

“西法东渐”的思想史逻辑及其超越

支振锋

(中国社会科学院法学研究所, 北京 100720)

摘要:近代以来的中国法理学研究取得了巨大的成就,但也存在着四大缺陷,整体上而言,只能是知识之学而非思想之学。这是西法东渐所导致的结果,而西法东渐乃近世以来中国法学成败之所系。因此,我们需要探究其背后的思想史逻辑以及克服中国法理学研究之缺陷的超越之道。也即,实现法学研究从关注文本到解决问题的转变,通过“张四维”与“通三统”来实现对古今中西的糅合与超越。

关键词:西法东渐;知识之学;思想之学;张四维;通三统

中图分类号:D920.0 **文献标识码:**A **文章编号:**1009-8860(2010)02-0112-06

一

1923年2月,在为申报馆“馆翁申老先生”做五十整寿时,梁启超总结了之前“五十年中国进化”的概况,提出了从器物到制度再到文化这个中国“模范西方”的著名三阶段论。在历数了五十年来“中华民族之扩大”的重大事件之后,在论及“学问思想时”,任公的乐观便谨慎起来:“拿过去若干个五十年和这个五十年来比,这五十年诚然是进化了;拿我们这五十年和别人家的这五十年来比,我们可是惭愧无地。试看这五十年的美国何如,这五十年的日本何如,这五十年的德国何如,这五十年的俄国何如?他们政治上虽然成败不同,苦乐不等,至于学问思想界,真都算得一日千里!就是英法

等老国,又那一个不是往前飞跑?我们闹新学闹了几十年,试问科学界可曾有一两件算得世界的发明,艺术家可曾有一两种供得世界的赏玩,出版界可曾有一两部充得世界的著述?哎,只好等第三期以后看怎么样罢。”^{[1](PP833-834)}

巧合的是,几乎就在同时爆发的科玄之争中,论战双方相互指责的一个重要方面也与此相映成趣。张君勱总结道:“今日中国号为学问家者,何一人能真有发明?大家皆抄袭外人之言耳。各人读书,各取其性之所近者,从而主张之。然同为抄袭,而有不抄袭者在,以各人可以自由选择也。适之何尝不抄袭杜威?共产党何尝不抄袭马克思?以吾观之,即令抄袭,不足为病;惟在君既已标榜不袭取主义,而其文字,不顾他人之版权至于如是。”^[2]

论战之中,自然会有言过其实,抄袭岂能不

收稿日期:2009-10-29

作者简介:支振锋(1977—),男,河南新蔡人,法学博士,中国社会科学院法学研究所助理研究员,北京大学政治学博士后研究人员,主要研究方向为法理学、司法制度与法律史学。

基金项目:本文为司法部课题《中国特色社会主义法理学的构建:历史、方法与资源》(09SFB2009)的阶段性成果。

足为病？但张梁二人对国人在学术上不能真有“发明”的失望，却是真实的，而且这个认识也大致符合自19世纪中后叶“西学东渐”以来中国的学术思想状况。

学术思想界整体如此，法学界也没有好到哪里去。1947年，著名法理学家蔡枢衡就曾感言：“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 之学说佩服拳拳；德国回来者，则于新康德派之 Stamm ler 法哲学五体投地。”^{[31] (P14)} 而即便又过了半个世纪，好像仍然没有太大改观。苏力在2004年的一篇文章中指出：

“中国的法律人目前大多并没有这种真正的中国问题意识，他们发现的中国问题都是比照书本来的。……他们总是列举外国的做法，但是列举也不过是列举，不是论证，其实，他们早就应当知道，列举无法证明中国就应该或必须这么做。他们引证外国学者的学说，但不就是有个或几个外国人这么说过吗？为什么不引证我们的感受、常识和分析？难道我们不是要建立我们的制度吗？”^[41]

苏力的这个判断是一贯的，当2000年出版一本研究中国基层司法制度的著作时，他在导论中这样写道：

“当代中国法学的发展现状，在我看来，是很不令人满意的，大而空的研究，从条文到条文的法条主义的研究，处处可见，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。”^[51]

