

CHINA JURISPRUDENCE

第2辑

◆中国法理学研究会主办
◆李林 齐延平 主编

中国法理

徐显明题

法律哲学

周安平 “善治”是个什么概念

姜涛 法律概念、法律规范与法学学说

杨天江 法治原则抑或法的原则：富勒与阿奎那的对比分析

曹晟旻 从道德伦理到法律规范：权利内容的双重面向及其对中国的启示

法律社会学

周尚君 郭晓雨 制度竞争视角下的地方立法权扩容

李红勃 到人民法院去：当代中国涉诉信访的法社会学分析

郑智航 人民司法群众路线生成史研究（1937～1949）

李亮 基于派出所法律实施的基层社会治理法治化

法律史学

李拥军 法律与伦理的“分”与“合”

李瑜青 夏伟 “法治思维”内涵的再思考

程骞 社会转型中的律师角色：民国律师的历史启示

法治理论

武建敏 基于中国语境的法治理论

王勇 当代中国国家治理模式中宪法实践的困境与出路

侯学宾 我国司法批复制度的双重面向

田夫 依法独立行使检察权制度的宪法涵义

周其明 大国民主化的风险评估和理论抉择



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

CHINA JURISPRUDENCE

◆中国法理学研究会主办

◆李 林 齐延平 主编

第2辑

中国法理

徐显明题



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中国法理. 第2辑 / 李林, 齐延平主编. —北京:
法律出版社, 2016. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9703 - 9

I. ①中… II. ①李…②齐… III. ①法理学—中国
—文集 IV. ①D920.0 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 155747 号

中国法理(第2辑)

中国法理学研究会主办
李 林 齐延平 主编

责任编辑 韩满春
装帧设计 马 帅

© 法律出版社·中国

开本 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

版本 2016 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印业有限公司

印张 15.75 字数 338 千

印次 2016 年 8 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 - 9703 - 9

定价:56.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编 委 会

主 任 徐显明

副主任 李 林

委 员 (按姓氏拼音顺序为序)

陈金钊 付子堂 葛洪义 公丕祥 高其才 龚廷泰

李 林 刘 星 林 喆 刘作翔 马长山 齐延平

沈国明 舒国滢 宋方青 石泰峰 孙笑侠 王晨光

魏 宏 汪习根 谢 晖 谢鹏程 信春鹰 徐显明

杨宗科 姚建宗 张光杰 郑成良 周旺生 周永坤

朱景文 朱苏力 卓泽渊

主 编 李 林 齐延平

目 录

法律哲学

“善治”是个什么概念

——与俞可平先生商榷 周安平 / 1

法律概念、法律规范与法学学说

——法律实施面向的关系建构 姜 涛 / 10

法治原则抑或法的原则:富勒与阿奎那的对比分析 杨天江 / 35

从道德伦理到法律规范:权利内容的双重面向及其对中国的启示 曹晟旻 / 44

法律社会学

制度竞争视角下的地方立法权扩容 周尚君 郭晓雨 / 62

到人民法院去:当代中国涉诉信访的法社会学分析 李红勃 / 77

人民司法群众路线生成史研究(1937~1949)

——以思想权力运作为核心的考察 郑智航 / 91

基于派出所法律实施的基层社会治理法治化

——以浙江 K 派出所为例 李 亮 / 108

法律史学

法律与伦理的“分”与“合”

——关于清末“礼法之争”背后的思考 李拥军 / 126

“法治思维”内涵的再思考

——兼论中国古代何以存在法治思维雏形 李瑜青 夏 伟 / 139

社会转型中的律师角色:民国律师的历史启示 程 骞 / 151

法治理论

- 基于中国语境的法治理论 武建敏 / 163
- 当代中国国家治理模式中宪法实践的困境与出路 王 勇 / 180
- 我国司法批复制度的双重面向 侯学宾 / 191
- 依法独立行使检察权制度的宪法涵义
——兼论重建检察机关垂直领导制 田 夫 / 205
- 大国民主化的风险评估和理论抉择 周其明 / 221

年会综述

探寻中国特色的法治发展之路

——中国法理学会研究会 2015 年年会暨“中国法治发展道路”学术研讨会综述

..... 杜健荣 李 磊 / 235

“善治”是个什么概念

——与俞可平先生商榷

周安平*

【摘要】 在汉语中,善治可在两种意义上理解,一是善于治理,二是良好的治理。无论是善于治理,还是良好的治理,对治理的主体和善的内容都没有限定。因此,治理之所以可被称为“善治”,并不在于其治理主体是否加入了非政府因素而变得多元,而在于其治理的过程和状态是否具有“善”的内容。而从“善”的内容理解,善治之“善”只是“抽象的善”,因评价主体的不同而不同,其证成必须依赖于“具体的善”。但是,俞可平先生基于良好的政治诉愿,对善治只作现代政治理念的理解,并认为善治优于法治。国人本已脆弱的法治观念非但不能借“善治”而改观,相反还可能被进一步削弱。因此,在笔者看来,“善治”这一目前炙手可热的学术名词在国家治理意义上可能只是学术的负资产,并不产生知识增量的作用。

