

# 法治的另一种可能？

——读《法治的中国道路》

吴义龙

在当下中国的语境中，讨论法治，不仅是一个理论层面的问题，更是一个实践选择的问题。尽管如此，不少人，包括学者之间，对此都远没有取得共识。换句话说，对什么是法治，如何实现法治，法治的目标是什么等等这些问题，以及更重要的是，对我们自己而言，也就是对当下中国来说，这些问题又意味着什么，人们的看法不一。其中一个很重要的原因或许是，用于讨论这些问题的概念以及背后的理念都来自于西方，并因此很容易使得人们形成这样的观念，即一旦我们的想法和做法与这些概念和理念不一致之时，前者应当接受后者的批判和检验。如果真是这样的话，这就潜在地预设着，关于法治，只可能有一种（正确的？）法治的理想、模式和道路，而不可能有其他（错误的？）的可能。凌斌博士的新著——《法治的中国道路》给我们展示了另一种可能，一种不同于西方主流的，而仅仅是中国特有的法治道路；并且在笔者看来，你很难说这是一种错误的可能，因为，30年来的中国的法治建设取得了不小的成就。<sup>1</sup>

## 一、为什么是“孝公难题”？

作为读者，首先遇到的一个疑惑或许是，为什么要以“孝公难题”这个中国古典文献中的似乎不很起眼的历史论题作为全书的切入点，来讨论似乎是很现代的并且是非常重要的关于法治以及其他与法治相关的问题？按照作者的说法，全书的内容，或者说是目的，就是试图对“孝公难题”的一个探索性的回答。<sup>2</sup>

所谓的“孝公难题”，是指立法之后，要想在旦夕之间，使天下的所有官员

---

· 吴义龙，男（1977—），河南信阳人，河南大学法学院，讲师，法学博士，主要从事法理学和法律社会学研究。联系方式，15037830100；Email: yilongwu@sina.com；通讯地址：河南省开封市明伦街85号河南大学法学院，475001。

<sup>1</sup> 袁曙宏，杨伟东：《我国法治建设三十年回顾与前瞻》，《中国法学》2009年第1期。

<sup>2</sup> 前引1，凌斌书，第5页。

和百姓都能明确知道和严格服从法律并且能够保证法制统一、执法公证，该如何是好呢？<sup>3</sup>对于每一个务实的立法者来说，立法之后，如何能够在各种各样的现实处境下，有效地实现从“法”到“治”的转变，才是其所面临的一个真正的问题，因为，他们很清楚，“徒法不足以自行”。或许，在立法者看来，相对于立法而言，如何使之有效运作是一个更为困难的问题；甚至可以说，立法本身并不是真正的目的，目的在于如何使之在实践中得到有效运作，而这正是实现法治的不同道路的选择问题。如果我们的目的是过河，那么，重要的就是，要解决船和桥的问题。<sup>4</sup>

进一步地，这里面实际上隐含的一个重要问题是，即如何正确地看待目的和手段之间的关系。通常的观点会认为，无论人们的目的是什么，目的相对于手段来说是更重要的，而手段是相对更不重要的；是先有了一个目的，而后才有了手段，手段仅仅是实现先前的既定目的的各种措施而已。这样就很容易导致目的和手段的关系的分离和割裂。并且如果是这样的话，就会带来一个棘手的问题：我们该如何评价这个先在的目的呢？也就是说，这个目的本身是否合理的判断标准是什么呢？显然，在这里，我们是很难通过手段对其作出合适的评价的，并因此我们往往把这个关于目的评价的问题悬置起来，尤其是当这个目的对我们来说，非常的重要以至于变得非常崇高进而成为一种理想甚至是梦想的时候，更是如此。法治就是一个尤为明显的例证。

关于法治的讨论，我们以往把重点或争辩的焦点都放到了什么是法治或什么是我们应当追求的法治这一问题上，因为我们的首要目的就是要实现法治这一宏伟的和崇高的目标，至于如何具体地实现法治反倒成为次要的了。似乎是，如果我们不事先把这个至关重要的关于法治是什么或我们应当追求的是什么样的法治的目的问题彻底搞清楚的话，谈如何实现法治的手段问题就是无的放矢，即所谓的“手段只能通过目的来评价”。真是这样的吗？目的和手段的关系究竟是怎样的？在笔者看来，目的和手段是无法分离的，两者的关系是相对的和暂时的，在目的实现之前，你很难说目的就一定比手段更重要，因为当重要的目的根本就无法实现的时候，所谓的重要又是什么意思呢？

很明显地，在选择目的的时候，我们应当同时考虑实现目的的手段，不考虑

---

<sup>3</sup> 这是经作者对古文中的孝公难题翻译之后的说法，至于原文的表述，同上，第2页。

<sup>4</sup> 苏力：《道路通向城市——转型中国的法治》，法律出版社2004年版，第6页。

手段就意味着不严肃地对待目的，反倒是玷污了目的本身，而这又不是我们愿意看到的。目的或理想的重要功能是切实指导和帮助我们通过行动改变（不令人满意的）现实，并且，它本身也是在这一过程中得到验证和发展；目的是可以通过手段实现之后给我们带来的真实的益处而得到评价的。<sup>5</sup>如果这是有道理的话，我们就可以理解作者以“孝公难题”的解决为主线来讨论法治问题的用心良苦了。

不仅如此，甚至当理想自身（也就是一个相对遥远的目的），尤其是对一个国家来说是什么还不很清楚的情况下，也并不妨碍我们做事，很多的时候，我们实际上就是这样做过来的。30年前，当我们讨论法治是什么，法治和法制的区别以及法治和人治关系的时候，我们是在还没有搞清这些问题的情况下就已经踏上了法治建设的道路了，或许还是一条不归之路；甚至直到当下，我们仍然在讨论着这些问题，尽管稍有变化（比方说，什么是中国特色社会主义法治），但不可否认的是，我们的法治建设已经取得了巨大的成就。如果只有当我们把目的和理想都彻底搞清后才能采取手段实现它，结果或许只能是，我们还停留在原地，在忙于争辩着什么。并且更为重要的是，也正是在这一实践的过程中，我们也才对什么究竟是我真正需要的法治有了一个较为清醒的和清楚的认识。在这个意义上，实践不仅是检验真理的唯一标准，甚至就是真理产生的前提条件。

以“孝公难题”切入，还有其他的意图。前文说过，我们借以讨论法治的一整套概念和理念基本上都是从西方引进的。也就是说，这些东西我们过去没有，即使有，也和西方不一样；西方的是正品，我们的是赝品。<sup>6</sup>但事实并非如此。孝公难题以及应对该难题的商鞅变法都是真实的和真切的，无论是关于法治的实践还是理论都是如此。孝公难题隐含着法治建设的三个基本难题：主权立法的溯及既往（“法令立之”）、法治权威的时不我待（“当时明旦”）和官僚体制的难于监督（“天下吏民”）。商鞅变法的措施的核心是：“为法令置官吏”和“为法令为禁室”，也就是建立专职的司法（行政）部门以及禁止普通人接触法律文本。<sup>7</sup>概括地说就是，商鞅解决秦孝公提出的法律传达、法律实效、法制统一和执法公证这些问题，是靠专职法官的居中控制、依赖统治者自上而下的权力支配得以解决。

