

中国法治的限度与悖论

黄金荣

摘要:中国法治的特点是法律逻辑与现实图景之间反差巨大,而其吊诡之处在于,法治的目标是制约国家权力,但法治进程本身却又是由国家主导的;但诸多国情既是我们实现现代化需要急欲改造的对象,同时又是我们必须依赖的路径。法治并没有成为国家和社会至高无上的目标,它只不过是现代化追求中诸多环节的其中一环而已。在中国这样一个交织着西方价值与中国传统、理论与实践矛盾的“悖论社会”建设法治,法治要走的注定是一条复杂的渐进道路。

关键词:法治;国情;现代化;悖论

中国改革开放的30余年也是中国法治建设走过的30余年,但相对于对经济发展成就的评价,人们对法治建设的评价要复杂得多。中国法治的历程给我们展现了一个非常复杂的图景,很难用非此即彼的方式进行评论。本文试图从法治的理想出发,对中国法治现状的复杂景象进行一个全景式的描绘,对于影响中国法治进程的各种因素进行社会学的透视,进而试图通过展示社会现实观察中国法治,理解中国法治。

一、“依法治国”理念下的法治现实

中国的法治建设发轫于上世纪70年代末。在经历无法无天的“文革”后,“加强社会主义法制”成了全社会的普遍共识,国家也开始将“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”作为自己努力实现的法制目标。在这一背景下,国家开始了大规模的“立法运动”和“全民普法运动”。1999年和2004年,国家又分别将“实行依法治国,建设社会主义法治国家”和“国家尊重和保障人权”载入宪法。30年来,法律在社会生活中地位和作用也有了极大的改变。在立法方面,中国在几乎一片空白的基础上迅速建立起了一个法律体系,从而使社会生活的主要方面都基本有法可依。司法在解决社会纠纷中的作用也日益突出,法院处理的各类案件都得到迅猛增长。与之相伴的则是法律职业化程度的迅速提高,司法人员和律师队伍的成倍增长,以及法学教育的一片繁荣。在法律观念上,“依法办事”、“依法行政”、“依法治理”等话语开始成了代表政治正确的主导性话语;甚至具有超然性的执政党也开始热衷于“依法执政”。自1999

年“依法治国”入宪之后,“法治”俨然成了一种新的国家意识形态。

这种举国上下对法治的满腔热忱以及法律角色的急遽扩张给我们展现了一幅法律似乎日渐占据统治地位的图景。1982年宪法对这种法治景象的描绘是“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”(宪法第5条);“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉”(宪法第126条)。宪法描绘的实际上就是一幅形式法治的图景:以宪法为中心实行法律至上的法律原则;法律体系必须保持统一;法院独立行使审判权;一切违法行为都将受到法律的追究。

然而,如果按照这种纸面描绘的法治标准来观察中国的法治现实,我们又会发现,现实展现给我们的经常是另一幅法治图景:我们既很难看到一种能够使宪法至上原则得以实现、法律统一原则得到贯彻的有效法律机制,也没有看到一个能够肩负起维护公民权利和制约权力这一法治使命的强有力司法机关。我们经常看到的是一幅地方政府违法难纠、人大和司法机关有权难使、公民维权维艰的现实法治图景。

这种现实的法治图景并非危言耸听。我们可以

作者简介:黄金荣,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士(北京,100720)。

宪法第5条提出的法制统一要求为例看看这一原则是如何经常在现实中逐渐化为泡影的。尽管中国宪法和法律为解决法律之间的冲突纠纷设计了某些正式的法律途径,但有太多的案例表明,基于多方面的原因,即便存在“上位法与下位法相冲突应该适用上位法”这样一个普遍法律原则,法院对于这类法律冲突问题也总是采取一种回避的态度,对违反上位法的规范性法律文件(尤其是地方性法规和行政法规)宣布不予适用的情形更是非常罕见。^①不仅负有法律审判职责的法院对此类纠纷避之惟恐不及,就是法律明确规定负有处理某些法律冲突问题职责的全国人大常委会在大部分情况下也持消极的态度。一个无可否认的事实是,尽管很多公民依照《立法法》的规定一再向全国人大常委会提出对有关地方性法规或行政法规进行合法性审查的建议,尽管很多规范性法律文件之间确实存在明显的冲突,但它却很少公开行使这一宪法赋予的权力。^②法律规定有权处理规范性法律文件冲突问题的法院、全国人大常委会等国家机构都基于某些现实因素的考虑不愿或不能有效行使解决规范性法律文件冲突的职权,其直接的后果就是,各种可能涉嫌违反宪法和法律的法规、规章以及其他规范性法律文件在现实法律生活中经常可以畅行无阻,从而出现规范性法律文件的位阶越低,但实际法律效力却越高的怪现象。^③

作为形式法治最为关键的一环,法院依法独立行使审判权依然还很难得到有效的保证。尽管法院在

审理一般民事和经济案件方面的规模和质量有了长足的增长或进步,但它却仍然经常无力抵制来自其他机关的各种干预。当行政机关强力推进某项改革,或者在案件与政府部门存在其他利害关系之时,司法机关很难做到可以无视政府机关的意志而只服从法律,即便法院和法官依法抗争也经常无济于事。^④目前的司法体制本身决定了地方法院如果不是完全受制于地方政府,也至少会受到地方政府的极大影响。因此,在目前的司法体制下,不仅地方法院与行政机关私下密切配合解决纠纷不会让人吃惊,^⑤即便地方政府对法院的审判进行公开干预也并非天方夜谭。^⑥当然,地方政府并不会在任何时候都干预法院审理案件,法院也不是在任何时候都不能抵御外来的干预,但可以肯定的是,在涉及地方政府重大决策和重大地方利益的场合,如果地方政府下决心要全面贯彻自己并一定符合法律的意志,它至少有能力做到这一点。司法机关不能完全独立“司”法,地方政府的“依法行政”有时就容易变成“行政即法”,在这种情况下,国家倡导的“依法治国”也很容易变成“依法治民”。^⑦

