

# 批判法律理论的谱系

## 以《秋菊打官司》引发的 法学思考为例

强世功\*

**摘要** 不同于流行的“法律与文学”视角,从批判法律理论的角度重新审视法学界围绕《秋菊打官司》电影展开的讨论,能考察批判法律理论在中国的内在谱系。苏力从“秋菊的困惑”入手,秉持法律多元主义理论和功能主义法治观对主流的西方普适主义权利法治观展开批判,从而希望建构一种吸纳中国本土资源的法治。此后,对《秋菊打官司》的解读形成两个批判法律的理论高峰。一个是冯象从基督教理论和共产主义学说的左翼立场出发对法治实践趋向于全球资本帝国“法治行省”的批判,另一个是赵晓力试图从中国古典传统的保守主义立场出发对现代法治将人的生命意义压缩为资本一劳动力的批判。对此的研究一方面试图提供一个思考改革开放四十年中国法理学发展的内在线索,另一方面也希望推动中国探索新的法治发展道路和构建理想的法治秩序。

**关键词** 法律多元主义 法治 批判法学理论

1995年,苏力发表了“变法,法治建设及其本土资源”一文,<sup>[1]</sup>1996年又接着发表了“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”一文(下称“秋菊的困惑”)。<sup>[2]</sup>这两篇文章对当时法学界居主流

\* 北京大学法学院教授。本文在写作过程中,陈颀和邵六益帮助提供了相关文献,段育科协助修订了注释文献,匿名评审人提出了很好的修改建议,特此致谢。文章可能的错误由作者承担。

[1] 参见苏力:“变法,法治建设及其本土资源”,《中外法学》1995年第5期,第1-9页。该文后以“变法、法治及本土资源”为题收入苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第3-23页。

[2] 参见苏力:“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”,《东方》1996年第3期。该文后收入苏力:《法治及其本土资源》,中国政法大学出版社2004年版,第24-42页。

地位的、以法律现代化理论和西方普适价值观为支撑的“权利法治论”展开了激烈批判。这标志着伴随改革开放和现代法治兴起而成长起来的法律社会学研究进入了第二波,而这一波法律社会学研究的核心思想乃是一场持续至今的批判法学运动。<sup>〔3〕</sup>其中第一篇文章成为苏力的成名作《法治及其本土资源》的书名,以至于苏力常常被看作是“本土资源派”。<sup>〔4〕</sup>而第二篇文章则因为率先讨论《秋菊打官司》引发学界(主要是法学界)对这部电影的持续关注,从而形成了一个法学理论的解释传统。<sup>〔5〕</sup>这两篇文章虽然理论视角有所不同,但都构成对主流法治理论的批判。如果从改革开放之后法学理论的发展看,围绕法律现代化理论或权利法治论展开的赞成与批判,似乎构成了法学理论的核心命题,只是这种赞成与批判据以展开的理论和准绳有所不同而已。从某种意义上,我们可以说,当代中国法治和中国法学理论正是在这样一种相互对话、相互批判的思想氛围中成长起来的。比如说苏力对权利法治论展开了批判,季卫东则对苏力的后现代思想方法展开了批判,而苏力又对季卫东的批判进行了回应。<sup>〔6〕</sup>不过,由于改革开放四十年来的中国法治建设始终以大规模学习和吸收西方法治经验作为发展路径,因此,我这里所说的“批判法律理论”专门指法学理论中一股强劲的对法律现代化理论和权利法治论以及由此推动的大规模法律移植实践展开的法理学批判。这些批判法律理论的路径有所不同,但都共同指向了中国法治建设中的法律移植特性。因此,梳理并检讨这场批判法律运动,对于中国法学理论的未来发展无疑具有重要的理论意义。<sup>〔7〕</sup>

本文仅仅以法学界围绕《秋菊打官司》这部电影展开相关讨论的三篇核心文本作为分析对象,以此来考察批判法律理论的内在谱系。展开这项研究首先就要矫正目前法学界主流的、以“法律与文学”视角对《秋菊打官司》展开的研究,这构成本文第一部分的内容。在此基础上,本文第二部分分析苏力的文本,指出苏力的批判法律理论实际上是基于一种法律多元主义来批判一种源于西方普适主义的“法治理论”,而他秉持的是一种功能主义法治观。苏力的批判法律理论在现代主义的法治与后现代主义的法治理论之间构成了巨大张力,而这种张力无疑会削弱其理论批判的锋芒,因而其理论始终保持着理论的实用性和妥协性。

〔3〕 相关的论述参见强世功:“中国法律社会学的困境与出路”,《文化纵横》2013年第5期,第114—120页。

〔4〕 对“本土资源派”的有关论述,参见邓正来:《中国法学向何处去:建构“中国法律理想图景”时代的论纲》,商务印书馆2011年版,第213—220页。

〔5〕 参见陈颀:“秋菊二十年:反思法律与文学”,《读书》2016年第9期,第160—168页;陈颀、强世功(编):《“秋菊的困惑”:法律与文学二十年》,三联书店2019年版(即出)。

〔6〕 参见季卫东:“面向二十一世纪的法与社会——参加法社会学国际协会第31届学术大会之后的思考”,《中国社会科学》1996年第3期,第104—113页。苏力:“后现代思潮与中国法学和法制——兼与季卫东先生商榷”,《法学》1997年第3期,第11—19页。

〔7〕 在这方面,邓正来无疑做出了开创性的理论贡献。他率先展开对苏力的“本土资源论”和梁治平的“文化阐释论”的细致梳理和理论批判,而这样的梳理和批判为他建构中国法治的理想图景奠定了理论基础。相关论述可以参见,邓正来,见前注〔4〕,第139—264页;邓正来:《谁之全球化? 何种法哲学? 开放性全球化观与中国法律哲学建构论纲》,商务印书馆2009年版。

在苏力的基础上,批判法律理论分别走向两个理论传统,形成了批判法律理论的两个高峰。其一是冯象代表的左翼马克思主义传统,其二是赵晓力代表的文化保守主义传统。本文第三部分和第四部分集中分析这两种批判法律理论的不同走向。冯象将苏力的批判法律理论矛头从某种法治理论转向现代法治本身,从而对现代法治作为全球资本帝国“法治行省”的本质展开批判,这意味着马克思主义理论传统的复活。而赵晓力从文化保守主义的视角展开其批判法律理论,将梁治平开辟的法律文化解释理论提升到新的高度。在此之后,批判法律理论逐渐从批判走向调和与综合,然而这与其说预示着批判法律理论的衰落,不如说这种调和与综合在新的高度上重新激活了批判法律理论的思考,即如何从整全世界秩序建构角度重新思考现代法治,而要理解这个问题就必须理解中国的批判法律运动所处的国际场域和知识场域。<sup>〔8〕</sup>这就意味着法学理论需要从法律社会学的外部研究转向法哲学的内在研究,从中国文明复兴的角度来思考整全世界秩序的建构,并以此来重构法律多元主义理论。

如果从1979年中国法学界展开“人治”与“法治”的大讨论开始算起,<sup>〔9〕</sup>中国法学发展刚好走过了四十年的时间,其中批判法律理论或批判法律运动构成了中国法学发展中最具有思想活力的理论思潮。本文通过一个学术研究的个案初步梳理批判法律理论的谱系,一方面可以看作是对中国法学发展四十周年的纪念,另一方面也可以看作是在新的历史时代重新激活法律批判理论,从而开辟新的现代法治发展道路,并期待建构新的法治发展模式。

## 一、哪一种“法律与文学”?

围绕电影《秋菊打官司》所展开的法律问题讨论被纳入到“法律与文学”的学术传统中不无道理,毕竟《秋菊打官司》是一部电影,而苏力在这篇文章后面特别加上一小段附录:“从文学艺术作品来研究法律与社会?”。苏力后来更是专门写了一本《法律与文学》的专著,探讨中国传统经典戏剧中的法律问题,<sup>〔10〕</sup>这或许是受到了他所心仪的波斯纳大法官所撰写的《法律与文学》的启发或感召。<sup>〔11〕</sup>然而,法律与文学之间存在着复杂的关系,不同的关系后有不同的理论阐释倾向。苏力在“秋菊的困惑”中所开辟的“法律与文学”研究其实与“文学”本身没有什么关系,反而是一项法律社会学研究。

### (一)从古典到现代:法律与文学的四种关系

法律与文学乃是一个古老话题。文学教化与法律强制互为表里,共同承担起政治秩序的建构任务。孔子就曾经专门删诗书,正雅颂。《诗经》也由此被置于中国古典“五经”之首。礼

〔8〕 关于这个问题,我将在另一篇文章“从批判走向综合:从《秋菊打官司》看批判法律理论的场域”(未刊稿)中加以讨论。

〔9〕 相关讨论文章,参见《法治与人治问题讨论集》编辑组:《法治与人治问题讨论集》,群众出版社1980年版。

〔10〕 参见苏力:《法律与文学:以中国传统戏剧为材料》,三联书店2006年版。

〔11〕 参见(美)波斯纳:《法律与文学》,李国庆译,中国政法大学出版社2002年版。

乐教化先行,刑赏治理其后,中国古典的礼法秩序无疑强化了法律与文学的内在关联。同样,柏拉图在其构建的“理想国”中,首先就从儿童的诗教和乐教入手,让文学作品承担起塑人心、正风俗的功能。<sup>〔12〕</sup>即使在其建构的现实法治国家中,也需要一个类似音乐的“序曲”,将观念、道德乃至理想通过这个“序曲”导入到法律之中。<sup>〔13〕</sup>因此,法律与文学的这种关系往往被理解为理性与感性、法律与道德、法律秩序与心灵秩序的关系,分别服务于人性的两个方面,二者相互交织在一起不仅塑造完整的人格,而且塑造一个文明的政教秩序。而在这种政教秩序中,文学对于社会风尚的引导和人心向善的塑造作用远远高于法律,法律始终处于从属的地位。正因为如此,现代理论家们通常将古典的法律秩序看作是宗教法或道德法统治的时代,而文学乃是宗教和道德教化的重要载体,理性化的法律处于受压抑的地位。<sup>〔14〕</sup>

然而,现代社会的理性化进程也意味着现代的形式理性法的兴起,古典礼法秩序中建立起来的法律与文学关系走向分离甚至颠倒。法律在公共生活领域中获得了绝对权威地位,而文学逐渐从公共领域中隐退进入到私人生活,文学成为私人化阅读的审美艺术部分。在这种处境下,法律与文学的关系变得非常微妙。一种理解以努斯鲍姆的主张为代表,她希望恢复文学的公共政治功能,从而通过文学的力量来矫正理性化的“铁牢笼”带来的人的“物化”或“异化”的弊端,这就意味着我们在法律理性化所推动的“程序正义”基础上,要借助文学的力量来探求一种更符合人的情感想象的“诗性正义”。<sup>〔15〕</sup>

另一种理解则是以波斯纳的主张为代表,他用更为超然和理性化的眼光来看待法律与文学的关系。法律与文学的关系需要放在四种不同的问题域中加以讨论:“法律中的(in)文学、作为(as)文学的法律、通过(through)文学的法律以及有关(of)文学的法律。”<sup>〔16〕</sup>在这四个不同的问题域中,法律与文学的关系也各不相同。波斯纳对这四种关系进行了全面细致的分析。比如“作为(as)文学的法律”尤其体现在司法判决的书写中如何将文学要素带进来,让司法判决不只是一种纯粹法律概念的逻辑推理,而同时成为一种直接诉诸人心、打动人心的情感表达,从而让司法判决更具有公共说服力,更能被当事人和公众所接受。美国联邦最高法院的马歇尔大法官、霍姆斯大法官和卡多佐大法官就是在这方面处理法律与文学的典范。而在波斯纳看来,努斯鲍姆提出的重建法律与文学的关系实际上涉及到第三个问题域“通过(through)文学的法律”,即对法律人进行文学教育,让法律人拥有细腻的、丰富的情感,从而在司法过程中平衡冰冷理性化的力量,增加情感和诗性的成分。然而,波斯纳对文学的这种功能表示怀

