

现代化语境的法治化探寻

陈金钊

摘要: 尽管后现代思潮对现代化有诸多批评,但现代化是中国不能跳过的阶段。现代化寓示着先进性。继工业、农业、国防、科技之后的第五个现代化,是制度现代化。与制度现代化关系密切的法治化,包含规范制度的体系建构、主体机制的逻辑拟制;其特别含义可作为现代化的目标理念。作为方法理念的法治化,重视拟制思维的使用,并运用逻辑拟制法律规范、平等主体及调整机制等来建构法律关系,以期全面促进治理现代化。法律的安定性等因素对法治建设有促进作用,是其他现代化可持续发展的保障。

关键词: 现代化;法治化;法治思维;法治话语;法律方法

DOI: 10.19836/j.cnki.37-1100/c.2021.04.004

有多种原因促使研究法治化的语用及其意义。现代化在中国已经持续了一百多年,然而,现代化与法治、法治化之间究竟是什么关系还不甚清晰。近读周大伟的断言,感觉很有意思。他说:“中国现代化的过程便是三院诞生的过程。这里的三院便是医院、法院、法学院。”^①有关现代化诞生的这一断定,既没有从制度、体制的现代化谈起,也不是人们常说的工业、农业、国防、科技现代化,而是从能看得见的、更加贴近日常生活的医院、法院等说起。对此能说得通的解释是:现代化与法治化有关,且包括法治现代化。法治化是其他现代化的目标理念。清政府在帝国主义逼迫之下的修律新政,使西式法律、法院、法学院等随之产生。“三院”在中国的诞生过程,饱含西方文化对中国传统文化的冲击,这深深地影响了中国人的思维方式。法治中国建设,既需传承中华优秀传统文化,也要借鉴人类法治文明的优秀成果。这是正确的思维方向,但需要正确思维方法的保证。法治化所蕴含的思维理念,指明了传承、借鉴的具体思维路径,即在整体思辨中引入体系逻辑,构造法治思维,进而促成用法治方式化解社会矛盾。法治化是规范制度建构基础上的思维方式转变。各项工作的法治化,既是制度的建构、行为规范的改变、体制机制的改革,也是思维方式的转变。法治现代化的目标是用法治思维和法治方式化解社会矛盾,进而避免社会的整体失序,促进社会的稳定和谐。

一、法治化语用及问题

现代化始于近代,寓示特定时代印记的先进性,是对社会性质、形态等方面进步的肯定;“是在说明社会历史发展的定点过程及特定社会历史的表现形态”^②。经过多年话语使用以及哲学、史学等理

基金项目: 国家社科基金重大项目“新兴学科视野中的法律逻辑及其拓展研究”(18ZDA034)。

作者简介: 陈金钊,华东政法大学法律方法研究院教授,博士生导师,法学博士(上海 201600; jzchen@sdu.edu.cn)。1998年由河南大学法学院调入山东大学(威海)法学院,在山东大学度过了职业生涯最重要的15年,常奔波于威海与济南两地讲授法律解释学、法律方法论等课程。山东大学浓郁的文史哲氛围、人文精神以及导师赵明义先生的教诲,对笔者学术研究影响至深至远。

^① 引自徐小群:《现代性的磨难——20世纪初期中国司法改革(1901-1937)》,杨明、冯申译,北京:中国大百科全书出版社,2018年,陈夏红总序,第4页。

^② 刘星:《法学实践》,桂林:广西师范大学出版社,2019年,第233页。

论的证成,现代化观念被广为接受,重要工作都难以抗拒现代化的辐射^①。国家治理体系和治理能力的现代化,已成为当代中国重要的发展目标,可以作为目标理念对各项工作发挥引领作用。现代化引领下的法治化也获得了强势正当性,各方面工作都在强调法治化。然而,传统中国有深厚的人治、专制传统,以思辨为主的思维方式,也与法治逻辑有不少出入。这决定了中国走向法治的路径不仅是复杂的,而且也是艰辛的。因而对法治化需要正确理解。如果使用不当,不仅有关法治的语用会出现问题,而且其作为思维理念的功能也难以发挥出来。

现代化、法治化也是当代中国的价值追求。党的十七大提出了坚持依法治国基本方略、树立社会主义法治理念、实现国家各项工作法治化的要求。2020年11月召开的中央全面依法治国工作会议,要求在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化。随着党对全面依法治国的日益重视,法治已经成为治国理政的基本方式。法治化语用已经遍及社会生活及工作的各个领域,相关研究也涉及人文社会科学各个学科。法治化成了社会转型的基本方法和重要目标。在当下的法治话语中,经常能见到与法治化相关的判断或命题,如法治是理性的体现、市场经济就是法治经济、法治是把权力关在制度的笼子里、重大改革都要于法有据、用法治思维和法治方式化解社会矛盾、国家和社会治理的现代化就是法治化、法治化是推进国家和社会治理现代化的核心等。法治化语用的普及使人们相信法治不仅是历史上最优的治理方式,还是社会转型不可替代的目标。

在“中国知网”(截至2021年2月5日)中,以篇名中包含“法治化”进行检索,搜索到篇目计14110条。其中多为社科杂志发表的论文,少量是报纸登载的文章。从中可窥见,或前置或后置的法治化语用很普遍。作为定语修饰的前置,是把法治化作为完善某项工作的目标指引。如法治化保障、法治化监管、法治化构建、法治化轨道、法治化改革、法治化路径、法治化思考、法治化管理、法治化治理等。一些前置修饰的法治化语用存在的问题是,没有显示“修辞立其诚”的姿态。既缺少对法治化的定义,也没讲清楚实现法治化的方法;把“法治化”仅作为修辞的现象比较严重。在与具体工作结合后,法治化显现出不同程度的空洞现象,言说的是作为法治化外延的规范化、程序化、法定化以及解决问题、处罚方式的法律化等。需要看到,法治化是动态的方法论理念,仅把法治化与规范、程序等规制观念联系起来还远远不够。正如法律体系需要上升为法治体系一样,在各项工作做了“平面”的制度化、规范化后,还需要有“立体”的法治化方法的运用,即如何实现法治化,如何把规范、定义落到实处等。这是法治化需要思考的问题,否则法治化语用就可能是纯粹的修辞。

