

《北大法律评论》(2018)  
第 19 卷·第 1 辑·页 195—213  
Peking University Law Review  
Vol. 19, No. 1, 2018, pp. 195-213

## 作为符号的司法

——一般背景及中国表现

申 伟\*

### Justice as Symbol: Backgrounds and Performances in China

*Shen Wei*

**内容摘要:**司法建制及其运作过程与产出,具有丰富的符号意蕴。现代社会对司法也现实地提出了三个层面的符号性需求。转型时代的中国社会对中国司法的符号性需求集中体现为两个方面,即要求司法表征政治与社会的合法性与进步性;要求司法表征中国社会转型之平和可控性。

**关键词:**转型时代 中国司法 符号意蕴

#### 一、司法符号化:社会背景及司法的符号意蕴

司法的符号意蕴,指的是司法之于外部社会所具有的符号性意义或曰象征意义。显然,承认司法本身是一种符号、具有其符号性意义,是讨论外部社会对司法的符号性需求、司法向外部社会供给符号性产品、发挥符号化功能的前提。

---

\* 法学博士,兰州大学法学院副教授。

讲到司法<sup>〔1〕</sup>,人们一般都会联想到与司法有关的有形的、具体的制度、机构、事务、人员、活动,比如经常被人们谈及的司法“制度”、司法“体制”、司法“程序”、司法“机关”、司法“人员”、司法“活动”、司法“判决”等。司法在制度、机构、事务、人员、活动等层面的意蕴,理解起来极为直接而自然。若局限于司法自身来看司法,司法的面相似乎本就如此,也不过如此。

但是,当我们“跳出”司法,采取更广阔观察视角来认识司法,便会发现司法的意蕴远不止于上述制度、机构、事务、人员或者活动诸方面。司法的意蕴,非前述制度、机构、事务、人员或活动诸方面本身所能涵括者,最主要的便是司法——无论是作为制度、机构、事务、人员或是活动——之于其置身其中的外部社会中所具有的符号意蕴或曰符号性意义。易言之,“跳出”司法,置身现代化/法治化、社会系统分化以及现时代的后革命氛围等多维的历史时空语境<sup>〔2〕</sup>观察司法,我们将发现:司法乃是具有多重象征意义的符号。司法的符号意蕴,固然附着于司法的制度、机构、事务、人员或活动等,但决不能化约为这些制度、机构、事务、人员或活动。<sup>〔3〕</sup>

对司法的符号意蕴,本部分尝试交织追问两个问题:一是司法符号化的社会背景是什么,即司法因何会具有符号象征意义;二是司法符号化的典型表现是什么,即作为符号的司法具有怎样的象征意义。

#### (一) 现代化/法治化与司法的合法性符号意蕴

现代化/法治化与司法之间存在深层的共生、依存关系。并且,现代化/法治化话语不仅认同这种共生、依存关系,而且通过现代化/法治化言说正当化了这种共生、依存关系。现代化/法治化与司法之间上述数重意义上的共生、依存关系,是司法符号化的一个重要背景。

一方面,因为这种共生、依存关系,司法向来被视为现代化/法治化的必备

〔1〕“司法”在本文中既指涉以审判权和法院系统为中心的司法权力和司法机构建制本身,也指涉——并且重点指涉——司法权及其运作过程特别是法院所职司的审判权以及相应的审判权运作过程和该运作过程所产出的司法产品。相应地,“司法的功能”指的是司法权力、司法机构建制、司法权运作过程以及司法权运作的最终产品对于司法之外的诸社会子系统所应当并且能够发挥的作用。将法院及其行使的审判权视为司法及司法权的中心,并非本文臆想,比如卢曼即从系统论角度提出并论证了“审判权的组织是作为法律系统之中心的分系统”这一重要命题。参见卢曼:《社会的法律》,郑伊倩译,人民出版社2009年版,第168页。

〔2〕参见申伟:《转型中国司法问题的时间语境》,载《社会科学论坛》2016年第12期,第178页;申伟:《政治—社会语境中的司法》,载《理论月刊》2015年第1期,第90页。

〔3〕这一判断对于一般意义上的“法律”来说,也是成立的。学者汪庆华在关于行政诉讼的研究中论及“法律作为符号系统”所具有的价值和意义向度问题。参见汪庆华:《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,清华大学出版社2011年版,第19页。从西方历史上与法律有关的话语、文本、建制与实践频繁地运用“眼睛”这一隐喻符号以表达“法律”所象征的正义等超验价值这一点,亦可反映出法律的符号意蕴。相关论述,参见米歇尔·施托莱斯:《法律的眼睛——一个隐喻的历史》,杨贝译,中国政法大学出版社2012年版。

的构成要素之一。易言之,在上述背景下,有无相对完整的司法建制、司法运作是否符合经典司法观的预期(比如司法运作中排除“法官的个人在场”〔4〕,或曰将司法决定以及对司法决定的服从义务“去人格化”〔5〕),已然被默认为一个国家或地区是否处于现代化/法治化阶段的一个衡量标准。反过来则是,相对完整的司法建制、大致符合经典司法观预期的司法运作,已然被视为能够在一定意义上反映一个国家或地区现代化程度、法治化水平的标志。〔6〕人们相信“法官自己力争服从约束”〔7〕,因而愿意相信法官;人们相信“司法是客观的、中立的、不偏不倚的、正义的活动”(与之对立的是,政治则被认为“派系的、激情的、肮脏的”)〔8〕,人们认定司法活动表现出来的是“法律和正义之间的某种联系”〔9〕,更极端的则是径直将“正义”化约为“法治版本”〔10〕。

另一方面,现代化、法治化话语对这种共生、依存关系的认同特别是正当化渲染,进一步强化了司法对现代化/法治化的表征能力。如果说现代化、法治化的历史进程与司法的共生、依存关系还只能显示出司法是现代化/法治化的必备要素和明显外在标志的话,现代化/法治化的种种经典言说则“证明”了司法应当是现代化/法治化的必备要素和代表性标志;如果说在描述意义上还多少能够容纳司法与现代化/法治化之间的错位、偏离现象的话,那么依现代化/法治化理论在规范意义上所作的叙说,错位、偏离现象则被解释成了司法与现代化/法治化间的非正常关系。

概而言之,由于司法与现代化/法治化生成、衍变过程中共生、依存的历史现象,以及现代化/法治化理论对这种共生、依存现象的正当化论证,共同促成了这样的局面:“尽管司法机构的作用因国家和制度的差异而各不相同,但它通

〔4〕 R. M. 昂格尔:《现代社会中的法律》,吴玉章等译,译林出版社2008年版,第152页。

〔5〕 迈克尔·托贝:《法律哲学:一种现实主义的理论》,张平等译,中国政法大学出版社2012年版,第163页。

〔6〕 最高法院副院长江必新曾谈道:“公正司法与全面推进依法治国联系紧密,是全面推进依法治国不可或缺的重要组成部分,在一定程度上堪称依法治国进程的晴雨表,直接反映国家和社会的法治状况,直接衡量公民权益的保障程度。”江必新:《切实让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义》,载《人民法院报》2013年5月29日,第5版。汪庆华认为行政诉讼而非一般意义上的司法乃是一国法治水平的晴雨表和温度计。参见汪庆华:《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,同前注〔3〕,第1、3页。

