

# 从文本到问题： 中国法理学研究的进取路径

## 从资源汲取的角度切入

支振锋\*

跨文化法律传播在不同国家、不同地区与不同历史阶段之间的进行,是人类法律文明碰撞与传承的常态。而对以“西法东渐”为底色的近现代中国法律及法理学发展的进程而言,介绍、翻译、评介、揉捏异域的法律文明资源却构成了近现代中国法学发展的基本主题。除了30年的全盘引进苏联法学或法律虚无时期外,以英语为载体的英美法学在中国最有市场,尽管它也不时面临德语等其他法学的竞争。但大多数时间,它们联合起来构成了“西方法学”盟军。藉此,西方法学理论作为现代法律思想建构的一个重要资源开始“进入”中国,<sup>[1]</sup>而近世以来的中国法理学也成了以汲取异域法学资源为主的资源汲取型法学。

在此语境之下,基于对近现代异域法律资源进入中国过程的宏观把握,本文首先从微观上就中国法理学<sup>[2]</sup>的应对之道做出分析,并指出,在面对异域法律资源时,中国法学在试图以格义与比附来为其找到一个本土表达的同时,也试图通过进入西方的法学经典思想与文本以提升自己的学理品质。接着,本文在指出中国法理学欲汲取异域法律资源的核心就必须进入其思想经典的同时,也指出单纯的评介式与思想史式研究方法的缺陷,主张必须转向以问题为导向的研究方法,而这将会为中国法理学带来四个深层次的变化。

---

\* 北京大学国际关系学院政治学博士后研究人员。

[1] 参见刘星:“西方法理学的‘中国表达’——从1980年代以后的‘西方评介’看”,《政法论坛》2005年第1期。

[2] 本文中的“中国法学”一般也仅限于“中国法理学”。更深入的介绍参见支振锋:“知识之学与思想之学——近世中国法理学研究省思”,《政法论坛》2009年第1期。

## 一、异域法律资源的本土表达:比附与格义

中国的资源汲取型法学主要从西方汲取资源,但最早向中国介绍西方法政制度的却是德国传教士郭实腊(笔名爱汉者)于1833年8月1日所创刊的杂志《东西洋考每月统纪传》(System Western Monthly Magazine)。<sup>[3]</sup>虽然郭实腊本人不过是偷窃中国情报的间谍与凶残的殖民者,但很可能是他的杂志最先<sup>[4]</sup>向中国人介绍了西方政法律制度。因为此前明清时期的传教士在此方面几无建树。<sup>[5]</sup>

但如果翻阅这个杂志,我们会发现很多有趣的地方。比如,“统纪传”的译名,因为当时并无中文可与外语相对应,故而如此杜撰。<sup>[6]</sup>杂志所发表关于西方政法律制度的文章就更为有趣,不仅译名尽显中国国情,著文亦如小说且颇得章回体之法。1838年连续登载的三篇《英吉利国政公会》,借两个中国文人饶有情节的对话方式突出、集中地介绍了英国的议会。文中英国议会译作“国政公会”,“为两间房,一曰爵房,一曰乡绅房”。而且各篇文初都引述一段荀子或管子的语录,对于所述的一些事理也不时征引中国的古典哲理予以解释。1838年戊戌七月号登载的《北亚墨利加办国政之会》一文,以管子的一段语录题头,借用一位寄寓北美经营觅利的父亲给在中国的儿子写信的方式又介绍了美国的国会。“不立王以为国主,而遴选统领、副统领等大职,连四年承大统,必干民之誉,了然知宰世驭物、发政施仁也。”“此元首统领百臣,以正大位。”<sup>[7]</sup>总统、副总统被译为统领、副统领,“百臣”、“大统”、“大位”,更是中国人耳熟能详的词语。用中国本有的术语、词汇与理念去理解西洋新知,是20世纪之前国人理解包括政法知识在内的西洋新知的主要办法。这种做法,也叫“格义”。<sup>[8]</sup>

在理解异己文明与思想时,“格义”往往是人们最便利的方法。明清之际入华之耶稣会士虽然把欧洲中心主义的偏见藏得很深,但还是充分认识到了要将基督教的神学思想原原本本地强加给中国人的难度,以格义的方法让中国人理解其宗教便是常法。就西学东渐而言,格义

[3] 参见爱汉者等编:《东西洋考每月统纪传》,黄时鉴整理,中华书局1997年版。

[4] 1832年美国传教士米怜(W. Milne, 1785-1822)在其所留下的中文遗著《大英国人事略说》一书中,就对法律面前人人平等的观念和律师辩护观念做了宣传,但其影响似乎不大。参见何勤华:《中国法学史》(第三卷),法律出版社2006年版,页9。

[5] 参见王健:“西方政法知识在中国的早期传播——以‘东西洋考每月统纪传’为中心”,《法律科学》2001年第3期。

[6] 参见周振鹤:“‘东西洋考每月统纪传’简介”,《书屋》1999年第1期。

[7] 参见王健,见前注[5]。

[8] “格义”原本是佛教在中国传播的产物。因为佛教刚刚传入中国时,作为一种外来的宗教,语言不通,佛教般若经中当然有很多中国传统书籍中没有,为中国人所无法理解的“名相”、“事数”(概念),纯粹用佛家自己的解释,中国人当时还很难理解。于是,一些高僧便借助“外典”(儒家经书等)来阐释“内典”(佛经)中的种种概念。佛学家吕澄对“格义”所下的“定义”是:“把佛书的名同中国书籍内的概念进行比较,把相同的固定下来,以后就作为理解佛学名相的规范。换句话说,就是把佛学的概念规定成为中国固有的类似的概念。参见吕澄:《中国佛学源流略讲》,中华书局1995年版,页45。

