

法治文明视野下立法对文化的“规训”

韩忠伟¹, 段海龙²

(1. 甘肃政法学院 法学院, 兰州 730070; 2. 甘肃警察职业学院, 法律系 兰州 730020)

摘要:法治文明秩序的理论促使人们对法治对于文化的效用提出了追问。福柯所揭示的规训(权力)对于分析立法对文化的作用机理提供了方法论上的启迪。在主体、基础、范围、方式上,立法对文化“规训”是通过对社会和国家的行为在利益关系上的调整方式,进而反作用于其思维方式和价值观念,并由此作用于其所具有的文化基因和文化生态,从而牵引相应的文化上的继受、生产或再生产,实现对于其中主体的思想文化意识的内在“规训”。立法的文化规训与道德教化、社会归化和宗教感化等是不可分割的,澄清立法的文化规训,有助于在文化立法中更加牢固地将文化权利(人权)置于优位。

关键词:立法调整;文化规训;行为范式;文化整合;文化认同

中图分类号: D920.0

文献标志码: A

文章编号: 1008-6021(2018)01-0001-05

一、立法(法律)规制文化问题的提出

文化滋养和孕育了法律,法律为文化所涵盖并作为其表征或构成。在文化与法律之间,渊源关系、构成关系、护佑关系、支持关系、评价关系,或者说决定与被决定的关系、包含与被包含的关系、内核与表象的关系、制约与从属的关系,是对其相互关系的概括。就此根植于特定的文化类型,理解和阐发法律或法治的不同类型或际遇,是一个基本的思维进路。历史法学派的代表人物、德国法(文化)学家萨维尼就绝不认为在忽略一国国民的特征及其文化(民族精神)的情况下,可以从理性的一般规则发掘出对一切适用的抽象规则。克利福德吉尔兹更加强调整律的文化属性的在地性或本土性。他指出:“我始终认为,法律就是地方性知识;地方在此处不只是指空间、时间、阶级和各种问题,而且也指特色,即把对所发生的事件的本地认识与对可能发生的事件的本地想象联系在一起。”^[1]然而这些多是着眼于由文化而指向法律。那么,由法律指向文化社会领域、文化形态和文化生产呢?文化能否被纳入法治?文化是不是可以被治理?在文化与法治之间何为自变量、何为因变量?要审慎地对待法律,对待文化,更要审慎地对待法律与文化。

二、立法规训文化的理论依据

(一)法治文明秩序理论的启迪

按照於兴中教授的理论构建和类型比较^[2],法治文明秩序,是以“法治”为核心、以司法为权威中心的制度结构和安排。概念系统、制度系统、权威系统(表征、机构、文本)即法院和作为权威的解释者的法官,以及法律意识的主导和支配地位。包含了这四个方面要素,方可谓法治文明秩序。法治文明秩序以其属人性、结构性和实践性,将法律、道德和宗教三种文明秩序加以区别,凸显法治文明秩序所特别强调和放大的人的智性、知性或理性,将法治的实施和实现所需要的法制与社会诸方面的关键要件予以提取,在比较分析法治文明秩序的积极意义及其在不同的文明国度被予以接纳、兼容或进而作为主导的社会治理与运行模式的可能性与现实性的同时,不去回避法治文明秩序在其发展和形成过程中所具有的阶段性和变异性,不能无视哪怕成熟的法治所具有局部性和局限性。

与福山的思想比较,这一理论中,有着在人性上的多棱基础。而不是在人的认知和界定上偏守单一的基点。那就是一种还原主义的、本质主义的立场。

收稿日期: 2017-10-22

基金项目: 甘肃省高等学校科研项目“法治视野下《人民警察法》的立法构建”(项目编号:2017A-173)