<sup>5</sup> 约翰·杜威：《评价理论》，冯平等译，上海译文出版社2007年版，译者序，第42页。

<sup>6</sup> 钱见夫：《中国封建社会只有律家律学律治而无法家法学法治说》，载何勤华主编：《律考学》，商务印书馆2004年版。当然，也有不同的看法，参见王人博：《一个最低限度的法治概念——对中国法家思想的现代阐释》，《法学论坛》2003年第5期。

<sup>7</sup> 更为详尽的论述，参见凌斌：《法治的两条道路》，《中外法学》2007年第1期。

<sup>8</sup>这和现代西方的法治理念，即以垄断法律解释权为基础的职业法律人的统治，按照作者的说法就是“专职法治”是没有什么不同的，是殊途同归的。为了更清楚地表明这一点，作者甚至花费了两章的篇幅进行了详细的解释。

如果我们不是更看重“名”，而是更看重“实”；或者说，更注重的是“物”而非是“词”的话，上面的看法就会更有说服力了。更何况，即使是西方关于法治的“名”，也并非铁板一块，因为“词”与“物”早已分离了。<sup>9</sup>实际上，在作者看来，西方的法治模式至少有两种：一种是以十七十八世纪的启蒙法治为模式，强调的是“守成”的法治，也是就关注对以往生活中形成的规则和由此带来的社会秩序，在此基础上制定法律。这是一种静态的法治模式。另一种是十九二十世纪以来形成的现代西方法治模式，强调的是“变革”的法治，也是一种致力于通过不断的立法来改变社会，增进社会福利和推动社会发展。这是一种动态的法治模式。从这个角度来说，孝公难题以及商鞅变法的实践和理论，与动态的法治模式有更大的家族相似，而非与静态的法治模式有更多的相同之处。这是因为，两者所处的时代背景，即都面临着社会的急剧转型，以及所处理的社会问题，即要在短时间内解决大量的利益冲突和对利益进行重新分配大致类似，从而导致了在社会发展和法治实践上的共同点不少。<sup>10</sup>

因此，即使是借鉴和学习西方的法治经验和理论，也首先要有一个选择的问题，选择一个与我们更为相近的而不是更不相近的。因为，说到底，西方的法治理论和实践也仅仅是他们应对自己生活中的各种问题的产物，而不是别的什么。我们不能只是因为某种关于法治的理论更像是一个理论，更加“理论化”，而不顾它究竟是为了解决什么问题，就盲目的、生搬硬套的拿过来。以问题和问题的解决为导向而非以理论为导向，或许是一个更好的借鉴和学习的选择标准。

## 二、变法之治：现代法治的另一形态

作者以“孝公难题”切入，并将其具体的法治运作的实际形态称之为“变法之治”，而且还是现代法治的基本形态，最为重要的意图之一，并不在于非要在

---

<sup>8</sup> 前引 1，凌斌书，第 10 和 28 页。

<sup>9</sup> 关于词与物分离的细致讨论，参见[法]米歇尔·福柯：《词与物：人文科学考古学》，莫伟民译，上海三联书店出版社 2001 年版，尤其是第四和第五章。

<sup>10</sup> 前引 1，凌斌书，第 32 页以下。

“本土资源”中努力寻找出一个法治形态的样板来，说不仅你们西方说法治，我们也有，而且比你们还早两千年；而在于这种法治形态对当下中国的法治实践具有重要的借鉴意义。按照作者的原话来说，就是发现、理解和呈现法治的中国理想，我们需要的不仅是《美国宪法》、《德国民法典》和哈特、富勒等，更重要的是理解《春秋》、《商君书》等这些经典著作中所凝聚的中国文化的核心价值；只有面对自己的传统和现实，我们才能真正找到中国法学的源头活水。<sup>11</sup>

那么，我们如何理解这里的“变法之治”呢？与我们通常认为的法治形态又有什么不一样呢？让我们先来看看与变法之治相对应的另一种，也就是人们一般所看重的法治形态，即“常法之治”。前文已说过，这种法治形态的理想是西方主流法律理论家建构的以十七十八世纪的启蒙法治为模型，强调的是“守成法治”，认为法律的基本功能是承认和维系一个稳定社会的常规秩序，法治的过程就是对普通人在日常生活过程中所形成的应对各种问题而形成的各种社会规范和伦理观念的总结和提炼，并使之成为正式的法律制度的过程。因此，这是一种静态意义上的法治形态，因为这种法治实践要运作良好的前提条件是一个社会在很大程度上是稳定的，缓慢发展的，从而导致了所谓的“社会演进型”的法治道路的形成。<sup>12</sup>在笔者看来，这种关于法治的看法之所以成为主流的和主导的，很大程度上是因为这种法治的观念顺应了当时的社会发展的实际需求，毕竟，无论是西方还是东方，历史的绝大多数时期，都是处于梅因所说的一个“静止的社会”。<sup>13</sup>

与之相对，变法之治是一种致力于增进社会福利和推动社会发展的法治目标，其实质在于“革新法治”，试图通过法律的制定和实施来引导以及某种程度上来塑造社会未来发展的方向。相对于常法之治来说的一个突出特点是，变法之治表现为频繁大量的国家立法和经常不期的规则改变。因此，这是一种动态的法治形态，其并没有将法治的基础建立于任何坚实的传统观念和习俗惯例之中；不受制于传统和往昔，相反，其着眼于当下和未来，随时都准备着可能调整自己的

---

<sup>11</sup> 上引凌斌书，第199页。

<sup>12</sup> 蒋立山：《中国法治道路初探（上）》，《中外法学》1998年第3期。在该文中，作者将与这种法治道路相对应的也就是中国的法治道路称之为政府推进型法治道路。显然，与本文中所述的变化之治与常法之治的划分有异曲同工之妙。当然，这两种划分方式都只是理想类型方法的运用，而非绝对是界限清晰的两分法。另外，多数学者都是从经验演进和理性建构的角度对此作出区分的，参见谢晖：《法治的道路选择：经验还是建构？》，《山东社会科学》2001年第1期；何肖琬：《经验演进还是理性建构——关于中国法律传统与法治道路的思考》，《烟台大学学报（哲学社会科学版）》2001年第4期。

<sup>13</sup> 考虑到梅因是以法典时代的开始作为静止的社会与进步的社会的区别的主要标志这一关键因素，本文的论证就更具有说服力了，因为成规模的法典化是与法律职业或法律共同体很大程度上是一并形成的。参见梅因：《古代法》，沈景一译，商务印书馆1959年版，第16页。

措施和手段。尽管如此，这也不是“非法治”，因为这种形态的法治力求使得频繁颁布和实施法律这一革新型立法过程符合一种常规化的规则治理过程，简而言之，是一种变法之常治。<sup>14</sup>

