

上述法治构建模式除了体现“构建”的共性外,至少还具有以下两个特点:第一,以构建的方式来命名。如郭学德先生提出的“政府推进型”法治构建模式,其构建方式是:“政府”是法治化运动的主要动力,法治目标主要是在政府的目标指导下设计形成的,是“人为”建构的,法治化进程及其目标任务主要是借助和利用政府所掌握的本土政治资源完成的^[1]。这充分体现了其是以法治构建方式来命名的。“政府推进型与社会推进型相结合,以政府推进法制为主导型”、“政府推进与公民参与有机结合型”、“党领导下的政府(政党)与公民互动式”、“重视注重本土化与国际化的协调”法治构建模式与“包括经验与建构”的法治构建模式都体现了以构建方式来命名的特点。第二,都强调现实政治力量在中国法治构建中的重大作用。“政府推进型”、“政府推进型与社会推进型相结合,以政府推进法制为主导型”、“政府推进与公民参与有机结合型”、“党领导下的政府(政党)与公民互动式”都强调了政府或中国共产党作为执政党在中国法治构建中的主导性作用。“重视注重本土化与国际化的协调”法治构建模式与“包括经验与建构”的法治构建模式中的“注重本土化”、“建构”部分也暗含了重视现实政治力量的因素。

根据以上分析,中国的法治构建模式,一般而言,是以构建方式来命名,要强调现实政治力量的因素。正是在充分考虑与借鉴上述两个因素的基础上,笔者提出了一种全新的法治构建模式——“学术推进型”法治构建模式。

二、中国“学术推进型”法治构建模式的涵义与特征

自清末沈家本修律至新中国“依法治国,建设社会主义法治国家”基本方略的确立,中国法治发展模式,一直以来是一种构建型法治模式。在某种意义上说,这种构建型法治模式实质上是政治力量借助(关于法或法治的)学术来构建法治或推进法治发展的一种模式。如果说,以前大多数学者偏重于从推动法治发展的政治的因素来命名与研究中国法治构建模式,那么,笔者想着重从推动法治发展的学术因素来命名与研究中国法治构建模式。

(一)“学术推进型”法治构建模式

什么是“学术推进型”法治构建模式呢?套用郭学德先生对“政府推进型”法治构建模式的界定,我们可以认为,所谓“学术推进型”法治构建模式,是指在强调现实政治力量保障的前提下,法治发展以学

术作为启动和推进的动力,法治目标主要由学术设计形成,法治化进程及其目标任务主要通过学术力量而完成的一种法治构建模式。在此概念中,有两个十分重要的且带有前提与基础性的方面必须作出界定:一是对“学术”这个概念的界定,二是对学术与政治关系的界定。

这里的“学术”不同于我们一般所理解的学术。一般我们对学术大都持这样一种观点,即认为:“学术”是一个独立的概念,“学”与“术”不可分,“学术”的意义就在于“学”,如有学者认为所谓学术,是作为学者所从事的工作和建树,是知识的探索、学问的追求、智慧的洞观,以及体现在这些研究中的思想方法的有机统一^[7]。但笔者在“学术推进型”法治构建模式中所使用的“学术”概念与上述“学术”概念不同,它是对学术的另一种理解:即认为应将“学术”这个概念分开进行理解,“学术”这个概念,既包括了“学”又包括了“术”的内容,是两者的统一。梁启超先生曾对“学”、“术”分离的历史作过考查,他说:“吾国向以学术二字相连为一名辞,唯《汉书·霍光传赞》,称光‘不学无术’,学与术对举始此。”^[8]严复先生在他所译《原富》一书的按语中写道:“盖学与术异。学者考自然之理,立必然之例。术者据既知之理,术可成之功。学主知,术主行。”^[9]现代也有学者认为,“学”指学理,讲究渊源、承继、发展、创新,自成严密的理论体系;“术”指方术,探究方法、技术、应用,具有实践性。概括地说,学术就是理论与实践、学理与方法的统一^[10]。