已经是比较成熟的认知了。在此之前,牵强比附的“西学中源”说对西方新知之来源的理解更是无稽的附会。清初张廷玉主持编纂《明史》首次细述西学中源说,经康熙帝的提倡而成一时风气。就清末连得风气之先的郑观应,也不厌其烦地将中学与西学逐一比附,认为西方的科技“无一非暗袭中法而成”,而时人“以为西法创自西人完全是错谬的。<sup>[9]</sup>不仅自然科学如此,康有为的《孔子改制考》,梁启超的《西学书目表后序》,王仁俊的《格致古微》,陈炽的《庸书》,都渗透了“西学中源”的思想。<sup>[10]</sup>直到1889年左右,在回答李鸿章为上海格致书院春季特课所出的关于中西格致之学的比较一题的答卷中,钟天纬和朱澄叙在比较准确地叙述了西方科学的发展史之后才主张“西学原本中国是不可信的。<sup>[11]</sup>

在此背景之下,中国的法律学者们也掀起了一场以中国旧有情势来理解西洋法律的格义与比附的热潮。1863年,张斯桂在为《万国公法》作序时,便以中国春秋战国时期来比附当时的国际关系,将西方列国与春秋各国一一比附。<sup>[12]</sup>他还并非首创,在其1848年所著《瀛环志略》中,徐继畲已经将当时的欧洲各国与战国之时的列国相比较。<sup>[13]</sup>1861年冯桂芬在著《校邠庐抗议》时亦称,“今海外诸夷,一春秋之列国也,不特形势同,即风气亦相近矣。”<sup>[14]</sup>而后来丁韪良对中国古代国际关系与国际法的比附,更为深刻。而维新派的论著中国际法附会也屡见不鲜。正如有论者谓,晚清知识分子对国际法的解说带有浓厚的传统色彩,而“附会”法则构成了他们接受西方国际法的思想桥梁和逻辑媒介。<sup>[15]</sup>此后,虽然晚清修律变法引起了人们对西方法学更为严肃认真的研究,但附会、比附仍偶有出现。就连有媒介中西冰人之誉的沈家本,在其著作之中也不无对西方法学的牵强比附。这种状况,直到19世纪末20世纪初才有较大改观,随着20世纪二三十年以来中西法律交流增多才有根本性改变。

“比附”与“格义”,这是中西法律思想碰撞开始剧烈的晚清,知识分子面对异域的西方法律思想资源试图进行理解时做出的努力,其本质上都是当时的知识分子试图为异域的法律资源找到妥适的本土表达。

## 二、异域法学的汉语文本:译介与比较

文化具有民族中心主义(ethnocentrism)倾向,<sup>[16]</sup>每一种文化都试图用自己的文化价

[9] 参见郑观应:“盛世危言”,收录于夏东元编《郑观应集》,上海人民出版社1982年版,页274-275。

[10] 参见刘君:“‘西学中源’说新评”,《安徽史学》2003年第4期。

[11] 参见王韬编:《格致课艺汇编》(卷四),上海书局石印本1897年版。

[12] 参见(美)惠顿:《万国公法》,丁韪良译,何勤华点校,中国政法大学出版社2003年版,“张斯桂序”。

[13] 参见徐继畲:《瀛环志略》(第6卷),光绪二十四年老扫叶山房石印本,页5。

[14] 冯桂芬:《校邠庐抗议·重专对议》,上海书店出版社2002年版,页58。

[15] 参见曾涛:“近代中国的国际法附会论”,《法史学刊》,2008年版,页234-235。本文对晚清知识分子在法律上对西方的比附,受益于此文良多。

[16] Judith N. Martin & Thomas K. Nakayama, *Experiencing Intercultural Communication: An Introduction*, Mayfield Publishing Company, 2001, pp. 25 - 40.

值去打量他者,特别是在文化冲突发生的时候,每一种文化都习惯于确证自己的文化价值,意图取得对他者文化的支配权。毫无疑问,“比附”与“格义”在一定程度上体现了中国知识分子试图以我为主,基于传统资源来消化、糅合异域资源并为之找到中国表达,以更好地将之安放在本土资源之中的努力。这是在本土文化面临外来资源时,以本民族文化为中心通过理顺异域资源在本土文化中的序列而维护自我文化秩序的努力。也许他们并没有真正弄明白西方,但他们并未迷失自己,格义只不过是理解异域资源并安顿本土资源的一种工具而已。

然而,在附会、比附与格义中对异域资源却有着太多的误解与歪曲。随着中西法律沟通的展开及中国以“模范列强”为指向的修律变法的进行,这种“海外奇谈”式的对异域法律资源的理解自然不敷所用。于是,为了真正实现对异域法律资源的准确理解,迫切需要正本清源。由此,中西法律沟通进入了下一个阶段:译介。从1900年留日学生创办《译书汇编》到1923年朝阳大学所创办之《法律评论》,20多年里大约出现了20多种法政杂志。而这些杂志的主要工作就是登载西方法学译作,或者宣扬西方法学的作品。当时的法学著作也主要是宣扬西方法学的,在20世纪20年代之前中国人极少法学著作而主要就是译著。无论是法政杂志还是法学著译作品,主要都是在中国传播西方法学观的。这个过程虽然自1949年始中断了将近30年,但自20世纪70年代末起,译介与传播西方法学的活动又再度兴起,而且比以前任何时候都更加全面和彻底。20世纪90年代以来,外国法律制度与思想的译丛蔚为一时风气,仅在祖国大陆,译丛数目就有差不多10个,译著数量可能已有成百上千部。在整个20世纪中,中国一直处在移植、吸收、消化西方法学的过程之中,而其中主要的方法就是译介。然而,译介并不代表能够消化与适应,单纯的译介同样不敷所用。虽然我们以西方法学观为核心建立起了自己的法律学科,但天真地将之视为救世良药,显然不切实际。<sup>[17]</sup>历史已经证明了这一点。

