

姚建宗 著

法理文库

法治的生态环境

山东人民出版社



姚建宗 著

法治的生态环境



A1063210

图书在版编目(CIP)数据

法治的生态环境/姚建宗著. —济南:山东人民出版社, 2003. 1

(法理文库/徐显明, 谢晖主编)

ISBN 7-209-03147-2

I. 法... II. 姚... III. 社会主义法治—研究—中国 IV. D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 107384 号

山东人民出版社出版发行

(社址: 济南经九路胜利大街 39 号 邮政编码: 250001)

<http://www.sd-book.com.cn>

新华书店经销 日照报业印刷有限公司印刷

*

850×1168 毫米 32 开本 11.5 印张 4 插页 270 千字

2003 年 1 月第 1 版 2003 年 1 月第 1 次印刷

印数 1—3000 定价: 22.00 元

目 录

自序 一个法律“边缘人”对法治的思考	(1)
导 言：“复杂”的法治及其生态环境	(1)
一、“复杂”地看“复杂”的法治	(2)
二、“复杂”地看待“复杂”的法治的“生态环境”	(14)
第一章 法治的生活立场	(17)
一、法治与现实的人及其生活	(18)
二、我国法治的生活立场检讨	(22)
三、法治与现实的人的具体的生活场景	(26)
四、法治的基本向度	(37)
第二章 法治的生存土壤	(43)
一、自治的社会生活	(45)
二、自由的经济生活	(59)
三、民主的政治生活	(67)
四、多元的文化生活	(92)
五、宪政的制度安排	(94)
第三章 法治的制度基调	(98)
一、法治的人性立场	(98)
二、法治的人生态度	(117)

第四章 法治的人文情怀	(133)
一、法治的伦理前提	(133)
二、法治的审美旨趣	(151)
三、法治的人文关怀	(166)
第五章 法治的时空场域	(186)
一、时间、空间与人及其生活	(187)
二、法治的时间维度	(193)
三、法治的空间维度	(209)
四、法治的时空场域	(216)
第六章 法治意义的现实载体	(220)
一、法治的符号与仪式	(220)
二、法治的公共话语语境	(238)
第七章 法治的法律环境	(256)
一、普遍守法与追寻良法	(256)
二、程序优先理念与制度	(287)
三、法律自治与司法独立	(298)
结束语 我们与法治共同成长	(323)
附录 信仰：法治的精神意蕴	(325)
后 记	(355)

导 言

“复杂”的法治及其生态环境

近年来,法治成了我国法学理论界和法律实践界最为热切关注的论题,同时也是我国社会公众普遍关注的话题。然而,在我国法学者和法律人对法治问题的思考当中,似乎有一种比较普遍的、固定化的思维倾向,这种思维倾向或者思维定势,就是简约化。这种简约化思维倾向在理论上体现为对法治的有意无意和或多或少的化简,在实践上体现为对法治的有意无意和或多或少的提纯。对法治问题在理论和实践上的化简与提纯(简约化与纯净化)进一步体现在“唯法律论”上,即习惯于仅仅从法律的角度来看待并思考法治;这种唯法律论又具体体现为“唯立法论”,这种情况虽然在法学理论界体现得不是特别充分,但在我国政治上层即政治决策层中体现得尤其明显,即特别关注“有法可依”;与此密切相关的是,这种唯立法论更进一步体现为“唯物(制度)论”,即特别关注有形的法律的实际规范与具体制度等物质层面的周详完备,而比较缺乏对法律的精神层面的法的意识与观念的重视。由上述思维倾向所制约,我国法学者和法律人对法治问题的观察与思考所展现

的单一视角与单向维度,便不能不表现为既与我国的法治理想相疏离又与我国法治的现实相脱节,其真实的价值与意义也就不能不存疑。

一、“复杂”地看“复杂”的法治

我国著名作家王蒙先生在《我的处事哲学》一文中说:“凡把复杂的问题说得小葱拌豆腐一清二白者,皆不可信;凡把解决复杂的问题说得如同探囊取物,易如反掌者,皆不可信;凡是把麻烦的事情说成是一念之差,说成是一人之过,以为改此念或除此一人则万事大吉者,皆不可信。”^①我深以为然。就着王蒙先生的句式格调,就如何对待“法治”,我也认为:凡是认为“法治”其实很简单,完全没有必要说得非常复杂者,皆不可信;凡是认为“法治”不过就是一些“制度”的建构或者移植者,皆不可信;凡是认为“法治”只要由政府自上而下地坚定推行即可实现者,皆不可信;凡是认为只要党的主要领导人相信且愿意推进,“法治”即可实现者,皆不可信;凡是认为在一个相对可见的时间段之后“法治”即可实现者,皆不可信……

