

## 反思法治：制度、实践与话语

**编者按：**清末以降，受西方列强军事、政治、经济、文化入侵的刺激，法治被绑定于振国兴邦、变法图强的现代化进程，中国政治法律文化传统中与“法的治理”相关的因素，得以在新的历史条件下复苏、自省与更新。而西方绵延千年的法治思潮和相关制度实践作为值得追求的现代性因素，也得以在特定的思想、学术和政治语境中嫁接、调试与发展。另一方面，俄国“十月革命”一声炮响给中国带来了马克思主义，使中国从传统向现代的进程逐渐开始按照马克思主义的方式迈进，从而也使有关法治的中国传统因素与西方现代经验，在思想、学术、政治实践等语境中以中国的马克思主义的方式被重估、分割与重组。而伴随法治话语权力提升的，不只是法治知识的累积、理论的深入、制度的完善、实践的进步，也有越来越多的分歧与迷茫、疏离与断裂、犹疑与悖谬。时至今日，虽然不同法治话语已难在论者中分出彼此，然中国法治之理论、制度与实践等却并未能取众家之长、避诸家之短而发达。由此，《法学研究》青年公法论坛第二期（2012年8月6—7日）以“反思法治：制度、实践与话语”为题。来自全国十几所学术机构的22位青年学者参加论坛并提交了论文。本刊现选发部分讨论，以飨读者。

### 理解法治的中国之道

梁迎修（北京师范大学法学院副教授）

如果以清末修律作为起点，中国的现代法治建设已经有一百多年的历史。众所周知，自清末沦为半殖民地半封建社会以来，面对西方列强的侵略和扩张，中国的精英阶层起初试图通过器物层面的革新来摆脱危机，由是兴起了洋务运动。然而甲午海战的惨败表明此路不通，并促使中国开始尝试通过制度变革来实现救亡图存和富国强兵的目标。在此背景下清末修律启动，由此开启了由辉煌两千年的中华法系向现代法制转型的曲折历程。

中国法制转型的最终目标是改革传统法制并建成现代法治。尽管不同时期的政治精英对于法治的具体理解存在分歧，但关于法治还是存在最低限度的共识：法治就其本质而言，是要树立法律在社会中的最高权威，实现法律对权力的有效驯服，切实保障公民的自由和权利。如果以对法治的此种理解作为判断标准，不难得出结论，现代法治在中国尚未建构成功，我们仍需继续努力。为何中国的法治建设推进缓慢？中国现代法治的建构面临哪些困境？如何才能走出困境？要回答这些问题，需要对法治的中国之道有深刻的理解和把握。而理解法治的中国之道，具体而言就是要理解中国法治建设的历史语境，理解中国法治建设的道路选择，理解法治建设中面临的特殊难题，在此基础上寻求化解难题的有效途径。

理解中国法治，要从理解中国法治建设的历史语境开始。根据学界的主流看法，世界范围的法制现代化有两种代表性模式：一种是以英国、法国等西欧国家为代表的早发型法制现代化；另

一种则是以日本、俄国和中国等为代表的后发型法制现代化。早发型的法制现代化与后发型的法制现代化存在着显著区别。首先,前者是因社会自身内部条件的成熟而渐进式地发展起来的,总体上是一个自然演进的自下而上、渐进式的变革过程;后者则是因为一个较落后的法律系统受到了较先进法律系统的冲击而出现的转变过程,强大的外部因素的冲击是其最初动力,其法制转型主要依赖于政府的强力推进。其次,前者的制度构建与法治精神的生长基本上是同步的过程,制度构建是法治精神的结果;后者则通常借助法律移植迅速建立起现代法律制度,但现代法治精神的生长十分缓慢。再次,前者的法制现代化与社会现代化之间缺乏一种人为构建的关联,法制现代化或是自发地回应了社会的变化,或是在强调法律自治精神的同时,客观上对社会发展起到了推进作用;后者的法制现代化则自觉地充当了社会现代化的工具。中国的法制现代化属于后发型法制现代化。对于类似中国这样的后来者而言,与先行者相比,其所面临的是一个迥然不同的历史语境。

首先,后来者往往无法抗拒先行者的强大示范效应。那些先行者在社会发生转型的时代,由于受到交通条件和信息条件的局限,世界范围内不同国家或者社会还可以沿着各自的文明轨道进行独立发展,从而出现历史学家汤因比所谓的各具特征的不同文明圈。自从肇始于西欧社会的资本主义生产方式兴起之后,西欧迅速出现了一些资本主义强国,这些强国为了本国资本主义发展的需要不断对外扩张。包括中国在内的许多东方国家开始沦为殖民地或半殖民地,逐渐被西欧资本主义强国纳入资本主义世界体系之中,这使得中国这样处于弱势地位的国家已不可能再按照自己本身的轨道发展。那些先行者成功转型后所产生的强大示范效应,迫使后来者去学习和模仿。

其次,后来者面临着巨大的时间压力。先行者在转型过程中,由于没有一个先例存在,使得其缺乏既定的参照标准,也不存在外来的比较压力,能够以一种从容心态应对转型过程。但对后来者而言,其法制转型是一个主动赶超先行者的过程,在此过程中后来者面临着巨大的时间压力。这种时间压力表现为一种“只争朝夕”的历史紧迫感,这种压力和紧迫感主要来自于后来者与先行者之间的明显差距以及由此而出现的外来严峻挑战。后来者不但要实现法制现代化,还必须尽快实现法制现代化,因为其担心屈辱的历史重演。后来者被先行者强行拖入世界统一发展进程中去,与先行者分享同一时间和价值标准,导致后来者发展目标的确立必须参照先行者的标准。即便后来者也在不断发展,但如果与那些先行者相比差距仍在不断拉大,其政府同样会感受到来自社会的巨大压力。

由于西方先行者的强大示范效应和后来者面临的巨大时间压力,使得中国这样的后来者必须选择走政府推进型的法制现代化道路。不同时期的中国政府都不愿放手让社会自发演进,因为那样将会延迟法制现代化的实现。在由民族国家构成的世界格局中,面对发达国家的霸权,如果不能尽快地实现富强,中国就只能在世界格局中处于边缘地位,难以主宰自己命运并在很多方面受制于人。社会转型和国家富强需要必要的法律前提,相应的法律必须尽快地创制出来。法律制度的创立可以采用社会演进的方式,也可以采用法律移植的方式。尽管通过社会演进方式所进行的制度创新较少遇到抵抗,更容易为社会所接受,但时间成本太高,而对于中国来说,最缺少的就是时间。因此,中国不太可能采用这种社会演进的方式,最终选择的是政府推进型的法制现代化道路,由政府通过尽快学习西方建立起现代法律制度。

政府推进型的法制转型道路固然可以节约时间成本,但也面临着特殊的实践困境。

第一,法律失效的尴尬。政府推进型模式主要表现为通过大规模法律移植来建设现代法律制度,实践中时常会遭遇法律失效的尴尬。那些移植而来的法律大量失效,通过模仿建构的秩序无法在社会中扎根。导致法律失效的原因有很多。首先,传统法律文化抗拒现代法律的实施。移植而来的外来法律文化与本土法律文化之间会出现冲突,阻碍现代法律制度的实施。其次,政府的

制度供给偏离社会需求。中国的法制现代化主要借助于由政府推进的强制性制度变迁来实现，而从制度经济学的视角观之，强制性制度变迁的最大缺点就在于由政府所提供的法律产品可能会偏离社会需要。再次，频繁的法律变革破坏法律的权威。法律本身具有保守的性质，法律要具有权威和发挥功用，就必须保持稳定性并能提供稳定的预期。在政府推进型模式之下，政府为了建立新的法律秩序经常立法和变法，这往往会损害法律的权威并破坏人们的预期，让人们感到无所适从，进而导致法律施行效果大打折扣。最后，政府能力不足导致无法有效推进法律实施。法律不同于习惯，其由政府制定而非从社会中自发演进而来，同普通民众之间存在较强的疏离感。法律的有效实施往往需要政府强制力的可靠保障，这对政府能力提出了很高的要求。中国普遍存在政府能力不足的问题，许多法律改革的失败都是因为政府缺乏相应的资源，无法支付变革的成本。

第二，权威控制的难题。法治的核心目标之一是通过约束政府权力来保障公民自由。尽管在现代社会人们不再固守政府的消极角色定位，转而承认政府发挥着更为积极的功能，但防止政府对公民自由的侵害始终是法治的重要任务。中国的法制转型主要依赖于政府推进，因此需要一个强大的政府。为了推进法制变革，必须强化政府的权威和能力，然而由于中国缺乏形式法治的传统，法律往往不能对政府的权力进行有效的约束，只能寄希望于决策层的统治良心和反思理性。这就使得中国在法治建设中面临着权威控制的难题：一方面，法制现代化的顺利推行需要强化政府权威和扩大政府权力，另一方面却又要想方设法通过法律来约束政府权力。如何使政府既有权威又不滥用权威，这是中国法制现代化过程中面临的一个难题。

第三，秩序失控的风险。美国当代政治学家塞缪尔·亨廷顿指出，发展中国家普遍发生政治动乱的原因，不是由于它们贫穷落后，而是由于它们力图实现现代化。高度传统的社会和高度现代化的社会都十分安定，恰恰是那种处在现代化进程中的社会最容易发生动乱。处在现代化进程中的国家，原有的社会控制结构已经遭到了破坏，而新的社会秩序难以在短期之内建立起来，因此存在导致社会秩序失控的危险。西欧社会的法制转型是一个自发过程，而且经历了很长的时间，这无形中降低了变革的风险。对中国来说，要在较短时间内完成法制现代化，自然会增加失败的机率，如果法律变革乃至社会变革的速度过快，超出了社会的承受能力，就会引发社会动乱并导致秩序失控，就可能使现代化前期积累的成果毁于一旦。

尽管政府推进型的法制现代化会遭遇上述实践困境，但从某种程度上说这是后发型法制现代化的宿命，而且从清末修律到今天社会主义法治国家的建构，任何时期的政权似乎都没有放弃这一模式的努力。因此我们所要思考的就是如何在政府推进的道路上做得更好。

第一，面对传统文化的抗拒，可以考虑通过法律的本土化来增进公众对所移植法律的认可与接受，正视和尊重本土的法律传统，将法律的移植与传统的创造性转化有机结合起来，最大限度地减少法律实施的阻力，提高法律的实效。为了防止政府的制度供给偏离社会需求，需要理顺政府推进和民众创新的关系，在强调政府推进的同时为社会的制度创新留下必要空间。法律变革的频率过快不利于法律权威的形塑和法律功能的发挥，需要立法者合理把握法律修改的时机，在法律的稳定性和变动性之间维持一种适当的平衡，而政府能力不足的问题，则需要通过经济和财税体制的改革来加以解决。

第二，针对权威控制的难题，不妨从两个方面来入手。首先，通过扩展民众权利和鼓励公民有序参与公共事务来培育市民社会，壮大从外部约束政府的社会力量，从而达到监督和控制政府权力，防止政府权威滥用的目的。其次，通过贯彻程序法治主义的理念，加强程序建设来解决这一难题。正如季卫东教授指出的，程序能够使我们实现有节度的自由、有组织的民主、有保障的人权、有制约的权威、有进取的保守这样一种社会状态，能够同时实现对权威的强化和对权利的保障。

第三,秩序失控风险的化解关系到法制现代化的成败。在法制转型的过程中,如果出现了社会动乱和秩序失控,将可能导致社会崩溃,不仅已经获得的现代化的成果会丧失殆尽,而且社会成员将会处于极其悲惨的境地。在政府推进型的法制现代化中,秩序失控风险的化解与政府对本国法制现代化的战略规划密切相关。如果政府能够对社会的承受能力做出准确判断,并在此基础上结合本国国情制定科学的法制现代化战略,就能够有效化解法制转型过程引发的社会失控的风险。中国改革遵循的是先经济、再社会、后政治的思路。中国的法治建设应当与这种改革思路相协调以维持社会稳定。从改革开放到上世纪末,中国法治建设的中心是服务于经济发展,属于以国家经济发展优先战略为核心,即经济发展主导的法治建设阶段。从本世纪初以来,法治建设以构建和谐社会、推进社会发展优先战略为核心,属于社会发展主导的法治建设阶段。在目前这个阶段,法治建设的核心是要建立良好的法律运行机制和促进法律秩序的生长。这个阶段的实现,将会为未来进入政治改革主导的法治建设阶段创造良好的社会条件,进而减少政治改革的风险。

## 形式法治与法教义学

张翔(中国人民大学法学院副教授)

中国的文化传统和社会心理,很难接受没有道德内容的形式法治观。

历史上的法家曾经主张以同一的、单纯的法律来约束所有人民,反对考虑贵贱、尊卑、长幼、亲疏、美恶等因素,反对用抽象的伦理道德原则来治理国家,批评儒家是“坐候尧舜”,但中国古代法的主要传统仍然是儒家的礼法之治。尽管汉以后一家独大的儒家,基于治理国家必须依靠法律的事实,也在吸收法家的思想,但以儒家经义引导法律的运作,要求法律的执行合于儒家的道德观,却构成了中华文化的主体法律观念,而着重于法律本身,强调法律的同一性和不折不扣地严格执行的法家则是一直背负污名的。

近代以来,在被迫发生的现代转型中,各种理念纷至沓来,但遵守成文法这一形式法治的底线要求却也并未成为精英阶层的普遍自觉意识。宋教仁案和“五四”运动中的“火烧赵家楼”事件可以作为例证。宋教仁遇刺后,在案件初步侦破,人证物证完备,并且司法程序已经启动的情况下,孙中山这位钦慕服膺美国宪政的政治家,却拒绝黄兴等人建议法律解决的主张,自我破毁《临时约法》下的法律秩序,发动“二次革命”武力讨袁。“五四”运动发生爱国学生火烧赵家楼的事件后,梁漱溟曾经呼吁学生主动投案,经公诉公审后应遵判服罪。梁漱溟的主张在后来得到了胡适等人的背书,但在当时的意见领袖陈独秀等人以及普通学生眼中,却无疑是迂腐甚至反动的。在“反专制”、“爱国”的正义旗帜下,法律被轻蔑抛弃,而一时贤者孙中山、陈独秀等人却不以为意,某种意义上这体现的正是国人重视实质正义而缺乏对形式法治的理解。“五四”新文化运动的口号是“民主”与“科学”,在极端强调民主正当性的观念之下,具有最高权威的是人民意志,而法律至上的观念难以确立。尽管法治建设一直在进行并有相当的成就,但在那个时代的潮流中,法治话语始终是声音微弱的,中国也从来没有出现过托克维尔所称的那种能够约束民主狂热性的法律人精神。

在“文革”结束后的法治萌芽阶段,学者们提出的法治观念也几乎都是实质法治观,认为法治必须取向于民主、自由、人权、平等等实体价值。法治只是人们捆绑式主张的诸种目标之一,对于法治价值的论证往往是认为其有助于实现其他价值。人们普遍接受的是亚里士多德的良法论和朴素的自然法观念,认为法律的效力来自于内容的正义性,人们遵守法律乃是因为法律符合道

德准则，符合人们的正义理想。实质法治观旨在寻求法律的实质正当性，反对把法律视作自我封闭的系统，认为法律始终与道德、政治、经济和社会条件相关联。

在这种观念之下，中国的法学也从来不曾拒绝其他社会科学和人文科学，学界热衷于从国家哲学、社会理论和现实实效性的角度对法律进行研究，各种政治学、社会学、经济学、心理学、人类学的知识和方法都成为法学者研究法律的理论资源，并最终形成了“社科法学”的热潮。与此同时，部门法学科局限于实定法内的研究被鄙薄嘲讽为“法条主义”或“注释法学”，并很轻易地被贴上了盲目、僵化、肤浅、虚无、庸俗等标签。与此同时，由于立法成为各部门法学科主要的课题，“法律应该如何被制定和修改”成为引导部门法研究的核心问题，部门法学科也非常主动地寻求实质价值观的引导而忽视树立成文法形式权威的必要性。这一方面表现为热衷于为本部门法寻找道德与哲学基础，另一方面表现为“批判现有法条之不足——提出立法或修法方案”的惯常研究思路。人们习惯于把法治理想寄托于制定出完美的法律，而不是对现存法律的充分落实。与中国法治状况的不尽如人意同步的，是法学研究未能深植于现存有效法律的事实。

但是，学者们很快就开始了冷静反思，开始对处于混沌状态的捆绑式法治观念进行区隔分析。人们认识到，一个包含了过多实质内容的、负担过重的法治概念会使法治更加不可能，因为基于正义观念和社会实效性而产生的对实定法的质疑很容易转化为不尊重乃至轻视的态度，这使得法律权威和法律秩序的建立变得更加困难。如果一个不纠缠伦理争议的、内容有限的、最低程度的形式法治都无法实现，实质法治的各种宏大价值诉求就更没有实现的机会。人们认识到，在理论层面，实质法治观意味着阐释法治本身就必须附带去阐述一整套政治哲学和社会理论，而在这个层次上永远是观点对立的。在具体争议的解决层面，实质法治观使法律判断承担了过多的政治判断、社会判断和后果裁量的负担，不仅无法完成，还影响了法律判断的可预期性、处断一致性和稳定性，最终损害了法治。基于这样的认识，实质法治与形式法治的区分开始被认识和梳理，而法律实证主义开始逐步摆脱污名。同时，各个部门法基本法律的粗备，也使得部门法学者开始更多注目于法律规范的适用问题，并意识到评价法条优劣并不断提出“再修改”主张，既有助于现有法秩序的稳定和展开，又会导致学术上无休止的循环争议，因为没有哪部法律会被所有人视为完美。