因此,清末以还的法律人还重视对各国以及中外的法律制度与思想的比较,尤其是比较法的运用。“事实上,差不多整个20世纪期间,世界各国立法无不以法律比较为其立法改进的重要途径,而在此进程中比较法学几乎无处不在,其作用与影响如此重要与深远,以至于已经成为当代世界发展与进步不可或缺的重要手段。”<sup>[18]</sup>虽然古今中外的法律研究中都可能有比较的运用,西法东渐早期的比附、附会与格义同样也意味着比较,但比较法方法的运用还主要是20世纪之后的事情。清末修律变法,尤重比较法的研究。根据清末《大学堂章程》的规定,当时的大学政治课程就包括了东西各国法制比较,比较宪法的研究很早便得以展开。至民国初年,各大学比较法课程所占比例很大,如北方的不少著名大学法律系开设有比较宪法、比较民法等课程。在南方,1906年成立的东吴大学法科,1915年改成比较法律学院,1925年其英译名即定位“中国比较法学院”,1929年正式成为我国历史上最早的,以比较法学为教学方向,

[17] 参见何勤华,见前注[4],页9-46。

[18] 米健:“比较法学与近现代中国法制之命运”,《现代法学》2005年第2期。

英美法课程为主流课程,兼习其他各国法律的高等专科学校。1940年以后,东吴大学开始采用国立大学培养研究生的方式招收比较法专业的研究生,<sup>[19]</sup>其宗旨就是“使学生充分掌握世界主要法律体系的基本原理”。<sup>[20]</sup>在1949-1979年30年的销声匿迹之后,随着改革开放的展开,比较法学又再次获得了它的繁荣。当代主流法学学者的研究,几乎没有不涉及比较法学的,高校也纷纷成立比较法的研究机构。

米健先生认为,1979年改革开放至今,中国法律制度的发展建设,无一不是循着法律比较的途径。而且像中国这样如此充分运用法律比较的方法来建设自身法律,并且取得了举世公认的成就的国家并不多。然而,缺陷也十分明显。由于近世中国对外国法的译介与研究是在面临瓜分豆剖之际的选择,“今日立国,不能不讲西法”,<sup>[21]</sup>在病急乱求医的救亡心态下,不免缺少了许多慎重与清醒。无论译介还是比较法,都主要是一种文本操作,着重在于对外国法律资源文本的引介与比较,而对于文本背后的实践与问题却关注不够。清末的比较法主要关注不同国家条文与法律规范比较,而如此规定之条文与规范是否确能施行,则无人关心。即便现在,我们的比较法也主要是介绍性的拿来主义和人云亦云,在比较法律制度与比较法律规范上,还主要是现象的比较。<sup>[22]</sup>即便是比较法,其研究在我国也还属于初创阶段。<sup>[23]</sup>

### 三、从文本到问题:照着讲与接着讲

不可否认,当人们认为传统法律失灵社会发生转型之际,译介为我们打开了一扇外国法律制度与思想的大门。虽然翻译的整体水平还参差不齐,在译本的地域来源与语种上也分布很不均衡,但它显然极大地扩展了我们的视野。而比较法作为一种通过比较来研究法律的方法,虽然现在仍很初级,但它以译介为基础,加深了我们对外国法律制度、思想以及法律本身的理解与认识。译介与比较法整体上超越了比附与格义之为外国法律资源姑且寻找一个中国本土表达的阶段,而使得我们的理解、认识与表达更为准确,也进一步深化了对法律本身的认识。从而,使得我们的法律实践与法学研究走过了简单的海外奇谈、单纯的学习西方的阶段,而初步进入了自主研究法律实践及其理论的阶段。

但我们已经知道,这些显然不够。比附与附会在很大程度上充满曲解,而无论格义还是译介,它们主要的工作都是文本转换操作,其操作对象都是异域法律资源的文本载体而非实践本身,转换的结果也往往不过是产生一些外国法学的汉语文本。而比较法的方法在目前的阶段,虽然比译介更进一步,但其本质上不过是另一种译介。这一点在比较法学上表现最为明显。

