中国与法治 *

李世默

[内容摘要] 西方世界把“自由主义”代议制民主设定为法治的前提，在把中国等国家列为法治的反面教材的同时，美国等西方国家的法治实践却争议频出。究其根源，西方法治理论陷入了四大误区：法治等同于自由主义、法治是制约政府无限权力的必要条件、法治能够克服人治的缺陷、法治保障了现代民主社会的公平正义。在这些错误观念的引导下，西方法治实践沦入了过度追求程序合法性、忽视实质正义的陷阱，失去了灵魂，国内党大还是法大的争论也陷入了这种境地。反观中国传统儒法思想，实现了真正意义上的程序合法与实质正义融合，而当下的中国法治承袭了这一理念。在建设社会主义与实现民族复兴的道德诉求下，中国的法治的未来注定是有灵魂的。只要党能够抵御来自腐败和精英主义的侵蚀，就可以继续承担它守护实质正义灵魂的责任，这种安排将继续受到人民拥护。

[关键词] 法治；代议制民主；自由主义；程序正义；实质正义

如果要说哪个政治概念最具普遍吸引力的话，它必然是法治。在现实世界中，没有哪个政府会拒绝法治理念，相反，绝大多数政府会将实现法治作为自己的宗旨。1992 年，世界银行将法治正式宣告为实现一国经济成功发展的必要条件，将它同“资源的有效利用与生产性投资”挂钩。①

现代西方一直将自己标榜为法治的发源地和永久捍卫者。但中国也在积极倡导法治理念。1982 年颁布的《中华人民共和国宪法》规定，“任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权”。②1997 年，党的十五大将“依法治国”作为治理国家的基本方略。③ 而习近平总书记更是把法治放在新时代中国特色社会主义思想的核心地位。④

那么法治究竟是什么？像中国这样的国家能否实现法治？美国是否真的像许多人相信的那样，是法治的楷模呢？如果我们深入挖掘，会发现在当今的媒体报道与政治话语中，“法治”是一个被严重误读与曲解的概念。通过对历史、理论和实践的进一步探究，我们发现法治并不是自

---

* 本文英文版发表于《美国事务》（*American Affairs*），2019 年第 3 期，中文版由作者本人修订。

① The World Bank, *Governance and Development*, Washington, D.C.: The World Bank, 1992.

②《中华人民共和国宪法（1982 年 12 月）》，北京：人民出版社，1982 年。

③ 江泽民：《高举邓小平理论伟大旗帜，把建设有中国特色社会主义事业全面推向 21 世纪》，1997 年 9 月 12 日。

④ 中共十八届四中全会是中国共产党首次以“依法治国”为主题的中央全会。会议提出，要“建设中国特色社会主义法治体系”，“建设社会主义法治国家”。详见《中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议公报》，2014 年 10 月 23 日。

1123东方12月.indd 42 2019/11/27 上午8:50

由主义社会的专利。事实上，在西方国家，概念上的误导与操作中的变形正在将法治推向危险的境地。而在中国这样的所谓“非自由主义”社会，法治反倒有潜力发挥出更多的优势。

一、法治是自由主义社会的专利吗？

什么是法治？如果把这个问题抛给世界上那些受过良好教育的精英的话，很可能会得到下列标准答案：首先，一个法治国家应当在宪法中保障个人权利，并制定民主选举的规则；其次，它的政治制度必须要做到分权，以制约政府权力，司法系统应当独立，从而能够在裁决中客观公正、不受政治力量干预，同时，司法还被赋予权力对立法机构进行合宪性审查；最后，法律面前应当人人平等。①

这个定义会被用来进一步阐述法治对社会的益处：当规则被预先制定好，并且由独立的司法机构秉公执法时，权利与财产就不会被随意剥夺。这样，商业就可以正常运作，每个人都能够安居乐业。这对于经济发展乃至人类尊严似乎都是必不可少的条件。

在这个叙事里，自由主义社会就是法治国家的代名词，而非自由主义社会则不是；凡是自由民主的国家都不同程度地具有法治社会的特征，而中国这样的非自由主义国家则没有。

按照这种逻辑，中国共产党领导的多党合作和政治协商制度，使得中国共产党有着超越法律乃至宪法的独断权力；中国的司法机构不是独立的，因此无法做到中立；在党的政治督导之下，司法机关无法做到不受政治干预的司法公正，更无法对党的政治权力进行监督。在这种制度下，宪法中保障的个人权利都只不过是空头支票，商业无法正常运转，人民的生活难以为继，甚至连财产安全和人身自由都不能保证。

无论采用以上哪一种抽象标准，中国都似乎是法治精神的反面教材——或者是“人治”的典型（或者可以说是以“党治”为形式的人治）。正是由此，有人把中国的依法治国称作是“以法治国 (rule by law)”。在他们的概念中，以法治国仅仅是党实现自己统治的便捷工具，这和法治 (rule of law) 的理念是相悖的。

但是，这种论调在事实乃至理论层面都站不住脚。

二、法治在美国

我们首先来审视一下当今世界的自由主义社会，人们通常把这些国家称之为法治实践的楷模与法治精神的全球守护者。这个国家群体的领头羊当然是美国。

然而，当我们揭开表面上的华丽口号，美国法治中那些令人疑惑的事实开始逐个浮现。例如，为什么美国国内的诉讼量如此之大？如果法律是预先制定，并按照一致性和可预见性来公正执行的，诉讼量应该是更少而不是更多——因为诉讼双方总有一方会输，没有人会去打一个明知自己会输的官司。然而，美国却是世界上诉讼量最大的国家，如果法治能够带来可预见性，为什么这么多人去打他们认为能赢的官司，最后却输了？或者更准确地说，为何如此多的当事人把法律用作工具来施加经济压力？

更加值得注意的是，为什么在美国有如此多影响深远的终审判决，是由最高法院的 9 名大

① Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory,* Cambridge: Cambridge University Press, 2004, p. 55.

