

论法治国家的理念基础

丁以升

(南京大学,南京 210093)

摘要:人治与法治是在完全不同的理念氛围中生存的。中国社会要从人治步入法治,就必须实现由人治理念向法治理念的飞跃。这种飞跃是全方位的,其中较为根本、较为紧迫的主要有三个方面:一是由性善论转向性恶论,二是由国家优位论转向社会优位论,三是由恶法亦法论转向恶法非法论。唯此,法治国家才有其牢固的理念基础。

关键词:法治国家;法治理念;性恶论;社会优位论;恶法非法论

中图分类号:DF 03 **文献标识码:**A

法治国家的实现,是以法治理念的确立为先导的。西方国家法治化的历程就肇始于启蒙学派对法治思想的褒扬和推崇。正如日本法学家川岛武宜所说:“近代法以其固有的、特殊或近代化的法意识作为媒介而成立。”^[1]中国社会要步入法治社会,培育和弘扬国民的法治意识尤其显得必要。中国几千年的自然经济,造就了独特的人治文化传统。建国后,长期推行高度集权的计划经济,人治观念始终影响着人们,以民主为内涵的法治观念一直无以萌生。中国社会不仅缺乏法治的社会基础、制度基础,更缺乏法治的理念基础。因此,中国法治建设的第一步,便是树立现代的、民主的法治理念。法治理念是极其丰富多彩的,本文将择其精要予以论述。

一、性恶论

有关人性的善恶,是思想界长期争论不休的一个话题。这不仅是一个哲学问题,同时也是一个法学问题。因为一切法律都是“人法”,即调整人的行为的法律,所以,对人性的基本估计,就成了法律创制和法律适用的逻辑起点。恰恰是在这一问题上,中国和西方走上了两条完全不同的道路,从而形成了人治与法治两种截然相反的法律文化传统。

儒家是性善论者,它用“慈母”般的眼光看待人性,对人性持一种完全信任的态度。孔子说人“性相近,习相远”,已暗含了性善的因素;孟子进一步发展

为性善论,说“人皆可以为尧舜”;荀子虽然主张性恶论,但他同时又强调只要经过一番修身养性,即可“化性起伪”,成为圣人。性善论经过宋代《三字经》“人之初,性本善”的宣扬,几乎家喻户晓,得到了人们的普遍认同。

性善论是人治论的文化根基。首先,在治国方略上,性善论认为,既然人性是善的,就没有必要建立、健全各种法律制度,只要加强道德感化即可。只有在道德感化无法奏效的情况下,才辅之以法律,即所谓“德主刑辅”。这样,法律就成了道德的附庸。其次,在权力与法律的关系问题上,性善论支持权大于法。性善论过分相信掌权者的道德自律,迷信“圣君贤相”,从而放松了对掌权者的警惕,忽视了对权力的法律制约,导致权力凌驾于法律之上。最后,在对待私人权利问题上,性善论明显具有蔑视私权的倾向。性善论不承认逐利是人的本性,虚妄地要求人们重义轻利。例如,孔子说:“君子喻于义,小人喻于利。”^[2]孟子也说:“鸡鸣而起,孳孳为善者,舜之徒也;鸡鸣而起,孳孳为利者,跖之徒也。”^[3]及至程朱,则把义视为天理,利视为人欲,主张“存天理,灭人欲”。由于私人的正当权利不受尊重,这就从根本上泯灭了民众的权利意识和民主意识。

建国后,我们对性善论的固有隐患始终缺乏清醒的认识,甚至盲目地相信“六亿神州尽舜尧”,这就使我们无法从根本上摆脱人治文化传统的羁绊。受性善论思维方式的影响,从建国后至改革开放前,只有在1954年《宪法》颁布后的一段时间里,立法有较快的发展,其他时期法制建设都不受重视,以至民法、刑法、诉讼法等基本法律在建国后的几十年里迟迟没有

