

告别国家法一元论——秋菊的困惑与大国法治道路

•  **强世功** 北京大学法学教授,《中国香港》

2018-12-31 08:31:12 来源: 东方学刊

https://www.guancha.cn/QiangShiGong/2018_12_31_485215_s.shtml

一

在 1995 年发表的《秋菊的困惑和三杠爷的悲剧》这篇法律社会学经典论文中,苏力在法学界率先采用了法律多元主义的理论,展现了中国法治现代化进程中移植的西方法和传统习惯法的冲突。(1)

这个理论刚好契合了 20 世纪 90 年代中国社会科学在与西方学术接轨过程中引入的“国家与社会”范式,一度成为中国法律社会学研究的基本分析框架,在法学界产生了持久的影响。(2)

如果按照苏力一贯秉持的“新制度经济学”的理性人假定,我们甚至可以把秋菊也理解为理性人,秋菊所秉持的观念和价值,也可以看作是一种利益最大化的计算。

事实上,在苏力开辟的学术传统上,赵晓力进一步对《秋菊打官司》进行了重构。他既不满足于当时法学界建构的“为权利而斗争”的秋菊形象,也不满足于法律多元主义框架,而是深入秋菊的思想世界,试图理解秋菊的诉求究竟意味着什么,理解婚姻、生育对于乡村社会的意义。(3)当然,赵晓力的分析非常节制,仅局限于生育本能。

也许正是从这儿开始,赵晓力的思考与过去研究的法律经济学、法律实用主义乃至后现代思想分道扬镳,从生育本能开始探索传宗接代的生育秩序背后的人类生存价值和意义,从而在文化保守主义的立场上重新返回梁治平先生曾经倡导的“法律文化解释”这个主题。(4)而赵晓力几年前关于祥林嫂的经典研究实际上是从“秋菊的困惑”转向了“祥林嫂的困惑”,回应文化保守主义内部的挑战。(5)



苏力提出的法律多元主义的分析框架实际上就已经展现了一个利益分化的社会，只不过这种利益分化往往掩盖在传统与现代、国家与社会、法律与习惯文化之类的概念之下。

换句话说，法律多元主义展现的不仅仅是思想、观念和价值的多元主义，更重要的是展现了利益的多元主义。每一种观念意味着一种生活方式，意味着特定的群体及其背后特殊的利益。

郑戈的博士论文是对韦伯法律社会学的研究，其中恰恰展现了不同社会群体基于其特定生活方式而形成的对彼此行为的预期，而这种稳定的社会预期就构成了社会学意义上的法。可以说，法律多元主义本身就已经隐含在韦伯的法律社会学分析中。(6)

由此，法律多元主义就展现出了多元的利益群体之间的竞争，不仅是物质利益的竞争，也包括对精神世界中生存意义的竞争。韦伯的法律社会学生动地描述了欧洲法律史上神法、自然法、封建法、国家法、城市自治法、法律人创造的法、商人创造的法的法律多元主义图景。(7)

当韦伯从欧洲法律史中看到法律多元主义逐渐被形式理性法取代的理性化力量时，马克思看到的是市民阶级夺取国家政权从而取得对封建地主阶级、农民阶级和工人阶级的压倒性胜利。这种胜利与其说是源于理性化这种唯心主义的历史发展趋势，不如说是阶级以及阶级背后的生产技术和经济组织方式及生活方式之间的唯物主义的斗争。这场斗争包含了革命、暴力和征服等一系列主题，它奠定了现代法的起源。

因此，我们必须意识到，近代以来中国的变迁，特别是现代法治的兴起，实际上意味着多元主义的价值、观念、利益、法律秩序、生活方式之间的斗争。无论称之为“革命”，还是“改革”，还是“转型”，这些不同的概念实际上都指向同一个东西。

在这个过程中，苏力诉诸法律多元主义，开辟了民间法和本土资源的研究范式，其也可以被看作是对现代法治秩序的批判，甚至我们可以将苏力开辟的法律社会学研究传统看作是对现代法治展开的解构和批判的“批判法律运动”。(8)这种批判法律运动往往实际上构成了对西方法治理论的批判。苏力也因此被看作是反对法治的“本土资源派”，在高唱法治赞歌的主流法学界始终被看作是异类。

二

说苏力反对法治，无疑是对他的最大误解。这种误解很大程度上源于苏力的成名作《法治及其“本土资源”》。(9)

苏力使用这个书名本想提醒国人注意“本土资源”对于中国法治建设的重要意义，但主流法学界却简单粗暴地把他看作是捍卫“本土资源”的代表，而忽略这本书的核心观念乃是他们所赞美的“法治”。

这种有意无意的忽略恰恰表明，苏力和主流法学界在法治问题上的根本差异并非苏力所构想的传统社会与现代社会之间的分歧，而是苏力不大瞧得上的所谓中国文化与西方文化的分歧。在主流法学界看来，法治乃是西方文化的产物，西方中世纪的法律多元主义刺激了现代法治的诞生，但中国的法律多元主义不会刺激现代法治的诞生，相反现代法治只有在彻底摧毁中国“本土资源”、全面移植西方的法律制度才有可能。



可见，苏力反对的不是主流法学界所期待的法治这个“物”，而是主流法学界脑子里构想的法治这个“词”。(10)苏力始终坚持中国要建成现代法治，但他不是站在廉价的价值立场上去拥抱法治，而是在洞悉历史发展必然性的基础上支持法治。

借助苏力的一本书名，那就是《道路通向城市》。(11)现代社会发展的必然趋势就是城市对乡村的支配，而法治是现代城市人的生活方式，法治意味着一种历史发展的必然趋势，无论是赞成，还是反对，它都会在那儿。

