

当代中国法治话语体系的构建

顾培东^{*}

内容提要：近十余年来，社会各方面对中国法治的应有形态及理想图景认识出现了一定分歧。形成这种分歧的实质原因是，在“什么是法治”的问题上，人们更多地受到西方自由主义法治理论的影响。自由主义法治理论所建构的法治模式以及所描绘的法治的某些特征，一定程度上已成为人们对于法治的深刻记忆，并成为认知和评判我国法治现实的依据。为此，应当在充分揭示和深刻认知自由主义法治理论乖谬的基础上，加强我国法治意识形态的自主化建设，以社会主义法治理念为基础构建中国特色法治话语体系。在此过程中，应注重社会主义法治理念与法学传统理论及知识谱系的对接，把社会主义法治理念转化或体现为具体的法律思想、法学理论、法律原理、法律文化、法律知识以及法律思维，藉以确立社会主义法治理念作为我国法治的“元理论”和“元知识”的权威地位。

关键词：法治意识形态 社会主义法治理念 法治话语体系 法学理论

一、引言

进入 21 世纪后，我国法治意识形态领域的局面变得日益复杂。上世纪 80 年代前后建立的“要法治不要人治”的朴素共识，已经不足以成为新的历史时期中融通人们不同法治主张的理念基础。随着我国法治进程的不断推进，特别是法治建设中自主性意识的强化以及本土性特征的逐步明显，社会各方面对中国法治的应有形态以及中国法治的理想图景究竟是什么，认识上出现了一定的分歧。这些分歧常常潜隐在对一些具体问题的讨论之中，但就实质而言，分歧的主线在于：是趋从西方某些法治理论所倡导的法治模式，还是坚持走中国特色自创性、自主性法治道路；在此问题上的不同主张，又进一步引发了对中国是否仍在（会）走法治道路的质疑。

社会主义法治理念的提出及其内涵的确定，表明了决策层对中国法治建设的基本立场，表达了决策层对中国特色社会主义法治的认识与诠释，同时也是对中国是否坚持走法治道路以及走什么样的法治道路的明确回应。然而，任何法治理念的提出，无论基于什么样的威权，都不可能象

* 四川大学法学院教授。

本文写作过程中，兰州大学教师申伟提供了资料方面的支持及许多有益的建议；李鑫、刘铖对本文亦有贡献。在此谨致谢意。

法律制度那样产生“令出即从”的效果。特别是在西方某些法治理论所建构的法治模式或对法治某些特性的描绘已经在一定程度上固化为人们对于法治社会的基本想象的背景下，社会主义法治理念要在全社会得以确立，不仅要进一步取得社会成员在理论和经验上的广泛理解与感知，在更大范围和更高程度上获得社会成员的普遍认同，而且全社会各方面对西方某些法治理论所推崇的法治观亦应有深刻的反思和充分的省察。

进一步看，在我国法治意识形态建设中，法治话语体系的构建显得十分重要。一方面，社会主义法治理念作为中国法治的“元理论”和“元知识”，只有转化为或体现于具体的法律思想、法学理论、法律原理、法律文化、法律知识以及法律思维，亦即形成具有中国特色的法治话语体系，才能够实际成为指导法治实践的理念，避免成为一种飘悬的政治倡导。另一方面，社会主义法治理念只有被置放或还原到法治话语之中，与法学理论传统和知识谱系形成对接，才能够获得必要的理论和知识支持。不仅如此，只有通过法治话语体系的构建，才可能为社会主义法治理念开放出必要的理论研究和学术讨论的空间，藉此与其他各种法治理念进行一场没有缺席的对话与交锋，并在这种对话和交锋中显示社会主义法治理念的理性力量。因此，以社会主义法治理念为基础，构建中国特色法治话语体系，应当成为当下我国法治意识形态建设的现实任务和重要主题。

二、域外法治意识形态在我国法治领域的深刻影响

从上世纪50年代公开的“全面苏化”，到始于上世纪80年代并延续至今的对西方法治思想和法治理论的隐性趋从，域外法治意识形态事实上浸染于我国法治建设的整个过程之中，并不同程度地对我国法治建设的内容及进程产生实质性影响。

有关苏联法治意识形态对我国法治的影响，近些年国内学者已有较多的分析和论证。^{〔1〕}全面学习和继受苏联法律思想和法学理论（包括国家与法的基础理论以及各部门法理论）是新中国法制创始的基本思路 and 重要决策，苏联法治意识形态对我国法治的重要影响也是不争的事实。概括地说，这种影响的具体方式和渠道主要有：（1）苏联的各种法学著述在我国全面译介。上世纪50年代，我国翻译出版苏联法学书著达165种，^{〔2〕}通过这些书著的翻译出版，苏联的法律思想和法学理论被广泛引入我国。（2）苏联法学教材或苏联专家的讲义成为我国法律教育的主要载体。1951年教育部制定的《法学院法律系课程草案》明确规定“以苏联法学教材及著述为讲授的主要参考资料”，^{〔3〕}为此，教育部专门制定了《关于翻译苏联高等学校教材的暂行规定》，对高校系统翻译苏联各种法学材料作出要求和安排。^{〔4〕}1953年教育部推出的统一法学课程中，绝大多数科目为苏联法学及法律制度。^{〔5〕}（3）苏联法学专家来华传授法学理论和法制经验。据不完全统计，从1949年到1960年，共有35位苏联法学专家，先后受聘于全国人大常委会法案委员会、最高人民法院、政法委员会、司法部、外交部以及中国人民大学等单位，分别充任法制工作顾问或讲授相关的法学课程。^{〔6〕}（4）我国派遣留学生到苏联学习法律。上世纪50年代，我国

〔1〕 参见陈甦主编：《当代中国法学研究》，中国社会科学出版社2009年版，第13页以下；蔡定剑：《关于苏联法对中国法制建设的影响》，《法学》1999年第3期；《苏联俄罗斯法学与中国法学学术研讨会纪要》，《法学研究》2001年第5期；孙光妍、于逸生：《苏联法影响中国法制发展进程之回顾》，《法学研究》2003年第1期。

〔2〕 参见张友渔主编：《中国法学四十年》，上海人民出版社1989年版，第5页。

〔3〕 参见《中国教育年鉴1949—1981》，中国大百科全书出版社1984年版，第266页。

〔4〕 参见顾明远：《中国教育的文化基础》，山西教育出版社2004年版，第249页。

〔5〕 参见王人博：《初创与奠基：张晋藩先生两部早期著作的价值》，载朱勇主编：《〈崇德会典〉·〈户部则例〉及其他》，法律出版社2003年版。

〔6〕 参见唐仕春：《建国初期来华苏联法学专家的群体考察》，《环球法律评论》2010年第5期。

先后派遣 86 名法学留学生，分别就读于莫斯科大学、列宁格勒大学等著名院校，〔7〕这批留学生回国后把苏联的法律思想和法学理论带回中国，并成为新中国第一代法制人材的中坚力量。（5）建立以传播苏联法学为宗旨的教育基地。中央人民政府在《关于成立中国人民大学的决定》中明确提出：“人民大学的任务是接受苏联先进的建设经验，有计划、有步骤地培养新国家的各种建设干部。”据此，人民大学成为引进苏联模式和苏联学说思想的大本营。在法学方面，人民大学事实上成为我国法学教育的“工作母机”：人民大学的教师和学生由苏联法学专家培训；人民大学的学生到各地高校任教；其他各院校的教师到人民大学进修；人民大学出版的各种教材和讲义广泛流传至其他各院校及法律实务部门。总体上看，苏联法治意识形态的这种影响是全域性的，前述几个方面清晰地表明了苏联法治意识形态在我国曾经有过的作用和地位。

在本文主题和语境下谈及苏联法治意识形态对我国的影响，或许应当明确：第一，苏联法治意识形态为我国在社会主义条件下选择法治道路，并具体开展法制建设提供了初步的认识引导和直接示范，对新中国法制的创始产生了不容忽略的促进和推动作用。第二，苏联法治意识形态事实上存在着严重缺陷，特别是国家与法权理论，产生于残酷的阶级斗争和党内政治斗争背景，因而相关的理论和知识体系中缺少对社会成员权利的基本尊重，更缺少对国家权力的应有限制和必要约束。苏联法治意识形态的这些消极因素对我国法制乃至政治生态也产生了一定的负面影响。〔8〕第三，苏联法治意识形态在我国至今仍然保持着重要的影响。尽管上世纪 60 年代出现了中苏交恶的事实，但苏联法治理论的影响并未因此而绝迹。及至“文革”后重启法制进程，苏联法治意识形态在我国再度受到重视。深受苏联法律思想和法学理论熏陶的我国老一辈法学家发挥着前所未有的作用，而新一代法学人才也在接受苏联法学理论和法律知识教育的过程中完成了法治理论的启蒙。以苏联法学教材为蓝本的法学各学科的“统编教材”则使苏联法治意识形态在我国得到进一步广泛传播与扩散。今天，我国法学基础理论的结构与体例、法的定义、刑法中犯罪构成理论、司法制度特别是检察制度理论等，依然明显地保留着苏联法学理论的痕迹与烙印。

自上世纪 80 年代中期起，随着我国对外开放的加快，特别是随着西方文化大规模地传入，西方法治意识形态在我国法治领域的影响日渐形成，并不断强化。迄至今天，西方某些法治理论所描绘的法治状态已成为很多人对于法治社会的基本想象，从而也成为人们向往或追求的一种社会理想；对西方法治理论所推崇的某些原则的接受，很大程度上代替了人们对我国法治应有机理以及法治实际运作规律的思考与理解；西方各种法治理论或学说成为人们分析和论述理论问题以及考量与评价社会现象的重要理据与判准；西方各种法学著述和文献已成为当代中国法学的重要理论和知识资源；接受西方法学理论的训练则成为当代中国法学人乃至法律人所必不可少的经历，对西方法治理论和知识的掌握与了解亦成为体现或衡量法学人学术功底和理论素养的重要标准与尺度。虽然尚不能说西方法律思想和法学理论对我国法治意识形态具有潜在的主宰地位，但西方法治意识形态在我国法治领域中的影响无疑是较为深刻的。

毫无疑问，在西方国家法治实践先行、法治理论先存的格局下，在中西方文化交流和传播的壁垒与藩篱已经打破和拆除的条件下，在美国等西方国家作为人类历史上较为成熟的法治国家这一事实已得到普遍认同的背景下，在我国法治仍处于创始阶段，法治理论、法律文化和法学知识

〔7〕 参见於海梅：《新中国移植苏联法学教育之反思——论法学教育的移植与法制现代化》，《伊犁教育学院学报》2004 年第 3 期。

〔8〕 人们通常认为，“文化大革命”以否定法治为前提，是对法治的“疯狂践踏”。但“文化大革命”的产生很难撇开其与苏联国家与法权理论的某种联系。“文化大革命”与上世纪 30 年代苏联所发生的“大清洗”有一定的理论上的同源性，苏联的“电话法律”（Telephone Law，指党政官员通过电话指令法官如何判案）与存在于我国的“领导批示办案”似乎也有某种相同的文化基因。

资源相对匮乏的情况下,大量吸收和汲取西方法治理论、法律文化和法学知识以及这些理论、文化及知识在我国的广泛传播,不仅难以避免,而且有一定的必要性和积极意义。从当今世界文化交流与传播的趋势看,即便在将来,这种状态也不会有根本性改变。但需要自省的是,在浩瀚的西方法治思想文化资源中,我们主要汲取了什么?或者说,西方法治思想文化对我国法治意识形态影响最大、最为深刻的因素是什么?

