

论法治思维与国家治理

谢 晖*

内容摘要:现代国家治理必须依循法律和法治,其中法治思维在现代国家治理中尤为重要。法治思维和法律思维既有联系,也有区别。其区别主要在于前者是政治思维、后者是司法思维;前者是战略思维,后者是技术思维;前者是治理思维,后者是裁判思维;前者是大众思维,后者是职业思维。国家治理,既需要关注并培养所有主体(普通公民、法人、社会团体、公职人员等)的初阶法治思维,以确保人们行为对法律和法治的依赖,确保人们参与国家治理的法治取向;也需要关注并培养社会精英(知识分子、公权主体及其工作人员、特别是法律人)的高阶法律思维,使其行为不但被安排在高阶法治思维之中,而且藉此进一步保障和引导大众对法律和法治的依赖,巩固其初阶法治思维,并在实践中创造性地落实法律之规定。

关键词:国家治理 法治思维 初阶法治思维 高阶法治思维 法律思维 法治

中图分类号:DF0 **文献标识码:**A **文章编号:**1674-4039-(2021)02-0098-118

DOI:10.19404/j.cnki.dffx.2021.02.008

在一定意义上讲,现代国家治理实质上就是法治,是法治之下和之内的治理。如果说两者有所区别的话,其区别仅在于法治是个法律化的政治术语,而国家治理是社会参与、行政协调和国家统筹的政治术语;前者更多牵连形式理性,而后者更多关乎实质理性;前者必须以结构者的身份对后者予以调整、规范;而后者必须被安排在形式理性的框架内。因之,在国家治理中,一断于法、奉法为上,乃是其理所当然的要求。当然,这不是说法律规范能为国家治理者提供一台无需多加思考就可售货的自动售货机:治理者只需要输入法条这一“货币”,就会必然买到治理方案和治理结果这种“商品”。反之,不少时候,国家治理的事实和规范资源要取自法律之外。但即便如此,治理者仍应以法治思维处理这些事实和规范资源。这就导致在国家治理中,尽管作为形式理性的法治和法律是至上的,但法治思维在法律规范的不及处,每每盘活法治在治理中的作用。因此,探究法治思维与国家治理间的关系,胜于探究法治与国家治理之间的关系。尽管后一关系的探究,绝非可有可无、无关紧要。

一、法治思维之辨正与诠释

(一)有没有所谓法治思维?

这一问题的提出,导源于法学界前些年争论的一个话题:有没有法律思维(或“法律人思维”)? 苏

*广州大学人权研究院教授、博士生导师。

力为此专门撰文,以解构法律人思维为使命,强调不存在一个所谓独立于人类一般思维之外的“像个法律人那样思考”的法律人思维,所谓“法律人有独特的思维”“重复千遍,这也还是神话”。^[1]孙笑侠则与其针锋相对,强调指出:“‘法律人的思维’的存在不仅是个事实,还是一个与多个理论、多个制度相关联的理论。作为理论,它不是孤立的,它和这样几个问题是紧密联系在一起:法官忠实地服从法律和法律的目的,保证……‘司法机关依法独立行使职权’,倡导法律职业的自主性,假设或建立‘法律帝国’,保持法学内部的自足性,主张法学是一门‘法律科学’,法律的形式理性,划清法理学的范围,坚持纯粹法学的立场,法律与道德分离,这几个方面之间有异曲同工之处,因为它们具有内在关联性的逻辑关系。”^[2]

桑本谦则对前述两位学者的观点予以“中道的权衡”,强调在“常规案件”和“例外案件”中“法律人思维”角色的二分。前者需要法律人思维,后者则应返回经济分析的“理性人思维”。他指出:“应对常规案件,由‘理性人思维’到‘法律人思维’是一个进化;而应对疑难案件,‘法律人思维’相对于‘理性人思维’是退化而不是进化,由‘法律人思维’回归到‘理性人思维’才是一种进化。法律教义学无力解释法律背后的逻辑,更无力与法律经济学竞争疑难案件的指导权。”^[3]

在该问题上,以上有代表性的不同学术观点,在论者各自视角上对“法律人思维”或者法律思维提出了各具见解的主张,笔者不准备就这些争论予以反思和评论,但想由此而引申出另一话题:既然学术界对是否存在“法律人思维”或法律思维有截然不同的看法,那么,当面对“法治思维”这样的命题时,是否也会存在截然不同的看法?这样的质疑,由于没有呈现出相关的学术论争而不能凭空想象,但大致可以推论:既然有人否定法律思维的存在,也就可能存在同样否定与法律思维息息相关的法治思维的存在——尽管法律思维和法治思维是有内在联系,但也有明显区别的概念(详见下文)。既然如此,那么,“预告性”地表明存在一种不同于神治思维、人治思维和权治思维的法治思维,则是笔者在本文展开进一步论述的逻辑前提。此前提不在,则其他问题只能是皮之不存,毛将焉附了。

诚然,在人类历史上,分别存在过这几种完全不同的国家治理方式^[4],但这些不同的治理方式,也恰巧呈现着不同的治理思维。神治所呈现的治理思维便是对神灵的绝对的、不容置疑的“非理性信任”^[5]。《礼记》所说的“殷人尊神,率民以事神,先鬼而后礼”的情形,正是此种神治思维的典型写照。人治思维则把国家治理的希望寄托于一位大智大慧、全知全能的圣贤或“哲学王”^[6],故“唯仁者宜在高位”。国家治理的一切任务,交给圣贤、“哲学王”便可万事大吉。所以,选择并服从秀出于林的圣贤、“哲学王”,就是人治思维之基本要义。而权治相较于神治和人治,更可谓等而下之,它所崇尚的是赤裸裸的权力。上述三种社会治理的方式,其共同特点在于背后是种超越规范的思维,或者非规范思维。

法治就是要把人们的思维从此种非规范思维中解放出来,树立一种民间细事或国家大事都被纳入法律规范中予以调整的机制,也安排一种上到最高权力,下到普通民众,“君臣上下贵贱皆从法”的制度机制。显然,这种制度机制是以“中民”理念为前提设计的,即使再高贵的个人,都必须遵循法律规范,即被置于法律规范之内、之下,而不能超越法律规范之外,凌驾于法律规范之上。这显然与前述史上既有的治国方式、治国思维大异其趣。如果说前述国家治理方式皆奉行的是非理性的、非规范思维的话,那么,法治所奉行的是理性的规范思维,这种思维,即是法治思维,这似乎类似于法律人常言的法律思维。那么,法治思维果真是法律思维吗?

[1]苏力:《法律人思维?》,载《北大法律评论》2013年第14卷。

[2]孙笑侠:《法律人思维的二元性——兼与苏力商榷》,载《中外法学》2013年第6期。

[3]桑本谦:《“法律人思维”是怎样形成的——一个生态竞争的视角》,载《法律与社会科学》2014年第13卷。

[4]笔者曾经把国家进入社会的方式五分为神治、人治、德治、权治和法治五个类型。参见谢晖:《法治讲演录》,广西师范大学出版社2005年版,第31—59页。

[5]秦晖:《舆论监督与有错推定》,载《新东方》2003年第3期。

[6]参见[古希腊]柏拉图:《理想国》,郭斌和等译,商务印书馆1986年版,第214—215页。

(二)法治思维是法律思维吗^[7]?

毫无疑问,法治思维与法律思维是两种紧密关联的概念,法律思维不存,法治思维也就无从谈起。因此,在逻辑关系上,法律思维是因,法治思维是果,法律思维是逻辑前件,法治思维是逻辑后果;在思维根据上,无论法律思维,还是法治思维,皆是“根据法律的思维”,而不是超越法律的思维。对两种思维而言,其共同的起点和根据,是法律规范。法律规范不存,则无所谈起;在价值取向上,两种思维都取向于以法律为最高的、至上的准则,规范和处理所有社会公共交往,从而“一断于法”地建立“自由秩序”,故它们都反对游谈无根的神治,基础不牢的人治和权力恣肆的权治;在治理过程和效果上,两种思维都追求程序正义,既把法律视为取得社会效果的程序机制,也借助这种程序机制不断地、可反复地、也可扩张地实现并迈向以自由秩序为基本目标的国家—社会治理。

尽管两者有如上明显的、内在的联系,但这是否意味着两者就没有区别?对此,笔者持否定的看法:在强调法治思维和法律思维两者相关的同时,必须关注两者应有的区别。笔者认为,这种区别具体而言,体现在如下几个方面:

第一,法治思维是政治思维,法律思维是司法思维。现代政治,可以径称为法治政治。法治这一概念自始便具有强烈的政治意味,它是人类既往历史上神治、人治和权治的对立物,是奉行法律至上、一断于法的政治运作方式。它取决于经济市场化、政治民主化、观念多元化的事实。因此,这种政治必须靠法治思维以维系。而法律思维是司法思维。固然,司法并不是逃离政治之外的存在,甚至还有司法政治的事实。更进一步,现代政治受司法的影响甚巨,这诚如托克维尔在描述美国司法对其制度的影响时所言:“在美国,几乎所有政治问题迟早都要变成司法问题。因此,所有的党派在它们的日常论战中,都要借助司法的概念和语言……司法的语言差不多成了普通语言;法学家精神本来产生于学校和法院,但已逐渐走出学校和法院的大墙,扩展到整个社会,深入到最低阶层,使全体人民都沾染上了司法官的部分习性和爱好。”^[8]

但整个政治受司法的影响,甚至脱胎于司法,并非司法就替代了政治,只能说司法是政治的一部分,它仍恪守法律思维,而普罗大众琐碎的日常交往,政治家宏大的国家治理,则必须认真对待法律,竭力效法司法智慧,因之使法治思维成为区别于法律思维的政治思维。

第二,法治思维是战略思维,法律思维是技术思维。战略思维是用以规划一个国家宏观发展进路的思维,而技术思维则是规范人们解决具体问题的思维。我们知道,在军事领域有所谓战略和战术之区别,且战略思维和战术思维之间有很大的差异。如果说军事领域的这种区分是处理战时问题的划分标准的话,那么,在平时,与战时类似,甚至比战时更为重要,也存在战略问题和战术问题。战略问题需要战略思维,战术问题需要技术思维。战略和战术的基本区别,就在于前者解决的问题是整体的、宏观的、一般的,而后者解决的问题是具体的、微观的、个别的。

正是在此意义上,作为战略思维的法治思维,更倾向于在解决一个国家整体的、宏观的和一般的治理问题时,必须把法律“挺在前面”,无论民间还是官方,未雨绸缪时,要以法律和法治作为一般的和基本的预防机制;展开决策或布置工作时,要以法律检视工作的合程序性或合法性,遇到棘手的问题时,更需求诸法律以解决问题。可见,法治思维在这里是政府决策、人民交往、公务人员行为的基本思维。尽管它可以导向对具体问题的解决,但在根本上,它是一种战略思维。这不同于法律思维这种由法律人——律师、法官和检察官等在解决具体案件时必须作为技术使用的思维。可以说,作为战略

[7]笔者经检索,目前国内学者对法治思维和法律思维作区别论述的论著已有多篇,其中较早地论述两者不同的是刘平,他强调两者在主体、内容和责任三个方面的区别。参见刘平:《法治与法治思维》,上海人民出版社2013年版,第168页。但总体看,只有观点,未加论证,可谓浅尝辄止。其他林林总总的论文中,有代表性的是孙光宁的论述,他强调“两者的区别表现在主体、评价标准、作用范围和学科属性上”。孙光宁:《从法律思维到法治思维:中国法治进程的拓展与深化》,载《学术交流》2015年第1期。但笔者对上述部分区别标准持保留意见。除孙光宁的论述外,其他的论述亦可用得上笔者前述对刘平论述之评价。这表明,目前我国学术界对法治思维和法律思维两者关系的论述,尚远未深入,还有很大的探讨空间。

