

市民社会与政治国家： 法治的基础和界限

马长山*

内容提要：市民社会与国家的分离和互动发展，奠定了法治运行的基础，即普遍利益与特殊利益的冲突与协调导致了法律至上；多元社会权利对国家权力的分享与制衡提供了权利保障；市民社会多元利益的冲突、互动与整合衍生出了理性规则秩序；具有自由理性精神的公民意识构成了法治的非制度化要素。中国要真正走向法治，就必须重构国家与市民社会的关系，确立多元权利基础、公权力权威和良法之治，并实现依法治国与市民社会理性规则秩序的回应与契合。

关键词：市民社会 政治国家 法治

一、市民社会与政治国家的矛盾发展：人类 历史演进的主流涌动与多样化进程

在当代西方史学界，已实现了由西方文化中心论到人类文化多元论的重大转向，然而，他们的归宿却都趋于全球文明或总体史观，因为“人类历史自始便具有一种不容忽视，必须承认的基本的统一性”。^{〔1〕}这表明，人类历史演进固然是丰富多姿而非单一线性的逻辑进程，但它毕竟呈现一种总体性的走向和趋势，^{〔2〕}也即是主流涌动与多样化进程的统一。市民社会与政治国家的矛盾发展，正是这种演进的根本表现。

应当说，无论是市民社会与政治国家这对范畴的真正确立，还是市民社会与政治国家在现实中的真正分离与对立发展，都是近代西方历史发展的产物。但是，这一对分析范畴一旦从现实中升华出来，就因其对特殊利益与普遍利益、个人权利与国家权力、私人领域与公共领域、个体价值与整体价值等等人类历史轴心脉动的深层关怀和广角涵摄，而赋有了超越于东方与西

* 黑龙江大学法学院教授。本文为笔者承担的国家“九五”规划社科基金项目成果之一。

〔1〕 [美]斯塔夫里阿诺斯：《全球通史——1500年以前的世界》，吴家婴等译，上海社会科学院出版社1988年版，第55页。

〔2〕 [美]E·R·塞维斯：《文化进化论》，黄宝玮等译，华夏出版社1991年版，第12页；[日]富永健一：《社会结构与社会变迁》，董兴华译，云南人民出版社1988年版，第174页。

方、传统与现代的历史反思性和整体关照性。^[3]为此,马克思和恩格斯才把市民社会“理解为整个历史的基础”,同时“从市民社会出发来阐明不同的理论产物和意识形态”,进而把“决不是国家制约和决定市民社会,而是市民社会制约和决定国家”作为其唯物史观的“基本原理”。^[4]而市民社会本质上确实“是一个历史的实体,它本身经历了不断的变迁”。^[5]在当代,市民社会理论已复兴为一股世界性思潮,虽然有市民社会与国家的“二分法”及国家——经济——市民社会的“三分法”之争,然而,对市民社会的结构性要素、特征及价值原则等仍有基本的共识。^[6]虽然也曾受到某些批评,^[7]但市民社会理论研究仍颇具影响,^[8]并回应着全球化时代社会发展的需要。从黑格尔、马克思到托克维尔、葛兰西再到当代,市民社会概念一直以特殊利益、私人领域、私人生活世界及与之相关的一系列社会价值原则为内核而与国家共同体相区别,并促进了对市民社会与政治国家二者关系的不断深入而系统的研究。如果我们不仅仅因为市民社会与政治国家的真正分离和对立发生于近代西方,就把市民社会与国家的分析视野局限于“近代”以降和“西方”,而赋予其深层历史反思性和人类整体关照性的话,那么,就不难看出,社会出现私人利益和社会分裂为阶级,是市民社会与国家产生的共同前提,即市民社会和国家人类走出天然自在的生命共同体,形成特殊的个人利益、阶级利益与公共利益、普遍利益相分离和对立的社会共同体的产物。也正因如此,马克思和恩格斯才指出市民社会是“全部历史的真正发源地和舞台”。^[9]

然而,“社会演变的过程是取决于路径的”,^[10]因而,市民社会与政治国家的发展样态自然也是千差万别的,尤其是在东西方展现了迥异的发展路径。在古希腊城邦国家,就已存在私人生活领域与公共生活领域、家族领域与政治领域的区别,但是,由于人既被看作是“社会动物”又被视为“政治动物”,因而其国家和市民社会是复合的,公民政治生活和社会生活是相融的,^[11]甚至“轮番为治”。这样,国家就“直接等同于社会”,^[12]私人生活就构成了国家生活的前提和基础,国家生活则使私人生活获得了最高表现和升华。这体现在希腊政治哲学上,就是“人类精神只有在在一个精神的共同体中才能获得完美而高尚的生命”。^[13]在作为古希腊文明传承者和“姐妹文明”的古罗马,人们“从不为了公共领域而牺牲私有领域,相反他们懂得只有在两者共存的形式中,这两种领域才能生存下去”,^[14]使市民社会和市民法也获得了一定

[3] 参见邓正来:《国家与市民社会——一种社会理论的研究路径》,载邓正来、[英]亚历山大编:《国家与市民社会》,中央编译出版社1999年版,第17页以下;邓正来:《国家与社会——中国市民社会研究》,四川人民出版社1998年版,第6页。

[4] 《马克思恩格斯选集》第1卷上册,人民出版社1972年版,第43页;《马克思恩格斯选集》第4卷上册,第192页。

[5] [西班牙]萨尔瓦多·吉内尔:《公民社会及其未来》,魏海生译,载何增科主编:《公民社会与第三部门》,社会科学文献出版社2000年版,第177页。

[6] 参见何增科:《公民社会与第三部门》导论,载前引[5],何增科主编书。

[7] 参见[美]M·W·弗利、B·爱德华:《市民社会的悖论》,孙晓莉译,《哲学译丛》2000年第3期。

[8] 参见[美]R·H·奇尔科特:《比较政治学理论——新范式的探索》,高铭等译,社会科学文献出版社1998年版,第9页。

[9] 《马克思恩格斯选集》第1卷上册,第41页。

[10] [美]查尔斯·蒂利:《未来的历史学》,载S·肯德里克、P·斯特劳、D·麦克龙编:《解释过去——历史社会学》,王辛慧等译,上海人民出版社1999年版,第20页。

[11] 参见唐士其:《国家与社会的关系》,北京大学出版社1998年版,第40页以下。

[12] [美]贾恩弗兰科·波齐:《近代国家的发展》,沈汉译,商务印书馆1997年版,第96页。

[13] [英]鲍桑葵:《关于国家的哲学理论》,汪淑钧译,商务印书馆1995年版,第49页。

[14] [美]汉娜·阿伦特:《人的条件》,竺乾威等译,上海人民出版社1999年版,第46页。

的发展。虽然古罗马政治生活仍具有“公民政治”的色彩(尤其是罗马共和时期),但这难免有一定的“过渡性质”。^[15] 国家与市民社会的关系则更多地呈现一种“监护”状态,奴隶制商品经济获得了国家的政治、军事支持与保障而得到繁荣发展,并奠定了罗马帝国的经济和社会基础。^[16] 公元5世纪的蛮族入侵,彻底打碎了罗马文明。继之而来的中世纪“黑幕”之下,一方面是分裂、野蛮和战乱,另一方面却是基督教神圣力量的极力扩张。表面上看,中世纪是一种“无国家”状态,但实质上,是政治国家获得了新的表现形式。也即神权、王权和贵族权凭借领主分封制,把政治原则彻底社会化了,使得市民社会“直接地具有政治性质”。^[17] 私人生活领域、私人利益和要求完全屈从于政治附庸地位和关系,从而形成了国家对市民社会的包容、吞噬和同化。但是,与东方专制主义的国家和社会的“同一”关系不同,它毕竟有封建“契约”的关系基础,而且存在着多元权力的对立冲突,“神权政治的、君主政治的、贵族政治的和平民政治的信条互相阻挠、斗争、限制和修改”,^[18] 从而为近代市民社会的生长和权利伸张,提供了有机土壤和生存空间。也就是说,其国家对市民社会的包容、吞噬和同化,尚具有一定的先天脆弱性,因而是“一种软弱的和多中心的专制主义形式”。^[19] 正因如此,市民阶级才得以和王权相联合来战胜教会和贵族,推动了民族国家的形成和市民社会与政治国家的二元化进程,使西方率先走上了现代化道路。

市民社会的兴起及其与国家的真正分离和对立乃是近代历史的产物,它使国家获得了和市民社会并列的且在市民社会之外的独立存在。^[20] 个性自由、私人利益及个人权利获得了巨大解放、充分肯定和大力弘扬,国家权力也基于“契约”而在一定程度上恢复其公共权力的“本来面目”,作为“守夜人”,它“应该向社会解释自己的行为,而且对它的效应负责”。^[21] 但资本主义社会中过度发展的个人主义精神和过于浪漫的自由主义情怀,导致了国家与市民社会的冲突和对立(尤其是自由资本主义时期)。因此,资本主义国家一直在竭力设计市场或政府活动界限的合理方案,寻求其市民社会与政治国家的合理权限,同时,它们也由“自由放任”国家发展为“福利国家”,现今又在谋求“第三条道路”。^[22] 西方社会传统的个人本位原则受到团体本位观的冲击,多元主义、社群主义、法团主义等思潮日显张扬。^[23] 这充分表明了西方世界对市民社会和政治国家矛盾关系的倾心解构与重构。^[24]

在印度、中国、波斯、土耳其、阿拉伯以及斯拉夫等东方国家,国家与市民社会的关系没有西方国家那种曲折发展的经历。^[25] 从国家于社会之中产生之时起,便反过来侵吞了社会,“东方专制主义”实质上就是政治国家对市民社会的吞噬而实现了“同一”。“它们都是绝对君主专

[15] 参见[美]詹姆斯·亨利·伯利斯坦德:《走出蒙昧》下册,周作宇等译,江苏人民出版社1998年版,第589页以下;金观涛、唐若昕:《西方结构的演变》,四川人民出版社1985年版,第39页以下。