本文认为,近几十年来,在我国法治意识形态领域中影响最大亦最为深刻的西方法治思想文化是自由主义法治理论。“自由主义法治理论”虽然不是一个十分明确的约定俗成的学说概念,但在很多西方著述中,它以著述者和阅读者的共同会意而被识别和认知。^{〔9〕}自由主义是以美国为典型的西方资本主义国家的主流意识形态,“自由主义与资本主义之间的联系直接而紧密”。^{〔10〕}资本主义法治的兴起建立在自由主义传统之上,“自由主义法律哲学一个至关重要的要素就是这样的原则:每一个社会都应该依据法治运作。它对法治的信奉起源于17世纪现代自由主义的诞生”。^{〔11〕}自由主义法治是美国等西方国家公开推崇并向后起法治国家推行的法治形态,大致可以代表西方国家所倡导的主流法治意识形态。从理论渊源及内涵看,自由主义法治理论主要是由西方自然法学派率先主张,并经分析实证主义法学派(以及形式主义法学)改造和发展而形成的一整套法治理论(20世纪以来,新自然法学派和新分析法学派又对这一理论作了进一步的修正与调适)。^{〔12〕}自由主义法治理论通过对法治的若干要素或特征的直接或间接的强调,刻画了一个极为理想化的法治模式,为人们描绘了一个极度完美的法治图景:(1)法律在全社会具有至高无上的权威。所有社会活动、社会行为及各种权力或利益关系都由明确的法律规范加以规制和调节,或都受制于法律的界定和约束,即“一切皆有法”、“一切皆依法”。(2)法律中蕴含着自由、民主、平等、公正、安全、秩序、效率、福利等人类社会所追求的各种价值或善品;只要法律得以施行,这些价值或善品就能够很好地得到实现。(3)法律是一套概念清晰、表意明确、逻辑一致、恒常稳定的普遍性规范,不存在认识或理解上的分歧与偏误,并且能够为全体社会成员普遍遵循。(4)以国家立法、司法以及行政权力分立为基础而形成的独立的司法,能够有效地保证法律的施行;独立于外部各种社会力量的法官具有优良的品质和高度的智慧,从而能够忠实地履行实施法律的神圣职责。(5)所有的社会争议和纠纷,包括各种政治权力或利益冲突,都应当并且

〔9〕 参见〔美〕安德鲁·奥尔特曼:《批判法学——一个自由主义的批评》,信春鹰、杨晓峰译,中国政法大学出版社2009年版;〔美〕布雷恩·Z.塔玛纳哈:《论法治——历史、政治和理论》,李桂林译,武汉大学出版社2010年版。

〔10〕 同上引,塔玛纳哈书,第56页。

〔11〕 前引〔9〕,奥尔特曼书,第5页。

〔12〕 我国法学理论通常把自然法学与分析实证主义法学看成是对立的理论流派,但事实上,分析实证主义法学是自然法学发展的逻辑结果,两者间具有内在的连续性与本质的相通性。当倡导自然法学的启蒙主义思想家把理性和科学运用于法治领域时,实际上就已经为分析实证主义法学把法治的各种元素显性化、确定化甚至极端性地固化埋下了伏笔。在启蒙运动以理理解放瓦解宗教禁锢之后,理性替代宗教承担起规定人类法律的意涵以及为人类法律提供正当化根基这一任务。而启蒙运动所高扬的理性,核心是主导近代西方的科学和科学主义,这种理性体现在法律领域,则是对系统化的法律、条理性的文本、刚性稳定的规则以及严谨刻板的程序的偏重和追求,这就为分析实证主义有关“法的实证化”的努力造就了前提。分析实证主义法学同样秉承了启蒙以来的理性或者科学主义精神,但却以极端化的方式来推进“法的实证化”(典型例证是“恶法亦法”的命题),试图以此固化自然法学的精神。在分析实证主义法学所建构的理想王国中,自然法学所推崇的理性以及法治的其他各种价值通过法治的诸种形式要素而自然得到表达和生成,而对理性和法治价值的追求则转换为对法治形式要素的严格遵奉。有关自然法学与实证主义法学之间的联系及一致性,可参见刘扬:《道德、法律、守法义务之间的系统性理论——自然法学说与法律实证主义关系透视》,《法学研究》2010年第2期。关于自启蒙以来而兴起的理性特别是科学或者科技理性在西方法律演进中意义的分析,参见〔美〕罗杰·伯科维茨:《科学的馈赠——现代法律是如何演变为实在法的》,田夫、徐丽丽译,法律出版社2011年版,第13页,第15页及第20页以下。关于理性或科技理性对西方法律影响的重大后果之一即法的实证化,参见〔德〕鲁曼:《社会中的法》,李君韬译,台湾五南图书出版公司2009年版,第64页以下。

能够进入司法程序，通过司法手段得到解决。(6) 法律实施过程，尤其是司法过程是一个自证、自洽的封闭过程，审判就如同“自动售货机”运作，一边输入法条和事实，一边输出正确的裁决。自由主义法治理论还认为，这一法治图景代表了人类的共同社会理想，因而前述各要素或特征构成了普适于一切国度的法治标准，是任何实行法治的国家都必须依循的模式。

正是自由主义法治理论所讲述的这一神圣而动人的法治故事，在感动过无数西方民众后，^[13]又再度感染了当代中国人，使很多中国人对自由主义法治理论所描述的法治形成了强烈的向往。与之相联系，西方国家的法治常常被人们认知为自由主义法治理论的现实形态或实践样本；西方各种法治理论（即便是与自由主义法治理论在某些方面相左的理论）也由此获得了相应的话语权威。不仅如此，自由主义法治理论所描述的法治模式还往往成为人们构想中国法治图景和评判中国法治现实的基准和依据，而中国法治现实与这种“图景”以及“基准”、“依据”的差异与距离，则成为影响当代中国人对于中国走法治道路信心的重要因素。因此，现实地看，当下域外法治意识形态在我国法治领域的深刻影响，并不体现于域外法学理论、法律文化及法学知识在我国广泛传播和利用的表象，更重要的还在于西方自由主义法治理论所塑造的“标准法治模式”在我国的实际影响力以及依附其上的西方法治意识形态在我国潜在的话语权威。

三、自由主义法治理论为什么不足为信

无论从人类法治发展的历史事实，还是从中国法治建设的实际要求看，自由主义法治理论都是一种不足为信的意识形态。

(一) 自由主义法治理论是对法治的虚幻化认识

自由主义法治理论体现了人类对法治理想的积极追求，其某些方面在对抗封建专制、引导人们对法治的向往以及型塑现代资产阶级法治的过程中发挥过积极作用。然而就本质而言，自由主义法治理论仍然是西方思想家和理论家们对于资本主义法治乃至政治秩序的一种浪漫化的想象和理想化的描述，相比于法治运行的实际要求和真实状态，自由主义法治理论只是对法治这一社会现象或社会实践的虚幻化认识。即便从应然意义上看，自由主义法治理论对法治各要素或特征的描述以及刻画法治的各种命题，都无法经受事实经验与实践逻辑的检验与挑战。

第一，虽然法治社会中法律应覆盖社会生活的主要过程，但社会生活中有很多活动与行为不可能用法律加以规制和调节，或者不需要用法律加以规制和调节。“法律的统治”的范围永远是有了一定限度的。一方面，“并没有什么法律规范能够总揽无遗甚至能够包括各种各样的、只是有可能产生的情况。人类的预见力还没有完善到可以可靠地预告一切可能产生的事这种程度，况且，人类所使用的语言也还没有完善到可以绝对明确地表达一切立法意图的境界”，^[14]并且，“社会变化，从典型意义上讲，要比法律变化快”。^[15]另一方面，任何社会都无法排斥也不会放弃道德、宗教以及其他社会规范对人们社会行为的引导和规范作用，亦无法逾越由法律自身特性所决定的法律适用范围的局限。因此，即便在成熟的法治国家，“在众多用来塑造我们生活的道

[13] 参见前引 [9]，奥尔特曼书，“序言”。

[14] [英] 彼得·斯坦、[英] 约翰·香德：《西方社会的法律价值》，王献平译，中国人民公安大学出版社 1990 年版，第 4 页。参见 [美] 约翰·道森：《法官的任务》，载 [美] 哈罗德·伯尔曼编：《美国法律讲话》，陈若桓译，生活·读书·新知三联书店 1988 年版，第 20 页以下。

[15] Harry W. Jones, *The Creative Power and Function of Law in Historical Perspective*, 17 *Vanderbilt Law Review* 135, 139 (1963), 转引自 [美] E·博登海默，《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社 2004 年版，第 419 页。

德的文化制度中，法律只是其中的一员”。〔16〕

第二，法律的确切性、普遍性、强制性、稳定性等属性都是在有限且相对意义上得到承认的。这不仅是因为法律的确切性问题从来都是法治实践所面临的难题，从而也是法理学中异见纷呈的论题，〔17〕也因为这些属性同时也在一定程度上限制了法律积极功能的全面发挥：普遍性排斥了对个殊性的考虑，确切性限制了法律的容量和适用的边际，强制性消解了社会生活过程中必要妥协的意义，稳定性则凸显了法律与现实之间的距离。

第三，以“三权分立”为基础的司法独立只是政治建构中的一种假想。从原理看，司法独立的理论“有违国家主权原则”，〔18〕因为司法是一种政治装置，是国家政权的附属物。〔19〕从实践看，西方国家的司法从来都没有摆脱过政治势力的实质性影响，司法过程中潜含着政治意识形态的作用，〔20〕法院的判决与政治意识形态具有不同程度的关联，司法人员的遴选以及司法组织的构建也在很大程度上决定于政治势力。〔21〕从基本逻辑看，当政治问题司法解决成为西方国家政治制度的一种设置时，司法独立于政治的基础就已经从根本上发生了动摇。〔22〕至于自由主义法治理论对法官独立且公正无私、富有睿智卓识等角色特征的描述，更是一种理论虚构。自由主义法治理论中的法官，实际上是一种非人格化的抽象符号，〔23〕“否认身为法官的个人在场”，〔24〕以至于现实主义法学代表人物弗兰克不得不提出“法官是人吗”这一颠覆性的质疑。〔25〕

第四，并不是所有的社会纠纷都通过司法手段解决，原因是：（1）很多社会纠纷并不适于司法手段解决。美国学者考默萨认为在“人数众多，问题复杂”的情况下，司法很难在多种具有不同合理性但又彼此冲突的复杂诉求中寻求恰当的处理方式。〔26〕庞德也很早注意到司法手段自身的局限。〔27〕（2）大量的社会纠纷无需司法手段解决，或者运用其他手段更容易得到解决。即使