因此，苏力反对以“意蒂牢结”（ideologically）的方式将“法治”理解为一种普遍的价值，而是以一种马克思—福柯式的洞见，提醒我们注意：法治不是理性、人性、自由、民主之类的空洞的、美丽的大词，而是一种现代治理术。(12)

法治代表着一种生活方式，这种生活方式必然压制着另一种生活方式。这不仅是我们所熟悉的乡村社会的生活方式，不仅是秋菊的生活方式，也是每天在北京大街上的民工、小摊贩、小店员们的生活方式。当他们遇到纠纷的时候，首先想到的不一定是聘请律师，也不一定寄望于对抗制司法给他们带来程序正义。

按照大家所喜欢的意识形态划分，苏力往往被看作是法学界左派的代表。如果真的有什么左派和右派的划分，那么就在于右派踩在失败者的脚上为胜利者加冕。现代法治无形和有形的暴力正是通过秋菊的“困惑”展现出来。当秋菊进入“打官司”的法治机器之后，她的命运就被法治机器所操纵，以至于秋菊只能被动地按照这个机器的逻辑来运转，最后给出让她困惑不解的结论。

在这些法治的廉价赞美者看来，秋菊这样的人乃至他们的生活方式不过是建构法治大厦工地上留下的废料或垃圾，他们因为贫困和无知终究要被法治机器清扫得干干净净。

相反，苏力却保持了一份温存和善良，对千千万万像秋菊这样在建构法治大厦进程中被抛弃的牺牲者，乃至在两种不同生活方式之间进行斗争并注定成为悲剧的失败者，保持了一份温情和敬意。即便他们会不可避免地消失在沉默的历史中，苏力也试图用他的笔留住他们困惑的神情和失败的笑声。

我们已经处在现代社会中。无论是韦伯还是马克思,都将现代社会界定为利益分化的社会,这就意味着法律多元主义所隐含的这种冲突一刻也不能停歇,而且意味着现代社会内部的冲突会比以往更为频繁、更为激烈。阶层冲突、利益冲突、行业冲突、地域冲突、族群冲突、观念冲突、性别冲突、代际冲突、价值冲突、信仰冲突等等叠加纠缠。

恰恰是这种类似霍布斯笔下战争状态的想象,这种多元利益冲突解决机制的探寻推动着现代国家建设,推动着现代法治的历史进程。法治之所以作为现代治理术迅速崛起,根源就在于各方利益主体都希望通过国家法来协调和解决多元利益之间的冲突。

法律多元主义的纠纷解决机制之所以逐渐让位于“国家法中心主义”(或“国家法一元论”)和“法院中心主义”,是因为在多元权力结构中,国家主权这种新型的政治组织通过垄断暴力而拥有了绝对的力量。从西方法治兴起的历史看,无论是欧洲大陆法的制定法模式,还是英美的普通法模式,西方现代法治都植根于现代主权国家、也就是绝对主义国家的兴起。法治乃是国家建构(nation-building)的重要组成部分,并因此成为国家治理技术的重要组成部分。(13)

三

“国家法中心主义”的法治理念来源于实证主义的法律观,其基础在于国家对暴力的垄断。在我们的法理学中,马克思主义的政法观和自由主义的法治观看起来是对立的,但由于二者共享了法律实证主义所支撑的法律一元主义,即都以主权国家作为政治想象,都突出国家法律的绝对权威,都否定法律多元主义,从而共同奠定了当代中国的法治观,构成了中国法治理论的基础。

然而从西方法律史的角度看,这个理论很大程度上来源于欧洲大陆民法法系传统的法治实践,其中法律体系乃是国家官僚体系的一部分。正是在官僚制的背景下,法治强调国家法的体系性和金字塔式的等级性。

在米尔伊安·R.达玛什卡(Mirjan R. Damaka)看来,这种法治类型属于“官僚理想型”下作为“政策实施程序”的法治,比较而言,英美普通法法系的法治属于“协作理想型”下作为“纠纷解决程序”的法治。这种法治恰恰建立在多元社会且社会自治的基础上,国家司法是在面对法律多元主义的局面,并且只有在其他法律面对纠纷解决失效时,才作为被动消极的程序性仲裁者来解决社会的纠纷。正是在法律多元主义的基础上,国家法治的重心不是立法,而是作为最后纠纷仲裁者的司法。(14)

特别是在法律现实主义者看来,法官在司法诉讼中面临的恰恰是法律多元主义所提供的各种法律渊源,包括立法、判例、政策、道德准则、习惯和惯例甚至教义学说等等。法官正是对这些多元主义法律进行比较取舍,才能得出最终的判决。

如果从英美法系的传统看,现代法治的建立不是要用国家法来摧毁诸如民间习惯法及其他形形色色的法律,反而要肯定并支撑民间习惯法乃至社会生活中其他类型多元主义法律规范的正当性。只有当这些法律规范无法解决社会纠纷的时候,国家法才作为被动仲裁的角色介入到多元法律主义规范的可能冲突中,做出最终的权威裁决。

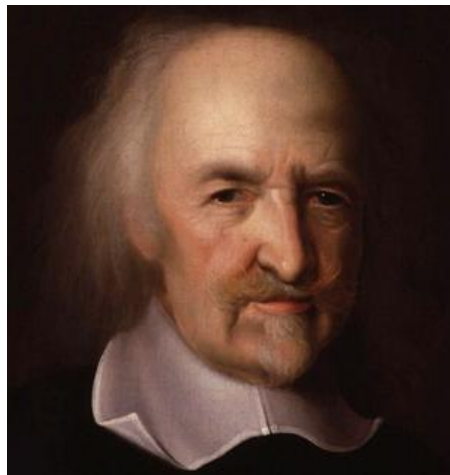
可见,现代法治究竟采取法律一元主义还是法律多元主义,很大程度上取决于法治在国家秩序的建构中扮演怎样的角色和起到何种功能。在西方理论文献中,关于小国与大国的讨论主

