

走向主体自觉的西方法律思想史研究

——主要围绕《西方法治思想精义》的学术贡献展开

张 建

(常州大学 史良法学院, 江苏 常州 213164)

摘要:西方法律思想已成为我国法治建设中无法回避的一部分,关键在于采用何种立场、思维和方法来定位和认识西方法律思想。《西方法治思想精义》以我国法治建设经验及法治秩序思考作为隐含着的逻辑起点,系统地对西方法律思想中法治正当性、法治目标、立法及守法进行了经典论述。不能简单地将其视为是关于西方法律思想知识的整理分析,要洞见背后从知识立场向法治立场转换的逻辑,意识到对法治秩序的探讨应该采用普遍性、开放式思维的内在规定性。“思想、制度、实践”三位一体的写作进路也能够增强可阅读性,有利于法治思想的传播。

关键词:西方法治思想精义;西方法律思想;法治秩序

中图分类号:D90-052 **文献标识码:**A **文章编号:**1008-7192(2020)02-0037-010

对于西方、对于西方法律思想,相信法学界每一位学人应该都能谈出自己的理解和感受,这提醒我们,无论是西方还是西方法律思想都已是中国法学、法治建设中无法回避的一部分,关键在于我们在对待西方、对待西方法律思想时的立场、认识和态度。2019年史彤彪教授出版了60万字的《西方法治思想精义》(以下简称“思想精义”),该书主要对西方法律思想中的法治正当性、法治目标、立法及守法的经典论述进行了深入的探究性分析,用心之甚,如其所言“本书是我从事西方法律思想史教学30年的心血之作。”^{[1]前言1}认真读完之后,则有了久违的表达冲动,这种表达冲动主要内含三个想法:一是将阅读中发现的深刻见解呈现出来;二是将自己对该书的理解表达出来;三是将书中体现的思想、思路和写作技艺开放出来。在原初构思时,本想从思想性、学术性和传播性的角度加以表达,但反复运思之后,则产生了放弃上述思路的想法,原因在于我认为上述思路不能将《思想精义》之于当下我国法治秩序和法治理论所具有的贡献完整地予以开放出来。

当思绪陷入茫然时,恰好我完成了对沃格林《秩序与历史》《政治观念史稿》及相关研究的阅读,突然间有了一种豁然开朗、恍然大悟的感觉。如沃格林所言,“人的生存是对实在的参与。它迫使人们不仅有责任从理智上探索实在之结构,而且要在灵性精神上直面有关其运动的洞见。”^{[2]53}任何严肃而真诚的理论应该都是作者对秩序进行思考的产物,因为“历史不是一条由人们及其在实践中的活动而构成的溪流,而是人参与一条以终末为方向的身形显现之流的过程。”^{[2]79}沃格林的洞见使我意识到,《思想精义》应该也是作者基于自身参与法治秩序实在经验并予以符号化的结果,因为“如同在自然界中一样,秩序在人类生活中也起着极为重要的作用。”^{[1]6}所以,对该书的理解就不能简单地局限于作品本身所呈现的内在结构和具体内容,而应将其置于中国法治秩序建构的整体性背景中加以理解。

为了将上述发现叙述清楚,需要对以下具体问题予以细致的分析:一是如何认识被结构到我国法治建设、法学学术中的西方法律思想;二是如何理解从法律思想研究向法治思想研究的过渡;三是如

收稿日期:2020-04-05

基金项目:江苏省高校哲学社会科学基金项目“员额制改革背景下法官绩效考评制度研究”(2017SJB1758)

作者简介:张建(1983-),男,常州大学史良法学院副教授,博士,中国政法大学法学院法学博士后,研究方向为法哲学与法律社会学。

E-mail:zhangjian001024@126.com

何理解该书主要是对西方的法治思想研究;四是该书“思想、制度和实践”三位一体的写作进路,从方法角度看能获得何种启发。

一、被结构的西方法律思想

西方法律思想作为经验存在被结构到我国法治建设中,已成为不可否认的事实。对西方国家给予认真的对待是鸦片战争之后才发生的事情。1793年极具历史意义的马嘎尔尼来华交流中出现的“礼仪之争”,反映了当时两种世界秩序观之间的冲撞。不同世界秩序观的冲撞既是问题又不是问题。当世界秩序观与特定的政治经济结构在一起,并且该政治经济体又具有极强的欲望和行动能力时,不同世界秩序观的冲撞就会转化为实力较量问题,此时就会成为问题。要是在真理性背景下就何种世界秩序观品质更具有正当性、更可贵的问题展开理性论辩的话,不同世界秩序观的对冲至少不会转化为行动中的问题,它更是一种真理性探寻。由于西方较早的进入现代性或是沃格林所讲的新纪元之中,人的生存则成为了最为核心的问题意识^①,这使得西方充满了极强的征服欲和实现欲。近现代以来,中国与世界尤其是中西关系来说,不同世界秩序观的冲撞,更多是在“作为问题的世界秩序观”层面展开的。

鸦片战争之后中国逐渐地走上了向西方学习的道路,某种程度上可以说,当前仍然还在这一历史延长线上。此中呈现出来的问题已有诸多的研究,如法律的过度移植,导致国家法在基层无法充分实现,基层、农村、边疆等运行着另外一套规则体系、实践着另一种逻辑,这使得生活在两种规则之下的主体产生了内在张力,不能生活在稳定的秩序之中,一如苏力所言,“至少在这个‘案件’(秋菊打官司)中,正式法律制度的干预破坏了这种社会关系和这个社区中人们之间的默契和预期。……这种正式的法律干预使秋菊一家处于一种极尴尬的

地位,使秋菊在其家庭中处于一种极其尴尬的地位。”^{[3]31}邓正来也发现,中国法制现代化对西方的移植和模仿是置果为因的倒置,是“把西方论者迈进现代社会以后所抽象出来的种种现代性因素倒果为因地视为中国推进和实现现代化的前提”^{[4]87-88}。包括一些具体的改革,如法官员额制改革^②等亦是如此。对于此类现象,如金耀基所言:“我们所追求的是中国的现代化,而不是中国的西化。这种自‘西化’转化为‘现代化’运动绝不是字面的玩弄,而是具有严肃的实质意义的。”^{[5]47}上述研究都旨在说明中西交往中主体意识丧失带来的后果,为此有必要对西方法律思想、制度等发生异化、产生矛盾的理论逻辑予以分析。