〔7〕 美国法学家肯尼迪针对美国的情况,谈到人们想象的“法官的约束感”:“法官被假想为‘舍弃’与‘搁置’、‘抵制’与‘超越’了他们的个人利益、本能的或直觉的同情心、派系性的团体裙带关系以及个人的意识形态承诺。他们被假想为‘服从于’与‘他们自身’相比‘更大’、‘更高’的某种东西。”此外,人们在法官的深层想象中赋予了“训练有素的道德直觉”以及“惩治腐败的鞭子”这两种因素。参见邓肯·肯尼迪:《判决的批判——写在世纪末》,王家国译,法律出版社2012年版,第3—4页。

〔8〕 同前注〔5〕,第143—144页。

〔9〕 安德鲁·海伍德:《政治学核心概念》,吴勇译,天津人民出版社2008年版,第256页。

〔10〕 参见韦德·曼塞尔等:《别样的法律导论》(第三版),孟庆友等译,北京大学出版社2011年版,第230—232页。

常都能得到不同寻常的尊重,并被当成是与其他政府机构有区别的机构。”<sup>[11]</sup>易言之,司法已然渐次被视为现代化/法治化的表征符号,甚至被认为是现代化/法治化最恰当的表征符号,是“合法”与“进步”<sup>[12]</sup>的象征。

就当今中国来看,司法之被视为“合法”“进步”或曰“法治”之表征符号的现象,无论在政治话语还是学理叙说中,都平常而多见。一方面,在党中央近年来关于全国全社会发展的宏观战略、关于执政党治国理政基本方略的重要部署<sup>[13]</sup>中,司法(如关于司法体制改革、司法制度建设)始终都是作为依法治国、建设社会主义法治国家之关键性一环得到高度重视的。习近平关于全国司法体制改革所作的重要指示,亦明确强调“司法体制改革在全面深化改革、全面依法治国中居于重要地位,对推进国家治理体系和治理能力现代化意义重大”<sup>[14]</sup>。另一方面,学者们用以“测量”全国或各某地区法治状况、政府法治化程度时,也总是采用“司法”作为核心“测量”指标之一。<sup>[15]</sup>

## (二)“(政治)国家—(市民)社会”二元论与司法的自治性符号意蕴

自16世纪晚期<sup>[16]</sup>以来,“(政治)国家—(市民)社会”二元论逐渐成为西方

[11] 同前注[9],第256页。

[12] 司法象征着现代社会的进步性,这不意味着现代世界本身就是“纯粹的、绝对的进步”。诚如特洛尔奇所言:“人们没有理由径直将现代世界看成是进步本身。人们可以自由地评价现代世界的伟大,同时,也将感到它造成的损失与危险。”特洛尔奇:《基督教理论与现代》,朱雁冰等译,华夏出版社2004年版,第69页。

[13] 如2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》。

[14] 习近平:《坚定不移推进司法体制改革 坚定不移走中国特色社会主义法治道路》,载《人民日报》2017年07月11日,第1版。

[15] 比如上海社会科学院2018年9月17日发布了《法治中国司法指数研究报告》。就此,上海社会科学院法学研究所所长、长江特聘教授叶必丰认为,“法治政府司法指数是基于司法角度考察我国地方法治政府建设状况的量化标准和评估体系……(可用以——引者注)评估我国地方政府的依法行政水平”,“用看得见的方式显示我们离法治还有多远”。参见曹继军、魏娜:《上海社科院发布法治中国司法指数研究报告:上海法治政府建设有成效》,https://s.cloud.gmw.cn/gmrb/c/2018-09-17/1179965.shtml,最后访问日期:2019年1月9日。

[16] 这一时间节点与本文讨论所及的“国家”作为政治实体的成型时间与作为政治概念被英语法学与政治理论开始广为谈论的时间是内在一致的。英国政治思想史名家史金纳认为:“16世纪末期至17世纪初,是英语法学与政治理论最早开始广为讨论国家、国家地位与国家权力的时期。这些思想汇合后,更确定了‘国家’一词是被用来指涉一种特殊型态的政治联合或结合,也就是一个臣服于君主或统治集团的主权权威之下的人民的聚合体(universitas)。”昆丁·史金纳:《政治价值的系谱》,萧高彦编,台湾联经出版事业股份有限公司2014年版,第85页。20世纪美国著名的欧洲中世纪史学权威斯特雷耶认为:“今天我们看到的任何现代国家,都是基于1100年到1600年间在欧洲出现的模式。”具体来说,从世界历史特别是西方历史的角度讲,现代国家是在1500左右才成型的。详细讨论参见约瑟夫·R.斯特雷耶:《现代国家的起源》,华佳等译,格致出版社、上海人民出版社2011年版,第7页以及“普林斯顿经典版序(一)”第2、8页。20世纪伟大的政治理论家、历史哲学家沃格林则以“中世纪盛期和晚期”来标定这一时间节点。参见沃格林:《政治观念史稿·卷三:中世纪晚期》,段保良译,华东师范大学出版社2009年版,第136、152页。德国著名神学大家特洛尔奇就“国家权力与国家观念的崛起”亦曾评论道:“中世纪却没有一个作为行使全民意志的统一的、主权组织的国家,而且最初并不关心由谁来行使这种主权。”同前注[12],第45页。此外,关于中世纪晚期世俗国家形成问题还可参考英国中世纪史学名家沃尔特·厄尔曼(Walter Ullmann)的论述。参见沃尔特·厄尔曼:《中世纪政治思想史》,夏洞奇译,译林出版社2011年版。

政治哲学、社会理论的经典主张。“（政治）国家—（市民）社会”二元论建基于对国家与社会的一种特定的理解之上：一方面，对市民社会<sup>[17]</sup>“赋予某种规范性和意识形态的含义”，“在伦理上将市民社会置于国家之上”<sup>[18]</sup>；另一方面，对“国家”的理解，则强调其与政治、政府的关联性甚至将国家与政治画等号。<sup>[19]</sup>依此二元论观念，“社会”与“国家”的分立、对抗结构，成为政治哲学与社会理论关于社会与国家关系的理想模板。按照此二元论的主张，社会独立于政治国家、不被政治国家钳制、不被政治国家“殖民”、能够按照社会自身的逻辑运行，也就是说社会具有高度的自治性，就成为社会健康的核心标识。<sup>[20]</sup>不过，对持二元论立场的政治哲学、社会理论而言，其初期始终绕不开的一个重大问题却是悬而未决的，那就是：如何实现社会相对于政治国家的自治性？

源自西方政治哲学、社会理论的上述二元论观念，不仅逐渐成为西方法学理论、西方经典法治观、经典司法观中关于社会—政治结构与格局的当然预设<sup>[21]</sup>，而且，在立法、执法、司法这一法治环节区分中，与立法作为政治过程、执法必然归属于行政不同，司法不仅被理解为能够而且应当最大限度淡化政治色彩的法治环节，而且被认定为能够而且应当担负有效阻却政治国家侵扰、保卫社会自治性重任的重要力量。简言之，正是对国家—社会二元论的认同、对社会自治的追求，司法在西方法学理论、经典法治与司法观中获得了无上的尊荣，当然，同时也被委以对抗政治国家、保卫市民社会/社会的重任；司法独立，尤其是隔绝于政治国家这一特定意义上的司法独立——“（法官）位居政府机器‘之上’或‘之外’，不受政治影响”<sup>[22]</sup>，其意在“确立法律与政治之间的严格分离，并确保法治的维系”<sup>[23]</sup>，其事关法治的纯洁性或曰“法律的纯洁性”<sup>[24]</sup>（其核心是法律、法治不被政治侵蚀）与司法保卫社会的有效性——在法学理论、经典法治

