

论法治的起源与现代法治国家的运行机制

李小坤 王胜强^{*}

〔摘要〕 顾名思义,法治即法律的统治。历史上存在过多种类型的法律,只有法治之法才能保障自由,这种法治之法主要表现为一些一般且抽象的规则。法治国家就是这样一种国家,它不仅是宪法的、分权协作的、基本权利得到保障的、权力行使得以全面规范的,而且也是从立法和司法程序之合理性所确保的公平性中取得其合法性的。

〔关键词〕 法律;法治;法治国家;依法治国

一、问题的提出

改革开放以来,中国的治国理念实现了两次飞跃:一次是1997年,党的十五大报告提出:“进一步扩大社会主义民主,健全社会主义法制,依法治国,建设社会主义法治国家”;一次是1999年修订的宪法进一步巩固了这一方略。从法制到法治,完成了第一次治国理念的飞跃。2011年,第十一届全国人大四次会议宣布“中国特色社会主义法律体系”已经形成,这一体系是以宪法为统帅、以宪法相关法、商法和民法等多个法律部门的法律为主干、由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范所构成的,这为法治的实施奠定了全面系统的国家规则基础。两年之后,法治国家、法治政府、法治社会三位一体的建设总目标以及在“全面深化改革,推进国家治理体系和国家治理能力的现代化”的进程中推进法治国家建设的根本任务在党的十八届三中全会上被提出来了。这是中国治国理念实现第二次飞跃的重要标志。

党的十八大报告有这样一个表述,中国特色社会主义制度在政治制度方面包括人民代表大会的根本政治制度以及三个基本政治制度,即:政治协商制度、民族区域自治制度以及基层群众自治制度。该表述之后就是“中国特色社会主义法律体系”,这就意味着区别了“中国特色社会主义法律体系”与“中国特色社会主义政治制度”两个范畴。十八大报告之后,这个表述开始逐渐把“法治”作为相对独立的一个体系提出。党的十八届四中全会公报则强调了从“法律体系”到“法治体系”的进阶。这一体系体现出的基本精神就是以法律来规范政治与国家权力的法治精神。公报原文表述“依法治国”,就是国家治理的法治化,这是以法律规范“国家治理”的精神,实际上是马克思主义经典作家们有关法治的发展。在马克思主义经典作家有关法律的概念里,所谓的法律更多是对事实的一个确认,是对

^{*}李小坤,文学博士,上海金融学院副教授,201209;王胜强,上海社会科学界联合会研究员,200200。本文是上海市科技创新基金资助项目“互文视阈下的网络财经时评话语策略研究”(14YS132)研究成果。

经济基础的一个反映,很少讲到通过法律规范或者引领发挥功能。对过去已经形成的制度进行确认不能实行法治,要对未来发挥一个规范引领作用,这是体现一个法治的精神,即要实现国家治理的法治化。党的十八届四中全会虽然没有明确给出中国特色社会主义法治体系的概念,但从多个角度全面系统地描述了我们所要求的这一体系的基本内涵——作为依法治国的总目标、手段方法意义上的目标,从而实现法治国家的状态目标、根本目标。那么,究竟何谓法治?何谓法治国家?尽管我们的法治国家与西方有本质不同,但从法治的某些理念和运行的视角仍有参考的价值。本文拟从政治哲学的高度探讨法治的起源、性质与法治国家的具体机制。

