

论法治中国的科学含义

汪习根*

内容提要 超越既有学术观点,在主客体二元互动关系中厘清法治中国的科学含义是法治中国从抽象符号具象化为行为逻辑的首要前提。主体维度的法治中国涵摄了主体的法治自觉、自信、自立与自强;客体维度的法治中国聚焦于从依法治权与依法维权的二元对立转向互信、和谐的权利与权力关系模式与治理格局,致力于构建友爱的党民关系、友善的政民关系和友好的法民关系;在时间维度上,法治中国是中国模式的历史养成与现实创新的统一;在空间维度上,法治中国旨在谋求中国在全球的法治话语权、法治治理权、法治管理权和法治发展权。

关键词 法治中国 治理 模式

“法治中国”^①作为法治在当下中国的政治表达^②,正在从一个命题具体化为全面改革的行为逻辑,预示着中国法治史上的一次重大飞跃的来临,必将对中国的法治与社会发展产生重大影响。对“法治中国”作为学术概念,学界“出现了‘法治中国’与‘法治国家’同一论和‘法治中国’是‘法治国家’的升华与深化两种基本观点。”^③对法治中国的逻辑构成,则有三种不同看法:一是“三要素说”,认为法治中国包括“国家法治、地方法治和行业法治”,或者“法治政党、法治政府和法治社会”三个部分;二是“四要素说”,即法治中国由“法治国家、法治政党、法治政府、法治社会”四者构成;三是“五要素说”,即“法治中国”包括“法治经济、法治政治、法治文化、法治社会和法治生态文明”^④。可见,进一步厘清与阐释法治中国的科学含义与逻辑构成,对深化法治学术研究、加快中国的

* 武汉大学法学院教授,博士生导师。

① 在我国学术界,张文显先生最系统地深度解读与研究了法治中国的全景图,提出“十八大以来,习近平总书记就法治建设发表了一系列重要讲话,提出了许多新的科学观点、命题和论断,特别是十分明确地提出了建设‘法治中国’。十八届三中全会《决定》进一步把‘法治中国’作为法治建设的目标。”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。

② 针对法治中国的概念演进,学者指出,“法治中国”经历了“从学术命题到政治命题”再到“宪法命题”的变化,参见韩大元《简论法治中国与法治国家的关系》,载《法制与社会发展》2013年第5期。

③ 刘红臻《“法治中国建设理论与实践研讨会”综述》,载《法制与社会发展》2013年第5期。

④ 黄文艺《对“法治中国”概念的操作性解释》,载《法制与社会发展》2013年第5期。

法治进程具有重大的现实意义。法治中国是一个有机统一的多维构造体,不能仅仅只看到治理的客体如国家、政府、社会等,也不能只是抽象地分析“中国”这一主体。主体性的强化与主客关系的优化是推进法治中国建设的核心,应当从马克思主义关于主客体二元互动论而非单纯的客体论或主体论出发来解读法治中国。法治中国是指法治主体在法治信念与法治精神的导引下,以法治思维和法治方式制约法治的客体,实现全体人民平等参与、平等发展的权利,通过提升中国在全球的法治竞争力实现国家发展的根本价值。法治中国是借鉴吸收了人类共同法治文化遗产的基础上结合中国现实国情民意进行创造性转换的产物,反映了法治发展规律、契合了法治普遍原理。基于此,本文将从一般法治原理与中国法治话语相结合的理论基点出发,从主体、客体、时空三个维度来研究法治中国这一主题的创新性逻辑理路与实践出路。

一、法治中国的主体维度

从主体上看,法治中国是主体法治素养生成与滋长的产物,也是防止法治主体异化为法治客体的必然。法律一旦被人类创制出来以后,似乎就变为一个外在于人自身的客体。其实,在主体的意识之中,法律信仰是影响法治成败的关键。然而,法治在中国的前现代一直是以一种外部性的方式而存在的,法治在实质上被退化为主体以外的异己力量。法治的主体性认同缺失是制约传统中国制度文明的重大障碍。所以,为了还原法治的真意、回归人的本质,法治中国的现实使命就是要进行主体的角色建构与意识内化,使法治从一种客观存在变为人的潜在素质的不可或缺的细胞。

主体性是主体实现自我意识、自我价值所表现出来的属性。“主体性正是关于人类知识进程的关键要素。哲学家确是在努力将一种对象性的知识与技术体系看成是主体性能力的表现形式”^⑤。而法治则是这种知识与技术能力的核心,因为制度创新是一切技术创新的源泉,而法治则是迄今为止最为理性的制度,对资源配置与分配正义具有最重要的功效。人的主体性是现代人最重要的属性之一,所谓自由和解放正是人的主体性的代名词。“在主体中自由才能得到实现,因为主体是自由的实现的真实材料”^⑥。在后现代主义看来,现代性导致“主体与客体均被消解”、“在主体和客体之间已不存在区别”、“事实上真正的主体性并不存在”^⑦。其实,这种观点显然不是要彻底否定主体性,而是要摒弃那些基于人治、专制、反自由、平等与法治的主体性,这种“正在衰落的主体性”实际上是指以自我为中心的占有性个体主义、以统治自然为目标的人类中

⑤ [美]乔治·F·麦克林《多元文化社会中的宽容精神》,邹诗鹏译,载《求是学刊》2005年第1期。

⑥ [德]黑格尔《法哲学原理》,范扬、张企泰译,商务印书馆1961年版,第111页。

⑦ [法]让-弗·利奥塔等《后现代主义》,社会科学文献出版社1999年版,第87、199、38页。

心说及不包含交互主体性的单独主体性”^⑧。法治的主体性强调人民的主体地位与主体力量对法治的意义与功能。从价值论的层面讲,法治以主体的权利与自由为终极目标,人权是法治之发起、展开与进化的根本导引,是构成法治的起点和终点的本源性价值。为此,应该着力解决一个关键问题:法治中国的主体是谁?是人民大众还是公权力的执掌者?法治中国的主体是人民而非国家机关,尽管法治建设离不开立法、执法与司法机关的民主立法、严格执法和公正司法,但他们只是法治的执行主体而非本源性主体。只有人民才是法治的第一性的力量和主宰者。只有正确处理好了人民主体与国家主体之间的关系,才能正本清源,“加强对权力运行的制约和监督,把权力关进制度的笼子里,形成不敢腐的惩戒机制、不能腐的防范机制、不易腐的保障机制”^⑨,切实防止将“法治中国”变为“法治百姓”。同时,也有助于将身居“高位”的法治下放给“社会”,具象化为生活中的法治和行动中的法治。