作者简介: 韩忠伟(1969—),男,硕士,副教授,硕士生导师。研究方向:立法学、行政法学。

法治的内在矛盾就在于人性的单一化和规则的机械化。由此使得法治日渐呈现出其局限性。马蒂亚森之所以更加强调实质的社会公正,就在于其人性的立足点与福山有很大不同,强调人性的活泼全面。而法治,则是在很大程度上会导致人的智性过度放大。马尔库塞《单向度的人》则指出在一个功利的世俗社会,人将在劳动力的出卖与物质产品的消费和占有之中,形成被压抑的精神状态,以至于对现实默认,因此否定、批判、超越的人的为人品格被忽视和消解或侵蚀。这样,在法治文明秩序,单向度的人已经产出“理性经济法律人”。这样就导致对人的抑制。然而,人是世界的根本和社会的实体。人类社会本质上是实践的。实践中人的本性得以存在、展现和发展,其中物质的决定性和意志的能动性之间是复合型的,不是单面、片面的。孔夫子尝曰:志于道、据于德,依于仁,游于艺^[3]。这其中包含着一定的人性多侧面的思想。

法治文明秩序对法治加之于文化乃至文明的效用加以实证考察和义理辨析提出了追问和启迪。换言之,法律可否调整文化?如何规制文化,这种规制是否会是一种宰治?这一过程中是否会产生对于文化之戕害?文化何以在一个法制之下传承流变和创新?在文化与法制之间是否存在紧张关系?然而这种紧张是否导致文化不可以“法治化”?由此,本文是一个反思和自省意义上的思虑过程的记载。

(二)福柯权力规训理论的借鉴

福柯的规训(性)权力的概念是用以“描述现代社会是如何通过监视、检查、管理等规范化手段实施对人的支配和控制的。”福柯重视法律、立法对人的规制乃至规训,指出:法律对人的行为乃至对人的“生活”的规制^[4]。规范、规制、规整、规训,是近义的。而规训的内涵更为丰富,外延更具有包容度^[5]。在解析上,我们则认为规训可以称之为:规制(本身即以一定的标准或规范的调整、干预而介入,并要求达到某种一致或规范化的状态)与训导的合成、简称。这样不仅有其“规范化训练”的含义,而且又能够传递出福柯更为强调权力、规训(身体的)权力的微观、直接和渗透以及监控的刚柔相济的有关义项。

福柯认为,“主权和规训,主权的法制和规训化的机制,是我们社会中政权的基本运作机制两项绝对的构成因素。”规训实质上是对个人或者个人身体的权力控制,福柯将其称为“生命权力”,也叫“规训的权

力”。“就是占据个人的时间、生命以及身体的权力”,目的就是生产、训练和培养“驯服的身体”,将他们改造成“归顺、可以被使用的身体、可以被改造和完善的身体。福柯认为,规训相对于法制更甚,法制和规训是两个事物,后者更加具有渗透力、深刻度和广泛性。但是不意味着二者在福柯的思想中是游离的。退言之,即便在其认识上是并列的,我们也认为二者是可融合的。规训,强调过程中,特别是微观的介入上权力的直接、精巧、灵活的,甚至个体私有化的、规范化的监视与管理。由此,我们认为,福柯所揭示的规训不因为其在现代社会的民主性质而削弱其在统治、治理以及法制上的支配性和将人非人化的可能。因此,我们赞赏福柯观点的革命性和批判性所在。

而立法,在普遍的意义,如许章润教授指出:“法律可能是宗教接轨、可能是伦理纲常,可能是对于一种习俗、礼仪和传统的混融,蔚为人类的规范。”人人皆可尧舜,人人皆能立法。关键在于原创性和正当性,进而是否能够具有示范性和可行性。“教化之力、德化之责、秩序之功”,建立基本型制。这是对立法的一般意义的概括。“从上而下,宗教、道德、法律、礼仪、习俗和技术,构成了我们人世规范的六个层次。”^[6]而本文则在严格的国家创制的意义上使用立法,或者说类似于哈耶克的法律与立法的区分中的“立法”。

三、立法对文化规训的运作机理

立法将一定的行为方式作为范型,辅之以激励或抑制的法律后果,在对社会主体行为、社会交往关系予以调整的同时,在宏观与微观上同步将社会文化形态作为其自觉的指向和对象,实施文化的“规训”。

