

# 摧毁抑或延续

## ——读《历史与变革——新中国法制建设的历程》

王耀海<sup>1</sup> 孙建伟<sup>2\*</sup>

(1 南京师范大学 南京 210000; 2 华东政法大学 上海 200042)

笔记: 如果过去的错误得以理解和避免, 那么现代取得稳定的进步则大有希望<sup>[1]</sup>。

——弗洛西斯·培根

[摘要] 文章认为蔡定剑教授《历史与变革——新中国法制建设的历程》对于我们总结新中国成立以来的法制建设具有很大的帮助, 但是由于其对历史本身没有进行准确的认识和思考, 所以其反思是有一定的限度, 本文以“评价建国之初新中国彻底摧毁旧法统这一具有深远影响的事件”为切入点, 从对历史进行同情式解读为基本视角, 将“摧毁”置于特定的历史环境和传统中进行理解, 即认为摧毁的只是与我们共产党人的革命传统存在根本差异的旧法统。并通过比较蔡定剑教授和朱苏力教授的进路来尝试揭示二者在这个问题解释力和限度。

[关键词] 法制 传统 本土资源

[中图分类号] D92 [文献标识码] A [文章编号] 1009-8267 [2010] 5-0055-04

### 一

回顾五十多年来我国法制建设的发展历程, 正确总结法制建设的历史及其经验, 不仅可以为当前的法制建设提供有益的借鉴; 同时也让我们更加了解今日法制成就来路之艰辛, 从而更加有勇气和力量来为建设社会主义现代法治国家而奋斗。《历史与变革——新中国法制建设的历程》是蔡定剑教授的一部力作, 对我们研究新中国法制沿革史, 具有很大的学术参考价值。

从历史的行程中来总结或解释新中国法制现代化特点和艰难, 是蔡定剑教授在其著作中一个基本的维度, 也是我们在阅读这本书的过程中所感受的初步印象。从学术理路来看, 基于这样视角至少可以说明以下两点: 一是这一视角能给予我们一些启示和借鉴, “以史为镜, 可以知得失”。二是从历史中阅读现在, 可以更好的了解现在困境和局限, 毕竟我们都是既定的文化传统和思想配置中, 进行思考问题、分析问题以及解决问题, 正是在这个意义上, 我们不得不承认“历史是一张没有缝隙的网”(梅特兰)。正如作者

自己所说的: “透过透视历史寻找答案, 不仅是为了更好地认识历史, 更是为了了解我国法制建设的现状和处境, 明确将要变革法制的艰难和责任”<sup>[2]</sup>。这也是作者在前三篇中客观的描述和总结建国以来法制经验和教训(更主要的是教训)用笔之所在。

而在具体的历史描述中, 作者通过一种宏大的叙事方法, 按照新中国政治史特有的逻辑体系来演绎着新中国法制建设的历程<sup>[3]</sup>。并在此基础上来提出自己的问题: “我们要反思, 要通过分析思考, 试图去寻求这一现象的答案: 中国人为什么不重视法律? 中国为何长期没有法制? 中国为什么有法律也难以实施? 我们要寻求历史和现实的答案。”<sup>[4]</sup> 面对这些几千年长存于中国社会和中国传统的问题, 作者试图通过建国以后几十年的历史实践来寻求答案。即“通过对过去法制建设产生过重大影响法律事实、法律理论乃至法律文化的反思来寻找这些答案”<sup>[5]</sup>。笔者认为这样一种努力刚开始就存在一种先天不足。一方面这是作者受本书主旨的限定, 另一方面也是作者历史观的限制, 其试图通过几个主要维度来寻求中国法制现代化

\* [作者简介] 王耀海(1979-), 安徽萧县人, 南京师范大学法理学博士研究生, 淮北煤炭师范学院政法系讲师。研究方向: 法制现代化。

孙建伟(1979-), 安徽萧县人, 华东政法大学2008级法律史博士研究生, 讲师。研究方向: 法律文化。

建设的深层次的问题，即“这些重大理论和实践问题主要包括：对摧毁旧法制这一革命行动的评判；对阶级斗争法学理论和苏联法对中国法制建设的影响的审视；对法律与政策、法律与权力关系的检讨；对党与法制、运动与法制的影响；对中国传统法律文化主要是“刑文化”影响法制建设的剖析；以及对中国社会结构影响法制建立的分析”。虽然作者在具体的分析中可以看出其对问题思考的深度和准确度，但是历史本身的复杂性、连续性以及本身的惯性，都决定了这种历史观本身决定了作者对问题的反思仅仅具有一定的限度。

