

■法学理论

理性与道德:法治文化的二元论

黎 桦¹, 王天民²

(1. 中南财经政法大学 法学院, 湖北 武汉 430073; 2. 厦门大学 法学院, 福建 厦门 361005)

[作者简介] 黎 桦(1968-), 男, 湖北监利人, 中南财经政法大学法学院博士生, 主要从事民商法、法理学研究; 王天民(1977-), 男, 湖北潜江人, 厦门大学法学院法律系助教, 主要从事程序法、法理学研究。

[摘 要] 构成法治文化的重要因素是理性和道德。然而, 理性和道德既有联系又互相区别, 其中联系表现为理性最初源于对道德的遵循, 而区别则表现为理性一旦脱离道德的含义, 便会背离法治的道德内核。正是理性与道德之间的相互依存和交替上升的关系勾画了法治产生、发展过程中的文化运行轨迹。

[关键词] 理性; 道德; 法治; 文化

[中图分类号] DF21 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2004)05-0653-05

法治文化涵盖法治诱发阶段的文化、法治运行阶段的文化 and 法治补救阶段的文化。其中, 法治诱发阶段的文化, 可以概括为理性与道德的契合; 法治运行阶段的文化则可以概述为理性对道德的沦丧; 而法治补救阶段的文化又可以表述为道德对(纯粹)理性的批判。

一、理性与道德的契合

考察西方法治的历程, 维系法治产生、发展的理论基础之核心基本上遵循着从人性到理性, 经由神性, 再回到人性与理性融合的复杂演变轨迹。柏拉图认为, 人们总是处于善恶两大力量的牵引之中, 为了防止自己的堕落而实现善德, 为了使人类超越兽性而实现人格上的完善, 他们必须依赖法律的约束作用。由斯多葛亚学派创立的自然法学派从一开始就认为, 由于所有的人都具有理性, 因而人们之间没有什么差别, 都是平等的。

西塞罗在《法律篇》开场白中说, “我们需要解释法的本质问题”, 这句话在当时似乎并没有什么煽动性和说服力。古罗马有着古代世界最完美的法律, 却没有发达的法治理论, 人们对于法律的本质和正义之类的理论问题缺乏兴趣, 更多地关心解决具体的问题而不是玄想。与古希腊的正统思想和自然法相比, 中世纪并不存在完整的、系统的法治理念, 但是有两点是值得提及的。其一是, 教会与国家或说教皇与国王的斗争, 构成中世纪西欧政治问题的主旋律, 宗教学家利用法律限制国王权力的主张推动了法治意识的发展, 其二是, 神性, 即虚幻的上帝理性, 成为法律的根本性本体。宗教学家编织了一个结构严密的神权法体系, 法律被分为四个等级, 即永恒法、自然法、人定法和神法。其中, 永恒法直接源于神的意志, 自然法则是人的理性对神性的体现。经院哲学家托马斯·阿奎那则走得更远, 他确定了自然法的理性原则, 包括: 保全人类生命、向善的倾向和在行动中与人和谐相处的倾向等。经过 15 世纪的文艺复兴、16 世纪的宗教改革和罗马法复兴以及 17 世纪笛卡尔理性哲学的胜利, 直至 18 世纪启蒙思想的最后冲击, 理性的光芒终于盖过了神性的权威。启蒙思想家高举“理性”旗帜, 把理性当做一切现存事物的

惟一裁判者,宗教自然观、社会形式、国家制度等必须在“理性”的法庭面前接受无情的审判。

用理性标识道德,以理性涵盖道德,凭理性提升道德,现代法治最终在政治领域得以实现。换言之,现代法治的生成,是道德与理性合力的结果。再看我国程序法治诱发阶段的文化背景。首先,可以肯定地说,古代中国乃至近代中国都没有而且也不可能出现程序法治。真正意义上的法治,完整地包括 5 个因素,即除规范外还应有主体、行为、监督和观念。

