

当代中国法治理论孕育生长的反思

——读《从法制到法治》

谢海定^{*}

—

法治一直是一个西方论坛,在西方学术的“手术台”上,它以各种方式被解剖、研析,形成色彩斑斓的法治话语体系。即使对于发展中国家法治建设的探究,在最初一段时期,这种“西方论坛”的特征也是显而易见的。^[1]发展中国家的学者,无论是从自身法治建设的实际要求出发,还是试图打破这种“西方论坛”的特征,达成与西方学者间在法治领域的平等对话,都必须发展自己对法治的深刻理解。

20 世纪前半期,中国学人在与西方的接触中,对法治问题已经有了某种一以贯之的理论范式和文化品格,如梁启超的“法治主义”,孙中山的“民主法治”观,胡适的“自由主义法治”论,贺麟的“基于学术的法治”主张和蔡枢衡等法学家的法治理论。^[2]然而,新中国片面强调法的阶级性和法的单线历史进化的法律意识形态,以暴虐的“文化革命”实践,将这些“法治论说”生生阉割了。^[3]从而,“法治”于当代中国来说,无论在理论还是在实践方面,都不再有历史的连续性,它必须寻求重新孕育生长的起点。70 年代末是中国社会变迁的一个转折点,在法学领域,随着法学作为一个学科得到恢复以及法制建设的重要性得到重新认识,中国学术界重新拾

* 中国社会科学院法学研究所研究实习员。

夏勇教授、程燎原教授、郭志祥教授阅读了本文初稿,在此谨陈谢意。

[1] “法律与发展运动”就是一个关注发展中国家法治建设的学术论坛,这个论坛在很长时期内都只是“西方的”。见 Brian Z. Tamanaha, “The Lessons of Law and Development Studies”, The American Journal of International Law, Vol. 89 (1995), pp460 - 476.

[2] 程燎原:《从法制到法治》,法律出版社 1999 年版,引言,第 4 页(以下自该书的引文皆以括号标出页码置于引文后)。关于 20 世纪前半期中国学人对法治的思考,张骥先生在《继承与超越——二十世纪前半叶中国法理学回顾论纲》(《中外法学》2000 年第 1 期)一文的第三部分作了虽然简略却有意义的梳理。

[3] 尽管片面强调法的阶级性品格和法的单线历史进化的法律意识形态,与“文化革命”的“法律虚无主义”实践之间,并非一种简单明了的因果关系(而是历史地形成的观念与实践的彼此互动关系),指出这种法律意识形态应该对法律生活的灾难负责,相信还是能够成立的。由于当时对法律研究中不同观点的持有者采取非学术、政治化的态度,“法治论说”实际上是在将上述法律意识形态予以实践的背景下被通过政治手段“制裁”掉的。

起“思考法治的事业”。经过近二十年艰辛的努力,“依法治国,建设社会主义法治国家”终于作为“治国方略”写入党的正式文件和国家宪法。二十年中,中国学人对法治的思考是比较全面的,既涉及法治的内涵和基础,也涉及法治的价值和模式,既有对西方法治经验的撷取,也有对中国法治本土资源的挖掘。问题是,这二十年思想上的艰辛,是否足以孕育生长出一种法治理论体系?对于中国学者进一步的法治研究来说,它提供了哪些必须加以重视的经验和教训?

90年代中后期以来的部分著述,从不同角度对此进行了探讨。其中,法律出版社1999年出版的程燎原所著《从法制到法治》,也许最值得注意。该书区别于其他著述的两大特色是:首先,它属于一部法治理论史著作。它以70年代末为始端,通过对近二十年“浮现出水面”的中国主流法律学术思潮和正式文件在法治问题上的观照和抉择,进行历史与逻辑相契合的分析和探索,在历史情境中把握当代中国法治理论的孕育生长形态,与大多静态地归纳总结法治理论成就的著述相比,这种“历史的把握”有利于更客观地对法治理论的孕育生长作出评价;其次,该书总体上属于一部反思性的著作,通过对各个时段法治论说的反思,为弥漫于90年代中后期(一定程度上直至现今)法学界的乐观氛围^[4]注入了一袭必要的清凉,对中国法治理论的进一步发展提出了一些有价值的问题。

