

实现共同善的良法善治：工具主义法治观新探

郑玉双

内容提要：2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》赋予良法善治在法治实践中的结构性地位，因此需要在理论上确立良法善治在法治观建构中的价值处境。法治观是关于法治实践的全备理论构想，包含价值立场、方法论主张、道德证成和政治意义四个方面。工具主义法治观主张法治是国家通过法律这一工具性手段的治理而促进共同体成员实现共同善的制度性实践。工具主义法治观在价值立场上主张法律具有工具性价值，是实现共同善之制度性手段；在方法论主张上坚持教义性立场，把法律之治化约为规则之治；在道德证成意义上，主张法律的价值或规则治理的道德意义来自于共同善；在政治意义上体现为良法善治。基于这四个方面而重构的工具主义法治观能够克服法律工具主义长久以来所面对的批判和担忧，为法治实践提供新的理论定位和价值解析，从而为良法善治在国家现代化治理中的实现提供理论依据。

关键词：工具主义法治观 法律工具主义 工具价值 共同善 良法善治

郑玉双，中央财经大学法学院讲师。

一 引言

自2014年《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》出台以来，法治成为现阶段政治和法律实践的重大时代性命题。《决定》提出“法律是治国之重器，良法是善治之前提”，特别强调了良法善治在法治建设中的地位。如何对法治和良法善治进行理论定位并将《决定》的内容转化为制度性实践，需要建构一种法治观。法治观是对法治的价值立场和实践意义进行理性构建的观念体系，其包含了对法治是什么、法治在政治社会实践中的角色等问题的回答。然而，学者们在法治观的内容上有不同主张，进而影响到他们对良法善治和法治之间的关系的判断。张文显教授提出法治是从以法而治向良法善治的转型，因此要让法律止于至善，让社会臻于至善。^{〔1〕}姚大志教授提出良法善治是

〔1〕 参见张文显：《和谐精神的导入与中国法治的转型——从以法而治到良法善治》，《吉林大学社会科学学报》2010年第3期，第9页。

超越于法治的政治理念。^{〔2〕} 同时也有学者对前述观点提出了批评和澄清,比如周安平教授提出,将善治优先于法治的做法会使得法治的一些特征变得模糊不清。两者的关系不是善治优于法治,而是法治才是最大的善治。^{〔3〕} 这些理论争议背后反映了法治观的分歧,因此构建一种有说服力的法治观显得非常必要。

对法律工具主义大量的批判,间接地导致学界对工具主义法治观的批判和拒绝。^{〔4〕} 然而,通过对法治的概念结构和法治观的观念要素进行探讨,可以发现两点。第一,对法律工具主义的批判并不是在法治的概念语境下进行,因此对法律工具主义的否定不能等同于对工具主义法治观的否定;第二,法治实践强烈地体现出以法律作为治理方式进入共同体善政结构的教义性特征和政治道德意义,在元理论层面为工具主义法治观创造了可辩护空间。通过将法治观提炼为价值立场、方法论主张、道德证成和政治意义四个要素,可以分析得出,工具主义法治观能够更好地呈现法治实践在共同体繁荣和福祉中的多维价值处境,并为良法善治在法治实践秩序中的定位提供更为清晰的理论说明,从而成为解释和推进法治实践的合格理论。

二 工具主义法治观之批判与重构

(一) 批判工具主义法治观的三个层次

学界对工具主义法治观的批判和误解主要由法律工具主义所引发。然而,工具主义法治观与法律工具主义之间虽然存在着朴素的重叠共识,但在理论诉求和价值阐述上存在着较大的差异。二者之间的共识在于都将法律视为一种实现目的的工具性手段。但法律工具主义强调的是法律的功能性角色,而工具主义法治观则关注以法律作为治理手段在法治实践中的实现方式和价值处境。尽管如此,对法律工具主义的批判在一定程度上也可以视为对工具主义法治观之基本立场的质疑。按照学界的既有讨论,对工具主义法治观的批判存在着“批判梯度的上升”,体现为三个层次。

第一,对法律的手段性和工具性功能的实践后果的担忧。在实践后果上,法律的工具化会导致统治者任意利用和操纵法律以实现非正义的目的,破坏了社会成员对于法律的价值认同和信仰诉求。^{〔5〕}

第二,对法律的工具性价值的理论质疑。这种批判在批判梯度上提升,针对法律工具主义的价值论立场的批判,在一定程度上也对工具主义法治观带来挑战。批判者认为工具主义法治观将法律视为只具有工具价值的手段和工具,不能体现法律在现代国家实践

〔2〕 参见姚大志:《善治与合法性》,《中国人民大学学报》2015年第1期,第46-55页。

〔3〕 参见周安平:《善治与法治关系的辨析》,《法商研究》2015年第4期,第73-80页。

〔4〕 自谢晖教授发表《法律工具主义评析》一文以来,我国学者对法律工具主义的批判不断进行。参见谢晖:《法律工具主义评析》,《中国法学》1994年第1期,第50-56页;蔡玉霞:《论法律工具主义》,《理论观察》2004年第4期,第62-64页;倪虹:《法律工具主义的特征、危害及其克服》,《河北经贸大学学报(综合版)》2015年第3期,第42-44页;刘小平、杨金丹:《中国法律信仰论的内在悖论及其超越》,《法商研究》2014年第2期,第42-50页。

〔5〕 参见郑成良:《法律工具主义很危险》,《共产党员》2010年第14期,第14页;刘小平、杨金丹:《中国法律信仰论的悖论及其超越》,《法商研究》2014年第2期,第47-48页。

中的独特地位;^[6]也不能准确地解释法治的价值形态,以及彰显一些为法律所独有的具体价值,比如程序正义。^[7]