[17] “市民社会”一词，含义极为丰富，且在历史上几经变迁，不同时期、不同学者强调的可能是该词汇的不同含义。日本学者植村邦彦经考证认为英语“civil society”最早引自亚里士多德的《政治学》，原指有别于国家的“国家共同体”（汉译亚里士多德《政治学》译为“政治社团”），亦即城市（城邦）。参见植村邦彦：《何谓“市民社会”——基本概念的变迁史》，赵平等译，南京大学出版社2014年版，第10—14页。

[18] 同前注[9]，第20页。

[19] 同前注[9]，第39—42页。

[20] 详细讨论参见邓正来：《关于“国家与市民社会”框架的反思与批判》，载《吉林大学社会科学学报》2006年第3期。

[21] 对此法治观，英国学者曼塞尔等人曾做过精彩评论：“在许多理论阐述中，一个永恒不变的主题是承认这一事实的重要性，正如本文开篇所提及的那样，在法治社会诸如法律等事物看起来是确定的、自足的和自治的，并或多或少区别于日常世界。”同前注[10]，第229页。

[22] 安德鲁·海伍德：《政治学的思维方式》，张立鹏译，中国人民大学出版社2014年版，第274页。

[23] 同前注[9]，第256页。

[24] P. 塞尔兹尼克、P. 诺内特：《转变中的法与社会：迈向回应型法》，张志铭译，中国政法大学出版社2004年版，第104页。



与司法观中被高度重视,也被赋予了神圣色彩。

让事情愈加复杂的是,法学理论、经典法治与司法观所推崇的司法,特别是符合“司法独立”这一要求的司法,在进入政治哲学与社会理论的视野后,其意义再一次得到了强调,其地位再一次得到了肯定。因为,自政治哲学与社会理论角度观之,法学理论、经典法治与司法观所设想的司法恰好解除了政治哲学与社会理论的长期困扰:借助如此这般的“司法”,此等政治哲学与社会理论支持和向往的社会相对于政治国家的自治性便有望实现了。

粗略回顾这段学说史可见,司法(尤其是司法独立)之所以在西方法学理论、经典法治观、经典司法观中备受推崇,司法(尤其是司法独立)之所以在比法律学更宏大的政治哲学、社会理论中获得一席之地并被委以重任,莫不源于近现代以来尤其是近现代早期的西方政治哲学、社会哲学中的“国家—社会”二元论预设。肇因于这一预设,司法地位神圣,俨然是堪与政治“分庭抗礼”的独立力量,大足以保卫社会自治,小足以捍卫法治纯洁。司法,成为法治纯洁与社会自治的经典象征。

### (三) 后革命氛围与司法的平和转型工具符号意蕴

以民众的当下生活化体验来看,如果说革命曾被神圣过<sup>[25]</sup>,那么当下的情况已不一样了,因为革命已经被还原成世俗现象了;如果说革命曾被民众热情欢迎过,那么当下的情况已不一样了,因为革命已经被很多人厌倦甚至恐惧了。因此,相比于革命被神圣化、受欢迎并被日常化、常规化地操作的那些“革命的年代”<sup>[26]</sup>,那么当下的情况已不一样了。对这种与“革命的年代”大不一样的时代情势,笔者姑且以“后革命氛围”<sup>[27]</sup>称之。由是观之,转型时代的中国,同样正处于这样的“后革命氛围”中。此正如学者任剑涛所观察到的:

从 1970 年代向前后各推三十年,中国人的社会政治感受可以说是全

[25] 政治学者任剑涛曾有精彩评论:“在社会政治革命的年代里,‘革命’这个词汇具有不可思议的神圣性。革命就等于绝对的正确、绝对的真理、绝对的价值、绝对的力量。革命成为个人行为、组织行为与国家行为的唯一正当理由。”“革命时代的价值结构是奇特的。除开‘革命’自身的绝对正当性之外,没有其他价值理念可以获得其存在的理由。”任剑涛:《后革命与公共文化的兴起——〈后革命时代的公共政治文化〉前言》,载《开放时代》2007年第2期,第149页。

[26] 这里仅仅是套用霍布斯鲍姆名著《革命的年代 1789—1848》之名,不包含本文对霍氏著作内容的任何赞同或批评意见。参见艾瑞克·霍布斯鲍姆:《革命的年代 1789—1848》,王章辉等译,中信出版社2014年版。而且,从所指涉的时代来看,本文此处用“革命的年代”即(中国)20世纪,在霍布斯鲍姆笔下则应该纳入“极端的年代”。参见艾瑞克·霍布斯鲍姆:《极端的年代(1914—1991)》,郑明萱译,中信出版社2014年版。

[27] 学界认为,较早明确提出“后革命氛围”一词的是美国历史学家德里克所著《后革命氛围》所提出的。参见阿里夫·德里克:《后革命氛围》,王宁等译,中国社会科学出版社1999年版。“后革命氛围”在政治学中,具有丰富的意蕴,附着着学者们关于马克思主义、社会主义、资本主义等“大问题”的复杂理解。本文虽然同样使用“后革命氛围”一语,但并不触及前述意蕴,也不代表笔者对学者的相关见解的认同或反对立场。

然不同的。1976年以前,中国是一个典型的、处于社会政治革命绝对正当化境地之中的国家。整个国家弥漫着理想主义、英雄主义、浪漫主义与整体主义的气息。与这种革命的社会政治氛围相伴随,阶级与阶级斗争的观念成为整个国家最为激越人心的观念。1978年以后,中国逐渐告别了革命时代的政治狂热,进入了一个务实的现代化建设时期。革命的绝对正确被建设的需要所替代。国家的社会政治氛围渐渐由现实主义、平民主义、务实哲学与分析思维所塑造。中国进入了一个正正然的后革命时代。<sup>[28]</sup>

因此我们可以发现,置身于当下中国的“后革命氛围”中,人们对社会转型的平和可控性倍加珍视,对社会转型过程中的暴力、动荡愈加警惕,对一揽子变革方案的承诺越发怀疑,而对有望促成平和可控的社会转型的那些路径与策略则至为看重。“在后革命时代,急风暴雨式的政治的号召力显然已经不是那么强烈了,甚至可以说这种政治形式已经丧失了号召力。”“在后革命的政治处境中,首先是我们的政治思绪,其次是政治行动,都变得来逐渐淡漠、专业而技术了。”<sup>[29]</sup>值此社会情势下,作为(一种)制度性、累积性、平和可控的有计划社会变迁工具的司法<sup>[30]</sup>,渐次被人们看到其在促成平和可控的社会转型方面可能具有的积极意义。况且,逐渐被关注到的通过司法促成重大社会变革的域外成功经验,也佐证了人们关于中国司法积极效用的判断,强化了人们对中国司法的想象和期待。

因此,在中国“后革命氛围”中,“激进、冲突、对峙、激情”的“革命的逻辑”逐渐被“温和、平稳、渐进、理性”的“后革命逻辑”取代<sup>[31]</sup>,暴力、动荡、不可控的社会变迁策略被排斥,除了政治行动(核心政治主导力量理性的顶层设计)外,司法就成了关注中国社会转型、致力于促成社会转型的人们实现社会平和变革期许的最主要的——甚至就是唯一的——承载者了。正是在这个意义上,当下中国司法具有了标示中国社会平和转型的意蕴。

