

● 法 学

论政府与法制现代化

涂 上 飙

(武汉大学法学院,湖北 武汉 430072)

[作者简介] 涂上飙(1965-),男,湖北荆州人,武汉大学法学院法律学系博士生,主要从事外国宪法研究。

[摘 要] 法制现代化是发展中国家颇为关注的社会问题,政府在法制现代化进程中的角色如何,不仅学术界应予考虑,而且发展中国家政府也必须作出回答。发展中国家可以借鉴西方国家形成的法秩序,但不可照搬和重演。发展中国家的法制现代化应在一个强有力的政府引导下进行,日本、新加坡已经给我们提供了一种范式。法制现代化不仅需要政府的主导,而且需要一个强劲而开明的政府来主导。

[关键词] 政府;法制现代化;发展中国家;法秩序

[中图分类号] DF 2 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1000-5374(2000)06-0815-05

发展中国的现代化问题不仅是发展中国家所关注的问题,也是发达国家不容忽视的问题。从西方学者,如韦纳、阿普特、勒纳、布莱克、英克尔思、玛丽恩、列维、斯梅尔塞、内特尔等人的理论来看,现代化既是过程又是产物,它不局限于社会实现的一个领域,而是包括社会生活的一切基本方面^[1](第28页)。法律的现代化是现代化的有机构成之一。政府在经济、技术现代化中的地位尚有争议,而法制较经济、技术具有更强的文化性,政府在法制现代化中的地位就更富争议了。本文在比较西方法律传统的形成、法制现代化的背景与当代发展中国家的普遍国情的基础上,结合已进入发达国家之列的日本、新加坡的法制现代化及其成果的分析,提出政府在当代发展中国家法制现代化中可以而且应该发挥主导作用。

一、西方法律传统发展的背景 与发展中国家的国情比较

伯尔曼在描述西方法律传统的主要特征时曾指出,“法律的发展被认为具有一种内在的逻辑;变化不仅是旧对新的适应,而且是一种变化形式的一部分。……它有历史。它叙述着一个经历”^[2](第11页)。的确,综观西方法律传统的形成和发展史,可以看出

无论是英美法系的国家还是大陆法系的国家,法律传统的发展都有着明显的渐进性、延续性、稳定性,法律秩序的演进可以说是内生秩序的自发性演变。法律秩序的发展进程是从经济基础到上层建筑、从民间到政府的自下而上的发展历程,政府并不是法制发展的根本性动力。这些规律是源于西方社会的如下历史特质的:其一,丰厚精深的古罗马法律文明为西方法律秩序的渐进发展提供了一个良好的文明基石。11至13世纪,罗马法不仅在教会法中得到体现,而且对封建法、庄园法、商法、城市法等都有深刻的影响。其二,西方法律传统的形成和发展是以社会势力的多元化为背景的,尤其是以教会和世俗王权的较量,教会势力颇为强大、王室较弱为背景,这在某种意义上不仅强化了法律的神圣性,而且使得西方法律传统在形成时,便注定了法律演进中以王权为代表的政府不可能处于主导地位。历史也表明,自12世纪起,所有西方国家,甚至在君主专制制度下,在某些重要方面,法律高于政治这种思想一直广泛讲述和经常得到承认。在西方法律进一步发展的历史上,即使以革命的彻底性著称的法国革命及其产物之一的《拿破仑法典》,也仍然强调法律发展的内在逻辑,并为立法者的选择作出了历史的解释。《拿

破仑法典》的序言性报告指出:“法律不能替代生活事务中的自然理性”,而起草契约和寻常义务各项规定的委员会则强调其任务不是制定法律,而只是重新表述自明的原则:“在法典业已公布的各部分,立法者是能够运用他的意愿的,而他的意愿——它也许可能是另一种样子——已经成为一般的法律。……(然而,在契约方面)他所作出的一切,必须表达出全体人们的道德法律以之作为依据的那些永恒真理。他从其中引出的种种法律的那本书,必须是良心之书,在那本书里,所有的人在激情没有使之盲之时都会找到同样的话语。”^[3](第 241 页)其三,西方社会发展史上的重大社会革命,如英国革命、法国革命、美国革命等都是内生的革命,即是社会内部诸多矛盾发展的必然,而不是外生的——外国强制力量的强迫或催化下实现的,社会革命的根本动力在于市民社会中资产阶级力量的壮大。这种社会革命的内生性也促成了内部法律秩序的变动不需要全面地或革命性地从外部移植进来。而市民社会中既有的法律秩序,尤其是私法秩序已与资产阶级的生活交融于一体,因此不需要作根本性的变革。当然,我们也应注意,即使西方法律传统的发展有着鲜明的连续性、渐进性,也不能忽视这些渐进和连续中所存在的不平衡性。法国革命和英国革命的对比就是一个明例。

