

强世功 著

立法者的 法理学

迈向立法者的法理学

“宪法司法化”的悖论

基本权利的宪法解释 谁来解释宪法？

共和政体下的“个案监督” 司法审查的迷雾

自然权利与领土主权 文明的终结？

大国崛起与文明复兴

生活·读书·新知三联书店

090-53
Q304/3



立法者的法理学

强世功 著

生活·讀書·新知 三联书店

Copyright © 2007 by SDX Joint Publishing Company

All Rights Reserved.

本作品著作权由生活·读书·新知三联书店所有。

未经许可，不得翻印。

图书在版编目(CIP)数据

立法者的法理学 / 强世功著. —北京: 生活·读书·新知三联书店, 2007. 9

(当代批评)

ISBN 978-7-108-02718-4

I. 立… II. 强… III. 法学-文集 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 066144 号

责任编辑 冯金红

封面设计 宁成春

出版发行 **生活·读书·新知** 三联书店

(北京市东城区美术馆东街 22 号)

邮 编 100010

经 销 新华书店

印 刷 北京市松源印刷有限公司

版 次 2007 年 9 月北京第 1 版

2007 年 9 月北京第 1 次印刷

开 本 635 毫米 × 965 毫米 1/16 印张 26.5

字 数 354 千字

印 数 0,001 - 7,000 册

定 价 33.00 元

序言 法理学与民族命运

—

对于西方法理学的发展，美国学者弗里德曼有这样一段准确、精要的概括：

所有对法律理论的系统性思考总是一端连着哲学，另一端连着政治理论。……有些法哲学家首先是一个哲学家，为了完善他们的哲学体系才成为法学家。另外一些首先是政治学家，只是由于感到有必要以法律的形式来表达其政治思想才成为法学家。第三个群体主要在最近才出现，他们已通过对法律的职业性研究和实践，开始思考法律的终极目的，然而他们无需接受这样或者那样的哲学或者政治学前提。……在19世纪之前，法律理论实质上是哲学、宗教、伦理学或者政治学的副产品，伟大的法律思想家主要是哲学家、教士或者政治学家。从哲学家的或者政治学家的法哲学向法律人的法哲学的重大转变就发生在最近，它是随着一个时期以来在法律研究、法律技术和职业训练方面获得重大进展而出现的。〔1〕

弗里德曼这里所说的“法律人的法哲学”的兴起，其标志性事件就是1945年的纽伦堡审判，它触发了法学家们对现代法理学基本问题的思考。

〔1〕 Friedmann, *Legal Theory*, Columbia University Press, 1967, pp.3—4.

比如拉德布鲁赫思想由此发生转变，促使二战后自然法思想的复兴；哈特与富勒关于法律与道德关系的辩论，进而引发德沃金与哈特之间的辩论；凯尔森对国际法与国内法关系的思考也与重建战后秩序有关。更为重要的是，纽伦堡审判试图用法律来奠定现代政治秩序的格局，不仅是社会主义和资本主义两大阵营的冷战格局，而且是现代性体系中“中心国家”支配“边缘国家”的格局。诚如华勒斯坦所言，19世纪的保守主义、自由主义和社会主义这三种意识形态之间的斗争不过是一场现代性的“伪战争”，两大阵营的对立事实上强化“中心国家”对“边缘国家”的支配。因此，思考现代政治秩序就需要透过意识形态看清楚社会主义的苏联如何与资本主义的美国串通起来共同维护这种世界秩序，冷战结束反过来强化了这种现代体系。^{〔2〕}

需要注意的是，以纽伦堡审判作为现代政治秩序形成的象征，凸显了法律在现代政治中具有的特殊地位，意味着现代性法律秩序已经确立起来。既然如此，为什么纽伦堡审判反而刺激了法理学对现代法律的反思和辩论呢？为此，我们必须理解法律与现代政治秩序的内在关联。现代的兴起不仅是文艺复兴、宗教改革、启蒙运动之类的思想事件，或者工业革命、上层资本主义、理性化的组织理念之类的技术革新；现代意味着全新政治秩序的确立，这就是国王与代表普遍主义的罗马帝国和教会以及代表地方割据势力的封建贵族争夺政治统治权的过程中导致的主权国家的兴起。因此，现代政治秩序的奠基人应当是博丹和格老秀斯。而真正落实博丹和格老秀斯思想的是一些活跃在宫廷中的新型政治人物，他们是受过罗马法训练的法律人。法律的技艺，曾经被柏拉图看作建立政治秩序的“金质的纽带”，被罗马政治家看作是“帝国的艺术”，如今在他们手里变成了塑造主权秩序的艺术。自然法、自然权利、主权、宪法、法治、制定法、习惯法、普通法和国际法成为他们想象现代政治秩序的概念武器，以至于

