

论法制的权威

季卫东*

内容提要 本文以现阶段中国达成的关于树立法制权威的基本政治共识为出发点,主要从传统、理由论证以及调整问题的解决这三个层面分析了权威得以形成和维持的条件,概括出以权威制约权力的不同类型和制度设计模式。作者强调,在目前的社会现实中,应该首先理所当然地充分发挥法律规范的调整功能,然后再推动制度化的论证性对话。从这个角度来看,兼有技术调整和意见论证的程序权威就是政治体制改革“软着陆”的关键,是健全的、稳定的、依法的民主运作机制的核心因素。

关键词 零权威陷阱 齐步权威 理性权威 程序权威 法治民主

一、关于法治民主的共识

过去 30 余年间,随着中国政治动员体系的逐渐扩大规模,传统、等级化以及基于信息的管控都分别、先后成为权力结构整合的重点,并互相渗透和融汇,终于形成某种社会管理综合治理的机制。自 1990 年代中期开始,社会在利益和诉求方面的多元性不断彰显,如何协调各种集团之间关系的新问题被提上政治议事日程,于是有“三个代表”论以及“和谐社会”论的倡导,试图对核心价值观进行诠释性转换。但迄今为止,协调和整合多元性的制度安排仍未尘埃落定。

在这样的背景下,2000 年代中期以来,中央议事模式则日益受到党内民主和全体一致同意原则的制约,虽然有借助程序权威来弥补主流价值观变化的空隙之意,但程序公正原则并没有真正落到实处,因此那些容易引起争议、带有一定风险性的案件却往往久拖不决、决而不行。其结果,是权威的坠落。在相当程度上也可以说,当今的中国似乎滑进了某种“零权威”的陷阱。为了跳出陷阱、恢复并维持权威、提高发展的效率和稳定的质量,必须推动政治体制改革,对强制与合意、决断与信息之间的关系进行重新组合。采用流行的表述,就是要按照从法治到民主的步骤推行法治民主^①。但就法治国家的建设而言,首先还必须树立法制的权威。

也不妨认为 2012 年深秋召开的中共十八大所达成的一项基本共识,就是通过法制的权威,使经济改革与政治改革实现无缝对接,使所谓“集体领导”成为真正集体负责的权力形态、成为真正能够作出决断的新型权威机构^②。权威,即可以促使他人基于信赖而自发接受其规范的力量。因而权威也就是建立在正当性、合理性以及必要性的基础之上的服从的制度化。权威不是进行选择的根据,而是要求服从的标准。权威与权力的不同在于其强制性必须基于社会承认,从而形成一种优越的价值,导致自发的遵循。从人的权威到法制的权威,特别是强调法制权威对政府权力以及各种社会性权力的制约,这就是现代守法精神的本质所在。法治以限制自由的方式来保障自由、形成一种有自由感觉的不自由状态,这构成悖论,也体现了辩证法。其中的关键,就在于法制的权威性可以让强制内在化,变成自觉行动。

* 上海交通大学法学院教授,博士生导师。

① 这条思路的早期表述,参见季卫东:《通过法治迈向民主》,载《战略与管理》1998 年第 4 期。

② 中共十八大报告强调要“维护国家法制统一、尊严、权威,保证人民依法享有广泛权利和自由”,这意味着立法权要集中化,“加强立法工作组织协调”;加强宪法实施的监督,确保“任何组织和个人不能超越于宪法和法律之上”,实际上就是以宪法基础规范为顶点的法制的统一。实现法制权威还需要立法的民主化,所以报告指出要“拓展人民有序参与立法途径”。

基于上述认识,本文对为什么要树立法制的权威以及怎样才能达到目标作出具体分析,对约定俗成、理由论证以及调整功能这三种不同类型的正当化机制进行考察和比较,侧重论述通过程序获得的权威性如何限制权力的任意性,并且探讨在一个扁平化、网络化、博弈化语境里的,法制的权威、特别是兼顾理由和调整的程序权威,究竟如何成为可能以及如何妥善处理权威与民主之间的关系。

二、拉兹命题:服从法制权威的条件

根据当代著名法理学家约瑟夫·拉兹的分析,^③要让人们自觉或不自觉地服从权威,或者换个说法,要让公民服从“作为权威的法律”,必须具备以下三项最基本的条件。

第一个条件,人们之所以都按照权威的指示行动,并不仅仅是因为权威发出了命令,具有强制手段,而是因为另外存在应该采取这种行动的理由。服从命令的行为是一回事,自认为应该这样行为是另一回事,这两个不同层面的理由之间存在着互相依赖的关系。也就是说,权威的约束力依赖于被约束者认为妥当的其他理由,依赖于正当化论证,依赖于内心响应。这就是所谓“依赖命题”(dependence thesis)。在这里,拉兹不仅拒绝了法律就是主权者的命令之类的陈腐观念,也拒绝了简单化的、甚至保守的法律实证主义立场,而在有理有据有思考的服从这一点上加强了法制自身的权威。

