

## 论作为法律之德的法治

——基于塔马纳哈“薄的法治”概念所作的分析

徐继强

**内容提要:**法治的目的在于实现社会治理,人类社会的法治必有一个“重叠共识的中心”,这个中心就是“作为法律之德的法治”。这是一个“薄的法治”概念,利用它,我们可以明确法治的核心要素和基本难题;有了它,我们可以看到法治与各种社会理想、不同文化传统、多元价值目标兼容的复杂关系和各种可能的方案。上述二者都是当代世界,包括中国法治最为关键性的问题。本文采取一种以全球化视野对法治概念进行思考的方式,目的在于澄清法治问题之所在,其终极关怀在于推进中国的法治建设。

**关键词:**法治 重叠共识 法律之德 薄的法治 全球化

徐继强,上海师范大学法与社会发展研究中心副教授,苏州大学法学院博士研究生。

在法治的圣坛上牺牲过多的社会目的将使法律成为空中楼阁。<sup>[1]</sup>

——约瑟夫·拉兹

实行法治已经获得一种世界性承认,但是对法治的理解却各不相同。法治是一个“本质上争议的概念”,<sup>[2]</sup>还是存在一个“重叠共识”的中心?本文认为,作为法律之德的法治就是这种重叠共识的中心,然而,只有在它与其他社会治理的元素和价值目标恰当调配时,才是社会治理的优良工具和一个值得追求的人类理想。

### 一 两种根本对立的权力观——治与非治

法治总是和权力相关的,因此,界定什么是法治就不能不考察权力的运作。<sup>[3]</sup>笔者认为,有两种基本的权力运作:一种是为一己之私利而运用权力,另一种是为社会之治而运用权力。从一己之私利出发而运用权力,它追求的是掌权者个人或某一团体的利益。这样的

[1] [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第199页。

[2] Jeremy Waldron, Is The Rule Of Law An Essentially Contested Concept (in Florida), 21 *Law & Philosophy* 137(2002).

[3] 笔者在这里秉承分析法学和实证主义的精神,即澄清法治问题之所在。但笔者的分析是暗含有规范目的的,从权力运作之目的开始,并贯穿全文的始终,是本文始终坚持的价值标准。

统治和权力运用的一个根本特征就是把法律当作统治的工具,当作单纯的“我命令你服从”的媒介,当作权力者意志和利益的表现。典型的定义就是“法律是主权者的命令”。〔4〕这样的法律,极力主张法律与道德的分离,因此看不到法律的道德追求或优良品质,如公开、明确、不溯及既往等等,而只在乎权力运用的“法术”,如威慑、恐吓、神秘、残暴、不确定……当然有时也还有抚慰、怀柔、恩赐等等。这种法律是“无德之法”。

另一种是为了社会之治而运用权力,它追求的是社会的治理,是“天下之治”。这样的权力运作的一个基本特征就是把法律看作是互动合作和理性治理的机制,而不是单向度的命令与服从,它所考虑的不仅是统治者单方的意志,而是双方乃至多方意志的共识、协调、妥协,遵守规则是双方的权利和义务,有权者同样受规则的约束。这种法律的最简单的定义是“法律是规则的体系”。〔5〕他们虽然并不一定都认为法律与道德有必然的联系,但是都会承认公开、明确、不溯及既往等等这些法律规则的品格,我们把这种法律称为“有德之法”。

可见,当我们把“法”和“治”联系起来,就要求法律具有某种品格和德性。法治要借助于法律的这些德性来实现“天下之治”,法治是一种集中体现“法之德”的治理方式。从这一意义上甚至可以说:法治就是法律的德性。无德之法的目的不为治,无论如何不叫法治,有德之法的目的乃是为了“天下之治”,可以叫做法治。法治乃是法律的一种德性,是法之德。

