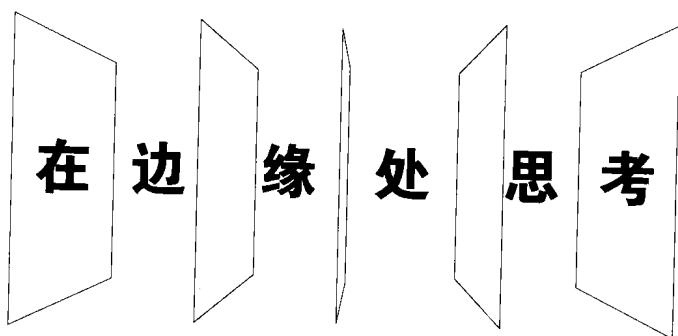


在 边 缘 处 思 考

h i n k i n g a t t h e M a r g i n

梁治平 著

法律出版社 LAW PRESS · CHINA



T h i n k i n g a t t h e M a r g i n

梁治平 著

图书在版编目(CIP)数据

在边缘处思考/梁治平著. —修订本. —北京:法律出版社, 2009. 11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0063 - 3

I. 在… II. 梁… III. 法制史—中国—文集 IV. D929 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 193284 号

在边缘处思考

梁治平 著

责任编辑 刘文科
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2010 年 1 月第 2 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.5 字数 230 千

印次 2010 年 1 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

重庆公司/023 - 65382816/2908

北京分公司/010 - 62534456

西安分公司/029 - 85388843

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0063 - 3

定价:25.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

再版前言

这本集子最初是作为《西南政法大学学子学术文库》的一种,于2003年付梓。关于本书编辑出版的缘起,当时的“后记”有这样的说明:

收在这本集子里的文章均写于1997年之后。以1997年为界并无特别含义,只是因为我在那一年出版了一本自选集。

坦白说,我原本没有编这本集子的想法,如果不是一些热心的学友为纪念母校五十岁生日编了这套丛书,并且不由分说地把我的名字放进作者名单,也一定不会有这个集子。丛书编委会的要求不容拒绝,因为对任何一位丛书作者来说,这都既是荣誉,也是义务。只是,时间紧迫,要从头开始单为丛书撰写一书没有可能,而按照单一专题把现有文章编为一辑,时机也稍欠成熟。考虑再三,决定把最近几年写成发表的学术论文编为一集,这虽然不是一种令人满意的解决办法,却可以免去重复,而不失向母校师友汇报之意。

所收文章大体按照写作时间的先后排列。“我的大学”一篇系前年应西南政法学院七八级同学会征集忆旧文而作,现作为“代序”置于篇首。“在边缘处思考”一文写于1997、1998年之间,这篇文字回顾了作者思想、学术及人生经历,其中也专门谈及大学时期的成长经历,甚合丛书编委会对各作者的特别要求,因此作为“跋”移于篇末。

诚如“后记”所言,因为特殊的原因,文集当初的编排并不尽如人意,然而书籍一旦印行,就好像有了自己的生命,而她既已为读者所接

受,也就有了继续存在下去的理由。令我略费踌躇的倒是,值此再版之际,是否应当如一些朋友所建议的那样加入若干新的篇什,让她多少以新面目示人?思忖再三,最后决定还是保持原来的内容,不作增益。这样做固然有技术上的考虑,但根本上还是因为,我不希望本书的再版,因为内容新旧并存而让之前购买了旧版的读者在“取舍”之间感到苦恼。当然,因为新版不再是丛书的一种,原来由丛书编委会统一撰写的“总序”和“后记”也就没有保留的必要了。同样,初版时由我自撰的“代序”和“后记”,因为都系于丛书背景之下,也一并删去。至于作为“代跋”的“在边缘处思考”一文,虽然其本身并无论文之形,而且“甚合丛书编委会对各作者的特别要求”,但因为提供了有关作者思想、研究和写作背景的叙述,实为本书内容有机的一部分,故予保留。此外,读者还会发现,再版时原书目录的排列顺序也有改变:初版目录按照出版时间排序,现在则根据主题略加调整。最后,与初版比较,新版尽量保留原文格式等,而未强求一致,在这些和其他方面,再版之作可能更接近于这些文字的原貌。

