

## 理论法前沿

# 中国特色社会主义法治理论的历史境域： 从特殊法理学到一般法理学<sup>\*</sup>

贺海仁

**摘要：**讨论中国特色社会主义法治应当立基于中国特色社会主义的自身话语体系，在此前提下需要建立关于中国特色社会主义法治的话语体系。作为一种理论尝试，关于中国特色社会主义法治的话语一方面要将党对执政实践的自我表达的话语体系以及解读性评价作为特殊法理学的组成部分，另一方面应当在历史事实、现实需要和未来社会之间建立某种平衡性联系。从马克思主义历史终结论角度看，中国特色的社会主义法治乃至社会主义法治本身也是历史发展的一个环节，属于特殊的一般法理学的范畴。定位于特殊法理学的中国特色社会主义的法治包含了走向作为一般法理学的中国特色的社会主义法治的历史趋势。

**关键词：**中国特色社会主义 法治 法理学

**中图分类号：**DF0 **文献标识码：**A **文章编号：**1673 - 8330 (2017) 03 - 0005 - 16

中国特色社会主义法治既是一种文本知识，也是一种实践知识。作为一种文本知识，中国特色社会主义法治的论述体现在党的历次代表大会决议、党的规范性文件以及重要领导人的讲话之中；作为一种实践知识，中国特色社会主义法治是正在实践中运行的规则体系。从法学理论角度考察、审视中国特色社会主义法治观念、实践和话语表达是理解当下中国的重要视角。笔者将中国特色社会主义法治自身话语与关于中国特色社会主义法治的话语做出区分，前者是规定性的，后者则是解释性的。就中国特色社会主义法治理论的自身话语而言，它是作为执政党的中国共产党对执政规范的自我表达和系统论述，显示了执政党将执政实践理论化和体系化的自觉意识。解释性评价是对中国特色社会主义法治自身话语的体系化过程，是对党的决议、重要领导人讲话以及对党章党规性质的再认识，借用法理学上的重要术语和概念，或者对法理学上一些重要概念和术语重新予以界定，对中国特色社会主义法治做出理解性的阐释。按照历史唯物史观的要求，寻求内在超越的可能性，在历史事实、现实需要和未来社会之间建立联系和平衡，进而回答中国特色社会主义法治理论在什么意义上具有一般法理学才具有的品质及其能指价值。

## 一、中国特色社会主义法治的自我表达和学理解释

中国特色社会主义理论是中国共产党对社会主义建设的历史实践体系化和理论化的自我表达和

<sup>\*</sup> 本文系中国社会科学院创新工程项目“中国特色社会主义法治与法治社会研究”的阶段性研究成果。

[作者简介] 贺海仁，中国社会科学院法学研究所研究员，法学博士。

系统阐述,中国特色社会主义法治理论是从属于中国特色社会主义理论的次级理论。如同对任何作品的解读,对作者“隐蔽的意图”的揭示还是创造性解读首先应当建立在探究作者原意及尊重作者的基础上。

### (一) 中国特色社会主义理论、法治体系与法的本质

中国特色社会主义法治理论是马克思主义法学原理与中国社会主义实践尤其是改革开放实践相结合的产物,具有高度的政治性、中国性和现实性。马克思主义法学揭示了法作为统治阶级意志和利益体现的政治性,<sup>①</sup>社会主义法治是无产阶级的意志和利益的体现。从历史国家的角度看,中国性的问题是当下的中国问题,不是中国旧民主革命和新民主主义革命时期的中国问题,也不是“百代都行秦政制”中国的问题。当下中国的法治具有严格的历史阶段性特征,它大体上属于新中国建立尤其是改革开放之后形成的法律制度、法律体系和法治思想的总称。讨论中国特色社会主义法治自身话语首先应当关注中国特色社会主义法治的历史起点和时代背景。

第一,1982年的历史地位与基本规范系统的形成。中国特色社会主义法治理论是中国特色社会主义理论在法治领域的延伸和表达。中国特色社会主义理论是在20世纪80年代由执政党提出且一以贯之的思想体系,它总结了新中国成立后建设社会主义的经验和教训,在改革开放的背景下对当下中国的发展目标、道路和方向所做出的判断和归纳。党的领导、改革开放、社会主义初级阶段等话语分别指向中国特色社会主义理论的创造者、时代精神和历史背景。在完成了拨乱反正、平反冤假错案和真理大讨论的时代任务,尤其在1978年通过了十一届三中全会公报和1981年通过了建国以来党的若干历史问题决议之后,1982年发生了影响中国未来格局的三件大事:执政党正式提出中国特色社会主义的概念、修改党章和修改宪法,<sup>②</sup>分别指向中国当代的思想领域、政治领域和法律领域。就三者的关系而言,中国特色社会主义理论贯穿于宪法和党章,宪法和党章以国家基本规范和党的基本规范的方式体现和巩固了中国特色社会主义理论。

1982年《宪法》规定:“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”思想基本规范(中国特色社会主义理论)、政治基本规范(党章规范体系)和法律基本规范(宪法体系)共同指向具有根本性质的社会主义制度。从政治角度看,社会主义制度分为根本政治制度和基本政治制度;从经济角度看,社会主义制度建立在公有制经济为主体的多元经济秩序的基础上;从精神角度看,社会主义制度是马克思主义中国化的表现,毛泽东思想、邓小平理论、“三个代表”重要思想、科学发展观和“中国梦”等是马克思主义中国化在理论、文化和思想上的具体形式。以上对社会主义制度具体形式的表述构成了中国当代的基本规范体系的具体表现形式。

规范建设社会主义要求将社会主义作为我国的根本制度予以维护,任何人和任何组织都不能偏离社会主义的方向。1982年至2012年,党的七次代表大会的主题在中国特色社会主义思想上保持了高度的一致性和连续性,表明了执政党遵守社会主义制度的合宪性。按照实质宪法和形式宪法的划分标准,社会主义制度是实质宪法,它是中国人民在历史时刻的决断,也是中国人民主权的象征。

第二,中国特色社会主义法治的本质和保证。党的十八届四中全会通过的《全面推进依法治

<sup>①</sup> 法的本质性论断是马克思主义法学的鲜明特征。中国法理学自改革开放重建以来,关于法的本质的讨论就成为理解中国法理学乃至所有其他类型法理学的标示,在几乎所有的法理教科书都可以找到对法的本质的相同表达。

<sup>②</sup> 1982年9月1日,邓小平在《中国共产党第十二次全国代表大会开幕词》中提出:“把马克思主义的普遍真理同中国的具体实际结合起来,走自己的道路,建设有中国特色的社会主义,这就是我们总结长期历史经验得出的基本结论。”

国若干重大问题的决定》指出：“党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保证。”党没有自身的特殊利益，也没有自身的特殊意志。在改革开放新的历史时期，体现了人民意志和利益的社会主义法治获得了来自于党的领导的实现方式。党的领导不是社会主义法治的本质特征，却是对社会主义本质的根本保证。“最根本的保证”使党对法治的实施承担了第一责任人的使命。从社会主义法治的本质说和保证说的区分性关系中，可以探究中国特色社会主义法治的具体经验及其运作规律。中国特色社会主义法治的本质性规定揭示了中国当下法治的性质、功能和运行方式。

从规范的角度看，“党的领导”一词源于宪法规定的“工人阶级领导”。中国共产党是工人阶级的先锋队，是工人阶级的内在组成部分。从历史的角度看，党的代表性先于中华人民共和国的成立，并在新中国成立和成立之后继续作为领导阶级的先锋队而存在。党的领导经历了新民主主义革命、社会主义建设和改革开放的各个阶段和过程，宪法对这些历史事实的确认保障了法的本质的规定性。关于宪法序言是否具有宪法效力，以及宪法序言中党的领导的宪法规范化讨论，无论结果有何差异，均不影响党的领导与工人阶级作为领导阶级之间的内在统一性。因此，从宪法的实质性规定而不是纯粹的党的理论角度做出判断，中国特色社会主义的法治始终体现了我国工人阶级作为领导者或统治阶级的现实状况和属性。

