

# 法治的理论形态与实现过程

吴德星<sup>\*</sup>

## 一、法理的理论形态

法治的要义是法律至上,<sup>1</sup>可分为三个理论层次:其一,法治的理想状态,是指法治的价值观念,包括法治的原理、原则与基本观念;其二,法治的规范状态,是指法治理想的法律表现形态,具体表现为依据法治原理制定的各种法律、法规;其三,法治的现实状态,是指法治理想、法治规范的实现程度。法治的这三个理论层次的内容互有交叉但并不重合。法治的理想状态不可能完全地表现在法治的规范状态中。这一方面表现是受观念的制约,另一方面是受法治传统的影响。例如在普通法国家,其法治理想并不一定表现为具体的法治规范,但却可能表现为相应的法治现实。这一点在英国表现得最为明显。英国没有成文的宪法法典,却有堪称楷模的宪政制度。其原因就在于,英国有悠久的法治传统,使其法治理想在没有成文规范的情况下,直接表现为法治的现实状态。法治的规范状态也不一定表现为法治的现实状态。这在各国的法治实践中都可以找到例证。法治的现实状态实际上是指法治理想、法治规范的实现程度。

因而,就其概念而言,<sup>④</sup>法治可以从纵向层面和横向内容两个方面予以表述。法治的纵向层面,表现为法治规范、法治现实、法治观念三个层次,三者相互交叉而不重合。法治规范即法治的规范状态,在成文法中得到集中表现。宪法以根本法的形式确定了国家与公民必须遵守的行为规则。然而,法治规范仅仅是纸面上的东西。它能否得到遵守、能否实现,要视当时政治力量对比等客观情况而定。法治规范是法治现实和法治观念的交织反映。它一方面反映了部分法治现实的内容,另一方面反映了部分法治观念的内容。法治规范与法治现实之间总有一定的距离。要么是法治规范超越了法治的现实,要么是法治现实超越了法治规范的范围。当然,法治规范与法治现实也有重合的可能,但这只是理论上的瞬间。法治现实是法治规范的现实反映,是民主政治的现实体现和现实制度。法治现实可能实现了法治规范的内容,也可能没有实现法治规范的内容;同时,法治现实的不断发展,法治规范的相对静止和运动,又使两者既相适

<sup>\*</sup> 中共中央政策研究室,法学博士。

<sup>1</sup> 《中华人民共和国宪法》第5条规定:“一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。”这实质上是规定了法律至上的法治原则。

<sup>④</sup> 法治与法制的概念之争由来已久。本文法治是指法律至上。两者互相融合、互为表里;法制应体现法治精神,法治应具体表现为法制。

应又不相适应。法治观念是公民对法治的评价和要求,包括对法治的知识、态度、理想。其中的法治理想,源于法治现实、法治规范,但又高于它们。法治理想是民主政治的理想状态,总是在法治规范与法治现实中有所反映,并指引它们的发展方向。法治的这三个层次是理论上的表现,在实践中也相互作用、不断发展。由此,可以解决法制与法治的概念之争;也由此可以看出,法制是指法律制度,包括法治规范和法治现实,是相对于法治较低层次的概念。

