

法治的向度与文化视域

The Orientation of Rule of Law and Cultural Perspective

苏晓宏
等著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

014005847

D902
24

张 王 周 谷 施 苏
萍 广 培 小 岸 晓
 巍 敏 娟 宏

The Orientation of Rule of Law and Cultural Perspective

法治的向度与文化视域




法律出版社
LAW PRESS · CHINA



北航

C1692708

D902
24

图书在版编目(CIP)数据

法治的向度与文化视域 / 苏晓宏等著. —北京:

法律出版社, 2013. 9

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5362 - 2

I. ①法… II. ①苏… III. ①法治—研究

IV. ①D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 213917 号

©法律出版社·中国

责任编辑/侯 鹏

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/大恒数码印刷(北京)有限公司

责任印制/沙 磊

开本/A5

印张/8.25 字数/220 千

版本/2013 年 10 月第 1 版

印次/2013 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843 重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456 深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5362 - 2

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



北航

C1692708

导 论

法治作为当今世界最突出的合法化政治理想,但是至今人们对它的意义并没有共识。“有多少人在捍卫法治,几乎就有多少法治观。”^{〔1〕}人们根据各自的理解在表述法治,社会根据不同的需求在实现法治。

虽然法治从其基本要求上看,表现为法律在国家、社会生活中居于至高无上的地位,具有普遍约束力。国家机关及其工作人员和公民的一切活动都必须以法律为依据,从而保证法律得到严格执行,依据事先设定的基于社会基本价值和理念的良善的规则和原则为一切行为,不恣意妄为。法治的特定价值基础和价值目标是达到某种法律秩序,即在社会生活的各方面均法律化、制度化,法律主体的权利义务明确化,其行为运行秩序化。但是法治究竟应当怎样理解、怎样形成、怎样表达,给人什么感受,对人的生活带来什么变化,这些都是人们试

〔1〕 [美]布雷恩·Z.塔玛纳哈著:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第4-5页。

图搞清楚的问题。

其实,人们可以从不同的角度去理解法治、解释法治、体会法治本身就是法治的意义所在,法治就意味着人们可以在法律的治下自由地表达、自由地行为,保障人民在法治环境下表达思想反映其感受正是法治的题中之义。

法治是一种理想,是人类解决自身问题的制度设计和社会模式。法治是在运行之中的,因而法治是可以也应当被感知,感知就包含着主观上的感受和客观上加以观察两个方面,基于这一立场,法治问题的探讨可以通过主观性分析和客观性描述这样的不同视角和向度深化其研究,而无论是主观理解还是客观感受都会呈现出相应的文化倾向和文化表现。

任何社会的法治内涵都是和社会的文化样态相联系的,同时也是社会文化的有机组成部分,而社会文化又是有各种文化积累和组织而成,所以通过不同的文化视域可以更加贴切审视和省察法治的意义。

—

法治作为人类社会的治理模式本身不具有客观统一的标准。

法治是人类的一种理想,被视为一种世界观、社会的价值理念乃至社会、经济、文化的观念。对于其形式、价值和目标,几千年来在不同的历史时期、不同的社会政治经济条件下,在不同国家的意识形态中,人们总是以不同的立场、观点和需要出发加以阐释,并赋之以不同的表现形式。法治本身又是不断发展、演进和丰富其内涵的,法治的发展史是人类社会文明发展史不可或缺的组成部分,人们对它的基本精神和基本价值的追求始终伴随着人们对于社会一定发展阶段所采取何种统治方式的认知,最终也是对人自身价值的认识过程。

法治在历史演化的过程中展现出与其形成环境和传统相契合的内生性,因此法治总是带有强烈的主观色彩和地域特色。法治作为社会治理模式从根本上是人的理性的反映,理性本身就是主观取向的,其建构前提就是假设性的。虽然法治以制度为基础,但其价值意义却总是

越出制度本身而更深地嵌入人的自我目的中,法治是为了保障人的自由平等。并说到底保障人更像一个人而存在的,而作为一个人的存在意义无疑是主观反映。

主观理性设计而形成的制度模式,自然是被主观感知、主观体会、主观感受、主观利用、主观实现的,法治需要被人们认识、评价、比较、完善,都需要通过主观的意志和愿望进行。法治作为人类的治理模式的,是由人创造而成的客观外在,但这一客观外在是借助于主观而先验地形成产生的,在这个意义上讲是主观对于客观的确证。

