

法律人思维的保守性

——和谐社会建设中的法官意识形态

陈金钊

(山东大学威海分校, 山东 威海 264209)

摘要:法律思维的特质是其保守性,这与和谐社会建设的理路有吻合之处。但是,由于中国近百年来主流意识一直受激进主义思潮的影响,因而对法律思维的保守性没有给予足够的重视。当前,能动与创造的思维则很容易被接受,克制与谦抑没有成为法官的意识形态,这对中国刚刚启动的法治建设具有消极影响。在进行和谐社会的建设中,应当奉行司法保守或克制主义,并按这种思维选择所要运用的法律方法。没有对法律规则和司法权的克制与谦抑,法治就无法实现。

关键词:法律思维;司法克制主义;司法能动主义;保守主义

中图分类号: D90 **文献标志码:** A **文章编号:** 1002-462X(2008)01-0099-06

大千世界就是一个矛盾的世界,斗争是永恒的,就像人的权利不是天赋的、而是在斗争中获取的一样,和谐社会也绝不是自发生成的结果。和谐社会的出现,既有安排的成分,也是博弈斗争的结果。和谐社会是一个和而不同、承认多元价值、利益共存的社会。和谐也意味着多种矛盾关系的冲突与化解。如果没有冲突和矛盾,也不必提出建设和谐社会的目标。但是,在和谐社会的状态

中,斗争必须保持在“度”的范围内,否则秩序便可能在斗争中崩溃。在本文中,笔者试图用保守与激进这样两种思想的斗争或博弈来进行叙述,以说明在和谐社会建设中保守主义法律思维的重要作用。

按照中共中央的要求,我们要建设的社会主义和谐社会,是“民主法治、公平正义、诚信友爱、充满活力、安定有序、人与自然和谐相处的社会。”和谐社会的建设是一个政治性的综合命题,虽然其中隐含着上下一致,下级要和上级保持高度的统一,并在此基础上实现社会的全面发展,但现实中的和谐社会建设可能会冲破这种设计,出现上不得照顾下、下不得不服从上的相互制约关系。在未来的社会中,各种利益满足需要法治的方法,需要各方面的全力配合,才能成就和谐社会建设的事业。司法工作在和谐社会建设中具有很重要的作用。法官在司法过程中,究竟应该奉行什么样的主流思维形式,或者说指导思想,这属于法官意识形态的组成部分。考虑法官的意识形态问题,应以法治目标的实现为基础。为实现法治,人们设计了许多制度、规范、原则和法律方法,但究竟该用什么样的姿态对待法律,如何解释和运用法律,是关于法律思维的研究首先必须解决的问题。笔者曾在之前撰写的几篇文章中^①提出了司法克制主义是法官的意识形态的观点,在此基础上,从法律人思维的保守性这一角度,本文将进一步论证法官的意识形态的内容。^②保守主义或克制主义的意识形态,对法官来说不仅是必须的,

① 这几篇文章是《法治为什么反对解释》,载《河南政法干部管理学院学报》2007年第1期;《法治反对解释的原则》,载《法律科学》2007年第3期;《法官的意识形态》,载《法学家茶座》2007年第13期;《法治反对解释的场景》,载《北方法学》2007年第1期。

② 美国学者施克莱认为,法律职业作为一个社会整体,有其内部的意识形态,主要是指某一职业履行着一套职能,有其身份的认同和信仰体系,有共同的实践经验和共同的行为指针。守法主义是美国法律人奉行的有效的意识形态,但守法主义并不局限于法律人,虽然依照规则、秉公裁断是法律人的惯常的行为方式,但法院并不垄断守法主义的价值。“守法主义倾向于把法当做就是在那里的,而法律形式主义则一直最为明显地捍卫这一立场。”参见[美]朱迪斯·N.施克莱《守法主义——法、道德和政治审判》,彭亚南译,中国政法大学出版社2005年版,原作者序言3页、正文3页。

