

## 大国变革时代的法治共识

——在规则约束与实用导向之间

封丽霞

**内容提要:**在中国社会转型与变革的时代背景之下,规则主义法治观显现出诸多适用性困境和功能限度。相形之下,由于封建法制的“实质主义”文化基因以及中国社会发展的跨越性、时空压缩与地方差异等特点,实用主义法治观在当下中国备受推崇。规则约束的话语表达与实用导向的现实图景揭示了法治的理想性与工具性的双重内涵,印证了当代中国法治“本相”与“表相”之间的疏离。当代中国法治建设将始终面临西方意义的规则主义法治观与中国特色实用主义法治观之间的碰撞与张力,二者的互容与调和必须建立在关于法治的最低限度共识基础之上。

**关键词:**规则主义法治观 实用主义法治观 规则约束 实用导向

封丽霞,中共中央党校(国家行政学院)政治与法律部教授。

改革开放四十年来,尽管法治已经成为社会的主流话语,但是毋庸讳言,全社会在“什么是法治”“法治国家的基本标准”以及“中国应该走什么样的法治道路”等问题的公共表达与判断上出现了迥然不同的答案及交流的困难。当代中国社会关于法治问题的认识分歧很大程度上源自西方的规则主义法治观与本土的实用主义法治观之间的疏离,源自关于法治的规则约束与实用导向功能的定位偏差。本文试图以大国变革的时代语境为依托,分析两种法治观<sup>[1]</sup>的理论逻辑及其内在分歧,并以此为基础探讨法学学者、社会管理者以及民众关于法治问题的观点与态度及其背后深藏的背景因素,继而分析当代中

[1] 本文是在广义上使用“法治”概念,即法治就是指依照法律治理社会、管理国家。既包括“民主型法治”与“非民主型法治”,也涵盖“形式主义法治观”与“实质主义法治观”以及“规则主义法治观”与“实用主义法治观”等。这个概念有助于打破时间隔断和空间距离,对不同形态的法治观进行宏观比较以及对当代中国法治观进行类型化研究。参见高鸿钧著:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社2002年版,第97-99页。

国语境下规则约束的困难及实用导向法治观过度膨胀的现实危险,进而提出推动中国法治进程所必需的最低限度法治共识的基本内容。

## 一 关于法治的认知:从规则至上到实用工具

### (一) 规则主义法治观的目标与现实挑战

规则主义法治观,其内涵与通常所言之“古典正统法治观”“形式主义法治观”“自由主义法治观”和“理想主义法治观”大同小异。其理论进路可以回溯到亚里士多德的经典论断。即,法治首先是制定出良好的法律规则,其次是对这些良好的法律规则的普遍服从。<sup>[2]</sup>近代以来,霍布斯、洛克、卢梭、孟德斯鸠等古典自然法学家从人类理性与个体自由出发,从不同视角秉承了规则主义的法治进路。自19世纪起,分析实证法学将法理学研究的范围限定为法律规则体系,弥补了规则主义法治观在确定性、规范性方面的不足,赋予现代法治以具体的制度载体与外部形式。<sup>[3]</sup>20世纪之后,以规则至上为中心、以限制政府权力为基本价值取向的“自由法治模式”获得了强大的话语权。

概而言之,古典规则主义法治观的理论主旨在于:其一,法律规则是全社会具有最高权威的制度渊源形式,在社会治理过程中发挥基础性作用。政策、宗教、道德等其它社会规范在法律规则的主导之下发挥作用且不得与之相违背。其二,法律体系应当是权力义务界定清晰、内容完整、逻辑自治、稳定持久的自治体系,承载着公平、正义、安全、秩序、效率、自由、民主等美好价值。其三,法治的基本价值取向是通过限制国家公权力保护公民私权利。通过对公权力的主体范围、运作方式及其法律后果加以明确宣示从而使法律具有可预见性,社会成员才能获得真正的自由。其四,所有的社会矛盾和利益纠纷都应通过司法过程严格依法进行解决,司法权的运行应独立于各种政治与社会力量的干扰。

20世纪中叶以来,面对日趋复杂、精细的社会治理事务,法律规则的稳定性、统一性、有限性与现实社会情境的多样性、差异性、无限性之间的紧张关系凸显。西方法学理论开始注重对法治运行及其社会功能的现实主义分析,并据此对规则至上法治观进行质疑和反驳。人们越来越认识到,“法律自治只能是一种部分自治。试图把法律完全同外部社会力量相隔开来的企图,必然而且注定是要失败的。”<sup>[4]</sup>英国学者恩迪科特甚至认为,“法治只是一种理想,它从未被哪个社会完全实现过。法治的首要条件是政府官员遵守法律,但官员们可能并不这般行事,而在大型社会中,情况或许还要糟糕。由于官员们都程度不一地背离法律,社会就难以实现法治这一目标。也许压根就没有哪个社会曾非常逼近过这一目标。”<sup>[5]</sup>昂格尔教授将这种情形描述为“后自由主义中法治的解体”,即“真正的法治的概念也许建立在一种误解之上,它同时也是一种神秘的东西。它把占统治地位的理

[2] [古希腊]亚里士多德著:《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1965年版,第199页。

[3] 参见梅仲协:《欧陆法律思想之演进》,转引自刁荣华著:《中西法律思想论集》,汉林出版社1984年版,第382页。

[4] [美]博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第235-236页。

[5] [英]T. 恩迪科特:《论法治的不可能性》,陈林林等译,《比较法研究》2004年第3期。

论以及该理论代表的精神状态与对法律在社会中实际位置的精确描述混淆在一起。”〔6〕

## （二）实用主义法治观的兴起与盛行

二战之后,社会工程法学、法律经验学说、经济分析法学、现实主义法学及批判法律运动等美国土生土长的法学流派或思潮有一个共同特点,即抛弃欧洲法学“正统”,并不强调某些预设法律规则的权威,也不把法律规则当作社会治理的全部准则,而是以一种“有用即真理”的实用主义哲学为理论基础,致力于研究在具体情境之下法律规则发生实效的手段以及法治如何有效促进某项社会改革或治理目标的实现。批判法律运动提出“法律即政治”口号,强调“无论是从促进统治者的具体利益还是从现有秩序合法化的意义上讲,法律都是社会、经济、政治统治的工具”。〔7〕

就此,美国学者萨默斯明确指出,“美国的实用工具主义是在与‘形式主义’抗争中成长起来的”“人们可以坚信实用工具主义在美国的影响超过其他任何一股法学思潮,它使得分析实证主义、自然法学相形见绌”。〔8〕在他而言,实用工具主义主张法律本质上是一种被设计出来的服务于经世济用目标的工具,其内在生命在于经验而非逻辑,也不是规则、权力、义务等概念或抽象的正义、善的理念。法律现象的基本面可以合理地概括为工具性和实用性。法律在不同情境之下必须加以灵活运用,要主动追求法律实施的目的和效果及法律与现实之间的交互作用。

