

## 论中国法治建设的过渡期

○ 王学辉, 胡学瑾

(西南政法大学 行政法学院, 重庆 401120)

〔摘要〕法治建设有它具体的历史语境。中国在历史传统、宗教习俗、文化经济方面与西方国家有根本的不同,要在这些条件下完成法治的跃进非常困难,况且这些条件还规定了中国的法治不可能照搬西方模式。法治的生成需要慢慢地浸润。这就决定了法治建设不可能在短时间内完成,必须确立一个过渡期。这个过渡期的目的是为了促进法治秩序的形成,而其本质特征表现在必须依靠国家力量的推动。在法治过渡期,需要在把握现实的基础上为法治秩序的到来做好理论上、思想上和制度上的准备。

〔关键词〕法治;过渡期;社会条件;任务

DOI:10.3969/j.issn.1002-1698.2017.08.007

中国法治建设应当确立一个过渡期。这不是一个预断的观念,而是一个社会事实。实际上,它不是为了使我们的实践行为与周围世界相协调而臆造的概念,只要对当前的社会结构和法治状况作一番客观地观察,我们就会承认过渡期是一个真正的社会实在。我们只有把过渡期当作物而不是观念为对象进行研究的时候,才能清楚地看到它的存在方式和条件。作为一种结晶化的社会事实,过渡期不仅存在于个人意识之外,甚至还带有一种必须服从的,强制性的力量。当思想和行为一去反抗它的时候,这种强制性的力量便立即表现了出来。过渡期有其自身存在的客观规律。我们研究的出发点必须摆脱价值的纠缠。但是,这绝不意味着过渡期会沦落为一种替现存制度辩护的保守工具,实际情况恰恰相反,正是因为它对历史进程作出了科学而清晰地界定,我们才能对超越历史阶段

---

作者简介:王学辉(1965—),西南政法大学教授、行政法学院博士生导师;胡学瑾(1982—),西南政法大学宪法与行政法专业博士生。

和实际情况的激进法治观保持足够的警惕。这种激进法治观的错误在于把愿望当作了研究对象。E·迪尔凯姆在阐述社会学的方法时说：“我们应该抛弃这样一种至今仍然极其流行的习惯：一旦认为一种制度、一种习俗、一种道德准则是好的或坏的，就不加区别地认为它们对于任何类型的社会来说，都是好的或坏的。”<sup>[1]</sup>如果法治的根基构筑于脱离实际的外部反思，那么它终究无法逃脱失败的命运。法治建设需要一种“慢慢地着急”的态度。我们需要一个历史时期为法治建设做好理论上、思想上和制度上的准备。借用黑格尔的话来说，“凡是现实的都是合乎理性的”。黑格尔的意思当然不能理解为凡是当下存在的都是合理的，因为现实并不等于现存，但是，正如笔者即将论证的那样，过渡期恰恰就是一个现实而合理的存在。这就是本文的意义和主旨。

### 一、法治过渡期存在的条件

法治建设不能从无中创造出任何东西，它必须建立在对法治赖以存在的条件深刻认识的基础之上。所以，对这些条件的分析无论在思想层面还是实践层面都具有第一位的性质。

以下这些事实构成了法治过渡期的条件：

(一)当前的文化传统<sup>[2]</sup>是由三种不同的因素构成，它们是传统文化、西方思想和马克思主义的中国化。这个文化传统的复杂性超过了历史上的任何时期。在马克思主义的指导下，法学研究呈现了一种开放性：几乎各种主流的法学（包括与之相关的政治哲学）理论都进入了中国进行对话。然而，它们都缺乏足够的力量解释现实。这就不可避免地造成暂时的趋同和歧义。另外一个现象是，三种文化形态在不同的社会群体中表现出不同的比重。如此说来，现在的法治（学）还没有形成它自己的文化传统，而造成这一现象的根本原因在于思想界现实关怀的品格不足。

(二)有学者研究后指出，“以儒家思想为主导的古代文化传统……核心部分是宗法等级思想和专制主义”<sup>[3]</sup>，瞿同祖先生的观点也可以佐证这个看法，他在《中国法律和中国社会》的“结论”部分说：“家族主义和阶级观念始终是中国古代法律的基本精神和主要特征，它们代表法律和道德、伦理所共同维护的社会制度和价值观念，亦即古人所谓纲常名教。”<sup>[4]</sup>

这个专制文化形态至少存在了两千年以上。

按照希尔的理解，传统“具有实质性的内容”，因为“传统是社会结构的一个向度”，现在的事物“在过去的掌心”<sup>[5]</sup>。而今天，一个相当紧要的问题是：现代化是否一定要建立在对传统的否定之上？在马克斯·韦伯看来，世界历史正是以这样的形式展开的。如果说这种历史进步的观念在西方正在遭受以“反本质主义”为代表的学说的批判，那么中国是否仍然要先行走进以理性命名的现代化，再来解决把现象剥离之后本质的虚无问题？换句话说，西方走过的道路，包括它们走过的弯路，我们是否仍然必须重走一遍？这是一个重大的哲学问题。

即便今天的时代仍没有足够的准备来解决这个问题,这意味着我们好像只有被动地模仿西方,那么,这种否定传统的过程仍然会十分漫长。而这一点,对于论证本文的主题尽管是不完备的,但已经足够了。

