

第三,秩序失控风险的化解关系到法制现代化的成败。在法制转型的过程中,如果出现了社会动乱和秩序失控,将可能导致社会崩溃,不仅已经获得的现代化的成果会丧失殆尽,而且社会成员将会处于极其悲惨的境地。在政府推进型的法制现代化中,秩序失控风险的化解与政府对本国法制现代化的战略规划密切相关。如果政府能够对社会的承受能力做出准确判断,并在此基础上结合本国国情制定科学的法制现代化战略,就能够有效化解法制转型过程引发的社会失控的风险。中国改革遵循的是先经济、再社会、后政治的思路。中国的法治建设应当与这种改革思路相协调以维持社会稳定。从改革开放到上世纪末,中国法治建设的中心是服务于经济发展,属于以国家经济发展优先战略为核心,即经济发展主导的法治建设阶段。从本世纪初以来,法治建设以构建和谐、推进社会发展优先战略为核心,属于社会发展主导的法治建设阶段。在目前这个阶段,法治建设的核心是要建立良好的法律运行机制和促进法律秩序的生长。这个阶段的实现,将会为未来进入政治改革主导的法治建设阶段创造良好的社会条件,进而减少政治改革的风险。

## 形式法治与法教义学

张翔(中国人民大学法学院副教授)

中国的文化传统和社会心理,很难接受没有道德内容的形式法治观。

历史上的法家曾经主张以同一的、单纯的法律来约束所有人民,反对考虑贵贱、尊卑、长幼、亲疏、美恶等因素,反对用抽象的伦理道德原则来治理国家,批评儒家是“坐候尧舜”,但中国古代法的主要传统仍然是儒家的礼法之治。尽管汉以后一家独大的儒家,基于治理国家必须依靠法律的事实,也在吸收法家的思想,但以儒家经义引导法律的运作,要求法律的执行合于儒家的道德观,却构成了中华文化的主体法律观念,而着重于法律本身,强调法律的同一性和不折不扣地严格执行的法家则是一直背负污名的。

近代以来,在被迫发生的现代转型中,各种理念纷至沓来,但遵守成文法这一形式法治的底线要求却也并未成为精英阶层的普遍自觉意识。宋教仁案和“五四”运动中的“火烧赵家楼”事件可以作为例证。宋教仁遇刺后,在案件初步侦破,人证物证完备,并且司法程序已经启动的情况下,孙中山这位钦慕服膺美国宪政的政治家,却拒绝黄兴等人建议法律解决的主张,自我破毁《临时约法》下的法律秩序,发动“二次革命”武力讨袁。“五四”运动发生爱国学生火烧赵家楼的事件后,梁漱溟曾经呼吁学生主动投案,经公诉公审后应遵判服罪。梁漱溟的主张在后来得到了胡适等人的背书,但在当时的意见领袖陈独秀等人以及普通学生眼中,却无疑是迂腐甚至反动的。在“反专制”、“爱国”的正义旗帜下,法律被轻蔑抛弃,而一时贤者孙中山、陈独秀等人却不以为意,某种意义上这体现的正是国人重视实质正义而缺乏对形式法治的理解。“五四”新文化运动的口号是“民主”与“科学”,在极端强调民主正当性的观念之下,具有最高权威的是人民意志,而法律至上的观念难以确立。尽管法治建设一直在进行并有相当的成就,但在那个时代的潮流中,法治话语始终是声音微弱的,中国也从来没有出现过托克维尔所称的那种能够约束民主狂热性的法律人精神。

在“文革”结束后的法治萌芽阶段,学者们提出的法治观念也几乎都是实质法治观,认为法治必须取向于民主、自由、人权、平等等实体价值。法治只是人们捆绑式主张的诸种目标之一,对于法治价值的论证往往是认为其有助于实现其他价值。人们普遍接受的是亚里士多德的良法论和朴素的自然法观念,认为法律的效力来自于内容的正义性,人们遵守法律乃是因为法律符合道