关于西方法学理论的这一变化,格雷教授指出,规则主义法治观把法律看作是几何学类似的“法律科学”,它代表了“19、20 世纪美国法律思想中的古典正统”;它为人们清楚地阐释出“一个没有最好只有更好的乌托邦”;“20 世纪初期,反对形式主义可以说是美国社会思想的主要思潮。”他认为,规则主义所表达的人类对确定性的渴望只是幻象,而稳定性从来就不是人类命运的现实。真实的法治是包涵以下两种意义的“实践的事业”,即:第一,法律是由“实践所构成的——语境化的、嵌入性的,植根于共享的期待内”;第二,法律是“工具性的,一种实现社会所欲求之目标的手段”。〔9〕

鉴于当代西方法学界关于法治问题的两种认识,英国学者西恩·科勒将其划分为“实证主义”和“理想主义”两大类。他认为,这两种法治观以不同的方式描述法律秩序,“是对法治观念的对立解读”“不仅代表两种对立的理论传统,而且是现代政体面对的真实政治选择”;“理想主义倾向于认为,依法治理是对政府干涉普通公民道德生活权力的一系列限制”,而“实证主义通常将法律看作追求和实现集体目标的工具”。〔10〕“实证主义”法治观关注的是法律的工具性特征和法治的社会治理功能,传统“分析实证主义”关注的是法律的结构、形式与内部关系。与科勒观点相似,美国学者塔玛纳哈也把当代美国

〔6〕 [美]昂格尔著:《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 50、180 页。

〔7〕 [美]布赖恩·Z. 塔玛纳哈著:《法律工具主义:对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社 2016 年版,第 170 页。

〔8〕 [美]罗伯特·S. 萨默斯著:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社 2010 年版,第 1、3、20 页。

〔9〕 [美]托马斯·格雷著:《美国法的形式主义与实用主义》,田雷等译,法律出版社 2014 年版,第 2、3、36、74、88 页。

〔10〕 [英]西恩·科勒:《实证主义、理想主义和法治》,张丽清译,载张丽清编:《法治的是与非——当代西方关于法治基础理论的论争》,中国政法大学出版社 2015 年版,第 2、42 页。

法治观区分为“法律工具主义”和“非法律工具主义”两种类型。他认为，“在深层的美国法律文化中，存在着两种具有张力的核心观念：法律是一种工具，法律是一种法治理想。”<sup>〔11〕</sup>他承认，“‘法律是工具’这一观点以一种无可抵挡的势头在法律界变得前所未有的直言不讳。”<sup>〔12〕</sup>

## 二 当代中国法治观：规则主义与实用主义共存

### （一）“规则至上”法治观在中国的历史合理性

近代以来，法治在中国一直被赋予诸多美好的内涵，被当作是变法图存、富国强兵的重要仰仗。改革开放之后，法治对于当代中国具有更特殊的意义。在经历了长时期“法律虚无主义”之后，法治被视作防止重蹈历史覆辙的制度保障，亦成为中共获取执政资源和社会支持的重要方面。规则至上、依法办事的法治观，作为一种社会理想也被“符号化”地存在于上至政治精英下至社会大众的基本认知当中。

由此，规则主义法治观从一开始就获得了有力的政治支持与广泛的社会基础。当代中国法治进程很大程度上在一开始就遵循了规则主义进路，即先从“有形”的法律规则体系建设入手，以立法先行带动法治发展。“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的严格规则主义成为社会主义法制的基本内涵与要求。在法治经验极其匮乏的历史条件之下，社会各界还来不及思考法律实施的具体运作与社会实效问题。“无形”的法治意识培养与现代法治文化建构，也来不及跟上法律规则生产的速度和节奏。人们想当然地认为，只要法律规则体系完善了，许多社会问题就会迎刃而解。即，“自由主义理论所讲述的这一神圣而动人的法治故事，在感动过无数西方民众后，又再度感染了当代中国人，使很多中国人对自由主义法治理论所描述的法治形成了强烈的向往。与之相联系，西方国家的法治常常被人们认知为自由主义法治的现实形态或群体样本。西方各种法治理论也由此获得了相应的话语权威。”<sup>〔13〕</sup>

### （二）当代中国法治实践的实用主义逻辑

经过改革开放四十年年的发展，中国社会对于法治的朴素情感已经渐渐演变成关于法治问题的审慎思考与理性评判，规则主义法治观所环绕的理想主义光环与象征意义也渐趋减弱。可以说，启蒙于欧洲古典时代的规则至上法治观只是中国法治建设最初的思想来源，真正支配改革开放以来中国法治实践的，应该是建立在实用主义基础之上的法律社会学、政治学法学、经济分析法学等理论形式。现实当中，“法治从来没有被神圣化，法治

〔11〕 [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈：《法律工具主义与法治的张力》，田桂花译，载张丽清编：《法治的是与非——当代西方关于法治基础理论的论争》，中国政法大学出版社2015年版，第43页。

〔12〕 [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈著：《法律工具主义：对法治的危害》，陈虎、杨洁译，北京大学出版社2016年版，第89页。

〔13〕 顾培东：《当代中国法治话语体系的构建》，《法学研究》2012年第3期，第3-21页。

工具论十分流行。”<sup>[14]</sup>不管是掌握公共权力的社会管理者还是社会大众,在观念和行为方式上都或多或少带有实用主义的思维特征。其主要观点与西方实用工具主义法治观极其相似:法律本质上不过是服务于某个社会目标或完成某项社会改革任务的工具。

当代中国法治观的发展经历了西方意义上的规则主义法治观渐趋“去魅”的过程。“现代法治理念也走下启蒙时代形而上学的价值神坛,正在变成一种社会治理的工具。形式法治所推崇的‘自治型的法’也开始转向‘回应型的法’,法律成为回应社会问题、解决社会问题的工具。法律工具主义和法律实用主义也由此兴起”。<sup>[15]</sup>从深层次原因来看,这种转变很大程度上也是我国传统法学理论作用的结果。由于深受苏联国家与法理论中“法律是统治阶级意志体现”论的影响,我们长时期强调法是实现统治阶级意志的工具、阶级斗争的“刀把子”。而“这种‘意志说’‘工具说’与霍姆斯等人的实用主义法治观虽然出自不同的论证基点与逻辑,但两者对法律工具性特征的揭示与描述则有殊途同归之效。”<sup>[16]</sup>又由于受到机械唯物论以及实践优越论的影响,我们在实践过程中不重视形式逻辑,这也容易导致实用主义法治观和法治工具论的盛行。从更广阔的历史视野来看,当代中国法治观转变的背后还有着挥之不去的传统法文化影响,亦有着中国社会大变革时代的深刻烙印。

