



自由与秩序

——美国法治观察笔记

肖双红 著



清华大学出版社



法言
传心

自由与秩序

——美国法治观察笔记

肖双红 著

清华大学出版社 北京

本书封面贴有清华大学出版社防伪标签,无标签者不得销售。

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

自由与秩序——美国法治观察笔记/肖双红著. —北京:清华大学出版社,2015
(法言传心)

ISBN 978-7-302-39739-7

I. ①自… II. ①肖… III. ①法治—研究—美国 IV. ①D971.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 068058 号

责任编辑:王巧珍

封面设计:傅瑞学

责任校对:王凤芝

责任印制:杨 艳

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址:北京清华大学学研大厦 A 座 邮 编:100084

社 总 机:010-62770175 邮 购:010-62786544

投稿与读者服务:010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈:010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印 装 者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:160mm×230mm 印 张:16 字 数:216千字

版 次:2015年6月第1版 印 次:2015年6月第1次印刷

印 数:1~2500

定 价:35.00元

产品编号:063529-01

前言 此中有真意，欲辨已忘言

一个快乐的开始

2014年10月，我获得了到美国纽约州的锡拉丘兹大学马克斯维尔学院学习的机会。这是深圳的都市培训计划的内容之一，也是中美之间学术交流特别是法学交流的一种形式。

当我坐在美国这所大学的教室里，抚摩着久违了的法律书籍，聆听美国老师们授课的时候，一种拾到失落已久的青年学生时代的旧梦的感觉，使我热泪盈眶。在国内的公安和司法机关工作了31年，我虽然有了一番阅世的经验，但是，回到自己从青年时就酷嗜的法律专业上来，我还是从内心深处迸射出一种青春的激情，仿佛血流也加速了，脉搏也加剧了。我在学习中感到一种新的生命力的勃发。

多年以来，我一直对美国这个与中国国土面积和纬度相近的国家十分感兴趣。我始终认为，美国是自罗马帝国以来，迄今为止人类历史上通过理性设计的最为成功的国家。就是这样一个国家，二百多年来，特别是“二战”以后一直是世界工业文明的领跑者，并且掀起了第二次浪潮，创造了一个奇异的、有力的、精力旺盛的新的文明。而美国的工业化所代表的不仅仅是烟囱和装配线。同时，它还具有一种丰富的、多方面的社会制度，触及了人类生活的每一方面，冲击过去第一次浪潮文明的一切特点。我由衷地认为，这决不是历史的偶然。

在美国学习的那段时间，我对这个国家的认识与日俱增。每天早晨，望着太阳升起，就像在大部分日子里一样，我知道我将拥有整整一天的时光，不会有人前来打扰。我可以除了上课以外，写上几页文字，然后和我的同学一起散散步。

晚饭后,可以躺在那里作漫长的沉思,读读书,听听音乐。在美国学习的一切让我充满了幸福感和好奇心。只有当我极度疲惫时,当我长时间连续工作时,当我暂时体会到空虚亟待满足时,我才会感到孤独。有时,当我外出上课后回到宿舍,当我在课堂上提了很多问题,见了很多人,说了很多话,满脑子塞满了亟需理清的体验时,我会感到加倍的孤独。往往在那个时候,在锡拉丘兹大学我所居住的地方,我感到房子巨大而空旷,我不知道自己隐藏在哪个角落。我仔细打量窗外的每一棵植物,仿佛它们是人类的一员;我观察窗外的行人,看着他们矫健的身影和充满自信的微笑,看见他们彬彬有礼地相互问候。我通过这些方式慢慢地重新找回了自我。

当然,这种找回自我的过程需要一定的时间。我凝望着窗外匆忙行走的学生和老师。随着世界的隐退,这一刻来临了,自我从无意识的深处浮现出来,带回了我在美国所经历的一切,等待着我去探索,去慢慢领悟。我和隐藏的自我再次交谈。就这样思考着,就这样焕发出思想的新的活力,我很清楚,只有死亡才能将隐藏的我和我自己分离。

我由衷地体悟到,人的生命是一个不断奋斗的过程,也是一个等待的过程。因为人生不会是一马平川,不会总是春风得意。在太多的不顺心、不如意甚至挫折沮丧面前,我需要的是平和的心态,像酒店门前的各种植物那样,在等待中积聚力量,最后实现灿烂的绽放。

