

# 我国传统法律文化与服务型政府构建 ——基于“新公共服务”范式的分析

李小兰

(福建师范大学 公共管理学院,福州 350007)

**[摘要]** 建基于封建自然经济和儒家思想之上、以秩序和谐和维护政权为目的传统法律文化,与现代法治理念不仅存在多方面的冲突,而且存在多角度的契合。随着“新公共服务”范式的兴起,服务型政府构建的呼声日益高涨。服务型政府的构建不仅要实现政府的职能观转型,同时需要现代民主法治作支撑。当务之急,要发展和创新传统法律文化,要实现传统法律文化的现代转型。

**[关键词]** 传统;现代法治;契合;服务

**[中图分类号]** D63 **[文献标识码]** B **[文章编号]** 1673-9477(2008)02-0048-03

马克思曾说过“人们创造自己的历史,并不是随心所欲的创造,而是在他们所直接碰到的、既定的、从过去继承下来的条件下创造。”时至今日,中国传统法律文化仍影响和制约着中国法治的现代化进程。随着“新公共服务”范式的兴起,现代公共行政越来越追求以公平、正义为价值核心的“服务行政”,要求建立一个为公民服务以增进共同利益的现代服务型政府。因此,如何看待传统法律文化、如何发掘和更新传统法律文化的现代价值、如何实现传统法律文化的现代回应以及寻找传统法律文化与当代法治建设的契合点等,均是不断发展和创新法律文化、实现现代民主法治和构建服务型政府的关键。

## 一、我国传统法律文化的特质

法律文化是在一定的社会物质生活条件下,人类在法律实践过程中所创造的精神财富及其法律制度、法律规范、法律机构和法律设施的总和,同时也是一个国家或一个民族对法律生活所持有的思想观念、感情模式和行为模式的总和。中国传统法律文化是一种道德化、伦理化的法律文化,是以宗法伦理为核心的法律文化,是维护专制统治的法律文化,充分体现着儒家的伦理精神和价值取向。

### 1. 礼治主义传统

“礼”是一种差别性的规则体系,“法”则是同一性的规则体系,二者分别是儒家和法家的治世工具。为维护封建社会秩序的稳定,统治者就需要寻找一种与自然经济基础和宗法制度相适应的调整社会关系的模式和结构,而“礼”则适应了这种需要,因此儒家的礼治思想必然居于主导地位。礼治所反映的实际是建立在宗法结构基础上的等级森严、尊卑有序的社会政治伦理秩序体系。由儒家礼教和家族本位的价值取向所决定,中国传统法律文化体现出极强的礼治特色,其法律精神从根本上漠视、否定、压制乃至剥夺个人的权利及价值。在此礼治秩序下,个人并不是独立存在的实体,其思想、感情、态度、行为与个性均被置于纲常伦理的规范体系之中,更多的只是服从既定的法律法规和统治者的规定与命令,鲜于鲜明表达自己的立场,鲜于追究法律对自身权利的侵犯。

### 2. 德治主义精神

在古代中国伦理法律中,道德几乎成为法律的化身。一方面,道德上的要求与法律的设定精神是契合的,即触犯法律的行为必然是不道德的,而有悖道德的行为则必然是非法的,甚至是犯罪行为。另一方面,在德刑关系上,德教的地位显然高于刑罚(法律)。“德主刑辅”原则的确立和不断强化,

充分反映了中国古代法制中道德教化的永恒价值。古代中国十分崇尚德治,道德是社会调整和规范的主要手段。法律以德教为主,刑罚的适用必须建立在德教的基础之上;刑罚是工具,而道德教化则是目的。法律沦为伦理道德体系和行政命令的附庸,成为统治阶级的统治工具,失去自身作为法律的独特个性与功能。法律的这种泛道德主义,必然影响法律权威和机制的建构,必然动摇法律在治国中的重要地位,不可避免地为入治主义奠定了基础。