[8][法]托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1988年版,第310页。

思维的法治思维,可以并往往应当具体化为技术思维,而作为技术思维的法律思维,也可能会升华为一种一般意识、普遍意识而成为法治思维。在此意义上两者是相辅相成的。

第三,法治思维是治理思维,法律思维是裁判思维。治理思维的基本目标,是寻求秩序,对法治思维而言,则是寻求“自由秩序”^[9],因此,它在实质上又是一种秩序思维。要实现秩序,特别是自由秩序,必须一种至高无上的权威的存在,法治就选择了法律这种权威。所以,有学者强调:“法学家之爱秩序甚于爱其他一切事物……”^[10]顺理成章的是:法学家之爱法律也甚于爱其他一切事物。治理思维,要求把社会从宏观到微观的方方面面都网罗在权威所预设的目标体系中。因此,它更具有广延性。法治思维作为治理思维,就是在肯定每个人的自由、自治、自主交往的同时,使法律成为一种人们自由交往的自觉的规定性。这意味着立法要尽量捐弃喜欢建构的习惯,而在人们的行为习惯中提取共识的交往规则。只有如此,才能事半功倍地促成社会交往中的自由秩序。

虽然裁判思维也有治理的意蕴,因此,才有司法治理或“司法治国”这样的说法^[11]。但这种治理却甚为独特:它一定是针对社会交往“出轨”的纠纷事实而展开的,是社会纠纷的处理机制。因此,它就逃离了常规治理的思维领域,而以判断是非作为其思维的主要取向。人们的常规交往,容易形成秩序。因此,只要人们按照法治思维,尊重一般的法律规定,即可在交往行为之间近乎自发地形成秩序。但当交往中出现纠纷这种非常规状态时,却不是如此。在这里,即便有共同的法律,但由于人们对法律有利于自身的不同认知,对交往中纠纷事实的认识不同。所以,其同一事实的主张也就各异。此时尽管不排除两造自治地解决纠纷,但未必总能如此。于是,请第三者出场解决纠纷就理所当然。这需要第三人根据法律思维解决问题,无论在能直接适用法律时,还是在不能直接适用法律时,运用法律方法解决案件,都需以法律思维为指导。可以说,法治思维更多考量的是结果(秩序),而法律思维更多考量的是过程(公平);法治思维是法律思维的重要目的,法律思维则是法治思维必经的过程和手段。

第四,法治思维是大众思维,法律思维是职业思维。以上论述不难得见:法治思维是构建日常交往秩序的大众思维。它意味着,任何个人、社团以及国家机构,都应有最基本的法律感,要有基本的法律意识和法治思维。个人和社团权利实现和义务履行的行为,要自觉地符合法律规定;国家机构行使权力和履行责任的行为,更应有强烈的法治意识。因为国家权力必须是法定的,是在法律之外既不能增加也不能克减的。这不同于个人或团体权利,除了法定之外,还可以根据法律规定,由当事人意定,或者在法律之外推定。在一定意义上,法治思维就是在法治之目标导向下人们随时自觉地、自愿地、从而最终迈向自发地按法律交往行为的思维。进而在所有主体依法而为的动态过程中实现日常的法治结果。可见,没有大众的日常法治思维,治理活动便事倍功半;反之,则事半功倍。

而法律思维是一种职业思维。所谓职业思维,是法律从业者应当拥有的思维。固然,此种职业思维一定属于法治思维,但由于其专业性特点,理应专门考察。在法治社会,尽管要求人人有法治思维,但这并不意味着要求人人所拥有的法治思维都能达到职业思维的水平。这正如任何人都可能从一个人的外表看出其身体患病,但并不意味着其能看出该人所患具体病症一样;也如人人都应知道有重病要吃药,但并不意味着其知道每种重病具体该吃什么药一样。所以,作为大众思维的法治思维更多是一种意识、观念,而作为职业思维的法律思维则是法律职业者日常工作所必须掌握的技巧和本领。职业性的法律思维可以培育并强化人们的法治思维,但即使人们都树立了法治思维,也不能替代法律职业者所应有的法律思维^[12]。

[9]参见[英]弗里德里希·冯·哈耶克:《自由秩序原理》(上),邓正来译,三联书店1997年版,第67、72页。

[10]同前注[8],托克维尔书,第305页。

[11]参见于明:《司法治国——英国法庭的政治史(1154~1701)》,法律出版社2015年版,第29页以下。

[12]所以,恩吉施在论述法律思维时,一开场即强调这一思维对外行的困难,毋宁说它是法律者的事业和技巧。参见[德]卡尔·恩吉施:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第1—7页。

综上所述,尽管法治思维和法律思维之间有千丝万缕的联系,但两者又明显不同。因之,法治思维和国家治理的关系,与法律思维和国家治理的关系,并不是一码事。

(三)什么是法治思维?

那么,究竟什么是法治思维?对此问题的回答,还需略微回顾一下什么是思维。简单地说,思维是客观世界(事实)投射到主观世界(人脑)后的反应和加工。这表明,首先,思维有其客观基础。这一客观基础有两,即客观事实以及这一事实的主观投射,特别是后者。之所以能够投射,与人脑本身的物质性、客观性息息相关。其次,思维有其主观属性。对同一事物,不同的思维主体有不同的思维结果,不同的思维结论。哲人们之所以能得出“万物皆备于我”“我思故我在”“存在就是被感知”这些脍炙人口的结论,缘由人类思维具有主观性,因之也具有个体(个人、族群、职业、阶级等)差异性。最后,思维是人脑对客观世界(自然—物质世界、社会—规范世界、人文—精神世界)的反应和加工。反应是初级思维、经验思维、感性思维、适应性思维,它直接导致人们“知其然”;加工则是高级思维、科学思维、理性思维、创造性思维,它导致人们努力去寻求“所以然”^[13]。

尽管思维具有主观性和多元性,但思维同时也具有规定性,从而有规律可循。对此,在我国较早倡导思维科学研究的钱学森先生指出:“……思维当然有规律,因为思维也是一种客观现象,而一切客观的东西及其运动都有自己的规律,思维当然也不例外”“……从思维是人的中枢神经系统,特别是大脑受外界各种刺激而引起的这一点看……外界各种刺激又是客观世界变化和运动的产物,这些变化和运动是遵循客观世界规律的,即自然界的规律和社会的规律,所以外界各种刺激也是有它们自己的规律,而不是无缘无故、无章可循的。这样,人的中枢神经系统、大脑的活动也就当然要有规律,人的思维要有规律……人脑毕竟是亿万年生物进化的结果,遗传是起作用的,从根本上说人脑的结构是完全相同的,人脑受相同的生活经验或相同的社会实践所引起的适应、发展和调整也是相同的,这就从人脑的微观结构方面保证了人的思维的规律性。”^[14]

对思维的上述理解,为我们理解法治思维提供了一个基础。可以认为,法治思维就是作为客观事实的法治实践在人们主观世界(人脑)中的投射,以及人脑对这种投射的继续加工。这一界定,会导出如下三个基本的义项:

其一,法治思维的客观基础是法治实践。法治实践属于社会—制度事实,作为人类史上的制度治理事实,与其他一切制度一样,它包含了五个基本要素,即理念要素、规范要素、主体要素、行为要素和反馈要素^[15]。其中法律理念与法律意识大体同义,且与法律思维息息相关,尽管它们并不是一码事^[16]。因此,可以把其归入“精神事实”领域。其他四个要素,则是纯粹的经由规范和行为而构造的社会事实。这些社会事实,如文字化的法律规范文本,组织化的自然人(往往被结构在组织中)、法人、社会团体、国家机构,公民与法人在交往中争取权利义务的行为,对法律运行是否合乎实体、合乎程序以及悖反实体和程序时的积极处置(矫正)和消极处置(反思为什么)等,都是客观的社会—制度事实。

[13]国外有关思维研究的著作卷帙浩繁,但对我国学者影响较大的有:[瑞士]J·皮亚杰:《儿童心理学》,吴福元译,商务印书馆1980年版,第1—124页;[瑞士]皮亚杰:《发生认识论原理》,王宪钊等译,商务印书馆1985年版,第1—106页;[法]列维—布留尔:《原始思维》,丁由译,商务印书馆1981年版,第1—501页等。我国关于思维和思维科学的研究,参见山西思维科学学会编:《思维科学探索》,山西人民出版社1985年版,第1—366页;钱学森主编:《关于思维科学》,上海人民出版社1986年版,第1—458页;刘奎琳等编著:《思维科学导论》,工人出版社1989年版,第1—288页;丁峻:《认知的双元解码与意象形式:对大脑的立体交叉性探索》,宁夏人民出版社1994年版,第1—285页;苏福忠:《思维科学》,黑龙江人民出版社2002年版,第1—432页;黄辉:《现代思维科学研究》,电子科技大学出版社2004年版,第1—298页;丁峻:《思维进化论》,中国社会科学出版社2008年版,第1—581页等。特别是丁峻先生对思维的论述,既深刻,又颇具启发。

[14]同前注[13],钱学森主编书,第13—14页。

[15]参见谢晖:《制度修辞论》,法律出版社2017年版,第205—234页。

[16]对此,钱学森在谈到意识和思维的关系时曾指出:“不能把比思维更广泛的意识放到思维科学部门来探讨。”参见同前注[13],钱学森主编书,第18页。这对我们探究法治思维和法治意识(理念)的关系不无启示和帮助,不过意识是否比思维更为广泛?这是值得继续探讨的话题。

法律思维就是这些社会一制度事实在人们头脑中的投射。当然,随着人们放大对法治及其秩序认识的范围,那些并不表现为法律的秩序机制,如习惯秩序、宗教秩序等,也会被纳入这个思维体系考量。

其二,法治思维的主观基础是人脑的中枢神经系统对法治的反应能力。如前所述,法治构成了思维的客观对象,而这种客观对象只有被投射到人脑中时,才会导向法治思维。只有人脑的中枢神经系统,才拥有这种功能,动物世界即便有按照其天赋而有缔造独特秩序的能力(如蚂蚁、蜜蜂、狮群、狼群等,都会按照自然之规定行为并形成秩序,甚至像有些学者所指出的那样,个别动物还“能进行思维和判断,具有简单的情感动机和意向目的,能够进行粗浅的学习和记忆”)。但正如论者进一步申言的那样:“可以说,动物尚未走出感性世界,其思维、心理、认识和意识活动以本能性、直观性、现场性、经验性、表象性和机体反应性为主,不具备人类所特有的概念思维与理念思维能力,缺乏超前性、理性化、审美性和哲理性的意识品格。”〔17〕

对人类思维与动物思维的这种比较,业已表明人类思维的高阶特征,只有人脑及其中枢神经系统,才具有对法治这样复杂的事物之思维能力——无论是感性的浅层次的法治思维还是理性的深层次的法治思维,而任何其他动物都不具备这种主观的思维机制和思维能力。

其三,法治思维可二分为经由投射的感知和在感知基础上的有意识的思维加工。前者属于主体对法治“知其然”的思维活动,而后者属于主体对法治知其“所以然”的意识活动。在一定意义上,前者是形象的、直觉的、事实的;后者是抽象的、理性的、逻辑的。前者是在法律调整下的普罗大众日常生活和交往之思维;后者是在法律调整下的社会精英:政治家、法律家、学者、其他法律职业者安排和处理国家—社会事务时的思维。