刚开始安静下来梳理有关法学方面的知识时,我很为自己灵魂的荒芜和粗糙吃惊:那些在改革大潮中被裹挟的年月,由于自己的孟浪、疏懒、盲目的趋时和有意识的消沉所酿成的苦酒,如今只好由自己慢慢地来啜饮。

在世事的浮沉和历史的变迁中,我原是悟性很低的一个人。我委实没有在狼奔豕突的狂潮中死抱住学问不放的识力和韧劲,也决预料不到还会有和法学学习的第二次握手的因缘。因此,在美学习期间,我只得老老实实、一点一滴来补课。

我和 20 位“中国深圳依法治市美国进修班”的同学们一起,混迹于年轻得

令我们自惭形秽的少男少女们之间，奔走于马克斯维尔学院教学楼和其他学院教室的连接线上，以小学生一般的勤勉和虔诚，听课、抄笔记、背诵、答卷：一面体味着生命好像倒转了几十年的兴奋，一面也暗自哑摸着受到历史的惩罚和捉弄的苦涩味儿——那种心情，真是酸甜苦辣都有，非笔墨所能形容的。

所幸的是，美国的这所学校的确是有知识的地方。她丰满的乳房里毫不吝惜地流淌着法律知识的乳汁，使我们这些老学生们的辛苦得到了补偿和回报。我想，如果把眼光朝向世界，看看人家，比比自己，学人之长，避人之短，充实和丰富自己的理论，克服和矫正自己的弱点，少搞一点原地转圈的“磨道式”讨论，多做一点有所创造和发展的切实学问，我们中国的法学研究可望大有改观。

我们国家“现代化”的过程太短太快，许多硬件可以一步到位，但软件部分还来不及消化和养成，还不到位。简单地平行移植美国的法律制度，显然是不合适的，或者说是“法学教条主义”。此外，生搬硬套地学他们是学不过来的，因为整个社会背景和传统文化不一样。他们的传统、逻辑、抽象思维从小就有，和我们的不一样。但是同他们的法学家交流以后，会对我们自认为的呈现方式激起一个变化。我们国家现在还在发展中，还在进行制度累积和文化积淀。

我想，从我们欣然接受的现实来看，对美国历史、文化、政治和法学的学习，其实正是迎合着，或者说共同造就着今天日益普遍的接受历史的态度和方式。事实上，在资讯扩张与消费引导的环境中，人们对历史和异域文化似乎有着越来越多的知识和越来越发达的接受能力。

在这方面，如果说一百年以前许多法学先行者借鉴西方、西为中用是为了打破法学科学上的封建式闭关锁国状态，那么，今天借鉴西方、西为中用则是反映着打破现代盲目状态、趋向世界文明发展的共同大道的历史的必然。法学理论研究和司法实践必须扎根于历史背景、历史文化之中。唯其如此，法学才不走回头路；唯其如此，历史才不是从“大治”到“大劫难”周而复之地循环。

依我看，法治是避免这种循环的唯一出路。

我觉得，在学习美国的法学中，力求坚持法律科学的观点，对美国法学理论既不简单肯定，也不简单否定，学人所长而不为人所囿，才能使我们的法学研究真正走上健康发展的道路。

怎么看美国？

太阳每天从美国那边落下，然后在我这边升起。

我大学毕业以后工作了 30 余年，是一个活得很啰唆的人，因为我的目光经常在地图上旅行。一个只能看地图解闷儿，却永远走不出家门的家伙，是够啰唆的了。在我的床前有一张 1 : 500 000 的美国地图。我知道今生我的目光永远也走不出这张地图了。

我们中的很多人，都会在地图上为自己圈出一个理想的目的地，我们对着它朝思暮想，满怀憧憬，仿佛远方游子对故乡的怀想。而对众多游子来说，故乡也不过是个客栈而已。你少小离家，四海漂泊；你两鬓斑白，归去来兮；你乡音不改，却已无人相识。可有人用熟悉而温柔的声音在你耳边轻声呼唤：你应该去了解一下这个当今世界最为强盛的国家！

