

## 略论当代中国法理学的几个基本问题

高全喜

**内容提要:**本文以当代法理学基本问题为切入点,具体分析了中国当代法理学的两难处境及其基本问题。中国当代法理学不同于西方当代法理学,其基本问题乃是建设现代法治秩序和接续新旧传统。只有夯实自己的法治根基,才有能力应对当代风险社会的新挑战。

**关键词:**当代 法理学 法治秩序 法律传统 风险社会

高全喜,北京航空航天大学法学院教授。

任何一种对于人类命运的理论思想的回应,都是基于回应者所立足的现实状态,<sup>[1]</sup>当然,这个现实状态可以有多个方面、不同层次,作为时代精神的表述也有这样那样的不同,其中应对者的文化传统、国家体制、知识结构和价值取向,占据了重要位置。有鉴于此,本文试图从三个方面加以探讨。

### 一 当代法理学基本问题的全球化语境

当代法理学可谓一个庞大的题目,即便是当代法理学的基本问题,从不同的视角审视,也可以说是众说纷纭,莫衷一是,这一部分不是本文考察的要点,但在此给出一个简单的勾勒还是必要的。对于这个问题,笔者认为大致有三个知识性的前提需要澄清。

第一,所谓当代,首先指陈的是近期几十年或十几年的时间段,与现代不同,而且这个不同,隐含着一个语境,即主要是从西方现代法理学所处理的全球化相关问题转换出来的,有一个西方主义的主导理路。<sup>[2]</sup>也许正是基于此,当代随着后发国家的现代化进程,其法理

[1] 黑格尔曾经指出:“哲学的任务在于理解存在的东西,因为存在的东西就是理性。就个人来说,每个人都是他那个时代的产儿。哲学也是这样,它是被把握在思想中的它的时代。”参见黑格尔:《法哲学原理》,范扬等译,商务印书馆1982年版,“序言”第12页;此外,黑格尔在《美学》第1卷中提出的“一般的世界情况”即类似本文的“现实状态”,与所谓“时代精神”有密切的关系。马克思也曾说过,“任何真正的哲学都是自己时代精神的精华”,“是文明的活的灵魂”。《马克思恩格斯全集》第1卷,人民出版社1956年版,第121页。

[2] 例如,以批判法学闻名的当代法学家R. M. 昂格尔在其代表作《现代社会中的法律》一书中就指出:“对自由主义社会的一种理解实际上说明了对该社会法律秩序及法律理想的认识,同时又为这种认识所说明。因为,法治一直被真正认为是现代国家的灵魂,因此,研究法律制度将使我们直接面对社会本身所面对的核心问题。……遵循着这一精神,我在后面将讨论某些国家,即西方资本主义民主制度演变为后自由主义社会的方式的某些方面。”氏著,吴玉章、周汉华译,译林出版社2001年版,第186页。

学引申出一个反现代性或后现代性问题,甚至在某些领域和问题上,这种反西方主义现代性的法理学成为主流,但即便如此,仍然是从西方现代性引发出来的。<sup>[3]</sup> 所以,谈当代法理学,有一个“接着说”(冯友兰语)<sup>[4]</sup>的逻辑(后发国家的反西方主义,也是一种对抗形式的接着说)。

第二,所谓当代,指陈的又是一个世界性的或全球化的法理学,<sup>[5]</sup>即在当今时代,由不同地域、民族、国家、法系、传统,以及新的政治、经济、文化、科技、军事组织形态,共同参与、对话、交流的法理学。这个法理学涉及诸多复杂、交汇、扭结甚至对抗性的问题。例如,发达国家与后发国家,不同文明传统,不同法律体系,等等,它们对于法治秩序、正义价值、程序形式等问题的看法,就会有诸多差异;而高新科技(诸如生物技术、网络技术、航天技术)、自然生态(诸如环境污染、碳问题)、金融风险、核问题,以及新型组织(诸如欧盟、地区合作、跨国公司、恐怖组织)等,它们对于法律秩序的主张,也会有很大的不同;由此衍生出的所谓世界范围内的或全球化条件下的法理学问题,都可以纳入当代法理学的范畴。

第三,在上述两个大背景之下,是否存在某种普遍的当代法理学的基本问题呢?对此,国内外理论界的回答大致是肯定的。尽管当代法理学基于不同的理论谱系,所要应对的问题是各方面的,不同理论形态基于各自所捍卫的价值和所维护的利益,有着这样那样的不同,甚至相互之间在理论观点上是对立的,但罗尔斯提出的“交叉共识”的政治哲学还是存在的,即这里有一个普遍的人类共同的命运问题,而且随着现代交往形式的高速发展,风险社会的日益加剧,使得这个人类共同的命运问题变得尤其尖锐和严重。今日“地球村”所面临的问题是向所有人呈现的,人类共同的文明存续问题,早已压倒了传统社会(无论是古典传统还是现代传统)所各自封闭或半封闭状态下产生的问题。

