

法治中的悖论*

朱景文

自从法治概念提出以来，古今中外的法学家们总是把它与一种具有一系列新特点的特殊法律类型相联系并赋予它许多优秀的品格：它是自治、自主、自足的，而不是依赖于法律之外的因素的；它是整个社会，不管是统治者还是老百姓追求的崇高目标，而不是统治者手中任意摆布的工具；它是具有普遍适用性的规则，而不是个别处理的、因人因事而易的；它是中性的，无论是谁，在法律面前都是平等的，而不是偏私的。但面对现实，这些品格都存在它们的反面，法治中存在着悖论。

一、法治的自治性和非自治性

韦伯用"形式" (formal) 与"实质" (substantial) (Law in Economy and Society, 198-223)，诺尼特和塞尔兹尼克用"自治性" (autonomous) 和"压制性" (repressive) (Law and Society in Transition, 73-114) 来表现这个悖论。所谓自治的是指判决的标准只依赖于法律，而不依赖于法律之外的任何因素，道德、宗教等等。而非自治则指依赖于法律之外的其他因素判案。法治的产生表明法律从其他社会控制形式中脱离出来的过程，这一过程代表了法律的自治和成熟。在法律产生的历史上，确实有过这样一个早期阶段，法律、道德、宗教等等因素缠绕在一起，法律屈从于道德和宗教的压力，或者直接用道德和宗教判案；在当代社会中，不顾法律规定，法院判决受到各种各样的非法律因素的压力情况也屡见不鲜。确立法律的自治性，法院审理案件只依据法律，司法独立等原则，恰恰是法律进化的结果，是法治的一个重要特征。

但法律的自治性又不是绝对的，法律必然有非自治性一面：

1. 法律的自治性、自足性离不开其他社会因素，从来源上，法律把其他社会因素，经济、政治、道德、宗教等包含在自身之中。从本意上说，所谓法律的自治性只不过是按照纳入到法律中的经济、政治、文化等标准，而不能把法律之外的经济、政治、文化因素作为标准。
2. 不是一切案件都能找到法律根据，在没有法律根据的情况下，法官又不能拒绝审理，必然寻求法外的标准。而且，法律不可能包罗万象，社会关系的变动性与法律的固定性之间总要产生空白，必然使非自治的一面暴露出来。
3. 即使一切案件都能找到法律根据，在许多情况下，同一案件可能有两个或多个相互矛盾的法律根据。因此，法官判案的过程不是将唯一适用的法条运用于具体案件的过程，而是一个选择过程，在这种情况下很难说法律是自治的，而是他治的，受到法官的个性、偏好、意识形态、社会压力和其他各种条件的限制。

二、法治的目的性和工具性

昂格尔把法治（法律秩序）与官僚法区别开来的一个重要标准是，官僚法把法律看作是达到统治者目的的工具，他可以随意改变和修改，而法治则凌驾于相互竞争的阶级、阶层之上，实现法律的统治是法治所追求的目的(Law in Modern Society, 58-87)。实际上，所谓"法学世界观"、"法律至上"讲的都是这种把法律作为目的而追求的思想。法治的目的性是伴随着它的自治性而产生的，把法治作为一种目的，而不是工具，有助于维护法律的自治性，防范统治者的任意。因此，凡是主张法律的自治性、自主性、自足性的，也都主张法律的目的性。正象昂格尔所说，把法治作为目的而不是工具，是历史的产物，如果说把法律作为工具是这样一个时代的产物，统治者在社会上具有绝对的主导地位，统治者的权力不受制约；那么，把法律作为目的则是另一个时代的产物，不仅社会上各种相互斗争的群体之间谁也不可能具有绝对的统治地位，为了赢得统治必须讨价还价，作出妥协，而且在统治者内部也划分为不同的集团，既相互斗争又相互制约，斗争的结果是产生一种新的类型的法--法治。

但是，法治的目的性、至上性也不是绝对的，它也有工具性、从属性一面。

1. 在法治赖以存在的典型的自由资本主义社会条件下，的确不同利益集团的相互斗争使得任何一种政治力量的权力都不可能成为绝对的，这样就使法律成为绝对的、至上的。但法律的这种目的性、至上性并不能否定法律仍然是工具，仍然是使各种相互竞争的力量按照其实力对比达到平衡的工具。人们经常会发现，当力量的对比发生变化时，法律不得不修改或者作出新的解释。

