

论法制现代化的标准

公 丕 祥

法制现代化是一个颇具理论性和现实性的法律社会学论题。本文的主旨在于初步建立起一种评价标准架构,以便为该论题的深入研究提供基本的分析工具。文章认为,法制现代化表征着前现代社会法律系统向现代社会法律系统转变这一过程及其运动规律,体现了法律文明成长的时代精神。文章提出并区别了评价法制现代化程度的实证标准与价值标准,并对二者的理论要素作了初步探讨。最后,文章分析了法制现代化的两类标准之间的关系,强调法制现代化的价值标准构成了法制现代化的实证标准的思想基础、价值目标和评价尺度,因而优先于前者。

作者:公丕祥,男,1955年生,南京师范大学政教系副教授。

一、问题的缘起

纵观20世纪的全球历史进程,我们可以看到,在不同的区域或国度,尽管法制改革的过程、特点和目标有所差异,但是作为一种模式或势态,法制现代化却几乎成为这一历史过程的基本法律表现。诚然,这一进程在不同的文明国家中的具体实现程度是不同的;不过,它所昭示的法律文明成长的时代走向却是激动人心的。

法制现代化属于法律社会学发展论的范畴。法律社会学发展论所要探究的乃是社会发展与法律进步之间的互动关联结构,它所要建构的正是法律成长的一般模型。在法律社会学发展论领域中,法制现代化理论关注的重点,是前现代社会法律系统向现代社会法律系统的转变这一特定过程,寻找这一转变的内在机制。从广泛的意义上讲,法制现代化是一个变革的概念,是传统法制向现代法制的历史更替。这种历史性的跃进,导致整个法律文明价值体系的巨大创新,因而是一个包涵了人类法律思想、行为及其实践各个领域变化的多方面进程。这个进程或是因内部诸条件的成熟而从传统走向现代,亦称“内发型”法制现代化;或是因一个较先进的法律系统对较落后的法律系统的冲击而导致的进步转型,亦称“外发型”法制现代化。但不管是哪一种变革型态,法制现代化无疑是一个创新的过程,其实质乃是从人治型的价值—规范体系向法治型的价值—规范体系的转变。换言之,法制现代化与法治是内在结合在一起的。

因此,确立法制现代化的标准,必然要同对法治的分析相联系。评价一个社会的法制现代化程度,重要的是要考察该社会的法治水准。而法治的基本特点是:社会生活的统治形式和统治手段是法律;国家机关不仅仅运用法律,而且其本身也为法律所支配;法律是衡量国家、组织及个人行为的标准。^①法治要通过一系列具体过程体现出来。这些具体过程尽管千

^① 参见A·T·默克尔:《法法国的观念和形态》,引自《法学译丛》1983年第5期。

差万别，各具特色，但有一点是共同的，即：各个法律实践过程（从立法到司法）都需遵循严格而合理的法律程式，并且每个环节或过程都是为了实现法律正义。很显然，法治的核心价值意义就在于：确信法律能够提供可靠的手段来保障每个公民自由地合法地享用属于自己的权利，而免受任何其他他人专横意志的摆布。因之，以法治为关键性变项的法制现代化，便蕴涵着两类相互关联的判定标准：一类是法制现代化的实证标准，它表现为法律的形式化，或称工具合理性；另一类是法制现代化的价值标准，它集中地体现为法律的价值合理性。