(三)熟人社会及其异化是理解中国社会现实的一把钥匙。“熟人社会”这个概念只有在它指称的社会形态遭到冲击的时候才会出现。换句话说,这种概括乃是建立在比较的基础上。因此,当费孝通先生提出它的时候,恰好是乡土重建的开端。尽管如此,这个概念仍然构成了对中国本质最为准确的描述,而我们今天仍然生活在熟人社会和它的异化之中。这个社会全然不同于西方的市民社会,在论文的第二部分将对这一点作进一步的分析。“没有陌生人的社会”不仅仅是熟人社会“有机团结”的外在特征,实际上还构成了社会交往行为的内在逻辑。尽管传统乡土社会的外在形态正在工业和商业的冲击下慢慢消失,但它塑造的社会交往行为的逻辑却保留了下来。费孝通先生提出:“在这种社会中,一切普遍的标准并不发生作用,一定要问清了,对象是谁,和自己是什么关系之后才能决定拿出什么标准来。”<sup>[6]</sup>这种标准的抽象和概括,即是情理,简单说来就是常识性的正义衡平感觉。对情理的认识不仅是一个事实认定的过程,也是一个价值层面的道德实践过程。因此,情理具有道德的判断。正义的概念以情理的概念为前提。这个判断是一个纯粹中国式的判断,它不同于罗尔斯的正义观。(罗尔斯的正义观是指,所有的社会基本价值都要平等地分配,除非对其中一种或所有价值的一种不平等分配合乎每一个人的利益。<sup>[7]</sup>)它的意思是说,正义不仅要实现,还要以合乎情理的方式实现。同时,不符合情理的正义不是正义。这样看来,相较于程序正义,中国人更加偏爱实质,而这种实质乃是建立在“一圈一圈波纹式的”社会伦理关系上。

(四)市场经济是法治社会的重要内容。<sup>[8]</sup>市场经济的逻辑前提在于私有财产观念的确立,这是中国社会一个极其重要的转折。而它与法治的关系,最终必然锁定在自由与秩序之上:自由被认为是市场的本质,而秩序则反映了国家对社会的介入,在某种意义上甚至可以理解为国家存在的理由。现在的情况是,国家的角色正在从微观干预到宏观调控,从界定自由到维护秩序,资源在市场配置中正逐步转向决定作用,没有任何理由相信这种转变可以在较短时间内完成。近代以来中国社会最显著的变动,可表述为适合市场经济的“小世界”网络结构的扩展过程。与这一过程相伴随的,是机会、财富和权力在人群当中的“幂律”分布,从而引发普遍的正义诉求——首先表现为大众对公平的迫切需求,这是中国社会基本问题的初级形式。<sup>[9]</sup>这样,法治与市场经济的关系变得极其复杂:法治不是产生于市场经济,反而是先于或者是引领市场经济而存在,同时法治还需要解决市场经济产生的公平问题。这个过程与崇尚商业精神闻名的西方是截然不同的。

(五)“官僚制”在西方现代政治中至少是一个价值中性的词汇,但在中国的政治实践中则是一个彻底的贬义词。王亚南先生在《中国官僚政治研究》这一传

世之作中,对传统中国的官僚政治作了深刻地分析与批判。据说这本书最初的灵感来源于“李约瑟难题”,但他运用马克思主义的理论分析工具带动了政治、经济和文化的全方位研究。孙越生在1980年为该书再版而作的序言中写道:“本书最有科学价值和现实意义的地方,就在于以历史和经济分析为基础,对官僚政治这一官僚主义发展最成熟的形态本身的基本矛盾——官民对立关系作了慧眼独具的剖析,从而为探索官僚主义的根本克服办法提供了启示。”<sup>[10]</sup>多年后,我们再读这本书仍会感觉新颖透彻,不禁感慨孙越生将官僚政治的基本矛盾概括为“官民对立”同样也是“慧眼独具”。他站在“从一场封建法西斯复辟的浩劫中清醒过来”的历史时刻,提出了具有参考价值的五种反对官僚政治的方式,其中“资产阶级民主政治的经验更值得我们借鉴”<sup>[11]</sup>。王亚南先生在解放前写作这本书的时候,提出:“设若根据以往历史的经验,多顾虑或多心一点,其中不是还得插入这样一个疑问,即:谁能担保不出现一个假民主的官僚政治形态,或准官僚的民主政治形态呢?”<sup>[12]</sup>近几十年来的历史表明,我们国家的民主政治得到了前所未有的发展,但仍然存在一些需要进一步完善的地方。

(六)当前的法治,首先是理论的,然后是实践的,仍然没有摆脱规范式的“西方中心主义”。西方(或者欧洲)中心主义经常是以普遍主义的面目出现的。它的逻辑是,思想的普适性可以隔断产生它的社会文化条件的必然联系。这样一来,普遍主义的正当性就巧妙地避开了发生学上的困扰。知识内容的正确性被认定为科学的尤其是逻辑的正确性,从而,世界历史被规定为从实质的、非理性的,向形式的、理性的发展。在这一点,中国法学深受启发:既然真理可以从逻辑上证成,并且已经证成,那么,接纳形式意义上的普世法治——这个法治在马克斯·韦伯的意义上具有最高的发展形式,但在中国被理解成了“一个最低限度的法治概念”——便具有了这样的理论上的优点,即“可以将法治概念从西方文化的母体中剥离出来置于一个以个别文化为本位的基础上,使原本缺乏西方法治理念的文化也能与法治相通融”。<sup>[13]</sup>

这是一个迫在眉睫的重大问题。

在认识论上,任何学科都是为了联结经验与理论而存在。中国法学一个明显的倾向是习惯于从理论出发,到经验,再到理论。西方理论被当做了认识的出发点,当遇到从西方出发看待中国的“悖论”<sup>[14]</sup>时,不是去对现象进行真正的理解和概括,而是再换一种理论。这种西方中心论的根源在于方法上的“二元对立”,一种非此即彼的思维模式,社会现象被分割成实质与形式、传统与现代、中国与西方、法律与道德一对对矛盾范畴。如果把普遍主义理解为一种实践<sup>[15]</sup>,那就不能把普遍主义理解为用它反对的片面性表达着普遍性的实践,而要贡献出中国的建构,完成中西对立的超越。

(七)还有一个重要的条件,即国家倡导的“全党同志和全国各族人民积极投身全面依法治国伟大实践”的决定和决心。

这样看来,要在这些条件下完成法治的跃进是非常困难的。因此,法治建设

应当确立一个过渡期。法治的秉性决定了它的生成需要慢慢地浸润。从世界各国法治形成的历程看,鲜有快速建成的先例。它是一个综合的有机的体系,政治的、经济的、文化的、社会的因素都将对它的成长发挥作用。