变法之治不仅是法治的形态之一，而且，作者将这种“变法之治”看作是现代法治的基本形态，主要是因为这与现代社会的特点也就是现代化过程紧密相关。与前现代的也就是传统农业社会相比，现代社会是一个工商社会甚或是高度发达的工商社会，新生事物层出不穷，社会组织方式不断变化，知识结构不断更新，科技发展突飞猛进等等，总而言之，现代社会处于持续的较大的变动之中，这一切导致了仅仅依靠传统社会中自发形成的缓慢性变革已无法有效回应现代社会；更多的新问题出现了，更多的利益需要重新配置，这些都促使了现代的规模化的法律生产，即通过立法机关以理性设计的方式颁布法律，来设定社会规则。甚至，即使是在最强调“法治”的情况下，也只是国家以“立法”的形式来推进这一现代化过程。<sup>15</sup>

进一步地，如果我们不是狭隘地将现代性仅仅看作是一个抽象的时空概念，一个仅仅是伴随着近三四百年来席卷全球的大规模现代化过程的特征和趋势的话，而是从更宽泛的也就是从一个国家的经济政治社会的全面转型的角度来看待现代性，就可以看出，孝公难题的提出和商鞅变法的应对，以及由此而来的关于法治的理论的形成和探讨，都深深根植于“现代法治”的兴起和发展，因为其所发生的时代背景和法治实践都更与现代社会相似。从而，就法治的“现代性”而言，孝公难题的“变法之治”与十九二十世纪的现代西方法治模式更为接近，而与十七十八世纪启蒙时代的“常法之治”更不接近，尽管时代的间隔更容易导致相反的错觉，即两千多年前的变法之治应该与现代法治有更大的不同才对。<sup>16</sup>这再一次例证了，我们更应当看重的是“物”，而不是“词”。<sup>17</sup>

除此之外，对于近代中国来说，变法还有一个更为重要的目的，这就是建立现代民族国家。近代以前，中国名义上是一个国家，但实际上仅仅是学者所说的，一个“文化共同体”。这样的政治性架构的一个重大弱点是，一旦当外力强行进

---

<sup>14</sup> 前引 1，凌斌书，第 35 页。

<sup>15</sup> 前引 5，苏力书，第 15 和 21 页。

<sup>16</sup> 前引 1，凌斌书，第 33 页。

<sup>17</sup> 实际上，这背后体现的是一种语词意义的指称论，即主张一个语词的意义就是这个语词所指的对象。然而，由于词的名称与其所指的对象并非是一一对应的，尤其是当其脱离了具体的语境的时候，因此这种语言观遭到学者们的诸多批评。参见陈嘉映：《语言哲学》，北京大学出版社 2003 年版，第 43 页以下。

入时，分散的民众无法很好地团结起来（并且民众的数量越多，这种倾向越是明显），似乎是一盘散沙，毫无任何防御的力量可言，更不用说建设的力量了。近代中国发展的历史事实也表明了，为了改变外部压力和内部危机的双重不利的现实处境，为了改变落后挨打的局面，实现强国富民的梦想，必须在政制安排上有一个强有力的现代主权国家。因此，所谓的变法，实际上解决的不只是一个法律的问题，法律的主要作用也并不是要确认社会秩序；法律并不是被当做“治国”的方略，而是一种“建国”的方略。变法不单纯是法治的事业，更是政治的事业。<sup>18</sup>变法的目的不是单一的，而是多样的，法治的实现只是其中的一个，并且还不是最重要的一个。

不仅如此，变法除了“全变”之外，而且还要“快变”，也就是说，要尽可能地在短时期内实现其追求的多重目标，这对近代以来的中国而言是一个更为迫切的要求。我们知道，西方国家的现代法治的发展历程是一个较为从容不迫的过程，即使是“全变”，也有一个相对较长的时间段，是逐步地，甚至是缓慢的全变。中国的情况完全与此不同。从一开始，中国的变法之治就有时间上的紧迫感，实施的是“赶超战略”，其法治的现代化过程存在着一个很强的人为的时间观念，要在一个被高度压缩了的现代化过程中尽快地完成这一巨大的转变。当然了，其根本的原因在于，当时各种内外的环境压力要求中国的发展在任何一个方面都不得不抢抓时机，以便迎头赶上，甚至可以说，中国的发展最为缺乏的就是时间这一关键因素，经济是这样，军事是这样，法治当然也不例外。<sup>19</sup>

按照苏力的较为乐观的判断，中国这一持续百多年的变法过程（即使是从启动改革开放算起，也是如此）到目前已趋于基本结束。主要的理由在于，中国的社会转型就总体来说已经基本完成，无论是从经济的、政治的、还是文化的方面来看，都是如此。某种程度上，这也导致了从 19 世纪末的“变法”话语到 20 世纪末的“法治”话语的转变。<sup>20</sup>尽管从 20 世纪初，中国就开始了一个以立宪制法为标志的大规模的“变法”历程，但也只是到了 21 世纪初，这种大规模的立法活动才趋于结束，其中最明显的标志，就是中国特色社会主义法律体系已基本形成。<sup>21</sup>

---

<sup>18</sup> 前引 1，凌斌书，第 21 页。

<sup>19</sup> 蒋立山：《中国法治道路初探（上）》，《中外法学》1998 年第 3 期。

<sup>20</sup> 前引 5，苏力书，第 38 页。

<sup>21</sup> 吴邦国：《全国人民代表大会常务委员会工作报告》，载《人民日报》2008 年 3 月 22 日，第一版。

尽管从实践的情况看，中国大规模的变法过程已基本结束，但这并不妨碍学者们事后从理论上对其进行总结、提炼甚或是修正，其目的不仅在于拓展和加深我们对法治的理解，法治的形态除了常法之治，还有变法之治；更在于这种将变法阶段纳入法治的概念的做法，有利于帮助我们更好地理解在常法之治下许多被掩盖的重要问题，因为，有一些在常法阶段深埋的制度基础和根本问题通常难以观察，甚至难以察觉，而变法阶段的重新奠基过程恰恰可以将之全面暴露出来。<sup>22</sup>这是变法与法治两者之间较为融洽的一面；但还有另一面，甚至是更为重要的一面，即两者之间较为冲突的一面。这指的是什么意思呢？对当下及未来的法治实践又有何意义呢？

我们知道，法治的定义是多样的，但一个能够为绝大多数人所接受的、具有最低限度的共识的定义是法律的统治。然而，法律依靠的是什么，才能实现其统治呢？权威意识、政治合法性、有道德上服从的义务甚至是国家的强制力（对暴力的合法垄断）等等都是其中的因素，但在笔者看来，一个或许是更为重要的也是更为有效的因素是法律（即规则体系）所具有预期的功能，能够给人们未来的生活给予一个大致确定的指引，便于人们尤其是现代工商社会陌生人之间的相互交往和行为。换句话说，法律的作用在于尽可能地减少各种不确定性带给人们生活上的不便。也正是在这个意义上，法治所追求的是对稳定的秩序的渴望。<sup>23</sup>