为本书的再版,法律出版社的王旭坤女士投注了极大的热情,朱宁女士给予了必不可少的支持,本书责任编辑刘文科作了许多细致的工作。在此一并致谢。

梁治平

2009年9月写于冀北忘言庐

11月订正于台北旅次

目 录

再版前言	1
法治:社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化运动的一个 内在观察	1
乡土社会中的法律与秩序	57
“民间”、“民间社会”和 Civil Society——Civil Society 概念再检讨	114
从“礼治”到“法治”?	146
中国法律史上的民间法——兼论中国古代法律的多元格局	161
法律史的视界:方法、旨趣与范式	178
在边缘处思考(代跋)	225

法治：社会转型时期的制度建构^{*}

——对中国法律现代化运动的一个内在观察

一 “法治”，一种新的意识形态？

1980年代以来，中国社会经历了一系列急剧的有时是戏剧性的变化，其中，在所谓“社会主义法制建设”名目之下，法律在国家政治生活中作用的改变，法律向社会生活诸多领域的渗透，以及，法律话语在知识阶层乃至一般民众当中的传布，尤为引人注目。不久前，中共领导人再次提出“依法治国”和“建设社会主义法治国家”的口号，^①从而开启了又一轮的“法律热”。作为一种主导话语的“法治”，似乎正在成为一种新的意识形态。

· 本文原载《当代中国研究》2000年第2期。

本文的写作始于1999年年初，当时我正在美国哥伦比亚大学法学院访学，本文约2/3的部分是在那里完成的。本文其余部分以及对全文的几次修改则是当年秋天我转来设在普林斯顿地方的高等研究院(Institute for Advanced Study)后完成的。我想在此感谢美国福特基金会、哥伦比亚大学法学院和高等研究院，感谢它们为我提供了必要的财政支持和良好的研究条件，使本文的写作能够顺利进行。我尤其要感谢哥伦比亚大学的艾德华教授、黎安友教授、哈佛大学的安守廉教授、福特基金会的张乐伦女士以及高等研究院社会科学院的C. Geertz教授、J. Scott教授和M. Walzer教授，我因为他们的帮助而获益良多。此外，在本文写作和修改过程中，我曾先后在“旅美中国法学会”组织的“当代中国法律发展研讨会”(1999年3月27~28日，哈佛大学法学院)和高等研究院社会科学院的午间报告会上宣讲过本文概要。感谢会议的组织者们为我提供了就本文主题进行公开讨论的机会，并使我从中获益。可以顺便说明的一点是，基于某些技术上的考虑，我对文中涉及的一些重要问题并未详加论述。对本文主题更详尽的讨论将留待日后完成。

① 人们注意到，江泽民在中共第十五次代表大会上的这一权威性表述，是中共历史上第一次正式以“法治”一词来取代“法制”二字。许多“法治”论者更为之欢呼雀跃，兴奋不已，认为此举表明了中国在由人治走向法治的道路上向前迈出了一大步。对此，我持保留态度，尽管我无意否认这一语词表述上的变化可能引起相关领域内的某些改变，尤其从长远看，正式表述上的变化更可能具有象征意义。问题是，语词的改变从来不能够代替社会现实的改造，而在思想转变、理论反思、制度建构乃至社会结构的调整没有得到实质性推进之前，只是改变表述方式，其意义非常有限。如果人们意识不到这一点，甚而因此而放弃在思想、理论、制度以及社会等各方面的艰苦努力，这种改变的积极意义更将消失殆尽。

