

# 中国法学向何处去

——建构“中国法律理想图景”时代的论纲

第二版

ZHONGGUO FAXUE XIANG HECHUQU



商務印書館

THE COMMERCIAL PRESS

2004 年国家社科重点项目(04AFX002)

# 中国法学向何处去

——建构“中国法律理想图景”时代的论纲

(第二版)

邓正来 著

商 務 印 書 館

2011 年·北京

### 图书在版编目(CIP)数据

中国法学向何处去——建构“中国法律理想图景”时代的论纲/邓正来著. —2版. —北京:商务印书馆, 2011

ISBN 978 - 7 - 100 - 07638 - 8

I. ①中… II. ①邓… III. ①法学—研究—中国  
IV. ①D920.0

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第016465号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

### 中国法学向何处去

——建构“中国法律理想图景”时代的论纲

(第二版)

邓正来 著

---

商务印书馆出版

(北京王府井大街36号 邮政编码100710)

商务印书馆发行

北京市白帆印务有限公司印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 07638 - 8

---

2011年5月第1版

开本 880 × 1230 1/32

2011年5月北京第1次印刷

印张 13 1/4

定价: 32.00元

# 中国法学向何处去\*

——建构“中国法律理想图景”时代的论纲

邓 正 来

我站在电车的末厢,我茫然不知我在这个世界上、这个城镇中、我的家庭里的步履。我甚至也不能提出我的要求:我愿意走向何方。甚至我也道不出为什么要站在这节车厢中、抓住这条皮带、任我被电车载着前行;对那些闪避电车或安宁地散步或者驻足盯看商店橱窗的人们,我也是如此。的确,没有人要我说一个所以然,但这又有何干。

——卡夫卡《在电车上》

我认为,不知道目的地,选择走哪条路或确定如何走某条路都是无甚意义的;然而,不知道目的地的性质,无论选择哪条路还是确定如何走某条路,却都有可能把我们引向深渊。

——本书作者

人绝不能攀登得比他并不知道要去的地方高!

——奥利弗·克伦威尔

---

\* 本书是我所承担的2004年国家社科重点项目“经济全球化中的中国法学”(项目批准号:04AFX002)中的一个部分的论纲。

# 目 录

“世界结构”与中国法学的时代使命 ——《中国法学向何处去》(第二版)序 .....	1
根据中国的理想图景——自序《中国法学向何处去》 .....	12
致谢 .....	34
引论:问题的提出与论述步骤 .....	36
第一节 问题的提出:作为思想根据和认识对象 的“中国” .....	36
第二节 本书理论论题的建构:理想图景 .....	41
第三节 本书的分析概念:范式 .....	48
第四节 本书的论述框架 .....	56
第一章 中国法学与“现代化范式” .....	59
第一节 本书具体分析路径的确定 .....	59
第二节 对“权利本位论”基本观点的分析和批判 .....	67
第三节 对“法条主义”基本观点的分析和批判 .....	74
第四节 “现代化范式”的揭示 .....	81

## 2 中国法学向何处去

第二章 对“现代化范式”的反思与批判 .....	91
第一节 对“西方”的追求 .....	91
第二节 “现代化范式”的渊源分析 .....	102
第三节 “现代化范式”的批判 .....	107
第四节 “现代化范式”对中国法学发展的支配性影响 .....	116
第三章 中国法学研究中“中国”的缺位	
——以“消费者权利”法学研究为个案的分析 .....	124
第一节 本章的问题 .....	124
第二节 “消费者权利”保护的中国困境：“都市化” .....	125
第三节 中国法学的“都市化”趋向 .....	132
第四节 小结 .....	137
第四章 对中国法学的进一步检讨(一)	
——对梁治平“法律文化论”的批判 .....	139
第一节 梁治平“法律文化论”的界定和分析 .....	139
(一)前提性说明 .....	139
(二)相关问题的建构 .....	142
(三)有关法律文化研究之问题的分析 .....	151
(1)苏力对梁治平法律研究给出的解释 .....	151
(2)梁治平本人所给出的“事后”解释 .....	156
(四)本书对梁治平法律研究的分析 .....	164
第二节 梁治平“法律文化论”基本观点的分析和批判 .....	186
(一)“文化类型”对法律制度的决定论 .....	186
(二)“参照”向“判准”的转换与西方“文化类型”的移植 .....	189