二、法制现代化的实证标准

从实证意义上探讨法制现代化的标准，关键在于对法律的形式化的理解。按照M·韦伯的看法，形式主义原则是一切近代法律的重要特征，而一切前近代社会的神权政治，其法律形态的最大特点就是关注实质原则。传统的中华帝国的世袭制统治形式，决定了它的法律具有反形式主义和父系家长制的特征。在古代中国，“尽管形式上财政书记官和司法书记官是二者分离的，但实际上行政和司法并没有真正的分离。在世袭制中，官员自费雇用随员为他代行行政工作和次要的政务职责，惩罚部门甚至在行使强力惩戒时都没有任何专门的规定。最重要的是司法世袭制这一内在特征，它以伦理为取向而与形式法不同，总是寻求实质的公正。因此，在这里没有正式的先前案例汇集，因为法律形式主义受到排斥。”^①而在现代社会中，始于古罗马时代的法律形式化进程获得了长足的发展。法律实体基本上是由一些抽象的规则组成的协调体系，通常是人们有意制定的。依法施行行政管理，就是将这些抽象规则用于实际事例；行政管理过程旨在制约组织在法律规定的界限内理性地追求利益并遵守形式化的原则。服从统治的人是以自愿加入协议的组织的成员身份而服从命令，他服从的只是这一组织的法律，只是一种非人格的秩序，而不是服从统治者本人，因而个人对执掌权力者的服从义务，也限于法律秩序所承认的范围以内，亦即理性所界定的范围之内。^②

在我们看来，法律的形式化意味着确证法律权威的原则，意味着从立法到司法的每一个法律实践环节都必须遵循法定的程序，意味着将国家权力纳入法律设定的轨道并且不同机关的权力均由法律加以明文规定，也意味着社会主体在这一有序化的法律体系中获得最大限度的自由。因之，法律的形式化之实质乃是法治原则的确证与实现。具体来说，法律的形式化具有以下若干表现形态：

其一，法律的形式化要求法律规范的严格性。法律规范表现了掌握国家权力的统治阶级意志，受到有组织的国家强制力的保护，这是一切法律规范的内在本质属性和特征。为了使这一本质特征得以现实化，它就必须外化为逻辑形式上严格明确的具体规则。在大多数情况下，这种规范需要借助于逻辑分析的手段加以展开，通过具体的解释技术，以适用于个别案件。法律规范的逻辑意义上的严格性、确定性，是法律理性化的体现。诚如马克思所指出的：“法律是肯定的、明确的、普遍的规范，在这些规范中自由的存在具有普遍的、理论的、

^① M·韦伯：《中国宗教》，参见苏国勋：《理性化及其限制——韦伯思想引论》，上海人民出版社1988年版，第154—155页。

^② 参见M·韦伯：《经济与社会》，伯德米斯特出版社，纽约，1968年版，第218—229页。

不取决于个别人的任性的性质。”^①

第二，法律的形式化要求法律体系的完整和谐性。在法律的运动发展中，每一个国家的个别法律规范都不可避免地组合为一个完整有机的法律规范总体结构。法律规范的总体结构反映了构成它们基础的社会关系的结构性，也表明构成法律规范体系的各个要素之间的相互联系及其内部的和谐一致性。“在现代国家中，法不仅必须适应于总的经济状况，不仅必须是它的表现，而且还必须是不因内在矛盾而自己推翻自己的内部和谐一致的表现。”^②法律规范体系决不是杂乱无章的东西，而是一个结构谨严、层次分明、内在联系紧密的有机整体。在这个有机体中，各个要素不仅互相联系着，而且都具有各自不同的法律属性和职能，发挥着各不相同但又相互影响的作用。能否达到这样的要求，往往成为衡量、评价立法活动质量和效率乃至法制现代化的重要指标。按照韦伯的看法，法律体系的概念具有特殊的内涵。它是指一种特殊的法律思想模式，即受到罗马法的形式法律原则影响而发展出的现代西方法律体系。公元6世纪罗马皇帝查士丁尼下令编纂的《国法大全》，为现代西方法律的体系化提供了标本。法律的体系化是在法律思想成熟阶段上出现的现象。它“表征着一切经过分析得出的法律判断的统合，这些法律判断以统合的方式构成逻辑清晰的、内在一贯的、至少在理论上是非常严密的法规体系。显而易见，一切可以想见的实际情况都必须逻辑上被包含在其中，以免它们的秩序缺乏有效的保证。”^③

