

# 无根基时代的智识努力

陈林林

**内容提要** 《中国法学向何处去》以“西方现代化范式”为分光镜,以“中国法律理想图景”为判准,为这个时代的中国法学新开出了一个可欲的审思和批判的向度。但其并没有释明中国式问题的根源,也未能厘清“西化”、“现代化”和“现代性”之间的关系。本文分析了“中国法律理想图景”的两重困境,补充了一种可能的替代性范式——多元法治论,并指出了“理想图景”在《中国法学向何处去》中缺位的原因。

**关键词** 理想图景 西方现代化范式 多元法治论 法学学

作者陈林林,男,1974年生,法学博士,浙江财经学院法学系副教授。(杭州 310012)

## 一、无根基时代的法学状况

中国正处于社会巨变和法制转型的关键期,对置身其中的中国法学来说,其面临的机遇和挑战是前所未有的。一方面,转型中国以众多本土问题的形式,展示了自己所隐含的学术富矿和理论校场;另一方面,置身其间的中国法律和法学,作为西方法的学习者和追随者,不但无力解释和解决那些必须面对的中国问题,有时其具体功效还适得其反。因而有论者援引狄更斯的《双城记》形容道:

那是最美好的时代,那是最糟糕的时代;  
那是智慧的年头,那是愚昧的年头;那是信仰的时期,那是怀疑的时期;那是光明的季节,那是黑暗的季节;那是希望的春天,那是失望的冬天;我们全都在直奔天堂,我们全都在直奔相反的方向……。说它好,是最高级的;说它不好,也是最高级的。

对中国法学所面临的问题和困局,理论界曾尝试从多个角度进行反思和解决。早在1994年,老一代法学家江平教授就对法学的幼稚、泡沫和病态浮肿作了分析和批判:1)法学理论虽曾几度活跃,

几度争论,但真正扎根于实践的有分量的理论研究不多,而没有成熟的理论就没有成熟的法学;2)把法学是非和政治是非完全混淆的危险虽然减少了,但法学禁区仍然不少,而没有学术的自由探讨就没有成熟的法学;3)法学虽然摆脱了遵命法学的桎梏,但仍未摆脱注释法学的无形约束;4)法学研究成果大量涌现,但具有基石性的、经典性的、在某一学科领域中具有代表性、权威性的著作尚难见一二。以至国外学者询问中国法学某一领域中的代表性权威著作时,常常令人哑口难以回答。而没有权威性著作,就不可能有成熟的法学;5)法学家的地位逐渐提高了,在立法中也越来越重视发挥专家的作用,但法学家的作用仍仅陷于智囊团的作用。没有一批法学家参与国家的政治活动和立法决策,就不会有真正的法学繁荣。十余年光阴过去后,中国法学总体而言仍没能走出江平教授当时圈定的法学幼稚的这几条标准。

当然,这并不意味着法学自我认识的深度和能力一直也停步不前。除了反思法学的一些外部成长条件之外,新一代法学家的批判触角,业已延展至了中国法学在进行法律知识生产过程中自身所固有的内在局限。季卫东的“法治多元论”、梁

治平的“法律文化论”和苏力的“本土资源论”,开启了新一轮的分析进路和思考方法。而邓正来则以“中国法律理想图景”为判准,对这个时代的中国法学以及这一代法学家的反思工作作了进一步的梳理和再反思。

在《中国法学向何处去》的系列论文中(下称邓文),邓正来以“范式”为分析概念,从斑驳繁杂的中国法学场域中概括出了四种理论模式,即“权利本位论”、“法条主义”、“本土资源论”和“法律文化论”,并指出这四种代表性的理论模式都受一种“现代化范式”的支配。对中国的法制发展来说,这种有效性未经质疑的“现代化范式”提供的却是一幅“西方法律理想图景”,并且还使中国法学论者意识不到他们所提供的不是中国自己的“法律理想图景”。而中国法学所面临的问题和困局,皆可溯因于占支配地位的“现代化范式”无力解释和解决水土不服而产生的各种问题,因而无力引领中国法制发展,并最终导致自身的范式危机。以上述分析为基础,邓文认为中国法学必须结束这个受“西方现代性范式”支配的法学旧时代,开启一个自觉研究“中国法律理想图景”的法学新时代。