二

全书共八个部分:民主法制化、“法治”与“人治”的论战、法治的价值与尊严、市场经济就是“法治经济”、人权与法治、宪政与法治、从“法制国家”到“法治国家”以及中国法治的基本理念,各部分基本按照作者在引言中所说的“历史与逻辑相契合”(也即时间序列和理论命题的铺陈相结合)的脉络展开。通过考察八个理论命题上法学主流思潮的观点及其论证,该书对70年代末以来的中国法治研究进行了比较全面的梳理。

学术梳理对学术进步和发展的必要性,几乎没有多少人会怀疑。但是,由于梳理需要掌握大量的一手资料,而且梳理容易被误认为一项简单的资料整理工作,不少学者不屑于或不愿做这类吃力不讨好的工作。就法治领域来说,虽然自70年代末以来的法治研究有一定积累,但二十年中学者们经常变换论题做重复的研究却是比较明显的现象。这反映了严肃的学术梳理工作在法治研究中是匮乏的。^[5]

对最近二十年的法治研究进行梳理。还难以避免对当代学者评头论足的嫌疑。一般来说,从事学术史研究的中国学者,不大愿意选择同时代的中国学术思想加以研究,因为这种研究中可能包含的学术评论,有被曲解为掺杂着研究者与被研究对象之间个人关系的危险。同时,也如该书作者在后记中所提到的,这种研究“面对林林总总的相关文献资料,当然必须作出

[4] 造成这种乐观氛围的主要原因,大体上在于自1996年2月中共中央举办“中央领导同志法制讲座”,王家福同志讲授“关于依法治国、建设社会主义法制国家的理论和实践问题”后,同年3月第八届全国人民代表大会第四次会议批准的《国民经济和社会发展“九五”计划和2010年远景目标纲要》确立以“依法治国,建设社会主义法制国家”为中国21世纪的治国方略,1997年9月中国共产党第十五次全国代表大会上江泽民所作的《高举邓小平理论伟大旗帜,把建设有中国特色社会主义事业全面推向二十世纪》报告对“依法治国,建设社会主义法治国家”的政治宣示,等一系列事件。

[5] 该书作者注意到这一现象,并认为这主要是由法治理论对政治决策、政治纲领等法学外部问题的回应造成的(参见该书第173页以下,280页以下)。尽管如此,在我看来,起码可以说这种现象反映了我们缺乏对既有学术成果的重视。

可能是万中挂一的选择”。(318 页)如果没有一种超越功利的学术品格和学术胆略,“选择”以及相关的评论都是难以达到学术目的的。

就该书来看,作者在介述、整理二十年法治研究成果的同时,对法治理论孕育生长的各个重要阶段及其主流观点都作出了自己比较独到的评论。这些评论为法治理论的进一步拓展提出了一些有价值的问题。

例如,对于 70 年代末 80 年代初的民主法制论,作者注意到,其“重点在于防止‘文革’苦难的再现,所强调的是形式法治的作用和建设,并鉴于‘文革’中大民主运动酿成的无政府主义和法律虚无主义思潮的泛滥,尤奉维护秩序为圭臬”。因此,这种论说首先带有比较明显的直觉思维印痕和情绪化倾向,在理论层面上缺乏严谨缜密的分析研究,对民主和法制都未能有深入的探究,“政府权力的法制化,突出的是为了强化政府,使国家权力系统化,并在此基础上要求政府依法办事,而没有明确的限制政府和权力的意识,也未能阐明通过这种限制保障人权的观念。”(26 页)由此,在关于 1980 年“法治”与“人治”论战的评论中,作者提出,其时的法治论者“最急切的问题”应该是,“新中国开国以来,何以‘人治’思想会逐步抬头、流行、泛滥,并具有一种新的内涵和形式,以至最终使中国坠入‘无法无天’的深渊。当中国步入新时之际,怎样防止个人独裁和‘人治’思潮回潮,并从制度上建构起新时代所要求的民主法治框架和政局稳定机制,而这既需要准确把握法治的内核和精神,也要求确定法治在中国实现的政治、经济条件,同时考虑法治文化的建设。最具有关键性意义的问题,是在自由、民主、平等和权力等因素之间,寻找一种符合现代法治准则和精神的平衡点。”(75—76 页)