收稿日期:2001-12-03

作者简介:丁以升(1968-),男,南京大学博士研究生,华东政法学院副教授,主要从事法理学、法哲学研究。

制定出来。在放松制度建设的同时,我们十分注重对民众进行思想教育和道德感化。例如,几乎每一个年代,我们都要树立或塑造出一批“道德楷模”和“思想榜样”,号召民众向他们学习,这实际上是想用道德的力量来控制社会。对于国家权力,我们侧重于道德制约,苦口婆心地劝导掌权者要廉洁自律,克己奉公,却没有同时认识到加强法律和制度制约的重要性,没有认识到制度建设更带有根本性、长期性和全局性,以致出现了严重的个人专断和个人崇拜现象。这个教训不可谓不深刻。对于私人权利,我们往往尊重得不够,片面强调个人利益要无条件地服从集体利益和国家利益,公民的正当权利得不到应有的保护。在建国后的历次政治运动中,公民甚至连最起码的生命权、财产权也反复遭到践踏。

相反,西方文化是一种性恶论文化。古希腊哲学家柏拉图早年是个人治论者,晚年则转变为法治论者,促使他完成这一转变的重要原因之一,就是因为他认识到人性是贪婪和自私的。因此,人类必须有法律,并且必须遵守法律。否则,他们的生活就像最野蛮的兽类一样。西方对人性的不信任从而产生法治思想,大概始于此。柏拉图的学生亚里士多德在《政治学》一书中指出,人类具有罪恶本性,失德的人会贪婪无度,成为最肮脏、最残暴的野兽,这是城邦幸福和谐生活的莫大祸害。西方基督教的“原罪说”更加剧了对人性的不信任。按照《圣经》所言,人类始祖亚当和夏娃违反上帝的禁令,偷吃了伊甸园中的禁果,犯下了“原罪”,致使他们的后代一出世就成为罪人。

性恶论为法治思想奠定了文化根基。既然人性是恶的,就必须努力健全法律制度,防止人性中的贪婪成分恶性膨胀。西方自古希腊至近现代,法治的呼声之所以绵延不绝,与性恶论的文化传统显然是密不可分的。正是出于对人性的不信任,启蒙学者强烈要求对权力进行制约,实行分权制衡。英国思想家洛克指出:“如果让一批人同时拥有制定和执行法律的权力,这就会给人们的弱点以绝大诱惑,使他们动辄要攫取权力,借以使他们自己免于服从他们所制定的法律,并且在制定和执行法律时,使法律结合于他们自己的私人利益,因而他们就与社会其他成员有不相同的利益,违反了社会和政府的目的。”^[4]基于这种认识,洛克提出了“两权分立”的思想,主张把国家权力划分为立法权和执行权两部分。同样是出于对人性的不信任,法国思想家孟德斯鸠进一步提出了“三权分立”的思想,他提出:“当立法权和行政权集中在同一个人或同一个机关之手,自由便不复存在了;因为人们将要害怕这个国王或议会制定暴虐的法律,并暴虐地执行这些法律。”如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合

而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量。”如果同一个人或是由重要人物、贵族或平民组成的同一个机关行使这三种权力,即制定法律权、执行公共决议权和裁判私人犯罪或争讼权,则一切便都完了。”^[5]所以,必须进行分权,以权力制约权力。分权制衡有效地防止了权力的异化,为实行法治奠定了制度基础。另外,性恶论承认逐利是人的本性,要求法律顺应人的这一本性,尊重私人的正当权利,这又从一个侧面给法律制度注入了民主的内涵。

由此可见,性善论必然导致人治,而性恶论则隐含了法治的要求。所以,黑格尔说性恶论要比性善论深刻。对此,恩格斯也表示赞同,他还在《家庭、私有制和国家的起源》一书中指出,人类的恶劣贪欲也是社会发展的杠杆之一。当前,我们要实现由人治国家向法治国家的转变,就必须从根本上抛弃传统的性善论,以理性的、冷峻的甚至苛刻的眼光来审视人性。唯有如此,我们才能真正意识到加强制度建设的重要性,也唯有如此,我们才能正确处理好国家权力与法律、私人权利与法律的关系,从而建立起真正的、民主意义上的法治。