要集中在共和政体与君主政体的讨论上，(15)而忽略了其中关于法律一元主义和法律多元主义的差异。从法治实践看，欧洲大陆小型的城邦-领土国家往往采取国家法一元主义的法治观，而大型的共和国-帝国则采取法律多元主义的法治观。

我们今天之所以将国家法一元主义的法治模式奉为圭臬，很大程度上是由于这种现代法治观念来源于博丹（Jean Bodin）-霍布斯（Thomas Hobbes）-卢梭（Jean-Jacques Rousseau）这些思想家，而他们的国家法治构想建立在后罗马帝国的废墟上，以欧洲大陆兴起的领土国家——民族国家构造为理论背景。

然而，在西方历史上，由现代国家兴起过程中形成的国家法一元主义法治只是一个短暂的现象，这种法治秩序出现在罗马-基督教多元法律秩序崩溃碎片中领土主权国家兴起的短暂历史时刻。

随着地理大发现，西方领土主权国家变成列强（great power）并出现在全球舞台上纷纷建构殖民帝国时，法律多元主义始终是其国家法治秩序的内在组成部分。只不过此时的法律多元主义不再是中世纪教会法、封建法和国家法的并存格局，而是国内法、殖民地法和国际法构成的法律多元主义局面。(16)这种多元主义帝国法律秩序尤其体现在英美海洋帝国的历史发展中。



近代法哲学家霍布斯

事实上，罗纳德·德沃金（Ronald Dworki）之所以将美国联邦最高法院建构为“法律帝国”的首都，就在于美国法治本身就建立在法律多元主义的帝国秩序之上，法律帝国处理的是如何协调多元利益格局下法律多元主义可能冲突的“原则”问题，而不是法律一元主义所关注的“规则”问题。(17)

因此，美国宪法中的重要议题就在于如何处理联邦法与州法、州法与州法、州法与印第安部落法的关系以维持帝国联邦构造；如何处理美国宪法与域外准殖民地法之间的关系；如何处理国际条约和外国法与美国宪法的关系；如何处理公民个体与帝国联邦主权建立之间的关系等等。一句话，美国联邦最高法院是法律“帝国”的首都，它处理的是法律“多元”之上如何捍卫“一体”的问题，而不是日常法律纠纷和司法治理的问题。

中国有很多从事司法改革研究的人研究美国联邦最高法院，但是研究美国联邦最高法院是一回事，试图按照这个模式来改造中国最高人民法院乃至地方法院就变成了另一回事。

如果不明白美国联邦最高法院在帝国多元法律体系中的定位，不明白中国的最高人民法院和各级法院乃是解决纠纷进行司法日常治理的机构这些事实，可以想象，这种改革要么难以实现，要么带来负面效果。如果一定要在中国找到美国联邦最高法院的对应物，那么香港回归之后全国人大常委会对基本法的解释实际上就是在处理国家宪法、香港基本法、香港本地法律之间的复杂关系，无疑发挥类似国家宪法法院的职能。(18)

在这个意义上，不能简单地从国家法一元论的视角出发，消极地将法律多元主义看作是法律移植的产物，或者看作是传统社会迈向现代社会的过渡性产物，从而把“道路通向城市”看作是消灭法律多元主义的历史必然进程。相反，必须将法律多元主义看作是法治秩序的常态，尤其是类似帝国形态的大国法治的常态。法律多元主义乃是大国法治的必然产物。目前，不少中国学者开始思考中国的大国法治问题，但还没有认真对待法律多元主义问题。(19)

四

中国历史上的天下秩序无疑是建立在法律多元主义的基础上。且不说清帝国面对满、蒙、藏、汉所建构起来的庞大的法律多元主义结构，(20) 仅仅其内在的礼法结构就应当被视为一种法律多元主义的典型。

然而，在近代以来西方列强的冲击下，中国知识界普遍渴望像日本那样加入威斯特法利亚体系中获得认可，以至于自觉不自觉地以欧洲主权国家的想象来改造中国。

加之近代以来我们对“帝国主义”深恶痛绝，在批判“帝国主义”的过程中不经意间将中性的“帝国”概念也随之抛弃了，以至于中国知识界差不多丧失了健全的帝国意识和理解帝国的学术想象。由此，中国知识界在“词”的层面上普遍使用从欧洲小型领土国家中提升出来的概念来建构和解释现代中国的秩序。

然而中国人民在“物”的层面上，又差不多完整继承了传统帝国复杂多样的自然环境、社会结构、文化习俗、族群信仰等等，导致中国法治秩序的构造始终在“词”与“物”、“表达”与“实践”、知识分子与人民大众之间形成错位。

正因为如此，中国的主流法治理论一直都存在两个问题。一方面中国的法治理论往往无法有效指导法治实践。比如三十多年来的司法改革措施总是按照国家法律一元论的“法制统一”原则进行“一刀切”，而没有注意到北上广地区属于后工业社会，而西北广大基层地区处在农牧业时代。

批判“复转军人进法院”促使国家实行统一司法考试推动了法律职业精英化，对北上广地区或许必要，但却导致中西部基层法院没有足够的“合法”法官，出现大量“临时法官”审判最后又借用某个有资格的法官来签发判决书的局面。反过来，按照西北基层地区的标准统一强调搞“大调解”，以“人民满意”为标准，又让北上广专业化精英法官们心里堵得慌。

司法改革天天讲，改革模式就像钟摆一样来回摇摆，最终是在削弱司法权威。如能多一点法律多元主义的理念，少一点国家法律一元主义“一刀切”；多一点地方自主创新，少一点顶层设计；多一点从实践中来到实践中去，少一点新法治教条主义，给不同地区的法院、不同类型的法院更多的自主性、灵活性，形成适度的法律多元主义的格局，或许才能真正构建符合中国实际的大国法治。中国作为大国的多样性和复杂性必然要求开辟法律多元主义的法治空间。