第三,对工具主义法治观的命题式否定。这种批判处在批判梯度的最高层次,是从命题意义上对工具主义法治观所包含的法治概念、价值立场和潜在方法论立场的全方位批判。在西方学界,其代表性学者是塔玛纳哈(Brian Tamanha)。塔玛纳哈认为法治的工具主义命题基于实用主义的哲学立场,将法律视为实现所欲求的社会目标的工具,法律可以按达成这一目的所需要的任何方式加以形塑,这种法治观是对法治的威胁和侵蚀。^[8]国内学者对工具主义法治观的批判在一定程度上也试图以命题的形式展开,比如张骥教授以价值理性和工具理性的二元对立对工具主义法治观的思维方法和理性立场的批判。^[9]但由于既有讨论主要关注的是法律工具主义,而并未将工具主义法治观的基本立场完全展开,因此这恰恰是工具主义法治观在命题意义上进行重构、在理论争议平台上“转守为攻”的机遇。

(二)法治概念与法治观的四个要素

从前述工具主义法治观所面对的批判来看,一种成功的法治观需要对法治的本质和法治观的性质做出澄清。然而,法治的本质是什么,法治观包含着哪些内容,本身就是需要解决的理论难题。按照法理学家富勒的经典界定,“法治是规则治理之事业”,政治共同体通过法律规则而非专断意志来规范社会事务。^[10]然而,这一界定无法给法治的概念增加太多的实质性内容。按照沃尔德伦的建议,法治是一个本质上有争议的概念。^[11]法治既是规则治理的状态,也是规则治理的德性要求。^[12]法律的治理实践涉及大量的价值判断、法律概念的争议和政治道德价值的排序,因此需要对法治的实践形态和要求做出诠释。根据德沃金对概念和概念观的区分,法治观是对法治的概念做出理论说明的观念体系。^[13]法治不是一个自然意义的概念,而是社会实践中的解释性概念。在法治实践中,不同的价值发挥作用并且相互之间可能存在冲突,因此法治观要对展现法治之要旨的价值意义提出最佳的说明和理论构想。^[14]

这种全备的理论构想包含四个紧密相关的追问:(1)法律之治理如何在政治实践中呈现其价值结构;(2)如何对法律之治在社会实践中的价值处境和制度结构进行反思评

[6] 参见陈景辉:《法律的内在价值与法治》,《法制与社会发展》2012年第1期,第9页。

[7] 参见雷磊:《法律程序为什么重要——反思现代社会中程序与法治的关系》,《中外法学》2014年第2期,第320-321页。

[8] 参见[美]塔玛纳哈著:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第101页;Brian Tamanaha, *Law as a Means to an End: Threats to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 1988; 马斌:《塔玛纳哈“工具主义命题”的反思与证伪》,《上海交通大学学报(哲学社会科学版)》2016年第1期,第60-68页。

[9] 参见张骥:《法治视野中的中国传统思想初论》,《北京大学学报(哲学社会科学版)》2003年第5期,第99页。

[10] 参见[美]富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第113页。

[11] Jeremy Waldron, *Is the Rule of Law an Essentially Contested Concept (in Florida)?* *Law and Philosophy*, 2002, V. 21, No. 2, pp. 137-164.

[12] 参见徐继强:《论作为法律之德的法治》,《环球法律评论》2009年第2期,第65页。

[13] 参见[美]德沃金著:《法律帝国》,李冠宜译,时英出版社2002年版,第75页。

[14] 参见[美]德沃金著:《身披法袍的正义》,周林刚、翟志勇译,北京大学出版社2010年版,第14页。

判;(3)法律之治何以在现代社会中获得如此重要的道德分量;(4)法治在社会共同体事业中如何能够更为全备地体现出其政治意义和文化特征。从这四个追问中可以提炼出法治观构建的四个要素:价值立场、方法论主张、道德证成和政治意义。

这四个要素相互之间存在逻辑关联,有机地形成一个理论体系,通过对法治的实践样态进行观念构建而对法治的概念进行重塑。价值立场是对法律治理之价值实现形态的价值论和目的论说明,是分析法治概念的理论起点。^[15] 方法论主张是在方法论意义上寻求对合法性的价值结构和制度性特征进行解析的视角。价值立场和方法论主张相结合而展现法治价值的元理论形态和技术蓝图,而道德证成则追问社会共同体成员承诺法治价值和实现这一技术蓝图的道德动机。法治观的政治意义之维则超越法治的技术图景而进入法律治理背后的整体的社会权利和文化塑造之中。^[16] 因此,法治观的四个要素从整体上体现了法治价值的元理论处境、在社会实践中的实现方式和在共同体繁荣中的道德和政治意义。法治观是否成功,取决于它对这四个要素所做出的界定是否能够最佳且融贯地呈现出法治的整全实践结构和价值形态。

(三)工具主义法治观之重构

按照法治观构建的四个要素,工具主义法治观可以提出相应的理论主张。这些主张不是外在强加的,而是从人的共同实践的内在本旨和道德准则出发,对内嵌于社会实践的法律治理的工具形式所做的解释性构建和价值诠释。^[17] 法律是实现目的的手段,但法治并非实现任意目的的技术性过程,而是进入社会实践的丰富价值平台的多维度规则形态。我们可以将工具主义法治观的立场重述为:法治是国家通过法律这一工具性手段的治理而促进共同体成员实现共同善的制度性实践。