尽管由于该书的主要目的在于对当代中国法治理论史的梳理,而不是陈述作者关于法治的独特而成体系的思考,因而上述提议不可能也没必要在本书中全面展开,但批评和提议的重要性应该都是非常明确的。80 年代初的法治学者,虽然以“民主与法制”为题探讨了一些很实际的重要内容,涉及了法治的政治维度,但是,这些探讨无疑带有太多的情绪化、表面化和直觉特征,对历史的反思没有过渡为关于现时和未来的制度化设计,而停留在对制度化意义的强调上,从而在法治化条件、法治的精神和实质等方面缺乏深入的探索。事实上,诸如法治、自由、民主、平等和权力等因素之间关系的明晰,是一种法治理论成熟的前提条件。而由于法治学者缺少对自由、民主、平等和权力的深入研究或者及时吸取其他相关学科的最新成果,这些关系至今在理论上仍然没有实质性的突破,在它们之间寻求一种符合现代法治准则和精神的平衡点,仍然是当下的法治研究“最具有关键性意义的问题”。

再如,对于 90 年代法学界流行的“市场经济就是法治经济”的命题。作者指出“法治经济”是部分学者从法学理论和法治的角度,对市场经济的一种理想化描述,而不是对实然存在的概括。这种“理想化的描述”首先是从一种理想状态的市场经济模式出发的,是以西方成熟的市场经济及其法治模式为参照系的,它所设定的是一种关于市场经济与法制建设的目标模式,是一种应然命题。因此,在这里,法治论者似乎更加崇尚浪漫的理想,法治论说停留在一般性的解说甚至号召的阶段。对此,作者提出,法治论者必须切入从传统经济体制向市场经济过渡期间所发生的种种法律问题,深入研究诸如什么样的法律原则、制度、规范才能适应和促进市场经济并使市场经济的发展与法治的推行相契合,法律应当怎样改革并与社会变革形成良性互动,市场观念与法治精神如何达成统一,中国的本土化对建设“法治经济”有何阻力或助益等实际问题。(142—143 页)

尽管有少数学者对“市场经济就是法治经济”提出过质疑,^[6]但随手翻阅现在的学术杂志或法理学教材会发现,这一命题仍然经常作为不证自明的真理出现在许多学者的论述中。作者对这一命题预设的片面性的揭示,有助于澄清许多法治问题上的混乱,更重要的是,可能引发学者们从实际的市场出发对法治与自由、平等、民主和权力关系的更深刻思考。实际的市场经济有着多种多样的模式,按照马克思的理解,西方自由主义市场经济其实是一个经济权力横行而自由、平等、民主均因此被异化的领域,所以,在一个市场经济建设与法治建设都处于过程中的国家里,法治的思考就不仅仅是一个关乎政治权力滥用的问题,同时也应该注意从一开始避免经济权力的滥用。作者在这里所提到的进一步研究的思路,对这些问题的深入探究应该是有启发意义的。

类似这样的评论在全书中随处可见,包括对法治的精义的把握、关于法治的价值和尊严的理解、关于公法与私法的划分、现代法的精神、人权与法治、宪政与法治、法律信仰、中国的法治化道路等等。总体上,这些评论提出了以往法治研究中存在的一些具体问题,无论这些问题有没有为学者们所意识,将它们揭示出来对于中国法治理论的进一步成熟都是极其重要的。

考察法治学术研究对政治话语的参与,^[7]是该书反思当代中国法治理论孕育生长过程的进路。在八个理论命题的具体讨论中,该书基本上贯彻了这样一个线索:理论命题的铺陈,采取将党的正式文件和官方话语与当时的主流学术思潮相对照的叙述策略,从而一方面揭示学术发展的背景,另一方面使法治理论孕育生长的整体性特征——学术对官方话语的积极参与——显现出来(这一逻辑与前述对每个命题研讨的局限性的揭示相结合,构成了作者对当代中国法治理论孕育生长的反思框架)。

