

法的普遍性、确定性、合理性辨析

——兼论当代中国立法和法理学的使命

葛洪义 陈年冰*

一、问题的提出

1814年,德国著名法学家萨维尼的《论当代立法和法理学的使命》发表。在这部对整个十九世纪法学研究产生深远影响的小册子中,萨维尼提出了法律应与民族精神相一致这一历史主义观点。他认为,国家如对本民族社会规范的自然演变不予重视,法典化就近乎一种灾难,必将使这一自然演化过程萎缩并导致法律的凝固化及法的生命力的衰萎。因此,凝聚着民族生活传统的习惯才是法的主要渊源和生命原动力。鉴于此,他反对德国法律的法典化,认为在德国法学家和立法者对本民族历史上的法进行深入了解和把握之前,立法的条件是不成熟的。^[1]

本世纪八十年代中期,我国由观念变革引发的对传统法律文化的检讨,已经在客观上形成一个法律文化研究热潮。无论人们主观期待如何,其结果恰恰与大部分讨论者的初衷相反,即不仅未能实现对传统的超越,而且很大程度上导致对传统的回归。^[2]在这一背景下,法律移植和法制现代化有时被归结为西方中心主义,^[3]依法治国被视为法治浪漫主义。^[4]这一现象的逻辑基点是对法律概念普遍性的怀疑,其逻辑结果之一则是当代中国立法和法理学的民族化与地域化。可见,对法律的文化研究与对法律的历史主义态度是明通暗合的。

一种更为极端的、被称为后现代的思潮或研究方法近年来在我国也初见端倪。应该说明的是,“后现代”主要是一种观点。正如有学者所说:它“是指近代以来某些学者大致共享的一种思维方式和对待世界的态度”。^[5]如果说,萨维尼和法律文化论者还仅仅是对人类理性能力的普遍性表示怀疑,那么,后现代思潮则更具有毁灭性,它对近代以来的法治主义从根本上抱否定态度;对构成法治基础的法律的普遍性、确定性、合理性提出质疑;强调法学研究的本土化和法

* 葛洪义,西北政法学院教授;陈年冰,西北政法学院副教授。

[1] [英]戴维·M.沃克:《牛津法律大辞典》,李盛平等译,光明日报出版社1988年版,第798页。

[2] 葛洪义:《探索与对话:法理学导论》,法律出版社1996年版,第369页;苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第6页。

[3] 前引[2],苏力书,赵晓力序。

[4] 1996年在深圳举行的全国法理学会上的个别意见。

[5] 苏力:《后现代思潮与中国法学和法制》,《法学》1997年3期。

制建设中对本土资源的充分利用。在他们看来,法制主要不是法学家的创造,法学与法制应加以区别,“法制只是一种规范性的社会秩序,这种社会秩序从根本上看是形成的,是人们在社会生活磨合并体现出来的,而不是按照理论构成的。”^[6]因此,研究法制问题,应注重观察小规模社会各方面相互作用中对法律含义的协商过程,这种协商确定了正当行为和期望的许多非正式规则,决定了法律学书籍中正式规则的真正作用和意义。^[7]有学者在分析影视作品中秋菊打官司一案时,指出秋菊关于司法机关对村长处罚方式的困惑表明,“道常无为,而无不为”的“在每个人的生活中起作用”的秩序才是真正的法。“而一旦有人想强加一种外在的秩序时,这无为的法就会‘无不为’,显示出其强劲的生命力”。因此,在中国的法制建设中,最重要的是重视“中国社会中的那些起作用的,也许并不起眼的习惯、惯例,注重经过人们反复博弈而证明有效有用的法律制度”。^[8]

