

对形式法治的辩解与坚守

陈金钊

(山东大学(威海)法学院,山东 威海 264209)

摘要:认清实质法治的意义、功能,抑制其作用的过度发挥,坚守形式法治对中国法治建设具有特殊意义。这是因为中国固有的整体性文化,突出了辩证思维方式,使得根据法律思考的法治思维很难贯彻下去,法律的权威、明确性、稳定性、意义的固定性常在矛盾的思维中受到贬抑。同时来自西方的批判法学、现实主义法学、后现代法学在中国的传播及流行,更加剧了法治思维方式的瓦解。对实质思维方式的坚持,导致了形式法治的思维方式的衰落,法治理论似乎有被瓦解趋势。在这种情况下,我们要重述与论证:形式法治是法治的脊梁,没有对形式法治的坚守,或者说在中国如果不补上形式法治这一课,根本就无法实现向法治社会的转型。形式法治需要法律方法的协助来完成各种使命,因而不能轻易否认形式法治对实现正义的功能。只有在坚守形式法治的前提下,实质法治才能发挥对社会调整的积极意义。

关键词:中国法治建设;形式法治;实质法治;法治思维;法律方法;法治之法

中图分类号:DF0-059

文献标志码:A

文章编号:1009-1971(2013)02-0001-14

河南洛阳24岁的刘文波在成功救出两个溺水女孩后因体力不支,献出了生命。当亲友为他申请见义勇为奖励时,却被告知下河救人不属于见义勇为。有关部门依据《河南省维护社会治安见义勇为保护办法》认为,如果不是为了维护社会治安就难以定义为“见义勇为”,因而不能得到相关的奖励。这一断定引发了很多争论。“如果不将这个逻辑看成是蓄意的推诿,那么就只能认为……当地缺乏适用于这一义举的法规……”^[1]对该事件的这一判断也引发出实质法治与形式法治的争论。有人认为,这种判断的得出,是坚持机械司法的形式法治所致,再一次证明了形式法治是靠不住的。为克服这种现象就需引进实质法治的思维方式,不能拘泥于法律的规定来裁断事实。也有人认为,这种判断的得出,不是形式法治的思

维出了问题,而是没有熟练掌握形式法治的方法。如果对该案件进行体系解释的话,不会得出这种判断。《河南省维护社会治安见义勇为保护办法》只是地方性法规,应该根据上位法优于下位法的原则,按照其上位法国务院《关于加强见义勇为人员权益保护的意见》的规定对地方性法规进行修正。在国务院的意见中,见义勇为是指“公民在法定职责、法定义务之外,为保护国家利益、社会公共利益和他人的人身财产安全挺身而出”。据此,就可以阻遏这种不恰当的判断的得出。同时,《河南省维护社会治安见义勇为保护办法》第4条第5款也规定了其他见义勇为的兜底条款,按照其规定进行解释得出该事件属于见义勇为的判断也是合乎法律的。这种观点想说明,机械司法并不是形式法治的必然结果,恰恰是

收稿日期:2012-12-15

基金项目:教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“法律方法理论研究”(10JJD820008)

作者简介:陈金钊(1963—),男,山东聊城人,副校长,教授,博士生导师,法学博士,山东省人文社会科学重点研究基地山东大学法律方法论研究中心负责人,从事法律解释学研究。

因为人们没有很好地运用形式法治的方法,才导致貌似合法的不恰当判断。实际上,形式法治的思维方式远不是如此简单。人们必须对形式法治有更深入的了解和把握,才能更好地实施法治。我们发现,自从对法治进行了细化研究以后,关于实质法治与形式法治的争论从来就没有间断过。各个法学流派无不在这一问题上展示观点。自然法与实在法的争论、法律社会学与教义学法学的论辩、后现代法学等对法治的攻击都是围绕这一问题展开的。只不过,在西方,实质法治与形式法治的争论一般不涉及法治思维的路径,更多的是就事论事。在中国,这种争论则形成了否定形式法治的佐证,构成了实施实质法治的“正当性”理由。在笔者看来,中国法学既没有对形式法治的优点进行总结,也没有对实质法治的危险进行梳理,任凭法律人跟着感觉“自由”裁断,这对法治建设来说是不负责任的。搞法治建设就必须对实质法治与形式法治之间的关系进行定位,即在坚守形式法治的原则的基础上,运用法律方法适度缓解形式法治与实质法治的紧张关系。即使在法律存在不确定性的案件处理中,裁判中仍应有法律的因素。中国的法治建设不仅需要人们守望规则、坚守法治的底线,还要运用法律方法恰当地进行法律判断。

一、形式法治面临的难题

在中国实施法治面临着诸多难题。从法学的角度看,后现代法学、批判法学、法律社会学等都在揭示法律某一个方面的“实质”,并以此来修正、否定法律明确的意义。从文化传统上看,中国固有的文化讲究整体性、不很看重形式逻辑的意义,在认识论上存在较为严重的相对主义和实质主义的思维倾向。这种思想与实质法治的思路是一致的,所以,后现代法学、现实主义法学、批判法学的很多观点很容易在中国流行。然而,在实质思想的冲击下,法律的形式性、稳定性和权威性经常受到挑战。在相对主义、实质主义思维的支配之下,法律决定论没有了市场,法律总是在思维决策中让位于更为重要的因素,常常处于待修正、可废止的状态。人们很少考虑“在简易案件中,

公平通过法律适用得以完美地实现。对简易案件而言,法律素材预先确定了社会冲突引发的法律问题的答案”^{[2]114}。立法过程已经包含了对诸多实质因素的取舍,因而在形式法律或称之为文本性法律与外在的实质因素遭遇的时候,有些法学家已经遗忘了法律中已有的实质内容,更愿意守望良知、探寻自己所需要的个别正义,即使在简单案件中也不愿意坚守法律规则的绝对性。我们应该看到,在具体语境下放弃形式法治的目标就是放弃对法律内正义的追求。中国有些法律人放弃形式法治的常见理由是:中国社会的特殊国情论以及政治决定法治论。特殊国情论否定法律的权威,而政治决定论使法治失去了核心意义。中国法治建设的诸多难题,除了体制的原因以外,多与思维方式上的这两论有重要关系。统一论、特殊国情论和政治决定论影响并决定着人们的思维方向,已经成为放弃政治体制改革、司法体制改革“正当性”理由。形式法治在中国面临着理论与实践双重难题。

(一)形式法治与实质法治的“统一论”,使法治陷入可有可无的境地

后现代法学等用实质思维方式对形式法治进行了批判。美国的现实主义法学和实用主义法学、斯堪的纳维亚法律现实主义法学、法国的连带主义法学以及日本的利益衡量理论法学等流派,除了揭示法律在语言学上的模糊性、不确定性等外,还将这种揭蔽式研究推向了法治真相、本质的揭示;认为司法的真相在于创造而非遵守法律、依法办事;法律中的明确规则和程序以及法治其实掩盖了法律的阶级本质;^①认为由于法治思维前提的开放性,使法律意义的流动性难以避免,因而根据法律的思维具有不可能性;用语词表达的法律本身存在着模糊性,而且在理解、论证过程中不可避免地存在价值判断的主观性。这些使得法律意义的“客观性”被颠覆,法律的规范作用出现隐退。自从实施宪政以后,用规则、程序限制权力的观念被广为接受,然而令人费解的是,近百年来中外法学理论研究的主流,不是在证成而是从不同的角度消解规则和程序的权威性,甚至瓦解法

^①法律调整事物的这种方式包含着一个悖论:依据逻辑法则,概念的外延愈宽,则其内涵愈少,反之亦然。因此,法律的一般性、抽象性和欲调整事实的个别性、具体性之间存在着此消彼长的关系。在这种关系中法律意义的固定性被流动性代替,明确性常遇到矛盾、模糊等,一般性被情境因素取代。后现代法学正是抓住了法治的这一缺陷,在此基础上对法治的“真相”进行了各种揭示,认为形式法治是不可能的。但对此也有不同的认识,有很多实践者感觉到,在有些情况下还存在着规则的模糊更有利于指导实践行动的情形。

