

东西方视野下的中国法治路径 PDF转换可能丢失图片或格式
，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E4_B8_9C_E8_A5_BF_E6_96_B9_E8_c122_485709.htm 虽然中国文明在法学思想或制度设计方面存在许多缺陷，需要改革和创新，但一些思想经过提炼和重新诠释之后，可以吸收到新的法治范式之中，也可以为亚洲旧秩序重构达成共识提供一些线索和制度资源，还可以加强中国在国际竞争中的软权力。中国文明与亚洲整合 《21世纪》：如果说9?11事件以及伊拉克战争给亨廷顿对文明冲突的预言打上了某种程度的现实性烙印，那么在美国总统大选结束后，在新的一年里，不同文明之间的关系将在国际政治中占有什么位置？会发生什么样的变化？季卫东：在布什政权第二任期内，美国的外交政策可望有所调整，与前一段时期相参照，不得不较多地关注国际协调。因此，主要文明之间的对话比对抗更有可能成为今后世界的主流。在2005年，各国将隆重纪念战胜法西斯主义、军国主义势力以及建立联合国体制60周年，这将在一定程度上影响相关国家的外交布局。对于中国而言，2005年还是台湾光复后的第一个花甲轮回的转折点，加上刚结束的立法院选举结果使激进台独势力受挫，海峡两岸之间文化认同的氛围或多或少会加强。在这一年，以郑和下西洋为标志的中国大航海600周年的历史回顾也是各地华人社会中的一件大事，会牵扯到大陆亚洲与海洋亚洲之间的板块互动，并在朝鲜半岛、印度支那半岛以及马来半岛引起微妙的连锁反应。另外，在这一年还要首次召开东亚各国高峰会议，协商如何在二十一世纪重构亚洲的共同家园。从这个角度来看，中国文明与亚

洲整合将会成为重大的国际关系议题。中国政府应该及时在这样的世界战略调整过程中，为传统文明的发展确定方向、描绘制度创新的前景。《21世纪》：亚洲的经济整合已经呈现出不可逆转的势头，但是在政治方面有关的制度性框架并没有着落。站在中国的立场上看，什么是21世纪亚洲各国关系协调的基础？季卫东：与欧洲不同，亚洲各国的差异非常大，发展极其不平衡。世界上最主要的不同文明、不同宗教、不同社会意识形态、不同国家体制全都汇集在亚洲，构成一幅非常错综复杂的镶嵌画。因此，是多样性本身构成了亚洲的实质。而保留着多样性的协调正是中国传统的儒家式价值体系的基本特征。所以，中国文明在亚洲整合过程很有可能发挥相当重要的作用。这么说并不是没有根据的，中国在多边外交上的成功，例如上海合作组织、中国与东盟自由贸易协议平台以及朝鲜半岛六国磋商机制可以作为佐证。另外，现代化的共同体验以及制度知识、稠密的跨境人际网络、具有类似生活方式的中产阶级以及经济上相互依赖的命运共同体也构成亚洲特别是东亚（包括东北亚和东南亚）各国关系协调的基础性条件。《21世纪》：人们谈亚洲政经整合，实际上都暗含一个前提，这就是建构区域性政经秩序。秩序的建构涉及行为准则和制度以及相应正当性根据，涉及法治问题。众所周知，中国文明最缺乏的就是法治资源。在这样的背景下，围绕亚洲新秩序的国际对话应该怎样进行？季卫东：虽然中国存在法家的主张和制度设计，律令制的历史也很悠久并且对亚洲周边国家产生了深远的影响，但这样的法律秩序有很多重要缺陷，不能适应产业经济体制的需要。更重要的是，作为中国意识形态主流的儒家价值观是以最