从整体上而言,法治思维可以归入社会思维,属于“社会思维学”〔18〕的范畴。法治思维的对象——法治本身是高度精密的社会思维之结果,是把人类对天人关系、群己关系和身心关系〔19〕的思维成果按照人类的价值需要予以继续加工的结果。庞德的法社会学强调如何使得法律秩序满足人们的需要,正是这种思维方式〔20〕。因此,普通人的法律思维,不像其经济思维、审美思维那样来的亲切,反而对法律及法治会有自觉不自觉的隔膜。但即使如此,他们面对法治,并非没有形式的直觉和感知,当其把权利主张和要求,秩序主张和行为自觉不自觉地倾向于法律时,已然意味着其形式的直觉的法治思维之形成。至于社会精英,特别是法学家、法律家、立法决策者、执政者、行政执法者的法治思维,则是对法律、法治这种高级的、精致的理性社会实践的再加工、再提升。以上两个方面,意味着作为社会思维的法治思维,在外延上分别指向初阶的形式(直觉)思维和高阶的抽象(逻辑)思维。而在立法、司法论辩、政府重大决策、行政执法等活动以及法律学术研究活动中,灵感(顿悟)思维的呈现,也不是鲜见现象,笔者在这里皆将其归入高阶法治思维中。

对法治思维的上述阐释,是笔者在后文进而论述它与国家治理关系的基础。

二、初阶法治思维与国家治理

如前所述,初阶法治思维乃是法治思维的形式(直觉)阶段,是一种有关法治的感性思维、直觉思维和情感思维,其核心是人们的法律感;是所有思维正常、行为能力健全且生活在一定法律秩序中的

〔17〕丁峻:《意识建构原理与坐标》,中国社会科学出版社2014年版,第11页。

〔18〕钱学森曾把思维(学)予以四分:社会思维学,抽象(逻辑)思维学,形象(直觉)思维学和灵感(顿悟)思维学。参见同前注〔13〕,钱学森主编书,第8—24页。

〔19〕对三种关系基于中国古典法律解释,从而与法律之关系的论述,参见谢晖:《中国古典法律解释的形上智慧》,载《法制与社会发展》2005年第4期,第11—22页。

〔20〕See Roscoe Ponder, *Jurisprudence Volume 1*, Minnesota: West Publishing, p.385.

人,都会具有的思维。只要法治实践内容能够投射到人们的中枢神经系统,就会形成初阶法治思维。问题在于,初阶法治思维,与人类的其他思维一样,会因为思维者的独特社会经验、文化传统、个体情感、个人遭际、甚至个人兴趣与爱好,而形成完全不同的初阶法治思维。这是此种思维形成不可避免的“前见”^[21],从而也表明:并不是所有的初阶法治思维就一定符合现代法治思维和国家治理的要求。因此,有必要在国家治理中,首先排除几种可能存在的虚假的、也对法治有害的初阶法治思维。

(一)国家治理中虚假的初阶法治思维及其排除

当我们知晓前见是理解的条件这一结论的同时,不得不反思的是,前见也可能是误解的条件。对法治的误解及其思维,就是因某种前见——如特殊的法律经历、既有的法律教育、印象深刻的法律传闻等而形成的。但问题还不止于此,一旦对法治的误解形成,会成为虚假的初阶法治思维。归纳这样的情形,大致有如下几种:

其一,神治的初阶法治思维。即人们以神治—教化模式理解法治,并由此生成错误的初阶法治思维。固然,产生于西方的现代法治,与宗教息息相关^[22],特别在其信仰领域,更是如此。不过现代法治终究是人类理性的结晶,它不是、也不应当是神启的结果。

在人类历史上,曾普遍存在过一种神灵的统治。在我国,古老的殷商文化及其统治,就是一种典型的神权——鬼神化的统治模式。因此,发展出了发达的占卜事业和残忍的人殉制度^[23]。此种情形,因为周王朝以来“天道远,人道迩”的实际考量被大为淡化,但直到民国以前,神权与君权(政权)、族权、夫权一样,仍“是束缚中国人民特别是农民的四条极大的绳索”^[24]。而在西方,中世纪政教合一的治理传统,其精神内容并没有成为昨天的黄历。这种长久神权统治的历史实践,很容易成为人们法治思维的前见,把法治等同于至高无上的神灵的统治——从这使得法治似乎高不可攀,进而使得人们对现实中的法治漠然视之。显然,这是在我们强调以法治思维构造国家治理时理应排除的虚假法治思维。

其二,人治的初阶法治思维。即人们以人治—德化模式理解法治,并由此生成错误的初阶法治思维。我们知道,在国家治理史上,究竟法治优先还是人治优先,在学术上一直争论不休。我国先秦时期儒家两家的论争,希腊伟大思想家柏拉图和亚里士多德师徒的分歧,法学者们都耳熟能详,其中国家治理领域争论的核心命题,就是法律和个人相比较,究竟哪个更靠谱。而在人类治理的实践史上,毕竟依赖法律至上的法治,不过短短的数百年时间。把上帝和法律明确置于国王之上的理念与实践,不过是近代市场经济、民主政治和自由—多元文化的产物。这种事实,很容易让人还沉湎在法治就是圣人统治这一古老的前见中,因为只有圣人,才能为芸芸众生制定圣法。

至于我国,这种情形尤为明显。《论语》中的“其人存,则其政举;其人亡,则其政息”“唯仁者宜在高位”;《孟子》中的“徒善不足以为政,徒法不能以自行”,《荀子》中的“有治人,无治法”……这些名言,不但在我国历史上影响深远,即使在今天,无论在我国的政治实践、社会交往实践还是日常生活实践中,都可谓具有强大现实影响。因此,其不但没有销声匿迹,而且还深嵌在人们的行为和观念中。

其三,权治的初阶法治思维。即人们以权治—压制模式理解法治,并由此生成错误的初阶法治思维。权治,即纯粹通过权力的统治。无可疑义,在人类的组织化历史上,权力是不可或缺的存在。人类社会没有权力的作用,就会是一盘散沙——因为“权力是一种保障集体组织系统中各个单位保障有约束力的义务的普遍化能力”^[25]。企图抛开权力,而借助人自觉性的去维系一个社会的自由有序,不

[21]“前见”或者“前理解”,是伽达默尔哲学诠释学的主题词之一,因之而致的命题是:只要有理解,理解便会有不同,前见是“理解条件”。参见[德]伽达默尔:《真理与方法》(上卷),洪汉鼎译,上海译文出版社1999年版,第341—394页。

[22]参见[美]伯尔曼:《法律与革命——西方法律传统的形成》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1993年版,第55—328页。

[23]参见唐际根:《一个王朝的背影:殷墟》,科学出版社2009年版,第139—182页。

[24]《毛泽东选集》(第1卷),人民出版社1991年版,第31页。

[25][英]罗德里克·马丁:《权力社会学》,冯子义等译,三联书店1992年版,第84页。

但成本极其昂贵,而且结果也只能堕入个人强制(另一种独特的权力)的有序,而不是自由交往的有序。正如希梅尔指出:“自由主义者以巨大的代价了解到这样的教训,绝对的权力意味着绝对的腐败。但是,他们还必须了解到,绝对的自由也意味着绝对的腐败。”〔26〕

在这个意义上,权力在人类组织化的生活和交往中是绝对必要的,是所谓“必要的恶”。然而,一旦迷信权力,认为“有权能使鬼推磨”,把权力凌驾于人民权利和国家法律之上,反对任何自治的秩序,而唯权力强制之马首是瞻,并把这种情形理解为是“法治”——一如商韩法家所鼓吹的法治那样〔27〕,则毫无疑问,这种初阶法治思维在国家治理中是应被排除的。

特别值得一提的是,在我国,数千年来铸就的治理传统,基本上属于权治和压制模式,其历史沉积既久,现代启蒙又深受时危世艰的国难影响,出现所谓“救亡压倒启蒙”〔28〕的走势。因此,权治一压制模式的初阶法治思维,还很明显。〔29〕。因此,谈及法治思维,人们很容易把它理解为不分是非地服从权力的支配和指挥。显然,这种唯权为尚的权治思维,是我国国家治理中必须竭力克服和排除的虚假的初阶法治思维。

上述论述,意在表明,一方面,在初阶法治思维中,很容易产生虚假的情形;另一方面,它对现代法律至上、垂法而治、一断于法的国家治理——法治而言,起不到任何建构的积极作用,反而是一种瓦解的消极力量。因此,要真正建立法治化的现代国家治理,就必须不遗余力、坚持不懈地排除如上虚假的初阶法治思维及其影响。

(二)国家治理中的法律感——初阶法治思维

初阶法律思维既然属于形式的直觉、感性和情感阶段,那么,它的内容和表现,用什么样的词汇表述最为恰当呢?笔者认为,一言以蔽之,可将其概括为法感或法律感(下文中概称法律感),或者置于实践视角,可将其表述为法治感。究竟什么是法律感或法治感?笔者注意到,学者们在谈论这一概念时,总习惯于把它和法律人,特别是和律师分析案件、法官裁判案件的“直觉”相联系。例如陈林林在研究法律直觉时就这样界定“法感”:“法律人在接触待决案件时,都能藉由潜意识、直觉和经验得出一个初步法律结论,这种感性的判断能力被称为‘法感’”〔30〕。

尽管笔者能够理解这种对法律感基于法律人视角的论述,因为法律人面对当下案情时的专业判断:一方面,并不能完全排除其对日常生活中法律感的关注,甚至日常生活中已经拥有的法律感(初阶法律思维),乃是进一步升华其裁判思维,构建其裁判规范的前提;当然,另一方面,法律人还有其独特的不同于普通人在日常生活中所获得的法律感,这种法律感(法律思维),已然受其专业思维的影响甚大,故其前见与普通人法律感的前见不同。

因此,笔者更愿意站在普通人的立场上谈法律感,并进而讨论法治感。普通人的法律感,乃是在其生活经验、文化修养、交往场景、心理需要、个体体验等现实中对法律的感知和理解,并藉此形成初阶法律思维。这正如菲尼斯认为自然法应关注整体上人类行为的正当性和人类秩序的正当性一样〔31〕。诚如前述,这种初阶法律思维,既可能刚刚迈进现代法律和法治的门槛,也可能已深入现代法律和法治之肯綮。当然,还可能与现代法律与法治格格不入,是现代法治思维理应否定、排斥的对象。可见,法律感在这里是对普通人而言的(尽管这并不排斥法律人的法律感,但如前所述,法律人的法律感:一是对普通人法律感的筛取、加工和升华;二是有其专业知识的前见)。初阶法治思维的生成,

〔26〕George Seldes: *The Great Thoughts*, New York: Ballantine Books, 1985, p. 184.

〔27〕参见商鞅:《商君书》,石磊译注,中华书局2009年版,第87、120页;韩非子:《韩非子》,陈秉才译注,中华书局2007年版,第24、241页。

〔28〕参见李泽厚:《中国现代思想史论》,东方出版社1987年版,第7—49页。

〔29〕参见谢晖:《法意与表达》,法律出版社2014年版,第125—129页。

〔30〕陈林林:《直觉在疑案裁判中的功能》,载《浙江社会科学》,2011年第7期。相关研究,还可参见李安:《法律直觉是什么?》,载《杭州师范大学学报》2013年第5期;李安:《司法过程的直觉及其偏差控制》,载《中国社会科学》2013年第5期。

〔31〕John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 18.

