

## 后现代法学的特征

陈根发

**内容提要:**发端于 20 世纪 60 年代的后现代主义建筑、绘画、诗歌、小说等思潮也很快进入到了富有哲理的法学领域。后现代法学对现代法学的基本原则和理念提出了强劲的质疑,试图运用各种新的方法重新解释现代法及其基本原则。其中,法国福柯的“权力学说”、美国罗蒂的“实用主义法律观”和日本柄谷行人的“世界帝国与法”的理论各具特色,具有较大影响。尽管后现代法学对现代法学提出了许多耐人寻味的质疑,但这并不意味着后现代法学已经取代了现代法学的主导地位,它的成就主要在于对现代法学理论的调整和补充。

**关键词:**后现代法学 权力学说 实用主义法律观 世界帝国与法

陈根发,中国社会科学院法学研究所副研究员,法学博士。

发端于 20 世纪 60 年代欧美的后现代主义开始是指建筑、绘画、诗歌、小说中的一种实验性的、新奇的反现代主义风格,后来很快波及到哲学、法学等社会科学乃至自然科学领域。这些被称为“后现代主义”的理论家们从尼采等人的思想中汲取灵感,以新的形式在新的社会历史和知识背景条件下对现代性展开了猛烈的批评和攻击。他们指责以“启蒙运动”思想家们的理性主义为基础而建构起来的现代社会或现代性是一项失败的工程,认为有必要从根本上加以否定和“解构”,而代之以一种完全不同的、以多元文化并存为特征的另类文明或生活方式。“后现代主义”者在质疑、挑战现代性世界观和方法论的同时,也把矛头指向现代法律和法律的基本原则和理念,揭露现代法律制度 and 法律规则在维护现行统治、保护强者和富人的利益时,漠视和侵犯了弱者和穷人的利益。他们试图运用各种新的方法,采用不同于现代主流法学的认识论和解释方法,重新解释法律的基本原则,纠正法律的偏差。

### 一 后现代法学的基本特征

法学,也许是最全面、最富哲理的学问,因为在一般含义上它包括了所有的一切,不论是人事抑或神事。这一性质决定了法学是后现代主义艺术和哲学最值得栖身和应用的学问领域。英国格拉斯哥大学的卡梯教授在《后现代法学》一文中指出:“启蒙运动在思想史上标志着一个特别的阶段。后现代性则标志着这个阶段的终结。一股晦涩的空气出现并环绕在它的主要倡导者,如福柯、德里达、博德里亚尔、利奥塔的身边。这些都是法国思想家,因此他们也许被认为是另一种‘赶时髦的’和非实体的‘左岸’知识流行的产物。然而,这些思想家却出自非常相同的传统,这一传统被认为是促使诞生了‘革命的’启蒙,从而产生了现代法,即第一部法国民法典,第一部人权宣言和第一次基于人民主权对现代宪法的尝试。”<sup>[1]</sup>

[1] Anthony Carty, “Introduction: PostModern Law”, in Anthony Carty ed., *PostModern Law: Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, Edinburgh University Press, 1990, p. 1.