其三，法律的形式化还要求司法过程的程序性。司法过程实际上是通过法律的适用这一中介环节，把法律规范的抽象设定和普遍要求，转化为社会成员的具体单个的行为。司法的任务在于把一般法规应用于特殊情况下的具体事实，从而使司法判决具有可靠的预测性。这一情形被韦伯称之为司法形式主义。在他看来，“司法的形式主义使法律体系能够象技术合理性的机器一样运行。这就保证了个人和群体在这一体系内获得相对最大限度的自由，并极大地提高了预言他们行为的法律后果的可能性。程序变成了以固定的和不可逾越的‘游戏规则’为限制的、特殊类型的和平竞争”。^④因之，司法的程序性不仅是法律形式化运动的组成部分之一，而且是衡量法制是否成为现代形态的重要尺度。它同传统法制的司法非程序化是大相径庭的。

其四，法律的形式化同时也意味着法律的效益化。法律的效益化是法律形式主义运动的一个必然结果，反过来又成为法律形式主义运动的重要根据之一。形式合理性建立在制度、功能和效益的基础之上。法律形式主义运动要求通过立法活动制定出来的法律能对社会生活产生实际的影响，从而表明法律是有效益的。以形式合理性为基础的法律效益化，是现代法制与传统法制的重大区别之一。这是因为，法律的效益状况反映了法律的权威性程度，它是通过法律实施后的社会效果来确证法律自身的价值。法律的高效化是法治社会的必然表现，而法律的低效化则从一个侧面表明人治主义居于主导地位，法律的权威性未能得到社会成员的高度认同，社会成员及其组织没有形成对法律的信赖感，因而也就不能自觉地以法律来规范自己的行为。

① 马克思：《关于出版自由和公布等级会议记录的辩论》（1842年4月），《马克思恩格斯全集》第1卷，第71页。

② 《恩格斯致康·施米特》（1890年10月27日），《马克思恩格斯全集》第37卷，第488页。

③ M·韦伯：《经济与社会》，伯德米斯特出版社，纽约，1968年版，第656页。

④ 同上注，第811页。

三、法制现代化的价值标准

在法制现代化的问题上，需不需要引入价值判断？这是一个颇为复杂且又争议颇多的问题。韦伯理想类型学方法论的一个重要特征就是所谓“价值无涉”或“价值中立性”。他认为，价值判断属于主观性的范畴，乃是个人主观情感作用的产物。它不是经验科学所要解决的问题，因为它所要解决的是“应当是什么”的问题，而不是“实际上是什么”的问题。然而，一门经验科学并不能教人应该做什么，而只能告诉人能够做什么，或者在特定情况下想要做什么。“确实，在我们的科学中，个人的一些价值判断倾向于对尚未被明确承认的科学观点发生影响。这些价值判断带来了长期的混乱并导致了对科学论点的各式各样解释”。^①诚然，科学认识需要了解主观行动的动机，这就必然要涉及价值问题；但是在这里，价值的本质并不在于真实的事实性，而是其有效性。因之，在科学认识中，无法绝对排斥价值方法的运用。而这里重要的则在于研究者要保持价值中立的态度，而不要作出价值判断。

从上述立论出发，韦伯把合理性行动区分为两类，即工具合理性（形式合理性）和价值合理性（实质合理性）。而法制现代化则是工具合理性（形式合理性）的一种表征或体现。这是因为，在韦伯看来，形式合理性是关于不同事实之间的因果关系判断，主要被归之于手段和程序的可计算性，因而是一种客观的合理性。而价值合理性或实质合理性则是关于不同价值之间的逻辑关系判断，主要被归之于目的和后果的价值，因而是一种主观合理性。这种主观的合理性常常具有非理性的因素。不过，这种价值合理性在一定程度上与自然法的价值理想相联系，因而具有革命的性质，往往成为打破传统、推进社会理性化过程的动力。^②然而，韦伯更多强调的是工具合理性或形式合理性，认为资本主义的合理性乃是一种工具的合理性或形式的合理性。现代法律体系和行政管理之所以是高度合理的，就在于它是纯粹形式的。韦伯把价值合理性或实质合理性归之于前资本主义法律文明和社会秩序的本质特征，而把工具合理性或形式合理性视为资本主义法律文明及社会秩序的本质特征，这表明他是一位社会实证主义者。这样，韦伯就把工具合理性与价值合理性、形式合理性与实质合理性对立起来。其实，二者之间是有联系的。价值合理性（实质合理性）通过工具合理性（形式合理性）表现出来，工具合理性（形式合理性）必须以价值合理性（实质合理性）为其存在的根据和前提。韦伯之所以造成价值合理性与工具合理性、实质合理性与形式合理性之间的二律背反，这同他的所谓的“价值中立”的立场及方法论原则是分不开的。实际上，所谓“价值中立”或“价值无涉”，不过是“海市蜃楼”，是不可能存在的。

