

法学专论

对“法治思维和法治方式”的诠释

陈金钊

(山东大学威海分校 法学院, 山东 威海 264209)

摘要: 运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定、提升执政能力,是新时期法学研究的重要课题。由政法思维转向法治思维,由权力主导转向权利本位,用法治方式消解革命方式的社会管理创新,是政治意识形态的重要变革。对法治思维和法治方式的理解、解释和运用应该与法律方法论结合起来,以避免出现背离法治精神的误读。法治思维与法治方式是法治如何实现的方法论基础,因而必须在法治战略上或者法治意识形态上,坚守法治的基本精神和核心意义,将法治进行到底。

关键词: 法治 法治思维 法治方式 法治战略 法律方法

中图分类号: D911.01 **文献标识码:** A **文章编号:** 1004-9428 (2013) 02-0077-20

胡锦涛在中国共产党第十八次全国代表大会上的报告中再一次表达了对法治的重视,指出法治是治国理政的基本方式,因而要求全面推进依法治国。在具体步骤和方法上,“要推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,坚持法律面前人人平等,保证有法必依、执法必严、违法必究。完善中国特色社会主义法律体系,加强重点领域立法,拓展人民有序参与立法途径。推进依法行政,切实做到严格规范公正文明执法。进一步深化司法体制改革,坚持和完善中国特色社会主义司法制度,确保审判机关、检察机关依法独立行使审判权、检察权。深入开展法制宣传教育,弘扬社会主义法治精神,树立社会主义法治理念,增强社会学法守法用法意识。提高干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定的能力。党领导人民制定宪法和法律,党必须在宪法和法律范围内活动。任何组织或者个人都不能有超越宪法和法律的特权,决不允许以言代法、以权压法、徇私枉法。”⁽¹⁾“法治思维和法治方式”在我看来是治国理政的好方法,因而对它的理解、解释和运用应该在法律方法论基础上展开。《十八大报告》中的这段表述是今后五年乃至更长时期中国法治建设的总体指导思想。这一思想是对“依法治国,建设社会主义法治国家”治国方略步骤和方法上的进一步明确。当我们在《十八大报告》中听到“法治思维和法治方式”的时候,感觉到还是有些突然和兴奋。“突然”是因为很多学术人还没有接受的“法治思维和法治方式”的概念,在中央的文件里出现了。此前法学界运用更多的是“法律思维”的概念。我并不认为“法治思维”的概念现在已经成熟,但却相信伴随着十八大宣传的东风,这一概念肯定会被广泛传播和深入的研究。“兴奋”在于笔者长期进行法律方法论研究,对于与专业相关的词汇比较敏感。

作者简介: 陈金钊,山东大学威海分校法学院教授、博士生导师。

* 该文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“法律方法理论研究”阶段性成果,项目编号10JJD820008。

(1) 《十八大报告辅导读本》[M],人民出版社2012年版,第28页。

“法治思维和法治方式”是法律方法论研究核心问题或基本理论问题。我相信,对于《十八大报告》所指出的今后中国法治建设的思路如果不出现集体误读,将会对中国的法治建设产生深远的影响。因为这些措施是承继了1978年以来,尤其是十五大以来我党关于法治的基本精神。与前一阶段有些人片面地理解“讲政治、讲大局”的能动司法等形成鲜明的对照,并且在原有法治精神的基础上进行了创新与发展。最显眼的是明确了“法治思维和法治方法”在治国理政中的战略地位,要用法治思维和法治方式全面推进法治建设。法治思维与法治方式及其作用方式是法律方法论研究的重要课题,是在细节上实现法治的思想基础。

一、什么是“法治思维”和“法治方式”

回答什么是法治思维,首先要回答法治是什么。然而这是一个困难的事情。从不同的角度、在不同的历史文化背景下,法治有不同的含义。“目前,关于法治的学术话语、政治话语、宣传话语多半是在名词层面取得一致,而远非在概念层面的共识,许多关于法治的争论实际上是概念的理解和定义的不同造成的。”⁽²⁾就世界范围法学研究的现状看,尽管思想家们有了深入的研究,但是人们所揭示的法治,仍然是一个家族相似的概念,并没有形成完全一致的看法。实际上不仅是法治,只要是经常使用的概念都含有不同的意义。在概念的认识上,能形成的只是最低意义上的共识,能接受的只是基本的核心意义。一般来说,人们在法治与人治、专制对立的这层含义上不会发生大的争议。法治要保护自由人权、要维护公平、正义;法治是规则与程序治理的事业;法治的核心意义是限制权力等构成法治的基本含义。正是在这些对法治的基本认同中,形成了带有显著法治特色的思维方式。法治思维是法治原则、法律概念、法学原理、法律方法以及一些法律技术性规定等在思维中的有约束力的表现。袁曙宏认为“所谓法治思维,在本质上区别于人治思维和权力思维,其实质是各级领导干部想问题、作决策、办事情,必须时刻牢记人民授权和职权法定,必须严格遵循法律规则和法律程序,必须切实保护人民和尊重保护人权,必须始终坚持法律面前人人平等,必须自觉接受法律的监督和承担法律责任。”⁽³⁾法治思维主要表现在法律实施的过程中,法律及其基本原则对人思想的影响。但是,我们必须看到,由于主体自身的价值倾向、知识结构和文化背景等的差异性,再加上社会情境、价值等语境因素之间的竞争,使得即使是受法律约束的法治思维,在个体身上也会出现差异或意义的多样性。特别是当我们能够区分形式法治和实质法治概念以后,同样被称为法治思维的术语,可能会朝着实质和形式两个方向展开:一种思维方向是形式法治论者的思维走向。由于相信文本意义的相对固定性,因而主张法律意义的自足性、独断性,人的思维能够接受确定法律规范的约束,只不过需要较为复杂的法律方法运用。另一种是实质法治的思维走向,主张法律的开放性,认为法律应该满足政治、经济、文化、社会的要求,对法律的解释不能死板教条,而应该灵活运用。

(一) 法治思维的含义与特征

我们主张在形式法治和实质法治结合基础上的综合法治观,但反对二者的统一论⁽⁴⁾;坚持以

(2) 刘杨 《法治的概念策略》[J],《法学研究》2012年第6期。

(3) 袁曙宏 《全面推进依法治国》[C],载《十八大报告辅导读本》,人民出版社2012年版,第221页。

(4) 受辩证法思想的影响,很多法律人主张实质法治与形式法治统一。但这种观点是站不住脚的,因为二者的对立统一根本就解决不了“谁统一谁”的问题。坚持这种观点,只能使法治理论更加混乱。详细的论述参见陈金钊 《被社会效果所异化的法律效果及其克服——对两个效果统一论的反思》[J],《东方法学》2012年第6期;陈金钊 《为什么法律的魅力挡不住社会效果的诱惑?》[J],《杭州师范大学学报》2012年第2期。

形式法治思维方式为主,以实质法治的思维方式为辅来建构“法治思维和法治方式”。从法治思维的特征是根据法律的思考来看,实质法治主张的开放法律的思维走向的作法,在思维理路上不属于“法治思维或法治方式”。但是,由于形式法治的思维方式在许多方面存在着缺陷,如滞后性、机械性、难以与时俱进、有时很难考虑到个别正义等,因而在坚持形式法治思维为主的前提下,必须辅之于实质法治的方法。不然,形式法治的刚性就可能与社会之间出现紧张关系。之所以把实质法治的思维界定为辅助的方法,原因在于实质法治本身带有瓦解法治的倾向,因而需要对其保持适度的警惕,对实质法治方法的运用必须辅之以充分的论证,以防止转变为任意与专断。近些年笔者对法律思维做过一些研究,发现研究者对法律思维的本质定义的方式比较少见,一般都认为,法律思维就是像律师那样思考,或者像法官那样思考,人们更多地是描述法律思维的特征。这也许是本质定义式的研究意义有限,也许是人们的认识水平还没有达到高屋建瓴的程度。因而,对法治思维的诠释也只好从特征展开。下面我们从四个方面诠释法治思维的特征:

第一,法治思维是受规范和程序约束、指引的思维

法治思维在基本思路上与法律思维一致,是指根据法律的思考,因而法治思维是一种规范性思维,带有强烈的规范性和程序性特点。这一特点来自法律本身。法律与其他社会规范比较,属于明确的行为规范;法律程序的严密性也是其他行为规范难以企及的。“根据法律的思考”的法律思维在有些人看来好像很简单,但认真分析起来也是复杂的。因为,在形形色色的法学理论中,对于什么是法律争论不休。这就造就了确认法治之“法”的困难,比如一种简单的分类就可以使法治之法分裂为立法之法、司法之法和执法之法等。法治论者强调所有法律都得遵守,但是由于权力分工的存在,造成了同样一部法律的意义对不同的部门有不同的意义,并非所有部门都是执法单位。法治所要求的依法办事仅仅是宏观的原则,在具体的决策过程中依什么样的法律进行思考,还需要详细斟酌法律内容与工作性质的关联性。立法者所创立的是法律体系,司法者把其视为权威的法源,司法者所司之法是法源体系。司法者的法源体系与立法者的法律体系并不一致。无论是法律体系还是法源体系都是复杂的,以至于法律检索成了法律人必须学习和掌握的一门技术,人们可以从法律或法源体系中发现所要运用的法律。