〔16〕 前引〔9〕，奥尔特曼书，“序言”。

〔17〕 在法律的确切性问题上，各种理论能够达成的最大共识仅限于“可预测性”，参见前引〔9〕，塔玛纳哈书，第114页。

〔18〕 参见〔美〕马丁·夏皮罗：《法院：比较法和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社2005年版。

〔19〕 参见〔美〕欧文·费斯：《如法所能》，师帅译，中国政法大学出版社2008年版，第68页，第71页；〔美〕米尔伊安·R.达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔》，郑戈译，中国政法大学出版社2004年版。

〔20〕 美国学者克洛斯关于法官政治倾向在巡回法院判决结果中所起作用的研究指出：虽然意识形态不是左右判决结果的唯一因素，但是，“研究结果是相当一致的，那就是意识形态确实起到了作用，也具有统计学上的显著性”，“紧随法律之后，对巡回法院判决最具有影响力的因素是意识形态”。参见〔美〕弗兰克·克洛斯：《美国联邦上诉法院的裁判之道》，曹斐译，北京大学出版社2011年版，第42页，第254页。另参见〔美〕杰弗瑞·A.西格尔等：《美国司法体系中的最高法院》，刘哲玮译，北京大学出版社2011年版，第17页以下。

〔21〕 美国学者西格尔和斯皮斯研究美国“最高法院的组成”后指出：“总统提名时需要考虑的意识形态，是总统自己的意识形态、参议院的总体意识形态和最高法院各位大法官意识形态的一个总括”，“总统根据意识形态提名人选，参议院根据意识形态评议人选，最后任命大法官的过程，确保了大法官是按照自己的个人偏好来裁决案件——他们的确如此——他的偏好也是与促使其成为大法官的政治联盟的偏好基本一致”。参见〔美〕杰弗瑞·A.西格尔、哈罗德·J.斯皮斯：《正义背后的意识形态——最高法院与态度模型》，刘哲玮译，北京大学出版社2012年版，第161页以下。另参见上引，西格尔等书，第248页以下；前引〔19〕，费斯书，第77页。

〔22〕 美国学者波斯纳认为“法律在政治上的中性”是20世纪60年代前在美国的“新传统主义者”中流行的一个教条，但是20世纪60年代以来，“法律现在已变得太多地向政治问题相纠缠，可谓史无前例”。参见〔美〕理查德·A.波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第532页以下。

〔23〕 参见〔美〕R.M.昂格尔：《现代社会中的法律》，吴玉章、周汉华译，译林出版社2008年版，第152页。

〔24〕 参见前引〔9〕，塔玛纳哈书，第157页。

〔25〕 参见〔美〕杰罗姆·弗兰克：《初审法院：美国司法中的神话与现实》，赵承寿译，中国政法大学出版社2007年版，“第十章”。

〔26〕 参见〔美〕尼尔·K.考默萨：《法律的限度：法治、权利的供给与需求》，申卫星、王琦译，商务印书馆2007年版，“人数、复杂性及法治”部分。

〔27〕 参见〔美〕罗·庞德：《通过法律的社会控制·法律的任务》，沈宗灵、董世宗译，商务印书馆1984年版，第29页以下，第112页以下。

在美国这样的国家中，在局部地方或某些领域，也存在远离司法的“无需法律的秩序”。〔28〕
(3) 司法是成本昂贵的解决社会纠纷的手段，从社会资源合理利用的角度看，把解决社会纠纷的任务主要甚至完全委诸司法，并不是理性的选择，至少是不经济的选择。〔29〕

第五，自由主义法治理论对法律实施、特别是司法过程的描述与想象也完全背离了客观真实。卡多佐对“司法过程的性质”的分析，〔30〕弗兰克对“初审法院”真实状态的揭示，〔31〕波斯纳对“法官如何思考”的论述，〔32〕以及克洛斯对“美国联邦上诉法院的裁判之道”的叙说，〔33〕都表明司法过程决不像“自动售货”那样简单。

最后，自由主义法治理论把人类追求的各种价值或善品充填在法治或法律之中，把法治或法律视同各种价值或善品的象征或替代，同样是一种虚幻的构想。这样的认识忽略了在不同社会条件下、甚至在不同主体的认知中，各种价值或善品的内涵和位序上的差异以及各种价值或善品之间的内在冲突。尽管法治体现着人类社会为追求各种价值或善品所付出的努力，但任何社会的法治都承载不了保证各种价值理想均能很好实现的期待，甚至无法排除“恶法”存在的可能。〔34〕

自由主义法治理论虚幻性的根源产生于三个方面：其一，自由资本主义法治理论回避或忽略了法治的内在矛盾。法治是一个充满内在悖论和矛盾的统一体。〔35〕在法律思想史上，无数思想家和理论家都力图用某些要素和原则对法治应然或实然状态作出确定性的描述和构画。从亚里士多德的两大特征至戴雪的三项原则、富勒的八项原则、菲尼斯的八项原则、罗尔斯的三个准则、拉兹的八项原则、所罗姆的七项原则以及纽曼的三项原则，〔36〕林林总总，不一而足，这些学说和理论虽然从特定的偏好和取向出发概括了法治的某些性状和特征，但都没有能够圆满地描绘出一个具有充分说服力和普适意义的法治形象。究其原因，主要是：在关于法治的要素抑或原则的每一个正面判断或命题下，都真实地存在着与其相悖的另一个判断或命题。自由主义法治理论极为理想化地描述了法治的某些方面特征，而舍弃了现实中与这些特性相悖反的另一些性状的存在，忽略了实践对另一种性状的需求。其二，自由主义法治理论忽视了作为法治运作场域的社会、特别是现代社会的高度复杂性。自由主义法治理论习惯于简单地运用中世纪宗教统治模式论

〔28〕 参见 [美] 罗伯特·C. 埃里克森：《无需法律的秩序：邻人如何解决纠纷》，苏力译，中国政法大学出版社 2003 年版。

〔29〕 参见 [美] 罗伯特·S. 萨默斯：《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 268 页以下。

〔30〕 参见 [美] 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆 1998 年版。

〔31〕 参见前引〔25〕，弗兰克书。

〔32〕 参见 [美] 理查德·波斯纳：《法官如何思考》，苏力译，北京大学出版社 2009 年版。

〔33〕 参见前引〔20〕，克洛斯书。

〔34〕 新自然法学代表人物菲尼斯也承认：“法治不能确保共同善的每一个方面，有时候它甚至还不能保障共同善的实质”。参见 [美] 约翰·菲尼斯：《自然法与自然权利》，董娇娇等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 218 页以下。

〔35〕 沃尔克曾说：“一方面，法治表示对法律的确信性和稳定性的需求，以便人们得以相应地规划和组织他们的安排；但是，另一方面，法治又强调需要法律保有某种灵活性并且能够让自身适应公共观念的变化。一方面，作为法律面前人人平等的推论结果，法治宣称对法律适用的一般性的要求，但是，另一方面，法治又小心翼翼地让平等原则不适用于那些可以或者应该作出合理区别的案。不仅如此，司法独立被说成是法治的一个本质要素，但与此同时，我们又不想让法官过于独立，以免法治蜕化为司法的暴政。” See Geoffrey de. Q. Walker, *The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy*, p. 42. 转引自夏勇：《法治是什么？——渊源、规诫与价值》，《中国社会科学》1999 年第 4 期。

〔36〕 具体参见亚里士多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页；[英] 戴雪：《英宪精义》，雷宾南译，中国法制出版社 2001 年版，第 231 页以下；[美] 富勒：《法律的道德性》，郑戈译，商务印书馆 2005 年版，第 55 页以下；J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2d ed., 2011, pp. 270ff; [美] 罗尔斯：《正义论》，何怀宏等译，中国社会科学出版社 1988 年版，第 226 页以下；[英] 约瑟夫·拉兹：《法律的权威——法律与道德论文集》，朱峰译，法律出版社 2005 年版，第 187 页以下；高鸿钧：《现代西方法治的冲突与整合》，载高鸿钧主编：《清华法治论衡》第 1 辑，清华大学出版社 2000 年版。

释或理解法治：^[37]法律如同宗教义理，蕴含着一切正义或正当性；立法如同宣谕布告，能预见未来，并对未来作出最妥善的安排；法院如同教会，既把持着对教义的权威理解，而且有效地守护着法律运行，冷峻地裁断着人们行为与法律之间的悖合；法官则如同牧师，披着神圣的黑袍施行法律，审断人们行为的是非，布道般地反复向人们传达关于法律和正义的结论。然而，宗教统治是建立在社会同质性很高和社会关系极为单一的背景之下的，而现代法治所依存的社会、特别是当代社会，已不复具有中世纪万马齐喑、万籁俱寂的高度同质性，现代社会中社会关系的复杂性更是远异于宗教统治下的神与信众以及恩典与救赎关系。因此，自由主义法治理论用宗教统治模式诠释和理解法治，势必会脱离现代法治社会的真实状态。其三，自由主义法治理论的真实意旨并不在于揭示法治客观规律或指引法治具体运作，而在于启导人们建立对法治的信仰。无论是作为资本主义法治创立和形成中的思想动员，还是作为资产阶级强化自身统治正当性的理论支持，自由主义法治理论都需要通过对法治的美化甚而神化，启导人们对法治的崇尚和信仰。这种美化或神化，既不会是对法治应然机理的诚实揭示，更不可能是对法治实然状态的客观描述，尤其不可能正视法治的内在矛盾以及与此相关的法治的局限性。就实质而言，自由主义法治理论不过是思想家和理论家们向人们作出的永远无法兑现的理想承诺。

（二）自由主义法治理论是被现代社会所背弃的理论

自由主义法治理论在19世纪中期最为兴盛，但迄至19世纪晚期，随着西方国家社会发展所面临的问题日益突出以及各种社会关系日益复杂，自由主义法治理论已难以为西方国家的法治实践提供有效的理论指引和解说，自由主义法治理论所编织的法治神话也随之逐步破灭。19世纪末至20世纪初发生在美国的“进步运动”以及在西方世界的“祛魅”思潮和运动，引发了对自由主义法治颠覆性的反思与质疑。在此过程中以及继之以后出现的各种法学流派，都不同程度地包含着对自由主义法治思想的背弃和批判。例如：以霍姆斯、卡多佐等人为代表的实用主义法学否弃了自由主义法治理论把法律形式绝对化的偏向，强调用经验而不是逻辑或形式去理解和认识法律的本质，重视法律及其适用过程的实用意义，主张根据时代发展和社会变化以及具体情境理解和确定法律的实际涵义。^[38]以庞德为代表的社会法学反对从抽象的价值或空泛的规则去理解和认识法律，倡导从社会功效角度把握法律的功能和作用。庞德主张把法律及其施行过程视为一项“社会工程”，把法治的意义认知为通过法律实现对社会的控制，具体揭示了法律或法治的内在缺失和局限，引导人们理性、真实地看待法治的作用。^[39]以弗兰克为代表的现实主义法学，通过对法律实施过程、特别是对司法审判过程的具体解析，从经验层面描述了司法审判过程的实际状况，分析了各主体在审判活动中的实际行为以及由此带来的规则的不确定性，揭穿了自由主义法治理论对司法过程的虚构。^[40]批判法学派则侧重于对自由主义法治理论中法治的正当性基础进行深入分析和批判，从司法与政治的实际联系，从法治价值的虚空性、价值之间的冲突和法律规范的不确定性等多个方面，彻底颠覆自由主义法治理论所建构的法治大厦。^[41]

