

中国法治的自主型进路

顾培东^{*}

内容提要：我国正处于法治进路转型之中，亦即从偏重于学习和借鉴西方法律制度和理论的追仿型进路转向以适应中国国情、解决中国实际问题为目标的自主型进路。在这种转型中，必须对法治理论和制度中的一些重要问题予以审慎的思考与辨识，在充分考虑我国基本国情及其对法治的影响基础上，形成深化法治的主导思路，高度重视可能出现的某些偏失，避免局部性、阶段性的始乱终弃。

关键词：法治进路 自主型法治 追仿型法治 法治理论

一、引言

迄至现今，我国推行法治的实践已历时 30 个年头。30 年来，我国法治事业取得了举世瞩目的成就。然而，不容回避的是，我国法治事业当前也面临着一些理论上较为困惑、实践中无法绕开、必须直面的重大问题。

这些问题似乎是从两个完全不同的角度提出的：一是基于对中国具体国情的高度强调而对西方法治理论与制度作出的反思。由此提出的问题是：为什么被认为具有普适性的西方法治中的一些理论或制度并不完全适合于中国问题的解决？西方法治理论和制度中究竟哪些是值得我们借鉴的，哪些是需要远拒的？更具有实质性的问题是，西方法治模式是不是我国法治所追求的理想目标？二是基于某种法治信念而对近些年我国法治实践提出的质疑。相应的问题是：决策层提出的“社会主义法治理念”的内涵，不同于西方法治的经典理论，这是不是意味着对法治基本价值的否定？“为大局服务，为人民司法”这样的司法取向以及相应的实践是否符合法治的原理和原则？更进一步的疑虑是，中国还会不会继续坚持走法治道路？这样一些事关宏旨的是非问题的产生和存在，使我们有理由认为，我国法治事业正处于一个关键性时期。

* 四川大学法学院教授。

本文根据作者在中央政法委专题学习会上的讲稿改写而成。四川省政法委张建魁、四川省司法厅刘作明为讲稿的形成提供了很好的意见；西南民族大学教师吴获枫、兰州大学教师申伟为本文的撰写提供了帮助，谨致谢意。

从宏观上把握我国法治的现状, 本文认为, 我国正经历着法治进路的重要转型,^[1] 具体而言, 我国法治正在从以偏重于学习和借鉴西方法律制度和理论为取向的追仿型法治进路, 转向以适应中国具体国情、解决中国实际问题为基本目标, 立足于自我发展和自主创新的自主型法治进路。上文所提及的问题都与这种转型密切相关, 都产生于转型过程中的思想激荡、观念冲突以及认识分化, 因而可以把这些问题都归结到法治进路转型来认识, 或者从法治进路转型这一角度给出回答。

虽然自主型法治进路是我国过去 30 年法治实践的进一步延续, 但这一法治进路的形成和确立, 仍然牵涉从理念到制度的重要变化, 尤其是关涉对法治理论和制度中一些基本问题的重新审视, 更关涉对我国特定社会条件下理想的法治模式的认识与构建, 因此, 法治进路的这种转型意味着我国法治事业的重要变革与全面创新。

二、法治进路转型及自主型法治进路的确立

过去的 30 年中, 虽然我们一直在强调建设具有中国特色的社会主义法治, “社会主义”以及“中国特色”这两个基本点不断为决策者所提示, 并且在法治的具体实践中也得到明确的体现, 但不能否认的是, 过去乃至今天, 我国社会中始终存在着一种依恋和崇尚西方法治模式的思维偏向。这种“西方法治模式”, 并不是一个单一、确定的实体形态, 也不是某一具体的西方国家的特定实践, 它更主要是人们对其所接受的有关西方法治理论与实践的各种信息 (甚至包括文学和文艺作品中的种种描述), 进行理想化的提炼、筛选甚而推测后所形成的某种总体印象。虽然, 基于对中国国情的实际考量, 当代中国人并不认为中国法治的具体状态应当或可能会与西方法治模式完全相同, 但很多人仍然会潜在地依照这种模式去想象和构画中国法治的应有状态和未来图景, 把西方法治模式当作我国法治的摹本和示范, 把西方法治的“今天”视为我国法治的“明天”。

这种思维偏向与我国在法治创立阶段借用域外经验的客观需求结合于一体, 形成了一种偏重于学习和借鉴西方法治理论和制度的追仿型法治进路。“追仿”体现于我国法治事业的诸多方面。首先, 从法学理论看, 我国的法学理论主要建立在对西方理论和知识体系的移植和引入之上。无论是法理学、法哲学还是部门法学, 其体系结构、原则原理、概念范畴等都在很大程度上借取于西方法学。如果说在上世纪 70 年代末和 80 年初, 我国法学理论还受到过苏联的某些影响, 那么, 在此后的发展中, 这些影响已了无痕迹。不仅如此, 在对法治创立与施行过程中各种现象进行解说、分析和评价时, 人们所运用的理论视角、知识资源乃至论说方式与方法, 也都体现出与西方法学理论的密切联系。西方理论所确立的某些原则和原理往往成为人们判断是非和论证观点的主要依据。其次, 从立法看, 我国的立法多以西方法律、法规为蓝本。30 年前, 我国除了宪法和婚姻法外, 没有任何法典和法规。在此情况下, 只能以域外的制度作为蓝本和参照。虽然最初的刑法、刑事诉讼法等立法借鉴了苏俄立法的某些内容, 但更多的立法 (包括刑法、刑事诉

[1] 有关法治转型或法治进路转型问题, 我国法学界已有了一定的共识。在本文初稿形成后, 作者看到公丕祥教授《全球化时代的中国法制现代化议题》一文, 公文从全球化角度提出了“超越法律发展问题上的狭隘的东西方主义模式观, 走出一条适合中国国情的自主型法制现代化道路”的观点。参见公丕祥:《全球化时代的中国法制现代化议题》,《法学》2009年第5期。张志铭教授则提出我国法律体系的构建须从封闭性转向开放性, 从而更好地回应中国社会现实。参见张志铭:《转型中国的法律体系构建》,《中国法学》2009年第2期。里赞教授认为,“改革开放的三十年中国社会主义法进入现代化转型期, 在后现代理论对法治的批判和已经法治的国家反思法治的背景下, 以西方法治为模式的中国法的改革进路是否应当成为未来中国法的目标是值得当下中国法学思考的问题。”参见里赞:《变与不变: 转型时期的中国法》,《西南民族大学学报》(人文社科版), 2009年第1期。

法的修改)主要还是以西方国家的法律制度为蓝本。不仅如此,不少人还常常以西方的法律制度作为衡量我国立法的标准:西方有的,我们也应当有,否则就是不健全;西方没有的,我们也不应有,否则就是不规范;西方是此种状态,我们就不应是彼种状态,否则就是不完善。这样一种思维定势始终存在于我国立法过程之中。再次,从司法看,我国司法制度及其运作也大量吸收了西方司法的各种元素,不仅体现在司法程序、诉讼类别、审判方式等方面,还反映于法庭布局、司法人员着装和用具,乃至法院的建筑风格等形式和仪式之上。前些年,我国悄然出现了一个司法现代化的潮流,这一潮流实际上正是对西方司法制度从内容(如当事人进行主义、对抗制诉讼形式、严格的证据规则等等)到形式(如法袍、法槌乃至法院的建筑风格)的一种仿效。客观地说,在无法用一个确定的标准对“现代”与“非现代”作出判定的情况下,西方的司法制度不能不成为我们司法现代化过程中的标杆与参照。

