

法治社会中法律的局限性及其矫正

● 秦国荣

【内容摘要】 现代社会中的法律因其具有其他社会控制手段所无与伦比的技术可操作性而成为最佳的社会关系调整器,但法律在创制、运作以及对社会关系的作用等方面,也存在着固有的内在局限。要使法治社会中的法律得以良性运作,就应当要注意法律与其他社会控制手段之间的协调配合,注意实现法律形式正义与实质正义、形式理性与价值理性的高度统一,在建构完善法律的制度体系和运作系统的同时,着力加强法制运作的社会环境和基础条件建设,从而确保法律的权威性和效益性,最大限度地发挥法律的内在功能。

【关键词】 法律 法治 局限性

法律局限性问题是自法律产生以来就一直困扰着人类(尤其是法学家)且至今尚难有定论的社会课题。对于有着几千年人治与专制传统,从未产生过现代法治观念的中国而言,研究法律局限性固然与依法治国的时代主旋律略显不谐,且很可能为法治怀疑论者或人治主张者提供反对法治的口实和理论依据。然则那种过于迷信法律功能,将法律视为能够解决一切社会问题的“灵丹妙药”的幼稚观点,同样会给中国的社会进步与文明发展带来诸多危害。本文原旨即在于主张法学界应以理性精神对待法律,对法律本质应作深入分析和冷静思考,法律实践部门更应以科学思维理解法律功能,做到既最大限度地发挥法律效能,也充分认识到法律的内在局限;既不因法律具有其他社会控制手段所无可比拟的优越性而否定法律局限性,也不因法律存在诸多局限而否定法律的权威性与至上性,以利达到内彰法治,外防法律拜物教,真正实现文明社会的善法之治。

一、法律局限性:法学家们的思考与认识

较早对法律的局限性进行考察的,是古希腊思想家柏拉图。柏拉图在其早期著作中曾指出,每个人个性的差异性、行为的多样性以及人类事务无休止的变动性,使得人们无论在任何时候用什么技巧都不能制定出绝对适用于所有问题的规则。立法是为整个群体制定法律,而法律是由抽象、原则、过分简单的观念所构成的,故而法律不仅永远不能准确地给予每个人以其应得的东西,而且过于简单的法律原则并不能用来解决纷繁复杂的人类事务。他由此得出结论说:法律绝不可能发布一种既约束所有人又对每个人都真正有利的命令。法律在任何时候都不能完全准确

地给每个社会成员作出何谓善德、何谓正确的规定。¹当然,柏拉图并没有以此否认法律的作用。相反,他用严肃而认真的语气告诫我们:“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一样。”^④亚里士多德作为柏拉图的学生,他虽然并不苟同柏拉图贬抑法律的态度而对善法之治和法律至上思想给予了充分肯定与颂扬,但他同样也认为“法律确实不能完备无遗,不能写定一切细节”。^(四)

如果说柏拉图对法律局限性的理解是受人治思想影响所致的话,那么,在法治观念已深入人心的近现代西方社会,法学家们对法律局限性的认识无疑是其理性思考的产物。美国学者 E. 博登海默指出:“尽管法律是一种必不可少的具有高度裨益的社会生活制度,它像人类创建的大多数制度一样也存在某些弊端。如果我们对这些弊端不引起足够的重视或者完全视而不见,那么我们会发展为严重的操作困难。”^{1/4}他认为法律的弊端来自三个方面:其一,由于法律所提出的社会政策毕竟是某个特定时间和地点的产物,因而其必然呈现出“保守的倾向”。其二,由于法律规则是以一般的、抽象的术语来表达的,因而在法律规范框架中,其形式结构便固有地存在某种僵化呆板的因素。其三,法律作为社会控制手段受着与其有关的许多方面的限制,特别是法律控制作用常常会被过度使用。在某些历史条件下可能会现出管理转化为强制、控制转化为压制的现象。^{1/2}

霍姆斯认为,法律具有形式主义的概念主义和科学主义、僵化特点以及法律与生活的分离等三大缺陷。^{1/4}庞德则指出,法律作为一种社会控制手段,存在三方面的内在固有局限:其一,法律所能调整的只能是人的行为,只能是人与事物的外部,而不能及其内部。其二,法律制裁所固有的局限表现为只能以强力对人类意志施加强制。其三,法律规则不能自动执行,它必须依靠某些人或某种手段来使其运转。^⑤对于法律实施的局限性,科特威尔总结道:“法律经常通过严格的规则和凝滞不变的机械程序,阻碍经济活动。”由于“法律的强制命令代替了道德评价”,因而“法律统治必然导致规则统治,然而规则仅仅是规则而已,它并不考虑社会的道德价值和政治理想。所以充分合理的社会秩序的实现,需要付出沉重的代价:世界彻底‘摆脱了幻想’,僵硬的规则代替了理想的憧憬,人们被囚禁在韦伯所称为秩序的‘铁笼’里。在这里,人们别无他求,惟一的需要就是日益加强的‘秩序’。”这样,“在庞大的规章体系面前,个体显得渺小而没有任何办法——没有任何道德或政治的理由——去反抗它在他们生活中的合法统治。”^(七)

需要指出的是,近现代西方法学家们在研究法律局限性问题时,均是在充分肯定法律乃是迄今为止人类所发明的最佳社会关系调控器的前提下进行的,因而他们并非否定法治而是主张法治改良。在坚持法律至上观念的同时,希望适当引入其他社会控制手段(如道德等)与法律相配

