



法治及其西方资源*

贺卫方 苏彦新 徐忠明 任强

贺卫方（以下简称贺）：非常荣幸，在今天突然降温的时刻来到特别温暖的中山大学法学院，今晚我们将进行对话式的交流。大家看到这个题目，可能会想到我的同事朱苏力教授写的一本书《法治及其本土资源》，这可以说是他的成名作。我们经常会同地思考中国法治这样的一些问题。朱苏力教授1992年回国后就开始潜心思考中国的法理学或者说法治到底朝哪个方向走的问题。这个问题思考的结果，就是成就了他的《法治及其本土资源》这本书。特别有意思的是，他在美国留学七年，接受了非常完整的人文科学和法学的训练，而留洋回来居然倡导本土资源，认为法治的基本根基要立足于本土资源。当然本土资源到底是什么含义，苏力先生认为很多人对他有些误读。与其说本土资源是我们的历史资源，不如说是我们这些国民在生活实践中创造出来的一些非正式制度。我们观察社会的法治建设，会发现中国的法治建设遇到了非常大的挑战，从1978到1998这二十年的时间，中国的法治建设

* 作者贺卫方，男，北京大学法学院教授、博士生导师，研究领域为法制史、法理学、比较法、法律文化、宪政等，代表作有《司法的理念与制度》、《法边余墨》、《具体法治》、《运送正义的方式》、《超越比利牛斯山》等。halacha78@126.com

作者苏彦新，男，郑州大学法学院教授，华东政法大学法学博士，研究领域为法制史、比较法等，代表作及译作有《法学研究的跨科越界与社会科学方法论》、《罗马法在中世纪西欧大陆的影响》、《美国法律史文献述评》、《美国法律史》、《法院与书院：近三十五年史》等。

作者徐忠明，男，中山大学法学院教授、博士生导师，中国政法大学法学博士，研究领域为中国法制史、中国法律思想史、法律文化等，代表作有《情感、循吏与明清时期司法实践》、《众声喧哗：明清法律文化的复调叙事》、《案件、故事与明清时期的司法文化》、《包公故事：一个考察中国法律文化的视角》、《法学与文学之间》等。E-Mail: lpsxm@mail.sysu.edu.cn

作者任强，男，中山大学法学院教授，中山大学哲学博士，北京大学法学博士后，研究领域为法学理论、法律思想、法学方法、法律历史、儒家哲学等，代表作有《知识、信仰与超越——儒家礼法思想解读》、《法度与理念》、《判决如何作出——以判断类型为视角》、《中国封建法再认识》及合著《中国法律精神》等。E-mail: lpsrq@mail.sysu.edu.cn

本文根据中山大学法学院“法径论坛”讲座《法治及其西方资源四人谈》（广州，2010年12月7日）录音整理，文字稿初稿由中山大学青年法学社整理并经作者审阅校对。

是一种乐观主义的状态，但是我不知道各位同学有没有感觉，最近一段时间中国的法治朝何处去又成了一个非常困难的问题。最近，学术界对以前一些当然的问题提出强有力的质疑，例如最近倡导的马克思主义宪法学、马克思主义民法学这些工程。当一个国家的制度建设出现问题的时候，我们会回过头来反思我们走过的路，对今天如何建构一种跟中国的国情更合拍的制度模型，这是今天法治建设必须思考的重要话题。同时，我们还可以去思考西方的法治是如何产生的，什么样的社会条件才是法治产生的源头活水，如果我们这个社会还不具备源头活水的话，与其说在制度层面做工作，不如从文化上入手，改造我们的文化，我们的土壤，让我们这个社会具备西方法治发生学所需的社会、政治、经济、文化条件。

首先，我们请任强老师谈谈西方法治的发生史，那些条件何在？

任强（以下简称任）：我想法治的概念大家都很清楚。我们知道中国古代没有法治，古希腊、罗马前期和中世纪之后都有过法治社会。法治的核心价值大家是认同的，但是法治的类型是多样的，所以我们中国在建立法治国家的时候应当如何选择？我想提三个问题来抛砖引玉：第一，中国模式的法治类型是什么？有没有法治中国的模式？第二，法治的土壤是什么？我想最基本的条件是自治。我们今天有吗？我们没有。我们的历史鼓励投机，鼓励强权，鼓励压抑。未来有吗？第三，文化问题。中国现在接受的文化不中不西，传统文化所剩不多了，西方文化又接受了多少？中国古典文化中没有多少法治文化，西方文化与法治文化有着内在的关联性，但我们不可能去照搬西方文化，那么，中国法治的出路在哪里？我们把问题抛给苏彦新教授。

贺：我想苏彦新老师长期从事西方法律传统的思考和研究，对提出的问题会有很好的回应。

苏彦新（以下简称苏）：我认为谈以人权保护与限制权力为核心的法治要跟西方联系在一起，我们知道西方国家的法治模式有两种法治模式，一是英美法系的以司法理性为主轴的法治模式和大陆法系以立法理性为主导的法治模式。但是，我们可不可以把视野放宽一点，站在传统与现代之间，或者承认中国的发展与转型最终要走向现代性，经济生活本身的变化要求我们否弃传统社会治理的东西。因为现代社会，或者说现代性呈现为高度流动、分工、工业化、城镇化。在高度陌生化的社会，有高度的分工，多元利益主体，价值取向不同，宗教信仰的各异与自由。借助个人的内心修养与道德伦理来约束人们的行为是不可行的，也无法靠血缘、裙带性关系来维系。因此，社会的转型与有别于传统社会的现代社会必然要走向法治社会。利益多元的社会一定是以法律来规制的社会，并且现代社会的复杂性、利益多元、陌生化都要求人的行为具有可预期性与确定性。费孝通的《乡土中国》与《江村经济》，就是探讨了中国传统社会在工业化现代化影响下如何向现代转型的问题。从地理大发现以来，随着工业技术的发展，世界经济在一体化发展，从更宽的视野看，中国要迈向现代性，要学西方。而这种现代性的东西至少从现有经验来讲是从西方开出来的。毕竟西方在市场经济下生活并经历了几百年，积累的经验更多，为现代社会提供了更多现成的各种生活准则。此外，从历史、文化传统讲，谈法治是不是要追溯到希腊、罗马，尽管希腊、罗马是现代西方文明的轴心。还有中世纪是不是真正的有法治也大有疑问。不过，日耳曼人的法观念确实是先有法律后有国家的，它要求国王服从法律。这些都是些零零碎碎的东西，我认为法治是很近代的东西，真正的现代意义的法治，是地理大发现、市场经济下才有的。不断陌生化的社会，宗教信仰自由，不同利益的矛盾与冲突，越来越扁平化的社会，由此导致工具理性与形式合理性的法治。这就是我的回应，或者说思考。

贺：任强老师强调自治，我们需要自治，自治是个特别复杂的概念，什么是自治？是家庭的自治，个人的自治，还是社团性的自治如大学的自治？怎么去理解自治？苏彦新老师则更多的强调分工。分工产生交易的需求，产生人的流动，就带来了人的陌生化，陌生化就产生了近代对于法律的追求，当然这更像是用社会学的视角去观察法治。我有个疑问，如果说