收稿日期:2007-09-10

作者简介:陈金钊(1963-),男,山东莘县人,副校长,教授,博士生导师,从事法律解释学研究。

而且是必然的,它给法律人以方向感。法官在司法中的思维活动,正是在保守主义与激进主义、克制主义与能动主义的斗争中才使秩序得以建立,和谐得以实现的。

一、法官思维中的“能动”主义冲动

从人类活动的过程来看,虽然不可能完全实现人定胜天,但人活动的主动性、创造性与能动性,是人作为社会动物区别于自然动物的显著特征。人的能动性或创造性究竟有多大,在能动主义的口号下,究竟是采取有限的能动性还是无限的能动性,是我们采取行为、尤其是判决行动时必须考虑的。不受限制的遐想是科学进步的前提,大胆设想必须与小心求证结合起来,这才是科学的态度,否则大胆的设想只能停留在空想的阶段。司法方法亦是这样,法律人如果没有一点能动,法律实施是不可能的。因为在哲学解释学看来,任何理解都带有创造性,所有的解释都是创造性解释。因此,我们可以在一定意义上相信卡多佐的说法,司法活动的创造性,是司法的本质。但我们也必须清楚,这只是从哲学层面来看,并不意味着法律人在姿态上也必须坚持这一认识,毕竟人的立场与客观事物本身是两种不同的判断。按照法治的基本要求,司法者在姿态上可能更需要谦抑、克制与保守,这应该是法律思维区别于其他思维形式的主要标志。

然而近百年来,由于中国主流意识一直受革命思维的影响,这就使得在法治建设中,激进主义的倾向始终困扰着我们。这种思维倾向的流传,很容易使人们产生司法能动主义姿态。例如,我们自觉不自觉地设想对司法体制进行系统而彻底的改革,或总是急于马上实现法治的各种理想。我们并没有看到法治能做到的仅是形式正义,对实质正义的追求只能在有限的程度上实现。由于我们没有认真对待规则的保守主义意识,这就使得法律没有足够的权威,刚刚萌动的法治意识有被瓦解的危险。虽然能动主义的司法并不等于激进主义的司法,但二者有一定的关系。正是受到激进主义的熏陶,保守主义的司法意识形态被压抑,而能动主义的司法姿态却经常被表扬。对此,法治论者要保持应有的警惕。在法学研究中,我们非常注意警惕政治上的一元主义,强调社会主义和谐社会是一种不同价值观念的社会,价值观念的多元化与人类的进步并存。那种步调一致的生活方式已经一去不复返了,我们进入了一个百家争鸣的时代^[1]。但是,我们却不太注意在法学或法治问题上多元立场的争鸣。非常明显的是,法学理论界并没有就应用法律的保守主义还是能

动主义进行深入的讨论,只是稀里糊涂地赞扬激进或者保守、能动或者克制。理论界在司法意识形态上的沉默,使得司法界与新闻界有了更多的“自由”发挥的空间。

法律人的思维在本质上具有保守性,这是法律思维的重要特征。我们应该如何理解法律人思维的保守性呢?比如像对民间法、尤其是对习惯法的强调,把法律放到了社会中进行考察,甚至遵循古老的传统,尊重来自民间的意志,法律人的思维是不是这样的保守呢?笔者认为不是。法律人的保守有其特定的含义,像民间法这种研究,虽然不是内容上的激进,但却是形式意义上的激进。因为把民间法的研究成果运用到司法中,就是要用国家法外的规则代替或补充正式的法律,是对法律严格性的公开突破。与此相适应的还有自然法的观念,自然法学派长期以来一直强调正义对法律的修改,这样,司法就成了随机可变的活动。

二、如何理解法律人思维的保守性

法律人并不像人们经常指责的那样,只会强调依法办事而毫无社会责任感。但是,我们也看到,法律人所理解的社会责任依据的是他们的职业经历和意识形态,对传统和规则的保守、对经典自由权利的追求是其主要标志。保守的日常语义是使事物保持原样,但在学术著述中,保守意指对事物转变的一个低调或温和的判断^{[2]90}。政治上的保守主义反映了制度化的政治学说中的防御姿态。“任何没有制度化的、超越现有政治现实的以及依凭经验观点来改造世界的政治计划,都是保守主义的天敌。”^{[2]93}保守主义拥护现存的秩序,反对改革和变化所带来的混乱,在这一点上,保守主义和法治理论有天然的吻合之处。法治保守主义就是要维护现有的主流秩序不被打乱,实现社会的和谐。