## 二、法治的程序性

法治的基本原则主要的就是程序原则。由于历史背景、社会现实、法律传统与理论体系的不同,各国法治的理论基础也有不同表现,但不外乎对程序的重视和对正义的追求。因而,可将其概括为通过程序实现正义,亦即程序正义论。程序正义论就是指通过程序实现正义。<sup>(4)</sup>对此,美国学者罗尔斯作了系统论述。他认为公正的法治秩序是正义的基本要求,而法治取决于一定形式的正当过程,正当过程又通过程序来体现。更重要的是,罗尔斯把程序性正义作为一个独立的范畴来加以类型分析,于是有纯粹的、完善的以及不完善的程序正义之分。在纯粹正义的场合,一切取决于程序要件的满足,不存在关于结果正当与否的任何标准。其典型事例为赌博,只要游戏规则不偏向某一赌客而被严格遵守,那么无论结果如何都被认为是公正的。在完善的程序正义的场合,虽然存在关于结果正当与否的独立标准,但是程序总是导致正当的结果。其典型事例为著名的蛋糕等分问题,只要设定切蛋糕的人最后领取自己应得的一块的程序,就不必担心分割结果的大小不均。在不完善程序正义的场合,程序不一定每次都导致正当的结果,程序之外的标准便具有较重要的意义。其典型事例为刑事审判,无论程序要件如何完备,也不能避免错案冤案。罗尔斯认为,这三种基本类型在各自的范围内是同样符合正义的。为了弥补不完善正义场合不能确保正当结果的问题,便需要借助于程序正义的正当作用,于是追加一种所谓半纯粹的程序,例如陪审制度、当事人主义的参与等保障措施。<sup>1/4</sup>

罗尔斯的程序正义论<sup>6)</sup>实际上是法治原则的哲学化。程序正义又可称为“作为正规性的正义”,也就是指法治。“法律制度是对理性的人所发出的公共规则的强制命令,旨在调整他们的行为,并提供社会合作的结构”。程序正义的概念,也即公共规则的正规和公正的执行,在适用于法律程序时就成为法治”。<sup>6)</sup>罗尔斯又提出了与法治有关的一些正义律,也就是通常所说的法治的基本原则。第一个是所谓“应当的事意味能够的事”的律令。第二个是同样情况同样处理的律令。这显然对法官和行政官员等的自由裁量权起着制约作用。第三个是法无明文不为罪的律令。第四是自然正义律令,包括:必须有合理的审理程序和听证规则;法官必须独立和

(4) 也有学者认为,程序的正义对什么是实质上的正义并没有直接的影响。它以这样的假设为基础,即某些程序形式导致实质上的公正解决,或至少是,适当形式的程序大大增加了公正解决的可能。这未免失之于片面。然而,他认为,即使在一个把正义视为与制度有关的原则的结构内,确立对程序正义的要求也是有意义的。证明这些要求正当的理由来自这样的信念:一个公平的法律程序组织可以最大限度地增加作出公正的决定的可能性。程序正义的原则以及关于公平的法律程序的信念和这个组织在任何实际的决定中实现实质性正义的可能性上所起的作用,应当由经验加以证实,即使很不容易这样做从而很少这样做。参见(英)麦考密克、(澳)魏因贝尔:《制度法论》,周叶谦译,中国政法大学出版社1986版,第178、262页。

<sup>1/4</sup> 6) 6) (美)罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第82页以下,第235页。

公正;任何人不应审理他本人的案件;审理必须公正和公开,但又不为公众的喧哗所控制等。<sup>⑧</sup>这实际上是以程序正义为核心的价值论,体现了法治原则及其具体要求。

法律的正义唯有通过正义的程序才能得到真正的实现。公正的程序是正确选择和适用法律,从而也是体现法律正义的根本保证。首先,程序正义可以排除在选择和适用法律过程中的不当和偏向。舍去适用法律过程中无过错的失误不论,程序正义至少可以保证执法者在最大可能上选择最贴近事实的法律条文加以适用,或援引最有比照价值的判例作为判决的依据。其次,公正的程序本身就意味着它具有一整套能够保障法律准确适用的措施和手段,并且能够由此形成保障法律准确适用的常规机制。一种经验的事实可以逆向证明程序正义与法律正义的关系。当某一案件的裁决结果符合社会成员的普遍感觉,那么,人们通常认为该案的处理是公正的。反之,则会对该案的处理程序作出否定评价。如果说法学家对法律公正性评价的依据主要是立法规范内容的话,那么,其他社会成员对法律公正性的评价则主要是根据由程序所体现的裁决结果。

