

改革时代的转型法治与政治代表

张 龔*

摘 要 改革开放以来的法治型态可被概括为转型法治,即在社会主义初级阶段的改革中逐步实现法治。从思想史中可以归纳出三种转型范式,识别出有别于例外状态和规范状态的改革状态。在改革状态中,法治不再是某种理想类型,而是一种正在进行中的转型法治。在转型法治的宪制结构中,引领型的政治代表具有特别重要的地位。它在代议政府体系之上,发挥着引领、认知和勇于担当的重要作用。这构成了转型法治的基本特征,即政党与国家立法机关的二元代表制。政党既领导国家立法,又要受到国家法律的约束,与此同时,政党还必须通过党规党纪来实现自我约束。

关键词 现代性 改革状态 转型法治 政治代表

引 言

理解一国现行法政制度,将其准确地描述出来,是对现行制度提出规范化和批判性主张的前提。中国的法政制度建设是在现代性的大背景下展开的。现代是一种面向未来的崭新时代,告别旧传统,理性筹划新未来。^[1]当现代进程席卷到中国之后,近代史就表现为,自民国肇造,到解放战争建立新中国,再到改革开放,国家与社会的转型从未停止。转型中的核心问

* 中国人民大学法学院教授。本文系教育部人文社会科学重点研究基地重大项目“宪法视野下的代表理论比较研究”(项目批准号:15JJD820002)的阶段性成果。

[1] 德语的现代(Neuzeit),字面意思即新的时代。参见(德)费迪南德·滕尼斯:《新时代的精神》,北京大学出版社2006年版。另外,哈贝马斯认为现代是未完成的,也就意味着现代本身是一个不断转型升级的过程。参见(德)哈贝马斯:“现代性——未完成的工程”,载汪民安等主编:《现代性基本读本》,河南大学出版社2005年版。当然,现代性的转型升级是一种方向性描述,历史上通常表现为高低起伏的过程,现代性所带来的一系列问题也备受诟病。

题有三:一是转型的方向与阶段目标,二是谁来领导转型与设定阶段目标,三是转型是否与法治兼容。现代性由科技所推动,科技进步无止境,现代性就表现为一个未完成式。即便预设了终极答案,阶段性目标也是有待认知的空白。因此,在现代历程中,为转型确定目标,提供方向领导的政治角色就必不可少。然而,遍览近代西方法政理论,大多聚焦在自然状态与文明状态〔2〕两端,要么探讨自然状态的类型,要么关注文明状态的内涵,至于状态之间如何实现转型,转型有哪些阶段、采取哪些方式,为人所不察。

一般认为,革命是转型的主要手段。革命之后就进入和平建设时期,故革命与建设是进入文明社会的两种基本方式。可是,革命过于激进,建设则易陈陈相因。如何在革命与秩序之间寻得平衡,就需要另寻新路。中国在1978年对革命和运动进行反思之后,以改革开放为基本国策,由此创造了四十年经济高速增长的奇迹。总结这一成功经验,2018年宪法修正案将序言中“在长期的革命和建设过程中”修改为“在长期的革命、建设和改革过程中”,增加了“改革”一词。革命对应的是非常状态,故同法治相悖。改革则不然,改革开放以来,我国的法治建设取得重大进展,这表明改革是一种可与法治兼容的现代化模式。然而,自晚清仿行立宪,一种具有基督神学内涵的思维主导了民国法律实践:先是设想一套理想的宪制体系,然后视立宪为一非凡时刻,一旦制定了宪法,国家似乎一下子就实现了人们所理想的理想宪制状态。这种思维在法学界颇具代表性,也是后发国家立宪实践遭遇挫折的写照。〔3〕正是意识到此种思维方式的不足,中国的社会主义建设选择了实事求是的“中国化”道路,在理想法治与立宪法治之间另辟中道——转型法治。转型是国家在基本的法律框架内不断认知和发展的改革过程,转型法治则是转型期达到的法治状态,它既不同于继续革命意义上〔4〕的立宪法治,也不同于形而上的理想法治,而是一种人民代表引领下的,及时设定阶段性目标,在变法与秩序之间寻求平衡的一种法治形态。

一、现代“转型”的三种范式

近代政治哲学普遍采用的方法是用自然状态到文明状态的模型来分析政治与法律。然而,从自然状态到文明状态反映的都是一种转型,虽然转型范式各异。法学家们将这一转型表述为从“前法律状态”过渡到“法律状态”。现代政治进入资本主义形态后,马克思则提出了革命理论,通过无产阶级革命实现从资本主义向社会主义的转型,这成为共产主义理论的基本特征。由此,我们可以归纳出转型的三种范式:一是从理想状态到现实状态;二是从现实中的例

〔2〕 自然状态和文明状态中的状态一词,英文为“state”,也意指国家,所以,这对范畴也可理解为从自然国家如何走向文明国家以及法治国家。

〔3〕 从法国大革命开启的现代革命之社会革命模式在全世界传播,无论是德国作为后发国家走向第三帝国,还是东欧国家的社会主义道路改旗易帜,一定程度上,都和这种理念主义成为主要意识形态有关。

〔4〕 关于继续革命与制宪权的关系,参见陈端洪:《制宪权与根本法》,中国法制出版社2010年版,第100—108页。

外状态到常规乃至规范状态；三是从革命状态到改革状态。

(一) 转型 I: 从理想状态到现实状态

现代西方政治思想变迁有两个基本的分支。一是马基雅维利开辟的方向，古希腊亚里士多德以降的美德政治从此转向为现实利益政治，据此，君主或国家可以抛弃美德的陈规陋俗，直接追求国家理性与利益；另一个方向则是卢梭开辟的美德共和国。卢梭重拾柏拉图的理念，将之改造为“公意”，同博丹提出的主权概念相结合，整合为主权在民的现代观念，以之统摄现代民族国家。卢梭的政治思想极大地启发了康德，加之康德的老师沃尔夫对儒家思想的推崇，设定一个美好的理想状态作为政治思考的出发点成为西方重要的学术思潮。从康德的绝对命令到马克思的共产主义社会，再到当代的罗尔斯，理想状态的描述虽有差别，却异曲同工。

从理想状态进入现实状态，真正目的是为了现实状态变成理想状态。因此，卢梭的“公意”，康德的“绝对命令”，马克思的“共产主义理想”以及当代以来的“普遍同质化的世界”，〔5〕都表明了现代法政哲学的核心命题：如何让现实状态成为理想状态的样子。现实状态总是需要尽最大可能的接近理想，也就是需要不断地优化与进化。〔6〕因此，第一种转型是指从现实状态到理想状态的转型，是一项需要不断完成的人类事业。