[16] 参见前引[15],金观涛、唐若昕书,第32页;杨共乐:《罗马社会经济研究》,北京师范大学出版社1998年版。

[17] 《马克思恩格斯全集》第1卷,第441页。

[18] [法]基佐:《欧洲文明史》,程洪逵等译,商务印书馆1998年版,第24页。

[19] [美]卡尔·A·魏特夫:《东方专制主义》,徐式谷等译,中国社会科学出版社1989年版,第441页。

[20] 《马克思恩格斯选集》,第1卷上册,第69页。

[21] [日]猪口孝:《国家与社会》,高增杰译,经济日报出版社1989年版,第21页。

[22] [英]安东尼·吉登斯:《第三条道路——社会民主主义的复兴》,郑戈译,北京大学出版社2000年版,第73页。

[23] 参见俞可平:《社群主义》;张静:《法团主义》,中国社会科学出版社1998年版。

[24] 前引[6],何增科文。

[25] 前引[2],富永健一书,第175页。

制国家,拥有强大的官僚机器,基本生产资料的国有制形式是其经济基础(‘权力——财产’),而私有制则只具有次要意义”。^[26]这些中央集权制政府都要求其国民统一信仰和实践,“不仅要信奉一个官方国教,而且在商业活动和武装发展等领域都是如此”。^[27]使得东方国家的城市不可能有西方城市的那种政治特权和武装的市民阶级,它不是“市民共同体”,也不具有“市民”或“公民”观念,而是依附于王(皇)权统辖的政治共同体和宗族共同体的有机组合。^[28]这既不同于古希腊城邦那种国家与市民社会的“复合”,也不同于古罗马那种国家对市民社会的“监护”,更不具有西欧中世纪国家吞并市民社会所附有的那种多元权力斗争的复杂性和脆弱性,而是坚固的“东方专制主义”的“单一性”。就是说,在西方是多中心社会的被控制的国家,而在东方,则是单一中心的、名符其实的“工具国家”。^[29]在这里,“属于一个专制势力的社会决不允许任何其他权力的存在。一切不同的倾向都会被排斥和追杀。占统治地位的原则从来不允许一种不同的原则在它的旁边显露和起作用”。^[30]可见,在东方国家,呈现的是一以贯之的政治国家吞并市民社会的历史发展路径。虽然各东方国家的这种吞并形态并不完全相同,而且,亚细亚型态在后来的发展中也发生了某些变化,^[31]但是,“总合统一体”的国家神圣气质仍是其共同特征和历史遗传基因。也即作为“东方专制主义”基础的村社制度,随历史发展而渐渐地消隐了,但这并不意味着亚细亚的或“东方专制主义”的消失。相反,它“仍会以其他形式存在下去,只是不再是‘亚细亚式的’、‘亚洲式的’或东方式的了”。^[32]而且,它一直是导致东方国家发展“停滞”的一个重要因素。当西欧后来居上,率先开始现代化历程,并以武力为后盾进行世界性殖民扩张之时,东方国家才在巨大压力面前开始觉醒,纷纷以不同形式的革命或变革来建立现代政体和社会经济制度,以期追赶现代化。^[33]其市民社会与国家的分离和互动发展也才提上日程。^[34]而马克思主义的传播和社会主义革命的胜利,给世界带来了新的新曙光,建立起优于资本主义的政治经济制度,但国家与社会关系问题仍没有得到很好的解决,尤其是斯大林模式和“极左”思潮的影响,以国家同化、兼并市民社会的情况十分突出,严重阻滞了社会主义制度优越性的发挥和社会经济的发展,甚至某些国家还发生了“和平演变”。现在,多数社会主义国家在进行市场化改革,着手确立“小政府、大社会”的政治经济体制,其实质是努力调整和重构国家与社会的关系,以适应全球化时代社会经济发展的需要。

从上可以看出,无论是西方还是东方,其历史演进所展现的都是国家和市民社会的矛盾互动发展历程,同时又纷呈不同的发展轨迹和样态。只是“‘国家’和‘社会’之间的界分,并不是一个在任何时代和每一个历史时期都有效的普遍存在的事实,它是一种从宪政历史过程中出

[26] [俄]B. B. 拉扎列夫:《法与国家的一般理论》,王哲等译,法律出版社1999年版,第57页。

[27] [美]保罗·肯尼迪:《大国的兴衰》,王保存等译,求实出版社1988年版,第2页。

[28] 参见[德]马克思·韦伯:《儒教与道教》,洪天富译,江苏人民出版社1995年版,第20页以下;[德]马克思·韦伯:《经济与社会》下册,林荣远译,商务印书馆1998年版,第583页以下。

[29] 参见前引[19],魏特夫书,第43页。

[30] 前引[18],基佐书,第22页。

[31] 参见刘学灵:《东方社会政治形态史论》,上海远东出版社1995年版,第249页以下、第301页以下。

[32] 前引[31],刘学灵书,第389页。

[33] 在这一历史进程中,东方国家的市民社会才开始“萌生”,但一直受到本国传统、外来压力、经济和政治发展状况等多种因素的制约,因而未能得到充分有效的发育和成长。然而,市民社会毕竟还是开始逐渐与国家发生剥离并相对发展着。

[34] 参见前引[21],猪口孝书;[韩]李寿勋:《1987~1992年韩国过渡时期的政治:市民社会的兴起》,周士琳译,《现代外国哲学社会科学文摘》1998年第6期。

现的,并以该过程为条件而产生的一种现象”。^[35]而在民主宪政精神与原则受到广泛播颂的当代世界,国家和市民社会关系则成为共同关注的核心问题。“确切地说,只要现代国家还趋向于动员和重组它的国民生活,市民社会和国家的这种界分似乎就一定会继续起作用”,^[36]它构成了民主生活和民主秩序的核心特征,^[37]并呈现一种“全球性”走向。^[38]因为国家不可能消解市民社会,“如果国家无所不在,那么国家也就不存在了”。^[39]这就在一定意义上表明,国家和市民社会的矛盾发展,构成了人类历史进程的主流涌动。“找出市民社会和国家相互关系的规律,可以使我们正确地分析人类社会经历的全过程,理解当代的国家问题,并看到各国现实社会在其中发展的政治形式和国家形式的前途”。^[40]至少我们可以通过这一理论视角和分析工具,来把握市民社会与国家的发展走向或趋势,以期大致这一目的并有效地透视法治的基础和界限。

二、法治运行的社会基础

对于西方法律传统的形成和法律秩序的出现,韦伯强调的是“理性主义”的力量,伯尔曼突出的是“教皇革命”,泰格和利维关注的是市民阶级(资产阶级)的“造反”运动或“市民革命”,昂格尔则指出它是“多元集团”和“自然法观念”的结合所致。^[41]而事实上,西方法律传统的形成及近代法治的确立,乃是多因之果,既有宗教的、理性文化的、政治和经济的因素,也有社会结构的、观念变革的等等因素。但归根到底,还是在市民社会和政治国家的矛盾运动中孕育出来的。在某种意义上讲,泰格、利维及昂格尔的观点更接近这一历史发展进程,只是他们并未进一步跨入这一视野,没有从市民社会与政治国家的深层历史涌动中来把握法治的生成和发展。而恰是市民社会与政治国家的互动发展,才奠定了法治运行的社会基础。

(一) 法律至上——普遍利益与特殊利益的冲突与协调

作为一种具有国家意志性和强制力且普遍有效的社会规范,法律产生并运行于利益的冲突与调适之中。只是从它产生之时起便开始异化了,也即在利益调适中更多地承担着维护专权特权统治秩序的角色,^[42]直到近代市民社会从政治国家中解放出来,并使国家服从服务于市民社会的需要,法律才在更大意义上成为多元复杂利益的调适器,民主精神和法律至上要求也才得到确认和弘扬。

近代资产阶级“市民社会革命”,开辟了市民社会与政治国家的二元发展进程。人们享有

[35] Ernst - Wolfgang · Böckenförde, *State, society and Liberty*, Translated by J. A. Underwood, Published by Berg published limited, 1991, P. 147.

[36] 查尔斯·泰勒:《市民社会的模式》,冯青虎译,载前引[3],邓正来、亚历山大书,第29页。

[37] 参见[英]戴维·赫尔德:《民主的模式》,燕继荣等译,中央编译出版社1998年版,第394页,第396页。

[38] 参见[美]杰基·史密斯:《全球性公民社会》,[美]罗伯特·W·赫夫纳:《公民社会:一种现代理想的文化前景》,载前引[5],何增科主编书。

[39] Emile Durkheim, in Anthony Giddens: *Durkheim on politics and the state*. Cambridge: polity press, 1986, P. 57.

[40] 前引[26],拉扎列夫书,第70页。

[41] 参见[德]马克斯·韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓等译,生活·读书·新知三联书店1987年版;《经济与社会》下册及《儒教与道教》;[美]伯尔曼:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版;[美]泰格、利维:《法律与资本主义的兴起》,纪琨译,学林出版社1996年版;[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,中国政法大学出版社1994年版。

[42] [法]邦雅曼·贡斯当:《古代人的自由与现代人的自由》,阎克文等译,商务印书馆1999年版,第28页。

的不再是古代人那种依附于共同体的自由,而是现代个人独立的自由。^[43] 普遍利益和特殊利益日益分化,并且对国家公共权力进行了空前的“契约性”复归,使其成为旨在保护特殊利益和私人权利而设定的普遍物。^[44] 然而,已被“契约性”复归的公共利益和公共权力仍具有一定程度的异己性和扩张性,被解放的私人利益也呈现一种膨胀性欲求。因而,普遍利益与特殊利益,以及特殊利益之间不仅具有一种依存互动关系,更具有一种经常性的张力关系。于是,人们根据启蒙思想家的理论,来对市民社会和国家的二元矛盾互动发展的复杂现实进行具体的制度设计和操作。人权便获得了基本的和不可剥夺的性质,“每个人都应该能够行使这些权力,不论是对其他的公民,还是对国家和政府”。^[45] 这些个人权利既确定了公共权力活动的方向,又决定了政府行为的限度,因而“它本身就是规制个人与国家关系的所有规则的源泉”。^[46] 也即它一方面通过个人权利和私人利益来限制、定位国家权力和公共利益,并对公共权力进行分立制衡,以保障个人权利和自由;另一方面,又赋予国家以组织军队、警察和司法机构等权力,来保卫国家安全和解决权利冲突,藉以维护社会安全和秩序。这种普遍利益与特殊利益以及特殊利益之间、公共权力与私人权利以及私人权利之间的多元复杂博弈,必然要求确立恰当平衡的至上规则来予以界定和调适。然而,道德、宗教和惯例等社会规范在这种博弈面前已显得无能为力了,只有普遍有效的法律才能胜此重任。而宪政思想正如它希望通过法治来约束个人并向个人授予权利一样,它也希望通过法治来约束政府并向政府授权。^[47] 于是,法律就不再是王权统治的工具了,而是组织国家和社会生活的得力工具。^[48] “法律对权威内容及其范围的界定成了达到高层次功能分化的社会的迫切需要”。^[49] 势力和利益所表达、转化出来的要求开始创造法律,^[50] 就是说,“根本上必须在合作本能与利己本能之间维持均衡。社会控制的任务就在于使我们有可能建立和保持这种均衡,而在一个发达社会中法就是社会控制的最终有效的工具”。^[51] 利益也就成为法律的目的物,并以利益“估价”方法来“调和、恰当地限制和尊重所包含的各种利益”,从而奠定个人获得自由独立人格以及社会维持秩序安全的基础。这样,“法律之所以存在,因为人们继续不断地评估和重新评估利益,因为他们希望利益调和,因为他们希望保障他们本身的利益和承认尊重他人利益的正当。这种相互的权利义务观念是建设政治社会的基石”。^[52] 以致康德构建其权利科学的最终意图和目的在于建立普遍的和持久的和平,即“在人们之间的关系中,‘我的和你的’均依据法律得到维持和保证”,从而建