学者们的反思，首先是通过富勒、拉兹等人的法治理论以及法学传统中萨维尼、普赫塔、拉班德、凯尔森以及奥斯丁、戴雪等的方法论的梳理追溯。基于此，人们对于形式法治的内涵及其价值有了更为深入的理解。法治在其形式层面被概括为一系列的基本准则：法律的一般性、法律的公开性、法律非溯及既往、法律的明确性、法律的体系一致性、法律的可预期性和稳定性、法律至上、司法独立。形式法治观要求公正无偏私和前后一致地执行法律，而不管法律的实质内容如何。在这一点上，形式法治比纠缠于道德立场的实质法治更容易达成共识。在法律适用的形式平等和法律制度的安定性之下，人们可以有依据地规划其未来的生活，从而使得人类生活变得可以预期和可以控制，社会秩序和安全感由此得以形成。

对于历史的追溯，也可以帮助我们理解形式法治所具有的约束权力和保卫自由的功能。形式法治观最早是市民阶层对抗专制的口号。形式法治意味着，即使国家可以决定法律的内容，也必须遵守这些由它制定的规则，国家限制人民的权利和自由，必须有明确的法律依据。形式法律让人们预先了解国家在何种情况下将采取何种行动，这种规则是公开的和具有一般性的，并不考虑特定的时空与人的因素。这种形式一致性使得法治天然具有了遏制公权力的专横和保障个人自由的功能。比如，罪刑法定原则虽然不能决定法律会把什么行为规定为犯罪，但却可以制止国家把法律明文规定以外的犯罪与刑罚强加于个人；法律不得溯及既往，使得社会环境对于个人而言是可预测的，而这将增加人们自由行为的可能。

伴随着对形式法治的深入理解,曾经被普遍拒斥的法律实证主义也重新得到理解。以德国为代表的大陆法传统中的法律实证主义,是以一种建构性的方法,排除掉政治、哲学和历史的观点,通过对教义的基本概念的详细阐明,创立一个科学体系。法律实证主义者认为,伦理、政治和社会现实的考量,不是法学家的事情,所有法律外的因素对于实定法的解释都是没有意义的。法学只应该将成文法本身作为研究对象,通过价值中立的和逻辑周延的方法去形塑法律规范和阐释法律的真实内涵。同样,在英美法传统下,法学教授的职责被认为首先在于阐明法律由哪些规则、习惯组成,并安排这些规则之间的等级秩序,解释它们的涵义、展示它们之间的逻辑关系。用科学的方法去观察和描述法律,切断与其他因素的联系而确立一个自治的学科,就是法学的主要工作。尽管当代已经鲜有人持极端实证主义的主张,但我们至少应该认识到,在法学方法上切割伦理、政治、历史和社会的因素,能够保证法的安定性和自治性,使法外因素的偶然和恣意得到控制,特别是能保证人们的生活免于政治的恣意,实现一种法律下的安全。

法学界对于形式法治观和法律实证主义的理解与接受,除了表现为法理学界的主题讨论外,更具体地体现为部门法学科各种法教义学主张的出现。民法学科关于“解释论”和“立法论”的区分,刑法学科从刑法哲学、刑事政策学等多元视角回归到对刑法教义学的强调,并未落实司法可适用性的宪法领域的“规范宪法学”和“宪法解释学”的主张,都有着明显的教义学取向。法教义学与形式法治观的关联在于,形式法治的基本目标(法律的一般性、法律的明确性、法律的体系一致性、法律的可预期性和稳定性等)的实现,有赖于法教义学层面的技术保障。

形式法治追求法律至上,但被当作至上权威的法律并不会自己解决个案,而是要通过法官和其他法律人的工作。如何保证法律被严格遵守和执行,就是形式法治所必须解决的问题。而法教义学正是一套约束法律判断,避免恣意,避免法律外因素对法律判断的影响,保证形式公正的基本工具。

所谓法教义学,简言之,就是“对于法律素材的科学体系化的预备”。法教义学不执着于追问“什么是法”、“什么是好的法”、“获得对法的认识是否可能”等问题,而是专注于对现行法律的解释和系统化。按照阿列克西的经典概括,法教义学的基本工作有三个层次:(1)法律概念的逻辑分析;(2)将这种分析概括成为一个体系;(3)将这种分析的结果用于司法裁判的证立。法教义学通过对复杂的规范进行解释和类型化,建构统一的知识体系和思考框架,并设定分析案件的典范论证步骤,为法规的适用提供统一的、标准的概念和结构,从而为实践问题的解决提供确定性的指引。法学是一门实践学科,其指向的是现实中争议问题的解决。正因为如此,为法律人解释法律和处理案件提供框架性的知识指引的法教义学就是法学的核心工作,舍此无法落实法学的基本功能。

但是,法教义学的价值,并非只在于其方便了法律人的工作,更重要的在于其可以落实法的安定性价值。法教义学使我们在面对实践问题时,不必每次都从头开始在每个问题点上去考虑所有的解决方案,而是可以参考过去对于类似问题形成的固定的解决路径。法教义学通过对某种裁判模式的总结和概括,使未来的裁判有可遵循的规则,使法律判决的做出在很长的时间段被固定化。通过提供安定的行为规则,群体行为得以稳定,社会冲突得以缓和。同时,固定化也意味着一般化,也就是让相同问题基于教义学的通说而能得到相同的处理,这使得形式法治所要求的法律的一般性有了技术上的保障。法教义学同样可以起到控制恣意、降低法律判断的偶然性的作用:如果有人基于政治的、伦理的或者社会效果的因素试图背离既有的教义学规则,则必须承担相应的论证负担。

基于法教义学的法律判断,实际上是基于人类长久历史中积累的知识和经验而进行的判断,这有助于保证法律判断大体上合于理性。同时,通过控制法律分析在逻辑上的一致,以及实践案

件在解决上的一致，法治所要求的底线的形式正义得以实现。

在中国，法教义学并非如某些批评者说的那样已经是法学的主流，相反，自觉的法教义学反思只是正在发生，距离概念清晰、逻辑谨严、体系完整的目标还甚为遥远，其与法律实践的良好互动也未形成。尚未形成的体系，还远未到被批评为封闭僵化的程度（何况当前几乎所有的法教义学主张者，都强调教义学对于价值和实践的开放性，都主张警惕概念法学式的错误）。事实是，法学家们并不习惯于“援法而言”，各种政治话语、伦理话语的泛滥，使得法学研究很难聚焦于现行有效法律的解释与适用，而经常要回到价值前提上的辩论。关于如何严格和理性地适用法律的讨论，经常突破前提而变为法条修改和法律存废之争，法学研究难以形成积累，而法学教育也无法传递对法律的信仰。对法教义学的批评经常是说法律人“自说自话”，而现实是，由于缺乏对“法学=法教义学”和以“实定法解释”作为法学研究起点的共识，法学研究更多处在一种众声喧嚣的“各说各话”的状态。法学总在不断迎合多变的价值诉求甚至现实的利益诉求，从而也根本谈不上约束政治力量恣意性，无法构建起法治的学术基础。

同样令人担忧的是法治的实践。严格遵守和执行实定法的观念不仅未能巩固，并且在各种政治效果、社会效果的要求下，法律在不断地向政治和现实妥协，司法实务甚至在弃守“依法裁判”的底线。各种“选择性执法”甚至“选择性守法”的背后，都有一套基于法律外理由的说辞，各种僭越于法律之上的公权力行为都能找到正当性的借口，而这些借口甚至来自于某些法学家的认真论证。人们努力争得的法治进步，由于法律无法严格执行而被消解，而许多开放性的法学研究，无意间为政治权力超越甚至践踏法律提供了学理背书。所有这些乱象，似乎都与过高的实质正义追求之间具有某种耦合性。

基于以上的思考，我们似乎可以认为：虽然法治并不拒绝自由、民主、人权等实质价值，虽然法学并不根本排斥对各种伦理、政治和社会因素的考量，但在一个政治和道德话语泛滥的国家，如果不能在最低限度的形式法治层面获得共识，法学研究不能确立或者至少是理解法教义学的视角，中国未来的法治很难让人有乐观的期待。

## 法治的三度：形式、实质与程序

陈林林（浙江大学光华法学院教授）

“法治”被认为是一个无比重要的，在内容上却未曾被界定、甚至是不可能被界定的概念。这并不意味着在一般法律理论和已有法治实践中，“法治”就像“正义”那样，拥有一张普洛透斯般变幻多端的脸庞，乃至可以将法制比附为法治、将缺陷引申为特色。一个最低限度的共识应当是：法治和无政府状态相对立，更和专制相对立。一般法律理论中的法治概念，同样拥有一些作为最小公分母的特征或要求，且可以通过形式、实质和程序这三个相辅相成又相制衡的维度进行指要式表述。相应地，每一个基本实现了法治的社会，也应该能在这个三维法治空间内，找到自己的立足点。

形式法治或曰贯彻法律的形式合理性，是法治社会的首要构成性维度。“形式（合理性）”包含了两层基本含义：一是依据抽象的一般规则处理具体问题，而不是具体情况具体处理；二是法律系统的独立性和自主性，即规则的适用不受道德、宗教、政治以及掌权者意志等实质要素的左右。在此语境中，法律系统作为社会系统的一个功能性子系统，是一个在运作上自成一体的自主系统。自主性不是法律系统期望实现的目标，而是其安身立命的必备属性。这个运作上自成一体的法律系统，立足于运作过程中的循环性自我参照，并将从外部社会环境中获取的大量信息，按

照内在于规则体系的标准进行选择、复写和反馈。相应地，法律应对社会治理之复杂性的独特策略或装置是：界定术语、指明规则，通过充分且必要的法律清晰性和确定性，以使现实生活中的众多法律问题被设定为“简单问题”，并将答案化约为“是或否”、“合法与非法”。不言而喻，自主性意在强调法律是一个具有自我决定结构的系统，即“只有法律自身才能决定法律是什么”。因此，法治不是一种工具性意义上的“通过法律的社会控制”，它本身是目标而非手段，是理想社会这一目标的一个构成性部分。

当然，这个运作上自成一体的法律系统不是无条件的。按富勒的分析，法律必须具备八点“内在道德”：一般性、公开性、不溯及既往、明晰性、融贯性、可行性、稳定性和一致性。缺失了其中的任何一项，都会导致一种整体性错误：出现一个坏的法律体系，或者根本不能称其为法律体系。之所以称其为内在道德，是因为这八点要求的目标是“如何使得规则系统得以有效运行”，以区别于规则所服务的实体目标，即外在道德。这种形式化的法治要件论，是价值无涉的，甚至貌似空洞的。所以批评者认为，即使承认内在道德的确是一种价值，那也只是某种消极价值——避免因法律自身的缺陷而引发的那些恶。然而，遵守本身并不带来什么积极的好处，因为满足这些要求的法律是好的法律，等同于说一把锋利的刀是好的刀。既然锋利的刀既可以切菜也可以行凶，那么形式法治也可以服务于形形色色的实体目标或政权。夸张地说，法律可以设立奴隶制而不违背法治。一种根植于否定人权、普遍贫困、种族隔离、性别歧视以及宗教迫害的非民主性法律体系，在总体上可能更符合法治的要求。顺此，奉行严刑峻法的秦帝国、通过立法进行种族压迫的纳粹德国，也能位居形式法治这一维度的延长线上。

的确，在当代法律理论中，形式法治的“阿喀琉斯之踵”，并不是规则体系的不完备性或不确定性，而是有可能媾和专制政权、违背“法治和专制相对立”那个底线共识。因此，法律必须规定一些实质性内容，例如最低限度的社会福利、某种形式的市场经济、基本权利、民主政治的制度化等，为法治设定一条实质性的维度、施行一种“实质法治”。德国在“二战”前后的法制转型，及其基本法对人性尊严和基本权利的特别强调和体系化保护，被认为是走出法律形式主义危机、迈向实质法治国的典型。不过，仔细甄别“形式”与“实质”这对范畴就会发现，“实质法治”的提法几近“白的黑”、“不发光的火”这样的矛盾句。并且，形式和实质在某种意义上可以转化为对方，例如“不得偷盗/杀人”作为一条道德规范，在道德领域始终是形式性的，但在转变为法律规则之前，对法律体系而言它是实质性的；成为法律后，就是形式性的。因此，纯粹的形式法治，是可以包容一些实质性内容的，例如基本的人身、政治和财产权利，以实现“法治和专制相对立”；而纯粹的“实质法治”是否能实现一致、稳定和可预测性——并籍此避免专制——却是非常成问题的。

形式法治、实质法治和专制政权之间的关系，可以通过对纳粹德国的检讨，获得一种新的认识。在希特勒当权之后，德国法制在两方面发生了嬗变：一是魏玛宪法秩序的衰落和破坏，宪法有关公民权利和议会政治的规定成了一纸空文；二是树立起新的“法律原则”：民族共同体、领袖原则和人民运动原则。民族共同体反对个体主义、否定基本权利、推进种族主义，其功能是对公民进行“集体化和去法律化”界定，提供一个实质性的、内容含混的国家社会主义法律理念。领袖原则规定元首是真理和共同体意志的传授者、执行者。作为一条形式性原则，领袖原则是实质性的共同体原则的补充，二者涵括了国家社会主义法律的形式和内容。运动原则作为一条动态原则，正当化了国家紧急状态和纳粹党的统治。民族共同体和领袖原则对法律的内容和形式进行了“去法制化”处理，运动原则用来预防形式和内容再次法制化。这三条原则旨在搁置和摧毁既有法律，展示了纳粹法制的“非法律的”特性。相应地，司法独立、正当程序、罪刑法定、保护个体权利等法治国原则，被当作19世纪形式主义时代的过时货而扫地出门。法的安定性、一致



性和可预见性等形式价值，遭到了当局的粗暴践踏。专制政权和独裁者都希望自己能免于任何约束，包括一致性、稳定性、可预测性这样的形式要求。因此，尽管纳粹德国曾利用法律进行种族迫害和专制统治，但其根本就不是一个形式法治国，而是一个以“实质法治国”为名头的暴力国家。纳粹德国警示：一种法律秩序若无视基本权利或普遍价值观，就会沦为统治者的作恶工具。法律人还应从中看到，形式法治的制度化要求和专制政权的运作方式，在相当程度上是不相容的。在实体价值尚未发生嬗变之前，形式主义的法律体系和法律方法，可以是对抗法西斯主义、乃至任何专制统治的一种威力巨大的武器。

至此，可以得出一个基于逻辑和经验的法治命题：法治就是尊重普遍价值观的形式法治，它既和无政府状态对立，也和专制相对立。这种“尊重”主要体现在两个阶段，首先是“可以形式化的予以完全形式化”：通过民主的立法程序，以规则（具体法律权利）的形式，对部分道德、政治和社会权利进行立法确认；其次是设立独立的司法机关，负责对既有法律进行公平适用，以及在解释、完善法律时，对共识性价值或道德权利予以关切和确认，以期“未完全形式化的（概括性法律权利）和未能形式化的，在时机成熟时予以形式化”。然而，形式和实体终究是两个对立的范畴。在法治国已然从“立法国家”转向“司法国家”的时代背景下，法院若关切类似自然法的实体价值观，会引发漫无边际的争论，形式法的权威及实效就可能被消解；法官若恪守形式法的具体规定并视之为社会行为的终极标准，又会让形式法逃避批判和改进，沦为无视社会需要和公民福祉的僵化教条。那么，一个运作上自成一体的法律系统，如何在形式与实质、封闭与开放之间寻得一种平衡呢？

这是一个拷问了法律理论家们近百余年的问题。拉伦茨的回应是，法官究竟如何理解法律规范的意义，要视其如何理解眼前个案现实而定，从而形式法本身彰显出一种现实性。藉此，法官可以摆脱抽象性、形式性的窠臼，把握到规范的实质内涵，让规范与现实充分融合，进而展现其实质意义与拘束力。只要透过规范与现实之间不断的交互辩证，便能彰显出蕴含于法秩序之中的法理念，做出一个呼应客观精神、符合正确之法的决定，籍此实现规范与现实、形式与实质、法律与社会的相互影响和交融。这种“交互辩证”的融通观，同样见诸于德沃金的建构性法律解释理论：首先，从以往法治实践中抽象出一个一般性目标或实体价值，这个目标必须契合实践，而不能任意设定；获得一个价值之后，依照此价值来调整当下的实践，即以最佳的方式实现那个价值的要求。换言之，法治语境下的实践，是“敏感于价值的”。然而，这两位大师提供的却是一种“可爱而不可信”的理论。在纳粹时代，拉伦茨曾把法理念的内涵，导向了领袖原则和民族共同体；德沃金则预设了海格力斯式的法官，因为具有超人的技巧、学识、耐心和智慧，才能在价值多元的时代胜任他所谓的建构性解释。事实上，关注实质价值的法治理论，都会主张“一部好的法律应当怎样”的法律解释原则。一旦采纳了这类原则，“法律说了些什么”和“（法院）希望法律会说些什么”之间的界线就会模糊。

按照“一部好的法律应当怎样”去解释、完善法律，即昂格尔批判的所谓“合理化法律分析”，预设或正当化了法官所扮演的支配型角色，还不自觉地将司法决策过程理解为一种偏狭的司法独白。既然法治与专制相对立，那么引入实质维度时又当如何避免司法专制？一种程序性解决方案是，配备一种中立的民主参与和民主决策机制，以免法律成为偏袒某些特殊利益的工具。具体而言，设置公正的法律程序以及合理的论辩规则，引导当事人进行一种程序性的民主协商和论辩，籍以表达他们的愿望与需要、主张他们受侵害的利益；更重要的是，按照“同等情况同等对待、不同情况不同对待”，去澄清和解决存有争议的法律标准和规范。相应地，法律也开始转换角色：对某些行为不再提供实质性指示，而是组织参与、设计程序以及规定权能，即从特定结果和评价的指示者，过渡为产生决定之程序的提供者。这种角色转向在实际生活中早有表示，例