二、社会优位论

在人类历史发展的每一阶段,都存在着政治国家与市民社会的二元结构。政治国家是公共权力的握有者,而市民社会则是私人权利活动的领域。在处理政治国家与市民社会的关系问题上,历来有国家优位论和社会优位论两种截然相反的理念。国家优位论认为,相对于市民社会而言,政治国家处于优势地位,其实质是将政治国家凌驾于市民社会之上,将公共权力凌驾于私人权利之上;社会优位论则强调用市民社会制约政治国家,用私人权利制约公共权力。

国家优位论是我们历来所奉行的理论。中国古代社会的显著特征之一就是政治国家淹没市民社会。在几千年的专制集权统治下,以王权或皇权为代表的国家权力高高在上,操纵一切,个体完全丧失了独立的人格、意志和利益,成为任凭权力摆布的“臣民”,整个社会沦落为国家的附属物和牺牲品。建国后,我们长期推行绝对的计划经济体制和无产阶级专政的国家理论,这进一步强化了固有的国家优位理念。国家权力无孔不入,可以“合理”地决定一切、干预一切,社会因之而丧失了自身的独立性。“大政府,小社会”便是其真实写照。

国家优位论是一种带有人治主义毒素的理论。按照这种理论,法律的制定权和执行权理所当然地属于国家。所以,我国法理学界才有这样一个关于法

的经典性定义:法是由国家制定或认可的,并由国家强制力保证实施的行为规范的总和。这个定义显然是国家优位论的逻辑延伸,其实质是把法的本体归结为国家意志。法律本体上的国家意志论的弊端在于:首先,它是一种为个人集权作辩护的理论。既然法律是国家意志的体现,而国家又总是由一小部分掌握公共权力的人所把持的,因此,法律最终还是要反映掌权者的意志。这样,法律就蜕变成权力的奴婢。在我国过去的法制实践中,多次出现严重的人个集权和个人专断现象,其法理根源即在于此。其次,它导致法律实践背离客观规律的要求。既然法律的本体是国家意志,那么,一切被奉为国家意志的统治阶级意志就都是法,而不管这种意志是否符合客观规律的要求。虽然国家意志论也认为,被奉为法律的统治阶级意志并不是统治阶级随心所欲的结果,而是要受到社会物质生活条件的制约,但它同时又认为,被奉为法律的统治阶级意志可能是对社会物质生活条件的真实反映,也可能是对社会物质生活条件的歪曲反映,可能反映得很好,也可能反映得很糟。这实际上是说,当统治阶级的利益要求与客观规律相背离时,统治阶级就可以置客观规律于不顾,甚至搞任性立法。这就为立法者的恣意打开了理论上的缺口。我国过去的立法活动多次背离客观规律的要求,从而给经济建设和社会发展造成破坏性影响,就与片面强调立法者的意志有关。

与国家优位论相反,社会优位论反对国家至上、权力至上,主张政治国家要受制于市民社会,公共权力要受制于私人权利。这不仅是西方启蒙学者的观点,也是正宗的马克思主义的观点。恩格斯甚至称之为马克思主义唯物史观的“基本原理”,他认为,在政治国家和市民社会并存的二元结构中,“决不是国家决定和制约市民社会,而是市民社会决定和制约国家”。^[6]就是说,政治国家不是凌驾于市民社会之上的力量,而只是市民社会的代表。市民社会成员根据彼此间的合意,通过民主方式选举自己的“代理人”,行使国家权力,这表明国家权力来源于市民社会的权利。所以,权力的运行必须符合市民社会的利益要求,接受市民社会的监督和制约。如果权力的运行背离了市民社会的利益要求,市民社会成员可以通过弹劾、罢免、重新选举等方式更换代理人。

社会优位论反对把法律的本体归结为国家意志,主张法律在本体上应该反映市民社会的普遍理性。在它看来,国家掌握和行使法律的制定权、执行权,仅仅是一种“表象”,法律的制定权、执行权从根本上来说应该属于市民社会。因此,国家制定法律,颁布实施法律,并不是为了自身的利益,而是为了维护市民社会的普遍利益要求,这种利益要求是市民社会单个