具体而言,工具主义法治观的四个要素分别是:(1)在价值立场上,主张法律具有工具性价值,是实现共同善之制度性手段;(2)在方法论上持守教义性视角,把法律之治化约为规则之治,主张规则的治理体现了社会实践的某些根本特征;(3)在道德证成意义上,主张法律的价值或规则治理的意义来自于共同善,即社会中每个成员的福祉和完满的最为基本和重要的那些方面;(4)在政治意义上,主张法治具有规范的政治意义和社会政治意义,规范的政治意义体现为作为法治的理想社会诉求的良法,而社会政治意义则体现为在国家治理秩序中共同善得以促进和实现的善治。如果工具主义法治观在这四个要素上能够获得辩护,那么前述对工具主义法治观的批判就可以得到有效地回应。

共同善这个概念在工具主义法治观的构建中处于核心地位,也是诠释法治实践的价值结构和政治文化形态的理论原点。共同善是共同体中每个个体的繁荣和福祉的最基本方面,具有实践理性内涵。^[18] 共同善提供了人的行动的基本依据,构建了道德推理和法律推理的价值基础,也塑造了政治和法律实践的话语空间。社会共同体的道德原则,是共

[15] See Martin Krygier, *Four Puzzles About the Rule of Law: Why, What, Where? And Who Cares?*, in James E. Fleming ed., *Getting to the Rule of Law*, New York University Press, 2011, p. 68.

[16] 参见[英]拉兹著:《公共领域的伦理学》,葛四友译,江苏人民出版社2013年版,第440页。

[17] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, pp. 272-273.

[18] 参见[美]格里塞茨著:《实践理性的第一原则》,吴彦译,商务印书馆2015年版,第96-97页。

共同体成员实现和促进共同善的实践理性要求的结果。^[19] 而法律制度和相应的政治文化进程,比如中国特色社会主义法律体系的建立、法治中国的时代命题,是作为共同善之价值追求的共同福祉和繁荣的地域落实和文化表达。因此,工具主义法治观的建构,首先要从哲学上对法治实践的共同善价值理论进行分析。

三 工具主义法治观的价值立场

(一) 内在价值与工具性价值

在法治观的观念体系中,价值立场追问的是在一个社会共同体将法律视为最重要的公共方案的情形中,法律的价值呈现为何种样态。很少有人会反对法律能够实现某些目标和理想,但很多理论家反对法律的工具价值,这反映了法律的价值论的一个经典难题,即法律具有内在价值还是工具性价值。周安平教授主张法治既具有工具性,又具有价值性。^[20] 这是对法治的现实意义的描述,但并非是对法治价值的概念区分。法律价值的概念要回答的是,在社会运作和合作过程中法律规则之治理的善好(goodness)是社会合作的内在构成性部分,还是促进社会合作和繁荣的工具性途径。这两种概念观是在一个概念阐释的竞争平台之上的。前者主张法律的价值是内在构成性的,^[21] 而后者主张法律只具有工具性价值。但伦理学中关于内在价值和构成性价值的激烈争论使得法律价值的定性也变得模糊不清。

哈佛大学哲学教授科斯嘉德在对康德伦理学进行重构的过程中,提出了一种解决内在价值和工具性价值之概念争议的理论方案。她认为我们首先应当区分内在价值-外在价值和内在价值-工具价值这两组概念,它们分别指向了价值被定位和重视的方式。^[22] 内在价值和工具价值之对比体现的是价值是事物自身就内在地具备的,还是在达到一定条件下才能体现出来。按照康德的主张,只有好的意志是具有内在价值的,而实现好的意志的其他手段、条件、情感等,都是实现好的意志的工具性和条件性途径,因此只具有工具性和外在性的价值。^[23]

科斯嘉德关于内在价值与工具性价值的康德式重构为我们解决法治的价值难题提供了有益的方向。现代社会以法律体系规范社会生活的方方面面,关乎人类社会进步和人的发展的重要事务,都以法律的形式获得确认和管理。然而,对法律的概念分析并不需要预设对法律内容的全面掌握,而是需要关注法律实践这种独特的社会实践的概念内核。^[24] 首先,法律是一种公共行动标准,是组织社会生活的最重要的方式。现代国家的建立,比如中华人民共和国的成立,伴随着的是以宪法或宪法性文本为中心而构建的法律

[19] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, pp. 126 - 127.

[20] 参见周安平:《善治与法治关系的辨析》,《法商研究》2015年第4期,第80页。

[21] 参见陈景辉:《法律的内在价值与法治》,《法制与社会发展》2012年第1期,第18-19页。

[22] 参见[美]科斯嘉德著:《创造目的王国》,向玉乔、李倩译,中国人民大学出版社2013年版,第263页。

[23] 参见[德]康德著:《道德形而上学原理》,苗力田译,上海人民出版社2012年版,第6页;[美]科斯嘉德著:《创造目的王国》,向玉乔、李倩译,中国人民大学出版社2013年版,第270页。

[24] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, p. 9.

体系及相应历史实践。

其次,尽管历史、政治和文化等因素会影响法律实践的模式,法律实践是一种综合性的权威实践,法律对国家范围内的社会成员主张正当权威。^[25]这意味着社会生活中的重大事务都应该以法律的形式加以管理和治理。至此,我们看到了法律出现的一种道德意义上的合法性环境,即在一个共同体之中,法律在存在价值分歧的环境之中出现,法律是解决前法律社会的无效率、静态,任意性等问题的最优方案。^[26]共同体成员把一种公开可获取的公共规则系统嵌入社会生活之中,为公共生活提供了区别于道德论辩、协商一致、诉诸神明等手段之外的独特机制,使得共同体事业变成规则治理和引导的事业。

