

法律、法学与法学家的中国语境

许章润*

本文在一般法理层面,从阐释法学的知识和理论形态开始,解析其所承载的逻辑理性、历史理性、道德理性和实践理性,由此引申开来,着重论述近代中国事实与规范的悖论,包括法律信仰命题所彰显的法律的意义世界的紧张,进而叙明法律、法学和法学家在此转型时段的可能意义。全文分为四个部分,立足中国语境,紧扣近代中国建设法律的生活方式这一问题意识,力图自经验中抽绎法意,而于历史和现实的交互回应中,对于法律思想与法律制度的社会实效作出理论说明。

一、法理学的品性

就汉语法学语境而言,我们常讲的法理学有时叫做“法的理论”,有时又等同于“法的哲学”或者“法哲学”。“法的理论”、“法哲学”与“法理学”这三个语汇,我们经常在同一个意义上交替使用,若非咬文嚼字,其实并无太大分别。其与部门法学的区别在于,它所提供的是关于法律规范的某一侧面或者层次的具体操作性知识,而是有关法或者法律的一般性知识与理论;它所反映得更多的不是关于实践理性的法律,而是作为逻辑理性、历史理性和道德理性的法律或者法。概言之,它所提供的是总体、整合意义上的关于法的逻辑理性、历史理性和道德理性的知识形态、理论体系与观念反思,乃至文化自觉。从而,法学特别是法理学自己也成为一种特殊的逻辑理性、历史理性与道德理性,以及关注实际经验、可操作性与真实效果的实践理性。我们分析法律,首先是将法律视作人世生活的规范,凡此规范构成了所谓的人间秩序的框架,而将生活的方方面面网罗起来,然后形成规范体系。换言之,规范体系的形成就意味着人间秩序的构成,而蔚为一种人世生活景观,正如晚近以来国家建构语境中完整统一的法律体系的确立,赋予民族国家以法律形态,而标志着现代国家的成型一样。法理学面对的就是这一人世生活景观,这一人间秩序,而着力寻绎出体现为规范、内涵于其中的上述四大理性。

生活本身自历史而来,并且构成了历史,所以天然兼具历史理性。生活本身按照一定的流程进行,而且更多的是经由日常洒扫应对的磨砺,于不期然之间形成此种流程,而表现出它的实践理性和逻辑理性。为什么按照此一流程而非彼一流程?为什么历史循沿这一方向

* 许章润,清华大学法学院教授。根据 2005 年 10 月 23 日接受河南大学法学院学生访谈记录稿重写。朱志昊君担任录音记录,特此致谢。

而非那一方向走到这一步?为什么同样是“过日子”,却各有各的“过法”?在此,除了我们常常说的“事物固有的本性”这一我们不得不退回到第一推动力式的终极解释,除了“靠山吃山,靠水吃水”或者“一方水土养一方人”这种地缘——历史因素,对于可得窥见的人类理性与知性来说,人类对于进程和流程的价值判断在影响着包括法律在内的一切人世生活,常常影响着甚至决定着一切人间秩序的发展,而使得法律的生长既是一个自然的过程,更是一个有选择的结果,从而呈现出自己的真理、道理与情理。换言之,法律如同一切历史过程一样,本身是一个价值的存在,表现为一种意义体系与规则体系的合一。其间,道德判断源于并体现为人类的德性,德性源自生活本身对于生活主体提出的价值要求,通常即为一种是非判断要求,而价值维度是主体性本身,也是具体历史中的人性本身。所以说,逻辑理性、历史理性、道德理性和实践理性构成了法律的基本品性,也是法学的基本品性。

相比而言,部门法学更多反映的是法律的逻辑理性和实践理性,对历史理性与道德理性的反映间接而又间接。而法理学则将逻辑理性、历史理性、道德理性和实践理性连缀一体,通盘致思,尤其注重在实践理性的基础上,运用分析法学的致思思路与操作技术,通过对于法的逻辑理性的细致解析,来揭示法的历史理性与道德理性。例如,在分析具体规范的逻辑理性的时候,比如说解释什么是“法人”,我们常常会不由自主地从梳理其历史开始,说“法人”这个概念最早出现在罗马法之中。古典罗马法中这一集合概念的诞生,抹去了其所框含实体中的所有个别色彩与单个特性,而赋予一个本不具有人格的组织以人格,表现出当时法的范畴已经脱离了具体的、粗糙的和具象的阶段,而上升到一个比较抽象的概括的层面上,由对于个别现象的状述提升为一般性问题。我们知道,法律是由概念的金字塔所构成的规范体系,法学是由法的概念金字塔所构成的逻辑体系,一种理论与思想体系。法的概念和范畴是一切法律的基本生命形态,而成为法学的基本致思对象,也是法学的基本运思工具。法律源自生活,法学则源自对于生活本身和法律的双重考察,之所以说“法律的生命是经验,而非逻辑”,而“法学的生命是逻辑,而非经验”,原因在此。因此,对于法的概念和范畴的分析,比如上列对于“法人”概念的分析,就涉及到对于其来源的考察,也就是对于彼时彼地的生活的寻绎,对于其规范的再现和复原,实即一种重新解释,一种以再现生活的方式对于生活的建构或者重构,实现逻辑与经验的交贯,而解决或者解释了当下生活对于规范层面的功能或者价值要求。正是在此,分析法学渐行渐深,便引导出历史法学进路、自然法学进路,而且,也一定要进境至此,方能探得真义。

为什么当时的罗马法律中会出现“法人”这一概念而中国却没有出现,一如反过来说帝制中国法律中出现了所谓的“存留养亲”这一体现儒家伦理的制度安排,而古典罗马法中却不见此项规则,则其中必有缘由。对于这一问题的回答,要求我们分析彼时彼地的社会结构、世道人心和历史传承,包括法律传统、致思方式乃至某种偶然性,等等。还有,在彼时彼地这样一个大的时代背景下,“存留养亲”制度也好,“法人”概念也好,究竟有没有得到实际的“贯彻落实”。经由考察纸面之法与实践之法的扣合与分离,所谓“表述”与“实践”的关系,人们有可能窥得当时法律运行的大致形貌。如果经过一番翻检,可以肯定不仅法典如此规定,司法如此实施,而且实际效果颇切人意,实际上就是这么“贯彻落实”的,那么,我们即不妨说,“存留养亲”或者“法人”制度都是对于实际生活中已有概念和做法的一种规则性记述与认识论抽绎,一种可能经过价值判认之后而有意选择的制度安排。换言之,对于这两