追仿型法治进路在我国形成具有历史性、客观性原因。其主要是:第一,作为一种社会治理方式,法治是一件“舶来品”。尽管在我国传统中可以挖掘出某些法治因素,近代以来也曾经历过从人治走向法治的努力,^{〔2〕}但相对于30年前的中国来说,法治毕竟是外在的且主要存在于西方国家的社会事实。因此,无需避讳的是,中国创立和施行法治本身,既是对人类文明成果的一种崇尚和继受,也是对西方社会发展经验的一种学习和借鉴。并且,这种学习和借鉴不会仅仅停留于对法治的概念化强调,还必然会延伸至相关理论、制度及实际运作方法,也就是说,对社会治理方式的借用必然进一步延伸到对相应内容的移植。第二,西方国家在长期实行法治的实践中形成了大量的文化、制度和经验的积累,并现实地向外部世界展示出法治的具体图景,为“什么是法治”提供了一个假定性的标准答案。面对这些先存的文化、制度和实践经验,中国法治的进程不能不以学习和借鉴西方法治作为其始点。第三,中国法治的创立是在全球化的整体趋势与潮流中实施和完成的。这种全球化的过程实际上是一个以西方世界作为主导、以趋近西方现代社会为目标的社会发展过程。在此过程中,西方国家的观念、价值以及制度等各个方面都会对发展中国家产生强势影响。作为发展中国家,我国的法律制度自然也无法回避这种影响。^{〔3〕}

追仿型法治进路不仅有其客观和历史性的成因,从主流看,其效果也是积极和应当肯定的。第一,西方法治中毕竟蕴含了人类文明的诸多主流价值,对西方法治理论和制度的借鉴有利于将这些价值导入中国社会。第二,对西方法治理论与制度的学习和借鉴大大缩短了我国法治的探索过程,使我们有可能站在历史经验之上去进行自己的制度创设,避免了过多的试错和反复。第三,正是由于具有全球化、现代化的背景,“学习西方”的激励和冲动也一定程度上减少了在法治推进中政府动员的压力,潜在地塑造了推行法治的民间力量,并在某种意义上营造了法治施行所需要的社会氛围。概括地说,通过这样一种法治取向和路径,我国完成了一个现代法治国家所必备的法治体系的基本构造。

然而,在法治推行30年后的今天,偏重于学习和借鉴西方理论与制度的追仿型法治已显示出明显的局限和缺失。一方面,如前所述,人们观念中的西方法治模式实际上是一种理想化的假想,并不符合法治运作的实际逻辑,更不符合西方社会的真实状态,用这样一种假想的模式评价乃至指导我们的实践,不仅不能客观地认识我国法治的现实,还可能导致实践中的重大偏误。另一方面,法治是受特定社会条件和环境约束的社会实践,虽然各国法治有其共性的一面,但更有

〔2〕 有关于我国近代法治的肇始,参见程燎原:《晚清“新法家”的“新法治主义”》,《中国法学》2008年第5期。

〔3〕 有学者认为,全球化首先是经济的全球化,经济全球化要求与之相适应的国际规范,这些国际规范对各国的立法、行政和司法具有直接作用,从而导致各国的法律规范、执法原则及法律价值等不断趋同,逐步达到全球法治化。参见王贵国:《经济全球化与全球法治化》,《中国法学》2008年第1期。

意义的是基于各国政治、经济、文化以及其他社会因素而形成的差别。因此,依靠学习和借鉴西方法治经验势必不能从根本上构建出适合中国具体国情的法治模式。近些年我国社会治理中所出现的众多事实反映出,西方国家的法治经验并不完全适用于中国实际问题的解决。这两方面的局限和缺失都表明,偏重于学习和借鉴西方的法治经验已不应继续成为我国法治的主要取向和路径,中国法治事业的后续发展必须转向自主和自创。

近几年出现的另一些因素为我国法治进路转型提供了进一步的动力和理由。首先,这场全球性金融危机使当代中国人清醒地看到,与自由市场经济相匹配的西方法治的实际效能已趋于弱化,西方法治中国固有的某些观念和套路已难以应对当下西方社会的复杂局面。与此恰成对照的是,在金融危机的冲击下,我国经济仍然保持着较好的增长水平,整个社会呈现出处险不乱、遇难不惊的平稳态势。其次,近些年我国各种重大自然灾害的成功抗御,各种重大的群体性纠纷的妥善解决以及各种重大传染病疫的有效控制等事实,无不显示出中国式社会治理方式的特殊优势和效果,彰显了用中国方式解决中国问题的逻辑力量。再次,我国经济领域的创新性实践也为法治进路的转型提供了很好的启示。改革开放后较长一段时间中,我国在发展主义观念的支配下,以外向型经济为主导,形成了一大批劳动密集型、高能耗、高污染、低效益的产业和企业,并进一步导致了经济结构的失衡。近年来,我国着力调整经济结构,坚持可持续的发展路径,在经济增长方式的转型方面收到了显著的成效。经济领域中的成功实践不仅使我们看到了自主创新、自我发展的意义,同时也感受到了经济发展对于法治创新的强烈呼唤。所有这些,共同构成了推动我国法治进路转型的现实因素。

自主型法治进路具有这样几个特点:其一,立足于中国的社会性质和具体国情,以解决中国实际问题为基本目标,而不是依仿于理论上或观念中的某种西方模式,更不是追求与某种西方模式相符合。其二,通过挖掘和提炼本土社会治理经验,尤其是通过基于中国国情的制度创新,完善法律制度和法律运作。尽管我们对外部制度与实践仍然会保持一种开放的立场和态度,但我们会更加强调自主性和自创性。其三,系统、综合地形成一整套中国特色的法治理论和法律制度体系,特别是把司法制度放置到我国政治运作的总体结构中,确定并发挥其功能和作用,建立起合理的政治秩序,形成能够与政治等其他社会治理力量相协调与融合的司法运行机制。其四,自主型法治进路同样保持着对公平、正义、民主、自由等法治价值的追求,但同时又会依照中国的国情去理解这些价值的实际内涵,对这些价值作出中国式的诠释,特别是从中国实际出发正确处理这些价值在具体社会现象中的矛盾与冲突。

虽然,“法治进路的转型”或“自主型法治进路”这样的表述仅仅是一种学理上的概括,但近年来,无论是决策层强调确立“社会主义法治理念”以及“中国特色社会主义司法制度的自我发展与完善”,还是各级司法机构在理念更新、制度改革、方式探索等方面的积极作为,都明显体现出为实现这种转型所付出的努力。也就是说,转型已实际发生。

三、对法治理论中几个重要问题的审视与辨析

前文提及,所谓的“西方法治模式”蕴含着人们对西方法治理论与制度的很多误判和误识,因此,无论是对既往法治实践进行反思,还是对自主型法治进路作出选择,都必须以澄清这些偏误和误识、消除思想上的困惑为基本前提。为此,需要对法治理论与制度中几个重要问题给予审慎的思考和辨析。