第三，“党内法规体系”与中国特色社会主义法治体系。2011年官方宣布中国特色社会主义法律体系形成，三年之后即在2014年党的十八届四中全会提出中国特色社会主义法治体系的概念。二者是对中国特色社会主义理论和实践法律化的不同表述，将法律体系改进为法治体系具有两个方面的显著意义：一是启用了具有普遍意义的法治概念，它在语用上与宪法规定的“依法治国，建设社会主义法治国家”的法治原则一致；二是将“法律体系”和“法治体系”做出区分不仅在于说明法律体系形成之后的实施问题，即如何从静态的、纸上的法律体系转变为动态的、行为中的法律体系，在法治体系中加入“党内法规体系”拓展了法治的适用范围，也为法治研究增添了研究对象。

在中国特色社会主义法治体系中，党内法规体系与法律法规体系是法治体系中并列的组成要素，它们与其他的法治体系的要素构成了中国特色社会主义法治体系的结构。“党内法规体系”进入法治体系表明党的法规体系从属于法治体系，党内法规是法治体系的组成部分。与此同时，着眼于党的建设理论形成了党的法治建设观，党通过自身的规范体系并借助于法治体系的概念强化了党建的自我规定性和法治之间的统一性，将党章规定的“党必须在宪法和法律范围内活动”转化为国家的行为，赋予了党的话语以法理的属性。更为重要的是，党的领导作为一种实施法治的担保方式，强化了法治实施中的法律监督和法律保障的内容。

## （二）中国特色社会主义法治理论的学理解释

在对中国特色社会主义法治的权威性解释中，中国特色社会主义法治包含党的领导、人民当家做主和依法治国的有机统一。党的领导的发展和完善是影响法治的完善和人民当家做主的根本保证。在这种历史事实和宪法的规范性规定之下，对中国特色社会主义法治的学理分析和研究产生了一些成果。

1. 主权结构论。政治宪法学从法社会学的角度审视了党的基础规范在规范体系中的最高效力属性。“中国人民在中国共产党领导下”的表述首先是一种历史事实和社会实践，其要义是中国共产党作为中国人民事业的核心力量。如何把一种存在的事实转化为一种规范的行为，不能从其自身中获得正当性。借助于对人民主权论的重新阐述，第一根本法是政治主权的产物，以此以一种被称

为法律主权代表的概念相对比。<sup>③</sup>“双重主权代表制”遵循了人民主权论在现代社会的正当性原理,描述和解释了党的领导作为一种正当性权威的历史事实和社会实践。按照这种解释,“第一根本法”的理论主张成为论证党的基础规范的学理。

2. 宪法惯例论。宪法惯例论将党的领导作为一种不成文宪法的表现。通过对宪法的重新分类,宪法的类型从过去的成文宪法和不成文宪法的结构性属性转化为宪法—不成文宪法—成文宪法的线性属性,不成文宪法享有了高于成文宪法的效力特权。<sup>④</sup>党的领导实践是一种宪法惯例或不成文宪法,其在效力上不仅高于成文宪法,也具有宪法上的正当性。虽然宪法惯例论无意在“党大还是法大”的伪命题上做出判断,正如下面所分析的那样,这种论证方式更多地采用了法律一元论的思维方式,即通过学理的分析而在规范体系中确立最高的规范,并以该最高规范为标准衡量其他次级规范的合法性和有效性。

3. 党导立宪论。党导立宪制认为我国的政治制度事实上是党的权力和人民的权力同时存在的二元政治体制。就其历史的、实践的或实然状态而言,党导立宪论与党章作为不成文宪法的主张在精神上是一致的,强调了党的领导作为有约束力规范的现实存在。不过,党导立宪论没有沿袭党的领导作为不成文宪法的主张,它认为,“党导立宪制是中国的现实,只不过现在是以潜规则形式存在,不规范的地方很多。……既然党导立宪制已经是中国的现实,也将是不短的未来的选择,我们就既不能掩耳盗铃,也不能拿着民主立宪制标准来批判中国的现实。正确的道路也许应该是怎么有效地规范现在的党导立宪制,将潜规则的党导立宪制变成明规则的党导立宪制”。<sup>⑤</sup>以潜规则形式出现的党导立宪行为不属于成文的法律规范范畴,也不是不成文宪法的解释对象。

主权结构论、宪法惯例论和党导立宪论等是对中国特色社会主义法治论的学理解释,表现了构建中国当代法理学的智性努力。此外,集体总统制、先进性团体理论等同样呈现与中国的政治实践相契合的理论追求。<sup>⑥</sup>这些解释在法学界引起了不同意义上的反响,虽不乏较大的争议,仍不失为自主构建当下中国法理学的积极尝试。

### (三) 中国特色社会主义法治与特殊法理学

1. 一般法理学和特殊法理学。通常来说,法理学是以整个法律现象的共同发展规律和共同性问题作为研究对象的学科。一般法理学是指法的概念、原则和精神不仅适用于特殊的人群,也适用于一般的人群;不仅适用于一个特定的国家和地区,也适用于全人类。一般法理学从地方法、区域法、国家法、国际法等特殊的法律体系中发现和获得普遍适用的法的原则。特殊法理学分别在地方法、区域法、国家法中解说立论。特殊法理学研究具体国家和民族的法律观念、法律行为、法律制度和法律关系等的一般性方面。有关特殊法理学和一般法理学的区分是否存在以及是否有价值,在学理上是存在争议的,这取决于人们对法理学性质的不同定义。从法的功能说的角度理解法理学,法理学因服务于特定历史时期和国家的目的而具有特殊性。从法的形式主义和法的自然说角度,似乎就会呈现法的一般性特征。对前者而言,不同国家和地区的法律都共同拥有一套法律概念,如权利、义务、法律关系、法律责任、犯罪、惩罚、侵权、效力、无效、占有等,这为近代以来法律科

<sup>③</sup> 关于“第一根本法”的讨论,参见陈端洪:《论宪法作为国家的根本法与高级法》,载《中外法学》2008年第4期。

<sup>④</sup> 参见强世功:《中国宪法中的不成文宪法——理解中国宪法的新视角》,载《开放时代》2009年第6期。

<sup>⑤</sup> 柯华庆:《中国式宪政:试论党导立宪制》,资料来源于爱思想网:<http://www.aisixiang.com/data/84804.html>,最后访问时间:2016年10月29日。

<sup>⑥</sup> 胡鞍钢提出的“集体领导制”在国内外产生了巨大反响,一篇严肃的评论性文章出自美国的白柯教授。参见[美]白柯:《为21世纪的中国设计社会主义民主理论:中国宪政国家兴起语境下对胡鞍钢“集体领导制”理论思考》,载《清华大学学报(哲学社会科学版)》2015年第4期。

学主义的产生提供了学理基础。对后者而言，法是正义的化身而被认为具有超越时空的一般性效果，这种理论张力在西方自然法理论中得到了充分的体现。审视法律科学的命题，即使不同国家和地区的人们共享一套法律术语和概念，对这些法律术语和概念的具体解释是不同的，同样地，对正义的理解在不同时代和不同国家也是不同的。法律科学论和法律正义论因其在实践中的巨大差异而丧失了其理论的解释力。

究竟有没有一个适用于全部人类历史并揭示法的共同现象和共同规律的一般法理学呢？如果答案是否定的，法理学就是特殊法理学的代名词，区分特殊法理学和一般法理学就没有意义。如果答案是肯定的，在否定了法律科学论和法律正义论的情况下，又从哪里去发现和展示法的一般性规律或所具有的普遍解释力呢？在特殊法理学和一般法理学之间存在着既相互冲突又相互结合的三个张力。首先，表现在特殊与一般的相对主义的层面。相对于地方法理学，国家法理学是一般的；相对于国家法理学，国际法理学是一般的。其次，表现在前者是实然的经验性研究，后者是应然的价值研究。再次，表现在研究范式的差异，这取决于论者对法律一元论、法律多元论和规范多元论的判断和理解。从纯粹的法律一元论的角度看，党的基础规范连同其他党的规范不是法律，不具有法的属性；从规范多元论角度看，党的基础规范如同其他规范体系一样具有平等的在其固有领域的最高价值；从法律多元论的角度看，党章只有获得了来自于宪法和法律的认可，才具有其自身规范上的效力。