当然,人们所谈论的“法治”,其含义不尽相同。官方的“法治”论说,特别突出“社会主义”这一限定语,而这意味着共产党一党专政地位的不可动摇。“社会主义法治”的提法同时也被用来抵制“法治”理论的普遍主义诉求,这时,“法治”又被冠以“中国特色”一词,用以区别于主要是源于西方社会的法治理论和实践。^② 这些用语和区分也反映在法律学者的论说当中,并且将学者的立场区分开来。他们中有些人亦步亦趋地为官方的主张(各种“提法”)提供理论依据,也有人同时把这种主张当做党同伐异的武器。另一些人循着“法治”(The rule of law)与“人治”(The rule of man)的界分,进一步区别“法治”(Rule of law)与“法制”(Rule by law)这两种概念,并在此基础上阐述其法治理论。还有些人从自由主义的理念出发,主张跨文化和超时空的普适价值,并把这些价值视为“法治”和“宪政”的道德基础。^③ 不过,由于存在某些共同的和未经反省的前提和预设,这些不同论说之间的对立未必像表面那样显著。

首先,有关“法治”的论说基本上是在一种浓厚的政治氛围当中、并且主要是围绕着现实的政治运作发展起来的,其结果,对于“法治”问题的思考常常被限制在表层政治的层面,其中可能涉及的理论问题则多被忽略。^④ 其次,由于法治论说与政治论说之间的密切联系,也由于1980年代以前的全能政治影响犹在,一个与国家制度建设和政治权力运作有着密切关联的“法治”事业就被赋予了特殊的重要性,它被期待着解决的不仅是政治问题和经济问题,而且包括这个时代所有

② “中国特色”这种说法可以被看成是官方的创造物,它从一开始就是一种用来为现行政策和制度辩护的说辞,而不是一种理论反思的工具。

③ 大体上说,在1980年代初的思想解放运动之中之后,法学界即逐渐形成了“思想保守”与“思想解放”两种观点和思想倾向的分野,这种分野在后来的“清除精神污染”和“反对资产阶级自由化”的政治运动中被进一步强化,且以这样那样的形式延续至今。本文提到的前两种人与之大体对应。此外,主要是在1980年代后期和1990年代成长起来的一代年轻学者更愿意以“自由主义”(而不是“思想解放”)相标榜,尽管就思想倾向而言,这些“自由主义者”与所谓“思想解放者”相当接近,其基本面貌仍然可以区分开来。

④ 造成这种结果的原因是多种多样的,其中,重开“法制”讨论时的历史背景,此后的政治发展状况,以及讨论参与者的个人经历等,都应当被视为重要因素。在此,我无意苛责当时的学者,而只想指出有关论争的局限性,而这对我们把这场讨论推向深入无疑是非常重要的。

重要的社会问题。这种期盼与信念,在流行的所谓“法治的时代”这一口号里得到恰当的表达。^⑤最后,也是最重要的,在一种单线的和化约式的思想和表述方式中,“法治”,作为“现代化”事业的一部分,社会“进步”的一项伟大工程,^⑥不仅是可欲的,而且是必然的,其本身的正当性不证自明,而在这一“现代”取代“传统”,“进步”战胜“落后”的历史进程中,国家居于领导核心,负责整个“法治”工程的规划和实施,知识分子则担任着不仅是启蒙民众而且(在可能的情况下和以不同方式)教导统治者的重要角色。这些看法和信念,即使没有全部为“法治”的鼓吹者们明白而自觉地主张,至少或多或少地存在于他们的潜意识当中,支配着他们的言行。然而,正是这些基本预设,这些本身未经认真反省的看法和主张,使人们在一些重大问题上失去了提问的能力。着眼于这一点,我们可以说,仅仅把官方的“法治”论说视为意识形态是不够的,事实是,“法治”正在成为我们这个时代意识形态。^⑦

指出当代中国“法治”论说的意识形态性色彩,并不是要拒绝法治的理念,否定法治理论与实践对于中国社会发展可能具有的意义。相反,这样做的目的是要对“法治”理念本身进行理性的和批评性的检视,通过把“法治”理论置于中国特定的历史、文化和社会情境中加以反思,重新认识其历史的和现实的意义,进一步确定其性质、力量 and 限度。从这样的立场出发,本文将不把法治的诉求视为当然,而是要问:在中国,作为一项历史性要求的法治是如何发生的?推行法治要