对法治理论孕育生长的整体性特征,作者在全书结束时写道:“20年来中国法治理论的发展,极而言之,几乎是政治话语下的演进史。在各种理论口号和命题的背后,人们不难品味出主流政治和官方话语的决定性影响和主宰地位。”(318页)这20年中,“虽然‘法治’这个语词常常被提出和论及,但是,它仍然跟随着不同的理论命题而变化,并在其中寻求政治的、价值的支持,或者借此表明其合理性和正当性。”(218页)进一步说,这一模式也是整个法学理论发展的特征,“自1978年以来,当代中国的法学理论命题,以跳跃的方式更换了多少次。这种更换显然主要不是法学理论自身逻辑演进的结果,而是出于法学理论对政治决策、政治纲领等法学外部问题的一种回应。”(280页)对此,作者评价道:“实际的情形往往就是这样:当对一种理论命题的精义或神气尚未得以万中窥见其一时,学人们又开始或借助或寻找或创造新的话语形式,继续作重述的工作。这可以叫做‘意未得而形已忘’,‘意’即精义神气,‘形’是各种命题和话语文本。”(280页)就法治理论而言,尽管“考虑到中国特定的政治和思想方面的国情,这可能被认为是必要的。然而同时,它也使‘法治’疲于奔波劳碌,即忙碌于学者的各种命题和话语之中,而无暇顾及自身的逻辑思路 and 理论架构。”(281页)法治理论的生长,需要对政治话语的超越,“而缺失这样的超越,中国法治理论的前景,包括法治学术传统的奠定和对法治时代的真贡献就令人十分堪忧了。”(318页)

[6] 苏力先生对此命题的看法比较有代表性。参见苏力:《法治,及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第3、75、85页以下。

[7] “官方话语”与“政治话语”既有联系又有区别,但鉴于原作中更强调二者的联系,本文对“政治话语”中的“政治”一词也作狭义的理解,如未明确指出,视二者通义。

政治话语对主流法治思潮的决定性影响,或者反过来说,法治学术对政治话语的积极参与,导致了二十年法治理论研究不能按学术的自在逻辑发展。这反映学术与政治的关系没有得到合理的调协,学术没有足够的独立性、对政治有太大的依赖已经造成学术发展的不良后果。

学术的独立性,也是知识分子的独立性。这种独立性,主要体现于知识分子的主体性和社会批判精神,“具体地说,即表现为不依傍任何外在的精神权威,不依附任何现实的政治势力;在真理的认同上具有独立的价值判断能力,并依据内心准则而自由行动;在社会实践生活中,积极地参与政治,成为改造社会的独立批判力量。”^[8] 知识分子独立性的重要,近代中国学人曾将之与民族危亡相联系。^[9] 在当代,海外华人学者殷海光先生也曾有这样的论述:什么才是中国应走的道路?怎样才能使中国有个光明的前途?答案大抵可以浓缩成八个字,即道德、自由、民主、科学;而要实现这四目,就必须努力于新的文化创建,就必须有健全的知识分子作努力;健全的知识分子必须坚固道德的完整,有献身真理的独立人格。^[10] 尽管殷先生将知识分子独立的重要性提高到关系民族前景的地位,很有可能被认为夸大其词,但是从必要性而非充分条件的意义上来理解,这段论述是无法驳斥的。

具体到法治研究,由于法治不仅仅是一种观念的追求,还是一门实践性很强的应用学术,直接涉及国家的政治安排,社会的组织方式,而且其重要精神之一在于限制政治权力的滥用,因而,法治研究中研究者的主体性和社会批判精神较之其他学术研究就更为重要,法治学术如果缺乏独立性,就不能称之为法治学术。没有研究者的主体性和社会批判精神,法治学者们就特别容易为了某些非学术的动机违心地放弃、抹杀、改变自己内心所企及的真理,法治理论大厦的建构就会长期处于材料的堆积阶段,甚至在学者们之间,各种各样非学术的目的会成为彼此攻讦的实际动因。

从二十年法治研究的实际情况来看,作者的这一评论是有其真切与深刻一面的,因而也是有其极重要现实意义的。我们可以以法治理论研究的几个重要阶段为例。

70 年代末之成为当代中国法治理论孕育生长的起点,与党的十一届三中全会,尤其是邓小平同志对“发扬人民民主,加强社会主义法制”的肯定和某种程度的强调是分不开的,十一届三中全会确立的保障民主和加强法制的基本方针,“成为当时的法学研究的灵魂和主题”(27 页)。1978—1982 年间,法学界对民主法制的研讨主要集中于四个方面:民主法制的意义、民主和法制的互动关系、民主法制的基本原则、民主法制建设的指导方针和重心。(28—34 页)这些探讨在积极的一面,奠定了当代中国法治理论研究的基础。然而,如果读者对此间的学术研讨与官方话语进行比较,会很容易发现,在研究的深度和广度上,它并没有超出 1980 年前后

