

从“工具主义法律观”到“治理主义法律观”： 全面推进依法治国进程中的观念革命

刘建军

(复旦大学 国际关系与公共事务学院,上海 200433)

摘要 工具主义法律观与现代化的国家治理体系和治理能力是不相容的。中国推进国家治理体系和治理能力现代化的成果大小取决于对工具主义法律观的扬弃程度。与此同时,西方国家理性主义法律观也难以在中华文明的土地上生根发芽。西方技术主义、繁琐主义、极端专业主义的法治体系和法治构造,严重扼杀了生机勃勃的法治精神。中国依法治国的观念基础在于实现从工具主义法律观向治理主义法律观的转变。治理主义法治观首先体现为对法治精神的尊崇,其次更注重法治在不同治理空间中的落实。法治在国家治理、社会治理和社区治理中的贯彻与落实存在着不同的实现路径。治理主义法律观关注的是法律能否转化为解决国家治理议题、社会治理议题和社区治理议题的观念资源和制度资源。从这个角度来说,法治的刚性程度在从国家治理向社会治理、社区治理传递的过程中,是逐渐递减的。换言之,法治在不同治理领域有不同的表现形式和制度形态。

关键词 工具主义法律观 治理主义法律观 依法治国 观念革命

中图分类号:D60 文献标识码:A 文章编号:1003-8477(2017)02-0025-10

DOI:10.13660/j.cnki.42-1112/c.013989

毫无疑问,依法执政、建设法治国家是中国政治发展史上最伟大的战略之一,是推动中国国家治理方式产生革命性变化的直接动力。在中国全面推进依法治国的进程中,有两句话可谓是振聋发聩的:第一句是“法治是治国理政的基本方式”;第二句是“党纪严于国法,国法高于党纪”。这两句话展示出法律在我党执政体系和国家治理体系中地位和作用的革命性变化。这一变化体现了国家治理者法律观的转变,即从工具主义法律观到治理主义法律观的转变。这一转变折射出我国在全面推进依法治国进程中所发生的法律观念革命。这一法律观念的革命关系到中国现代化国家治理体系和治理能力的命运和成败。

法治与国家治理的关系已经是一个无须多加证明的论题。当然,法治作为一种精神、一种制度、一种原则,绝不是存在真空之中。任何一个国家法治的实现程度都与该国的历史、文化、现实以及思维方式联系在一起。本文旨在探讨中国建设法治国家、法治政府和法治社会的法律观念基础,探索中国在现代化进程中,推动中国从工具主义法律观转向治理主义法律观的动力,以及治理主义法律观在国家治理、社会治理和社区治理的落实策略。

从“工具主义法律观”到“治理主义法律观”

欧美早发现代化国家是比较典型的法治国家。大家对这一判断应该没有什么异议。但是,这是否意味着我们要建立西方意义上的法治国家?任何一

作者简介 刘建军(1969—),男,复旦大学国际关系与公共事务学院教授,复旦大学当代中国研究中心主任。

个国家的法治形态都是内嵌于该国的文化传统、政治制度和社会结构之中的。换言之,法治的实现程度与对法律的信仰是息息相关的。有什么样的法律观,就会产生什么样的法治形态。

西方社会的法律观以实力观与自然法观最为畅行。实力观主张“法的存立依据,在于强者的实力的思想,自古至今,在种种形态上被提倡。其中最纯粹的权力说,直谓法是强有力者对于弱者的命令”。^[1](p73)]这种法律观将法律视为强者的强制性命令。自然法观认为“法是基于事物的自然调理,或普遍的正义而存在”。^[1](p82)]这种法律观将法律与真理、正义视为一体,19世纪末以后,这种法律观和“新的法律哲学博兴相并,自然法的思想再为学者所支持”。^[1](p84)]前者以西哲霍布斯、斯宾诺莎为代表,后者以中世纪的圣·奥古斯丁、圣·阿奎那,以及近代的洛克、卢梭、康德为代表。^[2](p379)]

将法律与正义、真理视为一体的自然法观,在西方占有重要地位。伯尔曼曾论证道:“自西方法律传统的形成时代,自然法理论曾独占鳌头。人们通常认为人类法最终源于理性和良心的检验。不仅根据时代的法律哲学,而且根据实在法本身,任何实在法,不论是制定法还是习惯法,都必须遵守自然法,否则将缺少作为法律的效力……这种理论以基督教神学和亚里士多德的哲学为基础。”^[3](p12)]伯尔曼特别强调西方法治传统的宗教根源。他说:“任何一种法律制度都与宗教共享某种要素——仪式,传统,权威和普遍性——人们的法律情感赖此得以培养和外化。否则,法律将退化为僵死的教条。同样,任何一种宗教内部也都具有法律的要素,没有这些,它就会退化为私人的狂信。”^[4](p40)]“苏格拉底、柏拉图、亚里士多德等的理想主义哲学,承认正义的法则的存在,对于因时地而变化的实定法,而树立不问时与场所处于自然的万古不易的自然法。”^[1](p84)]有的古希腊学者将其提升到“法律者,一切神事及人事之君也”的高度。中世纪的时候自然法观与神学相汇合,使此法律观更加昌盛,美国学者弗里德里希将此视为超验正义,他认为渗透在法律和宪政中的正义是宗教的产物。^[5]由此才有“上帝自身即法律,故法律为上帝所钟爱”的说法。文艺复兴之后,

