

# 当代中国法理学主体性发展的内卷化及其克服

邹益民<sup>\*</sup>

**摘要:**当代中国主流法理学的发展呈现专业化、技术化和功能化加强的趋势,与整个社会生活失去联系,并把技术上的强功效当作法律发展的标准,从而脱离、遮蔽与消解对美好生活的追求,在主体性发展上无甚作为,陷入内卷化困境。这是由中国法理学坚持片面肯定的现实观、无视中国人对美好生活的想象力、无力反思中国主体性的可欲性所导致的。要破解这种内卷化困境,我们可以坚持反思的现实观,运用想象力,以此发展中国的法律形式,表达整体性的中国社会,形成自主的中国法理学立场,最终形成中国法理学的可欲的主体性。

**关键词:**法理学 主体性 内卷化 想象力 可欲性

自改革开放以来,中国法理学从改革前的政治依附状态中解放出来,在确立学科独立地位的基础上获得了繁荣发展,形成了比较完善的理论体系,也产生了重大的实践影响。如法国社会学家维沃尔卡所言:“主体的定义依赖于它的自主能力,这个能力是它自我呈现和行动的源泉”,<sup>①</sup>因此主体性意指自主性,是行动者在社会生活中按照自己的意愿选择、决断并为自己行动负责任的能力。拥有自主能力的行动者即是主体。本文并不是在哲学意义上探讨主体性,而是把这一概念运用于对中国法理学相关问题的探讨。据此,我们可以说,主体性是中国法理学乃至中国发展的根本,它意味着中国法理学自主地对未来进行想象、筹划,展开行动,并担负起应有的责任。简言之,主体性就是自主地掌握自身和世界的命运。

据邓正来教授的考察,当代主流中国法学受“现代化范式”<sup>②</sup>以及世界结构支配。<sup>③</sup>这具体体

<sup>\*</sup> 河南大学法学院副教授

基金项目:国家社会科学基金项目(18CFX070)

<sup>①</sup> [法]米歇尔·维沃尔卡:《社会学前沿九讲》,王鲲、黄君艳、章婵译,中国大百科全书出版社2017年版,第28页。

<sup>②</sup> 参见邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2011年版,第88~123页。

<sup>③</sup> 参见邓正来:《谁之全球化? 何种法哲学? ——开放性全球化观与中国法律哲学建构论纲》,商务印书馆2009年版,第224~246页。

现为中国论者无论是积极主动参与,还是更进一步自己承诺,都是在对中国和世界的法律和社会发展的未来想象中提供了一副“西方法律理想图景”,而非以中国为根据的“中国法律理想图景”。因此,中国法理学虽然有很大的发展,但是体现的是西方国家文化霸权对中国的支配而非中国的主体性。邓正来教授的反思开启了一个由思考并推动中国(法理学)主体性形成的时代,但是,就整体而言,我国对于主体性这一根本问题的探讨并没有取得实质性进展。当代主流中国法理学越来越繁荣,却对思考中国(法理学)主体性问题无甚进展。这类似于中国古代经济发展的“内卷化”<sup>①</sup>现象。套用这一概念,本文也把当代中国法理学在思考中国主体性上的这种类似状况概括为“内卷化”。即当代中国法理学发展虽然很繁荣,主要呈现为专业化、技术化、功能化加强三大趋势,但是脱离、遮蔽、消解了对美好生活的追求,导致其在对主体性的追求上没有取得多大进展。那么,当代中国法理学在主体性发展上是如何陷入内卷化的?为何会陷入这种内卷化?又如何克服这种内卷化?本文拟通过对这些问题的探讨,来进一步推动对中国法理学主体性及中国主体性发展问题的思考。

## 一、当代中国法理学主体性发展内卷化的表现

### (一)法理学专业化加强

当代中国法理学专业化进一步加强突出地体现在法理学最终发展出为各部门法学、法学方法论等深入发展所需的专业理论基础。这具体表现为所谓法教义学、法实证主义,以及“法理言说”<sup>②</sup>在当代中国的出场、流行。各部门法学以及法学/法律方法或方法论、思维方式等的探讨,只是在法学取得学科自主性后在很大程度上从专业立场出发作出的技术性分析;而法教义学、法实证主义或“法理言说”,则可以看作对这种分析进行的提升,提升到或多或少整体性的系统化的层次,为法学专业化提供更精细化的基础论证。

有学者站在法教义学的立场上主张:“法学者必须找到‘通说’,并像信奉宗教教义那样信奉经过论辩而得到普遍接受的‘通说’,这些通说在相当长的时间内如果没有被新的通说取代的话,那它们就是处理事情(案件)的法理依据,就是‘法教义’或‘法原理’。”<sup>③</sup>以此方式进一步建构法教义学体系,使法学成为法律科学并达致成熟,摆脱“法学是一门幼稚学科”的指责。这里的法实证主义,指的是当代中国法理学对西方国家法实证主义学说的移植,以及用于分析中国社会问题时所形成的命题、理论、话语等。这与社科法学论者所说的法实证研究不同。<sup>④</sup>前者的核心在于对实证法自身进行规范分析,而后者的核心则在于分析法规范所涉及的经济、政治、文化、习俗等经验事实。当代中国的法教义学、法实证主义聚焦于对法规范自身进行分析,这在很大程度上预设了当代法规范自身的当然有效性。<sup>⑤</sup>对法规范进行分析、重构等形成的系统性理据,是法原理或称法理。当代中国最有影响力的权利本位论者张文显教授提出,法理是法理学的中心主题和

① 参见[美]黄宗智:《长江三角洲小农家庭与乡村发展》,中华书局2000年版,第11页。

② “法理言说”主要指近些年法学界在张文显教授的倡导下围绕“法理”提出的概念、命题、看法、观点等。由于其尚未形成系统的理论,因此本文姑且称之为“法理言说”。

③ 舒国滢:《求解当代中国法学发展的“戴逸之问”》,舒国滢教授访谈录,《北方法学》2018年第4期。

④ 参见苏力:《好的研究与实证研究》,《法学》2013年第4期。

⑤ 参见舒国滢:《法学的知识谱系》,商务印书馆2020年版,第1620页。

法学的共同关注,<sup>①</sup>并认为法理研究是中国法学科学化现代化的要求。<sup>②</sup>

当代中国法理学专业化的加强在一定程度上符合我国社会现代化的需要。现代社会是个专业分化的社会,各领域有自己运转的内在逻辑,继而形成分门别类的专业知识系统。从历史看,专业化发展是社会进化的产物,受制于整个社会整合。专业化发展的基础、依据等存在于整个社会生活,即同整体性生活世界的密切联系。但是,中国法理学在专业化发展过程中把科学性作为判定法学成熟、正宗的标准。<sup>③</sup>这就把科学性转换成科学主义,要求法学专业以科学之名构筑一般性的精致概念体系,却以偏概全地把实证的法学命题和规范的法理、原理当作不变的教条,甚至当作整个社会生活的真理。尤其是,如果认为法学家有资格终局性地规定、判定法理,那么将导致以专家的专业论辩取代社会公共生活的论辩,以专家的专业意见取代社会公众意见,从而法学专业化的强化体现出法学专业化作为一种意识形态的固化。法学越科学就越封闭,同生活世界的联系也就越远,甚至割断了同社会生活的联系,最终丧失反思整个社会生活从而追求美好生活的能力。因此,伴随中国法理学专业化的加强而产生的封闭倾向,导致中国法理学脱离对美好生活的追求,无法追求自身的主体性。这反过来可能使公众失去对专家的信任。