[8] 许纪霖:《智者的尊严——知识分子与近代文化》,学林出版社 1991 年版,第 3 页以下。

[9] 例如,鲁迅曾呼吁,要“将中国变成一个有声的中国,大胆地说话,勇敢地进行,忘掉了一切利害,推开了古人,将自己的真心话发表出来。……只有真的声音,才能感动中国的人和世界的人;必须有了真的声音,才能和世界的人同在世界上生活。”参见鲁迅:《三闲集·无声的中国》,《鲁迅杂文全集》,河南人民出版社 1994 年版,第 320 页。

[10] 参见殷海光:《知识分子的责任》,载周阳山编:《知识分子与中国》,台湾时报文化出版事业有限公司 1984 年版,第 150 页以下。

党的重要会议、邓小平的一系列论述和其他领导人的讲话所达到的认识水平。^{〔1〕}更确切地说,它所担负的主要社会功能是注释、宣传这些认识。1980年左右法学界关于“法治”和“人治”的大讨论,有着与“加强民主法制”相同的背景。法治论者在这场论战中,把法治的实质归结为民主,从政治层面上界定法治的内涵,从法治的政治意义、经济效用和稳定功能阐述法治优越于人治,充分肯定资产阶级法治的历史进步意义,在当代中国初步实现了“法治的启蒙”。然而,“时代背景,包括政治架构、意识形态和改革的进程……显然限制了这场讨论的理论高度和实质意义”,难以突破一些“禁区”,在“人权”、“法律至上”、“自由”和“限制国家权力”等涉及法治内核的问题上,缺乏一种深入的研究和探讨。(76页)^{〔2〕}80年代中后期,国家提出了“建设有计划的商品经济”和政治体制改革的目标,法学界结合经济体制改革和民主政治建设对法治的尊严和价值进行了有意义的探讨,提出法治是对一种终极价值和文化模式的表现,但另一方面,由于“‘法治’一词在正式文件和国家领导人的讲话中几乎消失殆尽”,“许多人认为,这意味着党和国家在‘厉行法治’方面表现出了某种犹豫和徘徊,从而给‘法治’蒙上了一层淡淡的阴影。直到1989年9月26日,新上任的党的总书记江泽民在中外记者招待会上郑重宣布:‘我们绝不能以党代政,也绝不能以党代法。这也是新闻界讲的究竟是人治还是法治的问题,我想我们一定要遵循法治的方针。’至此,阴影才开始慢慢消散。”

在法学界内部,一些文字常常对法治研究予以“政治批判”,让人疑惑:法学领域中的学术研究,应当成为政治的晴雨表?或者是否随时都必须也可以归结为政治问题,作一种政治评判?(80页)1992—1993年,市场经济在中国获得了合法性地位,“市场经济就是法治经济”命题也随之流行。学者们从“理想市场”的预设出发,论证了法治的重要性,从公法和私法的划分描述了市场经济的法律框架,探讨了“权利本位”、“契约自由”等“现代法的精神”。但是,学术对政治话语的积极参与,至少在助长学界的浮躁之气和浅尝辄止的研究态度方面“功不可没”。从理想市场出发,而不考虑现实的市场经济建设过程,表明法治论者似乎更加崇尚浪漫的理想,法治论说停留在一般性的解说甚至号召的阶段。在“现代法精神”的探讨上,它“原本可能成为中国法理学发展中一个可采纳的范式或规范认识架构的核心范畴,但其时的论者往往把它作为一个新的‘话语’,化入一些在其他论域或研究课题中早已谈论的话题和已形成的结论,反而使其缺乏实质性的新意。而且,在热闹一阵之后,论者们又几乎都‘移情别恋’,而无人专注于这一论题,以使其理论内涵逐渐丰富起来。”(173—174页)这样的风气和态度,延缓了甚至阻碍了中国法治理论按照内在逻辑要求的发展。

