

社会变革与成文法的局限性

——再谈良性违宪兼答童之伟同志

郝铁川*

如何处理好法的应然性和实然性、滞后性和先导性、秩序和正义等方面的关系,如何摆脱发展中国家现代化过程中常常出现的浪漫主义情结,是值得关注和研究的课题。由此出发,我写了《论良性违宪》一文,意在给法律至上论者提出一个例外,实际上也是对这个命题给予必要的补充。它会遭到同仁的批评,早在我预料之中,我也愿意就这个问题与朋友们共同研究,促进学术繁荣。本文不想就《论良性违宪》所举某些事例是否属于违宪进行争辩,因为仁者见仁,智者见智,谁也无权定论,但我仍然坚持“良性违宪是一个不争的事实”的看法。中国的改革,在前一阶段主要是靠政策推进的,许多政策与法律是冲突的,这已为众人熟知。我仍然坚持对良性违宪一要肯定、二要限制的立场。本文试图通过对成文法固有的局限性与社会变革之间矛盾的分析,进一步论述良性违宪的不可避免性和其一定的合理性,反对在这个问题上的浪漫主义倾向。

在我看来,法律具有三种局限性,必然与社会变革发生冲突,而且这种冲突总体上不能事前为人所知、为人所防。

第一,法律的保守性和社会变革的发展性相矛盾。美国学者埃德加·博登海默指出,法律具有保守主义倾向,“这种倾向的根源在于法律性质,因为一个规则体系不会天天发生变化。……但当已制定的法律同社会发展中的某些不固定的、有紧迫性的力量发生冲突时,它就不得不为这种稳定性政策付出代价。‘社会在变化,其典型特点是比法律的变化快。’在社会发生危机时,法律往往遭到破坏,为不连续的、有时是突然性的调整留下余地”;“法律中的‘时间滞后’问题显现在法律体系的不同层次上。宪法条款是十分详尽、明确、不易改动的,它在某种情况下可能成为进步与变化的桎梏。”^{〔1〕}

在法律体系中,宪法由于其制定和修改的程序最为严格,因而稳定性也最强。与之相应的是,其滞后性亦最为突出,最容易“成为进步与变化的桎梏”,最容易受到社会变革的冲击,但这种冲击却能够为宪法“突破性的调整留下余地”。回顾我国改革开放的历程,就会觉得博登海默的观点是有坚实基础的。当初安徽凤阳县小岗村实行包产、包干到户责任制是违宪的,但却为宪法废除政社合一的农村政权体制创造了条件;“文革”后期兴起的苏南社办企业(后被称为乡镇企业)与当时宪法规定的计划经济体制也是相抵触的,但它却为后来宪法确立社会主义市场经济创造了条件。这说明在社会变革时期,良性违宪在实际效果上是以暂时的局部违宪来换取

* 华东政法学院教授、法学博士。

〔1〕〔美〕埃德加·博登海默:《法理学——法律哲学和方法》,张智仁译,上海人民出版社1992年版,第362页。

宪法突破性的进步。

第二,法律规则的僵硬性和社会变革的灵活性相矛盾。博登海默指出,法律规则的缺陷之一是僵硬性,主要表现为它适用于一般情况而不一定适用于每一个个别情况。亚里士多德也曾指出法律尽管是一种不可缺少的社会制度,但它的普遍性和一般性在个别场合仍然可能产生困难,因此他提出通过个别衡平的办法来纠正法律是允许的。

社会变革往往采取原则性和灵活性相结合的办法来推进。例如,为了探索加快改革的途径,在改革开放初期我们设立了深圳经济特区。特区“特”在何处?“特”在它是改革开放的试验区,允许它在深圳这样一个特定地区闯红灯,为其它地方的改革提供经验。特区的设立体现了中国人特有的灵活机动处理问题的智慧,虽然深圳的一些做法与当时宪法的某些具体规定不尽吻合,可它却最终导致宪法的更新。一些人可以对深圳说东道西,但事实上“青山遮不住,毕竟东流去。”

第三,法律的控制性与社会变革的越轨性相矛盾。法律对社会秩序是要加以控制的,从而形成一种法律秩序,但“如果法律秩序对公私权力的制衡过严、过硬,那末某些有益的扩充和经验的形成就可能被窒息了。这就是尼采所担心的,社会组织法律方式的限制性质,总会导致这种结果。尽管对他古怪的权力可以提出许许多多反对理论,但同时必须承认,他提出了一个不应予以忽视的问题。”〔2〕企图用法律对社会实行天罗网式地严密控制,不仅不可能,而且势必导致管理过头、统得过死的结局。

法律的控制性与人们的越轨行为是对立的,但社会变革时期的越轨行为却是难免的。怎样看待越轨行为?本世纪以来愈来愈多的学者转变了过去对其全盘否定的态度,而承认其一定的合理性。这是因为某些越轨行为能带来社会体制中所需要的必然性变化。“有时因为一些成员的违规行为,整个群体中的其他成员都意识到某一条规则不太合理,或者它与别的更重要的规则相抵触。这条规则就改变了。例如,在由马丁·路德·金发起的非暴力反抗运动中,对允许隔离法的破坏把整个国家的注意力都吸引到他们所遭受的不公平待遇上了。这个民权运动终于使那些法律发生了变化。”〔3〕因此,那些促进社会经济政治进步的“越轨”行为,是社会变革的前奏曲,就象起初被视为“越轨”的乡镇企业,经过实践的检验,取得了合法地位,并为国有企业的改革提供了一个有益的参照系。

总之,良性违宪是由成文法的局限性引起的,是社会变革所必需的,也是法律进步不可或缺的“序曲”。我和童之伟同志的分歧,实质上是对法的应然性和实然性、秩序和正义等问题的认识不同,看问题的出发点不同而已。

最后,我想引用两位思想家的话来作为本文的结束语:

“法律不是以法律为基础,那是法学家们的幻想;相反地,法律应该以社会为基础。”〔4〕

“一切通常被视为善良的价值,被运用到最大限度时,亦不一定是最好的事情。”〔5〕

〔2〕 前引〔1〕,博登海默书,第364页。

〔3〕 〔美〕戴维·波普诺:《社会学》,刘云德、王戈译,辽宁人民出版社1987年版,第445页以下。

〔4〕 《马克思恩格斯全集》,第6卷,第291页以下。

〔5〕 〔美〕赛缪尔·亨廷顿:《变革社会中的政治秩序》,李盛平、杨玉生等译,华夏出版社1988年版,第2页。