上述对后现代的概括是极不全面的,^[9]本文也不是对后现代进行全面分析。仅仅是借助上述话题,引出本文作者所关注的几个问题(而且后现代学者对许多问题的分析是极为中肯且富有启发性)。我们认为,我国法学界长期以来一直致力于提高人们对法治的认识,而未能充分就法治本身的理论问题,特别是现代法治面临的挑战进行深入分析。仅从上述几个问题就可以看出:1. 法律文化研究和后现代思潮对法律的普遍性、确定性的怀疑可能动摇制定法的权威地位,从而,2. 导致法律概念的合理性基础面临挑战。进而,3. 在事实上否定了立法和法理学追求进步的努力,否定了法学工作者的理性能力和精神因素在法制建设中的积极的、创造性的作用。这是长期存在的并值得探讨的问题。虽然,我们赞成注重各国各民族乃至各地区法律实践的特殊性,也注意到法律实践的过程一般同时也是各种规范的协商、对话、磨合的过程,但对法律实践中的理性因素的确信,使我们认为:当代中国立法和法理学的主要使命仍在于推动法制建设和社会进步的互动。对法律的普遍性、确定性、合理性以及制定法的实际有效性的怀疑固然有其根据,但并不足以否定制定法的权威性。在我们看来,在一个寻求变革的社会中,树立法律的权威是极其重要并刻不容缓的。

二、法的普遍性和特殊性

自从亚里士多德提出著名的法律是制定良好的并被普遍遵守的法治定义以来,法的普遍性就成为法治的一个基本要素。对法治及法治条件下公平的追求,一定意义上就是建立在法具有普遍性这一确信基础上的,法的普遍性有两层基本含义:从表层上看,在一定的国家或区域范围内,法应该是普遍有效的,对每个人都一视同仁,它不会也不应受个别人琢磨不定的感情因素的支配。在这个意义上,法治所包涵的法的普遍性与法的统一性及公平性相联系;从深层看,被普遍遵守的法律还应具有被普遍尊重的根据。它要么是具有某些普适的道德性,从而获得了被尊重的内在根据;要么是与一定的公共权力相联系,分享着权力的神圣性。在这个意义

[6] 前引[6],苏力文。

[7] [英]罗杰·科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第169页以下。

[8] 前引[2],苏力书,第23页以下。

[9] 需要详细了解这一问题,可参见季卫东:《面向二十一世纪的法与社会》,《中国社会科学》1996年3期;朱苏力:《后现代思潮与中国法学和法制》。

上,法治社会的法律必定符合一种更为根本的超越国家与民族界线的更大范围有效的普遍准则。因此,法的普遍性理论往往与某种社会发展观联系在一起,法律也就具有了一种推动社会进步的功能。在我国,依法治国,建立社会主义法制国家的政策取向明显地与这种认识相关并依赖于法的普遍性学说。

关注法的特殊存在的学者一般是从两种值得推敲的视角对法的普遍性表示怀疑的:

1. 从各国各民族文化特性及法律的差别出发,强调法的特殊性,否定法的普遍性。萨维尼在谈到实在法的起源时,提出:“有文字记载的历史初期,法律如同一个民族所特有的语言、生活方式和素质一样,就具有一种固定的性质”。“这些属性之所以能融为一体是由于民族的共同信念,一种民族内部所必须的同族意识所至。”“法律和语言一样,没有绝对中断的时候。”^[10]比较法研究最初时包含着一种构造“世界法”的努力,最终因为各国法律之间的差异过大而不得不放弃。^[11]将一国法律与其民族文化传统相联结的确为我们认识法律现象提供了一个富有启发性的思路,促使人们思考现实法的多样性和复杂性,并要求各国在借鉴、吸收、移植外国法时充分考虑本国的特殊情况。但是,如果将各国法律之间的差异过分夸大,以至达到否定法的普遍性的程度,则是不可取的。达维德在分析立法者借鉴和求助外国法的原因时看到:“我们的时代期待于法制的不仅是要它建立秩序,而且是想通过新的法律手段多少从根本上改造社会。”^[12]法的多样性应该是为法的发展提供了更多的选择机会,在比较和借鉴中,促使本国法的改进,完成传统向现代的创造性转换,而不是加剧固步自封的状态,如萨维尼那样,来个“民族对于自然的叛变”。^[13]从这一视角对法的普遍性的否定,在实践上极有可能阻碍各国法律之间的相互借鉴和吸收,助长法律文化上的狭隘民族主义,从而导致以民族性为借口反对法律领域的现代化努力。