法治思维的规范性是通过法律方法来发挥作用。但这里法律方法不是单独的哪一种方法,而是指法律方法的综合运用。在我国,法律人基本上都是在整体意义上理解法律的,因而很容易接受融贯论、包容性的法治之法,认同法律体系只是法治之法的重要部分,但不是全部。尽管在法治问题上存在的一系列具有“家族相似性”的专业术语,但是,人们在法律众多的含义之中能够识别出核心含义和边缘意义。因而在构建法治思维的过程中,不能以概念的边缘意义冲淡核心意义。法治思维不能只在法律的边缘意义上做文章,要警惕以边缘意义代替核心意义。法治之“法”主要是指文本性的法律规范。我们需要运用法律原则、规范、概念等构造法治思维,认真研究“把法律作为修辞”的运用条件、场景、策略、方法及限度,增大法治言辞的可接受性,同时把政治言辞和道德修辞与理性论证结合起来,从而得出融贯性结论。当然,我们也需要看到,法律修辞、论辩方法对法治理论的完善是从实质法治的角度来谈的,因而对这种方法的使用必须谨慎。即使是把法律视为一般性的规范,其内部构成也不是那么简单,尤其是当法律与案件遭遇以后,各种各样的解释立场、方式也会衍生出不同的意义。所以,根据法律的思维也只有在运用了各种法律方法(包括遵守解释规则、论证规则等)以后,才能转换成法治思维和法治方式。比如,实施法治就要贯彻“法律的清晰性原则”,强调在有明确法律的场合反对解释,应该通过直接的法律推理在个案中确定

其意义。⁽⁵⁾ 法律解释方法在中国有悠久的历史,但我们对法律解释学的专门研究并不系统,基本上是随着西方法学的输入才展开了介绍性研究。法律解释学在理论上属于传统法学的核心部分,法治实现需要法律解释方法和原则的支持;在实践上,法律解释方法通过相应的法学教育和职业培训,可被型塑成法官的“前理解”和“判决感”,从而在思维上引导法官做出正确的判决。法律解释的规则在总体上是限制解释权的,但是,在很多情况下,文义解释与法律价值也可能产生冲突,这就需要目的解释、社会学解释等对文义进行修补,实质法治的方法对形式法治有一定的矫正功能。然而,在法治理论中引进法律方法论,是要在思维方式上找到能够接近法治的路径,并不是对法治的全面拯救,是对法治可能性理论的修复。这就意味着法治思维和法治方式并不能解决所有的问题,但我们要相信法治能解决很多的问题,很多问题用法治方式根据规范和程序来解决会产生更好的社会效果。

第二,法治思维在现阶段主要是指限制、约束权力任意行使的思维

这一判断来自对社会矛盾的观察。目前,权力的傲慢表现在诸多方面,权力与资本的结合所出现的权力寻租、司法专横与腐败、行政权力滥用等导致了人们对政党、政府、法院等的不信任,官民关系紧张,仇官、仇富的情绪加剧。要恢复人们对政府的信心需要约束权力的张扬,消除权力绝对化的趋势。最近推进法治建设的进程中还出现了另外一种趋势,这就是权利的绝对化苗头。即有一部分人只想着享受权利,而不愿意承担相应的法律义务。在思维方式上只讲权利,而有意忽视与其相对而存在的义务或责任。尽管权利的绝对化还没有形成气候,但如果任其蔓延下去也会出现大的问题。尤其是当权力的绝对化和权利的绝对化产生碰撞以后,矛盾的激化就不可避免,其负面效应难以估量。所以,法治思维在限制权力的同时,也必须警惕权利绝对化。一方面应该看到,法治思维是建立在各种行为主体都遵守法律的基础上的,权利和权力都必须接受法律的约束。另一方面,在法治思维中权利与权力相互之间存在着一种平衡制约关系。法治思维和法治方式要认真研究这一平衡关系,以便更好地利用权利对权力的制约。尽管在法治之法问题上有很多分歧,但是法治有其核心意义。“法治究其本质而言,是要树立法律在社会中的最高权威,实现对权力的有效驯服,切实保障公民的自由和权利。”⁽⁶⁾ 法治要建立的是一种权利与权力之间的平衡关系。

但今天,很多人还没有意识到这一问题的重要性。广东省委副书记朱国明指出“一些地方和领导干部片面理解‘稳定是压倒一切的’,认为平安就是不出事……这种逻辑下的维稳,不是权利维稳,而是权力维稳;不是动态维稳,而是静态维稳;不是和谐维稳,而是强制维稳。”⁽⁷⁾ 权力在维稳方面确实付出了很多的努力,但是,片面地强调维稳很容易走极端。因而,我们在用法治思维和法治方式约束权力的同时,还必须注意运用权力与权利之间的平衡来构建和谐社会。现在,移植于西方权利本位基础上的各种立法,使得人们在法律上已经有了很多的权利。甚至,一些搞法律研究的人也未必清楚每个人究竟有多少权利。然而,由于我国治理国家的社会化程度还很低,没有形成多样化权利保护的社会组织,社会管理创新还有很长的路要走,权利对权力的制约不仅缺乏相应社会组织的有力保障,而且现有的司法机制、理念等也没有表现出在这方面的自觉意识。用权利制约权力的法治思维还没有形成。然而,这在基本的政治体制不变的情况下,是司法体制改革的重要方面。在我国,权力在法律解释过程中还占据主导地位,还缺乏与权力相抗衡的社会组织。人们发

(5) 参见陈金钊《法治反对解释的原则》[J],《法律科学》2007年第3期等论文对法律解释的明晰性原则的论证。

(6) 梁迎修《理解法治的中国之道》[J],《法学研究》2012年第6期。

(7) 朱国明《莫让权利维稳变成权力维稳》[N],《人民日报》,2012-07-18,第11版。

现,“法律解释权垄断于法律人内部,处于主导和支配地位的是法官、检察官和律师这些法律人,而法律人和普通人之间的外部关系只是派生性和依附性的,只能取决于法律人内部之间的关系。”⁽⁸⁾其实,不仅是司法过程中的法律解释,还包括在行政过程中执行所解释的法律,权力的拥有者对法民关系、权力与权利之间的关系关心不够,更难以出现以人为本、以民为本、权利本位的法律解释。以至于出现了“机械引进的法制,缺乏法律制度与民众生活的连结,民众无法感受到法治之幸福,权利意识就无从激发。在虚化的民主天空之下,法治注定无法根植中国土壤。”⁽⁹⁾这种状况也需要通过完善法治思维和法治方式来解决。

第三,法治思维在价值追求上是一种趋于实现公平、正义,保护权利、自由的思维

法治思维是规范思维,规则与程序是其显著特点。然而,“规则主要体现了对某些绝对禁止的行为的约束,更多地表现为非语境化的强制性。由于规则是普遍的、非人格化的,因此,面对具体的语境时,人们难以恰当地把握规则的要求,难以把规则应用于处理现实问题。故而,个体要提升对规则之要求的把握能力,往往要强化自身的美德素养。”⁽¹⁰⁾与美德相比较,规则处于基础地位,规则作为引导行为的方式,需要以美德为更深层的思维根据。尊重规则是法律人的内在道德。对规则重要性的强调实际上是对法律普遍性的重视;而对各种法律价值的呼唤,是要重视情境中的正义,强调法治思维过程中语境因素。对公平正义的追求、对权利自由的保护,是法治的终极目标。但在这一目标实现的过程中,在思维路径上始终存在放弃法治的风险。因为人们看到,在法律文本中本来已经包含了正义等诉求,即那些普遍的、能够在法律文本中表达的正义等价值因素,成了形式性法律的组成部分,成了据以判断的标准。然而,学者们所谈论的正义价值,不是强调法律文本内涵的道德价值,更多地是语境中道德正义与法律形式的冲突。在这里,人们把法律和法律价值对立起来了。法律成了普适性的代名词,而正义成了具体情境中的因素。如果法律的解释和适用不顾及情境因素,就可能背上不讲正义的指责。因此,虽然法治思维是根据法律,但还必须顾及案件情景中的正义。法律人在法律与事实之间进行的思考,不仅要考虑一般的规则,还必须进行正义等衡量。与这种思维相适应的法律方法包括价值衡量、利益衡量、外部证成、社会学解释、实质推理等方法,这些都是法治思维过程中的矫正因素。

即使法治思维是根据法律的思考,但不可避免必然要涉及到法律价值。这不仅因为每一个人都会有不同的价值倾向,而且,法律文本中也有多种价值、甚至是相互矛盾的价值并存。因而在进行价值衡量以前,更主要的是价值选择。价值选择的结果不是制度和法律来安排的,而是一种主观评价的结论,不同价值理论的支持者会得出不同的结论。以价值衡量、外部证成等为主要方法的实质法治,表面上深化了法治,但给法治的实施带来更大的困难。全面的实质“法治”,实际上在形式法治出现以前就已经存在,形式法治不过是在实质法治走投无路情况下的最好选择。法治与实质法治的争论,只不过是把立法掩盖的争论或者说已经存在的纷争重新燃起,尽管这时可能会加一些新的语境因素,但基本的理路没有发生根本变化。“不同价值理论的支持者会就选择形式主义解释方法达成一致意见,因为,形式主义类似于一种在不同阵营之间形成的重叠共识。”⁽¹¹⁾我们认为,在

(8) 凌斌 《从法民关系思考中国法治》[J],《法学研究》2012年第6期。

(9) 付子堂、邓伟云 《民生法制论纲》[C],载李林、王家福主编 《依法治国十年回顾与展望》,中国法制出版社2007年版,第364页。

(10) 谢惠媛 《美德与规则——从道德训诫方式的转变看现代道德中心问题的转换》[J],《甘肃社会科学》2012年第6期。

(11) [美]阿德里安·沃缪勒 《不确定状态下的裁判》[M],梁迎修等译,北京大学出版社2011年版,第78页。

法治社会的初期,依法办事之法律是一元的——制定法或判例法,最多是两元的——制定法加判例法,不能轻易加入太多的法律外因素。但是,现在随着实质法治的兴起,法治建设中法源一元论的观点被打破。人们的设想是:当一元的法律出现难办问题的时候,不妨在多元法律上做文章,以便人们在多种可能性中进行选择;当一种方法存在问题的时候,不妨找出更多的方法,不能在一棵树上吊死,可以尝试着在多棵树上寻找活路。然而,正义、公平等价值的多变性迫使人们只能把其当成辅助手段。法律人不能不讲正义等价值,但在多数情况下不能用价值直接代替法律。这是法治思维和法治方式的基本要求。在法治建设的方法论方略中,实质法治的思维方式不能占据主流地位。