所以,从如实而全面地准确认识法治及其在中国的实践的角度而言,我本人更倾向于从事物的本来状况及其运作逻辑来认识事物本身的思维路径,因此,虽然我不否认对法治的化简与提纯自有其积极意义,但我更愿意把法治问题复杂化,而这实际上是对法治的还原。这就要求我们在认识、理解和思考法治问题时,采取一

^① 王蒙:《我的处事哲学》,转引自刘军宁:《保守主义》,中国社会科学出版社1998年版,第268页。

种新的思维态度或立场,这就是多重视界的综合维度。

1. 历史与现实。中国法学者和法律人对法治的思考基本上是从历史和现实的维度来进行的,但对法治的历史的思考显得比较简单,总是愿意用一种先验的或者固定的分析框架,即以法律的制度及其运作为轴心来描述法治,基本上是一种平面把握,缺乏对法治的历史的立体把握,即不大注意分析法治历史之存在的各种条件和因素,对这些条件和因素的合力作用对法治的积极的或者消极的影响如何,研究不够,似乎法治在单纯的法律制度建构与其运作中就可自然地达到。另一方面,我们对法治现实的考察要么局限于西方国家不同法治情形作形式的、表面的说明,缺乏对支撑其存在与持续发展之基础与根本动因的深度认识,要求中国法治建设注意这些形式法治建设;要么完全把眼光局限于中国现实国情之内,以国情为借口,否定法治具有某些普适性的人类共同性因素,过分强调法治的国别特色。同时,中国的法学者和法律人对法治的历史和法治的现实的分析研究在总体上是分隔的,其彼此之间的联系并不是必然的,当然也不是紧密的,法治的历史考察既缺乏对法治的现实的当然观照,又缺乏对法治的现实的经验指导与教训借鉴;而法治的现实当然也满可以把法治的历史撇在一边置之不理,而对其所可能从历史当中得到的若干借鉴持一种轻蔑与傲慢的自大狂般的不屑。然而,对法治的思考必须在其历史与现实的层面进行,并体现出其前后相继、彼此绵延相续的内在逻辑和真实的联系。

2. 理论与实践。法治的理论是从逻辑上分析法治的各种要素与条件及其存在与展开的各种可能情形,特别是其在理想状态下的各种可能情形;而法治的实践则是在具体的现实境况当中法治理论的具有真实的可行性的操作与运行。因此,理论中的法治不一定具有现实的可行性,也不一定就可以付诸实践,而法治的实践

运作必定要对法治的理论进行一定程度的修正与选择。因此,理论与实践是有一定的距离的。但中国法学者与法律人通常忽视二者的差别,特别强调理论与实践的一致性,甚至将二者完全等同,法治的理论阐释者过多地背负了法治实践决策者与操作者的政治责任与道德责任。法治的理论阐释与法治的实践运作是完全不同的两种情形,我们对法治的思考可以分别从这两个角度进行,不必强求二者的统一,对于理论研究者来说,不必苛求其与实践的结合,理论与实践相结合的责任在于实践决策者与操作者,这种实践必须要有理论的指导。

