

- [3] 张琪. 定义“中国”:出路抑或陷阱[J]. 政法论坛, 2005, (6): 66- 69.
- [4] [德] 拉伦兹. 陈爱娥译. 法学方法论[M]. 台北: 五南图书出版公司, 1996. “引论” 1.
- [5] [美] 弗里德曼. 李琼英, 林欣译. 法律制度——从社会科学角度观察[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994. 289.
- [6] 沈宗灵. 批判法学在美国的兴起[J]. 比较法研究, 1989, (2).
- [7] Edward L. Rubin, “Law and the Methodology of Law”[J]. Wis. L. Rev., 1997: 521- 565.
- [8] 郑永流. 安身立命, 法学赖何——法学的“科学性”及自主性散论[N]. 法制日报, 2001-01-14.
- [9] 洪逊欣. 法理学[M]. 台北: 洪林翠凤印行, 1998. 98.
- [10] 陈林林. 方法论上之盲目飞行——利益法学方法通盘置评[J]. 浙江社会科学, 2004, (5): 63- 71.
- [11] H. L. A. Hart. *The Concept of Law* [M]. Oxford: Oxford university press, 1994. 193ff.
- [12] 林来梵. 从宪法规范到规范宪法——规范宪法学的一种前言[M]. 北京: 法律出版社, 2001. 9- 10.
- [13] 林来梵, 郑磊. 所谓“围绕规范”——续谈规范宪法学的方法论[J]. 浙江学刊, 2005, (4): 138- 144.
- [14] 舒国滢. 从方法论看抽象法学理论的发展[J]. 浙江社会科学, 2004, (5): 39- 47.

走出洞穴, 走向何方?

郑戈

(法学博士, 香港大学讲师、博士生导师)

在柏拉图的《理想国》中, 有一个著名的“洞穴”比喻: 长期困于洞穴之中的“囚徒”, 借助火光在石壁上造成的影像来形成自己关于这个世界的观念。当他们被“解放”出来的那一刻, 他们面对并非影像的“真实事物”感到无所适从, 更会被明亮的日光灼伤双目。他们不会感谢自己的“解放者”, 乃至视其为仇寇。读完邓正来先生的《中国法学向何处去》一书(以下简称《何处去》), 这个比喻“自动”浮现出来, 因为它带给我的恰是一种“无所适从”的感觉。对于深深地嵌入在这个“现代世界”中的我们, 不借助“现代化范式”所提供的一整套概念、原则和逻辑, 我们如何思考自己的处境? 如何理解和思考法律? 如何建构“中国法律的理想图景”? 带着这些疑问, 我惶惑地写下了这篇文章。

文明古国, 如今沦为法外国度?

《何处去》将中国法律在世界格局中的位置作为立论的坐标, 这妥帖地反映了一位中国知识分子在全球化时代的焦虑。实际上, 全球化早在 1492 年便拉开了序幕。那一年, 一位叫哥伦布的热那亚人, 受西班牙国家的派遣, 带着致印度君主和中国皇帝的国书, 从巴罗斯港出发向西方扬帆而去, 由此发现了“新大陆”——美洲。尽管中国人、阿拉伯人、埃及人和西方人或许会对“球形的大地”这种观念的发明权展开争论, 但的确是“西方”人首先经验了地球。而全球化, 也伴随着西方人的贸易、掠夺、屠杀、传教、征服、殖民, 而渐次展开。西方将其地方性或区域性的“文明”成功地传播到幼发拉底河畔、底格里斯河畔、尼罗河畔、恒河流域、长江流域乃至黄河流域, 暴力与知识的结合成就了一种地方性知识的普遍化。

六百多年以后, 一位颇为开明的美国自由主义知识分子在《万民法》一书中将他为“自由世界”的国内政府总结出来的正义诸原则推演适用于国际关系领域。虽然罗尔斯小心翼翼地将“民众(peoples)”而不是“国家(states)”作为自己设想的国际关系图景中的主体, 从而有可能避免为“霸权主义”张目的指责, 但他的确为“自由诸国”通过各种手段(并不排除武力手段)去“解放”不属于这一阵营的诸国之人民提供了一种有效的正当化理论。而法律在区分各主权国家, 乃至在其间划分等级的操作中扮演着重要角色。这种划分在罗尔斯的理论体系中具有十分重要的意义。虽然罗尔斯秉承康德的遗志, 将“世界大同”与“永久和平”视为人类社会可欲且可能的完善状态, 但两次世界大战以及无数的区域冲突却使他感到有必要对上述状态最终实现之前的国际秩序做出解释并为改善这种秩序提供“理论指导”。以正义诸原则为判准, 罗尔斯首先区分了良序民众和非良序民众, 进而将前者区分为自由民众和正派的非自由民众, 将后者区分为法外国度、为不佳状态所累的社会以及仁慈的专制国家^①。