【关键词】 善治;善政;法治;治理

“善治”一词,是近年来学术界出现频率最高、最时髦的词语之一,一股研究善治的热潮已经形成。对于“善治热”作出巨大贡献的首推俞可平先生。根据中国期刊网的检索,最早以“善治”为名的论文即是俞可平先生发表在《马克思主义与现实》1999年第5期的《治理和善治引论》,因此可以推断,俞可平先生应该是最早研究“善治”的学者。通过对俞先生文章的检索,我们发现,俞先生以“善治”为主题的文章就有21篇,^[1]出版了著作《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》(中央编译出版社2012年版)和《论国家治理现代化》(社会科学文献出版社2014年版),这两本书收录了俞先生研究善治的许多论文。此外,俞先生还组织或参与了几次关于善治的学术笔谈。^[2]我们说俞先生是国内善治研究的开山鼻祖和学术权威,这并不为过。这不仅是因为俞先生对于善治研究得最早、研究得最深入和研究得最广泛,而且还因为俞先生的研究开启和推动了国内学术界“善治”的研究热潮。因此,俞先生对于“善治”的理解,在学术界不只具有代表性,甚至具有

* 周安平,南京大学法学院。

[1] 最后检索时间为2015年5月28日。

[2] 俞可平等:《中国离“善治”有多远——“治理与善治”学术笔谈》,载《中国行政管理》2001年第9期;俞可平:《治理理论与中国行政改革(笔谈)》,载《新视野》2001年第5期。

唯一性。因为,从目前的研究成果来看,俞先生对于“善治”的理解,已经为许多学者所广泛引用,并成为其他学者研究的基础。

不过,由于俞先生的“善治”对应的是英语中的“good governance”,改变了“善治”的汉语词义,笔者有理由担心,国人原本脆弱的法治观念非但不能借助俞先生的“善治”而得以提升,反而可能被削弱。鉴于此,笔者以为,有必要在遵循“善治”汉语词义的基础上,还原善治概念的本来面目,而这就不能不与俞先生作一番商榷了。当然,这种商榷仅限于学术,而非政治。

一、主体多元就是“善治”吗?

善治,顾名思义,是“善”的治理,这就首先必须先解释清楚善治的属概念“治理”的含义。正如有学者指出的,“如果治理一词的不同涵义和具体用法没有共同的规定性和意义的连续性,那么,善治就很可能是个言之无物的空洞概念。”〔3〕治理,从汉语词义上理解,是控制管理、整治整修的意思。从政治学意义上,根据俞先生的观点,治理指的是公共权威为实现公共利益而进行的管理活动和管理过程,治理的主体既可以是政府组织,也可以是非政府的其他组织。〔4〕那什么是善治呢?俞先生认为,“善治就是使公共利益最大化的社会管理过程和管理活动。善治的本质特征,就在于它是政府与公民对公共生活的合作管理,是政治国家与公民社会的一种新型关系,是两者的最佳状态。”〔5〕

将俞先生关于“善治”和“治理”的两个定义作比较,我们发现,治理与善治的区别只在于主体上有所不同,即治理的主体有两种情形,一是单一主体,由政府作为治理主体;二是复合主体,由政府与其他组织共同作为主体;而善治的主体则只有一种复合主体的情形,那就是政府与公民共同作为主体。由此,我们似乎可以推论,治理既包括单一主体的情形,也包括复合主体的情形,而善治则只有复合主体一种情形,善治从属于治理,治理包括了善治。

不过,如果我们认真比较俞先生关于治理和善治的复合主体的具体表述,治理包括了善治的推论并不准确。根据俞先生的两个定义,治理的复合主体是政府和其他组织,而善治的主体则是政府与公民。是不是说,政府与公民合作时才是善治,而政府与其他组织合作时就不是善治,而只是治理?或者说,治理与善治的区别不在于是不是“善”,而在于政府合作的对象是不是公民?这就不能不令人费解了。

当然,如果我们不对俞先生在善治定义中使用“公民”,而在治理的定义中使用“其他组织”的表述过分较真,而统统归为非政府的话,那么在俞先生那里,仅从主体上就可以发现,善治属于治理的第二种情形,亦即治理之所以可为“善治”,当且仅当治理的主体包括了非政府因素。