〔12〕 参见(古希腊)柏拉图:《理想国》,郭斌和、张竹明译,商务印书馆2011年版,第82—131页。

〔13〕 参见(古希腊)柏拉图:《法律篇》,张智仁、何勤华译,上海人民出版社2001年版,第107—134页。

〔14〕 韦伯用法律类型学的方式将古代的道德、宗教为主法划分为“实质非理性”或“形式非理性”的法律。参见(德)韦伯:《法律社会学》,康乐、简惠美译,广西师范大学出版社2011年版,第144—259页。相关讨论亦见(德)施路赫特:《现代理性主义的兴起:韦伯西方发展史之分析》,林瑞译,国立台湾大学出版社2014年版,第三章,第77—96页。

〔15〕 参见(美)努斯鲍姆:《诗性正义:文学想象与公共生活》,丁晓东译,北京大学出版社2010年版。

〔16〕 苏力:“孪生兄弟的不同命运——《法律与文学》代译序”,载波斯纳,见前注〔11〕,第II页。



疑,毕竟文学在告诉你善的同时也在教育你恶,文学带来的心理学效果不能混同为道德效果。<sup>[17]</sup>

如果我们以波斯纳提供的上述四种法律与文学的问题域来看,那么苏力通过《秋菊打官司》所开辟的“法律与文学”究竟属于哪个领域呢?毫无疑问,属于第一个问题域中的“文学中的法律”(law in literature),<sup>[18]</sup>用波斯纳的话说,就是“作为法律文本的文学文本”。在这种法律与文学的关系中,文学不过是作为一个文本承载着法律的故事。这种关于法律的文学故事之所以重要,就在于让我们在一个具体虚拟的整体生活场景中理解法律在整个生活世界中是如何运作,法律的运作面临着怎样的问题。可以说,围绕《秋菊打官司》这部电影的法律问题讨论基本上是在这个意义上理解法律与文学的关系的。

## (二)《秋菊打官司》:文学中的法理思考

如果从“文学中的法律”这个路径进入法律与文学的讨论,那么文学文本仅仅是一大堆经验材料,需要有法律理论来分析和组织。在这个意义上,文学文本的“文学性”并不重要,它和历史档案中记载的故事、司法案卷中记载的故事、人类学或社会学田野调查中记录的故事并没有本质上的区别。苏力可以用同样的理解来分析《秋菊打官司》这部电影,也可以用同样的理论分析他在乡村司法调查中遇到的案件故事。正如赵晓力可以将司法调查中遇到的一起贷款案中当事人的故事与吉尔兹在田野调查中记录的雷格瑞的命运毫无困难地联系在一起。<sup>[19]</sup>在法学家们看来,文学体裁、档案记载和田野调查中讲述的法律故事不过是一堆有待法律理论来照亮的材料,重要的是法律,甚至是法律理论,而载体本身的特性并不重要。正因为如此,法学界从“法律与文学”的视角讨论《秋菊打官司》让文学界的学者们感到疑惑:“文学比起真实的历史(社会)材料有什么优势?”或者“法律人在做‘法律与文学’?如何能让我们研究文学的人也有所收获?”<sup>[20]</sup>对于这两个问题,我的回答是:从法学理论的要求看,文学故事是虚构的,但比起真实的历史(社会)材料有时候更真实,这里所说的“真实”就是更符合能够证明法律理论逻辑正确所需要的那种真实!研究文学的人如果想从法律人在这个问题领域中所研究的“法律与文学”中有所收获,需要克服的最大误解莫过于认为“法律与文学”是平等的、相互关联的,而忽略了在这里“法律与文学”的真实含义其实是“文学中的法律”。文学在此不过是法律人需要用法律理论的解剖刀进行解剖的对象,文学故事反而变成了缺乏鲜活生命力量的被动材料。

因此,从苏力的“秋菊的困惑”开始,中国学界,尤其法学家围绕《秋菊打官司》展开的法学

[17] 波斯纳,见前注[11],第337—459页。

[18] 苏力并没有注明关于“法律与文学”的这四种关系概括源于何处。就这四种内在关系的理论逻辑而言,我怀疑这里所说的“法律中的(in)文学”,是对law in literature的误译。因此,在这里我用“文学中的(in)法律”来取代苏力的“法律中的(in)文学”。由此可能带来的错误,由我承担。

[19] 参见赵晓力:“关系/事件、行动策略和法律的叙事”,载王铭铭、(英)王斯福主编:《乡土社会的秩序、公正与权威》,中国政法大学出版社1997年版,第520—541页。赵晓力:“知识和雷格瑞的命运: B镇民事调解的手记”,载李永新主编:《北大寻思录》,中国社会科学出版社2003年版,第34—38页。

[20] 陈硕:“秋菊的困惑与解惑:法律与文学在中国”,载陈硕等(编),见前注[5],导言。

讨论实际上是中国法律社会学理论借助这个电影文本的分析、讨论和对话而不断发展的历史。在这个法律社会学研究的传统中,苏力借助《秋菊打官司》开启了其批判法律理论,而在后来的诸多解释中,一个重要的线索就是围绕其批判法律理论形成的一个解释、对话和不断发展的理论传统。

## 二、对西方普适主义“法治理论”的批判

在1995年和1996年的两篇文章中,苏力用“本土资源”理论对占据主流地位的法律现代化理论和这种理论的各种变种、以及在这种理论支持下所推动的国家强行“变法”模式展开了理论上的批判。<sup>[21]</sup>如果我们从学术角度比较一下这两篇文章,无论是文章结构安排,还是理论阐述深度,“变法、法治建设及其本土资源”都是一篇论理严谨、推理严密的学术论文典范,虽然苏力的文笔一贯很轻松、很幽默,很有文学味道。相比之下,“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”不过是一篇评论,文章结构比较松散,学理论述也并不严密,甚至有很多漏洞。<sup>[22]</sup>然而,在学术界影响最大、争论最持久的反而是“秋菊的困惑”这篇评论,相比之下前面那篇文章虽然提出了富有争议的“本土资源”的概念,但完全无法与“秋菊的困惑”引发的持久讨论相比。这很大程度上是因为后面这篇文章充分利用了电影的文学效果。文章标题中用“秋菊的困惑”这个传神的表达非常具有文学意味,完全不同于“变法”“法治”“本土资源”这些抽象的、理性化的学术概念,而恰恰是文学所提供的整体性的生活经验和情感感受。在这个意义上,“秋菊的困惑”这篇文章虽然讨论的是“文学中的法律”,但显然具有“通过文学的法律”的效果,透过文学的整体感受强化了法律批判的效果。而恰恰是电影文本的独立性和开放性,为后续的讨论和对话开创了有效的空间。

### (一)法律多元与“地方性知识”:“普适主义法治观”的批判

在“秋菊的困惑”中,苏力着力批判的是隐含在法律现代化理论中的普适主义的权利法治观,即“一种无语境的、客观普遍的权利,并可以毫无疑问地据此建立一个普适的法律制度来保

[21] “法律现代化理论”实际上是现代化理论在法学领域中的简单翻版,其基本主张就是中国应当全面接受西方现代法律制度和现代法律价值,从而实现法律现代化。这种理论的变种包括:主张全面移植西方现代的法律制度、推进法律现代化的“法律移植论”;认为实现中国法律现代化的最大障碍在于中国传统法律文化的影响,而要肃清中国传统法律文化的影响,就必须全面引入西方的法律文化来支撑现代法律制度的“法律文化理论”;认为中国传统法律强调义务本位,而西方法律强调人权保护和权利本位,要实现法律现代化就必须确立“权利本位”的法律价值导向的“权利本位论”;当然还包括中国要建设市场经济就必须通过法律移植来建立现代法律制度的“市场经济是法制经济论”等等。邓正来将上述理论概括为“现代化范式”,参见邓正来,见前注[4],第59—123页。

[22] 需要注意的是,“变法,法治建设及其本土资源”是发表在学术期刊《中外法学》上,而“秋菊的困惑和山杠爷的悲剧”发表在当时刚刚创办的公共评论期刊《东方》杂志上。这两种不同刊物的不同学术规范要求决定了两篇文章的不同写作风格。

护这种权利。”〔23〕苏力并非是在抽象价值意义上反对所谓的普适权利,而是在法律技术化意义上将权利理解为一种由概念和分类构成的话语体系和知识体系。法律现代化理论所主张的权利分类集中在生命权、自由权和财产权领域,而这套权利分类的话语体系在中国乡村的生活语境中找不到其对应物。同样,在乡村社会的习惯法秩序中,骂人断子绝孙就构成了侵权,但在国家法秩序中却不认可这样的权利分类体系。这两种不同的权利话语体系分别服从于两个不同生活世界的逻辑,是两股道上跑的车。因此“正式的法律制度无法理解、也没有试图理解什么是秋菊要的‘说法’。”〔24〕正是在对法律现代化理论的批判中,苏力建构起“权利”所代表的国家法与“说法”所代表的民间习惯法的法律多元主义,而这种理论恰恰与整个 20 世纪九十年代中国社会科学理论中流行的国家与社会理论范式相契合。

在法律多元主义的建构中,苏力显然强调秋菊的“说法”的本土特征,似乎强调西方法律进入本土必须接受“地方性知识”的考验。由此,这种法律多元主义的二元对立也很容易被理解为普适主义与本土地方的对立。在此,我们需要澄清大多数中国学者援引吉尔兹的“地方性知识”这个概念时普遍存在的误读,即认为只有前现代的、如巴厘岛的原始部落或中国乡村社会的知识是一种“地方性知识”,相反西方现代性的知识乃是普适性知识,由此形成普适主义和地方性知识的对立。事实上,吉尔兹之所以采取“文化解释”的思路来理解人类生活,恰恰是因为他坚持每一种文化都是地方性的,都具有地方性的“特色”(“口音”)。秋菊的“说法”植根于中国乡村社会生活是地方性的,而所谓“普适性权利”根植于商业城市中布尔乔亚的生活方式也是地方性的。“权利”与“说法”的对峙实际上就是两种同样具有地方性特色的地方性知识的对峙。当这两种“地方性知识”或两种不同的权利话语体系遭遇的时候,为什么国家法中的权利话语体系对习惯法中的权利话语体系构成了暴力压迫和征服?凭什么国家法高于习惯法?凭什么权利就被“宣称为”普适的,而不是将“说法”看作是普遍正当的呢?这才是问题的关键所在,而这个问题恰恰是文化阐释理论所无法回答的。

可见,问题不在于普适性与地方性的对峙,而是在于两种地方性的对峙中,为什么一种地方性知识被上升为普适性的话语?由此可见,重要的不是西方的权利概念宣称自己具有普适性,而恰恰是由于西方权利背后隐含着的国家暴力使其具有了普适性。秋菊的“说法”之所以面临着失败就在于她的“说法”没有获得国家暴力的支持。在这个意义上,重要的不是通过后现代思想中的“地方性知识”对形而上学的“普适性”话语逻辑展开批判,而是要将这种哲学的批判变成政治的批判。比如在马克思主义的逻辑中,就看到布尔乔亚生活方式中的“法权”的实质就是将“地方性知识”(阶级利益)上升为普遍权利(国家意志)的过程,从而借助国家暴力机器来推行特定利益集团的“地方性知识”。而马克思始终站在“社会”的立场上批判国家法律机器的暴力,批判一种地方性知识对其他地方性知识的暴力。