⑤ 诸如此类的口号还有比如“科学的时代”、“权利的时代”等。作为对一个时代某种发展趋势的把握与概括,或者,作为人们信念与追求的一种表达,这些和其他类似的表述自然有其合理的一面。然而,这些化约式的“宏大”(Grand)表述常常掩盖甚至抹煞了许多有意义的差异和冲突,结果不仅造成思想的简单化、绝对化和理论思考的贫乏,还可能变成一种统制性和压迫性的力量。实际上,这类情形在中国近一百年的社会发展中可以说屡见不鲜。

⑥ “现代化”和“进步”是人们很少加以探究和追问的另外两个“宏大”概念。我曾其他地方简要地讨论了“进步”这一概念。见梁治平:“关于进步观念的若干思考”,载《中国社会科学季刊》(香港),总第8期,1994年夏季卷。

⑦ 在一般规范性意义上,意识形态一词指的是某一个人或群体并非基于纯粹知识的理由所秉持的一组信仰和价值,它们形成了一种可以用来满足此一个人或者群体利益的针对世界的特殊式样的解释。在此之外,我也在一种更加日常化的意义上使用意识形态一词,即视之为一种具有封闭特点的思想体系,其中的观念、价值、学说等往往被人视为当然,不容置疑和反思。

解决的问题是什么？法治的价值何在？实现法治的途径是什么？通过谁来实现法治？什么样的法治？它会给什么人带来好处？什么样的好处？以及，法治应当被视为目的还是手段？法治的正当性何在？等等。显然，这些问题远非通过理论推演或者概念梳理所能够回答，而需要引入诸如历史、文化、传统这类与特定社会情态有关的因素，这样，我们便不可避免地引入了所谓“内在视角”。

“内在视角”

本文所谓内在视角至少包含三重含义。首先，它要求我们从一个社会的内部去看问题，要求我们了解这个社会的发展脉络，尤其是这个社会在其漫长历史中经常遇到并且感到困扰的种种问题，看这些问题与法治诉求之间有或可能有什么样的联系。其次，因为强调社会发展内在脉络的重要性，我们便不可避免要重新审视传统与现代的关系，既不简单地把“传统”视为“现代”的对立物而予以否弃，也不把任何名为现代性的事业都看成是对传统观念、制度的全面剔除和取代。为此，我们需要有一种长时段的历史的眼光，不只是从现代看过去，也学会由过去看现在。最后，但绝不是最不重要的，内在视角还要求我们改变以往所习惯的自上而下看问题的方式，尝试着自下而上地了解和看待这个世界。因为，法治所涉及的既不只是社会的上层，也不是社会中的少数人。法治是一项宏大的事业，它影响到无以计数的普通人的生活，也会因为这些普通人的活动、努力和追求而受到影响和改变。

强调和主张所谓内在视角，并不意味着无视或者否认中国现代性事业中外部因素的存在，甚至也不意味着试图降低这些外部因素的重要性。这种主张首先是基于这样一种基本的信念，即任何一种现代性事业都只有在一个社会的历史、文化和日常经验中扎下根来才可能血肉丰满地存活下来。无论自由主义、宪政主义，还是法治、民主，除非中国的民众自己感到了对它们的需要并且为之奋斗，谈论这些观念、学说和理论是没有意义的。由这一信念出发，我们就会把注意力集中在中国社会本身，并且追问，中国社会为什么需要法治？中国需要什么