没有一个国家像美国这样引起中国人如此复杂的感情。它是自由开放、膜拜未来的国度；它是胡萝卜加大棒、实施双重标准的霸权主义的象征；它是一个自罗马帝国以来，人类通过理性设计的最为成功的国家。中国人对这个“美丽的国家”交织着好奇与憧憬、茫然与渴望、愤怒与向往。

中国领导人明白，倡导对外开放，首先是对美国开放。这个国家是这个星球上最成功的国家。它是老大，好莱坞假想地球遭受外星人入侵时，是美国独力拯救人类。可令美国人不解的是，为什么世界人民都越来越像他们，却也越来越恨他们！中国对待美国的态度，就是对待全球化的态度：欲拒还迎。从“中国可以说不”、“阻击霸权”的愤怒，到对“全球化”的慎思，似乎全球化是中

国的一个悖论式的发展过程：既有一体化又有分裂化，既有国际化又有本土化，既有集中化又有多样化。有人称之为福音，有人咒之为灾难；有人视之为机遇，有人把它看做陷阱。

如今，美国梦是过去时，中国梦是现在时。中国从边缘进入世界舞台核心，中国从排外到兼容，中国人的“欲望榜”前三位是：有更多钱、国家富强和周游世界。中国人看美国是“双面美国”，同样，美国人看中国也是“双面中国”。我以为，我们这次到美国的学习，本质上与其说是在“近距离”地审视美国的自由与法制，不如说是在“远距离”地用中国人的道德观、中国人的司法观去凸现美国的历史文化和司法制度状况。这一远一近，实际上是一种对跨法律文化比较的运用和对国情背景的深入思考。

历史的状况往往超出我们的理解和我们的承受力，从而对我们原有的理解框架造成冲击，改变我们看待历史和现实的方式。这是历史的功用。但为了让历史成为安全的存在，为了它能够成为消化、消遣和消费的对象，人们往往一边对历史抱以好奇的态度，一边却以一种最当下的、最直观的逻辑去看待、理解历史。在实际生活中，中国和美国这两个截然不同的历史法律文化，会经常骤然直率地在我们面前相遇碰撞。我一开始真有无所适从亦无可躲避的窘迫，有一种边缘人的苦闷。

我所处的背景，使我有可能会更多地看到它们的差异，我发现，它们（两种文化，具体指中国和美国的法律文化）不仅有各自圆满的价值体系，甚至有不同的法律体系、法律背景和法律逻辑。有时，从一个大前提出发，或者说从一个法律事实出发，顺着各自的逻辑走下去，竟会走出风马牛不相及的完全不同的结果来。

其实，“远距离”和“近距离”都是一种非常有效的审视方式。因为其中隐寓着跨法律文化的比较。我记得潘光旦先生说过，经常流动的人做不成学问，不流动的人也做不成学问，适当流动的人才能做学问。这“适当流动”里边就有跨法律文化的因素。故，古人说“读万卷书，行万里路”就是这个意思。行路

和读书是应该并重的。

火焰与花朵

我在锡拉丘兹大学开始大量地、迅速地阅读法学理论方面的基本书籍，同时补读那些过去仅仅耳食到一点名目而素未谋面的法学名著。一个月的光阴就这样静静地过去了。但我对于美国当代的许多法学作品，却很生疏，并且有隔膜。我有时很想捉住一个法学理论方面的问题，收集点资料，深入地想下去。但弄来弄去，终因对法学理论的了解不够深入，连自己也觉得所写的文字迂远而无补于事，于是就产生了改换一下学习办法的念头。我还是从最初的听老师讲课和做笔记入手，用最笨的办法去解决这些年我的法学理论知识脱节的问题。

在美国进修期间，在我面前，打开了一个新的法学世界。活跃于当今美国法学领域的法学家们的优秀之作，诚然还未经受过岁月之流的磨砺，也许谈不上不朽吧，然而对我却产生了一种特殊的魅力，使我尝味到鲁迅先生所说的“连自己也烧在里面”的喜悦。