1. 法律思维的保守性要守成的内容

法律人思维保守性的意义主要有两个方面:一是对法律规则含义安全性的保守;二是对传统法律价值的捍卫。对法律规则的固定意义是否真正地保守,是区分保守与激进的分水岭;而对法律价值的保守,主要看是否维护传统和现行法律吻合的价值。法律人要保守的是法律已确认的意义及其所体现的自由、正义、公平、秩序等法律价值,但严峻的问题是,在对法律规则突破的时候,法官等往往也打着自由、正义、公平的旗帜。严格法治论者保守的是法律意义的固定性及其所体现的各种价值,而个案中正义的捍卫者是要实现法律外的价值。在这两种保守之间,存在着许多场景下的冲突。对法律规则的从严与从宽解释——即对

究竟是保守法律内价值,还是保守法律外价值——总是存在着不同的理解,或者说激烈的斗争。保守主义的法治论者总是希望法律人要保守住法律内的价值,以实现法律的统治或法律秩序。

在欧洲大陆国家,官僚化的形式主义法律强化了守法主义的保守,以至于有些学者认为,法官们的保守性已经达到了不可思议的程度。英国的大律师则倾向于把普通法看做一种需要保护和技术性完善的遗产,而无须任何改变。所以在英国,如果某一个判例,只要没有被推翻就可以具有效力。这种对法律稳定的追求体现了英国人思想的保守性。这也许是英国被称为世界上法治搞得最好国家的原因之所在。在德国法律界,法律精神上的极度形式主义,不可避免地使他们不仅敌视所有的激进式的社会改革,而且普遍地敌视民主^{[3] 12-14}。萨维尼的历史法学派就是典型的代表。他要拿着昨天那个“历史”的鞭子,为今天的现实进行辩护。守法主义要求遵循传统,但各个国家又有不同的传统。在英美国家遵循传统意味着支持自由宪政,而在德国则相反。在中国,我们所不断传播与强化的自由、平等与民主等现代法律价值,与固有的传统文化都有程度不同的冲突。在西方被视为保守的思想,在我们这里则可能被视为激进。最明显的就是对法治的看法。在中国现代,要是真讲法治、尤其是讲限权意义上的法治,就会使有些人不高兴,就会被视为激进派。^①而实际上,西方人所捍卫的法治精神,恰恰是那些保守主义者所倡导的自由等法律价值。因而在中国,保守什么样的价值则是更需要明确的问题。和平与发展,和谐与秩序,并且在这个大框架下,逐步而有限地推进民主、自由、平等,可能是我们的最佳选择。我们已经经不起不断革命论所造成的伤害,但进行这种选择的时候,也不能忘记最基本的民生问题。民生问题解决不好,各种法律价值的实现只是空谈。

以守法为特征的保守主义,首先要保守法律规则的权威性和意义的安全性。施克来说:“在西方国家,守法主义虽绝非是唯一的一种社会思潮,但却相当深入人心。从政府机构到私人会社,形形色色的社会组织都在很大程度上从守法主义中提取了组织的标准和运作的理想。守法主义发挥到极致就是欧洲各国的伟大法律体系。最后,珍视这些法律体系的人,尤其是直接维护这些法律体系的人,即法律职业者,包括法官和律师,也以守法主义为其政治意识形态。”^{[3]1}任何法院要想贯彻法治原则就必须认真地对待法律规则,把对规则的自我克制当成和其他政治偏好相竞争的意识形态。法官实际上是以规则作为武器,捍卫自

己的尊严,捍卫法律的尊严。用规则意义的固定性,来对抗其他机关和个人对权利的侵犯。对中国来说,法治建设已经到了需要认真对待规则的时候了。对已经制定的规则,如果我们保守不住其意义的安全性的话,中国的法治就没有任何希望,这一点不仅是对官方来讲如此,即使在民间也必须强调对规则权威性的尊重,并且只有在民间强化了规则意识后,才有可能形成一种强大的对官方权力制约的力量。我们过去常强调官员尊重法律规则的重要性,但实践证明,如果没有一种来自民间的制约,官员们是不会自动遵守法律的。