任何一个大的时代周期,都有自己的基本问题,例如,古典城邦社会,其法理学(暂且套用现代的法学术语)的基本问题是关于城邦秩序和公民义务的法制构建问题;西方中世纪的法理学基本问题,是基督教神权和封建制法权的构建问题;古代中国则是天下体系与皇权统治的问题;至于现代社会,则是民族国家的主权构建和公民权利保障以及现代世界秩序的塑造问题。<sup>[6]</sup> 至于当代法理学,情况也同样如此。笔者认为,这个基于“交叉共识”所呈现的“人类共同命运”之当代法理学,就是我们要探讨的基本问题,这里的“基本”指的是法理学在人类共同命运问题上所能承担的理论价值之责任,即法理学应该对人类解决当代危机的制度构建给予富有价值性的理论证成。这个当代法理学基本问题是什么呢?我们看到,从不同的理论路径出发,有着不同的分析标准、价值取向和理路框架,从而得出不同的结论。在笔者看来,当代法理学基本问题,基于人类面临的全球化背景,应当包括如下几个大的方面。

第一,在全球化的今天,社会发展尤其是高新技术的突飞猛进,致使人类面临新的生存

[3] 关于这个问题的详尽论述,参见高全喜:《何种政治?谁之现代性?——现代性政治叙事的左右版本及中国语境》,新星出版社2007年版;朱景文:《当代西方后现代法学》,法律出版社2002年版。

[4] 冯友兰在《新理学》中区分了两种为学方式:一种是“照着说”,一种是“接着说”,前者属于历史的研究,遵循客观性的事实,后者则是思想的演化,旨在从传统中创新,例如他提出的人生四境界说就来自传统儒学同时又有所创新。当今学界,冯友兰的“接着说”作为一种为学方式广为流传。参见冯友兰:《贞元六书》,三联书店2007年版。

[5] 国内有关全球化时代的法理学问题,最为详尽的著作可参见朱景文主编:《全球化条件下的法治国家》,中国人民大学出版社2006年版。

[6] 关于这个方面的详尽论述,参见高全喜:《现代政制五论》,法律出版社2008年版。

环境,即处于日益严峻的全球化的风险社会,它们对于当代法理学无疑提出了全新的挑战。<sup>[7]</sup> 高新科技和社会发展为人类带来普遍的福祉,但是同时也给人类带来可怕的灾难(以及灾难性前景),对此社会理论多有论述,我们毋庸赘言。我们关注的是它们对于当代法理学究竟意味着什么。笔者认为,当代法理学的基本问题或至为攸关之问题,就是从法律规范体系,尤其是针对诸多相关的部门法学,为它们制定一系列切实有效地防范巨大风险的法律机制,提供一套新的合法性与正当性论证。因为这些问题已经跨越了不同地域和国家、经济发展阶段、文化传统差异等界限,越来越成为人类共同而普遍的问题,甚至涉及人类以及文明的生死存亡之大限。通过协商与沟通(无论是采取罗尔斯的“交叉共识”还是哈贝马斯的“商谈理论”),法理学在此具有义不容辞的责任,在重大的风险规制方面,应该提出一套尽可能为当今人类所共享的法理学的普遍规则。

第二,处在这样一个新的当代(现代与后现代之间)世界,法理学基于上述问题,有必要重新思考传统法理学(包括古典法理学尤其是现代法理学)<sup>[8]</sup>的一些基本问题和原则,以便为当代人类的共同命运以及未来的展望,提供一套契合现时代基本问题的理论论证。由此一来,就需要对传统法理学关于合法性与正当性的一系列重大理论,尤其是有关人权保障和主权权界,有关个人权利至上,有关法治的人性预设,有关人类中心主义,等等,加以深刻地检讨,而这些基本的法律价值观曾经是现代性的法理学赖以建立、并且支撑着西方主导的这个东西方现代社会之法律规则体系的基本观念和核心价值。应该说,这些持续近五百年的现代性法理学之核心原则和观念,对于现代社会的生成和发育,对于现代国家的构建和维护,以及公民权利的彰显,自由、正义、平等的实现,现代化的建设,法制的昌盛,市民社会的繁荣,经济、文化和社会的多元化发展,等等,曾经起到了绝对有益的贡献。但是,在新的历史时间周期内,它们的问题也日益凸显,因此,对此加以反思,在合理地、积极地继承传统的前提下,重塑当代法理学的基本原则和价值观念,是十分必要的,当前的各种批判法学和后现代法学,在某些问题上对现代法律观念的反思是富有启发性的。<sup>[9]</sup>

[7] 风险社会作为一个概念并不是历史分期意义上的,也不是某个具体社会和国家发展的历史阶段,而是对目前人类所处时代特征的形象描绘。因此,我们可以说人类处于风险社会时代,但不能讲某个国家是风险社会,尽管那个国家的国内情况比其他国家更不安全。但是,风险社会不仅仅是一个认知概念,还是一种正在出现的秩序和公共空间。在后一种意义上,它更具有现实性和实践性。如吉登斯、贝克等人所说,风险社会的秩序并不是等级式的、垂直的,而是网络型的、平面扩展的,因为风险社会中的风险是“平等主义者”,不放过任何人。风险社会的结构不是由阶级、阶层等要素组成的,而是由个人作为主体组成的,有明确地理边界的民族国家不再是这种秩序的唯一治理主体,风险的跨边界特征要求更多的治理主体出现并达成合作关系。上述概观可参见:乌尔里希·贝克:《风险社会》,何博闻译,译林出版社2004年版。贝克将后现代社会诠释为风险社会,认为其主要特征在于:人类面临着威胁其生存的由社会所制造的风险。我们身处其中的社会充斥着组织化不负责任的态度,尤其是风险的制造者以风险牺牲品为代价来保护自己的利益。作者认为西方的经济制度、法律制度和政治制度不仅卷入了风险制造,而且参与了对风险真相的掩盖。贝克力倡反思性现代化,其特点是既洞察到现代性中理性的困境,又试图以理性的精神来治疗这种困境。

