

迈向立法者的法理学

——法律移植背景下对当代法理学的反思

强世功

本文以法律移植与现代国家转型为背景，考察了最近 20 年来法理学思潮从马克思主义法理学到法律文化论和法律现代化论的内在发展逻辑，提出这些主流思潮坚持一种“没有国家的法律观”，它不仅是法律移植的政治意识形态的产物，而且是法律共同体的职业意识形态的产物。这种思考与法学家的自我身份认同密切相关，由此被称为“法律人的法理学”。基于反思这种法理学在处理国家与法律关系上的方法论误区，作者考察了当代法理学中的边缘学说，即实用主义法理学，对整个主流思潮的批判，以及由此形成本土主义方法论与本土主义政治立场之间的张力。在此基础上，作者提出“立法者的法理学”，试图在更广阔的理论背景上，重新把国家与政治作为法理学思考的中心，从而在技术意义上整合“法律人的法理学”，思考中国在民族国家与文明国家的转型中面临的理论问题。

关键词 法律移植 没有国家的法律观 法律人的法理学 立法者的法理学

作者强世功，1967 年生，法学博士，北京大学法学院副教授（北京 100871）。

当代中国法律发展往往被看作是清末法制改革所推动的法律现代化运动的自然延伸，这场法律现代化运动并不是来自中国文明内部的变革力量，而是对西方文明外部冲击的回应，它意味着中国必须放弃作为“文明国家”所形成的一整套政教体制，在国际法律关系中建构现代“民族国家”。这场影响深远的国家转型使法律获得了前所未有的重大意义，它不仅是司法意义上解决纠纷、维持秩序的工具，而且是政治意义上建构民族国家的工具。^①在这“亘古未有之大变局”中，法律移植作为中西文明撞击的结果，构成一场前所未有的法律革命。

当这场革命进入法学研究的视野时，我们的法理学总是纠缠在“移植”概念上，要么把法律移植理解为要不要移植的意识形态问题，把反对法律移植看作是糟糕的保守派，把支持法律移植看作是开明的改革派，要么把法律移植理解为如何移植的技术问题，^②但却很少追问“法律移植”中所谓的“法律”究竟是什么，也不会关注法律移植与国家转型之间的内在关联，更不会对法律移植本身进行反思。法律移植尽管是法理学中反复谈论的话题，但并没有产生真正的法理学问题。

从学术问题的理论建构而言，把“法律移植”建构为理论问题，其困难并不在于“移植”概念，而在于“法律”概念。如果说“法律”是立法者制定的法条，那么只要立法者愿意，怎

① 参见强世功《法制与治理》（中国政法大学出版社，2003年）。

② 相关的讨论，参见何勤华主编《法的移植与法的本土化》（法律出版社，2001年）。

么不能进行移植呢？在这短短二十多年间，我们不是已经通过法律移植建立起相对完善的法律体系吗？但是，如果说“法律”是人们在生活中共同遵循的生活方式，那么，只要生活方式没有发生变化，“法律移植”是不可能的，就像《德国民法典》中“不动产”概念是不可能移植到青藏高原牧区，因为“这里没有不动产”。^①在这个意义上，《埃塞俄比亚民法典》和《俄罗斯公司法》这两部据说分别综合了西方民法和公司法中最优秀成果的法典又有什么意义呢？法律移植理论中对“法律是什么”的遗忘，并不意味着我们的法理学根本没有思考这个问题。相反，它恰恰证明“法律是什么”这个问题在法理学中已彻底解决，成了无需反思的前提假定，“法律移植”才变成要不要移植或如何移植的问题。因此，只有全面考察当代主流法理学如何解决“法律是什么”这个问题，揭示它与法律移植之间的隐秘关联，才有可能在“文明国家”和“民族国家”转型的背景上，重新思考法律移植。

一、没有国家的法律观

当代法理学中关于“法律是什么”的追问始于对教条化马克思主义法理学的“胜利大逃亡”，其结果构成了对马克思主义法理学的集体反叛。^②这种法理学认为，法律是阶级矛盾不可调和的产物，是一个阶级统治另一个阶级的国家暴力机器，是执行统治阶级意志的工具。这种法律观实际上是法律的政治观，法律最终体现的是国家意志或者说统治者的政治意志。法理学也就是“国家与法的理论”，讲法律就必须讲国家。随着思想解放运动带来关于法律本质问题的大讨论，以及由此产生的法律文化论和法律现代化论，使得当代法理学的主流思潮彻底抛弃了法律的政治观，把“政治”和“国家”等这些法律的外部要素逐步从法理学思考中排除出去，从法律内部要素和形式要素来理解法律，形成“没有国家的法律观”。

（一）法律本质的大讨论：法律的继承性与社会性

随着 1979 年“人治”与“法治”大讨论揭开法学思想解放的序幕，在建设社会主义民主与法制背景下，法理学开始淡化法律背后的政治力量，强调法律自身的发展规律，由此展开了法律的阶级性与继承性、阶级性与社会性的大讨论。正是为了淡化法律背后的国家暴力和政治意志，“法学基础理论”也取代了“国家与法的理论”，后来，这门课程正式更名为“法理学”，成为一门体制化的知识类型。

尽管目前《法理学》教材中依然保留某些教条化的马克思主义法律观，但不可否认，用“法理学”来取代“国家与法的理论”，强调法的社会性和继承性来弱化法的阶级性，强调法的公共管理职能以弱化法的暴力统治职能，无疑是一场发生在马克思主义法理学内部的理论革命，其目的是要摆脱前苏联维辛斯基教条化马克思主义法理学的影响。由于意识形态教条扼杀了马克思主义法律观的活力，具有创新意识的年轻一代法学家在理论上开始另起炉灶，采取回避的方式对马克思主义法理学进行了不公开的反叛。在新的理论范式迅速兴起的情况下，马克思主义法律观不是在理论上被驳倒了，而是被遗忘了，“法律本质”的追问作为一个理论范式在法学

① 参见苏力《这里没有不动产》，“法律移植与中国法制”会议论文（深圳，2004 年）。

② 需要注意的是，我们必须在两种意义上区分“马克思主义法理学”，一种是基于对马恩经典著作的学理研究而得出的法学思想，在这种意义上，马克思主义法理学本身是开放的，需要在不同的情况下进行不同的学理研究；另一种是对马克思主义的教条化理解，尤其是前苏联维辛斯基的权威理解，这种马克思主义法理学往往是不容讨论和辩驳的官方意识形态教条。

界被抛弃了。^① 这种对马克思主义法理学的遗忘、抛弃甚至反叛首先来自法律文化理论。

（二）法律文化论

法律文化理论是 1980 年代“文化热”的产物，它把法律理解为一种文化现象，而不是统治阶级的意志。这种思路摆脱了经济基础与上层建筑关系的理论框架，为法学理论的发展开辟了一个全新的空间，由此很快吸引了年轻一代法学家的关注。法律文化论认为法律是社会生活中长期稳定下来的规则，法律与其说是统治阶级意志的体现，不如说是长期历史文化传统的产物。在法律文化研究中，法律背后的国家意志不见了，法律变成了历史中形成的跨越国界的具有普遍性的文化现象。国家、阶级、政治、权力和斗争等等所有这些马克思主义法理学中的理论要素差不多被清除出法律文化研究和比较法研究的视野，或者至少从文化的角度对这些概念进行了重新塑造。

