

BEIHANG LAW REVIEW

北航法律评论

■ 主办 / 北京航空航天大学法学院

□ 主编 / 明辉 李昊

2010年第1辑 (总第1辑)



法律出版社

BEIHANG LAW REVIEW

北航法律评论

■ 主办 / 北京航空航天大学法学院

□ 主编 / 明辉 李昊

2010年第1辑 (总第1辑)



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

北航法律评论. 2010年. 第1辑:总第1辑/明辉,
李昊主编. —北京:法律出版社, 2010. 9
ISBN 978-7-5118-0988-9

I. ①北… II. ①明…②李… III. ①法律—文集
IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第177349号

北航法律评论

明辉 李昊 主编

责任编辑 费翔萍
装帧设计 胡欣

© 法律出版社·中国

开本 787×1092毫米 1/16

版本 2010年9月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 19 字数 404千

印次 2010年9月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-0988-9

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

追求真正意义的自主办刊

——《北航法律评论》创刊寄语

龙卫球*

《北航法律评论》终于创办了。俗话说,办刊者事大!学术刊物是学术传播、评价和引导的主要平台,办刊即意味着对学术阵地的经营。这项事业属于北航法学院一群雄心勃勃、才华横溢的年轻人,他们个个摩拳擦掌,希望大展一番作为。这使我不胜感佩,激动之余,欣然应邀,不揣冒昧,写下数言权作寄语。

“法律评论”是美国独具特色的一类法学刊物,其特点是由法学院的学生自主组织办刊,以创办于1887年的《哈佛法律评论》等为代表,在美国乃至世界范围的法学刊物界享有崇高威望,俨然为法学家之“鲤鱼跳龙门”,一文即名,盛况空前。

美国人的“法律评论”既贤,一向崇尚“见贤思齐”的我们自然乐于“移而植之”。1998年,北大法学院率先仿效先进,学生以自主之名创办了《北大法律评论》,此后其他法学院也纷纷竖旗。迄今为止,这种由国内法学院学生名义兴办的“法律评论”恐怕已经不下10余家,甚至更多。

现在北航法学院也愿意加入到这样的一种办刊序列之中,当然也是受到“法律评论”成功鼓舞的缘故,诚可谓“学习不分先后”。

那么,应该如何学习呢?我想关键应该是学习其成功的真正原因。

俗话说,成功没有偶然。

美国“法律评论”之所以能够成功,从形式上看,在于它引入了一种所谓学生自主办刊的体制。美国法学院的“法律评论”无一例外地均由学生自主组织编辑,通常由JD三年级和二年级的优秀学生组成,每年定期吐故纳新(以哈佛法学院为例,每届编辑约42人,总计约84人)。这种完全由学生自主组织编辑的全新体制,一般认为,一举彻底解决了办刊者最容易纠葛的两个难题:学术成

* 北京航空航天大学法学院教授、院长。

见问题以及学术官僚化问题,因为学生总是更要单纯些,更要理想主义一些,而且更新很快。

但是,我们今天沿袭“法律评论”这种刊物模式,不能够只停留在形式上对美国法学院“法律评论”做简单的体制模仿。这是因为,我们经常看到这样那样的所谓学生自主办刊,最后我们发现这些自主办刊最终并没有导致一种高质量的办刊结果,而只是沦为了一种简单的主体决定论。这是为什么呢?当然是因为只学了别人的皮毛而忽视了精髓的道理。

美国法学院“法律评论”的自主办刊,其真正体现的精髓,不在于以学生为主体自主决定刊物方向的这种形式与外壳,而在于通过这种更少官僚化而更具鲜活且更具学术雄心的编辑组织体制来更好地保证刊物不偏离学术方向、始终坚持高水平学术标准的实质。换言之,学生自主是“表”,坚持以绝对的学术品位办刊才是“里”。其实,在美国甚至在西方,无论学生组织的刊物,还是机构组织的刊物,其最核心的原则都是一样的,那就是必须坚持“唯学术是举”的办刊方向,这才是真正意义的自主办刊——为学术而自主。