¹ 参见[美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第748页。

^④ 法学教材编辑部、西方法律思想史编写组:《西方法律思想史资料选编》,北京大学出版社1983年版,第27页。

^(四) [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第168页。

^{1/4} [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,同上注,第388页。

^{1/2} [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,同上注,第388~390页。

^{1/4} 参见[美]波斯纳:《法理学问题》,朱苏力译,中国政法大学出版社1994年版,第20页。

^⑤ 参见[美]罗·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第130~132页。

^(七) [美]科特威尔:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第182页。

合,或适当扩大法官与其他司法者的自由裁量权以弥补立法之不足等。¹如20世纪初兴起于欧洲大陆的利益法学派认为,法律存在缺陷的根源在于法律的正式渊源并不能覆盖司法活动的全部领域,因而在某些领域需要依靠法官的那种具有创造性或能动性的自由裁量权来作最终裁决,但这种自由裁量权只能依据客观原则而不能完全根据法官自己的那种不受控制的、任意的个人感情来行使。^④所以说,法官依法所获得的自由裁量权本身仍然是对法治原则的坚持而不是反动。

二、法律局限性:外在表征及理论分析

确实,如果单从技术层面上说,法律无疑是最理想和最具权威的社会调控手段,但正如世界上不存在尽善尽美的事物一样,法律及其在运行中存在诸多缺陷应当说并非不可理喻的。国内学者同样对法律局限性问题的学术关注,认为法律的局限性是指“法律基于其防范人性弱点工具的特质在取得其积极价值之同时不可避免地要付出的代价,是法律由于其技术上的特点不能完善地实现其目的情况。”^(四)这种局限性具体表现为不合目的性、不周延性、模糊性和滞后性。^{1/4}此外,法律在创制过程中、在自身属性上、在运行过程中以及在社会组织功能上均存在局限性。^{1/2}

那种主张法律万能,可以包揽和调整一切社会关系的“泛法治主义”论者,其基本思想包含着一种不切实际的浪漫理论前提:法律在道德上是高尚的,代表了人类社会的一般价值判断和正义理念;法律在理论上是科学的,完全符合社会规律和人类理性;法律在执行中是公正无私的,每个司法执法者都能忠实地运作法律;法律在实施结果上是理想的,法律规制下的社会必然会形成良好秩序。但现实社会中的法律并不能承载法学家所赋予的过多过大的社会重任,并不能完全按照法学家所设定的理想模式进行运转,相反,无论是在立法,还是在司法与执法过程中,它都存在着自身难以克服的诸多弊端。从立法和司法的角度而言,法律运作的弊端主要有:

1. 时滞性

从本体论角度说,法律作为人类意志的产物,其滞后于社会现实乃是客观必然现象。面对丰富多彩、生动复杂而又不断变化发展的现实社会,法律总难免会表现出相对“滞后”与“僵化”的特征。梅因指出:“社会的需要和社会的意见常常是或多或少地走在法律的前面,我们可能非常接近地达到它们之间缺口的接合处,但永远存在的趋向是要把这缺口重新打开来。因为法律是稳定的,而我们谈到的社会是前进的。”^{1/4}所以,基于人类主观认识的有限性与外部世界(尤其是人类社会)发展的无限性之间永难解决的矛盾,立法本身必然存在着自身无法克服的内在局限——无论立法者的认识水平和立法技巧多么高超,要想做到与不断发展、变幻无常的社会现实保持一致,并将所有社会利益关系及其客观需要囊括殆尽,将是非常困难,几无可能的。所以,面对复杂

¹ 有学者研究发现,西方学者对法律缺陷进行分析时大多与扩大法官自由裁量权的主张紧密相联,认为适当扩大法官的自由裁量权,让法官依靠正义和公平观点来处理案件,可以弥补法律的不完整、不周全、不明确、不合理等缺陷,同时也并不违背法官忠实于法律、对法律负责的法治精神。参见刘作翔《论法律的作用及其局限性》,《法制与社会发展》1996年第2期。

^④ [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第137~138页。

^(四) 参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,中国政法大学出版社1992年版,第137页。

^{1/4} 参见徐国栋:《民法基本原则解释——成文法局限性之克服》,同上注,第137~142页。

^{1/2} 参见胡水君:《法律局限性探讨》,《法学天地》1996年第1期。

^{1/4} [英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1959年版,第15页。

多变的社会生活,法律常常表现出难以应对的尴尬。

立法的意志性特征决定了它必然受制于立法者对现实社会关系状况的认知与判断能力,立法的利益本质则决定了它必然受制于社会不同利益集团之间的相互角力与博弈结果。随着现实社会关系尤其是政治、经济关系的不断变化,会不断滋生出新的利益需要和诉求,法律必须要在对各种利益的性质作出判断的同时表明自己给予肯定、否定、默许、排斥的明确态度,立法过程由此必然充满了利益争斗与对抗,使得社会迫切需要的法律往往难以出台,而已经出台的法律也仅表明各个不同阶层、利益集团及社会力量之间就某种利益关系的安排暂时达成了妥协,并不表明这些它们对已经制定的法律都持赞同与支持态度,更不表明社会民众由此会自动接受并产生尊崇和信仰法律的观念。法律创制过程中的利益对立性以及调和妥协性,决定了法律必然要受各种非公正或非理性因素的影响。

