

法治的历史考察与思考

马小红*

早在百年前,法治就已是学界、政界、甚至百姓口中的时髦词。今天,当法治重新成为人们关注研讨的焦点、成为社会的热门话题时,我们法学界有责任对法治在中国发展的历史作一番考察,也有必要对法治在中国的现状作一些理性的思考。

一、关于法治的历史考察

毋庸讳言,我们今天所说的法治,理论或学说源于西方,它是17世纪以来,日益壮大的西方资产阶级反封建的理论武器。古希腊、罗马的自然法学说,被资产阶级法治理论所更新、弘扬。法治的目的在于变封建的君主专制为资本主义的民主共和或君主立宪制。如法国启蒙家卢梭所言:“凡是实行法治的国家——无论它的行政形式如何——我就称之为共和国;因为唯有在这里才是公共利益在统治着,公共事物才是作数的。”¹ 在法治的国家中:“我们无须再问应该由谁来制定法律,因为法律乃是公意的行为;我们既无须问君主是否超乎法律之上,因为君主也是国家的成员;也无须问法律是否会不公正,因为没有人会对自己本人不公正;更无须问何以人们既是自由的而又要服从法律,因为法律只不过是我们自己意志的记录”。^④ 可以看出,近代西方法治是专制的对立面,西方的启蒙者将其与资产阶级的民主相结合,认为法律是“公意”的体现。正因如此,从理论上说,法律应是公正的、至上的,任何人都不得凌驾于法律之上。

遗憾的是,追求公正的西方法治理论是随着殖民扩张的炮火而走向世界的。当西方武力征服与文化渗透同时来到时,具有五千年文明史的中国,绝大多数人最深切的感受是自古未有的异族的凌辱。当时的人们无暇去体味,实际上也根本体味不到对中国人来说并不存在的西方法治,更体味不到法治下的所谓“公正”与“自由”。如果历史地、客观地评价1840年后的中国历史,我们确实无法责备当时人们对西方学说——当然也包括西方法治学说——的排斥,值得庆幸的是:在抵御外侮的同时,一部分具有远见的政治家、思想家毕竟发现了西方学说的价值,并进而对中国传统进行了反省。

早在中西方大规模冲突之初,以林则徐、魏源、龚自珍为首的统治阶层中的开明人士便注

* 中国社会科学院法学研究所研究员。

¹ [法]卢梭:《社会契约论》(中译本),商务印书馆1980年版,第51页。原文译注:“此处‘公共事物’为双关语。‘共和国’原文为*republique*,源出拉丁文*re-publica*(公共事物)”。

^④ 前引¹,卢梭书,第50页以下。

意到了中弱西强的政治、文化上的原因。他们甚至认识到西方法制不无可取之处,魏源在《海国图志》中这样介绍了美国:“墨利加北洲之以部落代君长,其章程可垂奕世而无弊。”^④“议事听讼,选官举贤,众可之,众否之,众恶之,三占从二。”^⑤主断狱的“刑官”也“以推选充补,有偏私不公者”,则“众废之”。他们在组织“西方战舰图式”、“大炮瞄准法”翻译的同时,还选译了《各国律例》等。19世纪60年代后,中国的资产阶级改良派逐渐形成。以康有为、梁启超、谭嗣同、严复等为代表的资产阶级改良派对传统封建专制进行了无情的批判,他们认为封建社会自秦“二千年来君臣一伦,尤为黑暗否塞,无复人理,沿及今兹,方愈剧矣。”^⑥专制的中国“质言之,如此黑暗地狱,直无一法一政足备纪录,徒兹人愤懑而已!”^⑦康有为告诫国人:中国不能摆脱羁绊的原因在于“诸臣所言变者,率皆略变其一端,而未尝筹及全体。又所谓变法,须自制度、法律先为改定”。他请求皇帝“须先通筹全局而全变之,又请先开制度局而变法律”。^⑧由此可见,康有为主张的“变法”是“筹及全体”的变法,其目的在于变中国专制君主为西方式的立宪“法治国”。

资产阶级的改良运动虽受到种种抗拒,但也确实卓有成效。19世纪末至20世纪初,一向以“祖宗之法”抗拒西学的满清朝廷竟然也不得不打出“立宪”的招牌,派官员到欧洲、日本考察政治与司法,并宣布“预备立宪”。朝廷中的开明人士更是清醒地认识到:方今世界“法治之说,洋溢乎四表,方兴未艾。”^⑨若“以一中国而与环球之国抗,其优绌之数不待智者而知之矣。”^⑩修律及预备立宪之事,在清朝廷的主持下渐次展开,自此,沿袭了二千余年的传统法律开始解体,西方法律制度被引进。

但西方法治在中国的实践却是令人遗憾的。在西方资产阶级革命中发挥了巨大作用的法治,不仅未能如中国变法者所设想的那样使中国走出困境,置身于世界强国之林,相反,被引入中国的法治学说成为一种社会发展的破坏力。曾竭力主张以西法救中国的梁启超总结道:“自由之说入,不以之增幸福,而以之破秩序;平等之说入,不以之荷义务,而以之蔑制裁;竞争之说入,不以之敌外界,而以之散内团;权力之说入,不以之图公益,而以之文私见;破坏之说入,不以之箴膏肓,而以之灭国粹。”^⑪更令人深思的是,近现代一大批首倡西学的大师,如康有为、严复、章太炎等,几乎都走过这样一条曲折的道路:崇拜西学——怀疑西学——回归传统。翻译了大量西学名著的严复,在翻译法国启蒙学者孟德斯鸠的著作《法意》^⑫时,曾以西方法治理论为武器为中国“贤圣之治”作出过“最为精当的批评”。^⑬但是,在辛亥革命前后,严复却从力倡西学转为保守中学。他主张将儒学作为国教,在给熊纯如的信中,严复感叹道:“回观孔孟之道,真量同天地,泽被寰区,此不独吾言为然,即秦西有思想人,亦渐觉其为如此矣。”^⑭更令人惊讶的

