

论双轨法治

复规范性的中国叙事

朱林方*

摘要 法治构建中的规范多元是一项普遍性的社会事实。中国法治的“复规范性”，独特之处不在于其“多元性”，而在于其顽强的“双轨性”。从历史上的礼法合治，到当代的党规国法合治，一直是两种主要规范，通过三重制度逻辑——实质价值与形式价值的传导互动、积极主体与消极主体的差序治理、示范系统与规范系统的功能耦合——运转起整个规范秩序，“双轨法治”构成了中国法治的深层结构。规范系统的双轨性来自治理结构的双轨性，古典“双轨法治”源于儒法交互的治理结构在规范上的复调表达，当代“双轨法治”源于“超政党”与“半国家”既交叉混合又相对独立的政治逻辑对规范秩序的双重塑造。居于能动地位的规范系统能否始终保持开放性是影响“双轨法治”生命力的关键。这就要求处于能动地位的规范系统，其价值谱系必须是开放的，而非封闭的，主体身份必须是流动的，而非固化的，功能系统必须是示范的，而非强制的。

关键词 复规范性 双轨法治 礼法合治 党规国法合治

一、问题的提出

当国家成为合法垄断暴力使用的惟一主体，作为“国家建构”的组成部分，法治通常被理解为是“通过法律的治理”。如庞德所言，“今天，社会控制首先是国家的职能，并通过法律来进行

* 西南政法大学行政法学院副教授。本文系国家社科基金重大项目“推动党内法规制度建设高质量发展研究”(项目编号:22AZD027)的阶段性成果。

使”。〔1〕为了抵御“国家法的中心主义”，“法律多元主义”理论应运而生。经由“法律多元主义”的合法化，非正式法、地方性法、习惯法、固有法、民间法等社会规范都被“解放”出来，获得了“法律”的身份。〔2〕“法律多元主义”成功使人们认识到，社会生活“是由相互重叠、相互补充的规则构成的一个巨大的网络”。〔3〕

可是，法律多元主义也是“麻烦制造者”。如托依布纳所言，所有的社会控制都或多或少地带有法律的性质，〔4〕因此，“用法律来指称国家法之外的各种形式的秩序规范，使得分析变得异常混乱”，〔5〕各种形式的“规范秩序似乎都变成了法律”。〔6〕因为移动了理论坐标，所有规范属性事实上都变得模糊了。“法律多元主义”努力试图摆脱“法律中心主义”，却更深地陷入了“法律中心主义”，似乎离开了“法律”这一范畴，便无从理解其他规范了。为了超越“法律多元主义”这一“自我空洞的概念”，格里夫斯等提出了“规范多元主义”(normative pluralism)作为替代。〔7〕近来，托马斯·杜斐(Thomas Duve)进一步淡化“法”范畴的实体内涵，提出了“复规范性”(multinormativity)〔8〕的新概念。

从“法律多元主义”到“规范多元主义”再到“复规范性”理论，在重构了法律概念的同时，也有助于法治观念摆脱“国家法中心主义”的束缚，法治不再被狭隘地理解为“法律之治”，而是开始被理解为是一种“规则之治”，“法治是使人类的行为服从于规则治理的事业”，〔9〕构成一国法治秩序的“规则”既包括国家法律也包括其他非国家性规范，逐渐成为关于法治的重叠共识。新的法治观一方面坚持了“法的统治”的价值理想，希望能够“奉法而治”，另一方面也能尊重其他规范，通过法律与其他规范的互动实现对社会的全面覆盖，通过有效协同调动多元主体和多元规范参与规范性秩序的构建。

具体到中国，古代中国法治的复规范性特征已经被详细呈现和反复申说，它经常被描述为一种“礼法体系”或“情理法体系”，即便在国家法律内部，也有律、例、成案、故事之别。〔10〕至于当代中国法治的复规范性，强世功提出了一种“转型法律多元主义”“空间法律多元主义”和

〔1〕 (美)罗斯科·庞德：《通过法律的社会控制》，沈宗灵译，商务印书馆2010年版，第14页。

〔2〕 参见(日)千叶正士：《法律多元》，强世功等译，中国政法大学出版社1997年版，第2页。

〔3〕 Marc Galanter, "Justice in Many Rooms: Courts, Private Ordering, and Indigenous Law," *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 19, No. 13, 1981, p. 26.

〔4〕 Gunther Teubner, "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society," in Gunther Teubner (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 13.

〔5〕 Sally Engle Merry, "Legal Pluralism," *Law and Society*, Vol. 22, No. 5, 1988, p. 879.

〔6〕 (美)布赖恩·塔玛纳哈：《一般法理学》，郑海平译，中国政法大学出版社2012年版，第214页。

〔7〕 John Griffiths, "The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology," in Michael Freeman (ed.), *Law and Sociology*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 10.

〔8〕 参见(德)托马斯·杜斐：“‘复规范性’从何谈起”，《中外法学》2019年第1期，第22页。

〔9〕 (美)朗·富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆2005年版，第124—125页。

〔10〕 参见马小红：《礼与法》，北京大学出版社2017年版，第421—446页；俞荣根、秦涛：《礼法之维》，孔学堂书局2017年版，第7—30页。

“价值法律多元主义”的理解框架；^{〔11〕}刘作翔从法律规范、党内法规、党的政策、国家政策、社会规范五个方面搭建了当代中国的规范多元主义平面；^{〔12〕}王启梁和彭小龙提出了同一性的法秩序如何协同多元规范的问题；^{〔13〕}梁治平、张中秋、黄宗智和黄文艺则指出了古典礼法体系与当代政法体系之间存在的关联。^{〔14〕}

在既有研究基础上，本文提出了“双轨法治”命题。“双轨法治”在某种意义上可以被理解为“双轨政治”在规范上的延续和表达。费孝通认为，“一个健全的、能持久的政治必须是上通下达、来往自如的双轨形式”，他将传统中国“皇权自上而下的政治轨道”与“士绅自下而上的政治轨道”的协调称为“双轨政治”。^{〔15〕}周雪光则提出了“双轨政治”当代性的问题，即中国国家治理中正式制度与非正式制度的共存并行与交替使用。^{〔16〕}“双轨法治”命题试图揭示的是：中国法治的“复规范性”，独特之处不在于其“多元性”，而在于其顽强的“双轨性”，从历史上的礼法合治，到当代的党规国法合治，在国家治理的多元规范中，一直是两种主导性规范，通过一以贯之的价值传导、主体差序、功能耦合机制，运转起整个多元主义规范秩序，“双轨法治”构成了中国法治的深层结构。

二、中国规范多元主义的演进

无论是古代中国还是当代中国，国家治理中都存在多元规范，在规范多元主义的基础上，在古代中国是礼和法的合治，在当代中国则是党规和国法的合治，构成了复规范性中国叙事的核心剧目。

（一）礼法之分合

人类文明早期，驱人群入于秩序之境的规范形态往往混沌一体，尚未分明。如庞德所言，“人们通常使用同一个词来表达宗教礼仪、伦理习惯、调整关系的传统方式、城邦立法……现在我们称为法律的这一名称，包括了社会控制的所有这些手段”。^{〔17〕}在早期中国，人们用以表达混沌一体的各种规范形态的主要范畴是礼，如钱穆所云：“礼，兼指一切政治制度，社会风俗，人心之内在，以及日常生活之现于外表，而又为当时大群体所共尊共守者。”^{〔18〕}从功能范畴来看，如《礼记》所云，从弘德正俗到定分止争，从君臣父子到治学行法，从家务到国是，从人事到

〔11〕 强世功较早发现并指出礼法体系与党规国法体系之间隐秘的延续性。参见强世功：“从行政法治到政党法治”，《中国法律评论》2016年第4期，第39—41页。

〔12〕 参见刘作翔：“当代中国的规范体系”，《中国社会科学》2019年第7期，第89—105页。

〔13〕 参见王启梁：“国家治理中的多元规范：资源与挑战”，《环球法律评论》2016年第2期，第5—19页；彭小龙：“规范多元的法治协同：基于构成性视角的观察”，《中国法学》2021年第5期，第161—181页。

〔14〕 参见梁治平：“‘礼法’探原”，《清华法学》2015年第1期，第116页；张中秋：“从礼法到政法”，《法制与社会发展》2018年第4期，第155页；黄宗智：“中国正义体系中的‘政’与‘法’”，《开放时代》2016年第6期，第146页；黄文艺：“中国政法体制的规范性原理”，《法学研究》2020年第4期，第5—8页。