(二) 转型 II: 从例外状态到规范状态

晚于马基雅维利，却和马氏一道代表政治现实主义的霍布斯也没有摆脱自然状态与文明状态的范式。但是，霍布斯所理解的自然状态既非理想情景，却也不是正常的现实状态，而是一种紧急状态，也即人与人之间的丛林状态。在欧洲的历史经验里，紧急状态也称围困状态，“紧急状态没有法”。〔7〕德国法学家卡尔·施米特将紧急状态称为例外状态。例外状态的言外之意是说有例外就有常规。法学领域中着重论述常规状态的是赫尔曼·黑勒，如果说施米特将例外状态加以理论化，那么黑勒则将常规状态发展为理论。黑勒无法接受施米特一下子迈入存在决断论的立场，而是从现实的法与法的实现中提炼出一个共同的概念——常规性。如果法规范想要获得实现，仅靠国家强制力是不行的，还需具备常规性。“因此，每个规范设立首先是一种尝试，通过有意识设立的规范性来生成一个同规范性相适应的行为的常规性。”〔8〕常规性来自于对特定时空的平均情况的观察，以此为基础，当一个行为符合从这一观察归纳出的盘算规则的时候，就意味着这个行为具有常规性。〔9〕不同于国家立法对于公民的要求，常规性并不需要人们具有自觉的意识，引发常规性的是诸如土地、血缘、大众心理等自然因素，以及共同经历的历史和文化

〔5〕（法）亚历山大·科耶夫：《法权现象学纲要》，邱立波译，华东师范大学出版社2011年版，第91—93页。

〔6〕关于最优化实现（Optimierungsgebot），参见 Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt/M 1994, S.75。

〔7〕（意）阿冈本：《例外状态》，薛熙平译，台湾麦田出版2010年版，第96页。

〔8〕Hermann Heller, *Staatslehre*, in: *Gesammelte Schriften*, Bd. 3, Tübingen: Mohr 1992, S.372.

〔9〕Heller(Fn.8), S.364.

因素。这些自然和文化因素对于国家制定法具有重大的建设意义,构成一国并未规范化和成文化的宪法和法律。简言之,常规状态是一种人文化成的状态。从自然状态过渡到法律状态是哲学家关心的问题,但法律状态具体对应的是什么制度形态,这全然是法学家的事情。法律状态是一种什么状态,其实是问法律是什么。20世纪最重要的法学家汉斯·凯尔森认为法是一种应然性规范,法律状态是一种规范状态。这一状态既不是自然法主导的秩序,也不是常规状态,而是经过理性认知设定的应然状态。在这一状态中,行为与后果之间不是自然因果关系,而是人为设定的、以客观性为目标的法律归责(Zurechnung)状态。如何实现从例外的例外状态转型到应然状态,凯尔森认为需要一个基础规范。基础规范建立在形而上学的传统之上,凯尔森究其一生未能成功证立。英国法学家哈特则另辟蹊径,从社会生活出发,识别出原初规则与二级规则,认为法律秩序是两种规则的复杂结合。哈特了不起的地方在于,他实际上区分的是初级法律状态和成熟法律状态。原初规则对应的是初级法律状态,成熟法律状态是原初规则与二级规则复杂结合而成的发达状态。^[10] 二级规则,包括承认规则、改变规则与审判规则,是从初级法律状态转型为成熟法律状态的条件。哈特比凯尔森高明的地方在于,凯尔森坚持的是立宪法治观,而哈特秉持的是转型升级的法治观。据此,第二种转型是指,如何从例外状态转化为成熟的法律状态。对于法律移植的国家来说,转型就是指移植过来的法律规范如何转化为生活中的常规。

(三)转型 III:从革命状态到改革状态

早在2000年,我国就有宪法学者提出了“革命宪法”和“改革宪法”。^[11] 革命宪法是指制于夺取政权的革命时期的宪法,它旨在从法律上确认和巩固革命成果,合法性基础不是过去的法统,而是来自于革命。改革宪法则是指国家在经济、政治、文化和社会的广泛领域面临形势和任务的重大变化时期的宪法,它旨在促进改革,确认和巩固改革成果,为改革提供指引,将改革成果及时合法化。从革命状态到改革状态,是从不稳定的状态进入稳定的社会秩序,进入国民经济建设和日常政治秩序的建设之中。在改革状态下,一方面是去除革命状态下的不稳定因素,实现在常态政治中的经济、社会建设,另一方面在常态中寻求改善和进步,对现存制度进行改变。

然而,从革命宪法到改革宪法并非是指国家从建立之初的革命状态直接转型为规范状态。在此不可混淆改革状态与规范状态。改革状态是从革命状态到法律规范状态之间的中间状态,如我国的八二宪法就是这一转型在实定宪法上的体现。在八二宪法中,先前的以阶级斗争为中心的无产阶级专政转变为以经济建设为中心的社会主义初级阶段,从而进入一个在现有根本制度保持基本稳定的前提下,为了接近理想目标,不断设定阶段性目标,不断改革升级的状态。因此,第三种转型是指从暴力和阶级斗争为纲的革命状态转变为以转型升级为内容的改革状态。

[10] (英)哈特:《法律的概念》(第二版),许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第89页。

[11] 夏勇:“中国宪法改革的几个基本理论问题”,《中国社会科学》2003年第2期,第5页。

(四) 转型作为一种独立的状态

上述三种转型表明了三种不同的现代国家转型范式。第一种转型范式是指从现有状态转型为某种理想状态,如自由民主法治国或美德的共和国。第二种转型范式是说,所谓的国家(state)就是一种状态(state),自然状态就是自然形成的国家,法律状态就是人造的法治国。每个国家都有法律,但既可能是自然形成的、尚未进入理性自觉的法律状态,也可以是经过理性加工和民主承认的法律状态。从自然状态转型为法律状态,就是从原始的习惯法状态进入到发达的习惯法与理性法混合的状态。第三种转型范式是说,每种转型要么通过革命,要么通过改革。除了从革命状态进入到法律秩序之外,更重要的是从革命状态转为改革状态。三种转型范式基本覆盖了现代法政思想的全部状态类型,转型就此可以表达为一种历时性的状态间性(Inter-states)。实际上,现代性表达的是一种线性的或螺旋上升性的时间观,所以现代性也是一种状态间性,从一种状态到另外一种状态的中间过渡性。倘使说现代早期还只是以实现某种状态成为国家目的的话,发达的现代性则意味着状态间性取代了状态本身,法律的目的是为了实现转型升级。转型本身就成为一种独立的形态,在转型过程中多大程度可以实现法治建设,就是转型法治要回答的问题。