(一) 西方法治理论中哪些是真正值得我们重视和借鉴的资源

西方有关法治的理论浩瀚庞杂,林林总总,五花八门。这些理论可以粗略地归为四个类型:

一是以洛克、卢梭和孟德斯鸠为代表的启蒙思想家有关法治的基本理论。这类理论的核心在于以反抗封建专制为背景,描述思想家们对于法治及民主社会的理想图景。这类理论通常被认为是现代西方法治理论的源头,被奉为西方法治理论的经典。二是以强调或推崇法治的某种价值或法律的某个特性为核心而建构的有关法治或法律的理论体系。如萨维尼推崇民族精神,凯尔森强调规范的绝对意义,耶林坚持法律的强制性,哈耶克主张自由主义等等。三是以霍姆斯、庞德、卡多佐以及波斯纳等人为代表的现实主义及实用主义法学理论。他们的理论重点分析和阐述法律的实际运作过程,突出强调法律实际运用的功效。这些法学家都有一个共同经历,即都从事过具体的司法实践。^{〔4〕}四是当代西方法学家以西方法治的运作状态为实践背景,以反思和批判西方传统和经典理论为主要内容的相关理论和学说。^{〔5〕}

过去30年乃至今天,这四类理论中的前两类比较为我们所重视,在我国理论界的影响较大。^{〔6〕}形成这种选择偏向的原因主要在于:第一,启蒙思想家对法治社会的描绘往往更符合人们的理想,即便是乌托邦式的设想,也能诱导人们心灵的向往。第二,启蒙思想家的这些理论已经成为西方国家意识形态的重要组成部分,同时也是西方国家用于对外部世界实施文化征服的武器。第三,西方学者对诸如民主、自由、平等、正义等价值或者对法律某一方面属性的极度强调,往往能够产生“片面深刻”的效果,因而更容易引起人们的关注和重视。

本文认为,真正值得我们重视和借鉴的应是后两类理论。理由是:第一,霍姆斯、庞德、卡多佐以及波斯纳等人由于其特殊的实践经历,他们的理论更能反映西方法治实践、尤其是司法实践的真实状态,他们的理论与见解更加切合司法运作的实际过程,因而对我们更有参考价值。第二,西方的法学理论在经历过几个世纪后,已发生了很大变化。近几十年西方法学理论的主流是集中于对法治运作进行实证分析,并且据此对传统的、经典的理论进行反思和批判,^{〔7〕}这些理论直面当代西方国家的社会现实,具有更高的可信性,也能够给我们提供更多更有意义的启示。从他们的一些分析中,我们不仅可以看到西方传统法治理论的虚幻性,而且能够了解到一些具有务实精神的建构性设想。

总之,在对待西方法治理论资源方面,过去乃至今天存在的问题是:人们往往把西方思想家的理想描绘当作西方世界的真实状况;把17至19世纪在西方产生影响而今天实际上已经衰微的理论奉为当代的经典。这种认识上的偏误,恰同于昂格尔曾经作过的深刻揭示:“真正的法治的概念也许建立在一种误解之上,它同时也是一种神秘的东西。它把占统治地位的理论以及该理论代表的精神状态与对法律在社会中实际位置的精确描述混淆在一起”,“把法律秩序在社会生活中的作用与某些理论对这一秩序的描述方式等同起来”。^{〔8〕}

(二) 法条主义是不是法治的核心原则

在我们很多人的理解中,法治的核心原则是法条主义,法条主义所赖以支撑的口号也正是法治。^{〔9〕}法条主义意味着严格、一丝不苟地依照先存的法律或先例行事,尤其是依此方式实施司

〔4〕 霍姆斯、卡多佐分别担任过美国最高法院大法官;波斯纳至今仍然是美国巡回法院的法官;庞德虽然未直接从事过审判,但有过律师和州上诉委员会委员的经历,并且长时间担任美国司法委员会主席,还担任过旧中国司法部和教育部的顾问。

〔5〕 这一类主要指批判法学派的相关学说,其代表著作如昂格尔:《现代社会中的法律》,诺内特、塞尔兹尼克:《转变中的法律与社会》等。

〔6〕 通过CSSCI数据库检索历年来源期刊的引证数据,孟德斯鸠、卢梭、洛克与哈耶克的总引证率均位居前列。

〔7〕 昂格尔把西方法治在当代的发展表述为“后自由主义中法治的解体”,参见[美]昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第180页。

〔8〕 同上书,第50页。

〔9〕 参见[美]波斯纳:《法官如何思考》,苏力译,北京大学出版社2009年版,第39页。

法审判。在法条主义看来,由于法律的正义已经包含在法条之中,因此,司法审判过程就象并且应当象售货机一样,一边输入法条和事实,一边输出判决。^[10]人们想象的西方司法也是一幅法官铁面无情、严格而机械地依照法条或先例判案的图景。然而,历史与逻辑告诉我们的却是一个与此完全不同的道理和事实。

首先,任何国家在任何时代都无法生成法条主义所期待的囊括各种社会现象、覆盖全部社会过程、包罗一切社会事实的法律规范。历史上不乏创造此类“法律大全”的努力,但无不以失败告终。最为极端的例证是,18世纪末,腓特烈大帝曾主持制定了多达1万7千余条的普鲁士民法,“试图对各种特殊而细微的事实情况开列出各种具体的、实际的解决办法”。然而,“尽管普鲁士民法典的规定极为详细”,但难免百密一疏或方枘圆凿,“从而不可能为一切案件设定明确的答案”,^[11]这部法典不久便被废弃。庞德也说过:“希望有一部包含着对法院或法官可能遇到的每一个明确、详细的事态都定有明确与详细法规的完整法典”,“这种想法完全是不切合实际的”。^[12]也就是说,法条主义赖以存在的前提根本就不存在。

其次,司法活动是需要参考多种因素、考量多种依据的能动且富有创造性的实践。霍姆斯的一个著名论断即是“法律的生命从来不是逻辑,而是经验”,^[13]他主张在司法中要依据社会生活的实际经验来探究案件的处理方式。卡多佐则认为,司法过程除了要遵循法条和先例外,也必须考虑道德习惯、社会影响、生活习俗、公众情感等多种因素,司法就是在各种利益冲突中找到妥协之道。他说:“法律一如人类,要想延续生命,必须找到某种妥协之道”,“对各种社会利益及其相对重要性的分析是律师和法官在解决自己问题时所必须利用的线索之一”。^[14]波斯纳更认为,法官的政治偏向、宗教信仰、理性良知、社会经历乃至情感与情绪都会对司法过程产生影响。因此,他主张用一种实用主义的态度对待司法中的问题,“能动和有限度地坚守立法的规定和先例的规定”。^[15]

再次,任何立法都是立法者在特定时期所形成的社会愿望与要求,而随着社会情势的不断变化,立法所确立的某些规则已难以适用于变化了的社会情势,甚至继续适用这些规则还将违逆立法者制度设计的初衷或损害社会的根本利益。在立法修改或废止程序(包括不违先例原则)的刚性制约下,强调对一切现存规则的严格遵循,这在事实上已丧失了绝对的合理性。以规制和训服外部世界为目的的立法往往因为其与外部情境的脱节而成为束缚人们实现这一目的的“纸枷锁”。不管对立法的前瞻性以及立法技巧赋予多么丰富的想象,都无法满足法条主义对立法适用性的假定和预设。因此,司法必须与不断变化的社会发展的需求相适应。美国现实主义法学坚持认为,法律应能够适应社会的各种变化和回应社会的各种要求,要在“司法的开放性和忠实于法条之间寻求一种平衡”;^[16]在司法中,立足于探求规则和政策内含的价值,注重追求法律的社会目标,“摆脱形式主义和程式的影响”。为了更好地回应社会的需求,现实主义法学家们“极力主张扩大法律相关因素的范围,以便法律推理能够包含对官方行为所处社会场合及其社会效果的认识”。^[17]