如果说,治理的第二种情形即政府与非政府的合作为善治,那么治理的第一种情形即

〔3〕 吴畏:《善治的三维定位》,载《华东科技大学学报》2015年第2期。

〔4〕 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第76页。

〔5〕 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第59页。

政府作为单一治理主体又可归为何种类型的治理呢?对此,俞先生认为,只是由政府和其他公共权力作为治理的主体是统治。^[6]为此,俞先生还比较了治理与统治的具体区别:(1)统治的主体只是政府和其他公共权力,而治理主体则是多元的,除了政府以外,还包括其他组织。(2)统治是强制性的,治理则更多的是协商性的。(3)统治来源于法律,而治理除了法律外,还包括契约。(4)统治的权力运行是自上而下的,而治理的权力运行更多的是平行的。(5)统治的范围小于治理的范围。^[7]因此,在俞先生的这一区别中,统治属于治理的范围。由此我们推论,俞先生关于善治、治理和统治三者之间的逻辑关系是:治理分为两种类型,一是统治,二是善治,统治与善治相对,并合并构成了治理的概念。在这里,俞先生是将治理作包括统治的理解。

但显然,将统治作与善治相对的理解,或者说只是因为治理主体包括了非政府的力量就称为善治,似乎也太过于牵强。这种牵强所导致的矛盾终于在俞先生比较善治与善政中暴露出来了。根据俞先生的观点,善政是对政府治理的要求,善治则是对整个社会的要求。从主体方面理解,善政只是政府的单一治理,善治的主体则是官民的共同治理。^[8]因此,“善政”是指好的统治,而“善治”则是指好的治理。从逻辑上理解,善政和恶政构成了统治的概念,而善治和恶治则构成了治理的概念。在这里,俞先生对治理作了排除统治的理解,这就与前面所分析的将治理作包括统治的理解构成了矛盾。并且,如果俞先生坚持治理作排除统治的理解,那么,结合俞先生区别统治与治理的具体内容,也就可以推论,在俞先生看来,治理是相对于统治的一种好的治理类型,或者说是俞先生是将理想的治理表述为善治。果真如此,治理与善治也就具有同一意义了,因而治理与善治似乎也就没有区分的必要了。

同时,俞先生在关于善治主体与善政主体的区别中,将善治与善政看作是对立的关系,对善治作了排除善政的理解,这样一来,又与汉语词义构成了矛盾。因为,根据汉语词典释义,善治除了可以解释为“善于治理”和“好好的治理”外,还可作“善政”理解。也就是说,善治可以作包括善政的理解,两者是从属的关系,而这就与俞先生将善治作与善政对立的解释发生了抵触。

当然,即使是将善治与善政作对立关系的理解,俞先生自己也没有坚持始终。在论及善政要素时,俞先生认为,在古代和现代,善政的要素有:严明的法度、清廉的官员、很高的行政效率、良好的行政服务。而在全球化背景下,作为一个社会主义民主共和国的人民政府,善政则应当具备民主、责任、服务、质量、效益、专业、透明和廉洁八个要素。^[9]至于善治的要素则有:(1)法治,即法律是公共政治管理的最高准则,在法律面前人人平等。(2)参与,首先是指公民的政治参与,参与社会政治生活,但不只如此,还包括公民对其他社会生活的参与。(3)公正,指不同性别、阶层、种族、文化程度、宗教和政治信仰的公民在政治权利和经济权利上的平等。(4)透明,指的是政治信息的公开性。(5)责任,主要指管理者应当对其自己的行为负责。(6)有效,主要指管理的效率。(7)稳定,它意味着

[6] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第76页

[7] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第2页。

[8] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第3页。

[9] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第61页。

国内的和平、生活的有序、居民的安全、公民的团结、公共政策的连贯等。(8)廉洁,主要指政府官员奉公守法,清明廉洁,不以权谋私,公职人员不以自己的职权寻租。^[10] 将俞先生列举的社会主义民主共和国政府的善政要素与善治要素作一比对,我们就可以发现,两者在内容上具有相融的关系,而不是对立的关系。^[11] 因此,俞先生的理解不仅是与汉语词义发生了矛盾,而且也与自身发生了矛盾。

事实上,从汉语词义上理解,治理与统治、善治与善政,前者包含了后者,后者从属于前者,两者是从属的关系而不是对立的关系。至于统治与善治的关系,由于它们是分属不同性质的概念,因而也就不是一种对立的关系,而是一种交叉的关系。统治并不因为主体加入了非政府力量而成为善治,也不因为缺少非政府力量就一定是恶治。质言之,善治是否为“善”,不在于治理主体是否具有多元性,而在于治理的过程和效果是否具有“善”的内容。

二、“善治”何以为“善”?