3. 主体与客体。法治的主体不是单一的国家、政府、政党,也不是社团、法人、作为自然人的社会成员,而是包括这些成分在内的整个社会活动主体,它们之间是彼此独立、彼此依赖、彼此制约又彼此合作的,体现了一种以双向互控为基础的多重互控关系。而法治的客体则是由这所有的社会活动主体彼此之间的各种现实的和可能的各种关系所构成的总体,即人的日常生活。法治的主体是具体的、所有的社会活动主体,而不是纯粹抽象意义的“人民”,也不仅仅是“公民”,更不是“国家”、“政府”。这表明,法治并不是用法来治人,用“依(以)法治国”来表达法治的内涵也并不那么确切。由于法治的客体乃是广泛的社会活动主体的各种关系的总体即人的日常生活,而人的日常生活包括公共生活与私人生活两个方面,因此,法治所表达的不过是社会活动主体的私人生活的自治与社会活动主体的公共生活的法律与规则治理,而这种治理社会活动主体的公共生活的法律与规则又必须始终以现实的人的生存、发展与完善为根本目的,具体而言,这种法律与规则必须始终以人权为坐标,以保障人的私人生活的自治为直接目的。

4. 社会与国家。我国法学者在思考法治问题上,充分认识到了法治与国家主义的内在矛盾与冲突,认识到了以国家为本位而

把法律作为治国之强力工具的法律观与法治精神的实质背离,因而提出了在法治问题上要树立社会优位的基本观念。这自然不错,但的确很不彻底,这种对法治的认识理路还有必要进一步厘清。实际上,无论是国家、政府还是社会,无论是在事实上还是在逻辑上,都不是也不可能是独立自存的客观实体,它们都只不过是人的存在以及在人的存在基础上的人的历史与现实活动的产物,从而也是人的历史与现实的活动结构与活动方式,从而也是人的存在方式之一,也是人的生活维度(可能是最主要最重要的生活维度)之一。从这个意义上讲,法治的出发点当然不在国家或者政府,但也不在社会,而在现实的个人。因此,法治与国家主义自然水火不相容,但法治与社会优位也并不那么步调一致,相反,法治与个人主义倒是具有天生的亲缘关系。由于人类文明的发展与进步,个人的生活始终是在与他人的互动关系的网络结构之中展开的,个人的不同形式的组合(如家庭、社团、政党等)才成了现实的人的日常生活的形式并逐渐在形式上和表面上脱离个人而存在,它们也才成为介于个人与国家之间的中间层次的社会实在。所以,对于法治而言,国家优位观念当然不足取,但社会优位观念也同样有其缺陷与矛盾,只有个人优位观念才是其根本,也只有个人优位观念基础上的社会优位观念才能与法治相容。

5. 权利与权力。由于法治的基点在人,个人优位观念是其基本信条,因此,在人的日常生活领域,私人生活优于公共生活,自治与自律优于他治与他律,于是,自由和尊严对于人的价值的优先性便不能不是自明之理。所以,对于人来说,权利始终是并且也不能不是第一位的。法治也就当然要求所有的社会活动主体高度重视和珍视自己的权利,同时又要对他人的权利彼此给予同样的尊重与珍视;法治也要求所有社会活动主体充分尊重并服从以尊重并保障社会活动主体特别是个人的权利的公共权力的合法权威,同

时又要对这种公共权力时时刻刻保持高度警惕,而且,所有社会活动主体尤其是操纵公共权力的主体要充分认识到公共权力的有限性,对公共权力予以限制的根本标准便是以基本人权为内容的个人的权利。与此相适应,法治也要求社会活动主体在享受权利和行使权力时,必须切实履行相应的义务,具有高度的义务意识与责任意识。也就是说,法治不仅要求社会活动主体认真对待权利和权力,而且要求社会活动主体认真对待其义务和责任。这里的义务和责任是一个社会学的概念,包括社会活动主体在其扮演的所有社会角色中不可避免地要承担的义务和责任,如宗教的义务和责任、道德的义务和责任、政治的义务和责任、法律的义务和责任等等。法治在社会活动主体自治与自律的层面上,所要求的不过是有所有社会活动主体的自我尊重与相互尊重和自己对自己负责而已。