### 1. 传统封建法制的“实质主义”文化基因

中华传统法文化的特质与当代实用主义法治观在诸多方面不谋而合。不管是深厚的人治传统还是人情社会的行为方式,都大大推动了实用主义法治观的传播与流行。首先,封建法制“重刑轻民”、涉及社会生活的方面狭窄,不可能为社会治理提供全方位的法律规制。封建法律本质上是一种“情理法”,强调人情、天理、政治环境等“规则之外”因素是判案和定罪的重要依据。而且在关于“人情”“天理”“国法”的排序中,国法从来就没有获得规则主义法治观所推崇的至高地位。其次,中国传统法制推崇“有治人、无治法”,“徒法不足以自行”,强调法律适用过程中“人”的主观能动性的发挥,常常忽视程序正义和形式理性。人情社会讲究“爱有差等”“内外有别”,也大大消解了法律适用的普遍性与统一性。就此,梁启超先生感叹“法治两字,在从前的社会,可谓全无意义。”<sup>[17]</sup>昂戈尔评价“如果以法治的有无为坐标轴,那么古代中国居其负极,现代西欧居其正极”。<sup>[18]</sup>

可以得出这样的结论,即中国古代法治观在文化特质上是与规则主义法治观背道而驰的。中国传统法文化一直都非常注重法律的工具性价值,强调法律规则在具体情境下适用的内外有别、因人而异。这种实用主义法治观顽强地支配着封建时代社会管理者的思维。法律的功能被定义为“定纷止争”“兴功惧暴”。法家尽管主张法治,但其看重的仅仅是法治作为“治民”“驭吏”统治手段的工具性价值。

[14] 陈金钊:《法治遭遇“中国”的变异及其修复》,《扬州大学学报》2013年第1期,第18页。

[15] 强世功:《从行政治国到政党治国——党法和国法关系的法理学思考》,《中国法律评论》2016年第3期,第36-37页。

[16] 顾培东:《当代中国法治共识的形成及法治再启蒙》,《法学研究》2017年第1期,第10页。

[17] 燕北闲人编:《梁启超妙语录》,新星出版社2011年版,第30-31页。

[18] [美]昂戈尔著:《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83页。

## 2. 实用导向法治观契合变革时代的现实需求

改革开放之后,中国进入到一个史无前例的经济发展与社会变革时期。在这一历史情境之下,规则主义法治观不断受到中国社会治理实践的检验与冲击,在诸多“中国国情”面前遭遇巨大的沟通与适应性困难。格雷教授曾这样分析规则主义法治观在社会变动时期走向衰落的原因:“虽然古典正统至今仍萦绕在我们心头,但是它确实已经走下了神坛。一个原因当然是政治性的;在进步主义者以及后来的新政法律人看来,古典正统只是保守意识形态的一种形式。……在古典理论看来,法律是由一定数量的相对稳定的基本原则所决定的,因此它无法轻易适应一段社会剧烈变动的时期。古典主义主张,在混乱的表象之下存在稳定的基础,对于那些因巨变而惊恐的人们来说,这些正统因素提供了心灵的慰藉,但对于那些感到有必要直面乱局的人们而言,这相同的因素却让古典主义看起来完全不切实际,没有希望。在这一意义上,反对古典正统就内在于‘反对形式主义’的运动。……大多数反对形式主义的造反者也都是政治改革者。”<sup>[19]</sup>

从实用主义法治观的兴起来看,也是发生在美国社会的大变革时代。弗里德曼评价说,19世纪末20世纪初在经济利益方面的竞争“锻造、统治和形塑了美国的法律”,“法律可以作为强国的社会工具加以运用。”<sup>[20]</sup>萨默斯教授更准确地分析到,“美国实用工具主义在进步主义时代扎下根来。这一点不足为奇;但凡进步主义者所表达的法律理论几乎必定是工具性和实用性的。甚至,进步主义的榜样力量——视法律为实现社会目标的工具并广泛运用之——引领了法学理论者运用相同的术语构建法律,抵制形式的、静止的、保守的有关法律本质的概念,这在十九世纪末影响如此之广,风靡一时。”“美国人也逐渐相信法律是被法律工作者运用旨在实现社会目标的社会工具——战胜经济大萧条、打击犯罪活动和改造罪犯、建设稳定的规制国和福利国家、促进国防建设。……与此同时,形式主义在法院内外的各个领域日趋式微。”<sup>[21]</sup>

当代中国法治进步与中国社会的快速变革亦步亦趋。这种极具变动性的社会背景亦决定了法治的统一性、一般性与法律救济的个体性、多元化之间,法治的保守性、滞后性与社会变革的发展性、进步性之间常常存在巨大的落差。法律规则的先行、超前与法律职业者的专业素质、社会成员法治意识之间的矛盾也变得难以调和。这正如博登海默所言“‘社会变化,从典型上看要比法律变化快。’在发生社会危机的时候,法律常常会瘫痪,为间断的调整有时是为大变动的调整让路。”<sup>[22]</sup>显然,对于处于大变革时代的中国法治来说,相较于规则主义法治观,实用主义法治观更接地气、更通国情。

## 3. 实用主义法治观的具体表现形态

### (1) 社会管理者的工具主义法治观

长时期以来,我国的社会管理者中对于法治存在着一种矛盾态度:一方面希望通过法

[19] [美]托马斯·格雷著:《美国法的形式主义与实用主义》,田雷等译,法律出版社2014年版,第73-74页。

[20] Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, 2<sup>nd</sup> ed., New York Touchstone Press 1985, pp. 339-340.

[21] [美]罗伯特·S.萨默斯著:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第13、291-292页。

[22] [美]博登海默著:《法理学——法哲学及其方法》,邓正来、姬敬武译,华夏出版社1987年版,第388-389页。

治维护社会秩序、实现社会管理；另一方面，又不愿意自己的权力受到法律的太多制约。有些社会管理者只想获法治之利，而不想为法治作任何自我约束。对于社会管理者而言，其关于法治问题的态度肯定不是盲目推崇、机械套用法律规则至上的观点，也不会陷于对法治的过度理想化、虚幻化的种种设想，而是始终立足于现实需求、以解决眼前紧迫问题为着眼点。他们看重法治的工具属性和功利价值，希冀法治能够直接甚至是立竿见影地化解现实矛盾、帮助完成特定时期的社会治理目标与任务。

