

《法治的中国道路》

图书基本信息

书名：《法治的中国道路》

13位ISBN编号：9787301222942

10位ISBN编号：7301222947

出版时间：2013-4

出版社：北京大学出版社

作者：凌斌

页数：232

版权说明：本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介以及在线试读，请支持正版图书。

更多资源请访问：www.tushu111.com

《法治的中国道路》

内容概要

当代中国法治进程的一个基本特点，就在于法治的专职主义和群众路线这两条路任并行相悖。两条法治路径存理念和实践上的二律背反，构成了当代中国法治进程的基本特点，也构成了《法治的中国道路》研究的问题意识。尽管笔者凌斌当然有着关于中国法治当下现状与未来走向的自己的判断和立场，但是就本书而言，希望提供的不是结论、方案或者关于特定立场的理论辩护，而是尽可能细致的分析，尽可能公允的对于不同理念、不同路径和不同选择的内在逻辑与潜在后果的充分呈现。

《法治的中国道路》因此并未刻意化简这一中国法治的基本困境。相反，本书的旨在于，中国法治道路的内存动力，就在于其基本困境，就在于两种法治理念的对立统一，两条法治路径的二元变奏。因此首要的问题不是急于选定立场，而是尽可能充分呈现这一法治困境的根本性、复杂性与普遍性，呈现这一法治难题的当代特点和历史渊源。本书因而并未给出廉价的解决方案，而是希望强调和提醒，不论是法治的专职主义，还是法治的群众路线，不论是专法还是普法，任何极端片面的解决方案，都没能缓解而是加重了当代中国的司法困境与法治危机。只有充分认清问题的实质所在和困难所在，才可能止说和解决真正的问题。这当然并不意味着问题会因此变得易于解决。这只是意味着，认清现实，才能找到前进的方向。

《法治的中国道路》

精彩短评

- 1、这本还挺好看的。以及前阵的大新闻也不知道最后如何了...
- 2、有点明白了他在“再见秋菊”时的坚持
- 3、通过“孝公难题”引出现代中国法治中专制主义法治与民本主义法治之间的张力，确实深有同感。
- 4、好有野心的著作，树立法治中国的主体性和正当性，凌老师的书很有想象力，越看到后面越觉得精彩。但专制主义和民本主义之间蹒跚而行的路不是很有说服力，因为还没有祛魅法治二字，说法并非法律能够生产。另外我觉得对秋菊的解释也有点问题，毕竟我前晚才看了电影。

1、“正如那些绘风景画的人们，为了考察山峦和高地的性质便厕身于平原，而为了考察平原便高居山顶一样，同理，深深地认识人民的性质的人应该是君主，而深深地认识君主的性质的人应属于人民。”——马基雅维里导论在经历了对“法治”信仰的塑造运动之后，法治本身就成为一个具有不证自明正当性的“总体性概念”了，所有值得追求的价值都可以放在它的背后。在这个词汇后面包含着的是诸如自由、民主、人权等等“普世的”价值，进而追求实现法治所做的一切都具有了正当性，中国近几十年的改革就是在建立和完善法治的旗帜下进行的。自改革开放以来，我们经历了一场以立法为中心的法治建设之路，三十多年的立法工作使得具有中国特色的社会主义法律体系初步建立，依法行政的推行使得以服务型政府为追求的法治政府慢慢形成，而司法专业化和职业化的程度得到了很大的提升。尽管如此，法治所许诺的许多好处并没有全部兑现，诸多的法治难题考验着人们对于法治的本来就微弱的信心。人们渐渐发现，法治并没有照应到中国的现实和作为全部生活方式之总结的传统文化，西方的大词在与本土相结合的时候造就了“村长的困惑”、“卡壳的庭审”和法律书店自学法条的老人。与此同时，传统的规则体系瓦解了，法治推行的同时传统家庭伦理衰落，道德、习惯变得不那么重要了。法治的好处未得到，但是破坏传统规则的坏处却已经早就显现了。从某种意义上说，凌斌的《法治的中国道路》（以下简称《道路》）一书也是在回答这个问题，《道路》名为探讨中国的法治道路，实际上则是在回答作者在全书开始时就提出的问题——为什么白发苍苍的老奶奶要去自己学习法条，却不相信我们的法官、律师？如果法律人的公信力至此，我们很难期待法治的建立。凌斌曾经在课堂上说，这一幕是十多年来引发他进行学术思考的基本问题意识，而且他自豪地并带有鼓励性地告诉我们，这是他在本科时代就发现的问题。《道路》以几十万字的篇幅，关注了一个法治建立中的核心问题，即一套新的法律规则体系如何可以获得人们的普遍遵从？如果说先前的很多讨论是一种静态的对法治优点的分析和梳理的话，《道路》一书恰恰是将这个过程拉长，在将时间维度引入到讨论中来之后，“变法”背景下的“法”和“治”之间的张力就显露出来了，在变法的“专法之治”和普法的“民本法治”之间，作者试图塑造一条法治的中国道路。尽管“我们才刚刚上路”（着重号为本文作者所加），但是凌斌所想要做的还是去树立一个对中国法治的信仰，而且他坚信存在着这样一条的法治“中国梦”，因为“我们才刚刚上路”（着重号为本文作者所加），“我们的脚下，就是法治的中国道路”，作者相信可以找到一条“让别人跟着走”的中国道路。所以，初看本书是解构了我们对于法治的信仰——告诉我们法治没有那么简单，但实际上作者并非这样的后现代——道路依旧存在。对法治的很多研究侧重于去发掘法治的价值和优点，仿佛法治天生就与自由、人权、民主等联系在一起。而实际上，我们更应该看到法治建立的成本问题，即在法治建立的过程中所可能遇到的问题。尤其是在新旧秩序交替的过程中，人们更容易感到无所措手足，法治的建立如果无法度过这样的时期，全部的努力可能就付诸东流了。换句话说，之前对于法治美好想象的绝大多数讨论忽视了法治的时间维度，想当然地认为法治已经存在，然后来论述其可以带来的优点。《道路》研究的法治不是一个静态的关于法治的理想、原则或者价值的描述，凌斌分析的问题毋宁是一个动态的过程，即这套法治理想要如何建立起来，以及在建立过程中我们需要注意什么问题。正是因为如此，《道路》一书总结出来的法治原则根本不同于富勒、戴雪——他们的法治原则更像是守成时期法治的基本要求，《道路》从“孝公难题”中别具心裁地提炼出明知原则、用之原则、如一原则和无私原则。《道路》的贡献在于从纵向上拉长了我们讨论的范围，将法治的时间维度引入思考，进而开放出很多有意思的话题的话。“孝公难题”是贯穿全书的问题意识，立法如何能在旦夕之间做到明之、用之、如一和无私？通过“为法令为禁室”和“为法令为法官”两个措施，秦国实现了从立法到法治的转变。很显然，凌斌在这样说的时侯，脑子里想到的是两组对比，第一，商鞅变法的难度比近代的西方小国要大；第二，反观当代中国，数十年的法治建设以及数次的“普法”运动似乎都没有达到商鞅用了短短十数年就实现的成效。如果说商鞅通过“南门立木，以明不欺”、“太子犯法，与民同罪”就可以在短短时间里实现了令行禁止、贵贱平等、家给人足等等这样“冠绝古今”的法治成就，作者用这本书向法学界提出的问题就是，为何我们还是存在法律书店学习法条的“白发苍苍的老奶奶”？初看上去，这的确是一个值得思考甚至让我们汗颜的对比，为什么新中国法治这么多年后的效果这么差？法律没有权威，司法没有公信力？在我看来，这些问题之所以存在是因为《道路》一书忽略了法治的政治因素，当我们将之放在国家转型而不仅仅是变法和法治转型的视角下，如果我们将“有法无治”的难题放在现代国家建立的这个大背景下来思考，对比一下这相隔几千年的国家现代化事业，许多问题可能就