## (二)法理学技术化加强

中国法理学专业化进一步发展并提出科学要求,是为了进一步纯化法律作为社会治理技术的需要。法律是现代社会的规训、治理的重大技术。<sup>④</sup>中国法理学各派大体上自觉或不自觉地向这一主张。法律作为社会技术意味着,法律既有解释、推理等技术,其自身也是科层管理、市场交易等的实用技术。当代中国法理学技术化的发展明显地体现在法学/法律方法,法学/法律/法治思维等论说的盛行上。关于法的方法论、思维论等的研究者,在法教义学、法实证主义、“法理言说”等指导下,对法律解释、法律发现、利益衡量、漏洞填补等法律技术进行了较为深入的研究,<sup>⑤</sup>使这些技术的科学性、有效性得到大幅度提升。法学专家也常常运用法律解释等技术介入社会生活,从技术方面参与社会生活论辩、参与社会治理。

毋庸置疑,技术性是现代法律的重要特征。在很多情况下,人们只需要按照法律的奖惩机制以客观性的态度行事即可,而无须以内在视角追问法律本身的道德性等。法律作为一种具有客观性、中立性、确定性的技术,以其实证知识及系统为社会生活的开展提供广阔的空间。但实证知识背后有一种技术控制的兴趣。<sup>⑥</sup>因此,技术本身并非完全客观中立,而是一种控制的力量,是掌控技术之人操控他人和社会生活的手段,是其权力的体现。应当说,论者们自觉或不自觉地意识到了这种操控力量。例如,有论者指出:“假如我们确实不知道‘中国法学向何处去’,那么有一点可能不失为一种值得尝试的选择:转向法学方法”。<sup>⑦</sup>对中国法理学向何处去的追问,在本质上是对我们要追求的可欲价值、理想的追问,是对美好生活的追问,是对中国主体性的探索。

① 参见张文显:《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》,《清华法学》2017年第4期。

② 参见张文显:《迈向科学化现代化的中国法学》,《法制与社会发展》2018年第6期。

③ 参见舒国滢:《求解当代中国法学发展的“戴逸之问”:舒国滢教授访谈录》,《北方法学》2018年第4期。

④ 参见[法]米歇尔·福柯:《自由主义的治理艺术》,载汪民安编:《福柯文选Ⅱ:什么是批判》,刘耀辉、赵文、赖立里等译,北京大学出版社2016年版,第304页。

⑤ 参见陈金钊主编:《法律方法论》,北京大学出版社2013年版,第85~374页。

⑥ 参见[德]哈贝马斯:《作为“意识形态”的技术与科学》,李黎、郭官义译,学林出版社1999年版,第127页。

⑦ 舒国滢:《并非有一种值得期待的宣言:我们时代的法学为什么需要重视方法》,《现代法学》2006年第5期。

而转向法学方法,实际上是从技术方面确立主体性。这典型地体现了把价值问题转化为技术问题的社会发展趋势,并反过来强化这一趋势。

科学技术在反思、批判中快速发展,且以客观性的面目产生巨大的效用。但科学技术的反思、批判只是在其内部进行的。科学技术作为手段,能够用于对社会的反思、批判,这是可欲的;也能够用于对社会的操控,这是不可欲的。科学技术的应用要追求前者而避免后者,就需要民主、美德等广泛的社会条件。但科学技术恰恰对这种前提性社会条件不具有反思、批判能力。因为科学技术的判断标准是先进与落后、有效用与没效用,而对其运用条件的反思则涉及善恶、对错等应然性价值判断,所以科学技术的应用尽管可能有消解基于事实性教条而产生的僵化的权威的解放作用,但往往直接或更容易体现为操控。技术理性化把应然性问题转化成便利与否的技术问题,如此只会加强对社会的控制。这是专家以技术治国论即技治论的逻辑。

在法教义学、法实证主义、“法理言说”等指导下的部门法学以及方法论、思维论等研究,推崇作为法律科学的法学,把是否成为科学当作法学成熟与否的标准。实际上,论者们的主张像自然科学不能对其自身的操控能力进行反思一样,对法律作为社会技术具有的操控能力也未能进行反思。因而法学“科学化”口号只是社会技术理性化的意识形态,隐含着一种受法律技术控制的“钢铁般牢笼”<sup>①</sup>式的单向度社会图景。这种图景是对社会现实技术理性化的想象,是技治论的追求。其即使可行,也会遮蔽人们对美好生活的反思,并使人们遗忘这种反思,因而也是不值得向往和追求的。而以此构划中国的未来并追求中国的主体性,无异于缘木求鱼。

### (三)法理学功能化加强

中国法理学之所以出现强化专业化、技术化趋势,是因为需要强化法律的功能。法律作为专业技术在现代社会生活中发挥的基本功能是稳定行为期待,为行动者提供稳定的预期。<sup>②</sup> 从而以实用理性为导向的工具行动能够不断扩展,社会能够向更高的复杂程度进化。

法理学功能化趋势强化最明显地体现在社科法学的兴起与扩张上。社科法学主要由苏力教授倡导。他主张从中国现实出发,发掘中国法治建设的“本土资源”,<sup>③</sup>进行社科法学进路的研究。这种研究确实是中国法理学深入发展的重要标志,有助于破解各种僵化的教条。苏力教授的倡导产生了巨大的影响,社科法学的范围不断扩张。但正如邓正来教授所指出的,这种研究以法律的“功效”或“可行性”取代对法律合法性抑或正当性的追问,拒绝任何理想图景上的反思,依然是没有反思能力的,甚至更加保守、危险。<sup>④</sup> 遗憾的是,经过邓正来教授的批判,这种研究依然固守经验事实,固守法这种应然规范的实然方面。社科法学在扩张的过程中,也仍旧没有超越个案而形成一般理论。<sup>⑤</sup> 这就使得对中国的研究仍处于碎片化状态,整体性的中国被分解成无数的碎片化经验,而论者们拾到的只是零碎的片断。尽管其中不少研究或许很精彩,但也正是在个

① 参见[德]韦伯:《新教伦理与资本主义精神》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2007年版,第187页。

② See Max Weber, *Economy and Society: Vol. II*, in Guenther Roth and Claus Wittich eds., University of California Press, 1978, p.811.