在这种理论所设想的世界格局中, 人权、法治、基本自由、民主制度、有限政府等等西方人民经过不懈

努力而取得的制度性成就被转化为普适的标准,世界各方民众必须接受这一标准的衡量,并据此而获得自己在世界格局中的位次。正像瑜伽被浅化一项“塑身运动”,禅修冥想被纳入健身操、慢跑之列,京剧被阐释为“北京歌剧”一样,其他文明中特有的东西,除非能够为西方文化所包容和改造,并以被改造后的形态而存在,否则便会濒临灭绝。这真应了一位法国学者的这样一项预言:“由于其根本特质,现代文化注定会变成一种全球性的单一文化。”^②而自由主义传统中所包含的多元主义及多文化主义因素,不过是对具有“可驯服性”的异质文化所展示的一种“君子风范”而已。

当一个经济上正在崛起的文明古国发现自己在世界文明格局中没有受到尊重的时候,该国最敏锐、最自豪的知识分子合情合理地在这种格局本身提出了质疑。《何处去》所发出的不是民族主义的情绪宣泄,而是一份对本土知识分子的邀请:邀请诸位共襄盛举,以期发展出一种中国的法律理想图景。我本人深为这项邀请所打动。毕竟,无论是模仿不像而导致的挫败感,还是模仿太像而导致的失落感,都不利于一种制度文明的身心健康。走出追逐影像的洞穴,走到自主创新的光天化日之下,想想看似似乎是一项不错的事业。但我对这项事业仍心存若干疑虑。

中国的,抑或法律的?

我们知道,法律,至少就其如今所呈现的形态而言,并非中国传统社会秩序的构成要素。作为一种系统的社会控制或秩序生成手段,法律是源自于“西方”的。自治的法律职业群体、自恰的法律推理模式、以统计学为基础的社会科学所提供的关于整个社会的人口、经济、犯罪率等方面的知识和信息,所有这些条件都缺一不可。而所有这些条件,唯有在西方才是原生的。从这种意义上讲,一种中国的法律理想图景似乎是不可能的,如果此处的中国是指传统的、未曾“西化”的中国。

简单地讲,传统中国的秩序理想图景是通过礼教而塑造君子(修身),从而将忠、孝、仁、义等社会价值内化为一部分人的个人美德,然后让这一部分人来统治和教化其他民众。这种理想图景与我们如今所理解的法律无论从知识支援还是从权力运作方式上来看都极为不同(见下表)。

	秩序形成方式	知识支援	权力运作方式
中 国	礼教	人文教养	礼治(人治)
西 方	社会控制	科学(包括社会科学)	法治

当然,这里的中国完全可能是当下的中西交融、传统与现代并存的中国。《何处去》一书的论证的确也显明地指向了这种可能性。但这种暗示却削弱了“中国法律理想图景”的独特性和必要性。由于中国本土并未产生关于“法律”的原生制度和观念,城乡差异、传统与现代并存等中国特有的现象完全可以被理解为有待解决的“中国问题”,而不一定是为建构理想图景提供素材的“中国资源”;在探讨可否以及如何建构“中国法律理想图景”之前,我们似乎有必要先澄清几个前提性的问题:(1)中国社会所特有的现象,比如传统因素和现代因素的并存,是否是未完成的现代化进程所留下的问题?更彻底、更深入的现代化(通过送法下乡、普及现代教育、建设社会主义新农村等举措)是否能够消除这些现象?(2)利用中国社会所特有的资源建构出来的理想秩序图景,是否极有可能不是一种法律的理想图景,而是非法律的理想图景?(3)如果硬要事先规定这种图景必须既是中国的,又是法律的,它是否极有可能仍然落入“现代化范式”的窠臼?我倾向于对以上三个问题都给出肯定的回答。

理想的,抑或经验的?