《秋菊打官司》发生于当代中国法治刚刚兴起之际,发生于“让一部分人先富起来”的资本

〔23〕 苏力,见前注〔2〕,第 26 页。

〔24〕 苏力,见前注〔2〕,第 27 页。

主义复兴运动中。在这场运动所推动的法律现代化理论看来,和欧洲现代法治进程的历史相比较,中国法律现代化及其背后的社会政治运动无疑是一场迟到的“补课”(更为委婉的表达是“社会主义初级阶段”)。然而,不同于欧洲启蒙思想家的法治理念中对“布尔乔亚”阶层(市民阶级与市民社会)毫不掩饰的赤裸裸赞美,在经历马克思主义和社会主义实践洗礼的中国,很少有人敢公开基于“布尔乔亚”立场为中国法治发展进行辩护,而更多的是选用一套普适主义话语体系来重新包装“布尔乔亚”的主张。尽管如此,苏力始终将自己的批判集中在理论的批判而非实践的批判。他不是针对权利或法治背后特定地方性知识何以能僭取国家暴力的批判,而是针对将国家暴力包装成普适主义法治意识形态的批判。他在距离马克思主义一步之遥的地方停步了。

## (二)功能主义法治观:“法治教条主义”的批判

尽管苏力在此建构起“权利”与“说法”的二元对峙,但这并不意味着苏力试图用“说法”来反对“权利”,或用传统乡村的“人治”来反对“法治”。他虽然借助后现代的解构主义的方法来解构普适主义的权利法治观,但他最基本的理论主张乃是实用主义、经验主义和功能主义。在他看来,权利的话语体系,无论是西方普适的,还是本土经验的,不存在对错的问题。法治不是一个理论问题,不是一个科学真理问题,不是一种形而上学的普遍价值,而是一种实践经验的问题,是合适与不合适的问题。法治说到底为解决社会纠纷、进行社会治理的工具或技术,法治作为一种现代治理术已经深深地镶嵌在国家治理之中。<sup>[25]</sup> 法治是否能有效地解决社会问题取决于能不能坚持“实事求是”。在这个意义上,苏力与休谟、梅因、柏克这样的经验主义者,或者孟德斯鸠、托克维尔、哈耶克这些自由主义者站在一个立场上,而他批判的对象虽然高举自由主义的大旗,无论借用什么样的概念,都是和他们在意识形态上所批判的霍布斯、卢梭、百科全书派乃至马克思和列宁一样,同属于一个阵营。

因此,苏力批判的不是“法治”本身,而是一种理解权利和法治的思维方法,即从一种抽象的形而上学立场出发坚持一套普遍真理以及作为“大写的真理”而存在的权利和法治。这种脱离现实经验的唯理主义(唯心主义)的法治构造,如果用毛泽东的话说,就是一种典型的“法治教条主义”。这种法治建设无视特殊历史经验,无视“地方性知识”或“本土资源”、完全照搬照抄西方既定的法律制度,并借助普适主义话语和国家暴力强制推行。曾经,我们按照马列主义教条开展社会主义建设并付出了惨重代价,现在苏力则担心我们又陷入“法治教条主义”而付出原本可以避免的代价,而“秋菊的困惑”恰恰展现出这种“代价”。因此,苏力的批判就从追问“谁的法治”开始,从而主张一种经验的、历史的或社会的理论立场,将关于权利界定和分类的体系落实到具体的社会和历史语境中。因此,苏力无疑在涂尔干、韦伯和马克思的意义上赞同

[25] 关于法治作为一种“治理术”的讨论,参见赵晓力:“通过合同的治理:80年代以来中国基层法院对农村承包合同的处理”,《中国社会科学》2000年第2期,第120—132页;强世功:《法制与治理:国家转型中的法律》,中国政法大学出版社2003年版;苏力:《送法下乡:中国基层司法制度研究》,中国政法大学出版社2000年版。



法治,法律多元主义的背后说到底“工商业社会”与“乡村社会”、“陌生人社会”和“熟人社会”这两种生活方式的关系问题。他希望在前者必然取代后者的“道路通向城市”的历史进程中,让二者尽可能地达成和解。<sup>[26]</sup>为此,他主张一种基于中国人生活经验的、不断试错总结经验的、充分吸纳中国本土生活经验和概念分类体系的法治。在这个意义上,我们可以说苏力是法治的“中国派”,他反对的是法治的“西化派”。

### (三)批判理论的妥协性:苏力的两个理论面向

可见,苏力对法律现代化理论的批判是非常温和的、有节制的。苏力之所以对法律现代化持一种温和的批判态度,是因为他所批判的乃是“某一种”法治理论,即西方中心主义的法治观念。他从“秋菊的困惑”中读出“谁的法治”并不意味着他假定“法治”本身是美好的,但他显然强调要实行“我们的法治”,也就是一种中国人的法律现代化。这是体现中国人生活经验和情感认同的法治,这种法治镶嵌在中国人的历史生活经验中,是中国人在“道路通向城市”的现代化进程中自下而上生发出来的,而不是像他所批判的那种法治理论一样,主张自上而下将西方的法治理念和制度简单粗暴地强加在乡村社会、强加在“秋菊”的身上。由此,我们看到苏力具有两个独特的面向:他在理论方法上是一个后现代主义者,但在价值立场上是一个坚定的现代主义者。更具体地说,他是流行的西方法律现代化理论的坚定批判者,但却是中国法律现代化理论的坚定拥护者。正如他与季卫东在关于中国法治与后现代主义问题的争论中所宣称的:“当代中国的这一代法学家包括我自己都是现代主义者。”<sup>[27]</sup>

由此,我们可以澄清种种对苏力理论的误解,苏力既不是一个基于弱者立场(或“社会”立场)的左派马克思主义者,也不是基于乡愁的浪漫主义者。他实际上和他批判的法治论者一样,都是法治现代化的支持者,他毫不掩饰自己对中国现代化进程的支持态度。如果说有不同,不同之处就在于他所批判的法治论者是从价值层面上廉价地拥护现代法治,将现代法治等同于“进步”“文明”和“美好”等抽象价值。而在苏力看来,普通百姓可以对现代充满羡慕,而知识分子或者立法者采取这种廉价的赞美只能证明智识的浅薄甚至无知。如果说知识分子比普通百姓看得更为深远,正是因为他们看到了法治背后的更深的生活方式。正是借助福柯的“知识—权力”这个概念,苏力将法治理论看作是“知识”,看作对社会经济方式和生活方式的表达,而他所理解的“权力”也就不再具有马克思所说的“暴力”的意味,而变成一个以毛细血管的方式呈现出来的社会经济生活方式,具体来说,就是一种现代工商业社会或陌生人社会的生活方式。因此,“道路通向城市”并不意味着城市比乡村更“美好”,而是技术化的发展导致生活方式改变,一种生活方式挤压并淘汰另一种生活方式。在这个意义上,苏力对法治的立场和态度或许更像托克维尔对民主的立场和态度,如果法治是中国市场经济发展必须推动的不可避免的生活方式选择,那么我们如何尽可能享受法治带来的好处,同时避免为法治可能的破坏性付出

[26] 参见苏力:《道路通向城市:转型中国的法治》,法律出版社2004年版。

[27] 苏力:“可别成了‘等待戈多’:关于中国‘后现代主义法学研究’的一点感想或提醒”,《南京大学法律评论》2000年第2期,第139页。

高昂的代价呢?〔28〕

苏力之所以能将后现代主义与现代主义的矛盾巧妙地融合在一起,就在于他的心目中潜藏着西方与中国的对立,用后现代理论来解构和摧毁西方中心主义的法治理论,从而捍卫中国法治道路的正当性。然而,由于后现代主义的解构方法和批判效果可以针对任何价值理论展开,因此,一旦坚持这种后现代理论就不仅可以有效地解构西方文化价值的普遍主义,也必然会解构中国文化价值的普遍主义。由此,一旦将这种后现代理论方法贯彻到底,苏力就不免成为中国传统文化价值(无论是古典传统还是社会主义传统)的颠覆者和解构者,只不过他在话语策略上激烈地批判西方普适主义的权利法治观而备受关注,而他对中国传统礼法秩序及其文化价值的解构和批判只是在语言修辞上更为温和中立而没有引起人们的足够关注而已。比如在《法律与文学》中,他娴熟地运用法律经济学理论、功能主义和实用主义以及后现代解构主义等方法,对中国戏曲中的法律故事进行细致的分析,其结果在不经意间解构了这些古典戏曲在传统解读中所强调的价值观念和文化精神。这样的解构和批判实际上非常类似于波斯纳对努斯鲍姆的批判。正是基于实用主义、功能主义、经济学的成本效益分析之类的经济学和社会学的理论,苏力特别看重费孝通、瞿同祖用社会学理论揭示出中国古代儒家礼法秩序背后潜藏的经济社会功能。〔29〕事实上,正是在这个社会理论传统上,苏力写作了《大国宪制》,试图用后现代理论来解构中国传统儒家的价值理想,用这些经济社会学理论来解释儒家“齐家、治国、平天下”理念所承载的社会治理和政治治理的功能。按照同样的逻辑,“皇帝”和儒家信奉的“天道”思想、“生民”理论没有什么关系,不过是承载着特定政治社会功能的“制度”而已。〔30〕

这种对价值的解构和对实用主义功能的强调,实际上来源于他经常援引的福柯和维特根斯坦关于“词”与“物”分离的理解,由此“价值”“理念”“精神”要么被解构为“知识—权力”,要么被还原为表达的“词”。苏力借助这些理论原本是为了让人们关注“物”,然而如果这种对后现代思想的运用缺乏必要的反省、限定和节制,过分强调“词”与“物”的分离,反而凸显了“词”的独立性和重要性。由此导致的一个可能危险恰恰是将中国法治面临的现实问题,无论是“不公正的司法解释”,〔31〕还是死刑废除问题,〔32〕还是“琼花”变成“秋菊”的困境,〔33〕统统归结为

〔28〕 托克维尔认为,如果人类社会的发展必然要迈向民主这种人人平等的社会结构,那么面对民主这种历史的天命,人类唯一能做的就是如何享受民主带来的好处而同时避免民主带来的弊害。参见(法)托克维尔:《论美国的民主》(上卷),董果良译,商务印书馆1996年版,第4—18页。

〔29〕 参见苏力:“费孝通、儒家文化和文化自觉”,《开放时代》2007年第4期,第32—48页。苏力:“在学术史中重读瞿同祖先生”,《法学》2008年第12期,第85—92页。

〔30〕 参见苏力:《大国宪制:历史中国的制度构成》,北京大学出版社2017年版。

〔31〕 参见苏力:“司法解释、公共政策和最高法院——从最高法院有关‘奸淫幼女’的司法解释切入”,《法学》2003年第8期,第3—29页。

〔32〕 参见武孝武:“朱苏力谈死刑存废问题”,《上海国资》2011年第7期,第101—103页。

〔33〕 参见苏力:“昔日‘琼花’,今日‘秋菊’——关于芭蕾舞剧《红色娘子军》产权争议的一个法理分析”,《学术月刊》2018年第7期,第99—118页。

“词”的问题,即归结为他所批判的来自西方普适主义权利法治观带来的结果,甚至以为坚持一种实用主义或者功能主义的立场就可以避免这些问题。这种主张事实上恰恰夸大了“词”的功能,很容易陷入到他本来要批判的唯心主义观念论中,忽略这种“词”的背后实际依然是“物”,即权利法治观的背后乃是特定阶层获取国家权力之后将自己的特殊利益上升为普遍法律的过程,这种权利主义法治观之所以以普适主义的面目出现恰恰是为了隐蔽特定阶层的特殊利益。唯有如此深入到“词”背后的“物”,才能真正揭示为什么“词”与“物”出现分离,这种分离与“词”本身没有关系,而是与背后的“物”有关。正是在这个意义上,我们才能真正理解西方文化左派的实质。二十世纪类似福柯这样的西方左派思想家以一种后现代的立场创造出一堆又一堆玄妙的概念和理论,但最终都集中在“词”的世界,而忽略了“物”,从而真正远离了马克思所关注的现实政治生活,变成了书斋中的文化左派。从此,他们不再关心经济不平等的阶级问题,而陷入到性别、族性和认同之类的文化问题。<sup>[34]</sup>由此,批判法律理论就会陷入到堂吉诃德式的与“风车”作斗争的虚假批判之中,关注“批判的武器”而忽略“武器的批判”。这无疑是西方左派文化批判理论影响下美国的批判法律运动本身所面临的困境。<sup>[35]</sup>