法治中国的主体性建构依赖于人民的法治自觉、法治自信和法治自立以及法治自强。具体来说:

1. 法治自觉。指社会主体对法治的认识达到一定的深度和应有的高度并从一种知识发展为内心的认同与自觉的接受,从而内化为自己的价值观、人生观与生活观,将法治同化为中国价值、中国精神的构成元素。“推进国家治理体系和治理能力现代化,要大力培育和弘扬社会主义核心价值体系和核心价值观,加快构建充分反映中国特色、民族特性、时代特征的价值体系。坚守我们的价值体系,坚守我们的核心价值观,必须发挥文化的作用”^⑩。因为,“精神自觉是精神自信的前提和基础”^⑪。走出了极度物质匮乏境地的当代中国,必须要进行价值与精神层面的协同提升,其关键是要进行“人性的锻造与刷新”,“清点我们的人性财富”^⑫;而当我们研究梳理改革开放30多年“中国发展的精神因素”^⑬时,切不可忘记法治精神之于中国人精神生活与社会发展的意义。因为“法律只有在涉及价值的立场框架中才可能被理解”^⑭,而法律价值与其说是主观主义的或纯粹客体主义的,还不如说是基于主客体相互关系的一种情景或质态,“任何完整的法律规范都是以实现特定的价值观为目的,评定特定的法益和行为方式”^⑮。没有

⑧ 郭湛《正确认识人的主体性》,载《光明日报》2001年4月10日。

⑨ 习近平在十八届中央纪委二次全会上发表的重要讲话。参见2013年1月22日新华网, http://news.xinhuanet.com/politics/2013-01/22/c_114461056.htm。

⑩ 《习近平在省部级主要领导干部学习贯彻十八届三中全会精神全面深化改革专题研讨班开班式上发表重要讲话》,载人民网2014年2月18日。

⑪ 李明泉、向荣、肖云《中国精神:历史内涵与主体性建构》,载《中华文化论坛》2012年第3期。

⑫ 崔卫平《我们的尊严在于拥有价值理想》,载《南方周末》2007年1月22日。

⑬ 童世骏、何锡蓉《中国发展的精神因素》,上海人民出版社2008年版。

⑭ [德]古斯塔夫·拉德布鲁赫《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第4页。

⑮ [德]伯恩·魏德士《法理学》,丁小春、吴越译,法律出版社2003年版,第54—55页。

精神上的法治自觉 就没有法治中国的形成。其缘由在于 ,从一定意义上看 ,精神可分为三种形态:从兽类受冲动和环境支配中解脱出来的人格精神、超个人的共同精神即客观精神和客观化了的精神。而“客观化了的精神”“作为第三个形态包含由精神从自身中‘展现出来的’各种客观化:变成法典的法律 ,……人格精神和客观精神是活生生的精神 ,而客观化了的精神却不是活的东西”^{①⑥}。可见 ,唯有制度与法典显然是不够的 ,精神形态上的法治正如其他文明的精神一样 ,“慢慢地、静悄悄地向着它新的形态发展 ,一块一块地拆除了它旧有的世界结构”^{①⑦}。在中国特色社会主义法律体系已经建成的今天 ,塑造法治自觉精神贯穿于整个实体法治的链条 ,无论是对执法、司法还是对守法、护法都至关重要。当然 ,必须明确 ,中国法治精神必须是自身独特价值的反映。应当“努力实现中华传统美德的创造性转化、创新性发展 ,把跨越时空、超越国度、富有永恒魅力、具有当代价值的文化精神弘扬起来 ,把继承优秀传统文化又弘扬时代精神、立足本国又面向世界的当代中国文化创新成果传播出去。只要中华民族一代接着一代追求美好崇高的道德境界 ,我们的民族就永远充满希望”。^{①⑧}可见 ,民族的先进的法治精神对于法治之重要性更为持久。

2. 法治自信。指人们对法律的信仰、信心与信守 ,是植根于主体内心深处的一种法治体认与文化认同而非仅仅是对规则的外在服从^{①⑨}。从广义上讲 ,法治自信包括对法治的道路自信、理论自信和制度自信。为此 ,应当在正向上提升法治思维方式的运用能力 ,同时克服现实中在一定程度上存在的对法治信心不足甚至失去信心的社会心态 ,深入挖掘、分析、识别与消除同法治背道而驰尤其是那些似是而非、掩人耳目的非法治思维方式:一是父母官思维。此所谓“恺悌君子 ,民之父母”。^{②⑩}这种“父权家长制”所“追求的是实质的查明真理”^{②⑪} ,而具有一种反形式的性质 ,在这里 ,“福利关怀的行政管理接近于‘灵魂关怀’的性质。法和习俗之间的界限、法律强制和父辈的告诫之间的界限 ,立法的动机和目的与法律技术手段之间的界限 ,通通被摧毁的荡然无存”^{②⑫}。二是运动

①⑥ [德]施太格缪勒《当代哲学主流》上卷,王炳文等译,商务印书馆2000年版,第297—301页。

①⑦ [德]黑格尔《精神现象学》,贺麟译,商务印书馆1997年版,第2页。

①⑧ 《习近平在省部级主要领导干部学习贯彻十八届三中全会精神全面深化改革专题研讨班开班式上发表重要讲话》,载人民网2014年2月18日。

①⑨ 从文化意义理解与认同法和法治,较之于规则与制度,对国人而言意义更为深远。据中国法文化权威学者张伟仁先生分析,“法文化则除了法制以外还涉及许多与它相关的问题,例如:(一)法律以外的许多社会规范;(二)施行这些规范的制度和实践;(三)思想家有关各种社会规范和社会权威的理论;(四)一般民众的是非善恶观念;(五)他们对规范和权威的看法和态度;(六)产生这些法律、制度、理论、观念、态度和实践的社会情势及其变迁;(七)社会中各色人等希望利用这些规范和制度去追寻的目标;(八)这些人们大致共同的对于一个理想社会的憧憬。”参见张伟仁:《中国法文化的起源、发展和特点(上)》,载《中外法学》2010年第6期。