最后,法条主义始终暗含着这样一种判断:法条是公正、正义、民主、自由等价值的具体表

[10] 参见 [德] 马克思·韦伯:《论经济与社会中的法律》,张乃根译,中国大百科全书出版社1998年版,第62页。

[11] 参见 [美] 约翰·亨利·梅利曼:《大陆法系》,顾培东、禄正平译,法律出版社2004年版,第39页。

[12] [美] 罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制 法律的任务》,沈宗灵等译,商务印书馆1984年版,第98页。

[13] [美] 霍姆斯:《普通法》,冉昊、姚中秋等译,中国政法大学出版社2006年版,第1页。

[14] [美] 卡多佐:《法律的生长》,苏力译,贵州人民出版社2003年版,第3页,第51页。

[15] 参见前引[9],波斯纳书,第1页以下。

[16] 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,第83页以下。

[17] Lon L. Fuller, *American Legal Realism*, 82 U. P. L. Rew. 429, 434 (1934). 转引自上引书,第81页。

达；法治所倡导和维护的这些价值通过法条能够并且已经得到实际体现。法条被严格遵循的正当性或主要理由也源出于此。然而，事实表明，法条主义的这种判断并不具有确定的真实性。这是因为，任何立法或先例都是在极为复杂的因素影响下形成的。政治势力的争斗，利益集团的博弈，立法者个体（包括创造先例的法官）的立场、意识、知识、经验乃至情感偏向与癖好等诸多因素，无不对立法或先例产生实际影响。一切在其他政治活动中所出现和存在的各种弊端，在立法环节中都难以避免，并会体现于法条的具体内容之中。或许在应然意义上可以把公正、正义、民主、自由等积极价值视为法条所追求的目标，但在实然状态上，法条并不完全是这些价值的化身。基于同样的理由，立法也不可能完全被视为人民意志或多数人的意志的体现。正如沃尔夫所说：“没有任何东西可以保证任何一项立法都能真正代表大多数美国人的意志。”^{〔18〕}法条主义的一个致命缺陷，正是把对法治内在价值追求异化和衍变为对法条形式的崇拜以及对固守法条的强调。

当然，无论是司法实用主义、现实主义或能动主义，都不意味着司法任性，也并不否定法条作为基本依据的价值，即便是为了实现社会目标而超越规则，也必须遵循“超越规则的规则”，只是不应绝对化地看待法条的效力，不应机械地、僵化地适用法条。

（三）司法独立的真正涵义是什么，西方社会是否真实地存在着司法独立

司法独立是西方法治理论中的核心组成部分之一，也是西方司法制度的一个基石。对于司法独立的问题，很多西方法治理论给予两个确定的判断：其一，西方国家司法是真正独立的；其二，司法独立主要指司法独立于政治。“司法独立最核心和传统的含义系法官（集体或个人）独立于政治机构（The political branches），尤其是独立于行政机构（The executive）。”^{〔19〕}然而，西方学者新近对此问题的研究却向我们显示了这样几个结论：

第一，司法不可能独立于政治。理由是：（1）司法独立于政治的判断违背了政治常识。美国学者马丁·夏皮罗认为，司法独立于政治的理论与实践，有悖于国家主权原则和原理。^{〔20〕}（2）司法是寄生于政治躯体内的产物，是政治的创造物。意大利法学家卡佩莱蒂认为，司法在本质上仍然是一种政治装置，“司法部门归根到底还是国家的一个部门”。^{〔21〕}夏皮罗则说：“审判至少是最高统治权的一部分或至少是政治的伴随物”，“审判与最高统治权或终极政治权力密切地联系在一起”的倾向可以在所有社会中被找到”。^{〔22〕}（3）作为特定政治实体，法院不仅是争议解决者，同时也是社会控制者，承载着重要的政治功能，而当其作为社会控制者时，显然就不可能具有所谓超脱于政治的独立性。“从作为争议解决者的法院转向社会控制者法院时，它们所具有的独立性和社会逻辑甚至被更大程度地削弱了。”^{〔23〕}

第二，政治始终保持着对司法的控制和影响力。具体体现于：（1）司法构造和布局应依据社会控制的要求。夏皮罗认为，就连上诉这样的程序设计，表面上看是赋予当事人一种权利救济手

〔18〕 [美] 克里斯托弗·沃尔夫：《司法能动主义》，黄金荣译，中国政法大学出版社2004年版，第120页。

〔19〕 [意] 莫诺·卡佩莱蒂：《比较法视野中的司法程序》，徐昕、王奕译，清华大学出版社2005年版，第94页。

〔20〕 参见 [美] 马丁·夏皮罗：《法院：比较法上和政治学上的分析》，张生、李彤译，中国政法大学出版社2005年版，第29页，第49页。此外，从政治学的视角看，不存在独立于政治、独立国家的司法和司法机构，因为“国家的每一个部分不仅仅作为一个独立的权力中心，而且也是国家的有机组成部分，使国家作为一个整体在实现自己的目的方面具有更高的权能”。参见 [美] 贾恩弗朗哥·波齐《国家：本质、发展与前景》，陈尧译，上海世纪出版集团2007年版，第24页。

〔21〕 前引〔19〕，卡佩莱蒂书，第22页。

〔22〕 前引〔20〕，夏皮罗书，第38页以下，第50页。

〔23〕 同上书，第53页。

段，而真正的作用却在于实施中央对地方的控制。^{〔24〕}西方多数国家的上诉程序中，只审法律问题，而不审事实问题，原因就在于此。（2）政治力量决定着司法人员的任命。波斯纳说：“在任命和确任联邦法官中政治具有毫无疑问的重要性”，“一位总统总是从自己的政党中任命大多数法官（通常超过90%）”。^{〔25〕}不仅如此，如果司法出现偏离政治方向的问题，政治力量有能力和条件改组司法的构成。上世纪30年代，美国最高法院的司法政策曾引起罗斯福总统的不满，从而激发了罗斯福改组最高法院的愿望。最后，最高法院不得不以合作性的妥协换回了自身的稳定和平安。^{〔26〕}主导政治力量构造司法组织以及任命法官的机制，为政治影响在司法过程中广泛渗透创造了条件和前提。虽然法官一般并不公开、明确地把自己的具体审判行为与其任命者的政治主张直接联系，但法官作为“真实的个体”，在“屁股决定脑袋”的效应下，无法抛却其任命者施加于自己的政治期望，不能不“受制于授予他职位的人们”。^{〔27〕}（3）主流政治意识形态是司法人员所必须接受的观念，并会影响到司法的实际过程。夏皮罗认为：“司法态度属于存在于国内政治环境中的同一个相对连贯的意识形态模式中。”^{〔28〕}法官往往潜在地把任命者的政治主张转化为自己的意识积淀，形成波斯纳所说的法官的“前见”（Preconception），^{〔29〕}从而在具体的司法行为中加以贯彻和体现，由此使“法官的政治态度和他们的支持或者反对某个类型的诉讼当事人的判决之间存在着高度的相关性”。^{〔30〕}

