

社会优位理念与法治国家

周永坤*

一、中国走向法治只能始于转变法理念

1996年春,为二十一世纪描绘宏伟蓝图的雄心勃勃的中国领导人终于义无反顾地选择了“依法治国、建设社会主义法治国家”这一战略目标。江泽民主席亲自参加依法治国的法学讲座,发表了《依法治国、保障国家的长治久安》的重要讲话,认定“依法治国,是邓小平同志建设有中国特色社会主义理论的重要组成部分”。^[1]这表明,法治不再被看作资产阶级的专利。插上法治和市场经济双翼的东方巨龙必将在二十一世纪腾飞。

如何走向法治?这成为我国法学界必须回答的又一世纪性难题。名正才能言顺,言顺方能事成。那么究竟何为法治?林林总总的定义难以计数,笔者以为法治的基本内涵仍然是亚里士多德早在二千多年前就已揭示的:“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本身是制定得良好的法律”。^[2]这告诉我们,法治虽然有法律、制度层面的内容,但首先是一个精神层面的问题。良好的立法取决于立法者正确的法律理念,而对法律的优劣作出评价更有待形成评价法律的价值系统。“法律获得普遍服从”虽然有其独立的价值(普遍服从法律本身是对绝对专制,对少数人高于法律的制度的否定),但其最终价值取决于法律的良恶。如果法律本身充满特权、歧视和暴力色彩,则守法与法治建设实属南辕北辙。二战前的德国、日本的“形式法治”殷鉴不远。法律理念不仅是法治的要素之一,而且是占主导地位的要害,因为正是法律理念决定了法治的制度成份及其运作过程和结果。

法治国家的实现,一般而言是法治理念先行的。启蒙运动确立的法理念——以自然法形态出现的自由、平等、权利法理念是西方现代法治国家的观念基础,大家对此早已耳熟能详。诚如日本法学家川岛武宜所言:“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。”^[3]对于走向法治的东方国家,法治型法理念确立尤当先行。因为走向法治的东方社会的历史基础是人治社会,很少有人详知法治为何物。它不但缺乏法治的社会基础、制度基础,更缺乏法治的观念基础。不实现法理念的变革,法治建设便无法启动。除非在西方列强的压力下先制订具有

* 苏州大学法学院教授。

[1] 《人民日报》1996年2月9日。

[2] 亚里士多德:《政治学》,商务印书馆1965年版,第199页。

[3] 川岛武宜:《现代化与法》,中国政法大学出版社1994年版,第51页。

现代意义的法律,而这是大家所不愿看到的。即使如此,其结果也难以建立法治社会。从社会学的角度来看,日本明治时代引进的西方的民商法还不是近代的。^[4]随之而来的东方式野蛮的法西斯制度的崛起无情地粉碎了日本人的法治梦。

如果说东方社会走向法治通常是转变法理念先行的话,那么,特殊的国情决定了中国走向法治只能从转变法理念开始。因为,中国的人治法文化传统堪称世界之最。且不说古代几千年的人治文化积淀,单就步入近代以来,1949年以前不是战乱就是军阀的法西斯独裁。新中国成立之后,在很长一段时期内,法治被作为资产阶级意识形态遭到排斥,而拒绝法治的理念不正是无法建设法治国家的。其次,在中国的特殊国情下,中国迈向法治只能走“政府主导型”之路。法治国的核心内容“法律至上”要求政府行为依法,要求社会以法控制政府,而法治又必须在政府的主导下才能启动,这是一个悖论。解决的办法只有在政府自律的基础上,在法治型法理念的指导下改造法律与社会结构,同时改造政府自身。政府自律的能力来自现代特有的法理念。它必须认识到自己的局限性,认识自身权力的来源及权力服务的对象,确立了自律的法理念以后逐步将自律制度化,由道义的守法义务变成法律义务,从而确立法的权威。政府自身最终从法律之上退居法律之下。这一社会运动的起点无疑在确立现代法理念。再次,中国的法治是“社会主义法治”,不是一般的法治,更不是“形式法治”。这一目标决定了中国的法治比当代西方法治有更丰富的价值内涵和精神要义。社会主义的要义是人的自由与解放,这一目标是与人治传统,将人作为实现目标的工具和调控对象的传统法理念格格不入的。这使现代法治理念的确定显得尤为迫切。最后,我们面临的现实困难也要求我们从转变法理念入手展开法治工程。改革开放以来,我们的成就令世人瞩目,但是日甚一日的腐败及“久打不治”的社会治安问题却长期困扰着我们,这会促使人们过份寄希望于法律的强制力与打击功能,如按这一思路搞法治而缺乏法治理念,则法治建设有可能再坠传统的窠臼。