## 二 作为重叠共识中心的法律之德

美国学者布莱恩·Z. 塔马纳哈(Brian Z. Tamanaha)从“厚”和“薄”,“形式”和“实质”两个维度对古今中外的法治进行了类型化的整理,非常具有启发性,为我们全面理解法治提供了帮助。下面我们就在分析批判他的这个模型的基础上构筑一个薄的法治概念和分析框架,其理论模型如下:〔6〕

	薄的—————→厚的		
形式	以法来治	法制的形式	民主+法制
	法律作为政府行动的工具	一般性、可预期性、清晰、确定	经同意确定法律的内容
实质	个人权利	尊严的权利和/或正义	社会福利
	财产、契约、私域、自治		实质平等,福利,社群的维护

塔马纳哈解释说:“这些不同的法治理论形式,详细地阐述了一个从‘薄的’到‘厚的’移动过程,也就是从更少要求的形式向更多要求的形式移动。一般来说,每一个后面的形式都因整合了以前形式的主要方面而得到日益的累积。”〔7〕他又说形式法治和实质法治可以

〔4〕 [英] 奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,法制出版社2002年版,第17页。

〔5〕 [英] 哈特:《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第197页。

〔6〕 Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 91.

〔7〕 Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 91.

概括为：“形式的理论关注于恰当的渊源和法律形式，而实质理论还包括了对法律内容的要求（通常是与正义和道德原则相一致）。”〔8〕

第一种“法治”，只是权力者手中的工具，可以根据权力者的需要更改废弃，它不可能反过来约束掌权者自己。这样，权力者个人的意志，或一己之私利往往成为法律。如果法律只是贯彻一己之私利而不是为了促进社会的共同福祉或保障公民的基本权利，那怎么能够指望它实现天下之治，实现社会公平与正义。另外，这样的法律随权力者的意识改变而改变，随领导人的更换而变更，因此没有确定性和可预期性。在这样的法律统治之下，社会的互动合作难以完成，个人无法预测自己行为的后果并规划自己的未来。于是人们只好期待出现清官的“人治”或运用官场潜规则，依赖次级团体或社群的关系网，祈求冥冥之中的无常安排。这样的法治不仅容易导致社会的无序，就是权力者自己也时常处于巨大的偶然性控制的危机之中。所以从根本上讲，这样的法治是对人的自由和尊严的否定，这样的法治之中没有真正的主体，所有人都处在异己的、无规则的厄运的控制之下而成为“无常”的奴隶。因此，这种所谓的法治的致命要害在于缺乏权力制约这一核心要素，所以根本就不是法治。

第二种法治，也就是强调作为合法性的形式的法治，除了保留了第一种法治的“要有法，要用法”之外，又加进了对法律的品格要求，即“法律必须能够指导它的臣民的行为”。〔9〕为此，哈耶克、富勒、拉兹、罗尔斯、菲尼斯等西方众多著名法学家都花精力列举了这种法律品格的各种具体原则或要素，如法律必须是颁布的，一般的，清楚的，公开的，相对稳定，不溯及既往的等等。〔10〕这些法学家虽然其学说和主张各不相同，但是他们都认为法治通过允许人们根据法律可能应用的事先知识来规划自己的活动，从而促进了个人的自治和尊严，促进了社会的互动与合作。这些品格可以看作是法律的一种内在的德性，规则的品格和法治的品格紧密相连，反映的是实现社会之治的法律的基本要求，是真正的法治。〔11〕

第三种法治，即民主的法治，以及个人权利的法治，实质正义的法治和社会福利法治，都是在第二种法治的基础上增加了更多的内容，每一个后面的形式都整合了以前形式的主要方面而得到日益的累积。但是这种整合和积累是因历史发展和文化传统不同而有不同的程度和方式。我们不应该把这种整合看成一个线性演变的规律，不是说人类法治的实践必然是从形式法治发展到实质法治，从薄的法治走向厚的法治。或者厚的实质法治必然优于薄的形式的法治。由于人类社会的变迁和文化的差异，法治的各种要素分分合合，有些成功有些失败，有些进步有些倒退，这里没有一个统一的模式和必然的规律。一切需要根据国情和传统去调配组合。但是，这并不排斥法治有一些共同的成分。人类社会事务的共性和人性中的共同需求使古今中外的法治具有重叠共识的部分。〔12〕

我们认为，第二种法治最接近重叠共识的中心。这种法治是一种内容稀薄的法治，它

〔8〕 Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 92.