与这种法律感紧密相关,此种法律感,也是催生人们法治感的前因——可以说,法治感是主体法律感的实践展开方式和现实化,法律感则是主体法治感的思维前提。

可见,对无可避免地生活在法律秩序(法制或法治)中的公民而言,法律感无论如何,都是客观存在的,只是多数人“百姓日用而不知”罢了。问题是什么样的法律感与法治要求相一致的?什么样的法律感又与法治要求相反的?这正是初阶法治思维所要努力的方向,即培养人们与法治相一致的法律感,并进而培养人们的法治感——只有如此,才能在国家治理中,让每一位法律主体都自觉地或经过引导地以参与者的身份投入国家治理中。显然,它可以事半功倍地实现现代国家的整体治理,避免公民被裹挟地参与国家治理中的那种被动和由此导致的对国家治理的拖拽,避免普通人成为国家治理看客,甚至成为反对法治的消极力量。

那么,究竟如何培养人们的法律感和法治感?这是一个在我国当代法律和法制(治)发展中,已有诸多经验积累的问题,诸如开始于1986年、已连续开展了共计七个“五年计划”的全民普法宣传活动^[32],司法机关通过巡回审判,“送法下乡”所展开的具有专业示范意义的普法活动^[33],法学界和各地联合展开“双百”普法活动^[34]等,都在一定程度上较大地提高了我国公民和普通公务员的法律感和初阶法治思维。这里不得不说的是,这种权力运作下的行为,尽管有一定效果,但如果普法的受众不能由此获得切身感、现场感。即如果所普的法在公民心目中是遥远无垠的、与他们毫不相干的。那么,即使一时记住了某些法条、某些法律概念,甚至有了某些法律理念,也会随着时间推移,被抛诸脑后,荡然无存。

因此,与其说法律感和法治思维的培养,不如说法律感和法治思维的发现与引导。真正的法律感和法律思维,哪怕是初阶的,一定植根于人们日常生活和交往的需要,进而也是人们日常交往行为的思维结果。在普法活动中,如果人们的生活需要和交往实践与这一活动是“离场”的,那么,任你如何普法,在普通人看来,法律要么是“肉食者事”,要么是“坏人之事”,与自己有何相干?因此,一个法律和法治无时不在场的社会环境,乃是法律感和初阶法治思维形成的关键。具体说来,这样的基础在经济领域是市场经济,因为分工生产的单面性和市场需要的全方位性必然需要统一的规则来协调和保障;在政治领域是民主政治,因为众口难调的民治意见和统一决策的行动方案,必须通过统一的规则来协调和保障;在社会—文化领域,是多元文化,因为越是思想、文化的多元,越需要对多元观点、思想作平等的、无歧视的规范调整 and 保障。毫无疑问,经过辛亥革命以来、特别是改革开放以来的迅猛发展,我国在经济、政治、文化领域已经分别迈向市场化、民主化和多元化。

正是基于这样的社会事实,人们不难深切地感受到当代中国公民法律感和法治思维的普遍地、明显地提升。昔日一有交通事故,总会发现司机间、乘车人之间相互辱骂、推搡、甚至打架的情形;如今,随着相关处理机制的日趋完善,在我国大城市地区很少见到此种情形了。昔日有了纠纷,每每是通过拳头决胜负;如今时过境迁,人们把纠纷解决的工作更多地交由有权处理的机构,特别是请求法院来处理。凡此种种,无不表明我们熟悉的那个结论:“……社会不是以法律为基础的。那是法学家们

[32]对此,在1985年6月19日“全国法制宣传教育工作会议”召开后,思想家梁漱溟、张申府等先生专门致信彭真委员长和各位副委员长,激动、自信且自豪地预言:“这一措施将使我国成为世界上第一个社会主义法治国家,为人类历史进程开辟了光明伟大的新航道,成为世界各国的光辉典范!”参见司法部宣传司编:《依法治国的生动实践》(下),法律出版社2001年版,第2098页;刘绍唐主编:《民国人物小传》(第15册),上海三联书店2016年版,第331—332页。特别值得一提的是,这份资料的确切书面来源,是笔者经过微信求助后,由信友、南京大学郑天祥博士研究生和苏州大学刘成敏教授搜集给我的。而笔者在行文之时,通过《梁漱溟全集》相关年份的文章,以及《梁漱溟书信集》《梁漱溟年谱》等书查找,皆未找到。在网上搜索,也一时未能找到。在此特别感谢网友郑天祥博士和刘成敏教授!

[33]参见苏力:《送法下乡——中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版,第466页。

[34]该活动全名为“百名法学家百场报告会”,最初由中组部、中宣部、中央政法委、教育部、司法部、中国法学会和中直机关工委、中央国家机关工委、解放军总政治部和北京市委共同举办,后来各省、自治区、直辖市纷纷效仿。首场报告会于2010年6月11日在人民大会堂举行。以上资料来源,载<http://iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=22484>,2020年2月18日访问。

的幻想。相反地,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个的个人恣意横行。”^[35]尽管该结论是说社会和法律之间的关系,但也完全适用于社会和法律感以及初阶法治思维之间的关系。那么,在这种社会事实面前,如何引导人们的法律感和法治思维?

归根结底,所谓法律感,来自人们对规范的感悟。所谓法律的统治,无非就是规范的统治。因此,法律感的培养,基本的切入点是要人们在日常生活和交往中,依循法律规则的内容而有所为有所不为。无论人们利益的获取,还是利益的交换;无论可为的事项,还是不可为的事项,无论能够自决的事项,还是必须协商决定的事项;无论主动的权力介入,还是被动的(应请求)的权力出面……都须有法律上的依据,或者至少可以借助法律,以推定相关行为有依据。从根本上说,人之区别于动物,就在于人压根是规范—符号的动物。^[36]古人云:“没有规矩,不能成方圆。”尽管言之不虚,但只是现象描述,并未直入规范鹄的。要深入揭示人遵从法律的內因,须深入到人的规范本性,并进而强化人的规范依从,保持人对规范的基本敬畏。有了这种行为依从和心理敬畏,人的法律感也就自然养成了。

具体说来,法律乃是包含了权利、义务、权力(职权)和责任(职责)的规范体系。因此,法律感和初阶法治思维之培养,也应分为权利感和义务感、权力(职权)感和责任(职责)感。权利与义务是现代法律的基础概念、核心范畴。如果权利缺席,则意味着与其息息相关的自由价值之缺席。这样一来,法律就只剩下赤裸裸的强制,而失却人们因法律所致的自治;人们因此也就成为法律和法治的远观者,而不可能生成正向的法律情感^[37],因为人们不是法律和法治的积极参与者和“为权利而斗争”的实践者。可见,权利感和权利思维的养成,是培养人们自觉地依从法律,参与法治,以实现其物质利益和精神自由的保障。如果义务缺席,则意味着与之息息相关的秩序之缺席。那样,人们所面对的,可能是秩序的混乱和败坏。秩序一旦败坏,人们生存的基础将消失。所谓权利之追求,也就变成自然状态下“物竞天择,适者生存”的“丛林法则”,人类相互之间的怜悯、同情、互助便荡然无存。所以,义务感和义务思维的养成,对法治思维而言,与权利感和权利思维的养成几乎是等值的,甚至在一定意义上,从秩序价值——保障“平等的自由”这个意义上讲,义务感与义务思维之养成,要甚于权利感和权利思维。这正如哈特认为义务性规则是第一性规则的重要部分那样^[38]。它对公民自觉地参与国家治理而言,其意义不言而喻。

如前所述,权力是人类社会化、组织化生存的必要的恶。有权力,就必须有责任。权力(职权)和责任(职责)的关系,在笔者看来是“一体两面”的^[39]。不应有离开权力的职责,否则,就是“既要马儿跑得快,又要马儿不吃草”。只有明确职权,才能科以职责;只有明确职责,才能确保职权。对此,不仅职权和职责的担当者——国家公职人员应有相关法律感,而且对普通公民来说,理应有这样的法律感——权力(职权)感与责任(职责感)。只有如此,方可克服权治思维,才能把权力运行和责任落实,皆视为现代法治的强制性规定,是法治之常规,进而深化公民的法律感,培养公民的现代初阶法律思维和初阶法治思维。

(三)国家治理中培养法律感——初阶法治思维的场域

既然人们法律感——初阶法治思维的形成,主要不是政府建构性培养的结果,而是人们在日常生活和交往中,因为切身的需要而自发地形成的。而政府的使命,是设法如何因势利导,建立和巩固人们对法律和法治的亲切情感、依赖行为和参与意识。那么,人们法律感——初阶法治思维形成的具体场域是什么?对此,站在不同视角,或许有不同的分类。例如,人们可以在社会领域的视角对之

[35]《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1961年版,第291、292页。

[36]有关“人是符号的动物”之论述,参见[德]恩斯特·卡西尔:《人论》,甘译译,上海译文出版社1985年版,第33页以下。有关“人是规范的动物”之论述,参见谢晖:《法哲学讲演录》,广西师范大学出版社1997年版,第92页以下。

[37]对法律情感较好的论述,参见谢鹏程:《论法律态度》,载《烟台大学学报》1991年第4期。

[38]H.L.A.HART, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press, 1961, pp.84-85.

[39]相关论述,参见谢晖:《法学范畴的矛盾辨思》,法律出版社2017年版,第195—246页。

类型化,从而可以分别在其经济、社会、文化、政治等生活中寻求法律感的来源;也可以在不同职业视角分类,从而分别观察农民、产业工人、教师、军人等法律感的养成机制等。但在本文中,笔者观察的视角,则立足于社会秩序构造的三种类型,即自治场域、互治场域和他治场域。

第一,自治,法律感及初阶法治思维生成的第一场域。近、现代社会与古代社会分别在主体领域的分水岭,是前者强调主体性,即主体自治,并且随着社会的日渐进步,技术的日渐发达,人类自我管理和支配能力的日渐提升,主体自治的范围和水平也日渐宽泛、日渐提升。如近代起初的主体性,在性别上是指男人,在种族上是指白人,在信仰上是指基督徒。但因社会进步及宗教改革运动、黑人运动、女权运动的蓬勃发展,之前主体自治的藩篱被拆解。^[40]而古代社会则不同,在那里,几乎不存在主体自治。纵然在个别的文明传统中,曾有过贵族自治的昙花一现,但也是极其脆弱的。柏拉图被狄奥尼修斯一世卖为奴隶,可谓适例。^[41]

自治是近、现代社会主体性的必然。所谓主体性,就是指:1.在人与世界的关系(天人关系)中,人是世界的中心,是万物的精灵;2.在人与人的关系(群己关系)中,人自治地、自主地、自由地存在,并同样自治、自主和自由地决定与他人的交往或不交往,以及与他人如何交往;3.在身与心的关心(身心关系)中,我心导我行,心是决定的,行是派生的。所以,主体是心本体和心本位的。^[42]主体性的社会事实,不仅决定了人的存在样态,而且还决定了规范主体存在的规范样态,即法律因应主体存在的样态,自生自发地或人为设计地展开法律以人为核心的调整机制。在这一调整机制中,权利的设定为主体自由人格创造了规范前提;而义务的设定,又为主体自治地合作创造了规范前提。在此意义上,无论权利,还是义务,皆是围绕主体性而展开的。而权力的设定,就是为了在主体自治不能时,出面确保主体性,并进而保障主体自治。^[43]

法律对个体性以及个体自治的保障,自然使主体能够更为切身地感受法律、法治和自身物质利益、行为自主及精神自由的关联。所以,初阶法律思维长成的关键,就在于把主体的自治要求,导入到法律和法治的框架中。经过在这一框架中的不断实践,体验,即使人们并不了解法律、法治和自治内在关联的所以然,也会经验性地理解两者关联之然。尤其人们基于法律权利所导致的主体自治、自由、自主、自决和自信,在进一步促成、保障主体性的同时,也会自发地生成人们对法律和法治之依赖感,进而产生自发的、初阶的法治思维。