小限度采用法律手段为特征的，这妨碍了制度知识以及法庭技术的发达。因此，我们应该清醒地认识到，在这个方面中国并没有什么可以骄傲自满的传统资源，吸取西方现代法学的精华来推动法制改革仍是一项长期的历史任务。可以说，我们与亚洲各国面临同样的课题、处于同一起跑线上，存在着互相切磋的必要性和可能性，为此有必要也有可能进一步加强制度知识的交流和协作。也可以说，中国文明的复兴与亚洲各国的现代化进程、制度创新以及和平互助、共同繁荣的前景是息息相关的。另外还要看到，无论是外国学者还是本国公民，都对中国传统秩序的深层结构以及基本原理缺乏充分的、正确的认识，有关判断也往往受到一些公式化观点甚至偏见的限制。这种状态不仅妨碍了不同文明之间围绕法治进行深入对话，更造成了在制度改革中出现各种误区的事态，使法律发展偏离预期的目标。在这里，如何正确地把握中国式法律秩序的整体框架以及具体的设计逻辑，也是对话的主题之一。韦伯的“魅术之园”与昂格尔的一分为二《21世纪》：那么，就中国文明在法律方面的经验而言，究竟存在哪些问题呢？西方的思想家如何理解这一点？季卫东：西方对中国传统的国家与法的基本框架的看法，以德国大思想家马克斯·韦伯（Max Weber）的理论最有代表性，也最深刻、最成体系。我们首先应该考察他的主张，作为展开对话和讨论的出发点。正如日本比较法学者木下毅教授所指出的那样，在韦伯的法社会学和宗教社会学中，基督教和儒教被当作世界史的结构分析以及比较文明论的原型或者两极来处理的。在韦伯看来，中国文明中存在着与“清教式合理主义”不同的、以顺应现实为基本价值取向的“儒家式合理主义”

。但因为后者实际上是一种基于合理动机的非合理性，所以他还是从非合理性传统主义的角度来理解传统中国的社会与法律秩序，认为在儒家伦理体系中存在着维护东方“魅术之园（MagicGarden）”的倾向，而这样的魅术信仰正是中国安排权力关系的宪法基础。按照他所描绘的图景，传统的中国法只是在迷信之上建构的一种形式性的但却非理性的规范场，是浑然一体的混合物。《21世纪》：韦伯认为中国法律制度中不存在分化、对立以及张力吗？季卫东：他认为在礼制的框架中，政府官僚把一种泛神论的魔法巫术般的义务强加给民众。在这里，韦伯理论的最大弱点是忽视了中国在把围绕互惠性的相互作用以及合意关系??各种契约的网络??作为社会秩序黄金律并且加以制度化时，其实正好体现了他所说的“儒家式合理主义”。仅就宗教而言，中国的泛神论倾向是与所谓“宗教市场”联系在一起的。著名社会学家杨联?揭示了市场原理甚至渗透到宗教之中的特征。它与战国时代“天下以市道交”的功利主义风气也是不无关系。也就是说，在中国文明的遗传基因中，存在着明显的甚至过多的市场性、交换性、互惠性。所以，“子不语怪力乱神”，孔子只关心世俗的人伦日用，对鬼神迷信之类置之不理。正是这样的儒家式合理主义瓦解了迷信的基础，包括对法律神话以及法官权威的迷信。围绕交换性、互惠性的相互作用会促进人与人之间的沟通，以理解、承认、同意和满足为决定的重要尺度。当这样的交涉理性达到不服的当事人的缠讼行为能够左右案件结果的程度时，实际上存在着某种不从属于规范场的主体意识。当这样的交涉理性导致司法官僚按照实质正义的原理进行判断时，实际上存在着某种具体的“衡平法”以及实

质性规范，与所谓“魅术之园”的不合理的形式性这个特征不相吻合。所以不得不指出，韦伯把传统的中国法律秩序理解为“魅术之园”是错误的。当然，他对中国官僚制度以及法律的许多具体记述和批评还是有理有据的，值得认真对待。

《21世纪》：在西方，继韦伯之后还有什么关于中国法的重要理论模型吗？季卫东：有。最有意思的是批判法学的领军人物罗伯托·昂格尔（Roberto M. Unger）的学说。昂格尔倒是看到了互惠性缔约行为以及由此产生的类似自生秩序那样的人际互动法或者习俗法，但却认为它与科层制法律体系是互不相干的两个不同的发展阶段或不同的规范类型。也就是说，韦伯把中国式的秩序理解为浑然一体的规范场，昂格尔则把它一分为二，理解为国家的官僚法与民间的习俗法这两块对立面，认为两者之间没有联系，始终未能统合成为一个整体的秩序。其实昂格尔的观察也不精确。虽然中国的统治方式有城乡不同轨的构思，国法秩序与宗法秩序的两重结构也是存在的，但不能采取两项对立的图式来概括这样的构成。众所周知，自从汉儒释律的制度改革之后，礼与刑、关系秩序与法律秩序已经形成了互补结构，而礼仪本来就具有公共性实在法规范的特征。宋代以后，国法与乡约之间存在着更加明显的连续性、耦合性。这是典型的对立物统合的制度安排。