## 二、法治过渡期的内涵、概念与特征

从上面的分析,我们明白了:(一)我们理解的法治不应当是西方的法治;中国的条件不利于这种法治的生成,除非我们用很长的时间来改造社会条件;但改造这种条件是没有条件的,因此,必须建构我们自己的法治。(二)法治的道路是一条哲学意义上的“怀疑之路”,即是说不能把法治当做工具或媒介<sup>[16]</sup>,而要把它的本质理解为实践,也就是说它表现为概念的实在化的显现。(三)应当有两种态度来面对这段历史:第一,将其置于普遍历史的意义之下,自觉融入并承担其中的责任;第二,认识到这是一条从来没有人走过的路,因而是艰巨、危险和漫长的。

在这样的前提下,法治建设应当摆脱对西方的“从属性”,甚至不能把它理解为简单意义上的“现代化”,而是一种基于文化传统的内在超越。“法治”的选择无非是代表了国家治理形式的革新。这种革新,是继承、扬弃和创新的过程,甚至是伯尔曼说的“死亡与再生”的过程。陆象山说:“收拾精神,自作主宰”,我们就是要“收拾”好传统、西方和马克思主义这三大精神,闯出一条适合中国的法治之路。

问题的关键是,这个法治如何形成呢?

一般认为,从推动法治的主体和动力的不同来划分,法治化道路有两种选择:社会演进型和政府推进型。关于这种法治道路的讨论,何勤华、任超等合著的《法治的追求——理念、路径和模式的比较》具有相当的代表性。“社会演进型”法治化道路的发展模式,是指一国的法治化是在社会生活(与“政府国家”相对的“民间”社会生活)中自然形成和演变过来的,是社会自发形成的产物,是一种“内源”发展的类型。“政府推进型”法治化道路的发展模式,是指一国的法治化运动是在国家“上层建筑”的推进下启动和进行的,“政府”是法治化运动的主要动力,法治目标主要是在“政府”目标的指导下设计形成的,是“人为”建构的,法治化进程及其目标任务主要是借助和利用“政府”所掌握的本土政治资源来完成的。<sup>[17]</sup>该书的作者对中国政府推进型法治道路进行了检讨和批判,认为这种模式在理论困境、潜在矛盾和现实问题三个方面都存在困难,因而这种模式必须加以抛弃,而转向为“通过社会本身的自然演进”来实现。我们认为这个观点是有待商榷的。

让人诧异的是,尽管作者在导言<sup>[18]</sup>中提到“自生自发秩序”这个由哈耶克尽毕生之力阐述的概念,但在论证自然演进型法治道路的选择这一文章的核心部分(第二章)时,哈耶克却并没有出现。该书作者的论证是围绕“市民社会”这一概念展开的,在这种逻辑下,说明中国市民社会业已出现并拥有良好的发展前景是证明自然演进型法治道路能够成立的重要前提。那么,事情真的是这样吗?

我们必须回到黑格尔与马克思。在黑格尔之前,一个常见的区分并不是“国家”与“市民社会”的区别,而是以“国家”和“市民社会”为一方、“自然状态”为另一方的区分。<sup>[19]</sup>只有到了工业社会,在既不是“家庭”也不是“国家”的领域里面才出现了概念区分的历史性发展。尽管两人都同意“市民社会是现代世界的标志”,但在如何对待市民社会本身的分立方面,即阶级概念下的社会斗争,却出现了重大的分歧。黑格尔认为通过“警察、法庭、同业公会、等级会议”等国家与市民社会相互渗透的机构可以完成对市民社会内部的“调解”;但马克思作了更为激进化的处理,他倾向于认为市民社会内部的问题必须要“解决”而不能满足于“调解”。也就是说,“马克思将市民社会设想为推动历史的真正动力,或者是‘真正’的历史斗争上演的舞台。”<sup>[20]</sup>这样,马克思的市民社会和黑格尔的市民社会的不同就在于要不要一个分立的市民社会的问题。

但是,“市民社会”的历史条件又是什么呢?马克思在《论犹太人问题》中说:“犹太精神随着市民社会的完成而达到自己的顶点,但是市民社会只有在基督教世界才能完成。基督教把一切民族的、自然的、伦理的、理论的东西变成对人来说是外在的东西,因此只有在基督教的统治下市民社会才能完全从国家生活中分离出来,扯断人类的一切类联系,代之以利己主义和自私自利的需要,使人的世界分解为原子式的相互敌对的个人的世界。”<sup>[21]</sup>马克思的这段话对于我们站在中国角度来理解“市民社会”具有极其重要的意义。首先,市民社会只有在基督教世界才能完成。马克思·韦伯在《新教伦理与资本主义精神》一书中对新教伦理与资本主义精神的“亲和”关系<sup>[22]</sup>作了深入分析,并且他在《中国的宗教:儒教与道教》中指出:“从儒教及其(与基督教同样根深蒂固的)伦理,到一种市民的生活方法论之间,并没有任何中介的连(联)系。然而,这才是最要紧的。基督清教徒创造出了此种市民的生活方法论——尽管全然有违其意旨。”<sup>[23]</sup>中国不是一个基督教的国家,这是一个人皆共知的事实,那么,我们是否可以说中国虽然没有基督教的躯壳但却仍然具有并且可以发展出资本主义所要求的那种精神呢?这同样是一种幻想,因为中国文化对“和谐”的认同不会形成清教徒那种与世界的紧张关系,而这种“紧张”恰恰以一种悖论的方式完成了对世俗世界的否定并进而借助上帝神圣化(或者理性化)了世俗的生活秩序。其次,“一切民族的、自然的、伦理的、理论的东西变成对人来说是外在的东西”与中国的文化基因格格不入。在中国,现实世界和超越世界一开始就不像西方那样截然分开,在天人合一的哲学下,天命与人性、天理与良知具有一致性。正当性的源头虽然来源于超越世界,但它却可以在现实世界呈现。最后,“使人的世界分解为原子式的相互敌对的个人的世界”对我们来说也是无法想象的。在一个“伦理社会”(梁漱溟语)里,一个“人”只有与其他的人发生社会关系时才是有意义的。“如果说,西方资本主义的整个现代建制是以原子个人作为前提条件的,那么彻底西化的可能性就在于把中国人先验地置放在欧洲中世纪的废墟上,使之成为黄皮肤黑头发的堂吉诃德或浮士德。然而,这事实上是不可能的。”<sup>[24]</sup>马克思·韦伯在谈到