对民主、自由、权利、公平等价值的保守,是一个复杂的问题。民主并不必然地和法治相连,自由也有可能冲决法律的樊篱,公平也有可能成为有些人突破法律规则的旗帜,因为人们对民主、自由、公平的理解可能是不一样的。正如上述所言,对民主的捍卫、自由的保护、公平的推行,在西方属于传统的法律价值,但在中国,这些东西在有些人看来又是属于激进主义的范畴。在西方,法律人思维的保守性就是要捍卫这些法律的最基本价值,使这些基本价值不受法西斯主义、极权主义的侵犯;但在中国,这些法律最基本的价值与国民文化、与我们的传统并没有太大的关联,我们的文化对专权的容忍程度较高。当司法保守主义要保守这些基本价值的时候,往往又被视为“激进”的行为或思想。所以,当我们说法律人的思维应具有保守性的时候,并不能被公众所接受。对于保守,应理解为对现代法律价值的守成。这种守成首先要包括正确理解西方法律的这些价值,并把这些价值与和谐社会的建设结合起来。我们不能认为和谐就是一种结果。实际上,和谐具有很强的包容性,自由、民主、公平、权利、秩序等,都是和谐的应有之义。我们决不能忘记和谐的多元价值,片面地强调一种价值是不可能出现整体和谐的,我们要阶段性地理解自由、民主、公平、权利、秩序等法律价值在和谐社会建设中的地位和作用。

2 从法治的本质看法律人思维的保守性

法治的本质可以从多个方面来叙述,从方法论意义上来看,法治就是要用人类已有的经验和方法解决现在的问题。我们对未来不可能看得那么清楚,只好在经验中寻求相似事件的答案,这是符合人类之根本利益的,也是经验范围中最保险的,如自由主义鼓吹法律下的自由,保守主义珍视

① 但这里的激进派与革命者还不一样,激进在革命者看来,意味着超越现实。但实际上,革命者与激进者并没有质的区别。我们缺乏的是那种真正维护法治的保守主义者。

可预测的安全,守法主义重视秩序等。自由和秩序的完全实现,都要求秉公执法,按照规则的要求追逐利益或需求。“当未来不可预测、现实又动荡不安时,我们就希望在传统中寻找确定感。”^{[4]23}“每当眼前的景象纷乱而难以琢磨时,我们总习惯在传统智慧中寻找安慰。”^{[4]40}这种带有某种怀旧色彩寻找法治的思路,使得“法官最容易诉诸的,就是尽其所能,遁入形式主义”^{[3]12}。带有形式主义特征的法律程序与规则,是对经验的高度锤炼,其实施的结果就是对任意和武断的限制,它为人们的行为提供了安全的预期。托克维尔说,推崇秩序和拘泥形式是法律意识的标志。因此,对法律人来说,支持既存社会秩序是很自然的。在这种情况下,保守主义和守法主义相伴而生。如果说他们珍视自由,那他们更崇尚守法,他们对武断权力的恐惧,更甚于对苛政的恐惧^{[3]13}。但是,世界已经改变并且不断地在改变,这又造成了人们对经验的反抗。法治原则既是对丛林法则的抑制,也是对激进主义的抑制。

3 法律思维的保守性源自法律形式性

传统的法学认为,形式主义法学拒绝意识形态,法学的核心特征就是不受意识形态的玷污。法律就是一套规则体系,这些规则严格隔离于意识形态。为此,传统法学还提出纯洁法律的种种设想,极力排斥道德对法律的影响。但是,这种使法学中立的努力并不会成功,因为“这种努力本身是建立在意识形态基础之上的,而不承认这一点,使得分析实证主义法学的说服力大打折扣,远不如承认来得好。”“在意识形态上激发分析实证主义的,乃是自由主义,以及对伦理的怀疑态度。”^{[3]6}守法的保守主义也是一种意识形态,这种意识形态表现为对制度、规则的尊重态度。如果社会中奉行这种信念的人多了,就会形成一种促成法治的政治气候。在这种气候下,司法和其他法律制度可以发挥作用。“法在理想上服务于推定既定预期的安全,同样,守法主义侧重于具体案件和规则,从本质上说也是保守的。”^{[3]9}按照施克莱的说法,守法主义不掩盖任何东西,它是一种公开的、固有的,并且非常特定的保守观点,因为法本身就是一种保守化的理想和制度。守法是保守主义的精华。之所以说守法不是纯粹的形式主义是因为,守法主义者所遵从的规则并不完全是一种概念形式。“规则和权利是多年来社会和政治发展的结果,而成文法是使社会结合在一起的、早已存在的习俗宣言而已。”^{[2]121}即使用斗争的观点,我们也能看到许多的规则是双方或数方妥协的产物。尽管法律规则是斗争与妥协的产物,但法律一旦公布出来,我们就必须遵守,只有这样才