[19] 参见王立中、马芳城:“近代中国的比较法学教育”,《比较法研究》1991年第3期;参见米健,见前注[18]。

[20] 参见陶广峰:“清末民初中国比较法学的产生”,《法学研究》1998年第1期。

[21] 参见薛福成:《出使英法意比四国日记》。

[22] 参见刘兆兴主编:《比较法学》,社会科学文献出版社2004年版,页32-34。

[23] 参见沈宗灵:《比较法研究》,北京大学出版社1998年版,页37。

这种外国法学的汉语文本绝对解释不了、也解决不了中国的法律实践与理论问题。

因此,在面对丰富精彩的西方法律制度与理论文本时,在面对纷繁复杂的现实世界迷局时,我们必须从简单的文本转换操作中解脱出来而进行更深层次的思考:这些西方精彩的法律资源究竟对我们有什么意义,对于中国所面临的重大现实问题与理论问题,它能够有何贡献?究其根本,一种理论或者学问之所以有必要,就在于它是否能够在三个问题上有所贡献:现实实践问题的解决,根本性理论元命题的追问以及人类智慧与思想资源的扩展与丰富。事实上,我们面对的主要是三类西方的法律资源。一是实践资源,也即国外法律制度的实际运行状况;二是制度资源,主要表现在不同西方国家的具体法律制度规定和安排;三是思想资源,主要表现为经典人物与作品。通过留学、出国考察,我们当然可以实地了解与体会其法律实践的状况,但显然难度很大。就具体的法学研究而言,主要的研究对象仍然是文本:介绍与研究西方具体法律制度与安排的文本及经典法律思想文本。就制度资源而言,比附、格义、译介与比较都是我们主要的研究方法,其不足之处前文也已有批判。

就法理学而言,思想资源更值得重视。对于已有定评的经典著作我们都是必须阅读的,因为凡此人类智慧,呈现为既有的知识、理论和思想文本,从中汲取的资源,不仅是个人学思发育、理论成长的出发点,也是法学学术得以发育与成熟的土壤。而且,无论是不同的法学分科,还是其他人文社科的研究,都难有例外。但怎么研究经典作家与经典文本,则是一个问题,据信至少需经历以下五重进境:文本解读、语境分析、意义阐释、风格赏析和谱系定位。<sup>[24]</sup> 达致这五种境界,即难且艰,却令人神往。具体而言,对经典人物与作品的研究应包括五个方面,达到三个境界。当然,其中也会涉及两个难题。五个方面是:第一,“话语”,也即研究对象与文本说了什么?如何对其学说进行概念界定、语词梳理与话语的精确解读;第二,“推衍”,研究他是怎样说的?要去看他的论证过程、论证方法、逻辑结构以及理论的发生机理;第三,“语境”,他为什么要以这样的方式来说?去看他理论的逻辑起点,学术的内在理路,所据的思想来源与智识支援,甚至写作的社会环境气候;第四,“事功”,他在这个论题上如何说?主要是去看其理论的解释力与(对实践的)契合度,当然也要看其学术理想与抱负。第五,“评判与接续”,研究者要以高度的主体性与学术敏锐性,来对研究对象做出自己的评判。同时,在评判的基础上,去详评研究对象的得失幽隐,并看能否在某种程度上实现对它的推进。

这五个方面不仅涉及解读与解释,也涉及评判与发展,可以将之总结为从文本到解读,从话语到论证,从个案到谱系,从观点到语境,以及从分析到评判的五个相应过程。在进行这些过程的基础上,研究者可能会经历三层境界:与二手文献对话,以二手研究性文献为资料来源,进行爬梳与整理,这样的研究自然有其意义,但研究的结果往往会作为一个研究综述或者对研究对象观点的罗列(与梳理不同)而出现;与人物及文本的背景对话,其紧要之处在于将研究对象置于一个思想谱系之中,进行品评与打量,详评得失,细品幽隐,进行梳理与评价;与问题

[24] 参见许章润:“经典:文本及其解读——关于阅读法学经典的五重进境”,《华东政法学院学报》2006年第1期。

对话,直接关注经典人物与文本的问题所在,并据之找到自己的问题,以问题为依归,进行深度的剖析与综合,从而得出自己的结论。第一层境界主要是译介与比较法的功夫,我们已有所论。第二层境界为思想史导向的研究进路。第三层境界为以问题为导向的研究进路,虽然它也要在某些方面涉及第二层境界的研究,但其紧要之处却在于直涉问题,并推进对问题的解决。经典人物与文本的特点就是能够提出经典的问题,而问题导向的研究只是将经典人物与文本作为桥梁与工具,重在提出自己的问题并进行探讨。

但无论是直接与研究对象对话,还是直接 with 问题对话,也都会遇到两个难题,第一个是如何实现从解读文本到解决问题的跳跃,尽管对文本的解读与梳理自有其意义,但对问题的解决才是我们真正的目的——不管是理论问题还是实践问题;第二个难题是如何能够从相互照明达致相互发明,研究者与研究对象在对话的过程中必须要有智慧上的互动,要有思想上的激荡,但也应该能够相互启发(尽管实际上往往是单向的),能够从研究中有所发明从而推进对经典人物与文本所关注问题的理解甚至解决。

据此,就近世以来中国资源汲取型法学研究的进取路径而言,我们可以从方法论上总结出三种方法:译介、思想史的方法与问题导向的方法。比附或附会因过于粗浅而暂且不论。格义、译介与目前状态下的比较法,其本质都属于文本转换操作,这是我们需要超越的“初级阶段”。思想史的研究路子重在将枝蔓抖落,细节隐去,放入时间的纵深之中,总体而言,看看它承继或者增进了何种知识?证立或者颠覆了什么命题?从而,其总的知识、思想与学术的成就为何?也就是进行谱系定位。<sup>[25]</sup>当然也要重视语境,更多的去解释文本所由产生的那个特定的历史场景,包括该特定著作在知识、理论和思想脉络中的特定时空场景。<sup>[26]</sup>但最终,我们还是要解决“问题”。以问题为导向的研究方法,就是看这些资源能否解决我们所面临的重大实践问题,看它能否推进我们的重大理论问题,深化我们的理解与认识。当然,更重要的是看这些资源本身指涉的是什么问题,是否是有价值的问题,解决得怎么样以及自己如何看待与解决这些问题。