[8] 本文所说的古典法理学,指的是古希腊、罗马城邦国家的法理学;现代法理学,指的是1500年以来直到21世纪初叶的现代法理学。

[9] 但是,笔者不能赞同这类批判法学的基本方法,即它们采取极端激进主义的否定态度对待自由主义主导的现代性法理学,而是主张在赓续新传统(五百年塑造的现代传统)的前提下,开辟当代法理学的新理路。关于这个方面的详尽论述,参见高全喜:《何种政治? 谁之现代性? ——现代性政治叙事的左右版本及中国语境》,新星出版社2007年版。笔者写道:“按照我的理解,政治或政制是一种组织规则和政治秩序,西方现代性的一个关键性的基础,便是这种虽然来源于古代但更本质地生发于现代市民社会的宪政秩序,它与资本主义的自由市场经济秩序具有密切的关联。法治、自由经济和限权政治,以及民主代议制、有限政府、司法独立、公民自治,乃至国家权威,等等,这些看上去是一些我们在英美社会司空见惯的老一套,却是现代性政治的基本内容,而且正是因为它们在当今世界的普遍流行,成为常识,反而从另一个方面说明了它们的产生之非同寻常。”第190页。此外,参见高全喜:《从非常政治到日常政治——论现时代的政法及其他》,中国法制出版社2009年版。

第三,当代法理学虽然在基本问题上分享着普遍性的当代问题,尤其是在关涉人类共同命运的法理学问题方面,但是,参与分享的主体<sup>[10]</sup>毕竟要有所依托,即或者依托不同的部门法等法律规则体系之分殊,或者依托不同的组织体系,其中尤其是不同的国家利益或团体利益(当然也包括它们各自标榜的价值体系)。因此,当代法理学的基本问题,就会转化为这些分殊领域之具体或专属性问题,而且因为其分殊,就难免相互之间产生价值与利益等方面的冲突。例如,碳问题这样一个全新的问题,其中就有不同国家和地区应对这个问题之法律规则的权衡和取舍,目前所形成的“共同但有区别的责任”原则就是相关主体在多轮磋商中所达到的法理学上的一个共识,表现出普遍与个别之间的平衡关系。<sup>[11]</sup>在其他一系列问题上,其实都存在这类的重大分歧,关键是当代法理学能否在普遍与个别的关系方面,寻求学理上的交叉共识,并进而形成相关法律的基本原则。

上述三个方面,经过理论上的分阶(区分不同位阶)梳理,都可纳入当代全球化语境下的法理学基本问题。中国作为一个大国,其时空体量、人口规模、发展态势和利益权重等使其在当今世界的全球化格局中,日益占据举足轻重的地位,因此,中国有权利也有责任在当代世界法理学的转型问题上,有所担当,做一个在法律体系方面有建设性的和负责任的大国。“所谓大国责任,最基本的是意味着法律上的责任,即一个国家在法律制度上要承担的国际责任。它首先要求的是一个法治政府的存在,一个遵循法治的国家,才可能是负责任的,否则无论如何表白,都具有权宜之计的性质。……无论从近期的国家事务还是长远的民族未来来看,世界和平对于中国来说都是非常必要的,因此,我们有理由把法治国的建设置入国际环境的大背景来考虑。”<sup>[12]</sup>

## 二 吊诡式的错位——当代中国法理学的时代背景

本文的中心议题不是当代法理学的基本问题,而是探讨“当代中国”法理学的基本问题,当我们面对这个主题,就会发现一个重大的涉及社会性质的吊诡式的错位,即我们中国究竟处于哪个历史时期,或当代中国的社会性质究竟是什么。关于这个问题,简单地看,似乎没有什么可争议的,我们处于当代,当然属于当今世界的一个重要组成部分。但是,进一步思考就会发现问题远不是这么简单。因为,作为一个后发的大国,中国自近代以来(从1840年鸦片战争开始)就进入世界历史的进程之中,170年来,我们的这个现代化过程目前并没有真正完成,即一个现代的优良的民族国家之宪政体制与市民社会一直处于建设过程之中,而且历经曲折,两个共和国(中华民国与中华人民共和国)的基本任务,都是建设一个

[10] 这里涉及一个法律的主体性问题,这个主体性不仅是一个主体资格的法律主体性,还是一个学术理论的主体性,从法理学的角度看,主体性不仅涉及利益或权益,而且涉及价值或主义。笔者认为中国法律的主体性应该在现代社会的“自由政治和自由价值的普遍性中培育和生成”,而不是一味地反现代性,反所谓西方的法治民主。关于这个问题的具体论述,参见高全喜:《中国现代法学之道:价值、对象与方法》,载《民主法治之道》,李林、胡水君编,中国社会科学出版社2008年版。

[11] 相关文献,参见《联合国气候变化框架公约》、《京都议定书》和《哥本哈根协议》。虽然2009年12月19日在哥本哈根召开的联合国气候变化大会并没有通过《哥本哈根协议》,但“共同但有区别的责任”原则得到119个与会国家的广泛赞同。