如在环境保护立法方面,法院已逐渐地将注意力从棘手的技术、科学以及责任问题判断,转移到了审查实际决定者的程序和行为上;法院也更普遍地倾向于运用程序手段,去保护法律权利。

这已进入了法治的第三个维度,即程序法治。程序法治或曰法律的程序化,代表了现代法律发展之最新动向。程序法治的立论依据是:如果法院要考虑社会的需求与价值观念,那么其首先应考虑的,是个案当事人的要求与主张,因而在确定评价标准之际,不光要考虑当事人的观点,还应该在法律程序内部增加当事人参与评价形成和规范发现的机会。其次,一个公正的法律程序,能够通过设定一系列论辩规则和论证负担规则,创设一个理性对话、交流与选择的平台,去澄清和解决有争议的规范和标准,进而形成共识、达成一个合理的决定。作为独立于形式(实体法)和实质之外的第三维度,程序通过对议论、决定过程的反思性整合,一方面可以减少乃至消除形式法的功能麻痹问题,另一方面也能预防实质法的开放过度弊端,并成为一种独立于实体法的规范依据来源。鉴于一个法律程序本身就是特定法律规范的组合,一个运作上自成一体的法律系统,可以实现在规范依据上是封闭的、同时在价值认知上又是开放的,并最终在形式与实质之间寻求一种反思的平衡。

程序之于法治的重要性,还在于它提供了一种独立的正当性评判标准。考虑到价值多元和道德分歧的事实,以及没有人能拥有衡量决定合理性的绝对标准,必须假定服从于中立的准则是每个人的最高利益之所在。当陷入争议时,当事人即便不能达成一个彼此同意的决定,仍可能同意设立这样一个决定导出程序:即使程序结果不能平等地反映每个人的实体价值和利益,也会凭借其自身所具有的道德上的约束力而被所有人接受——因为它是以所有人都认为公正的方式产生的。

当然在实践中,法律程序的这种正当化功能若要发挥实效,需要具体的公正程序作为保障,还需要一种对程序价值的认同、一种对约束性决定的承认业已制度化了的社会氛围。将程序维度整合入已有法治命题,就获得一个包容形式正义、实体正义和程序正义的三维法治命题:法治是尊重普遍价值观、经由公正程序落实的形式法治,它既和无政府状态对立,也和专制相对立。

## 程序主义行政法治

郑春燕(浙江大学光华法学院副教授)

2010年11月3日,《法制日报》上刊载了一则新闻:“温州市拟通过招标投标聘用副县级领导干部”。其要旨为:“温州市委书记陈德荣透露,为扎实推进‘十二五’十大重点项目建设,温州市目前正在酝酿干部选拔制度改革,打算通过招投标方式公开招聘十大重点项目建设负责人,在德才兼备、具备相关工作经验等基础上,谁竞聘的造价省、工期短,就聘用谁。以一年为试用期,成绩出色的,正式聘用为副县级领导干部,继续干下去;不称职的,解聘走人,另择贤才。”

对比我国公务员法第44条第1款“公务员晋升领导职务,按照下列程序办理:(一)民主推荐,确定考察对象;(二)组织考察,研究提出任职建议方案,并根据需要在一定范围内进行酝酿;(三)按照管理权限讨论决定;(四)按照规定履行任职手续”,以及《党政干部选拔任用工作条例》第10条关于民主推荐形式的规定,温州市招标投标聘用副县级领导干部中的“自荐”形式,与“民主推荐,确定考察对象”的法定选拔方式之间,存在一定的距离;对其他3个步骤的实施,亦有“添油加醋”的意味。而按照《温州市领导干部绩擢法(试行)》的描述,这正是温州市委、市政府“积极探索凭实绩擢用干部”的创新成果。

“凭实绩”表达的是温州市委、市政府对行政任务实现程度的青睐,其暗合了上世纪80年代以来西方公共行政改革倡导的效能主调。事实上,自2004年6月十六届四中全会提出“加强社

会建设和管理，推进社会管理体制创新”的要求以来，全国各地的行政机关都在积极创新社会管理手段。其中，不乏与温州市“招标投标聘用副县级领导干部”相似的、具有“善治”成效但与现行法律制度不太和谐的行政现象：一些举措，能在完备法律解释或者法律漏洞填补技能的前提下，重拾合法性外衣；一些举措，穷极法律方法仍难与合法性链接。甚至，国务院自身就多次以“先行先试”、“试点”的名义，默许地方行政机关超越法律规则的权限。一时间，“先行先试”、“试点”成为地方行政机关无须“遮羞”的法外空间。

显然，以“先行先试”为代表的社会管理创新，对依法行政建设是一个根本的挑战。对此，行政法学界出现了两种不同的声音。违法论者的思路是清晰的：职权法定、依据法律是依法行政的题中之义，是实现控制公权力、保障私权利的重要路径。因此，行政机关在作出行政行为时，必须有法律的明确授权。即便因给付行政的纯粹授益性可以缓和对法律授权的要求，干预行政的法律保留底线也绝不允许被突破。支持论者的理由亦难辩驳：依法行政发展至今已经到了法治行政的时代，其重要表现为，合法性与合理性是法治行政并行不悖的两项要素。后者囊括了平等原则、比例原则、正当程序原则、信赖保护原则等多元内涵。依此，行政行为虽有直接的根据规范，却不吻合合理的内在要求，仍属违法，如《最高人民法院公报》2005年第3期刊载的“张成银诉徐州市人民政府房屋登记行政复议决定案”以正当程序否定法定程序。而不具备根据规范乃至缺失组织规范的行政行为，若在根源上契合合理之内质，则应划归合法范畴，如《最高人民法院公报》2011年第7期刊载的“北京希优照明设备有限公司不服上海市商务委员会行政决策案”对电子行政决定书的认可。

以功能主义视角观之，支持论为正在进行的公共行政改革预留了规范化的空间，消减了行政机关投身效能革命的后顾之忧，却可能抵毁前辈行政法学者呕血呵护的规则至上理念，为权力凌驾于法律之上铺垫“红毯”。两种研究进路之间的强大张力，成为笔者心头挥之不去“达摩克利斯之剑”。何去何从的追问，迫使自己不揣浅陋，涉足法治的密林。

法治，简言之，规则之治。然就规则之内涵与外延，却众说纷纭。细数各家之言说，非笔者所能驾驭，但就法治之基本类型，已有约定俗成之通说可资借鉴。以法治的哲学基础、正当性来源、权利观的道德立场等为出发点，可以将法治大致划分为形式法治与实质法治两大阵营。

奠基于古典自由主义之上的形式法治，与法律实证主义有着千丝万缕的联系，其核心在于遵奉法律的有效性来源于可确证的渊源。这种可确证的渊源，曾经一度是主权者的命令，但在更长的时期内，则替换为具有民主基础的立法机关制定的法律。因为只有人民的代表，才能对人民的利益作出分配，立法机关之外的行政机关和法院，只能是法律的执行者。为了确保法律的执行能够忠于立法者的原意，法律应尽量避免与道德的联系，通过明确性保障稳定性。应然法固然可以作为批判实在法的论据，但个案的分析仍应以实在法为前提展开。在形式法治的推动之下，法律概念、法律规则、法律规范等法律问题得到了前所未有的明晰，法律适用的精确性与严密性都有了质的发展。然而好景不长，形式法治很快遭遇了实质法治阵营的猛烈抨击，批评集中于形式法治的滞后性以及由此导致的对平等、分配正义等新的价值诉求的回应不足。实质法治内部门派林立，利益法学、社会法学、法律现实主义等学说虽各自为营，但均从实质理性出发，强调法律与道德之间的内在关联，并由此认可执法者解释法律甚至发展法律的权力。在为执法者解释与发展法律寻找新的正当性基础的过程中，自然法重新复兴，正义诸神纷纷登场。

推崇法律自主性与科学性的形式法治，为何会遭致法律人内部的质疑？经历过古典自然法学说的法律人，为何在拒绝法律与道德的联姻之后，又再次向道德张开了双臂？在纷繁复杂的原因当中，哈贝马斯归纳的国家任务发展脉络，也许能为我们的解读提供一个清晰的线索。根据哈贝马斯的描述，西方国家基本经历了自由国家、福利国家与预防国家三个阶段。

这三个阶段的主要任务分别是：确保公民的自由免遭国家机器的侵犯、提供基本生活保障与预防风险。在第一阶段，实现任务的最佳途径是以确定的法律划定干预行政的界限。毫无疑问，强调法律明确性的形式法治，是配套这一时期国家任务的最佳治理工具。在第二阶段与第三阶段，国家任务更多地面向未来并在面上铺开，对于“如此高程度的复杂性、情境依赖性和不确定性，以致于它无法事先在想像中被充分认识，也无法事后在规范上加以最后确定”的政府行动（〔德〕哈贝马斯：《在事实与规范之间》，童世骏译，三联书店2003年版，第533页），若继续固守法律稳定性的阵地，拒绝以法律内在的道德性赋予执法者更多消融不确定性的空间，无疑是宣布法治历史使命的终结。

线索的梳理，勾勒出法治工具理性的面向，亦有助于清晰行政法议题的讨论。形式法治的理念，构筑了传统行政法学的理论基础。不论是德国行政法学鼻祖奥托·迈耶依法行政三原则（法律创制、法律优先、法律保留），还是英国早期行政法中的“越权即无效”原则、美国行政法的“传送带”模式，均是向形式法治致敬的产物。违法论者的逻辑，就隐含着形式法治的主张。我国在20世纪70年代末80年代初开始重构行政法时，选择形式法治作为理论基石，应该说包含着老一辈行政法学家的美好愿景：文化大革命虽已成为历史，以人为法的惨痛教训却还历历在目，为使法律对权力的制约得以实现，需要建构强调法律客观性的依法行政，以法律之下的正义蓝图，培植私人对市场经济中的财产权利及自由的信念。遗憾的是，中国并不具有自由主义的文化传统，欲建构的市场经济又具有中国特色，这两项背景决定了纯粹的形式法治并不适合中国道路。尤其是90年代中后期以来，社会转型日新月异，一味强调法律的客观性，漠视民众新生的正义诉求，反将行政机关的依法行政、法院的依法裁判推向背离大众需求的深渊。而回应社会变化的一些“善治”措施，又因违反现行法律制度，被贴上违法标签。于是，依法行政的建设，就常常陷身于行政机关排斥、民众嘲讽的“夹缝”状态。左右不逢源的尴尬处境，促使部分行政法学者将拥戴的鲜花，抛向了实质法治。

既然承认法律与道德的不可分割性，期待以法律的开放性提升法律的适应性，那么，内在于法律的究竟是何种道德？对此，何海波教授认为，以包括公众和法律人在内的法律共同体的共识作为司法判决合法性的基础：“司法审查受到法律共同体普遍共识的支持和限制，反过来也推动共识的形成；法官可以运用既有的共识去发展法律，同时也应尽量与法律共同体的普遍共识保持一致”（何海波：《实质法治——寻求行政判决的合法性》，法律出版社2009年版，第368页）。结论的立足点，奠立在实质法治的论证逻辑之上：通过道德正当化发展法律的执法活动，并以对道德的共识，保障因开放而更为复杂的法律适用过程仍能维持相对的稳定性，从而最大可能地拯救被不断消解的法律的可预期功能。

遗憾的是，问题意识的集中并不等同于观点的一致。即便在实质法治阵营之内，关于何种道德可以提供新的正当性给养之问题，也是仁者见仁、智者见智。与人的自然属性或道德属性相联系的权利观、可以计算与衡量的利益或福祉主张、特定时代的社会关系确立的道德律令、来源于先例的经验理性等，各种学说在具体道德支点上的分歧，并不亚于形式法治与实质法治的对立。有感于道德多元的现实，正义理论大师罗尔斯教授在研究的初期选择假设一种共识状态：排除事实上的力量对比关系以及各种外部原理的干扰之后，人们可以在一种“正义的环境”之下达成关于理性选择的初期共识，并在此基础之上以程序方法推导出正义原则。而在后来的《政治自由主义》一书中，有感于初期共识的不可得，罗尔斯不得不承认《正义论》中“所使用的公平正义之秩序良好社会的理念是不现实的”，并试图以“重叠性共识”为某种不同于康德普遍主义道德哲学的价值观立说。但其确立的“重叠性共识”，仍然招致了以自由主义价值为正义原则唯一注脚的非真正价值多元论的批评。

同样的质疑，可以复制在行政法学领域。在行政任务不断变迁的时代脉络之中，存在一种被大多数人认可的“善治”标准吗？放眼世界，自上世纪 80 年代以来，西方国家便掀起了“政府再造”运动，以应对财政赤字、恐怖袭击、核能危机等时代命题，但关于如何划定政府与市场、国家与国家的新分界线，远未形成普遍的共识。市场式政府、参与式政府、弹性化政府、解制型政府的模式之间，原本就存在着不同行政任务定位的内在张力。2012 年 7 月初，美国最高法院以 5:4 的微弱优势，支持奥巴马医保法案（《患者保护和可负担护理法案》）的主要内容，即可彰显美国社会对政府定位的价值拉锯。前不久落下帷幕的叙利亚问题决议草案表决会，中俄再次行使否决权，同样印证了国际范围内文明冲突的存在。

环顾国内，1978 年十一届三中全会确立的改革开放政策，将打破“大锅饭”和平均主义作为首要任务，无形中催化了政府对效率的偏好。90 年代中后期，大规模的国有资产瓜分活动和“圈地运动”，使社会财富急剧地向小部分人集中，以致中国目前的城乡收入差距已经问鼎世界之最。在这种利益分化的格局之下，人们开始反思政府唯 GDP 是问的执政模式，并对政府扮演再分配正义的角色赋予了更多的期待。几乎在同时，随着国际局势的风云变化以及全球环境的恶化，政府被赋予了更多的风险规制权限，但自 80 年代以来成长的自由主义论者的反对声音从未消失，甚至有着组织化的倾向。

价值多元的国际与国内环境，构筑了现代行政的时代背景。尤其在当代中国，存在着哈贝马斯描绘的三阶段国家任务齐上阵、社会利益分化日趋明显的现状，任何一种单一向度的“善治”标准，都难以取得大多数人的共识。既然作为普遍主义的共识不可得，又期待存在某种可预期性的道德，那么承认共识的可修正性就自然成为妥协之后的选择。问题在于，价值多元的个体，为何能在特定时空达成暂时的共识？

一部分学者采取了实体主义的进路。他们提出，价值多元的个体仍然肩负着对共同体不可推卸的责任。社群主义者桑德尔就是其中的代表人物。在他看来，对公民责任的强调以及具备自治品质的公民社会的形成，有助于界定“公善”。当然，这需要以个体对社群的完全参与作为表达途径。但他仍然没能解决不同社群的“公善”之间如何协调的问题。另一部分学者青睐于程序主义的方案。哈贝马斯的商谈理论可谓赢得了最多的掌声：“商议性民主的概念的根基在于这样一个民主联合体的直觉理想，在这个民主联合体中，对联合之条件和前提的论证，是通过平等的公民之间的公共论辩和讲理而进行的。在这种秩序中，公民共同地承诺通过公开讲理来解决集体选择的问题，并且认为，他们的基本建制只要建立了自由的公共商议的框架，就是具有合法性的。”（前引哈贝马斯书，第 378 页）对公民的平等性的强调，揭示了哈贝马斯程序主义的内在道德性，这与哈贝马斯早期对道德意识、论证伦理学的研究密切相关。但他并没有将自己对实质正义的关注，溯源到与罗尔斯观念中的某种先验的人的本性，相反，他将问题的出路寄托于程序主体自身的论证性对话，通过意见的沟通与互动整合多元的价值。

从这个角度来说，笔者更青睐于北京大学法学院沈岷教授为中国行政法治提出的“开放、反思”的解决方案：“当实践中出现对实在法本身或其执行结果的异议时，创制或运用实在法的政府行为就面临可接受性的考验。而富有意义的反思过程，可以使这样的考验和针对政府行为可接受性的辩论充分展开，可以让实在法建制或执行过程中未被注意或重视的事实和价值，再次引起必要的关注”（沈岷：《公法变迁与合法性》，法律出版社 2010 年版，第 22 页以下。虽然沈岷教授将其论点定位为“开放、反思的形式法治”，但其实质，已不吻合通说中形式法治，而更贴近实质法治的基本立场）。然而，在对“开放、反思”的程序机制展开论述时，沈岷教授将思考的重心倾向于“开放能动的司法反思过程”。这注定了笔者与他的观点的分野：作为行政法学研究对象的行政，从来不以预防或解决纠纷为唯一目标。司法中心主义的行政法学框架，只能关照到

行政过程的一个环节,而对更大范围的行政活动的合法性审查“掩耳盗铃”。因此,行政法学的研究重心必然要从司法中心主义转移到行政过程,与此相应,行政立法与行政决策中的慎议程序机制的建构,才能从根本上解决传统行政法学的合法性危机。当然,即便通过程序主义的进路获得了暂时性的共识,这种共识也绝不能以凌驾于法律之上的姿态出现,相反,规范分析的方法仍是以暂时性共识修正法律的主要途径。

