

如何思考政法

■ 强世功

鸦片战争以来,不平等条约和国际法传入中国,引发西方法学观念随着制度改革和知识传播进入中国。特别是晚清宪制改革和法律改革,不仅西方政治法律制度被大规模移植,现代教育模式和法律学堂也随之而来,西方法学教科书以及相关的理论著作随着“西学东渐”被大规模翻译,由此奠定了现代法学的基础。要理解现代法学的品格,理解政法法学在现代法学中的地位和演变,必须将法律问题放在古典文明秩序被摧毁而现代文明秩序重建的艰难探索这个古今中西之辩的大背景下来理解。

一、法律革命与政法法学

清末法律改革通常被看作一场大规模的法律移植运动。这意味着“法律”被想象为一个独立自足的存在,一套完备自足的规则体系、制度运作及其相关知识,可以跨越历史、社会乃至文明进行移植,就像罗马法发展为民法法系,普通法发展为普通法法系一样。“法系”概念实际上是对法律移植历史的概括和总结。然而,对法律移植论的批判往往强调法律与政治、经济、社会、文化乃至自然地理的内在有机的整体性联系,意味

着法律不可能脱离“法的精神”,法律移植必然牵动着整个政治、经济和文化秩序的移植和重建。

罗马法的移植运动首先通过欧洲大陆国家对罗马法的继受形成了大陆法系,这不过是发生在欧洲文明内部的法律复兴运动。普通法的移植主要通过初民社会建立殖民帝国而顺势扩展。比较之下,晚清以来中国的法律移植运动要复杂得多,因为中国不属于欧洲文明,也非初民社会,而是具有历史悠久、幅员广阔且高度发达的文明体系。从这个角度看,晚清以来的法律移植无疑是法学研究的重大题材,成为法律移植逐渐引发文明秩序的整体移植和重建的经典案例。

比如“不平等条约”导致国际法进入中国,推动了国家治理体制和经济体制的变革和文化观念的变迁,不仅建立凌驾六部之上的总理衙门,翻译西方国际法著作,建立现代海关体系和财税体系,还将中国小农经济纳入全球资本主义经济体系中,形成沿海口岸城市与内地农村的二元体系。为了废除不平等条约并作为平等的主体加入欧洲威斯特伐利亚体系,中国被迫放弃传统天下体系,而将自己转变为欧洲式的现代主权国家/民族国家,推动了晚清宪制改革乃至国民革命,最终建立西方模式的共和国。然而,帝制复辟和

强世功:北京大学法学院(Jiang Shigong, Peking University Law School)

共和国不稳固又被追溯到其文化基础,法律移植运动引发文化革命,从而废除中国传统教育和知识体系,引入西方现代的教育和知识体系。由此可见,恰恰是法律革命触发和推动经济革命、政治革命乃至文化革命,可见,法律在整个文明秩序中占据着牵一发而动全身的核心地位。

在这场漫长的革命中,法律移植实际上是一场法律革命,即摧毁中国传统文明塑造的中华法系,引入西方法律体系,并在此基础上逐渐生长出现代政治法律秩序。一方面,法律作为一套相对独立完备的规则体系、制度体系和知识体系,有其自身的独立性和稳定性,一旦确立起来就会形成一个自动运转的系统,既是一种摧毁性力量,也是一种建构性力量,作用于其他社会系统。可另一方面,法律系统并不是自足的,法律移植、制度创制以及法律制度的运行均高度依赖于具体历史情境中的政治实践。无论在何种意义上说,法律始终都是活生生的政治生命的结晶。法律的诞生意味着规则和秩序的建立,意味着活生生的流变中的政治的消亡。然而,新的政治生命又必须摧毁旧的法律秩序而建立新的法律秩序。

在这个意义上,“法律革命”这个概念本身包含法律与政治之间的内在冲突和张力,活生生的政治往往展现为生机勃勃的革命,而法律虽然可以成为革命的工具和手段,但它本身包含着对革命的约束和消减。理解近代以来这场漫长的法律革命,乃至世界范围内法律移植运动引发的法律革命,首先必须考察政治与法律、法律与革命的内在关联。如果说法律的生命在于“法的精神”,那么将政体、经济、文化、地理等要素统合在一起的活生生的力量就是政治。法律的生命在于政治,法律的创生来源于政治,法律的运作依赖于政治,法律的死亡也归因于政治。在最广泛意义上说,法学从一开始就是政法法学,无论是服务于法秩序的建构,还是服务于法律职业技术

操作,无论是服务于法律的正当性思考,还是服务于法律的运作分析,都需要从政治视角来理解法律。

二、法政与政法:承认政治与革命政治

由于近代以来法律制度、法学教育和法学研究的移植品格,法学研究从一开始就实现了与西方接轨。当时西方法学理论的主流思潮乃是自然法学派、社会法学派和实证主义法学派。而在中国法学界,吴经熊可以在美国法学院开设自然法的系列讲座并出版学术著作,而瞿同祖的《中国法律与中国社会》至今依然是法律社会学的经典之作,至于法律实证主义学派,其法律基础体现在《六法全书》中,其理论表述最终体现在马克思主义法理学中。

