

ZHUANXING ZHONGGUO FALU

转型中国法律

李瑜青·主编

社会学研究

SHEHUIXUE YANJIU



华东理工大学出版社
EAST CHINA UNIVERSITY OF SCIENCE AND TECHNOLOGY PRESS

ZHUANXING ZHONGGUO FALÜ

转型中国法律 社会学研究

李瑜青·主编

SHEHUIXUE YANJIU

图书在版编目(CIP)数据

转型中国法律社会学研究/李瑜青主编. —上海:华东理工大学出版社,2010. 6

ISBN 978-7-5628-2793-1

I. 转... II. 李... III. 社会法学-研究-中国 IV. D90-052

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 070311 号

转型中国法律社会学研究

主 编 / 李瑜青

责任编辑 / 严国珍

责任校对 / 金慧娟

封面设计 / 戚亮轩

出版发行 / 华东理工大学出版社

地 址: 上海市梅陇路 130 号, 200237

电 话: (021)64250306(营销部)

传 真: (021)64252707

网 址: press.ecust.edu.cn

印 刷 / 常熟华顺印刷有限公司

开 本 / 890mm×1240mm 1/32

印 张 / 12.375

字 数 / 395 千字

版 次 / 2010 年 6 月第 1 版

印 次 / 2010 年 6 月第 1 次

印 数 / 1-1000 册

书 号 / ISBN 978-7-5628-2793-1/D·108

定 价 / 32.00 元

(本书如有印装质量问题,请到出版社营销部调换。)

站在更高的学术立场上研究法律社会学 (代序)

《转型中国法律社会学研究》一书的出版是学界的幸事。本书凝聚了国内外诸多法律社会学专家、学者的心血。

法治作为一个时代命题是具有普适性的,但它在一地的发生又具有地方性,包含于它的是文化,一国的法治是在该国文化的流动中形成、发展的。因而任何国家法律的存在或发展,都不是抽象的,它是以一种直接的形式,对人的社会生活作出表现与确证。在阶级斗争为纲的时代,法律成为阶级斗争的辅助工具,但实际反映的是人的存在方式。改革开放以来,我们主张现代化的发展要求,在法律文化上体现的是权利至上,对中国人来说这个命题带有浓厚的时代批判的内涵,人的尊严、人的价值,在这个命题中得到了张扬。但是随着中国经济的发展,有学者对近三十多年法学发展作为主导的观念提出了批评,认为无论是权利本位的观念或本土资源论的命题,本质上都是以西方法学为主体的。从深处来说,它投射出我们今天的中国人的存在方式,我们有了更为广阔、更为自由的思维空间,有了更为气魄、更有底气的学术挑战力。我们不能简单地否定历史,中国近三十多年的发展,我们在法律文化方面寻找自身的发展方向,这个过程是不断向前的。当我们从历史走来的时候,历史载负着历史具有的自身的合理性。

但当我们高举思想的创造性大旗时,一定国家的历史传统文化总是最基础的。这里就有一个问题必须要回答,即何为中国的历史传统文化?传统顾名思义,有传、有统。传是过去有过的,统是今天还有生命力的。如果在历史上存在的,它已经被人忘却,没有人认为值得去统,它就不是传统。在中国的传统中至少有三条线:其一,中国古代连绵几千年封建社会所形成的传统;其二,中国经历过的民主革命时代或后来的新民主主义革命时代所形成的传统;其三,社会主义计划经济时代所形成的传统。这三条线都有自身明显的文化特征。中国古代文化是以儒学文化为主导的;民主革命时期的三民主义理论或新民主主义时期的马克思主义理论以及当时西方一些社会理论在中国的传播;社会主义建设时

期是斯大林主义理论的影响等。丰富的传统意味着当我们去思考建构当代中国法学创新体系时所选择的理论框架的丰富性。但这里有一个方法论问题,即如何判断某一个传统从根本上是有生命力的?我们应该从社会结构上来分析。社会结构反映的是人的存在方式。因而,法律必须对社会开放,这样它才有生命力。