二、法治与法律的异同

就现代民主建设而言,一个极其重要的目标就是建设一个法治国家。一方面,无论从历史的考察还是从思想的梳理,我们都可以看到,法治是现代民主的一个重要组成部分;另一方面,从自由的角度看,法治也是现代个人自由的主要特征。譬如哈耶克,干脆将这种个人自由称作“法治下的自由。”^①那么,什么叫法治呢?这得从何谓“法律”开始。因为顾名思义,法治即法律的统治(rule of law)。关于法律的特性与社会生活形态的关系,R.M.昂格尔指出:“每一社会都通过法律现实它用以团结其成员的那种方式的最深层奥秘。”^②在他看来,事实上存在三种法律概念。首先,从最初的意义讲,“法律仅仅是反复出现的、个人和群体之间相互作用的模式,同时这些个人和群体或多或少地明确承认这种模式,产生了应当得到满足的相互的行为期待”。这就是所谓的“习惯法或相互作用的法律”。该法律概念包括对行为的实际规则和正统性两个方面。在这里,事实上发生了什么的问题从来不能与应当做什么的问题明确区分开来。“选择规则和依据规则作出决定之间的区别,就像习惯与义务的差异一样,在习惯法的世界中是颇为模糊的。”作为相互作用的法律,习惯法具有非公共性和非实在性两大特征。一方面,它属于整个社会而不专属于置身在其他社会群体之外的中央集权的政府;另一方面,它由一些含蓄的行为标准而不是公式化的行为规则所构成。其次,存在一种所谓的“官僚法或规则性法律”。由于它是由一个具有政府性特征的组织所确立和强制的公开规则组成的,所以它又是具有公共性和实在性的法律。实际上,正是随着官僚法的出现,制定规则与适应规则的区别以及习惯与义务的区别才第一次变得有意义。值得指出的是,这种官僚规则总伴随着严格限制其范围的其他类型的法律,譬如习惯法或神法。正如昂格尔所言,在西方帝国中,“习惯与教师法为一方,官僚规则为另一方将社会生活划分为两个部分:第一个部分或多或少地处于君主的命令之外;第二个部分处于君主几乎无限的自由裁量权的范围之内。”最后,我们将看到一种“更为严格的法律概念。这种法律决不是各种社会的普遍现象,它仅仅在非常特色的环境中才能产生和生存”,它就是所谓的“法律秩序或法律制度”。与官僚法相比,法律秩序具有公共性、实在性、自治性和普遍性的特征。由实体内容、机构、方法与职业四个方面集合在一起所体现的法律秩序的自治性,赋予了具有普遍性的立法理想和一致性的适用法律理想以特殊的意义。“在官僚法中,普遍性不过是权宜之计,而在法律制度的结构之内,它却获得了特殊的重要性。……正是法律的普遍性确立了公民在形式上的平等,从而保护他们使其免受政府的任意监护之害。为了确保普遍性,行政必须与立法相分离;而为了确保一致性,审判必然与行政相分离。实际上,这两个分离恰恰是法治理想的核心。”^③