不仅苏力，陈端洪也曾指责中国的公法学术，虽然面对的是中国的问题，但却需要在西方的思想传统中思考对策。这就是我们的知识困境。在这样的背景下，法学界流行以偷懒和随意的态度使用大话，用诸葛亮的刻薄之词来说就是，“笔下

纵有千言，胸中实无一策”，远不如就事论事的实证的技术性的研究可贵、可靠。^[61]

对中国法学的抱怨，在法学院的课堂上，在法学的学术会议上，甚至学者的茶余饭后，都已经听到太多。法学研究中的唯洋是尊，盲目而浅薄的中西比附，都使得除官样文章或者报告外，在法理学界几乎很少见到言之有据、持之有故而又论证精当的对中国法理学研究的肯定。而且，甚至在一定程度上而言，即便在私交甚好的法理学杰出学者之间，也缺乏真正意义上的学术讨论与对话。除了文人相轻，更大的原因乃是，既然大家都是抄西方，为什么不去直接抄原文呢？而且，你抄哈特，我抄德沃金，大多还抄得半生不熟，根本就缺乏对话的知识与思想储备。

虽然也有人以民国时期的中国法学为例指出，“中西法学的关系是复杂的，当中国法学在批判西方法学的时候，这种批判不是单向的批判，而是至少出现部分回应的批判，从而是种包含‘相互竞争’的批判。即使是就中国法学‘学习西方法学’而言，我们同样可以觉察中国法学内部也是存在相互学习的，甚至发觉西方法学也在学习中国法学”^[71]。但我们必须关注他紧接着的一句转折性补充，“至少是在关注中国法学”。“学习”和“关注”之间，差距自然不可以毫厘计。然而，即便如其所言，在“亲历”西学的背景中，特别是在注重学理这一背景中，学习西方法学不是单纯的模仿、“拿来”，唯西学理论是尊，学习中国法学也不是无根无据的；相反，又如民国法律学者所说的，一切学习是在“世界各国法律思想之趋势与时俱进”^[81]中展开的，是在“一切学术之性质与时俱进”^{[91] (P231)}的精神中展开的。但这在中国法学或者法理学的研究中恐怕也更是特例而非普遍状况。或者说，即便我们承认民国时期中国曾有一位或者几位耀眼于全球法学界的杰出学人，他们也不过是些异数，而不能代表整体；更何况，诸如吴经熊等学人的主要著作多非汉语写就呢？事实上，现在我们连这样的异数也早已都花果飘零，所剩无几了。

本文所言的中国法学，主要指的是中国法理学。

因此,不可否认,肇端于清末,兴盛于民国,重启于改革开放的中国法律现代化进程,取得的成就举世瞩目,这个成就之一就是法学理论研究上所取得的进展。但取得“成就”并不意味着某种任务的完成,甚至不意味着选择的必定“正确”。西法东渐与现代化不仅决定了中国法律的品格,也决定了中国法理学的品格,正是它们导致我国法理学研究的贫困——处于一种无根无源,只能成为“盆景”而难以长成参天大树的境地。向上看,它不具备对“法律是什么”与“为什么要遵守法律”等法学元命题进行追问的能力,无法在法学最根本的问题上建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;向下看,它对本国现实的民生问题与具体法律实践极少有分量的关照,成了不知刀向何处的屠龙之术,比如它缺乏对政治合法性进行追问的能力,成了专政工具和没有骨气的工具;向后看,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;向前看,它也面临不知“向何处去”的困局,成为彷徨踟蹰的迷途羔羊。在某种意义上来说,中国的法理学是不解决“问题”的学问,它不能为中国或者世界提供对法学元命题可辩驳——虽然并不意味着“可接受”、“可赞同”或者“正确”——的追问,也不能对中国的法律实践提供可经受实践检验的建议,同时也难以对法律的国际问题提供有力的中国回答。