么样的法治?这时,外部因素并没有被忽略,而是被置于所谓内在的视角中加以理解和叙述。

显然,这里涉及的问题相当复杂和微妙。比如,就本文所讨论的主题而言,外部因素所起的作用是怎样的,应当如何估价?在所谓内在视角中,外部因素与社会发展的内在脉络是怎样结合起来的?它们之间的关系应当如何来把握?等等。对于这些问题,我将在本文适当的地方给予讨论,但是,在此之前需要强调的是,内在视角并不预设任何一种形式的二元对立,无论是东方与西方的对立还是内部与外部的对立,也无论这种对立中的一方被看成是好的还是坏的,纯洁的还是邪恶的。同样,内在视角并不预设某种认识论上的优势,按照族群或者文化来划分观点或者观点的正确性。主张内在视角旨在强调问题的内在性,它所针对的,是那些忽略了问题内在性的外在视角,后者可以采取各式各样的形式,比如,把中国今天正在开展的法治事业主要视为某种外部要求的产物,它可以是对国际社会压力的某种反应,也可以表现为对外国投资者要求的满足;又比如,把法治看成是国家加于社会、知识精英加于民众的东西,或者某种社会发展规律或历史必然性的显现。持这类看法的人可以是中国人,也可以是任何其他国家的人;他们可以是商人、律师、官员,也可以是学者。而无论什么人,只要持外在视角去了解和看待中国的法治,他们的看法都很容易脱离社会现实,并且程度不同地忽略那些有价值的和应当注意的问题。^⑧

要从内在视角出发回答上面提出的问题,首先需要确定适合于本

⑧ 不久前出版的《宪政中国》一书(诸葛慕群执笔,明镜出版社,1998),集合了中国年轻一代“立宪主义者”(即上文提到的“自由主义者”)对于在中国实行宪政的基本构想。这部过于简略但仍力求系统的著作讨论了一系列涉及宪政和法治的重要问题,尤其是在中国实行宪政所欲达成的基本目标、可能遇到的主要问题和可以动员及依赖的社会力量等,颇有助于人们对相关问题作更细致和深入的思考。然而,从所谓内在视角看,应该说它对这一问题的内在性仍然关注不够,比如,在强调20世纪以来世界的民主化浪潮对中国的宪政化、自由化和民主化运动的影响时,它对于内、外因素之间相互作用的辩证关系分析不够,而有因袭传统的“挑战—回应”模式之嫌。相应地,该书的注意力主要集中于政治层面,即使涉及“体制外”因素时也基本局限于表达政治意见的个人和团体方面,而很少注意各种非政治性的市民社会要素的发展,至于像农村社会组织和基层社会活动这类对于宪政和法治绝非不相干的重大问题,该书几乎没有涉及。在这种情形下,该书对比如传统与现代之间的复杂关系缺乏细致的分析也就是自然的了。

文讨论目的的分析性的法治概念,这种法治概念应当既不脱离人类已有的法治理论和实践,又能够在中国社会内部找到其根据。其次,通过回顾中国近代以来的法律现代化运动,我们可能发现一些线索,它可以帮助我们了解这场运动的背景和原因,尤其是可能通过引入和建立现代法律制度来解决的问题。这些问题,就其产生和存在于社会内部这一点来看,可以说是“固有”的,而就它们可能通过引入现代法律制度和原则来加以解决这一点来说,它们又是现代的。这样,我们就在“传统”与“现代”之间建立起某种重要的和内在的联系。又其次,同为现代性事业的一部分,(现代民族)国家建设是与法律现代化运动平行且密切相关的另一主题,值得我们特别注意。实际上,国家与社会、国家与法律以及国家与个人之间的动态关系既是我们理解中国法律现代化运动的重要方面,也是中国当代法治发展的关键所在。最后,我们将讨论法治的合法性问题。这个问题将使我们进一步探究“法治”在近代以来中国社会发展大背景中的位置,探究和说明法治与其他重要政治制度如民主之间的微妙关系。

二 法治的两种概念

这一节讨论法治的概念,其旨趣有二:了解“法治”的一般含义;确定进一步讨论的参照框架。

讨论“法治”概念的一般含义,并不预先假定存在所有人都同意的“法治”定义或理论,而是基于这样一种考虑,即现有的“法治”理论和实践,无论其渊源所自,业已成为人类的一种共同遗产,以至于我们既不可能孤立地看待比如中国社会正在推行的“法治”,也不可能脱离已有的各种“法治”理论去讨论“法治”的概念。然而,这并不意味着下面的讨论必须全面细致地考察所有这些既有理论。系统地描述和分析现有的各种“法治”理论无疑是一项极有价值的学术工作,但那不是本文的目的。本文对于“法治”概念的兴趣,毋宁说是策略性的。换句话说,本文的兴趣,主要不在“法治”概念本身,而在其帮助我们了解和说明现实的力量,在于这些概念与我们所关心的问题之间的适当联系。