我在这里，找到了我的迷惘和幻灭，苏醒和希冀，找到了我目睹和感受过的事，找到了我体验和吟味过的情绪。仿佛我的生活，也充实和跃动起来。

法学研究是人们对社会客观世界的认识过程。它必然是一个由粗及细、由浅入深的过程，也是一个由局部、片面到全面、完整的过程。

我以为，只要树立了实事求是的对待法学的态度，具备了锲而不舍，绝不自满的精神，做一份对具体的实践操作工作的回顾，就是在法学实践大路上前进了一步。人类对社会的认识是没有止境的。多一份符合实际的法学知识，也增加一份控制人类世界的力量。人类社会就是这样一步步发展起来的，是各种知识的不断积累和更新，是人的主观世界对客观世界不断的认识和控制。

法学工作是复杂而又细致的脑力劳动，我们必须认识到这种脑力劳动贵在自觉和创造。我在美国所见所闻所想的过程中，受到启发，发现问题，做出设想，正是对这些问题思考的结果。

今天的理想的认知，应当是对事物之间的关系和对某一事物本身的层次间的比较，然后，通过这种比较进行筛选和判断，见人之所未见，言人之所不言。这也可能是当今“信息爆炸”时代，比较法学和边缘学科一枝独秀的原因。我的看法是：我们每一个人都必须获得智慧而不是仅仅满足于获得的法律知识。因为法律知识的本质是向外征服，因而不可能让人类走出真正的困境。只有智慧可以让人的个体生命获得内在的升华，让人类获得永久和平。

舶来的东西与本土产品

如今，中国社会生活节奏加快，许多事情变化、发展的过程开始不断被删减、被省略、被模糊，在此同时，我们应对周边环境变化的耐心也被挤压了。有的人很是崇尚舶来品，似乎美国的很多东西都能拿来解决中国的所有问题，进行简单的司法制度上的横向移植即可。我想，舶来的东西一旦被当成圣物崇拜，人便会委身于它，终将成为奴隶。这也许是人的心理状态的某种惯性，是事物变化、发展速度的改变在当局者、参与者、旁观者心理上所产生的相关的负面反应，是对中国法律文化和未来的司法前景不负责任的表现，更是一种思想上的投机。这种人对中国传统中的司法文化缺乏应有的深刻思考和认识，更疏于思考美国司法制度的历史背景。

我们知道，所谓“全球化”及其规则体系是如何重构我们的生活世界的。例如，在中国和美国，同样是立法，执行的力度可能完全不一样。而中国的实际情况是，社会的转型既能够激发人们逐浪前行的弄潮激情，也能够激发另一些人难以遏止的危机意识。在观望那些一往无前的潮流之余，这些满怀疑虑的人们重新开始追问有关中国司法改革的合理性和目的性的问题。

从逻辑上证明司法改革的合理,当然需要返回到什么是法律这个基本问题上。如果不能从法律概念中引申出司法改革的必要,所谓的司法改革就很难与政治改革划清界限。例如,法律是一种约束人们的行为规范,也是解决人们争议的一种标准。司法改革实际上就是改革司法工作,使之能够更好地解决人们之间的某些纠纷,而更好地解决纠纷也就再次确立了作为行为规范的法律的作用。从逻辑上证明司法改革的合理,也需要重新认识人权原则的重要性。如果不是为了确立人权原则对于整个司法的指导,司法改革不改革又有什么关系呢!

从另一个角度看,司法制度的建设也必须从人权和公民权利的角度加以设计。当然,从逻辑上证明司法改革的合理,还需要解释司法改革与现行政治制度的关系。那么,就司法改革运动本身而言,理论分析能够提供什么呢?当然,它不提供司法改革必胜的信念,但是,它将提供对于司法改革合理性的证明,它将提供对于司法改革形势以及相关因素相互关系的深入分析,并会通过一个或数个核心概念将所有相关因素重新排列组合,使现实中的司法改革运动能够持续地,但又分阶段地发展下去。

可以说,我所呼唤的理论不仅是一种法律理论,它应该在法律的范围内解释司法改革的合理性和必要性,这种理论还应该是一种政治理论,它应该解释司法改革在整个国家政治生活中的作用。