③ 参见苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第3页。

④ 参见邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2011年版,第240~264页。

⑤ 参见侯猛、苏力:《关于问题意识的对话》,载侯猛编:《法学研究的格局流变》,法律出版社2017年版,第25页。

案的关注中遗失、消解了中国的主体性。

社科法学研究的是法的实然问题,考察的是法的实效/功效问题,奉功效为圭臬,而对功效本身的应然性、法律运作功能的判准问题,即对诸如法律发挥的功能是谁的功能、谁有或应当有资格制定什么标准判定法律运作的好坏等问题不反思。因而,社科法学的大规模扩张实际上是把法学/法律所包含的技术理性化要求视作理所当然,以润物细无声的方式贯彻到生活世界的经济、政治、文化等各个领域,贯穿到乡村、基层等所有的社会空间中去,贯穿到社会的毛细血管中去,是权力微观行使的体现。由于对这种要求的可欲性不加反思,反思的只是这种要求的可行性或效果如何,因此,社科法学的大规模扩张在很大程度上仍只是量的扩张。尽管产生了很大的影响,但依然欠缺反思力、批判力,依然无法推进中国法理学主体性的发展。

至于新近出现的系统功能论法学思潮,<sup>①</sup>一是把已经步入后现代的西方社会的系统论移植到正在进行不确定地系统分化的中国,从而发生时空错位或时代误置,对其理论的社会前提没有反思;二是即使作为一种对中国法律与社会未来发展的理想,从而可以避免时空误置这一指责,系统功能论法学所想象、追求的也是法律作为自动机这一现代隐喻的升级版,是对法律技术理性化功能化的加强,是对应然性追求的空洞化,对伦理、道德、美德等美好生活的消解,因而也是不可欲的。其在很大程度上依然是不加反思地直接拿来西方国家理论的最近表现,拿来的是较为时髦却更技术化的东西,同样没有反思中国法理学的主体性问题。

## 二、当代中国法理学主体性发展内卷化的原因

### (一)坚持一种片面肯定的现实观

中国法理学在追求主体性上出现内卷化,首要原因是坚持一种片面肯定的现实观。这里的肯定指的是承认包括当代中国法律在内的现实的有效性、正当性抑或合法性。法实证主义、法教义学,以及依附于它们的各种方法论、思维论研究等自不待言,因为“尊重现行法律规范”是其理论的基础或前提。<sup>②</sup>社科法学论者在同样如此,作为他们理论基础的“本土资源并非只存在于历史中,当代人的社会实践中已形成或正在萌芽发展的各种非正式的制度是更重要的本土资源”。<sup>③</sup>社科法学论者在很大程度上肯定了存在于当代中国社会中的各种非正式风俗、习惯、惯例等的有效性。“法理言说”尽管对法理做了很多解释,包括古今中外各种法的理,但主要仍指的是关于当代中国法的理,意图从当代个案、立法草案、成文规则、惯例等中提炼出原理性成分。<sup>④</sup>当代中国法律主要以制定法的形式反映经济、政治、文化等各领域的要求,把这些要求上升为成文规则;当然也包括各种非成文规则。因此,中国法理学经由对当代中国法律的肯定而肯定当代中国的整个现实。这种肯定是以专业化、技术化和功能化的态度对待中国现实,运用专业化的法律技术推动中国社会在功能上进一步分化,在保持社会秩序的同时加速现代化。

中国法理学对包括中国法律在内的整个现实是持肯定态度的,这种肯定态度本身在很大程

① 参见泮伟江:《法律系统的自我反思:功能分化时代的法理学》,商务印书馆2020年版。

② 参见舒国滢:《法学的知识谱系》,商务印书馆2020年版,第1620页。

③ 苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第15页。

④ 参见张文显:《法理:法理学的中心主题和法学的共同关注》,《清华法学》2017年第4期。

度上是值得称赞的。因为包括中国法理学的主体性在内的中国主体性,只有从中国实际出发才能实现,只能也必须建立在对当代中国现实的肯定上。那种言必称古代或西方国家的主张只是食古不化或食洋不化的教条,不足为训。当然这不意味着我们不能、不必对古人或西方国家的知识、智慧进行借鉴。更可取的是,应从当代中国现实出发,“建立‘根据中国’的学术判准,并以这样的判准展开对中国问题和一般理论问题的深度研究”,<sup>①</sup>深入同包括古人、西方国家乃至其他文明的智慧进行对话,使“古今中西之争”迈向达致中国学术自主性的新阶段。这样才能汲取古今中西各种资源的有益成分,剔除其压迫性的强制成分,最终达致对中国主体性的认识。

如英国哲学家罗伊·巴斯卡尔所言:“世界是结构化和区分的”。<sup>②</sup>这意味着世界是分层的,是由不同层级的结构、机制、趋势等构成的。据此以观中国现实,其也呈现结构性的特征,除了具有专业性、技术性、功能性等方面外,还有整体性、复杂性、反思性的一面;除了权力、金钱、技术等消解意义、抵制反思的方面外,还有新老传统、善良风俗、美德等提供意义和反思源泉、促进反思的方面。因此,当代中国法理学以专业化、技术化、功能化的态度、方式对中国现实进行处理,不能不说是片面的,实际上体现了单向度的“肯定性思维”。<sup>③</sup>这种片面化导致当代中国法理学对中国现实进行切割、裁剪,以致化约、祛除了其中整体性、复杂性、反思性的一面。而这一面恰恰是提供意义和反思的源泉,是中国人追求美好生活和美好理想的根基,是中国主体性形成的根基。因此,在剔除现实中的这一部分后,当代中国法理学没能力达致主体性。

## (二)无视中国人对美好生活的想象力

中国法理学主体性的达致,要求从中国现实出发对中国未来的可欲追求进行想象,因此,想象力对中国法理学主体性生成的成败至关重要。这里的想象力并非认识论意义上的,而是存在论意义上的。这种想象力是人最内在的本质,是人作为此在的源生性境域,是本源的时间性、“源生性的时间”,<sup>④</sup>是包括将来、曾在和当前这3种时间性样式的统一体。这种想象力是一种渊源性的奠基力量,表明人作为一种存在者不断超越自身的可能性,源初的可能性。这种可能性存在于以将来为核心的时间性绽出机制中:“保持住别具一格的可能性而在这种可能性中让自身来到自身,这就是将来的源始现象。”<sup>⑤</sup>人从将来的能在出发作出本真性的先行决断,承担被抛的状态,也让在世界之内的存在者照面,把它们唤上前来,在此意义上让世界的可能性呈献出来,形成当前,进而形成世界:“此在在其存在之本质中形成着世界”。<sup>⑥</sup>人通过这种机制,不断地把面向将来的可能性转化为现实以创造出新世界,并超越这种可能性,从而也不断超越自身、追求本真的意义。在此过程中,人的主体性得以形成。这是一种存在论、超越论意义上的而不是认识论意义上的主体性:“如若人们选用‘主体’这个名称来表示我们自身向来所是并且作为‘此在’来理解的那个存在者,那么,这就是说:超越标志着主体的本质,乃是主体性的基本结构。主体绝不事先作为‘主体’而实存,尔后也才——如果根本上有客体现成存在的话——进行超越;相反,主体之

① 邓正来:《学术自主与中国深度研究——邓正来自选集》,上海文艺出版社2012年版,第589页。

② Roy Bhaskar, A Realist Theory of Science, Routledge, 2008, p.19.