在当代中国社会变革与经济赶超的大背景之下，经济的超高速发展与社会稳定成为政治改革者追求的主要现实目标，亦成为评价执政绩效与官员政绩的重要指标。实用主义法治观在社会管理者群体当中拥有极其广泛的心理认同。“依法治国”概念在很多场合被赋予了诸多工具意义上的使用。譬如，随处可见的依法治市、依法治村、依法治水、依法治厂、依法治路等宣传用语，就生动反映了社会管理者关于法治的愿望与工具性定位。“唯 GDP 论英雄”“发展是硬道理”使得许多基层官员体悟到“经济要上，法律要让”“经济建设才是硬指标、依法办事是务虚的”。法治还在相当程度上被当作政府进行社会管理与控制的工具。“稳定压倒一切”使得一些地方出现突破法治底线的“维稳异化”现象。由于过于看重法治的工具属性，基层社会管理者常常将法治的自身价值以及法律效果置于其次，为了短时期的经济增长和面相上的社会稳定而忽视法律规则的约束作用，甚至直接将法治与经济发展、社会稳定对立起来，把法律程序和形式要求看作是妨碍经济发展与社会管理的束缚与障碍。

## (2) 社会大众的机会主义法治观

社会成员对于法律规则的真实态度是评价一个国家法治状况的重要指标。卢梭曾说，最重要的法律“既不是铭刻在大理石上，也不是铭刻在铜表上，而是铭刻在公民们的内心里。”<sup>[23]</sup>科特雷尔指出，普通人的法律意识实际上是“最有说服力”和“最具解释力”的。<sup>[24]</sup>不难发现，随着我国市场经济发展和社会的急剧转型，社会大众的价值观念和行为习惯也发生了巨变。传统的诚信、包容、礼让、信义等道德准则逐渐被经济利益最大化的价值追求所消解。一些民众对法治的认知带有浓厚的以利己为目标的机会主义或曰庸俗主义的特点。在维护自身权利时，学法用法意识强；在履行法定义务时，尊法守法意识相当薄弱。在法律能够帮助他们达到目的时积极地利用它，将其视为对抗社会管理者不法行为保护自身利益的一种手段。而在法律不能帮助自己达到目的或是妨碍其谋取不当利益时就断然抛弃。这种机会主义或庸俗主义法治观，很容易造成民众在追求自我利益过程中超越法律底线，滋生和助长“信访不信法”、以访谋利益、以闹求解决等非正常行为，甚至是为了一己私利而置法于不顾，为追求自我利益最大化而严重扰乱公共秩序。

综上所述，在当代中国法治实践当中，法治之于社会管理者或是被管理者都并非不存在，但很大程度上仅是一种工具意义上的存在。法律既然是工具，就失去了独立的价值。

[23] [法]卢梭著：《社会契约论》，何兆武译，商务印书馆 1997 年版，第 73 页。

[24] [英]罗杰·科特雷尔：《法律文化的概念》，载[意]D. 奈尔肯编：《比较法律文化论》，高鸿钧、沈明等译，清华大学出版社 2003 年版，第 46-47 页。

得手即用,不得手则废之。人们普遍以一种功利主义、实用主义的态度来看待法治并对之抱以微弱的信任。这一切都使得法治无法获得规则主义法治观所追求的那种权威与尊严。

### (三) 实用主义法治观的缺陷及其过度扩张的危险

实用主义从其本质而言是实验性、经验性和结果导向的,这就可能导致对特定时代人类经验之外的一般规律与道德价值的否定和漠视。就此,萨默斯教授对实用工具主义的过度使用提出了批评。他指出,工具主义者过度强调社会环境的“具体情况”、夸大法律的不确定性、漠视法律的规范性与一般性。尤其是极端法治工具论者,倾向于“规则怀疑主义”和道德相对主义。即,“工具主义者的变革思维是把双刃剑。虽然这种‘思维类型’帮助我们从不分青红皂白的保守主义中解脱出来,但有时也会退守到不具辨别力地藐视历史,有时还会孕育出相对怀疑主义。……法律只是‘受所处特殊环境影响的特殊个体的宣言’。从这个角度看,不仅是法律,也包括法律中所蕴含的价值都只是时间和地点的短暂情事。没有什么价值能够持久”;工具主义“对‘绝对’的先天反感使得人们不只是拒绝不恰当的一般性,而是拒绝所有的一般性”。然而,“如果在法律中摒弃掉所有的一般性,那么无异于将所有的法律规则和原则的生命也扼杀殆尽了。”他认为,多数工具主义法治论者并没有为法律所服务的社会改革目标提供充分的实质理由。多数工具主义论者“甚至可能认为,人们为其自身相当个人化的目标而要求改革即构成充分理由,基于公共的理由的判断则是多余或没有必要的。”<sup>[25]</sup> 沃尔特·肯尼迪同样认识到,“实用主义常常受到批判,是因为从某种意义上讲,它具有无政府主义和缺乏标准或原则的特点……作为一门实用科学,法律要求一个相当程度上的统一性、稳定性和确定性。”<sup>[26]</sup>

美国学者塔玛纳哈更直接地指出,法律工具主义思维的传播有“对法治的腐蚀”的潜在力量。它可以毫无顾忌地以任何方式利用法律达成既定目的而不顾及法律形式和程序要求,不仅会带来司法判决的不确定性,也会破坏法律制度的内在一致性。它会挑战“法律上限”,导致“高级法”的坍塌和公共利益的堕落。“人们对于法律工具主义的逐步接纳,这一过程伴随着公共利益信仰的逐渐丧失”;“当法律不再具有内在正义性,那它将和其他工具或武器没有区别”“如果法律被看作是一件没有理念滋养的工具的话,那么什么都将无法阻止法律堕落”。<sup>[27]</sup> 在他看来,法律工具主义的最大危险在于,在社会利益存在尖锐对立的情况下,当法律被看作一个强有力的工具时,社会团体和个人都会通过各种可能的渠道努力地依靠或者制定法律,去操控和利用法律服务于他们的目标。“由此产生的频繁冲突和作为这一现象之土壤的完全的工具主义法律观,会破坏我们的法治。”他提醒那些忽视法律规则的人,“只需要看看那些没有实行法治的国家是个什么状况就可以

[25] [美]罗伯特·S. 萨默斯著:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第46-47、175-178页。

[26] [美]布赖恩·Z. 塔玛纳哈著:《法律工具主义:对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第105页。

[27] [美]布赖恩·Z. 塔玛纳哈著:《法律工具主义:对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第308-309、315、350页。

