

“十二五”国家重点规划出版图书



中国法学学术丛书

法治认同生成的 理论逻辑

卢建军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

本书由西北师范大学(法学省部级重点学科)
甘肃警察职业学院学术著作出版基金资助



中国法学学术丛书

法治认同生成的 理论逻辑

卢建军 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法治认同生成的理论逻辑 / 卢建军著. —北京:
法律出版社, 2014. 9
(中国法学学术丛书)
ISBN 978-7-5118-6845-9

I. ①法… II. ①卢… III. ①法治—研究—中国
IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 208057 号

中国法学学术丛书	法治认同生成的 理论逻辑	卢建军 著	责任编辑 韩满春 装帧设计 李 瞻
----------	-----------------	-------	----------------------

© 法律出版社·中国

开本 A5
版本 2014 年 10 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 北京北苑印刷有限责任公司

印张 11.125 字数 236 千
印次 2014 年 10 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

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-6845-9

定价:33.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

出版说明

为繁荣中国法学理论的发展,秉承“为人民传播法律”的出版理念,我社历来重视法学学术图书的出版。特别是改革开放以来,更致力于出版最新的法学理论研究成果。幸赖学界鼎力襄助,三十年来已出版法学学术图书几百种。这些著作包括对法学基础理论的研究、对外国法律的介绍以及对我国法制建设中的问题的探讨。我们确信,只有繁荣法学学术研究,才能更好地建设中国法制现代化。这些著作过去以单行本印行,难见系统。故2008年起我社将其汇编为丛书,便于学界研究之用。

中国法学学术丛书不仅包括过去已经出版、重新修订的著作,也将更多地纳入最新的研究成果。进入二十一世纪后,对当下中国的法学问题的研究,已经成为学界普遍认同的研究主题。纳入中国法学学术丛书的著作,不仅将具有原创性和较高的理论品质,而且还将具有新颖性,包括新观点、新知识、新方法、新视角和新资料。我们希望这些著作可以繁荣和推动学科的发展,对法律理论和法律实践有所贡献。希望学界给我们批评、建议,帮助我们在这套丛书出好。

序

一

党的十八届三中全会作出了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》(以下简称《决定》),提出了“推进法治中国建设”的重要任务,对法治建设和法制改革进行了专题阐述和部署,释放出中央更加重视法治建设的重要信号。在《决定》中,“作为法学基本范畴的法(法律)、法治(法制)、权利、义务、权力等,像一颗颗珍珠出现在《决定》的全文”。从法治文化的视角来看,“法治话语洋溢着《决定》全文。法治话语包括法治概念、法治观念、法治命题、法治论断、法治论述、法治思想等”。^[1]其中,“法治理念和法治精神贯穿着《决定》全文”。换言之,“《决定》自始至终彰显着先进的法治理念和法治精神”。^[2]《决定》涉及法治中国建设的方方面面,内容丰富,体系完备,措施明确,任务艰巨,需要全党、全社会锲而不舍地为之而奋斗。要实现这一宏伟目标,迫切需要统一思想,凝聚共识,从法治文化的层面形成对中国法治建设的社会认同。否则,中国的法治建设必将举步维

[1] 张文显:“全面推进法制改革,加快法治中国建设——十八届三中全会精神的法学解读”,载《法制与社会发展》2014年第1期。

[2] 张文显:“全面推进法制改革,加快法治中国建设——十八届三中全会精神的法学解读”,载《法制与社会发展》2014年第1期。

艰,甚至还可能出现倒退,出现“进两步,退一步”的局面^[3]。

二

所谓认同,是指体认与模仿他人或团体的态度和行为,从而使其成为个人人格一部分的心理历程;认同亦可解释为认可、赞同,意指彼此是同类,具有亲近感或可归属的愿望。法治的认同,是一种文化认同。文化认同,是一种群体文化确认的状态,是一种个体被群体文化所影响的感知。^[4]具体说来,笔者认为,法治认同至少包括以下两重含义:

一是主体间在平等基础上的一种“相互承认”,即“每个人都承认和尊重他人的意志、权利和价值”^[5]。马尔库塞则从商品生产和市场交换关系出发来论及社会主体之间的认同(相互承认)的,他指出:“市场的交换关系使得孤立的个体不需要在竞争斗争中毁灭而是必然要形成统一。在商品生产社会中存在的使人恐怖的斗争比在个体间完全无法限制的斗争要‘好些’,因为它们是在历史发展的一个更高水平上出现的,包含了一个个体权利的‘相互承认’。”^[6]可见,在马尔库塞看来,所谓法治的认同,乃是对个体权利的相互承认。

二是一种“重叠共识”,是民众认知的“最大公约数”。罗尔斯为了使其政治正义观能够独立地获得正当性,他提出了“重叠共识”的重要概念,罗尔斯认为,“重叠共识”是在多数派和少数派之间可以达

[3] 中国法学前辈江平教授认为,中国法治建设的现实是“进两步、退一步”。参见江平:“法治中国需政治体制改革”,载财新网,<http://china.caixin.com/2012-03-20/100370403.html>,访问时间:2014年3月27日。

[4] 参见龚廷泰:“理念、制度与法治实践——一个文化的分析视角”,载《北方法学》2013年第2期。

[5] 韩立新:“从‘人伦的悲剧’到精神的诞生——黑格尔耶拿《精神哲学》草稿中从个人到社会的演进逻辑”,载《哲学动态》2013年第11期。

[6] [美]马尔库塞:《理性和革命——黑格尔和社会理论的兴起》,程志民等译,上海世纪出版集团2007年版,第80页。

成的松弛的共识。“所以,重叠共识不仅仅是在某种自我利益或群体利益之偶然的或历史的交会点的基础上关于接受某种权威的共识,或者关于某些制度性安排的共识”,而是“包含了自由信仰的宗教学说、康德或密尔的自由主义以及相当松弛的观点,这种松弛的观点既包括范围广泛的非政治价值,也包括作为公平的正义之政治价值”。罗尔斯提醒人们注意重叠共识的两个特征:“第一,共识的中心,也就是政治的正义观念,本身是一种道德观念;第二,它是在道德的基础上被确认的,也就是说,它包括社会观念、公民作为人的观念、正义原则以及关于合作性美德的解释。”〔7〕罗尔斯把重叠共识概念作为其政治自由主义理论建构的支柱性理念之一,也正是通过对重叠共识的解释,使他找到了合理解释现代民主社会中文化价值的理性多元与社会秩序的稳定统一之间矛盾的新途径。〔8〕可见,在罗尔斯看来,所谓法治认同,是包括政治正义观念以及基于道德基础的社会观念、公民观念、正义原则以及主体间达成一致的 cooperativeness 的共识。我们知道,最早论及法治认同的学者是古希腊思想家亚里士多德,他提出了著名的法治定义:“法治应包含两重意义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”〔9〕亚里士多德在这里虽然没有对法治认同的概念作出明确的界定,但是他所强调的法治,第一是普遍守法,第二是良法而不是“恶法”,只有符合这两大要素,才是法治认同的前提。其中,认同主体的普遍性,特别是统治者对法律的认同,则是法治认同的关键。

法治中国建设目标的实现需要社会主体的广泛认同,而法治认同

〔7〕 [美] 罗尔斯:《作为公平的正义——正义新论》,姚大志译,上海三联出版社 2002 年版,第 321 页。

〔8〕 [美] 罗尔斯:《作为公平的正义——正义新论》,附录:《政治自由主义的现代建构》,上海三联出版社 2002 年版,第 582 页。

〔9〕 [古希腊] 亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆 1983 年版,第 199 页。