德准则，符合人们的正义理想。实质法治观旨在寻求法律的实质正当性，反对把法律视作自我封闭的系统，认为法律始终与道德、政治、经济和社会条件相关联。

在这种观念之下，中国的法学也从来不曾拒绝其他社会科学和人文科学，学界热衷于从国家哲学、社会理论和现实实效性的角度对法律进行研究，各种政治学、社会学、经济学、心理学、人类学的知识和方法都成为法学者研究法律的理论资源，并最终形成了“社科学”的热潮。与此同时，部门法学科局限于实定法内的研究被鄙薄嘲讽为“法条主义”或“注释法学”，并很轻易地被贴上了盲目、僵化、肤浅、虚无、庸俗等标签。与此同时，由于立法成为各部门法学科主要的课题，“法律应该如何被制定和修改”成为引导部门法研究的核心问题，部门法学科也非常主动地寻求实质价值观的引导而忽视树立成文法形式权威的必要性。这一方面表现为热衷于为本部门法寻找道德与哲学基础，另一方面表现为“批判现有法条之不足——提出立法或修法方案”的惯常研究思路。人们习惯于把法治理想寄托于制定出完美的法律，而不是对现存法律的充分落实。与中国法治状况的不尽如人意同步的，是法学研究未能深植于现存有效法律的事实。

但是，学者们很快就开始了冷静反思，开始对处于混沌状态的捆绑式法治观念进行区隔分析。人们认识到，一个包含了过多实质内容的、负担过重的法治概念会使法治更加不可能，因为基于正义观念和社会实效性而产生的对实定法的质疑很容易转化为不尊重乃至轻视的态度，这使得法律权威和法律秩序的建立变得更加困难。如果一个不纠缠伦理争议的、内容有限的、最低程度的形式法治都无法实现，实质法治的各种宏大价值诉求就更没有实现的机会。人们认识到，在理论层面，实质法治观意味着阐释法治本身就须附带去阐述一整套政治哲学和社会理论，而在这个层次上永远是观点对立的。在具体争议的解决层面，实质法治观使法律判断承担了过多的政治判断、社会判断和后果裁量的负担，不仅无法完成，还影响了法律判断的可预期性、处断一致性和稳定性，最终损害了法治。基于这样的认识，实质法治与形式法治的区分开始被认识和梳理，而法律实证主义开始逐步摆脱污名。同时，各个部门法基本法律的粗备，也使得部门法学者开始更多注目于法律规范的适用问题，并意识到评价法条优劣并不断提出“再修改”主张，既无助于现有法秩序的稳定和展开，又会导致学术上无休止的循环争议，因为没有哪部法律会被所有人视为完美。

学者们的反思，首先是通过富勒、拉兹等人的法治理论以及法学传统中萨维尼、普赫塔、拉班德、凯尔森以及奥斯丁、戴雪等的方法论的梳理追溯。基于此，人们对于形式法治的内涵及其价值有了更为深入的理解。法治在其形式层面被概括为一系列的基本准则：法律的一般性、法律的公开性、法律非溯及既往、法律的明确性、法律的体系一致性、法律的可预期性和稳定性、法律至上、司法独立。形式法治观要求公正无偏私和前后一致地执行法律，而不管法律的实质内容如何。在这一点上，形式法治比纠缠于道德立场的实质法治更容易达成共识。在法律适用的形式平等和法律制度的安定性之下，人们可以有依据地规划其未来的生活，从而使得人类生活变得可以预期和可以控制，社会秩序和安全感由此得以形成。

对于历史的追溯，也可以帮助我们理解形式法治所具有的约束权力和保卫自由的功能。形式法治观最早是市民阶层对抗专制的口号。形式法治意味着，即使国家可以决定法律的内容，也必须遵守这些由它制定的规则，国家限制人民的权利和自由，必须有明确的法律依据。形式法律让人们预先了解国家在何种情况下将采取何种行动，这种规则是公开的和具有一般性的，并不考虑特定的时空与人的因素。这种形式一致性使得法治天然具有了遏制公权力的专横和保障个人自由的功能。比如，罪刑法定原则虽然不能决定法律会把什么行为规定为犯罪，但却可以制止国家把法律明文规定以外的犯罪与刑罚强加于个人；法律不得溯及既往，使得社会环境对于个人而言是可预测的，而这将增加人们自由行为的可能。