更值得注意的是,这种后现代理论在有效地解构西方普遍主义价值观念的同时,也会自觉不自觉地转向解构中国文化传统中的普遍主义价值观。由此,我们所关心的“中国”就只剩下“物”“实践”“经验”“制度”,而不可能有任何关于美好生活的追求。由此法律多元主义背后的“西方”与“中国”“现代”与“本土”的对峙也就丧失了文化价值层面的意义,一切都还原为赤裸裸的“权力”或“实力”。这不仅是一种现实主义的立场,更是一种社会达尔文主义乃至尼采式的虚无主义立场。这种理论的潜在倾向才会让我们真正关注什么才是“根本的根本”。正是由于苏力所采用的后现代理论本身面临内在难题,我们才能理解在苏力理论基础上,冯象和赵晓力后来发展出来的批判理论路向。冯象的批判法律理论恰恰针对苏力所面临的“词”与“物”的分离,而赵晓力的批判法律理论则针对的是有可能被解构掉的中国人的文化价值观念问题。

### 三、对“法治”的批判:马克思主义与政法传统的遗产

和苏力一样,冯象有着非常深厚的文学功底,也曾经专门讨论过文学中的法律问题。<sup>[36]</sup>但是,冯象与苏力的理论主张和写作风格有很大的差异。如果用伯林关于思想和写作风格中“狐狸”和“刺猬”的比喻,<sup>[37]</sup>苏力无疑属于“狐狸”类型。他可以在不同的场合采用各种不同的理论、概念和修辞进行全面而丰富的论证,而这种论证具有明显的法律人的职业特征,以论

[34] 参见(美)罗蒂:《筑就我们的国家:20世纪美国左派思想》,黄宗英译,三联书店2006年版。

[35] 关于美国的批判法律运动,参见朱景文主编:《对西方法律传统的挑战:美国批判法律研究运动》,中国检察出版社1996年版。

[36] 参见冯象:《木腿正义》,北京大学出版社2007年版。

[37] 参见(英)伯林:“刺猬与狐狸”,载伯林:《俄国思想家》,彭淮栋译,译林出版社2001年版,第26—98页。

辩、反驳为目的,而不是以理论建构为目的。比较而言,冯象同样受过美国法学院的职业化训练,甚至专门从事商业律师事务,但如果不是写作相关的专业的具体法律问题,冯象的写作风格中看不出美国法律人的论辩特征,他更像伯林意义上的“刺猬”,文章短小精悍,理论也非常简单纯粹,关键时刻往往一剑封喉。然而,在批判法律理论的谱系中,他们两人的差异不是这种写作风格上的差异,而是理论主张中的根本性差异。冯象在苏力理论的基础上更向前迈进一步,将批判法律理论推向一个高峰。

### (一)对资本帝国“法治行省”的批判:马克思主义的复活

苏力的批判法律理论仅仅指向“一种法治理论”,即一种西方化的普适主义的权利法治论,但苏力对“法治”本身并没有批判。相反,他试图建构一种理想的中国法治,一种吸纳本土资源或中国人生活经验的中国法治。而冯象在苏力的文章中恰恰看到了这种对“中国法治”的乌托邦幻想。这种幻想首先就体现在苏力着眼于秋菊的“困惑”,从而将中国乡村社会的习惯法想象为自成一体的法律体系,它有自己的权利界定和话语体系,有自己的纠纷解决方式,从而与国家法体系一样,构成了法律多元主义的格局。冯象敏锐地意识到,秋菊要一个“说法”就表明乡村习惯法无法解决秋菊面临的问题,以至于秋菊才不得不诉诸更高的法,也就是国家法。因此,秋菊挑战的不是国家法,而恰恰是在挑战乡村习惯法,恰恰是习惯法内部纠纷解决机制的失效才使得秋菊走向了打官司的道路。如果说苏力关注秋菊的“困惑”,冯象则更关注秋菊所要的“说法”。事实上,众多对“秋菊打官司”的解读,都注意到这个问题,也从“说法”的角度重新解读。<sup>[38]</sup>

然而,冯象对这种乡村习惯法“乌托邦”想象的批判,并不意味着冯象就是站在苏力对立面的那个为了“说法”而斗争的权利法治论者。<sup>[39]</sup>相反,冯象对隐含在苏力理论中的那个“法治”,无论“秋菊的法治”还是“中国的法治”都展开了批判。表面上看,冯象使用的理论都是苏力所采用的,比如他们都会借助福柯理论中的“词”(法治的话语构造)与“物”(法治的实践运作)的分离。但是,他们用这些理论的批判指向却有所不同。苏力借助福柯的理论强调“西方”权利法治论的“词”与“中国本土”现实法治的“物”之间的分离,从而突出“西方法治话语”与“中国本土经验”的对立,并以此来批判西方权利法治论。这种批判理论的论证策略实际上假定法治在西方的历史经验中就会出现“词”与“物”的一致性,因此中国法治也同样可以实现“词”与“物”的一致性。

然而,冯象却认为,苏力假定的法治的“词”与“物”的一致性实际上是一种“乌托邦”的幻想。现代法治原本就是“一个人为的矛盾的统一体。它之所以能标榜自己比以往任何样式的法治更加‘理性’、更可预期、更‘不坏’,无非是因为它把不懂得预期它的干预、没办法认可它的

[38] 除了本文后面将详细讨论的论文,还可以参见陈柏峰:“秋菊的‘气’与村长的‘面子’:《秋菊打官司》再解读”,《山东大学学报》(哲学社会科学版)2010年第3期,第46—53页。

[39] 事实上,在大多数普适主义的权利法治论的主张者那里,秋菊往往被解读为一个“为权利而斗争”的法治新时代的新女性。



裁断的秋菊们放逐到了‘法律意识’或‘权利意识’之外。秋菊的困惑,其实正是法治得以‘现代化’的不可缺少的前提条件。”<sup>[40]</sup>因此,当苏力试图建构一种能够让秋菊不那么困惑的、且能欣然接受的“理想”法治时,冯象却一针见血地指出,苏力所设想的“理想”法治只能是一种语词上的、理论中的理想,那是一种“法治乌托邦”的想象,而真实的法治恰恰是要生产出“法盲”,并以“法盲”的存在作为前提条件:

法治现代化作为主导地位的意识形态(文字化、科层化、职业化的意志、手段和说教)的首要任务,便是设法保存并且每日每时地生产出秋菊们来,让他们成为自己教育、改造的对象,成为非文字化的、“简朴”的、“自发”的、互相矛盾的、愚昧无知的一个一个的“说法”,以便区别对待,细心保存。在这个意义上,法治的建设或“法律移植”(如果把法律看成西方式法治的产物),虽然离不开“大写的真理”和普适的权的宣传和普及,包括大量的艰巨的“理论工作”,但它本质上不是理论的事业(enterprise)。这倒不是因为老黑格尔说过,理论的猫头鹰要到傍晚才起飞,而是因为法治(换掉苏力的一个字)只能是全体人民生活,包括他们的斗争、失败、压迫和解放的产物。在这个继往开来的事业里,每一个秋菊都必须充分认识到自己的“法盲”身份和位置。法律之手插在谁的口袋里,手心里握着谁家的正义,从根本上说,不是靠哪一种权利话语的分析和解释能够预料的。法律因此是远比秋菊的“说法”要脆弱、多变、难以捉摸的东西,很容易被人操纵利用,常常服务于金钱和权势。法律,有时候变成了某个人的意志、“威权化的思想”,他说了算;有时候,法律干脆就是“和尚打伞,无法(发)无天”。<sup>[41]</sup>

由此我们看到苏力的批判法律理论仅仅指向一种源于西方的权利法治理论,而冯象则在苏力停步的地方更向前迈进一步,直接批判苏力心目中的那个或许可以包容法盲秋菊的、理想中的本土法治。如果说苏力批判的是“词”,一种法治理论,而冯象批判的则是“物”,是无论发生在西方或者即将在中国建成的那个“法治”。苏力和冯象虽然都借助福柯的权力谱系学,然而作为西方文化左派代表的福柯,其理论其实是一种退化版本的马克思主义,他从马克思激进的历史唯物主义立场退回到一种相对保守的结构主义之中,以期调和唯物与唯心的哲学分歧。事实上,马克思主义法理学早就对法治的阶级性、暴力压迫性和虚伪性进行了透彻的批判,其中对虚伪性的批判恰恰就在于指出这种法治在语词和意识形态塑造中的普遍主义与在现实阶级利益中的特殊主义。这种历史唯物主义的批判比起结构主义理论更具有现实的、物质力量的政治针对性。

苏力虽然是马克思理论的同情者,但似乎仅限于同情马克思的经济社会理论,他更愿意把马克思的理论 with 涂尔干、韦伯、福柯的理论放在一起使用。而冯象对法治现实的批判几乎复活了马克思主义法理学。一句对现代法治服务于“金钱和权势”的本质揭示和批判胜过了许多

[40] 冯象:“秋菊的困惑”,《读书》1997年第11期,第6—7页,后以“秋菊的困惑与织女星文明”为题收入冯象:《木腿正义》(增订版),北京大学出版社2007年版,第52—59页。

[41] 冯象,见前注[40],第58页。

后现代色彩的宏大理论。而他的这种马克思主义法理学的理论锋芒就直接指向现实的法治进程：

法治在理论上,是全体公民无分阶级性别身份贵贱都有发言权的;因为其中几乎每一项改革,私有财产的每一天“神圣”的攫取,资本再临中国,每留下一个深深的脚印,都是以许许多多人的贫困、伤痛和流离失所为代价的。……中国正处于法治建设的蜜月期,法律尚未完全职业化,还在努力学习争取成为资本的语言和权势的工具,还暴露着它的红嫩的爪牙。……将来法治建成——我想这要不了太久,不过是资本帝国新设一路行省而已,不是什么了不起的功业。<sup>[42]</sup>

因此,在冯象看来,对法治依附于资本和权势的批判将成为“一代学人和批判者肩头的重任。”<sup>[43]</sup>只有理解冯象试图将法治理想连根拔起,将批判法律理论的锋芒指向法治所保护的“金钱和权势”力量对弱者的压迫,我们才能理解冯象在“秋菊的困惑”这篇文章的结尾处讲述的“织女星文明”的故事。

