



北京大学

博士研究生学位论文

题目: 寻求和谐法治
——中国当代法治的反思与探索

姓 名: 凌 斌

学 号: 10229809

院 系: 法 学 院

专 业: 法学理论

研究方向: 法律社会学

导 师: 朱 苏 力

二〇〇五年四月

论文目录

北京大学学位论文版权声明

中文摘要

英文摘要

前言

导论：中国法治的日常进路与论文大纲

第一编 反思中国当代法治

第一章. 法律移植范式的悖论与中国当代法治的困境

- 一、法律移植范式概述
- 二、继受法学的非专业化与移植法律的非职业化
- 三、法律移植范式的悖谬
- 四、有“法”无“治”：中国当代法治的困境
- 五、“面对中国”的法学与面对“中国的法学”

第二章. 法律的垄断与统治的危机：反思法治的权力进路

- 一、变法之后：变法的“秦孝公难题”
- 二、缘法求治：商鞅的“垄法型法治”
- 三、商鞅对秋菊：法治的权力进路
- 四、现代西方的“垄法型法治”
- 五、“垄法型法治”的合法性危机：知识视角下的权力进路
- 六、民意与共识：寻求法治的合法性基础

第三章. 法律的普及与主权的分散：反思法治的知识进路

- 一、“普法型法治”：法治的知识进路
- 二、法律遇到秋菊时：知识进路的谬误
- 三、法育与法治：权力视角下的知识进路
- 四、权力视角的调转：知识的普及与权力的流失
- 五、法治的“人民战争”状态

第四章. 法治与民主的冲突：理论与实践

- 一、“职业法治”对“民主法治”
- 二、西方法治的反民主传统
- 三、“多数的暴政”：反民主的一个民主辩护
- 四、民主辩护的理论谬误
- 五、反民主的现实后果：法治的精英主义和激进主义

第二编 探索法治的群众路线

第五章. 中国法治的兵民之本与群众路线

- 一、变法与普法：中国当代法治的独特性
- 二、“法盲”塑造下的中国法治：普法的实践后果
- 三、法治的兵民之本
- 四、法治精英主义的困窘
- 五、“普法型法治”的民众参与
- 六、法治的群众路线

第六章. 法制与政制：法治的民主理论

- 一、法治与民主理论
- 二、“多数的暴政”与“温和的专制”：托克维尔论民主病与法治
- 三、从“多数的暴政”到“少数的暴政”：达尔民主理论的补充
- 四、法治的“民主代表性”：熊彼特的民主理论
- 五、法制改革与社会实验：杜威的民主理论
- 六、结语：法治的民主理论

第七章. 法律交叉学科研究：法治的科学进路

- 一、超越“法律的内在视角”
- 二、案例与法律分析
- 三、剪不断，理还乱：道德分析与情感问题
- 四、寻求科学的援手
 - (一) 性生物学进路
 - (二) 经济学进路
 - (三) 社会学进路
- 五、结语：洞悉法律的多维视角

第八章. 日用与常情：法治的民情基础

- 一、法治的工具主义视角及其悖谬
- 二、“晚礼服”：法治信仰的政治幻术
- 三、“抽水马桶”：法治信仰的日用来源
- 四、法治的民情基础
- 五、法律知识与法治信仰
- 六、合乎情理与常情常理：民情中的重叠共识

结语：寻求和谐法治

参考文献

北京大学学位论文原创性声明与使用授权说明

北京大学学位论文

版权声明

任何收存和保管本论文各种版本的单位和个人，未经本论文作者同意，不得将本论文转借他人，亦不得随意复制、抄录、拍照或以任何方式传播。否则，引起有碍作者著作权之问题，将可能承担法律责任。

中文摘要

本文试图探究的是中国当代法治困境的内在症结和相应的解决进路。本文因此分为前后两编，分别着眼于反思中国当代法治和提出改进法治的可能路径。

第一编集中研究的是中国当代法治的思想范式和实践模式以及相应的实践后果。我的研究表明，作为中国当代法学研究和法制改革的主导思想，法律移植范式的理论悖论与中国法治实践的现实困境之间有着内在的关联。因而，对于中国法治的研究首先必须从批判法律移植范式下的法治模式及其后果开始。当代中国的法治实践呈现出两条主要进路：权力进路和知识进路，分别对应两种法治模式：垄断型法治和普法型法治。法律人试图通过垄断法律权力和普及法律知识的双管齐下，移植西方的“职业法治”，实现法律人对民众的绝对统治。但是这两种法治模式不仅有着内在的冲突，而且分别导致了严重的现实后果：一方面是“垄断造成的法治合法性危机”，另一方面是普法造成的司法主权的分散。法律人追求职业法治这一政治理想，与普通民众对于民主法治的渴求形成了张力。通过考察法治与民主的关系，我揭示了法律人与民众对于法治理想和法治目标的不同诉求。法律人与民众的潜在分歧乃至对立，构成了中国当代法治的基本困境。