1. 法治观念自其产生时起就是与“人民主权”、“主权在民”的思想紧密相连的。换句话说,推动法治运行的主体就是也只是人民,除此之外的个人(如公职人员)或者国家机关都不是法治的主体。反观我国古代,人民不是法的主体,而只有位于人民之上、法律之外的君主才是惟一的立法者和司法者。

2. 法治是全体参与者订立契约、相互让权、自我防护、承担责任等诸行为的总和。在法治的空间里,没有旁观,有的只是人人参与。而韩非子之所以推崇“法治”的原因在于,他认为“如欲以宽缓之政治急世之民,犹无辔策而御悍马,此不智之患也”。由此可以窥见,当时的人民能够做出的行为只是接受和服从封建帝王凭借“法治”实施的控制。因此,不是参与性,而是控制性构成了当时“法治”的特质。

3. 法治的核心原则是“权利保障”和“权力制约”。国家权力源于人民契约之上的授权和让渡,它必须出于保障权利的目的,并为了达到此目的,监督和遏止权力运行中的越轨行为。“法律按其真正的含义而言,与其说是限制,还不如说是指导一个自由而有智慧的人去追求他的正当利益。”^[1](第 35 页)相反,“监督”对于我国古代的人民而言是闻所未闻的,因为在他们看来,帝王的权力就是至高无上的,人民从出生到入死,最大的任务就是维护帝王的统治,自然,法治思想中关于立法、执法和司法程序的监督,以及关于“法律至上”、“法律面前人人平等”的监督更是天外飞仙了。

4. 界定我国古、近代没有出现法治最根本的依据是当时社会形态中法治观念的缺失,而在这些观念中首先当属对法治目的的诠释。亚里士多德构建的法治隐藏着最高和最低两个目标,分别可以概括为善德或正义的统治,以及规则的统治。换言之,法治所建立的社会秩序只是法治的最低目的,而它的最高目的则是德治。而处于封建时期的中国人民,包括法家的智者从一开始就将“法治”定格在维护统治秩序的目的上。不论是管仲之“畏威如疾,乃能威民”,还是韩非子之“明法者强,慢法者弱”,都只注重了“法治”的工具性价值,而忽视了它的伦理性价值,即法治本身所包含的道德价值。

当然,西欧的法治是以古希腊、古罗马的道德观、自然观和社会观为根基,以理性为基础,以法律为治理手段的强势文化积淀而成的,而古代中国所言之道德和理性绝非大洋彼岸的道德和理性的同义词。如前所述,柏拉图和亚里士多德指出的道德在法治中最终体现为社会化、政治化了的道德,即正义。在中国古代,道德一词在儒学的核心表述为君臣、父子、夫妻之间的纲常名教,乃是家族化、伦常化的道德。另外,古代典籍中屡见不鲜的“理性”也有其独特的意蕴,并不就是西方文化意义上的理性,它与自然、正义等观念毫不相干^[2](第 257-263 页)。

二、理性对道德的沦丧

法治既然是道德与理性的共生物,理应具有理性与道德的共性,但这只是理论家的幻想和一厢情愿。理性的前进,其结果却是道德的沦丧,这种思维中的悖论,竟然成了活生生的现实。从资本主义制度普遍建立到第二次世界大战前夕的这段时间,可以说是西方法治观念发展的第二阶段。在强调立法机关在国家政治生活中的绝对领导地位的“议会至上”、议会制定的“法律无错”等国家实证主义、法律实证主义思潮占绝对统治地位的情况下,人们心目中的“法治”自然就由批判现实的“理性之治”转向了强调维护国家权威,强调服从现有法律的“国家意志之治”、“实证法之治”。直到第二次世界大战结束后,人们才开始检讨过于轻信理性规则,而淡漠了作为法治存在之根基——道德原则的过错,并重提“权利保障”和“权力制约”的旧课题。