二

然而,法治又是客观存在而确确实实地运行着的制度,当主观理性的观念创设转化为外在的制度之后它必然就独立于人的主观意图并有着其自身运行的不可逆转性。对于这样的客观性制度,除了主观去评判、感受之外,无疑可以找到某些共同性的指标加以展现的,历史上也不乏有人提供出这些相应的标准,如戴雪、富勒等,但是这些思想家提出的条件或标准,已然是主观性即强的标准,在历史发展到网络和数字时代,人们已经进入到所谓的数字化生存的世界之中,几乎所有的社会生活到可以转化为数字来体现,数字就可以实现量化,数据就可以给人们提供客观分析和测量。于是人们就试图提出一种指标性的概念来评价和衡量法治发展的基本状态,这就是“法治指数”或称为“法治量化评估”。

这一概念的提出给原本完全主观理解的发展问题形成了客观向度和界面,可以借此来证实和了解每一区域法治发展的状态和程度,以及这一区域法治进一步发展的可能空间。

客观性法治指数的理论基础在于,虽然人们对于法治的意义各执一词没有完全统一的共识,但是法治发展几百年以来人们对于其核心的价值观念和原则还是有某种基本一致的理解,否则就无法解释法治何以会成为全球性的理想和追求目标,因而可以通过某些共同性条件和数据的选取,使各区域法治发展形态、状态可以在同一平台上加以比

较、排行,以期对其发展提供参考,目前国际社会各类指数的发布也正是基于这样的考虑,例如“透明国际”组织发布的所谓“清廉指数”或“腐败指数”等。

难点在于,法治本是相当主观的理念性范畴,哪些价值点可以被选取用来作为客观评价的指标数据依然是主观的且难以统一的,所以如何建构权威性的指标体系令人信服的展现其客观标准是需要进一步努力的。

三

人如何在社会中感觉到法治,可以主观性感受,也可以客观性评价,但感受和评价都是在一定文化场域中发生的,这些主观感受和评价最终都会转义为文化的评判。法治原本就是记载和承袭着一定社会的文化内涵的制度文明的表征之一,司法文化是法治文化的组成部分和重要评价指标,人们总是从各种司法活动中感知和体会社会的法治程度和法治的状况水准。

司法文化与一个国家的司法制度紧密联系,在司法制度的运行过程中积淀传承,并形成各个国家各具特色司法文化传统。法院是司法活动最主要的机构之一,法院文化也就必然成为司法文化中最富代表性的文化类型之一。

法院文化的精神实质对于一个社会的法治文化有着主干性影响,法院文化有着不同于社会中其他文化类型的特殊符号系统,人们总是通过这些外观的司法符号(如法庭、法袍、法槌)来直观感受司法的活动过程,并逐渐内化为自身的司法文化记忆,法官的行为方式是传递司法文化价值内涵的重要载体,对其行为方式及其所反映出来的职业伦理的考察是社会公众对法律的接受、认同、评价的有效途径。

四

检察文化是与法院文化相匹配的司法文化。检察文化首先当然也同样与检察制度相关联,制度是文化生成的基础条件,由于中国检察制

度是独具中国特点的,必然随之带来其检察文化的特性,检察文化是以检察形象、检察风格来展开的,形象和风格的独特性正是文化本身的魅力所在。

检察文化的建设既是文化自身的需求,同时也是时代的要求、制度品质的需求。建设具有中国特色的检察文化需要在坚持其制度特色的基础上进行制度创新和整体性形象的塑造,努力使其文化的先进性、法治性、开放性、独特性得以展现。

五

律师文化是法治文化中不可缺少的一种类型,而且相比较法院文化和检察文化,律师文化的文化形象更加鲜明。首先每一个国家的律师文化都各具特点,如英国律师制度中出庭律师和事务律师的分类、美国无处不在的律师、法国律师的自由精神、德国律师的严谨刻板都成为人们认识律师制度和文化的切入点。律师的社会地位总是被人们作为分析一个社会各阶层的一个主要样本。

律师文化首先是从外在形象来展现,从硬件上讲律师的办公场地、衣着服饰外表、收入等都给社会公众以视觉感受,同时律师的专业特长、工作风格、声誉名望又显现着文化内在的特点。而在对于律师外在形象的评价又会进一步形成对于律师职业的文化评价。无论是正面还是负面的评价都是律师文化的真实反映。