另一方面，更重要的是，中国的主流法治理论实际上无法有效地解释在实践中形成的法律多元主义的法治形态。

比如，中国的法治理论应该如何解释国家法律体系中的香港普通法？按照主流理解，香港普通法属于“一国两制”下资本主义的法治体系。“一国两制”被看作是“中国特色”，然而无论是“中国特色”，还是“一国两制”，只是对具体经验对象的直接描述，而没有上升到学理上的分析性抽象。换句话说，二者不是学术概念。问题在于如何将这种具体的经验描述纳入“法治”这个学术性概念中。

如果从法学概念来讲，“一国两制”的准确含义就是法律多元主义，即在一个国家之内容纳两套不同的法律体系，既有国家制定法体系，也有局部区域内的普通法体系。我们需要在法律多元主义的框架下加以理解，理解大陆法传统与普通法冲突之间的互动，理解宪法、基本法与香港普通法之间的有机互动。法学界常说的“两岸四地三法域”实际上是对中国法律多元主义法治格局最生动的描述。

再比如中国的法治理论应该如何有效解释理解党规党法的客观现实。长期以来，至少在十八届四中全会之前，法学界对这个问题视而不见。这与其说展示了一个政治姿态，不如说暴露出我们在思想上的懒惰和智识上的贫乏。

因为从清末法制改革以来，我们自己对法治的理解就已不自觉地戴上了国家法一元论的有色眼镜，只承认由国家立法颁布的形式化的文件具有法的正当性。这样不仅无法理解传统社会中丰富多彩的“礼制”的意义，也无法理解现代社会中丰富多彩的党规党法的功能。

在这种国家法一元论的指导下，中国的法理学当然无法将党规党法看作是法律体系的有机组成部分。如今党章所统帅的党规党法体系与宪法统帅的国家法律体系二元格局已经写入国家法治建设的蓝图中，但中国的法治理论依旧坚持法律实证主义的国家法一元论，以至于党章党规党法在法学理论上无法被给予名副其实的安顿。党章在实践中发挥着重要的宪法功能（“物”），可是我们能够把党章称之为“宪法”的一部分吗（“名”）？

如果再套用苏力的一本书名，大量活生生的法律多元主义的现实问题在中国不只是“也许正在发生”，(21)但问题在于我们的法学理论如何去思考。比如中国在吉布提、瓜达尔等地租用的区域中，发生纠纷必然涉及中国法与当地法的协调问题；中国设立的亚投行，是否要考虑因为借贷、投资等问题发生法律纠纷时应该适用哪个国家的法律问题，是否要制定一个国际仲裁的地点；中国法如何与“一带一路”沿线国家的法律建立起有效的协调和对接机制等等。

所有这些都属于法律多元主义的问题，然而这些问题都需要进入主流法学界的研究和思考之中。我们理解法治的视野绝不能被虚假的主权想象所限制。

在十八届五中全会上，中央明确提出“积极参与全球治理”的新思路，它标志着中国的国家治理已经不再局限于主权领土的疆域之内，而必须将全球治理和国家治理结合起来，从而协调国际和国内两个大局。这就意味着我们对政治法治秩序的建构也必须超越主权国家的清晰法律边界，而采用法律多元主义的理论范式，利用法律多元主义的优势，在国家法和国际法层面上同时展开相互重叠、边界模糊多元的法律秩序的建构。

要解决中国的法治理论与法治现实之间的错位，就必须秉持一种法律多元主义的法治理论，建构“多元一体法治共和国”。(22)当代中国作为一个拥有复杂社会结构、多样族群和宗教的文明大国，无疑要继承中国古典多元主义法治的传统，为法律多元主义法治开辟新的空间。

尤其在一个利益多元的时代，面对不同的地域、族群、文化、宗教和生活方式时，除非这种利益冲突达到了你死我活的程度，除非国家试图用刻板一元化的社会生活取代丰富多彩的多元社会生活，否则国家法治无疑应当秉持多元主义法律观。

国家立法的重要任务在于如何保障这些多元社会生活共同存在，给不同的群体开辟出法的生活空间，尤其是在多种宗教和多民族共同生活的地区，要为这些宗教法、民族习惯法保留相应的法律空间，并建构解决宗教法与世俗法冲突的法律机制，用法治而非人治来解决边疆不同民族之间的法律冲突。

如果说西方现代法治曾经伴随主权国家兴起而摧毁法律多元主义、建构了一种西方文明中心主义的现代性，那么随着全球化和对西方中心主义的抵制，随着后现代理论对西方现代性的解构和批判，人类文明始终在探索多元的现代性（modernities），探索新的现代化道路，从而包容不同文明、宗教和族群的多样性。（23）

如果说西方现代法治理论以西方资本主义的现代化道路为依据，以主权国家的政治秩序作为思考法治的尺度，那么现代新型法治理论必须超越西方的现代化道路，超越西方主权国家的政治想象，以更大的帝国乃至全球人类文明秩序的建构作为思考法治的尺度。

五

“多元一体法治共和国”的建构不仅要考虑中国作为一个全球性大国面临的治理区域多样性，更要考虑多元社会中必然要面临的生活方式的多样性。中国要建构的大国法治不是西方式霸权帝国的法治，而是一个吸纳各种外来因素的包容性大国的法治。这就意味着中国的法律多元主义必须为多元社会群体开辟自主立法的空间。