2. 党内法规体系概念辨析。对于“党内法规”的属性，有的学者认为，其基本定位属于社会法和软法，而非国家法和硬法。然而，党作为执政党，不是一般的执政党，更不是一般的党，中国共产党的组织可直接行使某些国家公权力的绝对领导、党管干部（包括国家的干部）、党对国家经济、社会重大事务的决策等。<sup>⑦</sup>人们既不能简单地将党的法规界定为一般的社会法和软法，更不能将其等同于源于国家的一般法规，与一般的国家法相比，无论软法和社会法，都不具有在国家范围内的普遍强制力。<sup>⑧</sup>将“党内法规及其体系”植入“法治体系”之中，而未同时把其他社会法体系或软法体系纳入其中，显示了多元规范体系所呈现出的阶段性时代特征。

不同于20世纪末21世纪初中国法学界对民间法、习惯法和不成文法等非国家法的热情和讨论，其时受后现代法学、改革开放松散型社会的形成以及传统文化复兴等影响，从社会视角看待人的实践行为赋予了自下而上社会变迁的能量。<sup>⑨</sup>党内法规概念重新引发了法学家对非国家制度法的重视，但其视角首先是执政党的，因而表现出自上而下的自觉建构。用党内法规及其体系描述党组织、党员行为以及相互关系，可以用来解释党成立以来的自我规定、自我约束和自我管理的行为。在一般意义上，这种状况适用于任何党、非政府组织以及其他的自组织行为。然而，这种党规与国法分离说从一个角度解释了不用规范在不同场域中的作用和效力，但没有回答党规与国法之间的效力等级和可能存在的冲突。<sup>⑩</sup>用法律一元论不能回答党规与国法之间的效力等级关系，较为纯粹的法律一元论排除了正统国家立法者以外的任何规范是法的主张。例如，奥斯丁认为法律是主权者的命令，由于一个国家只有一个主权者，也就只有一套以主权者命令组成的法律体系。规范多元论认

⑦ 姜明安：《论中国共产党党内法规的性质与作用》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》2012年第3期。

⑧ 关于软法的性质和意义，参见罗豪才、宋功德：《软法亦法——公共治理呼唤软法之治》，法律出版社2009年版。关于软法的实施效力，参见方世荣：《论公法领域中“软法”实施的资源保障》，载《法商研究》2013年第3期。

⑨ 有关讨论参见苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社2004年版；梁治平：《乡土社会中的法律与秩序》，载梁治平：《法律何为：梁治平自选集》，广西师范大学出版社2013年版。

⑩ 参见孙中山：《我们要国事与党事分开来办》，载孙中山：《孙中山在说》，叶匡政编，东方出版社2004年版。

为, 一个社会和国家的秩序是由不同的规范构成的, 而国法只是其中的一个规范。在法律多元论的概念之下, 制定法的渊源应当从不同规范那里获得其质料, 同时制定法本身以认可的方式允许国法以外的规范的合理存在, 这种方案试图调和法律一元论与规范多元论之间的紧张关系。国法一如同法律一元论之下有其最高效力的价值, 又可以通过“认可”的法的产生方式赋予非国家法亦法律上的效力。法律上的认可行为没有创立新的规范, 它只不过通过立法或司法行为对已经存在的规范赋予了法律上的强制力。

对法律一元论、规范多元论和法律多元论的认识论还应当包含更多的内容, 从上面有限的讨论中可以看到, 用法律多元论的视角去理解融合了“党内法规体系”的“中国特色社会主义法治体系”则意味着国法与党规都是“法”。国法通过认可的方式赋予了党规以其自身规范上的效力, 在这个意义上, 把党规称为“法规”才不会显得唐突, 也获得了法理上的支持, 这种结果可以属于规范多元论或法律多元论的成就。

3. 人民主权与国家权力。宪法是国家的根本法和基本规范, 党章是党内法规体系的根本法和基础规范。问题不在于是否可以将党章称为根本法或基础规范, 而是要在两种不同性质的根本法或基础规范之间产生效力等级的规范体系, 这个问题延续了上面关于法律一元论、规范多元论和法律多元论的讨论, 但在理论上更具根本性和基础性。主权结构论认为, 中国人民是事实主权者, 中国共产党和全国人民代表大会分别是主权者的政治代表和法律代表。多重主权代表论继承了卡尔·施密特关于历史决断论的实质宪法主张, 但改变了布丹主权不可分割以及卢梭主权不可代表的主张。主权者的代表或类似的主权者代表人等表达, 如果是为了强化主权者的唯一性是成立的, 但将主权者的代表人说成是主权的分殊形式则脱离了主权的历史定义。一旦双重主权代表制得以成立, 决定主权的实质构成性要素就会受到动摇。

主权由主权者排他性地占有和享有, 不可分享性是主权的唯一标识。<sup>①</sup> 主权是一个绝对性的整体权力, 它不能等同于属于国家权力的立法权、行政权和司法权, 也不是这些国家权力的总和。执政权在本质上属于国家权力, 执政党间接地行使了抽象意义上的国家权力。在委托关系的约束条件下, 一个受托行使国家权力的个人或机构不是不同形式的主权者, 也不能以主权者自居。主权不可代表, 也不可分割; 国家权力可分割, 可代理。国家权力的代表者和代理者享有了由主权转化而来的国家权力。中国共产党是国家权力的政治代表, 不是政治主权者; 全国人民代表大会是中国人民的立法代表, 不是法律主权者。拥有终审权的最高人民法院、香港特区终审法院和澳门特区终审法院以“法律的名义”宣判, 它们是国家权力的司法代表, 不是不同形式的司法主权者。混淆主权和国家权力的关系是导致主权能否像国家权力那样受到限制的争论的主因。

无论是双重主权代表论还是多重主权代表论都呈现了法律一元论的思维方式, 其所包含的效力等级因素的垂直规范体系也是显而易见的。中国人民和中国共产党的领导是事实主权者, 是第一根本法, 次一级的根本法应当服从于高一级的根本法。对宪法惯例论而言, 把党的领导解释为不成文宪法赋予了党章及其规范以最高法律效力来源的特质, 形成了不成文宪法(党的领导)、成文宪法(1982年宪法)、基本法律、法律、法规等效力等级规范体系。对于党导立宪制而言, 将党章作为一个附件列入宪法之后的修宪提议, 使党章变为成文宪法的一个组成部分, 以解决党章与宪法的二元体制, 同样显示的是法律一元论的视角。

<sup>①</sup> 博丹说:“(君主)如果要经过他的臣民的同意, 如元老院或全体民众, 那么他就不是一个主权者。”[法]让·博丹:《主权论——国际法上的主权问题及其发展趋势研究》, [美]朱利安·H. 富兰克林编, 李卫海等译, 北京大学出版社2008年版, 第107—108页。

## 二、作为社会想象的西方法理学

倘若把中国特色社会主义法治论视为一种源于中国并在中国有效的特殊法理学，是不是就可以认为西方法理学就是一种一般法理学呢？对这个问题的回答将议题引向对西方文化背景下的欧美法理学的重新审视和性质判断。就法治的历史实践看，法治源于西方并在西方社会中获得了较大的成功。然而，西方法治是否等同于法治是有疑问的，正如源于西方的现代性是否等同于现代性是有疑问的。在对西方的法治理论属性做出具体的判断之前，笔者首先把法治理解为一种现代性的历史成就。在对前现代社会和现代社会做出区别性特征分析时，法治作为一种现代社会的新的秩序观发挥了关键性作用。在描述西方资本主义国家法治理论时，泰勒提出了社会想象在法治生成和发展中的构成性功能。法治的社会想象形成了特定地区和人群关于未来社会理想秩序的意识流、观念束和精神指引，指向一种时代背景和社会趋势。<sup>⑫</sup> 社会想象既具有韦伯理想型类型的特征，也体现了有意识接纳传统文化和异域文化的自觉精神，更重要的是，一种社会想象要求从历史的维度审视社会成员所处时代的国家观和社会秩序观。