1123东方12月.indd 43 2019/11/27 上午8:50

法官以 5 比 4 的结果作出的？其中决定命运的那张摇摆票，可能会被某个法官的健康状况、年龄或是个人经历左右，这样产生的司法结果对于整个社会来说恐怕是难以预测的。一名法官的个人际遇，可能会以某个判决的形式根本性地影响美国人今后几十年甚至更长时间的生活。例如，美国最高法院裁定同性婚姻合宪化的判决就取决于大法官安东尼·肯尼迪（Anthony Kennedy）的关键一票，这对最终的判决起到了决定性作用〔同性婚姻合宪化虽然遭到首席大法官约翰·罗伯茨（John Roberts）的反对，但是最终还是以 5—4 通过〕。[①] 他在决定支持哪一方的时候，在很大程度上受到自己人生轨迹中的经历和结交的人的影响。总之，一夜之间，尽管宪法一字未动，同性婚姻在美国却已经合宪了。类似的方式甚至还被用来解决在选择美国最高政治领袖上的争议。例如 2000 年的美国总统选举，最终也是在最高法院的 5—4 判决中尘埃落定的。[②]

最近关于任命布雷特·卡瓦纳（Brett Kavanaugh）为最高法院大法官的争议也是一个很好的例证。两党针对此事发起的政治角斗陷于白热化，共和党称他为有史以来最有资格的候选人，民主党却将他看作一名危险分子。民主党参议员科里·布克（Cory Booker）甚至将卡瓦纳的支持者称作“邪恶的共犯”。[③] 事实上，卡瓦纳被提名为大法官的闹剧为我们呈现了一场美国政坛上精心组织、耗资庞大的政治斗争，这场斗争旷日持久，已经前后持续了超过 30 年，双方争夺的目标不仅仅是美国最高法院，更是整个联邦司法系统。[④]

人们不禁要问，如果法治的核心要素是中立性和可预测性，为什么法官的提名会充满如此激烈的党争，为什么两党都处心积虑让持有特定政治立场的“自己人”成为法官？

三、对法治的几个错误观念

原来法治的理论并不像一些拥护者在政坛或是媒体上描绘的那么清晰明了。在此我总结了人们对法治的四个误区，并且探讨一下这些误区在中国法治语境里的意义。

（一）误区一：法治等于自由主义

一个简单的史实是，法治这一理念的提出要比自由主义早一千多年。当亚里士多德发明“法治”这个概念时，雅典还处在奴隶社会阶段。“平等”在当时仅仅是指法律依照本身的条款平等地施加在每个人身上——这并不代表法律赋予每个人平等的地位（因为法律条款本身可以是不平等的）。亚里士多德被奉为西方法治之父，他从未反对（甚至是支持）把人分为三六九等（例如男人、女人、奴隶、非公民），并给予不同的法律地位。[⑤] 朱迪丝·施克莱曾指出，亚里士多德的法治观对应的其实是现代时期出现过的“二元国家”——例如内战之前（甚至是之后很长一段时间）的美国、纳粹时期的德国、种族隔离时期的南非，它们都将一部分人划分为“劣

① Sheryl Stolberg, “Justice Anthony Kennedy’s Tolerance Is Seen in His Sacramento Roots,” *New York Times,* June 21, 2015.

② Erwin Chemerinsky, “Bush v. Gore Was Not Justiciable,” *Notre Dame Law Review,* Vol. 76, No. 4, 2000, pp. 1093–1112.

③ Elise Viebeck, “‘Get a Grip’: Republicans Seize on Booker Comment That Kavanaugh Supporters Are ‘Complicit’ in ‘Evil,’” *Washington Post,* July 26, 2018.

④ Michael Kruse, “The Weekend at Yale That Changed American Politics,” *Politico,* September/October, 2018; Jeffrey Toobin, “The Conservative Pipeline to the Supreme Court,” *New Yorker,* April 17, 2017.

⑤ Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory,* p. 7.

1123东方12月.indd 44 2019/11/27 上午8:50

等人”。[1] 约翰·洛克的名言，“法律在哪里结束，暴政就从哪里开始”，[2] 在自由主义本身的道德语境里就似乎显得苍白无力了。这种观点在许多当代法律学家那里得到了印证。约瑟夫·拉兹曾经指出，“法律可以在不违背法治的前提下建立奴役制度”，其实这在洛克的《卡罗莱纳基本宪章》里就已经实现了。拉兹进一步指出法治是道德中立的，他说：“一把好刀需要有很多优点，但是最重要的是必须锋利。类似的，对法治的服从则是法律的最固有的价值……如同其他的工具一样，法律有着一个特别的优点：它必须是道德上中立的，也就是以同样的效力服务于任何一个目标。”[3]

类似的还有英国的《大宪章》（*Magna Carta*），流行的观点认为它在英国开启了基于法治的自由主义社会，不过这种说法其实只是政治迷思。爱德华·甄克斯指出，《大宪章》是国王在受到胁迫的情况下与封建贵族们签下的契约，它事实上强化了封建特权，而不是推动现代自由观。[4]

即使是像约翰·罗尔斯这样重要的自由主义理论家，也承认那些被称为“没有言论自由权利的国家”的“非自由主义社会”，只要其法律体系有理由被认为受到一套关心人民要求和向人民负责的理念的指引，那么这种社会也同样具有正当性。[5] 圣路易斯华盛顿大学法学院教授布莱恩·塔玛纳哈认为“只有自由主义民主政体才能实现法治”的说法是没有道理的，这种观点是“通过给法治强加一个有争议的规范性前提条件，来得到他们想要的结论，然后再强加给所有人”。[6]

（二）误区二：法治是制约政府无限权力的必要条件

对于中国和其他非自由主义国家，有一种批评司空见惯：由于法治的欠缺，像中国共产党这样的执政者可以不受限制地行使主权。在这种体制下，公民权利乃至人权无法受到法律保护，随时可能遭到践踏。

