

本书获山东大学出版基金资助

法的观念与现代化

范进学 著



A0974050

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

法的观念与现代化/范进学著. — 济南: 山东大学出版社,
2002. 5

ISBN 7-5607-2401-9

I. 法…

Ⅱ. 范…

Ⅲ. 法理学

IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 029743 号

山东大学出版社出版发行

(山东省济南市山大南路 27 号 邮政编码:250100)

山东省新华书店经销

山东日照日报社印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 8.25 印张 214 千字

2002 年 5 月第 1 版 2002 年 5 月第 1 次印刷

印数:1—2000 册

定价:16.00 元

版权所有,盗印必究!

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社发行部负责调换

目 录

序言	(1)
第一章 法律信仰:法制现代化的精神塑造	(5)
一、法律信仰的概念及其要素分析	(9)
二、法律信仰危机征象与成因分析	(15)
三、法律为何一定要成为信仰的对象	(23)
四、法律及其信仰基础	(26)
五、法律信仰:内外在构成要件	(32)
第二章 民主政治与法治:法观念现代化的制度基础	(41)
一、民主的概念分析	(41)
二、民主的实现形式:直接民主与间接民主的比较	(56)
三、法治政治:理论与原则	(73)
四、当代中国法治进程中的观念悖论	(94)
第三章 法治文明:法观念现代化的制度载体	(108)
一、法治文明:精神文明的价值取向	(108)

二、道德法律化与法律道德化:法律与道德关系的思考·····	(122)
三、法治化制度文明:精神文明的框架选择·····	(132)
四、道德的进步在于法治的进步·····	(144)
第四章 司法公正:司法现代化的逻辑起点·····	(149)
一、公正:法永恒的和最高的价值追求·····	(150)
二、司法公正的基本内涵·····	(154)
三、司法公正的基本原则·····	(159)
四、司法改革的必要性及其目标定位·····	(174)
第五章 法律职业:法制现代化的主体性构造·····	(185)
一、法律职业的概念与特征·····	(186)
二、法律职业主体·····	(189)
三、法律职业伦理与规范·····	(199)
四、法解释:法官在创制规范中的作用·····	(202)
第六章 法治社会化与守法精神·····	(224)
一、法治社会化:概念及其功能·····	(224)
二、中国法律社会化运动评析·····	(236)
三、守法精神:法治的精神要件分析·····	(245)
后记·····	(259)

序 言

(一)

乡土社会的中国迈向现代化社会的中国是不可阻挡的历史潮流。在中国,礼治秩序与制度的解构过程即是现代化法治秩序与制度的建构过程。解构意味着与过去的制度告别,建构则意味着一个新生的、寄托着建构者无限理想与价值追求的制度的降临。在这社会大变迁、大转型的历史时期,任何制度的变迁与变革都充满着制度创造者与制度下生活的人们的矛盾与痛苦抉择,变则生,守则死。而制度变迁最为关键的当是孕育于制度中的法权利观念与文化因子。法权利观及其文化观是一个社会历史的积淀、传统的积淀,它蕴涵着一个民族、一个社会对社会经济、政治、文化、教育的、特定历史条件中独特的思维模式和思维方法以及价值观、理念观的理性反思,包含着深刻的人文情怀与对具体的民族、种族生生不息的文化道德传统的记载,它是一个社会生存的根基。无怪乎著名学者梁治平先生指出“法律问题最终变成为文化问题”。“法律改革的命运在根本上取决于文化建设的成败”。诚哉斯言!因此,在推进法治国家建设的进程中除了专注于具体的现代法律制度建构

外,还应更多关注作为制度整体化的文化格局,更多给予法律制度中所需要的法权利文化养料以倾注。换言之,不仅要借鉴或移植西方的法律制度,而且要移植并培养与之相关的伦理价值与权利观念,使公众形成对法制度与秩序的普遍性的信仰,否则,法律制度及其规范就不能内化为公众的守法精神,进而落实到行为中去,从而会导致现代法律制度的名存实亡。

(二)