这一法律观与人类的个人主义、理性主义相结合,这也就是伯尔曼所说的:自然法观也“以基督教与世俗权力斗争的历史以及多元政治为基础。人们可以将这种理论与伴随着美国法的理论相比较,根据后者,任何实在法都必须与‘正当程序’、‘平等保护’、‘自由’和‘私密权’等宪法要求相一致。事实上,‘法律的正当程序’是一个14世纪用来描述自然法的英国词语。”^[3](p12)]

在中国,也存在着两种法律观。一是把法律视为可以选择的治理工具,我们称之为工具主义的法律观。在古代中国德主刑辅这一治国方略背后,就潜藏着浓重的工具主义法律观,是把法律视为统治阶级所赖以凭靠的统治工具。二是把法律视为国家治理不可或缺的基本要件,法治是治国理政的基本方式,法律是治国之重器,我们把这种法律观称之为“治理主义法律观”。法治是治国理政的基本方式,国法高于党纪把法律提升到高于人事、高于惯例的统摄地位,展示了一种扬弃工具主义、崇尚治理主义的情怀与追求。

中西之间的法律观是有着很大差别的。任何文明都有其难以根除的文化基因。例如,“唯一真”的文化基因衍生出了西方人的排他性和扩张性。^[6]西方人对自身创造的观念的迷恋程度已经达到痴迷甚至疯狂的地步。这种痴迷与疯狂来自西方文明根深蒂固的文化基因。这种文化基因根植于对亚里士多德式逻辑世界的迷恋和基督教的忠诚。它塑造了今日西方近乎偏执主义的法律观。习近平总书记特别强调“文化基因”这个概念。他指出,“使中华民族最基本的文化基因与当代文化相适应、与现代社会相协调,以人们喜闻乐见、具有广泛参与性的方式推广开来”。^[7](p104)]中国优秀传统思想文化体现着中华民族世代代在生产生活中形成和传承的世界观、人生观、价值观、审美观等,其中最核心的内容已经成为中华民族最基本的文化基因,是中华民族和中国人民在修齐治平、尊时守位、知常达变、开物成务、建功立业过程中逐渐形成的、有别于其他民族的独特标识。这就是说,中国的国家治理体系尽管以开放的态度和胸怀吸收了很多外来优秀因素,但从骨子里来说,它是中国的“文化基因”孕育出来

①此话是古希腊哲学家克利西帕斯语。参见徐爱国,《破解法学之谜》[M],学苑出版社,2001。

②此话为《萨克森法典》德语翻译而来。参见高仰光,《萨克森明镜》研究[M],北京大学出版社,2008。

的。西方以基督教、自然法为基石的理性主义法律观难以在中华文明的土地上生根发芽。西方国家极度烦琐、专门化、技术化的法律,已经扼杀了法治的灵魂和精神。我们就必须另辟蹊径,寻找与中华文明文化基因相匹配的法治策略和法治理念。

中国要想走依法治国的道路,既不能走西方理性主义的法治道路,也不能走工具主义的法治道路。也就是说,既不能走向法律的偏执,也不能把法律当作可用可不用的工具。中国共产党在超越理性主义法律观和工具主义法律观的基础上,提出了符合现代国家治理和适合中国历史传统与国情的治理主义法律观。这种治理主义法律观与十八届三中全会提出的国家治理体系和治理能力现代化的理念高度吻合。治理是超越观念偏见、超越极端倾向、更讲究积极效果、更加关注政道的治国理政的理念,它强调的是国家治理的效果与质量。因此,治理主义法律观是对理性主义和工具主义法律观的超越。它既强调法治也重视德治,既重视现代国家治理的一般规律,也注重法治与历史、社会、文化条件的高度契合。治理主义的法律观,是一种建设性的更加务实的法律观。

有人认为,中国是一个伦理社会,不是一个权利社会。伦理社会与依法治国是不相容的,法治国家是与权利社会相匹配的。西方国家的法治化进程是以“从身份到契约”的革命性变化相适应的。现在的问题是,中国是否实现了从伦理社会向权利社会转变呢?的确,伦理社会的某些传统依然在延续,但权利社会的形态已经在成长。就像十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》(下文简称《决定》)里所提到的,“加快完善体现权利公平、机会公平、规则公平的法律制度,保障公民人身权、财产权、基本政治权利等各项权利不受侵犯,保障公民经济、文化、社会等各方面权利得到落实。”^{[8][p11-12]}这就说明,与权利社会、法治社会相契合的因素,在改革开放时期已经得到快速成长。治理情境的变化,必然会对国家治理的法治化进程提出新的要求,同时也促使中国共产党必须重新审视法律和法治在现代国家治理体系中的作用这一重大问题。

