

世纪之交中国法学研究问题前瞻

刘作翔 刘鹏飞*

在人类即将告别 20 世纪、跨入 21 世纪的历史交汇之际,我国的人文社会科学各学科都相继对改革开放以来 20 年的学科发展进行总结、回顾及展望,法学学科也不例外。大约从 90 年代初期起,法学界就开始对中华人民共和国成立以来的 40 年法学发展历史进行总结,稍后又延伸及对整个 20 世纪近百年来中国法学发展历史进行回顾、总结,以及对 21 世纪中国法学发展的展望。据我们所见,有些法学刊物开设了专栏,^[1]有约数十篇文章发表^[2],召开了四次全国性专题研讨会,^[3]并有几本专著出版。^[4]以上这些回顾、总结、展望等研讨活动及论著的发表,对于我们了解近百年尤其是改革开放以来 20 年中国法学的发展进程及所取得的成就有了一个概括的认识和把握。鉴于此,本文不打算再重复这些内容,而是想在上述研究的基础上,侧重于对世纪之交中国法学面临的挑战以及世纪之交乃至 21 世纪中国法学应研究的几个重要问题作一些分析,以就教于学界同仁。

* 刘作翔,西北政法学院教授、法学博士;刘鹏飞,西北政法学院法理学专业硕士研究生。

[1] 如北京大学的《中外法学》,武汉大学的《法学评论》,上海社科院的《政治与法律》等等。

[2] 主要的文章有:沈宗灵等:《走向二十一世纪的中国法学》(笔谈会),《中国法学》1994 年第 2 期;刘升平等:《法理学改革与发展》(笔谈会),《法律科学》1995 年第 3 期;刘升平:《近年来法理学研究述评》,《中外法学》1996 年第 1 期;刘作翔:《多元的时代与多元的法学——迈向 21 世纪的中国法学走向》,《学习与探索》1995 年第 3 期;刘作翔:《我们需要什么样的法理学——比较·借鉴·革新》,《法学》1994 年第 8 期;刘作翔:《关于几个法学问题的思考》,《中国法学》1995 年第 6 期;刘作翔:《世纪之交的中国法学应重视法理学问题的研究》,《法学》1996 年第 4 期;刘作翔:《世纪之交中国法学面临的挑战》,《世纪论评》1998 年第 3 期;张文显:《再论建构有中国特色的社会主义法学》,《中国法学》1997 年第 3 期;刘瀚等:《继往开来,建设社会主义法治国家》,《中国法学》1997 年第 5 期;刘瀚等:《开创跨世纪法理学研究的新局面》,《法律科学》1998 年第 2 期;李步云等:《坚持实事求是,推进法学研究和法制建设——纪念中共十一届三中全会召开 20 周年笔谈》,《中国社会科学》1998 年第 5 期;张文显等:《中国法理学二十年》,《法制与社会发展》1998 年第 5 期;尤俊意:《恢复、发展和开拓:中国法学理论研究廿年》,《政治与法律》1998 年第 6 期,等。

[3] 这四次全国性专题研讨会分别是:1995 年 7 月,由中国法学会法理学研究会和云南大学法律系在昆明举办的“走向 21 世纪的法理学”学术研讨会,会后出版了论文集《走向 21 世纪的法理学》(云南大学出版社 1996 年出版);1997 年 7 月,由《法学研究》编辑部和辽宁大学法律系在沈阳举办的“20 世纪中国法学的回顾与前瞻”学术研讨会,这次会议的内容详见孙莉撰写的会议综述文章《自省与超越》(载《法律科学》1996 年第 6 期);1998 年 10 月,由《法学研究》编辑部和西北政法学院法律系等在西安召开的“世纪之交中国法制建设与法学研究之展望”学术研讨会;1998 年 11 月,由《法学研究》编辑部和南京师范大学法制现代化研究中心在南京召开的“20 世纪中国法学与法制现代化”学术研讨会,这次会议的内容详见夏锦文和秦策撰写的会议综述文章《法学与法制现代化:世纪之交的时代课题》(载《法律科学》1999 年第 2 期)。

[4] 李步云主编:《中国法学——过去、现在与未来》(南京大学出版社 1988 年版);文正邦主编:《走向 21 世纪的中国法学》(重庆出版社 1993 年版);李贵连主编:《20 世纪的中国法学》(北京大学出版社 1998 年版)。

一、世纪之交中国法学面临的挑战

世纪之交中国法学的发展面临着一系列激烈的挑战。认清这些挑战,并探讨迎接这些挑战的对策,是世纪之交中国法学发展的前提。这些挑战因素主要有以下几个方面:

(一)时代的挑战——21 世纪的到来。21 世纪无论对于中国,还是对于世界,都是一个非常重要的世纪。20 世纪人类的文明主要是以工业文明、科技文明为特征的文明,而 21 世纪的人类将跨入以智力文明、知识文明为表征的文明。在这种知识文明时代,中国的法律以及法学能够做些什么,这是我们应该思考的问题。

(二)法制实践的挑战——中国的法制实践正以一种前所未有的速度和进度发生着迅速的变化,无论是立法的数量、质量、内容,还是司法方式的改变,都对传统的和现有的法学理论(包括部门法学理论)提出了许多问题和挑战,中国法学有一种应接不暇、难以招架之势。

(三)世界法学发展的挑战——由于中国现代法制发展历史和法制发展实践的不同,我们同世界法学的发展形成了不同的话语系统,不同的思考点。虽然我们无意责备这种差异的客观性,但总是在某种程度上表现了我们在法制实践和法学思维方面的差距。如何弥补这些差距,如何沟通和寻找对话的途径,主要取决于法制实践的进一步发展,但也不能忽略法学家在这方面做出的努力。