分工流动本身能够产生法治，那么中国两千多年的社会也有分工的追求。我记得有一次我在这里讲孟子与法治的时候，我曾强调过孟子有一个比较明确的分工思想，分工的思想很早之前就有了，只不过后来中国各种因素交互作用的结果使得中国社会较西方社会缺乏一种较西方式的分工，比方说分工产生了大学，分工产生了百科全书，分工产生了现代工商业的一种分割，但是我们却一直没有。大家都知道中国古代就有商品交易，尤其是宋朝、明朝的时候，但两位学者不约而同的认为中国古典时期没有产生法治的条件，无论是思想条件，还是制度条件。我们来请教一下徐老师，徐老师是一个对中国古典法律传统有精湛研究的学者，对于上面两位老师的看法有何回应？或者对今天整个主题有什么回应？

徐忠明（以下简称徐）：从村落那种规模的社会来讲，传统中国具有显明的乡土性，那是没有问题的，就此而言，费孝通“乡土中国”的概括也是没有疑问的。但是，在台湾学者龚鹏程所著《游的精神文化史论》一书中，开篇就对费孝通的概括提出了质疑。据他看来，传统中国社会，除了乡土性之外，还有一种流动性，所以他使用了旅游的“游”来表达这种流动性。实际上，到了明清时期，这种“游”是非常活跃的，也是非常多样的。诸如商人“周流天下”的游，士人赶考的游，文人结社的游，有闲阶层出行旅游的游，还有就是移民的“游”——就像电视剧《闯关东》和《走西口》所描述的那样。这种“游”，也造成了静态乡土与动态流动之间的复杂关系。正是在这种复杂关系中，产生了人际关系的多样性与陌生化，从而导致了更多的冲突和纠纷，这就需要法律来调整 and 解决。我想，原本产生于乡土社会的礼俗，也就难以满足这种“游”的社会需求。

就商业活动而言，唐朝以前的市场结构，可以说是一种封闭的市场结构，叫做“坊市”制度，这似乎是先秦以来的传统格局。这种“坊市”制度，在交易的空间和时间上，都受到了法律的规制，所以市场的开放程度是不够的。到了晚唐以后，这种“坊市”制度就解体了，从而出现了我们现在看到的这种市场格局——面向街道、马路的店铺和集市。宋朝以后，商品经济更趋活跃，草市、集市和市镇也渐次出现了。当然，其中还有其他诸多变化，包括文化权力的下移，市民阶层的壮大，庶民文化（戏曲、小说之类）的活跃，以至于出现了学者所谓“唐宋转型”。可以说，中国进入到了一个井市社会相对繁荣的时期。也就是说，城市已经不单是政治中心，而且也是经济中心和文化中心。我相信，读过法国学者谢和耐《蒙元入侵以前的中国》一书的读者，对于南宋临安活跃的商业，肯定也会非常深刻的印象。

更为重要的一点乃是，宋朝以降，市场在经济方面不断拓展，到了明清时期，由于商品经济的不断发展以及市场体系的不断完善，以致有人将其称为“资本主义萌芽”的出现。当然，这种说法现在已经很少被提起了。据我看来，虽然明清时期的商品交易总量有了极大的增长，交易空间也有了不断拓展，但是在这个过程中，何以法律没有作出积极有效的回应？或者说，何以法律改变得不像西方那么明显？那么有效？我觉得，这是因为传统中国的市场结构跟欧洲很不一样。事实上，中国市场的结构始终处在一个初级市场的层面，而像阿姆斯特丹交易所那样的高端市场，在中国历史上基本没有形成。按照法国历史学家布罗代尔的看法，这种高端（金融）市场，才是资本主义经济体系的关键特征。换句话说，由于市场体系尚在初级阶段，所以它的交易结构不够复杂，从而对于法律的诉求也不那么强烈和迫切。

但是，问题似乎并不这么简单。

那么，国家怎么才能回应市场经济发展的法律诉求呢？从国家层面上讲，传统中国的国家，对于市场经济的发展还是有所回应的，只是没有我们现在“预想”的那么积极有效。或者说，它的回应是消极被动的，零零星星的，譬如清代“典当”制度的形成，即是一例；有时也是个案的，就事论事的，比如清代“商标”保护，即是地方官员通过司法活动给出的个案保护。当然，这里我们暂时没有考虑民间自身的回应方式。何以如此呢？我想，这大概是国家的关怀，不在如何保护和促进市场经济的体系运作，而是旨在攫取经济利益——确保税收与社会安定。在国家眼里，经济活动只是所谓的“民间细故”而已，因此难以引起它的特

别关注。在这种情况下，要想国家对于经济活动给予积极有效的回应，恐怕非常困难。

作为一种比较，我们再来看看近代西方的情形。读过比利时学者皮雷纳所著《中世纪的城市》以及其他西方经济史著作的读者，一定记得，越过了“真正黑暗”的中世纪，到了11世纪，欧洲经济出现了复兴的迹象。先是农业生产的迅速扩展，稍后则是“商业革命”的到来。据说，及至12世纪，具有“近代”意义的市场交易体系已经初步形成。而后，城市主导了或者引领了欧洲社会的进步和发展。概括起来，如下几点特别值得注意：第一，城市的出现。农业技术的革新，导致了农业生产的进步和繁荣，致使人口增长；其中，有一部分过剩人口从农村中游离出来；他们聚集在大河边、交通要道上从事商业活动。为了避免绿林好汉的劫掠，他们就建起了城堡进行防卫，作为经济中心的城市就形成了。第二，城市的独立。逐步壮大的市民阶层通过起义和赎买的方式，以期从王室、领主和教会手中取得自治的权力，从而与他们签订“宪章”。在我看来，这是一种具有宪法意义的“政治契约”——这恐怕也是后来社会契约思想的一个历史渊源，所以顾准先生在《资本的原始积累和资本主义发展》一文中认为，欧洲城市是建立在“罗马法权”基础上的城市。而在城市内部，也渐次建立了市政机构——政府、法庭、军队、警察和法律。这样的城市，成了经济与自由的象征，所谓“城市的空气使人自由”一言，即是很好的概括。第三，从商人阶层到资产阶级。在11世纪的欧洲地图上，我们可以看到穿梭于封建世界的“泥腿子”（pies poudreux）群体，他们带着货物四处奔波，兜售货物，如果遇到纠纷，就到“泥腿法庭”进行诉讼，最初的市民阶层就是来自他们中间。这些居住在初期城堡（burg）中的群体，后来演变成为资产者和市民（burgnsis）的城市居民。他们包括工匠、手艺人乃至律师，等等。他们也就是后来的第三等级和资产阶级的前身。为了拓展国内市场和国际市场，他们跟国王联手，消灭贵族阶级；当然，国王之所以愿意和第三等级联手，是因为他们需要统一权力，因为封建（贵族）势力乃是一种分权势力。对于资产阶级来讲，他们和国王联手，先消灭贵族，再消灭国王，最终建立一个宪政架构。不消说，资产阶级达到了目的，取得了政权，建立了议会，修订了法律。总之，经济社会的拓展，导致阶级的出现，阶级利益的冲突则通过政治革命来解决，然后建立新政府；新政府为了维护他自己的财产权，必须建构一套法制。所以，就宪政角度来讲，欧洲首先是社会权力对国家权力的制约，其次是将国家权力予以分化，所谓“三权分立”与权力制衡，即是如此。在这个意义上，欧洲的中间阶层和市民社会，对于我们理解法治社会都很重要。这是因为，有限政府需要宪法，这是“公法”的枢纽，也是整个法治大厦的基石；市民社会的核心是经济活动，这就需要“私法”予以调整，其中民法是它的基础，商法是它的羽翼。商人阶层和资产阶级对于法律的重视，从他们将子弟送进法律学校学习的行动中，可见一斑。第四，市场经济的技术装置与伦理精神。诸如公司制度、票据制度和证券交易手段、财务会计制度——欧洲人从阿拉伯人那里学到了“复式簿记”技术；另外还有勤劳节俭、诚实信用和责任伦理，等等。对此，韦伯在《新教伦理与资本主义精神》和列维·泰格《法律与资本主义的兴起》两书中均有非常精彩的讨论。

