

北京市法學會中國法律文化研究會

法律與文化網

[首 頁](#) [關於我們](#) [學會活動](#) [會員關注](#) [學界動態](#) [民族法文化](#) [法史春秋](#) [名作佳文](#) [書評縱橫](#) [法文化辭典](#)

[首 頁](#) >> [名作佳文](#) >> [佳作一覽](#)

在法治与专政之间

2013-02-27 访问量: 访问量: 253

——代序言

朱景文

孟涛博士的著作《中国非常法律研究》一书即将出版，作为他的博士和硕士导师对他多年辛勤耕耘的成果由衷地表示高兴，对他所提出的非常状态下的法律这一问题以及由此引申出的法理学的基本问题，更是感到有深入思考的必要。

非常状态，包括战争、自然灾害、突发公共卫生灾害、事故灾害和社会安全事件等，它们与正常状态的一个最大的区别在于不可预测性。而法律产生于正常状态，具有可预测性。像西塞罗所说的，“战争使法律沉默”，也就是说，在非常状态下，适用于常规的法律不起作用。这里涉及到两个相互关联的问题，一是正常状态与非常状态之间的关系，二是在非常状态下使用什么调整手段。

法律是正常状态的产物。在人类发展的很早阶段就产生了一种需要，把每天重复着的生产、分配和交换产品的行为用规则的形式固定下来，这些规则首先表现为习惯，然后便成了法律，随着法律的产生便出现了国家。这是人们所熟知的法律起源的理论。也就是说，法律只不过是人们每天重复的行为的固定化。在世界各个民族法律产生的过程中，几乎无例外，最早出现的都是习惯法，无论是成文的，还是不成文的，是制定法，还是判例法都是这样。这些习惯法世代相传，恒久不变。凡是出现了类似的情况，都会有相同的处理。在古代社会和中世纪大体都是如此，这种状态延续了几千年。梅因所说的“静止社会”指的就是这种常规状态。中国古代社会所形成的“三纲五常”，“天不变道亦不变”，也是常规状态的写照。那时虽然也可能出现非常状态，战争、自然灾害时有发生，以往的习惯不可能处理，这时往往凭借首领的权威或巫术之类的非理性裁决补充习惯法的不足，谈不上什么道理和规则。当真的出现非常状态时，即所谓“变天”，正常的法律无法应对，带来的往往就是改朝换代，另起炉灶。

静止社会的改变是从资产阶级革命开始的。这里我们还要引用马克思、恩格斯在《共产党宣言》中谈到资产阶级革命的话：“资产阶级在它的不到一百年的阶级统治中所创造的生产力，比过去一切世代所创造的全部生产力还要多，还要大。”值得注意的是，这种生产力，无论是机器的采用，化学在工业和农业中的运用，轮船的行驶，铁路的通行，电报的使用，并不是来源于“日升而起，日落而归”的习惯、固有的规则，而是来源于人类的创造，它们起源于实验室，可复制，可重复，可操作，因此只要按照固有的规则程序，就能在实际中得到大范围的推广。正因为如此，体现这种可预期的法律在进步社会就显得十分重要，人们必须按照事先

制定的规则行事，而不是按照习以为常的习俗，只有这样，才可能在一个高度工业化的社会创造出比以往所有社会的全部生产力大得多的成就。可预期是习惯和法律共有的属性，但是习惯的可预期来源于人们的共识，习以为常，而现代社会法律的可预期则来源于工具理性。这就是工业社会或进步社会的共识。马克斯·韦伯曾提出为什么资本主义最早产生于欧洲的问题，他的答案是这和一种形式理性的法律制度有着密切的关系。因为只有这种形式理性的制度，才能保证一种可预期的高效率的资本主义。