④ 《海国图志·后序》

⑤ 《海国图志·外大西洋墨利加洲总叙》

⑥ 《谭嗣同全集·仁学一·三十》(增订本),中华书局1981年版,蔡尚思、方行编。

⑦ 《谭嗣同全集·致汪康年·二》

⑧ 《康南海自编年谱》,载《戊戌变法》第四册。翦伯赞等编,上海人民出版社1957年版。

⑨ 《寄文存·法学名著序》收入《历代刑法考》第四册,中华书局1985年版。

⑩ 《寄文存·重刻明律序》

⑪ 《饮冰室合集·专集之四·新民说第十八节·论私德》,中华书局1989年版。

⑫ 商务印书馆1981年重印,书名为《严译名著丛刊·孟德斯鸠法意》,同书中译本还有张雁深译:《论法的精神》,商务印书馆1987年版。

⑬ 本杰明·史华兹:《寻求富强:严复与西方》,叶凤美译,江苏人民出版社1995年版,第144页。

⑭ 《严复集·与熊纯如书·第36封》,原载《学衡》第十八期,1923年6月。

是,此时的严复对‘西方进化’的评价,只剩下‘利己杀人,寡廉鲜耻’¹⁴八个字。资产阶级改良维新的领袖康有为,晚年对自己‘创议立宪’追悔不已,他坦言道:‘追思戊戌时,鄙人创议立宪,实鄙人不察国情之巨谬也。程度未至而超越为之,犹小儿未能行而学翳墙飞瓦也’。¹⁵

在资产阶级改良大师纷纷回归传统的同时,法治的思潮却不可遏制地席卷了全国。以孙中山为首的资产阶级革命派,继康、梁维新改良后,彻底抛弃了‘托古改制’及君主立宪的设想,提出创立民主共和制的主张。孙中山的‘民主共和’是一个以西方为模式,兼采传统的法治国。从理论上说,孙中山的法治与民主政策紧密相联。孙中山指出:‘国与天地,必有与立,民主政治赖以维系不敝者,其根本存于法律,而机枢在于国会。必全国有共同遵守之大法,斯政治之举措有常轨;必国会能自由行使其职权,斯法律之效力能永固。所谓民治、所谓法治,其大本要旨在此’。¹⁶ 尽管孙中山极为重视官吏的素质,但在人与法的关系上,孙中山明确表示:‘只有以人就法,不可以法就人’;¹⁷ 他指出:中国‘数千年来,只求正君之道,不思长治之方。而君之正,不可数数见,故治常少,而乱常多’。¹⁸ 孙中山同时也对西方社会问题提出了批评。他认为西方资本主义国家的弊病已日益显露:‘英国财富多于前代不止数千倍,人民的贫穷,甚于前代也不止数千倍,并且富者极少,贫者极多’。¹⁹ 他指出:在美国三权各不相统,政客巴结选民,一些无知愚蠢的人通过各种手段常常能当选为议员,组成国会。国会既是立法机关,又是监察机关,政府官员对其不得不俯首贴耳,真正的民意因而未必得到体现。此外,政府官员由总统委任,许多德才兼备的人不得不随总统之退而退;一些无才无德的人却也可随总统之进而进。为了避免三权分立的缺陷,孙中山将考试权从行政权中独立出来,以保障官吏的素质;将监察权从立法权中独立出来,以防止‘议会专制’,保障官吏的廉洁。

但是,孙中山这种以西方理论为主体,兼采传统法律的法治构想,在实践中也难如创立者之所愿。辛亥革命后建立的中华民国临时政府只存在了三个月便告夭折。在这三个月中,临时政府虽奋力实践着法治的理想,但无奈‘政府号令,不出百里’。²⁰ 法治的政府不仅无力控制局势,反而使军阀割据有了可乘之机。自袁世凯篡夺政权后,中国更是进入了一个假法治之名,行专制之实的时代。令人尴尬的是,军阀间的角逐无不在‘民意’、‘宪政’的幌子下进行。在军阀政府制定‘宪法’、‘约法’,对人民许以‘自由’、‘平等’、‘权利’的同时,大批真正为民请命的仁人志士却正处在随时有可能被暗杀、被关押的恐怖之中。‘挂羊头卖狗肉’形象地道出了辛亥革命后法治理论与专制统治间的关系。军阀的法治统治比封建专制的统治更加黑暗、更加腐败。连章太炎也不得不承认国民革命后‘民穷匮而无宿粮。’“都市之糞(供)用者,廿年之校,其差殆六、七倍,则吏不能无盗窃’。²¹ 原以为推翻清政府,便会走向光明的中国人民,没有想到与国民政府相伴而来的却是更加深重的灾难。西方行之有效的法治在中国却结出了军阀割据及法西斯恐怖统治的恶果。‘橘生淮南则为橘,生于淮北则为枳’——二千五百多年前的政治家晏婴的话不幸言中了西方法治在近代中国的命运。

14 《严复集·与熊纯如书·第36封》,严复言:‘不佞垂老,亲见脂那七年之民国,与欧罗巴四年亘古未有之血战,觉彼族三百年之进化,只做到‘杀人利己,寡廉鲜耻’八个字。’