2. 从规则的多样性和法的多元性出发,强调社区习惯及惯例的特殊效力,怀疑和否定法的普遍性。经验表明:社会交往形式的多样化决定了社会规则的多样性。从整个人类历史过程看,人类的沟通手段和方法与规则的存在形式有着直接关系。杜尔克姆曾经指出:在机械性团结的古代社会,人们之间的团结产生于个人差异被限制在极小,整体意识极大的条件下。而在与社会分工越来越细紧密联系的现代社会,人们之间的共性越少,他们之间的相互依赖性却越强,呈现出一种有机性的团结。^[4]早期人类沟通手段的有限性使他们对社区习惯有较强的依赖性。这一点可以通过越封闭的社会,惯例越顽固得到印证;而在现代社会,人们纵然角色多样化,关系复杂化,规范其行为的规则越来越多,但规则之间的对立和冲突却远不如早期社会那样激烈,极少以暴力的方式解决。可见,习惯并不总是与法律相对立。提出这一点,并不是否定规则的多样化,而仅仅想说明,(1)习惯是可以随着人类生活方式的改变而改变的;(2)法律与习惯之间是可以保持沟通的;(3)在一个开放的社会中,法律可以反映习惯,但它不必迁就习惯。由此出发,我们不赞成朱苏力先生对秋菊打官司和破产法实施的分析结论。^[5]因为,在前者中,秋菊以及村民对执法机关执行法律行为的不理解,固然能够用来解析法律与习惯的不一

[10] 西方法律思想史资料选编,北京大学出版社1983年版,第526页以下。

[11] 沈宗灵:《比较法总论》,北京大学出版社1987年版,第18页以下。

[12] [法]勒内·达维德:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版,第12页。

[13] 前引[2],葛洪文书,第356页。

[14] 前引[2],葛洪文书,第354页。

[15] 前引[2],苏力书,第23页以下,第92页以下。

致,说明习惯的根深蒂固,但却并不能说明为什么法律非得迁就习惯,而不是相反。如果说,法律的介入会破坏原有的自然秩序,那么,传统本来就并不都是可爱的,为什么不能加以改变呢?况且,法律从来就不仅仅是对既存秩序的肯定;在后者中,苏力先生用微观经济学的方法对破产法的实施提出不同看法。认为,破产法在个案上的实施,交易成本过高,投入大于收益,所以无效率。因此,立法必须考虑效率原则,尊重市场法则。我们承认市场法则的客观存在,但也注意到,我国市场经济不是形成的,而是构造出来的,不存在先于市场经济的市场规则,不可能也不应该放任市场的自发性。因此,需要用法律来超前性的“创造”市场。对这些法律,用微观方法评价似乎不太合适。个案上,难免会出现资源耗费和收益倒挂的现象,但它在改革试验中的巨大间接收益却无法估算,等待市场规则自发的形成并产生作用,似乎不符合实际。需要说明的是,我们不否认法的多元性,也注意到社区习惯及其它规则在法律实践中的重要作用,只是,我们认为,由国家立法机关制定的成文法的出现在一定意义上标志着法制的进步,习惯则往往代表着传统的惰性。^[6]

其实,问题的关键恰恰在这里。否定法的普遍性的观点一般不认为法的存在有其普遍的意义和必然的规律。只有特殊性,没有普遍性;只有偶然性,没有必然性。因此,发展、进步是虚构的。法律只是对现实的机械反映。这样一来,法学和法治也就当然没有必然联系了。这种观点似乎有些消极。不错,法的现实中,人们所遭遇的常常是丰富多彩的特殊性、偶然性,必然性、普遍性不过是一种抽象。不应该用僵死的抽象去规定、限制永恒的发展。但是,这只是表明,不存在外在于特殊性的普遍性,脱离偶然性的必然性。普遍性、必然性总是寓于特殊性、偶然性之中,并通过特殊性、偶然性表现出来。因此,认识法律现象,必须从具体的法律现实开始。但是,人的认识并不局限于直接经验,法学研究局限在本国法律现实中,拒绝向前人的经验学习,排斥外域的成功经验,是不慎重的。从各国法律实践中抽象出的共同规律,当然具有普遍的指导意义。或者,这种对康德所说的“自在之物”的把握由于超出了经验知识的范围而显得有些“虚幻”,在实践中也经常出现脱离现实的情况。但是,对普遍性的理论追求却不会停止。因为,“没有革命的理论,就不会有革命的运动”。^[7]任何立法都包含一定的理论预设,是对行为的预期强制。这种预设的正确程度随人类把握外部世界和自身能力的提高而提高,高估这种能力固然不妥,但低估它似乎更为不妥。