正因为如此,后现代思想家首先抨击的也是这一传统的文化基础。另一方面,由于现代法律也确实“正在面临着一种与艺术上相似的现代主义困境的现象。不过,它不是对艺术质量失去信心,而是已经站在(或跨过)对法律制度的公正性失去信心的门槛,或者说(真的),是对我们鉴别公正之特定能力已经或正在失去信心”。<sup>[2]</sup> 1994年德里达在美国某大学的一次讲座中说:“我认为把法和正义作区别是有益的。法(law),在法语中叫 le droit,即权利,在德语中叫 Recht,在英语中,你们说到法(law)时,同时指权利(right)和法(law)两个意思,即法语中的 le droit(权利)和 la loi(法)两个方面的意思。而在法语中,我们对两者是区别对待的。因此,我把法、即权利和法律体系的历史与正义相区别。用一句话来说,那就是,法是脱构筑的。法律体系、权利、法、实定法都是有历史的,这些历史就是法的变化的历史。之所以存在各种各样的法,原因就在于此。人类能够改善法,或者用其他法取代某一法……你们用其他法律体系取代某一法律体系,用其他法律取代某一法律,或改善法时所进行的,实际上是一种脱构筑的工作,即通过批判、脱离构筑。正因为如此,所以说,法本身是能够脱构筑的,而且必须是脱构筑的。这是历史性、革命、道德、伦理和进步的条件。但是,正义不是法,它是改善法的、使法脱构筑的原动力、推进力和运动的源泉。如果没有对正义的要求,我们就一点也不会对法的脱构筑感兴趣。因此,脱构筑的可能性的条件就是正义的要求。”<sup>[3]</sup> 那么,什么是正义呢?德里达指出:“正义无法还原为制裁、刑罚或报偿的计算。就算这些计算都是正确的和符合法律的,也不等于是正义。正义,在其与他人、即与他人的无限距离的关系之情况下,对他人经常是不同的,经常是不可能计算的。……正义,是与他人之间的关系,仅此而已。你们一旦与作为他人的他人产生关系,就会出现某种不可能计算的东西、即不能还原为法或法律构造历史的东西。这就是给予脱构筑以运动的东西,这一运动就是对文化、制度、法律体系的各种规定进行不断的怀疑和批判,而且不仅仅只是为了破坏、宣布它无效,而是以公平对正义、为了对作为正义的他人这一关系表示敬意,才进行怀疑和批判。”<sup>[4]</sup> 德里达在研究卢梭的自然状态中的法——“怜悯”时还指出:“铁面无私的法律的权威只有在代替自然法的权威,代替那个‘温柔的声音’(怜悯)时才有意义……正如我们刚刚设想的那样,当这种温柔的声音停止时,人们接受的无情命令只是文字的命令吗?既是又不是。之所以说是,是因为人们要逐字阅读文字或把它与字母联系起来。之所以说不是,是因为人们要理解文字的隐喻。甚至可以说,自然法、怜悯的温柔声音不仅是由母亲的牵挂发出的,它早已由上帝铭刻在我们的心中。”<sup>[5]</sup> 可见,德里达对法、自然法、正义等概念是作严格区分的。

后现代主义思潮的出现,为那些情绪低落的法学者在重新解释法律制度的公正性方面提供了新的方法和途径,因此很快博得了许多法学教授的采纳和应用。在20世纪的最后十年,“后现代主义”的基本主题以他们自己的方式进入了法理学和法哲学,作为其结果,现在的法学教授们写作了有关后现代法学运动、后现代法理学和后现代法学女权主义等方面的著作。除此以外,关于诸如德里达、福柯、罗蒂和拉康等后现代思想家的讨论会和专题报告会也被组织起来。毫无疑问,法学者们与其他学界一样表露出对后现代主义理论的兴趣增加了。<sup>[6]</sup>

当下,不仅以后现代法学为主题的著作数不胜数,而且有的法理学教材也专门设置了后现代法学的章节。有学者甚至认为后现代法学已经成为了西方法学的主导。美国有关后现代法学的许多著作中,一般认为后现代法学的代表人物主要有福柯、德里达以及罗蒂等,也包括近年来专门阐述后现代法学观点的费思、施拉格、戈登里奇、肯尼迪等学者。另外,有一些学者认为,女权主义法学的代表人物、法学与文学运动的代表人物和批判种族主义法学的代表人物等,也可以纳入到后现代法学的阵营。<sup>[7]</sup> 如果把后现代法学看成是汇集了上述多种特异法学流派的干流,那么它确实已经形成了一股强劲的法学思潮,

[2] [美] 戴维·鲁本:《法律现代主义》,苏亦工译,中国政法大学出版社2004年版,第472页。

[3] [法] 德里达等编:《与德里达的对话——脱构筑入门》, [日] 高桥透、黑田晴之等译,法政大学出版社2005年版,第22页。

[4] [法] 德里达等编:《与德里达的对话——脱构筑入门》, [日] 高桥透、黑田晴之等译,法政大学出版社2005年版,第25页。

[5] [法] 雅克·德里达:《论文字学》,汪堂家译,上海译文出版社1999年版,第250页。

[6] Douglase E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, University Press of Kansas, 1997, p. 1.