〔15〕 参见费孝通：《乡土重建》，岳麓书社2012年版，第35—53页。

〔16〕 参见周雪光：“论中国官僚体制中的非正式制度”，《清华社会科学》2019年第1辑，第32—41页。

〔17〕 庞德，见前注〔1〕，第14页。

〔18〕 钱穆：《论语新解》，生活·读书·新知三联书店2011年版，第48页。

鬼神,均“非礼不行”。〔19〕从中可以得见,用礼来指称的这套社会规范系统,是当时各种活动的普遍判断标准,并具有最高的权威性。从言辞范畴来看,《尔雅》曰:“书篇或以典名,或以范名。礼篇或以法名,或以庸名,其义一也。”〔20〕夏商周时期的规范秩序实践表明,礼无法之名,却有法之实。夏商周时期规范秩序的表达显示,礼与法实际上是一物异名,礼是法,法也是礼。

礼之为治,周为典范。周王朝在整理、吸收夏商时期旧有文化传统、规范秩序的基础上,以“亲亲”“尊尊”二原则作为核心“礼义”,制定出了一套几乎无所不包的行为规范以及相应的典章制度、礼节仪式,即为“周礼”。周礼以时人共享的对祖先神的崇拜与祭祀为价值系统支撑,以扎根于诸邑先民经年的现实生活并相互融合的习俗为规范基础,而逐渐凝练为有习俗之形态、规范弥散的性质而又不乏神圣之渊源的规范系统,从而将一个宗法封建政体塑造为一个奇特的“礼仪共同体”。

然而,“郁郁乎文哉”的周礼,随着“权力代理式亲族邑制国家”的衰落而渐趋崩坏。春秋战国接连数百年的混战催生了效率导向型的治理文化,各国纷纷变法自救,废宗法封建制而为郡县官僚制,“‘法’日益取代‘礼’,成为贯彻君主意志、实现国家目标最重要的工具和手段”。〔21〕《韩非子》曰:“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也。”〔22〕如阎步克所言,刑书、法经的出现,意味着法“从那种杂糅了民俗、道德、宗教、礼乐、仪典、政制的混溶物——礼中,脱胎而出了”。〔23〕陈钟凡先生亦道,自管仲主以法治国之后,“法专就刑辟而言,遂与礼不复合辙矣”。〔24〕“弃礼而征于书”“尚法绌礼”更是表明,社会的权威,正由“礼”转移至法。概而言之,春秋之前,礼是主导性的观念和规范形态,后世所谓的法,乃出之于礼,只是礼的一个面相。法令观念兴起后,早先浑然不分的礼法开始逐渐分化,作为统一的严格他律性的行为规范的律令开始逐渐取代古礼,成为基本的社会规范形态和社会控制手段。

“一君万民”的中央集权官僚制帝国建立后,律令成为治国理政的基本手段。秦汉之法律为法家所拟定,本于法家精神。《晋书·刑法志》云:“是时其文始自魏文侯师李悝。悝撰次诸国法,著《法经》……商君受之以相秦。汉承秦制,萧何定律。”〔25〕汉廷吸取秦崩教训,奉儒家为正统,弥补“国家濡化能力”之不足。究其本意,或只不过希图以儒术缘饰霸道,但到底还是给了儒家重构“汉家法度”的可能。儒家操持朝政日多,介入法律制度日深,通过要求律令体系“与礼相应”而影响立法,通过经义折狱、撰写法律章句而主导司法,不断援礼入法。自汉开始,中经魏晋南北朝,直至隋唐,上下历数百年,到“一准乎礼”的唐律,礼法被认为演化到了完满的结合。〔26〕

所谓礼法完美结合只是说礼法在精神上实现了合流,在运行中达成了衔接,礼和法本身在

〔19〕 参见王梦鸥注译:《礼记今注今译》,新世界出版社2011年版,第3页。

〔20〕 《十三经注疏》整理委员会整理:《尔雅注疏》,北京大学出版社1999年版,第15页。

〔21〕 梁治平,见前注〔14〕,第96页。

〔22〕 《韩非子》校注组编写:《韩非子校注》(修订本),凤凰出版社2009年版,第454页。

〔23〕 阎步克:《士大夫政治演生史稿》,北京大学出版社1996年版,第171页。

〔24〕 陈钟凡:《诸子通谊》,商务印书馆1977年版,第39页。

〔25〕 〔唐〕房玄龄等:《晋书》(第3册),中华书局1974年版,第922页。

〔26〕 梁治平,见前注〔14〕,第112页。

很大程度上仍然保持为相对独立的规范系统。以唐为例,既形成了《唐律疏议》这样系统性的法典,也形成了《大唐开元礼》这样集大成的礼典。^[27]所谓“礼之所去,刑之所取”“一准乎礼”只是一种理想化的表达,事实上,出礼有的入刑,有的不入刑,甚至有的合礼也可能入刑。礼法结合的实际形态大致可以分为三类:其一,礼的系统中那些强价值性的内容,同时进入法的系统,以法的强制性制裁为后备机制,使得法成为礼的“准用性条款”;礼的系统中那些强规范性的内容,呈现为与法的规范竞合,一些行为同时既违背礼,也违犯法;礼的系统中那些强仪式性的内容,则在法律之外独立存在,继续作为范导士绅、教化人民的礼仪节文。

礼法体系与儒法国家相互支撑厉行百代而不衰,直到清朝末年,遭遇了新的“礼崩乐坏”。在“欲救中国之残局,唯有变西法一策”的“救亡图存”“西法东渐”思想主导之下,时人以当时主导性的法律哲学即法律实证主义所谓“法律”与“道德”的两分套用于传统中国之“礼”和“法”两套规范之上,认为就像“道德与法律二者不能相混”一样,“礼法不当混而为一”,于是,在经历了短暂而无力的“礼法之争”后,礼被逐出于法界之外,礼法合治的体系瓦解。^[28]民国启元,于新式律法之外,几欲重建礼制。特别是1943年,戴季陶受蒋介石之命,召集内政、外交、教育、宣传、铨叙、礼俗司、文官处等各部和各界名流专家,在重庆北碚讨论制定《中华民国礼制》,史称“北泉议礼”,但因“国事骤变,未遑公布”,或可谓重建礼法体系的最后尝试。

总之,从礼法本一物,到法自礼分化而出,再到援礼入法、礼法合治,再到礼法体系瓦解,礼和法的关系问题构成了传统中国规范多元主义的核心脉络和古典中国法治的基本主题。

(二) 党规与国法的合治

党规和法律的关系是在复杂的约束条件下具体而历史地生成的,其具体关系状态取决于国家治理体系对规范系统的需求以及党和国家两个系统的制度供给满足需求的状况和方式。

党规是政党意志的规范表达。^[29]一个政党,固然会存在依靠传统、习惯、领袖个人魅力等因素通过个别性调整实现自身建设与内部治理的情况,但普遍的、成熟的、大规模的政党组织必然走向规范性调整,即通过“规则之治”实现管党治党。

中国共产党成立后,为了更好宣告党的性质宗旨与路线纲领、更好保障党的团结统一与行动一致,陆续制定了一系列党内法规。不过,在建党初期,党内法规主要是自我指涉的,在内容上以党的纲领、党员、组织、纪律等自身建设问题为主。1927年之后,中国共产党开始陆续建立起自己的根据地和革命政权,开始面对党的组织制定的规范与政权组织通过的法律之间的关系问题,并总结了一些探索性的经验。

新中国成立后,在一段时期里,由于法律体系尚未建立起来,党规在一定程度上成为维系规范性秩序的主导力量,法律则处于附属性的地位,一些时候,党规实际上发挥着法律的作用。1949年9月,《中国人民政治协商会议共同纲领》正式宣布“废除国民党反动政府的一切压迫

[27] 法典之外礼制发展情况,可参见顾涛:《汉唐礼制因革谱》,上海书店出版社2018年版,第2—8页。

[28] 参见梁治平:《礼教与法律》,上海书店出版社2013年版,第61—79页。

[29] 本文所称党规是中国共产党规范体系的总称,既包括狭义的“党内法规”,也包括党的各类“规范性文件”。

人民的法律、法令和司法制度”。〔30〕新生的人民政权废除了旧法统,之后,又开启了一系列政治、经济、社会的改造与重建活动。在一个超大规模国家里,领导数以亿计的人民探索“画最新最美的图画”,急需一套全新并且具有高度回应性的规范体系,而刚刚诞生的国家立法机关不可能在一夕之间完成这样的法律创制任务,因此,就有了“在人民新的法律还没有系统地发布以前,应该以共产党政策以及人民政府与人民解放军所已发布的各种纲领、法律、条例、决议作依据”,〔31〕从而把党规挪用作为国家的法律渊源。