上述问题出现的根本原因还在于如何认识、理解被结构进中国经验结构中的西方法律思想。对于西方法律思想的认识方式主要有三:一是将西方法律思想作为一种实在的知识现象,引进、传播等都在于将这种现象呈现出来。如在对西方法律思想进行介绍时,要么按照年代和人头进行,如古希腊柏拉图、亚里士多德,中世纪奥古斯丁、阿奎那以及启蒙运动时期霍布斯、洛克、卢梭,现代社会中哈特、德沃金等;要么按照特定的议题展开,如自然法学、分析实证法学、法律社会学等。不可否认,对西方法律思想进行推介时会存在或深或浅的区分,但上述两种知识推介方式的本质是一致的,即仅将西方法律思想作为一种具体知识结构到中国的法律理论中来。二是将西方法律思想中所呈现出的某些判断作为构造中国法治秩序正当性的理论基础或者否定某种观点的依据。如在对启蒙时期思想家研究时,就会自觉不自觉地将自然权利、自然法等作为讨论我国法治的当然性前提;在对埃利希等研究时,不自不觉就会将社会规则、商业习惯等假定为具有正当性的存在;在对吉尔兹“地方性知识”、萨维尼“民族精神”的研究中,则会将它们作为否定法治具有普遍性的根由。三是从思想、学术中

^①沃格林认为原本认知者与结构之间存在一种张力,逐渐人们发现“它在发现该结构这一事件之前和之后均生存着”,此时人们便逐渐有了“以超越它的结构为目标,……对过往与将来的展望。”沃格林将次时刻称之为“新纪元”,其继续指出,“根据这一发现,首先对在实在中被体验到的秩序进行的各种符号化,……都将在同一个变形过程的各阶段上各就各位,该过程如今被符号化为一个在人的意义上普遍的过程,并且对该过程的过去和将来开放。”简言之,人不再在结构下模仿结构生存,人认为自己具有了构造和超越结构的能力。具体参见:埃里克·沃格林天下时代——秩序与历史卷四[M]. 叶颖,译. 译林出版社,2018年,第422页。

^②在法官员额制改革中则简单采信“精英化、专业化、职业化”为改革目标,忽略法院间层级、区域面临的问题束有区别及配套措施跟不上等要素,采用“一刀切”的剧烈改革方式,最终导致法官审理压力剧增、法官助理职业定位迷惑、人员流失等问题。具体参见:张建,姜金良. 同质与建构:作为反思法官员额制的切入点[J]. 山东社会科学,2016(8)。

所内含的普遍性真理角度对西方法治/法律思想展开研究。比如在对西方关于法律起源观点予以梳理时,《思想精义》就将其类型为两种典型:“社会契约论:国家和法律能使人们过上好日子”和“社会连带关系说:通过法律满足人们共同生活的需要”^{[7]11-24}。这一路径则是让思想、学术研究回归到自身本应的维度之中。

毋庸置疑,上述前两种研究进路对丰富和拓展中国法治理论来说具有相当的重要性,能够让我们较为清晰地洞悉西方法律思想的状态及结构,但思想的演化逻辑、思想的想象及其背后的结构性原因等^①则被遮蔽起来,更为紧要的是,其将本应作为问题的中国语境的正当性给忽略了,更是将思想和学术讨论中本应有的真善美的面向给掩盖了。进言之,上述前两种研究进路如果放到印度、巴西等语境中同样可以成立,这意味着说,它们未能体现出研究本应该具有的根本问题意识,其中的原因可能有二:一是未能从我国法治秩序构造及法治建设经验的层面来把握它们^②;二是未能从思想之为思想的内在规定性出发来思考它们,对西方法律思想的接纳不是基于它们对真理的揭示来保证自身的正当性,而是由于经济的、政治的原因或者仅仅因为它们是西方的思想,而忽略西方法律思想本身也不是同质、铁板一块的事实^③。所以说,不能简单地将某种思想不加反思地作为判断的前提,因为“比欺骗更有害的是盲从。盲从的人,自己只是一具躯壳,当他们以别人为方向一拥而上时,结果往往步入盲从的泥潭,走进人生的死胡同。”^{[1]42}由此可知,我们既要对上述前研究思路予以理解,更有必要转向《思想精义》所身体力行的第三种研究路径来对待西方法律思想,从将西方法律思想作为理论知

识、观点奥援的研究维度转向我国法治秩序生成研究视域中的西方法律思想、转向中国语境中思想正当性^④讨论中的西方法律思想。

二、《思想精义》中的法治秩序

为了能够将法治秩序问题较为清楚的加以铺陈,《思想精义》设计了“法治的选择、自由、平等、立法、守法”五个专题。之所以如此安排,作者交代道,“从逻辑关系看,它们相互之间有紧密的联系,表现为:(1)西方人为什么非要选择法治?因为人治可遇不可求,相比之下,法治可期并且为此付出的代价较小。(2)法治的目标是什么?那就是自由与平等,平等以自由为前提,自由应先于平等而实现,甚至可以认为,自由是实质内容,平等是表现形式。(3)为了实现自由和平等,应该如何确定权利和义务?这就涉及资源分配,也就是立法问题。(4)有了立法,还需要人们能按照规矩去做事,即以法律为准绳,这属于守法问题。”^{[1]前言1}当然,也可以对五部分的结构做另一种解释,即:第一部分是关于法治正当性的论证,第二、三部分是关于法治目标的研究,第四、五部分是关于法治如何实现的问题。需要追问的是,作者为何要如此安排呢?这就涉及到两个需要讨论的问题:一是有关西方法律思想的研究,为何从观念到观念的研究转化为从观念到秩序的研究,其中的逻辑为何;二是对西方法治思想的探究,是否体现了作者自身的经验,如果体现了,又是何种经验。