但是,如果所有的命令在付诸执行之际都要不断进行正当化论证,都要反复给个说法,都要征得被约束者的理解和同意,就势必出现争执不下、自以为是的局面,权威也就变得没有意义了。汉娜·阿伦特甚至说过权威与说服无缘、在议论纷纭之际权威消于无形这样的过激话。^④尽管如此,令行禁止,这毕竟是有权威的通常表现,也是权威的必然要求。因此,可以合理推论出来的第二个条件就是,人们不应该都按照自己认为妥当的理由采取行动,而应该服从权威,服从权威的判断。也就是说,在涉及公共事务的决定方面,要让人们把各自逐一进行理性判断的权利,或者不断就具体个案进行谈判和达成共识的负担,部分地甚至全部转让给权威,更准确地说,是转让给具有权威性的法律机构。在这个意义上,法制的权威具有简化社会复杂性的作用。权威让公民个人的生活变得更简单、更明确、更有可预期性。

采取如此自觉遵循法律决定的态度倒不是出于道德的召唤,而是出于理性的权衡。因为只有这样才能更好地按照被约束者认为妥当的理由去行动,可以节约科斯所说的“交涉成本”,才有可能真正实现那个妥当的理由,这就是权威通常具有正当性的根据。拉兹的这一主张被概括为“通常正当化命题”(normal justification thesis)。但这个命题的成立,是以对制度的信任或者对法律决定者的信仰为前提的。只有当人们认为法制是正当的、司法是具有充分理由的,只有在这样的场合才会放弃各自就正当化问题进行逐一交涉的机会,而接受一个第三者判断。因而我们有必要考虑社会对法律系统、特别是法官的信任程度。

换个角度来看,权威要求或命令某种行为的事实本身就构成行为的理由,这个理由可以取代其他理由,使得其他与行为相关的各种理由都不必再一一提出和论证。于是拉兹就此向我们提示了“先取理由命题”(preemptive reason thesis),构成服从权威的第三个条件。但是这个条件有些把权威绝对化的意味,未必总是能得到大多数人的赞同,也不无继续推敲的余地,还在一定程度上与第二命题交叉重叠。虽然对服从权威的第三个条件,拉兹有点语焉不详,但我们可以进一步推敲究竟在什么情况下权威可以具有不容分说、一锤定音的绝对性,可以适用所谓“先取理由命题”。

当然我们也不妨把树立权威的条件首先限定在最容易达成共识的前两项上,即涉及理由论证的依赖命题和涉及系统信任的通常正当化命题。站在这样的立场来观察中国法律秩序的基本原理,可以发

③ 参见[英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱锋译,法律出版社2005年版;[英]约瑟夫·拉兹:《权威、法律和道德》,刘叶深译,载《法哲学与法社会学论丛》2007年第2期,Joseph Raz, The Morality of Freedom (Oxford Clarendon Press, 1986)等。

④ 有关论述归纳于[美]汉娜·阿伦特:《共和危机》,蔡佩君译,时报文化出版公司1996年版,第100-101页;贺照田编:《西方现代性的曲折与展开》,吉林人民出版社2002年版,第432页。

现传统的制度设计本来倒是符合“依赖命题”的。例如在法律纠纷解决中加强事实认知和道德议论,把具体的事实关系以及情理、道义的话语大幅度引进法律推理的过程中,尽量让法律决定在当事人理解和承认的基础上作出,容许败诉方事后翻悔和提出判决无效的主张,强调通过和解或调解来解决纠纷。其本质是用流动的、特殊的“情境伦理”来修正整体的价值判断。但结果却造成人们按照自以为妥当的或满意的理由采取任意行为的状态,也造成无视权威的守法困境。

社会学研究的成果证明:满意与价值虽然有重叠之处,但在本质上是完全不同的。当事人满意了,并不等于实现了妥当价值。反过来,获得的价值很高,也未必就能让人满意。这就势必导致所谓“通常正当化命题”的削弱甚至消失。为了克服这样“一人一是非”的混乱,回避无法作出决定的困境,国家不得不经常动用强制性权力。结果只能是让权力去压倒权威。在这样的情况下,我们面临的最主要的任务是让法制具有权威,从而可以制约政府权力以及社会性权力、避免无法作出决定的事态,避免无休止的语言游戏以及不断反复的理由论证导致秩序的碎片化。