个概念的分析由此换形为所谓“社会法学”的进路——历史视域中的社会——现实考量。

至此,我们发现,对于这两个语词或者范畴的分析经历了四个阶段:第一,分析概念。先从字面、语义解说什么叫“法人”,何谓“存留养亲”,探究其落实为规则的各种要素,解析其适用的诸般条件,追溯各种要素与条件的内在关联、起承转合,乃至发现什么“开放文本”和“基础规范”,比勘其“内在方面”与“外在方面”,讲述“命令”与“制裁”的对应与分离,等等,所作所为,不外是将其逻辑理性逐层揭露,一一展示。第二,在揭示了这两个概念所承载的法的逻辑理性以后,我们常常会深入到历史层面,探查在罗马社会和帝制中国,凡此概念的来龙去脉,身世背景,嫡庶亲疏,消长增删,等等。静态的概念一旦进入其历史语境,便动态跃然,烘云托月般呈现出当时当地的人世生活,概念史原来便是生活史。第三,此种历史分析,实际是在分析具体时间的空间状态,剖解彼时彼地社会的政经结构、信仰系统、风俗人情、致思方式等等因素,特别是在追思促使彼时彼地的居民作出此种而非彼种选择的价值判认,这样,我们便进入到法的道德理性层面,法的理性呈现出自己的意义世界。第四,凡此概念所表述的规则或者制度,其执行、落实的情形怎样,效果如何,有没有出现“表述”与“实践”脱节,法典文本和司法实践背离等等诸如此类的种种问题,考问的对象遂集中于法的实践理性。至此,总体而言,法律秉此四大品性,整个法理学的视野不外乎法律的这四大品性,将它们分头梳理或者通盘考虑。粗率而言,对于逻辑理性的解释即分析法学,对于历史理性的历史认识即历史法学,对于道德理性的判认即自然法学与社会法学,对于实践理性的厘析,既为社会法学的担当,又有现实主义考量,还有在中国语境下所谓的“理论与实践相结合”、“理论为实践服务”这种新传统在内。

正是基于这一语境,通常而言,部门法学不可能做这种工作。毕竟,部门法学以对法律规范进行局部、浅层的形式主义分析和规范性解释为己任,更多的是一种分析法学意义上的有限的知识论,而没有也常常无需进行历史、价值与社会的推衍。当然,并非全无例外,比如说私法。我们知道,私法是市民生活的百科全书,现代市民社会生产与消费的基本条件,所以私法的解释,特别是关键概念的解释,常常就是一种历史解释。现在中国民法学界一般使用的解释范式,尤其是经由台湾留德学人从德国沿传过来的民法学解释方法,如语义分析、比较分析等等,常常即会还原为历史分析。对于这些法律概念的研习,对于部门法规范的细致厘析,是掌握法学的一般运思方式,承袭其致知门径的必做作业。所以说部门法学的研习是真正的法理学赖以界定、赖以发展、赖以成为一种真正的知识形态、理论形态、观念形态和思想体系的坚实基础。笔者常常告语学生,学习法理学的人一定要学好部门法学。一个合格的法理学家、法哲学家一定是以对于某一部门法学的规范体系的深入研习作为技术训练,同时,以对于法的一般历史的了解、社会情境的分析和现实主义考量作为批判的武器,否则的话,常常不免成为空头法理学家,一种灰色理论体系的守墓人。

很多学生觉得法理学“脱离实际”,枯燥乏味。应该说,这很正常。毕竟,法理学是一种较高层次上的抽象知识形态,也是较为理论化的观念体系,怎么能要求多数法科人士兼具此种心性,而青睐之,而兴味盎然呢?希望学生都具有理论兴趣,甚至是哲思癖性,不合常情。就像一个高度政治化的社会,要求人人都成为政治动物,整天想的都是修齐治平,其实是在将原本丰富的人性单一化而抹煞了人性。法律本来就是一种极为世俗的实践智慧,法学不能幸免于此属性。晚近两百来年间逐渐发展起来的法学知识与理论形态,虽然对此多所改

善,却没有也不可能彻底改变这一格局。所以,法理学这一工种,注定是少数兼具理论兴趣和思想能力的人士的冷清行当。有关于此,本节下面还将论及。

但是,刻下中国法科学生普遍缺乏理论兴趣,汲汲于法条的解析和应用,并以此为已足,却又不能不说是法理学的失败,中国法理学的当下失败。此话怎讲?本来法学是对社会生活及其规范安排的系统性思考,这种系统性思考一旦形诸理论形态即已与实际生活之间隔了好几个环节,失去了生活本身的形形色色、林林总总的纷然多姿。而吸引眼球,特别是寻寻觅觅的青年学子眼球的,总是外在的颜色与形状,更不用提工商社会中人对于实用功利追求的无条件屈服之天经地义。所以说生命之树长青,而理论总是灰色的;所以说法理学不枯燥是不可能的,正如部门法学不具体,从而一定程度上也就不生动是不可能的,正如如此一来,其学术含量自然有限是同一个道理。但是,另一方面,任何一个成功的理论体系、观念体系和思想体系都应对于现实具有一定的解说力,对于未来能够作出前瞻性思考,从而在某种程度上是具有吸引力而不那么枯燥的。但是,中国现在的法理学恰恰缺少这种解说力与前瞻性,甚至于不妨说尚未形成一套理论、观念与思想体系,更不用说多种体系与流派——真正整合一体、兼具逻辑之美,同时又源于生活本身的律动、充满生机的体系与流派——的并存与竞争了。已有的形态和当下的作业,许多竟然不过是舶来品,干瘪,了无生气,思想贫血,没有解说力。

当下流行于中国法理学教科书中,而被称作法理学的东西,体现了三种传统的杂糅,其中第一个就是百年以来我们所接受的西方法学理论。整体而言,教科书的通常做法是将它们汇集一堂,条列分说,排比陈述,但是缺乏精深研究,融会贯通,更不用说推陈出新,而蔚为中国的法律智慧了。比如庞德、梅因、凯尔森等等,究竟他们如何看待法律,我们到现在为止,多数还处于一知半解的状态,一般层面的了解,也还没有一个在此研究中廓然有成的专家,比如庞德专家,凯尔森专家,梅因专家,等等。就像说到汉学研究或者“中国学”,讲到严复研究,必举列史华兹氏;讲到康有为研究,当然是萧公权先生;讲到中国城镇史,不能遗漏 G.W. 施坚雅;而关于梁启超研究,必须提及张灏教授的《梁启超与清季思想蜕变》,更不用说只要关涉中国古代科技,必然无法回避李约瑟先生的煌煌巨著。汉语文明法学界真正研究庞德,到去年为止,除开此前的《庞德学述》,才刚刚出了第一本书,收入我主编的“法意丛刊”。尽管只是资料,但毕竟是一项专题性工作。又如,自清末以来,引用历史法学之说的不知凡几,可萨维尼氏《论立法与法学的当代使命》直到 2001 年才完整译为中文刊行。如果说东西尚未交通之前,中国人已有的“天理人情国法”体系足以应付现实生活的话,那么,东西交通、世界连为一体之后,你所面对的是一个组织化起来的强大的政经实体,而它的背后是一整套体系化的成熟思考,它们铺天盖地而来,中国人一时无法消化,也就意味着你不能够站在比他更高的基点上解释当下的生活,从而无以推进生活。事实上,这一整套体系化的成熟思考,关乎宇宙人生,囊括政治、法律和经济,涵盖制度安排、生活方式与审美情趣的方方面面,总之,是关于一切洒扫应对的一个全盘性的、不同的理论性说明和观念性反映,包括对于人世生活规范性层面的安排、反映与解说,载述着特定的逻辑理性、历史理性、道德理性和实践理性,影响着并且还在极大影响着中国的人生与人心,法制与法意。

所以,对于百年来的中国知识分子而言,其悖论在于不了解西方,就不了解中国;反之亦然,了解了中国有助于更了解西方。但是,问题在于,为了了解中国,我们必须要去了解西

方,而将西方的知识、理论接受得多了以后,却形成了一种“遮蔽”,这时候再回过头来看中国好像很轻松,似乎一切了然于心,但实际上却出了许多问题。——我们,所谓的知识分子,“中国的法学家们,常常真的不了解中国。不信,你在全国600所法学院系做一个抽样调查,看看有多少研习法学的师生知道吾国近代史上曾经出过一个叫做吴经熊的不世出之人?”