但是这种观点背后的政治理论是有着严重缺陷的。事实上，法治在现实和理论层面都从未解决如何限制最高权力（也就是主权）的问题。拥有或行使主权的一方，无论是国王、政党、议会还是法院，都可以修改法律。正如霍布斯（Thomas Hobbes）所言，“只受自己约束之人是不受约束的”。[7]

卡尔·施米特在 20 世纪进一步发展了这种观点。在他的《政治神学》中，施米特论证一个社会的政治决断比法律更为根本。立宪是个在法律之外的政治决断行为。事实上，所有的普通立法都需要这样的政治决断。法律就其定义而言就是一般性的，因此必须通过司法决断来填补规则的一般性和适用的特定性之间的鸿沟，这构成司法活动的中心。根本构成取决于政治决策而非法

① Judith Shklar, “Political Theory and the Rule of Law,” in Allan Hutchinson and Patrick Monahan, eds., *The Rule of Law: Ideal or Ideology,* Toronto: Carswell, 1987.

② John Locke, *Two Treatises of Government,* ed. Peter Laslett, Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

③ Joseph Raz, “The Rule of Law and Its Virtue,” in *The Authority of Law: Essays on Law and Morality,* 2nd ed., Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 210–229.

④ Edward Jenks, “The Myth of Magna Carta,” *Independent Review,* Vol. 4, No. 14, 1904.

⑤ John Rawls, *The Law of Peoples, With “The Idea of Public Reason Revisited”,* Cambridge: Harvard University Press, 1999.

⑥ Brian Tamanaha, “The History and Elements of the Rule of Law,” *Singapore Journal of Legal Studies,* December 2012, pp. 232–247.

⑦ Thomas Hobbes, *Leviathan,* ed. Richard Tuck, Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

1123东方12月.indd 45 2019/11/27 上午8:50

律。制定宪法就需要这样一个在法律框架之外的决策过程。[1] 因此，一个社会的根本决断是在主权范畴里做出的，而不是在法律领域。[2]

即便在英国自由主义传统的漫长演化中，普通法（Common Law）的角色也是在社会中各个决策实体之间的一系列矛盾中塑造而成的。在爱德华·科克（Edward Coke）所处的时代，包括《大宪章》在内的普通法，被视作基本的法律框架和准则，其权威在立法者之上。[3] 这种观点受到杰里米·边沁（Jeremy Bentham）的挑战。而真正打破这种理念的是英国后来推行的法律改革，自那之后，议会的主权被赋予最高权力，立法程序不必受到司法机构审查。[4] 即便是马克斯·雷丁，一位曾经相信《大宪章》对推动和保障自由主义社会发展具有持续作用的学者，也不得不承认，议会只需通过一项决议就可以将《大宪章》废除。[5]

美国宪法中也有明确的条文，规定了只要按照既定的程序，宪法中的内容便可以被修订，并宣告这类修订是人民的意志。此外也有人认为《独立宣言》中宣示的条文才是至高无上的，地位甚至要高于宪法。[6] 类似的争论似乎永无休止。

针对这种理论困境，塔玛纳哈总结了历史实践中的三种用法治来制约主权的方法：第一，因为某种政治需要，统治者自愿或非自愿地做出遵守法律的承诺；第二，通过长期以来形成的习俗，来制造一种公认的、广为实践的文化环境，从而让统治者的行为处在法律制约之下，例如中世纪的日耳曼习惯法；第三，政府可以要求官员在例行公务的时候严格遵守法律。[7] 然而这三种方法都是文化和政治发展的产物，而非法治内在和固有的特征。法学家戴雪甚至声称，法治是盎格鲁–撒克逊文化的独特产物。[8]

2014 年 10 月，在党的十八届四中全会上，习近平将法治建设列入政治议程的中心。他在谈到宪法时强调："党领导人民制定宪法法律，党领导人民实施宪法法律，党自身必须在宪法法律范围内活动。"[9] 有人觉得这一番话违背了法治的理念，认为党不可能既担当立法者又受到法律约束，这明显是自相矛盾的。但是事实上，这种矛盾是法治理论所内在固有的，在中国共产党领导的国家体系里也不例外。如果把党领导下的法治看作是自相矛盾的话，那整个法治的概念恐怕也是自相矛盾的。

---

① Carl Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty,* trans. George Schwab, Chicago: University of Chicago Press, 2005; Political Theology II: The Myth of the Closure of Any Political Theology, trans. Michael Hoelzl and Graham Ward, Cambridge: Polity, 2008.

② 此处要注意的是，对于施米特的主权理论也有反对的声音，比如汉娜·阿伦特（Hannah Arendt）和米歇尔·福柯（Michel Foucault）。

③ Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory;* James Stoner Jr., *Common Law and Liberal Theory: Coke, Hobbes, and the Origins of American Constitutionalism,* Lawrence, KS: University Press of Kansas, 1992.

④ Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory,* pp. 57.

⑤ Max Radin, "The Myth of Magna Carta," *Harvard Law Review,* Vol. 60, No. 7, September 1947, pp. 1060–1091.

⑥ 一个著名的例子是 1858 年的林肯–道格拉斯辩论（Lincoln-Douglas debates）。当时正值美国内战前夕，伊利诺伊州参议员候选人史蒂芬·道格拉斯（Stephen Douglas）提出，各州人民有权通过投票来决定是否接受宪法中废除奴隶制的内容。而林肯在回应中提到的不是宪法，而是《独立宣言》中人生而平等的权利。详见：Francis Fukuyama, *Identity: The Demand for Dignity and the Politics of Resentment,* New York: Farrar, Straus and Giroux, 2018.

⑦ Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory.*

⑧ A. V. Dicey and Emlyn Capel Stewart Wade, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* 10th ed., London: Macmillan, 1959.

⑨ "CPC Sets New Blueprint for Rule of Law," Xinhua, October 23, 2014.