[12] 参见高全喜:《大国、法治国与国家责任》,载江平、许章润等著:《中国如何炼成软实力?——法学家论法律与国家》,中国法制出版社2009年版,第10页。

现代化的国家与社会。<sup>[13]</sup>

从政治逻辑上看,这个进程恰恰是西方近代开启的为现代世界普遍遵循的现代化或现代性的议题,而且西方各个国家大致用三、四百年的时间、以不同方式(有英美模式、莱茵模式、苏俄模式)大致完成这个现代化和现代性的进程,世界上的其他后发国家和地区基于自己的历史状况,相继从20世纪初叶尤其是二战之后也开始了这个进程,有的(如东亚日本、亚洲四小龙等)大致完成了这个进程,也有的(如拉美等国家)陷入新的社会困境,但是无论如何,现代性进程是一个绕不开的阶段。<sup>[14]</sup>中国作为后发国家中的大国,同样也处于这样一个历史的错位之中。170年来,我们所亟待解决的问题,对应的是西方17—19世纪各民族国家曾经面临的现代化问题,而我们现在所必须应对的国际秩序却是20世纪和21世纪的世界新秩序,因此,在时间上乃是不对应的,这就使我们的任务面临着两难困境。一方面我们要建设一个全面现代化的民族国家,而且是一个自由民主宪政的政治国家,这是西方各现代国家用了三、四百年的时间才完成的;但是另一方面,西方现代社会的政治状况却逐渐出现了去国家化的趋势,现代国家的弊端以及国际秩序的不合理、不公正弊端日渐显示出来,也就是说,我们的国家建设以及现代化道路遭遇后现代政治的阻击,建设自由民主宪政的国家的正当性和开放的现代社会的合理诉求,面临后现代社会和全球化进程的挑战。<sup>[15]</sup>

当代中国尽管一直探索着自己的道路,但几代人的努力并没有也无意摆脱这个现代化的基本路径,应该指出,即便社会主义也是苏俄现代性模式的一种,至于1978年开始的改革开放事业,又使得中国更加主动地融入现代世界的主流发展道路,成为现代世界秩序的一个重要组成力量。因此,当代中国的发展问题就处于十分独特而略显悖谬的境况,并面临多个层面的问题之扭结。一方面,我们不可避免地当代所有国家一样面临着普遍的日益严峻的人类共同命运的挑战,诸如高新科技问题、环境问题、能源问题、互联网问题等,同样困扰着中国,中国自身也有一个与世界同构的当代问题;但是,另一方面,我们也要清醒地看到,我们的当代问题,与西方发达国家,甚至与其他后发国家的当代问题又有本质性的不同,即我们还有一个有待补课的现代性问题。我们的现代社会结构,尤其是在一个优良的现代宪政体制、市民社会、公民权利、市场经济、法治秩序等方面,还有待进一步建设,<sup>[16]</sup>这个现代

[13] 1946年颁布的《中华民国宪法》开篇写道:“国民大会受全体国民之付托,依据孙中山先生创立中华民国之遗教,为巩固国权,保障民权,奠定社会安宁,增进人民福利,制定本宪法。”孙中山的三民主义无疑包含着强烈的建设现代国家的信念。至于1949年颁布的《共同纲领》和历次制定的《中华人民共和国宪法》(1954宪法、1982年宪法以及1988年、1993年、1999年和2004年的四次宪法修正案),都明确、坚定和强烈地把建设现代化国家视为我国的根本任务,“序言”中写道:“国家的根本任务是,沿着中国特色社会主义道路,集中力量进行社会主义现代化建设。中国各族人民将继续在中国共产党领导下,在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和‘三个代表’重要思想指引下,坚持人民民主专政,坚持社会主义道路,坚持改革开放,不断完善社会主义的各项制度,发展社会主义市场经济,发展社会主义民主,健全社会主义法制,自力更生,艰苦奋斗,逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化,推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展,把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。”

[14] 参见哈贝马斯:《现代性的概念》,载氏著:《后民族结构》,曹卫东译,上海人民出版社2002年版;金观涛:《探索现代社会的起源》,社会科学文献出版社2010年版。

[15] 参见高全喜:《三十年法制变革之何种“中国经验”》,载高全喜:《从非常政治到日常政治——论现时代的政法及其他》,第72页。

[16] 秦晓指出:“‘当代中国问题’可以表述为中国社会的转型,即从一个前现代性(传统)社会转变为一个现代性社会。这一转型自晚清始已经历了100多年的历程。在此期间,中国的政治、经济、社会、文化领域都发生了巨大的变化,但到今天它依然是一个‘未完成的方案’(哈贝马斯语)。重新提出这一问题,有序地推进这一进程,关乎中华民族的前途和命运,是对政治家、社会精英和民众社会历史责任感的呼唤。……‘现代性’是指欧洲启蒙运动所倡导的自由、理性、个人权利等核心价值观,和以此为基础建立的市场经济、民主政体和民族国家等一整套制度,即现代文明秩序。”参见秦晓:《当代中国问题:现代化还是现代性》,社会科学文献出版社2009年版,第3—4页。

性的建设问题,更类似于西方社会的早期现代的发育过程,其中所蕴含的基本问题,与我们当今社会的转型具有很大的逻辑同构性。<sup>[17]</sup>在此,笔者不赞同目前甚嚣尘上的那些中国模式论(潘维为代表)、本土资源论(朱苏力为代表)、反现代的现代性(汪晖为代表),<sup>[18]</sup>他们企图完全绕过或者绝对排斥西方曾经走过的现代化和现代性道路,或者诉诸中国传统本土经验或者调用后现代(包括依附理论等)的高调批判理论,炮制出一条所谓中国当代发展的另类道路。<sup>[19]</sup>

