

# 现代法治的困境及其出路

高鸿钧<sup>x</sup>

---

---

内容提要: 在现代社会, 神治、德治和人治都逐渐失去了基础, 法治成为主要治道。现代法治在消解社会冲突与整合社会秩序方面发挥了重要作用。但现代法治自身却存在以下五种困境: 封闭与开放、内信与外迫、确定与无常、普适与特惠以及规则与事实。摆脱困境的根本出路在于调整社会结构、社会关系和社会价值, 组建自愿共同体, 走向共同体法治。

关键词: 现代法治 法的现代性 共同体法治 法理学

---

---

## 一、现代性与现代法治的价值取向

### (一) 现代社会及其重大转变

为了便于进行历时性观察和分析, 追踪历史演进的轨迹, 探究社会发展的规律, 需要对历史这张/ 无缝之网<sup>1</sup> 进行人为/ 分割<sup>0</sup>。由于任何历史分期都是基于特定角度的人为划分, 因而便不存在绝对/ 正确<sup>0</sup>、/ 客观<sup>0</sup>的历史分期。但是, 严肃的历史分期至少应考虑以下因素: 第一, 应使分期尽量符合实际的历史演进过程; 第二, 在确定历史分期标准时, 考量的要素应尽量具有普遍性; 第三, 历史分期应反映人类社会过程中的重大转变。笔者认为, 可作为分期标准的要素是基本社会结构、社会关系和社会价值, 因为它们是衡量一个社会是否发生了重大转变的主要标志。换言之, 只有基本的社会结构、社会关系和社会价值发生了重大转变, 社会演进过程才呈现出前后/ 断裂<sup>0</sup>的状态, 而处于/ 断裂<sup>0</sup>之间的过程便是一个独立的历史阶段。就已知全部人类历史而言, 迄今为止发生过两次整体性断裂: 一次是血缘身份制社会向特权身份制社会的转变; 另一次是特权身份制社会向契约身份制社会

---

X 清华大学法学院教授。

本文在构思与写作过程中, 清华大学法学院硕士生沈明同学多次参与讨论, 为本文的写作搜集了许多有价值的资料, 并就初稿的修改提出了意见和建议, 在此特致谢忱。当然, 文中任何错误和缺点, 概由笔者负责。

<sup>1</sup> 此为英国历史学家梅特兰语, 转见[美]伯尔曼:《法律与革命》)) 西方法律传统的形成<sup>6</sup>, 贺卫方等译, 中国大百科全书出版社 1993 年版, / 序言<sup>0</sup>第 2 页。

的转变。<sup>①</sup> 依循这种思路,笔者按时间顺序把人类社会的历史分为三种形态,即血缘身份制社会、特权身份制社会及契约身份制社会。前两个形态可统称作传统社会或前现代社会,后一个形态可称作现代社会。

人们虽然对氏族社会进行了各种研究和描述,但由于当时大都无文字记载,时过境迁,多已无信史可考。存续下来的少数民族社会,虽可作为氏族社会的/现代标本0予以实际观察,但其代表性毕竟有限。因此,无论对氏族社会做何种描述,都难以令人信服地重现其原貌。不过,尽管氏族社会的原生形态十分歧异复杂,有一点却可以断定,即所有氏族社会的社会结构、关系和价值都以血缘关系为基础。在家庭中,尽管家长通常享有较高权威,但成员之间的地位基本是平等的。在氏族或部落中,尽管氏族或部落首领可能基于德行、经验或战功而享有某些特权,但氏族或部落成员的地位基本也是平等的。这种平等关系并非意味着所有的人在地位上毫无差别。人们通常依照血缘关系的远近判定社会关系的亲疏,从而享有不同的社会地位。此外,氏族社会还以血缘关系为界限,明确界分/自己人0与/外人0。/外人0不可能获得本氏族成员的身份。在国家产生以后相当长的时间内仍然保存着这种血缘身份制的排外遗迹。古罗马市民法早期排斥和歧视外邦人的规定,便是这种遗迹的典型体现。

伴随氏族社会的内部分化,阶级冲突不断激化,氏族社会秩序难以维持。社会结构、社会关系与社会价值由此发生了重要转变:从以血缘关系为基础的身份制,转为以权力关系为基础的身份制;从简单的消融于社会之中的权力结构,转为复杂的凌驾于社会之上的等级制权力结构;从歧视、排斥外族人的狭隘氏族意识,转为以地域为标志的各族杂居共处的国家意识;从共有制基础之上的对平等价值的拥戴,转为私有制基础之上的对特权的维护;从恪守个人与群体一体化的“群合”<sup>②</sup>价值,转为承认个人与群体的相对分离以及人际之间的独立界限。伴随上述转变,法律也发生了重要转变:从与道德一体化的习俗规则,转为由专门司法机构负责实施的习惯法或制定法;从只约束本族成员的属人法,转向通用于国家领土中不同族群的属地法;司法权从祭司、占卜者或氏族首领手中,转到作为公共权威重要组成部分的法官手中;法律的效力从主要借助舆论的压力及道德谴责的力量,转向主要依赖公共权力的暴力强制。上述转变以国家产生为重要标志。此后,社会便步入特权身份制阶段。在这个阶段,尽管各社会在许多方面存有重要差异,但却存有某些共同特征:社会结构主要成为一种以特权存在为主要标志的等级制权力结构;在社会关系中,以君权、贵族权力、父权和夫权为核心的权力关系成为支配性关系。通过制度化和相应意识形态的驯化,等级制的权力结构与权力关系得到了充分强化。

特权身份制社会公开确认了各种等级特权,社会成员的身份完全取决于所处的等级地位,在实行种姓制度的印度和等级森严的中世纪西欧,基于特权的身份等级几乎是固定不变的。在古印度,作为等级底层的首陀罗被认为天生低贱,因此世代为奴,甚至是来世也毫无

<sup>①</sup> 英国学者梅因通过考察法律的历史发展指出,“所有进步社会的运动,都是一个-从身份到契约.的运动0。(参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第97页)这一论断着眼于社会关系联结的基础。如果身份意指个人在特定社会关系中所处的地位,那么,身份制与人类社会同时产生,且至今仍然存在,其中变化的不过是身份形成的基础与联结的纽带罢了。

<sup>②</sup> “群合0是笔者使用的一个特定词,指群体合作,旨在表达与个人/自由0相对的含义。

转生人类希望的/非再生人<sup>0</sup>。在中世纪西欧,不仅君王/万世一系<sup>0</sup>,臣民无缘问津王位,而且封建等级中的领主与封臣关系也是一种以效忠为基础的人身依附关系,各自的身份难以改变。至于处在等级金字塔最底层的农奴,其社会地位之低和改变身份之难就更不难想见了。<sup>14</sup> 战国以后的中国古代社会和伊斯兰教产生以后的阿拉伯古代社会,虽然等级制没有古代印度或中世纪西欧那样严格,但是,标示尊卑贵贱的特权等级制也是公开的,甚至被认为是天经地义的。特权身份制的公开不平等不仅严重压抑了臣民的个人自由,而且导致社会财富分配极端不公平。人们的社会地位越低,自由度就越小,作为等级金字塔底层的农奴或奴隶,无自由可言。同时,人们的社会地位越低,获得劳动产品的份额就越小,作为社会底层的奴隶则完全被剥夺了财产权。在这种特权身份制社会中,强者压迫弱者,富人剥削穷人。这导致了激烈的阶级冲突,社会关系处于十分紧张的状态,最终发生了重大社会变革,即传统社会开始向现代社会转变。这种转变发轫于西方:始于文艺复兴,途径宗教改革与启蒙运动,定型于民主制宪政体制的确立。在西方列强的影响与干预下,非西方世界的大部分国家或地区也相继被卷入这种现代化历程。尽管不同社会的现代化历程呈现不同形态,但它们仍然具有某些共同特征。传统的特权身份制社会转向现代社会的主要标志是:以法律上人人平等的权利结构,取代了不平等的等级权力结构;以个人自治为基础的契约关系,取代了传统的人身依附关系;以效率导向的形式合理性价值追求,取代了非理性或实质合理性的价值追求;以非人格化的科层制管理,取代了传统社会人格化的个案裁量;以外求的旨在满足感官欲望的世俗追求,取代了内信的、以获得心灵安宁为依归的性灵追求;以相互冲突的多元文化,取代了整齐划一的意识形态。然而,法律上的平等不等于实际的平等,社会仍然存在等级身份;契约自由背后常常包含某种被迫的情势,通过契约联缀的群合在很多情况下仍然不是真正的自愿群合。与特权身份制社会不同的是,现代社会的等级身份变得更加隐蔽,群合也大多具有了非强制的外观。正基于此,笔者才把现代社会称作契约身份制社会。毫无疑问,与特权身份制社会相比,在实行法治的契约身份制社会,社会冲突在很大程度上得到了缓解。因此,相比之下,奉行民主型法治的现代社会,其秩序的正当性更充足一些。

## (二) 法治在现代社会中的地位

历史上,不同社会曾经奉行不同的治道,而这是特定社会中的人们在特定情境下进行选择的结果。无论是神权国家奉行的神治,还是/道德王国<sup>0</sup>奉行的德治;无论是强权政治体制下/霸道<sup>0</sup>的人治,还是法治社会中依法而治的法治,尽管其基本价值取向存有差异,但都各有其存续的正当性。然而,自步入现代社会以来,由于社会结构、社会关系和社会价值发生了重大转变,传统社会所奉行的神治、德治和人治难以继续成为支配的治道,逐渐被法治所取代。

当现代的科学主义将一切真理置于实证的天平之上,建立在信仰基础之上的神圣权威及其教义、学理便受到了空前挑战。在理性主义的王国,诉诸宗教情感的绝对信仰已无存身

<sup>14</sup> 美国学者杜兰列举了 17 项农奴对领主的义务,其中/初夜权<sup>0</sup>(*ius primae noctis*)可通过支付金钱/赎回<sup>0</sup>。在德国的巴伐利亚,这种领主特权一直存在到 19 世纪。详见[美]威尔#杜兰:5 世界文明史 6 第 4 卷,幼狮文化公司译,东方出版社 1998 年版,第 437 页以下。

之地。韦伯称之为/除魔0(disenchantment)的世俗化运动放逐了神圣,/上帝0在能够进行/末日审判0之前,就被理性的法庭判处/死刑0。一旦人开始从自身而不再是向神圣权威寻求秩序存续的根据与理由,一旦人的理性权威压倒了神圣权威,一旦人们追求的目标不再是来世进入/天国0而是尽情享受现世生活,一旦生命的重心从诉诸内在信仰转向倚重外求利益,神治秩序就很难继续存在了。

在现代社会,人们的功利外求压倒了德性内修;社会的多元化导致道德的多元化;温情脉脉的道德情感受到了理性的无情挑战;个人主义的利己欲求吞没了超功利的利他善德;频繁的社会流动导致传统的/熟人社会0趋于解体,把人们抛入一个/陌生人的社会0。在/陌生人的社会0,其效力诉诸舆论压力和良知自律的道德约束顿显乏力,骤然失灵。在文化多元的现代社会,试图重建道德体系的一统天下,虽然情怀高尚,精神可贵,但往往曲高和寡,收效甚微;如果国家试图继续扮演民众家长式道德监护人的角色,可能因其所隐伏的专制危险而颇受质疑。于是,无论德治的理想多么崇高,无论其在历史上发挥过何种作用,在现代社会,这种治道已不再灵验。

至于寄望人治,其利弊早已被实践证明。实际上,主张人治者,自古至今大有人在。在中国,儒家的贤人政治思想不仅是一种理论主张,而且被长期付诸实践。在西方,从古希腊柏拉图的/哲学王0主张,到中世纪后期马基亚雅维里的/强权君主论0;从尼采的/权力意志论0,到门肯的/天才论0,<sup>1/2</sup>都是精英统治论的不同变种,都是人治思想的不同表达。不过,历史上实行人治的种种教训甚至灾难表明,社会或国家的命运系于一人或少数精英的人治实不可靠:一是/人存政举,人亡政息0;二是即便贤君明王也难保一世英明,永无谬误。

总之,在传统社会,神治、德治和人治都是具有某种正当性的秩序,但进入现代社会以来,社会结构、关系及价值观念的重大转变,致使这些秩序失去了存续的条件与基础:神治失据,德治失灵,人治失信。于是我们发现,尽管神治、德治、人治的遗迹尤在,但在现代社会,法治逐渐取代了其他治道成为支配性治道。伴随传统社会转向现代社会,法律的旨向和内容也发生了重要转变:从维护少数人利益的特权法转向形式上平等的平权法;从强迫民众服从统治的压制型法转向维护民众自由权利的契约型法;从受制于宗教、道德及政治等因素的他治法转向独立自成一体的自治法;<sup>3/4</sup>从受超自然因素或情感因素支配的非理性法转向经过理性过滤与陶冶的理性法。

### (三) 现代法治对现代社会的回应

现代法治主要表现为民主型法治。以西方国家为代表的现代社会尽管各国情况不同,但大体可分为两个发展阶段,一是从17世纪中叶到19世纪中叶的自由竞争阶段,二是19世纪后期以来的政府干预阶段。在第一个阶段,其价值主要偏重效率和自由,与之相关联的是自由放任的市场经济、依循规则的科层制管理体制、形式合理性的价值取向以及/小政府、大社会0定位的/政治国家0与/市民社会0的二元结构。形式法治通过以下方式回应这个阶

<sup>1/2</sup> [美]爱#麦#伯恩斯:《5当代世界政治理论》,曾炳钧译,商务印书馆1990年版,第47页以下。

<sup>3/4</sup> 昂格尔认为法律自治包括实体内容自治、机构自治、职业自治和方法自治四个方面。参见 R1 MI Unger, *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*, The Free Press, 1976, pp1 53) 541