一种“理想”图景,无疑不同于我们所经验的现实状况,它必定基于某种关于“善”或“正当”的观念,为批判、评价乃至改善现状提供某种尺度。西方思想中的“自然法”便是这样的一种“理想图景”。但邓正来先生呼吁建构中国的法律理想图景,因此必须前置性地排除“自然法”这种西方概念。他所理解的“中国法律理想图景”,“是一种依凭对中国现实的‘问题化’理论处理而阐明或建构起来的中国自己的法律理想图景。”^[1]而建构这种理想图景的方法,是“在社会学 and 经济学既有研究的基础上对中国社会转型阶段做切实的研究。”^[1]

由此可见,邓先生所理解的理想图景,并非一种“规范的”抑或“超验的”观念图式,而是一种立足于经验的理论建构。但一种经验的研究,如何能够得出关于“善”或“正当”的结论?这种研究,又如何区别于邓先生所批评的、苏力所提倡的那种旨在解决“中国问题”的、实用主义取向的社会科学研究?对此,本书

并未给出明确的答案。而在本书的论证过程中,邓先生显然未加反思地将法学看成了一种社会科学,而并未注意到缺乏“实证性”的、基于法律人“内部视角”的法学同经济学、社会学之间的根本区别^③。

至此我们可以看到,邓先生试图在同一时间完成两件朝向不同面向、需要不同智识努力的事情:建构一种法律的理想图景并确保这种理想图景是中国的。前者是一种可以用来评价、观照和引导实定法的规范理念,而后者是一种经验的存在。借助一种社会科学的方法建构出来、基于对“转型时期”中国现实问题之深刻了解的图景,要么不是中国的,要么不是法律的,要么不是理想的。中国是一个经验的以及政治的概念;站在中国的立场,我们可以发现和提取出关于如何解决纠纷、如何形成秩序的地方性知识,但这种地方性知识并不一定是,乃至并不一定包含法律;法律是一个规范的、形式的乃至“全球性的”概念,以法律为目标,我们需要建构并“认真对待”权利、程序和规则,而这一整套制度性安排可能乃是发端并依赖于西方的地方性知识,因而不是,乃至不一定亲和于中国的地方性知识;就“理想”而言,一方面要具备批判性,另一方面要有实践意义上的可能性。当一种图景既是中国的、又是法律的,它要么是移植并经过中国经验过滤的,要么是在本土生长出来,并被披上法律这件“西”装的,因而已经是经过折中和妥协的实践产品,很难兼备批判性和超越当下实践的指引性。

现代化: 范式抑或态度?

在《何处去》一书中,邓先生对当下中国的法学研究展开了“一网打尽”式的总体性批判。他所批判的重点,在于他所指出的,所有这些研究中所隐含的一种“范式”,也就是“现代化范式”。在套用库恩的“范式”概念来进行如此总括性的批评的时候,邓先生似乎忽视了这一概念本身的一些特点,因而容易招致这样几点批评:首先,库恩的范式概念体现了一种对于社会心理的洞察:范式革命的发生,是由于一个共同体中的成员日益发现原有的一套概念、方法和思路已经越来越不足以解释新发现的现象,与此同时,一套新的概念、方法和思路在应对新现象的过程中悄然诞生,其所积聚的力量在某一时刻形成“共振”,使旧有的体系全面倾覆。而邓先生所指出的中国法学的“范式危机”,却并非中国法律人这个共同体的成员所感受到的危机,而恰恰是他个人借由深刻的哲学反思而看到并指出的危机^④。其次,邓先生仅仅指出了中国法学中普遍存在着一种“现代化范式”,而并未令人信服地证明这种范式处于“危机”之中,更没有建构出一套新的概念、方法和思路来取代之。最后,将纷繁复杂的中国法学各流派置于“现代化范式”的标签之下,不仅削弱了邓先生针对具体学说所作的批评的力度,更使得“范式”这一概念在被应用的过程中失去了塑造靶子的功用。关于邓先生所概括的中国四大法学流派的特点及其与中国法律理想图景之间的距离,请参见下表。我们可以看到,尽管邓先生在哲学反思的层面上洞见了这些法学流派之间的区别以及它们所共享的“前见”或“预设”,同时也明确点出了自己心目中的理想图景之图像与它们之间的区别,但在具体论述过程中却未能:(1)使自己的论式摆脱现代化语式的支配(比如,传统与现代并存的现象正是带着“现代化”的眼镜观察到的结果);(2)指明四大流派由于陷入“现代化范式”不能自拔而产生了“危机”;(3)未能看到这四大流派为解释不同层面上的中国现象和解决不同面向中的中国问题而做出的理论贡献。

