

法学三十年：重新出发

冯 象

文革落幕，法学重生，不知不觉已逾“而立”。三十年于人生、于学术积累与变革，不算短了。今天我们来回顾和展望，我首先想到两点常见的误会，可以敲敲，做个引子。第一，是说法学是“经世致用”的，法学院应当偏重职业技能训练。因此就拿实务部门的一些指标来衡量，结果如何可想而知；课本上的概念定义学理分析，也仿佛仅仅是纸上谈兵、教条主义了。其实职业技能，例如博大精深的“关系学”，哪里是纸上谈得清楚的？所以叫作“实践理性”，要人去实践中摸索、掌握。再如律师接案子办案子的手段、法官“背对背”调解纠纷的分寸，只能让学生跟着实习，见识见识，谁会课堂传授？

第二，也是出于“经世致用”的迷思，好些人把法学看作替政府出主意、给立法者当幕僚之类的光荣业绩。但是，学问与官僚政治最好隔开一段距离。政治是摆弄人、与人斗的智慧，有人生来就会，不用学。还有的像拿破仑，雄才大略，一尊尊大炮做他立法的资本，《民法典》服从的“硬道理”。法学一旦“经世致用”，就跟法律这件“政治的晚礼服”闹混淆了——闹得神州大地法学院星罗棋布，硕博人口世界第一，作弊抄袭家常便饭，法治话语充斥媒体，终于成全新法治的一翼。这倒提醒了我们，若想总结三十年法学的得失教训，看清前进方向，不妨从新法治的基本策略入手，细加考察；或可推动中国法学反思并抵制受法律保护之学术/教育腐败，摆脱羁绊，重新出发。

下面我就抛砖引玉，分三题谈谈想法。

一、王元化先生的思考

王元化先生晚年，一直在思考一个问题，曾与林毓生教授讨论，引一句诗概括：“世界不再令人着迷”，指的是“文明的物质化、庸俗化与异化”，并为之感到“深深的忧虑和悲观”。“文明”大约是委婉的讲法，实指现代资本主义。自从资本主义建成“消费社会”，它所固有的种种病症，如物欲横流、极端个人中心、好莱坞式的愚昧和低级趣味，就开始加速向全球输出。冷战一停，更是变本加厉。西方哲人多有阐述，并成为“西马”与后现代主义思潮进入人文社科各个领域的一大话题。因此就理论而言，似乎纯是西学上的问题。但是，王先生的出发点不同。他关注的，不是将那“文明”的百态或变态以中国为例，再添一段注释，而是异化背后的现实，转型中国同那“文明”接轨的困境：曲曲折折，好不容易一只脚踏进“文明”的边陲，却立即受到它许多伤害，究竟出路何在？

王先生的忧思，大概从九十年代中就开始了。九六年汪丁丁先生离开港大，在《读书》杂志著文，分析当时香港大学教育的殖民地心态和商业价值取向，如何阻碍了学术进步。文章真知灼见，王先生读了，却想到更大一个问题。他担心，就其“负面部分”而论，“香港教育的今天恐怕将会成为中国教育的明天”（王元化，页 281）。不幸言中了。十多年来，中国的大学教育“香港化”“产业化”不算，还陷入了香港早已铲除的大面积腐败，开足了历史倒车。王先生还想到年青的深圳大学。深大号称“按照香港模式建立”，一切以实用为先，故不设历史系，因为“历史专业对深圳毫无用处”。王先生引龚自珍语，叹道，“灭人之国去人之史。如果自己先把自己的历史去掉了，那才是可怕的事”（同上）。可知他的理论探索，

绝非钻象牙塔的兴趣，而是针对时弊而起的。

“去人之史”，在今日中国，实际是“文明”得以输入、建设而异化的一项先决条件。因为那建设 / 异化不是凭空发生的，它需要友善的“投资”环境，包括逐步开放的市场和各种优惠特权，以及与之匹配的立法。除了进口一个叫人羡慕攀比即摹仿复制的对象（“文明”），它还营造了一个剥离出历史，只存在于意识形态的虚构的主体，即法律程序意义上的“公民”，又名“理性人”，来遮蔽社会生活中分属不同阶级的一个个的人。而我们知道，以“程序正义”掩饰腐败、消弭抗争，用私有产权的回溯实施改写历史，不是别的，正是新法治的基本策略（详见拙著《政法笔记》）。