[43] 前引[42],贡斯当书,第32页以下。

[44] 参见[美]格尔哈斯·伦斯基:《权力和特权:社会分层的理论》,关信平等译,浙江人民出版社1988年版,第332页以下。

[45] [荷]亨利·范·马尔赛文、格尔·范·德·唐:《成文宪法的比较研究》,陈云生译,华夏出版社1987年版,第374页。

[46] [法]莱昂·狄骥:《公法的变迁——法律与国家》,郑戈译,辽海出版社、春风文艺出版社1999年版,第10页。

[47] [美]斯蒂·M·格里芬:《美国宪政:从理论到政治生活》,《法学译丛》1992年第2期。

[48] 参见[美]詹姆斯·M·伯恩斯、杰克·W·佩尔塔森、托马斯·E·克罗宁:《民治政府》,陆震纶等译,中国社会科学出版社1996年版,第3页以下。

[49] [美]帕森斯:《现代社会的结构与过程》,梁向阳译,光明日报出版社1988年版,第156页。

[50] 参见[美]劳伦斯·M·弗里德曼:《法制制度——从社会科学角度观察》,李琼英等译,中国政法大学出版社1994年版,第174页以下。甚至有学者充满激情地以公共服务概念取代主权概念,并把它确立为现代国家的基础,使法律也首先表现为调整公共服务的法律。参见前引[46],狄骥书,第13页,第54页。

[51] [美]罗·庞德:《通过法律的社会控制——法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第89页。

[52] [英]萨伯恩(George H. Sabine)、许德派(Walter J. Shepard):《近代国家观念》,王检译,商务印书馆1957年版,英译者序,第48页以下,第57页。

立文明社会。^[53]而公共安全,也只能建立在尊重法律、遵守规则以及加强权利保障上,人们要求“出自一种合法来源的政府只拥有比以前更少的权利对个人行使专制权力”。^[54]于是,具备普遍性和自治性的法律秩序就应运而生了,这种法律秩序“代表了由调合所有特殊利益所组成的普遍利益。政府依法行事的责任似乎限制了官员们利用公共权力谋私的能力以及使之作为人身压迫工具的能力。它把最低限度的自由与安全 and 人们之间在财富、权力和知识方面存在的广泛差距结合在一起。由相对独立的职业集团所操纵的专门机构对法律的解释,这种法律解释浸透了自己的论证技巧,保证了其权力受到法律限制的那些人并不能最终决定法律的意义”。^[55]因而,法律也就在市民社会和政治国家二元矛盾互动发展进程中,在普遍利益与特殊利益的冲突与协调基础上,获得了至上性,“法律的统治”原则和精神也得以确立和传播。正如有西方学者所指出的那样,不仅近代国家学说的根本概念是法律,而且近代国家的根本状态也完全受法律规制,而法律则代表了利益的实际完成的估价。^[56]

(二) 权利保障——多元社会权利对国家权力的分享与制衡

近代法治的产生与运行是以权力制约和权利保障为基础和核心的,并强调当权者与其他人同样服从既定的法律。^[57]而这一制约、保障及法律至上要求,则主要是由市民社会多元权利对国家权力的分享和制衡来获得保证和实现的。也即“市民社会在很大意义上并非一种外在于政治权力的领域;而毋宁是深深地穿透于这种权力的一种力量,使权力处于分立、分散的状态”。^[58]这不仅使专断权力难以立足,而且也使得权力和权利都服从于共同的规则而纳入法律规制框架之中。

从中世纪中后期开始,西欧就展现了一种独特的权力多样性发展,它们之间的斗争和妥协实际上成了建立新体制和新秩序的尝试,使得其以议会形式聚集一堂,并“遵从同一法律和权力,融合成一个社会,一个国家”。^[59]西方的法律至上信念,也正是从世界本身服从法律的神学信条、世俗与宗教权威的二元性、世俗权威自身的多元性、封建等级中上下级的相互义务关系,以及中央与地方当局、官方与民众管理机构的辩证关系中萌生的。^[60]也即多元集团的权力分割,构成了法律秩序建立的重要助推力。^[61]而在市民社会力量增长和资产阶级兴起并夺权的过程中,则一再表现出对“合法性”问题的关切与斗争。^[62]近代“市民社会革命”胜利后,确立了国家与市民社会的互动和制衡关系,^[63]民主宪政和法治原则也就建立在这种多元社会权利对国家权力的分享和制衡基础上。

1. 市民社会的多元权利有效地分解了国家权力,扼制了公权力的专断倾向。

近代市民社会的兴起及其运动,是以反抗专断权力,主张自由和权利为目标的。它一方面

[53] [德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1991年版,第193页。

[54] 前引[42],贡斯当书,第42页。

[55] 前引[41],昂格尔书,第62页。

[56] 参见前引[52],萨伯恩、许德派书序,第57页以下。

[57] Joseph Raz: *The Authority of law*, Clarendon press, 1979, P. 210.

[58] 前引[36],泰勒文。

[59] 前引[18],基佐书,第172页。

[60] 前引[41],伯尔曼书,第640页以下。

[61] 参见前引[41],昂格尔书,第59页以下。

[62] 前引[41],泰格、利维书,第270页。

[63] 前引[21],猪口孝书,第120页。

确立了国家权力和社会权利的“民主契约”关系;另一方面,则造就了主要是后致角色的、利益纽带联结的、松散个体化的和较高水平的社会过程参与的“大众社会”,^[64]在这里,“权威在某种程度上是凭借授予别人以权威或市场机制来维持统治,这样就产生了权力和特权的分散。”^[65]

首先,个人享有不可剥夺的天赋人权,形成对国家集权的社会消解。无论是英国的《权利法案》和美国《独立宣言》,还是法国的《人权和公民权宣言》,都贯彻了自由主义精神和天赋人权思想。市民社会成员的生命、自由和财产权利得到了充分确认和肯定,其自由和权利保障随即成为政府的目的。而“政治、权力或执政者是实现人权保障的手段,他们的存在被认为只以满足目的为限”,^[66]并且,国家的行动范围仅限于“如果政府不做就根本不会做的那些范围”。^[67]这样,作为真正的私人自律领域,市民社会便形成了与国家的对立。^[68]传统的集中化国家权力,就在相当程度上被分解为广大社会成员所自主享有的自由、平等权利,传统权力和特权被分散在每日忙忙碌碌并精于计算和斤斤计较的,遍布于全社会的“经济人”身上,“许多经济决策分散给相对独立的个人和企业”,^[69]或者如安德鲁·肖恩菲尔德所说的,“把政府分裂为许多小部分的国民本能”。^[70]进而造就了一个庞大的追求教育、自治权、个人自由、财产权、法治和参与政府事务,因而成为民主理想和制度的天然盟友的中产阶级。^[71]这就大大削减了专断权力赖以存在的基础(即集中占有全社会财产并控制人身及其社会活动),而人们对政府干预的“禁令”,则恰当地表达为“不要站在我的阳光下”。^[72]因此,权力的集中和专断倾向就受到了严重遏制。同时,既然权力是为维护和保障权利而存在的,那么,权力和权利就必须服从既定规则而无人(尤其是权力)在法律之上,政府只有在执行广泛保护生产、自由和财产的普遍规则时,才可以“合法地干预市民社会”,^[73]而“法律沉默则一切自由”。^[74]也就是说,尽管政府必须对已交给它掌握的资源进行管理,但是,这并不意味着它可以对公民私人的努力同样进行管理。“自由社会同不自由社会之间的分野,就在于在自由社会中每个人都有一个受到承认的私人领域,是同公共领域划分得一清二楚的,单个私人不能被命令来命令去,只能要求他服从对所有人都一视同仁地适用的规则”。^[75]这就为个人可以决定如何使用手中掌握的能量和资源提供了条件,因此,“法治就成了对强制权力至关重要的限制,成了个人自由的条件”。^[76]虽然在西方自由资本主义向垄断资本主义发展的过程中,政治、经济和社会

[64] 参见[美]L·布鲁姆、P·塞尔茨内克、D·B·达拉赫:《社会学》,张杰等译,四川人民出版社1991年版,第690页以下。

[65] 前引[44],伦斯基书,第327页以下。

[66] [日]杉原泰雄:《宪法的历史》,吕昶等译,社会科学文献出版社2000年版,第23页。

[67] [英]L·罗宾斯:《过去和现在的政治经济学——对经济政策中主要理论的考察》,陈尚霖等译,商务印书馆1997年版,第178页。

[68] [德]哈贝马斯:《公共领域的结构转型》,曹卫东等译,学林出版社1999年版,第11页。

[69] [美]罗伯特·达尔:《论民主》,李柏光等译,商务印书馆1999年版,第176页。

[70] 前引[50],弗里德曼书,第246页。

[71] 前引[69],达尔书,第176页。

[72] 前引[67],罗宾斯书,第176页。

[73] 前引[37],赫尔德书,第328页。

[74] 前引[44],米尔恩书,第131页。

[75] [英]弗雷德里希·奥古斯特·哈耶克:《自由宪章》,杨玉生等译,中国社会科学出版社1999年版,第330页。

[76] 前引[37],赫尔德书,第326页以下。

秩序出现了从“个人主义”趋向于“集体主义”的一些变化，^[77]人权概念也“具有个人权利与其他公共利益之间关系的含义”，^[78]但是，“西方民主概念的主要支柱是一种多元社会，它把利益的异质性展示并表达了出来”。^[79]因此，在市民社会成员自由、平等权利对国家权力的分解这一基点上，仍然没有实质性的改变。

其次，市民社会组织的多元化、自主化发展，形成了对国家权力的分割与制衡。近代市民社会所造就的“大众社会”，并非仅仅表现为原子化、疏离化的乌合之众。恰恰相反，市民社会的“政治解放”在展现出遍布社会的独立“经济人”这一宏伟景观的同时，也对传统血缘、等级社会结构进行了重大解组，形成了以角色分化、利益联结及合理性追求为表征的众多社会组织，^[80]尤其是公司、政党及各种利益团体，成为市民社会丰富而多样性的、富有生命力的象征。^[81]在传统社会中，财产和人格是重要的权力源，而近代市民社会兴起后，组织则成为异军突起的权力源。虽然它与财产和人格相关联，但却日益削减着财产和人格两个权力源而成为主导。^[82]这样，社会组织就要在静态（权力结构上）和动态（权力的生产和分配过程）两方面与政府组织分享权力，^[83]形成多元权力中心。它们一方面有其独立性发展的趋势，要求政府尽量少干预而维护其自治权，扼制国家权力职能和范围的扩张；另一方面，它们又要“不断地向国家领导和官员提出要求并力求对他们施加影响”，^[84]通过积极的直接或间接民主政治参与，力图使“政府政策大多是通过谈判和讨价还价来决定的”。^[85]尽管这难免有些西方学者的理想主义成分，^[86]但是，组织多元化无疑构筑了一个以权力分离和制衡为标志的多元政治体制，提供了能有效保护少数人权利、抑制等级体系和权力支配的互控机制。它一方面使统治资源分散化而加大统治者的垂直统治成本，另一方面，也可使微势团体进行资源联合，加大统治者欲控制的成本。这就使其政治自主性得以推进，^[87]使“权力在处于不断变化的冲突、竞争和合作模式中的各种集团之间得到了广泛的分配”；^[88]同时，它又参与权力的生产和分配过程，并以“自由主义剃刀”确立权力生产和分配的同步分解机制，使集权增长受到扼制，使社会

[77] 前引[41]，伯尔曼书，第39页以下。西方个人本位的法理学也受到了团体主义法理学的冲击。参见龚祥瑞：《比较宪法与行政法》，法律出版社1985年版，第137页以下。

[78] [美]L·亨金：《权利的时代》，信春鹰等译，知识出版社1997年版，第4页。

[79] [匈]米哈利·西麦：《民主化进程和市场》，载[日]猪口孝、[英]爱德华·纽曼、[美]约翰·基恩编：《变动中的民主》，林猛等译，吉林人民出版社1999年版。

