

【法学研究】

论西方法治的观念基础

胡文木

(浙江省委党校 社会发展研究所, 浙江 杭州 310012)

摘要:西方法治作为一种强势文化一直倍受关注,然而,究其原因却意见纷呈。西方法治的深层根源虽然在于西欧中世纪国家和社会之间的独特社会架构——“市民社会”,但是,市民社会又是个文化范畴,它必然要受到一些“历史观念”的影响,如法律至上、自然法、人性恶、所有权等,而这些恰恰又是西方法治产生的观念基础。

关键词:法治;历史根源;观念基础;法律文化

中图分类号:D909

文献标识码:A

文章编号:1671-6248(2005)02-0063-04

Foundation in thought about western rule by law

HU Wen-mu

(The Institute of Social Development, the Party School of the CPC Zhejiang Committee, Hangzhou 310012, China)

Abstract: There comes much attention and various opinions on history source of western rule by law as a prior culture. The paper says deep history source of western rule by law lies in the separation of country with society —“civil society”. However, civil society must be affected by some history concepts owing to the character of its culture. These concepts include supreme of law, nature law, evil nature of human, ownership and so on, which form the base of western rule by law in thought.

Key words: rule by law; history source; foundation in thought; law culture

纵观20世纪全球历史发展进程,法制现代化作为一种发展态势已经成为法律发展的基本表现。但是,在不同的民族和区域,选择法律发展的过程、特点和目标却各具特色。中华民族是一个有着独特法律文明的国度,以公法文化见长的中华法系曾在世界法律文化谱系占有举足轻重的地位,然而,在传统法制向现代法制转型过程中却显得步履维艰。因此,如何建立现代法制国家以满足市场经济和民主政治发展的内在需求,应对世界先进法律文明的挑战,则成了学界一直探索的重大理论课题。众所周知,“西方中心主义”的法制现代化理论在受到“法律多元主义”理论挑战和质疑后,尤其是在西方自身制度架构和价值观念出现问题之后,已渐渐失去昔日在发展中国家法律实践中的指导地位,但这不等于

说要否认西方法律文明的优越性,相反我们在法制现代化过程中必须借鉴西方法律文明中的优秀成果,问题是如何对待和借鉴西方法制文明?笔者以为,借鉴不等于照搬,但要做到避免“拿来主义”,就必须了解西方法制文明自身的历史背景和传统文化。本文以为,“市民社会”这一独特的社会架构虽然是西方法治产生的历史根源,但是市民社会又是个文化的范畴,它必然要受到一些“历史观念”的影响。顾准先生曾经指出:“欧洲中世纪城市的兴起,更和罗马法权观念有关系。”^[1]伯尔曼教授也说:“如果没有城市法律意识和一种法律体系,那就根本无法想象欧洲城市和城镇的产生。”^[2]更何况,它们有的本身就是市民社会的观念组成部分,因为市民社会不仅包括某些结构性要素,而且还包括一些与之

收稿日期:2004-10-21

作者简介:胡文木(1971-),男,安徽芜湖人,浙江省委党校社会发展研究所讲师,主要从事法律文化和法律哲学研究。

©1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

互为表里、相互支持的价值形态或原则,它们共构成了市民社会的文化特征。对它们的了解,将会帮助我们进一步把握西方近代的“市民社会”。

一、法律至上

众所周知,经常被西方人津津乐道的一个话题是“苏格拉底之死”。苏格拉底由于“不敬国神”和“腐蚀青年”被雅典人民代表大会判处死刑,虽然苏氏也为自己无罪竭力辩护,在狱中却放弃了越狱逃生的机会。“苏格拉底之死”虽然可以演绎出不同的教育版本,但至少可以说明法律在雅典人心目中的至上地位。法律既是文化的产物,又是一种独特的文化——制度文化。因此,不同的文化支持着不同的法律,也支持着不同的法律文化观念。人类文化是多元的,不但在世界范围内,即使就一个国家来讲,往往具有多元的极不相同的文化内容。在世界文化谱系中,以中国为代表的东亚文化和以西欧为代表的西方文化在价值取向上有明显的对立性。以商品经济见长的西方文化支持了法律至上的理性。虽然这种理性在世俗生活中常受权力的干扰甚至支配,但作为一种观念,却不绝如缕,代代相传,甚至在基督教权横行无忌之际,自然法的至上性在阿奎那那儿也得到张扬。难以至上的只是人定法而不是自然法。这种观念直接为近现代资产者所接受,不仅形成了自然法至上的观念,而且产生了凡是根据自然理性和社会理性创制的法律皆为至上的传统。以农耕经济见长的中国文化,虽然也强调天理的至上性和人伦的至纯性,但法律始终是一个狭隘的领域。虽然中国古代法被称之为“伦理法”或“情理法”,但法与情的截然对立却是自古迄今的固有观念。因此,“天理”与“情理”的至上性并未衍化成世俗法的至上性,而所谓世俗法主要是众所周知的“刑”。这样以“刑”为特征的世俗法的至高无上便是不可能的,它的至上意味着暴力强制的至上,因此即使此种刑法是良好的,也难以建立起这种观念,更何况世俗的刑法往往是非理与任性的。正是在此意义上,有人把中国古代的法制形容成“以法制民”。由此可见,中西方文化的差异酿就了不同范围的两法律,也导致了法律在社会中的不同地位。在西方,法律至上渗透于伦理文化和法律文化中;而在中国法律(刑)只是保障伦理、天理的一种工具,既为工具,就难说是一种独立的实体价值系统,也就更难说其至上。

