



思想柳叶刀

强世功 著

法律人的城邦

SIXIANG LIUYEDAO
FALÜREN DE CHENGBANG

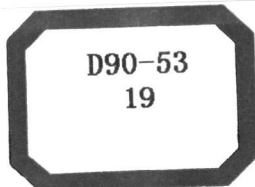
JIANG SHIGONG ZHU



上海三联书店



思想柳叶刀



D90-53

19

强世功 著

法律人的城邦

SIXIANG LIUYEDAO
FALÜREN DE CHENGBANG

JIANG SHIGONG ZHU

北方工业大学图书馆



00543865



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

法律人的城邦/强世功 著.

—上海:上海三联书店, 2003.12

(思想柳叶刀)

ISBN 7-5426-1869-5

I.法… II.强… III.法学—文集 IV.D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2003)第106770号

法律人的城邦

著 者/ 强世功

责任编辑/ 王笑红

装帧设计/ 范峤青

监 制/ 沈 鹰

责任校对/ 张大伟

出版发行/ 上海三联书店

(200235)中国上海市钦州南路81号

<http://www.sanlianc.com>

E-mail: sanlianc@online.sh.cn

印 刷/ 上海师范大学印刷厂

版 次/ 2003年12月第1版

印 次/ 2003年12月第1次印刷

开 本/ 640×935 1/16

字 数/ 200千字

印 张/ 21.25

印 数/ 1—5000

ISBN7-5426-1869-5

D·74 定价: 29.00元

目录 / 1

一、评论与随笔 / 1

法律共同体宣言 / 3

专业化与法律共同体 / 31

司法的仪式与法官的尊严 / 35

社会转型中法官的作用 / 40

契约自由与垄断 / 46

“口子”、法律与“大问题” / 49

宪政的道路

——纪念《中华人民共和国宪法》颁布20周年 / 52

宪法：与其修改，不如运用 / 60

中国法的时代 / 64

什么是“案例教学法”

——《宪法的精神：美国联邦最高法院200年
经典判例选读》序言 / 69

我们还没有毕业

——北大法学院2003届本科生毕业寄语 / 74

法学院的守护神

——在北大法学院2003届本科生毕业典礼上
的演讲 / 79

二、访谈与对话 / 93

司法时代的判例法 / 95

WTO与中国的司法改革 / 116

市场逻辑与政府职能 / 129

中国现代化进程中的法制

——与朱苏力教授的对话 / 151

ACE 08/04

司法独立与最高法院的权威

——与麦德福教授关于宪政的对话之一/198

司法审查：技艺理性与法治

——与麦德福教授关于宪政的对话之二/213

宪政的正当性：自由主义面临的挑战

——与麦德福教授关于宪政的对话之三/230

三、书里会外 / 253

《北大法律评论》创刊手记/255

想起了黄宗智

——本土化与法学传统/259

法制转型中的法律教育

——评《中国法律教育之路》/268

阅读哈耶克/274

安提戈涅、窦娥和鲍西娅

——女权主义法律视角及检讨/278

通过法院的宪政改革

——全球化背景下环太平洋地区法律的
新发展/304

国家与社会思想在当代中国的互动/329

后记/333

一、评论与随笔

法律共同体宣言

—

在《社会契约论》的开首，卢梭以上帝般的口吻断言：人生而自由，却无往不在枷锁之中。无论这句话包含了多少我们所不赞成的悲天悯人的救世情怀，但是，它陈述了一个不容置疑的事实，我们生活在种种社会枷锁之中。其中最为沉重的枷锁莫过于专制状况下毫无希望的奴隶般的生活，因此，马克思号召全世界无产阶级团结起来打碎身上的锁链以便获得整个世界。然而，尽管我们打碎了束缚在身上的枷锁，我们似乎获得了解放和自由，但我们发现自己依然处在种种永远无法打碎的枷锁中，这就是构成我们生活的种种社会关系的束缚（如果我们将社会关系也看作是枷锁的话），这种枷锁来源于我们的生活，我们无法逃脱的社会生活：家庭、种族、社区、政党、国家等等。

由于出生的血缘导致我们必然处在家庭或者家族的群体中，即使没有这样的群体，我们的肤色会将我们自动地归入到某个种族中；出生的地点或者生活的地方使我们不得不处在一个社区中，最终处在一个国家中，成为它的子民。尽管说这种社会关系的枷锁是与生俱来的，是我们无可逃脱的，但是，令我们惊讶的是，在多数情况下，人们往往是积极地、争先恐后地加入到一个群体中，自愿地接受枷锁（社会关系）的束缚：由于自己的政治主张而加入到一个政党或者社团中；出于经济利益的考虑而加入到一个行业协会中；由于自己的信仰而加入到一个宗教群体中；由于

