

## 法學家的現實挑戰

◎ 秦鐵錚

### 一 法律程序的政治含義

可以說通過有效的法律程序解決政治上的衝突是一個社會理性成熟的重要標志。美國最高法院的一個重要準則是絕不涉及政治問題，但事實上幾乎所有的政治問題轉化為法律問題。<sup>1</sup>違憲審查制度背後的深刻的政治衝突蘇力先生已經做了精彩的描述。季衛東先生在《法律程序的意義》中提到法律程序在中國特有的威權結構下，為了打破政治上的僵局，可以利用法律程序的特點將政治問題巧妙的轉化為法律問題，同時又避免與權力階層發生正面衝突。用他的話說就是「作繭自縛效應」，<sup>2</sup>我理解的基本含義如下：

通過程序的屏蔽作用將當事人的在世俗的特權社會的身份差異排斥於法律程序之外。給所有的法律意義上的人以形式上平等參與程序的可能。同時在參與程序之初由於堅守「必須通過正當程序框架下的自由平等交涉才能產生最終結果」的原則導致程序啟動初始的「結果不可預測性」，因此給每一個當事人形式上對等的勝訴的期望和參與訴訟的熱情。而巧妙的「控權主義」程序設置和對相對弱勢群體權利訴求的特殊保護又可能導致相對確定的後果，以此來實現法治的價值訴求。這種看似無形卻有形的潤物細無聲的效果正是來自於法律程序可以超越現實力量對比的自主性價值。<sup>3</sup>

並且季先生還提到法律程序的反思理性的問題：通過當事人之間的自主交涉過程，可能會產生超越制定法的更貼近現實生活，適應變動的多元的社會需要的法的理念。同時很可能是在這一交涉過程中主體之間的法律意識才可能獲得反思進而可能發生整合。在一元話語統治下社會意識只能在被壓抑隱藏後期待反射性照顧，如此的整合顯然不是自主自然的過程。強勢推進的主流話語雖然能獲得當然的形式合法性，但在實然運行狀態中無視相對弱勢群體的價值與利益訴求，必然會導致本應是邏輯上互為表裏的兩種意識結構之間不易調和的衝突：權力濫用與權力缺席，權利失位與權利漠視兩者並存。現實中也就很好的理解：為甚麼很多的百姓只知道對權力濫用痛恨咒罵而不會通過合法程序主張權利？為甚麼有人寧願賄賂官員，暴力抗法甚至借助黑社會而不求助法律爭取自身正當權益？又為甚麼有的地方必須要黨委政府出臺紅頭文件規定政府機關法人必須參加行政訴訟？可見這種反思不僅在於程序相對實體的反思，更重要的意義上是權利（權力）主體在交互過程實現對彼此的權利（權力）意識的反思。也只有在這樣一個過程中，弱勢群體的權利意識才可能逐步培養起來也逐步明晰化，繼而成為李慎之先生所稱的現代化的人獨立的、自由的、自尊的人。<sup>4</sup>

許多學者在提及法治實現的重要障礙時很容易提到社會大眾缺乏權利意識或者只有片面的權利意識，並且將「這種傳統集權社會的消極落後法律意識與現代法治社會需要的自主積極的

先進意識之間的衝突視為中國法治進程的基本矛盾」。甚至一定層面上，社會落後的法律意識也可能為制度變革的反對者留下口實，其潛臺詞怕是現在進行變革不成熟，理由是他們懂什麼權利？又怎麼會正確的運用權利？像小品中說的：這些觀眾沒水平，不該笑的地方瞎笑。當然這種衝突並不能簡單歸咎於甚麼激進派與保守派之間的論爭。真理從來都是多義而非單義的：「一方面說要民主化必須有合格的公民；一方面又說沒有合格的公民就不能民主化，兩者頂牛。實際的解決辦法是：只有先實行制度的民主化，然後再完成子民的公民化。」<sup>6</sup>李慎之先生的觀點可謂擲地有聲，無需贅論。這裏要說的是：法律程序作為具有形式正統性的社會博弈規則本身既是已有的博弈關係的結果又是未來博弈的前提。李先生的邏輯，實踐中必須要建立在已有的法律程序框架內，儘管法律程序自身也存在一個與其他非正統性博弈規則之間通過不斷爭奪統治力而逐步完善的過程。投機、漠視、甚至主張推倒重來的觀點都是有害的，我們這個民族一百年來為此付出的慘痛代價也同樣無需贅述。