“自由”之所以成为现代社会共享的基本价值，如果说曾经是商业社会的内在要求，那么现在要成为每一个生活方式保持独特性从而与其他生活方式能够共存的自由。

让秋菊的生活方式和秋菊的法与城市人的生活方式及其法共存，而不是用城市人的法来消灭秋菊的法。中国在全球提出“共建共享共治”的政治理念，这与中国古代“天下非一人之天下，乃天下人之天下”的理念一脉相承，落实到法治上就是包容并鼓励自我立法的多元主义法治，用国家法治来鼓励和包容多元群体自我立法来推进多元自我治理。

当然，法律多元主义并不是说多元法律的效力是一样的，法律多元主义从来不否定国家法律在多元主义法律体系中的绝对权威地位。“多元”的背后是“一体”，这个“一体”在多元法律体系中毫无疑问是国家法而且最终是宪法，“多元一体法治共和国”的建构必须要建立违宪审查机制来保障“一体”的权威性和稳定性。（24）

然而，必须认识到，作为多元法律基础的国家法律仅仅是对公民外在行为的底线要求，因为在一个价值多元的社会中，国家法只能作为底线来确保多元局面共存的共识基础。而在国家法的基础之上，法律多元主义就是鼓励公民遵守比国家法具有更高道德伦理要求的法，从而在国家法的底线基础上，生长出自我规范、自我要求和自我期许的法，鼓励更多的人去追求更美好的生活。

比如一个教徒就应当遵守比国家法更严苛的宗教戒律，职业人士应当遵守比国家法要求更高的职业伦理和职业纪律，学者应当遵守比法律要求的言论自由标准更高的、专业要求的学术自由，这就意味着在这个维度中，道德、荣誉比法律更高，且更严苛。

正是在这种背景下，我们才能真正理解党规党法在国家法治格局中的位置。在一个霍布斯自然状态想象所展现出的低级欲望基础上建立起来的国家法体系中，党规党法问题说到底是否容许心灵高贵的群体在其中确立自己生活的法。按照霍布斯的自由主义逻辑，国家法对公民的义务底线是不能要求其放弃生命，并且保卫公民的生命成为法治的基本要求。如果国家不能保障公民的生命，公民有逃离国家、反抗国家甚至背叛国家的正当性。(25)

然而，在这样一个法治国家中，如果有一群人时刻准备用自己的生命保卫国家，为国家和民族的永世长存而放弃自己的自然权利，甚至不惜牺牲生命，为国家献身，那就意味着他们遵守一套不同于国家法的法，一套比国家法具有更高道德要求的高级法。如果说普通公民遵守的是国家法，那么这群特殊公民首先要遵守的是自己为自己制定的高级法，这种高级法比国家法赋予更少的权利，但却提出更多的义务和责任。

用卢梭的话来说，如果遵守国家法的普通公民仅仅是欲望的主体，那么遵守这种高级法的特殊公民就是道德的主体，而只有这样的道德主体才有资格构成主权人民。(26)毫无疑问，党规党法就属于这样的高级法，因为中国共产党的党员从一开始就不是普通公民，对于执政党作为领导国家的先锋队集团，就必须要有比法律更高的政治纪律、工作作风和生活作风的要求。

正是在这样一种法律多元主义法治秩序中，法治不仅是现代社会解决问题的治理术，而且应当成为推动、鼓励人们追求更美好生活的助推器。这才是中国作为文明大国的应有气象。换句话说，我们要建设的法治不仅仅是大国法治，而且是包容性大国或文明大国的法治。

中国法治的目标不能局限于自由主义所倡导的保护公民生命、财产和自由这些基于世俗欲望的基本权利，而且应当在共和主义的立场上推动人们追求更美好的、具有德性的幸福生活，由此才能实现“以德治国”与“依法治国”的有机统一。

从这个角度看，中国法治过往几十年的最大悲剧就是在国家法一元主义的立场上，将国家法这个底线标准看作是最高规范要求，整个社会因此丧失了更高价值法则和道德律令的约束，甚至用国家法的力量来不断地摧毁瓦解道德、伦理、戒律、准则这些更高标准的法律规范。其结果，执政党的党员被混同于普通大众，普遍丧失了明确的政治意识、使命意识，党的纪律松弛、组织观念淡薄，以至于腐败奢靡之风盛行。

对宗教徒也只按照普通公民的国家法标准来要求，宗教律法在国家法治秩序中缺乏自己应有的地位，宗教或者被金钱所侵蚀，失去了净化心灵、引导向善的力量，或者被政治意识形态所绑架，变成一股强有力的政治力量，对国家政治权威构成挑战。

而大学由于缺乏学术共同体建构的学术规范和伦理法则的约束，一方面各种非学术的宣传性文章大量出现在学术刊物上，公共权力和资源不受约束地介入到学术活动中，导致学术腐败现象频频发生，另一方面也将学者与公民、学术自由和言论自由相混淆，学者的公共言论不受学术规范约束而逐渐堕落为“公知”，大学精神由此堕落。(27)

正因为如此，十八大以来，中共中央全面开展反腐运动，开始重建道德和社会风尚。十八届四中全会进一步反省国家法一元论所带来的弊端，明确提出“以德治国”和“依法治国”相结合。

这就意味着在法律多元主义的立场下，国家积极推动各种社会力量通过追求具有更高伦理品质的法进行自我治理，充分肯定党规党法、宗教律法、行业准则等多元主义法律在建构法治国家中的地位和作用。

事实上,认真阅读十八届四中全会关于法治中国的构想,就会看到中国特色社会主义法治的核心要义实际上是“党用多元法律治国理政”(the rule of the Party by laws),党用党规党法从严治党,用军队法律从严治军,用国家法律和行政法规治理国家和政府,用国家法和乡规民约以及民间习惯法治理基层,用宪法、港澳基本法和港澳本地法律治理港澳特别行政区,用双边协议和国际条约参与全球治理。这难道不是一幅生动活泼的法律多元主义的法治图景吗?