迎刃而解了。如果说作者开放出时间维度使得我们的法治实现之路显示出自己的特色的话，而使得这些东西可以成为特色又恰恰是因为对法治的政治维度和国家背景的视而不见。如果我们将政治的思维也重新带回到思考之中，我们将会发现很多难以解释的问题突然有解了，变法与法治的中西对比、古今对比也不再那么具有特色，《道路》一书所塑造的中国法治道路的特殊性也就不存在了。而这种对政治的忽视，恰恰是凌斌所处的法律社会学研究的阶段所决定的。

一、法治的时间维度：“孝公难题”的法治意涵

本书脱胎于作者9年前的博士学位论文《寻求和谐法治——中国当代法治的反思与探索》，13年出版的《道路》涉及了很多新的问题，但是总体来说，全书都在围绕同一个主题展开，那就是作者归结出来的“孝公难题”——“法令以当时立之者，明旦，欲使天下之吏民，皆明之而用之、如一而无私，奈何？”孝公的这一问至少开放出三个问题，其一，“法”的问题，即法令如何立？以立法为中心的法律移植范式全部做的工作就是这个，制定一个体系完整、语言严密、理念先进的美国/德国式的法律；其二，“治”的问题，如何让大家都知道并且平等地守法，发挥法律的最为重要的作用？如果说改革开放之后法治建设中所遭遇了很多解释不通的问题的话，那么很大的原因在于大家简单地将前述两个层面等同起来了，以为有了一套据说是来自美国或者德国最先进成果的法律文本就可以直接带来法治的效果，“书本中的法律”被直接等同于了“行动中的法律”。凌斌在《道路》一书中关心的是，如何让这个书本中的法律“行起来”？这正是法律社会学所分享的一个问题意识。“孝公难题”中开放出来的第三个问题也是全书关心的重点在于，如何在“法”与“治”之间建立起联系？换句话说，立法与法律的实现之间存在一个时间差，而问题的关键恰恰是这个法治的适应期，从一种外在强加的秩序变成一种有社会支撑的“自生自发秩序”。本文所说的《道路》一书提出的法治的时间维度正是在这个意义上来说的，凌斌看到了法治的建立是有一个时间的代价的，如果说每种法律制度在选择的时候需要付出一定的代价的话，那么整体上的法治在取代原先的社会秩序时，也需要有资源的投入。全书一直关心的“孝公难题”之难不在于立法层面上，而在于如何从第一个层面过渡到第二个层面上来，作者从“孝公难题”中抽象出来的四个法治原则也主要侧重于这一点。“法治”这个词由于太过宏大或者抽象而不易于理解，所以很多人在讲法治的时候总是以法治的原则来切入，也就是以一种法治的平面和静态的描述来告诉我们理想的法治应该是什么样子。《道路》一书也花了很大的篇幅来介绍作者从“孝公难题”中抽象出来的法治原则，用以对比的是戴雪的“法治三原则”和富勒的“法治八原则”。《道路》从“孝公难题”中发现的四个原则却是一种动态的法治原则，明知、用之、如一和无私原则的生命力都在于法律实践本身，而不像戴雪的三原则——凡罚赏皆决于常法，凡人皆制于常法，凡宪皆源于常法——那样去关心一种静态的法治状况。在对这思想原则的阐述中，《道路》将法治建立过程中所要面对的问题揭示出来了。而在制定规则之后的推行过程中最大的问题正如凌斌归结的四原则那样，第一要让人们知道并使用，第二要保证这种规则的使用是大致公平的。解决“孝公难题”的关键在于动静之间的衔接，即一方面要求变法，改变之前发挥着作用的规则体系，另一方面又要求人们在这样的变动社会中识别新的法律规则并遵守之。为此，商鞅做的两件事情分别是“普法”宣传和确保主权者对法律的解释权。史书不可能再现当时的详细的情形，但是“南门立木”足以表明其实商鞅是深谙普法之道的，商鞅以这种群众喜闻乐见的方式宣传了法律——当然只能是在城内这样的范围，广大的乡村肯定是无法涉及到的；另外，对太子老师的惩罚也进一步树立了法治的权威，使得官员不敢轻易违法。在向百姓宣传法律的时候，商鞅所依靠的是官吏作为宣传者和老师，“以法为教，以吏为师”是一项基本的原则，按照作者的解释，秦国的法律是不对普通民众公布的，人民了解法律的途径就是通过官吏。根据凌斌的解读，商鞅当时的“普法”之道恰恰是要防止普通官员和民众直接解读法律。这种看似很不合理的做法在凌斌的逻辑中却是自洽的，当然这一点也遭到了其他人的质疑。那么，要做到法律使用中的如一和无私，关键的一条就是控制这些上传下达的官吏们，既要让这些传法官懂法，还要保证他们不乱用法，严格地向人民宣传法律。为此商鞅的做法是对（司法）官员的严格控制。商鞅的法治推行之路是“建立垄断法治传达和解释的专职‘法官’制度，并且通过专职法官对法律的垄断而确保主权立法者对法律的垄断”，然后几乎不需要通过太多的普法就实现了法治，这是凌斌归结的法治的第一条可能的道路，即专职法治、专法之治。秦国的法治之路似乎并没有遭遇太大的困难就建立起来了，除了因为过分汲取而亡国之外，在秦始皇之前秦国是诸国中最为强大的，秦孝公可以在“商君佐之，内修法度”的基础上“拱手而取西河”。这种专职法治的道路似乎也正是我们立法中心主义的本意，改革开放之后的多次普法运动配合着专业化立法，试图使得法律进入人民的生活，当然这种进入普通人民生活的过程是比较曲折的，大多数人将之理解为是普通人在知识上的欠缺，缺乏法律的知识；不守法仅仅是因为人民不懂法的话，那么我们需要做