[80] 参见前引[2]，富永健一书，第60页以下，第178页以下。也许是在这一意义上，西方学者才把集团（或团体）视为与整体社会并行的两大政治社会学范畴。（参见[法]莫里斯·迪韦尔热：《政治社会学——政治学要素》，杨祖功等译，华夏出版社1987年版，第19页）集团理论也成为西方政治学中重要而活跃的派别。（参见曾繁正等编译：《西方政治学》，红旗出版社1998年版，第113页以下）

[81] 当代市民社会理论家多把志愿性社团视为市民社会的核心要素，甚至把其等同于市民社会本身。参见前引[6]，何增科文。

[82] 参见[美]约翰·肯尼思·加尔布雷思：《权力的分析》，陶远华等译，河北人民出版社1988年版，第29页以下。

[83] [美]梅路西：《后工业民主的悖论：日常生活和社会运动》，谭晓梅译，《现代外国哲学社会科学文摘》1995年第5期。

[84] [美]戴维·波普诺：《社会学》下册，刘云德等译，辽宁人民出版社1988年版，第405页。

[85] [美]罗伯特·A·达尔：《现代政治分析》，王沪宁等译，上海译文出版社1987年版，第110页。

[86] 参见前引[64]，布鲁姆、塞尔茨内克、达拉赫书，第696页以下。

[87] 参见[美]达尔：《民主理论的前言》，顾昕等译，生活·读书·新知三联书店、牛津大学出版社1999年版，第188页，第185页；另见顾昕：《以社会制约权力——达尔的多元主义民主理论与公民社会》（译者后记）。

[88] 雅克·博拉诺语，转引自王沪宁：《比较政治分析》，上海人民出版社1987年版，第122页。

自主自治权利得到扩展。从而抵消国家权力的强制性控制,保障市民社会的自由和权利。更为重要的是,社会团体自古滥觞之时起,就展现了人类自由自主活动的发展走向,是国家权力回归社会的重要桥梁。而在现代社会结构中,利益关系是多元整合的,社会权力是分散制衡的,组织形态是异质独立的。活跃于市民社会舞台上的大量自治性、多元性、社会性和开放性的社会团体,就成为相对软弱无力的公民联合起来,去抗衡专权、暴政的“堤坝”和“监督权力的社会的独立之眼”,^[89]形成肯定自我和借以抵御国家权力的“免于控制和约束的自由社会空间”,^[90]“在纵横四溢的个人利己主义和国家的巨大且又具有威慑性的力量之间,它们占据中间地位”。^[91]从而使国家权力受到了社会多元权利的有效制衡,扼制了权力滥用和提高了权力运作效能,民主、自由和权利得到了切实的保障,^[92]也为自由理性、自主自律的社会秩序奠定了重要基础。

市民社会多元权力中心的形成,直接影响着国家“公共选择”的政治过程。不同利益集团的斗争和妥协,必然排斥单一性和独占性而孕育并弘扬民主、宽容和自由理性精神,必然要维护法治权威以免有序的多样性受到威胁。就是说,“人们无需要求一个唯一的权力中心来控制其余部分。相反,在没有一个唯一的权力中心的控制下,在潜在的否决位置范围内可以存在一种平衡,而在权力分配系统内也能保持一种法律秩序。只要将所有权力中心限制在一个可实施的宪法范围内操作,那么就能保持一个多中心的秩序”。^[93]这种“多头政治的合格印章是参与政府和反对政府的权利。这就要求国家容忍甚至保护个人和组织的自主权”,^[94]人民所信任和忠诚的并不是政府和领袖,“而是支撑着这个国家的法律”。^[95]因此,政府要成为可能,一个共同体就必须有一个实在法体系并在道德上服从法治,^[96]进而要求国家干预市民社会仅限于提供一些规则,并且这些规则乃是个人和群体追求不同目标时所能够凭借的工具。^[97]这样,宪法便成为设置不同群体的政治优势或障碍以实现权力制衡的充分表达,^[98]而法律制度则被看作是“通过害怕而相互制约的工具,是共同认识和价值观的贮藏室,是强加在私人组织之上的框架,又是从私人组织中产生的秩序”。^[99]这种秩序就是立足于市民社会多元权利基础上的,体现自由和权利价值诉求的法治秩序。

2. 建立在市民社会多元价值追求和评判基础上的“公共理性”,决定着国家权力的统治合法性。

在分散的政治制度中,每个人参与一切决策并给予效忠与合作,“但随着群体越来越大,组织越来越正式,获得并保持公众的支持也就随之越来越成问题了”。^[100]近代“市民社会革命”

[89] 参见[法]托克维尔:《论美国的民主》上册,董果良译,商务印书馆1991年版,第217页;约翰·基恩:《市民社会与国家权力型态》,邓正来等译,载前引[3],邓正来、亚历山大书。

[90] 前引[83],梅路西文。

[91] [美]丹尼尔·贝尔:《资本主义文化矛盾》,赵一凡等译,生活·读书·新知三联书店1989年版,第319页。

[92] 参见肖金泉主编:《世界法律思想宝库》,中国政法大学出版社1992年版,第216页。

[93] [美]文森特·奥斯特罗姆:《工艺与人工制品》,蒋刚苗译,载迈克尔·麦金尼斯主编:《多中心治道与发展》,上海三联书店2000年版。

[94] 前引[85],达尔书,第107页。

[95] 前引[84],波普诺书下册,第411页。

[96] 前引[44],米尔恩书,第191页。

[97] 前引[37],赫尔德书,第328页。

[98] 前引[87],达尔书,第186页以下。

[99] 前引[41],昂格尔书,第99页。

[100] [美]威廉·A·哈维兰:《当代人类学》,王铭铭等译,上海人民出版社1987年版,第498页。

的一个伟大功绩就在于,它把国家与市民社会的二元论建构在“民主契约”的基础上,国家权力的统治合法性由宗教神谕而转移到民众手中,其暴力基础也被“民意”大为冲淡乃至置换,权力也就区分为“合法权力”和“非法权力”。只有“合法权力”才赋有“权威”——而且更多的是由规章、程序及目的来提供其基础的“理性权威”,^[101]也即面对社会利益高度分化、自由主义和个人权利学说深入人心的现代市民社会,“一切社会制度若要得到民众最大的支持,必须拥有为全社会所接受的、行使社会权威的道德正当性”。^[102]否则,就会引起民众的不服从、非暴力反抗直至发动市民社会“革命”,以摧毁“非法权力”而重建合法化权威和合理性制度。

在多元复杂的市民社会生活中,每个群体正如每个个体一样具备一个“丰富的心灵”,^[103]它们基于不同的阶级阶层归属、角色认同、利益需求及兴趣和心理,形成“接受利益与理想的多样性”,^[104]进而生发了不同向度的价值判断和合理性诉求,弘扬了自由和权利精神。但是,如果没有基于市民社会集体性自我意识的“市民认同”,多元化的市民社会就可能沦为一场每个人对所有人的战争。因此,“市民认同”就成为规约个人、集体、社会和国家彼此间的关系,扼制冲突强度与制约离心倾向的必要途径和可靠手段。^[105]这表明,“尽管各种角色的观点各异而且经常发生冲突,但他们还是进行着互动,并创生了总体上的运动”。^[106]私人领域就有了各种各样的合法基础,而这一合法基础又是社会中共同坚持的价值,其“结果必定限制公共权威‘干预’这些利益的权利”。^[107]这样,就逐渐形成了市民社会公共领域和公共舆论,它赋有一种浓重的合理性追求和理性批判精神,^[108]其价值和原则构成了合法性的源泉,^[109]它“把统治消解为轻松的限制,而这种限制只有在一种强制性的公众舆论的基础上才能盛行起来”。^[110]也就是说,市民社会的多元价值评判经过公共领域(自发的公共聚会场所或机构),进行公开的、自由的、理性的讨论和认同而整合为公共舆论,进而通过政治生活系统(如新闻媒介、压力集团、代议机构等)成为统治者制订公共政策及典章规则的依据和舆论督导力量,市民社会理性也就上升为“公共理性”。^[111]它不仅构成了国家权力的正当性基础,而且,还能为宪法及法律制度的变革开辟道路。^[112]这样,民主的性质和质量,就“在很大程度上取决于民主国家为了处理国民文化多样性问题而发展出来的各种安排”。^[113]而市民社会既“要求限定国家(或政府)的行为范围,要求国家受法律的约束,但同时又要求国家能够有效地实施保障市民社会多元性及其必要的法律”,^[114]而其法律精神和原则则导源于“公共理性”,因此,“建立法律的是真理,

[101] 参见前引[84],波普诺书,第401页;前引[64],布鲁姆、塞尔茨内克、达拉赫书,第693页以下。

[102] 前引[91],贝尔书,第124页以下。

[103] [美]查尔斯·霍顿·库利:《社会过程》,洪小良等译,华夏出版社2000年版,第305页以下。

[104] 希尔斯:《市民社会的美德》,李强译,载前引[3],邓正来、亚历山大书。

[105] 参见前引[104],希尔斯文。贝尔也指出,现代政治体系必须依靠一致的舆论和正义才能维持它的生命力,否则,社会上就只会有一连不断的摩擦和冲突。参见前引[91],贝尔书,第309页以下。

[106] 前引[103],库利书,第318页。

[107] 前引[49],帕森斯书,第156页。

[108] 参见前引[68],哈贝马斯书,第96页。

[109] 参见[美]戴维·伊斯顿:《政治生活的系统分析》,王浦劬译,华夏出版社1999年版,第348页以下。

[110] 前引[68],哈贝马斯书,第97页。

[111] 参见[美]约翰·罗尔斯:《政治自由主义》,万俊人译,译林出版社2000年版,第225页以下。

[112] Britannica, 1993 by Encyclopaedia Britannica, Inc., V. L. 16, P. 697.