译介、思想史与问题导向,三种方法固然都很重要。但正是缺乏问题导向的译介与思想史研究使得中国法学遇到了它的困顿,它实际上的全盘西化使得中国法学的问题在很大程度上成了“西方法学文本中”的问题;中国的法学研究成了对“西方法学”的研究;中国法律思想家的的工作,成了对西方法律思想家的研究。于是,中国法律人所拥有的往往不是中国的法律知识,而是西方的法律知识;法学学者所了解的不是中国法学,而是西方法学;法律思想家(姑且这么称之)所言说的,则是西方法律思想家的思想。从某种意义上说,我们所拥有的不是“法学”,而是关于西方法学的知识;不是“法律思想”,而是关于西方法律思想的“知识”。最终导致了一种没有国家的法理学。<sup>[27]</sup>某种意义上来说,中国法学是不解决“问题”的学问:它没有自己的问题,而它的“问题”是翻译来的;它不具备对“法律是什么”与“为什么要遵守法律”等

[25] 同上注。

[26] 许章润,见前注[24]。

[27] 参见强世功:《立法者的法理学》,三联书店2007年版,页6。

法学元命题进行追问的能力,无法在法学最根本的问题上型构自己的理论与话语,更不必说自己的法哲学体系或者法律理论体系;它对本国现实的民生问题与具体法律实践极少有有分量的关照,成了不知刀向何处的屠龙之术;它主动与中国的历史与文化语境割袍断义,成了离家出走的流浪儿童;它无法对国际的法律实践与法律理论做出有分量的回应,无法从法学理论上为人类做出自己的智慧贡献。<sup>[28]</sup>特别是,它只注重制度资源与思想资源而很少涉及实践资源。倡导一种以问题为导向的研究进路,就是为了找到中国法学的真问题,充分利用古今中外的思想与智慧资源去解决之,从而以对问题的解决来超越古今中西。

原因非常明显。西方法学学术思考的逻辑和中国法学学术思考的逻辑有其差异;我们这里认为属于问题的问题,在西方学者那里可以不是问题;而在西方是问题的,也许在中国称不上问题。比如上访问题、“稳控”问题、群体性事件问题、民工权利保障问题、计划生育问题,在中国都是比较棘手的麻烦问题,往往也都是具有中国特色的问题,但西方可能根本不存在,或者即便存在也是以不一样的样态存在;再比如堕胎问题、女权问题、种族歧视问题、同性恋问题,在中国都根本构不成重大的法律争议议题,或者是具有完全不同法律意义的议题。再就制度资源而言,文本体现出来的同样的制度安排,在不同的国家却可能解决不同的问题;而不同的制度安排,却可能有着同样的功能与效果。在这些问题上,西方问题未必是我们的问题。不同的问题产生不同的学问,这些中国问题本来是能够产生我们自己的中国法学的,但我们却一味臣服于西方的法学文本而丧失了判断力。

而且随着知识专业化与学院化的发展,即便西方学者与西方理论的很多问题,也未必是真问题。罗斯科·庞德在《通过法律的社会控制》中就曾指出,教授们根据那些靠不住的事实,建立起一套顽强的、违反生活事实的和非常固执的教义,并企图使生活符合他的理论模型。当法律科学一发生实际影响时,它就起阻碍作用。<sup>[29]</sup>如果说庞德指责的美国法学家是理论脱离实践的话,那么我们今天的中国法学则很多连理论都不是。因此,我们不仅要批判“书斋里的法学家”,<sup>[30]</sup>还要更严厉地批评那些仅仅是寻章摘句根本没有理论(或者不过是提及了一点他人的理论作为装点)的法学家。何况,对外国法律思想一味的“引进”,主要引进的显然是文本的摘录。这种单向度的文本操作,显然忽略了在西方法学和中国法学双重语境中建立相互融通的理解场景,从而忽略了中国读者的理解预期,更为准确地来说,极为可能忽视了西方法学语境中的“已经理解”和中国法学语境中的“尚未理解”的区别。<sup>[31]</sup>

而只有以问题为导向进行研究,我们才能真正进入西方法律制度、实践与理论的语境,从而把握其实质。正如托克维尔,他在美国的旅程中没有为无数纷繁复杂的现象所迷惑,也没有被所访问之人的夸夸其谈所困扰,而是一眼就瞅到了美国政治与法律的根本问题:“美国产生

[28] 支振锋,见前注[2]。

[29] 参见(美)罗斯科·庞德:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,页1。

[30] 参见周少华:“书斋里的法学家”,《华东政法学院学报》2006年第1期。

[31] 刘星,见前注[1]。

的政治问题鲜有不是最终成为司法问题的,或迟或早,它们都要成为司法问题。<sup>[32]</sup>同样,赫伯特·哈特(H. L. A. Hart)也没有陷入美国两百年来众多的法律文献之中,他用“英国人的眼光”,从霍姆斯(Oliver Wendell Holmes)、格雷(John Chipman Gray)、卢埃林(Karl Llewellyn)和德沃金(Ronald Dworkin)的理论话语中,精确地提炼出美国法理学本质性的“司法理论”问题——不管是噩梦还是美梦。<sup>[33]</sup>这体现了一种从话语中把握问题的提炼能力,一种对问题实质的把握能力。可以将文本作为理解异域法律资源的桥梁,但更重要的是能够跳出文本,直涉问题。