### （一）方法论个人主义

西方现代化的社会想象是以方法论个人主义为主要内容的。方法论个人主义不同于原子论个人主义，后者是把个人在社会和政治层面上看作是孤立、自足的主体。方法论个人主义一方面从道德关怀的层面平等地对待每一个人，其逻辑起点和终点都预设了个人权利和个体自由的抽象价值，然而，连接这种逻辑起点和逻辑终点的方法却是“集体主义的”或“共同体的”。西方法哲学的视域被有效地分解为三个方面：一是以启蒙为主线的强化个人权利的道德和政治哲学，为此确立了现代法哲学的逻辑起点。二是捍卫这个逻辑起点而形成的现代法哲学的逻辑终点。三是从单纯的逻辑起点出发，如果不能借助于适当的方法，就难以达到逻辑的终点。过程集体主义意味着享有权利和自由的个体通过重新联合的方式抵达其目的地。通过民主的方法建构现代国家，即以一种新的政治共同体形式在现代法的逻辑起点和逻辑终点之间获得沟通的正当性话语。在这个关键性问题上，产生了现代主体性和现代主体间性的关联和区隔，它导向的问题是对享有权利和自由的公民关注走向对享有权利和自由的联合体及其范式的关注。

逻辑起点、逻辑终点和方法论个人主义分别纳入到理论假设或预设的框架之下，论证这些相互关联的理论假设起初借用了直觉主义的方法论或直接从唯心主义那里获得解释性的工具概念，最终则从唯理论历史主义那里获得了自成体系的逻辑表达。从西方历史中，也只从西方历史中为源于西方的现代法观念做出反思性辩护成就了现代性法治的西方性、独特性和地方性，其结果是西方国家的法治观不仅从其历史中获得了合法性话语，并在不同历史时代寻求法治的共性，还意外地成就了超越这种唯理论历史主义的社会想象。以方法论个人主义为社会想象的西方法治观一旦确立，就需要重新解释法治的历史和它的话语效力。罗马法赋予16、17世纪大多数法学家极大的灵感和素材，法哲学家们通过重新解释罗马法的精神，从理论上服务于新社会和新国家。然而，仅仅将历史推进到古罗马是不够的，如果不是从柏拉图，至少从亚里士多德的法治观中，西方国家的法治观又向前推进了一步。在这种历史连续性的法治观中，对“黑暗的中世纪”不再做出全然否定性的评判。基督教的神人立约体现了契约精神，封建制维护的是体现封建主与其属臣之间的契约关系。契约关系建立在西方特有的自然法传统的叙事思维结构之中。对自然法的分类——古典自然法、中世纪自

<sup>⑫</sup> 参见[加]泰勒：《现代性中的社会想象》，李尚远译，商周出版社2008年版。

然法和自由主义自然法——和区分没有掩饰其内在的一致性精神。中世纪的自然法被认为体现了这样一种思想，教皇统治和世俗统治关于管辖权的争论因为是作为相互制约的外部力量而获得应有的历史地位。列文说：“美国宪法理论直接从中世纪继承了这一观念。”<sup>⑬</sup> 尼摩强化了这一点：“美国革命的原创思想是在该革命发生前一个世纪的英国共和主义者的思想，它们本身直接来源于宗教改革和反改革运动，以及源自‘教皇革命’的整个神学和法律传统。”<sup>⑭</sup> 西方法哲学家关于国家和法治秩序的建构乃是在历史连续性的方法论中进行的，侵染了挥之不去的自然法意识形态。

## （二）差异、不足与自信

西方国家的法治从古希腊、古罗马和基督教文化中获得其思想和文化根基。然而，古希腊古罗马基督教特色的资本主义法治从自身的历史中寻找材料，是与对异域文化的法治经验或无意识的拒绝或有意识的排斥同时展开的。人们可以从几乎所有的西方政治法律哲学的论述中看到一个现象，中国（也可以延伸到印度或东方国家）是作为一种“差异”的比较对象而登场的。差异即不足，不足即落后。理论分析的路径从“差异”论走向“不足”论产生了理论优劣论的格局。一个典型的例子是，在清末，基于一系列不平等条约，西方列强借口中国法律落后性而设立的治外法权和领事裁判制度，清末法律改革的一个重要标示是要满足西方列强对一种理想法律体系的主观要求，这种主观要求以西方性为背景并以一种普世性的强制性话语发生作用，遂使清末的法律制度丧失了应有的自主性和中国性。<sup>⑮</sup>

阿玛蒂亚·森认为，西方文化不是西方社会纯而又纯的产物，支配西方文化的现代性吸收了包括印度、中国在内的非西方国家的经验，<sup>⑯</sup> 但这种认识不足以改变西方国家法治观的叙述和方法。事实上，对中国作为“不足”的分析对象并不是一开始就形成的，欧洲的中国想象从中国文明论向中国野蛮论的集体转变是从一个具体的历史阶段发生的。根据程艾兰的观察，17 世纪末和 18 世纪初的亲华热在 1750 年前后急剧降温，并开始朝着排华热的方向逆转，加上许多其他因素，“中国”在 18 世纪和 19 世纪欧洲思想界的位置终于产生了重大的转变。当哲学家们追随孟德斯鸠的《论法的精神》（1748 年首次出版）而开始关注政治理论时，对中国的祛魅便逐渐成形。<sup>⑰</sup> 《论法的精神》将中华帝国描绘成一个“专制国家”和非文明国家，这一判断在黑格尔的思想体系中达到了高峰，与此前由莱布尼茨等人对中国文化的推崇形成了鲜明的对比。

黑格尔将中国的落后从制度、习俗和行为规范等单纯的历史材料上升到历史哲学即精神和意识的高度，使西方社会对中国的想象发生了叙述范式上的重大跳跃。<sup>⑱</sup> 并非所有人都认同黑格尔对中国文明的判断和结论，重要的是要注意黑格尔的叙述模式作为西方普遍的思维方式的存在。这种思维方式在泰勒的社会想象论、安德森的想象的共同体乃至今天依然潜伏着的亨廷顿的文明冲突论中都有不同的表现。根据孔飞力的观察，18 世纪中叶前后恰恰是中国开始走向衰落的时期。伴随着中国国力的衰落，先前描述中国文化和中国制度的词语不再作为其他国家和民族学习和效仿的对象。支撑日本现代化过程中的“脱亚入欧”论是在扬西贬中的叙事逻辑中呈现的，这个逻辑本身

<sup>⑬</sup> [美] 考文：《美国宪法的“高级法”背景》，强世功译，三联书店 1996 年版，第 15 页。

<sup>⑭</sup> [法] 尼摩：《什么是西方：西方文明的五大来源》，阎雪梅译，广西师范大学出版社 2009 年版，第 131 页。

<sup>⑮</sup> 相关讨论参见公丕祥：《司法主权与领事裁判权——晚清司法改革动因分析》，载《法律科学》2012 年第 3 期。

<sup>⑯</sup> [印] 阿玛蒂亚·森：《身份与暴力》，李凤华译，中国人民大学出版社 2009 年版，第 49 页。

<sup>⑰</sup> 程艾兰：《欧洲的中国想象：从“哲学王国”到“东方专制国家”》，资料来源于澎湃网：[http://www.thepaper.cn/newsDetail\\_forward\\_1315350](http://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_1315350)，最后访问时间：2016 年 10 月 8 日。