(四)国内法学学科发展的挑战——这有两层含义:一是指由于法制实践的迅猛发展,传统的法学学科分类已不能满足这种发展实践的需求,大量交叉性、边缘性、包容性的法律问题的出现,需要有相应的法学学科的产生;二是指法学学科自身的发展,也面临着诸多挑战,比如,法理学研究和法史学研究兼容的问题,国内法学和国际法学的兼容问题,部门法学的法理学发展趋向问题等等,总之,法学各学科都面临着如何扩大视野、转换角度的挑战。

(五)圈外人的挑战——指法学之外的各社会科学学科(甚至包括一些自然科学学科)的挑战。由于法律问题具有的广泛的社会性和应用性特征,许多社会科学学科尤其是应用性学科都在不同程度上将视角转向法律,对法律问题作出解说,这种门外汉(Layman)的解说,有时不见得比法学人的解说和分析逊色。比如,在谈到有关经济运行、财政制度、税收管制、统计分析等问题时,我们不见得比经济学家、财政学家、税收人员、统计人员更有发言权;在谈到有关计算机管理、计算机犯罪,以及有关证券法律问题时,我们不见得比计算机专家和证券从业人员更有发言权;还有诸如航空器、医学、生育工程等方面的法律问题,都显示了这些领域的专家们所具有的职业优势。这些挑战打破了法律家、法学家独自垄断法律问题和法学问题的态势。

(六)圈内人的挑战——主要指当代中国法学界内部的纷争。这些纷争有些是学术性的,是为法学发展必不可少的,是有益的和有意义的,有些则是非学术性的,是对法学发展起阻碍作用,甚至破坏作用的,是无助于中国法学发展的。但不论是哪种挑战,它们都是一种客观的现实的存在的存在,并且影响着中国法学发展的进程(促进或促退作用),不能不引起法学人的关注。

二、世纪之交及 21 世纪中国法学研究问题前瞻

面对世纪之交中国法学面临的挑战,我们应该有相应的应对策略。而首先应注重对一些重大问题的研究。世纪之交中国法学应研究的问题很多,我们不可能在此一一涉及,只能提出

几个我们认为比较重要的问题作些分析和论述。需要说明的是,这几个问题不仅仅在世纪之交,就是在 21 世纪,也有可能是中国法学界一直关注的问题。同时,这些问题虽然主要是法理学的宏观性问题,但对其他各法学学科不能不产生影响和波及。

(一) 中国法学的现代化与中国特色

中国法学的发展目标是什么?这是中国法学进一步发展所必须思考的首要问题。有的学者提出建构有中国特色的社会主义法学^[5],有的学者则对这一提法提出质疑^[6]。主张中国法学应突出中国特色的学者和主张中国法学仍须尽力现代化的学者,各陈己见,引人深思。

“现代化”的主张和“中国特色”的主张,是否就是对立的和不相容的?这是认识和讨论这一问题的关键,其实质在于:现代化的法学中,是否就不包含中国特色?而中国特色的法学,是否就不走向现代化?其实,这两者是可以相融的。中国的法学必定包含着中国的特色,而中国特色的法学不仅仅只具有中国的民族特性,它也必定要包含着反映世界法学现代化的一般规律和特性。

此外,如果我们把法学看作一种文化的形式和体现的话,从文化学的视角看,中国近百年来和文化发展的实践史揭示了这样的一个被文化学者论证过的道理:任何一种外来文化传入本土后,都要经历一个本土化(或民族化)的过程,而本土化(或民族化)的过程实际上也是一个对外来文化进行过滤、吸收、选择的过程。适宜的,则生存下来;不适宜的,则淘汰之。因此,从文化自身的发展规律看,大胆地吸收、利用和借鉴西方法律文化(包括西方法学),并不会导致一种“全盘西化”的局面。

即使我们承认“现代化”和“中国特色”在论及中国法学发展目标时具有某些阐释意义,仍须具体问题具体分析。法学作为人文社会科学的一个重要分支,其研究对象是法律世界以及与法律世界相关的其他领域的世界。但法学自近代发展至现代已构成一个庞大的支庶繁多的学科体系。法学学科的多元存在,将现实中完整统一的法律世界切割成大大小小的理论单元。这种由于分工和知识爆炸带来的法学学科分立现象是现代法学的一种客观现实,也是我们构想中国法学发展目标时所必须关注的客观现象。每门法学学科都有其特定的研究对象,对“现代化”或“中国特色”的认同与否及认同程度恐怕不会完全一样。法理学研究古今中外的一般法,具有抽象性、概括性、一般性、普遍性,以及概而言之的理论性的属性和特色^[7]。特别是其研究对象、研究论题、研究结论的普遍性,决定了法理学的国际性特色,决定了中国法理学意欲更上一层楼则须“睁大眼睛看世界”。“法理学的许多问题是跨越原理、时间和民族的界限的”^[8]。与法理学的这种特征相比,法史学的研究对象、论题、结论则具有较浓的民族和地域色彩。再如国际法学,它的国际性特色决定了它必然是对有关国际统一游戏规则的研究学科,而不可能是仅只对民族和国家有关的法律规则的研究。在“入关”谈判中奋斗了达十多年之久的中国政府官员和国际法学家对此可能会有更深刻的体验。而有关家庭婚姻收养等方面的法学理论在某些方面就必须建基于中国人口状况和道德水准的基础之上。可见,中国法学学科的多元存在,消减了“现代化”或“中国特色”对中国法学发展目标的概括力。