## 二、如何讨论外部社会对中国司法的符号性需求

至少有两个方面的因素,对于认识转型时代外部社会对中国司法的符号性需求具有重要影响,或者说限定了我们认知与讨论外部社会对司法之符号性需求这一问题的方式。

一是外部社会对司法之符号性需求的独特性,决定了对符号性需求的恰当

[28] 同前注[25],第148页。

[29] 同前注[25],第156—157页。

[30] 对“司法是一种制度性、累积性、平和可控的有计划社会变迁工具”这一命题,笔者另有撰文详论,此不赘述。参见申伟:《论转型时代中国司法的定位》(未刊稿)。

[31] 同前注[25],第152页。

的讨论方式势必不同于对产品性需求<sup>[32]</sup>的讨论方式。

对司法的两类需求的讨论方式差异,源于两类需求之间的差异。较之于对司法的产品性需求,外部社会对司法的符号性需求具有以下特点:第一,这类需求的最终指向不是司法裁判,也就是说此类需求其意不在获得具体的司法裁判。第二,这类需求的表达途径不以个案诉讼为必要,甚至在绝大多数情况下都不是通过个案诉讼形式来表达的。第三,作为这类需求形成之社会根源的“社会问题”,通常都不是具体的社会矛盾纠纷。首先,如果从“司法目的”的不同层面<sup>[33]</sup>来看,这类需求的来源大多与“根本目的”或者“阶段性目的”中的转型启动时滞、转型走向偏差等较为抽象的“社会问题”相关,而主要不在于转型过程中的具体问题。<sup>[34]</sup>其次,作为这类需求形成之社会根源的“社会问题”,与个体性社会矛盾(或曰非基础性社会矛盾)或者结构性社会矛盾(或曰基础性社会矛盾)中的任何一类矛盾纠纷都欠缺必然、显在的对应关系。<sup>[35]</sup>第四,与上述第一个特点相通的是,这类需求诉诸司法,不以生成这类需求的社会问题的“案件化”为前提。第五,对这类需求的司法确认过程,无法体现为个案诉讼中的司法审查判断过程。第六,对这类需求的司法回应,以司法发挥其符号性的象征功能为主要方式,而不直接体现为具体的司法产品亦即司法裁判——当然,司法对这类需求的回应是不可脱离其司法裁判之实践的。

综合上述讨论可见,司法符号化现象以及司法具有的符号化意蕴,源自司法所处社会情势、社会思潮以及人们的主观赋值等多重因素共同作用。这些因素,特别是社会情势、社会思潮,几乎都是在较长历史时段内绵延流淌的,而非瞬时现象。此外,外部社会对司法的符号性需求通常不是源于某些具体的社会矛盾纠纷,而是源于像社会发展根本走向、国家治理整体状态、社会运行总体形

[32] 外部社会对司法的现实且正当的需求,笔者认为宜区分为产品性需求与符号性需求两大类,司法回应这两类需求的供给则宜区分为产品性供给和符号性供给。相关讨论,参见申伟:《司法产品的分类及其供给》,载《暨南学报:哲学社会科学版》2016年第12期,第101页。

[33] 转型时代中国司法的目的,换个说法,也可以被称为转型时代中国司法(应当并且能够)完成任务、实现的目标或追求的价值。基于对社会转型的特别关切,以及对目的层次性的考量,笔者认为转型时代中国的目的可区分为“根本目的”与“阶段性目的”两个层次。前者指的是转型时代的中国司法在其制度设计、运作实践诸方面所致力实现的终极性的目标,即作为社会转型之终极目标的达致“更美好的社会”;后者指的是在以促成“更美好社会”为根本目的的前提下,处于社会转型过程中的中国司法应当并且能够促成其实现正当的阶段性目标,可类型化为触发社会某些方面的转型过程(文中简称为“触发转型过程”)、解决转型中具体问题(文中简称为“解决转型问题”)、引导转型过程(包括事前的主动引导转型过程与对转型过程中出现的方向性、策略性偏差予以事后的纠正)三个方面。

[34] 从现代国家的生成过程来看,外部社会——尤其是国家及其政府体系——对司法的符号性需求,在一定程度上与特洛尔奇察觉到的“摆脱教会和宗教最高权力的解放运动中产生的”现代国家既“不得不容许超验的普遍价值和真理存在下去”但又“深深地感觉到对于这个精神世界无能为力”这一根本处境具有莫大的关系。详细讨论,同前注[12],第46页。

[35] 相关讨论,参见申伟:《失衡社会的纠纷类型化与诉讼模式研究》(未刊稿)。



势等一类的“总体性问题”或曰“大问题”；而且，符号性需求的强烈与否、迫切与否固然与特定社会阶段的社会结构特征（“大问题”）相关，但并不见得与这一阶段的个体性社会矛盾纠纷或者结构性社会矛盾纠纷中的任何一类矛盾纠纷具有什么必然、显在的对应关系。基于这些判断，笔者认为，讨论转型时代外部社会对司法的符号性需求，并非必须以对社会矛盾纠纷的类型分化之认知为前提。这是跟讨论产品性需求时<sup>〔36〕</sup>采取的讨论方式不一样的地方。

二是，中国司法三种符号意蕴之间的关系对讨论方式的限定。

上文反复提及，每一种符号性意蕴都是基于从某个特定角度所观察到的现代政治—社会的宏观的结构性特征而提出的，司法的上述每一重符号性意蕴，其实都依赖于我们对司法所处之现代政治—社会宏观性、结构性特征的某一个观察角度以及从这一特定角度所观察到的司法与现代政治—社会整体之间的关系。也就是说，理解司法的每一种符号性意蕴，都必须以对现代政治—社会某一层面的宏观特征的认识为基础。或者说，只有当我们基于特定观察角度、凸显司法所处之现代政治—社会的某一层面的根本性特征时，与之对应的司法的符号性意蕴才有可能被凸显出来。具体来讲则是：只有突出了现代政治—社会的现代化/法治化的宏观走向以及司法与现代化/法治化的相互依存、共生关系时，“表征政治治理与社会运行的现代化/法治化的合法性符号意蕴”才有可能得以凸显；只有突出了现代政治—社会的“二元分立”预设，“象征法治纯洁与社会自治的自治性符号意蕴”才可能得以凸显；只有突出了现代政治—社会变革中浓烈的“后革命氛围”，司法的“象征社会变革平和可控性的转型工具意蕴”才可能得以凸显。

正因此，上文虽然将司法的符号性意蕴区分为“表征政治治理与社会运行的现代化/法治化的合法性符号意蕴”“象征法治纯洁与社会自治的自治性符号意蕴”以及“象征社会变革平和可控性的转型工具意蕴”三重意义，但这并不意味着司法的三重符号性意蕴是彼此不兼容的，当然更不意味着司法的三重符号性意蕴在现实中是彼此分开、独立向外释放的。其深层理由在于，司法置身政治—社会是一个整体的系统，司法的每一重符号性意蕴所依赖的政治—社会的某一个层面的结构性特征在政治—社会中实则是系统性地联系在一起。

具体到司法的三重符号性意蕴所依赖的政治—社会的结构性特征而言，作为司法合法性符号意蕴之背景的“现代化/法治化”与作为司法自治性符号意蕴之背景的“（预设的）国家（政治）—社会”二元格局，显然就是现代政治—社会的难以区分开的结构性特征；相比较而言，作为司法平和转型工具符号意蕴之背景的后革命氛围下有计划社会变迁局势，与“现代化/法治化”“（预设的）国家

〔36〕 同前注〔32〕，第102—103页。

(政治)—社会”二元格局之间虽有关联,但却是可以大致区分开的。之所以如此,是因为“现代化/法治化”“(预设的)国家(政治)—社会”二元格局都与“现代化(性)”对“何为现代化(性)”的深层预设相关;但是,后革命氛围下有计划社会变迁局势与“现代化(性)”对“何为现代化(性)”的深层预设则没有直接、显在的关联。