就这个时代中国法学的整体发展而言,邓文的确为我们新开出了一个可欲的审思和批判的向度。但西谚亦云,“所谓先知往往是被掷石块者”,本文拟在力所能及的些许范围内,对邓文的若干观点和论证进路作一二提问、商榷和交流,以响应邓先生其人其文一贯所倡导的独立思考和自由批判的精神。不过在行文之前,有必要表明本文对中国法学(制)的历史和现状的一点管见。本文认为就总体而言(这同样可从邓文的梳理和分析中得到一定程度的佐证),自1978年——甚至可以上溯至1840年——以来中国法学和中国法制最根本的特征,并不在于支配性范式的继受性,而在于诸种范式施行于中国所表现出来的各个层次的“无根性”或者说“无根化处理”——短路式的对接与悬置式的曲解。这种“无根性”至少表现在下述几个方面:1)法学、法制与本土传统、习俗的疏离,这是“法律文化论”和“本土资源论”一贯批判的现象;2)借鉴、继受西方法制和法律理论过程中的本末疏离,例如法官的独立审判权与现行司法体制脱节,以及真正意义上的法学

流派在中国缺位;3)法制、法学与中国问题之现状的疏离,如邓文所指出的消费者权利在中国农村的实施状况;4)法律内部——实务界与法学界、法理学与部门法学之间——的疏离。因此,就如很难界定苏力是一个现代主义者还是后现代主义者那样,现实中的中国法制与法学是否完全处于“西方现代化范式”的支配之下,同样是存有疑问的。

就处于无根基时代的中国法学来说,是不可能拥有自己的“中国法律理想图景”的。但仍留有探讨空间的是,它应否、以及能否移植、改造西方的“现代化范式”。庞德教授就曾告诫过中国的法律家不要无限度地追求立法层次上的西化,而应注重发展法律的解释和应用技术,使新的法律制度适应社会现实,成为地道的属于中国的法律。这里就隐含了两个邓文需要补充梳理和论证的问题,一是中国问题是源于“西方现代化范式”本身,还是应归咎于我们处理这种范式的方法;二是“现代化”是否就等于“西方化”。不过,这两个论题已越出了本文的旨趣。接下来笔者拟从法学的内部视角出发,对邓文作三点交流:一是对作为邓文之判准和蓝图的“中国法律理想图景”进行两方面的可能性考察;二是补充一种为邓文所忽视的理论范式——季卫东倡导的多元法治论,并分析这种理想范式的可欲性;三是对邓文的学术理路和贡献作一简要评价。

## 二、镜中花与笼中鸟： “中国法律理想图景”的困境

作为中国法学之判准和蓝图的“中国法律理想图景”,无疑是邓文的一个关键概念。但不知是出于策略上的考虑(避免遭遇已有范式的困境),还是为以后的续文留有余地,邓文明确拒绝向我们阐明这个概念。在法学领域,这难免让人联想到汉斯·凯尔森的纯粹法理论:法律是一个由规范组成的等级体系,一个规范的有效性来自于另一个规范的授权,而所有规范的有效性都可追随到一个基本规范,但这个最高、最后的基本规范的性质与来源,却“不可追问”。虽然凯尔森藉由基本规范保全了自身理论的融贯性,但这也导致学者批评纯粹法学并不“纯粹”,也过于神秘。

就邓文而言,如果作者不想将文旨局限于

“提出问题”的话,那么对“中国法律理想图景”存而不论的做法,无疑会影响到其行文的力量和深度。按邓文的谋划——“开启一个自觉研究‘中国法律理想图景’的法学新时代”,这个“理想图景”也应当是存在的。那么,人们很自然地会追问:1)这个“理想图景”究竟是什么?至少,2)如何去发现或塑造这一“理想图景”?

关于“理想图景”本身“是什么”的本体论追问,邓文在结尾处有一走向“学术狼口”和“学术虎口”的比喻。对此笔者也表赞同,但是,抛弃这一本体论问题的同时,并不能把“如何去发现或塑造这一理想图景”的问题也一并否定掉。贺卫方教授曾言:在过去的一个世纪中,中国从来不缺显示高远价值和宏大价值的口号,缺的是我们不能把宏大价值与具体的制度进路结合起来,因而总是摆脱不了“播下的是龙种,收获的却是跳蚤”这样的怪圈。但遗憾的是,邓文并没有对“理想图景”发现和探讨进路,给出任何可行的制度或学术层面的指示与说明,因而使“中国法律理想图景”只能流之于镜花水月。