能建成法治社会。社会一旦建立了免受武断威胁的法治机制,那么法律阶层肯定将更倾情于秩序而胜过喜欢自由,但有害的可能是:有些人把守法极端化——僵化地执行法律,这就为有些人主张法官造法提供了理由。

法律形式主义要求法律人奉行保守主义的意识形态。形式法律体系的出现,使得法官们相信,他们总能找到要遵循的法律规则。法官永远的当务之急,必须是寻找规则。随着对法官造法的批评之风盛行,守法的保守主义倾向被强化了。法律人的思维与法律形式主义具有较为密切的联系。施克莱说:“不管这些观点多么形式主义,概念多么抽象,分析法学所反映的意识形态气候,都与法律界整体相同,虽说美国法律界的少数派,在一些美国法学院里,长期以来一直在法理上反对形式主义,也反对法官和律师意识形态里的保守主义,但这无关大局。”^{[3]17}根据法律进行思维是法律思维的总特征,法律人所根据的法律是以规则为主要代表形式的法律。规则就是人们经验的总结,其形式就是以抽象的词语表现出来的法律条文等。这些条文虽然掩盖了丰富的具体事实,但却形成了类事实。用这种类事实处理当前的案件,实际上采取的是向后看的、而不是向前看的方式来处理问题。法律人所要处理的问题是已经发生了的事实,其所运用的标准,是已经总结好的类事实规则,这种形式化的类事实规则,也就造成了法律思维的形式主义特点,使思维具有了程序性和规范性。由于形式法律是已经存在的规范,法律人不能突破规则和程序的限制来解决案件,所以形式性就天然地造就了保守性——法律人要保守规则意义的安全。由于规则本身又是人类经验的组成部分,所以从总体上看,维护法律规则意义的安全,就是对以往经验的捍卫。以此作为标准,像自然法学用正义修正法律,社会法学以社会的本质、习惯等匡正法律,经济分析法学以利益解释法律,有些国家的法律人以政策、公共利益、国家利益等解读法律,都属于激进、能动的范畴,至于是否构成主义,主要是看其姿态是否长期、连贯和对规则修正的程度。保守主义强调要认真对待规则,虽然它并不是绝对地反对对规则的修正,但其秉持的是一种谨慎的态度,他们在姿态上,反对用各种理由修正法律。

三、法律人如何完成保守主义

法治社会的建设实际上也是斗争的产物。没有人捍卫法律规则的权威,没有人对违法犯罪行为进行斗争,法治只是一种设想。从这个意义上来看,法治很可能是激进主义与保守主义斗争的

一种妥协。

1 克制主义的意识形态

司法克制主义是与司法能动主义相对应的司法意识形态。法治的实现需要法律规则与价值的守望者,需要法律人思维的保守性。这种保守性表现为:(1)奉行法律至上、规则至上的信念,遵守明确的法律,并监督不法行为;慎用法律解释、尤其是那些带有创造性的解释;多用法律发现来确定所针对的个案法律;对解释过程中的意义添加,应辅之以法律论证。(2)必须捍卫自由、公平、秩序等传统法律价值,但一般不轻易用价值修正规则,并且还要准备为法治的实现付出必要的代价。(3)奉行司法权的被动性,尊重其他权力的存在,不侵犯其他的权力。在权力的斗争中,重视运用法律对抗其他公共权力的侵犯,维护司法的独立性和法律的尊严。法律人要表达对法律规则和权力的谦抑,克制自己的任性,遵守法治的原则。

保守主义与克制主义紧密相连,而与能动主义有很大的区别。司法能动主义的基本宗旨是:法官应该审判案件而不应该回避案件,要广泛地运用自己的权力和个人自由去促进公平和保护人类的尊严;法官有义务为各种社会不公提供司法救济;在法律解释过程中,不应该受立法意图的限制或者不应拘泥于法律文义解释法律;法官可以运用自由裁量权补充法律空隙,甚至改变法律的含义实施法官造法。司法能动主义还主张在三权分立的模式下,积极主动地干预行政和立法,不再恪守司法的被动性^{[5]3-7}。