### 3. 入治主义色彩

入治主义的基本内涵是在权力与法律的关系上强调权力大于法律,主张权力是法律产生的依据和法律存在的基础,法律受权力的支配和制约。古代中国的基本政体形态是君主专制,皇帝处于政治结构的金字塔顶峰,维护皇权的至高无上的至尊地位,乃是中国古代社会一切法律制度的基本目的和主要目的。不仅如此,在法律与皇权之间,法律成为皇权的附庸而丧失独立存在的地位,法律的至高无上性被皇权的绝对神圣所代替。因此,中国几千年封建社会的历史实际上就是一部入治主义专制统治的历史,带有明显的“法自君出”的法源入治化特色。这一切对中国封建法律的历史发展产生了巨大影响,形成了以维护皇权为核心的“入治”伦理法律体系。

### 4. 秩序和谐追求

秩序和谐是儒家法哲学的最高标准,也是以儒家思想为出发点的中国法律文化所追求的最高价值理想。儒家的治国方略甚至一切治国措施在很大程度上就是以社会和人际的和谐为起点与归宿的。与“天人合一”相一致,社会政治上主张“中庸”、“中和”,实现个人和社会、个人和国家、个人与个人的和谐与统一。和谐理想和中庸之道所蕴含的宽容理念反映在法律意识上就形成了“无讼”的价值取向。“法立而无犯,刑设而不用”,中国传统法律文化致力于以“无讼”来维护社会的稳定。人以无讼为有德、以诉讼为可耻,以致于人们更容易接受用调解的手段来解决纠纷。通过调解来解决民事纠纷,顺应了自给自足的自然经济的价值取向——重秩序、重义务、轻权利,但同时也淡化了人们的权利与义务关系,造成法治意识的淡薄。

## 二、我国传统法律文化与现代法治

### (一) 传统法律文化与现代法治理念的冲突与契合

随着经济和社会的变革,“法律具有至高权威”、“上下一体同受且只受法律之治”、“法律面前人人平等”等现代法律观念愈来愈受推崇,执法者严格依据由民主程序产生的立法

机构制定的明确、完备的法律来保障社会成员权益、维护社会稳定和秩序、促进国家各项事业发展的现代法治理念日益深入人心。与此同时,以维护封建专制为目的、道德化的传统法律文化则日益与现代法治精神背道而驰,日益显现出弊端。

首先,专制统治与民主执政的冲突。秦始皇统一中国以后历代封建君主均奉行“事在四方,要在中央;圣人执要,四方来效”(《韩非子·扬权》)的统治原则,从而地方与中央的关系逐渐由分权走向集权,封建君主的专制地位也随着不断加强以至极端。这种专制集权统治思想的束缚下,一方面铸就了以“三纲五常”为要义的封建法律文化,使得权力绝对化演绎到极致;另一方面,宣扬了“无诉”的法律价值追求,形成人们“忍为上”、“和为贵”的懦弱法律心理。这种专制思想至今仍在某种程度上熏染着政府及其行政人员,使得“以权力制约权力”的机制难以发挥功效,使得人民难以合法地诉求自身合法的利益。这无疑是与追求民主、分权和限权的现代法治精神是相背离的。

其次,“赋权”意识与“服务”意识的冲突。在古代的政治制度中,国家机关的管理权和统治权或是借用强力或是通过世袭而获得。统治者代表国家,无须过多考虑人民的利益和权利,即使出于维护统治的目的而予以考虑,也只能被视为一种“赋权”或恩赐。同时,在此基础上形成的法律法规也只能成为维护专制统治工具。现代法治理论通过对国家机关的权力来源以及权力性质的分析得出:国家机关的权力是一种“契约式”的权力,即公民通过订立契约将自己的部分权利让渡给政府,政府行使权力亦或人民成立政府的目的在于保护公民的权利。因此,从权力来源来看,是公民“赋予”国家机关以权力,而不是国家机关“赋予”公民以权利;从权力的性质而言,法律制度最重要的一点应该突出权力的义务与责任,即权力是用于“服务”大众和保障公民权利的。在这一点上,传统法制与现代法治背道而驰。

再次,法律工具主义与法律至上理念的冲突。现代法治理念所推崇的是“法律至上”的理念,强调“法律面前人人平等”任何人不得僭越法律。这与传统法制相去甚远。纵观中国古代的国家政治生活,与德礼相比,法始终居于一种从属的、统治工具的地位。正如管子所言:“法者,上之所以一民使下也”。(《管子·任法》)质言之,法是君主用来劝善止暴、役使人民和维护统治秩序的工具。虽然法家主张“生法者,君也”,但所谓“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”仅针对臣民而言,并不包括君主在内,即使涉及君主,顶多也仅是“法及太子,觚刺其傅”(《战国策·秦策一》)而已。因此,在中国传统法律文化中,法律臣服于皇权,要么作为一种驭民的工具,要么作为一种政治装饰品。时至今日,若无法摆脱这种法律工具主义的观点,“依法治国”理念也只能被束之高阁。