前述是从邓文本身对“理想图景”之困境所做的分析。如果考察法学的历史和现状,还能发现“理想图景”之于法学的另一重困境,那就是,能否从法学中发现或开启一国法制进程的“理想图景”?如果这个问题是有争议的,那么法学之于“理想图景”的意义也会打上问号。

法学就其核心部分来讲,是以“具体的”法律问题为研究对象的学问,既在“描述”意义上对法律规范和法律实践作经验的表述和分析,以及在“规范”意义上找出既有法律规范和法律实践的不足,并提出解决问题的处方。<sup>⑩</sup>虽然中世纪和近代欧洲的罗马法曾被称为“教授制定的法”(professor-made law),<sup>⑪</sup>但在规划和建构“法制发展”这一由“力量”决定的社会工程中(所谓“法律不过是政治的晚礼服”),作为一种知识的法学始终不可能占有主导地位。这是从“一般性”的角度对法学与理想图景之关系的考察,如果联系当今中国法学(律)的“特殊性”予以考察的话,前景可能更显悲观。

对于法律在中国社会转型进程中的角色和功能,美国学者陆思礼(Stanley Lubman)有“笼中鸟”的比喻。<sup>⑫</sup>这个比喻出自陈云在八十年代初所

提的“鸟笼经济”说法,大意是治理经济就像处置一只小鸟,捏在手中鸟儿会死,放手不管鸟儿要飞,因此最好是将鸟儿放在笼子里养起来。陆思礼认为这个比喻对当今中国的经济现状已经不适用了,但刚好能恰当地比喻今日中国的司法改革。因为在中国的政治法律传统中,最为强大的力量是政治意识形态和政治统治技术,而欲展翅飞翔的西方意义上自主性法律之鸟,始终被困在政党国家的政治笼中。<sup>⑬</sup>其实无须借助于外国同行的研究,法律人只要观察高层的若干重大决策和一些具有重大社会影响的焦点案例,就能感受到这种“笼中鸟”的处境和状态。是故从中国法学中开启“中国法律理想图景”的想法,只能形容为法学上的乐观主义。

### 三、可能的替代范式或理想 “路径”:多元法治论

“中国法律理想图景”的困境,可以说邓文的阿喀琉斯之踵。舒国滢教授曾向中国法学界讲述了一个德国故事:明希豪森男爵有一次行游时,不幸掉进一个泥潭,四周旁无所依,于是用力抓住自己的头发把自己从泥潭中拉了出来。<sup>⑭</sup>邓文视“中国法律理想图景”为一种潜在的判准,却又将其存而不论的处理手法,就难免让人把这副“图景”猜想成了明希豪森男爵的头发。

然则除了“权利本位论”、“法条主义”、“法律文化论”、“本土资源论”和“中国法律的理想图景”之外,是否还存在走出这种“明希豪森困境”的他种路径呢?笔者以为就中国法学场域已有的各种理论而言,季卫东教授所倡导的“多元法治论”,是邓文应当认真对待的理论范式之一。这种“范式”即便不能成为一种替代性的新范式,至少也能为寻求某种“理想图景”提供诸多助益。

有关中国法学与法制的走向,也一直是季卫东教授所关注的学术问题。自上世纪80年代起,他就陆续出版了有关多元法治理论的文章。<sup>⑮</sup>与“法律文化论”和“本土资源论”相比较,“多元法治论”在理论层面持一种多元和均衡思维,不赞同用“现代与传统”两分的单纯图示来审视中国传统文化的基本现象和话语,认为中国法更适合一种三项关系的分析框架:在实践层面,“多元法治论”更注重具体的制度分析、制度选择以及不

同制度(构建)之间的“搭桥作业”,以期在法律体系内部营造多元的、兼容并包的开放性结构、功能等价的替代物以及识别比较优势的实践理性。<sup>①</sup>

无疑,这种多元法治论与邓文业已提到的那些理论范式是有差别的。首先,多元法治在服钦西方现代法治的最基本的共性目标时,仍坚持认为,哪种具体的制度模型更能有效地实现上述目标,要视不同国家的文化传统和现实条件而定,同时也反对曲解法律秩序的地域性或地方性来否定上述共性目的。因此季卫东对中国法的“本土资源”、“法治中国的可能性”以及“选择的可能性”的研究,在出发点和结论上,都与本土论学者判然有别。其次,并不能将多元法治论简单地归为某种受西方“现代性范式”支配的理论。虽然“法制现代化”是多元法治理论的一个中心词汇,而季卫东的研究也经常广征博引西方现代法治的诸多理论,但仍须注意到其所运用的“现代化”并不等于“现代性”意义上的“现代化”。事实上,批判现代性意义上之法治的局限,是多元法治论的逻辑起点之一。<sup>②</sup>此外,多元法治在研究方法上亦尝试整合中国传统的、西方现代的以及后现代法学的各种理论。就西方后现代法学而言,季卫东即承认:

如果说后现代主义具有把现代切割抛弃的有价值的传统因素重新拣回来的一面,那么,可以说,后现代法学的主张对于我们判断如何在传统中进行取舍以及如何把传统中应该予以保留的部分因素重新组合,对于我们摸索中国固有法与西欧现代法之间可以进行嫁接耦合的地方,进而开拓出改革与发展的多种途径是颇有助益的。<sup>③</sup>

更难能可贵、因而更值得我们去认真对待的是,多元法治论在反思自身可能遇到的困难和挑战的基础上,尝试向我们提供当前中国法制具体改革的“四个方向”(法律机构的分权化、法律形态的程序化、法律思考的科学化和法律运用的交涉化)以及“三点要务”(建立拥有司法审查权和独立审判权的法院体系;革新律师制度,有效地为当事人提供法律服务;健全以限制国家权力滥用和保障公民权利为宗旨的行政法制)。<sup>④</sup>当下我们还无从判断多元法治论能否及是否开启了我们这个时代的“理想图景”,但它无疑为我们提供了进一步讨论的平台和思路。

#### 四、结语:迈向知识社会学的法学学

《中国法学向何处去》的问题意识,平视过去则应当是开篇的“建构‘中国法律理想图景’时代的论纲”。<sup>⑤</sup>但读者若真的将“理想图景”视为文章的题眼,那阅读起来肯定有意犹未尽、甚至是被“放羊”的感觉。本文以为邓文的“醉翁之意”,并非是中国法学“向何处去”,而是“如何行走”的问题。联系法制建设之初的蹒跚起步,法律移植过程中的邯郸学步,以及法学场域各种纷至沓来的西洋步调,中国法学如何行走,这的确是一个问题。

中国法学“如何行走”之问题用邓正来先生的学术话语来表述,似乎就是:中国法学的知识生产问题,更具体地说,在这个受西方现代化范式支配的时代,我们应当如何去实现、维护中国法学的自主性或曰主体性?邓先生在文章中亦坦陈:

但是我必须指出的是,也是较为根本的是,《中国法学向何处去》一文并不只是就事论事地对中国法学发展过程中几个既有理论模式所做的分析和批判。事实上,我所旨在揭示和批判的乃是某种特定的“知识系统”(在本文中乃是指自1978年至今的26年中的中国法学这一知识系统)在当下中国发展过程中的变异结构中所具有的一种为人们所忽略的扭曲性的或固化性的支配力量,亦即我所谓的“正当性赋予”力量。我必须承认,这是本文所刻画的另一条更为基本的贯穿始终的红线。<sup>⑥</sup>

因此不管读者的期望如何,《中国法学向何处去》所秉承的仍然是邓正来先生一贯所注重的知识社会学进路,而不是法学内部的分析(制度)法学、自然(价值)法学、法律社会学或其他法学方法。相应地,邓文的批判指向,是中国法学在引进西方理论过程中所出现的异化现象——主体性的丧失和自治性的缺失,是我们对待西方“现代化范式”的态度,而不是这种范式本身。换言之,在实现从“法学在中国”到“中国的法学”之前,中国法学首先要像苏格拉底那样去“认识并找回你自己”。