全面推进依法治国 治理主义法律观在国家治理中的落实

国家治理现代化的形态就是法治国家。“法治

是治国理政的基本方式”、^{[9][p41]}“法律是治国之重器”,^{[9][p42]}这两句话非常典型地展现出中国共产党国家治理思想的现代气息和开放禀赋。从这个意义上来说,国家治理现代化和依法治国是相互依存的。正如习近平总书记所说:“我党的治国方略是非常坚定、非常清楚的,依法治国首先是依宪治国,依法执政关键是依宪执政。宪法至上是现代法治国家的重要标志,也是衡量现代社会文明进步的重要标准。”^{[10][p64-65]}

(一)国家治理现代化形态之一:依宪治国和依宪执政。

中国建设的社会主义法治国家与资本主义法治国家的根本区别,在于它是坚持共产党领导和人民民主的,而不是走资本操控的道路。习近平总书记指出:“坚持党的领导,更加注重改进党的领导方式和执政方式。依法治国,首先是依宪治国,依法执政,关键是依宪执政。新形势下,我们党要履行好执政兴国的重大职责,必须依据党章从严治党、依据宪法治国理政。党领导人民制定宪法和法律,党领导人民执行宪法和法律,党自身必须在宪法和法律范围内活动,真正做到党领导立法、保证执法、带头守法。”^{[9][p43-44]}“依宪治国与依宪执政”这一命题的提出,证明我党对国家治理有着非常长远的战略思考。“社会主义法治必须坚持党的领导,党的领导必须依靠社会主义法治”。^{[9][p5]}这是建设社会主义法治国家的一体两面。《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》里有一句话特别重要,就是“依法执政,既要求党依据宪法法律治国理政,也要求党依据党内法规管党治党”。^{[8][p5]}首先,党的领导是中国特色社会主义最本质的特征。我国宪法确立了党的领导地位,坚持党的领导是社会主义法治的根本要求。只有党的领导才能更好地实现人民的根本利益。中国走的是一条建设社会主义法治国家的道路。这一道路的基本要义就是必须加强和改进党对法治工作的领导,把党的领导贯穿到全面推进依法治国全过程。其次,党的领导与社会主义法治的一致性取决于我们党的先进性和纯洁性,而先进性和纯洁性的保持又依赖于党内法规制度建设的成效,依赖于党内法规制定体制机制的科学程度,只有运用党内法规把党要管党、从严治党落到实处,党的领导和社会主义法治才能实现天然的、有机的统一。

(二)国家治理现代化形态之二:法治国家、法

治政府、法治社会一体建设。

就中国国家治理的法治道路而言,我们至少面临着如下三种选择:一是走西方式的法治道路,20世纪80年代曾经有相当一批人迷信这一条道路;二是暴力性的专政道路,我们在这条道路上有过非常惨重的教训;三是恢复传统主义的国家治理体系。实际上这三条道路在中国都走不通。中国建设法治国家的道路,既不是老路,也不是邪路,而是中国特色的法治道路。这条道路是基于对中国国情的深刻洞察而提出的,是既符合中国国情又超越西方和传统的一条法治道路。这条道路就是致力于法治国家、法治政府和法治社会的三重构建。

全面推进依法治国,关键在一个“全面”上。“全面”的含义是什么?那就是法治国家、法治政府和法治社会的一体建设。这个一体建设不仅仅针对政府,也针对整个社会。其总体形态就是:“形成完备的法律法规体系、高效的法治实施体系、严密的法治监管体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系,坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,实现科学立法、严格执法、公正司法、全面守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。”^{[9](p51)}

以现代政治学眼光观之,法律具有社会之法与国家之法的分别,这也可以被看成是法律的狭义与广义之分。从社会角度看,它是社会公平的最重要的规则体系,也是最后一道保障;从国家角度看,它是国家维护其正常统治秩序的重要治理规则。前者作为中立于各方的制度设计,为社会各界提供公正的法律论证,把正义归还社会;后者作为政治制度设置,是国家的重要治理制度,现存治理秩序在很大程度上有赖于这一硬性法规的规范。从社会角度分析,理想类型的建制性法律体系的设置(它的具体制度呈现载体是法院),对于任何社会都大致相似。即“一位独立的法官,适用先存的法律规则,在对抗性诉讼程序之后目的是为了做出,一个两分式的判决,在这个判决中一方当事人被赋予法定权利而另一方被判定败诉。”^{[11](p1)}它设想一种超然的机构及其代理人把正义归还正义一方。从国家角度分析,司法制度对于治理秩序的实现方式却是不同

的。这涉及司法制度对于治理秩序的正当性与有效性。从这个角度来看,传统中国基于对统治术与治理秩序的双重考虑,融国家与社会于一体,使“社会的纠纷在社会场域中得到解决”,它依靠的是非正式的社会规则,作为公权力的国家只是纠纷解决的保证人,即广义法律;后者的设置理念在于“社会的纠纷在国家场域中得到解决”,作为公权力的国家成为实际纠纷解决的当事人,它依赖的是看得见、可量化的正式法律条文,即狭义法律。从政治学角度观之,前者,司法机构看似是国家的正式制度设置,但它实质上是社会自身解决纠纷的社会制度,只不过披着国家制度的外衣;后者,司法机构看似是一种社会(人民)的场域,实际上是国家解决社会纠纷的国家制度,只不过打着社会的旗号。

