

司法改革近30年，我国在法律领域的成果多多：立法多、出版的法学论著多、涌现的法学家多。但似乎存在的问题也越来越突出，走英美之路还是德日之路抑或本土化，中国法学到底该往何处去，人们开始求索。



## 重新发现中国法

■ 支振锋

### 争议越来越多，但越来越没法讨论下去了

2008年。六七月之交的北京因大雨而异常凉爽，但不时的雷电仍然提醒人们这是一个嘈杂的季节。

嘈杂意味着七嘴八舌。当司法部6月6日发布《司法部关于2008年国家司法考试有关事项的公告》时，政策制定者们一定已经预料到了它可能会引起的争论：能不能让大三的学生参加司考，能不能给中西部降分，能不能让非法学专业人士报考？而媒体总是善于抓住时

机搅起争论，一个个法学专家采访过来，马上新闻纸上就开始口水飘零。问题的细节很复杂，什么专业化、精英化、功利化，一路“化”过去；问题的实质却很简单，就一句话——中国的司法考试向何处发展？问题是中国的，但专家们却总是英国如何、美国如何、德国如何、日本如何的东拉西扯一番。

法律很沉重，但它却就系在人们的神经末梢上，不用切肤，就能让人知痒知痛。不消说司法考试政策这样的“大事”，甚至每一个案件，都能挑动一大堆的神经。近年来，黄碟、刘涌、孙志刚、余祥林、邱兴华、许霆、被删减的《色·戒》，人们对法律话题的关注，绝不亚

于对“肉价又涨了”、“房地产要崩盘了”的关心。然而，每一次的社会大讨论，却让老百姓觉得除了有的专家太爱写法律意见书与收钱外，说的话越来越不好懂。

专家们内部呢，也的确有人担心在知识分子越来越不被信任的今天，法学家会和经济学家一样被人骂没良心。每年的法学学术会议不可胜数。据说，作为法学研究重镇的中国社会科学院法学研究所，每年召开的国内外学术会议最多时差不多有两百场。与会议的热火朝天相比，法学出版物也同样繁荣无比，每年的论著、译著，琳琅满目，甚至连书店的货架都摆不下了，以至于有的一

出印厂就直接拉到仓库。

然而，就在老百姓发现专家越来越不好理解之时，专家们也觉得自己越来越不好理解了。不仅在大法学范围内同行们越来越看不懂彼此的著述，甚至就连同一学科的学者，彼此也往往视对方的论著为天书。很多学者发觉，学术会议上很多时候大家都是自话自说，因为互相听不懂对方在说什么。特别是在法理学界，研究自然法学的听不懂分析法学，研究社会法学的又听不懂来自德国的法律方法论，其他如法律诠释学之类，更是让人云山雾罩。有时候，即便听懂了对方，但相互理解仍然困难：针对同一个社会问题，不同的法律专家有不同的看法，往往争得面红耳赤，甚至拍案而起，却仍是不得要领。于是，法学界一个公开的秘密就是，法学学术会议，特别是每年的学术年会，在很大程度上已经成了沟通感情、游山玩水或者新人“混脸熟”的嘉年华，“人际沟通”功能甚至已经不亚于学术交流功能了。以至于有学者在会后感叹，虽然法律或法学的争议越来越多，但也真的越来越没法讨论下去了，不是听不懂，就是大家不在一个平台上。这位学者解释道，即便听懂，也没法讨论。“在同一个问题上，你崇尚民主，他崇尚自由，你赞同英美，他服膺德法。大家都不在一个平台上，甚至连价值观都不同，你说怎么讨论？”