固然中国传统法律文化与现代法律文化基本精神存在相悖之处,但任何一种文明或文化都不是凭空而来,它不但具有鲜明的时代特点,而且也承载着历史的积累。同理,中国传统法律文化依赖于一种久远的历史习惯和传统,是一个民族长期的生活方式、宗教伦理、思维方式等的沉淀和凝结,具有极强的地域性、民族性,深深地融汇于人们的观念和意识中。纵观两千年形成的厚重的中国传统法律文化,我们不难发现其中不乏现代法治的精神火花。

其一,和谐理想相吻合。中国传统法律文化一贯主张和为贵,强调社会和谐,因此秩序和谐是法律的最高价值。无论是在立法上还是在执法中,法律的出发点和归宿均是维护礼治所确定的和谐秩序。中国传统法律文化的秩序价值,将“仁义”与“法术”进行相互吸收与调和,在某种意义上讲,它代表了历史的一种进步。当今,随着国家之间、民族之间矛盾冲突逐渐趋向缓和,各个国家都在寻求比较公平合理的秩序,我国也相应地提出构建和谐社会的设想。在这种情况下,具有较强的秩序意识、稳定意识和整合意识的中国传统法文化所追求的秩序价值得到重温和复苏。

其二,德治精神相契合。传承了两千多年的德治精神依然能够成为现代法治的灵魂。随着科学日益发达、智力日益昌盛,人们的自觉、自律能力越来越强,社会规则和社会秩序的道德性越来越浓厚,法律便退居其后,成为惩治少数个人无理性对抗社

会、反叛主流道德的惩戒手段和保障措施。由此可见,“为政以德”和“仁爱”的德治思想比法律的制约性更具有广度、深度和持久度。同时,法律不是万能的,社会需要多元控制机制,这便为道德和伦理发挥作用预留了一定的空间。因此,崇尚道德的目的性与张扬法律的工具性应有机的统一,“德主刑辅”经过修复与完善后在一定情况和条件下仍具有生命力。

再次,民主要求相融通。我国传统法律文化是建基于儒家思想之上。儒家创始人孔子创仁学、倡德政,孟子把两者结合起来,发展了具有完整体系的政治法律理论——仁政学说,始终贯穿着“民贵君轻”的民本精神。在君民关系的认识上,人心向背和人民力量是国家和君主的安危之所系。因此,“君舟民水”的思想一直都是后世仁人志士规谏君王重视民情的理论武器。“民本”思想所蕴含的“民主”要求与现代法治有相通之处,经先进理论的改造和更新,完全可以在现代法治的发展中起到积极的作用。

## (二)“新公共服务”呼唤现代民主法治

“继传统公共管理与新公共管理之后,出现新公共服务运动,并非偶然。姑不论它们之间的理论观点和具体内容上的分歧和争议如何,有一点似乎可以肯定和不容忽视,即强调或提醒公共管理主要是或者归根到底是公共服务的性质”。<sup>[1]</sup>因此,就新公共服务的起源、动因及其目标诉求而言,与其说是一种现代行政范式的探索与建构,毋宁说是对政府“公共性”的回归。随着新公共服务范式的兴起,现代公共行政越来越追求以公平、正义为价值核心的“服务型行政”,要求建立一个为公民服务以增进共同利益的现代服务型政府。

美国政治家詹姆士说过“如果人人都是天使,那么我们就不需要政府;如果政府是天使,那么我们也不需要控制和限制政府权力”。社会发展到一定阶段,社会个体无法抗拒强大的自然和社会力量对自己的迫害,单个个体无法保护自身利益的实现,他们需要“公权”来提供服务,于是他们通过代议制将自己“私权利”让渡出来,形成“公权力”,交给政府来行使。因此,国家就是一种公权力,是服务于民的公权力。尽管公权力是公民“私权利”的转化,但其本身就是一种强制力,具有相对的独立性和一元性,在行使过程中会有自然腐败的结构性特征。但是如果牺牲公共利益的机会成本由于机制的不健全而几乎可以忽略时,行政人员就极易钻制度的罅隙、僭越法律而谋取个人利益,从而践踏政府的“公共性”。因此,政府需要法治,公共服务需要法治。只有法治,才能为公民本位、社会本位和权利本位思想的实际履行提供制度保证,才能制约传统文化下根深蒂固的官本位、政府本位和权力本位思想对公民权利、公共利益的僭越。