作为西方最具有原创性的现代政治哲学家之一,沃格林原本的主要工作也是对西方政治观念史进行清理工作,但在完成《政治观念史稿》之后,他

①陈波在对被列为影响中国当前国家建构的一百个问题的“中国本土”概念梳理时就指出,“在欧洲学术史上,与‘中国本土’相对的概念是‘中华帝国’;前者从一开始就被想象为纯粹的族性地域,是族性地理学的呈现;后者一开始就被想象为庞大芜杂而包罗万象的。”欧洲学界构造的这一概念,本意在于对清朝进行欧洲式裂解,向中国展示权力。由于不清楚该概念背后的想象,19世纪末期至1930年却被当时的学者广泛使用,直到1939年顾颉刚发现该概念可能造成的国家分裂的危险时,学界才恍然大悟。由此说明,对概念、理论背后的想象的洞悉的重要性。参见:陈波. “中国本土”概念的起源与建构——1550年代至1975年[J]. 学术月刊, 2017(4)。

②多年前,强世功在对中国法理学知识生产逻辑分析就曾指出,“无论是从内部对教条化的马克思主义法理学加以革新,还是从外部另起炉灶从而遗忘马克思主义法理学,当代法理学成功地建构了一个全新的法律观,即倡导一种没有国家的法律观。”“没有国家的法律观既然不考虑‘国家’,当然也就不需要认真对待‘国情’。”参见:强世功. 立法者的法理学[M]. 生活·读书·新知三联书店, 2007年,第9、11页。

③在对伏尔泰和卢梭的平等观分析时,作者就指出“需要强调的是,伏尔泰的平等观与卢梭相比,具有实质性的差别,明显具有狭隘的一面。”参见:史彤彪. 西方法治思想精义[M]. 黑龙江人民出版社, 2019年,第321页。

④对思想自身正当性的理解有两种思路,一种是对思想本身开展论辩式研究,一种是将思想作为是求索秩序的产物,本文是在第二种思路中来理解思想自身的正当性问题。格罗斯费尔德在对逻辑与经验关系分析时也曾指出,“在我看来,甚至逻辑和经验也并不如霍姆斯所认为的那样形成尖锐的对立。霍姆斯说过:‘法律的生命不在逻辑而在经验。’这句格言具有强烈的震撼力,但只有考虑到在美国对使用主义的特殊需求,才能加以理解;假如我们把这句格言与其地源分割开来,那我们就会从中读出很多其它原本没有的含义。”参见:伯恩哈德·格罗斯费尔德. 比较法的力量与弱点[M]. 孙世彦,姚建宗,译. 清华大学出版社, 2002年,第20页。

发现仅有观念史的研究是不够的,因为“观念史这个概念乃是对实在的一种意识形态扭曲,……并没有什么观念,唯有表达直接经验的符号。”^{[6]83}观念实际是秩序探寻的结构化、符号化体现,用沃格林的话讲就是:“每个社会都承载着在自身具体境况下创建某种秩序的责任,基于神的或人的目的,将赋予该社会生存(existence)的事实以某种意义。寻找可以恰当表达这种意义的符号形成(symbolic forms)的努力,尽管并不完美,却也不是一系列毫无意义的失败。”^{[7]19}每个社会都需要建立秩序,而后每个人在这种秩序中获得生存的意义,每个人也都是特定秩序的参与者,秩序既意味着人所经验到的实在结构,又指人与该结构保持着协调关系之时的那种状态^[8]。但是,秩序的性质及其表现方式在不同时代、不同地域却有所差异,体现出来的是每个秩序探寻者对其所参与的经验的把握及符号化能力的区别,体现的是不同秩序参与者与经验实在的关系。秩序所具有的重要性,一如《思想精义》所言“如同在自然界一样,秩序在人类生活中也起着极为重要的作用”^{[1]6}。“与自然界所谓的‘适者生存’相比,人类社会的秩序应该具有文明人道性,那就是通过法律使不适者也能生存。”^{[1]10}对西方法律思想、制度、经验不加反思地予以引进、转化的运动,本质上也是探寻法治秩序的一个环节。只不过那个阶段的秩序探寻者对我国需要何种法治秩序、对我国法制实践经验的把握、对中国与外在的法制经验关系等问题的理解未能真正地深入到核心,即:未能洞见到何为中国自身所欲的法治秩序。其实,费孝通早就指出:“很清楚,中国的社会变化过程不应仅是对西方文化的移植,而应当是重组社会结构,使之与传承的和谐与统一的精神相一致。”^{[9]100}近些年来,无论是对基层法治、民间法、人民调解、乡贤及枫桥经验等法治实践问题的研究,还是对中国法学向何处去、法治的中国创造等理论问题的思考,抑或人类命运共同体等全球秩序的主张等,都是中国人真正地结合自身经验对所欲的法治秩

序的符号化表达。十八届四中全会提出,“全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。”总目标转变的依据就在于,过去的三十年间,法治建设的主要矛盾是解决无法可依的问题,重心是建设中国特色社会主义法律体系。在法律体系形成之后,法治建设的中心必然转向提高法律体系的质量,转向法律的实施^[10]。从西方法律思想的研究过渡到西方法治思想的研究^①,应该是中国学者对我国当下法治经验把握及应该生存在何种性质的法治秩序中的思考逻辑演化的体现。

不仅要看到从法律思想向法治思想转变的经验及理论根据,还要对支配理论知识生产的实践逻辑予以分析。需要对《思想精义》的结构安排做进一步的追问,除了作者所陈述的理论、逻辑上的自治理由之外,还有没有更为根本性的理由呢?