费孝通先生曾经提出“各美其美,美人之美,美美与共,天下大同”的人类文明理想,这实际上是中国文化对人类文明秩序的理想构造。如果以这种理想作为建构中国法治的思考尺度,那就意味着法律多元主义绝不是“道路通向城市”过程中的暂时现象。

中国现代法治的建构绝不是意味着要消灭法律多元主义将国家法定为一尊的律法主义(legalism), (28)相反要为多元社会生活开创法律多元空间。

由此,尽管“道路都通向城市”,苏力的研究也从乡土中国转向了现代社会利益多元时代的国家立法问题,但笔者希望苏力不要轻易放弃法律多元主义的基本立场,反而应当超越从传统迈向现代的法律移植所形成的国家法与习惯法的法律多元主义理论,立足中国作为一个大国的政治秩序建构来重构法律多元主义理论,用“多元一体法治共和国”的法治理念来取代目前流行的国家法律一元论的法治理念。

六、结语

回到我们所讨论的法律多元主义理论,这意味着要区分三种理论类型。

第一种是在法律现代化背景下出现的法律多元主义,可以称之为“转型法律多元主义”。

具体而言,是指一个国家从传统社会向现代社会转型的过程中,往往出现现代工商业社会的生活方式与传统农牧业生活方式塑造的法律多元,而这种法律多元也往往形成了城市社会与乡村社会的法律多元。这种法律多元曾经出现在欧洲现代国家诞生之际,教会法、封建庄园法、复兴的罗马法、科学理性的自然法、商业城市中发展起来的商人法等等,这种法律多元的局面就是西方社会转型中出现的法律多元。(29)

然而,随着西方世界的兴起,源于西方的现代生活方式随着资本主义的全球化在全球扩张,由此在全球范围内带来了现代转型的问题,而这种转型必然带来西方法与本土法之间的法律多元主义问题。

二战之后,全球化日益成为美国化。美国通过国际货币基金组织、世界银行等机构给不发达国家贷款时,就会附加相应的政治条件,其中就包括要求这些国家必须采用美国的法律乃至民主制度,由此引发了民主震荡及与本土法律传统的悖离。

为此,西方法学理论创造出一系列为美国法的全球化进行政治消毒的法律理论。法律多元主义正是在这种背景下开始兴起,它与“法律现代化理论”“法律与发展理论”“法律移植理论”“法律文化理论”和“比较法研究”等等紧密地联系在一起。(30)

从某种意义上说,从改革开放以来,中国法学界在20世纪80年代开展的“法律文化”研究和20世纪90年代以来延续至今的法律社会学研究,尤其是关于国家法与习惯法的研究,在很大程度上受到上述理论范式的影响。直至今日,法律现代化理论、法律文化理论、“市场经济是法制经济”理论、权利本位论和法律移植论等等,依然是中国法学思想主流意识形态的一

部分。在更广泛的意义上，也可以说是从二战到“后冷战时代”以来美国作为全球帝国加速推动“全球化”（美国化）战略的一部分。

第二种是笔者在前面提到的基于空间地理形成的法律多元主义理论，可以称之为“空间的法律多元主义”。

这种法律多元尤其体现在帝国或大国的法律治理实践中。正如孟德斯鸠在阐明“法的精神”的时候，强调由地理、气候、土壤、人口、民族、宗教和经济条件多样化而产生的法律多元。任何一个地域广袤的帝国或大国都会囊括多样化的地理环境、不同程度的经济发展条件、多种文化传统、多个族群和宗教信仰，而且这样的帝国或大国往往深度参与到全球秩序的建构中，这必然要形成法律多元主义，并建构起多元一体的法治秩序。

在这个意义上，法律多元主义理论往往与帝国秩序乃至国际秩序的建构联系在一起。香港普通法所展现出来的就是这样一种法律多元，它是基于区域、历史传统和生活方式的不同而形成的。香港最早进入全球海洋商业贸易的生活方式，鸦片战争和香港问题不过是从宋明以来中国南方不断融入全球海洋贸易、从而形成不同生活方式的缩影，这完全不同于内地传统的农业生活方式。

而法无疑是对漫长历史传统中形成的生活方式的最高正当表达，普通法以及香港新界的大清律法已经融入到香港人的生活方式之中。中共中央在解决香港问题的过程中始终不忘“尊重历史、尊重现实”的原则，实际上就是尊重在漫长历史中形成的法律多元格局，以及这种法律多元背后的生活方式。

第三种是基于精神层面的自我认同差异而形成的法律多元主义，可以称之为“精神性的法律多元主义”或“价值层次的法律多元主义”。

正如孟德斯鸠（Charles de Secondat, Baron de Montesquieu）所言，“从最广泛的意义上来说，所有的法都是由事物的性质中产生出来的必然关系。在这个意义上，一切存在物都有他们的法。上帝有他的法，物质世界有它的法，高于人类的智灵们有他们的法，兽类有他们的法，人类有他们的法”。（31）

这样的法律多元主义依据生存的精神价值维度高低不同而形成了一种垂直等级，不同于“空间的法律多元主义”所强调的不同空间地理、生活方式之间的平等相处的多样性。不同社会群体的自我价值认同的高低等级不同，也就决定了他们所遵守的法则也存在高低等级的不同。由此，任何一个社会中都会存在由此形成的精英与大众的基本区分。如果从法律的角度看，精英之所以区别于大众不在于社会地位或经济条件等，而是在于精英遵守比大众更高、也更严苛的高级法。

在西方传统中，自然法与实定法的区分以及由此发展出来的“高级法”传统实际上就是这种精神性的法律多元主义。柏拉图在《理想国》中完整地塑造了五种高低等级不同的生活方式，他们在灵魂秩序中遵循完全不同的法则。而在中国古代，道、礼、法也是三种完全不同精神等级的法则。