既然西方法律传统的形成和发展是渐进的,也可谓是自生自发的,那么追求法制现代化的发展中国家的国内环境是否有自生自制现代化的条件?以亚洲国家为例,无论是法制现代化以前的日本,还是现在的中国内地、泰国、缅甸、老挝等,它们在国情上与传统西方国家有着天壤之别。这主要表现为:1. 现代国家的发展都是以传统封建中央集权专制的国家为基础。中央集权的政体不仅使政府在社会中的地位凸显,而且民众对政府的强制也视为当然。这些国家还大多有殖民地或半殖民地的历史,这种历史对独立后的国家结构有深刻的影响。2. 市民社会的不发达及民众崇信国家、政府的理念强化了政府在社会变革中的主导地位。传统的亚洲国家中国家本位、家庭本位的思想及“忠、孝、仁、义”等伦理颇为盛行。3. 国家法与民间法的交融和对立机制及国家法、民间法及现代市民社会不相容的特质命定了自己的社会土壤中无法自生出适应市场经济发展的法律制度。亚洲传统社会中的法律体系并无西方社会的不同法律体系之间的关联机制。以中国传统社会为例,国家的成文法——法律是政府设计的法律制度,它以刑事和行政法律为主体,私法在国家法中的

地位甚微,主要由民间的诸多习俗来补充。以此为基点,要使社会顺应市民社会发展的潮流,必然有赖于大量私法的产生,民间的土壤上不可能迅速而自发地发育出全新的规则。正因为如此,民众乐于求诸政府,政府亦视之为己任。

非但亚洲国家有如此独特的社会背景,非洲和拉美的许多国家也有诸多类似的社会条件,因此社会的城市化水平较低,市民社会不发达,与市民社会秩序相应的法秩序也是同样的困乏。以这些条件为背景的社会都不可能重演西方法律发展和现代化的历程。

二、政府的目的与政府在法律现代化中的角色选择

“政府”在通常意义上往往与“国家”混用,尤其在探讨政府的目的和职能时,更是作为国家的代表而出现,两者在这层意义上可统一。何谓政府或国家的目的和职能,是一个颇富争议的问题。柏拉图认为,建立国家的目标并不是为了某个阶段的单独突出的幸福,而是为了全体人民的最大幸福^[4](第 137—140 页)。孟德斯鸠认为所有国家有一个共同的目的——自保,但它们还有各自不同的目的^[5](第 155 页)。汉密尔顿从美国的实际指出:“联邦要达到的主要目的是:其成员的共同防务;维持公安,既要对付国内动乱又要抵抗外国的进攻;管理国际贸易和州际的组织,其目的在于为全体国民——个人的和集体的——造福”^[6](第 264 页)。

关于政府在社会经济发展上起何种作用则更富争议。在 18 世纪,法国经济学家流行一种观点——政府应在促进贸易与工业发展方面起积极作用。但与此同时,英国的亚当斯密则提出相反的主张,他强调政府的有限性^[7](第 8 页)。他认为国家不应该干预经济生活,国家的职能限于维护社会治安、司法与维持公共事业。斯密的思想对 19 世纪西方资本主义的发展产生了深远的影响。即使今天,仍有不少学者主张限制政府的干预,当然,自 18 世纪以来并不是所有的学者都接受斯密的观点,马克思就主张国家应该干预社会经济生活,以补救自由竞争和垄断带来的问题。本世纪上半叶流行的凯恩斯主义也强调政府对经济的干预。当代美国经济学的主导观点认为政府的有限干预可以缓和最糟糕的社会问题,诸如哈佛大学的约翰·肯尼思·加布雷恩等主张政府应扮演更加活跃的角色^[7](第 9 页)。