三、法制权威的三种模式

为什么法制应该而且有可能具有权威性?归纳古今中外的经验和学说,特别是参照关于服从权威的条件的拉兹命题并加以引申、发展,可以得出三个基本观点,即:约定俗成、理由论证以及调整功能,也不妨理解为实现法制权威的三种模式。下面我们逐一进行简略的分析和论述。

1. 约定俗成的权威

按照马克斯·韦伯的国家类型论的思路进行演绎,在很多情况下,超凡领袖的人治在魅力衰减之后往往会蜕化成某种基于传统的治理方式。^⑤ 在大卫·休谟看来,政府的正统性未必基于合理的设计,而完全有可能来自可持续的权力行使这一事实本身,来自默认和约定俗成的事后追认,来自国民公认的“礼仪和习惯(manners and customs)”,来自渐进的、自生的制度进化过程,来自传统。^⑥ 在英国,法制的权威甚至还体现在立宪君主的“世袭原理”当中。借用埃德蒙·伯克的表述,自由其实也可以理解为一种“世袭的权利”或者“遗产”。^⑦ 伯克的自由观非常典型地体现了基于历史延续性或者传统的法制的权威。在这里,作为正当性、正统性的根据,历史的、文化的因素得到强调,而个人的侧面则被淹没。

的确,国家可以被理解为“想象的共同体”(本尼迪克特·安德森的用语),或者延绵不绝的有机体,由具有共同利益和信念的人们所组成。其中当然也会存在个人之间的利益冲突和意见对立,需要通过规则来调整。这些规则包含政治决断与文化传统这两个方面,前者面向不确定的未来,而后者着眼于历史和累积的经验,构成权力行使的正当性和确定性的基础。因此,文化传统以及礼仪和习惯可以构成在主权者的决断之外实现法制权威的一种类型,不妨简称为“传统权威”。在中国历史上,恒久的“道统”和来历的正当性对于某朝某代的政府具有重要的意义,就充分说明了文化传统与权威的关系。以上述思想为背景,在20世纪中叶,围绕中华民国宪法还发生过国共两党的“法统”之争,也就是围绕法制的权威性而展开的政争。

然而在巨变的时代,历史延续性受到强烈冲击,甚至被打断,约定俗成的法制权威也难以为继。在这种情况下,在传统权威之外需要新的权威,需要对新制度的权威性进行理由论证。换言之,在传统的断层,理由论证的重要性会陡然上升。在这里,天命的变迁可以成为理由,天赋人权的保障也可以成为

⑤ 具体论述参见[德]马克斯·韦伯:《经济与社会》,林荣远译,商务印书馆1997年版下卷,第242页、第446页。与之相映成趣的是,[法]亚历山大·科耶夫在《权威的概念》(姜志辉译,译林出版社,2011年)中提出的领袖权威、父亲权威、主人权威以及法官权威的分类法。

⑥ 参见[英]大卫·休谟:《休谟政治论文选》,张若衡译,商务印书馆2010年版第十四篇“论原始契约”。有关的理论背景,参阅高全喜:《休谟的政治哲学》,北京大学出版社2004年版。

⑦ [英]埃德蒙·伯克:《法国革命论》,何兆武等译,商务印书馆1999年版,第27页,特别是第28页。有关政治思想的整体图像,参见陈志瑞、石斌编:《埃德蒙·伯克读本》,中央编译出版社2006年版。

理由,社会契约可以成为理由,人民的选择当然也可以成为理由。

有些理由涉及核心价值,就属于意识形态的范畴。不言而喻,意识形态也是正当性根据,甚至是国家秩序的一个最根本的价值基础。意识形态是对于历史和道德涵义的宏伟叙事,只要得到多数人的承认和拥护,就具有权威。意识形态革命可以导致理由论证的本质性变化,但基于意识形态的权威更多地关乎认同和信仰,而不是理由论证。在很多情形下,既存意识形态的权威与传统权威之间的界线是流动的,甚至会犬牙交错。