三、法的确信性和非确定性

休谟针对传统的形而上学,指出:“让我们问一下,它包含任何涉及量或数的抽象推理吗?没有。它包含任何涉及事实和存在的经验的推理吗?没有。那就将它付之以炬,因为它含有的不过是诡辩和幻想。”^[8]这种观点反映了近代自然科学和技术的进步对社会科学及哲学的巨大影响。在法学领域,传统上是将法学与法律分离的。法学注重探讨法的形而上问题,对法律

[6] 前引 [2], 葛洪义书, 第五章, 第九章。

[7] 《列宁选集》, 第 1 卷, 第 241 页。

[8] 转引自刘放桐等编著:《现代西方哲学》, 人民出版社 1981 年版, 第 431 页。

实践持超脱态度。而法律的实际形态则存在于法官的判决和少量的制定法中。^[9]近代以来广泛的立法活动与法学寻求法律确定性的努力是一致的,法学研究中实证主义的盛行一定意义上表征并推动了这一进程。由此,法学研究转向了发源于笛卡尔的现代主义。法治不仅意味着通过理性的努力可以制定出完美无缺的法律以引导社会进步,而且,运用形式逻辑,还可以保证法律推理的确定性。法的确定性获得了“科学”方法的支持,并成为现代法治的重要基础之一。

从时间顺序上看,法的确定性观点为非确定性判断提供了一个视角和参照。所以,关于法的非确定性的各种观点一开始都是在确定性的框架内展开的,是从对法的确定性的怀疑开始的。自从美国大法官霍姆斯提出“法律的生活不是逻辑,而是经验”的著名判断以来,围绕法的确定性就不断出现争论,大致体现在三个方面:1. 法律本身的确定性问题。本世纪三十年代,在美国出现了一种被称为现实主义法学的法律理论。其中,以卢埃林为代表的学者认为,书本上的法律在司法过程中的作用并不象人们所预期的那么大,“那个根据规则审判案件的理论,看来在整整一个世纪中,不但是把学究给愚弄了,而且也把法官给愚弄了。”^[10]在他们看来,法律是体现在法官的判决之中的,因此,法学研究的侧重点应该从立法者创制的法律规则转向司法人员、特别是法官的实际行为。哈特则认为,法律规则的不确定性是由语言的不确定性所决定的,指出,形式主义或概念主义法律理论的缺陷主要在于将规则的含义凝固化,将法官的活动理解为是对法律规则的逐字解释,忽视了构成规则的语言本身的不确定性。因此,法律存在一个开放结构,这是法官行使自由裁量权的客观依据。^[11]他试图调和现实主义法学与形式主义法学之间的对立,提出词汇的不确定性是由词汇边缘含义的模糊造成的,词汇的核心含义则是稳定的。法律的不确定性仅存在于涉及词汇边缘含义的疑难案件,而疑难案件的比例并不大,^[12]所以,法律相对是确定的。针对哈特的观点,德沃金提出,把法律视为单纯的规则是错误的,法律是一个整体,包括规则、原则和政策,法官在处理案件时,如找不到条文,可以依据原则行事。因此,法律原则可以在规则不确定时保证法律的确定性。法官的自由裁量权是在法律原则引导下的。^[13]2. 对构成司法判决基础的事实的确定的怀疑引起的法律的确定的问题。美国现实主义法学的另一代表人物弗兰克则认为:虽然许多法律规则是确定的,先例制度也有很多价值,但是,由于在司法调查中存在大量的非理性的、偶然性的、推测性的因素,所以,人们无法对诉讼结果作出预测。他与卢埃林不同,后者主要针对上诉法院的判决,不重视初审判决。而弗兰克则着重研究初审法院的实情调查过程。他认为,法律规则不是司法判决的基础,法官审理案件的活动更多地受情绪、偏见等非理性因素决定。人们之所以会在法律中寻求无法实现的确定性,是因为他们试图在法律中发现类似其童年时代对父亲的可靠性、确定性的依赖的替代物。他在联邦上诉法院任法官时发现,(1) 证明事实的证据可能是不可靠的,会有作伪证的、受人指使的、有偏见的、发生误解的证人;(2) 会有证人失踪或死亡、物证灭失或被毁的情况;(3) 有为非做歹和愚蠢的律师;(4) 陪审员、特别是法官的不可预测的独特个性都会导致对案件的