现代化的过程,是否意味着东方元素的消失?亚细亚生产方式曾经是东方社会最明显的特征。东方人把血缘关系带进了文明社会,形成了自成体系的农村村落,长期的在熟人村落系统所形成的文化对家族伦理予以了高度热情。从理论上说,现代化的过程,由于以市场经济作为基础,亚细亚的以血缘关系为核心的这种生产方式将逐渐解体,中国改革开放以来加速了这个解体的历史过程。但无论怎么说,毕竟这是一个历史过程,这个过程也许很长,这个过程的走向总是带有东方特色的,东方国家总是带着东方元素在实现着自身的社会文明历程。因此,现代化的过程,中国作为东方国家的代表总是按照自己的逻辑踏着时代的步伐。从这个观点来看,有学者认为的法治只能接受一个陌生人世界的命题,个人主义是法治唯一可选择的伦理命题等,都是带有某种独断论倾向的。

任何一个民族在自身的文化发展中都可能给人类带来具有普遍价值的思想或观念。法治文明是一个时代命题,这个命题之所以是时代性的,因为真正意义上的法治只有社会发展到一定阶段才是可能的。这里包含的就是普遍性的要素。中国学者应当理直气壮地询问自己,中国法学对人类的法治文明可以给予什么。中国传统儒学以和合文化为基础所提出的和谐理念,是中国智慧可以给人类法治文明建设作出的思想贡献。在中国的智慧里面,辨别是非对错固然重要,但并不一定要把人际关系搞得过于紧张。人的存在就其方式而言并不是单个个体性的,人是通过他人才确认自己,以仁和义为实质联系的和谐理想,充分发挥调解的社会功能就成为法治文明应积极吸收的内容。当然,我们有必要对所提出的观点作进一步的论证。但时代的发展,已经给我们学者提出了这个问题,即法治文化的中国制造,而这个领域法律社会学的学者是大有作为的。

编者

2010年6月

目 录

法律社会学视角与法治建构

中国法治之路的法文化思考——以中国传统文化与法律的相互 关系为切入点	2
西方社会法学的法观念探析	14
法律社会学研究共同体与范式构建	22
试论西方人本主义对当代中国刑事司法的影响	36
从二阶规则到规则丛——对哈特法理论的一种描述社会学延伸	45
西方知识引进运动的检讨——以法意与人情关系的衰落与兴起 为讨论重心	55

社会变迁与法律转型

在法院与裁判所之间——中国法院的特殊角色分析	64
论当代中国法治之路的不可逆转性	71
迈向司法统一的案例指导制	80
舆论监督和社会文明	99
转型中国政府之合理定位——兼论公共政府及其建立	115
徘徊在情理与法理之间——试论中国法律现代化所面临的困境	124
论当代中国的法律社会整合功能	132
司法公正的维度延伸——上海法院追求公正之路六十年	148
转型社会中法律调整机制的转变——以企业社会责任的制度化为例	159

回应型审判实践研究

回应型审判管理工作机制的构建——以基层法院为视角的探索 与思考	166
直接民意与司法回应——以刑事个案中的联名信为切入点	174

法院立案庭制度创新研究初析——以结构功能主义方法为入手的思考	185
裁判思维的转换与释明制度的重构	197
涉少民事案件审理机制的发展与完善	203
涉法信访制度何以可能——以法文化学对话理论为视角的思考	212
从基层法院审判资源配置现状谈司法能力提高	223