十八届四中全会所提出的中国社会主义法治国家建设,本质上是实现法律的国家边界与社会边界重合的理念。司法的边界同社会的边界相重合(jurisdictional boundaries overlap with social boundaries)的概念,指向更加宽泛的广义法律,或者软法概念,亦即像乡规民约、市民公约等广义的法律与软法在国家治理与社会治理的意义上,也具有法律性,能够发挥社会纠纷调处、国家事务协调的功能。两者边界的重合使司法事务社会化,社会事务在社会领域得到更加有力的调处或解决,司法责任得到彰显,增强了司法制度的有效性,而且使司法、法律危机在社会领域以社会的方式得到最大程度的缓和,从而远离国家政治场域,在一定程度上使公权力处于一种超然的地位,增强了政治制度的正当性。否则,两者边界的分离使社会事务完全司法化,社会事务单纯由国家解决,单一的解决路径无法应对多元的纠纷产生根源,从而在影响司法制度有效性的同时,还会累及到政治制度的正当性,因为任何不当解决或者社会所认为的不当解决都归罪于国家所代表的政治场域。这正是习近平总书记强调的“法律是成文的道德,道德是内心的法律,法律和道德都具有规范社会行为、维护社会秩序的作用。”^[12]十八届四中全会指出“发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用”的根据也在于此。法律、道德、市民公约、乡

① “边界重合”启发自 Lily L. Tsai, *Solidary Groups, Informal Accountability, and Local Goods Provision in Rural China*, *American Political Science Review* Vol. 101, No. 2 (May, 2007) p356.

规民约、行业章程、团体章程,在法治国家、法治政府、法治社会三者之间,并没有严格的界限,不论是硬法(建制化意义上的法律),还是软法,都在三者的一体化建设中,实现了边界重合,实现了在社会治理与国家治理意义上的有效性发挥,这是中国社会主义法治的整体性所在,也是治理主义法律观在整个国家治理体系中的完整体现。

从“以礼入法”到“以法入礼”治理主义法律观在社会治理中的落实

中国已经进入一个社会治理的时代。如果说20世纪80年代以来构建的社会保障体系托住了被市场化“甩”出来的社会,那么,十八届三中全会提出的社会治理则是对多元权利主体构成的社会结构的积极回应。中共中央提出要构建新型的社会治理体系,是极富远见的。但是,社会治理体系基本原则、构成要素、运作过程、评价标准到底是怎样的,目前并没有达成一致性共识。人们习惯于在结构导向(国家—社会关系)的社会治理体系、技术导向的社会治理体系、项目导向的社会治理体系之中思考这一问题。本文另辟蹊径,试图在规则导向的社会治理体系中来思考。基于这一导向,本文关心的核心话题是:治理主义法律观如何在社会治理的过程中得以落实?这涉及治理主义法律观在社会治理领域中的落实这一重要议题。

社会治理的有效性取决于社会规则能否转化为人们的社会认知工具,能否落实到具体的行为之中。在社会治理的展开过程中,法治不是外在于人的,而是内在于人的。故本文提出,治理主义法治观在社会治理中的落实得益于从“以礼入法”向“以法入礼”的转变。传统中国的法律是一个“以礼入法”的儒家化的过程。^[13]秦汉的法律是由法家所制定,其司法理念近似于现代的人人平等理念,他们以法律的准绳,希图把所有社会事务的处理与民间纠纷的解决都束缚到国家的公权力场域。由此,国家公权力场域是社会事务与民间纠纷的唯一处理与解决场域,国家、社会的事务,无论在哪里发生、发展,都必须在这一场域中得以完成并得到公权力的证实。随着秦帝国的崩溃与汉帝国的兴起,儒家思想成为国家意识形态的同时,开始主导司法领域。儒家所重视的家族不仅成为社会的基础,而且成为社会事务与民间纠纷的处理与解决场域。“家族主义及阶级概念始终是中国古代法律的基本精神和主

要特征,它们代表法律和道德、伦理所共同维护的社会制度和价值观念,亦即古人所谓纲常名教”。^[14]
^[p354]因为“二者是儒家意识形态的核心,和中国社会的基础,也是中国法律所着重维护的制度和社会秩序”。^{[14][p1]}从政治上分析,国家是家族的延伸;从司法理念上分析,“传统中国对于法律的概念主要被儒家的道德教育所形塑,它具有很深的道德内涵。”^[15]
^[p443]家族是道德化司法理念的承载主体,大部分的司法活动也是在家族场域而非国家场域发生,国家只不过是家族法律决定的执行者而已。

家族在传统中国就像现代社会中的社会自组织或社区,它是国家建基的基石,得到国家的承认,并受到国家的维护。“家族实为政治、法律单位,政治、法律组织只是这些单位的组合而已。这是家族本位政治法律的理论的基础,也是齐家治国一套理论的基础,每一家族能维持其单位内之秩序而对国家负责,整个社会的秩序自可维持”。从司法意义的角度分析“家族是最初级的司法机构,家族团体以内的纠纷及冲突应先由族长仲裁,不能调解处理,才由国家司法机构处理。这样可省去司法官吏许多麻烦,并且结果也较调和”。^{[14][p27]}