6. 进化与建构。进化的法治观认为法治的生成与发展是人类社会自然而然的进步演化而得的,犹如瓜熟蒂落,纯系自然规律使然,决非人力之主观所为可能得到,因此,中国的法治建设不应也不可能人为的推动之下就可在短时期内完成,而我们目前所能做的不过是一步一步地为法治的生成创造条件,提供土壤,在法治的条件与环境尚未形成的情况下就催生法治不过是拔苗助长,会根本有害于法治。而建构的法治观认为,法治的生成与发展可能有多种方式和多个渠道,进化是一途,建构也可以是一途,特别是面对飞速发展的现代社会,中国在事实上根本不可能等到各种适宜的条件和环境具备之后才搞法治,而且,中国既不可能造就西方法治生成之初的各种所谓的条件,又根本无从得知何种程度的何种条件方与法治相适宜,所以,中国完全可以在借鉴他国建设法治的经验教训并领会法治之原则和精神的前提下,通过制度的建构来推进法治。进化的法治观反对在法治建设中国家(政府)的主导

作用,要求民间社会力量执法治之牛耳;建构的法治观则主张主要依靠国家(政府)的力量和权威来推动中国的法治建设。在中国的法学者和法律人中,都有分别持进化的法治观和建构法治观的,还有不少法学者和法律人持折衷立场,认为中国法治建设应走二者结合的道路。我本人就持这种折衷立场,但我不是笼统地讲进化论法治观与建构论法治观的“统一”与“结合”。我始终认为法治建设应观念先行、精神意识之培育优先。在我看来,进化的法治观所表达的主要是法治精神、意识与观念的自然生成,是从法治的民情基础的角度来培养法治的根基和土壤;而建构的法治观主要是关注的法治的物质方面,即法治所要求的规范的确立与制度的型构。所以,我倾向于以进化的法治观为基础,走进化的法治观与建构的法治观相结合的道路,即,以对社会活动主体的法治精神、意识与观念的培育为核心,以个人和社会的自治为重点,结合进行法治的物质的规范与制度建设,来推进中国的法治建设。

7. 启蒙与践行。中国法学者和法律人对法治的思考主要集中在如何实行法治上,即法治的践行乃是其关注的焦点和注意的核心,因此,他们的探讨多集中在法的规范与制度建设及其运作方面,而很少提及法治的启蒙。我个人认为,中国法治建设能否走上成功的正轨,至为关键的问题恰恰在于,我们的社会需要一个大规模的、全民性的法治启蒙。简单地说,所谓启蒙,指的是把人从无知无识或者缺知缺识的“不成熟”的状态中解放出来,通过逐步获得知与识而使其理性成熟起来的过程。说实话,法治的确是西方文明的产物,其于中国无论是过去还是现在都是一个舶来物事,其真实的意义与运作于我们的确有些陌生,尽管我们的一些法学者和法律人对其真实的运作情形确实了解了很多,也给我们描述和讲解得比较详细,但谁又敢保证自己对作为西方文明之产物的法治的个中三昧真正有所体味?而真实的情形恐怕是,尽管我们对

法治说得头头是道、讲得句句在理,但我们对它的确还是一无所知或者知之甚少。所以,我本人以为,在中国法治建设过程中,必须有一个奠基性的工作要做,那就是全社会的法治启蒙。不仅作为国家机构的立法机关、政府机关、司法机关需要法治启蒙,而且各个政党、各个社会团体和组织也需要法治启蒙;不仅党和国家的领导人、各级国家机构官员需要法治启蒙,而且作为社会活动主体的法人和自然人也需要法治启蒙,这当然也意味着我们的学者甚至法学学者都需要法治的启蒙。法治的启蒙不是某种形式的单向灌输,而是在日常生活中各社会活动主体的相互启蒙,是他们之间的经验的互相交流。因此,法治的启蒙决非全民普法就能达其目的。

8. 时间与空间。时间与空间是法治之生成与发展得以可能的两个结构性维度。就时间而言,过去时的历史轴线是由西方法治成长的轨迹来划定的,中国并无这一法治的历时性的时间资源;现在时的当前时段对于西方法治来说不过是其历史轴线的自然延长,而对于中国的法治来说当前时段则表达了它与西方法治在这一时段的某种契合,这一契合的必然前提当然还包括对自身因缺乏法治的历时性时间资源的一定程度的弥补,所以,中国法治建设的时间负担是比较沉重的,它要求历时性问题共时性解决。就空间而言,中国法治实践中中国与西方的位置距离暂且不谈,其最大的空间问题集中在城市与农村的位置间隔上。我总觉得,现时的中国法学者和律师人思考法治问题的立场和态度比较偏心,他们是有意无意地站在城市位置,以“城里人”的口气在讲话,法治的中心似乎天经地义地在城市;农村作为城市的边缘化地域,似乎也理所当然地被认定为是法治的边缘或边疆。这样一来,法治建设在中国农村的推行便有如城市向农村的“拓殖”或者对农村这块“边疆”的开发,自然而然地体现出时间维度上的滞后。我个人认为,在法治问题上,我们既有必要承认其历史形成的“西方中心主义”