法律文化比较研究曾经风靡一时，产生了大量的文献，但这种理论本身存在着内在的缺陷。一方面，“文化”概念过于笼统抽象，“法律文化”就变成了一个无所不包的概念，如果不是发展为一种文化解释的方法论，很容易丧失理论上的解释力。^② 另一方面，法律文化的比较研究很容易陷入到“文化类型学”的框架中，无法解释社会变迁引起的法律变化。^③ 此外，中西法律文化的比较不仅要面对文化相对主义的挑战，而且要面对“全盘西化”的意识形态指责。正是为了克服这些缺陷，法律文化理论逐步发展为法律现代化理论。^④

（三）法律现代化范式

“法律现代化”不仅是一种系统的理论，也是一种研究范式，它以迈向现代化作为思考法律的出发点，把法律文化论中“中国与西方”的文化比较问题转换到“传统与现代”的历史发展问题。正因为如此，法律现代化理论首先就要建构一个关于法律发展的历史叙事。在观念史的建构中，法律发展的历史就是人权保护的历史，人权保护是法律发展的必然方向。人类法律的演化进程，被建构为从传统的“义务本位”迈向现代的“权利本位”，“权利本位”或者说对人权的法律保护就构成了法律现代化的重要标志。这个观念史的建构也得到了社会史的支持，中国法律发展的历史也就是迈向法律现代化的历史，^⑤ 尤其是当代中国处在“走向权利的时代”，关于权利的法哲学思考由此构成当代法理学的核心思想。^⑥

市场经济体系已经突破国家的界限，在全球范围内联为一体。在全球化的背景下，符合市

① 苏力指出，“法律的阶级性”这个“法律本质”问题是被法理学界遗忘的，而不是在理论上被反驳战胜的，为此他要在理论上摧毁“法律本质”问题，认为这种追问本身就是一个“神话”。可以说，苏力在理论上清理了十年前的法理学界战场。参见苏力《法律的本质：一个神话的解构》，该文曾在法律文化研究中心的讨论会上讨论过，《法学》1998年第1期。

② 梁治平可以说是法律文化研究的首创者，但他在法律文化的比较研究过程中，逐步发展出一套文化解释的方法论，从而与流行的法律文化研究区别开来。参见梁治平编《法律的文化解释》（三联书店，1994年）。

③ 苏力：《法律文化类型学研究的一个评析》，赵汀阳、贺兆田编《学术思想评论》第2辑，辽宁大学出版社，1997年。

④ 在宽泛的意义上，“法律文化论”也可以看作是“法律现代化论”的一部分。在法律文化研究中，迈向现代法律是一个不言自明的前提，只不过它特别关注法律现代化过程中法律观念的重要意义。参见梁治平等《新波斯人信札》（贵州人民出版社，1988年）；梁治平《“法”辨》（贵州人民出版社，1992年）。

⑤ 参见公丕祥《法制现代化的理论逻辑》（中国政法大学出版社，1999年）。

⑥ 夏勇：《权利哲学的基本问题》，《法学研究》2004年第3期。

场经济的法律制度也必然要突破国家主权而变成一种全球性的法律制度。中国法律的现代化说到底就是把现代西方法律秩序变成中国法律秩序的一部分, 实现中国法律与国际接轨。^① 当代法理学强调法律的普遍价值, 强调对人权的保护是法律发展的必然, 强调法律自身的形式合理性, 在理论上意味着现代法律超越了主权国家的界限, 变成了人类普遍的法律秩序。由此, 在法律现代化理论中, “权利本位”、“形式理性法”与“法律的普适性”构成现代法律区别于传统法律的三个最基本的理论要素。

无论从内部对教条化的马克思主义法理学加以革新, 还是从外部另起炉灶从而遗忘马克思主义法理学, 当代法理学成功地建构了一种全新的法律观, 即倡导一种没有国家的法律观, 或者说是一种没有政治的法律观。如果说马克思主义法理学强调法律背后的阶级统治和国家暴力之类的政治要素, 强调法律服务于政治统治的工具性特征, 那么, 这种没有国家的法律观事实上在强调法律自身的内在特性。从形式上说, 这种法律观体现了一种“法制主义”(legalism), 即从形式合理性、普遍适用性、程序正义和法律的内在道德性等这些法律规则本身的内在特征入手来理解法律; 从实质上说, 这种法律观体现了一种自由主义的权利观, 即把自然权利作为思考法律内容的出发点。

二、法律人的法理学

“法制主义”取代法律工具论, 自由主义法律观取代马克思主义法理学。当代法理学摆脱前苏联法学思想的桎梏, 极大地丰富了对法律的认识。法理学的发展也似乎摆脱了政治意识形态的束缚, 在社会科学研究自主性的基础上向学术研究的道路迈进。不过, 学术范式的变迁不仅是由学术发展的内在逻辑所决定的, 外部世界的改变也对学术范式的发展提出要求。当代法理学之所以形成这种没有国家的法律观, 不仅因为它为法律移植的立法实践和法律共同体的建构提供了意识形态基础, 而且也与法学家的自我身份认同密切相关, 可以说, 它属于“法律人的法理学”。

(一) 作为立法活动的政治意识形态

从 1970 年代末, 随着改革开放的发展, 中国法制建设进入立法时期。如何移植西方成熟的法律制度、加快立法的步伐, 开始成为建设社会主义法治的关键所在。在这种背景下, 从内部更新马克思主义法理学, 强调法律的继承性与法律的社会性, 无非是想指出: 社会主义可以继承资本主义的法律制度, 尤其是继承那些承担社会管理职能的法律。在法律文化论范式和法律现代化范式成功勾勒出法律发展的图景中, 移植西方现代法律是中国法律从传统迈向现代的必然要求, 是落后国家加速发展的必由之路。^② 这种对法律史的理论建构成功地移植西方法塑造了共同的意识形态。^③ 没有国家的法理学所隐含的“变法论”或者“与国际接轨论”为改革派进行法律移植提供了正当性。

需要注意的是, 最早在中国反对法律移植的恰恰是两个外国学者, 他们批评在改革开放的深圳移植西方的法律制度, 理由就在于中国的国情不同于西方国家。^④ 但这样的声音很快就被中

① 关于法律全球化的主要理论, 参见朱景文主编《法律和全球化》(法律出版社, 2004 年)。

② 张文显:《论立法中的法律移植》,《法学》1996 年第 1 期。

③ 刘星:《重新理解法律移植——从“历史”到“当下”》,《中国社会科学》2004 年第 5 期。

④ 安·赛德曼、罗伯特·B·赛德曼:《评深圳移植香港法律的建议》,赵庆培译,《比较法研究》1989 年第 3—4 期合刊。

国学者的法律移植论所淹没。在这种意识形态背景下，全国人大及其常委会明确提出“移植或借鉴”西方成熟的法律制度，加快建立和完善社会主义市场经济的法律秩序，实现“与国际接轨”。没有国家的法律观作为一种话语表达，与法律移植的权力实践密不可分。

