

法律下的中国：一个构建法治中国的法理议题^{*}

贺海仁

摘要：构建法治中国是中国当代社会的基本共识，也是执政党法治观的集中表达。共同建设法治观和一体建设法治观建立在法律的同一体性原则上，也承认了国家、执政党和社会的相对独立性。执政党法治观是构建中国国家法治观的前提，其落脚点在于对中国国家共同体的具体阐释。从法律的规范角度理解中国国家共同体，显示出其与历史中国、文化中国和政治中国等视角在方法论、内容上和目标上的差异。法律共同体揭示了公民身份对法治中国的构成性功能。法律下的中国作为一个时代命题需要处理政府集权和行政集权、宪法建制与公民忠诚、全球规则与中国国家行为等关系，破解国家权力高度统一与集体能力低下的历史悖论，创造国家治理能力法治化的总体性方案。

关键词：法治 法律共同体 公民忠诚 集权 治理能力

中图分类号：DF0 **文献标识码：**A **文章编号：**1673 - 8330(2015)04 - 0005 - 12

DOI:10.13893/j.cnki.bffx.2015.04.001

着眼于中国社会自身发展规律，改革开放 35 年后的中国社会面临着既要破除不公平的利益格局，又要推动全社会继续繁荣的历史任务，这种时代困境在全球化背景下显得更为紧迫和更具挑战性。经济发展和道德重建依然是不能回避的国家治理和社会建设的重要方法，如何使这些方法成为通向未来社会的长效机制则要依赖于与时代精神相契合的正义制度。建构法治中国是从法治维度构建正义的国家和国家制度的战略意图和规划，只有运用法治方法和法治思维，才能为一个追求民族独立、国家富裕和人民幸福的国度提供稳定、连续和规范的保障平台。法律下中国的议题表达了确认国家行为正当性以及规范国家建设的法理精神，成为分析和理解中国国家法治观的一个重要步骤。

一、法治共识下的执政党法治观

在当代中国特有的政治制度和政治文化背景下，中国共产党作为执政党的法律态度和法律意识对全社会具有举足轻重的影响。执政党法治观是认识当代中国法治观的前提。新中国成立以来，执政党对法律在治国理政中功能的认识有一个曲折发展的过程，前 30 年对法律价值采取轻视或否定的姿态，法律的地位被降至历史最低点。基于改革开放的客观内在需求，执政党对法律的引领和规范作用的认识不断提升，先后出现了三个标志性的关于法制建设的话语表达，分别是改革开放初期邓小平提出的“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”法制十六字方针、1997 年党的十五大提出的“建设社会主义法治国家”以及 2013 年党的十八届三中全会提出的“推进法治中国建设”。这些法治话语先后出场及

^{*} 本文获中国法学会第九届(2014)中国青年法学论文征文三等奖。

[作者简介]贺海仁，中国社会科学院法学研究所副研究员。

其内在的连续性强化了社会主义规范建设和依法改革开放命题的重要性,加重了法律在国家制度顶层设计中的分量。

(一) 作为社会共识的执政党法治观

中国共产党作为执政党的法治观不同于其作为革命党的法治观。革命党的法治观除了具有批判旧法律体系的否定性特征之外,还对正在建构的新法律体系实施自我革命式的更新,其合法性标准在于革命行为或具有革命性的改革行动。执政党的法治观是在国家的基本规范不改变且执政党自身也要严格遵守的前提下,以法治思维和法治方法体现党的路线、方针和政策,执政党的主张和行动是对已经确定的基本规范的实践表述形式之一。^①当代执政党法治观是在社会主义建设时期特别是改革开放时期形成的具有中国特色的法治观念和思维方式,是基于社会主义规范建设的教训和改革开放的内在需要而产生的中国国家法治观的重要组成部分。在这个意义上,执政党的法治观既是与基本规范相契合的法治观,也是全社会共识的产物。

作为曾经被轻视的学科——法学,在改革开放三十五年间逐渐提升了其在哲学社会科学中的地位,开始摆脱“幼稚说”形象,吸引了更多的社会学家的深度关注和积极参与,改变了中国知识分子论学遗漏法学的学术传统。^②吴敬琏呼吁建立“好的市场经济”,是建立在公正、透明游戏规则之上的法治经济。^③在潘维看来,“以民主为导向,以扩大‘人民权力’为核心”的改革方式与“以法治为导向,以变革吏治为核心”的改革模式不同,在中国特殊国情下,法治优先发展是明智的选择。^④袁曙宏在《奋力建设法治中国》一文中乐观地宣布“今天,法治中国已不再是中华民族仁人志士可望而不可及的千年梦想,正成为全体中国人民的高度共识和行动宣言。”^⑤社会共识既是一个社会在特定时代的底线思维,也是一种充满社会想象的背景意识。与民主、宪政、人权等概念相比,法治更容易在不同立场和意识形态的分歧中达成共识。法治共识不必建立在共同的动机和目的诉求上,对法律品质的理解或产生较大的分歧,^⑥但不妨碍法治作为解决时代困境的首选方案而营造出来的社会意识和社会气氛,它要求通过理性、规范和和平的方式确立和维护所欲的国家和社会秩序。

法治作为全社会的共识为中国国家法治建设带来了千载难逢的时代机遇,为处于全面建成小康社会路上的中国提供了阻力最小、争议最轻的思想氛围。“作为一种主导话语的‘法治’,似乎正在成为一种新的意识形态。”^⑦这种新的意识形态是形成执政党法治观的核心要素。从执政党的角度理解法治中国是一种内在视角,这种视角把法治中国建设的目标视为执政党的重要执政方针之一,使之成为完成“两个一百年”战略目标的有效方法和保障措施。执政党的法治观有别于国家法治观和社会法治观,也不同于纯粹的法学理论,但执政党的法治观是执政党的执政承诺,具有付诸具体法治的制度效果,也可以较为顺利地形成关于法治的公共政策。以下的讨论将重点揭示执政党法治观的两个主要构成性要素,即共同建设法治观和一体建设法治观,它们均着眼于构建中国国家法治观的历史目标。

(二) 前立法行为与最终承认规则

共同建设法治观重述了法律与国家、法律与执政党、法律与政府的一般法律关系,确立了国家、执政

① 革命宪法、改革宪法和宪政宪法的区分性概念间接表达了革命党法治观和执政党法治观。相关讨论参见夏勇《中国宪法改革的几个基本理论问题:从“改革宪法”到“宪政宪法”》,载《中国社会科学》2003年第2期。

② 梁治平注意到法律人与知识分子在中国学术界长期分离的现象,拒绝思考法律问题是中国传统知识分子的传统。参见梁治平《法治进程中的知识转变》,载《读书》1998年第1期。

