

# 2

# 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



商务印书馆

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

邓正来 著

商 务 印 书 馆

2006 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. —北京:商务印书馆, 2006  
ISBN 7 - 100 - 04735 - 8

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 118222 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  
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 瑞古冠中印刷厂印刷  
ISBN 7 - 100 - 04735 - 8/D·381

---

2006年1月第1版 开本 880 × 1230 1/32  
2006年1月北京第1次印刷 印张 9  
印数 5 000 册

定价: 16.00 元

# 目 录

根据中国的理想图景——自序《中国法学向何处去》	2
致谢	24
引论:问题的提出与论述步骤	26
第一节 问题的提出:作为思想根据和认识对象的“中国”	26
第二节 本书理论论题的建构:理想图景	31
第三节 本书的分析概念:范式	38
第四节 本书的论述框架	46
第一章 中国法学与“现代化范式”	50
第一节 本书具体分析路径的确定	50
第二节 对“权利本位论”基本观点的分析和批判	58
第三节 对“法条主义”基本观点的分析和批判	65
第四节 “现代化范式”的揭示	72
第二章 对“现代化范式”的反思与批判	82
第一节 对“西方”的追求	82
第二节 “现代化范式”的渊源分析	93
第三节 “现代化范式”的批判	98
第四节 “现代化范式”对中国法学发展的支配性影响	107

## 2 中国法学向何处去

### 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 ..... 115

第一节 本章的问题 ..... 115

第二节 “消费者权利”保护的中国困境：“都市化” ..... 116

第三节 中国法学的“都市化”趋向 ..... 123

第四节 小结 ..... 129

### 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 ..... 131

第一节 梁治平“法律文化论”的界定和分析 ..... 131

(一)前提性说明 ..... 131

(二)相关问题的建构 ..... 135

(三)有关法律文化研究之问题的分析 ..... 143

(1)苏力对梁治平法律研究给出的解释 ..... 143

(2)梁治平本人所给出的“事后”解释 ..... 148

(四)本书对梁治平法律研究的分析 ..... 156

第二节 梁治平“法律文化论”基本观点的分析和批判 ... 178

(一)“文化类型”对法律制度的决定论 ..... 178

(二)“参照”向“判准”的转换与西方“文化类型”的移植 ..... 182

(三)对“文化类型”决定论的分析和批判 ..... 192

### 第五章 对中国法学的进一步检讨(二)

——对苏力“本土资源论”的批判 ..... 206

第一节 引言：对“本土法律”派的基本认识 ..... 206

第二节 “本土资源论”基本观点的分析和批判 ..... 213

(一)前提性说明 ..... 213

(二)“本土资源论”论证进路或内在逻辑的重构 ..... 220

(三)“本土资源论”基本理路的分析和批判 .....	233
第六章 暂时的结语 .....	259
本书参考文献 .....	270

# 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。

# 根据中国的理想图景

## ——自序《中国法学向何处去》

邓 正 来

### 一、作为判准的“中国理想图景”

这本小书是对中国法学——严格上是指中国法律哲学——在后冷战时代的世界结构中的使命所做的一项前提性研究,更宽泛地讲,乃是对这种世界结构中的中国的“身份”和未来命运的一种学术关注。

我认为,从 1978 年至 2004 年,中国法学在取得很大成就的同时也暴露出了它所存在的一些问题,而它的根本问题就是未能为评价、批判和指引中国法制/法律发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”。这是一个没有中国自己理想图景的法学时代。然而,中国为什么会缺失自己的法律理想图景呢?显而易见,这个问式之中已然隐含了一个针对中国法学更为直接同时也更为根本的问题,即作为应当提供中国自己的法律理想图景的中国法学,为什么没有完成这项使命?或者如内在批判路径(即以中国法学承诺的目标来批判中国法学的角度)所示:中国法学向何处去?