的本质是一种文化认同。中国的法治不同程度地存在一种疲软现象,这种现象的背后原因,说到底,与社会主体对中国法治文化的认同度不高有关。而法治认同的概念与合法性概念有相通之处。论及合法性,法国学者让-马克·夸克认为,合法性的最初含义是指与法律相一致的东西。^[10]合法性有三大要求或三大要素:被统治者的首肯,是合法性的第一个要求;得到社会价值观念和社会认同,是合法性的第二个要求;与法律的性质与作用相关联,是合法性的第三个要求。^[11]另外,合法性也“是对被统治者与统治者关系的评价。它是政治权力和其遵从者证明自身合法性的过程。它是对统治权力的认可”^[12]可见,我们判断一种法律制度、一种统治或社会治理的合法性,其本质要件不是合乎法律的规定性,而是广大民众对这种法律制度和政治权力的认同或认可。

政治、法律“合法性不可能一朝拥有而亘古不变。因此,在某种意义上,可以认为,合法性危机就成为社会政治生活的正常状态”^[13]合法性危机具有一定普遍性,所以,社会政治生活出现合法性危机并不可怕,因为社会有机体就像自然有机体一样,有着一种自我康复的能力,因此,及时调控这种危机,并凝聚社会主体认同来化解社会政治生活的合法性危机,对于维系社会系统的良性协调运行就显得尤为重要。哈贝马斯则从晚期资本主义经济的高速增长给国际社会带来了

[10] 马克·夸克认为,合法性并不限于法律,合法律性并不足以确立统治权利。……法律并不能引起其自身对合法性的信仰。因此,我们不能为了合法律性而赞同合法律性,合法律性只是合法性的一个指数。参见[法]让-马克·夸克:《合法性与政治》,佟心平、王远飞译,中央编译出版社2002年版,中译本序,第31~33页。

[11] [法]让-马克·夸克:《合法性与政治》,佟心平、王远飞译,中央编译出版社2002年版,中译本序第2~3页。

[12] [法]让-马克·夸克:《合法性与政治》佟心平、王远飞译,中央编译出版社2002年版,中译本序第1页。

[13] 岳天明:《政治合法性问题研究——基于多民族国家的政治社会学分析》,中国社会科学出版社2006年版,第183页。

诸多问题的角度分析了合法性的危机,认为所谓合法性危机,实质上乃是一种直接的社会系统的文化认同的危机^[14]。他指出,晚期资本主义经济的高速增长,使国际社会系统变得日益复杂,其边界范围已经远远地推进到了其周围环境之中,以至于外部自然和内在自然都达到了承受的极限,从而导致以下社会局面:社会系统所倡导的价值观念或系统的目标超越了它所容许的限度;社会系统已经无法解决其控制问题;社会组织原则遭到了破坏,致使社会系统理想价值的变革不在一定的界限之内进行,即社会控制不能在合理的范围内得到解决,那么就会出现社会危机^[15]。

由此可见,合法性危机就是一种直接的文化认同危机,因为社会价值观问题、社会组织原则问题、社会控制和治理问题,说到底则是一个文化问题。这些问题的出现根源于行为者由于文化价值观的缺失而难以认清行为的动机,同时又对政府行政系统的决策表现出不信任倾向,其行为本身又缺乏意义感和价值感,表现为政治冷漠,只关心自己的休闲和消费等。合法性危机是社会发展的极大障碍,它使解决社会现实问题的任何方案都失去操作性活力和意义^[16]。因此,法治认同是消解社会政治生活的合法性危机的文化前提。

全社会要对法治有高度的认同,既要摒弃人治,又要反对专制;既需要健全法制,又要对法治制度文化的认同,更需要对法治精神文化的认同。民众对中国政治法律制度和国家政治权力(包括执政党权力)合法性的广泛认同,核心和关键是法治精神文化的认同。粉碎“四人帮”以后,国人迅速从“文化大革命”法治虚无主义的梦魇中醒

[14] 参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《合法化危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版,第58页。

