论法治的时空性与实践性

夏纪森

摘 要: 中国社会主义法治建设中,需要注意法治共性与个性的辩证统一。两者统一于良法善治,两者还存在互促互补的辩证关系,时间性、空间性及实践性是两者相互转化的条件。法治的空间性是比较的视角,要求重视法治所面对的空间禀赋;法治的时间性是历史的视角,要求重视法治所面对的社会所处的发展阶段;法治的实践性是制度与行动者的互动视角,要求重视法律制度下行动者的目的、文化观念等。

关键词: 社会主义法治国家;良法善治;法治共性;法治个性
中图分类号:D921 **文献标识码:**A **文章编号:**1004 - 9142(2018)01 - 0043 - 05

十八届四中全会在《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》中提出,全面推进依法治国,总目标是建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。当前在社会主义法治国家的认识上,存在两种观点:一种观点认为应追求法治的普世价值;一种观点认为应根据中国的特殊国情建构法治图景。对于第一种观点可称之为法治的共性追求;第二种观点可称之为法治的个性追求。本文认为,对法治进行一分为二、非此即彼的认识存在逻辑上的不足,上述两种观点都忽略了共性与个性的辩证统一关系。法治的共性与个性统一于良法善治、国家治理现代化及好的生活等目的,同时,在特定的条件下,两者则存在互促互补的辩证关系。从共性转化为个性、从个性提升为共性时,需要重视法治的空间性、时间性及实践性等条件。

一、法治的空间性

空间性与时间性是一对容易相互交缠在一起的概念,可将空间性视为是一个比较的概念,即处于同一时间下不同空间内由于资源禀赋、经济社会及文化制度等存在的差异性,使得法治所呈现出的具体形态有所差别。孟德斯鸠在《论法的精神》中曾谈到,“精神特点和内心情感如果在不同气候条件下确实

收稿日期:2017 - 09 - 23
作者简介:夏纪森,男,山东高密人,常州大学史良法学院副教授,法学博士。(江苏 常州 213164)
基金项目:国家社科基金重点项目“良法善治视域下法治与德治关系研究”(编号:15AZX021)阶段性研究成果。

迥然有异，那么，法律就应该考虑这些内心情感和精神特点的差异”①。孟德斯鸠的观点还可以进一步推导为，法治的实现应该与气候、土壤等要素有密切的关系。但是，在对法治的分析中，法治总是容易被抽象并简单地转化为一套较为固化的制度安排及价值追求，紧要的是，由于经济、政治等因素所致，它们有时还被转换成一整套关于人类进步和发展必须要遵守的行动框架。

其实，即使是西方发达资本主义国家如美国、英国（普通法系）及法国、德国（大陆法系）等，它们在政治体制、法治模式及立法、司法等方面上也都有所差异。大陆法系国家更加重视成文法在法治生活中的价值，更希望法官能够严格地按照既定的法律制度去审理案件，而普通法系国家更加重视判例法等在法治生活中的价值，法官在案件审理过程中也具有更大的灵活性。卡内冈在对两个法系的刑法进行比较时就发现，“总体看来，在英格兰的刑法体系中，没有多少理论性的东西，更加不存在刑事法典。而在欧洲大陆，德国的‘普通当事人’原则，就以严格的理论性而著称，其中包括紧密的 Schulddlehre，即归责原则，这直接嫡传自中世纪教会法学者的衣钵”②。仅洞悉到两者在形式上的区别还是不够的，关键是两者在体制及制度安排的逻辑起点上有着根本性的区别。普通法系国家更加重视个人自由及权利，将个人自由及权利作为法治的逻辑起点，如布鲁姆所言，“美国人都是洛克的信徒：他们尊重别人的权利，这样他们自己的权利也会得到尊重；他们遵守法律，因为他们是根据自己的利益制定了这种法律”③。当其他权利、利益可能与个人权利、利益发生冲突时，普通法系国家首先考虑的是其他权利、利益是否会对个人权利、利益造成克减的后果，如果会，则宁愿承担不良的后果，也要保护好个人权利、利益；大陆法系国家更加重视个人利益与社会利益之间的平衡，更加重视国家在秩序建构过程中的作用，一定程度上使个人权利受到了抑制。