可是，变法之治很大程度上却与之相反，就是立法者力图改变生活现状，打破既有的秩序，以便将社会发展按照自己所设想的方向来塑造，尽管不可能完全地塑造；即使是将这一变法过程常规化，也不能消除而只是减少这种情形的发生，因为这是社会转型过程的必然结果。在这里，重要的问题是，变法之治与行为预期之间的紧张关系应当如何处理才恰当？中国法治建设三十年来的大规模立法是否以及在多大程度上破坏了人们的行为预期呢？学者蒋立山认为，从中国的法治实践的情形来看，即使是不断变化的法律也不必然就破坏人们的行为预期，关键在于这种法律的变化是否真切的给人们带来了好处，使得在原有的制度框架内无法（也就是是非法的）获取的潜在的“外部性”收益不断地逐步“内在化”，变成合法的。<sup>24</sup>换句话说，如果法律变化带来的收益超过了破坏行为预期所付出

---

<sup>22</sup> 前引 1，凌斌书，第 36 页。

<sup>23</sup> 苏力：《变法、法治建设及其本土资源》，《中外法学》1995 年第 5 期。

<sup>24</sup> 详细的论述，参见蒋立山：《中国法治道路问题讨论（下）》，《中外法学》1998 年第 4 期。



的代价时，变法就是值得追求的。即使是如此，困境依然存在而不容忽视，但是，这一切又是如何发生的呢？

### 三、普法之路：把法律交给广大人民

当然有困境，但出路是有的。凌斌博士将这一困境的具体解决方案概括为，把法律交给广大人民掌握，走法治的群众路线，也就是所谓的“普法型”的法治道路。值得注意的是，这里容易导致引人误解的地方是“普法”一词的含义指的是什么。不是像人们通常所认为的那样，普法仅仅是政府部门为了普及和提高人民群众的法律意识和法律知识而进行的一项常规性的政府工作，一种旨在像扫除文盲一样的扫除法盲的各种宣传活动，最为典型的就，从1985年开始启动的每五年一个周期的普法规划；而如今已是第六个《普法五年规划》了，简称为“六五普法”。<sup>25</sup>而是在更宽泛意义上的，即贯穿于中国法治实践每一个环节，致力于帮助普通官员和一般民众了解法律和运用法律的全方位的政治和社会实践，以及相应的法治观念。普法，“并不是一辆发送法律知识的运输车，也不是一种旨在确立支配性关系的权力媒介，而是一条旨在让全中国人民加入法制建设、过上一种‘法治’生活的生产线。‘普法’不是别的，就是中国法治的实际运作方式，贯穿了法治这一商品在中国社会从设计、生产到出售、消费的整个流程。”<sup>26</sup>

由此看来，普法的核心是全民共同参与法治建设的整个过程，“一切依靠群众、一切为了群众，从群众中来，到群众中去”；并且，其目的也不仅仅是，甚或主要不是普“法”，而是配合变法的政治动员，是长程的“建国”运动在晚近的侧翼支应，力图“一竿子插到底”，将大小传统缝缀起来，整合一体，而蔚为一种法律共同体。<sup>27</sup>换句话说，普法本身也是广义的“变法图强”的不可分离的一部分。正如苏力所认为的那样，建立民族国家和现代化是百年来中国变法图强的命运，这样的政治目的同样贯穿在法治事业之中。<sup>28</sup>这样一来，我们才能更好

<sup>25</sup> 实际上，即使是每五年一个周期的普法规划，其目标也是多样的，不仅与依法治国相关，同时更要服务于各个时期的经济社会发展的新形势。参见，吴爱英：《全面完成“六五”普法规划目标任务》，载法制网，[http://www.legaldaily.com.cn/zt/content/2011-05/20/content\\_2668113.htm?node=30009](http://www.legaldaily.com.cn/zt/content/2011-05/20/content_2668113.htm?node=30009)。最后访问日期，2014年4月20日。

<sup>26</sup> 前引1，凌斌书，第154页。

<sup>27</sup> 许章润：《普法运动》，《读书》2008年第1期。

<sup>28</sup> 苏力：《二十世纪中国的现代化与法治》，《法学研究》1998年第1期。

地理解，为什么政府部门通过各种措施，包括开大会，作报告，贴标语，文艺说唱，媒体造势，乃至机关干部全体参加法制考试等等我们熟悉的政治动员形式，不留余力地搞“送法下乡”，“送法上门”乃至“送法到人”。目的就在于通过普法这一媒介，将一种全新的生活方式深深地植入到中国社会实践的日常层面。简而言之，与前文中所论述的变法意图相一致，普法也不仅仅是单纯的法治的事业，而是同时肩负着多重性的目的，重在“为人民服务”。<sup>29</sup>

正因为此，作者将这种“把法律交给广大人民掌握”的真正具有中国特色的法治道路称之为“民本法治”，以区别于“将法律交给专职法官掌握”的西方国家主流的法治道路模式，即“专职法治”，这种法治道路的最重要特征是以垄断法律解释权为基础的职业法律人的统治，称之为“法律人之治”。实行专职法治的一个理论预设是，只能由懂法的专门人员运用法律才是正当的，其他任何人员都不能染指；也就是柏拉图所说的“各司其职，各司其能”的正义观念<sup>30</sup>。但实际上，这背后是劳动分工理论在法律领域中的体现：拥有相对比较优势的人进行各自的专业化生产，然后到市场中与其他人进行平等自愿的相互交易，结果是对双方都有利，而且同时大大提高了各自的生产效率。<sup>31</sup>在英美法系，主要是通过形成职业卡特尔而垄断了司法权，也就是通过职业的特许制有效形成了垄断。在大陆法系，主要是通过法典化和“法律科学”的理论，也就是通过知识的等级制有效形成了垄断。尽管殊途但却同归，西方两大法系的法律人都在法律理论和法律实践中成功地垄断了执掌法律的权力，剥夺了其他官员和普通民众分享法律知识的机会和资格，实现了专法之治。在这个意义上，前文中论述的商鞅变法的核心做法也可看做是为解决孝公难题而实行的现代版专职法治。<sup>32</sup>

另外，从法治（rule of law）的两个要素，良法（law）和善治（rule）的

---

<sup>29</sup> 值得注意的是，这里论述的重点，仅仅是对作为具有中国法治建设特色的普法过程的一种描述性的论述，因此并没有直接得出结论说，实施普法的结果一定就是良好的，取得了政府当初开展普法运动的预期目的。关于对普法的批评，参见宋晓：《普法的悖论》，《法制与社会发展》2009年第2期。尽管如此，笔者也不同意宋晓针对普法的批评，分歧主要在于关于法治的理解是不同的。宋晓的法治观是传统意义上的，因此他的结论是，由于普法与法治最终不能兼容，从而普法是失败的。另参见：张明新：《对当代中国普法活动的反思》，《法学》2009年第10期。