法治化语用后置,是用所要解决的问题修饰法治化,如国家治理法治化、社会治理法治化、行政治理法治化、卫生防疫法治化,以及涉外工作、环境监管、营商环境、风险防范、乡村治理、谣言治理、养老服务、医务工作、财政支出、脱贫攻坚、行政约谈、家庭教育、信用建设、自贸区建设、招聘、地名管理等方面的法治化。还有行政权法治化、财政权法治化、警察权法治化等。法治化涉及面最宽的是“中国法治化”^②。一方面,后缀的法治化语用提升了法治及其思维方式的重要性,使人们意识到法治化可以解决很多问题。这是对法治思维或法治方式的拓展。另一方面,后缀的法治化语用,蕴含着前置工作以及拟制主体的工作还存在一定不足和缺憾。这些工作、主体之所以需要法治化,是因为法律化、法治化程度不够或缺乏,需用法治化才能改变。由于法学基础理论研究的匮乏,因而无论前置、后置,含糊语用较多,对“法治化”缺乏较为明确的定义。

法治化语用的普及有多重原因:第一,党对法治的重视,把法治当成治国理政的基本方式,全面推进法治中国建设。社会转型的目标之一是要由管理转向治理。我们党对法治非常重视,提出了构建

^① 尽管现代化在中国传播的过程中,遭遇西方后现代思潮的冲击,特别是中国固有的思维方式与后现代有重合之处,但这并没有影响当代中国对现代化的渴望。后现代思潮主要是在学术界有广泛的影响。

^② 参见范进学:《论法律信仰危机与中国法治化》,《法商研究》1997年第2期;刘佳:《中国法治化的现实基础》,《中外法学》1999年第1期。

法治体系、法治话语体系、中国特色社会主义法治理论等要求,与此伴随便有了更多法治化诉求;法治中国建设需要法治化理念、方法的引领。第二,法治化语用的增多,是随着法治地位的提升以及对法律方法的熟练掌握而衍生的现象。语用学是现代数理逻辑符号学的分支,是对符号和解释者关系的研究。语用涉及语境问题,是语言使用所展示的意义。其意义不仅涉及字面含义,还包括语境中所蕴含的意义。因而,探究法治化需要关联维度的展开。法治化要求把政治、经济、文化、社会等方面的问题转换为法律问题来解决。这使得法治化成了行为和思维的理念。法治化意味着用法治精神统率社会治理全局,用法治眼光审视社会治理现状,用法治思维谋划社会治理战略,用法治手段破解社会治理难题,用法治方法巩固社会治理成果^①。第三,由于法律权利的逐步增多,人们的权利意识越来越强烈,并且很多新兴矛盾就是因为法律权利增多引起的,所以对解决问题的法治化诉求也就越来越旺盛。

法治化语用的大量使用,一方面证明法治处于上升时期,人们对法治有强烈的期盼;另一方面也证明法治建设依然还在途中,有太多的问题需要法治化。然而,法治化理念“言易行难”。言说法治化的人,如果意识不到现代化语境中法治化的艰巨性,很容易产生盲目的乐观主义。与20世纪90年代“依法办事”的境遇一样^②,现在的法治化语用也有成为浪漫主义修辞的危险。现在,虽然法治化语用已经普及,但语义并不是很清晰,没有明确的意义所指,多是各自理解的语境使用。法治化无论是作为命题还是概念,都具有很大的不确定性。由于法治是由法律所定义的秩序,因而与法治相连的法治化不能随心所欲地使用。法治化语用应与法治思维、法治方式联系起来。

关于法治化思考的进路,大体有依次递进的四个阶段:一是法治化修辞的语用阶段,目标是促成法治化语用遍地开花。这是营造法治化语用氛围所必需的。二是塑造、凝练、确定法治化意义的定义阶段。只有在定义的基础上,才能与具体的法治措施有机融贯,进而准确地使用法治化概念。三是确定法治化的具体方法或措施。即在明确定义的基础上,指引思维,确定符合法治、政治等要求的法治化举措。四是法治化实施或法治化理论的实践阶段。当前,虽然法治化语用很多,但在某些方面存在浪漫主义的修辞语用现象,好像某些问题只要法治化就能得以解决。这源于前三个步骤没有做到概念的清晰,以至于喊了这么多年的法治化,仍没有确定法治与法律之间、法治理想与现实之间的鸿沟如何跨越。如果实现法治化的方法得不到解决,全面依法治国的进程就会受到影响。

二、法治化的定义及理念

刘星教授从意义流变的角度认为:“试图运用语言图画理论,以精确解释‘法治’及‘现代法治’,是没有意义的。‘法治’,特别是‘现代法治’,作为一类观念,甚至作为社会政治法律的类型状态,其本身,即在不同的历史时期和语境中演化变迁。显然,我们无法站在所谓超越历史的角度,以概括这些语词的‘本质’含义;我们最多可从事的,且亦为真实有意义的,则是在特定语境中,对‘法治’及‘现代法治’观念,作出语境化的阐释。”^③据此推论,对法治化作出精确并都能接受的定义,既是不可能的也是没必要的。但是,从形式逻辑的角度看,“法治化”不能是空洞无物的词组,应有较为明确的含义、具体的方法。只是需要注意到,贴有“化”之标签的语词,可能存在大而化之的危险。法治化语用目前有此苗头。许多不加推敲的语用,虽然会强化法治化使用的氛围,但也会产生诸多误解,甚至误导人们对法治的期待。只有较为明确的法治化定义,才能有恰当的语用,进而产生促进法治、改革社会的实