当代社会已经大大不同于静止社会和进步社会，其发展速度、变化的范围和频率都是以往任何一个社会所不可比拟的。人们曾经试图用具有稳定性的法律规则規制社会的发展，使社会对执政者和普通老百姓都具有可预期性，这方面的一个例子就是19世纪中叶的《普鲁士邦法典》，洋洋19000多条，2500多页，立法者的期望是把能够预见到的人们行为都囊括进去。但是社会的剧烈变迁是立法者根本不可能预见的，“法典刚一颁布，就过时了”是这部法典的必然命运。改革开放以来中国掀起了大规模的立法高潮，在短短的30几年的时间里形成了包括240多部法律以及几百部行政法规和几千部地方性法规在内的法律体系。但改革开放恰恰是中国历史上社会变动最大的时期。人们之所以期望制定法律，就是看中法律的稳定性，不能朝令夕改。这就使社会的变动性与法律的稳定性之间产生了深刻的紧张关系。作为一个国家法律体系最稳定的部分——宪法，从1982年开始已经有了4个修正案。我国《刑法》1979年制定以来到1997年，全国人大常委会以有关刑法的决定的形式共制定了25个单行刑法，还在107个非刑事法律中设置了附属刑法规范。1997年刑法大修以后，我国有的刑法学家曾经预言，这部刑法总结了79年刑法实施以来的经验，也把今后可能预见到的新的犯罪包括进去，预计不可能再频繁修改。然而，这终归是学者的良好愿望。此后，全国人大常委会又通过刑法修正案的方式对现行刑法做了八次修改，其中《刑法》修正案（八）共修改了50个条款，涉及49个问题。《刑事诉讼法》1979年制定，1996年进行第一次修改，2012年第二次修改，2011年的修正案共计99条，刑事诉讼法的条文由原来的252条增加到285条。《个人所得税法》1980年制定，1993年、1999年、2005年、2007年6月、12月、2011年已经修订了6次。《道路交通安全法》2003年制定时的情景，有关“撞了白撞”的争论还历历在目，2007年、2011年又修订了两次。《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》1979年制定，1982年、1986年、1995年、2004年、2010年已经修订了5次。这从一个方面反映了当代社会的变动常常使法律陷入不断修改的尴尬境地。但这仅仅是问题的一个方面。它所反映的实际上还是应对进步社会的老的思路，即用规则的修改体现社会变迁，体现可预测性。另一个方面的变化则完全超出了立法者原有的想象，用常规的方法难以预测，当出现非常状态时，必须运用非常规的手段，这也就是孟涛博士所谈的主题。

现在给我们提出的问题是，人类社会的发展的速度越来越快，从传统社会（静止社会）到现代社会（进步社会）再到当代社会（非常社会），随着社会风险的加大，与此相适应的调控手段是否也经历了一个从习惯到法律，再到非常规的应急措施的过程？这是当代法理学所面对的问题。实际上，昂格尔在谈到西方从自由国家到福利合作国家的过度，诺尼特和塞尔兹尼克谈到从自主性法到回应型法的过渡时指的都是这一问题。当然问题远比这种简单的概括复杂得多，其中会出现各种不同因素的组合，出现各种不同的中间阶段，既可能是三种状态的并存，也可能是一种状态占主导，其他状态有可能以不同的形式表现出来，更可能是三种形态间的互相转化，习惯转化为法律，法律转化为习惯是我们经常看到的，而当风险变得可预期因而可控时，把它们纳入到法治的轨道，也是一种常见的治理术。

二

当出现非常状态时，人们经常诉诸于集权的方式，而专政是其中的一种主要表现形式。

专政作为一种制度，早在罗马共和国时期就产生了。罗马共和国实行王权（执政官、独裁官）、贵族（元老院）和平民（保民官）三权分立的体制，他们都不得擅自做主，在许多事情上需要相互合作，达成各方都能满意的决定，需要时间，在危急情况下利用它们去对付那些刻不容缓的事，就会贻误时机。在非常时期共和国赋予独裁官以处置权。马基雅维利提出：“在罗马的各种制度中，这确实是一项应予重视的制度，可算作这个大帝国丰功伟业的缘由。因