法律的逻辑不能得到贯彻,现实的逻辑就开始发挥作用。既然依法赋有法律实施之责的法院自身也经常不得不屈从于政府的意志,甚至连法院判决的执行也要严重依赖于地方政府的支持和协助,那么公民为什么不去找实际“管用”的政府呢?正是依据这种权力的现实逻辑,人们遇到冤屈时才会争相涌入地方行政机关、涌入中央党政机构这些人们认为“管用”

① 有个别法官在发现上位法与下位法相冲突时依法适用了上位法,却因此被地方人大指责并受到了处罚。除了著名“种子案”中的李慧娟法官外,甘肃酒泉中院的几个法官也遭受了同样的命运。对“李慧娟案”的详细报道可以参见田毅、王颖《一个法官的命运与“法条抵触之辩”》,载《21世纪经济报道》2003年11月17日;对于后一案例的报道,参见李希琼、王宏《甘肃:法院废了人大法规?》,载《中国经济时报》2000年9月4日。

② 目前的法律没有要求全国人大常委会和国务院对于公民提出的规范性文件审查建议必须给予答复,这两个机关对公民合法性审查建议实际也通常奉行“来者不拒,来者不答”的原则;不过某些地方性法规和行政规章却规定,对于公民提出的规范性文件审查建议,有关机关必须给予回复。有关中央审查机关与地方审查机关行为模式的区别及其背后的原因可以参见黄金荣《“公益上书”的行动逻辑》,载《法制与社会发展》2010年第4期。

③ 例如,很多地方政府(如安徽、陕西、辽宁丹东、河南南阳)颁布的地方规范性文件,都肆意扩大了《信访条例》第20条有关对信访人员的限制性规定,将上访时穿状衣、下跪、散发上访材料、打横幅、举遗像等行为都规定为属于该条规定的聚众扰乱公共秩序的行为。这类涉嫌违反上位法的地方政府规范性文件在现实生活中可以说基本上畅行无阻。对该问题的报道和讨论,可以参见黄秀丽、杨佳瑜、赵一丹《政府为截访,法令用乱了:上访就是“聚众扰乱公共秩序”吗?》,载《南方周末》2011年2月17日。

④ 不时有此类案例见诸报端,例如可参见郭国松《广东云安红头文件抗衡判决书,当事人称民告官难》,载《南方周末》2004年2月5日(在该案中,广东云安建设局的红头文件两次被法院撤销,但最后仍然通过颁布另一份红头文件来对抗法院判决);胡明发《有政府“保护”,广东珠海法院2.68亿元案件难执行》,载《中国新闻网》2007年9月14日(该报道称,很多被执行人为政府部门所投资的企业,有些政府部门以“维稳”名义阻挠法院执行);曹勇《被“维稳”的法院裁决,“顶牛”法官揭执行内幕》,载《南方周末》2010年11月4日(在该案中,长沙市芙蓉区政府的一名负责官员,以“维稳”的名义卖掉一家公司的土地,后又打出“维稳”旗号,成功抗拒法院对该土地的强制执行。法官们为了抗议,破天荒地法律裁定书写入了“被维稳”的情况)。

⑤ 在2007年“重庆最牛钉子户”事件结束后,重庆九龙坡区人民法院院长就为此曾发感慨称,“我一个区法院的院长专门两次去市长办公室陈述事件在司法框架内的进展和意见”。对于在这个事件中重庆各级法院和政府的相互配合和协调过程,请参见张悦《那十五天发生了什么?》,载《南方周末》2007年4月11日。

⑥ 有关案例可参见杨万国《法院判决前接到政府“警告函”》,载《新京报》2010年6月28日;康正《西安市政府官员签批公函致法院改判房产案》,载《新浪网》2010年11月23日。

⑦ 参见夏勇著《朝野问道——政治法律学札》,上海:上海三联书店2004年版,第89页。

的部门,从而造就了中国目前极为壮观的“信访”现象。^① 信访在很多情况下并不是信访者权利意识或者法律意识淡漠的表现,而恰恰相反,这是他们对法治现实洞若观火的体现,因为他们知道,党政机关而不是法院才是决定法律是非的更高的权威性力量。在过于强大的行政权威面前,人们经常无法通过法院展示法律的力量,于是很多人开始自发或自觉地通过集体行动展示自己的力量,并试图通过政治博弈维护自己的权利和利益。目前层出不穷的群体性事件正是人们试图“舍法求法”^②和进行非制度政治参与^③的具体体现。基于同样的道理,这种法外求法和制度外政治参与的诉求在很多情况下非但不能说明公民的法制意识淡漠,而且恰恰相反,它以一种悲壮的方式表明,公民对于目前的法治抱有极为现实主义的清晰认识。

二、国家主导下的法治限度

法治的理想是法律能够实现对国家权力的有效制约,但很显然,徒法不足以自行,如果一个社会本身缺乏对法治的信仰及其对国家权力进行制约的现实力量,那么法律很可能像中国古代法家所描绘的那样单纯成为国家权力治理社会的工具,而不是可以同时实现社会治理和国家权力制约双重目标的“公器”。中国法治的理想与现实图景之间存在的巨大差距本身说明,中国社会还仍然缺乏足以防止国家权力恣意并使法律得以顺利运行的支撑性力量,现实的法治在很大程度上只是国家主导下的有限度的“法律治理”而已。中国法治的吊诡之处就在于,法治的目标是制约国家权力,但中国的法治进程却又是由国家权力自身推动和主导的。尽管社会力量也在不断成长,但直到现在,社会转型的国家主导性质并没有发生根本性的改变。这种法治进程的国家主导性意味着国家权力在法律生活中仍然处于支配性的地位,它不仅有能力按照自己的意愿选择制定或不制定有关的法律,而且也完全有能力按照自己的意志决定是否认真贯彻某些法律。在法律很大程度上还没有从政治权力的母体中脱离出来的情况下,它最终只能成为国家治理社会的工具,而不是社会和国家都必须遵循的普遍