伴随着对形式法治的深入理解,曾经被普遍拒斥的法律实证主义也重新得到理解。以德国为代表的大陆法传统中的法律实证主义,是以一种建构性的方法,排除掉政治、哲学和历史的观点,通过对教义的基本概念的详细阐明,创立一个科学体系。法律实证主义者认为,伦理、政治和社会现实的考量,不是法学家的事情,所有法律外的因素对于实定法的解释都是没有意义的。法学只应该将成文法本身作为研究对象,通过价值中立的和逻辑周延的方法去形塑法律规范和阐释法律的真实内涵。同样,在英美法传统下,法学教授的职责被认为首先在于阐明法律由哪些规则、习惯组成,并安排这些规则之间的等级秩序,解释它们的涵义、展示它们之间的逻辑关系。用科学的方法去观察和描述法律,切断其与其他因素的联系而确立一个自治的学科,就是法学的主要工作。尽管当代已经鲜有人持极端实证主义的主张,但我们至少应该认识到,在法学方法上切割伦理、政治、历史和社会的因素,能够保证法的安定性和自治性,使法外因素的偶然和恣意得到控制,特别是能保证人们的生活免于政治的恣意,实现一种法律下的安全。

法学界对于形式法治观和法律实证主义的理解与接受,除了表现为法理学界的主题讨论外,更具体地体现为部门法学科各种法教义学主张的出现。民法学科关于“解释论”和“立法论”的区分,刑法学科从刑法哲学、刑事政策学等多元视角回归到对刑法教义学的强调,并未落实司法适用性的宪法领域的“规范宪法学”和“宪法解释学”的主张,都有着明显的教义学取向。法教义学与形式法治观的关联在于,形式法治的基本目标(法律的一般性、法律的明确性、法律的体系一致性、法律的可预期性和稳定性等)的实现,有赖于法教义学层面的技术保障。

形式法治追求法律至上,但被当作至上权威的法律并不会自己解决个案,而是要通过法官和其他法律人的工作。如何保证法律被严格遵守和执行,就是形式法治所必须解决的问题。而法教义学正是一套约束法律判断,避免恣意,避免法律外因素对法律判断的影响,保证形式公正的基本工具。

所谓法教义学,简言之,就是“对于法律素材的科学体系化的预备”。法教义学不执着于追问“什么是法”、“什么是好的法”、“获得对法的认识是否可能”等问题,而是专注于对现行法律的解释和系统化。按照阿列克西的经典概括,法教义学的基本工作有三个层次:(1)法律概念的逻辑分析;(2)将这种分析概括成为一个体系;(3)将这种分析的结果用于司法裁判的证立。法教义学通过对复杂的规范进行解释和类型化,建构统一的知识体系和思考框架,并设定分析案件的典范论证步骤,为法规范的适用提供统一的、标准的概念和结构,从而为实践问题的解决提供确定性的指引。法学是一门实践学科,其指向的是现实中争议问题的解决。正因为如此,为法律人解释法律和处理案件提供框架性的知识指引的法教义学就是法学的核心工作,舍此无法落实法学的基本功能。

但是,法教义学的价值,并非只在于其方便了法律人的工作,更重要的在于其可以落实法的安定性价值。法教义学使我们在面对实践问题时,不必每次都从头开始在每个问题点上去考虑所有的解决方案,而是可以参考过去对于类似问题形成的固定的解决路径。法教义学通过对某种裁判模式的总结和概括,使未来的裁判有可遵循的规则,使法律判决的做出在很长的时间段被固定化。通过提供安定的行为规则,群体行为得以稳定,社会冲突得以缓和。同时,固定化也意味着一般化,也就是让相同问题基于教义学的通说而能得到相同的处理,这使得形式法治所要求的法律的一般性有了技术上的保障。法教义学同样可以起到控制恣意、降低法律判断的偶然性的作用:如果有人基于政治的、伦理的或者社会效果的因素试图背离既有的教义学规则,则必须承担相应的论证负担。