同转型法治相对的是理想法治和立宪法治。理想法治是一种理想意义上的法治类型,它构成了任何一种现实类型法治的批判维度,^[12]但往往由于离现实太远,法治建设者急于求成,结果适得其反。立宪法治则认为一经立宪之后,整个社会完全进入到依据宪法引领的规范状态。确切说,立宪法治是一种符号思维,以为立宪与法治有着直接的因果关系,法治不彰是因为没有悉数移植他国宪法,所以常易主张不断行使制宪权的继续革命。^[13]转型法治介于二者之间,既不相信可以一蹴而就地实现理想法治状态,也不满足于效仿某种特定的宪法类型。它要回答的问题毋宁是,如何在追求理想目标的过程中还能实现相当水准的法治。因此,转型法治是一种以本土化改革为内涵的法治,其特点有三:一是低烈度的改革,二是外来符号的本土认知,三是基本的法律秩序。^[14]为此,转型法治需要一个引领方向的政治代表,这个代表不是常设的代议政府,而是引领型政党,它构成了改革时代转型法治的根本特征。

二、现代法政思想中的转型与政治代表

(一) 霍布斯:从紧急状态转型为规范状态中的政治代表

进入现代以来,告别神学、走向世俗化使得人们思考政治时不再以神为起点,而是改道从

[12] 国内学界近年来一直热议的形式法治和实质法治都属于理想法治的类型,二者也可以称之为形式意义上的理想法治和实质意义上的理想法治,构成其理论基础的一般都是形而上学的法哲学。

[13] 比如法国大革命之后的五次制宪与五个共和国,以及中国民国时期的立宪实践都属于“立宪法治”。

[14] 在中国宪法语境里,低烈度的改革就是在绝对制宪权框架内的改革,宪法符号的本土认知就是中国特色的道路与方法,基本的法律秩序就是社会稳定和民生保障。

自然世界开始。但凡构建法政理论通常都先预设某种自然状态。为了摆脱自然状态进入文明状态,思想家大多采用的是社会契约的方式。霍布斯也不例外,但有别于其他思想家的一个特点在于,他在《利维坦》中使用了代表这一概念,并赋予其特殊的作用。^[15]在霍布斯看来,政治共同体创建时面临一大难题:一群秉持复杂且相互冲突的意志的个体,很难成为一个拥有统一意志和单一人格的政治共同体。若要实现这一政治共同体,代表就必不可少。代表的单一性意味着一群人作为政治体的统一性,唯有引入具有单一性的代表,才能够解释一群人为什么是政治统一体。

正确理解霍布斯思想中的代表,要从他的丛林般的自然状态谈起,代表的作用首先就是使人们摆脱自然状态。霍布斯的自然状态是每个人对每个人的战争状态。这一自然状态理论的深刻之处就在于,它既是一种理论模型,同时也在人类历史上不定时的出现,深刻地揭示了人类社会必然存在的战争意图。^[16]此种战争意图的根源来自于每个人内心的恐惧或者说毫无安全感。当人类处于此种自然状态的时候,每个人凭借一己之力所获得的安全以及财产都是暂时的,并不牢靠。因此,霍布斯自然状态理论第二个深刻之处就在于,它揭示了人类离开自然状态走向文明状态的动机。摆脱人人自危的自然状态进入文明状态是人类理性的必然选择。所谓文明状态,首要的是提供足够的安全感,这种安全感的唯一来源就是成为一种远超个人力量的集合体。一盘散沙般的乌合之众根本不足以应对危险,集体安全来源于力量上的统一,由此形成的统一力量对内可以约束群体中的个体激情,对外可以抵抗敌人的威胁与侵犯,惟其如此方能免于退回到战争的自然状态之中。

于是,问题便集中在如何实现文明转型。霍布斯提醒人们,建国需要经历两个必要环节:一是社会契约的订立;二是代表的确立。“当一群人确实达成协议,并且每一个人都与每一个其他人订立信约,不论多数人把代表全体的人格的权利授予任何个人或一群人组成的集体(即使使之成为其代表者)时,……这时国家就称为按约建立了。”^[17]后世研究霍布斯理论者大多关注第一个环节。可是,单纯订立契约是不充分的,人们不会天然地遵从契约。在契约之外,还需某种东西来保证契约的巩固而持久。“这种东西就是使大家畏服并指导其行动的谋求共同利益的共同权力。”^[18]倘使说,这一权力仍然包含着每个人的意志,显然是无法行动的,所以这一权力对应的是一个统一意志。“把大家所有的权力和力量付托给某一个人或一个能通过多数的意见把大家的意志化为一个意志的多人组成的集体。”^[19]这个统一意志的形成就是代表的确立,从而生成了利维坦国家。换言之,从自然状态向现代国家的转型包含两个步骤:先是签订契约,形成形式上的一致;然后,更关键的是,选择意志承担者,代共同体行事,实现实质

[15] (美)汉娜·佩蒂特:《代表的概念》,唐海华译,吉林出版社2014年版,第35页。

[16] (英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版,第97页。

[17] 同上注,第133页。

[18] 霍布斯,见前注[16],第131页。

[19] 霍布斯,见前注[16],第137页。

上的一致。在此,政治代表的作用非常关键,若没有代表这个实践行动的角色,政治体便没有行动能力,所谓的信约无异于一纸空文。简言之,代表这一角色使得社会契约得以具有实践上的可能性。

(二)卢梭:从现实状态转型为理想状态中的政治代表

站在霍布斯的肩膀上,卢梭的政治思想有三个关键性的进步。一是在反教会的背景下,用公意替代上帝意志作为政治秩序的至高点;二是将人民与主权相结合,议会政治置于人民主权之下;三是吸收了霍布斯自然状态思想,在霍布斯的自然状态之前又增加了一个美好的自然状态。^[20]用康德哲学的话说,卢梭把政治体的生命提升到了公意这一超验的高度,而霍布斯还停留在经验的层面。人民作为主权者就是人民自我对自我的治理,人民主权因此不外乎是公意的运用。卢梭不认为自然状态一开始就是人人自危,而是一种原初契约达成的美好状态。但是,美好的自然状态并不长久,无法维持自身,所以必然走向霍布斯意义上的崩坏。当自然状态不可避免走向内战的时候,转型为文明状态就非常必要。正是基于这三方面的贡献,卢梭成为对代表批判最为深刻而又矛盾的思想家。^[21]