2. 有理有据的权威

显而易见,实现法制权威的另一种模式是理由论证,不妨简称为“理性权威”。对现代国家权力的本质及其内在逻辑关系进行合理说明的社会契约论,算得上其中的典型表现形态。卢梭的学说则把这类理由论证推演到极致,把社会契约思想还原为“公意”概念以及个人之间相互理解和建构起来的共同性。^⑧ 这种类型的更一般的表现形态则是实践理性论,在政治哲学和法哲学的层面要求对个人行为以及国家规范给出适当的理由,说明什么是正义、什么是善治,并在论证的基础上进行判断和选择。

这种类型还有一个特殊的表现形态,这就是以政绩作为论证的依据,在1990年代以来的中国盛行不衰。但政绩权威不断面临兑现承诺的压力,因而它的基础是脆弱的。市场经济必然伴随的景气循环很容易把政绩权威化于无形,制约发展的瓶颈问题也迟早会使政绩权威由盛转衰。

主张法制的权威,在很大程度上就是要把个人面对具体情境各自进行判断、选择的权利委托给立法机关和司法机关来行使,让公民个人自觉服从法律上的决定。从实践理性的角度来看,这样转让判断权的委托当然不是无条件的。要让公民把法制看成权威而心悦诚服,需要给出充分的理由。首先可以列举的理由当然是有关的国家机关比个人掌握更多的知识和信息,因而能够进行更好的判断和选择。柏拉图所期待的“哲学王”、庄子所倡导的“内圣外王”,着眼点都是理性权威而不是实有权力。

在帝制时代的中国,通过科举制选拔优秀人才担任文人官僚,进一步强化了先秦形成的“以吏为师”的氛围,就是要通过智力和知识的优势来树立理性权威。^⑨ 而在当代中国,法院享有巨大的职权探知权,主管司法鉴定机构,严格控制信息流传的范围和数量,其实也是要凭借人为制造和强化的某种信息优势来维持理性权威。由此可见,信息策略、特别是信息与强制的组合对权威的树立和维持具有重要的意义。但在民主意识高涨、信息爆炸、透明化的时代,有关国家机关的信息优势已经大幅度相对化了,这就对理由论证提出了更高的要求。所以尤根·哈贝马斯特别强调在法律秩序的权威性出现危机时,必须加强沟通行为,为此要形成理想的对话条件并提出论证的伦理要求。^⑩

在所有的国家机关当中,法院最注重理由论证。当然,立法也会要求理由论证。但是,在不同利益集团的交涉和多数决定的程序里,立法充满了政治妥协的契机。重大的行政举措同样会伴随着理由论证,尤其是在可行性审议和公开听证会的场合。但是,行政部门更重视的是效率以及因地制宜、因时制宜的政策性。无论如何,理由论证都是法院的灵魂。所以我们把法院称为“理性的殿堂”,也就是理性权威的化身。从抗辩制到判决书,从律师的陈述到法官的意见,整个过程都贯穿着理性的拷问。在这个意义上可以认为,审判庭是最理想的对话场所、法院是通过理由论证实现法制权威的最佳论坛。因此,在沟通成为关键词的时代,司法权的重要性理应大幅度上升。

如果仅从理由论证的角度来把握法制的权威,那么我们完全可以推定:没有法官的尊严、审判的独立,法制的权威性也就无从谈起。反之,如果法院在理由论证上存在明显的、严重的缺陷,那么法制的理性权威就会受到伤害,甚至丧失殆尽。这时问题的解决往往不得不取决于力量对比关系,当事人、尤其

^⑧ 有关的文献汗牛充栋,最新参考资料可参见张恒山编:《卢梭与〈社会契约论〉》,人民出版社2010年版。

^⑨ 余英时:《汉代循吏与文化传播》,载《中国思想传统的现代诠释》,联经出版事业公司1987年版,第210-211页。

^⑩ 参见[德]尤根·哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版;[德]尤根·哈贝马斯:《交往行为理论》,曹卫东译,上海人民出版社2004年版。

是社会的弱者就会觉得求告无门、说理无处,从而转到体制外甚至其他国度去寻找必要的救济。

另外,理由论证所追求的正当性根据与“应然(Sollen)”也有着密切的关联。应然一般指应从事正确活动的义务,会涉及价值判断和道德,也与一个社会的文化传统以及意识形态密切相关。在这里,传统权威与理性权威可以交错在一起,甚至互相渗透融合。传统因素的介入会使理由论证发生某些变化,重新组合普遍性与特殊性、合理与共感、正与善之间的关系,凸显出理性的边界。因而我们还需要为法制权威寻找更确定的、更技术性、更毋庸置疑的根据,这就是法制的调整功能。