新中国成立之后,伴随着《六法全书》的废除和政法体系的建立,曾经的自然法学派、社会法学派等被看作资本主义法学理论遭到批判,马克思主义法学取得了唯一的正统地位。就理论而言,这是由于马克思主义法学本身具有对三大理论学派的综合性和贯通性。比如共产主义理想本身就具有自然法的痕迹,基于阶级划分、阶级斗争和国家统治来认识法的本质本身就是法律社会学理论,而强调法律的暴力镇压职能无疑是法律实证主义的理论核心。就政治而言,马克思主义法学理论首先是一种现代国家建构的理论,其法学理论服务于新兴现代国家的建构。由此,与党领导国家的政治制度和政法体系相适应,马克思主义法学在中国也就形成了独特的政法理论,即关于“国家和法的理论”。可以说,政法理论乃是西方法学理论进入中国之后,与中国的国家建构和法制建构实践相结合,形成的一套扎根中国本土的现代法学理论。

如果从更广阔的视野看,马克思主义政法法

学之所以能吸收并取代三大法学流派而取得“罢黜百家,独尊一家”的局面,很大程度上是由于近代以来的中国革命进程经历了从“承认政治”到“革命政治”的转向。晚清的宪制法律改革乃至革命,无非是将中国从一个帝国文明秩序改造为主权国家。这与其说是西方炮舰下的被动接受,不如说是中国人在接受西方关于文明与野蛮观念的新尺度之后,展开的一场积极主动的革命运动。在这种背景下,戊戌变法、辛亥革命乃至国民革命始终秉持“承认政治”的逻辑,即以西方文明为尺度和标准,对“野蛮愚昧”的中国进行全盘改造,从而将中国变成西式的文明国家,获得西方文明国家的承认。

“承认政治”的典范就是作为文明“优等生”的日本。因此,甲午战败后中国的政治改良、革命乃至法律移植实际上是以日本作为样板,而日本又以欧洲为样板,今天很多西方法律概念的中文翻译是由当年的日本人完成的。正是在“承认政治”的背景下,先是日本的法学家,后来是英美的法学家直接指导中国的法律改革和法律教育,从而推动中国法学与当时西方的法学研究接轨。从日本而来的承认政治带给中国法学的一个重要概念就是“法政”,法政学堂由此应运而生。这个概念表明,日本人、中国人不需要思考何为正当之类的“法”的根本问题,关于“法”的问题西方已经给出了明确的标准,日本人、中国人所需要的仅仅是按照西方提供的“法”来搞政治,无论是革命还是治理都必须按照西方人确立的尺度进行技术化操作,这就导致技术化的“法律移植”运动。

然而,巴黎和会沉重地打击了几代中国人对获得西方认可的“承认政治”的期盼,由此引发五四运动并加速了马克思主义在中国的传播。马克思主义从政治经济学视角来分析法律,揭露西方的“文明”话语,包括清末法律移植而来的一套

法律话语和法学理论,最终不过是服务于其帝国主义和殖民主义的阶级统治工具。中国人要想获得真正的独立解放就必须从“承认政治”转向“革命政治”,将人民大众凝聚为真正的政治主体,建立人民当家作主的社会主义制度。新中国之所以确立马克思主义的正统地位,无疑是这种“革命政治”的产物。“承认政治”和“革命政治”的根本区别在于中国人的政治主体性和独立性问题。“承认政治”否定了中国人的政治主体性,要求中国在政治上只能依附于西方主导的世界帝国秩序,在思想文化上只能认同西方人确立的价值观和生活方式。“承认政治”从一开始就假定了历史终结,全面的法律移植以及由此带来的文明全盘改造就成为必然。然而,“革命政治”肯定了中国人的政治主体性,即中国人有确立自己的价值观,选择自己迈向现代化的发展道路乃至生活方式的能力。“世上本没有路,走的人多了,也便成了路”。人民为自己立法的自由精神恰恰是“革命政治”的核心。

在“承认政治”下,立法工作基本上就采取法律移植,传统社会中形成的礼法习俗唯有符合西方法律标准才能被吸纳为法律,司法过程中形成法律职业主义的西方“法言法语”的专制。而在革命政治下,人民的主体性首先就体现在立法中,即唯有经过人民生活实践的检验,行之有效成熟之后,再总结经验将其上升到法律,在实践中检验的过程恰恰是对党的政策摸索、实验的过程。由此形成一种实验主义的思路,将成熟的政策上升为法律,让政策和法律形成有机的互动,乃是人民自下而上作为立法者来立法的重要途径。这种人民立法的模式与法律移植自上而下采取专家立法的模式形成了截然对比,中国人面对移植法往往变成被动的有待驯服的客体,由此引发“秋菊的困惑”。