① 参见江必新、罗英:《社会管理法三论》,《理论与改革》2012年第1期。

② 即一些人仅在修辞意义上言说依法办事,而对如何依法办事不作细致的方法探究,以至于出现了机械司法与执法,或打着“依法”旗帜的错误行为,或仅仅把依法办事当成修辞。

③ 刘星:《法学实践》,第241页。

际效果。实际上,法治化有三层含义:一是方法上的法律化。主要是通过立法创建法律规范体系,拟制法律调整主体及机制,从而为法律关系的建构提供前提,进而实现法律的规制。二是推进作为价值追求的权利保障和权力限制。即把法治的核心要义——保障权利和限制权力融进需要法治化的各项工作之中。三是把法治化作为思维理念,塑造法治思维和法律方法体系,从而使法治化话语转变为法治思维和法治能力。法治化所具有的包容品格,使其不仅包括规范和程序,也包括人类对美好生活的价值追求,同时还包括对法律运用技术的思维探索。

(一)法治化定义之必要性

法治化之语义不清,源于对形式逻辑的轻视。一些人认为,概念、定义不过是言辞而已,且在语境之中意义都是流动变化的。由于缺乏对法治化定义的探究,法治化至今没有获取明确的定义,也就难以达到名正言顺、言顺事成的境界。法治化不能仅在语用修辞阶段徘徊。要发挥法治化对现代化的促进作用,就需要深入探究法治化之定义,进而在有所定义的基础上,用法治化来促进中国的社会转型。法治化语用的普及对现代化具有重要意义。现在人们已经意识到,法学、法律、法治、法理等对中国现代化的重要性。有学者发现:“在十九世纪,法学被视为人类文明的最主要的成就之一,其地位甚至被认为远胜于其他的学术门类。”^①虽然大而化之的语词难以有确定性,但法治化必须有明确的意义中心或较为固定的含义。否则,含糊其词的法治化可能会把法治带进纯修辞的迷思。法治化属于标示性策略,是思维立场的话语。追求清晰的法治化定义确实困难,但法治化语用需要较为明确的含义,以便能推进法治的进步。目前的法治化语用还处在含混使用的阶段。多数人所使用的法治化,指向了制度规范建设和用法律处理问题的方式,与现代化的关联度不高,不过是想用法律手段解决纠纷。尽管概括出精确明晰的法治化概念非常困难,但也应该给出基本的、基础性的定义。特别是与国家和社会治理具体措施相连的法治化,一定要认真研究、仔细推敲,不能随便使用。当今法理学研究的使命之一,就是搞清楚法治化的基本语义。

从语用学的角度看,法治化是一种修辞方式,是伴随着法治理论研究出现的新词组。与“法治化”相关的称谓有法律化、规范化、条文化等。后来,这些概念都被囊括在法治化之中。法治化成了法治思维、法治话语的替代词,甚至还包括了法治思维理念、法治思维方式、法律方法等内容。虽然法治化是一个含义较为宽泛的概念,但从现代化的角度看,法治化的核心意义是运用法治理念、法律价值、法律规范程序、法律思维方法来限制权力以及保障权利的实现。法治化是围绕着法律限权所展开的思维。法治化语用的增多,意味着专制、人治的消退。用法治化修饰的活动很多,但核心意义是限制权力,多是法律化以及对法治思维的要求。法治化的基础定义包括基本的理念、原则、话语运用方式以及法治思维一般方法论等。法治化需要共商、共建、共享的发展理念,遵循平等、互利的的基本原则,建构法治实现的思维方法;需要满足法律调整的基本属性,诸如规范性、一般性、体系性、稳定性、平等性、公正性以及法律意义释放的自主性等。现代化背景下的法治化定义,至少应该包括规范制度的变革、调整机制的完善和思维方式的转变等方面。

(二)法治化与法律化、法治现代化的区别与联系

之所以要对法治化进行定义,是因为定义是法学研究或法律实施的基础问题。法治是由法律所定义的秩序。由定义导向的思维对社会实践影响很大。对法治化的定义探索,可以认清其基础含义以及在法治话语或法治理论中的位置。定义的目的在于确定本质,明确含义,以便更准确地使用。并且,重视并明确概念的建构,可以颠覆过度辩思的模糊,对塑造法治思维、法理思维有重要意义。明确法治化的定义需要做好与相近概念的辨析。相近的概念包括法治、法律化、法治现代化等。

1. 法治化与法治。与法治不完全一样,法治化不仅强调规则的统治,关键是对原有规则的完善。

^① 扬·斯密茨:《法学的观念与方法》,魏磊杰、吴雅婷译,北京:法律出版社,2017年,第5页。

对规则以及调整机制的改革,是法治化的前提预设。就规则完善来说,法治化是立法工作的延伸。对规则运用有不同的理解。法治从来都有变成法官和律师之治的危险^①。如何避免法律实施过程中的这种危险,是法治化的关键。因而,法律实施要围绕法律自主性展开,即是否属于法治化建构,需要以能否实现法律自主、减少任意为标准。如果通过法律形式强化了权力的任性,则很难被称为法治化。两者之间实际存在的差异意味着不能把法治等于法治化。法治化语用要处理好法治与法治化的关系。然而,由于法治本身就是一个难以简单表述的概念,因而对法治化进行定义就更加困难。英国法学家詹宁斯发现,“法治的含义如同一匹桀骜不驯的烈马”^②,无法驾驭。虽然难以定义,但如果不做定义,法治化语用就可能流于纯粹的修饰。法治化是基于法治衍生出来的术语,既与法治中国建设的基本要求“科学立法、严格执法、公正司法、全民守法”有关,也与法治的构成要素有密切联系。法治的构成要素包括法治精神、法律价值、法律规范与程序、法律手段(法律拟制、纠纷解决机制)等。作为思维方法,法治化是法律精神、原则、理念的思维延伸。在法治“化”思维过程中,主要是法治精神、原则以及法律的创制与实施。是否法治化之判断标准,既包括对法治理念、原则、概念、规范的使用,也包括对国家和社会治理变革的考量,不能把与法律相关的想法、做法都称为法治化。