<sup>⑱</sup> 参见 [德] 黑格尔：《历史哲学》，王造时译，上海人民出版社 2001 年版。对黑格尔历史哲学观的经典解读，参见 [澳] 彼得·辛格：《黑格尔》，张卜天译，译林出版社 2015 年版。



没有超出黑格尔将中国文明排斥在世界历史之外的判断。工业革命发生以来，世界历史的格局发生了重大变化，先有欧美国家在国力方面的强大，后有理论的猫头鹰的起飞，再有欧洲的中国想象的“祛魅”潮流。

理论和文化的自信源于国力的增强以及来自异域文化和观察者的自觉认同。19世纪30年代，年轻的托克维尔以外来观察者的身份概括和赞扬了美国的民主，这是美国民主文化自信和他信结合的成功范例。如果不是美国在经济和国力等方面日益显示出的强大局面，以及相比之下当时欧洲特别是法国笼罩在飘摇不定的革命气氛之下，托克维尔对美国的赞誉就不会发自内心并与其他欧洲访客们有不同的评价。在自信和他信之间存在着不可分割的联系，托克维尔对美国民主和法律制度的概括属于他信的范畴，有了这种他信，美国人自身对其正在实践中的民主自信就确立了。不过，一种自信和它信固然建立在国力强盛的基础上，但国力强盛自身却不是原因而是结果，这是另当别论的问题。

### （三）西方法理学：特殊还是一般

自从英国第一次工业革命产生以来的大约200多年时间内，西方国家获得了在全球意义上的主导地位，这种主导地位表现在经济、文化、思想和制度等各个方面。西方的成功伴随着对落后国家的剥削和殖民，这种状况维持了一百多年的时间。在后殖民主义时代，全球化的历史背景未能缩短发达国家与不发达国家的差异，且这种差距与日俱增。虽然国家分类学呈现出更多的视角和判断标准，无论是“核心国家、半外围国家和外围国家”、“发达国家、发展中国家和落后国家”的划分，还是带有意识形态的划分，如“自由民主国家、社会主义专制国家”以及“文明国家和野蛮国家”等的划分，都聚焦于一个结果，即核心国家、发达国家、自由民主国家和文明国家等都属于西方国家，这种基于经济与种族而将地球分为不同世界的做法，否定了生活在这个星球上的每个人的实质意义上的共时性。<sup>①9</sup>

西方的成功与西方的独特性同时产生。史书美认为，西方的概念具有特定的地域和文化特征：“‘西方’除了用来指代欧洲和北美国家，我还将西方当成是一种象征性建构。……西方是‘被一种历史进程创造出来的强大的想象性实体，而这一历史进程将西方权威化为理性、进步和现代性的故乡’。西方实际是由一种帝国主义和民族主义推广和普及的想象性建构。”<sup>②0</sup> 韦伯在《新教伦理与资本主义精神》中论证了新教对资本主义产生和兴盛的实质作用，西方的法治只能适用于拥有新教宗教意识的人员和地区。伯尔曼在《法律与革命》中讨论了西方法律传统正在走向衰落，但支配西方法律传统的学理却仍然在发挥作用。在《现代社会中的法律》中，昂格尔用大量篇幅讨论中国法制的起源，但最终他所关注的焦点，集中在中国为什么没有遵循欧洲的路线，而不是它实际上所遵循的是什么路线。<sup>②1</sup> 以古希腊罗马及基督教为文化背景的欧美法理学排除了其他国家和地区的人们适用其学理的可行性，除非这些国家和地区的人们获得了相同的知识和背景。

西方法理学的代表人物、学派和主义支配了西方法理学传统，西方法理学的经典则代表和延续了西方法理学的学派和主义，古典法理学经典的代表人物有格劳秀斯、孟德斯鸠、霍布斯、洛克、卢梭、康德、萨维尼等。新古典法学经典的代表人物则有哈特、德沃金、罗尔斯、菲尼斯、奥斯丁、边沁、凯尔森、卢埃林等。将这些经典加以学派上的归类，就可以提炼出欧美法理学视野中的

<sup>①9</sup> [美] 络德睦：《法律东方主义：中国、美国与现代法》，魏磊杰译，中国政法大学出版社2016年版，第15页。

<sup>②0</sup> [美] 史书美等：《现代的诱惑：书写半殖民地中国的现代主义》，何恬译，江苏人民出版社2007年版，第2页。

<sup>②1</sup> [美] 安守廉：《不可思议的西方？昂格尔运用与误用中国历史的含义》，高鸿钧译，载高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》（增订版），清华大学出版社2004年版，第38页。

各种主义之间的关联性差异：自然法学、实证主义法学、现实主义法学、功利主义法学、历史法学、社会学、法经济学、后现代法学等。不同的法理学经典就其作者写作的背景和时代来看，着眼于特定的国家和地区，它们首先并且最有可能是地方性知识。对此，慧眼独具的波斯纳指出：“对法理学颇有影响的那些作者，比如 H. L. A. 哈特、罗纳德·德沃金和尤根·哈贝马斯，全都声称是在抽象意义上描述法律，但实际上哈特谈论的是英国的法律体制，德沃金谈论的是美国的，哈贝马斯谈论的是德国的。”<sup>②</sup>

客观上的西方特色的法理学与主观上的普遍化的法理学形成了无法克服的悖论。虽受制于特定的历史和其他条件的限制，但写作者及其阐释者倾向于将地方性的、有限的洞察普遍化。研究特殊法理学与一般法理学关系的英国法学家退宁承认：“西方的法学和法律理论的传统，在很大程度上专注于工业社会中作为国内法与国家法的民法和普遍法体系，对其他法律传统却很少关注。”<sup>③</sup> 古典法理学经典与新古典法理学经典具有传承和内在的关联，它们都是建立在自由主义哲学基础上，从不同的角度阐述了方法论个人主义。在现代性的背景下，问题不在于维护人的自由和权利有什么不妥，而在于维护谁的自由、谁的权利以及如何维护人的自由和权利。推翻了封建社会及其制度的资本主义在形式上确立了在法律面前人人平等的原则，但远未实现人与人之间的实质平等。托马斯·皮凯蒂撰写的《21 世纪资本论》用翔实的数据证明，美国等西方国家的不平等程度已经达到或超过了历史最高水平，不加制约的资本主义加剧了财富不平等现象。<sup>④</sup> 从国别和民族的角度看，随着时代的发展，不同国家和民族社会之间实质不平等不仅未能随之消灭，还有继续扩大的加速趋势。<sup>⑤</sup> 资本主义从自由资本主义、有组织的资本主义和去组织化的资本主义的发展变化没有改变西方法理学的内在精神和方向。按照桑托斯的理解，具有“西方之根”的现代性危机因其无法兑现现代性承诺（如平等、自由、永久和平、控制自然及这样做有利于人类共同利益等）而丧失了历史的合法性。如果看到西方法理学产生、成长和服务于具有西方文化背景的工业化的资本主义体系，那么这种意义上的特殊法理学的自我普遍化不能与一般法理学相提并论。

### 三、历史唯物辩证法视角下的中国特色社会主义法治理论

#### （一）两种方法论视角下的最低限度的法治概念

中国特色社会主义法治理论是对中国法治的文化渊源、中国法治的性质和方向以及中国法治的规范性问题的总体思考和系统表达。推动我国当代哲学社会科学走向世界，增强我国哲学社会科学在国际舞台上的话语权和影响力是检验每一个社会科学学科理论成就的重要标示。然而，中国特色社会主义法治理论作为我国哲学社会科学的重要组成部分，如何走向“世界”以及走向“世界”的标志是什么？“法治理论”能够像技术产品或革命输出论那样在世界范围内“引入”或“输出”吗？在法治前面冠以中国特色社会主义限定词，表明这种意义上的法治是中国的，也仅是中国的；不仅是中国的，也是当代中国的。这种意义上的解释规定了中国特色社会主义法治的实践行为和惯例，它只对中国有效且不具有可复制性和向其他国家推广的价值。不过，基于对法治一词本身所具