二、国家优位理念是当代中国走向法治的最大障碍

国家优位理念是以国家为根本立足点和基本价值取向的法理念。其典型的理论概括为:“国家制定法律规范、监督它们的遵行,并对不遵守法律规范的人采取强制措施。另一方面法是实现国家基本任务和职能的主要手段,是在立法上确认国家机构的主要手段,没有国家,法就不能存在;同样,没有国家制定的法律规范,单只有国家也是不行的”。^[5]可见法律国家优位的核心判断是:法律是国家的附属物(或最多是伴生物),法渊源于国家,法是实现国家职能的手段。从这一基础前提出发,演绎出一系列以国家利益、国家意志为根本价值取向的分论点群:(1)法律本体的国家意志论。在法律国家优位理论体系中这是最根本的论点。任何规范只要打上国家的印记就是法律;反之,任何社会规范只要没有国家印记就不是法。这使得国家法律越出理性批判的视野。(2)法律特征的国家强制论。学者们强调:“法是由国家这一阶级专政组织制定或认可的,总是与国家强制力相联系”,“法以法庭、监狱等国家机器为后盾,以国家强制力来保障”,并以此作为法律区别于原始习惯、道德等现象的根本特征。(3)国法关系的工具论。既然法是国家意志,国家与法律的关系便是国家主宰的目的工具关系。法律离不开国家那

[4] 前引[6],川岛武宣书,第51页。

[5] 〔苏〕玛·巴·卡列娃等:《国家和法的理论》,中国人民大学出版社1956年版,第2页。

是因为国家是造法之母、行法之主；国家离不开法律那是因为法律是组织国家机构，实现统治阶级政策、执行国家职能的工具，法是阶级统治的工具。^[6] (4) 法律渊源的制定法唯一论。既然法律是国家意志，由国家制定，合乎逻辑的结论便是制定法为唯一的法律渊源（国家认可的习惯实际上成了制定法的一部分），于是英美法系的存在便视而不见，判例法、习惯法便被排斥于法源之外，第二位的法源——公认的价值观和权威理论——更无从谈起。法律渊源理论只是简单地描述制定法的几种形式，并将行政机关的自主性法规规章（非委任立法）统统列为法源，皆因其出自国家机关。更有甚者将“地方人民代表大会依法通过和发表的决议和地方各级人民政府依法发布的决定和命令”悉列为法源。^[7] (5) 立法政策中的国家利益至上论。“个人利益服从集体利益、集体利益服从国家利益”作为对公民的道德要求本没有错，几十年来在国家优位影响下，这一道德原则上升成为立法根本原则；在个人利益与国家利益完全一致的虚幻前提下，实际上否认个人利益的合理性、合法性，各种形式的“割资本主义尾巴”运动一浪高于一浪，导致个体与国家利益关系的严重倒置。(6) 法律地位的人治论。这是国家高于法律的逻辑结论。国家创造法律，法律只是国家表达意志（国家意志）、达到目的、完成职能的手段；国家本身又是阶级的工具，阶级是组成政党的、政党是由领袖领导的，这一系列的命题的最终结论必然是：领袖人物的话高于法律。而法治的核心观念“法律至上”却长期被批为资产阶级观念。

国家优位理念是国家权力膨胀的产物，它在特定历史条件下成为法律实践的主宰。作为对法律实践的归纳与描述，它是片面的。它把在特定历史条件下的现象抽象化、一般化。科学合理的理论的最低要求是普遍性，失去普遍性的理论只能是偏见与谬误。只要我们把它放到深远的历史背景和充满多样性的现实中去检验，国家优位之误立现。

首先，即使在国家存在的条件下，国家实际上没有、也无能力垄断全部法律资源。在古希腊，城邦国家的法律主要是社会自发形成的习惯法，^[8] 古罗马王政时期的法律大致与希腊类似，到公元前 450 年才有了第一部国家制定法，在此之前执政官的法律常常受到社会的责难。在分裂的欧洲中世纪，教会法一度极盛，教会法并非出自国家，其作用之一是限制国家权力。教会法的汇编者也非国家（除少数例外）。教会法的第一部汇编其内容来自公元四世纪至五世纪的地方宗教会议，公元九世纪的《伪伊西多尔教令集》一直至十六世纪都具有效力。^[9] 公元十世纪欧洲第一次和平运动中宗教会议通过的和平法令，全凭教徒的信仰得到遵守。^[10] “日耳曼民间集会或 moot 不仅在特殊的案件中作出 dooms（判决），而且还发布同样称为 dooms 的一般法令”。^[11] 事实上，中世纪“所有欧洲各国之法律，当时概由多数不同之地方习惯所构成，即令近代之法律，其情形亦然”。^[12]