<sup>30</sup> 正义作为城邦基础的体现，是城邦中的每一个的人必须只从事一项最合乎他本性的工作。参见[古希腊]柏拉图：《理想国》，王扬译注，华夏出版社2012年版，第148页。

<sup>31</sup> 关于运用劳动分工理论解释法律的产生的历史，参见[美]理查德·波斯纳：《法理学问题》，苏力译，中国政法大学出版社2002年版，第6页。另外，这同时也是从另一个侧面部分地解释了西方国家的专职法治的演变过程。

<sup>32</sup> 前引8，凌斌文。

不同侧面来实现法治的目标，<sup>33</sup>可以更清楚地看出民本法治和专职法治两条不同的法治道路的区别所在。民本法治是从良法的角度来理解法治，是“缘法求治”，希望通过法律的广泛普及实现法律的普遍统治，走的是“法治的群众路线”。专职法治是从善治的角度来理解法治，是“以治行法”，要求通过法律的专职垄断确保法律的有效实施，走的是“法治的科层主义”。两者的分歧不在于是否追求秩序的稳定和社会的发展，而在于如何树立法律统治的权威；两条法治道路之间的目标差别，不在于是否将法律传递给普通人，也不在于法律人是否应当垄断法律解释权，而在于如何实现传递法律和垄断法律。简言之，区别不在目的，而在手段。<sup>34</sup>

然而，这里的问题是，既然两条法治路径的目标是一致的，都是实现法律的统治，为什么不同的国家却选择了不同的实现道路？主要的原因是，每个国家在寻求各自的法治道路时所面临的外部历史环境是不同的，也就是决定和影响选择什么法治道路的制约条件是有很大的差异的。具体说就是，西方国家的专职法治所要求的法律职业化以及学术共同体在其现代法治进程启动之初就已经形成并在此之后不断得到捍卫和强化，并且其也早于现代民族国家的兴起。<sup>35</sup>这样一来，由于法律人在法律知识方面具有相对的比较优势，以及有了强大的国家政权作为法律实施的有力保障，拿马克斯·韦伯的话说，就是西方国家法律的形式理性化特征已非常明显，导致其最终选择了以官僚制为核心的专职法治是情理之中的事。<sup>36</sup>

中国的情况完全与之不同。中国的法治建设是与现代民族国家的建立同时进行的，法律的职业化与法治进程是同步的，甚至可以说在一定程度上是滞后的。一方面，以劳动分工为基础的法律职业化的一个重要的前提是法学知识的专门化，也就是要有一个知识上的法律共同体的形成，包括法学教授、法官、检察官、律师以及其他相关人员对法治和法律的很多看法已经大体上取得了基本的共识。

---

<sup>33</sup> 即经典的由亚里斯多德提出的法治观，“法治应包含两重意义：已成立的法律获得普遍的服从，而大家所服从的法律又应该本身是制订得良好的法律。”见亚里斯多德：《政治学》，吴寿彭译，商务印书馆 1965 年版，第 199 页。

<sup>34</sup> 细致的讨论，参见前引 1，凌斌书，第 20 页以下。关于手段之不同，下文将在关于法治实践中的知识和权力的讨论中给予论述。

<sup>35</sup> 关于西方传统主流的法律职业主义的详细讨论，参见李学尧：《法律职业主义》，《法学研究》2005 年第 6 期。

<sup>36</sup> See, Max Weber, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Guenther Roth and Claus Wittich (ed.), Berkeley·Los Angeles·London: University of California Press, 1978, V. I ,p.786.

<sup>37</sup>但是，正如前文中说的那样，中国的法治建设是在还没有足够的知识储量和充分准备的情况下就开始了大规模的实践运作。结果就是，对什么是法治，或者是对具体的法律制度甚至是某条法律规范如何理解才是较为正确的，以及在实践中如何适用才是较为适当的，法律人之间远没有达成一致意见。甚至，实际发生的情形更可能是，当代中国的法律解释权在形成职业化的法律共同体之前，就已经部分地被无偿赠送给了还被称之为“法盲”的广大人民群众和普通官员那里，以至于后来当法律人开始谋求法律垄断权的时候，反倒要向他们争夺了。典型的是，所谓的“秋菊的说法”。<sup>38</sup>这就是中国法治建设中产生的知识问题。

换句话说，在普法的过程中遇到的首要问题是，如何解决大量的“法盲”们的法律知识的问题。如果法盲不知法，不懂法，那么，用法和守法就会困难重重。因此，就必须对他们事先进行普法教育。但问题是，如果普法之后，他们果断地拿起了法律武器并试图讨个与普的“法”不同的“说法”的时候，这又意味着什么呢？是普法还不够吗？回答是，并不一定，或许是因为普法的产品不对路，导致了不是法盲不懂法，而是普的“法”不能很好地解决他们所面临的的实际问题。因此，与专职法治不同的是，民本法治的一个理论预设是，法律知识可能是地方性的，而不是普世的；这对于作为大国的中国来说尤为突出，因为中国地域辽阔，各地经济政治文化发展不平衡，使得作为上层建筑的法律形态多样是必然的，更何况还有城市与农村之间的巨大差距。由此得到的一个推论是，由法律人垄断法律的知识并不现实，因为当产品不符合市场需求时，垄断就会被打破而随时都会有竞争的加入。

另一方面，退一步说，即使是有了职业化的法律共同体，也并不确保就必然能够实现法律的统治，因为，如果没有一个强有力的主权国家在背后支撑，实现法治就仍然是一句无法兑现的空话；而建立现代民族国家与中国的法治建设很大程度上是同时进行的。尽管随着新中国的建立以及土改和农村土地集体化的完成，国家政权已大大地深入到广大的农村范围之内，但由于后来人民公社制度的彻底废除，国家政权又从农村退宿了回来，尽管不是完全的退缩，这导致了法律

---

<sup>37</sup> 霍宪丹：《法律职业与法律人才培养》，《法学研究》2003年第4期。另外，关于为什么在中国漫长的古代社会中没有孕育出一种具有正当化的和职业化的法律家阶层的细致讨论，参见贺卫方：《中国法律职业：迟到的兴起和早来的危机》，《社会科学》2005年第9期。

<sup>38</sup> 参见苏力：《秋菊的困惑和山杠爷的悲剧》，载《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社1996年版，第23页以下；冯象：《秋菊的困惑与织女星文明》，载《木腿正义》，北京大学出版社2007年版，第52页以下。

的运作在广大农村中的种种困境，突出的表现，就是所谓的“村长的困惑”的产生。由于农村很大程度处于国家政权的真空状态，国家要实现自己的政治意图（法律统治只是其中之一），必须借助于村长（或村干部）这一国家政权在农村最基层的代理者，而村长也正是有了国家权力在背后的支持才可能得以有效“执法”。但同时，村长又作为村子中的一员，长期生活于此，为了树立自己在村中的权威，不得不考虑村民的各种实际利益从而必然会在某种程度上削弱国家政治意图的实现，从而导致了村长在权力行使过程中的“两难”。这就是中国法治建设中的权力问题。<sup>39</sup>