②⑩ 《吕氏春秋·不屈》。

②⑪ [德]马克斯·韦伯《经济与社会》下卷,林荣远译,商务印书馆1997年版,第169页。

②⑫ 前引②,第171页。

式思维。“中国运动式治理模式,在一定程度上促进公民参与民主政治过程的同时,又严重削弱了民主法治建设的进程,呈现出民主进程中的二律背反,以‘大民主’的方式来追求‘小民主’的实现,以‘政治动员’来消除‘政治运动’的影响,实现了政府治理短期目标,却损害了人民民主主权的合法性。”^{②3}三是指标性思维。必须破除单纯盲目地追求经济指标、命案必破的指标、罚没款数额、零上访率等的思维方式。四是为无为型思维。克服不求法律求“大师”^{②4}的错误观念,不仅要以法治精神修身,更要依法治国平天下。五是情理型思维。消解传统礼治、德治与仁治之局限,因为“凡是不凭感情因素治事的统治者总比感情用事的人们较为优良。法律恰正是全没有感情的;人类的本性(灵魂)便谁都难免有感情。”^{②5}六是维稳型思维。不能违背法治的精神谋求秩序^{②6},树立维稳的前提是维权、维稳的基础是公平、维稳的手段是法律、维稳的程序要合法的科学法治观。

3. 法治自立。国无法不治、民无法不立。“立人”是中国在与世界列强竞争中立于不败之地的精神资本,“其首在立人,人立而后凡事举;若其道术,乃必尊个性而张精神”^{②7}。精神张,则人立,人立则凡事举。法治的精神得以弘扬,则作为法治主体的人才得以自立。法治自立即依据法律进行独立的思考、公正的判断,使法治演进为一种常态化的思维方式、常设化的行为模式和常规化的生活态度。关于中国精神自立与中国发展的内在关系,正如一个美国学者所说“欧盟正在千方百计地试图将4.5亿人聚拢在一起,可是中国可以毫不费力地享有13亿人的民族忠诚和民族认同感——这个数字占去了全世界五分之一的人口!”^{②8}当然,我们需要的是基于理性与制度的忠诚而非对皇权与人治的崇拜。就法治精神而言,这种全民族的认同与信守对法治中国的跨越式发展又是何等重要!事实雄辩地证明,“从古老的阿契美尼德波斯帝国到现今世界的美国,经由罗马帝国、唐王朝和西班牙、荷兰帝国,以及大英帝国”,任何大国的兴起,都离不开“宽容”、“道德”与法治“文化”^{②9}。

4. 法治自强。就是通过法治实现国富民强,使法治成为推动发展、激发活力、鼓励创新的最有效手段。古人云“国无常强,无常弱。奉法者强,则国强;奉法者弱,则国

^{②3} 冯志峰《中国政治发展:从运动中的民主到民主中的运动——一项对110次中国运动式治理的研究报告》,载《甘肃理论学刊》2010年第1期,第23页。

^{②4} 白靖利、侯文坤《不问苍生问“鬼神”——官场“风水”现象扫描》,载《人民日报》2013年8月10日,第4版。

^{②5} [古希腊]亚里士多德《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1981年版,第163页。

^{②6} 桦泉《克服手段崇拜才能体现维稳真谛》,载《法制日报》2013年8月7日。

^{②7} 鲁迅《鲁迅杂文全集·坟·文化偏至论》,河南人民出版社1994年版,第14页。

^{②8} [美]艾米·蔡《大国兴亡录》,刘海青等译,新世界出版社2010年版,第十章。

^{②9} “艾米·蔡给我们讲述了世界超级大国的故事——这些帝国中的佼佼者们在它们的全盛时期,也几乎是无法做到平等。不仅所有人都会被她精辟的理论所说服——种族宽容政策是全球统治地位的必要条件,而且文化‘粘性’的缓慢溶解剂将帝国紧紧的团结一起”(参见Nail Ferguson, Laurence A. Tisch, 关于《大国兴亡录》的书评,载[美]艾米·蔡《大国兴亡录》,刘海青等译,新世界出版社2010年版)。

弱。”^{③①}同理,“明法者强,慢法者弱”。^{③②}而时至今日,诺贝尔经济学奖得主米勒对中国发展开出的药方是“中国不需要更多的经济学,而是更多的法律”。^{③③}中国市场化改革与经济发展所面临的挑战已经不是经济学能够解决的,还要靠法治。“法治是中国的强国途径,法治强国是中国的战略目标”^{③④}。法治对国家富强的内在机制包括:激励机制即通过蕴含善德价值的法律制度刺激科技创新,以赢得核心竞争力;约束机制即以普遍性调整代替个别性调整、减少治理的制度成本和交易成本,提升经济与社会效益;引导机制即为社会设定行为模式与判断标准,对社会关系进行超前导向,减少社会失范与无序;保障机制即为经济稳健运行供给社会安全阀;救济机制即以法治之手遏制市场之手的恣意妄为。因此,法学研究不仅要关注正义与秩序,更应该聚焦效率与市场,法学是正义之学、更是“强国之学”^{③⑤},为实现通过法治的经济富强、社会创新与民生小康功能服务。总之,法治中国旨在让中国梦、强国梦、法治梦三位一体,相得益彰。

二、法治中国的客体维度

法治中国是从依法治权与依法维权的二元对立转向互信、和谐的权利与权力关系模式与治理格局的必由之路。

法治之所“治”即法治中国的客体,其关键在于公共权力而非人民权利。法治中国以对国家权力的制约与监督为手段,以实现人的全面自由发展为依托。为此,要依法保障“全体公民平等参与和平等发展的权利”^{③⑥}。1986年联合国通过的《发展权利宣言》明确指出所有国家有义务和责任采取法律、政策措施确保全体人民和每一个公民公平地享有参与发展、促进发展和享受发展成果的机会与自由^{③⑦}。所以,如何理顺权利与权力、公务员与公民、国家机关与社会组织之间的关系,一直是摆在法治中国建设面前的重大议题。这个问题在表面上看似易解决,但实际上还存在理论和实践上的深层次困惑,集中表现在:从理论上讲,“法不禁止即自由”与“法无授权即无权”之间的关系尚不甚明晰,甚至存在法不禁止亦无授权的“空白地带”与“权利真空”;从实践上看,中国现在进入到了经济发展的重要战略机遇期,同时也是社会矛盾的凸显、高发期。在所有的社会矛盾中,较为突出的是贫与富、管理者与被管理者以及官与民之间的矛盾,其中的官、民