(三)对“文化类型”决定论的分析和批判 .....	199
<b>第五章 对中国法学的进一步检讨(二)</b>	
——对苏力“本土资源论”的批判 .....	213
第一节  引言:对“本土法律”派的基本认识 .....	213
第二节  “本土资源论”基本观点的分析和批判 .....	220
(一)前提性说明 .....	220
(二)“本土资源论”论证进路或内在逻辑的重构 .....	228
(三)“本土资源论”基本理路的分析和批判 .....	240
<b>第六章 暂时的结语</b> .....	265
<b>附录</b>	
一、批判与回应	
——寻求中国法学的主体性 .....	276
二、中国法学的批判与建构	
——就“中国法学向何处去”答吉林大学理论法学读书小组 .....	289
三、迈向全球结构中的中国法学 .....	348
四、直面全球化的主体性中国	
——谈“中国法学的主体性建构” .....	372
<b>本书参考文献</b> .....	404

# “世界结构”与中国法学的时代使命

——《中国法学向何处去》(第二版)序

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》(以下简称《中国法学向何处去》)曾以独立论文的形式,由中国政法大学学报《政法论坛》在2005年连载四期发表。后经修改,又于2006年年初由商务印书馆正式出版。蒙同道读者的厚爱,我的这本小书自出版后,在学界引起了一定的反响。在日本著名学者石川英昭教授的努力下,拙著的同名论文已由他全文译成日文在日本学术刊物上发表,日译本论著也正在编辑出版之中。据我的学术助手孙国东博士统计,截至2009年年底,拙著出版后仅仅发表在CSSCI刊物上的评论性文章就有近百篇,郭道晖、张文显、季卫东、苏力、陈弘毅、朱景文、周永坤、舒国滢、郑永流、卓泽渊、孙笑侠、张千帆、葛洪义、莫纪宏、周国平、高全喜、张曙光、何家弘、林来梵、魏敦友、姚建宗、吴冠军、郑戈、马长山、刘星、范愉、顾培东和徐亚文等数十位知名学者均发文或以其他方式(如发表演讲)对拙著所提出的理论问题展开了评论;由三十多位来自全国不同学科(哲学、法学、社会学和政治学等)的博士生或青年学者撰写的专门评论该论著的论文集也由北京大学出版社出版(刘小平、蔡宏伟主编:《分析与批判:学术传



承的方式》，北京大学出版社2006年版）；《政法论坛》、《现代法学》、《河北法学》、《浙江社会科学》、《社会科学论坛》等知名刊物均曾以专题栏目的形式组织评论；吉林大学理论法学研究中心还专门以“中国法学的反思与前瞻学术论坛”（2005年10月5日—10月7日）为题组织召开了针对拙著的学术讨论会议。根据“南京大学中文社会科学引文索引”提供的数据，截至2008年年底，仅仅发表在CSSCI刊物上的文章直接引证拙著的“他引”次数即达到299次（排除自引）。有评论认为，这一切使得该书开创了“自民国以降法学界集中评论一位学者某部著作的最大盛况”<sup>①</sup>。

在我看来，拙著之所以引起了一些反响，在根本上乃是因为它确实抓住了包括中国法学在内的中国社会科学，甚至当下中国的一个时代性问题，亦即中国（法律）的“理想图景”问题。一如我在《中国法学向何处去》的结语中所指出的那样：“把‘理想图景’引入对中国法学的反思和前瞻，意味着我试图在中国法学的领域中，甚或在中国社会科学的领域中，把那个被遮蔽的、被无视的、被忽略的关于中国人究竟应当生活在何种性质的社会秩序之中这个重大的问题开放出来，使它彻底地展现在中国人的面前，并且‘命令’（command）我们必须对它进行思考和发言，而绝不能沦为只信奉‘西方法律理想图景’之权威的‘不思’的一大堆。”<sup>②</sup>在全球化时代，将“理想图景”引入对中国所面临的挑战和机遇的思考，在根本上意味着：中国不仅要