③ 参见吴敬琏《呼唤法治的市场经济》,三联书店2007年版。

④ 潘维《法治与未来中国政体》,载《战略与管理》1999年第5期。

⑤ 袁曙宏《奋力建设法治中国》,载《求实》2013年第6期。

⑥ 对法治重要性的考虑可以有不同的目标诉求,对法治优先论的倡导可能是对民主政治延缓的策略性主张,但“法治先行论”和“民主先行论”以及“民主法治并行论”无疑都提高了法治的地位。相关讨论参见王振民《关于民主与宪政关系的再思考》,载《中国法学》2009年第5期;童之伟《论法治民主》,载童之伟《法权与宪政》,山东人民出版社2001年版;季卫东《秩序的正统性问题——再论法治与民主的关系》,载《浙江学刊》2002年第5期。

⑦ 梁治平《法治:社会转型时期的制度建构》,载梁治平《法律何为:梁治平自选集》,广西师范大学出版社2013年版,第94页。

党和政府从属于法律的同一性原则。^⑧由于法律在原理上体现了人民的共同意志和利益,国家权力(包括更为一般的政府权力)和执政权力是人民权力的构成性要素,无论国家权力还是执政权力都是落实人民权力的保障机制。执政权是中国共产党拥有的特定权利,执政权不是国家权力,但执政权发挥了国家权力才有或者比国家权力更大的功能,在这种特殊的权力格局之下,中国法治实践表现出其鲜明的特性。

依法治国是我国治国理政的规范行为原则,是被确认为治国方略的宪法原则,然而,将这种原则化的规范行为转化为社会成员一体遵循的行为标准需要执政党的前立法行为,执政党在遵守合宪性原则的前提下提出贯彻依法治国的具体方针和政策,以作为具体立法、行政和司法行为的指导性建议。例如,执政党在十八届三中全会提出废除劳教制度、建立与行政区划适当分离的司法管辖制度、完善规范性文件、重大决策合法性审查机制等建议,都将引起立法制度以及相关的司法、执法制度的改变。前立法行为不是制定和修改宪法和法律的程序性权力,^⑨而是指在执行宪法和法律的具体行动方案以及制定和修改宪法和法律的建议权。

前立法行为是执政党才具有的一项权力,它是产生再立法行为的必要条件。在宪法法律体系给定的情况下,执政党的前立法行为主要发生在执行法律的层面,只有在这一层面,国家、执政党和政府才能体现出“共同”建设法治的共性特征。衡量执政党行为合法性的标准包括历史、政治、道德和法律等多个方面。法律标准是其中一个重要的标准,也是容易被忽视的标准。在国家领域及在执法层面,执政党行为的合法性首先取决于法律标准。执政党的前立法行为不能超越宪法和法律的范围,有关党的路线、方针和政策“左与右”、“好与坏”之争也不能取代或超越“合法与非法”的界限。原因在于,体现人民权力的形式宪法和法律确立了它们作为最终承认规则的有效地位,否弃了在国家领域中存在若干平行权威的指涉,强化了法高于党的依法执政原则。^⑩更为重要的是,“党必须在宪法和法律的范围内活动”是执政党从内在视角对宪法和法律做出的“最终的承认规则”陈述,这一陈述与外在视角的主体认可宪法作为最高权威的陈述是一致的。这就是说,从执政党的内在视角看,党章及其党法党规是遵从宪法法律体系的第二规则,而不是最终的承认规则。^⑪

(三) 组织化的社会与法治

建立法治国家和法治政府是现代性制度的基本要求,国家和政府只有立足于法律之下并且根据法律程序的规范要求才具有合法性品质,培育和守望守法国家和守法政府始终是现代性实践的主线。然而,法治国家和法治政府只是公共权力在公共领域中的规范形式,它们还不能替代具有私人属性的社会领域。自治是私人领域的本质属性,没有自治就不会有社会。私人领域的有效性遵循了自然、习俗、市场等固有法则,它们不因法律的存在而存在,也不因法律的改变而轻易改变。一个全职全能的国家和政府只能遮蔽而不能完全替代社会的功能,社会观念和社会法则的变化才是一个国家和民族进步和发展的决定性因素。不过,现代性的自我确证法则也要求保持其反思性立场,这种反思的成果之一是要认识到私人领域需要借助于法律等外部力量弥补其自治性的不足,从两个方面获得其得以存在的应有秩序:一是从消极角度要求国家和政府尊重私人领域及其价值的合理存在,避免来自公权力以及私人之间的干涉和侵入;二是在私人法则失灵的情况下借助于国家和政府的力量保障私人秩序的有效性,以及发挥积极的福利保障功能。对后者而言,即使在自由资本主义时期,作为“守夜人”的政府也承担了最低意义上的维持生产和再生产的秩序功能,更何况在晚期资本主义国家与市场的关系呈现出前者补充和试

^⑧ 宪法规定一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织都必须遵守宪法和法律,任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。

^⑨ 例如,宪法规定,提出修改宪法的法定主体是全国人民代表大会常务委员会和五分之一以上的全国人大代表。

^⑩ 作为承认规则的法律制度表达了服从法律权威主体的内在视角。关于承认规则及其价值,参见[英]哈特《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第97—111页。

^⑪ 把党的领导视为“第一根本法”实际上是把党章及其党法党规作为最终承认规则,但由于上述正文所阐述的理由,执政党自身从内在视角将宪法和法律作为最终承认规则,决定了“第一根本法”的表达在法理上存在巨大的缺陷。有关“第一根本法”的论述,参见陈端洪《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版。

图替代后者的双重紧张关系,而这不是单纯地用威权国家或计划经济理论就能够解释的。^⑫

现代的理想化社会,正如泰勒所言,是一个“组织化社会”,而非霍布斯界定的,是我们该如何将原子式的个体从囚徒困境中拯救出来,对个体性的理解伴随着对社会性的崭新理解。^⑬在现代性背景下,问题并不在于要不要对国家、政府和社会进行一体化法治建设问题,而是如何在消极国家与全职全能国家之间作出合理的选择,在保持社会领域自治性的同时发挥国家和政府对社会或私人关系的保障和调解功能。对组织化社会的概念而言,社会有其特殊的组织化法则,在这些法则中,道德规范、伦理规范、经济规范等营造了被哈耶克所称的自生自发的秩序,这些规范是支配和决定社会组织化的主要规范。相比而言,法律对社会的作用是被动性的和补充性的,这是法治社会有别于法治国家和法治政府的关键之所在。法治社会是一个有组织的社会,但法治社会在发生机理和生成状态等方面迥异于法治国家和法治政府,法治社会的命题不必导致社会的政府化或社会的国家化,相反却是保卫社会的相对自治和完整乃至法治国家和法治政府的重要使命之一。换言之,依法保卫社会的落脚点仍然在维护社会的自足、自治和自发的自有状态。