历史地看，普通法系国家与大陆法系国家的现代化、工业化在起步时间上大致相当，之所以产生关于法治的不同理解和制度安排，与这些国家的经济结构、社会结构及文化理念等不无关系。以文化理念为例，普通法系国家重视渐进理性主义哲学，而大陆法系国家重视建构理性主义哲学。普通法系国家与大陆法系国家在法治模式上的差异性说明，并不存在单一性的法治模式。由此可见，将法治模式做单一性、简单化的理解，违背了法治的内在精神。

忽视法治所面对的空间的多样性的问题之所以会反复出现，某种程度上是由于将某种预设的理念、价值及制度视为当然前提而导致的后果，也与发达国家、地区的经济社会发展及法治模式所形成的隐蔽示范性暴力有关。具言之，由于这些国家、地区的经济社会发展往往在某些指标（其实指标本身的正当性也需要反思）上高于后发型国家，使得后发型国家产生了一种错觉，认为是相应的法治模式催生了经济社会的发展，进而通过移植先发型国家、地区的法治模式，自身的经济社会发展也能达致同样的程度。殊不知，该逻辑至少存在两个漏洞：其一，是社会基础决定了法治的模式，而不是由法治的模式来决定社会基础；其二，并不存在简单的、单一的的法治模式，法治模式一定要与自身所处的结构相匹配，由于外在结构构成的复杂性，使得法治模式也应有所差异。讨论法治的空间性并非是主张将法治进行相对主义理解，而是认为应将法治的共性与法治的空间性结合起来辩证地进行思考，只有这样，才能建构符合法治理念、符合法治所面对的社会实际的法治模式。

二、法治的时间性

时间性是一个历史概念，即将社会发展视为一个过程，每个国家、区域都处于该过程的不同阶段。当前对法治的讨论，普遍地忽略了法治的时间性。从法治共性角度出发的分析，总是有意无意地将某种所谓的普遍价值视为任一国家、地区开展法治建设都应追求的目标，有必要对这种思维方式加以反思，

① 孟德斯鸠：《论法的精神》，许明龙译，商务印书馆 2015 年版，第 271 页。
② 卡内冈：《法官、立法者与法学教授——欧洲法律史篇》，薛张敏敏译，北京大学出版社 2006 年版，第 32 页。
③ ［美］布鲁姆：《美国精神的封闭》，战旭英译，译林出版社 2011 年版，第 122 页。

或如邓正来所言，“任何支持或捍卫制度创新或秩序重构的主张或视角都应受到反思和质疑”①。

法治作为社会秩序形成的控制手段，并非是在人类社会发展的任何历史阶段都具有自然的正当性。在人类的全能共同体时代，由于同质性、低的社会流动和共同的集体意识，使得面对面的交流成为可能，使得个体相互间的全面了解和把握容易实现，此时道德、舆论等就成为社会秩序形成的主要手段。也由于农业社会根基的缘故，使得社会无法承受大规模、全方位的国家治理，结果是外在的约束机制较弱，自律在社会秩序形成中就成为必需。人类社会秩序的控制模式有道德、宗教及法律三种，但基本的发展趋势就是从道德、宗教转向法律，如庞德所言，“在近代世界，法律成了社会控制的主要手段”②。法治在近现代社会之所以成为一种主要的秩序控制手段，原因在于全能共同体的解体、工业社会到来及市场经济发展，使得个体不断地被从既有的社会结构中抽离，并嵌入由陌生人构成的社会秩序。在此过程中有两个问题浮现出来：一是陌生人构成的社会意味着主体相互间不可能全面了解和把握，更为紧要的是，社会流动性的加强，使得主体间不能形成较长、较稳定的社会互惠关系，传统社会中互惠式的资源交换模式开始失效。此时，法律作为对客观行为进行评价并能提供较为稳定预期的社会秩序控制模式，与陌生人社会具有了耦合性。二是个体在从熟悉的社会结构中脱嵌并重新嵌入陌生人社会中时，充满了不确定性，使得个体可能会面临着失败和风险。当然，市场并非是社会的全部，解体的仅是全能共同体而非是共同体本身，对道德、伦理及安全等价值的追求仍然是人类的一种价值需求。波兰尼就曾指出，“由于市场制裁威胁到各种人在社会上的利益，而非经济上的利益，因此，不同经济阶层的人会不自觉的联合起来对抗这种危机”③。在现代背景下，既需要意识到法律是社会秩序的主要控制手段，也需要重视法律与道德、宗教之间的协调。法律作为行为较为稳定的预测规则，一方面可以为个体的脱嵌与再嵌入提供行动的规则指引，另一方面可以为失败的个体提供基本的保障。从时间性的维度看，法治作为一种秩序控制模式具有的正当性，是在历史的进程中不断获得的。