清教徒的理性主义时指出：“信赖人，尤其是信赖那些由于自然关系而与我们最为密切的人，会危害心灵。”<sup>[25]</sup> 耶稣告诫门徒说：“你们不要想，我来是叫地上太平；我来并不是叫地上太平，乃是叫地上动刀兵。因为我来是叫‘人与父亲生疏，女儿与母亲生疏，媳妇与婆婆生疏。人的仇敌就是自己家里的人。’”<sup>[26]</sup> 我们能够接受这样的原子个人的“理性主义”吗？

因此，中国不具备西方意义上的市民社会产生的条件。

这样看来，通过国家与市民社会的对立并借助这种对立而形成自生自发的法治秩序恐怕是一厢情愿的徒劳之举。尤其是这样的一种观点，即把法治的症结归之于国家束缚了市民社会的发展，因而理解为市民社会仿佛是国家产生的，更是显得荒谬。马克思说，“家庭和市民社会都是国家的前提，它们才是真正活动着的；而在思辨的思维中这一切却是颠倒的”<sup>[27]</sup>。透过这种分析，我们可以为当前的历史作一个注脚：一个新的社会秩序（法治秩序）的产生，其动力的最终根源在于社会自身的对立，即市场经济引发的生产方式的变革，并进而出现了阶层的分化乃至固化，而不在于国家与社会的对立。但是，又因为这个社会不是市民社会，绝不能指望这个秩序会从社会内部自发产生。

现在的情况是，一个新的秩序必须产生，但它又没有能力从需要它的地方自己产生。这样，必须借助一个强大的力量来促成这个转变的发生。在理想的模型中，这个过程应当是马克斯·韦伯的描述：“以技术的手段来进行革命，原则上——正如特别是对经济变革的作用——是从外部：首先，先改变物质与社会秩序，然后再以此改变人，亦即改变人对外在世界的适应条件，可能的话，通过理性的目的——手段设定，提高人的适应能力。”<sup>[28]</sup> 但是，我们千万不要忘记了当马克斯·韦伯说这番话的时候，他的对象是一般意义上的官僚制，也即是其合法性来源于法理型支配的权威基础之上。即便法理型权威是我们追求的目标，更为严重的问题是达到这一目标的手段绝对不会是这一目标本身。尽管如此，在澄清前提的基础上，马克斯·韦伯对我们仍然极富启发性，这就是“先改变物质与社会秩序”应当成为第一步的追求，不过在中国的语境下仍然有进一步修正的必要。

施米特极其清晰地看到了这一点。他在《政治的神学》一书中说：“任何法律秩序均建立在决断之上，而且人们在实际运用当中也认为，具有自明性的法律秩序的概念本身包含着两种不同的法学因素——规范(Norm)与决断。就像其他秩序一样，法律秩序也是建立在决断之上，而非规范之上。”<sup>[29]</sup> 施米特从来没有否定正常状态——即是法治状态——的重要性，只不过他更关心的是这种状态是怎么产生的，尤其是通过谁产生的。在他著名的“主权就是决定非常状态”<sup>[30]</sup>之论断的基础上，他认为“非常状态”才是真正适合主权的法理学定义，并构成了“系统的法理学基础”，“因为常规所代表的一般规范永远无法包含一种彻底的非常状态，所以，在真正的非常状态下所作的决断完全不能从常规中引导出来”<sup>[31]</sup>。如此说来，在法治之前的那个东西绝不能称为法治，用法治推进法治本身就是一个悖论。

在这个时候,有一种质疑的声音迫不及待地打断说:这个推动法治的力量不正是“卡理斯玛”吗?的确,它们两者有着很大的相似性,但是如果对“卡理斯玛”这一概念不作哲学的反思就不留情面地加以批判,那不仅是对这一概念的误解,更是对中国现实的误解。“卡理斯玛”(Charisma)最早是一个神学概念,出现于《圣经新约》“哥林多后书”,但正如施米特所言,“现代国家中的所有重要概念都是世俗化了的神学概念”<sup>[32]</sup>,在这种世俗化的过程中,神学概念被作了一种“类比化”的处理。但是,这个概念被中国学人所熟知更多的还是因为马克斯·韦伯对它的诠释。马克斯·韦伯把支配的正当性原则分为三种:具有合理规则的制度、奠基在传统的神圣性和对卡理斯玛的信仰<sup>[33]</sup>。这三种支配结构分别对应的是官僚制、家父长制和卡理斯玛权威支配<sup>[34]</sup>。在韦伯那里,卡理斯玛是一个价值中立的概念<sup>[35]</sup>,表现为具有超凡魅力的、忘我状态的能力。卡理斯玛权威的社会学本质存在于“一切超日常的需求,换言之,超出日常经济范围的诸多要求,则往往于一个原理上完全异质的基础上被满足”<sup>[36]</sup>,由此区别于官僚制和家父长制——这两种制度“都是以恒常性为最重要的特质”<sup>[37]</sup>。实际上,不仅创建这一种传统需要非凡的卡理斯玛式的想象力,而且破除一种传统同样离不开卡理斯玛特质<sup>[38]</sup>。如果我们认同现在的法治秩序仍然处于一个转型的时期因而也是过渡的时期,即没有形成“日常性的结构体”,那么,我们所说的推动法治的力量确实具有卡理斯玛的特质。但是,必须阐明的是“当卡理斯玛流入共同体行动的永久组织之后,面对着渐增的传统力量与理性的结合体关系的力量,其势力往往减退,这就是它的命运”<sup>[39]</sup>。不过,这个推动法治的力量与卡理斯玛“基于具体的个人权威”却有着本质的差异,因为我们国家早就铲除了个人崇拜的社会心理基础,这个权威的力量只能是来自于人民,即如托克维尔所言:“人民之对美国政界的统治,犹如上帝之统治宇宙。人民是一切事物的原因和结果,凡事皆出自人民,并用于人民。”<sup>[40]</sup>人民的声音即是上帝的声音,托克维尔的这个观点被施米特提升至19世纪的政治神学来加以论述<sup>[41]</sup>,同时,我们国家又是“民主集中制”,因而又具有了中国的特色。