## 二 核心的現實矛盾及法學家的責任

既然要用法律程序解決現實的政治衝突，那麼當前最核心的矛盾是什麼呢？康曉光，孫力平等撰文明確提出了這樣的觀點<sup>7</sup>：當代中國社會的主要矛盾在於精英聯盟與社會大眾之間利益與意識之間的衝突。正歷經極權政治轉變為權威政治的中國面臨著這樣一種社會狀態：政治精英壟斷公共權力，並且嚴厲控制公共領域或市民社會。計劃經濟被市場經濟取代。知識精英和經濟精英崛起，工人和農民的地位下降，形成了精英/大眾二元社會結構。在新權威主義的旗幟下，政治精英、經濟精英、知識精英達成共識，結成聯盟。大眾處於全面被動的狀態，只能製造局部獨立的個人或者集體行動。

劉旺洪先生在《法律意識論》中提到法律意識的建構功能體現在其作為社會存在與制度變遷的中介紐帶。<sup>8</sup>那麼從康，孫二人的觀點出發我們是否能得出這樣更直接的說法：當前的中國的正面臨這樣的危險：因為只有強勢群體能有效地影響政策、造成有利於其利益格局的局面，而其他社會群體卻無法對政策施加有效影響；也因為國家機構無法在所有社會群體面前保持公正性，更缺乏自主性；使本已有很濃厚的「工具主義傳統」、缺乏自治性的法律與司法，越來越可能成轉而為精英聯盟所把持，賦予其新的工具主義含義。主導法律變革的核心法律意識也必然主要來自於主導階層及其關聯利益集團對社會矛盾的整體性認識。一般社會大眾的法律意識很難以清晰完整的形式體現出來也沒有可能對制度設計、適用產生主動性的影響。社會大眾必須有自己的代言人，在沒有黨派性政治競爭的環境裏，法律學者最有可能扮演這一角色。中國立法與司法改革的進程一個重要的特色也體現與此：一面必須高度警惕全社會範圍內的個人自由主義背景下權利意識的勃興，一面又必須不斷適應社會變動發展的需要，調整國家與社會之間的社會契約。

由此介於統治精英與社會大眾之間的專業學者所處的獨特地位由此而凸顯出來。一定意義上學者既是傳聲筒又是社會矛盾的緩衝地帶，儘管其他西方國家也有這種體現，但對於中國學者尤其是法學學者而言卻具有更為現實的意義。上文提到的二元對立的社會形態很明顯既不符合社會主義的基本理念，也並不必然是變革的一個片斷，若進一步發展為激烈的社會衝突也是任何統治者與任何負責任的學者都不願看到的。為此時代賦予我們這一代法學學人的不可推卸的使命就是：走進社會，走進現實，反映民生，將複雜模糊的大眾意識抽象整理促成制度合理化改革；以制度的力量影響培養公民的法律意識，再將這種發展了的意識反饋到制度創設層面，如此往復循環逐步推動法治的實現。

法學研究客觀上起步較晚，歷盡磨難，又天然帶有濃厚的主流話語色彩。僅在中國學界，坦率的說也沒有形成核心地位和獨立價值。我們是否願意又能否擔當的起這樣的歷史責任確實是個疑問。我們不見得一定能對歷史發展、社會宏觀構建提出多少真知灼見，但最基本的科學態度還是必要的。在對社會現實深刻認識的前提下，有必要對我們已有的學理做深刻的反思：今天的中國需要甚麼樣的法律秩序？我們又可能實現甚麼？為此我們該怎樣努力去拉近理想與現實的距離？畢竟社會尊重你學者的智慧不是希望他全被淹沒在媚俗的話語裏。客觀認識的局限不能成為我們推卸責任的理由。這些問題的提出我覺得在一定層面比我們去探討人治與法治在應然狀態上的差別和法治價值與局限可能更有意義。對中國可能發生的危機保有深深的警惕，為避免這種危機發生或者對已經發生的，從法的可能的角度施加某種影響或者做一點疏導也許是法學研究者能做又不得不做的。其中靈巧縝密的「作繭自縛」式的程序設計很可能獲得超越一般意義上價值判斷的效果。