职是之故,近代中国的尴尬就在于如何在两种组织体系、思想体系、观念体系和制度体系之间辗转穿梭,从而最后定位于中国人生与人心,以中国问题、中国意识来凸现中国人的时代使命与地域智慧,而亿万人的生存经验不可能没有普世意义。我刚才说,当下中国法的理论体系与生活现实尚未达到严丝合缝的程度,“经验”与“理论”各自分陈,这是它招致诟病的原因,也是它造成的结果。毕竟,理论体系、观念体系总是对于既往的反思,同时要对未来具有前瞻性。此话怎讲?以形下的具体法律行为为例。在一个社会形态基本稳定,各种制度性安排经过长期磨合已然搭配协调的社会,在法律规则与社会生活基本扣合的状态下,一旦未来生活中出现某种行为,违约行为也好,履约行为也好,正当防卫也好,防卫过当也好,总之一旦出现与我所学的某一条文、某项规则符合的行为,我基本上能够对它作出有把握的说明,对它一旦进入司法程序之后,在常态之下,其运行其结果,根据我所掌握的法律知识,能够作出大致不差的说明。但是,就刻下中国的法治情形和法学资源而言,我能做出霍姆斯意义上的“预测”吗?不能。为什么不行,因为中国现在的市民生活未上轨辙,公民社会尚未形成,政治制度的安排还处在一个没有最后定型的转型时期,整个政经安排与社会结构的基本情形是“毛坯已出,尚未定型,更无虑细致”。更不用说一些非常态的情形,比如书记“批条子”,主任“打电话”,或者律师“请托”,法官“拿钱”等等,将规则与事实的因果关联彻底打乱。在这种情况下,一切只能采取实用主义办法,走一步看一步,走一步算一步,所以今天不知道明天怎么样,“大概”、“也许”、“可能”,以这种语词和思路来打发迫在眉睫的现实问题。

对于政治家和实践家而言,可能这反倒是最好的品质。面对纷纭世象,错综人心,他不能如理论家那般逞思万里,神驰八极,“想得太多”,更无需耽溺于哲理性思考,过书生事业的瘾,而当拿出立马可行的方案,解决眼前迫在眉睫的难题。可就理论家和思想家来讲,这却是致命的弱点,是一个将理论和思想置于绝境的死穴。缺乏想象力和浩瀚精神的心灵,哪能成就思想的伟业。退一万步来讲,仅就理论的功效而言,如果有此功效的话,既然你不能为我阐明此种制度安排和实践行为的可能结果,提供根据确凿的说明和前瞻性提示,那么,在下凭什么相信你,凭什么学习你所倡言的理论与学说,你又如何能够企望说服我,更不要说虏获吾心了。沉思的人生与行动的人生,分野在此。

不过,认识到这一点还不能解决上述关于法理学“枯燥”等等诸如此类的问题。实际上,如前所述,“法理学是枯燥的”,恰恰是其特点之一,正如一切哲学、数学和科学都是枯燥的,除非是什么讲解“人生哲学”或者“数学常识”的普及读物,除非是什么“品三国”的说书。将法意与诗意结合起来丝丝入扣,既是高头讲章又不乏诗情画意,是少数思想家才能做到的,同时并要求读者具有同样的法意与诗情,方能蔚为知音,弦断于流水高山。一旦知识成了知识体系,观念成了观念史,思想成了思想史,真理成为科学,它就必然是枯燥的,必然更多的是一种理性的推演,思想的铺陈,观念的阐释。人有心性和心智二端,研究法理学,要有相应心智,更需有配合的心性。否则,去学一门手艺才好,譬如“民商法”。

最近以来有一个现象,大学里优秀的法科人才流向实用法学,像我们这种本事不大的就致力于理论法学。考研究生也是如此,民商法学竞争最为激烈,理论法学考生相对较少。人才流向的变化,意味着人类智力分布的不平衡,私法领域多高分学生,宪政、行政法、刑法等公法学科和法学理论相对弱势。但这一点也不奇怪。通常研究法理学卓有所成者往往是少数特立独行之辈,好学深思之士,假以时日,辅以时势,才能成功。毕竟,会一门手艺的劳动者应当多于对于手艺本身进行思考的劳动者,才是正常情形。事实上,这“相对较少”的考生里面,就不乏优秀潜质、堪可造就之才呢!而且,就笔者眼力所及,他们中的不少人,可能是同侪中最具潜质的学生。面对整个社会的急遽世俗化与功利化,“宽其程限,紧着工夫”,干活,做事,总有所成,就是硬道理。所以,倒也不必慌张。

二、“活法”与“说法”的由来

笔者曾经引用沈从文先生小说的情节,描述了“立法”对于人世生活秩序的冲击,揭示了理性建构的危险。^[1]笔者也常常诉诸“活法”与民族精神来表述关于生活方式的法律意义。但是,问题随之而来,即如何避免滥用这类概念,阻遏以“国情”之类作为取缔探讨可能的意义时空的借口。这是学生向我提出的问题,也是笔者的担忧所在。实际上,前节对于法的理性与法理学品性的探讨,也必须以具体文化语境中“活法”与“说法”来两相释证和印证,才有说服力。

(一)三个层次

这里的问题,其实包含三个层次。第一个层面讲的是沈从文先生创造这部小说的年代直至今天,中国面对西方的政经与文化优势的尴尬、无奈和痛苦。《长河集》描写了乡民生活本有的秩序在近代商业资本主义与西学的冲击之下统统解体,原有的应对生活的一整套安排与解说,一整套伦理道德观念、儒家义理结构显得软弱无力,土崩瓦解。在此情形下,中国现代以来应对西方、改造中国的基本办法是以政府推动、官方主导来促成乡民生活的改变,有时是极其酷烈的强制性推动,造成人生与人心的极度悲剧,几代中国人的苦痛与牺牲。就我个人的人身经验而言,虽然余生也晚,中年之际得享“近代以来最为安定团结、追步汉唐”的太平日子,却也感觉到了这种今天不知明天会怎么变、变到哪里去的飘忽不定。记得我的父、祖辈们,即常常有此感喟,觉得无力而无奈。——“我的父亲、母亲”,他们一生经历的事事变幻、时势落差,实在是频繁而剧烈,超出了常态之下普通民众终其一生所能经受的人身经验。