法治化是现代法治的思维理念。在法治思维中,“法律至上应是中国法制现代化(法治化)的观念基础”^③。法治化是根据法治理念的要求,开展对法律制度的规范建构,拟制法律调整机制和思维方式等系统设计。对国家治理现代化来说,法治化意味着权力监督和制约、法律自主,法治化是用法治的精神统率社会全局,以法治的眼光审视各种问题、谋划发展战略,是用法治思维和法治方式化解社会矛盾。当然,法治化与法治的重合度很高,差别仅在于法治化是使用的场景。“‘现代法治’是一个历史的概念,作为话语标记,其和历史语境相互交织,具有变迁的谱系”^④。法治化要考虑对原有规范制度、调整机制等的改变;是根据法治要求改革具体的制度规范、调整机制,进而用法治思维和法治方式化解社会矛盾。法治化牵涉到规则的改变和权力的重新配置,其本质是设法使权力、权利都接受法律的规制。

2.法治化与法律化。法治化与法律化是含义有所重合的概念。两者都牵涉到治理制度、规范的创新,倡导用规则导引治理思维和行为,是想通过制度安排与治理策略,增强国家治理的有效性与合法性。细微的区别在于:第一,法律化重在建构规范制度体系,其主要特征是对治理理念、原则、制度等进行规范建构,是向社会输入行为和思维规范,是推进法治化的前提要件。而法治化则注重改革,是要改变不符合法治要求的规范制度、机制以及化解矛盾的方式,它更多地强调法律系统功能的发挥。法治化的含义比法律化更为宽泛,法治化可涵盖法律化,是对法律规范的实施。第二,法律化可用于制度的空白填充,经常与规范化、制度化连用;是思维依据的规范化、行为过程的程序化设置;是把行为纳入法律关系进行调整。法治化有更为宏伟的目标,主要用于国家和社会治理的现代化转型,包含有治理理念的更新,至少含有部分制度的修改;是由管理向治理的转变及建构高效、公平的纠纷解决机制。法治化的核心是营造稳定的环境以及可持续发展的措施。第三,法治化是对法律化的拓展。如当一般法律在实施过程中出现不确定、意义含糊等问题,以及难以涵摄一些行为时,需要把某些社会规范拟制为法源,以便以法之名使法律规范与其他社会规范之间的关系得以融洽。这里的法治化其实就是把其他社会规范等法源化^⑤,包括把党法党规纳入法源系统。日常经济生活的法治化还包括契约化,即用合同规范人们的行为、预防和解决纠纷也属于法治化方式。当然,上述区分只具

① 参见布雷恩·Z.塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉:武汉大学出版社,2010年,第158页。

② 艾沃·詹宁斯:《法与宪法》,龚祥瑞、侯健译,北京:生活·读书·新知三联书店,1998年,第42页。

③ 夏锦文、蔡道通:《论中国法治化的观念基础》,《中国法学》1997年第5期。

④ 刘星:《法学实践》,第229页。

⑤ 参见陈金钊:《法源的拟制性及其功能——以法之名的统合及整饬》,《清华法学》2021年第1期。

有语用意义。从法学学术研究的顶端来看,也许法律化与法治化的区分没有特别的价值。

3.法治化与法治现代化。法治现代化是对法治化的限缩使用。在现代化目标下的法治化,亦可表述为法治现代化。“从‘国家治理体系和治理能力’建设角度来看,‘法治现代化’与‘现代化的法治化’的任务具有同等重要的意义,‘法治化’与‘现代化’必须齐抓共促、齐头并进。”^①可是,很多人所使用的法治化并没有把现代化置于其中,而是指用法律解决问题的程序、路径或方法;是要把其他社会规范纳入法律的范畴,存在着对法治化语用的随机处理现象。从语用学角度看,这无可厚非,但从法治语词需谨慎使用角度来看,不能把法治化不附条件地等同于法治现代化。与法治化比较,法治现代化“无疑是一个更长的过程。清末开启中国法治现代化进程,绵延至今已有一个多世纪”^②。法治现代化的核心是权力法定,是依靠机制体制以及思维方式等约束权力的任意行使。法治现代化是一个历史比较的概念,不是无目标、无语境地根据法治概念的演绎。

还有,对国家治理能力的现代化与法治化的关系,也需要认真对待。一些法学学者认为,国家和社会治理的现代化就是法治化,“社会治理应该走法治化的道路”^③。可是,目前此种观点仅见于一些法学研究,其他学科的认同度不是很高。更多的学者认为,现代化依赖法治化,而非就是法治化。张文显教授认为:“法治与国家治理息息相关。推进国家治理现代化,必然要求推进国家治理法治化,这是国家治理现代化题中应有之义。”^④莫纪宏教授看到:“离开了‘法治化’的评价尺度和标准空洞地谈论‘国家治理体系和治理能力现代化’是没有实质性的意义的,甚至是有害和起反作用的。”^⑤法治化是现代化的基础。法治现代化与法治化共享法治的基本原则。“法治作为治国理政的基本方式,在推进国家治理体系和治理能力现代化中具有基础性地位和作用。构建现代新型国家治理体系,实现治理能力现代化,有赖于国家各项工作的法治化、制度化、规范化和程序化。”^⑥还需要看到:“‘现代性观念’,作为观念,是存在问题的,其遮蔽了社会历史变化的相当重要的复杂性、多样性,易使人们对社会的建设方案出现片面、直线、‘纯粹’的理解,且易使人们对社会建设方案的‘他者’要素,视而不见。”^⑦因而,法治化是否等于法治现代化还需认真研究。

(三)权力的法治化、权利的法治化

改革开放使得中国人的权利增多,在政治、经济、社会等领域公民、法人获得了更多的自主权,人们的权利观念日益增强。法治是“将法律置于主权者之上,便同时也将一个法官和惩办他的权力当局置于他之上,这样便是造成了一个新的主权者”^⑧。法治现代化也要处理好权力与权利的关系。法治化的要义是权力法定和保障权利的实现。

权力的法治化即法定化。在中国法学语境中,权力法定是个新的命题,并随之衍生了依法立法、依法行政、财政权法治化、警察权法治化等要求。法治化包含权力法定,但还须有相关的法治理念及思维方式的支撑。否则,即使权力法定也难以约束住权力任性。“在国家治理现代化的转型过程中,权力法治化是一个共同的趋势,也是一个普遍的难题。能否对原先在权力体系中占据主导地位的行政权力进行有效的法治约束,很大程度上决定了国家的转型步伐是否能够迈得稳健、踏实。”^⑨现在的问题是,人们的思维方式离法治化要求仍有很大差距,致使权力任性可以通过其他方式实现。例如,