<sup>②</sup> [美] 波斯纳：《法律、实用主义与民主》，凌兵等译，中国政法大学出版社 2005 年版，第 11 页。

<sup>③</sup> [英] 威廉·退宁：《全球化与法律理论》，钱向阳译，中国大百科全书出版社 2009 年版，中文版序言，第 2 页。

<sup>④</sup> [法] 托马斯·皮凯蒂：《21 世纪资本论》，巴曙松等译，中信出版社 2014 年版。

<sup>⑤</sup> 根据联合国开发计划署（NDDP）的数据，全球政策论坛估计，“30 年前，富裕国家人民的生活状况比世界 20% 最贫穷国家的人要高 30 倍，到 1998 年，这个鸿沟已经扩大到 82 倍（从 1988 年以来增加了 61 倍）。”资料来源于 Global Policy Forum：<http://www.globalpolicy.org/soecon/inequal/gates99.htm>，最后访问时间：2017 年 3 月 12 日。

有的普遍规定性的解释，也因为社会主义法治在历史唯物辩证法中的地位，中国特色社会主义法治内在地包含了一般法理学的要素。

所谓法治的普遍规定性是在对法治的“理想主义”和“法律实证主义”的学术分类的前提下展开的。基于对源于西方的法治原教旨主义的批判，以及对绝对法律实证主义的担心（如希特勒时期的法治国），中国学者从法治的概念中梳理出“最低限度的法治概念”。通过对最低限度法治构成性要素的阐述并以这一概念为基础，中国当代的法治建设或许就可以从内在视角开发出中国法治的“中国性”，为此，王人博重估了中国法家法律观的价值<sup>⑥</sup>，梁治平论述了“党的领导”与“依法治国”的相互兼容性<sup>⑦</sup>。对最低限度的法治论者而言，无论是法家眼中君主制定的法律，还是党领导制定的法律，都应当建立在包括法律制定者在内的所有人都必须服从于法律的逻辑预设的基础之上，而不必一定诉诸于抽象的价值观，更不需要用现代西方的法治标准衡量中国的法治建设。最低限度的法治概念由于抽离了与法律实质性的内容联系而获得了一般法理学的性质。

从逻辑上，存在“最低限度”的法治概念，必然有“最高限度”的法治概念，或者至少存在着高于“最低限度”的法治概念的概念。最低限度法治论者在这个问题上并没有做出回答，其结果是最低限度法治概念与形式主义法律秩序划上了等号。形式主义法律秩序，正如哈贝马斯批判的资产阶级形式法一样无法反映复杂社会或风险社会的真实要求，未能在法律平等与事实平等之间建立时代所呼吁的平衡原则。最低限度的法治概念如同纯粹的形式主义法治概念既无历史，也无未来。一旦与具体国家、民族和历史阶段相结合，这种看似体现了一般性的法学观就落入特殊法治观或特殊法律制度的范畴，失去了理论发展的动力，也丧失了理论应有的批判性。尽管如此，最低限度的法治概念仍然具有其解释力，但首先应当把它置于历史辩证法的维度，以便从最低限度的法治向更高一级的法治的层级递进和转换。如果把中国特色社会主义法治作为最低限度的法治概念，它就需要获得向更高一级的法治阶段过渡和进入的内在动力。

走向历史唯物史观视野中的最低限度的法治概念，首先要在方法上把法治定位于社会主义法治的历史阶段——一种在理念上不仅超越资本主义法治，也超越社会主义法治具体阶段的更高层次的概念。对中国特色社会主义法治组合概念的分解可以分为两个方面，一是复合语由“中国特色社会主义”与“法治”两个概念组成，其重心在于“中国特色社会主义”，用“中国特色社会主义”作为定冠词来规定和说明“法治”，可简单概括为“中国特色社会主义的法治”。二是对复合语做出“中国特色”和“社会主义法治”组合理解，其理解重点在于“社会主义法治”，用“中国特色”作为定冠词来修饰和说明“社会主义法治”，可简单概括为“中国特色的社会主义法治”。“中国特色社会主义的法治”概括了具有政治法学性质的特殊法理学的定义和性质，指明了这一概念自身所具有的时空上的具体性和特殊性。“中国特色的社会主义法治”高于中国特色社会主义的法治，包含了普遍规定性，体现了最低限度的法治向高一阶段迈进的历史法则。对中国特色社会主义法治概念的组合和再组合不是随心所欲的概念游戏，而是试图呈现思维方式的转换。

## （二）历史终结论的不同表达

把中国特色社会主义法治的讨论语境从“中国特色社会主义的法治”转向“中国特色的社会主义法治”是从特殊法理学向一般法理学转化的尝试。在这种新语境之下，中国特色社会主义是社会主义初级阶段的社会形态，社会主义初级阶段不能等同于社会主义，社会主义作为一个整体包

<sup>⑥</sup> 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》，载王人博：《法的中国性》，广西师范大学出版社2014年版。

<sup>⑦</sup> 参见梁治平：《“中国特色”的法治：是什么，为什么，以及如何可能？》，载前引⑩梁治平书。

含了初级、中级和高级等阶段。中国特色社会主义的法治即社会主义初级阶段的法治，它仅仅适用于中国，并适用于当下的中国。中国特色的社会主义法治不仅适用于中国，也适用于全部的社会主义历史阶段。那么，为什么“中国特色的社会主义法治”比“中国特色社会主义的法治”具有更为普遍的解释力呢？这涉及社会主义历史自身的定位、道路选择和最终目标问题。

在新中国成立前夕，毛泽东写下了《论人民民主专政》一文。在文章的第一自然段，毛泽东“顺便提了一下人类进步的远景的问题”，其指向的是“大同境界”，即共产主义社会。“全世界共产主义者”懂得辩证法，比资产阶级高明和看得远，这是因为“我们和资产阶级政党相反。他们怕说阶级的消灭，国家权力的消灭和党的消灭。我们则公开声明，恰是为着促使这些东西的消灭而创设条件，而努力奋斗。共产党的领导和人民专政的国家权力，就是这样的条件。不承认这一条真理，就不是共产主义者。没有读过马克思列宁主义的刚才进党的青年同志们，也许还不懂得这一条真理。他们必须懂得这一条真理，才有正确的宇宙观。他们必须懂得，消灭阶级，消灭国家权力，消灭党，全人类都要走这一条路的，问题只是时间和条件。”<sup>②</sup>毛泽东的远景论契合了马克思主义世界历史哲学的一般原理。作为马克思主义重要组成部分的马克思主义法治观包括三个方面的内容，一是以暴力方法打碎资本主义国家及其法律体系；二是建立体现无产阶级意志和利益的社会主义国家及其法律体系；三是最终消灭国家和法律本身。这三个方面的合力都指向同一目标，即从世界历史的角度和全世界范围内建立共产主义社会。按照这种理解，推翻资本主义国家之后建立的社会主义法治是一个过渡阶段，它是朝向共产主义社会的一个中间阶段，是为进入共产主义社会创造条件。如果把中国特色社会主义法治理解为实现共产主义的一个必经阶段，建构中国特色社会主义法治在逻辑上就成为在全人类意义上建构“自由人的自由联合”的一个方法，这种方法不仅是中国的，也是世界的。

社会主义法治是一个包含了中国特色社会主义在内的历史概念。在自由主义哲学和马克思主义哲学讨论中都有资本主义和社会主义的比较性叙事。抛开纯粹的意识形态之争，关于资本主义和社会主义的存在价值和历史意义建立在不同的历史终结论的基础上。自由主义哲学历史观终结于资本主义的自由民主社会，就如同福山在 20 世纪 90 年代所宣称的那样。马克思主义哲学同样讨论历史终结的问题，就其最终指向而言，马克思主义哲学的历史观应当或需要终结于共产主义社会。不是所有的自由主义哲学家都采用马克思主义关于社会历史形态的划分，这种社会历史形态的划分是否一定适用于像中国这样的古老的东方国家也有争论，但自由主义哲学将社会主义社会作为其分析问题不可或缺的对象却是普遍的，更不用说像西方马克思主义、法兰克福学派以及其他马克思主义的流派在这一问题上的共同坚守。两种不同的历史终结论都包含人的自由的最终目的的价值，但止步于资本主义阶段的自由主义哲学却因为自我的指涉性规定而不能克服现代性的困境。马克思主义哲学看到了资本主义社会自身无法克服的内在矛盾，即私有制与社会化大生产之间的矛盾将导致熊彼特所谓的“创造性毁灭”，超越资本主义是其必然的发展规律。

