

# 略論革新法治國家建設的兩個問題

倪正茂\*

中國人民在 20 世紀的第一個 50 年裏推翻了帝國主義、封建主義和官僚資本主義的罪惡統治，宣告了新中國的誕生；在第二個 50 年裏藉改革開放取得了現代化建設的豐碩成果，為全世界矚目。在 21 世紀的前 50 年裏，我們應在全面推進改革開放的同時，建成社會主義法治國家。這既要承襲中華法律文化的優良傳統，又要汲取別國法律文化的精華，而且還應在此基礎上有所革新。本文略論以法文化革新推動法治國家建設和以激勵性立法革新法治國家建設兩個問題，不當之處，敬祈教正。

## 一．以法文化革新推動法治國家建設

當代世界由於交通與通訊的高度發達而變成了一個小小的“地球村”。交往的增加雖然有利於文化的溝通，卻首先引起了文化的衝突。近代以來，法文化衝突最典型地發生在閉關鎖國政策被打破後的日本和中國。

日本的閉關鎖國是日本人自己打破的。“明治維新”後，日本政府仿效德、法等國家的法律，從 1868 年到 1889 年制定了民法、商法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法和法院組織法等“六法”；於 1889 年頒行了《明治憲法》；還制訂了若干科學技術法。以“泰西主義”為原則的立法，已大體齊備，奠定了日本資產階級法制的基礎。但如日本法學家川島武宜在《日本人的法律意識》中所指出的那樣，當時日本人的思想遠遠未能跟上法律近代化的步伐，還處在“前近代”的法律意識的階段上，法律的絕對權威幾乎在一切方面都未樹立起來；日本人的法律意識，普遍地離西方人的“法律主義”觀念有較大的距離。究其原因，川島武宜認為主要在兩個方面：其一，日本近代資產階級法制的迅速建立，主要不是社會的、經濟的和文化的原因，即社會文明並未發展到在日本建立近代法制系統

---

\* 本文作者為上海大學法學院教授。

的程度。當時的法制更新，主要出於政治的考慮，即取消外國的“治外法權”，以求國家的政治獨立。其二，法律制度是諸社會現象中較為表層的東西，學習、模仿、移植都較為容易；法律意識則為深層的內心信念，受社會歷史的傳統的文化的約束，其慣性影響它的發展與改變。而日本是一個深受中國傳統文化影響的國家，中國的儒家思想，儒家的“德治主義”、“禮治主義”、“人治主義”深刻影響日本人生活的各個方面。因此，擺脫這種影響，確立近代的法律意識，顯得十分困難。但是儘管如此，日本經濟制度的資本主義化和經濟生活的自由主義化，資本主義市場經濟之深深進入社會生活的每一個角落，以至進入每一個人的日常生活的每一個環節，終於使日本人的法律意識逐漸地實現了現代化，並由此而保證日本法制包括科技法制得以比較順利地實施。

中國的閉關鎖國是西方侵略者用軍艦撞破、用炮火轟開的。當時的中國政府絲毫沒有日本政府那種仿行“泰西”法制的要求。除在極小的幾處租界上有“泰西”法律的微光外，從 1840 年到 1911 年，整個中國仍到處施行“大清”的封建主義法律制度。即使在辛亥革命後，在北洋軍閥時期，甚至在國民黨統治時期，雖然已制訂了一系列近似於外國資產階級法制的法律，但也只是“貌似”而已，相伴的則是“神離”。統治階級似公然而且更加賣勁地宣揚“禮義廉恥”與德、禮、人治。封建的傳統法律文化的影響至深至鉅，以至在新中國成立之後，以“人治主義”為核心的傳統法律觀仍在肆虐，整個法制建設從 1949 年到 1978 年又被延宕了整整 30 年。

在中日兩國，法文化衝突以兩種不同的方式發生，又以兩種不同的方式發展，還形成了兩種不同的法文化現狀和兩種不同的法制包括科技法制狀況。這為我們提供了頗多的法哲學啟示：

啟示之一是，法文化衝突發生的政治變革先導性。中日兩國所發生的都是外來的、先進的資產階級法律文化與本國的落後的法律文化的衝突。衝突的成因，都在政治變革，或如日本的國內革命，或如中國的外敵侵入。考諸中外各國，大凡發生嚴重的法文化衝突的，大多是由於政治變革作為先導。與“法文化衝突發生的政治變革先導性”的命題相一致，邏輯地可以推出另一命題：經濟制度的變

化不會直接導致法文化的重大衝突。在不發生重大的法文化衝突的地方，如果對比前後兩個時期發現有法文化的重大變化，我們一定可以看到經濟制度也起了重大的變化；而且，正是經濟制度的重大變化促成了法文化的重大而平和的變化。但經濟制度的劇變是不會自動發生的。一旦發生經濟制度的劇變，那一定有政治變革的先導。因此，如果是經濟制度劇變在先而法文化變化隨後，那也可認為是政治變革起了先導作用。當今，中國經濟體制已從計劃經濟向市場經濟作巨大轉軌，必將導致與市場經濟相適應的法文化的形成，從而保證與市場經濟相適應的法律制度較好地得以實施。有鑒於此，中國要建成社會主義法治國家，就必須堅持經濟體制的改革；必要時，還應以“政治變革先導性”的理論作指導而主動進行政治變革，加強民主政治建設，以保證先進的法文化在中國的土地上更快地傳播、發展。