[7] 信春鹰:“后现代法学:为法治探索未来”,载朱景文主编:《当代西方后现代法学》,法律出版社2002年版,第27页。

具有前赴后继全面冲击主流法学的革命热情。

我国学界中的“后现代主义”首先是一种“舶来品”。从20世纪80年代开始,各个领域的学者开始陆续介绍西方的后现代主义理论与学说,其中有名的“文化:中国与世界”丛书就引进了不少后现代主义代表人物,如福柯、德里达、加达默尔、杰姆逊等人的著作。由于后现代主义从人文主义价值立场出发,对现代化过程中人性、价值和理想的失落,充满了文化上的忧虑,这种“人文主义”色彩获得了我国一些知识分子,特别是年轻知识分子的共鸣,所以很快在各个学科领域蔓延。在20世纪90年代初,由于一场政治风波的巨大影响,知识界进入了沉闷期,不少学者开始对80年代的激进思潮和乌托邦情结深加反省,并从后现代主义那里获得了新的学术资源和进入问题的新突破口,于是后现代主义研究迅速发展起来。法学界对“后现代主义”思潮的介绍和研究始于20世纪90年代中期。1994年朱苏力教授在一篇评论波斯纳的书评中提到并分析了“后现代主义”的一些思想来源和特点。<sup>[8]</sup>1996年朱苏力教授在《后现代思潮与中国法学和法制》一文中,又谈到了后现代主义对中国法学和法制发展的意义。<sup>[9]</sup>1996年朱景文教授在《对西方法律传统的挑战——美国批判法律研究运动》一书中专门介绍了深受结构主义和后现代主义(特别是解构主义)影响的学者的法律思想。2002年朱景文教授主编的《当代西方后现代法学》,2005年高中博士的《后现代法学思潮》等专著相继出版,法律与后现代主义的研究逐渐深入。

## 二 福柯、罗蒂与柄谷行人的法律思想

在众多的后现代主义者的法学主张中,法国福柯的“权力学说”、美国罗蒂的“实用主义法律观”和日本柄谷行人的“世界帝国与法”的理论各具特色,具有较大的影响。

### (一) 福柯的权力学说

福柯(Michel Foucault, 1926 - 1984)是“当代法国新尼采主义和后结构主义思想的最重要的代表人物”,<sup>[10]</sup>同时也是一个后现代法学的急先锋。福柯的法律思想是零星的和不系统的,他并没有建立一个“法的理论”,我们甚至难以把握它的思想谱系。因为,除了他的《规训与惩罚》一书直接涉及法律以外,在其他论著中只有一些零星的联系和评论,几乎看不到专题性的论述。但是,在福柯的反思和主体解构中,始终无法避开“权力”话语,其思想体系甚至可以用“权力—知识—主体”这一程式来表示。

自亚里士多德以来,与权力有关的各种概念就始终是政治、法律和其他社会理论中的核心概念。但是在绝大多数学者笔下,权力更多地是被作为一个不言自明的描述性概念在理论中发挥作用,而没有成为经过严格界定的解释性概念得到充分的讨论。学者们很少对权力以及和权力有关的诸如支配、权威和统治之类的术语做进一步的深入研究,从而满足于一般性的直觉概念。有一些学者虽然将权力还原为生产关系,还原为国家机器或法律,却很少对权力关系本身做出阐释。福柯对权力的研究,按照他自己的说法,并不是要提出权力的新“理论”,而是要探讨权力关系得以发挥作用的场所、方式和技术,从而使权力分析成为社会批评和社会斗争的工具。<sup>[11]</sup>福柯之所以这样做,是因为他相信:“在每一种情况下,总体性的思考都对研究构成障碍。”<sup>[12]</sup>在权力的分析上,福柯是反司法主义和反对国家中心论的。他特别强调,在分析权力时,要摆脱司法模式的限制,超越只关注国家、法律和政治领域的局限,着手从权力发挥作用的各種经验性的局部,比如监狱、家庭,来研究权力的形态和变化。

在对权力的解构中,福柯具有独到之处。他首先批判了所谓传统的权力观,认为权力不能简约为

[8] 朱苏力:《什么是法理学?》,载《中国书评》(香港)1995年总第5期。

[9] 朱苏力:“后现代思潮与中国法学和法制”,载《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版,第268页。

[10] 高宣扬:《当代法国思想五十年》(上),中国人民大学出版社2005年版,第248页。

[11] Michel Foucault, “The Subject and Power”; “Two Lectures”, in Colin Gordon ed., *Power-Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972 - 1977*, Pantheon, New York, 1980, 80ff