[113] 前引[69],达尔书,第193页。

[114] 前引[104],希尔斯文。

而不是权威”。^[115] 国家权力统治的合法性也便与法治精神相契合。

3. 权力分立制约和法律规定,使权力运行置于法治机制之中。

市民社会多元权利对权力的分割和统治合法性向社会的回归,并不必然保证权力能够服从于服务于自由和权利,因为“一切有权力的人都容易滥用权力,这是万古不易的一条经验”,^[116] 而且,“由简单多数拥有(几近乎于)无限统辖权的民主制倾向于侵蚀财产权利的安全和法治;并会不断增多政府行为”。^[117] 因此,还必须同时对其进行分立制约,建立权力与权力的体制性分散和制衡机制(包括三权分立和中央与地方分权),以野心来对抗野心,^[118] 以“防止政府夺去我们的自由权”。^[119] 这就确立了民主宪制国家之网,代替那种有足够权力保护一切也有足够权力压制一切的绝对主义权力的“政治语法”的,是作为一种新语法的“检查和平衡”制度。“只有在这种制度中,人权才能达到完全的法的现实性,虽然在政治集体中存在权力垄断,但没有一个人,也没有一个机构和国家机关拥有无限制的权力,国家权力被多重分层化并又组合成一张相互监督的公共权力之网”,^[120] 尤其象美国所建立的诸侯式制度,其法律生活独特而普遍的特点就是“权力的分散”,使得“几乎每个正式权力机构都由某种相对权力所平衡”。^[121] 可见,这种以权力制约权力的制度框架,即仰赖于市民社会多元权利基础,又为市民社会的自由和权利提供了保障。同时,如果没有以一种积极的方式来确立依法限制国家权力的原则,任何社会生活和国际生活都不可能顺利进行,社会上也就会充斥着暴力和野蛮。^[122] 而在法治得到尊重且“只有‘法治’得到尊重时,强制性权力才会受到限制”。^[123] 因此,它必然还要求权力分立制衡的制度化并遵从法治原则,权力也在其内部的分立制衡和外部的权利抗衡面前,不得不服从法律权威和正当程序,从而确立起无人在法律之上也无人在法律之下的法治机制。^[124]

(三) 理性规则秩序——市民社会多元利益的冲突、互动与整合

人类社会既是一种伦理共同体,也是一种利益共同体。“在有机体的成长过程中,冲突和合作是同时存在的。如果各方力量是有组织的,它们就互相合作,但这种合作是建立在选择性方法包括冲突的基础上”。^[125] 而且近代市民社会出现以来,它一直展现着多元利益的冲突、互动与整合的复杂社会图景,践行着自由的、自决的人的个体完善的目的,^[126] 并塑造了市民社会

[115] 前引[68],哈贝马斯书,第92页。

[116] 孟德斯鸠:《论法的精神》上册,张雁深译,商务印书馆1995年版,第154页。

[117] [瑞士]P·波恩荷兹:《一个稳固民主的必要和充分条件》,载A·布莱顿等:《理解民主——经济的和政治的视角》,毛丹等译,学林出版社2000年版,第105页。哈贝马斯也指出,“如果民主的意志形成不受到保障自由的分权原则的限制,这种意志形成就会变成压制。”[德]尤尔根·哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成等译,上海人民出版社2000年版,第148页以下。

[118] 参见[美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第264页。

[119] 前引[48],伯恩斯等书,第4页。

[120] [德]奥特弗利德·赫费:《政治的正义性——法和国家的批判哲学之基础》,庞学铨等译,上海译文出版社1998年版,第406页。

[121] 前引[50],弗里德曼书,第245页以下。

[122] 参见前引[46],狄骥书,第223页。

[123] 前引[37],赫尔德书,第326页。

[124] 参见前引[44],米尔恩书,第131页。

[125] 前引[103],库利书,第29页。

[126] 前引[36],Ernst - wolfgang Böckenförde书,P.127.

的理性规则秩序。

市民社会是多元主义并赋有自由、平等精神和个体价值追求的,但同时也具有节制个人、地区和集团特殊利益与需求的“实质性市民认同”,^[127]它使得冲突与合作互相关联和不可分割,进而成为社会演进和制度变迁的重要推动力量。^[128]即自由而平等的众多“经济人”,以及基于不同利益和需要的多元群体和组织,在市民社会生活中形成日常交往和社会交换网络。它构成了群体之间的关系和个体之间的关系、权力分化和伙伴群体关系、对抗力量之间的冲突与合作、在一个没有直接接触的社区中远离的成员们之间的联系和亲密依恋的基础。^[129]不同的利益主张和权利要求在此间互动交融又相互冲突,而且日益呈现一种应得权利和供给、政治和经济、公民权利和经济增长的对抗,“这也总是提出要求的群体和得到了满足的群体之间的一种冲突”。^[130]因此,市民社会并不希望也不可能通过减少多样性或压制冲突而谋求通向一致的道路,^[131]而是要对冲突进行合理的控制来达致市民认同、社会整合和理性规则秩序,“它要求建立一定的社会法规,这个法规必须能够正式或非正式地涵盖斗争的全部领域,将发生冲突的各个部分包括在内,并对它们实施有效的管制”。^[132]杜尔克姆就认为,合同关系事实上是在特定的规范环境中被建立起来的。这些规范并非是在合同中确定的,而是先于合同而存在的,即法和习惯都约束着合同,没有它们,离开具有凝聚力的社会,合同就会陷于濒于瓦解的争吵之中。而齐美尔也强调,财产法通常是被双方都接受的——构成统一、联结双方的契约,即使它没有规定双方的具体行为步骤,也限定了冲突的框架。他进一步指出,在冲突发生过程中,新规则不断地被创造,旧规范不断地被改进。冲突造成了一种部分或全部不受规划和规范所约束的新环境,同时它也作为一种催化剂促进了新规则、规范的建立。^[133]这表明,市民社会多元复杂的利益冲突与协调,必然导致高度的法律需求和创设。因为不同的利益主体在市场经济竞争与合作中,既要竭力主张其自身利益和自由平等权利,同时又必须做出必要的妥协、让步与合作。这不仅衍生了一种市民社会内部抑制单一独占性和专断霸权的平衡机制,也确立了市民社会自律、宽容共存的自由理性诉求。他们很清楚“没有规范性约束的自我利益的追求使所有有关各方的自我利益都遭到挫折”。^[134]为此,大家都必须遵从共同的、保障每个人权利和自由的理性规则——“市民法”,并根据市民社会生活情势的发展而予以不断创立更新,从而塑造了市民社会的“自发自生秩序”——“它们的要素在应对其即时性环境的过程中遵循某些规则所产生的结果”。^[135]它立足于市民社会多样性互动的基础上,或者说正是在多元利益的冲突、互动和整合过程中,法律的至上性和普遍性才得到逐步确认。

[127] 前引[104],希尔斯文。

[128] 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1987年版,第157页以下。

[129] 参见[美]彼德·布劳:《社会生活中的交换与权力》,孙非等译,华夏出版社1988年版,第5页。

[130] [英]拉尔夫·达仁道夫:《现代社会冲突》,林荣远译,中国社会科学出版社2000年版,第3页。

[131] 参见[美]L·科塞:《社会冲突的功能》,孙立平等译,华夏出版社1989年版,第114页。希尔斯也指出,市民社会接受利益和理想的多样性,任何由众多人组成的社会都会产生这种多样性。它允许个人及机构追求多样化的目标,但并不允许不择手段地追求这些目标。参见前引[104],希尔斯文。

[132] 前引[103],库利书,第33页。

[133] 参见前引[131],科塞书,第108页以下。

[134] 前引[129],布劳书,第294页以下。

[135] [英]弗里德利希·冯·哈耶克:《法律、立法与自由》第一卷,邓正来等译,中国大百科全书出版社2000年版,第63页。

可见,市民社会是通过在理性规则的框架内运作来实现其自主自律秩序的。“该社会的法律——与其他因素一起——通过强迫人们遵守协议以及对以犯罪手段伤害他人的行为实施制裁等方式,实现抑制冲突的目标。法律要求市民社会内的权利受到尊重,义务得到履行”。^[136]不过,它必须呈现一种自治型法而非压制型法,进而走向“把社会压力理解为认识的来源和自我矫正的机关”的回应性型法。^[137]而20世纪以来,市民社会中社团组织的广泛兴起,“不仅有助于调解个人之间、阶级之间以及社团与国家之间的关系,而且也有助于调解它们相互之间的关系”。^[138]增加了市民社会秩序的活力和发展能力。这种自主自律的市民社会规则秩序,也就形成了与国家政治生活秩序的互动与互补。^[139]而且,“在国家和社会的互动中——从本源上看,并从结构上说——是**社会秩序决定政治宪章,而不是相反。在市民秩序的基础上,政治宪章是社会秩序的结果,而不是社会秩序的条件**”。^[140]这表明,市民社会规则秩序不仅奠定了民主与法治的基础,同时也是民主与法治的重要推动力量。

(四) 公民意识——市民社会与国家相契合的自由理性精神和法治的非制度化要素

市民社会和政治国家是人类走出天然自在的生命共同体,形成特殊的私人利益、阶级利益与普遍的公共利益相分离和对立的社会共同体的产物。其矛盾发展的进程,实质是人类在普遍利益与特殊利益、个性与社会性的悖论下,为摆脱自然界和人类自身的双重限制,而寻求主体自由发展的进程。“自由自主活动”作为一种不断上升的必然要求,要经过“人的依赖关系”——“以物的依赖性为基础的人的独立性”——“建立在个人全面发展和他们的共同的社会生产能力成为他们的社会财富这一基础上的自由个性”三个自由发展阶段,^[141]最终实现市民社会的“政治解放”和“人的解放”而走向“自由人的联合体”。然而,在前资本主义社会,无论是在市民社会与国家的复合状态、国家监护市民社会状态还是国家吞并市民社会状态下,个人都囿于某种自然主义生活图式和政治依附关系,因而并不具有真正的独立性和自由,^[142]它所衍生的更多的是一种“群畜意识”和“臣民意识”。资产阶级市民社会革命把自己从封建政治国家的桎梏中解放出来,这种“政治解放一方面把人变成市民社会的成员,变成利己、独立的个人,另一方面把人变成公民、变成法人”。^[143]市民社会的历史也就成为“人的定义历史”。^[144]具言之,由于市民社会获得了独立的、充分的发展,并呈现现代商品经济运行形态,奉行财产私有、契约自由和责任归己原则,使市民社会化解为集合形态的,以交换价值纽带相联系的独立的、自由的各个个人;同时,在民主契约的原则上,重新确立了只能以市民社会为目的的政治国家,贯彻三权分立和民主代议制原则,使国家主权成为公民平等而广泛参与创制并共享的公共产品,国家职能则在于充当市民社会的自由竞争、平等交换自然秩序的守夜人。这样,宪法就以最高法律权威的形式,宣布社会成员为公民——具有“俱乐部成员”的独立主体资格,享有充分而平等的人权和公民权,即“当自由成为普遍东西时,公民身分便从地方制度成长为民族国家

[136] 前引[104],希尔斯文。

[137] [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85页。

[138] 前引[5],萨尔瓦多·吉内尔文。

[139] 前引[38],赫夫纳文。

[140] 前引[36],Ernst - wolfgang Böckenförde 书,P. 126.