“刑不上大夫，礼不下庶人”就表明大夫要受到礼制的更高要求，而庶民百姓不需要用礼制来严苛要求，他们只要能遵守律法就可以了。如果说国家法是基于人的最低程度的欲望而构建起来的底线要求，那么国家就必须鼓励人们追求更高的有德性的生活。由此，法律多元主义

就展现为社会中不同的人追求不同程度的精神生活，从而遵守严苛程度不同的法的约束。前面讨论的党规党法就是基于信仰价值追求不同而形成的法律多元主义。

这就意味着法治国家必须在国家法作为底线规则的基础上，容许不同信仰价值追求的群体建构自己生活的法。这样基于信仰价值追求所建构起来的法律多元主义恰恰鼓励人民用更高的道德价值规范来要求自己，如果所有公民都能够按照比国家法拥有更高道德价值要求的法来自我治理，那么国家法不就获得了自我执行，法治国家不就更容易自动运转起来吗？

如果我们的法学理论能够自觉区分这几种形式的法律多元主义，就会看到在人类历史上，“转型的法律多元主义”实际上出现在非常特殊的历史时期，就是西方文明在向全球推广其法律制度从而与非西方文明的法律之间构成了法律多元主义局面。随着“道路通向城市”，这种法律多元局面也会最终消失。然而，“空间的法律多元主义”和“精神性的法律多元主义”实际上普遍存在于人类历史中，属于任何国家建构法治秩序都必须面对的常态。

从清末法制改革以来，中国法治秩序的建构就是在这几种法律多元主义之间的一个更替和转化，即彻底废除中国古典礼法传统的“精神性的法律多元主义”和帝国多样化治理的“空间的法律多元主义”格局，从而建立起移植而来的西方法与传统中国法，尤其是乡村习惯法之间形成的“转型的法律多元主义”。

正是在这个背景下，《秋菊打官司》一下就唤起了中国法律学人的共鸣，因为这是中国百年来法治传统建构中普遍面临的问题，每个中国人心中其实都若隐若现地怀着类似“秋菊的困惑”。然而，随着中国法治现代化的历史进程，移植而来的西方法已经慢慢成为中国社会生活的一部分，逐渐在中国的现代生活中扎根生长。“秋菊的困惑”也就逐渐消失，由此中国法学界从《秋菊打官司》这个文本的解读中也就慢慢脱离苏力早期所关注的“秋菊的困惑”，而开放出越来越丰富的主体，甚至与中国在全球国际秩序中的位置发生关联。(32)

这恰恰表明，中国的法律多元主义理论和实践已经告别了移植法与本土资源之间对立所形成的“转型的法律多元主义”，从过去强调国家法一元论转向常态的大国法治的建构乃至全球秩序建构中的“空间的法律多元主义”，转向在重建核心价值过程中展现出来的有更高道德追求的“精神性的法律多元主义”。

无论如何，在今天的中国，法律多元主义乃是基于文明大国的历史和现实的思考，即法治如何包容其“大”，法治如何推动“文明”。如果一个国家不希望自己的公民仅仅为了生命、自由和财产的欲望锱铢必较，如果一个国家不希望仅仅用统一的国家法律来凝聚国家力量，增强国家实力，而是希望每个公民追求有伦理品德的幸福生活，希望国家多样的自由空间激发出文明创造的力量，那么就必须重新思考法律多元主义这个主题。

在这个意义上，法律多元主义有助于推动中国法学思考超越晚清法律移植以来形成的法律实证主义的国家法观念以及背后的主权国家政治想象，超越改革开放以来自由主义法治塑造的权利（欲望）至上的生活价值观，从而在更广阔的时空领域和价值尺度中思考未来中国和世界的秩序建构。这也意味着中国的法理学应当走出基于法律职业化的立法司法思考而形成的现代西方法理学的各种理论范式，在更一般的意义上展开对法和秩序有内在关联的法理学思考。

****注：**2015年11月苏力教授在中国法学会组织的“法学创新讲坛”上作了“利益分化时代的立法研究”演讲，赵晓力、郑戈和我担任评议人。本文最初是对这次演讲的评议，这次发表做了修改和扩充。

(翻页请看注释)



本文注释

- (1) 苏力：《秋菊的困惑与三杠爷的悲剧》，载苏力著：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社，2004年。
- (2) 关于对“国家与社会”这个理论范式的讨论，参见强世功著：《法制与治理：国家转型中的法律》，北京：中国政法大学出版社，2003年。
- (3) 赵晓力：《要命的地方：〈秋菊打官司〉再解读》，载《北大法律评论》，第6卷第二辑，北京：法律出版社，2005年。
- (4) 梁治平著：《法律的文化解释》，北京：生活·读书·新知三联书店，1994年。
- (5) 赵晓力：《祥林嫂的问题：答曾亦曾夫子》，载吴飞（编）：《神圣的家：在中西文明的比较视野下》，北京：宗教文化出版社，2014年。
- (6) 郑戈著：《法律与现代人的命运：马克斯·韦伯法律思想研究导论》，北京：法律出版社，2006年。
- (7) [德]马克斯·韦伯著：《法律社会学》，康乐、简惠美译，桂林：广西师范大学出版社，2016年。
- (8) 参见强世功：“中国法律社会学的困境和出路”，《文化纵横》，2013年第10期。
- (9) 苏力著：《法治及其本土资源》，北京：中国政法大学出版社，2004年。
- (10) 关于“词”与“物”的区分来源于福柯，参见：[法]米歇尔·福柯著：《词与物》，莫伟民译，上海：上海三联书店，2001年。苏力非常娴熟地运用这个理论来分析中国法治建设中面临的问题。相关讨论参见苏力著：《法治及其本土资源》。
- (11) 苏力著：《道路通向城市：转型中国的法治》，北京：法律出版社，2004年。
- (12) 关于现代法治作为一种治理技术的讨论，参见苏力著：《送法下乡》，北京：中国政法大学出版社，2000年。赵晓力：《通过法院的治理：80年代以来中国基层法院对农村承