## 二

这里笔者试图举其中一个例子来具体说明。对于如何评价建国之初新中国彻底摧毁旧法统这一具有深远影响的事件，作者自己也认为是非常困难的。1949年2月，中共中央发布了《废除国民党的六法全书与确立解放区的司法原则的指示》。同年4月，华北人民政府颁发了《废除国民党的六法全书及一切反动的、法律的训令》这两个文件的基本内容有以下三个方面：一是宣布废除旧法统，指出“国民党全部法律只能是保护地主与买办官僚资产阶级反动统治的工具，是镇压与束缚广大人民群众们的武器。”因而宣布“在无产阶级领导下的工农联盟为主体的人民民主专政的政权下，国民党的六法全书应该废除。人民的司法工作，不能再以国民党的六法全书为依据。各级人民政府的司法审判不得再援引其条文”。<sup>[6]</sup>

蔡定剑教授认为，“如何客观地反思和评价这一事件是十分困难的，它使我们处于感情和理性的矛盾之中。从感情上讲，我们完全应该理解这次革命的行动，摧毁旧法律是一种必然的选择。中国共产党的革命是在腥风血雨的屠杀之中揭竿而起的，在长达20多年你死我活的阶级斗争中，有无数的革命者被镇压在国民党政府的法律屠刀之下。在这种由于你死我活的阶级斗争采取最激烈的革命手段夺取政权的条件下，如果要求新政权能容忍旧法制的继续存在，让旧的法律还能为新政权所用，那就真的有一点苛求前人了。”<sup>[7]</sup>从这个意义上来说，作者对于这个事件的评价可以说是做了“同情式的理解”。但是，作者并没有就此深入下去，而是话语一转，认为“感情的局限于时代性的决定需要经得起理性的检验和历史的考验。今天，当过了近半个世纪已经超脱了那段历史，站在一个更高的历史位置，重新反思这一历史事件时，我们不得不把这一摧毁法制事件与后来我们党和全社会轻视法制，甚至在“文革”中再次摧毁自己法制情形联系起来。”<sup>[8]</sup>阅读于此，笔者不得不对这个问题进行再审视，即假如我们不摧毁国民党的旧法统我们就能顺利的实现了法治，就没有文革的悲剧？关于这一

点，我们可以从作者后来在论述国共两党如果能谈判成功所做的论断中隐隐约约所能推断这一问题的答案，“假使1949年国共最后通过谈判统一，摧毁法制也许还是必然的。因为，共产党在国民党的谈判的条件中，首要的就是提出废除旧法统和旧宪法”<sup>[9]</sup>。

而在摧毁旧法统的原因分析中，作者对摧毁本身做了两种意义上的解读：摧毁（旧法统——括号为引者加）行动的动因是处于革命时的感情因素，还是出于对法律本来的蔑视。而新中国对旧法统的摧毁在作者的笔下无疑是第二种意义上的摧毁。而“摧毁旧法制更深刻的原因来自共产党人对法律的理解”<sup>[10]</sup>。而“对法律本质含义的阶级性和专政工具论的理解，是废除旧法律的根本原因”<sup>[11]</sup>。同时，巴黎公社和十月革命的榜样以及中国古代法律文化传统——法对权的依附等因素也起到推波助澜的作用。而作者在分析摧毁旧法统或传统的时候，其规避了一个非常重要的问题，那就是我们在何种意义上理解传统？即这种传统是国民党的传统还是我们共产党人在长期的革命实践中的所形成的传统，抑或是我们根深蒂固的文化传统？如果不对这个问题搞清楚，我想就会使我们在阅读中产生非常多的困惑。如，是摧毁本身导致了灾难，还是摧毁的原因导致了灾难？关键的问题我们有法律权威和法律信念吗？与其说是摧毁了法律权威，摧毁了人们对法律的尊重和信念，倒不如说是我们的社会法律权威、法律信念的缺失导致了摧毁？——法律虚无主义与法律代替政策的传统。正是在这个意义上，学界有人质疑“本书企图叙述的是新中国法制建设的历程，但是，如果我们稍微深入思考，那么这种简简单单的写作意图的背后其实存在着一个可能错误的预设。在新中国中的历史之中，法制其实是一直‘在场’的。……不难发现，在新中国的执政史上，法制在很长的一段历史时期，成为了政治舞台上的失踪者，这段时期的特征是‘无法无天’，本质上是人治。法制在这个过程中是‘不在场’的，而不是简单的边缘化”<sup>[12]</sup>。