[141] 《马克思恩格斯全集》第46卷上册,第104页。

[142] 参见前引[14],阿伦特书,第22页以下;前引[42],贡斯当书,第27页以下。

[143] 《马克思恩格斯全集》第1卷,第443页。

[144] 参见前引[117],哈贝马斯书,第167页。

制度”。^[145]因而,这一方面使公民个体获得了政治共同体和市民社会的双重组织生活,从而摆脱王权、神权的附庸和狭隘的群体本位,以及政治社会生活一体化对人的束缚,个性获得了空前的解放,主体自由得到了充分确认和空前发展,大大促进了生产力的发展和加速了人从社会关系中解放出来的历史进程;另一方面,在国家生活中,公民要积极广泛地参与政治生活而主张其政治权利,塑造公共精神和社会责任感。而在市民社会生活中,公民作为市民社会成员要在日常交往、社会交换、竞争、合作等相互关系领域,维护自己的私权利,弘扬个性自由和自律精神。公民这些合法权利的要求和理性的价值取向,是市民社会获得“政治解放”并与国家互动发展情境下的市民社会精神的升华,^[146]并“依赖于公民身分的核心组成部分——成员身分、参与、交际、包容/排斥、国家同一性,以及最重要的,宪法保障的法律的作用”。^[147]虽然,公民具有参与者取向(理性的积极参与)、臣民取向(忠诚规则和权威)和村民取向(初级群体成员的扩散性价值要求)的混合色彩,呈现一种积极的政治卷入和理性并为消极性、传统性和对村民价值的责任心所平衡的“混合性”公民文化,但是,赞成参与制度可存在于政治系统中的态度,仍在公民文化中扮演着主要的角色。^[148]它展现着公民在国家和市民社会的双重组织生活中的个性与共性、自由与责任、权利与义务的和谐统一,因而在根本上呈现的是一种主体自由自觉的现代文化。^[149]它要求国家“必须实现法律的、伦理的、政治的自由,同时,个别公民服从国家的法律也就是服从自己本身理性的即人类理性的自然规律”。^[150]因而,反映了市民社会与国家相契合的自由理性精神。这样,公民意识也就确立起来,它在本质上必然呈现为与民主政治和市场经济相适应的,以平等、自由为轴心的正义价值追求和理性自律精神,并呈现合理性意识、合法性意识和积极守法精神的三元内在结构。^[151]因此,公民意识就成为法治观念的归依,而且在法治进程中赋有导引功能、耦合功能和反思功能,^[152]它使权力制约和权利保障更为有效;能够促进普遍有效的法治秩序的实现;能够使法治在民主、开放的选择中适应社会发展的要求,进而成为对法治产生内在驱动和支撑的非制度化要素。^[153]

三、当代西方国家与市民社会关系的变异 及其法治面临的挑战和趋向

西方法治是立足于市民社会与国家二元化进程,并经过资产阶级“市民社会革命”才得以逐步确立的。但是,进入垄断资本主义以来,特别是二战后科技迅速发展、全球化进程加快、经

[145] [美]M·R·索莫斯:《公民身分与公共领域的位置:向民主制过渡中的法律、共同体和政治文化》,张旅平译,《国外社会学》1994年第3期。

[146] [意]萨尔沃·马斯罗内:《欧洲政治思想史》,黄华光译,社会科学文献出版社1992年版,第5页。

[147] 前引[145],索莫斯文。

[148] [美]加布里埃尔·A·阿尔蒙德、西德尼·维伯:《公民文化——五个国家的政治态度和民主制》,徐湘林译,华夏出版社1989年版,第22页以下,第34页以下。

[149] 参见马长山:《公民文化:精神文明建设的重要内容》,《社会科学》1993年第8期。

[150] 《马克思恩格斯全集》第1卷,第129页。马克思还指出,“不应该把国家建立在宗教的基础上,而应建立在自由理性的基础上”,第127页。

[151] 参见马长山:《公民意识:中国法治进程的内在驱动力》,《法学研究》1996年第6期;马长山:《从主人意识走向公民意识》,《法律科学》1997年第5期。

[152] 参见马长山:《法治进程中公民意识的功能及其实现》,《社会科学研究》1999年第3期。

[153] 参见前引[151],马长山文。

济和社会生活复杂多变,使得西方世界的政治、经济和文化都发生了重大变化。其市民社会与国家的关系也产生了重大变异,它已不再是自由资本主义时期市民社会与国家的简单界分和“对抗”状态,而逐渐形成了“社会国家化”和“国家社会化”的互动“兼容”关系。即一方面是福利国家对市民社会的更多干预和公司国家的官僚化倾向,另一方面是社群主义、法团主义的市民社会对国家生活的积极参与和权力分享,加之全球化和信息化对国家和社会生活的冲击,使得“政府和公民现在越来越明显地生活在一个一体化的信息环境中”,政府和市民社会也“并不存在永久的界限”。^[154]这种国家与社会关系的重大变异,必然引发对西方法律传统的挑战——“不仅包括过去数百年的所谓自由的概念,而且也包括源于11和12世纪的西方法制的结构”。^[155]其突出表现就是法律及其运行对集体主义和公共政策的强调、行政立法和自由裁量权的扩张、更多的实质性正义关怀及国际法对国内法的效力优位要求等等,^[156]这导致了西方法律传统诸多特征的改变,^[157]并直接危及到其传统法治精神与原则。对此,西方法学家们作出了不同的反应。作为自由主义法治理论倡导者的哈耶克就宣称,法治“不仅是自由的保障,而且也是自由在法律上的体现”,^[158]因此,在一个有过多计划的社会,法治就不能保持。而要真正实现法治,就要求政府的一切强制行动,“都必须明确无误地由一个持久性的法律框架来决定,这个框架使个人能带着一定程度的信心来进行规划,使前景的不确定性缩小到最低限度”。^[159]昂格尔则指出,福利国家和合作主义导致了法治的衰落和对实在的、公共性的法律的冲击,在“后自由主义社会”中,法治已趋向于解体。^[160]基顿、伯尔曼等人也强调福利国家形成了对法治的侵蚀。^[161]与此相反,哈贝马斯则认为,自由主义法治国家向福利国家的转型,并没有导致彻底中断自由主义传统,而是表现了连续性。他们之间的关系在于:“社会福利国家在延续自由主义国家法律传统当中必须对社会关系加以改造,因为它也想维持一种能够包括国家和社会的总体法律秩序。一旦国家本身上升为社会秩序的支柱,它就必须在对自由主义基本权利作出严格规定之外,明确说明社会福利国家发生之后‘正义’如何才能实现”。^[162]弗里特曼、艾伦等人也指出,回到与自由主义法治概念相应的“守夜人”国家去,太脱离现代民主的现实了,也是拒绝整个现代文明的趋势。^[163]甚至在有关国际会议上人们已开始讨论福利国家与接近正义运动的“第三波”问题。^[164]而后现代主义法学则对西方法律传统进行了解构,旨在

[154] 前引[22],吉登斯书,第77页、第83页。

[155] 前引[41],伯尔曼书,第39页。

[156] 参见前引[41],昂格尔书,第180页以下;伯尔曼书,第38页以下;M·卡佩莱蒂、B·加斯:《绪论:福利国家的接近正义》,载[意]莫诺·卡佩莱蒂编:《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社2000年版。朱景文先生将当代西方法律制度(区别于自由资本主义时期)的特点概括为8个方面。参见朱景文:《对西方法律传统的挑战》,中国检察出版社1996年版,第398页以下。

[157] 参见前引[41],伯尔曼书,第43页以下。

[158] [英]弗里德里希·奥古斯特·哈耶克:《通往奴役之路》,王明毅等译,中国社会科学出版社1997年版,第82页。

[159] 前引[75],哈耶克书,第352页。在这里,哈耶克还把与自由制度相容的国家干预和与自由制度不相容的国家干预区别开来。因而,“法治给我们提供了一个鉴别的标准,可以将那些同自由制度能相容的措施和那些不能相容的措施加以区分。由此看来,在哈耶克这里,自由主义的法治也并不反对“合理干预”,只是反对国家强制权力的不确定性运行、过多的和不当的干预,以防止自由和权利遭到侵害。

[160] 参见前引[41],昂格尔书,第180页以下。

[161] 参见沈宗灵:《现代西方法理学》,北京大学出版社1992年版,第480页;前引[41],伯尔曼书,第45页以下。

[162] 前引[68],哈贝马斯书,第257页。

[163] 参见前引[161],沈宗灵书,第480页以下。

[164] 前引[156],卡佩莱蒂、加斯文。

揭穿法律的普遍性、中立性、自治性及权利和理性等等的“虚伪性”，并以“法律故事”、“边缘叙事”和“多元化”来对抗“霸权声音”。进而寻求“对法权的关怀，即对人类的关怀，更进一步说，对以所有形式存在的生命的关怀。”^[165]但从根本上讲，它们都是西方国家与市民社会关系发生变异，“后工业社会”冲突、现代性的“断裂性”和全球化对世界的“压缩”等所导致的外在冲击和内在危机的产物。^[166]

面对西方国家与市民社会的变异给法治带来的种种危机，昂格尔概括了超越现代社会法律两种可能性（“循环论”和“螺旋论”），并强调应探寻的不是命令性规则，也不是官僚性政策，而是人类相互作用的基本法典的“潜在的、活的法律”；^[167]伯尔曼认为，应注重西方与非西方法律体系和法律传统的研究，研究西方法律和非西方法律的融合，探求人类共同法律语言的发展以摆脱其危机；^[168]哈耶克力倡明确肯定的、普遍主义的法治对国家权力的规束，以捍卫自由、民主和私域权利；^[169]而哈贝马斯则强调，自由主义法治和福利国家法治的唯一争论，是私域是否能够直接由否定性自由来保障，或相反，私域自主的条件必须通过提供福利来加以维护。这使得私域自主和公域自主的内在联系消失得杳无踪影。实际上，“一方面，只有公民在私域自主受到平等的保护的基础上充分独立时，他们才能够适当地利用其公域自主；另一方面，只有在（作为有普选权的公民）恰当地运用政治自主时，他们才能在私域自主方面达致两愿的节制”。^[170]据此提出新型的“程序主义范式”，以期找到走出“自由主义范式”和“福利国家范式”二者“难局之途”。^[171]应当说，哈贝马斯更接近问题的症结所在。

事实上，近代市民社会经过资产阶级革命而获得了“政治解放”并与国家并立发展以来，市民社会与国家的矛盾关系一直是困扰西方世界的重大而根本的问题。经济自由主义和国家干预主义也始终是影响西方经济、政治和社会发展的两大思潮，并且此消彼长。^[172]而高度社会化、国际化的现代市场经济形成之后，市场与计划、企业与政府、微观规范和宏观调控便紧密地交织在一起。^[173]个人主义学说的化约论也使自己处于要么否认政治主权而陷入无政府状态，要么否认个人自由而陷入专制主义的困境之中。^[174]人们逐渐认识到，自由主义应承认公众的和私人间的矛盾，承认个人和公民、个人和群体的双重角色。问题在于：怎样找到共同的目的，

[165] [德]阿图尔·考夫曼：《后现代法哲学》，米健译，法律出版社2000年版，第54页。有学者认为，后现代法学是以全新的思维和视角在为法治探索未来。参见信春鹰：《后现代法学：为法治探索未来》，《中国社会科学》2000年第5期。

[166] 参见[美]罗兰·罗伯森：《全球化——社会理论和全球文化》，梁光严译，上海人民出版社2000年版，第198页以下；王治河：《扑朔迷离的游戏——后现代哲学思潮研究》，社会科学文献出版社1998年版，第23页以下。还有学者的研究表明，后现代主义不是人类的最后归宿，它仅仅是世纪之交人类精神价值遁入历史盲点的“文化逆转”现象。其非中心化、无聊感和零散性也正让位于人类精神的重建和世界文化的新格局。参见王岳川：《后现代主义文化研究》，北京大学出版社1992年版，第405页以下。

[167] 前引[41]，昂格尔书，第221页以下。

[168] 前引[41]，伯尔曼书，第53页。

[169] 参见前引[158]，哈耶克书，第82页以下；前引[75]，哈耶克书，第321页以下。

[170] [德]尤根·哈贝马斯：《法治与民主的内在联系》，景跃进译，《中国社会科学辑刊》（香港）1994年总第9期。

[171] [德]于尔根·哈贝马斯：《法的合法性——事实与规则要义》，许章润译，载郑永流主编：《法哲学与法社会学论丛》（3），中国政法大学出版社2000年版，第9页以下。