段的需要: 以对所有人平等适用的普遍规则, 为市场主体的平等竞争提供了形式公正的起点; 以公开、确定的法律规则, 为理性/ 经济人<sup>6</sup>在变幻难测的市场中实现利益最大化提供了可计算的尺度; 以公法与私法的明确界分, 照应/ 政治国家<sup>7</sup>与/ 市民社会<sup>8</sup>的二元结构, 在限定并压缩公域即政府活动畛域的同时, 为私域即市民社会的自由活动留下了广阔的空间; 以独立的、职业化的司法机构以及注重程序的司法活动, 确保解决纠纷的形式合理性; 以形式合理性的价值为基本导向, 维护市场效率和消极自由。

由于形式法治在价值选择上偏重效率与自由, 维护形式公平, 因此它容忍并在一定程度放纵了实际不公平。<sup>6</sup> 以契约为纽带联接起来的群合, 虽然有自愿的外表, 但在许多情况下仍然不是真正自愿的群合。这样, 效率与公平、自由与群合之间仍然存在紧张关系。为缓解这种紧张关系, 避免秩序危机, 以西方发达国家为代表的现代社会开始转向第二阶段, 即政府干预阶段或称福利国家阶段。在这个阶段, 实质法治开始登场: 试图通过对绝对财产权的限制和对弱势群体的特殊关照, 抑制功利主义效率所导致的实际不公平后果; 通过对绝对的契约自由原则加以限制和干预, 防止强者利用形式自由的契约压迫甚至变相奴役弱者; 通过对特殊情况给予特殊关照, 避免适用普遍、一般规则可能造成的具体不公正结果; 通过对市场以及市民社会的私域进行适度干预, 维护公平的竞争秩序和遏止消极自由所生产的种种弊端; 通过对影响法律存在与发展的政治、经济、道德等要素的重新考量, 纠正恪守法条的法律实证主义过分封闭的倾向; 通过对非正式解决纠纷机制的再度重视, 补救过分拘泥于形式与程序所带来的实质不合理性。所有这些转变, 已经引起许多人士的关注与担忧, 其中一些人发出/ 契约死亡<sup>9</sup>的警语,<sup>7</sup> 另一些人宣称现代法治已经解体。<sup>8</sup> 实际上, 这些结论未免过于匆忙。在笔者看来, 形式法治仍然是现代法治的主导型式, 实质法治是一种辅助型式, 是对前者的矫正与补充, 远未达到取代前者的程度。

在现代社会, 实质法治对形式法治的矫正与补救, 反映出形式法治所体现的基本价值关系处于紧张状态。实质法治的出场确实在一定程度上缓解了形式法治所造成的价值冲突, 但这却带来了新的问题, 如它在追求实质公平的同时却影响了效率; 在对市场和市民社会进行干预的同时, 却限制了自由; 在对特殊情况给予特殊关照的同时, 却破坏了法的一般性与普适性; 在纠正法律形式主义后果的同时, 却破坏了法律自治, 增加了司法专断之险。这一切表明, 现代法治仍然没有摆脱困境。

## 二、现代法治的内在冲突

现代法治在一定程度上缓解了秩序正当性的压力。但是, 它仍然存有以下内在冲突。

### (一) 封闭与开放

法治的确定性要求法律成为自给体系、自足系统与自治畛域。这要求法律排斥超自然

<sup>6</sup> 关于现代西方形式法治的具体论述, 参见拙文《现代西方法治的冲突与整合》, 载《清华法治论衡》第1辑, 清华大学出版社2000年版。

<sup>7</sup> 参见 G. I. Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, 1974

<sup>8</sup> 参见前引[6], Unger书, pp193) 2001

观念与直觉情感等非理性因素;剔除政治与道德的影响;<sup>u</sup>恪守实在法规则所构筑的/法律帝国<sup>0</sup>;严守法律职业的/入伙<sup>0</sup>标准;精制仅仅作为/此中人语<sup>0</sup>的法界/黑话<sup>0</sup>;<sup>v</sup>演绎仪式化的充满神秘色彩的审判程序<sup>w</sup> , , 所有这一切,构成现代形式法治的主要图景。这种图景背后的理念是,只要通过民选代议机构,将民意上升为具有普遍约束力的法律,就能够确保法律的正当性,因为法律被认为是民意的体现与表达。然后,根据分权原则,通过行政机构的忠实执法与专门司法机构的严格司法,就能够确保依据正当的法律治理社会、管理国家。

然而,如何确保代议制下的民选机构能够忠实表达民意?如何防止并清除法律形式主义可能导致的恶法之治?如何调和封闭的理性规则与开放的社会情感之间的冲突?如何弥合法律的专业行话与大众话语之间的鸿沟?如何避免形式公正背后所隐含着的实质不公正结果?所有这一切都表明,形式法治的封闭性存有难以摆脱的困境。为了摆脱上述困境,封闭的法律不得不重新开放。于是,我们看到:被视为现代民主重要成果之一的议会独享立法权的原则,已经被多如牛毛的/行政立法<sup>0</sup>所冲破,所谓/授权<sup>0</sup>或/委托<sup>0</sup>不过是掩人耳目的借口罢了;职业化司法机构垄断的司法王国,日渐受到了/行政司法权<sup>0</sup>的分割,被奉为法治重要原则之一的司法独立受到了来自行政机构的严厉竞争和挑战;政治及其政策对法律的发展导向产生了重要影响,法律与政治的严格界限再度被打破;<sup>k</sup>一些基本人权原则开始成为考量法律是否具有合法性或正当性的价值尺度,某些/道德权利<sup>0</sup>重新进入/法律的帝国<sup>0</sup>。<sup>y</sup>此外,守/典<sup>0</sup>如玉的欧陆国家,不得不通过一般条款以及对法律的解释打开规则自治的门户;奉行/程序中心主义<sup>0</sup>并以高度职业化引以自豪的英美法系国家,不得不简化程序并参酌规则之外的某些实质性准则。在西方,20世纪以来,新自然法学派对法律道德基础的重新强调,经济分析法学派对法律背后社会成本、收益的分析,现实主义法学派对法律自治神话的破解,社会学法学派对影响法律各种社会因素的考量,以及批判法学派对西方现代形式法治已经崩溃的断言,除了其中的某些偏颇,都在一定程度上反映出现代法律难以维持封闭,形式法治难以自足,必保持适度的开放。有人将这种开放性的法律称作/回应型法<sup>0</sup>。<sup>z</sup>然而,法律一旦开放,形式法治便面临危机,而实质法治的某些缺陷便会暴露出来。

## (二) 内信与外迫

从理想的角度讲,一种正当的秩序应基于生活于其中的人们自主形成和自愿认受。人

<sup>u</sup> 法律实证主义和法律现实主义都有这种倾向。例如:/作为一个哲学家和律师,霍姆斯紧紧掌握着他的社会达尔文主义概念,极力从法律中消除道德上和感情上的一切理想主义痕迹。他认为,如果能剔除法律中有道德意义的每一个字,把对立法、先例和宪法规定是外在的东西清除净尽,这将是一个进展。<sup>0</sup>转见前引152,伯恩斯书,第115页。

<sup>v</sup> 例如语言抽象、表述晦涩的5德国民法典6和充斥着专业行话的英美普通法。

<sup>w</sup> 在这方面,英美对抗制诉讼程序颇具代表性。

<sup>k</sup> [美]诺内特、塞尔兹尼克:5转变中的法律与社会:迈向回应型法6,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版,第87页。

<sup>y</sup> 参见[美]罗纳德·德沃金:5认真对待权利6,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第198页以下。

<sup>z</sup> 参见前引1132,诺内特等书,第87页以下。

们所以形成或认受这种秩序,是因为它体现了人们的基本价值需要。当秩序的价值取向与人们的信仰相一致,生活在该秩序中的人们就不会感到外加的强制。这种秩序便不存在内信与外迫的冲突,因为禁则与制裁为每个人所同意和认受。在小型自发秩序中可发现这种理想秩序的影像。例如在古希腊雅典城邦的直接民主制中,所有城邦自由人都参与公共事务管理,直接参与立法和司法活动,禁则与制裁为每个人所同意和认受,遵守强制规则与自己的信仰相一致。如果一种秩序对人们的强制完全脱离人们的信仰基础,或者与人们的信仰严重冲突,这种外迫的体制与规则就会受到人们信仰的排斥与抵制。这种强制群合必然与个人自由严重冲突,致使秩序处于紧张状态。

伴随国家权力的强化,秩序的/人为0色彩不断加重,公共权力凌驾于社会之上,发号施令;等级制的官僚权力凌驾于民众之上,作威作福;外部强加的法律规则凌驾于人心之上,颐指气使。毫无疑问,所有非民主型法治,都带有强烈的外迫气质。为缓解由此导致的秩序内信与外迫的对立、人心与人身的冲突,传统社会均采取一些整合措施,其中典型做法是通过信仰强化、道德教化或政治训化等方式,将外迫规则纳入信仰体系,以整合外迫与内信的冲突、缓解人心与人身的紧张。这类整合或调和确实收到了某种成效,在一定程度上缓解了秩序中内信与外迫之间的紧张关系。然而,无论是信仰强化,抑或是道德教化,还是政治训化,它们一旦成为官方意识形态,本身又都兼具明显的外迫气质。

现代社会消除了等级特权,代之以法律上的人人平等;驱除了超越的信仰,代之以外求功利的世俗理性;打破了道德的一统天下,代之以利益导向的工具理性。然而,在科学主义与理性主义高奏凯歌伊始,现代法治的种种缺陷就已初露端倪了:法律上的平等远非实际平等,甚至遮掩、放纵了实际不平等;人本主义的/除魔0结局,却导致了伯尔曼称作现代法律/危机0的那种法律与信仰的分离;<sup>¶</sup>将道德价值剥离于法律,虽然维持了法律自治,增强了法律的确定性,但却助长了法律形式主义的逻辑偏执,放纵了法律实证主义的道德冷漠。

我们看到,在现代社会的间接民主制下,无论是形式法治,还是实质法治,法律都成为科层制权力自上而下施加的社会控制工具,而不是自下而上的民意真实表达;是政治官僚与技术官僚精心操纵的/理性魔法0,而不是基层大众生活实践的自然体现;是法界精英谋求行业利益的/霸权话语0和/神秘技巧0,而不是外行百姓心知肚明的理性常识;是/暴力机器0居高临下强加的/主权者命令0,而不是民间经平等协商而形成的自我约束机制。现代法治内信与外迫的冲突还有种种具体表现:/不得以对法律无知作为违法辩解0,无异于/不教而诛0;对/效益违约理论0的承认,为轻诺爽约提供了合法的理由;诉讼程序的高度技巧性,为强者特别是权贵通过/正当程序0以强凌弱披上了合法外衣,凡此种种,都表明现代社会的法律已经成为脱离信仰的外迫工具。形式法治对形式合理性的执着与对内在信仰的拒斥,显示出鲜明的外迫气质。实质法治通过对道德信仰的重视和对实质正义的关注,输入了某种信仰要素,从而多少缓和了现代法治外迫与内信之间的冲突。但是,这种法治的信仰不是自下而上产生的,而是官僚精英自上而下强加的,其本身带有明显的武断与外迫性质。因而,实质法治的出场,并未从根本上消解现代法治所固有的外迫与内信的冲突,没有消除现代法

¶ 参见前引112,伯尔曼书有关论述。

治秩序中人身与人心的分离。

### (三) 确定与无常<sup>1</sup>

远古时代,人类认知和利用自然的能力低下,对于变化多端的自然与人事难以正确理解,便生发出一种/无常0的感觉。不过,人们往往把/无常0归因于神灵的操纵和命运的捉弄,因而或寄望通过讨好神灵而避免/无常0,或完全听凭命运的摆布。

随着理性的萌发以及人类认知自然能力的提高,人们便开始总结规律,探寻终极的确定性:哲学上的本体论,神学上的神本论,以及科学上的客观真理论等,都可视为这种努力的产物。

现代自然科学的迅速发展以及理性主义的胜利,不仅改变了以往人们对自然的理解,而且也对人们有关社会秩序的思考产生了深远影响。19世纪以前自然科学的研究成果,向人们展现了一个万物有源、诸象有因的客观世界,并认为人的理性可以把握、认知甚至控制客观世界。当时的经典科学理论认为,/自然法则表达确定性0,/只要给定了初始条件,我们就能够用确定性来预言未来,或-溯言.过去。0<sup>1</sup>当将这种科学主义与理性主义的认识论运用于社会领域,则形成了这样的论断:通过经验的总结与理性的反思,人们能够发现社会秩序的构造原理与运行规律,从而能够提炼出普遍适用的确定规则;根据这些规则治理社会制度,就能解决一切社会问题。于是,对秩序的理性建构成为现代理性主义的重要使命,启蒙思想家的各种秩序方案成为西方现代社会的试验样本。在法律领域,欧洲大陆法典编纂运动便是这一时代的产物,其中典型的是1794年的5普鲁士通用法典6。该法典编纂者试图通过一部包罗万象的/法律百科全书0为人们的生活提供一切现成答案。1804年的5法国民法典6以概念明确、语言通俗、体系严谨为特色,也试图以确定的规则为人们的行为提供指导。1990年5德国民法典6以概念精确、体系缜密和逻辑严谨而著称,更是理性的结晶。19世纪中、后期,作为英美法系主要国家的美国与英国相继确立了/遵循先例0原则,也是旨在寻求法律的确定性。与上述法律实践相关联的法律实证主义与法律形式主义认为,只要确立一套确定的规则,法官通过运用形式主义的法律推理忠实地适用这些规则,就能够像投币于自动售货机一样得到预想的结果。现代西方的形式法治正是在这种确定性哲学思想的指导下发展起来的。西方国家在殖民扩张过程中,在打破非西方社会传统生活方式的同时,也把他们的这种确定性理念及其规则强行输入了沦为殖民地的世界各国。