治。从德国的自由法学开始,中间经美国的现实主义法学、法律社会学、批判法学,以及后现代法学的理论主调,都在对法治进行揭蔽式作业,认为法律和法治中的明确规则和程序,掩盖了法律的阶级本质等等。“‘法治’既有的讨论方式最严重的缺陷是:以其自身逻辑的自然推演,将会导致轻视法治甚至取消法治之重要性的效果;或者说,他们虽以‘主张法治’为开端,但却以‘取消法治’为结果。”^[3]有些文章与其说是研究法治,还不如说是对法治的“控诉”。特别是在一些政治法理学的研究中,法治已经被标签化了,完全成为眼前政治的工具。法治被人们任意修饰,如诚信法治、形式法治、实质法治、民主法治、和谐法治、资本主义法治、社会主义法治、专制主义法治、封建法治、人文法治、资产阶级法治、无产阶级法治、现代法治、后现代法治等。经过精心修饰以后,法治失去了核心意义,限权的特质大幅度降低,成为可以服务于各种目的的工具。法治出现了意义的模糊。

关于实质法治与形式法治的争论,虽然在现代才达到高峰,但其思想源头却很悠远。在亚里斯多德关于法治的经典表述“已经成立的法律获得普遍地遵守,而大家所遵守的法律是制定得良好的法律”中,实际上预示着形式法治与实质法治的分裂。形式法治主要是指规则之治。然而,在坚持实质思维的学者看来,形式法治与社会之间存在矛盾交织、难以兼容,存在着思维路径的不可能性。所谓实质法治的核心要义,是用一些实质的价值因素、社会因素等衡量、评价法律规则,并通过解释来决定法律规则的实践意义;认为法律的一般性既然来源于现实社会的因素,那就应该回到现实中去探寻意义,这在法律的原本含义可能被转换、改变、丢弃的意义上,等于放弃了法律调整社会的理想。实质法治之“实质”由于存在太多的含义,因而是模糊的、不确定的。这种思维方式本身带有瓦解法治的思维倾向,因为实质法治所倡导的思维方式重点不是根据法律的思考,而是对法律外实质因素的把握,把实质因素当成思考判断的依据。但是,我们必须考虑到,正是由于“实质”很难在一般意义上确定,所以才产生了所谓形式法律,出现了人们据以判断的规范和标准,法律的规范化、程序化成为法治思维的前提。人们能够获得确信意义的法律,只能是形式化的法律。如果对所有的法律都进行实质的鉴定,实际上等于要求法官等法律人为每一个案件

重新立法,则法律调整的效率性会大幅度降低,法治也会演变成人治或者在司法领域的法官之治。

中国当代法学研究的主流基本是引进西方法学的前卫观点,属于“西方法学在中国”的演变。早期的西方法学重视形式法治,但当形式法治在西方法治国家实施多年,出现了机械与僵化的时候,开始了对形式法治的批判。尽管后现代法学等瓦解法治的理论在西方法学领域产生了巨大的影响,但对西方法治实践的影响并不是很大。不管法学界刮什么风,法官们依然我行我素,只是在少数疑难案件中把实质思维推向前台。对多数法官来说,保守主义、自由主义等思想倾向,依然是法律思维的基础。与此不同,中国是在刚刚开启形式法治建设的时候,就已经吸收了西方法治的学术成果。这种带有实质主义思维倾向的后现代法学对中国法学研究者产生了甚至超过西方的影响,因为中国文化中原本就有实质思维倾向。后现代法学、现实主义法学的一些思想对中国司法实践和司法政策产生了很大影响,成为能动司法、三个效果统一和实质法治的理论基础。很多人认为,只要有实质,形式就是不重要的。现在,中国法学界对法治的探索已经进入更为细腻的认识,已很少像20世纪80年代那样笼统地谈论法治,很多人已接受形式法治与实质法治的区分,并且有些学者在庸俗辩证思想的引导下,已经开始主张形式法治与实质法治的统一。我们的研究发现,在法治问题上主张实质法治与形式法治的统一论,它绝不是像有些学者所说的那样两者属于法治的两个方面,实质法治与形式法治需要统一。因为,在两者统一的时候两者的区分是没有意义的,当我们谈论两者对立的时候,恰恰是形式法治和实质法治难以统一的时候。我们可以举出大量的例证来说明两者是统一的,但这种统一只具有认识论意义,当两者是对立的时候,“谁统一谁”的问题,很难用一般的规则来确定。实践中的统一,只能由一方统一另一方,要么是形式被实质统一,要么是实质被形式统一,不然很难说统一。在遇到具体问题的时候,如果没有价值论作为选择的倾向,人们根本无法进行方法论上的操作。其存在的思维难题在于无法用前后一致的逻辑规则在思维中贯彻下去,非要用实质法治统一形式法治在实践中就会对法治造成严重的伤害。

我们的研究发现,无论是司法还是执法都离不开人的能动作用的发挥,但这种能动作用的发

挥需要尊重法律的规范作用。这是因为实质法治的思维路径打开了法律的封闭性,其思考路径是在法律的解释中引进价值、道德、正义、社会情势、个案语境等因素,而这些因素在立法的时候就已经面临着争论,但由于在实质思维中有个别正义的因素,这使得我们既不能一般地反对实质法治,也不能把形式法治绝对化。由于形式法治确实也存在着一定的局限性,因而需要人们在具体的语境中发挥实质法治的纠偏作用。但我们始终要牢记,这种基于实质思维的纠偏,本身不是法治的骨架,而只是对法治在特定情况下的必要补充。从实质思维的属性上看,这种补充的属性是方法论的重要组成部分,而不是法治应有之义,只是为了缓解形式法治的机械而采取的方法论措施。对此我们可以称之为价值衡量、目的解释等等。在法治之下,不能轻易地把它上升到认识论或本体论的角度来统一或否定形式法治。辩证法在一定意义上与法治思维是有冲突的。中国哲学不缺乏本体论、认识论、价值论,但缺乏方法论对行动的指导。明确这一点,对我们探索中国的法治之路具有重要意义。我们要注意到,在中国坚守形式法治会遭遇很多的困难,这种困难来自多个方面,传统的整体实质性思维,西方后现代法学、批判法学的影响,新近形成的庸俗辩证法唯物论等,对我们的思维方式有很大的负面影响,这使得根据法律的思维很难成为主流的思维方式。

(二)特殊国情论是用实质思维来否定形式法治的“正当”理由

在统一论的意识形态支配之下,“具体问题具体分析”成为法律人思维决策的指导性理论。这意味着实用主义已经占领了人们的头脑,而根据法律的思维则被弃之一旁。我们需要思考,在法治问题上是不是该有理想?论说,形式法律中已经包含了改造社会、调整社会的理想,我们应该处理好法治理想与现实之间关系,而不能轻易放弃理想,这是实现法治的思想信念基础。搞法治建设的时候,不能漠视蕴涵在法律、法治中的理想。法律包含着立法者治理社会、管理国家的理想,也寄托着公民对自由与权利的希望。在法学研究中很少有人从法律、法治的角度谈论幸福。最近读到了陈之杂的杂文,他在对法国人简单与复杂观察中,颠覆了自己的思维定式。他认为,法国人把看似复杂的问题视为简单,简单的思维靠的是信任与法律,有法律对社会行为的控制成分。

而我们则把看似简单的事情视为复杂,这里面体现了更多的人情因素,法律对人的行为调控让位于人情关系。他的结论:“原来简单也是一种幸福,而这种幸福的来源和依靠,居然是法律。”^[4]这使我们相信,一般大众对法律的姿态可能是法治能否实现的关键因素之一。如果没有对法律的这份信任,即使是体制很完善,法治也断难实现。有些国家法治搞得很好,我们常归结为权力的分立体制,但体制也是需要人们的思维方式与之配合的。中国的很多法律移植于西方,这些法律进入中国以后却出现了意义的变异,这不仅有体制的原因,还有固有文化所造就的思维方式,使我们在接受西方法律的时候出现了问题。