所以，王先生晚年对“文明”异化的反思，跟八十年代知识界关于“人性”异化或人道主义的讨论，方向正好相反。他抛弃了后者天真的自信与乐观情绪，把改革的成败、几代人的强国梦，放在了产权复辟于“文明”边陲的历史大视野中，从而间接触及了二十世纪中国革命所未能解决的核心问题。而反抗“去人之史”，归根结蒂，乃是反抗对那核心问题的遮掩、改写和遗忘。又因为这反抗在现时必然是弱勢的、孤独的甚而充满了绝望，王先生的“深深的忧虑和悲观”，在文化意义上，便接近了鲁迅先生的精神，尽管他对“五四”先驱的“思想片面性”是持批评态度的。

二、新法治话语的寄生

法制改革最初的动力，来自对“十年浩劫”纲纪废弛的反拨，故谓“拨乱反正”。具体做法，是粗线条“原则性”的立法，重建司法机关，恢复律师制度和政法院系。在话语层面，则以“人治”象征必须根除的极左路线，代之以一种灵活的工具主义“法治”。为夺取“政治正确”的高地，这新法治的学理化的第一步，便是小心翼翼地重新解释马列经典中的片言只语。通过一系列微言大义的“论战”，从区分“人治 / 法治”、争辩国家法的“阶级性 / 社会性”，直至“权利本位”替换“义务本位”写进教科书，“公民”成为法定人格、私有产权和缔约自由的主体，渐渐地，“公民在法律面前一律平等”（《宪法》第三十三条）才失去了实质意义，蜕变作形式平等的“程序正义”。同时，随着《民法通则》（1986）颁布实施，开始大量输入（即复活）解放前旧法治的术语和法条解释技术，形成了中国法学与法律教育的法条主义主流。

新法治之强调权利法定、私有产权和程序正义，好处是明显的。它可以帮助压抑或消解政治意识，放逐道德理想，从而模糊关于改革的方向与步骤的争议，绕开官方理论一时不便触碰的难题。所谓“市场经济就是法治经济”，说的便是这一件为产权复辟“护航”的历史任务。这忙于护航的新体制，虽然在“学理”上划归了大陆法系（相对于英美普通法），其政法架构和实际操作却完全是“中国特色”或“人治”传统的。只是在立法技术、表层分类和一般法律术语上借鉴了外国：起初是苏联、德、日，现在是美、英。

“学理”同架构、操作脱节，意味着新法治只能侧重于立法、法条诠释与宣传教育，即建构意识形态，而非解决具体问题。本本上写着的那些个公民权利、诉讼程序、举证规则，也就往往难以落实，取代不了“人治”时代“遗留”的做法，更不消说“上有政策，下有对策”了。几乎每一场改革措施的出台，试点铺开，乃至大案要案“严打”“双规”，都不属新法治管辖。立法，只是事后追加的一个正当化程序，普法宣传的频道节目。追加既是惯例，“摸着石头过河”打政策“擦边球”，就绝无违法违宪之虞。

在此意义上，新法治可说是现行政法体制内的一种寄生性话语；是专门用于淡化意识形态色彩、掩饰社会矛盾、输入“文明”的精巧设计。表面看来，中国教育的“香港化”——其实远甚于香港的功利主义，却没有其教职员廉洁敬业的道德自律——是转型社会的局部病症：某些政策制定者的疏忽，改革家经验不足，未能预见或制止“产业化”的危害，等等。故而只消提高认识吸取教训，即可踏上正轨，直奔“世界一流”。但问题远非那么简单。教育，尤其大学教育，是精英话语和人才规训的主要阵地。这阵地若要由新法治来占领，就必须重构意识形态，排挤不同价值。因此“去人之史”的第一步，便是将受教育者改造成“公民”，给他灌输个人中心、权利至上、贪图享乐、锱铢必较的资本“理性”。而要达到这一目的，则必须屏蔽政治意识、贬低道德立场、取消学术与职业的伦理标准。其结果，便是今日大学腐败丛生，半是商场半是官场的“物质化、庸俗化与异化”。