（二）法律共同体的职业意识形态

如果“没有国家的法律观”仅仅是法律移植的意识形态外衣，那么，一旦法律移植的政治任务完成，这种法律观就如同传统马克思主义法律观一样，难免遭到被遗忘的命运。然而，时至今日，我们看不出这种法律观有丝毫衰落的迹象，反而更加生机勃勃，其秘密既不是因为法律移植仍在进行，也不是这种法律观在理论上具有天然的合理性，而在于这种法律观已经成为法律共同体的职业意识形态，成为法律共同体自主意识的表达。律师、法官、检察官乃至法学家之所以构成一个共同体，是因为他们分享了一套共同对法律的认识，并把这种对法律的认识作为自我意识的一部分贯穿到职业伦理之中。这种对法律的认识基本上坚持了没有国家的法律观，即区分法律与道德、通过法律诉讼来创设规则的法制主义；不分尊卑地保护公民权利并为实现这种平等的公民权而斗争；通过法律技术来解决政治和道德问题的程序正义原则。^①

事实上，在整个法律共同体的发展过程中，每一次职业意识形态的改变都强化着没有国家的法律观。律师职业的发展经历了作为国家工作人员到自由职业者的转型，其职业伦理也逐步抛弃任何国家的、政治的或道德的考虑，严格服从当事人主义。法官队伍在迈向职业化和精英化的过程中，其司法职业意识形态也从传统的“国家暴力工具”、“维护社会稳定”和“为改革开放保驾护航”逐步转化为“司法公正”和“司法独立”。正是由于司法职业的这种转型使得“司法权”概念发生了巨大的转化，即从传统的包括公检法司的“大司法”转变为围绕法院审判的“小司法”概念，甚至连“检察权”概念也要从“司法权”概念中剔除出去，因为“检察权”服务于国家利益，是国家利益的代言人，而不是捍卫司法公正。^②

（三）法律人的法理学

无论参与立法的政府官员和法律专家，还是司法过程中律师和法官，这些国家精英之所以在自觉不自觉中接受了没有国家的法律观，固然受到他们所从事职业的影响，但也与他们潜移默化接受的法律知识和法律理念有关，而这些知识和理念都是由法学家们提供的。法学家不仅作为专家教授占据了法律课堂，而且作为公共知识分子占据公共舆论空间，成为塑造意识形态的重要力量。从1980年代对知识分子独立人格与良知的考问，到1990年代知识分子作为市民社会的一部分，在自主性知识场域中从事规范化的学术研究，^③知识分子与国家体制的关系重新进行了定位。在这种知识与政治关系的调整过程中，法学家从作为自由精神象征的知识分子的一部分，逐渐发展为法律职业共同体的一部分。^④这种转型导致从法律内部来研究法律的注释法学成为法学界的主流。^⑤这种注释法学的思路已经占据了法律课堂，它关注法律文本，忽略其背后国家、政治和经济等要素，强化了法律共同体的法制主义倾向。

法学家这种自我认同强化着“没有国家的法律观”，我们可以把这种当代主流的法理学称之为

① 强世功：《法律共同体宣言》，《中外法学》2001年第3期，关于法律共同体的相关文献，亦可参见张文显编《司法改革报告：法律职业共同体研究》（法律出版社，2003年）。

② 参见胡夏冰《司法权：性质与构成的分析》（人民法院出版社，2003年）。

③ 邓正来：《关于中国社会科学自主性的思考》，《中国社会科学季刊》（香港）1996年冬季卷。

④ 关于法学家作为法律人与作为知识分子在知识上的关联，参见梁治平《法治进程中的知识转型》，《读书》1998年第1期；苏力《反思法学的特点》，《读书》1998年第1期。

⑤ 关于法学思想从意识形态法学到注释法学的演进，参见苏力《也许正在发生》（法律出版社，2004年）。

为“法律人的法理学”，它意味着没有国家的法律观不是短期的法学思潮，而会长期影响我们对法律思考。但需要提防的是，法理学可能由此变成法律人的意识形态，丧失作为一门科学所具有的开放性和发展可能性，逐渐沦为一种新的教条。今天，法学研究中的教条化倾向已经初见端倪。在法律话语中流行的是“隐私权”、“沉默权”和“知情权”等日日翻新的权利概念，“权利”已经取代了“阶级性”成为法学研究中新的意识形态。这种意识形态化的思考方式从根本上遏制了法学思想的发展。我们的法学已经丧失了严肃思考的动力，法学家也因此过早地丧失了思想创新的能力。

三、国家与法律关系的反思

每一个理论只有在发展到极端的时候才能触摸到边界。当没有国家的法律观放弃对国家的思考，而转向作为其逻辑对立面的个人，演变成权利教条主义的时候，这种理论才暴露出自身内在的矛盾。出于对国家暴力侵害公民权利的恐惧，没有国家的法律观试图把国家彻底从法律的视野中排除出去，但没有国家的保护的合法权利如何可能？因此，自由主义法律观的精髓不是对权利的关注，而是对国家的思考，权利也许可以作为法律思考的起点，但绝不是终点。要在“法理学中重新找回国家”，^①就必须反思没有国家的法律观在理论建构的方法论上的误区，重新思考国家与法律的关系。

（一）自然权利与空洞化的国家

当代法理学的主流思潮被称为“没有国家的法律观”，并不是说这些理论没有思考国家，而是说这些理论范式都把国家放在次要或者派生的要素来思考。在法律文化比较研究中，国家并不是被作为独立自主的实体来思考，而被看作是文化传统的产物，中西方不同的国家建构形式是两种不同文化思维的结果。^②在法律现代化范式中，国家的“变法”行动被看作是推动法律现代化的重要动力，无论对保护公民的权利，还是维持市场经济的法律秩序，以及实现与国际接轨的法律发展都离不开国家。不过在这些理论中，传统向现代的转型的关键在于梅因所谓的“身份”到“契约”变迁、滕尼斯所谓的“社区”到“社会”变迁，或者涂尔干所谓的社会分工和韦伯所谓的理性化力量，国家不过是这种社会转型的产物。

没有国家的法律观在理论上把国家放在次要或者派生位置的同时，也在政治价值判断的天平上，把国家放置在恶的位置。国家不再是个人实现自身伦理价值的场所，而是产生邪恶和暴虐的渊源，国家不再是捍卫的对象，而是需要防范的对象。在这方面，没有国家的法律观和“国家与社会”理论尽管在理论范式上大不相同，但在理论假设的政治价值上形成默契。国家与社会范式不仅把市民社会作为国家之外独立存在的社会实体，而且把市民社会作为给国家提供正当性基础的逻辑前提。也就是说，国家与社会理论为权利法哲学提供了社会理论的支持，权利不仅是一个逻辑建构的抽象价值，而且具有了市民社会的社会学基础。这两种理论范式结合在一起，产生两种理解国家的学说。

其一是社会契约论。该理论认为国家权威的正当性基础不是来自人民主权的政治内容，而是来自普遍自然法，正是基于这种自然法赋予每个人的自然权利，才使得他们通过社会契约产生国家政治权力，由此，保护自然权利的自然法和人们在“无知之幕”下缔结的社会契约，构