一言以蔽之,我国的法理学迄今为止,除了极少数杰出异数的努力外,仍主要是知识之学而非思想之学。^[10]虽然知识(knowledge)与思想(intellectual, thought, idea)很难截然分开,知识往往还是思想的载体,但两者仍然有其区别。在本文的意义上来说,最重要的是,思想是原创性的、主动的、能动性的。相对知识而言,它更为鲜活、动态、开放,它是主体针对某些实践问题和理论问题或者物质领域和思维领域所进行的分析、推理、演绎等思维活动及其结果。而知识主要是“习得的”、被动的、工具性的。相对思想而言,它比较确定、静态与封闭,它是思想的载体,或者人们对他人思想或者人类的某些经验做法的归纳、整理、记录的结果。比如说,作为法理学家的哈特有着深邃的思想,而作为

哈特的研究者,通过对哈特法律思想的阅读、整理、归纳,我可以掌握这种思想;但在这种情况下,只能说我拥有的是关于哈特法律思想的知识,而不能说我因此也具有了自己的法律思想;然而,一旦我基于哈特所欲解决的那些法学根本命题也进行了自己的思考、分析,并能够基于自己的思考与分析对哈特的思想作出自己的肯定或批评,捍卫或否定以及修正甚至重构,对哈特所欲解决的问题也提出了自己的见解,并且这些都言之有据、持之有故、论证精当,并且构成了一个相对完整和圆融自洽的体系,那么,就可以说我也具有了自己的法律思想。^[11]

当然,区分知识与思想并不是为两者像梁山好汉一样排个坐次,也不是鼓吹思想对于知识的无端傲慢,事实上两者密不可分,知识是思想的载体,思想离开知识系统的支持,将失去语境;而思想是知识的灵魂与深层动力,知识离开了思想,就像风干的树叶,不复具有生命。^{[12](PP30-31)}

二

那么,这一切都是为什么?为什么数代前贤,无数法理学学者作出了那么多的努力,法理学研究仍然存在如此巨大的缺陷?(当然,我们也不否定它的成绩)。因此,必须对这段法理学研究的历史作出深度的梳理和探究。

如果说“西法东渐”是近代以来中国法学最大的特色,或者说西法东渐对中国法律与法学产生了巨大影响的话,应该不会引起太多争议。可以说,百年以降,中国法学之成败皆系于此。因此,就必须探析这段西法东渐的历史,追问其原因,分析其展开与进行,探究其对今天中国法学的影响。因此,我们的任务就在于通过对一百五十年来中国法理学研究的历史轨迹作出分析,钩索出其中所潜藏的隐秘逻辑,并发掘出对未来中国法学发展的启示。

当然,法学家不是巫师或者预言家,没有人可以回答“中国法学向何处去”,但法学学者可以对中国法学的历史轨迹作出分析,钩索出其中所潜藏的隐秘逻辑,并发掘出对未来中国法学发展的启示。事实上,“西法东渐”与“现代化”,决定了中国法理学的发展必须被放置在

中国一百多年来大变革的背景之中进行考察,法律思想的发展必须被置于“现代中国思想的兴起”^[13]的脉络之中进行理解,法理学的发展也必须被放置在与国家法律实践相互动的层面上来进行观察。

首先要看西法东渐最初的历史源头,那就是清末的修律变法。然而,一旦近距离观察,就会发现,清末修律变法实践对“自强”、“求富”精神或者战略的贯彻,对以“模范列强”而图废除治外法权以巩固统治的权宜与战术的执行,已经在很大程度上决定了中国法理学后来的命运与品格,那就是中国法理学必须被纳入到整个中国国家转型、国家重构以及国家建设的整体布局之中,而很难有其独立与自足的地位。近代以来的中国法律乃变革之律,中国法学乃“变法之法”,这就是现代中国法学自其诞生以来的历史使命。中国在修律变法的起始,并不仅仅是为法学而法学,在更大程度上则是为挽救民族危亡而法学,主要不是为了“以法治国”而是要“以法强国”。受此影响,法理学研究主要是求法律与法学之“用”而非其“体”,从而导致中国法学在追问能力上的根本欠缺。