同時我們必須有這樣的清醒認識：很可能在這一過程的初期大眾並不買你的帳，你期望的結果可能並沒有立即發生。對此一方面我們要反思自己是否真的提出了切合社會需要的主張？另一方面從社會進化論的觀點看中國法治的道路決非一代人可以走完，也許很多制度沒有發揮預想的作用但畢竟給了人們更多的選擇機會。選擇即自由——這道理在一般意義上總是沒錯的。即使在西方的法治史也發生過這樣的事：出於特定的社會衝突背景，一些已經幾乎被人們遺忘的法律被從故紙堆裏發掘出來賦予了新的時代精神，甚至被後世尊為經典。

### 三 司法改革與政治合法性

從更積極的角度來看，我們是否可以大膽設想中國的民主改革和經濟改革和可能會從司法改革作為突破口呢？經濟學家，社會學家，政治學家等困惑以久的問題是否會借助於法學家的智慧而豁然頓開呢？也許有點矛盾，但也許這就是生活的真實。近二十年來中國統治權力合法性的一個最基本的原因在於國家與社會之間這樣的默契：國家以經濟發展促進生活水平全面提高的承諾換取社會對公權力行使的全面支持，更可能對公權力濫用和私權利的漠視採取容忍態度。實用主義的經濟決定論是這個時期的官方哲學，「發展是硬道理」在小平文選中也可以明晰看到這一思想。那麼正像孫力平等學者提到和我們自身感覺到的：最近幾年國家基本上保持著經濟的高增長為什麼普通大眾不僅沒有感到其中的實惠，東北等地卻正歷經所謂改革的陣痛和產生對公信力的質疑？

根源怕是在於由於政治權力控制市場化導致的對社會資源有其市經濟資源占有分配的不公成為了主要矛盾，淹沒取代了改革初期全面開花的成長。這種社會契約事實上正逐步趨於瓦解。「在社會範式大轉換之際，國家既是變革的動力又是變革的對象，打破現狀在很大程度上意味著自我革命。這樣的狀況意味著變革的成功不可能過分依賴國家的反思理性作為擔保，還需要來自社會的壓力和支援，尤其是個人之間的交涉、抗衡以及達成合意的各種相互作用。」<sup>9</sup>如果說我們改革的整體背景會長期處於西方著名政治學家亨廷頓所說的「政績主導型政治形態」中，而前段的政績主要經濟增長的話；那麼新的主導性政績很可能是在司法改革上，也只有在這個基點上雙方才可能重新達成新的默契。

在這一背景下前文提到法律程序的形式理性誘發的司法的力量很可能成為國家與社會解決彼此衝突的最適當的選擇。最有效的抑制衝突的力量，是展示相對力量，即衝突較量。為了避免社會結構的僵化，降低對社會穩定威脅最大的根本性價值衝突發生的可能性，社會必須要

建立所謂「社會安全閥」的衝突展現與解決制度。對國家來說，訴訟程序的屏蔽作用可能避免政治衝突的顯性化，而且「不告不理」，「一事一議」等司法原則也保障了不會使衝突擴大化，極端化；對於社會來說，法律程序儘管不能給他任何明確直接的期待利益，但為他搭建了與國家和平自主交流的制度化平臺，回避了采用極端手段可能導致的風險。同時由於作繭自縛的效應，受即判力的限制，只要國家還願意選擇這個程序平臺，他就必須對自己有法律效力的承諾負責，這比朝令夕改的政策當然更令人放心。