---

<sup>①</sup> 参见林来梵：“一个非法（学）的预言——究竟‘中国法学向何处去’”，载“梵夫俗子”：<http://linlaifan.fyfz.cn/art/105238.htm>，最后访问时间为2009年10月2日。

<sup>②</sup> 拙著：《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2006年版，第264页。

成为一个“主权性中国”，更要成为“主体性中国”。我对当下世界的结构性不平等的分析表明：在当下的世界结构中，除了能够在对外方面为捍卫自己的领土完整、国家安全、保护人权和经济发展提供最正当的理据以外，所谓“平等”的主权，亦即主权的中国，不仅不是充分的，而且还有着相当的限度。世界结构中的“中国”的实质不在于个性与西方国家的不同，而在于主体性，在于中国本身于思想上的主体性：其核心在于形成一种根据中国的中国观和世界观（亦即一种二者不分的结构下的中国观），并根据这种中国观以一种主动的姿态参与世界结构的重构进程。<sup>①</sup>

为了推进与此相关的研究，我在《中国法学向何处去》一书出版后，又发表了“中国法律哲学当下基本使命的前提性分析——作为历史性条件的‘世界结构’”一文<sup>②</sup>，并以我所谓的“开放性全球化观”为主题在《河北法学》杂志上连续发表了6篇系列论文。<sup>③</sup> 这两项研究后又集结成册，由商务印书馆于2009年以《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》为题

① 参见拙著：《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2006年版，第21页。

② 参见拙文：“中国法律哲学当下基本使命的前提性分析——作为历史性条件的‘世界结构’”，载《法学研究》2006年第5期。

③ 参见拙文：“一种以中国为根据的‘全球化观’的论纲”，《河北法学》2008年第1期；“认识全球化的‘问题化’进路：对中国法学‘全球化论辩’中理论问题的追究与开放”，《河北法学》2008年第2期；“作为一种‘国家法与非国家法多元互动’的全球化进程：对‘法律全球化’争辩的中立性批判”，《河北法学》2008年第3期；“作为一种矛盾且多元进程的全球化：对中国法学‘全球化论辩’之同质化预设的批判”，《河北法学》2008年第4期；“作为一种主观且可变进程的全球化：对中国法学‘全球化论辩’之客观必然性预设的批判”，《河北法学》2008年第5期；“开放的‘全球化观’与‘主体性’中国的建构”，《河北法学》2008年第6期。

出版。<sup>①</sup>我之所以先后开展了这三项研究,实是因为我深刻地认识到:在全球化时代,主张“主体性中国”和“中国(法律)理想图景”的问题乃是一个“问题束”,而在这个“问题束”背后所隐含的则至少有这样三个在逻辑上紧密相关的问题:第一,既作为观察者又作为参与者的中国社会科学或中国法学论者,我们究竟应当如何认识和面对中国置身于其间的“全球化”?第二,为什么说建构当下中国法学或中国社会科学的历史性条件是我们对中国现实以及中国置身于其间的世界结构的“问题化”理论处理?第三,中国法学乃至中国社会科学为什么在近三十年的发展中始终缺失对中国的实质性关注以及对“理想图景”的根本关注?显而易见,这三个问题正是我近年来进行的上述三项研究所关注的不同论题,只是它们所关注问题的时序恰恰是相反的。正是在这个意义上,当然也是根据我自己对这些问题的思维逻辑,我个人建议,这三项研究的阅读顺序从时间上来讲应该是反过来的,即首先阅读我关于“开放性全球化观”的系列论文,尔后阅读“中国法律哲学当下基本使命的前提性分析——作为历史性条件的‘世界结构’”以下简称“中国法律哲学当下基本使命的前提性分析”一文,最后阅读《中国法学向何处去》。