基于法教义学的法律判断,实际上是基于人类长久历史中积累的知识和经验而进行的判断,这有助于保证法律判断大体上合于理性。同时,通过控制法律分析在逻辑上的一致,以及实践案

件在解决上的一致，法治所要求的底线的形式正义得以实现。

在中国，法教义学并非如某些批评者说的那样已经是法学的主流，相反，自觉的法教义学反思只是正在发生，距离概念清晰、逻辑谨严、体系完整的目标还甚为遥远，其与法律实践的良好互动也未形成。尚未形成的体系，还远未到被批评为封闭僵化的程度（何况当前几乎所有的法教义学主张者，都强调教义学对于价值和实践的开放性，都主张警惕概念法学式的错误）。事实是，法学家们并不习惯于“援法而言”，各种政治话语、伦理话语的泛滥，使得法学研究很难聚焦于现行有效法律的解释与适用，而经常要回到价值前提上的辩论。关于如何严格和理性地适用法律的讨论，经常突破前提而变为法条修改和法律存废之争，法学研究难以形成积累，而法学教育也无法传递对法律的信仰。对法教义学的批评经常是说法律人“自说自话”，而现实是，由于缺乏对“法学=法教义学”和以“实定法解释”作为法学研究起点的共识，法学研究更多处在一种众声喧嚣的“各说各话”的状态。法学总在不断迎合多变的价值诉求甚至现实的利益诉求，从而也根本谈不上约束政治力量恣意性，无法构建起法治的学术基础。

同样令人担忧的是法治的实践。严格遵守和执行实定法的观念不仅未能巩固，并且在各种政治效果、社会效果的要求下，法律在不断地向政治和现实妥协，司法实务甚至在弃守“依法裁判”的底线。各种“选择性执法”甚至“选择性守法”的背后，都有一套基于法律外理由的说辞，各种僭越于法律之上的公权力行为都能找到正当性的借口，而这些借口甚至于来自某些法学家的认真论证。人们努力争得的法治进步，由于法律无法严格执行而被消解，而许多开放性的法学研究，无意间为政治权力超越甚至践踏法律提供了学理背书。所有这些乱象，似乎都与过高的实质正义追求之间具有某种耦合性。

基于以上的思考，我们似乎可以认为：虽然法治并不拒绝自由、民主、人权等实质价值，虽然法学并不根本排斥对各种伦理、政治和社会因素的考量，但在一个政治和道德话语泛滥的国家，如果不能在最低限度的形式法治层面获得共识，法学研究不能确立或者至少是理解法教义学的视角，中国未来的法治很难让人有乐观的期待。

## 法治的三度：形式、实质与程序

陈林林（浙江大学光华法学院教授）

“法治”被认为是一个无比重要的，在内容上却未曾被界定、甚至是不可能被界定的概念。这并不意味着在一般法律理论和已有法治实践中，“法治”就像“正义”那样，拥有一张普洛透斯般变幻多端的脸庞，乃至可以将法制比附为法治、将缺陷引申为特色。一个最低限度的共识应当是：法治和无政府状态相对立，更和专制相对立。一般法律理论中的法治概念，同样拥有一些作为最小公分母的特征或要求，且可以通过形式、实质和程序这三个相辅相成又相制衡的维度进行指要式表述。相应地，每一个基本实现了法治的社会，也应该能在这个三维法治空间内，找到自己的立足点。

形式法治或曰贯彻法律的形式合理性，是法治社会的首要构成性维度。“形式（合理性）”包含了两层基本含义：一是依据抽象的一般规则处理具体问题，而不是具体情况具体处理；二是法律系统的独立性和自主性，即规则的适用不受道德、宗教、政治以及掌权者意志等实质要素的左右。在此语境中，法律系统作为社会系统的一个功能性子系统，是一个在运作上自成一体的自主系统。自主性不是法律系统期望实现的目标，而是其安身立命的必备属性。这个运作上自成一体的法律系统，立足于运作过程中的循环性自我参照，并将从外部社会环境中获取的大量信息，按