[9] 参见严存生:《判例与法的发展》,《判例与研究》1995年第3期;葛洪义、陈年冰:《现象与意义:法律哲学的若干理论及方法问题》,《学习与探索》1995年第2期。

[10] 转引自[美]博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第149页。

[11] [英]哈特:《法律的概念》,牛津大学出版社1981年版,第121页以下。

[12][13] 参见王晨光:《法律运行中的不确定性与“错案追究制”的误区》,《法学》1997年第3期。

处理带有很大的主观性,使人们无法预测其结果。由于这些主观因素的影响,法律规则往往是无效的。但是,值得注意的是,他并不否认法律规则的一般指导意义,所希望的是在规则中注入大量的司法处理权因素,以实现“看得见的正义”。^[24]这一点是非常重要的。他试图在对规则和事实确定性的怀疑的基础上,为司法正义寻求更大的确定性。因此,他将自己的一部代表作命名为“法律和现代精神”,要求人们摆脱法律确定性的幻想,使法律适应现代精神。

一般认为,现实主义法学是对形式主义法学的反驳,但并不反对法律规则的主导或指导作用。他们并不一般的反对法律的确定性,而是在法律的确定性中寻求不确定,在不确定中寻求确定性。因此,他们的观点总体上看,对现代法治是建设性的。正因如此,以卢埃林为代表的法律现实主义者才被弗兰克视为以“争取实现法律的更大的确定性为目标”。^[25]而包括弗兰克在内的许多运用社会学观点研究法律的学者才被美国批判法学学者视为只是进行了一场不能触动现代西方法律制度和法律思想根本结构的宫廷革命。^[26]对于许多人来说,研究法律社会学是为了进一步改进法律制度,巩固法治结构,限制法律运行中的非确定性因素。而围绕法的确定性的第三个方面的争论,即由美国批判法学提出的关于法律推理的不确定性而导致的对法治及其意义的讨论则涉及到法治的价值这一根本性的问题。法律推理的不确定性是批判法学批判包括分别侧重价值、形式、事实的自然法学、规范主义法学和社会学法学在内的传统自由主义法学的基本前提。他们认为:法律推理的大前提法律规则和小前提法律事实都是不确定的,适用哪些规则,认定哪些事实,完全是法官或陪审官的主观选择,无客观性可言。他们不认为有约束这种主观性的可能,一方面,不存在这种约束的客观基础,法官在处理案件时不受包括波斯纳所说的效益在内的客观因素的制约;另一方面,不存在这种约束的主观条件,法官处理案件时不是中立的,而是受其统治者意识的支配。因此法治没有独立的价值。^[27]撇开法的理性化问题暂时不谈,批判法学的这种观点正如有学者所说的那样,也是自相矛盾的。^[28]法律推理的不确定性意味着法官解决纠纷时不受任何确定因素制约,但他们认为法律推理的结果反映统治者利益,又使法律推理变成具有确定性的活动。所以,仅就法的确定性问题而言,批判法学远不如现实主义法学那样能够保持观点的逻辑一贯性。