改革开放之后,法律在国家治理当中的基础性作用日益凸显,经过大力建设,逐渐形成了一套覆盖国家和社会生活各个方面的法律规范体系。党规与法律之间的关系模式也发生了相应的改变:第一,党规不再被挪用为国家法律渊源,而是逐渐回归政党规范的本色。第二,党规继续发挥着为法律的立改废释指引方向的作用,部分党规还会通过法定程序转化为国家政权意志。第三,党规和法律两套规范系统基于各自的属性作用和调整的对象领域逐渐形成功能性的分工与合作,一同为中国之治贡献规范性力量。

十八届四中全会正式开启了自觉构建党规与法律二元合治阶段。2014年10月,党的十八届四中全会通过《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》,第一次明确“党内法规体系”与“法律规范体系”都是“中国特色社会主义法治体系”的重要组成部分,同时,提出了“全面推进依法治国,必须努力形成国家法律法规和党内法规制度相辅相成、相互促进、相互保障的格局”〔32〕的二元合治目标。

党规与法律二元合治的格局已经初步形成。2011年,十一届全国人大宣布,中国特色社会主义法律体系形成。截至2021年12月,我国现行有效法律291件,行政法规和监察法规611件,地方性法规1.2万余件。〔33〕2021年7月1日,习近平总书记宣布,我们党已经“形成比较完善的党内法规体系”。〔34〕截至2022年6月,全党现行有效党内法规共3718部,其中,中央党内法规共221部,部委党内法规共170部,地方党内法规共3327部。〔35〕党的组织机构体系与党内法规体系组成了一条轨道,国家政权机构体系与国家法律体系组成了另一条轨道,两个轨道统分结合、彼此交互,成为塑造当代中国法治的核心规范系统。

〔30〕 中共中央文献研究室编:《建国以来重要文献选编(1949—1965)》(第1册),中央文献出版社1992年版,第5页。

〔31〕 中央档案馆、中共中央文献研究室编:《中共中央文件选集(1921—1949)》(第18册),中共中央党校出版社1992年版,第152页。

〔32〕 习近平:“关于《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》的说明”,《求是》2014年第21期,第21页。

〔33〕 参见陈一新:“深学笃行习近平法治思想 更好推进中国特色社会主义法治体系建设”,《求是》2022年第4期,第33页。

〔34〕 习近平:“在庆祝中国共产党成立100周年大会上的讲话”,载《人民日报》2021年7月2日,第2版。

〔35〕 参见中共中央办公厅法规局:“充分发挥依规治党的政治保障作用”,载《人民日报》2022年6月26日,第1版。

三、“双轨法治”的制度逻辑

从礼法合治到党规法律合治,两套规范体系各自的内容即“质料”发生了重大变化,但两套规范体系合治的机制即“形式”却保持了内在的一致性。

(一)制度逻辑 I:实质价值与形式价值的传导互动

作为一套规范系统,法律本身并不必然承诺特定的实质价值。因此,关于一套法律规范系统是否优异,评价标准主要是看其是否符合某些形式价值。对此最为经典的讨论,来自于法理学家富勒,富勒从一个糟糕的立法者可能的错误集合中反推出了八项形式性的原则,他称之为法律的“内在道德”:一般性、公开性、不溯及既往、清晰性、不自相矛盾、不要求不可能之事、连续性、官方行动与已公布规则的一致性。^{〔36〕} 这些标准本身都是形式性的,它们并未对法律的实质内容提出明确要求,即形式价值关心的是法律“怎么说”,而不是法律“说什么”。

然而,一个社会的法律规范系统不可能保持价值空洞状态。一个社群是由一群人组成的,但是任意的一群人并不能够形成一个社群,只有一群人的“联合”才能成为一个社群。人群之联合当然是建立在某种规范性的基础之上,在这种规范性条件之上,往往还有一整套共同的价值信念,只有这样,才能将所有成员“绑”在一起,才能形成一个真正的社群。一个社群必然基于其特定的生活方式而形成普遍看重的生活意义,进而选择和设定其基础性的实质价值谱系,并将相应的实质价值嵌入形式性的规范体系当中。因此,在法律规范这套强形式性规范系统之外,经常还会有一套承载意义的强价值性规范系统,源源不断地将价值空洞的规范体系转化为符合实质目标的规范秩序。

在古代中国的规范系统中,“礼”扮演着输出实质价值的角色。

在礼法体系中,礼是法的根据,礼承担着向法输出社群普遍看重的实质价值的功能。礼的系统要解决的是一个国家的合法性的问题,即立国之本、治国之基的问题,也就是荀子所谓的“大份”和“枢要”。律的系统必须以礼的系统为依归,不得违反礼典系统的基本原则,否则就不具有正当性。在理念上,孔子“礼乐不兴,则刑罚不中;刑罚不中,则民无所措手足”^{〔37〕}的界定即是确立礼相对于法的高阶地位。在实践中,儒家逐渐获得正统意识形态地位之后,试图重塑国家法律制度,使法律符合儒家之义理,秦汉以降数百年间的援经入律、引礼入法活动正是将礼经中的实质价值输入到律令系统当中的改造实践。董仲舒的春秋决狱、郑玄的以经注律,开启了援礼入法的进程;经过魏、晋、北魏、北齐、隋、唐的“法律儒家化”作业,到《唐律疏议》,源于对礼的价值系统之“通经致用”条款不可数计。^{〔38〕} 以上或宏阔或隐微的法律创制与变革,均是礼的价值输入到法的系统的表现。直到中华帝国晚期,“礼是法本”“准礼制刑”仍被视为是“此我国立法之大本也”。^{〔39〕}

〔36〕 富勒,见前注〔9〕,第55—107页。

〔37〕 杨伯峻译注:《论语译注》,中华书局2006年版,第150页。

〔38〕 参见梁治平,见前注〔14〕,第111页。

〔39〕 李贵连编:《沈家本年谱长编》,山东人民出版社2010年版,第221页。

在礼和法两套规范系统中,礼之所以能够成为实质价值的承载者和输出者,是因为礼被认为是更高的法,甚至是一种“天道自然法”意义上的“高级法”。礼源于祀,本是巫君事神表达敬畏的巫术活动,通过“制礼作乐”的吸纳与重建,“被全面理性和体制化,以作为社会秩序的规范准则”,^[40]更关键的是,礼“被强调是天地宇宙的普遍法规”,仍然保持一种神圣的力量和特质。如礼典中反复申明:“凡礼之大体:体天地,法四时,则阴阳,顺人情,故谓之礼。”^[41]“夫礼,天之经也,地之义也,民之行也。”^[42]“是故夫礼,必本乎天,殽于地,列于鬼神,达于丧祭射御冠昏朝聘。”^[43]“古之制礼也,经之以天地,纪之以日月,参之以三光,政教之本也。”^[44]通过如此这般“断案皆归诸天,而例证则举诸民”的天人沟通,礼不但被认为秉有民本性的实质价值,并且获得了神圣性的超验力量。因此,梁启超说,礼虽是人制,却包括了“天道自然法”的基本要素。^[45]礼上通天地鬼神,下开人世秩序,违背了礼的法律便不再具有正当性,违反礼的行为,不但违背了人间的法则,更触犯了神圣的秩序。

在当代中国的规范系统中,输出实质价值的功能主要由党规承担。

使命型政党“是一个以吸引人们归依并信奉其理念为主要目的,而非以扩大选民支持而赢得公职选举为主要目标的政党”。^[46]共产党是典型的使命型政党,基于一套终极价值而生,这套终极价值的经典描述就是消灭阶级,消灭剥削,推动生产力不断发展,最终建立共产主义,实现每个人自由而全面的发展。正是“为了一个共同的革命目标”,为了这个伟大的主义,“来自五湖四海”的我们,“走到一起来了”。在共产党和它所缔造的国家政权之间,共产党是政治价值的提供者,而国家是理性化的权力运作机器。^[47]

因此,在党规与法律之间,党的规范系统就成为塑造法律形态实质价值的输出者,党规在价值上引领法律。在根本价值问题上,党的规范系统确定了举什么旗、走什么路的根本价值选择问题,法律的发展必须在这一旗帜下和道路上前进。《党章》明确规定了中国共产党的性质、宗旨、地位和纲领,即“一个目标”“一个核心”“两个先锋队”“三个代表”。在此价值系统统率之下,《宪法》确立人民民主专政的国体和社会主义根本制度,并将“中国特色社会主义”本质特征规定为“中国共产党领导”。宪法通过与党章的规范性互文,在“人民民主专政—社会主义制度—中国特色社会主义—中国共产党领导”几个元素之间,形成了一个完整的逻辑链条,将党章所规定的根本价值基准以国家之根本法和最高法的形式确立下来。在具体价值选择上,中国共产党在不同的历史发展阶段将不同的思想理论作为自己的行动指南,而以宪法为中心的法

[40] 李泽厚:《由巫到礼 释礼归仁》,生活·读书·新知三联书店 2015 年版,第 25 页。

[41] 《礼记·丧服四制》,同前注[19],第 558 页。

[42] 《十三经注疏》整理委员会:《春秋左传正义》,北京大学出版社 1999 年版,第 1447—1448 页。

[43] 《礼记·礼运》,同前注[19],第 193 页。

[44] 《礼记·乡饮酒义》,同前注[19],第 541 页。

[45] 参见梁启超:“中国法理学发达史论”,载范忠信选编:《梁启超法学文集》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 69—119 页。

[46] 杨光斌:《政治学导论》,中国人民大学出版社 2000 年版,第 134 页。

[47] Larry Catá Backer, “The Party as Polity, The Communist Party, and the Chinese Constitutional State: A Theory of State-Party Constitutionalism,” *Journal of Chinese and Comparative Law*, Vol. 16, No. 1, 2009, p. 130.