诚然,西方独特的市民社会培育了西方现代法治文明,但西方市民社会与法律发展之间一直保持

着一种良性的互动。没有对法律的信仰就很难想象市民社会在西方兴起,正如J·伯尔曼所说,11至12世纪间,近代欧洲城市的兴起包含有宗教和法律两方面的因素,“在各自都依靠共同的城市法律意识和各具特色的城市法律制度结合起来这一意义上。”^[2]这些城市也属于法律的联合体。

二、自然法

法律有好坏良善之分,法治国家的法律不仅是“法律之治”,而且更是“良法之治”。问题是区分恶法和善法的标准是什么?一个不证自明的道理,任何事物都不能自己评判自己,法律也不例外,于是在“人定法”或“实在法”之上,有了“自然法”的观念。早在古希腊,智者克里克勒就提出法律有良恶之分,并将良法的判断标准归之为自然法。而后柏拉图、亚里士多德等亦有类似的观点和看法。从历史发展来看,“自然法”可分为三个阶段,即古代自然法、古典自然法和现代新自然法。它们在内容上虽然有所差异,但却有着很大程度上的共同点:1)自然法是永恒的、不变的。2)人定法或实在法以自然法为标准。这也就是说,人定法以自然法为立法标准,只有符合自然法的规定才是真正的法,否则便是恶法,人们可以不去遵守它,这就是“恶法非法”。表面看来,在实在法之上设定一个“自然法”纯粹是主观臆造,没有任何科学依据,然而这里面却包含了一些合理因素,那就是,法的“实然”与“应然”的对立,换言之,法的理想与现实的对立。“应然法”是主体人追求自身价值和尊严的法律体现和反映,是人们根据自身的理性需要而设计的法律理想和蓝图。正因为这样,“应然法”与“人定法”之间始终存在着一定的距离,也正因为两者之间存在着一定的距离,“自然法”才得以评判和裁决“人定法”。因此,“人定法”就不再是统治者恣意妄为的产物,它必须要接受“自然法”的评判,否则人们就有反抗的权利。由此可见,这种二元的法律观,其实质是一种理性的批判精神,在近现代社会,它主要表现为对“人民主权”的捍卫和对“法治社会”的憧憬。

然而由于中国传统法理学者不能领悟自然法的精神实质,以致认为“自然法”思想是不符合马克思主义的法律观从而横加指责。其实,青年马克思对法和法律的区别本身也是一种自然法思想。在他看来,法是事物所固有的理性规律,而法律只是这种理性规律的表现形式。他指出:“事物的法的本质不应该去迁就法律,恰恰相反,法律倒应该去适应事物的

法的本质。”^[3]但是现实中的法律并不必然符合“事物的法的本质”。只有符合“事物的法的本质”的法律才是真正的法律,反之违背“事物的法的本质”的法律仅仅是形式上的法律,它本身是一种“非法”。区分真正的法律与形式上的法律,关键要看它是否承认并保障了人的自由。就是说,真正的法律是自由的肯定存在,是实现自由的工具;相反,形式上的法律是自由的直接对立面,是压制自由的手段。那么如何才能保障国家所制定的法律是真正的法律呢?马克思认为:“要能达到这一点,只有使法律成为人民意志的自觉表现,也就是说,它应该同人民的意志一起产生并由人民的意志所创立。”^[3]