[15] 参见岳天明:《政治合法性问题研究——基于多民族国家的政治社会学分析》,中国社会科学出版社2006年版,第188~190页。

[16] 参见岳天明:《政治合法性问题研究——基于多民族国家的政治社会学分析》,中国社会科学出版社2006年版,第190页。

悟过来,从我国长期处于的无法无天的“人治”状态中自觉起来,因此十一届三中全会提出,“为了保障人民民主,必须加强社会主义法制建设,使民主制度化、法律化,使这种制度和法律具有稳定性、连续性和极大的权威,做到有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。^[17]邓小平同志在这一过程中特别强调,要“改革同生产力迅速发展不相适应的生产关系和上层建筑”^[18],加强社会主义民主与法制,提出“为了保障人民民主,必须加强法制。必须使民主制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变”。^[19]正是由于全党和全国人民对建立中国法制的高度共识和认同,所以,在邓小平的“两手抓”、“两手都要硬”^[20]的思想指导下,中国的立法工作进入了新中国成立以来最快的历史时期,也创造了世界近代以来立法史上的奇迹。到2010年年底,时任全国人大常委会委员长的吴邦国同志庄严地向世人宣布:“一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依,党的十五大提出到2010年形成中国

[17] 中国中央文献研究室编:《三中全会以来重要文献选编》(上),人民出版社1982年版,第11页。

[18] 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第141页。

[19] 《邓小平文选》(第2卷),人民出版社1994年版,第146页。

[20] 所谓“两手抓”、“两手都要硬”的思想,是邓小平正确处理经济建设与民主法制建设的重要原则,他多次反复强调,“搞四个现代化一定要两手,只有一只手是不行的。所谓两手,即一手抓建设,一手抓法制”;“一手抓改革开放,一手抓惩治腐败”;“一手抓改革开放,一手抓打击各种犯罪活动”。参见《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第154、314、378页。

特色社会主义法律体系的立法工作目标如期完成。”^[21]可见,如果没有“文化大革命”的惨痛教训,没有“四人帮”的被粉碎,没有全国上下对摒弃“人治”的基本共识和认同,中国的法制建设不可能取得如此巨大的成就。

然而,仅仅解决有法可依的状况,并不能真正实现法治国家的建设目标。当下中国法律实施的问题非常不容乐观,有法不依、执法不严、司法不公,乃至恶意违法的情况十分严重。诚如习近平同志在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话中指出的那样,我们“在充分肯定成绩的同时,我们也要看到存在的不足,主要表现在:保证宪法实施的监督机制和具体制度还不健全,有法不依、执法不严、违法不究现象在一些地方和部门依然存在;关系人民群众切身利益的执法司法问题还比较突出;一些公职人员滥用职权、失职渎职、执法犯法甚至徇私枉法严重损害国家法制权威;公民包括一些领导干部的宪法意识还有待进一步提高。对这些问题,我们必须高度重视,切实加以解决”^[22]。这说明,我们只有法治制度文化的认同,没有对法治精神文化的认同,国家的法律制度不可能真正得到有效的实施。

有鉴于此,党的十八大报告指出:“深入开展法制宣传教育,弘扬社会主义法治精神,树立社会主义法治理念,增强全社会学法尊法守法用法意识。提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力。党领导人民制定宪法和法律,党必须在宪法和法律范围内活动。任何组织或者个人都不得有超越宪法和

[21] 吴邦国:“十一届全国人大四次会议上作的常委会工作报告”,载人民网,<http://finance.people.com.cn/GB/14115240.html>,访问时间:2012年6月17日。

[22] 习近平:“在首都各界纪念现行宪法公布施行30周年大会上的讲话”,载新华网,http://news.xinhuanet.com/politics/2012-12/04/c_113907206.htm,访问时间:2014年4月4日

法律的特权,绝不允许以言代法、以权压法、徇私枉法。”^[23]党的十八届三中全会的《决定》进一步彰显了先进的法治理念和法治精神,诸如尊重和保障人权的法治理念和法治精神,追求公平正义的法治理念和法治精神,践行民主共和的法治理念和法治精神,维护社会主义法制统一、尊严和权威的法治理念和法治精神,等等^[24]。所有这一切,乃是法治建设的核心要素之所在^[25]。当下中国进入了改革和发展的关键时期。“国内外环境都在发生着极为广泛而深刻的变化,我国发展面临一系列突出矛盾和挑战,前进道路上还有不少困难和问题。”^[26]而这些矛盾的化解,需要用法治思维和法治方式来解决,这就需要全社会对法治的认同,特别是对法治精神文化的认同,法治精神文化的认同,是法治认同的核心和关键。