① 莫纪宏:《国家治理体系和治理能力现代化与法治化》,《法学杂志》2014年第4期。

② 徐小群:《现代性的磨难——20世纪初期中国司法改革(1901-1937)》,第3页。

③ 刘作翔:《关于社会治理法治化的几点思考——“新法治十六字方针”对社会治理法治化的意义》,《河北法学》2016年第5期。

④ 张文显:《法治化是国家治理现代化的必由之路》,《法制与社会发展》2014年第5期。

⑤ 莫纪宏:《国家治理体系和治理能力现代化与法治化》,《法学杂志》2014年第4期。

⑥ 徐汉明:《推进国家与社会治理法治化》,《法学》2014年第11期。

⑦ 刘星:《法学实践》,第230页。

⑧ 霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,北京:商务印书馆,1985年,第253页。

⑨ 刘剑文:《论财政法定原则——一种权力法治化的现代探索》,《法学家》2014年第4期。

有的行政机关以决议形式否定已经生效的法院裁判,有的政府机关致函正在审理案件的人民法院,称“一审判决不利于本地社会稳定”。此类问题的出现,其原因有多种,但权利保障、“据法思考”的法治化观念欠缺,是重要的原因。

法治化所要处理的问题,不仅包括权力之间的关系,还有权力与权利的关系。管理者和被管理者之间关系,可归结为权力与权利间的关系。我们应“在国家与国家机构、国家机关相互之间、国家机关与社会组织和公民个人之间建立起更好的信任、支持和合作关系”^①。处理权利与权力关系需要坚持“以人民为中心”,还原成法学话语就是权利本位,即权力应以权利保障及实现为目标。与权力法定相对应,则是法不禁止即权利。

法治化理念反对权力绝对化和权利绝对化。“自从‘权利’成为谈话中的基本对策时,一些歧义、逃避和过分之举一直困扰着西方的争论”^②。权利自主是法治社会的关键。但是我们也要认识到,现实中,有些人依然存在权力不依法行使,或只讲权力不讲责任、只要权利不要义务的绝对化思维。这非常不利于法治社会建设。实际上,权利主张、权利话语不仅困扰着西方的政治,而且这种纷争在中国也已经开始。当然,反对权力绝对化和权利绝对化,不是说权力不能干预权利自主。政府有协调、平衡权利的权力,但要有节制及利益补偿。介入权利需要尊重权利自主。权利自主意味着主体既可以放弃权利,也可以在权利范围内自主选择,即自主决定权。权利既可以抵御其他人的干扰,也可以防范权力的介入。法治就是限权,意味着不能随便剥夺权利或干扰权利人行使权利。如果公权力对市场 and 私人生活进行任性的干预,看似是在限制权利的绝对化,实际上是对权利自主的伤害。权利绝对化和权力绝对化会使法治失去限权能力。法治化既是权利话语,也是限制权力的话语。对权利法治化的认知,不能仅停留在理论层面,还必须注意社会语境因素以及实现的方法、条件等。法治社会建设需要培育社会组织。然而,“社会组织还未完全摆脱‘行政化’色彩,缺乏自下而上的创新精神,参与社会治理与社会建设的空间还很有限”^③。由于法治社会要解决权利之间的冲突,这就需要发挥社会组织的自主性,因而不可完全依赖权利法定,可在权利法定的基础上适度开放,把法律没有禁止的行为推定为权利。

法治社会建设需要把公民权利授予及行为方式法治化。“‘法治社会’的提出,意味着国家或政府必须向社会放权,培育社会,并接受社会对国家权力行使的影响与监督。同时,社会不能仅仅依赖于国家、政府的引导与管理,它更需要通过公民个体和社会组织的行为,以自身的法治化和自治化维护自身的有序化”^④。对法治社会建设来说,不是说有了权利就有法律秩序。权利只是法律体系中的重要因素,但绝对不是法律秩序的全部。权利实现不仅要靠义务来落实,还要由限权来保障。整体性法律不仅是对权利的定义,还包括权利、义务、责任等方面的体系化建构。法治化需要体系性法律的全面实施。同时还需要看到,权利之间也是存在冲突的,法治社会就是要解决权利之间的冲突。只有使社会组织的自主性、法律的自主性都得到发挥,法治社会才能实现。无论是法律的自主性还是社会组织的自主性,都反对权利的绝对化。权利绝对化和权力绝对化是法治化的障碍。

三、法治化方法及基础

法治化是把主体及行为纳入法律关系而展开的规范调整。不能纳入法律关系就意味着不能用法律手段解决,因而也就难以实现法治化。法治化是通过立法拟制创建或完善法律规范及体系;以及拟

① 莫纪宏:《国家治理体系和治理能力现代化与法治化》,《法学杂志》2014年第4期。

② 约翰·菲尼斯:《法哲学:菲尼斯文集》第四卷,尹超译,北京:中国政法大学出版社,2017年,第399页。

③ 郁建兴、关爽:《从社会管控到社会治理》,《探索与争鸣》2014年第12期。

④ 郁建兴、关爽:《从社会管控到社会治理》,《探索与争鸣》2014年第12期。

制主体,创设或完善调整机制;进而通过逻辑思维建构法律关系,平衡权力与权利、职权与责任等以实现法律秩序。法治不承认法外主体,有权力就有责任,有权利就有义务,不允许只享受权利、权力,而不承担义务、责任的特殊主体的存在;是把法律所欲调整的行为及主体拟制为法律,进而使行为成为法律可控的对象。法治化的要义包括权利、权力及主体的法律化拟制以及对思维的规范指引。既有对法治思维方式的逻辑建构,也有法律思维及方法的运用。法治化的标志是对法律有所完善,能促进权利实现、社会进步以及解决个案纠纷等。