3. 定分止争的权威

实现法制权威还有一种模式,就是社会需要国家解决调整问题,不妨简称为“齐步权威”。个人的行为如果缺乏规则作为指引就没有可预期性,就很容易引起矛盾和冲突,增大社会的风险性,因此无论如何,社会都需要明确一定的标准和指令来调整行为,使之从无序到有序、从不确定到较确定。在这个意义上,法制为发挥调整功能而获得权威,因有权威而能顺利调整不同利益和价值之间的关系。这种齐步权威是理所当然的、不证自明的、客观需要的。

法制的调整功能,很典型地反映在交通规则的执行之中。车辆是左行还是右行、小转弯是否也要等绿灯、自行车优先还是转弯车优先、高速道路的时速是 80 公里还是 100 公里,都没有对错之分。交通规则既不反映阶级利益,也与国家意识形态无关,只是通过明确行为方式而避免冲突、保障安全的技术性制度安排。遵守交通规则可以减少事故、节约能耗,提高通行的确定性和效率。因此,在交通管理方面,齐步权威应调整的需要而产生。只要规定清楚了并严格执行之,就可以达到社会的预期目标,所以交通指挥最符合拉兹所说的“先取理由命题”,交通规则的效力最有可能刚性化,交通法制的齐步权威最应该具有绝对性。^①

但在过去很长一段时期内,就连交通规则的权威也没有树立起来。在发生交通违章时,执法的警察往往遭遇人情困境。肇事者往往打电话给在公安部门或政府的熟人、亲戚帮忙向现场的警察施压。在这样的情况下,法制的调整功能无法正常发挥,简单的违章纠正问题被转换成复杂的感情问题、面子问题、对领导的态度问题、甚至意识形态问题,与应然、传统以及理由论证纠缠在一起,解决起来非常棘手。最后只好用“私了”的方式来搪塞。

在承认“私了”的地方,齐步权威就荡然无存。同理,在过分注重调解和妥协的地方,法制也无法充分发挥调整功能、获得齐步权威。不言而喻,倘若连交通规则这样单纯的执法行为都受到价值判断的左右,整个法制的权威又如何能够确立?如果法制连技术性的调整功能都不能顺利发挥,其权威从何谈起?可以推而论之,当法制连调整问题都处理不好,那么统治危机也就不会太远了。然而还需要进一步追问的是,在中国为什么会出现这样咄咄怪事?

实际上,中国的传统思想本来是很重视法律调整功能的。例如在先秦推行编户齐民路线的法家思想先驱者商鞅早就指出:“一兔走,百人逐之,非以兔可分以为百也,由名分之未定也。夫卖兔者满市,而盗不敢取,由名分已定也。故名分未定,尧、舜、禹、汤且皆如鹜焉而逐之;名分已定,贪盗不取。……名分定,则大诈贞信,民皆愿悫,而自治也。姑夫名分定,势治之道也;名分不定,势乱之道也”。^②但是,在西汉“以礼入法”和“春秋折狱”之后,定分止争与理由论证、齐步权威与理性权威这两种不同的模式被交织在一起了,而有关的理由论证又与道德、情理乃至历史传统纠缠不清,其结果调整功能变成了理由论证和历史传统的附属物,实质性价值判断压倒了合理化的技术处理。应然与调整不加区别地混淆在一起,这是中国法制困境的症结所在。

令人欣喜的是,在顶层设计和顶层推动之下,从 2012 年底开始交通管理制度开始发生本质性变化。

^① 参见季卫东:《怎样推行交通的法治》,载《财经》2009 年第 16 期;季卫东:《大变局下中国法治的顶层设计》,载《财经》2012 年第 5 期。

^② 《商君书·定分》。

大规模的整顿交通秩序的举措相继出台,史上最严交通规则从 2013 年元旦起生效,从此可见中国政府开始有意识、有目的地加强法制的调整功能,以切实树立法制的齐步权威,培养全民一体化的守法意识。所以我们有理由对中国法治的未来持谨慎乐观的态度。

四、通过程序获得权威

各种法律程序虽然也包含应然的内容,但其实主要是为了解决调整问题,理由论证也是在调整功能的基础上通过对抗性辩论而实现的。程序上的调整功能,就是让不同的诉求、主张以及价值判断在对等的条件下竞争,使其中最具有说服力、最能得到多数支持或者专家认可的选项成为法律决定的结果,使判决具有理性权威。能充分发挥这种调整功能的程序就被称为公正程序,公正程序本身具有齐步权威,使得当事人在法律武装上能够对等。之所以特别强调法律程序的重要意义,就是要把复杂的应然问题乃至传统权威的问题在一定程度上转换为调整问题进行处理,尽量在技术化、理性化的条件下化解进行适当的价值判断的困难。^⑬ 所以,程序权威兼有调整功能和理由论证功能。