的就是法盲逐渐懂法，然后进入到法律的庇护之下。但是这样的法治道路并不是一帆风顺或者说没有问题的，作者看到了专职法治所具有的民主困境，法律并没有保护秋菊这样的人，“失去伊甸园”的她只能是“满脸困惑”。原因在于，在上述知识视角之外，作者认为更为具有说服力的是关于“法治与法盲”的权力视角。在推行法治的过程中，驯化法盲背后体现的是一种精英主义的傲慢与乐观。在我们以专业化和职业化为目标的法治改革，尤其是在对法治改革的讨论中，作者发现真正可以参与到这套规则体系中来的，可能只是那些接受了专业的法学教育的人。有良心的法律学者固然可以通过自己的影响力来一点一滴地推动法治的进步，比如“上书”、“写博客”、“发微博”或者其他的方式，但是这本身所包含的就是一种悖论，即以非法治的方式推动法治。“上书”这种非程序化和非法律化的途径看上去是普及了法治理念，但同时却强化了这样的观点，即法治不是普通群众可以参与的，我们所能依赖的只是上书的“法学三博士”、“北大五教授”。那么在最广大的人民看来，正义如果不是由青天来实现的话，也至少需要有像贺卫方教授这样的敢于“上书”的勇士来推动，在自己无法调动“教授”、“博士”、“北大”这样的资源的情况下，自己很难迈入“法律之门”。这种缺乏群众参与的状况可能是前三十年法治建设中必然带来的问题。更为重要的是，专职法治背后的科层主义的法治观并不能解决中国的实际问题，法治至上的合法性原则、分权对抗的制衡性原则以及专职分化的专业性原则并不足以提供法治的“正当性”。行政法中的难题并未解决，从“行政强拆”到“司法强拆”，这样一个具体的问题提示我们，科层法治及其支撑的专职法制都无法给这套法治及其话语提供更多的正当性的基础。在“法律移植论”下所建立起来的法治理论不仅缺乏群众基础，而且法官们也感叹与司法实务相去甚远。这种背离和矛盾体现在两个方面，一方面是民众的无法参与，由此导致了民主的困境，另一方面正是因为民主的缺失导致了法治要以反法治的方式实现。正是在这个意义上，作者呼吁我们要发现法治的另一条道路，即全书后半部分所说的“民本法治的群众路线”，这样就将法治事业最广大的主体——亿万人民群众——引入到讨论中来了，而这种对法治事业的主体的认识和引入多半也是因为时间维度的引入。正是因为我们关心的不仅仅是一个时间点上的法治的平面图景，正是因为我们关心的是一个长时段上的法治实现的问题，所以我们才更要去关注“人”的问题。提出民本法治的思路，基础还是在于我们前面所说的，因为凌斌在全书中关心的是变法之后的法律实施问题，如果我们关心的只是书本中的法律条文的话，那么依靠专业人士的知识也没有什么，而凌斌在书中提出的问题是，如何让这套移植而来的法律可以在普通的群众心中扎根，成为他们生活的指南，正是在这个时候才会有对群众路线的要求。简单讲，对时间维度的关注内在地决定了会涉及到法治建设时候的人的因素。换句话说，凌斌之所以有那些洞见，关键在于以下两点，第一是选取从时间维度来理解法治的进路，第二就是采取了法律社会学进路，关心的行动中的法律。正是由于对行动中的法律的关注，才可能使得他发现两条截然不同的法治进路，因为仅仅关注于立法的视角的话无所谓专职法制与民本法治之别。在专职法治和民本法治的对立之中，凌斌试图发现法治的中国道路。但是这样的分析显然存在一个逻辑上不能自洽的地方，专法之治本身是无法做到对群众的宣传和感染的，普通大众也不会因为制定了一部学术上无懈可击的《德国民法典》就会自动得到德国人民的服从。在我看来，任何国家的法治建设过程中都会遭遇一个“普法”的阶段，我们无法想象普通德国国民会懂得他们的《民法典》。也就是说，凌斌开放出来的古今中西的对比中，中国当代法治所需要经历的民本法治的阶段，不仅是当代中国的法治具有他所说的那些特点，可能这是各个时代、各个国家都会遇到的问题。如果按照凌斌《道路》一书的洞见，我们会发现，现在的民法研究中很少有人告诉我们，为什么学者型的民法典可以被德国人理解和使用？会不会是因为，（1）《德国民法典》对一般德国人没有什么大的影响？或者（2）德国自己有一个“普法”过程？我们经常会说《法国民法典》是更近“亲民”的，但是即便如此，法国也会有比较系统的给人民“普法”的过程，主要的渠道是：刊登所有新颁布法律的官方期刊；法国政府立法网（<http://www.legifrance.gouv.fr/>）会登载编纂的所有法典、法律、法案和规章及判例；另外电视议会频道会实时转播议会讨论颁布新法的辩论过程；工人接近法律的主要方式是通过工会；每个城市的市政府会设有一个法律援助办公室，提供免费法律服务咨询。在国民教育这一块，中学课程中就有法律必修课程。二、法民关系还是法政关系？有意思的是，凌斌老师的博士论文并没有很快出版，从2005年到2013年，中间有经过了八年之久。在这八年中，社会主义法律体系初步建立、人民法院的《二五改革纲要》实施完毕，作者本人的学习和学术经历也越来越丰富，但是就像作者在《道路》一书的后记中所说的那样，八年并没有改变他当初对法治问题的基本看法，学术和实践经历的增多更是加深了他对当年洞见的认同。从专职法制与民本法治的对立到中国道路的发现，作者将这种理解升华到一种理论范式上来，如果说在博士论文时期他提出的是“和谐法