第四,法治思维是理性思维,是讲究逻辑推理、修辞论辩和解释技术的思维方式

从法律方法论的角度看,法治思维就是把法律作为修辞讲法说理,运用法律逻辑规则、法律论证规则和法律解释规则等进行思维决策,探寻用法治的方式解决现实社会中的纠纷与问题。这些规则运用的前提是尊重法律的独立性与自主性,使法律能够在思维决策中起到支配作用,从思维特征上看,法治思维是一种独断性思维,奉行的是法律决断论。这当然不是说,法律是唯一的决定因素,而是说,其他因素对思维决策影响需要经过法律方法论的过滤,以排除思维决策的武断和任意,防止法律意义的过度稀释,从而使权力被圈在笼子里面。权利和权力都有自我扩张的愿望与能力,都可能因为对利益的过度追求而丧失理性。法治思维因为有了法律原则、规范以及程序作为思维的根据,能够在一定范围内限制权力和权利的极度扩张,因而备受人们重视。法治成了政治正确、思维理性的标杆,对抑制各种非理性的冲动有重要意义。

尽管在近百年的法学史上,逻辑的作用受到了以霍姆斯为代表的现实主义法学等的诟病,但是逻辑是人的思维必须遵守的基本规则,法治思维亦不能例外,并且法治思维的逻辑性远远超过其他的思维形式。虽然法律要在社会中发挥作用离不开经验,法律从根本上是社会中的法律,脱离社会的法律就会失去生命之源,但是我们要在思维中搭建法律与社会、法律与其他行为规范之间的联系,就不可能不运用逻辑规则。只是在法治思维中我们不能把逻辑的作用绝对化。现实主义法学和后现代法学等对法律逻辑的批判,主要是因为在美国等一些法治国家的法律人把逻辑绝对化了,把逻辑等同于法律。这就使得法律与活生生的社会之间脱离的关系。在法治思维中逻辑规则是法律思维重要组成部分。人们发现“现代法学对逻辑的蔑视反而造就了谦逊的魅力,因为人们从一开始就不会主张绝对的正确性。然而,这种谦逊是一种装饰,它让人感觉到舒适。它让理论家对于那些(在其他部门都会有很大效果的)逻辑指责得以免疫,并且法学界与逻辑的互动,就如我们将会看到的,是件困难和艰辛的工作。”⁽¹²⁾这种困难在于很多法律逻辑的研究者一直想把法律逻辑学化,这是有问题的。法律要调整的是日常的社会关系,需要的只是一些简单的逻辑规则,以避免思维的常识性错误。逻辑与法治思维的联姻有极其重要的价值,可以使法律与案件、法律与社会之间的关系更加清晰,可以使人们的思维过程不仅简洁而且少犯错误。

然而,逻辑语言是贫乏的。运用逻辑推理得出结论虽然可以少犯错误,但在很多时候由于我们所要说服的对象并不都像法律人、经济人等那样的理性人,为达到说服的目的,法治思维过程中的修辞论辩必不可少。在法治思维中讲究修辞论辩是重要的。这一点完全不同于政治上“空谈误国”的行为说服论。运用法律处理案件,不仅要合法有理,还应该把理给说清楚。说清楚的不仅是道理,更主要是法理。所以,法治思维实际上是运用法律之理进行思维,用法律言辞把判断讲清

(12) [德] 英格博格·普珀 《法学思维小学堂》[M], 蔡圣伟译, 北京大学出版社 2011 年版, 第 115 页。

楚，而不是倾情于道德和政治说教。从思维形式上看，法治思维的特质是一种倾向于形式主义的思维，只是在近些年来随着人们对法治认识的深入，才逐步接受实质思维的优点。我们现在存在的问题是，在思维过程中不尊重逻辑规则，不重视法律的话语权，在思维方法上好似辩证的片面统一论占据了主导地位，形式法治的思维一直被一些学者诟病。“统一论”⁽¹³⁾不能解决法律纷争的问题，因为在“统一论”中形式法治的优点被抹杀了，法治思维主要是基于形式逻辑的思维的基调消失了。我们主张一种形式法治与实质法治的结合论或称为融贯论。因为在各种各样的“统一论”中，政治、道德话语太强势，而融贯论可以吸纳形式法治与实质法治的共同优点。如果我们在法治思维方式上过度关注本质、真相，法治就会失去核心意义。

在法治思维中，建立在教义学基础上法律解释方法占据重要地位。刑法学、民法学的基本原理在社会转型或这些年的改革发展中没有发生质的变化，这在一定意义上促成了在这一领域法律意义的相对稳定。基本的法学原理是在法教义学和逻辑规则的基础上形成的⁽¹⁴⁾，根据这些原理进行思考，必须讲究逻辑，讲究法律的规范作用、尊重法律的解释规则。因而想在民法、刑法、诉讼法等领域全面实施能动司法就会遇到一些困难。在这些领域，法律的基本原理比较完善，这一部分人群的逻辑推理、修辞论证和解释能力较强一些。部门法学中虽然也有对实质法治的诉求，但比起讲政治修辞、道德话语的思维形式和结论更接近法治。在部门法中，法学家们一般不会离开法律规范的约束空谈法律的意义，在解决法律问题的时候总是伴随着法律条文。只有那些对法律规范作选择、修正适用的政治人物，才会过分执着追求实质法治与形式法治的统一，要求把能动司法作为司法理念。其实，能动是人的本质，即使不去倡导，它也有发挥作用的渠道。相反，要求人们克己守法，追求法律的客观性则很难。只有坚持法治思维和法治方式，人们的决断、行为才能逐渐接近法治。在法治建设的思维方向上，让法律刚性能动地、不符条件地屈从于法律外因素，就会从根本上失去法治的目标，长期稳定的社会就不可能出现。

（二）法治方式的思想史解读及其现实意义

法治不是一个纯粹的法学概念，所谓法治指的是运用法律治国理政的方式。从直观的角度看，法治与人治、专制对立，是一种在政治上治理国家的方式。但是，在深究法治方式与法律的关系的时候，对其特征的描述更多的是用法律对政治权力的限制。从政治的角度看，法治是实施政治措施的工具，然而，法律自身的特点决定了法治方式的独特性。法治方式与法治思维没有质的区别，法治思维影响和决定法治方式。从这一角度看，法治方式有三种含义：一是指根据法律处理具体问题，而不是具体问题具体分析；二是法治方式具有独立性、自主性，即在一般情况下，依据法治方式处理问题不受道德、宗教、政治等因素的影响；三是法治方式强调法律方法的运用，即使因为实质原因需要变通法律，也不蛮干，而是讲究运用价值进行衡量，根据社会情势进行权衡，但必须进行充分的论证。法治方式应对社会问题的独特策略在于：“界定术语、指明规则，通过充分且必要的法律清晰性和确定性，以使现实生活中众多法律问题被设定为‘简单问题’并将答案化约为‘是与否’、‘合法与非法’。”⁽¹⁵⁾ 法治方式概念的提出意味着“各级领导干部一定要深刻认识法治是

(13) 统一论有多种表现为实质法治与形式法治的统一、法律效果与社会效果的统一等五个方面。参见陈金钊：《法治遭遇中国的变异及其修复》[J]，《扬州大学学报（哲学社会科学版）》，2013年第1、2期。

(14) 法教义学主要的运用领域即为部门法学，部门法学中的各种知识，如法律行为、法律关系、犯罪构成要件等法学原理都是按照法教义学的方式形成的。法教义学在建构法律体系时，必须遵守一般的逻辑规则，这是法律体系存在的最起码的基础。参见黄茂荣《法学方法与现代民法》[M]，法律出版社2007年版，第512-516页。

(15) 陈林林《法治的三度：形式、实质与程序》[J]，《法学研究》2012年第6期。

改革发展稳定的强大推动力,是一个地方的重要软实力和核心竞争力,坚决纠正把法治和改革发展稳定对立起来,认为依法办事是束缚手脚、妨碍改革、阻碍发展、影响稳定的不正确观念和做法,真正做到以法治凝聚改革共识、规范发展行为、促进矛盾化解、保障社会和谐,努力使改革发展稳定进程与法治建设进程相协调、相一致。”⁽¹⁶⁾ 根据习近平总书记在 82 宪法实施 30 周年纪念大会上的发言以及在各地巡视的讲话,人们感觉到新一轮的改革即将开始。但与以往不同的是:法治思维与法治方式将与改革同行,而不是突破宪法和法律,搞所谓“良性违法”式的改革。

从字义上看,法治方式和过去的法律手段比较接近,但我们认为,法治方式的概念不同于过去所讲的法治手段或法律手段。法律手段是一种对法律工具论过于自信的直截了当的表白,等于在语词的构成上直接点出了法律、法治就是手段,当遇到更重要的目的的时候,手段就必须让位于目的。法治方式不能等同于行政命令的方式。从逻辑思路上看法治采取以简单应对复杂、一般应对具体的思路,即把立法者所拟调整事物的诸多个别特征进行筛选、增减,抽象成一般概念,再基于法律评价和目的考虑形成法律规范的“假设条件”和“法律效果”,以此作为基本的规整来解决各种复杂的矛盾。纵观学术史我们发现,从法社会学、自由法学开始,对法治及其过程进行了本质主义的研究。法治思维和法治方式一直处于被批判瓦解的状态。但这种批判意味着我们对于法治思维和法治方式,不能做机械的理解,而是应该把它放到历史思想史的长河中开拓创新。尽管很多的法学流派对法治的看法有这样那样的偏颇,但是,他们对我们全面认识法治思维与法治方式有积极的意义。