不幸的是,科学的发展并没有沿循确定性的理论路线继续前进。一些晚近的自然科学研究成果表明,17、18世纪科学所断言的绝对确定性理论缺乏坚实的基础。宇宙学的大爆炸理论从宏观上揭示了不确定性,<sup>2</sup>而量子物理学的波粒二象性理论从微观上揭示了不确

<sup>1</sup> /常0在汉语中可指常态,如5诗#唐风#鸛羽6:/悠悠苍天,曷其有常0;也指规律,如5荀子#天论6:/天行有常,不为尧存,不为桀亡,。0。本文以/无常0概念来表达不确定性。

<sup>2</sup> [美]伊利亚#普利高津:5确定性的终结))时间、混沌与自然法则6,湛敏译,上海科技教育出版社1998年版,第3页。关于不确定性理论,也参见[英]史蒂芬#霍金:5时间简史:从大爆炸到黑洞6,许明贤、吴忠超译,湖南科学技术出版社2000年版,第4章。

<sup>3</sup> 宇宙起源的大爆炸理论被广泛接受,但关于大爆炸之前的状态以及大爆炸本身究系何因,则仍是不确定的。参见[英]约翰#格里宾:5大爆炸探究))量子物理与宇宙学6,卢炬甫译,上海科技教育出版社2000年版。

定性。<sup>m</sup> 就连素以精确著称并被奉为“科学皇后”的数学,一些晚近研究成果也宣告了其确定性的丧失:“显然,普遍接受的概念、正确无误的推理体系))) 1800年时的尊贵数学和那时人的自豪))) 现在都成了痴心妄想。与未来数学相关的不确定性和可疑,取代了过去的确定性和自满。关于-最确定的.科学的基础意见不一-不仅让人吃惊,而且,温和一点说,是让人尴尬。”<sup>m</sup>

虽然在许多方面如爱因斯坦所言,上帝并非是在“掷骰子”,<sup>m</sup>但某些方面的证据表明,上帝确实是在掷骰子。<sup>m</sup> 在整体一致、均匀的宇宙中,存在着局部的不规则性;<sup>m</sup> 在统一的自然中,存在多样性;<sup>m</sup> 在因果关系世界之侧,存在随机性世界;<sup>m</sup> 在时间不可逆性的常规之外,存在时间的可逆性。<sup>m</sup> /人类正处于一个转折点,正处于一种新理性的开端。在这种新理性中,科学不再等同于确定性,概率不再等同于无知。<sup>m</sup> 本文无意详细阐述复杂的科学原理,我们仅从“随机”、“巧合”、“混沌”<sup>m</sup>这些科学名词的表面含义上,似乎就足以感受到事物的“无常”特性。

晚近的一些自然科学研究成果揭示了事物并不存在终极的确定性,但这并非意味着事物变幻莫测,无任何确定性可言。在特定的时空维度,大到斗转星移、潮起潮落,小到种瓜得瓜、种豆得豆,事物仍有某种程度的确定性。换言之,一般事物具有情境化的相对确定性。就法治而言,与绝对确定理念密切关联的形式法治,试图把过去的经验提炼成适用于未来的理性规则,把符合特定境况的特殊规则用作普适规则,把掺杂前见的主观判断当作客观的自然法则,把法律营造成不受其他因素影响的“独立”“城堡”。这种追求绝对确定性的法治,为了

<sup>m</sup> 格里宾指出:“关于波粒二象性的经验证据表明,原则上不可能同时绝对精确地测量粒子的位置与运动。,,不确定性并不限于指我们对电子的认识。,,粒子自身并不绝对精确地-知道-它现在何处并且下一步将去何处。在量子物理学里不确定性的概念与偶然的概念有着本质的联系。我们不能肯定一个粒子在哪里,也不能肯定它向何处去。,,0。他还指出:“没有单纯的粒子或波,在基础层次上讲只有波和粒子的混合物,偶尔被称作-波子。它告诉我们,不可能以绝对的确定性来预言任何原子实验或宇宙中任何事件的结果,我们的世界是由可能性或者说概率来支配的。”前引1192,格里宾书,第209、194页。

<sup>m</sup> [美]MI 克莱因:《数学:确定性的丧失》,李宏魁译,湖南科学技术出版社2000年版,第4页。

<sup>m</sup> 爱因斯坦称:“我不相信上帝是在掷骰子。”转引自前1192,格里宾书,第212页。

<sup>m</sup> 例如量子理论等,参见前引1192,格里宾书,第212页。

<sup>m</sup> 前引1192,格里宾书,第186页以下。

<sup>m</sup> 普利高津就此写道:“一旦我们有了时间之矢,就会立刻明白自然的两个属性:自然的统一性和自然的多样性。统一性,因为宇宙的各个部分都有时间之矢,你的未来即是我的未来,太阳的未来即是其他任何恒星的未来。多样性,像我写作的这间屋子,因为有空气,即或多或少达到热平衡的混合气体,并且处于分子无序状态之中;还因为我妻子布置的美丽的鲜花,它们是远离平衡态的客体,是归功于不可逆的非平衡时间过程的高度组织化的客体。”前引1182,普利高津书,第43页。

<sup>m</sup> 普利高津指出:“非平衡热力学的结果接近于柏格森和怀特海表达的观点。大自然确实与产生无法预测的新鲜事物相关,-可能-确实比-实在-更丰富。我们的宇宙遵循一条包含逐次分岔的路径,其他的宇宙可能遵循别的路径。值得庆幸的是,我们遵循的这条路径产生了生命、文化和艺术。”同上书,第57页。

<sup>m</sup> 同上书,第14页。关于随机理论,本文参照了[美]黛博拉·J·本内特:《随机性》,严子谦、严磊译,吉林人民出版社2001年版中有关论述。

<sup>m</sup> 前引1182,普利高津书,第5页。

<sup>m</sup> 对于这些问题已有诸多专门研究,其中特别值得提及的是澳大利亚学者德·沃克对诸如巧合、同步性(synchronicity)等有关问题对法治的影响进行了具体探讨。详见GI de QI Walker, *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy*, Melbourne University Press, 1988, Chapter 21

适应一般规则而忽视具体境况的差异;为了恪守主观设计的理性规则而忽视丰富的现实多样性;为了确保规则的前后一致而忽视社会情境的变化。实质法治的出场,通过对固定规则与程序的超越,对事物/无常的一面做出了情境化的回应。

为寻求具体公正,实质法治在一定程度上突破了法律的确定性,但这样做却带来了新的问题:这种对/无常的考量,是官方立法、行政和司法机构从它们的立场和观点出发做出的,是否或在多大程度上真正反映了身处具体情境中相关人群的愿望与需要,颇可质疑。显然,这种外加的情境化的回应带有某种专断气质。总之,现代法治无法摆脱确定与无常的内在冲突。

#### (四) 普适与特惠

现代法治还存在普适与特惠之间的冲突。形式法治以法律面前人人平等的原则,坚持规则的普适性;以民族国家/主权者命令的强硬口吻,不容置疑地适用于千差万别的不同境况;以中立、非人格化的理性外衣,遮饰规则背后各种潜在的基本价值冲突;以形式化或戏剧化的诉讼程序,装点形式公正的门面;以法律是民意表达的动听借口,表征官方强加规则的正当性。然而,在契约身份制的社会中,人们在家庭出身、身体、能力、智力以及机遇上存在重大差异,在信仰、爱好及情趣等方面也有不同偏好,对不同境况和具有不同偏好的人们统一制定并适用相同的规则,无疑会导致抹杀具体差异和压制多样性。

实际上,形式法治对一般效率的维护,不能保证所有人都享受效率的成果;对一般自由的维护,不能保证所有人获得享有自由的基本条件。为矫正形式法治的这种缺陷,含有特殊关照意旨的实质法治便出场干预。实质法治对处于特殊社会情境的族群实施特殊规则,以使其享有某种自治的自由;对社会中的弱势群体给予特殊关照,以改善他们的实际不公平的境遇;在形式合理性的法律中引入了实质合理性的尺度,以缓解一般理性规则的道德冷漠;对特殊个案适用特别程序,以超越正规的程序获取公正的结果。然而,这些特惠虽在某种程度纠正了形式法治恪守规则普适性所固有的缺陷,但它们明显违背了人人平等的原则,破坏了法律应具有一般性和普遍性的法治原则。此外,这些特惠本身带有某种专断性与任意性。因为何种境况适用普适规则,何种境况适用特惠规则,完全由政治或法律权威定夺。为防止滥用这种特惠裁量,通常做法是将特惠裁量予以制度化与程序化,而这又可能重返形式法治坚持规则普适性的老路。由此可见,现代法治颠簸于普适与特惠之间。

#### (五) 规则与事实

法治的精义在于规则统治。现代法治中的规则区别于纯粹诉诸信仰与道德的传统法律规则。传统法律规则常表现为习惯法,与生活实践融为一体,规则与事实之间几乎没有冲突。因为这些规则生发于社会生活事实,形成于特定人群的交往互动过程。特定社会的人们对这些作为法律的规则心知肚明,心照不宣,心领神会,规则是事实的表达,事实是规则的载体,两者之间水乳交融,浑然一体。

但在现代法治社会中,规则与事实之间却产生了明显冲突。

首先,现代法律中的制定法是通过理性反思抽象出来的一般规则。它们被赋予普适的效力。但生活实践中的事实却千差万别,异彩纷呈,无法为一般规则所包容、囊括。这就不得不对事实进行人为裁剪,通过削足适履的裁剪,试图以人为设计的一般规则通约不同的事

实。其结果无非有两种可能,一是由于这些规则与具体生活事实无关,人们无视这些规则,从而导致规则失效;二是政府以国家的名义将规则强施于各种特殊的事实,使规则对事实进行/专政0,从而生硬地将一种所谓/普遍的0生活方式强加给处于不同境况中的人们。显然,无论是事实规避规则,还是规则/专政0事实,都会造成规则与事实之间的冲突,导致/书本上的法律0与/行动中的法律0两者之间关系紧张。一个国家或社会的经济、政治发展愈不平衡,种族、民族关系愈复杂,文化的多元程度愈高,其生活事实的差异就愈大。在这种情况下,如果无视具体事实,无视特定人群的特殊需要,无视人们的特殊生活方式,强行一般规则,规则与事实之间的冲突就愈益强烈。

其次,为维护法律的权威,保障人们的合理预期,现代形式法治强调规则的稳定性。但现代社会生活实践中的事实却变动不居,几乎是日新月异。诸多新的事实不断涌现,人们事先无法预料,预先设计的规则难以应对新的事实。如果事后确立规则,然后适用于已经发生的事实,则违反法不溯及既往的法治原则。实质法治虽然在回应新的事实方面表现出某种灵活性,但这种回应方式带有家长式的专断气质,而这又从另一个侧面加剧了规则与事实的冲突。

### 三、调整航向: 社会价值、关系和结构整合

上文阐述了现代法治的基本价值取向与重要地位,并在肯定现代法治具有正当性的同时,指出了它的内在冲突以及这些冲突对秩序正当性的困扰。如果上文有关现代法治内在冲突的论述能够成立,那么,如何才能使现代法治消解冲突,摆脱困境?

放弃法治而奉行其他治道,显然是不现实的。那么,一种思路是,在维持现状的基础上,通过形式法治与实质法治的互动,对法治的冲突予以动态调整,使冲突得到缓解;另一种思路是寻求一种正当性更充足的秩序,超越现代法治的基本模式。当然,试图超越现实秩序进入一个没有任何冲突的和谐秩序乐园,无异于异想天开。不过,人类的历史表明,与其他社会动物不同,作为具有高级意识和反思能力的人类在安排和变革社会秩序方面具有卓越的创新智慧与超越能力。我们也许能够在总结历史经验的基础上,通过对现代法治利弊得失的深刻反思与分析,寻找一条超越现代法治的渐进式路径,从而探索一种正当性更充足的秩序模式。要做到这一点,仅仅凭靠现代法治本身的局部修整与改进是远远不够的,还应对现代社会的基本价值、结构和关系进行反思和整合。

#### (一) 价值整合

##### 11 走出效率崇拜的误区

在传统社会,无论是在神治还是德治秩序中,人们更为重视的是以内在信仰与善德为主要内容的价值合理性,而不是外在效率。然而,这种价值合理性与人们希求改善物质生活条件的愿望相违。伴随现代科学主义与理性主义的诞生和胜利,社会基本价值取向发生了重要转变,即韦伯所言的/目的合理性0或/工具合理性0取代了/价值合理性0。

这种目的合理性的主旨是追求效率。最初,目的合理性的效率观在天主教价值观向/新教伦理0的转变中得到了典型体现:从向往禁欲主义的天国转向追求世俗功利的现世生活;从推崇献身神坛的自我奉献转向鼓励个人发财致富的自我获取;从关注信仰虔诚的终极之

善转向赞美勤劳节俭的效率/天职观,正是这些新的价值/哺育了现代经济人。<sup>0</sup> /时间就是金钱,<sup>1</sup> /效率就是生命,是这种目的合理性价值观的通俗表达。后来,这种效率观在边沁设计的/高效率的监狱中得到了体现,在/美国的效率崇拜中发挥到了极致。在美国,/规模逻辑/、-公制.时间逻辑和/科层逻辑一度成为铁律。从/泰勒工作制,到加尔布雷恩的/运动经济原理;从贝多克斯的/B型人到/福特的装配效率线,<sup>2</sup>无不把人当作实现效率最大化的工具与机器,无不体现了经济人精打细算的效率追求。自由资本主义时期的形式法治,通过对财产所有权的维护和契约自由的保障,以及通过所谓/正当程序条款对企业主利益的维护和对社会立法的拒斥,<sup>3</sup>突出体现了这种效率价值观。尽管各国情况有所不同,但无论是实行市场经济的国家,还是奉行计划经济的国家,一旦进入现代社会,追求高效率都相继成为一种主导性价值。

