

- [17] Teubner G. *Global Law without a State*. Indiana: Dartmouth Publishing Company Limited, 1996.
- [18] Linda Bosniak. Citizenship Denationalized. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Spring 2000. Volume 7, Issue 2.
- [19] Kim Rubenstein & Daniel Adler. International Citizenship: the Future of Nationality in a Globalized World. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Spring 2000. Volume 7, Issue 2.
- [20] 马克思恩格斯选集, 第1卷 [M]. 人民出版社, 1995. 39.
- [21] 冯玉军. 法律与全球化一般理论述评 [J]. 中国法学, 2002, (4).

法律思维方式与公民文化的塑造

陈金钊

〔摘要〕 法治精神有两种表现, 一是在立场上或方法上的妥协、克制、制约、谦抑, 二是在目标和价值追求上的民主、自由、权利、正义等。从政治社会学的角度看法治, 思想方法、利益追求和社会存在应是多元的。公民社会对法治建设来说是不可缺少的, 它是一种来自民间的团体对公权力的制约。从法律社会学的角度看, 法治要求人们拥有最低限度的法律思维, 以便达至最低的共识。法律对权力的制约程度是由公民文化水平所决定的。因而发展公民文化就成了法治建设的重要环节。公民文化是法律文化的组成部分, 其核心是法律思维方式。无论是权利的维护还是对权力的限制, 都离不开法律思维方式的运用。

〔关键词〕 公民社会; 法律文化; 法律思维方式; 公民文化; 法治

〔中图分类号〕 DF0-059 〔文献标识码〕 A 〔文章编号〕 1000-4769 (2008) 01-0016-07

虽然法律思维与政治、经济、道德、科学等思维形式相比较有自己的独立性或者说独特性, 但法律思维方式并不是孤立存在的, 而是与其他思维形式尤其是与政治思维方式有着比较密切的联系, 我们很难找出他们之间的截然界限。法律思维与其他思维方式的不同, 主要表现在它们属于不同的学科和语言系统、服务于不同的研究目的; 研究者从各自的立场和叙述方式中有时会得到不同的结论。关于公民文化的研究, 一般被认为属于政治学的范畴。虽然政治学者们的研究中不时也会涉及到法律问题, 但从现有的研究现状来看, 法学界对此问题的专门研究确实很少。这当然不是说现有法学研究的内容与公民文化无关,

只是我们还没有把公民文化列为专业性的课题。实际上, 如果我们认真思索公民文化和法律文化的话, 就会发现二者之间并没有质的区别。甚至, 我们还会发现公民文化的核心内容, 其实就是法学或者说主要是法律问题。公民文化的称谓只是政治学者把法律思维运用到政治话语中了。这样说, 不仅仅是因为公民首先是一个法律概念, 更主要的原因可能在于, 公民文化实际上涉及到法学的核心问题——权利运用及其保护问题。当我们意识到自己是个公民的时候, 意味着法律与公民身份相联系的各种权利; 意味着法律对各种主体身份的一种平等地位的确定。许多学者已经认识到, 法学是权利之学, 义务和责任是依附于

〔作者简介〕 陈金钊, 山东大学法学院教授, 博士生导师, 山东 济南 250100

权利的。没有权利就没有义务；没有义务也就无所谓权利。从宪法和法律的角度看，政党、政府、公民和法人等都是平等的主体。政府和政党这样的主体只能享受法定的权利，没有法律外的特殊权利。公民则除了具有法定的权利外，还享受法律不禁止的权利。虽然许多论著常常把政府的权利视为权力，那仅仅是在管理意义上的含义。在公民社会中，没有臣民，只有平等的主体。在对重大问题的决策上都是平等的参与者。