〔2〕 华勒斯坦：《自由主义之后》，彭淮栋译，台北：经联，2001年。

人们将现代政治简单地称之为“法治”，以区别于古典政治的“人治”。法律史家伯尔曼也因此把格里高利的教会法改革和罗马法复兴看作是现代社会的起源，以此来挑战韦伯和马克思的学说。^{〔3〕}这一套法治的现代政治秩序最终是在二战后确立起来的，纽伦堡审判就是希望用法治的方式来解决战争这种最极端的政治斗争，而《联合国宪章》更是基于全球宪法的理念，而且二战后兴起的国家无论采取何种政治制度，都必须依赖宪法来确立政治统治的正当性。

如果说纽伦堡审判是在实践层面上用法律来驯服政治，那么纽伦堡审判引发的争论不过是在理论话语层面上完成同样的任务。尤其是哈特与富勒关于自然法与实定法或法律与道德的辩论，已完全不同于古典政治中“自然”与“习俗”的对立，因为现代自然法或者道德已丧失了古典自然法或道德中的“自然正当”性质，而变成了一套基于经验事实的规则（如哈特所主张的“最低限度的自然法”），或一套符合程序的规则（如富勒主张的“程序自然法”）。哈特与富勒论战被誉为自然法学派和法律实证主义之间的论战，但其表演的喜剧效果远远超过了其实际对立。“这场争论不过是现代性法律以反讽的方式展开的一次自我表演而已。”从此，“法律与道德的问题可以放心地放在技术、事实、程序等等这样的立场上来思考。哲学建立在技术上，正义建立在程序上，政治建立在法律上，……富勒所代表的自然法学与哈特所代表的法律实证主义不过是现代性法律，即法律主义（legalism）的合法子嗣，二者的争论不过是在捍卫现代性的法律意识形态，即自由主义法治的两种不同的策略路线的争论而已。这场争论反过来加深了法律的现代性效果。”^{〔4〕}

由此，二战以后的法理学只能在现代性法律的基础上作一些技术性修补，而无力对现代性问题或者现代政治问题进行根本性的思考。法理学的

〔3〕 伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的兴起》，贺卫方等译，北京：中国大百科全书出版社，1994年。

〔4〕 参见强世功：《法律的现代性剧场：哈特富勒论战》，中国政法大学出版社，2006年。

努力在于通过法律技术不断将政治、经济和社会生活中发生的新问题纳入到法律世界中，由此作为现代法理学代表的美国法理学的发展就形成了法律形式主义与法律现实主义之间的钟摆模式，每一次法律思想的摆动不过是把新的社会问题纳入到现代法律框架中。^{〔5〕}但我们必须明白，这样的法理学虽然具有现代的性质，但同时也具有西方的性质。当现代政治秩序形成“中心”与“边缘”的支配格局时，现代法律也自然成为构筑这种支配关系的重要力量。这主要体现在两方面：一是，西方现代性法律从“中心”向“边缘”的移植，由此二战后掀起了所谓的“法律现代化”运动，美国通过政治力量将其法律输入这些“边缘国家”，由此引发移植的西方方法与边缘国家本土的法律文化传统之间的紧张；^{〔6〕}二是，“中心国家”通过国际货币组织、国际贸易组织等国际组织制定各种国际性法律文件，将其对“边缘国家”的支配用法律的方式固定下来。

二

如果说现代的兴起是人类必须面对的命运，那么对于不同的民族，现代的命运也完全不同。崛起与崩溃，战争与和平，繁荣与贫困，停滞与发展，在这人类命运的历史沉浮中，包含着支配与被支配的永恒斗争。所谓政治就是围绕这种斗争组织起来的，政治就是一个民族、一个国家、一种文明甚至一个个人面对命运的方式，面对这种永不停息的斗争的方式。

从某种意义上讲，现代的兴起与技术进步、文化革命、组织技术的发展没有内在的直接关系，现代兴起及其发展的内在动力在于战争，而这种战争发生在世俗权力与教会权力之间、新教徒与罗马天主教徒之间、西方列强与殖民地之间、贵族势力与第三等级之间、海洋国家与大陆国家之间、社会主义与资本主义之间。本书第八章就透过战争的法理学这个侧面

〔5〕 Duxbury, Nei, *Patterns of American Jurisprudence*, Oxford: Clarendon Press. 1995.

