

剩余的断想

林来梵

著

法

政

学

思

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

《从撤退开始》 龙卫球

《法苑春秋》 李步云

■ 《剩余的断想》 林来梵

《我的轭》 高全喜

《倚宪论道》 张千帆

《群己论识》 李强

《政治的他者》 曹卫东

《夜阑烛》 蔡定剑

《坐而论道》 毛寿龙

《反思与超越》 赵明

《英伦法雨》 单文华

上架建议 法学 政治学

ISBN 7-80226-683-1



9 787802 266834 >

责任编辑：周林刚 罗洁琪 封面设计：李 宁

定价：24.00元

法

政

学

思

剩余的断想

林来梵

著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑:周林刚

图书在版编目(CIP)数据

剩余的断想/林来梵著. —北京:中国法制出版社,
2007. 1

(法政学思)

ISBN 7 - 80226 - 683 - 1

I. 剩... II. 林... III. 法学 - 文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 163246 号

剩余的断想

SHENGYU DE DUANXIANG

著者/林来梵

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 × 1230 毫米 32

印张/12.375 字数/201 千

版次/2007 年 3 月第 1 版

2007 年 3 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 683 - 1

定价:24.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfzs.com>

编辑部电话:66067024

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

谨将此书献给
我亲爱的养父林文益先生——
一位狡黠而仁慈的中共党人
的在天之灵；
并藉以追忆和感念
我们曾经在绝望的南社——
一个如今已成为废村的偏僻村庄里
所共同度过的
那些艰辛的岁月……

——作者

写在前面

按

照解构主义的一种说法，文本的前言反而是一种后语。这虽然是以“真理概念的自我呈现”为标准来说的，但也适合于用来说明本书的编成程序。是的，我是在最后才写下这个前言的，为此不叫“前言”。而在一种大家都可以意会的虚脱里，我想索性采用极简主义的态度，完成这里的绪说。

我们也突入了一个问题簇生、意义弥散的时代。刻下中国知识人所被诟病的浮躁心态，恰是这种生存情景的曲折影映。哲学被



认为变得低眉顺眼了，而所谓“无根基”（罗蒂）的困惑、终极目的的空无、失去了敬畏的平庸，凡此种种，都是人生在世的现况。然而，我们也企图沿着法政学问这个“作女”所给出的“阿里阿德涅的丝线”（Ariadne's strings），赶快走出意义的迷宫。

本书哀辑了我多年以来“剩余”在某种特殊的思考框架里的一些文稿，但多为“依法断想”的“正果”。本想采《易经》乾卦中“君子终日乾乾，夕惕若厉”的文义，定名为《乾乾集》，但又觉得自己生性疏凝，还谈不上这“乾乾”二字，为此作罢而改用现名。全书分为六辑。第一辑“蓝色时期的断想”，收集的是自己留日时期的三篇手稿，其中含有一个学人在思想远未成熟时期——即“蓝色时期”的真情吐露；第二辑“在思考的特区里放言”，收录的是我在留学之后赴香港高校供职时期的一些“发愤之所为作”的短文，其内容也多蒙上了特定空间和时流所给予的那种红尘；第三、四、五辑作为本书的主体部分，辑录的都是晚近数年的作品，间中包括有一些即兴的或快意的发言（承蒙热心的学生录音、整理成为文字）；最后一辑的“法学文人的诗情”，则收录了长年来偶尔涂鸦的、现在保留在手头的一些诗作，虽然其与人们通常讨论法政问题所固有的言说形式何其相去乃尔，但毕竟也流露了一个法学文人置身于特定时代氛围之下的种种特有的思绪和情怀，其中也不乏乃为当下政法形势所触发而写下的文句。不过，对于这些诗作的语言，读者们大可不必追寻其确定性的意

义脉络，只要从文本参与者的角度进入其中的意境即可。

感恩与真诚一样兹事体大。我想在人类固有的精神意义上把这部小书献给我养父的冥冥在天之灵，并借此表达我对养父养母多年养育之恩的无限深厚的感念。此外，我也想同时在此对夫人陈瑾瑜、儿子林盛也、女儿林韵表达我的歉意，他们曾经长年地忍耐了我因为个人的学术追求而偏离了家庭生活的温情秩序。成书之际还要感谢高全喜兄的高谊，感谢浙大法学院杨吉、郑磊、刘义、刘练军等门下诸君的协助。

最后，且让我引用《圣经》箴言中的一句话，献给所有关心中国法政问题的真诚读者：

Keep straight the path of you feet, and all your ways will be sure.

（要修平你脚下的路，坚定你一切的道。）

林来梵

2005年12月4日子夜

目 录

写在前面	1
蓝色时期的断想	1
从《马关条约》读出我们民族的内伤	3
过日本的“屠门”而大嚼“清贫的思想”	10
剖析当代日本的大东亚战争肯定论	
——访日本政治史家赤泽史朗教授	15
在思考的特区里放言	23
“香港回归”与“回归香港”	
——一个“世纪末”的反思	25
螳螂捕蝉,黄雀在后?	
——试论基本法解释制度的法律机制	32
香港“宪政风波”中的时评	35
对“人大释法”争议的除魅	
——论不能自足的司法制度	47
台独理论煮的是什么“米”和“饭”?	55
在香港解读中国婚姻法草案	61
妻不认陈世美	70