那么，明清时期的中国又是怎样的呢？对于这个问题，余英时《中国近世宗教伦理与商人精神》和黄仁宇《二十一世纪与资本主义》都已作过分析。余英时的讨论，颇受韦伯“问题意识”的影响；而黄仁宇的研究，则告诉我们，中国经济的走向并非资本主义。

下面，我想谈谈自己的初步思考。战国以降，传统中国出现了所谓的“四民”社会——士农工商；其中，商人阶层排在最后。不过，到了明代以后，尤其是明代中期以后，则出现了“士商关系”的变化，即出现了“士商混同”的局面，甚至我们可以读到“士商”或“儒商”这样一个称谓。对此，余英时《中国近世宗教伦理与商人精神》曾有详尽的辨析。然而值得指出的是，中国的商人阶层从来没有成为一个西方意义上的阶级，也没有取得政治上的权力，这是问题的关键所在。也因此，商人群体的利益，难以取得法律上的保护；进而，他们的经济利益也难以转变为法律上的权利。那么，这些权力是由谁来控制的呢？读书人。而

读书人的背后，则是皇帝。读书人又读些什么书呢？读儒家的所谓经典。儒家的经典又读来干什么呢？当然是货于帝王家。这样一来，我们即可看到读书人与帝王家之间的一种特殊的交易关系——知识与权力之间的交易。总之，他们联手起来建立一个儒家思想支配的巨型帝国。那么，儒家关心的又是一些什么问题呢？在我看来，儒家关心的乃是建构和维持一个小型社会的伦理秩序与礼俗秩序。这里，就出现了一个两千年来一直没有得到解决的悖论——小型乡土社会与巨型官僚帝国之间的内在矛盾。也就是说，对小型乡土社会来讲，礼俗似乎足以维持秩序；但是，就巨型官僚帝国而言，没有一套严密的法律，基本上是无可奈何的。而对于强化帝王的专制统治来讲，不但需要一套严密的法律制度，而且需要繁复的严刑峻法才能奏效。进而，为了有效维护专制统治这一头等大事，对于“民间细故”的经济活动，就难以顾及了。这些东西，在明清时期都留给了民间社会自我解决，现代学者所谓的“习惯法”云云，大约就是用来调整“民间细故”的东西。你读朱元璋的书——圣谕六条、教民榜文和“大诰四编”之类的东西，其中关心的问题不外有二：一是乡土社会的教化；二是官僚群体的控制。而其手段，都是严刑峻法。如果回到朱元璋那个时代，大家能够看到的，就是“扁平划一”的乡土社会与“精兵简政”的官僚帝国。为了维护乡土社会的稳定秩序和解决国家的赋税征收，朱元璋搞了一套制度：里甲和都图。基本上，朱元璋希望乡民的足迹不出“都图”范围，土地交易也在“都图”之内进行。广州的徐忠明是不能迈出“都图”进行土地交易的，不能把土地卖给北京的贺卫方。那是不行的。也就是说，徐忠明只能将土地卖给这个“都图”里的任强才行。为什么呢？一句话，便于社会控制和赋税征收。黄仁宇在《十六世纪明代财政与税收》一书中，对于朱元璋建构的那套财政税收制度导致的困境，曾经作过非常精彩的分析。我觉得，在这个意义上，明清中国的市场法律受到了这样一种与政治控制密切关联的制度安排的制约，以至于完全没有办法在时间和空间上予以拓展。

但问题是，传统中国的专制皇帝和儒家官僚为什么不允许这种经济的自由发展呢？是因为商品经济不太重要吗？也许是的。因为与土地税相比，在中国历史上，商业税似乎一直不太重要，只是到了晚清时期，商业税才变得越来越重要了。但是我总觉得，虽然商业税对于国家并不是很重要，然而并不是因为它在数量上微不足道，而是征收技术上的难题。也就是说，国家怎样才能有效地向商人征税呢？对于这个问题，国家在技术上没有办法予以解决。相对来讲，作为不动产的土地以及被捆绑在土地上的农民，核实起来比较容易，所以征税也就比较方便。当然，这是相对的说法。事实上，即使是土地税，面对“诡寄”和“飞洒”之类的逃税伎俩，政府往往也是徒唤无奈。值得追问的是，如果放任经济顺着自身的逻辑发展和增长，会有什么结果呢？我想，随着商人势力的壮大，与国家发生冲突恐怕是在所难免的事情。而这是国家不愿意看到的结局。因此，为了实现和强化专制统治，国家唯有加强对于土地和人口的登记和控制，同时压抑商人势力的壮大。可以设想，国家只有控制了人口，控制了土地，进而抑制贫富分化，才能维持“扁平划一”的社会结构，在这种“一盘散沙”的社会基础上，才能建立一个庞大的专制帝国。我觉得，在这种“扁平划一”的社会结构中比较难以产生造反者；如果有造反者的话，那也是阶段性、间隙性的造反，出现所谓“逼上梁山”之类的事情。而“逼上梁山”恰好说明，国家的控制和榨取超过了应有的限度。

唐太宗发自内心的“天下英雄尽入彀中”一言意味着，传统中国社会的晋升渠道的异常狭隘，或者说经由科举考试“出仕为官”已经成了唯一的渠道。在这种语境中，所谓“士商互动”，也就很有可能最终蜕变成为“士商勾结”这种良性经济运作的大忌。不但如此，而且还会阻隔商人群体的自发增长，以至难以形成一种社会结构的中坚力量。由此，商人的动静与利益，乃至命运，只得完全仰赖“自私自利”的专制国家的“恩赐”。这样一来，西方近代那种持续的、体系化的保护商人利益的法律制度也就难以成长起来。