司法的三重符号性意蕴依赖的政治—社会结构性特征之间的上述关系,对理论叙说带来的影响是:在讨论司法或者中国司法可能具有哪些重大符号性意蕴时,固然可以对这三重符号性意蕴分开讨论——就如上文那样;但是,反过来,当追问现实政治—社会对中国司法提出了怎样的符号性需求时,则不宜照搬上述叙说方式将三重符号性意蕴分开。具体而言,则是:现实的政治治理、社会运行对司法的第一重和第二重符号性意蕴的需求,往往是夹杂在一起的,因为需求的根源都在于基于“现代化(性)”对“何为现代化(性)”的深层预设所展开的政治治理、社会运行实践;与之不同,“后革命氛围”下的社会变迁对司法的平和可控社会转型工具意蕴的需求,则具有相对独立性,可以分开把握。

鉴于此,本文以下对当下我国政治治理与社会运行以及社会转型大趋势对中国司法的符号性需求的讨论,将把现实的政治治理、社会运行对司法的第一重和第二重符号性意蕴的需求合在一起讨论,并将其统称为(外部社会)“需要司法表征政治与社会的合法与进步性”;把“后革命氛围”下的社会变迁对司法的平和可控社会转型工具意蕴的需求单列讨论,称之为(外部社会)“需要司法承载社会平和可控转型之期待”。

### 三、转型时代对中国司法的符号性需求

以外部社会对司法的需求是否指向现实而具体的司法产品[既包括常规性司法产品也(可能)包括敷衍性司法产品]为标准,应该并且也可以将转型时代外部社会向中国司法提出的现实且正当需求区分为两大类型,即产品性需求与非产品性需求(本文亦称之为“符号性需求”)。其中,对司法的产品性需求,指的是转型时代外部社会已然或虽然尚未提出但却有理由提出的、指向现实而具体的司法产品,亦即司法裁判(包括司法裁判过程及其所作出的司法裁判决定)的那些正当需求。对司法的符号性需求,与对司法的产品性需求相对,指的是转型时代外部社会已然或虽然尚未提出但却有理由提出的、指向司法所具有的符号性意蕴或曰象征意义(而非具体的司法产品/司法裁判)的那些正当需求。概言之,转型时代外部社会对中国司法的产品性需求和符号性需求,前者是对“物”(司法裁判)本身的需求,而后者是对物(前述作为“物”的司法的制度、机构、事务、人员或活动等)之“意义”的需求。

承上节所论,下面就中国转型时代外部社会“需要司法表征政治与社会的

合法与进步性”“需要司法承载社会平和可控转型之期待”这两类符号性需求进一步展开讨论。

#### （一）需要司法表征政治与社会的合法与进步性

这一层面的符号性需求指的是，社会转型期的中国社会从整体上要求司法以其自身的方式来表征社会整体的合法性与进步性。正如上文曾特别说明的，如果结合前述司法的符号意蕴来看，外部社会对司法的这一层面需求与“司法表征着政治治理与社会运行的现代化/法治化”以及“司法象征着法治纯洁与社会自治”这两重符号意蕴具有更直接、更紧密的联系。

首先，就这一层面的符号性需求的具体含义，须先说明几点。

一是，这里所谓的合法性与进步性，是在抽象意义上讲的。也就是说，社会整体期待司法所反映或表征的合法性，不可能是任何实证法或法条主义意义上的合法性，而仅仅只是抽象意义上的合法性，或者说抽象意义上的正当性。同样，社会整体期待司法所反映或表征的进步性，也并非相对于作为确定参照标准的某个特定社会、国家或特定历史时代的进步性，而仅仅只是抽象意义上的进步性。在现代化/法治化被视为现代国家政治治理与社会运行合法性与进步性的最突出标识的语境下讲，所谓“抽象意义上的合法性、进步性”就是所谓的现代性、法治化。

二是，这里所谓的“社会转型期的中国社会”，或者本文在同样意义上使用的“外部社会”，是在整体意义上讲的。易言之，作为整体的国家、社会要求司法来表征其合法与进步，但本文既无意也无力具体指明究竟是司法之外的哪个子系统、哪个特定的群体或者是哪个特定的社会领域如此期待司法来表征其合法性与进步性。同样的，系争个案中司法裁判对涉诉国家公职人员行为的合法性认定，甚至像结构性诉讼<sup>〔37〕</sup>中可能涉及的对某一特定的社会结构的肯定，这些并非此处关注的外部社会整体意义上的合法性、进步性问题。

三是，所谓“社会转型期”，并没有什么实际的限定意义。也就是说，在本文看来，“需要司法表征政治与社会的合法与进步性”这种符号性需求，并不是转型期的国家、社会才具有的需求，而是在司法被赋予种种正义色彩以来的各个国家或者地区在各个社会时期，几乎都存在的需求。

其次，以司法来表征政治与社会的合法与进步性的需求可拆解为下述三个方面的具体要求。这些具体要求，反过来看，也是司法发挥其表征政治与社会的合法与进步性功能的典型方式。

一是，要求必须设置常设性的司法建制。其意思是说，今时今日，外部社会必然要求我国必须具备常设性的“司法”建制。这一建制的核心构成要素包括

〔37〕 相关讨论，同前注〔35〕。

以法院为中心的司法机构<sup>[38]</sup>，以法官为中心的司法人员，以诉讼法、法院组织法、法官法为核心的法律体系和以审判为核心司法活动等。

设置常设性的司法建制，显在的考虑或许是为了满足外部社会对司法的产品性需求，也就是为了经由司法作出司法裁判，由此以司法的方式审理案件、解决系争案件中的个体性的或结构性的社会矛盾纠纷，甚至是通过司法“实施政策”<sup>[39]</sup>，等等。不过，司法建制设置之后的实际工作及其效果，并不是这里关注的重点。这里要揭示的是，在现代化/法治化被视为现代国家政治治理与社会运行合法性与进步性的最突出标识的语境下，仅仅是设置司法建制这一事件本身，就具有强烈的象征意义。因为，这一事件本身，就昭示了“我们”已然具有了现代国家政治治理与社会运行合法性与进步性的最突出标识。在“‘我们’是有司法的”这一自豪的宣示背后，潜藏的正是“我们”已然在司法建制方面符合了现代、法治国家的标准这一自我辩护理由。

当然，“‘我们’是有司法的”与“‘我们’是现代的、法治国家”之间，并不等同。但是，这并不影响“有司法”（设置常设的司法建制）本身就具有的象征意义。或者，不妨设想一下，在“现代化、法治化”已然成为国家与社会文明与否、合法与否、进步与否的一个通行判准<sup>[40]</sup>的当今世界，有哪个国家在其国内连司法建制都尚未成型的情况下敢于向世人标榜其是现代化的、法治化的国家？

就此而言，转型时代中国对司法的符号性需求，最直接、最浅在的要求就是司法作为常设性建制的存在本身。<sup>[41]</sup>

二是，要求必须设置健全的司法建制。其意思是说，对于外部社会整体来说，一旦希望以司法来更好地表征其国家政治治理与社会运行合法性与进步性，就不能仅仅满足于“有司法”，而是必须对常设性的司法建制的构成要素、整体特点等设定基本要求，亦即要求司法建制必须是健全的。