因而,程序正义强调了程序的实体价值。独立的实体价值不仅是实现正义的手段,而且是正义本身。<sup>⑨</sup>也有学者将程序正义等同于形式正义,从而将两者对立起来,认为形式正义与对特权和权力的现行分配模式相一致。<sup>⑩</sup>如果一种以充分、公正地审理相标榜的体系不能维护实质非正义的那些重要权力的要求,那么公平观念就会遭到侵犯。如果自治型法<sup>10</sup>的正义使它曾鼓励的那些对公平的期待受挫,那么它给人的体验就是虚伪和专横。程序正义和实质正义之间的紧张关系最终产生了推动法律程序超越自治型法的力量。这实际上是由于作者主要从形式正义的侧面来理解程序,从而有意无意地把涉及行为评价的程序性规则当作次要规则。其实,我们不能简单地把程序体系还原为程序范畴,程序正义也不同于形式正义。调整价值规则需要论证规则,其基础只能是程序性安排。在这里,实质正义和形式正义通过程序的媒介而统一。当然,程序正义与实体正义在法律实施过程中确实有一定的差异性,这里就涉及到一个价值选择问题:是通程序实现正义还是为了正义而漠视程序。如果选择前者,就能够实现看得见的正义,从而取得正确的社会导向和正面的社会效益;如果选择后者,就难免陷入必罚主义的泥潭。<sup>11</sup>我们的选择当然是前者。

法治的核心是依法治国,需要严格的程序制度予以保障。程序的实质是管理和决定的非人情化,其一切设置都是为了限制恣意、专断和裁量。“正是程序决定了法治与恣意的人治之间的

⑧ 前引[4], 罗尔斯书。自然正义律令是自然正义原则的哲学化。而后者正是英国等普通法国家的基本法治原则,其主要内容有二:一是听取对方意见;二是不能做自己的法官。这里规定的恰恰是程序内容。

⑨ 参见李卫东:《法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考》,《中国社会科学》1993年第1期。

⑩ 参见(美)诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第73页。

<sup>10</sup> 诺内特和塞尔兹尼克把社会上存在的法律现象分为三种类型,即“压制型法”、“自治型法”以及作为改革方向的“回应型法”。这三种类型既有重叠之处,又表现为发展的阶段性和连续性。压制型法具有威慑力和受制于长官意志的偏向,但是并不能还原为镇压二字。为了弥补压制型法的缺陷,控制率性不羁的国家强制力,必须从人治走向法治。自治型法于是应运而生。这一法律形态的最大特点,是通过设置一套专业化的、相对自治的法律制度,把决定的大权限制在一定的职能范围之内。其中公正合理的程序是法律的核心。这种类型法的好处是在限制权力的同时获得了权威,其缺憾是由于把过多的能量消耗在维护法治的纯洁性方面而牺牲了其他一些目标的实现。而且,所谓正当性和纯洁性也是相对的,自治性发展到一定程度也构成了自反性契机。这种制度蜕变的结果就是回应型法的产生。回应型法在扬弃压制型法的基础上,试图改变法学方法论上自然法与法律实证主义的二元对立的局面,而赋予国家制度以自我修正的精神。它既是一种社会变革的法律模式,又是法律变革的政策模式。当然,就我国的实际情况而言,任何变革都不能脱离我国的法治现实。