③ 参见[美]赫伯特·马尔库塞:《单向度的人》,刘继译,上海译文出版社2006年版,第155页。

④ 参见[德]海德格尔:《康德与形而上学疑难》,王庆节译,商务印书馆2018年版,第203页。

⑤ [德]海德格尔:《存在与时间》,陈嘉映、王庆节译,商务印书馆2016年版,第443页。

⑥ [德]海德格尔:《路标》,孙周兴译,商务印书馆2014年版,第188页。

存在意味着:这个存在者在超越中并且作为超越而存在。”<sup>①</sup>

就中国人而言,这种想象力也是对中国与世界进行展望、筹划的一种能力,唯有发挥此种想象力,才能打破历史终结论,从而追求一种可欲的美好生活。历史终结论认为,人类对社会的改造会像利用科学技术对自然界的改造那样取得巨大的进步,历史沿过去、现在、未来所形成的直线前进,现在比过去进步,未来比现在进步。从西方现代化历史中发展出的“自由民主制度也许是‘人类意识形态的终点’和‘人类最后一种统治形式’,并因此构成‘历史的终结’”。<sup>②</sup> 这种论调实际上是把西方国家的特殊的地方性普遍化为全人类的应然追求,窒息了人们的想象力,使人自我封闭于技术理性化构成的世界图景中。

我们要发挥这种超越性的想象力,打破历史终结论的桎梏。我们要认识到历史并不是线性的,而是多重力量的交错、重叠,有前进、进步,也有“内卷化”而陷入停滞,甚至也有倒退,因此,是多层累积的。就未来而言,其并没有答案,而是“蕴含着多种可能性”。<sup>③</sup> 中国主体性是在多样的历史进程中,在中国这一特定空间和在某一时间中,由中国人发挥想象力而形成的,是多种历史可能的一种具体化,是中国人对自身本真性的追求。

就当代中国法理学而言,法实证主义、法教义学以及各种方法论、思维论研究乃至“法理言说”等都没有论及想象力问题。尽管苏力教授强调了想象力对法学研究的重要性,但他认为:“这种想象力既是一种社科的能力,也是一种人文的能力,其中或许有天赋,但至少这种想象力的展开和铺陈是可能通过训练而得以强化的”。<sup>④</sup> 因此,他谈的并不是上述人的存在本身所具备的对外在世界的超越能力,而是一种对经验材料的认识能力。这种想象力固然重要,也是优秀的研究者应当具备的能力,但其只能对“现代化范式”的诸要求如何在中国落实进行认识,而无法从中国人与世界的根本关系方面进行反思,从而无法从经验材料中洞见中国人对世界的贡献以及中国人的法律实践所体现的主体性。对比苏力教授与黄宗智教授进行的中国法律经验研究,他们都对大体相同的中国农村司法和法律进行了研究。苏力教授认为,相较于欧陆和英美国家的法学知识,中国学者的优势和可能的贡献在于分析作为初审的中国农村基层司法。<sup>⑤</sup> 这实际上是受“现代化范式”支配,基于“为贡献而贡献”的法学观对中国本土资源所做的非历史同质化的实用功效化处理,<sup>⑥</sup>而没有从中洞见中国人富有意义的对现代法律发展的贡献,没能洞见中国法律发展的主体性。黄宗智教授却得出,中国的法律实践并非按照西方国家模式运行,也非按照传统模式运作,而是在学习外国的法律制度及理念的同时,结合革命传统,从实践中“创建中国现代独特的法律原则”,<sup>⑦</sup>如婚姻法中以“感情破裂”作为离婚的理由等。这表明:“近百年来中国虽然在法

① [德]海德格尔:《路标》,孙周兴译,商务印书馆 2014 年版,第 162 页。

② 参见[美]福山:《历史的终结及最后的人》,黄胜强、许铭原译,中国社会科学出版社 2003 年版,“代序”第 1 页。

③ 赵汀阳:《没有答案:多种可能世界》,江苏凤凰文艺出版社 2020 年版,第 251 页。

④ 侯猛、苏力:《关于问题意识的对话》,载侯猛编:《法学研究的格局流变》,法律出版社 2017 年版,第 26 页。

⑤ 参见苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社 2000 年版,第 15~18 页。

⑥ 参见邓正来:《中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆 2011 年版,第 240~264 页。

⑦ 参见[美]黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社 2009 年版,第 239 页。

律理论和条文层面上缺失主体意志,但在法律实践层面上,却一直显示了相当程度的主体性。”<sup>①</sup>两相比较,这典型地体现了大致相同的法律经验、不同的想象力对于中国主体性的不同揭示。

### (三)无力对中国主体性的可欲性进行反思

中国主体性的可欲性首先指的是中国主体性的必要性和可能性。如上所论,邓正来教授已经指出中国追求主体性的必要性。这里需要补充的主要是,针对后现代论者对主体的批判,而对中国主体性追求的辩护。在后现代论者那里,作为主体的人被否定、消解:“上帝死了,人不可能不同时消亡”。<sup>②</sup>依此,主体已经消亡,成为主体也是不必要的。因此,如果不能破解这一命题,那么中国就无必要也无可能成为主体,毕竟中国说到底是由每个中国人及其活动构成的。

正如有的论者精辟指出的那样:“主体之死代表的是某种方法论策略,真正重要的是揭示主体之生,尤其是主体的再生。”<sup>③</sup>因此,后现代论者宣称的主体之死命题,其实是为了在后工业社会条件下发挥人的创造性,克服既有主体性实现的局限,探讨主体性的新意涵,探讨人类新的可能的可欲的生活方式与形式,而非真的再也不需要、再也没有主体。

所谓既有主体性实现的局限,就世界历史而言,主要可以归结为上述“现代化范式”一个核心方面的“西方中心主义”的支配及其产生的负面影响。如今,中国不仅有必要也有可能改变这种被支配的状况。随着中国实力的增长,除了那些食洋不化的人外,这种看法在当代中国社会公众那里成为一般的社会心态,鲜明体现在朴素的爱国主义情感中;在知识分子那里也成为或强或弱的共识,体现在对西方中心主义、东方主义等的讨论中,<sup>④</sup>体现在各种主张回归中国自身的探究、言说中。这无论是对于作为个体的中国人还是对作为整体的中国来说,都是必要的,也是正当的。但察之于现实,中国(法理学)的主体性并没有重大进展,这固然有包括话语权争夺在内的权力斗争等外部原因,但是我们自身的思考、言说等主体性形成方法、策略也是不可忽视的重要内部原因,其中关键是无能对中国主体性的可欲性的第二个方面,即普遍的可接受性进行反思。

就当代中国法理学而言,法实证主义、法教义学,以及各种方法论、思维论研究,要么没意识到,或者即便意识到也否认中国(法理学)主体性的必要;<sup>⑤</sup>要么虽然意识到中国主体性的必要性,但是认为中国还处在学习和奠基阶段,还没到形成法律科学以表达中国主体性的阶段。<sup>⑥</sup>因此,中国主体性的可普遍接受性这一问题,处在他们关注的范围之外,他们无力对此进行反思。