很少有人把这个故事与秋菊的故事勾连起来进行分析。“织女星文明”用一个科幻故事讲述了一个高级文明与人类文明之间的故事。它建构起高级与低级、“我们”外星人与“你们”地球人的两重文明和两重世界之间的差异和支配关系,前者清晰地关注着后者如何生活在他们所设定的游戏中,而后者则对前者的游戏规则一无所知,对前者怀有天堂般的美好幻觉。人类对“织女星文明”的美好幻觉,不就是马克思所批判的资产阶级法治以中立性、非人格化和程序性所展现出来的形式正义给压迫者塑造的一种公平正义的幻觉吗?这种美好的“幻觉”实际上掩盖了“我们”外星人对“你们”地球人的实质性支配。而这种支配不就是“法治”对“法盲”的支配,不就是在《秋菊打官司》电影中每一个懂法律的官员都眼睁睁地看着秋菊盲目地纠缠在几上几下的诉讼中所形成的支配吗?马克思把这个“我们”与“你们”说成是资产阶级与无产阶级的关系。在我们这个普遍遗忘了马克思主义法律话语的社会主义国家中,冯象只能通过科幻故事来教育所有法治的信仰者:你们所满怀热情追求的“形式法治”最终会成为套在你们身上的“铁牢笼”。“法盲因此是建设法治的先决条件和必然产出,是社会法治化以后我们大多数人的名字。”<sup>[44]</sup>“秋菊的同类还在天真地期待,通过读书看报或想别的办法,摘掉‘法盲’的帽子——好比笑话里说的那只掉进奶油罐儿的老鼠,拼命挣扎,不肯绝望。”<sup>[45]</sup>因此,冯象才说《秋菊打官司》的结尾是一个“O. Henry 式的故事结尾”。<sup>[46]</sup>

事实上,就在《秋菊打官司》电影上映的年代,中国思想界掀起了关于“人文主义精神”衰落的争论。20世纪八十年代人文主义者所热切呼唤的现代市场经济和法治社会真正到来的时

[42] 冯象:《政法笔记》(增订版),北京大学出版社2012年版,弁言,第iii页。

[43] 同上注。

[44] 冯象,见前注[42],第57页。

[45] 冯象,见前注[42],弁言,第ii页。

[46] 冯象,见前注[40],第55页。

候,随之而来的商业文化和大众娱乐浪潮淹没了人文主义思想,人文主义精神也由此走向衰落。<sup>[47]</sup>因此,“秋菊的困惑”不仅是中国法治进程中普通“法盲”的困惑,而且也是市场—资本时代到来的时候所有人文知识分子的“困惑”,他们没有想到自己在八十年代的热情呼唤和鼓动的改革浪潮中最终淹没了自己。“秋菊的困惑”由此打动了很多人,成为中国迅速迈向现代社会的时代隐喻。

## (二)历史真理的批判:激活社会主义政法传统的遗产

除了冯象,大多数学者并不认同“秋菊的困惑”有一个“O. Henry 式的故事结尾”,因为他们对中国未来的法治充满理想,无论是主流学者们所追求的西方式法治,还是苏力的这种批判理论所追求的充分利用本土资源建设的理想法治。然而,在法治问题上,冯象批判的理论锋芒绝不会因此妥协。或许,他要批判的根本就不是所谓的“西方法治”,而是正在中国现实社会生活不断生根的现代法治,因为他深深地意识到改革开放在中国法律现代化进程中要建设的法治究竟是什么。这种法治与西方没有什么关系,只不过它一开始偶然地从西方的历史中兴起而已。这种法治的背后乃是资本主义,而资产主义从一开始就是全球的。中国法治伴随着中国改革开放和加入世界贸易组织而不断成长、成熟,这不过是进入资本主义全球化体系的一种特殊历史方式,因此中国法治充其量不过是全球资本帝国的行省而已。这一点其实马克思早在《共产党宣言》中就已经阐明了。任何一个阅读这篇经典文献的诚实学者很难不去想象中国的改革开放和加入世界贸易组织的历史意味。奇怪的是,在我们这个以马克思主义为正统的社会中恰恰普遍遗忘了这一点,也许这恰恰是人们内心所期待的,故而他们自然欢欣鼓舞地拥抱这种遮蔽了阶级面目的权利主义法治。然而,冯象始终坚持不懈地批判和揭露这种法治的暴力性和阶级性,而今天越来越多的人生活在苏力所期待的“工商业社会”“陌生人社会”这样的“城市”,他们或许会认同冯象的一个基本判断:大多数人都成为了法治科层机器下的“新秋菊”。所不同的是,秋菊基于中国基层本土传统的力量来讨个“说法”,而大多数被资本主义法治话语驯服的“新秋菊”可能已经麻木到连讨个“说法”的意识和力量都丧失了。<sup>[48]</sup>由此,冯象的批判法律理论就变成了一项新的“启蒙”教育,把中国人从对西方 18 世纪启蒙所带来的资本主义法治的“迷信”中解放出来。<sup>[49]</sup>

冯象对现代法治的批判一方面基于马克思主义学说,另一方面则源于他对基督教圣经的

[47] 1994 年王晓明等人在《读书》上发起人文精神大讨论,张承志、张炜两位作家也发出“抵抗投降”的呐喊。参见王晓明编:《人文精神寻思录》,文汇出版社 1996 年版;萧夏林为此专门编辑了“抵抗投降书系”,《忧愤的归途·张炜卷》,华艺出版社 1995 年版,《无援的思想·张承志卷》,华艺出版社 1995 年版。关于这个时期中国思想界的变化脉络的初步梳理,参见许纪霖、罗岗等:《启蒙的自我瓦解:1990 年代以来中国思想文化界重大论争研究》,吉林出版集团有限责任公司 2007 年版,第 1—42 页。

[48] 冯象:“新秋菊”,载冯象:《我是阿尔法:论法和人工智能》,中国政法大学出版社 2018 年版,第 160—165 页。

[49] 关于西方三次启蒙运动及其对中国的影响,参见甘阳:“启蒙与迷信”,《文汇报》2011 年 11 月 28 日,第 11 版。

精湛研究。<sup>[50]</sup> 揭示马克思主义与基督教传统在西方思想源流中的内在关联无疑是一项艰巨的学术工作。不过对冯象而言,将基督教学说和共产主义学说有机地融为一体并非基于学术理论的构造,而是基于二者共同指向的核心价值,即追求人人平等的永恒价值和“为人民(上帝)服务”的政治伦理,这个共同核心价值恰恰指向了人类历史发展的永恒未来。如果说这个永恒未来在共产主义学说中基于一种辩证唯物主义和历史唯物主义哲学,在末日审判的论述中基于一种宗教信仰,那么随着智能机器人的出现,资本主义毁灭已成为不可避免的历史必然。冯象正是从这种“历史真理”出发对晚期资本主义以及服务于资本主义的法治体系展开批判,人类要想避免随着资本主义毁灭而最终沦为机器的工具/宠物/玩偶,就必须在机器人还没有统治人类之前就终结资本主义而走向“人机大同”的理想社会。<sup>[51]</sup>

因此,冯象的批判法律理论从一开始就不是针对资本主义法治理论展开的,他甚至也不需要建构出一套高深的法学理论。法学理论说到底还是法治实践的产物。他希望将法学提升到“历史批判”的高度,不仅强调法学研究与历史现实研究的内在关联,更强调法学要从历史发展必然迈向人人平等这个“历史真理”出发对中国现实中正在与资本主义法治接轨的“新法治”展开批判。<sup>[52]</sup> 比较而言,同样出于对中国法治进展的批判,苏力更多从“词”的层面展开,从而展现出一种实用主义的、功能主义的理论乃至一种“语境论”的方法论在法学问题上的运用,而冯象对现实问题的批判不仅借助于人人平等这个永恒价值,更多是从历史经验出发,尤其将中国社会主义政法传统中展开的人人平等的政治实践作为一面参考的“镜子”来观照正在展开的“新法治”。他的评论集取名为《政法笔记》一方面在展示现代法治进入中国之后如何让过往的政法传统发生畸变,从而暴露其中的种种矛盾和难堪,但另一方面也在充分利用政法传统的资源和遗产来揭露现代法治的虚伪。他将越来越强化的保护“私有”的资本主义新法治称之为“高法治”,而将弱化“私有”保护强调“公共”的政法传统称之为“低法治”,用“低法治”的历史经验来批判越来越强化的“高法治”。<sup>[53]</sup> 为此,冯象不断激活政法传统中的有益要素作为批判现代法治的丰富的养料,这样会迫使人们把中国的社会主义政法实践作为在批判资产阶级法治中的有待挖掘和重新阐释的正面遗产。<sup>[54]</sup>

比如他在其娴熟的知识产权领域中用中国社会主义实践中形成的公共知识产权来批判越

[50] 参见冯象一系列关于《圣经》的翻译和诠释。冯象:《创世纪:传说与译注》,三联书店2012年版;冯象:《宽宽信箱与出埃及记》,三联书店2007年版;冯象:《信与忘:约伯福音及其他》,三联书店2012年版;冯象:《摩西五经》,牛津大学出版社2006年版等。

[51] 冯象:“我是阿尔法”,载冯象:《我是阿尔法:论法和人工智能》,中国政法大学出版社2018年版,第176—222页。

[52] 冯象:“法学三十年:重新出发”,载冯象:《信与忘:约伯福音及其他》,三联书店2012年版,第191—203页。

[53] 冯象:“知识产权的终结”“知识产权或孔雀尾巴”“法学的历史批判”,冯象,见前注[48],第28—46、56—75、47—55页。

[54] 凌斌就试图从政法传统的角度出发,对《秋菊打官司》这部电影进行了重新解读,参见凌斌:《法治的中国道路》,北京大学出版社2013年版,第139—183页。



来越强化保护的私有知识产权，<sup>[55]</sup>这大大激发了后来对这个问题更为深入的研究。<sup>[56]</sup>同样，“人民大学”被翻译为 Renmin University 或许可以一笑了之，但假如有一天“人民法院”或“人民共和国”被翻译为 Renmin's Court 或 Renmin's Republic，我们还能笑出来吗？<sup>[57]</sup>中国法治建设的危险就在于西方资本主义法治传统一枝独大，若缺乏古典礼法传统和社会主义政法传统的制约，就会变成一种不受约束的“资本—官僚—法治”的混合怪兽。也许到不了那时，曾经对法治抱有幻想的大多数人就会发现他们在法治机器面前都会变成“新秋菊”。事实上，在对《秋菊打官司》这部电影的众多解读中，只有在现代法治环境中生活的美国教授斯通才能敏锐地意识到电影中的这种卡夫卡式的体验，才会说出“这个笑话就在我们（指美国人——引者）身上。”<sup>[58]</sup>或许在多年后的今天我们再读冯象对法治不断制造“法盲”的批判，对将法治营造为“织女星文明”般美好幻觉的批判，才能真正理解冯象的洞见。

#### 四、“生殖”“香火”与文化保守主义的批判

大多数学者对《秋菊打官司》的理解止步于揭示乡村习惯法与现代国家法的差异。而赵晓力则进一步深入到秋菊的内心世界，俯身倾听秋菊想要的“说法”究竟是什么，为什么那个地方如此“要命”以至于秋菊竟然以中国人特有的那种不屈和倔强不断撞击“法律之门”？尽管在对《秋菊打官司》的研究中，不少学者提到了“地方性知识”，但他们都没有意识到吉尔兹所说的“地方性知识”不是一套简单的权利界定和分类体系，其背后有一套完整的与其生活密切相关的关于生活正当性的建构，即韦伯所谓的“意义世界”。<sup>[59]</sup>

##### （一）对“生殖”的信仰：尼采式的浪漫主义？

赵晓力的论文从秋菊所要的“说法”入手，不仅看到她所要的是村长“道歉”这个具体结果，更看到其背后所要争的那个“理”。恰恰是这个“理”赋予人们在乡村社会乃至整个国家中的行为正当性。赵晓力非常清楚地指出，秋菊要的“理”说到底是批评与自我批评中的相互道歉和谅解，其中不仅包括村长的道歉，甚至还包括秋菊的男人也要向村长道歉。然而，由于党委的“缺场”导致秋菊被迫走向“打官司”的法律诉讼。而正是在司法诉讼所引入的法律多元主义的世界中，赵晓力透过两套权利界定和话语体系而进入到古典与现代两个不同的意义世界中。