[12] 包亚明主编:《权力的眼睛——福柯访谈录》,严锋译,上海人民出版社1997年版,第217页。

“规则—违反规则—惩罚”这样的三点式结构,也不仅仅是规则的创始和禁止的宣示。在权力系谱学的考察中,与权力的定义相比,福柯似乎更加关注权力的运作方法,如监狱的诞生等问题。因此,他对权力的研究,不是对权力的描述,而是对权力的分析。如在《规训与惩罚:监狱的诞生》一书中,福柯认为,无论是中世纪的酷刑制度,还是现代监狱制度,都不外是权力运作的模式之一。因为,现代监狱制度实际上就是对人的肉体进行“规训”,而“规训”不外乎指纪律、教育、训练、训诫等意思。在福柯的眼里,监狱实际上是一种“规训”组织,是权力实施“规训”的集中表现,而整个社会是一个庞大的、充满“规训”的组织,如学校、工厂、医院、军队、家庭等。作为“规训”机构,监狱与社会的主要其他构成部分并没有太多的差别,只不过在“规训”上,监狱显得更彻底而已。监狱,就这样在根本上成了大社会的一个微缩社会,同时也为整个社会提供了一个模式。整个社会不过是一个庞大的监狱,其中所有的人都在接受着不同程度的“规训”,在这一意义上,教师、医生、教育家和其他社会工作者实际上都充当着法官和纪律执行人。在《规训与惩罚》的最后一章中,福柯总结道:“如果说古典主义方式的大禁闭机构部分地(仅仅是部分地)被废除了,那么它又很快地复活了,并沿着某些方向重新部署和发展。然而,更重要的是,它通过监狱这个中介,一方面与法律惩罚手段相统一,另一方面与规训机制相统一。禁闭、司法惩罚与各种规训机构之间的界限在古典时代已经被弄得模糊不清,现在则趋向于消失,趋向于构成一个宏大的‘监狱连续统一体’。这个系统把教养技术扩散到各种最单纯的纪律中,使纪律规范渗入到刑法体制的核心,并用纪律规范来控制最轻微的非合法活动,最不起眼的非正规、偏离或反常以及过失犯罪的威胁。……最后,这个大‘监狱网’包含了遍及整个社会的所有规训机制。”<sup>[13]</sup>

当然,福柯所说的权力,不是来自国家的宏观的权力,而是具体的、社会运作的权力,福柯有时称之为“微观权力”。福柯认为,作为社会关系中的微观权力是无所不在的,任何一种微观权力又与其他权力一起,制造出带有自身固有风险和冲突的其他权力。并且,哪里有权力,哪里就有抵制。但是,抵制绝不是外在于权力的。对于权力来说,虽然存在着各种抵抗,但却不存在一个大拒绝的地点——造反的精神、所有反叛的中心、纯粹的革命法则。<sup>[14]</sup> 美国的波斯纳曾指出:“法律中的后现代主义到目前为止只不过是‘解构’来威胁思想常规的法学教授。”<sup>[15]</sup> 这其中的开拓者和规划者是福柯。福柯对待现代法学的态度,不是重新构筑一个理论,而在于对现代理论的批判和“解构”。福柯曾说:“为了对权力关系进行具体的研究,必须放弃统治权的法律模式。它实际上把个人预设为自然权利或原始权力的主体;把认识理想化的国家诞生当作自己的目标;最终它使法律成为权力的根本表现。”<sup>[16]</sup>

## (二)罗蒂的实用主义法律观

理查德·罗蒂(Richard Rorty, 1931 - )发表的专门讨论法学理论的论文虽然仅有数篇,但是他的观点已经在数百篇法学论文中得到了评论,可以说在法学研究领域正在产生越来越大的影响。虽然他并没有表示要提供一种如此这般的法学理论,但是他讨论法律的著作却已经得到了来自诸如理查德·波斯纳、罗纳德·德沃金和斯坦利·费什等著名学者的特别关注。

由于罗蒂对法律本身的论述不多,因此我们在探讨其法学思想时必须同时并在很大程度上依赖于他的非法律著作。在涉及法学的论述中,罗蒂偏爱的是一种反基础主义的、实用主义的、实验的和讽刺的方法。罗蒂从不给“法官应当如何断案”这样一个法学理论的关键问题提供答案。罗蒂认为,事先不可能存在一种告诉法官如何断案的特定方法,判决实际上是一个审判的事实,一种看法和一个对新视角的开启,也是一种从事逐个社会工程的意志。当然,法官在诸如罗伊诉韦德(Roe v. Wade)这样的案件中,应该遵循先例,但是在诸如迪雷德·斯科特诉桑福德(Dred Scott v. Sanford)这样的案件中,先例会引导到非正义。对于判决,当不顾先例和支持一个新的社会观点时,不会有一个预先可以直接使用的程