韦伯、昂格尔中国法律观之修正 《21世纪》：浑然一体与对立二元，这是两种完全不同的图景。如果这两种理解都错了，那么传统中国法的原理究竟应该怎样把握呢？季卫东：首先应该对韦伯和昂格尔的分析框架分别进行修正，然后再把修正后的图景重叠起来，这样才能获得关于中国法律秩序的完整而准确的认识。韦伯看到的那个“魅术之园”，

其实就是太极图那样的制度模型吧。但是，我认为其中最本质的因素不是迷信和不合理的形式性，而是围绕实质公正的交涉理性。在情、理、法这样的多元结构中，我们看不到一种类似自然法那样的绝对命令或者终极价值，也不存在天赋人权、自然权那样超越于实在法之上的根本规范。在中国，在法律之前、在法律之上存在的根本规范是什么？回答是：道。道法自然，道生法，道者反之动。与自然相协调，模仿自然，从与自然的反馈中学习自然。这就是道，这就是法律的起源。在根本规范中存在着相反相成的动态，法也与此相应不断地周流变转。像中国这样以礼乐教化为文明特征的社会，法律为了正当化，不得不参照法律之外的价值，比如说儒家的道德以及民间的情理来对当事人特别是败诉方进行说服和教育。这样的说服和教育本身就会促进围绕法律、道德以及情理之间关系的议论和沟通。“引经而议”的实质是把道德性话语导入法律性话语之中，激活了当事人参与司法决定的积极性，使审判案件的过程中意见沟通和讨价还价的作用明显增大。这样一来，法律的实施过程就逐步与舆论联系起来。正因为存在这样的特点，正因为法律更需要进行正当化处理，所以中国法特别强调对犯罪受害人的救济。自古以来，严刑峻罚以及“严打”运动的理由都是对受害人的救济，因此法律不仅仅是义务本位的法，同时也是一种受害人本位的法，因而是国家责任本位的法。受害人本位的思想一方面表现为民愤并激发民愤，以倾向性舆论的方式支持着法律的实施，另一方面又可以成为人民动员法律制度以实现自己的权利诉求的驱动装置。所以在国家的法律与基层社会之间，民愤发挥着重要的作用。民愤是法律制裁的正当性根据

，同时也是当事人操作制裁装置的杠杆。当然，国家在利用民愤的同时也控制民愤，这就需要加强说服和教育。总之，以说服和民愤为两个支柱，在国家法与民间社会之间形成了一片具有公共性的舆论空间，其中特别强调的是把伦理意义嵌入工具理性之中。在这里始终存在着自下而上的舆论压力以及平面的互动关系。因为中国的传统规范体系有一定的多元性和对社会的开放性，特别是由于民间的情理习俗与作为国家意识形态的儒家哲学之间互相贯通，当事人之间的交涉以及与官方讨价还价的余地也很大，所以在中国司法系统中，其实没有呈现出科层制原理彻底化的状态，在官僚支配与民间和解之间存在着反复不断的相互作用和调整，这种均衡化机制不是以迷信为基础，而是以理性为基础。在互动中生成规范、在互动中达成整体上的均衡，这也意味着带有浓厚政治色彩的动态关系。不仅仅是纵向的官僚支配，还有横向的秩序建构。不仅仅是令行禁止，还有争取理解、合意以及共识的努力。中国式司法中存在着不同于科层制原理的横向沟通以及循环性反馈过程，甚至存在着政治性讨价还价的机会，这是我对韦伯的中国法律观的一个修正。《21世纪》：你对昂格尔的中国法律观进行了什么样的修正呢？季卫东：主要是强调在官僚法与习俗法之间的反复互动和由此形成的连续性以及在分歧、统合的交替过程中渐次生成秩序的机制。我们在考虑中国传统的国家法体系时，往往会有一个法家式法治主义的原型在那里。这就是强调严刑峻罚的法律观。即存在一种刚性规范，必须以强制的方式来贯彻执行。但是，如果法律过分刚性，很容易引起反弹和抵抗，就会不断遭遇正当性的质疑，需要加强说服工作。特别是在社会非常注