了——都必须好好看看世界上那些缺乏规则的国度——那些强者无所顾忌、横行霸道而弱者毫无保障的社会,毁灭只是时间问题。”<sup>[28]</sup>

美国学者格雷教授尽管是一位态度鲜明的法律实用主义者,也表达了对规则主义法治观的充分尊重:“古典正统作为一种法律学说,它试图让全部的法律领域都服从形式主义者的趋向。在我看来,这种普适的形式主义不可能成功地成为一种普遍性的法律叙述,但也要承认,它背后的驱动力量,让法律变得体系化和可预测的动力,是任何成功的法律系统所必需的一个面向”;古典法律科学“孕育于纯粹的科学精神,生而具有科学那优雅而简约的秩序,超越了丑陋的政治派系斗争,与此同时,它界定了主权的个体自我的边界,以一种非常实用的方式去解决真实的人世间的纷争。”<sup>[29]</sup>德国教授沙弗尔专门分析了法律规则对于发展中国家的特殊意义。与发达国家相比,发展中国家的法律应包含尽可能详尽的“规则”,而非大量蕴涵自由裁量因素的模糊性“标准”,其理由是:第一,法律规则能够减少因作复杂决定而导致的法庭拖延,减少司法腐败,以精确的立法取代行政和司法人员的自由裁量将有助于根治腐败;第二,还有助于人力资本的集中使用,减少法官的信息处理工作,提高司法裁判过程的确定性。<sup>[30]</sup>据此,沙弗尔认为,司法分散主义和法官立法对于发展中国家来讲不是一种适宜的技术,司法集中主义仅给法官和政府官员极少的自由裁量权,应被视为发展中国家更好地使用人力资本的一种手段。

### 三 规则约束的中国适用困境

马克思曾经说,“理论在一个国家的实现程度,决定于理论满足这个国家的需要的程度。”<sup>[31]</sup>规则主义法治观之所以在当代中国难以行得通,很大程度是因为其与当代中国社会变革的现实矛盾与冲突,从而决定其难以满足大国变革的时代之需。相形之下,实用主义法治观却显示出强大的现实合理性。即,“一个合理法律体的首要条件是,它应当契合共同体的实际情感与需求,而无论其正确与否。”<sup>[32]</sup>

#### (一)“法治的限度”与全方位社会治理之间的矛盾

人类社会治理的实践一再证实,法治的规制与救济手段在人类社会的很多领域是无效甚至是无用的,因此必须注意“有效法律行为的限度”。<sup>[33]</sup>“在任何这样的社会,将法律作为唯一的社会控制力量仍是不可能的。还存在一些能够指导或引导行为的其他工具,这些工具是用来补充或部分取代法律手段以实现社会目标的。这些工具有:权力、行

[28] [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈著:《法律工具主义:对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第2、317、348-349页。

[29] [美]托马斯·格雷著:《美国法的形式主义与实用主义》,黄宗智、田雷选编,法律出版社2014年版,第2、88页。

[30] [德]沙弗尔:《“规则”与“标准”在发展中国家的运用——迈向法治征途中的一个重大现实问题》,李成钢译,《法学评论》2001年第2期,第143-148页。

[31] 《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1965年版,第462页。

[32] [美]罗伯特·S.萨默斯著:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第27页。

[33] [美]罗斯科·庞德著:《通过法律的社会控制》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第114页。

政、道德与习惯。”<sup>[34]</sup>即使是在法治发达国家，“在众多用来塑造我们生活的道德的文化制度中，法律只是其中的一员”，<sup>[35]</sup>还存在大量的远离法治的“无需法律的秩序”。<sup>[36]</sup>

随着现代社会的人口膨胀与治理压力的剧增，美国学者考默萨认识到，“在全世界范围内建立法治社会的浪潮中，有许多可圈可点的经验教训。我们时常听到这样一种呼声，呼吁在难以实施法治的制度中建立一种稳定、清晰、平等适用的法治体系，在人数众多、事件本身错综复杂的时候，社会对于法治的需求也是最大的，但此时也是法治的供给最为短缺的情形。……法院不太可能长时期广泛而深入地介入社会问题的解决。”<sup>[37]</sup>考默萨以美国为例指出“法治远不是我们所时常想象和描绘的那样简单和强大”。“在人数众多、事件错综复杂的时候——政治过程将压倒其他制度而盛行”。<sup>[38]</sup>

在当代中国社会治理的过程中，法治的不周延性、效能有限性与中国社会的高度复杂性、法律适用语境的多元性以及全方位的社会管理之间的张力极为凸显。社会治理的超大规模和极具复杂性，都意味着法治运行的高度不确定性与功能的扭曲。既有的法律规则不可能涵盖与实现中国社会治理的全部目标。大量社会矛盾在进入立法者视野和实行法律规制之前，就已经事实上存在并急需社会管理者有效化解。这就决定了，在广袤复杂、快速变革的社会生活中，法治所能解决的社会问题、所能介入社会事务的程度相当有限。当代中国社会治理必须借助于法治之外的多元社会治理资源和纠纷解决方式，即强大的执政党各级组织和行政力量，深厚的德治传统以及乡村自治等共同参与。

## （二）国家治理的超大规模、极度复杂与法治的一般性、统一性之间的张力

考默萨从法治调整对象的范围和复杂性程度揭示了法律功能的限度。他认为，人数和复杂性的增长使得社会对法律的需求不断增长，与法律救济的供给能力空间有限之间的矛盾愈发紧张。社会治理的规模与复杂性在促成对于法治需求的同时也会带来法治功能的萎缩。即，“当受决策影响的人数比较少、决策事项的复杂性比较低的时候，所有的机构，包括法院、政治途径、市场和非正式团体都会发挥良好的作用。……法治的各种理想模式都被构思出来。但一旦出现人数增加、决策本身过于复杂化的时候，这些理想模式就难以有用武之地了”；“所有的制度都会随着人数和复杂性的增加而在能力上趋于失灵”。<sup>[39]</sup>

在中国这样的超大型国家，国家治理的空间差异与法治统一之间的张力无处不在。尤其是法治的稳定性、一般性与社会治理的变动性、复杂性的矛盾可以说是世间罕有。规

[34] [美]博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社1987年版，第340页。

[35] [美]安德鲁·奥尔特曼著：《批判法学——一个自由主义的批评》，信春鹰、杨晓峰译，中国政法大学出版社2009年版，序言。

[36] 参见[美]罗伯特·C.埃里克森著：《无需法律的秩序：邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社2003年版。