法社会学普遍秉持一种反形式主义 (Anti-formalism) 的法律观,强调法并不只是一套纯粹形式的、孤立的规则体系,法是由活生生的制度中的活生生的人所进行的一种活动,法律秩序是一种组织和决定的方式。因而法治方式必须是适应社会关系的方式。自然法学认为,正义是至高无上的,它是指导社会基本结构设计的根本原则,是衡量社会制度和法律合理与否的根本标准。法治方式也不能脱离人类对正义的追求。批判法学认为,法律即是政治,传统法律的逻辑和结构产生于社会的权力关系;它是根据政党和阶级利益形成的,是使社会不公平合法化的系列信仰和偏见的集合体;富贵和权贵们运用法律作为压迫的工具,以便保持它们在等级秩序中的优势地位。基于此,批判法学竭力证明法治方式不是一个理性体系的运用,而是一种意识形态。意识形态中法治方式与政治联系较为密切,但不容否认的是,法治在什么时候也不能切断与政治的联系,即使是法治对政治行为是一种约束,这实际上也是一种密切的联系。现实主义法学认为,任何案件的审判,不是决定于法律规则,而是取决于法官,规则决定案件只是一个司法神话。法官处理问题的方式是典型的法治方式,但问题在于,在各个阶层、各种权力都接受了法治以后,法官的自由裁量权反而有增大的趋势。“法官说什么,什么就是法律”是现实主义法学的鲜明特点。

我们必须注意到,在后现代法学为代表的真相、实质思维中,所谓法治和专断的方式已经很接近。这不能不引起我们高度的警惕。后现代法学强调法的不合理性、非理性、实质性、非整体性与非统一性,反对法治的一切宏观话语。后现代主义法学认为,法律制度不是封闭的体系,它无时无刻不受到社会、政治、经济、宗教以及其它各种因素的影响。在揭蔽理论的鼓噪之下,法治褪去了神圣光环,法律的中心意义和优点被解构,边缘意义、缺陷被放大。法治思维和法治方式在后现代法学的眼中已经是被解构的东西。从不同角度批判法教义学的作业方式,使得法律效力的绝对性受到了冲击。法律在裁判中失去了决定作用,成了法官可以任意选择适用的规范。人们发现,虽然法

(16) 同前注 [3],第 222 页。

学越来越接近科学，法学的探照灯已经照亮法律大厦的每一个房间，但关于法治的理论离启蒙思想家的期待越来越远：在各种各样的价值追求、复杂的社会关系、不同目的的政治要求，以及本土资源、事物的本质、民族精神、历史传统、民间法、习惯法等消解法律意义固定性的因素，使得法律的意义一直处于流变状态。法律在限制权力、保证权利和自由、实现正义、促进秩序等方面，失去了正常的功能。在各种法律外因素的影响下，法律的基本教义丢失了，难以发挥基本的规范作用。⁽¹⁷⁾ 各种对法律和法治的解构可能使人们对法治方式产生动摇。这是当今倡导法治思维和法治方式的艰难之所在。

（三）法治思维与法治方式的关系

由于法治思维不同于政法思维，这就决定了法治方式必须是以法治思维作为基础指引改革、化解矛盾的方法。之所提出这样的问题，乃是因为对于法治，现在的执政党有一个历史的转变过程。⁽¹⁸⁾ 在革命的年月，法治与革命对立，要革命就不能搞法治，无法无天、造反有理所支撑的是法律虚无主义的思想。在革命方式成功夺取政权以后，我们依然奉行了很长时间革命法制观，认为无产阶级专政是不受任何法律约束的政权，如果法律妨碍我们的事业就修改、就废除。共和国建立以后的三十年，我们不是不讲法治，而是把法治与专政的统一性当成法治的基本含义，认为法治就是刀把子，加强法治建设就是强化专政功能。目前，这种思想也并没有完全绝迹，尤其是在用法治方式解决腐败等问题的时候，千万不能把法治方式等同于含有专政思维的严打。对腐败的打击是必要的，但要讲究方式，就像“打黑”不能演变成“黑打”一样，法治方式与群众运动有质的区别。法治方式讲究理性地运用规则和程序。群众运动的方式与革命思维相适应，法治方式与法治思维相配合。法治方式是解决政治问题的手段，但它的方法属性是法治的，而不是政治的。法治方式是法律作为修辞的思维方式，而不是传统革命意识形态的继续。法治方式与法治思维一致，是以公平正义的权利实现、自由保障、社会平稳可持续发展为目标的。同时，与法治思维相适应的法治方式，与强化管理、方便管理的权力思维也不一样，在法治思维中，权力是被限制的对象，所以法治方式应该以权利为本位、保护自由、实现公平正义为目标所建构的行为模式。

法治思维是实施法治方式的思想基础。没有法治思维不可能有解决问题的法治方式。这两者的共同基础就是法律方法。法治思维主要是指思考的过程，而法治方式主要是以行为的方式表现法治思维的决策。两者在决策行为的意义上具有同一性。法律解释、法律推理等方法不仅是一种思维方式，而且还是一种职业技能。不但能够帮助法律人更恰当地解决个案纠纷，而且还能通过判例效应、案例指导制度的运作在道德正义、社会矛盾上树立普遍接受的公共判断标准。社会转型和司法实践都需要独立的法律方法论体系。司法人员在审判过程中，只有具备了相应的法律思维、法律方法的应用能力，才能做出有说服力、为各方当事人所接受的裁判结果。但是，认真对待规则和法律方法并不是走纯技术的法治路径。在法律方法论的研究中存在着一种去政治化的情绪，想把法学都当成一种技术性方法论的研究。这不仅是没有意义的，也是难以做到的。如果我们仔细分析法律方法论的作用方式，就可以知道它采用了具体的价值实现理论，即实现立法规定的实质性价值判断的理论。法律方法论具有根本的服务功能。⁽¹⁹⁾ 讲法治、讲正义本身就是一种政治。只不过在法律方

(17) 参见陈金钊《法律人思维中的规范隐退》[J]，《中国法学》2012年第1期，第5-18页。

(18) 本文对法治与法制不作区分。关于法治与法制含义的争论虽然在特定历史时期有重要意义，但是把历史稍拉远点看，这种争论好像是在玩文字游戏。

(19) [德]魏德士《法理学》[M]，丁晓春、吴越译，法律出版社2007年版，第407-408页。

法论中讲政治、讲正义,与传统的那种用政治、道德等压制法治的方法不同,它不是用政治言辞、道德说教代替法律,而是在实现法治的目标下,把政治的要求、正义的理想寓于法律方法之中,通过法律和法律方法实现政治和正义。纯粹的方法论因为剥离了政治、道德、社会等的影响,很有可能沦为没有经验和价值内容的空洞形式。法律方法论并不是不关心政治、道德和社会,而是以捍卫法治为基本目标,把方法分为形式法治和实质法治的法律方法。维护法治的基本方法是形式法治的方法;实质法治的方法是一种辅助的方法。然而人们对这种序位并不认同,认为多元化的法治理念基本靠实质方法才能实现,维护法律权威和尊严的形式主义方法,在开放的法治理念中几乎可有可无。所以在社会主义法律体系形成以后,依法办事等法治原则的地位反而下降了,成了在能动司法的时候“还要”注意和尊重的司法规律。法律方法论的重要使命就是在法治被解构的情况下修复法治,维护法治基本教义或理念,找出实现法治的路径。俄罗斯的经验证明即使有了权力分立和多党政治,但是如果认真对待规则的公民意识建构,法治也不可能很好地实现。在世界法治搞得最好的英国,对传统法律价值的保守、认真对待规则与程序比我们做得好。英国的进步靠的是保守阶层的韧性精神,^[20]对法治不能仅靠一件事情做出全面的评价,坚持形式法治必定会对一个国家的长期稳定产生深远的影响。韧性坚持法治的基本精神,积极探寻法治实现的法律方法,为法治建设指路明灯。

二、重塑法治之“法”,确定“法治思维”和“法治方式”的前提

法治思维理论上的混乱在于对法治之法,各个法学流派存在着不同认识。提升法治思维水平和法治方式的运用能力,首先要清楚法治之法并不会因为有了法律体系就完全解决。立法者创立的是体系性法律,但在具体的决断中,所要运用的法律只是少数。对执法者和司法者来说,法治之法难以确定,这源于人们对什么是法律有不同的观点。^[21]人们在研究中发现,多角度展开的法律研究,使法律的概念失去了核心意义。这对严格法治思维来说,有两个方面的“危险”:一是教义学法学以外的法学流派,在对法律本质的探讨中添加了更多的法律外因素,规则背后的本质、关系、利益、价值都被用来描述法律的本质。这虽然拓展了法治之法的范围,但法律的规范意义和法治的限权意义模糊了。如果把眼光放置到各角度的法学所认定的“法律”——自然法、民间法、善良风俗、政策、法理学说、乡规民约、道德、价值等,就会发现,无论根据什么规则、标准的思考都可以称为“法律思维”。由于这样的法治之“法”过于宽泛,这样就使得形式法治可能被“实质法治”所取代。建立在形式法治基础上的法治就会变成虚幻。二是形式法律无法完全满足社会、案件的复杂性,经常会出现漏洞、模糊、歧义、不确定等语言和价值问题,迫使法律向社会、道德、政治、价值等因素开放,以弥补法律的不足。社会学、政治学、法理学等都程度不同地对法治,尤其是形式法治进行了解构,认为法治在实施过程中应该融入更多的实质内容。形式法治与实质法治在思维路径上存在着矛盾。虽然这两者在多数场景下都可能是一致的,但是在一些特殊案件中,冲突具有不可调和性。在思维决断中,要么舍弃形式法律,要么就不能顾及价值等因素。这主要是因为形式法治和实质法治坚持不同的思维方向。

[20] 参见 [德] 卡尔·曼海姆 《保守主义》[M], 李朝晖等译, 译林出版社 2002 年版, 第 21 页。

[21] “法的概念不仅是法律门外汉,即使是对法律人也是十分难以把握,且是充满争议的概念。”杨益诚 《法学基础理论》[M], 瑞兴图书股份有限公司 2011 年版, 第 4 页。