法律创制是如此,法律修改同样不能消除“时滞”和免受非理性因素的侵扰。因为法律修改是一个程序性极强、同时又可能会遭到既得利益集团抵触甚至反对的复杂事情。尤其是当某部法律已经成为既得利益的保护屏障时,这种法律修改就有可能或因受到既得利益集团和强势社会力量的抵制和影响而无法启动,或因程序过于繁杂而使已修改的法律仍然落后于社会现实需要。所以说,法律修改程序的繁杂性和社会利益关系的复杂性,常使立法者为维持社会稳定而不愿或不敢随意变动修改法律,由此就有可能使成文立法趋向保守与滞后。特别是当一个社会处于内部结构变迁与转型的特殊时期,法律对于社会利益关系的分化、重组与嬗变往往难以迅速作出回应。正如博登海默所说,“法律中的‘时滞’问题会在法律制度各种不同层次中表现出来。……一个立法机关在履行其改革任务时,可能会受到一些在维持现状方面具有一种既得利益的有影响的群体的阻碍。另外,立法过程往往是缓慢而棘手的,且立法者易于更为迅速地重视即时政治利益,而对修改过时的法典或使充满传统性的司法法律现代化等问题的反应迟钝。”¹

2. 非全真性

法律一经制定颁布,就成为全体社会成员必须共同遵守的行为规则。所以,立法作为对人的行为建章立制或“定规立矩”的活动,乃是一件非常神圣和困难的事情。正因为此,自古以来,人们或认为法律来自神喻与神灵,或认为“一切存在物都有它们的法”,^④或认为人定法外还有自然法等。青年时代的马克思也认为立法者“不是在制造法律,不是在发明法律,而仅仅是在表述法律,他把精神关系的内在规律表现在有意识的现行法律之中。如果一个立法者用自己的臆想来代替事物的本质,那末我们就应该责备他极端任性。”^④确实,外在客观世界尤其是人类社会本身及其发展的变幻莫测,以及现实社会中各种利益关系格局的错综复杂,使得人类不仅难以真正认清事物发展的真谛,而且极易受到各种假象和错误信息的诱导,使得立法者制定的法律或难以适应社会发展,或使立法者心目中的法治理想与社会客观现实之间成为彼此分离的两个世界。

更为关键的是,由于现实生活中“人们奋斗所争取的一切,都同他们的利益有关。”^Ⅳ使得在法律和利益的关系问题上,“利益占了法的上风”,^Ⅴ使得“凡是在法曾给私人利益制定法律的地

¹ [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第389页。

^④ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1961年版,第1页。

^④ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第183页。

^Ⅳ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第82页。

^Ⅴ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第179页。

方,它都让私人利益给法定法律。”¹ 而由于法律实质上是以国家意志表现出来的统治集团的共同意志,^④ 它与政治国家的本质一样,只是“属于统治阶级的各个个人借以实现其共同利益的形式”,^④ 只是统治集团将其“看做自己的排他的权力的官方表现,看做自己的特殊利益的政治上的确认。”^{1/4} 这就决定了在政治国家中,任何社会利益要求只有得到统治集团的确认才有可能成为合法的利益,任何社会行为规范只有经过立法者制定或认可才有可能成为法律,立法者作为政治上占统治地位的利益集团的代表,它们在立法过程中就不可避免地因受本集团利益需要的影响而出现立法偏私现象。

在法律受统治集团意志决定且受制于各种利益关系的情况下,法律便与生俱来地存在着难以克服的诸多缺陷:或可能只是立法者主观设定的社会理想,或可能只代表统治集团的利益偏私,或可能只是为协调社会利益关系需要的权宜之策等。因为立法者在创制法律过程中,总是在维护统治集团根本利益的前提下,根据自己的主观判断对各种利益作出取舍和调整,希望找到平衡各种社会利益关系的法律结合点,并力图以此达到解决各种社会利益冲突的目的。诚如庞德所言,“法律的任务就是调整各种相互冲突的利益,减少人们之间的相互摩擦和不必要的牺牲,以期最大限度地满足人们的利益需要。”^{1/2} 在现实生活中各种利益关系和社会力量的对比并不均衡的情况下,立法理想与社会利益关系的现实要求之间就难免会产生偏差,使得法律难以全真地反映现实社会的客观需要。

可见,即使我们假设立法者是循守公正信念且不受任何偏私和非理性因素影响的道德高尚者,同时也是相关领域的社会专家或技术里手,要保证其所制定的法律能够做到“既能洞悉人类的全部感情而又不受任何感情所支配的最高的智慧,它与我们的人性没有任何关系,但又能认识人性的深处;它自身的幸福虽与我们无关,然而它又能很愿意关怀我们的幸福”,^{1/4} 应当说也是非常困难或勉为其难的。这因为如此,卢梭才极为感慨地说道:“要为人制定法律,简直是需要神明。”^⑧

3. 不周延性

退一步说,即使完全公正无私的立法者基于过人的智慧和卓绝的学识所制定的理性法律确实精确地反映了各种社会关系的本质和利益要求,法律所固有的局限依然是难以避免的。因为法律毕竟是人类内在主观意志的外化结晶,其内容是以文字、概念、逻辑、原理等技术载体来传达与表述的,而面对生动、丰富和复杂的现实社会生活,人类的任何语言和文字都是苍白的、抽象的。立法受制于文字表述技术或语言媒介载体的事实,决定了它确实难以将各种社会现象、社会关系的本质完全精准地表达出来,并且难以使民众在理解法律过程中做到完全不出现偏差。⁽¹⁾

¹ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第179页。

^④ 《马克思恩格斯全集》第3卷,第70页。

^④ 《马克思恩格斯全集》第3卷,第378页。

^{1/4} 《马克思恩格斯全集》第2卷,第158页。

^{1/2} [美]罗·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、童世忠译,商务印书馆1984年版,第35~36页。