^① 参见强世功《法制与治理》第314页。

^② 参见梁治平《寻求自然秩序的和諧：中国传统法律文化研究》（中国政法大学出版社，1997年）。

成了国家权威的正当性基础。这种学说在国家与法律的关系上，彻底颠覆马克思主义法理学，法律不是来源于国家，也不是国家意志的产物，而是自然权利和社会契约的产物。

其二是程序正义论。在社会契约论的基础上，国家不再能给法律提供正当性基础，反而要法律给国家提供正当性，那么法律自身的正当性何在？它的正当性就在于人们通过程序相互协商而达成一致看法。法律的正义基础不是国家意志，而是人们认可的保证他们相互协商的程序。社会契约之所以能为国家权威提供正当性基础就在于社会契约本身就是一个程序。程序正义论不仅是诉讼法的法理基础，而且构成了法律的哲学基础，甚至是国家的哲学基础，它把政治秩序理解为通过程序的相互协商和妥协所形成的秩序，为整个法律和国家提供正当性。^①

没有国家的法律观运用权利法哲学对法律发展历史过程的建构，以及国家与社会理论对国家和政治秩序的建构，完成了对国家与法律的关系重构。一方面它仅采取方法论上的个人主义来理解政治秩序，从而将国家还原为个人，另一方面它在道德价值，彻底抽空了国家的伦理意含。无论在社会契约论，还是在程序正义论中，国家最终不过是一套复杂的法律程序，抛开这些法律程序，国家也就无法存在，或者丧失了存在的理由。法律通过复杂的程序技术征服了国家，国家变成了没有意志的一组法律关系，甚至国家就是法律关系的总和。^② 法律主权也由此取代人民主权。^③ 没有国家的法律观之所以遗忘国家，是因为它用自然权利和程序规则，抽空国家的伦理意含，把国家变成法律机器。法律移植由此成为一场政治革命，其目的是彻底摧毁传统的文明国家，而把国家建构为法律机器。

（二）文明、国家与个人权利

如果说没有国家的法律观在方法论上，用个人权利来思考法律，用法律来思考国家，在政治价值上，用个人权利来评价法律，用法律来评价国家。那么，要在“法理学中重新找回国家”，就需要反思没有国家的法律观所依凭的理论建构的方法论。

无论是近代以来中西文化的相互撞击，还是传统转向现代的转型，都是我们必须面对的历史“事实”，但是，从历史发展的客观事实中并不能理所当然地产生相应的价值。也就是说，历史发展的客观事实并不能证明在道德价值上西方文化或现代就是优越的，而中国文化或者古代就是低劣的。没有国家的法律观恰恰在方法论上将“事实”与“价值”问题混淆起来，把传统到现代的发展看作是价值提升，由此西方文明与中国文明之间也构成了价值等级制。在这种价值先行的情况下，西方法律或者现代法律就成为构建法律发展坐标，法律发展的历史和中国移植法律的历史被描述为法律进步或道德进步的历史。在这种“价值”预设的前提下，上述对国家与法律关系的思考理论不过是在逻辑上证明这些“价值”假定，而不是对权利、法律和国家所作的现实的历史思考。正如我们可以在逻辑上假定个人权利先于国家而存在，但在现实历史中，个人总是生活在特定的政治共同体之中，没有国家的个人不过是原始的野蛮人，没有国家的权利也是没有意义的。

从现实的历史的角度看，“国家”不同于“政府”，它不是法律建构起来的机器，而是先于法律而存在的具有文明伦理意含的政治共同体，^④ 国家先于法律不仅具有现实的历史基础，而且

① 关于程序正义论对于建构整个法律秩序和政治秩序的意义，参见陈瑞华《走向综合性程序价值理论》，《中国社会科学》1999年第6期；季卫东《法治秩序的建构》（中国政法大学出版社，1999年）。

② 参见凯尔森《国家与法的一般理论》（中国大百科全书出版社，1996年）。

③ 关于法律主权的论述，参见戈登《控制国家》（江苏人民出版社，2001年）第一章。

④ 从宪法的角度对“中国”作为一个文明国家的解读，参见强世功《公民基本权利的宪法解读》（《宪法与公民》，上海人民出版社，2004年）。

具有伦理上的意义，因为国家作为“想象共同体”是基于人们对共同文化伦理传统的信仰建构起来的。^①因此，法律的价值不是由抽象的逻辑推论赋予，而是由具体国家的历史文化赋予的。中国法律的现代化不能简单地理解为传统向现代的过渡，或移植西方法律，而实际上涉及国家利益之间的冲突，以及隐藏在这些国家利益背后更深层次的文化价值的冲突，这种冲突被亨廷顿称之为“文明的冲突”。^②面对这种历史事实，我们无法得出二者在“价值”上的优劣判断，只能如韦伯所说的那样，认识到这是不同神祇之间永恒殊死的斗争。^③

正是在“诸神之争”的“事实”基础上，理论逻辑上的“价值”建构才体现出重要意义。没有国家的法律观所建构的中西文化、传统与现代之间价值等级制，与其说是基于伦理价值的考虑，不如说是基于工具效能的考虑。这些理论之所以在逻辑上将中国传统文化建构为道德上低劣的，恰恰是因为在中西文化的殊死斗争中，中国传统文化没有起到“保国保种”的功能，因此丧失了工具意义上的价值。近代中西文化撞击中，从器物到制度和文化的“全盘西化”，基本是在工具效能意义上来理解的。如果中西文化或传统与现代的价值等级制变成了工具意义上的效能等级制，那么，我们就要问：这些工具的效能是依凭什么标准来衡量的？答案无疑是建立强大的国家，使中华民族屹立于世界民族之林。因此，在“诸神之争”历史局面中，中国作为一个国家或文明，具有不可辩驳的价值上的优先性。这其实是隐含在法律人心目中但不知如何在理论上表达的一个主题。因此，法律移植无法在权利法哲学所建构的历史进步必然性上理解，而必须放在近代以来中西文明之间殊死斗争的背景上理解。

从这种现实的历史的方法出发，就会发现在文明之间殊死斗争的“时代宿命”（韦伯语）中，国家而不是个人，文明而不是权利，才是这场永恒斗争中真正的价值主题。在此，国家并不是空洞的法律机器，而是由文明加以充实的伦理实体。“法理学中重新找回国家”就是要采取这种现实历史的和政治的方法论视角，把国家作为法理学思考的出发点，这种思考方法没有排斥对个人权利的考虑，反而尤其看中对人权的保护，只不过对人权的保护不是由于个人权利在逻辑上的天然优先性，而是由于个人权利的保护是现代国家得以强大和现代文明得以提升的重要内容。^④如果从这个角度来思考，就会发现尽管法律移植对建构强大的现代国家具有重要的价值，但由于涉及不同利益和意识形态的分歧而变得尤其困难，在这种情况下，没有国家的法律观仿佛是一种“高贵的谎言”（尼采语），通过创造一套关于法律普适性和保障权利正当性的现代法律神话，成功地创造了移植西方法律并实现“与国际接轨”的意识形态，从而加快了法律移植和法制建设的步伐，加快了建设强大民族国家的步伐，为文明复兴奠定坚实的基础。