[55] 冯象，见前注[42]引书中关于“法盲与版权”“鲁迅肖像权问题”等篇章，第47—57、58—70页；冯象，见前注[48]引书中“知识产权的终结”“知识产权与孔雀尾巴”等篇章，第28—46、56—75页。

[56] 参见李斯特：“个体独创论的解构与重建：基于《乌苏里船歌》著作权纠纷的研究”，《华南师范大学学报》（社会科学版），2013年第2期，第111—115页。苏力，见前注[33]，第99—118页。

[57] 冯象：“下一站，remin大学”，载冯象：《信与忘：约伯福音及其他》，三联书店2012年版，第258—267页。

[58] （美）斯通：“喜剧与文化”，胡海娜译，载陈顾等（编），见前注[5]。

[59] 参见（美）吉尔茨：“地方性知识：事实与法律的比较透视”，邓正来译，收入梁治平（编）：《法律的文化解释》，三联书店1998年版，第73—171页。

在国家法的权力界定和话语体系中,法律关注的是“肋骨”受到的伤害,而这种侵权法的背后乃是“一套关于‘人’和‘身体’的意识形态,这就是‘劳动力身体’的意识形态。现代经济学已经把‘人’建构成‘劳动着的主体’,在当代中国的语境中,农民尤其是这样的主体,或者只能是这样的主体。秋菊丈夫的身体,只不过是普遍劳动力的具体承载者。所以打击这个具体身体无非是破坏普遍劳动力,法律重视肋骨的伤,因为是肋骨的伤让庆来气短,干不了重活。医药费、误工费是对劳动力身体的补偿。这是用金钱这个普遍等价物,补偿那个受损的普遍的劳动力。下身?在秋菊看来那才是要命的地方,但相对于数量庞大,取用不竭的农村劳动力总量来说,踢坏万庆来的下身并不造成劳动力的多大损失,法律完全可以对此视而不见。”〔60〕

这种对自然界与人类社会中的“力”的想象就来自于现代自然科学和西方启蒙哲学,整个世界乃是“力”的世界。正如我们在启蒙思想家霍布斯那里所看到的,人与自然、人与物本质上没有任何区别,人的认知、人的情感、人的想象乃至我们经常看作人与动物区别的道德、精神世界的文化想象本质上不过是一种力学的运动。唯有将人的行动理解为“力”,一种为荣耀、金钱和权势牵引的力量运动,才会有自然权利、战争状态、社会契约、法治理论等等一切我们今天看作是天经地义的普遍主义的权利法治论。〔61〕如果按照吉尔兹的理论,这种权利法治论也不过是一个“地方性知识”,它也镶嵌在一种自然科学和西方启蒙哲学所建构起来的作为“公理”的意义世界中。同样,秋菊之所以关注国家法所完全忽略的“下身”,并将这看作是“要命的地方”,是因为这里涉及到“生殖”,而在生殖的背后乃是“命”,“是子孙后代,是命脉,是香火。”〔62〕在赵晓力看来,这种信念背后乃是“对于生殖的古老信仰”:

显然,秋菊相信一种生命力的原始观念。而张艺谋的这部电影,歌颂的正是这种原始的生命力。从《红高粱》开始,这就是张艺谋电影的一个基本主题。在那部电影中,他问,中国人还有没有种?结果,在一帮做烧酒的土匪、寡妇——一些中国的边缘人那里,找到了这种原始的生命力,这种生命力最终在一场与日本鬼子的殊死搏斗中迸发出来,证明中国人还是有种的;在《活着》中,他讲述了一个最没种的普通中国人富贵,在经历了战争、革命、运动,赌钱气死了父亲,在大炼钢铁中失去了儿子,在“文革”中失去了女儿,仍然顽强地活着、并且鼓励别人活着的故事。这种生命力到了秋菊这儿,就体现在她一遍遍上访告状的行动中。如果说秋菊是一个维权先锋,那么她要维护的,并不是什么她或她丈夫的个人权利,而是一种普遍的生育的权利,一种对于生殖的古老信仰:破坏生殖是最大的犯罪。在张艺谋的电影里,正是这种原始的生命力,这种老百姓生儿育女的基本的本能(basic instinct),让我们这个民族度过战争、革命、运动的劫难,也度过平凡日常生活中的消耗和

〔60〕 赵晓力:“要命的地方:《秋菊打官司》再解读”,《北大法律评论》2005年第1期,第715页。

〔61〕 参见(英)霍布斯:《利维坦》,黎思复、黎廷弼译,商务印书馆1985年版。

〔62〕 赵晓力,见前注〔60〕,第716页。

杀机。这是这个民族之所以生生不息、无法从总体上消灭的真正原因。<sup>〔63〕</sup>

若从文学角度看,赵晓力的论文写作与苏力的论文写作分别代表两种完全不同的风格,苏力善于以小见大,从个案入手以一种法庭辩论的风格与各种可能的不同意见进行辩驳,从而展现出一个优秀法律人的敏锐、论理与修辞,而赵晓力却举重若轻,把一个重要的论述不动声色地展现在一种简约、平淡的叙事中。这篇论文本身就是这种文学修辞的一个典范,从文章开头到每个段落的标题乃至行文节奏和情绪控制,都展现出这种风格。然而,上面这段出现在文章结尾的文字似乎破坏了文章整体的叙述风格,以一种罕见的激情展现出秋菊倔强、坚韧背后的生命力量,并将其上升到支撑中国人渡过近代以来种种“劫难”的精神力量,一种如野草一般蓬勃旺盛的生命力量。这种对自然、原始、旺盛、强劲、坚韧、精神充沛、生机勃勃的生死爱欲本能的赞扬,无疑具有尼采主义色彩,它实际上构成对“物的世界”——一个机械的、利益计算的、缺乏情感的现代法治世界的强烈批判。

这种批判实际上构成了 19 世纪以来西方浪漫主义和历史主义对 18 世纪启蒙思想的批判。这种批判在法学理论中展现为历史法学派对法律实证主义的批判。法律不是人为制定的,而是像语言一样在历史文化传统中自然生成的,法律不是对意志和利益的体现,而是对民族精神的体现。<sup>〔64〕</sup>如果用赵晓力在文章结尾借助电影片头唱曲所展现的理论意涵来说,历史中生成的生生不息的自然法才是“永恒的”,而通过意志而从西方移植的法律不过是“暂时的”。“永恒”与“暂时”的对立乃是古希腊形而上学传统中本体与现象、“存在”(being)与“变化”(becoming)、“自然”与“人为”的对立。19 世纪浪漫主义和历史主义实际上是与 18 世纪科学理性的启蒙哲学争夺对“自然”的解释权,即究竟启蒙思想从科学视角理解的物化的自然是“自然”,还是从土壤、大地上生长出来的生命更加“自然”?所谓“自然”究竟是科学视角下物化的“死的自然”,而是历史视角下“活的自然”?

## (二)批判法律运动的前史:浪漫主义与自然法的中国形态

如果从“生殖”本能的角度重新审视“自然”“习惯”“传统”这样的概念,那么我们能不能将中国历史文化传统形成的传统习惯法看作是真正扎根大地和历史文化传统的“自然法”,而从西方移植而来的国家法不过是“人为法”?在这个法理学的根本问题上,我们不仅可以从德国浪漫主义哲学和历史法学派那里找到这样的理论资源,而且可以在 20 世纪九十年代中国法学理论大规模引入英美普通法的观念中也可以找到类似的观念。

就在苏力推动法律多元主义与批判法律研究的同时,同样持批判法律理论立场的邓正来则致力于对哈耶克的研究。哈耶克在英美经验主义基础上对欧陆唯理主义哲学展开批判,从而建构出“法”“立法”和“公共政策”的法律多元主义。其中,“法”就是在特定历史文化传统习

〔63〕 赵晓力,见前注〔60〕,第 717 页。

〔64〕 关于历史法学派的相关论述,参见(德)萨维尼:《历史法学派的基本思想》,郑永流译,法律出版社 2009 年版;余霞雪:《德国历史法学派》,清华大学出版社 2011 年版。

惯中形成的一种“自生自发的秩序”，这种法秩序恰恰是理性无法设计的，从而真正展现了自由秩序，英美普通法就是这种自由秩序的典范。比较而言，“立法”基于“人为理性”的设计，其背后是法国启蒙哲学中的唯理主义。由于人的“有限理性”，若立法不受到这种自生自发秩序的约束，则完全有可能走向自由秩序的反面，这恰恰是“变法”思想及唯理主义哲学思想面临的问题。正是在“自生自发的秩序”与“人为建构的秩序”“法”与“立法”的二元对立的基础上，哈耶克建构了“普通法治国”。在普通法传统中，习惯法、文化传统作为自生自发的“法秩序”无疑属于“自然法”，它本身就高于人依据“有限理性”所制定的国家法。<sup>[65]</sup>而邓正来之所以倾力研究哈耶克，恰恰是希望用这种英美传统中的基于经验主义的自由主义传统，来批判中国“变法型法治”及其背后的唯理主义的政治哲学思想。

在“变法、法治建设及其本土资源”“秋菊的困惑”等论文中，苏力不止一次提到哈耶克的“有限理性”，并用这个概念来批判国家立法的变法模式。然而，如果将这种理论思考贯彻到底，那么苏力所建立起来的法律多元主义秩序应该颠倒过来，即这不是“国家法”与“本土资源”的对立，而是“自然法”与“人为法”之间的对立。由此，我们不是希望人为制定的国家法如何照顾到本土资源，而是用本土资源背后的自然法理念来批判人为制定的国家法。这恰恰构成了英国普通法传统拒斥接受欧洲大陆的罗马法的法理依据。然而，在苏力开启的批判法律运动中，不仅历史法学派的理论视角被遮蔽了，普通法传统中的自然法理论视角也被遮蔽了。在批判法律运动中，几乎没有人试图从历史法学派乃至自然法学派的思想中汲取批判国家法背后的法律实证主义思想的理论营养。

需要注意的是，浪漫主义和尼采主义在德国曾经支撑着历史法学派对德国民法典制定中主张移植启蒙思想下的“西方”法律传统（法国拿破仑民法学传统）的潘德格顿学派展开批判。<sup>[66]</sup>然而，浪漫主义和尼采主义在中国思想界最为强劲和盛行的20世纪八十年代，这两种思想在“文化热”的大背景下，实际上变成批判和摧毁中国古典传统和政法传统最强有力的力量。这种批判在“新启蒙”背景下反而为20世纪九十年代中国大规模移植西方法律扫清了理论障碍，以至于批判法律运动在九十年代兴起之际，在法学界处于孤立无援的境地。因此，要理解九十年代以来批判法律运动的谱系，还必须理解八十年代批判法律运动的前史。这里我们不详细展开对这段法律批判运动前史的讨论，但需要指出对后来批判法律运动产生深刻影响的两点：

其一，浪漫主义与尼采主义在欧洲兴起构成了对资本主义理性化的批判，而在20世纪八十年代中国是作为“新启蒙”的一部分，为九十年代引入与资本主义市场经济相匹配

[65] 参见邓正来：《哈耶克法律哲学》，复旦大学出版社2009年版。关于普通法作为一种“自然法”的论述，亦可以参见Donald R. Kelley, *The Human Measure: Social Thought in the Western Legal Tradition*, Harvard University Press, 1990, Chapter 10, pp.165-186.