与前面的知识问题相类似，中国法治建设中的权力问题也表现出互动性，是一种双向的而非单项的运动。一方面，通过普法教育活动，对众多的法盲们进行教化、规训甚至是惩罚，使得他们的身体成为法治逻辑展开的场域。普法就不仅仅是普及法律知识，更是一种说服力策略，通过对法盲们展开“单兵作战”从而来确立国家权力对他们的局部支配，这是国家权力向社会渗透从而对其实现全面治理的体现。另一方面，法盲们也并非是“软柿子”，想怎么捏就怎么捏。因为正如福柯所说的那样，在一种权力与另一种权力的交界处才能真正了解权力是如何运作的。<sup>40</sup>由于广大农村是国家权力的相对薄弱之处，法盲们会尽可能利用自己的相对优势在国家权力规训他们的同时进行挣扎和反抗，使得社会对国家权力的部分溶解和稀释，这时，国家权力附着的法治机器反倒成了法盲们操练的对象。

41

因此，尽管法盲们是相对于法律人而言的，但实际上，他们主要指的是广大农村的普通民众。而无论是变法还是普法，都必须高度关注的是，中国正处于从传统农业社会向现代工商社会转型这一历史时期，并且无论是从地域面积还是人口数量来看，农村和农民都是大多数，从而法治建设中的知识和权力问题体现出的特殊性都与此相关，这就导致了中国的法治道路的独特性和复杂性。

---

<sup>39</sup> 凌斌：《村长的困惑：〈秋菊打官司〉再思考》，载《政治与法律评论》，北京大学出版社2010年版，第184页以下。当然了，法治建设中的权力问题，不只是围绕着村长进行的，更多的还包括国家权力向传统秩序的夺权，国家权力向自己代理人的夺权，中央对地方的夺权等等。正是通过这一系列的夺权和反夺权，才彰显出普法与法治内在的紧张关系，才逐步地塑造着和推动着法治的形成和发展。参见凌斌：《普法、法盲与法治》，《法制与社会发展》2004年第2期。

<sup>40</sup> [法]米歇尔·福柯：《规训与惩罚》，刘北城，杨远婴译，三联书店出版社1999年版，第29页。

<sup>41</sup> 前引40，凌斌：《普法、法盲与法治》文。

#### 四、以人为本：和谐互信的法民关系

如果前文中的论述是有道理的话，那么，中国法治建设遇到的核心问题就不是自亚里斯多德以来西方法治传统所强调的“良法”和“守法”的问题，而是“变法”和“普法”的问题。不是说中国法治没有良法和守法的问题，而是说，只有将其放置于变法和普法的特定语境之中才有可能更好地理解。而无论是良法和守法还是变法和普法，都是围绕着如何处理法律人和普通人之间的关系来展开的。在这个意义上可以说，西方的专职主义的法治道路和中国的群众路线的法治道路之间分歧的重点在于，选择和面对的是一种什么样的法律人和普通人的相互关系，这就是所谓的“法民关系”。从这一关系的情形中可以看出西方传统法治理念的局限所在以及当下中国法治建设中诸多困境的根源所在，从而为我们解决这些难题提供了可能的机会。

就法民关系而言，西方传统法治理念存在两方面的局限：一个是只关注法律统治的客体化而忽视了法治实践中的主体性问题；另一个是将法治实践的主体仅仅局限于法律职业内部而忽视了外在人群的存在。<sup>42</sup>并且这两方面是紧密相关的，前者导致了后者，后者是前者的体现。西方法治理念往往预设了普通民众对法律和法律人的严格服从和高度信任。一方面是法律人在适用法律，另一方面是普通人在遵守法律，在法律人和普通人之间除了法律这一中介没有其他。法民关系被转化为纯粹的法律关系，一切都得按照法律事先设定的规则、标准和原则来高度程序化地运作。这样一来，有的仅仅是法与法的关系，或者是法与人的关系，而无法看到更为根本的围绕法律形成的人与人之间的关系究竟是怎样的。结果是，实现法律的统治似乎仅仅是为了实现法律自身的目的，民众只是法律实施的对象，是实现立法目的的人为手段，而忘记了法律的终极目的，实际上仍然是社会的福利，<sup>43</sup>也就是致力于改善人的生活水平。

即使是考虑到了人，西方法治理念也只是将其局限于法律职业内部，仅仅是看到了法官、检察官和律师而没有看到或不重视当事人、潜在第三人甚至社会公众，突出地表现在学界关于中国法治进程中的职业主义和大众主义，或司法职业化还是司法大众化，以及司法改革中的精英话语和大众话语等一系列主客体二元

<sup>42</sup> 凌斌：《当代中国法治实践中的“法民关系”》，《中国社会科学》2013年第1期。

<sup>43</sup> 本杰明·卡多佐：《司法过程的性质》，苏力译，商务印书馆1998年版，第39页。

对立的讨论。这些非此即彼的二分法的划分是基于法律职业内部的视角作出的解释：是以法律人及其职业伦理和专业知识还是以普通人及其社会伦理和普通常识作为法治运作的主体。显然，无论是站在哪一方的立场作出的选择，都是二元对立的思维方式的产物，都是不同程度地割裂了法律职业和普通民众之间的交互关系。因为从根源上来看，这些观点都是从单一主体出发提出的应然层面的理念，是一种规范性的主张。而法民关系概念中的法律人和普通人的关系是描述性的，是实然层面的，两者是相互影响的共同主体，通过在法律实践中的相互承认，最终构成了一个共同的“法律世界”，尽管这一世界远非是理想状态的，也并非是一个高度同质的“法律共同体”，甚至是相互斗争而非相互尊重的。<sup>44</sup>但这些都并不重要；重要的是不能忽视任何一方的存在，是双方共同主导着和塑造着法治的当下和未来的“形状”，或许还是一个不规则甚至很不规则的“形状”。

进一步地，从法民关系的主体性角度出发，从法律人和普通人之间的信任程度来看，可以将实践中的不同类型的法民关系划分为消极的和积极的法民关系。消极的法民关系意味着法律人和普通人是相对信任和相对和谐的交互关系；积极的法民关系意味着法律人和普通人是相对紧张和缺乏信任的交互关系。由此导致了法律解释权在两者间的分配状况的不同：在消极的法民关系中，法律解释的权力由法律人垄断，这是基于普通人对法律人的高度信任从而将法律交给了法律人独自掌握；在积极的法民关系中，法律解释的权力由法律人和普通人共同分享，这是基于普通人对法律人缺乏应有信任而不愿将法律交付给法律人独自掌握甚至是相互夺取该权力。<sup>45</sup>

以此为标准，当下中国的法治实践的真实状况表明了其更倾向于是一种积极的法民关系，因为不可否认的是，当下的民众缺乏对法律职业的司法信任是普遍的而非个别的情形，无论是刘涌案、还是彭宇案或者是吴英案以及李昌奎案等等这些有重大影响的热点案件，都是如此。由此可以得出的一个推断是，这种积极的法民关系导致了法律人在适用法律时，不能只是从法律规定出发来解决处于法律关系中的利益纠纷，而是要适当地放宽视野，甚至在某些时候要“超越法律”，在法律关系之外探究更为错综复杂的人际关系，不仅要考虑法律自身的，更要考虑政治的、经济的和社会的问题；不仅要考虑案件对当事人带来的直接结果，更