我说“寄生”，是借用卡夫卡关于依地语的一个比喻。

依地语也叫意第绪语，是从前东欧犹太人的社区日常语言，犹太民间文学和大众戏剧的载体。它其实是德语的一门方言，中世纪犹太人的发明；他们往中古高地德语掺进希伯来词汇和表达法，用希伯来字母书写，犹太拉比称之为“德国话”（*loshen Ashkenaz*）。在卡夫卡时代，布拉格的中产阶级犹太人爱说德语，看不起依地语。卡夫卡讽刺道：依地语最让中产阶级厌恶了，因为它“没有语法”、野蛮；竟然“寄生”于一位高尚的“宿主”即德语，靠着“偷盗、征用、移入[希伯来]语汇”而存活，以至不破坏宿主的语法，就无法译成德语。而要真正懂得依地语，却只能靠犹太人寄居他乡的感觉与心灵（德勒兹、迦塔利，页56以下）。

新法治在政法体制中的运作“存活”，很像是依地语的寄生。它通过输入“文明”的术语口号，如物权、名誉权、知识产权，还有法治、人权、宪政，让宿主的社会主义意识形态逐步接纳“普世价值”，产生一种混合话语，以应付新的政治、经济和社会局势。而且，同依地语一样，这寄生话语每一次“译成”宿主话语，宣传实施，都免不了破坏后者的“语法”规则。但新法治既是“文明”的输入与寄生，它同宿主话语所依托的价值理想就随时可能发生冲突。故而政法体制的有效运作，须取决于两者维持动态的平衡。若以法国社会语言学家高拔尔（*Henri Gobard*）的功能分类理论观之，就是各守各的“领地”：宿主话语负责维持官僚体系运转、招商引资、处理纠纷等具体问题，领地极广，称为“媒介型”（*vehiculaire*）语言，即全社会通行的官话。寄生其中的新法治话语，则是统编教材和主流媒体的宠儿，主要用来掩饰社会矛盾，安抚居住在大中城市的“白领”人口，传播他们的信念趣味，描绘他们的利益立场，称为“所指对象型”（*referentiaire*）或专事意识形态生产的话语（同上，页51）。

明白了这一层关系，一些困扰法学和法律教育的老大难问题，就不难揭露病根了。比如为什么主流法学几乎是清一色的教科书编写法，面目雷同，概论加法条诠释和比较，基本不发掘回应学术问题。再如博导教授抄袭论文，单位极少惩处；歪风猖獗之下，只能由受害人出面，追究肇事者的法律责任，将后者的腐败行为（即对学术共同体与公共利益的侵犯）变成公民之间的民事纠纷，著作权名誉权官司：不仅让大学和主事者脱卸责任，还给司法腐败以可乘之机。这些灾害，原因很多，归咎于行政部门“养鸡场”式的管理，也没错。但如果从“所指对象型”话语生产的角度考察，则以编写教科书充当学术、鼓励抄袭、容忍腐败、回避问题，诸如此类，实为灌输与巩固新法治意识形态的成功策略，现阶段产权复辟输入“普

世价值”的不二法门。

这意味着什么呢？我想可以作这么几点观察。

首先，因为新法治的寄生仰赖“普世价值”的宣传，而非具体问题的解决，为了遮掩这一窘境，它只有不断把具体问题转化为意识形态说教，才能保持并扩张自己的领地。所以，主流法学作为新法治的话语产物，就特别强调言说者的意识形态立场，而不愿关心事实真相和细节；其法条主义论述便有“很强的教义倾向”（苏力，页125），总是把问题说成是立法的不足或体制的滞后，却懒得下功夫调查研究。