《北航法律评论》既冠以“法律评论”之名,就应该深入到“法律评论”致力于追求“唯学术是举”的办刊精髓中去。也就是说,我们不能只刻意在表层学习由学生自主的办刊形式,而是必须深入内在去学习为追求学术而自主的办刊实质,学会锲而不舍地以学术追求为办刊唯一目的。此外,即为学术,办刊者就应该以兢兢业业、诚惶诚恐的心态,为刊物和学院的声誉计,更以学术公器为计,认真对待,力求规范,精益求精,甚至不惜呕心沥血。甘为嫁衣,是为编辑!

诚祝《北航法律评论》见证法学历史,创造刊物辉煌!

【2010.8.10. 麻省理工学院斯特拉雄学生中心】

学者寄语

北航法律评论
江平

为了权利和权利的平等
为了权利和权力的平衡
为了社会的和谐
为了人的自由

贺《北航法律评论》创刊

罗豪才

法学的新天地

为北航法学评论创刊

张晋藩

三〇年
月

目 录

主题策划

- 国家建构语境下“社会”的中国意义 许章润(3)

专题研究:法律实证主义

- 约翰·奥斯丁:生平、观点与
批判 [美]布赖恩·比克斯(著) 于庆生(译)(15)
分析实证主义视角下的“法律概念”
——解读哈特的《法律的概念》 明 辉(24)
规范(或伦理)的实证主义
..... [美]杰里米·瓦尔德隆(著) 泮伟江(译)(36)
中小仲裁机构运行状况实证分析 陈福勇(58)

论文

- 责任论的法理构造 陈兴良(87)
论大赦
——重识一项被遗忘六十年的宪政制度 陈云生(113)
新中国行政复议制度的历史变迁与发展 湛中乐(138)
“瞬间所为之自然陈述”初探
——美国法中一类传闻证据例外之辨正 田力男(153)
法则区别说之光与历史之镜
——我与巴托鲁斯七百年 张春良(167)
承认外国判决时的利益考量 付颖哲(205)
商业中的非合同关系的另一种意义 张真理(221)

译评

- 比较法研究:在统一法发展过程中的
功能 [美]詹姆斯·戈德雷(著) 魏磊杰(译)(235)
附:对戈德雷教授文章的若干评论
..... [加拿大]皮埃尔·勒格朗(著) 魏磊杰(译)(247)

权衡、宪法诉讼与代表…… [德] 罗伯特·阿列克西(著) 张葵(译)(252)

事实构成要件的应用

…………… [德] 扬·沙普(著) 朱虎(译) 张晓刚(校)(261)

行政处分·行政行为的概念史与行政救济法的

课题…………… [日] 冈田正则(著) 闫尔宝(译)(274)

随笔

中国近代文学家的法律因缘 …………… 严迎春(287)

《北航法律评论》征稿启事 …………… (295)

引征体例…………… (297)

主题策划

编者按:本栏目专门邀请国内著名学者针对特定法律与社会问题撰文,意图通过当代学者的视角,透视与洞察中国当前的法律体系、社会结构、社会心理与思想意识等,以期经由精深而独到的理论分析,对当前中国法治建构与社会发展中面临的理论与现实问题进行梳理、辨析与论证,从而探寻当代中国应当选择何种法律道路以及如何选择。

国家建构语境下“社会”的中国意义

许章润*

重整社会,是晚近百多年来“中国问题”的重要内涵。没有对于社会的通盘重组,中国既无“攘外”之力,亦无“安内”之望。社会衰朽,则政治无立身之基,国家建构无从谈起。实际上,自传统小自耕农格局所成就的“一盘散沙”转型为现代社会与经济形态,非得经由生产方式的重组而引致生活方式的改换,进而引发社会变革,造成新型社会形态,继而提炼出新型政治形态不可。否则,“中国问题”之解决无望,固无疑义,“人生问题”亦且无出头之日,也在情理之中。