形式法治奉行的是一种封闭的思维路径，而实质法治则奉行一种开放的法律。就开放与封闭问题，在法治思想史上已经进行了多年争论，但如果抛开具体的语境来考量，结果只能是各有道理难以有最后的定论。“法治是规则治理的事业”的说法，不是不正确，而是存在着思维决断的简单化倾向。在简单化的法治理论中没有说清楚，法官等法律人所使用之法，不是现成的制定法，而是需要二次构建、塑造才能运用的法律。在型塑法治之法的过程中，虽然一定程度上克服了削足适履的机械司法，但是，法律意义自主性、独立性失去了。现在能够被多数人接受的观点是综合两者优点的折中论。这种论点强调，法律是一个整体性、阐释性概念。法治之法的塑造，不仅要尊重文本性法律，还要注意法律方法的运用。通过对法律文本的发现、解释、论证、衡量之后，才能出现作为思维决策或法律判断的具体法律。被重新构造的法律会在定格的时空中消除不确定性、模糊性等法律弊端。当然，这样的法治也许不再“纯粹”，因为，对方法的运用也像法律运用一样，存在着主体的能动选择性。法治之法不是现成的法律文本，而是在法律活动中构建的法律。这种构建增加了法律运用的主体性选择以及论证的因素，但如果经过法律方法的过滤，并不意味着任意成分的增大。因为，在法律意义的重新塑造过程中，法律方法、法律规则、程序等法律因素的运用能在很大程度上消解任意和专断。对法治之法的塑造应该以坚持形式法治为主，实质法治为辅。之所以奉行这种立场，乃是因为：

（一）法律不确定性命题使根据法律的思考无法展开

就目前法学研究来说，对法治思维可能最容易产生误解的是关于法律的不确定的命题。法治思维要求根据法律进行思考，但法学家告诉人们法律是不确定的，这就直接导致了法治思维的不可能性。因为即使我们假定，法治之法是一元的制定法或者判例法，但其在动态的思维活动中也是不确定的。这样，法律作为法律推理大前提的可靠性也就是值得怀疑。实际上，不仅文本法律以外的因素对思维决策的影响很大，就是制定法和判例法内部也存在着矛盾与冲突，并且在司法或执法过程中必须进行法律论辩，而论辩本身就是一个可选择、可废止和可修正的推理过程。这就使得法治思维的核心——根据法律的思考或司法三段论的前提受到了质疑，因而法律意义的明确性、稳定性、安全性也难以维系。在很多人看来，法治的“合法性危机”成为了现代法哲学的一个永恒论题。一般认为，法律是人们的行为规则和法官的裁判规则，是对其行为实施的刚性界定。但是，法官在运用法律裁判案件时，又把法律本文意义的解释与政治目的、社会效果、经济效率、社会正义甚至民意等法律外要素的考虑交织在一起。法律的义和法律目的、价值的关系常纠缠不清，法治之法的确定面临着采用法律内元素或法律外元素的艰难选择。可以说，法治理论自从其产生时起就面临着法哲学的拷问：法治在理论上或逻辑上是否成立？然而，从现代逻辑学的角度看这一问题是一个假的问题。后现代法学以及批判法学所说的问题都是存在的，然而这只是问题的一个方面。教义学法学所说的法律的明确性与后现代法学所说的法律不确定性着眼的都是各自的角度。法律的明确性是指法律规范与其他社会规范比较而言是明确的，是一种静态比较的观察。而法律的不确定性是把法律放到了解释思维的过程中，看到法律意义的流动性，是一种动态的观察。人们的误解之处在于，好像教义学法学是一种法治的建设性理论，而关于法律意义不确定的意义流动理论是一种玩世不恭破坏法治的理论。但是，深入的研究就会发现该问题的进展并非如此。从表面上看，法律的不确定性给法治思维出了难题，但是，只要我们的思路稍微迈出一步就可以看到，言明法律的不确定性只是揭示了法治思维的一个方面的真相。但这种真相只是下一步建构的前奏。也就是说，后现代法学所揭示的法律不确定性的命题，恰恰是法律方法要解决的问题。没有后现代法学的揭示，法律方法论的研究者还不足以明确自己的任务——即把不确定法律通过法律方法的运用，使其变得明确，法

律方法就是要在动态的思维过程中解决法律的不确定问题。而这一问题集中到一点就是构建、塑造、确定法治思维的大前提。

我们发现,传统的法治思维倚重于三段论推理,然而一百多年来法律推理大前提的可靠性受到了批判。自此以后逻辑学的发展走向了多元面向,形式逻辑和非形式逻辑并驾齐驱,逻辑思维规则对法治的捍卫也出现了新的形式。以道义逻辑为典型的广义模态逻辑取得了长足的发展和进步。法律论证、法律论辩、法律修辞、实质推理等法律方法成了实施法治的“新”方法。非形式逻辑通过借助论辩学、修辞学、普遍语用学、语言行为理论,对多个商谈主体之间的论辩过程进行理论描述和理性重构,试图描述、归纳、建构出在日常对话中常用的论证图式和论辩模型,为结论的可接受性和评估提供基本的程序框架和评价工具。非形式逻辑对法律论证、法律修辞学的发展和学科建构具有重要意义,使超越法律文义的客观性在新的意义之下获得了新生。传统的法律逻辑侧重于形式逻辑,主要致力于对单个主体的法律推理的形式有效性进行研究。现代法律逻辑通过借助道义逻辑、谓词逻辑、非形式逻辑、修辞学,转向了对多个法律商谈主体之间的法律论辩进行理论描述和理性重构。法律与逻辑的关系是众多关注法律推理与论证的法学家和关注逻辑应用的逻辑学家共同关注的论题,形成了不同的法律逻辑观念和理论。通过法治思维的逻辑基础、形式和基本模型的描述性研究,法律人的思维受到了逻辑学的熏陶。通过法律概念的明确性,法律判断的一致性,法律推理的有效性,法律推理的单调性与可废止性的规范性研究,使人们可以更清楚地解释法律。法律推理中演绎推理、归纳推理、回溯推理、合情推理、类比推理的综合运用,使人们获得了更为理性的思维工具。这在一定程度上使法律的不确定变成了确定。⁽²²⁾在新的逻辑思维模式建构中,法律不确定性的命题在重塑的法治之法面前,等于什么也没有说。因为一般的法律相对于待处理案件来说,本来就是不确定的。针对具体案件的法律需要发现、解释、论证、衡量以后才能使用。其中的逻辑规则,对于理性法律思维的达成具有基础性的方法论意义,是实现法律判决合法性、确定性、一致性和有效性的思维基础。从法律方法的综合功能看,法律的不确定性既没有推翻根据法律推理的基本思维模式,也没有威胁到法治。人们只需要从方法论上进一步证成法治。

当然,我们的设想也未必是能够使问题得以最终的解决。现在看来运用法律方法修复法治思维的前提,从而在理论上拯救的想法还只是一种努力方向,在一定意义上带有理想主义的色彩,是一种纯粹的理论化表达,离真正地解决问题还有很大距离。人们已经发现,挽回法律的不确定性的努力至少有三种不太令人满意地回答。第一,某些理论家试图拒绝法律不确定性命题。德沃金就是其中的代表,他把法律分为明确的法律与隐含的法律,隐含的法律不是不确定,只是没有解释出来,他认为法律是一种整体性概念,法律解释就是一种对法律相当确定的理解,即使在疑难案件中也能寻找到唯一正确答案。第二,试图用某种方法修复法律的不确定性。如哈贝马斯的共识论,就试图在商谈建构中进一步证成法律的确定性,认为一致性理论要求每一个案件中对法律规范制度进行解构,以达到对现存法律的回溯性解释,但是在对疑难案件的解释中,创造出一种连锁反应,整个制度将更加不确定。与此相近的还有哈特的理论,他试图在形式法治和规则怀疑论之间找出第三条道路,在法律的开放解构中,对法律的不确定之处运用各种推理予以补充确定,结果法律外因素大量进入司法裁判。然而,这是一种包含太多理想成分的理论建构。第三,后现代法学和批判法学放弃了理性的合法性,或者说放弃了法律的确定性,把法律直接与政治、社会的本质进行了融合。即使是这样,法治仍

(22) 对这一段文字的表述,山东大学法律逻辑学教授张传新、山东大学法理学专业博士生吕玉赞做了相应的推敲润色,特此致谢,当然文责由作者承担。

然没有逃出非法之嫌。⁽²³⁾ 这些理论,使得法律人一直在法律解释的开放与封闭之间纠结,很难拿出简单、简洁而又都能接受的结论。但是这种努力使我们看到了法治思维和法治可能性的希望。

(二) 简洁的司法三段论难以描述法治思维的过程

法治思维的基础是:要运用逻辑的规则、理性的力量,根据法律的思考来治理社会,奉行用简单应对复杂的思维方法。这种思路从哲学的角度看顺理成章,但存在的问题是把法治实现的过程简单化,对实施法治的复杂性艰巨性估计不足,以至于在思维路径的细节问题上破绽百出。但是,到目前为止,人们也没有找出更为恰当的方式来描述法治思维的过程。法治思维的三段论预设了法律的确性和意义的固定性,并且有大量的法律文本、法律规范予以支撑。但是,法律确定的预设无论是在理论上,还是在实践中都出现了问题。在理论上,法律的客观性、确定性、形式性等都受到了质疑。实践中法律的不周延性、模糊性、法律漏洞等都在挑战法治思维的前提。而这一切都在于对简化了的、甚至可以说简单化的对法治思维的三段论表达。实际上无论从理论上,还是在实践中,三段论只是法治思维的框架。我们需要明确,法治思维的整体过程是三段论没有逻辑上的问题。存在的问题是我们没有指明作为法治思维前提的法治之法,不是现成的直接作用于案件事实的规范,而是需要在法律与事实之间进行目光往返地透彻思考所重新构造的。根据法律的思考就是法治思维,但人们普遍存在的是对法律思考不足的问题。简单地把法律当成了不经过发现、解释、论证、论辩以及修辞加工就可以运用的规范。确实,很多简单案件对已经具备法治思维的人来说,可以达到不假思索就可以找到较为明确的答案。但是人们在批判三段论的时候,忽略了在疑难案件中法治思维的复杂性。三段论式的法治思维虽然简洁,但如果能够在复杂社会中实现,对理想的法治来说已经足够了。目前法治实现的困难在于,我们很多人对明确的法律还不遵守。但对法治理论研究来说,三段论确实过于简单了,很容易产生所有的法治思维都是简单的错误想法。法治思维应该兼顾简单案件与疑难复杂案件的描述。