据此,本书的目的就是要对“中国为什么会缺失中国自己的法律理想图景”这个理论论题尝试给出我个人的回答,亦即透过对这个论题的理论讨论而阐明界分中国法学这个时代的判准,进而揭示出中国法学超越这个时代的可能方向。

较为具体地讲,本书采用经过界定的“范式”分析概念,对中国法学中具有重要影响或者仍具有重要影响的四种不同甚或存有冲突的理论模式,即以张文显为代表的“权利本位论”、以部门法论者为主力的“法条主义”、梁治平的“法律文化论”和苏力的“本土资源论”,进行了深入的分析和批判。经分析,本书得出结论认为,中国法学之所以无力为评价、批判和指引中国法制/法律发展提供一幅作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”,进而无力引领中国法制/法律朝向一种可欲的方向发展,实是因为中国法学深受着一种我所谓的西方“现代化范式”的支配,而这种“范式”不仅间接地为中国法制/法律发展提供了一幅“西方法律理想图景”,而且还致使中国法学论者意识不到他们所提供的并不是中国自己的“法律理想图景”。与此同时,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,最终导致了中国法学总体性的“范失”危机。正是根据这一结论,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。

## 二、中国法律哲学的初步纲领

然而,我必须严肃地指出,上述问题的提出以及对这个问题的

#### 4 中国法学向何处去

解答,在很大程度上受制于论著所规定的一种叙述形式,因此并不是我对这个问题之认识的整个思想本身。事实上,这个问题的形成以及对这个问题的解答,乃是以一些更为基本的问题意识——或者说我对中国在当下世界结构中的一些更为根本问题的考虑——为依凭的。当然,这些问题意识是与我所认为的法律哲学的使命紧密勾连在一起的。

在我看来,一方面,任何一种现行的法律制度和与之相关的法律秩序都不可能仅仅根据其自身而得到正当性解释;另一方面,法律哲学因为人们不断要求法律哲学能够保证法律/法律制度“具有善的品格”而绝不能逃避对法律/法律制度的最终基础或未来走向的关怀,因此法律哲学还必须在很大的程度上依凭某些高于现行法律制度/法律秩序的原则——法律理想图景,更必须根据现行法律制度/法律秩序与某一国家在特定时空下整个社会秩序的性质或走向之间的关系加以考量。再者,法律哲学的根本问题,同一切文化性质的“身份”问题和政治性质的“认同”问题一样,都来自活生生的具体的世界空间的体验:来自中国法律制度于当下的具体有限的时间性,同时也来自中国法律制度所负载的历史经验和文化记忆。这在根本上意味着,中国的法律哲学必须对下述基本问题进行追问:中国当下的法律制度处于何种结构之中?中国当下的法律制度是正当的吗?中国这个文明体于当下的世界结构中究竟需要一种何种性质的社会秩序?中国法律哲学评价法律制度正当与否或者评价社会秩序可欲与否的判准:究竟是根据西方达致的理想图景,还是根据中国达致的理想图景?究竟是那些抽象空洞的正义、自由、民主、人权、平等的概念,还是它们与中国发展紧

密相关的特定的具体组合？中国的法律哲学究竟应当提供什么样的理想图景？中国的法律哲学究竟应当根据什么来建构中国自己的理想图景：西方的经验抑或中国的现实？中国的法律哲学究竟应当如何建构这些理想图景？

放弃或无视对这些基本问题的思考或探究，我们不仅不可能为人类提供我们这个时代的有关中国的法律哲学，而且中国人也不可能以中国人的方式有尊严地活着（就中国人能够按照他们愿意生活于其间的那种性质的社会秩序中生活而言），更为重要的是，中国将不可能以一种“主体性的中国”出现在整个世界的对话或对抗中。

因此，首先，我所讲的法律哲学或中国的法律哲学，所关注的并不只是发现或解读那些对中国的社会、政治和经济发展起了或起着作用的有序的“语法规则”，而更为重要的，毋宁是对那些“语法规则”之于当下中国的可欲性或正当性进行追究。第二，这样的法律哲学，所关注的并不只是重新展现、感受和理解中国社会转型背景下法治的复杂性、艰巨性、特殊性以及与此相伴的长期性，而更为重要的，毋宁是反思既有的法治道路和探寻一条从当下的中国角度来看更为可欲和正当的道路或者一种更可欲和正当的社会秩序。第三，这样的法律哲学，所关注的并不只是把法律视作一种中立的技术或实践，而更为重要的，毋宁是努力把法律从中立技术的观念之中解放出来，并且努力阐明法律是一种政治工具，进而要求法律人就如何使用这种政治工具的问题进行选择、做出决断，使法律为中国人共享一种更有德性、更有品格和更令人满意的生活服务，为中国法制发展服务。第四，这样的法律哲学，所关注的并