为，若是没有这项制度，城市便难以避免非常的变故……。倘若共和国缺少这类安排，它要么会因墨守成规而覆灭，不然就必须为免于覆灭而打破成规。在共和国里，人们并不希望事事动用非常手段，因为非常手段彼时或许有益，开此先例却贻害无穷。一旦有人养成了为行善而打破成规的习惯，在这种风气之下，后人也可以为作恶而破坏成规。事事以法律规范之，每遇危机皆有确定的因应之道，待之以一定之规，非此共和国不足以称善也。故而我敢断言，共和国在危难之际，若不能托庇于独裁官或类似的权力之下以求自保，则必毁于严重的事端”。在这一论述中，马基雅维利指出了非常法律制度的核心矛盾：即必要，又可能对常规制度造成严重危害。法国革命时期，1793年曾经出现短暂的罗伯斯皮尔专政，拿破仑执政以后，“专政”衍生出一种“专制”意义上的含义。在占主流的西方学术著作中，专政总是和非常时期，紧急状态和集权相联系的，而在正常状态下，特别是在资产阶级革命以后，必须运用民主法治的手段。

在马克思主义的著作中，专政、无产阶级专政也是和这些含义相联系的。第一，它指的是一个非常短暂的历史阶段，即从资本主义社会向共产主义社会过渡的历史阶段，而没有设想它是一个相当长的历史时期，“在资本主义社会和共产主义社会之间，有一个从前者变为后者的革命转变时期。同这个时期相适应的也有一个政治上的过渡时期，这个时期的国家只能是无产阶级的革命专政。”第二，它是一个非常时期，资产阶级刚刚被打败，但是在政治、经济、文化上还占有很大优势，无产阶级刚刚取得政权，但是在各个方面还处于相当大的劣势；第三，它是一个新型专政和新型民主的国家，即对无产阶级和广大人民实现广泛民主和对资产阶级实行专政的国家，正是由于过渡时期的阶级斗争的特点，列宁做出了“专政是直接依赖于暴力而不受任何法律约束的政权”的著名论断。因此，无产阶级专政必须是一个能够对各种紧急状态做出迅速回应的国家，必须是一个能够不失时机地应对来自比自己强大的多的敌人的攻击的国家，因此这种状态的不可避免的结论必定是一个高度集权的国家。

问题的关键并不在于马克思主义创始人的设想，也不在于苏联、中国过渡时期的实践，而在于这个过渡时期远远要比人们所设想的长得多。由于取得无产阶级革命胜利的国家原来都处在生产力发展很低的阶段，即使在共产主义的第一阶段社会主义时期，仍然处在过渡的过程中。各种各样的社会风险，来自国内和国际敌对势力的挑战，赶超西方列强的现实压力，都迫使必须集权，集中力量办大事。但是问题在于，当无产阶级专政已经不再是一个短暂的历史阶段，而是一个相当长的历史时期，是一种和资产阶级国家并列的国家的形态时，没有法治行吗？我们看到了这种体制在处理社会风险方面的优势，特别是在出现了一些重大社会动荡、自然灾害面前，如地震、飓风，集权体制与分权体制在反应速度，解决问题的能力等方面的差距一目了然。但是，如果非常状态是短期的，克减人们的权利和自由是可以忍受的，如果长期下去人们能在多大程度上忍受这样一个紧急状态？而且人们对集权-独裁-专政的托庇也不是无限的，独裁者（dictator）以紧急状态为名，破坏正常的法律秩序，中饱私囊的情况，无论在历史上还是现实中屡见不鲜，如何制约独裁者成为紧急状态下至关重要的问题。

中国需要建立一个民主法治国家，也需要建立一个能够及时对越来越多的非常状态做出迅速回应的国家。把非常状态的处置纳入法治轨道固然是一个好办法，但是如果因此而不能对非常状态做出及时的回应，也是无能的表现。在新的时代，我们应该显示这种能力，而不应该把两者对立起来。

孟涛：《中国非常法律研究》，（清华大学出版社，2012年版）。转引自中国法理网。
（编辑：李伟）