古代中国可以说是“国家优位”的一统天下，以皇权为代表的国家高居于一切之上。就是在

[6] 参见孙国华主编：《法学基础理论》，法律出版社 1983 年修订本，第 48 页。

[7] 参见北京大学法律系法学理论教研室编：《法学基础理论》，北京大学出版社 1984 年版，第 363 页。

[8] 国家优位理念将习惯法看作是“国家认可”的产物，这是典型的“国家至上”思维定势所致。习惯法不是立法权创造的，“习惯是一个完全等于立法程序的创造法律的过程”。参见凯尔森：《法与国家的一般理论》，中国大百科全书出版社 1996 年版，第 286 页。

[9] 参见伯尔曼：《法律与革命》，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 719 页以下。

[10] 参见前引 [9]，伯尔曼书，第 107 页。

[11] 前引 [9]，伯尔曼书，第 73 页。

[12] 美]孟罗·斯密：《欧陆法律发达史》，姚梅镇译，商务印书馆 1943 年版，第 6 页。

这样的国情下,国家也未能垄断一切法律资源。始于公元前六世纪的中国法律成文化运动,其实是对习惯的荟集。《法经》、《竹刑》等均非国家制定法,宁可称为“习惯法”或“学者法”。只要承认历史是进化的,那么,即使依通说中国法律始于夏代,在夏立国至公元前六世纪的十五个世纪中,习惯法为主要法源无可否认。人们或许不会忘记墨家巨子腹䟽谢绝秦惠王赦免而杀己独子时所说的一番掷地有声的话:“墨者之法曰杀人者死,伤人者刑……夫禁杀伤人者,天下之大义[义,法也——引者注]也,王虽为之赐,而令吏弗诛,腹䟽不可不行墨子之法。”^[3]可见古代民间的社会集团之法是与国家法并行不悖的。中国古代始终是“国家法”与“家法”并存的,通说以国家对家法承认才有家法的效力,实为倒因为果。家法的存在远早于国家法。家长长期对子女拥有生杀之权,直至汉代情况才起了变化。^[4]终清之世,家长始终对子女拥有极大的权力。即使在当代中国,国家企图垄断一切法律资源的愿望也未完全实现。在法无明文的时候,起码在民法领域里,法官只能依习惯或法理(甚至在某些新的法律领域里,例如证券法、海商法领域,不得不依外国法律理论)判决。这说明国家无力垄断全部法律资源。

其次,法律也不仅仅是国家的工具,法律有时会与国家权力相对抗。中国古代自黄帝造李法的传说到清末,典籍中似乎未见对抗国家权力的法律。^[5]如果目光囿于中国典籍的资料,则法律是权力的婢女无疑。如果我们把目光投向广袤精深的人类法文化,则又当别论了。古印度法中“国王的法”并非国王造的法,而是梵天所造之法的一部分(实为习惯法),它的目的在于规定“人主应该怎样为人?他如何产生?他如何获得最大的成功?”它规定国王必须依正理“保护百姓”,越出法的国王将毁灭,他应该遵循摩奴制定的规则治理国家,“他应该绝对尊重他们所说的历来符合法的一切习俗”,“国王应该立足永恒的法”。^[6]伊斯兰法的首要法源《古兰经》并非出自世俗统治者,相反,是规范伊斯兰信众(含最高统治者)的法律。它规定最高的“国权”属于真主。它宣示除真主以外“没有任何保护者”,“除真主外,不以同类为主宰”。世俗的统治者只是主的“代治者”,他必须遵循《古兰经》,他应当“替人民秉公判决,不要顺从私欲,以免私欲使你叛离真主的大道;叛离真主大道者,将因忘却清算之日而受严厉的刑罚”。^[7]至于西方的法律则素有对抗权力的传统。古希腊关于政制、特别是选举制度的法律、流行于各城邦国家的贝壳放逐等法律无一不是针对权力的。古罗马的宪政三原则——任期制、执政官双头制、卸任审查制——与权力对抗的属性甚明。即使在总体上非法治的中世纪,也有许多对抗权力的法律存在。“在法律与封建的阶级压迫之间、在法律与城市的权贵之间、在法律与基督教的利益之间以及法律与统治之间,曾存在着经常性的冲突。逃到城市的农奴们在一年零一天之后根据城市法请求获得自由。公民们根据在城市宪章中所宣布的宪法原则反抗他们的城市统治者。贵族向国王要求古时的权利和特权。君主与教皇相互争斗,各方都宣称,另一方在行使其社会经济权力时,违反了神授和自然法的法律权利,违反了法律的精神甚至法律的字面含义……人们