当代美国学者萨默斯认为，19世纪末以来，在美国本土产生并发生实际影响的理论，既不

[37] 伯尔曼认为，所有的法律与宗教都共享四种要素，即“仪式”、“传统”、“权威”以及“坚信它所包含的概念与洞见的普遍性”。参见[美]伯尔曼：《法律与宗教》，梁治平译，生活·读书·新知三联出版社1991年版，第46页以下。

[38] 参见[美]霍姆斯：《法律的生命在于经验——霍姆斯法学文集》，明辉译，清华大学出版社2007年版；前引[30]，卡多佐书。

[39] 参见前引[27]，庞德书；[美]罗斯科·庞德：《法理学》，余履雪等译，法律出版社2007年版。

[40] 参见前引[25]，弗兰克书。

[41] 参见前引[9]，奥尔特曼书；前引[23]，昂格尔书。

是自然法学，也不是分析实证主义法学，更不是历史法学，而是汇聚了实用主义法学、社会法学以及现实主义法学等各派理念而形成的实用工具主义法学。实用工具主义法学“是 20 世纪中期，在法理学界、主要高校机构以及法官和律师等重要领域最具影响的法律理论。其中很多原则和理念的影响至今犹存”，“人们可以坚信实用工具主义在美国的影响超过其他任何一股法学思潮，它使得分析实证主义、自然法学相形见绌”，“即使今天，实用工具主义已然常伴我们生活左右”。〔42〕当 19 世纪末 20 世纪初自由主义法治理论所编织的法治神话渐渐破灭时，西方世界也曾经经历过“礼崩乐坏”、“大厦将倾”般的社会阵痛，〔43〕甚至在知识阶层中萌生过一种殉道意识。迨至今天，西方社会仍然普遍把 19 世纪末以来自由主义法治理论的没落，以及法治现实对自由主义法治理论的背离，表述为“法治的衰退”。在近几年间，西方法学界出现了一些以自由主义法治理论为基础而形成的新的法学流派或学说，其中最重要的如以约翰·菲尼斯为代表的新自然法学，以约瑟夫·拉兹、布莱恩·比克斯为代表的新分析法学等等，以图重现自由主义法治理论传统的辉煌。此外，在部分西方人的观念中，自由主义法治理论仍被视为正统的法治理论，并希望以此与其他法治理论、特别是与实用工具主义法学保持一定的理论张力。然而，尽管有这些因素或情况的存在，仍然不能否认，19 世纪末以来西方社会的主流法治思潮以及主导性法治实践已经在很大程度上背弃了自由主义法治理论。今天，对于日益复杂的西方社会来说，自由主义法治理论更多只能充作部分西方人抚慰或稀释现实中失落痛楚的“心灵鸡汤”。

（三）自由主义法治理论的传播中搭载着西方势力的政治企图

从我国法治乃至政治现实出发看待自由主义法治理论，不仅要看到这种理论自身在逻辑和历史上的乖谬，还应看到这种理论所搭载的西方势力的政治企图。大量事实表明，自由主义法治理论在我国以及其他后起法治国家中的传播，其意义和后果并不如人们想象的那样简单。近几十年中，自由主义法治理论已成为西方各种势力在包括中国在内的发展中国家推行其整体意识形态以及改变这些国家政治制度的思想工具。

如前所述，自由主义法治理论并不是西方世界所真实奉行的意识形态，甚至在 19 世纪末以来的法治理论领域也不具有实际上的主导地位，但以美国为代表的西方国家以及由其控制或操纵的各种国际组织，却借助当今世界全球化和现代化的过程以及由此产生的各种机会，在全世界高扬自由主义法治理论的大旗，向发展中国家输出自由主义法治理论。〔44〕根据桑托斯的研究，西方霸权主义全球化的意识形态基础建立在四个方面的共识之上，即：新自由主义经济共识（华盛顿共识）、弱国家共识、新自由主义共识以及法治和司法改革共识，〔45〕而法治与司法改革共识的思想基础又主要是自由主义法治理论所提供的一系列原则和主张。为了推行或争取“法治与司法改革共识”，西方势力一方面直接提供各种物力和人力等资源条件，在发展中国家设立推进司法

〔42〕 参见前引〔29〕，萨默斯书，第 1 页，第 20 页及第 293 页。

〔43〕 例如，英国学者戴雪在 1915 年就曾说过：“在过去的 30 年里，对法治自古有之的尊重明显下降”了。转引自〔英〕哈耶克：《自由宪章》，杨玉生等译，中国社会科学出版社 1999 年版，第 377 页。西方自由主义的重要代表人物哈耶克更是以“法治的衰微”这一醒目的标题，专章论及自由主义法治在 19 世纪末期以来在西方社会的际遇。参见〔英〕哈耶克：《自由秩序原理》，邓正来译，生活·读书·新知三联书店 1997 年版，第 16 章。

〔44〕 在美国对拉美的第一轮法律输出过程中，这一点表现得极为明显。作为这次输出者骨干的美国学者杜鲁贝克和加兰特，在反思中就把这轮法律输出的理论预设统称为“自由主义的法条观”（liberal legalism）。参见高鸿钧：《美国法全球化：典型例证与法理反思》，《中国法学》2011 年第 1 期。

〔45〕 参见〔葡〕博温托·迪·苏萨·桑托斯：《迈向新的法律常识——法律、全球化和解放》，刘坤轮、叶传星译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 387—391 页。

改革和法治建设的具体项目,在这些项目中体现和具体实践“法治与司法改革共识”;另一方面,在向发展中国家提供经济援助,或者利用发展中国家争取国际经济地位、谋求更大发展空间的机会,强制性地搭载政治以及法治与司法改革的要求,迫使发展中国家接受“法治与司法改革共识”。此外,西方势力还利用其操控国际法以及其他国际规则制定的条件,把“法治与司法改革共识”的要求体现在这些法律和规则之中,使自由主义法治意识形态成为对发展中国家的刚性制约。从目前所形成的一些国际组织或国际会议有关法治的基本定义看,它们基本上都是以西方自由主义法治观为基础阐释的。^[46]

自由主义法治理论之所以成为西方势力推行霸权全球化的思想武器和理论工具,基本原因集中于两个方面:其一,自由主义法治理论编织了一个法治神话,描绘了一个法治乌托邦的幻景,对于很多摆脱封建专制或殖民统治、寻求走法治化道路的国家 and 人民来说,这一理论能够带来对于西方发达社会的移情式想象,无疑具有很大的诱惑力。特别是在社会变化较快、社会变革较大的历史时期,具有一定普遍性的认识偏向是,人们往往宁愿相信虽不切实际但符合更大理想的承诺,而不太愿意接受虽具有实效但尚不够显著的社会进步,这就使自由主义法治理论有了更多的信众,为自由主义法治理论创造了很大的市场。因此,自由主义法治理论更容易为法治初创国家所接受。其二,也是最根本的原因,自由主义法治理论与市场资本主义、西方的民主政治制度是捆绑在一起的理论,自由主义法治原理中包含着对市场资本主义以及西方民主政治制度的必然承认。一方面,西方理论通常认为,“法治与资本主义共享着许多假定作为其基础”,^[47]西方“理论家们往往将自由主义、自由放任资本主义以及法治捆绑在一起,一揽子地放进同一包裹之中,它们要么全有要么全无”。^[48]另一方面,自由主义法治理论中的法治,必定是“三权分立”体制下的法治。通过自由主义法治理论的推行,能够进一步改变或塑造法治初创国家的国家性质及政治制度。近几十年来西方势力在亚洲、非洲、美洲以及东欧进行法治输出的实践充分证实了这一点。美国国际开发署把在对东道国实施的法治及司法改革项目分为四个阶段:“第一阶段主要是法学教育和法律改革;第二阶段是基本的法律援助的需求;第三阶段是法院改革;而当前的第四阶段,用此类机构(Agency)的术语来说,怀有最远大的抱负,也最具政治性,它包含了前三阶段所有的关注点,将它们囊括在国家民主项目的设计与执行中,并且拓展了前三个阶段的关注范围”。^[49]也就是说,在推销自由主义法治理论表面中立甚而是友好、积极的文化传播活动中,隐含着西方势力改变东道国基本政治制度的明确目的与动机。这自然也是站在当下中国立场上舍弃自由主义法治理论的一个重要理由。

[46] 如1959年在印度召开的“国际法学家会议”上通过的《德里宣言》确认了法治为一个“能动的概念”,它“不仅被用来保障和促进公民个人的民事的和政治的权利,而且要创造社会的、经济的、教育的和文化的条件,使个人的合法愿望和尊严能够在这样条件下实现”。联合国对法治的定义是:“对联合国而言,法治概念指的是这样一个治理原则:所有人、机构和实体,无论属于公营部门还是私营部门,包括国家本身,都对公开发布、平等实施和独立裁判,并与国际人权规范 and 标准保持一致的法律负责。这个概念还要求采取措施来保证遵守以下原则:法律至高无上、法律面前人人平等、对法律负责、公正适用法律、三权分立、参与性决策、法律上的可靠性、避免任意性以及程序和法律透明。” See Report of the Secretary-General, *The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies* (2004)。对此,塔玛纳哈评论道:“有一种实质性危险,国际法律制度被世界的其余部分看成是西方的造物,是西方的工具,其目的主要是为了使西方享有的优势永久化”。参见前引[9],塔玛纳哈书,第172页。

[47] [美]图加·毛尔科维奇:《输出法律改革:它能成功吗?》,彭小龙译,载[意]简玛利亚·阿雅尼、魏磊杰编:《转型时期的法律变革与法律文化——后苏联国家法律移植的审视》,魏磊杰、彭小龙译,清华大学出版社2011年版,第32页。

[48] 前引[9],塔玛纳哈书,第6页。

[49] 参见前引[45],桑托斯书,第402页。

四、我国法治意识形态自主化建设的必要性

在自由主义法治理论对于当代中国人的法治观具有潜在影响的情况下，抽取对自由主义法治理论的信赖，势必会回归到本土法治意识形态资源的替代问题。如果没有恰当的本土法治意识形态的形成和存在，要从根本上消除自由主义法治理论的消极影响，事实上也是不可能的。当然，加强我国法治意识形态的自主化建设，还承载着其他一些不容忽略的意义。