粗略地讲，所谓健全的司法建制，可从司法体制健全性、司法制度健全性、司法机制健全性、司法系统健全性以及关于司法的相关法律、法规的健全性等多各方面予以理解。比如，设若在宏观的政治体制架构中未就司法作出体制定

[38] 前文述及，卢曼亦从系统论角度提出并论证了“审判权的组织是作为法律系统之中心的分系统”。同前注[1]，第168页；参见尼可拉斯·卢曼：《法院在法律系统中的地位》，陆宇峰译，载《清华法治论衡》2009年第2期，第118页。

[39] 此系借用达玛什卡关于“政策实施型司法”的经典表述。参见米尔伊安·R.达玛什卡：《司法和国家权力的多种面孔——比较视野中的法律程序》（修订版），郑戈译，中国政法大学出版社2015年版，第114—121页。

[40] 参见布雷恩·Z.塔玛纳哈：《论法治——历史政治和理论》，李桂林译，武汉大学出版社2010年版，第1—7页。

[41] 不过，在未及司法的实际表现的情况下肯定司法建制本身的符号意义，难免引起误解，招致“立牌坊”之讥。但问题是，若非认同“牌坊”的符号意蕴，若非认同“立牌坊”这一举措本身的象征意义，明知所行非牌坊所昭示者，我行我素即可，何须“立牌坊”？

位,导致司法在现行政治架构中成为无所依傍的浮物,司法在体制上就很难称健全;设若一国竟未确立审判制度,纵有各级法院机构,其司法同样也难称是健全的;如此,等等。显然,这些都是常识,不用赘述。

正如上文关于“设置司法建制”的讨论中谈到的一样,外部社会要求设置健全的司法建制,固然可从司法建制的健全性对司法实际运作及其效果可能具有的积极意义的角度作出解释。但是,这也不是此处关注的重点。这里所关注的仍然是,在现代化/法治化被视为现代国家政治治理与社会运行合法性与进步性的最突出标识的语境下,设置健全的司法建制这一事件本身,所具有的象征意义。

前文述及,从“‘我们’是有司法的”到“‘我们’是现代的、法治国家”之间,实际上还存在极大的距离。而设置健全的司法建制这一事件,正是缩短上述距离的一个明证。换言之,如果说以“‘我们’有司法”为凭宣告“‘我们’是现代的、法治国家”仍底气不够的话,那么,在“设置健全的司法建制”后,不仅足以理直气壮地宣示“‘我们’是现代的、法治国家”,而且还可据此为凭,宣示“‘我们’的现代化、法治化状况甚佳”<sup>[42]</sup>。就此来看,对于势必追求国家政治治理与社会运行合法性与进步性的中国而言,“设置健全的司法建制”的象征意义应该较为明了。

当然,“设置健全的司法建制”与“‘我们’的现代化、法治化状况甚佳”之间仍然还存在鸿沟。不过,这也不足以减损“设置健全的司法建制”的意义。况且,也正因为存在这样的鸿沟,即便抛开司法建设工作后果不论,“司法建设”本身就足以成为所有致力于现代化、法治化的国家与社会政治生活中正确的大事。对转型时期的中国而言,亦如此。

三是,要求司法以其实际表现表征政治、社会合法性与进步性,赢取公民对政治与社会合法性、进步性的认同。这是指,对于外部社会整体来说,在以司法标示其政治治理与社会运行现代化/法治化的过程中,除了要求设置司法建制以及要求司法建制的健全性之外,势必进一步要求司法以其表现赢取公民对政治与社会合法性、进步性的认同。正如汪庆华所言:“政府和司法部门在利用着司法的话语不断再生产自己的合法性,但是这种合法性更多的是一种符号意义上的合法性。”<sup>[43]</sup>显然,这一层面的需求,主要来自外部社会中的政治和行政力量。相比较而言,上述设置司法建制以及健全司法建制两个层面基本不涉及司

[42] 关于“法治量化指标”的讨论,参见朱景文:《中国人民大学中国法律发展报告 2015:中国法治评估指标》,中国人民大学出版社 2016 年版;李壮:《法治指标体系构建的法理思考》,云南大学硕士学位论文,2012 年;黄姗姗:《法治指标体系研究——基于成都市地方政府社会管理能力绩效评价体系新构想的分析》,西南财经大学硕士学位论文,2010 年;陈海燕、张庆旭:《社会主义法治评价指标量化研究》,载《科学社会主义》2009 年第 4 期,第 69 页。

[43] 汪庆华:《政治中的司法:中国行政诉讼的法律社会学考察》,同前注[3],第 69 页。



法的实际表现及其效果问题,而这一层要求则具体关涉司法实际表现及其效果。

具体来看,外部社会对司法这一层符号性需求,可能表现为两种形式。

第一,要求司法以其业绩为政治以及政府增色。其一,要求司法以其实际表现增强公民对国家政治体制的认同;其二,要求司法以其实际表现增强公民对社会运行状态的认同;其三,要求司法以其实际表现增强公民对政府业绩的认同。固然,公民认同政治与社会合法性、进步性的依据,最具有实质意义的应当是国家政治体制、社会运行状态以及政府业绩本身。但鉴于现代化、法治化预设了司法运作状况与国家政治体制、社会运行状态以及政府业绩之间的内在关联,加之一般公民大多常常易于模糊司法与国家政治体制、社会运行状态以及政府之间的边界,因此,在社会—政治生活以及政府的日常行动中常常可看到的一种现象就是:不仅社会公众易于将司法业绩归功于宏观的政治、社会或是作为行政力量的政府——尽管其间本是不可通约的,而且政治家、政府机构也习惯于有意无意地将司法业绩视作自身的业绩。正是在此背景下,可以理解为何司法业绩竟能表征政治、社会的合法性和进步性,也可以理解外部社会诸力量(尤其是政治领导力量、社会领导力量以及行政领导力量)不仅会以司法业绩表征自身的业绩,并且往往还很有效果。

第二,要求司法以其实际工作为政治治理以及政府运作分忧。这一要求,核心在于要求司法通过分摊政治治理、政府运作中面临的压力、承受那些原本针对政治、行政的批评,进而实现助益政治治理与政府运作合法性之效果。具体来讲,外部社会,尤其是政治与行政力量对司法的这种要求,典型的表现有两种:其一,要求司法分摊政治治理与行政运作中面对的压力,实现这一要求的核心机制是“将棘手的社会问题交予司法处理”;其二,要求司法承受原本针对政治、行政的批评,实现这一要求的核心机制是面对外界质疑、批评时将“错误”归咎于司法。

申言之,从政治治理与行政运作的立场上考虑,如果棘手问题是由政治力量、行政力量亲自面对的,那么附着于这些棘手问题中的种种压力势必直接指向政治与行政力量自身;同样,如果棘手问题是政治力量与行政力量亲自处理的,那么因处理这些问题的过程或者结果引起公众不满(无论政治与行政力量在处理这些问题时是否出现了偏误),那么这些不满情绪同样势必直接指向政治与行政力量自身。显然,如果政治与行政力量始终亲自承接这些棘手问题以及可能引发的不满情绪,那么政治治理与行政运作必定时常面临着社会公众的合法性拷问。这种随时可能提起的合法性拷问,对政治与行政力量而言,其风险不言而喻。因此,从政治治理与政府运作的立场上考虑,势必需要一个既能代其承接棘手问题又能代其承受公众批评、从而有助于化解政治与行政力量所