这种目的合理性效率观的内在动力是实现个人利益的最大化。为了追求利益,人们不顾情面,不讲道义,甚至不择手段;为了利益,有些人丧弃道德,丧失良知,甚至丧尽廉耻。在这种效率观的支配下,人们或因成功规避法律获利而洋洋得意;或因违反道德受益而暗自庆幸。德高谦让之士,常被讥为无能;心诚守信之人,每被嘲作迂腐。因为效率导向的价值观以外在的利益得失为衡尺,以有形结果的成败论英雄,只要不违法或虽然违法而能成功规避制裁,人们便可名正言顺地实现效率的最大化。

借用哈贝马斯的话讲,这种效率观是一种/成就导向的意识形态,而/成就完全以外在的指标来衡量。其中两项指标最为重要:一是权位高低;二是财富多寡,即/成就与权位高低和财富多寡成正比。艺术的、哲学的、宗教的以及审美的追求,只要不能折算成权位或交换成金钱,则被目为毫无价值。于是,权位与财富成为最重要的/稀缺资源,对这两种稀缺资源的竞争变得日益激烈。官场如沙场,商场如战场。人们在挑战与应战的角斗中演绎着/物竞天择/、优胜劣汰的自然法则。胜者沾沾自喜之余,仍惴惴不安,因为谁也不能确保常胜不败;败者郁郁寡欢,犹心怀不服,惟一的希望就是东山再起,卷土重来。连本来旨在强身健体的体育比赛,也在利益的驱动下,进行着/成王败寇的战略厮杀和赛场背后的黑金交易。在这种/成就导向的意识形态的诱导下,社会泛滥着机巧之心与争夺之心,涌动着侥幸之念与利己之念,翻滚着占有之欲与攫取之欲,回荡着媚俗之音与煽情之音。对此,道德约束苍白乏力,形式合理性的法律竟公开为这种意识形态及其功利行为/保驾护航。

这种刻意追求利益的效率观,不仅与公平价值关系紧张,而且排斥了赋予生命以内在意义的信仰与道德,将现实世界打造成冷酷的形式理性的/铁笼:逐利代替了修德,平庸消解了深刻,外求驱逐了内信,感官刺激埋葬了心灵体验。对此,只有少数已被边缘化的

<sup>1</sup> [德]马克思#韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,于晓、陈维纲译,三联书店1987年版,第136页。

<sup>2</sup> 此语出自作为具有美国资本主义精神的典型代表富兰克林之口。同上书,第33页。

<sup>3</sup> 详见[美]丹尼尔#贝尔:《意识形态的终结》,五十年代政治观念衰落之考察,张国清译,江苏人民出版社2001年版,第247页以下。

<sup>4</sup> 例如,在19世纪后期至20世纪20年代的美国,联邦最高法院和州法院以宪法中/正当程序条款为依据,宣布联邦和各州有关限定最高工时和最低工资以及禁止童工等许多社会立法无效,从而维护企业主的利益。参见[美]伯纳德#施瓦茨:《美国法律史》,王军等译,中国政法大学出版社1989年版,第165页以下。

思想家和艺术家们还在进行严肃的思考与无力的抗争,余下的几乎不是存在主义的无奈,就是犬儒主义的玩世不恭;不是享乐主义的游戏消遣,就是所谓后现代主义看透一切的颓废。

这种由新教发起的现代/效率拜物教<sup>0</sup>以及由此而衍生的/权力拜物教<sup>0</sup>和/金钱拜物教<sup>0</sup>,在占有性个人主义的哲学中得到了理论辩护,在世俗化物质主义的争夺中被变本加厉地不断升级,在西方列强的殖民侵略和扩张过程中被国际化和全球化。西方发达国家为维持其政治、经济、军事和文化的强势地位,不断强化竞争,追求效率;非西方国家在西方国家的逼迫和挤压之下,为能外御敌辱,内求富强,在日益激烈的国际竞争中生存下来,也被迫不断强化效率观念与竞争意识。因为一部世界现代史反复告诫人们:落后意味着被动挨打,发展是硬道理;国际舞台的地位与发言权皆以国家实力为后盾。一个国家要提高国际地位,就必须具备雄厚的实力,为此必须保持经济发展的高效率。于是我们看到,几乎所有现代国家都把经济发展效率作为衡量政府统治正当性的主要指标:效率持续提高,政府威信随之上升,统治的正当性亦随之增加;效率下降,政府威信随之减弱,统治的正当性产生危机。

现代社会的形式法治便集中体现了这种追求效率的价值取向。它以法律面前人人平等的形式公平为基本原则,鼓励社会成员通过竞争实现利益的最大化;通过对私人财产权的明确保护,维护产权效率;通过对契约自由的维护,保障交易效率;通过事先厘定明确、具体的法律规则,为经济人提供精打细算的尺度。形式法治虽然也重视公平价值,但是它所强调的公平仍然限于形式公平,而这种公平所维护的是功利主义的效率:产权效率背后隐藏着贫富两极分化,交易效率暗含着自由契约背后对强者利益的维护。

当然,效率是人类的基本价值之一,追求效率体现了人类维持与改进生活条件的需要与愿望。一种秩序长期无效率,便会丧失存续的正当性。无可否认,传统社会抑制效率的价值观被现代社会追求效率的价值观所取代,反映了人们的基本需要与愿望,也表明一切禁欲主义的信条或脱离物质基础的/精神文明<sup>0</sup>说教,无论多么美妙动听,都难以维持长久。自步入现代社会以来,人类认知与利用自然的能力大大增强,生产力空前提高。人类在最近一个世纪乃至更短时间内所创造的物质财富,远远超过了此前所创造财富的总量。这种显著的成就与现代效率观密切关联。我们今天享受着效率带来的物质成果,并在一定程度上也改进了精神生活的质量。因此,我们如果否认效率所带来的物质舒适和便利、精神愉悦和享受,便是一种无视事实的虚假清高。我们没有理由拒斥适当的效率追求。

但是,我们应当看到,现代社会的效率价值已被推向了极端,异化成为一种/效率拜物教<sup>0</sup>。它的/魔法<sup>0</sup>煽动着无边的消费欲望,制造着各种虚假的生活需求,怂恿着比阔斗富的奢侈,<sup>9</sup>鼓动着享乐主义的追逐。这种功利主义效率的追求,导致了对生态环境的破坏与践踏,对内在生命意义的排挤与驱逐,背后隐含着财富分配的严重不公,对弱势群体的忽略

<sup>9</sup> 改革开放以来,国人从禁欲主义的牢笼中解脱出来,开始注重物质享受,这本无可厚非。但近年来奢华商品竞相出现,如12万元的被子、98万元的女鞋、136万元的钢琴以及888万元的豪华汽车等等(参见5北京青年报,2002年6月17日、23日),似走向了另一个极端。对于有条件的消费者来说,购买这样价格昂贵的商品本无可非议,但制造者或出售者通过各种宣传媒体对此加以炒作,却有炫耀财富之嫌,并可能具有煽动虚假需求的后果。

与牺牲。<sup>1372</sup> 此外,国际范围追求效率的角逐,导致各国在财富占有上极端不平衡,西方发达国家通过各种方式将增长的财富攫为己有,而广大贫穷国家的境遇并未得到改善,<sup>1373</sup> 反而有/财富越多,贫穷也越普遍<sup>1372</sup>的趋势。这种/损不足以奉有余<sup>0</sup>的后果已经引起了国际上有关人士之深切关注和尖锐批评。

当所有的人都被驱赶到这种极端的效率轨道之上,功利的竞争与利害的角逐便导致了人心失衡、人身失调、人际失和、人世失安,致使心性烦躁,心智浮躁,心情急躁,心灵枯燥。倘若以上批评能够成立,那么,我们是否应当调整基本价值导向:承认必要的效率价值,同时也重视社会公平价值;满足适当的物质需要,同时也重视非物质的精神享受;确认合理的外在功利,同时也重视内在生命意义的追求;维护适当的社会竞争,同时也重视人际的互惠合作。

## 21 拆除个人主义的藩篱

在特权身份制社会向现代社会的转变中,滥觞于现代西方的个人主义,<sup>1374</sup> 对于打破特权身份制的束缚,反对专制集权的统治,保护个人的基本权利,曾经起到了重要的作用。正如法国学者布兰克所指出的:/它为遭到长期压迫的人类思想提供了呼吸的空间和活动范围,使人类思想恢复了自豪和胆略<sup>0</sup>,使每一个人都能对全部/传统<sup>0</sup>、/时代<sup>0</sup>、/成就<sup>0</sup>以及/信仰<sup>0</sup>进行批判,使个人/满怀尊严<sup>0</sup>,/在无穷尽的斗争中,在普遍争论的骚动中,能够亲自解决自己的幸福与命运问题, , <sup>0</sup>。<sup>1375</sup> 但是,个人主义从一开始就自有其缺陷:作为一种新型意

<sup>1372</sup> 这在以追求效率著称的美国表现得尤为突出。据统计,/1993年,全部美国工人中,27%的人工资不足以生活在贫困线以上,只有1/3多的人拥有完全由雇主出资的医疗保险<sup>0</sup>。/1%的最上层的美国家庭所拥有的财富比处于低层的90%的家庭还要多。1977年到1989年间,1%的上层享有税后总收入的60%。<sup>0</sup>参见[美]威廉·塔布:《5全球化问题》)资本的力量<sup>6</sup>,载王列、杨雪冬编译:《5全球化与世界<sup>6</sup>,中央编译出版社1998年版,第84页以下。另据统计,1973年后,/不平等变得愈加显著。在1973)1992年间,占美国家庭20%的上层的平均收入增长了20%,而占20%的下层眼看着自己的收入减少了12%。几乎所有可以得到的事实都说明1973年以来,不论是收入还是财产方面,不平等都在不断扩大。例如,在1983)1992年间,20%的上层占有了增加的财富的98.8%。最上层的1%占有了61.6%的增加了的财富, , <sup>0</sup>[法]罗伯特·保尔:《5得不偿失的胜利:盎格鲁)撒克逊式资本主义未来的回答<sup>6</sup>,载本注前引王列、杨雪冬书,第268页。也参见[美]阿瑟·奥肯:《5平等与效率<sup>6</sup>,王奔洲等译,华夏出版社1999年版,第64页以下。在美国,由于财富分配不公,造成的不平等十分显著,以致/成功者喂养猫狗的食物甚至胜过了失败者哺育他们后代的食物<sup>0</sup>。同上书,第1页。在欧洲大陆,尽管不平等没有美国那样显著,但有些国家的贫富两极分化也日渐明显,例如即便在实行/社会主义市场经济<sup>0</sup>和重视社会保障的德国,20世纪90年代国内财富分配的差距也/越拉越大,它甚至达到前所未有的规模。货币财富、不动产、企业资产都集中在一个人数相对很少的阶层手中。5%的私人家庭占有全部私人财富的1/3以上<sup>0</sup>。[德]5明镜<sup>6</sup>杂志记者:《5分裂的社会<sup>6</sup>,载张世鹏、殷叙彝编译:《5全球化时代的资本主义<sup>6</sup>,中央编译出版社1998年版,第167页。中国近年重视效率的过程中,贫富差距明显加剧,一些专家已经对此提出了警告。

<sup>1373</sup> 据统计,/1974年至1985年间,世界总产量增加40%;1950年以来,世界贸易增加了11倍,经济增长了5倍;然而,就在同一时期,贫困、失业、社会解体、环境破坏也达到了空前的程度。现在,南半球的实际人均国民生产总值只相当于北半球的17%。只占世界人口1/4的工业化国家却拥有世界财富的85%。西方七国集团占世界人口的11%,却拥有全球国民生产总值的2/3, , <sup>0</sup> [美]阿兰·伯努瓦:《5面向全球化<sup>6</sup>,载前引1352,王列等书,第13页。

<sup>1374</sup> /个人主义<sup>0</sup>最初来自法文/individualisme<sup>0</sup>,19世纪后在西方被广泛运用。其含义主要是指以个人为基本单位,在经济、政治、法律等制度安排上,强调尊重个人自由、自治和自主。个人主义在西方各国以及同一国家的不如时期有不同含义,所起到的作用也不同,详见[英]史蒂文·卢克斯:《5个人主义<sup>6</sup>,阎克文译,江苏人民出版社2001年版。

<sup>1375</sup> 同上书,第8页。

意识形态,它/代表了一种粗糙的和反社会学的或非社会学的观点<sup>0</sup>。对于个人主义的过分强调与放纵产生了种种偏颇。个人主义/把个人从社会中剥离出来,使他成为周围一切事物和他自己的惟一评判者,赋予他不断膨胀的权利,而没有向他指出他的责任,使他沉湎于自身的力量, , 0,<sup>v</sup> 由此妨碍了社会群体的互惠合作。<sup>w</sup> 在现代社会,个人主义价值观表现为独立的个人原子观、占有性个人权利观和索取型个人功利观。

西方现代化过程中的文艺复兴、宗教改革和启蒙运动,为了使人超脱虚幻的神圣世界,挣脱教会的集权统治,摆脱家长的专断权威,解脱等级森严的封建束缚,极力主张个性解放,张扬个人价值,倡导个人自我实现。这种独立个人的原子观在当时无疑具有特定的社会意义。然而,当打破了宗教权威,进入一个世俗的世界;当摆脱了家长、行会以及封建等级桎梏,实现了法律上的人人平等;当废除了专制君主统治,代之以有限政府的民主制管理,原子论的个人主义便引发出种种新的问题。