[37] [美]N. K. 考默萨著：《法律的限度——法治、权利的供给与需求》，申卫星、王琦译，元照出版公司2006年版，第9页。

[38] [美]N. K. 考默萨著：《法律的限度——法治、权利的供给与需求》，申卫星、王琦译，元照出版公司2006年版，第6、236页。

[39] [美]N. K. 考默萨著：《法律的限度——法治、权利的供给与需求》，申卫星、王琦译，元照出版公司2006年版，第4-5、28页。

则主义法治观在当代中国的适用困境,很大程度上也是因为“用从人数少、复杂性低的简单世界里得来的解决办法去对付那些人数众多、复杂性高的世界里的难题,往往是行不通的。”<sup>[40]</sup>由于地方发展的异质性、差异性增强,承担社会治理职责的基层官员,必须结合本地的具体情境、充分考虑法律规则在本地适用的社会效果。他们常常会发现有些法律过于原则、笼统、可操作性与实效性欠缺,有些法律看似完美实则不接地气。<sup>[41]</sup>长期以来,“摸着石头过河”“先变革,后变法”的路径依赖,客观上也造成许多政治精英和经济精英在不同程度上轻视法律规则的规范作用,在实践中形成工具主义或机会主义的思维定势。

### (三) 法治发展的历时性与共时性之间的矛盾

不同时代的法治承担着不同的使命,肩负着不同的价值追求与社会功能。在欧洲和美国的法治现代化进程中,通常在一个历史时期只解决某一个主要问题或应付一项最紧迫的危机。但在中国赶超式现代化进程中,中央集权、国家整合、社会稳定、经济发展、政治参与以及公共福利等诸多问题,不是依次、分段,而是同时期、全方位对法治提出挑战。一言以蔽之,许多在西方国家爆发在不同历史阶段的“历时性”社会矛盾在中国“同时性”“共时性”出现。这些“既有现代属性,又有不同程度的前现代或后现代色彩”的各类问题共时性地成为法治所要解决的对象。<sup>[42]</sup>西方法治在不同发展阶段所坚持和维护的价值目标,譬如社会公平与效率、公共秩序与个人自由、限制公权与保障私权等,也对当代中国法治提出共时性的挑战。由于现实经济状况与社会条件的制约,当代中国法治难以同时满足这些深具内在冲突的价值追求,而常常以牺牲某种价值为代价追求另一种价值的实现。

在中国改革开放进程中,如果过度强调法律的限制与约束而使得社会规制体系变得过于严厉僵化,那么一些有益于经济发展与进步的制度试验就会夭折,一些社会治理创新的举措就会窒息。“由于中国处于后发达国家的历史处境,要赶超西方必须采取跨越式发展道路来推进现代化;这就意味着中国法治建设始终要坚持通过政策和法律来改变社会,推动经济基础和上层建筑的变革。”<sup>[43]</sup>也因此,规则主义常常被视为“保守主义”的代名词。对于执政者来说,为防止墨守成规、社会发展的停滞,他们要经常防范社会治理“过度法治化”“过度规制”的危险。现实当中,社会管理者对于权力的运用常常要超出其法定范围。在法律产品质量不尽人意的状况下,他们本能地抵制过度强调法治控制作用的论调,对于严格的法律约束也常常抱有不满与不解,在很多时候就表现出对法律规则的突破和超越之势。

### (四) 赋予政府强大权力与限制政府权力之间的矛盾

从功能主义出发,法治是一种限制和约束人类权力欲的工具。西方国家的法治进程

[40] [美] N. K. 考默萨著:《法律的限度——法治、权利的供给与需求》,申卫星、王琦译,元照出版公司 2006 年版,第 214 页。

[41] 基层社会管理者常常感叹,在处理社会矛盾纠纷过程中“过去没有法但有办法”“现在有法但没有办法”;“依法办事就无法办事”“依法行政就无法行政”。

[42] 顾培东:《当代中国法治共识的形成及法治再启蒙》,《法学研究》2017 年第 1 期,第 10 页。

[43] 强世功:《从行政法治到政党法治——党法和国法关系的法理学思考》,《中国法律评论》2016 年第 3 期,第 37 页。

大体上是从严格限制政府权力开始的。与之迥异的是,当代中国法治建构是在强势国家主义主导下开始,并在整个过程中都受到国家权力的强势推进。国家权力的拥有者很大程度上实际掌握了法治建设的话语权。<sup>[44]</sup> 中华人民共和国建立之后长期实行计划经济模式,政府几乎统揽国家的一切经济、政治与文化资源。政府的指令、计划本身就被当作法律来看待而不受法律约束。因此,不可能出现规则主义法治观倡导之下的权力有限政府,政府权力也难以法治化运行。随着中国从计划经济体制转向市场经济体制,需要用法律形式明确政府与企业、政府与社会的关系,法治的实行才有了基本的外部条件,政府权力才开始逐步受到限制。换言之,中国政府是在尚未学会有限用权、尚未形成法治思维的条件之下,就被赋予广泛而庞大的经济发展与社会管理职能。

中国的赶超型现代化道路本身就是一个积极的目的论和进化论的产物。它需要一个强有力的政治权威大力推进经济跨越式发展,积极干预市场运行、化解社会矛盾、维护社会秩序、保护国内市场。在现代社会复杂而困难的治理过程中,强大的政府权力不仅必要而且是不可或缺的。正如美国建国之初联邦党人所言,“政府的无能本身就是一种‘犯罪’”,“在组织一个人统治人的政府时,最大的困难在于必须首先使政府能够管理被统治者,然后再使政府管理自身。”<sup>[45]</sup> 在当代西方学界,不管是亨廷顿还是福山都强调强大的政治权威及政府制定与执行规则的能力对于各国现代化进程的首要意义。<sup>[46]</sup> 这就很容易理解,在当代中国国家治理现代化进程中,法治的首要任务很大程度上不是制约权力,而是完成国家建构的历史任务以及强化国家治理的各项能力。法治建设的出发点在很大程度上是实现政府的社会管理而非对政府权力加以限制与约束。

相较于法治的稳定性和保守主义倾向而言,政府权力常常代表社会生活中的“能动”与“应变”的因素,代表了社会管理过程中灵活性与适应性要求以及危机状态之下的迅速应变能力。政府所代表的这种变革的力量总是天然地要冲破现有法治秩序的束缚,始终存在恣意扩张和被滥用的危险,面临着逾越法律底线的诱惑。在超大规模国家治理的过程中,“随着人数和复杂性增加到一定程度,限制政府行为的需求越来越大,但却越来越难以界定和实施这种限制和控制。”<sup>[47]</sup> 在权力不受约束的状况之下,政府所代表的变革力量容易造成社会的紧张、摩擦和突变,容易在注重行政效率的同时忽视对人权的尊重,容易只注重结果而不关心方式与手段。

在社会变革的时代语境之下,法治应实现限制性规则与超越性权力的动态结合,推动制约政府权力与发挥政府职能的良性互动。而这也将是困扰当代中国法治进程乃至整个国家政权稳定的艰难问题。“一个政治国家的典型事态,既非以无限权力的统治、亦非以严格的规范控制为特点的。一种社会秩序的典型情形,表现为权力与法律的某种相互渗

