

法治的真原

THE TRUTH AND
ORIGIN OF THE
RULE OF LAW

魏治勋 | 著

法治既不像一些人期待的那样完美，也不像另一些人想象的那样不堪。法治其实是一个理想概念在特定时空环境下的动态展开。真实的法治，就存在于我们不断探索甚至是左冲右突的过程中。在法治的道路上充满了艰辛，但这正是法治的魅力所在。

陕西出版集团
陕西人民出版社

JURAL THOUGHT SERIES

法律思想丛书

丛书主编◎喻中

魏治勋 | 著

法治既不像一些人期待的那样完美，也不像另一些人想象的那样不堪。法治其实是一个理想概念在特定时空环境下的动态展开。真实的法治，就存在于我们不断探索甚至是左冲右突的过程中。在法治的道路上充满了艰辛，但这正是法治的魅力所在。

法治的真原

THE TRUTH AND
ORIGIN OF THE
RULE OF LAW



陕西出版集团
陕西人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

法治的真原/魏治勋著. —西安:陕西人民出版社,
2012

(法律思想丛书)

ISBN 978-7-224-10189-8

I. ①法… II. ①魏… III. ①法治—研究 IV. ①
D902

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 076464 号

法治的真原

作 者 魏治勋

出版发行 陕西出版集团 陕西人民出版社

(西安北大街 147 号 邮编: 710003)

印 刷 铁一局印刷厂

开 本 787mm × 1092mm 16 开 18.25 印张

字 数 260 千字

版 次 2012 年 5 月第 1 版 2012 年 5 月第 1 次印刷

印 数 1—3000

书 号 ISBN 978-7-224-10189-8

定 价 28.00 元



《丛书》总序

这套《法律思想丛书》，旨在为当代及未来的文明秩序寻求更加丰厚的思想理据，奠定更加坚实的思想根基。

人类文明的演进史已经表明，广义的法就是对文明秩序的规则化表达，广义的法律思想就是关于文明秩序的思想。一种自成体系的法律思想就是一种文明秩序原理，相异的文明秩序则会孕育出相异的法律思想体系。按照这样的思路，中国固有的法律思想就是关于中国固有的文明秩序的思想，欧美固有的法律思想就是关于欧美固有的文明秩序的思想。至于世界普适的法律思想，则是关于人类文明秩序的思想。

正是因为文明秩序的多样性，才造就了法律思想的多样性；正是因为多元文明之间的对话，才促成了多种法律思想之间的对话；正是因为法律思想与文明秩序之间存在的这种共通性，这套《法律思想丛书》也可以称为《文明秩序原理丛书》或《文明宪章丛书》。

循名责实，这套《法律思想丛书》当然要立足于法学，尤其是法理学、法哲学、法律思想史等分支学科。然而，文明秩序原理所牵连的思想领域，绝不仅限于这几个具体的分支学科。文明秩序是一个整体性、立体性的现象，绝

不是某一个具体的专业学科就能够作出有效的回应。因此，这套丛书将有意突破现有的学科界限，在跨学科或科际整合的方向上作出自己的努力。举凡法理学、宪法学、政治学、思想史，乃至于含义更为宽泛的政治哲学、社会哲学、国家哲学、伦理学、宗教学、人类学等等，都属于这套丛书的支撑性学科。这些不同的学科虽然各有旨趣，但却包含了一个最大公约数，那就是对文明秩序的探索；各个学科之间的根本性差异，就在于使用了不同的范式，关注并揭示了文明秩序的不同侧面、不同维度。