尽管我们打碎了束缚在身上的枷锁，我们似乎获得了解放和自由，但我们发现自己依然处在种种永远无法打碎的枷锁中，这就是构成我们生活的种种社会关系的束缚。

接受这种枷锁的目的恰恰是为了获得自由或者争取自由。为了自由而披戴枷锁，为了自由而逃避自由。

自己的地位或者爱好而加入到形形色色的俱乐部中，——即使在这种选择中，可能会损失自己的一些利益。更让我们惊讶的是，接受这种枷锁的目的恰恰是为了获得自由或者争取自由，为了自由而披戴枷锁，为了自由而逃避自由。

这样的悖论使我们意识到，原子主义的个体如何在这个世界上持存？彼此孤立的个体尽管可能获得他想要的自由，但是如何抵制强者对其自由的限制和剥夺？这样的问题自然会带到我们对共同体问题的思考中。不过，让我们把个人主义、自由和共同体这样的问题留在别处去讨论。我们的结论只有简单的一句话：人必然生活在共同体之中，个人的自由必须在共同体的相互关系中得以实现。无论它是天然形成的共同体（家族、种族、社区、国家等），还是刻意组织的共同体（政党、教派、协会、俱乐部等等）；无论是通过利益关系建立的利益共同体，还是通过符号关系建立的意义共同体或想象共同体。

在近代历史上，人们曾经动用了各种各样的力量和技术，除了常规战争、暴力、恐吓、秘密警察之外，还发明了诉苦、揭发、批斗、谈心、阳谋、掺沙子、忆苦思甜、引蛇出洞、反攻倒算、秋后算账等等，其目的就是瓦解和打碎维系传统社会的种种枷锁，把人们从家族、村庄、老乡会、秘密社会、行会、儒生或者知识分子等等这样的共同体中解放出来，从而加入到为人们争取自由和解放的新的共同体中，加入到政党组织中，整个政党国家就是一个大家庭，一个惟一的共同体。然而随着全能主义国家的瓦解，传统的共同体又重新复活了，家族群体强化了，

原来被禁止的修家谱活动复活了，民间的宗教活动也开始兴起了，市场组织也开始慢慢出现了，知识分子开始讨论自己的独立性与自主性、人格与良知，各种各样的针对特定群体的俱乐部也出现了。一句话，自由主义者所捍卫的、独立于国家之外的市民社会仿佛出现了。

然而，就在这些传统的共同体纷纷复活之际（尽管这种复活被披上了颇具现代色彩的市民社会的外衣），我们发现一个全新的共同体正在形成。这个共同体既不像家族、社区那样是天然形成的，但是又具有类似于家族的血缘关系或社区的地域关系；也不像组织建构的共同体（如政党、行会）那样具有明确的成员身份的限制，但是也不是谁都可以随随便便地进入这个共同体的，它具有类似行会那样的共同利益或者政党那样的共同信念。这是一个特殊的共同体，我们对它的历史不甚了解，对它的功能知之甚少，对它在解决个人自由与共同体生活的困境中所提供的思路茫然无知。它正在我们的社会里慢慢地滋生，尽管我们（甚至这个共同体的成员）还没有意识到它的存在，但人们似乎已经感觉到它的力量。

这个共同体是由这样的一群人构成的：他们是一群刻板而冷峻的人，如同科学家一样，他们孜孜研究自己的发明工具，努力提高这种工具的性能和技术，他们希望以这个工具扶助弱者、保护好人，但即使服务强者放纵坏人，他们也无动于衷，他们称之为形式理性；他们是一群惟恐天下不乱的人，他们对于那些为两毛钱打官司的锱铢必较者大加赞赏，他们看到那些“知假买假”的王海式的“刁民”以及为履行合同

就在这些传统的共同体纷纷复活之际（尽管这种复活被披上了颇具现代色彩的市民社会的外衣），我们发现一个全新的共同体正在形成。

他们也信守自己的
的圣典和教条，他们
小心翼翼地解释这些
圣典上的文字，即使
这种解释有时似乎不
合时宜，但是他们毅
然坚信：信守伟大的
传统比媚俗更符合这
种圣典的精神。