又有必要承认其人类文明发展的普适性与共同性的成分,因此,中国的法治实践必定是在对西方法治的借鉴与批判之中展开的;但同时,中国的法治实践也必须克服其“城市中心主义”的态度和立场。

9. 平民与精英。法治既以个人为基点、以社会活动主体的广泛自治为特色,便不能不体现出其与普通人的日常生活的内在关联,因此,法治在本质上应当是平民主义的(并非民粹主义),但同时,法治又是以智识与文化的进步为保证的,因而也不能不有社会精英的参与、推动和引导。尽管从西方法治的情况看,其司法与政府运作的精英取向至为明显,但其整体倾向还是平民取向的。而我国法学者和法律人对法治问题的思考,在很大程度上有意无意地体现出来的恰恰是浓厚的精英主义色彩,而比较缺乏平民主义的大众情怀。无论从法律的规范设计与制度构造上,还是从法律的操作实施上都更多地表现出了中国社会知识文化贵族与政治精英的文化霸权主义与政治霸权主义的态度和立场,很少有知识与政治精英表现出一种常人意识。精英意识的强化与常人意识的淡薄,有使我国法治脱离其真实的存在根基与立足点,从而远离甚至超脱于社会公众的生活、异化为人的对立物之可能。

10. 形式与实质。中国的许多法学者与法律人都注意到了法治应当从形式和实质着眼,他们一般把形式法治表述为强调“依法而治”,秩序、法律的普遍性、稳定性与逻辑一致性等等,即求得法律的“形式合理性”;而把实质法治表述为强调法律至上、法律自治、权利保护等等。许多法学者与法律人也提出了中国的法治建设应遵循从形式法治到实质法治的路线,在规范设计与制度构造上表现为重程序法,由程序法再实体法的取向,而不是像我们以前所做的那样恰恰相反。这些思考大致都不错,也有一定的道理。但我总觉到这种思维颇有一种机械论的味道。且不说形式法治绝

不能等同于程序法制建设,我特别想指出的有两点:其一,我国学者对形式法治的种种思考都是以认同我国现行的、法治展开的各种既成事实的条件为前提的,希望旧瓶装新酒。但若没有对我国既成事实的各种条件的必要的改革或改良,这些条件能否承载法治重任的确颇有疑问,至少,我觉得我们有必要对法治在其中运行的各种社会领域(法律之内与法律之外)的组织、机构与设施的组建与运作予以反思性的考察分析。其二,形式法治与实质法治是互为前提和基础、互为支撑与保障的,在理论认识上将二者分开并不表明、也不能在法治实践当中把二者分开并确定谁先后行的次序。

11. 目的与手段。对法治的目的与手段的认识,可以从两个角度来认识:首先,就中国的民主政治与宪政建设而言,可以把法治看做是目的,而把以国家(政府)为基点自上而下,以社会为基点自下而上或者这两种形式的不同结合方式的对法治的推进看做法治的手段。这是中国法学者和法律人目前对法治问题予以认识和理解的基本路径。我赞同这种理解,但同时认为还有另一种思考的理路,即其次,就人的生存、发展和完善而言,立足于人的生活,那么,法治本身实际上只是手段,其根本目的乃是人的确证,是人格尊严与人性完善的追求,所以,我们完全可以说法治所追求的目的不过是让人自己成为具有人格、富于人性的人。由此看来,法治的方方面面,自始至终都体现或者应当体现着对现实的人的当前命运与未来前途的热情关注。这种关注不是一些人对其他人命运与前途的同情关注,不是精英对平民命运与前途的启示与先知般的关注,更不是国家(政府)或党派对民众的命运与前途的慈父般的抚慰性关注,而是作为社会活动主体的人对其自身命运和前途的真实情感与切身关注。