〔9〕 [英]约瑟夫·拉兹：《法律的权威》，朱峰译，法律出版社2005年版，第186页。

〔10〕 概括和归纳的文献可参见夏勇：《法治是什么——渊源、规诫与价值》，载《中国社会科学》1999年第4期；高鸿均：《现代西方法治的冲突与整合》，载《清华法治论衡》（第一辑），清华大学出版社2000年版，第3-7页。这里我们看到，自由主义的法律理论家，无论是所谓的自然法学派还是实证法学派都认可这种形式合法性的法治概念。

〔11〕 [美]富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第6, 49, 113, 232页。

〔12〕 经验证据表明，法治概念是当今世界上最具有共识性的政治概念，参见 Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 3.

可以向更多的目的开放。所以“相对形式的理论自身或多或少是政治中立的”。<sup>[13]</sup> 这种“实质空洞”的品格不仅被众多理论家所认可,而且得到世界银行和其他发展机构的认同,<sup>[14]</sup>此外,还能够更好地解释东方法律传统和欧洲古代与中世纪的法治现象,同时同样适用于自由资本主义国家,也适用于现代社会福利国家和社会主义国家。因此,它是关于法治的各种观点的重叠共识的核心成分。以这种法治为基础,我们认为法治的重叠共识的中心点由三个基本方面构成:受法律限制的政府,作为规则之治的法治,法的统治而非人的统治。

关于受法律限制的政府,这是一个古老的法治思想。“法治思想与人治思想相对,是一种古代思想。其核心是这样一种信念,即法律提供保护每个公民免受他人——包括有权势的人——专断意志的侵犯的方式。”<sup>[15]</sup>如果符合这一条,无论多么稀薄都可以算作法治,只要不符合这一条,无论内涵多么丰富都不是真正的法治。因此它处于法治概念重叠共识的中心。

作为规则之治的法治,这是一种守法主义,它强调的是法律中的规则成分,认为一般性、可预期性、清晰、确定性是作为规则的法律的基本特征。规则对任何人都要一律平等地适用,而适用和解释这些规则的最终权威机关是独立的司法机构,法院判决要建立在规则裁判的基础之上。<sup>[16]</sup>虽然规则的适用是个程度问题,目的在于指导人们的行为,而不是机械地认为规则越多、越严格越好,<sup>[17]</sup>但是,依照一定的规则互动是人类社会得以存在的基础。因此它构成了法治概念重叠共识中心的一部分。

关于法的统治而非人的统治,法是理性的,人是感情的;法是客观的,人是主观的;法是公正的,人是偏私的。<sup>[18]</sup>为此,法治要求司法独立,坚持无偏私的中立裁判原则,尊重法律文本的严格解释主义,法律推理以涵摄和“三段论”推理为基本模式等等。这些观念表明人类基于对人性的担心,试图通过法律摆脱受他人意志支配的努力。“如果我们遵守法律——即在一般的抽象规则的意义上,它的制定并未考虑适用于我们——我们不受制于他人的意志,因此是自由的。”<sup>[19]</sup>这其实是古今中外人类追求法治的人性基础。因此,属于法治重叠共识的中心。

理解这三个共识需要注意以下几点:

首先,在这三个重叠共识的要素中,规则之治是最基本的,可以说一切关于法治的争论,从技术层面上讲都是围绕规则展开的。法治就是规则之治,实证主义法学家哈特把法律看作是“规则的体系”,就充分表明规则之治在法治机制中的核心作用。如果我们把法治不仅仅看作是一个政治宣言,那么就on应该“认真对待规则”。<sup>[20]</sup>从“规则”的角度而不是从“命

[13] Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 94.

[14] “World Bank See Rule Of Law Vital”, United Press International . 9 July 2001.