依此观之,温州市拟通过招投标聘用副县级领导干部举措中的自荐形式,若能于方案推出之前通过慎议程序讨论确定,就能与“人民干部人民选”的干部遴选原则获得链接,从而赢得规范之外的正当性基础。而举措中的其他3项实施步骤,更可借助法律解释的方法,在规范之内寻找到自洽性。

诚然,许多行政现象的合法性分析,只须完备行政法释义方法即可达成。因此,程序主义行政法治的提出,并不意味着对法律实证主义的跨越。对包括自己在内的许多行政法学者来说,规范的行政法学分析方法,仍是需要弥补的课程。而程序主义行政法治的理念,更多的是一种宏观的叙事背景,较适合于作为行政性立法或行政决策的指导精神。在此理念之下,许多具体的制度设计与调整,尚待置身部门行政法的场域逐步构建。

## 城镇化与我国行政法治发展模式转型

章志远(苏州大学法学院教授)

按照诺贝尔经济学奖得主、美国经济学家约瑟夫·斯蒂格利茨的说法,21世纪对世界影响最大的有两件事:一是美国高科技产业,二是中国的城市化。2012年3月,温家宝总理在国务院政府工作报告中正式宣布“中国城镇化率已经达到50%”。这个数字表明中国的城镇人口首次超过了农村人口,对于一个有着数千年农耕传统的国家来说,这无疑预示着社会结构的剧烈变迁。

回望近三十年来中国城镇化的迅猛推进,不难看出,城镇化背景下中国的社会结构出现了三个方面的明显变化:首先,城镇化的过程就是一个乡村逐渐被消灭、城市和小城镇不断扩张的过程。统计数据显示,在21世纪头十年间,中国就消失了90万个自然村。城乡二元结构的断裂使得中国社会的空间布局呈现出“农村——城镇——城市”三足鼎立的格局:传统而落后的乡村虽数量减少但依旧存在,富有特色、承上启下的各类小城镇数量急剧增加,人口密集、交通拥堵的城市在继续增长。其次,城镇化的过程也是一个人口大规模迁徙和布局重组的过程。宪法文本所宣示的工人阶级、农民阶级二分法已经发生裂变,人口结构出现了前所未有的变化:在农民群体中,既有留守故土日益被边缘化的农民,也有失去土地生存境况逐渐恶化的农民,还有如钟摆一样游走在乡村和城市之间的农民工;在市民群体中,既有各类文化技术精英,也有数量不断增加的中产阶级,还有来源多样为生计奔波的各类低收入群体;在城镇居民中,既有安度晚年的老年人和接受相对优质教育的少年儿童,也有经营小生意、生活相对固定的居民,还有从大城市撤回的具有一技之长的农民工。“农民→农民工→城镇居民→中产阶级”这一理想的人口结构路线图正在形成。最后,城镇化的过程更是一个生活生产方式、价值观念乃至社会关系结构发生深刻变化的过程。伴随着人口布局和生活空间的变化,散居的农民需要学会如何群居、如何融入现代城市文明之中,城市居民需要学会如何与这些临时的或长久的新移民共处。人口的流动和身份的转化使中国的社会关系结构也在不断变化和调整之中:传统的身份社会结构逐渐式微,但依旧存在于贫瘠落后的乡村、城市边缘群体以及正在不断壮大的小城镇之中;新型的契约社会结构正在生成,广泛存在于现代大城市以及新兴城镇之中。

与欧美国家主要依托市场机制自主发展的城市化推进模式相比，中国的城镇化完全是一种政府强力主导的推进模式。举凡城镇的规划选址、土地的征收补偿、新区新城的功能定位、旧城改造的实施方案等城镇化进程中的诸多问题，都是在行政权力的直接介入下实现的。政府主导型的城镇化推进模式能够发挥现行体制集中力量办大事的优点，在短时间内通过各种社会资源的有效整合实现城镇化率的快速提升。但是，中国人口数量庞大、城乡差异显著、贫富分化悬殊的特殊国情，又增加了城镇化的推行难度和运行风险，尤其是在中国这样一个权力至上观念根深蒂固的国家，行政主导的推进模式极有可能引发侵害农民利益的“被城镇化”现象。事实上，近年来失地农民数量的激增及其为争取生存发展权而与基层政府之间冲突抗衡的频发，已经对政府主导型城镇化推进模式的合法性和正当性提出了尖锐挑战。巧合的是，中国现代意义上的行政法的生长与城镇化发展正好同步，城镇化发展为中国行政法治道路提供了新的观察视角。自执政党提出“依法治国、建设社会主义国家”的战略目标以来，行政法治建设已历15年之久，“依法行政、建设法治政府”的作业虽有进展，但“权力限制、权利尊重”的和谐状态依旧没有达致，甚至日益艰难。自国务院提出“全面推进依法行政、十年时间建成法治政府”的宏伟蓝图以来，“公众参与论”、“政府管制论”、“合作治理论”等行政法治观相继登场，法治政府基本建成的大限业已临近，但中国本土化行政法治模式建构的前景却依旧模糊。以中国城镇化率过半为契机，立足整体观、运用系统论反思城镇化背景下我国行政法治发展模式的转型就显得格外必要和迫切。

总体来说，我国城镇化的迅猛推进对行政法治构成了如下三个方面的挑战。

一是加剧了行政组织法的空洞化。长期以来，行政组织法的粗陋和滞后一直是我国行政法治建设中的“瓶颈”。大部制、省直管县等行政管理体制改革虽然取得了一些成效，但大多属于决策高层的顶层设计，同基层政府的现实需要之间还有相当距离。中国的城镇化大多是通过建立开发区和建设新区新城的方式完成的。在这一开发建设的过程中，原有的乡镇往往经过撤并之后形成新的开发区管委会，原有的自然村甚至因土地完全被征收而整体更名为社区居委会。二十多年来，全国各地诞生了数以万计、级别不等的开发区，社区居委会更是星罗棋布。由于城镇化的进程完全采取政府主导的模式，大量开发区管委会和社区居委会几乎都是通过政府发文形式设置的。从形式上看，这种做法加剧了行政组织非法定主义的状态，使依法行政沦为空谈。更重要的是，这种简单化的命令处理方式忽略了城镇化进程中农民转为城镇居民需要较长过渡适应期的现实。与原先一级政府的管理模式相比，开发区管委会更多承担的是招商引资、发展经济的功能，社会管理及公共服务往往都很欠缺。尽管很多乡镇在城镇化进程中直接更名为街道办事处，原先的村委会也纷纷更名为社区居委会，但更名前后的组织所承担的功能却存在很大差别。对于城镇化进程中的失地农民而言，其生存和发展也决不是“被上楼”、拿笔补偿款就能一劳永逸解决的。当前，信访潮的涌现反映出基层政权化解社会矛盾的能力还比较低，这显然与城镇化进程中行政组织法的无序化和空洞化直接有关，无疑应当引起决策者和研究者的足够重视。

二是凸显了行政行为法的单一化。城镇化的推进预示着既有利益格局的变动，土地、住房、资源和财富在不同人群、不同阶层中不断被重新配置，由此必然会引发大量的利益纠葛，社会矛盾纠纷也更加突出。为此，行政机关在行政活动的过程中就应当兼顾各种利益诉求，避免助长甚至激化社会矛盾。在城镇化的进程中，行政行为法的单一化现象更加凸显。首先，就行政立法和决策而言，政府主导型的模式导致了民主性和科学性的双重缺失。城镇化的推进使农民群体不断被分化重组，这些碎片化的力量在现行法律框架内难以有效聚合进而影响现实的立法与决策过程，很多时候就连城镇化决策本身也是政府单方面强力推动的结果。例如，就城镇化进程中的规划决策而言，一方面具有内在的专业属性，需要吸收相关领域的专家参与，另一方面又具有浓郁的政治属性，需要吸收更多利益相关者的参与。但在政府主导之下，受聘参与规划决策的专家大



多成为政府规划意图的论证者，而所谓的公众参与则纯粹是一种装模作样的“走过场”。近年来屡屡发生的环境污染受害者群体性事件就与无序、滞后、封闭而专断的规划决策直接有关。除了单一化的行政立法和决策推进主体之外，立法和决策内容及结构的单一化也是较为突出的问题。目前，城镇化推进中衍生的大量边缘群体尚未完全纳入立法者的视野，流动人口、留守儿童、农村妇女和老人乃至大量性工作者的正当利益还没有得到规范层面的确认。其次，就行政执法而言，一线执法力量下沉并向乡镇延伸，固然可以满足面上管理需要，但城市与城镇之间存在较大差别，城市里的行政执法模式并不能简单套用于城镇。特别是在征地拆迁过程中对违法建筑的认定与处理，不仅需要考虑是否经过行政机关的事前审批，而且更要考虑农民居住的习俗和建房的实际需要。否则，单一化的处理模式必然会激起强烈的反弹。尤其值得关注的是，城镇化的推进消灭了大量乡村，加剧了传统文化的失落，也增加了整个社会运行的风险。很多传统文化都与土地、乡村紧密相连，构成了人们灵魂安放的场所。随着家园的流失，农民在很大意义上已经失去了安身立命之本，此时如果行政机关继续坚持刚性的行政执法方式，就极易增加失地农民的不满情绪，进而威胁社会的稳定和长治久安。近年来，各地频频发生的拆迁户自焚维权事件就是行政执法刚性有余而柔性不足的表现，应当引起执法者的深刻警醒。

三是暴露了行政救济法的无力化。政府主导型的城镇化推进模式导致官员政绩与民众诉求之间的严重断裂，官民对立不断增强，行政纠纷表现出复杂化、群体化的发展态势。总体上看，伴随着城镇化的快速推进，中国已经进入社会矛盾纠纷的高发期。群体性事件正朝着数量急剧增加、规模不断扩大、处理难度不断增大的方向发展，而数量庞大的失地农民群体正在成为群体性事件的主导性诱因。面对如此复杂的行政纠纷，国家正式的行政复议和行政诉讼机制在纠纷化解方面都陷入困境之中，信访这一非正式的制度反而成了主流的权利维护及纠纷解决机制。当下失地农民的信访救济呈现出信访频率扩大化、信访时机节日化、信访主体抱团化、信访地点越级化等异象，行政机关对访民的处理则呈现暴力压制和花钱消灾的两极化倾向，其结果导致官民双方在信访的泥潭里都越陷越深。尽管执政党一再强调要从源头上预防行政争议的发生，但在社会转型时期很多矛盾却无法完全避免。为此，应当正视行政救济法无力化的局面，充分理解失地农民的生存保障就是转型中国最大政治的时代命题，使失地农民与基层政府之间矛盾的化解回归到法治轨道。

尽管存在诸多问题与矛盾，但中国的城镇化已经成为一个无法逆转的趋势。在 21 世纪上半叶，中国的城镇化率将继续攀升，直至接近西方发达国家 80% 的城市化率。因此，在可以预见的相当长一段时间内，中国的城镇化进程会进一步加快，中国的社会结构会继续发生裂变，中国的社会矛盾也会继续在高位运行。面对上述城镇化推进对行政法治发展提出的诸多挑战，我国行政法治发展模式应当实现“从对抗型向合作型”、“从压制型向回应型”的转变。

在传统的对抗型行政法治发展模式下，行政机关往往割裂了经济发展、社会稳定与民众福祉之间的关系，单方面以为经济发展就能解决所有的社会问题，并将民众的维权行动视为社会的不安定因素而加以打压。事实证明，这种政府主导、民众被动接受的城镇化模式正是诸多社会问题产生之源。为此，在行政法治发展的模式上就必须实现从对抗型向合作型的转变。这一转型主要体现在行政法治发展动力源和工具单两个方面。

首先，在行政法治发展的动力源上，应坚持公私合作的发展策略，充分调动一切有利的民间社会资源，通过多领域、多层次和多形式的公私合作，推动行政法治的实现。具体来说，在行政立法和决策领域，倡导一种协商式、参与型的模式，通过吸收更多利益相关群体“有序”和“有效”的参与，确保行政立法和决策的科学性与民主性。在行政执法领域，倡导一种说理式、沟通型的模式，通过强化行政执法机关的说理义务和双方之间的对话、沟通机制，减少误解、凝聚共



识，促进行政执法的合意性与可接受性。在行政救济领域，倡导一种多元主体参与、多种机制协同的模式，通过行政复议主渠道作用、行政诉讼次渠道作用和行政调解分流作用的发挥，推动功能互补、对接有序的多元化行政纠纷解决体系的形成，增强行政纠纷化解的实效性。

其次，在行政法治发展的工具单上，坚持刚柔并济的发展策略，除慎重使用处罚、强制、命令等传统的刚性活动方式以外，要大量使用指导、契约、奖励、扶助、评估、和解等新兴柔性活动方式，因势利导，充分释放民众的智慧和创造精神，推动合作型行政法治的实现。就城镇化的推进而言，合作型的行政法治发展模式能够统合不同利益群体之间的诉求，吸引多种社会力量的参与，尽力消解城镇化快速发展中的社会分化，最终实现经济发展、社会稳定、文明进步和民权保障之间的和谐状态。

在传统的压制型行政法治发展模式下，行政机关习惯于摸着石头过河，单方面以为发生问题之后再着手解决为时不晚，通过软硬兼施的办法化解个案危机。事实同样表明，这种事前拍脑袋决策、事后花钱买平安的城镇化模式也是诸多社会问题产生之源。为此，在行政法治发展的模式上就必须实现从压制型向回应型的转变。这一转型主要体现在行政法治发展思维和重点两个方面。

首先，在行政法治发展思维上，应坚持预防性和均等化思维。以城镇化推进为例，在城镇化决策之前就应当进行各种信息的采集和研判，对城镇化实施可能产生的各种自然风险和社会风险进行充分评估，努力实现“决策于未知之中”。当城镇化不断推进之后，就应当充分考虑不同利益群体的实际诉求。无论是大城市居民、小城镇居民还是留守故土的农村居民，都应当能够体面而均等地享有政府所提供的公共服务和公共产品，在城镇化的浪潮中幸福地生活着。为了体现利益平衡原则，对某些弱势群体还应当体现差别保护精神，使城镇化进程中的社会分化、阶层固化现象得到遏制。当城镇化纠纷产生之后，同样需要慎重评估纠纷处理可能引发的风险，尽力通过和解的方式寻求危机的实质性化解，并为今后类似纠纷的解决树立典范。

其次，在行政法治发展的重点上，应坚持培育行会和扶持弱势的优先原则。在社会转型的过程中，各种利益群体不断分化重组，如果没有数量庞大的各式行业协会的组织化表达和参与，合作型、回应型的行政法治都无从谈起。以城镇化为例，当下乡村治理结构中的村委会、村民小组等组织已经不能真正代表失地农民的利益，失地农民要想有效抗争，必须实现自身利益的组织化表达，组织新型农会就是一种有益的尝试。为此，政府应当以社会管理创新理念的提出为契机，大力培育各种行会，为公私合作发展策略的落实奠定组织基础。同时，在社会阶层分化、固化的形势下，应当坚持扶持弱势的施政理念、落实社会的公平正义。西方法治发展的经验表明，庞大的中产阶级是社会稳定和厉行法治的基石。在城镇化进程中，我国原本就存在的贫富差距现象呈进一步扩大的趋势，需要通过调节税收、行政奖励、行政扶助等多种行政手段的运用，积极扶持数量庞大的弱势阶层，避免出现类似拉美国家现代化发展的陷阱。只有经过这一系列的努力，中国的行政法治事业才能在城镇化进程中浴火重生。

## 认真对待地方法治

黄文艺（吉林大学理论法学研究中心教授）

如果要认真检讨和反思改革开放以来中国法治研究与法治话语的弊病，那么最值得指出的当属地方法治问题的边缘化。

首先，地方法治问题在法治研究中处于边缘化的位置。无论是从学术界召开的法治研讨会来

看,还是从学者们发表的法治研究成果来看,地方法治问题可谓是一个“门前冷落车马稀”的领域。法治论者更愿意研究那些轰轰烈烈或光鲜亮丽的国家法治建设问题,而很少有兴趣去考虑地方法治建设所面临的各种具体问题。当然,这并不说法治论者不关心地方上发生的各种案件和事件。相反,很多法治论者经常在论著中讨论地方上发生的各种有代表性意义的案例,如刘涌案、孙志刚案、许霆案、药家鑫案、李昌奎案、小悦悦案等。不过,他们援引和讨论这些个案的目的,并非是要研究与解决地方法治建设中的问题,而是要借助于这些个案反思与回答国家法治建设中的重大问题,如司法与民意的关系、收容遣送制度的废除、法律与道德的关系等。

其次,地方法治在国家法治建设中的地位被边缘化。目前大多数的观点认为,地方在国家法治建设中的角色是依法治国方略的落实者和国家宪法法律的实施者。虽然地方拥有一定的立法权,但地方立法不过是根据本地情况执行国家法律法规的规定。有论者还提出用法治与法制两个概念来区分在中央与地方在法治建设中的不同角色,主张在中央层面使用法治概念,在地方层面使用法制概念。因此,地方法制主要是指地方在国家法治原则的统一指导下实施宪法法律的各种规则和制度的总和。此类观点从逻辑上说似乎很清晰地界定了中央与地方在法治建设中的不同角色,但其代价是抹杀了地方法治对于国家法治建设的诸多重要功能。这种角色定位,不仅事实上贬低了地方法治在国家法治建设中的实际作用,而且极大压缩了地方法治存在和运作的空间,不利于充分发挥地方法治建设的积极性和能动性。