苏：中信出版社去年出了一本译著，书名是《西方现代世界的经济变迁》，有关内容论述了西方工商阶层的兴起和罗马法的关系，有很实证性的研究。中国的地主一般住在城市，

他派人去收租，这个情况比较普遍。

徐：这种“城居地主”的出现，差不多要到清代才比较普遍。由于他们离开了乡村，也就自然难以亲临现场监督佃户耕作；同时，收租也会成为问题，所以就出现了“租栈”这种机构代为征收。事实上，乡绅和地主的离乡，也造成了乡村治理上的新问题。

苏：但是我想，一般来讲，西方的封建主是在农村的，住地的地主，不是在城镇的。后来城市兴起与封建发展，庄园逐渐变得不重要了。在城市里，做生意的商人阶层需要王权的保护，他们又跟王权联系起来。这样一方面我给你交税，另一方面你给我保护，给我颁发一个自由宪章，这样慢慢构建起来一个市民社会。

贺：我觉得我们的讨论侧重于经济和社会历史，试图从这样一个角度去解释法律的发展，但是法律发展还有许多其他因素，比方说，多元化的法律之间一些竞争，宗教对法治的影响等。这几年我一直比较喜欢去思考法律职业的发生，因为法律职业化一定是一个法治社会的基础，如果一个社会能够包容一种专业化的法律职业阶层，这个阶层不仅仅有着自己独特的知识基础，有着对社会秩序的一种独特的理解，同时他们也享有很高的尊荣，就像徐老师刚才谈到的，许多有钱人就会把孩子送去学法律，学法律就是很有地位的象征，比如英国的律师会馆里面大多是贵族在学习法律，我知道，任强老师也在研究法律职业的发展、发生，我想你能不能给我们做一个解读，说说西方为什么会产生出这样一种职业？它的特色是什么？或者说中国有法律职业吗？

任：好。刚才两位老师都讲了一些，苏老师提到了一个规则意识，我前面提出了一个自治问题，徐教授刚才所讲的是市场所导致的分权，就是说一个社会一定要存在多元化的分权，这个国家才会有法治发生的基础，如果权力永远是一元的话，那是很难形成法治的，我想法律职业的形成实际上也是在分权意识下所产生的。如果一个国家的权力机构是单一的，一个自治的群体就不可能形成，因为自治是要分割权力的。比如说在西方社会，它的历史的发展演进过程当中，大一统的单一的权力结构是出现的很少的，大多数情况是教会、国王、城市、地主等分享权力，造就了多元化的权力分割的社会，这种多元化的社会恰恰就是法治产生的一个前提。但是在我们国家，我们回顾一下，我们可以看到，我们国家什么时候出现过两个皇帝同时做一个龙椅？

贺：太上皇。

任：那是特殊时期，从整体上看，太上皇还没有达到分割皇权的地步。皇权是不能分割的。所以我们看到的是一种与西方不同的社会，对公权力分割这种社会结构在我们的历史上是没有出现过的。从学理上讲，所谓分割权力，就是给你的权力是残缺不全的，我不能让你享有一个完整的权力，你如果一旦享有一个完整的权力，就会必然带来一个谁来监督监督者的问题，这是永远也解决不了的一个问题。所以权力必须要残缺，让残缺不全的权力掌握在不同的人手里，这样国家的法治就可能会产生。如果只有一个单一的权力结构，就永远不可能产生一个法治社会。法治社会必然是权力分割。所以说，法律职业化是法治国家的社会现象，法律职业化的产生也是以权力的分割与权力的分离为基础的。在法治社会，一些人享有司法权力，但这个权力是残缺的，它是受制于其他的权力，既分离又残缺，这样法律职业群体才有他们生存的空间。相反，如果在单一化的体制之下，任何一个体制内的人都是一个寄生虫，每一个阶层的人都是寄生虫，每一个法官都是寄生虫，每一个律师都是寄生虫，他们只是从单一权力的架构上“讨一杯羹吃”而已。在这种情形下，我们如何去形成一种独立的职业化？那是永远都不可能的。所以，我们看到，无论是我们法学院的学生，还是我们的律师朋友，法官朋友，大家都是这个社会的一只“小爬虫”而已，这就是权力没有分割所带来的一个严重问题。所以职业化的形成就是在分权社会中有独立的法律人群体出现。否则，我代理一个行政诉讼的时候敢和政府去叫板吗？不可能的！为什么？因为权力没有分割，就不会有真正的律师，也不会有真正的法官，这个问题如果不解决，职业化的群体难以形成。有

人说用教育培植法律职业化群体，说加强我们学生的法律意识就能成为法律人。有用吗？我们喊了这么多年的“法律共同体”，喊出了个什么东西？“法律共同体”不是喊出来的，也不是教育出来的，是要国家在进行权力分割之后，将这一部分权力让渡出来，帮助老百姓可以跟另外一些权力去抗衡，这样才会出现法律职业群体，否则，没戏。

苏：我想谈两个问题，一个是西方人对人性的一种“幽暗意识”。中国传统中对人性的判断几乎是人人可以成圣的，孔子在《论语》虽没有说过人性善，但他强调教育可使人向善与成圣，孟子对人性善讲的很清楚。在春秋战国时期，有拨一毛利天下而不为的杨朱学派和荀子的人性恶。但是，后来从汉代的董仲舒的性三品，到韩愈、柳宗元再到明清时期的王船山等思想家大都主张人性善。人性善的论说当然不会强调法律与法治，追求的是德治。但是就西方文化总体来讲，基督教的罪感文化，对人与人性存有“幽暗意识”，是一种对人性恶的判断，不是完全诉诸于内在的道德控制，而强调外在的规则与规范的法律控制，或者内在与外在的共用。还有一个关于法律教育的问题，也蛮有意思的。你去看看，从希腊、罗马到中世纪的法律教育。当然，在中世纪，对法律教育是连续的还是中断是有争论的。有连续的观点，也有认为不连续的观点。但总体来讲（尽管1088年这一年是否在波伦亚大学开始了法律教育也有争论），11世纪之后欧洲大学的兴起，至少从11世纪结束之际开始，在波伦亚这样一个四不管的地带，在世俗的共和国与教皇国之间，它们互相不管，加上伦巴第王国又抵抗教权，伦巴第王国支持罗马法的研究，法律教育兴起。而且，当时在西方的大学中，有两个专业：神学法学。不过神学院里也教授教会法，但是在民法教育里面，研究民法的不一定研究教会法，可研究教会法的人一定研究民法。后来，波伦亚大学还成了法国南部的大学的样板，在牛津大学也开始教授民法即罗马法。在巴黎大学，教会颁发教令开始禁止罗马法的教学，后来很晚才重新允许罗马法的教学。当然，巴黎大学也是牛津大学与德国的一些大学的样板。不过离巴黎大学不远的奥尔良大学，始终开展着罗马法的教学，而且这些人大多要么去了政府做官员，要么去做了律师，要么去做法官或者法律顾问，它们起码存在法律职业。而我们中国传统的文人的教育，刚才徐老师已经说了，这个教育，是经、史、子、集的训练而不是法律的训练，培养的文人与士大夫进入到国家权力中去，渗透到国家官僚机构中去，这有别于欧洲大陆的受法律教育的人进入国家官僚机构。我也谈到过剑桥大学的约翰·贝克教授，也是英国著名的法律史学家，他写过一本小册子就是研究1250年到1850年的英国的法律教育与法律职业。他在书中论到现在的历史文献资料和考证没有办法确切的知道英国的律师会馆何时设立，但1850年之前，英国的大学对法律职业的培养是几乎没有任何作用的，剑桥大学和牛津大学虽开了法律课，但开设的是罗马法、教会法，它们基本上不研究普通法，所以普通法只有在英国的律师会馆里才传授与研究，一直到1850年之前基本上是这样。某种意义上，普通法与普通法的法律教育在英国的大学里并不开展。当罗马法在欧洲大陆兴起的时候，英国的法律职业家们，已经完完整整的建立了这样一套普通法的遵循先例的判例法规则体系与知识体系，有着自己的法院体系与统一的王权，而且一直牢牢的控制着这样一套知识体系，抗拒了罗马法进入（不过不是那么绝对，比如英国的衡平法就受罗马法的影响），从而走上了普通法这样一条道路。这是英国的，当然主要指英格兰与威尔士的法律教育不同于欧洲大陆的地方。不过，法律教育与法律职业在两大法系中都存在。马克思讲到，罗马法是简单的商品生产条件下完备的法律，以致于后来一切私有制社会，对罗马法都无法做出实质性的修改。罗马法在西欧大陆国家，随着资本主义的兴起，商业与贸易的发展，形成了多元的社会结构。而且西欧大陆的封建王国没有一个权力强大，存在教权和王权的对立，城市的市民社会和封建社会有着差别但也有互动，但在大学有着罗马法与教会法的培训与教育，存在法律人才的培训，当市民社会发展，市场经济需要法治这样一个要求时候，我想罗马法与罗马法的受训之人都能够满足这种对法律的要求与需求。