要割下他人胸前一磅肉的夏洛克就喜形于色，他们不断地鼓励人们滋事生非，还美其名曰“为权利而斗争”；他们是一群虔诚的人，如同教士信守圣典一样，他们也信守自己的圣典和教条，他们小心翼翼地解释这些圣典上的文字，即使这种解释有时似乎不合时宜，但是他们毅然坚信：信守伟大的传统比媚俗更符合这种圣典的精神，他们把这种死板的愚忠称为“坚持正义”；他们是一群神秘的人，如同秘密社会，有自己的切口和暗号，有自己的服饰和教堂，他们不屑于使用日常语言，他们把鸡毛蒜皮的小事上升到神圣的原则层面上来讨论，外人并不知道他们在说什么，为什么这样说，他们把这种以远离日常生活的方式来关注日常生活称之为“专业化”。

这是一群可怕的人，我们看不清他们的面目，他们仿佛一个巨大的黑色幽灵，游荡在我们的社会中。从身居要职的政治家到街头演说家，从道德说教的人文知识分子到理性最大化的经济学家，从从事经营活动的资本家到目不识丁的乡村小民，都在不断地谴责他们、批判他们。在政治家看来，他们是政治秩序中异己的力量，对政治统治权威的合法性时时构成挑战；在街头演说家看来，他们是暴虐的帮凶、专制的工具；在人文知识分子看来，他们仿佛一台机器，没有情感和良知，没有任何人文的关怀，这正是现代人文精神丧失的明证；在那些理性最大化的经济学家看来，他们仿佛一堵墙，唯一的作用就是增加了社会交易的成本；对商业资本家来说，正是这些人妨碍他们为追逐最大利益而实行垄断；而对于目不识丁的小民来说，他们仿佛高高在上的遥不可及的神。

然而，无论人们如何在情感上反感他们，人们越来越意识到自己的生活中已经离不开他们。人们正在怀着矛盾的心情来接近他们，接近这些出没在公司、饭店、宴会、酒席上的律师，这些活跃在课堂、讲坛、媒体上的法学家，以及那些深居简出的法官，而这些人正在不断地聚集起来，形成一个独特的共同体，那就是我们这个时代最伟大的共同体——法律共同体（legal community or lawyer community），对这些人我们概括地称之为“法律人”（lawyers）。

二

法律职业具有悠久的历史，但是法律共同体的兴起却完全是现代社会的特有现象。即使在古代社会中，我们也可以发现有法官这样的社会角色，有讼师这样的律师职业，甚至还能找到法学家这样的人物。尽管我们发现他们都从事与法律裁判相关的职业，但是他们并没有构成一个共同体。且不说法官、法学家与官吏之间的分化或分工并不明确，即使在法官、法学家和讼师之间也远远没有达成一个共同体所必须具备的最低共识。在传统社会中，法官或法学家往往是大大小小的行政官僚的一种，他们与其说由于理性或仁慈而显得令人尊敬，不如说由于掌握着生杀予夺的司法大权而令人恐惧。这种可怕的司法权力不仅仅基于监狱或刽子手这些可见的物理暴力，而且基于道德或宗教这些不可见的符号暴力。它的合法性不仅来自对物理暴力的垄断，而且来自对道德正当性的垄断。因此，法官不仅是暴力的化身，也是道德的化身。他

这些人正在不断地聚集起来，形成一个独特的共同体，那就是我们这个时代最伟大的共同体——法律共同体。

法律职业具有悠久的历史，但是法律共同体的兴起却完全是现代社会的特有现象。

这种可怕的司法权力不仅仅基于监狱或刽子手这些可见的物理暴力，而且基于道德或宗教这些不可见的符号暴力。

们不仅象征着权力，而且象征着身份。总之，他们属于维系传统社会秩序的文化精英阶层。

与那些高高在上需仰视才见的法官相比，充当律师的讼师则处在完全不同的社会地位上，他们甚至没有社会地位，更不用说高贵的身份。他们是不劳而获的社会寄生虫，在社会的角落里苟且偷生；他们是吏治腐败的象征，躲在公堂之后作为幕僚搬弄是非；他们是道德败坏的渊藪，玩弄着杀人不见血的“刀笔”。他们既不掌握公共权力，也没有道德信义。尽管他们与法官或法学家可能有相同的法律知识，可能具有共同的法律语言，可能有密切的交往关系，但是，他们缺乏共同的价值、缺乏共同的思维方式、缺乏共同的精神气质、缺乏共同的意义世界，因此，不可能构成一个独立的法律共同体，他们之间有一条难以跨越的巨大鸿沟，将法官或法学家与律师无情地划分在两个不同的，甚至对立的社会阶层中。