12. 价值与工具。法治的所有规范设计、制度选择、组织机构

与设施的组建,其所直接涉及的乃是对人的生活的某种程度的调节,这种规范性调节显现出了法治具有工具属性;但同时,这种工具属性并非技术性的、中立性的,而是自始至终体现出对人的生活的保障,对人的命运与前途的观照,所以法治中的法律是,也应当是具有深刻的价值蕴含的生活指导工具,这与国家本位主义的法律工具观具有根本性区别。在这个意义上,法治及其要素与成分的工具性与价值性应当是统一的,而决不是对立的。在我看来,法治的价值尽管必须以基本人权为基准,但其首要的方面乃是对人的自由的认可与保障,法律对人的自由的保障是全方位的,包括人的私人生活与公共生活的方方面面,但其核心乃是相信人的自治能力,相信人自我把握其命运与前途并自我负责的潜能。

13. 信仰与理性。法治的昌明必须首先确立法律至上的观念,所以我坚信法治的精神意蕴在于社会活动主体对于法的宗教般虔诚的信仰,这种信仰在一般的社会公众看来乃是具有天然的合理性与正当性的必然选择,因为它符合社会公众的经验、情感与直觉。但同时,这种经验、情感与直觉又是经得起人的理性的检验与锤炼的,也就是说,法治所显现的人们对法律的至上性的信任与尊重,是经得起严格的理性反思与批判性的证伪验证的。从另一种角度来看,我们不能不承认人的理性能力的有限性,不能不承认人的智识的局限性,按照哈耶克的说法,人的理性与智识的有限性与局限性实际上表现了人的无知。正是由于人的无知使人意识到了人的自我维持能力的不足与社会合作的必要,也正是由于人的无知才使人确信将自己的命运与前途托付给自己的经验、情感与直觉的合理性。因此,人对法的信仰并不是盲从与无可奈何的选择,而是具有内在的理性尺度与从容的计算权衡的。所以,法治需要人的理性,也需要人对法的真诚的信仰。

14. 神圣与世俗。从实体性的内容来讲,法律所关注并干预的

乃是人的日常生活,是人的公共生活与私人生活的诸多领域和方面,用一句通俗的语言来概括就是,法治的关注焦点乃是人的世俗生活的各个侧面,即人的生、老、病、死、赡、扶、养和油、盐、酱、醋、茶诸般俗务,极其世俗。但同时,法治从对人的诸般俗务的关注当中,体现出的乃是对人之为天理的尊崇与顺服,是对人之为人和人的命运与前途的关切与尊重,正是在对人的这种关切与尊重之中,法治显现出了对人的价值与尊严的绝对肯认与无条件的服从,正是在这里,法治从其世俗之中体现了其内在的崇高与独特的神圣性。所以,从法治对人的尊严、人格和人性的角度来看,法治的事务是世俗的,但其事业的确是神圣的。

15. 法与法律。就思想的源流论,古今中外的法学者和律师人对法律的认识都有两种根本对立的主张,一种主张认为法与法律是有区别的,法是法律的理想原型,因而也是法律之合法性、合理性与正当性的最为根本的检验标准与评判依据,法律不过是法的一定时空定位之中的现实表达方式,其与法的要求的适应与重合程度由于各种具体的客观原因与现实条件的不同而显现出差异。另一种主张则认为,法与法律只有称谓上的差别而无本质上的不同,它们都表明了法或者法律的现实性、实在性与可感性。前一种主张大致可以归结为自然法学派的观点,后一种主张似乎表达了实证主义法学派的意见。从法治的基本精神、原则、意识与观念来看,同时也从法治的价值主张与根本目的而言,我本人更倾向于自然法学派法与法律二元论的基本观点。因为,法治的核心乃是法律至上权威的确立和社会主体行为自治与独立平等人格的养成,法作为法律的理想原型与根本的价值评判准则,由于其与人性要求的一致性而具有毫无疑义的正当性与合法性,而当法律偏离法的标准时,人们也有一个客观的、理想的法的模式可以对法律的“脱轨”进行批评和校正。相反,当法与法律合二为一时,法律本身