因此,“重整社会”讲述的是中国的社会建设或者社会重建这一主题。而“社会”一词与政治、政府或者国家相对应,至少包括经济社会、伦理社会、市民社会、公民社会和政治社会等诸项愿景。实际上,就晚近中国的历史逻辑来看,它们启自市场经济的发育,次第登场,而终究势必导向政治社会的成长,汇入中华民族国家建构的历史洪流之中。

在以下的篇幅中,笔者就晚近“中国问题”视野下,在国家建构的意义上,“社会”所呈现出来的核心愿景逐一略作剖析。这里需要指出的是,凡此论述,既非一种历史类型论梳理,亦非有关“中国社会”的理想类型式阐释,毋宁,它旨在揭示在“中国问题”和“国家建构”的语境下,“社会”的多层次含义和多元化愿景,凡此含义和愿景,有些已然成为中国社会的现实,有些尚需假以时日,才能从应然变成实然,获得自己的中国式肉身。

一、市场经济与经济社会

百多年间,“发展经济”蔚为主旨,无论政体如何变换,此项宗旨贯穿如一。^{〔1〕}

* 哲学博士,清华大学法学院教授。

〔1〕 当然,这是仅就百年中国的总体历史取向和主流政治意志而言,并不排除特殊时段的特殊情形。例如,姑不论“文革”,仅就1989年至1992年间来看,中国经济大幅下滑,其间一个论调是,“如果发展经济的结果是连政权都保不住,还不如不发展”。

但是,就采行何种经济模式或者进路以求“发达”与“繁荣”而言,则经历了一个正反合的过程。自洋务运动以降,为使传统中国的帝制经济、诸侯经济和小农经济变身为现代经济形态,中国经济转型的总体趋向是学习“商业民族”的西方模式,以建立现代中国的工商业体制,诉诸经济强国的愿景。而自民国肇始以还的40年间,主流取向是建立现代产权制度,发展民族工商业,形成以国家调控和市场运作并行、诉诸现代法权安排为基本形态的经济形态。此后官僚资本的产生及其权贵垄断性经营,其弊日显,在政治革命之后为社会主义公有制所取代,历经30年的“一大二公”,于20世纪后半叶重新回归起点,再度开始自己的市场化进程。

因此,刻下已逾30年的第三波“改革开放”,其实接续的是“清末—民国初年”的第二波改革开放的市场化理念,以形成所有权自由、交易自由和营业自由、消费自由为基本目标,同时着力于建设两相配套的法制体系。因此,才会有市场经济就是法治经济的申说。但是,不论怎样,如何创造财富,使得国民财富极大地涌流,同时,确保财富的创造者享有和消费财富,依法保护财富,构成了30年经济—社会发展的基本线索,引导中国经历着自经济社会向政治社会的成长进程。

的确,在此总体历史进程中,“新中国”的愿景可能首先意味着它是一个经济社会,即以经济理性为纲领,基于生产与交换关系而逐渐形成的商品社会,一个国民财富生产、流通和消费的完整体系,其主旨在于解决国民财富的创造、流转、占有和消费的问题。用最为通俗的话语来说,经济社会是法治条件下的市场经济的社会形态,19世纪德国经济学家李斯特所说的“农工商阶段”,构成其最高形态。实际上,现代国家的建构过程同时也就是现代市场的诞生历史,建构现代政治与形成现代市场,是承载现代国家建构这一机车奔腾向前的双轨。而西欧现代国家的产生历程,特别是“现代英国”呈现于世的历史说明,实现政治资源和经济资源的合理配置,分梳政治与市场,恰恰是现代国家建构中首需解决的问题,可能也是最为艰巨的任务。而形成市场与政治的并立之势,社会与国家的“双强”格局,从而建设国家能力,是现代国家区别于古典国家形态的卓越之处。换言之,现代国家建构是实现政治和经济现代化的秩序前提。因此,现代国家提供的不仅是一种特定的政治单元,同时,还是一个既定的经济单元。国家建构过程中所实现的内政的一体化,恰恰是市场诞生的初始条件,就像市场经济是现代化的经济产物,市场经济同时也是现代国家努力推进、着意营造的结果。实际上,现代国家得以出现的一个重要契机就是人们希望运用国家推进经济发展。毕竟,商船的前后总是炮舰,是晚近以还迄今音响未息的政治二重奏。因此,诸如以“五年计划”一类的反市场化行为来推动经济发展的“路径依赖”,同样需要置于这一历史语境,才能获得正确理解。