15 康有为政论集·国会叹》,中华书局1981年版。

16 薛大元帅职代行通电》,《孙中山全集》第4卷,中华书局1985年版,第480页。

17 接见国会议员代表的讲话》,《孙中山全集》第4卷,第444页。

18 元旦布告》,《孙中山全集》第4卷,第285页。

19 孙中山选集》上卷《民主义与中国前途》,人民出版社1956年版。

20 饮炎先生自定年谱》,载于《近代史资料》1957年1期,第125页。

21 章太炎选集·大过》(注释本),上海人民出版社1981年版,姜义华、朱维铮编注。

综上所述, 自法治学说传入中国后, 中国人民确实对其寄予过无限的希望, 也确实为之奋斗过。当时一些政治家、思想家, 对法治思想的传播倾注了巨大的热情, 有些人甚至倾注了毕生的精力。重读那时的译文、著述, 就是今天, 我们仍会产生‘高山仰止’的感觉: 先哲们对西学理论的研磨可谓呕心沥血。但法治并没有将中国从外强的凌辱中解救出来。1911年, 当辛亥革命使中国人民终于挣脱了封建专制桎梏时, 人们曾满怀期望, 期待南京临时革命政府的法治能将中国带向光明。但现实无情地击碎了人们的梦想。当国民党终于基本结束了军阀混战的局面时, 饱受战争涂炭的人们又不得不被戴上国民政府制造的法西斯式的法治枷锁。也许正因为曾对法治寄予过太多的希望, 所以法治给人们所带来的失望也就令人格外难忘。毛泽东指出: ‘宪法, 中国已经有过了, 曹锟不是颁布过宪法吗? 但是民主自由在何处呢? 大总统, 那就更多, 第一个是孙中山, 他是好的, 但被袁世凯取消了。第二个是袁世凯, 第三个是黎元洪, 第四个是冯国璋, 第五个是徐世昌, 可谓多矣, 但是他们和专制皇帝有什么分别呢? 他们的宪法也好, 总统也好, 都是假东西。’²²

二、十一届三中全会以前中国共产党的法治建设

随着资产阶级革命在欧美大陆普遍取得成功, 法治在资产阶级共和国中得以实施。然而伴随着残酷的资本积累、殖民掠夺, 面对严重的社会不公, 尖锐的社会矛盾, 甚至是跻身主流社会的科学家、作家、艺术家都公开对资本主义制度包括法律进行讽刺、揭露。马克思、恩格斯更是对法治的虚伪本质进行了尖锐、深刻的批判: ‘对资产者说来, 法律当然是神圣的, 因为法律本来就是资产者创造的, 是经过他的同意并且为了保护他和他们的利益而颁布的。资产者懂得, 即使个别的法律条文对他不方便, 但是整个立法毕竟是用来保护他的利益的, 而主要的是: 法律的神圣性, 由社会上部分人积极地按自己的意志规定下来, 并由另一部分人消极地接受下来的秩序的不可侵犯性, 是他的社会地位的最可靠的支柱。……工人有足够的体验知道得十分清楚, 法律对他说来是资产阶级给他准备的鞭子, 因此, 只有在不得已时工人才诉诸法律。’²³ 恩格斯在批判英国宪法时指出, 英国的法治“理论和实践处于惊人的矛盾中。”“法律本身没有实际效力; 简言之, 本身建立在精密确定的法律基础之上的国家, 现在正在摒弃和拆毁自己的这个基础。如果说英国人一般是自由的话, 那末他们的自由就不是法律的赐予, 而是反对法律的结果。”²⁴ 马克思、恩格斯认为, 资产阶级法治所宣扬的自由、平等、民主, 决不是真正的、人民的自由、平等与民主。法治所认可的那些‘天赋人权’, 实际上是受到种种限制的, 完全要依赖于政府当局的恩典, 有些则是只有富人才能享受到的特权。

以马列主义理论为指导思想的中国共产党自然站在马列主义的基本立场上对资产阶级法治持批判态度。不过, 毛泽东一向强调马列主义要与中国革命的具体实践相结合, 注意摄取传统文化中的精华, 对西方法治的批判, 对建立社会主义法律制度的思考也不例外。

²² 《新民主主义的宪政》, 《毛泽东选集》(合订本), 人民出版社1966年版, 第694页。

²³ 《马克思恩格斯全集》第2卷, 人民出版社1982年版, 第515页。

²⁴ 《马克思恩格斯全集》第1卷, 第703页。

早在抗日战争时期,毛泽东就指出:“中国缺少的东西固然很多,但是主要的就是少了两件东西:一件是独立,一件是民主。”²⁵ 1945年,当中华民族独立大业将要完成时,民主人士黄炎培问道:“共产党若执掌全国政权后,怎样跳出‘人亡政息’的历史‘周期率’?”毛泽东肯定地回答:“我们已经找到新路,我们能跳出这周期率。这条新路就是民主。只有让人民来监督政府,政府才能不敢松懈,只有人人起来负责,才不会人亡政息。”²⁶ 在如何保障民主实施的问题上,毛泽东摒弃了宣称保障民主的西方法治理论。德、意、日法西斯政府自不待言,就是英、美政府所说的民主、法治,在毛泽东看来也是虚伪的:“美国英国这一类型的政府是资产阶级一个阶级向人民实行专政的政府。它的一切都和人民政府相反,对于资产阶级内部是有所谓民主的,对于人民则是独裁的。”²⁷ 对被压迫、被掠夺的民族,西方的“民主”、法治更是赤裸裸的侵略。毛泽东谈到美国政府自1844年以来,对中国的“友谊”就表现在“参加八国联军打败中国,逼出庚子赔款,又用之于‘教育中国学生’;从事精神侵略”上;表现在“治外法权是‘废除’了,强奸沈崇案的犯人回到美国,却被美国海军部宣布无罪释放”上;表现在“帮助蒋介石杀死几百万中国人”上。²⁸ 实际上,就是美国学者也不得不承认,美国“发现”中国后,对中国的态度一直是“扩张式的、冒险式的、占有式的”。²⁹