毋庸置疑,尽管公共服务突显了政府实现“公共性”价值的道德责任,但它同样强调在实现公共服务中的法治基础。“公务员应该关注的不仅仅是市场;他们还应该关注法令和宪法、社区价值观、政治规范、职业标准以及公民利益。”<sup>[2]</sup>没有法治,就难以确保公共服务的有效提供,无从保证公共行政人员做出符合公共利益的行为,失去对政府及其行政人员行为责任的考察依据。因此,“新公共服务”呼唤现代法治理念,呼唤日臻细化和完善的公共法律体系与制度规范体系。

## 三、转型法律文化,构建服务型政府

“传统是不可或缺的,同时它们很少是完美的,传统存在的本身决定了人们要改变它们”。<sup>[3]</sup>因此,在服务型政府构建中,要以一种批判的眼光去简择什么是传统法律文化中应该活着和应该死去的部分。实现这一过程的关键在于对传统法律文化的扬弃必须有一定的文化认同原则和价值评判标准,即必须符合社会主义国家的内在规定性,必须坚持人民政府所固有的民主、正义、法治和为人民服务的价值取向,必须顺应服务型行政理念所内涵的公民本位、服务而非管制等行政理念。

(一)吸收传统法律文化的合理内核,为服务型政府理念提供养分

(下转第52页)

《信访举报双向承诺书》,建立双向信赖、相互配合机制,进一步规范举报人与纪委的行为,作到双向追究责任,既解决干部违纪问题,又限制无理取闹的“无赖”上访者,促进信访问题及时有效解决;推行信访举报人参查制度。即信访室对受理范围内的来访和署名举报,视其具体情况确定上访举报人参与调查组对部分问题的调查核实,根据举报人的素质、反映问题的性质和对纪委的信任程度,以及举报人与被举报人的关系等诸因素确定是否具备参与调查的条件,其目的是为充分挖掘上访举报人掌握的有效线索,同时消除举报人因怀疑调查结果而出现越级访和重复访的问题。通过有条件地让举报人参与信访(案件)调查,增强了信访(案件)调查工作透明度,保证了调查工作的时效和质量;实施回访倒查责任追究制度。即信访室定期对个别已处理完的信访问题进行回访倒查,重点检查信访问题处理意见的执行情况。涉纪单位或个人如有明显对信访处理意见阳奉阴违、久拖不办的,尤其是又重新引发重复访、越级访的,要追究其责任。

二是运用现代化的信息手段,不断开辟新的信访渠道,建立信访工作信息系统,国家信访局可充分运用现有政府信息网络资源,建立全国信访信息系统。各级党委政府立法司法机关可充分利用现有政务信息网络资源,建立本行政区域的信访信息

系统,并实现上下信访信息系统互联互通。

三是建立政府主导、社会参与、有利于迅速解决纠纷的机制。可组织社会团体、法律援助机构、相关专业人员、社会志愿者等共同参与,以咨询、教育、协商、调解、听证等多种方法,依法、及时、合理处理信访人的投诉请求。探索信访代理制度,鼓励和扶持各类社会中介组织逐渐介入信访代理领域,使之承担社会领域中的社会责任,以培养与现代法治社会相适应的公民意识。

总之,信访工作的过程,就是维护人民群众合法权益的过程,就是推动党的方针政策落实的过程,就是化解矛盾、构建和谐社会的過程。

做好信访工作,这对巩固党的执政基础、提高党的执政能力具有重要作用。加强信访工作是党和政府联系人民群众的桥梁和纽带,是保持社会稳定的关键,也是全面提升我市四省交界区域中心地位的迫切需要。本课题将运用实证分析法和归纳法通过对一些有代表性的人民内部矛盾问题的论证,表明新时期信访工作中存在的问题及如何走出困境,这无疑将对增强党的群众基础,巩固党的执政地位,提升我市为四省交界区域中心地位,具有重要的理论意义和现实意义。