标准。

既然法律在很大程度上只是国家一种可用可不用的工具,那么我们有理由把目前公法领域存在的某些法治状况推定为是国家主观“决定”的结果。从这个意义上说,许多公民权利之所以得不到有效的司法救济,法院之所以对许多政府权力无法进行司法审查,原因并不全在法院,而在于国家的主观意志——归根结蒂,国家还没有下决心在某些领域贯彻法治。

1989年制定的《行政诉讼法》对行政诉讼受案范围的限制就典型体现了国家在这方面的意志:^④通过规定公民可以针对政府的某些具体行为提起行政诉讼,在行政领域引入了有限的“法治”,但同时通过对受案范围的限制,又保证行政机关可以在某些政府认为重要的领域继续保持其独断的权力。在权利的保障方面,《行政诉讼法》只是确认公民的“人身权”和“财产权”受到行政机关具体行为的侵害时,才可以提起行政诉讼,而对于其他权利,则只规定在其他法律有明确规定的情况下才可以提起行政诉讼。通过这种制度设置,国家就可以根据具体情况灵活决定是否允许对公民的某些权利进行司法救济。例如,对于集会游行示威自由这类国家认为可能影响社会稳定的“政治”权利,国家就通过法律规定,明确将它们排除在司法的保护之外,从而使这类权利的保障完全取决于政府的独断;这就保证了即使政府完全禁止这类权利的行使,公民也不能对此提出任何法律挑战。^⑤在限制国家的权力方面,《行政诉讼法》只是规定,公民可以针对行政机关的具体行政行为提起行政诉讼,而对于行政机关制定的规范性法律文件则不能提出直接的挑战,哪怕这些规定完全违背了法律的规定,这又为政府决策时排除公民的法律监督提供了很好的法律保护。

国家除了通过《行政诉讼法》将公民的某些权利排除在司法救济范围的方式维护政府的独断权力外,有时还通过其他实体性的法律直接赋予政府独断的权力。在管理民间组织方面,国务院制定的有关民间组织的两个条例^⑥通过建立双重管理制度实际上直

^① 正是基于对政府部门与法院实际权力关系具有清醒的认识,很多信访者对于政府部门提出的要求其通过向人民法院起诉而不是上访解决纠纷的建议嗤之以鼻,认为这是政府部门试图推卸自己的责任。关于信访制度在现实条件下的功用,请参见应星《作为特殊行政救济的信访救济》,载《法学研究》2004年第3期。

^② 有关“舍法求法”的论述,参见夏勇《舍法求法与媒体正义》,载《环球法律评论》2005年第1期。

^③ 有关“非制度政治参与”的讨论,参见方江山著《非制度政治参与——以转型期中国农民为分析对象》,北京:人民出版社2000年版。

^④ 对中国《行政诉讼法》等行政法所进行的政治学解释,可参见贺欣《作为政治控制机制之一的行政法——当代中国行政法的政治学解读》,载郑永流主编《法哲学与法社会学论丛》(2005年卷),北京:北京大学出版社2005年版,第207-226页。

^⑤ 有关法院不受理游行示威权与选举权和被选举权行政诉讼的案例,请参见最高人民法院立案庭编著,沈德咏主编《立案案例评析》,北京:人民法院出版社2003年版,第342页和第359页。

^⑥ 即《社会团体登记管理条例》(1989年)和《民办非企业单位登记管理暂行条例》(1998年)。

接授予了政府可免受法院司法监督的独断权,尽管它们也都声称要保障宪法所确认的结社自由。此外,国企改革领域法律的脆弱状况在很大程度上也是国家意志决定的结果。目前主导国企改革的都是国务院及其下属机构颁布的各种低层次的政策性文件,全国性法律对此问题几乎不闻不问。这些政策性文件往往赋予地方行政机关很大的自由裁量权,这就使得即使司法机关愿意对政府在国企改革中的行政行为进行审查,也很难达到制约政府权力、保障职工权利的目的。这种情况在很多程度上说明,国家在国企改革这个涉及经济体制改革的重大领域事实上无意实行严格的法治。

当然,国家在某些领域不愿立即实行法治并不等于说,它在所有的领域都不愿实行法治,或者对所有的权利都不愿予以积极保护。为了实现对社会的有效治理,国家积极推动了中国的法制化进程;与此同时,国家也不可能总是无视自己制定的法律不能得到贯彻实施的后果。因此,在国家认定要实行“依法治国”的领域,它也显示出了贯彻法治(尽管是有限的法治)和保障权利的强大意愿和意志。这种意愿不仅是真诚的,而且也是空前的。我们从国家对法制宣传工作的热忱中就可可见一斑。

自从改革开放以来,中国政府为了加强公民和政府官员的法治观念,开展了举世罕见的大规模法治宣传教育活动。国家不仅将每年的12月4日定为“全国法制宣传日”,而且还通过专门制定的普法规划长期进行法制宣传。中央政府不仅要求一般公民“学法律、讲权利、讲义务、讲责任”,而且也号召“全党同志特别是各级领导干部要带头学习法律知识,努力提高宪法意识和法制观念,不断增强依法执政和运用法律管理经济和社会事务的本领。要进一步加强公务员法制宣传教育,提高法律素养,做到依法决策、依法行政、依法管理”。^①政府要让法制宣传“进机关、进乡村、进社区、进学校、进企业、进单位”(简称“法律六进”),在宪法规定要“依法治国”后,中央政府又要求各地全面开展依法治省、依法治市和依法治县工作。^②就是国家最高领导层也经常通过法制讲座的形式接受法律教育。不管这种法制宣传的效果如何,