总结以上的讨论,执政党关于共同建设法治观和一体建设法治观从不同的角度阐释了国家、执政党、政府和社会之间的关系。共同建设法治观的核心在于依法执政,一体建设法治观的重心在于法治社会。共同建设法治观与一体建设法治观都包含了“国家和政府”的共同因素,前者呈现了法治建设的平面图像,后者呈现了法治建设的立体图像。国家和政府的法治建设固然重要,但缺乏对执政党和社会的法治建设,构建法治中国的整体性效果则会大打折扣。只有使执政权力成为法律调整的对象,推动社会主义法治国家建设才具有完整性;只有让社会或私人领域接受法律的保障和调整,才能约束国家权力的恣意妄为,弥补社会自治性不足导致的无序状态。“共同”和“一体”建设法治观建立在承认国家、执政党、政府和社会相分离的基础上,“共同”和“一体”不仅没有消弭党与国家、政府与社会之间的界限,而且承认了党、国家和社会等政治和社会实体的相对独立性,从而不必导致党国不分、党政不分和国家与社会不分等“一体化”局面。“共同”和“一体”法治观的基础是法律,国家、执政党、政府和社会等实体在保持自身内在规范的同时遵循了法律的同一标准,然而,法律的同一标准只有在中国国家共同体内才具有优先的普遍效力。换句话说,“共同”和“一体”法治观是执政党法治观的集中表达和逻辑视角,要想使执政党的法治观成为中国国家的法治观仍然需要借助于其他的方法。

二、法治中国的规范解释

法治中国是执政党法治观在新的历史时期的重述,也是执政党履行宪法义务的重要执政措施之一。^⑭细心的观察家或许认为法治中国的提出之所以具有重要意义,乃是因为这一概念强调了法治对于中国而言所具有的当下、特殊和本土等面向,是对建设社会主义法治国家的另外话语表达,法治中国概念应与抽象的法治国家加以区分,也要与其他国家的法治拉开距离。这种理解虽然值得称道,但还不是具有法律意义的规范解释。共同建设法治观和一体建设法治观不仅需要遵循法律的同一性原则,也需要在一个共同的空间领域中再现法律的普遍有效性。对法治中国的规范解释应当着眼于法律及其法律方法的视角,从中国国家发展的内在需要理解和解释中国作为法律共同体的意义。

第一,法治中国的视角有别于解释中国国家共同体的文化、民族和政治等非法律视角。文化中国具有历史的连续性,它上呈尧舜之治的典范,下接21世纪之初走在现代化路上的当代中国,着眼于上下五千年的中华文明,立足于白鲁恂所说的文明国家立场。民族中国是现代民族国家的中国化形式,它从国际秩序的角度确立了中华民族统一体的主权地位。中华民族不是单一的民族,而是费孝通所说的多元统一体的大民族。民族国家的合法性要在中国获得承认,就要接受中华民族这个想象的共同体,拒绝用单

^⑫ 参见[德]哈贝马斯《合法性危机》,刘北成、曹卫东译,上海人民出版社2000年版,第70—75页。

^⑬ [加]查尔斯·泰勒《现代性中的社会想象》,李尚远译,商周出版社2008年版,第38—39页。

^⑭ 《宪法》第5条规定“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”第33条规定“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”“国家尊重和保障人权。”第126条规定“人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”宪法的上述规定以及其他规定都可以成为诠释法治中国内涵的规范渊源。

一的民族要素(如语言、信仰、出生等)作为衡量中华民族的标准。政治中国是从中国国体出发,从人民民主专政的视角将中国阐述为人民的国家。人民是工人阶级领导的以工农联盟为基础形成的特定共同体,它在最大程度上吸收了工人阶级和农民阶级以外的阶级或阶层并组成人民的统一战线。人民的对立面是敌人,敌人的范围从长时期看呈现缩小的趋势,但还没有到完全消除的地步,只要有一个敌人存在,国家的专政职能就不会退出历史舞台。

对中华文明共同体(文化中国)、中华民族共同体(民族中国)和中国人民共同体(政治中国)的不同解读形成了对中国共同体的不同认识和理解。文化解释、民族国家解释和政治解释都有其内在的解释原理和路径,在一定程度上呈现了各自的规范性,产生了不同视角下的解释效果。文化解释捍卫了中华文明的独特品质,在极端意义上或许被解读出它相对于其他文明的优越性。梁漱溟认为,西方文明、印度文明和中国文明优劣各自有别,最终胜出的可能是中国文明“世界未来文化就是中国文化的复兴,有似希腊文化在近世的复兴那样。”^⑮百余年来,文化解释路径虽然经历了五四运动和文化大革命的去传统化冲击,造成了短时期的历史中断,但很快又恢复了固有的元气。发轫于21世纪初并延绵至今的国学热以及儒学复兴运动等都预示着文化解释的强大生命力。民族国家学说对于在百年来备受外强欺凌的半殖民地的中国具有生存意义上的解释功能,民族自决和民族独立的合法性在主权概念下获得了证成价值。在正统的国家哲学看来,以马克思主义为指导的社会主义国家只有首先保障政治共同体的优先地位,才能在一系列制度设计中维护人民的主体地位。

从上述任何一个解释路径出发,我们都可以看到阐释中国共同体的一个本质特征。从文化解释的视角看,作为共同体的中国包括了海内外的一切华人,华人身份决定了中华共同体的内涵和外延。华人身份的支配因素是具有血缘或拟制的血缘关系的同胞概念(两岸统一的合法性根据之一是“血浓于水”的伦理范畴)。伦理身份认同决定了中华文化共同体等同于中华家庭共同体,作为隐喻的家庭成员身份保障了中华文化共同体的合法性。从民族国家的解释视角看,保障身份认同的核心要素是具有法律性质的公民身份,享有国籍的所有人组成了中华人民共和国,缩小了文化共同体的主体范围。作为政治共同体的人民的范围可大可小,这取决于在不同时期对人民的解释,并非所有的同胞都是公民,也并非所有的公民都是人民,敌人是公民但可以不是人民中的一份子。