综观关于国家或政府的社会理论和实践,笔者认为,政府或国家的目的和职能首先是历史和发展的,在

不同的历史阶段政府的目的和职能有其自身的历史特质。在古希腊和古罗马时代,政府的目的是维护人民的生存和繁荣。在自由资本主义发展时期,政府的目的和职能有所限制。到19世纪末期,尤其是本世纪五六十年代以来,政府的目的和职能的涵义大大丰富了。尽管有诸多限制政府权力的理论和实践,但是公共福利和社会整体利益在民众生活中的地位日益凸显的趋势决定了政府的职能需要扩展。其次,政府的一般目的和职能也因历史传统的差异存在多样性的特征。这种多样性一方面表现在即使同一历史时期的国家,由于社会历史文化类型的不同,政府在社会中的地位和作用也有着明显的差异。另外,政府的领导人的个性也可能使其统帅的政府之目的和职能有着与前后政府不同的特征,如德国希特勒政府的目的及其实现方式是德国历史上鲜有的。

把握政府的目的、职能有助于认识政府是否可以成为主导法制现代化的角色。从历史的眼光来看,政府的目的、职能与法制建设是关联的。综观当代发展中国家的实际,中央集权仍是普遍的政治现象。要在中央集权的政体和缺乏高度独立司法权的社会中推行法治,如果没有政府的主导,能成为现实吗?显然是不可能的。即使自下而上的社会革命所创建的政府,也不可能因顺应民众的需要在自己的土地上自发生成法治秩序。

反对政府充任法制现代化主导角色的根据,还有因政府主导的法制现代化是以政府的立法为主体,这种立法往往用来实现某个目标,创制某种期望的秩序,该过程不足以充分利用立法影响的个体的具体的知识,而依赖一般的理性原则,因此往往会与社会的自发秩序相对立。诚然,立法的期望与既有秩序相对会引发出制度实现成本的增加,但是发展中国家传统的社会秩序,尤其是商事交易习惯与当代一般化的市场经济中的交易秩序并不相容,无论从国内交易成本的长期最小化,还是国际交易成本最低化的角度来看,变革传统的交易习惯也是必要的。何况,国际社会资源、技术和市场的意义对国内经济的发展已今非昔比。尽管有学者认为日本移植的西方法律制度是一种“没有现代的现代化”,但是谁又能否认这些现代制度对日本人解决纠纷没有参照价值?

当然,政府能否有效的充当好法制现代化的主导角色,有赖于政府的实力,也有赖于政府的明智抉择。衰弱无力的政府主导的法律变革是注定会失败的。法制也是对传统秩序中既得利益的挑战,要战胜既得利益者的反抗就必须有强劲政府。政府能否

明智抉择关系到法制变革的进展,也关系到成果的巩固。这种明智抉择涵纳了变革战略的选择,也包括法律制度的具体设计,以及制度施行的相关制度和要素的考虑。恰如新制度经济学学者对制度需求与供给关系作分析时所提出的思路^[8](第122—158页),法律制度的选择也应考虑诸如宪法秩序、社会制度设计的成本、现有知识累积的状况、实施新制度安排的预期成本、既存制度的安排、新制度的文化适应等等。的确,法制的现代化实质上是一个“非帕累托改变”的过程,即每项法律变革不可能在减少任何当事人的个人福利的条件下使社会福利最大化,一部分人利益的增加可能要以另一部分人的利益损失为代价。因此,法律变革的成本与收益要考虑三个方面的内容,一是个体成本与收益;二是社会成本与收益;三是政治成本收益。

三、日本、新加坡法制现代化范式的考察

日本法制现代化的历程应追溯至明治维新。明治政府在努力实现经济现代化的同时,也高度重视政治、社会和对外等方面的法律制度的构建。明治政府主要模仿德国和法国的立法,制定了6个基础法典。由于明治政府学习法国、德国的法典时持的忠实译文的态度,使得诸法典绝大部分在基本用语、观念、逻辑结构、思想等方面过分西化。这是否意味着政府主导型的日本法制现代化失败了?