这种对法律的崇尚本身就说明国家在很多方面也具有贯彻法律以及保障公民法律权利的强烈愿望。

然而,国家对在某些领域实现法治显示出空前热忱并不必然会带来法治的实现。在现实的法律监督机制可以得到有效运行,社会出现可以监督政府权力的有效力量之前,法治还远远不是一个理所当然的事。现在的问题就在于,尽管国家具有在某些领域实现法治的强烈愿望,目前也已经存在行政诉讼这样的法律机制,但当前权力体制和行政诉讼机制本身所具有的缺陷又决定了无论是公民的宪法权利、法院的司法权力,还是社会舆论这种所谓的第四种权力都经常无法构成对政府权力(特别是行政权力)的现实制约力量,从而使政府的“依法行政”最后难免不会导致“行政即法”的恶果。在缺乏能够使行政机关和官员“依法办事”的现实力量的情况下,国家号召“各级领导干部要带头学习法律知识,努力提高宪法意识和法制观念”很多时候最多也只能是表达一下国家对法治的良好愿望而已。

目前的国家权力体制在很大程度上还仍只是计划经济体制传统的延续,这种传统的权力体制天然地利于实行“人治”而不是“法治”:行政权力超级强大,并且经常在事实上控制着立法和司法等其他部门;国家机构之间经常并不存在严格的结构与功能的分离,^③人民代表大会和司法机关这些在名义上独立的机关事实上都不能有效地履行法律规定的制约行政机关的职能;即使国家各个机关能够履行这一职能,也经常是以正式权力的“非正式运作”^④的方式出现,国家机关之间并不能进行严格的法律监督。即便不同国家机关之间出现冲突,也通常通过上级党政机关统一协调的方式予以解决,以便维护国家机关之间团结和谐的对外形象。根据这种运作方式,我们可以“想象”作为最高国家权力机关常驻机构的全国人大常委会可能会怎样处理法律冲突问题:它的某个部门很可能会将它有关法律冲突的意见告知国务院或地方人大,然后希望它们自觉对冲突的法律进行修改或废除。^⑤通过这种方式,法律冲突可能会得到解决,也可能不会立即得到解决,但即便得到解决,它通常

① 《中共中央国务院关于转发〈中央宣传部、司法部关于在公民中开展法制宣传教育的第四个五年规划〉的通知》(2001年3月17日)。

② 参见《中央宣传部、司法部关于在公民中开展法制宣传教育的第四个五年规划》(2006年3月17日)和《中央宣传部、司法部、全国普法办关于开展“法律六进”活动的通知》(2006年7月26日)。

③ 李强《现代国家制度构建与法律的统一性——对法律制度的政治学阐释》,载梁治平编《国家、市场、社会:当代中国的法律与发展》,北京:中国政法大学出版社2006年版,第39页。

④ 孙立平《社会转型:发展社会学的新议题》,载《社会学研究》2005年第1期。

⑤ 对于全国人大常委会及国务院对公民规范性文件审查建议的实际处理模式的分析,参见黄金荣《“公益上书”的行动逻辑》,载《法制与社会发展》2010年第4期。

也不会以公开的、对抗性方式履行法定职权的结果。在现有体制下,全国人大常委会依照法律职权正式做出撤销某个违反宪法和法律的行政法规或地方性法规的决定如果不是完全不可能,也至少是难以想象的。^①

现实中很多的案例表明,各级政府所具有的压倒性力量不仅表现在它们有时候可以将法院等法律机关当成只是贯彻其意志的“政法部门”,而且还表现在它们完全有能力垄断在其辖区内的几乎所有公共话语。这就意味着,对于政府的行为,不仅法院等国家机关无法对其构成真正的制约,就是媒体这种社会力量也经常无法成为有效的制约力量。在法律缺乏权威、司法缺乏能力、社会也缺乏力量的情况下,法律的贯彻缺乏力量支持,法律赋予公民的权利既无法有效地进行主张,也无从发挥其职能。

我们所看到的法律缺乏权威、司法缺乏能力、权力缺乏制约的现实图景无疑与宪法所描绘的法治理想图景形成了鲜明对比。然而,如果回顾历史,这种与法治理想形成鲜明反差的现实图景也不是特别令人诧异,因为自从上个世纪中国开始实行计划经济以来,所有中国人都非常熟悉的社会现实一直都是这个样子的,并且过去只会比现在有过之而无不及。尽管改革开放30年多年来,由于实行以市场经济和“依法治国”为导向的改革,原来全能主义的国家在很多领域都开始逐渐退出自己传统的势力范围,并且开始根据新的社会需要重构国家机关的内部结构,但这种权力的退却和重构过程还远未完成。传统漠视权利的权力运行模式、漠视法律的社会治理方式在很大程度上还在依惯性起着重要作用。

在传统治理思维的支配下,国家还在试图利用自己传统的权力运作方式治理社会:国家按照自己的意志制定政策(有时通过人大),分配社会利益,然后强力推向社会,并且不仅要求个人服从国家的决定,而且还要求各个国家机关(特别是司法机关)都配合政府的决策。^②这是一种以权力为中心的传统社会治理模式,在这样一种治理模式之中,社会(包括个人)与国家之间的关系首先是服从——命令,然后是请求——体恤。^③服从——命令关系意味着政府决策