成员的意志在相互作用基础上而形成的“合力”。基于资源的有限性和人的欲望的无限性这对永恒的矛盾,市民社会单个成员的利益之间不可避免地存在着冲突。一切立法活动和法律实施活动,从实质上来说,都是对相互冲突的利益进行取舍,以决定何种利益应该受到法律的优先保护。正确解决利益冲突,首先必须充分尊重个体的独立利益,任何无视个体正当利益的做法,都是对市民社会个体权利的践踏,从而引起市民社会的普遍反对。在充分尊重个体利益的基础上,国家应本着社会效益最大化原则,估量各种利益的价值,对最有价值的利益予以优先保护。这就是市民社会的普遍理性。从社会优位论观之,法律就是市民社会的普遍理性的表达。因为在市民社会支配政治国家的框架中,“国家的愿望总的说来是由市民社会不断变化的需要所决定的。”^[7]

社会优位论是一种法治主义的理念。它把法的本体定位于社会理性,从根本上顺应了民主和法治的发展要求。首先,它蕴含着法律至上观念。社会理性是市民社会成员在民主基础上所形成的“合意”,法律体现社会理性,就是要求法律体现民主的要求,这就从根本上割断了法律与掌权者个人意志之间的联系,反对把权力凌驾于法律之上,为厉行法治提供了理论基础。其次,它要求法律实践尊重客观规律。市民社会成员的“合意”总是比掌权者的个人意志更符合客观规律的要求,因此,法律体现社会理性就可以排除法律运行中的个人任性。这一点在我国当前的市场经济法制实践中尤其显得重要。市场经济运行的各个环节,包括市场主体资格的取得、市场行为的管理、政府对市场的宏观调控、国内市场与国际市场的接轨等,都有其客观规律。法律只能顺应这种客观规律,而不能臆造它,违反它。在市场经济条件下,再不能像过去那样片面强调掌权者的意志,而必须杜绝立法者和执法者的恣意横行。

如果说,国家优位论是一种替人治主义作辩护的理论,那么,社会优位论则给法治主义以有力的支持。因此,要建立法治国家,就必须彻底摒弃传统的国家优位论,代之以全新的社会优位论。

三、恶法非法论

法律有良法与恶法之分,判断法律之良恶,关键要看它是否符合民主的要求。法治不仅是“法律之治”,还必须是“良法之治”。就是说,法治国家所依之法必须是良法,必须是民主的法律;反之,如果法律本身是恶的,是反民主的,那么,即使它得到了严格的贯彻执行,也不可能实现真正的法治,而只能是“法治面纱下的人治幽灵”。

区分良法与恶法并主张恶法非法,是西方法律思

想的悠久传统之一。古希腊的智者克里克勒最早提出法律有良恶之分的思想,并将良法的确认标准归之于自然法。对此,柏拉图进一步予以发挥,在《曼诺篇》中,他区别了法与法律这两个概念,指出法是理性的安排,它所寻求的是对理念的揭示,它是一体良善的决断,倘若公众的决断是恶的,就不能称之为“法”;而法律则出现在以国家公开判决形式进行的社会审判中。这表明,柏拉图已经看到了法律的“应然”与“实然”之间的差距,并隐约地提出了恶法非法的观点。亚里士多德则第一次明确地指出,并非所有的法律都具有正义性,法律的性质与政体的性质密切相关,良法取决于良好的政体。他还把良法看作是实行法治的先决条件之一,认为法治“应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该是本身制订得良好的法律。”^[8]诞生于古希腊的恶法非法思想,在近代因受到古典自然法学派的推崇而声誉鹊起。古典自然法学派认为,在实在法之外,存在着一种更高的自然法。自然法渊源于人的本性,是人类的自然理性的化身,它认可并保障人的自然权利,包括自由、平等、安全、幸福、财产等权利。实在法是主权者即国家所制定的法律,它必须符合自然法的基本准则。违背自然法要求的实在法是恶法,是无效的法律。至当代,新自然法学派继续强调法律必须和理性、正义、道德保持一致,否则,就不是法律。而且,西方其他法哲学流派包括新分析法学派也在一定程度上认同了这一思想。例如,英国新分析法学家哈特就承认存在着所谓的“最低限度的自然法”,狭义的法律是与道德相一致的法律。