### 在法学家的研究中 “中国”有被 淡化的危险

百年中国，历数代人的生命与智慧，都是为了挽救民族危亡，为了自立于世界之林。就

法律人特别是危急存亡之秋的中国法律人而言，其主要的使命同样不是去实现“以法治国”，而是通过以法治国来实现强国。只是，这种法律强国之路，从清末开始，就是“模范列强”，向西方学习。法学界也同样如此，著名的民法学家梁慧星先生在回答中国民法学从何处来、向何处去时，明确地说，“向着德国”是中国民法学的第一步，而中国民法学的未来也不过是走出单纯的引进德国民法，走向“多元继受”，即从更多“先进”国家引进其民法理论。

实际上，“模范列强”并无可厚非，人类历史的经验表明，只有文明的碰撞与交流才能更大程度地促进文明。然而，当这种借鉴外国法律理论被冠以“学习先进”、“法律现代化”之名时，可能就存在问题了。因为有先进就意味着落后，有现代就意味着古代，虽然日常话语中人们这样说并没有感觉到什么不妥，但从理论上，这种认识却存在着逻辑断裂。以与传统决裂的方式而迈向“自强”道路，已经逾越了法律、政治、经济或者军事而进入了文化的层面，不管此后一系列的现代化运动是否在实质上是“西化”，这种“自强”必然的含蕴就是对“自己”与“传统”的“自贬”。于是，西方与东方事实上的“强弱”转化成了价值上的“是非”，空间上的“差异”转化成了时间上的“差距”，西方的“特殊”经验成了全世界的“普遍”规律，世界被纳入了以进化论为底色的一元直线史观的、欧洲中心主义的现代化进程之中。

但正是在这里，中国法学遭遇了它的困顿，中国法学的问题变成了“西方法学文本中”的问题；中国的法学研究，就是对“西方法学”的研究；中国法律思想家的的工作，就是对西

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，也不过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”；这是“知识”对“思想”的冒充与僭越。法学被知识化、客观化、技术化了。事实上，唯西方法是从，用西方话语说西方故事，一直都是中国法学界的主流。

某种意义上说，在以学习西方为途径，为“自强”而进行的中国法制现代化过程之中，发生了一种奇怪的变异，“法”的现代化成了主题，中国反而成了被淡化的背景。北大教授强世功说中国的法理学是“一种没有国家的法理学”，实际上，中国法学也在很大程度上枉有“中国”之名；吴经熊等民国著名的法学家评论当时的民法时也说，其95%的条款基本上都是抄袭自德国或日本。

这是一个从“中国法的现代化”到“法的现代化”的“去中国化”的过程，最终导致的是法学的虚无。正是由于中国的法律与法学过度重视引进外国“先进”理论而相对不重视对本土实践的调查与总结，中国的法学才成了没有发言权的学问，学者从思想上、观念上、制度上，大都是西方的套路。但问题在于，西方也是一个非常复杂的概念，有英美的西方，也有欧洲大陆的西方，有古希腊的西方，也有中世纪与现代的西方。这就决定了中国学者在学习西方的时候，注定很难全面，往往不过是一鳞片爪的盲人摸象而已。正如摸到象腿的“瞎子”与摸到象鼻的“瞎子”沟通一样，

各自学习西方某一方面的中国法学家也同样会面临沟通难题。争议越来越多，而沟通越来越难，相互谁也听不懂了。

## 立足中国，面向世界 “先行会通，进而超胜”

因此，表面上学者之间沟通变难的问题，实质上却是中国法律与法学的“西化”所带来的问题。一个是理论问题，150年来，中国法学家竟然尚未提出一种能够在国际法学界赢得尊严的理论或“学问”。150年来，中国法学界始终是西方法学界的“学生”，或大或小的国际法学会议，中国学者几乎总是以学生的身份出现，从来不具有与他们平等对话的能力。自然，中国法学与法律，在国际上都难获尊重。另一个是国际问题，迄今为止，几乎所有的国际会议议程与议事规则都是由以美国为首的西方所主导的，所制定的国际规则也主要贯彻他们的意志与体现他们的利益。因为没有国际规则制定的主导权，国家利益遭受的损失令人触目惊心。第三个是法学教育问题，由于中国继受的乃是大陆法系，更由于中国法学课堂主要是学习西方的法学理论而不是解决自己所面临的实际法律问题，所以，法学院的毕业生对中国法律条文一问三不知，不能解决实际生活中出现的案件，甚至日后难以胜任法律职业的，可谓比比皆是。一言以蔽之，中国法面临着知识与思想的背离、学者与国家的背离、理论与经验的背离、教育与职业背离等四大困境。