[13] [法] 米歇尔·福柯:《规训与惩罚》,刘北成、杨远婴译,三联书店 1999年版,第 341 - 343页。

[14] [法] 米歇尔·福柯:《性经验史》,余碧平译,上海世纪出版集团、上海人民出版社 2002年版,第 71页。

[15] [美] 理查德·A. 波斯纳:《超越法律》,苏力译,中国政法大学出版社 2001年版,第 364页。

[16] [法] 米歇尔·福柯:《必须保卫社会》,钱翰译,上海人民出版社 1999年版,第 248页。

式。我们最好的希望是,法官能够有足够的同情心和敏感性,秉承美国伟大法官的传统,使用恰当的方法判决案件。与许多法学理论家不同,罗蒂没有通过呼吁诸如“自然法”、“作为正直的法”而为防止再次发生迪雷德·斯科特诉桑福德案件提供一个理论替代物。与提供某些断案的程式相替代,罗蒂把实用主义者的主要作用看成是围绕法哲学生长的“哲学的下层灌丛”。这就是说,实用主义者的方案在本质上是批判性的,它不包括总体上的国家边缘的方案,而是采纳了一个对社会实验的开启。<sup>[17]</sup>

罗蒂对美国的实用主义法律观非常推崇,他在评价波斯纳法官的《实用主义的审判》一文时指出:“波斯纳帮助你了解到法官务必关心的是哪一类事情,他们体验到的是哪一种自我怀疑。他对——在特定的某种特殊的美国条件下——法官制定法规必要性的坦率见解既令人振奋又非同寻常。他的如下断言和提示同样透彻明了:假如法官对某些情况无动于衷,那么他们就应该受到谴责;最后,每一个社会都务必信赖其富于智慧的前辈。”<sup>[18]</sup>罗蒂还从实用主义角度对罗尔斯提出的“作为公平的正义:政治的而不是形而上学的”观点做出解析。他认为:由于这一观点,罗尔斯可以被救出康德主义的泥潭,而获得从黑格尔主义和杜威主义出发的重新解释。“罗尔斯所正在从事的工作并非旨在对美国自由主义进行一种超验的演绎或者为民主制度提供哲学基础,而只是试图对作为美国自由主义之特征的原则和制度进行系统化的整理。”<sup>[19]</sup>

罗蒂从杜威主义的立场,总结并提出了美国法学的发展方向。他指出:“假如我们喜欢,我们仍然可以说,美国法律制度具有一个合法权威。我们有义务服从我们国家的法律。但是我们既不应该不切实际,也不应该死抠条文。杜威愿意绕过‘权威’、‘合法性’和‘义务’这些话题而不愿意绕过‘应用智力’和‘民主’的话题。他希望我们停止使用康德使之在哲学家中间流行起来的法律词汇,他希望我们开始使用来自小镇会议的隐喻,而非来自法庭的隐喻。他希望政治学和哲学的第一个问题不是‘什么是合法的?或‘什么是权威的?而是‘我们能够达成什么协议?这是杜威思想的组成部分。罗尔斯——尤其在其晚期论著中——吸收了它并且将它发扬光大。波斯纳关于美国法官职责的见解——关于他们能够在现在和未来之间来回穿梭并尝试从我们的国民历史来形成一个道德统一体的见解——非常符合杜威的思维方式。我认为,波斯纳的见解与有兴趣了解美国法院尤其是最高联邦法院将做的事情的绝大多数美国人——至少那些为联邦最高法院就‘布朗诉美国教育部’一案做出的裁决而高兴的那些美国人——的见解也没有很大不同。”<sup>[20]</sup>罗蒂由此认为如下思想已经不再令人可怕:法官不仅应用规则,而且制定规则。

### (三) 柄谷行人的世界帝国与法的理论

柄谷行人(Karatani Kojin, 1941 - )的理论与法国德里达的研究具有一定的同步性,<sup>[21]</sup>他自己也曾表示在20世纪80年代初期与德里达不约而同地思考了马克思列宁主义的社会主义问题。<sup>[22]</sup>

柄谷行人认为,在考察“国民国家”时,不能无视其先行的“帝国”,因为“国民国家”既是在否定“帝国”的地方产生的,同时又保持有“帝国”时代的共同性。现在,通俗地被称为“文明”这种复杂的广大地区,曾经不外是世界帝国的版图。在分析“帝国”的共同性时,不能混同“帝国”和“帝国主义”的区别,“帝国主义”和“帝国”不同,它是国民国家的一个延伸。在现代史上,对征服和建设世界帝国评价的低落,有这样那样的理由。能够建立的永久性的世界帝国,不是国民国家这样的政治形态,而是像罗马帝国这样的在本质上是基于法律的政治形态。为什么这么说呢?因为在那里存在着具体地表达肩负全帝

[17] Douglase E. Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, University Press of Kansas, 1997, p. 148.

[18] [美]理查德·罗蒂:《后形而上学希望——新实用主义社会、政治和法律哲学》,张国清译,上海译文出版社2003年版,第223页。

[19] Richard Rorty, "The Priority of Democracy to Philosophy", in A. Malachowski ed., *Reading Rorty*, Oxford, 1990, p. 279.

