

# 走出西方法治主義的迷夢？

• 吳 彥

《中國法學向何處去》是不滿於近三十年來中國法學發展的產物。其核心問題是：「中國人究竟應當生活在何種性質的社會秩序之中？」鄧正來要做的，是重新把人們從「西方法律理想圖景」這個迷夢中喚醒。



鄧正來：《中國法學向何處去——建構「中國法律理想圖景」時代的論綱》（北京：商務印書館，2006）。

鄧正來的《中國法學向何處去——建構「中國法律理想圖景」時代的論綱》（以下簡稱《中國法律向何處去》，引用只註頁碼）在2006年

出版之後，引發了關於中國法學現狀和未來的爭論、辯駁和思考。人們或就鄧正來所批判的中國法學的「現代化範式」進行辯駁，或就他所提出的「中國法律理想圖景」的評判標準進行探討。總體上看，該書是不滿於近三十年來中國法學發展的產物。在筆者看來，其核心問題是：「中國人究竟應當生活在何種性質的社會秩序之中？」無論是對於「現代化範式」的批判，還是試圖建構的「中國法律理想圖景」，都圍繞着這個問題而展開。鄧正來所要做的，就是重新把人們從那個確定的目標——「西方法律理想圖景」——這個迷夢中喚醒：

把「理想圖景」這個因素引入對中國法學（或中國學術）的反思和前瞻，在根本上意味着我試圖在中國法學的領域中，甚或在中國社會科學的領域中，把那個被遮蔽的、被無視的、被忽略的關於中國人究竟應當生活在何種性質的社會秩序之中這個重大的問題開放出來，使它徹底

地展現於中國人的面前，並且「命令」我們必須對它進行思考和發言，而絕不能淪為只當然地信奉「西方理想圖景」之權威的「不思」的一大堆。（頁22）

那麼，該書的核心問題到底意味着甚麼？它對於我們當下的法學／政治學研究的意義到底是甚麼？它開啟了一個怎樣的傳統？並且以此為基礎，是否可能需要一種更為根本和奠基性的任務——「社會—心智」(socialized mind) 的批判、教化和規訓——作為這一問題得以被展開的前提性條件？

## 一 為「現代化範式」支配的時代

鄧正來所批判的這個時代，是一個為「現代化範式」支配的時代。從近二十多年中國法學發展的基本特徵和性質來看，這個時代是對舊時代的反動。舊時代的特徵是以「階級鬥爭為綱」，亦即用「政治」來取代「法律」並作為法學奠基。也就是說，為「現代化範式」所支配的時代，是一個「去政治化」的、尋求「法律自主性」的時代。無論是如火如荼的各種關於民法典制訂的呼聲，還是對司法獨立和法律職業共同體的倡導，其所共同致力的都是試圖把法律以及法學從政治的支配之中獨立出來，確立自身獨立的領地及其獨特的原則和特徵。

在這樣一個共同目的和內在需求的策動之下，主流的法學理論主張法律自身有其確定的合法性形式，主張社會和政治秩序有一確定

的目標，即西方中世紀後期以來逐漸確立起來的「法治」傳統。這一傳統宣稱法律對於政府權力的制約，宣稱法律相對於政治的獨立性和建構性，並宣稱法律自身具有內在的合法性標準和依其「自然」而存在的性質，並且認為這種性質不依賴於任何政治或道德的標準。

這種主張認為中國法學和中國社會／政治秩序有一確定的高級目的，或者說存在着一個確定的合法性標準——即西方的「法治主義」。與此同時，法治主義還衍生出一種歷史必然性理論，認為當下中國正處於一個歷史發展的必然進程之中：即從人治到法治，從傳統的混合治理（即道德、政治、法律的不分）到一個分化的法律治理，從一個「落後」的社會秩序向一個「發達」的社會秩序演進的歷史進程之中。因此，這種理論通過這樣一種歷史敘述而確立起了「必然和不可違抗的價值命令」——「憲政」與「法治」。

從總體上看，《中國法學向何處去》源於對這種單一而具有宰制性的歷史必然性敘述的不安，以及對那個「必然和不可違抗的價值命令」的不安。鄧正來所着力要克服的就是這種歷史必然性敘述所確立起來的各種話語秩序。他提出一個更為本真性和切己性的問題，即「中國人究竟應當生活在何種性質的社會秩序之中？」，試圖打破被各種話語編製起來的「神話」，並且探究「中國法學向何處去？」以及「中國向何處去？」