律体系则在不同的历史时期接受、承载这些价值系统并将其转化为相应的具体法律制度。一些思想理念虽然在反复的凝练和宣教之后形成了一个看似“意识形态”的外观,但作为“问题解决的剩余物”,实际上包含的正是党和国家,因而也就是党规和法律,在不同的历史阶段面对如何建设中国特色社会主义的一系列大大小小的问题,通过诸多价值取舍而形成的复杂的价值谱系。^[48]

党规系统向法律系统输入实质价值的同时,法律系统的形式价值也会反过来嵌入到党规系统当中。使得党规系统确立了“党必须在宪法和法律的范围内活动”的“依法执政”基本原则,“模范遵守国家的法律法规”成为对党员的基本要求,“党内严格禁止用违反党章和国家法律的手段对待党员”成为党内治理的基本约束。因此,党规为法律输入核心价值与能动性,法律的刚性约束内化为政党行为的理性自觉,通过价值系统的互相嵌入使党的领导与依法治国之间形成了一种连续动态均衡。

(二)制度逻辑Ⅱ:积极主体与消极主体的差序治理

不同的道德文化模式,会塑造出不同的主体性类型。不同于西方“基于自由的主体性”,中国的道德文化模式是更倾向于“基于认同的主体性”,^[49]政治权威、道德榜样在道德伦理规范与普通道德行为者之间发挥了至关重要的制度性中介作用,榜样的示范作用是道德能够在社会中普及扩展的关键所在,通过认同权威、榜样,普通人获得对规范的理解,并形成相应的行为动机。在“基于认同的主体性”道德文化模式中,往往存在积极主体和消极主体的差别。规范的基本功能就在于指引人们行动,规范要想指引人们行动,必须给出有力的道德理由,积极主体和消极主体基于主体性的不同,据以行动的道德理由也会不同,进而形成适用于不同主体的差别性规范。

“基于认同的主体性”的道德文化模式在传统中国塑造出了君子一小人的二元差序主体类型,进而形成了分别适用于君子和小人的不同规范系统。

“君子—小人”之对举,有时指“有德无德者”之别,有时指“有位无位者”之别,且社会地位之别与道德品性之别并非总是可以截然分开,因此常需视具体语境而定,大体上,先秦儒家“大都以位而言”,宋儒以降多“以人品言”。基于儒家“德位一致”的政治理想和规范性要求,本文对君子—小人采广义理解,以君子指称君子士人,以小人指称小民庶人。在一种理想类型的意义上,君子士人被认为能够承担道义,并在决策施政中做出合乎仁义原则的判断,因此身负天命之责。^[50]庶民百姓则欠缺足够的公共性知识,没有能力介入和处理公共政治事务。基于君子和小人的差别,传“道”的任务不得不落在君子肩头,庶民百姓则成为被统率、被引导的对象。而君子必备的核心素质就是“能群”,如荀子所言:“四统者具而天下归之,夫是之谓能群。”^[51]作为积极主体的君子,要以能够示范、引领、组织、统率、照看庶民百姓作为自己的职责。

对于君子—小人两类差序主体类型,适用的规范也有所不同,所谓“由士以上则必以礼乐

[48] 参见朱林方:“中国共产党党章的百年变迁”,《学术月刊》2021年第10期,第123页。

[49] Jiwei Ci, *Moral China in the Age of Reform*, New York: Cambridge University Press, 2014, p. 95.

[50] [宋]朱熹:《四书章句集注》,中华书局2011年版,第27页。

[51] [清]王先谦:《荀子集解》,中华书局1988年版,第237页。

节之,众庶百姓则必以法数制之”〔52〕“凝士以礼,凝民以政”。〔53〕概而言之,礼的规范主要是用以约束君子士人,法的规范则主要是用以约束庶民百姓。在儒家看来,守礼就是君子人格的一部分,礼甚至被视为是君子士人的“第二本性”,正是凭借“礼”,儒家区分出君子和小人两个基本范畴。所谓“礼不下庶人,刑不上大夫”讲的即是礼与法在适用主体上的分别。如《孔子家语·五刑解》所解:冉有问于孔子曰:“先王制法,使刑不上于大夫,礼不下于庶人,然则大夫犯罪,不可以加刑;庶人之行事,不可以治于礼乎?”孔子曰:“不然。凡治君子,以礼御其心,所以属之以廉耻之节也……以刑不上大夫而大夫亦不失其罪者,教使然也。所谓‘礼不下庶人’者,以庶人遽其事而不能充礼,故不责之以备礼也。”〔54〕所谓“礼不下庶人”,是因为庶民忙于农事不可能完全按礼数进退揖让,所以应该降低要求,而不必以作为高阶规范的礼求全责备。所谓“刑不上大夫”,不是不为大夫制定刑法,或者大夫犯了罪可以免受处罚,而是大夫知礼守礼,自无须刑的制裁,倘有悖礼之行,也能知耻而主动担责,“故有赐死而亡戮辱……虽或有过,刑戮之罪不加其身者”。

不过,礼主要适用于君子、法主要适用于庶民的二元主体差序治理并非一成不变的教条。事实上,刑上大夫在秦汉之后的中央集权制下是常有之事。同时,自唐代中叶开始,尤其是自北宋以降,王朝已逐渐放弃了“礼不下庶人”的观念,开始为庶人制礼,有论者称之为“礼下庶人”或“礼仪下乡”。〔55〕

现代中国与传统中国共享“基于认同的主体性”的道德文化模式,其在当代表现为党员—群众的差序主体类型,并发展出分别适用于党员和群众的不同规范系统。

中国共产党是一个列宁主义先锋队政党。先锋队政党得以成立的政治基础就在于党员相对于群众的先进性。“对马克思来说,关键是社会阶级,而对列宁来说,关键却是政党。”〔56〕列宁发现,作为整体的无产阶级在政治上应当是最先进的,但具体到实际存在的无产阶级个体却很可能是落后的,甚至不可能单靠自己来获得阶级意识,而必须从外面灌输进去。〔57〕列宁指出,“共产党是无产阶级争取推翻资产阶级压迫的斗争的自觉代表”,〔58〕而“无产阶级的先锋队政党只有在它总是比斗争中的群众先走一步,为群众指明道路时,才能在这种种冲突中完成自己的使命”。〔59〕在无产阶级政党与无产阶级群众之间,也即在党员与群众之间,就形成了一种“觉醒/唤醒”机制,一种以先知觉后知的引领带动关系。

现行《党章》以“两个先锋队”和“三个代表”开宗明义,中国共产党正是基于其先进性、代表性而成为阶级、人民和民族的先锋队。但不同于君子—小人模式之处在于,党员只是“在前者”

〔52〕 同上注,第178页。

〔53〕 〔清〕王先谦,见前注〔51〕,第290页。

〔54〕 王盛元:《孔子家语通解》,译林出版社2014年版,第273—274页。

〔55〕 参见刘永华:《礼仪下乡》,生活·读书·新知三联书店2019年版,第9—10页。

〔56〕 (美)塞缪尔·亨廷顿:《变化社会中的政治秩序》,王冠华等译,上海人民出版社2008年版,第275页。

〔57〕 Alfred G. Meyer, *Leninism*, Cambridge: Harvard University Press, 1957, pp. 19—56.