在哈耶克看来,这种作为法律秩序的法律就是所谓“法治之法。”哈耶克指出,并不是任何种类

① [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,北京:三联书店1997年版,第264页。

② [美]昂格尔:《现代社会的法律》,吴玉章、周汉华译,南京:译林出版社,2001年,第44页。

③ [美]昂格尔:《现代社会的法律》,第51页。

的法律都能保障个人自由,唯有法治之法才能保障自由。作为“自由的法律”或“真正的法律”,这种法治之法主要表现为一些“一般且抽象的规则”。这些抽象规则的性质可以通过将其与具体而特定的“命令”进行比较而得到充分的揭示。具体地讲,一般性法律与具体命令之间存在以下几点区别:第一,与具体命令不同,法律未必预先设定存在着一个发布此项规则的人;第二,法律具有命令所没有的一般性和抽象性。“理想形态的法律,可以被认为是一种指向不确定的任何人的一劳永逸的命令,它乃是对所有时空下的特定境况的抽象,并仅指涉那些可能发生在任何地方及任何时候的情况。”第三,就指导一项特定行动的目标和知识而言,命令要求它们由社会的权威者来把握,而法律则要求它们由权威者、实施者共同来把握。“从命令向法律的演化,实际上就是渐渐从命令或法律的颁发者向行动者的演化。”另外,我们在习惯性规则到现代法律的进化过程中,也能够发现一个类似的从“具体性和特殊性”向日渐增多的“一般性和抽象性”的转变。与一个培育个人自由的社会的法律相比,一个初民社会的行为规则显然具体得多。事实上,初民们的行为受到许多肯定性的习惯或禁忌的限定。随着社会的进化和个人智识的发展,这种所谓“习惯的强制力”逐渐成为行动者的一种障碍,并最终导致了以否定性限制为特征的现代法律的产生。哈耶克写道:“正是伴随着个人智识的发展以及打破习惯上的行事方式的趋向,明确陈述或重新阐释各种规则并且逐渐把对行动范围的肯定性规定转变成基本上对行动范围的否定性限制,才具有了必要性;而这种对行动范围的否定性限制,则以某人的行动不侵犯他人所拥有的得到同样承认的行动领域为标准。”^①可见,抽象且一般的法律是这样一些规则,它只“提供一种个人必须在其间行动的框架,而在这个框架中,所有的决定都是由行动者本人做出的”。从这个意义上讲,“我们遵守法律并不意味在服从其他人的意志,因而我们是自由的。也正是由于立法者并不知道其制定的规则将适用于什么特定的案件,而适用这些规则的法官除了根据现行规则与受理案件的特定事实做出其判决以外,别无其他选择,所以我们可以说这是法治而非人治”。

三、法治的观念和制度的起源

就起源而言,法治的观念可溯源至古希腊。古希腊人用“isonomia”一词表示这个观念。在古希腊民主政制获致实现以后的相当一段时间中,“isonomia”还被用来证明民主制度的正当性。后来随着民主制度的蜕变,到公元前4世纪末期,竟然产生了“法律应当成为民主制度的主宰者”这样的一种必要性。在亚里士多德的著作中,虽然他已不再使用“isonomia”,但仍可看到他对这一传统理想的捍卫。亚里士多德指出:“当政制并不操握在法律之手时,就不可能存在什么自由状态,……如果将所有的权力都集中于人们的表决,那么严格说来,它就不可能是一种民主制,因为由这些表决而产生的律令,就其所涉范围而言,不可能具有一般性。”“极为重要的是,制定良好的法律本身就应当尽其所能地界定各种问题,并且尽可能地少留未决问题让法官去解决;因为立法者的决定并不是有特殊性,而具有前涉性和一般性,因此司法机构成员和陪审人员的职责就是依法裁定提交给他们审理的具体案件。”^②这便是现代人运用的“由法律统治而非由人统治”说法的直接来源。

接下来是罗马共和国的传统。虽然“十二铜表法”有诸多刻意效法梭伦的法规,但它们却构成了罗马共和国自由的基础。它在公法部分规定:“不能授予私人以特权或颁布偏利于某些私人的法规,而侵损其他人,因为这与适用于所有公民的法律背道而驰;这种适用于所有公民的法律,任何个人,不论其地位如何,都有权运用之”。该规定提出了一个基本观念,正是依据这个观念,逐渐形成了著名的罗