[172] 参见傅殷才、颜鹏飞：《自由经营还是国家干预》，经济科学出版社1995年版。

[173] 陈建：《政府与市场——美、英、法、德、日市场经济模式研究》，经济管理出版社1995年版，第3页。

[174] 参见前引[46]，狄骥书，第246页。

同时又保留达到共同目的的个人手段;怎样确定个人(以及群体)的需要并找到满足需要的共同手段。^[175]而平等与效率的艰难选择及市场失灵与公共失灵的现实困惑,也迫使西方人殚精竭虑于政府和市场关系的设计与权衡。^[176]面对经济和社会生活的日益复杂多变、福利国家危机以及全球化进程中的权力流变,^[177]西方国家则开始企业化的行政改革,由此进入“新公共管理”时代,^[178]超越“左”与“右”的“第三条道路”理论和实践逐渐兴盛起来,对市民社会与国家关系的探索也呈多元化发展,即市民社会制衡国家、市民社会对抗国家、市民社会与国家共生共强、市民社会参与国家、市民社会与国家合作互补等等。^[179]“自由法律范式”和“福利国家范式”也已表露出明显的缺陷。就是说,“自由法律范式”主张法律主体应理性地追求其人生目标,自主地创设“私法社会”(所有权和契约自由),期望只要保障个人自由领域即可实现社会正义。可是,它忽略了法律能力的平等因素,因而“一方面,私法的现有规则必须作实质性的详尽说明;另一方面,必须引入基本的社会权利,这些权利主张更公正地分配社会财富,以及更有效地防止社会导致的威胁。”而在批判“自由法律范式”基础上产生的“福利国家范式”,则出现了福利温情主义,它补救实际生活条件和权力位势(差别)的努力,导致了类似“标准化”干预,“这将再一次限制假定的受益者对自主的人生目标之追求”。^[180]为此,“第三条道路”政治的指导性原则,就是深化并拓展双向民主,使“政府可以同公民社会中的机构结成伙伴关系,采取共同行动来推动社会的复兴和发展”。^[181]自由主义与社群主义作为西方政治哲学的两大主流,也呈现明显的对立与互补之势,^[182]其核心是重新思考国家行动的形式和界限与市民社会的形式和界限,通过“双重民主化”来划分国家和市民社会,并促进其互相依赖着进行转型,以期协调自由与平等、个人与群体与国家、私域与公域、个性与共性、普遍与特殊等等的对立冲突。在此情境下,“追求政治合法性,追求一个以尊重权威和法律为特征的政治秩序,意味着追求民主自治模式的必要性”。^[183]可见,西方法治正面临着挑战与创新并存的局势,虽然它尚不十分明朗,但其力图回应和超越的趋向却清晰可见。

四、市民社会与政治国家:法治的内在根据和界限

19世纪法国著名史学家基佐曾指出,文明由人类社会的发展和进步以及人自身的发展和进步这两大事实构成,因而人类历史“一方面是政治和社会的发展,另一方面是人内在的和道德的发展”。^[184]这种双重发展深蕴于市民社会与政治国家矛盾发展的历史进程之中。尤其是近代以来,市民社会从政治国家中解放出来并获得了与国家的并立发展。一方面,它展现了人

[175] 前引[91],丹尼尔·贝尔书,第341页。

[176] 参见[美]阿瑟·奥肯:《平等与效率——重大的权衡》,王忠民等译,四川人民出版社1988年版;[美]查尔斯·沃尔夫:《市场或政府——权衡两种不完善的选择》,谢旭译,中国发展出版社1994年版等。

[177] 参见陈玉刚、俞正梁:《21世纪权力的流变》,《学习与探索》1998年第6期。

[178] 参见毛寿龙等:《西方政府的治道变革》,中国人民大学出版社1998年版,第300页。

[179] 参见前引[6],何增科文。

[180] 参见前引[170],哈贝马斯文。

[181] 前引[22],吉登斯书,第73页。

[182] 参见前引[23],俞可平书。

[183] 前引[37],赫尔德书,第416页。

[184] 前引[18],基佐书,第232页以下。

类由等级特权社会步入自由平等的大众社会的非凡历程,另一方面,则展现了由群体活动和团体价值期望走向个体活动和个性价值追求的伟大进步,并日渐形成一个“没有父亲的社会”。^[185]正是这一进程,造就了社会利益的普遍分化、社会结构的多重建构、以及社会成员的多元价值期望和普遍权利要求,进而形成多元分散的社会权力和公私领域的明显分离。这样,任何一种权力(包括国家权力在内)都无法确立和推行单一、独占性原则,并不得不时刻为自身的存在和运行而寻求合法性。^[186]普遍利益和特殊利益、多元化的权力和权利、个性与共性乃至自然本性与社会属性,都处于严重冲突与协调的复杂情境之中。为此,便产生了对理性规则的浓重诉求,法律至上的精神与原则才得以确立并注入生活现实。也正是这样,市民社会多元权利对国家权力的分享和国家权力的内部分权制衡才有了必要和可能;民主和法治也才有了社会根基;自由、平等和人权价值才得到张扬。

前近代西欧是市民社会与国家相复合、国家监护市民社会或国家吞并市民社会的不同状态,这些状态都无法形成法治的这种多元社会基础;而东方社会则一直是国家吞并市民社会的状态,在这里更多的是专制权力的肆虐,也无以产生法治。因此,只有市民社会与国家二元并立的矛盾发展,才构成法治的基础和根据。然而,法治在市民社会和国家二元并立的矛盾发展基础上确立之后,并没有止步不前,而是随着市民社会与国家关系的变化而变化和发展。在自由资本主义时期,过度利己主义的“大”市民社会,与守夜人角色的“小”国家处于“对抗”状态,结果导致了贫富分化的加剧。大革命时期确立的自由、平等和人权理想并没有化为更多的社会现实,而是形成了工具合理性和价值合理性的紧张对立状态。^[187]这不仅导致了其严重的思想文化危机,使人们“有一种深刻的无方向感,以及心灵的观念与灵魂的需求之间的彻底分离”,^[188]而且,“自由法律范式”的法治和“私法社会”也开始暴露其缺陷和面临困境。^[189]进入垄断资本主义之后,西方国家开始强调国家干预并建立福利国家,力图通过推行社会正义原则,来解决自由与平等、工具理性与价值理性、普遍利益与特殊利益的矛盾对立。“自由法律范式”的法治也就为“福利国家范式”的法治所取代,程序正义和目的正义在立法、行政审判及法

[185] 参见前引[91],贝尔书,第221页。

[186] 哈贝马斯认为,合法性问题自古就存在,古罗马和中世纪欧洲就可随时见到“合法帝国”或“合法统治”的表述,但现代国家的合法性则是反思性的。“现在,证明的程序和假设前提本身就是合法化之有效性立于其上的合法性基础,某种协议——这种协议乃是在作为自由的、平等的全体涉及者中间产生——的观念决定着现代合法的程序类型(与此不同,合法性和古典类型则是由某种秩序化世界的可传授知识的观念所决定)。”([德]哈贝马斯:《交往与社会进化》,张博树译,重庆出版社1989年版,第191页)在多元利益的现代社会,统治须依仗“合法性”来进行。(参见前引[28],马克斯·韦伯:《经济与社会》下卷,第732页)但在现代阶级结构基础上,社会认同往往是很脆弱的,使行政系统面临着合法性压力。对晚期资本主义社会来说,只有其“潜在阶级结构得到改造时,或者,当行政系统所受到的合法性压力得到消除时,才能从根本上避免合法化危机”。(前引[117],哈贝马斯书,第120页。)

[187] 参见前引[28],马克斯·韦伯书,第85页以下。另参见苏国勋:《理性化及其限制——韦伯思想引论》,上海人民出版社1988年版,第227页。

[188] [美]W·李普曼:《公共哲学的复兴》,晓苓译,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,生活·读书·新知三联书店1995年版,第38页。

[189] 参见前引[170],哈贝马斯文。

律推理中得到重视,^[190]进而形成全面正义的法治模式。^[191]然而,福利国家的权力干预主义和“国家社会化”、“社会国家化”的导向,不仅没有成为灵丹妙药,反而陷入了危机。^[192]同时,福利国家的法治模式,其明显的“家父主义”则带给西方法律传统以致命的威胁,^[193]并且自身也捉襟见肘。而亚洲赶超型国家(如日、韩等)是在“外生后发型”的现代化进程中,形成国家与市民社会的分离互动关系的。但在国家与市民社会制衡关系及价值选择上,都有很深的“东方痕迹”。^[194]在若干东亚国家中,“市民社会一直无法逾越国家所设下的界限”。^[195]川岛武宜就曾直言:“我们缺乏市民社会和作为其政治反映的近代国家。在这种态势的支配下,向中世纪甚至向‘神话时代’的复归,否认个人的自由,比近代法意识及伦理更容易被人们所接受。但是,这样的话,今天的法律的实效就不能靠人们的自发意识,也即‘从下面’得到保障。结果只能是靠权力‘从上面’强行地控制”,^[196]这难免会导致一种权力规则秩序。因而,其法治进程很重要的方面,就是以市民社会为目标来构建多元社会,衡平“亚洲价值”和“西方价值”。甚至有韩国学者极端地主张由以国家立法、执法为主,逐渐向辅以社会多元立“法”、执“法”过渡,并最终以社会规范来取代国家法制。^[197]而市民社会的发育成长,也同样构成了当代非洲政治变革的一个重要因素。^[198]从上不难看出,市民社会与国家互动发展关系的变化,决定着法治的走向和模式。“大”市民社会和“小”国家、“大”国家和“小”市民社会、以及“国家社会化”和“社会国家化”的关系状态,都难以确立起良好的法治机制。也就是说,市民社会与国家的互动发展关系,设定了法治运行的边际或界限。

我们知道,在科技飞速发展,信息化和全球化进程加快的当今时代,市民社会与国家之间不可能再泾渭分明,也不可能再呈现市民社会与国家的“对抗”斗争。但是,二者保持分离仍是必然和必要的,^[199]而且迫切需要确立良性互动的有机构架。^[200]为此,赫尔德精辟地指出,“当今的政治秩序,不是通过共同的价值观体系,或对国家权威的普遍尊敬,或合法性,或与这些相对照的简单暴力造就的。毋宁说,它根源于政治、经济和社会制度和活动之间结成的互相依赖的复杂网络,这些制度和活动分割了权力中心,造成了多种应当依从的压力。国家权力是

[190] 参见前引[41],昂格尔书,第181页以下。

[191] 参见张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第622页以下。

[192] 参见[英]约翰·基恩:《公共生活与晚期资本主义》,马音等译,社会科学文献出版社1999年版,第14页以下。

[193] 参见前引[171],哈贝马斯文。

[194] 参见前引[21],猪口孝书,第132页以下。同时,他还指出,在民主和经济发展的进程中,亚洲有威权主义堡垒,有儒教色彩的亚洲价值,使得环太平洋地区的政治制度具有突出特点,即典型的政党都是一个广泛包容性的组织;官僚机构的声望和士气相对较高。(参见猪口孝:《亚洲式的民主》,前引[79],猪口孝、纽曼、基恩书)韩大元先生也强调,东亚法治模式在其本土资源、法观念、人与制度关系等方面有自己的特征,在东亚社会中合作与团体意识的价值高于竞争本身的价值,法律秩序的最后形成往往依靠合作的价值得到实现,以个人主义为本位的竞争原理不象西方社会那样拥有广泛的市场。参见韩大元:《东亚法治的历史与理念》,法律出版社2000年版,第32页。