第二,互治,法律感及初阶法治思维生成的第二场域。原子化的个人从来只是研究者观察人的起点,但从来不是,也不应当是其观察人、人类的落脚点。即便主体性理论,在满足对原子化个人之生存状态、精神状态的描述的同时,也绝不停留在原子化个人境地,而必须在人的相互性或相互依赖中展示其主体性。所以,说主体性是用于描述个体存在方式的词汇,固无可,但说其是描述社会交往中相互依赖的个体之生存方式的词汇,则更加真实。显然,在哲学上看,这是对“万物皆备于我”(孟子)、“我思故我在”(笛卡尔)、“人为自然立法”(康德)理论的一种纠偏,从而转向了“主体间性”理论——尽管在胡塞尔看来,这种先验主体与绝对自我,是主体间性建立的前提:“一种成功的现象学哲学在开始时只能是唯我论,而只有在它建立在一种唯我论的基础上之后才能逐渐达到主体间性。”^[44]

[40]参见McAdam, *Doug Political Process Black Insurgency 1930-1970*, Chicago: University of Chicago Press, 1999, pp. 1-346; 王政:《女性的崛起:当代美国的女权运动》,当代中国出版社1995年版,第1—218页。

[41]参见[古希腊]第欧根尼·拉尔修:《名哲言行录》,徐开来等译,广西师范大学出版社2010年版,第143—144页。参见[古希腊]柏拉图:《柏拉图书简》(七),彭磊译注,华夏出版社2018年版,第52—120页。

[42]相关论述,参见[法]让-保罗·萨特:《什么是主体性?》,吴子枫译,上海人民出版社2017年版,第1—232页;[丹]丹·扎哈维:《主体性与自身性——对第一人称视角的探究》,蔡文菁译,上海译文出版社2008年版,第1—304页;王晓东:《西方社会主体间性理论批判——一种形态学视野》,中国社会科学出版社2004年版,第1—249页。

[43]当然,正如人们所知晓的那样,现代社会中的自治,绝不止是指个体自治,还有单位自治、社团自治、党派自治、村社自治、业主自治等。但这些自治在法律上的意义,都不过是个体自治的拟人化。

[44][德]胡塞尔:《现象学与哲学危机》,吕祥译,国际文化出版公司1988年版,第163页。

事实上,主体间性提供了一种主体性的同一性和普遍性,提供了人们不是在静态个体视角看待主体性,而是在动态实践视角看待主体性的立场。这种立场用我们的日常说法,就是“将心比,都一理”“人同此心,心同此理”。用哈贝马斯的话说则是:“‘自我’是在与‘他人’的相互关系中凸显出来的,这个词的核心意义是其主体间性,即与他人的社会关联。惟有在这种关联中,单独的人才能成为与众不同的个体而存在。离开了社会群体,所谓自我和主体都无从谈起。”〔45〕

之所以在此特别引出主体间性,是在笔者看来,这个词汇能更好地描述互治这样一种主体交往的实践类型。在本质上,所谓互治,就是人们根据订立的契约而相互发现、相互约束和相互满足的活动。在这里,既表现着契约参与者先验的自我主体品格,也表现着所有参与者的“自我同一性”——尽管现代法治意义上的契约行为,一般是在法律意义上达成的规范调节行为。因此,表面上似乎与哈贝马斯意义上的交往行为有距离,但在笔者看来,它并不是直接遵循某种法律的规定,而是以超越的主体性为前提(意思自治),以交往合法性为手段(契约自由),以相互性地满足主体的需要为目的(等价有偿)的行为。

与主体的自治活动相比较,互治摆脱了更倾向于权利及其自由这种法律规范及价值的单向性,而实现了权利和义务的双向或互向的实践建构,从而在互治的实践中更有利于全面展示法律规范——权利与义务及其价值——自由与秩序。因此,所谓契约化互治的社会实践,对所有主体而言,明显具有亲临其境、亲身参与的特征,这势必导致在此种实践活动中,人们法律感的形成和初阶法治思维的养成,是通过契约的互治行为实现的。它把人们引向运用和依赖法律的境地,进而巩固人们的初阶法治思维。自然,对于决策者而言,在人们的互治——契约实践活动中诱导其法律感和法治思维,是初阶法治思维养成的终南捷径。

第三,他治,法律感及初阶法治思维生成的第三场域。如果说主体性决定了在法治实践中,必须安排并彰显自治,而主体间性又决定了在法治实践中,必须安排并彰显以自治为前提、以契约为工具的互治的话,那么,在主体性不能,主体间性也不能,即两者可能缺席的场合,国家治理中的第三种方式——他治就必须出场。所谓他治,是由法定的国家权力出场管理、处置公共事务和私人纠纷的活动。尽管现代法治的基础和日常活动由主体自治地或契约互治地实践,但现实生活中,并不是主体靠自治和互治就能够胜任愉快地完成法治的所有使命,我们知道,主体在自治中会力有不逮;主体间在互治中会产生纠纷,且互不相让。这导致即便是建立在民治基础上的法治国家,不可能、也没必要让政府缺席,让权力缺位。权力这种“恶之花”还不可避免地会作用于法治秩序的建构和维系中。

由于在现代法治中,权力是种需要严格带着“紧箍咒”,并与责任绑控在一起的法律规范和社会事实,这似乎与古代社会权力制约较少,不少时候甚至恣纵权力的情形相比较,显得其作用日渐式微。这种假象的认知并未准确判断权力规定和运作的社会事实。在一定意义上,现代社会对权力的需要,丝毫不比古代社会来得弱;现代社会中权力的实际作用,也丝毫不亚于古代社会。这是因为:其一,现代社会的社会关系越来越陌生人化,这使得熟人之间靠传统亲情伦理、宗族规范、社会习俗以及自我道德这些具有明显内部性的自约束机制大为松弛,人们不得不把目光投向外约束机制——法律。虽然法律也能够内化为人们心悦诚服、且行为依赖的规范,但如果没有权力保障机制,外部性的法律就很难完全被内部化地运用和遵守。

其二,现代社会关系不但越来越陌生化,而且越来越复杂。在此种复杂社会关系面前,即便人的主体性和主体间性所蕴含的能力能够同步增长,也很难跟得上越来越难以协调的社会关系的节奏。这要求用来处理这些社会关系的权力必须同步增长。否则,社会秩序就难以保障。所以,尽管笔者赞同在力量恒定前提下的一个结论:权利和权力在量上是反比例关系,但一当前提有变,力量不再是恒

〔45〕[德]哈贝马斯:《重建历史唯物主义》,第53页,转引自章国锋:《关于一个公正世界“乌托邦”的构想》,山东人民出版社2001年版,第40页。另,郭官义在翻译该书时,把“主体间性”翻译为“主体通性”,本文不予采纳。参见[德]尤尔根·哈贝马斯:《重建历史唯物主义》,郭官义译,社会科学文献出版社2000年版,第1—362页。

定的时候,权利和权力的正比例增长并不罕见。如互联网的迅速发展,既产生了为数不少的和网络相关的权利,也产生了相关的一系列保障和管制网络自由的权力。

其三,随着现代技术的高度发达,权力对重大技术、信息以及其他社会资源的聚集性和垄断性,使得权力控制社会的范围、手段和能力也大为增强。昔日导致“皇权不下县”^[46]的那些客观原因,如今因技术手段的飞速进步,已经被完全克服。只要法律上有规定,现实中有需要,权力在技术上可随时对准具体的个人、家庭、村寨和社区。在现代社会,权力用来处理天人关系、群己关系、甚至身心关系(如权力出面组织的心理干预)的能力,是古代任何社会所望尘莫及的。

其四,国际事务的增长。众所周知,我们已经迈入经济的全球贸易、文化的全球交流和政治的全球对话这样的时代,^[47]这即是所谓全球化时代。尽管全球化令国家的主权观念有所改变,但在全球性交往中,主导的工作只能由权力完成。就法律而言,在奥斯丁那里还被仅仅说成是“实在道德”^[48]的国际法,如今却已然是具有域内效力和域外效力的真正的法律,并且各国在内国法治的基础上,还在积极追求国际法治。显然,没有国家权力出面的协调,这些重大国际事务的有序解决,几无可能。

可见,他治在现代法治体系中有不可或缺的地位和作用。只是必须强调,现代法治体系中的他治,一方面,是启蒙思想家所谓“社会契约”的他治。因为它为人们的自治保留了充足的空间,在私人领域,必须“风能进、雨能进、国王不能进”。在这个意义上,权力作用于社会,乃是权力主体和社会主体间一种变体了的契约“互治”。另一方面,权力进入社会乃是严格以法律的授权为界限的,其目的是为了谋求社会和公共利益。权力行为一旦有违社会——“自由人联合体”的利益,则人民拥有罗尔斯意义上的“非暴力反抗”或“良心拒绝”。^[49]再一方面,权力之进入社会,越来越具有协商性或回应性,即在权力运作中,没有公民和其他社会主体的参与,其合法性堪虞。这足以表明现代法治权力运作中的主体参与特征。这种特征,正是强化主体法律感,并在国家治理中因势利导地培养初阶法治思维的重要场域。

综上所述,主体藉由上述场域,一旦形成更稳定、正确、深刻的法律感和法治思维,对以法治为核心的现代国家治理而言,其事半功倍的意义不言而喻。

三、高阶法治思维与国家治理

源于人们感性、直觉和情感的初阶法治思维,是按照法治理念治理国家时的基础支撑力量,俗话说:“基础不牢,地动山摇。”这对国家治理而言,照样适用。但以法治为前提和基础的国家治理,不能仅仅停留在这一基础之简单、静态的水平面上,还必须在此基础上建构起拔地而起、富有明显立体感的凌云大厦,才能应对、规范和调整动态、复杂、立体和多面的社会事实。这样一来,源自感性、直觉和情感的初阶法治思维,就显得捉襟见肘了,而必须以一种高阶法治思维来统摄和引领法治大厦的建构。

高阶法治思维,乃是以规范—逻辑思维、系统—协调思维、实践—动态思维为内容和特征的法治思维。它是建立在初阶法治思维对法治之普遍的心理认同、行为服从和情感依赖基础上的,但它又超越了初阶法治思维,在具体的、多面的和立体的视角,规划并处理法治的内在结构、行为机制、协调方式等等细节问题,并经由对这些细节问题的处理具体而微地增进国家治理。下面,笔者将在高阶法治思维的如上三个方面入手,说明它与国家治理的关系。

[46]参见费孝通:《费孝通文集》(第4卷),群言出版社1999年版,第339—340页。对此,有学者提出了证伪。具体可参见胡恒:《皇权不下县?清代县辖区与基层社会治理》,北京师范大学出版社2015年版,第1—391页。

[47]参见谢晖:《法治讲演录》,广西师范大学出版社2005年版,第207—222页。

[48]参见[英]约翰·奥斯丁:《法理学的范围》,刘星译,中国法制出版社2002年版,第148页。

[49]参见[美]约翰·罗尔斯:《正义论》,何怀宏等译,中国社会科学出版社1988年版,第351—380页。

(一)国家治理中的规范—逻辑思维

国家治理的基本使命,就是把从公民日常交往的生活琐事,到政府决策和布置的家国大事、甚至国际交往与合作中的邦国要事等都悉数纳入统一的一般规范体系中。显而易见,国家治理几乎是包罗万象的。可见,这是一种蕴含了人类伟大理想和抱负的治理活动,它也是一项事业。用富勒的话说,这项事业“是使人类的行为服从于规则之治的事业”〔50〕。因此,这一治理就是要实现国家大小治理事务的规范化、经常化、有序化和逻辑化。