法制现代化的历史实践证明，法律不仅建构于非人格的关系之上，法律是无感情的，它是以形式上正确合理的程序制定出来的，因而成为每个人行动的一般模式，从而使人的行为及其后果具有可预测性；法律也是对价值基本原则的阐释、维护和实现，诸如正义、平等、自由、安全、利益等等。韦伯用形式的、工具的合理性之命题来解释现代法制的构建及其现代化进程，他的法律现代化或理性化思想所关注的是形式问题，而不是价值问题，这势必要引起后人的诘难。著名的批判理论家J·哈贝马斯强调反映价值原则的交往行为之意义。他指

^① M·韦伯：《社会科学方法论》，自由出版社，纽约，1949年版，第54页。

^② 参见M·韦伯：《经济与社会》，伯德米斯特出版社，纽约，1968年版，第26页。

出，与韦伯所谓的“有目的—理性的行为”不同，“交往性行为是定向于主观际地遵循与相互期望相联系的有效性规范。”^①以前的社会学家们只是谈理性结构的工具—目的性。其实问题不仅如此，理性结构也体现在交往行为的媒介性质以及调解冲突的机制取向等方面。很显然，哈贝马斯的批判理性观所强调的与其说是形式，毋宁更是价值，并由此构建了从新石器社会到现代文明历史进程中法律成长的一般理论模型。^②在这一模型中，法律的价值问题显然被赋予重要的地位。每一个相对确定的法律进化阶段，都以特定的价值体系来支持。而在相当于现代型文明法制的阶段中，固然形式化理性有其独特的意义，而且价值的或实质性的理性体系成为建构现代法制的重要基础，它往往与理性的自然律以及道德原则相联系。

因此，法制现代化不仅具有形式的理性化的特征，而且具有实体的理性化之特质。从实体意义上讲，作为与传统型人治主义相区别的现代法治主义，必须以深厚的合理的理性化的价值体系为出发点和归宿。它同诸如自由、平等、权利等等价值因素内在地联系在一起。我们完全可以说，不与自由、平等、主体权利相联系的法治，乃是徒具空名的。自由作为一种价值取向，集中体现了社会主体对自身价值、尊严、地位及责任和使命感的执着期待或追求，反映了主体的一种特定的目标、目的或方向。法律是实现社会主体自由的重要手段。不与自由相联系的法律，就丧失了其应有的价值意义。真正的法律乃是以自由为基础并且是自由的确认和实现。这是理性化的现代法律的一个重要价值评价尺度。此外，反映一定价值取向的平等，首先是特权的对立面。特权反映了一种金字塔式的森严的等级关系，人与人之间的关系是不平等的、利益是不等价的。与特权观念相联系的法律体系，必然是确认不同等级人们的不平等的法律地位，极力维护专制君主至高无上的独尊地位；必然是以人治来取代法治，法随君出，罪刑擅断；必然是“重刑轻民”，在刑事规范中体现重刑主义、酷刑主义、报复主义的特点。然而，平等的观念表明，在社会活动和社会交往中，社会主体所凭据的不是自己的血统、地位、财产多寡等等，而是自己的才能、智慧和主观能动性。与平等观念相联系的法权体系，必然是确立公民在法律面前一律平等的原则；必然是重视法律在调整社会生活中的地位和价值，严格依法办事；必然是注重对社会关系的平权型的、横向的法律调整，充分发挥社会主体的自主独立性和能动性。再者，在价值取向上，传统的人治主义与现代法治主义的一个重大差异就在于对主体权利的不同态度。一般来说，法治主义重视个人权利，并且强调法律是对权利的确认和保障，而人治主义则相反。二者的差异性渊源于不同的社会经济条件，从一个侧面反映了两类不同价值取向的经济文明体系的法权要求。