（三）后现代与实用主义法理学

把国家和文明作为法理学思考的中心，无疑是对“没有国家的法理学”的扬弃。法律必须作为建构国家和捍卫文明的工具来理解，这种主张很容易让人们联想到马克思主义法律工具论。考察当代法理学的发展，会发现法律工具论的确构成对“没有国家的法律观”的潜在批判和挑战，这种批判既不是来自马克思主义法理学，也不是来自文明冲突的政治哲学，而是来自基于后现代主义的实用主义法理学。

如果抛开意识形态之争，单从法学研究的方法看，后现代思潮抛弃了主流法理学中对法律

① 安德森：《想象共同体》，吴睿人译，上海人民出版社，2003年。

② 亨廷顿：《文明的冲突与世界秩序的重建》，周琪等译，新华出版社，2002年。

③ 《韦伯著作集》第一卷，广西师范大学出版社，2004年，第197—181页。

④ 在理论上调和自由主义与强国家之间悖论，参见李强《宪政自由主义与国家构建》（《宪政主义与现代国家》，三联书店，2003年）。

的本质主义思考或教条主义理解，从而坚持一种灵活实用的理论立场，把法律看作是特定历史条件下用以解决现实问题的工具。这种实用主义法理学采用经济学、社会学、统计学、人类学、社会生物学等现代社会科学的研究方法，取代法制主义的注释法学方法或者自由主义法律观的哲学思辨。^① 这种后现代方法所支持的实用主义法律工具观与马克思主义法律工具论遥相呼应，但不同于后者，它对法律工具并不是持一种负面的态度，把它看作阶级压迫的工具，看作阶级革命所必需砸碎的国家机器。相反，它对法律工具本身持一种积极肯定的看法，它关心的是法律工具是如何被用来实现各种利益，由此，从具体个案中的“法律规避”到国家治理的“送法下乡”，法律不仅是当事人实现自己利益的有效工具，而且是国家与社会在彼此博弈中被双方都采用的工具。^② 如果说在马克思主义那里，操作法律的主体就是统治阶级，那么在实用主义法理学中，操作法律工具的主体是分散的，可能是立法者、可能是利益集团、可能是律师和法官、可能是当事人，甚至也可能是法学家自己。实用主义法律工具论和后现代法理学紧密地结合在一起，构成了一场分散的、微观权力的法律游击战。

但是，实用主义法理学无法评估这场法律游击战的价值或意义，这与其说是因为它强调自己是一门解释的科学而不是评价的科学，不如说是由于后现代本身所包含的相对主义的价值立场。价值相对主义可以用来解构没有国家的法律观，但它同样可以解构法制，甚至可以解构国家与文明。这种理论上的困境展示出“学术”与“政治”之间的内在紧张。不过，这种实用主义法律观仅仅是技术层面的，而这个技术的背后有一个坚定不变的，或者说不能被后现代方法所解构的政治立场，这就是苏力提出“本土资源”概念背后所隐含的本土主义的政治立场。^③

（四）本土主义：学术立场与政治立场

坚持后现代立场的法理学自然会破除没有国家的法律观所隐含的普适性权利的迷信：没有什么抽象的普遍权利，权利从来都是具体的和历史的，与国家的政治现实密切相关，由此，对权利的思考也会从抽象的概念转向对现实的生存境况的理解。如果对“权利”概念采取这种彻底的法哲学思考，自然会摆脱对西方权利概念的无反思接受，而强调本土文化作为哲学主体进行思考的权利，从而将对权利哲学的思考建立在本土主义的政治立场上。^④

由此，我们必须区分方法论上情境主义的本土化与政治哲学立场上文化主体的本土性，在苏力引发广泛争论的“本土资源”概念中，恰恰将这两种不同层面的问题纠缠在一起，增加了问题的复杂性。一方面，本土化立场作为一种情境主义的方法论，基于人文社会科学中对普遍性客观知识的否定，坚持社会科学研究的规范化，其结果就要坚持社会科学研究的本土化；另一方面，本土化立场又是一种确立自身思考正当性的主体性立场，给中国的文化、历史与现实赋予哲学上的正当性。正是这种本土的哲学主体性构成了“诸神之争”的根源和原动力，其目

① 这种方法集中体现在波斯纳的一系列著作中，苏力不仅把波斯纳的著述系统地引进了中国，而且通过自己的一系列具体研究来示范这种理论方法的运用。

② 参见苏力《送法下乡》（中国政法大学出版社，2001年）。

③ 关于苏力提出“本土资源”概念在“学术”与“政治”之间构成的张力，参见强世功《法制与治理》第九章。

④ 这种权利主义法哲学思考的逐步升华清晰地体现在夏勇对权利问题的研究上。他的博士论文《人权概念的起源》集中在对西方人权概念的梳理上，试图发展出一套普适主义的权利法哲学，后来他主编的《走向权利的时代》强调了中国本土的权利保护状况，尽管其目的是要发展出一套关于权利发展演化的一般社会学理论。而新近的《哈哈镜前的端详：哲学权利与本土主义》（《读书》2002年第6期）一文则代表了他对权利以及与此相关的法律现代化理论的深入反思，从而主张作为“坚持本土场景里的权利主体”来思考中国的法制建设。

的在于捍卫本土文明的“哲学权利”（夏勇语）。面对诸神之争的“时代宿命”（韦伯语），我们必须思考中国文明具有的真理意义上的正当性，即它究竟包含了普遍的真理价值，还是彻底丧失了真理的价值而沦落到“尾随者”的地步？这个问题的答案在某种意义上与“知识”无关，而与“信仰”和“意志”有关。因此，现代性对中国构成的挑战，表面上是“传统”与“现代”的问题，实质上依然是“中国”与“西方”两种文明的问题，所谓“诸神之争”最终是一场文化战争，一场捍卫真理的战争，一场“求真意志”之间的较量。中国或许能够在技术意义上全面移植西方的法律制度，实现法律的现代化，建立起强大的现代民族国家，但是，这个国家机器的灵魂，或者说中国人生活方式中的伦理内容是否必须由西方文明来充实呢？

面对现代性宿命给中国人作为文化主体带来的挑战，这种本土主义的政治态度也要在“知识”上变成对现代性的思考：现代性是不是耗尽了全部的可能性？中国文明在现代是否真的丧失了普遍价值？历史是不是就此终结？这样的问题显然不是后现代情景主义本土化思路所能思考的。不过，要把“诸神之争”带到法理学思考中，第一步就要从“法律人的法理学”中把“国家”拯救出来，以“国家”作为法理学思考的核心，因为只有法律意义上建构起现代民族国家，才有可能从文化伦理意义上重新塑造文明国家。^①

四、立法者的法理学

以国家为思考中心的法理学表面上似乎构成对当代主流法理学的反动，从而回到传统的马克思主义法理学上来。但实际上，这种法律观恰恰要把二者结合起来，把当代主流法理学中对法律技术的强调与马克思主义法理学中对国家和政治的强调有机地结合起来。这种法理学并没有否定法律人的法理学，而是在政治立场上重新整合这种法律观，把权利本位的形式理性法看作是现代国家的治理术。这种法理学无疑超越了法律职业视角的“法律人的法理学”，构成了政治视角的“立法者的法理学”。