这样,我们的法治建设应当确立一个过渡期。

过渡期是这样一个时期,它存在的一切目的是为了中国的法治秩序的形成。为了完成这个目的,它允许用非法治的手段促成法治因素的实现。这个手段的使用有严格的限定,即必须符合正义的目的。

过渡期就是证明了以下几点:(一)一个国家法治秩序的灵魂集中表现了这个国家的民族精神,它的形成过程即是其现实的展开过程,因而必须抛弃任何盲目的、急躁的、割裂社会实体性内容的抽象原则;(二)为了这种秩序的顺利诞生,应当有一段时期来做好准备——尤其是理论上、思想上和制度上的准备;(三)这个过程的实现,需要一个权威的力量来预备道路,所有矛盾的解决能够依靠一个矛盾的代价而换取,过渡期的历史使命伴随着过渡期的消亡而完成。



### 三、法治过渡期的任务

对于今天的中国,任何非此即彼的理论选择都无法对现实作出清晰而准确的解释。在法学研究中,这种现象十分突出。这种方法既然是从知识的喜好出发,潜心于建构心仪的理论模型,那么干瘪而虚浮的理论惯常的手段就是将它认为不需要的现实置之不顾,一般地将其称之为“特殊”。正如我们前面指出的那样,这种从理论出发的方法一开始就对这个理论提出了要求,它必须带有无缝隙的理论自洽的性格,但正因为如此,它不得不尽可能把看起来不相干的现象分离出去,甚至把实际上发挥重要作用的对象作掩耳盗铃式的处理,这样一来它仅剩的真理性在面对纷繁的历史语境时,便显得力不从心了。

理论的作用在于照亮现实。

从学术观点看,一定程度上我们可以将问题与制约问题的时代割裂开来,用纯粹哲学的概念讨论那些问题,不过,一种抽象性的危险也隐藏在其中。更加糟糕的情况是,将问题放在一个不属于这个问题的前提中去讨论,尤其还形成了一股不假思索的群体附和的时候,理论的反面作用就放大出来了。佛教在谈认识的时候,有“所知障”的说法,即已有的知识反而成了认识的障碍。在某种意义上,现在也需要把令人困扰的概念以及概念思维“空”掉,重新构建适当的话语体系。

唯一的出路在于回到现实。现在的一个紧要问题是抛弃“理论模型”的思维方式,即“理论—经验—理论”的范式,彻底地从中国现实出发。这就意味着中国的学问要产生于中国。具体来说,要走出令人心焦的形式与实质、理性与非理性的争论。一个基本的事实在于,形式与实质仅仅存在于理论模型之中,是为了特定研究的目的精心构思的结果,并不代表事实本身。例如,学者推崇的“形式—理性”的法律,实际上“连以严密著称的德国民法典也称不上这种法律,因为它的法外因素的考量始终存在。”<sup>[42]</sup>在价值层面,理性与非理性也不是“你死我活”的势不两立:它们融合与对话的基础在于对“善”的认同。西方理性主义和非理性主义的划分结构一般认为在古希腊就基本上定了调。柏拉图认为,经过不断的理性的学习,于是会仰望最高的“善的理念”,心中产生一种“理性的迷狂”<sup>[43]</sup>。在西方哲学中,总体说来理性主义是主流,非理性主义是隐形的支流,而且非理性主义是寄托在理性主义身上的,是理性主义自身的一个环节,虽然是最高的环节,但它实现的仍然是理性预定的目的,即把握绝对的真理<sup>[44]</sup>。因此,西方特别注重逻各斯,就算是一些经验主义——按照萨拜因的话来说——也是情感的逻辑。与之相反,中国的思维是“象形”的,在儒家最重要的经典《周易》里面表现得很突出,是最不讲逻辑的,至少不是西方意义上的形式逻辑和辩证逻辑,有学者将其称之为“对立矛盾融合的合理性”的逻辑<sup>[45]</sup>,对规则一类的东西从来就没有像西方那样的宗教虔诚感。但中国文化用另一条进路表达了对“善”的尊崇。在孟子里面记载了这样一个故事:“淳于髡曰:‘男女授受不亲,礼与?’孟子曰:‘礼

也。’曰：‘嫂溺，则援之以手乎？’曰：‘嫂溺不援，是豺狼也。男女授受不亲，礼也。嫂溺，援之以手，权也。’”<sup>[46]</sup>这就是中国“经”与“权”思想的经典表述。朱熹说“权而得中，是乃礼也。”<sup>[47]</sup>权超越于礼，但又以礼为基础。《大学》开宗明义说：“大学之道，在明德，在新民，在止于至善。”<sup>[48]</sup>从这里可以看出，西方理性主义“仰望的最高的善的理念”和中国追求的大学之道的至境又有什么本质的差异？法治过渡期要完成的，正是这样的超越与融合：形式与实质，理性与非理性，传统与现代，中国与西方，不管它们是什么，或者叫什么，只要是有用的，我们就拿来用。因此，我们的法治建设，应当着眼于“解决问题”，如同卢曼所说：“法律不是像以前人们所想象的那样产生于事物的本性或者人的本性，而是在寻找解决冲突的办法中。一旦这样解决办法不仅仅是临时性的，而是应该对不止一个案件有效的时候，法律就由此产生并且不断发展。”<sup>[49]</sup>