一、公民社会中的法律思维

法律思维是公民社会中典型的思维形式。原因在于：公民社会实际上是法治社会的产物。没有法治就不可能有公民社会。公民权利的实现主要是依靠法治手段作为保障。而法治除了制度的保护外，公民的自保也是十分重要的。所谓自保也主要是依靠法律作为武器，运用法律的明确性、意义的固定性来捍卫自己的权利，限制政府和政党的非法或违法行为。法治的实现有两种方式：一是以权利制约权力。这种方式是通过划定权利与权力的各自界限，通过公民认真对待权利和公权力主体认真克制自己的行为，从而使权力与权利之间形成大体明确的界限。通过广布权利与认真地对待权利，在权利与权力之间寻求一种均衡与和谐。这种方式在西方国家很见效。二是以权力制约权力，即通过明确各种公权力的范围，使各种权力的行使相互制约，实现权力之间的牵制与平衡。无论是以权利制约权力，还是以权力制约权力，都必须运用法律思维。没有法律思维，权利与权力、权力与权力、权利与权利之间的关系无法具体确认或运转。法律思维作为一种独特的思维方式，支撑着法治在细节方面的运作。没有法律思维方式，只有权利的愿望，权利的实现和权力的制约便无思想基础。以公民社会的思想基础是权利本位为例，权利本位指的是权利义务关系中的优位选择，即权利体现了人们行为的法律目的；权利的实现需要我们明晰多重法律关系，而明确法律关系就需要根据法律进行思考，最后运用法律程序使权利和义务落到实处。权利的实

现是一个复杂的法律运作的过程，其中的每一步骤都离不开法律思维的运用。

所谓法律思维主要是指根据法律的思维，即适用法律原则、规范、概念、理念和方法作为思考问题的出发点，思考事实的法律意义。法律思维有许多特征，如思维的保守性、靠经验和已发现的智慧解决问题；^①思维的独断性，探寻事物与行为的法律意义；^②还有思维的机械性，主要运用形式逻辑的“一刀两断”方法等。这些实际上仅仅是法律思维的形式特征。在过去的法学中，像自然法学、法律社会学等经常批判法律思维的这种形式性，其攻击的主要依据是说，这样的法律思维方式是法律远离了道德、正义、公平等法律价值，使思维过程完全变成了形式逻辑的运用。但我们认为，这是一种对形式主义法学或者说法律思维方式的误解。我们看到，形式主义法学是讲道德或者法律价值的，只不过没有像自然法学那样大讲特讲道德，主张用道德修改法律，形式主义法学讲的是法律中已经规定的道德和正义等，把捍卫法律意义的固定性，即对法律的忠诚当成了最主要的意识形态；反对的是那种用法律外的道德修改或代替现行的法律的思想 and 行为。我们还可以看到，现代的法律对公民权利义务都有了较为详细的规定。法律对政治行为、经济行为等的规定已经很具体；从这些规定中还可以推导出许多的权利和义务。一般的道德和正义等在法律中都有规定和体现，所以有人称法律是最低限度的道德。在一般情况下，遵守法律就是奉行道德和正义。当然这并不排除在具体运用法律的时候会出现法律与一般道德的冲突。对此，我们只能在司法过程通过法律思维方式予以校正。但这种用道德价值对法律的校正，应是克制和有限的，得受法治原则和法律共同体思维方式的限制。一般来说，法律如果是明确的就应该遵守；要校正就得运用法律论证方法。法律思维是一种职业思维，在执业过程中，逻辑的运用只是为了固定成文法的意义，实现法律意义的稳定性。这是法律人最基本的职业道德。法律人除了奉行职业道德外，还必须坚守社会的基本道德。在一定程度上

① 法律本身就是理性化了的经验和智慧。所以，根据法律进行的思维与创造性思维、科学性思维有许多重要差别。法律思维不在于创新，而在于用经验性的法律方法和技巧解决问题。