[20] [美]理查德·罗蒂:《后形而上学希望——新实用主义社会、政治和法律哲学》,张国清译,上海译文出版社2003年版,第234页。

[21] 林少阳:《“文”与日本的现代性》,中央编译出版社2004年版,第277页。

[22] [日]柄谷行人:《作为隐喻的建筑》,岩波书店2004年版,第231页。

国政治制度的人人平等有效的法律这一权威,据此,在征服后,性质非常不同的民族集团才能实际上得以统一。国民国家则不具有这样的统一原理,这是因为它从一开始就是以同样性质的住民与政府的积极同意(如人民投票)为前提的。国民既然是以领土、民族、国家的历史共有为基础的,就不能建立帝国,国民国家在实施征服时,只能去同化不同性质的住民,强制取得大家的“同意”,而不能去统一他们,也不能将自己对正义与法律的基准强加给他们。<sup>[23]</sup>

在阐述“帝国”的反复时,柄谷行人借助了黑格尔和马克思关于“历史的反复”的理论。柄谷说:“下面应该提出的 representation 的问题,可以说就是作为 re - presentation 再现的反复的问题。不用说,它与(马克思的)《路易·波拿巴的雾月十八日》开头出现的名言有关:‘黑格尔在某个地方说过,一切伟大的世界历史事实和人物,可以说都出现两次。他忘记补充一点:第一次是作为悲剧出现,第二次是作为笑剧出现……’马克思在此所说的历史的反复,是关于1848年的第二次法国革命与1789年的第一次法国革命,那是废除君主政体以建立共和政体为目标的革命又归宿到帝政的事件。不仅如此,马克思接着开头的指出,在法国大革命中人们‘依次换上了罗马共和国和罗马帝国的衣裳’,即最初的1789年以后的事态也是过去的反复。马克思认为,1848年以后的三年只是1789年的革命到拿破仑政变的反复。前者采取了古代的重现这一形态,实现了资产阶级革命。但是,后者中却没有任何应该实现的新东西。因此,马克思称之为‘笑剧’。”<sup>[24]</sup>柄谷认为,由于历史具有惊人的反复性,因此“世界帝国”就有了可能。他认为:“在欧洲,重建罗马帝国的计划从来就没有停止过,它扎根在近代国家所具有的内在问题。近代国家开始于作为主权者的绝对主义王权对罗马法和天主教教会的独立、在军事和重商主义中开始的相互竞争阶段。试图超越近代主权国家这一状态的志向,在那样的情况下,或多或少地会想起‘罗马帝国’。但是,实际上,据此所从事的是一个国家对另一个国家的帝国主义统治。尽管如此,国民——国家却不能抛弃否定自身、向往‘帝国’的动机。这是国民——国家自身的强迫反复。今天的欧盟,无疑就是其中的一个‘反复’。”<sup>[25]</sup>

柄谷认为,建立“世界帝国”首先需要世界宗教,如罗马帝国把基督教作为国教以后,其内部多神崇拜的矛盾才得以消解,罗马才真正成为了世界帝国。因此,在真正意义上,为了成立世界帝国,可以说首先必须建立起超越各部落、各民族宗教的世界宗教。这一原理不仅适用于阿拉伯帝国,也适用于中国的帝国。中国的王朝成为世界帝国,大约在隋唐时代,那时佛教成了多民族国家的普遍宗教,实际上被赋予了国教的地位。当时处于奈良时期的日本实际上只存在于中华帝国的边缘。佛教,不仅仅只是为了建立中国的帝国,它正如日本的大和朝廷那样在确立大规模的国家时,成了必要之物。例如,在奈良时代的日本,佛教被作为国教而引进,是因为作为第一大部族的大和朝廷为了抑制其他众多部族,感觉到有必要以普遍的宗教为后盾。关于法律,也如此。帝国对于其属下的各个国家、各个部族,并不直接介入它的文化和法律制度。与各个部族、国家本身的统治相比,帝国更关心它们之间,换言之是确保各个部族、国家间的交通和通商安全。因此,帝国的法律基本上是国际法。实际上,以往罗马帝国的法律也是自然法的渊源,与其说它是国家法,不如说是国际法更确切。这一点,就是没有明文化,在其他帝国也是基本妥当的。例如,在中国的帝国,各个部族、国家只要完成朝贡,其地位就能得到承认,从受到朝贡以上的答谢来看,实际上不外是一种互惠的交易。帝国在不威胁帝国内部交易安全的限度内,不干涉其中的部族、国家内部事务。世界帝国之所以几乎都是一夜之间再次形成,就是因为不管新的征服者是谁,其恢复国际性法律秩序的行为受到了欢迎。<sup>[26]</sup>