第二,对中国共同体的支配性解释主要表现在文化解释和政治解释,前者更多地强调了伦理成员的身份(如中华民族大家庭),后者的重点在于人民的概念(如劳动人民、群众、工农兵等)。如果说民族国家解释同时在发挥作用,其侧重点在于维护国家和民族独立性以及保障主权的完整性。政治共同体下的同志观念以及人民观念强于公民身份观念,在特殊情况下,同志身份或人民身份甚至可以替代公民身份。从社会学的角度看,家庭身份和同志身份都属于“自己人”范畴,同时也将一部分社会成员以某种社会学因素的标准(如语言、文化、信仰、出生等)视为“外人”,形成了我者与他者为标志的内外分际格局。外人不是家人,更不是自己人,在极端情况下,外人是敌人或可能演变为敌人。与此相反,公民身份则表达了一种形式上平等,扬弃了“自己人”和“外人”的界分,从而在公民与国家之间形成了一张正相关的逻辑关系:公民观念越强,国家观念就越强,公民共同体越强大,国家就越强大。

19世纪末20世纪初,寻找中国国家富强的有识之士被西方社会的强大所震惊,让他们不解的是,为什么倡导个人主义和自由主义的西方国家反而更为强大,更能显示出“集体的能力”,而以集体主义为圭臬的中国在历史的关键时刻往往不堪一击?^⑯向西方学习的文人中流们开出的国家富强方案是加强国家权力也并非偶然。^⑰然而,国家权力强大与在国家范围内集体能力的增强并不具有必然的逻辑关系。在重要性方面,倘若只是一味地强化国家权力而不同时让普通民众自觉成为国家的内在组成部分,就有可能远离国家强大所需要的集体能力。事实上,在步履维艰的中国现代化建设过程中,公民意识的缺乏和公民身份认同缺失阻碍了国家建设所需要的新型团结力量。梁启超指出“中国人则自有文化

^⑮ 梁漱溟《东西文化及其哲学》,商务印书馆1999年版,第202页。

^⑯ 参见[美]史华兹《寻求富强:严复与西方》,叶凤美译,江苏人民出版社2010年版。

^⑰ 参见[美]孔飞力《中国现代国家的起源》,陈兼、陈之宏译,三联书店2013年版。

以来,始终未尝认国家为人类最高团体。其政治论常以全人类为其对象,故目的在平天下,而国家不过与家族同为组成‘天下’之一阶段。政治之为物,绝不认为专为全人类中某一区域某一部分人之利益而存在。其向外对抗之观念甚微薄,故向内之特别团结,亦不甚感其必要。就此点论,谓中国人不好组织国家也可,谓其不能组织国家也亦可。无论为不好或不能,要之国家主义与吾人夙不相习,则甚章章也。”¹⁸在历史上,对家族或一家一姓王朝的忠诚掩盖了对国家的忠诚。中国人在观念上多有家和天下的意识,缺乏国家意识,阻碍了公民身份认同在国家范围内的普遍有效性。公民身份认同是国家范围内集体能力形成的前提,家族团结、党派团结以及它们的总和无法替代国家范围内的公民团结。

早在公元前221年,中国就建立了世界上第一个中央集权的官僚制国家,形成了有别于分封制的郡县制统治模式,在最高统治者与普通的臣民之间建立了非人格的权利和义务关系。然而,政治上的统一性与隐蔽的封建割据秩序并存,皇权不下县的实践惯例可能使民众生活在只知有家而不知有国的封闭状态之中。¹⁹“不知有汉,无论魏晋”与其说是世外桃源般的理想生活,不如说是对政府更迭或国家兴亡不关心的疏远态度。在反对外来侵略的斗争中,保家卫国的行为主要体现在“保家”的层面上,相对于家、家族或乡里等家的概念,国家对广大民众而言始终是一个陌生甚至异己的事物。顾炎武辨析了“亡天下”与“亡国”的本质性区别:“保国者,其君其臣肉食者谋之;保天下者,匹夫之贱与有责焉耳矣。”²⁰共和国的建立重塑了国家与个体人的非人格关系,在制度上扫清了横亘于国家与民众之间的非国家权力,然而,随之而来的袁世凯复辟、军阀混战以及国内战争等事件重创了全国意义上的整体团结,延缓或阻止了全国范围内公民意识的成长。费孝通眼中的当时中国是有别于现代国家的“乡土中国”,对于现代国家的人来说,“他们把国家看成了一个超过一切小组的团体,为这个团体,上下双方都可以牺牲,但不能牺牲它来成全别种团体。这是现代国家观念,乡土社会中是没有的”。²¹在民国阶段,民族国家的形式结构虽然建成了,但国家的实质结构仍缺乏让国民广泛认同的公共特质。“国家仍然处在以一党之私冒充国家大公的政治僵局中。执掌国家公器的政党,仍然将国家视为一党独自掌权的私器。为数众多的党外公众,并没有真正成为国家的主人,因此对国家还缺乏归属感和忠诚感”。²²中华人民共和国成立后至改革开放前的近三十年间,公民教育实践远落后于时代的发展要求,以反右和文化大革命为标志的不断革命论使社会重新进入内乱的状态。任意地制造敌人——其标志是无产阶级专政下继续革命的理论——使本已脆弱的公民共同体不断处于分裂状态,被宣布为敌人或准敌人的人同时被剥夺了以公民身份效忠国家的资格。

不同的身份关系可以形成不同的同质共同体,由公民组成的公民共同体同样是同质的单一共同体,与其他身份共同体相比,公民共同体只因为公民这一建构身份就具有了合法性。公民是拟制的法律之人,获得国籍的任何人都是公民,这就排除了任何社会学或政治学意义上的人的概念而获得了在一国范围内平等身份的资格。作为公民的人不再仅仅面对或只面对家庭、党派或任何一个非政府组织,而是可以直接作为“国家的人”的面貌出现。只有在现代社会,国家与其成员之间的关系距离最短,也最为直接。公民作为被建构的社会主体反过来也建构国家。公民之所以不同于传统国家的臣民,就在于公民被假定是决定国家性质和目的的主人,公民是国家的统治者,而不是天生就被君主统治的被统治者。在公民政治的视野中,依据特定的民主机制,公民要么作为统治者依法治理国家,要么作为被统治者依法接受治理,形成了亚里士多德意义上的好公民观。²³公民共同体建构了新的公共领域,重塑了国家领域

¹⁸ 梁启超《先秦政治思想史》,浙江人民出版社1998年版,第5页。

¹⁹ 秦晖认为,皇权不下县的主张有可能为国家有权无责提供合法性根据。参见秦晖《帝制时代的政府权力和责任:关于“大小政府”的中西传统比较问题》,载秦晖《共同的底线》,江苏文艺出版社2013年版。