相比较而言,“法理言说”注意到中国(法理学)主体性的问题,也努力去表达这一点。这体现在张文显教授对“构建中国特色法学话语体系”<sup>⑦</sup>等的一再呼吁上。中国主体性是在中国这一特定的历史时间和社会空间下形成的,必然具有中国特色。表达这种主体性的中国法理学,也必然有中国特色。但“中国特色”这一术语不利于我们向他者表达我们自身和他者向我们学习,并且

① [美]黄宗智:《过去和现在:中国民事法律实践的探索》,法律出版社2009年版,第258页。

② [法]福柯、[法]博纳福瓦:《人死了吗?》,马利红译,载杜小真编选:《福柯集》,上海远东出版社2003年版,第80页。

③ 杨大春:《现代性与主体的命运》,中国人民大学出版社2019年版,第350页。

④ 较典型的例子是对法律东方主义的引介及讨论。参见[美]络德睦:《法律东方主义:中国、美国与现代法》,魏磊杰译,中国政法大学出版社2016年版,第1~234页;魏磊杰:《法律东方主义在中国》,《读书》2020年第7期。

⑤ 参见季卫东、舒国滢、徐爱国等:《中国需要什么样的法理学》,《中国法律评论》2016年第3期。

⑥ 参见舒国滢:《法学的知识谱系》,商务印书馆2020年版,第55~57页。

⑦ 参见张文显:《法治中国的理论建构》,法律出版社2016年版,第493页。

对于什么是具有普遍可接受性的中国特色的东西,仍有待我们继续深化论述。

值得关注的是,苏力教授近年主要借助于以“家”“国”“天下”为核心的传统文史概念,从地理、伦理、军事、语言等各方面考察对农耕中国的形成至关重要的制度,从历史方面对当代中国的规范宪法学、宪法教义学,以及不加反思移植西方国家宪制理论的做法进行反击。这也是中国主体性言说的有益尝试。苏力教授把自己限定在从结构功能方面,实用主义地经验主义地解释古代中国的制度构成,认为“中国宪制源自经验,却不只是实在和描述的,它们也是规范的,是……介于‘事实与规范之间’”,<sup>①</sup>从而从农耕中国的历史经验中提炼出不仅对当代中国,也对包括西方国家在内的世界具有普遍意义的理论。但是,即便从苏力教授推崇的历史经验、文史传统看,“修身”“齐家”“治国”“平天下”也是个完整的整体,为何仅仅讨论家国天下及相应的齐家、治国、平天下制度,而忽略“修身”这一维度?这种忽略使其没能注意到,在从农耕中国到当代中国的转换过程中发生的由天理世界观到公理世界观、科学世界观的转换,<sup>②</sup>以及由此带来的中国个体性及个体反思性的发生、形成。这种个体性及其相应的建制安排使得中国人能够按照理性反思来选择并决断对自身来说的美好生活,形成一种可欲的主体性。另外,苏力教授也没有对当代“家”“国”“天下”的结构进行分析,这实际上是要求人们不加反思地直接接受它们。这种主张伴随、暗含着一种中国中心主义危险,充其量只是一种自我鼓励式的弱势辩护,不足以作为对具有普遍可接受性的中国主体性进行的充分论证。

### 三、克服当代中国法理学主体性发展内卷化的路径

中国法理学要克服在追求主体性上的内卷化困境,就有必要破除其片面肯定的现实观,树立一种反思的现实观。这首先意味着对中国复杂现实中的各种因果关系进行说明,以清醒地认识和区分可行的与不可行的、可欲的与不可欲的机制、趋势、潮流等,并运用前者作为规范性的资源反思、批判后者,进行“说明性批判”。<sup>③</sup>同时当代中国经过启蒙,各种信条并不具有当然的应然效力,需要经过反思才能被人们接受。这种反思是批判性诠释,<sup>④</sup>对各种应然性追求进行解释,得出对意义的新理解。结合两个方面的反思,也就是批判实在论<sup>⑤</sup>意义上的说明和批判诠释学意义上的诠释,从当代中国现实出发找到认识、思考中国现实的合理的规范性基础。与片面肯定性思维不同,这种反思体现了一种辩证思维,是一种内在批判;也有别于从西方国家出发或从过去出发的外在批判,旨在破除对各种西方国家或过去教条的迷恋。这是现代良序社会的运转逻辑,也是我国改革开放的逻辑。依据这种反思的现实观,发挥中国人的想象力,最终达致可欲的中国主体性。可以把中国主体性的这种形成原理运用于中国法理学,形成中国法理学的主体性。

① 苏力:《大国宪制:历史中国的制度构成》,北京大学出版社2018年版,第549页。

② 参见汪晖:《现代中国思想的兴起》(上卷,第1部:理与物),生活·读书·新知三联书店2008年版,“导论”第47~71页。

③ See Roy Bhaskar, *Scientific Realism and Human Emancipation*, Routledge, 2009, p.121.

④ Vgl. Jürgen Habermas, *Der Universalitätsanspruch der Hermeneutik*, in: Jürgen Habermas u.a. (Hg.), *Hermeneutik und Ideologiekritik*, 1971, S.154—159.

⑤ See Roy Bhaskar, *A Realist Theory of Science*, Routledge, 2008.

尽管用形式与实质这对概念来讨论法律/法学问题有其局限性,<sup>①</sup>但是笔者认为,如果我们不把这对概念看作相对立的而是有紧密联系的,也不把它们看作固定的而是可变的,并且出于便利考虑,那么运用它们来分析相关问题还是可行的。本文在此种意义上,运用这对概念分析中国主体性的法律性。这种法律性的表达即是中国法理学的主体性,其关键在于阐明如何自主地用法律形式表达中国人在经济、政治、道德、民族等各社会生活领域的实质内容。

### (一)发展中国的法律形式

关于法律的形式性,法国哲学家卢梭强调了普遍性,他声称:“我说法律的对象永远是普遍性的,我的意思是指法律只考虑臣民的共同体以及抽象的行为,而绝不考虑个别的人以及个别的行为”。<sup>②</sup>德国社会学家韦伯认为,现代法律具有的形式合理性指的是,法律作为规则系统没有漏洞地对社会事务进行调整,因而运用法律解决具体纠纷、作出个案裁决,犹如自动机般按照设置的既定程序运作,排除社会正义等实质价值考量。<sup>③</sup>美国法学家富勒提出了一般性、清晰、具有连续性等8项形式要件作为“法律的内在道德”。<sup>④</sup>英国法学家拉兹等学者也认可这些形式特征,以其作为法治的构成要素。<sup>⑤</sup>中国学界也在大体上认同这些法律的形式特征。<sup>⑥</sup>