制度的变迁与创新离不开观念的变迁与创新,而观念的变迁与创新又离不开思想的启蒙。假若没有 17、18 世纪资产阶级思想家们的思想启蒙,则没有资本主义制度对封建专制制度的胜利以及资本主义制度的创制与稳固;没有对“天赋权利”与权力制约的法治精神的鼓动与宣传,则没有公民对人权与法律的信仰与对法律制度的服从与支持。中国当代社会关系的无序与失范并不是制度本身造成的,它与法权利观念的缺失有重大的关因。制度是现代的,制度创新是符合现代化原则与精神的,制度构建亦遵循了现代化的模式,但制度却被视为外来的、与己不相干的,我行我素固然是一种对制度的漠视,却可能与其自身相连的法文化观念相契合。所以,制度的变迁须与观念的变迁相随,大多数时候更应该是观念先行、思想先行。中国法制的现代化如果脱离法观念思想的启蒙,缺乏支撑制度的人文关怀,制度下的无序化则是必然的。这从反面说明了法观念启蒙对制度稳定性、现代性之重要意义。林毓生先生曾谈到,在中国民主与法治的观念启蒙的时代已经过去,其实不然。社会公众的失范与社会关系的失序均表明着社会主体的法观念的阙如,表明法观念启蒙至少在历经长达两千多年封建社会后的中国仍任重道远。所以,法观念的启蒙依然是每一个思想家的历史性课题与历史责任。

(三)

中国法制现代的目标模式是“依法治国,建设社会主义法治国家”,但“依法治国”仅是手段,“法治”或“法治国家”才是目的,因此,中国为法制现代化所作的一切努力皆需以此为目标选择。而对这一目标达成的最为关键的因素是人们对待“法”的观念的问题。观念的问题不解决,一切均无从谈起。所以,本书首先从法律信仰观念切题,就法律信仰的概念及其要素进行分析,并针对我国目前存在的对法律信仰危机之征象与成因,以及法律为何一定要成为人们信仰的对象、法律信仰的基础及内外在构成要件进行了详实的分析论证,其目的旨在说明“当法律不被信任、信仰而使法律形同虚设时,即使制定出千百部法律,也难以内化为一种民族传统和民族精神,从而难以完成建设法治国家的历史使命”。其次,对法观念现代化的政治民主制度基础与载体作了详尽的阐明。前者旨在说明法制现代化之完成重在民主政治制度建设,法的观念若缺乏法治所需要的民主政治制度的支撑,法治也不可能以制度的形态出现;后者则是力图说明只有法治化的制度文明才是应当指称的法治文明,并以此推动精神文明建设。再次,法治的核心是现代化司法理念的树立与法律职业主体即法学家与法律家阶层的出现与职业道德的生成,法治制度创新从一定意义上说是通过他们得以实现的,所以作者就中国司法改革的必然性与模式定位、司法公正及其基本理念、法律职业主体及其伦理道德进行了论述。最后,本书认为法治是精英的,更是大众的,法治理念价值及其规范原则只有社会化并为社会成员所接受、认可,法治才是现实的、有力量的;同时,针对中国自20世纪80年代中期实施的法律社会化运动的利弊进行了评析,力图阐释法治社会化所需要的另一重要的法治建设的精神要件即守法精神,明确指出:守法精神的缺失是当前中

国建设社会主义法治国家的主要障碍之一。因此,作者认为,由公民守法到政府守法,由不得已守法到自觉、自律守法这一历史性转变的过程,将是社会主体守法精神渐进产生到发育成长再到最终形成的过程,将是法治精神生成的过程,也必将将是法治国家和法治社会实现的过程。

范进学

2002年3月12日于泉城望山居

第一章 法律信仰：法制现代化的精神塑造

当“依法治国”的口号铺天盖地响彻各个角落时，“词的暴力”是否已临近了？人们对待一种理论、一个概念只有完整地理解它、解读它，才能准确地掌握它。我们曾吃过多少片面理解、只抓一点不及其余而走向极端、专断的亏！关于法治，当应有清醒的认识，那就是我们在确立法制现代化目标时，亦应当以“法治国家”为理想，以此来设计中国化的法治理论与法治道路。

无论是亚里士多德的“两重”法治界定，或是世界法学家大会《德里宣言》所涵括的“三原则”法治定义，或是戴雪的“四种”法治阐释，还是富勒的“八原则”解说，法治其基本内涵有二：一为依法而治(Rule by law)；二为法之理想与价值。

所谓依法而治，意指统治者是靠法律规则及其制度体系实现其政策，形成其法秩序，完成对社会关系的全面整合与调整。依法而治，就不是以政策而治、以道德而治，更非以人而治。但这并不意味着社会关系除了法调整与治理外，排斥法之外其他诸如道德、宗教、文化、习俗等调整手段对社会关系的调控功能，只表明法在整个社会关系调整系统中居主导性地位。依法而治强调的重点是“治”要“依法”，这种“治”不因领导人的改变而改变，不因领导人看法和注意力的改变而改变，一言以蔽之，不因人而“异”。详言之，依