上一编的研究，通过批判法律移植范式、反思当代中国并行却相悖的两种法治模式，为提出新的法治方案和思考范式积累了必要的理论准备。这些研究表明，法律移植范式不能理解中国当代法治的独特性，中国法治遇到的核心问题并非西方法治传统所谓的“良法”和“守法”问题，而是“变法”和“普法”问题，不能理解法律人与民众的重叠共识何以是中国法治要面对和回应的首要问题。

本文的第二编，因此，提出了法治的群众路线这一法治方案，将协调变法和普法的内在张力、寻求法律人与普通百姓、法治与民族、民主和民情的彼此和谐作为研究关注的焦点。法治的群众路线以当代法治的现状为起点，努力通过借助民主理论、社会科学和民情与常理，为分裂的法律人与民众之间找到可供选择的合作方案。法治的民主理论为法律人引入了诸如人民主权原则、民主代表性原则和民主多样性原则等富有操作性的指导原则，帮助法律人更好的处理自己与民众以及民众彼此之间的潜在争议。法治的科学进路现实了法律交叉学科研究对于理解具体的法治难题以及理解法律与社会的细微关系都提供了有效的分析武器。法治的民情基础显示了法治信仰与法律在日常生活中的便利应用之间的潜在关系，进一步表明，在法律移植范式中受到贬抑的民情，蕴涵着一个民族的共同信念和基本共识，蕴涵普通人据以交往和合作的常理常情，因而为摆脱法治的合法性危机和司法主权的分散这类法治难题提供了坚实的制度基础和心理基础。

对于中国当代法治困境的揭示和对于法治群众路线的推进，现实了本文关注的核心主题：中国法治的和谐基础。社会的和谐应当是中国法治、并且因而也是中国法律人和法学研究所追寻的基本目标。

关键词：法治 中国当代 法律移植 法治的群众路线 和谐

Abstract of my Dissertation

In this dissertation, the author tried to explore the internal crux of the dilemma of the rule of law in contemporary China and its alternative approach to resolution. This paper is composed of two parts.

In Part I, the author researched the thinking paradigm, its practicing models, and its consequence of the rule of law in contemporary China. The studies demonstrated that the theoretical paradox of the paradigm of legal transplantation, viewed as the predominant ideology in the legal research and the legal reform, is inherently related with the practical dilemma of the rule of law in China. Therefore, the study on the rule of law in China has to begin with criticizing the rule of law model, and its consequence, under the paradigm of legal transplantation. There are two leading approaches to the rule of law in the practice in contemporary China, namely the authoritarian approach and the epistemic approach, which correspond with the two the rule of law models respectively, that is to say, the monopolization of law and the popularization of law. Working along both lines of monopolizing the power of law and popularizing the knowledge of law, Chinese lawyers try to transplant the western “professional rule of law” to China and to achieve the absolute rule by law. However, these two kinds of the rule of law models not only have inner conflicts but also result in serious effects. On the one hand, the monopolization of law leads to the legitimate crisis of the rule of law, and, on the other hand, the popularization of law brings on decentralization of the judicial sovereignty. The political ideal of the professional rule of law pursued by the lawyers and the aspiration of the mass of the people for “the democratic rule of law” form a tension. By researching on the relation of democracy and rule of law, the author disclosed the different expectations between the lawyers and the public on the ideal and aim of the rule of law. The potential divergence and even opposition between them constitutes the fundamental dilemma of the rule of law in contemporary China.

Through criticizing the paradigm of legal transplantation and reflecting the two the rule of law models, the author prepared theoretically for presenting a new rule of law strategy and thinking paradigm. All those studies show that the paradigm of legal transplantation can not interpret the particularity of the rule of law in contemporary China that the key words are not “goodness of law” and “obedience of law”, but “legal reform” and “popularization of law”, and that the primary problem that the rule of law should be confronted with and respond to is to find out the overlapping consensus between the lawyers and the public in China.

In Part 2, the author presented the mass-line as the rule of law strategy and focused on coordinating and harmonizing the inner tension between legal reform and legal popularization, between the lawyers and the public, between the rule of law and nationality, and democracy, and mores. Established the mass-line is in the practice

of the contemporary rule of law, with the help of the democratic theories, social sciences, the mores and the reasonableness, the author tried to provide an alternative strategy for the harmony of the lawyers and the public. By introducing a series of operable leading principle, such as the popular sovereignty, the democratic representation and the democratic diversity, the democracy theories of the rule of law help the lawyers to deal with the potential disagreements between them and the public and among the public as well. The scientific approaches of the rule of law present legal interdisciplinary studies on the legal problems and supply the effective tools in analyzing the detailed relation between law and society. The mores foundation of the rule of law reveals the potential relations between the faith of rule of law and its convenience in daily life, which display further that the mores depreciated by the paradigm of legal transplantation contains the common faith and the overlapping consensus of a nation and contains the reasonableness by which people communicate and cooperate with each other. In this manner, mores supplies with a solid institutional and psychological basis the resolution of difficult problems such as the legitimate crisis of the rule of law and decentralization of the judicial sovereignty.