〔58〕 《列宁选集》(第4卷),人民出版社1995年版,第216页。

〔59〕 (匈)卢卡奇:《列宁》,张翼星译,台湾远流出版公司1991年版,第51页。

而非“在上者”，党员并不凌驾于群众之上，而只是走在群众前面。此外，不同于俄苏列宁主义政党之处在于，党和人民的关系不再是单向度的，而是体现为一种“师生辩证法”，既有从群众中来又有到群众中去，既有党作为人民的老师教育引导群众，又有党作为群众的学生向群众学习。^{〔60〕}在党员与群众之间，群众被理解为消极主体，党员被理解为积极主体，但积极主体和消极主体的差序，在形成上不在是固化的，而是流动的，在内容上不再是道德性评价，而是规范性要求。

具体而言，对于党员—群众两类差序主体类型，适用的规范有所不同，主要表现为，群众以法律为规范约束，而党员除法律之外，还要受到党规约束，且“党纪严于国法”。早在1937年，在处理“黄克功案”时，毛泽东就曾指出：“共产党与红军，对于自己的党员与红军成员不能不执行比较一般平民更加严格的纪律。”^{〔61〕}党的十八届四中全会《决定》指出，“党规党纪严于国家法律”。党内法规体现了“愿望的道德”，而国家法律则体现了“义务的道德”。^{〔62〕}法律着眼于守卫底线，对所有组织和个人提出普遍的基本要求，而党内法规是在法律的基础上进行“二次调整”，对党组织和党员提出更高标准更严要求。^{〔63〕}所以，国家法律中一些可由公民自由选择的任意性规范，在党的规范中，却可能是命令性、禁止性的义务性规范，如《中国共产党纪律处分条例》将“通奸”“见危不救”“婚丧嫁娶大操大办”等法律一般不予以调整的行为也界定为违纪行为而设定相应的处分。

（三）制度逻辑Ⅲ：示范系统与规范系统的功能耦合

无论是在礼法关系研究中还是在党规法律关系研究中，都存在一种“去界分化”倾向，即模糊前后两者之间的界限。在礼法关系问题上，一些学者为了强调礼的重要性，忽视秦汉以降礼与法已经分化为两套不同的规范体系、存在迥然有别的作用逻辑的基本事实，坚持认为礼就是法。在党规法律关系问题上，也有学者无视党规与法律在制定主体、调整对象、适用范围、实施方式上的差别，或者移动法律概念的理论坐标，认为“党内法规在某种意义上也可以被理解是一种法”，或者坚持认为党规有着法律的属性，存在对党外主体的“溢出效力”，更有甚者直接认为“党内法规应当纳入法律的体系”。^{〔64〕}“去界分化”的初衷是为了摆脱“法律中心主义”，结果却更深地陷于“法律中心主义”，似乎离开了法律，便无从理解其他规范了。礼与法之所以能够厉行百代而不衰成为传统中国规范秩序的主干，党规与法律之所以能够构成中国法治独特的“二元双轨合治结构”，并不是因为它们很像法律，而恰恰是因为它们有着不同于法律且无法被法律取代的特质。^{〔65〕}

以系统论的视角来看，功能分化的社会子系统承担着各自的功能，每一个系统的功用多种

〔60〕 参见白钢：“‘四位一体’的中国与中国共产党”，载《政治经济学报》第21卷，格致出版社2021年版，第31—39页。

〔61〕 《毛泽东文集》（第2卷），人民出版社1993年版，第39页。

〔62〕 参见付子堂：“法治体系内的党内法规探析”，《中共中央党校学报》2015年第3期，第22页。

〔63〕 参见宋功德：“坚持依规治党”，《中国法学》2018年第2期，第8页。

〔64〕 参见王振民、施新洲：《中国共产党党内法规研究》，人民出版社2016年版，第2—3页；王春业：“论党内法规纳入国家法律体系”，《天津师范大学学报》2016年第5期，第56页。

〔65〕 参见朱林方：“党内法规若干基本范畴思辨”，《国家检察官学院学报》2021年第6期，第88—89页。

多样,但每一个系统都秉有独特的根本功能,可以凭此将一个系统与其他系统区别开来。^[66]“一种功能系统就是一个系统,功能独一无二、不可替代。没有哪个功能系统能够解决另一系统的核心问题”。^[67]法律系统得以成为一个系统的根本功能就在于规范化,即提供“稳定规范化预期”,而诸如“社会控制”“纠纷解决”等被认为并不是法律之为法律的独特功能,而仅仅是其功用的体现。^[68]

在礼法体系当中,虽然法律本身尚未完全分化成为一个独立的子系统,但在既有功能分化的基础上已经显现出生产“稳定的规范化预期”的倾向。法家主张不得因人而异,所谓“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”,“法不阿贵,绳不挠曲”,要求法要“一”、要有“恒”、要“有常”,反对“以文乱法,以武犯禁”等,即要求法必须统一明确、同等对待。只有在统一明确而又坚持同等对待的规范体系基础上,才能建立起稳定的预期。商鞅“徙木立信”正是借助于合法/非法、行为一后果二元编码之必然性的戏剧化呈现在社会成员之间和官民之间建立稳定的规范化预期。在当代法治中,社会更是以大规模的法律规范体系来确定不同的主体在纷繁复杂的社会情境中的期待可能性,法治秩序的建构不是建立在其对惩罚的垄断和坚持之上,而恰恰是建立在对无数期望的管理以及以恰切的规范对期望的回应之上。

礼法体系中的礼、党规国法体系中得党规当然也有提供规范化预期的功用。所谓“礼尚往来”,要求每个人都用对方对待自己的态度和方式去对待对方,有往必有来,有施必有报,从而通过在礼的两造之间课予双向性的义务而管理彼此的预期,确保预期的实现。党内法规作为管党治党的依据,当然也有“形成规范化预期”的功用,要实现对党组织和党员的行为规制,就必须为其提供可预期的期望。^[69]但更关键的是,礼法中的礼、党规国法中党规,首先是作为一种示范系统而非规范系统而存在,其根本的功能都不在于提供“稳定的规范化的预期”,而在于生产“持续的示范性的引导”,其根本目标和作用方式,都倾向于示范而非规范,教化而非命令,范导而非强制。

在礼法体系当中,与法作为规范系统确保政令统一不同,礼作为示范系统,其首要和根本的功能在于通过克己复礼实践、确保以身作则,生产持续的示范性的认同。礼,履也,其内涵不在于逻辑意义上的应当,而在于过程意义上的践履。礼是用于君子士人的规范,君子士人也是在践行礼乐的过程中成为君子士人的。所谓“克己复礼为仁”,“道之以德,齐之以礼,有耻且格”,践礼的最终目的不在社会秩序,也不是要人成为礼的傀儡,而是希望借助礼的作用,激发人的内在道德理性,成为能够为自我立法的完满自主的道德主体。作为示范系统的礼并不特别在意有形的规则,而是关注践礼的主体本身,即“以身作则”,具有示范性的道德主体本身被认为是最好的法则,安乐哲和郝大维坚持将“君子”翻译为“exemplary person”,正是为了准确传达其示范性功能。^[70]孔子所谓“一日克己复礼,天下归仁焉”,体现的正是示范系统发挥作用的方式,不是像规范系统那样要求将具体规则作用于每一个具体的人,而是如“君子之德风,

[66] 参见(德)尼克拉斯·卢曼:《法社会学》,宾凯等译,上海人民出版社2013年版,第423—426页。

[67] 胡水君:《法律的政治分析》,中国社会科学出版社2015年版,第301页。

[68] 参见杜健荣:《卢曼法社会学研究》,法律出版社2012年版,第158页。

[69] 参见张海涛:“如何理解党内法规与国家法律的关系”,《中共中央党校学报》2018年第2期,第56页。

[70] 参见(美)安乐哲、(美)郝大维:《切中伦常》,彭国翔译,中国社会科学出版社2011年版,第86页。

小人之德草，草上之风，必偃”的道德文化模式，君子士人等在上位者“克己”作为示范，引领庶民百姓跟着也“克己”，当每一个人都作到了“克己”，人们的行为就都回复到公义上了。

在党规国法体系当中，党规作为示范系统，与法作为规范系统提供规范预期不同，也并不在于“生产有约束力的政党决定”，其首要和根本功能在于，激励作为积极公民的党员全心全意为人民服务，通过不断奋斗和牺牲，生产持续的先进性的代表和示范性的引领。党通过制定并实行科学正确的路线、方针和政策，在社会各个方面各项事务中发挥组织引导、率先示范的作用。党规的核心使命就在于确保党能够成为走在时代前面的先锋，确保党员能够成为值得群众效仿的模范。毛泽东第一次提出党规概念时就明确，要“使之成为全党的模范”。〔71〕党规当然有着刚性的一面，但并不必然意味着一种外在强制，如葛兰西所言，成为党的一员实质上代表着对纪律自觉拥护，“在政党内，必然已经变成自由”。〔72〕因此，党规不是党组织强加于党员的外在约束，而毋宁是促使党员成为为人民服务之模范的自我修为。

示范系统生产“持续的示范性的引导”，规范系统提供“稳定的规范化的预期”，示范系统与规范系统，前者引领，后者追随，后者作为奠基，前者作为方向，两套系统才能在持续的互动当中实现功能上的耦合与互补。