调解实践与纠纷解决

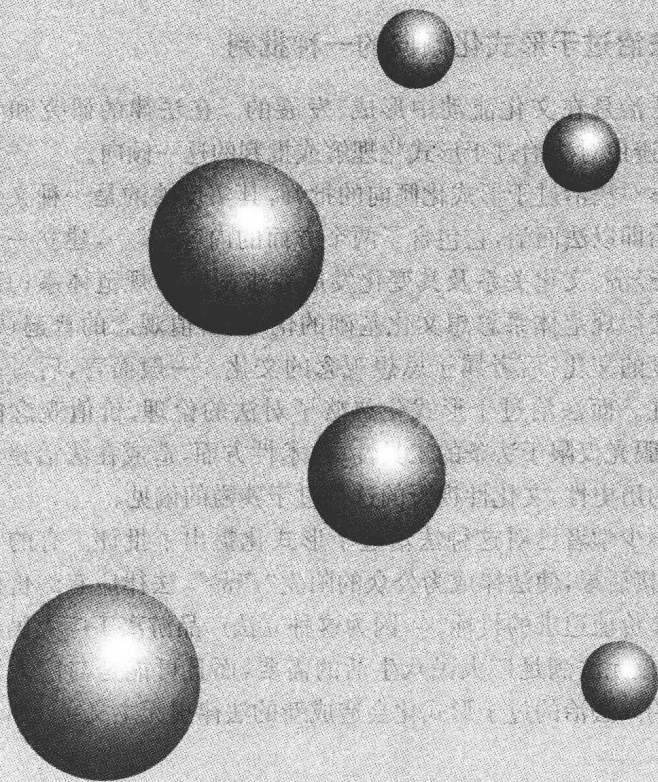
完善社会转型时期的社区调解制度	234
从诉中延伸至诉前:法院调解“双轨制”的实践与思考	242
暴力的弱者:对传统纠纷解决研究的补充——基于东北某监狱的实证研究	250
司法场域的调解实践	264
调解与乡村社会法制变迁——以塘村的经验为例	274
诉前委托第三方调解制度的法社会学思考	284

法律文本与法律实现

从“他者”到“主体”——一项关于犯罪人自我归因的实证研究	288
政策是怎样“失灵”的——以预防腐败为例	297
法律是如何实践的——以一起刑事附带民事案件为关键性个案的分析	321
弱者的诉讼:过程与策略	339
村庄纠纷的表演逻辑及其社会基础	351
当代法治实践中的村规民约——滕头村村规民约的文本解读	358
定罪量刑或许不仅仅是法律过程——对孙伟铭和黎景全醉驾犯罪案的社会学和刑法学分析	370
结构性犯罪:对农民工犯罪的法社会学分析	377
论我国对国外环境权理论的移植与跟进	381
我国非公企业职工会参与制订企业劳动规章制度刍议	385

后记	389
----------	-----

法律社会学视角与法治建构



中国法治之路的法文化思考

——以中国传统文化与法律的相互关系为切入点^①

法治在一国的实现必然要关注其社会条件、社会机制、社会心理、社会文化、社会习俗等因素,这是法律社会学研究的一个重要方面。^②这就需要我们“带着‘社会学的想象力’来观察法律”。^③中国的法治之路,是在中国特有文化条件下的实践活动,本文探讨如何把握中国的法治建设与文化的互动。

一、对法治过于形式化倾向的一种批判

一国的法治是在文化流动中形成、发展的。在法律的研究和实践中,我们必须避免对法治过于形式化理解或批判的这一倾向。

中国法学对法治过于形式化倾向的批判,其实反映的是一种文化冲突。所谓法治即以法而治,它包含了两个方面的内容:其一,建立一套反映社会政治、经济、文化关系及其变化发展要求的法律规范体系;其二,形成对作为法律规范体系思想文化基础的伦理、价值观念的普遍认同。前者属于制度的文化;后者属于思想观念的文化。一般而言,后者是法治的核心所在。而法治过于形式化忽略了对法的伦理、价值观念的建设,把自己的眼光仅限于法条的工具性、技术性方面,造成在法治建设上缺乏对法律的历史性、文化性视野的这种过于狭隘的偏见。

学界有不少学者已对这种法治过于形式化提出了批评。有的学者指出,它的直接后果,使法律成为公众的陌生“产品”,法律应有的价值不能转化为主体价值追求的目标。^④因为这种立法产品游离于广大民众的需求之外,不仅无法满足广大民众生活的需要,而且可能是与广大民众利益相对立的。法治的过于形式化会造成新的法律虚无主义^⑤。如果法