With disclosing the dilemma of the rule of law, and pushing the mass-line of the rule of law, in contemporary China, what the author concerned is the harmonious foundation of the rule of law in China. The harmony of society should be the essential aim of the rule of law, and hence the aim of the lawyers and legal study in China.

Key Words: Rule of Law; Contemporary China; Legal Transplantation; Mass-line of the Rule of Law; Harmony

前言

当一个学生，经过了八九年的学术浸润，开始着手写作自己毕业论文的时候，无论他处理的问题大小如何，也不论他试图将这一问题剖析至何种程度，他都必须并且也必然具有一个对自己领域主导理论、核心问题的总体评判，同时也必定要基于一个对自己国度乃至世界的过去与未来所做的基本决断。

这样的评判和决断常常并不需要自觉作出，因为我们是被要求在一个源远流长的学术传统中写作，因此只需要梳理文献、辩驳概念，找到自己思考的主题在这一学术传统中的具体位置，也就够了。就好比是桑树上的蚕，只要把这颗树上够得到的叶子吃掉，然后吐丝作茧自缚，最终破蛹而出，化蛾飞升，也就成了，无需操心整个桑林乃至天地万物。

这是现今的学术规训所严格要求的。但是，如果你参与的是一项超越或者至少是重建你所在领域学术传统的事业，那么，你就不可能是仅仅关注具体的和特别的问题。首要的问题在于如何以这个学术传统可以接受的方式，作出前述的那些评判与决断。

我读本科的时候，与现在一样，大多数法学院学生都并不喜欢法律，都很容易感受到中国法学的脱离实际和缺少智识。后来，本科毕业以后，我的同学们大都开始接受了法律。但是，大家接受了法律，不是因为当年的感觉错了，也不是因为经过了仔细的学术思考从而发现了法律的“真谛”，而是因为，大家既然走上了这条路，就只好靠它吃饭：作律师的现时要靠它吃饱，上研究生的希望将来可以靠它吃好。而“博士”们，因为走的更远了，路径依赖也更严重，而且因为都进了某个门户，所以卧榻之畔自然不容他人酣睡，对自己“专业”身份的感情便更深了一层。

因此，对法律领域内主导理论的反思、核心问题的反复推敲、对中国礼法传统的重新审视、对诸如中国与世界之关系、中国在未来世界中的角色这类“前法律”问题的处理，学生们或者默认了既定的答案，或者漠然置之，鲜有人会真正当作首要的关切来“认真对待”。即使是曾经做过审慎的学术思考的人，在他写毕业论文的时候，也大抵不会选择这么宏大的问题来写，而必定要选择一个小题目；这些宏大问题还是留待教授博导们详加斟酌为好，因为直接挑战一个大多数法律人生计所系的学术传统，要远比在这传统之内敲打琢磨困难得多，无论在学术上还是在其他方面。因此，对于中国法制改革或者说法治建设的理论与实践的总体反思，就成了只有大一学生才会关切的问题。

如果，当下中国法律人所处的这个学术和实践传统工作良好、声誉卓著，那么法律训练越久关注的问题越细致、越专业、越技术化就并非不可理解，甚至反而是件好事。然而，现实的情况是，从学者本人、改革者自己到法官、律师、老百姓，从芸芸国人到友邦人士，全都在批评中国的法学研究和法律实践，那么，拙于知著而精于察微，就是大成问题了。这种情况下，对法律推理技术的细致掌握，就并非意味着学养培育了目光的锐利，而只能说明知识的累积反而局限了我们的视野和气度，压制了思想的活力和学术创造力，并且回避了“根本的根本”。

中国法制改革的困境和法治建设的迷茫，意味着当代中国的法律学人没有条件像那些生活在一个已然成熟了法律体制之下的学人那样，可以搁置对基础的考察，专心致志的打造“法律帝国”的亭台楼阁。也许未来的某个时候可以。然而，如果当今的法律学人不能把法治的地基打牢，那么，这个“未来的某个时候”即使到来，也必定只是昙花一现，迟早随着帝国的倾倒而烟消云散。

而且，如果当代中国的法律学人不在这个时候努力把法治的基础建立起来，或者说，不把法治建在坚实的基础之上，那么完全有可能的是，法治的大厦将永远不可能建立起来；因为历史的老人只会给法律人至多二十年的时间，他不会永远等待我们。当历史把机遇从法律人手中拿走而交给其他人去掌握的时候（现在已经有了这个迹象），也许，法律人等待的那个“未来的某个时刻”真的会成为“等待戈多”。法律人、尤其是法律学人必须看到，自己此时此刻的思考和行动，都承担着沉重的历史使命，也都负有严肃的历史责任。这一点，无论我们愿不愿意承认，无论我们如何为自己开脱，都将铭刻在我们的墓碑之上。