② 独断性思维在于思考者根据法律所得出的结论，而不是自己的“创新”或意见，是通过思考探寻法律的意义，思考者的个人意见被淹没在法律意见中了。以法律解释为例，解释者不管多么想创新，但按法治的原则只能得出法律意见。这当然不是要抹煞法律人的创造性，实际上任何法律解释都是带有创造性的解释，但法律人的“创造”都是打着法律的旗帜所进行的创新，以个人的名义所进行的创新在法治社会中是没有影响力和说服力的。

说，法律人是社会最基本良心的守望者。这当然不是说每一个法律人都能做到这一点，而只是说正义、公平等是法律的基本价值，法律人应该是正义的守护神。他们在解释法律的时候，开口闭口都是公平、正义。所以我们不能因为研究法律思维的人只讲形式性的法律就认为法律思维是形式性的。法律思维从本质上看，是一种利益思维，它抓住了人类行为最核心的东西——利益，从调个体利益出发，通过规则和程序的引导达到保护每一个个体的利益。法律思维对利益的保护是双向的，即不仅有权利的设定，而且有义务的规制，权利义务是一致的。从价值的角度看法律思维是一种探寻正义的思维。形式性的法律思维中包含着对法律正义的追求，包含着对权力的限制与约束。

公民社会的最基本含义，强调存在着不受国家权力任意支配的民间团体。这些团体可以有效地影响国家的政策和方向，并在一定程度上可以自我建设，自我协调。由于国家对社会团体拥有优先特权，因此公民社会需要特别警惕国家对社会范围的“入侵”或干涉。成熟的公民社会，是一个独立自主的领域，它保障着社会的安全。公民社会是一个主张权力分化或多元化的社会，其核心部分是公民权利和自由的主张，它包含了一组特定的权利和使权利可以实施的社会制度，其中制度是权利实现的保障。公民社会是以国家、经济和市民社会三分法代替原来的国家与市民社会的二分法。公民社会主要是由社会和文化领域构成的，是介于国家与经济之间的社会互动领域，通过文化意义上的市民社会的重建、保障个人的基本权利，实现民主、自由、平等、团结、公正的理想。由于公民社会的理论根基在于法律对权利的设定，因而根据法律的思考就把制度的设计贯穿于法治的细节中。这就使得法律思维在公民社会的建设中显得特别重要。“在政治方面公民社会是一个利益竞争的市场，最高法院兼任管制，并保证政治市场的活动和运作秩序，宪法在那里所以成为社会各界的信守合约，归因于国家的缺位及国家力量的微弱。在这样的条件下，社会需要以某种方式自己管制自己，这就需要一系列关于公民权利的法律约定，以防止竞争中发生互相伤害。”^{〔1〕}在公民社会所奉行的是自治的信念，但自治不是任意，而是有规则的约束，有法院的管

辖；法院在公民社会中不完全是国家机关，而是介于公民社会与国家权力之间的“中立”机构。法官不仅是国家的法律工作者，也是社会的法律工作者。规则和法院具有双重属性，既是公民社会自治的依托，是“抵制”国家权力的防线，也是国家实施法律管理的工具。公民意愿的表达和国家管理权力的形式都是在法律范围内行使。

公民社会崇尚个体权利及其组织地位，而不依权力的层次作为秩序的基础，不承认国家的高级管理地位，“而是从根本上相信，社会秩序来源于公民社会的自我管制，即它自己的治理机构（法院）的权威，这就构成了平等的利益团体的多元竞争的条件。因此公民社会就成为政治社会学中多元理念的中心价值之一。”^{〔2〕}当然，这是基于公民社会的内在要求所讲的，实际上，从宏观上看，法治社会是要维护政府和公民权利间的均衡。这种均衡的维持不仅要依靠宪政和法律等硬性制度的匡约，还需要公民文化的觉醒。西方民主国家对政府权力的限制除了代议制和权力制衡两道防线之外，更得益于深层的隐性防线——以权利本位为内涵的公民文化的软制约。^{〔3〕}公民文化的发展和建设并不只是一个观念的道德化过程，而是与整个社会结构的发育、社会制度的完善，以及作为文化之行为主体的公民本身的素质、意识等等，都有深刻的联系。^{〔4〕}公民文化虽说是个政治概念，但其核心内容却与法律存在着密切的联系。我国公民社会还远没有建立，其根本的原因可能在于我们没有公民意识的全面觉醒。我们对法治的理解还停留在方便管理的层面，宪政就是“限政”、法制就是制约的理念还远没有树立起来。