法制现代化的价值意义就在于保障和促进公民的权利，并且要创造一个正常的社会生活条件，使个人的合法愿望和尊严能够在这些条件下实现。正是在这个意义上，现代法制精神强调法律是对国家权力的有效制约。这就是说，法治的对立面是使用不确定的绝对的权力。这种权力实际上具有专断的性质。要约束这种不确定的权力，就必须借助法律。这种对国家权力的法律限制，正是为了更充分有效地保护社会主体的自由权利，进而促进整个社会的积极进步。因之，对于维护社会主体的权利并且促进这一权利的实现来说，法制现代化的价值尺度有两个基本的要求。第一，对于公民个人来说，只要法律没有明文禁止的，都可以作

^① J·哈贝马斯：《交往与社会进化》，重庆出版社1989年版，第121页。

^② 参见上注，第161—162页。

为。这一原则意味着社会主体的自主性、自由权利和尊严，是法律文明成长的重要坐标之一，也是法律的真正价值所在；意味着必须运用法律形式，系统地明确地切实地确认主体的权利，形成一个有机的权利体系；还意味着必须运用法律手段，切实保障社会主体的权利，不能保障公民自由权利的法律，不是一部好的法律；也意味着当社会主体的自由权利遭到不法侵害时，他们有权得到国家机关的法律救济，进而恢复权利。第二，对于国家及政府来说，只有法律明文规定或允许的，才可以作为。这一原则的内在要求是：严格按照法律的规定，确立不同国家机关权力之间的分工及制约关系，并使之制度化、形式化；国家权力的内容、行使范围、运行方式等，都必须由法律明文加以规定，超越法律规定而行使的权力，是非法的，无效的；任何公民个人对于非法行使的权力及其所造成的后果，都有权力依照法定程序，提出控诉，并要求作出某种赔偿；限制国家权力的价值目标，正是为了有力地保障公民的自由权利，决不能使限制权力本身产生对公民权利的更大的侵害。上述两个原则是相互联系、相辅相成的，它们有机地结合为一个整体，成为判定一个国家法制现代化程度的价值标准。

四、两类评价标准之间的关系

作为法制现代化实证标准的法律形式主义，是现代法制区别于传统法制的直接的外部标志。法制现代化的历史运动首先就表现为法律形式主义的扩展与广泛化。离开法律形式化来谈论法制现代化，那是不可思议的。所以，无怪乎韦伯对形式合理性之表征的形式主义法律，给予那么大的关注！但是，现在的问题在于：法律的形式化或形式主义法律的基础是什么？对此，韦伯的回答是：“近代合理的资本主义不仅需要生产的技术手段，还需要一种可靠的法律制度和一种依据于正式规章的行政管理制度。如果没有它们，一种不正常的、阴暗的、投机的和单纯的营利为目的的资本主义便可能会产生，但却不会产生在个人首创的、具有固定资本和计算精确性的合理经营里。”^①这种具有形式合理性特质的法律根源于资本主义利益。资本主义利益为受过正规法律专门训练的法官阶级在法律和行政管理方面居于优势地位开辟了道路。尽管韦伯从总体上排斥价值合理性对于资本主义法律文明起源的影响，但是他的上述分析表明他并不绝对否认被人们视为合理性尺度的价值基础因素对于近代法律的作用。并且，他的研究也启示我们从更广阔的范围和背景来思考法制现代化标准的内在底蕴问题。从而提出这样一个重要问题：在确认工具合理性与价值合理性对于法制现代化都具有重要作用的前提下，二者孰为优先？韦伯显然突出了形式合理性的优先地位。而在我们看来，形式合理性固然重要，但价值合理性则更为关键，后者构成了前者的思想基础、价值目标和评价尺度，因而优先于前者。