① [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),第188页。

② [英]哈耶克:《自由秩序原理》(上),第207—208页。

马私法体系。自由罗马的法律精神主要是通过古罗马历史学家和演说家的著述而流传下来的,包括李维、塔西佗和西塞罗的著作。然而,自公元2世纪开始,所谓的“国家社会主义”在罗马得到了迅速的发展。在这一发展过程中,法律面前人人平等新创设的自由,因对另一种平等的强烈要求而逐渐被摧毁。随着《查士丁尼法典》的完成,在此后千年的岁月中,立法应当有助于保护个人自由的观念丢失得一千二净了。而与自由精神大异其趣的《查士丁尼法典》及其有关统治者高于法律的观念,却成了欧洲大陆法律思想的源泉。随着时间的推移,在法治理想方面又形成了两个至关重要的观念,即“成文宪法”的观念和“权力分立”的观念。1660年《威斯敏斯特之议会宣言》写道:“对于一个国家的自由来讲,最为至关重要的乃是人民应当受到法律的统治,正义或司法只有通过对于弊政负有说明责任来加以实现;……任何涉及本国每个自由人的生命、自由和财产的诉讼,都应当依本国的法律进行裁定,而且议会不得干预日常行政,也不得干涉司法机构的活动。”在以后的日子里,洛克、休谟和布莱克斯通等的著述又进一步充实了法治理想的内容。事实上,关于法治原则最为详尽的阐述,很可能见之于18世纪晚期“伟大的思想编纂者”帕雷的著作。在《道德和政治哲学原理》一书中,帕雷指出:“一个自由国家的首要原则乃是,法律应当由一部分人制定,并由另一部分人实施;换言之,立法与司法的性质必须加以严格的区分。当此类职责集于同一个人或同一个机构时,他或它就往往会因为徇私情而制定出规定特定情形的特定的法律,旨在实现一己的目的;如果立法机构与司法机构分立,那么立法机构就会制定出一一般性的法律,因为立法者在立法之时毋须亦无从预见这些法律将对谁产生影响;而在法律被制定出来以后,它们则必须由另一部分人亦即司法机构来实施,即让这些法律去影响它们将影响的人。”^①

就制度而言,作为一种所谓“法律秩序”的法治是在近代欧洲自由社会的形成过程中产生的。其核心的政治思想原则是政治与行政的分离以及政治与审判的分离,同时这也构成了立宪的奠基石。因而,昂格尔指出,近代西方自由社会之所以产生法治这种法律秩序,主要得益于它具备以下两种历史条件,即“多元集团”和“高级法观念”。“法律秩序要发展,必须以这样一种环境为前提,即没有一个集团在社会生活中永恒地占据支配地位,也没有一个集团被认为具有一种与生俱来的统治权利。……一种法律秩序的历史基础的第二个方面就是,它以一种‘更高的’、普遍的或神圣的法则为依据,用它来论证或批判国家制定的实在法。”^②事实上,在现代欧洲的历史上,中央集权的君主不得不反复地与至少两个有影响的集团较量,这就是贵族和第三等级。尽管从自身的利益看,这些集团无一将法治视为自己的真正目标,但它们的相互斗争却往往导致这样的结局:统治者不得不放弃一些自由裁决的决力,而贵族和第三等级则需要放弃某些摆脱政府的独立性。正是通过这种相互妥协和让步,法律秩序才得以出现。另一方面,欧洲在历史上形成了一种独特的所谓“自然法”或“高级法”观念。这种观念来自欧洲多元文化的经历,也得到了一种“超验性宗教”的支持。由于高级法具有一种神圣性质,它就被人们看作是评价一切社会制度的类似支点的东西,因而它既不同于习惯,也不同于命令;由于高级法超越时空,它的戒律就被认为适合非常广泛的不同种类的人与行为,因此,规定实在法规则中的普遍性和适用规则的一致性,也就成为效忠于高级法的证据而不是行政上的权宜之计了。

当然,就自身而言,无论是多元集团还是高级法观念,都没有能够造就一种法律秩序把人们的精神扭转到法治的理想上来。然而,二者在近代欧洲历史上的结合却产生了这样的奇异效果。一方面,自由国家需要一种特别世俗的法律以反映变化中的社会价值和权力关系,“它已预先假定,社会中没有有一个集团可以享有接近宗教和道德真理的特权,而且,就其伴随市场经济这一点而言,它也要求抛弃那些反商业的宗教禁令。”^③另一方面,对高级法的深信不疑,坚定了人们将实在法视为一种普遍标准的信念。

^①W. Paley, *The Principles of Moral and Political Philosophy*, London, 1785.