其实,法的确定性与非确定性是相对的,既是相互对立的,又是并存的法律的特征。^[29]法律规则及其适用上的非确定性主要是由法律语言表现力的有限,立法时立法者的立法水平与认识能力,法官和律师及其他法律职业者的素质,法律的地位及司法体制等因素造成的。^[30]其中,既有可变因素,又有不可变因素。对此,在法律上既有一个促进可变因素向积极方面发展与完善,以减少法的不确定性的问题,又有一个加强制度建设,最大限度发挥不可变因素的积极作用,制约其消极作用的问题。如法律语言的不确定性,完全可以通过制度性的协商与对话机制予以解决。问题在于既不能迷信法律的确定性,又更不能因此而丧失对法律确定性的信心。尽管法律存在许多不确定的因素,但法律为社会生活提供的确定性远远大于学者们所认识到

[24] 前引 [20], 博登海默书, 第 150 页以下。

[25] 转引自朱景文主编:《对西方法律传统的挑战》, 中国检察出版社 1996 年版, 第 26 页。

[26] 前引 [25], 朱景文等书, 第 27 页。

[27] 前引 [25], 朱景文等书, 第 11 页以下。

[28] 前引 [25], 朱景文等书, 第 358 页以下。

[29] 前引 [22], 王晨光文。

[30] 前引 [22], 王晨光文; 前引 [2], 葛洪义书, 第五章。

的不确定性。由于社会生活要求建立在一定的确定性基础上,而且这种要求在现代远甚于古代,因此,寄希望于制定法的确定性而构建法治的努力有充分理由继续下去。当然,这必然同时反映在对法的不确定性的深入理解的过程中。

四、法的合理性与现实性

法的合理性是指法的制定与运行应接受一定的理性指导,符合一定的理性原则和社会规律;法的现实性是指法应反映社会存在,顺应社会现实。人类行动如果是理性的,法的合理性与现实性就应该是统一的,法的合理性来源于社会现实中人们行为的目的性、可计算性等合理性因素;人类行动如果是盲目的、无意识的、非理性的,法的合理性与现实性就是对立的。由于人的行为总是取决于其独特的社会存在,发源于其独特的动机与利益,因而往往表现为偶然与非理性,所以,合理性与现实性之争也是合理性与非理性、科学主义与人本主义之争。这种对立反映在法学领域,表现为三个层次的分歧:一是体现在法律及其实施中的人的意志是否具有理性的普遍性;二是法律是否是一种新的专制形式;三是由上述分歧引出的或支持法律的制度创新功能,或拒绝法律的创制作用。所以,法的合理性与现实性的关系又是法的普遍性与特殊性、确定性与非确定性问题的自然延续和逻辑前提。如果法具有符合现实性的合理性,那么,法的普遍性和确定性就同时具有了道义前提和科学基础;如果法的合理性和现实性是相对立的,法律就没有独立的价值,法治就或是扼杀人性的工具,或是充满偶然性,缺乏独立性的东西。当然,法治也就不可能、不值得法学工作者去追求了。

应该说明的是,法的合理性与现实性可能的对立虽然是在特定的历史条件下凸现出来的,但这一矛盾却具有很深的理论根源。渊源于欧洲大陆唯理主义的人本主义与渊源于近代英国经验主义的科学主义在反对经院哲学、维护科学技术方面具有共同性。唯理主义以理性为旗帜,坚持知识和真理来自人的固有的理性,而非上帝、圣经和宗教;经验主义则高举经验的大旗,反对经院哲学的反经验立场。认为,凡是符合经验并为观察和经验所证实的就是真理,反之就谬误。他们虽然是彼此对立的,唯理主义强调理性,否认或贬低经验;经验主义强调经验,否定或贬低理性。但是,对现实的人的关注导致两者在现代发生了有趣的转换。“人是理性的”这一命题包含了对现实的人的尊重和现实的人的活动是可理解的及人可以把握自己及其外部世界两层意思。应用到法的领域,就表现为理性在立法中的积极作用,相信通过理性的充分努力,人类可以用法律手段建立一个符合理性的社会。但是,这时隐藏着一个问题:一旦法治形成或法律制定出来,它必定具有相应的稳定性、确定性和封闭性,必然伴随着一个与法律职业相应的官僚阶层,因此,作为政治问题的法治问题越来越同时成为技术问题。技术性越强,法的独立性越大,法的价值越明显。由此,一个发源于人本主义的问题为实证方法提供了施展的广阔的领域,实证与理性的同一最终为理性与经验的合一铺平了道路,同时又使人的问题再次成为问题。因为,法律固有的封闭性对人类生活的无限丰富性及人类追求自由的个性必然是一种限制。由于法律的无所不在,人类交往中金钱的利用、市场交换及理性的计算能力大大增加,很可能使人类生活在技术的“统治”中,社会交往中的理性化程度越高,人们行为的可预测性越强,社会生活越简单。因此,许多学者对此感到担忧。例如马克斯·韦伯就悲观地认为,现代法律的合理化和官僚制没有能力对付个别的特殊情况。当他谈到欧洲大陆的司法制度时说:“现代