治”思想太过于政治正确的话，八年后作者再次提出这个问题，可谓是凝聚了更多的自己的洞识。在本书出版的几乎同时，凌斌的关于“法民关系”的论文也发表了。“法民关系”的提出意味着一种理论上的提炼和升华，这可能是意味着对法治思考的一种思维转型，我们真正地将法治的主体带进来了，我们以前对法治的思考只是法律人的事业，而如果我们不仅考虑秋菊，还考虑村长；不仅考虑北大的法学硕士，还考虑文化不高的使得庭审卡壳的当事人；不仅考虑律师，还考虑那个不信任律师的自学法律的老太太，这样的法治图景才是完整的。凌斌的“法民关系”的提出可能并没有解决问题，但是他指示我们看到真实的法治是什么样的，这些给法治找麻烦的村长们、秋菊们，都不是坏人，问题不在于他们不理解和阻碍了法治，而是我们的法治抛弃了普通人；而如果我们的法治抛弃了大众，最终法治的良辰美景也难以实现。作者之所以等了八年之久才将自己的博士论文出版，很可能是要利用时间的沉淀，使他更加确信自己当年的判断是否正确，当然他在《道路》中直抒了自己的这种确信，认为是经得住实践和时间的考验的。法民关系实际上依旧延续着他对以职业化和群众化为核心的两条法治道路的理解，在他最新的关于法民关系的讨论中，凌斌区分了两种法民关系，第一种是消极的法民关系，第二种是积极的法民关系，这种法民关系关注的是不同的主体之间就法律的对话和互动。凌斌指出中国的法治深嵌在积极法民关系的背景下，也就暗示了对以普法型法治作为实现中国法治的关键。在关于“法民关系”的短文中，作者指出要从中西的“同时比较”发展到“同期比较”，事实上，如果真的以同期比较的视野来看的话，对中国法治转型的理解就得放在西方百年以上的历史时期来思考，这样抽象出来的问题就不再是中国的特殊性，而是一种普遍性，即任何国家都要面临的问题，那样我们可以想见，西方也不会仅仅以“专法之治”便可以建立法治，必有作者所力倡的“普法之治”的存续。也就是说，凌斌在论述中国时引入了时间的维度，但是其用以对比的西方却只是一个时间点上的西方，如果说中国的法治建立需要时间的话，其他国家又何尝不是如此？凌斌指出我们在思考法民关系的时候大多是“去民化”的职业主义，实际上在此之外，更重要的是我们的思考是去政治化的：仅仅从法律来看待法律，会发现问题丛丛。就像他归结的法治四原则中最难做到的明知原则。我们很可能就要问自己这样一个问题，即法律是如何做到“普法”的？老百姓为什么要执行法律？秦国当时的通讯、交通都不发达，国家又是幅员辽阔，无私、如一地实施法治将会是多么困难！但是难在我们思考的时候仅仅是从法律入手的，在这样的考虑问题的方式下，我们会发现这是一个过于困难的任务，但是如果我们将政治的因素考虑进来，问题似乎并没有那么严重，很多事情其实是很好解释的。凌斌在书中多处有表现出对秦国变法效果的崇拜，他们在两千多年前可以在十数年的时间里将一套新的法制推行到了全国，这的确是一个了不起的成就，但是如果我们去仔细分析当时的秦国的统治状况，我们会发现，也许成就并没有那么突出。这个意义上说，凌斌把握的是中国一个时期的法治问题，而他用以对比，以及中国实际上在改革开放以后学习的也只是西方一个时间段上的法治理念。当我们说商鞅完成了变法到法治的转型，其实忽视了这法治转型的背后所蕴含的国家转型的背景。如果我们将法律背后的东西考虑进来，我们对很多问题的思考可能都将有所改观。第一，古代的政治统治程度是很低的，法律并不会渗透到每个人的生活当中去。正像黄仁宇所说的那样，数目字的管理在中国并未实现，“中国是一只大型的潜水艇夹肉面包”，广大的底层群众其实并没有与中央政府有多少的关联的。黄仁宇这样的判断是符合秦国当时的实际的，我们可以比较肯定地说，商鞅变法之后的秦国的法律统治之强度必然是无法与后代相比的。“历代皆行秦政法”使得这种法家的治理模式可以继续，但是及至清末修律之后，民国时期的政府对地方，尤其是农村的统辖力度还是很小的，这一点从农业经济史学家的研究中可以看出。这一点凌斌不可能不知道，但是他为了突出法治原则推行之难，却自觉不自觉将这个问题放弃了。