在对秩序的理论问题进行梳理时,沃格林发现了“居间”这一来自于希腊伦理哲人的概念,“居间”即是“置身于此世与超世之间,人既渴望出离又深深爱恋着这个‘之间’”^[11]。“居间”是哲人探求秩序时的一种状态,是探求者基于自身经验和对实在结构的经验把握,在经验与超越之间来回穿梭的过程,是一种哲理性的探究过程。从这个角度来说,《思想精义》应该也是作者长期以来基于自身的理论思考、经验把握而形成的实践感^②的总体反映。通过“居间”“实践感”两个概念来分析《思想精义》的结构安排时,使我意识到作者对三大部分、五个问题的探讨,并不是无缘无故安排的,因为“我们距离法治国家的理想还很遥远,官员违法、公民不守法的现象时有发生,对法律的遵守和尊重还未成为国人的生活方式”^[12]。故而,这种结构安排也可以视为是作者对当下我国法治建设的期待。如此可以推导发现,任何一部作品的问题意识的产生一定是时代所赋予的,但将作品内容予以呈现出来的结构方式则是个体的、独特的。这样看的话,《思想精义》的结构安排就非常值得玩味了。作者认为法治

①作者早期的作品体现的就是从观念到观念的法律思想研究进路,如在对西方自然法思想进行研究时,就研究方法来说作者提出,“在展开研究的过程中,为了增强权威性和说服力,最大限度地以西方人的认识和结论作为论据。”具体参见:史彤彪.自然法思想对西方法律文明的影响[M].中国人民大学出版社,2011年,引言第4页。

②布迪厄认为,实践感就是“世界的准身体意图,但它绝不意味着身体和世界的表象,更不是身体和世界的关系;它是世界的内在性,世界将由此出发,将其紧迫性强加于我们,它是对行为或语言进行控制的要求或者要说的事物,故对那些虽非有意却依然是系统的、虽非按目的来安排和组织却依然带有回顾性、合目的性的‘选择’具有导向作用。”参见:皮埃尔·布迪厄.实践感[M].蒋梓骅,译.译林出版社,2012年,第93页。

之所以具有正当性,是因为人治(哲学王的治理)可遇不可求,法治是可期、代价较小的付出。当法治的正当性问题被抛出之后,背后呈现出的经验结构则是,在当前我国法治建设过程中,法治所具有的正当性还未能从观念、制度及实践中获得普遍的承认。作者还指出,法律起源有社会契约论和社会连带关系说两种典型说法,社会契约论的核心要义在于“国家和法律能够使人们过上好日子”,社会连带关系说的核心要义在于“通过法律满足人们共同生活的需要”。这背后的经验结构开放出来即是,当前我国制定法律的目的究竟是为了满足人们共同生活的需要还是其他的呢?比照管控型立法、部门本位立法在当下法治实践中仍然普遍的现象,就印证了作者设置该议题的苦心孤诣。同样,在对守法问题进行讨论时,作者认为政府及其官员应当模范守法,应该注重公民法感情的培育,应该在儿童心中播下守法的种子。背后流动着的同样是作者对当前法治实践的经验把握,如政府的法律遵守依然是机会主义,政府官员依然没有现代法治意识,日常生活中“中国式过马路”现象依然严重。据此,作者才提出“对法律,只有内心的认真与尊重,才能转化为外在的自觉与敬畏。在这里,‘刻板’‘僵化教条’和‘死心眼儿’应该视为一种美德和感情,而所谓的‘灵活’和‘实用’也就成了轻慢和亵渎。”^{[1]607}

经由上述,可以发现对任何一部作品的解读,都不应该将其与特定的时空结构及经验要素割裂开来,否则作品可能就成为脱时空、脱语境的纯粹文字陈述,它所具有的根本问题意识就可能被忽略甚至被遗忘。对《思想精义》的解读同样如此,看不到文字背后的时代巨变、看不到作者在内容结构上用心良苦的安排,一定也不能触摸到当前我们所处的这个时代中最核心、最紧迫的问题。

三、《思想精义》中的中西关系

任何秩序都是在特定的时空和理念之中展开的,它有着时间的、空间的和理念的规定性。时间中问题则表现为传统与现代关系问题,空间中问题则表现中国与世界关系问题,只不过由于近现代以来西方国家在世界结构中表现出强劲势头,从而将中国与世界关系问题缩窄为中西问题。无疑,在我国法治秩序构造中是无法回避中西关系的,关键在于如何看待中西关系,这其中存在特殊性视角与普遍性视角之分。

特殊性视角中的中西关系有两种基本表现形式:一种是将中国视为是特殊的而西方是普遍的,一种是将中西都视为是特殊性。鸦片战争以来,由于政治经济军事等现实层面的失利,使得中国普遍地丧失了自信,向西方及日本学习就成为了一种潮流。加之西方国家在对中国的研究中,隐含着将中国现实层面的落后转化为全面落后的假定,并且时人还将这种假定予以内化,从而形成了百年来浩浩荡荡的西方知识引进运动。学习西方及西方法律思想本身并不可怕,关键之处在于自我东方化,即“接受法律东方主义对自身所设定的形象并将其作为自身行动的前提”^[13]。在此过程中,中国是特殊性、西方是普遍的,从特殊走向普遍、向西方的特定经验和制度学习成为了必然的逻辑^①。另一种特殊性思维则是将中西都视为是特殊性的。上个世纪尤其是中叶以来,西方出现了一股对现代化范式、对“西方中心主义”等理论进行反思的思潮,无论米德对萨摩亚人^②的生活进行的观察,还是吉尔兹提出的“地方性知识”^③,抑或斯科特发现的“厚深的与薄浅的城市”^{[14]342-356},甚或沃格林对秩序问题分析及对灵知主义的反思,皮相层面看是提出了多元

①森也曾指出,“当我们对文化的模糊认识与文化宿命交织起来时,其结果就是,我们成为想象中的奴隶。”“文化宿命论的幻觉,不仅具有误导性,而且还会严重消磨人们的斗志。这是因为,它会使那些处于不利地位的人产生一种宿命和听天由命的思想。”参见:阿玛蒂亚·森. 身份与暴力——命运的幻象[M]. 李风华,等译. 中国人民大学出版社,2009年,第89、96页。