^{③①} 《韩非子·有度》。

^{③②} 《韩非子·饰邪》。

^{③③} 转引自卢现祥《西方新制度经济学》,中国发展出版社1996年版,第266页。

^{③④} 胡建淼《走向法治强国》,载《国家行政学院学报》2012年第1期。

^{③⑤} 李龙、汪习根主编《法理学》,武汉大学出版社2011年版,第5页。

^{③⑥} 党的“十七大”和“十八大”报告连续宣告中国发展的目标是要实现“全体公民平等参与平等发展的权利”。对此,应当进行及时的理论与制度回应。

^{③⑦} 联合国《发展权利宣言》第1条,联合国大会一九八六年十二月四日第41/128号决议通过。

矛盾一度成为主要矛盾之一。^{⑤7} 法治中国建设就是要以法治方式化解官民矛盾、创新社会管理、促进社会建设,为大国崛起构建一个安定和谐的法治大环境。具体来说,需要通过依法执政、依法行政、依法执法、依法司法,不断形成与固化以下三种治理关系:

一是友爱的党民关系。通过依法执政,实现党的领导、人民当家作主和依法治国三者的完美结合,形成人民爱党,党全心全意地代表和维护人民合法权益的和谐关系。如何使依法执政从一个原则和口号转化为法律制度与法律行为,是制约法治中国建设的一大症结。为此,应该解决三个实践问题:其一,党法关系。其实质是党的领导地位与法律权威的关系。党的十八届三中全会在“法治中国”建设中确认了法律至上,指出要“维护宪法法律权威。宪法是保证党和国家兴旺发达、长治久安的根本法,具有最高权威”;《中央党内法规制定工作五年规划纲要(2013—2017年)》提出的基本要求是“宪法为上、党章为本”。这就明确了党内法规与国家法律的总关系。当然,不可避免的是,应该理清党内法规文件在国家法律体系中的定性与效力位阶问题。不能简单地对“法规”一词作狭义的理解,否则,宪法以及人大的法律就成为党内法规文件的上位渊源。如果说宪法权威高于其他一切权威已成定论,那么,法律与法规的一般关系原则则难以适用于对党内法规文件的分析。其二,党法与政策的可审查性。三中全会强调要“完善规范性文件、重大决策合法性审查机制”,这一审查机制是否包括对党内法规文件的审查,其内在机理与法律实践程序何在,这些问题都值得深入研究。其三,法治评价与政绩考核的关系。三中全会强调要“建立科学的法治建设指标体系和考核标准”,并将之作为重要内容纳入“维护宪法法律权威”之中。所以,有必要建立一个“法治GDP”指标评价体系,树立科学的法律发展观。

二是友善的政民关系。善治是现代法治的必然要求,然而,对政府与人民的关系即政府在治理中的定位依然存在争议,在学术界有主导论、补位论和折中论三种不同观点。其实,不可片面而论,“不宜简单地讲补缺地位或主导地位”^{⑤8}。我们认为,要科学回答这个问题,首先应当在法理上澄清一对基本的法律价值——自由与平等的关系。无论是何种形式的正义论都离不开对作为正义基础资源如何分配的问题,正如罗尔斯所言“每个人都有同样的权利享有一组完全适当的平等的基本自由,而不影响其他任何人享有同样一组基本自由”;“两种情况下允许存在社会与经济不平等:首先,在机会均等的情况下,由官职与地位造成的不平等;其次,这种不平等能给社会中境况最差的成员带来好处”。^{⑤9} 尽管阿玛蒂亚·森、托马斯·博格等著名学者对罗尔斯正义论提出

^{⑤7} 参见杨军《官民矛盾步入显化期》,载《决策探索(上半月)》2009年第1期;吴忠民《中国现阶段社会矛盾特征分析》,载《教学与研究》2010年第3期;邓伟志《论社会矛盾》,载《上海大学学报(社会科学版)》2009年第4期;邹焕聪《法治文化视角下官民矛盾的预防化解之道》,载《求实》2013年第8期等等。

^{⑤8} 江必新《推进国家治理体系和治理能力的现代化》,载《光明日报》2013年11月15日。

^{⑤9} John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1993, p291.

了种种挑战与修改^⑩,但无论如何,自由与平等始终是分析的圆心。为了求得自由与平等的最大交集,“最大限度平等下的自由”(Greatest equal liberties)是政府应该解决的最大难题。在现代市场经济与法治理念下,由于市场在资源配置中起决定性作用,全能政府早已让位于有限政府与有效政府,其高度集合的人治型权力应当被一分为二:“自由”归还给市场与公民,“平等”则留作政府的义务与职责。于是,自由便具有了私益的性质,而平等则更多地被赋予公益的属性。可见,法治视野下政府与公民的关系是多元而非简单同一的。就市场经济而言,政府应该让权给市场、退权到社会、还权于人民,此时,政府应当退居到补充、协调的地位上;而在谋求公平正义、全面建成小康社会上,政府则责无旁贷。责任政府作为法治的要义,不只是从正向增进社会福利总量,而重在从反向抑制与消除社会不公、社会矛盾。基于这一理路,在实践上,应当将科学的法治标准融入政绩考核体制,防止与法治思维背道而驰的下述三种现象:一是唯GDP至上的政绩观。它使政府热衷于招商引资、直接参与甚至主导市场竞争,导致民众与社会对政府公权的过度与不正常依赖,其结果最终必然是既伤害了自由又不利于平等。二是国家与社会的二分法。将政治国家与市民社会对立开来或完全同化看待都是极端片面的。不可盲目模仿西方的做法,西方现代社会的法律与民众之关系型构与以前大不相同,解决市场竞争造成的社会两级分化问题和疏通政治渠道问题的压力,促进了政治国家与市民社会在分离基础上的良性互动,推动了自治型法向回应型法的历史演变”。中国当下面临的社会挑战不可能仅仅凭靠张扬所谓的相互回应的“主体间性”^⑪,这是一种中间状态,在自上而下主导的法治模式下,如欲突破发展瓶颈,就必须实现政府与社会的双向强势构建,既要在本体论上强调人民主权的国家与社会观,又要重视其形式要件与实践方式。应该依法改革行政体制、限缩行政审批,推进社会自治、强化社会组织结构与运行机制的法律化、有效化。三是社会责任弱化。生存权与发展权是两项基本人权,其中的发展权不仅是经济的发展自由,还包括政治、社会、文化、生态全面协调可持续发展的权利。有权力必有责任、有权利必有救济,这是基本的法治原则。但对后者,由于受