徐：我觉得，苏老师刚才梳理的这个法律教育和法律职业形成的大体脉络，我们在西方

历史上可以看得比较清楚。如果稍作比较的话，我觉得传统中国恰好是一种相反的情形。比如“邓析被杀”，就是一个具有象征意义的事件。邓析所处的春秋时期，乃是一个贵族世袭政治开始解体的时代，也是一个新式官僚社会渐次萌动的时代；就思想学术而言，面对牟宗三所谓“周文疲惫”的格局，诸子百家开始浮出水面。像邓析这样一个带有一点民间法律职业色彩的人，看到郑国子产作出的改革举措，他就跳出来，说：“你政府制定的改革措施这也不行那也不是，可谓意见多多。他批评子产、批评政府，以致政府不能忍受这种来自民间的批评，意欲杀之而后快。实际上，邓析被杀，似乎与他的法律论辩技巧——“以是为非，以非为是，是非无度”——也有非常密切的关系，甚至是他被杀的主要原因。即是在今天，如果一个律师在法庭上采用这种“以是为非，以非为是，是非无度”的辩护策略，是否会被吊销律师执照呢？虽然没有杀头的危险。另外，可能与邓析在民间传播法律知识也有关系。如果作为统治工具的法律，让民间人士随意解释，将会造成什么后果呢？对集权统治者来说，这又意味着什么呢？恐怕是扰乱统治秩序与法律权威的行为吧？对此，专制统治者显然是不能容忍的。事实上，这也是为什么其后两千余年的中国历史上始终没有出现西方那种律师的根本原因吧？允许民间法律人士的存在，就是允许挑战国家权威的社会力量的合法存在。一个希望独占政治权力的帝王，能有这样的“雅量”吗？没有，绝对没有。因此，宋元以降出现的讼师，都是非法行为；承载讼师职业知识的书籍，都是非法书籍，将它们称为“秘本”恰好说明，它们不能公开出版，当然也不能公开传播。

贺：有人说邓析是中国古代的第一个律师。邓析培养学生是要在衙门里边解决纠纷？还是纯粹就是一种思维训练？

徐：这个没有详细的资料记载，因为邓析的故事，在《吕氏春秋》里只有一些片段的记载，其中没有提到在衙门里适用的内容。所以我觉得，这种说法值得怀疑。

我在上面已经讲过，邓析被杀的原因有三：其一，邓析老是批评子产的改革举措；其二，邓析那种“以是为非，以非为是，是非无度”的辩护策略；其三，邓析在民间传播法律知识与集权统治的根本旨趣不相吻合。但是有人可能会问：在民间传播“礼乐”知识的孔子怎么没有被杀呢？因为“礼乐”知识，也是一种统治工具呀。我觉得，孔子与政府的关系不太密切。也就是说，在《论语》中，基本上没有孔子直接攻击鲁国政府的言论；而且，更为重要的是，那时“礼乐”知识的合法性和正当性也并没有完全丧失。但是，随着鼓吹和捍卫集权专制统治的法家的兴起，儒家就难逃打压的命运了。从《商君书》中，我们可以读到批判和打压儒家思想的言论，所谓“燔诗书，明法令”即是例证。而在最后一篇《定分》中，商鞅已经谈到如何用“设置法官法吏”的办法来垄断解释法律，这实际上就是压抑“礼乐”知识的构想。到了秦始皇的那个时代，李斯提出“以吏为师，以法为教”的倡议，其实就是商鞅构想的进一步延伸和落实。在法家看来，作为一种统治知识——法律的传播和解释，必须由国家来垄断，这是维护“王法”秩序和专制权威的内在要求。实际上，它是西周以前“王官之学”的历史回潮，也是汉代“罢黜百家，独尊儒术”的历史延续。当然，即使专制政府，实际上也难以全面垄断一切，但是排挤违背专制意愿的思想和言论，则是传统中国政府采取的一贯手段。诸如，唐代编撰“五经正义”，宋元明清确立“禁毁书目”，以及编辑“四库全书”，制造“文字冤狱”，等等，都是进行思想控制的不同手法。据此，我有一种感觉，即在传统中国，好像对于治理国家的知识，专制政府都是不大允许民间社会自由传播的；即便到了国家权力不大容易控制的时候，也要通过像科举这种方式（可以说是“利诱”）来控制它们的传播渠道。或者说，专制政府允许传播的知识，基本上是配合国家治理与社会教化的那些知识。这时，国家无疑成了这些知识的正当性与合法性的鉴定者。

后来呢，用科举方式来进行思想控制也变得困难起来，因为宋元时期的印刷技术有了不小的发展。特别是到了明清时期，由于科举考试人数的增加，但出仕为官的几率却没有太大的增长，滞留民间的读书人就多了起来；这样一来，读书人可以从事的职业也出现了多样化