公意是卢梭政治法体系的制高点。公意就是抽象的人民意志,绝不会犯错,永远以共同的生存与公共幸福为旨归。^[22]卢梭继承了柏拉图的理念传统,将对政治体的思考提升到了理念的水平。为了清晰地说明公意,卢梭引入众意来识别公意。从数量和规模上看,公意与众意对应的共同体基本一致。但是,公意关系着政治共同体的公共利益,而众意则只着眼于政治体中私人或私团体的利益。共同体内若存在诸多党派,党派间的斗争只会导致“优胜劣汰”“恃强凌弱”的结果,由此产生的不过是众意罢了,永远无法达致公意。从这一点出发,卢梭明确反对一国之内的党派之争、反对代表制,倡导每个公民只代表自己表达政治见解。^[23]

人民主权是政治体的根本法,而主权不过是公意的运用。既然公意不可代表,主权者也绝不可以有代表。^[24]主权是绝对的、不受限制的,人民作为主权者自然也应当是绝对的、不受限制的。卢梭在《社会契约论》中不止一次地指出:人民一旦选举出自己的代表,就会成为奴隶;只要一个民族选出自己的代表,他们就不再是自由的了,甚至他们就不复存在了。^[25]这是因为一旦实行代表机制,人民的主权即被转移,由此便形成政府发号施令而人民服从的政治结构,这样的结果是人民主权理念无法接受的,毕竟人民作为主权者不可能给自己再确立一个主

[20] (美)普拉特纳:《卢梭的自然状态》,尚新建、余灵译,华夏出版社2008年版,第60页。

[21] 卢梭对于代表的态度发生过一些变化:早期卢梭的著作中,如《政治经济学》(李平沅译,商务印书馆2013年版),并没有明显地否定政治代表,在其后期为波兰设计政府形式的过程中(《论波兰的治国之道及波兰政府的改革方略》,李平沅译,商务印书馆2014年版)甚至具体适用了代表制度。

[22] 参见(法)卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第35、131页。

[23] 同上注,第36页。

[24] 卢梭,见前注[22],第31、120页。

[25] 卢梭,见前注[22],第121—123页。

人,也不可能使自己具有服从他的义务。^[26]但是,人民总要行动,卢梭眼中的行动者就是代议政府,代议政府的代理行为在大立法权^[27]与执行权层面有所不同。大立法权与执行权是两种基本的权力类型,二者既有联系又有区别:一方面,二者统一于公意,法律无外乎是公意的宣告,而政府只不过是法律的执行者。另一方面,立法权是具有普遍性的意志,对所有人都有效;而执行权是特殊性的力量,只针对个别的具体的主体有效。在卢梭看来,大立法权只能属于人民,人民不可放弃立法权,所以,在大立法权上人民是不能被代表的,代议政府的议会立法实际上是执行权。在执行权上,人民是可以且应当被代表的,因为执行权不外是把力量运用在法律上而已。^[28]但是,执行权的主体并不因此成为人民的主人,他们只不过是人民意志的执行者和代理人。

卢梭的代表观因此在于,人民在立法层面上是不可被代表的,人民总是保有最终的决断权,但是在执行层面是可以被代表的。代议政府充当的就是执行代表的角色。“公共力量就必须由一个适当的代理人来把它结合在一起,并使他按照公意的指示而活动”,“他对公共人格所起的作用很有点像是灵魂与肉体的结合对一个人所起的作用那样”。^[29]人民的立法意志总要转化为行动,这便需要一个执行代表,它代表的不是人民意志,而是人民意志与力量的结合。

(三)施米特:从阶级专政转型为主权专政中的政治代表

专制(despotism)与专政(dictatorship)是两个常令人混淆的概念。专制是秩序状态中的一种政体形式,而专政则是例外(紧急)状态下采取的临时的管控方式。专政观念最早可溯源至古罗马的独裁官,法国大革命时期的雅各宾专政重又激发了思想家对专政的再认识。马克思主义者则发展出了无产阶级专政理论。^[30]从法学角度研究专政的,当推卡尔·施米特。他之所以关注专政,一是因为他认为例外状态是政治的本质,二是看到了无产阶级专政在实践中的危害。在《论专政》一书中,^[31]施米特提出了主权专政的概念,意在化解列宁的无产阶级专政理论对例外状态的延期,为从无产阶级专政转型至主权专政铺平道路。

无产阶级专政一词出自马克思的《哥达纲领批判》。^[32]文章指出,从资本主义到社会主义的过渡期必定要经过无产阶级的革命专政时期。正如掌握政权的资产阶级排除无产阶级的参与一样,无产阶级必须反对和排除资产阶级的参与,才可最终发展到无阶级的社会状态。但是,如何正确理解马克思的本意,特别是如何将之付诸实践,却有着太多的争议。苏联布尔什

[26] 卢梭,见前注[22],第125页。

[27] “大立法权”意在同当代语境中的议会立法权相区分,在内涵上,“大立法者”更接近于立宪者。

[28] 卢梭,见前注[22],第122页。

[29] 卢梭,见前注[22],第72页。

[30] 关于启蒙以来的专政的概念史,参见 Ernst Nolte, Art. Diktatur, in: *Otto Brunner u.a.* (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band 1, Stuttgart 1972, S.900-924.

[31] Carl Schmitt, *Die Diktatur: von den Anfängen des Modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, 4 Aufl., Berlin 1978.

[32] (德)卡尔·马克思:《哥达纲领批判》,中央编译局译,人民出版社1965年版,第23页。

维克以自上而下的“苏维埃民主”的暴力方式施行无产阶级专政,在施米特看来,这一政治路线和实践走向了极端。马克思主要是从拿破仑三世执政期间和巴黎公社的政治实践出发,提出无产阶级应当如早期资产阶级那样紧握政治权力的专政思想。所以,布尔什维克从根本上曲解了马克思的本意,误把无产阶级专政视为一种政体形态。源自古罗马的专政一旦被误读为政体形态,凡持异议者的政治权利必定会被剥夺。这种只由个人或是某个组织行使的专政,绝不是无产阶级专政,实则是无产阶级中的一小部分人对其他人的专制。^[33]

马克思的无产阶级专政本意是指无产阶级掌握并行使国家权力。^[34]在资产阶级掌握国家权力的时候,他们利用国家机器压迫无产阶级,所以资产阶级的法政秩序是有问题的,道德上是恶的。无产阶级当起而革命,推翻资产阶级专政。可是,无产阶级在革命时同样要利用国家权力,垄断国家权力的行使,以此实现共产主义。这样一来,专政成为无休止的噩梦,永远是一个政治斗争的范畴,无法成为法秩序意义上的概念。为了打破这一持续暴力的惯性轨迹,施米特提出了“主权专政”这一法学概念。在法学者看来,无产阶级专政和法国大革命时实行的资产阶级专政在本质上并无不同,都是通往法律状态或理想状态的手段。只不过,资产阶级专政指向的是一套符合市民法治国原则的法律状态,而无产阶级专政的目标是实现共产主义理想。因此,无论资产阶级专政,还是无产阶级专政,本质上都指向法律意义上的主权专政。