二、公民文化的核心思维形式是法律思维

我国自辛亥革命前引入公民一词，虽历时一百多年，但从我国政治文化的主流倾向看，还没有摆脱臣民文化的阴影。我们虽然高喊着民主、法治、自由，但从意识的深层来看，人们对民主、自由与法治还很淡漠。因而从臣民文化到参与文化的转变，^{〔5〕}从“群众文化”^{〔6〕}到法治文化的转变还需要一段时期。公民文化包括公民的信仰、修养、自律精神和良知等内容，但从其根本来说，公民文化是民主文化、法治文化和经济文化的综合。^①公民文化有特定的主题和内容，它需要把

① 虽然，我们看到许多国家和地区也存在着民主与法制相分离的现实，但从法制能够实现的深层来看，民主法制是联系在一起的。没有民主就不可能有公民社会意义上的法制，只有管理意义上的法制。

公民的自我意识升华为一般理论，按照公民社会的标准重新定义国家和公共权力及其与个人的关系。总之它应该是表达公民的意识、欲求和期望的新价值体系。^[7]

(1) 从政治学的角度看，公民文化是实现政治民主的软件，没有公民意识的觉醒，不可能有民主制度的实现。“中国改革的发展趋向和世界政治改革的潮流告诉我们，新世纪中国政治学的使命就是为构建健全的民主制度提供理论支持。公民文化是民主制度的隐结构，只有公民文化发展到一定程度，民主制度才能建立起来，也只有得到公民文化的支持，民主制度才能得到巩固和健康运作。”^[8]由于我国政治现代化是西方政治文化冲击的结果，现代公民文化并不能由本土文化自然生成，它需要移植、嫁接和融会外来文化，所以它又是衍生型文化，是一种人为的建构。^[9]有学者认为，公民文化应当具备以宪法为基本依据的八个统一：权利与义务的统一、自由与规则的统一、尊严与建制的统一、参与与服从的统一、自我与合作的统一、私利与公益的统一、怜己与悯人的统一、适度与正义的统一。^[10]这几个统一，可以使我们在宪法旗帜下，更全面地认识公民文化。我们可以看到，公民文化中有政治活动的要求，但不至于摧毁政府的权威。公民文化的主流应是保守主义的，有政治参与但是温和的；有政治纷争但是有节制的。说公民文化是保守主义的，主要原因是行为遵守法制的原则。作为一个公民，应该知道根据宪法和法律赋予自己怎样的权利和义务，自己可以做什么和应当做什么。在公民文化中还包括一些个人的素质因素，像礼貌、谦抑、尊重他人、自我克制，高尚良好的品德与风范。这些东西反映的都是法制的要求。

公民文化是以实现民主为依归的。但民主的实现，是与法律所规定的民主权利联系在一起的。在这里，民主借用权利成了法律的概念，它要通过充分的参与实现民主的目标。这种参与的愿望是发自内心的，但参与的形式和范围则是由法律来确定的，实际上的参与程度则是法律思维的水平来决定的。我国宪法规定了和西方法治国家差不多的权利，但我国公民民主权利的实现却不令人满意，许多权利的规定只是纸上的东西。我们有广度的民主，但缺少深度的参与；我们有选举权，但选举权所涉及的范围却很小。这一方面是因为法律没有对民主权利规定详细的具体实施细则，即只有权利的许诺，而没有具体的程序保证；但另一方面也与我国公民自身的法律思维