“与其他任何文明一样,中国的法律也是运作于社会中的基本的经济和社会力量、哲学理念和宗教信仰,以及实践等相互冲突的产物。”^{[16][p117]}传统中国的司法理念本于此,坚持社会事务与民间纠纷的处理与解决在家族所代表的社会场域中展开。如此行事,一方面公权力无须事必躬亲,则国家可垂拱而治;另一方面,纠纷如果解决不当,社会与民间的抗争针对的是具体的家族,而不会扩展到对整个政治制度的不信任,则政治制度可以免于损害自身的合法性。这与梁治平先生的研究互相印证,他说:“在中国古代社会,国家法不但是全部社会秩序的基础,甚至也不包括当时和后来其他一些社会的法律中最重要的部分。……在国家法所不及和不足的地方,生长出另一种秩序,另一种法律。这里可以先概括地称之为‘民间法’。”^{[17][p32]}古代国家既无意也无力提供一整套能够取而代之的法律制度,然而,官府的认可和支持有助于加强其效力,^{[17][p116]}国家治理秩序是家族在运用“民间法”或“习惯法”的基础上达成的各个家族治理秩序的合集。

传统中国的司法理念坚持社会事务由社会自身处理,民间纠纷由民间自行解决的原则,家族是

其承载主体,调解是其实现方式,无讼是其理想目标,而调解是达到无讼的桥梁。“调解制度在我国古代被称为‘调处’、‘和对’。”^[16]“如果说无讼是中国古代政治与法制建设的价值取向,那么调处制度则是实现息讼、无讼的重要手段之一。这在中国古代是由来已久的,不仅积累了丰富的经验,而且形成了整套的制度,是世界上少有的。”^{[19](p283)}因为在传统中国的家族之中“有许多纠纷根本是可以调节的,或是家法便可以处治的,原用不着涉讼,更有些家庭过犯根本是法律所不过问的,只能由家族自行处理。家长族长除了生杀权以外,实具有最高的裁决权与惩罚权。”^{[14](p27)}调解发生的场域不是国家公权力所代表的政治领域,而是家族所代表的社会领域。调解发生于具有社会权威的第三方的主持下,基于当事人的合意,而对于纠纷进行在地处理。它严格的区分于发生于正式国家司法设置——法院——中的审判。后者的司法理念与前者大相径庭,审判的理念在于把社会事务拉入国家政治领域,并使其得到政治的解决,公权力是社会事务与民间纠纷的仲裁者。

基于传统中国的司法理念,“受到处于主导地位的主流儒家伦理道德的影响,在中国几乎所有的三方结构的争议解决都是通过调解的方式完成的。简而言之,人们认为中国法官并不兼有审判和调解的职能,相反,法官本质上是一名调解人,他几乎不做或很少进行在传统法院模型中指明的此类审判活动”。^{[11](p221)}在传统中国,“非官方的‘和解人’很明显一直在发挥作用。仅当这些和解人无法解决争议时,人们才诉诸更正式的调解,即诉讼。”^{[11](p226)}调解体现了政治统治解决民间纠纷的非政治性却是社会认同的制度设置,是“从哪里来到哪里去”理念的具体运用,它在很大程度上减少了社会事务与民间纠纷的国家化或政治化现象,也就是在一定程度上达到了古人所说的“无讼”的目标。这正如赛如斯·匹克所说:“中国人对于和解与调处艺术的运用,对诉讼产生了长久而难以解决的灾难,并使其产生了对法庭的不信任,这为法律在中国社会的运作空间设置了显著的与明确的局限,这与法律在西方社会运作的广阔空间相比,具有明显的不同。”^{[16](p138)}

调解在司法意义上,消弭了国家与社会的藩篱,使国家与社会融为一体。它体现的并非是国家对于社会的强行压制与吸纳,而是国家对于社会的承认与支持,甚至是社会使国家嵌入其中,并按照

社会的准则行事。它坚持家族是社会的自组织,任何的民间纠纷与社会事务都可以在家族的范围之内,由族长或家族权威人物作为第三方进行调处,而无须公权力的介入,实现了社会事务与民间纠纷的从社会中来,到社会中去处理与解决的“无讼”理想。由表及里地分析,向我们展示了调解的非压制性与非极权性,而是“在中国传统的司法官的诉讼观念中,只是把司法过程视为纠纷平息的过程,而不是将其视为发现真理的过程。……对于司法者来说,最重要的是如何顺利地解决现实的矛盾和纠纷,化解冲突,实现和谐。在这方面,注重调解的古代司法能够给我们现代司法者以许多有益的启示。”^{[20](p40)}