法律规范或形式法治中包含了改造、调整社会的理想,但由于人们在司法和其他领域奉行实用主义而放弃了理想。法律约束人们的行为,保障自由和权利,因而一味想通过用现实因素否定、改变法律的意义来实现所谓的实质法治,无疑是对法治的毁灭。在法治建设中需要讲国情,但不能把实用主义当成行为的指导思想。特殊国情论会使法律规范失去权威性。“‘国情’在这里指的当然是一种现实存在的社经政治状况,它当然也是因国而异,不可能也不应该强求天下统一。”^{[5]27}这一术语已经蔓延到政治、法治各个领域,成为不实施法治、不进行政治体制改革的挡箭牌。在中国实施实质法治的理由就是我们有特殊的国情。人们“总是用国情挡掉一切外来批评,固然有套文化相对论的基础,但却也是对理想的否定,因为它同时还挡掉了国民内部的不满。这是以国情的现实面消解了国情的理想面。”^{[5]28}。人们“不努力以理想拉近现实,反而把理想拖进现实的泥沼是否也是我国独特的国情?”^{[5]27}过度强调特殊国情会在思维过程中丢失法律的一般意义。

从方法论的角度看,法律的确定性是实施法治的重要前提。所谓根据法律的思考,就是根据法律的明确意义进行思考。法律的明确意义来自法律规范所使用的概念、术语的明确表述。法律的明确性使得根据法律的思考具有可能性。语言学揭示,法律规范所使用的概念,包含有意义中心和边缘意义,概念的意义中心是明确的,而在边缘则会出现意义的模糊。当然,明确的意义在遭遇事实、语境因素以后,还会再次出现不确定性,这正是法律解释、论证等方法发挥作用的机会。与丰富多彩的事实比较,法律既存在着确定成分,也

存在不确定性。恰恰是因为法律至少有部分确定的意义,人们才可以根据法律进行法律思考。“当哲学家们称颂法律之治的时候,最有可能想起的就是这些规则是普遍的、并且事先已经为所有公民知晓。”^[6]在法治的十大规诫^①中,法律的确性占有重要位置。自20世纪初现实主义法学兴起以来,法律确定性的概念一直受到攻击。很多人认为,确定性并不能保障人们免受以法律的名义对权利的侵害;在人们的思维决策中,去法治化是可能的,但去掉人的主观能动性是没有任何可能的。然而,法律对人行为的调整需要通过思维活动。由于思维活动本身具有很大的不确定性,因而在依法修辞的掩盖下出现很多错误。规则对行为的指导要求法律具有明确的意义。我们不能为了理论研究的逻辑一致,而忘记法律存在明确无误的意义。在一般情况下,明确的法律不能被使用者随心所欲地改变。“规范,如同人的骨骼,骨骼支撑人体……失去规范者失去公正,守规范者守公正。”^[7]遏制权力腐败的前提是权力规范运行。规则告诉我们权力是有边界的,超过权力的边界就会缩小权利的空间。对于明确的法律意义,人们不能拒绝执行。然而,任何现成法律规则都存在程度不同的意义模糊甚至漏洞,在理解过程中还存在着意义的流动性;在有些场景下规则之间还存在着矛盾性,从而使规则指导的治理难以成为现实,出现无法可依和有法难依的情况。

(三)在对良法的片面追求中,隐含着瓦解法治的危险

良法的概念十分宽泛,站在不同的角度有不同的理解。一般来说,所谓良法就是符合正义、自由、平等法律价值,或与社会的主流道德伦理常情等相符合的法律。除了统治者为了自身特殊的利益,一般来说立法者都愿意制定良法。但由于立法技术的原因,还有法律本身的抽象性、概括性等特点,使得立法者不可能穷尽所有的正义,因而在司法过程中一般正义和个别正义相冲突的情况时有发生。实质法治与形式法治的区分就此产生,从而也造就了形式法治的困难:要求大家普遍遵守的法律,很可能因为不符合某种实质思维被界定为恶法,恶法非法。实际上,在有法律评价存在的地方,法律就有善恶之分。法官作为法律的

宣示者,有责任在司法过程中寻找良法抛弃恶法。然而,在法治问题上善恶的评判是如此艰难:因为能够判明的善恶,立法者一般都会在立法的时候予以表述,在法律实施过程中评判善恶,标准难以拿捏,争论在所难免。自然法学虽然指明了关于正义的分类以及抽象的判断方法,但是与较为明确的法律规范比较起来,给司法者带来的也许是更大的思维混乱。所以,现在有很多学者已经不再抽象地谈论正义;法庭上法官更是讨厌律师们抽象谈论正义,而是主张在常情常理常识意义上谈论法律。这种观点引起很多实务法律人的重视。法律调整原本就是解决常人之间的纠纷,法哲学家的正义理论在司法过程中往往显得苍白无力。当然,这并不是法官们主张恶法亦法。个别正义与一般法律轻微冲突,不会引起对法律的修改。对形式法治的坚守,担心的是一些无良腐败的法官可能打着良法的旗帜轻易废止法律的效力。对良法的追寻也不仅仅表现在自然法学中,法律之良还表现在与社会关系的融洽程度。在法学研究引入了科学方法以后,法律社会学得以兴盛。在科学的显微镜下,法律的每一个细胞都得到了研究,法治的每一个环节被解剖,但是在思维过程中如果离开对法律客观性的追求,法律各个环节的功能都可能失灵。我们不反对自然法学、法律社会学的研究,更不反对正义和情境因素等对法律的修正、废止,反对的是对自然法学、法律社会学的研究成果不经过法律方法的过滤就直接运用于司法判断。这至少减弱了法律的规范作用。

法律的实施或法治的实现都离不开价值追求,但法律又不等于价值;法律可以被比喻为生物有机体,也可以称之为系统,但由于人的思想的复杂性与法律调整之间关系紧密,使得法治不可能是生物有机体。价值法学、法律经济学、政治法学、实用主义法学、法律社会学、法律解释学、批判法学等,对法律的各个部位予以展示,优点和缺点尽显无遗。对法律与法治始终不可能像对自然现象那样进行研究,法学比自然科学更为复杂。法律的客观性以及由此带来的对人思维决策的规范性,是标志法律特征的有意义符号。尽管法律自身存在很多不足,但是试图通过良法的构思来实现完美的法治只是幻想。在有了法律体系的情况

^①一是有普遍的法律;二是法律为公众知晓;三是法律可预期;四是法律明确;五是法律无内在矛盾;六是法律可循;七是法律稳定;八是法律高于政府;九是司法权威;十是司法公正。参见夏勇《文明的治理——法治与中国政治文化变迁》,社会科学出版社2012年版,20-30页。

下,如果在司法或执法中毫无节制地追求“良法”,只能导致法律效力丢失,最终导致法治的失败。“如果太拘泥于社会价值层面的抬杠,只会演变成话语霸权的争夺和或有或无的僵局,缺乏建设性契机,更难在更大范围内达成共识。”^[8]法治既不可能是单一的制定法之治,也不可能是价值主导的良法之治。纵观法治至少有四个维度:民主之治、理性之治、规则之治与治权之治^[9]。各个维度都存在着缺陷,但又都发挥着各自的功能。在法治之中正义不可缺少,但在具体语境中变化无常;规则是最为明确的但也存在着模糊;平等、自由都很重要,但都因情景的差异而具有相对性;民主的决策机制令人向往,但也可能会失去理性而产生多数人的暴政。无论从哪个角度看,法律、法治都存在缺陷。然而,人们总是能够找到方法予以化解。追求良法之治反映了人们的良知还没有泯灭,是一种正当性的诉求,只是要在恰当的时机,运用符合法治的方法才能达到目的,用法律外的价值修正法律,容易被不良之人利用。法治的根本就是防止人的这一弱点的出现。

(四) 社会转型导致法律稳定性、权威性的失落

对法理学来说,最难说明的是“社会转型期”或称之为“改革时期”的法治地位。因为实施法治的前提之一是法律必须保持稳定性,朝令夕改的法律或在社会变化中不被尊重的法律,不可能成为社会秩序的基石。法治的目标之一是构建稳定的社会秩序,但是实施法治也需要社会关系的基本稳定,因为法治需要法律的稳定性,而社会关系的变化对法律的稳定会带来冲击。中国社会正处在转型期,政治、经济等社会关系急剧变化,因而对中国目前的法治建设来说,最紧要的是处理好社会转型与法律的稳定性之间的矛盾。但这种矛盾很难解决,实质法治就是在这样一种特定的背景下实施法治的一种诉求,它要求在形式法律与实质正义等因素发生冲突的时候,放弃法律的刚性与严格,适应社会的变化。然而,现实的问题是没有刚性稳定的法律发挥规范作用,光靠道德等实质性因素解决不了社会稳定问题。可以说,中国的法治建设生不逢时,当我们意识到法治重要性的时候,实现社会转型是我们的目标。在社会转型期问题很多,违法改革的现象,一直在煎熬着法律的权威。我们很难像英美国家那样自然、甚至怡然地开展法治建设。在欧美国家,法治要解决的问题是分阶段进行的,几百年漫长的法治