[5] 参见张文显:《再论建构有中国特色的社会主义法学》,《中国法学》1997年第3期。

[6] 参见郭道晖:《“中国法哲学”与马克思主义法学的现代化》,载郑永流主编:《法哲学与法社会学论丛》,中国政法大学出版社1998年版,第53页以下。

[7] 详见刘作翔:《法理学研究的一般特点及其功能》,《法律科学》1996年第6期。

[8] [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社1994年版,“序言”第1页。

一百多年来,在政治波涛裹挟下的中国知识分子对西方文化爱恨交加。对优劣的辩难,对吸纳还是拒斥的论证,耗费了太多的笔墨、精力甚至生命。饥肠辘辘时,我们得到了一块面包,我们首先关心的不是这块面包的充饥功能和营养价值,而是不厌其烦地争辩面包的产地、性质、本质是否适合我们的肠胃、有无毒素和致癌物。更要命的是,判断有无毒素和致癌物并不依靠化学试验、理性思维和细细品尝,依靠的只是教条和激情。在“饿死事小失节事大”和“宁要草不要苗”的傲气支配下,我们熬着自己的稀粥,有时甚至还画饼充饥。欠帐太多的中国法学应该对历史教训保持足够的警醒。只要真正坚持生产力标准,只要认清现代化和特色化的手段属性,中国法学在设定自身的发展目标时,就有可能超越那种二元对立的冲突话语,有可能在“汉贼不两立”的冲突话语中发现某种共同欲求,有可能用新概念或上位概念来取代那些本身就有问题而后又被严重政治化和情绪化的概念。至于究竟用什么语词来表述世纪之交乃至 21 世纪中国法学的发展目标,还须法学界继续深入地研究和讨论。

(二) 中国法学的服务实践与理论构建

近年来,在实用功利主义学术思潮的影响下,加之中国传统文化中的“学以致用”、“经世致用”的深厚积淀,一切都追求“有用性”,而将这种“有用性”又具体地阐释为对社会生活和社会实践的具体的实际的功效上面,有时甚至就等同于经济效用。这种思潮不加区别地要求一切学问、学术、学科都要为实践服务,要求产生一种“立竿见影”的直接效用,而忽略了各种学问、学术、学科性质上的差别。比如忽略了自然科学和社会科学之间的差别,在社会科学中又忽略了基础性理论科学和实用性应用科学之间的差别。并且,在“有用性”的追求上,也严重地忽略了“直接有用”、“直接效用”和“间接有用”、“间接效用”的区别,用一把尺子来度量所有的学问和学术的价值,自然会导致对理论学科的非难和无端指责。所谓“理论无用论”、“法理学无用论”等正是这种学术思潮影响下的当然产物。似乎一切抽象的、不能为实践带来直接效用的学问、学术和学科都失去了它存在的价值。

“理论联系实际”,“理论为实践服务”无疑是中国法学应该遵循的原则。但是,诸如“联系”“服务”之类的语词无疑已被严重歪曲和庸俗化。忽视自身理论构建的中国法学有时恰恰很难为法制实践提供高水平的服务。中国法学必须要认真思考服务实践与理论构建的关系,使二者真正达到一种对立统一的良性状态。欲达此目的,则须弄清两个问题:其一,在法制建设的不同阶段,法学的服务实践和理论构建的侧重点是不同的。二十年来我国法制基本处于初创阶段,法制对法学的需求急迫而直接,法学也有责任满足法制实践的要求。这个阶段法学侧重于直接服务法制建设。处于初创阶段的法制所急需的多属操作层面的法学理论,此时,较初级浅显的法学理论尚能胜任。但是,当法制实践向更高层次迈进时,法学理论就必须侧重自身的理论构建,提升自身的理论品位,否则,支离破碎、浅显浮躁的法学理论将丧失其服务实践的能力。其二,法学是分类的、分学科的、分层次的,有应用型法学,也有理论型法学。法学研究应该包括实用功利追求的应用性研究和终极价值追求的哲理性研究。

总之,我们必须看到,中国法学的落后,不但表现在对法律现象的描述方面,更重要的是表现在对法律的思维层次方面。法律和法学是有自己的追求的,是有自身的理想目标的,也是有自己的终极关怀的,它不仅仅只是具有像某些学者所认为的应用或实用属性,它还是具有哲学意义上的含终极追求的理性之学。有许多学者认为:“法学是一种实践理性”。这一判断就天然地包涵了法学既具有实践功能,同时也是一种理性思维。所以,在我们思考中国法学服务实践和理论构建这一问题时,我们不妨引用一位学者的话作结论:世纪之交的中国法学,“有些是

可以立竿见影,及时为中国民主法制建设出谋划策,提供理论支持;更要强调自身的理论建设与独立品格,较多地是在最终意义上(特别是法哲学研究)有利于推动中国的法治和登上世界法学理论的高峰”。〔9〕

(三) 中国法学的一元独尊与多元并存

无论自然科学研究还是人文社会科学研究,都是一个发现世界和创造世界的过程。自然科学研究结论要靠实验来证实,社会科学研究结论也要靠社会实践来证实,但它是一个长时间的证实过程。因而在阶段性过程中,不可能有一个权威的证实标准,这就导致人文社会科学研究呈现一种多元并存的格局。多元的创造主体决定了人文社会科学理论观点和流派的多元化。法学也不例外。由一元独尊走向多元并存,无疑是世纪之交中国法学的基本走向。

那么,中国法学多元发展的条件是什么?多元发展表现在哪些方面?多元发展的意义何在?要实现法学的多元发展,需要一系列内在的和外在的条件保障,其中最重要的莫过于政治上和学术上的宽容。中国法学的多元发展主要表现在以下诸方面:其一,基于法学主体力量多元并存和法学教研机构的大量崛起,中国法学必将发生分化,大一统的法学格局将被改变,代之而起的将是一种五彩缤纷多元并存的法学新格局。其二,同法学分化相连带的一个必然趋势将是中国法学流派的出现。其三,法学的多元还将表现为域外法律文化的影响。一方面大批接受西方法学教育的人员回国,带回了不同于本土教育的新的知识、思维方式和看问题的视野和角度,另一方面,大批西方著作的译介,将使法学家接触到过去所难以接触到的法学思想。其四,法学的多元还具体表现为法学研究方法的多元。世纪之交我国法学的多元发展,既是法学渐趋繁荣的象征,又将对我国法学进一步发展起到巨大的推动作用。