而且,作为西法东渐之结果的现代意义的中国法学,其基本线索是对以西方为主的法学资源的汲取。在这种汲取式研究中,对西方的认识从最开始的西学中源说,到援用以前翻译佛经时所用的比附与格义,发展到了后来的译介与比较法的方法。比附或者格义不过是为西方的法律资源找到一个中国表达;而译介与比较法虽然更“学术”一点,但先不说研究质量如何,它主要也不过是为西方的法学作品找一个汉语版本而已。

因此,固然有传统的挣扎与纠结,但在追求“自强”这一中国法制变革隐秘的主题之下,中国法学仍然义无反顾地与自己的历史文化传统决裂,而走向“模范列强”、学习西法的道路。但问题并不止此,这种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”必然的含义就是对“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,从而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。其中,科学作为现代化的动力机制之一,也从自然走向了社会,从科学走向科学主义,成为“现代化”最为有力的一种意识形态(而在实践中则走向技术主义)。因此,在现代中国思想兴起的背景之下,中国法理学或者法律思想的发展与进化论与科学主义还有着有待揭示的隐秘逻辑。但正是在这里,中国法学遇到了它的困顿,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,则是西方法律思想家的思想。在某种意义上说,其所拥有的不是“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(科学化)了。事实上,唯西方法是从,用西方话语言说西方故事,一直都是中国法理学的主流,此种意味上的法理学,不过是“唯法之法”。在某种意义上来说,在以学习西方为途径而“自强”的中国法制现代化过程之中,发生了主体被虚置的危险,法的现代化成了主题,中国反而成了被淡化的背景,最终导致了一种没有国家的法理学。^{[14] (P6)}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,最终导致的是中国法学的虚无。

历史总是充满了种种神奇的机缘与悖论。如果说“变法之法”重在变法自强,其本意并不在法,“中国”才是重点的话;而“唯法之法”却遗忘了其最初的职志,中国被隐匿在对以“普世意义”为伪装的西方法的研究背后,并被无限淡化,此时的中国法学也在某种意义上成了没有“中国”的法学,乃“唯法之法”。

三

无论变法之法还是唯法之法,显然都不是惬意的选择。无论未来中国法学向何处去,它都必须是能够在前述意义上解决“问题”的“中国”法学,它必须是立足中国,面向中国,有自己的价值观念与理论体系,能够解决中国的法律实践问题,同时又具有国际回应性的“中国之法”。要实现这个目的,就必须从学术史与思想史的双重维度,从学术思想与国家建构的二元互动,来对鸦片战争以来一百五十多年,特别是改革开放以来三十年中国法理学研究的基本动力、进取路径、内在理路、深层结构、资源汲取、价值取向进行梳理,从而考察它的基本规律与经验教训,以继承其优良传统,解决其结构性矛盾,会通古今中西。不仅要用理论联系实际、历史分析、文本分析、语境分析、古今中外对比等方法展开研究;还尤其要注重“思想史”与“问题史”的方法,以思想史来定谱系与脉络,并找出其深层困境,而以问题史的方法来解决其困境。当然,毫无疑问,这样的研究也必须涉及比较的方法与语境论的方法,以比较的方法来辨中西之异,以语境论的方法来理中西之同。在客观打量的同时,也尽量保持对历史的温情与敬意。

具体而言,首先要扭转那种眼睛只盯着西方、以引进“西方先进经验”本身为目的的法学研究,改变那种仅仅重视文本操作而对文本背后的问题以及中国问题关注不够的状态。中国的法学必须从以前仅仅关注文本操作的研究方式,转为以问题为导向的研究方式,而且是立足中国问题,回应国际问题。这样,就需要我们从方法上做出四个深层次的变革。

第一,在资源的汲取上,不再先验地预设唯一“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,在资源上要从师法西方转为会通“三统(传统、共统与西统)”。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是否来自西方、是否先进,不是为了验证所谓西方先进理论的正确性,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以田野工作为本的经验研究为本土的法律实践提供有解释力的说明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,亦可能得到矫正。第三,从理论建构而言,什么样的实践提出什么样的问题,而不是什么样的理论产生什么样的实践,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。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的竞争并作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:它自发衍生而非一味汲取,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。^[15]