[3] 《吕氏春秋·去私》

[4] 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第7页。

[5] 以常理推之,中国早期习惯法当也有限制王权的内容。但是由于国家主义、王权主义的统治,早期习惯法中限制王权的内容在典籍中几至淹没无闻。因此,从黄帝李法、唐虞造律、禹刑、汤刑直至大清律例,中国的法律史成了一部纯正的帝王造法史,法律护权史。这本身是几千年“法律史国家化”的悲剧。

[6] 参见蒋忠新译:《摩奴法论》,中国社会科学出版社1986年版,第115页以下。

[7] 参见《古兰经·黄牛》、《古兰经·仪姆兰的家属》、《古兰经·萨德》。

运用法律同产生法律的社会结构相对抗。”^{〔8〕}步入近代,这种偶然的、零星的法律对权力的控制与对抗便逐步制度化,成为权力运行应当遵守的规则。国家最终成为与公民平等的诉讼当事人,成为赔偿责任的主体。国家终于从法律之上走到法律之下,这便是现代法治社会的主流现象。^{〔9〕}

再次,国家优位理念将法律完全归结为“上升为国家意志的统治阶级意志”是片面的。“法律是人类共同创造的文明成果。”^{〔10〕}“法律渊源不仅包括立法者的意志,而且包括公众的理性和良心(reason and conscience)”。^{〔11〕}许多法律的确由国家制定,但即使是这些法律也并不完全是意志,除了意志以外,它还包含了人类社会实践积淀而成的一般价值,这就是理性的重要内容。现代法律的理性不因国家宣示而变成“意志”,法律本身要护卫这种一般的价值,甚至不惜对抗国家意志。在现代,国家意志这种非普遍性的意志成为法律本身是法律变态的表现。自从二次世界大战以来,丹麦实行工资和薪金随生活费用指数变动而变动的自动调节机制,好几届政府都企图取消有关立法而未果,法律顽强地维护了自己的价值。^{〔12〕}西方的反垄断法反对资本的垄断,环境法保护环境,矛头所向主要是统治阶级。事实上,奴隶制的最终消灭、封建制的寿终正寝,在西方许多国家是通过法律手段实现的,而这些立法的主体不乏奴隶主阶级和封建主阶级自身。

最后,国家优位无法解释现代国际法。除了少数极端国家意志论者从“同义反复”的“联合意志”出发强调国际法是国家意志,因而主张国家高于国际法外,每个尊重现实的人都会看到国际法高于国家的不争事实:国际法确定了国家的部分立法义务,规范国家间的行为模式和价值取向。在欧洲,国际法甚至夺取了国家部分立法和执行权。马约(Maastricht Treaty)规定欧共体的立法可直接在各国生效,无需国家立法机关批准。马约还规定共同决定程序(Codecision Procedure)。欧共体可组织对各国实施欧共体法的情况进行调查。欧共体成员国的人以及“居住在成员国,或在成员国有注册办事处的任何人(自然人、法人)都有权要求任命欧洲议会督察员(ombudsman)”。^{〔13〕}

这样一个以偏概全的国家优位法理念,再经过人们对人类法律史和法律未来作“斩头去尾”的改造,^{〔14〕}将它强化为“必然规律”,最后被推崇为法律的应然目标。

国家优位理念是建立在这样一个虚拟的前提之上的:国家意志必然代表了社会利益。这一判断起码要满足三个条件才能成立:第一,国家利益与社会利益完全一致;第二,国家正确认识社会利益之所在;第三,国家采取完全正确的手段以实现社会利益。这三个条件并非必然能满足,满足它需要统治者是无私的圣人、洞察规律的超人和完美的立法者。相反,满足是例外,不满足是常态。任何一个条件的丧失都会使国家偏离社会利益。虽然古希腊的格劳孔所谓有权

〔8〕前引〔9〕,伯尔曼书,第50页。

〔9〕当然这并不排斥国家在法律之上的例外情况存在。但例外毕竟不是常态,更重要的是它失去了合法性。

〔10〕李步云语。参见《依法治国建设社会主义法治国家学术研讨会纪要》,《法学研究》1996年第3期。

〔11〕前引〔9〕,伯尔曼书,第13页。

〔12〕参见丹麦J福尔麦·威斯蒂主编:《北欧式民主》,中国社会科学出版社1990年版,第273页。

〔13〕See P. Mathijsen, *A Guide to European Union Law*, London, Sweet and Maxwell 1995, P36.