法而治包括有法可依与有法必依之内涵。依法而治当然首先意味着治的层面要有规则、规范,这是“治”的提前和条件;其次意味着法的适用与实现(即有法必依),这是“治”的方法与手段,而其最终目的在于建设一种法秩序——社会所有人都普遍遵守法律,接受法的统治(Rule of law),从而实现法之理想与价值。江泽民同志在十五大报告中所界定的“依法治国”的科学概念^①无疑表达了“依法而治”的精神。我们十分赞同这样一种观点,即“依法治国”中的“国”不是地域上的一种指称,而是指国家事务与社会事务,它泛指治理国家和社会事务皆依法进行。“依法治国”仅表明了法治理论及其内涵中的一个层面,而不能将其与法治在概念的内涵与外延上等同。依法而治或依法治国是达成法治国家或法治社会的一种手段,它无意表明法的至上性,更无法表达或涵盖法的主体性、法的实质合理性等价值层面与理想层面的内容。历史经验与教训表明,法治当为良法之治、善法之治。就法而言,它既是一种社会规则体系,为人们的行为提供一种范式、标准;又是一种价值、权利与正义原则体系,为社会现实和社会秩序提供一套道德评判准则。若把法仅当作一套社会规范、法律规则的总和看待,其社会往往会步入“法条主义”的危险之中。当代西方资本主义国家法律出现的危机莫不与此相联系。正如伯尔曼所指出的那样,“法条主义”使得“法律正在变得更加零碎、主观,更加接近权术和远离道德,更加关心直接后果而更少关心一致性和连续性”^②。“几乎所有西方国家今天都受到了对法律玩世不恭态度的威胁,这种态度导致了各阶层

① 依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务,保证国家各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变。

② 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,中国大百科全书出版社1993年版,第46~47页。

人们对法律的蔑视。城市已经日益变得不安全了。在不可强制施行的规定下,福利制度几乎濒于破产。穷人和富人及处在穷富之间的人们全都违反税法。几乎没有一个行业不以某种形式规避政府的规章。政府本身从上到下都卷入了非法活动。但这还不是主要的问题,主要的问题是,只有那些罪行已经暴露的少数人似乎对这类问题感到良心不安。”^①人们逐步认识到,法律形式主义不足以防止把自由裁量的审判变成压迫的工具甚至像在纳粹德国那样变成实施野蛮和残酷行为的借口。正因为过多地强调法律的形式合理性而忽视其实质合理性,使得人们对于作为一种文明、一种社会共同体的西方本身的信念和对维系西方文明的信仰基础发生了动摇乃至丧失了信心。西方社会关于对法律的批评在20世纪50年代趋于激化。当时西方世界开始反思在纳粹德国以“法律”名义带来的恐怖深渊。最棘手的问题是这样一个不可否认的事实,即德国的堕落不应归咎于外来的思想,而应归咎于西方法治传统的形式的失败。^②人们对于法律之所以合法只是由于其程序正确这一观点而产生了怀疑,新自然法学或价值法学重新粉墨登场。它表明了,人类的文明与进步绝不能以牺牲人类之理想与价值作代价;高扬人的价值,追求人的理想,是人类进步与发展的动力,也是人类自身奋斗的归宿。它反映到治国层面上,在实现人类理想和价值的时候,法应当是一种体现着人类价值选择的规范、原则、精神,治始终是“善”治,与“善”治对立的“恶”治不是一种价值观塑造之治,因而就不是“法治”。

依法治国或依法而治并不必然要求所依之法是否善恶,是否

① 伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》中国大百科全书出版社,第46~47页。

② 高道蕴:《美国学者论中国法律传统》导言,中国政法大学出版社1994年版,第5页。

以追求正义为价值标准,它追求的仅仅是形式合法性,即指导政府的行动只要符合一切具有立法机构颁布的法律(或制定法)形式的法规律令就具有“合法性”,因而也是一种“形式”上的“合法性”,这种“形式合法性”只关注所符合的法律的权威或渊源,而与所符合的法律的实质内容无涉。而法治则是这样一种原则,它关注法律应当是什么,亦即关注具体法律所应当拥有的一般属性。我们之所以认为这一原则非常重要,乃是因为在今天,人们时常把政府的一切行动只须具有形式合法性(Legality)的要求误作为法治。当然,法治也完全以形式合法性为前提,但仅此并不能包括法治的全部意义:如果一项法律赋予政府以按其意志行事的无限权力,那么在这个意义上讲,政府的所有行动在形式上就都是合法的,但是这一定不是法治原则下的合法。^①如前所述,法治原则还是一种理想,立法、执法、司法是将这一理想付诸现实,至少将越来越趋近这一理想而不是相反。如果法治的理想被认为是一种不可行的、甚至是一种不可达到的理想,人们亦不再去努力实现这一理想,那么这种理想就会迅速化为乌有。而在法治理想缺失的境况中,社会就会很快堕入专断暴政的状态,这正是整个西方世界在过去的岁月中所持续遭遇的威胁。因而依法治国或依法而治关注的形式合法性的法治,隐含“有人在法律之上用法律统治他人”,即“人治下的法治”之意。形式合法性之法治因容忍某些个人、机构或集团处于法律之上或之外,即便在实行民主制的条件下,仍有蜕变成专制的危险^②。因此,形式法治所体现的形式正义倾向于为现状、现实服务,为秩序服务,若不与其实质正义相结合,法治就退化为法条主义。而法