总之,司法改革的理论应该反映司法改革的真相。因为,由于种种原因,关于司法改革已经产生了许多认识,这其中真实虚假共存,精华糟粕并在,似是而非与入木三分同眠。因此,理论就需要对以往的认识加以清理或在理论的田地中开荒。没有清理,没有开荒,理论就不能更加真实地反映现实,就不能从新的角度认识现象。真的这样,理论就危险了。那么,理论要反映真相又是什么意思呢?一方面,应该反映司法改革的自然意义的真相。例如,当前的司法改革究竟是个什么样子,它的障碍在哪里,尽量保留那些反映真实的认识。另一方面,理论所追求的真相还包括应该意义的真相,即如何推动司法改

革并克服目前的困难。

回头看，我们目前热火朝天的司法改革运动又有什么理论呢？当前我们正在经历的社会转型与其他国家的类似转型有没有普遍规律？它的方向在哪里？今天面临的根本任务究竟是什么，是建立现代政治法律制度还是建设现代国家？还有，美国社会的司法独立之真相究竟如何？显然，他们的东西就不一定是我们的。我们有我们的特色，而如何坚持中国特色，这是我们面临的问题，而不是美国人面临的问题。这些，还包括其他一些根本问题都没有得到认真的回答，人们说干就干起来了，然而，时过境迁之后，就难免说停就停了！

目前，也还有人责备当前的司法改革研究缺乏对于实际问题的关注和深入思考。对此，我不想多说，但是，无论是检讨司法改革的理论不足，还是责备它的关注现实问题不够，我感觉其中的共同之处在于，目前针对司法改革的研究的理论，需要有一个认真的态度。也许，司法改革只有在包括改革司法，改革关于司法改革的理论时，才有一个真实的、美好的前途吧！

现实的思索与未来的希望

我从读小学时所受的教育中得出一些问题：为什么中国这样一个文明大国却会受到比自己小得多的日本的欺侮呢？从老师讲课和一些书中常看到希腊、埃及、印度、中国，还有犹太、波斯，这些文明古国都衰落了，唯一没有消失古代文明的只有中国，但也曾经岌岌可危，时刻会被列强瓜分，那时中国人就会当悲惨的亡国奴。

我不能明白：为什么印度这样的大国会亡给英国这样的小国呢？为什么犹太人那样聪明也会亡国？为什么古希腊文明会断绝而古埃及文明只剩下金字塔和木乃伊？难道中国也衰老了，避免不了这种命运吗？那么文明还有什么意义呢？

中国历史上为什么会出现南北朝的“五胡乱华”（其实是多民族文化的矛

盾与汇合)那样的局面?为什么文明低而人数少的蒙古人和满洲人能统治文明高而人数多的汉人那么多年?为什么成吉思汗率领蒙古军队能横扫欧亚两洲?究竟是恺撒、拿破仑力量大,还是佛陀、耶稣力量大?我还觉得奇怪的是:为什么英国少年瓦特能“从开水壶想到发明蒸汽机”开始工业革命,而别的地方的大人反而做不到?为什么法国和德国是紧邻而两国情况大不相同,多年成为“世仇”呢?为什么《书经》的《尧典》、《禹贡》那么早就有了系统的天文和地理知识,而现在中国还要向外国去学天文、地理呢?我一心想知道外国人是什么样子;想知道他们在本国对待自己人是不是也像“八国联军”在北京时对待中国人那样。外国人和中国人究竟有什么不同?为什么连文字都从中国借去的日本竟然能“明治维新”成功,而堂堂中国的“戊戌变法”却归于失败呢?为什么中国有那么多人(汉族)会癖好裹小脚和吸鸦片以致被外国人看不起呢?如此等等。

从小学得来的知识产生的这一连串问题总留在我心里,得不到解决。我当然没有忘记追问那些大国、强国的人是怎么回事。我想,一定要知道华盛顿、林肯、拿破仑、俾斯麦、恺撒等人怎么讲话以及讲了些什么。总是想对于像中国和不像中国的国家追根究底,想懂得那里的人是什么样子,怎么生活,怎么思想的,以和我自己及周围的中国人进行对照。

我总是想追本溯源,看现代外国的所谓文明是怎么来的。我认为日本是学习西方的,所以要从西方追上去,从英、法、德、美、俄等一直上追到罗马、希腊,同时在中国也从当代一些知名人士的著作上追到往古。当然,当时我是既无能力又无条件实现这个愿望的,哪怕只要求得点“皮相之谈”的一知半解也办不到。