的法官是自动售货机,投进去的是诉状和诉讼费,吐出来的判决和从法典抄下来的理由。”^[61]而且,官僚化和合理化是不可避免的。“无所不包的官僚体制化和合理化正在来临,想想它们的后果吧……在所有现代化经济组织中,合理化的预测在各个阶段都已经很明显了。每个工作者的行动都可以准确地测量,每个人都变成机器上的一个齿轮了,他意识到这一点后,就会致力于成为一个大些的齿轮……问题不在于怎样才能改变这种演变,因为那不可能,问题在于这种演变会带来什么后果。”^[62]因此,在现代,合理性成为实证的概念,非理性则来源于欧洲大陆唯理主义的人本主义。注意到这一点是重要的,它表明,体现在法律及其实施中的理性的确是存在的,而且这种理性还具有一定的普遍性。法治化的过程一定意义上说也是理性化的过程,这一过程可能抑制人的个性发展。

法治是否可能引发又如何避免导致新的专制呢?这就涉及到如何认识和处理合理性与非理性之间的关系以及如何在法治中保持或注入人文主义精神的问题。法治如果游离于人的自主活动之外,合理化就可能把自己的创造者非人化。而法治如果有助于人的自主活动,合理化就可能保持一种积极的创造性。这首先涉及到对社会现实的理解和解释。即社会现实是否象韦伯所解释的那样全面技术化、合理化。针对韦伯的悲观主义,哈贝马斯试图提出一种更为积极的解释理论。他认为,科学只是知识类型之一,只满足一种类型的人类利益。而人类理性有三种知识类型,分别反映了人类利益的三种基本类型:1. 经验——分析的知识,指那些关注物质存在的性质的类型。反映了对环境的控制进行现存事物再生产的技术利益;2. 形而上学——历史的知识,体现了对情景意义作出理解的实践利益;3. 批判的知识,致力于揭示限制与支配的条件,体现了为争取成长与进步的解放利益。三种利益的需要分别通过工作、语言、权威的中介创造了科学、形而上学、批判三种知识。只有“沟通行动”才能把人类从被统治中解放出来,而在现代社会,科学在满足技术利益的过程中日益占据统治地位,导致人们通过理性辩论解决意见分歧的公共领域的缩小。因此通过进一步理解人们是如何沟通、互动及发展符号的意义,就可以实现重建被手段——目的合理化排挤了的以相互理解和信任为基础的行为。^[63]对人类生活与知识多样性和层次性的探讨,至少为我们提供了了解人类生活无限丰富性的一种思路,正是在各种知识的沟通与对话中,才使我们的生活充满乐趣与温情,而非缺乏意义和冷酷无情。其次,法的合理化是否有助于社会生活的意义。在此,我们不讨论法的合理性是否仅仅是技术化的问题,而是想说明,以技术化为特征的法的合理性正是现代社会生活的意义和价值之一。人的理性不仅体现在个体自主的价值选择上,因为价值本身是多元的,甚至是相互冲突的。因而,在相互冲突的价值中确定一个基本的行为规范是维系一个社会的最低要求。不仅现代如此,古代也是一样,所不同的是:古代的规范往往是自发形成的,而现代的规范经常是自觉制定的;习惯更多地体现了个体协商与自治的内容,法律更多地表现为权威者的意志。但是,社会组织形式和交往形式的变化决定了人们必须在更为广阔的范围里汲取知识、获取经验以有意识地制定法律,规范社会生活。法律的产生是必然的,法律观念的趋同也是必然的。法律的合理化与技术化加强了法律的独立性与法官的中立,产生了一种能够与个体或权威的任性相抗衡的力量。法的技术性越强,合理性程度越高,法治的独立价值越大。当然,这有时会牺牲