②米德在对萨摩亚小孩成长的调查中发现,“萨摩亚的文化背景之所以能够使成长发育成为十分容易、十分简单的事情,究其原委,主要归结于整个萨摩亚社会所充盈着的那种普遍的随和性。”但米德并没有因此就觉得萨摩亚的经验必须要加以吸纳,因为它是带着如此疑惑开展调查的,即“在不同的条件下,青春期的到来是否会呈现出完全不同的景象?”换言之,根本还在于西方自身,对萨摩亚人的研究也仅仅是为了自身更好的自观和调整。参见:玛格丽特·米德. 萨摩亚人的成年[M]. 周晓虹,等译. 商务印书馆,2013年,第182-183、33页。

③吉尔兹虽曾提出“我一直在陈述法律其实并不是以柏台大人的辞藻来刻录的那种矫揉造作的东西,它其实是地方知识;它的地方性不仅在于空间、时间、阶级及其他许多方面,更在于它的腔调。”很多时候我们仅仅注意到该观点,而忽略了其还提过具有方法论意义的观点,“‘法律’都是对真实加以想象的独特方式之一部分。”我们更容易忽略其更具有立场性的观点,“比较法学的两种主要研究路径:一种是以对比一个规范结构为职志,另一种是以对比不同社会中的不同争议处理程序为职责;在我看来都错失了要点。”参见:克利福德·吉尔兹. 地方知识[M]. 杨德睿,译. 商务印书馆,2016年,第339、288、337页。

的、特殊的观点,但它们本质上都是在自身的问题域中——如过度国家中心主义等——对西方思想进行的新的调试。套用周洁对沃格林“居间”的评价就是,“沃格林重新发展柏拉图的‘居间’理论,在理论上斩断了包括西方在内的政治力量试图垄断真理窃取霸权的企图,使得各种文明开始拥有平等对话的可能性。但这也只一种文明‘止损’,目的是避免西方文明完全衰落。”^[15]遗憾的是,不知不觉中我们就深度接受和陷入多元、特殊的观念之中,形成了将自身经验、理论无限放大的幻觉,拒斥西方及西方法律思想。某种程度上,第二种看法可视为是对第一种看法的反对,但本质上它们是一致的,都将中国视为独特体,故而也都存在问题。第一种看法的问题显而易见,也获得了较多的关注,即:不仅存在置果为因的逻辑问题,还存在忽略中西在时间、空间等方面的差异。如渠敬东所言:“任何一个问题,都不能借用已经全面结构化的西方社会所形成的学科体系来处理,在他们那里也许是个局部问题,到我们这里就要复杂得多。”^[16]第二种看法存在的问题相对隐秘,西方自我反思而形成的有关特殊性的观点一度被误以为是普遍性的,如在现代对民间规则为何具有正当性的证明中“地方性知识”就成为主要依据,将中西各国视为都是特殊体的理论处理方法,则会导致自我的孤立和封闭,定然也不符合法治秩序的内在价值诉求。

要从特殊性的思维状态中走出来,建构基于中国法治秩序诉求的普遍性思维,内在的前提是要基于中国法治秩序本身而向外求索理论,它也包含了两种基本类型:一是将中国法治秩序的建构视为是普遍秩序的一个环节;二是将西方法律思想视为是人类求索秩序过程中的符号化,是普遍性现象。

如前文所述,鸦片战争以来在处理中国与世界关系时,我们习惯性地中国视为是特殊体,要么是相对于西方的普遍性来说是特殊性,要么是与西

方一起各为特殊体,导致中国丧失了经由普遍想象而构造真正法治秩序的能力。《思想精义》曾谈到朱元璋答谢“杯茶之情”的故事,在对该故事进行解读时,作者指出:“皇帝有情不假,但肯定不是按照法律规定(县令的选拔标准和相关程序)来做的,而是全凭自己的心情和喜好。”而“人是高级动物,但同时又是有丰富感情的动物。”“法治,很大程度上就是为了防止人们感情泛滥而存在的。”^①从作者对朱元璋答谢故事的解读可以引申出两个洞见:一是我们应该意识到,我国关于法治秩序的思考并非仅仅是中国或中国人的法治秩序,人性是普遍共通的,所以我国的法治秩序应该也是普遍法治秩序,只不过是当下这一特定时空中展开而已^②。二是思考法治秩序时,还应该形成具有接纳普遍性法理的气魄和能力,虽然世界其他国家对法治的思考存在或多或少、或深或浅之分,但在此过程中形成的关于法治的普遍的、公认的法理,我们在对法治秩序加以思考时有必要将它们融贯进来。西方法律思想是西方人在求索法治秩序过程中的符号化,它既是特殊性,也是普遍的。西方法律思想之所以是特殊的,是因为它是基于西方特定历史阶段经验而形成的关于法治秩序的符号,这种经验可能是以启蒙运动、地理大发现、资本主义商品经济的全球化、现代民族国家构建等为时代背景和思考经验,比如《思想精义》中作者就发现世界范围内不同国家基于不同原因而对女性着装有着不同的规定^③,在思考当下我国法治秩序时,显然不能以上述经验为基础,而是要以我国自身的实际情况——如城乡发展不平衡、东西南北发展不平衡、政治经济社会发展不平衡等——作为求索法治秩序的经验基础。从这个角度看,西方法律思想是特殊的,就在于它的经验基础是特殊性,不能将西方法律思想中的经验基础予以抽离而做简单的理解和吸纳。西方法律思想又是普遍的,是因为其也是在失序焦虑下对真

①朱元璋答谢“杯茶之情”的故事是讲朱元璋有次外出微服私访,由于天气炎热而又渴又累,一农夫端出茶来给予他们一行解渴并向其讲解民俗风情、为官作风等,为答谢,朱元璋降旨让农夫当上这个县的县令。具体参见:史彤彪.西方法治思想精义[M].黑龙江人民出版社,2019年,第33-35页。

②在对汉语法学的期许中,许章润提出,“汉语法学之区别于英语法学、德语法学、法语法学和西/葡语法学,不仅在于表意系统之为汉语或者中文,而且,更在于秉持普世价值的同时内蕴着丰富的中国文明传承,并以中国文明表述和落实普世意义。”“展望未来,汉语法学的义理规模、学思深度和知识形态能够进展至何种地步,一个重要条件,就看对于诸子法意的创造性阐释究达何种深度和规模,至臻怎么的知识成果,从而展现何种普世性法律智慧形态。”参见:许章润.汉语法学论纲[M].广西师范大学出版社,2014年,第24,8页。