所谓国家治理的规范化,就是国家治理中的大小事务,必须于法有据。无论是执政党的决策行为,还是议会的立法和决策行为;无论是政府的执行行为,还是军事机关的指挥行为;无论是司法机关的裁判行为,还是监督机关的监督行为;也无论是公民个人和其他私主体的自治行为,还是主体之间的契约互助行为,都要于法有据,都要被纳入法律及其秩序的名下。所以,这里的规范,不是离开法律的其他规范,而是由国家直接制定的法律,或者在法律上被赋予了合法意义,能够被安排或结构在法律秩序体系中的社会规范。

或问:人们纯粹自治的思想活动、道义行为,以及法律未曾规定的领域如何被纳入法律调整的范畴?事实上,现代法律早已把思想自由以及建立在其基础上的言论自由规定为公民的权利,它意味着:思想并非逃离法律之外的存在,乃是法律必须保护的主体,对社会主体而言,不得因思想以及政治言论追究责任,是法律的底线要求。而道义行为,如社会捐助等,一方面乃是公民或其他社会主体的自治行为,也是权利行为;另一方面,对于特别突出,具有典范意义的道义行为,法律上的应对是奖励。〔51〕赏善惩恶,分配权利义务,并通过权利义务的规定而“以法为教”,这自古以来就是法律的三大基本职能。所以,法律的职能就是如商鞅所说的“壹赏、壹刑、壹教”,或是如管子所说是“定分止争”。至于对法律未明确规定的事项,一方面,在实践中如果并未因此出现冲突,则以权利推定原理被推定为权利;另一方面,倘若因此发生冲突,且诉诸法院,法官则以意义空缺的补充方法,如类推适用、法律(外部)发现以及法律续造等方式予以处理。〔52〕可见,在规范化的总要求下,即便法律有所疏漏,但只要一个国家,特别是政府及公职人员具有规范化的法治思维,并掌握具体的法律方法,国家治理就会出现“法网恢恢,疏而不漏”〔53〕的情形——因为“法律适用方法学说在本质上是‘规范性的’和教义的学科,是以规定的方式告诉解释者(法官)基于特定的法律规定如何作出解释的学说”〔54〕。否则,国家治理的效果则堪虞。〔55〕

所谓国家治理的经常化,是指在国家治理中人们必须依循法律在空间上是普在的,在时间上是连贯的。法治不是国家治理的一时举措,而是国家治理的根本之道。举凡一切治理举措,如主体、权力、权利、义务等都须从法出。这就是法治的规矩,也是法治时代国家治理的规矩,进而高阶法治思维也是现代国家治理的观念基础和规矩。

这一规矩表现在空间上,是治国举事应坚守法律普在普适的思维。无论是个体自治、私人交往、公共交往还是官方举措。无论是国际事务还是内国事务,也无论是中央事务还是地方事务,都应据法而行。特别对公权主体而言,坚守权力依法行使,权力不得推定的基本原则,拒绝以言代法、以权压法、以势乱法的情形。自然,这需要所有权力主体比普通公民有更高的法治思维。权力主体没有高阶法治思维,普通社会主体也就很难有稳定的初阶法治思维。

〔50〕[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年,第124—125页。

〔51〕参见谢晖:《论法律调整与社会管理创新》,载《西北大学学报》2013年第1期。

〔52〕参见谢晖:《法律哲学——司法方法的体系》,法律出版社2017年版,第271—384页。

〔53〕老子云:“天网恢恢,疏而不失。”参见(周)老子:《道德经》,饶尚宽译注,中华书局2006年版,第176页。把法喻为“天”,后世引申者可谓颇具创意。

〔54〕[奥]恩斯特·A·克莱默:《法律方法论》,周万里译,法律出版社2019年版,第14页。

〔55〕参见于建嵘:《如果没有法治思维,没有科学态度,没有人文关怀,我们还会继续错下去》,载<http://www.jxfpc.gov.cn/doc/2020/02/13/138814.shtml>,2020年2月17日访问。

这一规矩表现在时间上,是治国举事应坚持法律连贯普适的思维。这一思维事实上是要把所有国家治理的事项都纳入生生不息、不断复制的法律运作中。除了纯粹私人之权利不作为,其他举凡私人权利的作为行为,私人之间的契约行为、主体之间的公共交往行为以及公权主体的行为,都应被纳入法定程序中。它不是指某次具体的行为被纳入法律程序,而是但凡有相关的行为皆应被纳入其中,以谨防“运动式执法”^[56]等解构法治、损害国家治理的行为,使依法而为成为人们的习惯,使法律贯彻始终的思维成为国家治理的习惯。

所谓国家治理的有序化,乃是在目标上,国家治理必须按照法律规定和法治要求,缔造自由有序的社会景象。可以说自由有序是人类秩序的一种形态,它所针对的是一国虽有秩序,但其代价是失去自由的秩序形态。现代法治也罢,现代国家治理也罢,其目的之维,就是实现自由秩序。对此,笔者在其他文章中已有专门论述,此不赘述。^[57]

所谓国家治理的逻辑化,是指国家治理从规范到实践应遵从统一的思维。我们知道,逻辑的内在含义是用来研究人们思维规律的学问,扩展含义是用以研究思维活动与客观对象(自然对象、社会对象以及心理活动)对应关系的学问。逻辑的要义,是说明思维有规律,同样,也强调思维的对象有规律。法律和法治是最讲究逻辑的人类事业。无论法律概念的界定,法律命题(判断)的确定、法律体系的协调以及法律适用于社会实践(案件事实)时的推理等等,都是必须依赖逻辑才能完成的事业。有学者强调:“无论立法工作和司法工作,都离不开逻辑这个工具。”^[58]事实上,不止是在立法和司法工作中,法治主导的国家治理,举凡立法、司法、行政活动,社团、村寨、社区、企事业单位的内部管理,社会主体之间的契约化交往以及国家间的交往等,都是在规范这一逻辑大前提下展开的事业。^[59]

国家治理的逻辑性,首先要坚持法律作为逻辑大前提的至上性和统一性。法律是法治的逻辑前提,也是国家治理的终南捷径。国家治理的逻辑,就是在任何时候、地方、状态下,都坚守法律的优先性,把法律挺在具体治理活动的前面。特别对公权主体而言,没有法律根据,就不能展开有关治理的其他环节。即在公权主体的行为中,法律作为逻辑大前提是不能缺席的。即便社会关系和社会事实出现了明显的在法律上一时找不到根据的“小前提”,也要根据法律的精神、原则和理念,用高阶法治思维对其治理实践中的所作所为进行合法性说明,以维护法律和法治的尊严。在此意义上而言,法律方法就不仅是司法主体适用法律的方法,也是立法机关制定法律、行政机关执行法律的方法^[60]。

国家治理的逻辑性,也要求社会管理的事实与结果与法律规范的对位性。法律的基本功用是调整社会关系,其基本目的是使社会关系和社会秩序按照法律预设的前提而运转,即把社会事实、社会关系装置在法律规范中。在这个意义上,法律是“设计图”,是“模具”,是“3D打印机”,而法律调整下的社会关系和社会秩序,是依据“设计图”“模具”或“3D打印机”所生产出的产品。在法律图式下,只有社会关系和社会秩序符合法律要求,才表明这种关系和秩序是合格产品。否则,就是残次品,就需要根据法律模型予以返工、矫正。只有如此,社会关系和社会秩序才能保持和法律的逻辑一致性,才能实现经由法治的国家治理,才表明在国家治理中真正彰显了法律思维和法治思维,实现了国家治理的合逻辑性。

(二)国家治理中的系统—协调思维

国家治理不是局部治理或某一层面的治理,而是全域(方位)治理、全时性治理和主体普适性治理。因此,系统思维和协调思维是这一调整必须随时考虑的内容,一旦在治理过程中顾此失彼,势必会导致国家治理的左支右绌。那样,不但无法增益于国家的稳定、社会的繁荣以及文明的进步,反而

[56]参见陇夫:《向“运动式执法”说不》,载《法学家茶座》2003年第2辑。

[57]参见谢晖:《法律至上与国家治理》,载《比较法研究》2020年第1期。

[58]吴家麟:《建立法律逻辑学的必要性及其研究内容和方法》,载《福建论坛》1982年第5期。

[59]See J. N. Frank, *Law and Modern Mind*, New York: Tudor Publishing Company, 1936, p.101.

[60]参见王磊:《防疫误用了“征用”和“调用”》,载微信公众号“法学学术前沿”,2020年2月18日访问。

给人民日常生活和交往、给政府日常运作和管理埋下隐患。国家治理中法治思维的另一重要特征,就是要树立并坚持系统—协调思维,防止左右失据、顾此失彼的情形发生。以下不妨从系统和协调两方面分别入手予以分析:

国家治理中法治思维的系统性,首先是指法律规范对和人类相关的三种社会关系:天人关系、群己关系和身心关系要能够全覆盖,从而使法律对社会关系具有全方位的可调整性。这必然导致在“法律体系内容上的丰富性、完整性和多样性”。^[61]国家治理中法治思维的系统性,可以细化为内部系统性和外部系统性两个层面。

内部系统性,就是指法律规范的系统性。它表明,法律规范必须能够全方位地指向与人相关的社会领域。它需要调整天人关系。因此,对于诸如野生动物植物,大气、生态环境,土地、海洋、矿产资源以及其他形形色色的人类生存空间,都被日渐完善地纳入法律的规范体系中。它需要调整群己关系,甚至把天人关系的内容也要化约在群己关系中,转换成人与人的关系。例如禁止狩猎、贩卖国家保护的野生动物,就是把天人关系的规定性化约到人类行为规范中,从而变成以天人关系为内容的人际关系。至于纯粹的群己关系,更是法律天经地义的调整对象。甚至法律还要涉及人们的身心关系:一方面,法律必须保障人们身心关系的自由,只能保护,不得干预人们的思想自由;另一方面,因为外部原因导致人们心理健康可能受损时,国家、社会或公民个人可以予以心理咨询和干预,使其恢复身心健康。

至于内部系统性的形成机制,既可能是理性建构主义的法律体系,如大陆法系的成文立法,就建构了事无巨细,全面规范的成文法律体系。与此同时,辅之以司法裁判中法官以法律方法为技术工具,所缔造的“法官之法”。也可能是经验进化主义的法律体系,如英美法系的判例法,就是由历代法官的判例不断累积地形成的法律体系,尽管在判例法国家,也不断地在做判例重述一类的“判例法典化”工作。与此同时,成文法的规模和内容也得以迅速成长。但无论如何,在判例法国家中,法官在法律规范体系化中的作用几乎无可替代。所以,在萨尔蒙德看来:“虽然有若干种创造法律的具体方式,所有的法律都是由法院承认和执行的,法院就根本不承认任何不属于法律规范的规范。因此,我们为了把握真实法律的本质,必须去法院而不是立法机关……‘法律包括了为法院承认并被法院执行的规则。’”^[62]