啟示之二是：法文化衝突中的法律意識滯後性。無論是中國還是日本，當發生法文化衝突時，法律意識滯後於法文化其他部分的變化而變化，都十分明顯。例如，中國科技人員之科技法律意識至今仍較淡薄。就筆者所親歷、親見、親聞，許多科技人員除披肝裂膽、披星戴月、嘔心瀝血、兢兢業業於科技發明研究外，幾不知科技創造的自由權利為何物，不知自身的權利為何物，更不知如何保障自身的巨大權益。而這，顯然極為不利於“在天才之火上澆上利益之油”，極不利於充分地調動科技人員的創造性、積極性，因而十分不利於中國的現代化。同樣，由於法律意識的滯後，整個法制建設都會受影響，走向法治的道路就會拉長。所以，我認為，中國的“普法”教育，應當把重點轉移到增強法律意識上來。

與“法文化衝突中的法律意識滯後性”的命題相對立的是，引起法文化革命性變化的社會革命及法文化革命性變化本身，則以法律意識的前導性為特徵。最為典型的是從封建社會躍向資本主義社會的歐洲各國法文化的革命性變化。其時，格老秀斯、斯賓諾莎、霍布斯、洛克、伏爾泰、孟德斯鳩、盧梭、狄德羅、霍爾巴赫、愛爾維修、康德、費希特、黑格爾等，如燦爛的群星，烘雲托月般地把封建主義沉沉黑夜的天空點綴得熠熠生輝。他們的資產階級法律觀，在社會上，在廣大群眾中，引起了極大的反響，得到了普遍的歡迎，造成了強大有力的法律思潮激蕩，變成了社會性的法律思潮主流，極大地推動了社會革命的發生，

從而極大地推動了整個法律文化的革命性變化。中國已走向依法治國的道路，也期待先進的法律意識、法律思想的啟迪、鼓舞、激蕩、催生。這是有待於中國的知識分子、有待於中國的法學家作自覺的、有意識的、積極主動努力的。

啟示之三是：法文化衝突的強烈文化背景性。這是指文化背景、文化土壤對文化衝突的強烈影響。近代中國的整個文化背景、文化土壤，是封建主義性的，後來還帶上了半殖民地性。正是這種貧瘠、惡劣的土壤環境，使得資產階級法律文化的種子，只能稀稀拉拉、有氣沒力地在如寥落晨星的幾個資產階級維新派和革命派代表人物身上得到體現，長出幾棵“草本植物”，還未開花就被風吹雨打斷莖折枝飄零殆盡了。龔自珍詩云：“落紅不是無情物，化作春泥更護花。”但這只是他的良好願望。譚嗣同的血、秋瑾的血，或被華老栓一類人拿去蘸饅頭給兒子“治病”去了<sup>1</sup>或滋滋滲入封建沙土之中而蹤影全消。封建文化土壤強烈地浸淫、腐蝕、吮吸生長在它身邊的先進的資產階級法律意識，使它不能成為參天大樹，繁殖、滋蔓、茁壯成長，從而使得法文化不可能發生正常的進化或革命性變化。

與此相反，法文化的革命性變化，總是發生在良好的文化土壤、文化背景上。上述西歐的法文化革命性變化及在此之前的法律意識的革命風雷，是以 16 世紀的文藝復興造成的肥沃的文化土壤為背景、為基礎的。沒有文藝復興所造成的文化背景，決計不會有西歐上空的資產階級法律思想的燦爛群星。有鑒於此，我們必須看到，中國之走向依法治國的道路，決不會是平坦筆直的，更不是可以唾手垂成的，每一個中國的知識分子，每一個中國的法學家，都應意識到肩頭的千斤重擔。

既如上述，為了使法文化能夠實現革命性的變化從而加快走向依法治國的道路，就必須：

第一，努力促成經濟的快速發展，推動經濟體制的改革，造成經濟發展與法

---

<sup>1</sup> 見魯迅小說《藥》。華老栓是《藥》中的主人公，為治兒子咯血之病，他傾盡積蓄，求劊子手康大叔

治國家建設的良性互動，使中國得以早日進入現代法治國的行列。

第二，法學家要率先鼓吹法律意識的變革，努力把先進的法律意識變成法律思潮，使最廣大的人民群眾得到教育、受到鼓舞。

第三，應該來一場真正的中華文化復興運動。當然，復興不是復辟，而是要在根除封建文化糟粕的基礎上，掀起開國初如毛澤東所希望和預言的“文化建設的高潮”，重建中華新文化，重視歷史上有過的中華文化繁榮的輝煌，重振中華文化的雄風。

