

有其无法摆脱的历史特殊性和局限性。

在这个意义上说，法治意境往往不可避免地被烙上历史的“偏见”，这种“偏见”恰是自主性的自然流露。伽达默尔认为：无论是人还是文本，都无法摆脱历史的烙印，只能用自己所处时代所拥有的知识和方式进行诠释；因此，在尊重理解的历史性基础上，应当充分肯定理解者的合理偏见。既然法治意境天然地具有历史的“偏见”，一旦我们之于法治的阐释缺少了这种历史偏见，实际上就等同于在法治问题的解读和阐释上丧失了自主性。法治总是以历史性的方式存在的，总是局限于特定的历史背景、文化传统等因素之上，只有置身于这种历史之中，并历史性地参与其中，方有可能形成自主性法治意境。自主性法治意境构成了法治话语权的基本内核，而法治意境及其自主性程度基本上决定了话语权的流向。近代以来，法治世界中“西方中心论”的基本叙事结构即是这样的一种体现。

时至今日，尽管中国法治在理论与实践层面均取得重大进步，但是并没有形成自主性的法治意境。在很多场合，我们所讨论的法治意境往往与法律文本无甚关联。我们所展示的法治意境大多是以欧美法律制度的理想影像为蓝本的，而且这个“蓝本”和“意境”都是经过学术装饰过的，实际上就是一种视域融合的产物，法治的真理性颗粒或呈现其中，但毕竟不是中国的法治意境。实际上，置身中国的法律学者以西方法律制度的理想影像为蓝本所形成的任何形式的法治意境，都难免陷入“盲人摸象”之窘境。

如果说，抛开中国法制文本来论中国法治的未来多少有些“妄想症”的味道，那么热衷于以理想法治的理由来否定和挑战中国法律制度则明显具有“狂躁症”的脉象。一旦抛开既有的法律制度，任何有关法治的意境都难免错位。这种错位势必产生两重历史性效果：一则幻化西方法治真理的普适价值，加速法治文化殖民化进程，由此催生出中国法治的一个心理：将未来梦想中的法治演绎成标准的西方法治模板，并想当然地从价值上进行求同性证成，幻想中国也能实现西方式法治。二则泛化中国法制与法治实践的缺陷，侵蚀中国人之于中国法治自信心的根基，由此催生出中国法治的另一个心理：中国文化传统及其国民的劣根性，注定了法治文明在中国失败的宿命。历史性即意味着局限性，承认法治的历史性，就意味着接受其历史的局限性。中国社会所处的特定的历史阶段，使得由其所催生的制度文本不可避免地烙上了历史的局限性。反思中国法治固然不宜矫饰其局限性，但脱离其历史性而抽象地夸饰这种局限性，亦非正道。

中国法治在本体论和认识论上的内在秉性决定于其场景的特殊性，正如同其与西方法治在历时性和共时性之冲突源自于其处境的内在规定性一样。唯置其于中国场景与处境之中，中国法治之本质和规律方可显现，其发展过程中之困境或被正解。因此，对于中国公法学而言，较之把握法治的普适性更为重要的工作，或为如何正确认知和把握当代中国法治语境的特殊性。唯有立足于中国的特定场景、处境和意境之中，有关中国法治建设的可用资源、任务需求、发展路径与目标模式等问题的探讨或研究才可能具有现实的意义。在回缚于中国语境基础上，以中国法制为蓝本勾画自主性法治意境，或为常识与理性的双重指向。

## 法治与法的自治性

冉井富（中国社科院法学所副研究员）

法治国家的法律具有高度的自治性，与此同时，法律又不是完全封闭的，而要通过一定的机制回应社会环境的压力，保持对政治、道德要求的适度开放性。在中国当前，如何平衡法的这种

自治性和开放性,是继续推进法治国家建设需要解决的一个重要问题。而实现这种平衡的核心问题,是如何提升法的自治性,在不损害法的统一性和普遍性的基础上保持法的适度开放。

从西方国家的历史经验来看,法治国家的一个重要特征,是法律具有高度的自治性。所谓自治性,韦伯称之为形式性,是指一种法律制度“使用内在于这种法律制度之中的决策标准”的程度(〔德〕马克斯·韦伯:《经济与社会》下卷,林荣远译,商务印书馆1997年版)。总结自韦伯以来西方学者的论述,西方法律传统正是通过一系列的历史条件实现了法的高度自治性:(1)制定了逻辑自治的、完备的法律规则体系,任何法律问题足以从法律自身找到解决方案;(2)法律与政治、宗教以及其他社会制度相分离,法律规则体系特征显著,具有独特的理论基础和效力根据;(3)发达的法律职业群体,包括法官、律师、检察官等,具有相对独立的地位,专门负责法律事务;(4)特殊的思维模式,发达的法律技术,这些思维模式和法律技术为法律职业群体所掌握和信奉;(5)发达的法律学术,负责总结、发展、弘扬法律原理和法律技术;(6)发达的法律教育,衔接法律职业和法律知识两个要素。

与此同时,法律毕竟存在于社会环境之中,需要社会之中的政治势力予以承认和维护,需要社会中的道德观念予以认可和尊重,因此必须以一定的机制保持对外界的适度开放,以克服法律自身的一致性和法律对环境的适应性之间的矛盾。在自由主义时期,西方国家法的开放性主要是通过民主立法来实现的。在英美法系国家,由于衡平和判例制度也在一定程度上实现了立法的功能,审判阶段也可以实现法的开放性。在福利资本主义时期,由于社会生活越来越复杂,社会变化越来越快速,原有的开放机制也不能缓解法律和社会之间的紧张关系,英美法系的判例制度开始为大陆法系国家所借鉴。在英美法系国家,一种在法律解释和法律推理中强调社会目的和实质正义的主张被广泛接受,法的开放性随之增强,自治型法发展成为回应型法。法的自治性和开放性在另一个层面实现了新的平衡。