[61] 转引自[美]刘易斯·科瑟:《社会学思想名家》,石人译,中国社会科学出版社1990年版,第253页。

[62] 前引[61],科瑟书,第253页以下。

[63] 参见[美]乔纳森·H·特纳:《社会学理论的结构》,吴曲辉等译,浙江人民出版社1985年版,第225页以下。

个别正义,这是法治固有的被韦伯称为形式合理性的代价。只能尽量减少这种代价,而不可能从根本上消除它。人们只能在各种相互冲突的价值中进行选择和平衡,合理性的法由于最大限度地平衡了各种价值才成为社会生活中的目的和价值之一。至少在目前,人类尚未找到维系社会生活的较之法治更为理想的替代物。因此,不能因为法治的缺陷而否定其在生活中的意义。再次,法治一定意义上也是自治。无庸讳言,制定法的封闭性及形式主义特征决定了它在丰富多彩的社会生活面前必然缺乏相应的灵活性。但它的科学主义色彩并不表明它排斥人文主义。法治内在地、本质上地意味着一定的自治,体现了深刻的人文精神。我们赞成莫纪宏先生的一个观点:法治实际上是一个借用词。社会关系都是人与人的关系,所谓人治,不过是指人对人的统治;法治则更多地依赖人的自治。^[64] 法治的自治性体现在两个方面:1. 法律是由民主选举的立法机关通过民主的立法程序制定的。尽管立法机制中权力整合的形式多种多样,但法治社会的制定法都是经过民主方式产生的;2. 法治是一种制度,是一个过程。这个意义上的法治都包含着内在的对话机制,即正式规则与非正式规则之间的相互渗透。制定法最初往往与非正式规则相冲突,但经过磨合,彼此又趋于相容。这个过程既可能体现了制定法对非正式规则的改造,又可能反映为一种适应。问题在于如何将这种自发的适应转变为制度性的妥协机制。所以,法的合理性与现实性既有对立的一面,又有统一之处。

从对法的合理性与现实性关系的讨论中可以看出,现实的社会生活既趋于合理化,又不满足、不限于合理化。法治的价值就在于在推动社会生活的合理性的同时,还能够维系多元价值的共存。其中,制定法起着至关重要的作用。制定法所体现的不仅是对社会现实的反映,而且也是对社会现实的扬弃。因此,应充分重视法律的制度创新功能,以推动社会进步。

五、结语:当代中国立法和法理学的使命

法治意味着普遍性、确定性和合理性,它与社会进步的观念紧密联系在一起,普遍性表明可以用法律引导社会进步;确定性使含有社会进步因素的法律能够有效实施或使法律的实施起到推动社会进步的作用;合理性提高了法律的独立性,表明以合理性为内容的法治具有独特的价值。或许,当代中国确实面临许多独特的问题,对法治的特殊认识也是其中之一。这不应影响我们建设法治的决心,相反,还促使我们提高了从事法治建设的自觉性。法治建设是一个自觉的过程,不可能自发形成。因此,应该大力加强立法工作和法典化的努力,以改造旧制度、旧规范、旧观念等旧传统,这与重视法律效益(不仅经济效益)不矛盾。加强立法不是盲目立法,也不是脱离现实进行虚幻的理论预设,这就要求法学理论工作者,尤其是法理学工作者能够深入研究法治的基本理论,解决中国社会现实中的特殊问题。鉴于此,我们尊重关于法律的“纯学术”研究,支持对法律的技术性分析,但我们认为,更应提倡、鼓励直面现实、试图“创造”法治的学术研究。

[64] 莫纪宏先生在1997年4月中国社会科学院法学研究所召开的依法治国与社会主义精神文明建设研讨会的发言。如表述不符合莫先生原意,责任笔者自负。