的权威性是不容冒犯的,冒犯就可能意味着政治上的反叛;请求——体恤关系意味着政府在制定或实施政策时应尽量照顾到个人的利益,但个人在认为自己的利益受到侵害而寻求救济时则只能求得权力者的同情和体恤,而不能挑战这种权力本身。在这种治理模式下,当社会与国家之间的利益冲突不可调和时,两者之间的关系又可能会陷入反抗——压制的恶性对抗关系。

当然,在这样一个社会与国家的关系中,国家权力并不总是表现为一种赤裸裸的压制性力量,它也会经常显示出其不乏温情的一面。这种温情就表现在国家对于公民对抗政府的某些行为通常会采取比较容忍的态度;即使以群体性事件面目出现抗议的场合,各级政府也基本上主要采取柔性的措施(劝说、停运交通工具、主动遣返、满足部分要求)平息这种抗议,即使从法律上讲,政府有时完全可以采取诸如拘留等强制性措施;在认定违法行为存在某些社会合理性的情况下,国家还会有选择性地不严格执行某些可能受到质疑的法律。对于目前大量存在的未经法律登记的民间组织,国家没有采取行动依法取缔这些“非法组织”就是一个很好的证明,尽管国家仍然可以随时行使这种执法的权力。

国家这种对权力的非正式使用在一定程度上缓和了业已存在的国家与社会之间的紧张关系,因此从短期看,我们很难说国家的“舍法而治”对公民权利的实现一概不利。在法律本身可能并非良法的情况下,国家“舍法而治”可能意味着公民的权利反而能够得到更好的保障。同样,在法律救济途径不畅的情况下,公民的“舍法求法”有时也会比“依法维权”更能产生效果。但无论“舍法而治”或“舍法求法”能够怎样获得实质正义的结果,都不能改变这是以牺牲形式法治为代价而获得的事实。

目前国家“舍法而治”的盛行说明法律还没有成为社会和国家都一体信守的“社会契约”,更没有成为公民和政府都一体景仰的“天下公器”。过去的历史早就证明,要使法律真正成为“天下公器”,只是期待政府法外施恩、实行“仁政”是不会有指望的。只有当个人和社会都能站起来真正为权利而斗争,为法

① 迄今为止,全国人大常委会还从未作出撤销某个违反宪法和法律的行政法规或地方性法规的决定。

② 在传统的权力结构下,无论是法院自身还是政府本身,都会认为法院像公安机关一样服从并配合政府的工作安排都是自然而然的事。有关法院在政府实现治理中的角色,参见强世功著《法制与治理——国家转型中的法律》,北京:中国政法大学出版社2003年版,第235-236页;另见贺卫方《司法的理念与制度》,北京:中国政法大学1998年版,第41-59页。

③ 参见夏勇著《中国民权哲学》,北京:三联书店2004年版,第217页。

律而斗争^①,法律才能显示出其制约权力的力量。

三、现代化使命中的法治目标

从国家对法治的态度看,我们在上面似乎看到了截然不同的两种国家形象:一个是积极推进法治建设的国家,另一个是成为法治阻碍力量的国家;国家一方面积极扩大法律统治的领域并在口头上大力提升法治的地位,但另一方面却又仍试图将自身的行政性权威渗透于法律的所有领域,从而保持对法律运行过程的最终控制。但如果从法律工具主义的视角出发,这两种国家形象又是无比统一的:国家乐于将法律锻造为实现自身统治目标的有力武器,但无论如何,它都会基于本能小心翼翼地防止这种武器对自身造成伤害,至少在它有能够实现这种控制的情况下是如此。

国家能够保持对法律的工具主义态度,既与国家自身非常强大因而有能力保持对法律的工具性使用有很大关系,同时也与国家自身被人们赋予的现代化使命存在很大的关联。一个众所周知的事实是,19世纪中叶以来的中国历史就是一个落后的民族追求现代化的历史。在西方文明的强大压力下,追赶西方,建立在政治、经济和文化上堪与西方比肩的现代化强国是中国人100多年来始终不变的民族梦想和追求,在此其间发生的各种战争、革命、改革、改良、试验基本都是这种梦想在不同时期的具体展现。1949年前社会变革的主旋律是赢得民族独立,建立强大的国家;1949年新中国成立后到1978年期间则是在国家的带领下为建立一个比西方资本主义社会更加优越的社会而进行计划经济的大实验;1978年实行改革开放之后,中国的时代主题则是在国家的控制下集中力量发展经济,改变贫困落后的面貌,从而“实行中华民族的伟大复兴”。

在赶超西方的现代化进程中,人们对强大的国家总是抱有很大的期望。人们希望借由国家的强大力量改造社会,从而实现“规划的社会变迁”,甚至“超越性发展”。而国家也总是显得雄心勃勃,极富进取心,试图通过自身的规划和推动实现这种大发展。在计划经济时代自不必说,即便到了改革开放时代,国家对于社会、经济发展的规划性、步骤性和主动性在世界范围内依然是无与伦比的。尽管计划经济时代国家的过度进取心和理想主义曾给社会和国家都带

来了极大的伤害,从而触发了改革开放时代通过法治限制国家的进程,然而,人们对于国家在实现经济和社会发展和变迁方面主导性角色的认同并没有得到根本改变。

在改革开放时代,通过法律限制国家也成了现代化的目标之一,然而,无论法治具有多大的吸引力,它都只不过是现代化诸多环节中的其中一环而已,它并没有成为国家和社会至高无上的目标。法治的理想是建立规则至上的“法律的统治”,以形式性的法律的权威代替实质取向的行政国家的权威,然而,在现代化取向的驱使下,法治理想并没有获得超越于其他发展目标中的地位,也没有获得社会压倒性的力量支持,因此,经济发展、社会稳定等其他的实质性现代化目标经常能够成为国家维持独断的权威并在必要时摆脱法律约束的正当理由。