- 包合同的处理》，载《中国社会科学》，2000年4月第2期；强世功著：《法治与治理》，北京：中国政法大学出版社，2003年；强世功著：《惩罚与法治》，北京：法律出版社，2013年。
- (13) 参见〔美〕佩里·安德森著：《绝对主义国家的谱系》，刘北成、龚晓庄译，上海：上海人民出版社，2001年。于明著：《司法治国：英国法庭的政治史（1154 - 1701）》，北京：法律出版社，2015年。
- (14) 参见〔美〕米尔伊安·R.达玛什卡著：《司法与国家权力的多个面孔》，郑戈译，北京：中国政法大学出版社，2004年。
- (15) 参见〔法〕孟德斯鸠著：《论法的精神》，张雁深译，北京：商务印书馆，1994年。〔美〕汉密尔顿等著：《联邦党人文集》，程逢如等译，北京：商务印书馆，2009年。
- (16) 参见〔德〕卡尔·施米特著：《大地的法》，刘毅、张陈果译，上海：华东师范大学出版社，2017年。
- (17) 参见〔美〕罗纳德·德沃金著：《法律帝国》，李常青译，北京：中国大百科全书出版社，1996年。
- (18) 对“人大释法”的政治功能和法律技艺的讨论，参见强世功：《文本、结构与立法原意：人大释法的技艺》，载《中国社会科学》，2007年，第4期；强世功：《司法主权之争》，载《清华法学》，2009年，第5期。
- (19) 关于“大国法治”的论述，参见徐显明：《走向大国的中国法治》，载《法制日报》，2012年3月7日。苏力在其最新著作《大国宪制》中，也忽略了法律多元主义这个主题。
- (20) 关于清帝国与法律多元主义的讨论，参见汪晖著：《现代中国思想的兴起》，下卷，第一部“帝国与国家”，北京：生活·读书·新知三联书店，2008年。张世明著：《法律、资源与时空建构：1644 - 1945年的中国》，广州：广东人民出版社，2012年。
- (21) 苏力著：《也许正在发生：转型中国的法学》，北京：法律出版社，2014年。
- (22) 参见强世功：《“法治中国”的道路选择：从法律帝国到法律多元主义共和国》，载《文化纵横》，2014年第4期。强世功：《党章与宪法：多元一体法治共和国的建构》，载《文化纵横》，2015年第4期。
- (23) 关于多元现代性的论述，参见〔德〕多明尼克·萨赫森迈尔等编著：《多元现代性的反思：欧洲、中国及其他的阐释》，郭少棠、王为理译，北京：商务印书馆，2017年。
- (24) 关于这个问题的讨论，参见强世功：《违宪审查制度的第三条道路——中国宪制的建构与完善》，载《文化纵横》，2016年第1期。
- (25) 参见〔英〕托马斯·霍布斯著：《利维坦》，黎思复、黎廷弼译，北京：商务印书馆，2009年。
- (26) 参见〔法〕卢梭著：《社会契约论》，何兆武译，北京：商务印书馆，1997年。
- (27) 有关学术规范与学术共同体的建构，参见邓正来著：《研究与反思：中国社会科学自主性的思考》（增订版），北京：中国政法大学出版社，2004年。有关“言论自由”与“学术自由”的区分，参见〔美〕罗伯特·波斯特著：《民主、专业知识与学术自由：现代国家的第一修正案理论》，左亦鲁译，北京：中国政法大学出版社，2014年。

- (28) legalism 可以理解为“律法主义”，也可以理解为“法制论”，或者也可以理解为“法家”。这个词的核心含义就是强调没有超越于法律之上的道德，道德要服务法律，或者服务于法律设定的标准，“以法为教，以吏为师”。这实际上是现代西方法律的基本特征，西方文献中关于这个问题的讨论，参见〔美〕施克莱著：《守法主义：法、道德和政治审判》，彭亚楠译，北京：中国政法大学出版社，2005年。亦参见强世功著：《法律的现代性剧场：哈特与富勒论战》，北京：法律出版社，2006年。正因为如此，中国古代的法家往往被看作是潜藏着现代性思想，与西方现代国家建构和法治思想相吻合，而儒家和道家思想往往被看作是反现代的。参见〔德〕韦伯著：《儒教与道教》，王容芬译，北京：中央编译出版社，2012年。〔美〕福山著：《政治秩序的起源》，第一卷，毛俊杰译，桂林：广西师范大学出版社，2012年。
- (29) 关于这种法律多元局面的描述，参见〔德〕韦伯《法律社会学》；〔美〕伯尔曼著：《法律与革命：西方法律传统的形成》，贺卫方等译，北京：中国大百科全书出版社，1993年。叶士朋著：《欧洲法学史导论》，吕平义，苏健译，北京：中国政法大学出版社，1998年。
- (30) 关于这种法律多元主义理论的论述，参见千叶正士著：《法律多元》，强世功等译，北京：中国政法大学出版社，1997年；Sally Engle Mer, *Legal Pluralism, Law & Society Review*, Vol. 22, No. 5 (1988), pp. 869 - 896.
- (31) 〔法〕孟德斯鸠著：《论法的精神》，张雁深译，北京：商务印书馆，1982年，第一卷第一章第一节，第1页。
- (32) 在苏力讨论“秋菊的困惑”之后，法学界围绕《秋菊打官司》这部电影展开了持续的讨论，已经产生了一大批研究文献。有关的经典文献，参见陈颀、强世功主编：《秋菊的困惑：“法律与文学”在中国》，北京：生活·读书·新知三联书店，2019年（即出）。（原载《东方学刊》第二期）