重人情、人际关系的条件下，再刚性的法律在它的适用过程中也不得不发生一些变化。正因为刚性规范通过民愤以及说服与舆论或者公论发生联系，所以必然会出现针对社会反应而调整自我的临机应变，在反复的互动过程中逐步形成柔性规范。在这里需要强调的是，国家法本身就具有刚性规范和柔性规范的两重结构，不能像昂格尔那样以官僚法一言以蔽之。另外还不得不指出，礼基本上应该算作国家法律体系中的柔性规范，而不是真正的民间的自生秩序。昂格尔所说的相互作用的法，虽然在礼制中也有所反映，但主要存在于乡规民约之中。在具体的司法过程中，通过当事人之间的交涉以及法官的调解，刚性规范与柔性规范不断组合调整，形成一系列不同的选项，其中最能为各方面接受认同的解决方案就成为判决结果。在不断分解、重组以及反复寻找均衡点的过程中，对立性逻辑逐渐为连续性逻辑所取代，法律规范与社会中内在的关系规范之间的界限也越来越模糊。于是乎，我们可以看到刑、礼以及乡规民约，或者说刚性规范、柔性规范以及关系规范这样的三元结构，而不是昂格尔所描绘的两项对立的图景。这就是我对昂格尔式中国法律观的修正。

中国式法律秩序原理 《21世纪》：把两种修正后的景观重叠起来，可以发现中国式法律秩序具有什么样的结构性特征呢？它的基本原理以及缺陷是什么？季卫东：分歧、统合、循环性、三元互动、渐进生成、反复寻找均衡点，等等，在这样的动态安排中出现的法律秩序属于一种复杂系统。我就是从这样的复杂系统的角度来理解中国式法律秩序的结构性特征的，认为即使现代中国的制度也依然没有摆脱这样的制度设计的影响。从司法的角度来看，其总体框架是这样的：法

作为一种广义的机制存在着两层结构，即国家秩序与社会秩序；在国家秩序的层面存在两种不同性质的规范，即刚性规范与柔性规范；在社会秩序的层面存在从网络互动中产生出来的关系规范。在这两层结构之间，存在着舆论或者公论、当局的调整、群众意见、人民满意以及法官的裁量尺度这样一些基本构成要素。这是当事人与法官相遇的环境或者前提条件，当事人与法官之间的沟通受到以上各种构成要素及其基本框架的制约。这样的制度设计意味着司法是一种在多层多样的规范中进行选择、组合以及调整的过程，并且不断展示丰富多彩的可选择性方案来。比如说法院在审判中注重对当事人进行反复的说服，强调一分为二看问题，强调双方互让和妥协，衡平原理进行责任的分担，这个过程我们可以看到当事人的意志与法官以及法律规范内容的分解和重组，刚性规范和柔性规范不断交织在一起，最后融化在关系网络以及情境思维之中。在这样一种机制中，法官最关注的是什么呢？我觉得这是很有意思的问题。这涉及中国人的正义观。因为法官必须考虑舆论以及形成舆论、左右舆论的具体情节和情理，所以司法过程必然会特别强调法律的认知性这一面，而不仅仅是规范性或者说强制力的这一面。虽然中国法律传统里有很明显的强制命令性，但是也有另外一种完全不同的合意性规范在起作用，有关事态不是单纯的。我们可以看到完全不同的规范在司法实践中被捏合到一起，不断进行重新组合。我们可以想象因为当事人的意愿和法官本人的判断通过反复交涉这样的互动过程被组合和改组，所以最后的结果确实是很难预测的。这种浑沌状态对当事人意味着很大的诉讼风险，对法官意味着很大的责任负荷。为了降低风险、减

轻责任，充分掌握信息并取得信息优势具有非常重要的意义。显而易见，在中国式审判中，法官最关注认知性、最强调调查清事实这样的侧面是自有其道理的。换句话说，查清事实对于中国司法具有特别关键性的意义。对事实问题没有争议了，这个案件基本上就解决了。因此，大量的诉讼成本都被投入到认知性作业里去了。用学术语言来描述这样的现象特征，我们可以说中国司法的基本原则是真实主义，与欧美司法制度对事实的概念理解不太一样。欧美的法院当然要进行事实认定，根据证据判案，但在那里所谓事实是指证明力、说服力的法律构成，未必一定是真正存在的事实。法官判决的基础是由各种勘验技术、程序要件、举证责任分担的规则担保的可靠证据，而不必由法院穷尽一切手段追求真相，并按照真实主义的要求使判决的既判力和确定性相对化。容许当事人凭借绝对的信息优势去质疑判决的真实性，用事实检验判决和法律规范，用新的证据来揭示真相并纠正过去的司法性决定，这是具有中国特色的正义观，把法的正当性建立在以事实证否的极限上。我们很难简单地说这样的真实主义司法是对还是错，但我们完全可以考察和比较它所带来的一系列后果。作为法律构成的事实与作为社会存在的事实各自会对实现正义产生什么样的影响？哪一种制度安排更有利于权利保障？中国的思路是强调实事求是，为此可以把判决的既判力相对化，甚至在相当程度上牺牲法律关系的安定性。检察院和法院采取根据事实有错必纠的态度，不固守规范性的要求，这是中国司法的基本思维方式，是一个很重要的特点。与重视认定事实并列的另外一个特点就是重视追究责任。在围绕查明真相的互动很活跃的场合会形成很不安定的状