①李瑜青,华东理工大学法律社会学研究中心法学院教授,博士生导师。

②李瑜青:《法律社会学教程》,华东理工大学出版社2009年版,第8页。

③[美]罗达·科特威尔:《法律社会学导论》。潘大松等译,华夏出版社1989年版,第7页。

④范进学:《法的观念与现代化》,山东人民出版社2003年版,第15页。

⑤范进学:《法的观念与现代化》,山东人民出版社,2003年版,第16页。

律没有良好的群众基础,游离于广大民众的精神需求之外,它的一个可能的后果是成为一种摆设,在社会生活中不能起到社会控制的良好作用。有学者统计,我国实际生活中有法不依的现象很普遍,在20世纪90年代就有80%左右的法律没有被很好地认真地执行。^①也有的学者从历史的反思角度提出批评,指出法律的过于形式化曾给西方国家带来灾难。在纳粹统治的德国,当时的统治也是以“法律”的名义实现的,但这种法治把人带进野蛮和恐怖。过多强调法律的形式合理性,而忽视其实质的合理性,使人们对法治文明的基础和信念产生怀疑。可以看到,正是对法治的过于形式化倾向的批判,使得法学研究方法论发生转向。自近代以来,实证法学的理论曾作为主导的方法论对法学的研究和法律的实践产生过很大影响。但实证法学忽略对法的价值基础问题的研究,把对法的价值问题的研究看作是一个法学研究的假命题来加以拒绝。经过第二次世界大战后,人们通过对纳粹事件的反思开始意识到,其实人类的文明与进步不能以牺牲人类的理想与价值为代价;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,法治应始终是善治。正是如此,新自然法学、法社会学开始取代原实证法学而活跃于法学的思想舞台和法律的实践舞台,实证法学也调整自己的思路,并演变为新实证法学来表达对法的理想与价值的关注。^②

对法治的过于形式化倾向的批判除了从上述的这些角度分析外,还有必要从更高的境界来分析,即从我们所提出的建设社会主义法治国家这一命题中所蕴涵的文化要求方面来分析。法治不仅仅是一个治国的方略,同时也是一个时代的命题^③,一个国家真正达到法治目标在于法律为人们所信仰,使人们形成一种对法的运用行为的自觉。法律起作用不仅依赖于国家的强制力,而且还信赖于权利主体积极地实现自我权利、履行法定义务来保障法律秩序的稳定、法律规则的推行。这时主体是发自内心地对法律有一种信服,因而法律在实现过程中,也是内涵于法律中的理想、价值、思想的实现。实体法以一般行为规则的形式存在于规

① 石泰峰:《社会需求与立法发展》,《中国法律》,1991年第1期。

② 李瑜青:《人文精神的价值与法的合理性追问》,上海大学出版社,2008年第1期。

③ 李瑜青:《法理学》,《绪论:当代中国改革的历史主题与法治之路》,上海大学出版社2004年版。

范性文件或其他法律形式之中,它不依个人的意志为转移,普遍地适用于全体社会成员,但实体法中的权利、正义、公平等思想或观念也存在于权利主体的内心,并以此化为一种具有普遍性的行动。法律作为人类价值的追求所实现与保障的手段,主要表现为:法的规范被用来指引、预测、评价、教育、强制和处理人的行为,以维护一定的社会秩序。在这种情况下,法的规范作为一套社会评价标准体系是为主体的社会目的服务的手段,又由于体现着人类公平、正义、权利、自由、平等的价值追求,具有其目的性。

而法治的过于形式化的直接后果是不能实现法治的基础性建设的。我们知道,人类的活动并不是个体性的孤立活动,而是以社会性的群体方式表现出来的。这种社会性的群体活动使得人们之间相互联系、彼此影响,诸多的观念、思想、行为方式等构成这种相互联系的复杂网络。社会就是以这种方式存在着。离开了人们之间的相互理解和价值理念的沟通,离开了人们由于相互理解和沟通所形成的共识,所谓的法律也就缺乏了社会基础。具体来说,法律颁布的目的是规范人们的社会行为,以促进政治、经济文化事业的发展。但立法是一回事,人们的执法、守法是另一回事。立法者通过立法活动,如果不能将其正义、公平、效率等价值理念转换为权力机关的执法意识和普通公民的守法意识,在现实中人们照样还是我行我素,那么法律不过是一堆文字游戏而已。因此,伯尔曼指出:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。它不仅包含人的理性和意志,而且还包含了他的情感、他的直觉的献身以及他的信仰。”^①信仰当然是十分崇高的事业。^② 信仰必须是人发自内心的呼唤和需要,是在人的内心中所产生的心灵上的平衡,它对法治的实现具有特殊意义。