以问题为导向的法理学研究才可能产生最为根本性的原创性成果。冯友兰先生曾提出著名的“接着讲”与“照着讲”之区分,<sup>[34]</sup>哲学界据此将20世纪中国哲学的历史分期分为“学着讲、照着讲、接着讲”<sup>[35]</sup>或者“照着讲”、“接着讲”、到“自己讲”三个阶段,<sup>[36]</sup>认为中国哲学家必须做一次“三源合一”的工作,将马克思主义哲学、中国传统哲学和当代西方哲学的思想精华结合起来,形成21世纪中国哲学的新形态。<sup>[37]</sup>这个见解虽然颇有见地,但“接着讲”却绝不是只讲话语,它其实就是对问题的持续追问。冯友兰在《新原人·自序》中曾强调:

“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平”,此哲学家所应自期许者也。况我国家民族,值贞元之会,当绝续之交,通天人之际,达古今之变,明内圣外王之道者,岂可不尽所欲言,以为我国家致太平,我亿兆安身立命之用乎?虽不能至,心向往之。非曰能之,愿学焉。此《新理学》、《新事论》、《新世训》及此书所由作也……世变方亟,所见日新,当随时尽所欲言,俟国家大业告成,然后汇此一时之作,总名之曰《贞元之际所著书》,以志艰危,且鸣盛世。<sup>[38]</sup>

其中他反复致意的便是“值贞元之会,当绝续之交”的社会变革,及“通天人之际,达古今之变”的哲学问题。只有直涉问题,提出真问题,以问题为导向推进研究,才能从单纯的文本操作中的“照着讲”中超脱出来“接着讲”。

[32] A. De Tocqueville, *Democracy in American*, P. Bradley edn, New York: A. A. Knopf, 1945, p. 280.

[33] H. L. A. 哈特:“英国人眼中的美国法理学”,载氏著《法理学与哲学论文集》,支振锋译,法律出版社2005年版,页129-152。以及H. L. A. 哈特:“1776-1976:哲学视域里的法律”,载氏著《法理学与哲学论文集》,页153-167。

[34] 参见冯友兰:《中国现代哲学史》,广东人民出版社1999年版,页200。

[35] 参见郭庆堂:“20世纪中国哲学的历史分期:学着讲、照着讲、接着讲”,《哲学动态》2001年第8期。

[36] 参见张立文:“中国哲学:从‘照着讲’、‘接着讲’到‘自己讲’”,《中国人民大学学报》2000年第2期。

[37] 郭庆堂,见前注[35]。

[38] 冯友兰:《冯友兰论著自选集》,北京师范大学出版社1992年版,页455。

## 四、结语：“自己讲”的中国法学

1921年,美国学者杜威发现中国的中青年学者“都渴望新思想,……就是年长的人,也很肯容纳新的思想”。虽然他也很照顾国人的面子,说这是“新时代的精神,科学的精神,并不只是西方的精神”,<sup>[39]</sup>但实际上就法学而言,这些中国人很多时候不是去容纳新思想,而是被新思想所俘获了,最终自己没有思想;而且新思想就是西方思想,还“大都是西方法学理论的翻版”。<sup>[40]</sup>虽然有些学者以20世纪20、30年代的中国法学界为例,试图否认这一点,认为近现代“中西法学”包含“相互竞争的批判关系,西方法学不纯粹是“进入的、“领导的,中西法学的相对关系是“斗争的、“彼此竞争的”。<sup>[41]</sup>但这与其说是事实,不如说是我们所尽力争取的理想。蔡枢衡1947年就曾感言,“今日中国法学之总体,直为一幅次殖民地风景图:在法哲学方面,留美学成回国者,例有一套 Pound学说之转播;出身法国者,必对 Duguit之学说服膺拳拳;德国回来者,则于新康德派之 Stamm ler法哲学五体投地。”<sup>[42]</sup>时隔半个多世纪,这一问题似乎更为严重了:

当代中国法学的发展……好一点的也只是倚重国外或我国台湾地区一些学者的著述和国外或我国台湾地区的一些做法。……我们的法学基本上是在炒西方学者的冷饭。没有自己的见识和洞察力,没有自己的发现,乃至在国内的其他学科面前,也被讥笑为“幼稚的法学”。这种状况是中国法学家的一种耻辱。我们这些学术法律人有义务改变这种状况。<sup>[43]</sup>

中国有自己的法学家,但没有中国本土的法学思想。原因何在?其中一个原因就是中国法学缺乏主体性,<sup>[44]</sup>学者丧失了文化自信。在被称为学科的各种文化层面,我们似乎还是亦步亦趋地在西方国家的后面“爬行”。以法学为例,西方法学的问题、方法与话语仍然在明里暗里主导着我们的研究,我们的确没有拿出具有“自主知识产权”的法学作品。<sup>[45]</sup>结果就是,在整个20世纪甚至直到今天,我们的法学家丧失了文化自信,不注重本国本土斯民的法律实践,而只注重从西方引介“先进的”法律制度与思想。在具体的研究中,大有除洋文外无资源,