〔14〕为了使历史与未来服从国家优位的假设,人们无视恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》中多处对原始法的论述,不理睬二十世纪以来法人类学研究的丰硕成果,顽固地坚持原始社会没有法。同时武断地认定未来社会无阶级因而也没有法,法的未来被无情地砍去。

而不为非作歹、不夺人钱财是天下第一号傻瓜^[25]的话有点过份,但即使是一个良好的无私的统治者也无法绝对避免自己的意志偏离社会利益。现代政治学研究证实,下述四个方面是难以避免的:(1)国家公职人员制定政策时的个人价值偏好;(2)国家公职人员整体的价值偏好;(3)国家制度结构的决定性影响;(4)国家强大的自主性与干预能力的存在。^[26]法学家波斯纳称之为“法官和立法者们强迫社会的其他人来接收他们个人的政策偏好”。^[27]对于这些,我们无需例证,只要看看1975年宪法和时下的部门利益、地方利益的立法就足够了。

国家意志绝对代表社会利益的论断使社会失去了独立存在的价值。既然社会自身利益服从国家利益,社会利益只有国家才能认识、表达与保障,则社会就是一个需要国家监护的人格贬损者。只要打上国家印记的法律都具有合规律性、必然性,则社会进一步沦为论证国家立法必然性的工具。

众所周知,通行的国家概念是:国家是阶级统治的工具。由是观之,国家优位理念之国家,并非作为国际社会一员的特定时空的人和领土的组合物,而是高居于社会之上的国家权力或国家机关体系。所以,国家优位即国家权力优位。国家优位理念是人治社会的理念,它与法治社会格格不入。苏联是现代国家优位理念的发祥地,直到解体它都未能建成法治社会。我们解放后前17年国家优位理念最终发展到法律虚无、政策至上,建设成高度集权的“家长式”、“一言堂”人治国家。文革中连法律最基本的设施——公、检、法均被砸烂。所有这一切,仅仅归罪于林彪、四人帮一伙的倒行逆施是远远不够的,它实为国家优位理念的必然结果。改革开放以来,人们追求法律的作用,但是由于国家优位理念未能销融,17年仍未能建成法治国家。逻辑和实践都告诉我们,只要国家优位理念不除,法治国家建设就是徒托空谈。

三、确立社会优位理念建设法治国家

那么,法治社会需要什么样的法理念?或代国家优位而起的应该是什么样的法理念?我们认为只能是社会优位理念。社会优位理念是与国家优位理念相对称的法理念,是以社会(包括组成社会的个人)为根本立足点和价值取向的法理念。它从人类文明发展的宏观视野中认识法律的本体,以人类整体利益和个体自由、对人的终极关怀为宗旨确立法律的功能与价值。社会优位理念是建立在对历史的法律、现实的法律尽可能完全归纳的基础上,而不是从不不变的原则演绎而来。与国家优位理念相观照,社会优位理念包括以下重要观念:法本体的国家意志社会理性的复合体观念、国家与法律关系的国家社会二元论、法类型的公私法二元论和私法优先论、立法政策(原则)的社会利益(主要是组成社会的主体的利益)至上论、治理社会观念的法律至上论。

在社会优位法理念确立的过程中,在法理念领域我们需要完成五大任务。

1. 确立社会自治观念

在东方传统里,土地、人民都是君主(国家的代表)的私产,是君主治理的客体,此即社会从属于国家。所谓“法治”不过是国家用法律作为工具治理社会,实为典型的人治。在西方,起码

[25] 参见柏拉图:《理想国》,第48页。

[26] 参见吴清:《国家范畴与现代西方政治学的变迁》,《中国社会科学》1994年第5期。

[27] 波斯纳:《法理学问题》,中国政法大学出版社1994年版,第524页。

在观念上始终承认社会自主,国家应当服务于社会,而不是相反。正是这种观念引发了法治思潮与实践。早在柏拉图那里就已形成了国家与社会两元分析架构,将社会置于国家之上,并抽象出“狭义的”国家概念,不正义的国家不是国家。而所谓正义,对国家来讲就是为全社会服务。柏拉图说:“那些只是依照部分人的利益制定法律的国家,不是真正的国家。”^[28]共和时期罗马人的社会自主观念更加强烈,西塞罗在《共和国》篇中将国家定义为“人民的事务”。中世纪的教会维持了在国家面前的独立地位,十一世纪以后的自由市民则是社会自治的典型。近代社会建立的过程就是社会取得自治地位的过程,国家现代化的过程实质即为国家由社会的主宰者变为服务者的过程(当然这个过程还没有完结)。在观念上确立社会自主地位的杰出社会思潮当数自由主义。自由主义的鼻祖洛克的社会契约论是其典型的理论表现。洛克认为,人的生命权、自由权、追求幸福的权利等自然权利是不可转让的,转让给整体的权利只是执行权,国家是人们合约的产物。^[29]这就在国家与社会间划了一条界限:国家应为社会服务,国家只是人的生命、自由、财产权的守夜人。国家优位理念仅存在于近代民族国家兴起的那一刻,且其针对的矛头是教会。黑格尔将国家看作运行于地上的神,可以称为国家优位法理念的最高峰。但即使在黑格尔的法观念里,国家优位也不是绝对的,它被“自由意志”所平衡,作为法律本质的这个自由意志是普遍的。“特殊的意志”成为法律本身就是专制。^[30]法国资产阶级自由立宪主义者托克维尔(Alexis de Tocqueville, 1805—1859)认为社会自治是民主的基础,没有自治,民主的制度架构便形同虚设。他说:“既然人民已经变得如此从属于中央权力,再叫他们定期选择这一权力的代表就是徒劳无益的了”;“很难设想,在人们已完全放弃了自治的习惯以后,他们怎么还能对那些将要统治他们的人作出适当的选择;并且谁也不会相信,遭受屈辱的人民通过投票能够产生一个自由的、明旨的和奋发的政府”。^[31]