〔6〕 千叶正士：《法律多元》，强世功等译，北京：中国政法大学出版社，1997年。

展现了现代与战争之间的内在关联。现代战争不同于古典战争，就在于战争掠夺战利品的方式发生了变化，即从农业时代的掠夺土地以及土地上的出产，变成工业和金融时代的强迫开放市场、或强迫接受某种有利于掠夺者的贸易体制和金融体制，从而使得基于领土的主权国家保持了相对的稳定性。既然有了这种隐蔽的战争，那么公开的军事战争就受到了法律的约束，也受到正当性的约束。二战结束后的纽伦堡审判表面上象征着用法律来结束战争，但实际上用法律来掩盖了“中心国家”对“边缘国家”进行经济掠夺和文化支配的战争。而“9·11”事件之所以被称之为“恐怖主义”，是因为它不遵守现代所确立起来的基本战争法则，它针对的是整个资本主义的现代性体制。而美国发动的战争之所以称为“新战争”，是因为它改变了现代战争的法则，变成了一场军事、政治、经济和文化的总体战，一场宗教圣战，一场文明之战，从而改变着人类历史的命运。

正是在这种战争与支配的背景下，我们才能理解现代中国的命运。我们目前面临的基本问题就是中国的崛起及其文明复兴要触动现代政治秩序的格局，中国人在经济全球化中，能否保障自己在全球范围内的经济自由？中国人面对西方文明如何能够作为主人有尊严地生存在这个世界上？本书第九章就以台湾问题为例，揭示出现代中国在地缘政治和文明格局中的命运。台湾问题不仅要在地缘政治或者主权政治上来理解国家统一对于中国崛起及建构公平合理的国际政治秩序的重要意义，而且要从文明复兴意义上来看待台湾问题所提出的问题：作为一个中国人究竟意味着什么？这意味着必须重新肯定历史传统的意义，把台湾问题放到“文明持久战”的大格局中来思考。从1840年以来，无论政治和文化革命，还是改革开放和现代化建设，乃至和平崛起和文明复兴，都面临同样的命运主题。

中国法理学的发展也同样离不开这种命运的规定。从清末法制改革起，我们的法理学就一直笼罩在法律移植的阴影下。所不同的是，如果说清末法制改革伴随着中西文化冲突产生了丧失文明主体性的巨大焦虑，那么80年代以来的法制兴起和法理学发展则彻底丧失了这种焦虑，反而带

着尾随者的欢悦，加入到这场建构全球支配秩序的法律移植运动或全球化运动中。本书第一章初步梳理了1980年代以来我们的法理学中出现的法律文化论和法律现代化论这两种主流思潮，二者共同的核心思想就是主张一种“没有国家的法理学”，即把西方特定历史和政治背景上产生的法律制度及其法律文化想象为人类唯一普遍合理的制度和他文化，从而抽离了法律背后的国家、主权和文明等政治要素，忽略了法律的征服、镇压和支配等政治功能。这两种法理学思潮由于把法律简单地理解为一种技术，而没有看到法律在国家的政教纲纪中的特殊地位，忽略了对国家、民族和文明命运的思考，从而与现代体系中的支配关系构成邓正来所强调的“共谋”关系。^{〔7〕}因此，作为对现代中国命运的回应，我们面临的问题不仅是如何在技术意义上构建一个强大的民族国家，而且是如甘阳所说的那样要从“民族国家”重新恢复到“文明国家”，^{〔8〕}或者如邓正来所说的那样，从“主权中国”迈向“主体性中国”。^{〔9〕}这意味着我们的法理学也要从“法律人的法理学”迈向“立法者的法理学”，从国家主权和文明秩序的政治意义上来理解法律，以此回应中国人的现代命运：