外部系统性,是指法治作为一种制度的系统性,即法律规范要素的系统性全面统筹和指涉法治的其他要素。如前所述,法治作为一种制度体系,是包括了法律规范、法律理念、法律主体、法律行为以及法律反馈这样五个基本要素的系统。其中,法律规范要素是其他四个要素的逻辑前提。换言之,法治其他四个要素派生自法律规范要素。对法治而言,无论法律理念、法律主体、法律行为还是法律反馈,都要紧紧围绕法律规范的体系性内容而构造。因此,事实上其他四个要素已经把法律规范的内容从静态规范推向了动态实践。没有系统的法律规范,则法治其他四个要素肯定不会系统化:法律理念势必偏颇,法律主体势必残缺,法律行为势必无所适从,法律反馈势必失去背景——当然这不是说有了法律规范的内部系统性,就必然会导致法治各要素之间的系统性。在内部系统性形成之后,如何促成外部系统性,是检验法治,同时也是检验国家治理中法治思维程度和操作水平的基本标准。

可见,外部系统性是法律规范内部系统性的实践形式,是法律规范系统性的检验机制,是由法律进而法治的现实表现,从而也是国家治理的现实内容。一个国家只有把法律规范的内部系统性推向外部系统性,才可谓治理良好的国家。诚如有人所言:“有法不依,甚至还不如无法,法律没有制定出来的时候,人们还有个指望,有个盼头……但等法律立出来以后,却执行不了。这样,人们的指望不就落空了吗?”^[63]

[61][英]约瑟夫·拉兹:《法律体系的概念》,吴玉章译,中国法制出版社2003年版,第169页。国内学者对法律体系较好、较系统的论述,参见雷磊:《法律体系、法律方法与法治》,中国政法大学出版社2016年版,第13—108页。

[62]同前注[61],拉兹书,第228页。

[63]吴家麟:《吴家麟自选集》,宁夏人民出版社1996年版,第252页。

国家治理中法治思维的协调性,是与其系统性紧密勾连的概念。法治作为处理天人关系、群己关系、身心关系的复杂规范—实践系统,如何做到内在的规范系统性和外在的要素系统性?这是与协调性息息相关的话题。可见,协调性是系统性的题中应有之义。因此,在强调国家治理中法治思维的系统性时,已经意味着其协调性。但毕竟协调性如此重要,且无论在法律规范,还是法治要素中,不协调在实践中经常可见。^[64]所以,在此单独论述法治思维的协调性就并非多余。在外延上,国家治理中法治思维的协调性,也可两分为内部协调(法律规范协调)和外部协调(法治要素协调)两方面,对此,知晓了前述法治思维体系性的论述,便可推知。下文,笔者想进一步论述的是协调性的基本要求:效力统一、不冲突和冲突可救济。

法治思维的协调性,首先要求以法律效力统一的思维解决和处理国家治理面临的种种问题。众所周知,法律效力可分为空间效力、时间效力、和对人(事)的效力三个方面。综合三种效力,则只要是全国性的法律,其实践效果在其时空范围内,应大体是一样的。即相同的事情相同处理,类似的事情类似处理。尽管因为不同地区和不同时段经济、文化、社会条件以及事实表现等差异,在面对相同的事实时,决策和处理的结果会有细微差别。但无论如何,在处理的实质结果上,不应有异地异制,异时异制的情形出现。否则,即便有体系严谨、逻辑明晰的内部规范系统,也不会导生外部协调、动态有序的法实践。

法治思维的不冲突,可分为内部(规范/形式)不冲突和外部(规范与事实/实质)不冲突两个方面。前者顾名思义,是指作为法治前提的法律规范不冲突。即在立法活动中尽量保持法律规范内部的逻辑统一(形式的不冲突)。但我们知道,法律规范内部的逻辑统一,不仅是一个涉及文字表意本身的逻辑统一问题——因为任何文字,归根结底要指向事实,无论这种事实是物质事实、社会事实还是人们的心理事实,毕竟,人是要通过语言来形塑并改变态度并诱发其行动的。^[65]这就要求立法必须考虑实质的不冲突。但是,要真正做到词与物之间的意义通达,即通过词能够准确地反射或表现物,就必须克服福柯意义上的“扰乱人心”“损害了语言”“摧毁了句法”的“异位移植”^[66],这意味着立法者必须要做到法律规范的形式不冲突。

但立法者要做到规范文字表意自身的不冲突,就是一件难之又难的事,而要在此基础上进一步做到作为法律规范的词和大千世界纷繁复杂的物之间的明晰对应,使法律的命名能准确地表达事物的“必然性”,就更是难上加难的事。所以,谁能作为立法者?上帝或真主?哲学家或帝王?议员或法官?社会精英或普通民众?在人类立法的史上,这些符号化的主体,都曾以立法者的角色主导或参与法律制定(包括司法裁判),但法律终究只是对客观事物的模拟,立法者所能做的,只是尽量实现规范内部的形式不冲突,并力所能及地实现规范与事实之间的实质不冲突,而不可能全能地、一劳永逸地解决上述两种不冲突。

既然如此,法治思维就必须为法律的冲突——无论是形式冲突还是实质冲突寻求救济方案。这种思维,就是法治思维中的冲突可救济。^[67]无论立法者多么大智大慧、全知全能,在面对广袤无垠、纷乱无绪、深邃无终的空间、事实和时间时,不可能包办规范内部的毫无瑕疵,更不能确保命名(规范)与客观世界的准确对位。但这并不意味着在法律内部以及法治各要素间出现冲突后,人们听之任之、束手无策,反而立足当下,寻求哪怕是眼前解决问题的救济之策,使法律保有形式的逻辑圆润,实质的

[64]参见王锴:《谏言全国人大启动立法裁决审查涉防疫预警和征用规定不一致的两部法律》,载微信公众号“法学学术前沿”,2020年2月15日访问。

[65]See Burke Kenneth, *Counter-Statement*, Berkeley, San Diego: University of California, 1931, p.1

[66]参见[法]米歇尔·福柯:《词与物》(前言),莫伟民译,上海三联书店2001年版,第1—14页。

[67]值得一提的是:这里的冲突可救济,与源自西人的“有权利必有救济,无救济则无权利”的格言,说的并不是一码事。前者是指法律规范及藉由法律规范缔造的法治实践有冲突时的制度内部救济,而后者是指通过既有法律及相关救济制度,对客观发生的事实(行为)冲突——权利冲突所施行的具体救济,包括私人救济(私主体的捐献)、社会救济(如社会公益组织出面的救济)、行政救济(政府出面的救济)和司法救济(应当事人诉讼请求的裁判救济)等。

社会统一调整,是高阶法治思维必须给出的基本对策。所以,在国家治理的法治实践中,必须寻求对法律规范冲突以及法治各要素冲突的救济方式。这种救济方式也可分为内部和外部两个方面。前者是指通过法律修改,法律解释、特别是司法解释以及其他法律方法的运用,以释明法律意义模糊,消解法律意义冲突,弥补法律意义空缺〔68〕的技术手段。后者如果来自法律规范,那么其救济方式与前述内部救济的方法并无不同,如果来自法治其他要素不予落实法律规范,或者落实法律规范不到位,那么,唯一的救济方式就是在实践中复制法律规范(无论是成文法规范,还是判例法规范)的内容〔69〕,而不能让法律规范屈就法治其他要素对它的刻意的或无意的背离。只有如此,法律和法治的体系性才能保障,协调性才是现实,进而国家治理的结果才能彰显为法治秩序。

(三)国家治理中的理性—实践思维

法治是人类良知与理性的规范性实践。国家治理只有遵循法治的路数,在法治思维引领下迈向人们日常生活和交往的社会实践,才是检验其治理效果的基本标准。脱离法治及法治思维,则任何意义上的国家治理,要么是乱治,缺乏基本标准地一人一个想法,一地一个做法。可见,国家治理中的理性—实践思维,一方面,意指国家治理必须遵循利害权衡的理性原则。这种理性不是集体无意识的所谓不苟言笑、自我克制,而毋宁是我们耳熟能详的那句格言:“两害相权取其轻,两利相权取其重。”显然,这种理性,就是经济学意义上的权衡取舍、寻求最大利得这种理性人假设。众所周知,这是近代经济学展开的基础,它表明:“‘天下没有免费的午餐’,为了得到我们喜爱的一件东西,通常就不得不放弃另一件我们喜爱的东西。做出决策要求我们在一个目标与另一个目标之间权衡取舍”“社会面临的……权衡取舍是在效率与平等之间。效率是指社会能从其稀缺资源中得到最多的东西。平等是指将这些资源的成果公平地分配给社会成员。换句话说,效率是指经济蛋糕的大小,而平等是指如何分割这块蛋糕。”〔70〕

可见,理性人假说不仅指向作为经济活动主体的个人,或者经济组织与其他社会团体,而且指向国家。特别是当代国家的政府,无论其实行何种制度,政府在经济活动中的角色越来越重要。即便强调政府在经济活动面前扮演消极角色的资本国家,也在越来越积极地扮演其他所有社会主体都无法完成的经济角色。例如美国政府对国际贸易行为和企业行为(如华为投资美国、甚至其他国家)的强力干预(频繁动用关税壁垒和单边的“制裁壁垒”),对其国内一些产业,如军事、农业产业的政府补贴等,都越来越彰显政府在其经济活动中的积极角色。这意味着扮演政治职能(平等)和扮演经济职能(效率)的政府,像公民、法人、社会团体等市场主体一样,随时要进行利害权衡。这种利害权衡,自然不是逃离法律准据和法治实践的恣意而为,它必然意味着法律和法治是符合理性的一般要求的,而且要经由理性推向实践,是一种实践理性。〔71〕这种实践理性要求法律和法治必须满足可预期、可操作、可诉讼、可接受等特征,这也是所有法治主体参与国家治理时所需要的高阶法治思维的重要内容。

所谓可预期,是指法律制定后,在其有效的时空范围内,为所有类似的人和事提供相同的预期。只要人们事先的行为安排符合法律预设,且没有法律规定的例外情形出现,那么,这种行为就获得法律的肯定性保障。无论谁作这样的行为,都是一样的结果,不会有例外。与此相对,只要人们事先的行为安排违背法律的规定,除非有法律规定的例外情形出现,那么,该种行为就必然遭致法律的否定性

〔68〕参见谢晖:《法律哲学——司法方法的体系》,法律出版社2017年版,第1页以下。

〔69〕尽管这种有些决绝的结论,在现实主义法学家的观念中,似乎不值一提,但如果没有这样的预设和技术手段,那么,法治便会沦落为支离破碎的一堆事实及针对这种事实的、照例支离破碎的裁判,最终使法律这种处理社会关系、解决社会纠纷的一般调整机制,退化为初民社会的个别调整机制。

〔70〕[美]曼昆:《经济学原理》(上册),梁小民译,机械工业出版社2006年版,第4、5页。另,有关“公平(平等)与效率”关系的论述,参见[美]阿瑟·奥肯:《平等与效率:重大的权衡》,王忠民译,四川人民出版社1988年版,第1—161页;[美]保罗·萨缪尔逊等:《经济学》(第19章),萧琛主译,人民邮电出版社2008年版,第331—348页。

〔71〕参见[德]康德:《实践理性批判》,邓晓芒译,人民出版社2003年版,第1—257页;[德]康德:《法的形而上学原理——权利的科学》,沈叔平译,商务印书馆1997年版,第1—213页。

处置,如宣布无效或进而予以处罚等,无论这种行为是谁作出的。所以,法律是人们预先行为时,能够获得心理安全和行为保障的预期机制和预判根据。这种机制保障的是人们心理的安定,同时,也因为人们心理的安定促进人们行为的安定,并进而促使社会交往和公共秩序的安定。但这一切,皆取决于法律的安定性。^[72]倘若法律自身不能获得安定性而朝令夕改、言出法随,则人们交往行为预期的安定,乃至整个社会秩序的安定,则无法达致预期的效果。