水平低有很大的关系，我们还没有改变臣民文化的束缚；我们还不知道运用法律赋予我们的民主权利来捍卫自身的利益。公民文化的缺失很可能使权利在运作中走样。日常生活中法律思维方式的缺位，使得我们一方面漠视自己的权利存在；另一方面也使得人们不知道如何正确地行使权利，有时候我们有了权利却不知道珍惜。这不是法律规定本身的问题，而是文化问题或者说是思维方式——即法律思维水平低的问题。我们对待民主权利，如果像对待自己的民事权利那样，公民文化就可能容易形成一些。当然这二者也是有互动作用的，一般来说，对民事权利的追求也会促动对民主权利追求。在生活水平达到一定的高度后，对民主的需求就会升高。现阶段重视经济利益忽视民主权利的现象，很可能是追求民主权利的前奏。我们看到民事权利意识和10年前比较有质的飞跃，动辄打官司成了一种时髦。但我们现在对民主权利的热情并不是很高，这说明我们的公民文化还存在着结构性的缺陷。改善这种局面的方法除了直接的灌输民主权利意识外，主要还得靠法律思维水平的提升。

(2) 从法学的角度看，公民文化主要表现为社会成员普遍以权利义务为准则的主体意识、法制意识、道德意识和合作意识等融为一体的公民意识。^[11]比如，美国公民文化相对较为完善，这表现在它与法律有较为密切的联系。美国公民文化的基本理论，主要来源于美国的宪法，此外，市民的良知及宗教情感是美国公民品格的核心部分，重要的是美国公民文化有很强的契约精神，强调私有财产神圣不可侵犯。^[12]这些都是与法律思维联系在一起的。另外，西方法制文化与宗教文化联系比较密切，像世界第一个成熟的法律体系，按照伯尔曼的说法就是宗教法体系，西方人对法律的信仰在一定程度上是由其宗教情结影响的。在美国，一百多年前（按法国思想家托克维尔的说法）就已经开始了政治的法律化运动，几乎所有的重大政治问题最后都可能还原成法律问题。法律的政治化、政治的法律化已经成为日常文化的组成部分。离开法律思维方式我们无法理解美国等西方国家的政治活动。

(3) 对公民文化我们还可以从经济学的角度进行观察。但从这一角度看，仍然可以看到法律思维的身影。“公民文化是建立在市场经济和民主政治基础上的现代文化，它标志着人由自在的自然状态走向自由的自觉状态，它的特点是主张自由选择、自主创造和自我负责，力求以理性取

代外在强制。”^[13]历史发展的逻辑证明，市场经济的发展是公民文化形成的基本动力。正是随着市场经济的发展，平等、自由、契约精神等才成为公民文化的内容。我们不能忘记的是，市场经济就是法制经济，没有法制就没有市场经济的正常运作。市场经济试图把政府限制在最小的范围内，这是公民文化的组成部分，但对政府的限制是通过法治来完成的。市场经济发展到今天，已经成了法治领域的典范，政府和企业的规范行为以及权利与权力的制约，都为其他领域树立了榜样。