进程使他们能够从容地解决问题。然而,我们的法治战略却试图在短期内解决众多的问题。法治目标的设计,没有考虑到社会转型的现实,也没有顾及到政治人是否具备运用法治管理社会的能力以及是否愿意接受用法治对社会实施管理。

在社会转型期我们对法治与政治关系问题的处理,常常是背离法治原则的。政治决定法治、法治为政治服务阻碍了向法治社会的转型。从现实情况看,用法治手段解决政治问题离我们还很遥远。在法治与政治的关系上,欧美法治国家奉行的是,“法律是政治,但是现在很少有法学家是政治家。在过去,政治是法学的合法女儿,而现在,政治是一种机械活动,而法学家变成了经验主义者”^[10]。但中国的情形与此相反,政治是活的,法律被视为机械的象征,因而要求法律要配合政治变得更加灵活。在法治建设中,我们还没有学会用法律思维表达政治诉求;法治还没有成为政治思想的核心概念,法律话语也没有成为意识形态的最重要部分。“特定的法律教义定向地用于掩饰法律决定的反复无常及随意专横性,例如法治,由于未受到法律内容和法律运作于其中的社会环境的影响,从而被批评成一种关于法律形式的幼稚观念。”^[11]在中国很多人都以自己敢于突破规则与程序为自豪,结果形成了一种按规矩办事的人反而直不起腰来。如果真要站直了说话反而需要一种勇气和付出一些代价。

其实,即使不是因为社会转型,法律的意义也是流动的,法律意义会随着理解过程而减少或添加。人没有完全相同的理解,理解的不同导致法律的不确定性。正是在对不同理解的描述中法律失去了权威。法律的不确定性以及意义的模糊性,直接得出的结论是根据法律思考的不可能性,使得法治所需要的一般涵盖个别的思维方式,在法律推理的前提环节中出现了问题。语言学已经揭示所有的概念都具有概括性和意义的不确定性,法律的客观性只是一种修辞,并不是说法律真的是客观的,主要是指人们在法律意义上的共识。在法律客观意义上的所谓明确性、稳定性等基本属性只具有相对意义,法律意义的变化是经常的并且是绝对的。这不仅导出了实施形式法治的理论难题,也彰显出实践难题。然而,我们需要看清楚,形式法治的缺陷不是我们放弃法治的理由,只说明了需要用实质法治予以补充,在分析形式法治缺陷的时候不能丢掉它的优点。

二、实施形式法治的必要性

形式法治就是要在思维方式上坚守法律教义学原理,在对法律理解的基础上恪守法律的意义,决定行为的方向,其典型的思维方式是裁判的法律决断论。“在某种程度上,所有的裁判理论都依赖一个形式主义的根基。根据形式主义……而非历史现象,裁判就是借助法律素材、方法、规则、论辩形式、逻辑等,发现某一问题预先确定的答案。”^{[2]107}受这种思维方式的影响,人们在行政、甚至日常生活的决断中,把法律作为行为的规范、预测行为后果的标准,发挥法律的规范、指引作用。法律的明确性命题支持形式法治的贯彻,而法律的不确定性则支持实质法治。形式法治偏重程序和规则对思维决策的影响;而实质法治论者怀揣高尚的理想,虽然也在追求法治,但对法治规范和程序的绝对性,多少有些失望或怀疑。当然,形式法治也不是一概拒绝实质思维倾向,而是认为法律形式中已包含了实质,认为贯彻形式的同时也就实施了实质。然而,在中国人思维方式的构成中,已经有过多的实质因素,如果再过度强调实质因素,就会影响法治思维方式的形成。有人断言,在中国实施法治缺乏逻辑“基因”,就源自我们对逻辑的轻视。这种状况决定了我们在引进西方法律制度的同时,要学习他们认真对待规则的精神,把形式法治的方法植根于人们的思维之中,从而有效地开展法治建设。我们不能一味强调法律对社会关系的适应,还应该坚持法律对社会的调整与改造。在中国坚守形式法治的必要性有三个方面:一是运用形式法治或严格法治可以在一定程度上约束失控的权力。二是通过补上形式法治这一课,改变实质思维方式。三是通过形式法治的思维训练提升法律人运用法治手段解决问题的能力。形式法治是法治的基础,没有形式法治不可能有法治。法治建设需要根据法律思考的思维方式,在法治的各个环节渗透法律的因素。只有在人心向法、奉行形式法治的基础上,才能比较好地解决人们对实质法治的需求,校正与法治原则格格不入的实质思维,改变以毁坏规则和程序作为政治成熟的思想,真正能够改变中国命运的是形式法治。因而,需要确定以维护规则和权威的法律方法在法治战略中的基础位置,以便使法治的实现有一条通畅的思维路径。虽然很难否认法治含义的复杂多样性,但应该警惕以各种名目挑战

法治核心意义的做法,这对建成社会政治经济文化可持续发展的法治社会具有重要意义。

(一)形式法治能约束失控的权力

失去对形式法治的追求,会导致法治思维路径的模糊。实质法治的思维方式过度强调了法治之法的开放性以及包容性,使得法律的内容越来越多,但是越来越难以说清什么是法治。从法律社会学的角度看,法治涉及社会生活的各个方面,确实有多方面的功能,但是我们不能离开形式法治来设计法治发展的路径。从方法论的角度看,法治就是实施社会管理、限制权力任意行使的工具,在法治之下能够实现多种目的与价值。然而,在很多目标中法治只是工具。当法治之法出现多元化、功能被分散以后,法治的限权功能就会出现。现在,中国对法治理念的设计虽然全面但给人的印象是不得要领。在社会主义法律体系完成以后,法治之路该怎么走很不明确。中国确实需要有一个法治发展的综合战略,勾勒法治与社会协调发展的理论。法治的目标应该包括自由、平等、民主、公正、和谐、和平发展、充满创新活力、经济繁荣、可持续发展等。然而,当我们赋予法治太多的目标的时候,实际上就等于让法治失去了重点目标。现在,几乎所有大政方针好像都应该由法治来承载,但是离开了严格依法办事的形式法治方法作保障,什么样的目标也难以实现。对法治建设来说,限制权力的任意行使是基本目标,法治的核心在于以规则和程序限制权力,以理性的方法理解、解释和执行法律。

在思维方式上坚守法治其实并不复杂,就是尊重法律,认真对待规则和程序,限制权力的任意行使。现在中国社会主义法律体系已经初步形成,规则并不缺乏,缺乏的是严肃对待规则的意识。我们在理解规则的时候,往往从实质思维的角度展开,过早地看透法律的实质,因而超越规则与程序依据实质来裁断,这在思维方式上排除了法治原则。实际上,法治的实现不仅与权力分立的体制相连,而且与对规则和程序的态度有关。对法律规则的信任在很大程度上决定着法治的成败。从西方法治的经验中,法治论者得出结论:如果权力的行使者能够以法治的方法或者途径实现政治目标,权力就不会完全失控,至少基于权力的腐败就会减少,社会就不会处在溃败之中。人们发现,“一个好社会的标志是,除了规则,一切都是零;一个坏社会的标志是一切规则都是零。”^{[12]50}认真对

待规则和程序,根据法律决断,这样中国就可能完成向法治社会的转型,成为一个更有前途的国家。从思维方式的角度看,法律对权力的限制,主要是通过严格法治来实现的。如果在法律解释的过程中实质的内容过度增添,限权意义的法治就会流于形式。在理解解释法律的过程中人们必须遵守法律已有的明确意义,尊重法律的安定性。与法律安定性相对应的法律方法包括文义解释优先、体系解释、三段论推理等,与之相适应的司法姿态包括追求形式法治、司法克制主义等。这些对约束权力的任意行使都有重要作用。