四、“双轨法治”的深层结构

从“儒法国家”到“党建国家”，“治理结构的双轨性”与“规范系统的双轨性”的相互塑造一以贯之。如艾森斯塔特所言，中国文化总是能“将大部分内在的、结构性的和意识形态的变化……纳入儒法体系的基本前提之中，进而允许这些前提在避免根本性变化的同时，自身经历不断的重塑过程”。〔73〕

（一）“道术二分”与“儒法合流”的复调表达

在传统中国政治文化当中，关于何谓理想的政治秩序，形成了一种主导性的合法性叙事。如刘宗周所言：“古之帝王，道统与治统合而为一，故世教明而人心正，天下之所以久安长治也。及其衰也，孔、孟不得已而分道统之任，亦惟是托之空言，以留人心之一线，而功顾在万世。”〔74〕

在“道统论”的合法性叙事中，作为理想政治秩序的“治出于一”，被认为只出现在上古时期，“上古圣王”德位兼备，即以圣人而在天子之位，得以“继天立极”，内圣外王合若符契。自周公以后，圣人有德无位，内圣与外王已不复合一，治统与道统分离，进入一种有“势”而无“理”的“把持天下”状态。〔75〕“治出于二”之后，孔子为了传承三代先王之道，通过整理、传记六经，建

〔71〕 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年版，第646页。

〔72〕 中共中央编译局主编：《葛兰西文选（1916—1935）》，人民出版社1992年版，第449页。

〔73〕 （以）艾森斯塔特：《反思现代性》，旷新年等译，生活·读书·新知三联书店2006年版，第278页。

〔74〕 〔明〕刘宗周：《刘宗周全集》（第3册），浙江古籍出版社2007年版，第127页。

〔75〕 余英时：《朱熹的历史世界》，生活·读书·新知三联书店2011年版，第12—19页。

构了从伏羲、尧、舜到周公的传道脉络,“游文于六经之中,留意于仁义之际,祖述尧舜,宪章文武”,〔76〕即形成了道统的核心要旨、人物谱系和经典文献。〔77〕在分离的治统与道统之间,治统的合法性被认为依附于道统,即“道统者,治统之所在”,〔78〕从而形成了道统尊于治统、道统构建治统、道统校正治统等以道驯政的理念。而“志于道”的儒者士人,则被认为是道统的传承者与代言人。后世儒家知识分子不断通过主张天道信仰理论、君臣道义关系、经筵日讲制度、君臣共治政制和天子须守礼法等方式,孜孜不倦地持道批势、引势入道,希望将政治实践纳入政治道德的规训。〔79〕

欧阳修在《新唐书·礼乐志》序言中有一个著名的判断:“由三代而上,治出于一,而礼乐达于天下;由三代而下,治出于二,而礼乐为虚名。”〔80〕与礼崩乐坏相伴而生的,是曾经作为王官之学的礼乐之学,随着“道术为天下裂”而分散为诸子百家。

从思想发端上看,以六经为代表的礼乐之学非儒家专有,而是古代学术的总汇,矫治“礼乐”之弊是诸子共同的问题意识。六经乃古之典礼,六经同归,其旨在礼,故刘师培有“六经皆礼”之说。〔81〕陈钟凡亦称,“礼云礼云,诸夏道术之滥觞矣”“礼经者,六籍之大名,百家所由出也”。〔82〕因此,所谓诸子,实际上“同原异趣”,希图通过不同方向的努力来疗治礼制的衰颓。以老庄为首的道家,深悉礼治流变中存在的人伪之弊,从而立足于复归礼治的本根“道德”;墨子“以尊天为第一要义”,以为周礼“厚葬靡财而贫民,久服伤生而害事”,倡言夏礼,持明堂天法与“礼度德法”相抗;法家则“尚法绌礼”,并吸收名家,试图以刑名矫治礼乐虚文之弊,即“礼失而入于法,形名实为之枢”,“法术者形名之流,形名者礼教之本,从流者忘返,变本者加厉”;儒家则笃信西周政教礼制之生命力,希望能够通过损益而重建之,是故“谓儒家为礼家,儒学为礼教可也”。〔83〕

诸子之中,对后世政治法律“影响最著者”乃儒家和法家。在春秋战国数百年的混战当中,法家助力诸侯国完成了去宗法化改革,建立了郡县官僚制,形成了强大的“国家强制能力”,〔84〕最终表现为秦收拾天下,建立起大一统的中央集权帝国。所谓“百代皆行秦政法”,自秦而始的中央集权帝国的基本政治法律制度正是建立在法家的基础上。汉承秦制,但为了矫治秦政“国家濡化能力”之匮乏,提升政治统治的合法化水平,改变法家刻薄寡恩的形象,汉廷改易更化,与号称掌握“道统”的儒家合作,以儒术缘饰霸道,形成了厉行百代而不衰的“霸王道杂之”的儒法国家结构。〔85〕

〔76〕〔汉〕班固:《汉书》(第6册),中华书局1962年版,第1728页。

〔77〕参见朱汉民:“道统论探源”,《求索》2020年第1期,第73页。

〔78〕〔元〕杨维禎:“正统辩”,载张岱年主编:《中国哲学大辞典》,上海辞书出版社2010年版,第739页。

〔79〕参见吴欢:“儒家道统论中的‘驯政’思想初探”,《哈尔滨工业大学学报(社会科学版)》2013年第4期,第36—37页。

〔80〕〔宋〕欧阳修:《新唐书》,中华书局1975年版,第307页。

〔81〕刘师培:《刘申叔遗书》,江苏古籍出版社1997年版,第1543—1545页。

〔82〕陈钟凡,见前注〔24〕,第1、2、10页。

〔83〕参见顾涛:“论‘六经皆礼’说及其延伸路径”,《中国哲学史》2018年第2期,第36—39页。

〔84〕参见(美)福山:《政治秩序的起源》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2014年版,第104—115页。

〔85〕参见赵鼎新:《儒法国家:中国历史新论》,浙江大学出版社2022年版,第298—334页。

经历了周秦之际的礼崩乐坏,“礼遂与法分涂,古人道术之全,遂为天下裂”,〔86〕而在秦汉之际改易更化创造出儒家国家中,礼和法又重新回到了同一条道路上。在“阳儒阴法”的儒家国家结构当中,儒家以“道统”之担纲者自命,孜孜不倦地以“道统”规训“治统”,以“礼乐”矫治“政刑”,将儒家信奉之天道人伦义理输入到法家所奠定的政治法律基体当中去。儒家合流在规范意义上的后果就是开启了后世持续的“引礼入法”进程,并最终塑造出了“以礼率法”的规范秩序构造。

(二)“超政党”与“半国家”的交互塑造

20世纪中国革命所开创的党建国家道路,以及进而形成的“超政党”和“半国家”的党政结构,构成了党规与国法关系的基本规定性。

19世纪的中国遭遇“三千年未有之大变局”,陷入一种“总体性危机”当中,外敌入侵,有亡国灭种之虞,内乱频发,有土崩瓦解之祸,其突出表征就是一盘散沙的“低组织化状态”。为克服总体性危机,建立起现代国家,资产阶级发起了辛亥革命,希望模仿西方政党政治走向共和建国。然而,“革命的第二天”却是一次又一次的倒退复辟,以及无休无止的军阀混战。无根的模仿性政治泡沫和轮番上演的荒唐的政治闹剧甚至令当时众多知识分子因厌恶政治而倒向无政府主义的怀抱。〔87〕1917年,列宁与布尔什维克所领导的“十月革命”的胜利,让几乎已经无望的中国人突然看到了“一条顶新的道路”,开始接受马克思列宁主义的科学原理。〔88〕

1921年,中国共产党诞生。中国共产党所开创的是全面彻底的社会革命,即建立一个具有超强组织性与纪律性的政党,用政党的组织、观念与行动,将原本各自为政的地方和一盘散沙的国民组织起来、动员起来、行动起来,改造甚至重建社会各方面和各领域,从而使中国社会摆脱“低组织化状态”,克服结构性的总体危机。〔89〕在采取革命动员方式进行现代国家建设的过程中,中国共产党探索到了一条全新的政党国家建设道路。〔90〕“……人民是政党的基础,而政党是人民得以有机聚合和整体存在的内在力量与机制。这样的结构模式与现代国家建设结合,在使人民共和得以可能的同时,也使得人民建设现代国家、实现当家作主有了一个战略模式:即政党领导人民建设国家,简称党建国家。”〔91〕中国革命的实践证明了中国共产党的党建国家道路的正确性和有效性。1949年,中华人民共和国成立。中国共产党通过建立新的国家政权完成了“在分裂破碎、难御外侮的国土上创制国家”的历史使命,但是,如阿尔都塞所提醒的,无产阶级政党还肩负另一更重要也更艰难的任务,即“革命和向无阶级社会的过渡”。〔92〕