二十多年來中國法學所確立起來的「偽中國法律理想圖景」，外在於我們自身真實的生活秩序，外在於根據我們自身之處境而作出的

為「現代化範式」所支配的時代，是一個「去政治化」的、尋求「法律自主性」的時代，試圖把法律以及法學從政治的支配之中獨立出來，確立自身獨立的領地及其獨特的原則和特徵。

鄧正來要把理想秩序「內在化」，以對抗理性主義的自然法；要把理想秩序「實質化」，以對抗「政治同意主義」。這種「理想圖景」是中國人自主選擇和自主決斷的社會秩序，是一種更為「可欲的社會秩序」。

選擇和決斷，因此必須被取代。鄧正來通過揭示和批判「西方法律理想圖景」而重新提出了社會秩序之正當性問題，即「處於特定社會秩序中的人自主選擇和決斷這一社會秩序之性質」的問題。為了回答這一問題，他試圖把「可欲性」(desirability)這一判準作為社會秩序之正當性基礎，也就是回答中國人到底應該追求甚麼的問題。對此，鄧正來在談到法律哲學的性質時這樣寫道：

我所講的法律哲學或中國的法律哲學……毋寧是對那些「語法規則」之於當下中國的可欲性或正當性進行追究……毋寧是反思既有的法治道路和探尋一條從當下的中國角度來看更為可欲和正當的道路或者一種更可欲和正當的社會秩序……毋寧是努力把法律從中立技術的觀念之中解放出來，並且努力闡明法律是一種政治工具，進而要求法律人就如何使用這種政治工具的問題進行選擇、做出決斷，使法律為中國人共享一種更有德性、更有品格和更令人滿意的生活服務……毋寧是根據我們對法律制度／法律的實施與中國在特定時空下整個社會秩序的性質或走向間關係的認知來評價這些法律制度／法律……毋寧是探尋那些能夠使中國人能夠共享一種更有德性、更有品格和更令人滿意的生活的理想圖景。(頁5-6)

因此，用法學術語來說，對「可欲性」標準的闡述構成了「中國自然法」。鄧正來在關於「中國法律理想圖景」的註釋中進一步限定和澄清了這種「中國自然法」：

我個人認為：第一，「中國法律理想圖景」是中國論者根據其對中國現實情勢所做的「問題化」理論處理而建構起來的一種特定時空的有關中國法制／法治發展的「中國自然法」，因此它是被建構起來的，而不是被發現的，更不是對現實本身的描述；第二，它是一種階段性的「中國法律理想圖景」，而這意味着它會因特定階段的變化而變化；第三，「中國法律理想圖景」實際上是對人之基本價值的普世性所做的一種「弱勢」的承認，而這意味着人之基本價值的普世性必須受到特定時空之序列的限定。(頁6)

我們可以看出，鄧正來至少在如下兩種意義上確定了他的「中國法律理想圖景」的性質，以便區別於其他類似的主張：

第一，他否棄了理性主義的自然法觀念。這種觀念認為人的理性能夠認識和發現自然法。這種自然法是某種確定和不變的宇宙的(或人類的)先天法則，並且是某種最終的高級價值秩序。這種觀念內在地支配了二十多年的中國法學。這種理念認定自然法則具有實在的內容，因此又可以稱之為「實體自然法」。

第二，他同時也否棄了某種純粹的「政治同意主義」的主張。這種主張要麼把人們的普遍「同意」(consent)作為社會秩序的正當性基礎，要麼通過某種除去內容的形式化處理(例如程序正義)而試圖確立一種社會秩序。這種理念可以被稱為「形式自然法」。

鄧正來力圖超越「實體自然法」與「形式自然法」這兩條路線。首

先，他要把理想秩序「內在化」，以對抗理性主義的自然法；其次，他要把理想秩序「實質化」，以對抗「政治同意主義」。因此，他所提供的既是某種「更有德性、更有品格」的「生活的理想圖景」，同時也是一種「更令人滿意的生活的理想圖景」。這種「理想圖景」是中國人自主選擇和自主決斷的社會秩序，也是我們感到幸福和善的社會秩序。因此，這種「理想圖景」是一種更為「可欲的社會秩序」。

由此，鄧正來把「可欲性」這一判準作為社會秩序的正當性基礎。正是在這一點上，筆者將其稱之為「政治理欲主義」，以區別於理性自然法主義（「實體自然法」）與「政治同意主義」（「形式自然法」）。