首先，从法治意识形态内生和外引的关系看。论述我国法治意识形态自主化建设的必然性和必要性，不能不涉及法治意识形态的内生与外引的关系。在法理学或比较法学中，法治意识形态内生与外引的关系通常被置于法律移植的主题下加以讨论。近几十年来，随着法律全球化或全球法律化的推进，法律（也包括法治意识形态）移植问题越来越突出地成为法治理论与实践的中心论题之一。在法律移植问题上，虽然国内外学者提出了很多主张与见解，存在着一些彼此分歧的学说，但主导性的观点甚而具有一定普遍性的共识是：（1）从主权角度看，一个国家法治的构建不可能通过法律移植来实现。荷兰学者扬·M. 斯米茨基于荷兰既作为一个“法的出口国”也作为一个“法的进口国”、既运用过“武力强制”也运用过“法律规则自身说服力”的经验，^[50]认为“法治的确立是一个漫长的过程，而法治确立的成功与否取决于特定国家综合的政治文化环境，而非单纯地取决于法制的建构。法律出口国仅仅能够向进口国展示它是如何处理所面对的法律问题的。最终，仍是由进口国自己权衡具体的移植是否有益”。^[51]（2）法律紧密地关联着国家的政治、经济、文化和其他社会条件，因而也限制了大规模法律移植的可能。^[52]美国学者弗雷德里克·绍尔认为：“法律只不过是特定政治环境和社会环境的表征”，“法律之外的政治、文化和社会因素或者经济最优化在决定法律理念、法律制度和法律架构跨国移植模式中的作用，远远大于这些因素在决定科学、技术或者经济理念、经济制度和经济结构跨国移植模式中的作用”。^[53]（3）越是关联到国家根本政治制度和政治理念的法律制度或法律理念，如宪政制度或人权理念，越难以通过法律移植方式从其他国家引入。“政治、社会和文化因素在决定与宪政和人权相关的法律、理念和制度的移植模式中的重要性，要远甚于它们在决定与商业、贸易和经济相关的法律、理念和制度移植模式中的重要性。”^[54]（4）对于法治理念这样重要的法治意识形态，基于“法律图景与主权、国家自我表现、民族自决、国家声誉以及民族自尊存在的特殊关系”，^[55]其本土化建设的意义应当得到更多的重视；而由于法治意识形态体现着特定国家的文化价值体系以及社会成员的文化直觉，试图通过简单地从外国移植也是很难真正成功的。苏东国家在“后社会主义”时期大规模移植西方资本主义法律体系的过程中，大量吸纳了西方各种法律制度，但西方法治意识形态并未在这些国家真正扎根。有西方学者描述了这一状况：“法律改革行业致力于将

[50] 参见 [荷] 扬·M. 斯米茨：《法律模式的进口与出口：荷兰的经验》，魏磊杰译，载前引 [47]，阿雅尼等编书。

[51] 同上引文。亚太地区司法改革的经验和教训也证明了一点。“五十多年司法改革方案的经验清楚的显示，司法机构——比其他种类的公共机构更甚——不能被‘设计’和‘制造’，也就是说，不能通过植入事先设计好的法律、机构和人员来‘生产’它们。”参见罗东川、蒋惠岭主编：《探寻司法改革的成功之道——亚太经验》，中国政法大学出版社 2010 年版，第 70 页。

[52] 一方面，“法律是人们生活条件的产物”这一观念相当古老；另一方面，“20 世纪的许多比较法学学说都解释法律是地方环境的产物这一传统概念，并且反对主要通过移植和借鉴来实现法律变革的观点”。参见 [法] 皮埃尔·勒格朗、[英] 罗德里克·芒迪主编：《比较法研究：传统与转型》，李晓辉译，北京大学出版社 2011 年版，第 106—107 页。

[53] [美] 弗雷德里克·绍尔：《法律移植的政治学与动机》，彭小龙译，载前引 [47]，阿雅尼等编书。

[54] 同上引文。

[55] 同上引文。

后共产主义国家和发展中国家带入民主、市场化体制的世界，但至今仍没有一个坚实的、科学的根据用以支撑其使用的种种方法和意识形态。”^[56]因此，无论是法律移植的一般规律或经验，还是苏东社会主义阵营解体后相关国家大规模法律变革的实践都充分表明，我国法治建设不可能寄望或依赖于从外部引入法治意识形态。

其次，从人类法治发展的趋势看。近代以来，人类法治发展主要经历了三个主要阶段：第一阶段大致是17、18世纪至19世纪上半叶。这一阶段的法治奠基于抽象的理性，追求道德正义，其重心及社会进步意义是促使法治成为一种具有充分正当性的社会治理方式，并使法治成为社会成员所追求和向往的社会理想，逐步促成法治这一社会理想转入社会实践；第二阶段大致集中于19世纪中叶至19世纪末。这一阶段的法治重在探索法治的形式要素，致力于明确法治的规则载体与制度形态，其社会进步意义在于把人们对于法治的基本认识以及在法治实践中所形成的基本经验，固化为一系列形式要素，从而在一定程度上弥补抽象理性和道德正义不确定性的缺陷，为法治的建构及运作提供更为明确的指引；第三阶段大致始自19世纪末并延续至今。这一阶段法治发展的特征在于扎根现实土壤和实践场域，探寻法治与经济、政治、文化、社会等复杂而广泛的现实因素之间的互动与关联，立足于法治对于解决社会实际问题的作用，注重法治的社会功能，强调法治对社会需求的恰切而有效的回应，旨在通过法治追求更远大、更艰难的社会进步。毫无疑问，处于第三个阶段中的法治，必定是本土性、自主性很强的法治，只有这样的法治才能够切合本国发展的需要，才能够有效解决本国所实际面临的问题。对法治发展趋势的分析应当看到：其一，我国法治建设从启步到发展经历的时间虽不长，但把我国法治建设置放在人类法治发展的总体进程中，与其他成熟法治国家处于相同的法治发展阶段，不尽恰切地说，我国没有经历诺内特与塞尔兹尼克所描述的“自治型法”阶段，就直接进入“回应型法”的发展阶段。^[57]其二，基于当代世界法治发展的阶段性特征，抑或基于“回应型法”的要求，我国法治建设不能不更多地从中国国情出发，审慎和理性地看待西方传统的法治思想资源，系统并创造性地形成自己对于法治的基本认识，以保持并不断提高法治实践对于我国社会发展需求的回应能力。所以，从顺应人类法治发展趋势的要求看，加强我国法治意识形态自主化建设亦属势所必然。

再次，从重振社会主义法系的历史责任看。上世纪80年代末以前，以苏联为代表的社会主义国家法律被普遍认同为与英美法系、大陆法系并存的世界三大法律体系之一。^[58]苏东社会主义阵营解体后，西方学者普遍认为，社会主义法律体系已随着苏东社会主义阵营的解体而不复存在，“在非常短的时间里，整个法律体系突然消失”，^[59]即便有西方学者承认世界上仍然有社会主义法存在，也同时认为“社会主义法，不再具备足够的资格能与民法法系和普遍法系相提并论”。“苏联式法律体系的终结”以及“法律全球化”被视为上世纪末世界法治发展的两个重大事

[56] Thomas Carothers, *Promoting the Rule of Law abroad: The Problem of Knowledge*, Carnegie Working Paper no. 34, Washionton, D. C. :Carnegie Endowment for International Peace, January 2003, 转引自 [美] 韦德·钱纳尔:《未吸取的教训:西方援助后共产主义国家法律改革存在的问题》,载前引[47],阿雅尼等编书,第105页。

[57] 有关“压制型法”、“自治型法”与“回应型法”的论述,参见 [美] 诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社1994年版。

[58] 如法国学者达维所著《当代主要法律体系》、美国学者格伦顿、戈登和奥萨魁所著《比较法律传统》以及德国学者茨威格特和克茨所著《比较法总论》等著名的比较法著作,都对“社会主义法系”作出集中讨论。参见 [法] 勒内·达维:《当代主要法律体系》,漆竹生译,上海译文出版社1984年版; [美] 格伦顿、戈登、奥萨魁:《比较法律传统》,米健等译,中国政法大学出版社1993年版; [德] K·茨威格特、H·克茨:《比较法总论》,潘汉典等译,法律出版社2003年版。

[59] [美] 威廉·帕特利特:《重新定位俄罗斯法——一个被过度政治化的领域:机制、后果及因应之道》,魏磊杰译,载前引[47],阿雅尼等编书,第199页。

件。^{〔60〕} 在比较法理论中,以苏联法为代表的社会主义法,之所以能够成为独立的法律体系,并不在于它与世界其他国家、特别是西方资本主义国家在具体法律制度上存在重大差异,而主要在于社会主义法具有特殊的意识形态。正如茨威格特和克茨所说:“构成社会主义法系的法律体系,基于它们共同拥有的马克思列宁主义的世界观,具有特殊的性质。这个事实明显地将社会主义法律体系与其他西方的法律体系区分开来并证明了社会主义法律体系作为一个独立法系存在的正当性。”^{〔61〕} 意大利学者简玛利亚·阿雅尼也认为:“苏联、中国、某些中东欧国家以及某些亚非地区实际运行的法律却共享着一个特征:马克思列宁主义意识形态。这种意识形态正是宪法与诸法典制定呈现多元化的原因所在;更确切地说,这也是一种不同的法律解释和法律适用方法得以形成的原因。”^{〔62〕} 西方比较法学者所说的“社会主义法系消失”,并不是指苏东国家法律制度消亡或这些国家放弃走法治化道路,而是指这些国家的法律意识形态发生了根本性变化。因此,当重振社会主义法系的责任历史地落到中国身上时,运用马克思主义基本理论和原理,塑造社会主义法治意识形态就成为我国法治建设无法回避的重要内容和重大现实任务。换个角度看,在意识形态差异成为社会主义法与其他类型法之间根本界线的前提下,只有塑造出独特的社会主义法治意识形态,才可能保持并彰显我国法治的社会主义性质。

最后,从我国法治建设的实际进程看。迄至 20 世纪末,我国法治建设主要集中在基本法律制度的制定、法律机构的建立以及法律人才的培养和配置等方面。这一时期法治建设的主要任务在于建立现代法治国家所必备的基本架构,创设法治运行的基本条件。在这一时期,虽然决策层也始终保持着对法治的“社会主义性质”和“中国特色”的强调,但客观上尚未系统地形成并提出自己独特的法治理念,对什么是法治、什么是中国特色社会主义法治以及怎样建设中国特色社会主义法治等基本问题,尚不具有十分清晰的认识。进入 21 世纪后,随着我国法治进程的加快和法治推进的深入,法治实践对法治意识形态的需求日益明确,在面临如何更好地使法治楔入我国经济、政治、文化以及社会生活之中并与之适调,如何更好地运用法律手段解决社会转型和社会发展中的矛盾等问题时,亟需有明确且切合我国实际的法治理念和法治思维,为解决这些问题提供理论指引,并统一全社会的认识,消除各种歧见。经过前一时期法治建设的具体实践,社会各个层面对我国法治道路的认识和感悟也有了不同程度的深化,在法治实践中所形成的经验教训也能够为我国法治意识形态的系统化建设提供一定的经验基础,使我们有可能基于一系列真实的感验去领悟和认知法治建设中的一些重大是非问题。也就是说,我国法治建设的进程不仅对法治意识形态系统化建设提出了比以往任何时候都更为迫切的要求,也为系统化地塑造我国独特的法治意识形态提供了现实条件和基础。在一定意义上,能否抓住这样的机遇,把握好法治意识形态建设这一时代主题,关系到中国特色社会主义法治能否最终形成。