后来,在深圳和香港接触到了几个外国人,特别是在深圳作家协会兼职期间,结识了两位美国人。通过与他们的交流,终于有机会使我大开眼界。到了美国学习以后我才明白,原来死的书本记录是要同活的人联系起来才会明白的。

中国面临着挑战，还必须面对一个现实：人类在这个拥挤的星球上的命运是一样的。21世纪初全球人口已达到66亿，这些人共同生活在年经济产出60万亿美元的地球上。从冻土地带到热带雨林，再到沙漠，人类已填满了这个星球的每一个生态位，我们比过去任何时候都依赖彼此。因此，首个蕴藏着最大改变世界潜力的观点很简单：任何国家都不能再像从前那样仅考虑本国利益，人类要想生存下去就需要全球的解决方案。我们最基本的共同点就是我们都生活在这个小星球上。我们呼吸同样的空气。我们都珍视自己孩子的未来，我们都是人类。

从这个大的环境中，我们回头看看自己的历史，就会明白许多在以前看来不可思议的事情。从中国的历史看，至少我们可以接受这个明白的事实：通过土地改革，毛泽东和共产党赋予中国一个全新的下层结构。从此税可以征收，国家资源比较容易管理，国家行政的中间阶层比较容易和被管理者沟通，不像以前从清朝宫廷派来的大官。在这方面，中国革命让中国产生某种新力量和新个性，这是蒋介石政府无法做到的。下层结构还在原型阶段，显然未来还需要修正。与此同时，这个惊天动地的事件所激起的狂热——人类有史以来规模最大的财产重新分配和集体化——似乎一直持续，直到“文化大革命”为止。这时历史学家提及上述事件时，可以持肯定的态度，不至于有情绪上的不确定。

我们必须承认，在毛泽东的时代，中国出现一些破天荒的大事，其中之一就是消除私人拥有农地的现象。但我在美国学习了一段时间后，终于从历史角度了解这个运动的真实意义。考虑到中国人口过剩、土地稀少、农地不断分割、过去的农民负债累累等诸多因素后，我实在无法找出更好的解决之道。

管理庞大的传统型国家会牵涉一些特定要素，并不能完全以美国经验发展出的标准加以衡量。如果没有这场改革，也许绝对无法从行政上管理中国。就是因为无法在行政上进行有效管理，中国一百多年来才会一错再错，连在大陆时期的国民党也不例外。我已经提过，毛泽东是历史上的功臣。毫无疑问，

毛泽东时代的中国仍然在累积资本的原始阶段。

新中国的建设,首先要解决的就是,中国现代化原始累积的资金与技术来源问题。由于西方帝国主义对中国革命的敌视和所采取的围困策略,中国不得不一切靠自己。刚开始还有苏联援助,等到中苏闹翻,就真是孤军奋斗了。

从1949年到1976年,路线虽然几度反复,但最主要的现代化“奠基”工作从来没有间断过。要不然,实在无法解释改革开放以后,中国的经济为什么发展得这么快。中国共产党在1949年以后为中国重建所做的正面贡献,是无论怎么评价都不为过的。

我确信,“中国道路”确实是走出来了。中国社会当然还有很多问题尚待解决,特别是政治体制和司法体制如何变革尤其令人伤脑筋,但可以断言,中国是有希望的。而且,我还敢断言,中国以后也不会完全循着美国的道路走,即使在政治体制和司法体制的改革上也是如此。

浊流冲刷的历史

《史记》记的老子对孔子讲的话,说古人“其人与骨皆已朽矣,独其言在耳”。

中外古人都是如此。今人若不见面,虽然未朽,也是只闻其言不见其行。谈话若没有“身势语”就不完全。信息交换是靠有声的和无声的“语言”一同传达的。“言”是同“行”相联系的。“诵其诗,读其书,不知其人可乎?”