(二)作为价值基础的共同善

既然法律的治理是嵌入共同体生活的工具性治理,那么提供这种工具性的内在价值基础是什么?康德将好的意志作为唯一的内在价值,这一立场忽视了共同体成员之合作与共同福祉的重要性。菲尼斯所提出的共同善理论既能保护了个人的福祉与完满作为内在价值的源头,又能将个人的尊严、福乐和成就等融合于共同体的意义平台。^[27]共同善是社会中每个成员的福祉和完满的最为基本和重要的那些方面,共同善构成了人的实践选择和行动的意义来源,也是共同体得以存续的价值基础和驱动力。^[28]共同善体现出人的繁荣的非工具性的价值面向,因此是内在价值,这超越了康德所提出的好的意志的内在价值的唯一性,而对人的社会和政治实践的价值融贯性作出了更好的说明。

尽管在不同的时代和文化空间下共同善表现为不同的形式,但可以以非穷尽性的方式对基本的共同善加以列举。菲尼斯举出了几种具有基础意义的共同善,它们分别是生命、知识、实践合理性、审美、游戏体验和友谊等,这些善构成了人类幸福和福祉的组织架构,并且为其他更为多元和细致的善提供源泉,比如艺术和文学、体育运动、科学技术和政治生活等。^[29]生命是构成社会的精神主体,也是社会得以维存和发展的载体。知识作为对自然世界和价值世界的探究的理性认知和秩序建构,既充实了生命的神圣性和尊严,也使得实践合理性成为必需。

共同善的多样性和基础性表明了人的自由选择的可能性和必要性,并且提供了人类社会的道德推理和法律推理的结构和秩序。也就是说,人类所从事的共同体合作和发展事业及其创造的物质和文化条件,归根结底都是在实现和促进每个个体的共同善。^[30]在这个过程中,我们发展出各种层次和形式的道德标准,比如公正行事,己所不欲勿施于人等。同时,共同善提供了人的道德选择和行动的目标和依据,也为人类合作和行动的秩序提供了理性的空间划分依据。现实的社会秩序可以被具体化为四层:第一层,自然秩序;第二层,逻辑和认识论的秩序;第三层,存在论的秩序,即人们实践、行动和存在的秩

[25] 参见[英]拉兹著:《法律的权威》,朱峰译,法律出版社2005年版,第28页。

[26] See Scott Shapiro, *Legality*, Harvard University Press, 2011, p. 170.

[27] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980; John Finnis, *Human Rights and Common Good*, Oxford University Press, 2011.

[28] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, p. 85.

[29] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, pp. 86-90.

[30] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, p. 154.

序;第四层,创造的和文化的秩序。^[31]

法律的治理是政治权威的公共决定投射在第四层秩序的人类创造和文化秩序。法律之治在第四层秩序表现为诸多教义性特征,即法律自身包含着被赋予特定意义的词汇、可以被援引以作出论证和裁判的规则、诸多的技术性惯例和程序。^[32] 基于这些特征,法律具有了工具意义的自主性,法治成为一种对社会生活加以技术性和规则化处理并以规则提供行动理由的自主实践,具有明显的第四层次的秩序意义,比如程序正义、公正审判、行动的可预测性等。法律之治是存在于共同体第四层秩序中的实践图景,它既是一种工具性价值图景,也是一种动态的教义性图景。因此,共同善提供了法治的工具价值意义的元平台,在价值立场上为工具主义法治观提供了支持,也为法治的教义性特征塑造了秩序空间。

四 工具主义法治观的方法论主张

(一) 法治观的方法论之争

在确立了法律的工具性价值之后,法治观构建的理论进程就转到方法论问题上。法律理论中的方法论指的是在概念分析中进行理论建构的方法,主要存在描述性和规范性、自然主义和建构主义等立场的争论。^[33] 而法治观中的方法论要素则主要解决如何对法律之治在社会实践中的价值处境进行反思评判的问题。换言之,把法律视为一种实现社会目的和引导人们行动的手段,体现了一种独特的社会实践之价值,还是只是人类普遍道德实践的一个组成部分,抑或只是价值无涉的强制性权力实践形式? 法治观的构建,在方法论意义上寻求对合法性的价值结构和制度性特征进行解析的视角。

根据对规则之治的实践形态的理解,理论家采取了从形式或实质来理解法治之价值处境的不同方法论立场。按照塔玛纳哈的区分,法治观的形式理论从薄弱到浓厚包括三类:以法而治、形式合法性和民主+合法性,而法治观的实质理论从薄弱到浓厚也包括三类:个人权利、尊严权和/或正义、社会福利。^[34] 形式理论主要关注法律获得其治理资格的形式,比如以法而治是一种极端形式的工具主义立场,即一个规则只要具备法律的名号就是法律。而实质理论则更多地关注法治的内容和承诺,比如社会福利观即主张法治要对政府施加积极作为的义务,要帮助人民让他们生活得更美好、改善他们的生存条件等。^[35]

[31] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, pp. 136 - 138; John Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, in Robert George ed., *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, 1992, pp. 139 - 140.

[32] See John Finnis, *Natural Law and Legal Reasoning*, in Robert George ed., *Natural Law Theory: Contemporary Essays*, Oxford University Press, 1992, p. 141.

[33] See Jules Coleman, *Methodology*, in Jules Coleman & Scott Shapiro ed., *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford University Press, 2002.