在中国法学多元发展的背景下,有必要重点研究中国当代的法学流派问题。法学流派是以法学的普遍繁荣作基础,以不同的哲学思维、法律思想体系为依据,再加上以同一思想体系下法学家群体意识的认同为标志的。法学流派是一种更高层次的具学术意义的象征。研究我国法学流派,必须首先搞清楚一个问题,即不同学派是否就是“多元意识形态的必然反映”。我们认为,这个问题在中西方不同国家表现是不一样的。西方国家,以“多元意识形态”为标榜,因而,表现在法学观和法律思想方面,不同的法学学派和法律思想是以不同的意识形态为基础。而在当代中国社会,有多元意识、多元文化存在,但并不必然地像西方那样是一种“多元政治”或“多元意识形态”的必然反映。如果作如是理解,那我们的法学学术永远难以发展,法学学派永远难以产生,而没有学派的产生和发展,我们的法学学术研究水平永远难以提高。因为学术发展史证明,学派的产生是学术发展和深化的催化剂和助动器。我国的法学学派只是处于萌芽阶段,我们需要促动中国法学学派的形成、发展和壮大。对法学流派作教条主义的判断和否定,用政治术语描述学术状况,无疑会严重威胁法学的正常发展。

统观西方众多的法学流派,可以看出,哲学背景和研究方法的不同是各种学派相区别的重要标志。近年来,我国法学研究者,基于对理性主义和经验主义的不同认识,基于对价值方法、分析方法、社会方法的不同偏爱,已经开始了具有学派色彩的争鸣。中国法学界开始冲破那种人为的政治上的因素所维持的扭曲的一元存在的束缚,开始向真正的唯物主义哲学观所推崇的多元状态回归。中国法学流派的萌芽能否长成枝条并最终长成枝繁叶茂的大树,这取决于我们的理性、智慧、关爱和宽容。

〔9〕 同前引〔6〕。

(四) 中国法学研究中的法学思想与法学学术

中国法学研究中,价值判断与实证分析可以并行不悖吗?理想主义的理论前瞻和现实主义的学术求证能够携手共进吗?中国法治建设是需要思想引导还是需要学术支撑?法学界对诸如此类的问题的讨论,有一个更大的背景,这就是90年代以来我国学术界关于思想与学术的关系问题的争论。

90年代以来,我国学术界对思想与学术的关系讨论颇多,歧见与共识并存。有的学者认为,90年代的学术研究,大致建基于对80年代思想取向的否定上面,这种褒扬学术而贬抑思想的思路是令人疑惑的。从思想与学术关系上讲,整体看是二者互动,分开看则有一个谁依凭谁的问题。思想主导学术,学术始终是思想的追随者;问题由思想导其先,学术的内容始终紧凑于思想的意蕴;线索由思想缕其路,学术的历史终究是思想运作的记录。社会历史提出的重大思想任务,使哪怕是最稳重最专心于学术的学人,也不得不投入思想的汪洋大海,洗涤大脑,重塑观念,再寻新思路。“五四”为民族存亡而起的运动,与80年代为“球籍”而起的改革,都使学术变成了思想的小注脚。当学界中人坚信思想的价值,深耕细作80年代开掘的曾经坚硬的思想土壤,勤于思考,主动担当,并尽最大努力撰著思想性强的作品,思想的优先性和主导性,可得重新树立。并且,以兼综古今中西的博大思想的建构,一洗经营学术小本生意的旧貌,一换领世界思想潮流的新颜。^[10]有的学者认为,90年代以来,学术与思想分道扬镳了,或者说思想终于萎缩乃至窒息了,只留下“纯学术”。这种学术交流于技术层面,折衷于既定之道;或因过去深受意识形态权威之苦,如今又拒斥思想对于学术的侵入,由于思想与学术本来是相互助益的,如果一个学者缺乏独立精神与自由思想,则其学术发展终也是有限的^[11]。有的学者则认为,学术与思想,都讲求理性、逻辑性和系统性,学术活动和学术领域与人类思想的关注点总是互为条件,相辅相成。当然,古今中外,思想与学术的关系也有变化。大体上说,现代学术,分工愈来愈细密,领域愈来愈狭窄,一个人无须有任何关切,也不要有什么思想,同样可以从事学术活动,可以成为学者。问题是,同一种变化还意味着,在我们今天的世界里,思想的创造越来越不能没有学术的支持。针对80年代学术思想发展的政治化和口号化倾向,针对文化失范现象,强调社会科学的规范化和讨论社会科学的本土化,不但不是要逃离思想,恰恰是要真正进入思想。^[12]而有的学者认为,以思想为主,还是以学术为主,与政治环境息息相关。在政治环境特别好的时代和政治环境不理想的时代,大家都去做学问,比较回避思想,例如今天西方学术状况和中国历史上的乾嘉学派。另一种时代,政治对新思想既有需求又有顾忌,思想对政治也是这样,两者处于拉锯状态。例如春秋战国、新文化运动、80年代。什么样的时代需要什么样的选择,不必有所褒贬。^[13]

在思想与学术的关系问题上,多数学者都肯认思想对学术的主导地位。我们认为,学术和思想的关系是互动的关系。学术以思想为先导,思想以学术为支撑。离开学术求证的思想,将成为缺乏根基的空想;而离开思想引导的学术,可能会成为没有意义的技术之术。学术研究事业应该是创造思想的事业,学术的真正生命在思想。只有思想,才能真正地长存人间,给人类以启迪,给后来者以借鉴,给实行者以志铭。这也是我们对法学思想和法学学术的基本定位。

[10] 任剑涛:《重估80年代学风》,《东方文化》1997年第5期。

[11] 钱钢:《从纯学术到科学精神》,《方法》1998年第9期。

[12] 梁治平:《学术、思想、“文化霸权”》,《中国书评》1995年第6期。

[13] 朱学勤:《有思想的学术和有学术的思想》,《读书》1998年第12期。

面临转型的中国法学生长于正在急剧转型的中国社会,这个社会希望创建法治以奠定伟大复兴的根基,对中国法学期望甚殷。中国法学既要有实证分析的冷峻,以追求学理之完美,渐达法制之精巧;又要有价值分析的激情,以祛除社会之斑垢,捍卫法治之理想。中国法学既要沉入现实,对社会现象有全面洞察,对社会存在有真切理解;又要超越现实,找到匡救时弊的新路,谨防对现实“理解”太过,以至于认同一切甚或沉迷其中。总之,中国法治建设既有赖法学思想的引导,又有赖法学学术的支撑。中国法学的追求应该是多元的。