在這場複雜持久的博弈關係中，所有參與的主體儘管對博弈規則本身有各種看法，但一個理性的現實主義的共識還是必不可少的，司法獨立則是其中當然無法回避的核心問題。司法過程的現實不純粹性與司法獨立的應然價值一樣對很多的人來說只是個常識性的問題。這兩者之間的悖論似乎無法調和，甚至可能陷入不可避免的惡性循環：因為法官素質不高，所以需要的不是獨立，而是控制，由於受到控制和不得不屈從外部和內部的干預，因而司法官員本來就很稀薄的尊榮感就愈發喪失殆盡，對於沒有了尊嚴感的人你又如何要求他表現良好？出現更多的錯判和劣行將是必然的。<sup>11</sup>這種擔憂當然不無道理，但司法獨立本身是脫離具體社會形態的價值嗎？司法的歷史形態隨著人類社會統治形態的變化而變化，本質上卻始終體現為對處理各種社會糾紛必須的判斷權與強制權的爭奪。由於衝突的複雜性和長期性，司法的價值訴求的變遷從歷史的角度看很少是單義的主觀建構性的；而更主要的體現為在各種複雜的價值衝突中自然選擇的結果。由此也只有國家與社會借助司法程序的充分互動，司法本身的獨立價值才可能獲得前兩者的認同。既然不同的利益主體共同選擇了司法做解決彼此衝突的平臺，那麼只有越來越多的利益主體將越來越廣泛的社會衝突自願納入司法程序解決，客觀上必然對司法的中立地位提出越來越高的要求，同時也必然催動司法的各種論證規則和程序安排更趨合理與公平。一句話，司法獨立是法與社會互動的產物，而非先驗的價值。另外過分悲觀的看法也是不必要的，我們應當對權力階層的理性保有信心，近二十年尤其是進十年的發展足以充分說明：既然能成功解決了「泛政治化社會」裏政治與經濟的矛盾，也同樣有能力重構具有時代意義新型的政治與司法的關係。儘管開始一定不很完善，也不見得遵循西方的發展邏輯，但這卻是我們唯一可以依賴的起點。

#### 四 一點餘味

「入世」也可能為此提供良好契機。西方對中國的態度已不同於二十年前，與八九時期也有很大不同。這個東方最古老又是唯一強大的社會主義國家，對他們來說越來越真實，利益也驅使他們重新認識評價中國的現實和未來。中國的司法在多大程度上能制約公權力的濫用，維護產權執行契約，可能比給他們多少優惠政策都有價值。中國每年7—8個百分點的增長不會真令他們眩目，但中國政治司法上的每一點變革卻對他們獨具吸引力。中國當代還沒有哪個具有國際影響的法學學者，這一方面是與我們自身的淺薄有關，畢竟我們是法治路上的後來人，但更主要的可能是我們還欠缺對真問題的研究與實踐，畢竟歷史上的華人學術大師也少有研究西方問題著稱的。因此即使從功利的角度看，別將人家的問題當作我們的問題，認真提出真問題並試圖解決問題，對學者自身價值實現也是很重要的。

中國法治化的再一次起航會不會像100年前一樣具有類似的外部誘因和動力？與此對應的是，當前中國會不會同樣存在可能阻斷這一進程的內部因素呢？這一問題的探討事實上已經超越了一般意義上的法學研究本身。必須將法和法的歷史置於整個社會的運動之中觀察。筆者學力淺薄未敢做深入探討，但感覺上消極因素還是存在的。也許正是因此，才更有必要強調學

者在推進司法改革中對制度與意識變革可能的歷史作用，因為只有這樣才可能削弱對法治化有消極影響的因素。

## 註釋

- 1 蘇力：《論法律活動的專門化》，《中國社會科學》1994年第6期。
- 2 具體內容可參閱季衛東：《法律程序的意義》，選自《法治秩序的建構》（北京：中國政法大學出版社，1999年版）。
- 3 我認為在中國的現實語境下，控權主義並非僅指公權力。參與程序的理論上平等的主體之間，由于社會權力地位極端差異導致的實際上支配，控制甚至壓迫關係，也是控權主義的範疇。
- 4 李慎之：《中國文化傳統與現代化——兼論中國的專制主義》《戰略與管理》，2000年第4期。
- 5 劉旺洪：《法律意識論》（北京：法律出版社，2001年版），頁296。
- 6 同註4。
- 7 康曉光：《經濟增長、社會公正、民主法治與合法性基礎——1978年以來的變化與今後的選擇》，《戰略與管理》，1999年第4期。孫力平：《90年代以來中國社會結構演變的新趨勢》，《當代中國研究》，2002年3期。
- 8 劉旺洪：《法律意識論》（北京：法律出版社，2001年版），頁156。
- 9 季衛東：《社會變革與法的作用》，選自《憲政新論》（北京：北京大學出版社，2001版）。
- 10 [美]科塞：《社會衝突的功能》（北京：華夏出版社，1989年版），頁123。
- 11 賀衛方：《司法改革與社會變革》（來源：人民法院報）。