其次，这教义与实践的分裂，又不免削弱了“普世价值”的感召力和工具价值。而且随着腐败愈演愈烈（学术与教育领域亦不例外），新法治就很难继续把责任推给宿主，而不独立承担责任。毕竟，腐败者大多享有完备的法律保护，包括利用法律“漏洞”和繁复的程序障碍；法治“跛足”，只会促使更多的老百姓喊冤上访，转向传统“人治”的渠道。结果，每逢宝马霸道名车撞人，专家意见开脱罪犯，《物权法》草案争议不休，《劳动合同法》变成具文，都引发了政治意识、阶级觉悟的复苏，法律丧尽尊严。

最后，由于寄生“文明”的先天不足并陷于腐败，政法体制的实际运作或话语实践，便形成了一个多元的、多方利益驱动、各个阶级不断谈判的局面。并且，尤其值得我们注意的是，谈判者（包括新法治的受益人和从业者们）无须也从来没有依循那“文明”的“普世价值”的规则。换言之，“皇帝的新衣”之所以还好好披着，天天赞赏，正因为它从根本上说是不碍事、无大用、“漂亮”而已，而未必是它骗得过大人。这多元话语的建立和实践，便是三十年改革的一大成就。如果妥善运用，应对“文明”的挑战，则转型中国就得了机遇：她不必注定了沦为新法治的独占领地，如王先生担心的，一条道走到黑，异化、庸俗、物质主义；她有可能拒绝“香港化”而重新出发——“多难兴邦”，跨越那“文明”的边陲。

三、如何反抗“去人之史”

以上我们讨论了新法治的寄生策略，它同高度“产业化”、意识形态化的法律教育，及彻底官僚化而滋生腐败的学术体制的关系。我这么观察，仿佛法学的前景很悲观了，其实不然。学术体制跟随政法体制，也在形成多元话语的互动。新法治在大学的行政规划、基金收买和山头权威时时陷入腐败丑闻，正好给中国法学的重新出发，开拓社会批判，留下了空间并刺激理论想象与创新。所以展望未来，并非一团乌云而不透阳光。学术前沿和进步，首先是少数人的事业。

近年来一个显著的进步，就是社会科学的理论方法加盟法学，受到年轻一代精英学者的欢迎。社会学、政治学、经济学等进路，相对于教科书“概念法学”有个明显的优势：便于国际交流，提出有学术意义的问题，立足学术前沿。更重要的是，从现实问题和社会矛盾（而非法条术语或立法者的意愿）出发，选题研究，可以展开对法治话语各个侧面的批判，既推动改革，又提升学术。

然而最大的挑战，不在体制内的腐败和控制（如买卖学位、竞贿评估、大小山头争夺资源），而是全球化即全球美国化的形势下，中国法学整体上的边缘化、殖民地化，或王先生预见的“香港化”。由于新法治处于寄生状态，意识形态领地有限，依靠“普世价值”维生，

无鉴别无批判地输入美国的法律学说和视角立场，就极易蔚成潮流。于是，跟商贸投资金融等领域的立法一样，主流法学在话语层面已广泛接受美国的影响，跨入了“美国时代”。需要指出的是，这并非中国独有的困境。欧洲和日本早已经历了美国法律学说和问题视角的全面“入侵”。何美欢教授曾有详尽的介绍，并引述欧洲法学家的评论：“二战后，欧洲法律以及对法律的理解所发生的根本性变化，几乎全部是从美国开始的”；“几乎所有新问题都是先在美国被发现和讨论后”才传到欧洲（何美欢，页 23，25）。只不过，欧洲和日本的地缘位置，不在那“文明”的边陲；美国化的学术与“国际规范”，其利弊取舍，对于它们，和中国是大不一样的。

有鉴于此，中国法学，至少其前沿精英，就应当在拒绝学术腐败的同时，培育强烈的政治意识，关注民族利益，敢于担当历史责任。像王先生一样，把理论探讨的出发点放在中国的现实，而非任何“国际规范”或“普世价值”。如此，法学才能够触及历史真理，即上升为史学而承载民族精神，加入一个伟大的学术传统。