① 费里德利希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),生活·读书·新知三联书店1997年版,第260~261页。

② 高鸿钧:《法律两种类型》,载《依法治国,建设社会主义法治国家》,中国法制出版社1996年版,第263页。

治除了关心秩序价值外,更关心这种秩序是否合理,是否是一种义务多于权利、强制多于自愿、压迫多于自由的状态。法治之法除了具有一般性、普遍性、稳定性、规范性外,还必然是合乎正义。正义之法必将导致正义之治。这里的正义之治,不仅要求立法合乎道德与社会正义,执法、司法环节更应维护正义,体现正义。从该意义上说,立法是正义之分配,执法是正义之实施,司法是正义之保障。法治离开了正义,恰似个人失去了灵魂。

中国法制建设虽然取得了很大成就,但是我们的法治仍具有较强的形式主义法治的倾向。如“法律为经济建设保驾护航”、“法官要积极同犯罪分子作斗争”、“依法治某某”的口号,都有着把法治作为一种工具的倾向。要问当代中国法治建设面临的困境何在?是有法不依、执法不严、违法不究,还是权大于法、人大于法、以言代法、以权压法、以权废法?其实,上述问题仅是法治建设的表层特征的外在反映,是当前中国历史的、社会的、政治的、经济的、传统文化的以及道德的诸多因素整合的内在要求的外观体现。无论法治建设以上述何种面目呈现,归结为一点就是:法律不被信仰,法治精神没有转化为全民族之精神。当法律不被信任而使法律形同虚设时,即便制定出千百部再好的法律,也难以内化为一种民族传统和民族精神,从而难以完成建立法治社会与法治国家的历史使命。因此当务之急乃是除进一步完善形式法治外,当须实现法治内在精神价值的转换,即以法律信仰为法治精神塑造之目标。法律至上也罢,法治控权机制也罢,还是权利保障也罢,法律信仰——一种主体心理对法律的认同至法意识、思想、观点、精神的养成——是法治发展的内在推进动力。

一、法律信仰的概念及其要素分析

法律信仰渊源于宗教信仰,人类若没有对宗教那种超验价值的直觉和献身,进而把对宗教的情感与体验内化为对法律的信奉,

那么法律很难成为信仰的客体。宗教与法律之间存在一种隐喻：宗教是法律的，法律是宗教的。没有法律的宗教将失去其社会性和历史性，变成纯属个人的神秘体验；而没有宗教的法律会丧失它的神圣和原动力。法律和宗教乃是人类经验两个不同的方面，但它们各自又都是对方的一个方面，它们一荣俱荣，一损俱损。^①然而在20世纪，宗教首次在很大程度上变成了一种私人事务，而法律在很大程度上则变成了一种与实际权术相关的事务。宗教的隐喻和法律的隐喻之间的联系已经破裂。它们不再能够表达社会共同体对于其未来和过去的想像力了，也不再能够博得社会共同体的热诚了。^②而“一个世界的隐喻一经消失，这个世界便告灭亡”。由此观之，法律信仰在法治社会中起到两方面的作用：一是作为解决纷争和通过权利、义务的分配创造合作纽带的程序；二是借助于法律的正义、权利、平等价值维系人们对生活的终极意义和目的的关切与献身，即把法律所体现的正义理想视为生活终极意义之一部分的充满激情的信仰。

信仰就其内涵来说，它是人类意识对客观世界及自身生命过程的反映，是人类精神宇宙存在全面沟通与融合的愿望与努力。它既包括由意识所形成的带价值参数的有关宇宙、社会和自身存在的一系列观念和知识以及由这些观念的偶像所构成的信仰对象，又包括人的信仰情感、信仰态度和信仰行为。而就其形式看，它是指在复杂多变的社会生活中确定的社会模式和价值尺度；在盲目的人生旅途中认定目的和归宿。^③信仰作为一种包含主体对信仰对象的感受、体验和认同的复杂的心理过程，是主体对其所认可