1123东方12月.indd 46 2019/11/27 上午8:50

因此，问题的关键不是争论中国的政治制度是否存在与法治互斥的先天不足，而是中国如何能够发展出适宜的政治和文化氛围，从而发挥出法治的益处。

（三）误区三：法治能够克服人治的缺陷

在对法治的诸多误读之中，最具有误导性的一点就是完全对立地看待法治和人治。时下流行的观点是：法治是中立、公正的，而人治是独断的、不公的。而亚里士多德对此的思考早已显露了法治的概念和现实在这一问题上是模糊不清的。

亚里士多德将理性置于法治的中心地位，正如他所说："法律是不受欲望影响的理性。"[①] 在这种假设下，由于人不可避免地受到激情和偏见的影响，人治可能会导致社会的不稳定甚至不公正。因此，应当把社会交给规则去治理，这种规则必须是提前制定好的，并且被严格执行。[②] 而另一方面，亚里士多德也强调，法治的实行效果取决于法官裁决的质量，在复杂的案件中，法律条文最好能留有更多弹性，给予法官更大的裁量权。[③] 亚里士多德学说中这一看似矛盾的地方，在历史上法治的理论与实践过程中始终未能解决。而对于法官角色的强化，孟德斯鸠则持反对态度，因为这可能导致"臣民的生活与自由受到任意操控"。[④] 然而，孟德斯鸠在司法独立问题上所做出的理论贡献也许比任何政治思想家都大，这无疑赋予了法官极大的权力。随后，又有像杰里米·边沁和安东宁·斯卡利亚（Antonin Scalia）这样的法学界人士站出来反对这种制度安排，他们认为，这种司法权力会导致法官制造出恶法来。[⑤] 所有这些学者都无法逃开一个残酷的现实，那就是法律自己无法张口说话，任何法律最后还是要依靠人去解释和执行。

事实上，在如今的西方国家（尤其是美国），"法官之治"取代"法治"已经成为常态。而法官都是要由人去担任的。认识到这种概念上的内在矛盾，我们不难解释为何法官的任命流程现在沦为了政治派系的角斗场。显而易见，不同的法官可以对同一条法律做出截然不同的解释。这个现实所造成的争端如今有愈演愈烈之势，以至于越来越多的人开始谴责美国法官在影响政治和司法结果方面拥有日益膨胀的权力。美国学者戴维·卡普兰在他的新书中，将美国最高法院形容为政府机构三权分立中"最危险的一个"权力分支，称其正在"对宪法发动袭击"。[⑥] 司法独立，曾被认为是一个国家实行法治的金科玉律，如今在被奉为法治典范的美国却被视作是宪法的敌人，可见法治和人治的边界已经混淆不清了。

不过，这些明显的人治现象，是否意味着法治被颠覆了呢？答案是未必。正如塔玛纳哈所言，严格按照法条行事并杜绝人的裁量权，其实是有违法治理念的，[⑦] 使法治成为了僵化的系统。[⑧] 法治在道德上和实质上都从来不应该是中立的。程序正义不是实质正义，而且还可能导致实质的不

① Aristotle, *Politics*, trans. Benjamin Jowett, Oxford: Oxford University Press, 1963, p. 140.

② Aristotle, *On Rhetoric: A Theory of Civic Discourse*, trans. George A. Kennedy, Oxford: Oxford University Press, 2006.

③ Aristotle, *Nicomachean Ethics*, trans. Roger Crisp, Cambridge: Cambridge University Press, 2000, 113–114.

④ Montesquieu, *The Spirit of the Laws,* Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

⑤ Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, in H. L. A. Hart ed., *The Collected Works of Jeremy Bentham*, London: Athlone, 1970; John F. Manning, "Justice Scalia and the Idea of Judicial Restraint," *Michigan Law Review,* Vol. 115, No. 6, 2017: 747–782.

⑥ David Kaplan, *The Most Dangerous Branch: Inside the Supreme Court's Assault on the Constitution,* New York: Crown, 2018.

⑦ Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*.

⑧ Ibid., p. 96.

1123东方12月.indd 47 2019/11/27 上午8:50

公。它需要人的解释性干预来确保法律的内容和执行在实际操作中产生公允的结果。这种解释性干预是处于特定语境里的，它的本质也必然是政治性的。

毫无意外，中国在实施法治的过程中也遇到了相同的困境。文化大革命之后，党试图领导国家建立一种更加制度化的法治体系，以纠正之前中国出现的因为制造绝对权威造成的极端人治的情况。中国当时的社会舆论也支持这种转变。

最高人民法院时任院长肖扬在 2003 年所做的这段公开发言，最能体现这种思潮：

当今，是法行天下的时代。国运之兴盛，政治之昌明，社会之稳定，经济之发展，民族之团结，文化之繁荣，人民之安居乐业，都离不开法律之维系和法制之保障。中国也不例外。一个国家采取什么样的治国方略，关系着国家的前途和命运。20 世纪末，拥有 12 亿人口的中国，向全世界宣示了它的治国方略——依法治国。[①]

在这种氛围下，法治被放在了人治的对立面，一些地区甚至采用了计算机的自动断案，以此在特定司法裁判中完全排除人的裁量。[②] 这些做法是否契合法治的出发点，是非常值得商榷的。也许正是因此，21 世纪早期在一些省份兴起的电脑断案如今没能大规模投入使用。虽然现在的中国法院仍然有一些辅助断案软件，但都主要用于证据分析一类的调查性工作，而不是做司法判决。[③]

（四）误区四：法治保障了现代民主社会的公平正义

过去的几十年，在自由主义社会中，法治被视为实现社会正义的制度与意识形态的双重途径。公民权利和福利政治（welfare politics）都是基于法治理想而提出的社会目标。但是这一观点忽视了法治理论基础中的内在矛盾。