^{1/4} [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年修订第2版,第53页。

^⑧ [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1980年修订第2版,第53页。

(1) 国内学者一般均将立法技术区分为广义与狭义两种。广义是泛指在法的创制过程中所形成的一切知识、经验、规则、方法和技巧等的总和,包括立法体制技术、立法程序技术和立法表达技术。狭义的立法技术专指如何表达规范性法律文件规定的知识、经验、规则、方法和技巧等,包括法律文件的内部结构、外部形式、概念、术语、语言、文体以及立法预测、立法规划等方面的技术。参见孙国华:《法理学教程》,中国人民大学出版社1994年版,第349~350页。

对于语言文字的局限,亨廷顿·凯恩斯曾经指出,“世界上的事物比用来描述它们的语词要多得多”,而最关键之处在于“当我们用词把这样形成的抽象观念固定下来的时候,我们就有发生错误的危险。词不应看作是事物的准确图画,它们不过是某些观念的任意规定的符号而已,不过是凭借历史偶然性选择的符号而已,随时都有改变的可能。”¹ 所以,语言文字作为人类创设的用以传递意志信息的符号,难以成为尽善尽美地反映事物原貌的工具。法律作为用语言文字进行表述的价值理念和行为准则,立法者运用法律专业概念、判断、逻辑、理论以及其他立法技术工具所制定的法律,不可避免地可能会使司法者、执法者和守法者因对法言法语表述理解的不同而产生歧义或误解。确实,“文字虽为表达意思的工具,但究系一种符号,其意义须由社会上客观的观念定之。因而著于法条之文字,果能表达立法者之主观意思否,自非立法者所能左右。然则立法者纵属万能,但因其意思须藉文字以表达之故,亦势难毕现无遗,则成文法之不能无缺漏而非万能也明矣。”^④

正由于法言法语毕竟是对某种或某类社会现象的抽象性概括,是对社会行为规范的原则性规定,立法语言文字本身所具有的不周延性不仅使得普通民众因思想观念、知识结构与理解能力等方面存在着差异而对成文法规定可能会产生各自不同的理解,而且由于司法与执法者本身也存在着素质上参差不齐的情况,他们在具体法律实践活动中,需要将抽象的法律原则规定与具体案情联系在一起,需要根据不同案情确定适用于该案的法律,这就难免会出现不同的司法者或执法者在根据自己的判断与理解进行司法与执法过程中,对同样的案件也可能会作出不同判断结论的结果,从而使法律在实际运作过程出现了“变异”现象。

4. 外部性

法律作为以国家意志形式表现出来的统治集团意志,它是通过立法者所制定或认可的并由国家强制力保证其实施的行为规范体系,强制性被公认为是法律的本质特征之一。^(四) 在耶林看来,没有强制力的法律就像“一把不燃烧的火,一缕不发亮的光”那样不可思议。相对于其他社会控制手段而言,法律不仅有其规范完备的制度体系,更有保障法律系统运行的程序设计和国家机器,从而为实现立法者心目中的理想社会关系和秩序提供了可资操作的强力工具。法律运行决不是靠自律与说教,而是在要求社会主体自觉守法的同时,以强制力作为保障实施的重要后盾。正因为法律有了以强力为保证的外在约束功能,成文法才能够不仅仅停留于意志层面,而具有对社会成员行为和利益关系进行调整规范的强大作用。

问题在于,法律的他律性及其对强力的过于依赖乃是一柄“双刃剑”,既有其利亦有其害。正如庞德所指出的,“我们力图通过有秩序地和系统地适用强力,来调整关系和安排行为。……但我们最好记住,如果法律作为社会控制的一种方式,具有强力的全部力量,那么它也具有依赖强力的一切弱点。”^{1/4} 特别是当这种强力一旦为权力滥用、利益偏私或意志任性所左右,那么法律就很可能成为维护私利和强权,悖离公理与正义的邪恶工具,成为个别利益集团甚至个人用以压制他人自由和正当权益的手段。因为毕竟“所有的法律制度都基于需要依靠个别的人来使法律机器进行运转和对它进行操纵。”^{1/2} 而政治社会中的某些利益集团或某些人总难免会受各种

¹ 洛克语,转引自[英]丹皮尔:《科学史》,商务印书馆1975年版,第271页。

^④ 郑玉波:《民法总则》,台湾三民书局1979年版,第39页。

(四) 参见卢云:《法学基础理论》,中国政法大学出版社1994年版,第38~43页。

^{1/4} [美]罗·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、童世忠译,商务印书馆1984年版,第10~11页。

^{1/2} [美]罗·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、童世忠译,商务印书馆1984年版,第130页。

非正义、非理性因素的影响和驱使,一旦这样一些集团和个人掌握和操持着具有强力的法律,就会使“本本上的法律并不总是与实际中所运用的法律相一致的,甚至在执意主张用法治进行管理的社会中,也还是存在着权力失控的飞地。”¹

在现实生活中,纵使制定得极为完备的法律本身可能代表着真善,但法律运行过程中对强力和对人的依赖,仍然不可避免地会使法律的实际运作效果与其预期目的之间产生巨大差距,甚至出现相互背离的现象。因为这种以强力为后盾进行运行的法律既可以为“性善者”所掌握而成为维护民众福祉和社会公益的“善法”,也可以为“性恶者”所操纵而成为压制民众自由与人权的“恶法”。诚如俄罗斯学者所云:“法在自己的任何部分既可以成为自由的生命,也可以成为奴役和专横的工具;既可以成为社会利益的妥协,也可以成为压迫的手段;既可以成为秩序的基础,也可以成为空洞的宣言;既可以成为个人权利的可靠支柱,也可以使专制的暴政和无法无天的局面合法化。”^④ 追溯一下法律运作的历史,无论是远古的暴秦,还是近现代的纳粹法西斯,均将“法”的强力统治发挥到了极致,但这种法律统治带给民众的是残暴和苦难,带给人类的是文明退化和社会退步,个中历史教训确实发人深省。