的趋势；与此相关，书籍的作者也多了起来，这就推动了民间出版业的迅猛发展。

最近一段时间，我费了一些工夫阅读出版史的著作，对这一问题颇感兴趣。其中的一个问题就是，在明清时期的中国社会，法律知识是怎么流动的？具体包括：谁是法律知识的作者？他们生产了哪些法律知识？通过什么渠道传播？对谁传播？取得了怎样的效果？当然，这些都是根据“拉斯维尔传播模式”的理论提出的问题。概括说来，（1）皇帝和官僚，师爷和讼师，他们是法律知识的主要作者。（2）生产的法律知识包括，以“官箴书”为载体的衙门内部适用的行政知识与司法知识，以“讼师秘本”为载体的诉讼知识，以“日用类书”为载体的法律摘要和文书格式的民众法律知识。（3）传播渠道也有官方刊布、商业出版以及抄本方式。（4）读者则是官员、师爷、讼师与民众。（5）法律知识传播的效果，既有正面的，就国家法律宣传而言，在一定程度上起到了“移风易俗”的教化效果，也提升了官员的法律水平；也有负面的，讼师凭借着法律知识，教唆民众诉讼，庶民百姓掌握了法律知识，提高了法律意识，从而出现了好讼的风气。我们可以发现，到了明清时期，由于传统中国的出版业已经非常发达，所以各种知识的流动变得比较容易；其中，法律知识的相关出版品也可谓多种多样。但是，也恰恰在这个时候，国家开始编辑各种全书——譬如《永乐大典》、《性理大全》和《四库全书》等等。这究竟是文化盛举抑或是思想控制？应该是两者都有吧！据我看来，所谓“编辑”云云，既是一种思想的甄别和清理，也是一种思想的整肃和禁毁，收录什么作品，排除哪些书籍，说到底都有权力运作其间。由此，这是国家控制知识的一种举措和方法。我就在想，“讼师秘本”为什么要用“秘”字来表达，是因为国家的打压和禁毁。因为，秘本记载的法律知识，构成了对于国家法律知识秩序的挑战，鼓动了民众的诉讼热情，助长了诉讼的急剧增长，从而给国家统治带来了麻烦。换一个角度来说，为什么“官箴书”可以公开出版呢？因为它们提供了官员治理国家的实用知识，而且倡导了“勤政爱民”的政治理念。可见，在倡导与禁毁之间，隐藏着国家意志。

另外，我比较赞同贺老师以前在一篇文章里提出的观点，法律知识对于法律职业的建构功能。在传统中国的民间社会，法律知识实际上是并没有获得一个自由传播的制度空间，所以法律职业也就不可能在民间兴起，并且获得合法地位。12世纪渐次兴起的欧洲大学，却有相对独立的地位，它们与国家权力保持着必要的距离。相反，传统中国的法律知识生产与法律知识传播，由于跟国家权力挨得太近，以至于被国家权力所笼罩。这恐怕与科举考试脱不了干系。太宗皇帝的“天下英雄尽入彀中”的名言，可谓将天下的读书人一网打尽。那些没有被打尽的读书人，则滞留在民间从事各种力所能及的职业活动，或经商或从教，当然也有法律从业者，一是当师爷，一是做讼师。由于师爷充任官员的顾问，可以说是准官员；至于讼师，乃是非法的地下工作者。所以我觉得，讼师私下传授的法律知识，难以得到很好的积累，有效的传播。还有一点，在法律知识的方法上，我觉得也没有自身的独立品格。传统中国的所谓“律学”，它与“经学”这种东西并没有什么根本性的区别。也因此，我曾经批评过那些研究中国律学的学者。我说：“如果你们对经学史不作相应的了解，就匆忙做律学史研究的话，我觉得是有欠缺的，因为知识准备不够。”由于法律知识本身没有独立，所以传统中国的“法律人”也不可能靠法律知识来作为自己的职业屏障。这时我们会想起，在英格兰，为什么罗马法的传播没有取得成功？实际上，这与英格兰的法律职业共同体对法律知识的独占有关，而不完全是一个政治问题。也就是说，法律人构成了一个拥有特殊知识结构（法律文书使用拉丁文、法庭辩论采取法律法语、以及让人眼花缭乱的判例和琐碎复杂的令状，等等）的群体，由此他们也构成了一个具有特殊利益的群体，从而构筑起一道法律知识的屏障，进而阻隔了罗马法的进入。而在传统中国，就缺少这种东西。所以我觉得，传统中国社会很难形成这样一个民间性格的法律职业。我们的讼师，只能躲在幕后，伺机操控法律和诉讼两造。汪辉祖在著作里写道，开庭的时候，讼师躲在那里旁听。如果司法官员审断出了差错，讼师就会唆使两造翻控，这就给司法官员带来了麻烦。因此，司法官员对于讼师

也就特别恼怒。在这个意义上说，法律职业不独立，法律群体也不独立。就像任强老师刚才说的那样，传统中国的国家权力很大，而且是没有任何分权的安排。在国家权力最低层次的州县，是瞿同祖所谓的“一人政府”，牧令是全权长官，负责一切行政事务和司法事务，到了明清时期，由于人口的急剧增长，各项管理事务变得繁杂起来，从而出现了师爷这个牧令的辅佐群体，在一定程度上稍稍弥补了牧令人手不够的难题。州县以上的各级衙门，比如省级的按察司，为什么出现了审理案件相对专业化的按察使呢？以及，在国家权力最高层次的皇帝那里，也是一个集权的“一人政府”，但是皇帝一人同样忙不过来，所以才有相对专业化的刑部。撇开别的不说，每年的死刑复核期间，如果没有一个班子来帮助皇帝，他一个人是整不过来的，就此而言，刑部乃是必要的辅佐机构，然而它不是独立的司法机构。总而言之，师爷、按察司和刑部的出现，均非独立的司法人员或机构，而是司法职能分化的产物。可见，在传统中国，只有司法职能的分化，没有司法的独立。

任：我补充一句啊，在中国传统文化里，有了宋江之后就不可能有晁盖，晁盖必须得死！如果晁盖活下来了，宋江就必须得死！只能有一个。

徐：我差不多啦，我不能讲太多。

苏：我补充一句啊，中国传统社会的法治很难健全，交易的不够复杂化很难导致法治。另外，整个中国的传统教育里面没有法律职业教育，而且没有专门的机构进行法律教育与培训，这就很难把在商品交易复杂化中的法律问题予以精致化与系统化。欧洲具备这个条件，而中国传统社会不具有，而且中国传统社会也不太重视法律与法律教育。沈家本说过，“本朝专研此学，而为后世所推崇者，不过数人也。国无专科，群像鄙弃”。真正研究律学也就几个人，他人也大多看不上研习法律的。

徐：所以，苏东坡有“读书万卷不读律”的诗句。

苏：但是，罗马法在中世纪及之后有一个不断被系统化的过程。欧洲还有一个问题是民族，（我这个观点有点武断），中国从秦汉统一与兴起的时候民族的同质化较强，但是反观欧洲民族史的时候，它民族间的异质性非常强，异质性的民族在后来欧洲范围乃至西亚与北非进行贸易与交换时，尤其交易复杂化，不同民族的信仰与习俗各异。这个时候，欧洲大学的兴起，且恰恰教授的是罗马法和教会法，而罗马法符合商业经济发展所需的一般交易规则，罗马法正好建立的这样一套规则迎合了后来欧洲的兴起对法律的要求。而且如前所说，交易的复杂化引发复杂的法律问题，而大学的专门化研习法律有利于法律的精致化、系统化与体系化。