三

既然法治认同有着重要的意义,那么,怎样才能达成这种认同,这

[23] 胡锦涛:“坚定不移沿着中国特色社会主义道路前进,为全面建成小康社会而奋斗”,载中国网, http://news.china.com.cn/politics/2012-11/20/content_27165856.htm,访问时间:2014年4月4日。

[24] 对此,张文显先生作了非常深入具体、精辟透彻的解读。参见张文显:“全面推进法制改革,加快法治中国建设——十八届三中全会精神的法学解读”,载《法制与社会发展》2014年第1期。

[25] 笔者认为,法治文化的核心是法治的精神文化而不是制度文化和行为文化。这是因为:第一,制度文化是在精神文化的导引下建立的,人的行为总是在一定的知识和情感和意志的支配下进行的;第二,精神文化的科学与先进的程度决定着制度文化的文明和良善程度,也引领着人的行为的自觉自由的程度;第三,中国法治实践证明,精神文化的共识认同程度决定着制度文化的实施程度和行为文化普遍程度;第四,从法治价值依归的角度来看,精神文化价值与治制度文化相比,前者处于更高的位阶,因为制度文化主要是体现的是一种工具性价值,而精神文化却具有信仰性意义。所以,精神文化是法治文化的核心和灵魂,法治文化认同,尤其要在法治精神文化方面来凝聚全社会的共识。

[26] 习近平:“关于《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》的说明”,载新华网, http://news.xinhuanet.com/politics/2013-11/15/c_118164294.htm,访问时间:2014年4月5日。

就有必要探究法治认同的机理。法治认同的机理至少包括以下几个环节：

(一)对不同利益的法律平衡和评价标准的共识。马克思说过,“人们为之奋斗的一切,都同他们的利益有关”。^[27]我们追求法治的目的,就在于主体对合法利益的法律保护以及对非法利益打击和处罚的合理期待。罗斯科·庞德对那些要求得到法律制度承认和保护的各种不同的利益作了辨析和阐释。他把利益分为个人利益、公共利益和社会利益三种类型。庞德认为,在各种相互冲突的利益矛盾中,法律的任务和价值就在于“在最小的阻碍和最少浪费的情况下给予整个利益方案以最大的效果”^[28]。然而,在现代社会利益是多元的,各种利益之间甚至是相互冲突的。由此就带来了一个无法回避的问题,法律是否可以对上述不同利益同时都予以保护呢?如果不能同时满足不同主体的利益要求,法律应该优先保护何种利益?我们确定需要优先保护的利益的价值标准,或者说对上述利益重要性的先后位序排列的依据又是什么呢?最重要的难题是,这样的排列怎样才能得到不同利益主体的认同呢?这就涉及法的价值的认同问题。对此,庞德提出了“利益评价”问题,即尽可能多地满足一些利益,同时把其他利益的牺牲和摩擦降低到最小限度。

对于这个难题,博登海默的回答是:“人的确不可能根据哲学方法对那些应当得到法律承认和保护的利益作出一种普遍有效的权威性的位序安排。然而,这并不意味着法理学必须将所有利益视为为必定是位于同一水平上的,亦不意味着任何的评价都是行不通的。”^[29]

[27] 马克思:“第六届莱茵省议会的辩论(第一篇论文)”,载《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年版,第187页。

[28] [美]罗·庞德:《通过法律的社会控制/法律的任务》,沈宗灵译,商务印书馆1984年版,第71页。

[29] [美]E.博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第400页。

博登海默给出的价值位序的排列是:生命利益高于其他利益(尤其是所有的个人利益),也高于财产利益;健康的利益高于享乐或娱乐的利益;在合法的战争情形下,国家利益高于人的生命利益和财产利益;为了保护子孙后代的利益,特别是当保护生态平衡决定着人类生存之时,保护国家的自然资源就高于某个个人或群体通过开发这些资源而致富的欲望。^[30] 为此,不同利益主体就需要对上述利益衡量和评价标准取得共识,在此基础上,依靠立法手段对相互对立的利益进行调整,以及对它们的先后顺序予以安排。基于这样的理由,我们完全可以说,利益的相互承认和共识是法治认同的基础和前提。