(一)立法承载、传输社会共同价值观念与文化理想

主体上,立法本身承载和传输社会共同价值观念、特别是处于优势地位的一定社会群体所秉持的价值主张和文化理想,由此形成在不同社会成员之间的一体化构设与强制性弥合的训导,即在文化认同和舆情导向上的一种正式话语体系的供给。文化整合是社会组织运用价值观念和制度规范,将他们内部各个构成因素组合成统一整体的社会活动,是社会整合的重要组成部分,维护社会系统的完整性,防止社会组织体内部的各个部分因缺乏亲和力而导致发展失控、混乱和无序,保持社会组织体系的秩序化和规范化。

价值观念、组织体系和制度规范是社会整合三种基本方法和途径。价值观念以共同的信仰将组织体成员凝聚起来形成统一的整体,是紧密联系社会成员的精神纽带。构建社会共同的价值体系,是实现社会整合目标的基础性工作。组织体系将组织体的各构成部分从时间和空间上组合起来,整合各构成部分的功能形成完整的结构治理功能。完整统一、高效的组织化网络,是社会整合的有力工具。制度规范用统一的标准将组织体加以建构,具有“黏合性”^[7]。

(二)立法以其制度规范文化建构和文化整合

基础上,立法以其在制度规范文本背后的文化精神内涵的权力化,力图实现文化建构和文化整合,将历史文化的现实存续与未来发展进行贯穿和贯通,在其中进行甄别、祛除和强化,从而梳理、塑造符合其取向与旨趣的文化资源和文化活态。当然,不乏其中刻意的文化失忆或文化扭曲(如对原住民的文化放大)。以法律所确立的在“生存态度、文化倾向、价值观念、时空情绪、行为准则、思维方法”等方面中的“共同立场”对于群体成员造就了成文以及不成文的法度、规定、限制。一方面有利于社会交往行为的常态化与实效化;另一方面却又在其所限定的行为自由度与意念合理性之中构成对于个体文化创意及其展现的阻碍。所以,始终存在着规训与反规训的“斗争”。甚至这种斗争在立法博弈过程中就存在。在优势集团看来,一则,立法是其自身的文化理想作为法律的理想并以理想的法律——按照刘作翔教授的表述——以全民国家意志的方式予以确认。而实际上,不同的立法者将其一定的文化转而输入到社会中来,这种回馈,不是一种简单确认,而一定是一种变革,这种变革在制度层面、行为层面,在思想层面和文化层面均存在其迁移和改建。法律创设的行为规范,具有文化推广的意义,即文明化。这种文明化,是在时间维度上的延续;是在空间维度上的拓展;在主体维度上的不同社会主体之间的对主流价值观的认同,对既有社会制度和制度运动的认同。

(三)立法以文化移植等方式限定社会主体的文化消费与文化感受

范围上,立法促使社会空间在其制度约束的前提下转换为法律空间文化价值的制度环境的构建。以文化传播、文化移植、文化缺省^[8]等方式规定或限定社会主体的文化消费与文化感受。同时,在不同文化

类型的异质成分相互间的冲击与冲突上加以防范或化解。如电影配额制度,加拿大和法国等在世界文化多样性公约前谈判阶段以所主张的“文化例外”原则来作为自身文化主权的排他性的依据。文化同源下的缺省,是对立法者与法律作为公共产品的消费者之间的共同文化背景的一种俭省,是隐含性的文化因素在制度文本和行为规范上的立法处理情形。文化异质性下的缺省的故意,就容易产生一定的制度认同背后的文化差异与冲突,如宪政一词,是否携带着其文化密码或文化的不可剪除的成分?具体而言,是制度移植和文化交流之间的非同步性的结果或表现。

(四)立法管束并牵引利害关系主体的思想文化意识

方式上,立法调整的文化“规训”是通过对社会主体触及他人、社会和国家的行为在利益关系上的调整,以刚柔相济的方式,进而反作用于其思维方式和价值观念,并由此作用于其所具有的文化基因和文化生态,从而牵引相应的文化上的继受与生产或再生产,实现对于风俗习惯、生活方式、心理意识以及物态仪态等的文化因素或载体的自发形态或创造形态的管束,进而达到对其中利害关系主体的思想文化意识的内化“规训”。