值得注意的是,青年马克思也认为,法和法律是两个应该加以区别的概念。法是事物所固有的理性规律,而法律只是这种理性规律的表现形式。他指出:“事物的法的本质不应该去迁就法律,恰恰相反,法律倒应该去适应事物的法的本质。”^[9]但是,法律并不必然符合“事物的法的本质”,符合“事物的法的本质”的法律才是真正的法律,反之,违背“事物的法的本质”的法律仅仅是形式上的法律,它本身就是一种“非法”。区分真正的法律与形式上的法律,关键要看它是否承认并保障了人的自由。“法律只是在自由的无意识的自然规律变成有意识的国家法律时才起真正法律的作用。”^[10]就是说,真正的法律是自由的肯定存在,是实现自由的工具;相反地,形式上的法律是自由的直接对立面,是压制自由的手段。那么,如何才能保证国家所制定的法律是真正的法律呢?马克思认为:“要能达到这一点,只有使法律成为人民意志的自觉表现,也就是说,它应该同人民的意志一起产生并由人民的意志所创立。”^[11]

恶法非法理念是二元论法律观与理性批判精神

相结合的产物。西方自古就有法律二元论的思想传统。这种理论认为,世界有理念世界与现实世界之分,相应地,法律也有“应然法”与“实然法”之分。“应然法体现了社会理性,“实然法”则反映了立法者的意志。在理性批判精神指引下,思想家们坚定地将“应然法”置于“实然法”之上,运用“应然法”评断“实然法”的优劣。这样,他们就把国家立法纳入到理性批判的视野之中,藉以反对立法者滥用立法权,对人民施以暴政。资产阶级革命时期,启蒙思想家运用这一理论猛烈抨击了封建专制法律制度。二战以后,新自然法学派又运用这一理论论证了法西斯法律的非法性,为审判纳粹战犯提供了法理依据。可见,恶法非法理念从根本上捍卫了人民对专制暴政的抵抗权,防止立法活动偏离民主的轨道,是一种革命的、法治主义的理论。

在中国传统法律文化中,恶法非法的理念几近于无,它实际上默认了恶法亦法。之所以如此,根本原因固然在于极端的专制集权统治扑灭了民众要求制约立法权的呼声。但是,文化基因所固有的缺陷也起了不容忽视的作用。首先,传统法律文化中的二元论法律观不够发达。孔子的法律思想是典型的一元论法律观。孔子罕言天道,他“只是从日常生活中探究事理,而不求助于任何神灵,他并不宣称他的礼法获得什么超自然的认可。”^[12]孔子的思想对传统法律文化无疑有着巨大的影响。不过,客观地说,传统法律文化并非完全没有二元论法律观的痕迹。道家的法律思想,尤其是《老子》的“法自然”思想,就包含着一种二元论的法律思维方式。《老子》虚构出一个“天下有道”的理想社会,而判断是否“有道”的标准则在于是否合乎“自然”。它指出:“人法地,地法天,天法道,道法自然。”^[13]从这句话中不难推导出这样一个结论,即现实的礼法应该符合“自然”的要求。显然,《老子》已经对理想社会与现实社会、理想法与现实法作出了区分。受《老子》影响,后世儒家学者,包括董仲舒、朱熹、丘睿等,都强调现实的礼法必须“顺天意”、“循天理”,这同样带有法律二元论的色彩。但是,与西方自然法思想相比,中国传统法律文化中的二元论法律观还很不鲜明,很不成熟。其次,传统法律文化缺乏理性观念。《老子》所说的“自然”是指自然而然、不假人为而自成的意思,不是指客观的自然界,更不是指自然界的理性法则。儒家学者所说的“天意”、“天理”实际上是指封建伦理道德观念,并带有神学色彩,它们无一例外地都不是指人类的理性精神和正义观念。再次,传统法律文化缺乏批判现实礼法的精神。