首先,这种独立的个人原子观把个人设想为可脱离社会关系而孤立存在的主体,没有把个人置于人际关联之中,从而忽略了人的社会属性。其次,这种独立的个人原子观助长了个人中心主义和自私自利,阻却了同情之心、怜悯之情与合作精神。最后,这种独立的个人原子观,通过市民社会的个人自由得到了集中体现:个人自我设计,自主行动,自行承担行为结果。一旦个人因能力或者机会等原因不能参与竞争或在竞争中落败,便只能享受消极自由,孤单无伴,孤立无援,孤苦无助,孤独无托。他们倘为了获得享有自由的基本物质及其他条件,便以接受政府的监视与干预为代价,而这又使自由面临专断压迫之险。

在传统社会,施予型的个人义务观受到更多强调。在现代社会,占有<sup>v</sup>性的个人权利观被置于首位。这种权利在自然法学派那里被称作/自然权利<sup>0</sup>,在资本主义初期的私法中被奉为神圣的/天赋人权<sup>0</sup>以精心呵护。

显然,这种占有性的个人权利观与个人主义的平等权利论密切关联,相对于等级特权观念而言,这种平等权利论无疑是一个重要的进步。因为传统社会所强调的施予型个人义务观,并非指所有的人在义务上平等,而是依据特权身份等级而区别对待,尊卑有别,贵贱有差,长幼有序。等级越高,义务越少,特权越多;等级越低,义务越多,社会底层几无权利可言,只有无穷无尽的义务。

同时,这种占有性的个人权利观与个人自由和个人财产权密切关联。个人自由是个人基本权利的重要组成部分,个人不再受强制性的特权身份等级的束缚,而是通过契约与其他人发生联系。另外,在这种权利观的支配下,个人希望明确地界分产权及其相关利益,更多地占有财产,并要求对产权及其他利益提供妥善保护。财产的个别化和利益的特定化虽然客观上有助于通过竞争提高效率,但同时却在个人之间形成了/利益围墙<sup>0</sup>与/权利壁垒<sup>0</sup>,妨碍了人际的非功利交往与合作。

在现代效率观的驱赶下,在竞争市场的刺激下,在种种成功机会的诱惑下,一种索取型的

<sup>0</sup> 前引1382,卢克斯书,第138页。

<sup>v</sup> 同上书,第8页。

<sup>w</sup> 法国学者贡斯当指出:/当所有的人都被自我主义孤立起来的时候,那就什么也不存在了,而仅仅是一堆尘埃;当暴风雨到来的时候,就会成为一堆烂泥。<sup>0</sup>转引自上书,第9页。

<sup>x</sup> 此处/占有<sup>0</sup>一词,与民法上的/占有<sup>0</sup>概念含义不同,有/独占<sup>0</sup>之义,相对于互惠、互助而言。

个人功利观随之产生并不断膨胀。在这种功利观的怂恿下,个人近乎疯狂地索取:向他人索取,向社会索取,向自然索取,/在每一个个别事件上,则要看荣誉或利益、激情或算计、复仇或自制哪一个在他自己的心里占上风而独立地做出决定<sup>9</sup>。这种索取只要具备/合法<sup>0</sup>的外观或能够成功地规避法律,就会增加/个人成就<sup>0</sup>的砝码。现代市场经济为个人最大限度地索取提供了场地和机会,而现代形式法治中的法律(特别是私法)为这种索取提供了有效的保护。

总之,功利主义的效率观与个人主义的价值观,成为形式法治所体现的主要价值。对这两种价值观的过分强调,导致了公平与群合价值失落。通过实质法治的矫正与补救,这种紧张关系多少得到某种程度的缓解。但如上所述,这又引发了新的问题。要想使现代法治摆脱困境,就应对现代社会极端的效率观和个人主义价值取向进行适当地调整。

## (二) 关系整合

提及传统社会向现代社会转变过程中社会关系发生的重要转变,人们自然会想起英国学者梅因/从身份到契约<sup>0</sup>的名言。梅因认为这种转变的重要标志是/个人,不断代替了/家族,<sup>0</sup>并认为这一概括适用于/所有进步的社会运动<sup>0</sup>。实际上,从血缘身份制的氏族社会转向以国家为标志的特权身份制社会,虽然以血缘为基础的身份关系被打破,家长权力受到来自宗教以及凌驾于社会之上的政治权力的抑制,但是,家族的权力仍然存在,且在许多社会中继续成为支配社会关系的重要因素。此外,如果说在某些社会确实彻底斩断了血缘关系的纽带,那么,直接取而代之的不是契约关系,而是政治权力统治下的新型等级身份关系,无论在西方还是东方,均是如此。<sup>6</sup>其实,社会关系/从身份到契约<sup>0</sup>的真正转变,最早发生于西方现代社会。对于这种转变,马克思和恩格斯做出了经典概括:/资产阶级在它已经取得了统治的地方把一切封建的、宗法的和田园诗般的关系都破坏了。它无情地斩断了把人们束缚于天然首长的形形色色的封建羁绊,它使人和人之间除了赤裸裸的利害关系,除了冷酷无情的-现金交易.,就再也没有任何别的联系了。<sup>0</sup><sup>b</sup>

马克思和恩格斯的上述观察和概括,确实触到了现代社会关系的/阿基里斯之踵<sup>0</sup>。在现代社会,与偏重效率和自由的价值取向相一致,利害关系成为支配性社会关系。这种利害关系分别体现在两个方面:一是经济上的金钱关系;二是政治上的权力关系。至于其他关系,要么成为这两种关系的附庸;要么被边缘化,变得无足轻重。

### 11 摆脱金钱的奴役

在斩断了特权身份制社会的各种关系羁绊之后,获得自由的个人面对的是一个流动的陌生人社会,过着利己的、彼此隔绝的私人生活。人们之间彼此联系、交往的真实动机,不再基于共同信仰、情趣、爱好等,而主要是基于外在功利。这种关系/把宗教的虔诚、骑士的热忱、小市民的伤感这些情感的神圣激发,淹没在利己主义打算的冰水之中<sup>0</sup>; /把人的个人尊

<sup>9</sup> [瑞士]布克哈特:《意大利文艺复兴时期的文化》,何新译,商务印书馆1979年版,第445页。

<sup>0</sup> 前引12,梅因书,第97页。

<sup>6</sup> 马克思和恩格斯指出:/在过去的各个历史时代,我们几乎到处都可以看到社会完全划分为各个不同的等级,看到由各种社会地位构成的多级的阶梯。在古罗马,有贵族、骑士、平民、奴隶,在中世纪,有封建领主、陪臣、行会师傅、帮工、农奴,而且几乎在每一个阶级内部又有各种独特的等级。<sup>05</sup>马克思恩格斯全集第4卷,人民出版社1965年版,第466页。

<sup>b</sup> 同上书,第468页。

严变成了交换价值<sup>φ</sup>；把他人作为谋求和实现自己利益的工具和手段。

形式合理的法律以/ 普遍意志<sup>0</sup>的名义确认和维护这种金钱关系, 通过/ 意思自治<sup>0</sup>的自由契约, 人们得以把这种金钱关系连接起来, 然后通过自由的市场完成这种关系的价值交换。因为这种关系中充满着不确定性甚至风险, 每个人必须以经济人的/ 理性<sup>0</sup>精打细算, 精明博弈, 以确保在残酷无情的竞争中能够获利。于是, / 市民社会<sup>0</sup>便成为/ 个人私利的战场<sup>0</sup>和/ 一切人反对一切人的战场<sup>0</sup>。<sup>φ</sup>

这种社会关系的金钱化是社会关系商品化的具体体现, 因为作为一般商品形态的金钱充当商品价值交换的媒介。它是市场经济中的/ 通行证<sup>0</sup>, 是市场博弈中胜者的/ 证书<sup>0</sup>。这种/ 通行证<sup>0</sup>和/ 证书<sup>0</sup>的持有者, 可借助自由的市场和自由的契约, 使他人/ 自愿<sup>0</sup>地服从于自己的支配甚至就范于自己的变相奴役。在市场交易中, 不仅劳动力本身成为买卖的对象, 甚至人格尊严也未能幸免。正如一位美国经济学家所言:/ 金钱购买了法律服务, 以此可以在法律面前得到偏袒; 金钱购买了讲坛, 以此使讲坛占有者的言论自由有了格外的分量; 金钱收买了有权势的组织选举的官员, 从而损害了一人一票的原则。<sup>ρ</sup>实际上, 这种社会关系的金钱化, 导致了人对物的膜拜, 人对人的变相奴役; 导致了人的心性异化, 本性丧失。

要消除这种经济异化, 挣脱金钱对人的压迫与奴役以及由此所导致的人对人的压迫与奴役, 就应重整社会关系。当然, 如果要维持效率, 以商品生产与交换为特征的市场经济仍是一种必要的体制。在这种体制下, 试图立即消除以货币为媒介的商品关系, 是不可能的。因此, 试图从社会关系中彻底清除金钱关系, 也是不现实的。那么, 社会关系重整主要意指通过社会关系的多元化, 摆脱金钱关系对社会关系的统治, 使得基于信仰、情趣、爱好等非功利性社会关系得到发展, 从而使金钱关系不再成为社会关系的核心。

## 21 解除权力的压迫

在向现代社会的转变中, 或通过激进的革命或经由温和的改良, 社会关系发生了另一种重要变化, 即公开的等级特权基本上被废除, 代之以法律面前人人平等的关系。然而, 出于维护社会秩序的需要, 以政府为核心的国家继续存在; 基于管理效率的需要, 科层制的权力等级结构仍然存在。现代社会的科层制, 与特权身份制社会的官僚体制截然不同。这种科层制的权力不是基于世袭或个人效忠, 而是基于一种/ 社会契约<sup>0</sup>理论, 即人们为了有序生活, 在合作的基础上实现互惠互利, 将自己的一部分/ 自然权利<sup>0</sup>转让出来, 组成政府; 政府基于这种授权行使管理权, 民众在授权范围内服从政府管理; 政府必须依照授权/ 契约<sup>0</sup>行使权力, 否则, 民众有权拒绝服从, 甚至有权推翻政府。以宪法为核心的公法便是这种/ 社会契约<sup>0</sup>的集中表现形式。遵守这种/ 社会契约<sup>0</sup>构成现代法治的重要内容。韦伯认为, 这种科层制权力体制的理性化程度高于传统合法性权威的家长制或/ 克里斯玛<sup>0</sup>(charisma)的个人权威。<sup>ρ</sup>但是, 在政治权力的配置与运行机制方面, 行政系统内部的文官制实行一种依循规则

<sup>φ</sup> 前引1462。

<sup>ρ</sup> [德]黑格尔:《法哲学原理》6, 范扬、张企泰译, 商务印书馆1982年版, 第309页。

<sup>ρ</sup> 前引1352, 奥肯书, 第21页。

<sup>ρ</sup> 参见M1Weber, *Economy and Society: An Outline In terpr etive Sociology*, transl by El Fischhoff et al, University of California Press, 1978, pl 9541

的科层制非人格(impersonal)管理,表现为上下级的命令)服从关系。<sup>p</sup> 20世纪以来,伴随着政府加强对经济和社会生活的干预,以科层制为特征的现代行政管理体制得到了进一步强化。立法机构是民选机构,被视为表达民意的/圣坛<sup>0</sup>和现代民主的核心体制。但是,伴随代议制的蜕变,代表日益脱离选民,逐渐成为职业化的官僚政客,成为某些利益集团的代言人。在独立行使审判权的司法领域,内部管理也明显表现出权力的等级关系,而20世纪以来行政权对司法的渗透与侵蚀,更加重了司法权的政治化色彩。这种科层制的权力结构虽然受到法律的限制与约束,并彼此形成某种制约关系,但仍然在某种程度上具有前现代社会特权身份制、官僚体制的特征与气质,人们所处的权力等级标示其身份,而这种身份又标示着人们在权力关系中的不平等地位。在非西方社会,步入现代化很大程度上是在西方列强的威逼和压力下匆忙做出的选择,在缺乏某些条件的情况下盲目模仿西方的民主与法治,其效果自然不佳。在这些国家,传统的权力关系以新的形式继续支配着社会关系,政治权力的等级性与官僚化程度,与西方国家相比,更有过之而无不及。

在社会领域,各种社团原本是市民社会自我组织的公域,但为了能够形成规模,与私人企业相抗衡,并对国家立法和政治决策产生强有力的影响,其权力也日益集中。它们逐渐以垄断组织的形式,限制代表渠道;以等级的科层管理体制,取代权力分享的民主制;以对国家政治权力及其决策的依附,代替依赖成员的自愿协议。这种蜕变的典型组织是西方国家的工会,<sup>p</sup> 理论上的典型表达是法团主义(corporatism)。<sup>p</sup>

在日益走向管理集中化与经营规模化的私人企业中,出于效率的考虑,采用了与国家行政体制同构的管理模式)))科层制:上、下级命令)服从的权力关系,构筑了现代企业权力等级的金字塔。在股份制企业,分散的小股东的权力微弱乏力,他们面临的选择是要么退出,要么服从大股东的操控。所有权与实际控制权的分离,使得公司的命运往往实际上操之董事和经理等这些代理人的手中,而首席执行官(CEO)职位的出现,标志着某些企业的管理权力的进一步集中。在企业/王国<sup>0</sup>中,经理实际上是/无冕之王<sup>0</sup>,所有管理人员都要绝对服从他(她)的权威,处在各科层的其他管理人员也根据其等级身份指挥下级,服从上级,毫无民主可言。至于企业中普通工人、雇员的地位和命运就可想而知了。

总之,在现代社会,无论是在政治国家层面的公域,还是在市民社会层面的私域,都贯穿着权力关系,而且,权力关系一直成为一种支配性的社会关系。市民社会组织的官僚化和权力的等级化,以及由这些等级的权力组织所制定的大量管理规则,对于组织内部的人员实际上具有准法律的效力;大型企业组织,特别是大型跨国企业组织,还以其经济实力不择手段地对国家立法施加影响,促使国家制定对其有利的规则。这导致了所谓/私法的公法化<sup>0</sup>。<sup>p</sup>