〔1〕 1980年前后党的重要会议、邓小平的一系列论述和其他领导人的讲话,对社会主义民主法制的基本模式的认识主要包含以下几点:社会主义民主法制建设是新时期现代化建设的基本方针;社会主义民主制的理想状态,就是民主的制度、法律具有稳定性、连续性和极大的权威;社会主义民主法制建设的基本要求,是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”;社会主义民主法制的基本原则是“法律面前人人平等”。(20—25页)需要指出的是,作者在描述过程中并没有明确地进行这种比较分析,而是分别描述官方话语和学术研究的观点,将比较分析留由读者去完成,这种方式也是贯穿全书的叙述策略。

〔2〕 学者们在这场辩论的评价并不一致,有人认为,法治学派赢取党对法治的信心的目的,以“八二”宪法为标志获得了胜利,法治论在1982年后逐渐成为法律改革及法律研究的基础(参阅卢永鸿:《评中国法学界对法律理论新模式的探索》,《法学评论》1989年第2期);也有人认为,这场“讨论”是浅层的、几乎是非法律专业层面的”(参见周永坤:《依法治国建设社会主义法治国家理论研究会述评》,《法制与社会发展》1997年第2期);《从法制到法治》的作者指出,一方面,这场讨论使更多的人知道或了解了“法治”一词,并对“实行法治”的呼声表示支持,“八二”宪法也将法治论者的核心思想——法律权威高于掌权者个人的权威——庄严记载下来,另一方面,在1982年到1991年历史中,一个显著的特点是“人治”思想通过各种形式加以表现(77页)。

这些现象表明,我们的确应该对法治学术的表面繁荣持一种谨慎态度。当学术与政治的关系还没有得到合理的调协,当研究者的主体性和独立精神还没有成为法治学术的基础时,任何对法治理论生长、成熟的“乐观”评价都是不现实的。

三

一般地说,优点和不足总是孪生兄弟,作出贡献的地方也可能同时就是存在不足的地方。就该书而论,作者对二十年法治理论史研究的缺失之处也基本上与其贡献相联系。

首先,在关于法治学术与政治的关系方面,该书没有作深入、具体和全面的分析,从而对这一问题的理解有一定的片面性。实际上,考察学术与政治在实践中的关系通常总要面临来自两个方面的困难。第一,无论在古今中外,知识分子实际上都不可能是一个具有高度同质性的整体,无论在学术领域的选择、学术观点的取向还是在思想方法、语言表述上,知识分子之间都有差异。假设社会——经济和政治——意识形态是一个恒量和整体,那么就其与社会——经济和政治——意识形态的远近亲疏而言,则可以将知识分子划分为“体制知识分子”、“非体制知识分子”和“反体制知识分子”;^[13]但是,第二,社会——经济和政治——意识形态却可能同样不具有高度的同质性,尤其是在社会转型时期。就本书所讨论的特定时段来看,政治(或官方)话语无疑具有一定程度的变通性。比如,建国以来不同时期的官方话语也不同,对同一事件不同的机构或代表官方的个人发表的意见也有差异;同样,就法治学术来看,尽管我们可以认为所谓的“反体制知识分子”并不存在,但是在学者对研究对象的选择、学术研究的进路以及学术观点之间,实际上也都存在着相当重大的分歧。对如此具有变通性而不是铁板一块的“政治话语”,和具有多样性的学术研究,简单化的处理方法肯定是有很大缺陷的。至少,这种简单化处理会忽视这二十年法治研究中的一个真实面目,即学者们正是利用了“政治话语”的变通性,以体制内或者不对体制直接质疑的方式取得了法治研究目前的成果。即使从本书对二十年法治理论史的梳理中,我们也可以看到,尽管学者们常常在不同的理论命题之间跳跃,但在每一个理论命题下,学术讨论的最后结果,多是单从政治话语出发所始料不及的。应该认为,正是这些在不同命题下借助于一定政治话语(从而确保研究的合法性)的讨论,才在总体上建构了当代中国的法治理论。假使可以说法律学术对政治话语的积极参与是二十年法治理论史的一个基本特征,那么也可以说,正是主动借助了这种积极灵活的参与,法学才在法治领域有所拓进。因此,参与并非完全是依从,也可能是策略。参与对法治理论建构的影响,需要作更为具体的研究和分析。