虽然《老子》的“法自然”思想的矛头所向是现实的礼法制度,但遗憾的是,它把“自然”归结为“无为”,

从而走上了法律虚无主义道路,从中无法找到评断现实法律制度优劣的标准。在儒家学者那里,“天意”、“天理”与现实礼法之间并不存在紧张对立的关系。他们把“天意”、“天理”与法律联系起来,并非要给君主的立法确立一种更高的价值准则,恰恰相反,却是为了论证君主立法的合理性,并给它披上一件神秘的外衣。尽管董仲舒、丘睿等也倡导“天谴说”,这在客观上起到了警告君主按照“天意”行事、不可扰民作乱的作用,但是,不容辩驳的是,神化君权才是他们的主要目的,“法自君出”被视为天经地义的事,制约君权的呼声是微乎其微的。正因为传统法律文化缺乏反抗恶法的精神,所以,它无法起到制约君主立法权、防止立法专横的作用,恶法高压自然在所难免。

建国后,我们依然缺乏批判恶法、否定恶法的理论勇气。长期以来,我们把法的本质归结为“国家意志”、“统治阶级的意志”,同时又理想化地认定,在社会主义国家,工人阶级作为统治阶级,其意志和广大人民的意志在根本上是一致的。这等于否认了社会主义国家有出现恶法的可能性。于是,对于实际立法中可能出现的践踏民主、背离客观规律、违法立法等现象,只能视而不见,无法进行深入的理论分析,更无法提出相应的解决问题的对策。

倡导恶法非法理念,并不是主张公民可以以某个法律是“恶法”为由,而拒绝遵守它;也不是主张有关的国家机关可以基于同样的理由,而拒绝适用某个法

律。恶法非法论的理论意义在于从根本上捍卫立法权属于人民这一民主制度,从而迫使国家的立法活动接受人民的监督,杜绝立法者的个人任性,保证国家所制定的法律是良好的法律,以实现真正的法治。反之,如果承认恶法亦法,人民将在国家任意立法面前彻底解除武装,人治主义必然随之抬头。所以,要实行依法治国,建立真正的法治国家,就必须完成由恶法亦法论向恶法非法论的转变,在二元论法律观的基础上,借用“应然法”的理性力量大胆地批判“实然法”的不合理之处。

参考文献:

- [1] [日]川岛武宜. 现代化与法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1994. 51.
- [2] 论语·里仁[M].
- [3] 孟子·尽心上[M].
- [4] [英]洛克. 政府论(下)[M]. 北京:商务印书馆,1981. 89.
- [5] [法]孟德斯鸠. 论法的精神(上)[M]. 北京:商务印书馆,1961. 156.
- [6] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯选集(4)[M]. 北京:192.
- [7] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集(1)[M]. 北京:312.
- [8] 亚里士多德. 政治学[M]. 北京:商务印书馆,1965. 199.
- [9] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集(1)[M]. 北京:139.
- [10] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集(1)[M]. 北京:72.
- [11] 马克思,恩格斯. 马克思恩格斯全集(1)[M]. 北京:184.
- [12] [美]费正清. 美国与中国[M]. 北京:商务印书馆,1987. 86.
- [13] 老子(25)[M].

On the Theoretical Basis Of a State Ruled by Law

DING Yi - sheng

(Nanjing University, Nanjing 210093)

Abstract: On the basis that ruling by law and ruling by man deriving from entirely different theoretical concept, the essay argues that China can't step into a law ruled state from a man - ruled state without the radical transition from ruling - by - man concept to ruling - by - law concept, the fundamental and urgent three aspects of which are: (1) transition from the theory of original goodness of human nature to the theory of original evil of human nature; (2) transition from the theory of state's benefit priority to the theory of society's good priority; (3) transition from the theory of evil - law - is - also - law to the theory of evil - law - is - no - law. And only this transition can lay a solid theoretical foundation of a law ruled state.

Key words: state ruled by law; concept of ruling by law; a theory of original evil of human nature; a theory of society's good priority; a theory of evil - law - is - no - law

本文责任编辑:程燎原