具体而言,立法调整的文化规训情势和形态是复杂的。不同国家和民族的立法、特别是文化领域的立法政策、不同历史时期的立法理念、不同亚类型的法治文明秩序中,立法文化规训的取向、力度和深度不同,即便在西方国家,由于主张自由市场主义的、社会市场主义的不同国家的意识形态与话语体系有着一定差异,其宪法和法制对文化的立场与态度上就有不同。由于文化规训的政策与手段各有特色。使得不同国家和地区在原生文化的传承、文化群落(如地域文化、民族文化以及城乡文化中的民俗文化和官方政权的所谓正式文化)的演进与现世文化的创新、域外文化的吸纳、个体乃至群体的文化心理嬗变呈现出不同的情形。

中国古代的德礼政教合一的统治理念、政治文化与法制功能对于以儒家文化为内核、准则的立法的文化规训早已高度重视,甚至可以说有着极为深刻的自觉或是说深谋远虑,这一点毫不亚于福柯之解说。《荀子·儒效》即指出:人无师法则隆性矣,有师法则隆积矣,而师法者,所得乎情,非所受乎性,不足以独

立而治。性也者，吾所不能为也，然而可化也；情也者，非吾所有也，然而可为也。注错习俗，所以化性也；并一而不二，所以成积也。习俗移志，安久移质，并一而不二则通于神明，参于天地矣。有学者指出：“对儒家来说，道德律则的确立，不是权利主体的自我立法、自我设准，而是人性对天道的头程与献祭；它从普遍人性出发，以合内外的方式是儒家君子成了通过自我制裁向天道风险的牺牲，同时凭自我宣布的代表人资格谋求对社会大众的规训和编排。”^[9]中国古代形成了深厚的法制领域的文化规训技术，包括以德配天、出礼入刑的立法理念，以吏为师的示范机制，以及宽严相济的刑事政策、罪刑配置和行刑技术等。甚至在针对女性的贞洁刚烈的行为模范、形象塑造与身体规训上，远远地已经践行了福柯所谓的“身体政治”和“生命权力”即“使人活或是使人死的权力”^[10]。即便在现代社会，福柯亦指出：现代社会的统治者又将现代监狱的制度、形式和程序扩大到整个社会，使整个社会变成了“一般化的监狱”^[11]。概言之，在法制实现规训的途径和方式上，有法律为规训提供法律上的形式化的价值标准：平等、一律，为纪律的规训提供法律的强制力，为规训权力的渗透提供和构造了有关的技术手段并使其合法化。“法律制度随着安全机制的建立而更加活跃地得到运用。”总之，法律本身作为一种权力，促使社会全局的规训微观化、常态化。福柯指出，法律的论述和法的技术的运作，都是为了在这种统治所在的地方化约或掩饰两大因素，即一方面是关于主权的正当化的权力，另一方面是关于服从法律方面的义务。……正因为如此，在西方社会中，法制体系和法律审判场域，始终是统治关系和多种形式的臣服计谋的永恒传动装置。

立法的创制和调整中，文化规训与道德教化、社会归化和宗教感化等是很难完全分割开来的。立法的文化规训过程，是隐含于法律运行机制中的规范解释机制、利益调整机制、惩治(或)救济机制之中的，并且尤其呈现出法律制度与其他社会规范体系之间的兼容并蓄、合力并举的情形。规训在其要求社会成员必须认同和践行其主流或主导的核心价值观念上，立法的文化规训伴随着在行为上的规制而必然存在，或积极或消极，但必须得以正视和揭示。

通过对立法的文化规训机理与机制的解释，使得对立法的调整对象，个体行为的规制意义、法律价值的实现过程的理解予以深化，明确法律绝不是仅仅作用于外在行为的，尽管其直接的指向是人的行为而非思想。这样就在进一步深化立法的本质、价值与功能的认识中可以明晰由个体到群体、由行为到心态、由事理到义理、由范型到意涵的立法调整是如何强制、达致、诱致人身、人性和人心的。尽管这种规训，在现实中特别是在国家法制主义的情形中展现出法律作为权力、而并非作为权力的制约属性与功能，有着如马克思所说的对人的“物化”和“同质化”、如兴中教授所说的法治有着不可克服的“孕育不出秉性健全的人来”^{[2]70}的缺陷。