学者孙立平认为,对中国社会来说,最大的威胁不是社会动荡,而是社会溃败。从实践和理论层面来看,形成的溃败之势已经很明显。各种失控的权力和普遍的违法现象的存在就是证明。与溃败相对的是法治的健康成长,法治是遏制社会溃败最有力的工具。很多人不愿意搞法治编造了很多理由,以至于逝去了直接面对法治的勇气和能力,既不敢直接批评法治,也不愿意接受法治,而是拿出空洞的实质、高尚的道德说事。这是危险的。胡适曾说过:“一个肮脏的国家,如果人人讲规则而不是谈道德,最终会变成一个人人讲规则的正常国家;一个干净的国家,如果人人不讲规则却大谈道德、高尚,最终这个国家会堕落成为一个伪君子遍布的肮脏国家。”^[12]⁵⁰这不是对道德的拒绝,而是说在立法的时候已经选择了道德,人们不能根据自己的需要,在司法或执法的时候再次进行实用主义的选择。法律在一定意义上限制了我们的任意选择。如果说这种观察能够成立的话,就意味着规则和程序对一个正常社会秩序形成有重要的意义。在当前的中国语境下搞法治建设具有创新意义。在法治建设中大谈高尚道德,是传统的实质主义思维方式,这种思维方式不仅表现在主张德治,还表现在对法律阶级本质、社会本质的盲目崇拜。因此,搞法治建设要祛除形形色色的本质思维。郎咸平花了20年时间研究马克思主义,写成了《资本主义精神和社会主义改革》。他说:“马克思一生所追求的目标并不是共产主义本身,他真正追求的是和谐社会,其他都只不过是手段而已。我们运用马克思的辩证唯物主义得出的另一个非常震撼的结论是,人类历史是一部透过法治与民主控制权力腐败的阶级斗争史,法治与民主并不是明确的目标,是为反腐败开展斗争的结果。”^[13]马克思希望通过阶级斗争打击

腐败,实现民主与法治,达到和谐社会的目的。

当然,对于形式法治的作用也有不同的看法。一种观点“如法律现实主义者所说的那样,法律规则只起到修辞性的作用”^[14]⁶⁶,这是批判法学、后现代法学的代表性观点。这种观点认为,法律的规范作用是有限的,法律知识是裁判的标签和点缀,在司法判断中真正起作用的是政治、道德和利益等方面的考量。他们用事实说明,根据法律的思考是不可能的,法律的规则与程序充当的仅仅是修饰的角色。然而,这种把法律作为修辞的思维方式,仅仅是西方特有的法治现象,在中国很多裁判,不是把法律当成修饰而是直接抛开法律,行使的是赤裸裸的专权。形式法治虽然其特征是强调程序和规范的重要性,但实际上法律并不仅仅是形式,它里面包含了大量的实质内容。所谓形式法治和实质法治的划分,只是为了研究的方便和逻辑的一致,才把根据法律的思考称之为形式法治,而把根据法律外的实质决定判断称之为实质法治。其实,实质法治发挥作用的场所远没有有些学者描述的那么重要。已有的法律基本能够解决80%的简单案件,只是在一些疑难案件中实质法治才发挥对法律的修补作用。另一种观点认为,形式法治不是绝对的,而是有限度的,并不一定是程度越高越好^[15]⁹⁹。过度的形式化可能会导致机械司法,会伤及目的、实质正义等。法律方法论的研究似乎对此是一个印证。以简单应对复杂的依法办事的推理方法受到越来越多的质疑。法律方法从发现直接到推理的简单思维已经难以适应社会的复杂变化,因而出现了发现——解释——衡量、论证、论辩——推理的思维过程。其中的解释、衡量、论证、论辩始终存在实质内容的意义添加。我们必须注意到,尽管每一个法律人在解决具体问题的时候都必须考虑情境因素,但是法律的规则与程序并不是为照顾特殊性而准备的,法的特质是指法的普遍特性,无论法律在何处发挥作用,都要尊重法律的明确意义。

面对形式法治的缺陷,有人认为形式法治向实质法治的转向似乎是一个发展趋势。我们必须说明,形式法治与实质法治不是两种不同的法治,仅仅是人们对待法律实施的两种姿态和思维方式,实质法治仅仅意味着要用实质、能动的思维方式解释法律的意义;形式法治是要尊重法律,反对对法律的明确意义进行解释,奉行司法及其执法的克制主义。转向论提醒我们,对形式法治的坚

守与对实质法治的批判是联系在一起的。我们看到,实质思维超越规则与程序的做法,多少有些不择手段地达到目的的意味。人们对实质法治的需求只限于对形式法治的缺陷的补救,目的在于使法治之法更具有可接受性,然而这是分阶段实施法治的结果。只有当形式法治不足于解决疑难案件的时候才有出现实质法治的必要性,任何号称法治的社会治理都不应该抛开法律的约束而直接实施实质法治。本质思维方式好像有理,但其捉摸不定也常常呈现出难题。所谓本质,会随时随地发生变化,会随着人们立场以及语境因素的变化而出现不同的理解,即使实质主义的思维方式也并不定型。法和法律含义的纷争就是证明。

有学者的研究发现,“对于某一时期的法律而言是本质的东西在其他时期法律中可能会缺失。一个忽视了这些事实的法律理论不会是一个好的理论。”^{[16]148}法治需要用代表真理的那种实质来弥补,但不能使法治失去核心意义。即使在形式和实质的关系纠结中,也不能轻易放弃形式法治的功能。人们对法律的理解不能太倾情于语境的观照,以阅读诗词的方式来阅读法律,那样只能与制度规范脱离,使法律失去规范作用。“理论由必然的真理构成,因为只有关于法律的必然真理才能揭示法律的本质。我们谈及‘法的本质’或其他任何事物的本质时,是指那些构成法的实质、使法成为法的特质。也就是那些如果缺少了,法就不再是法的特性。”^{[16]147}在中国搞法治建设、强调形式法治有特别的意义,因为中国是一个关系本位的社会。在这样的社会里实施法治,需要认真对待形式法治的要求。这在一定程度上也决定了中国社会能不能向法治社会转型。对于法律,人们不能随便添加或缩减意义,否则法律将不成为法律。所以,形式法治不是随便超越的,否则权力行使就会因为不具有合法性而丧失正当性。

(二)形式法治的方法能抑制实质思维的张扬

总的来说,法治采取的是以简单应对复杂的思维路径,即把复杂的社会关系抽象为简单的法律规范与程序,以此作为基本的标准和规范来解决各种复杂的矛盾。这种思维无疑带有片面性,就像人们常讲的削足适履会成为法律思维的特征。在面对复杂疑难案件的时候,法律的不周延性、模糊性以及漏洞等随处可见。而实质法治采取的是以复杂应对复杂的方法,因而使法治方法在处理具体问题上显得混乱和难以捉摸。很多法

学学派正是抓住了法治的片面性,提出了自己对法治之法的看法,如法律社会学以社会本质、社会关系、文化传统等对法律意义的修改,自然法学以正义的名义对法律的超越,批判法学对法律本质和法治真相的揭示,后现代法学对法治命题的解构,现实主义法学对规则神话的披露,实用主义法学对法律意义目的性选择等。这种对法治之法的不同界定,导致了人们对法治的心理扭曲,使得人们可以在不同意义上理解法律。在各种揭蔽式研究者的笔下,由于法律脱下了形式的神圣光环、神秘性被解开,所带来的后果就是法律的权威和规范作用丢失;法治的中心意义以及优点被掩盖,而法治的边缘意义、缺陷以及本身的虚化、神话的影子被放大。这种从不同角度批判法律教义的作业方式,使得法律效力的绝对性受到冲击,法律不再是行为规范,而成为解释和论辩的对象;法律在人们心目中越来越没有地位,成为可以任意批评至少可以随机选择适用的规范。人们发现,虽然法学越来越接近科学,但是关于法治的理论离启蒙思想家的期待越来越远:各种各样的价值追求、复杂的社会关系、不同目的的政治要求,还有环境情势、本土资源、事物的本质、民族精神、历史传统、民间法、习惯法等一些消解法律意义固定性的因素,使得法律的意义处于流动之中。法治失去了限制权力、保证权利和自由、实现正义、促进秩序等功能。在各种非教义学的法学理论的鼓噪之下,法律和法治的基本含义成功地实现了隐身,失去应有的规范作用^[17]。