从观念上追根溯源,地方法治问题被边缘化的深层原因就在于法学教科书和论著所反复传诵的“国家整体主义法治观”。这种法治观把现代民族国家视为一个在政治意义上和法律意义上统一的整体,然后把法治理解为在全国范围内确立国家法的普遍统治。这种法治观是以近代以来形成的国家主权观念为理论基础的。按照国家主权观念,国家对其领土范围内的所有居民和事务拥有一种至高无上的、普遍性的、排他性的统治权。由此可以合乎逻辑地推出,国家法也应对国家领土范围内的所有居民和事务具有普遍的约束力,其他社会规范不能推翻或否定国家法的效力。

国家整体主义法治观主要包括两项核心观念,即法律至上观念和法制统一观念。这两项核心观念都以国家主权观念为逻辑前提。其中,法律至上是国家主权至高无上的必然要求。既然法律是主权者意志的体现,那么法律也应当至高无上。法律至上通常被理解为法律在整个社会规范体系中具有最高的权威,其他所有社会规范都不能否定法律的效力或与法律相冲突。因此,法律至上观念确立了国家法在民族国家领土范围内所存在的众多规范中的至尊地位,从而为实现国家法在民族国家领土范围内的普遍统治提供了合法性。法制统一是国家主权统一的应有之意。按照法治论者的解释,国家主权的统一不仅表现为国家领土的统一和国家主权的独立,也表现为国家法制的统一。而且,法制意义上的国家统一是实现领土和主权意义上国家统一的重要保障。法制统一通常被理解为地方法要服从中央法,地方法不得与中央法相抵触。如果说法律至上观念确立了国家法相对于其他规范的至尊地位,那么法制统一观念则确立了中央法相对于地方法的至尊地位。

由上可以发现,国家整体主义法治观的背后实际上潜藏着两类密切联系的中心主义观念,即国家法中心主义观念和中央法中心主义观念。对于国家法中心主义观念,民间法/习惯法论者已提出了强有力的批评。在他们看来,民间法/习惯法在中国乡土社会秩序的建立和维护过程中仍然发挥着重要作用,并且深刻地影响着国家法的实际运行及其作用。民间法/习惯法不仅不是落后或愚昧的规则的同义词,相反还表现出相对于国家法的某些功能优势和合理性。但对于中央法中心主义观念,很少有人进行过反思和批判。照理说,地方法治论者应当义不容辞地承担起这一学术使命,但很多地方法治论者不仅没想到去批判中央法中心主义观念,反而不断强化这一观念。

在中国这样一个中央集权观念和传统相当深厚的国家,中央法中心主义观念确实很容易成为人们习以为常乃至觉得天经地义的信条。在当下中国,“全国一盘棋”、“举国体制”等崇尚或支

持中央集权的政治话语还很流行。其中，“全国一盘棋”可以说是中央集权主义政治话语最典型的代表。如果把全国比做一盘棋的话，中央政府显然就是下这盘棋的棋手，而各个地方不过是这盘棋上的一个个棋子。各个棋子的命运完全掌控在棋手的手中。值得注意的是，“全国一盘棋”这一政治隐喻已被一些地方法治论者完全接受，并成为他们观察与分析地方法治问题的基本立场。在法律话语体系里，与中央集权主义的政治话语相对应的是中央法中心主义的法律话语，诸如中央法优位于地方法、地方法服从于中央法等。这类法律话语不仅盛行于法学研究领域，也对法律实践产生深刻影响。

然而，国家整体主义法治观所包含的中央法中心主义观念不仅在理论上存在诸多内在缺陷，在实践中也产生了不少负面影响。

第一，无法正确地解释和解决地方法与中央法的冲突。按照中央法中心主义观念，地方法绝对不能与中央法相冲突。地方法若同中央法发生冲突，就应予以废除或取消。然而，改革开放新时期的实际情况是，不少宪法或法律变革都起源于地方的某些违宪或违法的制度创新。在地方法与中央法博弈的过程中，结局并非都是中央法战胜了地方法。相反，某些不合时宜的落后的中央法常常被那些顺应时代潮流的先进的地方法所颠覆或取代。一些学者把这类具有制度创新意义的违宪行为称作良性违宪，以区别于普通的违宪行为。中央政府不仅未干涉地方的良性违宪行为，甚至默认或鼓励地方实施具有良性违宪性质的改革实验。正像有学者所指出的，良性违宪的出现是因为宪法和中央法律过多地限制了地方的自主权。显然，中央法中心主义观念无法正确地解释良性违宪问题，也无助于有效地解决良性违宪问题。要合理地解决地方法与中央法的冲突问题，首先要抛弃中央法绝对高于地方法的观念，妥当地界定中央法与地方法的关系。如果地方法确实比中央法更先进、更合理，中央法就应当让位于地方法。其次，要建立一种善待地方法的法律冲突解决机制。这一机制在解决地方法与中央法的冲突时，并非不问青红皂白地宣布所有与中央法相抵触的地方法一律无效，而是认真对待那些虽与中央法条文相抵触但有可能更符合中央法精神的地方法，把这样的地方法上升为中央法的内容。

第二，对法治进程中出现的问题的误判。最典型的一种误判是，当地方政府的行为偏离中央法的规定时，就认为出现了地方保护主义问题，应将地方权力国家化。地方权力国家化就是把地方权力收归中央，这是一条中央集权之路。在立法领域，1954年宪法曾彻底实行地方权力国家化的理念，完全剥夺地方的立法权。在行政执法领域，地方权力国家化的思路和传统的钦差情结结合在一起，导致人们把中央政府垂直管理视为解决地方保护主义和地方行政失范的良策，主张对审计、统计、环保等部门实行中央垂直管理。在司法领域，学者们也提出，解决司法地方保护主义问题需要彻底地改造形成“司法权地方化”的体制性因素，以“司法权国家化”作为司法体制改革的思路。实际上，地方权力国家化或中央垂直管理是一剂危险的药方。它不仅会导致中央权力的过度集中和膨胀，也与法治所需要的地方自治和社会自治背道而驰。

第三，对法学研究和教育的误导。这种误导主要表现为把法学研究和教育的关注点引向中央法与中央法治建设，而忽略地方法与地方法治建设。当前，无论是法学论著所考察和研究的法，还是法学课堂上所讲授和讨论的法，基本上都是中央法，甚至并不属于严格意义上的中央法范畴的两高“司法解释”，也都是法学研究、法学教育和司法考试的重要内容。相反，地方法和地方法治建设却很少进入法学研究和教育的视野。这样一种法学研究和教育模式的结果是，全国的法学家都在为中央法治建设献计献策，全国的法学院都在培养精通中央法的人才。于是，中国法学院所培养出来的法律人才最合适的就业岗位是中央国家机关，只可惜中央国家机关根本无法满足如此多法学院毕业生的就业需求。我们也不难理解，为什么法学院毕业生到地方、基层就业会面临那么多的困难和问题，甚至根本就不愿意到地方、基层就业，因为他们学习的那一大套格式化

的中央法知识难以应对纷繁复杂的地方工作实践。那些到地方和基层工作的法学院毕业生，不得不继续接受教育，学习地方性知识。

第四，对地方立法自主权的禁锢。中央法中心主义观念对地方法治建设的一个负面影响是，严重禁锢了地方立法的自主权。为了和中央法保持一致，大多数地方立法不得不在中央法后面亦步亦趋，甚至完全照搬照抄中央法的内容，出现了相当突出的“重复立法”现象。这类重复立法除了表明地方立法主体行使了立法权之外，其实并没有太多实质性的意义。地方立法自主权的禁锢还导致地方红头文件大行其道。红头文件虽不属于法律的范畴，但同样可以对公众设定义务和责任，并对公众具有实际约束力。红头文件的制定程序远不如立法程序严格，所受的制约也远不如立法的制约多，所以地方政府更愿意以红头文件来处理或调整各种地方事务。由于大量地方事务和问题都由红头文件调整，因而红头文件事实上比立法更真实地反映地方政府的意志，更直接地影响地方公众的利益。地方红头文件的泛滥与失控，已成为地方政治乱象的表现形式。如何把红头文件纳入规范化和法治化的轨道，已成为地方法治建设的重要任务。地方红头文件的泛滥与地方立法自主权的禁锢之间无疑有着内在的关联：既然你不允许我在立法上有自主权，那我就在红头文件上实现我的立法自主权。因此，解决红头文件泛滥问题的一条可行的思路是，引导和激励地方政府通过立法来规制那些原本由红头文件调整的地方事务。

与国家整体主义法治观相对的是地方中心主义法治观。在这种法治观看来，地方才是国家法治建设的主战场，地方法治在国家法治格局中处于中心地位。这种中心地位至少可概括为四个方面。

其一，地方是规则制度的主要创新者。在任何一个国家，地方政府和人民都是社会的规则和制度创新的主体力量。这里所说的规则和制度，既包括那些已写入官方政治法律文本、特别是国家宪法法律之中的令人瞩目的重要规则和制度，也包括那些经常不为政治家和法学家所关注却是日常生活不可或缺的数量众多的琐细规则和制度。在过去的三十多年里，地方在规则制度创新上表现得非常积极和活跃。很多经济学家都观察到，地方政府竞争的重要内容就是规则制度创新。地方政府希望通过规则制度创新来改善投资环境，吸收外来投资，促进经济增长。改革开放过程中涌现的许多重大的制度创新，包括农村土地承包经营制度、国有土地有偿使用制度等，都首先起源于地方和基层自发的改革创新实践，然后由中央政府总结成功经验加以推广。地方和基层在长期的改革创新实践中所积累起来的不可胜数的新规则、新制度，为国家立法提供了可资利用的丰富资源。实践证明，只有根基于地方和基层的规则制度创新实践，广泛汲取地方和基层涌现出来的行之有效的规则制度，国家立法才能具有生命力和可行性。

其二，地方是宪法法律的主要实施者。虽然中央政府在宪法法律的实施上具有重要作用，而且中央政府带头执行宪法法律会产生良好的示范效应，但一国宪法法律实施的总体状况主要取决于分布在广袤土地上的地方政府和民众。如果地方政府和民众对国家的宪法法律置若罔闻，宪法法律就不过是一纸空文。从这种意义上说，在中国特色社会主义法律体系形成之后，中国法治建设的重心与其说是从立法转向了法律实施，不如说是从中央立法转向了地方实施法律。只有认真研究地方法治建设的规律和特点，完善地方执法和司法的体制机制，建立民众自觉守法的激励机制，切实解决地方有法不依、违法不究等问题，才能真正改善国家宪法法律的实施效果。

其三，地方是矛盾纠纷的主要解决者。解决社会矛盾纠纷，维护社会和谐稳定，是法治建设的重要任务。很显然，每个国家的绝大部分社会矛盾纠纷都发生在地方，解决在地方。以诉讼类纠纷为例，2011年我国地方各级法院审（执）结案件1147.9万件，而最高法院审结案件仅为10515件。这意味着，全国所发生的诉讼纠纷只有1%是由最高法院解决的，99%的诉讼纠纷都由地方法院解决。对于非诉讼纠纷来说，虽然中央和地方各自解决的纠纷数量无法做出准确统

计，但大致可以推断出地方所化解的非诉讼纠纷的比例将比诉讼类纠纷更大，因为各个地方除了存在信访、仲裁、行政调解、行政裁决、人民调解等正式的纠纷解决机制之外，还存在着家族调解、邻里调解、自愿协商等大量非正式的、民间的纠纷解决机制。后一类纠纷解决机制所解决的基层社会纠纷的数量是难以估量的。由此可以说，地方纠纷解决机制解决社会矛盾纠纷的能力和水平，直接决定整个国家社会矛盾纠纷解决的质量和效果，从而最终影响整个国家的政治稳定和社会秩序。

其四，地方是公平正义的主要输送者。虽然中央法在确立全国的公平正义标准上发挥着重要作用，但法律的公平正义能否输送到当事人那里则取决于地方行政机关和司法机关。大部分法律资源的分配和大部分法律纠纷的解决都是由地方行政机关和司法机关负责。只有当地方行政机关公平执法，地方司法机关公正司法时，公平正义的阳光才能普照到全社会和全体民众。

经过三十多年的持续努力，中央层面的法治建设成就光彩夺目，如依法治国方略的确立，中国特色社会主义法律体系的形成。相比之下，地方法治建设的形势却不容乐观。地方法治建设仍存在诸多乱象，面临不少困难，甚至举步维艰。只有真正重视地方法治，加快推进地方法治建设，法治国家的理想才有可能实现。

## 务实的法治观应立足于裁判的亚确定性

郭春镇（厦门大学法学院副教授）

裁判的确定性问题法学中恒久的论题之一。从古希腊法学的理性主义传统到孟德斯鸠的“法律售货机”理论，无不体现了对裁判确定性的期待与追求。西方19世纪的法典化运动则更进一步，把确定性问题与法律的形式主义紧密结合起来。然而，这种对形式合理性和裁判结果唯一性的追求在20世纪受到了经验主义法学理论的有力挑战，霍姆斯大法官所主张的“法律的生命在于经验而不是逻辑”的观点得到广泛关注，概念法学所主张的“法律无缝之网”观念则受到了批判。之后的现实主义法学则从“规则怀疑论”和“事实怀疑论”两个角度质疑法律的确定性，弗兰克甚至认为法律的确定性问题是一个“基本的法律神话”。哈特借助语义分析理论，指出法律既有确定性也有不确定性，之前的理论过分夸大了这两者中的一种。确定性问题研究的集大成者德沃金，立足于其阐释学的立场提出，任何案件包括疑难案件都存在着所谓“唯一正解”，坚持强调法律的客观性与裁判的确定性。

国内学者对这一问题的讨论可以分为两大类：一类是基于中国司法裁判较为欠缺确定性的历史与现实，对司法不确定性的问题进行解释，探讨为什么会存在这一问题；另一类则试图在梳理西方理论的基础上，着力解决如何让中国的法律裁判具有确定性。大多数文章似乎都或显或隐地存在着同一个先定立场，即不加质疑地把追求裁判的确定性作为一种学理上的“政治正确”或实践上的努力目标，而没有对这一问题进行有益的反思性探析。

实际上，裁判的确定性与非确定性之争，不仅是不同的法学流派之间基于不同的立场和视角对司法过程和法律实施进行的理论纷争，同时还具有重要的实践意义。笔者认为，中国进行法治建设应立足于一种务实的法治观。务实的法治观之本义，在于强调法治是一个开放的、螺旋式的上升进程，意味着对“更好”而非“最正确”的追求与探索。正如法治社会与国家有着多种样态，不同的国家基于政治、经济与历史强调不同的立场和价值，也存在着不同的问题。中国在学习西方经验来建构法治秩序的时候，无需将西方现行法治图腾化，无需将其视为一种人类社会的最理想状态进行膜拜，应该把西方法治视为具有多种面目的法治中的一种样态，把法治视为一种

更好的治理方式而非解决了所有问题的社会样态，把法治视为一种寻求更优而非最优法律结果的程序与历程。

就司法裁判而言，更应立足于裁判的“亚确定性”而非“确定性”。务实的法治观主张，裁判中的“唯一正解”观念只是一种人们可以不懈追求但永远无法实现的理想，但后现代的法学家所说的裁判完全受制于偶然性的论断也是反事实的。在法定的范围内可能存在多个乃至多种“正确”的结果，依据法律文本的规定，这些结果的范围是可预期的。至于最终的结果是这些可能结果中的哪一个，又取决于案件所处的特定情境，包括案件所处的政治社会背景、当事人的身份、司法者的“前见”乃至偏好等多种因素，因此裁判结果中的偶然性是有限与可控的。这就是裁判的“亚确定性”。裁判的亚确定性既尊重法律形式主义，又不完全拒绝裁判的偶然性，可谓一种“新形式主义”。务实的法治观应立足于亚确定性，在遵守法律文本规定的前提下，将法律适用者的主体性与能动性释放出来，把法律文本与案件的特定事实及背景结合起来，对法律进行动态地解释，在合法律性的基础上，于既有法律框架内寻找相对更具可接受性的结果。

首先，裁判的确定性是法律人追求的终极理想。裁判的确定性之所以是法律人追求的终极理想目标之一，是因为它有如下多重工具性价值：（1）它可以让人们对自己的行为及产生的结果有一个可靠的预期，知道自己的行为有可能产生什么样的结果并依此调整自己的行为。（2）它可增加或提升法律的权威，在欠缺确定性的情况下，人们不知或难以判断自己行为会有什么样的后果，就可能不知所从，从而对法律规则的权威性产生质疑，进而影响法律秩序。（3）它是对法律本身进行正当化的标准之一，即便人们对于法治所要求的“善法”基于不同的立场、视角与价值观有不同的理解，但至少就其中形式性、程序性的内容达成了基本的共识。正因如此，富勒的程序性法治观才被广为接受，而其八原则中至少有五项（公布、不溯及既往、明确、不矛盾、稳定性）都和裁判的确定性有直接的联系。如果说法治是现代国家和社会最具有可接受性与正当性的治理方式，就必须承认裁判的确定性是正当化法律体系的标准之一。因此，一个追求法治的法律人理应把追求裁判的确定性作为自己的理想。