具体开展研究时,还要有更为宏大的视野与开阔的心胸,通过“上天入地(追问元命题的理论构建与田野工作的经验研究)、左顾右盼(普遍关怀与民族情结)、东张西望(域外经验与本土实践)与前瞻后顾(接续传统的文化认同与开启未来的创新精神)的“张四维”,与打通“道统(价值观与意识形态)、政统(政治正当性与实践)与学统(学术传统与学术风气)”,沟通“传统(传统中国的实践与资源)、共统(中共在革命和建设中所形成的法律实践与资源)与西统(引自西方的法律实践与资源)”,立足“陆统(大陆的

法律实践与资源)、海统(港澳台的法律实践与资源)与边统(边疆少数民族的法律实践与资源)的三重“通三统”,来会通古今中西,从而为两岸四地归于一统与中华五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,也为他们提供来自中国的文明贡献。

参考文献:

- [1] 梁启超. 五十年中国进化概论 [A]. 李华兴, 吴嘉勋. 梁启超选集 [C]. 上海: 上海人民出版社, 1984. 着重号为本文作者所加.
- [2] 张君勱. 再论人生观与科学并答丁在君(中) [A]. 科学与人生观 [C]. 沈阳: 辽宁人民出版社, 1998.
- [3] 蔡枢衡. 中国法学与法学教育 [A]. 许章润. 清华法学(第四辑) [C]. 北京: 清华大学出版社, 2004.
- [4] 苏力. 面对中国的法学 [J]. 法制与社会发展, 2004, (3).
- [5] 苏力. 为什么研究中国基层司法制度——《送法下乡》导论 [J]. 法商研究, 2000, (3).
- [6] 陈端洪. 宪治与主权 [M]. 北京: 法律出版社, 2007. 序言.
- [7] 刘星. 民国时期的“法学权威”——一个知识社会

- 学的微观分析 [J]. 比较法研究, 2006, (1).
- [8] 丁元普. 法学思潮之展望 [J]. 法苑, 1934 年第 1 卷, (2).
- [9] 陈启修. 护法及弄法之法理学的意义 [A]. 何勤华, 李秀清. 民国法学论文精萃·基础法律篇 [C]. 北京: 法律出版社, 2003.
- [10] 支振锋. 知识之学与思想之学——近世中国法理学研究反思 [M]. 政法论坛, 2009, (1).
- [11] 支振锋. 驯化法律——哈特的法律规则理论研究 [M]. 北京: 法律出版社, 2009, 第一章相关论述.
- [12] 葛兆光. 中国思想史·导论·思想史的写法 [M]. 上海: 复旦大学出版社, 2001.
- [13] 汪晖. 现代中国思想的兴起 [M]. 北京: 三联书店, 2004.
- [14] 强世功. 迈向立法者的法理学——对当代法理学的反思性考察 [A]. 强世功. 立法者的法理学 [C]. 北京: 三联书店, 2007.
- [15] 支振锋. 从文本到问题: 中国法理学研究的进取路径 [J]. 中外法学, 2009, (4).

责任编辑 晨 晓

Logic of “ Introduction of Western Law into the East ” and the Transcendence

ZHI Zhen-feng

(Law Institute, Social Sciences of Chinese Academy, Beijing 100720, China)

Abstract: In modern times, study of China's jurisprudence has made great achievements but it has four major defects so generally speaking it is just study of knowledge instead of study of thought. This results from the introduction of western law into the east which is closely related to the success of Chinese law. Therefore, we should probe into the logic of the thought and the transcendence over the defects of China's jurisprudence. Namely, we must achieve the unity of the ancient and the present and of the western and Chinese law and transcendence through “ Zhang Siwei ” and “ unity of three traditions ” to change the focus of law study from text to the solution of problems.

Key Words: Introduction of Western Law into the East; Study of Knowledge; Study of Thought; Zhang Siwei; Unity of Three Traditions

“通三统”乃与孔子以来的“春秋大一统”理念相关,我在这里的提法,则又受到了甘阳先生的启发。详参甘阳:《通三统》,三联书店,2007年。