无可否认，作者对于这一问题的思考有助于我们不断的认识问题，也在一定程度上给我们以历史性的思维奠定，但是作者这种分析方法本身——即将历史作为一个平面来裁剪，而忘记了一个社会结构的多面共进，容易将复杂问题进行简单归结，因而对于问题认识的深度也是有限的。而正是其将中国法制建设所面临的问题本身做简单化的处理，所以在面对当下中国法制现代化路径选择的时候可能产生一种盲目的冲动和过于乐观的估计。试图相信只要寻出中国法制现代化所面临困境的根源，并在此基础上通过变法的方式（最主要就是通过政府的法制改革），一切问题便迎刃而解了。殊不知恰恰就在我们在认识问题时很

有可能将问题本身简单化,从而产生一种过于相信理性构建的自信和乐观。

### 三

虽然在不同范围内谈法制现代化<sup>[13]</sup>,朱苏力式的理论进路似乎并不相信法制现代化仅仅通过反思历史进而批判甚至改革历史就能够达到。其基于法律社会学的基本立场,对于传统给予一种现实主义(甚至是一种实用主义)意义上的解读,不是在谈历史中的法制现代化,而是侧重于法制现代化的过程中历史和传统对于我们今天到底有什么样的功能和影响,即历史传统在其研究的视野中只是帮助其解释非正式制度的运行及其演进的因素。而对于本土资源如何寻求,其着笔之处不是回到历史,而是在现实的社会生活中,“寻求本土资源、注重本国的传统,往往容易被理解为从历史中去寻找,特别是从历史典籍规章中去寻找。这种资源固然是重要的,但更重要的是要从社会生活中的各种非正式法律制度中去寻找”<sup>[14]</sup>。

于是在苏力的字里行间里解读出来的传统和历史更多的是现行的“本土资源”。他认为,“研究历史只是借助本土资源的一种方式。但本土资源并非只存在于历史中,当代人的社会实践中已经形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源”<sup>[15]</sup>。对于“本土资源”这样一种现实主义的理解,首先其认为中国法制现代化必须在尊重“中国法律文化的传统和实际”的基础上进行,并试图“论证利用本土资源可以超越传统,而不是恢复中国的法律传统,可以建立与中国现代化相适应的法治”<sup>[16]</sup>。其认为人类生活本身的连续性和在此基础上所形成的习惯,以及法律的可预期性等特点并不是仅仅通过国家成文法的变法就能达到。在此基础上对于西方的法治、法律移植等保持着审慎的警惕和防备。并认为“中国的法治之路必须依靠中国人民的实践,而不仅仅是几位熟悉法律理论或外国法律的学者、专家的设计和规划,或全国人大常委会的立法规划”。“中国人将在他们的社会生活中,运用他们的理性,寻求能够实现其利益最大化的解决各种纠纷和冲突的办法”<sup>[17]</sup>,并在此基础上在人们互动中(即强调相互调整和适用)逐步形成一套与他们的发展变化的社会生活相适应的规则体系”<sup>[18]</sup>。对此有人指责苏力的本土资源说具有浓厚的实用主义的气味,但是朱苏力本人认为指责者没有说到点子上,因为更准确的说:“我希望成为一个开放的实用主义者”<sup>[19]</sup>。其实在苏力的框架里,这种实用主义的进路如其说是其理论的主旨,不如说是其对中国传统认识和对现实的一种解读。

