

■ 法学理论

为国家主义法制观正名

——以新中国 1949 年至 1957 年的法律实践为例

刘 诚¹, 杜晓成²

(1. 中山大学 法学院, 广东 广州 510275; 2. 武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 刘 诚(1977-), 女, 湖北英山人, 中山大学法学院讲师, 武汉大学法学博士, 主要从事法理学和宪法学研究; 杜晓成(1963-), 男, 湖北潜江人, 武汉大学法学院博士生, 主要从事宪法学和高等教育学研究。

[摘 要] 国家主义法制观是在“国家政权建设”和“民族形成”的背景下展开的中国法律现代化的进程中形成的一种以政治国家为中心的国家治理观念。新中国 1949 年至 1957 年的法律实践也证明了这种以民族国家和政治意识为基础的法制观念的正当性, 在当代中国法治实践中这种法制观有助于克服自由主义法治观的内在局限。

[关键词] 国家主义法制观; 政治意识; 民族国家

[中图分类号] D921 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2005)05-0612-05

一、问题的提出

在西方近代法治传统中, 法律是社会中的独立性要素之一, 这种独立于政治、经济和道德的自主性是现代法治的必须条件^[1] (第 63-72 页)。具体来说, 这种独立自主性来自于: 12 世纪以来在教会法系统化、罗马法复兴以及商法兴起等因素的推动下形成的形式理性化的法律制度; 拥有独特思维方式和语言、独特职业技能以及由独特教育机构来培养的法律人群体; 独立于政治国家的市民社会; 基于共和理念的宪政安排以及由此发展起来的自由主义。在西方现代化的过程中, 通过这些要素获得的对各种权力的制衡和抵抗, 不仅避免了国家治理术取代法律与权力合流直接治理社会, 而且避免了法律与国家权力结合成为单纯社会治理的工具, 形成了“基于法律的治理”, 从而“塑造出了西方社会有节制的治理品格”^[2] (第 132, 133 页)。在其中, 法律不仅与国家权力保持着适度与张力, 而且还有效制约了政治权力。

从这种角度来思考中国的法治现代化, 我们发现近代中国法律传统缺乏西方法治传统的独立性。一方面, 近代中国法律主要是通过国家自上而下推进而形成的, 而不是像西方的法律传统是内生于社会的。所以, 从一开始近代中国法律就依附于国家权力, 成为国家推进各种实质目标的工具。另一方面, 近代中国法律传统是在“国家政权建设”和“民族形成”的背景下形成的, 在实现现代化的过程中, 国家迫切需要解决的是民主富强、国家政权建设、土地改革、经济改革、社会治安等各种治理问题, 法律也就不可避免地成为推进上述国家目标的工具^[3] (第 23 页)。所以, 尽管西方法治传统中“基于法律的治理”与近代以来中国法律传统中的“通过法律的治理”都强调法律在现代国家中的地位和作用, 但是它们的基本立场却不同。“基于法律的治理”是建立在政治国家和市民社会分离的基础上, 法律存在的理由是保

障市民社会中个人权利和交易自由,使其免受来自国家权力的侵犯,这是一种基于个人自由立场的自由主义法治观;法律的独立自主性既是这种法治观的内在要求,也是其存在的必需条件。而近代以来尤其是中国共产党法律传统中的“通过法律的治理”,是建立在取消国家与社会边界的全能主义国家的基础上,法律存在的理由是推进国家政权建设和社会治理目标的完成,从而实现政治、经济、伦理等方面的实质目标,这是一种基于政治国家立场的国家主义法制观。

本文所要分析的新中国1949年到1957年的法律实践也是这种国家主义法制观的产物。1978年以来随着中国由全能主义国家向民主法制国家转型,国家治理方式从“运动治国”向“依法治国”转变,国家治理的理念也从国家主义权威观向自由主义的权利观转变。20多年来在法学界,学者开始用自由主义法治观批判全能主义国家时期的国家主义法制观,如20世纪70年代末的“人治”和“法治”之争;80年代初关于法的“阶级性”与“社会性”的论战;80年代中期“义务本位”和“权利本位”之争以及90年代初“法治”和“法制”的讨论。与上述批判的立场不同,本文将置身于建国初期这一特定历史情境,基于民族国家和政治意识来分析这种法制观的正当性和意义。