根据其字面义,所谓法治,即是相对于“人治”(Rule of men)的“法律之治”(Rule of law,或者,Governance of law)。前者意味着专断和任性,后者则力图确立某种非人格的统治,以去除人性中固有的弱点。亚里士多德视法律为没有情感的理性,就是着眼于这种区别。^⑨然而,法律之治并不能在人的参与之外自动实现,反之,“人治”也并不排斥法律的运用。因此,人治与法治的区别与其说在于法律之有无,不如说在法律之运用方式。^⑩换言之,“法治”包含了一些基本原则,正是这些基本原则使之成为区别于“人治”的另一种秩序类型。那么,法治究竟包含哪些基本原则,它的主要内容都是什么?对于这些问题,人们的看法不尽相同。有人把确保个人权利视为法治的核心,还有人认为法治必须体现比如平等、实体上的公正一类价值。换言之,他们都强调法治中的“法”,把“善法”、“良法”或曰“公正的法律体系”视为实现法治的前提。^⑪本文称之为实质性的法治理论。另一些人的看法与之相左,他们更强调程序公正或者形式正义的重要性,认为这些就是法治的基本内容,尽管这些人同样信奉自由主义原则,也同样推重自由民主制度和价值。^⑫这就是所谓程序性的或者形式化的法治理论。^⑬本文倾向于后一种法治理论,并试图在这种理论的基础上确定本文所使用的法治概念。^⑭不过,在开始仔细审视和讨论这种法治理论之前,似乎有必要先简略地讨论一下前一种法治理

^⑨ Aristotle, *Politics*, 1286a9.

^⑩ 在法学家那里,关于法律是什么的问题争论得异常激烈,有些人将法律与“好”的法律(“良法”、“善法”)联系在一起,因此倾向于更严格地定义法律的概念。我在这里所说的“法律”,毋宁说更接近于它在社会学上的意义。

^⑪ 参阅 Steven J. Burton, “Particularism, Discretion, and the Rule of Law”, in Ian Shapiro ed., *The Rule of Law*, pp. 178-201. New York University Press, 1994.

^⑫ 持这种法治观的人包括从 Lon Fuller, John Rawls 到 Hayek, Raz 和美国联邦最高法院现任大法官 Antonin Scalia 等具有不同思想、经验背景和学术传承的学者。参阅 Steven J. Burton 上引文。

^⑬ 对这两种法治理论的一般性介绍,参见周天玮:“法治的理念”,载氏所著《苏格拉底与孟子的虚拟对话》。台北:天下远见出版公司,1998。

^⑭ Randall Peerenboom 在其新近发表的关于中国当代法治问题的文章里,也采用了形式的法治理论,其理由主要是,在跨文化研究中,形式的法治理论可以提供最大公约数。详见 Randall Peerenboom, “Rulling the Country in Accordance with Law”, in *Cultural Dynamics*, 11(3): 315-351, 1999.

论,说明本文不采用这种理论的理由。

实质性的法治概念

1959年,在印度新德里召开的国际法学家大会上讨论了法治问题,并在其报告的第一条中宣布:“在一个自由的社会里,奉行法治(the Rule of Law)的立法机构的职责是要创造和保持那些维护基于个人的人类尊严的条件,这种尊严不仅要求承认个人之公民权利与政治权利,而且要求促成对于充分发展其人格乃是必要的,各种社会的、经济的、教育的和文化的条件。”^⑤显然,这是一个极具现代意味和规范性的法治概念,它不但坚持依法行使权力的原则,也不仅张扬个人自由与尊严,而且对实现这些原则和价值的政治、经济、社会、文化、教育条件提出了一系列积极的要求。没有理由认为这些主张和要求与本文下面将要讨论的法治理论无关,也没有理由认为它们与中国今天正在进行的法治实践无关,尽管如此,基于下面要提到的理由,本文宁愿采取一种更加“保守”的法治概念。