二、从何种意义上理解一国的法治实践

法律不仅在自身的内部实现着文化的流动,它还与社会其他文化一起在实现着文化的流动。因此,一个国家的法律的自我表达总是具有个

①[美]伯尔曼:《法律与宗教》,生活·读书·新知三联书店1999年版,第28页。

②歌德说:世界历史的唯一真正的主题是信仰与不信仰的冲突。所有信仰占统治地位的时代,对当代人和后代人都是光辉灿烂、意气风发和硕果累累的,不管这种信仰采取什么形式;另一方面,所有不信仰在其中占统治地位的时代(也不管这不信仰是什么形式),都只得到一点微弱的成就,即使它也暂时地夸耀一种虚假的光荣,这种光荣也会飞快地逝去,因为没有人操心去取得一种对不信仰的东西的知识。

性化的特征,是以浓烈的地方性知识形式反映的一种社会规则。因此,它必然深深地影响着一国法治的存在方式。

要论证这个观点,首先我们要分析法律制度及其运作过程所具有的独特性。法律制度及其运作的过程同时也是人们的意识相伴的过程,即受人的内心世界及感情色彩影响的过程。法律并不是一个纯客观的法律文本或物件,而是法律主体所赋予意义的构成物;法律规则不是现实法律制度的核心,构成法的核心的是人们在情感的互动中达成的对法的理解和体验。因此法学研究者的目光不能仅限于日常法的范围,而要考察多种“活法”的形成和运行机制,尤其要关注传统文化对我们产生的深刻影响。法律制度及其运作过程的意义或价值是历史上的人所赋予的,离开了人的主体活动的法律制度及其运作过程是不存在的

其次,我们来分析社会其他文化与法律交融和相互作用而形成法律的文化力问题。^①所谓文化力,是指文化在社会生活中从来不是一种消极被动、可有可无的存在品,它对经济、政治和人们的日常生活无形地在进行着一种设计。文化传统越是悠久,这种设计所包含的内容就越丰富。在这种设计中,人们不但建立起独特的精神世界,而且往往建立起彼此相互认同的规则原理。由于文化力的这种作用,它释放出特殊的文化信号,调动起人的潜力,影响着人的态度与情绪、民族的凝聚力与向心力等。^②文化力的作用告诉我们,无形的文化力的设计作用是不以人的意志为转移,它总是客观地发生影响,形成一种既定力量。我们不可能在历史虚无主义的背景下就一国的法治进行建设,这个建设的过程必然与传统及现代文化有着千丝万缕的联系。

这就是说,任何国家的法律所包含的规则都不是抽象的,它以一种直接的形式,对人的社会生活作出表现和确证,体现了一种人的存在的方式。法律从表面上看似乎是孤立的,其实它总是与这个国家所处的哲学、伦理等文化相互联系、相互影响、相互制约着,并在此基础上存在和发展着的。因此,我们必须承认有一种文化力的存在^③,它是我们确证法律的文化人格的重要依据。人们在日常生活中常常低估文化的意义或

①李瑜青:《论中国传统内在观念与当代法制精神的现实冲突及选择》,《法律文化研究》,陕西人民出版社1995年版。

②李瑜青:《论法律的文化人格》,《上海大学法学评论》上海大学出版社2004年版。

③这里所说文化是狭义意义上的文化,指一定社会的意识形态以及与之相适应的制度和组织结构。而文化力,是指一定社会所表现的对社会发展的精神动力。

作用,把文化当作纯粹的法律生活的点缀品,而在强调法律建设必要性时就简单地把法律规则、法律实施的实体物看作是“刚性”的存在,没有看到这些法律规则或法律实施的实体物都是人们根据伦理、价值等观念构造的,实际上反映的是一种文化力。