他们缺乏共同的价值、缺乏共同的思维方式、缺乏共同的精神气质、缺乏共同的意义世界，因此，不可能构成一个独立的法律共同体，他们之间有一条难以跨越的巨大鸿沟，将法官或法学家与律师无情地划分在两个不同的，甚至对立的社会阶层中。

传统社会的秩序维系依赖于道德或宗教的意识形态的高度一体化。依赖门前土地的农业生活方式，以及落后的交通通讯手段使得居住在广阔的疆土上的臣民实际上处于“老死不相往来”的相互隔绝之中，惟有文化道德或宗教才能有效地跨越地理上的隔绝而维持帝国的统一，更何况在这个简单的熟人社会中，道德或宗教的共识很容易形成。在这种状况下，法律的目的并不是为了有效地解决纠纷，纠纷实际上靠家族、社区之类的地方性共同体来解决。法律的目的是为了贯彻、推广和捍卫这种道德或者宗教，是为了表达集体情感，是通过维持社会共识来维持社会秩序。无论是中国古代的法律道德化或道德法律化，还是西

方前现代的自然法与实证法之争，目的只有一个，那就是法律要成为执行道德或宗教的工具，这个道德或宗教就是社会文化精英阶层所掌握的道德或宗教。在这个意义上，法律不可能独立于占支配地位的道德或宗教，因此也就不可能有一个独立于道德共同体的法律共同体。法律职业必然会被维持道德或宗教一体化的精英共同体肢解得七零八落：法官解决的不是法律疑难，而是道德悖论；法学家研究的不是法律条文的逻辑推理，而是哲学或伦理问题；律师捍卫的不是抽象的权利，而是具体的利益。而反过来，纠纷要由族长或长老来解决，正义要在天子脚下去寻找，秩序要靠道德或宗教信仰来维持。这就是传统社会的法律图景，这里没有法律共同体滋生的土壤或存在的理由。

传统社会的解体首先是从曾经维系秩序的高度一体化的道德或宗教的解体开始的。文艺复兴运动、宗教改革、地理大发现导致的海外贸易以及东西方世界的相互撞击等等，这一系列充满悲剧或喜剧色彩的历史偶然事件最终导致了传统神圣价值的瓦解。这是一个“祛魅”的社会。传统的信仰失去了心灵的虔诚而成为僵死的教条，传统的道德失去了行为的遵守而成为空洞的准则。圣殿被遗弃了，神庙被荒芜了，宫殿被关闭了。上帝死了，陪葬的还有宫廷的道德和礼仪；天子离开了紫禁城，他离开的不仅仅是江山，而且还有他所疼爱的子民。人们突然从家庭关系、君臣关系、主仆关系、师生关系所建构的温情脉脉的传统世界中被抛了出来，孤零零地一个人漂泊在这个陌生的世界上，一个冷冰冰的利己主义的世界。

这是一个砸碎一切等级制的“夷平”的社会。一

这一系列充满悲剧或喜剧色彩的历史偶然事件最终导致了传统神圣价值的瓦解。这是一个“祛魅”的社会。传统的信仰失去了心灵的虔诚而成为僵死的教条，传统的道德失去了行为的遵守而成为空洞的准则。

这是一个砸碎一切等级制的“夷平”的社会。一切神圣的价值失去了意义，由此产生的等级制、权力的、身份的、场所的，一夜之间土崩瓦解了。

我们处在一个“诸神之争”的时代，一个“人对人是狼”的战争状态。正是在这个基础上，人们相互之间才开始讨价还价，订立契约，构筑新的法律规则。

一切神圣的价值失去了意义，由此产生的等级制，权力的、身份的、场所的，一夜之间土崩瓦解了。谁不知道法国的宫廷贵族？他们不再意味着高贵与尊严，而成为堕落和腐败的象征；谁不熟悉中国的孔乙己？这些传统知识分子不再意味着智慧与礼仪，而成为愚蠢可笑甚至“吃人”的代名词。原来远离权力中心处于历史之外的平民一夜之间得以分享到参与社会的权利，从此历史仿佛变成了人民的历史。“法律面前人人平等”，“主权在民”，民主政治取代了贵族政治成为现代社会的治理方式。