首先,这种法治理论包含了太多的内容,尤其是它强调了善法或者良法的重要性,而不可避免地引发大量涉及道德哲学和伦理学的论争,这些论争一方面很难在短时期内达到共识或得出令人满意的结果,另一方面却可能使人们无法将注意力集中到实行法治所涉及的一些更基本的问题上。在中国,这种可能因为另外两种情形而愈加凸显。其一,传统上,人们因为过分地注重所谓实质正义,常常倾向于超出法律去考虑正义问题,或者把法律与道德混为一谈,或者把法律语言翻译成道德语言,结果很容易忽视程序正义以及围绕程序正义建立的合理的制度。^⑥这种情形即使在今天仍然甚为突出,并使得在整个社会中建立起对程序和对实证法本身的尊重困难重重。其二,大体上,人们习惯于笼统含混地思考问题,而较少细致地去划分目标、阶段,区分不同的制度功能,确定它们之间的复杂联系等。在过去的一

^⑤ 转引自 Joseph Raz, *The Authority of Law*, pp. 210-211. Clarendon Press, 1983.

^⑥ 我曾其他地方详细讨论了传统上法律与道德的这种关系及其结果,详见梁治平:《寻求自然秩序中的和谐:中国传统法律文化研究》,尤其章9~11。北京:中国政法大学出版社,1997。

百年里,中国人尝试过许多不同的“救国”和“治国”方案,这些方案大多具有某种总体性特征,并且极易于变成意识形态、教条或者标语、口号。正如上面已经指出的那样,中国今天的“法治”正在遭受这样的命运。

其次,指出并且强调当代法治所欲保护和促进的诸多基本价值,对于一个正致力于建立法治的社会来说,无疑是非常有意义的。但是,中国今天面临的最急迫也是最难解决的问题,与其说是重修宪法和法律,写进去更多更好的条款,不如说是通过一系列制度性安排和创造一种可能的社会环境,使业已载入宪法和法律的那些基本价值、原则逐步得到实现。^⑩ 后一种任务,正是我们下面要讨论的法治理论的核心。由这一点,我们也可以发现,一个内容相对有限的和“保守”的法治概念并不意味着一个容易实现的目标,也绝不是一个法律与社会发展的低标准。

又其次,现代社会中,人权的保障与个人自由的实现,无不与国家^⑪在提供相应政治、经济、社会和文化条件方面所做的努力和取得的成就有关,但在另一方面,国家对于社会资源控制力的增加,尤其是行政权力的迅速膨胀,转而成为对法治的一种威胁。这种情形早已引起法治理论家们的严重不安和关注。在中国,人们因为不完全相同的原因遭遇到类似但又严重得多的问题。在此情形之下,如何减少普通公民对国家的依赖,如何通过法律去规范行政权力,如何在法治原则的基础上建立一个有限的政府,这些问题恐怕比对政府提出积极有为的要求更来得急迫和重要。

再其次,一个具有很强规范性的法治概念可能有助于人们评判现

⑩ 这样说完全不排除对宪法和法律进行必要的修订,因为即使从程序化的法治概念出发,也仍有大量立法的工作有待完成,这其中包括根据法治和宪政诸原则重新考虑宪法上的制度安排,也包括重新审视、调整和梳理现行的法律、法规、行政规章和各种规范性文件,剔除其中互相矛盾、不合理的部分,使之合理化。

⑪ 在政治学上,国家、政党、政府、行政权力等概念都有明确的界分,但本文在讨论中国问题时常常交换使用这些不同的概念。这是因为,尽管中国已经开始了包括党政分开内容的政治体制改革,但是迄今为止,执政党与国家、国家与政府以及立法、司法和行政之间的合乎宪政原则的分离仍未实现。换言之,我们今天所面对的仍然是一个政治权力高度一体化的政权结构,其中,所有权力的行使都具有行政性特征。

行法律和设计未来的制度,但却无益于人们描述和比较在巨大时空范围内展开的不同制度设计和制度实践,而有可能造成不同时代之间或者不同文化之间对话上的障碍。简而言之,这样的法治概念不大适宜于本文所谓的“内在视角”。