立法者的法理学既要从国家治理的技术角度来思考法律，又要从形成良好政治秩序或生活方式的角度来思考法律。正是在这一广阔的背景上，我们要思考的不是仿佛自足的法律秩序，而是法律秩序作为其有效组成部分的政治秩序。它从法律世界出发来重返前法律的世界，并由此来理解法律。因此，立法者的法理学绝不是目前流行的“立法学”，这里所说的“立法者”也不是现代立法意义上的法律制定者（law-maker），而是古典意义上创建政体的立国者或者立法者（legislator）。它不是假定政体建成之后如何完善立法技术，通过

〔7〕 邓正来：《中国法学向何处去》，北京：商务印书馆，2006年，序言。

〔8〕 甘阳：“从‘民族国家’走向‘文明国家’”，《书城》，2004年第2期。

〔9〕 邓正来，前注〔7〕引书。

立法来平衡各种社会利益，而是思考如何通过法律来创建政体，这里所谓的法律显然是在最一般广泛的意义上使用的，正如孟德斯鸠所言：“法是由事物的性质产生出来的必然关系”。（参见本书第一章）

三

从立法者的法理学出发，我们首先关注的是法律如何建构国家主权并奠定国家政治秩序，这就要考虑国家的根本大法——宪法。本书第二章就从国内法学界关于“宪法司法化”讨论入手，分析了法律人的法理学在讨论宪法问题时所面临的一系列悖论。主张宪法司法化的法学家们一方面要求“认真对待宪法”，主张把宪法从高高在上的政治纲领降低为法律职业操作层面上的法律；但另一方面，他们又诉诸意识形态的话语策略，真正关心的是他们心目中想象的宪法或者宪法理念，并没有认真对待规范着我们整个政治生活的宪法文本。宪法司法化的这种话语悖论恰恰反映了上述“中心”与“边缘”的国际支配秩序不仅是一种外在的政治经济支配关系，而且这种长期的支配已经内化为人格结构的一部分，转化成了看不见的精神和心态上的支配。这种精神支配使得人们很容易把西方的具体理论不加反思地接受下来，并以“制度拜物教”的奴隶心态看待西方的宪政制度，^[10] 要么否定中国宪法的正当性，由此否定建立人民共和国的正当性，进而否定整个近代中国革命的正当性，否定中国人追求国家独立、民族解放、人民当家作主的努力；要么以“等待戈多”的心态，^[11] 幻想着制定一部面向未来的新宪法，而不愿意对我们的宪法文本或当下的宪政秩序进行稍许深入细致的研究，以至于宪法中所谓的“禁区”成了少数人掩盖自己思想懒惰的理由。

[10] 对资本主义现代性法律体制的“制度拜物教”态度的批判，参见 Roberto Mangabeira, *What Should Legal Analysis Become?* London · New York, Verso, 1996.

[11] 关于中国法学研究中所谓的“等待戈多”现象的讨论，参见苏力：《也许正在发生：转型中国的法学》，北京：法律出版社，2004年，第26—36页。

因此，对于我们的宪法，问题的关键不在于是否司法化，也不在于是否要修宪，而在于能否正心诚意地树立我们的宪法在政治生活中的正当性，以主人的心态来肯定我们在宪法下的政治秩序和政治生活，以主人的心态来肯定我们的宪法中所追求的政治理想。对于一个法学家而言，这种主人心态的最佳体现莫过于采用法律解释的技艺：

法律解释学的立场和方法是对付宏大概念和抽象情感判断的最好武器，是医治头脑发热的良药，是法学家知识分子摆脱被某种政治力量操纵从而获得自主性的唯一有效的方法，是法学家抵制文人政治所必须坚持的政治德性。正因为如此，真正的法学家尽管属于法律人共同体，属于知识分子，属于人民大众，但他既不应当是人民法院的同谋者，也不应当是全国人大常委会的代言人，而是一个真正独立的知识群体，应秉承“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”的信条。法学家不是服务于某种政治机构或政治群体的利益，而是服务于法律的真理，服务于建立良好政体的普遍政治原则。在这个意义上，法学家甚至不是人民的代言人，也不单单是公民权利的捍卫者，而应当是城邦的立法者。倘若如此，当我们思考宪法问题的时候，除了法律的维度，还必须增加政治哲学的纬度，宪法在法律化或司法化的同时，还必须政治化。（本书第二章）