## 二、以激勵性立法革新法治國家建設

法、法律，曾被人們長期誤解，蒙上了“無情”的不白之冤，誤認為只有苛嚴（或輕簡）的“制裁”性的一面。這樣，法、法律就似乎是人類從地獄喚出的折磨自身的惡鬼了。

然而，法是人類的創造物，人類怎麼可能創造一種枷鎖禁錮自己、創造一個魔鬼來和自己作對呢？在我看來，法是人類請來的用以增進自身福祉的天使。

從原始社會向奴隸社會過渡的漫長歷史時期裏，習慣演化成了習慣法；當有文字時，又逐漸形成了成文法。正是法律的形成，幫助人類從野蠻走向文明，使戰俘不再被任意吃掉、殺掉，而成為勞動力，成為生產力的“第一要素”，成為創造奴隸制社會的巨大物質財富的大軍。在這個意義上可以說，沒有法的誕生，就不會有人類之從弱肉強食的動物界的脫胎而來。而後，封建制法取代奴隸制法，資本主義法取代封建制法等等，都極大地推動與保證了新的生產關係的確立和生產力的飛躍發展。當然，在每一社會形態的後期，法、法律都曾異化為大多數社會成員的對立物，顯現出殘酷苛嚴的猙獰面目。但這是法的異化而不是它的真相與本質。法的本質是它的社會性，在階級社會裏則是社會性與階級性的統一。也就是說，無論在甚麼社會形態下，無論在何時期，法都有社會性的一面。

---

用革命者夏瑜被砍頭時的血蘸饅頭給兒子吃。

法的激勵性就是與法的社會性的一面緊密相連的。而這種激勵性是和法與生俱來，並貫徹始終的。

中國歷史上最最早的一條法律是夏啟發兵攻打有扈氏時的誓言：“用命賞於祖，弗用命戮於社”。<sup>2</sup>鎮壓、無情的“制裁”是第二位的；第一位則是“用命賞於祖”，即法的激勵。

商鞅相秦，大的改革搞過兩次。第一次大改革主要有三項內容，其中兩項立法都是激勵性的：一獎軍功，二獎耕織。

秦代法律，諸如《工人程》、《田律》、《廩庫律》等中，都有關於獎賞的具體規定。當時實行一年四“課”之制。“課”即評比，每年四月、七月、十月小“課”，正月大“課”。大“課”結果，優勝者獎，劣敗者罰。

爾後各朝各代的法律中，多少都可見獎賞激勵的法律規定存在。

重視激勵性的獎賞之法，是中華法系的一大特色，這是從其他法系中很難見到的。正因如此，中國古代的法律思想和法學流派，除根本否定法律，主張“無為”的道家以外，都無不並提“賞罰”而且總是“賞”在“罰”前、“賞”重於“罰”，“重賞”重於“重罰”。所有的史書包括法律史書都說商鞅等法家只是“重罰主義者”。這只說對了一半。其實，他們首先是“重賞主義者”，重視獎賞的法律激勵性，是儒家、法家、墨家、五行家、雜家、小說家、性學家、心學家、理學家們的共同特點與共同認識。

要發揚光大中華法系，重視激勵性法制是重要內容之一。

這裏所要研討的法理學或法哲學的重要問題是：法的懲戒功能與法的激勵功能的關係問題。

我認為，法的激勵功能與法的懲戒功能，同為法的基本功能。靜態的法律制

---

<sup>2</sup> 《尚書 甘誓》。

度，其激勵性規範作出獎賞的許諾與懲罰的警誡；動態的法律制度，即法的實施、由法律文本上的法律效力轉化為現實的法律實效的過程中，獎賞的許諾兌現為獎賞的行為，懲罰的警誡轉化為現實的懲罰。對這兩種功能，傳統的法理學與法哲學僅求其一、僅論其一。所以，可以這樣批評：前此四千年的法理學、法哲學，只做了一半工作。近年來，國內外已逐漸有人注意起法的激勵功能了。美國法學家弗里德曼就指出：“法學研究總的來說對獎賞注意不多。”<sup>3</sup>從法理學、法哲學的角度全面探討法的激勵功能，最後形成法的激勵學派，是不遠將來的事。其理論意義不僅在於使法理學、法哲學從“跛腳”走向健全，而且為法的最終消亡架設起一座堅固的橋樑。我認為，隨社會的進步，人類文明程度的提高，法律意識的增強，違法犯罪將漸趨減少，法的懲誡功能將逐步萎縮，與此同時，法的激勵功能將日益發揮更大的作用。一旦法的激勵性規範多於懲誡性規範，或法的激勵性功能實質上大於、優於、高於、強於懲誡性功能時，法的消亡便進入“快車道”，離它的最終消亡日期便屈指可數了。

有鑒於此，中國之走向依法治國的道路，可能也應該以大力加強激勵性立法而達到革新社會主義法治國家建設的目的。其意義，就不僅止於中國的法治建設，而且還將影響全世界各國的法治革新了。

---

<sup>3</sup> (美) 弗里德曼：《法律制度》第 91 頁。李瓊英、林欣譯，中國政法大學出版社 1994 年版。