[责任编辑:陶爱新]

(上接第49页)

“新公共服务”兴起于西方,因此服务型政府的理念多引自于西方。传统法律文化并不能完全适应和服务于服务型政府的构建,但传统法律文化是历史的积淀,凝聚了民族思想的精华,其本土性和传承性决定了它在现代社会中的生命力。虽然以“无讼”为标志的秩序和谐是传统法律文化的目标,但是其所倡导的和谐精神在今天的政治与行政发展中仍有很大的价值和很强的生命力;虽然民本意识不能作为今天民主行政理念的直接价值来源,但无疑应该而且必须是中国现代民主行政萌发土壤和基础之一;虽然德主刑辅思想不利于法律和制度的完善,且一定程度上还会成为依法行政的巨大障碍,但它注重突出人在社会中的主体性地位,强调人的行为既要以强制性的法律规范为依据,又要以更高层次的德性良知为追求,这也是现代法治行政所追求的目标。较之西方法治思想将法律认定为社会控制的唯一手段、将行政人员看作被法约束的客体的做法,这无疑更能引起行政人员内心的共鸣,也能在提升行政人员的精神道德方面发挥更大的作用。传统法律文化是传统行政文化的组成部分,作为一种文化精神权威,与行政人员和广大民众有着历史的、文化的情感。通过分析传统法律文化精华,不仅可以为服务型政府的理念生成提供养分,而且更易给广大民众一种历史的权威感和亲切感。

(二)摒弃传统法律文化的弊端成分,为服务型政府构建创造条件

由于传统法律文化以封建自然经济为经济基础,服务于“家天下”的国家政权,其赖以生长的土壤及其维护封建统治的工具性决定了其存在天然的缺陷。因此,要构建服务型政府,就必须实现法律文化的现代转型,实现现代民主法治。

首先,实现政府专制到程序民主的转变。现代民主法治就是一种以民主为基础的法治。因此,它非常强调程序的民主、合法与公正。政府在提供公共服务的过程中要做到“依法提供”,不能恣意妄为。法律是公民意志的凝结,最终上升为国家统治意志。如果离开了法律的规范和指导,不遵循法律规定的程序,那么公共服务势必会背离公共意志,不仅无章可循,而且最终将

导致专横、专制,甚至形成无政府主义的局面,这有悖于服务型政府有序运行的理念。

其次,实现“赋权”意识到“服务”意识的转变。现代法治理论认为政府的合法权力来源于民众的同意,质言之,政府的权力来自民众,政府行使权力亦或人民成立政府的目的在于保护公民的权利。因此,政府服务于公共利益和公民大众,不是传统法律文化视野下对社会的一种“赋权”或恩赐,相反,是一种与生俱来的职责和义务。因此,必须转变传统法律中的“赋权”意识,必须突出权力的义务与责任,即权力是用于“服务”大众和保障公民权利的。在国家的根本利益和基本公共利益不受损害的前提下,服务型政府要充分尊重公民权利,不仅要维护公民的合法权利,而且要鼓励公民积极行使合法权利。

最后,实现德主刑辅到德法兼治的转变。一方面,要理智地看待道德的作用。在继承传统美德、发扬道德优势的同时,要理智的看待人性和道德。趋利避害是人的本能,不管是精英人物还是普通民众,都有可能为了谋取个人利益而违背道德、僭越法律。因此,道德的作用是有限的。另一方面,应该借鉴西方国家的法治理论,要勇敢的面对人的劣根性,制定法律并从制度上对其予以制止。服务型政府的构建要求将德治与法治有机的统一起来,既要发挥传统美德的感化作用,也要确保法律的至上性。

#### [参考文献]

- [1]夏书章. 公共服务[J]. 中国行政管理, 2003, (3): 36.
- [2][美]珍妮特·V·登哈特, 罗伯特·B·登哈特. 新公共服务: 服务, 而不是掌舵[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004. 114.
- [3][美]E·希尔斯, 吕乐译. 论传统[M]. 上海: 上海人民出版社, 1991. 285.

[责任编辑:陶爱新]