[39] 参见罗志田:“传教士与近代中西文化竞争”,《历史研究》1996年第6期。

[40] 参见郝铁川:“中国近代法学留学生与法制近代化”,《法学研究》1997年第6期。

[41] 参见刘星:“民国时期的‘法学术权威’——一个知识社会学的微观分析”,《比较法研究》2006年第1期。

[42] 蔡枢衡:“中国法学与法学教育”,许章润主编:《清华法学》(第4辑),清华大学出版社2004年版,页14。

[43] 苏力:“为什么研究中国基层司法制度——送法下乡导论”,《法商研究》2000年第3期。

[44] 参见陈金钊:“通过法学发展思想——对书斋里的法学家的反思”,《华东政法学院学报》2006年第6期。

[45] 参见陈金钊等:“忧伤的中国与自卑的法学(笔谈)”,《河南省政法管理干部学院学报》2007年第6期。

除欧美外无正确之势,而极少对本国具体法律实践提出有说服力的解释与可执行的解决方案。中国法学家的的工作,很大程度上去批评中国“不合(欧美)理论”(未必是不合理)的现实,全然不顾中间所存在的逻辑断裂。<sup>[46]</sup>最终只能使中国法学陷入以欧美法为中心,围绕着欧美法旋转的“法学托勒密体系”之中无法自拔。<sup>[47]</sup>就连唯一能与国际法学大家比肩的吴经熊先生,也自称“作为一名法律哲学家,我更为希望别人依据两个论文对我作出判断,其一是《霍姆斯法官的法律哲学》,其二是《施塔姆勒及其批评者》”,因为“我的全部哲学可以视为努力协调霍姆斯和施塔姆勒的法律思考”。<sup>[48]</sup>而他的主要作品亦非以中文写就。由于没有主体性,无论是我们上文所言之异域法律资源的“中国表达”,还是外国法学的汉语文本,都是以单向度的知识传输作为目的的,而且讲述这些法学的学者时常假定了听者的对面存在。于是,阅读者时常不自觉地处于了知识接受者的位置,从而将这些法学理论当作一种“知识”加以对待,不自觉地受制于知识介绍者的“领导权”。与此对应,知识介绍者往往认定了自己的介绍是明确的、条理的、没有疑问的,从而不自觉地实施了“领导权”。<sup>[49]</sup>但同时,他又向他所介绍之知识的来源地奉献忠诚。

但可惜的是,法学精英们所引入的这套西方先进理论,也只是在理论上获得了人们的接受而已。甚至连法学家自己,都几乎无人在行为上将这套理念当回事。西方法学之于中国,仍然是强加的。孔庆平先生从三位民国著名法学家对中国法理自主性的探讨中发现,“晚清以迄民国,以西方法律取代中国传统法,就不见得获得了可靠的理论基础,而可能是一部分人通过政治力量,将其对西方法律的倾心强加给了普通的沉默的大多数。”<sup>[50]</sup>究其原因,就是近世以来作为外国法学的汉语文本的中国法学,仅仅是文本而已:它没有问题,提不出问题,也无法解决问题。这种丧失主体性的“中国法学”既没有重大的理论判断力,也没有对中国实践的解釋力,更无法去解决实践问题与推进理论问题。它只能是播种机法学、布道法学、普法法学,最终只能是知识之学而非思想之学。<sup>[51]</sup>由此,我们才能理解为什么以限制政府权力为取向的现代西方法学,在中国却只能是政府强力推进与理念先导而非自发生。

正是在这个意义上,我们对以问题为导向的研究方法的提倡就是一种反思与超越。它能我们的法理学研究带来深刻的变革。第一,在资源的汲取上,以问题为导向的研究方法就不会先验地预设唯一“先进或正确”的法学资源,而是着眼于问题的解决,因此就能实现从仅限于汲取西方(尤其是英美)的法律资源向汲取所有人类所创造的能为我所用的法律资源的转变。不仅西方的资源可用,传统的资源也可用,第三世界的法律资源同样可用,在资源上要会通“三统”。第二,在法治实践上,由于以问题为导向的研究方法的关注点主要不在一个理论

[46] 参见支振锋,见前注[2]。

[47] 参见喻中:“走出‘法学的托勒密体系’”,《读书》2009年第1期。

[48] John C. H. Wu (ed.), *Juridical Essays and Studies*, Shanghai: Commercial Press, 1928, 'Preface', p. xi

[49] 刘星,见前注[1]。

[50] 参见孔庆平:“三位民国法学家关于中国法理自觉的探讨”,《清华法学》2007年第3期。

[51] 支振锋,见前注[2]。

是否来自西方、是否先进,而是看它是否具有理论的解释力与对实践的契合度,因此就会导致中国法理学发生从简单引进西方“先进”法律理念到注重通过田野工作为本的经验研究,为本土的法律实践提供有说服力的解释与具有可执行性的解决方案的转变。同时,只关心宏大话语建构的空疏之风,亦可能得到改变。第三,从理论建构而言,什么样的实践提出什么样的问题,对什么样问题的回答,就会产生什么样的理论:为了建构理论,必须回应实践;因此,以问题为导向的研究方法就不会仅关注文本,而是立足实践,并且是本土实践,因此就会使中国法理学发生从单纯引介西方经典法律思想与文本到注重提出并解决某些本土的或者具有普遍性的法律命题之方法上的转变。因为中国问题也未必不是普遍问题,在解决中国问题中所产生的理论也未必不是普遍理论或不具普遍的适用性。第四,立足实践,回应实践,提出问题,解决问题,中国自己的法理学只能从这样的努力之中产生;因此,从发展态势上来说,以问题为导向的研究方法将会使中国法学发生从单向度的汲取异域法律资源到参与全球的法律实践与话语建构并做出自己贡献之多维互动(双向互动或多元互动)的转变。只有如此,才能实现由资源汲取型法学向常态法学的转变:它自衍生而非一味汲取,既没有文化自卑也没有文化傲慢;宽容而不独断;流动而不封闭;丰富而不偏狭。