(一)法治化是拟制思维的使用

法治化之“化”作为思维方式,主要是拟制思维的使用。法律拟制是以法之名把行为纳入法律规范,使主体进入法律关系,进而用逻辑思维开展法律调整。言说法治命题的社会契约论,就是根据契约所展开的拟制。法治化的基础含义是以立法拟制作为开端,创设法律主体、法律实施机制,确定权利义务、职权责任、奖励惩罚方式等;并通过拟制法律思维(包括法律发现、法律解释、法律推理、法律论证等)完成法治化的思维过程。法律规范体系、主体调整机制、法律思维等都是拟制的存在。拟制的法律应是体系性的,目标在于为体系思维提供逻辑架构,最终使法律能够接近自主,进而实现法治秩序。目前,原初法律拟制已没必要,因为诸多作为行为、主体、调整机制的法律都已程度不同地存在。但由于现在法学界基本遗忘了法学思维的拟制性,因而在法治化探究中还需要重述。

法治化思维的拟制性表现在如下几个方面:

第一,法治化需要借助拟制思维来实现。现代化的表征之一就是重视逻辑规则的使用。法治化是以法的名义,拟制、命名所有法律所欲调整的对象,是把社会规范确定为法律规范。它包括拟制、完善行为规范(包括契约等法律关系构建),拟制主体并确立对权利、权力等的约束机制。主体是满足法律关系逻辑链条的重要拟制。拟制主体的目的在于建构逻辑上能够成立的法律关系,并揭开国家、政府等附加在主体之上的权力的神秘性。所有法律主体都是拟制的,是具有权利义务或职权责任的平等主体。拟制的主体作为调整机制是分权的,而非集中于一个主体。规范拟制是设置权力责任、权利义务等。在法律拟制中,权利最为重要,也最具特色。没有对权利的拟制及保障很难促成法治现代化。现代法治是用权利本位、规则至上、依法行政等来引领的法治化。诸如“财政法定的实质就是财政权的法治化,即要求构建和完善科学的财政法律体系。财政法的使命是追求财政权法治化、实现财政法定”^①,这样才能摆脱财政权力行使的任性。

第二,法治化包括对法思维的拟制。法思维内涵法律思维、法治思维和法理思维,都是拟制性称谓,并不是说法律、法治、法理可以作为思维主体,而是因为法治化追求法律自主性,需要以法之名展开思维。虽然法律等不是思维主体,但却可以借助逻辑设置法律方法,并接近法律自主性。这些方法有法律发现、法律推理、法律解释、法律论证等。人对法律方法的运用,可保障法律意义的安全性、稳定性发挥。而法律发现、解释、推理、论证等是人的思维活动,是法学家拟制的概念。在前面之所以加上“法律”作为定语,其话语意义只是在于彰显法律能够自主。只有这样,法治在逻辑上才有实现的可能性。然而,“各门学科均研究和形成了自己的特殊方法论。但与此同时,作为各门科学所共同适用的一般方法论,亦即科学方法论的研究,却受到忽视”^②。其实,对法治化的使用亦有此类问题。法治化离不开法律方法的使用。法治化是法治的一般思维方法,是关于法律定义、区别、划分及论证的思维。在法律已经体系化的状态下,法治化有两个思维方向需要区分:一是立法方向的抽象化,主要是把社会规范、行为方式等法律化;二是司法执法的具体化,即用法律赋予事实以法律意义。这两个方向都是以逻辑为方法,强调理性思维方法的使用。对现代化以及法治化来说,思维方式的转变是最为重要的。法治化是法治话语的修饰方式,是以法源之名的规范确认和程序界定。

^① 刘剑文:《论财政法定原则——一种权力法治化的现代探索》,《法学家》2014年第4期。

^② 梁慧星:《民法解释学》,北京:法律出版社,2015年,第79页。

第三,法治化包括法源化。法源化是对正义、公平等价值以及其他社会规范的法源拟制,是以法源的名义附条件地将价值或其他社会规范等视为法律。法治化不仅是立法者对行为的规范化、程序化以及纠纷处理方式的法律化,还包括在法律运用过程中,对法律价值的法源认同。作为法思维的修辞方式,法治化可表达法所能涉及的各个领域、各个方面。其具体方法就是用法源思维扩大法的调整范围。近年来,法源方法的研究与使用大有进展,使得法的形式不局限于制定法^①。法治化虽有多个面向,但核心要义是把权力圈在法的笼子之中。因而,把价值、其他社会规范附条件地视为法源,是协调制定法规范与其他社会规范关系的重要途径。而把价值融入法源则是克服机械执法和机械司法的有效方法。整体性法律不仅包括制定法规范,还有法律价值、其他社会规范和法律方法等。法治化作为法思维理念的意义,是要改善法律或社会之现状,终结社会关系、行为等没有法律调控的现状。“化”是多义词,常用在名词或形容词后,表示变成了某种性质或状态。“化”更多的是强调变化,是由“变”达“化”,没有“变”就无所谓“化”。为此,需要从观念更新、制度创新、完善立法、配套措施等方面入手,提出法治化的完善路径^②。作为法思维理念,法治化可运用于管理、治理的各个环节。

(二)法治化是法律自主方法的运用

法治化是拟制思维的使用,具体目标是帮助法律实现自主。拟制思维既不是结果导向,也不是问题导向。各项工作的法治化拟制,强调法治对思维、行为的预测引领作用。虽然法治化语用包括对法治现状的纠缠成分,但从总体上属于未雨绸缪的预测性思维。法治化需要在问题出现前,提前设计好解决方案。之所以不是后果决定论,是因为很多法学家所说的社会效果,在判决做出以前只是预测性结果。法治是法律自主性的实现。而法律自主的前提,是提前预设定义明确的法律。没有明确的法律,不可能有法律自主性。这里的法律自主性是指法律决断论的实现程度,是在思维和行为层面承认法律的效力及约束力。法律自主蕴含着主体自觉接受法律约束和指引。如果法律有约束力,能约束执法、司法者的思维,那就意味着法律具有自主性。法律没有约束力就是受制于外力的“他主”。只要法律规范、定义等能约束主体的思维和行为,便可构成法律的自主性。