[44] 于浩:《共和国法治建构中的国家主义立场》,《法制与社会发展》2014年第5期,第178-182页。

[45] [美]汉密尔顿、杰伊、麦迪逊著:《联邦党人文集》,程逢如等译,商务印书馆1980年版,第264页。

[46] 参见[美]亨廷顿著:《变化社会中的政治秩序》,王冠华译,上海人民出版社2008年版;[美]福山著:《国家构建:21世纪的国家治理与世界秩序》,郭华译,学林出版社2017年版。

[47] [美]N. K. 考默萨著:《法律的限度——法治、权利的供给与需求》,申卫星、王琦译,元照出版公司2006年版,第214页。

透”；“一个法律制度之所以成功，是由于它成功地达到并且维持了极端任意的权力与极端受限制的权力之间的平衡。只有凭靠这种方式，政治组织社会才能使自己得以永久地存在下去。”<sup>[48]</sup>“法律与赤裸裸的权力所具有的那些侵略性、扩张性趋向大相径庭，它所寻求的乃是政治与社会领域中的妥协、和平与一致。”<sup>[49]</sup>故而，我们必须防止对法治工具主义的过度赞美与滥用。放纵的法治工具主义“已严重危及抑制权力寻租或服务于公共利益这一应有之义。法律现在已被简单地视为一件工具，被只对谋求个人私利感兴趣的人所玩弄，而不再是贪婪和权力的枷锁。”<sup>[50]</sup>

#### (五) 对于西方法治作为一种压迫和掠夺工具的警觉

当今世界法律全球化实质上就是全球法律的美国化，<sup>[51]</sup>全球法治处于由“美国缔造的世界”。<sup>[52]</sup>事实证明，美国主导的世界银行和国际货币基金组织在输出法律援助项目时，基本上是以个人自由、法律至上、司法独立等规则主义法治观作为理论基础，并以此来推动发展中国家的政治体制和法律改革。<sup>[53]</sup>美国学者塔玛纳哈指出，“有一种实质性危险，国际法律制度被世界的其余部分看成是西方的创造物，是西方的工具，其目的主要是为了使西方享有的优势永久化。”<sup>[54]</sup>“在 20 世纪 60 年代的美国法律输出中，‘反共’的政治目标还比较隐蔽；到了 20 世纪 90 年代，美国在对于苏联和东欧等转型国家的法律猎食中，铲除社会主义法系的政治用意已经公开。”<sup>[55]</sup>

美国学者乌戈·马太和劳拉·纳德认为，“今天，对法律的强行实施更像是一个以资本主义扩张为目的的同质化跨国运作的结果，而法律依然被作为使掠夺合法化的工具。毫无疑问，法治成为一种更强大的‘文明化’工具，而掠夺一直是西方法治意识形态背后最强大的推动力”；“‘法治’一向都是美国外交政策话语中的核心信条……当基督教信仰不能作为侵略战争的充分的意识形态理由时，法治就取而代之，用来劝服西方（特别是美国）公众舆论从道德上接受军事侵略和攻占别国。”<sup>[56]</sup>法治有时候不仅是实现社会公正的障碍，同时也可能是迫使非西方国家遭受不公正待遇的意识形态机制。“法治作为一种体制结构，既可用为善，也可用为恶”；“尽管西方法治对其每一个法律字母的解释都有板有眼，但它经常充当着一种压迫和掠夺的工具，法治的扩张过程——具有讽刺意味的——充斥着不合法的因素”；“法律成为西方世界为征服与掠夺进行辩护、管理和授权的工

[48] [美] N. K. 考默萨著：《法律的限度——法治、权利的供给与需求》，申卫星、王琦译，元照出版公司 2006 年版，第 142 - 143、343 页。

[49] [美] 博登海默著：《法理学——法哲学及其方法》，邓正来、姬敬武译，华夏出版社 1987 年版，第 344、348 页。

[50] [美] 布赖恩·Z. 塔玛纳哈著：《法律工具主义：对法治的危害》，陈虎、杨洁译，北京大学出版社 2016 年版，封底。

[51] 参见海德布兰德：《从法律的全球化到全球化下的法律》，奈尔肯、菲斯特编：《法律移植与法律文化》，高鸿钧等译，清华大学出版社 2006 年版，第 157 页。

[52] 参见 [美] 罗伯特·卡根著：《美国缔造的世界》，刘若楠译，社会科学文献出版社 2013 年版，第 8 - 9 页。

[53] 参见 A. Santos, *The World Bank's Uses of the "Rule of Law" Promise in Economic Development*, Ed by D. M. Trubek and A. Santos, *The New Law and Economic Development*, Cambridge University Press, p. 253.

[54] [美] 布雷恩·Z. 塔玛纳哈著：《论法治——历史、政治和理论》，李桂林译，武汉大学出版社 2010 年版，第 172 页。

[55] 高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，《中国法学》2011 年第 1 期，第 27 页。

[56] [美] 乌戈·马太、劳拉·纳德著：《西方的掠夺——当法治非法时》，苟海莹译，社会科学文献出版社 2012 年版，第 2、74 页。

具……跨国法治作为根深蒂固的西方观念已经逐渐变成一种全球掠夺模式。”<sup>[57]</sup>

由于历史国情等因素的不同,乌克兰、埃及、泰国、撒哈拉以南非洲及南美等诸多发展中国家照搬美国等西方国家法律,非但没有带动本国经济与社会进步,反而造成法治改革的失败与社会动荡。为此,在输入西方法治模式的过程中,非西方国家都在审慎地借鉴与必要的抵制之间找到平衡。从维护国家主权和国家利益的角度,法治后发国家很自然会对具有典型西方法治模板意义的规则主义法治观心存警惕,对“法律霸权主义”或“法律帝国主义”进行本能地抵制。

## 四 对立与共识:寻求最低限度法治

### (一) 两种法治观的对立与共存

在当代各国法治实践当中,都不同程度呈现出“古典正统”规则主义与“实践且灵活”的实用主义并存的局面。塔玛纳哈认为,“我们应该认识到,这里所探讨的问题是任何一个法律体系都必须解决的永恒问题。”就美国法治而言,“法律的工具主义观念和法治理念是美国法律传统的两个根本的支柱。……它们之间是互为补充的。”<sup>[58]</sup>格雷教授也指出,“美国法律的现代性本质上在于其古典正统和法律实用主义的共存……它们很容易被认为是彼此间紧张的,正因为如此美国现代法律思想的历史就是一种对它们持续斗争的叙述。”他高度认同黄宗智教授关于中国法治发展的观点,即“走向中国法律之未来的最佳道路,在于接受各学派在相互竞争条件下的共存,而不是任何一派学说的完胜”“中国法律的现代性本质上很可能就是在西方形式主义与中国实用道德主义之间的共存”。<sup>[59]</sup>对此,强世功教授提出,“中国法治发展呈现出新、旧法治两种理念互相交织的图景。形式法治和实质法治、法律和政策、国家法一元论和法律多元论,这两种法治理念始终处于钟摆运动状态,形成了中国法治发展中的内在张力。”<sup>[60]</sup>