当然,并非所有中国的法理学家都完全向西方输诚。当历史进入另一个世纪之交时,他们也开始追问“什么是你的贡献。”<sup>[52]</sup>夏勇教授从民权切入,主张回到先秦儒学,认认真真地从民本讲起,提出从以民为本的民无权利的“民本说”到“民之所本”保障民权的民本新说,<sup>[53]</sup>从而内圣开出外王,建构了其极富历史维度与实践抱负的“新民本说。”<sup>[54]</sup>针对转型中国的宪法困境,他又提出其根本法则理论,主张“把以人本和自由为核心的价值法则转换为政治法则和程序法则。现代的政治法则即人民主权,它解决政治动力和政治正当性问题。现代的程序法则即程序理性,它解决程序设置和程序正当性问题。政治法则和程序法则通过在公共领域里解决价值法则的有效性问题,构成宪法制度的主要内容。价值法则、政治法则和程序法则分别体现人本与自由、人民主权和程序正义,用中国传统的术语来表述,就是分别代表道统、政统和法统。”<sup>[55]</sup>从而力图超越传统治人者与治于人者的二元界分,最终将治者的太平转化为天下的太平而非仅仅治于人者的太平,同时将心性的太平转化为制度的太平。<sup>[56]</sup>这是重建中国政治哲学的重要努力。

[52] 参见苏力:“什么是你的贡献(自序)”,载于氏著《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社1996年版。

[53] 参见夏勇:“民本新说”,《读书》,2003年第10期。

[54] 参见夏勇:《中国民权哲学》,三联书店2004年版,页55。着重号为原文所有。

[55] 参见夏勇:“中国宪法改革的几个基本理论问题”,《中国社会科学》,2003年第2期,页7-8。在另外一篇文章里,著者对这个问题有着进一步的论述。参见夏勇:“民本与民权——中国权利话语的历史基础”,《中国社会科学》2004年第5期,页4-23。该文收录于《中国民权哲学》,页1-56。

[56] 参见夏勇:“民权学子文丛总序”,载于王四新:《网络空间的表达自由》,社科文献出版社2007年版。

苏力教授先是对“变法”模式发难,并进而建构其“本土资源”说,<sup>[57]</sup>提出“面对中国的法学”,<sup>[58]</sup>主张将社会科学的方法引入法学,试图使中国的法学深深植根于自己的土壤。许章润教授则跳出中西,从法之何以为法入手,梳分法的知性、理性与德性之维,并结合中国语境引入真理、道理、情理或天理四个逐次递进的范畴,利用“三维四理”来阐释法之合法性。最后,以其哲理之思与隽永之笔,构建出颇具特色之“法意”学说。<sup>[59]</sup>强世功教授同样对既有的法理学研究进行了深刻的反思,提出迈向立法者的法理学,<sup>[60]</sup>他最近的文章甚至还触及了台湾与香港问题以及国家的宪政体制。高鸿钧教授主张进一步对“中华法文明”进行反思,<sup>[61]</sup>并在其《现代法治的出路》中,从更为宏阔的历史维度与普世伦理来关照“法治”的现实维度与实践品格。<sup>[62]</sup>其他如梁治平、朱景文、季卫东等学者也都做出了各自的努力。

可是,我们必须注意的是,以上诸贤也同样都首先是从西方获取资源的,接受的主要是西式法学训练,他们更是拥有共同的特征:都曾有过长期的西方游学经历,都进行过当代最出色的法学翻译。这一方面提醒我们,在当今提倡法理学研究中国问题绝不是鼓吹偏狭的排外,而是积极纳入包括西学在内的一切有益资源,但更关键的是要建立我们自己的文化认同。

“没有理论的民族不过是一个没有可能性的被安排摆布的民族,无法掌握自己的命运,无法为自己的命运拓展新的空间。”<sup>[63]</sup>然而,一个在法学研究中只是“进口”问题或根本提不出问题,不关注问题的民族又怎么可能提炼出自己的理论?只有我们真正认识到自己所遇到的实践问题与根本性的理论问题,我们才能更为自信地让异域滋润本土,让历史滋润现在,让先贤滋润时杰,让实践滋润理论。不仅重视单向度的译介,更重视相互启发的对话。最终通过照着讲,超越接着讲,而实现“自己讲”,做出发展与创新。中国法学只能从自家的实践讲起,从自己的话语讲起,而不能从别人的理论讲起,从他人的话语讲起,尽管也应重视他人经验与话语的镜鉴意义。只有如此,我们才能自己讲,讲出自己的中国法理学,才能在分享西方所发明的知识、思想三百年之后,也做出我们自己法理学的文明贡献。

[57] 苏力:“变法、法治及本土资源”,载于氏著《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社 1996年版,页 3-22。

[58] 参见苏力:“面对中国的法学”,《法制与社会发展》,2004年第 3期。

[59] 参见许章润:“法意:人生与人心——一个基于中国经验与儒家立场的解释(初版序)”,载于氏著《说法 活法 立法:关于法律之为一种人世生活方式及其意义》(增订版),清华大学出版社 2004年版。

[60] 参见强世功:“迈向立法者的法理学——对当代法理学的反思性考察”,《立法者的法理学》,三联书店 2007年版。

[61] “中华法文明反思”是高鸿钧主编之《清华法治论衡》第 7、8辑的主题,清华大学出版社 2006年版。

[62] 参见高鸿钧:《现代法治的出路》,清华大学出版社 2003年版。

[63] 强世功:《法律的现代性剧场》,法律出版社 2006年版,页 4。