我国在移植以德国为代表的大陆法系法治模式的同时也移植了母体自身所藏纳的弊端和缺陷,对程序道德的忽视和对思辨理性的推崇。事实上,从对古希腊柏拉图的法治思想的揭示中我们可以得出

这样的结论:法治理念可以在浓厚的伦理氛围中产生,一切社会的、政治的和法律的思想理念最后都上升为伦理理念。深厚的道德遗产非但不是法治形成和运行的障碍,相反还是它得以诱发的根基和重要前提。而这些宝贵的遗产中,以下几个方面是占有举足轻重的地位的。

第一,无讼的观念。在漫长的中国历史中,崇尚自然和谐的儒家哲学追求的是一个谋闭而不兴、盗窃乱贼而不作的和谐、安定、平静、有序的大同世界,而以无讼为核心的道德观念构成了中国传统法文化的特有品格。我们可以说,这种通过道德自律以解决民间矛盾的方式,从根本上不同于西方通过理性的法律规则诉求权利救济的方式,但并不能因此就作出“无讼的观念抑制了人们对权利的主张”的结论。孔子提出无讼的观念本义上并不必然排斥通过法律主张权利的行为,否则历史上也不会出现“包公断案”、“秋菊告状”的片段了。同时,无讼的提出也印证了法律自身运行过程中的弊端和缺陷,法是帝王的法,是维护封建统治阶级利益的法,它不能比道德给予人们更多的信心,相反卷入诉讼只会带来“讼累”,事实上,即便是在法治文明高度发达的西方,法律也并不是解决纠纷的惟一方式,通过法律保障权利的理想也并不拒绝绕开法律的正当的非讼方式。

第二,调解的定纷止争方式。无讼教导人们不要轻易产生纠纷,这是美好的愿望,但愿望终归是愿望,一旦纠纷真正出现,又该如何应对呢?首先,宗族中德高望重的族长、亲友、宗教人员、行会和其它组织承担了绝大部分的解决纠纷的社会功能;其次,仍有一部分案件流入官府衙门,而地方司法官员也是以传统道德和伦理要求来进行调解。调解的特质就在于引起纠纷的案件事实的真相是否查清并不重要,重要的是纠纷能够以纠纷双方认可、接受的正当方式得到解决,从而补救人与人之间的正常的伦理道德关系,修复和谐、礼让的社会秩序。调解的重要作用随着人们对思辨理性和规则理性的正确定位已经得到重新审视,并且在程序法治的重构中占有一席之地。第三,亲亲相隐的礼制。等级森严的封建礼制不可否认对法治的形成具有很大的负面影响,但亲亲相隐制度却是个例外。伦理是自然的生成物,而法律却是人类的创造物,它源于伦理,又高于伦理。这就是说人不可能脱离伦理而孤立地生活在法律的空间内。如果仅仅因为追求法律所谓的正义,为人之子就可以堂而皇之背叛其父,为人之妻就可以正大光明地将其夫送上断头台,那么这样的法律将是十分可怕的,也不会让人们心悦诚服。因为它所从拟定的正义,一开始就违背了善良风俗,违背了法律追求的善德的初衷。相反,为了维护正常的父子、夫妻和兄弟姐妹之间的正常伦理关系,即便是包庇、放纵了万恶不赦、千夫所指的犯罪分子,对于受害人而言可能是不善不公的,但对于整个社会而言则是十分善良和正义的。亲亲相隐制度想要得到我国法治的承认可能还需一段漫长的时间,但在经历了法治由建立到破坏再到重建的西方人那里,不仅是基于血缘、姻亲关系的人之间可以相互隐瞒实情,而且从事特殊职业的人也可以依据职业伦理道德要求拒绝向司法官员提供相关人员的违法、犯罪事实和证据,例如牧师、神甫等宗教神职人员具有向神忏悔的人涉嫌犯罪的案件的作证豁免权;医务人员则具有相关病人涉嫌犯罪的案件的作证豁免权,等等。