建国以后,由于西方法治在中国近百年的引进移植都未能深入人心,加之与其相伴的百年来的民族屈辱史,使刚刚获得独立的中国人民对西方的民主、法治保持着警惕或是淡漠。因为法治未能给中国人民带来独立、自主、自尊和自强,所以,人们就有理由认为它也无法给中国人民带来真正的民主和幸福。中国人民在选择了共产党的同时选择了社会主义的法制。

处于社会主义阵营一方的中国基本采用的是社会主义法制理论。毛泽东在讨论立法时曾指出:“讲到宪法,资产阶级是先行的。英国也好,法国也好,美国也好,资产阶级都有过革命时期,宪法就是他们在那个时候开始搞起的。我们对资产阶级民主不能一笔抹杀,说他们的宪法在历史上没有地位。但是,现在资产阶级的宪法完全是不好的,是坏的,帝国主义国家的宪法尤其是欺骗和压迫多数人的。”³⁰ 毛泽东注重无产阶级专政的理论研究,坦言法律的镇压职能与阶级属性。毛泽东说:“我们的国家是工人阶级领导的以工农联盟为基础的人民民主专政国家。这个专政是干什么的呢?专政的第一个作用,就是压迫国内的反动阶级、反动派和反抗社会主义革命的剥削者。”³¹ “人民民主专政有两个方法。对敌人来说是用专政的方法,就是说在必要的时期内,不让他们参与政治活动,强迫他们服从人民政府的法律,强迫他们从事劳动并在劳动中改造他们成为新人。”³² 对敌人实行专政,对人民实行民主是毛泽东关于法制问题的基本思考,也是党和国家的基本治国方略。

除此之外,毛泽东在治国方略中吸收了不少优秀的传统思想,比如,他重视“人”的因素,赞赏“其身正,不令而行,其身不正,虽令不从”³³这样的古训,所以格外强调干部的垂范作用,强调干部的廉洁自律。毛泽东一直关注对领导干部、对作为执政党的共产党党员的教育与监督。

25 前引22,第689页。

26 黄炎培:《延安归来》,载《八十年来》,文史资料出版社1982年版。

27 前引22,《为什么要讨论白皮书》,第1440页。

28 前引22,《友谊还是侵略?》,第1443页。

29 [美]费正清:《美国与中国》(中译本),商务印书馆1971年版,第248页。

30 关于《中华人民共和国宪法草案》,《毛泽东选集》第5卷,人民出版社1977年版,第127页。

31 前引30,《关于正确处理人民内部矛盾问题》,第366页。

32 前引30,《做一个完全的革命派》,第28页。

33 《论语·子路》

在总结东欧一些社会主义国家政局混乱时,毛泽东认为:“我们党有成百万有经验的干部……东欧一些国家不很稳,一个重要原因就是他们没有这样一套干部。我们有在不同革命时期经过考验的这样一套干部,就可以‘任凭风浪起,稳坐钓鱼船’。”³⁴在强调干部素质的同时,毛泽东还一再强调要相信群众,依靠群众。对人民内部要采用民主的领导方式,对人民内部矛盾要主要依靠思想政治工作加以解决。素有“礼治”、“德治”、“人治”传统,崇尚“王道”的中国社会对毛泽东的这些治国之道是极为认同的。

1949年至1966年间,我国利用“人民调解制度”等化解了不少民事纠纷,用移风易俗、普法宣传、树立典范等方式方法来改善、规范社会风气。同时,加强公、检、法队伍的建设,不断清除其中的腐败分子,甚至是那些政策水平不够的人,树立人民公仆意识,从而得到广大群众的拥护,社会秩序良好,刑事犯罪极少,破案率较高,可以说,解放初期的社会治理曾一度达到路不拾遗、夜不闭户的盛世境界。就社会效果来说,前17年的社会主义法制建设确有成功的一面,难怪至今仍有不少人对那个时代怀念不已。

尽管存在着两种意识形态的对立,我们党和国家的领导人对吸取西方法治成功经验的问题也不是没有过思考。比如,对斯大林严重破坏社会主义法制、肃反扩大化的错误,毛泽东曾有过如是的思索:“这样的事件在英、法、美这样的西方国家不可能发生。”³⁵但赫鲁晓夫的秘密报告又使毛泽东对修正主义的产生、资产阶级复辟格外敏感与警惕。1962年,八届十中全会前后,毛泽东重新强调阶级斗争。“毛主席把社会主义时期的阶级矛盾、阶级斗争扩大化、绝对化了。……8月9日,他说:只要有阶级,阶级斗争,一万年也要搞,哪有有阶级不进行阶级斗争的?9月24日,毛主席再次强调说:在社会主义国家,要承认阶级和阶级斗争的存在,老干部要好好研究,要在中层干部、基层干部、特别是青年人中进行教育。我们必须从现在就讲起,年年讲,月月讲,开一次中央全会就讲,开一次大会就讲,使全党提高警惕,使我们有一条比较清醒的马克思列宁主义的路线。”³⁶沿着这一思路最终导致了“文化大革命”,使我们党和国家经受了一场劫难,而我国的社会主义法制也遭到了践踏。痛定思痛,在中共十一届三中全会上,人们开始反思,邓小平同志指出:“为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”³⁷