²⁰ 顾炎武《日知录》第十三卷“正始”条。

²¹ 费孝通《乡土中国》,北京大学出版社1998年版,第30页。

²² 任剑涛《胡适与国家认同》,载《开放时代》2013年第6期。

²³ 亚里士多德指出“统治者和被统治者的品德虽属相异,但好公民必须修习这两方面的才识,他应当懂得作为统治者,怎样治理自由的人们,而作为自由人之一又须知道怎样接受他人的统治——这就是一个好公民的品德。”[古希腊]亚里士多德《政治学》,吴寿彭译,商务印书馆1997年版,第124页。

内人与人之间的新型关系,导致了社会成员身份从归属标准为基础向以成就标准为基础的转型以及从特殊价值向普遍价值的转型。从历史上看,从地方到全国、从农村到城市、从特殊角色到普遍角色等都可以视为这一历史性转型的表现形式。

第三,国家的视角是法律的视角,公民共同体是法律共同体。公民共同体只有在国家的范围内并且以国家的视角才能成立。不同的共同体都有与之相适应的规范标准。伦理共同体的规范标准是忠诚与背叛,一个人背叛了家庭、朋友和所属党派就会动摇这个共同体内的团结。道德共同体的规范标准是善与恶,当人性扭曲、见死不救或落井下石成为普遍的行为时,道德共同体将不复存在。经济共同体的规范标准是自愿和互利,当强买强卖支配交易法则时就不能指望产生健康的生产、贸易和服务秩序。相比较而言,公民共同体的规范标准是合法与非法,符合法律的行为是正当的公民行为,违反法律的行为是不正当的公民行为。从角色原理看,一个人身兼多个角色,也受相应的角色规则的多重制约,不同的角色规则使一个人成为相应场域中的具体的人,但与人的伦理角色、道德角色和经济角色相比,唯有公民角色是拟制的角色,公民角色规则是拟制的角色规则。

从纯粹的法学观点出发研究国家,国家是由国内(不同于国际的)法律秩序创造的共同体,国家是这一共同体或构成这一共同体的国内法律秩序的人格化,国家问题就是国内法律秩序的问题。凯尔森明确指出“国家是一个政治上有组织的社会,是因为它是一个由强制性秩序构成的共同体,而这个强制性秩序便是法律。”^④国家与法律具有同一性,作为国家的那个共同体就是“它的”法律秩序。具有规范意义的国家是一个法律共同体,在这个共同体范围内,任何人和任何组织都是法律人——即由法律创造并由法律调整的拟制的人。法律人虽然仍然还兼有其他的角色身份,但法律角色却是所有角色的共同角色,他们共同享有法律赋予的权利,承担法律规定的义务。公民就是被现代社会用来表达法律人角色的正当性概念,法律人与社会人、文化人、道德人、伦理人或经济人等相互作用,但也拉开了距离。

在法律共同体的规范标准和范围之内,公民与国家以及公民与公民之间形成了明确的法律上的权利义务关系,在国家领域形成了新型的团结关系以及团结共同体,其特征可以简略地概括为以下几个方面:(1)形式平等。所有公民在法律面前人人平等,人人的合法行为是法律保护的,人人的非法行为是法律惩罚的对象,这就表明,同等对待的权利是程序正义乃至正义的出发点,满足了形式平等要求的实质平等才是真正的平等。(2)非暴力解决纠纷。在法律的同一标准下,公民与国家之间的冲突不必诉诸于非理论性的暴力方法,它们之间的冲突需要在确立的法律制度框架内进行,同样地,私人之间的纠纷也应当遵循法律的正当方法,而私刑、私力救济等行为则被宣布为非法行为。(3)以民主方式处理公共事务。民主是公民共同体的天然诉求,既然人人都具有法律上的平等人格,在事关公共事务和公共利益的问题上则应当获得人人的同意,同意的方法不限于选举,也包括非选举型的民主形式,为此需要妥善处理“大多数人的同意”与“少数人的异议”之间的制度安排以及代理型民主(事前授权)和代表型民主(事后追认)之间的比例关系。^⑤

以上的讨论表明,从公民共同体角度理解中国是形成国家法律秩序及其内在规范的逻辑预设。国家秩序是法律秩序,国家法律秩序既与伦理秩序、道德秩序、经济秩序和政治秩序等非法律秩序相关联,但也成为证成伦理秩序、道德秩序、经济秩序和政治秩序的规范性力量。法治中国不是中国共同体的全面面相,但其中的应有之义则显示出法律是高于其他领域权威的最高标准。只有在国家领域内,法律才是凌驾于一切党派、政府组织、社会组织和公民的最高权威,因此,从法律规范的角度理解中国,中国作为国家共同体就是法律之下的中国国家共同体。

三、法律下中国的内在理路

法律之下的中国既是对理想中国共同体的价值预设,也是对现实中国规范发展或依法改革开放发

^④ [奥]凯尔森《法与国家的一般理论》沈宗灵译,中国大百科全书出版社1996年版,第213页。

^⑤ 关于代表制民主和代理制民主的异同及其民主旨趣,参见贺海仁《双重代议民主制》,载贺海仁《法人民说》,中国社会科学出版社2013年版。

展的内在要求。时代发展的一个重要标志是新词的发明或对词语作出新的阐述,一旦“法治”从“法制”的概念中分立出来并被作为普遍适用的概念,就代表了一种朝向现代化的价值观和立场。无真假法制之别,却有真假法治之分。纳粹德国有法制而无法治,斯大林统治下的前苏联有法制而无法治,其原因在于真正的法治国乃是法律之下的国度。法治中国是法律下的中国,它立足于中国的具体场景,呈现出新的历史时期中国国家法治观的精神面貌,为此,我们从以下四个方面集中讨论法律下中国的基本含义及其价值预设。

(一) 法律下的政府集权与行政集权

法律下中国的一个重要议题不能回避国家权力分配和行使的正当性问题。宪法性建制要想发挥它的实践功能,就需要构建“使法必行之法”的机制,使人民之法成为现实社会的规范法则。在此所涉及的问题是权力集权和分权的根本性问题。统一和强大的中国作为现实因素和奋斗目标包含了必要的集权的因素。持反对意见的人们或许认为,集权是中国现代国家成长的阻力,中国社会缺乏的不是集权,而是分权、自由和自治,后者诸因素才是需要着力提倡和加强的。然而,集权和分权是不可分割的辩证统一体,没有集权则没有分权,相应,没有分权也就没有集权。专制是集权的表现,但集权并非一定导致专制,专制是不受制约的集权,笔者的这种认识受到了托克维尔在《论美国的民主》的启示:政府集权和行政集权是两种不同的集权形式,前者处理的是全国性的普遍性事物,后者处理的是地区性的特殊事物。美国有政府集权而无行政集权,美国的政府集权高于欧洲以往任何一个君主国家。重要的是,政府集权是国家兴盛的必要条件,托克维尔为此断言“我决不能设想一个国家没有强大的政府集权会生存下去,尤其是会繁荣富强。”^⑥政府集权不必然导致暴政,但政府集权与行政集权结合起来,国家就获得了无限的权力。