现代中国所要求的法治推行程度肯定是高于这一点的，“依法收贷”在推行了这么多年之后，连秋菊也都学会了打行政诉讼的官司。我们今天要做到的却是一种中央政府对地方的高度控制，这一点是商鞅那个时代不可能做到的。在这个意义上，我们可以理解我们的法治困境并不是我们今天格外愚蠢或者路径有误，而是因为只有我们今天要做的事才可能是前无古人的。回到西汉初年，我们会发现，刘邦以“约法三章”都能做到国家的休养生息的效果，今天三百多部法律和数以千计的地方性法规都不足以规制好这个国家，所以当我们说商鞅的专职法治实现了秦国大治的时候，需要看看这个法治的程度和标准如何。本文的第三部分还是会分析为什么当下的法治建设乃至国家建设需要有更多的资源被调动起来，为什么我们总是要提“人民司法”的理念。而商鞅当年所推行的法治和我们今天所要实现的法治之间存在着巨大的差别，中央政权对地方、人民的控制要求完全不在一个层面上；尽管说都是一种现代性，但是这种古今之别却是我们不得不考虑的。第二，法治建设本身离不开政治的需要，是服务于、隶属于更为广泛的国家建设的，法治只可能是整个国家

上层建筑的一个组成部分而已，而在现代政府的标志中，法治可能只是其中不大的一块。更为重要的是，在现代国家的建立过程中，最主要的力量肯定不是法律，而是政治、经济和文化等等，法律只是一个附着着变革的东西。其次，法治的确立也只是整个国家变革中的一部分而已，更大的变革肯定是其他的方面——对人们整个生活秩序和想象的理想生活方式的改变，这样看来，法治的两条道路本身都是根植于政治秩序的变化之中。还有一点需要强调的就是，所有的变化之阵痛或者长痛本身都在于之前已经有一套秩序存在了，战国时期各国变法之所以这么难，主要是因为之前存在的宗法制与他们的争夺，而且传统制度占据了道德上的制高点，所以四法原则的确立过程可能会伴随有阵痛。换句话说，秦的法治建立如果有阻碍，关键不在于法律的好坏或者推行的难易，而是在于之前就已经有一套统治人们思想的“法”了。孝公和商鞅如果想要用法家的这套思想来代替传统儒家的那套理论，必然会有阻碍，正因为如此我们也才可以理解商鞅的“自食其果”，他正是被保守势力处死的，这一点放在当下中国也大体适用。上世纪八十年代对社会主义民主法制的建设的强调，主要是为了建立社会主义市场经济，而在此之前，有一个强大的计划经济体制的存。计划经济条件下需要的更多是内部的政策和协调，不需要一视同仁和具有可以预期性的法律。正是因为有其他的法律制度与之争夺话语权，所以才会有《道路》一书分析的法律规避的难题，制度竞争的事实决定了当代法治的推行不会是一帆风顺的。孝公改革和我们所说的四法原则的最关键的部分都是要用一套新的规则体系来取代原先的规则体系的问题，而这套规则体系的推行情况是与宏观上的政治、社会背景相联系的，在市场经济成为了人们生活必要组成部分的城市地区，现代法律就可以很好地推行开来；而即便在乡村，涉及到贷款、合同等经济问题时，人们所使用的也主要是法律，而不会诉诸于传统的民间习惯；即便是民间借贷，也会装扮成法律的形式以便获得国家制定法的保护。总之，马克思的洞见是大体不错的，法律只是一种上层建筑，法律的推行和变化也都是根植于整个国家的政治形式的变化。一句话，脱离政治来看待法律，很多简单的问题会复杂起来。其实凌斌也看到了法治的问题不仅仅是法律本身的问题，秦国法治建立的目的在他看来可能就是为了制约贵族势力，以及法治实现的过程就是要制约贵族。但是制约贵族培育新兴的势力根本不是法律一家可以决定的，这必然是一种政治上的决断。凌斌认为孝公比之富勒等人的法治原则更能把握问题的关键的说法是夸大的了，因为富勒所要处理的根本不是孝公的问题。富勒等人主要是法治的现代化剧场下的法治原则，这些更像是法律教义学的内容；而孝公可能是一个法律人，但他更是一个政治家，所以孝公可以握住法治的命脉的原则。就拿《道路》一书所提炼的法治原则而言，其中提到要如何处理法律官僚，而如果不存在一个现代的国家体制，中间的官僚阶层其实是很难控制的，越是一个前现代的国度，这种国家的管控能力就会越弱；要打破这种中间阶层，最为关键的肯定不是法律，而在于政治上的措施。

