律而成为维系社会生活的主要规范。一句话，总体上移植而来的法律制度在相当大的程度上仅仅停留在法典层面上，是“书本上的法”，还没有成为浸透到社会生活中的“活

法” (livinglaw), 5移植而来的法律仅仅是一种“正式制度”, 缺乏一种深厚的、源于本土文化的“非正式制度”作为其支撑。这一问题一直困扰着探索法律现代化的中国法学家, 早在三十年代, 著名法学家吴经熊就面临同样的问题: “缺乏强有力的道德根基, 被移植的制度与观念无从获得本地沃土和持续成长的养份, 不管移植者技巧如何娴熟高妙, 这样的法律都是不可能有效生长的-----只有法律之树根植于价值观念能指明方向的沃土时, 才有可能为后代结出希望之果。”⁶ 这种由法律移植而导致的“制度断裂

” (institutionaldisjunction) 不仅引起了诸多的法律、社会问题, 更主要的是它向我们的智力提出了巨大的挑战。它不仅要求我们对这种“制度断裂”给出合理的解释, 而且要求我们去探寻弥合这种“制度断裂”的契机和可能的路径。二、对已有解释范式的反思 就目前大陆学术界而言, 对上述“制度断裂”的解释大体上采用三种理论范式。一种是“文化论范式”, 这种范式将移植而来的法律看作是西方文化的产物, 因此它与本土文化传统的紧张可以看作是中西文化之间的紧张, 正是这种文化上的差异导致了“制度断裂”。依照这种范式, 要弥合这种“制度断裂”就要引进西方法律制度所要求的价值, 以此改造本土的“非正式制度”, 实现其与国家正式法律制度的契合。⁷然而“文化论范式”本身陷入二难困境中, 一方面它要抛弃或改造本土的文化以适应西方化法律的要求, 另一方面文化相对主义却从根本上拒绝并排斥这种改造。正因为如此, 这种范式就和第二种范式即“现代化范式”结合在一起。因为现代化虽不等于西化, 但现代性所需要的结构框架和参照模式无疑是由西方所提供的。依据现代

化范式，从西方移植而来的法律代表了以平等和契约为核心原则的工商社会，而本土文化则代表了以等级和身份为核心原则的传统农业社会，其结果自然是在社会发展观或进步观的支持下，利用移植而来的法律对本土那点可怜的落后传统进行大刀阔斧的改造而后堂堂正正地步入现代化之列。⁸当然在这种范式下持文化相对论者亦可以追求本土文化的“创造性转化”，⁹以适应现代化的要求。这种把西方背景上产生的“传统与现代”两分观及“传统必然向现代”的进化观作为普适的逻辑来阐释具体的中国历史的做法日益受到了学人的批评和反思”。¹¹当然，我们除了对这两种范式本身所要求的条件进行深入的反思之外，更重要的是要求理论范式本身要具备解释相关问题的贴切性和解释力。就晚清法律移植以来所形成的“制度断裂”而言，文化论范式将此解释为中、西文化之间的断裂，而现代化范式将此解释为现代与传统的断裂。如果我们将这些解释范式置于特定背景之中的话，就很容易理解为什么这两种范式对中国学者产生如此巨大的吸引力，因为要求作出解释的“问题”（即制度断裂）源于两种不同的且皆具有悠久历史和广泛影响力的人类文化的“际遇”（encounter），而这种际遇又发生在全球迈向现代化的时代里，它影响了“中国的世界”向“世界的中国”的演进进程。¹²正是这种文化际遇和历史际遇对中国人的生存环境和生存自信心具有特殊的意义，它很容易使我们夸大这种特殊性，将中国文化看作是与西方文化相对应的统一整体。但是只要我们仔细研究就会发现这种整体的文化观只具有相对的意义，因为晚清以来对西方文化的抵制并不是来自作为本土文化传承者的士大夫或知识分子阶层，而是来自民间社会（义

和团运动就是最好的证明)。由此我们发现中国文化本身存在着两种不同的传统，人类学家Redfield将此划分为“大传统”(greattradition)与“小传统”(littletradition)，前者指社会精英及其所掌握的文字所记载的文化传统，后者指乡村社区生活所代表的文化传统。13当“大传统”在社会精英的推动下，通过“话语”(discourse)带动“实践”(practice)而进行“偶像的全盘破坏”，14最终实现了国家制度和意识形态的西方化或现代化改造，并且通过国家的强制力来推行这种“新的大传统”时，原有的“小传统”仍然保持自己的集体性而对“新的大传统”采取规避或对抗。如果从这个角度再来看所谓的“制度断裂”的话，那么它就不再是笼统的中西文化的断裂，也不是传统与现代的断裂，而是西方移植而来的大传统与传统文化中的小传统的断裂，是国家推行的正式制度与社会中生成的非正式制度的断裂，这种制度断裂意味着国家在社会中陷入了合法性危机。因此，弥合这种制度断裂的可能途径不仅是文化比较或现代化推进，更主要的是重建国家与社会的关系，重建国家在社会中的合法性，由此沟通大传统与小传统，重建一种新的文化传统。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com