因此，我最终决定在我的博士论文中致力于反思和重构中国的法治理论，记录下我从 96 年进入北大以来从未间断的、对中国法制改革和法治建设中的理论 and 实践问题的思考，形成一个系统的学术反思与智识积累，为中国的法治，为中国的法学，也为我自己，提供一个阶段性的研究总结和着眼于长期探究的理论准备。

2004 年 12 月 26 日于北大图书馆

导论：中国法治的日常进路与论文大纲

东边有山，西边有河，
前面有车，后面有辙。
究竟是先有山，还是先有河，
究竟你这挂老车，走的是哪道辙？¹

一、

从九十年代初，中国的政制改革和法制改革，逐渐开始汇入“法治”这一目标之下。法治理论也因此既成为了全部法律理论中的基础理论，而且成为了法制改革的指导理论。从那时起，法律学人再不能稳坐书斋、超脱俗世，他们的命运与关切无可避免的被拖入到了中国法治建设的实践之中。也是在这个时候，我成为了一名法学院学生，见证并且有机会参与这一壮丽绚烂但而艰难坎坷的事业。

十多年来，中国的法制改革和法治建设经历了许多转变，如果不是身处其中，我们一定会为这一历史变迁而感到惊讶不已。这十多年，是中国近代以来经济发展最快的时期，也是社会发展最平稳的时期，更是人们的“权利意识”、“财产观念”空前高涨的时期，这一切都确实显示了法律人面临的历史机遇。而且，无论是国家政策的制定者，还是普通的平民百姓，无论是“宪法”还是“说法”，都明确把“法治”纳入了这个社会追求的价值体系之中。

然而，当我们回过头来，盘点这十多年来的法治成败的时候，我们却不得不面对一个所有法律人都感到沮丧的事实：法治不但没有成为政治改革的突破口，而且本身也陷入了困境，问题越来越多，阻力也越来越大。这个时候，如果法律学人除了把责任全部推到时代和他人身上，便只剩下“卫道”和“殉道”的气节可贾，那么，中国的法治或许就真的没有希望了。值得庆幸的是，中国的法律学人在风起云涌、沧海横流的改革时代显示了他们探索中国法治之路和超越改革困境的雄心壮志与坚忍不拔。他们开始正视和在学术上回应这一困境，对十多年来法治进程中的理论和实践给予系统的反思，重新提出自己的解说和理论。

令法律人感到困惑的是，既然百多年来变法图强的经验已经表明，相当多的原产西方的理念、制度和生活习惯，比如自由、平等、面包、咖啡、麦当劳，等等等等，都或者顺当或者坎坷的在中国老百姓心中扎下了根，那么，学者就必须说明，为什么“法治”偏偏难以落户？或者说，中国法治困境的独特问题究竟何在？

¹ 《再也不能这样活》，电视剧《辘轳·女人和井》主题曲。

二、

视角不同，答案也就不同。不同的回答，又会产生不同的法治理论。本文集中讨论的是两种视角，或者说两条进路。一个我在本文中称之为“法律移植范式”，其系统表达构成了中国当下主流的法治理论；一个我称之为“法治的群众路线”，是本文试图提出的替代性的法治理论。

中国主流法治理论的倡导者，也就是法治移植论者，将法治困境的症结归结为移植的不够全面，欠缺配套的制度支撑。这一进路的通常表述是，某国（通常是美国，偶尔是德国和日本）的法治要素有一二三，而中国没有或一或二或三，所以中国法治难以成功。可以进一步将这一进路概括为“法治要素欠缺论”，比如，中国欠缺“司法独立”，所以如何如何；中国欠缺“程序正义”，所以如何如何；中国欠缺民主、宪政，所以如何如何；中国人欠缺法律意识，所以如何如何；甚至，最终归结为中国人的劣根性，中国政府的专制，中国文化的腐朽，等等。而且，因为分享的是同一套理论资源，反对移植某项法律或制度的理由也往往如此。

而每当移植方案在现实中遇到困境的时候，法律移植论总有一招百试不爽，不但可以化险为夷，而且能够进一步引证自己的正确。那就是以这一困境为例，反衬出进一步的和全方位的法律移植的必要性。于是，法治越不成功，就越显出继续移植的迫切。这一逻辑可以称之为“继续移植论”，实际上是“法治要素欠缺论”的一个自然的推论。因而，这样一种法治理论，在被无数次的否认并且引发了无数的现实问题、甚至屡屡遭到强烈反对之后，依然可以名正言顺的主导着中国的法学研究和法制改革。

当然，这一理论得以主导中国法治进程的最终原因，还不在于理论的自圆其说以及视角和制度上的路径依赖，关键的问题在于，这一理论构成了中国法律人的全部思想资源，因此再无可资替代的其他进路。