柄谷考察“世界帝国”的目的在于阐述他主张建立的“新的帝国”。他在考察“现代国家”的特征时指出:“这样地把现代的国民国家放到与古代和中世纪的世界帝国之关系上来看,反而对国民国家今后

[23] [日] 柄谷行人:《日本精神分析》,日本文艺春秋 2002年版,第15-16页。

[24] [日] 柄谷行人:《历史与反复》,日本岩波书店 2004年版,第26页。

[25] [日] 柄谷行人:《历史与反复》,日本岩波书店 2004年版,第30页。

[26] [日] 柄谷行人:《日本精神分析》,日本文艺春秋 2002年版,第19页。

怎样扬弃自己具有启发意义。扬弃国民国家,我想就意味着建立新的‘帝国’。但是,必须注意的是,它不仅与古代的帝国不同,而且与作为一国(国民国家)统治扩大的帝国主义也不同。<sup>[27]</sup>那么,柄谷的“新的帝国”具有怎样的特征呢?他首先分析了资本主义的全球化中所存在的问题,然后提出了解决问题的方法和设想。他说:“现在,根据资本主义的全球化,出现了国民国家将会解体这样的预测。但是,国家和国民并不因此而消灭,例如根据资本主义的全球化(新自由主义),各国的经济一旦受到压迫,就会请求国家保护(再分配),并走向民族文化的同一性和地域经济的保护这样的道路。由于资本制—国民—国家是三位一体的缘故,因此它的力量非常强大。即便想否定其中的哪一个,其结果只能是又返回到这一环节中。这是因为,它们不仅仅只是幻想,而是扎根在各自不同的‘交换原理之中的’。<sup>[28]</sup>柄谷认为,在这种情况下,如果只想打倒资本主义,就会强化国家性的管理,或者陷入民族感情而不能自拔。其中,前者以列宁主义,后者以法西斯主义为代表,现在特别要注意的是法西斯主义。因为法西斯主义依据民族主义对抗资本和国家的运动,因此有可能取得广泛的支持。怎样才能缓解和解决资本制、民族和国家之间的冲突呢?柄谷认为,社会民主主义所主张的依靠国民相互扶助的感情来超越三者之间的矛盾、通过议会利用国家权力来进行再分配的办法虽然具有一定的合理性,但却是不完全的。那么,除此以外,还有其他什么办法呢?柄谷说:“我认为还有其他办法。正如我已经指出的那样,可以把面对资本制—国民—国家的对抗场所放到这一三位一体的‘外部’,即联合主义中去寻求。这是另一个‘交换’的原理,在某种意义上,它与市场经济是相似的,即是以每个个人的自由契约为根据的,但是它不主张资本主义那样的利润追求。另一方面,它与共同体是相似的,即它是互酬的、相互扶助的,而不是排他的、拘束性的。这样的伦理—经济的联合,只有根据某种货币才有可能实现。……这样的交换原理或联合扩大时,扎根在三个交换原理之中的资本制—国民—国家就会失去基础,走向消亡。当然,它不是一下子就能够实现的,也许需要几个世纪,但是无论路途多么遥远,其路线方向则是清楚明确的。”<sup>[29]</sup>从这里可以看出,柄谷行人所设想的“新的帝国”,实际上是基于资本制—国民—国家外部广泛联合的后资本主义市场经济联合体,这一联合体需要法律的保护和调整,而这些法律主要是国际法或自然法。

### 三 后现代法学与现代法学的关系

尽管一些后现代主义学者对现代法律和法学提出了许多耐人寻味的质疑,企图从根本上改变人们的法律意识形态,但是他们与现代法律思想家之间却很少有真诚的对话。这一方面,有时似乎是因为分隔主流法学家和后现代主义者的鸿沟是那么的宽阔,以致他们说着不同的语言,针对着不同的问题和在很大程度上忽视了对方的工作。采用后现代主义方法研究法律的学者,倾向于嘲笑那些按照主流思想家,诸如哈特、德沃金等的传统方法研究法学的学者,认为那些主流法律思想在后现代时期已经过时了。另一方面,这也是因为许多现代主义法学家(如罗尔斯、德沃金和阿克曼等)不想应答这些后现代主义者,甚至不愿意指出他们著作中的错误。<sup>[30]</sup>当然,也有一些法律现代主义者尖锐地批评了后现代的跨学科学者,说他们是半瓶子醋。但是,在他们试图保护自己的专业和学科领地时,这些现代主义的批评者常常显得有点声嘶力竭。因此,在许多重要的事情上,后现代主义者还没有与各国法理学中比较主流的学派之间建立起和谐的关系。