在诸多可能超越法治价值的现代化目标中,“经济发展”往往被置于中心的地位。改革开放30多年来,经济发展构成了国家实现现代化的核心目标之一。“以经济建设为中心”,“一心一意搞建设”、“发展是硬道理”这些理论论述一再强调,发展经济是很长一段时间内各级政府的头等大事。国家奉行的以发展经济为导向的这种指导思想和行为模式在经济上获得了极大的成功^②,但却给法治带来了极大的挑战。形式化的法治客观上要求有一个中立的政府公正地执行法律,然而,在这种经济发展至上的思维下,作为公正执法机构的政府几乎是不存在的。各级政府,尤其是各级地方政府,都不可避免地执法过程中表现出对经济发展的强势主体——企业的偏爱;一旦被政府视为经济发展的桎梏,法律程序和个人权利就很可能要为这种发展作出牺牲。在这种情况下,我们看到如下一种法治图景就丝毫不奇怪了:地方保护主义层出不穷,法律的统一性无从保证,各种企业的严重违法现象无法得到根本遏制,弱势群体的权利很容易受到侵犯,权利主张过程困难重重。屡屡出现的“黑煤窑”、“毒奶粉”、“血煤矿”以及环境污染事件几乎无一不与某些地方政府的纵容有关;农村土地征收、城市房屋拆迁、国有企业改制等诸多政府主导的旨在推进城市化和市场化改革的领域,中立政府的身影更是难以寻觅。在经济发展至上的指导思想和行

^① 德国法学家耶林早在100多年前就宣称“法的生命在于斗争”,呼吁人们“为权利(法律)而斗争”。参见[德]耶林著《为权利而斗争》,胡宝海译,北京:中国法制出版社2004年版。

^② 经济学家张五常将经济上产生“中国奇迹”的原因归结为为了招商引资和发展经济而展开的县际竞争,认为“县等于是一间公司”,并宣称对于经济发展而言,“全世界历史上没有见过这么好的制度”。参见戴志勇《张五常“平生没有见过这么好的制度”》,载《南方周末》2008年9月11日。

为模式下,法治的形式化要求很难对政府本身构成实质性束缚。

另一个可能凌驾于法治价值的现代化目标是“社会稳定”。在现代化导向的国家指导思想中,“社会稳定”也以另一种形式超越于形式法治的价值追求。邓小平提出的有关观点很好地概括了国家这种毫不掩饰的价值取向:“我们搞四化,搞改革开放,关键是稳定。”“中国的问题,压倒一切的是需要稳定”,^①“加强控制是为了稳定,是为了更好地改革开放,进行现代化建设。”^②“社会稳定”无疑会有利于“经济发展”,因而有利于“进行现代化建设”,但同时它也必然有利于国家实现对社会的“有效统治”。既然“稳定压倒一切”,那当然也可能压倒法治。在国家认定某些行为或者做法可能影响社会稳定的情况下,法治的实质性追求——保护公民权利,以及法治的形式性追求——统一贯彻实施法律都成了可以具体权衡的东西。据此,对于《集会游行示威法》、《社团登记管理条例》等诸多国家认为可能影响“社会稳定”的法律对公民权利施加了更为严格的限制,而《政府信息公开条例》、《图书出版管理规定》等法规则把可能“破坏社会稳定”这一模糊的条件明确作为限制公民权利的理由;对于与《刑事诉讼法》等法律有冲突的有关劳动教养的行政法规,最高人民法院也会为了“稳定大局”而要求法院忍受这种明显的法律冲突。^③

“经济发展”与“社会稳定”是在国家现代化使命下经常可以凌驾于法治价值的两大目标,但除此之外,还有一个更为隐蔽的国家目标,那就是维护执政党在中国的“执政地位”。作为法律体系中几乎不现身但在国家权力体系中又无所不在的力量,中国共产党实际上一直充当了现代化取向的国家的“精神灵魂”的角色。作为控制国家的实际力量,它一直试图将国家的现代化目标与自身的统治目标相一致,从而在维护国家合法性的同时也维护自身的合法性。它的目标就是在限制政治竞争性力量出现的前提下大力推

动国家的现代化,包括进行社会主义法治建设。在这一目标下,保持“政治敏感性”不仅是政府执法机构必须时刻绷紧的神经,而且也是试图维护自己法律权利或者推动法律贯彻实施的公民必须掌握的技巧;在这种政治的敏感神经面前,法律有时不得不退避三舍。

对于奉行形式法治价值的法治主义者来说,这些可能超越法治的国家目标的存在难免会令人感到非常遗憾,然而,在国家主导现代化进程这一基本现实下,形式法治价值被边缘化却是一个其不得不接受的命运。在国家看来,法律无论如何都只不过是实现社会发展更大目标的其中一个工具而已。从改革开放之初,法律就被视为是为现代化保驾护航的“两只手”之一。^④即便“依法治国”成了国家的“治国方略”,法治价值得到很大提升之后,法律的工具主义属性也并没有得到根本的改变。在国家推行的“社会主义法治理念”中,尽管“依法治国是社会主义法治的核心内容”,但同时它也宣扬“服务大局是社会主义法治的重要使命”。“服务大局”意味着法院应“始终坚持把维护改革、发展、稳定作为自己的神圣职责,作为法院的中心任务,克服就案办案的思想和倾向,紧紧围绕社会主义和谐社会建设全面发挥审判职能,努力实现法律效果与社会效果的统一。”^⑤根据国家奉行的这种法治理念,法律的价值的确得到了很大的重视,但无论如何,都不可能脱离“服务大局”的更高目标,不能离开“改革、发展、稳定”这个实现现代化的国家核心任务;^⑥根据这种理念,就案论案式的法律形式主义不仅不是优点,而且还是一个巨大的缺陷,而奉行法律工具主义也不仅不是一个法治的缺陷,而且还是社会主义法治的一个值得追求的重要价值。