马克思的专政观立足于辩证唯物主义史观。历史的进程既包括肯定环节,也包括否定环节,否定环节为历史发展提供了动力源。如果说法律运用的不外乎是形式推理,那么,在否定环节,形式逻辑将失去效力,而专政具有了政治生活中的必要性,成为扫除和推动历史发展的重要工具。也就是说,专政是少数能够真正理解历史下一阶段走向的人民代表,用以接引、促使历史向下一阶段发展的工具。唯有如此,人类才能真正地发展,实现其本质。然而,施米特关心的却不在此,他在乎的是无产阶级专政这种和革命息息相关的政治实践能否和宪法兼容,以及立宪之后,法律秩序如何因应共产主义进一步革命的要求,是否还有主权专政的容身之处。

主权专政针对的都是革命状态,无论是雅各布宾党的革命政府,还是德国1919年的制宪国民大会。但是,主权专政实施的期间却在革命发生之后,新宪法生效之前。^[35]确切说,主权专政是为了实现立宪法治。只不过,施米特所要保护的是市民法治国的魏玛宪法,而不是社会主义所要达到的共产主义理想。因此,他一再提醒,当时共产党的作为乃是为了颠覆资本主义的魏玛宪法,为了保护魏玛宪法免受损害,应该抛弃无产阶级专政。可是,魏玛宪法根本就是一部充满妥协和矛盾的资本主义宪法。施米特既要克服无产阶级暴力革命来守护宪法,又不信任魏玛宪法可以不受资本的侵蚀。结果,纳粹在无产阶级专政与资本主义的魏玛宪法斗

[33] Karl Kautsky, Die Diktatur des Proletariats, Berlin 1990, S.32.

[34] Carl Schmitt, Diktatur (1926), in: Staat, Grossraum, Nomos; Arbeiten aus den Jahren 1916-1969, Berlin 1995, S.36.

[35] Carl Schmitt, Verfassungslehre (1928), 9 Aufl., Berlin 2003, S.60.

争中乘虚而上,攫取了政权,而施米特也因追随纳粹而身败名裂。但不可否认的是,施米特为我们贡献了一种转型范式:从无产阶级专政的革命状态转型为主权专政的立宪法治状态。这一思想同我国的社会主义初级阶段理论异曲同工,只是历史已经翻到了东方这一页。

三、政治代表在转型中的必要性与职能

现代政治的本质是一种转型政治,从自然状态转型到文明状态,从文明状态的低级版本不断升级到高级版本。在这个过程中,宪法不只是关于某一状态的规范体系,而是从旧状态到新状态的政治变迁的法律规范叙事。^[36]如前所述,实现这一转型需要两个工具:构建合意(宪法)和政治代表。政治代表是发现和构建合意的主体,获得的是人民的授权。人民代表如何在转型中发挥作用,这需要我们先来分析一下转型法治的逻辑结构,这一结构包括四个必要的环节:

- ①人民意图进入一种文明状态或更好的文明状态;
- ②人民代表领导人民寻求走向更好的文明状态的方向和道路;
- ③人民代表制定宪法或修改宪法;
- ④人民承认宪法或宪法修正案并据此来行动。

人民总是对更美好的生活和法律秩序充满期待。人民代表在实践中获得人民的授权,努力认知快速变化的社会并及时做出决断,通过制定或修改宪法,保证人民拥有一部适应现代生活变迁的宪法。在这个转型结构中,政治代表先是完成从革命者向改革者和立宪者的角色转换,继而完成从革命的实然分阶段地到法律的应然的范畴转换任务。因此,无论是在革命岁月还是改革转型,政治代表都发挥着不可或缺的作用。

(一)政治代表 I:从理念到现实的引导性代表

理想状态和现实状态的划分,为理论对现实的批判提供了判准,也提出了重要的实践挑战,理念如何变成现实。回答这一问题,就要明确理念与现实之间的关系。康德观察理念与现实关系提出了两个原则,引导原则和构成原则。^[37]这两个原则表明了历史上对理想状态和现实状态之间关系的两种理解,一种认为二者是引导性关系,一种认为是构成性关系。康德着力批判了理念与现实的直接关联性,理念本身是非经验性的,因此,理念与现实之间应该是知性范畴上的引导关系,而非经验上的相互构成关系。^[38]

柏拉图是最早提出理念的哲学家。在他看来,理念是在造物主的力量之下,事物呈现出的原始图像,它因而是“一种上帝意义上理解的理念,纯粹直观中的单一对象,每种可能本质的最

[36] 类似论述,参见科耶夫,见前注[5],第422页。“实际上,(广义的)宪法不外乎对国家结构和或国家身份、国家组织的单纯描述。”

[37] 关于“引导原则”(regulative principle)和“构成原则”(constitutive principle),参见 Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, Frankfurt/M 1974, AA, B537/A509.

[38] 参见张奠:《人民、权威与权利》,上海三联书店2017年版,第26页。

完美形式”。〔39〕然而,康德认为,这正是人类社会混乱的根源,因为它没有区分出宗教的超越性和哲学的超验性,将柏拉图的“理念”同时应用到理论领域和实践领域是不合法的。康德将理念理解为一种纯粹理性的概念,在超验意义上是全部条件的完整性,故这一理念是纯粹客观的事物,只可视之为引导原则,而不可理解为构成原则。一方面,理性从不可能直接关涉到经验对象,而仅仅是与知性相连,经由知性才可实现理性自身经验上的运用,因此,理性并不创造概念,而是引导概念。另一方面,超验理念的对象从未在经验世界上以完整的面目呈现,所以,对于我们运用知性来说,它并不是构成性原则,而只是一种引导性原则:将经验知识的多样性引向和规整为系统化的统一体。

据此,凡是在理念意义上的理想状态,必须严格禁止将之以构成性的方式引入到经验世界里。一旦我们将现象中的事物作为理念来观察,就一定会铸成混淆的错误,误把理念当现实,导致理性的专制。正确对待理想状态的方法并非就此否认理想状态的现实性,而是说,理想状态仅对于知性来说是值得追求的目标,而且,这种“(引导性)理念完全正确,它使得这种内在箴律成为事物的原初形象,依照这一原初形象,就可以使得人类的实定法意义上的宪法始终不断地尽最大可能接近完美性”。〔40〕因此,理想状态的意义在于它具有引导方向和批判现实的作用。简言之,从理想状态到现实状态并不是直接相连的,从现实状态转型为理想状态,实践中需要一个代表,这个代表发挥的是引导性作用。