如果西方社会的传统是旨在通过控制国家权力,在国家形式下追求社会自治而达于个人自由的话,马克思主义则是指出了一条消灭国家而达于完全的社会自治和个人解放之途。马克思主义的创始人从国家本质和人的解放的高度消解国家崇拜而确立社会自治观念。在《1844年经济学——哲学手稿》中,马克思称共产主义是“人的解放和复归”的一个环节。^[32]马克思恩格斯认为,在未来的共产主义社会中,“个人是作为个人参加的”,即每个人都具有自主的人格,这种个人的联合把个人自由发展的条件,置于他们自己的“控制之下”;而不是国家这个“冒充的集体”。他们批驳了“每个人通过国家才完全成为一个人”的资产阶级观念,指出无产者“和国家这种形式(在这种形式下组成社会的各个个人迄今都表现为某种整体)处于直接的对立中,他们应当推翻国家,使自己作为个性的个人确立下来”。^[33]马克思在批判黑格尔的国家神圣观念时强调:无产阶级“从社会自由这一必要前提出发,创造人类生存的一切条件”。^[34]1847年马克思又进一步指出:“无产者同政治统治当然毫无共同之处。”^[35]这些思想在《共产

[28] 参见柏拉图:《法律篇》,第715节。

[29] 参见洛克:《政府论》下册,商务印书馆1982年版,第166页以下。

[30] 参见黑格尔:《法哲学》,商务印书馆1982年版,第295页。

[31] 托克维尔:《美国的民主》,转引自马里旦:《人和国家》,商务印书馆1964年版,第64页。

[32] 马克思:《1844年经济学——哲学手稿》,人民出版社1979年版,第85页。

[33] 参见《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版,第82页以下。

[34] 前引[33],马克思恩格斯书,第14页。

[35] 前引[33],马克思恩格斯书,第170页。

党宣言》中被表述为“代替那存在着阶级和阶级对立的资产阶级旧社会的,将是这样一个联合体,在那里,每个人的自由发展是一切人的自由发展的条件”。^[66]

鉴于资产阶级国家机构的逐步完善对无产阶级的不良影响,马克思恩格斯晚年从社会发展规律的角度论述了国家的本质,强调无产阶级对国家的妥协态度。1884年恩格斯在《家庭、私有制和国家的起源》一书中指出国家是从社会中产生但又自居于社会之上、日益同社会相脱离的力量。^[67]七年以后,恩格斯在为《法兰西内战》一书所写的导言中批评了德国工人阶级中流传的国家崇拜观念,指出“以往国家的特征是什么呢?社会起初用简单分工的办法为自己建立了一些特殊的机关来保护自己共同的利益。但是,后来,这些机关,而其中主要的是国家政权,为了追求自己的特殊利益,从社会的公仆变成了社会的主宰”。^[68]

毫无疑问,马克思恩格斯反对的不只是剥削阶级国家,而是一切形式的国家,将国家消亡作为建立社会自治、实现个人解放的条件。对无产阶级革命以后建立的国家,^[69]他们同样抱着清醒的头脑。众所周知,巴黎公社的实质即为无产阶级的国家。在总结公社的经验时,恩格斯强调:“国家最多也不过是无产阶级在争取阶级统治的斗争胜利以后所继承下来的一个祸害,胜利了的无产阶级也将同公社一样,不得不立即尽量除去这个祸害的最坏方面”。^[40]如果说资产阶级所能做到的只是在国家形式下尽可能牵制国家权力,以求得资本统治下的社会自治的话,那么,无产阶级的任务就在于促成国家消亡而进入完全的社会自治。促成国家消亡的手段之一,就是以社会自治牵制国家权力,将国家权力由社会主人变为社会公仆。恩格斯对巴黎公社采取的两个防止国家权力反仆为主的措施极为赞赏。^[41]那两条措施,其实质即为国家的民意基础和社会对国家公职人员的实质性控制,通过低薪而防止国家权力成为角逐的对象,谋私的手段。可见经典作家们的社会自治观念是何等强烈。他们早已看到,国家本身不会因入主者的伦理属性的改变而改变,只要国家存在一天,它就构成对无产阶级解放的威胁。应当指出,马克思的自治社会的基础是社会所有制,而不国家所有制。这从马克思将对“私有财产的积极的扬弃”与人从国家向“合乎人的本性的存在亦即社会的存在的复归”视为同一过程的论述中,从1891年恩格斯关于将各种资料“交归社会全体成员支配”的论述中可以清楚地看到。^[42]