从社会学的角度看,法治尤其是形式法治带有严重的浪漫主义的情结。因为现实问题的复杂多样性,仅仅靠逻辑与理性是解决不了的。于是,思想家们就对理性与逻辑进行批判,认为法治解决不了社会的根本矛盾,只是现代社会治理的装饰,是掩盖政治专断的修辞。整体性思维⁽²⁴⁾在中国得以恢复,法治成了社会综合治理的一个要素,法治与道德、经济建设整合在一起。之所以会出现这种情况,是因为在中国法治战略中法律方法论是缺席的,缺少法治元素的政治意识形态占据主导地位。法治方略成了政治措施,在正义、政治的修辞之下,法治演变成了政治。我们在探寻法治之路的过程中,往往给法治附加了很多的政治条件。但是,在法治战略中,我们应该先进行基础建设,证立法治在中国的可能性,找出公民、政府和政党都能接受的实现方法。在社会主义法律体系形成的基础上,把认真对待规则作为一个初步的法治战略,并在此基础上研究法治实现的方法论,确定法治所需要的法律方法。在法律规则获取权威的基础上,建构不同于西方的法治模式。这是法律方法论对法治思维之“殇”修复的基本措施。

(三) 实质法治虽然饱含着美好的理想,但却存在着背离法治的思维倾向

实质法治的理想包含着美好愿望,想要在每一个决断、每一个案件的审判中充分地实现正义等

(23) 参见 [美] 马克·C. 莫达克·特鲁安 《自然法的过程理论与中国的法治》 [J], 杨富斌译,《厦门大学法律评论》第 20 卷,厦门大学出版社 2012 年版,第 17-19 页。

(24) 整体性思维是一种和分析性思维相对的思维方式。分析性思维是一种逻辑性的、只关注个体属性而非背景的,基于规律进行推理的思维方式;而整体性思维是一种基于经验的、关注个体事物与背景间关系的,基于直觉的思维方式。整体性思维是中国传统的思维方式。

价值。但这些主张者不关心的问题是,实质法治的思维对形式法治的冲击,会瓦解法治的基本框架;也没有考虑到现在我国的法律人对法律和正义等的理解把握能力。法律人会不会在实施实质思维的过程中有意曲解法律或无意误解法律。价值法学、批判法学等运用实质思维方式、正义、公平等高尚道德话语,对法律的形式性进行了批判,认为法律语言具有开放性、模糊性和意义的流变性,因而在理解、论证过程中不可避免地存在着主观的价值判断。这就造成了根据法律思考的传统法治不具有可能性,出现了法律思维的前提之“殇”。但是,后现代法学所批判的法治之“法”主要是指制定法、判例法等文本性法律。尽管从法律运用的角度看,法治之法离不开文本性法律,否则便会因为过于开放而失去标准和规范。但是,我们不能把法治之法等同于文本性法律。因为理解、解释法律的过程,离不开人的参与,抽象的法律规范只有在理解、解释的基础上才能运用。立法者在创立了法律以后,法律便具有了独立性,在理解、解释和运用过程中会获得意义的“重生”。因此,如何在法律文本的意义被重塑的过程中保障思维接近法治原则,就成了极其复杂的理论和实践问题。法学理论需要在思维的这一环节证成法治,以便在实践环节完成对任意决断的限制。对思维的限制没有别的方法,只能运用法律方法所构建的解释规则、论证规则、修辞规则等来规制思维的方向。正是在这一意义上我们才说,法律方法论是对法治的拯救或修复。我们要坚守对法律客观性的探寻,不能被美丽的政治道德所迷惑。实质法治的各种观点提醒我们,在法律意义的流动中建构法律推理的前提;要运用法律的明确性和意义的相对固定性,消除其不确定性和模糊性假象;要尊重法律的稳定性,在转型社会中建设法治。

针对过度的政治修辞对法律的绑架,以及高调道德对法律的改造,还有与时俱进的情境因素对法律意义的转换,在建构法治思维的过程中,应该使符合法治的言辞占领话语权的制高点;使根据法律思考的法治思维成为社会意识形态的主流。这实际上是意识形态的话语引领权问题。法律的合理性和可接受性需用恰当的修辞论证来达成。法治建设需要人们在思维过程中讲法治。法律修辞是基本的法律方法,涉及的是法治意识形态的核心话语权。然而,法治成为意识形态的重要组成部分不是靠自然漂流形成的,由什么思想和言辞来主导起着决定性作用。当“所有意识形态潮流越来越围绕着政治因素这个中心来形成”⁽²⁵⁾的时候,法治理念的危机就会出现。在过度的政治意识形态支配一切的时候,法治这种以简单应对复杂的方法就难以展开。在中国法律人现在的语词表达中,法治思维过程好像被各种政治言辞的酒灌醉了,失去了理性与清醒,少了世人皆醉我独醒的气魄。社会治理中贯穿的人情、政治、社会因素等都会使简单的法律推理方法显得幼稚和苍白无力。在法律必须适应社会的呼声中,法律越来越失去了调整社会关系的能力。在思维方式中讲法治是改变政法思维的有效方法。只有在思维过程中讲法治,才能使法律调整社会成为可能。

(四) 绝对依赖形式法治的思维,会导致道德判断力下降

形式法治强调了依法办事的严格性,要求科学民主立法、全民普遍守法、公正严格执法,把法律的规则与程序当成思维根据,但法治的发展历史已经证明,这种过于简单化的思维可能导致机械司法、执法,法律与社会之间会出现紧张关系,法律与价值之间会产生冲突。法律只是最低意义上的道德,它与高尚道德之间有很大的距离。简单的法律规则也与复杂的社会关系有很多的出入,严格按照法律来决断在很大程度上属于削足适履。近百年西方法学所做的一个事情就是不断放宽法治的严格,主张用价值衡量、社会学解释、外部证成、实质推理等方法来缓解法律与社会、法律与道

(25) [德] 卡尔·曼海姆 《保守主义》[M], 李朝晖等译, 译林出版社 2002 年版, 第 29 页。

德之间的紧张关系。有研究指出,美德的践行更多地与语境相关,而规则的践行具有非人格化的普遍性特征。规则更多地表现为消极的命令,是以不伤害他人为前提的自我克制,是内在与目的之外的异己力量,是维护某种共同利益的最低保障形式。由于规则具有强制性,因而人们在规则已经明确的范围内无需作出价值判断与选择。⁽²⁶⁾ 尽管这一判断与法学家的判断多少有些差异(比如规则更多的是消极的命令,这一判断大体上可以用于刑法和行政法,但很难适用于民法),但大体上没有什么问题。该研究认为,一个社会以规则建构现代道德中心可能会存在一定的风险。“简化的规则需要付出一定的代价,诸如社会趋向于平整化、道德判断能力下降,以及社会生活质量降低等成为了亟待解决的新问题。”⁽²⁷⁾ 就像一些后现代法学所揭示的那样,规则的引入不仅没有使现代化更加有序,相反,各种道德争吵却愈演愈烈,社会仍处于无序之中。

对于法治思维和法治方式可能导致道德判断力的下降,法学和伦理学有不同的认识。在道德与法律的关系上,一直进行分离命题和包容命题的讨论,传统的分析实证主义法学主张分离命题,认为法律就是法律,法律与道德无涉。但这种说辞多少有一些误解,其实法律与道德之间的关系根本无法分离。就是因为其无法分离,分析法学才试图提出一个可操作的标准,立法活动也无非是想解决这一问题。分析法学之所以提出分离命题实际上是因为他们看到了在很多场合,法律与道德纠缠使得法治思维或法律思维无法展开,因而只能在思维有了法律规范的情况下当机立断,排除道德对法律的重新渗透,反对道德有高于实在法律的效力。我之所以说,分析法学不排斥道德,是因为他们已经看到,法律中已经内含了道德,在司法的时候重启道德,会危及法律的权威性。另外,法治思维是对一般人行为的调整,与伦理学对人行为的要求不一样的地方是,它没有假定人都是具有高尚道德的动物。法治思维只要求法律维护最低意义上的道德。这是法治与德治的分水岭,认为遵守法律本身就是一种美德。当然,法治思维并不排除在一个社会中倡导高尚道德,只是认为不能把高尚道德作为法律评价、判断的最高标准。因为那样会出现以道德名义的专制。很多专制的措施都是打着“为你好”的名义来行使的。因此,法治思维所导致的道德判断力下降是从伦理学的角度看,这种担心不是没有任何道理,但并不影响法治思维和法治方式在法治建设中的主导地位。起码,法治思维和法治方式不会导致伪君子盛行,会使人们的思维更加务实,决断更加接近理性。

三、在实施法治“战略”中构建“法治思维和法治方式”

虽然已经确立了“依法治国,建设社会主义法治国家”的治国方略,但人们感觉到实现法治的途径或方法还不很清楚。法治是治国的方略,但如何实施法治却没有战略性思考。由于没有明确的法治战略目标,因而也就不会有如何实施法治的方法论设计。这次中央在《十八大报告》中提出“法治思维和法治方式”的命题,在一定程度上开启了对法治实现方法的重视,法治思维和法治方式在治国理政的战略中有了位置。总的来说,法治思维和法治方式作为实现法治的方法,还有很多值得进一步明确和阐释的地方。法治战略包括两个方面:一是作为促进功能目标实现的法治战略,包括以经济、社会、政治主导的发展战略;以价值主导的法治战略目标,即实现社会公平正义的法治战略目标、建构诚信法治的战略目标、民主法治的战略目标等。法治战略还包括分阶段实施的重点目标,或政治的、或经济的、或文化的,或秩序、正义、自由价值的目标等等。这是实施法治战略要达到的功能目标。二是如何实现法治的方法论战略或如何实现法治的方略。比如,在社会主义