(五) 中国法学的现代性与后现代性

“现代化”是中国近代以来最重大的社会主题,中国法学也正是在现代化的语境中展开的。身处现代化进程的中国法学,正在同前现代法学思潮搏击,却又受到“后现代”法学思潮的侵扰。世纪之交的中国法学“腹背受敌”,在“现代”和“后现代”的语境中寻找自身的坐标,开拓突围的新路。所谓后现代,“就是对一切元叙述的怀疑”(利奥塔语),^[14]它批判现代性,反对理性主义,张扬“非连续性”、“不确定性”、“反正统性”、“非中心化”、“反权威”之类的话语,对诸如文明、进步、理性、科学、民主、人道进行批判和质疑。中国法学中的后现代法律理论,对现代性法律理论颇有微辞,特别对法律移植和法治启蒙表示怀疑。我们不妨从此入手,对中国法学中的现代性和后现代问题做一番思考。

后现代法律理论反对现代性法律理论所主张的普遍主义原则,而坚持文化相对主义立场。后现代法律理论有一句名言,即法律是地方性知识。这种知识依赖于特定语境,是地方性的而非普遍性的。法律地方性知识观念的目的,就是要打破以往主流法律理论的法律知识统一性的观念。^[15]中国后现代法律理论支持者,从中国近现代法制现代化历史中找到若干法律移植失败的实例,以确证法律的地方性,批评当代中国的法律移植运动。针对后现代法律理论及文化相对主义,学者们多有辩驳。有的学者坦言:“我不同意绝对的文化相对主义。这种文化相对主义认为任何文化、文明均有其现实的合理性,从而不能区分高下优劣。”“文化发展既有其世界性的普遍共同趋向和法则,同时又有其多元化的不同形态和方式。”但是“仍然有一种普遍必然性的客观历史标准,而不能是绝对的文化相对主义”。^[16]有的学者认为,文化相对论学者的研究方法都带有浓厚的非理性色彩,当然,不是中世纪那种蒙昧的非理性,而是针对当代社会的“理性的异化”而来的后现代非理性。^[17]有的学者认为,中国与西方的确存在着种种差异。但在深层次上,东方人与西方人同作为人,在本性上都有共通之处。西方人珍惜自己的人权,难道中国人就愿意被无缘无故地投到监狱里去?西方人珍惜自己的财产,难道中国人天生就愿意自己的财物被掠夺?西方人珍惜自己的言论自由,难道中国人天生就愿意被别人缝上嘴巴吗?^[18]有的学者则通过当代中国的立法例来说明法律移植的必要性和可行性。^[19]可见,后现代法律理论在理论上和实践中都存在着一些难以说服人的缺陷和困惑。

中国法治实践和法学研究,都肩负着法治启蒙的艰巨任务,因为大多数中国人心目中的法律仍然是刀斧而不是天平。然而,“后现代主义”话语却对中国启蒙运动包括法治启蒙做了正

[14] 转引自盛宁:《人文困惑与反思——西方后现代主义思潮批判》,三联书店1997年版,第9页。

[15] 参见刘星:《法律是什么?》,广东旅游出版社1997年版,第6章。

[16] 李泽厚:《中国现代思想史论》,安徽文艺出版社1994年版,第340页。

[17] 秦晖:《文化决定论的贫困——超越文化形态史观》,《学问中国》,江西教育出版社1998年版,第294页。

[18] 刘军宁:《自由主义:九十年代的“不速之客”》,《南方周末》1998年5月29日。

[19] 沈宗灵:《当代中国借鉴外国法律的实例》,《中国法学》1997年第5、6期。

面的、强烈的攻击。对此,坚持理性主义启蒙立场的学者予以回击,认为中国的启蒙运动决非欧洲启蒙话语的横向移植。启蒙话语的受挫并不源于其阐释力逐渐丧失的自然过程。启蒙是中国未竟之事业,因为我们还不能说,广大中国人民已经能够运用自己的理性对一切作出独立判断,能够意识和捍卫个人的自由、尊严与权利。启蒙就是解放思想,冲破愚昧和迷信;启蒙的对象是无知者或无勇者;凡先觉悟者,即可启蒙后觉悟或不觉悟者,哪怕先后是暂时的,贤愚是相对的^[20]。中国后现代法律理论认为,法律知识都不是永恒超验的,没有哪种法律知识有权充当统一性权威来评判谁对谁错,而且中国应该追求的那种秩序,是否一定就是“法治”,尚可存疑。如此则法治启蒙不仅无利反而有害,因为它破坏了某种“和谐”的生活秩序。这种看法与现代性社会理论的法治话语大异其趣。

世纪之交的中国社会面临着太大太多的难题,中国法治和中国法学同样要回应太大太多的问题。不论是崇尚理性主义的现代法治理论,还是批判理性主义的后现代法律话语,其实都并非源于中国本土。我们面临的只是自己的问题,我们拥有的也应该是自己的问题意识。这才是我们能够把握住也应该把握住的东西。由此出发,再去检视哪些理论可以付诸行动,哪些理论能给我们以警醒。如此,则中国法学将在现代与后现代语境中从容前行,而不至于歧路彷徨。

(六) 中国法治进程中的“民间法”与国家法

20世纪末中国社会兴起的法治运动,形成了一个宏大的社会思潮。也有一些学者对这场法治运动提出了一些非议和质疑。他们认为,倡导法治,是用一种规划的社会秩序去规制社会生活,显现了一些人类理性的虚妄,而且在这场法治运动中,一些“民间法”即人类自生秩序方式(他们也称之为“非正式制度”)诸如习惯、风俗、礼仪、道德、宗族等等受到忽视甚至压制。因此,这些学者花很大精力论证“民间法”和“非正式制度”的“合理性”乃至“合法性”,要为它们在现代社会的秩序结构中谋得一席之地。