任何意识到法律移植论的内在局限而试图改变理论路向的人，都不得不回答这样一个问题：除了这条路，还有哪条路可走？如果提不出替代的路向，那么，不是终究难免走上移植某个“别处”法律的老路么？法理学家提出的新口号不少，“本土资源”，“具体法治”……，可是那是站着说话不腰疼，光说不练假把式，谁也没有真的拿出“具体”的“资源”来，他们自己用的最多的不还是西方的理论，谈的不也尽是些概念和大词么？研究“中国的问题”，最终不都是要靠“世界的眼光”么？因此，答案只能是：除了移植和继受域外法律，别无出路。

三、

依照法治移植论，法学家和法制改革者的首要任务，便是向学习西方，同国际接轨，移风易俗，改造国民性，将中国传统的礼法制度彻底改造为西方现代的宪政法治。以此为前提，中国自己，不论古今，虽然确属世界的一部分，却同那些亚非拉的“落后”国度一样，要被排除在那个作为我们改革目标和学习对象的“世界”之外。追赶“世界潮流”同脱离“中国实际”，于是成了当代中国法制改革一枚硬币的两面。中国法学界一直以来不关心、不承认甚至不了解中国的法律实践，正是因为其理论前提就是中国法律实践、乃至政治和社会生活的现状一无是处，是通通要改掉的。于是，尽管舶来的理念和制度处处碰

壁，屡屡受阻，但是法律人始终相信，随着市场经济的扩展，随着越来越多的中国老百姓进入到现代化的生活之中，并且随着政治领域的各项配套体制越来越完备，有朝一日，法律人秉承的这套法学理论和他们业已准备停当的制度条文终将会大显身手，法治也终将在中国建立。

或者说，因为法律人相信，如果中国将来有可能实现法治，那么就只能是西方法治现今的模式，所以法律人的使命，就是尽可能原汁原味的把西方的法治移植过来。中国法律学人之间的差异与争论，说到底，不过是中国的法治到底应该向谁学的问题，比如究竟应该移植美国的还是德国的法律体制、继受德沃金的还是波斯纳的法学理论，而不是学不学，学多少的问题。法学水平高下的判别标准，因而，也就是学得透不透的问题，而不是用得对不对的问题。尽管艰难，甚至毫无希望，但是，既然法律人认定了法治的道路只能这样走，那么无论现实后果如何，也只能这样矢志不移的走下去。

因此，大多数的中国法律学人并不要求、甚至自觉避免使自己的学术研究切合实际，对批评其脱离实际的指责也无动于衷。他们现今所做的一切，都是在为未来的法治帝国进行制度准备和理论准备、乃至人事准备。法律人除了要为未来供给“同国际接轨”的法学知识和相应的立法产品，还要双管齐下，一方面敦促以司法独立为核心的司法体制改革，提高法官待遇和素质，推进法官以及律师的职业化；另一方面，同媒体联合，对大众普法，提高人民群众的法律意识、权利意识，为其法律帝国培养驯顺的臣民。在此世无法得偿所愿的中国法律人，便把希望寄托于彼岸的救赎。法律人不但在制造着法治的神话，而且还发展出了法治的神学。

因此，这种法治的现代化进路的困境也就不言而喻。法律人要推进自己的法治理想，就必定要否定进而替代普通民众的活法和说法。因而，要在活法和说法上被革命的民众，也必定要拼死抗争，进而反过来革法律人的命，革法治的命。他们也许不会总体性的否定法治这一目标本身，但是，因为他们的身家性命都与此相关，因此必定会局部的、个别的、微观的、时断时续进行抵制和斗争。法律人和他们的法治帝国陷入了人民战争的汪洋大海。

然而可悲的是，尽管现实每天都在提醒他们走错了方向，但是法律人自己却始终不予理睬。中国法律人因其“现代”对于“传统”的正当性，一直无视甚至是有意忽视法治的公众接受、或者说民主合法性的问题。并且，由于中国宗教的西方法治理论本身，也具有反民主的倾向，致使反民主成为了中国法治理论中的正当诉求，甚至成为了理论正当性的渊源之一。法学家频频援引托克维尔的经典表达，把法治看作“是现今抵制民主堕落的 strongest 屏障”，其“作用就在于对抗民主”。因此，无论在实践上还是在理论上，中国法律人都将民众处理为了法治建设的看客和未来法治帝国的温顺臣民。他们甚至将中国十几亿公众全都侮辱性的称之为“法盲”，以此证明法治“现代化”的正当性。

因而，几乎是不可避免的，从1990年代初，中国开始迈向法治之路的一开始，法律人与民众之间的冲突就此起彼伏（尽管大都被法律学人所忽略，因而在法学的文献中只有一个孤零零的“秋菊”和她的困惑形影相吊）。到2003年，这些冲突达到了顶峰，一个“刘涌案”就把法律人辛辛苦苦营造的法律帝国顷刻间砸的粉碎。十余年法治的结果是“多数的暴政”。