显而易见,我之所以主张这三项研究应当倒过来阅读,所要强调的乃是这三项研究之间的逻辑关系。大体而言,我关于“开放性全球化观”的系列论文试图通过对中国法学关于全球化问题的各种论说的反思和批判,阐发或建构一种以中国自身利益或立场为基础的

---

<sup>①</sup> 参见拙著:《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。

开放而非封闭的“全球化观”：一是矛盾且多元的全球化进程，二是主观且可变的全球化进程。在这里，我努力揭示的是中国法学“全球化论辩”中所存在的各种隐而不显的问题、中国或中国法学与全球化之间可能具有的各种关系，以及“主体性中国”在全球化时代出场的必要性和可能性基础。显而易见，上述理论工作为我后来在“世界结构”的观照下提出我的法律哲学纲领，进而对中国法学进行总体性批判提供了理论基础。

“中国法律哲学当下基本使命的前提性分析”一文则深入分析了全球化时代“世界结构”的支配性、双重性，以及中国法学可能做出的理论回应。我在该文中强调指出，中国当下所置身其间的世界结构乃是当下中国法律哲学的历史性条件。从世界结构与中国的支配关系看，这种“世界结构”乃是一种在平等主权国家之间所存在的不平等的支配关系，而且对中国的未来发展在很大程度上也有着一种并非依赖中国的“共谋”，而是根据中国之承诺的“强制性”支配。同时，这种世界结构又具有双重性，它不只是对此前西方现代性的简单延续或展开，而是建构出了两个不尽相同的世界：第一现代世界与第二现代世界。这种“世界结构”实际上对中国的发展构成了一种被我称之为的“双重强制”，因为它在自然时间向度上为中国的发展引入了两个外部性的“未来”：经由经验制度及其地方性知识层面的全球性示范而在中国的自然时间向度上强设了一个“现实的未来”（亦即第一现代世界）和经由建构“风险社会”或“生态社会”而在中国的自然时间向度上强设了一个“虚拟的未来”或“假想的不确定性风险”（亦即第二现代世界）。基于上述分析，我提出了回应这种世界结构的法律哲学观，亦即在重新定义“中国”的过程中建构起一种

“关系性视角”，在审视“中国问题”的过程中建构起一种“共时性视角”，在当下“世界结构”中主张一个“主体性中国”。

《中国法学向何处去》则是我对中国社会科学所做的总体性分析和批判，因为中国法学只是整个中国社会科学当中的一个个案而已。在该书中，通过对中国法学中四种不同甚或存有冲突的理论模式的深入探究，我得出结论认为，以这些理论模式为代表的中国法学之所以无力引领中国法制发展，实是因为它们都受一种“现代化范式”的支配，而这种“范式”不仅间接地为中国法律发展提供了一幅“西方法律理想图景”，而且还使中国法学论者意识不到他们所提供的不是中国自己的“法律理想图景”；同时，这种占支配地位的“现代化范式”因无力解释和解决由其自身的作用而产生的各种问题，最终还导致了我所谓的“范失”危机。根据这一结论，我认为，我们必须结束这个受“现代化范式”支配的法学旧时代，并开启一个自觉研究“中国法律理想图景”的法学新时代；或者说，我们必须结束这个受“现代化范式”支配的社会科学旧时代，并开启一个自觉研究“中国理想图景”的中国社会科学新时代。

通过这一系列研究，我认为我已经基本上从理论上回答了前述三个基本问题。而这三个问题其实又可以归结为如下两个问题：首先是中国在全球化时代参与“话语权争夺”的可能性。我对“开放性全球化观”的研究表明：就全球化的性质而言，只要看到全球化的开放性，特别是全球化与“全球主义”之间的互动关系，我们就可以洞见全球化背后的“话语争夺”，甚至“文明冲突”实质，进而树立一种以“中国”为根据的全球化观。而我从“关系性视角”和“共时性视角”对“世界结构”与中国之关系的分析则表明：全球化时代中国所