[195] [澳]詹姆斯·科顿:《东亚民主政体的进步与局限》,林本炫译,载刘军宁编:《民主与民主化》,商务印书馆1999年版,第290页。

[196] [日]川岛武宜:《现代化与法》,王志安等译,中国政法大学出版社1994年版,第48页。

[197] 参见郭道晖:《多元社会中法的本质与功能——第二次亚洲法哲学大会述评》,《中外法学》1999年第3期。

[198] 徐济明、谈世中:《当代非洲政治变革》,经济科学出版社1998年版,第197页以下。

[199] 前引[37],赫尔德书,第394页;简·科恩、安德鲁·阿雷托:《社会理论与市民社会》,时和兴译,载前引[3],邓正来、亚历山大书。

[200] 参见邓正来、景跃进:《建构中国的市民社会》,《中国社会科学辑刊》(香港)1992年总第1期。

这些结构中的一个至关重要的方面,但并不是唯一的关键变量。’因此,要推进民主和法治,就一方面“牵涉到国家权力的改造”,另一方面“牵涉到市民社会的重新建构”。^[201]“治理”浪潮和“第三条道路”的兴起,在一定意义上就是对这种时代要求的积极回应。尽管它尚有一定的不足或局限,^[202]但确实反映了一定的社会变革趋势和方向。“人们普遍承认,民主依赖于一个壮大的市民社会”,^[203]并力图确立市民社会与国家的良性互动关系。^[204]尤其是民间社团组织的地位和功能得到强调和提升,认为现代社会是一个“组织社会”或“法团社会”,“社团现在重新界定着社会冲突的条件、市场的规模以及商品、权力和特权的社会分配,并导致法团秩序的兴起。^[205]或者认为社团通过两个互相依赖且同时发生的过程,来维系并重新界定市民社会与国家的界限:“一个过程是社会平等与自由的扩展,另一个过程是国家的重建与民主化”。^[206]市民社会的乐观主义者甚至基于“全球治理”和非政府跨国组织的发展,仿照康德关于国际和平与安全的伦理观念,来展望国际市民社会的兴起和跨国际的亲合力。^[207]应当说,这反映了当代市民社会发展的新趋势,以及市民社会与国家互动关系的新变化,法治也必然随之更新和建构。

如果我们立足于更深广的视野,按照马克思主义基本原理及当代人类学、史学、社会学、政治学、哲学等的科学研究成果来看,那么就不难发现,只要存在私有制和社会分工,市民社会和国家的区分就不可避免。前近代市民社会与国家的不同样态,虽然对市民社会进行了不同程度的侵吞,但并未使其完全消失。而近代以来随着市民社会的“政治解放”,二者的分离和并立则势不可挡,普遍与特殊、公域与私域、个性与共性、权力和权利的矛盾关系也必然存在并日渐突显,直到进入共产主义后,它们才有可能真正融合于“自由人的联合体”中。到那时,法治也就让位于“自由人的联合体”的社会规则秩序。因此,在现代市民社会理论看来,“人类解放就在于市民社会的自主性,在于市民社会的扩大、丰富和完善,在于它从国家获得解放以及民主对它的保护”。^[208]民主与法治的确立、运行和发展,也就离不开市民社会与国家的二元互动发展构架。也即法治必须立足于普遍利益与特殊利益、公共领域和私人领域、个性与共性、权力和权利的互动均衡关系而非二元对立关系的基础上,以国家侵吞市民社会(国家主义),或以市民社会消解国家(个人主义),或者二者的过度互渗融合(复合同化),都会打破这种均衡关系,侵蚀法治运行的社会基础,也有悖人类社会发展的走向。而且,信息化全球时代的社会发展愈

[201] 前引[37],赫尔德书,第415页,第396页。

[202] 唐贤兴:《全球治理与第三世界的变革》,《欧洲》2000年第3期。

[203] 亨廷顿:《第三波——20世纪后期民主化浪潮》(序),刘军宁译,上海三联书店1998年版,第11页。

[204] “第三条道路”的倡导者们,就提出要在实践上避免国家与市民社会的“两元对立误区”,要“少一些管理,多一些治理”,实现政府由管理型向治理型的转变,并改革福利制度,重新定位国家。参见杨雪冬:《第三条道路:新路还是旧途》,载杨雪冬、薛晓源主编:《“第三条道路”与新的理论》,社会科学文献出版社2000年版。吉登斯为此指出,“国家和公民社会应当开展合作,每一方都应当充当另一方面的协作者和监督者。”前引[22],吉登斯书,第83页。应当说,这些都是探索国家与市民社会良性互动关系的努力。

[205] 前引[5],萨尔瓦多·吉内尔文。

[206] Keane, Democracy and civil society,转引自前引[68],哈贝马斯书,1990年版序言,第30页。

[207] 参见猪口孝、纽曼、基恩:《引言:变动中的民主》,载前引[79],猪口孝、纽曼、基恩书;前引[38],史密斯文、赫夫纳文;乌尔里希·贝克:《全球化时代民主怎样才是可行的》,载[德]乌·贝克、哈贝马斯等:《全球化与政治》,王学东等译,中央编译出版社2000年版,第33页,第65页。

[208] 参见陈燕谷:《文化研究与市民社会》,载《思想文综》(4),暨南大学出版社1999年版,第33页。

来愈呈现多元化、复杂化和异质化状态,^[209]更需法治对其予以协调、规范及契合。历史表明,“一个多元的且独立于国家之外的自组织的市民社会是民主的一个不可或缺的条件,无论是谁提倡国家和市民社会的统合都将危及民主的革命。没有社会制约的国家权力总是危险的和不可欲的,它是对专制主义的放纵”。^[210]它“也许是惟一有效反对专制和极权统治的源泉”。^[211]包括福利国家也是如此。而从一定意义上讲,民主“第三波”、治理与善治、“第三条道路”、多元主义、社群主义、法团主义甚至包括后现代思潮,都是全球化进程中市民社会和国家关系变异和调适张力而引发的理论反应,^[212]并为现时民主与法治的建构和推进奠定了背景基础。可见,法治的基础和界限就寓于市民社会与国家的这种互动发展构架之中。只有建立起市民社会与国家的良性互动关系(双向民主互动、分立制衡与合作等),^[213]使普遍与特殊、公域与私域、权力与权利等得到有机协调、保证和规制,以制约权力和保障权利为轴心,以普遍规则秩序为目标的法治才能真正确立起来,并形成赋有民主参与性、自主反思性和回应超越性等时代要求的法治秩序。

这里,有两点需要特别说明:其一,尽管西方国家一直在努力调适市民社会与国家的关系,但由于其资本主义制度和个人主义的浪漫精神所限,其市民社会与国家的良性互动关系是难以确立起来的。只有对其进行扬弃和超越,努力促进普遍利益与特殊利益、公共领域和私人领域、共性与个性、权力与权利的有机协调与契合,市民社会与国家的良性互动关系才能真正确立起来,法治也才会赋有其优良性和广阔前景。也即通过推进中国社会主义市民社会与国家的二元化进程(小政府、大社会),来实现权力、权利和义务的有效配置;通过推进市民社会自主性,来确立多元社会权利基础、公权力权威和良法之治,实现多元权利对权力的分享、平衡和制约;通过促进依法治国和市民社会理性规则秩序的回应与契合,来推进法治秩序的建立;并通过确立公民意识的“文化霸权”,来确立法治国家的合法性,从而推进社会主义民主与法治。其二,尽管我们一直在考证、研究市民社会和政治国家与法治的内在关系,但绝没有断言市民社会与国家是决定法治的唯一因素。因为文化传统、民族历史、风俗习惯、国民性格及宗教等等都是影响法治的重要因素。不过事实表明,市民社会与国家的二元互动关系确实是导致法治生成和发展的根本因素,并构成法治的基础和界限。因此,我们不应过多地探寻法治的“本土

[209] 前引[207],乌·贝克文。罗伯森也指出,与后现代思维方式总的努力相反,“大部分全球化理论对解释异质性感兴趣,而不是将全球化化约为新的同质性。”一句话,“全球化包含了特殊主义的普遍化,而不只是普遍主义的特殊化。”前引[166],罗伯森书,第202页,第187页。

[210] 前引[89],基恩文。

[211] 前引[130],达仁道夫书,第59页以下。

[212] 参见前引[203],亨廷顿书,第54页;李强:《自由主义》,中国社会科学出版社1998年版;前引[23],张静书、俞可平书;俞可平:《权利政治与公益政治——当代西方政治哲学评析》,社会科学文献出版社2000年版。而后现代思潮以强烈的批判和摧毁精神,来反抗现代性的断裂和压抑。它攻击理性和主张差异,提倡更加多元的、非中心的、多样性的主体性形式,拒斥宏观政治和实行激进社会重建的现代计划等等。因此,后现代思想是公共的或社区主义的,它强调社会政策应当指向保存和重建不同形式的地方社区,并意图在社会主义和资本主义二者的现代性之间寻找“另一种解决办法”。(参见道格拉斯·凯尔纳、斯蒂文·贝斯特:《后现代理论》,张志斌译,中央编译出版社1999年版,第329页以下;[美]大卫·雷·格里芬:《后现代精神》,王成兵译,中央编译出版社1999年版,第21页以下)这在一定意义和程度上,也是对国家与社会关系变异导致的政治、经济与社会困窘和精神危机的某种反应。

[213] 前引[200],邓正来、景跃进文。

资源”,而应着力于法治的本土化根基^[214]——国家和市民社会良性互动关系的构建,这才是中国法治的根本和关键。

Abstract :The contradictory development of civil society and political state exhibited the mainstream emergence and the course of diversification of the evolution of human history. It is the separation and interactive development of civil society and state that laid the foundation for the operation of the rule of law ,i. e. the superiority of law resulting from the conflict and coordination of the general and special interests ;the guarantee of rights facilitated by the sharing and checks and balances of state powers with the pluralist social rights ;and the order of rational rules derived from the conflict ,integration ,and integration of the pluralist interests of civil society. The free rational spirit of civil society in agreement with state constitutes the non-institutional elements for the rule of law. With the changes of the relationship between state and civil society in the contemporary Europe ,which put the rule of law in the West in face of challenges of the times and transcendental response ,the course of the rule of law in the subsequent modernizing East Asia is under a strong impact of the relationship between the “ Eastern ”state and the society. This shows that the contradictory and interactive development of civil society and state constitutes the foundation for the rule of law and establishes the limitations of the rule of law. Therefore ,to really develop the rule of law ,China has to re-construct the relationship between the state and the civil society.

[214] 有学者力倡法治“本土资源”说,参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版;《二十世纪中国的现代化和法治》,《法学研究》1998年第1期。这固然具有一定的积极意义,尤其在法治中国化方面。但其论说似乎走得太远了,对“本土资源”的过分探寻和寄以过高企盼,就有可能出现“返祖性”(即对传统非法治形态的复归),而把秩序等同于法治或赋予法治以过多的“地方性知识”属性,则有可能消解法治本身。我们以为,问题的关键,则是应把握世界法治发展潮流或趋向,构筑其深层本土化根基。