正如之前提到的，回顾法治的历史，从亚里士多德时期到中世纪，我们很难将它与普世的社会正义画上等号。相反，法治曾在历史上为奴隶制和封建特权提供主要的制度保障。即便是在自由主义兴起的现代，法治也并不代表我们今天所理解的社会正义。约翰·洛克是自由主义法治最重要的思想家之一，而他却将私有财产作为法治的核心。对于洛克而言，“国家是属于财产拥有者的”，[④] 法治存在的理由是“保护那些拥有财产的人免受穷人的索取”。[⑤]

亚当·斯密对此的概括最为精练：“法律和政府所做的不外乎是富人压迫穷人，并维护物质上的不平等，防止穷人摧毁这种不平等。如果没有政府去阻止，穷人就会采取暴力手段去消除不平等。”[⑥]

即使是在几个世纪之后，社会福利成为了很多西方自由主义社会的政治议程的核心，以此来弥补资本主义过度发展而导致的不平等，一些政治与法学思想家仍将其视为法治的敌人，他们中

① Yang Xiao, “Singapore Academy of Law Annual Lecture 2003: Economic Development and Legal Evolution in China,” *Singapore Academy of Law Journal,* Vol. 16, No. 1, 2004, p. 1.

② Ji Weidong, “The Judicial Reform in China: The Status Quo and Future Directions,” *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 20, No. 1, 2013, pp. 185–220.

③《孟建柱：智能辅助办案系统不会替代司法人员独立判断》，中新社 2017 年 7 月 11 日电。

④ Harold Laski, *The Rise of European Liberalism,* London: Allen and Unwin, 1936.

⑤ Leo Strauss, *Natural Right and the History,* Chicago: University of Chicago Press, 1953, p. 234.

⑥ Adam Smith, *Lectures on Jurisprudence*, eds. R. L. Meek, D. D. Raphael, and P. G. Stein, Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 156.

1123东方12月.indd 48 2019/11/27 上午8:50

的代表人物包括戴雪[①]和哈耶克。在哈耶克看来，福利国家通过财富再分配来追求实质平等的做法是违背法治的根本精神的。[②]关注一下当今的美国政坛，我们会发现这场论战的余波仍在分裂这个国家。

在中国，关于社会福利是否正义的类似争论可能才刚刚开始。40 年来的市场化改革和经济的快速发展带来了严重的副作用，社会矛盾日益加剧。其中两个最为突出的矛盾是贫富分化与环境恶化。2000 年以来，中国的基尼系数冲破了 0.4——这是国际公认的贫富差距警戒线。2017 年，占到中国 42% 人口的农村居民的人均可支配收入是 12，363 元，这个数字仅仅是城镇居民的三分之一。[③]

2017 年召开的中国共产党第十九次全国代表大会上，习近平总书记宣布，中国经济已由高速增长阶段转向高质量发展阶段，中国社会的主要挑战已经由落后的社会生产，转变为不平衡不充分的发展。[④]经济增长成果再分配，如今已经成为中央的一项首要政治任务。

不过，早在 2004 年，“保护私有财产”的条文已被写进中华人民共和国宪法，[⑤]一些自由派意见领袖，例如张维迎、吴敬琏、茅于轼，常搬出自由主义思想和保护私有财产的相关法律（换句话说，程序正义），来反对政府通过税收或运用直接政策工具来促进平等分配，这与哈耶克几十年前在西方的主张是殊途同归的。[⑥]值得注意的是，这些意见领袖是资深的中国共产党员。

中国作为一个社会主义大国，却是世界上唯一既没有财产税也没有遗产税的主要经济体。如今在中国特色社会主义的新时代，领导人的工作重心是让每个人都享受到发展的成果，在这个过程中，一定会遇到来自党内精英、商业团体、富裕阶层的阻力。我们可以预见的是，法治的概念与解读，将会成为未来这场辩论的主题之一。

四、儒家思想与法律

两千多年前，在中国展开了一场宏大的政治辩论 —— 儒法之争。这场论战几乎在政治和文化上定义了中华文明。在战国时期（公元前 475 年—公元前 221 年），中国分裂成了若干个王国，开启了旷日持久的争霸战争。最终秦国凭借其严苛法度，在经济和军事上超越了诸多对手，并于公元前 221 年统一中国。为秦国建立这一套法家制度的改革派政治家商鞅，也因推动秦国成就霸

① A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*.

② Friedrich Hayek, *The Collected Works of F. A. Hayek*, vol. 2, *The Road to Serfdom: Text and Documents: The Definitive Edition*, London: Routledge, 2014; Friedrich Hayek, *Law, Legislation and Liberty*, vol. 2, *The Mirage of Social Justice*, Chicago: University of Chicago Press, 2012; Friedrich Hayek, “The Political Ideal of the Rule of Law,” in *The Collected Works of F. A. Hayek*, vol. 15, *The Market and Other Orders*, Chicago: University of Chicago Press, 2014.

③ “Urban-Rural Gap of Annual Disposable Income Narrowed in 2016,” Xinhua, January 20, 2017; Damian Tobin, “Inequality in China: Rural Poverty Persists as Urban Wealth Balloons,” BBC News, June 29, 2011.

④ 习近平：《决胜全面建成小康社会 夺取新时代中国特色社会主义伟大胜利》，2017 年 10 月 18 日。

⑤ “China’s Constitution Amendments to Have Far-Reaching Influence,” Xinhua, December 28, 2003.