推而论之,司法独立原则、程序公正原则等等,其实也都是为解决调整问题而确立的,而法官就很像执行交通规则的警察,首先应具有齐步权威。在审判的独立性、中立性不能得到保障的情况下,办案法官容易接到干涉审判的领导批条,其尴尬的处境,与处理交通违章的警察接到上司说情电话时毫无二致。警察在有意放过某位违章者的同时,不得不不对周围其他违章者也网开一面,这就等于在发出践踏交通规则亦无妨的信号。同样,如果法官不能站在独立的、中立的地位上,不能严格按照法律一视同仁地处理纠纷,那么他的公正性势必受到怀疑,社会的信任度也势必下降,法制的权威也就无从谈起。

托姆·泰勒教授在 1980 年代晚期曾经对法制权威与程序公正之间的关系进行过实证研究。他采取的主要方法是“组群设计(panel design)”,即对分组后的同一群人反复进行访谈,以观察程序体验的变化与因变量的变化之间相互关系。在这项研究中,泰勒教授首先对法制权威的事前评价进行控制,然后分两次向 804 位芝加哥的居民征询关于法制权威的意见,两次访谈的时间相隔一年,成为调查对象的居民当中有 329 人在这段期间里有了与警察、法院等涉法涉诉机关直接打交道的个人体验,因此对他们提出了各种各样的问题,并要求他们根据亲身经历和感受对有关机关处理案件的公平性进行评价。结果表明,事前的态度对关于程序公正的事后评价是有影响的。更重要的是,程序公正与否在很大程度上决定了事后服从的态度。在这个意义上也不妨说,法制的权威在很大程度上就是程序权威。^⑭

根据心理学者的实验和分析,法律机关必须运用公正程序来减少犯法者的敌意。如果人们相信审判程序是不偏不倚的、法律适用是客观公正的,即使自己被判决不利的结果,也会继续支持法院。在这个意义上可以说,公正程序具有缓冲作用,可以比较有效地防止因为当事人不满意判断的结论而把攻击的矛头直接对准制度。公正程序还能提高对法律体验的满意度,可以加强对法律和判决的正当性的认识、促进服从的行为,从而可以维护法制的权威。也就是说,程序公正、正当性认知以及对法律的服从态度,这三者之间存在密切的因果关系。而受法律决定影响的人们对决定过程的控制权和发言权是决定关于程序公正与否的主观感受的主要因素。

毋庸讳言,传统中国秩序原理的特色是只问结果、不计手段,人们更强调的是实质性价值判断,而非程序公正。在这样的背景下,权威的立足点往往是特定的“善(good)”而非普遍的“正(right)”,是标的美德而非中立的正义,是一定共同体内部的伦理共识而非普遍合理主义的论证过程。但同样不可否认的是,从 1990 年代中期开始,中国社会结构发生了本质性变化,多元性越来越显著。面对利益和价值日益多元化的现实,已经无法继续追求那种基于特定价值的共识,相反,不得不通过价值中立的程序性规则和沟通行为来化解价值冲突,在公共事务的处理上作出能够得到多数人理解和支持的决定。只

^⑬ 参见季卫东:《法律程序的意义》(增订版),中国法制出版社 2012 年版,第 115 页。

^⑭ Cf. E. Allan Lind and Tom R. Tyler, *The Social Psychology of Procedural Justice* (Plenum Press, 1988) Chap. 3.

有当程序公正原则具有相对于目的和手段的优势时,价值的独善性才不至于膨胀到不容许社会进行自由选择和更加合理化选择的地步。在这样的背景下,程序,只有程序才能树立新的权威。

通过程序树立的权威,必然不断接受正当化论证过程的检验,这也意味着采取制约权力的方式来维护权威。根据程序公正原则进行制度设计,包含着一个默示的前提,即价值的多元化。强调程序公正,就是要防止某种价值处于独尊的位置,而让不同的价值诉求都能在理想的对话条件下自由而平等地进行说服力的竞争,通过理由论证来达成共识、作出决定。在防止某一种价值诉求任意伸张的意义上,程序是具有强制力的,这种强制力通过齐步权威而实现。但在确保各种价值诉求的表达机会这一点上,程序的本质在于信息公开和言论自由,具有很强的理性权威。显而易见,程序公正原则的宗旨就是强制与信息之间组合形式的最佳化,也是齐步权威和理性权威的互补性关系的建构。