事实上，现有的体制性的学科划分并非“绝对真理”，它具有流变性与时代性，是特定的历史发展阶段的产物，很大程度上还是屈从于当代社会普遍盛行的“技术宰制”或“数字管理”的结果。不言而喻，在某些自然科学领域，特别是在某些技术领域，严格的学科划分当然能够产生积极的效应。但是，在思想领域，则很难得出同样的结论。因为，思想的本质，就是对边界的突破。没有对边界的突破，怎么会有思想？怎么称得上是思想？而严格的学科划分，其实就是高筑学科与专业之墙，其中所蕴含的隔离、阻挡与禁锢，恰恰背离了思想的本质。也许正是鉴于思想自由与学科壁垒之间所隐含的逻辑冲突，真正的思想者呈现给我们的，几乎都是善于打通学科界限的“通人”形象。中外历史上那些标志性的思想大家、思想名著，基本上都是跨学科的，都很难严格地归属于现行体制下某个具体的分支学科。

提倡以跨学科的方式汇聚法律思想、揭示文明秩序，不仅仅是出于对现行的学科划分体制的反思，更是为了回应当下的中华文明与世界文明发出的召唤。

就中华文明而言，出现于19世纪末期的“乾坤颠倒”、“三千年未有之大变局”，标志着传统中国的文明秩序已经趋于坍塌，由周公、孔子、董仲舒、朱熹等人建构起来的“文明秩序原理”或“文明宪章”也随之坍塌。20世纪初期，随着孔家店的倒掉，在空寂的中华神殿上，来自异域的“诸神”先后登临。中华文明从此迈进了一个“诸神之争”的时代，文明秩序的终极理据长期得不到贞定，“泛若不系之舟”，文明秩序原理也就长期处于飘浮状态。

中华文明秩序的理据困境，正是世界文明秩序的缩影。而且，世界文明秩

序视野中的“诸神之争”，其激烈程度，较之于中华文明秩序内部的“诸神之争”，有过之而无不及。当代人经常提及的“文明的冲突”、“起火的世界”，其实就是“诸神之争”在现实世界中的延伸与折射。

因此，无论是中华文明秩序的安顿，还是世界文明秩序的安顿，都必须首先面对“诸神之争”这个根本性问题。这个根本性问题的实质，就是解释系统之争，就是文明秩序原理之争，就是法律思想之争。这个根本性问题的解决，显然不能指望“快刀斩乱麻”。这个根本性问题的解决，是一个漫长的过程，既需要时间和耐心，更需要思想文献的不断积累与思想者之间的反复商谈。我们出版这套《法律思想丛书》，就在于为不同风格、不同背景的思想者提供一个相互交流的平台。希望得到学界同人的鼎力相助，希望各位读者不吝赐教，俾使点点滴滴的学思汇聚成为一条看得见的思想河流，以滋养中华文明，进而惠及世界文明。

喻中

2012年3月



导言

无论在西方还是东方，“法治”（the rule of law）都是一个引人注目却又不清晰界定的概念，不同时代、不同流派的法学家对它赋予了相当不同的内涵。当然，关于法治的基本理念、构成和原则，我们仍然能够寻求到一些起码的共识，但是这些共识并不足以引导人们真切地认识法治的本来面目。比如，我们可以提出下列关于法治的疑问：法治真的是一种稳定而理想的治理之道吗？如果法治是值得追求的，那么它又为什么会面临衰落之势？在传统文化影响深重的中国，建设法治意味着什么？为什么在以法治为目标追求的背景下，中国法学家要批判法治？如此不一而足。对于这些问题，我们很难像以往那样通过重述关于法治的宏大理论予以消解。法治问题既是历史的、宏大的，又是当下的、具体而微的。基于此，笔者以为，将法治问题的某些点、线、面予以深研，然后力求获得关于法治问题的整体而深切的认识，不失为一种好的认知进路。本书关于法治之真原的探索正是沿着这样的思路展开，并依此安排章节次序作出梳理和阐释。

（一）

沃特金斯在其名著《西方政治传统》中曾提出过两个重要命题：其一，

古代社会的法治试验对于西方法治文明的进程产生了决定性的影响，现代法治文明正是兴起于旧世界的废墟之上，却依然联系着古代城邦的法律概念。其二，法治建立于国家权力与社会权利之间的平衡这样一个危险而难以企及的理想之上，这种平衡是动态而非静态的，只有用最为坚强严格的努力，才能予以维持。因此，法治之得以产生，乃是西方文明长久以来薪火相传的艰难成果；而法治之得以维系，同样是一代代公民奋起勃发、坚韧不拔予以捍卫方可长久坚持的不朽成就。从这两个命题所指示的方向追溯法治理念的源起并审视现代法治的危机及其根源，对于我们洞悉法治理念之真义可谓“秉烛”之助。