由于任何国家本身的发展阶段都有所差异，法治的时间性意味着，不同国家在法治价值、法治模式的追求上都应和而不同、同中有异。在这方面，人类进行的法治模式强行移植而失败的案例比比皆是。20 世纪五六十年代美国等西方发达国家所主导的法律现代化运动，不仅没有取得预期的效果，反而由于将既有的与被移植地区经济社会发展相耦合的政治法律制度取消，使得这些国家的治理陷入一种空转、无效甚至混乱的状态，最终影响社会秩序的生成。当前由西方发达国家主导的以新自由主义理念为核心的全球化（法律）运动，在国家间关系上主张放松国家的监管以推动全球市场的发展及全球范围内市场要素的自由配置，认为管得最少的政府就是好的政府，并在此基础上构筑起以保护私有产权为核心的法治模式。但是，拉美地区的国家在经过新自由主义洗礼后发现，留给它们的仅仅是开采后的矿产废墟及众多的贫民窟。之所以导致上述后果，原因恰如阿明在对资本主义视阈下农业问题的解决方案提出批评时所言，“资本主义的辩护人强调，农业问题在欧洲已通过农村人口外流而得到解决。为什么南方国家就不能晚一个或两个世纪来复制相似的变革模式呢？人们在这里忘掉了，19 世纪欧洲的工业化和城市需要大量的劳动力，而剩余的劳动力则大规模地移居美洲，当代第三世界没有这种可能性了”④。指出法律现代化运动及世界范围内的新自由主义运动造成的失败景象，并非意味着认为美国的法治模式及新自由主义理念一无是处，而是希冀指明，上述模式及理念之所以在其他国家、地区造成严重的后果，就在于这些国家所处的社会发展阶段与以美国为代表的发达国家所处的发展阶段有异，法治模式、法治理念不能与经济社会相耦合，才是造成各种失败的根本性原因。

讨论不同国家之间在经济社会发展阶段的差异性，并非是仅仅强调法治建设中的个性，如果仅看到法治建设的个性，那么法治本身所具有的共性就会被悬置，也会使得法治中包含的人类共同的价值追求所具有的意义丧失。需要看到法治的个性，但不能夸大、绝对化个性，应在法治的共性与个性进行相互

① 邓正来：《谁之全球化？何种法哲学？》，商务印书馆 2009 年版，第 43 页。
② 庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆 2010 年版，第 9 页。
③ 波兰尼：《巨变：当代政治与经济的起源》，黄树民译，社会科学文献出版社 2013 年版，第 274 页。
④ ［埃及］阿明：《自由主义病毒/欧洲中心论批判》，王麟进等译，社会科学文献出版社 2007 年版，第 22 页。

关照基础上洞见到个性。

三、法治的实践性

法治不仅是一项关于理念的事业，更是一项实践性事业；法治不仅是一种规则体系、制度安排，更是一种生活形态和生活样式。法治需要从静止的法律规则转化为动态的法治活动，只有将规则转化为行动并生成秩序时，法治的目的才能实现。在法治实现的过程中，存在法律制度与行动者之间的互动关系。季卫东曾指出，“强调法律的公共物品视角，并不等于主张一种独立于个人之间互动过程之外的客观的、甚至先验的正当性标准。否则就很容易导致特定价值观的垄断状态，或者真的犯下那种只见系统不见主体的错误。正是基于这样的考虑才有必要特别指出个人自由与法律秩序之间互动过程的重要性”①。法律制度与行动者之间的互动关系，可从两个角度来加以理解：其一，法律制度构成了行动者行动的基本框架，行动者总是在法律制度下行动；其二，行动者是有特定目的、受行动的外在结构制约的行动者，由于目的及外在结构的区别，使得不同的行动者在制度下表现出的行动有所差别，最终导致法治的实践形态有所区别。上述法律制度与行动者的关系构成，可称为法治的实践性。