克制主义与能动主义的司法,对社会来说可能都是具有积极意义的,但法治的最基本含义是要用法律约束人的行为,因而保守的克制主义对法律秩序的建设具有更为重要的作用。这当然不是说,克制主义法治观就是最好的或理想的司法意识形态。能动主义所讲的许多案例,可能是法律效果与社会效果俱佳的状态,然而这并不具有普遍性,很难做成一般意义上的要求,因为能抽象化的已经上升为法律规则了。法治是要实现普遍的正义,在规则的普遍之下才考虑事实的个性,法律人不能用个别性否定一般性。如果把所有的个性都当成我们决策的依据,法治就成为了空想。所以,尽管我们不反对在个案中参照具体的情境来解释法律,但我们也呼吁不能忘记一般的规则,而任由个性左右判断或决策。对法律规则的一般性我们必须坚守,对具体情境中的个性只能在一般指导下,在个案中做必要吸收。个别不是否定一般的理由,不能用具体情境否定一般法律的意义。笔者认为,没有规则的权威性,没有司法或行

政等主体对行为的克制,法治根本无法实现。

2 警惕能动主义或激进主义

“无论你从事什么行业;无论你是绝顶聪明,还是资质平平;如果你希望生活得有所成就,希望生活得充实,有一样必不可少的东西,那就是:激情。激情是主宰和激励一个人的才能的力量,如果没有激情,生命将会显得苍白和凄凉。”^[6]激情虽然和激进不同,但没有激情一般不会有激进的行为,这两者有着密切的关系。一方面,生活没有激情不行,正是激情促动了社会的发展与进步,甚至有极端者认为,犯罪是社会发展的动力,因为犯罪刺激人们的激情。就像没有老鼠,猫的功能就会退化一样,激情确实很重要,没有激情,诗人就写不出好诗篇;没有激情,社会发展的步伐就会放慢。但另一方面,如果激情泛滥,社会的稳定、和谐或者说法律秩序就会出现。施克莱认为:“大多数细心人都知道,法院行为果断,通过创立规则来推动政治目标,仅以民权为例,对这些目标他们可能表示支持;但他们也坚持,若要法官不偏不倚、整个程序公平公道,那就必须不徇私情、逐字逐句地贯彻铭刻在精神之岩上的规则。要改变这些规则,就必须通过立法机关,而绝不是法院。”^{[3]4}这实际上是说,法律人要对激情保持法治意义上的克制。激情是与能动相连的,这是人类活动的本质所在。但是,沃尔夫也在《司法能动主义》一书的副标题中发出了“司法能动主义究竟是自由的保障还是安全的威胁”的疑问,他说:“我相信司法能动主义是一个不幸的现象,如果没有它美国将变得更美好。”^{[5]4}能动主义发展到极端,就可能走向法治的反面。对法治进行破坏的典型就是纳粹主义或无政府主义,他们美化自发暴力,赞扬极端的民主,主张激烈的无视传统法律规则的行动,这是一种法律虚无主义的表现。这样看来,法治建设和破坏的典范也许都在欧洲。但在韦伯看来,欧洲文化的独特标志,就是发现、诠释、遵从规则,正是这一思想促成了只有在西方才独有的罗马法、法律职业、司法机构等。而与之形成鲜明对比的是,中国和伊斯兰国家的家长制司法^{[3]19}。中国的激进思想在很大程度上也是来自欧洲。中国近百年来主要革命思想主要是来自法国、德国和苏联,我们对卢梭、马克思、列宁的革命思想了解很多,但对保守主义的柏克等人的思想却知道的很少。法国大革命的思想、马克思的革命理论和十月革命的经验,对我们启发很大,指引着我们走上国家独立、民族复兴的道路,但是,当这些新民主主义的任务完成以后,我们就面临着和平与发展的问题。目前中国要建设的是法治与和谐社会,过去的传统,包括古代中国的传统

和近百年形成的新传统,对我们的发展不仅有连续性,而且具有重要的作用。如果我们利用得好,就会促进和谐社会的建设;反之,则可能成为发展的阻力。我们不能固守已经失宠的传统,应当在历史基础上进行创新。法治和和谐社会建设的目标要求我们用司法保守主义姿态,消解激进的、革命的、民族的以及暴力的意识形态。