那么，在对法治理念的理解上，就必须认真对待古代法治思想资源。就此而言，亚里士多德的法治概念无疑是经典的并且是影响深远的。但其对于现代法治的正向影响并不是建立在对亚氏法治概念本质内涵的本真理解之上，而是建基于现代人对亚氏法治概念的“歪曲”理解之上，因为亚氏法治概念本身乃是在具有“法治表象”的语词掩盖之下的“德治”。亚里士多德推崇习惯法或习俗而倾向于贬低和排斥制定法，他视社会习俗中所积累的智慧为“演进理性”。他指出，伦理德性乃是由风俗习惯沿袭而来，把“习惯”（ethos）一词的拼写方法略加改动，就有了“伦理”（ethike）这个名词，伦理与习惯因此是一体同源、内在相通的。只要对亚氏法治概念的历史背景、内在本质及法治与德治的关系作深入分析，就能够发现我们对亚氏法治概念理解上的“历史性谬误”。笔者认为，作为对法学理论的概念和命题的一种知识追求，我们必须保持理论逻辑和历史逻辑的内在统一，才有可能将一切本质上有害于法治的思想遗产拒之于外。但这并不表明，亚氏的法治概念就没有任何正向价值，恰恰相反，亚氏对理性和中道的权衡的强调，对众人智慧的看重，以及关于限制公共权力的天才洞见，都为后世法治建设提供了难得的智识指引。

尤为重要的是，古代思想家关于社会秩序与理想生活的思想设计和理论论辩，为后来的宗教改革和启蒙运动提供了思想基础和立论前提，作为启蒙理论（enlightenment theory）之自然法思想和社会契约论（theory of social contract）重要基础的“自然状态”（the state of nature）学说，就是其中具有奠基意义的理论成果。自然状态学说的出现是自古希腊以来哲人们所构造的神义论

(theodicy) 理论隐含的内在矛盾发展的必然结果, 其发端是质疑上帝存在正当性的“伊壁鸠鲁悖论”(Epicurean Paradox)。为了驳斥伊壁鸠鲁并论证神圣秩序的合法性, 自奥古斯丁起的神义论就致力消解“上帝之善”与“现世之恶”之间的紧张, 其关键在于如何处理上帝的绝对支配性与人的自由意志之间的关系。由于难以回答现世之恶的正当来源问题, 阿奎那开始承认人的自由意志对于恶行的责任, 司各特则将恶行归咎于自由意志在行动上的自由选择, 能动的人的形象初露端倪。中世纪后期神学理论最伟大的革命性的变革则出现在奥卡姆的理论创新中, 他以其锐利的“奥卡姆剃刀”(Occam's Razor) 不仅剃掉了教会的合法性, 还把上帝与人都还原到具有自由意志的个体状态, 从而他就确立了“自由意志”(free will)、“原子式的个人”的合法地位而被誉为“第一个近代人”。奥卡姆的理论构成了宗教改革和启蒙运动的直接思想渊源。以自然状态学说为前提的社会契约论在西方政治制度变革中之所以能够起到关键性的观念引领作用, 其力量在于它是具有必然性逻辑的历史结论, 而如果它仅仅是一个单纯的理论假设, 就绝对不可能取得这样的革命性效果。正像任何宏伟的建筑都不可能建筑于沙滩之上, 自认具有合法性的现代法治也绝不可能建筑于一个偶然的“假设”之上, 欧美近代革命发生的根源只能到其自身的文化和历史中寻找, 一切革命性变革都只能是逻辑和历史相统一的结果。