在此市场和政治一统于现代国家建构的进程中,产权意识的觉醒是公民的温床,也是撬动那个叫做“现代”的人间秩序的杠杆。诸如产权意识、阶级意识和公民意识,均属于所谓的“现代意识”。作为构成此种社会形态的要素,政治和法权设置不仅在于保障产权关系,特别是提供私有产权的法权屏障,而且,经由此种保护以鼓励创造国民财富,满足市民阶级的财富追求,形成一般生产和交换的政治与法权条件,一种稳定的、具有可预期性的普遍制度形态。经此安排,国民既是财富的辛勤创造者和正当追求者,而且是财富的合法消费者与生活的当然享受者;国家权力与国民财富达成良性互动,经济秩序和政治秩序互为基础和条件,而一体诉诸各自抽象一体性的法权安排及其总体性法权安排——政治正义与宪法政治,共同致力于提撕国民福祉、实现和平共善的国家目标。

就晚近中国 30 年间的情形而言,全能主义的政治形态退潮之后,经济社会逐步成型,堂皇登场。但是,其特殊性在于,迄而至今,一定时期内国家作为经济主体直接下场博弈,以公权的统辖性打通国内市场,运作海外市场,捍卫国家利益,这一基本格局并无重大变化。由此进路,迄至加入“世贸”前,形成了某种类似于 19 世纪后期德国式的经济社会格局,强调国家对于经济生活的高强度干预和主导地位,导致国家对于财富的广泛直接掌控,采取重商主义的国家经济学与一切服务于“维稳”的政治政策,形成了某种“GDP 合法性”的政治经济学取向。因而,其与当时德国经济社会形态的差别在于:德国对内施行自由主义的经济政策,对外奉守贸易保护主义;而中国对内施行有限度的自由主义改革,对外推进以“接轨”为标志的甚至更具自由主义色彩的政策。二者同时并行,信誓旦旦致力于“复兴中华”的长远目标,不仅说明一段时期内,中国民族国家建构过程中其“成熟性”尚不足以看清、应对西方主导的全球政治本质,也在于非如此不足以“取法乎上”,被迫于“不得不然”间求取“有所然而然”。〔2〕因而,它引申、催逼出了复兴伦理社会、促使“中国”进境于政治社会的现实必要性。

二、伦理社会

本来,老中国就是一个伦理社会,其以宗法礼制相维系,与上端的帝制政治

〔2〕而且,这里也许存在马克斯·韦伯所说的“放大的经济共同体会召唤民族实体内部的物质利益集团与它结成盟友反对民族的未来”这种情形,否则,无法解释大量资金抽逃出境、“买办”以职业伦理代替国家忠诚等种种现象。韦伯的论述参详其著“民族国家与经济政策”,参见[英]彼得·拉斯曼等编:《韦伯政治著作选》,阎克文译,东方出版社 2008 年版,第 13 页。并参详“力拓在华间谍案”。

同根同源,两相磨合,蔚为形影。晚近以还,历经百多年冲击,这一社会形态基本解体。其间,新文化运动、“一大二公”的集体化以及城市化工商业生活方式,递次降临,著力尤巨。其间,个体主义的自我定位,消泯私利和自我的共产集体哲学以及经济理性人,因应时需,分别成为它们相伴相随的理论形态。