可能面临的风险的“角色”。在各类社会“角色”中,最适宜担此重任者,非司法莫属。

何以如此?端在于现代化、法治化以及“二元论”预设下的司法与政治、行政的“区别”刻意地得到了强调;既然是司法出面处理棘手问题的,那么压力就是司法的,政治与行政力量自可藏身于司法身后不需涉险——因为此时被强调的是“司法是司法,政治/行政是政治/行政”;既然因棘手问题引起的批评是指向司法的,那么承受批评的也是司法,政治与行政力量自可回避批评而不至于声誉受损——因为此时被强调的是“司法是司法,政治/行政是政治/行政”。

综上所述,司法无论是被政治、行政力量用来为其增色,还是被用来为其分忧,其背后的运作机理实则是相通的。因为,正是导源于现代化、法治化以及“国家—社会”“二元论”的预设,司法之于政治就同时具有了“表征政治治理与社会运行合法性”与“象征发展/司法纯洁性与社会自治性”的双重的符号意蕴;正是源于司法之于政治的双重符号意蕴,政治与行政力量才有可能既将司法的业绩归功于自身,又将司法所应对的麻烦以及引起的批评留给司法。显而易见,不论是以哪一种方式来发挥司法之于政治、行政的符号功能,其实质都是政治、行政力量对司法符号的征用。

## (二) 需要司法承载社会平和可控转型之期待

这一层面的符号性需求,指的是社会转型期的中国社会从整体上要求司法以其自身的方式来承载社会公众对中国社会转型的平和可控性之期望而形成的要求。外部社会对中国司法的这一层面的符号性需求,折射出的是中国司法与社会转型之基本关系,更进一步地,这也寓示着人们对中国司法与社会转型之关系应该并且能够报以怎样的期待。

结合前述司法可能具有的三层符号意蕴来看,外部社会对司法的这一层面需求与司法“承载着社会平和变革的期许”这一符号意蕴具有更直接、更紧密的关联。当然,正如前文(本文第一节)提及的,讨论转型时代外部社会需要中国司法承载社会平和可控转型之期待,其言说的核心前设是,基于中国司法与外部社会的系统性关联,转型时代的中国司法应当并且可以被定位为(一种)制度性、累积性、平和可控的有计划社会变迁工具。结合前文谈到的司法的符号意蕴的生成对主客观两方面因素的依赖<sup>[44]</sup>,该言说前设可转换为相辅相成的两个层面:一是司法的客观表现问题,即中国司法曾经或者正在以其实践运作扮演触发转型过程、引导转型过程或解决转型问题的作用;二是公众对司法运作实践的主观赋值问题,即社会公众因为司法的这些运作实践感知到了中国社会

[44] 对于司法符号意蕴的生成与释放如何依赖于诸多客观与主观条件,参见申伟:《司法如何可能象征社会?——司法符号供给的依赖条件研究》,载《中山大学法律评论》第17卷第1辑,第123页。

转型过程或转型目标之平和可控性。

易言之,转型时代外部社会对中国司法提出的“承载社会平和可控转型之期待”这一符号性需求,可类型化为两个方面的具体要求:

一是,外部社会要求中国司法至少在一定程度上可被视为制度性、累积性、平和可控的有计划社会变迁的突出标志,可被视为中国社会朝向“更美好社会”转型之象征。中国社会转型具有计划性、人为性、非自发性,而且国人也不可能任中国社会转型变成一个“随便怎么转都行、随便转向何方都行”的放任自流过程。也就是说,“中国社会转型是一个有计划的社会变迁过程”<sup>[45]</sup>。作为有助于促成中国社会实现有计划社会变迁、达致“更美好社会”的最可倚重的社会变迁策略之一,中国司法势必被寄予有效促成社会转型之厚望。因此,社会转型之各方重要力量,无论是政治主导力量还是其他社会力量,势必需要中国司法在大转型过程中扮演重要作用,不仅需要中国司法在触发中国社会转型过程、引导中国社会转型过程或解决中国社会转型问题上有实质性的有效作为,而且需要中国司法——从其静态建制到实际运作及其生成的司法产物——本身就是中国社会正在进行有计划的社会变迁、逐步接近“更美好社会”之转型目标的显在标志。

二是,外部社会要求社会公众至少在一定程度上相信中国司法能够制度性、累积性、平和可控地促成中国社会实现有计划社会变迁,相信通过司法实现社会建设、达致“更美好社会”的可能性。前文述及,司法的符号意蕴不仅依赖于司法在客观上的表现,而且也依赖于社会公众对司法的“主观赋值”。因此,外部社会若期待中国司法成其为社会平和可控转型之符号或标志,除了要求中国司法在触发中国社会转型过程、引导中国社会转型过程或解决中国社会转型问题上的有效作为外,势必还要求——更准确地讲,是期待,是渴望——社会公众相信通过中国司法实现中国的有计划社会变迁、促成中国社会转型达致“更美好社会”的可能性。更直白地讲,就是外部社会的各方重要力量——特别是社会转型的主导力量——势必期待、渴望社会公众(在关心到社会转型问题时)想到中国司法就当然地相信中国社会平和可控的有计划社会变迁正在进行而且相信“更美好社会”终将达致。

---

[45] 关于中国转型应是“有计划社会变迁”过程的这一点,学界亦有实质相通但略有不同的表述。如认为“中国的主动改革应当是在党和政府掌握改革主动权的情况下,有计划有步骤并有改革最终目标地推动改革,在确保国家统一和主权完整基础上实现社会平稳转型,以构建符合国情和人性基础上的民主法治社会”,同时认为“(中国的)主动改革应当有着明确的改革路线图及其最终改革目标,有着可掌控的改革期待”。李昌庚:《主动改革:中国社会转型的理想选择》,载《江苏社会科学》2014年第4期,第86—87页。此外,还有社会学者孙立平关于中国“渐进式改革”的深刻阐述。参见孙立平:《社会转型:发展社会学的新议题》,载《开放时代》2008年第2期,第57页。

#### 四、四点延伸讨论——代结语

为进一步澄清上文关于中国司法符号意蕴的讨论,这里补充并延伸讨论四个问题,作结全文。

首先,司法符号意蕴是否纯属主观虚构?

上文述及,近代以来特定的宏观社会政治情势对司法功能的外部要求、社会思潮对司法功能的学理论证与社会公众对司法功能的主观期待等多重因素汇流,以及外部情势与社会思潮、公众期望的交互作用,共同决定了司法在近代以来所呈现出的符号性意义。因此,一方面,司法的符号意蕴并非纯然的主观臆造,而是具有深厚的社会现实基础。另一方面,须特别强调的是社会成员对司法的主观“赋值”——对司法功能的评估、想象与期望——对司法符号意蕴的突出意义。这种赋值过程,实质上是一个“观念在制度上的叠置”<sup>[46]</sup>的过程,反映的是“语言符号建构社会现实”的“魔幻作用”<sup>[47]</sup>。易言之,关于司法的符号意蕴,固然不可忽视其客观的社会现实基础,但同样不可忽视甚至是更加不可忽视的是司法之符号意蕴对主观赋值的巨大依赖性。关于这一点,借沃格林的“符号是情感的浓缩物”<sup>[48]</sup>这一精彩论断来概括,显然再恰当不过。因此,只要一国仍处于前述近代以来的宏观社会政治情势下<sup>[49]</sup>,只要前述社会思潮仍然弥漫在社会中并构成人们理解社会—政治问题的基本理路,只要公众仍然对司法抱有上述期待,那么司法自近代以来所呈现出的上述种种符号意蕴就不会消退。