5. 形式性

法律尽管是人类社会迄今为止所发现的最为权威的社会控制手段,但其利弊共存的最大特点在于运行的形式化,主要表现在:

其一,以统治集团的共同利益和意志为内容,以国家强力为后盾进行运作的法律,对于社会主体而言属于外在他律物。法律作为具有强制约束力的行为规范体系,它能够调整的只能是人们的行为,而不能及于人们的思想与个人私生活。正如马克思所指出的那样,“对于法律来说,除了我的行为以外,我是根本不存在的,我根本不是法律的对象。我的行为就是我同法律打交道的惟一领域。”^(四) 从这个意义上说,法律所实现的社会控制其实只能是对社会民众外部行为的表面控制。

其二,虽然说立法者企望通过立法将社会公平与正义观念转化为现实的社会关系秩序,并力图通过法律的运作实现法律所内蕴的社会正义,但法律事实上只能实现形式公平与正义。对此,恩格斯曾以劳动契约和婚姻关系为例作了极为深刻的剖析。他指出,“劳动契约仿佛是由双方自愿缔结的。但是,这种契约的缔结之所以被认为出于自愿,只是因为法律在纸面上规定双方处于平等地位而已。至于不同的阶级地位给予一方的权力,以及这一权力加于另一方的压迫,即双方实际的经济地位——这是与法律毫不相干的。……至于经济地位迫使工人甚至把最后一点表面上的平等权利也抛弃掉,这仍然与法律毫不相干。”^{1/4} “在婚姻关系上,即使是最进步的法律,只要当事人在形式上证明是自愿,也就十分满足了。至于法律幕后的现实生活是怎样的,这种自愿是怎样造成的,关于这些,法律和法学家都可以置之不问。”^{1/2} 恩格斯对法律形式主义或形式理性的这段分析可谓入木三分。

其三,法律所实现的平等是指全体社会成员规则适用上的平等,只是意味着每个社会成员在竞争资格、机会和遵守与适用法律上的平等性,它既对现实社会中的个人在先天禀赋、家庭出生、

¹ [美]E·博登海默:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第343~344页。

^④ [俄]依列斯特:《三种法律思想》,《外国法译评》1993年第1期。

^(四) 《马克思恩格斯全集》第1卷,第16~17页。

^{1/4} 《马克思恩格斯选集》第4卷,第69页。

^{1/2} 《马克思恩格斯选集》第4卷,第69页。

人生际遇等方面的差异所带来的实质不公平竞争结果给予默认,更对因竞争导致社会成员之间的巨大贫富差距给予了明确肯定。这就表明法律形式化的规则公平实质上就是奉行弱肉强食的“丛林准则”,这种形式正义观在自由市场经济中必然带来社会矛盾与对立,最终危及社会稳定和法律正义的真正实现。

其四,虽然立法者、司法者和执法者运作法律的目的在于惩恶扬善,修补被违法犯罪行为所破坏的社会秩序,但法律其实并不能承担起这一“重任”。因为“法律只是在受到破坏时才成为实际的法律”,它并不能阻止人们将内心的思想外化为行为,也不能阻止由该行为所引发的后果,因而现实生活中“起预防作用的法律是不存在的”。¹ 法律只能对那些已经发生的行为性质进行事后判断,只能对已经发生的破坏性或损害性行为后果进行物质替代性、象征性或精神性的事后救济,它所实现的永远只是“迟到”的正义。法律所设定的各种补偿、惩罚与救济手段,尽管在一定程度上可以恢复曾遭破坏的社会秩序,从某个角度说也能够给受害人以一定的物质补偿和心理慰藉,但它永远不能彻底弥合违法犯罪行为给受害人所造成的缺憾、创伤与痛苦,永远不能对已经遭到损害的受害人身心和社会关系实现完全意义上的“恢复原状”。庞德对法律的这种局限有着非常清醒而深刻的认识,他认为法律秩序所使用的四种手段(惩罚、特殊补偿、替换补偿以及预防措施)均有其不足。他引用狄更斯的一段精彩描述道出了法律的这种尴尬与无奈:“崇拜他们的法律,这些法律把正义的永恒原则同英镑、先令以及便士的永恒原则结合起来。它们把这一成果适用于所有的民事妨害案件上面,从对一个人的名誉的毁坏到对一个人的鼻子的伤害。你们毁了我的女儿——用英镑、先令和便士来补偿!你给了我当头一棒——用英镑、先令和便士来补偿。”^④

由此可见,尽管社会上发生的各种侵权、违法、犯罪以及其他一切给社会带来损害与危害的行为本身并非由法律所引发,尽管由上述行为所引发的社会后果作为已经发生的既定事实,作为一种历史性定在,使得任何社会手段都无法使之完全消弭,或彻底恢复原状,尽管对于已经发生的损害结果和被破坏的社会秩序而言,法律作为一种事后惩罚或补救手段,或许乃是实现社会正义和公道的最佳方式,尽管上述所谓法律的局限性并非都是法律本身的过错,但法律只能对已发生损害的行为及其后果进行事后救济的形式正义性特征,这恰恰证明了法律并不是也不可能是万能的社会调控手段这样一个基本事实。