三、用法律思维塑造公民文化

法律思维是法治实现的思想条件，但法律思维是如何型塑公民文化的呢？首先我们需要考察一下法律思维的基本内容。北京大学陈瑞华教授对法律人的思维进行了总结：^①第一，法律思维方式是一种完整的概念体系。体系中的概念是法律思维所使用的最基本工具，由这些概念所构成的法学原理、知识是思维的起点（或者说法律规范是法律思维的逻辑起点）。法律人是带着法律眼睛观察社会的。第二，法律思维是一套独立的价值体系。法律的基本原则、理念和价值标准，决定了法律规则的基本框架。虽然法律条文不断地变化，但价值却不轻易变化。法律的许多价值，对那些不从事法律职业的人来说，经常面临着不可接受的问题。像无罪推定、正当程序以及程序优先、形式优于实质等，都是“常人”所不好接受的。第三，法律思维是一种独特的逻辑推理形式。如在刑法领域，事实上有罪与法律上有罪是两个不同的概念。刑事法律实施的过程，其实也就是将一个人从事实上有罪转化为法律上有罪，在这个转化过程中，法律设置了许多障碍，目的是限制国家将公民从事实上有罪转化为法律上有罪。这是一种法制的逻辑。第四，法律思维特别重视证据的作用。所谓法律事实就是指那种能够用证据加以证明的事实。事实不能被证据加以证明，就不能用于处理案件（除了法律推定的事实）。证据规则也很多，不同种类的法律，如刑法与民法对证据还有不同的运用规则。由于证据的严格性，有时也可能会漏掉一些“罪犯”，也会使恶人得益，但在法律人看来，这可能是实施法治所必须付出的代价。第五，法律思维包括独

特的责任分配体系。简化统一责任方式是法律代替复杂多样的惩罚形式的重要表现。法律早期的惩罚方式异常复杂、残酷。但随着人类文明的发展进步，无论是刑事处罚，还是民事处罚都朝着人道、体面的方向发展。这样就出现了特殊的责任分配体系。这种责任体系在法律思维中有重要分量，法律思维之所以有说服力和影响力，在很大程度上与有法律责任体系有关系。法律人的思维如果不涉及到这一部分就是不完整的。^[14]

公民用什么抵制权力的滥用，追逐合法的利益？循着这个思路我们就会发现法律思维的作用。著名学者李慎之断言中国和西方的最大差距，主要表现在公民文化的水平。^[15]但如何形成公民意识，提升公民文化是我们面临的主要任务。许多人都提到了用教育来提升公民文化水平，但什么样的教育才能提升公民意识呢？我们认为法学教育是最重要的手段。我国法学中的臣民文化的成分较少，基本上都是从西方直接引进的学术。虽然这其中也有一些改造，但我国法学基本上是西方法学的移植，这使我们的法学家显得自卑，但也使我们的法学内容较少有历史的包袱。我们看到，要求全民都具有法律思维也是不可能的，但社会的精英必须具备法治理念及思维方式。上述法律思维的特点提醒我们，公民尤其是作为社会精英的公民，应该在如下这几个方面塑造公民文化：

（1）权利意识。权利意识是公民文化的核心，也是法律思维的根本。几乎所有的法律思维原动力都是从权利开始，其根本的归宿也在于权利。复杂的法律思维过程，如果还原成权利、义务、责任都可能通过法律关系变得清晰起来。人们为之奋斗的一切都与他们的利益相关。权利包括权能与利益，权能是指权利主体的资格与能力的规定，是权利的形式，利益是权利的本质。传统的臣民思维否认了个体利益的合法存在，造成了人们的行动与个体利益无关，因而很难真正调动发自人内心的权利行为积极性。中国文化目前缺少对个体利益的普遍关怀，个体也缺少对集体利益和国家利益的真正关心。我们没有搞清楚国家利益、集体利益是不同的利益，往往把个体的利益淹没在国家利益和集体利益之中。虽然个体利益与国家、集体利益之间有着千丝万缕的联系，但

① 因为最近一段时间写了几篇法律思维的论文，在脑子里似乎形成一些固定认识。为避免与其他文章雷同，在本文中，我采用了陈瑞华教授的描述理路。标题下的一些描述可能有与陈文有不一致的地方，或者误解的地方。当然完全一样就成了抄袭，那就成了学术规范问题。虽然是同样的描述理路，但也可能是不同的理解。