以家族与调节为支撑的传统中国的礼制(治)与现代法制(治)的背后隐藏着一个大的隐喻,亦即国家治理的“差别性行为规范”与“统一性行为规范”之争。这就如撰写《中华帝国的法律》一书的作者布迪和莫里斯的观点:在中国普通人对这类伦理规范的认识及接受主要不是通过正式制定的法律制度,而是通过习惯和礼仪的普遍作用来完成的。宗族、行会以及由年长绅士掌握非正式管理权的乡村共同体和其他法律之外的团体,通过对其成员的反复灌输道德信条,调解纠纷,或在必要时施行强制性惩罚,来化解中国社会中不可避免的各种矛盾。^[21]由此可知,礼治得以确立的理念与规范基础在于差别性,法治得以确立的理念与规范基础在于统一性。传统中国的“刑不上大夫,礼不下庶人”就是基于礼制(治)的差别性行为规范在国家治理中的体现,而现代中国的“法律面前人人平等”就是基于法制(治)的统一性行为规范在国家治理中的体现。因为“礼”是等级性的行为准则,它们根据个人相对的社会地位而支配人们之间的关系,^{[22](p89)}而法是统一性无行为规范,它根据个人形式上与人格上无差别的一般化标准来规范人与人之间的关系。但是,这并不意味着前者是劣等的,后者是优等的,而是不同时代不同社会,不同的法律观念与实践。由此可见,传统中国的礼制(治)国家所建基的基础——礼——“不是一套抽象的伦理道德上的原理,而是治世的工具,是可以供人们可以学习的实用知识,是可以为统治者所用的制度规范,是可以使社会秩序不断复制、不断传递的社会机制”。^[23]^(p55-56)“以礼入法”体现并实践着传统中国儒家化的法律。这种法律观塑造出来的是具有中国特色的传统

礼治社会,而不是现代法治社会,传统礼治社会的遗产在中国两千多年的进程中,进一步渗透到当代中国的国家治理过程之中。

在当代中国,最能体现为以礼入法的制度就是“人民调解制度”。人民调解制度是中国共产党领导人民在革命根据地创建的依靠群众解决民间纠纷,实行群众自治的一种自治制度。依据传统中国实用化法律观而设立的人民调解制度,如果因循传统调解的路径,应该很难找到准确的介入冲突和化解矛盾的有效途径,已经无法应对基层社会出现的种种现代的冲突类型,由此,也就无法化解产权性、体制性与结构性冲突。那么,人民调解制度如何能够实现自身的创造性再转化呢?人民调解制度能否与现代法治结合起来呢?本文提出,中国要想走出法律儒家化的传统,促使像人民调解制度这样的制度转化为依法治国的积极资源,就必须实现从“以礼入法”到“以法入礼”的转变。以礼入法导致的是法律的道德化,以法入礼导致的是法律的社会化。法律的道德化弱化了法律的权威,法律的社会化强化了法律在化解社会冲突中的权威性。以法入礼可以促使法律作为一种信仰扎根于中国的文化土壤之中。以法入礼在社区治理中的落实尤为显明和迫切。^[24]

德法之间的礼治社区 治理主义法律观在社区治理中的落实

社区治理不同于国家高层治理,也不同于功能化组织的治理。那么,社区是一种什么性质的治理空间呢?社区从根本上来说是一种公约化、礼俗化的治理空间。它对礼治的需求远远超过了对刚性的法律的需求。当然,激烈的产权性冲突则是礼治爱莫能助的,它必须纳入刚性的法律框架中才能得以根本性的解决。所以,社区治理既不是依靠内在的道德自觉即德治得以维系,也不是完全依靠强制性的外在约束即法治得以维系。依靠公约表现出来的礼治乃是法治和德治在社区治理中的汇聚和凝结。

德治与法治,对于中国人来讲已经是耳熟能详、家喻户晓了。然而,介于法治与德治之间的礼治,则是体现了传统中国智慧与现代中国国家与社会治理的社区治道。关于这一点,并不是很多人所能洞悉的。对此,萧公权先生曾经论证说:“春秋时人之论礼,存广狭二义,其广者指典章制度,其狭者指仪文形式。儒家之所重视而阐明者,乃广义之礼,并不以冠婚丧祭、揖让周旋之事自限。夫子之功德

在于扩大礼之范围并加深其意义,遂为正民治国之要术。”^{[25](p98)}所以,礼并非仅仅关注形式上的繁华,而是指向古人所说的:“礼也者,合于天时,设于地财,顺于鬼神,合于人心,理万物者也。”(礼记)礼作为一种治道,并非仅仅局限于祭祀,它兼具人伦与国政,所以古人讲:“不学礼,无以立”(论语)、“礼义也者,人之大端也”、“故坏国、丧家、亡人,必先去其礼。故礼之于人也,犹酒之有糞也,君子以厚,小人以薄”(礼运),它是与国家治理、政令制度、保境守民息息相关的一系列国家治理之道,即“礼之所以守其国、行其政令,无失其民者也。”(左传)《礼记·曲礼》中的一段话揭示了礼治在个人生活、社会生活、家国生活以及宗教生活中的要义:道德仁义,非礼不成,教训正俗,非礼不备。分争辩讼,非礼不决。君臣上下兄弟,非礼不定。宦学事师,非礼不亲。班朝治军,莅官行法,非礼威严不行。禘祠祭祀,供给鬼神,非礼不诚不庄。是以君子恭敬撝节退让以明礼。就此来讲,礼治作为一种治道,从狭义到广义,从细微礼仪到国家治理的宏观战略,不仅是国家的自觉行为,更是各种社会自组织的自觉行为,是每个家庭的自觉行为,是伴随着每个人生命成长全过程的自觉行为。只要国家仍然存在,社会联系、社会自组织仍然存在,家庭仍然存在,人的身体与生命仍然存在,礼就不应缺位。