法律人在不知不觉之间，把承载着自己梦想和全体中国人希望的法治大厦，建在了空中。正如没有根基的大厦不可能建成一样，以牺牲当代法律实践为代

价的法治“现代化”同样没有成功的希望。如此“法治”的结果只能是有“法”无“治”。因为，法治的权威是在实践中逐渐积累起来的，不是通过知识的光环和美好的憧憬所能凭空制造的。即使有一天，法律人所要求的全部法治条件都已具备，但是法律人自己、一个已然因为脱离实际而威信扫地、声名狼藉的阶层，又怎么可能重新获得人们的信赖和尊敬呢？如果法律人信仰法律的同时老百姓却彻底丧失了对法律的信心，那么法律的生命还能久长么？如果“法治”的结果只能是自毁长城，那么所谓“未来法治”又如何能够实现呢？法律人一旦走错了方向，就不仅是白白浪费了这个国人百年一遇、再难拥有的历史机遇，而且很可能最终，恰恰因为其选择的道路，毁了法治的希望，甚至阻碍了整个中华民族的复兴进程。

并非法律人本心愿意如此。如前所述，执迷不悟的原因，不仅是他们的既得利益使他们难以回头，而且，更重要的是，即使真心希望以法治造福百姓、富强国家的人，也并没有足够的理论视野看到解决当今法治危机的有效办法。

因此，不仅要批判法治的现代化理论，并且非得提出替代的进路，才有意义。

四、

替代进路的选择，有赖于对本文开头所提问题的重新回答：为什么法治难以在中国落地生根？中国法治困境的独特性是什么？大多数的反思进路都并没有超越“法治的现代化进路”所分享的理论框架，因此也就不可能对这一问题提供真正具有批判性和建设性的解决方案。这里我想集中讨论的是我所称的“法治的群众路线”。

法治在中国遇到的困境，究其根源，是法律人所推行的这种“现代化的法治”难以被中国民众所接受。而难以获得民众认同并且不断遭到反对的原因，则在于这一法治变革的对象是中国民众一直赖以生存的生活方式，变革的目标，是把中国人完全陌生的那套经由法律人裁可的活法和说法变成中国民众的信仰。这一点，构成了法治与大多数其他“现代事物”之间的根本分别。只要我们用心观察，就不难发现，所有中国人易于接受的“现代事物”，要么并非我们生活中不可或缺之物，要么是真正让中国人直接感受到了其突出的比较优势。对于后者，我用了“真正”、“直接”和“突出”三个限制语，是想表明，其具有比较优势并非充分条件，只有这些比较优势能够切实的让老百姓感受到了，而非只是在广告宣传中展示给他们，才能被他们接受。

法治的理想在于，中国人的衣食住行，生老病死，都维系在法律的规则之上，须臾不离。因此，法治的核心，不论是作为一种治理方式还是生活方式，都必定是一种日常的“统治”。如果法律不能支配中国普通百姓的具体行为和交往细节，那就只是有“法”而非有“治”。无论是希望把法律条文制定得尽可能科学，还是致力于改善司法体制和法官素质，最终的目标都在于能够保证西方法治的两个必备条件——“良法”和“守法”——能够体现在中国法律乃至政治、社会生活的日常实践之中。只有达到了“民日用而不自知”的程度，法治，至少是其原本意义上的法治，才是真正的在中国扎了根。

因此，中国法治的真正难题、或者说中国法治困境的独特性在于，法治不但要“现代化”中国民众的活法和说法，而且要“现代化”他们日常的、因而是最根深蒂固的那些活法和说法。法律移植论的根本悖论在于，外来法治的好

处还没有被民众亲身体会，它的坏处就已经深入人心了。法律人信仰自己移植的法治容易，但是要以对这个“美丽新世界”的描画和许诺来换取中国普通百姓在他们建造的空中楼阁里安家落户，就难上加难。一天老百姓体会不到法治的真正的、直接的和突出的好处，他们就不会把自己的日常生活交给法治来照看。

但是，如果不是要求民众改变，而是法律人自己改变思路，事情也许会更好办的多。既然法治的根基在于人们的日常实践，既然法治的现代化进路无论在理论上还是在实践上都不可避免的陷入了悖论之中，与其坐等民心尽失，不如跳出“变”的思路，从“常”出发，把中国普通民众现今的日常观念和行动出发当作建立法治的起点。法治的群众路线始终关注于民众的日常生活与法制改革和法治建设之间的关系，关注老百姓对法律以及法律人的感受和态度。法治的群众路线追求尽可能广泛的代表民众的利益以及维护少数群体进行“生活实验”的权利，追求借助科学研究的成果理解普通生活的深层要素，预期老百姓所提出的各种权利诉求的现实后果，尤其是致力于将法律植根于本民族的民情之中，将法律说理与普通人信奉的常理常情结合在一起。简而言之，法治的群众路线的核心视角是一条“日常进路”，是以普通民众、以普通民众的日常生活为出发点的研究角度。