（二）主体之间通过斗争或竞争而达成理性妥协与契约。谈到斗争,我们自然会想起德国法学家耶林提出的“为权利而斗争”的主张,他说道:“法的目标是和平,而实现和平的手段是斗争。只要是法必须防御来自不法的侵害——此现象将与世共存,则法无斗争将无济于事。法的生命是斗争,即国民的、国家权力的、阶级的、个人的斗争。”^[31] 但是竞争和斗争不可能是无限度的。否则,个体之间就会出现像霍布斯所说的,斗争将呈现出“每一个人对每一个人的战争”状态^[32],人与人的关系就像“狼与狼关系”,“是和非以及公正与不公正的观念在这儿都不存在”。^[33] 其结果将是双方同归于尽,或者两败俱伤。因为:一旦斗争失去限度,甚至会用他者的死来证明自己的存在和权利,那么对他者而言,这个个人对他者而言,无疑就是一个危险的存在;他者为了维持自己的生存反过来就会进行拼死的抵抗。这样一来,主体之间必将陷入一种深刻的矛盾和冲突之中。本来,个体是为

[30] [美] E. 博登海默:《法理学——法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第400页。

[31] [德] 耶林:“为权利而斗争”,载《民商法论丛》(第2卷),法律出版社1994年版,第12页。

[32] [英] 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第94页。

[33] [英] 霍布斯:《利维坦》,黎思复等译,商务印书馆1985年版,第96页。

了更好地自我保存而否定他者,才将对方置于死地的,但是这样做的结果却反过来赌上了自己的性命,这也就失去了“互相承认”的前提。^[34]因此,主体之间需要对斗争进行理性的克制,斗争的目的不是使双方毁灭,而是按照自己的理性判断和理性的方式,尽量达成共识和互相承认,选择通过契约、规则形式来解决纷争。

契约理念是“19世纪法律大厦的基石之一……契约与自由经济理论也密切相关。同时,契约既是市场中交易的事实,也是两个互不相关的人的中介以及两个私人自愿选择的联合”。^[35]在达此目的的过程中,无节制的竞争/斗争行为必须被抑制,自我控制和外在控制的观念得到强化,由此使这样的观念自然地渗透到法律文化之中,逐步形成了现代法治的共识和认同,这种文化的主导理念是个人尊严,它拒绝暴力而更欣赏自我克制,而法律就是暴力和自制失灵的替代品。^[36]在弗里德曼看来,法律不是纯粹理性的命令,也不是神启的产物,而是农民、商人、银行家,或者全国苹果种植者联合会等在激烈斗争后的一种相互妥协、达成契约的产物。^[37]可见,人们基于利益而竞争,为了在竞争中达到双赢而不是两败俱伤的局面,竞争者必须对自己的行为有所克制,并按照一定规则有序竞争,这就需要竞争各方在斗争中相互妥协,进而制定契约,并诚信自觉地履行各自的义务,实现自己的正当权益。市场经济条件下的法治文化特质应当如此。因之,竞争—克制—妥协—规则—契约,这就是现代市场经济条件下人们对法治文化认同的基本法则。

[34] 参见韩立新:“从‘人伦的悲剧’到精神的诞生——黑格尔耶拿《精神哲学》草稿中从个人到社会的演进逻辑”,载《哲学动态》2013年第11期。

[35] [美]弗里德曼:《选择的共和国——法律、权威和文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第32页。

[36] 参见[美]弗里德曼:《选择的共和国——法律、权威和文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第49页。