将裁判的确定性坚持到极致的是德沃金，他坚持一种“完满法律”和“无缝之网”的法理学理论。在疑难案件中，即便从规则中无法寻找到答案，也可以通过原则的解释，获取解决疑难案件的“唯一正解”。这一理论的前提是他的整体性解释理论，即将美国所有法律视为一种内在统一的体系，法律的适用者在类似于写作“链接小说”的模式下对法律进行解释，就能得出一个在法律上和道德上最为正确的唯一的正确裁判。这一观点在法律与道德层面确实具有相当大的吸引力，体现了一种对于法学至高理想的追求。但这只是一种理想，它的实现需要整体上一致和无矛盾的法律体系、赫拉克利斯式的全能法官等多种条件，而这些在现实中恰是无法实现的。不仅如此，有很多问题可以通过类似自然科学的检验方式，用“是”与“非”来评判，如某件事有没有发生，某个事物是什么样的存在状态等，但在很多价值问题上，正确与否本身就难以确定了。在价值多元的场景下，很多结论都需要经过交涉、妥协达到主体间性后形成。价值问题更多地是通过交流、理解而非验证得出结论，在这种情况下，“唯一正解”更多地只是理想，如果不是空想的话。

总之，对现代法治和法律人而言，裁判的确定性确实是一种值得追求且永无止境的价值目标，而无罅隙的法律体系并不存在以及法律人的理性与能力的有限性却构成了获取“唯一正解”的障碍。虽然理想的“丰满”与现实的“骨感”之间存在着张力，但这并不意味着不应追求理想。至少，通过实践理性，可以逐渐乃至无限地接近理想。

其次，裁判的不确定性是法律实施过程中不可消除的面向。在法律实施的过程中，人的因素和规则因素使得裁判的结果不可避免地存在着不确定性。一方面，虽然法治意味着“法的支配”或“法律主治”，但根本而言法律不是自解释和自适用的，法律的实施与运行不可能与人类的参

与隔离开来。只要有人的地方，就难以避免人的主观性影响。人的主观性体现为两个面向：一是法律的适用者会存在着狭隘、偏私并因此而滥用权力的现象，基于这种非正当的情绪与倾向进行裁判必然会影响裁判的确定性；二是即便法律的适用者毫无偏私地适用法律，他也可能由于个人是有限理性人，受其“前见”及所处特定情境的影响，在认识、理解法律与事实等各方面存在偏差，进而使得裁判产生不确定性。此外，已经有充分的心理学和行为科学的资料证明，绝大多数人都会受诸如“框架效应”（提问的方式会影响回答的结果）、“损失厌恶”（相对于所得，人们更厌恶所失，某一损失带来的负面心理往往需要两倍于损失的所得来弥补）、“锚定效应”（人们往往会受第一次要价的影响，基于这个价进行讨价还价，因此第一次的要价往往会影响乃至决定最终的成交价格，法律辩论也是一种议价的过程）等因素的影响，从博弈的角度来看，人性固有的弱点决定裁判会存在不确定因素，而且这种不确定因素不可避免。

从另一方面来说，规则因素首先体现在法律语言上，任何文字都存在着语义的“射程”，在这个射程范围内，对该文字进行何种解释都被视为符合这一文字的内容。这就意味着法律语言存在着模糊性或不确定因素。司法需要对法律文本进行解释，但如何进行解释、依据何种程序与标准进行解释，以及诸种解释方法的位阶是否可以像化学元素周期表那样严格有序等问题马上浮出水面，法律语言的模糊性与诸种解释方法之间的竞争，使得裁判的不确定性以几何级的数量增加。其次，规则因素还体现在法律体系的统一性与一致性上。“无缝之网”只是个被设想的状态，从学理的视角来看，由于不同的法律往往是在不同的历史时期由不同的立法者制定，立法者的意志更多只是特定“众意”形式上的表达，而非所谓“公意”体现，不同的“众意”出现彼此矛盾冲突之处自然难以避免。从规范的表达来看，不同的部门法之间乃至同一部门法内部不一致乃至直接冲突的现象在制定法国家时有所见，在判例法国家中，违反先例的情形也屡见不鲜。

因此，现实中不存在如赫拉克利斯神一样的法官，也不存在精确无疑义的法律语言，更不存在“无缝之网”的法律，加上生活中一些难以避免的偶然性因素的影响，在法律实施的过程中，确实存在着不同程度的不确定性。而这种不确定性，是一个与“量”相关的词汇，它有着不同的量级，即便我们能够从“量”上削减它，但仍无法完全消除。

第三，理性务实的法治观所应立足的是裁判的亚确定性。裁判确定性主张所有的法律纠纷都可以从既有法律规则中找到唯一正解，这是一种规则决定论的主张。裁判不确定性的理论则认为法律规则或者事实都是不确定的，裁判的结果取决于规范之外的因素，甚至法官吃的早餐是什么都有可能决定裁判的结果，这是一种规则怀疑论的主张。裁判具有亚确定性的特征，务实的法治观应追求的是在亚确定性的前提下去寻找更具有可接受性的裁判，即对于个案的裁判，“当且仅当从法律材料中得到的结果是不等于可想象的所有结果集合的次级集合时”，法律是亚决定性的。相对于前面的规则决定论和规则怀疑论，亚确定性的主张可谓是一种规则导向论，即规则引导和主导了裁判，规则提供了一个范围，在这个范围内的所有裁判都是合乎规则要求的，或者说这个集合内的所有裁判都是正确的，因此该案中存在着多个“正确”的结论。规则决定论夸大了形式逻辑推理在法律适用中的效力，对案件的解决提供了一种因过于理想化而不可能达到的目标。规则怀疑论则过于强调了形式逻辑推理之外的偶然因素在法律适用中的影响，把某些偶然因素夸大成了必然，并由此只看到了“杂草”而没有看到“树木”乃至“森林”。规则导向论则是一种相对客观和理性的态度：它主张对于大多数法律问题，都能从规则中找到一定范围内“正确”的答案，对于疑难案件则认为虽然可能存在多个、多种答案，但这些答案都可以寻找到规范或原则依据。偶然因素固然能影响到裁判的结果，但这种影响不是决定性的和根本性的，都在规则或原则的文字语义射程之内。法律适用者所要努力的，就是在这一范围之内结合案件的特定事实，在特定的情境下做出最具有可接受性的裁判。

务实的法治观意味着法律的适用者在满怀理想的同时需立足于现实与情境做出裁判。这一现实就是真实世界中真实的人与既有的规范。这种情况下的人,包括法律人在内,都是有限理性的人,他们都会或多或少地受自己的前见、偏好、情感、认知能力等多种因素的影响,从而使得裁判具有一定的偶然性与或然性。他们又是具有理性的人,虽然这种理性并不完美,但还是具有基本范围与边界,他们虽然受前述因素的影响,但这些影响是在可控的范围内,即不超越规范的意义射程。真实世界中既有的规范受制于人类的理性,也不可能完美无缺,不可能存在所有问题的答案和针对某一问题的唯一正解。在这种情况下,法律的适用者努力的方向是在规范的语义射程内,结合具体的案件事实与场景,尽量发挥裁判者的实践理性,做出最具有可接受性的裁判,即承认裁判的亚确定性,在合法律性的前提下寻找合理的裁判。

第四,亚确定性的前提是类法条主义的“法律框架”。裁判亚确定性是规则导向的,强调规则在裁判中的基础性作用,因此,裁判亚确定性强调纠纷的解决应立足于规则,强调首先从法律的内在视角观察和分析问题,颇有“法条主义”的色彩。在中国,我们长期习惯从法律外寻找解决问题的答案,政治、道德、人情等因素在历史和近代都常被当作解决纠纷的依据,在追求实质合理性的同时往往忽略形式合理性。在强调法治的今天,法律无疑应该成为纠纷解决的首要依据,但是亚确定性的规则导向并没有排除开放性的内容。首先,构成规则自身的文字与语言具有模糊性和开放性,可以有多种解释和解读。其次,在规则允许的范围内,法律外的因素可以纳入考量范围,以求得到案件最为合理的结果。

如果说寻求一个合乎法律与情理的裁判是寻找一个凯尔森所说的“个别规范”的过程,那么这个过程开端就是对其“上级”规范进行解释。在凯尔森看来,法律体系具有等级结构,上级规范决定了下级规范的形式与内容,法律既是被解释的对象,也是对下一级法律“解释域”的限定者,这个“解释域”就是他所谓的“框架”。只要所确定的个别规范不逾越这个框架,就是合乎该规范因而合乎法律的。在凯尔森的理论体系中,存在着基础规范、一般规范、个别规范,裁判的过程就是寻找个别规范的过程。在这个过程中,第一步要探索作为解释对象的规范可能产生哪些个别规范,在有歧义或疑义的情况下,则要探索其上级规范存在哪些解释可能性。此外,还要结合司法者对该规范的认识,并据此做出最后的决断。

第五,亚确定性需要在“框架”下进行动态法律解释。凯尔森的法律解释框架理论中,求得个别规范的时候除了探究一般规范及其上级规范的意义射程之外,还为司法者的主体性留下了一席之地。在确定裁判的合法律性的同时,还为司法者充分发挥能动性、追求合理性留下了回旋空间。这样的解释理论与策略是值得肯定的。裁判的结果会受到司法者对规范、公共价值等因素进行取舍的影响,合理的裁判需要司法者在坚持“法律框架”理论的前提下发挥能动性,综合考量这些因素,对法律文本进行动态解释。

制定法及基于制定法所做的裁判总是存在着动态性,只是强弱程度不同而已。制定法是抽象的,而现实是具体的,司法者所处的环境和问题未必是制定法或其起草者所面对的。即便能通过各种方式了解到起草人制定法律的时候想要达成的特定结果,但这些结果是否肯定会发生则取决于一系列关于人和机构的假设、关于社会和习俗的假设、关于法律和政策的假设。如果这些假设随着时代变迁而消散,就不会产生制定法所预设的结果,而如果制定法还被用于进行决策,就会产生动态解释,也就是后续的解释者把制定法适用于其最初的起草者所没有设想到的情况中。因此,任何制定法在弱意义上都是动态的,在适用时与起草者的预期有所不同。在某些情况下,适用法律的环境与制定法起草者所面对的环境相差巨大,制定法的适用是强意义上的动态,超出了起草者的预期。这时,解释者就会考虑用与起草者或最初解释者不同的想法去适用制定法。动态解释之所以有合理性与说服力是基于三个理由:(1)没有足够的信息来确定当初的立法机构如何



解释制定法。(2) 法律语句意涵的广泛性表明了对法院在规则范围内制造个别规范的授权,就像立法机构明确将某些造法权力授予行政机关一样,立法机构是以默示的方式对法院进行了授权。(3) 在具体案件的解释中,动态解释使得法律更有意义。法治有时意味着规则,有时意味着过程,有时意味着价值,动态解释模式以一种既打破陈规又非常审慎的方式将这三者有机结合起来。说它打破陈规,是指它与原旨主义法律解释观点迥异;说它非常审慎,是指它首先应立足于法律框架,裁判的内容不得超越法律文本的文义射程,同时它又与主要的法律解释理论兼容并包,并有所发展。

总之,在中国,应秉持一种立足于真实世界的务实法治观,它不是将法治视为一种图腾,不是进行规则崇拜,更不是崇尚规则虚无,而是强调规则的导向性作用,强调人的有限理性和尊重人的实践理性,强调在尊重规则的前提下发挥人的主体性与能动性,去寻找更好的纠纷解决的答案。因此,务实的法治观应立足于裁判的亚确定性,结合案件的具体情形进行动态法律解释。

## 从法民关系思考中国法治

凌 斌(北京大学法学院副教授)

上世纪末的一天,我在逛书店时看到一位白发苍苍的老奶奶,盘坐在新华书店法律专架下,寻章摘句地抄写着一些法律条文,一行行蝇头小字如同她额头上深深的皱纹。我对这个自学法律的老人生出兴趣,有心问个究竟。问她是在做什么,说是学法律、打官司。问为什么不请律师,说不是没请,而是怕被律师和法官骗了,只能自己先来看个明白。问是否能看明白,说看得明白,其实法律写得比律师说得明白,还说自己占理,能赢官司。老人的话给我触动很深,原因不在于老人的善恶,案件的是非,也不是我的怜悯与同情,而是一个实践问题:如果中国的普通官民大多像这位老人一样,不相信律师和法官,而是相信自己可以直接理解和掌握法律,这对中国的司法改革和法治进程意味着什么?

如今,那个不起眼的早已湮灭的微小个案,已经成为当代中国最为普遍和典型的法治现象。司法公信力的严重流失和法治信仰的深重危机,已经成为这个时代无法回避的法治困境。然而这一切,早在那个法律书架下白发老人不放心自己的律师法官而要自学法律时,就已呈现。那其中早已预设了普通人对法律人的不信任和对自已理解并掌握法律的自信。普通人对法律人的不信任和对自已的自信,也最终影响到法律人本身的职业伦理和制度理念。具体的行为特点和改革措施不论,“大调解”、“大信访”和“能动司法”这些整体性的法治理念,一定程度上也都是对这种现实处境的实践回应。

这其中凸显的,是普通人与法律人之间围绕解释权和公信力形成的相互关系,亦即我所说的“法民关系”。法民关系,在这里不是法律与民众的关系,而是法律职业与普通民众的关系,不是法与人的关系,而是人与人的关系,人与人经由法律形成的关系。司法公信的缺失和法治信仰的危机,都是特定法民关系的典型表现。相比于西方法治植根于一种法律职业内部的相对和谐、相互信任的法民关系,当代中国的法治实践则始终受制于这种法律职业与普通民众之间相对紧张、互不信任的法民关系。

作为一个法律人,我很愿意相信法治的美景鸿图终将到来,相信中国的法民关系也很容易实现彼此的和谐互信。然而,通过法律移植和法学继受建立起的法律体系和法学理论,如何能在中国的法治实践中获得普通官民的遵从与信奉,却始终是一个未能回答的问题。以往,由于低估了法治建设本身的艰难与复杂,我们总是把法治困境的责任推卸给外在原因,强调政治体制、社会

观念和经济结构等外在影响。实际上,我们更应当从法治实践的内在特点,寻求可能的理论解释和改革出路。同样是对生活方式的改变,相比于新技术和新产品,新制度和新伦理天然地易于受到官员民众的本能抗拒。即使对于当代中国的官员民众而言,法治仍然是一种新的治理方式和新的生活方式,更不用说三十年前乃至一百年前。把法治的困境仅仅归结为外在因素,就回避了真正的问题,低估了法治建设的复杂艰巨,更忽略了这一问题的普遍意义。

普通的官员和民众是法律外行,但并不是孩子。强迫他们放弃原本的生活理想,强迫他们接受并不喜欢、并不理解甚至根本并不了解的陌生理想,结果只能导致更多的怀疑、隔阂和抗拒。毕竟法律人勾勒的法治图景还没有到来,对许多普通官员来说,那也许是另一个乌托邦。特别是当人们普遍依恋于原本生活方式的情况下,即使新的生活方式一旦确立便会显出比较优势,也仍然会在开始时遭遇顽固乃至激烈的抵制。更何况,如果在先尝后买比较鉴别之后,绝大多数人仍然以行动做出了信守以往生活方式的实践选择,那么强制推行法治的结果就只能是愈发加剧法治的正当性危机:让人们更加觉得法治的新政治不正义,新道德不道德,新理想是强加的理想。由此导致的结果,只能是更为加深法民关系的紧张疑忌。

学界的以往研究,多是聚焦于西方法治的当下发展,关注现阶段的“同时比较”,而往往忽略了类似历史时期的“同期比较”。对当代中国而言,更应当重点考察那些法治发达国家的“法治转折”时期,考察其如何建立起和谐互信的法民关系,建立起普遍一般的司法权威和法治信仰。实际上,这样一种秉承着新的伦理道德,承载着新的政治秩序,通过溯及既往的复杂规则,旨在重新规定行为模式、人际关系和生活方式的法治进程,如何能够获得普通官民的接受和服从,是一切通过法治改造国民的社会变革都必然遇到的现实挑战。西方法治建立之初,同样面对着这一问题。柯克勋爵和詹姆斯国王的故事无需再讲。美国联邦最高法院的至上权威,作为司法公信和法治信仰的顶峰,同样不是从来如此。正如布雷耶大法官所说,“在美国不同历史阶段,最高法院的判决都曾经遭遇社会各界,甚至总统、国会的抵制、反对与忽略。……回顾这些往事,有助于我们深刻了解,最高法院的判决,在被今人视为法律并普遍接受之前,经历过多少坎坷波折,以及能走到今天这一步,究竟有着何等价值与重要意义”(Stephen Breyer, *Making Our Democracy Work: A Judge's View*, Knopf, First edition, 2010)。

实际上,早在两千三百多年前,人类第一次探索法治实践时就已然提出了同样的问题。“商鞅变法”之初,当时的立法者秦孝公,已经十分迫切地提出了立法之后如何理顺法民关系的问题:“法令以当时立之者,明旦,欲使天下之吏民,皆明知而用之、如一而无私,奈何?”(《商君书·定分》,载张觉:《商君书校注》,岳麓书社2006年版,第185页)这与吴邦国委员长在2011年初宣布社会主义法律体系建成之时提出的问题几乎一般不二:“中国特色社会主义法律体系的形成,总体上解决了有法可依的问题,在这种情况下,有法必依、执法必严、违法必究的问题就显得更为突出、更加紧迫,这也是广大人民群众普遍关注、各方面反映强烈的问题。”如何在立法之后实现法治,如何建立和谐互信的法民关系,如何使官员民众做到“有法必依、执法必严、违法必究”,这个有法可依之后“更为突出、更加紧迫”、“也是广大人民群众普遍关注、各方面反映强烈的问题”,正是古今法治进程共同面对的一个首要问题。