百多年间,如果说中国的历史进程主要着力于一个“破”字,矫枉过正,而使得伦理社会不复原型的话,那么,时光流转,今日中国反倒亟须重建新型伦理社会与社会伦理。破字当头的急遽转型时段已过,日常政治正在登场与必将登场,至少是社群主义意义上的伦理社会和社会伦理,重新成为人们的情感需求,也是社会的自我疗伤,而日益显现出其现实性,自是顺理成章。就此而言,历经市场化、城市化和计划生育政策等诸般冲击,正在面临着社会分裂与人生伦理残缺窘迫的当下中国,亟须重建社会伦理,其实是社会自身走到这一步的必然结果。对于初尝市场经济与经济社会的冷面理性滋味的中国人来说,复兴伦理社会的礼法内涵,并佐以社群主义理想来建设良善生活,可能是一种较好的选择。^[3]如果说“五四”新文化运动当口,“冲破宗法礼教束缚”,如同“砸烂孔家店”,虽然过头,然而确有其悲情与“不得不然”的话,那么,此刻重申新型伦理社会重建的现实必要性,同样是一种不得不然,而且,势所必然。此种必要性和迫切性,因着“文革”对于传统社会伦理的摧残性打击和市场经济对于常态社会伦理釜底抽薪般的洗劫,导致社会大众出现普遍的挫折感和无所归依的破碎、游离状态,而越显必要与迫切。

也就因此,重建伦理社会,不仅意味着对于近代以来迭遭摧残的中国人生伦理的回归,对于曾遭简单幼稚的现代性思潮否定的一般伦理的“拨乱反正”,而且,意味着对于市场经济条件下法治社会的新型伦理的尊重和接纳,赋予当下生活催生的诸多价值以“新伦理”的位置,特别是于此过程中,给予人类的普世伦理以应有的重构性阐释。在此过程中,基于孝道的传统伦理与有关赡养关系的法律调节的统一,关于信用的法权建构和伦理阐扬,凡此种种,关乎新旧,事涉道德和法律,跨越人生与实用,均为今日法权秩序下的伦理社会所要调理

[3] 一对夫妇只生一个孩子的计生政策,对于中国的人生伦理造成了严重冲击,长此以往,迁延数代,甚至将会负面性地改变人性。“90后”们在不知兄弟姐妹为何物,乃至未来的一代将在不知叔伯姑舅为何物的家庭中长大,不仅意味着宗亲感觉和交往关系的缺失,构成人生完满的伦理之维不复存在,而且,它可能会造成人性的伦理性颠覆。而自由主义的原子式个体原理之不足以造就幸福人生,也不悖良善生活的需求,早已为生活本身所证明。因此,重建中国社会必须将伦理重建纳入自己的行动纲领,其理至明,尤显迫切。

的实际问题,也是百多年来中国社会文化一直孜孜努力的汉语学思。^{〔4〕}

三、市民社会

在此,市民社会作为一种社会景观和社会生态,自始就是“中国问题”的派生内容,属于“中国问题”的二级问题。与“伦理社会”相仿,老中国自宋明以来即已发育出繁华的市民生活,而同样在后来的共产集体主义体制下遽归殒灭。说来话长,20 世纪的世界,不分东西,都曾遭遇过“左”、“右”两翼的极权体制。其中,右翼极权体制以垄断政治为己足,而对信仰世界和私性生活网开一面。换言之,只要政治上保持一律,免予对政权发出公共质问,则“甜蜜小日子”随你过。因此,“马照跑,舞照跳”成为此种体制下市民生活的具象展现。与此相反,左翼极权体制不仅垄断政治,而且,将信仰世界和市民生活一并收入彀中。此时此刻,不仅没有此在世界与超越世界的分际,而且,也没有公共生活与私性生活的区别,或者说,它们一体垄断于独裁政治,导致了一种无世界性的世界与无政治性的政治局面。于是,温情脉脉、“小资麻麻”和俗世享乐均为罪过,均不复见,人性被压缩为单纯生物形态,人成为服务于特定政制、听命于特定政治意识形态的“螺丝钉”。