[37] 参见[美]弗里德曼:《选择的共和国——法律、权威和文化》,高鸿钧等译,清华大学出版社2005年版,第62页。

(三)主体之间的理性商谈/协商。商谈或者协商理论,是现代民主发展到一定阶段而出现的一种新型民主理论。这种理论所主张的民主,有别于选举民主或者票决民主,它与选举民主一起共同构成了现代民主国家实现民主两种模式。所谓协商民主,是在一定的政治共同体中,行动者通过对话、讨论、商谈、交易、妥协、沟通和审议的方式与机制,有序参与民主政治生活的一种民主模式。近年来,商谈民主,或者协商民主,成为中外学者普遍关注的一种新的民主模式。当代德国法学家罗伯特·阿列克西在他的《法、理性、商谈》一书中文版前言中,介绍了该书标题中三个概念内在的逻辑关联。他指出,在这三个概念中,处于中心位置的是理性,它是整个理论体系的核心。而理性又在两个维度上体现出来:一是社会生活的现实或制度性层面,一个社会只有通过法——它在必要时同样借助强制来实施——才能建立起理性的秩序;然而,仅仅强制或权力不足以使得理性制度化,为此,必须在之外加上一个理想或批判性的层面,即第二个层面,这个层面涉及法的正确性,这只能通过商谈来确保^[38]。可见理性商谈是保证法的正确性的重要条件。哈贝马斯则强调,商谈原则就是一种民主原则,他从商谈论出发对权利理论进行了重构,化解了人权与人民主权的矛盾关系,将政治权力的合法化建立在商谈原则的基础之上,从而超越了西方“三权分立”的法治国原则。^[39]

商谈/协商民主也备受中国最高决策层的高度重视。党的十八届三中全会《决定》指出:“推进协商民主广泛多层制度化发展。协商民主是我国社会主义民主政治的特有形式和独特优势,是党的群众路线在政治领域的重要体现。在党的领导下,以经济社会发展重大问题和

[38] [德] 参见罗伯特·阿列克西:《法、理性、商谈》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第1页。

[39] 参见郑永流主编:《商谈的再思——哈贝马斯〈在事实与规范之间〉导读》,法律出版社2010年版,第8~9页。

涉及群众切身利益的实际问题为内容,在全社会开展广泛协商,坚持协商于决策之前和决策实施之中。构建程序合理、环节完整的协商民主体系,拓宽国家政权机关、政协组织、党派团体、基层组织、社会组织的协商渠道。深入开展立法协商、行政协商、民主协商、参政协商、社会协商。”之所以商谈民主受到如此的重视,是因为商谈是达成法治文化认同的最有效的路径。

阿列克西认为,理想的商谈涉及四个最重要的问题:建构问题、共识问题、标准问题和正确性问题。^[40] 在阿列克西看来,一个理想商谈主要看它是否能够对于每一个实践问题都达成共识。要做到这一点,“只能在这样一种经验前提的基础上被认可,即对理想商谈条件的满足会带来实践问题中所有观念差别的消失”。^[41] 但是,由于主体之间存在严重的利益矛盾和意见分歧,即便是理想商谈并不能排除人们无法达成共识。

因此,第一,理想商谈欲达成共识和认同,其前提条件是主体之间的地位平等。商谈的参与者必须拥有平等的机会来提出论题、论证和批判。主体之间可以在和平的氛围中通过对规则的理性遵守解决矛盾和冲突,以寻求共识。在哈贝马斯那里,商谈的形式标准是被视为“理想对话情势”的条件:所有对话的参加者机会平等,言谈自由,没有特权,诚实,免于强制。^[42] 机会均等地参与意见形成和意志形成过程(在这个过程中公民行使其政治自主、通过这个过程公民制定合法的法律)的那些基本权利。

第二,理想商谈欲达成共识和认同,还需要设定正当的程序。法

[40] 参见[德]罗伯特·阿列克西:《法、理性、商谈》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第106页。

[41] [德]罗伯特·阿列克西:《法、理性、商谈》,朱光、雷磊译,中国法制出版社2011年版,第108页。

[42] 参见[德]阿图尔·考夫曼等主编:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,中国政法大学出版社2002年版,第191~192页。