当然,以知识本身为研究对象的知识社会学,在法学领域也是有对应分支的,即以法学发展之现象和规律为研究对象的“法学学”。<sup>⑦</sup>最后要补

充说明的是,以法学为研究对象的法学学,本身就不以提供“中国法律理想图景”为己任的,这也算本文对邓正来先生为何拒绝讨论“中国法律理想图景”的一种解释。

### 注释:

转引自苏力:“面对中国的法学”,载《法制与社会发展》2004年第3期。

相关的理论自觉和学术努力,除本文所评论的邓正来先生在《政法论坛》上发表的“中国法学向何处去”系列论文外,还可举季卫东的“多元法治论”、梁治平的“法律文化论”和苏力的“本土资源论”为代表,其他散见:“走向21世纪的中国法学——纪念中国法学创刊十周年笔谈会”,载《中国法学》1994年第2期;张少瑜:“二十世纪中国法学的回顾与前瞻学术研讨会综述”,载《法学研究》1997年第5期;法学研究编辑部:“20世纪中国法学与法制研讨会发言摘要”,载《法学研究》1999年第2期;刘作翔、刘鹏飞:“世纪之交中国法学研究问题前瞻”,载《法学研究》1999年第4期;“‘法理学向何处去’专题研讨会纪要”,载《法学研究》2000年第1期;贺卫方:“法学:自治与开放”,载《具体法治》,法律出版社2002年版;“21世纪中国法学创新——庆贺《法律科学》创刊20周年笔谈”,载《法律科学》2003年第5期。

江平:“从幼稚走向真正繁荣”,载《中国法学》1994年第2期。

参见邓正来:《中国法学向何处去(上)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》;《中国法学向何处去(中)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》;《中国法学向何处去(下)——对苏力“本土资源论”的批判》;《中国法学向何处去(续)——对梁治平“法律文化论”的批判》,分别连载于《政法论坛》2005年第1、3、4期。

②④邓正来:《中国法学向何处去(上)——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,《政法论坛》2005年第1期,第3页。

See Roscoe Pound, ‘Comparative law and History as Bases for Chinese Law’, Har L. Rev., vol 61, no 5, 1948, pp 758 - 9

与邓文潜在的立场相反,笔者以为“西方现代性范式的借鉴和运用,并不必然意味着中国法学的特色和“自主性”必然就会丧失。因为方法、模型是形式化的、可以共通的,而问题现状是实质的、个别的,如果法学家能借鉴西方的研究方法和模型,针对中国当下的法律问题,进行自己的思考、给出自己的分析和解答,还是有望促成“中国的”法制和法学的,而这也是比较法学(家)的作用和地位所在。

See R. W. M. Dias, Jurisprudence, 4th edition, Butterworth & Co Ltd (London), 1976, p495, 497.

②④邓正来:《中国法学向何处去(续)——对梁治平

“法律文化论”的批判》,《政法论坛》2005年第4期,第71、69页。

贺卫方:《具体法治》“自序”,法律出版社2002年版,第2页。

①① Cf Edward L. Rubin, ‘Legal Scholarship’, in Dennis Patterson (ed.), A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Blackwell Publishers Ltd., 1996, pp. 562

②② R. C. Van Caenegem, Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal history, Cambridge University Press, 1987, pp. 67.

③③ Stanley Lubman, Bird in A Cage: Legal Reform in China After Mao, Stanford University Press, 1999. 相关的介评,参见强世功:《法制与治理》,中国政法大学出版社2003年版,第355页以下。

④④参见强世功:《法制与治理》,中国政法大学出版社2003年版,第356页。

⑤⑤舒国滢:“走出‘明希豪森三重困境’”(代译序),载氏译《法律论证理论》,中国法制出版社2002年版,第1页。

⑥⑥参见季卫东:《中国法文化的蜕变与内在矛盾》,载《比较法研究》1987年第4期;《世纪之交中国多元法治体系刍议——法制西化与民族心理素质两难中的探索》,“中国社会未来发展”国际研讨会论文,洛杉矶,1992;“法治与选择”,载《中外法学》1993年第4期;“法律程序的意义——对中国法制建设的另一种思考”,载《中国社会科学》1993年总第79期;“法治中国的可能性”,载《战略与管理》2001年总第48期。相关论述后来汇集于氏著《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版;《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版。

⑦⑦参见季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第399页;《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第105页以下。

⑧⑧⑨参见季卫东:《宪政新论——全球化时代的法与社会变迁》,北京大学出版社2002年版,第91、110~112页以下。

⑩⑩季卫东:《法治秩序的建构》,中国政法大学出版社1999年版,第399页。

⑪⑪在笔者有限的阅读范围内,刘作翔教授大约是国内最早关注并倡导法学学的学者,但事与愿违的是,法学家们似乎都一头扎入了法律问题丛中,以致刘教授的声音几乎成为了空谷绝响。但愿邓正来先生的加盟,能使法学学成为一门为人重视的法学学科。关于法学学的地位和作用,可参见刘作翔、刘鹏飞:“世纪之交中国法学研究问题前瞻”,载《法学研究》1999年第4期。

责任编辑 陈亚飞