贺：我们三位老师都发表了精彩的见解，但是我相信在座的各位朋友听完了以后多多少少会越听心里面越悲凉，说“哎呀，中国跟西方太不一样了，同在一个太阳下咋就差别这么大呢？”不同地方的文化差距为什么如此之大，这当然也是一个特别有意思的问题。当然随之而来的一个问题就是，这样的文化差异在多大程度上仍然是我们今天要面对的一个很严峻的问题。你们看我们四个人的衣服都是西方式的，没有一个人在一百多年前敢穿这样的衣服；我们学术的制度，比如说大学，清朝以前很难想象会有广州这么一个大学城，还有专门的法律教育。

西方人给我们带来了三个“院”——法院、医院、学院，比如最早的医院就是现在中山大学附属医院的旧址，是美国人19世纪30年代的时候传进来的。近代化这个过程的确对我们生活观念层面上影响很大，以至于现在我们对倡导复古这套东西比较警惕，因为复古意味着用儒家的东西排挤马克思主义，这个从意识形态的角度来讲是不可以接受的。现在我想请三位对现状到底怎样以及前途何在做一个简要概括。

任：其实法治这个命题刚才苏老师的观点我有不同意见，一直在等机会交锋一下，没等到，所以我补充一下。法治实现的另外一个前提我们刚才还没有提到，那就是“政教分离”。政教必须分离，法治才有可能。刚才苏老师提到“现在法治社会已经不需要佛教……”，您

所讲的坐在树下整天想着自己解脱，那只是佛教的一个流派——小乘佛教，还有一种大乘佛教，它强调的是一种救世情怀。

我们知道，基督教在今天的西方法治社会仍然是非常普及的，但是它必须遵守政教分离的原则。也就是说，“教”和法治社会并不是格格不入的，我们只是把它分离出去。在设计制度的时候，我们以陌生人之间相对冷漠一点的、稍微自私一点的理性态度去设计一个制度。在这个制度的框架下，宗教可以发挥它拯救人类心灵的作用，所以，我们大可不必急着要把儒家思想灭掉，说佛教对我们没有意义了。我认为建立“隔离之墙”是建立法治社会的另外一个前提。

徐：实际上，读中国历史读得时间久了以后，就感到有点“凉”，甚至感到“透凉透凉的”。为什么会有这种“凉”的感觉呢？它来自时下的一种意见，由于西方“移植过来”的东西，在晚清中国登陆以来的这一百多年一直实践的不太理想，以至有人提出要回到传统去的意见，看看能不能从传统中国文化里找到一点什么可用的东西。对于这种想法，我实在是不敢苟同。第一，西方移植过来的东西，在中国实践的不怎么样，实际上并不意味着这种东西（比如法律制度）和我们自己的社会（或者国情）不合拍，而很有可能是我们的有意排斥所致；或者说是，我们不愿意去接纳这种东西。第二，我们现在受过法律教育的法律人，究竟是对传统中国的法律知识了解更多一些，还是对西方的法律知识了解的更多一些？实际上，在法学院讲授的这么多课程里，只有两门课程是跟传统中国有关的，即中国法制史和中国法律思想史。合并起来，实际上就一门中国法律史。对于整个法律教育来讲，就跟刚才任强老师形容的那样，只是“一抹余晖”而已。除了中国法律史，大家学习的所有法律知识，实际上都是西方的，法理学、宪法、刑法、民法、诉讼法，等等，它们都是西方的东西。包括我们现在信奉的马克思主义学说，同样是西方的。所以我想追问一句：在接受了这一套完整的西方法学训练以后，你们还要说，我们必须到传统中国去寻找法律的知识资源，有可能吗？有意义吗？我觉得，这是很难的啊。你对传统中国究竟懂多少？你可能连《论语》都读不明白，还说你要到那里去寻找治理国家的知识资源，这不是很奇怪吗？当打开《唐律疏议》的时候，你连读都读不明白，还说要到里面寻找法律的知识资源。我觉得，这既不可能，也不现实，更无必要。两个星期以前，在上研究生讨论课的时候，有个研究生问我：“徐老师，你觉得中国法律史有没有现代意义？有没有可以借鉴的东西？”我说：“没有。至少没有什么特别值得借鉴的东西。”第三，我觉得，现在我们需要的是这样一种学习和借鉴西方法律知识（包括制度、实践和理论）的态度，虚心踏实，一丝不苟；以及，认真汲取法律实践过程中产生的各种经验，予以理论上的提炼，进而将它们溶入法律制度中去。

贺：那个研究生问的是中国法律史有没有现实意义，不要扩张到我们这边（外国法制史）来啊……

徐：我的自由扩张的能力受到了你们三个的挤压，不太可能了。哈哈……

贺：太给力了。

徐：关于“中国法律史究竟有什么现代意义”的问题，我的回答是：首先，我做中国法律史研究，采取的基本态度乃是“为现实而做历史研究”。当然，这并不意味着我放弃了学术研究的“价值中立”原则。其次，我的“为现实而做历史研究”的态度，也不是想要到传统中国去寻找当下法治建设的知识资源。我觉得，中国历史上的法律资源，对于我们的法治建设来讲，可资汲取的东西几乎是零，没有什么意义。最后，如果这种“为现实而做历史研究”还有意义的话，将是一种潜在的意义。也就是说，对于我们理解当下中国的某些制度实践、制度操作会有些许意义。比如，我们现在所谓的“错案追究”制度，我觉得是中国古代的东西，传统中国官员的司法责任，实际上包含了“错案追究”在内。再如，我们现在所谓的“坦白从宽，抗拒从严”，这也是中国古代“口服心服”制度的现代变形，或者说它只是一个新名词。又如，我们现在法官就“待决案件”的相互磋商，在传统中国也能找到它的历

史渊源。在传统中国的行政化司法体制里，这种做法很是普遍。我在阅读清代同治年间的一个广东知县的日记时，就读到了这样故事。那个广东知县杜凤治，在审理一起“涉外民事案件”时，他找知府去汇报，找军台去汇报，找方伯去汇报，他们首肯了就 ok。在审理一起“涉外投毒案件”时，他甚至拿了案犯的口供去方伯那里汇报，方伯看了口供之后说：“不行，这样的笔录归入档案是不可以的，你回去重新弄。”他回答说：“我这个笔录只是给您看的，征求您的意见。如果您满意了，就 ok。您不满意，我回去重新弄。”我们可以看到这样的诉讼幕后操作，稍微重要一点的案件，都是在上请示下汇报的过程中了结的。这跟我们现在有什么区别呢？实在是没有什么区别。据此，我觉得研究这套东西，对于我们理解现在的司法运作挺管用的。还有，我们现在所谓的司法民主化，所谓的“送法下乡”，那不是马锡五先生的首创，它在“诗经时代”已经有了。读读《诗经·甘棠》即可明白。去年，我出版了《情感、循吏与明清时期司法实践》那本书，就有不少这样的案件，有些知县带着两个仆人，挑了一个货郎担，带着干粮，把案卷放在货郎担里“送法下乡”，在田埂上、在破窑洞里审理案件。这个跟苏力教授特别推崇的“送法下乡”，包括“马背上的法庭”这种套路，应该没有什么区别。由此，我不禁会想，这种套路的司法能推广吗？恐怕不行。为什么不行呢？这是因为，它要求司法官员特别勤奋，并且特别同情民众，必须用“爱”这样一种信念来审理案件；而且，这种审理方式非常的个性化，处理结果非常的具体化，从而难以推广，难以长久维持，当然也难以制度化。如果你要将它制度化，并且将其推行开来，无疑将会产生“苛责于人”的后果。如果我们把一个目标悬得很高的东西作为制度的底盘，那是没有可能落实的。据此，我说，现在这样一种制度设想和制度实践是很不现实的，但是我却特别能够理解现在的这种做法，因为我知道传统中国司法的一贯做法。