总结建国以来的历史,可以看出,对西方法治的引进与研究继百年之后有一段中断,这个“中断”的原因是多方面的。一、西方法治理论自1840年以来在中国不断碰壁,在实践中不断夭折、失败,这一切作为一种令人难忘的史鉴留在中国人的心中。二、国际上社会主义、资本主义两大营垒的对立,意识形态上的全面对抗必然在法治问题上有所反映。对立、对抗阻碍了相互间的了解、交流与学习,影响了毛泽东等领导人对法治的全面认识。三、马列主义理论对西方法治的批判,社会主义法制理论的系统提出。四、中国传统文化思想的影响。排除“文化大革命”对法治建设的全面破坏。我认为这一时期我国对西方法治引进的中断是时势使然,同时也是一次有价值的“中断”。历史为我们提供了一次机遇,去探索一种有别于西方传统法治体系的、新的、适用于中国国情的法律体系。

柳宗元作《敌戒》曰:“皆知敌之仇,而不知为益之尤,皆知敌之害,而不知为利之大。秦有六

³⁴ 前引30,《在中国共产党中央委员会第一次全体会议上的讲话》,第327页。

³⁵ 《党和国家领导制度的改革》,《邓小平文选》第2卷,人民出版社1994年版,第333页。

³⁶ 薄一波:《若干重大决策与事件的回顾》下卷,中共中央党校出版社1991年版,第1098页。

³⁷ 前引35,《解放思想,实事求是,团结一致向前看》,第146页。

国,兢兢以强;六国既除,乃亡。……敌存灭祸,敌去召过,有能如此,道大名播。³⁸正当我们在寻找实现社会主义民主的新途径,正当我们强调法律的阶级属性、政治属性,而忽视了其中所蕴含的理想成份与合理内容,忽视了法律的普遍社会约束力时,西方资本主义社会面对蒸蒸日上的社会主义阵营,面对尖锐的社会矛盾,不得不对其法治进行了深刻的反省与改革,使法治理论日趋完善。当冷战结束的今天,中国在改革开放的环境中重提法治时,我们完全可以,也应该从新的角度对法治进行更全面的剖析与研究。

三、现实法治建设的思考

1978年十一届三中全会后,法制建设与法治理论研究取得了有目共睹的成绩。党的十五大,更是将法治建设上升到治国方略的理论高度。对此,笔者不再赘言。在本文中,拟重点探讨的是目前法治建设中所存在的一些令人担忧的问题及其原因。

目前,人们对法治的心情常常处在一种无法解脱的矛盾之中。一方面,人们企盼法治,渴望法律能带来公正、秩序和安定。可以毫不夸张地说,法治凝聚了人们对社会发展的期望与对未来社会的理想;另一方面,不少人又对法治持有怀疑,甚至反感。他们隐约感到法治就是“治老百姓”。这种矛盾的心情反映了现实中国社会对源于西方的法治仍然无法全面接受,也反映了法治理想与实践之间存在着巨大的差距。

自80年代以来,随着我国经济建设的高速增长,腐败与犯罪成为引人注目的社会问题。法律在扼制腐败、制止并预防犯罪的过程中一次次败下阵来。“据国家公安、司法部门统计,1979年到1982年,全国检查机关每年批准逮捕的人犯平均为19.7万余人。而1993年达到532394人,1994年为598633人,增长近3倍。远远超过同期国民经济的增长率。有些犯罪的增长更是骇人听闻的天文数字。如重大盗窃案件,1986年公安机关立案的才42192件,到1994年,增加到355201件,增长近9倍;抢劫罪,1986年只立案12124件,到1994年,增加到159253件,增长了13倍多。”专家认为:“短短8年的时间里,这两种严重危害人身和财产的犯罪增加了如此之多,恐怕在二战以来各国的犯罪史上难以找到第二例。”³⁹

与法制发展同步而至、甚至超过了法制发展的社会犯罪的增加,确实给人一种“法令滋彰,盗贼多有”的感觉。更使人不安的是一些手中掌有权力的人或以钻法律空子为能事或利用法律损害国家与他人的利益。百年前严复对西方社会“利己杀人,寡廉鲜耻”的评价完全可以用来描绘今天的一些立法毁法、执法犯法者的行径。清末法律变革家沈家本曾指出:“有法而不循法,法虽善,与无法等。”⁴⁰笔者曾因函授教育而接触过一些司法机关的工作人员,也曾专门对一些地区的司法状况作过初步的调查,事实说明,有法不依其害甚于无法。因为有法不依不仅削弱了法制的权威,而且使法律沦落为权力的附庸,使法制的副作用随着某些人权力的膨胀而扩大。我们无法回避这样一个现实:建国以来,法制的发展从未像现在这般迅速,而法律的制约力也从未像现在这样软弱;人们对法制的建设从未像现在这般关注,人们对司法腐败的不满也从

38 《柳宗元集·敌戒》,中华书局1979年版。

39 胡云腾:《论依法治国的若干问题》,载刘海年、李步云、李林主编:《依法治国,建设社会主义法治国家》,中国法制出版社1996年版,第167页。文中所引数字据该文作者注,出自1983年《最高人民法院工作报告》载于《全国人大常委会公报》1983年第2期及1986年至1984年《中国法律年鉴》各期的附表。

40 《历代刑法考·刑制总考·三》

未像现在这样强烈。法如具文的状况,不由得使人想起千年之前汉相晁错的一句话:“法律贱商人,商人已富贵矣;尊农夫,农夫已贫贱矣。”⁴¹无情的现实与立法者良好的愿望常常是南辕北辙,其原因何在?