法律的这些形式特征之所以重要,是因为集中体现了现代法律具有的“不可工具化的性质、也就是不可随意支配的性质”。<sup>⑦</sup>中国法理学自改革开放以来围绕“权大还是法大”等主题进行的争论,乃至确立“权利本位论”作为法学学科自主性的基础,<sup>⑧</sup>其核心的追求就是法律作为一种社会规范的独立性、自主性。这可看作追求法律不可随意支配性的初步尝试。法治理想的确立,则是对这种不可随意支配性在观念上的认可以及在实践上进行的规范性确认。法实证主义、法教义学以及法学/法律方法论等论说在中国的流行,则可看作论者们对这种不可随意支配性在概念、逻辑和技术上进行的分析、阐明。新近流行的对法律科学性的一再重申,<sup>⑨</sup>则是以科学之名对法律不可随意支配性的教条式捍卫。对法律不可随意支配性的追求是当代中国法学/法律专业化不断发展的重要成就。受中国古老的泛道德主义传统的影响,中国法律的不可随意支配性一直没有真正确立起来。因此,上述法学/法律专业化发展及其成就有其合理之处。

法律的形式特征之所以重要,在很大程度上是因为这些特征服务于现代法律作为一种实践规范和强制性的社会技术所发挥的巨大的实用效果。这种实用效果首要的一点是保持社会的存

① 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第560~566页。

② [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆2003年版,第46~47页。

③ See Max Weber, *Economy and Society: Vol. II*, Guenther Roth and Claus Wittich ed., University of California Press, 1978, pp.657-658.

④ 参见[美]富勒:《法律的道德性》,郑戈译,商务印书馆2005年版,第55~107页。

⑤ See Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford University Press, 1979, pp. 214-218.

⑥ 参见张文显主编:《法理学》,高等教育出版社2018年版,第314~315页。

⑦ [德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第599页。

⑧ 参见张恒山主编:《共和国六十年法学论争实录·法理学卷》,厦门大学出版社2009年版,第74~227页。

⑨ 参见张文显、舒国滢:《法学如何成为科学?》,载焦宝乾主编:《浙大法律评论》(2019年卷),浙江大学出版社2020年版,第3~24页。

在、安全和社会秩序的稳定。在保持社会稳定的基础上,具有这些形式特征的法律,破除一元化僵化的以及等级性的恣意性的道德世界观及其秩序,从合法律性维度思考人的行为的正义性,认为正义就是“服从国家的规则”,<sup>①</sup>而不考虑人内心的善恶。因此,人即使是“坏人”,<sup>②</sup>法律也能给人们提供稳定的行为期待,建立社会秩序。

我国的社会发展、治理状况表明,中国也需要具有形式特征的法律,发挥其实用功效。但当代中国法理学存在着对法律形式化理解的教条,也可以说存在着以规则为中心理解法律的教条。法律形式首先表现为成文的制定法,是规则及其体系,具有形式性,也最受推崇。相比较之下,习惯等其余的法律形式则受到排斥或贬损,甚至在苏力教授那里,其推崇的本土资源作为地方性知识,也是“交流起来不经济的”,<sup>③</sup>不具有本体意义与地位,得发挥可行的效用才作数。主要原因就在于它们不具有形式合理性或形式合理性不足。

我们需要反思、超越这种对法律形式特征的教条化理解。这要求结合我国的现实,面向未来,发挥对法律形式的想象力,发展出适应我们生活需要的法律形式,如政策、原则、习惯法、案例法,等等;甚至根据需要创造新的法律形式,而不仅仅固守形式理性法。至于到底哪些法律形式适合我国社会,要留待实践检验。就此而言,笔者认为,可有两个判准:一是看某种法律形式是否违反宪法,如果不违反宪法,那么就是可以追求的。这可看作自上而下的标准。二是看某种法律形式是否表达了其适用范围内的普遍性的利益、目的和价值。如果其表达了这种利益、目的和价值,那么它们的存在就具有一定的合理性。这可看作自下而上的标准。两条标准相结合,可判定某一法律形式是否适合我国,是否应当追求。当然,如果两条标准产生冲突,那么应以是否符合宪法为最高标准。因为宪法是最高的普遍利益判准。

## (二)表达整体性的中国社会

法律除了具有上文分析的形式特征外,还应具有实质内容。因此,法律性不仅指法律的形式性,还包括内容上的性质,这些性质包括道德性、政治性、经济性,等等。本文意在从整体上考察中国法理学的发展,因此不具体地从内容上分析法的道德性、政治性等,而是从整体联系中审视法律形式如何表达中国人的实质追求。这一表达要求我们以整体性的态度看待中国。中国本身是一个整体。她既包括过去,也包括现在和未来;既包括山川、河流、物产、气候等自然性的物质因素,也包括生产力、生产关系等社会性的物质因素,还包括习俗、道德、伦理、宗教等精神性的因素;既包经济、政治等功能性的因素,也包括文化等规范性的因素;既包括个体,也包括个体以不同身份形成的集体,如群体、家庭、家族、民族、阶层、政党等。总之,中国本身是混杂的多元差异性因素的统一体,或者套用费孝通教授的话来说,是“多元一体”,<sup>④</sup>是一个整体。

中国法理学的主体性,是用法的言说、话语及形式表达中国的这种整体状态。对于这种表达,先贤管子的话——“法者,天下之程式也,万事之仪表也”<sup>⑤</sup>——可以提供有益的启示。这句

① 参见[美]E.博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社1999年版,第117页。

② 参见[美]小奥利弗·温德尔·霍姆斯:《法律的道路》,载[美]斯蒂文·J.伯顿主编:《法律的道路及其影响:小奥利弗·温德尔·霍姆斯的遗产》,张芝梅、陈绪刚译,北京大学出版社2012年版,第325~326页。

③ 参见苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2006年版,第45页。

④ 参见费孝通主编:《中华民族多元一体格局》,中央民族大学出版社1999年版,第3页。

⑤ 《管子·明法解》。

话表明法的大义在于对生活方式与样式的表达。这种表达可理解成强制性的国家规范,但显然不限于这一点,还包括经济、政治、文化、宗教、语言、风俗等各方面的样式与格式,换言之,是社会生活实践的形式。这是一种从非常广泛的意义上对法的理解,是一个整体性的概念,类似于西语中的“Nomos”。<sup>①</sup> 笔者提倡这样一种非常宽泛意义上的法概念,是为了与中国整体的主体性相对应,用以表达这种整体的主体性。

中国法理学进行这种表达,要从中国的整体出发,从中国人的生活世界出发,从人们的经济、政治、文化、宗教、民族、语言、风俗等各方面的需要出发,从这些需要中提炼出普遍性公共利益,赋予法律形式以实质内容。因此,正如德国哲学家哈贝马斯指出的,法律具有双重性,一方面是现代经济和行政管理系统的媒介,另一方面是生活世界中日常沟通的媒介,使得后者的要求贯穿到前者并反馈回来,从而起到充当生活世界的要求和社会系统运作间循环转换器的作用。<sup>②</sup> 也因此,法律性、法律的不可随意支配性,除了具有上述形式特征外,还意指表达特定共同体所具有的整体性利益的普遍性,是特定共同体整体性利益中的普遍利益,赋予普遍性的法律形式以实质内容和最终的合法性,因而比普遍性的法律形式更为根本。中国法理学表达中国主体性,不仅应当关注普遍性的法律形式,而且应当关注所要表达的普遍性利益;除了关注法律的概念、逻辑、方法等外,还应该关注法律与道德、政治、经济、文化、宗教、语言等方面的关系。不能以前者的科学之名排斥对后者的关注,而应以对后者的关注充实前者的内容、克服前者的局限。