[34] 参见[美]塔玛纳哈著:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第117页。

[35] 参见[美]塔玛纳哈著:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第145页。

然而,尽管塔玛纳哈所做的分类具有有益的参考意义,而且一些法治观的划分都以此为标准,但这六种立场并非都是方法论主张,而且形式与实质之划分对构建法治观的方法论维度来说会产生误导。比如持实质法治观立场的英国政治学家 T. R. S. 艾伦主张“法治这一术语似乎主要意味着由基本原则与价值组成的体系,它们一起给予法律秩序以某种稳定性和连贯性”。^[36] 法治由基本原则和价值组成这一主张体现了浓厚的实质观,而法律秩序的稳定性和连贯性要求则是典型的形式要求,并且后者并不必然要求背后的原则和价值的支撑。因此,形式和实质之划分不能担当法治观之区分标准。

在形式与实质之对立以外,教义性与政治性视角这一对概念更能体现出法治观建构的方法论意义。^[37] 教义性视角关注法律实践的内部价值结构使得这种实践区别于其他实践的那些重要的方面,而政治性视角则关注法律实践与政治价值和法律的社会实践效果的关联程度。法治评估和法治指数的设计等是从政治性视角安置法律的工具性价值的政治实践方式,而教义性视角则从法律的工具价值自身出发对其价值结构进行规范性考察。根据法律的工具性价值与共同善之间的函数关系,法律之治包含着法律的动态的教义性图景,因此教义性视角是对法治实践进行理论构建的内在方法论要求,我们应当对法治的教义性特征进行探讨。

(二) 法治的教义性特征

对法治的教义性特征的探讨着眼于法律实践的工具性价值结构在整体社会实践中的独特位置,可以体现为两个方面:第一,人类社会的哪些重要特征,决定了我们要诉诸一种公共规范机制进行社会治理;第二,法律治理所具有的独特特征,比如以法律规范作为公共实践的标准,以公开且中立的司法裁决解决冲突等,与人类社会的复杂特征之间存在怎样的概念关联。通过这两个方面的探讨,可以反思法治自身如何应对其具体实践过程中面对的诸多挑战和质疑,比如法律中的不确定性问题。

法治的教义性特征的第一个方面是,既然规则之治是社会共同体得以维持和繁荣的必要手段,那么它与其他治理状态,比如道德之治和运气之治,有着怎样的不同? 从亚里士多德到阿奎那,再到当代的哈特、拉兹和菲尼斯等法哲学家都尝试对这个问题作出回答。规则之治是规则作为实践行动之理由的状态,^[38] 它典型地表现为国家通过技术性立法将行动理由呈现给实践主体,同时存在着独立的裁判机关对理由的适用作出裁决。从这个角度来说法治呈现为一个重要的教义性面向,即法律规则成为行动理由应遵循的一些基本原则,比如规则应当是可理解的、明晰的和可预测的,法律规则应具有公开性和一般性等等。^[39]

第二个方面是这些原则背后的制度和伦理预设。如拉兹所言,前述原则得到理解与贯彻的细节方式以及它们的实际效果都是随国家而不同的。法治是一种对于某类社会才

[36] 参见[英]T. R. S. 艾伦著:《法律、自由和正义》,成协中译,法律出版社2006年版,第30-31页。

[37] 参见郑玉双:《合法性与法治:教义性视角的考察》,《南京师大学报(社会科学版)》2014年第2期,第78页。

[38] 参见[美]科恩:《作为理由之治的法治》,杨贝译,《中外法学》2010年第3期,第355-356页。

[39] 参见[美]富勒著:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第二章; Jeremy Waldron, *The Concept and Rule of Law*, *Georgia Law Review*, 2008, 43(1), pp. 19-32.

是有效的或好的信条,这类社会要满足对于法治的制度与文化预设,即具有那些法治要取得成功所依赖的制度与文化。^[40]从这个面向来看,法治不仅仅体现为对法律规则之治确立一些可以进行实证评判的标准,或者富勒所提出的“内在道德”,更体现为法治的工具性价值所要求的原则性和忠实性。这种原则性和忠实性体现为公开的、公共的司法,由一个独立的司法机构立足于公共颁布的、前瞻性的、有原则的立法做出有理据的判决,也体现在立法机构之上,立法机构要制定可忠实地适用的法律,即制定的法律在表达上要相当清晰,在目的上要融贯和一目了然。^[41]通过在立法和司法中贯彻并忠实于这些原则,法律之治成为共同体繁荣的必要条件,法治的政治和道德意义即转化为对权力的限制、对技术理性和实践智慧的依赖以及对法律机制设计背后的各种价值的尊重,而这些都体现了法治的工具性价值。

工具主义法治观教义性特征的两个方面需要回应法治所面对的各种批评。一种意见认为,法律作为不同于道德规范的工具和手段,具有有限性,在理论上存在恶法出现的可能性,因此实行法治并不必然保证实现善的结果。^[42]也有意见认为,法治与法律的可争辩性是相冲突的,法律以语言为载体,因为语言的不确定性和开放结构,以及社会现实的复杂可变,因此法治并不能很好地应对这种难题,或者法治是不可能实现的。^[43]这些疑问,来源于法治的教义性特征,比如法治实践要求法律具有明晰性和可预测性,因此法律语言就必须是抽象的,而且法律不能为了迎合现实的需要而改变自身规范的意义。

然而,通过维护法治的教义性特征可以回应这些挑战。首先,法治的要求是社会成员参与到共同合作事业的时候能够得到理由的有效指引,以体现合作事业的程序性和实质性主张,^[44]因此通过法治保障人们追求共同善的实践是符合实践理性的,既体现了法律的工具性价值,又能将共同体的合作事业导向善。^[45]其次,根据麦考密克的主张,法律解释是以某些被归属于整个材料及其各个组成部分之原则或价值为基础对潜在无序中的隐含秩序所做出的新的想象和描述。^[46]如果我们把法律作为一项通过解释来实现有效指引的事业,那么法律的可争辩性特征反而彰显出法治在促进人类繁荣上的重要工具性价值。

五 工具主义法治观的道德证成维度

(一) 法治的道德证成模式

法治观包含着对法治为什么在现代社会中如此重要的说明。现代社会要忠实于法治的美德,意味着法治成为衡量和评价政治实践的一项独立的道德标准,并区别于基本自由和平等等价值。有三种证成模式对此加以说明,它们分别是:(1)实践效果模式;(2)正当

[40] 参见[英]拉兹著:《公共领域的伦理学》,葛四友译,江苏人民出版社2013年版,第431页。

[41] 参见[英]拉兹著:《公共领域的伦理学》,葛四友译,江苏人民出版社2013年版,第435页。

[42] See Andrie Marmor, *The Rule of Law and Its Limits*, *Law and Philosophy*, Vol. 23, No. 1, pp. 1-43.