不同的利益是有区别的,不同的利益也有不同的价值意义。不加区别的思维,对法制建设不一定都是有利的。因为,对自我的完善与提高不给予足够的重视,就会对自己的利益有不正确的定位,也就不会把法制当成自己的事业来搞,从而使法制建设缺乏原动力。比如,在我国法律中有许多的权利规定,但我们的公民并没有认真地对待这些权利,我们在许多领域对权利的概括和理解力还相当低,像诸如我们身边的教师权利、学生的权利等我们都没有给予足够的重视,基本的分类也不清楚。但我们对此都能习以为常,我们还是一个“以服从管理为基本理念”的社会。权利是目的、权利需要自我保障的意识都相当淡薄。我们认为,如果整个社会持续对权利漠视,迟早会造成社会的动荡。所以,用唤醒权利意识的方法使社会正常运转或转型,是法学家的任务,也是政治家的任务。法学家就是要把这种可能出现的社会冲突控制在法律范围内;而政治家的责任是要避免出现革命的手段来解决矛盾。权利意识的唤醒绝不是像有些人所想象的那样,会激起更多的矛盾,人民更难管理,而是把人们对利益的追求都框定在法律的范围内。这既符合管理者的利益也符合广大公民的利益。公民权利是关系到公民人生的实现的重大问题,对大多数人来说,只要公民的权利真正得到实现,公民政治人生的价值就可以圆满了。这就可以避免都把人生的价值压到权位和集体优越感中去,更多的公民应该从个体的自豪感中实现其价值。从这个角度看,公民的权利问题绝不是一个小事情,而是关乎整个社会稳定与国家长治久安的大问题。

(2) 程序意识。关于法治社会的设想是通过广布权利,使每一个个体都能在法律范围寻求自己的利益,这是法制试图达到的目标。但这一目标的实现,不是光有规则就能完成的,为使权利的实现有所保障,就需要严格的程序来限制权力与权利的追逐形式。从西方法制国家的经验来看,没有严格的法律程序,法制就实现不了,权力和权利也不好约束。“程序是一套规则体系,是维持公平游戏的规则,它是指为达成某一法律决定所要经历的步骤、方式和程式。”^[16]法治的显著特征就是正当程序。要想实现法制,公民和官员都要有很强的程序意识。就诉讼来说,程序要求审判必须听取双方的陈述;任何人不能担任自己案件或与自己利益相关的法官;法律的天平倾向弱者;正义植根于信赖;审判过程、判决理由和判决结果的公开等等。程序的意义还在于,绝对的

公正很难实现,我们在许多情况下,不得不把程序或形式当成一种公正的标志,把形式正义或程序正义当成我们的目标和工具,用程序来约束权力与权利的正当行使。人们不会运用正当程序来实现法治的目标,就不可能有公民社会或法制社会。这是法律思维或者说公民文化的关键因素之一。

(3) 证据意识。证据意识是一个公民法律水平高低的标志。法律上的证据是说明事实的最有力的东西。一般来说打官司就是拼证据,即以事实为根据以法律为准绳,而法律事实就是指那种能够用证据加以证明或者是可以用法律推定的事实。没有证据意识,即使我们有权利观念,如果在具体的案件中证据不足或没有形成证据链条,再加上不能依法加以推定,受到伤害的权利就无法进行救济。证据是抵制各种侵害、实施司法救济的前提条件。证据意识是建立在人性恶的理念基础上的,即当权利是完整的时候,要想到权利受到伤害后的补救措施。这一点对政府和集团来说也都是是一样的。法制社会证据与权利保障密切相关,没有证据许多的权利无法进行救济。

(4) 规则意识。规则对政府和公民有不同的要求:政府行使权力必须有法律的明确授权;公民的权利既可以由法律授予,也可以根据规则推定,法律不禁止的就是权利。这是法治的基本要求。像宪法的主要职能之一就是采取罗列、划定公权力的范围。而对公民采取比例原则,即只有在必要的情况下才实施惩罚或禁止性的规定。比例原则是刑法、行政法、刑事诉讼法乃至于宪法的基本原则,它是约束国家公权力的最基本手段。^[17]在刑法领域,罪刑法定的规定特别明显地要求我们认真地对待规则;在行政法领域依法行政原则也要求对规则不能马虎,否则公民就可以运用规则的明确性,指出行政行为的非法性。公民的权利是靠规则的明确来保障的。