三、法治的资源调动：“民本法治”的历史根源

当我们把政治因素考虑进法治建设的思考当中，当我们意识到法治不仅存在于时间中，还根植于政治之中的时候，凌斌在书中隐约地树立的古今中西对立也就不那么显明了。为什么商鞅可以很快实现秦国的法治，而中国的数次的大规模全国性的“普法”教育都不足以让人民群众认可这套规则？而与此同时看上去德国《民法典》的艰深晦涩也没有妨碍德国人的反感。这些问题可能都是伪命题，第一，我们对商鞅时代的现代性的想象是完全不同于现代以来起自西方的现代国家的想象，第二，德国的看似的奇迹只可能是两种解释，要么传统的理解有误，说德国人向来注重逻辑思维是很难说服人的，要么就是其《民法典》对人们生活影响并不是那么的大。中国当代的法治建设不仅需要秦国的低度统治，而且需要中国的各项法律能够发挥治理中国的目的，需要人民群众通过积极地“为权利而斗争”、打一元钱官司，进入到现代法律所编织出来的现代之网中。问题的关键在于，为什么中国的法治建设就一定要调动起普通人的积极性？在我看来，任何一种新的制度的建立不仅会带来收益，同时必然要消耗一定的资源，而需要调动多少资源来完成这项制度建设则取决于多种情况。就像阿伦特指出的那样，美国革命之所以没有像法国大革命那样发展到发动所有“无套裤汉”的运动，没有发展为一种社会革命，核心可能在于美国独立战争时期所遭遇的外部压力没有直面数次“反法同盟”的法兰西民族那么大。反过来说，如果英国不是决定“放弃”对北美的政治上的控制而直接退为保持其商业利益，那么美国可能在独立战争的时候就发动群众来参与，尤其是发动南部的黑人参加军队，这样美国的种族问题在其独立战争时期就会爆发出来。商鞅所处的秦国建立法治所想要调动的可能只是上层的贵族，所以不需要讲法治话语宣传到民众亦可普及法治；德国在民法典之前通过战争已经完成了国家的整合，所以《民法典》本身的作用并不如中国法律所要做的那么多。法治建立的时候需要耗费很多资源，每个国家由于其特殊性需要调动不同的政治资源。普法之所以作为我们的一种法治意识形态，既根植于我们的法治现实，也根植于我们的传统之中。当代中国之所以要发动群众来建立法治，