[15] [英]T. R. S. 艾伦:《法律、自由与正义——英国宪政的法律基础》,成协中、江菁译,法律出版社 2006 年版,第 30 页。

[16] 用美国联邦最高法院大法官斯卡利亚的话来说:这是一种“作为规则之法的法治”理想,见 Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, 56 *U Chi L Rev* 1175 (1989)。

[17] 例如,拉兹认为法治是个程度问题,“尽管越遵守越好,最低限度的遵守经常被优先考虑”。参见前引拉兹书,第 198 页。

[18] 参见[古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1965 年版,第 169 页。

[19] [英] 弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理(上)》,邓正来译,三联书店 1997 年版,第 190 - 191 页。

[20] 参见陈金钊:《认真地对待规则》,载《法学研究》2000 年第 6 期。

令”的角度看待法律是当代法学和现代社会描述法律的出发点。<sup>[21]</sup>

其次,上述三个重叠共识中心的成分都没有包含民主、人权、社会公平等这些元素,因此它并不丰富充盈,只是个相对较薄的概念,是一种“薄的法治”。它的品格也不是一个完美无缺的道德品格,只不过是法律自身的一种德性。它只是法律体系拥有的许多优点之一,而且还只是一种消极的美德,只是防止法律为非,而非积极求善。<sup>[22]</sup> 它也不是一个包含人类社会所有价值目标的终极追求,需要其他东西配合才能实现人类真正的幸福。<sup>[23]</sup> 还有,这三个共识也不是不可动摇的“教规”,其中有些成分并非在任何情况下都是优点。<sup>[24]</sup> 有人喜欢把法治看得很高、很伟大、包医百病,因此只要是好东西都往里面塞,这使法治概念变得越来越“厚”。可是他们根本不问这些好东西相互之间会不会冲突,都放到法治概念里是否更能实现它,薄的法治落实为厚的法治需要怎样的文化背景,等等。

最后,还需注意的是,三个法治共识的另一面是三个共同的难题,第一个是法律与主权者关系的难题,即如果法律是由主权者制定,它如何能够反过来约束自己;第二个是法律与自由的难题,即人们受法律的约束如何却是自由的;第三个是法律与人治的难题,法律最终还是要靠人来解释和适用,如何说是法治而非人治。我们将看到,这三个难题和上面的三个共识一道,一再出现于各种追求法治的实践中。因此,三个重叠共识不是静态的,没有争议的,而是围绕着这些最一般的共识性“概念”,人们可以提出各种不同的构想,从而产生了法治的不同“观念”。但恰恰正是这一系列争论彰显了它的重叠共识的中心地位。<sup>[25]</sup> 解决这三个难题的各种尝试的结果就是使得法治在“薄的”和“厚的”之间移动。

### 三 薄的法治与西方自由主义的社会治理

作为重叠共识中心的薄的法治,同近代西方资本扩张的需要和自由主义价值观恰当配合,不仅促进了自由资本主义的成长壮大,而且也向薄的法治注入了更多的形式和实质性元素,使这种自由主义的法治概念显得丰满厚实。

对法治和资本主义的关系进行系统描述的是著名社会学家马克斯·韦伯和经济史学家道格拉斯·诺斯。韦伯认为,西方这种形式理性化的法治,增强了市场交易的可预期性,使

[21] 例如,哈特的法律实证主义根据规则而不是命令来解释法律现象被看作是其对现代法治的重大贡献。参见 Nicola Lacey, *A Life of H. L. A. Hart: the Nightmare and the Noble Dream*, Oxford University Press, 2004, p. 6。由于哈特的努力,法律的规则理论成为 20 世纪中叶以来法理学的讨论核心。这种规则的理论不仅被法学圈接受,而且为经济学和社会学理解法律提供了有益的通道。如制度经济学就认为“制度是规则的集合”;社会学更是有大量的学者从规则入手来研究人们之间的互动和合作的秩序。

[22] [英]约瑟夫·拉兹:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社 2005 年版,第 194 页。