在我看来,虽然我们当今的问题,有着与世界共同问题的普遍性关系,但是,从更为根本性的意义上说,我们当代的问题,与“早期现代”的现代性问题具有更大的同构性,建设一个法治、宪政、共和、民主、自由经济、多元文化的现代社会(包括现代政制、现代法治和市场经济、公民权利等)要远比中国快速步入所谓后现代社会、构建“中国模式”更为攸关。今日的中国看似一个整体,实际上是被撕裂成三块,一条腿伸到后现代,另一条腿还在前现代,而主干身躯以及大脑还处在转型的现代。我们有后现代的问题,更有前现代的问题,但现代化和现代性问题,诸如现代民族国家、自由政体、法律制度、经济秩序、人权理念等方面的建设,相比之下,则更为根本,它们是近现代以来无数中国人(包括共产党人)前赴后继的努力奋斗之目标。

当然,需要强调指出的是,笔者说的现代化或现代性道路,并不意味着我们照搬和克隆西方曾经走过的模式(而且西方自身也没有自己唯一不变的模式,而是具体化为结合各自传统的各个不同模式,即英美模式、莱茵模式、苏俄模式等),也不认为现代化和现代性只是属于西方的,非西方就必定不能获取。其实,现代化和现代性是人类历史的一个必经阶段,是普遍性的,西方不过是提早一些时间经历了这个过程,摸索出一些可贵的经验,但也遗留了重大的隐患。所以,对于后发国家来说,不是对抗现代的问题,而是分享现代的问题,是走自己的现代之路的问题。如此这里就有一个后发优势与后发劣势的问题,这两个方面对于中国都存在。

### 三 当代中国法理学之基本问题

#### (一) 现代法治秩序之塑造

建设一个优良的现代法治秩序,这是中国近现代乃至当代一贯的基本问题,这个问题并不能因为所谓的当代新问题(后现代或新科技等引发的)而加以回避。从法理学上说,为这个法治秩序提供一整套基本的合法性与正当性证成,就是当代中国法理学的基本问题,为此,我们大可不必为所谓的反现代的各种论调所迷惑。应该看到,无论是应对当今一系列严峻风险社会的挑战,新一轮科技革命的挑战,还是矫正西方现代性过渡发展所导致的诸多问

[17] 有关早期现代的具体论述,参见高全喜:《西方早期现代的思想史背景及其中国问题》,载《读书》杂志2010年第4期。

[18] 参见潘维主编:《中国模式——解读人民共和国的60年》,中央编译出版社2009年版;苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版;汪晖:《去政治化的政治》,北京三联书店2008年版。

[19] 潘维在其代表作《当代中华体制——中国模式的经济、政治、社会解剖》一文的结语中写道:“当代中华体制规模宏大,亦可称‘鲲鹏模式’。民本政治如首脑,社稷体制如躯干,国民经济如翅膀。如此中国模式,以较低的代价形成,后来居上,前30年迎风破浪‘击水三千里’,后30年驾着苏联模式和美欧模式两股旋风冲天而上。”参见潘维主编:《中国模式——解读人民共和国的60年》,第84页。

题,都是基于一个坚实的现代社会的基础之上的,尤其是西方的反现代性话语,它们是在一个现代性充分发展的基础之上的反思批判,因此有其合理性和现实的针对性,而要应对新科技的挑战,更是需要一个强有力的现代社会的系统性力量,为此,一个富有效力的优良的现代法治秩序乃是不可或缺的。

对于当代中国来说,毋庸置疑,这个法治秩序是不完善的,甚至在一些基本性的制度方面是严重扭曲的,也就是说,西方现代性的历经三、四百年的法治建设进程所凝聚起来的一些成功经验,在中国当代还没有被很好地移植和吸收,并转化为自己本土性的法律制度,或者说,还没有活出来(尽管从理论上已经占据了主导,但在制度运行方面还是十分苍白的)。从这个意义上说,这个现代法治建设的课,我们是一定要补的,补这个重大的课,并不能因为中国面临当代的一些新问题就可以省略。此外,富有成效地应对当代法律的新问题,实质上还有赖于这个有待补课的中国现代法治秩序之构建。所以,笔者认为现代法治秩序的构建问题是中国当代法理学的基本问题。

这个现代法治秩序之构建,从法理学的角度看,又包含观念与制度两个方面。第一,一些基本的现代法治观念与原则的重新梳理与富有中国法理学自主性品质的确立。笔者认为这个基本工作,是当代中国法理学的一项首要的学术工作。因为,百年来,尤其是民国抗战前的时期和20世纪80年代以来这两个时间段,我们的法理学进行了一些卓有成效的工作,对于西方现代性的法学以及法律秩序,给予了一定的研究,并取得了不小的成绩,而建国以来的前三十年,对于苏联“国家与法”的法理学说,以及马克思主义法理学也给予了一定的研究,并且落实到法制实践之中。但是,总的来说,我们的法理学并没有把两个路径的法理学之基本观念与原则,即资本主义和社会主义的两种法理学,放在整个现代法制秩序的框架内,加以富有中国化的学术理论上的梳理与研讨,不是教条主义的照搬移植,就是意识形态化的被利用,中国现代法理学的自主性品质还不明显或还根本没有确立起来。<sup>[20]</sup>

所谓自主性即主体性,但不仅仅是知识的自主性,更是一种基于中国法治建设的现实进程中的学理的自主性,是一个能够为中国的现代法治秩序给予理论证成的自主性。中国这样一个历史悠久、现代进程历尽曲折的国家,在自己的现代法治秩序的一些基本观念、价值和原则方面,应该从我们的历史经验和教训中提取一些富有内涵的学理性的自主观念,这并不与现代性这个普遍原则相违背。