（一）国家利益与法律艺术

立法者的法理学从国家治理的角度来思考法律，也是从政治秩序的角度来思考法律。它首先要思考“前法律”意义上的国家政治秩序，法律制度不过是国家政治秩序中的特殊安排，司法体制如此，立法体制亦如此。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）。^② 它不是假定政体建成之后如何完善立法技术，通过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意义上来使用的，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”。^③

从这个角度看，立法者的法理学固然要思考国家利益，但它决不是如同马克思主义法理学所主张的那样，把某些特定社会集团的利益上升为国家利益，它首先要思考两个更为根本性、前提性的问题。

第一，什么才是真正的国家利益？这意味着它不仅研究国家中的不同社会集团，而且要在

① 关于“民族国家”与“文明国家”的关系，及其对中国现代性命运的影响，参见甘阳《从“民族国家”到“文明国家”》，《书城》2004年第2期。

② 关于对“法律制定者”与“立法者”的区分，参见卢梭《社会契约论》（何兆武译，商务印书馆，1987年）。

③ 孟德斯鸠：《论法的精神》上卷，张雁深译，商务印书馆，1963年，第1页。

更广泛的背景上研究整个国家的具体状况，因为不同的国家其利益也是不同的。大国不同于小国，单一民族国家不同于多民族国家，古代国家不同于现代国家，文明国家不同于野蛮国家，处于和平时期国家不同于处于战争时期国家，追求安全、财产和自由的民族与追求自由、尊严和荣耀的民族显然有不同的国家利益，有信仰的民族与无信仰的民族也追求不同的国家利益。所有这些复杂性意味着国家的地理环境、人口和民族构成、社会经济结构、文化传统、风俗民情以及现实的历史机遇等都应该成为这种法理学所要考察的范围。这种法理学要对人性和民族性具有深刻的理解，因为人性和民族性中那些最深层的看不见的力量往往构成其“想象”国家利益的基准。只有这样，我们才能探测到在特定的历史时期，对于特定的国家，其真正利益究竟是什么。立法者的法理学要思考的这些内容被孟德斯鸠统称为“法的精神”。

第二，怎样才能使国家利益恰当有效地表达出来？国家利益有各种表达方式，可以由国家的少数精英来表达，也可以由国民大众来表达；可以通过充满激情的方式来表达，也可以用理性审慎的方式来表达；可以用民主集中的方式来表达，也可以用分权制衡的方式来表达。所有这些不同的表达方式构成了不同的政体。君主政治、贵族政体和民主政体的划分其实不过体现了对国家利益的不同表达机制。古典政治哲学中所谓的正常政体与变态政体的划分，实际上是对这种表达国家利益机制进行效果上的评估。君主政体若不能有效地表达国家利益，这种政体就蜕变成了专制政体，同样民主政体若不能有效地表达国家利益，自然就蜕变成“多数人的暴政”。正是在这种意义上，法律在古典政治哲学中才和诗歌一样，被理解为一种艺术，是用来建构政治秩序的艺术，是建构城邦或利维坦的“金质的纽带”，是建构“帝国的艺术”。当然，这里所谓的法律，实际上指的是礼法，是建构政治秩序的根本法，亚里士多德把它理解为政治秩序本身的构成（constitution），我们今天把这种法律称之为“宪法”。

需要注意的是，国家利益的上述两个问题是紧密地结合在一起的，因为不同的国家需要不同的方式才能真正表达其利益，而不同的表达方式既可能创造也可以掩盖真正的国家利益。比如，处于战争时期的国家，集权政体更有利于表达国家利益，而处于和平建设时期的国家，民主自治政体更符合其国家利益；民风彪悍的国家，专制政体能更好地表达其国家利益，而民风淳朴的国家，贵族政体能更好地表达其国家利益。因此，最佳的政体既不是民主制，也不是君主制，而是最能有效地表达其国家利益的政体，不同的国家情况需要不同的政体形式。民主政体之所以在现代受到普遍的推崇，并不是因为民主政体具有天然的优越性，而是因为经过启蒙运动的洗礼，加之商业化带来的利益多元化，使得人们为了把自己的利益上升为国家利益，必须寻找恰当的表达国家利益机制，在这种情况下，宪政民主作为一种法律构造，更有利于形成现代国家的利益。但是，如何实现这种民主，采用哪一种形态的民主，是渐进式民主，还是革命式民主，是采取联邦制还是采取单一制，是采取议会至上，还是采取分权制衡，并不是由单纯的民主理念所决定的，而是由国家的实际政治情况所决定的。国家利益与国家利益的表达构成了政治秩序的两个方面，我们可以把国家利益所要考虑的内容看作是政治的“质料”，而表达国家利益的政体形式或者宪政看作是政治的“形式”。而好的政治就是完美的“质料”找到了最恰当的“形式”，或者说用最恰当的“形式”塑造了完美的“质料”。

正是亚里士多德意义上的质料与形式的关系中，立法者的法理学并不是否定或者抛弃法律人的法理学，而是从政治的视角重新吸纳法律人的法理学所包含的巨大贡献。它把权利哲学从形而上学的思辨中解放出来，置于对国家利益的考量之中，把对自然权利的道德想象通过立宪和法律制定活动变成活生生的法律权利；它把注释法学从概念法学的桎梏中解放出来，重新指

向法律概念的政治原则，由此法律解释技术成为一项政治的技艺。^① 简而言之，在立法者的法理法学中，法律不是保护权利的简单工具，而是一项政治的技艺，是一门国家治理的艺术，由此形成了政治与法律、原则与技术之间的匹配。在现代多元复杂的社会中，法律技术越发达，越能有效地实现政治利益，政治原则越明确有力，越能够驾驭法律技术。

（二）民族国家与文明国家：现代中国的转型

从国家利益的角度思考法律其实是一个现代现象。无论古代城邦，还是前近代王朝，“国家”本身并没有成为法理学思考的中心。“国家”首先进入法理学视野是由于民族国家兴起的进程中，各民族国家为了争夺欧洲政治的统治权，不仅使“主权国家”成为政治生活中必须面对的要素，而且国家面对外部威胁的安全问题成为思考的重心。“国家理性”学说由此诞生，以探索主权国家持续存在的机理，宪政和法治正是在“国家理性”的背景下开始兴起。^② 而 19 世纪全球体系的形成时代，争夺政治领导权的斗争不仅在国家之间展开，而且在文明之间展开，中国正是在这种“文明冲突”的背景中进入现代。