⑩ 阿玛蒂亚·森认为罗尔斯的制度正义范围太窄,其实,在不考虑制度的情况下也可以探讨正义的分配与自由的实现,并与托马斯·博格等共同将罗尔斯的正义从一个国家共同体内部拓展到世界范围,致力于“全球正义”的实现,参见[印]阿玛蒂亚·森《正义的理念》,王磊、李航译,中国人民大学出版社2012年版;[美]托马斯·博格《康德、罗尔斯与全球正义》,刘莘、徐向东译,上海译文出版社2010年版;[美]托马斯·博格《何为全球正义?》,李小科译,载《世界哲学》2004年第2期;Tomas Pogge, *The World Poverty and Human Rights*, Cambridge, Polity, 2002。

⑪ Gillespie, A. & Cornish, F., *Intersubjectivity: Towards a dialogical analysis*. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, (2010) 40, pp. 19-46; Scheff, Thomas et al., *Goffman Unbound!: A New Paradigm for Social Science (The Sociological Imagination)*, Paradigm Publishers, 2006。主体间性论的两面性,学界已有研究,国内有学者解析了西方哲学典型的主体间性理论各自所具有的限制,积极地倡导整合性的主体间性理论思路,参见王晓东《西方哲学主体间性理论批判:一种形态学视野》,中国社会科学出版社2004年版。

新型人权不可司法性^⑫观点的影响,往往难以究责,更难以实现司法救济。而实际上,面对社会矛盾与社会管理,“政府负责”是一个基本要求。“治理的着力点是法治方式。法治是治理的基本方式”。^⑬法治呼唤良法善治,政府对社会的治理必须导入善德价值准则,而善治的本质在于政府与公民通过法治实现对公共生活的合作治理,政府以服务为基本要求,奉行以人为本的法律观。所以,回归到治理价值与法治理念的始点去处理政府与人民的关系是法治中国的必然选择。应当在主体上建立政府与社会、民众多元对话的法律平台与法律程序,消除法上的强制效力缺失或不足的弊端;在依据上发挥正式制度和非正式制度的双向调节功能,让官方法与民间法交相辉映;在路径上跳出命令与服从单一垂直的权力关系窠臼,在对话与沟通的基础上不断调适、形成共识。

三是友好的法民关系。法律能否以及在多大程度上可以内化为民众的主体意识与潜在素养,是法治的生命力之所在。“公民美德”对法治在当代的意义发掘应当成为法治体系的一大支柱。人民或其代表通过充分互动能够使它们以公民身份避开私利而谋求公益,产生“公民美德”。所以,面对专制与滥权,应当不断呼吁公民美德,培植公民美德原则。^⑭除了制度之于法治不可或缺外,“以‘公民参与’为导向的‘公民美德’的理论与实践,对法治秩序的建构而言,也是一个极其重要的、可能的资源”。^⑮因为,法治中国的认识论基础在历史上是相当脆弱的。19世纪初,黑格尔曾指出,“我们不能够说中国有一种宪法……,所以我们只能谈谈中国的行政”;“它的行政管理和社会约法,是道德的,同时又是完全不含诗意的——就是理智的、没有自由的‘理性’和‘想象’”^⑯。20世纪初,马克斯·韦伯断言,儒家伦理缺乏资本主义发展的有力动因。而到70年代,昂格尔针对传统中国为什么没有产生出法治精神并走上法治之路这一问题进行了分析,发现其“主要原因在于缺乏形成现代型法治秩序的历史条件——集团多元主义、自然法理论及其超越性宗教的基础”。^⑰这些域外法哲学家对中国问题的持续关注,的确有其合理之处,但是,其共同的缺陷在于没有看到,在前现代的中国,法治之不可能的关键不只是在制度上没有宪法和法制,也不只是在于没有超越规范法的法理念,而在于仅有“臣民”没有“公民”意识、所谓的“公民美德”被代之以黑格尔式的“臣民的精神”。更进一步分

⑫ “如果说有一个问题支配了关于经济、社会、文化权利的辩论,这个问题就是,那些权利在国内法的层次上是否具有可司法性”(Herry J. Steiner, Philip Alston & Ryan Goodman, International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals, Oxford and New York: Oxford University Press, 2007, p298)。

⑬ 江必新《推进国家治理体系和治理能力的现代化》,载《光明日报》2013年11月15日。

⑭ 参见[美]卡斯·R·森斯坦《共和主义的永久遗产》,载[美]斯蒂芬·L·埃尔金、卡罗尔·爱德华·索乌坦《新宪政论——为美好的社会设计政治制度》,周叶谦译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第214页。