[23] 在某种意义上说,并不存在抽象的薄的法治,就像没有抽象的人权一样。但是我们在思维上要将其分开,就如物理学上的牛顿定律是在“质量不变”、“常规大气压下”、“没有摩擦力”等纯粹的实验条件下的规则一样。

[24] 例如,拉兹认为哈耶克对法治认识的一个重大缺陷就是过于笃信。他在评价哈耶克的法治观念时说:“遵守法治是一个程度问题。完全遵守是不可能的(某些含糊性是不可避免的),最大可能地遵守在总体上是不利的(存在某些受到控制的行政自由裁量权比不存在更好)。”“我们不应该完全信任或盲目信任法治的价值。从法治服务的各种价值中解脱出来,有助于在各种可能或实际的违法中明智地评价什么是生死攸关的。”见前引拉兹书,第 193 页。

[25] 这里借鉴罗尔斯的概念和观念的划分。参见 [美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢等译,中国社会科学出版社 1988 年版,第 5-6 页。

得生产者和商人较为确定地计算和预测交易的成本和未来的收益成为可能,从而为资本长期的积累和稳定的市场创造了条件。并认为,这就是资本主义之所以产生自西方而不是东方的根本原因。<sup>[26]</sup>但是韦伯的理论遇到了所谓的“英国法问题”,英国的法律并不具有韦伯所说的形式理性特征,可英国却是近代资本主义经济高速发展的国家。当代经济史学家和制度经济学家道格拉斯·诺斯解释了英国法律与资本主义经济发展的关系,他认为英国的宪政和法治限制了国家的权力,因而保护了私人的产权,促进了经济的繁荣和发展。诺斯强调清晰的产权制度对经济发展具有至关重要的作用。<sup>[27]</sup>其他大量的实证研究也都表明了形式法治与资本和市场之间的积极关系。<sup>[28]</sup>

关于法治和个人自由关系,洛克、卢梭、孟德斯鸠等都有过深刻的阐述。当代的自由主义思想家哈耶克更是认为“法治是自由的基石”。<sup>[29]</sup>他甚至认为法治超过英国的权利法案之类的规定对自由的保护。<sup>[30]</sup>塔马纳哈总结了法治与自由之间四对基本关系。认为这四个命题是对“个人在法律之下如何还有自由”的完整回答。首先,法律是民主地制定的,个人就是自由的;其次,政府官员按照事先存在的法律行动,个人就是自由的;再次,政府被限制侵入个人神圣的自治的领域,个人就是自由的;最后,当政府的权力被划分为相互分离的部分,个人自由就得到加强。第一种叫做政治自由,第二种叫做法律自由,第三种叫做个人自由,第四种叫做制度化自由。<sup>[31]</sup>他认为:“显然,自由主义的这个结构完全是守法主义的。法律是支撑自由体系并给予它形式和稳定的骨架。”<sup>[32]</sup>其实,塔马纳哈总结的无非就是资本主义保障个人权利和自由的四项基本制度:民主、人权、法治和分权。

可见,经过几代人的努力,西方自由主义者成功地把法治与资本主义市场经济和个人主义的价值观结合起来,形成了一个“自治的法治体系”,<sup>[33]</sup>从思想到制度完成了一次“薄的法治”向“厚的法治”推进的努力,极大地丰富了人类社会实行法治的经验。特别是自由、权利与法治的兼容问题,可以看作是西方自由资本主义对人类法治事业最积极的贡献。但是自由资本主义推进法治的努力并没有最终完成,其已有的成果也并非完美无缺。今天自由主义法治正面临严峻的挑战。

首先,规则中心的法治观,并没有真正解决法律和主权者之间的关系,也就是“如果法律的制定者就是主权者,那么法律如何限制主权者自己”。这也是实证主义法理学,包括哈特规则理论的一个致命缺陷。这个难题在古代和中世纪由自然法和习惯法加以解决,但是在近现代自然法观念衰落、民族国家的秩序侵入习惯法以后,这个问题就凸显出来了,特别是当民主多数代替专制君主成了立法者,如何保证这种民主不会蜕变为“多数人的暴政”的

[26] 参见 Trubek, David, Max Weber on Law and the Rise of Capitalism, *Wisconsin Law Review*, Vol. 1972: 720 No. 3, pp. 719 - 753.