日本社会中律师少,诉讼也少并不意味着日本的现代法制不发生作用。我们从调解这一颇受日本人欢迎的解纷方式来作一分析。棚濑孝雄曾将调解分为判断型调解、交涉型调解、教化型调解和治疗型调解四类^[9](第54—67页)。判断型调解把发现法律上是正确的解决作为调解应该贯彻的第一目标,同时在与审判比较的意义上把降低发现正确解决所需要的成本作为调解的固有长处。可见这类调解在节约费用、提高效率的前提下尽量实现审判中能得到的解决以及所需成本的基础上,以此为上限,眼前可能获得的最有力解决为下限,通过双方讨价还价,从而达到合意的调解类型。这一过程的重心在于成本的降低,但法律的解决仍是必要的参照因素。教化型调解是坚持调解是严格依法解决的僵硬,它以法定的权利义务为自始至终的根本。治疗型调解是试图通过广义的人际关系调整方法来治疗病变,使其恢复正常。由此可见,作为崇尚非讼解纷的日本人在使用调解时也会程度不等的把法律的规制纳入作出合意的基本依据之一。

当然,调解(或和解)的场合中,当事人及第三者

可能因为对法律的信息不充分,致使法律解决的预期不明晰,从而直接以民间习惯或习俗规则来替代。但是在当代社会中法律信息获得取的不便仅以偏僻山区为主,即使这些山区村民也因对政府的崇信,而往往将纠纷诉诸政府的基层组织来调解,这为法律信息不完全问题提供了补救的机制。毫无疑问,非讼的解纷方式必然导致民间法对国家法的侵蚀,这使得日本社会的法秩序不同于西方以国家法占绝对地位的法秩序。移植法与固有法的融合并不意味着日本法制现代化的失败,因为当代日本社会的繁荣和有序正是以这种融合性的法秩序为载体的。

新加坡的社会条件不同于日本,新加坡在政府主导下的法制现代化的成果也不同于日本,但政府在新加坡法制现代化及其他社会领域现代化中的领导作用是举世瞩目的。新加坡自 1965 年从马来西亚独立以后,政府就在一切领域中占据了统制的地位。六七十年代以来在政府的主导下,新加坡产生了大量的法律法规,遍及社会生活的各个领域,大到国家的政府体制、文官制度、公务员管理,经济活动的管理、工厂企业的管理,商业贸易、社会保障体系的运作和管理,小到旅馆、停车场公共卫生、阴沟、蚊虫,无所不包。新加坡执政党——人民行动党(PAP)对政治和法制的发展都从服务于经济发展目标和社会的有序着眼。Rai K·Vasil 指出:“PAP 的社会民主主义者相信,如果社会和经济方面能在相当广度和深度获得进展,新加坡的权势阶层就能磨炼得精明强干,能够区分国家的长期利益与人们眼前的短期利益之间、或者国民的目的与社会的目的之间的差异。”^[10](第 47 页)李光耀在 1978 年 10 月的这一次演讲中反复指出:“50 年代中新加坡曾苦于高失业率、经济滞缓和政治动乱。大量优秀而实干的人加入了热衷于游击战的地下组织。罢工、暴动、纵火、暗杀就像每周的例行公事一样频频发生。而今天同样优秀而肯干的人则从事于技师和管理工作,参加地下组织人数量减少了,素质也下降了。这种政治变化,正是实现了迅速的经济发生后才发生的。”^[10](第 47 页)新加坡的社会变革是以政府为中心的,并坚定信念精英主义哲学愿展开来的。可见,新加坡在政府主导下构建了一套系统的法律制度,在借鉴英美和大陆法系的经验或移植的同时,形成了自身法制的特质。

新加坡现代法制中有两个颇富争议的问题。一是新加坡法制对言论和思想自由的保障问题。新加坡国会为维护公共完全、秩序等作出了可根据需要限制言论、集会和结社的自由的规定,并决定限制劳