有人认为在中国古代也有自然法思想。笔者以为,在中国传统文化中是有“自然法”之形,而无“自然法”之实。在道家“人法地,地法天,天法道,道法自然”经典论述中,法律和“自然”之间确实有了一定界线 and 区分,与西方的二元论“自然法”思想有一定的相似之处。然而在处理天人关系时,道家却主张“无为而治”,这实际上消解了人的主观能动性,使得天人之间有距离而无张力,既不利于思维和制度创新,又不利于为实现权利的反抗。这必然姑息和纵容了权力的肆虐,与西方“自然法”所包含的自我价值的认同与对权力的批评、约束思想相去甚远。儒家法律观诚然也具有二元论的色彩,例如法律、制度都要“循天理”、“顺天意”,然而“皇帝即为圣人、天子”的观念使得法律与“天意”、“天理”之间仅有的距离和张力消失殆尽。这不仅巩固了皇位,保证了权力的神圣性和至高无上性,更为重要的是法律等制度从此失去了批判纬度而具有天然的合理性。更何况,这里的“天意”和“天理”较西方“自然法”相比,是缺失理性的神秘物,本身就不具有人类理性追求的价值内涵。因此,这显然不利于现代法治的孕育。

三、人性恶

西方“人性恶”思想最早可以追溯到古希腊。柏拉图在论述他的法律观时就说:“人类的本性将永远倾向于贪婪与自私,逃避痛苦,追求快乐而无任何理性,人们会考虑这些,然后才考虑到公正和善德。这样,人们的心灵是一片黑暗,他们的所作所为,最后使得他们和整个国家充满了罪行。如果有人根据理性和神的恩惠的阳光指导自己的行动,他们就用不着法律来支配自己;因为没有任何法律或秩序能比知识更有力量,理性不应该受任何东西的束缚,它应该是万物的主宰者,如果它真的名副其实,而且本质

上是自由的话,但是,现在找不到这样的人,即使有也非常少。因此,我们必须作第二种选择,这就是法律和秩序。”“人类必须有法律,并且遵守法律,否则他们的生活将像最野蛮的兽类一样。”^[4]其后亚里士多德更加注重人的不完备性,在他看来,人一旦离开了法律和正义,就会变成最恶劣的动物,因此必须对权力的掌管者予以法律的约束和限制。到了希腊化时期,社会的动荡混乱更加使得思想家们反省自身,认识到法律的重要性。伊壁鸠鲁在其唯物主义原子论的基础上认为,使人身痛苦的原因是人们自私本性引发的彼此伤害。为了摆脱人与人之间的相互侵害,唯一的方式就是在相互妥协和共同自愿的基础上,通过相互约定来结成国家,而国家的任务就在于制定公正的法律,以调整人们之间的利害关系,防止暴力。

中世纪虽然是人类的“动物”时期,一切学科都沦为神学的奴婢,然而就人性的预设和估计而言,却与古希腊文明是一脉相承的,其中表现最为特出的是基督文化中的罪感意识。诚如牟宗三所言:“西方基督文化起源于一种罪感意识与畏的意识,印度佛教文化起源于一种苦业意识,中国的儒家文化起源于一种忧患意识。”^[5]这里的罪感意识是指一切人都生而有原罪。人类的始祖亚当和夏娃在伊甸园由于蛇的怂恿和蛊惑,偷吃了树上的禁果,从而犯了罪,也意味着人类是从罪恶开始自己历史的,人自幼就是有罪的、是恶的。因此人类为了能死后进入光明的天堂,就应该弃恶从善。可事实上多数人是缺乏理性的,他们不仅无法自律,反而再犯本罪,违反上帝决定的社会秩序。因此,理性不得不设计出政府和法律来控制自己的外部行为。阿奎那的政治法律思想也是通过人性论来构建的。他认为人类有一种特有的向善倾向性,但是人“包含着一切有利于保全人类生命的东西,也包含着一切反对其毁灭的东西。”^[6]他甚至还认为:“人毕竟是倾向于纵欲享乐,年轻人更是如此。……有些青年由于善良的秉性或教养,或者特别是由于神的帮助,自愿过有德行的生活;对于这样的青年,只要有父亲的指导和劝告就行了。但还有另外一些青年,他们性情乖戾,易于作恶,就很难为忠言所感动,必须用压力和恐吓手段使这些人不做坏事。……这种迫使他们畏惧处罚的纪律就是法纪。”^[7]