如上所述,中国是多元差异性因素的统一体,当代中国分化为具有相对独立性的各个领域、各个阶层,人们形成不同的利益,提出不同的观点、理论等表达自己的利益要求,<sup>③</sup> 形成不同的价值主张。这些不同的价值主张相互言说、讨论、辩驳甚至冲突等,既使我国社会焕发出前所未有的活力,从而推动现代化事业向前发展,也存在使社会团结丧失、社会信任消失从而有害于社会本身的风险。

诸种价值的存在是我国当代社会客观的“合理的多元主义事实”。<sup>④</sup> 这些价值是各自担纲者认为的对美好生活的追求,一般也是值得尊重、呵护、宽容的,事关中国与世界未来的意义之源、团结之源。它们是在上述结构化的现实中提供意义和反思源泉的部分,表达的是人们各种不同的利益主张、要求。我们有必要借助想象力对改革开放以来我国社会中形成的各种价值进行反思,批判性地说明和诠释在当代中国的理性化进程中,究竟是谁的何种愿望、需要、利益等实际上或应当得到满足或受到压制? 谁的何种权利、尊严等实际上或应当得到尊重、实现或被侵犯、剥夺? 谁遭受的何种损害实际上或应当得到救济及其相应的程度又如何? 在这种反思中,我们达致对相关群体追求的价值之共识,从而形成不同层面的普遍性利益,以作为不同范围内不同层次上各种法律形式的目的,克服法实证主义、法教义学等对现实的片面化肯定,克服社科法学等对现实的碎片化处理,克服在它们引导下工具理性化的发展趋势,从而发挥多元价值的积极作用而克服其可能带来的负面影响,使社会迈向可欲的发展方向。

① 参见[德]卡尔·施米特:《大地的法》,刘毅、张陈果译,上海人民出版社2017年版,第33~46页。

② 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第96~98页。

③ 参见马立诚:《当代中国八种社会思潮》,社会科学文献出版社2012年版,第11~205页。

④ See John Rawls, *Political Liberalism*, Columbia University Press, 1996, p.36.

### (三)形成自主的中国法理学立场

对法律形式所要表达的实质内容的反思,也要借助法律形式进行。这要求在尊重法律尤其是宪法的形式性规定的同时,把法律形式的规定同生活世界中多元价值表达的各种需要相互对照、理解、批判乃至修正。这也是把上文所论的批判性诠释运用于法律领域而把法律看作一个整体并结合现实对法律进行的建构性解释。<sup>①</sup> 但与美国法学家德沃金认为这种解释是由赫拉克勒斯式的法官以独白的方式进行的<sup>②</sup>不同,本文主张这种解释是由包括法官、法学家等法律人在内的所有相关的公民,在以宪法为核心、以实证法为主的各种法律形式构成的法律体系指引下,在市民社会的公共领域里行使公共自主,“对理性进行公共运用”。<sup>③</sup> 从而在法律的引导下,激发全体公民发挥公共性,在各种层次的公共生活中,讨论法律的各种规定和生活世界的需要在具体的时空条件下究竟意味什么,应当意味什么。在这种公共讨论中,人们结合法律体系的规定达致对普遍利益、价值的共识,同时也按照实现普遍利益、价值的需要,形成对法律形式变动的共识,即对法律形式或维持不变或修订或废止甚至创制新法律形式的共识。

需要指出的是,由于理性的公共运用是在具体的历史时间和社会空间下展开的,因此这种共识是具体的、特殊的;又由于这种共识是由所有相关者达成的,因此也是普遍的、客观的。这种共识既可能是强意义上真实的,即不排除多元价值经充分对话与商谈后人们实际上达成共识;也可能是弱意义上假定的,即多元价值经充分对话与商谈后人们实际上没有达成共识。并且,鉴于世界的多样性和复杂性,现实更可能如此,但这时“只要求在公共协商中继续合作,即使有持续的分歧”。<sup>④</sup> 在此种情况下,以达成价值共识作为一种理想调节、范导人们的活动,指引人们继续进行讨论、沟通和商谈。从长时段看,人们在具体情形下的沟通与商谈可看作趋向于未来的无限沟通与商谈之流中的一个环节;实际的特定时空条件下的基于多数决的权力运行过程可看作这种沟通与商谈之流的暂时结束。<sup>⑤</sup> 因而这种共识并非固定不变的,而是动态的、可错的,是在人们持续不断的沟通、对话与商谈中不断达成又不断改变的,其具有的稳定性是暂时的。

在此过程中,专家的专业知识只是对公共生活的建议,必须接受社会公众的批判,才可能有效。<sup>⑥</sup> 专家应在公共讨论中克服专业知识所具有的垄断性、独断性、教条性、片面性等局限,克服专业知识作为工具理性化技术手段的局限,回归知识的向善本性。这种向善本性除了意指知识对世界探究所可能具有的道德含义外,还意指对社会大众的可欲引导。这是因为,人民虽然有资格统治,但是在作为个体存在时通常沉沦于日常生活的庸常中,沉浸于私人欲望的满足中而遗忘对公共生活的反思,对公共生活冷漠甚至拒斥。并且,由于我国的公共领域并不健全,人们尚未养成进行公共说理的习性、美德,再加上受自身利益的因素的影响,因此个人在公共讨论中往往

① 参见[美]德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台湾时英出版社2002年版,第234~235页。

② 参见[美]德沃金:《法律帝国》,李冠宜译,台湾时英出版社2002年版,第247页。

③ See Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, in Ciaran Cronin and Pablo De Greiff ed., *The MIT Press*, 1998, p.49.

④ James Bohman, *Public Deliberation: Pluralism, Complexity, and Democracy*, *The MIT Press*, 1996, p.89.