某种意义上,虽说这也是一种无可奈何,不得不然,但强制力的推动到底并非法律发展的最好方式,甚至是与“法律的成长”这一命题相悖的进路,却也是甚为明显的道理。因为如果我们承认法律如同人类的一切制度性建制,不过是生活本身已有秩序的规则体现的话,那么,自然生长生发出来的规则才是最好的规则。换言之,终极而言,一切比较好的秩序可能均为自生秩序。为什么呢?因为生活就这么过,日子就是这样打理的,人心里就是这样想的,经过长期磨合之后形成的生活样态就是如此,于是把它表达出来,把它抽象出来,将具象

[1] 许章润:《说法 活法 立法——关于法律之为一种人世生活方式及其意义》,清华大学出版社 2004年版,第4页以下。

经验概括为规则,情境伦理总结为一般正义原则,这便是法律,也就是最好的安排。从小到大生活于其间,不待学习,已然习得,大家相谕共守,和平共处。所谓“自然生长生发”,是并且仅仅是在这个意义上说的。不过,有个前提,即这是一个漫长的历史过程,常常被视为“自然的历史过程”。就好比说中国从先秦以来经过漫长的发展,我们形成了自己的规则体系,所以“存留养亲”等等制度性安排里面蕴涵着中国人相谕共守的法意与人情,表现出官府对于秩序的维护与对于其他利益的考量的联盟,比方说种系延续、宗族血统延续的伦理意义的合法性宣扬等等。这些都是慢慢磨练成型,反复磨合逐渐生长出来的,所以需要时间,假以时日,方能后成。

但是近代以来我们什么都缺,尤其缺时间,时代强加于我们的尴尬就在于不给你这个时间,希望你在短时间内完成对于这个国家与社会的整体性重整,以应对迫在眉睫的危机,进而谋求发展。倘非如此,命将不保,国将不国,遑论其余。——瓜分迫在眉睫,哪有可能从从容容地“研究研究”,慢工出细活呢!这样一来,以政府主导、官方推动为特征的社会改造方式,一种文明转型方式,遂成主流,百年来不曾稍变,以迄于今。——强势政府的形成,原有它的原因。但是,此种转型方式在摧毁了已有的乡民秩序的同时,并没有也不可能一时间马上带来新的秩序。不是说这样做不能带来新的秩序,而是说短时间内不能带来新的秩序,不可能立马缔造出一个现代新型国家来。人世间的许多事,主事者殚精竭虑,一片深情厚意,但结果不如人意,甚至事与愿违,都是正常而平常的,其间原因就在于少了时间这个过渡者。

比如现在不少地方征收农民土地进行开发,也有的地方藉由新农村建设并村为镇,加速城镇化建设。单元楼落成,农民搬进去了,按理说应该过得舒服,至少有自来水,感觉方便些吧。可是据笔者所知,新型住宅方式截断了原有生活方式,不能串门子,老人觉得寂寞。原本习惯于忙忙叨叨养几只小牲口,比如小鸡小鸭小羊等等,可这又与单元楼这种现代城镇集群化生活方式冲突,于是整日盘桓于格子间,倒不舒服,闹病了。山东有一位企业家,为了开办大型奶牛养殖业,与农民协商之后,将村庄集体拆迁,修建起联排别墅式住宅,歆歆盛哉!可年纪大些的乡民住进后感觉不行,经常走出来蹲在楼底下聊天,还有的甚至在阳台上垒起猪圈。年轻一代抵制,说不卫生,不文明,甚至还说“老顽固”等等。凡此种种,不是说这样的开发利用不对或者不好,而是说即便是充满善意,并且在制度层面谋划妥贴的变革,然而一种生活方式的转变,说到底属于翻天覆地的事情,不仅效果有待时间检验,而且,也难以一下子就能带来新的人间秩序,更不用说什么幸福感等等。原因无他,仍然是缺少了时间这一万能的过渡者。我很理解老人的这种艰难转型,想想当年京沪“知青”下乡,尤其是生活条件较为优渥的高干子弟跌落到广阔天地,情形相反,道理却一。

回到我们刚才的话题。旧有的秩序被摧毁以后,新的秩序没有形成,不是说新的秩序将来不能形成,而是说需要一个过程。近代各国各族,从英吉利、法兰西到德意志,到意大利,到俄罗斯,莫不如此。新大陆们的幸运,只可遇,不可求。秩序是体系化的制度,生活却是具体而零碎的,秩序一旦被摧毁之后如果想要把这些碎片整合起来,而且是经过一番改造之后整合起来,形成新的秩序,并形诸洒扫应对,需要时间。等它慢慢整合成型之后,业已建构在其上的所谓秩序,一种体系化的制度,与生活需要再度磨合。两种秩序吻合,才能形成上下扣合的局面,谓为生活整体。倘非假以时日,就可能扣不上或者扣歪了,总之不能形成一种观念、制度与行为严丝合缝、丝丝入扣的效果。近代中国的尴尬、痛苦就在于明明知道秩序

的产生是以时间为前提的,但却不能不通过政府的主导性行为,凭藉官方的积极推动,自城市向农村,自高端向底层,无情地推展,加速这一过程。它造成了吾土吾民几代人精神家园的流离失所、生活图景的破碎化和法律制度的无效。这是问题的第一个层面。

第二个层面讲的是,面对困局,中国人的反思体现为由知识分子推导的理论进程。其基本理路,是以对于西学的接受作为基本的精神资源,以解决当下问题的中国意识的凸现作为契机,寻求进路。虽说只是书生事业,但思想路线的不同一旦演变为政治路线的冲突,却引发出生与死的较量,酿成中国现代性自我发展中的最为重大的事变。正如我刚才提到的,到何处去寻找知识资源和思想资源,寻找到的是一种什么样的知识与思想资源,决定了看待问题的视角,也决定了解决问题的方法。总体而言,我们为了解决第一个尴尬,在接下来解决问题的过程中又无情地重蹈覆辙,拥抱了第二个尴尬。近代以来,下迄五四以后,关于如何解决“中国问题”,知识界基本上分成两大路线,一条是延续清末以来,从李鸿章、张之洞办近代工业,到后来袁世凯北洋一系的跟进,引进西学、创办新兴工商和教育,一直到后来的民国体制,包括其政治主体迁移至台湾的实践在内,走的是一条所谓“迎合世界主流,向发达国家靠拢”的路线。另外一条路线更富革命性,更加激进,属于“五四”之后激进思潮的政治落实。它在批判既有秩序的不公不义的基础上,力图建设一个人间天堂。鉴于作为第一条道路的摹本的上述体制在第一次世界大战后暴露出种种弊端,比如人与人之间事实上的不平等,残酷的经济压迫,帝国主义的侵略本性,一句话,现代性的野蛮性,中国的激进者们于是乎走上了一条以共产主义为标志的,准确地说是以中国式的共产主义、列宁式的专政路线为标志的另一条道路。这既是思想路线,也是政治路线,而终成中国社会的历史路线。20世纪中叶以后,这两大路线在大陆和台湾不同的时空范围内进行现代性试验,历经30年的隔绝,终于在20世纪70年代末重新汇合。——历史又接上了头。