我这时才知道,要回答我儿时的问题,只有研究古今中外各种人的不同文化。这并不是新事。不但外国,连南北朝时的颜之推都注意到南、北“士、庶”的礼俗不同(《颜氏家训》)。甚至可以说,《诗经》“风、雅、颂”的编订者已有了对于不同文化的认识,《易经》的“经”和“传”的作者已辨别了文化“象征”的“结构”和“主题”;特别是政治和文化的密切关系,在中国很早就被人所认识,并且延续不断,弥漫在法制史和社会政治思想中。但是作为法学的研究却还是正

在发展的。

现在我才明白，美国并不只是外来法律文化的汇集，而是有自己的法律文化特色的。我才觉得，中国和太平洋彼岸的美国，有相同而又不相同的司法制度和风俗人情，这是一个值得认真考察的问题。

我追索儿时的问题，由今而古又由古而今，由东而西又由西而东。如今，世界和中国都有了很大的变化，前面所说情况已成为历史；问题也不能那样提了，但不等于解决了。我已年过半百，勉强算得上是中年并接近老年的边缘。虽老，却还是一个小学生，仍然回答不出上小学时自己提出的问题。

对于中国人而言，无论是老师还是学生，生活必须在过日子的过程中展开，才能得到好的或不好的命。因此，关键之处在于过日子的方法，也就是生活的“理”或“道”。最高的往往是一种过日子的规则或道路，而不是另外一个至高的存在。这些概念并不是古代书生的陈腐之言，而是我们周围活生生的世界。哪怕是再深地浸淫于西学中的中国人，若是不能明白过日子的道理，也无法过上幸福和有意义的生活。

正因为这样，眼下我还能相信的只有一点：在所有的历史成因中，至少还有一项是取决于我们自己的，那就是我们选择作为或者不作为；我要说的是，正是由于这种选择的自由，我们的未来才可能是有限开敞的和部分或然的。

不化妆的内心

我是把写作看成了生活的方式——或者生命的形式。

我的这本书，当然不敢自拟于创作与研究成果，然而它也是我的生命的一部分。我知道它也许充满了失误、偏见，但有一点是可以向读者坦诚以告的：我的思绪和情感，都放在这里面了。我的灵魂深处的光和暗，我的长久的想法和一时的感兴，我的生命的内核和外壳，我的可取之处和可弃之点，都在文章中杂然纷陈着。

我想,我既没有缜密博大的理论,也没有特别敏锐的逻辑感觉,有的只是一颗愿意借法学去感知世情和人心的心,有的只是在解剖中国社会的法律问题的时候也不惮于解剖自己的勇气。

我知道,“无以为人,何以为文”?

搞法学的人,是很难掩饰自己的。有的文章也许不自觉地流露着偏激之气——那过于自信和过于直率的语调就把自己这浅薄的一面显示出来;有的文章也许合于书本上的理却远于生活中的情,那不周到的立论就把自己对人类心灵知识的贫乏表现得淋漓尽致;但这些只能交给明察的读者去裁断了。我不能也不愿掩饰它们,让我和大家一起向人生和法学的无尽的长途跋涉吧。

写了一段时间之后,我又为自己书中所出现的细碎零散感到惶惑了。这种法学理论性很强的文字,也许很快就会成为明日黄花,那我的孜孜不倦又有什么意义呢?我也有心对当前的中国法学现象做高一点的理论概括和广一点的历史述评,但立即感到自己基础理论的薄弱。

我想,对美国法律制度的研究,应该和对中国现状的研究结合起来。我们每一个人都生活在一定的历史环境里,我们的一切活动,包括理解和认识这样的意识活动,都必然受到历史环境的影响和制约。传统的法学阐释学(或称注释法学)却力求使解释者超越历史环境,达到完全不带主观成分的“透明的”理解,而把属于解释者自己的历史环境的东西看成理解的障碍,看成产生误解和偏见的根源。

例如,阐释的循环,在传统阐释学看来只能是消极的恶性循环,因为它妨碍我们肯定认识的客观性。如果有更多的当代法学家和更多的对美国法律制度的基础理论研究者用自己的实践来促进这种结合,那么,中国的局面大概就可以有一番新的改观了吧。

处于从老年的初期,向老年的中后期发展的年岁,我感到自己最应该戒惧的是思想逐渐失去弹性和活力,是让自己的帆过于受时尚的风摆布的渊蔽。获得一个坚实的法学理论立脚对于我是非常切迫的事。让我重新成为一个勤