如此一来，这个“有用的”法治的尺度或者说审查标准是什么呢？

有资格提出这个标准的是所有与这个标准有关的人。尺度存在于行动而非理论之中，而这个行动应当是基于同意的行动。因此，在过渡期判断法治（包括构成法治的制度，以及法治内容的表达）是好的或者是坏的，关键是看它是否具有“可接受性”<sup>[50]</sup>。可接受性就是在有利合作的基础上提出不同社会群体的重叠共识。这个理论的优势在于能够解决问题同时又能避免不必要的理论纠葛。

这样说起来，“严格执法”不能当做解决社会问题的神圣公式。我们没有理由把中国人偏爱实质的精神视为“巫术”并加以祛除，毕竟，苏格拉底的理性是值得尊崇的，但不能，事实上也不可能，要求普罗大众毫无理由地遵守在他们看来仅仅是看起来像法的东西。因此，一个可接受的法的标准一定是“制定良好的”。但现实的情况却不允许这样的前提：大量滞后的、脱节的、藏私的、混乱的法律仍然存在。科学立法与民主立法还处于发展之中，因而法的正当性并随之而来的可接受性也还在发展之中。“机械地将形式法治理解为实质法治的必经阶段、前置阶段是错误的”<sup>[51]</sup>，如果承认这一事实，那么，在现阶段正确的态度应当是：既要依法办事，也要考虑情理。依法是前提，考虑情理是依法的补充，依法体现在宏观层面，情理考量则体现在保障个别案件的实质正义。这即是过渡期悖论式现象并存的表征之一。

这其中，一个尤其值得深思的问题是行政执法的方式问题。一些典型案件引起社会的广泛关注说明野蛮执法对法治国家的社会心理会造成极大影响。在公权力的活动领域，行政执法的程序体现为一种公权力的运作模式。正义不仅要实现，更要以看得见的方式实现，设计执法程序的价值正在于此。并且，法治国家建设中基于公权力与私权从传统对立走向沟通、合作发展的社会趋势，行政执法机关必须探索适合现代社会价值理念的执法方式。在坚持依法执法的前提下，以灵活、柔性、沟通的行为方式执法更能有效实现行政管理的目的。即使管理相对人存在违法行为，执法人员在实施行政执法权时也应当考虑民众的可接受度，应该考虑“三常原则”（常理、常识、常情）在具体执法中的运用，应该考虑法

律效果和社会效果的统一。“以暴制暴”的执法方式值得反思、规范。

本文的一个基本立场是：政府与社会应当区别对待，推进法治政府的力度和方式可以更为高效一些。毕竟，打造一个人民满意的政府形象对于法治国家的建设是相当重要的<sup>[52]</sup>。这个论点的理由在于法治的阻力主要来源于政府，即如一些学者指出的当前社会的主要矛盾在于私权与公权的矛盾<sup>[53]</sup>，但是，扫清阻力的主要力量却不是来自于社会。如此一来，使用强力整顿政府（或者换成一个更加中国的词汇“整顿吏治”）便具有了相当的合理性。例如，在反腐败中使用“巡视组”这一方式就不能简单地标签化为“运动式”执法。但是，这种方法却不能用于社会。一个典型的例子是2011年深圳举办世界大学生运动会，深圳市政府出台了一个办法，对社会治安有高度危险的一共8万人进行严格控制。出台了办法不代表就是法治思维，形式法治的危害由此也可见一斑。

这样一来，“党内法规”应当予以正面评价。近年来，“党内法规”引起了学术界的讨论。反对者认为，法具有国家专属的性质，政党不应该具有立法权<sup>[54]</sup>。为了批判这种观点，姜明安教授提出政党不具有立法权的观点混淆了“国家法”与“法”的概念，并进一步指出，党内法规属于社会法和软法<sup>[55]</sup>。姜教授的回应虽然也说颇有道理，但毕竟有些遮遮掩掩的迂回。其实，从过渡期的观点看，两种论点的张力并没有那么紧张。党内法规可能的确不符合经典法治的要求，但是，不可否认它是有效的，这种有效性不仅体现在它的效率和直接的作用，更难得的是它表达了一种制度化的思维方式。政府机关的组成人员绝大部分是党员，这是一个客观事实。通过对党风政风的矫正带动社风和民风的理性与淳化，不能不说是法治建设创造了有利的条件。

当然，推进法治绝不能忽视社会的面向。事实上，法治的真正动力正是来源于社会。法治与市场经济、社会结构必然会形成良性互动。公民参与、社会治理、民主创新等等都是法治建设的重要内容。但是，因为篇幅的限制以及与本文主旨的关系，在此不详细论述。读者贤达当然不会以为我认为这些不重要。

所以，法治过渡期的任务是：

（一）首要的，对中国的社会现实做深入地研究和阐释。从哲学的角度看，“现实”本身就蕴含了批判的向度，即是说它表达了对社会事实的超越。如果抓住的只不过是真正的本质颠倒的映像，那么它反倒成了对现实展开的否定了。所以，现实首先意味着的是对现象的批判，这个批判恰恰是理解现实的前提。<sup>[56]</sup>这个认知的过程只能是实践，它自在自为的本性规定了对现实审查的尺度。正因为社会现实在其独立和充分的发展中是作为一个首要的因素而成为中国法治建设的前提，所以，对社会现实的把握乃是推进法治建设的必然要求。

（二）在这个现实的基础上，实践地完成法治的哲学建构。这种法治应当具有阐释性、经验性、批判性和历史性的特征。<sup>[57]</sup>它存在于历史本来的面目之处，即概念符合于现实，现实符合于概念之处。如果说现在的哲学都含有人文主义的色彩，那么法治必须将人作为关怀的对象，而为了完成这个目标，没有必要将

主体性从主体间性剥离出来,或者将其错误地理解为主体性是主体间性的前提,还没有完成主体性而建构主体间性是一种“奢侈”,因为主体性的澄明正是可以通过主体间性的途径而获得。这就是我们的法治哲学的一条新路:综合与超越。然而,这个过程必将是极其痛苦的,因为综合的对象必然充满了矛盾,而这些矛盾的消除根本无法躲在书斋里通过逻辑的演算而完成。如此一来,这些综合的对象都将被投入到实践的熔炉中锻造,它们的命运要么被历史抛弃,要么在涅槃之后获得新生。