戴着规范的镣铐跳舞	73
卧室里的宪法权利	
——简评“西安黄碟案”	75
枫林晚谈财产权	
——与汪丁丁、叶航的一次鼎谈	88
“乞讨权”是宪法权利吗？	
——BBS 上的一场讨论	123
第四次修宪与互惠正义	
——在哪里“雄辩和沉默”？	136
司法上的创举与谬误	
——也评“马伯里诉麦迪逊案”	181
西岸宾馆诉帕里什案	
(West Coast Hotel Co. v. Parrish)	196
沿着法条追溯上去	213
宪法是什么	
——从“麻三斤”谈起	215
宪法学的暗器	224
民主与爱情的六个共同点	228
看施米特政治宪法学的神学胎记	
——在浙大法学院 60 周年院庆期间	
“法律与人文”研讨会上的发言	232
看日本学者所看到的李步云教授	237

我希望我也充满了矛盾	
——对一场五人同台演讲的点评	246
从知识分子的梦中惊醒	254
一个“前言”的后语	266
退守在方法论上	271
我们隆重走在返回的路上	
——《返回法的形而下》一书序言	273
为“规范宪法学”申辩	
——几则网上的发言	281
今日宪法学：方法与机遇	
——在西湖边的一次座谈	285
宪法学的方法与谋略	308
对话与约定的狂想	
——一场中国宪法学圆桌学术 会议的综述	347
写在春天里的一个跋	
——《人权总论》一书的后语	362
法学文人的诗情	367
苦楝树觉悟	369
大圆圈一二三(之二)	372
堆积空盒	375



过桥	377
进入鱼的感觉	380
等待一颗蛋落入掌纹	382

蓝色时期的断想

■ 从《马关条约》读出我们民族的内伤

■ 过日本的「屠门」而大嚼「清贫的思想」

■ 剖析当代日本的大东亚战争肯定论

——访日本政治史家赤泽史朗教授

从《马关条约》读出 我们民族的内伤*

第二款 中国将管理下开地方之权，

并将该地方所有堡垒军器工厂及一切属公物件，永远让与日本。

.....

二、台湾全岛及所有附属各岛屿。

.....

第四款 中国约将库平银二万万两交与日本，作为赔偿军费。.....

——引自 1895 年《马关条约》

* 原文载于在日学人所办的中文《留学生报》（《留学生新闻》）1995 年 2 月 15 日版。



第一百年的日历，终于沉重地叠压在中日甲午战争这一历史事件上了。但是，作为中华民族子孙的一员，作为置身于这个当年交战国的国度里的一介寄客，我身不由己地重读了这场战争所留下的《马关条约》的条文，内心仍然隐痛不已。这种隐痛，至今已经搓揉过几代中国人的心，而且只要这段历史不被忘却，它还将可能在下一代中国人的心上重复降临。

一百年过去了，仍然用祈使句单纯地强调人们不要忘却这段不幸的历史，这可能有点流于老生常谈。说“前事不忘，后事之师”，这当然也是无可厚非的，不过，笔者认为，我们不但要记住历史，引以为鉴，还应该通过深刻地认识任何历史事件给我们留下的历史课题，积极地把握自己的历史命运。只有这样做，才能真正起到借鉴历史的作用。

众所周知，被日本人称之为“日清战争”的这场战争，发生在明治维新之后的日本帝国和气息奄奄的大清王朝之间，最后以大清王朝非常不光彩的落败而告终。

从日本方面来看，挑起这场战争，其实是当时明治政府“脱亚入欧”的一个重要的战略步骤。所谓“脱亚入欧”，在某种意义上说，就是面对西欧列强势不可挡的入侵势力，一边学习西欧，一边转而掠夺亚洲近邻来壮大自己，最终跻身于西方强国之列。这种战略，很容易使人联想起中国古代的两个战略名词：“远交近攻”和“避重就轻”，当然，也使人联想到“欺软怕硬”、“趋炎赴势”等一类的

形容词。时至今日，亚洲近邻在许多场合仍然用这种带有“道德本体论”色彩的评价来“腹议”日本人，使之惶恐不安。当然，日本人之所以会惶恐不安，也是因为它与亚洲的许多国家一样，本身至今也没有完全摆脱包括“道德本体论”精神在内的儒教文化的影响。这也说明当今日本要想成为亚洲的领袖，除了经济实力以外，还不能缺少道义的力量。这也是历史给日本人留下的课题。

与明治政府相反，当时中国同样面临着西欧列强入侵的命运，熟读经纶的朝野精英，却拘泥于“中体西用”式的政治思维，战略上并没有雄才大略，不可不谓“数典忘祖”。

最令人扼腕叹息的是：尽管鸦片战争以后，清王朝多次向西欧列强割地赔款，但“百足之虫，死而不僵”，当时中国方面的经济力量，其实仍不亚于这个东洋岛国，通过洋务运动，其军事实力的某些方面也已超过日本。笔者曾参观过去年夏季立命馆大学和平纪念馆举办的“日清战争”纪念展，从其具体资料中再次确认了以上的事实。为此，可以这样说：清朝败于日本，不是没有一点偶然性的。但任何偶然性都蕴含着必然性。泱泱大国居然败于弹丸岛国，一言以蔽之，其必然性归根到底就在于制度上有问题。明治维新以后，日本推行君主立宪，励精图治，国势蒸蒸日上，而清王朝则墨守成规，昏庸无度，气数每况日下。战争爆发之前，西太后为筹款营建她的花园，不惜占用北洋水师的军费；交战之际，一部分重要的军事力量并没有被