用经济学家斯诺的观点,每一种习惯和行为模式都有其“路径依赖”。所谓的路径依赖,就是一个事物的初始选择会影响其后续选择,会产生一种路径上

的惯性自持。而朱苏力本人也很受这些经济学理论的影响,其本土资源说的提出本身也是深受其影响的结果。如果我们尝试将朱苏力的本土资源理论来分析蔡定剑教授所提出的问题——如何评价建国之初新中国彻底摧毁旧法统,似乎会有更好启示,同时也可以看出朱苏力本土资源论的一些局限和困境。即在革命和战争年代,以中国共产党人为领导新政权本身就是以推翻压在人民头上的三座大山的。其革命本身就具有强烈的“非法性”。如果以西方法制或我们现代意义上的法制来衡量当时的革命实践肯定是有问题的。即在建国前政策超然地位的形成本身的历史合理性。因为政策的果断性、灵活性、执行效应快、很适应党的领导方法和革命斗争的需要,历史和实践都证明政策有效性。政治实用主义的进路,在革命年代本身就是要无法无天,摧毁本身就和法律的精神即稳定性、确定性和可预见性存在悖论,因此在长期的革命实践中,中国共产党人不是靠法律内路径(当然当时也不可能如此路径)获取政权的,而是靠自己的正确的方针和政策推动现实力量的变动来实现政权替换的。这种长期的实践惯性以及所带来的社会效果和政治绩效本身就具有一种路径依赖(斯诺)。用朱苏力教授的观点本身就是一种现实活生生的“本土资源”。

政策本身的具有很多的缺陷和局限性,它“生命力短暂、不具有稳定性、使法律政治化、丧失自己的独立性……容易造成政策化的思维——‘狗熊掰棒子,掰一个扔一个’、政治上粗糙的实用主义……法律政策化较严重地影响了法律的实施。它的危害具体表现于:(1)法律条文政策化、原则化使法律很难操作实施,停留在书面上。(2)把法律当政策来制定,法律被用来解决当前阶段性的工作任务,使法律短期行为严重,法律很难有长期性和稳定性的效果。(3)政策的短期效应给社会造成对法律的短期效应心理。”<sup>[20]</sup>但是,它本身在中国革命的过程中发挥了巨大的作用,而这种作用本身证明了在革命年代是适合中国既定的国情的,而这种革命思维和政策思维本身就具有否定或变相否定法制的功能。在新中国成立初期不可能在历史的转折点戛然而止,这种历史的惯性本身就是具有一种路径依赖,就是到现在我们的政策思维还很难根除。具一位长期从事农村社会学的调查者在考察现在中国农村的政治运作逻辑时发现,“与其说是想批评小镇和洲头村对待法律的功利立场,不如说是想借此个案来分析中国乡村社会在当下的政治文化环境中对待法律的一种按需索取的特点”<sup>[21]</sup>。“改革开放以后,虽然政治权力总揽一切的全能主义政治逐渐消失,以政治动员方式来处理政治领域之外的经济、社会与文化性事务的情况大为减少,但是就政治和行政权力配置领域之内的情况看,权力集中的基本

格局并没有根本性的改变。因此，当政权体系在面临诸种突发性事件以及其他突击性的重大事件，以至于依靠科层化体系的惯常运作不能迅速达到目标时，传统集权方式下所惯常的动员型政治运动方式（或曰运动化治理）其实是很容易的浮出水面的”<sup>[22]</sup>。从这些调研和论述中，我们就可以发现这种简单的或粗糙的实用主义进路对于中国法制现代化魔力，并没有因为我们搞现代法制而消失于历史，而是不断地通过死灰复燃的形式在中国社会里隐形或显形的迂回。行文与此，笔者不得不将梅特兰先生的这段话引出来表达我的认识和体会，“我们埋葬了传统的诉讼模式，但传统的诉讼模式依然从坟墓里出来统治我们。”<sup>[23]</sup>从这个意义上，我们可以说，蔡定剑教授着重分析法制现代化过程中历史传统和制度的路径依赖在新中国成立后的延续性和传承性。新中国建立后对旧法统的摧毁，与其说是摧毁，不如说是中国共产革命传统和政治运动的行为模式在特定的历史时期的一种表现和延续。也许需要补充的是为什么我们摧毁后没有重建？对于这个问题的分析，我想摧毁的只是与我们共产党人的革命传统存在根本差异的旧法统。