第三，在西方历史上并没有出现过真正独立于政治的司法。夏皮罗通过对被认为是司法独立典范的英国实践的具体考察和分析，得出的结论是：“这一国家真正的经验却是一个将司法的依赖性与独立性混同在一起的奇特的微妙结合，并且在这一混合物中依赖性在最终意义上是处于支配地位的。”^{〔31〕}美国学者欧文·费斯对于美国司法独立状态的描述是：“我们美国人有理由为我们的司法所达到的独立程度而自豪。事实上，它是我们司法权威的支柱之一。但我们却不能想当然地认为司法绝对地与政治分离”，“即便是联邦法院法官这种长久以来被公认为世界司法体系中最独立的法官之一，也不是完全与政府部门隔绝，而作为政治体制中相互依赖的分支”。^{〔32〕}就司法与政治的关系而言，更为真实或更为合理的状态是司法与政治权力高度融合和一定范围内的相互替代。

第四，虽然司法独立直至今天仍然被西方社会视为“一个相当重要的社会和经济善品”，^{〔33〕}但如果不是固执于既有的信念，而是立足于政治运作，尤其是司法实践的真实过程，那么可以认为，司法独立在西方的真实性及意义已大为衰减。司法独立的真正涵义是在一个“极其狭窄的范围内”存在和被承认的，即“具体案件判决的做出没有受到任何直接的外部干预”。^{〔34〕}这既是司法独立的下限，也是司法独立的上限。此种意义的司法独立，实际上指的是审判的独立，这与我国宪法第126条的表述，即“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉”是基本一致的。

〔24〕 前引〔20〕，夏皮罗书，第71页以下。

〔25〕 前引〔9〕，波斯纳书，第21、26页。

〔26〕 参见前引〔18〕，沃尔夫书，第30页以下。

〔27〕 前引〔20〕，夏皮罗书，第29页。

〔28〕 同上书，第42页。

〔29〕 参见前引〔9〕，波斯纳书，代译序，第4页。

〔30〕 前引〔20〕，夏皮罗书，第42页。

〔31〕 同上书，第176页。

〔32〕 [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75、77页。

〔33〕 前引〔9〕，波斯纳书，第53页。

〔34〕 前引〔20〕，夏皮罗书，第219页。

（四）实行法治是否应奉行法律中心主义

人们在法治问题上的另一个较为普遍的认识是：法治社会必然把法律的作用、尤其是司法的作用放在最突出的地位；在实施社会治理中，法律是最主要甚至是唯一的方式和手段。基于这样一种认识，在近几十年的实践中，我们经常看到的现象是，每当社会出现一个新的问题时，人们就呼吁制定相关立法；每当出现社会纠纷和社会矛盾时，人们就吁求运用司法手段加以解决。

然而，这种认识以及这种思维倾向同样与当代法治发展的总体趋势不相吻合。庞德在很早以前就注意到“有效法律行为的限度”。他说：“我们必须决定，通过法律我们预计能做些什么以及把什么留给其他社会控制机关去办，我们必须试验我们所有的法律武器，估计一下每件武器对于我们今天的任务有多大的价值。”^{〔35〕}庞德认为，在现代社会的控制中，法律既有其特定的优势，也有其重要的局限，法律应当与其他社会控制手段共同发挥作用。当代美国学者考默萨通过对环境污染侵权纠纷、城市规划纠纷（类似我国的征地拆迁纠纷）、集团诉讼（群体性纠纷的诉讼）等现象作了大量分析后认为，现代社会中，社会关系的调整以及社会矛盾的解决主要是法律、政治过程、市场这三种方式或手段，而人数众多和问题复杂是决定这三种方式具体适用的两个重要变量。在人数众多且问题复杂的情况下，往往会产生用法律来解决纠纷和矛盾的要求，但人数众多和问题复杂恰恰是法律手段难以奏效的因素。因为各主体的诉求不同，判定和解决问题的标准难以统一，法律处理方式较为单一，规范不够明确，以及司法的容量有限等等，都会使人们不得不把这些问题交给政治过程或市场来解决。^{〔36〕}考默萨有一段话特别值得我们深思：“在全世界范围内建立法治社会的浪潮中，有许多可圈可点的经验教训。我们时常听到这样一种呼声，呼吁在最难以实施法治的制度中建立一种稳定、清晰、平等适用的法治体系，在人数众多、事件本身错综复杂的时候，社会对于法治的需求也是最大的，但此时也是法治的供给最为短缺的情形。这并不是说司法制度就不能担当起处理那些棘手的社会问题的重任，而是说，法院不太可能长时期广泛而深入地介入社会问题的解决。”^{〔37〕}

所有这些都表明，实行法治并不意味着奉行法律中心主义，真正有效的经验是把法律与其他社会控制资源结合起来，根据特定的社会条件，综合、协调地发挥其作用。

四、我国自主型法治进路的主导思路

自主型法治进路的实质，就是把解决中国实际问题、实现有效的社会控制与治理的要求渗透到法律及其运作的整个过程之中，从而形成与中国国情相适应的法治体系。因此，需要进一步思考的问题是：哪些是决定我国法治独特性的“中国国情”？这些“中国国情”对我国法治、尤其是司法制度的构建与施行具有何种影响？在对这两个问题作出判断的基础之上，我国自主型法治进路应有什么样的主导思路？以下仅就本文对这些问题的理解稍作阐述。

（一）以保证执政党的核心领导为前提，界定司法在我国政治结构中的地位

执政党在全社会中处于核心领导地位，这是中国最主要的政治特色，从而也决定了中国法治、尤其是司法的特色。在执政党与司法的关系上，必须坚持执政党对司法的领导。这种领导的作用，一方面在于保证司法工作统一于社会治理以及社会发展的大局，使司法的作用与其他手段的作用相互协调，更充分地发挥司法的社会功能；另一方面又在于保证司法机构正确地实施法

〔35〕 前引〔12〕，庞德书，第114页。

〔36〕 参见〔美〕尼尔·K·考默萨：《法律的限度》，申卫星、王琦译，商务印书馆2006年版，第169页。

〔37〕 同上书，第173页。

律,监督和约束司法机构及其成员依照宪法和法律实施司法行为。

在此方面,关键的问题是,实际运行中如何具体地体现或实施党对司法的领导。本文认为,应明确这样几点:第一,党对司法的领导应首先体现党的路线、方针、政策在司法工作中的贯彻,将这些路线、方针、政策转化为司法理念和司法政策,从而成为司法机构及其成员的一种思维取向。第二,党对司法的领导又体现于党组织对司法机构的设置以及司法机构主要成员的选任具有实质性的决定权力。第三,党对司法的直接领导主要体现在党中央对最高司法机构的领导,即通过最高司法机构将党中央的决策通过司法内部特有的渠道和方式,准确而规范化地传导到各级司法机构之中。第四,党对司法的领导同样必须依据于宪法和法律,尤其是尊重司法特性、尊重司法程序、尊重司法运作所固有的规律。这种领导应能够与司法特性和规律兼容,从而能够较好地融入到司法运作过程之中。第五,党对司法的领导应当是组织化的领导,并且应依照一定的程序和制度,而不应是党组织中的成员向司法机构及其成员任意地发号施令。总体上说,在两者关系的处理上,必须建立起合理的政治规则。