<sup>p</sup> 韦伯对这种管理曾予以详细分析,他关于现代科层制管理特点的论述,参见前引1512,MI Weber书,pp1956)9581关于科层制的论述,也参见[法]米歇尔·克罗奇埃:《5科层现象6,刘汉权译,上海人民出版社2002年版;[美]彼得·布劳、马歇尔·梅耶:《5现代社会中的科层制6,马戎等译,学林出版社2001年版;[比利时]厄内斯特·曼德尔:《5权力与货币:马克思主义的官僚理论6,孟捷译,中央编译出版社2002年版。

<sup>p</sup> 关于工会蜕变成官僚化的垄断组织,参见贝尔对美国工会的分析。前引1322,贝尔书,第230页以下。

<sup>p</sup> 国内社会学界将/corporatism<sup>0</sup>译作/法团主义<sup>0</sup>,关于这方面的新近介绍性研究,参见张静:《5法团主义6,中国社会科学出版社1998年版。

<sup>p</sup> 前引162,Unger书,pp180)2061

另一方面,政府通过法律对经济、社会和文化的积极干预,搅扰了市民社会的自治,导致了所谓“公法的私法化”<sup>♯</sup>和/生活世界的殖民化<sup>♯</sup>。上述现象从两个维度破坏了平等的社会关系,强化了等级制权力关系对社会关系的控制与支配。

在这种科层制的权力网络中,上、下级之间是一种命令)服从关系:权力等级越高,地位也就越高。这在行政、司法与私人企业组织的权力体系中表现得尤为明显。处在权力等级底层的民众,实际地位之低是有目共睹的事实。现代法律所赋予他们的主人地位,在现实的权力关系中已被消解殆尽。由此可见,现代社会仍然存在等级身份,与特权身份制不同的是,这种身份制以契约为纽带,具有了某种隐蔽的特征和/自愿<sup>♯</sup>的外观。但现实中,权力仍然呈现一种等级制的组织结构,不同等级中的人们仍然不平等。这种契约身份制的权力关系渗透到政治、经济以及文化等一切领域,支配着社会关系的方方面面。

总之,在现代社会,权力关系与金钱关系成为支配性社会关系,它们互相渗透,彼此交换,成为现代社会关系中的双重铁幕,其他诸如爱情、友情、信仰、爱好、情趣等非利害性社会关系要么被边缘化,要么被/殖民化<sup>♯</sup>。现代法治以其形式理性确认并维护这种金钱关系。在权力关系上,现代法治可谓是双刃剑:一方面试图规范、限制公权力,但同时又赋予公权力以合法性,这在宪法和行政法中体现尤为突出:例如,借助宪法授权和行政立法,政府行政权力的扩张获得了合法根据。至于企业、公司等私域的权力,则很大程度任凭市场中的人们自由博弈,其优胜劣汰的结果自然会导致以强凌弱。我们发现,在这种金钱关系与权力关系的双重统治下,不禁使人想起了卢梭的名言:/人是生而自由的,但却无往不在枷锁之中。自以为是其他一切的主人的人,反而比其他一切更是奴隶。<sup>♯</sup>

当然,在现代社会,尤其是在国家存在的条件下,试图彻底消除等级制的权力关系,显然是不切实际的幻想。我们所探讨的可能性并非是彻底消除权力关系,而是能否通过对现代社会关系的整合,使非权力和非金钱关系得到充分发展,使权力关系在各种社会关系中处于非中心的位置,从而真正实现社会关系的多元化?

### (三) 结构整合

人类像其他社会性动物一样,在群中组织生产、安排制度和调节生活。我们把由此形成的组织结构称作社会结构。社会结构与社会价值、社会关系一道构成社会系统,其中人是系统中的主体。如果社会结构可比作系统的/硬件<sup>♯</sup>,社会价值则是系统的/软件<sup>♯</sup>,而社会关系则是连通/软件<sup>♯</sup>与/硬件<sup>♯</sup>而形成的网络。

其他社会性动物(如蜜蜂、蚂蚁等)的/社会组织结构<sup>♯</sup>基本是其遗传本能的产物,如果说结构上有某种变化,其变化也极为缓慢。人类的社会组织形式,一方面是人们在适应特定环境的交往互动中自发形成的,同时,作为具有反思和丰富想象力的人类,还能借助对经验的总结和对理想的追求,有意识地调整和变革社会结构。

在这种双重因素的互动之中,历史上,人类社会结构总体上呈现为三种形态:一是氏族社会中血缘身份制的平等结构;二是国家产生以后到现代社会之前特权身份制的等级结构;

♯ 前引162, Unger书, ppl 180) 2061

♯ JH Habermas, *The Theory of Communicative Action*, Vol 2, trans by Tl McCarthy, Beacon Press, 1987, ppl 347) 350l

♯ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1990年版,第8页。

三是现代社会契约身份制的形式平等的等级结构。

关于氏族社会的结构,上文已经论及。伴随生产力的提高,剩余产品的出现,以及人的主体意识的萌发,浑然一体的社会开始分化:主体与客体渐趋分离,人我界限日渐分明,公私观念不断强化,权利义务关系日趋紧张。为了缓和冲突,解决纠纷,维持秩序,结构化的公共权力便应运而生,其核心是凌驾于社会之上的国家。在政治层面,国家几乎垄断了所有重要的公共权力,并以政府、军队、警察、监狱、法庭等结构化的官僚组织形式统驭社会。在社会层面,自发形成的民间组织如教会、行会及学会等社团,在发展中逐渐形成了准官僚组织的结构。在纯属私域的家庭或家族中,也形成了等级制的权力结构。总之,在这个历史时期,无论是国家层面的权力,还是社会层面的权力,抑或纯属私域的权力,都以特权身份制的特权结构为特征。法律确认并强化了这种等级结构。与氏族社会的平等结构相比,特权身份制的等级结构包含了较多人为的因素。

在特权身份制的等级结构下,自然无真正的公平可言,效率也处于不稳定的状态;自由受到压抑,群合是建立在高度强制的基础之上。基本价值天平严重失衡致使秩序的正当性严重缺失。后来,这种社会结构被现代的社会结构所代替:在政治领域,专制主义的等级特权结构被打破,代之以民主的宪政体制;在市民社会的私域,行会等公开不平等的身份制结构被打破,代之以通过自愿协议组成的权利平等的社团;在纯属私域的家庭,传统的父权和夫权结构被打破,代之以权利平等的新型家庭结构。

显然,现代社会废除了公开不平等的特权,将权力关系建立在契约基础之上,即政治权力关系建立在/社会契约0之上,经济权力关系建立在民事契约基础之上,弱化了权力关系的强制性,使之具有了自愿的结构外观和自由的精神气质。但是,在契约背后,这种权力关系仍然结构化为等级制的结构。政治权力的等级结构明显可见,并伴随政府干预的加强而不断强化。随着大型垄断企业组织的形成,经济权力中的等级结构表现出与政府组织同样的特征。这种旨在追求管理效率的契约身份制等级结构,背后仍然隐含着不公平,不仅钳制了自由,也妨碍了自愿群合。

以上分析表明,现代法治的价值不是孤立存在的,而是现代社会基本价值的体现,并型塑于现代社会关系与社会结构。因而,试图消解现代法治的内在冲突,仅仅依赖法治本身的调整和改革远远不够,必须对现代社会基本价值取向、社会关系以及社会结构进行整体性的适当调整。当然,这并非完全否定现代社会价值、关系和结构的相对合理性,而是旨在通过上述调整,使现代社会的秩序及其法治具有更充足的正当性。这种立场既区别于迷恋过去的传统主义,又区别于臆想未来的理想主义;既区别于安于现状的/现实主义0,又区别于刻意解构的后现代主义。

那么,调整后的社会系统会发生怎样的变化?这些变化对法治的正当性会产生何种影响?是否存在某种具备更充足正当性的法治模式?

## 四、走向共同体法治:一种构想

### (一) 社会共同体

历史上,许多理想主义者都表达了对现实社会的强烈不满,无情地揭露、批判了当时社会的种种弊端与罪恶,并构想、设计了超越现实社会的理想方案,其中一些人甚至进行了大

胆试验。无论是柏拉图的/理想国<sup>0</sup>, 还是莫尔的/乌托邦<sup>0</sup>; 无论是基督教的/千年王国<sup>0</sup>, 还是康有为的/大同世界<sup>0</sup>, 都属于这类理想方案。对于这些方案的利弊得失, 学界早有详细评说, 这里只想指出两点, 第一, 任何理想方案只能从社会现实中寻求, 而不应建立在外世桃源之类的虚幻想象基础之上; 第二, 对现实社会的任何超越都必须立足现实, 理论上可能的世界并不等于现实可能的世界, 局部经验的成功并不一定具有普适性。因此, 任何脱离现实的超越, 理想的翅膀飞翔越高, 实践中可能跌得越重。

还必须强调指出, 任何理想的社会方案都必须考量人的需求的多样性。如果人们的需求(包括生理、利益、信仰、爱好、情趣等)是共同的, 就可能存在对每个人来说都是最佳的社会安排和最好的生活方式。如果人们的需求存有差异或偏好, 那么, 就不可能存有某种对所有人来说都是最佳的社会安排和最好的生活方式。<sup>p</sup> 历史上, 各个社会试图通过经济、政治、法律、宗教、文化等体制或意识形态统合或消解差异或偏好的努力, 都没有获得完全的成功; 各种适用于全人类的统一理想方案也都在现实中纷纷碰壁。虽然人们具有某些基本共性, 但是, 人们在生理、利益、信仰、爱好或情趣等方面存在明显的差异; 虽然人们有某些共同的基本需要, 但是, 每个人可能会表现出对不同需要的偏好。如果承认上述差异或偏好, 人类秩序就应尽量避免扼杀具体的差异或遏制个体的偏好, 而应致力于寻求一种能够有利于各种差异并存、各类偏好共容的秩序类型。然而, 现代社会统一的社会结构、社会关系和价值取向却试图通约人们的价值、消弭个体的差异, 遏制个人的偏好, 由此造成诸多社会冲突。这些冲突对现代社会秩序构成了严厉挑战。

为了消解基本价值紧张关系, 缓解各种社会冲突, 寻求一种更具正当性的社会秩序, 我们也许有必要考虑某种新型的社会组织形式, 其中可供选择的思路之一是由人们根据自己的利益、信仰、爱好或情趣等自愿组成社会共同体。

社会共同体是一种社会组织形式。19世纪德国社会学家滕尼斯对共同体曾经进行过系统研究。他认为: / 共同体是持久的真正的共同生活, , 应被理解为一种生机勃勃的有机体。<sup>0q</sup> 当代英国法社会学家科特威尔试图通过组建共同体来消解现代西方法治的冲突。他认为, 现代西方法治的冲突主要是源于现代法的内在冲突, 这些冲突表现为秩序与正义之间的冲突, 意志与理性之间的冲突, 以及主权国家强加的等级结构的统治权与成员以协议和以价值共识为基础的合作性社会共同体之间的冲突。消解冲突的方式是建立各种以信任为基础和以道德或价值共享为纽带的社会共同体。通过社会共同体之间以及它们与国家之间的良性互动, 通过官方法与共同体民间法的良性互动, 消解法律内部的价值冲突。<sup>q</sup>

社会共同体作为一种个人自由与群落的统一体, 既不同于散在的个人集合, 也不同于松散联系的临时性人群聚合, 它是具有内聚力的一种较为持久的社会组合。滕尼斯将共同体分为三类, 即血缘共同体、地缘共同体和精神共同体, 并认为精神共同体/ 可以被理解为真正人的和最高形式的共同体<sup>0</sup>。<sup>ψ</sup> 实际上, 共同体的范围远远超出这三类, 例如中世纪西欧的行会, 多以

<sup>p</sup> 对此, 诺齐克早有系统论述, 参见[美]罗伯特·诺齐克: 5 无政府、国家与乌托邦, 何怀宏等译, 中国社会科学出版社1991年版, 第308页以下。

<sup>q</sup> [德]斐迪南·滕尼斯: 5 共同体与社会)) 纯粹社会学的基本概念6, 林荣远译, 商务印书馆1999年版, 第54页。

<sup>q</sup> RI Cotterrell, Lawps Community: Legal Theory in Sociological Perspective, Clarendon Press, 1995, pp1 315) 3371

<sup>ψ</sup> 前引1 602, 滕尼斯书, 第65页。

共同利益为基础,便超出了这个范围。我们可按不同标准对共同体进行划分:按照规模大小,可分为家庭共同体、氏族共同体、部落共同体、国家共同体、跨国家共同体以及国际社会共同体;依照聚合的内在要素,可分为血缘共同体、民族共同体、种族共同体、利益共同体、信仰共同体、爱好共同体、情趣共同体、地域共同体等;基于承担的功能,可分为政治共同体、经济共同体、文化共同体、宗教共同体、伦理共同体以及法律共同体等;根据是否出于个人自愿,可分为自愿共同体与非自愿共同体。由此可见,共同体是一个具有广泛包容性的概念。

### 11 道同而谋:自愿共同体

如上所述,人们在生理、信仰、利益、爱好或情趣等方面存在较大差异。无视这些差异,试图以整齐划一的价值、规则和体制将人们打造成/标准化产品0,无疑会压抑个性,扼杀多样性,遏制创造性。即便确实存在一个最好的世界,但是,/所有可能世界中对我最好的世界,将不会是对你最好的世界0;/在所有我能想象出来的世界中,那个我最愿意居住的世界,将不会恰好是你将选择的世界。0<sup>¶</sup>再退一步讲,即使大多数人在所有方面需求都是共同的,存在差异的是极少数,出于对人权的普遍保护,我们也不应无视他们的需求,也不应像功利主义所主张的那样,为了实现/大多数人的最大福祉0而置少数人的权益于不顾。另一方面,人作为一种社会动物,必定要生活在特定的关系中,个体的自由在群体的互动中得到保障,个体的生活在社会的关联中获得归属感,个体的生命在社会和文化的认同中共享意义感。既然个人无法摆脱社会而独立存在,独往独来,那么,随之而来的问题就是,什么样的社会组织形式既能最大限度地确保个人自由,又能最行之有效地维持群体互惠合作?显然,并非所有社会共同体都能负载这项使命,一切非自愿共同体无法确保个人自由。这样,我们便把目光转向自愿共同体。