(二)政治代表 II:从例外状态到法律状态的立宪代表

从例外状态走向法律规范状态是典型的法哲学命题。历史来看,例外状态走向法律规范状态一般都是在革命成功之后。革命者不等于人民,而是人民的代表。革命也是理念加以实现的一种形式,不管是古代起义时的“替天行道”,还是现代革命的纲领与宣言。当然,一次革命并不能带来理念的实现,因此便需要继续革命,〔41〕但继续革命的最终目的仍然是进入秩序状态。所以,任何从例外状态走向法律规范状态,都意味着作为革命者的人民代表已经自觉地实现了角色转换,在革命成功之后,主观上有意愿从革命者转向立法者。

例外状态或者革命成功都属于实然状态,而规范状态是应然状态。转型的问题是如何从实然转变为应然。当代法哲学理论提供了两种基本的范式,一是凯尔森的基础规范,二是哈特的社会承认规则。基础规范是康德先验哲学在法学中的运用,主权意志无论是何种内容,经由基础规范,就转变为法律规范。然而,这个转型过程并不是自然而然的发生。恰恰是在这里,施米特看到了现代法政的神学影子。凯尔森的基础规范成为一个实践黑洞,吞噬了转型法治最关键的问题,即人民行使主权所需要的代表问题。关于立宪过程,可以描述如下:

- ①为了达成宪法,人民代表召集举行立宪集会;

〔39〕 Kant(Fn.37),AA,B597.

〔40〕 Kant(Fn.37),AA,B354/A 317.

〔41〕 关于继续革命,参见陈端洪:“宪法学的知识界碑——一个政治学者和一个宪法学者关于制宪权的对话”,《开放时代》2010年第3期,第92-93页。

②人民代表代表人民主观上承诺遵守宪法；

③人民客观上依据宪法来行动。^{〔42〕}

代表既然是必要的,形而上学哲学所提供的代表就只是哲学家,一种认知型代表。但是,这还不够,还需要类似神学的政治代表,正如教会、教堂和教皇合起来成为上帝的代表一样。主权人民需要立宪代表,这一代表可将人民这一不可见的整体展现出来,代表人民从事立宪以及其他公共活动,完成从无到有的创造性事业。政治代表在立宪过程中需要具备的条件和任务包括:①政治代表只能在公共领域里行动;②政治代表不是什么规范程序,而是一种存在性的事物,它必须能够通过公开现身的存在,如宪法与法律文本,使人民意志正确地展示出来;③政治代表所代表的是作为整体的政治统一体,所以它既不等于政府官员,也不是市民社会中的代理人。即便是君王作为代表,它也只是人民的政治统一体的代表,而不再是君王自身。^{〔43〕}只有这样的人民代表,才能胜任从实然向应然的转换过程。如卢梭所言,要为人类制定法律,简直是需要神明。^{〔44〕}在立宪之前,人民需要政治代表来展现自身、塑造人民,等到立宪之后,人民代表就需要通过宪法以及法律来自我塑造。可是,既然是近乎神的事业,人类便无法一次性完成。立宪之后,社会变革频仍,政治代表身兼两任,不是简单的维护宪法秩序,而是通过不断变革来维护宪法秩序。因此,人民代表必然是一个既统一又对立的矛盾体,必须具备不断革新自我的勇气和能力。

哈特的承认规则较之凯尔森的基础规范与其说是精细,不如说对现代性的理解更为深刻。哈特意识到凯尔森的基础规范实为凌空蹈虚,所以从英国普通法实践出发。社会历史不是一次性完成的,这不符合现代性本身。哈特的两类规则范式实则暗示了转型升级的现代观:现代性是从初级现代性不断向二级现代性升级的过程。二级意味着更高一级,二级现代性是不断升级的更高级现代性的统称。对应这种现代性,原初规则就是初级现代性的法,二级规则就是二级现代性的法。在二级现代性中,原初规则所处的那种实然与应然含混不清的原初现代性状态就通过转型法则——承认规则、改变规则以及审判规则,升级为二级现代性的法律规范体系。^{〔45〕}在这个过程中,人民代表不仅是立宪代表,还是社会理性化进程的代表。

(三)政治代表 III:从阶级革命到社会主义初级阶段的改革代表

现代以来,主要有两种革命类型,一是自由独立的革命,二是社会革命。二者分别对应的是美国的独立革命和法国大革命。^{〔46〕}但是,什么是中国革命的性质,很难用单一的类型加以概括。若从独立革命来观察,只有1949年新中国成立标志着独立革命的胜利。若以社会革命

〔42〕 参见张龔:“从基础规范看现代立宪转型之道”,《南京大学法律评论》2014年秋季卷。也参见 Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, Berlin 1992, S.158—159.

〔43〕 参见(德)卡尔·施米特:《宪法学说》,刘峰译,上海人民出版社2005年版,第222页及以下。

〔44〕 卢梭,见前注〔22〕,第50页。

〔45〕 在这个意义上,哈特的二级规则实则是转型升级规则,通过这些转型升级规则,每个国家的法律在现代化进程中不断升级和优化。

〔46〕 Vgl. Ulrich K. Preuss, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Berlin 1994 S.2 ff.

来观察,新中国成立到改革开放之前,都有着明显的社会革命的迹象。但是,实践从来都不是按照理论规划的样子发展变化的。近代以来,中国的发展道路上有两个伟大的理论创新,一个是毛泽东开创的新民主主义革命论,^[47]一个是邓小平提出的社会主义初级阶段论。二者都是社会主义理论的中国化。前者创新在阶级识别上,中国革命首先是新民主主义革命,然后才是社会主义革命;后者创新在实现社会主义目标的阶段性,用不断改革的社会主义阶段论取代了无产阶级专政的不断革命论。