可见，立法者的法理学非但不否定法律人的法理学中的技术要素，而更加注重于挖掘和提升法律技术在建构国家政治秩序乃至文明秩序中的强大力量。正是基于此，本书第三章和第四章围绕引发“宪法司法化”大讨论的齐玉苓案，对宪法文本进行了细致的解释。第三章主要对宪法的结构和序言的政治含义进行全面的解释，其中包含了对现代政治秩序中诸多根本问题的理解，尤其试图指出我们的宪法所构建的人民共和国的政治含意是什么。第四章则集中于对宪法本文和结构进行细致解释，探讨了我们的

宪法在违宪审查权的结构性分配上所隐含的二元违宪审查体制，即宪法明文规定了直接否定法律效力的立法违宪审查权，且隐含规定了通过合宪性解释和法律选择权来否定法律在案件中效力的司法违宪审查权。正是通过对宪法文本进行结构性的细致解读，我们才能真正理解我们的宪法所建构的政治秩序。我们的宪法并不像个别法学家想象的那样，是一个粗制滥造的文本，它凝聚了中国人从近代以来对政治秩序的梦想和创造。

正是基于宪法确立的共和政体原则，本书第五章从事实和规范两个角度考察了全国人大常委会的“个案监督”制度，主张按照共和政体下监督权与审判权的分权原则，“个案监督”不应当成为“超司法程序”的案件监督，而应当转向对法官行为的日常监督。

本书第六章和第七章是对美国宪法的研究，意在揭示美国宪法的政治内涵。其中，第六章研究司法审查的政治学，以深化第二章中关于宪法司法化的讨论。因为不少人很容易将美国宪法中的司法审查制度加以神化，将其看作是一种自然正当的制度，而很少有人注意这种制度对美国宪政秩序所构成的挑战，以及由此给美国宪法学家带来的焦虑。事实上，美国宪法学中的核心问题就是要解决司法审查制度在共和国中的正当性问题，即在人民主权的共和国中，几个非民选的大法官凭什么可以否定民选代议机关所通过的法律，这就是美国宪法中著名的“反多数难题”（counter-majoritarian problem）。这样的问题在宪法司法化中很少引起思考。我们在违宪审查问题上已到了言必称马伯里案的程度，但没有几个法学家真正研究过马歇尔大法官在这个案件中的推理结构，更少有人推敲马歇尔推理的法律漏洞。

本书第七章则是对西方自由主义宪政奠基人洛克的一项研究，以深化对立法者的法理学的理解。从《独立宣言》的文本出发，我们往往把洛克看作是美国宪法的精神之父，但在美国现实政治问题的解决中，比如在美国建国的领土问题上，马歇尔大法官并没有遵从洛克的政治传统，而是另有其理论渊源。正是从领土这个建国的实际问题出发，我们才能注意到洛

克《政府论》（下卷）中一些不被人关注的章节，比如关于父权和征服的有关内容，以及这些内容与土地财产权的内在关联。由此，我们看到的并不是通常想象的基于同意建立宪政政府的自由主义的洛克，而是基于暴力征服来确立政治秩序的霍布斯式的洛克，或者说主张在暴力征服下获得被统治者的默许同意从而建立政治秩序的洛克。正是透过洛克的这种政治秩序构想，我们才能窥到海洋帝国构建政治秩序的秘密。

无论对中国宪法的研究，还是对美国宪法的研究，只要我们正心诚意，真正进入其问题意识，往往能发现二者的共同性，既能看到法律背后对政治秩序和文明秩序的构想，也能感受到所面临的问题和焦虑。在这个意义上，只有我们认真对待自己，才能真正理解他人，只有从西方的问题思路进入西方，也才能从中国的问题思路进入中国，才能真正做到中西文化的交流。反之，如果以文化怀疑主义的态度看待自己的政治秩序和文化传统，对西方的认识也多半停留在想象上，看不到西学中真正有价值的东西。以奴隶的心态看西方，很难理解西方的主人心态，因为每一种文明在根本上都是自我中心主义的，只有主人之间才存在精神上的相互理解和伦理上的相互尊重，才有哈贝马斯所强调的“商谈对话”的资格。