俞先生除了从主体的方面来认识善治外,也从内容的多个角度对善治何以为“善”作了探讨,主要表现在两个方面:一是从公共利益最大化去认识,二是从善治的要素去认识。

关于公共利益,俞先生在给善治下定义时就认为,“善治就是使公共利益最大化的社会管理过程和管理活动。”^[12] 这一表述在他的著作中反复申明。^[13] 这表明,在俞先生的理解里,善治的目的就是使公共利益最大化,或者说,不以公共利益最大化为目的就不是善治,而是恶治,善治与恶治的区分就在于治理主体是否以公共利益最大化为目的。俞先生的这一观点可归为“目的主义善”。“目的主义善”与“结果主义善”不同,“目的主义善”并不一定就能实现“结果主义善”,因此,就存在这样一种可能,如果治理主体的确怀有使公共利益最大化为目的,但结果却是公共利益最小化,这种情形究竟是善治,还是恶治呢?如果藉俞先生的观点,那么统治者,甚至任何一个暴君,如希特勒、斯大林之流都可以在“目的主义善”的伪装下而逃避政治责难,而这才是最可怕的。共和国历史上的人民公社、大跃进无不是在“目的主义的善”支配下而导致的人类灾难,历史殷鉴并不遥远。此外,关于公共利益的认识,由于缺乏规范性的界定,也经常被治理主体所滥用,从而导致建立在“以公共利益最大化”基础上的“善”因为公共利益的模糊性而不具有客观性。

[10] 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第185页。

[11] 俞可平先生在其另一篇论文指出:“本文所指的‘善治’,是指‘以法治国’和‘以德治国’有机结合的为人民服务的政府管理运行机制。真正做到:有严明的法律、高尚的道德、清廉的官员、高效的机制、优良的服务的政府治理结构。是政府与公民对公共生活的合作管理、政治国家与公民社会的一种新型协调关系。”在这里,俞先生关于“善治”的认识与其关于“善政”的认识,从内容上基本是一致的,在逻辑上是从属的关系而不是对立的关系。不过,这段话在收入到《论国家治理的现代化》一中被删除了。参见俞可平:《善政:走向善治的关键》,载黄卫平、汪永成编:《当代中国政治研究报告》,社会科学文献出版社2004年版,第16页;俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第59页。

[12] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第59页。

[13] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第3、26、59页;俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第185页。

这里还需要指出俞先生一个细小的表述,但并非俞先生不重要的观点,那就是,当前俞先生在强调“善治是公共利益最大化的管理过程”^[14]的同时,却在同一著作中该表述的前一页认为,“从政治学意义上说,治理指的是公共权威为公共利益最大化而进行的管理活动和管理过程”。^[15]两相比较,笔者实在不能理解俞先生前后定义的“善治”和“治理”究竟有什么区别。从严格的文义出发,是否可以这样理解:如果治理概念减少了“公共权威”和“管理活动”的内涵,那么,“治理”就转变为“善治”了?显然,还是逻辑出了问题。因为在逻辑上,一个概念的内涵与外延是成反比关系的,内涵增加,外延就相应减少;反之,内涵减少,外延就相应扩大。“治理”的外延大于“善治”,何以“善治”的内涵反而还少于“治理”的内涵呢?

关于善治的要素,前面已经提及,俞先生认为善治包含八个要素,即:(1)法治,(2)参与,(3)公正,(4)透明,(5)责任,(6)有效,(7)稳定,(8)廉洁。^[16]不过,俞先生在另一著作中,将善治的要素又称之为“基本要素”,并增加了“合法性”和“回应”两个要素,而“责任”变成了“责任性”“透明”变成了“透明性”,并且,排列的顺序也作了调整,即:(1)合法性——指的是社会秩序和权威被自觉认可并服从的性质和状态,(2)法治,(3)透明性,(4)责任性,(5)回应,其基本意义是公共管理人员和管理机构必须对公民的要求作出及时的和负责的反应。(6)有效,(7)参与,(8)稳定,(9)廉洁,(10)公正。其对善治基本要素的这一表述,在同一本书中多次出现。^[17]