革命是一种例外状态,革命同法治之间有着最为紧张的关系,这充分体现在建国以来的法治建设上,而初级阶段理论极大地化解了这种宪法紧张。回顾新中国以来的宪法史,1949年的《共同纲领》是一部过渡性宪法,它以“过渡时期的总路线”为国家的总任务,内含过渡性与宪法本身的稳定性的矛盾。由于对过渡期的认知缺乏理论,解决这一矛盾就只能寄望于革命理论。所以,在为期五年的社会主义革命之后,《共同纲领》就被五四宪法所取代。五四宪法是在社会主义革命完成之后制定的宪法。但是,在稳定的秩序状态下实现从农耕社会转型为工业社会是不可能的。如何化解社会革命的需求与五四宪法确立的法律秩序之间的矛盾,五四宪法本身并没有给出答案。1978年党的十一届三中全会具有历史分水岭的法律意义,八二宪法将十一届三中全会的精神固定下来,把七五宪法和七八宪法中的无产阶级专政去掉,改回为人民民主专政。然而,如何定位改革开放后社会主义建设一时尚无明论。直到党的十三大召开,正式确立了社会主义初级阶段理论,始意味着党初步摸索到了一条化解社革命与秩序矛盾的社会主义新道路。^[48]最典型的表现就是,宪法否定了阶级剥削和反抗阶级剥削作为主要矛盾,社会主义在中国的主要矛盾是落后的生产力与人民日益增长的物质文化需要之间的矛盾。相应地,解决矛盾的办法不再是阶级革命和斗争,而是社会改革,以及为了适应和促进社会变革而应及时做出的政治体制改革。

四、转型法治的内涵及其实现的条件

(一)转型法治的内涵

过去的四十年里,中国法治建设取得了重大进步。尽管说法治建设依旧任重道远,总结法治建设成就的法理根据,无疑是今后法治建设取得进一步成功的时代理论需求。显然,改革开放以来的社会主义初级阶段的法治建设可以恰当的定义为转型法治。转型法治的基本内容包括:①转型法治表达的是一种历史理性,是对变动不居的现代生活的

[47] 新民主主义革命可以理解为在激进的社会主义革命和社会主义国家之间的一条中间道路,即在社会主义革命之前先完成反帝、反殖民和反封建的革命任务,有阶段、有步骤的实现建立社会主义国家和法治的目标。参见毛泽东:“新民主主义论”,载《毛泽东选集》(第2卷),人民出版社1992年版,第622—711页。

[48] “我们党的十三大要阐述中国社会主义是处在一个什么阶段,就是处在初级阶段,是初级阶段的社会主义。社会主义本身是共产主义的初级阶段,就是不发达的阶段。一切都要从这个实际出发,根据这个实际来制定规划。”《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第252页。

积极回应；②转型法治是以本土化改革为内涵的法治，它行使的既非绝对制宪权，也不全是宪定权，而是介于二者之间的相对制宪权；③转型法治需要一个引领方向的人民代表，人民代表既包括人大代表，还包括宪法上拥有领导权的共产党，二元代表制构成了转型法治中宪制结构的根本特征；④转型法治塑造的是一种动态平衡秩序，既要保障公共秩序的稳定性和持续性，同时还要积极实现人民对美好未来的期许；⑤转型法治并不反对形式法治，只是认为形式法治在使得法律体系自身具有自足性和独立性的同时，无法回应转型升级的任务。因此，转型法治是共产党领导下的实质法治与人大立法体制下的形式法治的统一。

（二）转型法治实现的条件

转型法治是一种历史实践类型，确保转型期最大程度地实现法治需要满足一定的条件。转型法治最主要的特点就是作为人民代表的共产党在宪法上拥有领导权，这种领导权注定了政党法治化是一种道德与法律的双重约束的规范化。国家立法机关制定的法律是具有普遍效力的规范体系，共产党当然不能自外于法治体系，但是法律制度的基本方向和基本价值决断离不开党的引领和推动。为此目的，党还需要通过党规等自律性规范，加强对自身及其成员的道德约束。因此，转型法治实现的条件就包括：①政党的自律与他律相结合；②政党与国家法律的辩证关系，整体在立法之上，每个成员又在执法之中；③政党意志的相对性。

1. 政党的他律与自律

在转型法治中，共产党作为人民代表的角色既不是革命党，也并非隐身于国法秩序中的议会政党，而是介于二者之间的改革者和执政者。一方面，党领导人民制定并带头实施法律，开启法治转型的进程，成为有别于革命党的相对制度化、规范化的政党；另一方面，这种法治转型是一种未完成时态，既定的法治框架往往会在一定方向和范围内被突破或改变，我们党则是这一过程的领导者和推动者。承担上述改革和领导功能，党需要具备一种中道性格，既有革命者的眼光与气魄，又无革命之暴戾，虽执掌权柄却能廉洁自律、依规办事。我们党用来规范自身及其成员的党规党纪，就是政党自律的重要体现。作为自律性规范，党规党纪具有强烈的道德性，首要规范的是党员的内心思想和精神活动，其实施既依靠党内制裁，也依赖于党员的道德自律。早在1938年，毛泽东提出“党内法规”概念时就曾指出：“党的纪律是带着强制性的；但同时，它又必须是建立在党员与干部的自觉性上面，决不是片面的命令主义。为此原故，从中央以至地方的领导机关，应制定一种党规，把它当作党的法纪之一部分。”^{〔49〕}

党规党纪的自律性是由共产党在转型中的义务决定的。作为转型的领导者和改革者，政党要有判断人民意志方向的政治智慧，也要具备为人民利益无私奉献的精神。相比古代立法者，现代政党通过政治协商机制和合意机制集思广益，在很大程度上解决了判断力问题。转型法治中的政党成员本身又是国家机关的组成部分，内嵌于国家机关之中。因此，单纯遵守国法

〔49〕 中共中央文献研究室、中央档案馆编：《建党以来重要文献选编（1921—1949）》（第15册），中央文献出版社2011年6月第1版，第646页。

还不够,政党还须加强自身建设,用政治纪律和道德担当来要求自己及其成员。为了防止道德自律流于主观随意,将其规范化为客观外在的党规党纪就是必然之举。党规党纪就此成为“刻印在全体党员特别是党员领导干部心上”的道德箴律。只有将国法的他律与党规党纪的自律结合起来,转型法治才称得上是法治。

2. 政党与国家法律的辩证关系

共产党作为转型法治的领导者同国家立法机关制定的法律之间是一种辩证的复合结构,党“既在立法之上、又在执法之中”。所谓在立法之上,是指党作为整体是领导型政党,是人民认知力和判断力的先锋与代表,国家权力接受党的领导,全国人民代表大会是在中国共产党领导下的最高立法机关,党的意志对于人大立法具有引领性。所谓在执法之中,是指共产党的任何一个成员,无论是党员还是领导干部都要遵守法律,受法律约束,严格按照法定权限和程序办事。简言之,党作为整体其公共意志可以在立法之上,但是,每个党内成员却在国法和党规党纪之下,必须遵纪守法。