三、法律局限性矫正:基本思路与对策

由于法律及其运作存在着自身难以克服的诸多局限性,因而在肯定和强调法律乃是现代社会最具权威和效率的社会调控手段的同时,需要注意理顺法律运作过程中的各种社会关系,注意运用社会综合控制手段矫正法律的局限性。具体而言:

第一,在建设法治社会过程中,应特别重视道德、教育以及社会治安综合治理等社会控制手段功能的充分发挥。

法律及其调整手段所固有的局限性,决定了仅靠法律运行是难以对整个社会系统进行有效调控的。所以,对于过去那种摒弃法治、否定法治功能的法律虚无主义思想,我们固然要从根本上予以批判,但那种认为有了法律就可以万事大吉,只要实行了法治就可以解决一切社会问题的

¹ 《马克思恩格斯全集》第1卷,第71页。

^④ [美]罗·庞德:《通过法律的社会控制、法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第30页。

思想同样是非常幼稚和有害的。事实上,过分依赖法治所带来的负面影响和社会病态已引起了西方社会深刻的反思。比如海外学者余英时就曾指出,西方法治观念已经给西方社会带来了“过度发展的个人主义、漫无止境的利得精神、日益繁复的诉讼制度、轻老溺幼的社会风气、紧张冲突的心理状态”等不良影响,他理智而深刻地指出,上述现象均属社会病态而决非现代社会所要追求的目标。¹

对于法律局限性以及单纯依靠法治所带来的种种社会问题,中国传统法律文化对此有着自己的独到理解。强秦因法制完备而致兴盛,也因法律过于残苛而致败亡的教训,给了后世历代统治集团以深刻的思想启迪。汉代以后,经过儒法之争,主张“礼法”并举的儒家文化逐渐占据主导地位而成为古代中国社会的“正统”思想,应当说并不是偶然现象。中国传统法律文化在重视“法治”的同时特别注重“德治”,强调“德法并举”、“出礼入刑”,诸种社会控制手段综合运用做法早为实践证明为高明理智之举,它对于维系社会共同体的内部稳定起到了巨大作用。历史与现实均已证明,这是在东方国家具有普适性的治国之道,它反映了中国古代思想家和政治家们对人性与法治本质的深刻领悟,反映了中国古代政治家们经过世代传承所积累的治理多民族大国的成熟经验和高超技巧。我们说,古代中国之所以能够长期领先世界,保持其文化上的先进性,甚至在近现代仍然能对包括日本、韩国、新加坡等在内的东方国家的法制文明发展产生巨大而深远的影响,应当说与此不无关系。

事实上,法律与道德以及与其他社会控制手段之间存在着相互依赖与相互促进的关系,法律只有与包括道德在内的各种社会调整手段有机结合,形成彼此协调互动的运行机制,才能真正有效地发挥其内在功能。因为人类社会毕竟是由每个活生生的个体所组成的有机集合体,人类在需要物质生活维系生存的同时,更需要精神生活维系社会有机体的存在。那种离开了道德、文化等精神生活内涵的社会则决不是人类社会,只能是“动物世界”。而尽管法律与道德在内容上是相互包容涵盖的,但再完善的法律都并不能自动提升社会的精神风尚与人们的道德水平。所以,要保证法律得以良性运作,我们就要在提高公众法律意识的同时,着力提高公众的道德素质。因为一个民族、一个社会的公众整体素质与文明状况往往并不仅仅取决于该民族、该社会的法律意识情况,而恰恰在于整个社会的道德素养水平。从行为心理学的角度说,道德素养较好的人,虽然法律知识欠缺,但因其恪守内心的价值信念和道德底线,往往能够做到严守自己的做人准则,其违法的概率一般相对较低。而那些法律意识较强但道德素质很差的人,由于没有起码的道德防线和规则意识,不能用道德信念来克制与约束自己的行为,往往难以抵制诱惑,容易滋生犯意和邪念,其违法犯罪的概率一般相对较高。比如那些穷凶极恶的刑事犯罪分子,其实施故意犯罪时应当说完全知道自己的行为后果,其不仅有很强“法律意识”,而且懂得如何钻法律的漏洞以逃避法律的制裁。所以,要建设现代法治文明社会,我们就应当要将社会公众法律意识和道德素质的同步提高作为基本标尺,在重视法治的同时,大力弘扬中华民族的传统美德和反映社会进步的价值观念,提升社会公众的道德水准,形成积极健康向上的社会道德环境和良好社会风气氛围;必须将法治与道德等社会控制手段紧密结合在一起,将法律和道德所内蕴的价值理念转化为社会公众内心牢固的思想信念,使之自觉以此来反省、判断和约束自己的行为,从而缩小乃至消除法治理想与法律运作效果之间的落差,实现法律效益的最大化。