同样,在司法过程中,司法判决也不是专业

化的法律机器运作,而是创造出“马锡五审判方式”这种独特的法律调解制度,其要义无非是让普通百姓的意见与职业法律人的意见、传统习惯法与国家法,进入一个平等交流的民主政治空间中,形成法律的人民性与民主性、法律的科学与专业性之间的平衡。今天司法活动中强调的法律效果与社会效果的统一,依然秉承了马锡五审判方式所强调的人民主体性的精神。这一切意味着新中国不仅在开辟自己的现代化道路,而且也在开辟“人民立法”与“人民司法”的独特法律道路,逐渐在实践中探索和创造出不同于西方的法治模式。

三、从政法理论到新政法理论

在法律革命的背景下,政法理论必然包含了法律与革命之间的矛盾。这就意味着政法理论所建构的法秩序始终处在一种动态运动和变革状态中,因此法律在不同时代因应不同政治环境和政治理念而呈现出不断变化的面貌。因此,我们不能简单地将改革开放之前的法制建设与改革开放之后的法治建设割裂开来,没有完善的法律制度,就无法实行法律的治理。相反,我们恰恰需要在政法理论的视野中,将这两个不同的历史阶段纳入革命(改革)与法治内在辩证运动的连续统中,理解法律在不同历史阶段的不同面貌和不同功能。

改革开放的提出和推动本身就是一场革命。这场政治革命也是一场声势浩大的法律革命,是一场与全球资本主义秩序相容的法律移植运动,以至于曾经遭到批判的资本主义法律制度和法学理论又重新回到法律革命的舞台中央。晚清以来三大法学流派又以新的面目出现了。自然法理论通过法律文化理论这个中介环节演变为一套基于市场经济的权利理论。社会法学派也

从当年庞德传授的法律社会控制论演变为后现代法学影响下的法律与社会科学,其中法律经济学扮演着越来越重要的角色。法律实证主义则随着立法和司法的完善而逐渐蜕变为法律教义学。随着人权(权利)自然法思想、法律与社会科学和法律教义学变成当代中国法学的三大主流,曾经扎根本土的马克思主义政法法学逐渐边缘化。

与这场法律移植相伴随的是“承认政治”在相当程度上的复归,因为在后冷战历史终结的全球意识形态中,革命政治的衰退和马克思主义的边缘化乃是普遍现象,整个世界在不知不觉中被编织进美国建构的世界帝国体系中。改革开放实际上处理的就是中国如何重新融入世界体系。法律革命蜕变为项简单的法律移植运动,其底层逻辑就是与世界体系实现“接轨”。正是在“接轨”的政治逻辑下,法律制度乃至法治建设似乎变成不需要政治思考就能完成的中立化、技术性和专业化的操作。可以说,三大主流法学理论虽然有方法论上的分歧,但在“去政治化”这一点上形成了默契。

“去政治化”并不意味着没有政治,而是在历史终结的意识形态下,认为政治问题随着世界帝国的降临而终结。由此晚清从日本学来的“法政”概念再度复兴,意味着中国人的政治生活和政治实现必须将其置于与西方接轨的“法”的约束之下。这种“承认政治”以及由此形成的“法政”新说必然与“革命政治”以及由此形成政法理论形成紧张乃至冲突。

在这种背景下,处于边缘地带的政法法学面对三大主流学说的压力,因时而变,与时俱进展开了艰苦的理论革新,不仅提出新的问题意识,更重要的是借助新的学科理论,提出新的政法理论命题。法治本土资源论引发的批判法律运动展现了全新的政治意识,揭露法律移植运动强调

的法律职业化不过是在争取成为“资本的语言和权势的工具”,法治建设不过是成为“资本帝国”的行省。面对“去政治化”的职业法律人的法理学,要有意识地建构具有政治自觉和文明自觉的“立法者的法理学”。这不仅需要从最具政治性的宪法问题开始,建构一套政治宪法学,比如围绕“制宪权”“代表制”“大国宪制”,以及礼法传统与党章和宪法关系等重大政法理论问题展开讨论,而且需要围绕帝国、文明与国际法等全球法秩序建构问题展开讨论,在更为一般的理论意义上思考法秩序的建构。

传统政法理论关注如何按照马克思主义经典作家构想来推动展开国家建设,包括政法体制的建设,而这种问题意识受到冷战影响,强调政法制度的社会主义性质,既区别于封建法制,又区别于资本主义法律制度。新政法法学的问题

意识完全突破了冷战意识形态的框架,更突破了经典作家的理论构想,将国家制度的建设深入文明秩序的建构,在一个全球化时代重新思考现代中国文明与人类文明的关系,在吸纳资本主义现代文明和传统文明的基础上,建构一种新的现代中国文明。因此,新政法理论实际上在致力于构思新文明秩序中的新政法秩序,从而大大开拓了传统政法法学的视野和理论边疆。当三大主流法学理论逐渐沦为法律职业的附属品而日益技术化、碎片化,或者沦为意识形态宣传而日益教条化、平庸化的时候,唯有新政法法学始终保持着理论思考的品格和理论创新的能力,通过边缘地带的学术革命而逐渐成为法学理论思考的中坚力量。

责任编辑:周 慧