律师文化的价值内涵在于律师在司法实践中的立场性、尖锐性、独立性、务实性等社会特性以及在诉讼活动中远交近攻利用一切可利用的资源影响法官的判断,最终有助于法治的发展。律师文化的深层意义在于律师文化是与社会诚信、法律教育、社会管理以及市场经济的发展都有着相关性,律师文化的发展对于公民社会的形成发展也起到了不可替代的作用。

六

企业是社会发展到一定阶段出现的一种新的能量聚集方式,在市

场经济条件下,企业作为市场和社会的主体之一,其行为方式对社会的法治文化也是重要的组成环节。企业的法治文化在制度层面、意识层面、公共关系层面、形象层面都有展现。

从本质上说,企业文化和法治文化是既相容又矛盾的关系,企业是逐利的动物,逐利的本性与法治的规则意识之间有着天然的矛盾,但市场经济的规则又是企业运作天然的需求;企业谋求自身发展就要突破现有规则进行创新,而这又与法治强调的依法行为之间存在冲突;而中国式熟人社会的企业环境又给企业在习惯和法治之间形成两难困境;同时企业又为了自身发展不断和政府之间展开博弈。企业法治文化的发展可以成为推动社会法治发展的积极动力并且成为制约政府依法行政的有效力量。

法治的向度给我们以不同的视角去认识法治看待法治,在强调法治思维和法治方式的今天,可以摆脱单向性的思维逻辑,全方位提供法治建设和发展的路径选择,而法治文化又使得人在认识法治的过程中有了更深更广的视域,从而可以帮助人们在理解和解释法治现象和状态时不再局限,并从观念具体化为人们的感受。