具体到转型时代的中国来讲,虽然现代化/法治化的具体样态<sup>[50]</sup>与路径有

[46] 沃格林:《政治观念史稿·卷三:中世纪晚期》,同前注[16],第145页。

[47] 参见沃格林:《政治观念史稿·卷一:希腊化、罗马和早期基督教》,谢华育译,华东师范大学出版社2007年版,第75页。

[48] 沃格林:《政治观念史稿·卷三:中世纪晚期》,同前注[16],第156页。

[49] 需说明的是,本文强调近代以来司法此等符号意蕴的现实性并不意味着在此前的历史时期司法不具有此等符号意蕴。事实上,早在12—13世纪的欧洲,司法的这类符号意蕴及其对政治权威的支持效果就已得到不同程度地展现。正如斯特雷耶所观察的那样:“那些试图建立规则的司法系统的统治者,几乎总能确保得到全体赞同。最好战的男爵也不能反对法庭的存在,虽然他们不一定执行裁决。”约瑟夫·R.斯特雷耶:《现代国家的起源》,同前注[16],第17页。

[50] 关于法治样态的单一化想象,顾培东先生曾评论道:“过去乃至今天,我国社会中始终存在着一种依恋和崇尚西方法治模式的思维偏向。这种‘西方法治模式’,并不是一个单一、确定的实体形态,也不是某一具体的西方国家的特定实践,它更主要是人们对其所接受的有关西方法治理论与实践的各种信息(甚至包括文学和艺术作品中的种种描述),进行理想化的提炼、筛选甚而推测后所形成的某种总体印象。虽然,基于对中国国情的实际考量,当代中国人并不认为中国法治的具体状态应当或可能会与西方法治模式完全相同,但很多人仍然会潜在地依照这种模式去想象和构画中国法治的应有状态和未来图景,把西方法治模式当作我国法治的摹本和示范,把西方法治的‘今天’视为我国法治的‘明天’。”顾培东:《中国法治的自主型进路》,载《法学研究》2010年第1期,第4页。

别于西方,但现代化/法治化无疑是中国社会—政治的宏观走向;虽然社会—国家关系并没有呈现出西方政治哲学、社会哲学所建构的“市民社会/社会—国家”的二元格局<sup>[51]</sup>,但公众尤其是知识阶层对社会自治性认同、吁求始终还是社会思潮中的一种有力声音<sup>[52]</sup>;虽然“革命”仍有不褪的神圣色彩,但暴力革命以及其他暴力性的社会运动、风雷激荡的社会行动却已极大地丧失了感召力。换言之,前述现代化/法治化、国家—社会二元结构以及“后革命氛围”,依然是理解转型时代中国司法符号意蕴的基本背景。也因此,当下中国司法的符号意蕴同样主要体现在三个方面:一是,司法表征着政治治理与社会运行的现代化/法治化,是合法与进步的象征;二是,司法表征着社会运行之于政治国家的独立性,是法治纯洁与社会自治的象征;三是,司法承载着社会平和变革的期许,是社会转型平和可控性的象征。

其次,关于转型时代中国司法符号意蕴的两个可能的误解及其解释。

第一,无论是关于司法符号化的一般性背景的讨论,还是关于转型时代中国司法的符号意蕴这个具体问题的理解,本文的用意仅在于从“是”的意义上揭示中国司法可能具有符号意蕴,而不在于从“应当”意义上表白立场。也就是说,前述阐述,不代表本文当然地认为司法的符号意蕴本身的正当性,比如说司法应当象征法治/司法纯洁性(或者说司法应当成为与政治隔绝的标志);也不代表本文认为司法的符号意蕴必定都具有正面的社会意义,因为符号难免存在被征用的可能。<sup>[53]</sup>

第二,对于迄今仍饱受业绩不彰、声誉欠佳、权威不高、独立性不够之批评的中国司法来说,本文关于其符号意蕴的上述讨论,极易被认为是对中国司法作用的无根据夸大和拔高。不过,这也是误解。首先,本文基本认同关于当下中国司法之粗陋、缺憾的前述批评意见,而且也坚持认为中国司法应当并且能够表现得更好一些。其次,中国司法问题多多,不等于说中国司法不足以成为具有上述种种象征意义的符号。因为司法符号意义不等于司法的实际表现,而是司法所处社会情势、社会思潮以及人们的主观赋值等多重因素共同作用的结果。这一点,前文已作陈明。最后,人们对中国司法批评激烈,也不意味着批评者必定是否定中国司法的象征意义的。结合近些年人们针对中国司法的种种意见来看,事实可能正相反。比如,若非潜意识里一定程度上接受了“二元论”

[51] 同前注[20];从个案角度对此“二元论”的反思,可参见申伟、朱佳林:《藏区法律冲突背后的利益博弈——基于民国时期甘南“杨麻案”的深度阐释》,载《兰州大学学报(社会科学版)》2013年第2期,第98页。

[52] 例如俞可平:《更加重视社会自治》,载《人民论坛》2011年第6期,第8页。

[53] 关于符号被征用的问题,“合同”这种通常与“意思自治”“契约自由”等意蕴相关联的事物被征用为国家农村治理工具可谓一例。详细讨论参见赵晓力:《通过合同的治理——80年代以来中国基层法院对农村承包合同的处理》,载《中国社会科学》2000年第2期,第120页。



预设以及司法作为社会自治的象征,因而默认中国司法应当成为独立于政治国家、独立于外部社会的独立力量,人们何以抱怨中国司法独立性不够?若非潜意识里认同了司法具有比行政更充分的正当性,也就是默认了司法作为合法性的象征,当司法无法就“强拆”等事件及其引发的矛盾纠纷予以审查时,人们何以唏嘘不已?因此可以说,对中国司法的诸多批评,一定程度上恰是公众“恨铁(司法)不成钢(符号)”的情绪流露,其效果恰是强化而非减损司法符号意义。

再次,本文所论,是否罔顾司法的“本职工作”?事实上,正如文中多次论及,中国司法的“工作重心”与“基础”自然是司法裁判、生产和输出司法产品,即向外部社会因应性地供给司法产品。司法因应性地供给司法产品这一客观层面的表现,显然是司法符号意蕴得以生成的客观条件,也是外部社会对司法予以“主观赋值”的前提。否则,舍弃司法裁判这一真正的工作重心与本职工作而刻意营造或追求司法的“符号意蕴”,既是舍本逐末,也是缘木求鱼,更是自欺欺人。而正视司法的符号意蕴,其意不过是说,虽然司法做好其本职工作是头等重要的,但其所作所为的意义——这依赖于其被如何看待、如何理解、如何想象——也很重要。

最后,本文虽有触及但尚不能深入讨论的问题较多,于此仅特别提及一点,即中国司法在向外部社会供给“符号”、生产“意义”方面的现实表现及其评估问题。该问题关涉多个方面,比如转型时代中国司法事实上是否生成并向外部社会释放了前述种种符号或象征意义、社会转型的主导力量是否意识到了中国司法之于社会转型的符号或象征功能以及社会公众是否相信中国司法的符号或象征意义等。深入讨论这一问题,方可诊断转型时代中国司法在意义生产方面的局限,察知社会转型主导力量对司法之象征功能的忽视,以及更具警示意义的,理解社会公众对司法象征意义之“相信”是何其脆弱但又弥足珍贵。鉴于篇幅所限,这些问题均由另文<sup>[54]</sup>展开讨论。

(审稿编辑 谢可晟)

(校对编辑 崔 斌)

[54] 参见申伟:《中国司法供给的效应局限——以产品性供给与符号性供给的区分为基础》,载《北方法学》2016年第5期,第15页。