对作为法治意识形态基础的启蒙理论逻辑前提的索证, 在相当程度上为法治理论提供了观念史的确证。但是, 仅有观念史的根据并不能充分论证法治何以仅仅在西方产生, 必须追问: 是何种具体而独特的要素催生了“法治”或“法律秩序”(legal order) 这种在起源上被视为西方世界“地方性知识”的制度体系? 美国学者昂格尔的探索为我们提供了一种深刻而富有历史向度的解答。昂格尔探索此一问题的方法论思想是, “每一种形式的社会思想都必须尽量满足如下需要, 即描述和理解历史上前后相继的某些事件是如何发生的, 以及为什么发生。”基于此, 应把社会现象作为有一定含义的整体来把握, 以意识和行为的对应关系作为研究的焦点, 强调信念文化与组织制度的不可分割的属性。在此种方法论的指向下, 昂格尔就把西方历史上一种具有重要意义的经验事实和居于主流地位的超验理念的结合视作“法律秩序”何以萌发的条件

性要素：多元利益集团（association of interests）和“更高的”、普遍或神圣的法则——“自然法”的存在。在他看来，第一种历史条件在于，中世纪西欧社会多元利益集团尤其商人集团的存在，催生出了作为现代法律秩序基础的市场规则体系；而第二种历史条件则构成了法律秩序的观念基础，基督教的超验的自然法观念为走向某种认可法治理想的社会意识铺好了道路。只有这两个条件结合在一起，即具有普遍性的高级法背景的法律的存在和多元利益集团对自身权利的追求，才有可能促成以法律达成社会秩序的现代法治的产生。法治既是历史的、有条件的社会现象，那么它也就始终不能避免自身的弱点或局限性。在昂格尔看来，自由主义社会的弱点在于它内部那独特的不稳定的等级结构的含义：虽然没有一个集团被授予支配其他集团的权力，但是，某些集团享有的权力确实较多，自由主义社会中的等级制（hierarchy in liberal society）仍旧存在。因此，法治社会内部在追求平等和权威的需要之间总会产生连绵不断的斗争。民主体制有一种内在的动力，追求平等的不竭诉求导致自由主义社会的权力体制日益不能保持其权威性，它在统治者和被统治者心中都破坏了自己的合法性（legitimacy）。昂格尔就认为自由主义社会的这种内在的冲突导致了人们对当前社会合理性信念的丧失，法治存在着走向解体的危机。虽然昂格尔认为法治的危机是可以克服的，其关键在于人们努力纠正这种迷失价值观的程度和方法。但是，我们不得不指出，昂格尔及其代表的批判法学对法律和法治的批判，在相当程度上冲击了人们对于法治的理想信念。

从总体上看，上述所涉及的内容基本上可以视为对沃特金斯两大命题的具体化阐释，它深刻地触及现代法治理念与实践的三个方面的重大问题：一是如何正确认识和对待古代社会的法治思想与制度资源，在萃取其合理内涵的同时，又不至于将不同时代、不同类型的思想与实践等量齐观；二是在观念史的进化中理解现代法治的渊源及其理论合法性，这对于强化法治的信念具有基础性价值；三是在当代自由精神异化、法治理念受到冲击的情势下，如何重构一个坚固的法治信念，确是当代法治面对的一个重大挑战。本书第一编对法治理念的探索，正是依照沃特金斯的命题逻辑，以上述三大问题为重心逐步展开的；在理论的论辩与碰撞中，现代法治的基本理念得到了一定程度的揭示。

(二)