相对于非自愿共同体,自愿共同体是在自愿群合基础上形成的一种社会组织模式。正是在这个意义上,马克思和恩格斯认为非自愿的共同体不是真正的共同体,作为非自愿共同体的国家是一种/虚幻的共同体0、/冒充的集体0,<sup>¶</sup>而共产主义社会的/联合体0,才是一种真正的自愿共同体。不过,这种自愿共同体须以理想的物质条件为基本前提。英国学者泰勒所提出的共同体概念,已具有了自愿的特征:(1)成员享有共同信仰和价值;(2)成员间的关系是直接的和多面的;(3)成员之间的关系在严格意义上是互惠的,即成员之间共享、不计功利以及互助。<sup>¶</sup>但这种共同体模式只限于规模较小、成员关系较为固定的共同体,无法成为具有普适意义的社会组织模式。哈贝马斯的沟通共同体虽然突出强调成员的自愿参与、平等对话和自由沟通,但它是指非实体性的、联系松散的沟通网络,<sup>¶</sup>不是真正意义上的实体性共同体。科特威尔主张信任作为共同体的基础,<sup>¶</sup>这使他构想的共同体也具有了自愿的特性。但是,这一前提条件过于严格,许多共同体(例如利益共同体)很难建立起来真正的

¶ 前引1 592, 诺齐克书, 第 308 页以下。

¶ 5 马克思恩格斯全集6 第 3 卷, 第 83 页以下。

¶ Ml Taylor, *Community, Anarchy and Liberty*, Cambridge University Press, 1982, ppl 25) 331

¶ JI Habermas, *Between Facts and Norms (Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy)*, transll by Wl Rehg. Polity Press, 1996, ppl 402) 4071

¶ 1 682 这体现在他的共同体概念中:/ 共同体可被理解为人际高度互信而结成的社会互动型式。0前引1 612, Cotterrell书, pl 3321

信任关系。诺齐克将共同体设想为一种乌托邦结构,在这种/乌托邦中,将不是只有一种共同体存在,也不是只有一种生活方式<sup>0</sup>;乌托邦将由各种乌托邦组成,其中有许多相当歧异的共同体,在这些共同体中,人们在不同的制度下过着不同的生活。<sup>0</sup>他还进一步指出,共同体基于人们的/自愿联合<sup>0</sup>;人们可自由组建、加入或退出。<sup>1682</sup>可见,在诺齐克的思考中,共同体是实体性的社会组合,并具有了自愿性质,/乌托邦<sup>0</sup>一词也被赋予了积极意义。从寻求具有充分正当性秩序的角度讲,诺齐克所构想的作为乌托邦结构的自愿共同体,确是/一种令人振奋和鼓舞的理想<sup>0</sup>。<sup>9</sup>

基于以上论述,我们可把自愿共同体的基本特征概括如下:(1)以成员的自愿协议为基础;(2)向所有人开放,成员可自由加入、退出;(3)成员间/道同而谋<sup>0</sup>,互惠合作,相互认同;(4)所有成员地位平等,管理者由直接选举产生,并可依一定程序及时撤换;(5)事关共同体的一切重要事务都由全体成员讨论,在程序化的平等协商、自由沟通的基础上,做出决定;(6)所有决定都对全体成员公开,随时接受成员的建议与批评。

对上述概括需做以下说明:第一,所谓/道同<sup>0</sup>是指具有共同利益、信仰、爱好或情趣等。人们道不同,不相为谋;/同道相谋<sup>0</sup>,组成共同体,并在交往互动与互惠合作中实现利益追求,获得群体归属感,分享生命意义感。此外,个人通过参加共同体,与他人合作,可以实现/道同互助<sup>0</sup>,从而获得群体力量的支持。在这方面,工会、妇联、残联、教会等共同体提供了成功的范例。第二,自愿共同体是自我组织的群合,它们基于利益、信仰、爱好或情趣等组成,有各种各样的名称,大小不一,形式多样,可以是一个村社,也可以是一个城镇社区;可以是一个律师协会,也可以是一个球迷协会;可以是一个环保组织,也可以是一个和平组织;可以是一个宗教组织,也可以是同性恋组织;可以是一个欧盟那样的跨国家共同体,也可以是基于条约或协定而形成的国际社会共同体,一个人可以加入一个共同体,也可以同时加入数个共同体;在不同共同体中,他的不同层面的多样需求能够得到满足。第三,自愿共同体具有一定的组织结构;管理者通过选举产生,有一定的任期限制;重要事务通过全体成员协商决定。这种共同体通常有规章和制度,而这种规章制度就是共同体的法律。这种法律的强制性与国家法律的强制性不同,它在性质上是建立在自愿基础之上的自律性约束,不同意这些约束,人们可不加入或随时退出该共同体。

随之而来的一个问题是,对于规模较大尤其是跨地区、跨国家的自愿共同体来说,无法进行面对面直接交往沟通,在此情况下,如何能够实行直接选举?如何能够在信息对称的基础上进行平等协商?如何确保所有成员都能够参与共同体重要事务的决策?关于诸如此类的问题,过去一直没有找到切实可行的解决办法。实践表明,无论何种形式的共同体,只要在人数上达到一定规模,或在空间上超过一定距离,都无法通过直接民主的方式进行管理,也无法保证平等协商和自由沟通,不得不通过代议制的形式做出决策,并授权科层制的等级体制进行管理。其结果,共同体中的人们仍然无法摆脱等级科层制的统驭和操控。

幸运的是,当代通讯工具的改进,特别是计算机网络的迅速发展,似乎为解决这一难题提供了技术性的契机。计算机网络的广泛使用和发展,不仅为人际联系提供了便利的媒介,而且为远距离的交流提供了迅捷的载体。借助互联网,规模较大或距离较远的共同体成员,

<sup>9</sup> 同上书,第330页。

可进行直接联系与交流,包括交流内部和外部信息,自由商讨共同体事务,制定活动计划和方案,确立和改进协商程序与规则,进行直接投票选举,评估管理业绩及其他事项等等。计算机技术与网络系统的迅速发展及普及,更便于人们获取信息、交换意见、交流思想,从而更便于实行直接民主的参与管理。至于计算机与网络本身存在的缺陷,可通过技术的改进逐渐得到解决;网络中虚假的信息或可能出现的其他负面因素,可通过公开的讨论、批评机制以及共同体的自律性规范加以抑制和消除。

自愿共同体是一种社会组合。借助这种组合形式,人们可以进行互助合作、互动参与以及互惠交流;可以进行平等协商、及时沟通以及自由讨论。通过这种合作、参与、交流、协商、沟通和讨论,共同体成员能够获得集体协作的力量感、社会管理的主人感、群体生活的归属感、特定价值的认同感、生活意义的共享感以及真实自我的实现感。同时,这种组合是完全基于个人的自由选择、自主决定,人们只服从自己施加的限制与约束,并且可自由进出。因而,每个人又都保持充分的独立和自由。这种共同体能够最大限度实现人际协调和个人与群体之间的良性互动,从而实现个人自由与群体合作的有机统一。

虽然效率导向的利益共同体会继续存在,但是,大量基于信仰、爱好或情趣等非功利性自愿共同体会得到鼓励和发展,而这会消解效率在现代社会价值中的中心地位,将拥挤与拼搏在效率狭路上的人们疏散开来。在非功利性自愿共同体中,人们在能够维持基本生活条件的情况下,旨在寻求心性充盈、精神满足和情趣愉悦,从而尽情地享受生活,体验生命,感受自然。在共同体内部,每个成员都会受到平等对待,因为那里不存在等级特权。如果某个共同体出现不公平的格局,多数成员会以脚投票,退出该共同体,而这将导致该共同体的自然解体。这样,效率与公平之间的紧张关系可得到实质性的缓解。

这种自愿共同体的形成与发展,会对现代社会关系发生重要的影响。在大量非功利性自愿共同体中,人际交往是旨在促进互相理解与彼此认同,加强互惠合作与团结互助,不再受功利性金钱关系的支配。自愿共同体的平等参与机制和开放机制,足以弱化现代社会中实际存在的等级权力关系。这种自愿共同体的发展,会改变传统社会与现代社会的基本结构。如上所述,无论是特权身份制的传统社会,还是契约身份制的现代社会,其共同特点是人们存有标示着社会等级的身份差别。不管身份建立在何种基础之上,也不管身份是公开的还是隐蔽的,是固定不变的还是变化流动的,只要身份实际上与等级的权力相关联,个体的自由就无保障,实际的不公平和不平等就不会得到有效抑制。自愿共同体能消除任何官僚制或科层制等级权力结构,呈现出一种扁平的或平面的社会组织模式,如果说身份还继续存在,那么,它的含义已经发生了根本变化:它不再标示人们的社会等级,而只具有标示共同体成员体貌、性格、情趣、偏好等特征的意义。由此,在自愿共同体内部,统治与被统治、命令与服从的对立已不复存在。

## 21 道并行不悖:社会多元

人们不禁要问,这种自愿共同体之间是否会存有冲突,倘若回答是肯定的,如何解决共同体之间的冲突?首先,共同体就本身事务享有高度的自主与自治权,但要服从一个限制,即不得妨害、侵犯其他自愿共同体、个人或组织的权益。如果发生这种冲突,首先应通过协商解决。如果协商不能达成一致意见,则交付国家或国际社会共同体进行公正的裁决。由此,便引出了共同体与国家、国际社会的关系问题。

尽管个人、社会共同体以及国际组织<sup>①</sup> 等对国家主权的制约日益增加,但世界各国发展极不平衡,国际政治、经济及军事竞争十分激烈;在一个国家内部,民族、种族、宗教、文化等方面的隔阂、歧见与冲突明显可见。在未来相当长的时间里,国家仍然会继续存在。这就提出了一个问题,即在国家存在的条件下,自愿共同体与国家会是怎样一种关系?大量自愿共同体的存在,可能会弱化国家的权力。但是,国家权力的强大并不等同于国家强大。一般说来,与民主制下的国家权力相比,专制极权体制下的国家权力更显强大,但专制国家并不比民主国家更强大。一个社会可分为公域与私域。在公域中,包括属于国家权力管理范围的公域与个人联合组成的公域。自愿共同体属于后一种公域。这种公域的存在与发展,可通过自愿群整合社会:它把分散的个人联合起来,借助平等协商和自由讨论的决策程序,达成基本共识,然后把这种体现他们意志与愿望的共识集中输入到属于国家权力范围的公域,再通过协调、论证的过程,将其中的合理意见与建议输入到国家的立法、行政决策与司法中去,然后由国家回馈社会。通过这样一个过程,可以实现私域与公域良性互动,国家权力范围内公域与非国家权力(主要是自愿共同体)范围内公域的良性互动。非国家权力公域的大小,通常反映了一个社会的民主发达程度,当国家权力范围内的公域完全消解在非国家权力的公域之中,民主便得到了最大限度的体现。反之,当一个社会的公域和私域完全由国家权力垄断,其民主即便存在,也极其有限。

当然,自愿共同体也可能与国家利益发生冲突。如果发生这种情况,首先要对国家利益的性质与范围进行充分讨论和适当界定,然后就特定共同体的行为是否有损国家利益进行广泛讨论。通过讨论和论证,各共同体之间以及共同体与国家之间达成共识,至少达成合理妥协。

此外,不能设想所有的社会成员都一定会加入自愿共同体,即便在一个共同体成为主导社会组织形式的社会,也还会存在不属于任何共同体的个人。同时,也可能存在非自愿共同体以及非共同体性质的社会组织。但是,由于自愿共同体能够最大限度地消解自由与群合的紧张关系,并能够使效率与公平的紧张关系得到实质性缓解,伴随民主的发展,它将成为人们乐于接受的政治管理模式与社会组织形式。

有人也许要问,大量非功利性自愿共同体的成员如何获得维持生计的基本物质条件?首先,以信仰、爱好或情趣为基础的共同体虽然不以利益为主要追求目标,但并不意味着共同体成员完全鄙弃和拒斥任何物质利益,而只是意指他们已不再把追求现实物质利益作为首要目标,更重视非功利性需求的满足。这些共同体的成员如果能把非功利性追求与谋生相结合(如文体爱好者从事有报酬的表演等),无疑更好。但如果不能做到这一点,他们仍须从事满足谋生基本条件的劳动。在能够保障生活基本条件的前提下,他们将更多地关注并从事自己所真正热爱的非功利事业。其次,社会保障制度以及各种基金的设立和扩展,能够为社会成员提供基本的生活条件,使人们能够有更多的机会从事非功利性事业,而无须在效率轨道上角逐永无止境的物质利益。那些更看重信仰、爱好、情趣的人们,物质方面享受的某些缺憾可从非功利性的精神追求与情趣满足中获得补偿。最后,现代科技,特别是高科技的发展,使社会生产力空前提高,单位时间的劳动报酬也大大增加。人们通过一小部分时间的有效劳动,能够获得用以维持生计的适当报酬,这使他们在其余大部分时间从事非功利性