(三)创造有利条件,推动法治秩序的形成。既然法治秩序最终是在规则的维度呈现出来,但又因为规则本身无法独立完成这个使命,所以,必须借助政治与社会两个维度。甚至可以说,规则只能在政治与社会里被“发现”出来。在法治建设的过渡期,国家之推动同样不能在规则里打圈,而应当在民主政治、社会结构方面有所作为。如果说在之前的阶段,社会结构的“逻辑化”还处于意识、观念和理论的支配之下,秩序的提出是仅仅因为需要一个秩序,并由此产生了霍布斯的重要观点:没有法律的地方就无所谓不公正,<sup>[58]</sup>那么,现在看来,在法治秩序正在形成的情况下探寻它的正义就应当从政治与社会入手。

(四)法治实践不宜和价值相纠缠,而应当着眼于解决问题,并在此基础上形成法治的制度。这绝不是说价值不重要,我们反对的是将价值视为法治的源头,因而必须将价值理解为是预先赋予的,具有独立的、优先的自我先验假设。在法治的过渡期,这种假设恰恰还存在认识上的分歧,实际上,它们究竟应当是什么在不同群体中的形象仍然是模糊的,甚至有可能这样的认识还在交集之外而没有“重叠”。所以说,从“问题”切入在方法论上具有重要意义。解决问题的标准就是它的可接受性,而这种方式又为法治的信仰提供了正当性。但是,从法治建设的角度看,问题的答案绝不仅仅是问题的对策,而应当是在现有的理论无法解释问题的时候能够提出一个新的理论。因此,法治的制度来源于社会关系对问题的形塑,它是在多重复杂因素的影响下“嵌入”到社会结构之中而形成的。

### 注释:

[1][法]E·迪尔凯姆:《社会学方法的准则》,狄玉明译,商务印书馆,1995年,第74页。

[2]在此必须澄清的一个问题是,文化传统与传统文化是两个截然不同的概念。尽管文化与传统经常被理解为是一致的,例如费孝通先生在《乡土中国》中即持这样的观点,参见费孝通:《乡土中国》,人民出版社,2008年,第61—62页。但当这两个词以不同的方式组合在一起的时候,便有了分析的必要。一般地说,文化传统具有现实的特性,它属于现状的研究范畴,是活着的文化;而传统文化是一个历史的概念,是对既成事实的描述,不具有在逻辑上改变的任何可能。但是,这绝不意味着我们可以抛开历史而仅仅满足于对眼前事物的研究——即便是当下的事实也会在距离你观察到的瞬间被时间超越而成为历史——因而,只有用拉长了的历史镜头才能更清楚地看到现状的实质,这是历史的意义,也即是传统的意义。

[3]王铁仙:《两种文化传统:区分、辩证与融通》,《中国社会科学》2010年第5期。

[4]瞿同祖:《中国法律和中国社会》,中华书局,1981年,第327页。

[5][38][美]爱德华·希尔斯:《论传统》,傅铿、吕乐译,上海人民出版社,2014年,第3、17、37、5页。

[6]费孝通:《乡土中国》,生活·读书·新知三联书店,1985年,第34—35页。

[7][美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏、何包钢、廖申白译,中国社会科学出版社,1988年,第7页。

[8]这个观点江平教授在《依然谨慎的乐观——法治中国的历史与未来》一书中有多次阐释,具体参见江平:《依然谨慎的乐观——法治中国的历史与未来》,浙江人民出版社,2016年,第3、52、97—103、104页。但是,江平教授在该书的另外一个地方把市场经济排除在了法治社会之外,参见江平:《依然谨慎的乐观——法治中国的历史与未来》,第115—121页。

[9]汪丁丁:《新政治经济学讲义——在中国思索正义、效率与公共选择》,上海人民出版社,2013年,第617页。

[10][11][12]王亚南:《中国官僚政治研究》,中国社会科学出版社,1981年,第2、1—4、189页。

[13]王人博:《法的中国性》,广西师范大学出版社,2014年,第93页。

[14]黄宗智首先提出并分析了这种西方理论进入中国的“悖论现象”:从西方理论来看待中国实际,几乎所有的社会经济现象都是“悖论的”(paradoxical),即从现有理论上看来是一一对相互排斥的悖论现象,但实际上都是并存和真实的,如“没有发展的增长”“过密型商品化(市场化)”“集体化下的过密化”以及“没有城镇化的工业化”。参见[美]黄宗智:《实践与理论——中国社会、经济与法律的历史与现实研究》,法律出版社,2015年,第4—5页。

[15]赵敦华:《为普遍主义辩护——兼评中国文化特殊主义思潮》,《学术月刊》2007年第5期。

[16]这里的工具与媒介是在黑格尔的意义上说的。黑格尔认为,工具论和媒介论都是以主客观的对立和分裂作为前提的,因此,当认识的对象——绝对——在彼岸的时候,便必然要设立一个连接彼岸的工具或媒介。他在《精神现象学》里对工具论与媒介论的观点作了批判:“根本不必绞尽脑汁搜求这样的一类无用的表象和说法,即把认识当做一种捕捉绝对的工具,或者当做我们赖以窥见真理的媒介物等等——这种关系的确是一切关于脱离绝对的认识和脱离认识的绝对的表象都会导致的”。参见邓晓芒:《黑格尔(精神现象学)句读》(第2卷),人民出版社,2015年,第20页。