不言而喻,法律程序,特别是审判程序始终是与理由论证结合在一起的。这意味着在法制中可以把程序、议论以及共识这三种要素进行适当排列组合,从而形成某种“函三为一”的结构。但在另一方面,各种程序规则主要发挥着调整功能,只要程序规则明确了,不同的主张就可以各得其所并井然有序地合成公共选择。正是因为程序公正原则以及与此相应的齐步权威的存在,人们才愿意接受法院的第三者判断,拉兹所谓“通常正当化命题”才能成立。正是因为公正程序发挥着调整功能,法院才能享有终局性判断权和既判力,拉兹所谓“先取理由命题”才不至于失去现实性。

在这个意义上,我们不妨推而论之,拉兹关于法制权威的第二命题和第三命题,只有从程序的角度才能理解,才能把两者的异同解释明白,才能厘清它们之间的相互联系和相互作用。也就是说,程序,正是程序把“通常正当化命题”与“先取理由命题”衔接起来了,从而确保了“依赖命题”有所依赖,不至于落空。这就充分证明了程序权威对于树立法制权威的特殊价值。

五、法制权威与民主化

也许有人会把权威与民主对立起来,因为权威造成的上下有序的状态,与民主的平等主义倾向互相抵牾。但这个观点其实是错误的,至少是片面的。权威的本质是服从,特别是自觉的服从。民主政治的本质是少数服从多数,也强调服从,特别是自觉的服从。因此,权威与民主有着密切的相关性,民主政治有可能导致非常强的权威出现,以至于不需要强制力的行使(在理性权威的场合),甚至不容许议论(在齐步权威的场合),但却可以使人们在保持自由的状态下服从。权威赋予权力以道义,而民主具有极大的道义力量。道义则会赋予权力以能量,而这种能量主要来自人民、来自民主。甚至我们还可以说,与其他任何体制相比较,民主政治更需要权威;没有权威,民主就不可能稳定、不可能持续,在有些场合甚至无法作出决定。

法制权威对民主的重要意义在于提供社会信任。这种信任来自对权力的有效节制,也包括对获得民意支持的领袖的巨大权力以及多数派专制的节制。这种信任也来自行为与制裁之前可预期的关系,来自强势群体与弱势群体、政府与个人在法律面前享有不受力量对比影响的平等性。没有这样的信任,当权者对下台后遭受报复和清算的担忧就会成为挥之不去的梦魇,政权交替就会变得困难重重。没有这种信任,民主就很容易流于情绪化的民粹主义,或者在舆论被撕裂、对立者势均力敌的情况下无法作出合理的公共选择,甚至无法维护国家的统一和稳定。在美国,如果总统选举的投票结果存在质疑,那就会由法院出面来一锤定音、化解政治危机。

反过来看,民主对于法制权威的树立也具有重要的意义。在少数专家学者、议员、官僚、律师等参与下人为制定的法律规则之所以具备正当性、权威性,首先因为客观需要和经过了理由论证,但更根本的还是因为以不同方式反映了民意。在现代社会,法律的正当性主要来自通过投票行为反映人民意志的民主程序,因此可以说民主是法制权威的基础。民主政治对政府权力的程序性制约也使得法律面前人人平等原则获得现实的力量,使得法律的实施获得强大的保障。在比较成熟的民主政体下,法制的权威可以大幅度强化并长期维持,形成和谐稳定的秩序。

对于司法究竟是权力还是权威,在法学者当中倒是一直存在着争论。在孟德斯鸠看来,司法与立法、行政同样,都属于国家权力的范畴。^⑮但亚历山大·汉密尔顿认为,在三权当中,司法权的危害性最小,而道义性最大。^⑯由此可以推论:司法可以主要理解为权威。因为司法以程序保护规则、保护合意,总是参照规则和原则作出决定,比较容易得到承认和接受。作为权威的司法机关,当然可以制约权力,可以通过确保法律主体连续性的方式确保民主政治的健全性。但是,司法这种权威毕竟是比较弱势的,需要借助某些方法来加强其力量。^⑰为了提高司法以权威制约权力的实效,把司法与民主进一步联系在一起、打民意支持牌就成为人们跃跃欲试的选项。近些年来中国的“司法民主化”也不妨在这样的脉络中来理解,很多法官似乎耐不住寂寞、经不起大众欢呼和喝彩的诱惑。