五、中国特色法治话语体系的构建

当下我国法治意识形态自主性建设的主要任务,在于以社会主义法治理念为基础,构建具有中国特色的法治话语体系。这一方面是因为社会主义法治理念不能仅仅作为一种政治倡导,而必须进一步进入到法治话语层面,转化为指导法治具体实践的理论及知识,另一方面也在于,长期运用域外的法治话语,持续地维持域外法治话语的权威,“由声音的缺席到权力的缺席”,进而有可能最终丧失在法治领域的话语权。

〔60〕 参见前引〔47〕,阿雅尼等编书,“序言”。

〔61〕 转引自前引〔59〕,帕特利特文。

〔62〕 前引〔47〕,阿雅尼等编书,“序言”。

特定国家的法治话语体系应当是该国有关法治的思想、理论、知识、文化甚至语言及思维的总体概括,尤其集中体现为法治的理论及知识体系。因此,中国法治话语体系的构建无疑是一项复杂的系统工程,既牵涉对域外既有的各种法治观念和法治思想的审慎思考与分析,对既有的法学理论和法律知识的改造与整合,更需要依照当代中国的实际情况与条件,从解决中国实际问题,满足中国社会发展的实际需要出发,实现法治理论的全面创新;既涉及法理学等法学基础理论学科的内容及体系的改造与更新,也涉及部门法学相关原理和知识的调整与变化,甚至还涉及对法学理论和知识体系的整体性重塑和再造;既需要对法治理论研究的基点与重心作进一步调校,也需要法学研究的功利观、学术立场与姿态以及学术风格相应有所改变。概括地说,中国特色法治话语体系的构建过程,也就是以社会主义法治理念为基础,全面塑造属于中国自己的法治理论和法治知识体系的过程。

(一) 确立社会主义法治理念的话语权威

从我国现实情况看,西方法治理论特别是自由主义法治理论在我国依然保持着一定程度的潜在话语权威。这除了因为前面所述及的自由主义法治理论所描述的法治样态已经或多或少成为人们的社会理想并由此进入人们的信仰层面外,还在于西方法治理论来源于“法治的故乡”,出自“法治样板国”,被认为具有天然的正当性和正确性,而西方大国的强国位势似乎也能够为之提供实践佐证。更为重要的因素是,由于自由主义法治理论抹煞了法治的局限性,回避了法治的内在矛盾,忽略了法治实际运行所依附的条件以及所必然面临的约束和制约,站在自由主义法治理论的立场上,或者执持自由主义法治理论的某些命题或判断,很容易占据“法治的制高点”,从而可以毫不费力地运筹法治于帷幄,指点法治之江山,更可以俯视和鄙薄一切法治现实与实践。因此,构建我国的法治话语体系,必须从根本上改变这样的话语位势,确立社会主义法治理念作为我国法治“元理论”、“元知识”的话语权威地位,以社会主义法治理念所内含的原则和要求作为思考问题的基点、判断问题的依据以及解决问题的思路和方法,把社会主义法治理念作为本民族的重要精神财富以及对人类法治文明发展的独特贡献,在社会主义法治理念的原创性上建立起中国人对于走自己法治道路的理论自信。

社会主义法治理念话语权威的确立,不能仅仅依托于决策层的倡导,而更主要仰赖于社会成员对社会主义法治理念及其基本内涵的普遍理解,其间也包含着对自由主义法治理论的深刻反思与认识,即在全社会完成基本法治观的一次校正和更新。在此过程中,理论建设的重要任务就在于通过对社会主义法治理念的阐释、论证以及深化研究,丰富社会主义法治理念的学理基础、文化基础和知识基础,为社会主义法治理念提供更多的理论和知识支持,进一步提升其科学性,展示其独特的理论魅力。为此,一方面,要把社会主义法治理念放置在人类法治思想演进史以及法治实践发展史的大背景和大格局下,认识不同时空下法治理念差异的必然性以及法治理念的多种样态,认识社会主义法治理念对人类法治文明既有成果的尊重和传承,以及在当代中国这一特定时空中对人类法治文明的创新与发展,从而认识社会主义法治理念所应有的历史地位;另一方面,应当把社会主义法治理念放置于中国政治、经济、文化和社会现实以及当代中国社会发展的总体阶段与进程之中,认识社会主义法治理念对于当代中国国情的解释力和适应性,认识在社会主义法治理念指导下的法治实践对于中国社会发展的作用,尤其是解决中国社会发展中各种矛盾的实际作用,藉此展示社会主义法治理念的现实贡献。通过这两个维度上的阐释、论证和研究,增加全社会对于社会主义法治理念的共识,使社会成员充分认知什么才是当代中国真正需要并且实际可行的法治,进而推进社会主义法治理念在理论和实践领域的话语权威的确立。

(二) 坚持实践主义的话语立场

以当代中国社会为背景以及以中国特色社会主义法治建设为使命,必然要求我国法治话语体

系的构建奉行实践主义的哲学观，坚持实践主义的话语立场。^{〔63〕}这主要体现在以下四个方面。

第一，坚持对既有法治思想和知识资源选择的自主性。当代中国法治建设所面临的客观情况是各种法治思想和知识资源充斥于法治意识形态领域，关于法治建设中的主要方面和主要问题，都有先在的各种见解、结论或答案。因此，我国法治话语中不可避免地需要吸纳既有的思想和知识资源，法治话语体系的构建也必然包含着对既有思想和知识资源的选择。基于实践主义的话语立场，要求在话语体系构建中，无论是对域外的法治思想和知识资源抑或对我国历史上传承下来的法治思想和文化，都应当保持明确的自主意识，审慎地选择和利用，而不应囿于既有的某些结论，并警惕在所谓“普适性”、“普世性”冠盖下搭载的某些见解和主张。在看待和吸纳既有法治思想和知识资源过程中，要研究其在特定情境中的具体涵义，弄清概念或命题的真实意蕴，要考量其所依附的社会条件，要分析其与相关思想或理论体系的联系，尤其应关注其学说取向和流派背景，要审视潜隐于这些思想或知识资源背后的政治、经济等制度设计，要注意西方国家所惯常使用的双重标准和双重要求，要考虑其与我国其他理论、制度及实践的相适性。

第二，坚持法治话语语境的中国化、本土化。^{〔64〕}尽管存在着法律全球化或全球法律化这样的时代背景，我国法治话语仍然必须以当代中国社会为具体场景，以中国的实际国情为基本条件，以解决中国社会的实际问题为目标和使命。即便对全球化趋势或压力的回应或顾及，也必须以符合中国长远和全局利益、契合我国法治思想或制度体系，且不悖离我国社会主导性文化价值观念为前提。同时还应明确，中国对人类法治文明的尊重以及对人类法治文明贡献的基本方式，决不在于以认同西方势力所推崇的法治模式为基础参与对法治主题的泛化讨论，而在于创造出独特的法治样态并有效实现社会治理的实践所能够提供的启示。

第三，注重法治话语内容的实在性和具体化。现实中，法学理论尤其是有关法治基本问题的理论，常常是在超时空的抽象意义上阐述和叙说的，其间隐含着叙说者对法治一般性原理或普遍性规则或规律的探求，也蕴含着对“标准化”法治模式的期待或敬重。不可否认，作为一种社会现象和社会实践，法治的确有其一般性的机理和内在逻辑，由此也赋予法学理论某些抽象性特质，使某些概念或范畴的确能够超越时空而获得一定的共识。然而，这种状况在现实中被放大后却导致了另一种不恰当、不可欲的结果：一方面，法学家偏向于脱离具体情境而在一般意义上讨论“属于整个世界”的法治问题或法律原理，在国内相当一部分法学文论中，中国主体常常并不“在场”；另一方面，人们往往把蕴含了理想化价值与期待的抽象概念认知为真实的存在，并进一步作为阐释理论主张以及判断问题的依据。因此，要避免类似的偏执，就应当注重法治话语的实在性和具体化，在真实的环境中，以实际存在的社会现象和社会事实为对象，为具体的法治实践提供理论指引和依据。即便是对一般性原理或规则、规律的探求，也应当以中国社会作为实际场景，从而使相关的理论或知识成为“对中国有用”或“在中国有用”的智力成果。

第四，坚持以问题为中心的话语取向。实践主义话语立场还体现为以问题为中心的话语取向，即法治话语应始终围绕具有实在性、当代性、重大性、根本性、普遍性的“中国问题”而展开，^{〔65〕}以保证法治话语与中国社会现实的贴近。这一方面意味着我国法治话语中会产生许多与传统法治理论和知识所不同的内容，一些在传统法治理论和知识中不曾出现或存在的主题，却可

〔63〕 对相关问题的讨论，亦可参见郑永流：《实践法律观要义——以转型中的中国为出发点》，《中国法学》2010年第3期。

〔64〕 国内学者对中国法治的中国化、本土化取向问题进行过深入研究的代表性作品，参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版；《制度是如何形成的》，北京大学出版社2007年版；《送法下乡：中国基层司法制度研究》，北京大学出版社2011年版；邓正来：《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》，商务印书馆2006年版；《谁之全球化？何种法哲学？——开放性全球化观与中国法律哲学建构论纲》，商务印书馆2009年版。

〔65〕 参见陈甦：《中国法学由体系前研究到体系后研究的范式转型》，《法学研究》2011年第5期。

能在我国法治话语中占有重要地位，或具有较重份量；另一方面又意味着，我国法治话语体系也不受制于传统理论或知识体系的结构、形式以及风格等因素，而应着重于与其所关涉的问题相契合，理论或知识体系的结构、形式以及风格等因素，只有在有利于对“中国问题”的认识与阐释，有利于对“中国问题”的实际解决的前提下，才应当被接受和承认。

（三）倡导创新性话语思维

中国特色法治话语体系的构建必须始终倡导和保持创新性话语思维。从历史视角看，尽管人类社会累积了大量的法治理论和知识资源，但真正有创造性、有影响的成果，仍然比较集中地出现在社会重大变革或转型的几个重要时期，这些成果也同时成为社会变革和转型的重要识别标志，以至于在社会和平发展时期，法律思想家和理论家不得不感叹生活在历史巨人的阴影之下而无所作为。中国社会正在经历的变革与转型，能够为法治思想与知识的创新提供极好的历史机遇。与其他国家法治环境相比，我国法治思想和知识的创新所藉以参照的社会现实，或者说我国法治思想和知识创新所应着眼、围绕的社会事实主要有以下几个方面。