法律的文化力作用,要求我们在进行现代法治建设时,正确对待传统文化。历史的经验是值得重视的,法治建设如果忽略了民族文化的内在因素的作用,采取简单的“拿来主义”,它的一个直接后果,即造成整个社会文化系统的紊乱、社会系统中各文化力作用的相互抵消。^①学者们在注意这个问题时,一般都从西方法治史角度,强调西方文化传统、价值观念与法治的一致性,以及它们如何推动了法治的发展。有学者指出,欧洲国家步入法治化是以其社会自身的深厚的伦理、价值观念作为基础的。^②这种分析从法治的建设对法治文化依赖的角度上讲很有意义。从时间上说这大约在公元12—16世纪,当时欧洲不少国家和自治城市先后不同程度地出现了市场经济的萌芽并有一定规模的发展,市场经济这一新的经济形式的兴起,开始引起人们对新的经济秩序、规则的思考。研究罗马法,并将其基本原则和概念适用于法律实践中去的学术活动也就逐渐展开。也正在这时,查士丁尼《国法大全》的重新发现,促进了罗马法复兴运动的发展。在这个过程中,形成了注释法学派、评论法学派、人文法学派等。

在涉及中国法治的发展与中国传统文化尤其是传统儒学文化关系时,学界谈得更多的是中国传统文化尤其是传统儒学文化反法治的因素。如有学者认为,中国传统社会是建立在以宗法血缘为纽带的家庭关系之上的,“国”只是家的放大,“家”不过是国的缩小,国家关系、君臣关系是家庭关系、父子关系的延伸,人们习惯于在温情脉脉的伦理道德纱幕中生活,人与人之间的社会关系完全情感化、伦理化与道德化。这种社会心理沉淀的结果,使人们陶然于伦理亲情,钟情于对现实人际关系的把握,并从中获得心理上的满足。同时在传统法文化中“法即刑”的观念深入人心,《尔雅·释诂》云:“刑,法也?”汉郑昌曰:“立法明刑者,非以为治,救寰乱之起也”(《汉书·刑法志》)。明顾炎武曰:“法制禁令,王者之所不废,而非所以为治也”(《日知录·法制》)。宋苏东坡诗云:“读书

^①李瑜青:《论法律的文化人格》,《上海大学法学评论》,上海大学出版社2004年版。

^②蒋先福:《法治的文化伦理基础及其构建》,《法律科学》1997年第6期。

万卷不读律”。这种法即刑的法律文化造就了民众在内心情感上自发地排斥法律。

但中国的文化历史真的缺乏法治所需要的伦理、价值因素？其实，历史留给我们的东西是复杂的，固然中国在过去的发展中其表现的文化模式与西方有很大的差异。可从今天法治建设的角度来看，传统儒学所存在的问题是把某种道德和伦理因素的作用绝对化或夸大化，但这些道德和伦理的文化因素与法治的文化因素又不是截然对立的。改革开放30年以来的中国法律建设实践表明：我们既要重视时代性，吸收西方文化中的法律思想精髓，又要重视民族性，把中国的优秀传统文化融入其中，使时代性和民族性有机结合。

中国真正意义上的法治建设是在经历了“文化大革命”的动乱之后，在总结历史经验的基础上，进行的一项创新实践活动。正如很多学者在反思当代中国的发展时所提出，如果没有20世纪70年代末80年代初的思想解放运动，没有对“文化大革命”极“左”路线的否定，没有人们对社会主义文化和伦理的基础精神的重新思考和解释，没有对西方发展道路的重新评价，就不可能有当代中国法治建设的实践问题。^① 这可以看作是中国人正在进行的继“五四”新文化运动之后新一轮的文化反思，它涉及从政治上不断完善社会主义民主的任务，从经济上建立和完善社会主义市场经济秩序的目标以及对过去实行的高度集权的经济政治体制的否定，而形成对建立和完善社会主义法治的高度重视。与此相联系，在哲学和以它为集中表现的精神文化领域内，出现了对实践是检验真理的唯一标准这一马克思主义基本原理的重新推崇，对认识领域和历史哲学中的主体性理论的强调，这些都为中国法治建设的兴起和发展做了奠基性工作。我们面临的一个重要任务是如何使中国的法治建设与中国传统文化相结合，走出有中国特色的法治之路。正是在以上的问题基础上，我们有必要思考中国传统儒学与法治的关联性问题。