中国法治国家建设所立基的,则是另外一种社会背景。在作为法治国家建设起点的20世纪70年代和80年代,中国的法律具有高度的开放性,自治性较弱。当时,我们可以因为政治上的需要而实行“严打”,可以在缺乏法律依据、甚至存在禁止性规定的情况下,推行各种改革,进行各种“试点”,司法可以高喊“为经济建设保驾护航”的口号。在这种背景下,法治国家建设的首要任务,是提高法的自治性,限制法的开放性。随后三十多年的法治建设进程,总体上体现了这样的努力。截止今天,一系列的变化表明,法的自治性已有了显著的提高。这些变化主要包括:(1)改革开放以来,法律规范体系日益丰富、完备,截至2010年底,“中国特色社会主义法律体系已经形成”,有法可依问题已基本解决。(2)法律和宗教之间的区分始终是清楚的,法律和政治、法律和道德之间的划分也越来越清晰。越来越多的法律制度,比如合同、婚姻、不动产等,具有和政治、道德等显著不同的技术特征和效力根据。(3)建立了规模较大的法律职业队伍。在这支队伍中,法官、检察官从干部队伍中分离出来,通过法官法、检察官法等专门法律进行规范;律师则从国家公职人员队伍中分离出来成为一种社会职业,并通过律师协会实现了一定程度的自律性管理。(4)由于法律教育不断发展和职业准入门槛渐次提高,法律职业群体的文化素质和专业水平都越来越高,形成了相对独特的思维模式,掌握了较为专业的法律技术。(5)法律学术快速发展,这体现在法学研究机构数量增加、法学研究队伍壮大、法学研究成果更加丰富等方面。(6)法律教育日益发展的趋势也是显著的。截至2005年,全国已有559所法学院,法学专业在校大学生、研究生合计达到50多万人。此外,还有较大规模的法律职业教育,多种形式的法律培训,五年一次的普法教育等。这些变化表明,法的自治性和普遍性日益增强,法治国家建设的进程不断推进。

虽然有了上述变化，但是和法治国家的要求相比，法的自治性仍然严重不足。

第一，现行的一些制度和理念不能确保法官依法办理案件。依法办案，这是法的自治性最基本的要求，但是现行的一些制度和理念却可能制约这一要求的实现。比如，现行司法制度对地方法院和同级党委、人大、政府的关系的安排，使得司法权力高度地方化，在地方利益、地方规定等和法律不一致的情况下，法官很难根据法律办案。又比如，一个时期司法改革强调程序建设，提高审判的正规化水平，另一个时期似乎又改弦更张，强调“司法便民”，强化调解，重拾“马锡伍审判”方式，这体现了我们在法的自治性建设上不够坚决。

第二，现行的一些制度和理念对律师权利的尊重和维护不够。从西方国家的经验来看，法的自治性在很大程度上是由法律职业群体通过特殊的思维方式和专业技术实现的，而在法律职业群体中，律师又是数量最大、社会活动最活跃的群体。要让律师按照法律的要求提供法律服务，必须赋予律师一定的权利和地位。反观我国当前，大量的制度设置不利于维护律师应有的权利和地位。比如，刑法第306条关于律师伪证罪的规定，成为高悬在律师头顶的一把利剑，极大地妨害了律师对犯罪嫌疑人、被告人的会见权和通信权，增大了律师从事刑事辩护的人身风险。在刑事诉讼中，人民检察院在提起公诉时只需向人民法院移送起诉书、证据目录、证人名单和主要证据的复印件和照片，辩护律师若要了解案情，必须到检察院查阅案卷。然而，检察院作为辩护律师法庭上的对手，法院又没有相应的救济手段，导致律师在刑事辩护中存在“阅卷难”的问题。律师管理主要由司法行政机关负责，律师协会的自律权限十分有限，这在很大程度上制约了律师的独立性，尤其是当律师提供的法律服务可能和政府的利益形成冲突时。

第三，法律的开放性不遵循法定的机制。法的自治性并不否定法的开放性，但是要求公权部门按照法定的机制修改法律以回应社会变化。在我国当前，这种机制主要是立法，即按照我国“一元二级多层次”的立法体制所设定的权限和程序修改法律。此外，法律规定也留出了一定的空间，为执法人员根据实际案情酌定处理。通过这两个机制，可以在维护法的自治性的同时，克服法律和社会变迁的矛盾。然而，近年来许多改革措施不是严格按照法律规定的程序和机制修改法律，而是直接违反或者突破了法律的规定，由此严重削弱了法的自治性。比如，一些城市推出的机动车限购、限行措施，已经实施一年多的房产说试点，这些措施就其内容来说，也许是顺应社会需要的，但按照法治的形式要求，它们可能都欠缺某些要件，从而任意扩大了法的开放性，削弱了法的自治性。

由于这类现象的存在，尽管改革开放三十多年来法的自治性有了较大提升，但是和法治国家建设的要求相比，法的自治性仍然严重不足，并由此产生了严重的危害。从法治本身来说，这种危害在于破坏了法制的普遍性和统一性，法的权威难以树立，法律信仰难以培养。从社会生活和经济发展来说，这种危害表现为全国统一的市场被人为分割，经济活动和社会生活难以规划和预测。从权利保障的角度来说，法律不能公正实施，法律规定的权利难以实现。