(5) 公平、正义观念。公民虽然是个体,但这一称谓不是纯私利的表达。公民之公背负着公心、公正、公平、正义、自由和秩序的责任。像法官不完全是“官”一样,其行为依据主要是法律;公民也不完全就是民,虽然法律对公民规定了具有某个国家国籍的人就是那个国家的公民,但这仅仅是公民的最基本的法律条件。从政治要求上看,公民社会的公民应该是那种有责任感的、合乎最基本道德要求、不仅关心自己也关心他人和社会的公民。当然这些要求并不涉及公民资格问题,而是一种对公民社会责任的高要求,并非

不具备这些条件就没有公民资格。公民社会里的精英公民，要负起政治、道德与法律上的责任，应该是一个负责任的人。这里的责任实际上是和公民的权利息息相关的，没有这份责任感，权利根本无法彻底地或完整地实现。权利与义务的总量是相等的，如果我们尽的义务少，就不可能获得多的权利。如果少尽义务多享受权利，所享受的只能是特权，而特权正是公民社会和法制所反对的。我们经常抱怨我国的公民权利没有像西方社会那样得到充分享受，但是我们也看到，就整体来说，我国的公民也没有像西方社会的公民那样，尽那么多的责任或义务。公民之公也不完全是公，而是与私权利联系密切的一对范畴，这是

一对矛盾体，公共事物做得少，私利也会较少地获取。所以，在公民社会中我们必须弘扬公平正义观念，这是培育公民文化所不可缺少的。

权利观念、程序意识、规则意识、证据意识、公平正义观念这是法律思维不可缺少的最基本内容，也是培育公民文化的重要组成部分。建设公民文化不仅是近几十年政治文化的主题，而且还是法治文化的组成部分，也是法律人的历史使命。我们注意到，制度要转变成思维方式才能变为文化的组成部分。“如果一个国家的人民缺乏一种能赋予这些制度以真实生命力的广泛的现代心理基础，……失败和畸形发展的悲惨的结局是不可避免的。”^{〔18〕}

〔参考文献〕

- 〔1〕〔2〕张静. 法团主义 (修订版)〔M〕. 中国社会科学出版社, 2005 7, 8
- 〔3〕马宇娟. 公民文化: 制约政府权力的第三道防线〔J〕. 兰州学刊, 2005 (3).
- 〔4〕黄湘莲. 公民社会、公民性与公民文化建设〔J〕. 北京师范大学学报 (社会科学版), 2005 (2).
- 〔5〕张华青. 论政治现代化与公民文化〔J〕. 复旦学报, 2003 (1).
- 〔6〕〔7〕〔8〕〔9〕从日云. 构建公民文化——面向 21 世纪中国政治学研究的主题〔J〕. 理论与现代化, 1999 (12).
- 〔10〕马庆钰. 公民文化的价值尺度〔J〕. 文史哲, 2003 (3).
- 〔11〕卢爱国. 公民文化与社会监督〔J〕. 长白学刊, 2006 (1).
- 〔12〕汤本. 美国公民和公民文化〔N〕. 南方日报, 2007-03-08
- 〔13〕姜淼. 论我国公民文化建设的意义〔J〕. 经济与社会发展, 2006 (12).
- 〔14〕陈瑞华. 法律人的思维方式〔M〕. 法律出版社, 2007. 4-28
- 〔15〕董焕敏. 从臣民社会看中国公民文化建设〔J〕. 淮北煤炭师范学院学报, 2006 (2). 60
- 〔16〕〔17〕陈瑞华. 法律人的思维方式〔M〕. 法律出版社, 2007. 18, 16
- 〔18〕殷陆君编译. 人的现代化——心理. 思想. 态度. 行为〔M〕. 四川人民出版社, 1985. 4