这里有个重要的问题。民国以后,也包括清末到民国这段时间,中国应对西方挑战所进行的主要工作,如黄仁宇先生所讲,是为中国社会建构一个国家制度,即昭示、标志着中国作为现代民族国家的制度外壳,一个看上去像个现代国家的大框架。为什么百废待兴,却首选此途?因为清末政府和蒋介石的民国政府对外代表着一个巨大的文明时空,一个政治实体,而它必须以国际法主体形貌出现于世界舞台。对外作为国际法主体出场,意味着作为一个现代民族国家,必须具备土地、人民和政府的现代组合样式。这“诸侯三宝”按照现代方式重构,才能蔚为现代民族国家,合法性与战斗力有望齐备焉。政府听起来不过简单的一个词,但要落实为种种制度建构,一系列的安排,才能真的是个政府,进而是个国家,一个粗略具备现代框架的国家。所以举国精力放在上层建筑的设置上面了,包括逐渐形成“六法体系”。由此铺陈开来,到二次大战结束,中国成为联合国常任理事国,标志着现代国家形态建设告一段落,一路踉跄而来,应当说大功初成。毕竟,从鸦片战争到此时此刻,以一百年为周期扑腾到这一步,已属不易,而成为迄至“改革开放”前近代中国的一大“波峰”。〔2〕

正是在此背景下,中国共产党人基于自己的高远理想,即基于另外一种知识资源和思想

〔2〕王志明博士认为20世纪中国的复兴出现过三波浪潮,现在仍然处于第三波浪潮的上升阶段。相应地,便有两个波峰(1922年和1945年)与三个谷底(1900年、1933年和1976年)。参见[美]保罗·肯尼迪:《大国的兴衰》,陈景彪等译,国际文化出版公司2006年版,第16页以下。

资源,进行着另外一种解决“中国问题”的实践,而把铺设国家制度这个包袱甩给了国民党,甩给了民国政府。当其时,既然民国政府对外对内代表政统的合法性,共产党人得以轻装上阵,致力于对中国的下层社会,就是民间社会、农村基层结构进行改造与重建,把通过组织政府以建构国家的重负甩给了国民党,让渡于政府本身。本来,这两个任务应该同步推进,但由于内战割据,两种路线基于不同的致思方向,各有其形上与形下话语支撑,如我们前面所讲的不同思想资源与知识资源,导致走上了不同的道路,而终致水火不容。——历史出现了僵局,只好以武力来突破,于是乎内战发生,人头滚滚,决一雌雄。而就如拉丁谚语所言,“法律在战争时归于沉寂”,于是,清末以来历两代人而渐次缔造的现代法律,当然靠边站。

因此,在应该首先完成现代民族国家的建设任务才能谈到其他事项的情况下,实际上我们有的地方提前了,有的地方却延后了,无法按部就班,一层一层、一波一波地循序渐进。只是事后回想,如此这般指手画脚,才明白当时哪能有这份余裕呢!那么,什么地方提前了呢?譬如,打造现代国家形态,民主的问题未必是第一要义,尤其是全民参与式的民主,更非现实。但“五四”知识分子却将民主作为第一要义,而把打造现代国家形态这一首当完成的工作置诸其后。当其时,梁漱溟、钱端升先生主张宪政并非急务,而急在经济建设和民生改善,即遭激进人士诟病,颇能说明知识界的一种普遍心态。另一方面,如要打造国家形态,需要进行上层体制的铺设,同时并须启动下层建构的重整,但由于中国必须在国际社会作为国际法主体出现以应时急,因而无遑进行这样的基层改造,虽然有些动作,如新农村建设与新生活运动,可无时间沉积,自然不敷运用。在一盘散沙的基础上建立起来的庞大现代国家形态,其之既无生命力,亦无战斗力,对于内、外挑战仅能做有限回应,其实早在搭架子之初,这一命运即已显露无遗了。其后的八年抗战,在民族意识和政治组织层面,极大地促进了中国民族国家的建设,1949年后整个社会的重整,特别是一竿子插到底对于农村的破坏性重整,实为积攒沉积之功的延续。我个人认为,从20世纪70年代末以来,这两大任务才慢慢开始合拢。法权制度层面的启动,实为回应两大层面合拢要求,而将它们缝缀联合起来的现代性安排。如此这般,才形成了今天这样一个局面。

于是引领出第三个层面的问题。既然要建设现代中国的法制,形成现代中国的法学,那么,对于中国固有的风俗、人情和伦理智慧的正面意义,对于传统的制度安排、政治架构设计的种种智慧和技巧,加以总结传承,岂不“正合孤意”,因为“现代”的重要向度之一,恰恰是对于传统的重构性传承。一言以蔽之,凡此种种,叫做民族特色或者民族精神也好,中国社会的生活实践抑或中国社会的生活原型也罢,均非为错,反倒与“主旋律”颇多切合之处呢。实际上,二者正堪契合为用,但实际情形却是偏偏出现了以反对这一思路来阐述另外一种思路,以对于前面提到的这一进路的打压,或者说借用这一进路为招牌,而行打压这一进路之实的情形。这是为什么呢?

在此,我们可以看出,官方的“国情论”和知识分子所讲的“本土资源”并不完全是一回事,官方所讲的“理论联系实际”和知识分子所讲的认识中国、凸现中国问题意识也是两回事。不是说其间毫无交集或者契合,而是说彼此的用意和立意,指向的最终目标,似乎颇有紧张之处。造成今天这样一种局面的原因,甚为复杂。我们可以从各方面加以分析,比如说党派私利呀,比如说我们中国的理论范型还不足以解释现实生活呀(至于刻下有无一种得谓“中国的理论范型”的东西,不管是哪一个学科的,属于另外一个问题),什么法学幼稚呀,

什么知识分子缺乏独立人格呀,还有我们不能“理论联系实际”因而搞不出名堂呀,等等。但是,总体而言,这些解释都是苍白无力的,因为这些都是结果而不是原因。原因还是在于直到现在为止,中国的制度建设和现实生活没有完全严丝合缝,没有完全扣合。一日未能走出转型期,就一日难免此种尴尬,也就一日无法回避这些难题。至于转型期何时完成,则“历史三峡”并非无底洞,正可拭目以待。

(二)事实与规则只能在生活过程中慢慢磨合

就事实与规则的互动而言,有些领域已然扣合无间,比如《刑法》和《刑事诉讼法》的修订,既能循依“实事求是”,同时并对现代刑事法制价值和制度多有良好措置。有些领域尚未获得理想的整合。比如“强制婚检”,是否取消?倘若取消,如何应对可能出现的畸形儿、残疾儿大量出生的问题?对此,立法之际并未予以审慎考量,立法颁行之后亦乏切实应对,导致问题多多。又比方婚姻登记制度,亦有类似情形,法律规定与生活经验多所脱节。对于事实婚姻,民间社会是认可的。在中国的乡民社会,直至今日,摆上酒席亲朋欢聚,热热闹闹洞房花烛,婚姻即算合法,大家也认可。据报道,湖南、江西等地农村将要外出打工的青年男女,由双方父母主持,乡邻参予,喝一桌酒,所谓“下午交钱,晚上睡觉”,就算是夫妻了。谁反悔,则聘金无还,不妨再择佳偶,各奔东西。这是生活逼出来的办法,年青一辈遭遇到的,而父、祖辈们不曾想见的“打工”生活逼出来的应对之道。法律规则如何应对这一新的事实呢?还有,我们知道,有些乡村如果要到乡政府去领结婚证的话,翻山越岭要走好多里路,有的就不一定愿意去,反正摆了酒席,已经形成了婚姻,要它红本本做什么。《婚姻法》倘若规定这也可以算作合法夫妻,但要求事后补办,或者作出其他一些有选择性的规定,我觉得可能更加贴合“中国实际”,而有利于规则与生活实际两相扣合,形成“中国的”法制。——一定情形下,规则向事实低头,是规则的胜利。至于为何应当如此,其文化正当性和制度合法性何在,就是法学家们必须完成的理论说明了。所谓“法学家的位置”,恰正在此。