3 理性的运用法律方法

卡多佐认为,“方法论提供了钥匙,却无法使我们易如反掌地发现和解开秘密。它给我们的,与其说是一把钥匙,不如说是一条线索,如果我们想汲取它的精华,必须自己逐步建立和发展它。”^[7]。法律方法是一种理论,尽管它是描述司法过程的,但它与司法实践有很大的距离。法律方法所能提供的,只是对法律人的思维的启示,并不是具体的行动方案。对各种各样的法律方法,法律人也是有选择的适用。在这个选择的过程中,保守主义的理性、冷静是必备的司法精神。拉伦茨认为,“方法论不是要列举一些确定规则,只须遵守它们即可确保可靠的法规范适用。解释及所有与解释相关的作用,它们不是仅依确定规则进行的活动:解释者具创意的想象力乃是必要的要求。”“就像多数的法规范,在适用方法上的智识时当仍有相当的判断余地。方法上的提示提供方向上的协助,可以审查思考过程中是否遗漏重要的观点,可以强制解释者说明解释过程。然而,如果认为解释者应该盲目、毫无创意地服从这些指示,那就把事情看得太简单了。”^[8]实现法治,就必须贯彻法律人意识形态的保守性。在法律方法的选择运用上,应注意这样四个方面的原则:(1)文义解释方法优先。这是保障法律安全性的最基本保障,也是法治的最基本方法。没有对法律文义的严格执行,任意就会出现,法治就不可能实现。法律思维要求法律人根据法律进行思维,其实就是要守望法律规则的安全性。(2)对目的解释方法的运用,主要强调追寻法律内目的,即法律文本的字里行间所能够发现之目的。对法律外目的的探询与运用应持克制姿态,即有条件地运用,目的仅仅是帮助我们理解法律的手段。如果说法律人是“看门人”的话,他所要看守的就是法律规则的固有意义不被法律外目的所瓦解。(3)法律价值衡量方法或利益衡量方法的运用必须经过严格论证。法律价值都是美好的,但价值之间存在着冲突。法治是承认价值多元的,而人们也是在多元的价值或利益衡量中寻求法治秩序的,法治在一定意义上就是妥协。如果一个社会奉行

一元价值,那么这个社会就很可能是专制的社会,因而价值衡量或者说利益衡量必不可少。制定法本身就是各种利益相互妥协的产物。法律中含有多种价值。一般地说,保守主义的司法意识形态,钟情于对自由的保护和权力的限制。无论权力披上什么样的价值外衣,自由、权利是不能被任意侵犯的,这可能是法治的精髓之所在。在制定法中,法律已对各种价值有所体现,因而人们不能轻易用法律外价值否定法律已固有的意义。当前,尤其要警惕打着社会利益、集体利益、国家利益、人民的要求等幌子,随意更改法律含义的行为。在司法中,我们会看到有些判决和某些法律价值冲突,但我们还得执行法律,某些价值的牺牲可能是实行法治所必须付出的代价。价值不是更改法律的充分理由,在司法中修改法律,必须要经过缜密而充分的论证。(4)认真对待法律推理。按照霍姆斯的观点,法律不是逻辑,而是经验。这种对法律的现实主义态度确实含有真实的成分,然而,这不是我们反对法律推理的理由,法律思维的保守性要求我们必须认真地对待逻辑推理。正是在现实社会中强化了法律规则逻辑的作用,才使得社会有了法治。逻辑固法,法律稳定社会秩序,这是我们能够看到的效果。如果我们不认真地对待法律推理,实际上就不会有法治。不要逻辑或推理正是司法激进主义的特征,司法激进主义者主张无法司法,实际上是法律虚无主义的表现。

参考文献:

- [1] 高一飞. 守护我们的权利[M]. 北京: 东方出版社, 2007: 225.
- [2] 文森特·安. 现代政治意识形态[M]. 袁久红, 等, 译. 南京: 江苏人民出版社、凤凰出版传媒集团, 2005.
- [3] 施克莱·朱. 守法主义——法、道德和政治审判[M]. 彭亚楠, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.
- [4] 许知远. 我要成为世界的一部分[M]. 海口: 海南出版社, 2007.
- [5] 沃尔夫·克. 司法能动主义——自由的保障还是安全的威胁[M]. 黄金荣, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004.
- [6] 白全珍. 感悟人生[M]. 哈尔滨: 黑龙江美术出版社, 2007: 231.
- [7] 卡多佐. 法律的成长、法律科学的悖论[M]. 董炯, 彭冰, 译. 北京: 中国法制出版社, 2002: 53.
- [8] 拉伦茨. 法学方法论[M]. 陈爱娥, 译. 北京: 商务印书馆, 2003: 122.

[责任编辑:朱 磊]