也许是因为俞先生对善治的“要素”和“基本要素”有不同的认识,所以才会有不同的表述和不同顺序的排列。由于俞先生没有特别交代清楚,因此笔者也就无从理解俞先生是基于何种理由认为,加上“合法性”和“回应”后,“要素”就成了“基本要素”;也无法理解为什么要将“责任”改成“责任性”,“透明”改成“透明性”,而俞先生作出的具体解释又并无不同?并且,无论是八个要素还是十个基本要素,其作为要素的标准是什么?顺序又是什么?显然,还是因为逻辑不清晰,罗列的要素或说基本要素总给人以纷繁杂乱之感。

当然,尽管俞先生在表述善治要素和基本要素存在这样和那样的逻辑问题,但这丝毫不影响人们从内容上理解,这些要素或基本要素可以作为善治之所以为“善”的理由。因为,这些所谓的“要素”或说“基本要素”已经不再是“抽象的善”,而是人们共识的“具体的善”了。但是,必须明确一点,俞先生所圈定的八个要素或十个基本要素,并不是善治概念本身所自带的,而是俞先生自己所赋予的。这些所谓的“要素”或者说“基本要素”,反映的只是俞先生对于理想善治的追求,而不是所有主体的愿望,至少不能包括封建统治阶级对于善治的自我评价。其实,任何一个人都可以像俞先生那样,将各种理想的和美好的概念附加在“善治”的名义下,如人权、正义、民主、宪政等一切可以视为“善”的概念,不一而足。也就是说,在俞先生的定义里,善治仅仅是一个现代概念,历史上并不存在善治之说,非民主国家也不存在善治之说,从而否定了善治之“善”因为评价主体的不同而有不同的固有特征,汉语言之善治意义在这里已经发生了根本性的改变。

[14] 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第185页。

[15] 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第184页。

[16] 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第185页。

[17] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第27~30、59~60、112页。

正是受到了俞先生关于善治要素理解的影响,许多学者也都采取了同样的做法赋予善治各种“具体的善”的内容。如有学者就认为,作为一种治国理政的方略,善治应当包括如下几个方面的内容:(1)善治是民主治理,(2)善治是依法治理,(3)善治是贤能治理,(4)善治是社会共治,(5)善治是礼法合治。^[18]也有学者从政府的角度来理解善治,认为:(1)善治型政府应当是一个适度型政府,(2)善治型政府应当是一个服务型政府,(3)善治型政府应当是一个责任型政府,(4)善治型政府应当是一个开放型政府,(5)善治型政府应当是一个有限政府,(6)善治型政府应当是一个法治政府。^[19]俨然,每个学者都可以对善治赋予自己心目中的“具体的善”,而这恰恰证明了俞先生对善治何以为“善”的要素或基本要素的认识所具有的主观性和随意性。

通过“具体的善”来论证善治的“抽象的善”,这在俞先生的著作中还有许多类似的论证,并同样存在不能理解的问题,举例如下。

一如,俞先生认为,衡量一个国家治理体系是否现代化有五个标准:其一是公共运行的制度化和规范化,其二是民主化,其三是法治,其四是效率,其五是协调。^[20]推究其内容,其与善治的基本要素有许多内容是相同的,只有个别不同。据此,是否可以这样理解,“公正”只是基本要素,但不是国家治理体系现代化的衡量标准?而“协调”是国家治理现代化的衡量标准,但又不是善治的基本要素?

二如,俞先生提出中国领导人的治理改革目标是:民主、法治、公平、责任、透明、廉洁、高效、和谐,这与俞先生在同一自然段中重复善治的十个基本要素也有着很大重合。^[21]是否可以这样理解,“民主”“和谐”是中国领导人的治理改革目标,但不是善治的基本要素?而“合法性”“公正”“回应”和“参与”则是善治的基本要素,但又不是中国领导人的治理改革目标?

三如,与前面紧密相关的是,俞先生在谈到国家治理评估体系时,认为中国的治理评估应该包括公民参与、人权与公民权、党内民主、法治、合法性、社会公正、社会稳定、政务公开、行政效益、政府责任、公共服务、廉政十二个方面,^[22]其内容与善治的基本要素以及治理改革目标,甚至与前面提到的国家治理体系现代化衡量标准也都有很多相同的内容,但俞先生却又分别整合表述为“治理评估体系”“善治基本要素”“治理改革目标”及“治理现代化的衡量标准”。这四个概念在逻辑上是一种什么关系?其相同与不同的内容,依据的是什么标准?其在前与在后的顺序,根据的又是什么思路?