关于中国法学的这个普遍与特殊的关系问题,笔者在一篇文章中曾经指出:“任何一个现代国家,在追求自己的主体性,实现自己的国家性时,必须首先建立普遍性的(政治、经济和社会)制度,必须首先诉求普遍性的价值,这些制度和价值曾经为西方诸民族国家在500年来的历史过程中演示出来,事实证明,正是这些普遍性的东西赋予了他们在当今世界的主导地位,使得那里的法治优良,国家繁荣和强大,人民自由和幸福。但是,这些东西并不天然就归西方人所独有,是他们的垄断之物,而是人类的普遍事物,中国现代法学的根本任务,就是揭示这种普遍性的法律之公器,使之建设性地促进中国社会从旧体制向一个现代法治、自由社会的转型,并担当起骨骼作用。从大的构架来看,中国法学的基本功能就是破除所谓中

[20] 参见高全喜:《三十年法制变革之何种“中国经验”》,载高全喜:《从非常政治到日常政治——论现时代的政法及其他》,中国法制出版社2009年版。

西之界分,确立普遍性的法律规则制度以及普遍性的法学价值,而不是相反,去破除什么西方的法律图景,构建中国的法律图景,调用什么中国的本土资源和文化礼俗,拒斥西方的理论和制度资源以及西方文化的入侵。中国法学的 26 年,我们强调的中国性或国情不是太少了,而是太多了,中国法学的中国蕴涵不是太少了,而是太多了。不是越是中国的就越是世界的,情况恰恰相反,越是世界的才越是中国的,只有当我们不偏执于中国特殊论的时候,我们的法律制度和法学理论,才真正具有了发育中国特性的力量,才真正获得了鼓吹中国特殊论的制度平台,也就是说,我们只有建立起普遍性的现代法律制度,才可能构建所谓的中国法律理想图景,才有资格奢谈所谓基于中国的中国观和世界观。”<sup>[21]</sup>

第二,中国的现代法治秩序,从根本性上说,是一种制度建设,所以,当代法理学的基本任务就不仅仅是一种知识性和观念性的自立自足,而是要具体地融汇于中国的法治构建。任何知识离开现实都是苍白的,我们看到,西方的现代法理学,乃至其当代的最新法理学,都与西方社会的现实进程密切相关,西方社会很多方面(当然不是所有方面)已经到了后现代那一步,可笑的是中国的那些高调的后现代主义话语(包括某些雷人的法理学话语),错把杭州当汴州,以为中国真的就是后现代了。因此,关注中国的法律制度实践,就是当代中国法理学的基本问题。

这个制度实践之法理学问题,又有如下几点。首先,中国的现代国家构建的法理学,或具体一点说,关于“中华人民共和国”的宪法秩序的法理学。关于这个问题,不仅需要宪法学,更需要法理学给予梳理、研究和诠释。我们知道,共产党通过革命所建立的社会主义新中国,属于现代国家的制度形态,关于这个“人民共和国”的法理,或人民主权的建国理论,无论从宪法学原则还是从法理学原则方面,时至今日尚缺乏一些理论上的经典论述,其中,人民、中华民族、共和国、宪制、公民、权利保障、分权制衡、制宪权、立法权、政府论、代表制、民主、司法、人权等,这些关涉一个现代法治国家的基本理念与制度,确实需要从基本的法理学层面予以论述。其次,关于民法问题,或有关社会主义经济体制、市场经济、国有与私人财产、商品交换、知识产权等方面的为未来民法典提供理论基础的中国当代的民法哲学,当然也属于法理学的基本问题。民法是一个社会共同体的基本法,西方自古典罗马社会以来,尤其是现代社会,其各个时期和版本的民法典,都为其社会的塑造和演进,提供了有效的制度支撑,中国的当代法理学,其基本问题之一,无疑是推进这个民法法理学(或民法哲学),从而在未来恰当的成熟时期,完成中国民法典的现代工程(显然这项工作属于现代法治建设)。上述是从实体法方面,即从宪法国家层面和民法社会层面,论述中国当代法理学有关法治秩序的理论建设工作,是不可能纳入全球化语境下的当代(世界)法理学之一般框架,而是属于中国的现代法治进程,或者说,这个现代法治就是中国的当代法治建设之中心议题。

此外,关于程序法方面,进一步加强现代法治的程序主义,也是建设现代法治秩序的重要环节。从法理学上看,中国改革开放 30 年来的现代法治秩序建设其学科自主性的关键就是确立了所谓的“法条主义”,“法条主义”是中国法学作为独立学科的知识基础,没有“法条主义”就没有现代法学。因为,法律是一种独立的形式构造性的体系,法律价值和法律制度的集中体现就是法律的普适性原则、客观性原则和形式中立原则,法律的诸多价值理念必须

[21] 参见高全喜:《中国现代法学之道:价值、对象与方法》,载《民主法治之道》,李林、胡水君编,第 428 页。



转变为抽象、中立的法律程序和法律形式。中国的法律制度从阶级专政的工具论演化为正义的社会秩序和社会利益的规则论和规范论,是以抽象形式为主要依据的,法条主义和程序主义是维护个人利益和权利,抗拒强权侵犯的有力武器。