国家一统局面不必使所有非国家权力都演化为国家权力,也不必使所有权力都集中于中央政府的手中。一个国家的“集体的能力”可以从不同的权力渠道中加以汇集并采取多样化的权力组合方式。托克维尔反对国家的一切权力都由政府享有,国家和社会范围内的一切事务都由政府管理,既形成政府集权又形成行政集权的局面。像美国一样幅员辽阔的大国,其“中央政府,不管它如何精明强干,也不能明察秋毫,不能依靠自己去了解一个大国生活的一切细节。它办不到这一点,因为这样的工作超过了人力之所及。当它要独力创造那么多发条并使它们发动的时候,其结果不是很不完美,就是徒劳无益地消耗自身的精力”。^⑦传统中国的中央集权囊括了托克维尔所言的政府集权,也照例包含了事无巨细的行政集权,极大地压缩了属于地方、市场和个体人自治的空间,这种现象从一个角度也解释了国家权力高度统一与国家能力低下的悖论。传统中国是以最集权的行政为被统治的人民提供社会安逸的最好代表,由于缺乏必要的自治和自由,托克维尔眼中当时的中国人“有安宁而无幸福,有百业而无进步,有稳劲而无闯劲,有严格的制度而无公共的品德”。^⑧

在托克维尔看来,政府集权不限于作为“中央政府”的联邦政府权力,也包括他称之为拥有“州主权”的各州政府权力,但联邦政府(包括总统、国会和联邦最高法院)所享有的法定权力却是美国国家政府的独断权力,这种唯有联邦政府享有的权力由人民授予并由联邦政府所独享。联邦制国家尚且如此,单一制国家亦是如此。法治中国所面临的问题不是要不要集权的问题,而是在宪法性建制的框架下如何集权。中国式的政府集权着眼于全国范围内的普遍事物,如外交、国防和司法等,相应地,中国式的行政集权更具有地方性和特殊性。由此看来,中国政府集权的范围和对已经集中的国家权力的民主监督,以及在政府集权和必要的行政集权之外赋予和保障社会主体应有的自治权和自由权则是需要进一步深化的主题。

政府集权和行政集权都是国家权力集中化的体现,政府集权不必以行政集权为前提,反之亦然。无论是政府集权还是行政集权都是在国家这个特定的公共领域中才有效的公共权力,国家权力不是人民权力的代名词,在国家权力之外还存在着非国家权力。国家的视角只限于国家领域,在国家领域之外发挥作用的还有非国家的公共领域和非公共的私人领域,只有承认和尊重多元化视角下的国家治理和社

^⑥ [法]托克维尔《论美国的民主》(上卷),董国良译,商务印书馆1988年版,第97页。

^⑦ 前引^⑥,第100—101页。

^⑧ 前引^⑥,第101页下注。

会建设的方案,才能保持现代国家所必需的强大的“集体能力”,避免斯科特所担心的在单一的国家视角下反复出现的乌托邦工程灾难。^②

(二) 宪法性建制下的公民忠诚

对中国国家行为的法律制约在国内法上是以人民主权原则作为其逻辑起点的。人民权力是国家权力正当性的基础,人民权力只有通过宪法性建制才能有效表达。一部理想的宪法既是人民权力的有效载体,也需要成为实现人民权力的基本规范。法治中国要想成立,就需要宪法规范之下生成中国国家行为的正当性,根据合宪性原则谋划国家行为,行使国家权力。在规范的意义上,人民至上是宪法至上,人民权威是宪法权威,这是推进宪法性建制中国化的基本价值预设。宪法性建制主要是指通过成文宪法或不成文宪法完成人民权力向国家权力的规范转化,进而完成从抽象权力向具体权力的转化。宪法性建制不仅涉及国家权力本源问题,也涉及国家权力科学运行法则。倘若抽象地讨论人民权力而没有使之实践化的方法,就会使人民权力永远处于理念和理想之中,最终则使人民权力被虚置。宪法性建制的首要工作是要完成国家与公民之间的权利和义务关系,通过宪法和法律监督国家权力实现国家目的,要做到这一点,就要重塑国家与公民之间直通车式的关联,扫清横亘在国家与公民之间的中介力量,完成公民对国家的法律忠诚。

孔飞力关于中国现代国家的发展历史研究表明,从清朝中叶、晚清乃至民国时期,国家与处于国家与农民之间中介掮客阶层的斗争往往以失败而告终,这是中国现代国家不能有效成长的重要因素。^③传统国家治理既要依赖于各种名目的中介掮客阶层,又要对中介掮客阶层给予有限的监控,形成了国家权力高度统一与国家能力低下的悖论。这个悖论所显示的问题是,处于权力顶层的统治者无法全天候地监督派往广袤国土上的政府官员,而能时时或细微地监督官员的广大民众又被剥夺了监督官员的权力,国家在享有一统权力的同时也在国家权力运行中消耗了国家权力,产生了上面提到的国家权力一体化与隐蔽的封建秩序并存的格局,这种并存的格局既发生在制度实践层面,也发生在精神文化层面。中国是世界上最早产生的官僚法国家,却没有消灭家族政治化,也未能有效阻止国家的重新家族化。福山认为,中国王朝历史的后续世纪就是一段持久的斗争史,以防止国家制度的衰退、抵制权贵为自己和家庭谋求特权的权力家族化。^④具有讽刺意味的是,顾炎武提出的“寓封建之意于郡县之中”的解决方案不但没有实现地方和社会所需要的自治权力,反而成为对这一悖论背书的理论根据。^⑤

孔飞力的权力掮客论、福山的国家家族化论与梁启超的国家认同虚化论的认识是一致的,它们共同面对的是国家与个人之间的“无障碍”的关系问题。如何在保持国家统一和强大的同时使国家权力不受中介掮客阶层的侵蚀和盘剥,从而对“国家的人”实施平等保护是国家现代化建制的重要议题,该议题是对身份政治从特殊主义走向普遍主义的进一步思考。家人、族人、乡党等都是特殊主义的具体表现形式,它们在体现或隐或现的封建关系方面显示了强大的生命力。对家、家族或党派的忠诚无法替代个人对国家的忠诚,对国家的普遍忠诚不必以消灭各种特殊主义忠诚为前提,不同形式的忠诚只有在不同的场域中才能体现出来。现代意义上的国家忠诚发生在国家领域并对特殊主义忠诚保持尊重和中立的立场——只要特殊主义忠诚不试图替代或破坏公民对国家的忠诚。宪法性建制下的公民对国家的忠诚体现了公民与国家在宪法权利和义务上的统一,公民履行宪法和法律义务是公民忠诚国家的法律表现,国家尊重和保护公民宪法权利则是国家对公民忠诚的回报,在这个意义上,对国家忠诚就是对宪法的忠诚、对人民之法的忠诚以及人民的自我忠诚。