〔86〕 陈钟凡,见前注〔24〕,第45页。

〔87〕 参见戴季陶:《青年之路》,民智书局1928年版,第6—7页。

〔88〕 参见罗志田:“西方的分裂:国际风云与五四前后中国思想的演变”,《中国社会科学》1999年第3期,第22—26页。

〔89〕 参见陈明明:《在革命与现代化之间》,复旦大学出版社2015年版,第8页。

〔90〕 参见邹谠:《中国革命再阐释》,牛津大学出版社2002年版,第1—11页。

〔91〕 林尚立:“政党与国家建设”,《复旦政治学评论》2012年第2辑,第6页。

〔92〕 (法)阿尔都塞:“马基雅维利和我们”,载陈越编:《哲学与政治:阿尔都塞读本》,吉林人民出版社2003年版,第389页。

在马克思主义看来,国家的本质是阶级分化斗争不可调和的产物,是一个阶级统治和压迫另一个阶级的机关。在《国家与革命》中,列宁重申,国家不是“价值中立”的机器,国家归根结底是少数剥削阶级镇压多数劳苦大众的工具。无产阶级革命要想实现真正的彻底的社会正义,就要把消灭阶级以及废除国家作为自己的最终目标。^[93]但是,在社会主义阶段,革命发展又需要借助于国家机器,还不能消灭国家。“我们要用这个机器或者说这根棍棒去消灭一切剥削……只有到再没有发生这种情形的可能的时候,我们才会把这个机器毁掉。”^[94]因此,就必须对国家加以改造,经过改造之后的无产阶级国家“已经是过渡性质的国家,已经不是原来意义上的国家”。^[95]无产阶级国家被认为是“国家消逝的过渡形式(从国家到非国家的过渡)”,“无产阶级专政是一个国家,同时又不是一个国家”,列宁称之为“半国家”。^[96]

这便是“超政党”与“半国家”之间的政治逻辑:一方面,开创党建国家革命道路的政党体制不是在既定宪法框架下通过竞争性选举谋求执政资格的议会制政党,而是一种葛兰西所谓作为“现代君主”的先锋队性质的“超政党”。^[97]在西方,政权先于政党,在选举中获胜的政党按照既定的制度和程序来运转政府。在中国,则是一个政党领导人民通过革命打碎旧的政权,建立新的政权,政党先于政权,政党是政权的缔造者。因此,共产党不但是常规性的执政党,而且是拥有超越性地位的领导党。^[98]另一方面,在社会主义阶段,国家不会消亡,但这个国家必须是确保在无产阶级政党领导之下的“半国家”。国家机器本身包含了腐败的因子,有可能被利用败坏为少数人保护自己特权和私利的工具,因此,必须对国家加以改造。经过改造之后的“半国家”,必须始终坚持无产阶级政党的领导,从而确保国家机器不腐败变质,走向人民的对立面。^[99]

基于“超政党”与“半国家”之间的政治逻辑:一方面,政党不能代替国家,不然不能充分发挥现代国家政权体系的治理职能。所以,在社会主义初级阶段,^[100]党领导下的国家政权依然需要一套完备法律规范体系以便实现超大规模国家的常规运行和有序治理。另一方面,也不可使政党被国家捕获,“政党国家化”会导致政党日益陷入具体的行政管理事务,弱化其政党组织特征和政治领导职能。因此,必须发展出一套独立的规范系统,确保党能够始终代表社会控制国家以服务于人民。

“超政党”与“半国家”两个系统之间既相对独立又交叉混合的政治逻辑,在规范意义上的后果就是形成了党规与国法交叉衔接的规范平台,保障着党和国家两套系统形成共同进退的协奏。

[93] 参见列宁:《国家与革命》,人民出版社2015年版,第134—143页。

[94] 同上注,第144页。

[95] 列宁,见前注[93],第92页。

[96] 列宁,见前注[93],第19页。

[97] (意)葛兰西:《现代君主论》,陈越译,上海人民出版社2006年版,第23—34页。

[98] 参见景跃进、陈明明、肖滨主编:《当代中国政府与政治》,中国人民大学出版社2016年版,第14页。

[99] 参见强世功:“中国宪政模式?巴克尔对中国‘单一政党宪政国’体制的研究”,《中外法学》2012年第5期,第958页。

[100] 参见《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第252页。

五、“双轨法治”的开放性及其未来

在“双轨法治”结构当中,既要保持两套规范系统之间必要的张力,这样才能有发展的动力,也要维持两套规范系统之间的基本平衡,这样才能有发展的延续。其中,居于能动的行动者角色的规范系统,是否能够始终保持开放性,是影响“双轨法治”结构生命力的关键。

作为古典“双轨法治”结构,礼法体系在清末变法修律中遭遇了解体的命运,究其缘由,除了来自西法东渐的外部冲击,更重要的还在于其内在的原因,即开放性的丧失。

首先,实质价值僵化。“礼”的规范系统所提供的价值要求原本是开放的、双向的。一方面体现为一种相对的道德义务观,倡导通过“双向互换规范”的形式来实现彼此尊重的目的和要求,这种义务不是单向度的义务,而总是对应的乃至对等的,即所谓“两尽其道”,君以君道,臣以臣道,“君君臣臣父父子子”各尽其道。另一方面体现在礼之义既讲“尊尊”也讲“亲亲”,亲亲为质,尊尊为文,亲尊不废、仁义并举,礼秩理念是“尊尊”“亲亲”二系并列结构。然而,自汉代开始,君臣、父子、夫妻之间的双向相对道德义务开始被改造为单向绝对道德义务。宋代以后,在“以一治之”的理念下,亲亲尊尊二系并列的情理结构也日趋失衡,“尊尊”原则一元独大,“亲亲”之义渐被刊落。^[101]到了清代,礼法体系中价值系统的僵化达到极致,戴震所谓“尊者以理责卑,长者以理责幼,贵者以理责贱,虽失,谓之顺;卑者、幼者、贱者以理争之,虽得,谓之逆。人死于法,犹有怜之者;死于理,其谁怜之?”^[102]即是明证。瞿同祖先生在《中国法律与中国社会》中以清代《刑案汇览》为素材所展示的一幅“法律只问伦纪不论是非”^[103]的末世景象更是生动体现。

其次,示范功能替代。在仁、礼、法的关系上,孔子通过“释礼归仁”确立了仁的本体性地位,所谓“人而不仁,如礼何”,缘情制礼,礼以义起,仁才是一切礼制产生的基础,礼是工具,仁才是目的。同时,通过礼刑对比确立了礼相对于法的优位,即“礼乐不兴则刑罚不中”。可是,虽然儒家支持“刑罚不中,则民无所措手足”,却并不认同用法来实现礼,因为法只触及人的罪责过错之很少一部分,且以强制为手段,会使人只知避罪(“民免而无耻”),而无法发展成自主的道德主体(“有耻且格”)。引礼入法使得礼进入法的场域,借助法的强制实施,一套客观有效的礼终于实现了,但结果却是礼作为示范性系统的独特性的丧失。用法的外在刚性强制实施礼,人因害怕法律的惩戒而遵守礼,礼束缚人心的效用极大,但培养自主道德主体人格的功用却极小。^[104]礼作为示范性引领系统的功能逐渐丧失,被作为规范性系统的法吸纳,礼乐于是被认为只是“虚文”。

再次,积极主体失位。在理想意义上,君子士人作为礼法体系中的积极主体,负有照看和

[101] 参见张寿安:《十八世纪礼学考证的思想活力》,北京大学出版社2005年版,第86—106页。

[102] [清]戴震:《孟子字义疏证》,黄山书社1995年版,第161页。

[103] 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局2003年版,第48页。

[104] 参见张端穗:“仁与礼——道德自主与社会制约”,载黄俊杰主编:《中国人的宇宙观》,黄山书社2012年版,第108页。

保护消极主体即庶民百姓之义务。但是,实际上,作为土地食利者阶层和政治统治精英的组成部分,为了更多获得超额地租、持续享有徭役和赋税优免、不断强化自身正式和非正式的权威,以及巩固政治上、经济上和法律上的种种特权,君子士绅经常表现为与民争利和与民对立,以至于“士大夫(君子)与庶人(小人)的分野自周代以迄清末的三千年间一直似为社会公认的,重要的,二种对立的阶级”。^[105] 尽管也有士绅在地方社会、经济、文化乃至政治事务中发挥了重要作用,成为“保护型经纪”,但包揽钱粮、起灭词讼、假公济私、武断乡曲等利用知识阶层之特权进行利益盘剥的“掠夺型经纪”极为常见。特别是随着礼法体系价值系统的僵化与功能系统的衰败,放弃积极主体之护道责任的士绅阶层越发普遍。鲁迅先生的小说对此有极具象征意义的刻画:《祝福》中讲理学的老监生鲁四老爷,面对卫家将服丧未了的儿媳强行嫁掉的行为,贺家不为死去的兄弟立嗣反而抢夺家产的行为,也只是说了句“可恶……然而……”;《离婚》中被认为“知书达理”被寄予主持“公道”厚望的“七大人”,实际上极其昏聩、贪婪,在纠纷解决中无半分明礼弘道的作为。^[106] 向来被视为儒家礼法系统之担纲者的君子士绅,实际上放弃了维持儒家所强调的礼法秩序的主体责任。