制定法的不确定性并不意味着法治不能开展,只是需要添加法律方法的拟制。从逻辑的角度看,如果法律能够自主,法治就是有可能的。然而法律确实不是思维和行为的主体,不可能作为治理的主体。但法学家却把原本属于人的思维、行为的活动与法律联用,如法律意志、法律理想、法律思维、法律行为、法律解释、法律推理、法律发现、法律论证等。这其实是把“法律”拟制为主体,以表达“法律”活动以及所蕴含的意义。对法律“主体”的拟制,塑造了法治能够实现的逻辑链条。在法治逻辑链条之中,“法”并不能作为主体来治理,虽然称为法治,但依然是人在运用法律开展治理。对“法治”的拟制,只是张扬了法律自主性,突出了其权威地位和对人思维的支配。所以,法律自主性是为了能在逻辑上证成法治而进行的拟制,只是假定了法律能够自主。如果法律不能自主,法治也就无法实现。能够实现法治,是在思维决策方面的法律自主。法治化的核心是法律自主的实现。

法律自主性是法律意义在思维中的浮出或影响,是借助思维和行为的意义释放,强调的是法律决断论。从逻辑推论的角度看,如果没有对明确的法律定义的使用,不可能产生法律对思维和行为的影响。“法律的自主性表明了法律推理体系的封闭特征。”^③法律自主性来自于法律明确性,法律不明确,法治思维无法展开。没有明确的法律,不可能实现法治。“法治理念的经典阐述者富勒、拉兹和菲

① 参见陈金钊:《法源的拟制性及其功能——以法之名的统合与整饬》,《清华法学》2021年第1期。

② 莫于川:《法治视野中的行政指导行为——论我国行政指导的合法性问题与法治化路径》,《现代法学》2004年第3期。

③ 保罗·W.卡恩:《司法的精神特质与法律的自主性》,宋东译,见刘昕杰主编:《四川大学法律评论》(第17卷),北京:法律出版社,2017年,第86页。

尼斯都强调法律的明确性、可预测性和稳定性。他们都没有把法律的确定性列为法治的要件。法律的不确定性意味着法官在疑难案件中需要行使自由裁量权并创制新的法律。只要不确定的司法判决具有合法性、客观性和可预测性,即使法律是不确定的,法治理想的实现也是可能的。”^①只是需要注意到,在法律不明确情景中的法治实现,需要法律方法、法源理论的运用。接近法律自主性需用法律方法处理好内外两重关系的竞争:一是法律自主性与人的主体性之间的竞争。人的主体性越多,法律自主性就越少。如果人摆脱法律约束过度张扬或解放,法律自主性就会消失或减弱。二是法律规范与作为语境因素的权力意识、其他社会规范等之间的竞争。思维过程中语境因素越多,法律自主的成分就越少。

(三)法治化的法律基础

法治化依赖法律,没有法律就无所谓法治化。法治化是对法律调整范围的扩展,是促成具体法律方法发挥作用的前奏,属于拓展法律调整范围的一般思维方法。法治化意味着按照法治逻辑能够推论下去,不至于出现逻辑思维的中断;社会矛盾冲突等能用法律方法化解。治理与管理不同,治理是“国家通过制度安排与治理策略调整,增强国家治理的有效性与合法性,并为社会力量发展释放出较大空间;……在走向社会治理的进程中,根本保障在于制度化与法治建设,影响社会治理发展轨迹与进程的力量主要来自国家与社会的良性互动,而良好的社会基础则形构了社会治理的动力机制与内生逻辑”^②。法治化需要认同法律的基本属性,因为这是法治化的逻辑前提,包括法律自主性、独立性、稳定性、体系性等。虽然这些属性是法律化的特性,但是法律化属于法治化的前提部分,没有法律化为基础,法治化逻辑便无法展开。

法律的自主性。法律自主性是支持法治成立的方法论命题。法学家不应放弃对法律自主的追求。法律适用的自动售货机理论、意义自生系统理论、计算机判案、人工智能等,都是自主性理论的新探索。然而,近百年来随着对法律的自由研究、揭弊作业,法律自主性备受攻击,甚至被视为塑造“法治神话”的基本命题。在反基础法学研究者看来,法律自主是不可能的,是关于法治的神话,法院等组织也只能具有象征意义。但这种思想被严肃的法学研究者视为玩世不恭的法学。现代社会基本上是以法律为基础建构秩序。同时,法律自主性与法的安定性有关,目的在于确保法律对思维和行为的支配。“法律的可预见性和稳定性可以建立起一个自律的领域,在这个领域里面个人不担心政府的干涉。”^③法律自主性是追求法治的思维理念或意向性方法,包括思维的合法性、客观性以及独断性等。法律自主的思维基础是形式逻辑规则,是内在参与立场的法教义释放。自主性法律方法可分为决断性自主和权变性自主。决断性自主释放法律原本的意义;权变性自主则是法官排除外在压力释放职业意义。这构成了较为完整的法治逻辑方法架构。只有在逻辑思维指引之下,法治才能得以贯通。法律自主性服务于法治目标的实现^④。

法律的独立性。法律的独立性是拟制的概念,不是说法律独立于社会、政治、经济、文化等,而是为了法治命题能够成立而拟制的概念。法律独立性是一个相对的概念,对独立性的拟制是要解决法思维能够成立的逻辑前提问题。法律之所以有独立性是因为,法律有相对独立的规范、原则和技术体系;有权利义务等内在结构和特性,能对经济基础等发生反作用^⑤。形式上的法律独立性,是法治得以成立的逻辑前提。法律对社会的调整以及法律功能与作用的评价,都是以其独立存在为前

① 邱昭继:《法律的不确定性与法治的可能性》,《政法论丛》2013年第1期。

② 郁建兴、关爽:《从社会管控到社会治理》,《探索与争鸣》2014年第12期。

③ 劳伦斯·索伦:《法理词汇——法学院学生的工具箱》,王凌峰译,北京:中国政法大学出版社,2010年,第90页。

④ 关于法律自主性的详细论证参见陈金钊:《法律自主性及其方法论功能》,《浙江社会科学》2021年第6期。

⑤ 参见文正邦:《论法的相对独立性》,《现代法学》1992年第4期。

提的。要想推进法治,就要尊重法律的权威,就要排斥对法律独立意义的随意侵蚀。没有法律的独立性,法律难以自主发挥作用。法律的独立性不仅是指法律规范体系、法律知识体系、法律调整机制的独立,还包括法律主体、法律思维、法律职业的独立性。与法律独立性相匹配,法学也是相对独立的知识体系。法律演变为社会主要规范的过程,是“法律逐渐与习俗等区分,并在功能上获得独立的过程”^①。