(二)以我国人口众多、地域广阔且区际发展极不平衡为背景,考虑法律及其适用的多样性和区别性

对于中国这样的国家来说,不应机械地理解和强调法律的统一性和法律的平等性。简单地或形式化地强调统一性和平等性,实际上会损伤法律的公正性或公平性,容易固化甚至扩大地区间、阶层间、群体间的现实差距。为此,一方面,基于我国法域过大而地区间发展不平衡的事实,可在现有的地方立法和少数民族地区立法权的基础上,进一步放大这两类立法的空间。^[38]尤其是发达地区和极不发达地区,在地方立法方面应有更大的权限和作为,允许其根据实际需要,并经过中央立法机构的审查许可,制定不同于一般立法的特别规定。另一方面,在司法中应实行司法能动主义。司法能动主义的核心是司法机构及其成员依照司法所要达致的社会目标,能动地运用司法工具解决各种司法问题。司法能动主义(Judicial activism)最初被用于表达法院在司法审查上的一种态度,^[39]近几十年来,司法能动主义越来越超越、甚而脱离司法审查这一具体事实,而成为现代司法的一个主导性趋势和具有普遍适用意义的司法哲学。美国学者克里斯托弗·沃尔夫甚至认为“司法能动主义”与“现代司法权”是可以相互替代使用的概念。^[40]对于差异性、不平衡性极为突出的中国来说,司法能动主义具有特别重要的适用意义。^[41]当然,实行司法能动主义牵涉到一些更广泛的问题,需要作进一步的讨论和研究。

(三)以我国社会治理资源的多元性和司法资源的相对匮乏为基础,确定并发挥司法的职责与功能

一方面,我国社会治理资源是多元的。除了司法以外,还有具有强大社会动员力和社会权威的政党组织,完整而庞大的行政组织体系,以及以传统文化和传统习俗为依托的民间性协调力量。另一方面,我国司法资源则比较匮乏,相对于其他社会治理手段而言,司法在某些方面也并不是最好或最有效的手段。这就决定了我国司法的实际功能不易放得太宽,尤其是不应把解决社会矛盾或纠纷的任务全部委诸于司法过程。对此问题的建议是:第一,应当明确,各种社会组

[38] 与此相关的一个问题则是,获得立法权的地方和少数民族地区尚需进一步认识到地方立法及自治立法的重大意义,并进一步提升相应的立法技艺。

[39] 早期司法能动主义的例子是大法官约翰·马歇尔在“马伯里诉麦迪逊”(5 U. S. 137)一案中确立的司法审查权。参见[美]彼得·G·伦斯特洛姆编:《美国法律辞典》,贺卫方等译,中国政法大学出版社1998年版,第340页。

[40] 参见前引[18],沃尔夫书,第15页。

[41] 司法能动主义已经为我国最高司法机构所接受。王胜俊院长在江苏法院调研并与人大代表、政协委员座谈时强调:“能动司法是人民法院服务经济社会发展大局的必然选择”,《人民法院报》2009年9月1日。

织,无论是社会管理机构还是生产经营单位,都具有实施社会管理和解决相关社会纠纷的职责,要把社会管理和解决社会纠纷的职责与功能贯穿于各个社会组织和社会运行的整个过程,全面动员和整合各种社会力量参与到社会管理和解决社会纠纷的解决之中。第二,建立多种形式的解决社会纠纷组织,形成多元化、多层次、覆盖全社会的组织体系,依照各自的条件与功能,综合地发挥其社会治理的作用。第三,合理地设计和界定司法与其他治理组织之间的关系,把司法手段运用于最需要、最有效的地方;同时,通过司法与其他手段之间的配合与衔接,将司法的强制和威慑作用延伸于其他社会治理过程。

(四) 立足于社会阶层严重分化、利益群体及其诉求极为复杂的现实,重视司法行为的社会影响和社会效果

我国社会阶层严重分化、利益群体诉求极为复杂的现实,决定了我国的社会纠纷具有这样一些特征:其一,单个主体的诉求中蕴含着不同阶层或群体的共同利益和诉求;其二,某一社会纠纷及其解决方式可能牵动更多甚至是更大的社会纠纷;其三,以法律纠纷表现出的冲突可能蕴含着其他更为深层的政治、经济或社会矛盾。^[42]近几年发生的“许霆案”、“瓮安事件”、“邓玉娇案”等案件和纠纷中都反映出这些特征。正因为如此,对于司法中的某些个案,基于单一的法律维度很难作出恰切的是非评价;机械地适用法条作出处理,不仅很难保证其公正有效,甚而会引发更大的危险。这就要求司法必须具有更高的立足点和更广阔的视野,即具有大局观。所谓大局观,体现在具体的司法过程中,就是能够综合、全面地考虑到案件所关连的各种因素,在各种复杂的诉求中找出主流性、主导性的冲突,在多种合理的诉求中寻求恰当的妥协和平衡,把社会控制与治理的总体要求导入纠纷的解决之中。对司法机构及其成员大局观的培养,不应仅仅停留在教育和倡导层面上,还应研究具体的制度性措施,形成相应的激励和引导机制以及评价和监督机制。对于个案处理的综合效果,司法机构应有一套具体的识别和参照标准,一个可供操作的评价体系。

(五) 以经济文化相对落后、社会公众对法律的认知能力普遍较弱为客观制约,把握法律专业化、技术化、程序化水准提升的进程

法律具有自己特定的专业性术语和概念,法律的实施以及对法律活动的参与通常涉及很强的技术性和程序性。就法律自身的发展趋势而言,法律的专业化、技术化、程序化的水准会越来越高。但是,基于我国经济文化相对落后、社会公众对法律的认知能力普遍较弱这一现状,在法治进程中,不应过度强调专业化、技术化、程序化水准的提升。在司法方面,应当重视这样几点:第一,在基层尤其是广大农村,应创造并适用一些简单便捷的司法审判程序和审判方式;对于文化水平不高的当事人,应尽可能运用当事人能够理解的司法审判语言。总体上说,不应把现代司法的程式和要求完全照搬到基层尤其是农村(同时,也不应把以农耕社会为背景、以文化教育水平低弱者对象的审判方式提升为一种普适性的制度)。第二,在司法审判中,应强化司法人员对诉讼参与人的告知责任,扩大司法人员在诉讼各个环节中释明权的行使,加强裁判文书中裁判理由的叙述,使各诉讼参与人对相关法律或司法行为有基本的理解和大体上的认知。对于“当事人进行主义”、“法院消极中立”等理论或原则,应持谨慎态度。第三,在司法中充分考虑当事人对法律的认知水准和法律行为的实施能力,对于诸如当事人意思表示是否准确、合同是否有效等与当事人个体行为能力直接相关的问题,应结合当事人的实际能力和条件加以认定。与此同时,慎重地对待程序失权问题,不能过于苛严地规定程序失权的后果。对于因诉讼时效而形成的失权,审判中应从严把握,不能轻易地根据时效否定当事人的实体权利。对于其他各种程序性时效规定,