(26) 同前注 [10]。

(27) 同前注 [10]。

法律体系已经形成的情况下,法律与社会的关系该如何处理,究竟是要法律适应社会,还是用法律改造社会?在战略目标中,究竟是把社会稳定放到第一位,还是把公平正义的实现放到第一位?这又牵涉到我们究竟该奉行形式法治,还是追求实质法治的姿态。在这一层面讲“战略”好像有点夸大其词,但实际上也具有很重要的意义,因为这几个方面的立场,在一定意义上决定法治思维和法治方式的内容。而这一问题最终涉及的是:法治本身能不能成为社会发展战略的组成部分?即法治能不能成为社会发展的目标?人们可以利用法治达到各种目标,但在法律人看来,法治也应该成为作为社会发展的目标,而不完全是社会发展的工具。正在进行的社会转型,建设法治社会就是重要的目标之一。我们应该有关于法治发展的战略,不仅包括科学立法、严格执法、公正司法、全民守法这些法治的基本要求,还包括实现这些基本要求的方法、措施以及法治意识形态的改造等。

(一) “法治思维和法治方式”包含用法律改造社会的战略

如果把法治仅仅当成治国理政的工具,会出现很多问题。就我国当下来讲,建立在工具论基础上法治战略有三个方面的问题:

一是笼统的法治工具论导致法治在关键环节被抛弃。中国社会的主要矛盾是“经济发展所需要的稳定秩序与政治改革容易带来的动荡之间的矛盾,政治改革要求限制国家权力与社会发展要求政府积极作为之间的矛盾,政治改革要求限制国家权力与维护国家外部安全要求强化国家政权之间的矛盾”⁽²⁸⁾。这种矛盾的解决不能光靠法治,法治只能解决一些问题,但是法治无论在哪种矛盾解决中都可以发挥作用,尤其是法治思维和法治方式即使在解决国际争端中也可以发挥一定的积极的建设性作用。在美国等西方国家对我国进行三面围堵的情况下,我国的法治建设无法像西方那样自然生长,因为“国家战略安全和经济发展成为影响和决定法律建设的关键因素。”⁽²⁹⁾这就是目前政治战略家眼中的法治位置。这种社会治理的韬略确实站得高看得远,但在实施全面社会治理的过程中,由于没有相应的方法与之配合,因而包含着在关键的时候放弃法治的可能。这就是法治工具论的必然宿命。工具论决定了法治在与政治、经济的比较中必然被矮化,成为其他中心工作的牺牲品。法治在社会整体工作中的战略位置十分尴尬。

二是在笼统的法治工具论的支配下,法治战略目标中负载了太多的政治要求和高尚道德的情结。法治之所以产生,原因之一就是法律与道德的关系在很多时候纠缠不清,因而只能把最低意义上的道德要求用法律形式表达出来。这实际上需要用法治方式把各种纷争卸下来,以减少过度的思维负担。但通过立法卸下的包袱,又通过法治理念、法治原则、司法政策等纠结起来了,实质思维又重新回到了实践“法治”的纠纷之中。然而,让高尚道德闯入法治会使已有纷争更加混乱,只能进一步缩减立法的作用。由于法治是政治的一种规范形式,法治的目标之一就是限制权力的任意行使,因为行政权力的滥用,司法专横等才需要法治,所以就不要指望通过实施法治进一步强化权力。法治对政治权力的依附是法治建设的大敌。我们不能离开法治的基本含义和功能来设计社会发展和法治发展的战略。理念、目标的多元,会使功能分散,法治的方向可能会出现出问题。中国的法治建设需要“一个注重法律与社会发展的法治理论……一个能够兼顾个人自由与社会富强的法治理论,一个能够兼顾当前利益与长远未来前景的法治理论”⁽³⁰⁾。法治的目标应该包括自由、平等、

(28) 蒋立山《中国的转型秩序与法治发展战略》[C],载李林、王家福主编《依法治国十年回顾与展望》,中国法制出版社2007年版,第399页。

(29) 同前注[28]。

(30) 同前注[28],第391页。

民主、公正和谐、和平发展、充满创新活力、经济繁荣、可持续发展等。然而，当我们赋予法治太多目标的时候，实际上就等于让法治失去了重点目标。即使是政治方面的目标，如果太多的话也容易分散精力，会被其他更为重要的目标各个击破，从而影响到法治建设的实际效果。不同的法治战略目标需要不同的方法。然而人们在思考法治战略的时候，只关心社会政治等宏观目标的设定，没有在意法治的实现方法。这肯定会影响到法治的进程以及法治战略目标的实现。这些因素都需要在法治战略设计中克服，我们必须注意到：如何增强思维决策中的法律性，是实施法治战略的基础性措施。如果法治战略中不包含法治自身的完善，仅仅注意法治的工具性，法治思维就不可能形成，更遑论法治建设。

三是在模糊的法治战略目标的设计中，缺少实现目标的法治意识形态和具体可操作的方法。现在，几乎所有大政方针好像都应该由法治来承载，但是，我们没有思考用什么方法来保障法治目标的实现。究竟是以权利引导法治建设，还是以权力构建法治系统？现在，制定法治发展战略迫在眉睫，然而，我们对法治发展的战略重视不够。人们没有意识到法治战略对社会长期稳定的意义。对法治建设来说，限制权力的任意行使是其基本目标也是长期的任务。只有搞好权力与权利之间的平衡，才能有长期稳定的社会。法治的核心在于以规则和程序限制权力，以理性的方法理解、解释和执行法律。卢曼认为，法治的维持“不是简单地依靠强有力的政治支持而被或多或少地实施。只有能够规范地预测时，法律才是法律。而且，在这方面，法律不是由从上到下的等级决定的，而是不同中心并行地处于相邻的系统中。”⁽³¹⁾ 正像早些年就有人说的，法治是一个系统工程，但我们目前缺乏在现代法治理念下的系统研究。

就现阶段来说，在法治战略中要解决的主要问题有二：一是究竟用法律改造社会，还是用社会改造法律。我感觉到这个问题已经影响到了法治建设的步伐。不是这一命题本身存在什么问题，而是很多与法治对立的文化观念，借助社会、国情、特色，否定了法律与法治对社会的改造。在具体法律与社会的互动关系中，法律究竟是适应社会，还是改造调整社会问题上，人们的思维天平倾向了社会——法律必须适应社会才能发挥作用的思维占了上风。二是光谈论法治理念，找不到实施法治的法律方法。近些年来关于法治的思考，把立法放到了最重要的位置，而没有关心在法律的执行中对社会的改造。在整体性法律与社会关系的对应中，法律适用的选择性、可修正性被放大，人们被一种称之为法律必须适应社会的观点所支配，要求法律适用必须适应社会现实。这也就是说，在我国法律人的法律思维中，教义学式的那种根据法律的思考没有占据主导地位，而是法律社会学的观点在支配着法律人的头脑。国情论、特色论就是这种思潮的表现。这种理论，要求移植于西方的法律文本和来自西方的法治理念必须适应我国的实际情况。论说这种诉求并不过分，任何国家的法治都应该与本国的实际情况相符合，否则法律会因为难以适应社会现实最终被淘汰出局。但是，这个问题可能并不这么简单。因为，这种理论说教本身并没有什么逻辑上大的问题，关键在于，国情、特色究竟是什么？是由谁来认定国情？是不是所有的特色、国情真的就是法治必须适应的。我们同意国情论、特色论在理论上能够站得住脚，但必须把特色、国情讲清楚，不能让那些带有封建专制色彩的国情与特色来瓦解法治思维和法治方式。也不能让那些与世界文明发展趋势背道而驰的特色、国情影响法治的发展。从总体上看，特色、国情没有错，但法治要适应哪些国情特色，必须经过充分的论证。法治要适应的应该是那些真正表达中国人民感情的，对世界文明进步也有所助益的国情、特色。任何法治形态的发展都不可能离开国情，都带有自己的特色，但是，我们不能让人

(31) Niklas Luhmann, *Law as a Social System*, Oxford University Press, 2004, p. 158.

把这个当成借口阻遏法治的进步。有学者早已看到这种现象,指出“特定的法律教义定向地用于掩饰法律决定的反复无常及随意专横性。”⁽³²⁾就现阶段来说,搞法治建设需要冲破传统设置的樊篱,认真把人民已经选择的法律贯彻下去,如果是因为立法者的疏忽遗漏了具有时代正当性的国情、特色,那也需要用改变法律意义的人负起论证责任。法治负有改造社会与调整社会的任务。这是一法治战略的问题。

(二) “法治思维和法治方式”需要用法律话语构造意识形态

把法律作为修辞构建法治意识形态,形成法治思维和法治方式,这既是一个法治建设的基础性问题,也是一个法治发展战略性问题。对目前法治意识,有两种不同的评价:一种观点认为,公民法律意识水平很低,因而在中国实施法治,条件根本就不成熟;另一种观点认为,中国近三十年的法治建设不仅立法取得了长足的发展,而且人们权利意识也得到了很大的提升,在中国出现法治势不可挡。然而,这两种评价都有偏颇:公民法律意识水平低是有根据的,从整体上看,人们的法律意识水平确实很低,但这并不意味着所有人的法治意识水平都低。现在已经出现了大批的具有法治思维水平的公民,出现了很多的掌握法律知识和了解自己权利的“刁民”。有人说“刁民”的存在是法治建设的群众基础,但现实的情况是,官员们之所以把这些人被称为“刁民”,也并非没有任何道理,因为我们已经发现,很多的“刁民”在言说法律的时候,较为普遍的存在权利绝对化的倾向。这次中央提出全面推进法治的提法中就包含有,对权力、权利绝对化的否定意味。所谓“全面”就是在思维方式上就不能只讲权利,不讲义务;只讲权力,不讲责任。把法律作为修辞讲法说理,对法治思维来说是基础性的。把法律作为修辞的问题意识所针对的更主要是政法不分、政治统领法治的政法思维,而不是有些人所说的人治思维、专制思维。虽然专权、专制、专断的现象依然存在,但已经变换了形式。由政法思维主导的法治理念,注意的是抓大放小,以至于造成了一些人认为只要有了宏观的司法政策,就可以解决司法领域中的法治问题,因而视法治思维与法律方法为雕虫小技。法治在关键的地方转向了政治。法治方式又成了政治方式。我们很多高级管理者只注意在大的方面制定政策,而疏于考虑具体的操作方法与技术。从而使法治只能停留在原则层面,这样为下级官员在办理案件留下了很大的空间,打的旗帜是具体问题具体分析,便于灵活变通地执行政策,但是,也出现了上有政策下有对策的现象。司法政策本来可能存在一些问题,但却在层层分解的不断具体化的过程中出现更多的理解。