同样需予以重视的是，社会主义社会是资本主义社会和共产主义社会之间的过渡社会形态。马克思主义法学属于马克思主义历史唯物主义和历史辩证法的思想范畴。马克思主义合理吸收了黑格尔的否定辩证法，建构社会主义国家及其法治体系，发挥了自我肯定和自我否定的双重作用，从历史唯物主义的视角，解释了每一个社会形态是对前一个社会形态的否定之否定，为社会进步论提供了新的解释力。马克思主义肯定了资本主义社会的历史进步性，扬弃了其阻碍社会进步的因素，提

<sup>②</sup> 毛泽东：《论人民民主专政》，载《毛泽东著作选编》，中共中央党校出版社 2002 年版，第 369 页。

出了打碎资产阶级国家机器的革命方法，进而建立无产阶级国家的设想。建立无产阶级国家既是打碎资产阶级国家的结果，也是朝向无国家的共产主义社会的必要阶段和方法。讨论中国特色社会主义法治需要以共产主义社会为社会想象和背景。一旦屏蔽了共产主义的背景和设想，有关资本主义和社会主义的争论就只能陷入具体社会之间优劣性的意识形态之争。福山的历史终结论是在前苏联、东欧发生巨变的历史背景下得出的具体结论，这之后，西方面对的则是中国模式的挑战。对资本主义的否定和对社会主义的自我否定是否定之否定的辩证法在共产主义学说的具体运用。无产阶级对资本主义的否定，以及无产阶级对社会主义自身的否定，是对特殊规定性的超越。对资本主义国家的否定只是体现社会主义国家优越性的一个方面，在朝向共产主义社会的运动当中，建构高度发达的社会主义国家与自觉消灭已经高度发达的社会主义国家自身是同时发生的。为了消灭事物本身而建构事物乃是从特殊性走向普遍性的一个重要方法论。如果认为中国特色社会主义法治是特殊法理学，并需要不断强化这个特殊法理学的论点可以成立，那么超越这个特殊法理学，而走向一般法理学的命题也是可以成立的。

中国特色社会主义法理学要想获得其优越性的道德品质，就要从具有普遍性的马克思主义法理学中获得精神养料，超越一切资本主义法理学的特殊性和局限性。一方面，中国特色社会主义法治包含了作为阶级工具的政党、国家权力和法律等学说的思想和制度体系，就其适用范围和有效条件而言，它仅能在中国产生并在中国国家范围内发挥效力。另一方面，基于作为向共产主义社会过渡的一个方法和侧面，中国特色社会主义法治决不能被理解为中国孤立主义的一个范例。只要马克思主义法学还是中国特色社会主义法治的指导思想，只要马克思主义法学还包含着最终消灭社会主义法治的内容，中国特色社会主义法治就有其超越中国的思想张力和理论诉求。中国特色社会主义法治理论作为马克思主义法学在中国的表现和实践方式，内在地包含了一般法理学的基本要素和特征。

### （三）异质性与开放性

共产主义作为远景具有全人类的视角和全球观。马克思主义的出发点和终点都在全人类的视域下展开其方法和原理。如果说社会主义国家可以在一个国家甚至一个落后的国家率先建立，共产主义社会非要在全球范围内才能建立。然而，正如退宁指出：“从全球的视角观察法律，以及构建在全球语境下的观察法律的一般法理学，并不需要诉诸于天真的普世论。而是要把相互依存、文化和理论相对性、文化多元性的问题，置于研究日程的顶端。”<sup>②</sup> 哲学社会科学从特殊走向一般，从具体走向抽象在全球化背景下具有了真实的场域。从文化的角度看待中国法治就是从历史的角度看待中国法治的根基。中国法治是否“有根”的讨论应当建立在短历史主义和长历史主义的分野基础上。建立在短历史主义基础上的中国法治观从“是”的角度表达了中国现代法治的经验和教训，而建立在长历史主义基础上的中国法治观则要复杂得多，后者更多地具有“应当”的成分和想象。

短历史主义从辛亥革命特别是从中国共产党成立之后开始叙述，它包括的历史阶段和历史资料是：根据地和边区的法治经验、前苏联的法治经验和“优秀的”西方国家的法治经验。长历史主义从中国历史的源头寻找根据，包括了儒家为代表的传统文化、孙中山思想为核心的民国法治、中共根据地和边区的法治建设、前苏联的法治经验以及被认可的西方“优秀的”法治经验等。短历史主义的法治观从根本上讲是一种革命的法治观，浸透了更多的革命文化。长历史主义的法治观则试图超越革命的法治观，将中国法治的源头延伸到更早的中国传统文化。

<sup>②</sup> 前引<sup>③</sup>，第130页。

如果把法治作为一种有别于传统中国的新的社会秩序的社会想象,由孙中山领导建立的中华民国是具有中国特色的资本主义法治秩序。旧民主主义革命在意识形态上属于资产阶级革命的范畴,它的历史局限性和其后的扭曲、变形和最终在大陆的消亡有待别论,但它与1949年以后建立的具有中国特色社会主义法治秩序鲜有承继关系,即使我们从短历史主义的法治观看待历史,也只能从革命的内在视角寻找历史的渊源。虽然那一时期的资本主义法治与中国特色社会主义法治观从中国传统文化和异域法律制度中寻找其渊源,皆保持了制定法的传统,但从长历史主义法治观角度看,断裂而不是连续性成为中国近现代法治建设的特征。需要注意的是,无论短历史主义还是长历史主义的中国法治观都没有忽略异域法律文化作为其构成要素,区别或许在于对所谓的异域优秀文化的吸取程度。<sup>⑩</sup>步入现代社会以来,面对落后和不同的历史背景,中国社会发生了两次大规模的对异域法律制度的移植运动。清末民初的维新变法并未因其自身的失败而一无所获,在民国成型的六法全书在一些重要方面采纳了异域的法律制度。新中国成立以后,在原有根据地和边区的法制经验基础上,同时面对世界冷战的格局,自觉地以前苏联的政治和法律制度为圭臬,建构了中国特色社会主义的基本规范体系的雏形。无论是否事实上或潜在地承接了传统法律文化的一些要素,法律移植运动形成了异域法律制度和法律思想大规模进入中国制度的格局。与西方法治叙事的逻辑相比,中国特色社会主义法治文化很难谈得上具有同质性。正如络德睦所观察的那样,当下中国存在一个融合了儒家自我、社会主义自我以及自由主义自我的主体结构。<sup>⑪</sup>复合的主体结构使中国特色社会主义法治呈现出多元性系谱根源,在很大程度上这是中国自觉地从异域国家和文化中借鉴、吸纳或移植的产物。究其缘由,固然与近现代以来“师夷长技以制夷”的强国策略有关,也与中国传统文化的天下观念密不可分。然而,中国特色社会主义法治文化的非同质性孕育着包容的精神,为一种特殊法理学向一般法理学的过渡提供经验性的历史知识。在全球化背景下,这种多元化、超地域的法治源流观契合了全球治理的历史运动。在对待异域法律制度的态度上,中国比之西方更懂得尊重,更愿意学习,因而也更具有开放精神。“法的本土资源”、“哲学的权利”、“法的中国性”或“中国主体性资源”等的学理表达不同程度地回应了“吸收人类文化优秀成果”的当代中国哲学社会科学的包容和开放理念。<sup>⑫</sup>