⑥《张维迎：法治社会前提条件是对政府征税的约束》，载《财经》综合报道张维迎在“2011 达沃斯微访谈”（9 月 14 日）；吴敬琏：《从〈大国崛起〉看各国富强之道》，载《同舟共济》，2007 年第 4 期；茅于轼：《不要再迷信国企》（2018 年 12 月 29 日），FT 中文网，http://www.ftchinese.com/story/001080880。

1123东方12月.indd 49 2019/11/27 上午8:50

业而在历史上为人熟知。[①]

法家思想自那之后开始高歌猛进——不过并没有持续太久。秦朝严酷无情的法度激起了民众的反抗，最终秦王朝仅仅持续了 14 年就在叛乱四起中覆灭。[②] 随后在汉朝，不同的政治理念再次涌现，出现了百家争鸣的局面。不过最主要的论战还是发生在儒家和法家之间。

法家思想的核心，是提前制定律法条款并严格执行，在执法的过程中人人平等，没有例外，也就是程序正义压倒实质公正。法学理论家朗·富勒对这种形式的法治做过论述，以程序正义为最高准则的法治“对法律的实质目标漠不关心，并且准备以同等的效率服务于各种不同的目标”。[③] 不少现代西方思想家，例如孟德斯鸠、约瑟夫·拉兹、朗·富勒以及哈耶克，在中国的思想语境里，都可被视为法家思想的同路人。

而儒家思想则以“天下”理念为核心，将道德上的正当性作为规则的出发点及衡量结果的标准。统治者只要心系天下苍生、造福于人民，那么就拥有神圣的权力。但是倘若没能履行这一使命，那么他就会被推翻。一个好的统治者在颁布政令时不光要做到程序合规，也要合乎道德准则。政权合法性的一个重要组成部分是绩效合法性——执政者要确保人民的福祉。一言蔽之，儒家更看重的是实质正义，而不是程序上的合法性。

更为关键的是，通过将统治权力同绩效合法性挂钩，儒家思想确保了统治者的权力并不是至高无上的——他要确保为民众带来实质性福祉。中国的“天下”理念同西方的君权神授说形成了鲜明的对比——对于西方的君主，他的权力直接从上帝那里获得，既不涉及现实世界中的权威，也不关乎人民的意志。[④] 按照欧洲历史上的这种逻辑，只要遵循王位继承的程序，王权就始终被视为具备合法性。这种观点直到如今还在支配着现代西方世界：通常在自由民主制度下，只要投票程序是合规的，选出的领导人就具备合法性，无论这个人有多么糟糕。这和中国的政治文化传统是背道而驰的。

如果我们将历史简化，看到的是儒家思想在汉代早期进行了一番激烈的儒法之争后，最终得以胜出，成为了中国两千年来的政治根基。[⑤] 而实际情况要更为复杂，通常历史学家在研究中国政治史的时候，会把这段时间称作秦汉时期——把奉行法家思想的秦朝和奉行儒家思想的汉朝合并。历史学家赵鼎新在他的著作《东周战争与儒法国家的诞生》中写到，尽管中国在汉朝时期罢黜百家、独尊儒术，将儒家地位提高至正式的国家意识形态，但是法家思想始终作为不可或缺的部分存在于中国的政治结构中。

法律的程序规范——也就是始于秦朝的法家思想——在中国的各个朝代中始终都是治理国家的实用方法。人民始终都期望能有一套具有一般性、规范性和公平性的法规律令。而儒家思想则肩负更高的使命——约束统治者权力，守护实质正义，捍卫公共价值观。

儒家思想试图解决的，是法治的一个永恒的难题——如何去约束主权者——无论是国王还是

① Mark Lewis, *The Early Chinese Empires: Qin and Han*, Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 30.

② Mark Lewis, *The Early Chinese Empires: Qin and Han*, p. 19.

③ Lon Fuller, *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press, 1964.

④ Dingxin Zhao, *The Confucian-Legalist State: A New Theory of Chinese History,* New York: Oxford University Press, 2018.

⑤ Dingxin Zhao, *The Confucian-Legalist State: A New Theory of Chinese History,* p. 275.

1123东方12月.indd 50 2019/11/27 上午8:50

议会。儒家学说所寻求的，是在理念和制度两个方面对主权进行监督。几个世纪以来，它所发挥的作用同日耳曼习惯法在封建时期的欧洲的作用并无二致。对于中世纪西方法治的根源，塔玛纳哈从“法律与道德的融合”的角度做出了一个简明扼要的解释：统治者或主权者接受高于法律程序的道德义务。[①] 事实上，无论是统治者还是被统治者，都受到这种更高层面的“道德法”的约束。统治者将自己遵守道德法的承诺告示天下，从而约束了自己的权力。同时，这种对道德法的遵守赋予了他统治地位的正当性。而假如统治者违背了道德法，被统治者拥有反抗的权利。[②]

在儒家思想的体系中，皇帝受天命治理天下必须要依据道德准则。只有奉行“天下为公”，统治者的权力才是具备正当性的。而孟子在这个问题上给出了更加明确的回应：违背道德准则的统治者可以被废黜。[③]

在制度层面上，儒家思想塑造了一套严密的官僚体系，使得平民出身的官员各司其职地参与国家的治理。这些士大夫们便是儒家道德的化身，能够在制度上对皇帝的权力进行监督。作为儒学意义上的“士”，他们有权利反对，甚至是批评皇帝。[④] 人民同样有实实在在的道德权利去起义——大约每隔两三百年，就会发生腐朽政权被推翻的情形，随之而来的是新的朝代与新的天下。

儒家的权力制约体系还有一个重要的作用，那就是当程序正义无法解决问题的时候，提供一个政治与法律的框架来确保实质正义。在中国的历朝历代，有不少程序正义与社会道德和价值观发生冲突的例子，被公认为正义的结果通常是道德观取胜的案例，这并不能说儒家基于实质正义的介入是违背了法治精神，事实恰恰相反。[⑤]

这样的法治观念和西方法治并非完全不同。例如罗纳德·德沃金曾提出，尽管道德准则并没有在实证法（Positive Law）中明确规定，但它构成了实证法的背景，也是实证法的有机组成部分。法官的责任是，所做的判决应当与道德准则和社区的政治共识相一致，这比照搬书本上的法条更加重要。[⑥]

毫无疑问，儒家道德与德沃金的自由主义思想是完全不同的。尽管如此，儒家法治观和自由主义法治的演变过程也有重叠面。在当代语境里，最大的交接点就是现代社群主义。

根据塔玛纳哈引述，西方世界那些批判程序正义的理论家们（特别是左翼学者）一直以来都在推崇一个观点：自由主义法治的初始前提是由抽象独立的个人自发组织建立一套法律秩序，以此来实现他们对社会正义与良治的愿景，因此这一体系具有不可挽回的缺陷。[⑦] 这种批判的呼声

① Fritz Kern, *Kingship and Law in the Middle Ages*, Clark, NJ: Lawbook Exchange, 2006.

②Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, p. 24.

③ 在《孟子·梁惠王下》中，孟子肯定了诛杀纣王的正当性。原文：齐宣王问曰：“汤放桀，武王伐纣，有诸？”孟子对曰：“于传有之。”曰：“臣弑其君可乎？”曰：“贼仁者谓之贼，贼义者谓之残，残贼之人，谓之一夫。闻诛一夫纣矣，未闻弑君也。”

④ 对于儒法传统的历史解释，详见：Michael Loewe, *The Government of Qin and Han Empires: 221 BCE–220 CE,* Indianapolis: Hackett, 2006； Dingxin Zhao, *TheConfucian-Legalist State: A New Theory of Chinese History*； 从自由主义的视角，参见 Do Chull Shin, *Confucianism and Democratization in East Asia*, Cambridge: Cambridge University Press, 2011； Joseph R. Levenson, *Confucian China and Its Modern Fate: A Trilogy,* Berkeley: University of California Press, 1968.

⑤ 具体例子详见：王静：《中国古代道德法律化研究》，河北大学博士论文，2008 年。

⑥ Ronald Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law, Maccabean Lecture in Jurisprudence, 1978*, London: British Academy, 1980.

⑦ Brian Tamanaha, *On the Rule of Law: History, Politics, Theory*, p. 84.

1123东方12月.indd 51 2019/11/27 上午8:50

自 2008 年金融危机以来愈演愈烈，如今在左翼和右翼都可以听到。[①] 自由主义法治以个人主义价值观为出发点，其对于程序正义的过度强调加剧了西方社会的分化、社群的腐蚀，从而也加剧了实质正义的衰落。在这一背景下，社群主义（Communitarianism）的出现将左右两派在某种程度上团结起来，以满足其诸如收入平等、社会凝聚之类的对实质正义的诉求，围绕共同的价值观来维护一个具有共同文化传承的社群。如今越来越多的美国人都渴望社群的回归，也有不少人在推崇社会主义，这种趋势在欧洲表现得更加明显。[②] 可以预见的是，社群主义运动在本世纪上半叶将会继续发展壮大。

而这恰恰是儒家思想几个世纪以来在法家制度之上所扮演的角色。社会的价值观与目标是中国法治的根本保障。规则要严格执行，但是结果必须符合儒家精神。社群主义思想恰恰是儒家政治的基础——“天下为公……是谓大同”。[③]

正如亚里士多德和他的后继者们在西方法治思想的发展中做过的艰辛思考，中国人也在很早之前认识到法律不能是没有灵魂的。与此同时，法律的灵魂也要同执行法律的程序规则相协调。这当然不是一件容易的事，可能永远都无法完美实现。

五、党与法律：当下与未来

在中国有着一场旷日持久的争论：党大还是法大？或者说，哪个应当更大？保守派认为，党大于法，同时党也应当大于法；自由派认为，目前的现实是党在法之上，但是法应该高于党。但事实上，争论的双方都忽略了法治的本质与关键问题。

中国的法治架构是法律程序与党的监管之结合。过去 40 年间，中国发展出了一套缜密的法律体系。目前对中国法制体系的主要批评集中于法庭执行力建设的滞后，但是多数专家也认为，中国法院的执行力和专业性正在稳步提升。[④]

党在司法程序中的角色是争议的焦点。在中国的司法事务中，中央政法委拥有最高的权力。而党的纪律检查机制将所有党员纳入党纪的监察之中——它比法律要更加严格，并且党能够在不经过司法系统的情况下对违纪者实施惩戒。很多人对此进行批判，认为这种制度违反法治精神。

然而，如果对法治的历史与理论有着深入的研究，就不难理解这种制度安排是符合法治精神和理论框架的——即使是在西方传统中。党代表人民领导中国的政治主权，法律本身从理论或是实践上都无法对主权实现制约。但是党承诺去接受法律的制约，人民也将这种制约的存在视为党执政的正当性来源。事实上，党在党员身上采用的，是比法律更加严格的行为准则与更加严厉的

① Michael J. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, 2nd ed., Cambridge: Cambridge University Press, 2010; Alastair MacIntyre, *After Virtue*, London: Bloomsbury, 2014; Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, trans. Arthur Goldhammer, Cambridge; Belknap, 2017; Charles Murray, *Coming Apart: The State of White America, 1960–2010*, New York: Crown Forum, 2012; Robert Putnam, *Bowling Alone: The Collapse and Revival of American Community*, New York: Simon and Schuster, 2000.

② Jennie Neufeld, “Alexandria Ocasio-Cortez Is a Democratic Socialists of America Member. Here’s What That Means,” *Vox*, January 27, 2018.

③ 出自《礼记·礼运》。

④ Jiangyu Wang, “The Rule of Law in China: A Realistic View of the Jurisprudence, the Impact of the WTO, and the Prospects for Future Development,” *Singapore Journal of Legal Studies*, December 2004, pp. 347–389; Lawrence Lau, “From the Economy to Judicial Reform, China Is Settling into a ‘New Normal,’” *South China Morning Post*, March 15, 2017.