“人性恶”理论虽然有不同的历史表现形式,但有一点是却是共同的,那就是对人性的极度的不信任,著名的哲学家大卫·休谟曾说道:“政治作家们

已经确立了这样一条准则,即在设计任何政府制度和确定几种宪法的制约和控制时,应把每个人都视为无赖——在他的全部行动中,除了谋求一己的私利外,别无其他目的。”^[8]然而,正是这种对人性的怀疑,这种西方特有的“幽暗意识”造就了西方辉煌的法治文明。可以说,现代法制所强调的人民主权原则、分权与制衡原则、程序正义原则从一定意义上来说无不与“人性恶”的假设有关。

西方近代政治法律思想不仅没有中断人性与法制的逻辑关系,而且还将这一思想传统理论化、系统化进而外化为现实的政治法律制度,从而奠定了现代法治的基础。

中国传统儒家奉行的是“性善论”思想,诚然“性善论”思想是对人性美好一面的鼓励 and 张扬,注重对人性的完美塑造及人格提升。然而,它过分夸大了主体人“自律”的一面从而缺乏对“他律”在社会中地位的足够认识。另外,“性善论”所追求的是先“内圣”而后才“外王”,因此无法形成制约权力的社会观念力量。所有这一切恰恰与现代法治理念背道而驰。

总之,性恶论为法治奠定了文化根基,而性善论则孕育了人治的文化底蕴。

四、所有权

在西方自梭伦改革以来一直比较重视财产所有权的保护,随后罗马法更加强调这一点并把它上升到法典的高度,并对所有权的占有、使用、收益、处分等作了很细致的分析与规定,可以这么说,在古罗马人那里,所有权的观念也相当发达了。

日尔曼人在他们冲进罗马帝国之前,许多部落压根不知道土地私有制为何物。但他们成为欧洲大陆新主人时突然获得大片土地,又有罗马人的示范在先,土地私有的观念很自然地萌生了。

不过这时的所有权意识是有区别的,即具有封建的形式。它的形式所有权和实际所有权是分离的,形式上都归国王所有,其实是贵族支配。当然贵族已不是使用者,实际上的使用者或占有者是农奴,贵族作为主人,诚然可以随便处置或转让自己的土地,但他无权赶走使用土地的农奴,此使用权受封建习惯法所保护,但农奴为此要以自己乃至子孙后代的自由为代价。

但是,罗马的所有权观念在中世纪开始发生裂变,演变为领主和附庸之间的封建关系。日尔曼人

追随首领,作为回报,首领给他们赏赐,赏赐无外乎是战争掠夺来的战利品。不过过去的战利品是酒肉宴席,现在是土地。分得大片土地的贵族得向首领效忠。但既然这些贵族乃至其后代已经领有大块土地,就不可能象以往一样整日追随在首领左右,而逐渐演化为履行一定的封建义务。可见,由所有权观念裂变出的封建关系实际上孕育了浓厚的契约意识和强烈的责任感。因此,在市民社会中,市民阶级为什么能够获得自治,为什么能够想到运用“特许状”(其实,就是他们与封建君主的契约),这决不能解释为历史的偶然。

中国是有着 2000 多年封建社会历史的国家。长期存在的自然经济、君权神授、儒家伦理和纲常名教使得集权主义观念根深蒂固。在社会生活中,国家不仅可以凭借权力和威势直接收税,而且代表国家的封建君主可以任意支配所有人的人身关系。“普天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣。”因此,在中国古代,个人实际上是国家的个人,国家可以随时干涉包括人身权在内的任何“权益”。在这种政治集权背景下,没有真正意义上的所有权观念。诚然,拥兵自重的王公诸侯、裂土封疆或领有一块土地的贵族春秋时也有,但很少形成一个阶级、一个集团、一个自觉与皇帝或国王相抗衡的政党。

因此,这种缺乏“所有权”观念的传统文化表现在法律领域中,就是“私法”的落后以及刑法在“公法”体系中的突出地位。

参考文献:

- [1] 顾准.顾准文集[M].贵阳:贵州人民出版社,1994.
- [2] 伯尔曼.法律与革命[M].贺卫方译.北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [3] 马克思,恩格斯.马克思恩格斯全集(第1卷)[M].北京:北京出版社,1975.
- [4] 柏拉图.法律篇[M].张智仁,何勤华译.北京:北京出版社,1993.
- [5] 牟宗三.中国哲学的特质[M].台北:台湾学生书局,1984.
- [6] 严存生.新编西方法律思想史[M].太原:山西人民出版社,1989.
- [7] 阿奎那.神学大全[M].马清槐译.长春:吉林人民出版社,1988.
- [8] 斯蒂芬·L·埃尔金.新宪政论[M].周叶谦译.北京:生活·读书·新知三联书店,1997.

[责任编辑 陈志和]