关键在于现代国家的建立需要群众的参与。如果说《道路》一书的贡献在于与之前相关思考相比，拉长了我们思考的时间跨度，进而发现了中国法治的不同之处的话，作者认为的西方国家凭借专职法治就实现了民众之服从的想法恰恰是缩短了对这一历史过程的认识。“道路”本身就是一个需要时间来成就的东西，不少中国的学者看到的不是道路这个长时段的过程，而是将关注点放在了目的地的鲜花和美景了，凌斌则告诉我们这一路的密布的坎坷，由此也就成就了中国的道路。但是我们也可以想见，这一点在其他国家也是如此的。人们常常会说，“徒法不足以自行”，这个（适当的）法的执行在某种意义上就可以被当作是“治”，法律的推行需要调动各方面的资源，就像《道路》所指出的那样：正是因为始皇帝需要调动那么多的资源来实现对秦国的此等统治，在无法向外扩张的情况下只好加大对国内人民的榨取，结果引起民愤、二世而亡，“身死人手，为天下笑”。政治上的早熟，使得秦朝承担了太大的治理成本，治理资源的不足使得秦朝难以持续。这个例子告诉我们的是，推行法治是需要有所准备的，没有资源上的储备，制定得再好的法律也无法实现。而稍微比较一下我们就可以发现，推行各种程度的法治所需要的各方面的资源支持的程度是不同的，这就深受政治状况的影响。本文在前面已经说过了，即便是那些在凌斌看来属于“专职主义法治”的国家，也必然要经历一场“普法”运动，尽管可能是不同于中国的方式，因为艰深晦涩的《德国民法典》是不会自动进入德国人民的内心的，尽管这可能是德意志民族精神的体现。但是可以知道的是，不同国家在推行各自的法律时，所需要调动的资源是不同的，这一点与这个国家，以及它们所要推行的法律本身是密切相关的。中国的法治之路所需要调动的资源似乎格外多，仅仅依靠法律人是无法做到的，我们需要时刻向人民寻求合作，这也是为什么我们经常会有“人民司法”的提法，以至于我们的法院系统的最新改革纲要都是带着“人民司法”的印迹的，以人民为诉求的改革在大方向上总是不会错的。不仅个人权利的活动需要经过斗争，每一个国家法治的确立也需要经过一种斗争，在调动了各种资源之后才有可能建立起法治。英国普通法的管辖权不是天然的：1066年威廉征服英国之后，以普通法为审判规则的王室巡回法庭需要与领主法庭争夺管辖权才可以树立自己的权威地位，这个过程是相当漫长和曲折的。美国的联邦最高法院现在是有着巨大的权威，但是这个建立起最高法院的权威的过程也是非常曲折的。当1790年2月2日，当一群人汇集在纽约的皇家证券交易所时，大部分人可能不会想到他们所见证的是日后成为世界第一强国的三权之中重要一极，尽管报界没有错过这个事情，但是他们可能没有意识到这一点，而即便是主角的6名大法官，也只有4人参与了这样的“开幕式”，他们对自己的法院和宪法的前景可能没有多少确信的把握。而我们经常说在1803年“马伯里诉麦迪逊案”之后建立了司法审查机制，但是殊不知这一项权力联邦最高法院很少用，而坦尼大法官的在“斯科特案”中的动用使得他背上了引爆美国内战的骂名，司法主权在美国的确立最终要到二十世纪60年代沃伦法院的积极能动，而其判决的执行也需要肯尼迪总统动用行政的力量来执行。当然，各国的特殊情形决定了各自法律建立权威的过程的漫长和艰辛程度是不同的，就中国来说，最关键也最具特色的是，法治建立过程中时刻需要从人民中汲取正当性和支持。以司法为例，为什么司法为民是我们的司法工作中不可抛弃的传统？正像我们在前面已经说到的那样，法治的建立不是一种自然而然的过程，它必须要投入很多的资源，这种资源大体上包括两块，第一是正当性上的汲取，因为任何社会本身都存在着秩序，当我们说推行法治的时候，意味着对过去的秩序的替换，在此过程中，一种新的、而且是刚刚通过变法而来的规则如何确认自身是正当的和值得追求的？这就需要有一种来自民众的正当性的汲取工作，这一点在新中国的政法传统的建立过程中表现的非常明显。第二是要有物质上的支持，比如普法宣传需要的不仅是地方对中央政策的配合，更重要的是有人财物的支持；比如在将民间调解国家化的过程中，就需要有更多的人民调解委员会的建立等等。这种推行国家法的过程中所需要的资源支持在任何国家都是如此，中国的特殊之处在于，我们的这种传统植根于执政党夺取和建设政权的历史实践之中，而共产党的这种倾向也是由于历史决定的。中国古代存在着非常深厚的礼法传统，尽管我们说清末之前我们不存在一套现代的法治秩序，但是我们的儒教传统却很好地维持了自己的秩序，太平天国运动之后给我们的启示可能是加强“（当时的）法治”建设，而且即便是洪秀全等人的主张，也多是在复制明清王朝的统治模式。换句话说，如果不是外来的冲击的话，中国的那一套秩序是可以“内卷化”地自我复制的。清末之所以要引入西方的一套法律主要也不是内部的问题使然。西方国家的船坚炮利逼迫地我们去修改原有的法律，清朝的法律改革主要是以大陆法系为学习对象的，其基本的思路是厉行司法专业化，从司法制度的设置、对司法人员的任职要求等多个方面可以体现这一点。清朝末年的“司法考试”题可以反映所设想的专业化水平之高，宣统二年法官考试题的难度不亚于我们现在的司法考试题，此处随意摘录几道，使得大家有一个大概的了解，可能不少问题我们也不一定能够非常自信地回