法律制度、时空要素及文化传统等都是制约和影响行动者行动的因素，从时空要素角度看，无论是全球范围还是中国视阈中的经济社会变迁，都经历了从农业社会向工业社会转化的过程，农业时代的行动者更多的是通过集体意识（涂尔干语）、互惠机制（斯科特语）将自身嵌入特定的社会背景，此时的行动者在与制度进行互动时，往往表现出对制度的过分遵从。行动者之所以不愿意打破制度对自身的约束，根本原因在于：作为基础的经济社会没有发生变化。工业时代的到来及社会流动的急剧加速使得为自己而活的个体意识不断生成，“个体化克制不住要去创造、安排自己的人生，以及周遭的纽带和网络”②。此时的行动者更关心自身的权益在既有的制度中如何被表达及如何实现等问题，行动者更愿意从个体权利的角度来建构和评判制度；行动者还非常关心个体权利的实现，会采用各种积极的行动策略推动个体权利的实现，推动个体权利更多更广地被制度承认并吸纳其中。

中国不仅经历从农业时代向工业时代的转变，更有自身的特殊发展历程，即计划经济作为一种制度安排被嵌入经济社会中。在计划经济时代，在城市中通过单位制、在农村通过集体制将个体涵摄进制度中，每个个体都成为国家巨型机器运作的一个环节，个体无意也无法打破外在于他们的制度。计划经济时代的个体与制度的关系，与农业时代个体与制度的关系在形式上具有很强的相似性，都无力去改造外在于他们的制度，而自觉自愿地接受制度的规制。但两者又具有根本性的区别，计划经济时代是国家对社会、对资源进行全面把控的结果；农业时代是农业的生产生活方式及熟人社会所造成。从计划经济走向市场经济，个体与制度的关系也开始变化，但是由于我国的法制现代化是在“时空挤压”的背景下加以推进，使得我国法治建设中个体在维护自身权益时出现了两种不良的倾向：一是重视个体权利的表达和实现，忽略个体应承担的义务。二是重视个体主观权利的表达和实现，忽略权利应是法律框架下的权利。

上述问题的形成，有学者认为是市场经济发展的结果，是个体将市场中物欲化的追求带入生活世界的结果；有学者认为是过分吸收西方发达资本主义国家以保护私有产权为核心而忽视个体德性建设的结果。如龚群就认为“一些企业以这样不法手段和不道德手段牟利，市场经济活动的趋利性是其经济根源，而从道德上看，在于我们从计划经济转型而来，对于市场经济的运行所需要的道德准备不足。”③上述两个观点都具有一定的解释力，不足之处在于：它们都假设当下中国法治实践中的行动者只面对市场经济、西方发达资本主义国家的法治理念及模式，而忽略行动者所持有的文化观念。费孝通将中国传统秩序模式称为“差序格局”，“在这种社会中，一切普遍的标准并不发生作用，一定要问清了，对象是

① 季卫东：《法治构图》，法律出版社 2012 年版，第 472 页。
② ［德］贝克、格恩斯海姆：《个体化》，李荣山等译，北京大学出版社 2011 年版，第 5 页。
③ 龚群：《社会转型与道德重建》，《广西大学学报》（哲学社会科学版）2016 年第 2 期。

谁，和自己是什么关系之后，才能决定拿出什么标准来”①。在此影响下形成的文化观念，使得中国人在当下的法治实践中存在两个不足：其一，主体间关系不是平等的而是差异性的；其二，不善于处理与陌生人的关系，总是将与陌生人关系转化为熟人关系进行处理。工业化、城市化及市场经济、陌生人社会，恰恰要求主体间进行平等相处、要求主体要习惯处理与陌生人关系。经济社会的外在结构与文化观念的历史惯性之间形成的内在紧张，导致的结果就是主体习惯于在法律框架之外采取行动等。