^②[美]昂格尔:《现代社会的法律》,第63页。

^③[美]昂格尔:《现代社会的法律》,第80页。

另外,通过支持这样的信念,即“有些权利是政治决定不应忽视的,它还多数人的选择确定了限制”。

四、现代法治国家的运行机制

在探讨了法治的观念和制度之起源后,我们有必要进一步考察现代法治国家的具体机制。从根本上说,法治国家无疑是这样一种国家,它完全赞成将法律视为“法治之法”,并在其管辖范围内全面建立起了一种“法律秩序”。鲍曼指出:“尽管所有法制都在程度不同的广泛领域内使强制与暴力的使用摆脱了私人的自主决策并且通过规范对此加以限制与监督,但只有法治国家才全面建立起了一种‘强制的秩序’,从而使实施身体强制的指令和真正采取强制行为从根本上摆脱了法律共同体成员的自我决定。在法治国家里,只有根据明确的法律许可才允许使用强制,获得决定与采取强制措施授权的法律机构只能在使用为其制定的规范时才允许决定与采取此种措施。”^①具体地讲,法治国家的机制主要包括以下几个方面:第一,法律秩序的“暴力垄断”。法律秩序作为“强制秩序”不一定包罗万象,但它可以毫无例外地规范某一社会对身体强制的使用,就是说它可以详细规定何人在何种条件下允许使用强制或暴力。这种情况就是所谓的“法律秩序的暴力垄断”。事实上,这种暴力垄断的存在并非法治国家的典型特征,但是它对于法律发展成为自由的安全与和平秩序至少是一个必要的前提。第二,宪法国家。虽然国家的强制权力垄断作为自由不可或缺的前提条件而成为法治国家的一个重要组成部分,但它却是以权力在国家领域中的高度集中与扩大为代价换取的。所以,第一步法治国家就是要让国家统治本身受制于法律规范。事实上,通往法治国家的国家秩序的关键在于,“该秩序的宪法不仅包含一种将确立法律规范及塑造强制秩序的权力让与特定机构的授权,它还定义了权力的界限与樊篱,确定国家权力的基本结构与组织并规定了国家法律机构使用权力时应遵守的特定义务”,这种情况就是所谓的“宪法国家”。鲍曼写道“在朝法治国家方向发展的过程中可以看到的法律规范‘网络’的增加与细化,对于涉及的对象来说意味着其自由受到进一步限制,但这些规范对象是国家法律机构本身,它们受制于规范是保障各个公民个人自决自由空间的必要镜像。宪法国家针对的是国家机构,它是有利于公民的一种秩序。”第三,分权与协作。在权力分立的基础上实现权力的相互协作,是所有法治国家宪法的核心内容。通过分权创造出界限分明的国家机构,它们各自承担独立的权限与义务。相互之间拥有特定的指示权、审核权和监督权。国家权力的这种分散与相互协作,有效地防止了这样一种专制,即有关国家权力垄断的决定权集中掌握在某一个人或机构的手中,从而受制于某一意志。当然,我国的法治运行中更加强调的是相互协作和配合。值得指出的是,法治国家的分权不是实际权力手段被事实上分配到不同国家机构的后果,而是规定这一分割的宪法规范的结果。鲍曼指出:“法治国家的分权不仅是一种规范现象,也是一种事实现象——当然不是指事实权力进行了真正分离,而是指事实权力应服从于规范权力。”^②第四,基本权利。如果说分权只是把总体上看不受限制的法律权力分配给各个机构,就这点而言它并未涉及法律规范的内容,那么,基本权利生效则导致立法在内容上也受到限制和监督。事实上,基本权利确立了公民垄断其私人领域的理由,而它的生效则创造了一块新的“保护区域”,私人自由与个人自决在此应该在国家强制垄断的保护下得以发展。具体地讲,基本权利能够在四个方面影响法制的内容:一是可以绝对禁止制定包含某一种特定内容的法律规范;二是可以有条件地禁止制定包含某种特定内容的法律规范;三是可以要求制定包含某种特定内容的法律规范;四是能够在其对适用法律与执行法律具有直接约束力的程度上影响单个法规的内容。必须指