这后一点，或许会引起一些迷惘跟抗议：法学怎么成了史学？是这样的。法学的根基，不在法条学理、办案审判等“经世致用”技术性知识。这些知识当然有用，应该研究；事实上，也是法学家日常的工作，政府和基金会资助的项目。但是不出十年二十年，今天我们阅读参考的那些立法原理、司法学说、案例分析，甚至大部头多卷本的权威著作，无一例外，都会过时，被后人重写或遗忘。道理很简单，法律永远在变动之中，是一个新陈代谢的系统，时时在修订、增删、废止。这在转型社会，新法治寄生的中国，就更明显了。所以无论中外，称得上法学的传世之作，历来只有两类：一类有点勉强，就是选入课本逼着学生啃的那些哲人的片段论述（商鞅、韩非、柏拉图、亚里士多德、西塞罗、阿奎纳、霍布斯、洛克、康德、黑格尔等等）；另一类研究法律制度和思想的演变，则属于广义的史学，即优秀的法制史和法律思想史著作。而改革开放这三十年，恰是新法治的开端，其寄生之曲折、影响之复杂、掩饰的策略、面临的困境，连同职业道德伦理责任的崩溃和腐败化为权利之崛起，正是一流法史的素材与课题。

我希望，将来能有幸读到一部或两部这样的历史——给人以睿智、洞见和悲剧意识的历史。这任务原本是属于我这一代的，然而亲历者未必眼明，且“伤亡”如此惨重，委实不敢乐观。现在，当法学重新出发之际，或许可以寄希望于来者中的俊杰，愿他们“有一双治史的眼睛”，“不为历史的现象所迷惑，不为议论家捉弄”（陈旭麓先生语）。因为，中国法学和法律教育须具备起码的史识，才能走出新法治话语的寄生领地，抗拒“灭人之史”；才能使受教育者如自由的雅典人那样，获得为有效履行公民义务、投身公共政治而必需的美德和智慧。否则，当“文明”建成异化之日，凡自称其公民者，必再一次受到立法者梭伦的谴责（《残篇》之十一）：

将来你们感到悲伤，做错了事，
不要把责任推给众神；
是你们自己把力量交给了 [僭主] ……
人人跟随这狐狸的脚印，
大家脑子空空，
只晓得听他摇舌，花言巧语，
从来不看他实际的行动。

附识

王元化先生我只见过一面，十三年前，在先父的追悼会上。记得他深情地回忆了“一二九”运动和三十年代清华园的生活。还谈到解放前夕，他在上海地下党文委编《展望》周刊，先父在同济的文法学院执教，是撰稿人，但因为“地下环境”，并无往来；其后岁月颠扑，直至文革结束方才相见，等等。之后，又寄来他同先父的合影。从此，王先生的《文心雕龙》，他的思想文字和道德风范，于我便有一种特殊的亲切。前年，友人彭伦君策划，为王先生出一文集《人物·书话·纪事》，因书中收有他怀念先父的短文（即当年的悼词），特意寄赠一册。展读之后，对于他的坎坷身世、高洁的人品和治学的渊源，多了一分了解和体会，更觉得敬佩了。

王先生生前是华东师范大学中文系的教授，曾做过几年市委宣传部长。这后一个头衔，在异化了的世界，是庸人们仰视而趋奉不迭的；那惺惺作态常使他难堪，令他悲哀，激他思辨。作为学者和思想家，他期许后人的，一定是继续他的索求，加入他的究问、怀疑与批判，并且“根底无易其故，而裁断必出于己”。

谨以这篇短文遥寄哀思，纪念王先生。

二〇〇八年五月于铁盆斋，原载《读书》9/2008

* 本文是作者提交第四届中国文化论坛年会的发言稿。

德勒兹、迦塔利 (Gilles Deleuze & F. Guattari): 《什么是哲学》(*Qu'est-ce que la philosophie*),

张祖建译, 湖南文艺出版社, 2007。

何美欢: 《论当代中国的普通法教育》, 中国政法大学出版社, 2005。

苏力: 《也许正在发生: 转型中国的法学》, 法律出版社, 2004。

王元化: 《人物·书话·纪事》, 人民文学出版社, 2006。

<http://www.ideobook.com/566/new-departure-of-chinese-legal-studies/>