从蔡定剑的视角看摧毁，其预设了近代以来的法制现代化巨大能量，特别是改革开放以来的法制建设呼声空前的高涨，使我们容易仅仅就法制而谈法制，忽视了法制以外的社会结构、政治实践以及传统的社会文化。即使其本人注意到了这些因素，也只不过是将其作为解释现实法制建设的困境的因素，而对于我们法制所面对的传统以及传统魔力缺少系统而科学的认识和评价。即这样的历史进路是缺少法社会学的视角，特别是缺少文化功能研究的等深层次的研究成果作为法制史研究的基本理论素养和工具。这样，就造成我们法制史的研究或法制现代化的研究处于一种单一化和简单化的趋向。朱苏力的研究可以说是弥补了这一缺陷。但是如果将朱苏力的成果引入法制史的研究或法制现代化的研究，也会产生一些问题，如严重实用主义的趋向，如果站在朱苏力的立场上来看，我们现实社会中所具有规则都是具有合理性的，只要能够解决我们社会纠纷中和社会发展中所存在的问题和困境。就应该对其进行关注和进行合理化的论证，甚至作为中国法学作出自己的贡献丰富“矿藏”或物质资源和精神动力，虽然其研究的重心放在成文法以外的非成文法——习惯、村规民约、习俗等具有一定的合理性，但问题是这些研究如果置于其开放的实用主义的立场，按照这种思维来研究法学，也可能将法学

的重心放在论证政策作为治理国家的基本的控制手段合理性，因为政策能够带来巨大的政治实效和社会实效。从而就将国家成文法本身的统合功能和统一功能视而不见，特别是发展社会主义市场经济的今天，成文法在现代社会中的资源配置和利益分配过程中越来越凸显。既然政策、传统和习惯等非成文法的因素，能给我们带来巨大的实效，我们凭什么仅仅用一种异于我们革命实践传统的控制社会方式——法治模式——来取代我们自己的传统控制社会模式呢？

#### 参考文献：

- [1] 约翰·伯瑞. 进步的观念[M]. 范祥涛译. 上海三联出版社, 2005: 40.
- [2] [4] [5] [6] [7] [8] [9] [10] [11] 蔡定剑. 历史与变革——新中国法制建设的历程[M]. 中国政法大学出版社, 1999: 225、3、226、230、231.
- [3] 关于这一评价详见张海斌. 走出革命的法制与实践——《历史与变革》解读[J]. 华东政法学院学报, 2004, (5).
- [12] 张海斌. 走出革命的法制与实践——《历史与变革》解读[J]. 华东政法学院学报, 2004, (5).
- [13] 蔡定剑教授试图通过总结新中国法制建设的历史的教训和解释现代法制现代化的艰难，并在此基础上来推进法制现代化；而朱苏力教授则是在通过零散的具体案件来说明我们应该如何看待传统，并将传统作为一种同情式式的理解，并在不断的被问题化中来解释我们应该在法制现代化的过程中如何对待传统。
- [14] [15] [16] 朱苏力. 法治及其本土资源[M]. 中国政法大学出版社, 1996: 14.
- [17] 关于这一点朱苏力试图通过中国经济体制改革过程中人们的实践创制法律的实例（农民家庭承包责任制和乡镇企业异军的突起）来证明。关于这一点，详见朱苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，1996：16—17.
- [18] 朱苏力. 法治及其本土资源[M]. 中国政法大学出版社, 1996: 19—20.
- [19] 朱苏力. 法治及其本土资源[M]. 中国政法大学出版社, 1996: 285.
- [20] 蔡定剑. 历史与变革——新中国法制建设的历程[M]. 中国政法大学出版社, 1999: 268—269.
- [21] 吴毅. 小镇喧嚣——一个乡镇政治运作的演绎与阐释[M]. 北京三联出版社, 2007: 167.
- [22] 吴毅. 小镇喧嚣——一个乡镇政治运作的演绎与阐释[M]. 北京三联出版社, 2007: 41.
- [23] [德] K·茨威格特, H·克茨. 比较法总论[M]. 潘汉典, 米健译. 法律出版社, 2003: 305.

(责任编辑：方洲)