三、法学家的位置

法学家是知识分子的一部分。知识分子作为一个心智集团,其品性在于传承人类文明,探索未知世界,秉持道义立场。这是知识分子群体的共同担当,也是一切教育,特别是大学的使命。法学从业者传承既有的法律文明和法律智慧,认识现实生活及其历史向度,在此基础上如实记述生活的规范,提炼生活的规范,挖掘其背后的道义、历史、逻辑和实践理性,是他和她的基本担当,也是一般所谓的法学研究的常规作业。在此,如同在一切知识与学术领域,自由的精神、独立的人格和批判的态度是法学家安身立命的基本准绳。否则,再是什么“工程”或者“项目”,不是佞学,便是胡扯。

(一)法学的实践品性

但是,法学的一个重要不同之处在于,它一定要落实到实践层面,以规则对于实际生活发生作用作为恪尽自己使命的标志。在此情形下,有限度的合作,在秉持道德立场的同时以技术性的操作落实理念,一点一滴地最终将事情办成,是法学家的法律理性之必备要素,也是作为知识分子的法学从业者的道义追求。法学家不能做“自了汉”,说老子不干了,自己关起门来,恐怕不行。即便做“自了汉”,也是要一定功夫的,忍受寂寞,承担由此造成的后果,至少对于独善其身之后的冷冷清清、默然于世这些后果做好思想准备,平和面对。否则,

别自找苦吃。因此,重申一句,法学家的职业品格决定了他们需要进行有限度的合作,将冷峻的法律理性与火热的人文关怀交融一体,以对于现实的合目的的改善,体现其理性考量,落实其人世关切。也就如此,“有限度的合作”即是“有原则地做事”,一种秉持道德理性的实践理性。

现在我们常说“做事”,端着饭碗总得做事,而做事就不免涉及人际交涉,合作与冲突皆不可免。如果“做事”,那么,秉持实践理性,持守任事用世态度的法学家,必然会面对如何“做事”的问题。在此,既要保持原则,又要将事情办成,甚至办好,就成为基本的标格。就此而言,所谓做事,常常不过是在既通权达变,又不失原则的前提下,以对于现实一点一滴的改善,作为落实长远理想的起步而已。其间所谓从道与从势,道德理想和实用理性等等二元价值之间充满了张力,颇不容易。我们看现在一些入道的人物,要想不被人骂,就得保持读书人的底线,至少在读书人面前不要摆官僚的臭架子,现在再摆臭架子,也未必一定会有人理睬,遇到心直口快的,三、两句调侃调侃,先让你难受一下,小样儿。可人在江湖,哪能毫无闪失,又岂是完全自己做得了主的。为此,他们好像过得很得意,又好像过得很辛苦。我看着他们,并无指责,只有同情,并祝愿周遭的环境使得他们保持读书人底线的难度越来越低。

法学家的优点在于通常具有比较浓郁的规则理性和程序意识,其中一些可能还怀持同样强烈的价值理性。同时,作为一个职业群体,法学从业者还可能具备的一个“比较优势”是具有较为强烈和健全的平衡意识,面对纷纭社会利益的冲突和错综价值理想的张力,法学从业者可能会以充盈现实主义的平衡意识甚至平衡能力来落实价值理想。因为全部法律的最终目标和最高价值不外乎“公平、正义”,全部的法律技艺即在落实这一价值,实现这一目标,法学从业者因缘际会,浸淫其中,多所沾染,心智若斯,心性若斯。所谓法律之达成平衡,致力于公正,还不是经由法学家们的理性演绎,法律家们的实际操作来实现的。所以说,这些都是他们的优点,是他们可能具备的职业优势。

由此,法学家不免会有一些致命弱点。因为法学家的训练和养育过程,是以对于规则的分析、推展作为日常的作业,是以对于法律的基本原则原理的接受和对于个案的分析来领会法律精神的。但是,规则意识的隆盛,使得法律人往往不免过于局限、拘泥于规则,而无视规则背后广阔的社会生活。法学家在具有强烈的程序意识这一优点的同时,往往缺乏通权达变的政治家权谋,而现实生活恰恰需要通权达变,“经”“权”之间的推敲,往往似非法学家之长。没有一个法学家会想到“一国两制”这样一种现代联邦主义,没有一个法学家甚至经济学家会想到“经济特区”这样一种经济联邦主义,而这些恰恰是基于实践理性的一种政治智慧。

现实主义的任事用世的态度是法学家的才智特长,但是,一不小心,就可能演变为极端实用主义,十足市侩的勾当。当然,现在的法科毕业生不少会玩拉关系找路子这一套,吃吃喝喝就能“办事”,似乎并不符合上面所说的“规则意识的隆盛”、“强烈的程序意识”等等,但我们不要忘记,任何事情不仅有例外,而且例外之中还有例外呢!好比人分男女,但却有双性人;天下乌鸦一般黑,可就有乌鸦雪白雪白的!此非常态,多为不正常的社会、政治环境的产物,也不足以从根本上整体性地证伪上述关于法律人基本职业品性的描述。——要是无需或者无须吃吃喝喝、拉关系找路子,凡公事即公办,实体和程序清清爽爽,谁会下作去干这一套?又有谁愿意多支付边际成本呢?还不是逼的!我这样说,绝非是为“不正之风”开脱,而是旨在阐明法律的品性与法律人的职业品性。

所以,在一个常态而非总是处于“疾风暴雨式”的革命状态中的人间秩序下,法学家的作用是对这些框架在事后进行填充和细化。法学家具有衡平意识,而不致于剑走偏锋;强调对于社会生活的改善以积累一点一滴的改善之和为径,这是现代法治安排下保证市民生活具有可预见性和可操作性的一个重要制度条件,恰恰是进行这项工作的能工巧匠。即便如此,话说回来,凡此职业理性同样不免有缺点,有时候社会生活的改变是以渐变和顿变,即所谓增量发展和变量前进而相辅相成的。法学家们从来就是主张增量发展,从来没有想到突然之间的变量性前进,而后者则是非法学家们,不管是在中国还是在西方,最善于把握的。——“决断”是转型社会的推手,是政治家的专长。又如,如前所述,法学家的优势还在于通常具有比较强烈的道德衡平意识和比较健全的价值判断,因为法律是关于达成公平正义的艺术,要给人世生活一个“活法”,而法学是关于公平正义的学思,要给规则及其背后的生活寻着一个“说法”。所谓“说法”,语义之一就是所谓的 justification,意在提供正当化,赋予你认为“对”的事物以道德理据。因而,法学家通常不能够容忍在发展中国家或后发国家,以效率为先导的经济增长模式。有些时候,以效率为先导的经济增长模式与法学家们以公平为杠杆进行正义调节的方式之间会出现紧张,甚至是极度的紧张。也就因此,中国在经历了20年高速经济增长的今天,如何落实分配正义,防止社会分裂,便成为全社会的急迫课题。在此情形下,法学家的登场,可谓水到渠成。