如果我们现在仍将法律被一些执法者玩于股掌之中的原因归结为人的素质不高,将法治精神得不到体现的原因归结为制度不健全或封建思想的残留,则未免过于简单,也有失于客观。笔者认为,目前法治建设中所产生的问题,反映了我们尚未找到一条真正适合我们自己特色的法治道路。我们在理论与实践之间、中西法观念之间、传统与现实之间尚未找到恰当的结合方式。

1. 理论与实践的脱节

自1978年以来,学界对法的研究日益系统化、理论化。在研究中,尤其在对法治的研究中,不可避免的,也是必然地要引进大量近现代西方法学家的观点。但问题是,直到现在,理论界所研究的重点仍然是:法治(当然主要是西方法治)应该是什么或法治应该具有怎样的模式与特征。因而,理论界所说的法治,不必说在中国,就是在实行法治已二三百年的西方也不过只是一种理想的境界。

西方的法治传统已逾千年,古希腊哲人亚里士多德对法治的含义作过精辟的概述:“法治应包含两重含义: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的良好的法律。”⁴²近代西方启蒙学者更是从平等、公正、自由、民主等各个方面对法治进行了阐述。法治因此成为资产阶级反对专制强权的武器。可以说,法治经过千年岁月的陶冶,早已成为西方文化的标志。就像提到“礼仪之邦”人们就会自然地想到中国一样,提到法治人们自然就会想起西方。

深谙法治的西方人不但明白法治是一个值得人们为之奋斗的理想,而且理解法治的理想与现实的距离。人们通过奋斗离法治愈近,所获得的应得利益就愈多,社会就愈接近公正。但是,并不是所有的法律都符合法治的精神;法律的统治未必就是法治的实现。正如“德国人民在第三帝国时期也许曾处在法律制度统治下,然而,这是一种很多德国人和其他国家的人认为在许多方面令人憎恶的法律。”⁴³1982年美国法律史学家斯坦利·I·柯特勒教授出版了《美国的枉法滥刑》。⁴⁴柯特勒认为“美国是个注重‘法治’的国家,但美国的法律制度决不是十全十美、绝对可靠的。”⁴⁵作者甚至认为:“法治的有效性不是无条件的,而是有条件的。首先,法律的内容必须是人们共知并易于遵守。其次,法律不是一种能力挽狂澜的庞然大物,它是由掌权者来保护和执行的。”⁴⁶西方学者对法治理论与法制现实的研究,无疑有利于人们清醒地对待理想与现实间的差距。换言之,就象中国古代社会中,孔子所说的“礼治”从未被完全实现,但中国人仍坚持不懈地追求“礼治”一样,法治是西方社会的信仰,世俗中的一些“法制”在实施中也许背离了法治的精神,但人们不会因这种“背离”而放弃信仰,相反,理想与现实的差距常常是激励人们加倍努力的原因。

中国学界对西方法治及社会主义法治的研究是严肃、认真的,而且具有一定创见。但是,在

⁴¹ 《汉书·食货志》

⁴² 《政治学》(中译本),商务印书馆1981年版,第199页。

⁴³ 《牛津法律辞典》(中译本),光明日报出版社1988年版,第791页。

⁴⁴ 该书1994年由商务印书馆出版中译本,刘未译,刘绪贻校,书名为《美国八大冤假错案》。

^{45 46} 前引44,《美国八大冤假错案·校者前言》。

中国学界,“法治”与“法制”、理想与现实有时往往混为一谈。许多人将西方的法治理想视为西方的法制现实,法的作用被神化了。更严重的缺陷是,学界极少论证中国实行法治时,将要面对的困境;极少论证在中国实行法治时所必备的条件和不足。一些学者忽视了西方的法治是以强大的物质财富与深厚的历史文化为后盾的。即使不谈历史文化的因素,在中国这样一个经济尚不十分发达又人口众多的国家中,法治的信仰如何确立也是一个十分棘手的问题。有的学者认为:“法学理论如果只告诉人们法是什么而不说明法应该是什么,这样的法学便是病态法学。”⁴⁷ 同样,若法学理论只告诉人们法应该是什么而不说明法目前是什么,这样的法学起码是有缺陷的。尤其在中国这个缺少法治传统的国家,若只强调法应该是什么,法治研究就变成了毫无价值的纸上谈兵,法治也就成为海市蜃楼。一旦现实中的法制出现偏差,人们就会将对法治的渴望变为对法治的不满,从而失去对法治的信任。一方面企盼法治,一方面又怀疑、甚至反感法治的矛盾心情就会愈演愈烈。

正因为我们天真地欲以实践去适应理论,正因为我们缺少对中国实际状况的研究,法治在中国的推行过程中才演绎出诸多令人费解的现象。半个世纪前,社会学家费孝通就注意到“在乡间普通人还是怕打官司的,但是新的司法制度却已推行下乡了。那些不容于乡土伦理的人物从此却找到了一种新的保障。他们可以不服乡间的调解而告到司法处去。当然,在理论上,这是好现象,因为这样才能破坏原有的乡土社会的传统,使中国能走上现代化的道路。但是事实上,在司法处去打官司的,正是那些乡间所认为‘败类’的人物。依着现行法去判决(且把贪污那一套除外),时常可以和地方传统不合。乡间认为坏的行为却正可以是合法的行为,于是司法处在乡下人的眼光中成了一个包庇作恶的机构了。”⁴⁸ 对现在正在进行的法治建设,亦有学者注意到其中的问题:“讲究自觉渐进的法治,其贯彻却要依靠运动并与干部的政绩挂钩;这边在大声疾呼某事某事‘亟待立法’;那边又在热烈企盼更多的英雄劳模问世;昨日还是火得不能再火的股市,一夜之间只因一篇评论员文章而一泻千里;铆足了劲要自治的是那些较穷的村民;三乱四乱原是源于那些执法部门的红头文件;打官司成了打关系;找法律不如求上级;破产法几乎自身也要破产了……”⁴⁹