当然，许多杰出的中国法学家已经看到了这个问题并在试图做出努力。比如夏勇教授很早就开始从“权利”问题着

手，组织社会调查，以求构造中国自己的权利理论；朱苏力在20世纪90年代后期开始提“本土资源”与“语境论”；许章润教授提出了要兼顾法律制度与制度背后的思想观念的“法意说”。很多其他学者也提出要寻找中国法学的坐标，清华大学高鸿钧教授更是大声疾呼“中华法文化的复兴”。

事实上，我们现在也的确已经到了非解决这些问题不可的时候了。一是从现实的利益上来说，中国法律不能解决中国实际问题，我们的法学研究难辞其咎，必须解决；二是现实的国际利益争夺，也使得我们必须掌握国际法学界的话语权，不能老是呆在学生的位置上，而应与他们平等竞争。清华大学阎学通教授就曾非常精辟地指出：“现在国际政治争夺的内容不是对土地、资源、太空等自然物质的控制权，而是争国际规则的制定权，即制定行为规范的权力。”三是中华民族与中国学者的尊严要求我们必须面对这个问题，三百年来，几乎世界所有国家享用的都是由西方所发明的包括法学思想在内的思想与制度贡献，而作为洋洋13亿人的中华民族，在法律、政治思想与制度上的贡献，却总是被人忽视，这一点必须改变。对于我们具体的法律人，朱苏力也曾经发出了著名的一问：什么是你的贡献？更重要的是，随着经济的发展与国力的强盛，我们已经有了可以支持自己话语的实力，一个有经济与军事实力的民族，如果要保持其实力，就必须在思想与制度的创新上，也积累出实力，甚至主导国际话语权。

当然，我们提倡中华法文化复兴，主张参与国际规则的制定，争夺国际法学界的话语权，并不是提倡复古与封闭，也不是反对学习西方，而是以更

开放的心态来看待问题。如果说复古守旧与闭关锁国是狭隘的，那么全盘西化同样是狭隘的。正确的道路是，超越中西，以开放的心态去解决问题。具体而言，就是通过“上天入地（从形而上学的方面提出自己的思想与理论，同时重视社会实践，重视社会调查与经验研究）、左顾右盼（既关注全人类的普遍价值，又有民族自豪感与责任感）、东张西望（既重视包括西方在内所有的域外经验，也重视本国本土的实际问题）与前瞻后顾（既要继承自己的历史文化传统，又要有开启未来的创新精神）”的“张四维”，与打通“道统、政统与学统”，沟通“传统（1949年之前的传统）、共统（共产党领导中国以来的传统）与西统（西方的传统）”，立足“陆统（大陆的传统）、海统（主要是港澳台的传统）与边统（少数民族与边疆地区的传统）”的三重“三通三统”，来会通古今中西，从而为中华民族归于一统与中华民族和谐共和的永久和平提供来自法学的思想资源与智慧支撑；同时，在世界主要享用西方文明成果三百年后，也为他们提供来自我们的文明贡献。这个路子很简单，几百年前的徐光启已经给我们做好了总结：“先行会通，进而超胜。”

大约30年前，美国学者柯文在研究中国史时发现，不仅西方人研究中国史时以西方中心主义为指导原则，即便中国学者也同样如此，总是利用一套从西方来的概念与框架来解释中国历史，而不管实际上是否契合。因此，他提出要“在中国发现历史”。这自然是一个比喻的说法，然而，套用这个比喻，恐怕我们也该到“重新发现中国法”的时候了？

责任编辑：阮莹