2. 在当代世界各国法律的工具性更加明显。随着社会管理的专业化、技术化的发展，由于统治者与管理者的分离，如何用法律管理社会，如何对社会的变化作出合理的、迅速的和公正的反应，已经成为一门专门的知识和技术，由受过专业训练的特殊的职业--行政管理阶层来承担。行政法规和行政决定的增多、行政管理人员的膨胀是当代世界各国普遍存在的现象。昂格尔认为，当代西方社会福利-合作国家的出现标志着法治向官僚法的某种复归(Law in Modern Society, 180-204)。诺尼特和塞尔兹尼克把这种现象称为从"自治性法"转变为"回应性法"，即法律必须对社会经济、政治、文化的变化作出迅速的回应(Law and Society in Transition, 73-114)。伯尔曼在《法律与革命》一书中把 20 世纪以来行政权力的膨胀看作是"行政权力重新成为一种不受任何力量约束的绝对权力" (Law and Revolution, 41)。

3. 随着行政权力的膨胀，如何限制行政权力，如何保障人权不受行政权力的侵犯，如何确保民主制度，保持议会与行政权力的平衡，增加公众的参与，已经成为一个世界性的话题。但增加法的民主性不是以牺牲行政效率为前提。这从另一方面说明，在建设法治时，目的性和工具性是相互制约的两个方面，应该兼顾。

三、法治的普遍性和特殊性

韦伯用"合理" (rational) 的概念表示法律的普遍性，即法官根据普遍适用的规则判案。与"合理"相对的则是"不合理" (irrational)，即法官判案的标准不是普遍适用的规则，而是根据个案的特殊情况，具体问题具体解决(Law in Economy and

Society, 198-223)。法律的发展过程有一个从"不合理"到"合理", 从特殊到普遍的过程。按照梅因的说法, 在法律发展的早期阶段最早形成的是个别的判决, "地美士"(themis), 即针对具体问题的处理办法, 然后出现的是习惯, "达克"(dike), 它是个别的判决所针对的类似个案反复出现以后形成的, 而法律(Νδμος)则是更后的产物(Ancient Law, 1-12)。这里渗透着法律产生从特殊到一般的道理。普遍规则的产生对于法治具有重要意义, 它有助于克服没有规范性根据的个别性判决容易具有的主观性、任意性。

但是, 法治的普遍性也不是绝对的, 它没有、也不可能抹杀特殊性一面。

1. 从生成上, 普遍性的规则来源于个别性的处理, 只是在个别性的处理反复出现之后, 才形成普遍的规则。
2. 从功能上, 法官在审理案件的过程中, 必须把普遍性的规则与个案的具体情况相结合, 形成"受到规范性调整指引的个别性调整"。
3. 在缺乏有关的规则、规则有漏洞、规则之间有矛盾或按照原有规则办案会出现明显不公的情况下, 考虑个案特点的个别性调整仍然具有原创性。
4. 在当代一些国家有一种趋势, 为了充分考虑具体案件的特点, 规则只规定了一般的处理问题的原则, 而给处理具体案件的官员更大的自由裁量权。
5. 当代法社会学研究表明, 在解决争端的过程中, 有的时候规则的正义与个案的正义是矛盾的, 不能笼统地认为实现规则的正义就一定优于个案的正义。

四、法治的中性与偏私

法治的中性有双重含义, 一是实质意义上的中性, 二是形式意义上的中性。

在实质意义上法治中性是针对封建主义法律特权、差别对待的原则而言的。在中国古代儒家用"三纲五常"来描述具有不同身份的人们之间的关系。梅因用"从身份到契约"来描述法律原则的转变, 即在古代法中身份起着重要的作用, 奴隶和他的主人, 地主和农奴, 领主和他的臣民, 夫与妻, 父母与子女、长子与次子之间在身份上是不平等的(Ancient Law, 97)。资产阶级民主革命时期第三等级提出废除特权的口号, 要求取消对贸易的一切限制性措施, 获得平等的地位, 成为法治的一个核心内容。