(二)法学家的职业前景

说到法学家在中国社会发挥的作用,其实在今天并不十分彰显,至少可以说不算最为彰显。百年之前清末变法,便是政治家搭台,法学家唱主角。沈家本、伍廷芳都是学法律的,一水儿职业法曹。到了民国,法学家的地位好像也比现在高。战争连年,而能有“六法”体系问世,即属奇迹,也是法律人劳心劳力的结晶。王宠惠二十几岁就做外交部长、司法部长,一生宦海浮沉。王世杰更是官至二品,寿禄以终。民国政府里有很多学法律的。即便是到了人民共和国成立后的最初时期,法学家的地位也比现在高,好歹有诸如史良这些人扮扮玩偶。此后没几年,法学家遭遇“黑色星期五”,而且一黑就黑了30年,直到“改革开放”。然而,物是人非,死的死,老的老,荒的荒,事情并不是说办就能办成的。事实上,直到今天,距20世纪80年代初“改革开放”后第一批法律人走上社会已然有一代之久,但法学家并没有形成一个从政的势头,也没有形成法学家、经济学家等等受过社会科学领域专业训练的人士成批走上政治舞台的前提。所谓“法学家从政新潮”,什么“政法系”,多数为新闻用语,要么是不明所以的瞎掰,要么是善意的鼓励。不过,话说回头,假以时日,法律从业者纷然登跃政治舞台,必将是中国的一景。——本来,法律和法学就是干这一行的嘛!

这里,我还有一个反调,即便到了未来,从政务官和事务官的区分来分析,恐怕法律人更适合做事务官,而未必是政务官的最好人选;至于法学家,将来可能更多的是经由律师出身到议会里面去混混。真正要做事的还是那些有实践经验的、干练的、往往不受规则意识拘束,或者说不仅仅受规则意识拘束,眼光不仅仅局限在规则上面的这样一些人。即便是在多数西方国家,法学家出身的这些人士也往往都是在议会里混的。可能,有时候他们太相信法律,沉迷于法权程序的力量了。但是,话说回头,正是对于法律的确信,特别是对于法制的程序主义安排的依恃,构成了所谓法治的重要精神与制度支柱。在此,不可回避的一个问题是引发诸多争议的“法律信仰”命题。

四、法律信仰是一种基于深厚情感的理性的确信

曾有学生问我,王观堂曾言“可爱者不可信,可信者不可爱”,信仰、美感和理智的巨大冲突可能是他选择自溺的原因之一。同理,对于法律权威性的预设与对于法律的道德反思之间,同样存在着巨大张力。在此,“法律信仰”这一命题能够解决以及如何解决其间涉及的种种问题吗?关于法律信仰,我们曾经用过“信仰的姿态”这一陈述,那么,如何保证作为预设而非事实的信仰不至蜕变成对于赋信者的一种再度欺骗,或者,成为一种美好而又不可及的幻梦呢?

的确,这些都是论及当下中国法律的实践,特别是作为意义体系的中国法的实践时,所不可回避的问题,也是笔者个人的思虑所在。自拙编《法律信仰:中国语境及其意义》刊行以来,法学界续有新论问世,观点对立,毁誉交加,^[3]说明这一“务虚”命题恰恰触到了我们的痛处,表明“给我们一个守法的理由”不仅事涉法律的正当性,而且直接攸关现实法制的实效,道出了“这真实的世界需要虚拟的神圣”这一乖谬,正如“思想的最为内在的统一性却依赖于最为外在的假设”。另一方面,却又说明“正义的必然就是神圣的”这一古老命题,不予欺也。

其实,我们使用“信仰”一词是一种无可奈何的选择,但却是一种较不坏的修辞进路。为了说明这一问题,让我们把话题扯得稍远一点。常常说信仰是和理性对立的。但是,如果我们看看人类的思想史,特别是晚近“启蒙”以来“神、俗”往还的过程,将前后曲折联系起来通盘分析的话,就会发现这也是一种神话。信仰并非对立于理性,正如理性恰恰为信仰预留了空间。用卡莱尔的话来说,理性是自己不知道自己为理性的东西。如果这就叫理性,其本身就构成了反讽。换言之,作为一种有限理性的载体,一种永远有待完善的存在,人总有未知之域,命运中多的是不可抗拒的事。“命运”一词本身就是对所谓“理性”的挑战,而这两个词及其各自状述的实存,正源于同一主体性意志,真正不是冤家不聚头。因此,对于生活的未知之域,不论是未知的自然之域还是未知的心灵之域,乃至“命运”,乃至天命,心怀敬畏,时时感恩,处处收敛,以庄敬平和的心情,一种有情有义的充和澄澈之境,逐步逼进理性的至境和人的完善。我们庶几乎将这个叫做“信仰”,当然不是宗教意义上的,而是一种理性的“确信”,因而,也不妨说这就是理性,正如对于理性之信誓旦旦其实就是一种信仰。——对于存在的指证正说明存在本身的虚幻,可无此虚幻,连指证也不可能。

由此,关于法律信仰有两个关键词,构成了理解的关节,即“拟信”和“赋信”。所谓“拟信”是指假设性地确信法律应当如此,应当并且事实上具有这样的效力,而且我知道或者确信与我生活在同一法律体系之下的人,不管是律师、法官、检察官还是一般公民,包括作为我的对手的原被告,也不论是接受过法学教育的人,还是对于法律、法学并无多少知识的一般市民,我们都认为法律应当具有并且实际上具有这样的效力。法律应当如此,我们大家共同抱有这一同样的确信,同等的确信。所谓“信仰的姿态”,即此之谓。它不是虚伪,而

[3] 魏敦友:《再评“法律信仰”——向许章润先生汉语法学的进言》,载《福建公安专科学校学报》2005年第1期;叶传星:《法律信仰的内在悖论》,载《国家检察官学院学报》2004年第3期;杨敬轩:《论实用主义信仰观对塑造我国法律信仰的影响》,载《福建法学》2005年第2期;张永和:《法律信仰的不可能》,载《政法论坛》2006年第3期。

恰恰是真诚,对于自己理性的确信及其对象的无保留贴近。

这一过程从另一个角度来讲其实即为“赋信”。什么是“赋信”?就是“赋予相信”,把我的信任、相信和确信,赋予、投射与寄托到这样一个实体上去,并且常常是无保留地托付于这一实体。这个实体不是别的,就是法律,司法机构不过是它的具象化,是它的忠实利器和生命形态。此处所谓法律,不仅是指民族国家的实在之法或者体现为国际正义的国际规则,而且是我们心中确信的法律的应然状态,一种天之道,人之理,人人心中本有的自然之法。就此而言,法律信仰首先是一种道德事实,属于存在本身,正需要并且能够指证呢!