⑮ 李龙、汪习根《宪政规律论》,载《中国法学》1999年第4期;程波《论法治秩序中的“公民美德”》,载《北方法学》2009年第2期。

⑯ [德]黑格尔《历史哲学》,王造时译,上海书店出版社2001版,第124页。

⑰ 参见季卫东《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第316页。

析,公民的法治美德在意识与能力两个层面都出现了严重的断裂,延续至今的是“司法公信力”^{④⑧}的不够、“信访不信法”^{④⑨}的怪像。事实上,由于“信任网络降低了交易成本,增强了契约的安全性”^{⑤⑩}并且,“权威关系、信任关系以及规范,都是社会资本的特定形式”^{⑤⑪},因此,必须破除法民如何互信这一横亘在“法治”与“中国”之间的桎梏,从自然自治迈向“回应型法”^{⑤⑫},获得“通过协商而定的,而非通过服从而赢得的”秩序^{⑤⑬}。对此,学界从法的回应性开始转向思考“回应型司法”^{⑤⑭},但对相关路径与方式的设计上缺乏自足性。笔者认为,作为互信之法民关系的“回应”,应当包括三种模式:外部的实质回应、内在的技术回应以及连接前两者的程序回应。其中,外部的实质回应是一种法社会学意义上的回应,其内核是法律尤其是司法对民意的回应以及民意对法的反制,情理与司法的关系是一个主要表现形态,应当类型化与技术化其间的关系,从“情轻法重”、“情重法轻”、“情是法非”、“情非法是”这四个层面加以解构。^{⑤⑮}因为,就法治的生存土壤而言,在“围绕情、理、法、权、术、势的交涉动态和偶然结局中,推行法治必须从交涉的有序化、偶然的非随机化开始,否则一切都无从谈起。”^{⑤⑯}内在的技术回应是基于法律逻辑学对如何打开法民关系之结的思考,增强裁判文书说理性被反复呼吁,但值得深思的是,应当及时补上微观操作上的法律方法论运用这一课,克服说理所招致的不利后果^{⑤⑰}。科学把握在缺失判例法^{⑤⑱}传统模式下说理的深度与广度。程序性回应作为关节点,既适于内部性回应,也应用于外部性回应,特别是要依此实现外部回应的内部化。司法公信力源于司法的自律、公平与理性,而赋予人民以外部监督和内在的民主参与司法活动的权

④⑧ 党的“十八大”报告指出“司法公信力不断提高,人权得到切实尊重和保障”,参见胡锦涛《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《人民日报》2012年11月8日。三中全会决定指出“深化司法体制改革,加快建设公正高效权威的社会主义司法制度,维护人民权益,让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,参见《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,载《人民日报》2013年11月16日。

④⑨ “近几年来,随着越来越多的社会矛盾以案件形式进入诉讼渠道,也出现了诉讼与信访交织、法内处理与法外解决并存的状况,导致少数群众‘信访不信法’甚至‘弃法转访’、‘以访压法’等问题比较突出。…导致国家难以形成权威的裁判机制、难以形成公认的判断是非曲直的标准”,参见彭波《中央司法体制改革领导小组办公室答记者问——积极稳妥推进深化司法体制改革各项任务》,载《人民日报》2013年12月2日。

⑤⑩ [美]查尔斯·蒂利《信任与民主》,上海世纪出版集团2010年版,第16页。

⑤⑪ [美]科尔曼《社会理论的基础》,邓方译,社会科学文献出版社1999年版,第352页。

⑤⑫ [美]诺内特、塞尔兹尼克《转变中的法律与社会:迈向回应型法》,中国政法大学出版社2004年版,第143页。

⑤⑬ 前引⑤⑫,第105页。

⑤⑭ 郝艳兵、吴如巧《提升司法公信力 迈向回应型司法》,载《光明日报》2013年3月28日;王旭《“回应型司法”更能粘合民心》,载《人民日报》2013年9月27日。

⑤⑮ 参见汪习根、王康敏《论情理法关系的法律整合机制》,载陈起行、江玉林、今井弘道、郑泰旭主编《后继时代的东亚法文化》,台湾元照出版公司2012年版,第231页。

⑤⑯ 季卫东《法治中国的可能性——兼论对中国文化传统的解读和反思》,载《战略与管理》2001年第5期。

⑤⑰ 对河南种子案中李慧娟式的说理,以司法权侵犯立法权的观点,学界多有评说,参见胡锦涛《2008年中国十大宪法事例评析》,法律出版社2009年版。

⑤⑱ 我国实施的判例指导制度,是为弥补判例法缺失之不足、统一法治所做出的贡献,但该制度对增强裁判文书的规范性与说理度所起的示范效应,尚待进一步发掘与扩散。

利,并实现这种权利的程序化和制度化,则是实现司法公信的根本出路。为此,要克服外部监督有余、内部参与不足的缺陷,可以借鉴东亚各国司法民主化社会化的一些合理做法,改革现有的陪审制度、消除陪而不审的弊端,使民意通过转化为司法内部的程序性参与而克服任性与冲动;强化听证制度,对听证的范围、程序、效力与效果进行法律的规制,让民众在亲历亲为中形成知法、信法、尚法的法律信仰。所以,建议制定整合性的《陪审法》和《听证法》,以高位阶的立法切实提升回应的法治含量,从而实现规制公权、彰显公信、维护民权的价值。

三、法治中国的时空维度

(一) 时间维度。从时间维度看,法治中国不能割断历史,但也并非表征着从古至今中国法治的全部内涵,而是在人类法制史发展到了当今特定情境下的现实产物。否定法治中国与神话法治中国的做法都是不符合唯物史观的。从时间序列上分析法治中国问题,有助于明确中国法治的当下关切、现实焦点以及路径选择。从历史上看,各国的法治发展是相当不平衡的,路径亦差异较大。德国法治经历了康德基于自由、福利的实质“法治国”到法律实证主义的形式“法律国”,再到希特勒的法西斯主义法律主治,最后方才进化为当代的“社会法治国”模式^{⑤9}。美国与英国崇尚程序权利和遵循先例的法治理念不同,开创了宪法至上、宪法司法为主的法治模式,而“在英国的法治理念中没有许多德国式的书卷气和超验色彩及由此带来的学术孤独感,也不像法国那样激进,而是充满了生活的气息、机智与技巧”。^{⑥0}

中国的法治如果意欲成为真实的法治,便不可能完全指望从历史上的法治样本中寻求现成答案。法治中国是以法治文化遗产为源泉和养分并通过创造性转换而对未来中国法治蓝图的总体勾画,呈现出两个基本特征:一是多元性。法治中国是吸收了古今中外一切优秀的法治文明成果并进行创造性地转换而来的,无论是古希腊的“法治优于一人之治”的思想还是近代西方“法律的统治”的理念,无论是古代中国“以法治国”、“事断于法”还是近代中国民主立宪、自由平等的传统,特别是现代中国社会主义民主法制的宝贵精神财富,都构成当今法治中国建设的价值渊源,而社会主义核心价值观念则是法治中国的最重要的精神支柱。二是开放性。法治中国的提出本身就体现了我们对法治的开放态度,从“法律”到“法制”再到“法治”、从“依法办事”到“依法治国”再到“法治国家”直到“法治中国”,一次次境界的升华、价值的提升,无一不彰显出法治的开放性。但是,时至今日,抽象地讨论历史知识已经毫无意义。法治中国应当在治理情