四、悖论社会中的法治道路

如果从历史发展的角度来说,似乎无人能够否认中国法治的进步。一个昔日完全“无法无天”的国家

① 《邓小平文选》(第三卷),北京:人民出版社1993年版,第286页。

② 《邓小平文选》(第三卷),北京:人民出版社1993年版,第287页。

③ 最高人民法院认为,“《国务院关于将强制劳动和收容审查两项措施统一于劳动教养的通知》与新修改的刑事诉讼法有不一致的地方。但在国家以法律形式规范劳动教养制度之前,否定该通知的效力,将会带来不稳定的因素。因此,从稳定大局的角度出发,人民法院在审理劳动教养行政案件中,仍应将该通知视为有效的规范性文件。”参见《最高人民法院行政审判庭关于〈人民法院审理劳动教养行政案件是否遵循〈刑事诉讼法〉确立的基本原则的请示〉的答复》([1998]法行字第16号)。

④ 邓小平说“民主要坚持下去,法制要坚持下去。这好像两只手,任何一只手削弱都不行”,参见《邓小平文选》(第二卷),北京:人民出版社1994年版,第189页。

⑤ 参见《最高人民法院关于开展社会主义法治理念教育的通知》(法发[2006]10号)。

⑥ 正是从这个高度出发,最高人民法院每年的工作报告经常以宣扬审判工作服从于国家目标为自身合法性的基础。例如,1998年最高人民法院的工作报告一开始就指出,“坚持审判工作为改革开放和社会主义现代化建设服务的指导思想,围绕‘保障改革、促进发展、维护稳定’的基本任务,认真执行宪法和法律,全面加强各项审判工作,取得了新的进展”;2000年的工作报告第一部分的表述是“最高人民法院从促进经济社会发展、维护社会稳定、构建社会主义和谐社会的大局出发,认真做好审判和执行工作”。

现在已经开始几乎处处要求“依法办事”,致力于社会管理、维护公民权利、限制国家权力的法律也在不断地涌现,更为重要的是,整个社会都似乎对法治显示出了无比的热情。但尽管如此,人们仍然很难以用来评价中国经济发展成就的“中国奇迹”来形容中国的法治成就,因为随着法治日益被强调,但各种“不法”现象也愈益显得触目惊心。法治理想与法治现实之间存在巨大的差距提醒人们,中国的法治之路还任重道远。

作为一个处处以西方作为参照物寻求现代化之路的发展中国家,中国社会所奉行的很多现代理念与西方似乎并没有多少差别,无论是民主、法治和人权都是中国政府承认、甚至大力宣言的价值,然而,中国对这些理念的实践状况最后却不是与西方大异其趣就是大相径庭。为此,中国官方习惯于将中国的制度和道路都贴上“中国特色”的标签。尽管作为价值理念的“中国特色”并非没有争议,但如果将它作为一种对现实状态的描述却显得无比贴切。不管承认与否,中国都将存在自己独特的历史传统、制度发展轨迹以及观念和心里变化历程,这些“国情”确实在很大程度上决定了中国的法治发展道路必然会具有“中国特色”,换言之,即使想做到不具有“中国特色”也很难。

中国是在一个人治传统极为浓厚的社会建设中建设法治,在这种人人熟知的传统中,人们对权力者意志的尊崇要远胜于对法律的信赖。经过多年的法治观念洗礼之后,很多人开始将法治作为自己对社会的理想,然而,这种理想并不见得立即能够转化为“法律至上”的信念,更不见得因此就能立即确立守法、用法和护法的行为模式。在这种情况下,尽管人们会乐于见到形式法律带来的好处,但对于形式法律可能带来的弊端却并不见得愿意容忍,更不见得会愿意坚持“恶法亦法”这种形式主义法治理念;尽管愿意为法律而斗争的人日益增多,但“舍法争权”的现象也仍比比皆是;不仅如此,人们在谴责司法不公的同时又试图通过各种“关系”影响司法判决的现象也绝非罕见。问题就在于,“为在中国实现法治所必须依赖的力量和主体,同时也是为了同一目的须要限制和改变的东西”。^①抽象的法治理想固然是人人所欲,但为了这种理想而改变现实的自己却并不容易。人们或许会渴望法治秩序,但在传统、习惯以及现实利益的

影响或驱使下他们自身却很可能成为法治的破坏者。这就是个人在法治问题上所存在的悖论。

从国家与社会关系的角度出发,我们也可以看到中国社会在法治问题上的矛盾心理和态度。中国社会无疑对建立法治秩序抱有很大的期望,但又未将法治视为压倒一切的最高价值,因此对于以突破法制为代价的“改革”和“发展”总是抱有极为宽容的态度;社会希望能够通过法治限制国家权力,但是又希望由国家领导社会来建设法治;法治的实现客观上需要社会能够有力量制约国家权力,但社会自身又往往没有力量做到这一点。这些又体现了社会在法治问题上的悖论。

除了个人的悖论和社会的悖论外,还存在一个国家的悖论。按照西方的法治理论和法治经验,作为“必要的恶”的国家权力总是天然具有扩张性和侵略性,因此除非存在强有力的外在制约力量,否则就不能指望它会安分守己。然而,中国的国家权力事实上从1949年开始就具有支配社会的绝对力量,即使到今天,它也仍然在事实上具有超越于社会的强大力量。实现改革开放后,尽管国家凭借这种权力优势时而会显示出“恶”的本性,但它在很多方面并没有肆意挥霍这种力量,相反它也时时表现出极富理想和进取心的一面。它不仅宣称要通过“依法治国”、“依法执政”主动限制自己的权力,而且还会大张旗鼓地对全国人民进行“普法教育”,鼓励人们“依法维护自己的权利”。这样国家既要领导社会进行旨在“作茧自缚”的“社会主义法治建设”,同时却难免又会本能地试图摆脱这种约束,这就是国家在法治上的悖论。