[42] 参见顾培东:《试论我国社会中非常规性纠纷的解决机制》,《中国法学》2007年第3期。

如举证期限、上诉、申诉以及申请执行期限等,也应能动地考虑其具体适用;对于延误时效行为的事由要给出更宽泛的条件,对于因正当理由而形成的延误,要给予相应的救济措施。

(六) 以我国司法队伍的现状为条件,完善司法权的配置,并建立和健全司法机构内部运行机制

目前我国司法队伍的总体素质还不能说很高,更重要的是,司法机构中的激励手段和约束手段都很匮乏,这种现状决定了我国司法权的配置不能过于集中,既不能集中于某一机构,更不能集中于某些个人。同时,必须以司法产品的形成过程为主线,设置多元、多层次的控制、监督和评价体系,并相应建立和健全司法机构内部运行机制。相关的建议是:第一,进一步深入研究公、检、法之间,尤其是检、法之间在司法流程中的配合与制约问题,合理界分各自的权力与责任。第二,要根据司法产品形成的特点和规律,研究司法机构内部的控制和监督流程,尤其是正确处理审判权与审判管理权之间的关系,建立和形成法院内部合理而有效的权力运作机制,并由此构造出中国特色社会主义司法制度的微观基础。第三,要梳理和整合各种司法监督资源,统筹发挥党委监督、人大监督、法律监督机构监督、社会公众监督、学术理论界的监督、传媒监督以及司法机构上下级间监督的作用,同时,明确各种监督的权限、监督方式和效力,特别是协调处理好党委监督和同级人大监督之间的相互关系,提高监督成效,并防止一些负面因素的渗入,为司法创造良好的外部环境。

(七) 以我国所处的国际地位和所面临的国际环境为参照,提升法律对外部世界的应对能力

在今后较长时间中,我国的国际地位将会不断提高,在多极化的国际格局中发挥越来越重要的作用,特别是在全球经济中,我国的经济将更突出地显示出举足轻重的影响。也正因为如此,我国在和平崛起的过程中,将面临不同国际势力的挤压。各方面情况表明,我国将长期面临着不宽松的国际环境。与此相适应,我国在推进自主型法治进路中,必须参照这一因素,全面提升法律应对外部世界的能力。首先,法治体系的构建必须把维护国家的政治、经济以及社会安全放在突出的位置。在考虑我国法律的社会控制时,必须注重对外部敌对势力相关行为的有效控制,运用法律武器维护我国的主权以及国家利益。其次,要使法律成为我国在国际斗争中的有效工具。和平时期,国际势力间的斗争,常常是通过法律冲突的形式体现出来的,政治、军事、外交斗争中也往往掺杂着许多法律问题。因此,我国立法和司法应当对这种复杂性给予必要的重视,不仅不能授人以柄,还应保证我们在这些斗争中赢得主动。再次,应注重我国法律与相关国际条约及国际惯例的衔接。我国已经参加并将更多地参加各种国际条约。一方面,这些条约的遵行必须有相应的国内立法与之配套,另一方面,国内立法与这些条约相冲突的地方,也必须相应地完善和调整。更为重要的是,在外向型经济发展模式的影响下,我国国内经济与国际经济之间已形成了很高的依存度,这也要求我国的立法与司法在很多方面必须与国际商事惯例相吻合,相应的法律环境也必须达致国际商事交往的一般要求。此外,与我国作为世界大国这一地位相适应,在维护社会的公平与正义,维护人权、自由、民主等方面,特别是在依靠法律手段解决社会发展中的矛盾方面,我国也应创造出符合中国实际且对广大发展中国家具有参考和借鉴意义的经验。

五、自主型法治进路中应防止和避免的偏失

自主型法治进路包含着对中国具体国情以及民族自主性的高度强调,在此过程中,又伴随着全球金融危机所激发出的国家自信和民间的民族主义情绪,这些因素容易造成人们对域外法治理论、制度及经验的情绪化的排斥,乃至对我们自身过去某些实践的不恰当否定。更为重要的是,

基于对现代法治发展趋势的理解以及对中国国情的认识,我国自主型法治进路还意味着对法条主义和法律中心主义在一定程度上的扬弃,而这又容易被错误地认知为对某些“人治”因素的肯定,或者对法律虚无主义的某种认同。正因为如此,在自主型法治进路的推进中,必须高度重视可能出现的某些偏失,避免局部性、阶段性的始乱终弃,正确把握好以下几方面问题。

(一) 高扬法治旗帜, 养护并进一步提升社会公众对于我国法治的信心

坚定不移地走法治道路,这是中华民族用血与火的惨痛经历换取的共识。大力推行法治,既是执政党先进性的重要时代内涵,也是执政党取得社会广泛拥戴的重要前提和原因。我国近几十年的实践也表明,只有实行法治,才是我国实现社会有效治理、人民安居乐业的基本方式与方法。因此,自主型法治进路的选择,丝毫不意味着对法治的形式或实质上的放弃,而是在正确认识现代法治的基本内涵和发展趋势的基础上,从中国实际出发,对法治精神的实质性、建设性的倡扬和坚持。

由于所谓的“西方法治模式”在我国社会已经形成了较为深刻的影响,很多人把“法治”同这种“西方法治模式”简单地加以等同,因此,当前在推进法治的过程中,应从两个方面克服和防止认识及实践上的偏差。一方面,在党政领导干部和司法人员中,要避免在排拒和抵制“西方法治模式”不当影响的同时,漠视甚而否定法治的核心价值、基本原则和基本方法;避免在强调中国国情的同时,忽略法律的严肃性和权威性、忽略法律活动的科学性和规律性,从而确保我国社会治理始终不偏离法治的轨道。另一方面,在社会公众中,尤其是在法学理论界,应避免把对西方法治理论与实践误读基础上所形成的认识,当作判断我国法治具体实践的依据,进而因不能正确理解我国的创新性实践而对我国实行法治丧失信心。

克服和防止这些偏差,首先要求决策层高扬法治旗帜,维护法律的权威性,以大力倡导并自觉履践法治的实际作为,向社会昭示其坚定不移走法治道路的信心和决心,回应并消除人们在此方面的疑虑。其次,应通过多种方式统一全社会的认识,尤其是澄清在法治问题上的一些重大是非,使社会各方面对我国自主型法治进路有充分的理解和认识。要用人民群众听得懂的语言,用发生在社会生活中鲜活生动的实例,用符合当代中国人自身感验的道理,告诉人们中国应当走什么样的法治道路,从而养护并进一步提升社会公众对于我国法治的信心。