鉴于上述状况,法学界的当务之急也许并不是去空泛地界定法治的概念,奢谈法治的原则与模式,而应该是研究中国国情,研究适应中国特色的法治。

2. 中国法观念与西方法观念的差异

中国传统法律制度在清末修律过程中被放弃,1911年后,中国的法律制度,包括法律体系逐渐西化。与制度的变革不同,中国传统法观念与法律意识的变革异常艰难,成效甚少。直到现在,我们仍时时感到现实中大多数人的法观念对传统的顽强保留。在道德与法律相冲突时,我们无法放弃对道德的维护;在人情与法律相抵牾时,我们也无法断然割舍人情。橘化为枳,通过对法治在中国发展的历史考察,我们无法不感到西方的法观念实在是难服中国这方具有五千年文明史的“水土”。

中、西法观念的差异有着深刻的文化背景。哲学家冯友兰在《中国哲学发展简史》中,从地理条件上解释了中国与西方的不同。他将中国归为“乐山”好静的大陆国家,将西方归为“乐水”好动的海洋国家。他说:“子曰:‘知者乐水,仁者乐山;知者动,仁者静;知者乐,仁者寿。’

47 前引39,刘海年等主编书,第221页。

48 费孝通:《乡土中国》,三联书店1984年据上海观察社1947年版排印,第58页。

49 郑永流:《知者乐水,仁者乐山》,《读书》1998年第6期。

(《雍也》)读这段话,我悟出其中的一些道理,暗示着中国人和古代希腊人的不同。⁵⁰ 中国人的祖先受地理环境的制约,重视农业,习于安居,是典型的农业社会。西方人亦受地理环境的制约,善于经商,逐利好动。重农与重商造就了中西社会的不同信仰。中国人的祖先因重农守土而创造出维护安定和谐的“礼治”秩序。中国人一直信仰着充满道德的“礼治”。在“礼治”社会中,人们遵循着仁、义、礼、智、信等古老的训诫,和睦(但未必平等)地生活在一起。西方人的祖先则在频繁的商务往来与竞争中创造出维护公平的法治原则,在法治社会中,人们未必能享受到安定、和谐,但可以享受到或可以争取到应属于个人的那一部分权利。不同的自然环境与社会环境,必然导致不同的法观念。

中西法观念的差异表现在:中国人视法为维护道德之器,西方人则主张法律至上;中国人的理想社会是“法立而无犯,刑设而不用”,⁵¹西方人则总是在不断地致力于法律的完善,并努力使其发挥作用;中国人视繁法严刑为苛政,西方人认为失去了法律便失去了自由;中国人致力于“无讼”来维护社会的安定,西方人则以“好讼”来争得权利;中国人注重由里及表的自律,而西方人注重由表及里的制度……

若以西方法观念为标尺来判断,中国法观念自然存在着诸多缺陷。近代以来,许多改良者也总是企图用西方法观念取代中国法观念。但改良一次又一次地归于失败,“结果法治秩序的好处未得,而破坏礼治秩序的弊病却已先发生了。”⁵² 传统观念依然故我,使许多自西方社会中引进的制度形同虚设,徒增混乱。中西法观念水火难容的原因也许并不复杂,这就是近代以来,我们总是试图用西方的法观念批判、改造、铲除中国传统法律,而从不尝试立足中国,吸纳西方,更新传统法律观念。我们没有客观、公正的标尺来取舍中、西法观念中的精华与糟粕,而只是以眼前的成败、强弱论“英雄”。

其实,若不带偏见,就不难看出中、西法观念的各自长处,而且在平等的交流与融合中两者是可以互补的。如:在学术上,中国重经验,西方重学理。在实施中,中国重融通,西方重规范。中国人欲将法律的副作用限制到尽可能小的程度,西方人欲将法律的正面作用发挥到尽可能大的范围。中国人强调必须由“贤人”制定善法,由清官廉吏依据人情而实施法律;西方人则强调凡制定的法律,人们必须遵守,“官吏是法律的仆人。”……

我们无须去评判中、西法观念哪一个更合理、更先进。因为不论是西方法观念,还是中国法观念都是历史所赐、环境所赐、时代所赐。它们还必将随着时代的发展而发展。真正有意义的工作是将西方法观念中适用中国的积极因素有效地融入中国法观念中,以西方法观念为标准对中国法观念强行改造只会造成两者的对抗,并激起民族的逆反心理。1840年以来的历史证明了这一点。

3. 传统不可能被割裂

自1840年以来,学界对传统文化,尤其对传统法律的反省与批判日甚一日。在开一代风

⁵⁰ 《松堂全集·第六卷》,河南人民出版社1989年版,第15页。

⁵¹ 《新五代史·刑法志》

⁵² 前引48,费孝通书,第59页。

气的思想家龚自珍的眼中,封建社会已是“满身疥癬”的病人,而封建法律则是对“病人”约束之、羈靡之的绳索。官吏“束于不可破之例”,“官司之命倒悬于吏胥之手。”⁵³戊戌变法时的思想家更是直接将中弱西强的原因归结为法治的兴衰上。梁启超认为,中国积弊在于“法治主义之学说,终为礼治主义之学说所征服,门户之见,恶及储胥,并之精粹之义而悉吐蔑之。”⁵⁴在梁启超看来,“礼治主义之学说”实为阻碍中国社会发展的最大障碍。自近代始人们对“在中国文化中,似乎没有承认守法是美德”⁵⁵的传统深为遗憾。建国后,我们很少对传统法律的价值进行探讨,在极“左”思想的影响下,许多人甚至认为传统法律体现的尽是剥削阶级的意志,所以尽为糟粕,应当坚决摒弃。十一届三中全会后,学界对传统法律的研究有了很大的进展。但与此同时,我们也感受到了对传统法律越来越多的指责。传统法律与近代“文明无缘”——这种论断很能代表当前的一种学术思潮。