四

当年，史学家戴逸先生曾提出“法学的幼稚”，因为我们的法学那时根本就没有“学术”可言。1990年代之后，法学逐渐发展为显学，尤其是基于部门法的注释法学随着法律制度的发展获得了长足的进步，无论在学术传统上还是在问题意识上，都有了很大的改观。于是，苏力教授一直对所谓的“法学幼稚”之说耿耿于怀，试图超越法学幼稚阶段，把法律的学术意义发掘出来。如果说1980年代“法学的幼稚”是指一种知识和学术上的简单和浅薄，那么1990年代以来，“法学的幼稚”与其说体现在知识和学术方面，不如说体现在法学的精神气质方面。由于受到现代政治格局的影响，我们的法学期长期处在文化怀疑主义的影响之下，在精神气质上依

然处于懵懂无知的幼年时期。因此，我们无论在法律知识上多么渊博，法律理论上多么娴熟，但心理状态和精神气质却始终处于幼童状态，对西方的法律文化霸权，或者说文化父权，有着根深蒂固的崇拜心态和神化幻觉，相反对于自己的文化传统和政治秩序不仅茫然无知，而且怀着深深的自卑感、罪过感和无力感，从而丧失了邓正来所强调的与西方文明进行“主体间性”对话的主体资格。^[12] 对此，夏勇先生有一段深刻的反思：

在欧风美雨的疾打下，许多人在比较和反省中国固有文化传统的过程中，渐渐丧失了文化的自信，乃至自觉不自觉地以背祖为荣，以挾古为快，以西式为主，以本土为辅，终致不能从自己的文化上回答民之所本、民权之所本是什么。这种由在权利的超越证立上所遇到的理论挫折所引发的文化反省，是深刻的、值得尊敬的，但它也往往为“民权立法在政治体制上的不能落实给予廉价的文化开脱，并由于越来越少国学根底的文化比较和反省的盛行，把比较当作单方面的缺乏，使得文化主体意识和能力遭受进一步的弱化。”^[13]

这段反思所指出“文化主体意识”和“文化主体能力”的弱化不仅存在于人权研究中，也存在于整个法学乃至其他学界中，这里所说的“中国固有文化传统”不仅指通常所理解的儒家文化传统，而且也包括现代形成的新传统。由此可见，阻碍我们法学进步的不仅是知识问题，一定程度是法学家的心态问题和伦理问题，也就是“文化主体意识”和“文化主体能力”问题。如果我们的法学研究不能正心诚意地、平和理性地看待我们的传统和现实，我们就不可能有精神上的独立和文化上的自觉，也不可能有心态上的成熟和心智上的提升。我们的法学难有真正的建树，我们的法治

[12] 邓正来，前注〔7〕所引书，序言。

[13] 夏勇：《民权译丛》总序，转引自夏勇：《中国民权哲学》，北京：三联书店，2004年，第44页。

难以稳固建立，我们的民族就难以政治成熟，我们的生活方式难以获得正当的价值和意义。因此，我们不但要接续古典的儒家文化传统，而且要把五四以来从西方传入的自由主义传统和共产主义新传统作为中国文化传统的一部分，纳入到中华文明源远流长的生命历程中。^[14]在这个意义上，我们的法学研究不能变成西学概念和思想的消费场，而要延续和建构我们自己的学术传统，其第一步就要认真对待我们前辈学人或者同代学人的思考和研究，努力进入他们的精神世界，接续他们的问题意识，从而构建一个精神共同体，构建中华民族这个命运共同体的精神世界。

近些年来，我们的法理学已开始走向这种文化自觉。比如，苏力就一直坚持“本土主义”的政治立场，把自己的法律社会学研究接续到费孝通开辟的社会学和人类学传统上，其《送法下乡》可以看作是费老的《乡土中国》的续篇；^[15]夏勇从权利哲学入手转向了对“哲学权利”的思考，强调在文化主体意识的基础上把西方的权利思想纳入到中国传统民本思想的脉络中；^[16]邓正来最近也提出要从“主权的中国”转向“主体性的中国”，并以此对同代学者梁治平和苏力在法学研究中所采用的理论范式进行了细致梳理和严肃批评；^[17]赵晓力在对电影《秋菊打官司》的重新解读中，试图把问题延伸到儒家伦理对待生殖和生育问题的理解上。^[18]但是，我们必须清醒地认识到，这种文化复兴或者文化自觉并不是简单地回归儒学传统，而应当把现代意识带入到对儒学的思考中，以现代的问题来激活儒学。这方面最杰出的典范就是汪晖的《现代中国思想的兴起》，它从现代性问题出发，激活了儒学作为一种政治哲学对现代政治的思考和理解。我们尤需深入体会五四以来几代学人在中西文化传统上形成的哲学与