1123东方12月.indd 52 2019/11/27 上午8:50

惩罚。[1] 在这种务实的制度安排下，党确实是受到法律约束的——至少不比其他形式政体的主权方受到的约束弱。

更为重要的是，党通过中央政法委员会，为实质正义提供了一道最后防线。这种角色就像是中国历史中儒家所提供的政治与道德规范，抑或是当今西方社会，自由主义价值观与制度所期望做到的那样。当然，它们各自捍卫实质正义过程中所奉行的价值观是非常不同的，党所维护的，是传承儒家精神的现代中国社会主义；而西方自由主义制度维护的，是自启蒙运动后演变形成的自由主义道德信念。但是我们已经证明，法治无论是过去还是现在，都不是自由主义的专利。

当程序正义的结果与社会普遍认同的实质正义相抵触，社会大众发出广泛而明确的反对呼声时，党有权介入，并基于社会道义来主持公道。在当代中国，这种案例虽不多见，但的确实实在在发生过，并带来了深远的社会影响。[2] 有批评的声音指出党的这种干预有违法治精神，但是这种政治对法律的解释力恰恰是法治中不可或缺的一部分。这种解释力是带有政治属性的，在这个意义上，政治在法治中的存在是普遍的、内在的，是独立于特定政体的意识形态的。自由主义政治内在于自由主义法治，传承儒家传统的中国社会主义政治内在于中国法治。[3]

党在法律程序中所拥有的政治权力同时也是国家性质的根本保障，以确保程序正义的实施不会动摇政体的基本价值观。正如德沃金指出的，自由主义社会在道德使命感上的共识，构成了其法律的内容与执法过程的根基。[4] 在中国，这一角色由党，而不是所谓的“独立”司法系统去扮演。因此，将党与法一分为二对立起来比较谁更重要是一个伪命题。

当然，概念上理顺了不代表实际操作中不会遇到问题。在中国法治发展的历程中，也有很多混乱的现象，常常会发生各级党委粗暴干预司法的情况。维护实质正义的机制，很容易被加以滥用，沦为利益集团与腐败分子操纵司法的手段。

在天平的另一端，过度推崇基于法家传统的程序正义也困扰着中国法治的发展。文化大革命之后，中国急于摆脱人治的阴影，立法机关和司法机关出台了大量法律法规，对民事和商事的覆盖范围越来越大。[5] 在许多领域，诸如环境保护和家庭纠纷，涉及的法律法规非常复杂——如果把它们在全国以统一的标准严格执行，就会造成很多问题，也会引起人们的不满。这也能够证明，倘若将这些法律条文在不考虑实际环境和地区差异的情况下照本宣科地执行，对农村、城市或是任何社会群体都一视同仁，那么我们最终会发现这种做法是不恰当的，与维护社会正义的初心南辕北辙。[6]

---

① 强世功：《告别国家法—元论——秋菊的困惑与大国法治道路》，载《东方学刊》，2018 年第 2 期。

② 例如 2016 年的于欢案，当事人刺死了非法拘禁、侮辱其母亲的高利贷催债人。这一案件引起了舆论的强烈关注，当事人一审被判无期徒刑则引起了社会上的极大争议。最终，他在二审被改判有期徒刑五年。详见：“China Slashes Murder Sentence in Loan-Shark Killing Case,” Reuters, June 23, 2017。另一个著名的案例是陆勇案，他身患白血病，由于负担不起诺华集团的特效药“格列卫”，便从国外为自己和病友购买仿制药，这导致他在 2013 年以涉嫌销售假药罪被逮捕，随后数百名患者联名上书请求免除他的刑事处罚，最终检察院在 2015 年撤回了对他的起诉。他的故事被拍摄成电影《我不是药神》，唤起了公众对癌症患者的广泛同情。详见：See Lily Kuo, “Popular Cancer Drug Film Prompts China to Speed Up Price Cuts,” *Guardian*, July 19, 2018.

③ 李林：《论党与法的高度统一》，载《法制与社会发展》，2015 年第 3 期。

④ Ronald Dworkin, *Political Judges and the Rule of Law.*

⑤ Jerome Cohen, “A Looming Crisis for China’s Legal System,” *Foreign Policy*, February 22, 2016.

⑥ 中国法学界对这一现象有过大量研究，例如苏力的《法治及其本土资源》，以及强世功的《告别国家法—元论——秋菊的困惑与大国法治道路》。

1123东方12月.indd 53 2019/11/27 上午8:50

放眼未来，要解决这些问题，同时协调法治内在的矛盾与中国国情相关的无数冲突，将会是一个漫长而又艰苦的过程。但是我们有理由持乐观态度。中国社会已形成普遍共识，党和公众都希望能建立一个有法可依、法律面前人人平等的社会。程序正义已经得到加强，并且在不断完善中。

同时，整个中国社会在价值观与道德诉求上的共识达到了 150 年来的空前统一。在可预见的未来，中华民族的道德诉求是简单而明确的：建设社会主义与实现民族复兴。前者是两千年来儒家思想中“天下为公，社会大同”的现代表达形式；后者是现代历史上全民族在危难中团结奋斗而换来的成果。中国法治，无论今后向哪个制度方向发展，都是有灵魂的。只要党能够抵御来自腐败和精英主义的侵蚀，就可以继续承担它守护实质正义灵魂的责任，这种安排将继续受到人民拥护。

或许现在是时候把法治从自由主义的牢笼中放出来了。裴文睿（Randall Peerenboom）在他的著作《中国迈向法治的长征》中指出，中国不需要靠自由主义来实现法治。同样的道理也适用于其他的非自由主义社会。[①] 在一个更加多元化的世界，我们可能会看到实现法治的道路上还有更多的可能性。

具有讽刺意味的是，法治在当今的自由主义社会中似乎显得最为脆弱。在西方的这些自由主义社会中，道德上的共识正在崩溃。我们看到社群正在衰落，身份认同、性别平等等基本价值观的割裂正在分化整个社会。自由主义已经走到了个人主义膨胀的极端，并在摧毁西方文明里本来存在的社群主义传统和文化。在这个状态里，程序正义已沦为纯粹的政治斗争工具。丧失灵魂的法律是无法长期维持其正当性的。时至今日，西方精英们在全世界推动已久的“法治”路演可以稍停片刻了，反省和改革才是当务之急。

作者为复旦大学中国研究院咨询委员会主席

① Randall Peerenboom, *China's Long March toward Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

1123东方12月.indd 54 2019/11/27 上午8:50