[66] 关于这场论战，参见（德）萨维尼、蒂堡：《论统一民法对德意志的必要性：蒂堡与萨维尼论战文选》，朱虎译，中国法制出版社2009年版。



的权利法治论开辟了道路。尤其需要注意的是,权利法治论本身将传统自然法理论转化为自然权利理论,从而终结了自然法与人为法之间二元对立的哲学传统。自然法作为一种自然权利被当作一种“高级法”吸收到宪法中,并成为整个制定法体系中的公民权利保护问题。<sup>〔67〕</sup>“自然法”概念在西方理论传统中已经丧失了批判力量而走向衰亡,由此自然法与实定法的二元对立变成了道德与法律关系的技术性问题。<sup>〔68〕</sup>在美国,这个问题就变成司法审查的问题。在这种背景下,当西方权利法治论在进入中国的那一刻起,它本身就“以自然权利”这种绝对真理的面目出现的。无论在八十年代西方法律文化对中国法律文化的批判,还是九十年代市场经济的法律对计划经济的国家政策的批判,本身就包含着自然法的批判力量。

在这种背景下,苏力开辟的批判法律运动在理论上无法复兴自然法的理论传统,而只能采用一种后现代主义的“解构”策略,对“自然权利”这种包含着自然法绝对真理的“大写的词”展开解构和批判。而在八十年代中西法律文化比较研究中,梁治平逐渐放弃了早期秉持的西方法律传统对中国法律传统的批判态度,与主流的法律文化比较研究分道扬镳,进而在后现代理论基础上吸纳了历史法学派的思想,提出了“法律的文化解释”理论,<sup>〔69〕</sup>从而基于中国法律文化传统对现代法律移植运动的变法思路展开批判,梁治平的法律文化解释理论的转向实际上推动了文化保守主义的兴起,从而构成批判法律运动的重要组成部分。标志着梁治平思想转向的经典论文“法律的文化解释”发表于1994年,与苏力提出“本土资源”和“秋菊的困惑”刚好处在一个时间节点上。而赵晓力十年之后从“要命的地方”切入中国文化传统和中国人的生存意义,无疑回应了梁治平的“文化解释”问题意识,接续了中国法律领域的文化保守主义命题。

其二,浪漫主义和尼采主义实际上开启了历史主义、相对主义和解构主义的后现代思潮。尽管梁治平和苏力秉持的理论立场和理论路径有所不同,但他们开创的批判法律运动从一开始就建立在这种后现代解构主义立场上。梁治平在结构主义和解释学的立场上,更多主张历史主义和文化相对主义,而苏力在结构主义和解释学的立场上,更多主张功能主义和实用主义。这种后现代主义虽然具有强大的批判和解构力量,但这种后现代的解构立场也同时包含着自我瓦解的力量,从而无法为批判理论提供持久不变的尺度和准绳。而这恰恰也是邓正来对梁治平的“文化解释论”和苏力的“本土资源论”不满意的地方,他强调批判法律理论必须以建构中国未来理想法治图景作为目标。因此,在围绕《秋菊打官司》形成的批判法律理论的谱系中,唯有冯象基于共产主义和基督教的理想图景能够始终秉持坚定不移的法律批判立场,而这种理想图景的建构恰恰在于坚持“人人平等”这个朴素的自然法理念。当然,冯象从来没有

〔67〕 参见(美)考文:《美国宪法的“高级法”背景》,强世功译,三联书店1996年版。

〔68〕 参见强世功:《法律的现代性剧场:哈特—富勒论战》,法律出版社2006年版。

〔69〕 参见梁治平(编):《法律的文化解释》,三联书店1998年版。

将其理论诉诸自然法理念,毕竟自然法是唯心主义哲学的产物,而冯象恰恰强调人人平等乃是历史发展的必然。比较而言,苏力的批判法律理论也就展现为一种就事论事、见招拆招的个案研究的“游击战”,这一方面是由于他受普通法训练所形成的针对法律职业群体发展出来的个案思考习惯,另一方面也是由于他秉持的“语境论”本身就反对任何一种本质主义的立场,而采取一种“后哲学”的解构主义立场。那么,如何理解赵晓力的这种具有浪漫主义色彩的批判法律理论呢?

相信,今天的赵晓力并不满意这种诉诸生殖本能的尼采主义。需要注意的是,赵晓力在此更多借着张艺谋的电影叙事展开自己的讨论。如果说回到电影文本,那么张艺谋早期一系列获得国际大奖的电影以及他所代表的“第五代导演”的崛起本身就是20世纪八十年代中国思想界批判中国文化传统、批判社会主义政法传统的有机组成部分。这些电影文本迎合并强化了西方中心主义对中国文明的“东方主义”式的想象,塑造了一个落后、愚昧、野蛮的中国。然而,赵晓力恰恰是在这种落后和野蛮中读出了一个粗朴、自然、野性和充满生命力量的中国。“礼失求诸野”。在中国文明固有的精神力量在精英文化的“大传统”中被否定的时代,我们唯有在土匪、秋菊这些乡村边缘人的身上才能看到残存的中国文化和文明的力量。这或许是赵晓力试图借助尼采主义提供的一种新的批判意识:以一种文化保守主义的批判意识重新进入中国文明传统。

事实上,也是从这个时候开始,赵晓力开始与他此前秉持的法律经济学立场以及后现代解构主义的批判立场分道扬镳,转向了一种文化保守主义的批判立场。这就意味着他必须放弃后现代解构主义,为文化保守主义的批判提供一个哲学尺度和准绳。而恰恰从1998年开始,赵晓力加入其中的“福柯小组”这个“无形学院”在思想理论上完成了从福柯向施特劳斯的转型,<sup>[70]</sup>赵晓力的研究也从过去的法律经济学和法律社会学转向对美国宪法、中国的生育、婚姻和家庭制度乃至中国文明传统的研究,把梁治平提出的“法律文化”理论提升到一个更高的哲学层次,即透过文化的表面深入到为中国文明传统提供价值尺度和整套政教体系的“经学”和“礼学”层面,为批判法律理论提供整全世界秩序的尺度和准绳。

事实上,正是为了对大规模涌入中国人生活的西方文化寻找评判的价值尺度和秩序基础,中国的文化保守主义开始复兴,从而20世纪八十年代以来在西方文化观照下的现代视角对中国文化的批判转向了21世纪以来从中国文明自身价值尺度出发对西方文化推动下的现代化进程构成批判。相应地,八十年代从“文化”的角度理解中国文明传统转向了21世纪从“经学”和“礼学”这些奠定中国人生存秩序的政教体系来理解中国文明。2004年被看作是推动“文化保守主义”的“抬头年”或者“复兴元年”,<sup>[71]</sup>而就在2005年,赵晓力的这篇论文从中国传统中对生育的理解来解读“要命的地方”。同样,正是在中国传统“礼学”提供的家庭伦理视野中,赵

[70] 参见赵晓力:“无形的学院”,《北京大学研究生学志》2005年第1期,第14—15页。

[71] “2004:文化保守主义抬头”,《外滩画报》2005年1月18日。

晓力对最高人民法院推出的“《婚姻法》司法解释(三)”进行了最为尖锐的批判,而近年来致力于中国传统礼学研究的吴飞也参与到这场批判之中。<sup>[72]</sup>

### (三)何以“要命”：“香火”与文化保守主义的批判

如果从文化保守主义的立场看,要真正理解“要命的地方”之“要命”所在,可能恰恰需要进入到中国人的整全世界秩序中追问“命”本身。因此,《秋菊打官司》中真正重要的概念乃是“命”,既是人之“生命”,又是人之“天命”。在中国文化传统中,“生命”无法在尼采主义的立场上被理解为高扬野性的生殖本能,而是“生生不息”之“天命”,而“人命”乃是“天命”的重要环节。具体到秋菊和村长,他们显然无法把生儿育女理解为尼采主义的狂野的生命本能,因为中国文化不是源于日耳曼的原始森林中。在秋菊和村长的意义世界中,“生命”“子孙”后代与遥远的祖先形成一个完整、生生不息的链条。秋菊和村长在这个链条上既是短暂的过客,又是不可替代的重要一环。他们的生命意义就在于维系这个完整生命链条,而这个生命链条通过婚姻网络的不断扩展,最终形成一个生生不息、不断扩展、循环往复的生命网络。这种生命网络往小处看就是家庭和家族,往大处看则是国家和天下这样的“命运共同体”。这个生生不息、不断扩展和循环往复的生命网络,完全突破了西方哲学和神学中所预设的“阳光”和“洞穴”“彼岸”与“此岸”“死”与“生”的二元划分。它既是哲学的,因为它始终是人文主义的、理性主义的、世俗主义的,但它又是神学的,因为它始终关注着生前死后、轮回与再生。更准确地说,我们根本无法用西方的“哲学”“神学”这些概念来理解中国“经学”“礼学”所建构起来的文明内在的整全世界秩序。这是一个生生不息、生死如一的世界,一种出世与入世、经验与超验、理学与心学融为一体的整全世界秩序。这才是秋菊和村长所共享的意义世界。

如果从这个角度看《秋菊打官司》,整个故事始终是由“命”推动着向前发展。村长为什么要踢秋菊丈夫的“下身”?是因为秋菊丈夫看到村长生了四个女儿却没有一个儿子,而且村长老婆又做了结扎手术,就故意骂他“断子绝孙”。在秋菊与村长分享的这个意义世界中,秋菊丈夫的这句话实际上包含着宗教意义上的恶毒诅咒,甚至比基督教中“下地狱”这样的诅咒更为恶毒。因为“下地狱”仅仅是个人的事情,而“断子绝孙”不仅是自己的事情,更牵扯到整个家族和祖先。村长没有儿子就无法维系这个生生不息的生命链条的延续,也自然丧失了自己的生命意义,假如他们家族是一系单传,则意味着让他们整个祖先丧失了生命的意义。在这个生生不息的生命网络中,因为一家“断子绝孙”不仅导致自己、而且可能导致祖先乃至整个家族无法继续在整个生命网络中存活,并因脱离整个生命网络而彻底堕入无法再生的“虚无”。这才是

[72] 需要注意的是,对“《婚姻法》司法解释(三)”的批判是法学界与中国礼学界共同推动的,参见《文化纵横》2011年第1期“保卫家庭”专题中的相关论文。赵晓力:“中国家庭资本主义化的号角”,《文化纵横》2011年第1期,第31—34页;吴飞:“当代中国婚姻的价值缺位”,《文化纵横》2011年第1期,第35—38页;马忆南:“婚姻家庭法领域的个人自由与国家干预”,《文化纵横》2011年第1期,第45—50页;顾骏:“司法解释与生活逻辑的背离”,《文化纵横》2011年第1期,第39—44页;强世功:“能动司法下的中国的婚姻家庭——从最高法院关于《婚姻法》的司法解释谈起”,《文化纵横》2011年第1期,第24—30页。

真正可怕的,比“下地狱”更可怕,因为无法救赎,不可能轮回再生。因此,判断一个人包括自己的祖先能否加入到这个生生不息的生命网络中,一个重要标志就是有没有“香火”。“香火”这个词来源于承担着延续家庭生命责任的儿孙每逢节日给祖先上坟祭奠采用的上香和烧纸,由此也就代表子孙后代生命的延续。而整个中国古代礼制中复杂的婚姻、家庭和继承制度实际上就是围绕“香火”展开的。没有儿子就必须“过继”甚至“倒插门”,以确保“香火”不断。