形式法治对实质思维的抑制主要是通过明确法律的遵守来实现。明确的法律意义对法治来说至关重要,合法性主要是决策判断合乎程序与规范的要求。现代法治已经揭示,规则包含权利的合法边界,程序是权利的保障。规则与程序既是权力合法性的来源,也对权力的行使进行限制。权利与权力只有满足形式要求才具有正当性。富勒对形式法治罗列了八条原则:法律的一般性、法律的清晰性、法律必须公布、法律不溯及既往、法律的稳定性、法律的可行性、法律的稳定性、官员的行为与法律的一致性、法律内部的一致性^[18]。这八条原则的根本是用规则指导行为,而这种指导只涉及对法治的形式要求,而没有注意到实质法治的要求,这就可能使得法治不一定是良治。“作为一种治理模式的法治,特别是形式法治,已经成为与民主、正义同等重要的政治理念,成为衡量政府权力正当性的重要标准之一。但应该注意

的是形式法治理论本身存在着一定的内在困境,现有理论并没有能够说明‘规则之治’的道德价值。”^{[15]95}然而,实质法治离不开形式法治,“只有以规则指导行为,法律的统治才更加自由,才能控制国家权力减少对自由的侵害,法律的实质是对自由的保证,自由要求法律必须实现‘以规则指导行为’”^{[15]96}。道德和法律在价值问题上具有兼容性,虽然两者有很多的不同,但并不是在各个领域都是截然对立的。即使是被称为形式的法律规定,也不可避免地带有价值倾向。形式法治和实质法治区分的研究思路把两者绝对对立起来,只是为了研究问题的方便和逻辑一致,无法在论述问题的时候言说两者关系的重合,这在思路上是存在问题的。既然形式法治可以和恶相融,当然也可以和善相融。批判形式法治可以导致法治之恶,也就意味着形式法治也可以导致法治之善。这是一个问题的两个方面。我们在批判形式法治之恶的时候,忘记了《威尼斯商人》戏剧中,法官利用法治的严格对人性之善进行的拯救。

“没有规则的以及关于规则的各种知识,也就没有指导司法实践的可能性。”^{[14]63}后现代法学所批判的法治之“法”,主要是指制定法、判例法等文本性法律。从法律运用的角度看,法治之法离不开文本性法律,否则便会因为法律过于开放而失去起码的标准和规范,但是文本性法律并不等于法治之法。因为法律文本出现以后必定要有人去理解、解释和执行,而这一理解、解释和运用的过程就是意义重新塑造的过程。如何在意义重塑的过程中保障人们的思维接近法治,就成为一个理论和实践相间的问题。法学理论需要在思维环节证成法治,以便在实践中完成对任意决断的限制。对思维方向的限制有很多的方法,制度、规范、程序、权力等都可以起到制约的作用,其中任何形式的制约都离不开法律方法的运用。法律方法所阐明的解释规则、论证规则、修辞规则等对法治之法的构建以及思维方向的规制起着重要作用。从这一意义上说,法律方法论是对法治的拯救或修复。从理论上讲,我们要坚守形式法治,积极探寻法律的客观性意义,在法律意义的流动中建构法律推理的前提;要运用法律的明确性和意义的相对固定性,消除法律的不确定性和模糊性;要尊重法律的稳定性,在转型社会中建设法治。

(三)形式法治的方法能提升法律人的能力

形式法治之所以重要,就在于法律问题在语

境中的裁决需要正当化。裁判的正当化不仅需要道德、正义等合理的修饰,更需要合法性的说明。在法治社会中,合法性比合道德性有更强的说服力。然而,这需要职业法律人的职业能力达到法治的要求。有一份关于当前官员能力的问卷调查,其结果也许对我们认识形式法治的作用有参考价值。该调研发放 500 份问卷(其中官员 300,民众 200 份,回收率分别是 83.3% 和 80%),设有“官员的依法办事能力亟待提高”一栏,结果官员自身认同的占 62.2%,民众认同的占 66.3%^[19]。这说明民众和官员都认为官员依法办事的能力差。这一数据从某种意义上说明“依法治国”方针深入人心,官员和民众都认识到依法办事的重要性^[20]。然而,依法办事的能力差,也从一个侧面说明法律人的职业能力存在问题。这些问题从方法论的角度讲,无非是理解、解释、推理、论证、论辩的能力差,因而需要对其强化法律方法论的训练,以提高其执法、司法的能力。形式法治以及方法对这些能力的提升有重要作用。可以说,没有严格的形式法治就不需要很多的方法。任意和专断只显示权力的绝对性,能力和权力等同,很难有方法论发挥作用的地方。但在法治社会中,权力和依法办事的能力在很多人身上是分离的。只有把两者结合起来才能搞好法治建设。

形式法治的方法包括三段论推理、内部证成、文义解释、体系解释、法律发现等,属于法律人第一位序要运用的方法。掌握这些方法,处理简单案件易如反掌,直接体现了法律人的思维能力。与实质法治相关的方法如外部证成、实质推理、价值衡量、利益衡量、目的解释、社会学解释等,属于第二位序的方法,掌握这些方法对法律人处理疑难案件具有积极的意义。法律人的能力还表现在法律专业术语与日常用语之间的翻译、转换上,即不管什么性质的问题,到法律人这里就是法律问题。

在形式法治基础上建构起来的法律方法论及其法学教育、职业培训,对法律人职业思维的形塑和指引有着重要意义。法治建设不仅需要完善的法律体系,还需要执法、司法的方法系统。在中国,法治建设所需要的法律体系虽已基本形成,但是法治的发展还面临着社会治理与执政方式转换的矛盾、法律的安定性与社会发展转型的矛盾、法治的本土化与国际化的矛盾、法治的均衡发展要求与现实不均衡发展之间的矛盾以及立法与司法的专门化与大众化的矛盾等。这些矛盾的化解和缓

和离不开法律方法论的支持和回应。在法治战略中,认真对待规则,提高法律人依法办事的能力应该占重要位置。中国的法学教育和法学研究并未着眼和立足于转型中国的这一现实和社会需要,提供生成法治的、回应社会问题的法律技术—方法方案。目前法学专业培养模式相对单一,学生实践能力不强,具备运用法律方法能力的人才严重不足。中国当下,无论是法官等职业思维能力的养成,还是法官对个案问题的解决,以及案件裁判的可接受性、说服力的增加等,都亟待法律方法论对法官等人的法律思维能力的型塑和培养。法律方法在提升法律人依法办事的能力方面有重要作用。

三、实行形式法治的可能性

当法学家孜孜不倦地论证法治的积极意义时,很少意识到法治思维路径的不可能性。实现法治首先需要法律思维——那种根据法律的思考与决断的思维方式。传统法学把法律语词的明确性、意义的固定性作为形式法治得以成立的前提。然而,随着人们把实质思维方式推向极端,根据法律思考的法治思维方式出现了前提之殇。尽管很多人的心理层面已经接受了法治理念,追求法治已经成为“政治正确”的修辞方式,但是法治命题在逻辑上或者在理论上没有证成。现在,很多专业人士给法律、法治赋予很多的意义,以至于越是研习法律的人,越难以确定法律、法治究竟是什么。这就对法治思维的可能性提出挑战。中国法治建设需要重新审视形式法治及其方法的可能性。

(一) 法律方法论对法治之法的确定使法治重新变得可能

法治思维的不可能性来自自由法学、现实主义法学、批判法学以及后现代法学。集中到一点就是,作为法治之法具有意义的模糊性、不确定性、流动性以及法律存在漏洞。在教义学法学以外的法律思想中,法律被赋予不同的含义,失去了对基本属性的坚守;形式法治出现了危机。在法律解释中,对法律正确理解的追求已经被法律意义的多样性取代。法律的客观性瓦解了,法治之法出现了混乱,使得根据法律的思维呈现出可能性,因而法治也是不可能的。要在理论上证成法治的可能性,首先就要修复法治之法,证成法律不存在漏洞、有确定的意义,根据法律的思考是可能的。欧洲大陆的法治理论主要借助立法手段制定文本性法律,英美国家则主要以判例的形式表