法治理想及其实践中的问题不仅反映在对法治的宏观资源与路径的选择上，还反映在具体法治实践尤其是司法实践的过程中。司法过程中的法律解释是以法律规范的先在为前提的，但仅靠法律解释并不能完全克服法律自身存在的先天缺陷，这也包括法律存在漏洞、法律规范自身价值模糊等多个方面的问题。在这种情形下，就必须引入价值衡量（balancing of values）作为法官选择解释方案、填补法律漏洞、补充法律价值以作出正确裁判的手段。然而，长久以来，价值衡量被简化为利益衡量（balancing of interests），并在许多法官的司法实践中取得了支配地位，多个学派的法学论著亦对之提供了理论支持。这种简化实质上是一种将权利利益化的庸俗产物，它对于法治和司法正义必然产生损害。为此，必须区分价值和利益概念。法律价值（legal values）所涵盖的是人们在历史上经过不断斗争而逐渐取得的涉及人的基本生存、安全需要以及政治上的参与要求等重大问题的权利体系；而利益则不同，利益本身不是一个具有历史和道德含义的概念，无论是过去、现在还是未来的利益，都可以公平地相互折算、交换，而无根本差异。利益只有以权利为前提才具有法律与道德价值指向。因此，严格坚持二者的既定界限，坚持以法定权利为司法价值衡量的标准与旨归，对于维护司法判决的正义性具有构成性意义。

在普通法的司法实践中，普遍存在着关于“奥斯丁困境”（Austin's dilemma）的理论论争，并给司法过程的现实运作带来困扰。普通法司法理论在论证法官何以能够通过司法判决形成习惯法时，无法合理解释法官适用习惯的合法性来源问题。奥斯丁认为法院可以溯及既往地适用习惯，但却因此陷入了违背自己已然区分的法与“非法”概念的困境：奥斯丁如要证明法官适用习惯这一行为是合理的，他就必须说习惯规则在得到司法适用之前就内在地具有法的拘束力，否则法官没有理由适用“非法”的规则，这样他就混淆了他一再强调的法与非法之区分；而如果他不这样做，就无法论证法官适用习惯的合法性。此一理论难题即“奥斯丁困境”，直到哈特才通过“社会惯习命题”（the conventionalist thesis）给出了一个相对合理的解释。哈特的理论策略是为法官

司法判决行为寻求到事实上的法律根据——“承认规则”（a rule of recognition），并以“内在观点”（internal point of view）作为法官对待法律的“规范性”立场——遵守既定的包括司法习惯和惯例在内的法律规则的约束是每一位法官的义务。这样，新分析法学就为法官以司法习惯为根据的对社会习惯的司法适用提供了大致可以接受的论证。在此基础上，我们就能够阐明“承认规则”的一个重要因素和法律的全新界限：法官共同体的一致认同使得司法惯例和司法习惯成为实在法的必要组成部分。

“奥斯丁困境”的起因是法官在司法过程中适用社会规范（social norms）引起的合法性问题，但“奥斯丁困境”的提问方式及其问题可以转化为：通过什么样的判例法上的制度性操作，能够缓解“溯及力困境”（retroactive dilemma）并达成司法判决的公正性。德沃金和哈特关于“社会规则理论”的争论使我们认识到社会命题（social propositions）在决定判例法规则方面的重要性，而普通法已经发展起来的司法基本原则、标准、推理模式和制度性原则，则为“溯及力困境”及判决的公正性问题的解决提供了较为全面的制度实践上的保障。如果将支配着普通法法律制度发展的实践逻辑（practical logic）概括出来，可以简洁地表达为：社会发展的内在要求决定着法的内容和形态，社会价值与规则体系之间的张力塑造了普通法的过去与现状，也决定着它明天的方向，现实的逻辑总是将事实与价值浑然为一体，其中的融合性确保了法律与社会的一致性，其中的张力则凸显社会道德进步引领法律进化的功用。在现实的法治建设与社会治理实践中，应重视并善于将法治的现实形态立基于社会秩序奠基于其中的社会命题之上，并善于把握其渐进之方向：一方面通过保持法律秩序与社会命题的一致性，以保证司法实践的社会根基；另一方面并不拘泥于既有秩序确立的事实性，在遵循先例（stare decisis）的同时能够结合主流价值和社会情势的发展推动既有法律秩序的进化，从而在变动中实现司法实践与社会需要的动态均衡。这可能正是普通法通过渐进方式改变自身而不断确立自身，却始终能够保持强大生命力的根源所在。