<sup>11</sup> 参见徐友军:《比较刑事程序结构》,现代出版社1992年版,第84页。

基本区别”。<sup>12</sup> 有些学者甚至认为,法律就是程序,行政法就是行政程序法。<sup>13</sup> 伯尔曼就认为,法律是分配权利和义务的程序与结构,“它是分配权利与义务,并据以解决纷争,创造合作关系的活生生的程序”。<sup>14</sup> 在这里,法律被看作是用以解决纷争以及通过权利义务的分配创造合作纽带的程序。现代西方立宪主义的核心是“正当过程”条款。按照 W·道格拉斯的权威性解释:“公正程序乃是‘正当过程’的首要含义”。<sup>15</sup> 美国宪法最突出的特征体现在制约与均衡的分权体制上,各个权力之间关系的协调更主要通过程序进行的。如果把美国宪法发展史看作是“自由进行的过程”的话,那么,该国著名大法官 J·福兰克弗特的这一命题十分值得记取:“自由的历史基本上是奉行程序保障的历史”。<sup>16</sup> 法治与宪政密不可分,比较而言,中国的宪政研究多注重国体政体、权利义务等实体部分,于程序问题则不免有轻视之嫌。各国法律特别是宪法的实体规范并无原则区别,诸如关于公民权利、主权在民等的规定。但其实现程度却多有差异。究其原因,问题多出在程序方面。公法领域的诸种表现已经给我们得出了结论。从中国现行宪法条文上看,需要改进之处不在少数,但关于公民基本权利的原则性宣言倒未见得与西方的章句相去甚远。问题在于,这些权利义务根据什么标准和由谁来确定,对于侵权行为在什么场合以及按照什么方式进行追究等程序性前提的规定,却一直残缺不全。仅就对个人权利的尊重和保护而言,其实既不必强求在我国传统文化中从来无本无源的自然法信仰,也不必援引某种特定的意识形态,甚至无需正当化的复杂论证,只要宪法和法律中规定的权利得到切实施行,也就可以了。其实,这也是我们首先要做的工作。正是在这一意义上来说,对于宪法精神以及权利的实现和保障来说,程序问题确系致命之所在。<sup>17</sup> 而且,宪政精神以及公民权利的实现和保障更需要程序化法治来实现。二十世纪以来,注重程序立法已成世界各国法治实践的大势所趋。美国 1946 年行政程序法、德国 1976 年行政程序法、意大利 1990 年行政程序法和日本 1993 年行政程序法,都反映了这一特点。全国人大八届四次全会对刑事诉讼法的重大修改和制定颁布的行政处罚法,<sup>18</sup> 都说明了对程序问题的重视。近年来法学界的研究,也逐渐往程序方面转化。

法治的关键问题是程序问题。“依法治国”严格说来应该表述为“依程序法治国”。这可以从下述方面得到论证:(一)程序能够保证政府行为的形式合理性和形式正义性。<sup>19</sup> 一项规则的实质是否正义合理,常因不同人的道德价值观念、文明进步程度、风俗习惯的不同而在评价上有所差异。而一个社会却不能等到大家对某个问题在认识上都一致时才去制定通行的规则。尤其在现代社会,个体之间的差异日见其大,群体利益常有冲突,制定一项人人都满意的规则日见其难。因此,人们对一项规则的合理与否虽寄希望,实际上是通过程序达到另一种正义和心理平衡。正如彼得·斯坦和约翰·香德所言:“在探讨通过法律来实现公平时,应当首先区别法律程序和法律本身”;“实体规则可能是好的,也可能是坏的。人们所关心的只是这些规则的实