可惜的是,马克思恩格斯的社会自治观念在无产阶级革命的阶级搏杀中,在斯大林个人专制、肃反扩大化运动及随后的卫国战争、东西冷战中逐渐被淡忘,代之而起的是国家主宰社会的观念。由于特殊的历史条件,我国人民将这一观念视为马克思主义,并加以强化,它带来的灾难性后果不说也罢。值得庆幸的是,改革开放以来,以经济建设为中心的战略目标的确立,表现出与社会自治观念的某种契合,近年来社会主义市场经济目标的确立更为社会自治观念奠定了经济认识基础。但是,复兴马克思主义经典作家确立的社会自治观念,仍需时日。

2. 确立法律的相对自主性观念

法治国家决不是单纯的国家立法治理社会,而是社会通过法律治理国家,国家依法治理社

[66] 前引 [63], 马克思恩格斯书, 第273页。

[67] 参见该书单行本, 人民出版社1972年版, 第168页。

[68] 《马克思恩格斯全集》第22卷, 第227页。

[69] 严格说来, 无产阶级建立的政权已不应当是“国家”, 而是如列宁所言的“半国家”。列宁的“半国家”本身包含了社会自治观念。

[40][41] 前引 [68], 马克思恩格斯书, 第228页以下。

[42] 参见《1844年经济学——哲学手稿》第74页, 《马克思恩格斯选集》第1卷, 第349页。

会的统一。社会自治只能建立在法律的自主、法律高于国家的基础上。这里的关键是需要出自社会和人类一般理性和经验的特殊类型的法。正如诺内特和塞尔兹尼克所言：“‘法治’一词所意味着的不只是单纯的法律存在，它指的是一种法律和政治的愿望，即创造‘一种法律的统治而非人的统治’。在这种意义上说，法治诞生于法律机构取得足够独立的权威以对政府权力的行使进行规范约束的时候。”他们将这种法律称为“自治型法”。^[43]即法律应当与政府相分离，取得自主地位。法治之法必须在两方面取得相对自主的地位：一是它对国家来说是相对自主的，它有不依赖国家意志的相对自主的内容，当国家在法律以内活动时，它认可甚至强化国家权力；当国家行为越出法律之外或与之对抗时，法律有说“不”的能力。第二是各国家机关之间在法律规定的权限范围内具有自主性，法律成为国家机关分权的制度屏障。当一个国家机关侵犯另一机关的法定权限时，受到侵害的国家机关可依据法律说“不”。

3. 确立应然法观念

如何才能实现法律自主？方法只能是确立应然法观念，即在实在法之上确立一个伦理标准，以伦理限制国家立法、评价国家立法。国家优位理念断定国家意志发现社会规律、反映社会利益具有必然性，实质乃主张国家意志的必然性，国家意志不接受任何外在标准的评价，国家立法过程同时是发现客观必然规律的过程。这样，实在法就取得了必然性，而超越于任何价值评价之外。法治是“良法”的规约，良法需要不断接受社会价值的评价。社会只有具备通过一般价值对国家的立法进行评价的能力，才能控制国家立法行为而达于法治。没有应然法观念，社会将在国家任意立法面前解除武装。正是源远流长的二元法观念是西方法治的观念基础。古希腊的自然法观念是希腊法治的基石。启蒙时期的古典自然法观念把西方国家导入法治状态。黑格尔的法观念也是两元对立的，法律是对本来是法的东西的普遍化，而国家的立法却并不必然符合“自在的法”。^[44]狄骥的客观法与实在法两元对立观念、社会法学派的“活法”观念均保持二元理念的特色，连分析法学派的哈特也承认“最低限度的自然法”的存在。正是这些名异而实通的应然法构成西方法治的灵魂，并成功地制约了国家权力而维持了法治。