---

<sup>44</sup> 前引 43，凌斌文。

<sup>45</sup> 上引凌斌文。

要考虑案件可能对将来潜在人群造成的间接结果。简而言之，对法官而言，就当下的中国司法实践来说，最重要的能力或许不是如何严格适用法律而是如何稳妥地把事情搞定。<sup>46</sup>

然而问题是，我们该如何看待这种积极的法民关系呢？从西方传统法治的理念来看的话，这种法民关系是有疑问的并应当受到指责，尽管考虑到了“行动中的法”和活生生的人，但还是应当予以改变或至少也要给予一定的限制，否则的话，法律的权威就会受到削弱，司法的合法性也会受到质疑，实现法律的统治就得打折扣。换句话说，这种积极的法民关系是一种不正常的现象，至多也是一种过渡时期的权宜之计，而不是我们所应当追求的法治的理想状况，我们最终要的是消极的法民关系，一种法律人和普通人相互信任、和谐共处的法治环境。但是，什么算得是一种正常的现象，其判断的标准又是什么呢？每一个社会都会有犯罪的现象，而有犯罪显然是不好的，但你很难说有犯罪的发生，对一个社会来说是不正常的现象，因为，在任何一个国家的任何一个时代都没有发生过没有犯罪的情形，尽管犯罪的形式会有不同。<sup>47</sup>因此在这个意义上来说，即使是消极的法民关系是好的，是我们应当努力追求的，但如果不加区别地认为，这对于任何类型的任何时期的社会来说都是好的，就是一种根深蒂固的偏见了。因为历史事实表明，即使是像英国这样被当做是实施法治的良好楷模的国家，其之所以走上了成功的法治道路的一个很重要的原因是其早期的政治与法律的良性互动，而不是从一开始，法律就独立于政治进而超越于政治之上。<sup>48</sup>

换句话说，如果认为法治模型的一个基本特征是政治意志与法律裁判的分离，法律被抬到政治之上，<sup>49</sup>或者，如托克维尔当年对美国法治的赞美那样，“几乎所有的政治问题迟早都要变成司法问题”，<sup>50</sup>那么，当下中国的司法实践就不符合西方主流的法治理念，就是应当接受批评的和予以改正的。但如果我们不是狭

---

<sup>46</sup> 典型的说法，例如，“搞定就是稳定，摆平就是水平，没事就是本事”。这是2009年在上海召开的第二届法院院长论坛暨“利益平衡与司法公正”研讨会上，浙江绍兴中院院长王育君所推崇的前浙江高院院长、现上海高院院长应勇的三句话：“搞定就是稳定”，把事情矛盾解决；“摆平就是水平”，把各方面的诉求都照顾到，减少信访；“没事就是本事”，稳定了和谐了，就天下太平了。参见郭光东：《“搞定就是稳定，摆平就是水平，没事就是本事”》，载《南方周末》2009年6月25日。

<sup>47</sup> 关于一种社会现象的正常与否的判断和验证的标准和方法的细致讨论，参见迪尔凯姆：《社会学方法的准则》，狄玉明译，商务印书馆1995年版，第82—92页。

<sup>48</sup> 程汉大：《政治与法律的良性互动——英国法治道路成功的根本原因》，《史学月刊》2008年第12期。

<sup>49</sup> 诺内特，塞尔兹尼克：《转变社会中的法律与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第63页。

<sup>50</sup> 托克维尔：《论美国的民主》上卷，董国良译，商务印书馆1997年版，第310页。



隘的教条主义式的看待法治的话,而是把法治首先看成是一个国家为了解决其社会所面临的种种问题和矛盾的一种方式,一种以法律作为最主要手段来解决这些问题和矛盾的实践活动的话,一种我们事后对这种实践活动加以科学概括而形成的认识上的结果的话,那么,上述积极的法民关系以及以此为特征的中国司法实践就是可以理解的和解释的,是可以把它当做是一种“别样的”法治观念的形式。这样,我们才可能更好地理解近几年司法实践中的所谓“能动司法”和“大调解”,一种看似“不法治”但的确能解决中国司法实践中出现的一些棘手问题(如纠纷剧增、涉访人数上升以及案件执行难等)的做法。尽管在一定程度上,这种做法偏离了中国司法改革的职业化和专业化的主导方向,也与西方传统法治理念相背离,但总体来看其实施效果是不错的,实现了司法的政治效果、社会效果和法律效果的统一,满足了执政党要求法院积极运用各种纠纷解决方法来实现司法的政治和社会职能,尽管这一做法本身也有一定的局限。<sup>51</sup>

也正是在这一特定的语境下,我们才有可能正确理解中国特色社会主义法治理念这一重大理论命题的意蕴所在。党中央在总结历史经验的基础上于2005年提出了以“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局和党的领导”为主要内容的社会主义法治理念。<sup>52</sup>仅仅从这一高度简洁的似乎有着较强的政治意愿的表述来看,这种新的社会主义法治观就与西方传统法治观有所不同,但也有一样的地方;而其中,不同之处是主要的、主导方面的。就公平正义这一点而言,是两种法治观都具有的内在含义,因为得到遵守的法律应当是好的法律本身就蕴含着人们对公平和正义的价值追求,这也是亚里斯多德以来的西方主流法治观的核心,或者说是一种实质法治观的体现。<sup>53</sup>依法治国,尽管表述不同,但主要的意思是树立法律的权威,用法律制约权力并将法律作为治理国家的主要方式,就这一点来看,与西方传统法治观并没有什么本质上的不同。<sup>54</sup>但谈到“执法为民”,就很难说西方法治观也有这层含义,即使有也很牵强,因为尽管可以将这里的“为民”理解成是人民主权在三权分立中的体现,而如果“执法为民”只能通过司法独立

---

<sup>51</sup> 苏力:《关于能动司法与大调解》,《中国法学》2010年第1期;龙宗智:《关于“大调解”和“能动司法”》,《政法论坛》2010年第4期;吴英姿:《司法的限度:在司法能动与司法克制之间》,《法学研究》2009年第5期。

<sup>52</sup> 细致地讨论,参见中共中央政法委员会编:《社会主义法治理念教育读本》,中国长安出版社2006年版,第8页。

<sup>53</sup> 关于实质法治观和形式法治观的讨论,参见黄文艺:《为形式法治理论辩护——兼评〈法治:理念与制度〉》,《政法论坛》2008年第1期;徐显明:《论“法治”的构成要件》,《法学研究》第18卷第3期。