二、通过法律的治理

1949年以后,随着中国共产党的新政权战胜了国民党的旧政权,新政权面临的一个迫切问题就是如何确立新的统治秩序。但是,作为一个现代国家,新中国必须将其统治建立在法律之上,因为革命时期的意识形态政治和政党技术在和平时期并不能带来社会的稳定和经济的发展,必须用具有常规性和持续性的法理型统治才能使个人行为和社会运转处于有序状态^[4](第56-60页)。在这种背景下,1949年以后新中国彻底废除了国民党的“六法全书”,在《中国人民政治协商会议共同纲领》中规定要制定保护人民的法律、法令和人民的司法制度,这标志着新中国考虑在法律框架内确立其合法性统治。然而,这种考虑仅仅只在形式上确立了“法的统治”,事实上,具体实践中法律所要面对的政治与社会状况、支配某个社会的意识形态以及一个国家的法律传统等实际因素才真正决定“法的统治”的实质内容。所以,尽管从形式上看新中国采纳了“法的统治”,但从实质上看这是一种以国家与政治为中心的国家主义法制观,而不是以社会及生活于其中的个体为中心的自由主义法治观。

首先,通过革命之道创建的共和国与和平时期通过民主选举方式进行的政权更迭不同,一个刚刚诞生的共和国面临的情形往往十分险恶:既要防范种种旧势力复辟的威胁,又要摧毁旧的政治秩序。因此,与创建共和国一样,“不存在通过共和之道实现共和”,在共和国诞生初期非常手段仍然必不可少。然而,鉴于新政权开始考虑放弃革命时期的各种赤裸裸的暴力,转而选择法律来重建统治秩序,那么在新生政权之下,所有法律中最能体现革命性、暴力性和复仇性的刑法就成为巩固国家政权、镇压反革命复辟的首选了。为了实现这一国家目标,1950年7月23日政务院、最高人民法院联合发布了《关于镇压反革命活动的指示》。1951年春,中央人民政府总结了镇压反革命的经验,颁布了《中华人民共和国惩治反革命条例》,成为镇压反革命的具体依据。

其次,新中国诞生之后在经济上同样面临着如何实现国家工业现代化以使新中国成为一个强大民族国家的问题。为了这一目标,国家必然要采取种种措施获取社会资源来迅速扩大自己的实力。一方面,1952年1月26日中共中央发出《关于在城市中期展开大规模的彻底的“五反”斗争的指示》,这是国家改造资本主义工商业,实行国有化运动的一个前奏。在司法实践中明确提出国家司法工作的任务是“从司法方面保障国家经济建设工作”,并且对于严重的违法户给予刑事处罚。到了1953年的资本主义改造,国家干脆将市场完全纳入国家轨道,建立计划经济,从而从城市资本家那里获得了发展国家工业的雄厚资源。另一方面,在农村也以不同的方式实现了同样的目的。1950年6月30日发布《中华人民共和国土地改革法》,在解放区展开了土地改革运动。在实践中为了惩处土改运动中的不法地主,华东区、中南区、西北区以及西南区纷纷颁布了惩治不法地主条例。土地改革将土地分给了农民,国家与农

民之间又出现了新的矛盾:国家的工业化需要廉价的农产品,农民不愿意将农产品廉价地卖给国家。为了改变这种局面,中共中央于 1953 年作出关于实行粮食的计划收购和计划供应的决议。与此同时,各地司法机关将破坏粮食统购统销的行为视为司法工作的主要任务并给予严厉的刑事打击。

共和国诞生之后还面临的一个问题是:党政军机关、人民团体和经济部门中的贪污、浪费、官僚主义的现象。这不仅给经济建设事业造成了重大损失,也严重地从政治上和思想上腐蚀了少数干部,败坏了党和政府的形象。针对这一现象,1951 年 12 月人民政协全国委员会发布了《关于增产节约运动与反贪污、反浪费、反官僚主义斗争的指示》,在全国范围内开始了“三反”运动。为处理“三反”运动中揭发出来的问题,1952 年 3 月政务院批准了《中央节约检查委员会关于处理贪污浪费及克服官僚主义错误的若干规定》,在其中比较详细地规定了处理贪污分子采取改造与惩治的方针,即按情节不同对贪污分子的不同处理办法以及规定了对贪污分子采用机关管制、劳役改造、有期徒刑、无期徒刑和死刑五种刑罚。1952 年《中华人民共和国惩治贪污条例》由政务院讨论通过。“三反”运动严厉打击了领导干部的腐化,对加强党和国家机关的廉政建设起了重大作用。