答：如有一道宪法与刑法综合试题，“宪法大纲，君主有大赦权，刑法亦有持赦减刑条文，其不同之点，试详辨之”；又有一道民法题，与百年后很多法学院考题类似，“时效制度之理由安在，试详言之，并述明时效中断与时效停止之差异”；再举一刑法题，“未遂犯、中止犯、不能犯之性质，试举例以对”；而当时对于国际法的考察更是令人惊喜，“条约为国际上最高法律，其订立条约为立法权欤？抑行政权欤？果为立法权，何以归外交官秘密订立？果为行政权，又何以在美国须有元老院三分之二之认可，试言其故。”尽管由于清朝的覆亡使得她宏伟的法律改革计划无法完全实践，但是其以司法专业化为特色的司法制度被后来的北洋政府以及国民政府所继承。这套专业化司法并不是没有带来问题，除了少数的法学家和今天对现代法治憧憬者外，当时受到了不少人的批评，如程序过于复杂、琐碎，形式主义盛行等等。在国民政府建立法治的过程中，所遵循的依旧是这种思路，这样的法治所能统辖的主要是城市，对农村的管理是很不到位的。从某种意义上说，正是这套严格的复杂的法律程序抛弃了治下的普通人民，反过来，占中国人口绝大多数的农村人民也抛弃了据说制定了完备的“六法全书”的国民党政权。正是在这样的背景下，我们可以去理解，为什么中国共产党能够从农村取得成功？以及为什么共产党需要从农村入手夺取政权？农村包围城市道路的成功从某种意义上不会是中国特别之处，而是任何一个没有完成现代性整合的国度都要做的。前现代化国家的中央政府的控制能力是非常有限的，它必然存在统治的死角，而一场革命的胜利就必须利用这种统治的真空地带，随着革命胜利，当时用以发动群众的做法也就会被带入到日常的政治中来。共产党在陕甘宁时期的司法工作的第一要务就是帮助老百姓解决纠纷，获得群众支持，另一个就是要与国民党的专职司法有所区别，显示我们是人民的政府。“马锡武审判方式”之所以被奉为典型，主要就是在于他可以很好地发动群众，与共产党的群众路线是密切结合在一起的。正是在这个意义上，我们发现“马锡武审判方式”不仅是一种司法政策，更是一种共产党的政治宣传模式。所以从历史上来说，新中国的法治道路本身就民本法治的底色，这一点在新中国成立之后依旧如此，因此我们才可以理解为什么我们不仅要在立法的时候去考虑人民的意志，司法中的“司法为民”传统也是一贯的。这根植于我们固有的群众路线的政治传统，这也就决定了中国的法治建设不可能仅仅依靠专职法律人就足够。在这个意义上，《道路》说的还不够到位，作者指出了中国的法治需要考虑群众的诉求，但是没有点破这层逻辑，即为什么现代中国的法治建设需要更多地考虑普通人民群众？如果说凌斌将时间维度引入后开放出对人的关注的话，我们恰恰要问，为什么人的因素对于中国特别重要？使得中国的法治道路看上去是非常不同于其他国家的，好像西方的专职法制的国家都不去考虑、或者不需要考虑普通人的意愿，仿佛中国的法治建设格外难，因为我们考虑人民；似乎中国的当代法治建设者或者学者格外高尚，因为我们提倡考虑人民。真实的情况更可能是，第一，那些在凌斌看来属于“专法之治”的国家其实也要经历这样的一个过程，按照专业化、科层化的专法型法治搞出来的法律，最终要通过普法型道路来推行，这是凌斌认为比较奇特的地方。第二，也是更为重要，凌斌没有告诉我们为什么中国是这样。如果说中国的老百姓不相信法律，法治的话语权一直没有能被牢靠地掌握在法律人的手中的话，我们更应该分析的是这种对于法治权威和信仰来说至关重要的话语权是如何转移和被普通民众分享的。通过上面的简单分析我们已经看到，造成这种状况的原因恰恰与共产党夺取政权的背景有关，与新中国的司法传统密切相关。不明白这一点，就会使得我们的法治道路看上去非常的特别，以至于我们会想当然地认为存在一种法治的中国道路。所以这样也启发我们去思考，是不是有法治的中国道路？以及如果有，是什么样的？在我看来，可能并不存在法治的中国道路，当然你可以说每个国家都是有其特殊性的，但是就专法之治与民本法治的对立来说，不存在这样的区别。而核心的问题在于，如果说是法治的中国道路存在的话，背后的根源在于政治的中国道路，在于中国走向现代国家的历程与众不同。所以，即便有一条中国道路，也不会是凌斌以专法还是普法作为标准的区分手段，因为专法和普法选取的只是整个法治建立过程中的一个部分而已，更重要的标准是政治性的。凌斌之所以发现我们与西方不同，认为我们需要悖论性地以普法型的方式来推动法和治，核心在于他所接续的问题是苏力、冯象等人的问题意识，而苏力所关心的问题其实是一个法律社会学的问题，而如果我们将问题扩大一下的话，就会发现其实不存在这样的特殊的疑难，而是说所有的国家在建立法治的时候都要面临这样的问题。就像我们在前面一再说到的那样，中国的法治之所以要考虑群众，那是因为我们的执政党在夺取政权的时候就一贯地要发动群众，在于群众路线是我们的“三大法宝”，不放在这个政治的大背景下去思考这种民本法治的原因性问题，很多事情其实是看不到实质所在的。可能，这种更深的背景在于我们国家现代化的特殊性，第一，我们要推翻的东西太多了，第二，我们可以依赖的资源太少，所以就必须要发动群众参与到这种现代化之中，这一点在法治建设实践中也如此。当然，这种对政治

《法治的中国道路》

因素的忽略不是凌斌一个人的问题——实际上《道路》一书中有很多讨论政治的地方，而是他所身处的法律社会学研究特点内在决定的。法律社会学从一种与政法法学相异的法学流派/运动，在三十年的发展中，逐渐从法理学研究中的一种方法演变成几乎所有法学研究中都要使用或者分享的思维方式。而在此过程中，政治理论和宏大的关怀逐渐消失，法律社会学的研究将关心的点局限在了司法制度和乡村司法上这些部门法学者不会关心的“剩余范畴”上。“在三十年的发展中，法律社会学从法理学中的一种思维方式演变成社科法学这样为所有部门法研究所必需的范式，社科法学超越了法理学的视野，大有演变成法律与社会科学这样的交叉学科的态势。但是，这是在这三十年的‘扩张’中，政治消失了，治理的科学以‘中性’的口吻解构了法学研究的政治性底色。”前面已经说过法律社会学的一个基本的共识在于研究的不是书本中的死的法条，而是关心现实中活的法律，但是在这种逐渐走向细致的过程中，宏大理论逐渐消失，从某种意义上来说，《道路》一书也分享了这个特点。就像马基雅维里的洞见那样，凌斌这部探讨“中国道路”这样宏大主题的著作恰恰是从诸如秋菊、村长这样的平凡生活入手的，这种接地气的研究固然有其可取之处，但是在此过程中他必须经常提醒自己与政治无涉，而正是这一点决定了本书无法囊括政治的维度进而夸大了问题的特殊性，决定了本书无法顾及执政党的历史而减轻了当代问题的厚重感。2014年3月23日 初稿2014年4月12日 修改载强世功主编：《政治与法律评论》第五辑。

《法治的中国道路》

版权说明

本站所提供下载的PDF图书仅提供预览和简介，请支持正版图书。

更多资源请访问:www.tushu111.com