动和教育领域内的结社自由。二是新加坡在对各种违法犯罪者的处罚制度上保留了大量肉体处罚。至今大约有 30 多种罪名是施以鞭刑的。这些制度不仅被人们视为违反人道主义的,也与现代西方法制的一些原则相抵触。毫无疑义,新加坡法制中关涉民主和自由方面的具体制度与西方法制精神有不相容之处。这是否意味着新加坡的法制现代化失败了?笔者认为,并非如此。因为我们不能否认如下事实:新加坡不仅经济贸易在高速发展,民众的社会家庭生活也在井然有序的进行,政府的高度廉洁亦是少有的。

诚然,均以政府为主导的日本和新加坡的法制现代化有着不同之处,且都是在借鉴,甚或移植西方法制的基础上,构筑了颇具特色的法秩序,这些法秩序不同于西方的法秩序,但并不意味着两国法制现代化失败了。笔者认为客观评价法制现代化及其成果应把握如下几点:第一,法制的现代化的范式并无绝对的优劣之分,制度的选择也没有普世的原则、规范可照搬。第二,西方法律传统及其现代化经验不具有普适性,尽管其中内涵了一些普通性的原则,但是具体制度的构建和适用还需以本土为基础。第三,法制现代化中政府的地位和作用如何,及现代化法制建构后政府的地位、作用如何,不是决定法制现代化成功与否的根据。政府的目的、职能并无一成不变的模式,同样政府在法制现代化中的角色也不可划一。第四,评价法制现代化的成果——新的法秩序优劣与否的根本性标准是新的秩序能否促成社会经济和民众福利的最大化发展。

四、结 语

政府在发展中国家的法制现代化进程中应该充任主导的角色,主导作用的有效发挥取决于诸多社会因素,但最关键的是领导层的决心和开明程度。当然,政府的主导作用也可能成为国家权力膨胀,政府官员滥用权力的催化剂,以致公民的基本权利得不到保障,最终妨碍市民社会经济的繁荣和民众福利的改进。为此,立法的科学性和法律监督机制的健全与否就至为重要了。

中国是发展中国家,政府已确立了发展和完善市场经济体制的目标;依法治国,构建社会主义法治国家,也成为政府和国人普遍追求的理想;政府已经视法制现代化的推进为己任。由于中国社会有着丰富的历史传统,城乡差异、沿海与内地差异、民众的文化水平差异、传统秩序中既得利益与革新者的利益差异普遍存在,注定了法制现代化的推进是渐进

和不平衡的。法制现代化不仅需要政府的主导,而且需要一个强劲而开明的政府来主导。

[参 考 文 献]

- [1] [印]A·R·德赛. 重新评价“现代化”概念[A]. 现代化理论与历史经验的再探讨[C]. 上海:上海译文出版社,1993.
- [2] [美]伯尔曼. 法律与革命[M]. 北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [3] [美]泰勒·利维. 法律与资本主义的兴起[M]. 上海:学林出版社,1996.
- [4] [古希腊]亚里士多德. 政治学[M]. 北京:商务印书馆,1983.
- [5] [法]孟德斯鸠. 论法的精神:上[M]. 北京:商务印书馆,1982.
- [6] [美]潘恩. 潘恩选集[M]. 北京:商务印书馆,1982.
- [7] [美]约瑟夫·斯蒂格里兹. 政府经济学[M]. 广州:春秋出版社,1988.
- [8] [美]戴维·菲尼. 制度分析与发展的反思[M]. 北京:商务印书馆,1992.
- [9] [日]棚濑孝雄. 纠纷的解决与审判制度[M]. 北京:中国政法大学出版社,1994.
- [10] [日]长中川启之. 亚洲经济发展和社会类型[M]. 上海:文汇出版社,1997.

(责任编辑 车 英)

Government and Legality Modernization

TU Shang-biao

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: TU Shang-biao (1965-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in foreign constitutions.

Abstract: Legality modernization is involved in social matters that the developing countries pay much more attention to. About the role of government in the process of legality modernization, not only academic fields should be considering but also the government of the developing countries should make an answer because the problem of the government role concerns with the improving progress of the developing countries and concerns with whether the new law order can efficiently promote social economy prosperity and the development of public welfare. The paper makes a comparison between the traditional form and developing background. Again, based on this comparison, the paper, in the light of the experience from Japan and Singapore, points out that government can and should play a leading role in the legality modernization of the contemporary developing countries.

Key words: government; legality modernization; developing country; law order