其实,善治的“抽象的善”,因不同的评价主体而有不同的“具体的善”。上述通过“具体的善”来论证善治“抽象的善”的若干途径,反映的只是俞先生心目中理想的善治概念,它不是,也不可能是人们可以达成一致的善治概念。因此,俞先生给这些“具体的善”无论冠以何种名称,都似可、似不可,逻辑问题迭出的原因即在此。正因此,“善治”作为一

[18] 王利明:《法治:良法与善治》,载《中国人民大学学报》2015年第2期。

[19] 肖金明:《构建善治型政府》,载《山东大学学报》2012年第4期。

[20] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第4页。

[21] 俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第112~113页。

[22] 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年,第200~208页;俞可平:《论国家治理的现代化》,社会科学文献出版社2014年版,第231~239页。

个反映一般“抽象的善”的概念,究竟在政治上和学术上有什么意义,实在是需要认真推敲,研究者万不可盲目跟风。

三、“善治”概念究竟有何意义?

当然,俞先生的逻辑错误,似乎并不影响人们从政治的角度来理解和接受俞先生的“善治”概念。但是,如果我们将俞先生的著作看作是严谨的学术著作的话,那么,这些逻辑不严谨的问题就不是小小的失误了,特别是当人们怀着强烈的政治热情来期待中国的善治时,这些小小的逻辑失误就可能演化为不小的观念问题。俞先生关于善治作优于法治的观点就反映了这一点,他说,“民主和法治几乎直接意味着政治的合法性”这一观点在进入 21 世纪后,已经被“善治是政治合法性的来源”所代替。^[23] 在这里,俞先生将善治优于法治的观点表露无遗。

法治与善治的关系实际上是“具体的善”和“抽象的善”之间的关系。这里我们不妨再来回顾一下俞先生反复提到的善治的十个基本要素:(1)合法性,(2)法治,(3)透明性,(4)责任性,(5)回应,(6)有效,(7)参与,(8)稳定,(9)廉洁,(10)公正。如果我们姑且假定俞先生罗列的基本要素是正确的话,那么,善治与各个基本要素之间在逻辑上就是属概念与种概念的关系,从“善”的角度去理解,就是“抽象的善”与“具体的善”的关系。善治作为“抽象的善”能否成立是由基本要素的“具体的善”来有机证成的,即基本要素的“具体的善”之总和是善治作为“抽象的善”成立的充分原因,而其中任何一个基本要素则是必要原因之一。这样理解与俞先生在论证善治之所以为“善”时,通过“具体的善”来证明“抽象的善”的方法在逻辑上是一致的。在这十个基本要素中,法治是其中一个要素,因此,法治与善治的关系也是“具体的善”和“抽象的善”之间的关系,因而两者在概念的性质上不同,因而也就无从比较孰优孰劣。

虽然,法治与善治因不属于同一性质的“善”而无从比较孰优孰劣,但从“善”的外在表现上去理解,我们即可发现,法治作为“具体的善”相对于善治的“抽象的善”,具有一定的客观性、可识别性和可操作性。因为,对于法治,人们至少在下列问题上已经存在共识,那就是:作为法治的法律规则是关于未来的;是可能服从的;公开的;清晰的;与其他规则是一致的;充分稳定的;裁决和命令的制作是由其公布的、清晰的、稳定的和相对一般规则指导的;制定、执行适用规则者有责任遵守与其活动相关的规则,并且实际上是前后一致地依法执法的。^[24] 而善治作为“抽象的善”,则由于认识与评价主体的不同而有不同的“善”,那么也就意味着,当宪法不是将民主和法治作为政治合法性的来源,而是如俞先生所认为的那样,将善治作为政治合法性的来源时,那么,由于善治评价的主观性和任意性,社会或国家将不得不就“抽象的善”究竟指称或包括哪些“具体的善”而再陷争论之中。因此,从国家治理的角度去理解,将法治视为最大的善治,并作为制度的追求,显然比将不可确定的善治作为制度的理想更可取、更安全。由是观之,善治概念至少在国家治理层面

[23] 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社 2012 年版,第 183~187 页。

[24] 张文显:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社 2006 年版,第 524 页。

上的意义就几乎没有,至少远远低于法治的概念。

而且,俞先生关于善治基本要素的具体内容,除了“有效”和“回应”可以看作是行政管理的要求外,其他内容都可以被法治概念所包容。法治当然得强调社会秩序与权威的正当性,即“合法性”;法治当然要求法律规则的“透明性”;法治当然得要求管理者对自己的行为要承担“责任”;法治当然得保障公民对政治和其他社会生活的“参与”;法治当然得保证社会的“稳定”;法治当然得保证政府官员奉公守法、清明“廉洁”。并且,上述目的的实现,也当且仅当是在法治社会里才能完全实现。甚至其他两个要素“效率”和“回应”,尽管从文字上看与法治不具有直接的关联,但显然在法治社会里更能得到合理保证。也就是说,从内容上看,俞先生所倡导的善治其实就是法治,或者接近于法治。这种推论恐怕并没有违反俞先生的本意,他说“我们甚至可以直接将善治等同于合法性”。〔25〕如果是这样,俞先生又何苦在法治之外,另辟蹊径而大力倡导善治呢?