从法学的角度看,政法思维其实就是实质法治的一种思维方式。从政治的角度观察法治问题的思维倾向,在政治学上讲就是政法思维,而从法学的角度看就是实质法治。尽管形式法治和实质法治被一些学者认为构成了完整的法治,但还是有学者看到“‘法治’既有讨论方式最严重的缺陷是:以其自身逻辑的自然推演,将会导致轻视法治甚至取消法治之重要性的效果;或者说,他们虽以‘主张法治’为开端,但却以‘取消法治’为结果。”⁽³³⁾实质法治与其说是研究法治,还不如说是对法治的“控诉”。特别是在一些政治法理学的研究中,法治已经被标签化了,成了可被人们任意修饰的词汇。在诚信法治、形式法治、实质法治、民主法治、和谐法治、资本主义法治、社会主义法治、专制法治、封建法治、人文法治、资产阶级法治、无产阶级法治、现代法治、后现代法治等术语修饰之下,法治失去了核心意义,成了可以服务于各种目的的工具。在中国,法治核心意

(32) [加] 克里斯汀·希普诺维奇 《法律与意识形态》[M], 张昌辉、施长征译,《南京大学法律评论》2012年春季号,第14-22页。

(33) 陈景辉 《法律的内在价值与法治》[J],《法制与社会发展》,2012年第1期,第3-25页。

义的丢失,导致了法治战略的模糊。在我国的法治理念中,过度强调了法律的开放性、包容性。尽管当代社会法治理念的内容越来越多,但却没有厘清众多理念之间的逻辑关系;尤其是运用什么方法落实各种理念悬而未决。造成这种现象有众多的原因,其中,与没有注意法治意识形态的建构、没有把法律当成主流的话语系统有密切关系。法治时代需要法律话语,需要社会上的多数人、至少是法律人根据法律进行思维。

(三) 用法治方式管理社会,需要提升法律方法的地位

如果说法律思维可以对应法治思维,那么法治方式就可以对应法律方法。没有法律方法就不可能有法治方式。过去的法学研究与教育比较重视法律知识的创新,注意知识与原理的传授,但疏于法律方法论的教育与研究。对这种疏忽,完全归结于学者的重视不够是不公允的。学者不重视只是问题的一个方面。更重要的是,在社会还没有真正搞法治建设以前,对法律方法的需求是不足的,相对于简陋的法治来说,法律方法是一种奢侈品。建立在权力而不是说服基础上的判决,不需要法律方法。人们只是在经济、政治、社会建设宏观目标中,才多少考虑了一些法治因素,还没有注意法治方式的方法论属性。在没有法治思维和法律方法论约束的情景下,人们的思维往往是直奔结论,结果就使得任意和武断盛行。各种判决不讲道理就是这种思维的必然结果。在现有的法治环境中,不仅缺少必要法治意识形态和强势的法律话语系统,也没有自觉的法律方法意识。

很多人以为,只要有了良好的立法,法律就会轻而易举地发挥指引、评价、预测和教育功能。然而,实际情况超出了人们的想象,制定得再完备的法律,如果离开法律方法的指引,就很容易出现理解的偏差、适用的错误。现在我们没有重视法律方法,但却很重视对社会主义法治理念的设计,然而在这种设计中,也没有考虑法治理念的方法属性,基本是在维护政治优先,高尚道德的本质主义或“真相”暗示下的迷茫表达。离开了规范主义形式法治的基本轨道,只强调社会政治功能,没有搞清楚法治的政治、社会功能必须建立在其规范功能之上。当法律的规范功能基本丧失后,法治的政治和社会功能便根本无法实现。没有看清实质法治的天然缺陷,在一系列法律的开放性行为中,法律失去了一般性、科学性、制度性。在社会主义法治理念中,法律方法论应该占有一席之地。一些德国学者认为,法律方法论在德国二战以前也没有形成遏制法西斯的栅栏,因而法律方法论对法治来说并不是决定性的,但是,在一个国家开展法治建设的时候,在理念意识层面明确法律方法的地位是十分重要的。

如果不站在法律人的立场上,也许法治真的不应该成为社会发展战略目标,因为法治的根本属性是工具。在政治、经济战略中硬把法治这一工具当成目的,肯定不会制定出符合社会发展要求的战略规划。然而,任何发展的目标的设计都不可能离开法律因素,法治牵涉政治、经济、文化和社会生活的各个方面,哪一个领域离开了法治都会出现混乱。然而,作为法律人必须张扬法治的地位,把法治的功能淋漓尽致地发挥出来。法律人始终要捍卫法治基本含义,强调以规则和程序限制权力的重要性。在各个领域讲法治始终是法律人的最重要话语,也是法律人实施法治战略的基本手段。如果法律人不把法治当成目标,便根本无法接近法治。法治牵涉政治、经济、文化和社会生活的各个方面,那一个领域离开了法治都会出现混乱。这体现出法治的原本含义——以规则和程序限制权力的重要性。在社会管理战略中法治即使不是最重要的,但也不能被矮化。那样只能伤害法治,出现社会秩序的混乱。

(四) 确立“法治思维和法治方式”,需要消解政法思维的绝对性

中共中央提出要用“法治思维和法治方式”解决社会问题,带有强烈的时代特点和问题意识。长期以来人们已经接受了政法思维方式,因而法治思维在当代显得十分匮乏,已经萌动的法治思维

在这个社会中多少显得有些孤独。这不是因为法治知音太少,而是因为法律、法治话语还没有成为时代的强音。以维护权力为核心的政治意识形态对法治建设有很多负面的效应。法治的核心意义就是限制各种权力的任意行使,所以在思维意识形态中,讲法治与讲政治应该有所区分,即使讲政治也应该以法治建设为核心讲政治。在新的历史时期,我们要用法治思维代替政治思维。没有法治思维就不可能开展法治建设。法治思维与政法思维有不同的特点:法治思维就是要用法律作为修辞构建法律思维方式,言必称法律是它的显著特征。政法思维偏重于讲政治的决定作用,讲法治只居于次要地位。在新的历史时期,政治挂帅的权力话语系统已经不能适应法治建设的需要。因为大量的社会矛盾、严重的腐败现象,仅仅使用权力话语,已经很难说服、甚至很难压服人们的不满情绪。时代需要建立在法律基础上的理性话语系统。在社会较为普遍存在对政府、对权力不信任的情况下,执政者需要抑制权力的过度张扬,以缓解权利与权力、政府与公民之间的紧张关系,以保障权利的实现来换取社会的长期稳定是明智的选择。在我看来,法治思维和法治方式直接针对的就是政法思维,而不完全像有学者所指出的人治思维。⁽³⁴⁾在最近三十年的不断批判声中,人治的概念已经被广为批判,尽管我们不时还能发现人治的残余,但从意识形态的角度看起码是已经转变了话语系统。当前,与法治思维对应的是政法思维。

政法思维以维护政治权力为核心;强调依法管理或治理,把法律贯穿在管理的各个环节,权利是被权力管理的对象。这不利于公民社会或者法治社会的建立。法治思维则是以限制权力的滥用为出发点,要维持权力与权利之间的平衡,视权利为本位,以保障权利的实现为核心,让权力在法律范围内行使。然而,现在不仅管理者,而且“法学家们并不习惯‘援法而言’,各种政治话语、伦理话语的泛滥,使得法学研究很难聚焦于现行有效的法律的解释与适用,而经常要回到价值前提上的论辩。”⁽³⁵⁾因而我们必须看到,法治思维和法治方式是如此重要,不仅关系到社会能否转型为法治社会,而且还关系到在法治语境下,执政党运用法律提升执政能力的问题。我们发现,多年以来,尽管依法治国建设社会主义法治国家已经成为治国方略,但是在意识形态的主流中的“法治思维和法治方式”并不具有绝对性,即使现在,我们仍然在呼吁宪法和法律的权威,法治所需要的法律至上、宪法最高的法治原则还没有被普遍接受。法律的一般性、形式性和程序性等还没有成为人们的内在道德。人们对政治、道德问题的敏感性远远超过法律。法治还仅仅是治理社会的工具。“‘五四’新文化运动的口号是‘民主’与‘科学’,在极端民主正当性的观念之下,具有最高权威的是人民意志,而法律至上的观念难以成立。尽管法治建设一直进行并有相当成就,但那个时代的潮流中,法治话语始终是微弱的,中国也从来没有出现过托克维尔所称的那种能够约束民主狂热的法律人精神。”⁽³⁶⁾这句好像是对历史进行概括的话,在当今并没有失去问题的指向。我们发现,“许多开放性的法学研究,无意间为政治权力超越甚至践踏法律提供了学理背书。”⁽³⁷⁾实质思维还在人们的头脑中占有重要位置。所以,对法治思维进行定位要对实质法治保持适度的警惕。

总之,建立在形式法治基础上的法治思维和法治方式是促进法治建设的主要方法,将会对未来中国社会的发展发挥重要的积极作用。

(责任编辑:赵丹)

(34) 姜明安 《法治思维法治方式应结合科学发展观》[N],《法制日报》,2012-12-13。

(35) 张翔 《形式法治与法教义学》[J],《法学研究》2012年第6期。

(36) 同前注 [35]。

(37) 同前注 [35]。