(三) 全球规则下的中国国家行为

全球化是不可逆转的世界潮流,它在本质上是世界历史发展的一个新阶段。^⑥对于嵌入全球化运动

^② 参见[美]斯科特《国家的视角:那些试图改善人类状况的项目是如何失败的》,王晓毅译,社会科学文献出版社2004年版。

^③ 参见前引①。

^④ [美]福山《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2012年版,第287页。

^⑤ 顾炎武《封建论》,载《亭林文集》卷一。

^⑥ 关于全球化、世界历史与中国道路的关系论述,参见马俊峰《马克思世界历史理论的方法论意义》,载《中国社会科学》2013年第6期。

的中国而言,问题不再是要不要具备全球眼光和世界历史意识,而是要在保持中国特色前提下如何主动介入全球化进程。与一百五十年前中国被迫打开国门接纳现代化进程不同,立志于现代化发展目标的当代中国需要积极寻求地区之间、国家之间及全球等多层面的跨国合作机制。全球霸权主义和地区性霸权主义仍然是妨碍建构一个公正的全球规则的主要因素。第二次世界大战之后建立起来的国际秩序虽然不理想但仍是可欲的全球规则体系:(1)以《联合国宪章》和《世界人权宣言》为基础建立的联合国秩序为人类社会提供了和平与发展的基本框架。中国在联合国发挥成员国及其常任理事国的责任,不仅捍卫中国的国家利益,也为广大的发展中国家以及世界社会提供正义的力量。(2)世界贸易组织随着成员国的增长越来越成为有权威的世界性经贸组织,它在确立成员国之间的货物、服务、知识产权及其争端解决等方面提供了法律框架。中国积极主动地加入世贸组织,既是中国进一步改革开放的内在需要,也是中国服从世界经济规则的自觉活动。(3)以国际道德为基础的国际人道主义精神在国际援助方面日益发挥着不容忽视的作用,中国作为负责任的大国以自我的方式积极参与到国际援助的活动当中。

以世界人权为导向的国际政治法律规则、以WTO规则为核心的国际经济法律规则和以国际人道主义援助为内容的国际道德规则等组成了世界意义上的全球规则,这些规则是我国国家行为的基本依据。国际法律规则和国际道德规则以成员国的同意和自愿服从为前提,但与这些规则及其精神相悖的国家行为则是非正当行为。迄今为止,我国签署或参加的国际公约300多项,涵盖了国际政治、经济、文化、环境保护、生物、战争与和平等多个方面,这些公约或议定书是我国对国际法律和国际惯例的认可行为,是参与全球规则立法的重要成果,也成为我国国内法律体系的组成部分。法治中国首先应被理解为使中国国家行为服从中国认可或参与制定的全球规则,法律下的中国因此被理解为全球规则下的中国。^④

一个符合中国国家利益的全球规则既是对中国国家利益的保障,也约束了中国国家行为的任意性,这种情况自然适用于参与全球规则的所有主权国家。国家主权标准是确立当今国际秩序的主要原则,但在全球规则制约之下,国家主权已经不是不受制约的绝对权力,在自愿服从和遵守的意义上,参与制定全球规则的主权国家同意受国际法和国际惯例的制约和调整,放弃行使其基于主权国家而拥有的绝对权力。应当看到,国家主权至上信念受到动摇具有复杂的全球化动因,绝非全球规则的单一视角所能解释的,但全球规则无疑是制约国家主权最为规范的因素,只有立足于符合全人类共同利益的全球规则,对国家主权的合理限制和法治化运作才是必要的,也是可行的。

(四) 天下之法理念下的中国国家行为

以上从法律、宪法和国际法等角度讨论了法律下中国的若干问题,显而易见,宪法和法律都具有实证主义法的规范效力。在法治的意义上,对国家行为的约束和制约如果单纯地从规则主义出发,就有可能忽视法律自身的品质,使法律成为非法之法——不论这里的法律是制定法、成文宪法或国际法。国际法的情况较为复杂。就国际法而言,构成国际法渊源的元素并非是不证自明的,国际社会对包括国际人权宪章在内的国际公约或宣言的性质从未有过统一的认识。在米尔恩看来,世界人权宪章宣称的权利体现了现代自由主义民主工业社会的价值和制度。^⑤主权国家以自我立法的方式接受国际法的约束以及对其主权的限制并没有一个刚性规范作为保障,这也解释了为什么国际公约并非像国内法那样获得普遍的执行力。

不过,在具有自然法传统的西方社会,自然法享有高级法的地位,一切与高级法相抵触的实证法都是无效的。^⑥这个传统从实质理性的角度对立法者形成了潜在的内在约束,也为划分良法和恶法提供了理论基础。简短的自然法历史表明,17、18世纪,以格劳修斯、霍布斯、洛克、卢梭等为代表的自然法学者以自然权利和理性为核心概念为现代国家的正当性提供了理论根据,在解构宗教权威树立法律权威、

^④ 早在20世纪80年代,我国的一些重要立法如民法通则等,就确立了在适用法律时国际法和国际惯例优于国内法的原则。为了与全球规则的精神保持一致的立场,2013年我国的国际人权报告将已经形成的我国法律体系称为“中国特色社会主义人权体系”。

^⑤ 相关讨论参见[英]米尔恩《人的权利与人的多样性:人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社1996年版。

^⑥ 关于高级法及其自然法的讨论,参见[美]爱德华·S.考文《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版。

解构封建特权树立人权等方面打造了现代化的理想秩序。随着资本主义国家的建立以及自然法作为解构的历史功能的完成,自然法在19世纪末、20世纪初逐渐退出了主流理论视野,代之而起的乃是维护既有秩序的法律实证主义。第二次世界大战后,鉴于纳粹德国的反人类罪行,自然法遂获得了一定程度的重生。然而,今日之自然法虽然主要体现在以人权为标志的国际人权宪章规则中,但很难说人权的基础就是自然法,即使是被改良的自然法,在缺乏自然法传统的国家和社会中也难以获得体认。