从现代主义到后现代主义的运动代表了一场广泛的文化、社会和政治变迁,它本身早已超越了学科界限,触及到了许多学术领域。由于后现代主义思潮的强烈冲击,欧洲、美国和日本等国的法律思想实

[27] [日] 柄谷行人:《日本精神分析》,日本文艺春秋 2002年版,第 24页。

[28] [日] 柄谷行人:《日本精神分析》,日本文艺春秋 2002年版,第 51页。

[29] [日] 柄谷行人:《日本精神分析》,日本文艺春秋 2002年版,第 54页。

[30] Douglase E Litowitz, *Postmodern Philosophy and Law*, University Press of Kansas, 1997, p. 3

上都或多或少不同程度地发生了向后现代主义的转向。如美国学者菲尔德曼指出：“因为多种起因的结果，美国法律思想已经绕过了一个模糊的边界，从现代主义过渡到了后现代主义。……总体上的美国人、包括法学教授的共识和自信的崩溃；最高法院在格里斯沃德诉康涅狄格州案和罗伊诉韦德案中极具争议的判决，以及学者们后来对这些案件的反应；包括法律在内的很多领域中的跨学科研究的兴盛，以及后来来自于像哲学、文学批评和文化人类学的其他学科的后现代思想对法理学者的影响；法律思想、特别是宪法理论中的解释转型的出现；带有图形用户界面的计算机辅助法律研究的发展；以及法律学术界人员构成的变化，它促进了局外人法理学的发展。”<sup>〔31〕</sup>

后现代的不敬使很多法理学者蔑视现代主义的法律学术观本身，认为它过于专注于教义和公共政策。后现代主义者常常倾向于从文化研究和社会研究的角度理解法律。他们认为，立法问题、争议和事件并不必然整齐地符合学科边界。专业的和学术的学科是因为多种多样的原因才出现的，其中包括财富、声望和权力的积累，而不是仅仅因为它们全面的解释力。任何一个单独的学科，包括法律，都不足以充分地理解社会事件。如果一个学者一直在一个预先定义好的学科或专业中闭关自守，那他就可能无法全面、准确地理解一个事件。因此，后现代法学者常常冲破学科和专业的藩篱，从一个学科跳到另一个学科，从一个专业跳到另一个专业。他们对法律的研究虽然显得有点——有时甚至非常——零碎，不够系统，但却常常激发出有关法律制度的创新性和反思性构想。正如德国当代杰出的法哲学家考夫曼指出的那样：“后现代这个词被谈论得很多……实际上，这个来自美国和法国的概念已经进入我们思想领域很久了。人们对此曾嗤之以鼻或付之一哂，可事实却使人们不得不予以正视。”<sup>〔32〕</sup>

尽管如此，但这并不意味着后现代法学已经取代了现代法学的主导地位。在一定程度上，后现代法学还只是一个发展和塑造中的理论，它尚不具备全面取代西方现代法学的能量和规模。后现代法学的“反叛”是以对现代法学的论战为界限的，因此它与现代法学是建立在共同的经济基础之上的，它的成就主要在于对现代法学理论的调整和补充。

---

[ Abstract ] Postmodernism, which emerged in the 1960s in the fields of architecture, painting, poetry, and literature, had soon entered into the area of law science. Postmodern law have challenged the basic principles of modern law and tried to use all kinds of new ways to re-interpret modern law and its basic principles and ideas. Among these theories, Michel Foucault's "theory of power" in France, Richard Rorty's "legal pragmatism" in the United States and Karatani Kojin's "theory of the world Empire and Law" in Japan are the most representative ones. Each of them has its unique features and has greatly influenced the development of law. Although postmodern law has raised many thought-provoking questions about modern law, this does not mean that it has replaced the modern law. The main achievements of postmodern law is adjusting and supplementing modern law theories.

---

(责任编辑：冉井富)

〔31〕 [美] 斯蒂芬·M. 菲尔德曼：《从前现代主义到后现代主义的美国法律思想——一次思想航行》，李国庆译，中国政法大学出版社 2005年版，第 162页。

〔32〕 [德] 阿图尔·考夫曼：《后现代法哲学——告别演讲》，米健译，法律出版社 2000年版，第 5页。