[27] Douglass C. North, *Structure and Change in Economic History* (W. Norton, 1981).

[28] Robert J. Barro, Rule of Law, Democracy, and Economic Performance, in Gerald P. O' Driscoll, Kim R. Holmes, Melanie Kirkpatrick, eds, 2000 *Index of Economic Freedom* 31 (Heritage Foundation and Dow Jones & Co., 2000); Robert J. Barro, *Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study* (MIT Press, 1997).

[29] 转引自 Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 65.

[30] [英] 弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理(上)》,邓正来译,三联书店1997年版,第227页。

[31] Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, pp. 34 - 36.

[32] Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, p. 36.

[33] 参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第46-47页。

问题却成为一个“反多数的难题”。<sup>[34]</sup>

其次,近代资产阶级提出的“自由、平等、博爱”三大目标并没有全部被自由主义的法治所兼容,就是种族平等、男女平等这些法律上的平等也没有完全兑现。社会贫富差距越来越大,许多社会弱势群体生活状况不断恶化等等。就是和法治兼容最好的自由,也往往只是少数有产者的自由,是“消极自由”而不是“积极自由”。如何才有“法律之下的自由”这一难题并没有完全解决。所以批判法学者肯尼迪认为自由主义法治有一个“基础矛盾”。他说:“我主张有两种处理实质正义的相对立的模式,我把它叫做个人主义的和利他主义的……一种形式模式钟爱使用清楚定义的、高度可操作的一般化的规则,而另一种支持使用产生个别决定、具有相对少的先例价值的公平标准。这些律师使用的相反模式反映了一个深层次的矛盾。在最深层次上,在我们之间以及我们自身,在不可调和的人性和社会观之间,以及在极其不同的共同未来的愿景之间,我们分裂了。”<sup>[35]</sup>

再次,福利国家的出现,进一步引发了自由主义法治的一系列问题。如规则的不确定,立法中大量使用开放性“标准”,<sup>[36]</sup>一般规则与个案裁决的矛盾加剧,政府职能增加导致行政立法和行政裁量日益增多,司法裁决中政策考量和目的推理大量运用等。这一切都使得形式法治或守法主义难以坚持,法律运作中大量渗入的人的主观因素使得“法治而非人治”不能真正兑现。另一个著名的批判法学家昂格尔概括了自由主义法治的这种困境和矛盾,他指出,两个关键的变化因福利国家而产生:“第一,法官日益要求应用开放性的标准,像公平,诚信,合理等。第二,法院——不只是行政官员——日益被要求从事目的性推理。这两个变化与传统形式规则适用的司法角色不相一致,也偏离了具有一般、平等、确定的规则领域的理想。”“这种新的对法官的要求促进了法律自治的腐坏,因为当法官决定案件时,日益超出法律规则和法律推理的领域之外去征询外在的知识领域,如社会科学,去辨明外行的正义感和从事效率的分析。”<sup>[37]</sup>而且工具理性型的目的性推理和规则的适用合并在一起,“在这种情况下,法院和行政机关被两种冲突的角色要求所牵制:传统的形式主义法官的角色,即问什么才是正确的法律规则的解读和效率计算的角色,即寻求确定什么样的行为会最有效率地服务给定的目标的角色……”“同样的两重性,以一种较不明显的形式影响着整个法律体系,并且导致了在规则的普遍化与因情裁决之间的一种不稳定的摇摆。”<sup>[38]</sup>

自由主义者争相提出各种方案,不仅企图弥合出现的法治裂痕,而且希望吸纳更多的社会目标。戴雪极力维护英国式的法治传统,反对社会福利立法,反对行政权的扩张,并成功延缓了英国行政法等公法学的发展进程。<sup>[39]</sup>哈耶克则坚持法治原则和社会福利国家不能兼容,反对任何形式的实质正义和分配正义。拉兹则主张“法治本质上是一种否定性的价值”,从而通过降低法治的重要性,使自由主义法律体系摆脱僵化的法治容纳更多社会目

[34] 美国著名的宪法学者比克尔在《最不危险的部门》一书中第一次系统地提出了“反多数难题”,提出了司法审查的合法性问题,即非民选的法官使用司法审查权使民选的行政或立法机构的行为无效,违背了代议制所表达出来的多数人的意志,因而是一种反多数的力量。见 Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1962.