第一，我国的政治制度和政治建构的特殊性。无论从理论还是从实践上看，特定国家的法治样态与该国的政治制度和政治建构都具有密切的联系。我国的政治制度和政治建构既与西方国家具有重要区别，也与苏联以及东欧社会主义国家有很大差异。人民代表大会制度、多党协商下的一党执政制度、“一府两院”的建制，这些制度和建构至少在两个方面决定了我国法治具有不同于其他国家的特征：一是我国法治实践必须致力于国家核心影响力、甚至控制力的形成和提升，有利于国家组织和动员各种社会力量，克服人口众多而资源相对匮乏的局限，体现国家集中力量办大事、办好事的优势。因此，西方法治理论中把法治的核心功能定位于权力制约的主张就难以为我国社会所认同。尽管权力制约同样是依法治国的必有涵义，并且如何保证执政党权力运行的规范化也是改善执政方式的重大主题，但就总体而言，“权利—权力”的抗衡与制约不应是我国法治的基本格局或主要机理。二是我国司法与主导政治力量具有更为密切的联系。在多党轮流执政的政治制度下，执政党频繁更替，执政理念与方针因执政党的变化而相应改变，因此，在多党轮流执政的制度下，保持司法与政治的距离，确实有其特殊的意义。但在我国实行一党执政的条件下，执政理念与方针具有明确的连续性，主导政治力量与司法之间技术性屏障的意义就显得不是十分突出。不仅如此，基于司法与外部社会的紧密联系，我国社会发展、特别是社会矛盾的解决，客观上形成了对主导政治力量与司法之间合力作用的需求，由此而使两者之间的交结点越来越多，两者的关系更为密切。即使就个案处理而言，司法意义上的案件同时也是党政组织所面临的社会矛盾；而很多社会矛盾的解决，需要运用多种社会手段，需要司法与党政组织的共同作用。这也要求从我国实际情况出发，正确地理解和诠释司法独立的特定意义及涵义。

第二，当代中国社会发展的重大主题。传统法治理论和知识依据其自身的体系和逻辑对理论或知识进行了学科或门类的界分。这种界分或许满足了理论和知识在文化意义上自洽性建设的要求，却实实在在地限制了理论的视野和知识的解释力及广延度，形成了法治理论和知识视角与社会发展事实之间不同轨的现象。特别是在我国法学理论的发展尚不成熟，理论研究资源较为集中地投入到各学科自身建设的情况下，当代中国社会发展的重大主题，往往要么被忽略，法学理论缺席于对相关问题的研究和讨论，要么在理论或知识上被切割，被管中窥豹地解说。因此，法治话语体系创新的一个重要方向就是让理论和知识资源投向或回归到社会发展的重大主题之上，在诸如中国特色民主政治的发展与完善、新型社会管理体系的构建、基础性社会矛盾的缓解与处理、中国特色司法体制及司法运行机制的构建与完善、贪渎惩防体系的构建、社会诚信体系的构建，基层政权建设与巩固、大规模经济风险（特别是金融风险）的防范、少数民族的法治地位以及民族问题的法治化处理与解决等方面，开放出相应的研究领域，形成相应的理论和知识体

系,在保持“法理学—部门法学”的传统理论和知识建构与模式的基础上,进一步形成以中国社会重大主题为中心的法治理论与知识谱系。

第三,中国社会同质化程度降低的现实。一般说来,法治最适于存在和运用于同质化程度很高的社会,法律的一般性、普遍性、规范性等属性最容易在同质化很高的社会中得到展现。改革开放前的中国社会,可以说是同质化程度极高的社会,以至于直至现今一些西方学者仍然以此作为叙述中国问题的背景性因素。然而,当代中国社会的同质化程度已经大大降低,并且这已成为一种难以改变的趋势。社会经济的发展伴生着社会成员之间生活境况的严重分化,意识形态禁锢的打破以及文化的开放带来了社会成员观念的多元化和思想的空前活跃。特别是在社会变革和社会转型中所出现的社会成员利益关系调整和社会地位的变化,引发了各阶层间、各群体间以及阶层和群体内部各种复杂且常常彼此冲突的社会主张与利益诉求。社会同质化程度降低的现实,为中国的法治建设带来了很大的复杂性。可以说,法治所固有的各种内在矛盾与紧张,如一般性与特殊性、普遍性与局部性、稳定性与适应性以及强制性与妥协性等,在当代中国社会中都被一一放大了。在此背景下,传统的法治理论与知识既难以为当代中国法治现象提供恰当的解说,更难以为当代中国法治实践提供有效的导引,由此产生了从中国现实出发进一步审视法治的内在矛盾、探索当代中国法治建设的应有机理的现实要求。自然,这也凸显出中国特色法治话语创新的必要性和必然性。

第四,法治发展的历时性问题共时性解决的要求。保持法治话语的创新性思维还决定于这样一种现实:中国法治建设需要在不长的时期中完成法治长时期发展所要解决的问题,即历时性问题的共时性解决。人类法治的实践显示,特定国家法治建设的全面完成,不仅需要经历较长的历史时期,而且具有明显的阶段性特征,从法治理想的启蒙到法治文化的培育,从法治自治体系的构建到法治对现代社会复杂性的适应。在此意义上,中国法治建设具有明确的阶段超越性甚而穿越性,中国法治建设从起步开始就面临着与具有悠久法治传统的国家相同、甚而更为复杂的问题,而应对这些问题的各种基础性积累都不是很充分,特别是“回应型法”模式所要求的社会成员普遍的法治信仰和自觉的守法态度、全社会明确规则意识以及高素质的司法队伍等,在当下中国社会都是相当欠缺的。在此情况下,如何既认清并承认我国法治基础性积累不足的现实,又满足法治超越性发展的要求,也是我国法治话语体系创新的着眼点所在。

(四) 保持开放性的话语姿态

中国特色法治话语应始终保持开放性的话语姿态。从开放的向度看,主要包括向域外开放、向实践开放以及向未来开放。

首先是向域外开放。在向域外开放问题上,应当注意当下我国法治话语体系构建对域外法治理论和知识的需求与我国法治建设初期的一些差异。如果说我国法治建设初期对域外法治理论与知识的需求主要着眼于法治意识的启蒙以及对法治基本原理和一般常识的吸收和了解的话,那么,当下这种需求则转变为对法治国家成熟的法治运作经验的借鉴。对域外理论与知识资源的借鉴和吸收主要应侧重于以下几个方面。

(1) 实用工具主义法学的一些原理或思维方式。实用工具主义既是美国(事实上不限于美国)具有主导作用的法治意识形态,也是相对成熟的法治经验的理性表达。实用工具主义以社会经验作为法治实践的生命基础,把社会治理理解为综合性的系统工程,注重法治在社会中的实际运作状态,而不迷信或局限于法律概念的抽象意义,以及把成本与收益原理、边际效用原理、外部性原理等经济学原理恰当地引入法治领域等理论或主张,对于解决我国法治实践所面临的复杂问题,丰富和深化我国法治理论与知识都具有重要的启示意义。

(2) 应对全球化趋势或要求的相关法律理论与知识。无论是否有违我们的意愿,我国客观上

已处于全球化潮流的裹挟之中，并且在其中扮演着越来越重要的角色。在全球化进程中，法律无疑是各国参与利益博弈所不可或缺的武器。在如何运用法律主导或影响全球化过程、维护本国利益方面，西方主要国家已经形成了一整套系统的经验，因此，吸收和借鉴西方国家的相关理论与知识，不仅是我国在全球化进程中把握主动的应有方式，也是我国参与全球化竞争，保持必要的“接轨”，并践行国际承诺的必要举措。

(3) 当代西方学者对法治现实问题研究的某些成果。西方法治理论由于有较为深厚的历史积淀，当代成果更为集中地体现在一些对法治现实问题的研究，包括从现实出发对传统的理论命题及知识经验深入反思。这些研究成果视野开阔、主题丰富，以问题为导向，不拘于学科的局限，理论的延展性比较充分，同时由于这些研究指向特定的法治现象，能够在一定程度上摆脱西方政治意识形态的影响，更接近于法治运作的真实状态，更具有经验积累的特质。借鉴和吸收这些研究成果，有助于拓展我国法治理论的视野，深化对法治运作规律的认识。

(4) 综合运用多种理论和知识的研究和思维方式。与西方国家法治理论文献相比，我国法学理论成果在知识蕴含方面还有十分明显的差距，不仅未能广泛借用其他学科的原理和知识，就连法学各门类的理论与知识也缺少必要的融汇，这在很大程度上限制了法治理论成果对于复杂社会现象的认识与解释能力。因此，中国特色法治话语体系的构建，还应注重吸收域外综合运用各种理论和知识的研究和思维方式，提升我国法治话语的理论深度和文化素养。

其次是向实践开放。中国特色法治话语向实践开放的涵义主要体现在：与实践主义的话语立场相适应，始终不渝地把实践作为法治理论与知识的渊源与对象，以认识、解释实践现象，并指导实践解决实际问题作为法治话语的评价依据以及法治话语建设的功利目标。为此，一是在理论与知识体系的建构方面要尊重实践逻辑的存在，避免过度强调理论与知识体系的自治性而切割社会实践，导致理论认识和知识见解的碎片化；二是要不断根据实践的变化而审视既有的理论和知识的合理性，从实践中寻求理论和知识创新的原动力；三是在理性守持与尊重现实之间保持合理的平衡和张力，注重对理论或知识的运用环境及条件的适度考量，既要坚定地倡扬法治的基本原则和原理，又不简单地执持文化批判态度，冷漠地对现实予以全盘否定。

再次是向未来开放。中国特色法治话语体系向未来开放具有两层意蕴：其一，法治理论与知识应当有更强的历史感，有更强的预见性和包容性，既能为当下现实提供解说或支撑，也应当对我国社会转型的实现以及法治进一步走向成熟保持恰当的预期，强化法治理论与知识对社会行为的引导作用；其二，不僵化地看待自身的理论和知识成果，对于包括社会主义法治理念内涵的构成、表述以及各内涵的具体内容在内的各种理论主题，都应将其放在一个可发展、可讨论的状态中，使其经受长期实践的检验，并在更长的历史界域中得到丰富和发展，以延续和保持其生命力。

六、结语：法学理论界的应有作为与贡献

我国法治意识形态建设，特别是以社会主义法治理念为基础构建当代中国法治话语体系，离不开法学理论界的作为与贡献。更为重要的是，我国法学理论界对我国法治现实以及社会主义法治理念的某些分歧性认识本身就是构成当下我国法治意识形态复杂性的一个因素。因此，在法学理论界建立起对中国法治基本问题的广泛共识，或许是当下我国法治意识形态建设工作一个较为现实的着眼点与切入点。

近些年，我国法学人对于中国法治的现实与前景存在着具有一定普遍性的隐忧与焦虑。这种情绪是当代中国人在社会转型期所存在的社会焦虑在法治或法学领域的一种投射，更反映了部分