(二) 尊重司法的固有规律和特征, 维护司法审判必要的独立性

法治的权威性很大程度上体现于司法的权威性,而司法的权威性又主要产生并体现于司法审判活动的独立性。司法机构对具体案件的处置不受制于外部力量的强制,这是司法独立的底线,也可以说是法治的底线,不能突破。在维护司法审判的独立性方面,应把握好三个方面:其一,严格限制和禁止外部权力机构的领导成员对司法审判过程实施干预。外部权力机构的领导成员以种种方式对个案审判过程施加影响,这是当前社会公众最为担心、也是非议最为集中的现象,应当严格限制和禁止。必须看到,在我国现实中,争夺司法资源以及争夺能够影响司法的各种资源的现象非常普遍,因而应当防止腐败等各种消极社会势力借助于这样的途径在司法过程中谋求非法利益。^[43]对于少数涉及地方社会稳定或其他重大社会利益的案件,可以通过政法委表达地方党组织的意见。对于以各种形式反映给地方党政领导的有关司法个案的问题,也应由政法委统一加以分析、评价和筛选,并相应作出处理。在此方面,政法委要真正起到统筹和协调的作用。政法委向司法机构表达的意见应当符合三个特征:一是事关大局;二是符合法律规定,有法律依据;三是不对案件的具体处理作终极性、强制性要求。其二,应当规范和协调对司法的各种外部监督,界定各种监督的权限和方式,在监督机构内部,应明确相应的程序和规则,保证监督的正

[43] 参见顾培东:《我国法治进程中法律资源的配置与分享》,《中国法学》2008年第3期。

当性和有序性。不能因多方掣肘而使司法机构感到无所适从,更不能使司法机构丧失对个案处置的决断能力。其三,正确应对网络以及媒体对司法活动的影响。近年来的实践表明,网络以及媒体对我国司法活动的影响正日趋加深,如果不能正确应对和处置,不仅无法保证司法审判的独立性,也会对我国民主政治产生不可低估的负面影响。对网络和媒体的这种影响,司法机构以及相关部门应采取“充分关注、慎重分辨、据法考量、理性回应、正确引导”这样几个原则,尤其是应通过对一些影响较大的典型案件的处理,以及对这种处理结果的理性解析,引导社会公众正确认识案件所涉及的相关法律规则,显示司法机构对于网络及媒体相关意见的理性立场和态度,决不能让司法机构被网络和媒体盲目牵引。

(三) 重视法律的安定和稳定,强化法律实施的严肃性

在自主型法治进路中,一方面,需要充分考虑回应社会现实需求、回应社会变化,依据社会控制和社会治理的总体目标,能动、有效地实施法律;另一方面,又必须尊重法治的客观规律和基本要求,重视法律的安定和稳定,强化法律实施的严肃性。在此方面,有两个需要引起高度关注的问题。首先,应注重法律实施行为,尤其是司法行为的引导性。任何法律实施行为,不仅是对已经形成的社会事实作出评价和处理,同时也会为相应的社会行为提供一种示范,从而对人们的社会行为形成实际引导。因此,在社会治理的实践中,我们既要考虑到具体纠纷或事件的灵活、妥善处理,又必须重视这种处理的示范效应,重视在这种处理中所显示出的法律评价对于相关社会行为的影响,重视法律实施行为所释放出的信号以及由此形成的社会行为的预期。不仅如此,通过法律实施行为所体现出的社会规则,还应相对稳定,便于人们识别和认知,不能让社会公众对社会规则感到反复无常、变幻不定或捉摸不透。其次,注重各主体间的利益平衡。基于我国社会矛盾和社会纠纷的复杂性,在个案处理的实践中,有时为了求得矛盾和纠纷的解决,在满足一部分主体诉求的同时,难免会忽视另一部分主体的正当利益。这种状况如过度发展,很容易出现重社会利益、轻个人权利,重公有利益、轻私人权利,重弱势阶层权益、轻其他主体权益,重群体性诉求、轻个体诉求等偏向。从长远来看,这种偏向不仅会损伤法律的公平性,也会影响社会整体的平衡,甚至也会损害司法偏向保护的这一阶层或群体的利益,加大他们与其他社会主体交往的难度。因此,无论在宏观上还是在个案的处理中,必须把握好权利保护的具体尺度,重视各主体间的利益平衡,以维护法律基本的公平性。

基于前述两个方面的要求,在处理维护社会稳定与法律实施的关系中,应坚持依法维稳、规范维稳的方针,把法律规则作为分辨是非的基本依据,并在可能的情况下,把相关纠纷或事件纳入到正常的法律程序中加以解决,力求使“实体问题法律化、解决手段程序化和技术化”。特别是在涉法上访案件的处理中,应尽可能把法律问题还原到法律程序中,依据法律加以解决。对这类案件中少数当事人的无理要求,不应一味迁就,不能让上访闹事成为一些人谋求不当利益的常规而有效的手段,不能让少数人借助上访闹事而干扰法律的正确适用,以致于扭曲相关的法律规则。必须看到,法律的安定和稳定是社会安定和稳定的前提与基础。如果为了表面上暂时或局部性的稳定而在一些纠纷或事件的处理上违背或放弃法律的基本原则,必将为长远和全局性的稳定留下隐患。因此,在维稳工作中,更应当体现出对法律规则的尊重,强化法律实施的严肃性,维护法律的应有权威。

(四) 继续以开放的姿态,广泛吸收各国法治的有益经验

坚持自主型法治进路并不意味着我们闭关自守、拒绝吸收域外的经验。相反,对于包括西方国家在内的各国法治理论、制度以及实际运作方式,我们应进一步予以关注,深入研究和分析,并结合我国的国情和实际需要,博采其长、为我所用。事实上,作为一种社会治理的方式和治理工具,现代各国的法律制度有很多相通或相同的内容,差异仅在于这些内容服务于不同的社会目

的。因此，各国法治实践在技术层面上相互借鉴的空间仍然较大，这就需要我们以开放的姿态去对待外部的制度和实践。应当明确，我们摒弃的是对西方法治不甚了然的盲目崇拜以及不切实际的照搬照套，但我们必须以更高的境界和更广阔视野，摄取在各国法治实践中所形成的有益经验，把中国社会主义法治建立在人类法治文明的制高点上。

Abstract: Through 30 years' practice, Chinese path to the rule of law is undergoing a transition. The transition may be summarized as from the previous focus on the learning of and borrowing from western legal thoughts and systems to the present focus on the researches on and considerations of Chinese specific circumstances to settle our own problems on a self-reliance basis. This transition is mainly caused by the consensus that western style of rule of law is not suitable to China, and that Chinese path to rule of law needs institutional renovations in light of our own circumstances.

Theoretically speaking, this transition has also changed the ideas concerning to the ideal pattern of rule of law, and some of the essential issues presented in the western jurisprudence have also to be reviewed. Such review has indicated that, people's ideas about the ideal legal systems are strongly influenced by the classical western jurists who have depicted a nice picture for an ideal pattern of rule of law. This depiction does not really tally with the objective rules of legal construction and the reality of the western states. Therefore, misunderstandings of and undue reliance on western legal thoughts should be eliminated in the construction of Chinese legal system.

Based upon the above analysis, this thesis puts forward some proposals about the Chinese path to the rule of law. The judiciary role in the Chinese political framework has to be properly determined. The diversity and applicability of law have to be carefully considered in China with a large population and different economic developments. The responsibility and function of judiciary should be determined and exerted properly in the background of the plurality of social governance resources and the insufficiency of judicial resources. The claims of different classes and interest groups have to be equally considered and balanced, and the social influence and effects of judicial acts should be paid attention to. The professionalization, technicalization and due process of law should be realized step by step because our economics and culture are relatively backward. The judicial power has to be properly distributed and an internal check and balance mechanism has to be put in place. Finally, a quick and appropriate response mechanism to international calls has to be established in today's international context.

Key Words: path of rule of law, autonomous rule of law, imitative rule of law, theory of rule of law