对传统法律的批判与反省,推动了学术的开展与现实中的变革。特别是清末与民国初期对传统法律的反思推动并加速了中国法律由古代向近代转折的进程。不破不立,是历史发展的规律,也是学术进步的规律。但是,值得探讨的是,在对传统法律百余年的批判中,批判越来越失去锋芒。19世纪中叶到20世纪初期,学界对传统的批判振聋发聩,醒世惊人,最终推翻了帝制;20世纪20年代至40年代,对传统法律的批判便给人以老生常谈的感觉;今天我们对传统法律的批判已显得有些苍白无力。批判的武器逐渐失灵,其原因在于无视现实而一味对传统无休止的批判割裂了传统与现实的联系。欲抛弃传统,又必然而且必须承受传统;欲效法西方,又丧失了吸纳外学的能力——这就是近代以来法律建设所面临的尴尬。

纵观中国历史,传统发生危机并非仅在近代。战国时,实行了近六百年的“礼治”传统受到严重的挑战。诸子百家中的法家对“礼治”进行了系统的批判,并对传统持基本否定的态度。法家曾以“守株待兔”这则寓言嘲笑对传统尚寄予希望的人。⁵⁶主张“损益”传统“礼治”的儒家在战国至秦这一历史时期屡经磨难,备受冷落,几遭厄难。按法家理论建立的秦王朝,一切反传统之道而行:周有“火德”,而秦自称得“水德”;⁵⁷周政重道德,主教化,秦政则重法制,主刑杀;周崇“王道”,秦崇“霸道”……但历史的发展最终还是选择了儒家的道路,即改良传统而非全盘否定。当强大的秦王朝夭折于农民起义的风暴中时,传统的威力再次显现,汉代政治家、思想家反省秦政时,无不提到秦统治者“不事古”而行苛政的教训。儒学在汉代的复兴,即是现实对传统的选择,也是传统对现实的约束。历史发展确实如马克思所指出的那样:“人们创造自己的历史,并不是随心所欲的创造,并不是他们在选定的条件下的创造,而是在直接碰到的、既定的、从过去继承下来的条件下的创造。”⁵⁸

既然历史与现实无法割裂,传统注定要对现实产生影响,所以我们在现实的法治建设中就必须要注意到以下几个问题:第一,在批判传统法律的负面作用与消极影响时,应注意传统法律中的精华,并发掘其正面价值,使其在现实中能产生积极作用和影响。笔者赞同梁启超后期

53 《文拾遗·明良论四》

54 《饮冰室合集·文集之十一·中国法理学发达史·绪论》

55 吴恩裕:《法治与中国政治改进》,转引自蔡尚思主编:《中国现代思想史资料简编》第五卷,浙江人民出版社1983年版。

56 参见《韩非子·五蠹》

57 参见《史记·秦始皇纪》

58 《马克思恩格斯选集》第1卷,人民出版社1972年版,第603页。

视传统文化为“国家将来滋长发荣之具”⁵⁹的论断,正如“没有希腊文化和罗马帝国所奠定的基础,也就没有现代的欧洲”⁶⁰一样,中国法治建设若离开对传统法律价值的发掘与弘扬,则会成为无源之水,无本之木。第二,在吸收西方法治经验时,要充分注意到中、西方不同的文化背景与民族特色。如:传统法律注重人情,道德的要求在司法实践中可得到淋漓尽致的体现,西方法律注重条文及判例,法律至上是社会公认的原则。中国传统法律因注重道德而重视由里及表的治理方式,西方法律因注重制度而重视由表及里的治理方式。中西法律的差异,正是两者可以互补之处。再比如:西方法治所强调的公正、平等实际上就是要维护强者的利益,保持强者与弱者的差别。这种公正、平等的观念与我们所理解的公正、平等也有很大差距。盲目引进,则难免造成或激化社会矛盾。第三,我们应注意到具有悠久历史的中国,与日本、印度等地区与国家亦不相同。这就是“中国人对自己的形象具有巨大优越感。”而且这种优越感“挫败了西方的努力,使它未能取得它在印度的成就(按西方说法是成就)。”⁶¹历史的经验证明,法律的移植受诸多条件的制约,其成功是十分偶然的。⁶²在中国这个具有深厚传统文化的国家中,移植成功的希望就更为渺茫。第四,我们还应该注意到,无论是中国的“礼治”,还是西方的法治都不是万能的,更不会永恒不变的。中国“礼治”自近代以来的衰败自不待言,就是西方的法治,在现实及今后的发展中也有着诸多的隐患。历史发展的规律告诉人们,随着社会的发展、时势的变迁,原本合理的东西会走向自己的反面,成为社会发展的阻力。因此,无论是传统的“礼治”,还是正在建设的法治,都面临着更新的问题、发展的问题,只有用发展的、联系的眼光对待传统,对待现实,法治建设才有可能走向成功。

综上所述,通过对法治在中国发展的历史考察与对现实法治建设中问题的分析,笔者认为,在目前情况下,告诉人们法治的现实比告诉人们法治的理想更为重要;融合西方法观念,使之适合中国比不切实际地构画以西方社会为范本的法治蓝图更为重要;发掘传统的精华,使其成为现实法治建设的基石,比批判传统更为重要。我们只有站在前人所取得的成果的基础上,才能做出前人未做或未能做出的成果。重复前人所做的事,或无视前人的成果(包括失败),我们将一事无成。

⁵⁹ 《饮冰室合集·文集之二十八·中国道德之大源》

⁶⁰ 《马克思恩格斯选集》第3卷,第220页。

⁶¹ [美]柯文:《在中国发现历史——中国中心观在美国兴起》(中译本),中华书局1989年版,第116页以下。

⁶² 参见[美]罗·塞德曼、罗伯特B·塞德曼:《法律秩序与社会改革》(中译本),中国政法大学出版社1992年版,第63页以下。