中国法治建设和中国法学研究,都是在“当代中国”这个特定时空中展开的。对“当代中国”这个文本的实证分析(是什么)和价值选择(要什么),无疑是分析这一问题的基本出发点。

我们认为,当代中国社会仍然处在或经历着由传统社会向现代社会的转型过程中。转型时期的中国社会秩序结构是“法治秩序”与“礼治秩序”、“德治秩序”、“人治秩序”、“宗法秩序”等组合而成的“多元混合秩序”。这是一种客观存在,是当代中国社会的一种“实然社会秩序”结构,它同国家法所确立的“法治秩序”之间存在着差异性。这就给我们提出了一系列问题:在转型时期中国社会处于“多元混合秩序”的社会现实状况下,是建立一种应然的法治秩序,还是赋予各种多元混合秩序以合法性和合理性存在?在社会秩序方式上是不是就真成了“凡是存在的就是合理的”?在多元秩序明显存在冲突的情况下,社会对各种秩序方式有没有一种价值选择?还是任其自然存在下去?中国选择建立“法治秩序”的社会目标有没有错?如果我们默许或允许“民间法”的“合法性”地位,那么,现代法治秩序如何才能建立起来?而最实质的问题是:家族制度、礼治制度、习惯等中的明显同时代进步相悖的落后因素如何剔除?通过什么方式来同法治相衔接?更进一步,法律如何改造这些明显看来是同社会进步相悖的秩序方式?法律推动社会改革、前进的功能又如何体现?归结为一个问题:我们选择一种什么样的社会秩序方式。

[20] 徐友渔:《“后主义”与启蒙》,《天涯》1998年第6期。

“民间法”和国家法关系的研究,聚焦于对“民间法”这种本土资源的态度上。钟情本土资源者认为:“中国有久远的、相对独立的发展史,并演化了自己的法律制度,尽管这些法律制度依据西方标准看来未必是‘法律的’,从今天中国的社会变迁来看,也已经不很完善,甚至过时了,但它毕竟在中国人的生活中起过,并在一定程度上仍然在起着作用。它就是人们生活的一部分,保证着他们的预期的确立和实现,使它们的生活获得意义。这是不可能仅仅以一套书本上的、外来的理念化的法条所能替代的。”^[21]我们仔细地分析过一些学者的论据,发现他们的主要论据有两个:一是“有效性”,即认为那些“民间法”即自生秩序方式是有效的,同法治方式相比,它们更有一种解决实际问题的效用;二是“经济性”,即认为那些“民间法”即自生秩序方式处理纠纷的成本费用同法治方式相比要小的多。“有效性”和“经济性”成为他们论证“民间法”即自生秩序方式合理性的主要理由。

“有效性”,如果转化成价值概念,即效益,或效率,它常常和“公平”构成一对矛盾。在这对矛盾中,持此论者显然是选效益价值的。有效的,不一定就是公平的,也不一定就是合理的。如果以“有效性”作标准,那么,中国社会几千年形成的人治,对于社会生活的控制是最有效的了。但这种有效性,却对民主、自由、平等、公平、正义等价值的实现形成阻碍和构成威胁;“经济性”,如果转化成价值概念,乃功利性,即以最小之代价取最大之收益。但这其中的代价可能是小的,但收益却未必是大的;或者对局部,对暂时是大的,但对全局,对长远未必是大的。并且,同理,如果仅以代价小为标准,那么,不实行法治,而实行中国已延续了几千年的人治,那对中国来讲,是驾轻就熟的,可谓代价最小的。但我们能不能因为人治方式有效和经济,而继续沿用这种统治方式呢?

以上两点分析,只不过是浅层次的表面分析。深层的问题在于:诸如民主、法治、公平、正义、自由等等,是否就一定是一定是远离现实的纯然的理性、理想和应然价值?这是认识这一问题的实质,也是核心。

我们认为,民主和法治,并不纯然是一种理想和理性,它们也是人类社会的一种经验和实证。就人类社会能够提出这些价值目标来讲,它们都没有脱离或超越于人类现有的认识水平,而这些认识水平又是建立在人类实践之基础上的。没有这些实践,人类又何以设计出这些模式?人类社会有民主,有法治,这都是人类的实践。只不过这种民主和法治以一种多样化的方式显现出来而已。民主和法治,既是一种理想,也是人类一种实证,既是一种理性,也是一种经验。它们是融二者于一体的体现,并不是一种截然对立的产物。那种截然的二元对立的理想,是不可取的,无助于我们建立一个更加合理的社会秩序结构。

问题的实质还在于:我们如何认识诸如法律、制度等“人类设计物”的本质。二元论者习惯于将诸如法律、制度等“人类设计物”要么归诸纯然的理性,要么归诸纯然的经验;或者要么归诸一种人类理想之产物,要么归诸一种人类现实之产物。似乎在理性与经验,理想与现实之间是绝然对立的,没有沟通之可能。

其实,对于法律中的经验与理性的关系这一古老的法哲学问题,美国社会学法学创始人庞德有过精彩的分析和阐述。他认为历史法学派所强调的“法是经验的条理化”和哲理法学派所强调的“法是理性的一种表现”这两种法的理论均表达了法的某种“真实性”,都具有某种道理。但是,这两种理论都是不全面的。他认为,“只有能够受理性考验的法才能坚持下来,只有基于