## (二)如何看待新旧两个法制传统?

现代法治秩序在任何国家都不是从天上掉下来的,而是演进出来的,即便是现代法治伴随着西方现代性的进程,都经历了一系列革命(如英国革命、美国革命、法国革命、俄国革命),但依然有一个革命建国之后的法制与传统的问题。如何应对传统,这是关涉现代法治之优劣的一个关键问题。相比之下,即便是西方,大致就有两种路径:一种是英美主导的演进主义或改良主义,一种是法俄的革命主义或激进主义,它们的优劣之辩,在此毋庸多说。<sup>[22]</sup>至于后发国家,同样这个如何对待传统法制的问题,也是困惑法理学的一个基本问题。这些后发国家的建国经历,一般说来也都经历一场巨变,中国近百年来几次重大革命(民国革命与共产革命)就是一个例证。革命建国之后,如何建立现代法治秩序,如何面对法制传统,这无疑是一个法理学的挑战问题。就中华人民共和国来说,在前30年,我们显然是一种激进主义的反传统法理学,这个在“文化大革命”的“破四旧”中达到极端。其结果在此也不用多说,既没有建立起真正的现代法治秩序,也没有保存好传统,一片荒凉,国将不国,到了崩溃的边缘。只是到了改革开放30年,我们才开始采取现实主义的理性态度,建设自己的法治秩序,时至今日,小有成绩,尤其是经济方面,俨然一个大国崛起于当今世界,近些年来,激进偏颇的民族主义十分嚣张,相对于中国现代法治秩序的重大不完善,这种情况令人堪忧。

真正的法学品质应该是保守的、审慎的、理性的。从当代法理学的视角看,笔者认为我们有新旧两个本质上不同的传统要加以对待。首先是旧传统,即20世纪民国革命前的中国法制传统,与传统中国的礼仪宗法制度相关,这个旧传统又包括两个方面:一个是秦汉大一统郡县制之前的三代封建制的传统,一个是皇权专制主义的传统,它们构成了中华文明礼仪制度的主体内容,其法理学(借用现代西方的学术词汇)具有丰富的内容需要加以处理,其道统、学统、法统之义理构成了旧传统的核心内容。至于新传统,指的是第一共和国(中华民国)以来的一百余年的现代中国法制建设之传统,实质上又包括三部分内容:一是国民党制国家的六法全书的现代法制传统,二是共产党建立的新中国(也许可以称之为第二共和国,即中华人民共和国)前30年“党与国家”之现代法制传统,<sup>[23]</sup>三是20世纪80年代以来30年改革开放之步入主流世界秩序的现代法制传统。新传统与三千年之旧传统相比,虽然时间短暂,但与当代中国的现代法治秩序的构建密切相关,所以,对于我们更为重要。总的来说,新传统表现出一个重大的具有中国特色的法制特性,即一个从苏俄模式的现代法制秩序(“党与国家”一体的法制国家),逐渐向一个现代法治文明国家的演变,尽管时至今日并没有完成,但毕竟有了一个曲折的转变过程,就其未来方向来说,是与当代法理学的基本

[22] 参见高全喜:《宪法与革命及中国宪制问题》,载《北大法律评论》第11卷第2辑,北京大学出版社2010年版。

[23] 关于新传统中的共产党与国家的关系问题,参见夏勇:《依法治国——国家与社会》,《宪政建设——政权与人民》,社会科学文献出版社2004年版;俞可平:《当代中国政治体制》,兰州大学1998年版,《治理与善治》,社会科学文献出版社2000年版;林尚立:《当代中国政治形态研究》,天津人民出版社2000年版;李林:《法治与宪政的变迁》,中国社会科学出版社2005年版;王长江:《政党论》,人民出版社2009年版。

主题相一致的。<sup>[24]</sup>

如何对待新旧两个传统,笔者的观点是,应该采取保守的渐进改良主义,激活旧传统中的优良民族法制资源,纠正新传统中的激进主义偏差,逐渐建立起一个符合现代法治秩序的中国主体性的法治文明。所以,复古主义的所谓各种新儒学或新法学(法家主义),在今日的中国是走不通的,王朝体制、天下秩序的复辟,在今日世界格局下已是明日黄花,但中国传统的礼仪制度、德治理想,以及仁义礼智信等一些古典的伦理观念和原则,在今天依然具有很大的价值,尤其是在矫正自由主义的权利法理学之过度膨胀和极端化方面,仍有积极意义。但是,它们也需要创造性的转换(林毓生语)。<sup>[25]</sup>至于对待百年“党国”体制新传统,也不能一概拒斥,同样应该抱有同情性的理解,毕竟它们是中国人民历史性的一种选择,具有一定的必然性。关键是如何寻找一条稳妥的改良之道,从而以最小社会代价地走出“党与国家”体制,完成现代法治国家的法理学转型。当前中国法理学普遍存在着两种隔膜甚深的话语,一种是西方现代法理学的复制移植,在空泛的所谓纯学术研究中连篇累牍,另外一种则是法律条文的实用主义注解,在不言自明的潜规则之下有着广阔的操作空间。笔者认为,在现代法治秩序的前提下,如何建设性地弥补理论研究 with 法制实践之间的鸿沟,也是当代中国法理学之基本问题之一。

### (三) 基于优良法治的对风险社会的应对

正像本文开篇所指出的,当今世界所面临的新问题,是关涉人类共同命运的重大问题,我们面临的这些最新问题,与西方社会是截然不同的,由于我们的社会根基不同,因此,我们没有必要亦步亦趋地追随西方人的当代法理学,我们当然也不可能完全回避这个日益全球化的当代问题。