置身其间的世界结构不仅存在着“中心”与“边缘”之分,而且对中国构成了“双重强制”;但另一方面,不仅当下世界支配性质(基于承诺的支配)为我们提供了修改世界结构规则的机会,而且只要我们拥有“根据中国的理想图景”,树立“关系性视角”和“共时性视角”<sup>①</sup>,我们完全有可能在当下世界结构中成为一个“主体性中国”,而不仅仅是形式上的“主权性中国”。其次,我想回答的是:为什么中国法学,甚或整个中国社会科学无力回应中国在全球化时代的历史使命?一如前述,这在根本上是因为我们受制于“现代化范式”而丢失了作为思想根据和研究对象的“中国”。这种状况不仅为我们间接提供了一幅“西方的理想图景”,而且还致使我们意识不到自己所提供的是一幅“西方理想图景”。

拙著发表后,近年来的世界情势的演变,尤其是2008年席卷全球的金融危机的爆发,又为我们提供了对由西方所主导的全球化进

---

<sup>①</sup> 亦即,我们要在中国与世界结构的关系中认识中国,看到中国现代性问题的“共时性”,同时对这种“共时性视角”本身保有一种“共时性”的反思和批判;否则,“共时性视角”的建构和采用将意味着中国将失去自己的未来,因为它已经被规定了。我所建构并采用的“共时性视角”,不仅包括我们与研究对象间的“共时性”以及作为研究对象之不同问题间的“共时性”——这里的关键是我们在承认“共时性”的前提下如何认识和处理中国问题;更重要的是,它还包括我们认识之间的“共时性”——亦即我所谓的中国法律哲学在当下必须采取的一种“重叠性思维方式”。因为在我看来,“共时性视角”的建构和采用,在不具反思和批判的情势下,实际上便预设了对当下“世界结构”之双重性及其对中国之双重强制的完全承认。于是,在面对当下“世界结构”的时候,我们所采取的态度既不应当是百年来那些一旦西化未果便动辄以一种狭隘的方式诉求所谓中国“文明”或“传统”的中国论者所主张的态度:彻底从“世界结构”中退出或者视这种“世界结构”而不见;也不应当是那些不具反思或批判能力的反主体性的西化论者所主张的态度:通过完全遵守“世界结构”的既有规则而彻底承认这个“世界结构”的支配——亦即全盘接受西方的价值或理想图景并根据它们去想象中国的“未来”。参见拙著:《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249页。

程和世界秩序进行深刻反思的机会。对此,我想简单强调如下两点:

第一,以“世界结构”为观照,包括法律秩序在内的中国社会秩序的建构必须服务于中国的文化身份和政治认同。这一主张的哲学根据在于:每个伦理性的存在物对自己都有一种本真性(authentic)的想象,个体如此,文化族群如此,作为伦理共同体的国家也应是如此。借用哈贝马斯的话讲,“权利系统对不平等的社会条件和文化差异都不能置若罔闻”,“权利实现的过程确实嵌入到要求作为政治重要组成部分之商谈的语境之中——人们要对被认可为本真的(authentic)共享善观念和可欲生活形式进行讨论……由于伦理-政治决定是政治不可或缺的组成部分,由于其法律规章(regulation)表达的是整个民族之公民的集体认同(collective identity),它们能够激发受歧视的少数反对麻木不仁的(insensitive)多数文化的文化斗争。引发这种斗争的不是法律秩序的伦理中立性,而毋宁是这一事实:每一个法律共同体和每一个实现基本权利的民主过程都渗透着伦理的印记”<sup>①</sup>。如果我们将中国作为一个文化族群或伦理共同体的话,法律哲学必须回应涉及中国人的本真性想象、文化身份以及政治认同等基本问题的“什么是中国人”的问题。

第二,我们不仅不能把当下西方化的世界秩序模式作为“历史的终结”,更应当利用中西文化资源、尤其是中国优秀的哲学文化传统以及中国人的“生存性智慧”(living wisdom)为世界秩序的重构做出我们的贡献。必须承认,我们在这方面做得还远远不够!就像英

---

<sup>①</sup> Jürgen Habermas, *The Inclusion of the Other: Studies in Political Theory*, Ciaran Cronin & Pable De Greiff, Cambridge: Polity Press, 1999, p. 208.