在形式意义上法律中性是指司法不受意识形态的干预而言的。奥斯丁提出, 法学不同于立法学, 它排除了政治、道德等因素的影响(The Province of Jurisprudence, 126-7)。用韦伯的话说, 它是价值无涉的。自由主义法学也承认, 政治, 乃至立法都不可能排除主观性和党派因素的影响, 但是司法所遵循的是与立法不同的模式, 按照法律推理, 只要根据大前提--法律和小前提--事实出发就能作出判决。因此, 尽管立法可能是主观的、有偏私的, 但司法却是客观的、中性的。法律面前人人平等。这种法治中性的主张是针对司法特权提出的, 在反封建的斗争中曾经

起过积极的作用。

但是，同样法治既有中性的一面，也有偏私的一面。

1. 在实质意义上，法律中性建立在商品经济、市场经济的基础上，"商品天生就是一个平等派"，它要求废除一切对商品流通、自由贸易的歧视性的措施。但这种平等在摧毁了封建特权的同时，又建立了资本的特权；在摧毁了由身份决定的不平等之后，又建立了财产的不平等。在当代所有国家法律发展的一个重要趋势恰恰是通过税收、福利措施等手段调整由于市场竞争而加剧的贫富之间的差距。经济全球化已经带来的全球贸易的增长和经济的增长，但这种增长不是平等的分配的，发达国家与发展中国家之间的差距正在加大，为此也必须通过差别对待原则，矫正经济全球化所带来的新的实际的不平等。

2. 如奥斯丁等人所说的，立法和政治充满了党派性。司法即使可以象他们所说的"中性"地适用于具体案件中，不折不扣的按照已经制定的法律办事，但它最多也只是忠实地执行了有偏私的法律。

3. 法的适用不是简单地、机械地将法律规范运用到具体案件中的过程，执法者、当事人以及其他参与人的社会地位、文化程度、亲密关系、种族、性别等因素不起任何作用。在法律上可以把这些非法律因素的作用压低到最低限度，但它们还是会以这样或那样的方式表现出来。执法不是在纯粹的法律空间，而是在社会空间运作的，它要服从社会空间的一般规律(D. Black, *Sociological Justice*, 19-22)。当代法社会学研究表明，法律本身、执法者的自由裁量和当事人之间的交易往往都决定着法的适用的过程及其结果。从社会学的观点，法的适用并不是中性的，而决定于各种力量之间的对比关系(S. Macaulay, L. Freidman & J. Stookey, *Law and Society*, 160-63)。

五、关于法治内在矛盾之间的关系

历史上有的学者认为，随着法治的出现，法律的性质随之而发生转变，比如梅因的"从身份到契约"，韦伯的"从实质到形式"、"从不合理到合理"。但也有的学者不这样看问题，如昂格尔虽然提出了从习惯法到官僚法到法律秩序的演化过程，但是当进入"福利合作国家"以后，在某种意义上，官僚法乃至习惯法的某些因素又在新的条件下复归了。诺尼特和塞尔兹尼克关于从压制性法到自治性法到回应性法的演进也是这样，当代西方社会回应性法具有许多前现代社会压制性法的特点。也就是说，这些特点的转变不是一个吃掉了一个，或一个克服了一个，而是相互制约的。在一定时期，可能是从身份转变为契约，在另一个时期又转变为身份，在一个时期可能是从实质的不合理性转变为形式的合理性，而在另一个时期又可能向着相反的方向转变。

法治中的悖论，自治性与非自治性，目的性与工具性，普遍性与特殊性，中性与偏私是法治内在矛盾的反映。这些矛盾在某种意义上具有永恒性，不存在所谓从一极向另一极的历史性的、永恒性的转变，如从非自治性转向自治性，从工具性转向目的性，从特殊性转向普遍性，从偏私转向中性。它们之间的关系有时可能

一方相对于另一方来讲比较突出，因为它比较适合于它赖以生存和运作的条件；有时，当条件发生变化时，另一方又显得比较突出，同样因为它适合于变化了的环境。这正象调整经济关系，有时强调自由贸易，有时又强调国家干预，这完全决定于经济运行的状况。法律调整也是这样，有时强调法律的自治性、目的性、普遍性和中性，有时又强调非自治性、工具性、特殊性和阶级倾向性，它们也完全决定于社会的经济、政治和文化的状况。在任何情况下都不可能一个完全吃掉或代替另一个。我们在历史中所看到的实际是，当一个方面发展到极端，它的缺陷比较充分的暴露出来时，悖论的另一方面用它的优势弥补或矫正对方的不足并逐渐占据主导地位。

* 本文是作者于北京举行的"法治与 21 世纪国际学术研讨会议"上的发言。