作者对学术积极参与政治话语这一特征及其弊端的强调,造成了对二十年法治研究的其他向度某种程度的忽视,这是该书第二个可能的缺失。

有一个比较明显的证据可以证明,作者对这一特征的强调并非仅仅是在一般意义上。作者认为,自 70 年代末以来的中国法治理论研究,到 1995 年前后终于走向成熟。他论证道,1995 年前后,中国法学者在“法治之路”上提出了三条思路,即移植和借鉴西方法治精神和法治经验、借助本土资源推进法治建设、促进市民社会的发育成长。与早先几年的法治理论研究

[13] 参见黄平:《有目的之行动与未预期之后果——中国知识分子在五十年代的经历探源》,《中国社会科学季刊》1994 年秋季卷。

相比,“变得更加明确和清晰,并开始上升到理论命题而非实践家采纳的建议的高度”,因而“这是中国法治理论走向成熟的一种标志”。(258—259页)在这里,如果撇开“学术对政治话语的超越”这一评价尺度不说,这三条思路虽然相较早先几年有所“明确和清晰”,然而离理论的成熟仍有很大的距离。首先,三条思路属于法治之路方面的探讨,无论探讨本身的深入程度如何,于整个法治理论来说仅仅是其中的一个侧面。其次,就三条思路而言,总体上说,也还都仅仅是“思路”。尽管学者们注意到移植和借鉴西方法治精神与法治经验的重要性与必要性,但究竟西方法治精神和法治经验是什么,哪些可以而哪些不可以移植,移植的可能性有多大,如何具体操作等等实际问题,学者们都并未十分注意去思考,或者思考没有达成基本共识;尽管部分学者们注意到法治建设需要注重本土资源,但究竟可为法治提供滋养的本土资源有哪些,如何提取出来,这些本土资源如何与来自西方的法治经验保持一种和谐而非紧张的关系,这类问题也仍然都是一个个问号;尽管市民社会被看作中国步入法治社会的必由之路,但如何建构中国的市民社会,尤其是,在一个改革开放均由政府主导的国家里建构市民社会如何可能,提出思路的学者们并没有在学术上给一个答复。最后,可以注意到,不仅三条思路本身多少带有学者们直觉思维的痕迹,三条思路各自涉及的概念如法治精神、本土资源、市民社会等是含混不清的,而且在三条思路之间,学者们也仍然莫衷一是,远未达成共识。以此观之,作者将这三条思路视为中国法治理论走向成熟的一种标志,并非对它们的理论水准的积极肯定,而主要是以“学术对政治话语的超越”作为评价尺度。这样,一方面,作者对二十年的法治研究在理论的深度上非常不满意,指责其隐藏在理论命题频繁转换之后的浮躁之气和浅尝辄止的研究态度,另一方面,又以某些研究思路“上升为理论命题而非供实践家采纳的建议的高度”作为法治理论走向成熟的标志。很显然,学术对政治话语的表面超越在这里被赋予了过于重要的意义。

在作者所描述的理论命题更替的背后,二十年法治理论研究,其实有着多向度的发展趋势。比如,法治理论的内核,有一个从形式法治观到价值法治观的演进;法治研究的重心,表现出从立法领域到司法领域的扩展,从规范领域到运作领域的过渡;法治研究的方法逐渐重视实证分析;法治研究的主要材料从党和国家的正式文件、领导人讲话到西方法治学术成果和法治建设经验,再到西方与中国材料(法律学术成果、法制建设实践、党和国家正式文件等)的结合运用等等。对于这些趋势,作者给予了不同程度的注意,有的被积极地肯定了其重要意义,有的在大的理论命题下被作为讨论的一个方面,而有的则只是偶尔提及甚至被忽略。并且,这些趋势与作者所强调的特征之间的关系,也并非是清晰可辨的。