应辩证地看待法治的实践性，一方面看到行动者受文化观念等影响而表现出来的历史惯性，另一方面也应洞见到行动者在法律制度的要求下，已逐渐形成一种依法律而生产、生活的变化。

四、法治共性与个性的辩证统一

在推进社会主义法治建设时，应意识到法治共性与个性的辩证统一，从共性转化为个性、从个性上升至共性时，应注意作为条件的空间性、时间性及实践性。如此这样，才能真正通透地理解（社会主义）法治建设的内在逻辑，才能真正地推动有生命力的法治建设。

就法治的共性与个性的辩证关系而言，两者体现为互促互补关系，具言之，共性对个性具有促进作用，个性对共性具有补充作用。在法治建设过程中，法治的社会根基、法治的价值追求及法治的实践转化是法治共性的基本表达形式。法治的共性在转化为具体的法治实践性时，通过价值引领、评价等机制来促进法治个性的发展，防止过于主张法治个性而陷入相对主义中，如布鲁姆所言，“文化相对主义摧毁一己之善和至善”②。但是，法治的共性毕竟是从抽象的观念出发，是一种理想型的构造，某种程度上也是与具体情境相脱离的产物，其虽具有价值正当性，却是以牺牲实效性为代价，过分张扬共性则会陷入绝对主义的泥淖。法治的共性被视为是共性，某种程度上也是人之认同的结果，索罗斯就曾讲过，“承认社会科学的局限性，并无意味着我们在探索社会现象时必须放弃对真理的追求，而只是意味着对真理的追求需要我们承认人类行为的某些方面并不受普遍有效的一般通则支配”③。这意味着说，法治的共性并不是封闭、静止而是开放、动态的观念、制度体系。法治的个性既蕴含了法治的共性，更是与具体情境结合的产物，法治在实践时可能会碰到共性无法解释的新问题、新局面等，通过将解决、解释新问题的经验凝练、抽象而上升至共性，有助于完善法治的共性认识。

法治共性与个性的互促互补关系，以两者的统一性作为前提和保证，以良法善治为归依。良法善治主要体现为两个方面：一是法律制度本身应具有良好的品质；二是法律制度的实现应达致善治目的，如王淑芹所言，“良法是法治的本质规定，善治则是法治的目的”④，这使得共性与个性之间的融通互促存在了可能性，具言之，无论主张共性的绝对主义，还是主张个性的相对主义，都应该围绕良法善治而展开。过分地推崇法治的共性，必然会忽略法治的时间性、空间性及实践性，导致法治悬浮于社会结构之外，无法实现良法善治的目的，此时需要对共性进行情境化变通；过分地宣扬法治的个性，必然无力为法治思维、法律制度及法治实践提供价值指引，使得法治成为只能解决具体问题而无价值导向的事物，阻碍良法善治目的的实现，此时需要引进共性作为外在评价。

总之，当前中国在推进社会主义法治建设时，一方面，需要重视从法治的共性视角出发，利用共性来指导、评价及促进中国社会主义法治建设，保证中国社会主义法治建设是在人类关于法治普遍共识及价值追求的框架中开展；另一方面，需要重视从法治中国的个性出发，总结和提炼中国社会主义法治建设的有效经验，以丰富和完善人类关于法治普遍共识及价值追求的体系。在法治的共性与个性的辩证转化过程中，时刻把握好作为思维中介的时间性、空间性及实践性维度。

（责任编辑：新中）

① 费孝通：《乡土中国 生育制度》，北京大学出版社 1998 年版，第 36 页，

② ［美］布鲁姆：《美国精神的封闭》，战旭英译，译林出版社 2011 年版，第 13 页。

③ ［美］索罗斯：《开放社会——改革全球资本主义》，王宇译，商务印书馆 2011 年版，第 48 页。

④ 王淑芹：《良法善治：现代法治的本质与目的》，《光明日报》2015 年 7 月 15 日第 14 版。