## 6 中国法学向何处去

不只是用法律制度/法律所承诺的价值目标来评价这些法律制度/法律,不只是用法律制度/法律之实施的具体的社会效果来评价这些法律制度/法律,也不是用先在于或超然于法律制度/法律的终极性图景来评价这些法律制度/法律,而更为重要的,毋宁是根据我们对法律制度/法律的实施与中国在特定时空下整个社会秩序的性质或走向间关系的认知来评价这些法律制度/法律。第五,这样的法律哲学,所关注的并不只是捍卫或保障“发展主义”意识形态下的各种物质性状态,而更为重要的,毋宁是探寻那些能够使中国人能够共享一种更有德性、更有品格和更令人满意的生活的理想图景。“我觉察到,所有主张自然法的学派都共有一个核心目标,即发现那些能够使人们获致一种令人满意的共同生活的社会秩序原则的目标。我也认同这一目标。”<sup>①</sup>当然,“中国法律理想图景”乃是论者根据其对中国现实情势所做的“问题化”理论处理而建构起来的一种有关中国社会秩序之合法性的“中国自然法”。<sup>②</sup>

---

① 转引自 M. D. A. Freeman, *Lloyd's introduction to Jurisprudence* (sixth edition), Sweet & Maxwell, 1996, p. 115.

② 这个问题极其繁复,我个人认为:第一,“中国法律理想图景”是中国论者根据其对中国现实情势所做的“问题化”理论处理而建构起来的一种特定时空的有关中国法制/法治发展的“中国自然法”,因此它是被建构起来的,而不是被发现的,更不是对现实本身的描述;第二,它是一种阶段性的“中国法律理想图景”,而这意味着它会因特定阶段的变化而变化;第三,“中国法律理想图景”实际上是对人之基本价值的普世性所做的一种“弱势”的承认,而这意味着人之基本价值的普世性必须受到特定时空之序列的限定。当然,中国社会总体转型阶段的“中国法律理想图景”,不仅是对各种中国问题观的回应,更是由此出发的对某种特定的中国社会秩序或法律秩序的某种批判或建构。这意味着,根据这些“中国法律理想图景”,我们能够对中国的法制建设或立法和法律制度做出评价及批判、捍卫和建构。当然,在这里,所谓对中国的现实生活做

当然,这种对社会秩序之性质的追究,在根本上是对与社会秩序相关的各个方面的合法性的追究,尤其是对政治安排的思考;再者,本书所讨论的“合法性”问题,在这里也不是一个抽象的问题,而是一个关于特定时空下的合法性问题。因此,有关这个问题的讨论,在根本上是一个法律哲学或政治哲学的问题,因为它不仅要求我们对这种“合法性”给出一般性的解释,更是在最终的意义上要求我们对“合法性”问题本身做出决定,做出决断。

显而易见,上述基本的问题意识,乃是我所提出的“中国法学向何处去”这个问题得以在中国当代思想领域中出场的基础,或者说是我质疑和批判中国法学赖以凭的支援性理据。因此,在这个意义上,我甚至可以说,本书对中国法学的反思和批判,只是我对中国当代学术进行反思和批判的一个具体个案,当然,它也可以被视之为我对中国未来命运予以关注的一个具体个案。所谓个案,主要是在这样两个意义上讲的:第一,我所旨在揭示和批判的,在根本上讲,乃是某种特定的“知识系统”(在本书中是指在1978年至今26年中的中国法学这一知识系统)对其所描述、解释或论