况，这时法与审判的可预测性会降低。如果诉讼的结局难以预测，那么对当事人来说诉讼的风险性也就比较大。作为合理选择的结果，他的行为方式往往表现出尽量回避诉讼，而一旦进入诉讼那就绝不善罢甘休。在这个意义上，司法的可预测性与缠讼性之间存在着反比例关系。显然，中国式的秩序原理对于认识和实现浑沌状态的有序化以及自组织机制的作用是很有意义的，但它很容易陷入所谓“双重不确定性”的状态，不能充分适应合理化、产业化、组织化以及对个人权利提供明确而切实的制度性保障的要求。从这样的观点来看，对中国的法与审判方式以及政治体制进行现代化改革是完全必要的，还应继续推行下去。文明对话下的法制改革

《21世纪》：中国式制度设计中有没有弥补这类缺陷的方式方法呢？季卫东：为了在多变的长期过程中维护司法的公正和效率，中国采取的一个非常重要的方式方法就是强调个人的承包责任，强调严格追究责任的系统。法官在审判中的关注点是查明事实、分清责任，最主要的裁量往往表现为当事人之间的责任分配方面。而限制法官裁量权的基本原理是对法官误判责任的追究。在1990年代以来的司法改革中，与审判权“下放”的程度相对应的是建立不同的司法责任制，例如承办人责任制、审判长责任制、合议庭责任制，等等。在某种意义上也可以说，对于中国司法，责任系统实际上在相当程度上取代了程序要件和解释技术，人们试图通过责任系统来防止审判的不公。其中很有趣的一个问题是当中国法律界开始意识到程序的重要性时，他们的制度安排有什么变化？我们可以发现程序公正观念与承包责任观念被捏合在一起，出现了不同的组合形态，这一点很有意思。从程序公正的

角度来看，如果不把这样的责任进一步转化成信息公开的责任和回答质询的责任，那么个人承包责任会扭曲程序主义原理。但是从浑沌中秩序生成机制的角度来看，责任是安定化、制度化的基础。无论如何，我觉得中国的经验确实提出了一些很有意思、值得探讨的素材和线索，虽然我们不能过于简单地作出是非对错的价值判断，更不能盲目地美化现实。产业经济和现代社会发展的目的、市场的全球化以及国际竞争的压力决定了中国法制改革是无从回避的，也决定了在同一竞技场上不同制度之间的可比性、可沟通性。因此不得不承认国际竞争就是制度竞争。但是，为了避免先入之见，最好要回到简单明了的原初状况来考察中国文明的经验与现代产业文明的经验，先找到东西方不同制度设计的出发点以及可以衔接的地方，再看两者在什么地方出现不同，造成不同的原因和目的是什么？中国在进行制度设计以及选择时，有些理由是可以同情的，有些做法是可以理解的，有些思路甚至是可以称道的，但为什么会出理事与愿违的情况，为什么动机好效果却不好？仔细分析和比较就可以知道错在哪一步，应该从何处着手改革。《21世纪》：那么，中国文明的法律经验中是否存在一些值得继承和发扬、可以普遍化的因素呢？季卫东：虽然中国文明在法学思想或制度设计方面存在许多根本性缺陷，需要改革和创新，但以下几种基本原理经过提炼和重新诠释之后，可以吸收到新的法治范式之中，也可以为亚洲旧秩序重构达成共识提供一些线索和制度资源，还可以加强中国在国际竞争中的软权力。例如：“和而不同”、双赢态度、渐次思维、追踪管理（traceability）、责任系统、公论衡平，等等。总之，中国不应该把自己封闭到自说

自话的地方性语境之中，而应该积极参加亚洲乃至全球范围内的文明对话，既要向世界各国有利有理有节地发出自己的声音，也要虚心向其他民族和人民学习、取长补短。从2005年起，中国应该逐步展示自己改造国家权力结构的抱负和能力，也应该展示自己对人类文明发展的贡献。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