## 二 「可欲性」：我們到底要追求甚麼？

那麼這種「政治理欲主義」的基本性質是甚麼？或者說，作為其判準的「可欲性」的基本性質是甚麼？在《中國法學向何處去》中，「可欲性」等同於另一個概念——「合法性」。這兩個詞在書中經常被同時使用，但是，鄧正來並未進一步界定和論述這兩個概念。然而根據上一節所引用的段落（頁5-6），我們仍可確定這一概念的基本含義：第一，「可欲性」是政治秩序的合法性判準；第二，「可欲性」指一種人的主觀狀態，即一種「令人滿意」的狀態；第三，「可欲性」是一種自主的狀態，即「主體性」的狀態；第四，「可欲性」所指向的是某種「更有德性」和「更有品格」的生活。

通過揭示「可欲性」的基本含義，我們可以看到鄧正來所要建構的理想的政治秩序存在以下的基本性質：

首先，他否棄了西方古典自然法的進路。這種進路試圖把外在的高級秩序（自然秩序或上帝）作為現存秩序的基礎。與此相反，他試圖把人的意志、人的「主體性」（主觀性）以及人的自主選擇作為政治秩序的合法性基礎。這也是現代政治哲學最為基本的信念之一。

其次，他想借用古典政治哲學的一些基本觀念（例如德性和品行）來改造現代政治哲學的「同意主義」傳統，為它賦予一個更為實質性的內涵。這一點不難理解，因為在人們普遍同意之下做出的政治決策或者建立的社會（法律秩序），也許是非常糟糕的、非常不能令人滿意的，也就是說，非常不可欲的。

那麼，這種把「可欲性」作為政治秩序的合法性基礎的努力是否成功呢？甚或說，在確立政治秩序的合法性基礎時，如何可能既訴諸人自身的意志選擇，同時又達致一種實質性的理想狀態（即「更有德性」、「更有品格」的生活）？是否需要一種基礎性的批判為「可欲性」這一判準奠基？

## 三 「可欲性」的基礎：如何「正心」、「誠意」？

施特勞斯（Leo Strauss）在其評述現代政治哲學的性質時這麼說①：

與理性主義的這個決裂，是一般近代政治哲學的根本前提。這個決裂

鄧正來試圖把人的意志、「主體性」以及人的自主選擇作為政治秩序的合法性基礎，同時想借用古典政治哲學的一些基本觀念來改造現代政治哲學的「同意主義」傳統，為它賦予一個更為實質性的內涵。

在霍布斯的著述中最高為尖銳痛切的表述，在於他將君主的最高權力，不是視為理性，而是視為意志。正確的理性，在「自然事物」之中並不存在，而代替它發揮作用的，與其說是掌握着君主權力的那個人或那些人的理性，不如說是那個人或那些人的意志。

在這種意義上看，現代政治哲學起源於霍布斯 (Thomas Hobbes) 的《利維坦》(Leviathan)。他反對亞里士多德的政治自然主義 (political naturalism) 觀念，認為政治的合法性基礎既不存在於「自然」之中，也不存在於「理性」之中，而僅存在於「意志」之中。換言之，政治是被有「個人意志」的個人所創造出來的。現代政治哲學脫胎於中世紀的上帝創世觀念，並繼承了其神學創世的基本背景，即繼承了「意志」優先於「理性」的基本信念。

在現代政治哲學中一直佔據支配地位的「政治同意主義」——表現為各種各樣的社會契約論形式——源自中世紀後期的唯意志論 (voluntarism) 傳統。最初，「政治」的內涵包含有理性 (logos)、德性 (virtue) 和正當 (justice)；而現在，它則成了「意志」的專有物。「意志」被理解為一種脫離理性、德性與正當的事物，它自詡能夠創造整個世界。因此，放縱的個人意志 (individual will) 就滋生出虛無主義，而放縱的集體意志 (collective will) 則滋生出極權主義。

《中國法學向何處去》所設想的「可欲性」判準正是為了回擊「政治同意主義」觀念。因此，它首先必須進行一種基本的批判，即對於創

造政治秩序的「個人意志」本身及其載體——「個人心智」(individual mind)——進行一種前提性的批判，從而使得心智本身能夠免受「虛無」的侵蝕。也就是說，在「意志」進行任何決斷之前，必須對「可欲性」的意欲主體 (the subject of the will) 的正當性進行批判。

然而，恰恰對於這一關鍵性問題，鄧正來的回答隱晦不明。在根本上，他仍以現代社會學的假設作為基本前提，尤其是康德 (Immanuel Kant) —曼海姆 (Karl Mannheim) —布迪厄 (Pierre Bourdieu) 一系的知識論傳統。這一傳統試圖通過建立「主體性」來達致重構「社會—心智」的目的。甚或說，這一傳統是想通過主體的自主性實踐來達致政治秩序的重構。應當說，這種「主體性」的進路是基於這樣一種信念：因為「社會」與「人的心智」是同構的，因此通過建立「主體性」就可達致對於現實社會的重構。