运用前面提出的关于法制权威的分析框架,可以发现当今中国的所谓“司法民主化”命题的最大特征,是把审判权与调整问题切割开来,让法院直接面对应然问题。民主的核心问题是由谁决定、由谁做主,取向是多数派说了算。因此,司法民主化意味着审判主体不限于职业法官,还包括一般公民,并且让个人权利的认定服从多数派的意志。在审判主体多元化的延长线上,围绕不同价值的议论势必活泼化,有利于理性权威的树立。然而在这里,法官或多或少要带上主张的党派性,很难保持中立和客观,从而不具备解决调整问题的优势,结果是牺牲了齐步权威。有些人则是有意借助舆论来逃避法律和上级审的制约,试图以民意的名义来获取更大的裁量自由。

一般而言,司法的核心问题是严格遵守法律的正当性何在,取向是把法律理解为一般民意的表达。因此,强调司法的民主化,就意味着用特殊的、局部的民意(一时一地的舆论)来检验和修正反映普遍的、整体的民意(国家法律)。在这里,法官不得不跳出现行法律的框架来创造能让当事人以及地域共同体满意的规范,不得不把政治性妥协的契机和偶然性嵌入司法过程,其结果,法律势必出现各种地方版本、个案版本,乃至碎片化。于是我们可以看到两种民意——立法上的民意与司法上的民意的对峙格局,可以看到审判人员甚至有可能以民意或者当地舆论的名义无视现行法律体系、突破审级制度。阿伦特早就指出过,权威是以等级结构为前提的。在审级制度被否定、群众意见优越于法律制度(借助卢梭的表述,就是人民公意)、不同层面的民意互相冲突的场合,就会出现权威扫地的事态。

应该树立这样的观念,立法权基于民主原则,因多数人支持而获得权威;而司法权则应坚持独立原则,因客观、中立、公正而获得权威。没有独立司法的权威,我们就无法把个人的自由和权利从多数派专制的危险和混沌中拯救出来。概而论之,按照制度设计的理念,立法机关总是站在多数人一边,而司法机关则要站在少数人立场上来行事,通过公正程序和严格适用规则来保护少数人的利益或诉求。在法院,任何个人都应该得到平等的对待,法官必须耐心地倾听每一当事人的声音。如果言之成理、持之有据,少数派或普通个人应该获得胜诉的判决。因为这个判决是在考虑了案件的具体事实和特殊情况、他的具体诉求之后作出来的,可能会对法律是一个补救,对执行多数人或强势者意志的行政机关举措是一个矫正。由此可见,司法机关是可以对立法权、行政权进行制衡和某种纠正的,审判也可以成为弱势群体、少数人乃至个人推动社会进步、推动制度变迁的渠道。

六、结 语

综上所述,今后中国的政治体制改革应该采取从法治到民主的路线。本来法治与民主是相辅相成的,没有民主就没有一视同仁的、有效的法治,没有法治也就没有成熟的、稳定的民主。尽管如此,为了在当今中国的现实条件下使政治体制改革“软着陆”,还是必须对两者加以区别,确立先法治、后民主的

^⑮ 参见[法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上卷),许明龙译,商务印书馆2009年版,第167页。

^⑯ 详见汉密尔顿等:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆2004年版,第78-79页。

^⑰ [法]安托万·噶拉邦:《司法活跃的民主主义》,河合干雄日译本,劲草书房2002年版,第41页;[美]斯蒂芬·布雷耶:《法官能为民主做什么》,何帆译,法律出版社2012年版,第5页。

优先顺序。按照这样的思路,在现阶段应该大树特树法制的权威,特别是齐步权威和理性权威。从理论和现实可以看到,通过严格执行交通规则和严厉惩治腐败行为可以树立法制的齐步权威,而坚持审判独立和程序公正的原则、以法律解释共同体限制裁量权等一系列司法改革的制度设计则可以树立法制的理性权威。在这些改革奏效之后再大力推动程序民主,并使民主扩大到政治生活的各个方面,我国的转型就将水到渠成。

Abstract: This article summarizes different types and system design modes of restricting power with authoritativeness through analyzing the conditions for forming and maintaining the authoritativeness from three aspects of tradition, reasons argument and the resolution of issues for regulation starting from the basic political consensus of establishing the authoritativeness of legal system in current China. The author stresses that developing the regulation function of legal norms should be taken for granted firstly and that the argumentation dialogue of institutionalization should be promoted afterwards in the current social practice. In this regard, the procedural authoritativeness with technical adjustment and opinion argument is the key of a “soft landing” of political system reform and the essential factor in complete, stable and lawful democracy operation institution.

(责任编辑:李小明)