正是由于俞先生一方面将其心目中理想的善治作高于法治的理解,另一方面又不得不面对法治作为“具体的善”的客观内容,因此在论及法治与善治关系时频频出现前面指出的逻辑不足的问题。这些因为逻辑不足而令笔者不能明白的问题还有,为什么将“法治”只理解为公共管理的最高准则,以及法律面前人人平等,而将原本可以为法治内涵所能容纳的其他要素从法治概念中剥离出去,单独列出,再与法治合并一起归于善治之下,而由“善治”之名来统称呢?〔26〕正如笔者同样不能理解俞先生为什么要将“有效”作为基本要素时,却又将“有效”解释为“效率”一样。因为,根据汉语词义,“有效”既可以解释为“有效率”,但也可以解释为“有效力”和“有效果”。为什么俞先生不直接表述为“效率”,却偏要增加一个环节,表述为“有效”,然而又通过改变“有效”的汉语词义,将“有效”限定为“效率”呢?〔27〕因此,无论是将“善治”表述为“法治”,还是将“效率”说成“有效”,都表明俞先生为奔着自己心目中的理想善治概念,不惜改变或修正了汉语词汇的基本语义。

在汉语中,善治之“治”有“治理”“管理”“统治”之意,而“善”则可作两种解释,一是“善于”或“擅长”,作动词;二是“良好的”和“好好的”,作形容词。因此,善治可在两种意义上理解,一是善于治理,二是良好的治理。无论是善于治理,还是良好的治理,对治理的主体没有任何限定,同时对于善治何以为“善”的内容也没有任何限定。因此,不同的主体有不同的善治,统治者的善治与人民的善治经常发生对立。无疑,俞先生的理解是在“良好的治理”这一意义上使用善治概念的,并将“良好的治理”与英语中的“good governance”作了直接的等同。事实上,在英语中,“good governance”主要是指一种现代理想政治的模式即民主法治的治理模式。民主法治的治理模式是建立在治与被治关系的平等基础上,排斥了非民主国家“good governance”概念的使用可能。因此,“good governance”与汉语的“善治”,仅在部分内容上有重叠,两者并不具有严格的对应关系。如果“善治”与“good governance”等同,那么也就意味着善治的内涵只锁定在现代政治意义上,排除了不同主体对善治做不同理解的可能。

〔25〕 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第188页。

〔26〕 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第185页。

〔27〕 俞可平:《敬畏民意——中国的民主治理与政治改革》,中央编译出版社2012年版,第185页。

俞先生基于良好的政治诉愿,将善治只作现代政治理念的理解,忽略了善治因不同主体的评价而有不同内容的基本特征,从而善治意义与汉语词义发生了偏离,并因为这一偏离,善治与法治原本清晰的关系,也渐渐变得不清晰了起来,并诱发了善治优于法治的错误观念。因此,国人本已普遍脆弱的法治观念,非但不可能因为善治这一新名词的出现而产生观念上的大跃进,相反还可能因为对于善治认识的分歧而进一步被削弱。即使只从学术研究本身来看,不顾汉语的基本语义,除了模糊人们的认识外,还给未来从事这一问题研究的学者增加了考据上的困难。而这些现实的和可能的问题似乎也说明,“善治”这一炙手可热的学术名词在国家治理意义上可能只是学术的负资产,并不产生知识增量的作用,这也许是俞先生所始料未及的。

法律概念、法律规范与法学学说

——法律实施面向的关系建构*

姜 涛**

【摘 要】 法治体系建设的关键在于高效的法治实施体系,这是法理学与部门法学应共同关注的问题。法理学界以往对法律实施的讨论,因缺乏对部门法实施困境的把握而存在结构性缺陷。法律概念是明确法律规范的含义与意义的最小公分母,由于法律中有大量评价性概念,这就存在不明确法律概念具体化的实践要求。法教义学需要立足于法律规范的正当目的,并借助于法律规范的学说化诠释,以法治思维限制国家权力。这是法律实施必须正确对待的真问题。“实践反对理论”牺牲的往往是法律解释的正确性,“理论指导实践”这一简单的口号式教义,并不必然会带来法律实施中的规范性论证。只有重视法律概念、法律规范与法学学说的关系建构论及其解释学循环,才能确保法律解释在规范性论证中得出正确的解释结论。