這種理念尊崇現代社會學的一個基本信念：即認為人的心智本身並不包含任何先天原則，人們心智中所具有的先天秩序其實都只是社會的產物，也就是說，都是被塑造出來的。從這一意義上看，現代社會學在一定程度上是以洛克 (John Locke) 的「心智白板說」為前提的。因此，「社會」就成為科學探討的首要對象。同時，對於心智的關注也就讓位於對於心智的根源 (即社會) 的關注。現代政治哲學遺忘了對於心智的教化與規訓。通過「社會—心智」的二元論，現代政治哲學家確立起了認識論在政治哲學中的支配地位。因此，心智的批判、教化和規訓這一古典政治哲學的基本問

《中國法學向何處去》所設想的「可欲性」判準正是為了回擊「政治同意主義」觀念。因此，它必須對「可欲性」的意欲主體的正當性進行批判。然而，恰恰對於這一關鍵性問題，鄧正來的回答隱晦不明。

題，蛻變成爲現代政治哲學中的制度建構問題。

在古典哲學中，心智的批判、教化和規訓一直是道德與政治哲學的基本主題。在這裏，心智秩序與社會秩序是同構的。無論是柏拉圖還是亞里士多德，都認爲心智與城邦具有內在的關聯性和一致性。因此，教化就成爲城邦政治的一個至關重要的組成部分。《理想國》、《法律篇》、《政治學》幾乎都在談論各種對於心智的教化與規訓，以便達到心智的正當。中國古典政治哲學也基本採取了教化與規訓心智的進路。「中正」、「誠」、「幾」諸種觀念都擁有規訓人類心智的功能。孔子—孟子—九淵—陽明一路的「政治—心學」就秉承這一基本理念。

首先，現代政治哲學和社會學預設了「社會—心智」的二元性以及心智本身的社會性。這動搖了古典政治哲學關於心智的基本觀念，並進而取消了教化和規訓心智在政治哲學中的核心地位。其次，認識論中的懷疑主義使現代政治哲學家開始質疑心智所具有的道德性。「意志」本身取代了心智的道德性(morality)，成爲政治哲學中的基本原則。《中國法學向何處去》正是以現代政治哲學的這個基本預設爲前提的。然而，鄧正來對於現代政治哲學所遭致的虛無主義後果表現出了充分的警惕。尤其是在他批判二十多年來的中國法學時，放棄了通過「人們普遍的同意」來建構政治秩序的進路。在他看來，這種通過人們的普遍同意而爲政治奠基的進路是虛假的，是滋生「反智」現象和虛無主義的根源。

相反，鄧正來所真正企望的是一種更具實質性內涵的「自主性」，即一種更具「自我意識」和「自我批判」的「主體性」。然而，在《中國法學向何處去》中所確立起來的「主體性」，在一定意義上卻仍舊是現代認識論的後果，並且在根本的意義上，這種「主體性」是自我取消、自我虛無化的。它是「意志」這個現代原則的表現，也是虛無主義和極權主義這些現代獨特的政治現象最初的根源。因此，從這種意義上看，該書並未在根本的意義上解決其最初所面臨的問題——即「政治同意主義」所衍生的虛無主義。

因此，在筆者看來，鄧正來所提出的從「無主體性」過渡到「主體性」的進路，最終還必須要過渡到對於「主體性」先行的批判、教化與規訓。也就是說，作爲政治秩序判準的「可欲性」的承載主體本身，首先必須經受先行的批判、教化和規訓。從某種意義上說，這種先行的批判、教化和規訓正是我們得以進行選擇和決斷的條件，也是我們成爲甚麼人的條件。因此，在此意義上，筆者更願意在「中國人究竟應當生活在何種性質的社會秩序之中？」的逼問下，追尋一個更具前提性的問題：「我們(中國人)究竟應當如何去『是』(sein/being)？」

鄧正來在批判二十多年來的中國法學時，放棄了通過「人們普遍的同意」來建構政治秩序的進路。他認爲這種通過人們的普遍同意而爲政治奠基的進路是虛假的，是滋生「反智」現象和虛無主義的根源。

#### 註釋

- ① 施特勞斯(Leo Strauss)著，申彤譯：《霍布斯的政治哲學》(南京：譯林出版社，2001)，頁193。