然而,即便如此区分,“在立法之上”仍然会让人产生党凌驾于法律之上的误解。但这恰好是转型法治的特点,党的法治化是形式法治和实质法治的统一。一方面,国家法律一经制定出来,就具有确定性和可预期性,能够对人们的行为起到规范和引导作用。这既是国家法律的长处,也是其短处。在时代转型的背景下,本来具有前瞻性的法律很有可能迅速滞后过时,需要因应时势修改。政治代表适时提出修改建议,这些建议提出时往往并无法律依据,甚至与既有法律不一致。从政党领导角度看,这种不一致却并不违宪或违法,反而是党领导立法的重要体现,^[50]如十八届三中全会“提出的许多改革措施涉及现行法律规定。凡属重大改革要于法有据,需要修改法律的可以先修改法律,先立后破,有序进行。”^[51]另一方面,党可以提出与现行法律不一致的立法建议,但这些建议必须按照法定程序转化为法律规定,也就是必须符合形式法治的要求。党的意志和建议可以按照党规制定程序转化为党规,也可按照人大立法程序转化为国法。之所以需要经法定程序转化为法律规定,是因为这些建议本身并不是法律,也不能对法律直接进行修改,而是需要通过正式立法程序才能转化为国法。为此,政党需要依程序向立法机关提出立法建议,由立法机关决定是否采纳。一旦立法机关将其采纳为法律,包括共产党在内的全体人民就应当一体遵守。

3. 政党意志的相对性

转型法治是一种短频的立宪法治,宪法修改成为一种常态。自历史上第一次立宪之后,社会变革频仍,转型宪法本身已将社会变革容纳其中。社会变革不同于革命,不是推倒重来,而

[50] 参见肖金明:“法学视野下的党规学学科建设”,《法学论坛》2017年第2期,第75—78页。

[51] 参见习近平:《在中共十八届三中全会第二次全体会议上的讲话》,2013年11月12日。据统计,十八届三中全会《决定》需要贯彻实施的重要改革举措300多项改革措施中,需要“制定法律”的有10项左右;需要“修改法律(包括废止法律)”的有35项左右;需要“制定行政法规规章”的有82件左右;需要“修改行政法规规章”的有45件左右。

是在既定宪法框架下的局部调整。共产党作为人民代表既要带头遵守宪法,又要推动社会变革和宪法修改,二者都是对宪法秩序的维护。这也是党“整体在立法之上,个体在执法之中”这一原则的直接体现。与其他法律一样,宪法同样具有内容滞后的可能性。在宪法规定难以适应转型要求时,党要及时判断转型的方向和需要,代表人民提出修宪建议。但是,修宪是重大的政治活动,本身要在确定的法治框架下。比较法上看,各国对宪法修改通常有两种方式的限制。一种是程序限制,宪法修改要经过比法律更加严格的程序,如宪法修改要以 2/3 多数方可通过。另一种是内容限制,即规定宪法的某些内容不得成为宪法修改的对象,主要包括三项:一是宪法所确立的国家根本制度和原则,如《德国基本法》第 79 条规定:“对本基本法之修正案,不得影响联邦按州划分之原则,各州参与立法的原则或第 1 条和第 20 条规定的基本原则。”二是国家的领土范围,如《法国宪法》规定:“如果有损于领土完整,任何修改程序均不得开始或者继续进行。”三是政体形式,如《意大利宪法》规定:“共和政体不得成为宪法修改之对象。”

因此,在转型法治中,宪法的修改与不可修改是对立统一、不可割裂的。一方面,宪法部分内容的绝对不可修改,构成了对人民代表等政治主体的内在限制,也是“党必须在宪法和法律的范围内活动”的重要体现;另一方面,共产党作为人民代表既领导人民立宪修宪,也领导人民遵宪执宪,“在宪法法律范围内活动,做到党领导立法、保证执法、带头守法。”^[52]简言之,宪法上具有领导权的政党意志所具有的引领性和相对性,正是转型法治的本质特征的体现。

五、结 语

康德从精神哲学的高度指出,人的行为只有两种基本类型,一是判断,二是执行。^[53]相较于执行,政治判断更为重要,否则再好的执行都是南辕北辙。我国将长期处于社会主义初级阶段,这一判断所具有的历史意义已然标榜史册,同这一判断相匹配的法学理论却尚付阙如。思想史上有三种转型范式,一是从理想状态到现实状态,二是从例外状态到法律规范状态,三是从革命状态到改革状态。三种范式表明了转型的独立存在意义。当转型成为常态,法治便不再是理想形态,而是一种为了转型的制度设计,即转型法治,社会主义初级阶段的法治本质上是一种转型法治。

在转型法治中,既需要代议政府这一人民的执行代表,也需要宪法上具有领导权的政党作为人民的引导代表。现代社会变动不居,代议政府维护自己制定的法律秩序看似合乎法治,实际上难免成为保守和抵制改革的力量。政党作为引导代表的必要性就在于它能适应现代性的

[52] 习近平:“促进社会公平正义,保障人民安居乐业”(2014年1月7日),《习近平谈治国理政》(第一卷),外文出版社2014年版,第147页。

[53] “当追问,什么是习俗上好的或不好的,意味着判断原则,我按照它来判断行为的内在价值和乖戾性。当问题是,按照法则我当如何生活,则意味着执行原则。”Immanuel Kant, *Vorlesung zur Moralphilosophie* (1770er), Berlin 2004, S.56.

本质需求。转型所具有的长时段和非暴力性要求政党不再是革命者,而是改革者。改革是领导性和秩序性的统一,政党与代议政府之间的关系便是一种辩证统一关系,而不只是领导与被领导的关系。政党既在代议政府之上,领导和改革代议政府及其立法,每个党员又必须在代议政府制定的国家法律约束力之下。面对快速变动的现代社会,政党始终屹立于时代潮头,在形式法治与实质法治原则的指引下,守护着人民的福祉。

Abstract: The legal development in the era of reform and opening-up can be defined as the rule of law for transition. It means that the rule of law can be gradually realized on the base of the theory of the primary stage of socialism, which is also expressed as a state of continuous transformation and upgrading. There are three transition paradigms in the history of modern thought, in which the reforming state is identified from the exceptional state and the normative state. In the state of reform, the rule of law is no longer an ideal type, but the rule of law for transition, in which the leading political representation are necessary and outside the government system and plays an important role in leading, cognizing and bravely reforming. It constitutes the basic characteristics of the rule of law for transition that the political party leads lead parliamentary legislation but are also are subject to the laws of the state. Moreover, political party as the people's representation must practice self-discipline, achieved only through the formulation of party rules and disciplines.

Key Words: Modernity; State of Reform; Rule of Law for Transitions; Political Representation

(学术编辑:章永乐)

(技术编辑:吴蔽余)