【关键词】 法律实施;法律概念;法律规范;法学学说;不确定性法律概念

一、制约国家权力运行的现有法理学努力及缺陷

从学界目前的论述来看,学者们主张的法治有两种类型:第一种含义认为,法治是一种全面的生活方式(an entire way of life),亚里士多德理性之治的主张,乃是此种法治思想的典型代表;第二种含义则认为,法治是防止政府权力滥用的公共制度,目的是确保民众自由不受到不正当干预或限制,从而标榜有限政府(limited government)的理念。前者强调法治正当性来自法律的实质内容的妥当性,后者则主张法律的形式特征才是法治的正当性基础,于是,学界以往有关法治的论述往往游走在法律的实质内容与形式特性两者之间,并形成不同的理论主张。但两种主张没有分歧的是,他们都把法治作为论证法律统治正当性的政治理想,目的是要确立法律至上的政治主张。

如何确立法律至上的政治主张?这除了制定良法体系外,最为关键的是以法治理念、思维与方式把法律付诸实施,即建设高效的法治实施体系。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(以下简称《决定》)指出,“全面推进依法治国,总目标是建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。这就是,在中国共产党领导下,

* 基金项目:本文系江苏高校区域法治发展协同创新中心项目“法治中国建设与区域法治发展”之阶段性成果。

** 姜涛,南京师范大学法学院教授,博士生导师,吉林大学法学院博士后。

坚持中国特色社会主义制度,贯彻中国特色社会主义法治理论,形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系,”〔1〕法律实施乃是高效的法治实施体系的必要组成部分,它承担着制约国家权力运行的重任。在建设中国特色社会主义法治体系的时代背景下,有给予再次特别研究的必要。

毋庸置疑,法律实施是一个涉及内容十分宽泛的概念,不仅涉及广义意义上的司法体制的运行机制、司法人员的司法能力、法律实施的效果评估,而且涉及狭义意义上的如何把法律作用于具体案件,通过法教义学分析,实现法律规定与案件事实之间的“无缝对接”,以得出一个合法且合理的裁决结论。长期以来,对于广义意义上的法律实施问题,学界研究成果颇丰,形成了比较成熟的研究成果。然而,就狭义意义上的法律实施而言,因为法理学界缺乏对部门法在司法实践中适用困境的把握,而没有找到影响法律实施的真正问题之所在,同时,虽然部门法学者有关法教义学分析的成果颇丰,但仍处于一种零散的、前理论状态,并没有对法教义分析的工具——法律概念、法律规范与法学学说,从理论上分析三者的关系,并形成系统化的、完整的知识。有鉴于此,本文仅讨论狭义意义上的法律实施问题。

单就如何实现把成文的法律规定与具体案件对接,以得出合法且合理的裁决结论而言,如何实施法律,法理学目前的基本主张大致有三:

一是法律逻辑解释路径。法律逻辑解释路径立足于形式法治的立场,主张用形式逻辑上的三段论,即“大前提、小前提与结论”来解释,并往往用到一个关于苏格拉底的例子来表明如何推理,即“所有的人都是必死的,苏格拉底是一个人,因此苏格拉底是必死的。”这一推理的意义即使作为实用主义者的波斯纳也多加赞赏,他指出:“三段论的推理是那么的有说服力和如此的为人熟知,以至于那些总是渴望使自己的活动看上去尽可能客观的律师们和法官们,努力试图使法律推理看上去尽可能是三段论的。”〔2〕法律逻辑解释路径运用的乃是演绎推理,其大前提是成文法条文,小前提是案件事实,该事实属于成文法条文所假定、预见的法律构成要件,结论则是对待决案件所适用的法律效果。进而,主张判决为“法律严格之复印”,而法官系“宣告法律语言之嘴巴”。〔3〕

二是法律修辞解释路径。法律修辞论证对形式逻辑持怀疑态度,认为依靠形式逻辑的三段论所得出的结论并不能够取得民众的认同,因为离开了读者,法律命题就成为了“敝帚自珍”型的知识生产,甚至成为法律人的“高贵傲慢”。为此,法律修辞学主张通过对话、辩论来说服读者,尽可能地使他们相信自己提出的法律命题(法律判决、法律解释、法律学说等),从而为自己的命题在不同观点的竞争中争取听众的最大限度的支持。就法律解释而言,法律修辞学主张法律解释以法律语言为媒介,以“可理解性”“合理性”和“可接受性”为有效原则,在事实上决定、规范并推动着法律解释建立起话语与法律规范、

〔1〕 2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议公报》。

〔2〕 Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1990, pp. 39-40.

〔3〕 周舜隆:《司法三段论在法律适用中的局限性——兼论法官裁判思维》,载《比较法研究》2007年第6期。