法学人对当下中国法治实践的走向以及社会主义法治理念某些内涵所体现的法治主张持有不同认识。而这些不同认识的形成,又有多种复杂的原因。首先仍然是对“什么是法治”这一基本问题的认知存在着分歧,直白地说,就是自由主义法治理论所描绘的法治模式或状态不同程度地植根在部分法学人的内心深处。相比之下,知识阶层较之社会大众更倾向于对理想境界的追求和崇尚,因此,即便是对西方意识形态保持着一定的警惕,法学人也往往更容易趋向于认同自由主义法治理论所构画的法治图景。依照这样的法治图景评价和判断中国法治现实或比社会主义法治理念中所倡导的法治主张,分歧势必难免。其次,对规则意识的淡化,司法独立基础的瓦解,以至于对“人治”复萌的可能存在担忧。^[66]如前所述,中国事实上并未经历过“自治型法”的法治发展阶段,全社会规则意识淡薄是不争的事实,同时,基于我国政治结构的特殊性,司法独立的空间本身比较狭窄,强调法治与社会生活、特别是与政治生活的融合,倡导法治对社会各方面要求的回应,主张能动司法以及强化司法内部的层级式管理,突出调解等“软性纠纷解决方式”,确实容易出现规则意识进一步弱化、司法必要的独立性不能保持、某些“人治”现象抬头或复萌的情况。而从实际情况看,地方党政领导随意干涉司法机关正常办案活动,各种社会势力争夺司法资源谋求不正当利益,执法活动中无视法律的基本规定,司法机关内部权力边界不清、运行紊乱,纠纷处理中过于迁就一些非理性要求以至于损害司法对规则的宣示功能等现象确实时有发生,有些现象甚至还有一定普遍性。所有这些,很难不引发法学人对我国法治前景的担忧。再次,法学人对法治的认识常常与政治决策层具有不同的角度。法学人往往更容易把法治看成是一种独立的、技术性活动或现象,因而注重法治自身逻辑上的自治,而政治决策层更偏向于从社会整体运行角度看待法治,从而关注法治的实际治理功能。不仅如此,法学人对专业知识的垄断具有天然的偏好,诸如“执法为民”、“服务大局”这类非专业化的大众语言,很难激发法学人的理论兴趣,而政治决策层则希望运用社会所熟知的表述,使法治话语与大众思维以及政治倡导密切融合。还应提到的是,由于社会主义法治理念由决策层所提出,并被决策层确定为主流意识形态,因而基于对“政治正确性”等因素的考量,法学人并未深入地参与相关问题的讨论和真实地表达自己的见解和主张,^[67]也就是说,社会主义法治理念并未从政治倡导层面真正进入法治理论和知识层面,有关社会主义法治理念的论述与法学理论的研究往往是在两种不同话语体系或两种不同思维层次、甚至在两个不同群体之中进行的,这就使在此问题上的官方倡导与学术守持之间所固有的紧张关系未能得到有效纾缓,本来可以在充分讨论中弄清问题或形成共识的机遇则相应有所延缓。

对法学人前述隐忧与焦虑,本文更愿意将其理解为法学人对中国法治的强烈的责任感使然。法学人总是当代中国人中对法治命运付以更多的关切的那个群体,法学界对法治的认识也正在逐步走向成熟。近十余年来,不少学者已经不再以崇尚的心态,概念化地接受和信服域外理论

[66] 有关规则化意识在我国尚比较淡薄以及基于这一判断而提出的对我国法治或者司法改革取向的讨论意见,可参见陈金钊:《法律人思维中的规范隐退》,《中国法学》2012年第1期;《法官司法缘何要奉行克制主义》,《扬州大学学报(人文社会科学版)》2008年第1期;陈喜贵:《克制抑或能动——我国当下应当奉行什么样的司法哲学》,《内蒙古社会科学》2009年第2期;杨建军:《“司法能动”在中国的展开》,《法律科学》2010年第1期;李永成、余继田:《司法克制主义——中国语境下的司法意识形态探析》,《河北经贸大学学报》2009年第4期;吕明:《从“司法能动”到“司法克制”——略论近年来中国司法改革的方向之变》,《政治与法律》2009年第9期。

[67] 根据对中国知网(CNKI)所收录的CSSCI来源期刊所刊论文的统计,2006年至2011年中,篇名中包含“社会主义法治理念”字样的研究论文仅52篇。其中刊载于重要法学期刊的研究论文极少,且现有论文中有13篇系三本期刊的专题组稿论文。通过万方数据库对“社会主义法治理念”这一主题作“知识脉络分析”得出的数据是:2006—2011年每百万期刊论文中命中论文篇数分别为6.13、8.03、13.87、9.36、8.67和7.19。这种状况与社会主义法治理念的重要地位显然不相适应。

对法治的描述,而是在消化域外各种理论流派观点与主张的基础上,以中国学者的立场和理解,对“法治是什么”作出追问,并对法治作出自己的诠释。^[68] 尽管这种追问和诠释所依赖的理论资源仍然主要来自西方知识体系,但毕竟显示出中国学者对法治的独立思考。夏勇教授率中国社科院法学所诸位学者撰写的《法理讲义:关于法律的道理与学问》延续了对“法治是什么”的思考。^[69] 这本书加设了“关于法律的道理与学问”这一质朴的标题,其意也在于显示当代中国学者不囿于既有百家理论而自主地探求法律原理与真谛的企望与努力。高鸿钧等教授的《法治:理念与制度》同样明确地体现出作者学术立场和学理思维的主体性。^[70] 与既往某些同类法理学著述侧重于介绍域外理论并附以一些空泛评论的情况不同,这本著作对西方各种法治理论有深入的分析,对法治内在矛盾有深刻的揭示,在法治的基本问题上有不失精辟的论说。虽然高鸿钧教授对法治未来的构想多少有些虚空,^[71] 但相关论述仍然体现出中国学者在驾驭法治理论和知识资源方面所具有的那份成熟。苏力教授长期坚持不懈地对法治本土资源的强调,至少从一个特定的角度拓展了中国法学的理论视界。此外,邓正来教授在“中国法学向何处去”的设问下对“中国法律理想图景”的探求,其学术出发点也在于唤醒人们警惕全球化背景与潮流下自主意识的丧失。^[72] 更有意义的是,建国60周年之际由中国社会科学院法学研究所“当代中国法学研究”课题组对新中国法学60年学术历程的梳理,^[73] 以及2011年《法学研究》编辑部倡导进行的“法学研究转型”的讨论,^[74] 吸引了国内众多法学家的参与。从这些研究和讨论所形成的成果看,其内容及意义已远远溢出了“研究范式”转变的范畴,乃至超出了法学研究本身,更主要代表着中国法学理论界对自身法治观、法学观的反思与省察,体现着法学人正逐步从焦虑情绪中走出,以积极的姿态直面现实,认知并理解现实,也意味着在当下中国法治走向问题上,官方话语与学术主张之间正从某种程度的僵持与胶着走向融合和互应。

对于在中国特色法治话语体系构建中中国法学理论界应有怎样的作为与贡献的问题,本文认为,法学人似应从这样几个基点出发予以考量:第一,当代中国法学人能够亲历并参与一个世界大国法治的创立与形成,能够在此过程中展示自己的才华与智慧,这是历史给予当代中国法学人的宠幸,法学人不应错失这样的机遇或冷漠于这样的时代。第二,无论如何,“法治”、“司法”、“法学”这样一些语汇已注定成为当代中国法学人生命中的关键词,而当我们把自己的精力、热忱和才智投入于终此一世的法治事业时,我们是否应当运用自己的思维,审慎地思考前人所留下来的那些有关法治的结论到底是否正确,用自己的感验去认知和理解法治到底是什么、司法应当是怎样的样态、法学究竟何为?这既是对法治这一现象的本质性追问,也是对自己生存乃至生命价值的追问。第三,在浩瀚博大的法律思想和文化积累与存在面前,当代中国法学人要想获得智识上的创新,要想作出理论贡献和提供知识增量,只能着眼于中国这个特定的场域,以自己对中国问题、中国现象的清晰认识和解读,以自己对中国法治的见解和主张,体现自己的文化存在和学术才能,而不应把学术目标设定于同西方学术大师们单向度、甚至是一厢情愿的文化交流。第

[68] 参见前引[35],夏勇文。

[69] 参见夏勇主编:《法理讲义:关于法律的道理与学问》,北京大学出版社2010年版。

[70] 参见高鸿钧等:《法治:理念与制度》,中国政法大学出版社2002年版。

[71] 高鸿钧教授把法治的前景与命运诉诸“组建自愿共同体,走向共同体法治”。参见高鸿钧:《现代法治的困境及其出路》,《法学研究》2003年第2期。

[72] 参见前引[64],邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》。当然,邓正来教授在相关文章中的论说姿态以及论证方式本文作者难以认同,对于邓正来教授相关论文的批评与商酌,参见拙作《也论中国法学向何处去》,《中国法学》2009年第1期。

[73] 参见前引[1],陈甦主编书。

[74] 参见张广兴等:《中国法学研究之转型》,《法学研究》2011年第6期;前引[65],陈甦文。

四，对西方自由主义法治理论，尽管不应抱以“阴谋论”的前见，也绝不应夸大其普适性意义，对西方势力强调普适性的动机亦应有所警惕。如果说很多问题的本相在理论层面上尚可以讨论与争议的话，那么，回视西方势力对中国军事上的合围、经济上的挤压、外交上的威逼以及文化的贬损，环顾西方势力在世界各地所制造的不宁与动荡，则应当足以唤起我们基于起码的民族主义情愫而对普适性旗号下的真实欲求有所警惕。第五，基于本文前面所提到现实中“人治”因素复萌的可能，对规则意识的倡导，对法治现实中非理性现象的揭示与批评，保持理论与现实的合理张力，无疑仍然是中国法学人的职责与使命所在，舍此，中国法治的进程难免会出现偏失。^{〔75〕}但在此过程中，应对现实付以更多的情感关切与理解，并且不应将这种批评功能视为法学人的唯一或全部使命与职责。在认知和处理法学理论界与实务界乃至决策层的关系上，有一句话尽管俗但是真：由感情认同到理论认同进而到思想认同。法学理论界若能在前述五个基点上形成共识，则有理由相信：构建中国特色法治话语体系的使命能够在当代中国法学人的努力下得以完成。

Abstracts: A rather confusing situation has been witnessed in the Chinese ideology of the rule of law in these years. In all the relevant social aspects, different ideas have been put forward in connection with the proper form of the Chinese style rule of law and the comprehension of the ideal visions of such form. With regard to the question as to what the rule of law is, people are more inclined to cognize and accept the Western influences of the liberal doctrines of the rule of law institution, and the rule of law pattern based upon such doctrines, together with the features as depicted by such doctrines, have become, to a certain degree, the profound memories about what rule of law simply means, which have become the criteria whereby the Chinese rule of law in reality is perceived and judged.

Therefore, upon a sound analysis and profound perception of the flaws of the liberal doctrines of the Western style rule of law, efforts need to be made to enhance the autonomous construction of the Chinese style ideology of rule of law, i. e. , to construct the Chinese style rule of law on the basis of the socialist legal ideology. In this process, attention needs to be paid to achieve the harmony among the socialist legal ideology, traditional jurisprudences and knowledge system. Efforts also need to be made to transform the socialist legal ideology into concrete legal thoughts, legal theories, legal doctrines, legal culture, legal knowledge and the pattern of legal thinking in order that the prestigious status of the Chinese style rule of law may be established upon the socialist legal ideology. Meanwhile, more theoretical and knowledge support is to be given to the socialist legal ideology. Probing researches have been made in this thesis upon the main aspects of the construction of the Chinese discourse system of rule of law and the contributions still need to be made by the Chinese legal academy in this process.

Key Words: legal ideology, socialist legal ideology on the rule of law, discourse system of rule of law, legal theory

〔75〕 参见顾培东：《中国法治的自主型进路》，《法学研究》2010年第1期，《能动司法若干问题研究》，《中国法学》2010年第4期。