<sup>54</sup> 姜伟:《论中国特色的社会主义法治理念》,《人民检察》2008年第7期。

来实现的话，两种法治观就分道扬镳了，因为司法独立在中国的法治语境中不同于西方传统法治观的具体含义，司法独立在一定程度上是从属于服务大局和党的领导第二层的法治理念。<sup>55</sup>至于“服务大局”和“党的领导”是西方传统法治观中根本就没有的而独属于中国式的法治观，这是基于国体和政体的不同安排的结果。甚至，要正确理解社会主义法治观，只有将其放到整个社会主义事业发展的基本要求中才有可能，即中国特色社会主义事业的总体布局，是经济要发展，政治要稳定，文化要繁荣以及社会要和谐的所谓“四位一体”。<sup>56</sup>而这一切都是由社会主义初级阶段的基本国情所决定的。

因此，尽管与西方国家一样，当代中国所努力寻求和实现的法治目标之一，同样是一种和谐互信的法民关系，但由于两者所面临的问题不同，解决问题的条件也不同，导致了两者为达到相同目标的手段就必然有所不同，法民关系的具体表现也就不同，但这就是当下中国法治实践的真实写照，而无论你怎么称呼它。

## 五、代结语：法治是什么，这重要吗？

回到本文开头提出的问题中来，法治是什么？人们为什么对法治及相关问题看法不一？很显然，正确的知识是指导我们实践的前提，有了关于法治的正确看法就可以促使法治实践的良好运作。但关键的问题是，这种正确的知识从何而来？其标准是什么，以及知识与实践的关系究竟怎样呢？而从当下中国的情形来看，似乎人们特别是学者们过于依赖于“知识”本身了，尤其是西方的“先进”的知识，从而导致了这种看法：我们的法治实践的有效与否取决于符合西方传统法治观的程度大小，西方传统法治观是判断我们关于法治看法正确与否的决定性标准。这样的思维方式，或更准确地说，这样的一种认识事物的观念认为，关于事物的正确看法或者说真理是绝对的、固定不变的，并且是先于事物本身的，是处于我们对该事物的认识过程之外的一种客观实在。

这是一种僵化的教条主义式的真理观。这种真理观认为，知识的目的就是寻求它与某种东西（或者是物质性的或者是精神性的实在）的符合，而一旦我们寻

---

<sup>55</sup> 谢鹏程：《论社会主义法治理念》，《中国社会科学》2007年第1期。

<sup>56</sup> 《中共中央关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》，2006年10月11日中国共产党第十六届中央委员会第六次全体会议通过。载人民网，<http://cpc.people.com.cn/GB/64093/64094/4932424.html>。最后访问日期，2014年5月4日。

求到了，它就是指导我们行动的唯一正确的、并且是固定不变的标准。但是，这里有两个疑问：一个是，我们获取知识的目的并不仅仅是知识本身，不是为真理而真理，而是尽可能地将其用于改善我们实际生活，用于解决我们生活中所面临的具体的实际问题的；另一个是，退一步来说，即使判断知识正确与否的标准是看其符合某个实在的程度，这个实在也不是什么绝对的、先验的和最后的实在，<sup>57</sup>而有可能是可变的，尤其是作为社会科学研究对象的社会世界而言，更是如此。

因此，即使西方的法治观是正确的，那也仅仅是针对西方国家而言，是针对他们应对他们自己的实际问题来说的，他们的法治观是回应他们的真实社会需求也就是具体法治实践的产物。而我们的问题与他们不同，我们的法治实践可能是独特的，因为我们的问题情境和解决问题的条件是不同的。所以，一种法治观要是正确的，对我们而言是有用的，就必须面对当下中国的法治实践，一种实然层面的实践，从这里而不是从任何别的哪里获得正确与否的基础（如果有一个基础的话）。换句话说，真理并不存在于事物之外，而是存在于事物之中，是在我们对事物的认识的过程中逐步形成的，是“从一切有限的经验里生长起来的”。<sup>58</sup>这是一种变化的而非静止的看待事物以及真理的视角。

如果以这种视角来看待法治的话，首先，没有一个绝对的和不变的先验法治观，一个关于法治的较好的看法一定是基于法治实践本身的，知识不可能脱离产生于该知识的具体实践，知与行必定是统一的、无法分离的；其次，法治究竟是什么，这是一个重要的问题吗？以及在什么意义上是一个重要的问题呢？实际上，只要认为前面论述的一点是有道理的，这个问题就不是特别重要的，至少不是人们通常所想象的那样重要，因为，如果人们认为这很重要，就等于承认了一定有一个绝对的、本质主义上的法治观。但前文说过，中国的法治实践过程表明了，我们在还不清楚自己到底要的是什么样的法治观的前提下，就已经投入到一场宏伟的雄心勃勃的法治实践中去了，并且，也只是在经历了若干年后才明确地提出中国特色社会主义法治观的，<sup>59</sup>而且，这个观念本身也是随时准备予以修正的，因为并没有什么现成的经验和理念可拿来直接用，即所谓的“摸着石头过河”。

---

<sup>57</sup> 约翰·杜威：《确定性的寻求》，傅统先译，上海人民出版社 2005 年版，第 51 页。关于对符合论的真理观的进一步批评，请参见，[美]海尔曼·萨特康普编：《罗蒂和实用主义》，张国清译，商务印书馆 2003 年版，第 29 页。

<sup>58</sup> 威廉·詹姆士：《实用主义》，陈羽纶，孙瑞禾译，商务印书馆 1979 年版，第 133 页。

<sup>59</sup> 这并不是说，这一过程中没有形成任何关于法治的知识和相关命题，关于中国特色社会主义法治观的形成过程的论述，请参见张文显：《论中国特色社会主义法治道路》，《中国法学》2009 年第 6 期。

但不要误解，说法治是什么不重要，并不意味着我们无需关于法治的知识，而是说这种知识应当产生于具体的法治实践当中，并且，在当下中国的语境里，还必须把这种法治实践放到更宽阔的作为整体的社会主义事业中来看。换句话说，不应当注重法治自身逻辑上的自洽与否，更应看重法治的实际治理功能如何；不应当就法治谈法治，而应当将法治与社会生活特别是政治生活相融合。只有这样，才有可能从“执法为民”，“服务大局”以及“党的领导”这些看似政治性的而非法学的术语当中总结中国法治实践的经验，并提升为对未来中国法治实践真正有指导意义的观念和理论来。这正是基于当下中国法学人对中国法治的强烈的责任感使然。<sup>60</sup>

中国作为一个大国，已经“和平崛起”，作为幸运的一代学者，应当有这个自信，从自己的生活中发现和提炼真正属于自己而有别于他人的理论，从而才有可能对首先是中国进而是整个世界（包括实践和理论）作出真实的贡献。由此，我们才可能理解凌斌博士的真切意愿：本书的最终目的，就是推动人们在理论上更为自觉地探索中国的法治之道，以期由此指引，在实践中找到一条真正有利于中国法制改革、经济发展和社会和谐的法治之路。<sup>61</sup>

---

<sup>60</sup> 参见顾培东：《当代中国法治话语体系的构建》，《法学研究》2012年第3期。

<sup>61</sup> 前引1，凌斌书，第25页。