① 如联合国组织、欧洲联盟、世界贸易组织、国际货币基金组织和世界银行等。

的活动成为可能。

## (二) 具有充分正当性的秩序: 共同体法治

上文描述了自愿共同体的基本特征和结构形式,分析了共同体之间的关系以及它们与国家等非自愿共同体之间的关系。现在我们拟对自愿共同体的治理模式进行讨论。

自愿共同体实行高度自治,只有涉及共同体以外的事务才与外界发生联系。自愿共同体直接民主的气质与平等协商和充分讨论的特性,使得它更有可能诉诸规则的权威:因为规则是它的成员通过协商与协调达成的意志共识,是在特定情境下人们根据需要针对面临的问题所形成的解决办法,其中某些禁则与制裁是经每个成员同意所自我施加的限制与约束。对于虚假信息的误导、意识形态的操纵以及个别管理者或成员的不当影响,除了规则形成过程中某些程序机制的制约之外,成员可采取各种方式进行批评,并可/以脚投票0的方式作为最后抗议。自愿共同体如此形成的这些规则就是他们的法律。对于这种法律,每个成员既都是立法者,同时又都是守法者。如果共同体内部成员之间以及不同共同体成员之间发生冲突与纠纷,主要通过协商、调解和仲裁的方式加以解决,只有在协商不成或事关国家整体利益的情况下,才诉诸国家的正式司法。制裁手段更多地是诉诸民事的和行政的,而刑事制裁的范围、种类和强度将大大减少。现代社会的许多犯罪与纠纷都源于利益冲突,大量非功利性自愿共同体的存在与发展,将弱化的人们的逐利意识,基于利益的冲突可能随之大大减少,与此相关联的纠纷和诉讼也将随之大大减少。

由此可见,作为自我立法模式的自愿共同体法律是一种最具正当性之法;与现代法治相比,自愿共同体的法治是一种正当性更充足的秩序。

自愿共同体的法治对所有成员完全开放,规则不再仅仅是由一部分成员(如社会精英)制定然后强加给整个社会的官方规则,而主要是共同体所有参加者的自我立法;规则不再仅仅是高度技术化的/行话0,而主要是成员自己能够理解的生活话语;程序也不再仅仅是由职业人士操纵的神秘/魔法0,而主要是成员同意并熟知的协商或调解过程;法律不再仅仅成为一个人封闭的领地,而是向所有人开放,与人们日常生活中的道德情感和正义观念融为一体。

这种法治是共同体内生的,不是等级的权力体制自上而下从外部强加的。共同体成员在形成他们的法律时,定会将它们的信仰包含其中,定会将它们对生活与生命意义的理解包含其中。因此,这种法治下的法律不仅是人们的行为规则,也是人们的生活与生命意义的载体。这种法律是人们自己制定的规则,表达的是自己的意志、愿望与要求,其中某些禁则也是为了实现互惠合作而自我施加的限制与约束,遵守这样的规则不会有受迫压抑之感。如果说共同体仍然存在刑罚,那种刑罚也是一种合乎人性的刑罚,因为/在合乎人性的关系中,刑罚将真正只是犯了过失的人自己给自己宣布的判决,谁也想不到要去说服他,使他相信别人加在他身上的外部强力就是他自己加在自己身上的强力0。<sup>v</sup>

在这样的法治中,人们不会感到法律的束缚,因为人们意识到,只有服从这种自我约束,互惠合作才能存续,个人自由才能得到保障。人们不会对法律感到陌生,因为这种法律是从生活中生发、成长起来的规则,是一种名符其实的/民法0;人们更不会对禁则与制裁感到恐惧,因为人们事先已同意接受这些禁则与制裁的后果。与国家体制下的现代法治相比,这种

v 5 马克思恩格斯全集6第2卷,人民出版社1957年版,第229页。

法治中的法律如同在日常生活语言中发展起来的/语法0一样,是人们行为与观念的理性结晶,是外在行为规则与内在信仰的统一。只有这样的法律才能真正成为人们信仰的法律,因为这样的法律既区别于自上而下强加的/官法0,也不同于自外输入的/洋法0,它生发于特定共同体中人们的信仰,本身就是信仰的结晶和密不可分的组成部分。由此现代法治中的内信与外迫的冲突得到了消解。

这种法治也能消解现代法治中确定与无常之间的冲突。自愿共同体的法治,寻求的不是绝对的确定性,而只是情境化的确定性,即共同体的法律相对于特定情境是确定的。当情境发生变化,相关人们能够根据情势的变化调整规则,使规则与情境相一致。在对变化的情势做出法律回应时,这种回应一定包涵相关人们的特定经验,而这种经验本身又是传统的组成部分。这样,现实的法律是传统的延伸,但又不完全拘泥于传统;未来法律是现时的延伸,但又不完全羁縻于现时。由于规则是从日常生活中自然生长起来的/生活语法0,生活于特定情境中的人们对这种/语法0规则的含义烂熟于胸,了如指掌。即便出现了意想不到的突发情况,特定情境中的人们也能通过平等协商、自由沟通和充分讨论做出及时的法律回应。这样,/确定0由于被置于特定的情境中,获得了适当的变通;/无常0因为情境化的协商和讨论机制,变得较为易于应对。

同时,与国家这种高度复杂的、异质的社会组织模式不同,每一自愿共同体内部结构都很简单,在价值取向上同质性更高,人们通常是基于某种价值的认同或偏好而组合在一起。对于该共同体来说,体现这种价值共识的法律具有真正的普适性。换言之,自愿共同体的法治寻求的不是国家法模式那样跨民族、种族、宗教以及文化的广泛普适性,而是适用于本共同体全体成员的特定普适性。这样,自愿共同体的法治便能够避免现代法治中普适与特惠之间的冲突。

自愿共同体的法治也可以消解规则与事实的紧张关系。因为在这种共同体中,规则是从具体的生活事实中产生的,而不是从外部强加的。每个自愿共同体由于价值取向存有同质性,所面对的事实通常较为简单。生活其中的人们熟悉自己的生活事实,他们根据这些事实平等地参与规则形成过程,通过民主协商和自由讨论,能够制定出与事实相符合的规则。如果事实发生了变化,人们也能够及时调整规则,回应事实的变化。在自愿共同体法治中,事实是规则的母体,规则是事实的体现;事实是规则的土壤,规则是事实的苗木。事实与规则一道构成人们的生活方式。当然,与规则相比,事实的变数较多,因此,规则与事实之间仍然会存有某种张力,但共同体法治将会最大限度消解现代法治中规则与事实的冲突。

读了以上描述之后,人们也许会产生这样的疑问:自愿共同体法治是否仅仅存在于理想之中,而无任何现实可能性?如果是这样,笔者所探讨的新型法治秩序不过是向人们展示一个想象的乌托邦而已。实际上,历史上就存在这种自愿共同体的雏形,例如中世纪西欧的商人团体,便是以利益为基础形成的自愿共同体。它在商业实践的基础上,形成了自己的法律即商人法,并组成了商事法庭,裁决商事纠纷。<sup>v</sup> 基督教教会<sup>x</sup> 和伊斯兰教产生初期所建立

v 前引112,伯尔曼书,第406页以下。

x 参见[美]威利斯頓·沃克:《5 基督教教会史》中有相关论述,孙善玲等译,中国社会科学出版社1991年版;也参见前引112,伯尔曼书中有关论述。

的称作/乌玛0的伊斯兰公社,<sup>y</sup>最初都是以信仰为基础的自愿共同体,形成了自己的法律,并确立了裁决纠纷的机制。后来,它们都异化为与国家同构的特权身份制官僚体制。在统一的国家法模式下,仍然存有共同体的法律自治,例如,在实行普通法的英国,存在适用大陆法的苏格兰地区,美国的路易斯安那州和加拿大的魁北克省也都是普通法领土中的适用大陆法的法律共同体。在当代中国,统一的法治中存在两个高度自治的共同体)))香港特别行政区和澳门特别行政区,它们被授权适用不同于中国大陆的法律:前者继续适用深受英国法影响的普通法,后者继续适用明显带有葡萄牙法印记的法律。这两个地区在立法、司法高度自治方面所取得的成功经验,为如何协调共同体法与国家法以及不同共同体之间法律的冲突,提供了典型范例。

此外,欧洲经济共同体(欧洲联盟)基于共同的文化传统和共同的利益对各成员国法律进行了协调、整合与统一,并取得了重要进展,展现出形成一种/新欧洲普通法0(new ius commune)的乐观前景。<sup>z</sup>这暗示了超越国家主权自愿共同体法治存在和发展的可能性。还有,国际上一些和平组织和环保组织等非政府组织的大量涌现与迅速发展,为本文所构想的自愿共同体提供了令人鼓舞的现实范例。

综上所述,自愿共同体的法治是一种正当性更为充足的秩序,它能够最大限度地消解现代法治中封闭与开放、内信与外迫、确定与无常、普适与特惠以及规则与事实之间的内在冲突。

本文对自愿共同体法治正当性的论证,是从一种理论和逻辑的角度展开的,难免带有理想化色彩。显然,这种对法治正当性的追问,潜含着对人类社会秩序的终极关怀。笔者虽然对自愿共同体法治加以肯定,但并非指望所有国家和社会都立即全面共同体化。因为现代社会的不同国家或地区,在政治、经济和文化传统等方面存有重大差异,各自所处的现代法治阶段并不相同,法治的具体形态也各有特色,因此,上述关于法治的总体性分析,无意取代对特定社会法治问题的具体研究,也更无法取代不同社会中的人们根据自己的需要所做出的实际选择。这种选择是历史与现实、国内与国际等各种复杂因素交互作用的结果。

在主权国家仍然占据支配地位的当代世界,自愿共同体的自治必定会受到种种限制。尽管国际组织、全球化浪潮和非政府组织的发展限制了传统意义上的国家主权,但如上所述,国家在近期仍然不会消亡。除了对外维护安全之外,国家还担负着对内维护社会治安、组织生产、协调利益以及解决冲突等职能。在此境况下,以自愿共同体模式的法治立即取代国家模式的法治是不现实的,较为可行的思路是加强自愿共同体的自我立法,并使自愿共同

<sup>y</sup> 参见[美]希提:5阿拉伯通史6,上册,马坚译,商务印书馆1990年版;金宜久主编:5伊斯兰教史6,中国社会科学出版社1990年版,第56页以下。关于伊斯兰公社的法律可参见拙著:5伊斯兰法:传统与现代化6,社会科学文献出版社1996年版,第1章、第9章。

<sup>z</sup> 自12世纪,西欧大学的法学研究就致力于在复兴罗马法的基础上,建构通行于欧洲各国的普通法(ius commune),这种努力由于后来民族国家的兴起以及法律的民族化进程而终结。颇有意思的是,20世纪后期以来欧洲共同体的形成与发展又使这种努力重新得到了回应。伴随着欧洲共同体(现称欧洲联盟)经济、政治的一体化,各成员国的法律也开始逐步趋同,虽然各成员国的法律目前仍然存有重大差异和诸多冲突,但在商业贸易以及人权领域中的法律协调与统一工作已经取得颇为显著的成就。关于/新欧洲共同法0参见 Kjell A Møderer, / European Legal Cultures: Traditions and Cultures in Contemporary Europe, 0 in Tuuli Forgren & Martin Peeterson(edsl), Cultural Crossroads in Europe, Produktion: Ord & Fom AB, Uppsala, 1997, ppl 73) 751

体之间以及它们与其他社会组织的立法相协调,国家为这种协调提供协商和沟通平台。通过自愿共同体之间以及它们与其他社会组织之间的协商与沟通,在基本共识的基础之上,确立国家层面的以宪法为核心的基本法律,不同共同体根据这些基本法律在协商的基础上形成符合自己真实需要的具体法律。这样,就可以实现具有重要意义的转变:由政府或社会精英为民众立法转向民众自我立法;变/送法下乡0为/下乡寻法0、/送法入朝0,在协调真正来自民间的/民法0基础上形成/国法0,然后再将/国法0回馈民众,实现/民法0与/国法0的双向良性互动。实际上,我们的祖先早就提出了以民为本的民本思想,从/民惟邦本,本固邦宁0的/祖训0,<sup>¶</sup>到/天视自我民视,天听自我民听0<sup>†</sup>的主张,从老子/圣人无常心,以百姓心为心0<sup>‡</sup>的观点,到孟子/民贵君轻0<sup>£</sup>的立场,都体现了这种民本思想。在当今的民主社会,作为一切权力属于人民的民主国家不更应该/国视自我民视,国听自我民听0吗?不更应该/以百姓心为心0吗?实际上,在以民主制为基础的法治社会,/还法于民0是/还政于民0的重要体现,是民主的精髓所在。这样,在国家层面,法律能最大限度地成为私域与公域协调意志的表达,成为市民社会与政治国家协调意志的体现;在市民社会层面,自愿共同体的法律能够真正成为特定人群自己的法律。

当然,由于现代社会存在科层制的等级权力结构,由于人们的价值取向存有差异,国家层面的法律还会存在封闭与开放、内信与外迫、确定与无常、普适与特惠以及规则与事实之间的冲突。不过,自愿共同体的法治为摆脱这些困境提供了一条出路。在现阶段,通过共同体法、国家法以及国际法的多元良性互动,可以形成一种新型法治模式。在这种法治模式下,不同层面的法律/和而不同0,/道并行而不相悖0。

---

Abstract: In the modern society, the rule of god, the rule of morality and the rule of man have all gradually lost their basis, while the rule of law has become the main method for administering a country. Although the rule of law in modern time has played an important role in reducing social conflicts and maintaining social order, it is faced with the following dilemmas: closure and openness, internal belief and external pressure, certainty and uncertainty, universality and particularity, and norms and facts. The fundamental way out of these dilemmas lies in adjusting social structure, social relations and orientation of social value by building autonomous communities and moving towards the rule of law in the communities.

---

¶ 5 尚书#五子之歌6

† 5 尚书#泰誓6

‡ 5 道德经#德经6

£ 5 孟子#尽心下6:/民为贵,社稷次之,君为轻.0