[43] 参见[英]麦考密克著:《修辞与法治》,程朝阳、孙光宁译,北京大学出版社2014年版,第18页。

[44] 参见[美]科恩:《作为理由之治的法治》,杨贝译,《中外法学》2010年第3期,第356页。

[45] See Jeremy Waldron, *The Concept and Rule of Law*, *Georgia Law Review*, 2008, 43(1), p. 31.

[46] 参见[英]麦考密克著:《修辞与法治》,程朝阳、孙光宁译,北京大学出版社2014年版,第39页。

性模式;(3)共同善模式。实践效果模式主张法治之所以重要,是因为通过公共规则的治理能够让我们的社会更加有序和发展,社会成员利益得到合理保护。然而实践效果模式却与法治的价值立场存在紧张,这一难题在关于良法的讨论中表现得尤为明显。比如,我们会从法律的技艺性和实践效果来评判一部法律的好与坏,然而这在一定程度上会与立法的初衷相冲突。以刚刚获得通过的刑法修正案九对“嫖宿幼女罪”的废除为例。显然,这一罪名的设置是为了对尚不具有性自主能力的14周岁以下的幼女的身心健康和福祉进行保护,并且该罪名的设置在很大程度上获得了刑法学者的认可。^[47]但在实践之中,该罪名却成为很多犯罪人逃避更重刑罚的保护伞,从而使得嫖宿幼女罪的法律规定陷入名义上是良法、实际上是恶法的尴尬局面。^[48]因此,实践效果模式必须转化为法治观的政治意义中的社会政治维度的价值评估,才能在法治观的理论建构中被妥善地安置。

正当性模式没有从法律实践的社会和文化效果中寻找法治的道德资源,而是从法律之治背后的政治道德原则中确立法治的道德依据。正当性证成模式往往与更为实质的方法论主张关联在一起,比如将民主、权利和社会福利等政治价值注入法治观的方法论要素之中,从而将法治纳入更为深层的以基础性政治道德价值为根基而建立的政治实践网络之中,法治也具备了对政治实践进行反思和评估的道德评价地位。哈贝马斯支持将民主注入法治的证成模式,他主张“法律的正统性必须依赖沟通安排:作为合理商谈的参与者,依法成立的联合必须能够审查有争议的规范是否得到或能够得到可能受其影响的人们的同意”。^[49]德沃金将权利纳入实质法治观之中,通过把法律理解为一种建构性解释的实践,把法治视为道德权利之治。按照他的主张,“法治是依据有关个人权利的合格公共观念进行治理的理想,在法治与实质正义之间不作区分,作为法律理想的组成部分,它要求规则手册中的规则表达和实施道德权利”。^[50]法律之治是道德权利被保护和实施的治理,因此民主权力应该受到限制,法官应该按照对道德权利的最好理解来适用法律和裁判。

然而,法治的正当性证成模式仍然在法治观的价值立场和方法论意义上陷入困境。民主和权利等政治价值的确为法治实践提供了道德资源,但这种道德资源并不能胜任道德证成的角色。民主诉诸于共同体成员的同意或代议而产生法律治理的制度依据,然而这种依据只带来形式合法性,与法律治理自身的合法性具有相同的道德处境,因为民主实践本身在道德证成链条中也处于悬置状态,如塔玛纳哈所指出的,“民主是一种愚钝且笨拙的机制,它不保证产生道德上良善的法律,除了维护公民个人的政治自由之外,也许最强有力的辩护理由在于,它与当前能够想象的任何其他制度相比带来的危险性都更小”。^[51]而德沃金将权利确立为法治之道德根基的做法克服了民主模式所陷入的证成悬置状态,但权利模式削弱了法治的教义性特征。德沃金的法律解释理论强烈地支持将道

[47] 参见劳东燕:《强奸罪与嫖宿幼女罪的关系新论》,《清华法学》2011年第2期,第33-47页。

[48] 参见周永坤:《嫖宿幼女罪之法理学与法社会学思考》,《暨南学报(哲学社会科学版)》2014年第10期,第18-25页。

[49] 参见[德]哈贝马斯著:《在事实与规范之间》,童世骏译,三联书店2003年版,第127页。

[50] 参见[美]德沃金著:《原则问题》,张国清译,江苏人民出版社2005年版,第6-7页。

[51] 参见[美]塔玛纳哈著:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版,第130页。

德价值纳入法官的法律推理之中,然而将法治的道德意义的最终确立押在解释和适用法律的法官身上,一方面使得激烈的权利争议在法官的裁判中再次被呈现出来而增加了法官做出道德判断的负担,另一方面损害了法律作为公共行为标准的确定性角色以及民主决定的权威。

(二)基于共同善的证成

要克服实践效果模式和正当性模式的证成困境,需要回到工具主义法治观的价值立场和方法论主张上。法律是实现特定目标的手段和工具,具有工具价值,因此法律之治的道德辩护力量似乎应当来自于它所实现的目的或善,而非法律自身。然而,根据共同善的性质以及法治在社会共同体的实践秩序中所处的层级,法律不单是实现目的纯粹工具性手段,而是具有诸多教义性特征的自主性实践。因此,工具主义法治观面临着独特的道德证成处境。以共同善为核心对这种处境进行分析,可以呈现出作为制度性价值实践的法治新面貌,从而为法治获取新的道德辩护力量。