(二)对学术与政治关系的界定

在学术与政治的关系问题上,有以下三种不同的观点:第一种观点认为,学术与政治应当分离,应保持学术的完全独立,真正做到为学术而学术。如马克思·韦伯指出:“对实际政治问题所持的意见,同对政治结构和党派地位的科学分析完全是两码事。”^[11]也有外国学者指出,“人们常常从《理想国》中引申出的一个实际的教训是:如果哲学家试图当国王,那么其结果是,要么哲学被败坏,要么政治被败坏,还有一种可能是,两者都被败坏。因此,唯一明智的选择是分离两者,让哲学家以其所有的激情去培育他们的花园,但将他们隔离在那里以免造成伤害”^[12]。在国内,王国维先生提出过“无中西无新旧无有用无用”^①的纯学术主张。第二种观点认为,学术不应当与政治分离,学术应为政治服务,“经世济用”,“学而优则仕”,“君子之为学,以明道也,以救世也”^[13],重致用、轻求真的中国传统学术的特色表现得淋漓尽致。第三种观点认为,学术与政治虽

^①王国维在《〈国学丛刊〉序》中提出来的,参见王国维:《王国维文集》(第4卷),北京:中国文史出版社,1997年版。

然是两个不同的领域,有着不同的规定性,但两者之间有着密切的联系。如徐复观先生认为:“只有把学术对真理的立场与政治对真理的立场分开,才是保证学术的纯粹性,与政治的民主性的两不相妨,两相成就的大道……任何学理上的东西,在政治上形成政策,付之实施的时候,必须或多或少地打点折扣,即使是在学术上无争的真理。因此,了解任何政治的设施,和对政策所作的理论说明,决不可认为是学术思想的标准,这是政治负责人事实上所必不可少的对学术的谦虚;也是从事学术工作的人事实上所必不可少的对政治的界域,和站在学术上的独立自主的信念。”^[14]

笔者正是从上述“学术与政治”关系的第三种观点来探讨中国“学术推进型”法治构建模式的。因为这大体符合中国当前学术与政治关系的现状。

综上所述,“学术推进型”法治构建模式有如下特征:第一,它并不是一种独创的全新的法治构建模式,而是对中国已有法治构建模式学术观点的一种考察视角的转换,即转换到“学术”视角的新考察,当然里面包含了“学术与政治”关系的因素,同时也有改良,而不是原封不动。第二,“学术推进型”法治构建模式里的“学术”是一种“学”、“术”相对分离的学术,它既包括学问,又包括技术,而不是一般意义上的单指学问的学术。第三,“学术推进型”法治构建模式里“学术与政治”是一种彼此独立但又存在密切联系的关系。

三、中国学术推进型法治构建模式的具体设想

“现代法制的建设能否成功,不仅取决于政治的力量,也有赖于学术的质量”^[15]。由此可以说明,法治建设中既需要政治,又需要学术。正是以学术分离为视角,在学术与政治彼此独立但又存在密切联系的关系的基础上,根据当今中国的实际,笔者试探讨中国学术推进型法治构建模式的具体设想。

探讨学术推进型法治构建模式的具体设想,首先需要解决以下两个问题。

第一,如前所述,中国学术推进型法治构建模式是建立在“学”、“术”分离的关系之上的,但这种“学”与“术”具体是一种什么关系?在学术推进型法治构建模式中,它们又各起什么样的作用?

对此,梁启超先生、日本的矶谷幸次郎先生的观点很值得研究与借鉴。

首先,在“学”与“术”的关系上,他们认为“学”与“术”是一种体用关系,“学”为体,“术”为用。梁启超先生说:“学也者,观察事物而发明其理者也;术也者,取所发明之真理而致诸用者也。例如以石投水则沉,投以木则浮。观察此事实,以证明水之有浮力,此物理学也;应用此真理以驾驶船舶,则航海术也。”“学者术之体,术者学之用。二者如辅车相依而

不可离。”^[8] 矶谷幸次郎先生认为:“盖学者探事物之本性,而究原理、原则;术者依学力所究之原理、原则,而施之于实际者也。学以推究一定之原理,而依之以组成其原则;术不过应用之而已。”“故学与术,性质有异,而相待不可离者也。”^[16] 更进一步,矶谷幸次郎先生将这种“学”与“术”的关系应用到了法学领域,提出了与“法学”相对应的“法术”的概念,他说:“考究权利义务之本质,为法学;知其本质,而保护权利,遂其义务者,为法术。”^[16]