礼治所呈现出来的治理之道,并非是混同于传统中国的旧礼治,而是与现代社会结构相对应的新礼治。我们今天提到礼治的时候,往往将“礼”视为束缚人的自由的桎梏,往往将礼治视为中国传统的糟粕,要么认为它具有旧礼的繁复不堪,要么认为它像旧礼一样禁锢个体的自由,要么认为它是鲁迅笔下的“吃人”礼教。所有的这些对礼治的描述与认识,使我们对于当下礼治的理解附上了旧礼的魔咒,使我们认为如果不冲决礼教的落网,就无法表达我们对礼教的憎恶。但是,将当下我们所说的新礼治等同于旧礼教与礼治的认识,虽然认识到对旧礼治中束缚人的自由的部分进行彻底的革命,然而,却没有认识到对传统礼治所实践的符合人之社群性的地方进行创造性转化。

基于此,我们发现要想把作为独特的生活与社会空间的中国城市社区,完全纳入法治轨道当中,就当下来讲是存在较大难度的,然而,要想使城市社区治理完全依赖德治,由此构建基于人的内心的

自觉自在的社区治理结构,从而达成社区的德治实践,这种社区治理同样难以为继。由此,一种想法开始在我们的脑际形成,即试图把法治精神和德治精神融入社区治理当中,形成新时代的新礼治,这样可能会构建一种既可以与传统相契合,又可以与现实相适应的新的社区治理形态——礼治社区。礼治社区并非单纯是传统礼治的复制与复活,而是融合传统礼治的精神,在现代社区中得到新生的新礼治。具有悠久礼治传统的现代中国,可以借助传统文化、传统礼治的宝贵遗产,在现代的城市基层治理,构建一种融合传统与现代的新的社区治理形态,那就是德法之间的礼治社区。

礼治是德治与法治在社区中的凝结与汇聚,它处于德法之间的中间位置,是社区治理之道的精髓。概括而言,这种礼治是一个融旧铸新的过程,是一个旧礼的新生与新礼的塑造的过程,是一种现代礼治。现代礼治虽然具有传统礼治的特征,但是并非墨守传统礼治的所有原则、方法与实践方式,现代礼治既有对传统礼治的继承,也有对传统礼治的革新。例如孝之礼、和之礼、爱之礼、行车之礼、公共环境维护之礼等,大都是对应新型社会结构和新型权利主体的新礼。所以,礼治社区就是在熟人共同体、情感共同体和自治共同体这一理念的主导下,通过协商、讨论而形成大家约定俗成、共同遵守的礼治规则,以达成一种有序、有信、有义的社区公共生活形态。它具有以下四个特征:第一,礼治社区是尊重“礼”的权威的社区;第二,礼治社区是依靠礼治规则调节和化解冲突的社区;第三,礼治社区是依靠“礼”作为黏合剂融合不同身份和阶层居民的社区;第四,礼治社区是依靠“礼”实现自我管理、自我教育、自我服务、自我监督“四自”基本形态的社区。社区礼治形态是以人性化、道德化和情感化为取向的,包含着法治的精神和德治的素养,包含着对居民的尊重,包含着对共同体的贴合与融入。^[26]

严格说来,现代礼治虽然可以不用变换传统礼治的名称,但是往往具有转化传统礼治的内容与实质。这正如著名历史学家姜义华先生所极力提倡的全面建设新的三位一体的德治、礼治、法治体系,成为今日中国刻不容缓的任务。我们强调礼治作为现代中国城市社区的治理之道,并非是仅仅因为中国传统上有礼治的缘故,也并不是为了以此来区别于西方社区治理的民主治道,而是因为礼治是与中国

的社区禀赋和社群生活属性相适应的。十八届四中全会报告在阐述构建法治社会时提出:“加强公民道德建设,弘扬中华优秀传统文化,增强法治的道德底蕴,强化规则意识,倡导契约精神,弘扬公序良俗。发挥法治在解决道德领域突出问题中的作用,引导人们自觉履行法定义务、社会责任、家庭责任。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用”。这就是将法治与德治相结合而催生出新的社会治理和社区治理的政治依据。市民公约、乡规民约虽然不是正式的法律法规,但是它们在社会与社区中的治理作用比正式法律的成本更低,成效更加显著。因为它对居民的思想具有形塑作用,对居民的行为具有自然的约束作用,对居民的内心具有潜移默化的化约作用。故我们对法律的认识与实践不应该是教条主义的。由此,本文得出如下的判断:运用不同类型的法律和规则化解不同领域的冲突和矛盾,是治理主义法治观的重要体现。作为巨型国家的现代中国的治理肯定不能只依靠单一类型的专业化法律。中国作为传统与现代兼具的社会主义法治国家有其独特的基本要义和独特的治理形态。简而言之,礼治社区是居于德法之间的中庸形态。中共十八大第一次提出“社区治理”这一概念。“社区治理”一词意味着社区内部权力结构的重塑、社区治理主体的再生、社区治理过程的重构等多重含义。当治理主义法律观走进社区、走进人们日常生活中的时候,我们发现了一种特殊的处于德法之间的社区形态——礼治社区。