### (二) 两种法治观务必达成“最低限度法治”之共识

规则主义法治观是产生于西方语境之下的法治理论体系,也是17、18世纪欧洲思想文化发展的产物。其创立之后,西方国家的经济与社会发展经历了深刻的变化,西方主流法治观也随之发生相应的摆动。在17、18世纪的欧洲与当代中国这个巨大的“时空间距”阻隔之下,规则主义法治观与当代中国法治生活之间的碰撞与冲突在所难免。基于西方经验的法治知识与经典论断,很可能只能获得理论意义上的喝彩而为现实所拒斥。而现实有效、切中时弊的本土化法治方案才具有真正的价值。这正如拉兹所言,“我并不

[57] [美]乌戈·马太·劳拉·纳德著:《西方的掠夺——当法治非法时》,苟海莹译,社会科学文献出版社2012年版,第1、2、16页。

[58] [美]布赖恩·Z.塔玛纳哈著:《法律工具主义:对法治的危害》,陈虎、杨洁译,北京大学出版社2016年版,第2、328页。

[59] [美]托马斯·格雷著:《美国法的形式主义与实用主义》,黄宗智、田雷选编,法律出版社2014年版,第1-2页。

[60] 强世功:《从行政治国到政党治国——党法和国法关系的法理学思考》,《中国法律评论》2016年第3期,第37页。

把法治看作一个普适的道德律令。相反它是一种对于某些社会才是有效的或好的学说,这类社会要满足对于法治的制度和文化的预设,即具有法治要依之才能成功的制度与文化。……法治的这些利益只在具有某些实践和传统的国家中才是有价值的与可获得的。”<sup>[61]</sup>任何一个国家的法治道路都需将理想主义与现实主义相结合,将纸面规则与行动逻辑相结合,但更多地是注重现实主义与行动的逻辑。

在当代中国法治实践中,法治的规则约束功能与实用工具导向并非势不两立、水火不容,在维护公共安全、限制政府权力以及保障公民权利等基本目标上具有诸多共通性与一致性。尽管有着不同的理论偏好与价值取向,但二者之间能够形成必要的矛盾与张力,在彼此提醒、相互作用的过程中纠正各自的谬误与偏差,从而有利于当代中国法治的理性发展。没有规则主义法治观的指引与约束,就无从知晓法治的最低限度形式要求;没有实用主义法治观的超越与开放,法治很有可能在变革时代举步维艰、踟蹰不前。在纷繁复杂的社会治理实践当中,规则约束与实用导向其实很难进行严格区分。很可能一部分社会管理者坚持严格的规则约束观点,而其他人则持有鲜明的实用主义态度。即使是同一个执法者或司法者,在处理不同案件的时候也可能采取不同的思维逻辑与方式。故而,即使是极端的法治实用主义者,通常也会考量法律规则的约束;即使是偏执的法律规则约束论者,也不得不考虑规则适用的社会效果。

在当代中国超大型国家治理的现实需求之下,各种情势瞬息万变、突发事件层出不穷,社会管理者面临的风险与压力前所未有,这就需要我们客观认识实用导向型法治的现实合理性,但也要警惕极端法治工具论者所可能带来的危险。过度放纵或极端的法治实用主义,常常表现为为了达到公共或个人所谓“正确”或“良善”的目标而将法律置之脑后甚至公然挑战法律权威的法律虚无主义做法。这实际上就是“人治的一种现实形态”。<sup>[62]</sup>为了防止规则主义法治观与实用主义法治观的渐行渐远,促成二者求同存异、对话相容,我们有必要提炼出两种法治观乃至全社会均应认同的“最低限度法治”,而这也是构建一个有效运作的法治体系的必要条件和最低限度的形式特征。其主要内容应大致包括:(1)法治并不是古典正统意义上的简单“规则之治”和机械“法条主义”,而是以现代立法民主为基础、以公共利益为导向的“良法善治”。法治即使是被视作工具意义的存在,也必须是为公共利益或公共福利服务的工具。(2)法律规则的规范性、稳定性与权威性是现代社会的赖以存续和发展的必要条件。必须充分强调法律规则在政策、道德、乡规民约等多元化社会治理体系中的主导地位。(3)限制公共权力的恣意任性是现代法治的基本价值,也是维护社会安全与公民基本权利的必然要求。社会管理者应在法律的界限之内履行日常职责,注重运用法治思维和方式来推进各项社会改革。(4)通过司法过程化解社会矛盾、维护社会公平正义是法治在现代社会的直接目标与基本功能。法官应在一个变革的时代努力追求司法判决的客观性与确定性,实现遵守法律规则与推动社会改革目标

[61] [英]拉兹:《法治中的政治》,载[英]拉兹著:《公共领域中的伦理学》,葛四友译,江苏人民出版社2013年版,第431、439页。

[62] 参见顾培东:《当代中国法治共识的形成及法治再启蒙》,《法学研究》2017年第1期,第13页。

的统筹结合。

由上观之,对于规则主义法治论者而言,不仅要保持对规则约束等合理因素的坚守,并以此来修正和纠偏实用主义法治观可能带来的负面效果,还要贴近和理解当代中国特色国情“通过拒绝自身方法和定位的过分学术化来表明其所具有的实用主义力量。”<sup>[63]</sup>对于实用主义法治论者而言,尽管承认为了实现某项社会治理目标而对一些法律规则进行所谓“良性”规避或突破,但必须尊重法律规则的普遍约束力并为其完善而努力。

---

---

[Abstract] Against the background of social transformation and reform, the concept of rule-centered rule of law has displayed many practical dilemmas and functional limits. In contrast, due to the “substantialist” cultural genes of the feudal legal system and the leapfrogging nature, the time and space compression and local differences of social development, the pragmatic view of the rule of law is highly regarded in China today. The realistic prospect of the discourse expression and the practical orientation of the rule constraint reveal the dual connotation of ideality and instrumentality of the rule of law, and confirm the alienation between the “natural phase” and the “epiphase” of the rule of law in contemporary China. The construction of the rule of law in contemporary China will always face the collision and tension between the western rule-centered outlook of the rule of law and the utilitarian outlook of the rule of law with Chinese characteristics. The mutual tolerance and reconciliation between the two must be based on the minimum consensus on the rule of law.

---

---

(责任编辑:支振锋)

---

[63] [英]P. S. 阿蒂亚著:《英国法中的实用主义》,刘承晔、刘毅译,清华大学出版社2008年版,第69页。