其次,“学”者之职与“术”者之职不同。梁启超先生认为,“学”者之职与“术”者之职有明确的区分,“夫学者之职,本在发明原理原则以待人用耳;是用之与否,与夫某项原则宜适用于某时某事,此则存乎操术之人”^[8]。矶谷幸次郎先生认为:“发现法则,为学者之任;应用之者,则实务家之任也。”“以古今东西之法律为材料,而发现法律上之原理原则,为法学。适用其原理,施之实际者,法术家之职也。”“司法官律师等,凡从事适用法律之业务者,皆属法术者也。”^[16]

最后,指出将“学”与“术”相混、相离的后果。梁启超先生说:“学混于术,则往往为一时私见所蔽,不能忠实以考求原理原则;术混于学,则往往因一事偶然之成败,而胶柱以用诸他事。离术言学,故有如考据帖括之学,白首矻矻,而丝毫不能为世用也;离学言术,故有如今之言新政者,徒袭取他人之名称,朝颁一章程,暮设一局所,曾不知其所应用者为何原则,徒治丝而棼之也。”^[8] 矶谷幸次郎先生认为:“法学如行船之磁针,法术家不知法律之本性,不解原则之如何,漫然从事于法律,则将有破舟之险矣,此实务家之所以必须研究法律也。”^[16] 借用上述两位先生的观点,笔者以为,在中国学术推进型法治构建模式中,“学”是为中国法治发展创立思想、原理作用,亦即起追寻适合中国法治发展的真理的作用,我们可以用“法学”一词来指代;而“术”是立法、司法、执法、法学教育等对这些原理与真理的落实与实现,我们可以用“法术”一词来指代。“法学”与“法术”应是一种体用关系。在此,既要注意“法学”不能与“法术”相混淆,又要注意“法学”不能与“法术”相分离,如果“法学”混淆于“法术”,则只见树木不见森林,不能忠实地考察、追寻与表达法学原理与原则;如果“法术”混淆于“法学”,则会因为法律解决某一问题偶然之成败,而迁移到其他法律问题的解决上去,造成将偶然当成必然的认识论上的错误。离开“法术”谈“法学”,“法学”就变为一种空谈;离开“法学”谈“法术”,则“法术”就会变成无头苍蝇,不知自己为何而飞,要飞向何方。法学家与法术家应该职责分明,法学家的职责在于创立法学原理供法律家来应用,至于法术家应用研究与否,如果应用,应用

于何时、何地,都取决于法学家。

第二,我们前面提到学术与政治的关系是中国学术型法治构建模式的重要方面,学术与政治是彼此独立但又存在密切联系的关系,其具体表现是什么呢?在中国学术型法治构建模式中,“学”与“术”是分离的,那政治与“学”的关系是什么?与“术”的关系又是什么?

新儒家代表人贺麟先生在《学术与政治》一文中对学术与政治的关系问题作了深刻的剖析,对我们回答上述问题有深刻的启发。一方面他认为学术与政治是两个不同的领域,“学术有学术自身的使命与尊严”,“学术有学术的独立自由,政治有政治的独立自由,两者彼此应当互不侵犯”^[17]。另一方面,他又指出,学术与政治有着密切的联系,是一种“体”与“用”的关系,“学术是‘体’,政治是‘用’。学术不能够推动政治,学术就无‘用’,政治不能够植基于学术,政治就无‘体’”,“学术是政治的根本、政治的源泉”^[17]。很明显,贺麟先生在这里所使用的“学术”概念,是“学”与“术”不分的概念,所以不存在“学”与“政治”,“术”与“政治”的关系问题,但在中国学术型法治构建模式中,“学”与“术”是分离的,必然存在“学”与政治、“术”与政治的关系问题,它们是一种什么关系呢?借鉴贺麟先生的论述,笔者认为,在中国学术型法治构建模式中,“学”与“术”都应该与政治相对分离,但两者与政治的关系又不完全一样。笔者对其的界定是:“学”是政治之体,而“术”又是政治之用。因为这里的“学”就相当于贺麟先生所说的“学术”,而“术”是对“学”的具体落实,其不可能为政治之体,相反,它为政治之用,倒是很符合中国的国情。但又需要特别说明的是,在此,虽然“学”是政治之体,但必须以坚持基本政治原则即四项基本原则为前提。