<sup>12</sup> [5][6] 转引自季卫东:《程序比较论》,《比较法研究》1993 年第 2 期。

<sup>13</sup> 参见(美)施瓦茨:《行政法》,徐炳译,群众出版社 1986 年版,第 2 页以下。

<sup>14</sup> 参见(美)伯尔曼:《法律与宗教》,梁治平译,三联书店 1991 版,第 26、38 页。

<sup>17</sup> 参见前引 [2],季卫东文。

<sup>18</sup> 刑事诉讼法的修改,侧重于从程序角度加强对公民个人权利的保护;行政处罚法不仅程序精神贯彻始终,并且列有“听证程序”专章。

<sup>19</sup> 从另一方面来看,实体正义和形式正义的统一,也正是通过程序统合而成。

施应当根据形式公平的原则进行”；“人们所关心的还有，在适用某条法律规则时，对它所管辖的一切人应当不偏不倚，一视同仁”；而任何做法，“只要与人们认为是正当法律程序的方法——不偏不倚的听证——相违背，都认为是失公平的”。<sup>20</sup> 与此相联系，是罗尔斯的“程序正义”观念。可以说，罗尔斯的正义理论就是以程序倾向为特色的，因为他认为公正的法治秩序是正义的基本要求，而法治又取决于一定形式的正当过程，正当过程又通过程序来实现。（二）程序使当事人的选择更具有理性。程序为当事人的活动提供了一定的空间、时限，为其提供了一定的行为范围，这就使程序与选择联系在一起，这就决定了程序必然是法治体系中最生动活泼的领域。可以说，程序的本质特点既不是形式性，也不是实质性，而应该是过程性和交涉性。唯其如此，它才能适应社会的变动结构，根据需要作出不同的反应。N·卢曼曾经论及选择与程序的关系。他指出：“所谓程序，就是为了法律决定的选择而预备的相互行为系统。法为了从人们脑海中浮现的具体行为的映象中解脱出来，为了具有更抽象的概念性质，需要实现内在于概念性质之中的选择作用。正是这一缘故导致了程序这样一种特有的行为秩序的发展。”<sup>21</sup> 换句话说，在抽象规范和具体个案之间，依赖选择程序来沟通。在现代社会中，法律是可以变化、可以选择的，但这种选择又不是任意、无限制的。而程序使法律的变化合法化，使当事人的选择有序化。（三）程序的完成过程亦即法治的实现过程。法治的目标有二：一是公正，二是有序。程序除了能提供有序的决定过程外，亦能实现相当多的公正。人们通常认为，法律是一套规则和原则体系，如果人们希望其行为合乎正义的要求，就必须按照法律办事。从其实际运作来看，法律从根本上说是保证作出判决的程序问题或各种程序。人们仅仅在程序结束时才能知道判决的结果，而在程序开始时关心的主要不是这个问题。一般而言，法学家们所能够做到的是力求完善下列方面的程序过程：涉及裁决者选择的各种规则；当事人的行为；证据的接受与运用，从而保证在尽可能公正的前提下作出裁决。事先说出裁决的结果既不可能也不必要。只有根据所有事实因素才能作出一项真正公正的裁决。这些事实因素在各个案件中各不相同，而且在程序开始之前并不清楚。因此，正义和社会秩序离不开程序规则。法律关系的确定性要求人们充分了解就有关冲突问题将要作出的裁决，在这里重要的是裁决结果的可预测性。解决纠纷当然需要实体规则，但实体规则也必须关心程序。它不应仅仅是宣示某些权利和义务的内容，更重要的是，这些权利和义务以什么标准和由谁去确定，对于侵权行为在什么场合以及按照什么方式、循何种途径进行追究等这样一些问题的程序性前提的规定。<sup>22</sup> 这对于法律实际社会效果的发挥是不可或缺的。

### 三、法治的实现过程

从法治的三种理论形态出发可以看出，法治的实现过程，实际上也就是法治的三个理论状

20 [英]斯坦、香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社1990年版，第75页、第92页以下。

21 转引自前引[8]，季卫东文。

22 包括程序法规定的各项具体内容和实体法中的程序性规范。

态的转化过程。也就是说法治的实现过程,就是法治理想的规范化过程和法治规范的现实化过程。法治的纵向层面,通过法治规范、法治现实、法治观念的不同理论形态,说明它的理论与实践,法治规范、法治理想与法治现实,都有一定的距离。因此,为了保证法治的实现,需要从两个方面做工作。第一,要争取法治理想的规范化、法治规范的现实化,同时要争取法治现实的规范化和法治规范的理想化。第二,要抓住中心环节。上述过程实际上反映了争取民主政治的过程。在这个过程中,关键是能够有效地保障民主政治的实现。法治的横向内容,反映了国家权力的内部分工制约,反映了人民意志、公民权利保障的实施和手段。就此而言,它包括对公民权利的保障、对国家权力的控制和对代议民主的发展。

法治的实现过程,从一定意义上讲,主要的应该是民主宪政的实现过程。而对法治概念理论层次的具体分析,对我们探讨宪政、人权<sup>23</sup>及法治秩序等范畴的理论形态和实现过程,都具有普遍的方法论意义。