① 参见伯尔曼《法律与宗教》，三联书店1991年版，第95页。

② 参见伯尔曼《法律与革命—西方法律传统的形成》序言，中国大百科全书出版社1993年版，第2~3页。

③ 参见冯天策《信仰导论》，广西人民出版社1992年版，第4页；转引自李龙主编《依法治国论》，武汉大学出版社1997年版，第107页。

的客体所持的坚定不移、矢志不渝的态度,更是主体视客体为精神生活和社会生活中不可缺少的目标与寄托。就信仰基本要素而言,一般包括信仰观念、信仰情感、信仰行为三要素,法律信仰亦不例外。

信仰观念是信仰意识在认识上的一种反映,是判断有无信仰情感的标准,是信仰行为的内在根据,是信仰组织借以组织建立信仰体制的骨架,对整个信仰体系的构成起着基础性的作用。法律信仰观念主要是指信仰主体对法律所持的观点、看法和态度。人类对法律的态度和认识基于自身对所处的历史传统、社会变迁情势、文化背景等不同体验而不同,甚至是截然迥异的。在西方国家,自其文明的摇篮地——古希腊、古罗马就形成了“法即正义”的先验法律文化传统观念,正义的理论是一种超验的存在,不能用感觉来证明其存在。“这种正义起源于上帝,驻留在我们每一个人的胸中”,“基于这种体系的正义是对人及其制度的、超越人类理解范围的、神的正义的一种反映”^①。西方社会一系列的法律原则、法律观点、法律精神无不借助“法即正义”这一超验宗教信仰观而得以确立、巩固和延续,这与其说是对法律的信仰,毋宁说是对一种宗教的信仰。因为这种来自根植于某种超越现行政治权力结构的现实的法律从存在于神和自然的正义之神切换为近现代的人权、民主的价值和其他相关的信念之中,这种切换表明在“上帝死了”之后人类的一种理性选择——由信仰人格化的上帝转为信仰体现人类自身价值与理想的非人格化的法律,表明人类生命得到了新的延续方式,人类情感有了新的依托对象,而这些都是建立在过去两千年中基督教制度创造的各种心理基础和许多价值上面的。这些都是西方法律传统而非我们的传统。“这里不但没有融入我们的历史,我

^① 卡尔·J·弗里希:《超验正义——宪政的宗教之维》,生活·读书·新知三联书店1997年版,第17、15页。

们的经验,反倒常常与我们‘固有的’文化价值相悖。于是,当我们最后不得不接受这套法律制度的时候,立即就陷入到无可解脱的精神困境里面。一种本质上是西方文化产物的原则、制度,如何能够唤起我们对于终极目的和神圣事物的意识,又怎么能够激发我们乐于为之献身的信仰的激情?我们并不是渐渐失去了对于法律信任,而是一开始就不能信任这法律。因为它与我们五千年来一贯遵行的价值相悖,与我们有着同样久长之传统的文化格格不入。”^① 法律信仰在西方世界虽以基督教信仰为传统,但反映到宪政法治层面始终不变的一个观念就是人类的个体具有最高的价值,他应当免受其统治者的干预,无论这一统治者为主、政党还是大多数公众。质言之,信仰宗教隐喻信仰法律,但宗教信仰也好,法律信仰也好,信仰的客体不是信仰者的主观目的,而是借助于客体实现对人的自身与自我信仰。我们的历史传统虽未经历过基督教洗礼,但作为旨在维护具有尊严和价值的自我的法律及其制度是符合人性及社会发展规律的,因为社会主义社会乃至共产主义社会是一个充分保障人民的自由与权利的社会,是人的自由联合体的社会,因此信仰法律成为人们对未来、对终极生活目标的一种必然选择。对法律的看法和态度随着“依法治国,建设社会主义法治国家”战略目标的提出和实施,正日益由法律工具主义观向着法律价值与目的观悄然改变,价值法学和利益法学流派的出现正是对法律观念流变的体现。

信仰情感是信仰者对其所信奉的神圣对象的特殊内心感受和直接精神体验。它来自于灵魂深处的领悟能力,是对信仰对象既敬畏又向往的感情交织,无论是哪一种信仰,如果不能给信仰者提供某种感情上的满足,那么它就会成为枯燥无味、僵死干瘪的信条和

^① 梁治平:《死亡与再生:新世纪的曙光》,载伯尔曼《法律与宗教》(译者前言),三联书店1991年版,第15~16页。