[21] 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第35页。

经验或被经验考验过的理性宣言才能成为法的永久部分。经验由理性考验,而理性又受经验的考验。舍此之外,在法律体系中,没有任何东西能站得住脚。法是通过理性所组织起来的经验,由政治上有组织社会的造法或颁法机关正式公布,并受到社会强力的支持。”^[22]这既是庞德对法的定义描述,也是他关于法律中经验与理性两者关系的辩证说明。用他的一句概括性的表述:在法的各种目的在逻辑上的矛盾之间,“依靠以经验为基础的理性”才能使它们保持平衡。“整个文明社会的历史证实了这一点。”^[23]用我们的理解,法是经验基础上的理性,是理性观照下的经验。法律和制度融合了经验与理性两大要素,而不只是任何单一的表达。

因此,在我们思考诸如国家法与“民间法”,正式制度与非正式制度,规制秩序与自生秩序等问题以及诸如民主、法治等问题时,我们应该摒弃要么理性,要么经验这种单一的,或二元对立的思维模式,而应该从理性与经验的互动中,从人类法律实践历史的事实中,去正确处理两者的关系。我们需要思考的是:理性从何而来?离开经验的理性会是一种什么样的理性?而经验又向何处去?离开理性观照的经验会是一些什么样的经验?对于人类实存的经验,有没有一些价值的选择?或者说以何种的价值去对待已有的经验?因为一旦失去价值选择,人类社会所存有一切经验实证都会被赋予合理性的解释和说明,因而我们在前进的道路上将不知所措,将无所适从。

目前关于民主与法治的治国方略以及“民间法”与国家法所引起的学术争议,究其实质,乃是各种不同价值间的冲突和较量。是选择效益、功利、经济等价值,还是选择民主、正义、公平、自由、权利等?由此不同的价值选择会导致不同的社会秩序模式的选择。这些不同价值间的冲突和较量并不因国家确立了“效益优先,兼顾公平”的对待原则以及建立“法治国家”的治国方略而平息。看来这一古老的法哲学问题还会不断地争论下去。

对“民间法”和国家法关系的关注,还将对中国法学的发展起较大的推动作用。其一,促使法学学者对“民间法”的好坏进行鉴定,对国家法的良恶进行反思。其二,引导法学学者进入社会学、人类学等领域,这一方面由于法学研究应该扩大视域,另一方面也由于我国社会学等学科也刚刚起步,对法学研究的智力支持能力还相当有限,法学学者有必要对某些社会学问题进行独立思考。其三,这一论题还可引发法学学者对中国法制现代化及中国社会的发展目标和方向进行深层次的终极意义上的思考。

(七) 中国法治道路的自然演进型与政府^[24]推进型

建设法治国家的目标确立以后,中国法治道路的模式选择问题就成了中国法学的重要论题。法学界现已大体提出三种模式。一曰自然演进型,二曰政府推进型,三曰综合模式型。

建基于经验主义之上的自然演进型模式理论,与建基于理性主义之上的政府推进型模式理论,表面分野十分明显,其深层差别何在呢?深层差别在于对历史上和现实中的国家权力运行的不同态度,前者怀疑,后者信任。我们从这个角度切入分析,以期对两种模式的利弊得失进行较客观的评判。

自然演进型的哲学背景及实践背景如上所述,其理论背景则是 90 年代以来的“市民社会与政治国家”这一分析框架及理论观点。在“社会与国家”这一分析框架下,中国法学顺应市场经济和民主政治的发展潮流,倡言私权神圣,责斥公权力对社会各个角落的渗透和控制,呼吁

[22][23] [美]庞德著:《法律的任务》,中译本,商务印书馆 1984 年版,第 110 页,第 111 页。

[24] 此处的“政府”概念是广义政府概念,即“国家”之意。

公权力缩回其肆意扩张的触角。从历史上看,权力横行的确给人类社会带来过深重灾难,权力介入社会变迁过程也的确制造过形形色色的乌托邦。自然演进型法治模式的倡导者,对政府推进型法治模式的怀疑,正是基于对权力制造乌托邦这种历史悲剧的忧惧。从这个角度来看,自然演进型法治模式崇尚自然生成而反对权力介入,有其合理性的一面。但是,从对权力怀疑,走向完全排斥权力参与社会变迁过程,也并非十分明智的选择。这关系到对权力属性的认识。权力现象从古到今的客观存在,说明人类社会需要权力,权力也是人类组织成社会的重要手段之一,我们不能因权力腐败或权力横行这些权力现象的可能性和现实性,即将权力看作一切罪恶的根源^[25]。在我们中国这样的后进国家的现代化和法治建设中,政府权力若完全退却,使其在自然状态中演化,恐怕也不会产生多么美妙的结局。

更重要的是,中国采用“政府推进型”法治模式,是由于中国的历史、传统、文化、政治结构等决定的。中国作为一个有着长期封建集权历史的国家,从未形成一个发达的市民社会,又缺少民主与法制的传统,很难形成一个自下而上的自然演进机制,在社会改革的很多方面,仍要倚重于国家权力的推动。中国的法治和中国的现代化一样,都是由政府启动的,这是一个不争的客观事实。政府权力的推进,不仅仅表现在法治的启动方式上,还将存在于整个中国法治的演进过程中,这也是由于中国当代法律体系及其实现机制的“制定法”特色所决定的。当然,在政府启动法治之后,社会力量也会加入到其演进进程之中,发挥其应有的作用。

中国法学对法治道路模式的研究,尚处于起步阶段。今后的研究方向,一方面务使理论更深入更系统,另一方面,应多做些细致的实证研究,解决法治现实中一个个具体问题。法治道路,是一个法学论题,更是一个实践过程,中国法学的理论品位和实践品格,都将在对这个问题的探讨中得到充分发挥和进一步发展。

(八) 中国法律移植中的英美法与大陆法

自清末修律至今的中国法制现代化过程中,移植外国法律是一个未曾间断的主线,其中以移植大陆法系法律为主。改革开放以来,特别是90年代建立市场经济法律体系过程中,英美法系的法律观念及法律制度则大量涌入。因为英美法系与大陆法系,在诸如法的渊源、法典编纂、法的分类、诉讼程序等方面迥然有别,它们在中国相遇时冲突难以避免。怎样使两种观念和制度的冲突得以协调,怎样使两种观念和制度溶铸成一种崭新的更优良的新品类,则是世纪之交中国法学面临的极富挑战性的课题。