③如2013年3月22日,韩国最新修订的“过度曝光法令”将正式生效,法律规定女性不得穿着过于短小的迷你裙,一旦被认定在公共场合“过度曝光”,就将被处以罚款。2013年乌干达也通过了“取缔迷你裙”法案。差不多同时,法国则废止了旧法律,巴黎女性终于可以合法穿裤子。具体参见:史彤彪.西方法治思想精义[M].黑龙江人民出版社,2019年,第118-120页。

理显现问题进行哲理探寻中形成的,对失序的焦虑、对真理显现的追求则是普遍的。一如作者在对政治目的予以分析时所言,“政治的目的绝不是把人从有理性的动物变成牲畜或傀儡,而是使人有保障地发展他们的心身,没有拘束地运用他们的理智。”^{[1]127}在这里对失去自由带来的焦虑以及对政治目的的探寻,两者古今中外都是相通的,都是具有普遍性的。一定程度上,这又使得即使是不同阶段的西方法律思想具有了普遍性,故而值得我们认真对待。

如何对待西方法律思想,实际是如何处理中国与世界关系的一个缩影。中国作为世界结构的一部分,定然无法挣脱其与其他国家结构化存在的事实状态,必须要与其他国家交往。只有具有普遍性法理基础,交往才具有可能性。中国作为世界文明的一部分,也有责任为世界文明的持续进步贡献自身关于普遍性法理的思考。所以说作为世界结构和世界文明一部分的中国,既无法也无正当理由拒绝关于普遍性法理的思考,这当然包括西方及西方法律思想。

四、《思想精义》中的写作进路

法治体系不仅要强调科学立法、严格执法、公正司法和全民守法,还要强调法律实施的保障监督。对法治秩序的思考,不仅要建构一种关于法治体系建设的应然状态的图景,还要将其应然状态图景融入法律制度及社会实践。

针对该任务,《思想精义》采用了“思想、制度、实践”三位一体的写作进路,目的旨在通过对事例和判例的解读来阐释法律思想、验证法律制度。之所以这样安排,作者解释到,就思想家的观点研究来说,“在表述方式上,对这些思想家的相关看法按专题分别展开,这样做虽然显得有些琐碎,但好处也很明显,就是能体现每个思想家的鲜明观点和独特魅力。”就所列制度方式来说,“目的在于让读者

明白,西方思想家的先进理念已经被制度化和法律化,一定程度上能够体现思想家的价值与影响。”就事例的运用来说,“追求用感动过自己的故事和判例予以佐证,……营造外围气氛来加强读者的在场感,……从蕴含的事例中品味思想话语的力量。”^{[1]前言2}三位一体的写作进路表面上好像就是将思想、制度及事例进行杂糅,其实不然,原因在于《思想精义》是基于我国法治秩序探究而展开,这无疑会带来工作的难度和压力,如作者所言,“除了查漏补缺、订正不妥之处之外,更要考虑到思想逻辑上的周延性、事例上的妥帖、制度上的配套。”^{[1]724}所以,“直觉一直在告诉我,这些的写作过程虽然愉悦但不轻松。”^{[1]前言2}恰恰是因为作者表述的灵活多样、清晰明了,才使得我在阅读的过程中,获得一种久违的畅快感和获得感,或如格罗斯菲尔德所言,“我们从日常生活的经验中知道,我们的语意越清晰,我们的思维就越明白。”^{[17]152}在我的有限阅读中,类似的体验还是在阅读《法律之门》^①时获得的。谈《思想精义》的体例安排和写作方式,并非仅是为了夸赞作者的高超写作技艺,更为重要的是在经由对写作进路的分析中洞见到两个问题,即在关于法治秩序的探寻中,如何才能做好思想研究的“下行”与“上行”工作。

法治思想研究中的“下行”指的是,对法治思想如何才能有效地传递到制度安排、社会生活等环节。思想与制度、社会之间有隔阂,已成为当前我国法治秩序构造中的普遍现象。就思想与制度之间的隔阂而言,既有思想本身的原因,也有体制机制的原因。当前及既往一段时期的法治思想,由于要么是以西方的思想或制度作为蓝本,导致思想在转化为制度过程中出现水土不服的种种问题;要么思想是以中国为独特体而思考,导致思想由于普遍性的丧失而失去吸引力;要么是思想的陈义甚高,导致制度无法将思想要求转化为相应的条款安排和予以具体落实^②。体制机制也是阻隔法治思想进

①据译者所言,从1973年《法律之门》出版以来,这部著作在美国平均两年就有一个新版,并且每次的更新率都在三分之一左右。《法律之门》之所以能够在世界范围内畅销并获得普遍的关注,是因为“在《法律之门》诞生前,几乎所有与法律有关的教学资料都是为律师的职业训导而设计的。……导致的结果,只能是法律观点的狭隘。法律教育的狭隘对于法律和社会都是有害的。”所以,必须要扩大法律研究的视角,将与法律相关的文学和社会科学研究都囊括进来。秋风也开展过非常有意义的法律经典文献选文编著工作,并集结为《法治》一书,与《思想精义》相比,一是缺乏问题导向和系统性,比较杂糅;二是可读性也相对缺乏一些。具体参见:博西格诺.法律之门(第八版)[M].华夏出版社,2017年,中文版序第1页。秋风.法治:自由人只接受法治的统治[M].生活·读书·新知三联书店,2017年。

②如作者所言,“人类的法律史证明,有些立法者把喜爱至善境遇的人们作为一种‘劝说’来实现的东西,竟然当作一种‘戒律’来执行,为了使人们遵守法律,以致每天都需要制定新的法律。这样,即使自己疲劳,又困乏了社会。”参见:史彤彪.西方法治思想精义[M].黑龙江人民出版社,2019年,第493页。