按照菲尼斯的主张,人类追求共同善的复杂工程要能够进行,要么通过协商一致,要么通过权威。而由于资源的有限、人的自私以及成本巨大等问题,协商一致是无法实现的,因此诉诸权威是唯一的选择。^[52] 这意味着人类社会必然要通过政治的形式来实现协调、组织和发展,也就是说,需要以权威机构作为主体对社会生活加以管理并对以共同善作为依据的利益加以协调。在共同善的基础上,产生了政治权威机构所应追求的政治共同善,即旨在保护人权与法律权利、公共和平与公共道德,换言之,其旨在维护一种更容易促进美德的社会环境。^[53] 法治在第四层秩序上以动态的方式反映了这种权威决定的样貌,并以法律规则的形式落实这些政治共同善的要求。

根据工具主义法治观,法治的道德证成被分解为两个方面:规则之治最大限度地保护和促进共同善的实现;在共同体成员经由规则而实现共同善的过程中,法治彰显政治共同善的要求。工具主义法治观没有将生命、友谊和尊严等共同善的道德成分直接注入法治的道德资源之中,因而并未挫败法律的工具性。但在创造规则、引导人们行动和塑造人们的实践推理的意义上,作为共同善之实践的法治使得每个个体的共同善紧系于以规则为中心的共同生活之上。因此,法治的道德证成既保护了法律的工具性价值,也维持了法治的教义性特征。

法治实践的道德证成一方面对法治的教义性特征提出规范要求,比如立法应当积极回应共同生活的变迁以保护共同善,并且应当保持足够的确定性和稳定性,司法要在法律的可争辩性和不确定性面前做出专业性的回应。另一方面,在共同体的实践中道德证成也部分地被融入进法治的规范实践之中,成为内显的制度性道德话语,比如宪法对于人格尊严和人权的规定以及关于基本自由和权利的设置,既彰显了共同善作为法治实践的价值根基地位,也为立法实践和法律推理提供话语资源。其次,法治传统也成为社会成员的共同善得以实现和促进的共同成就的一部分,它产生了一种强健的反身性责任机制,治理

[52] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, p. 232.

[53] 参见[英]菲尼斯:《自由主义与自然法理论》,吴彦译,张文显、杜宴林主编:《法理学论丛》第八卷,法律出版社2015年版,第141页。

主体和被治理者形成一种强有力的忠实关系和共同体责任观念,共同参与向社会共同体的繁荣和福祉事业。^[54]

六 工具主义法治观的政治意义:良法善治

前面几部分从价值立场、方法论和道德证成三个方面,在理论意义上为工具主义法治观进行了辩护。然而,法治是在第四层秩序的规范治理,虽然具有教义性特征,但法律同时也是对第三层秩序中共同体成员的共同善追求、社会治理方案和文化秩序的制度性回应。因此,完整的法治观应该包含法治与第三层秩序的意义关联,也即法治的政治意义。它指的是,法治作为一种以规则进行治理的制度性实践,在整体的社会共同体事业中如何能够更为全备地体现出其道德价值和文化特征。这种价值已经超越法治的教义性视角而进入法律治理背后的整体的社会权利和文化建构之中。法治与共同体的制度与文化相互依存和塑造,如拉兹所言,法治创造了一种合法性文化,即尊重法律的文化,即使人们会有所损失也愿意遵守它,在这样一种文化中,人们习惯于以法律术语来衡量他们的情景以及与他人的关系。^[55]

良法善治是法治的政治意义的最佳体现。善治的本质是好的治理,治理是在第三层秩序之中被理解、确认和阐释的人类行动和存在。治理的秩序是一种权力实践的动态平衡秩序,即国家权威以实际的制度能力和规范力量对社会利益格局予以管理、调整和促进的过程。^[56] 治理的本旨在于共同善的实现,也即人的福祉和完满。基于此,共同善既构成了国家治理的目标,也提供了治理的内生性约束。善治就是实现和促进全部社会成员的共同善的治理。^[57] 共同善在第三层秩序中对善治的内在约束表现为多种形式,比如效率、透明、公正和尊重等。这些约束在第四层秩序中被创造性地转化为体现实践理性和共同善之价值的法律规则。虽然法治与国家治理共享着诸多秩序表象,比如国家治理在法律框架内进行或者呈现为法律现象,宪法提供了国家权力实践的基本法律依据,善治的评价标准之一即是法治,但二者在不同的秩序空间之内发挥作用,因此也就呈现出不同的认识论意义和秩序特征。

然而,法治与善治的秩序二分并不意味着二者在概念上必须分离,相反在共同善的基础上所做出的秩序划分反而为法治与善治的概念关联创造了更为丰富的空间,并使得二者的关联不只呈现为政治意义,更夯实了法治的教义性特征。工具主义法治观既强调了法治的教义性特征,即法律作为一种自主的公共推理平台在第四层秩序所具有的制度性、公共性、可争辩性和实践合理性,也彰显了法治临界于第三层秩序的弱政治性和文化依赖性。在从教义性视角转化为政治性视角的过程中,法治被赋予了更多概念内核之外的重要面向,良法善治可被视为法治的理想社会诉求和丰富政治意涵,是对法治的教义性意义

[54] See John Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980, pp. 272-273.