第二,既要重视法律的形式理性,更要重视法律的价值理性,在保证法律形式正义实现的同

¹ 参见余英时:《中国思想传统的现代诠释》,江苏人民出版社1989年版,第4页。

时,实现法律的实质正义。

中国传统法律文化在强调“德主刑辅”的同时,虽然建构起了庞大的行政司法体制,但其法律的内在精神和功能在于维护皇权专制统治,而不是维护普通民众的基本权益,因而中国传统法制充满了残暴、腐败和黑暗。新中国建立后,由于我们长期忽视法制建设,使得法律虚无主义盛行。“文革”期间,法制更是遭到严重破坏,使得包括国家主席和开国元勋在内的公民基本人权都不能得到保障。所以,中国法制现代化建设所面临的任务特别繁重艰巨。这就要求我们在建设社会主义法治国家进程中,首先应当要按照法治运作的要求架构体系完备的现代法制模式,实现法律的形式合理性:在立法上建构概念科学、逻辑严密、内部结构相互和谐统一的法律体系;在司法上建立程序严格、运作规范、各司法机构相互制约与配合的司法机制;在执法上建构严格执法、依法办事,既保证国家公权力的有效运作,又使这种权利能得到有效监督的执法体制;等等。只有建立起形式合理完备的法律机制,才能为现代法治社会提供可靠的制度保障。

建构形式理性的法律制度是确保法律能够实现平等与规则正义的前提,而要使法律能够实现良性运作,我们还必须对立法进行价值选择与定位,实现法律的价值合理性。历史反复证明,法治既可以正向价值为依归,成为维护民主、自由、平等、人权、正义,保障社会公众福祉及其正当合法权益不受非法侵害的有效手段;也可以负向价值为取向,成为推行专制和压制、维护特权和私利、实行暴政和法西斯专政的工具。只有实现了法律的价值合理性,法律才能真正成为社会安定的保障器,公民合法权益的保护器,社会文明的推进器。

法律价值理性和形式理性的有机统一是克服法律局限性的有效途径。法律形式理性指向的是法律自身的结构或程序意义,它着眼于法律的操作功能,注重法律的逻辑严谨性,从技术层面说明了法治是一种“真法之治”。法律价值理性指向的是法律所内蕴的价值目标,它着眼于法律的精神理想,注重法律本身的“合法性”和普遍性。它从客观的角度,从社会的层次上,说明了法治是一种“良法之治”。现代社会中的法律只有实现了形式理性与价值理性的和谐统一,才能真正赢得全体民众从内心深处对法律心悦诚服的信任和信仰,真正使法律成为令人信服的社会理想信念和社会民众自觉遵行的行为规则。

法律形式理性与价值理性的统一是法律具有权威性的保证,要做到这一点,就需要我们在进行法律制度设计时,应当要注意从古今中外吸取既适合于我国现实国情,又适应社会发展需要的法制运作的成功经验,精心架构结构精巧、程序完善细备、运作精良的法律机器;应当能够敏锐洞察社会发展的必然趋势与要求,准确把握社会前进的脉搏和主线,将那些反映中华民族优秀传统文化和民族心理气质,反映中华民族特有的世界观和生活方式,反映人类文明发展的共通要求和一般道德观念,反映世界各国所共同接受的通行规则和一般价值理念的内容纳入到立法之中,真正使立法能够代表中国“先进社会生产力的发展要求”,代表中国“先进文化的前进方向”,代表中国“最广大人民的根本利益”。“与时俱进”地注意防止法律出现“时滞”现象,及时改良法制运作中存在的弊端,剔除与社会发展要求不相适应的内容,始终保持法律的先进性与科学性。

第三,既要重视法律的制度建设,更要重视司法执法人员素质的提高,做到法治的“硬件”与“软件”相配套。

建国以来,由于我们长期忽视法制建设,使得执政党以及党的领导人失去了有效的法律监督与制约,给社会主义建设事业带来了巨大损害并直接导致了“文革”浩劫的发生,小平同志对此透辟地分析道,“我们过去发生的各种错误,固然与某些领导人的思想、作风有关,但是组织制度、工作制度方面的问题更重要。这些方面的制度好可以使坏人无法继续横行,制度不好可以使好人

无法充分做好事,甚至会趋向反面。”¹他认为,“领导制度、组织制度问题更带有根本性、稳定性和长期性。这种制度问题,关系到党和国家是否改变颜色,必须引起全党的高度重视。”^④这就告诉我们,我们能否真正有效地防止权力滥用,能否真正做到保障公民合法权益,能否最终建立井然规范的社会秩序,关键在于能否建立完善、系统、严密的法律制度体系及其运作机制。

更应看到的是,再完美无缺的法律制度毕竟都是人所设计出来并靠具体的人去推动和实施的。法律地位越重要,它对立法、司法和执法者的素质要求就越高。从某个角度说,“法不能独立,类不能自行。得其人则存,失其人则亡。法者,治之端也;君子者,法之原也。故有君子,则法虽省,足以遍矣;无君子,则法虽具,失先后之施,不能应事之变,足以乱矣。”^(四)实践证明,法律的实际运行状况与法律操作者素质之间有着密切的内在联系。制定得良好的法律制度如果有了高素质法律人的操作,必然能充分发挥其强大的“善法”功能。而如果没有素质良好的法律操作者,则再好的法律制度都可能会或形同虚设,或变形走样。

在建构现代法制过程中,一方面要加强“硬件”法律制度建设,形成完整配套的对公权力行使进行有效监督与制约的权力制衡机制、对权力行使者进行问责落实的责任追究机制、对非法公权力行使对社会主体侵权造成损害时予以赔偿的司法救济机制、对法律操作者进行遴选、考评、提拔、监督、奖惩、淘汰的组织用人机制,将公权力行使严格限制在法定范围内,确保法律操作者能够按照法律规定的内容和程序严格依法办事;另一方面,我们更应注重法律人才的“软件”建设。必须在思想意识上加强对法律操作者的道德素质教育,使其养成忠于法律,信仰法律,愿为神圣的法律献出一切的意志品质;在业务素质上加强对使其进行业务素质教育,使其能够做到精通法律、熟谙法律的正当程序和操作技巧,成为法律实务上的行家里手,等等。只有使法制做到制度“硬件”精良精巧,人才“软件”优品高质,法制才能得到良好的实施与运作。