对此，一些思想家在他们的著述中曾经作过探讨。在帕森斯看来，价值、制度和政治是社会系统的三个最重要的功能方面或分化层次。价值是社会系统中的行动规范取向的模型，它规定行动的主要方向，而无需参照具体目标或更具体的情境或结构。社会系统的成员共同坚持的价值取向系统可作为分析社会系统本身的结构与过程的主要参照基点。当制度化的价值系统内化为个人的个性时，就足以驱动经济生产，完成无数的工业化劳动，并且使制度调

^① M·韦伯：《西方文明的独特性》，引自《文明的历史脚步——韦伯文集》，上海三联书店1988年版，第12页。

整以及与此过程有关的政治结构合法化。在现代社会中，作为个性的信仰的价值，其根据之一便是他与社会的其他人的关系。这是一个权利与义务的网络，在这个网络中，个人的价值信仰将个人卷入他的社会情境，而且这种网络包括个人的价值是否与他人共享，它成为社会成员行动的合法性的基础。社会的价值规定实现集体目标的态度主要框架，可能力争的主要目标类型以及与此类目标有关的合法的能动性的程度。制度的模式根据社会系统价值基础被合法化。^① 贝尔对现代资本主义的文化矛盾作了精辟的分析，认为现代社会是一个不协调的复合体。经济、政治和文化三个领域各自拥有相互矛盾的轴心原则：掌管经济的是效益原则，决定政治运转的是平等原则，而引导文化的是自我实现的原则。由此产生的机制断裂，就形成了一百五十多年来西方社会的紧张冲突，现代社会日益丧失了合法性，因之必须来一个大修复。在这个大修复过程中，与资本主义社会的出现而产生的法律的程序性，应当获得新的目标和方向，即公众家庭的创设。“公众家庭的主张是基于对社会中合法事物（有充分根据的价值）再次陈述的需要”。^② 公众家庭需要一部新的人权法案，它试图将法律和道德融合在一起，协调公正与效率之间的矛盾，消解个人与社会之间的紧张关系，寻引新的方向。

按照我们的看法，作为法律形式主义基本要件的法律规范之严格性、法律体系之完整和谐性和司法过程之程序性，决不是为了追求外观的美感，而是蕴含着独特的价值目标，它们应当成为实现人的价值、保障人的尊严的手段。在法制现代化的历史进程中，社会主体设计法律体制的目的，应当是要创造人的全面发展的法律条件。如果法律剥夺了公民的自由权利或者使这一自由权利形同虚设，那么，即使这种法律如何获得形式上的完满，也是缺乏价值根据的。因之，形式化法律的意义就在于它通过调整个人与社会之间的关系，赋予社会主体以一定权利并使之承担相应的义务（这里的前提是主体权利的赋予和保障），从而建构理性化的社会价值体系，推动社会的进步。

责任编辑：谭 深

书 讯

△奚从清、沈康方主编、陈炳虎、黄灿松副主编《城市社区服务》已由浙江大学出版社出版。全书20万字，定价3.95元。

△徐斌著《中国城镇个体经营者概况》已由工商出版社出版。全书14.3万字，定价5.82元。

△奚从清、俞国良著《角色理论研究》已由杭州大学出版社出版。全书17万字，定价3.40元。

△杨帆等著《中国：一九九〇——二〇二〇》已由辽宁人民出版社出版。全书18.5万字，定价4.60元。该书为“当代中国社会分析”丛书之一。

（张）

① 参见T·帕森斯：《现代社会的结构与过程》，光明日报出版社1988年版，第155页。

② D·贝尔：《资本主义文化矛盾》，三联书店1989年版，第340页。