黑格尔指出，市民社会是“需要的体系”。国家与社会的二元对立作为法治赖以立基的基本架构，其关系的平衡与否直接决定着法治的状态和品质。一

个稳定而健康的法治的存在，是以市民社会能够有效地限制公共权力并使之下降为前者的工具为前提的。如此，则表达市民社会需要的“社会命题”，就必须成为法的渊源和司法判决的依据；这一目标的实现则要求具有合法性的程序规则予以保障，那么，得到法官共同体一致认同的司法惯例和司法习惯的实在法属性则是题中应有之义。规则至上意义上的形式正义（formal justice），必须以合理满足社会的需要为目的，法律自身的进化也必须以表达社会需求的社会命题为渊源和基准。这也许就是第二编各章带给我们的部分思考吧。

（三）

法治作为人类社会的主观构造物，其产生与发展首先必须以一个关于法治是什么的理念为参准。那么，在法治的初创阶段，鼓吹并论证法治的理论就有了首要重要性，近代自然法学适时地承担了这一历史使命。当然，以启蒙理论为基本支撑的现代性法律秩序自有其合理基础，但因其浓厚的建构理性色彩，从 19 世纪起就受到实证主义的强烈批判。在当代后现代思潮中，法治及其理论被认为是一种人造的“迷思”（myth）或“神话”，是一种虚构的叙述，因而受到诸多后现代思想家的“解构”（deconstruction）和嘲讽。因此，对于那些立足于捍卫现代法治国架构的西方思想家和矢志于法治建设的中国论者而言，如何辩证地认识和批判解构主义等后现代思潮，实在是一项迫切的学术任务。但同时我们也需要认识到，法治的健康存续需要一个对其提出治疗性批判的他者（the other），在这一点上，后现代的批评者及其理论是有价值的。但在根本性上，我们必须捍卫法治的基本价值和架构。

基于上述认识，认真对待法治就不仅要求从正面正确理解法治的理念，更要求对当代法治思想的危机症候予以深度关切并寻求合理的重构之道。在当代西方社会，法治理念遭遇到了“自恋主义”生活方式和后现代理论的强大挑战，面临着日渐走向衰落的危险。当代社群主义大师查尔斯·泰勒对于西方法治危机症候作出了颇具震撼力的分析。他认为，包括法治等制度设计在内的现代性（modernity）面临着三个隐忧（malaise）：民主的平等使得以自我为中心的片面的个人主义泛滥，人们普遍认为生活缺乏意义，从而导致了道德视野的

褪色；现代社会盛行的工具主义理性（instrumental reason）把最大的效益、最佳的支出收获比率作为成功与否的度量尺度，在工具主义理性的猖獗面前社会生活的理想和目的日渐晦暗；作为前述现象的必然结果，人们失去了共同行动的要求，日益信赖官僚国家这个巨大的监护权力，在“温和专制”（soft despotism）的阴影下公民的自由逐步丧失，法治趋于衰落。而后现代主义对法治的解构，又进一步加剧了法治的危机。揭露解构主义之片面性的同时，查尔斯·泰勒深掘了存在于自我实现的个人主义之中的“真实性”（authenticity）理想的合理内核。他认为，个人主义的真谛，在于它不仅强调个人自由，而且强调社会合作与公民社会的团结，而以自我为中心的“自恋主义”的错误即在于它不与任何社会规范挂钩。现代社会的同一性（identity）不是先验的（transcendental），它依赖于在对话中的认同。必须在对话中确认并保持我们的同一性认同，人与人之间应当是私人间的爱的关系和社会化的公平关系的统一。泰勒要求提倡一种民主武装的政治，认为只有以民主的社群去对抗公共权力的专制倾向，才能强化政治共同体的关联并确保法治的健康运行；在守护理性、守护自由社会价值的基础上，重构法治的理想和机制，重构一个充满活力的、积极而真实的民主生活，其意义非同寻常。