[14] 甘阳：“三种传统的融会与中华文明的复兴”，《21世纪经济报道》，2004年12月29日。

[15] 苏力：《送法下乡》，北京：中国政法大学出版社，2001年。

[16] 夏勇：《中国民权哲学》，北京：三联书店，2004年。

[17] 邓正来，前注[8]引书。

[18] 赵晓力：“要命的地方：《秋菊打官司》再解读”，《北大法律评论》，第6卷第二辑，北京：北京大学出版社，2005年。

政治之间的对话和张力，并在这对话与张力中将目标指向如何激活古典的政治哲学。这样的问题意识不仅是过去百年来我们的前辈所面对的，而且也是我们的子孙后代所必须严肃对待的：如何在政治上巩固中华民族这个命运共同体，如何在哲学上提升中华民族的生活方式所应具有的意义。面对这样的问题，我们的法理学必须对民族的命运有所担当，而我们的法律教育也必须以培养伟大的“法律人政治家”（lawyer-stateman）为己任，^[19]正如我在第九章的结尾所期盼的那样：

今日之中国既需要承担文明复兴使命的伟大政治家，把维护国家统一作为文明复兴的基石，把繁荣文化思想作为复兴文明的首要任务；今日之中国也需要承担文明复兴的伟大学人，把当代中国史和世界历史作为中华文明的一部分来思考，把现实的政治力量作为迈向文明未来的支柱来对待。中国政治家和中国学人必须以一身钢筋铁骨，共同担当现代中国艰苦卓绝的命运，以坚强的意志和恢弘的气魄进行不懈的创造。我们深信，台湾问题解决之时，也将是古老中国重新成为屹立于世界的强大国家和伟大文明之日，也是中国人重新尝试为人类生活提供伦理榜样的开始！

[19] 我在《法律教育与国家重建》一文中专门讨论了这个问题，参见强世功：《超越法学的视界》，北京：北京大学出版社，2006年。关于美国目前法律教育中忽略培养“法律人政治家”的论述，参见克罗曼：《迷失的律师》，法律出版社，2003年。

致 谢

对许多朋友而言，2001年7月的“上海会议”无疑是人生中的“大事件”。两天密集的会上、会下讨论产生了至今仍无法消化的震撼。这也使我想起几年前与邓正来先生一起读书时，他曾逼问我们一个问题：“为什么要研究农村？”是因为农村重要，还是因为我们出身农村？这当然都不是他所希望的回答。他的追问在于强调理论研究必须超越单纯的生活经验，进入反思性的层面，由此确立学术研究的自主性。然而，问题依然存在。如果从学术研究自主性出发，为什么要选择中国的村庄，而不是欧洲的村庄，或者如同人类学家那样选择一个原始的村庄？是不是在学科自主性的研究中，中国的村庄乃至整个中国都要变成了一个陌生的对象或者客体，供我们进行“理论范式”的裁剪？我生于斯长于斯的“中国的村庄”或“中国”对于我们自己究竟意味着什么？我作为“中国人”又意味着什么？正是这些很原始粗糙、难以经得起理论包装的问题，一下子胀破了许多精致的理论、学说或假定，仿佛一束光，照亮了我们原来置身其中却看不清楚的鬼魅世界。这样的追问不是来自学术自主性的努力，而是来自比学术更高的命运的追问。命运高于知识，就像苏力引用袁可嘉的诗句那样，这是一切问题中“根本的根本”。

本书收集了这五年中部分正式发表或未发表的论文和评论，可以看作是对这一问题的阶段性思考，这些思考总体上可以纳入“立法者的法理学”范畴。本书大多数章节都已正式发表，有些章节在发表时做了部分删节，这次重刊又恢复了原样。本书的结构经过重新编排，各个章节的具体发表情况如下：

第一章《迈向立法者的法理学》，原载《中国社会科学》2005年第1