① [德]鲍曼:《道德的市场》,肖君、黄承业译,北京:中国社会科学出版社,2003年,第107页。

② [德]鲍曼:《道德的市场》,第98页。

出的是,包括政治权利在内的基本权利并不是一成不变的,也决非由某种力量外在的决定,它实质上 and 民主原则是同源地建构起来的。哈贝马斯写道:“这种重构的开端是将商谈原则运用于一般意义上行动自由的权利——这种权利对于法律形式来说是具有构成性意义的;其末端是对商谈地运用政治自主的条件法律建制化,借助于这种政治自主,起初被抽象地确定的私人自主反过来可以在法律上得到提升。因此,民主原则只能作为一个权利体系的核心而出现。这些权利的逻辑起源形成了一个循环过程,在这个过程中,法律规范和形成合法之法的机制,也就是民主原则,是同源地建构起来的。”^①第五,权力行使的全面规范。对法治国家中行使权力的那些机关来说,单单使决策者受制于规范这一事实并不等同于他在使用这些规范时就没有任何余地了。因此,法治国家的理想就不仅是这些机关以某种高位的规范为指导,而且应当这样规范它们的活动,以便对它们起码在某一核心领域的决定进行限定和确定。这就是所谓“法律对象的角度”:法律对象理应获得确定性,由此他能够原则上自己是别自己所处的法律地位并据此安排自己的行为。为此,又必须做到两点:一是法律规范必须是有确定的形式上的质量;二是使用规范必须符合法律上说明决定理由的规则。从这个意义上讲,法治国家的典型特性就是它将导致行政与司法的官僚化,并由此导致整个国家强制权力适用的官僚化。鲍曼说:“如果有组织的国家权力在法治国家中是一种官僚化的权力反倒可以令公民放心——因为这意味着被授权规定和实施强制的那些人受到了对其主权行为进行的扩展且深入的规范的制约。”^②

最后,我们有必要强调民主言责对法律自主性的支持作用,后者无疑是维持法治国家运行的关键因素。事实上,“法律系统不是独自获得其自主性的。它的自主的程度,仅仅取决于为立法和司法的目的而建制化的那些程序,在多大程度上保障公平的意见形成和意志形成的过程,并且以这种方式使道德的程序合理性有可能同时进入法律和政治之中”。也就是说,具有法律建制形式的论证过程在一个向度上仍然应当是向道德论辩开放的。哈贝马斯指出:“一旦这个向度被封闭掉,我们就再也知道法律的自主性除了系统自主性之外还能意味着什么。……民主不实现,法律就没有自主性可言。”^③可见,法治国家就是这样一种国家,它不仅是宪法的、分权与协作的、基本权利得到保障的、权力行使得以全面规范的,而且也是从立法和司法程序之合理性所确保的公平性中取得其合法性的。

(责任编辑:杨嵘均)

The Origin of Rule of Law and the Operation of a Modern Law-based Country

LI Xiao-kun, WANG Sheng-qiang

Abstract: The rule of law means that a state is governed according to the law. However, it is not necessarily true that any law can guarantee freedom. As a matter of fact, the freedom can be only protected and promoted by the law embodying the spirit of rule of law, which is actually based on some general and abstract principles. A country built upon such kind of principles can be regarded as a law-based country, where the constitution has the supreme authority, powers are divided and checked, the basic human rights are well protected, any exercise of power is in strict accordance with the law, and the legitimacy of state power derives from the fairness guaranteed by the reasonable legislative and judicial procedures.

Key words: law; rule of law; a law-based country; law-based governance of a country

① [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间》,童世骏译,北京:三联书店2003年版,第148页。

② [德]鲍曼:《道德的市场》,第107页。

③ [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间》,第615页。