四、立法对文化规训的价值意义

针对实定法而言，文化规训具有极大的警示作用和批判功能，即不仅在文化立法中需要更牢固地将文化权利(人权)置于优位，而且在整个立法与文化之间的关系上更加具有自觉性和谦抑性。比如，自由观下的刑罚，不是以灌输某种意识为目的，而是始终致力于价值观的多样化。是故，刑罚应该始终保持谨慎的态度以便人们追求更多的可能性，进而推进社会文明的发展。毕竟可能会造就越是所谓的具有可操作性、民主性、合理性和科学性的立法，越是与健全的人性、健康的文化和健硕的文明渐行渐远。“立法政策之研究，或称法政策学之研究”，是“立法者及法制作业人员在研拟政策、研议法案时，应集中焦点于政策与法律之界面、政策转化为法律之设计、有关法律效果及效能等影响法律达成政策目标之中间变量，使法律之工具性与合目的性得以发挥至极。”^[12]立法政策学，是针对法律制度、规范和机制进行立法事实的判断、立法论证的开展、立法设计的比较、立法影响的评估，以提出妥当的立法方案的具有政策科学性质与特点的立法学学科群落中的组成部分之一，甚至可以说是立法学的核心构成部分之一。那么，立法学视域中对于立法调整的文化规训的机理揭示，就应当转而成为对立法与文化之间的紧张与矛盾予以缓和和化解的知识支点。

参考文献:

- [1] 克利福德·吉尔兹.地方性知识:事实与法律的比较透视[M]//治平.法律的文化解释.上海:上海三联书店,1994:126.
- [2] 於兴中.法治东西[M].北京:法律出版社,2015:70.
- [3] 杨义.论语还原[N].光明日报,2015-06-08.
- [4] 吉志鹏.法制与规训:福柯的双重控制论[J].社科纵横,2009,24(2):82-84.
- [6] 许章润.立法者[M].北京:法律出版社,2015:253-256.
- [7] 刘玉东,风笑天.法律的规则效应与居委会的组织建设[J].国家行政学院学报,2013(6):64-68.
- [8] 王大来.翻译中的文化缺省研究[M].北京:中央编译出版社,2012:1-9.
- [9] 李宪堂.人性的规训与献祭:儒家道德观的专制主义实质[J].南开学报(哲学社会科学版),2015(3):35-37.
- [10] 唐健君.身体作为伦理秩序的始基:以身体立法[J].学术研究,2011(10):141-146.
- [11] 高宣扬.福柯的生存美学[M].北京:中国人民大学出版社,2005:228.
- [12] 陈铭祥.立法政策:将政策转化为法律之理论与实践[J].月旦法学杂志,2002(7):73-81.

On the Regulation of Legislation to Culture from the Perspective of Law Civilization

HAN Zhongwei¹, DUAN Hailong²

(1.Law School, Gansu Institute of Political Science and Law, Lanzhou 730070, China;

2.Department of Law, Gansu Police College, Lanzhou 730020, China)

Abstract: The theory of the order of law and civilization has prompted questions about the utility of law over culture. The discipline (power) revealed by Foucault provides a methodological enlightenment for analyzing the role of legislation in the culture. Through adjustment of social and state behavior in the interest relations from the subject, the foundation, the scope and the method, the legislation of culture “discipline” counteracts its way of thinking and values, acts on its cultural gene and cultural ecology, leads to the corresponding cultural inheritance, production or reproduction, and realizes the inner “discipline” of the subject’s ideological and cultural awareness. The cultural norms and ethics of education, socialization and religious influence of the legislation are indispensable for clarifying the cultural norms of the legislation and helping to place the cultural rights (human rights) more firmly in the cultural legislation.

Keywords: legislation adjustment; culture and discipline; behavior paradigm; cultural integration; cultural identity

[责任编辑 叶甲生]