当我们以普通民众的“日常生活”为指引来重新思考法治以及法治建设的问题，就会得出与以往那些视“法律移植”为指归的法治的理论和实践相当不同的结论。

首先，法治的日常进路，将中国民众通常的信奉的观念、信仰和情理作为法治建立的基础，也作为日常法律实践的前提。如果“合法”与否的判断是建立在“合情合理”与否的判断之上，那么法律的实践就可以避开“不近人情”、“不讲道理”的指责，更容易获得民众的理解和支持。这样法治就获得了合法性资源。相应的，法学研究和法制改革也就便于将中国无论是古代还是现今的理论和实践资源加以吸纳，把“本土资源”真正具体化为法学和法律的一部分。法学研究和法律实践就是要努力发现争议点中的共同点，也就是发现争议双发的日常共识。这样的日常共识既可以作为“共同准则”而成为判断的依据，也可以为这一判断进行合法性论证和理论说明。其次，着眼于日常生活，就为民主理论和社会科学进入法律领域、尤其是进入法学研究打开了缺口。最后，法治的日常进路为“法治信仰”提供了路标。法律人无疑是信仰法律的，但这并无意义。谁都会觉得自己的孩子最好，这倒是人之“常情”。法治成败的关键在于普通民众能否形成对于法律的信仰。中国法治要最终建立，就必须打入中国百姓的日常生活之中，久而久之，成为他们日常必须而且不可替代的依靠。

五、

本文基于法治的日常进路，对中国当代法治的基本思想范式、法治模式及其实践后果进行了深入的剖析和批判。进而，以此为基础，提出了法治的群众路线，提出了可以有助于法治群众路线的理论工具和努力方向。

我在本文的第一章提出了对主导中国法治进程的法律移植范式的阐释和批判。我试图表明，中国法治“有法无治”的困境恰恰是指导法治建设的法律移植范式理论悖论的现实后果。尤其表现为继受法学的非专业化与移植法律的非职业化，表现为法律产品的脱离实际和法学界自身的异化。由于法律移植范式

的影响深入到了当代法律实践中的具体环节之中，因此，要摆脱其所带来的法治困境，首当其冲的就是清理和批判法律移植范式本身。

第二章和第三章我分别从权力的视角和知识的视角展示了法律移植范式是如何影响了中国模式的选择。为了在中国复制西方法治传统中的“法律人之治”，中国法律人通过一系列制度设计，试图垄断司法权，建立对于普通民众的绝对统治。但是，这一努力因为割裂了法律人与民众之间的联系，将他们分别置于严格的统治者和被统治者的境地，因此加深了彼此之间的隔阂和误解，导致了法治的合法性危机。（第二章）同时，为了使得法律对民众形成直接的支配，避免束之高阁成为一纸空文的命运，法律人同时将普法作为了基本的法治策略，试图通过法律知识的普及，确立法律的统治。但是，因为普通民众在了解法律的过程中不可避免的要寻求对法律解释权的占有，因此普法的结果是导致了司法权的逐步分散和法律规则确定性的逐步丧失。于是，法律人在这种情况下试图统一规则的努力导致了他们与普通民众的纷争更为频繁，并且他们的威信也随之降低。（第三章）法治因此面临着两方面的难题。一方面是法律垄断潜在的合法性危机，一方面是法律普及导致的司法主权的流失和分散。

关键在于，法律移植范式下的法律人与民众之间处于一种潜在的对立位置上。或者至少可以说，法律移植范式因为贬抑当代法律实践并且着眼于“同国际接轨”这一世界目标，因而潜在的制造了并且在不断加大着法律人与普通民众之间的分歧。这一点有其表现在中国法治呈现出的非民主甚至反民主的倾向上。这一倾向同样是西方法治的一个内在特点。西方法治的特点在于其是一种“职业法治”，是一种以职业精英为核心的贵族制或者寡头制的统治形式。因而法律人之治也就不可避免的对于“民主制”，对于民众渴求的“民主法制”，产生排斥。他们将民主等同于或者至少是归结为“多数的暴政”。但是这一论辨是不能成立的。法律人的反民主倾向最终导致了法治的精英主义和激进主义。法律人精英主义与激进主义，将法律移植范式的诸多实践后果推向更为极端的情况，因而更为扩大了法律人与民众之间的分歧，加重了中国当代法治的困境。（第四章）

无论是要摆脱法型法治带来的合法性危机，是要维护法制统一和建立司法权威，还是为了实现职业法治这一法律人的内在目标，首要的问题，都在于促成法律人与老百姓之间的沟通，在于努力寻求双方的共同理想和共同利益，形成关于中国法治的底线共识，并以此为基础重建法律秩序和重新定位法律人的角色。因而，中国法治的出路指向了社会和谐的政治和法律基础。这是我在第二编中所努力探索的方向。（第二编）