古代中国是一个文明国家，而不是民族国家，中国人“只知有天下而不知有国家”（梁启超语）。面对西方文明的冲击，中国面临的不仅是“亡天下”，而且还要“亡国灭种”。因此，“救亡图存”的第一步就是放弃“保天下”，放弃传统文化，全面学习西方文化，建构一个民族国家。因此，法制、宪政和民主等等这些西方传入的概念在中国都服务于国家主义和民族主义，服务于民族国家的建构。“国家”由此进入了法理学的视野，马克思主义法理学也因此而兴起。由于“文化大革命”对国家主义带来的负面影响，以及冷战思维的持续影响，我们的法理学开始抛弃了“国家”概念。因此，要把国家重新纳入到法理学的思考中，立法者的法理学必须重新回到在文明冲突中建构民族国家的政治立场上，对中国的国家利益有一个整体的认识。

首先，在整个现代化发展进程中，中国作为一个后发达国家在国际竞争的局面中依然处于被支配地位。在这个意义上，我们还要承认，面对西方世界的竞争压力，国家利益在目前依然具有优先于个人权利的重要性。立法者的法理学一方面必须认识到中国的现代化过程是一种“压缩的现代化”，在对内保护人权的同时，还必须要对外维护“国权”，人权与主权的张力强化了中国法制进程的复杂性，^③ 另一方面也必须认识到，法制是一种全新的治理术，是一种省力有效、迂回隐蔽的现代治理术，^④ “科学执政、依法执政、民主执政”不仅有助于长治久安，有助于国家强大，而且有助于推动“政治文明”建设而实现中华民族伟大复兴。

其次，中国是一个区域性的政治大国，维护国家的统一和政治安全不仅是国家的首要利益，而且是对整个世界的责任。大国不同于小国的地方就在于容易被其他国家想象为敌人，大国的敌人总是想尽办法来削弱大国甚至肢解大国，大国的安全由此比小国的安全更难以保障。小国可以通过依附于大国获得安全，大国除了被瘫痪或肢解成小国之外，获得安全的惟一途径就是

① 这一点尤其体现在对宪法所作的政治解释中，相关的讨论参见强世功《宪法司法化的悖论》，载《中国社会科学》2003 年第 2 期；强世功《谁来解释宪法》，载《中外法学》2003 年第 5 期。

② C. J. Friedrich, *Constitutional Reason of State*, Brown University Press, 1957; Maurizio Viroli, *From Politics to Reason of State*, Cambridge University Press, 1992.

③ 关于“压缩的现代化”背景下中国法制建设的困难，参见朱苏力、强世功《中国现代化进程中的法制》，《法律人的城邦》，上海三联书店，2004 年。

④ 详细论述，参见强世功《法制与治理》第四章。

通过增加实力而确保安全,^① 这是 19 世纪国际关系中实力政治取代道德正统政治之后, 大国获得安全的重要途径。立法者的法理学正是要把中国作为政治大国所面临的统一和安全作为首要考虑的因素, 在思考法治、宪政和民主化进程的时候, 必须考虑统一多民族的政治现实和通过“一国两制”实现国家统一所面临的复杂性, 从而探索新的政治模式和民主化道路, 由此实验主义的渐进改革就具有了特别的意义。目前关于中国宪政民主化的思考中, 有一种似是而非的横向比较思路, 要么与东欧前社会主义国家的民主化作比较, 要么与日本、韩国、新加坡和中国台湾这些儒教文明的国家或地区的民主化进行比较, 试图说明中国民主化的发展道路。这些在法律技术层面的简单化比较恰恰忽略了这些小国或地区或者本身容易实现转型, 并不存在复杂的内部问题, 或者这些问题在超级大国的庇护下比较容易解决。相比之下, 苏联民主化进程导致国家分裂、经济衰退、种族冲突等问题, 倒值得中国汲取其中的教训, 因为中国和苏联一样, 是一个政治大国。大国和平崛起并在转型中维持统一和稳定, 是它对整个世界的责任。

最后, 中国在文化上属于文明国家, 作为一个政治民族, 中国文明对于人类政治秩序安排承担着文化上的责任。如前所是, 古代中国不是民族国家, 而是文明国家, 这里所谓的文明包括宗教信仰、文化价值、社会关系、传统习俗等能够提供自我认同的一系列有意义的事务, 它试图回答人类生存必须面对的最根本问题: 我们是谁? 因此, 儒家文化一直被西方世界看作是儒教文明。^② 在中西方文明的撞击中, 中国人一直努力抛弃文明的包袱, 全面接受西方的制度和文明, 把中国定位为一个“民族国家”。这种反传统文明的思路作为建构民族国家的策略无疑取得了巨大的成功, 但是, 它在不经意中将“现代化”等同于“西方化”。由于“诸神之争”的现代宿命, 中国即使全盘西化, 也不会被西方国家认同为西方文明的一部分, 目前西方化的土耳其和俄罗斯就是例子。因此, 亨廷顿敏锐地指出, 随着建构“民族国家”的完成, 非西方世界很快出现了一个非西方化甚至反西方的“第二代本土化现象”。这一方面是由于即使上层精英接受了西方化, 下层民众依然保留着文化传统, 民主化的力量自然会抛弃上层精英的西方化努力, 另一方面是由于文化认同的存在使得国家无论如何西方化都会被西方文明想象为“非我族类”。^③ 因此, 正如区域政治大国必须用坚定的意志和冷峻的克制承担起面对必然崛起的命运, 作为一个政治民族, 也必须以博大的心胸和坚韧的努力承担起提升中华文明的普遍价值的重任, 这是民族复兴对全人类担负的文化使命。随着中国民族国家建构的完成, 文明国家的建构必然成为一项重任。^④

结 论

“一个民族的生活创造它的法制, 而法学家创造的仅仅是关于法制的理论。”^⑤ 法律移植无疑是我们建构民族国家中必须面对的选择, 我们的法学也因此打上移植的品格。从马克思主义法理学到韦伯的法律社会学, 从权利哲学论到程序正义论, 从吉尔兹到哈耶克, 从福柯到波斯纳, 西方法学流派在中国法理学的舞台上匆匆旋转而过, 我们的法学史仿佛是对西方法学思想的消

① Marx Weber, *Between Two Laws*. In Peter Lassman (ed.), *Political Writings*, Cambridge University Press, 1994.

② 亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》, 第 5—9 页。

③ 亨廷顿:《文明的冲突与世界秩序的重建》, 第 5—9 页。

④ 参见甘阳《从“民族国家”到“文明国家”》, 载《书城》2004 年第 2 期。

⑤ 苏力:《法治及其本土资源》, 中国政法大学出版社, 1996 年。

费史，我们法学家仿佛成了西方二手文献的拙劣贩卖者，以至于年轻一代往往不尊重上一代的研究成果，因为他们有更多的机会接触西方最新文献。我们的法学也因此容易沦为追求哗众取宠的时尚，难以形成自己的学术传统。这样的困境很大程度上由于西学进入造成中国思想的失语症。今天，我们不得不用西学的概念来表达自己的思想，以至于在本土问题意识与西方思想资源之间形成了复杂的紧张关系。一方面，本土问题意识在不得不借助西学概念来表达时，本土问题与西学概念在西方所对应的问题之间发生了微妙的偏离，另一方面，研究西学的时候自觉不自觉地把西学所要解决的西方的问题当成了我们自己当下要解决的问题。