	摆脱现代化范式的中国法律理想图景	现代化范式支配下的中国法学			
		权利本位论	法条主义	法律文化论	本土资源论
如何体认中国法律的当下处境	传统与现代共存;城乡、贫富差异,有待法律对治	由义务本位到权利本位	每一社会问题都需要立法加以解决;在有法可依之处,法学家只负责对具体法条予以学理阐释	中国社会的秩序格局迥然不同于西方;值此西方法律成为普世规矩之际,中国法律正努力改造自身	国家法与民间法并存;民间法有助于解决纠纷,国家法侧重于确立规则
如何引导中国法律的未来发展	立足于中国现实,发展出中国人自己认为可欲的或善的社会秩序	给予权利以越来越充分的保护	完善立法,改进司法,弥补漏洞,编织严密完整的法网	不仅移植西方法律之条文、机构和制度,而且引进支撑西法之运作的价值体系,包括宗教。使法律被中国人所信仰	就事论事解决问题;本土资源有用就用本土资源,西方规则有效就搬西方规则
如何评价实定法	根据“中国法律理想图景”(有待建构)来批判和评价实定法	根据各种国际通行的权利保护和权利实现标准	以法制文明发达国家的相应法律为标准	以发达国家的法律文化为标准,作整体性的考量和评价	以能否解决中国的现实问题为标准

解构之后,是否有可能建构?

作为批评者,邓先生享有学术场域的习惯和规则所支撑的特权:有选择地从不同视角出发找出“中国

法学”这头大象身上的毛病,而不必考虑这头有毛病的大象为何还能相对健康地生活,以及如果不让它如此带着毛病地生活它是否还有别的选择、还有何种选择的问题。当被问及此类问题的时候,他十分聪明地回答:“当我把你从狼口里拯救出来之后,请别逼着我把你又送到虎口里去。”但批评本身并不能构成有效的拯救,特别是当狼口和虎口成为仅有的两种选择的时候。

注释:

①参见: John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, New Edition, 2001. 或者参见此前一篇较短的文章: John Rawls, “The Law of Peoples,” *Critical Inquiry*, Vol. 20, No. 1. (Autumn, 1993), pp. 36- 68.

②Gérard Granel, “Monoculture? Inculture? (Perspectives du 3e Millenaire),” *in Poesie*, No. 86 (1988), p. 112.

③关于法学同社会科学之间的区别,请参见: 郑戈,《法学是一门社会科学吗?——试论法律科学的属性及其研究方法》,载《北大法律评论》,第一卷第一辑,法律出版社,1998年版。或者,郑戈著,《法律与现代人的命运——马克斯·韦伯法律思想研究导论》,法律出版社,2006年,第一章。

④法国科学史家康吉兰曾对库恩的“范式”概念提出了这样的批评:“与库恩一道,我们应对的仅仅是社会心理,而不是哲学批判的概念。这导致了《科学革命的结构》第二版附录在回答如何理解一种理论之真实性时所遭遇的明显尴尬。”参见:

Georges Canguilhem, *A Vital Rationalist: Selected Writing*, edited by F. Delaporte, New York: Zone, 1994. p. 46.

参考文献:

[1] 邓正来. 中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲[M]. 商务印书馆, 2006. 37.

在历史的转折点上追问

——读《中国法学向何处去》之初步印象

胡旭晟

(法学博士,湘潭大学法学院教授、博士生导师)

一部长达十八万字的法学作品首先在同一学术刊物上以四期连载的方式刊出,这种“横空出世”的方式多少会让现今中国的法学学人感到惊讶,而作品中以或明或暗的形式开掘出来的一系列根本性的问题,更是对当今中国法学界(乃至整个中国社会科学界)的挑战和震撼。

初读这部作品,第一个强烈的印象,是作者对当今中国的历史处境及其法学意义的深刻揭示。

自改革开放以来,我们日益强烈地感受到中国正处于伟大而深刻的社会转型期,其间,国家的政治(特别是)经济变革成就也在日益强化着我们作为学者的责任感和使命感。然而,面对所有这一切,除了不断加剧着自己以各种不同的方式服膺于“现代化范式”之外,我们对自己所肩负的责任和使命之真正内涵依然是不明晰的;甚至,当我国加入WTO时,除了体认到更多的机遇、压力和振奋之外,我们对于其中的真正意义同样是罔然不知的。

同样面对上述种种纷繁复杂的变故,邓正来教授的独具慧眼在于,他深刻地揭示出,今日之中国正处在由“世界结构外的中国”变为“世界结构中的中国”的历史转折点上!他指出,在此之前,中国作为独立的主权国家,虽因位于地球之上而与其他国家交往或冲突,却是“世界游戏”的局外人,或曰“虽在世界之中却在世界结构之外”;而伴随着中国对世界的开放,尤其是因加入WTO等国际组织而进入世界体系之后,中国经由承诺遵守世界结构的规则而成为“世界游戏”的一方,从而真正进入世界结构之中,成为“世界结构中的中国”。“对于中国来说,这才是三千年未有之真正的大变局。”^[1]这一论断于当代中国学界而言无异于当头棒喝。

或许,在邓先生看来,由“世界结构外的中国”转变为“世界结构中的中国”,这一历史的转折,其间所