界定清楚“学”与“术”的关系、学术与政治的关系后,便可探得中国学术型法治构建模式的具体设想。这种模式的具体设想有两种不同的学说可以借鉴,一种是“指路说”,一种是“绘图说”。蒋立山先生在谈到法理学使命时说,所谓“指路说”,是“法理学把自己视为中国法治的设计者,法理学对中国的法治前途的理论设计负有某种责任,它有义务、有责任对中国法治的目标与前景问题作价值判定,为中国的前景指点出路”。所谓“绘图说”,是“法理学的作用在于从相对超然的位置上观察和思考中国法律的历史、现状并预测其未来,说明中国法治实际已经呈现出来的样子和将来可能会呈现的样子。这种角色不需要自己的主观价值参与,不需要为中国法治指点迷津”^[18]。把这两种学说运用到中国学术推进

型法治构建模式中,所谓“指路说”,是指学术应担负起中国法治设计责任,对中国法治的前景、价值定位,对其发展阶段、发展方式等各方面作出明确的规定和指导。而所谓“绘图说”,是指学术为中国法治描绘各种蓝图,对中国法治的前景、价值定位,对其发展阶段、发展方式等各方面提供各种可能的设计,但不为中国的法治作出明确的规定,指明明确的方向。

笔者认为,中国学术型法治建构模式采用上述两种学说中的任何一种都有失偏颇,在学术型法治建构模式中应兼采“绘图”与“指路”两种方法,最重要的是如何摆对“绘图”与“指路”的位置,处理好“绘图”与“指路”的关系。根据“学”、“术”分离的原则,“学”应主要承担“绘图”的责任,而“术”主要承担“指路”的责任。

基于“学”与“术”分离的观点、学术与政治的关系,借鉴“绘图”与“指路”两种方法,笔者提出中国学术型法治构建模式的具体设想是:坚持基本政治原则——通过专业的政治运作程序确定某一种法学思想、观点或几种法学思想、观点的结合或改造后的法学思想、观点为主流意识形态的法治建设思想、观点——通过具体的措施(法术)将主流意识形态的法治建设思想、观点具体落到实处。可以简称为“政—学—政—术”模式。

其一,政。坚持基本的政治原则。坚持基本的政治原则,指的就是坚持四项基本原则,这是不能动摇的政治前提。

其二,学。即法学,指提出各种法治建设的法学思想、观点。这是“绘图”阶段,学者在坚持四项基本原则的前提下,对中国法治建设问题,从自己的学术兴趣、知识背景、政治偏好、宗教信仰……各个方面提出自己的观点。这也是中国共产党的“百花齐放、百家争鸣”“双百”方针的体现。在此阶段,要坚决贯彻研究无禁区。所谓研究无禁区,首先是指在坚持四项基本原则的前提下,法治建设涉及的所有问题,都可以研究、讨论和争鸣。其次是不用政治民主代替学术自由。政治民主是少数服从多数。学术自由要保护不同的学派,要保护少数人的理论创新^②。

其三,政。通过专业的政治运作程序确定某一种法学思想、观点或几种思想、观点的结合或改造后的思想、观点为主流意识形态的法治建设思想、观点。上一阶段众多的法治建设思想、观点,从不同视角看,都有其合理性,都是智慧的结晶,但究竟哪一种或哪几种法治建设的思想、观点能成为主流意识形态法治建设的思想、观点呢?这就需要职业政治

②参见林文肯:《维护政治纪律 推动学术研究》,载《红旗文稿》2003年第19期。

家们运用政治智慧,从政治的角度通过专业的政治运作来确定。当然,也存在没有现成的思想、观点符合当前法治建设要求的情况,那就需要对现有的法治建设思想、观点进行改造,按照专业的政治运作程序改造后的思想、观点也可以成为主流意识形态的法治建设思想、观点。