所以,建国以后尽管新中国也从形式上确立了法的统治,但是,这是一种以国家和政治为中心的法的统治。从国家和政治的立场来看,法律技术服从于国家的政治原则,解决了民族生存的现实困境,并且法律在国家治理的实践中起到了其它权力技术无法替代的作用。正是通过解放初期的法律实践,新中国巩固了国家政权,基本实现了工业合作化,击退了外敌,建立了一个强有力的民族—政治国家。也许这就是那个特殊时代赋予法律的悲壮使命,尽管这一使命的代价是牺牲了法律独立自主性,牺牲了法律对政治的免疫力,牺牲了法律对国家权力的约束力。如果用我们今天盛行的自由主义法治观去衡量建国初期的这种法制观的话,那么我们对之只能是一种批评的态度,很难有一种同情的理解。但是,我们必须置身于时代的具体情境,站在政治意义的高度上和民族国家的立场上,才能切身理解建国初国家采纳以国家为中心的法制观的正当性。

三、国家主义法制观的正当性

我们以新中国 1949 年至 1957 年的法律实践为例,分析了在特定的情势下国家采纳以国家中心的法律观念的正当性。下面我们将之与自由主义法治观比较,从更抽象的角度来论证它的正当性。值得注意的是,尽管国家主义法制观是作为自由主义法治观的对立面出现的,但它并不是对自由主义法治观的简单批评或者替代,而是为了克服纠正自由主义法治观的内在局限性。

毫无疑问,自由主义法治观保障了公民的各种权利。公民在私人领域、市场经济领域以及政治领域中各种自由权利都为法律上所确认,并且还通过宪法上的制度设计如权力分立和制衡、公法对国家权力行使的严格规范,以及程序法对执法和司法程序的严格规定来保障公民权利不受剥夺,确保公民在受侵犯后能得到救济和恢复。然而,为了保障个人自由,自由主义立宪国家必然会从保护个人的生命和财产权利出发来规定国家的本质,必然会通过价值中立的法律秩序来限制甚至替代国家权力。这样一来国家权力就可能变得很软弱,国家被局限在保护个人自然权利的狭小领域,它除了迁就个人和社会之外,几乎没有任何实质性的作为。但是,正如康德所指出的法国大革命之后,世界政治将会是民族国家之间实力的较量,民族国家要想获得强有力的世界权力成为强大的民族国家必须有足够的国家权力。因此,弱国家政制必然会削弱民族国家在国际舞台上的竞争力。更重要的是,由于自由主义法治理论奉行价值多元主义、中立主义和相对主义,在国内政治中它常常徘徊在各种政治派系之间。因此,这种国家相当软弱和犹豫,一旦国家因派系斗争而陷入内乱,它往往没有恢复秩序的政治决断力,从而将自由的敌人引入宪政国家,最终摧毁自由民主^[5](第 116-123 页)。

另一方面,自由主义法治学以满足市民社会中个人自然权利为基本目的,这一过度迁就个人的自然欲望,不可避免地导致公民精神的失落,国家堕入了以“资产者”为主角的统治。而“资产者”的普遍统治

对政治国家构成了巨大的威胁。首先,资产者是一群追求私利、柔弱贫乏的“经济动物”,他们认为个人生活比国家政治更为重要,他们不愿意离开没有政治风险的私人领域,而将自己的生活局限在追求个人庸俗而微小的快乐之中。但是,正如韦伯说的:小市民的“道德”是“政治生活”的天敌。一个栖息着“没有灵魂的专家”和“没有心肝的纵欲者”的庸俗市民社会必然是充斥着“政治厌倦症”和“政治侏儒症”的。所以,为了“过日子”而进行利益盘算和妥协的资产者不可能成为担当政治上的责任和义务、富有公益精神的公民,他们更不可能为了“捍卫尊严和原则”而进行断然斗争并不惜牺牲生命。其次,在这种国家里人们以自然平等为名义把一切人都夷平到最低下的一般水平,以自然欲求为名义将人的生活局限在生存、自我保护等必然性层次上,以自然权利为名义将追求享乐、舒适和消遣的生活作为人的终极目的,没有为人的卓异(arête)留有余地,这彻底颠覆了古典政治国家的内涵——国家是人实现其道德上伟大和不朽的场所。