就帝制解体之后的百年而言,民国政体类属右翼极权,其后的共产集体主义争相反对,晚近 30 年重回起点出发,以回头接应“1949”或者“1911”的方式,开启了市民社会的大门,逐步营建出世俗化浪潮下的浮世景观。因此,不难理解,为何“洗澡”与“洗钱”同时登台,“搓脚”和“搓麻”遍于国中。普遍的堕落景象,繁华光影中幽暗人性的悄悄满足,其实讲述的是政治放了社会一马,而一起回归人性基本面的社会重建故事。

四、公民社会

然而,正是在此,公民社会的登场越显必需,甚至急迫。否则,“娱乐致死”

〔4〕 因此,法律之不应损害伦理,一如伦理之不应悖逆道德,否则,均为销蚀自家正当性的“自杀”行为。以此观之,2009 年上演的重庆打黑案件,特别是节外生枝的“李庄案”,折射出了诸多讯息。其中,当下中国社会的基本伦理和信用关系惨遭涂炭,得为重要一则。因为我们知道,一个社会的构成,必以基本社会关系及其信用为基础。基于血缘伦理的“信用”之重要,自不待言。除开它们,尚有一些基本关系,如牧师与忏悔者之间、医生与患者之间、师生之间、律师与被告之间,同为基本的信托关系,得谓这个社会的基本关系。它们不仅构成了这个社会的基础,蔚为秩序的基石,轻易不能破坏,而且,其所蕴涵的人类基本情感,更是人之所以为人的特质,更是万万不可羞辱的,虽法律而避涉,虽公权亦不得染指。凡此基本信托关系,奠定了社会的基础,在赋予相互信任,罗织互惠关系的同时,为此人世营造了一方避难之所。破坏这一信用关系,就是破坏社会本身,不仅整个社会势必蔓延着普遍的不安全感,而且,这个社会自此不再是个具有稳定预期的社会,则于社会之祸,害莫大焉。

的格局将底线伦理相对化,放纵畸形人性需求,同样是一种摒绝人世生活的公共性。禁止或者无形中使得人们放弃对公共事务进行自然法追问,不仅有违人人得享自我提升的道义,而且,彻底消泯了人世生活的公共维度,结果是人世生活本身亦将不保。因此,不难理解,即便是单纯耽溺于俗世享乐生活的格局,面对强大的权力,实际上也时刻处于自身难保的局面,长远而言,可能连俗世事务的享有亦且不保,终究是早晚的事。因此,公民社会的登场不仅在于满足从市民身份向公民位格转型的现代人自我定位需求,而且,它说明了只有公民社会才能弥补市民社会的不足,进而保障市民生活顺畅延续的政治原理。

公民社会意味着在容忍和保卫私性生活的同时,满足人性中的利他冲动与公共需求,以公民共同体的自我组织化生存,在市民社会与公共权力之间形成一个间架性结构,既为其缓冲,又为其联结,而恰成一道促进双方各守其分的屏障,最终致力于可欲的公共生活。其间,一个致力于此的机制,也是最为重要的诉求,就是公民社会立基于平等主体相互承认的法权,重在赋予全体公民以集体行动的联合权能。由此,公民不仅可得抗衡国家的扩张势能,而且有益于救济国家权能的不足,形成公私分际清晰而又相互贯通的社稷格局。臻达此境,才是整合一体的成熟国族形象。

公民集体行动及其联合权能意味着私性的市民由此变身为公共存在的公民,集会、游行和示威等集体行动是他们联合权能的实现机制,也是彰显其公民位格的分享着的公共表达方式,更是公民位格落实于生活场景的自我展现。而公民共同体的组织化生存,决定了公民结社的正当性,其中,其最高形态是诉诸政党政治。借此最为组织化的方式来实现自己的公共关怀,构成了现代公民政治的最大特色。由此,公民社会与政治民主化天然结盟,而后者同样是“中国问题”的政体指向,属于迄今尚未解决的难题。