第四,既要加强法制建设,更要重视法制运作的社会环境和基础条件建设。

近现代以来的历史告诉我们,脱离社会现实基础和客观条件的法制变革是不可能取得成功的。对于法律与现实社会生活条件的内在关系,马克思指出:“社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行。”^{1/4}所以,尽管法制变革对社会发展和文明进步具有推动作用,但从根本上说,法律的内容和性质是由社会政治、经济、文化条件所决定的,法制变革能否成功也往往取决于后者。中国戊戌变法的失败与日本明治维新的成功,其关键之处并不在于变法者的态度是否坚决,也不在于变法的内容是否先进,而在于这种变法不具备必要的政治、经济、文化和民众支持等现实社会条件。

在中国以现代法治社会为建构目标的法制现代化进程,有着极为特殊而复杂的国情背景和阻碍因素。中国古代社会长达两千多年的皇权专制统治和落后封闭的小农经济,严重窒息了民主政治和市场经济的生长发育,“官本位”、“义务本位”等传统观念则时时侵蚀着现代法治文明理念的形成。这就决定了在中国建设现代法治模式将是一个极为漫长艰难的过程,我们决不能企望仅靠法制变革就能一蹴而就地实现现代法治社会,而必须要在加强法制建设的同时,加强法制

¹ 《邓小平文选》第2卷,第333页。

^④ 《邓小平文选》第2卷,第333页。

^(四) 《荀子·君道》。

^{1/4} 《马克思恩格斯全集》第7卷,第339页。

的外在运作环境建设,使已经建构起来现代法制模式能够获得良性运行和实施的社会基础条件。

我们所说加强法律制度建设,是指要加强对立法、司法及执法的内在规律研究,在立法上应当要革除现有立法体制中的弊端,促进立法活动本身的法治化、民主化和公开化,推动高度透明、高效运作的现代立法体制模式的建立,从而迅速提高我国立法的科学性、先进性和实施的有效性,并使我国的相关立法实现与国际先进立法和通行规则相接轨;在司法上应当要在法律上和体制上真正赋予司法机关以司法独立权,坚持司法运作的公开性和透明度,同时要完善对司法机关的法律监督机制,从而有效地遏制和防止司法腐败,切实维护法律的权威性和公正性;在执法上要使各级政府部门养成严格按照法律和法律的正当程序办事的习惯,遵循政府行为“法无授权即非法”的理念,坚决摒弃过去那种不按法律法规和程序规定,而只按上级“红头文件”、“会议纪要”甚至是“领导批示”来办事的做法,做到行政行为的适法、公开和透明。

加强法制的外在运作环境建设是指要按照建设现代法治社会的要求,改革和完善现有的政治体制、经济体制和文化体制,形成良好的民主政治、市场经济和现代文化氛围,从而为现代法制运行提供强大的社会力量支持。具体而言,要做到:

要加快现代民主政治建设,形成和完善权力相互制衡的政治体制,建立健全一整套完善先进的对公务员进行遴选、考核、评价、回避、升降、淘汰等管理制度,以及形成相对完备的对公务员非法行政行为进行责任追究与处罚的法律制度;应当要通过法律明确规定各级政府机关的权力范围、义务内容和角色定位,在赋予其行使公共行政权力的同时,要明确其应承担的社会公共事务管理和服务的义务与责任,切实改变行政机关存在的“官僚主义”、“衙门作风”等恶习,使行政机关及其工作人员牢固树立服务公众的“公仆”意识;应当要求形成高效顺畅和法治化的政府运作机制,建立廉洁精干的公务员队伍,培养行政机关注重行政行为的公开合法性和依法行政的习惯,从而能够做到对行政机关及其工作人员的行政权力行使进行有效的监督与制约,以确保一切权力的行使都必须依据法律和法律的正当程序才能作出,任何社会主体的正当权益因行政权力的非法行使而致损害的都能依法得到救济,一切违法违纪的官员都应受到法律追究。

要加快市场经济建设,建立能够对市场主体、市场行为、市场管理和市场秩序等进行有效调控的现代市场运行机制,完善宏观调控体系、证券金融监管体系、市场管理体系、社会保障体系等法律制度,将一切市场主体的营利行为都纳入法律所设定的规则范围内,使其在享有法定范围内最大限度的经营自主权和自由竞争权的同时,能够做到公平竞争和守法经营。如果其行为扰乱了市场公平竞争秩序,侵害了其他市场主体和消费者的合法权益,就必须受到法律的追究与制裁,并使受害当事人能够依法得到补偿,从而确保市场经济的健康安全运行,使市场主体的正当合法权益能够得到法律的平等保护。

此外,还要在社会民众中培育和普及现代法律意识,大力建设与现代民主政治、市场经济相适应的现代法律文化。从根本上说,法制改革与政治、经济、文化体制的改革之间既互为内容与目标,也互为手段与途径。因为现代文明社会乃是法治社会、民主政治和市场经济的高度和谐统一,而现代民主政治与市场经济建设乃是传统法制实现向现代法治嬗变的最重要保证,是中国最终建成现代法治文明社会的最深刻或最根本的标志。惟有大力推动现代民主政治、市场经济以及法治文化建设,现代法制才真正得以建构,社会主义法治国家才能真正得以建成。

(作者单位:南京师范大学法学院)

(责任编辑:王 申)