这是一个陌生人的社会，一个欲望的社会。人口的增长，商业化的发展，市场经济的形成，竞争资本主义的兴起，传统道德中鄙视的对财富和物质利益的欲望随之释放了出来，对财富的占有一夜之间成为人们孜孜追求的目标，成为社会评价的重要甚至惟一的标准。人与人的交往不是基于共同的道德、信仰或认同，而是基于彼此的物质利益，人际关系不再基于对人本身的神圣情感，而是基于彼此可以成为满足欲望的对象这一事实。贪婪取代了礼让，卑鄙取代了高尚，粗暴取代了文雅。人们不再信仰同一个宗教，不再遵守同一个道德，不再具有同一个理念，不再维护同一个利益。没有了至高无上的上帝或者天子，我们处在一个“诸神之争”的时代，一个“人对人是狼”的战争状态。正是在这个基础上，人们相互之间才开始讨价还价，订立契约，构筑新的法律规则。现代社会的法律由此获得独立于宗教、道德和政治的自主性。

这是一个高度复杂化和分化的社会。技术进步与发展导致了分工，劳动分工导致了专业化的兴起。治

病从依凭经验的安慰剂时代发展为科学的临床医学，从江湖郎中转移到专业化的医生手中；记账从简单的文字书写发展为系统的复式记账法，导致了会计学的出现，专业化的会计取代了店小二。陌生人之间的远距离交易中谁敢相信口头约定？个人合伙要承担连带责任，那谁还敢将全家妻儿老小的生计作赌注发展高风险的远航贸易？在亲朋好友中筹集资金如何能办起跨国公司？随着契约、公司、证券问题的出现必将使法律规则进一步复杂化，面对这些复杂的规则，面对这种全新的法律知识，面对资本主义的发展，必然要有一个专业化的法律职业阶层来操作法律。法律职业摆脱了传统社会中政治、行政、道德或宗教的束缚，成为一种专门化的职业。

然而法律共同体的形成不仅仅是因为人们共同操持了与法律相关的职业，尽管它离不开专业化的法律职业。社会生活的复杂化所导致的法律的复杂化使得法律成为专门化的知识，掌握这种知识必须经过专门的训练。正是专业化的法律教育的兴起，法律共同体才从一个职业共同体转变为知识共同体。大学在西方世界的兴起要归功于12世纪罗马法的发现和研究，正是由于注释法学家的努力，古老的罗马法才摆脱了其由以产生的具体生活场景，成为普遍的、一般的、抽象化的科学知识体系。这种抽象化、系统化的法律研究方法后来成了自然科学的范型。可以说，现代科学最先并不是出现在自然科学领域，而是出现在法学领域。因此，法律教育不仅是传授法律知识，更重要的是训练法律思维。“Thinking like a Lawyer”（像法律人一样思考问题）不仅成为现代法律教育的目标，

面对这些复杂的规则，面对这种全新的法律知识，面对资本主义的发展，必然要有一个专业化的法律职业阶层来操作法律。法律职业摆脱了传统社会中政治、行政、道德或宗教的束缚，成为一种专门化的职业。

正是专业化的法律教育的兴起，法律共同体才从一个职业共同体转变为知识共同体。

正是这种专门的知识体系、独特的思维方法和普遍的社会主义感，使得法律共同体成为一个自治的共同体、一个分享共同的知识、信念和意义的想象共同体。

而且随着案例教学法在商学院的兴起，也成为培养商人和经理的管理思维的方向。然而，更为重要的是，大学的法律教育在传授法律知识、训练法律思维的同时，也在培养法律人的正义感和公正之心，正如罗马法中所说的那样，法律就是关于区分正义和非正义的科学。

正是这种专门的知识体系、独特的思维方法和普遍的社会正义感，使得法律共同体成为一个自治的共同体，一个分享共同的知识、信念和意义的想象共同体；正是司法实践中发展起来的一套精致的法律技术或艺术，使得法律共同体成功地捍卫了现代法律的自主性。政教分离导致的价值自由、民主政治中的多党竞争、三权分立的治理格局和陌生人之间的非人格化交往，所有这些现代社会的特征统统建立在现代法律的自主性之上，而法律自主性则建立在法律共同体之上。

三

既然法律共同体是现代社会的必然产物，而且是现代社会赖以建立的基础。那么，这些人做错了什么？他们得罪了谁？他们在现代社会中为什么遭到如此的嫉恨和恶名？没有人指责科学家或者医生坚持与道德无关的科学理性，但是，这些人却要求法律共同体来负担起重建道德的重负，这正是这个时代道德沦丧的象征。因为这些人要求法律所建设的道德一定是他们所主张的或喜欢的道德，当他们看到法律共同体在避开他们的道德的时候，就大声诅咒法律共同体的不道德，因为他们将自己的道德想象成人类普遍的道