国前首相撒切尔夫人最近指出的那样,中国成不了超级大国,“因为中国没有那种可以用来推进自己的权力,进而削弱我们西方国家的具有‘传染性’的学说。今天中国出口的是电视机,而不是思想观念”<sup>①</sup>。在整个世界秩序面临转型和重构的临界时刻,我们必须树立起自己的文化自信和文化自觉意识,进而成为“主体性的中国”。事实上,就连20年前“历史终结论”的提出者弗朗西斯·福山,最近都对中国文化在未来世界秩序重构中所扮演的角色给予了充分的重视:“客观事实证明,西方自由民主可能并非人类历史进化的终点。随着中国崛起,所谓‘历史终结论’有待进一步推敲和完善。人类思想宝库需为中国传统留有一席之地。”<sup>②</sup>尽管已有论者对主流媒体对福山言论的“非语境化”处理进行了质疑<sup>③</sup>,但综观目前可获得的学术信息,至少可以确认的是:福山不仅对“中国模式”给予了足够的重视,而且在一定程度上乃是将它提升至对西方主流现代化模式构成挑战的高度予以认识的。

当然,就我所关注的这一题域而言,还有很多问题有待进一步厘清和深化:比如说,中国晚近三十年来已经形成了不同于西方主流模式和苏联模式的“中国道路”,但我们究竟应当如何从理论上认识“中国道路”?就“中国道路”而言,是否存在着中国人独特的“生存性智慧”的作用?我们究竟如何从理论上认识这种“生存性智慧”?

---

① 转引自张啸涛:“‘动漫帝国’倾销中国”,载《凤凰周刊》2006年第16期。

② “中央公论杂志专访福山:日本要直面中国世纪”,中国网;[http://www.china.com.cn/international/txt/2009-08/20/content\\_18368184.htm](http://www.china.com.cn/international/txt/2009-08/20/content_18368184.htm),最后访问时间为2009年10月6日。

③ 参见刘擎:“‘历史终结论’面对的中国模式”,载《东方早报》2009年9月20日“书评周刊”。



如何基于中国的立场、以我所谓的“关系性视角”和“共时性视角”建构出一套以“中国和世界理想图景”为观照的规范性理论？如何在开展对当代中国问题之深度研究的同时又不牺牲我们对未来（特别是“理想图景”）的想象力？究竟如何在世界结构的背景下基于中国的传统、当下与未来建构中国的文化身份和政治认同？究竟如何认识主导当下全球化进程和世界秩序的“新自由主义”话语？如何利用中国人的“生存性智慧”，特别是中国优秀的哲学文化传统参与全球化进程和世界秩序的重构？等等。这些问题构成了我未来研究的基本问题意识，但显然这绝不是凭我一己之力就可以完成的——它需要我们数代中国社会科学学人的不懈努力。

因此，此刻再版《中国法学向何处去》一书，不仅仅是因为该论著的第一版早已售罄，更主要的是我本人的思考也已经在很大程度上超出了该论著所涉及的题域，并向着更为深入的方向发展。因此，向同道读者交代我的这一思考脉络便是极为必要的。为此，我在附录中增列了四篇论文，一方面是为了回应、澄清或完善该论著中较为重大的一些理论问题，另一方面也是为了展现我对该论著中相关问题的理论推进。其中，“批判与回应——寻求中国法学的主体性”和“中国法学的批判与建构——就‘中国法学向何处去’答吉林大学理论法学读书小组”两篇论文，主要回应了在我看来对理解、澄清和完善该论著的基本思路和内容极有助益的若干问题。这些问题包括该论著的写作缘起、基本意旨、理论资源、哲学立场和进一步开放的问题。“迈向全球结构中的中国法学”，则侧重于交代我对该论著中相关问题的进一步推进。在这篇论文中，我对当下中国置身于其间的“世界结构”进行了较为详尽的分析，并对中国法学的回应进行了纲