商鞅变法留下了重要的法治经验。当时的改革者商君公孙鞅,一举实现了和谐互信的法民关系。《史记·商君列传》用两则事例,“南门立木,以明不欺”、“太子犯法,与民同罪”,记录了这位法治前辈的智慧、胆识、魄力与决心。短短十年时间,就实现了法民关系的和谐互信,做到了令行禁止、贵贱平等、家给人足、乡邑大治,实在是冠绝古今的法治成就。商鞅变法在立法之初,也有“恐民不信”、“行於民期年,秦民之国都言初令之不便者以千数”的艰难时期。然而,正是因为变法伊始,就将“天下之吏民,皆明知而用之、如一而无私”的法民关系作为法治的首

要问题，才从整体上一举奠定了取信于民的法治基础。

古今比较，秦朝法治和美国法治下的法民关系，都是一种法律职业主导的法民关系。在这种法民关系中，法律解释权垄断于法律人内部，处于主导和支配地位的是法官、检察官和律师这些法律人，而法律人与普通人之间的外部关系只是派生性和依附性的，只能取决于法律人之间的内部关系。法民关系的核心，是法官和双方律师，整个律师职业都享有较为尊崇的法律地位。

当代中国的法治道路，显然与秦朝和美国式的自上而下的强制变革不同。当代中国的法治道路，不以专职法律人垄断法律为前提，而坚持以普通官员和一般公众能够直接理解和掌握的方式制定、执行和解释法律。贯穿其始终的是以“把法律交给人民、让人民掌握法律”为宗旨的“法治的群众路线”。当代中国的法民关系，是一种普通民众主导的法民关系。法民关系中的关键是法律人与普通人之间的外部关系，而法官、检察官和律师这些法律人之间的内部关系反而是派生性和依附性的，只能取决于法律人与普通人的外部关系。这种法民关系的核心，是法官和双方当事人，而律师职业的法律地位相对较低，甚至法官和检察官也并没有明显高于普通公众的尊严与荣耀。作为法民关系中的主导一方，当代中国的普通民众对法院和法官的期望，不是“自动售货机”式的规规矩矩、按部就班，不是高台阶、大盖帽、法袍、法槌的威严与肃穆，而是关切和温暖。这时，一切法律条文和司法程序，往往比不上人情练达、世事洞明的“群众工作艺术”。这种中国老百姓要求的法律职业伦理和司法专业技能，始终塑造着当代中国的“法治理想”。在这样的法民关系中，只有中国的法官律师能够做达到普通官民的朴素期望，赢得人们的“青天”赞誉，中国的司法威信和法治信仰才可能重新建立。

古今中西的法治实践，代表着法治的两条道路。一是从顶层设计出发一举奠定法治的伦理基础，自上而下一劳永逸地从整体上尽快确立政府信用和法律权威。这往往需要商鞅式的暴力强制，用平等、民主、开放的程序正义和铲车、水枪和手铐的暴力机器，建立法治的权威。一种从底层基础出发逐步积累法治的伦理资源，自下而上循序渐进地从个案上逐渐培养司法公信和法治信仰。这就要求法律人用外行听得懂的和能接受的道理，走群众路线，将人民利益看得和宪法法律一样至高无上，将代表人民利益和实现宪法法律的党的领导，看得一样至高无上。法治的职业主义，更依赖国家暴力和顶层设计，寄希望于自上而下的强制变革。而法治的群众路线，则需要追求宪法法律、人民利益和党的领导三者之间的有机统一。

美国经验也好，秦朝经验也罢，与当代中国的自身探索一起，古今中西的法治道路，也都已呈现在我们的面前。这当然并不意味着问题会因此变得易于解决，但却有助于我们认清、正视和解决真正的问题。对于当代中国法律人来说，重要的不仅是法律关系，还有法民关系。当法律书架下的白发老人不再自学法律，真正放心把法律交到法律人手中时，我们就不再饱受非难，不再备受煎熬，不再焦虑司法公信与法治信仰的实践难题。

## 法治的概念策略

刘 杨（辽宁大学法学院教授）

法治及其相关概念（人治、德治等）大概是法学中最繁复、混乱的概念群之一。目前，关于法治的学术话语、政治话语、宣传话语多半是在名词层面取得一致，而远未达到概念层面的共识，许多关于法治的争论实际上是概念的理解和定义不同造成的。为此，有必要对法治概念展开一番“清理地基”的工作，打造一套统一、合理的概念系统，以期更适于客观、持正、有效地讨论问题，并对推进中国法治进程有所助益。

法治概念的“清理地基”工作，首先是对法治进行概念分析。概念分析并不是对语词词义的逻辑分析，而是对语词实际用法的经验分析。其次，对法治概念群加以规范，使其满足“融贯论”的基本要求。最重要的是，充分认识到法治概念主要不是一个语词性定义问题，而是一个概念策略问题，即在多种可能的法治定义方案中，采用不同方案会有不同的理论效果、实际效应，究竟选择何种方案是值得认真对待和妥善处理的“策略”问题。因此，对主要法治定义方案各自利弊得失的分析，便成为制订合理的法治概念策略的前提。

关于法治的定义方案常见的有两种：狭义的法治概念（简称方案一），以现代西方法治为法治的标准定义，将此外治理类型都归为人治（含德治、礼治、术治、势治等多种表现形式）；广义的法治概念（简称方案二），凡以法为治者——无论依法而治、以法而治或经法而治——皆为法治，因此西方法治、中国儒家法治、法家法治都是法治的具体类型。

方案一多见于当下的法治诉求。盖经一个多世纪的革命洗礼和历史沧桑，中国传统文化的影响较之百多年前已趋衰弱，法治之阻力和对手主要不再来自德治、礼治等传统治式，而是人治传统。西方法治与中国传统治式的本质区别已被清醒认识，因此方案一赋予法治概念鲜明的价值立场，法治与法律、宪政与宪法被有意义地区分开。唯有狭义法治概念方能表达这种本质性认识。但是，狭义法治概念与中国传统法治话语产生了明显的隔阂、断裂。历史上，中国儒法两家都有明确的法治思想，礼治、德治与法治之争构成了中国传统治式之争的主轴，也是明显的事实。按照方案一，中国法家法治和儒家法治都不是法治，而是人治、德治；同以“法治”之名，实际所指却可能南辕北辙。因此，方案一在明确了现代法治的价值诉求和本质含义的同时，也造成了法治话语中操两套概念系统的弊端。此外，方案一在理论效果上也是利中有弊。

其一，狭义的法治概念，是一个被严格价值化、定位化的概念。所谓价值化，是指法治被与现代西方的主流道德价值绑定在一起，只有体现自由、平等、人权等启蒙价值的法治才是真正的法治；人治、德治被与中国传统的主流道德价值绑定为一体。所谓定位化，是指在现实语境中，法治概念在它的“能指”中实际上只有一个“所指”，即现代西方法治；人治、德治概念则被专门用来指代中国传统治理方式，于是形成了“西方法治—中国人治”泾渭分明的治式图景。价值化、定位化的法治概念因此变得僵化、狭隘。更致命的是，它无法容纳普世价值或简单地将一种文化价值等同于普世价值。假如存在普世价值，则定位化的中西分隔论的缺陷就是明显的，它充其量只能作为对历史实况的大略概括，而不能为超越中西对立的普世价值提供合理的概念空间。

其二，狭义的法治概念，在价值化、定位化的基础上，进一步走向治式评价的简单化、标签化。在当下语境中，西方法治往往得到无条件的肯定性评价，“法治”成为众望所归的褒义词，意味着天经地义的正当性；同时人治、德治被不假思索地给予否定性评价，尤其是“人治”成了无可争辩的贬义词，代表着一无是处、不值一提。然而，对有着深厚理论基础和巨大历史实践的中国传统治式，以今天的立场将其一笔抹杀，恐怕既不慎重，也不妥当。从法治理论建构的角度说，如此标签化的简单处理，极易忽视对人治、法治等各种治式固有的利弊得失及存在合理性、条件性的考察和关注。只有深刻理解人治、德治何以是合理的，才能理解它们何以会成为不合理的；只有深刻理解人治、德治的合理性条件与限度，才能理解法治何以应成为现代社会的必然选择。在此意义上，深刻理解人治，是真实地理解法治的必要前提。

其三，狭义的法治概念，在实践上极易导致价值立场的两极分化和尖锐对立。激进派会极力追捧西方法治而不会“认真对待人治”，同时保守派也被逼到另一极端：在固守传统的同时，将法治妖魔化。当一种本来可欲的治国方略被部分社会成员妖魔化之时，社会就陷入以一种立场去反对另一种立场的价值之争，甚至是意识形态之战。在此情形下，己方的优长和他方的弊端都会

被无限放大，缺陷被有意忽视，平心静气的理性探讨精神荡然无存，社会日甚一日地被撕裂，客观上将无助于真正推进法治。

方案二多见于约百年前的清末民初。其时，救亡与启蒙、反帝与反封建、革命与改良发生了空前激烈的交锋，传统文化的影响力依然强大，在“三千年未有之大变局”来临之际，它再次施展出中国传统文化的危机应对之道，即通过妥协、吸收、容纳、同化新的外来因素，实现某种意义的“创造性转化”。一个笼统、模糊、形式化的广义法治概念，正可以用来统合中西名同实异的法治。就概念策略而言，它避免了方案一的明显缺陷，保证了法治概念系统的统一性，从技术上有明显的可取之处。此外，方案二在理论功效上的合理性、启发性，也应得到充分重视和认真对待。

其一，广义法治概念作为一个去价值化的概念，可以深化对形式法治的理解。“形式法治”通常是在西方语境下被理解为“实质法治”的对称。这一西方意义上的“形式法治”显然无法兼容中国传统意义的法治。不仅其对应的“实质法治”与平等、自由、民主、人权等现代西方主流价值绑定为一，而且“形式法治”也并非像法律实证主义所宣称的那样是价值无涉的，而是包含着一般性、可预期性、明确性、无矛盾性、可行性、稳定性等程序价值。形式法治概念应当在更一般、抽象、纯粹的意义理解，将其界定为国家强制性，即国家通过立法并以强制力保障实施的性质。这一性质是法律区别于道德、宗教的特征，也是古今中外法律制度的共性。唯有如此，中西法治才能找到共同的基础。需注意的是，去价值化不意味着法治一定要排除一切价值，准确地说，去价值化的形式法治概念是指法治与价值没有必然联系，亦即它在概念上不固定于任何特定价值，但在事实上可以与任何一种道德价值体系相融。

其二，广义法治概念，避免了法治概念定位化和治式评价简单化、标签化。广义法治建立在国家强制性意义上的“形式法治”概念基础上，剥离了法治与特定价值或文化实体的固定联系，从而避免了以西方标准裁量中国有无法治的褊狭之见。作为法治的具体类型，中国儒家法治、法家法治等治式类型，不至于被简单地贴上“人治”标签而打入另册。

其三，广义法治概念，有助于缓和中国传统治式与现代西方法治的尖锐对立。如前所述，这种尖锐的对立客观上可能产生阻滞中国法治进程的效果。一个显见的现象是，在法治被“妖魔化”的同时，形式多样的“国情论”便频频出场，实际上起到掩饰真问题、制造假问题的作用。法治建设如同在其他领域一样，“国情”作为一种“底色”或基础条件，是不以人的意志为转移的实然。既然如此，过分强调“国情论”就极易沦为以冠冕堂皇之名阻碍改革、进步之实的障眼法。这就偏离了国情论的本义。淡化法治的西方标准，就是不给国情论的不恰当出场授以口实。

方案二作为概念策略虽然有诸多合理因素，但形成该方案的特定历史场景决定：在接纳、借鉴西方时不能不更多地考虑维护民族自尊心、自信心的需要，所谓“尧舜禅让，即是共和；管子轨里连乡，便为自治；类此之论，人尽乐闻”（梁启超：《先秦政治思想史》，东方出版社2012年版，第18页）。广义法治概念把中西法治包容在一个共同的概念里，满足了这种需要，但在共同的“法治”名下，中西不同类型法治之间的关系并没有真正得到清晰的梳理和恰当的说明；在获得了概念形式上的统一性时却缺少鲜明的价值立场，法治与法律、宪政与宪法的有重要意义的区分没有得到凸显。因此方案二的文化情感意义明显多于学术理性意义。鉴于古今中外完全没有法律形式的统治少之又少，“法治”遂变为无所不包的概念，成为“治理”、“统治”的同义词。这样一个囫圇吞枣式的法治概念，在历史的转轨期，有缓和尖锐冲突、避免剧烈冲击之作用，但是在瞒天过海之后、假戏真做之时，就不足为用了。有趣的是，方案一作为当代主流的法治概念策略，克服了方案二的部分缺点，却丢弃了方案二更多的优点，是对方案二的矫枉过正。因此，有必要在扬弃二者的基础上，打造、升华出更合理的法治概念策略，不妨称之为“方案三”。

首先,方案三应吸收方案二的最大优点,即在统一的框架下说明中西不同的法治、人治概念,同时克服其缺陷,对中西法治、人治概念及其关系做出清晰的梳理。为此,须预设一个最抽象的、一般意义上的法治、人治概念。借用哲学的基本范畴,在最抽象、一般的意义上,法治是一种“客观性之治”,人治是一种“主观性之治”。在这一框架下,中西方多重意义的法治、人治概念均可获得合逻辑的解释。

(1)作为客观性之治的法治,在不同文化背景下发展出两个不同面相。西方基于宗教文化背景,其客观性是“超越的客观性”,即来源于自然法或上帝所代表的“纯客观的客观性”,作为“客观性之治”的法治,强调的是一种来自人以外的超越性力量的统治,由于渊源的超越性、神圣性,西方文化的主流是从肯定和褒义的方面理解法治。中国基于伦理文化背景,其客观性是“主观的客观性”,即“主观性的客观化”,作为“客观性之治”的法治,强调的是来自人伦社会的世俗性力量的统治,由于来源不具有超越性、神圣性,中国文化对法治的态度褒贬兼具,以贬居多。但这些区别都不能否定其共性,即中西法治都是“客观性之治”、“确定性之治”。从不同的角度看,这既是法治的优势也是法治的劣势,所谓“法律可以治常,不可以治变”(《钱宾四先生全集》,联经出版事业公司1998年版,第40卷,第112页)。法治的两面性与人治的两面性恰好形成对立统一关系。

(2)作为主观性之治的人治,在不同文化背景下分别凸显了两个不同面相。西方在基督教文化影响下,以性恶论为主导,谨慎地从消极、否定的方面理解人治,人治即与“理性之治”相对立的“任意之治”,走到极端就是极权专制。因此,在西方语境中,人治与法治是对立的,在评价上有善恶之别。中国在儒家文化影响下,以性善论为主导,乐观地从积极、肯定的方面理解人治,人治即与“确定性之治”相对应的“灵活性之治”,它正可以弥补法治作为“规则之治”必定带有的滞后性、僵化性。在中国传统语境中,人治与法治不仅功能互补,而且实质上兼容而相通。从这点来说,西方法治论者将中国传统的儒家法治、法家法治都划归“人治”,也是情有可原。须说明的是,西方文化固然重视人治弊端,但对作为“灵活性之治”的人治优越的一面也不乏认识和肯定,柏拉图“哲君之治”即是;中国文化固然从德治方面充分发掘了人治的优越性,但对人治与专制之间的互通关系亦有切肤之痛。因此,人治的两个面相是其本身所固有的,不能简单地看作是中西之别。

其次,方案三应坚持方案一的鲜明价值立场,并作必要的改造升级,使其能超越中西对立、容纳普世价值,避免方案一在贬抑人治的同时带来对法治的妖魔化。具体解释是:法治的两个面相代表着两种不同的法治观,一种是向下的、治人的特权法治,一种是向上的、自治的平权法治。更简洁地说,一个是传统法治,一个是现代法治。尽管它们在物理空间上有交叉并存,但在逻辑上应视为前后相继的两种法治类型。因为,(1)造成两种法治观的关键在于现代社会以人与人的平等观取代了传统社会的等级观,梅因概括的“从身份到契约的运动”的意义不限于西方,而是具有世界历史意义。(2)中西所处文化体的相对独立性、封闭性,使其发展并不同步,理性逻辑上历时性的法治类型共时性地存在于当代世界误导了人们的认识。方案一就是只看到两种法治并存的局面而将其视为中西之别。有理由认为,法治的中西之别实乃皮相之见,法治的古今之变才是问题的实质。从传统法治到现代法治,不仅是从特权法治到平权法治,而且是从地方性法治到普适性法治。只是普适性不应简单地等同于“西方性”,它应当是中立于各种文化并从中吸收营养的概念,真正的普适性与真正的特殊性必定是互容的。同理,也不应简单地在传统法治与中国法治、现代法治与西方法治之间划等号。思维的视角似应做一个有益的转换:不是西方法治等同于现代法治,而是现代法治率先在西方得到较大程度的实现。它同样可以并应当

在中国实现。

作为方案一、二的“合题”，方案三所定义的法治是广义法治，即国家强制性意义上的“形式法治”。就经验事实说，法治包含西方法治、中国法治（法家法治、儒家法治）；就理性逻辑说，法治包含传统法治与现代法治。尽管我们采取了广义的法治概念，但由于从传统法治到现代法治是法治发展的必然趋势或规律，这一法治概念并不缺少方向感。它既保持了法治概念的统一性，也体现了鲜明的价值立场，不失为一种可行的概念策略。

## 法治的场境、处境和意境

江国华（武汉大学法学院教授）

反思法治或当从语境开始。法治的语境可理解为有关法治对话的时空背景、文化台面以及对话者的角色关系等要素的总称。它由场境、处境和意境三个密切相关的元素所构成，其中每一个元素都浸润着时空、文化和角色的成分，而且它们彼此之间具有内在连带关系。