面对普法造成的法治的“人民战争”状态，法律人要想赢得这场战争的胜利，要想获得法律人、民众以及中国法治和中华民族的“多赢”，法律人只能选择“群众路线”，带领、依靠民众并且为了民众，建立适合中国社会进步和国家富强的法治。群众路线要求法律人必须克服精英主义和激进主义的倾向，联合民众一起参与中国法治的建设，从现实的法律实践中培育法治的幼苗。也要求法学研究从民众的日常生活、从“秋菊的困惑”出发，重新提出关于法律 and 法治的基本问题，并且在中国人民的历史实践中寻找答案。（第五章）

对于民众日常实践的关切，尤其是对于多元社会中民众的利益和意见的尊重，把群众路线引向了法治的民主理论。法律人的行动对社会生活的影响是如此之多，但是他们对于自己的行动将给不同利益群体带来何种影响的留心又是

如此之少。我的研究提供了多重的民主理论。托克维尔关于“多数的暴政”和“温和的专制”这两种民主病的论述重新界定了法律人的政治角色，同时也现实了法律人参与多数的暴政或者实施温和的专制的可能性。达尔关于“少数的暴政”的论述补充了托克维尔的民主理论。熊彼特民主理论的核心——民主代表性原则——将人民主权原则和少数派的自由综合起来，并且是一个非常具有操作性和指导性的民主概念，对于考察法律对社会利益群体的影响以及法治的功能都有很大的启发。杜威关于多样性和实验的论述进一步将少数派的利益和意见在民众社会中的作用及其保护凸显出来。这些民主理论的契合之处形成了法治的民主理论的核心内容，尽管还有许多民主理论有待加入。（第五章）

“德先生”的指引集中于宏大视野，因此还需要“赛先生”的协助。我通过对泸州二奶案的分析表明，科学进路所呈现的丰富视角和对于细节的把握以及深层原因的揭示为法学研究和法制改革提供了极为丰富而有力的分析工具。并且，与传统的法律的内在视角相比，法律交叉学科研究鲜明的将社会生活、尤其是普通人的日常生活与法律制度结合在一起，考察各种可能的后果和现实的影响。我以伴侣型婚姻的当代困境为例，展示了性生物学、经济学和社会学对于这一问题的精辟分析和广泛应用。（第七章）

但是，“德先生”和“赛先生”尽管有助于理解民众和他们的生活，但却并不提供既定的和牢固的价值，也并不能确保法律人与民众抱有共同的法治理想。因此，还必须着眼于民众最为朴素但也最为持久的那些意见和信念。民情就是一个民族保有其成员的底线共识的制度容器。只有将法律置于民情之中，法治的信仰才能得以建立。我批评了将法治仅仅理解为政治婢女的工具主义进路，并且进而指出，工具主义的悖论在于法治如果不被信仰就不能发挥其政治功能。并且通过回归于日常进路，我将法治的生成条件更多的赋予了法律对于民众日常生活的便利用途以及法律对于民众的常理常情的顺应和维护。并且，通过对民情中蕴涵的常理常情的不断回溯，法治可能获得同时为法律人和普通人所认可和信奉的共识基础。（第八章）

法治的群众路线的最终目标，是实现法治下的社会和谐，是实现法律人与民众、法律与其他领域之间的和谐。尽管这一目标不可能完全得以实现，但是这样一种努力本身的确将有助于摆脱中国法治的当下困境，有助于为法治在中国的推进提供有益的指引。

为了避免对宏大主题的处理往往失于宽泛的宿命，并且也为了表明法理学研究的结论和方法确实有助于解决具体法律领域所面对的理论 and 实践难题，我在本文中诸如秋菊打官司、泸州二奶案、孙治刚案、刘涌案等一系列在十余年法治进程中深深留下了自己足迹的案例，都给予了详细的讨论，有些是专章的讨论。并且，对于诸如程序正义、婚姻家庭、法制统一等或者对于具体法律部门或者对于法治本身殊为关键的重大问题，从日常进路给予了系统思考。这些讨论和思考本身也拓展了并且深化了法治的群众路线。

在方法上，本文体现的是众多的法律研究的外部视角。第二章和第三章是从政治社会学关于知识与权力的辨析出发，提出了较为独特的分析思路。第四章和第六章主要借助的是政治学的经典理论中的政体理论，尤其是民主理论。第七章引入了法律交叉学科研究的成果，比如生物学、经济学，社会学以及道德理论和情感理论。并且，对于关心智识史的读者而言，我对商鞅、亚里士多德、霍布斯、卢梭、托克维尔、达尔、熊彼特、杜威等人学术思想的辨析和引

申，都可能引起他们的关注。

本文的研究不可能是完全的，也不可能是结论性的，相反，正如我在《前言》和关于实践主义的讨论中表明的，它最大的意义在于为以后的探索试错、积累经验、提供批判的靶子和为更有建设性的研究提供思想的素材。