由此,我们才能理解骂村长“断子绝孙”是怎样一种具有宗教意味的诅咒。正是这种恶毒的诅咒让村长瞬加“怒从心头起、恶向胆边生”,采取更恶毒的举动,踢向秋菊丈夫的下身,想让他也“断子绝孙”。虽然事情起源于秋菊丈夫的恶毒诅咒,但秋菊丈夫不过是“言语”,而村长却是诉诸实实在在的“行动”,况且秋菊丈夫是一个普通百姓,而村长是一个同时具有“私家”和“公家”身份的德高望重的权威。因此,在秋菊看来,村长的举动完全丧失了无论是“公家”身份的村长还是“私家”身份的族长都应该具有的最起码的道德品质和人伦责任,他从一个具有德行高尚的权威变成了一个实实在在的阴毒小人,由此才有了秋菊一而再再而三地讨“说法”。事实上,她要寻求的那个“理”也只有放在这个捍卫“香火”不绝、生生不息的整全世界秩序中才能理解。在这个意义上,我们可以说《秋菊打官司》实际上是一个具有宗教意味的复仇故事。我们只有理解“命”“香火”在中国文明传统中具有某种宗教含义(也就是所说的“儒教”),才能理解为什么村长宁愿接受法律惩罚也不愿意“道歉”;才能理解为什么村长提供的是一个“同态复仇”的和解方案,让秋菊的丈夫也踢村长的“下身”;才能理解为什么村长只有在倾尽全力来帮助秋菊生了“儿子”之后才获得救赎,彼此的复仇欲望得到大和解,村长瞬间变成了秋菊一家人的“恩人”;才能真正理解这个故事的悲剧性:“五·四”运动之后中国进入了新的礼崩乐坏时代,西方“公理”在精英文化层面彻底摧毁了“天理”,<sup>[73]</sup>而现在又借助国家法无情地摧毁乡野秩序中残存的“天理”。

因此,从秋菊的角度看,她所诉诸的绝不是学者们普遍理解的“乡村习惯法”。事实上,“乡村习惯法”这个概念本身就是清末法制改革导致礼崩乐坏的产物。恰恰是在西式国家法中心主义的视野下,原本高于法律、在法律之上的“礼”就像失落的天使,一夜之间变成了低于法律、在法律之下的“俗”(习惯)。从这个角度再看清末法制改革中“变法派”与“保守派”的论战乃至民国时期制定民法典过程中开展的“民商事习惯调查”,我们才能体会这种悲剧性所在,即面对礼崩乐坏的大变革时代,中国人如何努力将文明的薪火小心翼翼地保存在乡野的“习惯”中。我们今天看起来流落乡野的习惯法,在中国文明传统中原本属于“天道”“天理”或自然法。当秋菊诉诸“公家”的精英体系来寻找这个“理”的时候,原本是希望用这种“天理”的自然法来颠

[73] 关于西方科学技术背景上的“公理”世界观取代中国古典的“天理”世界观的历史进程,参见汪晖:《现代中国思想的兴起》,三联书店2008年版。



覆西方“公理”奠定的制定法体系,这难道不是一个西方安提戈涅式的或中国窦娥式的悲剧?〔74〕

事实上,所有人都明白秋菊所要的是超越法律之上的“理”,然而没有人试图把秋菊所诉诸的“天理”理解为一种绝对的自然法,理解为可以用来挑战和批判从西方移植而来的国家法的正当依据和准绳,也没有人试图把秋菊理解为安提戈涅或窦娥式的悲剧英雄。当很多人将秋菊“打官司”寻求天理的执拗看作是“个人性格”问题,唯有赵晓力在探寻为秋菊提供强大动力的精神起源过程中似乎有某种暗示。这也证明奠定中国文明政教传统中的“天理”甚至在批判法律运动主将们的心目中都不存在了。

事实上,恰恰是由于“天理”的死亡导致法律批判运动在现实中节节败退,批判法律理论面对移植而来的国家法及其凭借法律职业支撑的法律教义学,最终沦为“社科学”与“法律教义学”之间的技术性对话。〔75〕在这个意义上,批判法律理论从它策略性选择后现代解构主义的思考路径和理论工具开始,就已经埋下了今天衰亡的种子。批判法律运动往往借助西方19世纪以来后现代主义来批判西方18世纪启蒙思想,整个论战的话语都是在西方话语体系中展开的。而唯有文化保守主义推动中国文明传统中“天理”的复活与再生,才能真正激活批判法律理论的精神活力。这或许正是赵晓力目前努力的方向所在。

## 五、初步小结

电影《秋菊打官司》引发法律社会学的讨论已经有二十多年。提出“秋菊的困惑”的苏力毫无疑问成为批判法律运动的开创者。他虽然在语言表达的修辞上非常激烈,甚至以左翼的面目出现,但其批判实际上很温和,他批判的只是某一种特定的“法治”理论,却从来没有批判过法治本身。相反,他始终强调法治是工商业社会或陌生人生活中必须要接受的治理术。苏力的理论是后现代的,而他的理论主张却是现代性的。正是这种理论的两面性导致了其理论的妥协性。他在线性史观基础上承认中国必须通过“超前立法”实现国家强大。用他在成名作《法治及其本土资源》的扉页援引的诗歌来说,“这才是根本的根本”。在这个意义上,苏力表面上是属于“新左派”,但却始终是民族主义者。他所主张的后现代理论可以对任何价值(无论是

〔74〕 关于安提戈涅与窦娥的悲剧解读,参见强世功:“文学中的法律:安提戈涅、窦娥和鲍西娅——女权主义的法律视角及探讨”,《比较法研究》1996年第1期,第29—43页。

〔75〕 2014年5月31日至6月1日,《法律和社会科学》编辑部、《法商研究》编辑部在中南财经政法大学法学院专门召开“社科学”与“法律教义学”对话会。《法商研究》为此发表了相关的论文,参见苏力:“中国法学研究格局的流变”,《法商研究》2014年第5期,第58—66页;侯猛:“社科学的传统与挑战”,《法商研究》2014年第5期,第74—80页;陈柏峰:“社科学及其功用”,《法商研究》2014年第5期,第67—73页;谢海定:“法学研究进路的分化与合作:基于社科学与法教义学的考察”,《法商研究》2014年第5期,第87—94页;邵六益:“社科学的知识反思:以研究方法为核心”,《法商研究》2015年第5期,第111—119页;熊秉元:“论社科学与教义法学之争”,《华东政法大学学报》2014年第6期,第141—145页。

西方的,还是中国的)进行功能主义的解构,并最终将其还原为“实力”,从而成为现实主义、实用主义甚至尼采主义。

在苏力开创的批判法律传统之后,形成了两个批判的高峰。一个就是冯象所代表的左翼思考,即一种来源于左翼基督教传统(“保罗主义”)与共产主义思想的混合,坚持以人人平等的人类大同理念对右翼资本主义思潮展开批判,尤其是始终保持着对世界帝国这个资本—权力—法治综合体的批判。另一个就是赵晓力的研究中所隐含的文化保守主义,即一种基于中国传统“经学”/“礼学”对于人类生存意义和秩序安排的阐述,对现代法治背后的西方价值观念形成批判。之所以说是两个批判的高峰,就在于他们是从不同的价值和精神层面上对中国朝向西方现代性道路展开的批判。再后来,批判法律理论便开始走向衰退,凌斌虽然保持批判姿态,但都已经在“和谐法治”的概念下进行妥协,而此后在章永乐和徐斌对《秋菊打官司》的研究中完全放弃了批判意识并走向了综合,不仅在理论上消除中国古典传统的保守主义、左翼社会主义和右翼资本主义之间的内在张力,而且在法治秩序建构中试图调和、综合并安顿这三种秩序传统。<sup>[76]</sup>我们要理解批判法律理论从批判走向综合的历程,必须将其放在这二十多年中国迅速崛起的历史背景下,甚至放在近代以来中国走向世界的政治场域中,因为学术场域的变化与政治场域的变化原本就是密切关联的。然而,这种综合并不一定意味着法律批判运动的结束,反而需要在重建法律多元主义的基础上,重构中国人的精神生活,从而将批判法律理论推进到新的时代。<sup>[77]</sup>

在批判法律理论从批判走向综合的这二十年中,源于西方的现代法律曾经作为一种移植的异质要素迅速融入中国社会生活,如今已成为中国人生活方式中不可分割的一部分。批判法律运动的衰退似乎证明了法律现代化理论及其预设的“变法模式”或“超前立法”的正当性。也许正是预见到了这种现实的后果,法律现代化理论的支持者很少在理论上认真回应批判法律理论。或许他们从一开始就将其目标锁定在对现实制度的改革和安排上,而非思想理论的表述上。因此,他们更乐于占领面向大众的公共舆论,更乐于将权利主义法治理论塑造为与权力和制度纠缠在一起的大众意识形态,始终缺乏动力和能力来回应批判法律理论,缺乏思考如何建构美好秩序的意识 and 能力。因此,尽管围绕《秋菊打官司》形成了一个批判法律理论的谱系,但它在法学界乃至更大的法律职业界始终是极少数学者讨论和关注的话题,以致批判法律理论在法理学中始终处于边缘地位,成为少数人的理论事业。这无疑是民主时代的一种常态。毕竟,并非每个人都能理解批判法律理论的关键所在,并非每个人都具有朝向美好秩序的心性。

然而,我们不要忘记,当移植的西方法律成为完善中国法治秩序的丰厚质料时,唯有批判

[76] 参见徐斌:“教化权、官员伦理与秩序变迁:以《秋菊打官司》中的李公安为分析对象”,载强世功主编:《政治与法律评论》(第三辑),法律出版社2013年版,第145—178页。章永乐:“从秋菊到WTO:反思国际战略选择与国内法律秩序演变的关系”,《武汉大学学报(哲学社会科学版)》,2017年第1期,第28—35页。

[77] 相关讨论参见强世功:“告别国家法一元论:秋菊的困惑与大国法治道路”,《东方学刊》2018年冬季号(总第2期),第43—55页。

法律运动所展现出的批判反省意识及其指向探索美好生活方式的思考和洞察才能真正为中国法治秩序的未来发展赋予形式和灵魂。在这个意义上,中国法治建构过程中三种法律传统在多元主义法治框架中的融合绝非意味着批判法律理论的衰亡,而是表明要在新的起点上重新出发。批判与其说指向现实,不如说指向未来。批判法律理论必须始终基于中国法治的历史经验对各种法治教条主义展开批判,基于政法传统中鲜活的政治伦理对法治机器中的技术官僚主义展开批判。“苟日新,日日新。”批判法律理论所激发出来的活力和力量不断推动法治实践和法治理论的创新,将为中国文明秩序的重建提供生机勃勃的向上动力。

**Abstract:** Different from the popular perspective approach of “law and literature”, this paper attempts to re-examine the legal studies scholarship on the film the Story of Qiuju from the perspective of critical legal studies, so as aiming to investigate the genealogy of critical legal studies in China. Professor Su Li is the first one to study this film and care about the “confusion of Qiuju” so as to criticize the mainstream western universalist view of the rule of law in China. He insisted advocated legal pluralism and legal functionalism to the rule of law, hoping to construct a new kind of the rule of law with “local resources” in China. Since then, the interpretation of the Story of Qiuju formed two theoretical peaks camps in criticizing mainstream western universalist view of the rule of law in China. One is professor Feng Xiang’s criticism from the left-wing position of Christian theory and communist theory, in which he criticized legal transplantation in China as building a province of the global capitalist empire. The other is Professor Zhao Xiaoli’s criticism from the conservative position of Chinese classical tradition. He criticized that the rule of western law in China has destroyed the meaning of life and the way of living. On the one hand, this paper attempts to provide an internal clue for thinking about the development of legal theories in China in the past 40 years since the beginning of the age of reforming and opening up opening and reform; on the other hand, it also hopes attempts to promote China to explore a new development path of rule of law and build an ideal legal order with legal pluralism for China.

**Key Words:** Legal Pluralism; Rule of law; Critical Legal Studies

(学术编辑:章永乐)

(技术编辑:孙竞超)