首先，法治是一个受制于场境的范畴。立足于不同的场境，沟通双方所持“法治”虽或名同，但其意则可能南辕北辙。在其空间意义上，场境带有明显的区域意味，而区域即意味着差异，正是差异性地域培植了差异性的法律。唯有置身于法律所赖以生长的场境之中，才有可能对其作出相对合理的解释；离开特定场境，或者立足于西方场境来解读中国的法律，难免会产生诸多歧义。

或许正是这种场境的差异，使得中华法系与欧美法传统区分开来，形成一套其自身特有的完整而系统的法言法语。这一套法律术语不但扎根中国社会，而且影响日本、朝鲜半岛和东南亚国家，从而使中华法系成为世界主要法系之一。但近代以来，特别是晚清法制改革以来，伴随着“西法东渐”的潮流，在五千年中华文明史上曾风光一时的中华法系迅疾淹没在西方法学理论之中。延至今日，一百年来中国法学家所做的工作大多都是以西方的理论框架、概念、范畴和命题来研究和解释中国的法治问题，中国法治现代化的过程也因此被异化为“西化过程”。在这个过程中，“言必称希腊”由一种时髦逐渐演变成为一种思维惯势。其结果是：我们在法学理论上的建树寥寥，更遑论为法治实践提供有针对性的指导。对此，有学者早已发出警告：中国的法学家们“不能仅满足于以西方的理论框架、概念、范畴和命题来研究中国，因为这样弄不好只会把中国人的经验装进西方的概念体系中，从而把对中国问题的研究变成一种文化殖民的工具”（苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第19页）。

今日之中国，虽经三十年市场化改革之后，与西方法治场境的共性日增，但其差异性亦与日凸显。对此，学界实际上已有基本认识。有关中国法治路径的理性反思呈深化之势，即便是“言必称希腊”的学者也开始对“法治化即西方化”的命题渐生本能抵触之情绪。法治是一项系统工程，它不仅受制于一个国家的文化传统以及与此密切相关的国民心理，也受制于这个国家的政治体制、社会结构和经济水平。而中国的法治场境显然是独一无二的：一是它背负着五千年的历史以及由此所淀积的文化传统。对于法治而言，这种历史和传统很难说是包袱抑或财富，但它客观地存在着，并默默地发挥着作用。二是它有着不同于西方任何国家的政治体制以及由此所催生的政治文化，绕开这种政治体制抽象地讨论中国法治，是毫无意义的，而以西方为标准视体制为法治障碍的思路，也终究是行不通的。三是它有着独一无二的城乡结构以及因此所衍生的两种亚文化群落，其中城乡发展的非均衡性是中国法治建设不大可能绕过的客观现实。西方法治理论大体

上是社会均衡发展为理论假设的，而中国法治所要面对的则是一个呈剪刀差式的城乡非均衡发展格局。

或许，在长久浸淫于西方法治理论之后，我们已经丧失再续“中华法系”传奇之能力。我们几乎没有可能再创造一套与西方语境相对应的话语体系，诸如民主、法治、自由、宪政、人权等等，已然嫁接到我们的文化谱系之中，并吮吸着与其孕育之地不同的营养成分成长着。但是调整逆反心理，正视中国法治场境的特殊性以及由此所带来的法治文化上的差异性，在此基础上，逐渐摆脱对西方法治理论的阐释、传播、模仿的学术路径依赖，充分挖掘中国法治可用资源，探索中国法治特有的发展正途，逐步形成中国特色法治理论并藉此指导中国特色法治实践，或为当代中国法律学者之应有见识和质素。

其次，法治是一个兼具历时性与共时性意味的范畴。在其纵观视角上，法治具有历时性，它始终处于演进的历史过程之中，始终与其所处之社会在同一时序上演进，法治的发育水平受制于社会本身的发展状态，它无法超越其所处的时代。在这个意义上说，任何有关法治的讨论，都必须考量其历时性因素。正是这种历时性，使得法治的纵向比较及其所得出的结论更具有客观性。忽视其历时性差异，法治的横向比较很可能得出荒诞的结论。若要让横向比较的结论具有说服力，就必须尽可能压缩其历时性差异，即将中国社会的发展阶段与他国历史上相同的发展阶段设定为历史处境，中外法治的比较才可能具有预设的价值。

在其横观视角上，法治具有共时性，它总是处于某种特定的结构体之中，而且，它自身又构成了一个小的结构系统。这就意味着，在其共时性意义上，任何有关法治的有价值的考察都必须满足整体性和系统性要求。具体有二：一是必须将法治作为一个整体来观察，才有可能把握一国法治的系统信息。只有在了解特定国家法治的整体构造之后，才有可能对其有关特征作出某种形式的概括；只有在了解了构造成特定国家法治诸要素及其相互之间的协调性等信息之后，才有可能对其功能作出某种程度的描述。二是必须将其置于特定社会的整体结构之中来考察，才有可能把握法治的真实状态。“法律源自于社会，并依赖于社会场合和重复性的人类行为”（Margaret Jane Rodin, *Reconsidering the Rule of Law*, Boston University Law Review, 1989, pp. 797-801），有什么样的社会，就会有什么样的法律。与此相关联，一国法律应当与其所在之社会保持自治性，这是判断一国法治是否适宜的一个核心指标。

对于当今中国而言，法治现代化被认为是一个厚重而迫切的问题，也就是学者们常说的历时性问题共时性解决的紧迫问题。但是，作为一个历时性范畴，法治实践归根到底是一个渐进的历程，法治不应也不能设有时刻表，不能人为地设定时限。作为一个共时性范畴，法治仅仅是社会结构的一个组成分子，但并非全部，法律不可能规定一切，也不应规定一切，必须有个限度以防过度法规化，窒息人们的生活。因此，目前中国社会的种种问题，并不能简单地归咎于法治程度不够，中国现代化的希望不可以仅仅寄望于法治的现代化。法治不是万能的，杜撰法治的神话，无限度抬高法治的作用，既不符合理论旨趣，也不符合客观事实。历史处境具有客观性，定格于这种历史处境中的法治及其演变过程也内在具有客观性，它受制于客观力量，而不迁就于主观意愿。因此，法治的发展需要遵循特定的发展规律，不能揠苗助长。

最后，需要正视中国法治据以承载的制度文本及其价值意味。一般而言，唯有通过对现实法制的全景式考察，才有可能对法治及其实践作出恰如其分的理解或阐释，形成自主性法治意境。离开现存法制而抽象地讨论法治，很可能陷入虚幻；但仅就法制本身的所谓规范解读，而不去发掘其所承载之价值，则很难展示法治的意义世界——在不同的国家或者区域，其制度文本或有诸多相似之处，但因其所承载价值之不同，意境却相去甚远。而价值的承载通常具有历史性，因此



有其无法摆脱的历史特殊性和局限性。

在这个意义上说，法治意境往往不可避免地烙上历史的“偏见”，这种“偏见”恰是自主性的自然流露。伽达默尔认为：无论是人还是文本，都无法摆脱历史的烙印，只能用自己所处时代所拥有的知识和方式进行诠释；因此，在尊重理解的历史性基础上，应当充分肯定理解者的合理偏见。既然法治意境天然地具有历史的“偏见”，一旦我们之于法治的阐释缺少了这种历史偏见，实际上就等同于在法治问题的解读和阐释上丧失了自主性。法治总是以历史性的方式存在的，总是局限于特定的历史背景、文化传统等因素之上，只有置身于这种历史之中，并历史性地参与其中，方有可能形成自主性法治意境。自主性法治意境构成了法治话语权的基本内核，而法治意境及其自主性程度基本上决定了话语权的流向。近代以来，法治世界中“西方中心论”的基本叙事结构即是这样的一种体现。

时至今日，尽管中国法治在理论与实践层面均取得重大进步，但是并没有形成自主性的法治意境。在很多场合，我们所讨论的法治意境往往与法律文本无甚关联。我们所展示的法治意境大多是以欧美法律制度的理想影像为蓝本的，而且这个“蓝本”和“意境”都是经过学术装饰过的，实际上就是一种视域融合的产物，法治的真理性颗粒或呈现其中，但毕竟不是中国的法治意境。实际上，置身中国的法律学者以西方法律制度的理想影像为蓝本所形成的任何形式的法治意境，都难免陷入“盲人摸象”之窘境。

如果说，抛开中国法制文本来论中国法治的未来多少有些“妄想症”的味道，那么热衷于以理想法治的理由来否定和挑战中国法律制度则明显具有“狂躁症”的脉象。一旦抛开既有的法律制度，任何有关法治的意境都难免错位。这种错位势必产生两重历史性效果：一则幻化西方法治真理的普适价值，加速法治文化殖民化进程，由此催生出中国法治的一个心理：将未来梦想中的法治演绎成标准的西方法治模板，并想当然地从价值上进行求同性证成，幻想中国也能实现西方式法治。二则泛化中国法制与法治实践的缺陷，侵蚀中国人之于中国法治自信心的根基，由此催生出中国法治的另一个心理：中国文化传统及其国民的劣根性，注定了法治文明在中国失败的宿命。历史性即意味着局限性，承认法治的历史性，就意味着接受其历史的局限性。中国社会所处的特定的历史阶段，使得由其所催生的制度文本不可避免地烙上了历史的局限性。反思中国法治固然不宜矫饰其局限性，但脱离其历史性而抽象地夸饰这种局限性，亦非正道。

中国法治在本体论和认识论上的内在秉性决定于其场景的特殊性，正如同其与西方法治在历时性和共时性之冲突源自于其处境的内在规定性一样。唯置其于中国场景与处境之中，中国法治之本质和规律方可显现，其发展过程中之困境或被正解。因此，对于中国公法学而言，较之把握法治的普适性更为重要的工作，或为如何正确认知和把握当代中国法治语境的特殊性。唯有立足于中国的特定场景、处境和意境之中，有关中国法治建设的可用资源、任务需求、发展路径与目标模式等问题的探讨或研究才可能具有现实的意义。在回缚于中国语境基础上，以中国法制为蓝本勾画自主性法治意境，或为常识与理性的双重指向。

## 法治与法的自治性

冉井富（中国社科院法学所副研究员）

法治国家的法律具有高度的自治性，与此同时，法律又不是完全封闭的，而要通过一定的机制回应社会环境的压力，保持对政治、道德要求的适度开放性。在中国当前，如何平衡法的这种

自治性和开放性,是继续推进法治国家建设需要解决的一个重要问题。而实现这种平衡的核心问题,是如何提升法的自治性,在不损害法的统一性和普遍性的基础上保持法的适度开放。

从西方国家的历史经验来看,法治国家的一个重要特征,是法律具有高度的自治性。所谓自治性,韦伯称之为形式性,是指一种法律制度“使用内在于这种法律制度之中的决策标准”的程度〔德〕马克斯·韦伯:《经济与社会》下卷,林荣远译,商务印书馆1997年版)。总结自韦伯以来西方学者的论述,西方法律传统正是通过一系列的历史条件实现了法的高度自治性:(1)制定了逻辑自洽的、完备的法律规则体系,任何法律问题足以从法律自身找到解决方案;(2)法律与政治、宗教以及其他社会制度相分离,法律规则体系特征显著,具有独特的理论基础和效力根据;(3)发达的法律职业群体,包括法官、律师、检察官等,具有相对独立的地位,专门负责法律事务;(4)特殊的思维模式,发达的法律技术,这些思维模式和法律技术为法律职业群体所掌握和信奉;(5)发达的法律学术,负责总结、发展、弘扬法律原理和法律技术;(6)发达的法律教育,衔接法律职业和法律知识两个要素。

与此同时,法律毕竟存在于社会环境之中,需要社会之中的政治势力予以承认和维护,需要社会中的道德观念予以认可和尊重,因此必须以一定的机制保持对外界的适度开放,以克服法律自身的一致性和法律对环境的适应性之间的矛盾。在自由主义时期,西方国家法的开放性主要是通过民主立法来实现的。在英美法系国家,由于衡平和判例制度也在一定程度上实现了立法的功能,审判阶段也可以实现法的开放性。在福利资本主义时期,由于社会生活越来越复杂,社会变化越来越快速,原有的开放机制也不能缓解法律和社会之间的紧张关系,英美法系的判例制度开始为大陆法系国家所借鉴。在英美法系国家,一种在法律解释和法律推理中强调社会目的和实质正义的主张被广泛接受,法的开放性随之增强,自治型法发展成为回应型法。法的自治性和开放性在另一个层面实现了新的平衡。

中国法治国家建设所立基的,则是另外一种社会背景。在作为法治国家建设起点的20世纪70年代和80年代,中国的法律具有高度的开放性,自治性较弱。当时,我们可以因为政治上的需要而实行“严打”,可以在缺乏法律依据、甚至存在禁止性法律规定的情况下,推行各种改革,进行各种“试点”,司法可以高喊“为经济建设保驾护航”的口号。在这种背景下,法治国家建设的首要任务,是提高法的自治性,限制法的开放性。随后三十多年的法治建设进程,总体上体现了这样的努力。截止今天,一系列的变化表明,法的自治性已有了显著的提高。这些变化主要包括:(1)改革开放以来,法律规范体系日益丰富、完备,截至2010年底,“中国特色社会主义法律体系已经形成”,有法可依问题已基本解决。(2)法律和宗教之间的区分始终是清楚的,法律和政治、法律和道德之间的划分也越来越清晰。越来越多的法律制度,比如合同、婚姻、不动产等,具有和政治、道德等显著不同的技术特征和效力根据。(3)建立了规模较大的法律职业队伍。在这支队伍中,法官、检察官从干部队伍中分离出来,通过法官法、检察官法等专门法律进行规范;律师则从国家公职人员队伍中分离出来成为一种社会职业,并通过律师协会实现了一定程度的自律性管理。(4)由于法律教育不断发展和职业准入门槛渐次提高,法律职业群体的文化素质和专业水平都越来越高,形成了相对独特的思维模式,掌握了较为专业的法律技术。(5)法律学术快速发展,这体现在法学研究机构数量增加、法学研究队伍壮大、法学研究成果更加丰富等方面。(6)法律教育日益发展的趋势也是显著的。截至2005年,全国已有559所法学院,法学专业在校大学生、研究生合计达到50多万人。此外,还有较大规模的法律职业教育,多种形式的法律培训,五年一次的普法教育等。这些变化表明,法的自治性和普遍性日益增强,法治国家建设的进程不断推进。

虽然有了上述变化，但是和法治国家的要求相比，法的自治性仍然严重不足。

第一，现行的一些制度和理念不能确保法官依法办理案件。依法办案，这是法的自治性最基本的要求，但是现行的一些制度和理念却可能制约这一要求的实现。比如，现行司法制度对地方法院和同级党委、人大、政府的关系的安排，使得司法权力高度地方化，在地方利益、地方规定等和法律不一致的情况下，法官很难根据法律办案。又比如，一个时期司法改革强调程序建设，提高审判的正规化水平，另一个时期似乎又改弦更张，强调“司法便民”，强化调解，重拾“马锡伍审判”方式，这体现了我们在法的自治性建设上不够坚决。

第二，现行的一些制度和理念对律师权利的尊重和维护不够。从西方国家的经验来看，法的自治性在很大程度上是由法律职业群体通过特殊的思维方式和专业技术实现的，而在法律职业群体中，律师又是数量最大、社会活动最活跃的群体。要让律师按照法律的要求提供法律服务，必须赋予律师一定的权利和地位。反观我国当前，大量的制度设置不利于维护律师应有的权利和地位。比如，刑法第306条关于律师伪证罪的规定，成为高悬在律师头顶的一把利剑，极大地妨害了律师对犯罪嫌疑人、被告人的会见权和通信权，增大了律师从事刑事辩护的人身风险。在刑事诉讼中，人民检察院在提起公诉时只需向人民法院移送起诉书、证据目录、证人名单和主要证据的复印件和照片，辩护律师若要了解案情，必须到检察院查阅案卷。然而，检察院作为辩护律师法庭上的对手，法院又没有相应的救济手段，导致律师在刑事辩护中存在“阅卷难”的问题。律师管理主要由司法行政机关负责，律师协会的自律权限十分有限，这在很大程度上制约了律师的独立性，尤其是当律师提供的法律服务可能和政府的利益形成冲突时。

第三，法律的开放性不遵循法定的机制。法的自治性并不否定法的开放性，但是要求公权力部门按照法定的机制修改法律以回应社会变化。在我国当前，这种机制主要是立法，即按照我国“一元二级多层次”的立法体制所设定的权限和程序修改法律。此外，法律规定也留出了一定的空间，为执法人员根据实际案情酌定处理。通过这两个机制，可以在维护法的自治性的同时，克服法律和社会变迁的矛盾。然而，近年来许多改革措施不是严格按照法律规定的程序和机制修改法律，而是直接违反或者突破了法律的规定，由此严重削弱了法的自治性。比如，一些城市推出的机动车限购、限行措施，已经实施一年多的房产说试点，这些措施就其内容来说，也许是顺应社会需要的，但按照法治的形式要求，它们可能都欠缺某些要件，从而任意扩大了法的开放性，削弱了法的自治性。

由于这类现象的存在，尽管改革开放三十多年来法的自治性有了较大提升，但是和法治国家建设的要求相比，法的自治性仍然严重不足，并由此产生了严重的危害。从法治本身来说，这种危害在于破坏了法制的普遍性和统一性，法的权威难以树立，法律信仰难以培养。从社会生活和经济发展来说，这种危害表现为全国统一的市场被人为分割，经济活动和社会生活难以规划和预测。从权利保障的角度来说，法律不能公正实施，法律规定的权利难以实现。