最后,实现正义固然是法律的一个重要目标,但却不是它唯一的目标。现代社会生活的复杂性,对法律提出了许多不同类型的要求。同时,面对这种复杂性,法律也表现出其不可避免的局限性。换言之,现代社会中的法律既不是只有一种使命和职能,也不是无所不在,无所不能。如何认识法律在现代社会中的功能、力量与限度,了解中国社会今天正在建立的法律制度对于这个社会和生活于其中的人民可能具有什么样的意义,是每一个法治论者都必须关注的问题。

自然,不取上述实质化的法治概念和理论,并不意味着经由法治所实现的社会价值不重要,也不意味着我们无须或者可以不考虑这些价值。毋宁说,我们是把这些问题放在一个更大也更复杂的制度框架中来考虑,并在其中思考和确定中国当代“法治”可能具有的境界。

程序性的法治概念

与实质性的法治理论相比,形式化的法治理论也不乏拥护者,尽管他们彼此之间也存在许多意见和分歧。在这里,我们可以提到两种渊源不同的法治理论,它们不仅出发点不同,用力的方向也不同,但是耐人寻味的是,它们所列举的“法治”的基本原则大体相同。

在《法律的道德性》一书中, Lon Fuller 标举出法律的 8 种基本特征或原则,具体言之,法律具有一般性和公开性,法律不溯及既往,法律规定清晰明了,法律不自相矛盾,法律不要求不可能之事,法律具有稳定性,官员所为与公布的规则相一致。这 8 种特征或者原则构成了 Fuller 所谓“法律的内在道德”,违背了这些原则中的任何一项,在他看来,都不只是导致法律的不完善,而是使

得整个法律体系名实不符。^①

与这种强调法律与道德之间的内在联系,根据某种道德标准来理解法律的自然法传统不同,法律实证主义注重的是法律与道德的分野,它所提出的法律概念并不以道德考虑为前提。在谈论法治原则时,法律实证主义者注意的依然不是道德因素,而是法律本身的职能。比如,Joseph Raz 只是根据“法治”(The rule of law)概念的字面含义,去推论法治的基本原则。他指出,“法治”一词有两种含义:第一,人们应当受法律统制并且遵从法律;第二,法律应当安排得让人们能够依法行事。^②然而,法律必须具备什么样的品格才能够实现其指导人们行为的职能呢?在 Raz 看来,至少(1)所有法律都应该公布于众,且不应溯及既往;(2)法律应保持相对稳定;(3)具体法律的制定应当遵循公开、稳定、清晰和一般性的规则;(4)必须确保司法独立;(5)自然正义诸原则必须得到遵守;(6)法院应对立法及行政活动拥有审查权;(7)诉讼应当易行;(8)遏止犯罪机构所拥有的自由裁量权不得侵蚀法律。^③

比较上面两组原则,二者之间的类同可以说一目了然。这部分是因为,两位法学家都在法律与法律所要实现的目标之间作出了区分。Fuller 强调,他力图阐明的法律概念是程序性的,即它不涉法律规则的实质目标。^④Raz 也明确指出,他提出的法治理论是形式化的,它区分了法治同法治所保障的价值,并且把注意力集中于法治本身。这种共同倾向,使它们面对有时是同样的批评。有人认为,程序性或者形式化法治理论的问题是,它们的原则过于宽泛,以致在自由民主社会之外,也可以为其他政治形式所用。^⑤Raz 显然乐于承认这一点,他明确说,“法治”并不是自由民主社会特有的制度。相反,一种非民主的法律制度,或者一种建立在种族隔离和性别歧视基础上的法律制度,

① Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (revised edition), p. 39. Yale University Press, 1969.

② Joseph Raz, *The Authority of Law*, p. 213.

③ *ibid.* pp. 214-218.

④ Fuller, p. 97.

⑤ 参阅 Judith N. Shklar, “Political Theory and the Rule of Law”, in Hutchinson & Monahan ed., *The Rule of Law: Ideal or Ideology*, pp. 1-16. Carswell, Toronto, 1987.