^{⑤9} 邵建东《从形式法治到实质法治——德国“法治国家”的经验教训及启示》,载《南京法律评论》2004年秋季号。

^{⑥0} 郑永流《法治四章:英德渊源、国际标准和与中国问题》,中国政法大学出版社2002年版,第79页。

境、治理导向、治理目标、治理难题诸方面契合实际。法治中国所欲解决的问题,首当其冲的便是通过制度革新与重构为经济社会发展提供强大的合力。透过法治解决好贫富、城乡、经济与社会、人与环境、国际与国内发展这五大不协调关系,需要的是政治智慧,更是法治智识。

(二) 空间维度。从空间维度看,法治中国是从封闭的本土法治走向开放的全球法治、为单一的中国语境引入国际视野的产物。如果依法治国的提出,为治国方略的选择带来了革命性的飞跃,那么,法治中国的构建,必将有助于在根本上改变中国在世界上的传统形象,以独有的法治竞争力增强自身的综合实力。而只有通过拓展依法治国的范围与空间,在比较中甄别、在甄别中选择,才能实现法治的中国元素与人类共性的有机整合,最终强化自身的治理能力。可见,法治中国在空间上不仅是中国的,也是世界的,凸显出浓厚的全球价值色彩。其价值目标具体表现在:

其一,法治话语权。法治中国体现了工具性力量与目的性价值的统一。从工具性上看,法治中国昭示我们,必须谋求中国法治的世界性意义,建构与强化法治的中国声音,学会运用并牢固掌握中国的国际法治话语权。而从目的性上讲,法治中国的终极关怀不会囿于法治自身以及世人对中国的法治评价上,而是法治的外部性关联即对中国的发展究竟发生了何种性质与程度的价值功能。所以,工具性的法治话语权和目的性的法治发展权的有机结合是全球大背景下法治中国的应有之义。对国际事务、双边和多边关系包括经济政治文化等方面的关系,应当具备通过法律的方式发表意见、表达诉求、维护权利的能力。“像枪和金钱一样,话语是一种具有其自身特征的社会力量。话语的结构提供了一个词汇表,包括比如自由、权利、男人、公民这样的一些术语。围绕话语的斗争涉及到容许收入词汇表的术语,以及使用它们的方法、时间和场合”^①。可见,话语权是以自由为表征的权利和以命令为特征的权力的统一体。在法理上,话语权是一种消极权,也是一种积极权。法治话语权不仅赋予主体自己支配自己的自由权利,还让其享有积极作为以对外界进行干预、调整与控制的能力。法治中国不仅仅停留在国内法的层面,也非单纯的国际法层面,还应当从跨国法、国家间法律的意义上来理解与实践,从而实现国际与国内法在主权原则下的高度统合。为此,有必要在实践中逐步改变过于注重外交、军事、政策之类的非法律方式处理国际关系的做法,更多地依靠法治思维与法治方式来分析国际问题、化解世界矛盾、推进全球文明,增强国际事务处理中的知情权、表达权、参与权与定义权。

其二,法治治理权。法治中国展示了法治的宏大叙事与微观分析的一致性。就治理而言,法治是一切善治的根本依据和保障。尽管国际社会奉行多元化的治理模式,但

^① [美]赛缪尔·鲍尔斯、赫伯特·金蒂斯《民主和资本主义》,韩水法译,商务印书馆2003年版,第210页。

法治始终是不同的治理模式所通用的治理手段。如果不懂游戏规则、不知法律技巧、没有自己公认权威的国际裁判机构,就不可能在国际纷争的解决中占据主动地位;而如果没有国际游戏规则的制定权与主导权,那么势必会输在起跑线上。在所有的话语权与竞赛活动中,对话的实力至关重要,它既包括硬实力,也包括软实力,还有巧实力。正如约瑟夫·奈所言“巧实力”(Smart Power),即如何运用硬实力(Hard Power)和软实力(Soft Power),^②以提高其国际行动的合法性,巩固国家的全球领导地位。其中,规则具有举足轻重的地位,“如果一国能够建立与其社会一致的国际规范,它就有可能更少改变自己,而且无需使用强制性的硬权力从而降低自己的代价”^③。而从法理上讲,规则本身就是权力的象征与表现,一切法律规范都是由国家强制力保障实施的以权利义务为基本内容的行为规范。规则作为一种特殊的权力,是一种提升国际话语权与发展总实力的最重要战略性资源。

其三,法治管理权。如果说全球治理是从宏观视角进行的阐释,那么,经济管理与市场竞争则是在微观上对法治中国主体素养与法治能力进行的分析。近年来,中国实施“走出去”战略,鼓励中国企业海外投资,取得了应有的成就^④;但也出现了较为严重的“水土不服”。据统计,“1986年至2006年期间,多达60%的中国境外投资项目以失败告终”^⑤。从投资领域和区域看,71.5%分布在亚洲,13%在拉丁美洲,而在北美和欧洲分别仅占2.1%和3.5%^⑥,可见,中国的境外投资主要分布在法治欠发达或不发达地区。究其原因,“中国自身的监管制度、中外文化差异、必要管理经验的匮乏,国外市场潜在的和实际的透明度缺失是最主要的难题”^⑦。而在所有制约因素中,与法治直接相关的因素包括法律制度、法律文化的差异特别是依法办事的意识和能力多个方面。除了技术和国力背景外,投资者利用法律规则进行管理的权能不够甚至缺失是导致失败的一个关键变量。而从根本上看,“中西方文化的差异加深了中国境外投资者投资的困难,于是中国企业倾向于在亚洲国家进行投资活动”^⑧。其实,文化尤其是法律文化的物化功能应该引起高度重视。新近的研究表明,法律文化不仅是扁平的静态的观念,更是流动的立体的结构,“通过历史传袭而来的社会公平、社会正义等理念,型塑出法律制度的废改立或变迁的法学思想;从而推动和牵引了法律制度的更新,并推行其得到社会实

② [美]约瑟夫·奈《软实力——世界政坛成功之道》,吴晓辉、钱程译,东方出版社2005年版,第36页。

③ [美]约瑟夫·奈《硬权力与软权力》,门洪华译,北京大学出版社2005年版,第118页。

④ [德]郭枫主编《中国境外投资实务指南》,沈陵译,中国财政经济出版社2012年版,第3页。

⑤ 前引④,第5页。

⑥ MOFCOM/NBS/SAFE 2009, pp. 11. 17.