造成法治理论缺失的原因其实也是多重的。例如,法治学者在法学理论基础上的不足。由于缺乏哲学根基,不少学者爱凭直觉而不是按照逻辑思维的要求说话,在为法治辩护的过程中,缺乏一以贯之的理论逻辑;由于缺乏相关社会学科的知识,为法治的辩护并不充分,同时容易养成浅尝辄止的浮躁学风。又如,一方面过分关注现实政治,常常带有情绪化,对理论的深层探究经常被为现实争论的权宜之计所替代,忽视从学术的传统中提取滋养,^[14]另一方面,法治学者又恰恰缺少了对现实的实证考察,偏好从西方的书本中构筑自己思想中的乌托邦。尽管这些方面在一定程度上散见于作者的评论中,但无疑的是,在本书中它们被关于政治刺激对学术的消极影响的评论所遮掩,是不明确且欠清晰的。

[14] 我个人认为,对马克思、恩格斯思想的批判性梳理和辨析,完全可能提供一种学术的丰厚资源,但综观法学者的论说,多是采取了一种引章摘句的权宜之计的运用方式。

四

作者在“后记”中引述了西方经济学大师凯恩斯的观点：“既得利益集团的力量，比起思想的潜移默化的力量来，被大大地夸大了”，思想的力量，比人们通常所认为的要大得多。（317页）的确，任何理论学说史都同时是社会实践史的一部分，理论学说总是或直接或间接地成为实践的参与者。从这二十年中国法的变迁来看，法治理论的孕育生长，对中国的法治化运动有着不可磨灭的贡献，而在这个意义上，作者所批评的“政治刺激与学术回应”的法治理论建构特征，以及批评本身，同时有着积极的意义。

法的变迁是一个社会中人们社会行动的结果。在社会行动导致法变迁的过程中，历史的和现时的、域内的和域外的环境，都通过人的主观发挥作用，使人们产生新的价值追求，驱动人们选择满足这些追求的途径和方式。其中，由于决定社会权力关系（即支配与服从关系）的资源在社会成员之间的分配是不均衡的，变迁必须得到握有资源的支配者的许可和支持，因此，为了目的的实现，一定的权宜之计是必要的（虽然这于学术的完整性而言，可能有妨碍）。

中国现时的“法治化运动”，是一种法的变迁运动，受法变迁机理的约束。以本书作者的考察来看，在 70 年代末 80 年代初，党和国家的领导决策层至少没有明确的推进国家和社会法治化的取向。^{〔5〕}因此，“法治化”之于中国，一个起码的要求是首先取得“法治”在政治上和道德上的合法性，即必须首先进行“法治的启蒙”。只有在此前提下，才有可能在理论学说和社会实践两方面有所建树。按此思路，我们就更容易理解，为什么法治论者对“商品经济”紧抓不放，为什么对“市场经济就是法治经济”情有独钟，为什么会因为“依法治国，建设社会主义法治国家”写入党 and 国家的正式文件，并进而写入宪法而欢呼雀跃？

然而，任何对过去的批评实际上都是指向未来。我这样理解本书作者“批评”的意义：法治的合法性毕竟只是“最起码”的要求，中国的法治化运动需要学术上的和社会实践中的实干家。当法治的“合法性”业已确立，作为法治论者，首先需要冷静回顾我们走过的路，批评我们的缺失和不足，不断调整航向；中国法治化事业的进步，迫切要求法治学术的独立。法治论者务必要秉奉学术家的尊严和执著，尽快确立知识分子的独立人格，漫漫求索，再不能把时间和精力消耗在与政治尽可能予以外表的和谐即权宜之计的设定中。这是二十年法治理论史在整体上向我们提出的最迫切的问题，是任何有使命感的法治学者必须明晰的起码道理。

总之，无论从关于法治论说细节的评论，还是从对法治理论建构取径的批评方面出发，尽管本书还有一些可以争论的地方，但它对当代中国法治理论孕育生长的总结和反思，既是非常重要的，也是非常适时的。作为一本法治理论史专著，从事法治研究的人不能忽略它，当代中国法学史的研究者也应该认真读一读，而由于理论史本身是社会实践史的一部分，对于当代中国法律史的研究者来说，本书同样不失为一本极其重要的学术文献。

法学研究

第二十二卷第六期（总第一三一期） 2000 年 11 月

刊号：ISSN 1002 - 896X
CN 11 - 1162/D国内代号：2 - 528
国内定价：15.00 元

〔5〕 可以一个多少带有象征性的事实为例：法治一词自于 1979 年在《中共中央关于坚决保证刑法、刑事诉讼法切实实施的指示》中出现后，相当长时间内都消失在党和国家的正式文件里。