总体上看，解构法律与法治作为当代西方社会理论的一股潮流，自有一定的合理之处，在一定意义上可以视为西方法治社会发展到成熟的顶峰之后的回望与反思，这对于法治的进一步健康发展有其正面意义，有助于缓解法治因其僵化所导致的“牢笼化”后果。但在目下的中国，于法治尚未建构完成之时却出现了一种解构“法律本质论”的思潮。其认为，各种被称为“法律”的事物仅仅具有“家族相似”（family resemblance），不过是由于使用的方便而被置于同一名称之下，而没有共同的本质，法律的本质实际上是由使用者加入“法律”这一对象的。因此，应当抛弃人为虚构的“本质”，将词语从形而上学带入日常生活中。他们还认为，法律本质论在中国表现为“意志论”，即认为法律是统治阶级意志的反映。但个体意志之间总是矛盾的、冲突的，无法形成统一的集体意志，因而集体意志是虚构的，所以统一的法的本质是不存在的，照此推理下去，则基于统一法律本质的关于法治的意识形态同样是虚构

的。笔者意在指出，法治的普适性起源于西方社会悠远的“地方性知识”（local knowledge），法治的世界性是以西方国家的法治为原型和模式的，世界政治经济文化交往中的主要惯例来自于西方，但亦浸透了世界各国人民的意愿。法治作为普遍尊重人权的一种制度，具有共通的人性基础。但法治的普遍性价值不能否认法治在不同文化背景与不同历史发展进程中所表现的特殊性。从某种意义上说，法治所表现的人权保障的价值要求是对不同民族与不同文化的平等保护与尊重。但那种过分提升本土资源以至把地方性知识绝对化的倾向，对我国以法律移植（legal transplantation）为主要手段的法治建设事业是不合时宜的和有害的。因此，作为法治后进国家，中国在建设法治国家的进程中，必须尊重法治成长的规律性，应当把法治的普适性与民族特性结合起来，走出一条具有中国特色的法治实现之路。

法治的社会基础是多元利益集团的存在，而法治的经济基础则是表现人们逐利倾向的市场经济。因此，是追求利益的人而不是圣徒构成了法治的一般人性标本，因为完全自律并以自己的行为作为立法原则的圣徒根本就不需要强制性的法律。这样，从本质上审视法律制度，我们发现法律和法治不过是利益的规范化再现，法治是以追逐利益的理性人即霍姆斯所言的“坏人”（the bad man）为重要前提假设的。所以，从“坏人”的视角看，法律不过是借以实现个人私利目的的方便手段；法治作为现代性的制度形式，本质上是建基于“理性人”（rational man）概念之上的算计性规则体系。在全球化背景下，法治已然成为资本主义全球性“系统强制”的普世迫令。而中国的法治建设，实则是近代以来中华民族技术化自救这一功利选择的继续。因为，从技术和竞争的角度讲，我们固有的文化和制度在 1840 年就失败了。我们今天选择法治，不过是在工具理性的视野下展开的策略性的自救。从民族生存与自救的角度看，我们仍然需要法治和现代性，而且只有我们在这条路上走得更好，我们才能最终摆脱危机。但文化差异所造就的现实困难，决定了中国必然要走一条独特而艰难的“法治”之路，我们不可能完全丢弃我们的历史文化而移植一个纯粹西方式的法治。于是，为了应对全球化的“系统强制”，我们必须充分吸纳西方的技术理性；为了折冲法治之过于追求算计和缺乏温情的缺陷，我们需要

“引情人理”；为了拒斥传统的宗法束缚，我们又需要法治精神的灌注。我们不得不在技术理性、传统资源、法治价值之间艰难地辨析、选择、筹划，这就决定了中国追求法律之治历史行程的探索性、艰难性和曲折性。

人类在探索中生活，在生活中探索。正如查尔斯·泰勒所言，应当将我们的生活理解为一个故事，这个故事连接着我们所来自的过去和未来计划。人作为时间性的存在，他的一切筹划本质上都具有未来向度。在此视角下，一切对法治的辩护、批判甚至解构的论说，都因此具有不可替代的价值，也许唯有在那些片面深刻的自由辩论过程中，有关法治的真理性认识才会向我们次第呈现。