当然,从另外一个角度出发,也可以把法治的实现过程理解成一个“从实体到程序”的过程。把法治的实现过程理解为一个从实体到程序的过程,源于学界对私法、公法概念的认同和世界各地的法治现实及中国的法治实践。中国从计划经济体制向市场经济体制的转变过程,如果从社会进步的角度来看,正如梅因所说,是一个“从身份到契约”的过程。<sup>24</sup>梅因指的是当时封建社会向资本主义社会转化过程中的从封建身份特权到个人自由制度转变的社会运动过程。从法律上来看,主要是指私法领域契约自由等原则的确定。在这里,我们是借用这个概念。与私法领域“从身份到契约”的运动过程相对应,国家公共权力采取自由放任的态度,侧重于从程序角度加强对公民权利的保护。因而,公法领域,也存在着一个“从实体到程序”的过程。这一点在我国却未引起足够的重视。事实上,从法治的一般理论到法治的具体实践,都说明了这一点。

程序具有过程公开性、公众参与性和技术上的可操作性等特点。这些特点却正是中国法治的局限所在。法律的程序性要求,一方面是法律的应有之义,另一方面则是法治的现实需要。前者从法治的一些基本原则可以看出。法治的原则实际上是程序原则。看得见的正义才是正义。迟来的正义不是正义,看不见的正义同样也不是正义。从实体内容上来看,中国法律的很多实体规定实际上与法治的基本要求并无二致,例如宪法关于法律至上的规定。<sup>25</sup>但这些为什么没有得到真正的实现?关键的一点,是缺乏可操作性的程序,缺乏程序性的操作规范。法律的程序化和程序的法律化发展已成趋势。为此,我们不妨提出“法治程序化”的口号,以期引起学界对程序问题的重视和深入研究。<sup>26</sup>“法治的程序化”就是指“法律的程序化与程序的法律化”,在本质上是指如何在互相抵触的各种规范之中进行最佳选择,并使这种决定具有正当性和约束力的问题。从现象上看,它将表现为程序法规范的增加、保证选择的自由与合理性的程序要件

<sup>23</sup> 李步云教授认为,人权可分为应有权利、法定权利和实有权利,与本文关于法治理论形态的划分一样,都是由“应然”、“实然”两个范畴演化而来,同样具有重要的方法论意义。参见李步云:《论人权的三种存在形态》,《法学研究》1991年第4期。

<sup>24</sup> 参见〔英〕梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第97页。

<sup>25</sup> 参见《中华人民共和国宪法》第5条。

<sup>26</sup> 近年来的学术研究和法治实践,都已注意和表现了这方面的倾向,但需要更进一步的理论深化。

的完备、通过程序进行正当化、法律精神以程序为媒介向社会中渗透等具体方式或形态。其结果,法治可以理解为一方面是经历了民主主义正当过程和结构性选择的结果,同时另一方面又向当事人、律师、法院以及行政机关提供了再进行过程性选择的工具、方式和步骤。“法律的程序化和程序的法律化”具有同等重要的意义。只有两者并重,坚持程序法定原则,才能避免忽视程序和滥设程序的不法现象。当然,“法治的程序化”还可作广义解释,中国的法治建设过程本身,也应遵守程序原则。

### 四、结 语

上述分析与论证的结论可概括如下:法治的概念,在理论上可分为三个层次,即法治的理想状态、规范状态和现实状态,或者表述为法治理想、法治规范和法治现实;由此,可以把法治的实现过程理解为法治理想的规范化过程、法治规范的现实化过程和法治现实的规范化过程、法治规范的理想化过程;另外,根据“法治的程序性”,亦即“法律的程序性和程序的法律性”原理,还可以把法治的实现过程理解为“从实体到程序”的过程,或者“法治的程序化”过程,亦即:“法律的程序化和程序的法律化”过程。