在现代化的历史背景下理解这些悖论,它们并不令人差异,因为自从19世纪中国开始现代化进程,中国社会就是一个“悖论社会”。^②在西方理念、理论、制度和文化的强有力影响下,中国总是会出现大量的理论与实践的矛盾、理想与现实的冲突、中西话语的二元对立。不管现实的法治图景如何,这些西方的理念和制度都事实上构成了中国法治建设的背景板、参照系和资源库;在大部分情况下,不管承认与否,西方的很多法治理念和实践事实上还构成了中国急欲实现的理想。现代化的过程在很大程度上实际就是不断以源于西方的理念、制度和传统否定、修正以及改造中国自己的理念、制度和传统的过程。这必然是一

^① 参见梁治平《法治:社会转型时期的制度构建——对中国法律现代化运动的一个内在观察》,载梁治平编《法治在中国:制度、话语与实践》,北京:中国政法大学出版社2002年版,第122页。

^② 黄宗智《悖论社会与现代传统》,载《读书》2005年第2期。

个痛苦的过程。因为历史注定我们只能在中国原来拥有的理念、制度和传统的基础上进行这种改造;我们既要以接近西方的理念、制度和传统表现自己对“进步”和现代化的追求,同时又要通过在一定程度上肯定自己原来就拥有的某些理念、制度和传统或者现在并不完美的现实的方式维护自己的尊严。我们一方面要为西方与中国、理想与现实之间仍然存在的差距而痛心疾首,另一方面又不想在学习的过程中丧失自我,于是试图不断从“本土资源”、“中国特色”和“中国国情”之类的话语中寻求理解和慰藉。

从法治的理想出发倾向于要否认不理想的现实,然而,迈向理想法治的道路却又不得不依赖于这种可能并不怎么理想的现实。中国30年的法治就是这么一路走过来的。中国的法治进程是从全权主义国家开始的,尽管它所走过的“松绑”之路与之前的30年几乎完全相反,但两者在很多方面仍然并没有实质性的区别,无论是政体、控制国家的政治力量、权力运行模式还是主导性意识形态都保持了相当的连续性。这就意味着尽管中国追求法治,但国家心目中的法治是一种“社会主义法治”,是一种仍然建立在一党执政、人民代表大会制度和人民法院制度基础上的法治;这种连续性决定了中国的法治必然是在一个权威主义的国家主导下展开的,原来不以法治模式运作的机构和权力运行模式必然仍将继续在发挥作用。计划经济时代以来国家一直以来就支配着社会生活的行政性权威不太可能立即就会自然隐退。在权威主义国家的性质未改变之前,法律权威与行政性权威之间的竞争也不会很快就消失。

按照法治的理想,法律应该充当社会治理的主导性力量,但现实的吊诡之处在于,在现实的社会权力结构中,法律经常不仅不是治理社会的最权威手段,而且还经常不是解决纠纷的最有效手段,甚至推进法治目标本身也经常要依赖于人治的方式。在权威主义国家消退的过程中,很多改革领域所存在的原有制度现实就决定了法律难以发挥应有的作用。中国的

农村土地集体所有制、城市土地国有制、国有企业制度等曾作为社会主义制度特征的制度天然地决定了这些领域的改革过程有利于国家行政性权力发挥支配性作用,因而实行法治的空间非常有限;同样,对于公房分配制度改革、国有单位人事改革等领域体制转轨过程中发生的很多纠纷,深有自知之明的法院也会自觉让权于行政机关,因为在这些领域法律实在是力不从心。^①

中国的法治改革致力于改变原有的治理传统,但无论是有着2000多年历史的老传统还是100多年来形成的新传统都将不可避免地以不同形式在法治生活中延续或者复活:权威主义政府的模式既是社会主义新传统的延续,在某种程度上也是历史悠久的家长主义旧传统的再现;只相信中央的上访现象与封建时代的“京控”传统也具有惊人的相似性;作为人情社会传统的“关系”仍然极大地影响着法律的所有环节;民粹主义的革命传统在司法领域中则通过“司法为民”的理念得到延续;执法和司法的实质主义倾向尽管不符合法治的现代理念,却与注重“天理人情”的老传统与社会主义革命年代反对“形式主义”的新传统相契合。

30多年来,中国社会好像一切都在飞速变化,但很多东西又好像并没有多少变化。悲观主义者总能从那些影响法治实现的不变因素中找到悲观的理由,而乐观主义者也可以从法律地位和作用的持续增量中获得信心。如果我们把中国法治不太令人满意的现状归罪于中国的“国情”,我们完全有同样的理由将中国法治的进步也归功于这种“国情”。更为重要的是,在这个日新月异的时代,“国情”本身也在不断发生变化。人们的法治观念在不断更新,对法治的要求在不断地提高,能够制约国家的社会力量也在不断地成长,这些积极“国情”正是中国未来法治的希望所在。

(责任编辑 沈寿文)

^① 为了回避某些体制变化而产生的很难处理的纠纷,很多法院干脆就拒绝受理,并要求当事人去找政府解决问题。广西省高级人民法院就曾经明确罗列了11类法院不予受理的这类纠纷,参见《广西壮族自治区高级人民法院关于当前暂不受理几类案件的通知》(桂高法[2003]180号)。