⑤ 参见[德]哈贝马斯:《在事实与规范之间:关于法律和民主法治国的商谈理论》,童世骏译,生活·读书·新知三联书店2003年版,第633~634页。

⑥ 参见舒国滢:《求解当代中国法学发展的“戴逸之问”:舒国滢教授访谈录》,《北方法学》2018年第4期。

以独断、片面、教条的方式进行表达,有时戏谑、嘲讽、解构,表现出犬儒、反智的倾向,<sup>①</sup>甚至以不文明的方式言说,沦为“乌合之众”。<sup>②</sup>但这不是压制甚至取消而应是进一步发展和完善公共讨论、公共生活的理由。个体有必要借助专家专业知识的指导进行公共讨论,从而所有中国人进行自由、平等的讨论。在讨论中,人们展望未来,发挥想象力,进行“社会想象”;坚持“无立场”的立场,遵循沟通、商谈的条件,<sup>③</sup>在相互尊重、关怀、批判中表达自己的态度、看法、意见等。在此过程中,个体的自主性、个性得到充分的尊重,同时克服其唯私的非理性主义倾向,个体变成具有公共性的人,成为真正的主体,进而在公共生活中,作为主体的所有中国人形成对普遍利益、价值的共识、公意,而其整体性的表达即是主体性的中国。

需要补充强调的是,这里的“无立场”的立场,是对赵汀阳教授“无立场”论说的修正。赵汀阳教授指出:“无立场地看问题就是从X看X的要求(老子原则),并且从X的系统底牌看X的限度(元观念分析),最后超越对任何观点的固执,直面问题本身。”<sup>④</sup>这种无立场的立场并非没有任何立场,而是要求从存在的事物本身出发而非从各种意见出发的立场。这对于破除各种“主义”先入为主的绝对性、独断性,认识各种观点、信念、看法等的相对性、可错性,从而对于打破意识哲学主体观所具有的独白的自我中心性以及由此产生的世界观所具有的支配性、压制性有很大的效力。在面对多元差异的世界时,这一立场有利于进行换位思考,设身处地从他者的视角看问题,倾听他者、理解他者。但赵汀阳教授的“无立场”论说在很大程度上是基于真理符合论而产生的“新怀疑论”,<sup>⑤</sup>因而容易堕入相对主义,不利于各主体从他者的主场出发再对自我的立场进行批判、修正,并进行相互批判、修正,因而在完全消除意识哲学主体观的自我中心性、支配性上其效力是可疑的。本文对此的修正之处在于,除去“怀疑论”成分,以“真理共识论”为基础,把真理看作各方在无穷探究、沟通和商谈过程中的理想性共识。<sup>⑥</sup>依此,无立场是贯穿人们形成无压迫的主体间性过程的态度,而非仅仅是存在性的事实要求。

在中国主体性的形成过程中采取这种“无立场”的立场,对中国之外的包括西方国家在内的他者意味着,从中国的立场出发,但这种立场不是预先具有绝对优先性、绝对有效性的,而是假定的,然后我们的立场与他者的立场发生互动。我们从他者的立场看问题,并从他者的立场反观我们自身;他者也以此种方式对待我们。在这种双方立场的来回反复互动中,各方把自己的立场都看作可错的,相互批判,适时修正,从而形成各自的立场和一种超越彼此并使彼此共存的共同的客观立场。中国的立场体现在从一开始的假定,经过批判性沟通、商谈,到最后作为中国与世界共在的共同的客观立场的一部分而获得确定内容。中国的主体性体现在这整个过程中,也是这一过程的结果。只有从“无立场”的立场出发形成的主体性,才是经过后现代思潮洗礼后主体性

① 参见徐贲:《颓废与沉默:透视犬儒文化》,东方出版社2015年版,第157~162页。

② See Gustave Le Bon, *The Crowd: A Study of Popular Mind*, Dover Publications Inc., 2002, p.1.

③ See Jürgen Habermas, *Moral Consciousness and Communicative Action*, Trans. by Christian Lenhardt and Shierry Weber Nicholsen, The MIT Press, 1990, p.76.

④ 赵汀阳:《论可能生活:一种关于幸福和公正的理论》,中国人民大学出版社2004年版,“修订版前言”第7页。

⑤ 参见赵汀阳:《论可能生活:一种关于幸福和公正的理论》,中国人民大学出版社2004年版,第64页。

⑥ Vgl. Jürgen Habermas, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 1. Aufl., 1984, S.135—137.

的应有之义。中国以这种立场与他者一起形成共存的世界。这个世界是“无中心的世界”,<sup>①</sup>破除了各种中心主义思维造成的形形色色的霸权及其产生的支配、控制;也是“齐物平等”<sup>②</sup>的世界,在各主体差异基础之上建立平等,超越西方国家现代性中基于主权平等形成的形式平等教条、伪善和中国古代基于“差序格局”形成的等级性秩序,达到各主体在实质上平等的尊严、自由,实现包括中国在内的全人类的解放、团结。由此,中国主体性具备了普遍的可接受性。

中国主体性承载的共识表达了中国人生活世界的各种需要,具有实质内容;同时也包括法律的形式方面,依据表达普遍利益的要求,采取相应的法律形式。这样就实现了中国的法律形式与中国人对美好生活的实质追求相互契合、促进,合起来形成中国主体性的法律性。这种法律性是所有中国人作为主体运用理性反思而达致的,因此具有自主性。中国法理学的立场表达这种法律性,进而表达中国主体性,也相应地获得自主性。这种自主性体现在形式方面,是在中国现代性展开中发展出来的法律形式,超越上述源自西方国家“现代化范式”对法律的形式化理解。这种自主性体现在实质内容方面,是中国现代性展开中的价值追求超越西方国家。中国主体性承载的价值共识是中国人通过展望未来而对自古到今的不同传统进行诠释或者说“通三统”<sup>③</sup>来达致的,因此其内容包括自由、民主等源自西方国家现代性的价值,是中国人从中国出发对这些价值的理解,而非当作教条的照搬照抄;也包括对来自中国过去的价值进行创造性转化后形成的适应现代社会的价值;还包括中国人为适应生活需要可能创造出的既不同于西方国家的也不同于过去的新价值。这些价值就适用于中国,也应适用于包括西方国家在内的整个世界,是普遍的。

最终,中国的主体性真正确立起来,中国法理学的主体性也真正确立起来。需要强调的是,由于价值共识应由全体中国人及其相关者以反思的方式达致,因此并不能事先确定价值共识的内容。中国法理学不直接规定中国主体性的实质内容,但可以进行 3 个方面的工作:第一,阐明这种实质内容构成的性质;第二,阐明这种实质内容形成的法律前提;第三,提出实质性的价值论述,作为全体中国人及其相关者在公共讨论时的建议。

## 四、结 语

在当代中国及世界命运的转折时期,中国法理学应当为中国和世界的法律和社会发展提供可欲的法律理想图景,打破“现代化范式”以及世界结构的支配,扬弃其自身具有的专业化、技术化和功能化强化这 3 大趋势,确立可欲的主体性。中国法理学的主体性,有其内容与形式,从而区别于虚无主义;同时,面向未来对自身与世界进行筹划,具有开放性,因而区别于本质主义。具有可欲主体性的中国法理学发挥实践效应,使中国和世界自主地实现稳定与变化、权威与自由、合法性与合法律性、普遍与特殊、保守与创新以及长治久安与富有活力的辩证统一。这种统一是一种推陈出新的法律文明,也是一种历久弥新的中国文明。这种文明将对世界文明的历史发展做出新贡献,恢复并展现中国、中国人的尊严。

责任编辑 王虹霞

① See Thomas Nagel, *The View from Nowhere*, Oxford University Press, 1986, p.61.

② 参见汪晖:《再问“什么的平等”? (下)——齐物平等与“跨体系社会”》,《文化纵横》2011 年第 6 期。

③ 参见甘阳:《通三统》,生活·读书·新知三联书店 2007 年版,第 1~49 页。