诸君,在纷纭变幻的现代社会,在神的秩序和所谓铁的历史发展规律被现代和后现代话语击碎的人世生活中,在一切“神圣”均被无情解构的当下时刻,还有什么东西能使我们感到保有确定性呢?还有什么东西能使我们感觉到在这样一个不确定的世界中,能够、会、将、必然给我们提供一个确定性的预设,一个确定性的前景的呢?什么也没有,实际上只剩下法律。一切其他的东西统统难当此任。比如说道德,你此时此刻对于某事某人的道德评判可能就跟我不一样。现在不是讲道德相对主义吗,相对主义大行其道嘛!除开一些最低底线的道德,我们还能到哪里找得到共同的道德价值呢?而何种道德得为“最低底线”,可能又是仁智互见,莫衷一是。又比如信仰一种神学宇宙图景,可我们的教育让我们“知道”此种固有的宇宙图景根本就不存在。——现代“教育”摧毁了我们的信仰冲动,科学让一切物质化。宗教信仰本身就是一个矛盾重重、派别林立的世界,常常不是赋予安宁,而更可能是无所适从的原因。看看现在的世界,“十字军东征”硝烟弥漫,而杀害主张和解的拉宾先生的居然不是敌对宗教的信徒,却是本族本教的不同教派的凶手,怎不让人感到一切的一切之“不确定”呢!

因此,在人世生活中真正让我们感到能够托付,感到具有确定性的,只有法律而已,因为法律是确定的,至少是在一个主权国家内一体奉守的,必须要去执行的。所以这是一个把我们的信任,把我们关于生活的稳定性、确定性和可预测性这样一种心理期待、理想追求投射到这一实体上来的过程。我们都相信你是个好人的,连你自己也相信,而且真的照此行事,你就是个好人。人们常常调侃说一个人做了一辈子伪君子就是个真君子,就是这个道理。法律信仰也就是这么回事。——人民之免于恐惧的权利,要求法律赋予现实人生以如此规则性和可预测性,亦即要求做出此种“拟信”与“赋信”。倘若实在之法不能满足“赋信”,法律理性和公民理想便会要求其复位,以兑现承诺,让人世保有确定性。也就因此,“法律信仰”这一命题不是什么“神圣论述”,其所赖以奠基的也不是什么“独断论述”,而恰恰是法律理性。

令人尴尬之处在于,我们此刻生活的这一时代,从西方意义上讲,曾经经历过理性启蒙,又经过了并可能正在经历着所谓后现代思潮的洗礼。不管刻下的中国是否真的具有此种后现代焦虑,特别是此种焦虑是否属于中国的普遍现实,但包括中国在内的整个世界都被裹挟进这一西方时空,面临着诸种冲击和冲突,则是不疑的事实。可能,前现代存在、现代性追求与后现代焦虑同时俱来,混杂而下,更为接近事实。因此,以“法律信仰”这一进路希望对中国法治建设有所帮助,实际上正暴露了这一尴尬时代的一种法律尴尬,即制度安排与实践层面的各种手段均已用尽却还没见效,于是我们发现可能从心的角度,从诸如所谓“法律素质”的修养这样一些角度进入,也许未尝不可以有一点点作用。具体有多大作用,很难讲,但总归有些作用。——相信有此作用,朝此用功,这也是“法律信仰”的内容。况且,无

人能够否认,法律不仅是一种规则体系,同时并为一种意义体系,必须有“心”的配合,才能成为真正的规则之治。既为一种意义体系,则必有对于其意义的体认和发现,也必定存在“信”还是“不信”的问题。之所以信,是因为法意与人意切合,两心相悦;之所以不信,正由于法意承载的不是人意,更非天意,而是任意与肆意,悖情而逆理。无论信与不信,正说明“人人心中有杆秤”,即吾心与天道通达,每个人均为堂堂正正的道德主体,自有确信在焉,哪里是实在之法及其立法者所能垄断得了的。因而,法律信仰这一命题,同时是一个具备充沛的道德批判力的范畴,逼使实在之法不断逼进应然之法,即力促其符合我和你,我们和你们,符合我们大家心中的理想法律图景的批判的武器。既然如此,它哪里是什么“独断论述”呢!这虚拟的神圣倒真正是人间的愿景呢,又哪里是什么“神圣论述”呢!倘若讲理到此,你还非要我举出这样一种东西让大家用显微镜看看,供大家摸摸,用尺子量量,以证明其非独断而客观,去“神圣”而世俗,老天爷,我只能说秀才遇到兵了。

至于中国传统中是否存在一种超验的神圣之维,从而为此提供心性基础或者文明基础,则牵连广博,非一言一语所能即刻断定。好在新儒家的阐发,老中国人自己的文字,都在那里摆着;乡民们过日子的常态,我们自己的内心冲突,眼前的公民维权实践,^[4]都还能看到,也都能有所感受。——去看一看好了!去感受一下好了!

总之,汉语文明对于法律、法学和法学家的思考,有关法律信仰命题的争论,不能脱离百年中国的语境。它们既是这一语境的产物,同时并成为这一语境的有机组成部分。建设法律的生活方式,将中国整合成为一种法律共同体,从而解决“中国问题”,实现中国的社会、文化转型,这是有关中国法制与汉语法学的一切当下思考的基本问题意识,也是汉语文明的浓浓法意所在,而构成所有汉语文明法律从业者念兹在兹的百年事业。现代中国的法学缘此问题而生,伴此问题而长,与此问题共枯荣,相始终。今天重温这一历史进程,梳理其进退,分析其得失,探查其消长,辨析其起承之间的内外因素,总的用意不外是希望于实践和表述的互动中,总结百年中国法学思考的基本精义,提炼出汉语法学的理论形态。若说基本语境和问题意识,这便也是一重含义,而恰为本文的旨趣所在,并与读者诸君共勉者也。

(责任编辑:竹青)

[4] 2005年11月5日,星期六,中午。走笔至此,全文杀青。扭开电视,打算胡乱看看,让自己歇息一下。正好中央电视台“新闻调查”栏目正在播报吕福山的命运故事。吕福山进城务工,在西安蹬客运三轮车谋生,屡遭恶贼侵害,被迫诉诸公堂。在一、二审和再审均告败诉的最为困难之际,吕福山“上书”最高层。为什么如此“犟”?他说:“我相信法律!笔者观此,内心极为震动。——这不就是“法律信仰”的活生生的例证吗!关于“吕福山案”,参见舒圣祥:《品评生存游戏之“吕福山实验”》,资料来源: <http://www.hnby.com.cn>,访问日期为2005年11月6日。北京63岁老汉黄振手持《宪法》抵挡强制拆迁的案例作为近年来底层民众维权的经典意象,实在是法律信仰的又一活生生例证。可能有人会说,老人未必真的相信《宪法》,不过是用作“维权”的工具而已。此论差矣!本来,法律信仰就是一种“信仰的姿态”,通过彰显最高权力的存在,一种天道天理的照明,将一切世俗权威自我标榜的正当性彻底消解,而逼迫公权力自我收敛。否则,则小民何以自保,天下岂不乱套了。信仰之为一种愿力,其愿在此,其力亦在此。