三、治道以人的主体之善为根本

西方的法治发展由西方的人文主义思想所伴随，围绕私权利保障的问题所展开，而中国的法治建设由于传统文化尤其是传统儒学人文文化的影响和作用，治道以人的主体之善为根本。以强调人的主体之善为基

^①蒋先福：《法治的文化伦理基础及其构建》，《法律科学》1997年第6期。

本路径,也许是中国法治在中国文化中流动表现的特殊性之所在。

罗马人的法治观源于希腊文明,在西方古代生活中是具有代表性的。在古希腊思想传统影响下,罗马人的法治观所表达的核心是权利问题。罗马法的精义在于它是权利法,即私法、民法。有学者对罗马时期法治理念有深入探讨,指出罗马社会是一个“泛权利”的社会,这种权利表达为把“私人权利看成国家权利的最高准则”。^①在罗马法的观念中,个人是独立的、自由的法律实体,有其自己的权利和义务,国家必须以尊重个人的特性和权利为前提。而国家在本质上被描述为一个法的联合体,或一种法的制度。国家的权威性是来源于人民的,法律乃是人民以集体的名义和身份取得的共同财富。因此盖尤斯说:“一切权利都是从人民来的。皇帝的命令何以有法律的效力呢?因为皇帝地位是由人民给他的;官吏为什么有权力呢?因为官吏是由人民选举产生的。”^②乌尔比安也说:“皇帝的意旨具有法律效力,人民通过法律把它自己的全部权力授予了他。”^③西塞罗说:“既然法律统治长官,长官统治人民,因此确实可以说长官是能言善辩的法律,而法律是沉默寡言的长官。”^④

西塞罗是古罗马最为重要的法学家,他的法治思想主要沿着两条线索展开,其一是继承柏拉图和亚里士多德的理论思辨传统,从法的理性推出法律统治的正当性;其二是从各个国家或民族的成文法律的实证考察中提炼出建立法治的重要原则。^⑤在西塞罗看来,法律是立国之本,没有法律的国家,不配称之为国家。但法律应当是理性的和正义的,自然法是实在法的根据和基础。但抽象地谈论法统治的一般原理是没有意义的,而要把法与公民自由权利、国家政治联系起来,寻求法治在政治社会的立足点。因此,突出解决法治的公民权利保障,是西塞罗理论的核心所在。但西塞罗提出,国家是由法律建立起来的一个平等、自由的实体,大致来说有三种不同的类型,即君主制、贵族制和民主制。在一个国家中,公民的自由、权利能否真正实现,首先取决于使用何种政体。^⑥但从本质上说,国家是基于正义的人的联合。法律应源于正义。法律应是国家职能实现的保障,运行的法律要符合正义的要求。官吏的职能是代

①《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1972年版,第379-382页。

②③《罗马法》,商务印书馆1931年版,第3、5页。

④《论法律》第3卷,商务印书馆,1931年版,第1、2章。

⑤汪太贤:《西方法实证主义的源与流》,法律出版社2003年版,第58页。

⑥西塞罗:《国家篇 法律篇》,沈叔平、苏力译,商务印书馆1999年版,第36页。

表国家在履行治理,其行为由法律的授权为依据。

经过中世纪的黑暗,当西方社会进入近代文明曙光的时候,法治理论又一次活跃起来。11世纪的英国是西方近代法治主义的故乡。詹姆士·哈林顿、约翰·洛克的法治思想代表了这个时代的特点。哈林顿在《大洋共和国》一书中提出了法治共和国的模式构想,以西方人文精神思想作为基础,同样反映出围绕权利保障这个核心问题。本文重点分析被认为是西方法治主义的奠基者洛克、卢梭等人的思想。