⑦ Benesch et. al., China Goes Global: Examining China's Outbound Investment, China Insights January 2010, p2; Economist Intelligence Unit, A Brave new world: The climate of Chinese M&A abroad, Economist 2010, pp17-24.

⑧ 前引④,第4—5页。

现”。^{⑥9}而且,这一基于文化型构出来的法律制度所具有的外部价值远远大于其本身。面对全球自由市场,在“经济人”的身份之上打上深深的“法律人”烙印已经刻不容缓。因为,在市场竞争中,所谓理性的“经济人”实际上是不存在的,只存在有限理性而不可能存在无限理性。正如诺贝尔经济学奖得主西蒙所言,有关决策的合理性理论必须考虑人的基本生理限制以及由此而引起的认知限制、动机限制及其相互影响的限制。从而所探讨的应当是有限的理性,而不是全知全能的理性;应当是过程合理性,而不是本质合理性;所考虑的人类选择机制应当是有限理性的适应机制,而不是完全理性的最优机制。^{⑦0}因此,如果要以法治之手遏制市场的恣意并获得竞争优势,就必须营造浓厚的法治文化、树立国民的法律信仰、提升国际竞争的法治主导能力。

其四,法治发展权。法治话语权作为一种工具性影响力与支配力,其本身并非最终目的,而应当以法治的实质价值为归属。^{⑦1}通过法律的发展是后发达国家发展战略的重要组成部分,尽管法律与发展运动在西方的掌控下曾经归于失败,但是只要进行科学的法律借鉴,结合本土特色达到全球化与地方化的对立统一,在法治的导航与护航下实现国家的发展、民族的兴盛就会梦想成真。惟有法治才能最终为实现基于全球正义的分配公平奠定坚实的基础。和平与发展是当今世界的两大主题,在相对和平的年代,发展问题成为最为紧迫的现实任务。1986年联合国通过的《发展权利宣言》开宗明义地宣示“发展权利是一项不可剥夺的人权,由于这种权利,每个人和所有各国人民均有权参与、促进并享受经济、社会、文化和政治发展,在这种发展中,所有人权和基本自由都能获得充分实现。”^{⑦2}但是直到今天,依然“继续存在着阻碍发展和彻底实现所有个人和各国人民愿望的严重障碍”。就世界而言,“30%以上的人仍生活在多维贫困状态下,该多维贫困指数用于衡量在健康、教育和生活水平方面的叠加剥夺的数量和程度。”^{⑦3}而中国的GDP居于全球第二,但“人类发展指数”排名却是101^{⑦4}。因此,社会公平、全球平等发展依然是全体人类共同面临的重大难题。现实残酷地告诉我们,面对如此急迫的情势,基于伦理道德的援助、慈善捐赠等实在是苍白无力,基于公共政策的对话、谈判等也难以奏效。在所有可以解决这一问题的方式中,最具有价值合理性和强制效力的是

⑥9 陈晓枫《法律文化:显型、隐型及结构析论》,载《河南财经政法大学学报》2013年第6期。

⑦0 参见[美]赫伯特·西蒙《人类的认知——思维的信息加工理论》,荆其诚、张厚粲译,科学出版社1986年版。

⑦1 福柯在《话语的秩序》一文中指出,话语就是人们斗争的手段和目的。话语是权力,人通过话语赋予自己以权力;话语不仅是思维符号、是交际工具,而且既是手段,也是目的,并能直接体现为权力,参见[法]米歇尔·福柯《话语的秩序》,载许宝强、袁伟编《语言与翻译的政治》,中央编译出版社2001年版。

⑦2 联合国《发展权利宣言》第1条,联合国大会一九八六年十二月四日第41/128号决议通过。

⑦3 “对于许多处于快速增长中的南方国家而言,其多维贫困人口的人数已经超过收入贫困人口。同时,在许多国家收入不平等现象正在呈上升趋势。根据我们在2012年对132个国家进行的不平等调整后人类发展指数计算的结果,不平等使人类发展指数平均降低了近四分之一(23%)”,参见UNDP《2013年人类发展报告——南方的崛起:多元化世界中的人类进步》,联合国开发计划署2013年版,第14页。

⑦4 UNDP《2013年人类发展报告——南方的崛起:多元化世界中的人类进步》,联合国开发计划署2013年版。

法治制度。通过法治路径和机制重塑国际政治经济秩序,使人类关系在理性化基础上实现规则化和制度化,是人类公平发展的必由之路。庞德的“世界法”似乎是一种想象,但不可回避其必要性与合理性。不过,应当充分考虑其价值优化与理性进化的质性与限度。否则,在法治之下的全球公平发展便始终难以实现。中国作为世界上最大的发展中国家,有理由也必须最大限度地让法治功能在重构国际秩序中得到最有效的释放。

Abstract: Beyond the existing academic viewpoints, clarifying the scientific meaning of the ruleoflaw in China in the binary interaction between subject and object is the prerequisite for reifying the ruleoflaw in China from an abstract symbol to a logic in action. The subject dimension of Ruleoflaw in China subsumes the legal consciousness, self-confidence, independence and self-improvement of the subject. The object dimension of the ruleoflaw in China focuses the relation mode and governance pattern between right and power, which convert from the binary opposition to mutual trust and harmony between controlling the power by law and defending the right by law, and devotes itself to building a companionate relationship between the Party and people, an amicable relationship between the government and citizens as well as a friendly relationship between the law and people. In the dimension of time, the ruleoflaw in China is the unification of history and reality of China model. In the dimension of space, the ruleoflaw in China is committed to seeking the right to speech, governance, management and development from the perspective of globalization.

(责任编辑: 李小明)