百多年来,“中国问题”的解决主要表现为国家建构的政治维度,强调借由国家强力重整社会,却多少忽略了社会建设,特别是公民社会建设的必要性。晚近30年的“改革开放”,特别是最近十来年间公民维权的政治实践,表明“人民出场了!”“公民出场了!”再度将此必要性彰显无遗,要求国家建构的政治之翼,以凝集为宪法政治的政法安排,对此作出有效的,而且是有诚意的回应。

如果说连连频发、牵涉广泛的各类“群体性事件”,表明“人民出场了!”那么,在城市征地拆迁过程中出现,以捍卫私有产权为初始目的,借由《宪法》和法律为屏,慨然登场的“拆迁户”个体,表征的就是“公民出场了!”公民个体以“挺身而出”的方式来自我兑现法权立场,冒险犯难,追求的是一种基于法治主义社会理想的民主憧憬。而且,“拆迁户”甚至打出了“祖国万岁”和“拥护宪法”的横幅,说明作为普通人的中国公民对于民主政治和共和德性的理解、渴求与护卫的冲动,早已远远超出公共权力的政治想象力。

五、政治社会

正是在此,中国的经济转型和快速成长,社会的发育与国家建构的努力,必将导向以“政治社会”作为自己的最终愿景。

第一,作为近代早期欧洲古典政治经济学的核心概念,^[5]“政治社会”旨在于现代民族国家框架内,提炼和建构一套整体性的秩序形态和制度框架,用布伦南和布坎南的话来说,即一种“立宪的政治经济学”安排。^[6] 其为一种“立宪背景”,处理的是民族国家屋顶下人类共同生活的基本秩序,旨在为人世生活铺垫基本的制度形态。“中国问题”所映照的恰恰是“天塌地陷”之后基本秩序和总体制度安排的问题,是百年中国和此刻中国迫切需要解决的“大是大非”与“大经大法”的问题。因此,政治社会这一整体性制度形态和秩序安排,正为“中国问题”不可回避的组成部分。换言之,努力建设中国文明的政治社会,是此刻百多年转型收尾阶段的最后一役,决定了前述一切努力,最终指向的不外于此,而且,也只有收拢于此,才能彻底解决“中国问题”。

第二,政治社会意味着民族国家是一种政治共同体,而且,也只有将民族国家整合、型塑为一种政治共同体,才能享有良好人间秩序的功能,进而也才可能塑造出这一秩序的自我期许的善境。换言之,成型而惬意的政体,充沛的公共政治空间与奠立于此的完备的政治秩序,可欲的国家权力的基本结构,以及关于公共权力的来源及其正当性的论证,凡此种种,构成了一个政治共同体的基本构件,也是政治社会的基本蓝图,而为民族国家这一宏大人间秩序提供充分而必要的制度条件。就此而言,中国百年转型所要奋力达臻的,正不外乎此,而仍然有待努力的,同样不外乎此。

第三,由此推展开来,政治社会所提供的秩序愿景意味着一种关于国家形态的完整制度安排,其将经济社会、伦理社会、市民社会和公民社会统括一体,蔚为特定文明秩序下的国家形态和人间秩序。也就因此,政治社会意味着民族国家是一个经济、社会、政治、法律和伦理、文化的共同体。在政治自由主义的意义上,其理想状态是实现个人自由与政治权威的平衡,经济生活与政治秩序的恰当分际,个人幸福与公共福祉的相辅相成。协调、中和政治自由主义与共和主义各宗,其理想境界,借用两位当代西哲的话来说,不外乎罗尔斯式的“自由与平等的个人在公正条件下进行社会合作”的社会想象,以及德沃金式的“追

[5] 有关“政治社会”这一概念的西方理论源起及其理解上的国别性差异等情形,参见高全喜:“论政治社会”,载其著:《现代政制五论》,法律出版社2008年版,第204页。

[6] 参见[澳]杰弗瑞·布伦南、[美]詹姆斯·M.布坎南:《规则的理由——宪政的政治经济学》,冯克利等译,中国社会科学出版社2004年版,第2~3页。