这种冲突首先表现在法律观念冲突和法律制度冲突两个层面上。法律观念冲突主要表现在哲学传统和法学理论方面。英美法系崇奉经验主义,大陆法系则信仰理性主义,我国学者关于自然演进型和政府推进型这两种法治道路模式的争论,就是以这两大法系不同的哲学传统为背景的。我国法理学在研究两大法系的法律观念方面将担当重任。两种法律制度的冲突在立法中表现得十分突出。我国新刑事诉讼法中有关庭审方式的改革,就由原来大陆法系的职权主义,转向英美法系的当事人主义与大陆法系的职权主义的结合。二十年来,我国各部门法学在介绍、比较、评析、选择两种法律制度方面做出了很大贡献,这种研究仍将是我国各部门法学今后的重大任务。

这种冲突还表现在内部和外部两个方面。所谓内部,是指两种观念和制度在中国大陆即社会主义制度的共和国的立法中表现出来的。所谓外部,指中国大陆目前采用的大陆法系的

[25] 见刘作翔:《法治社会中的权力和权利定位》,《法学研究》1996年第4期。

观念、制度,与香港特别行政区的英美法系的观念、制度的冲突。这种复杂局面,使冲突的可能性增大,同时也提供了更多的相互参照、相互沟通、相互借鉴的机会和条件。

几种不同的法律观念、制度同时在一个主权国家内部并存,堪称人类法律文化史上的奇观。这也许是20世纪送给中国和中国法学的一份厚礼。如果中国法学积极地迎接并抓住机遇,结合中国法治实践进行认真研究,做出慎重选择,使两大法系的精华在中国土地上嫁接、融汇,则其意义将不仅仅限于中国法治。但是,如果中国法学不具备回应这一重大问题的能力,就有可能使两大法系的创造力相互抵消,或者造出一种无利有弊的法制,创出一种模棱两可的理论。我们相信,一百多年对外来文化吸收借鉴的经验教训,已足以使我们保持冷静的头脑、开阔的眼界、敏锐的洞察力和准确的判断力。两大法系的不同观念和制度在中国的冲突和融合,为中国法学带来了大量的域外资源,开辟了广阔的生存发展空间。世纪之交的中国法学,不断扩大着自己的题域,充满了无限的生机与希望。

(九) 世纪之交的中国法学学与法学家

世纪之交以至21世纪的中国法学应当重视法学学问题的研究。法学学是研究有关法学产生和发展规律的一门学科,是高于其他一切法学学科之上的一门学科。法学学是以研究有关法学发展规律问题为其中心任务的,其中涉及到大量的法学发展问题,例如中国法学的未来走向问题、中国法学流派问题等。

之所以认为中国法学欲进一步发展,应重视对法学学问题的研究,基于以下理由:第一,世纪之交以至21世纪的中国法律发展,客观要求重视对法学学问题的研究。按照中共十五大所确定的国家法制发展战略,中国要在2010年形成有中国特色的社会主义法律体系,这对与法律发展密切相关的法学发展产生重大影响和推动。法学发展问题已经成为法学的一个重要问题。第二,世纪之交的中国法学发展,也要求重视对法学学问题的研究。法学学问题的被提出,同法学的发展历史和发展程度密切相关。起始于本世纪初的我国现代法学发展到今天,法学学科体系已初步形成,法学学科门类业已齐备,法学研究广度和深度不断拓展。这一切,都为法学学问题的研究提供了条件,奠定了基础。法学发展到一定程度时,有关学科本身发展的问题便会自然而然地被提出来。第三,法学学研究对象是法学本身的发展及其规律。从属性上、功能上、作用上,传统法学学科承担不了这一任务,也解决不了这些问题。只有明确地提出并重视法学学问题,有关对它的研究才能全面地、系统地展开。第四,重视法学学问题的研究,可以使中国的法学少走弯路,减少成本,健康发展。第五,法学学问题的研究,从最终意义上讲,还将会对中国的法制建设起到推动作用。法学学问题的广泛研究会推动对法学问题的深入研究,而法学问题的深入研究又会推动对具体法律问题的研究,最终会推动整个法制建设沿着一条更加理性化、科学化、现实化的道路发展,以促使中国法治社会的早日实现。

世纪之交的中国法学,不仅要研究法学自身的问题即法学学问题,而且应该对法学研究主体即法学家进行研究,对法学家的责任、素质和使命等进行思考。法学家的面貌决定着法学的面貌。中国的法学家,应当“先天下之忧而忧”,满腔激情,满怀正义感,为社会鸣不平,为人民争权利,为国家求法治,为社会主义事业立法、立德、立言^[26]。中国的法学家,“当具有双重的素养与训练,即科学的和人文的。科学把他变得周密,严谨,尊重事实,不畏威权;人文的训练

[26] 郭道晖:《法的时代精神》,湖南出版社1997年版,第61页。

使他时时关注人的生存状况与人类价值的实现”，“他当具有独立的人格，具有深邃的历史感与明晰的反省意识，具有敏锐的洞察力与清醒的批评意识”〔27〕。中国的法学家，需要具备一种全新的精神面貌，需要一种坚定不移的对法治的信念和信仰，需要确立自身的价值坐标和目标体系。中国法学家的历史使命是：追求科学、追求真理、追求理想。法学家应该遵循科学之精神，运用科学之方法，锤炼科学之思维，探索科学之结论，使法学真正成为法律之科学。法学家追求真理，才能不畏权势，不惧邪恶，不受利禄之所诱，不受一时一势之左右，以自己的独立思维之研究，创自己独立思考之学问，不断思考，不断修正，渐达真理之境地。追求法治应当成为法学家所有理想中之最高理想。

〔27〕 梁治平：《法学的未来与未来的法学家》，《广州研究》1988年第1期。