因此,无论是从民族共同体的肌体健康考虑还是从实际政治的角度考虑,自由主义法治观在保障个人权利的同时也消解了国家的政治意识。在这里“政治意识”是指国家必须对国内各种利益冲突和国外的敌对威胁有着清醒的认识。对于中国来讲,这种政治意识就是:如何建立一个强有力的民族—政治国家,如何让中华人民共和国在世界上真正独立。正如韦伯所指出的,政治价值与个体自由是两回事,民族国家的实力才是现代经济和政治的基本问题,“我们的子孙后代冀望我们在历史面前能够担起的责任,并不是在于我们给他们留下什么样的经济组织,而在于我们为他们在世界上征服了多大的自由空间供他们驰骋”^[6](第75页)。对于我们这个后发展国家,拥有这种政治意识尤为重要。也许那些对外处处宣扬人权的普世理想、主张取消国家政治性等自由主义意识形态的国家如今天的美国,其不可告人的目的是,让处于弱小地位的国家没有与之争夺世界领导权的能力和意志。毕竟像美国这样的国家可是说一套做一套,在现实政治中他们实行的是强国家理念,在对付伊拉克、伊朗的时候,他们可不理会自由主义法学家的国际法^[7](第81页)。其实,问题的关键不在于是否实行法律的统治,而在于实行保护个人自由的弱国家的法治还是实行保障国家权力的强国家的法。国家权力并不是个人自由的天然敌人,相反,“强壮的政府与自由的保障乃须臾不可分离”(麦迪逊)。强大的国家权力甚至强权君主也会成为个人自由的同盟军,而弱政制国家随时可能面临外敌入侵和内部分裂从而使生活在其中的公民丧失自由。

四、结 语

从20世纪80年代开始,强调个人权利优于国家权力的自由主义意识形态成为中国法律的基本语境。在这种观念之下,法律也逐渐摆脱国家的支配成为实现公平正义的普遍性规则,为个人消极自由以及权利的保护提供了最大可能的空间,并且参与建构市民社会的生活秩序以对抗国家权力。在这种法律观念之下,必须通过自由主义立宪所创立的法律秩序来限制国家权力,保障公民权利。法律存在的目的就是为了保障个人在市民社会中尽情享受私人自由。个人的自由及其保护才是法律的灵魂,而法律的政治意蕴和公共意含逐渐消除。

在这种自由主义法治的语境里,我们重提国家主义法制观,反思自由主义法治观尤其重要。这并不是要否定社会的自主性价值,也不是要否定自由主义的权利和程序性的法律技术。相反,我们必须肯定这些自由主义技术在现代政治中的重要作用,现代政治面临的是一个复杂的社会,必须要用程序性法律技术来应对,离开了成熟复杂的法律治理技术,现代国家根本不可能实现统治。但是,和自由主义法治理论不同,国家主义法制理论认为国家权力不是个人自由的天然敌人,强大的国家权力甚至强权君主也会成为个人自由的守护者,而弱政制的国家随时可能面临外敌入侵和内部分裂从而使生活在其中的公民丧失自由。所以,今天我们在自由主义法治语境下重申国家主义法制观,重新认识法律与政治的关系,重新理解市民社会的固有缺陷,重新考虑将个人自由权利和民族国家的生存作为国家的正当性基础,其根本目的在于:希望能克服民族生存的现实困境和自由主义技术政治的虚无主义,从而将国家的

伦理原则和个人的自由权利有机的结合起来。

[参 考 文 献]

- [1] [美] 昂格尔. 现代社会中的法律[M]. 吴玉章, 周汉华译. 南京: 译林出版社, 2001.
- [2] 强世功. 法制与治理——国家转型中的法律[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [3] 强世功. 法制与治理——国家转型中的法律[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003.
- [4] [德] 韦伯. 学术与政治[M]. 北京: 三联书店, 1998.
- [5] [德] 卡尔·施米特. 政治的概念[M]. 上海: 上海人民出版社, 2003.
- [6] [德] 马克斯·韦伯. 民族国家与经济政策[M]. 甘阳编选. 北京: 三联书店, 1997.
- [7] 刘小枫. 施米特: 政治的剩余价值[M]. 上海: 上海人民出版社, 2002.

(责任编辑 车 英)

To Justify for the Concept of Nationalism Legal System

LIU Cheng¹, DU Xiao-cheng²

(1. Zhongshan University Law School, Guangzhou 510275, Guangdong, China;

2. Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biographies: LIU Cheng(1977-), female, PHD, Zhongshan University Law School, majoring in jurisprudence and constitutional law; DU Xiao-cheng (1963-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in constitutional law.

Abstract: The concept of Nationalism Legal System is a kind of theory in Jurisprudence that focuses on the nation as a whole. This article will mainly discuss the properness of this concept and its function in confine the liberalism concept of system from the perspectives of the nation and political awareness by illustrating the legal practices in China from 1949 to 1957.

Key words: concept of nationalism legal system; political awareness; nation-state