#### (四) 有待开拓的后小康社会的法理学

对中国特色社会主义法治论做出“中国特色社会主义的法治”与“中国特色的社会主义法治”的区分意在指出它们各自在社会主义和共产主义历史中的阶段性地位,但没有说明中国特色的社会主义法治与中国特色社会主义的法治在内容上的差异。笔者将通过小康社会这一概念概括性地解释其中的联系和差异。

细心的分析家可以观察到,在邓小平同志首次代表执政党提出中国特色社会主义概念的前后,小康社会这一中国人所熟知的古老概念也随之呈现出来。小康社会是儒家“三世说”的中间阶段,是继“乱世”之后的“升平世”,在“升平世”之后是“太平世”。儒家眼中的“自然状态”是乱世,其历史终结于天平世。当毛泽东用“大同境域”指称“共产主义社会”时,马克思主义的历

<sup>⑩</sup> 在回答哈贝马斯的提问,即当代中国的法律制度与传统中国及西方法律制度之间关系时,信春鹰指出了儒家学说、以德国为代表的“大陆法系”和前苏联法律制度等对中国当代法制的构成性作用。参见曹卫东:《福柯、罗尔斯及其他——哈贝马斯“读书座谈会”纪要》,载《读书》2001年第9期。

<sup>⑪</sup> 前引⑩,第224页。

<sup>⑫</sup> 关于“法的本土资源”的讨论,参见前引⑩苏力书;“哲学的权利”的讨论,参见夏勇:《哈镜前的端详——哲学权利与本土主义》,载《读书》2002年第5期;关于“法的中国性”的讨论,参见前引⑫王人博:《法的中国性》;关于“中国主体性资源”的讨论,参见梁治平:《有法与无法》,载《东方早报上海书评》第401期,2016年10月9日出版。

史终结论就与儒家的历史终结论巧妙地结合起来。与康有为用“乱国、小康、大同”比拟“君主专制、立宪君主和民主共和”的托古改制的理想类型不同，邓小平眼中的小康社会更具有经济的意义。借用小康的概念并不意味着社会的发展要借用儒家思想来表达社会进程的合法性，小康社会的经济意义建立在经济基础决定上层建筑的马克思主义的范畴之中。

新小康社会的概念及其内容要接受马克思主义关于历史进程的划分原理。社会主义初级阶段等同于新小康社会中的第一个阶段，这一阶段的实现标准是通过“两个一百年”的执政党的承诺来表达的。按照这种表述，2020年中国共产党成立一百周年的历史时刻，将全面实现小康社会，2049年中华人民共和国成立一百年的历史时刻，将实现层次更高的小康社会。“两个一百年”是执政的中国共产党对中国人民自改革开放至21世纪的政治承诺，但这种政治承诺不是中国历史终结论的标志，也不意味着在实现“两个一百年”之后，中国社会不再发展。一种后小康社会意味着，中国社会要在小康社会的基础上提出新的政治承诺。社会主义优越性的讨论建立在与西方国家的比较基础上。更高层次的小康社会是在与发达的资本主义国家的比较中产生的，它的比较对象是横向的世界历史，这就把小康社会的任务和抱负置于全球化的历史视野中。在全面实现小康社会的历史背景下，后小康社会理论假定，新的政治承诺必定要从经济意义上的小康概念中演化出政治和文化意义上的小康。其大体规模是，后小康社会在经济上更为繁荣发达、在政治上更为民主、在法治上更加具有普遍性、在文化上更具有包容性等等。事实上，小康社会的政治承诺已经包含了后小康社会政治承诺的萌芽。对人权、法治、民主、生态环境、全球治理等未来社会要素的追求被赋予了不仅超越资本主义社会，也超越小康社会的动力和方向性的指引。超越资本主义社会是性质问题，超越小康社会是程度问题，无论性质上的超越还是程度上的超越只有在唯物辩证法的视野下才能成立。

小康社会的法理学是改革的法理学，而不是革命的法理学。革命的法理学的主题词是解放，是一种消极意义上的自由，即免于被压迫、被剥削和被剥夺。经过新民主主义革命胜利的中国人民，在获得了民族解放和国家独立之后，从解放的历史进程进入到后解放时期，改革成为后解放时期的主要精神特质。革命是对旧有制度的全面否定，是对其对立面的全面否定，改革则是在基本规范确定执行的自我革命和自我否定，其指向一个积极的自由观。从消极自由走向积极自由是从形式自由向实质自由转换的历史进程，其最终导向马克思主义关于从必然王国向自由王国的发展路径。自由主义哲学在面对积极自由时显露了其自有的局限性，当代欧洲国家的福利法治观侵染了法律实质化的因素，其在马歇尔关于第三代人权观的论述中得到了充分的论证。后小康社会的法理学既要坚守由解放而获得中国人民的消极自由，更要注重积极自由的历史地位。

#### 四、结 语

通过上述分析表明，中国特色社会主义法治论是中国特色社会主义理论的组成部分，而中国特色社会主义理论是社会主义初级阶段论的系统表达。社会主义初级阶段是社会主义发展的起点和一个环节，从中国特色社会主义的法治向中国特色的社会主义法治过渡呈现了特殊法理学向一般法理学的规律。“中国特色社会主义的法治”是描述性的，属于特殊法理学的范畴，“中国特色的社会主义法治”是评价性的，属于一般法理学的范畴。从马克思主义历史终结论角度看，中国特色的社会主义法治乃至社会主义法治本身也是历史发展的一个环节，属于特殊的一般法理学的范畴。这种对当代法理学的定位决定了法理学的当下使命及其未来发展的广阔空间。中国特色社会主义法治不必走向由西方文化背景支配的法治道路，但也不会囿于满足现实的需要而故步自封、停滞不前乃

至自我陶醉。

任何一种以理论面貌出现的话语体系都会涉及超越经验性知识和情景性话语的溢出效力，其前提是要与封闭的垄断性知识结构划清界限，同时要与理论的自我普遍化倾向保持距离。开放性、反思性和历史意识就构成了理论之所以为理论的基本品格，唯其如此，理论才能超越其所指面向，走向未来理想社会的能指领域。最后要提及的是法的理想性问题，法的理想性不是一个与本文论旨不相关的话题。自从韦伯的理想类型的学术范式产生之后，自命为中立的价值无涉的科学主义研究范式便占据了包括法学在内的哲学社会科学。法律理论对现实缺乏解释力，固然与方法论上的偏颇或单一性有关，但缺乏基于人之解放的人文关怀和情操则是不可忽视的重要因素。马克思主义法学的批评精神丧失殆尽，只剩下一些未经反思的概念、几个反复被咀嚼的公式和越来越多的法律条文。法学研究不应失去其应有的理想性，尤其不能缺乏对未来社会的展望性描述。任何理论，包括法学理论，都需要给人希望，哪怕这种希望最终被证明是乌托邦。学者的角色之不同于政治家，是因为理论的自洽性注定了学者的使命要超越具体性和历史阶段性。

## The Historical Realm of the Theory of Socialist Rule of Law with Chinese Characteristics: From Special to General Jurisprudence

HE Hai - ren

**Abstract:** To discuss the socialist rule of law with Chinese characteristics, one should establish a system of discourse based on socialism with Chinese characteristics. Under this premise, it needs to construct the discourse system of the socialist rule of law with Chinese characteristics. The discourse system of the socialist rule of law with Chinese characteristics is a theoretical attempt. On the one hand, it is necessary to make the discourse system includes the Party's self expression as well as the interpretation evaluation as part of the special jurisprudence; on the other hand, one should establish a kind of balanced relationship among historical facts, realistic needs and future society. In view of Marx's theory of End of History, the socialist rule of law with Chinese characteristics or even the socialist rule of law itself are also parts of historical development which belong to the category of special general jurisprudence. The socialist rule of law with Chinese characteristics located in the special jurisprudence contains the historical trend of socialist rule of law with Chinese characteristics as general jurisprudence.

**Key words:** socialism with Chinese characteristics rule of law jurisprudence