正所谓“徒善不足以为政,徒法不能以自行”,不以道德为基础的法治,犹如无灵之躯、无躯之壳,是不会也不可能久存于世的。徒具思辨理性,便会淡漠程序道德;只有规则理性,则会沦丧伦理道德。西方谚语有云:“种植规则的人,并不能收获正义”,其意旨也就是指出,法治的运行并非只靠规则单枪匹马就可以完成的,道德是法治正常运行的前提和基础。

三、道德对理性的批判

形式理性是法治基本的品格和价值取向,是一种判断和实现目的结果的能力,它包括两层基本的含义:其一是思辨理性,即通过归纳、演绎等推理方法,从前提逻辑地获得结论的能力。其二是按照马克斯·韦伯的划分,与“价值理性”相对称,指的是为实现目标和最大限度地获取价值而选择最有效和最合适的方法的能力。从这一层面可以将形式理性称为“工具理性”,运用到法治领域,则表现为在追求先定的法律价值的过程中将各种可能采取的手段和可能的结果均以法律规则的范式加以制度化,所以,这种工具理性又可以概括为法治的“规则理性”。而不论是过于极端的思辨理性,还是过于狭隘的规则

理性都是有害于法治自身的健全和完善的。

推崇真理至上,只会破坏程序本身的正当性和道德关怀。刑讯逼供也好、强制作证也罢,都能够最大程度地揭露案件真相,发现客观真实。但是,刑讯逼供背叛了程序法治产生之初的人文主义的复兴思想,忘却了程序法治的权力限制原则,和后者赖以建立的性恶论道德学说;强制作证的规则放大了政治国家发现案件真相、解决纠纷和矫正破坏的社会秩序的权力,而异化了市民社会得以维系的血缘和姻亲关系。一个丧失家族成员之间的相互关怀、丧失服务者与被服务者之间恪守的诚信忠实的国家想有任何作为都是不可能的,包括法治建设;而缺乏伦理道德和职业道德的支撑,程序自身能否健康运行也不难得知。至于诉审合一、审者不判、判者不审、不审而判、先判后审的种种违反程序规则的现象,看似对案件真相的把握早已成竹在胸,实际上都是以对真理的信念为起点,以道德错误的出现为终点,扼杀了涉讼人在程序过程中据理力争、捍卫自己法律权利的能力和机会。

真理是绝对的,但也是相对的。马克思指出:“人的思维是至上的,同时又是不至上的,它的认识能力是无限的,同时又是有限的。按它的本性、使命、可能和历史的终极目的来说,是至上的、无限的,按个别实现和每次实现来说,又是不至上和有限的。”^[3](第 125 页)将真理的绝对性与相对性以及绝对真理与相对真理的辩证关系引入刑事程序法治过程中,我们可以得出这样的结论:客观真实既是有条件的,也是相对的,那种必须达到或一定要达到客观真实的说法,在理论上是不成立的,在实务上是有害的,更是无法实现的。既然追求真理和客观真实是徒劳,那么我们就只能诉求法律程序本身所能够带来的真实,也就是“法律真实”。事实上,刑事程序法治运行的过程并不只是司法人员重溯作案环节、揭露案情真相的一种认识活动,更是蕴涵各种法律价值、体现程序道德的复杂活动。

有关于程序道德的论述从古至今可谓多矣,就拿复兴自然法学派中的代表人物来看,富勒将法的道德性分为“外在道德”和“内在道德”两个方面,其中“内在道德”即是指“程序自然法”,或说程序道德,是有关法律的制定、解释和适用等程序上的原则或法治原则,它包括法律的一般性或普遍性、公开性、可预测性或非溯及既往性、明确性、一致性、可遵守性、稳定性、官员的行为与已公布的规则的一致性 etc 8 个要素。德沃金则认为,个人权利在法律中始终居于重要地位,它不仅是法律所规定的,更是道德所规定的,因此它先于法律而存在,是一种自然权利,是对抗国家或集体施加损失、制造不当侵害的一张“王牌”。而无论是富勒关于程序自然法与程序法律规范的道德性论述,还是德沃金关于法官道德的阐述,程序性法律规范始终是其关注的中心(即关注程序的自然正义性或道德伦理性)。