[35] Duncan Kennedy, *Form & Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harvard Law Review* 1685 (1976).

[36] 如合理期限、合理注意、内容适当、情节严重或轻微、重大损失、严重后果、数额巨大、必要限度、重大误解等等。

[37] 转引自 Brian Z. Tamanaha, *On The Rule Of Law: History, Politics, Theory*, Cambridge University Press, 2004, pp. 82-84.

[38] Roberto Unger, *Knowledge and Politics*, New York: Free Press, 1975, p. 99.

[39] [英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆2002年版,第204、232页。

标。罗尔斯则提出“作为公平的正义”理论,企图兼顾自由、平等和博爱,弥合自由主义和社群主义的紧张。德沃金则不仅提出“平等的关怀与尊重”价值主张,坚持普通法传统的实践,还在规则之治中引入原则的要素,从而维护隐藏在规则和文本之后的公民权利。而哈贝马斯则以“民主商谈”理论努力使法治与民主统一起来。现实主义法学和法律社会学,如美国的霍姆斯、庞德、塞尔兹尼克等则从实用主义和现代社会学出发,攻击自由主义法治中概念形式主义和法律形式主义的褊狭,使法治能够回应福利国家的社会现实,等等。<sup>[40]</sup>

从上述自由主义法治的“薄”与“厚”变动中,我们看到有成功之处,也看到了失败的地方。但是,自由主义者对法治核心的信仰没有丧失。限制权力、规则中心的治理、<sup>[41]</sup>法的统治而非人的统治的基本立场一直没有改变。当然,西方资本主义国家也确实有一股反法治的潮流。从现实主义法学分化出来的批判法学和法律经济分析,一个基于“法律就是政治”的判断,直接否定自由主义法治;另一个用成本和收益的经济计算代替法律的规则推理,把“效率”和“财富最大化”放到了“权利”和“公平”之上,间接给法治造成巨大威胁。再加上各种后现代主义思潮的攻击,不禁使人发问:自由主义法治还有多少生长的空间?是人类法治理想即将破灭,还是自由资本主义难以支撑法治的大厦了?因此我们需要超越西方的自由主义世界,从人类历史和全球视野去考察法治和其他更多的价值目标相兼容问题,考察更多文化背景之下薄的法治向厚的法治推进的可能性和方案。

#### 四 在文化和价值多元的背景下理解薄的法治

“中世纪政治理论的基础原则是法律至上原则”。<sup>[42]</sup> 欧洲中世纪几乎不存在绝对的王权和不受限制的权力观念。<sup>[43]</sup> 权力制约,规则之治,法的统治而非人的统治这些法治核心元素在上述历史时期都能找到。

古代东方,如中国古代有没有法治,一直是一个争论不休的问题。事实上法治有一些重叠共识的中心,这就是我们上面所讲的薄的法治。由于薄的法治内容相对空洞,所以相对的是价值中立的和排除文化背景的法治。因此可以作为界定不同历史时期和不同地理区域的法治现象的参照。如果某些所谓的法治连这些没有价值偏好和文化意蕴的稀薄的法治概念标准都不能满足,那就不是法治。而以价值相对主义和文化差异性的理由加以辩解,则与法治是人类交往和治理的基本事业不符。根据薄的法治,我国古代,特别是两千多年的君主统治时期,只有“治道”的变革和完善,没有“政道”的改进和更新,在这种君主政体之下的“治道”算不得法治。