目 录

上 篇

第一章 法治的主观性 / 3

引言 / 3

第一节 作为治理模式的法治 / 7

一、法治作为治理模式本身不具有客观标准 类型 / 8

二、法治作为治理模式是制度设计的理性尝试 / 17

三、法治作为治理模式是人类社会的理想状态 / 24

第二节 作为人类自我实现的法治 / 34

一、法治的基础是人对自我价值认识 / 35

二、法治的推行实现是人主观行为的结果 / 43

第三节 作为主观感知的法治 / 52

一、法治是由人主观体验感知的 / 53

二、法治是由互相比较来体现的 / 62

结语 / 70

第二章 法治的客观性 / 72

第一节 概述 / 72

一、研究背景 / 72

二、国内关于法治量化的研究成果 / 74

三、研究范畴的界定 / 76

第二节 法治量化评估的理论可能性 / 78

一、全球范围内考察法治量化的理论基点 / 78

二、法治量化评估的理论基础 / 83

第三节 法治量化评估的现实可行性 / 87

一、法治建设社会实效的评价 / 87

二、法治评估指标体系的构建 / 91

三、法律实证研究方法的支撑 / 95

第四节 法治量化评估的实践探索 / 101

一、法治指数的内涵 / 101

二、法治指数的实践 / 104

第五节 法治指数的现实丈量 / 109

一、法治指数的实际客观效能 / 109

二、法治指数的深入应用——以我国为评价
范本 / 117

下 篇

第三章 法院文化 / 127

引言 / 127

第一节 法院文化概述 / 129

一、法院文化的概念 / 129

二、法院文化的内涵 / 136

第二节 法院文化与法治建设 / 139

一、我国目前法治建设概况 / 139

二、我国法院文化现状分析 / 141

三、法院文化对法治建设的积极推动 / 143

第三节 加强法院文化建设的思考 / 147

一、法院文化的符号系统建设 / 147

二、法官职业伦理的塑造 / 151

三、法官行为方式的研究和引导 / 154

结语 / 157

第四章 检察文化 / 159

引言 / 159

第一节 检察文化的命题区隔 / 160

一、检察制度 / 160

二、检察形象 / 163

三、检察风格 / 164

第二节 检察文化建设的需求考察 / 166

一、文化需求 / 166

二、法治需求 / 166

三、制度需求 / 166

四、品质需求 / 167

第三节 检察文化建设的目标路径 / 167

一、检察文化建设的路径 / 168

二、检察文化建设的目标品质 / 171

结语 / 173

第五章 律师文化 / 174

引言 / 174

第一节 律师文化的制度考察 / 175

一、律师文化的制度历史溯源 / 175

二、各国律师制度的文化表现 / 176

三、律师社会地位的角色分析 / 182

第二节 律师文化的外在形象 / 184

一、律师文化的形象透视 / 184

二、律师文化的形象评价 / 190

第三节 律师文化的价值内涵 / 196

一、律师文化的社会特性 / 196

二、律师文化的工作特性 / 198

三、律师文化的价值提炼 / 201

结语 / 205

第六章 企业法治文化 / 207

引言 / 207

第一节 多方位的展现——企业法治文化的具体内容 / 209

一、制度上的表现 / 210

二、意识上的表现 / 213

三、公关上的表现 / 217

四、形象上的表现 / 220

第二节 相容中的矛盾——企业法治文化的内在冲突 / 224

一、逐利与规则意识 / 224

二、创新与法律遵守 / 227

三、习惯与崇尚法治 / 230

四、发展与维护权益 / 233

第三节 可挖掘的富矿——企业法治文化的价值分析 / 237

一、推动法治建设发展的积极因素 / 237

二、制约政府依法行政的有效力量 / 243

三、促进社会和谐进步的组成部分 / 247

结语 / 250

后记 / 252

上 篇

61

第一章 法治的主观性

引 言

秉承自然化育之功,人类得以在这个地球上繁衍生息、文明进步;凭辑身心演进之路,我们成了自然骄子、万物灵长。我们除了要应对大自然的无常的变化外,更重要的是,如何解决群居生活带来的挑战,以便“和睦相处,和善相亲,和衷共济;以使生命有安、生产有条、生活有序”。^{〔1〕}故而,在人类历史上,不同地区的人们在不同时期采用不同的治理模式来达致国泰民安,社会学大师马克斯·韦伯大致将其总结成以下三种类型:(1)建立在相信统治者的章程所规定的制度和指令权力的合法性基础上的合法型统治;(2)建立在一般的相信历来适用的传统的神圣性和由传统授命实施权威的统治者的合法性的传统型统治;(3)建立在非凡的献身于一个人以及由他所默示和创立制度的神圣性,或

〔1〕 高鸿钧著:《现代法治的出路》,清华大学出版社2003年版,第1页。

者英雄气概,或者楷模榜样之上的魅力型统治,^[1]实事求是地讲,各类治理模式本身并无高下、优劣之分,而判断一个治理模式的优劣在于是否同国情、社情、世情相适应。申言之,治理模式本应是民族自决的重要内容。然而,历史不可逆转,近代以来西方世界民族中率先取得了“压倒性”的物质力量的优势,整个世界被裹挟进了“近代化”、“西方化”、“全球化”的进程之中。而作为西方发达民族的重要明文成果和核心价值之一的法治或被动建立或主动共谋地被后发达民族奉为民族振兴、经济发展的不二法门。近年来随着经济全球化的发展,法律全球化、国际法治之声不绝于耳。故,在法治研究和实践中出现这样倾向或无意识,即将西方法治模式特别是英美模式^[2]等同于现代法治,将现代西方法治等同于世界法治的标准范式然后把它当成衡量、评价一个国家、地区法治程度的标准。然而这样做存在着三个潜在错误前提:第一,历史决定论,历史发展是单线程的、一元的,将西方文明视为人类文明的高级阶段,其他各民族都处在向西方演进的过程中,因此应该比照西方文明各个方面来设计自己的政治、经济制度,法治当然是题中应有之义。然而,历史绝非单线性,同质化的进程,而毋宁是一个单一化与多元化、国际化与本土化、一体化与破碎化、集中化与分散化相统一的进程。第二,法治“物化主义”,把西方法治的一整套制度看成是可以脱离它的母体——西方的历史、文化、经济特别是人——而存在的自然事实。而法治作为一种制度事实不能脱离人而存在的。第三,西方中心主义,认为西方文化优于、高于非西方文化;或者认为人类的历史围绕西方文化展开;或者认为西方文化特征、价值或理想带有某种普遍性,从而代表非西方未来发展方向。当然笔者这里并不是否定西方法治模式的价值,实事求是地讲,西方法治模式在人类历史上具有重大而

[1] [德]马克思·韦伯:《经济与社会》,林荣远译,商务印书馆1997年版,第241页。

[2] 西方法治传统中一直存在英美同德法两条路径,相较于英美的自然生发的法治模式,德法从某种意义上讲也是被迫接受的。详见郑永流著:《法治四章》,中国政法大学出版社2002年版,第一、二章。