述法律规范,以此来明示法律是明确的,是值得信赖的,可以作为法律思维判断的根据。但是,这种对法律确定性的表述,被称为恋父情结或神话。规则怀疑论打破了法律所具有的指引、规范功能。在意义流动的法治之中,行为的可预测性丧失了,文本性法律及其意义遭遇到前所未有的打击。为使法治变得可能,人们已经无法再借助立法来完成,因为再严密的法律遭遇到具体案件时,也会出现后现代法学所指出的不确定性、模糊性、不周延性、意义的流动性等问题。这样,证成法治、甚至可以说在理论上拯救法治的任务就必然地落到法律方法论身上。法律方法论的任务在一定程度上就是完善、修复法治之法,使所有的裁判都是根据法律作出的。“对疑难案件的法律裁决和讨论是现代法律体系中法律实践的核心,而裁判教义学理论可以为之提供理论上可行、规范上可欲、实证上充分的说明。它以特殊的法律论证场域为基础,这一场域不是在概念上与法律链接,也不必然伴随法律制度的建构而建构。法律论证场域的生成是其自身文化演进的结果。”^{[2]115}只有法治之法是塑造的观念,改变了法治不可能性命题的命运,所以法治能接近公正,能面对更多的挑战。

对法治之法认识上的改变是证成法治可能性命题的关键。很多人对法律概念的理解只注重立法机关的创立活动,认为那就是法律的全部,但实际上立法机关创立的法律,对司法者来说仅仅是最重要的法律渊源,而不是行动方案。那些法律是明示法律,只是规定了人的思维方向,在司法过程中起着指引思维方向的作用。对明确的法律,人们可以径直进行法律推理,除此之外还可以运用法律解释方法揭示法律隐含的意义。法律方法的运用在一定意义上是对法律的重新塑造,这意味着我们需要改变长期以来形成的“法律是立法者制定和认可”的观点。立法者确实在制定法律,但司法者所实施的法律不是现成、抽象的法律条款,而是在立法者法律的基础上重新塑造的具体法律。可以说,法治之法不仅指制定法、判例法,还包括通过法律方法修复、塑造、完善的具体法律。人们首先要对法治之法有一个清晰的认识,即法治之法并不等于制定法或判例法,除制定法外还包括人们在司法、执法活动中对法律的理解与塑造。法治之法的概念比制定法、判例法规则更为宽泛。对法治建设来说,塑造这样一个法治之法的概念十分重要。拉兹提出,一个没有法

概念的社会就没有法律。在没有法概念的社会中,意味着人们不认为它的法律是法律。一个成功的法理论“是对由法的概念指明的一类制度的正确阐释,它只适用于在拥有这一概念的文化中占主导的制度”^{[16]154}。法律理论旨在阐释法律,无论它在哪里被发现,包括不具备法概念的社会。但是,法律理论只能在拥有法概念的社会中发展,混沌一片的法律含义只能造就混沌的法律思想。由此带来的是只有依法管理、没有限权的法治。

为解决制定法的漏洞问题,在法律方法论中学者们承认了多元的法源论。这打破了制定法或判例法作为法律渊源的一元论,承认在正式法律渊源以外还存在非正式法源,从而使得正义公平、善良风俗、公共秩序、社会的本质等都可以补充法律之不足。法律的封闭性被打破,成为一个对价值和社会开放的系统。在司法实践中的法治之“法”的多元,主要是在经验范围内被认同,很少有法学家给予认真的研究和充分的论证。但正是在这个地方,现实主义法学、后现代法学找到了攻击法治的突破口。然而,法治之法过于宽泛进一步强化了法律的不确定性。法律的不确定性还不止这一个方面,因为即使法治之法是一元的制定法或者判例法,其作为法律推理大前提的可靠性问题也存在。这不仅包括法律本身具有不确定性,而且在法律的运用中还包括可选择、可废止和可修正的过程。这就使得法治思维的核心——根据法律的思考或司法三段论的推理有效性的前提受到了挑战,法律意义的明确性、稳定性、安全性难以保障。法治所需要的根据法律的思考在逻辑前提上有了问题,在思维路径上出现了合法性危机。法律方法论就是要解决这些问题。法律发现要解决法律的漏洞,法律解释要解决法律的模糊,法律论证要解决法律的矛盾,法律推理要解决法律的不确定,等等。为保证法治实现,在法治之法的塑造中,法律方法要解决后现代法学提出的所有问题。鉴于该问题已经在笔者的其他文章中做过交代,在此不再赘述。

(二)法律的核心意义是明确的,因而根据法律的思考是可能的

一般认为,法律是人们的行为规则,是对行为实施的抽象界定。但是,人们在运用法律、规范行为的时候,又把对法律意义的探寻与实现政治目的、阶级统治、经济效率、社会公平正义,甚至群众满意等交织在一起。这样,明确、客观的行为规范与模糊、主观的价值评价之间经常发生冲突。尽

管哲学家们早已意识到,价值属性不能靠事实属性加以界定,但是法治既不可能没有价值目标,也不可能脱离事实的法律调整。在对法律和实施的思考中,法律的文义和法律的目的、价值的关系常常纠缠不清。可以说,法治理论大厦自从建立的时候,法治之法就面临着不断修复的问题。为了说明法律修复的可能性、必要性,我们必须重新审视制定法及判例法规则的意义。在后现代法学眼中,制定法意义有流动性、不确定,但他们只看到了法律作为一种思维存在运动的方面,而没有看到制定法意义在流动中还存在着相对稳定性的一面。法律的相对稳定性是指基于法律语词基本含义所形成的共识。按照哈特的看法就是,法律语词、概念的核心意义虽然具有流动性、不确定性,但是相对于语词的边缘意义来说,含义是确定和清楚的,这正是人们相互理解和正常交流成为可能的的基础。立法者创立法律体系不是为了营造一个封闭的体系,也不是为了提供一个可供解释的文本,而是为了给人们提供系统明确的法律意义,以便使人们尽可能获取明确的法律,并在此基础上进行根据法律的判断。尽管这种明确的法律如后现代法学所批判的那样存在着种种缺陷,但只要人们在尊重的基础上,努力去理解把握,法律对人们行为的规范作用是明显的。只强调法律意义的流动性,而看不到法律意义的相对稳定性,不可避免地会产生思维倾向的片面性,对法治建设来说多少属于玩世不恭的态度。对此,西方一些严肃的法学家已经进行了批判。由于法律体系中包含法律最基本的含义,因而根据法律的思考是有一定基础的。法律人的任务就是根据法律哪怕是残缺不全的法律,构造针对个案事实的解决方案。

立法的精确在一定程度上可以减少解释的机会,但并不能完全消除解释。这意味着绝对的机械式地根据法律进行的思考是难以做到的也是没有意义的。根据明确的法律进行思考,这是法治的基本要求,但司法实践证明这仅仅是一个思维路径,并不意味着立法者所创立的法律就是现成的解决问题的方案。由制定法向判决的转换,是一个重新塑造法治之法的过程。在重新塑造的过程中,不是说制定法失去了意义,而是说面对具体的案情和个别正义,需要对制定法修复、完善,以便使其能够恰当地与案件衔接。法治之法必须是明确的法律,制定法的不明确与不确定需要方法论发挥作用。对立法者来说,提高法律解释客观

性最有效的方法是制定明确甚至精确的法律规范;对解释者来说,尊重法律文本的权威不可缺少。“今天讨论在中国推行法治,前提当然是要限制滥用权力的政府行为(有结构性腐败的大量事实可以为证),首要的任务当然是解决有序化社会生活整体的合法性、正当性问题(有新兴宗教或次级文化权力关系如火如荼伸张势力的大量事实可以为证),而不能仅仅归结为所谓功利性的‘对秩序的呼唤’,或者只是对现实状态秩序进行法律形式上的被动追认。”^[81]而要实现权力的限制,就需要制定尽可能完备的法律文本,在司法、执法过程中坚守形式法治的原则。当然,人们不能夸大法律意义的流动性和不确定性,但也不能固守文本法律意义的绝对性,搞机械式司法。法治之法应该是融合了形式和实质、法律的文义与价值、法律性与道德性、文本与社会等各个角度的双重考量后的行动中的法。这种在思维中融贯各法学观点的综合法律,不是任意建构的,而是在运用支持各法学流派主要立场、观点、方法的基础上塑造的。法治之法不能封闭,应该处理好开放与封闭的关系。总的来说,对法治之法不能过于开放,应该在坚持以制定法为主的前提下,附条件地开放。修改或放弃对制定法的适用,需要经过充分的论证,找出人们能够接受的正当性理由。