所谓可操作,是指一项法律必须呈现其技术性。在中西方法律思想史上,思想家们辄称法律是一种术。^[73]这里的术,所指的就是技术,就是操作手段。再好的理念、价值,如果不能进而升华为人们可以运用和操作的技术手段,那么,它只能是“言惠而实不至”的理想。我们的古人特别强调“工欲善其事,必先利其器”,大概就是这个道理。但这只是一方面。另一方面,在传统文化中也存在着“君子不器”,重道轻器,重体轻用,从而“君子读书不读律”的情形,并且至今此种文化传统还很浓厚。因之,在我国推进国家治理时,很容易将这样一个本应全面以法律和法治思维,纳入法律调整体系的话题,被口号化、意识形态化。这表明,在此强调法治的可操作性,并非多余。可操作性即意味着法律在实体上概念清晰,权利义务内容肯定、行为指向明确,在程序上能够把一切社会交往和公共活动都安排、装置在程序体系中,使私人事务、社会事务、公共事务、政府事务、国际事务都程序化、日常化和可操作化。这是国家治理必须具备的基本法律思维。

所谓可诉讼,是指社会关系一旦出现冲突或破损,能通过司法获得法律之救济。法律和法治,理应是一套日常行之有效的规范体系和防御体系,它既要调控人们的日常行为,使其“从心所欲不逾矩”,也要防止人们的行为越出雷池。但是,即便法律有这样的功能,也不能排除事实上在交往行为中,人们因权利义务的立场不同、主张各异所引致的冲突。所以,法律除了对日常交往行为进行一般调整外,还必须对社会纠纷能够应对并救济。其中救济的最重要、最权威、也是最终的方式,就是司法。尽管并不是所有的纠纷当事人都选择司法救济,尽管并不是每一例纠纷都需要司法救济,但司法必须对每一例纠纷予以救济的可能通道予以开放。这就需要在立法设计中和司法赋权中,使法律具有可诉性:“法的可诉性是指法必备的、为了判断社会纠纷的是非而使纠纷主体可诉求于法律公设的判断主体的属性,它是法的基本属性之一。”^[74]

可诉讼的结果,体现为两个方面:一是通过判断是非予以明确权利,课以义务;二是通过判断是非予以制裁——额外地课以(违法应承担的)义务。如果说法律规范冲突、法治各要素的冲突需要救济的话,那么,司法则是对法律所调整的社会关系出现裂隙后的法律弥合机制。在司法中虽然会出现对法律冲突的救济,但它主要是对法定的社会秩序遭遇破坏时的补救。常言道,没救济就没有权利;藉此进言之,没救济就没有法治。因此可诉讼是法律理性推向实践的最重要的高阶法治思维之一,也理应是贯穿国家治理全过程的高级法治思维。

所谓可接受,是指国家治理的法律设计和法治举措,能被法律调整的所有主体——无论是私权主体,还是公权主体所承认和接受。一位演讲家的演讲,要能取得实际效果,而不是孤芳自赏,就必须被听众接受;一位作家的作品,要能取得实际效果,而不是孤芳自赏,就必须被读者接受;同样,一部法律的颁布和推行,要能取得实际的法治效果,而不是立法者的孤芳自赏,就必须被法律受体——包括立法者在内的所有社会主体接受。所以,法律作为立法者的作品,如果不能获得国家治理中法治参与者的接受、支持和运用,则只是一纸空文,它连欣赏的价值都没有,毕竟法律是一套僵硬的理性—逻辑体系,缺乏引人入胜的艺术修辞。可见,法律的可接受是国家在治理中,理应具有的高阶法治思

[72]参见[德]G·拉德勃鲁赫:《法哲学》,王朴译,法律出版社2005年版,第73—95页;[德]阿尔图·考夫曼:《法律哲学》,刘幸义译,法律出版社2004年版,第274—280页。

[73]参见(战国)韩非子:《韩非子》,陈秉才译注,中华书局2007年版,第21页;参见[罗马]查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第1页。

[74]谢晖:《独立的司法与可诉的法》,载《法律科学》1999年第1期。

维。特别对立法者和法治布局者而言,尤为重要。

可接受既有实质的可接受,也有形式的可接受。前者主要体现在人们公知的法律的平等性,即法律和法治必须承载正义——这种“每个人以应有权利的稳定而永恒的意志”^[75]。和正义紧密相关,法治必须表现出为了实现正义的交涉性、辩驳性、协商性以及回应性,这些属性又直接牵连法律和法治的形式可接受。因此,这些特征事实上都体现出打通法律和法治之实体和程序的共性。在此基础上,法律和法治的可接受在形式上体现为其规范和治理的体系性、协调性与公开性。对前两者,前文已有论述,此处不赘。唯需稍加说明的是公开性。它是法律形式可接受的,并进而导向实质可接受的关键所在。在这方面,我国春秋时期子产和叔向有关究竟要坚持个别调整和秘密调整的“议事以制”,还是坚持普遍调整和公开调整的“鼎铸刑书”的争论^[76],给我们提供了很好的启示。在现代国家治理中,严守法律和法治的要求,坚持依法公开的高阶法治思维,乃是克服一切谤证的对症良方。

四、以法治思维审视我国的国家治理

国家治理因为决策者的倡导和重视,越来越成为当下我国人文社科学界、甚至自然科学界参与讨论的重大学术和社会话题,其中法学界的讨论尤为活跃。但一方面,应认识到,自有国家以来,即便没有概念上的国家治理,也存在事实上的国家治理。不过从古至今,并不是所有的国家治理都遵循法治思维的原则。即使在当代,有些国家坚持法律至上、任何其他权威都必须服从法律权威的法治思维,而有些国家则依然坚持个人至上,法律服从个人或组织意愿,朝令夕改,可谓是未循法治思维的国家治理。另一方面,通过网络搜索,目前我国有关法治思维与国家治理关系的研究和演讲,可谓不少,但其论证却不尽人意,尤其对法治思维这一基础概念研究很不到位。因此,在探索法治思维与国家治理的逻辑关系问题时,也每每浅尝辄止。本文的探索,也只是抛砖引玉,但愿直面这一问题,以法治思维审视我国的国家治理。我国当下的国家治理,连接过去、注重当下、开拓未来,因此,就不能不正视传统、当下和理想。

(一)我国传统国家治理中法治思维之残缺

就传统而言,尽管我国国家治理史持续了数千年之久,但运用法治思维治理国家的情形几乎不存。虽然我们在法律史和法律思想史的梳理中,也能发现自秦代以来,即“以法为教”、厉行法治、政府机构及人员“权能法赋”的情形,并在法制沿革承继中不但能发现“汉承秦制”,而且能发现其一直延宕至清的事实,但不得不说,我国前现代的法律及国家治理,并没有解决法治所念兹在兹的帝王权力受法律制约的问题。反之,在彼时的法律上,帝王几乎拥有恣意的裁判权。这从汉文帝这位明主和其廷尉张释之针对“中渭桥案”的对话不难看出:“……上行出中渭桥,有一人从桥下走出,乘舆马惊。于是使骑捕,属之廷尉。释之治问。曰:‘县人来,闻跸,匿桥下。久之,以为行已过,即出,见乘舆车骑,即走耳。’廷尉奏当,一人犯跸,当罚金。文帝怒曰:‘此人亲惊吾马,吾马赖和柔,令他马,固不败伤我乎!而廷尉乃当之罚金!’释之曰:‘法者,天子所与天下公共也。今法如是,更重之,是法不信于民也。且方其时,上使立诛之则已。今已下廷尉,廷尉,天下之平也。一倾而天下用法皆为之轻重,民安所措其手足?惟陛下察之。’良久,上曰:‘廷尉当是也。’”^[77]尽管这是一例褒扬大臣执法如山,犯颜面君,同时也称颂皇帝从谏如流,知过而改的记载,但其中张释之所言“且方其时,上使立诛之则已”所透漏出的信息说明,即使英明如汉文帝者,都拥有随心所欲,乱施刑罚的特权;即使刚直如张释之者,也认可皇帝的这种特权。这表明,我国当代的国家治理,虽可以在古代国家治理中汲取一些成果。但总的说

[75][意]桑德罗·斯奇巴尼选编:《正义和法》,黄风译,中国政法大学出版社1992年版,第39页。

[76]参见杨伯峻编著:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第274页。

[77](东汉)班固:《汉书·卷五十·张释之传》,中华书局出版社1962年版,第2309页。

来,必须以现代国家及其法治的要求为基础,以法治思维来推进。

(二)以法治思维安排当下和未来的国家治理

当下,我们面对的是现代国家治理。在一定意义上,辛亥革命以来,特别是改革开放以来,我们在高阶法治思维层面努力推动形成法治思想,并努力推动将其进行法治的制度设计。但是,不得不说的是,面对数千年之久的帝王专制传统,面对数十年积累的权力意志对法律功能和价值的严重侵蚀,要真正做到在国家治理的各个层面、各个时期、各个环节按照法治思维去组织和安排,我们还面临着明显的“历时性问题共时性解决”的难题,因此,其绝非一蹴而就。但如果不按照法治思维安排国家治理,那么,现代国家治理就只能变成某种强有力的前现代式管理,而不是根据法律规定和法治思维调整、安排的现代国家治理。所以,即便按照法治思维安排现代国家治理不能一蹴而就,也必须在改革的实践中,点滴积累、日拱一卒、长期不懈地寻求经由法治思维,组织、规范、安排国家治理。

那么,究竟如何以法治思维安排国家治理?笔者以为,除了在经济领域坚持市场化改革,在文化领域坚持多元化改革,从而为法治的运行奠定社会需要基础之外,目前亟需做的是必以法治为导向的政治改革,并进而坚持以法治思维来组织、安排国家政治。在这一过程中,除了在政治建设中必须体现国家契约化、主权人民化等现代法治文明的一般要求和思维(也是我国现行宪法的要求)之外,还必须在普通公民和其他社会主体中,引导、培养其初阶法治思维,应保障其根据法治思维的生活行为和交往行为,使初阶法治思维及据以生成初阶法治思维的法律,是其日常生活和交往的规范依靠。在社会精英(学者、企业家、艺术家、科学家、社会活动家、政治家)和公权主体(无论是国家机构,还是公务人员)中引导、培养其高阶法治思维,不但使其以法治思维安排行为和工作,而且通过其高阶法治思维所引导的社会交往行为和国家公务行为,教化、引导整个其他社会主体的行为,即通过其高阶法治思维的运用,进一步巩固普通社会主体的初阶法治思维。只有这样的安排,才能保障国家治理被置于法治思维中,才能使现代国家治理遵循法治的理念、原则和规则,才能调动公民、法人、非法人团体以及国家机关共同依法参与国家治理,实现国家治理的“共治”效果。

Abstract: Modern State Governance must rely on laws and rule of laws, in which rule of law thinking is especially important. Rule of law Thinking and legal thinking has links but also has differences. As for differences, the former is political thought and the latter is judicial thought; the former is strategic thought and the latter is technical thought; the former is governance thought and the latter is referee thought; the former is public thought and the latter is professional thought. State governance should focus on and forster law-order thought of rule of law of all subjects, including ordinary citizens, corporation, social groups, public officers and so on to make sure that people's behaviours can rely on laws and rule of law. Which can prompt trend of rule of law when people attend the state governance. It also should focus on and foster high-order thought of law of social elites including intellectuals, subjects of powers and especially persons of legal professions to make their behaviours not only be put into high-order thought of rule of law but also further guarantee and induce the public to rely on laws and rule of law, which can consolidate their law-order thought of rule of law and creatively put laws into effect in practical.

Key words: state governance; thought of rule of law; low-stratum thought of rule of law; high-stratum thought of rule of law; legal thinking; rule of law