人的重要原因,立法过程中不能将透明性等很好地融贯进来,而是更多地坚持国家治理本位、部门利益本位等,加之立法者的素质还未能真正达到应然要求等因素的存在,最终导致法治思想与制度安排越来越远,使得真正法治不能行^①。法治思想要想“下行”至立法之中,作者认为不仅要重视立法者的素质,还应该重视立法精神、立法原则和立法技术。“立法者的职责不是去创造法律,而是为了揭示法的理念,进行教育人的工作。真正的立法家所注意的重点,应该是培育公民的法律精神并为教育立法。”^{[1]476}这句基于对柏拉图思想研究而发现的判断,不仅是对立法者来说极为重要,对法治秩序的思考者来说也同样紧要。同时,法治思想如何“下行”至社会之中,成为民众行动的普遍依据也是当前我国法治秩序建构中碰到的关键问题。如孟德斯鸠所言:“人民一旦用了良好的准则,就会比那些所谓的正人君子更长久地坚持遵守。”^{[18]55}思想与社会之间之所以有隔阂,除了思想本身的抽象繁复以及当前我国法治思想研究不能将社会民众真正的内在精神及诉求予以抽象再表达之外,最为关键的可能就是法治思想本身的语言表达形式和内容了^②。也正是在这个意义上,我觉得《思想精义》之所以比一般性的思想学术作品有着更为重要的贡献,是因为它将思想性与可读性真正地融贯起来,能够有力地促进法治思想的社会传播。

法治思想研究中的“上行”指的是,如何才能从法律制度及日常生活事例发现法治秩序的真谛并将其进行理论化处理。包括西方法律思想在内的域外研究,在我国法治秩序构造中有时之所以不受欢迎、不接地气,就在于我们将相应的知识进行了脱问题域、脱语境化的处理。西方及西方法律思想作为我国法治秩序不可或缺的参照系,对其研究本身是没有问题的,关键在于研究背后的问题意识和

时空感。“法律来源于生活。以法律为研究对象的法学,不能被打扮成远离常人的阳春白雪。”^{[19]前言1}法律制度也是行动者在特定环境中开展立法的产物,其必然交织着成功的经验和失败的教训,它也是特定理念、问题和时空背景相互交印的产物,研究的任务就是要将相互交印的逻辑给抽象出来。《思想精义》在对卢梭的立法思想研究时就曾指出:“立法时,明智的创制者也并不从制定良好的法律本身着手,而是事先要考察一下,他要为之立法的人民是否适宜接受那些法律。”^{[1]511}社会事例是社会大众在某种特定理念和结构下展开行动的产物,包含着具体的理念及行动逻辑,简单地仅对事例或行为进行评价,很可能会丧失洞见真正法治秩序的机会。社会事例是社会流动着的思潮和诉求的具象化,研究者需要将背后真正的价值诉求及行为逻辑加以抽象和理论化表述,不能强行让社会实践依照思想理论要求予以展开。一如布迪厄所言:“理论谬误在于把对实践的理论看法当作与实践的实践关系,更确切地说,是把人们为解释实践而建构的模型当作实践的根由。”^{[20]115}在《思想精义》一书中,作者经由对事例的讨论而将具体问题及问题意识予以明晰和敞开的路径值得认真吸纳^③。

在有关法治秩序的思考中,应该要将思想的“下行”与“上行”两种思路紧密地结合起来,这样才有可能构造出符合时代秩序需要的思想理论体系。否则的话,则会导致思考的符号化结果与实际的法治秩序之间无任何的联系,仅仅是作为一种符号而孤立地存在。

五、结 语

上文主要从法治秩序、中西问题及写作进路三个角度出发,对阅读《思想精义》的心得体会进行了

①作者通过两个事例说明了法治思想与立法结合的重要性:一是德国基本法第七条第六款就规定,禁止设立先修学校。原因在于德国的教育专家认为,“孩子在小学前的‘唯一任务’就是快乐成长。因为孩子的天性是玩耍,所以要做符合孩子天性的事情,而不应该违背孩子的成长规律。”二是丹麦的立法者为了解决肥胖减少政府医疗费,不顾种种反对于2011年10月推出脂肪税,结果是问题不仅没解决还导致食品价格上升、境外购买等后果,不得不于2012年11月10日宣布取消脂肪税。类似的例子还有美国历史上的禁酒令等。针对2019年出现的疫情,当前我国形成了全面禁食、交易非法野生动物的立法动议,立法合理性及最后实效等也有待观察。德国、丹麦的事例具体参见:史彤彪.西方法治思想精义[M].黑龙江人民出版社,2019年,第473-476页。

②2009年在贵州凯里召开第五届民间法·民族习惯法学术研讨会的大会总结环节上,陈金钊教授发问并感叹到(大意),“我们法学研究何时能像文学作品一样朗朗上口、受到普遍欢迎,法治应该就能建成了。”因为是人生第一次正式参与学术会议并发言,故而记忆犹新,可以将该问题归结为“陈金钊之问”,它对中国法学研究来说既是反思也是期待。

③如在对政府及官员为何应当模范守法问题讨论前,作者就通过对德国总理施罗德的汽车、瑞典议员艾格西的车窗及交通补贴、奥巴马宣誓就职时的口误事件及韩国前总统卢武铉的户籍问题等四个事例的分析,既摆明了国外官员守法的状况和制度执行的实际,也点出了官员守法问题的重要性。具体参见:史彤彪.西方法治思想精义[M].黑龙江人民出版社,2019年,第580-585页。

阐述。结合阅读过程及本文的写作,发现有三个启发在此过程中也逐渐明朗起来。

一是作为研究者,应该如何把握与作为研究对象的作品的关系。经由思考发现,研究中之所以出现层出不穷的追新现象,原因在于作为研究者的我们被研究对象给限定了,是研究对象在命令、规训着我们的思维。有必要从这种倒置的关系中走出来,真正建构自身的问题意识,如此便能发现,无论是最新的大数据、人工智能研究,还是经典的法律思想及人物研究,其实都可以出现在我们的研究视域之中。《思想精义》之所以开卷有益,就在于其背后隐含着的中国法治秩序这一根本问题意识。