(三)对于模糊、矛盾、不确定的法律,可以用法律方法予以解决

从法律作为裁判的标准出发,人们对法律的认识有三种观点:一是法律是由概念、先例、成文法和法律原则组成的无缝天衣,能为每一个案件提供唯一正确答案,即使在疑难案件中也存在着唯一正确答案。二是法律不仅在疑难案件中是不确定的,而且在简单案件中也是不确定的。法律是一般的规范,面对具体案件都是不确定的。法律与权力相关,但与正义无涉,所有的裁判都是伪装的政治。三是折中的观点,认为法律能为大多数案件提供确定的答案,疑难案件只是少数,只有在疑难案件中才作出非法律的裁决。承认在疑难案件中法律是不确定的,并不导致全部裁判实践都是不确定的^{[2]106}。这三种观点都认为,法律不足以解决疑难案件,这导致根据法律的思维在疑难案件中是不可能的。笔者认为,第一种观点是自由法学、后现代法学批评的重点。确实,用这种绝对化的理论来解决疑难案件是不靠谱的,但我们不能因此而否定法律对解决简单案件的能力。

从解释哲学的角度看,即使在简单案件中现有法律规定也不是解决案件的行动方案,但多数案件只要经过根据法律思考就能得出法律后果。形式法治在这一领域起着十分重要的作用。第二种以德沃金为代表的观点,把法律视为整体性诠释性概念、把法律方法加入法律的概念是有一定道理的,但得出的唯一正确的结论多少有些牵强,即使法律概念中加上解释方法,把隐含的法律意义都挖掘出来,也不可能在所有的疑难案件中都找到唯一正确的答案。笔者赞成第三种观点,认为法官等法律人的任务就是解决法律的模糊、矛盾和不确定性,要根据法律、通过法律方法把不确定法律变得确定、把模糊的法律解释清楚。这是法律方法论的主要功能。现在很多学者的理论中有一种预设,认为在法律不确定的情况下疑难案件的裁判不再是法律裁决,而是非法律的自由裁量。但是,教义学理论拒绝接受这种预设,坚持疑难案件的法律属性,进而捍卫法律的自治性。教义学理论以法律论证场域为基础结合教义学的结构、方法,能够保证疑难案件的法律属性^{[2]102}。在司法或执法过程中重塑的法治之法,属于具体的法律,根据它进行裁断所产生的仍属于合法性裁断,尽管这里的法律多少含有实质法律的成分。

人们的研究发现,“西方法律文化一方面推崇法律规则,另一方面却又不能在理论上解释法律规则在其法院系统裁决的最重要意义如何,这着实令人尴尬。”^{[2]103}在法律方法的研究者看来,即使法律是不确定的,裁决仍然保持法律性;即使在疑难案件中有效的法律论证也无需法律之外的考量或标准来指导。所有的法律论证都不能仅仅根据外部证成来解决问题,内部证成必定是法律论证的基础。尽管法律论证方式是开放的,但对法官而言仍然不能摆脱法律思维方式的约束,是在法律论证场域进行的裁决,存在着路径依赖的效应。从总的方面看,法律外的实质因素只是在根据法律思考的背景下的参考论据,尽管在有些疑难案件中,实质因素可能会改变法律的意义,但这并不是说法律的程序与原则在整个思维过程中都不起作用了。法律思维的教义学结构使得法律论证必定和政治、经济的抉择之间保持距离,即使在疑难案件中,政治和道德偏好也不能轻易进入法律领域^{[2]113}。这当然是在言说欧洲法治的情况。在那里,人们的思维方式和中国有很大的区别。在欧美,法治思维和法治方式已经蔚然成风,

但在中国,人们的思维还没有经过严格的法治熏陶,因而在实施法治的时候表现出更多的灵活性。这既是我们呼吁形式法治的理由,也是警惕实质法治毫无节制地蔓延的原因。为保持判断的“合法性”,教义学法学、分析实证主义法学等已经找到法律推理、法律发现、文义解释、体系解释等法律方法来解决形式合法性,而自然法学的价值衡量、经济分析法学的成本效益分析等也都找出各自的方法来解决实质合法性。但无论哪一种方法都是构建法律推理大前提的思维活动。各种法律方法都在证明法治之法不是现成的制定法或判例法,而是通过法律方法论的运用所建构、塑造的法律。法律方法论的基本功能在于建构法治之法,使根据法律的思考成为可能。法律解释、法律推理等方法不仅是一种思维方式,更是一种职业技能,不但能帮助法律人更恰当地解决个案纠纷,以具体化的方式补充公共判断标准,而且能通过判例效应、案例指导制度的运作在道德正义、社会矛盾上树立普遍可接受的公共判断标准。

参考文献:

- [1]王昱.见义勇为之“义”岂能如此定义[N].齐鲁晚报,2012-09-10.
- [2][德]Ralf Poscher.裁判理论的普遍谬误:为教义学辩护[J].隋愿,译.清华法学,2012,(4).
- [3]陈景辉.法律的内在价值与法治[J].法制与社会发展,2012,(1):3-25.

- [4]陈之杂.法国人的简单和复杂[J].领导文萃,2012,(10上):123.
- [5]梁文道.国情[J].领导文萃,2012,(10上).
- [6][意]布鲁诺·莱奥尼.自由与法律[M].冯辉,译.长沙:湖南教育出版社,2008:80.
- [7]筱陈.零思碎想[J].领导文萃,2012,(10上):126.
- [8]季卫东.法治中国的可能性——兼论对中国文化传统的解读和反思[J].战略与管理,2001,(5).
- [9]杨贝.民主与法治的修辞诉求[J].文史哲,2012,(5):160-168.
- [10][意]毛瑞若·维罗里.“国家理性”的起源和意义[G]//许章润,翟志勇.国家理性与现代国家.北京:清华大学出版社,2012:14.
- [11][加拿大]希普诺维奇.法律与意识形态[J].张昌辉,施长征,译.南京大学法律评论,2012,(春季号):14-22.
- [12]采英拾贝[J].领导文萃,2012,(9下).
- [13]郎咸平.中国经济到了最危险的边缘[M].北京:东方出版社,2012:序言5.
- [14]陈坤.法律命题、真值与法律真理观[J].上海政法学院学报(法治论丛),2012,(5).
- [15]龚蔚红,孙一平.以权力正当性的形式要求为基础的形式法治[J].求是学刊,2012,(4).
- [16][英]拉兹.法律理论是否可能[J].杨贝,译.比较法研究,2012,(4).
- [17]陈金钊.法律人思维中的规范隐退[J].中国法学,2012,(1):5-18.
- [18][美]富勒.法律的道德性[M].郑戈,译.北京:商务印书馆,2005:8.
- [19]张朝丽.官员能力问题之问卷报告[J].领导文萃,2012,(7上):7-10.
- [20]游劝荣.关于依法办事能力的“小题大做”[J].领导文萃,2012,(7上):13-14.

On the Argument and Sticking to the Principle of Formal Rule of Law

CHEN Jin-zhao

(School of Law, Shandong University at Weihai, Weihai 264209, China)

Abstract: It is significant that we get a clear understanding of the meaning and functions of essential rule of law so as to avoid the excessive role. Because of the Chinese integrated culture underlining the dialectical thinking, it is difficult to implement the thinking guided by law. The authority, clarity, stability and the fixity of law could be commonly lessened with the thinking of contradiction. Meanwhile, the transmission and prevalence of critical legal studies, legal realism and postmodern jurisprudence further aggravated the thinking by law disintegrated. Adhering to the essential rule of law caused the thinking mode of formal rule of law to fall. The theory of rule of law seems to be declining. It is necessary to restate the opinion that formal rule of law is the backbone of the theory of rule-of-law. Without sticking to the formal theory, or rather without catching up with formal rule of law in China, it could be impossible to transform to a society with rule of law. The theory of formal rule of law depends on legal methods to pursue the justice. The essential rule of law would play an active role of regulating the society only under the premise of sticking to the formal rule of law.

Key words: the construction of rule of law in China; formal rule of law; essential rule of law; the legal thinking; legal methods; the law of rule-of-law

[责任编辑:张莲英]