---

“问题化”的理论处理,既不是对现实现象所做的毫无问题意识的平面描述,也不是对各种现象的简单罗列,而是在社会学和经济学既有研究的基础上对中国社会转型阶段做切实的研究。这种研究的关键在于:第一,它不是对某种价值做单一性的审视或强调,更不是未在末加反思或批判的前提下视某种价值为当然的前提,比如说,主张环保的“多代人正义”观(the justice of generations);相反,它会对价值问题做一种我所谓的“关系性审视或批判”,即在“多代人正义”观与那种主张即时性生存的“一代人正义”之观念(the justice of a generation)的关系或紧张之中对这两种价值进行审视或批判;第二,对价值问题或目的问题所做的这种“关系性审视或批判”,所依凭的乃是置于世界结构或全球结构中作为特定时空的中国,亦即在中国现实实践之正当性依据与全球化价值示范的关系框架中建构中国自己的法律理想图景,进而根据这些“理想图景”去评价及批判、捍卫和建构中国的法制/法治发展进程。

## 8 中国法学向何处去

证的对象所具有的那种我所谓的“正当性赋予”力量,亦即在整体上讲,中国学术在当下的中国发展过程中对某种未加反思和批判的“移植”入中国的社会秩序或政治秩序施加了一种为人们所忽略的扭曲性的或固化性的支配力量。在《研究与反思》一书的自序“社会科学的研究与反思”中,我已明确指出,“正是这些被我称之为‘结构性基础与社会科学知识之间的互动关系’才是人们熟视无睹但在根本的意义上却支配着中国社会科学发展的现象,它们才是真正‘不在场’或‘始终沉默’的东西,因此,对这些现象的揭示和批判才真正是当下知识社会学的使命所在”<sup>①</sup>。

第二,我对作为整体的中国法学的反思和批判,事实上还隐含着—个最为根本的问题,即什么是“中国”以及如何认识和解释“中国”的问题?因为在我看来,中国法学在1978年至今的26年中所存在的种种问题,比如说自觉不自觉地受着我所谓的“现代化范式”的支配、不加质疑地把西方社会的制度性安排转化成“法律理想图景”予以引进和信奉、进而遮蔽甚或扭曲中国现实社会结构或中国现实问题等等,除了本书所做的各种分析和讨论以外,都在根本上涉及到了我们重新定义“中国”、如何重新定义“中国”和根据什么定义“中国”的问题。这里需要强调指出的是:首先,在根本的意义上讲,“中国”必须由中国人民自己来定义,而不能只由某些人——比如说中国的“都市人”——来定义,也绝不能由西方人来定义;其次,我们需要根据中国本身——亦即世界结构中的中国——

---

<sup>①</sup> 邓小平来:“社会科学的研究与反思”,载《研究与反思》自序,辽宁大学1998年版,第6-7页。

来定义“中国”。在这里,“中国”既是我们思想的出发点,又是我们研究的对象。换言之,我对中国法学的反思和批判以及对“中国法律理想图景”之建构的主张,在根本上乃是以一种自主的方式重新定义“中国”之努力的一部分,至少是开始要求根据中国本身定义“中国”并建构“中国自己的理想图景”的开始。

### 三、“共谋”与强制性支配

在某种意义上讲,根据中国本身定义“中国”并建构“中国自己的理想图景”的诉求和努力,也是中国所参与的当下世界结构的要求。在我看来,从中国出发重思世界结构中的“中国”,不仅要求我们关注中国,也同样要求我们关注世界——它既要求我们根据对他者的理解来认识“中国”,也要求我们根据与他者的合作或冲突来认识“中国”,因为“国家利益的再定义,常常不是外部威胁和国内集团要求的结果,而是由国际共享的规范和价值所塑造的”。<sup>①</sup>

众所周知,伴随着全球化时代的到来,伴随着中国对世界的开放,尤其是在中国经由加入 WTO 等国际组织而进入世界体系以后,我们所关注的中国,已经不再是一个地理意义上的孤立的中国,而是一个世界结构中的中国。对于中国来说,这才是三千年未有之真正的大变局。此前的中国,作为独立的主权国家,虽说也因位于地球之上而与其他国家交往或冲突,但是却从未真正地进入