应然法的思维特色是采取“实质法”观念。国家立法只是形式上的法，它是否有资格成为法，还要接受社会的评价，这就不仅将行政、司法行为，而且将立法行为置于社会监控之下。

确立应然法观念，马克思法律思想中有丰富的资源可资发掘。马克思指出，真正的法律“反映自由的肯定存在”，压制自由的法律只具有法律的形式。真正的法律是将“自由的无意识的自然规律变为有意识的国家法律”，否则，国家立法便是非法。^[45]作为人所创制的“法律”并不必然与“法”一致，而没有反映“法”的“法律”并不是真正的法律。这一思路在批判林木盗窃法、书报检查令的论述中表述得明白无误。成年马克思批判的主要矛头由资本主义法而转向资本主义社会。他在批评黑格尔的法哲学时指出：“法的关系正象国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神一般发展来理解，相反，它们根源于物质的生活关系。”^[46]我们应当以马克思的“物质生活关系”为基本契机，对人类社会的基本关系加以研究，从而确立应然法的观念，作为衡量国家立法的标准。

[43] 诺内特、塞尔兹尼克：《转变中的法律与社会》，中国政法大学出版社1994年版，第59页以下。

[44] 前引[42]，黑格尔书，第218页以下。

[45] 《马克思恩格斯全集》第1卷，人民出版社1956年版，第71页以下。

[46] 《马克思恩格斯全集》第13卷，第8页。

4. 确立权利优位观念

应然法的核心当是权利,所以与应然法观念同样重要的是权利优位观念。我们这里的权利优位观念指在权利与国家权力的关系中,权利应当被优先考虑。权利优位观念是法治型应然法理念的核心,也是社会优于国家、控制国家的最高精神体现。现代社会由无数具有法律人格的个人组成,它本身又是多元的,社会以整体的面貌与国家对立的唯一选择是抽象掉特殊性的权利。只有权利成为目的、权力成为手段的地方,才谈得上法治。权利优位观念应包括:(1)权力源于权利。在国家优位理念里,权利与权力源流关系长期倒置。权力被认为来自暴力、阶级斗争,权利则来自权力的设定。事实上,权利来自具有历史必然性的“物质生活条件”,在法治社会里,权力则来自权利主体的约定。没有权利主体的参与(选举、制宪),权力便无法取得合法性。与其说权力源于暴力,毋宁说权力(正当的)的目的在于保障权利、限制暴力。现代国家的权力正当性应当从权力与权利关系的正当性中去论证。(2)权利高于权力。指在权力与权利发生冲突时,作出有利权利的推论,而不是相反,具体表现为权利保留原则与权利法定原则,即凡是法律不禁止的权利都是社会保留的权利,凡是没有法定依据的权力都是侵犯。权利只有法律才能限制,法律对权利的限制必须合宪法。(3)私法优先原则。权利的主要法律形式是私法,所以权利优先在法部门上的表现即私法优先。^[47]私法优先观念表现为:宪法是权利法而非权力法的观念。为了保障权利,公民才组织政府,因而宪法中政权组织规范的根本目的是保护权利,宪法的核心内容应是权利而非权力,宪法的核心功能应是护权而非管理。权利优位观念还应包括:现代法律制度的基础应当是私法的观念,公法应贯彻私法精神(保障权利)的观念,私法的制定应当优于公法制定的观念和私法自治观念。

5. 确立个人法律人格自主的观念

权利的基本主体是自然人,法人的权利最终可以分解为个人的权利,所以,权利优位观念的基石是个人法律人格的自主。法治的建立有待国民自主地参与国家与社会的管理,自主地处理自己的经济和其他事务。在计划经济条件下,国家包揽一切政治与经济事务,个人成了计划支配的客体,成为完成国家生产任务的工具,只有在个人被看作生产力的时候,个人才具备了价值。这种对个人物化的结果导致了被动人格的普及。“自主的个人人格的确立”是法的独立性存在的条件。^[48]个人人格自主的观念从两方面促成法治国家的建立:一是个人自主人格独立观念的普及促使国家尊重个人人格以及在此基础上建立起来的权利体系,只有国家把个人当作与自己平等的法律人格对待时,即黑格尔所言“只有意志把自身当作对象时”,^[49]国家才可能与个人受制于同样的法律;二是促使个人采取积极的行动护卫法律的价值,促进个人自觉守法精神养成。如果不存在自主的个人,人只是国家统治的对象,或最多是国家“实行民主”的对象,法就只能作为单纯的强制而存在,法就处于同个人的对抗之中,法就不能得到普遍的、令人满意的实施。国家权力再强大、刑罚再苛严都将无济于事,它最多只能造成全民畏法避刑的人治沉默,而不能带来朝气蓬勃的、充满制度创新活力与自主守法、人人捍卫法律的法治社会。

[47] 应当指出,私法优先就是私有制优先的观念是错误的。如该论成立,则创造了典型的公法文化的中国古代社会就是公有制优先了。“私法优先论的实质是私有制优先”的论述见晓南文:《当前我国法学研究中的若干问题》,《求是》1996年第5期。

[48] 前引[6],川岛武宜书,第13页。

[49] 前引[27],波斯纳书,第21页。