[17][18]何勤华、任超等:《法治的追求——理念、路径和模式的比较》,北京大学出版社,2005年,第11—12、1页。

[19][20][英]马克·尼奥克里尔:《管理市民社会》,陈小文译,商务印书馆,2008年,第9、27页。

[21][27]《马克思恩格斯全集》(第3卷),人民出版社,2002年,第196、10页。

[22]有学者研究指出,马克斯·韦伯并不认为新教伦理与资本主义精神之间是因果关系,他曾经说:“我们根本不算坚持这样一种愚蠢的教条主义的观点,即资本主义精神的产生仅仅是宗教改革的某些作用的结果,或甚至认为资本主义作为一种经济制度是宗教改革的造物”。因而,这两者的关系应当是“亲和”关系。参见陈旭峰:《关系链下的选择性亲和——读韦伯的〈新教伦理与资本主义精神〉》,《武汉大学学报(社会科学版)》2011年第1期。

[23][25][德]马克斯·韦伯:《中国的宗教:儒教与道教》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社,2010年,第314—315、318页。

[24]吴晓明:《当代中国的精神建制及其思想资源》,《中国社会科学》2012年第5期。

[26]《圣经新约》马太福音,第10章。

[28][33][34][35][36][37][39][德]马克斯·韦伯:《支配社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社,2010年,第262、19、20、254、253、253、322页。

[29][30][31][32][德]卡尔·施米特:《政治的神学》,刘宗坤、吴增定等译,上海人民出版社,2015年,第27、24、24、49页。

[40][法]托克维尔:《论美国的民主》,董果良译,商务印书馆,1989年,第71页。

[41]参见[德]卡尔·施米特:《政治的神学》,第27页。该书的翻译为:“托克维尔在描述美国民主时说道,在民主思想中,人民居于整个国家的政治生活之上,就像上帝居于世界之上一样,成为万物的原因和目的,万物生于兹又归于兹。”文字略有出入。

[42]林端:《韦伯论中国传统法律:韦伯比较社会学的批判》,中国政法大学出版社,2014年,第40—41页。

[43]《柏拉图文艺对话集》,朱光潜译,商务印书馆,2013年,第111—118页。

[44] 邓晓芒:《西方哲学史中的理性主义和非理性主义》,《现代哲学》2011年第3期。

[45] 关于中国是否有逻辑的问题,学术上存在争议。持反对意见的人认为:“从亚里士多德到现代逻辑,始终贯穿了一条基本的精神,这就是‘必然地得出’。逻辑名称和逻辑史著作中共同的东西是亚里士多德逻辑、斯多阿逻辑和现代逻辑”。参见王路:《逻辑的观念》,商务印书馆,2000年,第18—19页。另外一种“中国逻辑存在论”的观点认为,“中国、印度和希腊是三个不同的逻辑系统”,而比较东西方逻辑的异同时,认为西方是“对立的合理性”,其原理是“包含矛盾的命题,应该从无矛盾的命题系统中排除”;东方则是“融合的合理性”,其原理是“包含一切的前提,也包含矛盾,并以其矛盾为媒介,也包含对立的合理性”。参见孙中原:《中国逻辑研究》,商务印书馆,2006年,第39、141—144页。笔者认为,从逻辑的角度认识中西,是一条重要的路径。

[46]《孟子·离娄上》。

[47]朱熹:《四书章句集注》。

[48]《大学》。

[49][德]卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社,2009年,第301页。

[50]关于“可接受性”的问题,笔者于2014年5月在《国家检察官学院学报》上发表了《迈向可接受的中国行政法》一文,对“可接受”的原理作了具体分析。在此不再赘述。

[51]江必新:《法治政府的制度逻辑与理性建构》,中国法制出版社,2014年,第21页。

[52]法治政府应当塑造成一个什么样的形象?《法治政府建设实施纲要(2015—2020年)》认为法治政府的目标有六个:职能科学、权责法定、执法严明、公开公正、廉洁高效、守法诚信。简单分析,六大目标相互间就存在矛盾:科学的不一定是法定的,执法严明并不必然意味着公正,公正与高效更是天然地冲突。多重目标以及多重目标内在逻辑的并列式关系,不具备罗尔斯“作为公平的正义”两个规则的词典编辑的系列,必然导致原则的虚无主义。法治政府形象的模糊不清折射出了理论界的混乱。

[53]江平:《依然谨慎的乐观——法治中国的历史与未来》,浙江人民出版社,2016年,第53页。

[54]王贵秀:《中国政治体制改革之路》,河南人民出版社,2004年,第331—332页;曾市南:《党内法规提法不妥》,《中国青年报》2014年1月2日,第8版。

[55]姜明安:《论中国共产党党内法规的性质和作用》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2012年第3期。

[56]这个观点主要是为了批判这样的一个说法,即“‘法律必须适应社会’不宜作为法治中国建设的指导思想”,详见陈金钊:《法治中国建设与法理学研究》,《社会科学战线》2015年第1期,第247—249页。该篇论文的作者提出:“从学科研究的思维走向看,法律社会学带有瓦解法治的倾向。因为,法律社会学在对法律与其他社会关系的研究中,为了使法律不建立在空中楼阁之上,要求法律必须适应社会现实的需求。在这种理论情节之下,国情优越论、特色优势论、实践优越论、民间法高于国家法、潜规则压制正式规则的观点占据人们思维的制高点。这非常不利于法律功能的正常发挥,属于法治中国建设的障碍性因素。”我们认为,这种观点误读了“现实”这一个概念,因而将之理解成了“现象”或者说“现存”。我们主张法治是现实的、实践的,这样的现实既不是理性一类的观念,也不是表面上的现存,而是本质与现存的统一,更重要的是它是以展开的方式并表现出必然性而存在的,从而预设了它超越社会现存的“理想性”的特征。因而,这样的“现实”具有历史性,不仅仅停留在解释世界,更重要的还在于改造世界。关于哲学意义上的现实具有“理想性”的内涵,可参见贺来:《哲学与社会现实——吉林大学贺来教授访谈录》,《闽江学刊》2015年第1期,第10—19页。

[57][英]马丁·洛克林:《公法与政治理论》,郑戈译,商务印书馆,2013年,第326页。马丁·洛克林在该书中主要强调的是面对公法思想中的危机,新的理论视角应当具备的特征。

[58][英]霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆,1985年,第96页。

[责任编辑:刘 鏊]