对于当代中国的“双轨法治”而言,要想保证党规国法合治结构的开放性,就要求处于能动地位的党规系统,其价值谱系必须是开放的,而非封闭,主体身份必须是流动的,而非固化,功能系统必须是示范的,而非强制。

首先,价值谱系筛选系统应当是开放的。实质性价值输入的前提是实质性价值的筛选和凝练,中国共产党承载着这一功能。在慈继伟看来,正是“共产党在政治上的首要性,决定了善(而不是自由)在道德上的首要性具有结构上的优先性”,从而确保中国社会不会滑向“积重难返的虚无主义”。^[107] 改革开放以来,市场经济和社会分化带来了各种价值观的兴起,中国社会进入变动不居的价值多元时代,价值系统的解体与新生都是正在进行时,价值谱系尚未定型。这就要求,党规的价值谱系必须是开放的,在社会主义的基本规定性总揽之下,能够对各种各样的价值要求和利益冲突进行筛选和协调,进而输入到法律系统当中。当下党规系统中如“马克思主义中国化”“中国特色社会主义”等较为模糊的教义表达,是对有待创造的事物本身之模糊性的必然模糊表达,由模糊性所生成的开放性结构,正可吸纳需要经过党对分散甚至相互矛盾的社会利益的整合和过滤。

其次,积极主体的身份获得应当是流动的。主体身份的流动性要求在党员与群众关系的问题上必须坚持“师生辩证法”的逻辑,人民的主体性需要党的主体性加以激发,而党的主体性通过激发人民的主体性得以实现,党员和群众不是具有恒常不变属性的固定身份,而是以自我实践改造着世界和自身的实践主体,需要在互为师生、教学相长、学习共进的辩证往复中相互成就。主体身份的流动性也意味着,群众中愿意为人民服务的先进分子,承认党的纲领和章程,符合吸纳党员的条件和资格,经过党组织批准和考察,能够成为党员;一名党员,无法发挥

[105] 瞿同祖,见前注[103],第149页。

[106] 参见鲁迅:《彷徨》,译林出版社2013年版,第1—19、146—156页;赵晓力:“祥林嫂的问题”,载吴飞主编:《神圣的家》,宗教文化出版社2014年版,第173—180页。

[107] See Ci, supra note 49, p. 220.

模范带头作用,反而违反党纪,丧失党性,会被开除党籍,重新接受人民群众的再教育。作为积极主体,党员身份不是特权,而是责任,是一个需要付出巨大努力甚至牺牲并终生进行的自我完善过程。成为这样的积极主体,意味着不但需要模范遵守国家法律,而且要以党内法规的高标准和严要求作为自我约束。政党对于自己的成员,也只有勇于自我革命,敢于刀刃向内、刮骨疗毒和壮士断腕,才能确保持续的先进性和高度的纯洁性。

再次,示范系统的功能定位应当是引领的。党规首先是作为一个示范性系统而存在,而国法则作为一个规范性系统在运行,一个提供“持续的示范性的引领”,一个生产“稳定的规范化的预期”,基于此,党规系统与国法系统才能够形成结构性的功能耦合。早在1938年,毛泽东首次提出“党规”概念时就指出,党的纪律“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”。^[108] 如果党规的实施不是依靠党的组织性力量,而是依靠国家强制力,政党和政党组织的独立性和自主性就不存在了。如果像一些学者建议的那样,赋予党规以法律的属性,或者将党规纳入法律的范围,就像礼的独特价值曾被法吸纳和取消一样,必然使得党规作为示范性引领系统丧失其独特价值。党员对党规的遵守也不再是出于全心全意为人民服务的理想和信念,而是出于符合“合法/非法”的二元符码,党规将无法发挥塑造具有模范带头作用的先进性团体的激发功能。

六、结 论

理论的要旨不在于给出一个判断,而在于绘出一幅图景,一幅揭示事物不同方面之间的隐性联系,并能够据此建立对未未来之更多想象的图景。“双轨法治”便是本文所绘制的理解中国法治的内在图景。通过“深度比勘”的历史社会科学方法论,基于中国法治实践的历史事实集合,文章绘制出了“双轨法治”理论图景的四个维度。

故事。传统中国不止礼和法两套规范系统,亦有家法族规、宗教戒律、行业规章、社会惯例。当代中国也不止党规与国法两套规范系统,还有行业准则、乡规民约、技术标准、社会组织内部规章,以及作为礼法之遗留物的礼俗与习惯,乃至作为新兴规范的代码和算法。然而,在规范多元主义的普遍事实之上,两套主导性的规范体系——在古代中国是礼和法,在当代中国则是党规和国法——所形成的互动结构,构成了复规范性中国叙事的核心剧目。

机制。所有的秩序都根源于“相同事物不断的重复出现”。从历史上的礼法合治,到当代的党规国法合治,古今规范体系的实质内容发生了革命性的转变,而规范体系的形式机制却保持了内在的一致性。“双轨法治”的运行,端赖于两套差别性的规范系统在长期演化过程中累积地形成的三重制度逻辑,即积极主体与消极主体的差序治理机制、实质价值与形式价值的传导互动机制、示范系统与规范系统的功能耦合机制,成功调动了复合价值、多元主体和多重功能参与规范秩序的构建。

结构。“双轨法治”的深层结构源于治理结构的双轨性,古典“双轨法治”源于道统与治统的二分,以及儒家与法家在治理系统中的交互,儒法国家的治理结构在规范意义上的后果就是

[108] 中共中央文献研究室等,见前注[71],第646页。

开启了持续的“引礼入法”进程,并最终形成“以礼率法”的规范秩序构造。当代“双轨法治”源于先锋队性质的列宁主义政党与理性化的国家机器之间复杂的交互,“超政党”与“半国家”之间既交叉混合又相对独立的政治逻辑,塑造了党规与国法二元合治的规范秩序。

趋势。礼的系统 and 党规系统在“双轨法治”中分别扮演着“能动者”的角色,激发积极主体参与差序治理,向规范系统输入实质价值,并确保相对于后者的示范引领地位,使整个规范秩序运转起来,实现了“风行草偃”的合治效果。能动的行动者在“双轨法治”运转过程当中,可以根据相应的时空语境,通过“意义沟通—价值选择—制度重构”的变革机制,调整多元规范之间的关系、结构和功能,从而生成相应的规范秩序。因此,居于能动者角色的规范系统,是否能够始终保持开放性,是影响“双轨法治”结构生命力的关键。作为一种“差序格局”的政治构造,“双轨法治”不是一个一劳永逸的本质化了的结构,无法以“自我指涉”的方式获得证成,而是一个需要“反复逼近的方案”,需要居于能动地位的行动者通过可信承诺及其不断践履方能获得可持续的正当性。就像礼法系统只有通过“礼失求诸野”的反身过程才能找回“民之所本”一样,党规国法系统也只有通过“群众路线”的反复逼近,才能为“四分五裂的人民”创造出“共同的表面”,从而为“公共善”的呈现创造可能。

Abstract: Normative pluralism in the rule of law is a universal social fact. The uniqueness of China's "multi-normativity" lies not in its "diversity", but in its tenacious "dual-track nature". From the historical rule of rites and laws to the contemporary rule of Party regulations and laws, China's normative order has consistently demonstrated a dual track operating logic. "Dual-track rule of law" is the inner vision for understanding the rule of law in China. On the basis of normative pluralism, the two dominant normative systems activate the entire normative order through the conductive interaction of substantive and formal values, the differential governance of active and negative subjects, and the functional coupling of the exemplary system and the normative system. The deep root of the "dual-track rule of law" lies in the dual-track nature of the governance structure. The classical "dual-track rule of law" derives from the polyphonic expression of the governance system between Confucianism and Legalism. The contemporary "dual-track rule of law" originates from the dual shaping of the normative order by the intersecting but relatively independent political structure between the "super-party" and "semi-state". The openness of the normative system that plays an active role in the "dual-track rule of law" is the key to the vitality of the "dual-track rule of law". The openness of the "dual-track rule of law" means that the value spectrum of the dynamic normative system must be open rather than closed, its subject identity must be fluid rather than solid, and its functional system must be exemplary rather than coercive.

Key Words: Multi-normativity; Dual-track Rule of Law; Rule of Rites and Laws; Rule of Party Regulations and Laws

(责任编辑:章永乐)