中国社会没有自然法传统,也缺乏包括对自然权利、自然理性等概念的认知传统。如果一定要找出一个像自然法一样作为立于实证法之上的概念和理念,则非天下的概念莫属。天下的理念深深扎根于中国社会的结构当中,营造了中国人对社会秩序的正当性想象。修齐治平的路线不仅成为达致人生目标的方法,更重要的是,它开启了私人领域、国家领域和天下领域的三维空间,在这个三维空间中,私人领域(“己”、家庭或延展而来的非政府组织等)和国家领域(国家、政府或行使公权力的一切政治组织)都是可以合理存在并受各自规范指导的相对独立领域。在私人领域和国家领域之外还存在着天下领域,天下领域高于私人领域和国家领域,成为规制私人行为和国家行动合法性和正当性的标准。按照赵汀阳的解释,天下不同于帝国,也不同于世界,天下既是地理概念,也是精神和制度概念。^{⑤7}在天下理念的支配下,即使主权国家以主权之名声称拥有“最高的权力”,国家也不是最高的政治单位。在此,笔者无法详尽讨论天下理念的所指和能指,与本文主题相关的是,天下对国家行为的制约和规范价值。

依据天下的理念,黄宗羲提出了“天下之法”的概念:“三代以上有法,三代以下无法。……一家之法,而非天下之法也。”^{⑤8}在黄宗羲看来,理想的国家之法应当体现和反映天下之法的精神实质,在最低意义上,国家之法不能与天下之法相悖。天下之法中的“法”不是实证法意义上的法,它包含了天下为公、天下之心等非规范内容,是相对于私的概念而勾画出的正当性话语体系。重要的是,天下之公提出了有别于官府之公的论题,它超越了官府之公又成为制约官府之公的中国式自然法概念。不同时代的中国人对何为天下之法和公天下都或有不同的理解,正如当代社会对公共利益等公共性概念的理解存在着较大的分歧。从民主讨论、平等协商、广泛的公众参与等程序确定当代中国社会之“公”是一个方面,^{⑤9}另一方面,对深入人心的“天理”、“情理”等概念的坚守和拓展有助于形成处理中国式自然法与实证法的文化氛围。“无法无天”是中国社会表达最为混乱的国家和社会秩序的语言,这里的“法”或可指实证法,“天”或可指天下之法(公、天理或情理)。最好的时代恐怕是“有法有天”的时代,“有法无天”或“无法有天”次之,“无法无天”则末之。当顾炎武要求匹夫应承担起拯救天下的使命时,就赋予天下之法对所有人的责任,更不用说对立法者和官员了。因此,中国国家行为在受制于法律、宪法和国际法等刚性法律规则制约的同时,也要求确立天下之法下的中国国家行为正当性,这恐怕是最难以落实也是最不能丢弃的文化和制度制约因素。

四、结论:构建统一、富强和规范的中国国家共同体

在改革开放的关键时期,法治中国概念重新集合了全社会对法治的共识,为正在过大关的中国指明了治国理政的总的方法。回顾历史,党的十一届三中全会开启了中国改革开放的路线,纠正了新中国成立后前三十年的左倾路线,通过在农村实行家庭联产承包制、村民自治以及在全国范围内推行社会主义市场经济等使中国社会总体上实现了小康社会。如果说1978年至2013年国家政治哲学着眼于小康中国,那么在总体实现小康的历史背景下,社会的总需求开始从小康中国走向富裕中国或幸福中国,国家治理方式随之需要发生改变,实现从邓小平所说的“穷治”的老方法向“富治”的新方法的转变,这或许是执政党在十八届三中全会中提出“推进国家治理体系和治理能力现代化”的背景和意义之所在。相对于“穷治”,“富治”包含了更多的方法论要素及其更具挑战性的目标,由于着眼于人的自由和幸福,“富治”为国家治理能力现代性转型提出了不容回避的历史要求。

^{⑤7} 参见赵汀阳《天下体系:世界制度哲学导论》,江苏教育出版社2005年版。

^{⑤8} 黄宗羲《明夷待访录》“原法”,载《黄宗羲全集》(第一册),浙江古籍出版社1985年版。

^{⑤9} 参见梁治平《再续传统 重拾法的公共性》,载前引⑤7梁治平《法律何为:梁治平自选集》。

国家治理能力法治化是“富治”的基本内涵,以此保持和提高国家治理能力现代化和规范化,破解国家权力强大与治理能力低下的难题。国家治理能力法治化要求与之相适应的政府集权,缺乏必要的政府集权就无法维系必要的刚性秩序,无法实现阶段性任务所必须的社会动员能力。好政府的标准不是政府拥有更少的权力或无权,而是政府无论权力大小都需要受到应有的规范制约,小政府的权力不受制约将同样导致与专制一样的后果。重要的是,在政府集权之外为公民和社会留下其固有的自治空间,从制度上杜绝行政集权对公民和社会固有权利的侵蚀和殖民。推进国家治理能力现代化取决于国家、执政党、政府和社会等方面的动态平衡发展,在法律下中国的法治理论预设之下,国家、执政党、政府和社会分别被赋予规范意义的角色:国家是统一、强大并受到法律限制的法律共同体;执政党是接受宪法和法律作为最终承认规则的现代政党;政府是有效率的有限政府;社会是受法律保护自治体系。国家、执政党、政府和社会既遵循同一的法治规则,也共同服务于一个终极目的,尊重和保障人和公民的权利、自由和幸福。对于已经深深嵌入全球化、网络化和利益多元化的中国国家共同体而言,法律下的中国虽然不是达致统一、富裕中国的唯一途径,但应当是走向统一、富裕中国的不可或缺的途径。

China in the Context of Law: A Jurisprudential Proposition to Establish the Rule of Law in China

HE Hai - ren

Abstract: It is a basic consensus to establish the rule of law in China in contemporary era which is also a concentrate expression of the ruling party's viewpoint on the rule of law. The principle of uniform legal identity should be followed to unanimously construct the viewpoint on the rule of law and to integrate such construction, besides, it requires to admit that the state, the ruling party and the society are relatively independent. The ruling party's viewpoint on the rule of law is the premise for establishing the rule of law in China, which aims to specifically elucidate China as a state community. This legal and normative perspective to understand China is different from other contexts of China such as historic, cultural, and political aspects particularly in methodology, content and goals. The legal community reveals that the citizenship plays a constructive role in establishing the rule of law. As an epochal proposition, China in the context of law should cope with such relations as between government centralization and administrative centralization, between constitutional institution and citizen fidelity, between global rules and Chinese state action. Moreover, it requires to break the historical paradox between the highly uniform powers and the low collective capacity so as to create an overall scheme for improving the capacity of state governance under the rule of law.

Key words: the rule of law legal community citizen fidelity concentration of power governance capacity