首先,在对待当今风险社会的法理学学科构建方面,我们应该承认普遍的人类核心价值观以及基于这些观念的法治体系,这是所谓“共同责任”的理论基础。今日世界已经不同

[24] 关于中国改革开放30年的法制经验时,我曾经写道:“确立现代法治观念,健全法律体系,构建一种现代模式的法制框架,这种融入世界主流法制体系而不是抗拒现代社会的法律观念,也是中国法制经验的一个突出特征。当然,融入世界,并不等于克隆或复制西方的法制体系和制度模式,而是在保持中国特性的前提下,积极合作,锐意改革,中国特性不是固守旧体制、旧法权、旧传统、旧学统。应该看到,中国的道统、法统、学统自鸦片战争以来已经屡遭摧残,几经变异,各种左的和右的,尤其是左的激进主义的狂潮已经使中国的法制难以为继,因此,30年来中国法制如果有经验的话,其中的一个议题就是如何在现代法制模式的变革中恢复我国的活的传统,而不是死的传统。在这个问题上,粗略地看,我们中国近代以来,大致有四种法制传统,一种是沈家本为代表的晚清变法的保守主义传统,一种是康梁变法的激进主义传统,一种是国民党时期建立的《六法全书》的三民主义法制传统,一种是共产党新中国建立的‘国家与法’的无产阶级法制传统。在我看来,考察30年中国法制变革之道中的中国经验,应该走出共产党的国家体制,进入一个更加宏大的中国近现代历史的变法传统中,看到它接续的不仅是中国六十年的法制传统,而且与一百五十年来四次法制变革有着密切的联系,属于第五次变法图强的历史路径。”参见高全喜:《三十年法制变革之何种“中国经验”》,载高全喜:《从非常政治到日常政治——论现时代的政法及其他》,中国法制出版社2009年版,第100页。关于这个问题,日本学者铃木贤教授在《法系的转变——回顾中国法治建设三十年之旅程》(未刊稿)一文中,提出了一个很有新意的观点,他认为中国目前正在经历一个从社会主义法系到东亚式欧陆法系的转变。我基本同意铃木教授的这一观点,但需要指出的是,这个观察乃至结论只是形式上的,也就是,从法系的形式主义特征来看,确实中国的现代法制正在朝着东亚式的欧陆法系模式演变。但是,就中国现代法制的实质内涵来看,英美法的法治、权利、个人自由,乃至宪政主义等内容,对于中国现代法制的影响也是巨大的,这里涉及如何看待现代欧陆法系以及东亚式法制模式的问题,涉及现代的欧陆法系与英美法系乃至中华法系的融汇和内在的张力等深层问题。

[25] 参见林毓生的洞见,他指出:“我们知道,自由、理性、法治与民主不能经由打倒传统而获得,只能在传统经由创造的转化而逐渐建立起一个新的、有机的传统的时候才能逐渐获得。”氏著:《中国传统的创造性转化》,北京三联书店1988年版,第5页。

于传统社会,所谓的“地球村”早已成为现实,人类共同的命运比任何一个时代都愈发突出,所以,普遍的价值理念越来越为所有的人所接受,种族、地域、文化、国别等原先束缚法治一体化的界限不再成为绝对的、不可逾越的,人类比任何时候都全体一致地面临风险社会的挑战。因此,共同性或普遍价值便成为法理学的学理依据,在这个问题上,我们承认这些法理学的基本价值,并不意味着我们是模仿、追随西方价值,而是与西方世界以及其他世界共同应对现代风险社会的挑战,是基于中国自身问题的理论诉求,要解决人类共同面对的问题,必然使我们接受或承认人类共同的价值。

其次,应该看到,上述的普遍价值观念是需要一套优良的法治制度支撑的,对于风险社会,这套优良制度的支撑就更加迫切。一个无序的社会,一个没有价值底线的社会,连日常的社会危机都难以克服,更何况新型的日益全球化的风险社会呢?所以,尽管我们在一些具体的法律制度的举措方面,尤其是在一些涉及我们国家和社会利益的联合国乃至地区组织的法律机制的磋商、谈判和构建等问题上,力求某种“差别责任”原则的实现,但这些差别责任原则不是为了回避乃至拒绝我们的“共同责任”原则,而是为了促进我们构建一个优良的法治秩序,是为了为人类共同的命运作出未来更大的贡献。中国的法理学应该有一个世界眼光,有一个基于自主性的全球化条件下的责任担当。所以,在笔者看来,当代中国法理学的基本问题,就有三个层面的命题:一是建立一个现代法治秩序的法理学,一是改良新旧传统的法理学,一是面对全球化新挑战的法理学。三种形态的法理学说到底其实就是一个,即处于古今中西之交汇的现代中国转型社会的法理学,这个历史的巨变时期对于我们既是一个挑战,更是一种召唤。

---

[ Abstract ] Proceeding from basic issues of contemporary jurisprudence, the author analyses the predicament of contemporary Chinese jurisprudence and basic issues it faced in a detailed way. The author holds that basic issues faced by contemporary Chinese jurisprudence are the building up of modern system of rule of law and following both new and old traditions, as contemporary Chinese jurisprudence is different from contemporary Western jurisprudence. Only by laying a solid foundation for rule of law, can China be able to tackle new challenges posed by contemporary risk society.

---

(责任编辑:支振锋)