[55] 参见[英]拉兹著:《公共领域的伦理学》,葛四友译,江苏人民出版社2013年版,第440页。

[56] 参见魏治勋:《“善治”视野中的国家治理能力及其现代化》,《法学论坛》2014年第2期,第32-45页。

[57] 类似的主张也参见俞可平:《善治与幸福》,《马克思主义与现实》2011年第2期,第1-3页。

的巩固。比如,关于国家治理现代化的讨论和建设可以为以制度性机制解决当代中国宪法实践中的宪法疏离问题提供全新的契机。

良法作为法治的理想社会诉求,是在第三层秩序和第四层秩序中沟通法律实践并对之进行重塑的复合性动态标准。它体现为两个重要的特征,一是良法的评价标准依赖于对共同善的理解,良法表达了社会共同体追求基本善的积极诉求,但同时不会对法治形成强规范意义的约束和衡量。二是良法的评价标准具有依赖性和多元性。^[58]我们可以从三个方面理解这两个特征,一是良法的标准塑造了社会心理学的法律面向,参与构建了社会文化和社会道德观念。二是良法的积极诉求对法律的治理产生了有限的积极激励。三是良法是法治的工具性价值的外显性回应,法律的治理在实践过程中形成了相对独立的内在价值,从而使得法治在现代社会中显得尤为重要。^[59]

相应地,善治也因法治在第四层秩序的实现而展现出第三层秩序的存在意义,它是政治权威通过权力和社会治理使共同体成员更好地参与到共同善事业之中的状态。善治体现为两个重要的方面,一是善治所提出的治理能力要求,二是善治所内生的制度性结构。善治首先意味着国家具备高超的治理能力,因此国家要致力于在经济、政治、环境保护和文化等各个领域探索和实现治理的现代化和科学化。而制度性结构则体现为治理的稳定性和机制化,因此善治不只是对治理主体所提出的价值性要求,也是治理者和被治理者共同所处的制度、文化和效益上的卓越状态。公正审判、立法的完善、公民对于法律的忠实等法治成就必然会投射到第三层秩序之中,从而丰富了善治的内涵,因此法治对于国家治理具有根本意义和决定作用。^[60]在这个过程中,法治提供了最为重要的公共推理平台和资源,因此,良法必然是善治的前提。

七 结 语

根据上述分析,通过对“法律是实现目的的手段”这一功能性主张背后的价值网络进行探究和重组,我们可以对工具主义法治观进行重构和辩护。法律是实现目的的手段这一观点表明了法律的工具性价值的哲学立场,通过对康德关于内在价值和工具性价值之主张的重新解读并结合菲尼斯对于共同善的社会实践的分析,可以完整地展现法律的工具性价值。在方法论上意义上,法律作为一种手段表明了共同体通过法律这种公共合作方案来解决共同善事业的分歧,而法律的这种规范性指引产生了教义性空间,即法律参与者要对法律的指引和背后的价值考量进行论辩性考察。共同善的社会实践为规则之治的道德证成和政治意义提供了理论资源,因此规则之治的功能性图景能够妥善地安置在社会整体的实践结构之中。

工具主义法治观并不支持统治者为了不正义的目的任意利用和操纵法律,也不会产

[58] 参见[美]萨默斯著:《美国实用工具主义法学》,柯华庆译,中国法制出版社2010年版,第254-255页。

[59] See Leslie Green, Law as a Means, in Peter Cane ed., *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing, 2010, p. 178.

[60] 参见莫纪宏:《国家治理体系和治理能力的现代化与法治化》,《环球法律评论》2014年第1期,第9页。

生批判者所主张的实践危险和损害。相反,作为法治实践之重要结构性要素的统治者(包括立法者和司法者)被放置进一个反思性责任机制之中,法治重塑了统治者和被治理者之间的责任关系。在第四层秩序中,治理者和被治理者同时受制于法治的教义性特征,反身性责任机制使得治理者不能按照意志和说服来管理社会生活,而是以可预期和可遵循的规则来约束双方。

工具主义法治观呈现出法治与共同善的深层关联,祛除了工具主义这个词汇本身所承载的消极色彩和被误用的危险。共同善提供了实践推理的基本理由,为人们参与公共生活的决策和交往方式建立了价值根基。为了促进人们更好地实现知识、生命和社会性等善,法律的治理使得人们的生活世界从第三层秩序的决断、慎思和道德分歧状态进入了第四层秩序的规范世界。尽管法律不能解决所有的分歧和合作难题,但通过法律所提供的公共平台,共同体成员能够接受公开确定的规则指引而参与到良善生活的构建之中。

工具主义法治观也使得国家的政治实践和相应的制度建设更符合实践理性。国家对于良法善治的强调,体现了法律的工具价值。国家推动的司法改革、立法文明建设和治理的现代化等都是通过制度实践在第三层秩序的意义上实现善治,为法治提供制度性动力。通过调整利益格局和完善权力实施机制,国家治理促使社会共同体的第三层秩序和第四层秩序的良好互动,使得良法善治在现代化政治实践中得以实现。

[本文为作者参与的2015年教育部人文社会科学研究青年项目“权威规则与个案正义的法治整合模式研究”(15YJC820074)的研究成果。]

[Abstract] The Decision of the CPC Central Committee on Major Issues concerning Comprehensively Promoting the Rule of Law in 2014 gives a structural status to good law and good governance in the practice of rule of law. As a result, we need to determine the value situation of good law and good governance in the construction of the conception of the rule of law in theory. The conception of the rule of law is a comprehensive theorization of the practice of the rule of law, which has four dimensions: value standpoint, methodological proposition, moral justification and political significance. In the value dimension, the instrumentalist conception of the rule of law maintains that law has instrumental value in that it is an institutional means to realize common good; in the methodological dimension, it adheres to the doctrinal standpoint and argues that the rule of law ought to be reduced to the rule of rules; in moral justification dimension, it claims that the rule of law derives from common good; and in the dimension of political significance, the rule of law is embodied in good law and good governance. A reconstruction of the instrumentalist conception of rule of law in the above four dimensions is able to respond to long-time criticisms and worries about legal instrumentalism and provide new theoretical orientation and value analysis for the practice of the rule of law, thus laying a theoretical foundation for the realization of good law and good governance in modernized state governance.

(责任编辑:支振锋)