二是作为阅读者,应该如何把握与作为阅读对象的作品的关系。很多时候,阅读对许多人来说之所以成为枯燥无味的文字游戏,就在于我们将作品与作者割裂开来了,将作品视为是脱语境、超时空的知识呈现,忽略作者思想中凝聚着的经验,这使得知识所具有的灵动性被遮蔽起来。恰如作者在《思想精义》后记中所言,“如今,看看书架上那一套背封是绿色的‘汉译学术名著’(政治法律类),心中自然洋溢着畅快感!天天能与大咖们说说话,揣摩揣摩他们的心境,可谓乐事一桩!”^{[1]725}所以说,只有将作品创造者的经验向作品予以敞开时,才能体会作品的意蕴和所指。

三是作为评价者,应该如何处理与作为评价对象的作品的关系。一种评价是预设立场对作品予以评判,另一种则是深陷作品的结构或内容之中,这两种方式都不得要领。第一种方式可能会将作品中的真知灼见给遮蔽住,第二种方式则会陷入作品本身而无法洞见到作品真正的优劣所在。在对作品的评价中,也应该坚持评价的“下行”与“上行”。既要基于一以贯之的问题意识来理解作品、含化作品,也要从作品中的思想、结构与内容出发来验证、反思作为评价前提的问题意识。

总之,在新时代应该继续基于我国法治秩序建构本身的内在要求和根本问题意识,敞开地面向中西、古今、传统与前沿等各类思想、制度及实践,经由反思性分析与研究后,将它们不断结构到我们的思想体系之中,真正促进法治秩序的生成。

参 考 文 献

[1] 史彤彪.西方法治思想精义[M].哈尔滨:黑龙江人民

出版社,2019.

- [2] 埃里克·沃格林.天下时代——秩序与历史卷四[M].叶颖,译.南京:译林出版社,2018.
- [3] 苏力.法治及其本土资源[M].北京:中国政法大学出版社,2004.
- [4] 邓正来.中国法学向何处去[M].上海:商务印书馆,2006.
- [5] 金耀基.中国文明的现代转型[M].广州:南方出版社,广东人民出版社,2016.
- [6] 沃格林.自传体反思录[M].桑多兹,整理,段宝良,译.北京:华夏出版社,2018.
- [7] 埃里克·沃格林.以色列与启示——秩序与历史卷一[M].霍伟岸,叶颖,译.南京:译林出版社,2010.
- [8] 叶颖.论埃里克·沃格林“新政治科学”的逻辑起点[J].北京师范大学学报(社会科学版),2018(6):110-116.
- [9] 费孝通.中国绅士[M].北京:中国社会科学出版社,2006.
- [10] 张文显.建设中国特色社会主义法治体系[J].法学研究,2014(6):13-19.
- [11] 刘小枫.“轴心时代”到“天下时代”——论沃格林<天下时代>中的核心问题[J].深圳大学学报(人文社会科学版),2019(5):13-29.
- [12] 史彤彪.官员守法的西方思想源流考[J].学术界,2018(5):196-205.
- [13] 张建.他者的幻相:走出法律东方主义的逻辑陷阱[J].湖北民族学院学报(哲学社会科学版),2018(4):59-66.
- [14] 詹姆斯·C·斯科特.国家的视角——那些试图改善人类状况的项目是如何失败的[M].王晓毅,译.北京:社会科学文献出版社,2004.
- [15] 周洁.沃格林的三个战场[J].海南大学学报(人文社会科学版),2019(3):23-31.
- [16] 刘小枫,苏国勋.中国学术的文化自主性[J].开放时代,2006(1):4-53.
- [17] 伯恩哈德·格罗斯菲德.比较法的力量与弱点[M].孙世彦,姚建宗,译.北京:清华大学出版社,2002.
- [18] 孟德斯鸠.论法的精神:上卷[M].许明龙,译.上海:商务印书馆,2015.
- [19] 史彤彪.孟德斯鸠错了?[M].修订本.北京:清华大学出版社,2017.
- [20] 皮埃尔·布迪厄.实践感[M].蒋梓骅,译.南京:译林出版社,2012.

A Study on the History of Western Legal Thought in the View of Subjective Consciousness

——The academic contribution of *The Essence of Western Thoughts on Rule of Law*

ZHANG Jian

(Shi Liang School of Law, Changzhou University, Changzhou 213164, China)

Abstract: Even if the Western legal thought has become an unavoidable part in the construction of the rule of law in China, the critical point lies in what stand, thinking and method we would take to position and understand it. Taking the experience of China's construction of the rule of law and the thinking of the legal order as an implicit logical starting point, *The Essence of Western Thoughts on Rule of Law* studies systematically the discussion of Western legal thoughts on the legitimacy and goal of the rule of law, the legislation and observing the law, which can't be simply taken as the sorting and analysis of Western legal thoughts. It is necessary to see logically the change from the position of knowledge to that of the rule of law and explore the legal order from the perspective of universality, open mind and inherent regularity. The "three-in-one" writing technique of ideology, system, and practice enhances the readability and the spread of legal thoughts in this book.

Key words: *The Essence of Western Thoughts on Rule of Law*; Western legal thought; legal order

【编辑 吴晓利】

=====

(上接第36页)

A Study on the References of “qiu” in the Pre-Qin Period

ZHANG Peng-bo, MA Bao-chun

(School of History, Capital Normal University, Beijing 100048, China)

Abstract: In the pre-qin period, the human society was closely bound up with upland, for human beings have thrived relying on hills, which in return have got their fame from human activities. First of all, “qiu”, the upland in nature, is a small and unique geomorphologic landscape providing, an excellent choice of living conditions for people from the New Stone Age period to the Spring and Autumn period. Secondly, serving as a toponym and especially the city name recorded in the document, “qiu” is an important witness of the relationship between man and the Earth in the Xia, Shang and Zhou Dynasties, and also an important symbol separating human society from nature. Finally, “qiu” refers to a grass-roots administrative organization whose emergence, development and decline represent the evolvement rule of China's grass-roots administrative organization in the Shang, Zhou, Qin and Han dynasties.

Key words: upland; residing a upland; toponym; grassroots organizations

【编辑 高婉炯】