令人欣慰的是,世界各国不论是以德国为代表关注社会秩序和国家权力的大陆法系国家,还是以美国为代表崇尚个人自由和社会权利的英美法系国家,都已经开始或者逐渐加强对刑事程序的人文关怀和道德关注。而我国在提高涉讼人地位、保障涉讼人权利,以及厘清诉审关系等方面也已取得较大性突破,比如沉默权制度虽然还没有形成明文规定,但基本上已经获得学界和实务界同仁的一致认可;作证豁免权制度作为出庭作证制度的重要组成部分也开始出现在刑事证据制度和规则的相关起草文书中;另外在借鉴美国组建少年法院的经验和总结我国“长宁模式”、“天宁模式”的成功实验的基础上初步形成了未成年人司法工作体系,并在立法上规定了未成年人涉讼的独立刑事诉讼原则,等等。

规则理性的特质是将经验归纳为一系列的原理、原则或规范,并将之程式化,排除规则之外的偏见、传统、习惯和习性的权威。规则理性无论在哲学上还是实践上都难以立足:前者在于它仅仅将确定性归之于技术和技术至上的教条,后者在它除了利益没有其他东西来自于自觉行为的信念^[4](P. 24-25)。规则理性同思辨理性一样都是源于自然科学认识世界的一种能力及由能力而延伸出来的一种方法。科学只能解决规则自身的问题,但却不能从根本上解决信仰问题,不能解决道德问题。对于我们这样一个自古就不缺乏信仰和道德伦理的国度,程序法治的任务就在于将传统道德合理而科学地引入法律框架之内,使其成为程序得以维系的理所当然的根基,而并非视而不见,一概排斥。纯粹的理性和纯粹的道德都不是程序法治的应有之意。当然,道德在程序法治内的泛滥、抵制程序运行的现象在我们这个理性和道德至今还难以决出胜负的国家随处可见,但这一方面正是我们程序法治进程中需要不断攻克的难题,另一方面,又是警示我们道德是构建程序法治的不可或缺的因素。

[参 考 文 献]

- [1] [英] 洛克. 政府论:下篇[M]. 北京:商务印书馆,1981.
- [2] 梁治平. 法辨[M]. 北京:中国政法大学出版社,2002.
- [3] [德] 马克思,恩格斯. 反杜林论[A]. 马克思恩格斯选集:第3卷[M]. 北京:人民出版社,1995.
- [4] OAKESHOTT, Michael. Rationalism in Politics and Other Essays[M]. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.

(责任编辑 车 英)

Ration and Morality: Two Elements of Culture of Rule of Law

LI Hua¹, WANG Tian-min²

(1. Law School, Zhongnan University of Economics Law, Wuhan 430073, Hubei, China;

2. Xiamen University Law School, Xiamen 361005, Fujian, China)

Biographies: LI Hua (1968-), male, Doctoral candidate, Law School, Zhongnan University of Economics Law, majoring in civil law and jurisprudence; WANG Tian-min (1977-), male, Teaching assistant, Xiamen University Law School, majoring in procedural law and jurisprudence.

Abstract: Culture of rule of law includes many factors, which are all around ration and morality. so we can consider the two things as the essential elements. However, ration and morality have both relations and differences between each other. The former is that ration comes from morality, and the latter can be regard as ration will betray morality when it is pure thinking-ration or regulation-ration. Just is the above relationship that composes the cultural features of rule of law.

Key words: ration; morality; rule of law; culture