法律自主性与法律独立性有非常密切的关联。法律自主性源于法律的独立性、自足性、自洽性等。没有相对独立的法律就不可能有法律的自主。但法律的独立性是关于法本体的描述。而自主性则是行为和思维的方法论界定。我们需要“在逻辑上对独立性和自主性进行有效辨析,并在此基础上综合这两个概念,形成一种不可分割的、统一的二维特征观”^②。法律的自主性假定了法律的独立性,认定法律本身存在独立的意义。在法律众多的特性之中,法律的相对独立性对法治能否成立至关重要。“在世界上任何地方都出现了这样的倾向,即仅仅从公共福祉的视角出发来塑造社会秩序,而不承认正义和法的安定性具有任何独立意义,但由此就摧毁了法的理念本身”^③。不承认法律的相对独立性就可能摧毁法治理念。因而,在很多研究者的内心中,已经形成了“独立性即自主性”“依附即非自主”的思维定式。

法律的安定性。法治之理在于强调法律的安定性而非变化性。法律的安定性是对抗恣意的基础^④。德国法学家拉德布鲁赫认为法的理念有三:正义性、合目的性和安定性。法治的目的是促成实现正义、保护权利、促进发展、稳定社会的法律秩序。这一目的得以实现的前提是,法律须有效力的稳定性、意义的安全性。这两者合称为法律安定性。法律安定性的主要功能是指引思维、对抗恣意,进而接近法律自主^⑤。法律安定性虽然在叙说法律特性,然而其修辞意义则是强调人对法律权威的尊重。只有尊重法律安定性,才能在思维中彰显法律自主性。法律秩序获得依赖法律安定性。法律安定性体现为法律的效力被尊重,意义能“自主”释放。法律安定性乃是法律解释之目的。从认识论或方法论的角度看,法治实现的程度取决于诠释出多少法本身固有的意义。法律方法论的目标是帮助法律人理解、解释和运用法律,进而接近法律自主。现代法治要求通过法律自主获得其正当性。“法首先通过形成自成体系的客观知识体系,来实现理论层面的自主性,其次通过法在现实中的独立运行,来实现现实层面的自主性,最后通过法的自足性来实现法治国家的建立、成熟与完善。”^⑥

只有安定的法律才能有法律的自主。如果法律的意义一直处于流动之中,也不可能产生法律自主。法的安定性意味着“权力并不优先于法”^⑦。如果缺乏对法律自主性的追求,则权力就有可能随便改变法律,从而使法律失去安定性或无法自主。法律安定性是公共福祉。如果说正义是法治的终极价值,那么法律安定性则是法治的基础价值。对法律安定性的追求,可使法律免于被随便变更。当然,法律安定性不是说法律不能有任何变化。法律的安定性与社会的变动性之间存在固有张力,是一个永恒的法学问题。法律不稳定则法治难以实现,但法律不变化则可能使法律实施变成刻舟求剑的举动,因而,法学的基本原理就是探寻法律的安定性与变动性之间的关系。法律的安定性是法律的生

① 布赖恩·Z.塔玛纳哈:《一般法理学:以法律与社会的关系为视角》,郑海平译,北京:中国政法大学出版社,2012年,第69页。

② 引自王诗宗、宋程成:《独立抑或自主:中国社会组织特征问题重思》,《中国社会科学》2013年第5期。

③ 古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,雷磊译,北京:商务印书馆,2019年,第172页。

④ 参见邓衍森等主编:《法理学》,台北:元照出版有限公司,2020年,第149页。

⑤ 参见邓衍森等主编:《法理学》,第150-152页。

⑥ 翁壮壮:《法的自主性及其对法治的意义》,载陈金钊、谢晖主编:《法律方法》(第30卷),北京:研究出版社,2020年,第104页。

⑦ 古斯塔夫·拉德布鲁赫:《法哲学入门》,第36页。

命之所在,没有法律的安定性也不可能有法律自主。当然,在法律实施过程中,法律不发生任何变化也是不可能的。但法律变化必须尊重法律的安定性。只有在“尽法达义”依然不能解决问题之际,才能开始“持法达变”。正如韩非子所言,如果“治大国而数变法,则民苦之”^①。法律安定性是法之本质或法治国之要素。

另外,法治化的法律基础还包括法律一般性^②、体系性等^③。法律一般性、体系性是开展法思维的基础。对此问题笔者已有论文论述,在此不再赘述。

A Probe into the Rule of Law in the Context of Modernization

Chen Jinzhao

(Institute of Legal Method, East China University of Political Science and Law,
Shanghai 201600, P.R.China)

Abstract: Although the postmodern trend of thought has a lot of criticism on modernization, modernization is a stage that China can't skip. Modernization foreshadows advancement. The fifth modernization, after industry, agriculture, national defense and science and technology, is institution modernization. The rule of law, which is closely related to the modernization of the institute, includes the systematic construction of the norm system and the logic fictionalization of the subject mechanism. The special meaning can be used as the goal conception of modernization. As methodological idea, the rule of law attaches importance to the use of fictitious thinking, utilizes logic to design legal norms, equal subjects and adjustment mechanisms serving the construction of legal relationships, in order to promote the modernization of social governance. The stability and other characters of law promoting the construction of the rule of law is the guarantee of other modernization and sustainable development.

Keywords: Modernization; Rule of law; Rule-of-law thinking; Rule-of-law discourse; Legal methods

[责任编辑:李春明]

① 《韩非子》校注组:《韩非子校注》,南京:江苏人民出版社,1982年,第195页。

② 参见陈金钊、宋保振:《法的一般性对法治中国建设的意义》,《南京社会科学》2016年第1期。

③ 参见陈金钊:《法网体系及其话语功能》,《东北师大学报(哲学社会科学版)》2021年第2期。