其四,术。即法术,通过具体的措施将主流意识形态的法治建设思想、观点具体落到实处。包括两个方面的内容:一是“指路”的内容,指将已经确立的主流意识形态的法治建设思想、观点作为法治建设行动指南;二是行动的内容,指通过各种具体的措施即“法术”将主流意识形态、法治建设思想、观点落到实处。

这个模式的提出,其作用非常明显,它有利于改变中国法学研究“往往是跟在国家法制改革之后,诠释党和国家的政策和法制改革的重大决策,而对党和国家重大决策的事先深入研究、科学论证、完善建议较少”^[17]的局面。同时,这种模式也为从事法学、法术的工作者提供了明确的职责划分。

最后要说明的是,文中的学术以法学、法术为主,但并不限于此。

参考文献:

- [1] 郭学德. 试论中国的“政府推进型”法治道路及其实践中存在的问题[J]. 郑州大学学报:哲学社会科学版, 2001(1): 20-21.
- [2] 舒国滢. 中国法治建构的历史语境及其面临的问题[J]. 社会科学战线, 1996(6): 76-80.
- [3] 袁曙宏, 韩春晖. 社会转型时期的法治发展规律研究[J]. 法学研究, 2006(4): 21-40.
- [4] 杨亚佳. 中国法治发展模式的若干问题[J]. 领导之友, 2010(1): 27-28.

- [5] 杨朝晖. 法治建构应注重本土化与国际化的协调[J]. 湖北社会科学, 2004(8): 107-108, 148.
- [6] 谢晖. 法治的道路选择: 经验还是建构?[J]. 山东社会科学, 2001(1): 74-78.
- [7] 许苏民. 也谈学术、学术经典、学问与思想——对梁启超、严复、王国维观点的质疑兼评“现代学术经典之争”[J]. 开放时代, 1999(4): 107-114.
- [8] 梁启超. 清代学术概论[M]. 北京: 中国人民大学出版社, 2004: 271-272.
- [9] 王枬. 严复集(第四册按语)[M]. 北京: 中华书局, 1986: 885.
- [10] 郑东. 学术概念的特质与学术发展的动能[J]. 河北学刊, 2005(2): 29-32.
- [11] 马克斯·韦伯. 学术与政治[M]. 冯克利, 译. 北京: 生活·读书·新知三联书店, 2005: 37.
- [12] 马克·里拉. 当知识分子遇到政治[M]. 邓晓菁, 译. 北京: 新星出版社, 2005: 225.
- [13] 顾炎武. 日知录·与人书二十五[M]. 陈恒, 校注. 合肥: 安徽大学出版社, 2007.
- [14] 徐复观. 学术与政治之间[M]. 新版. 台北: 台北学生书局, 1985: 169.
- [15] P·诺内特, P·塞尔兹尼克. 转变中的法律与社会: 迈向回应型法(总序)[M]. 张志铭, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2004: 1.
- [16] 矶谷幸次郎. 法学通论[M]. 王国维, 译. 北京: 中国政法大学出版社, 2006: 51.
- [17] 贺麟. 文化与人生[M]. 北京: 商务印书馆, 1988: 248-252.
- [18] 蒋立山. 法理学研究什么——从当前中国实践看法理学的使命[J]. 法律科学: 西北政法学院学报, 2003(4): 21-28.

On the Construction of the Academic Mode of Promoting the Type of the Rule of Law

YIN Huaguang

(School of Law, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China)

Abstract: The Chinese development model of the rule of law, is a type of building model. Most scholars emphasize on promoting and naming the rule of law from political factors to the development and construction of the rule of law model. This article focuses on academic factors that promote the rule of law to name and research the development of building models of the rule of law. On this basis, this paper presents an idea of “politics-learning-politics-technique”. In accordance with the order, among them, the “political” refers to the fundamental political principles; “Learning” refers to the rule of law that puts forward a variety of academic ideas, viewpoints; “Political” means through the operation of a professional political process to determine a particular thought, point of view as the mainstream ideology of the rule of law building, perspective; “Technique” refers to specific measures that will be the mainstream thinking of the rule of law ideology, viewpoint specific letter.

Key words: academic; politics; construction of law; mode