洛克法治理论的基调在于维护个人的自由、权利。洛克认为,人的一切权利都是与生俱来的,但在自然状态下,人们享受的这些权利很不稳定,不断面临别人的侵犯和威胁。为了保护人们的生命、自由和财产等天赋权利不受侵犯。为了社会的繁荣和安全,人们通过协议自愿放弃一部分自然权利。政府和社会本身的起源也在于此。但洛克与霍布斯不同,霍布斯主张人们在订立社会契约,把权力让渡给一个专制主权者后,便不可索回原始的权利,而洛克则强调人们仅仅放弃了一部分权利,而像生命、自由和财产的权利并没有放弃。在洛克看来,由这种制度化保障个人自由和权利就是法治社会。政府的权力本质是法律的权力。“法律按其真正的含义而言与其说是限制还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益。”^①国家和政府本身不是目的,而是保护个人自由权利的工具。

卢梭是法国的思想家,他被认为是近代法治理论的又一位重要代表。卢梭的论证仍然是从社会契约论入手,他认为在自然状态下自由而平等的人民,由于生产力的进步和私有制的出现而产生了暴力的战争状态,为了摆脱这种状态,人民便订立社会契约,订立社会契约是“要寻找一种结合的方式,使它能以全部共同的力量来维护和保障每个结合的人身和财富,由于这一结合而使每一个与全体相结合的个人只不过是服从自己本人,并且仍然像以往一样地自由”。^②卢梭认为,一个国家实行法治,总表达出自由平等、人民主权、合法政府等要求。社会契约奠定了合法政府的基础。而自由、平等是每个人与生俱来的权利,这种权利是人区别于其他动物的根本所在。人民主权即反映出“统治者是法律的臣

^①洛克:《政府论》下篇,商务印书馆1973年版,第35-36页。

^②卢梭:《社会契约论》,商务印书馆1973年版,第23页。

仆,他的全部权力都建立于法律之上”。^① 权利问题,尤其是私权利的问题是卢梭法治思想的主题。

如果说西方人本主义理论的发展为法治思想提供了一个理论的基础。在治国原理上,人本主义理论逻辑是构造法治所要求的公民权利保障的体系,那么传统儒学人文学说表现出其自身的特点,在治国原理上它把人的主体致善为归宿点。

传统儒学在治国主张上并非是反法治的,历史上的儒学一直十分重视治道,治道可以说是法治的重要内容。在分析法治与传统儒学人文化关系时,应尝试从法治要素的角度去讨论问题。^②所谓要素即构成事物的必要因素^③,但对法治的要素学界有不同的看法。依照亚里士多德的观点,其有两个方面,即成立的法律得到普遍的服从,而大家所服从的法律本身应该是制定良好的法律。1959年1月,国际法学家会议在印度新德里提出了一份法治宣言。在这份宣言中,对法治要素突出表达为两个方面;其一,无论法律的内容如何,国家的一切权力都应该要根源于法,而且要依法行使;其二,法律本身应当以尊重人性尊严这一崇高价值为基础。后来学者们把程序公正也纳入法治要素中。^④而英国学者沃克对法治的要素做了更细致的分析。认为法治的要素可具体归纳为:法律必须是可预期的、公开的和明确的;法律应该是相对稳定的;应该是在公开、稳定、明确而又一般的规则的指导下制定特定的法律命令或行政指令;必须保障司法独立;当法律不能够引导行为时,应该遵守像公开审判、不偏不倚那样的自然正义原则;法院应该有权审查政府其他部门的行为以判定其是否合乎法律;在法院打官司应该是容易的;不容许执法机构的自由裁量权歪曲法律。^⑤

当然,法治的诸要素无论在观念上还是在制度上都有一个形成的过程。儒学讲究仁义道德,坚持以仁义精神感染法律。以道德原则支配法律,这是法治所要解决的根本问题之一,即解决法律的道德基础问题。有学者在分析儒学与法律的关系时,特别强调儒学使法律道德化问题,并加以批判。我们有必要重新审视这个问题。儒学的主要问题,是在试

①卢梭:《论政治经济学》,商务印书馆1962年版,第9-10页。

②这个观点国内由夏勇先生较早提出。

③《现代汉语词典》,商务印书馆1992年版。

④李瑜青:《法理学》,上海大学出版社2005年版,第155页。

⑤Geoffrey de Walker: *The Rule of law: Foundation of Constitutional Democracy*.