结语

长期以来,我们把法律视为可有可无的治理工具。这种工具主义法律观,与中国的现代化进程呈现出格格不入、背道而驰的态势。可以说,中国现代化的成功就取决于对工具主义法律观的扬弃程度。与此同时,西方国家理性主义法律观也难以在中华文明的土地上生根发芽。那么,中国全面推进依法治国的理念基础在哪里呢?换言之,中国现代化的国家治理体系和治理能力确立什么样的法律基础之上的呢?本文提出了治理主义法律观这一基本观点。治理主义法治观首先体现为对法治精神的尊崇,其次更注重法治在不同治理空间中的落实策略及其规律。法治在国家治理、社会治理和社区治理中的贯彻与落实存在着不同的实现路径。治理主义

法律观关注的是法律能否转化为解决国家治理议题、社会治理议题和社区治理议题的观念资源和制度资源。从这个角度来说,法治的刚性程度在从国家治理向社会治理、社区治理传递的过程中,是逐渐递减的。换言之,法治在不同治理领域有不同的表现形式和制度形态。国家治理的法治化是一必然发展趋势,这是不容怀疑的。在社会治理领域,有很多领域,像公共安全领域、财产安全领域、生命安全领域,它们对法治的刚性需求也是不容置疑的。这些领域如果不纳入绝对的、刚性的法治原则之中,社会就有可能被撕裂。但是,试图把所有领域甚至私人生活领域、社区公共生活领域完全纳入法治轨道上的做法,造就的可能是冰冷的社会、陌生的人群和冷漠的交往。因此,将法治和德治的交融汇聚在礼治社区和礼治空间之中,是社区治理的基本走向。从这个角度来说,法治与民主一样,它们对现代社会和现代国家来说不可或缺,但又不能将法治和民主推至绝对境地,变成法治的偏执狂和民主的狂热者。

参考文献:

- [1][日]美浓部达吉.法之本质[M].台湾:商务印书馆有限公司,2012.
- [2][美]约翰·R·康芒斯.资本主义的法律基础[M].北京:商务印书馆,2003.
- [3][美]哈罗德·伯尔曼.法律与革命.西方法律传统的形成[M].北京:法律出版社,2010.
- [4][美]哈罗德·伯尔曼.法律与宗教[M].北京:商务印书馆,2012.
- [5][美]弗里德里希·超验正义:宪政的宗教之维[M].北京:三联书店,1997.
- [6][加]梁鹤年.西方文明的文化基因[M].北京:三联书店,2014.
- [7]中共中央宣传部.习近平总书记系列重要讲话读本[M].北京:学习出版社、人民出版社,2014.
- [8]本书编写组.《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本[M].北京:人民出版社,2014.
- [9]习近平.关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明[A].《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》辅导读本[C].北京:人民出版社,2014.
- [10]何毅亭.学习习近平总书记重要讲话(增订本)[M].北京:人民出版社,2014.
- [11][美]马丁·夏皮罗.法院:比较法上和政治学上的分析[M].北京:中国政法大学出版社,2005.
- [12]习近平.加快建设社会主义法治国家[J].求是,2015(1).
- [13]瞿同祖.中国法律之儒家化[J].载于国立北京大学五十周年纪念论文集[M].文学院第四种,北京大学出版部,1948.
- [14]瞿同祖.中国法律与中国社会[M].北京:中华书局,2003.
- [15]Herbert H. P. Ma, Law and Morality: Some Reflections on the Chinese Experience Past and Present, Philosophy East and West, Vol. 21, No. 4, Symposium on Law and Morality: East and West (Oct., 1971).
- [16]Cyrus H. Peake, Recent Studies on Chinese Law, Political Science Quarterly, Vol. 52, No. 1 (Mar.1937).
- [17]梁治平.清代习惯法:社会与国家[M].北京:中国政法大学出版社,1996.
- [18]黄娥.历史的传承:中国古代调处制度——兼与现代调解制度比较[J].中南财经政法大学研究生学报,2007(4).
- [19]张晋藩.中国法律的传统与近代转型[M].北京:法律出版社,199.
- [20]顾元.衡平司法与中国传统法律秩序:兼与英国衡平法相比较[M].北京:中国政法大学出版社,2006.
- [21][美]D·布迪 C·莫里斯.中华帝国的法律[M].南京:江苏人民出版社,2003.
- [22][美]R.M.昂格尔.现代社会中的法律[M].南京:译林出版社,2001.
- [23]刘建军.古代中国政治制度十六讲[M].上海:上海人民出版社,2009.
- [24]刘建军.论社会转型期政治信任的法治基础[J].文史哲,2010(4).
- [25]萧公权.中国政治思想史[M].沈阳:辽宁教育出版社,2001.
- [26]刘建军.礼治社区:探索中国特色基层治理[N].解放日报,2015-09-22(11).

责任编辑 申 华