---

<sup>①</sup> 玛莎·费丽莫:《国际社会中的国家利益》,袁正清译,浙江人民出版社 2001 年版,第 3 页。

过世界的结构之中——这意味着中国虽在世界之中却在世界结构之外,是“世界游戏”的局外人。因此,在根本上讲,中国对这种世界结构的正当性是否发言乃是无甚意义的。然而现在的情形则大为不同了,中国经由承诺遵守世界结构的规则而进入了世界结构之中,成了“世界游戏”的一方。中国进入世界结构的根本意义乃在于,中国在承诺遵守世界结构规则的同时也获致了对这种世界结构的正当性或者那些所谓的普遍性价值进行发言的资格:亦即哈贝马斯意义上的“对话者”或罗尔斯意义上的“虚拟对话者”——“正派的人民”(decent peoples)。当然,更为重要的是,中国对遵守世界结构规则所做的承诺本身,已经隐含了中国亦由此获致了参与修改或参与制定世界结构规则的资格。

中国参与其间的这一世界结构,虽说从形式上讲是一种所谓“平等”的主权国家之间的结构,但是却对中国的发展有着一种我所谓的“强制性”的支配,而这一判断乃是以下述基本观点作为一般性依凭的。第一,齐美尔(Simmel)<sup>①</sup>指出,在任何社会互动的情势之中,人与人之间都可能有优位之势(superordination)与劣位之势(subordination)这类不同境地的区别。他把这种具有位势之优劣的社会关系形式称之为“支配”(domination),亦即占优位之势的人具有影响、决定和控制占劣位之势的人的能力和机会。的确,这种支配关系的存在很容易就可以在群体当中形成阶层,也因此会产生中心与边缘的社会关系形式。希尔斯(Shils)<sup>②</sup>也指出,在所有

---

① 参见 G. Simmel, *The Sociology of Georg Simmel* (trans. By K. H. Wolff), Free Press, 1950, pp. 181 - 189。

② 参见 E. Shils, *Center and Periphery*, The University of Chicago Press, 1975, p. 3。



社会的结构中都存在着一个中心的区域,而这个中心区域则以各种方式对生活在周边区域的人们施以影响。依据这类观点,“中心-边缘”的关系可以说是无所不在的;这意味着,这种支配关系不仅存在于同一个民族国家中的不同群体之间,而且也存在于国家与国家之间。

第二,沃勒斯坦在 20 世纪 90 年代对世界体系理论进行总结时指出,世界体系理论有三个特征:一是它从法国年鉴学派处承继光大的长时段观念,它认为长时段是“世界体系”这一空间的时间项:正是一个“世界”的空间和一个“长时段”的时间,结合起来构成了种种会发生变化的特定的历史世界体系;二是它主张我们生活于其间的世界乃是一种源于 16 世纪的特定的资本主义世界经济体系;三是世界体系理论最为重要的特征乃在于它否定“民族国家”在任何意义上代表着一种经由时间而“发展的”相对自主的“社会”,并且认为社会或社会行为的研究的恰当分析单位乃是一种“历史体系”,或称历史的“世界体系”。<sup>①</sup> 立基于此,沃勒斯坦提出了世界体系理论中的著名假设,即人类社会变迁进程中存在着三个众所周知的历史体系的形式或变异,即他所谓的“小体系”(mini-systems)、世界帝国(world-empires)和世界经济。<sup>②</sup> 所谓“小体系”,乃是指一种空间相对较小而且时间也可能相对较短的体系;更为重要的是,这种体系在文化的和支配性的结构方面具有着高度的

---

① 参见 Wallerstein, I. 1974. *Modern World System* (1), Academic Press; 霍普金斯 (Terence Hopkins) 和沃勒斯坦:“近代世界体系的发展模式:理论与研究”,载《低度发展与发展》,第 335 - 376 页,萧新煌编,巨流图书公司 1985 年版。

② 参见 Wallerstein, I. 1974. *Modern World System* (1), Academic Press, pp. 37 - 38.