（四）

我们的时代应当是一个呼唤批判的时代，对于中国法学而言，真诚深刻的批判尤为珍贵。面对一个半世纪以来的中国法制与法学发展道路，面对当下我们正致力于其中的法治建设与法学研究，那种能够真正揭示我们的生活本质与生活需求之悖论的深刻批判，实在是太少也太过声息微弱了。因为，一种众皆以为然却不予思考的社会生活和制度实践必然是危险的，一种未经深入省思的生活也是毫无价值的。中国作为一个负责任的大国，就必须为自己的未来走向时时予以反思校准；中国人民要过上一种有德性的、自我的生活，也必须时刻审视我们生活道路的性质与准则。只有那种“真正中国的”同时又具有全球背景和未来向度的制度架构和生活模式，才是我们追求的方向。在这样的视野下，本书第四编予以重点评述的邓正来对中国法学现代化范式的批判，喻中对中国法学时代病端的反思与重构，也就因此具有非同寻常的现实意义。

邓正来将其所面对的中国法学的基本问题界定为“范式危机”（*crisis of paradigm*）。他指出，中国法学在改革开放 26 年来取得巨大成就的背后，被遮蔽的却是知识生产两个根本性的缺陷：热衷于“政治正确”的大词和形式主义逻辑；忽略对中国现实问题的关注和研究。中国法学是近代中国社会“救亡”运动的功利产物，“现代化范式”不仅是我们这个时代的法学赖以凭的支配性范式，并且它还具体地展现为近年来的法学论争中的基本语式。由此导

致了中国法学的主要问题：它不能为评价、批判和指引中国法制发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”，使中国法学论者陷入受其支配的“西方法律图景之中”而不意识，从而引发了因无力解释和解决因其自身作用而产生的所谓“范式危机”。但笔者认为，邓正来先生的批判本质上并不能算是真正意义上的“范式革命”，因而不能引致“范式转换”（paradigm shift），因为批判者同样深陷于“现代化范式”而不觉，所以它不太可能更不必然导向取代“现代化范式”的新范式。笔者把这种批判者在批判其理论对象时却又深陷同样范式的现象，称之为范式批判的“类型复制”。邓正来宣称“这样的法学时代应该结束了”，但他所谓“中国法律理想图景”仍然是一种受西方文化观支配的“现代化范式”，只不过，它更加关注中国现实并希望对之作出“问题化”处理而已。笔者在批判邓正来“类型复制”思维的基础上，主张通过批判性的交往商谈就中国的法律理想图景达成某种共识，构筑一个通向未来法学范式的商谈式通道；同时主张以法治文化精神重构中华民族文化精神。笔者承认，自己的理论构思仍旧没有走出“现代化范式”，因为只有走向现代化才能最终自救并有能力抱持和重构一个“中国身份”；由此，所谓“中国法律理性图景”的追求才不致流于纯粹的话语之争。

邓正来对中国法学“现代化范式”的批判，为我们建构对于我们时代的总体性认识框架并揭示其问题提供了一个“标准文本”，这是它的富有价值的另一重意义。但这样一个文本，却无论是在其自身陷入的“类型复制”现象还是对读者就“中国法律理想图景”的思考路径的否定式限定，以及根据其推论出的“中国法律理想图景”的内在性质等诸多方面，都生动地展示了“反讽”（irony）概念的丰富内涵，它在多个层面都难免其内在矛盾冲突。中国文化的身份自立必然是一个“脱母”与“弑父”相结合的过程，我们既必须从传统文化的落后母质中解脱出来，又必须通过学习西方以自强并最终“弑父”而自立。这样看来，中国身份和对我们而言那种更可欲的社会制度的确立，以及支持其确立过程的学术努力，本质上就是一个新的生命从母体中脱离并从父权控制之下获得解放的过程。所以，辩证地看，正是邓正来批判本身所遭遇的这种矛盾性境遇，向我们开放出了共商中国法学发展与法制建设未来的