当然,中国古代没有法治,并不代表中国古代只有秦始皇那样的恶法,更非中国古代没有

[40] 霍姆斯提出“法律不是逻辑而是经验”,庞德主张政策性和目的导向的利益衡量,塞尔兹尼克提出迈向“回应型法”。

[41] 自德沃金提出法律的原则模式,行政法领域大量使用标准以后,现在西方法学界很多人把法律理解为是由规则、标准和原则三要素构成,但是,他们大部分人仍然承认规则是法律的最核心要素。参见德沃金:《认真对待权利》(吴玉章等译,中国大百科全书出版社1998年版,第31页以下)中“规则模式I”和孙斯坦:《法律推理与政治冲突》(第4-7章),金朝武等译,法律出版社2004年版,第121页以下。

[42] R. W. Carlyle, *Medieval Political Theory in West* (1928), p. 457, quoted in Joseph Msnee, “Leviathan at the Bar of Justice”, in *Government Under Law*, edited by Arthur E. Sutherland, Cambridge, Mass.: Harver Unive. Press 1956, p. 118.

[43] 绝对的王权和主权概念只是西方17世纪民族国家出现后才具有的概念。参见E. N. Williams, *The Ancient Regime in Europe*, Middlesex: Penguin 1972。



法律传统和法律文化。中国古代不仅有法律和法律文化,而且就当时的社会实际而言有不少优秀的法律和法律文化。但是这些法律的优点都不是法治,都不属于法治那样的优点或品质(作为法律之德的法治)。因此,笔者否定中国传统中的法治,并不全盘否定中国传统的法律文化。虽然这些法律文化的优点在近现代和西方法律传统的法治文明竞争时,总体上失败了,并且大部分可能已经不适应今天的中国社会了,但是仍然可能有一些是当代中国乃至西方法律制度值得借鉴的地方。毕竟法治不是一个法律体系唯一的优点。

我们认为,当今世界各国对法治的普遍认同,并不完全是修辞。这是因为国家与社会的发展成为当代世界的主题,要实现社会的治理,就需要法治,就要防止权力的滥用,要依据规则进行生产和交易,要采取实现长治久安的法律。<sup>[44]</sup>另外,全球化的浪潮席卷地球的每个角落,法律是主体间交往的规则,因此一般化、公开、清晰、稳定的法律之治(即法治)成为世界交往的最有效的媒介。正是当今世界和各国的社会现实为法治共识创造了基本条件。而薄的法治概念完全迎合世界各国的这种需求。

由此可见,薄的法治概念不仅是当今世界法治重叠共识的中心,而且是文化和价值多元的全球化背景下进行法治实践的参照系和基点。就当下的中国而言,我们不必以西方自由主义的法治为标准,也不要奢望能够找到一个更加完美丰富的法治概念,更不是放弃法治理想的追求。我们应该坚守这种全球共识性的,薄的法治概念,同时努力去实现更多其他的社会目标。法治只有和其他社会治理的元素和价值目标恰当调配,才会是一种社会治理的优良工具,才会成为一个值得追求的人类理想。

---

[Abstract] The aim of rule of law lies in the realization of rule of society. Rule of law upheld in human society must have a "core of overlapped consensus", which means "rule of law as the morality of the law". What is discussed here is a concept of "thin rule of law". With it, we can define the central elements and fundamental obstacles of rule of law; and we can be aware of complicated relationships between rule of law and various social ideals, different cultural traditions and pluralistic objectives of values compatible with each other, as well as all possible plans. The above-mentioned two are the most critical issues faced by the contemporary world, including China, in the field of rule of law. On the basis of examination of the concept of rule of law from a global perspective, this article tries to articulate issues arising in rule of law, in the ultimate aim to promote the building up of rule of law in China.

---

(责任编辑:韩豫)

---

[44] 关于全球范围的法治与社会发展问题的讨论见《洪范评论》第1期上的文章。吴敬琏、江平主编:《洪范评论》,中国政法大学出版社2004年12月第1期。