实际上，在我读到的史料中，不少司法官员都不愿意“送法下乡”，他们相信“坐堂问案”的好处。因为“坐堂问案”可以区隔待审案件的社会制约，从而使司法官员可以获得相对中立的审判位置。由此看来，到了今天，这种“送法下乡”基本上也是没有必要的，我们完全可以“坐堂问案”的方式来审理案件。我觉得，广东商业化的程度比较高，纠纷也比较日趋复杂化，法官还是应该用“坐堂问案”的方式来解决。

当然，上面所说的只是这些例子而已。就结论而言，我想说，传统中国的那套法治，对于我们现在和未来的法治建设，它基本上是没有用的。从借鉴的角度来说，我们只能汲取教训；要说经验，我们还是应该从西方法律文化中摄取。这是因为，我们对于西方法律知识的了解，比起我们对于传统中国法律知识的了解，实际上要多得多。所以，我们不妨走更方便的道路，直接到西方去寻找法治建设的资源，而不必到传统中国去寻找法治建设的本土资源。这并不是我对于自己所研究的学科的背叛，而是出于现实的考量。一句话，中国法律史的现代意义，就是帮助我们理解现在的种种制度设计与制度实践。所谓的“上访”啊，“跳楼”啊，“我死给你看”啊，等等，这些在传统中国多得，真是太多了……

贺：古代的楼没那么高……

徐：在清代广东，曾有这样一种做法，老百姓在打官司打不赢的时候，就会采取“我死给你看”的法子，比如吃胡蔓草，也叫断肠草。当时的知县觉得，吃断肠草自杀是一个很大的问题，因此知县对老百姓说：我出钱收购断肠草，大家割了以后卖给我。知县收购以后就把断肠草烧掉，免得大家都去吃草自杀。呵呵。我就讲这么多。

贺：和徐老师这么博学的人在一起会发现他对历史太精湛的研究也有一个毛病，就是感觉到生活在今天其实和生活在两千年前也差不多……下面我们有请任强老师的总结陈词。

任：阅读了很多西方的法制史和历史，就我个人理解，西方走到今天的法治社会，说它是必然的也可以，说它是偶然的也是可以的。我们观察西方社会走过的路，相对来讲是比较清晰的。再看看我们今天的路，就有点模糊，我们知道大体上有那么一个方向。但是我们的方向缺乏前提条件，我们的条件是不充足的。我们相信法治这条路，虽然这条路比较曲折，

但目标还是清晰的，至于这个目标究竟什么时候能够实现，还需要我们大家的努力。

贺：前途光明看不见，道路曲折弯又弯。下面我们请苏老师。

苏：我们对法治的建设不能太急，中国搞市场经济很晚，而且不视商品经济或市场经济为洪水猛兽才是晚近的事。始于那首歌，发生了春天的故事，那位老人在南方那里画了一个“圈圈”才承认市场与计划都是手段。我们搞市场经济才二十多年，我们的路还长，不能将它理想化，很快就可以实现，这是第一个问题。第二个，我想我们可以反思，为什么所有西方的科学技术文明，我们一概继承，然而一涉及到西方的制度文明包括法治时，我们有些人却抱以不积极与抵制态度呢？中国近代史以来，制度包括法律是从西方移植来的，从西方学来的，但是学的不好。还有另外一个问题，中国这个时代，比如我们习来的西方法律比较驳杂，比如有欧陆的有英美的，但是这些法律背后有着不同的知识与哲学根基，不同的法律思维方式，我们拷贝来自不同法域的规则，法律的知识体系。而我们国人之法学家有无对这些不同法系的规则的采撷与整合它们的能力吗？最后，还必须当心在我们这个转型社会与财富重新洗牌的时代不加分析而看重法治叙事所带来的危险，那就是法治成了那些获取不义之财的新贵们的正当性的辩护根据。在当代中国改革的共识再难形成了，而且我们这个时代主义思想也太多。有人戏称中国当下有三种主义：一种是社会主义，如只讲奉献，培养的是“傻子”；一种是自由主义，如金融海啸，兴的是“骗子”；另一种是后现代主义，喜欢的是另类与众不同，像“疯子”。因此把“傻子”、“骗子”与“疯子”放在一起，这是什么样的社会呢？因此，我们的事急不得，急也无用，我们应该慢慢来，逐渐垒建我们人人得以尊严的、幸福与安康活下去的法治民主社会。

贺：我觉得我们今天讨论的这个话题特别大，我们今天讨论的人多一点，涵盖面也多一点。由于时间的限制，话题能展开得那么细致，也不容易了。大家讨论了许多问题，比如，西方法治形成的基础，到底是怎样的社会基础、经济基础、文化基础、政治基础？社会基础讨论得非常多，尤其是权力架构的多元化，不能纯粹是单一的。

苏老师告诉我们，西方法治的产生既需要一种学术性的环境，更重要的是社会需求。我们要去创造这样一种社会需求，使社会产生对法律职业的呼唤。也就是说，我们自己要创造我们的市场。观察一下其他学科，就会发现，比起80年代，这些学科的学者前所未有地产生了一种对法律知识的渴望和需要。像许多社会学、政治学的学者们，他们从来没有像今天那样关注法律，他们愿意来这里听一听，以前他们不大关心我们的研究。

我记得梁治平曾经在90年代初发表过一篇文章，他说知识分子圈里边还是有层次区分的，我想法学界的知识分子地位肯定是不高的。法学界的这帮人给人的感觉就是蝇营狗苟，眼界狭小。但是现在从公共媒体可以看到，社会非常需要法学界的知识分子。我们现在读的一些报纸，比如《南方都市报》，多么重视法律领域知识分子的评论！这标志着今天这个时代在改变，这也意味着社会需求发生了变化。在今天这么一个时代，如果不允许我们读西方的书来了解西方的知识，那是无法想象的。

今天通过这样一种讨论，我们逐渐明白了为什么中国没有产生法治的传统？我们慢慢地意识到我们传统性的治理方式走到了尽头。我希望我们通过讨论也可以展示：法治的一条道路是我们的归宿，尽管这一过程非常地艰巨非常地困难。今天看到这么多“90后”的莘莘学子，大家这么兴奋的眼神和表情，我们能感受到我们这个民族是大有希望的！

（初审编辑：谢进杰）