这种复杂局面一方面要求我们在“词”与“物”的迷宫中，透过我们的法理学文献中对西学概念的想象性运用来把握中国思想的脉络，从而把握我们思考自身命运的方式；另一方面，它对我们的法理学本身提出了挑战，即如何通过西学传统进入西方世界的问题意识，在人类命运的最深处来真正把握本土问题，以此作为我们学术思考的出发点。由此，真正危险的恰恰在于我们对西学的肤浅理解，由此形成对本土问题的肤浅把握。“没有国家的法理学”之所以流于肤浅，就在于它简单地借用了自由主义的概念和命题，而没有把握自由主义包含的个人通过国家进行自我治理的精神实质。^① 因此，坚持本土主义绝不是排斥西学的狭隘主义，相反，它是一项任务艰巨的学术使命，它意味着我们必须深入理解西方文明对人类命运的理解，从而把握中国文明对人类命运的思考。在这个意义上，西学不仅是理解中国古典文明的钥匙，而且由此构成了中国文明不可分割的一部分。

因此，立法者的法理学一方面要抵制对西方法学采取肤浅的消费主义，另一方面更要抵制把本土问题简单化，仅仅理解成一种作为例外的“地方性知识”，而要把它理解为人类文明所面临的普遍性问题。只有采取这样的立场，才能打破中西文化对立、传统与现代对立给我们思考所带来的困难，把西方与传统纳入到文明国家的建构之中。立法者的法理学正是在这个意义上把法律作为一种文明秩序的安排来思考。法律移植由此不仅作为一个法理学命题而终结，而且作为一种法律实践而终结，因为法律移植不过是立法者建立政治秩序过程中采取的简便而暂时的立法方式而已。真正的法律不是制定在法典中，而是播种在整个民族的心灵里，这样的立法必须符合民情，不可能依赖移植而完成，它最终还要回归到这个民族的文明传统上来。

当然，这样的法理学很难在目前的学科体制下完成，它首先要求我们打破 19 世纪以来形成的专业化现代学科体制，而采取古典的追求整体与全面的知识立场，把对政治哲学和社会理论的思考纳入到对法律思考之中。立法者的法理学正是要承担起这样的任务。然而，更重要的是，立法者的法理学所追求的政治使命也无法由法学院目前通过简单的职业教育所训练出来的法律人阶层来承担，而只能由深厚的公民教育和严格的职业训练中培育出来的政治家来承担。在这个意义上，如果说法律人阶层试图承担起完善民族国家、构思文明国家的政治使命，那么，我们法学院的法律教育也必须摆脱目前以市场利润为导向的职业教育，而要把培养法律人政治家 (lawyer-stateman) 作为自己的首要任务。^②

[本文责任编辑：王好立 侯 猛]

① 参见小曼斯费尔德《社会科学与美国宪法》(汪庆华译，《宪法与公民》，上海人民出版社，2004年)第107—121页。

② 关于“法律人政治家”的论述以及由此对现代法律教育中的职业化倾向的批评，参见克罗曼《迷失的律师》(周战超、石新中译，法律出版社，2002年)。该书准确的译名应为《迷失的法律人》。

We study decisions on transition modes from the perspective of the risks associated with reform. Transitions are classified as smooth or abrupt, as represented respectively by China and Russia and as indicated by the maintenance or collapse of constitutional order. On this basis, we propose a theory of synthetic factors that determine the type of transition, and discuss the roles of initial conditions and reform strategies in determining each type of transition. The initial conditions that constrain the selection of reform strategies include the institutional structure of the planned economy, the external environment, and the timing of reform. The interplay of the three factors determines the space for reform strategies. Reform strategies directly determine the mode of transition in four areas: the way in which the legitimacy of reform is handled, the time sequence of reform, the source of the reform initiative, and control of the polarization of social interests. While China has taken correct and successful strategies in the first three areas, it is faced with a growing accumulation of risks in the last area.

(7) Understanding China: Social Science That Starts from Practice

Huang Zongzhi ° 83 °

The field of Chinese studies both inside and outside China has long relied on theories from the modern West and has not been able to formulate its own body of theory. In the opinion of this author, mainstream modern Western theory generally starts out of the construction of man as Rational Man and takes that as the premise for all knowledge. In recent years, Western theorists have themselves raised a number of questions about this kind of “Enlightenment modernity.” In the field of sociology, Pierre Bourdieu has proposed that theory be based on practice. That view actually comes close to the distinctive epistemological method that evolved out of the Chinese revolutionary movement after its failure in the period of the “Great Revolution”: asking that knowledge proceed from practice, thence to be raised to the level of theoretical concept, and then to be returned once more to practice to be tested for its validity. In terms of its method of investigation, that epistemological tradition approximates the “participant observation” method of modern anthropology. In terms of scholarly research, it was exemplified to a considerable extent by the kind of modern Chinese sociological research undertaken by Fei Xiaotong. It is precisely this tradition that shows us the way ahead: to build social science and theory that starts from practice.

(8) Organizational and Institutional Innovation and Change: A Social Process

Li Hanlin Qu Jingdong Xiao Chuanling Chen Huashan ° 94 °

Studies of China’s organizational and institutional innovation and change as a social process should take social change rather than institutional typology as their basic paradigm. Institutional innovation and change involve protective belt adjustments in the first instance, to ensure the relative stability of the institutional core and accomplish the social process of gradual institutional change. Embeddedness as the structural environment of organizational and institutional change directly determines its method, direction and effect. Path dependence presents a type of unavoidable behavioral inertia. Ideology and its associated value systems play an important role in the socialization process of institutional change. When we examine the social process of China’s organizational and institutional innovation and change, with change as a dominant feature, we must take into account the relationships between institutions and their culture, and between organizational system and the context in which they operate.

(9) Towards a Jurisprudence of Law-makers: Rethinking Contemporary Jurisprudence in the Context of Legal Transplant

Jiang Shigong ° 109 °

This paper examines the internal logic of the development of different intellectual trends in jurisprudence over the past two decades, from Marxist jurisprudence to theories of legal culture and legal modernization, in the context of legal transplant and the transformation of modern states. These dominant trends all take the position of “stateless law.” They are not only the product of the political ideology of legal transplant, but also of the professional ideology of the legal community. These schools of thought may be called the jurisprudence of jurists, as they are so closely related with law researchers’ self-identity. In reflecting on the methodological pitfalls such jurisprudence encounters in dealing with relations between law and the state, I explore criticism of the dominant trends by pragmatic jurisprudence, a marginal theory in jurisprudence, and the tension that arises from this between localist methodologies and localist political positions. Based on this, I propose a “jurisprudence of law-makers” with a view to re-focusing jurisprudence on state and politics in a broader theoretical context, so as to integrate the “jurisprudence of jurists” in a technical sense, and consider the theoretical questions facing China in its transformation as a national and civilized state.

(10) Form at the Expense of True Significance: From the “*Tang Lü Complex*” to “Civil Code Complex”

Su Yigong ° 123 °

Asia has a long history of codified law. The “*Tang Lü* (Tang Dynasty law) complex” developed continuously well into the nineteenth century, gradually becoming a vehicle for the introduction of revered Western-style law. There even appears in Japan, Korea, China and other Southeastern Asian societies what I call a “civil code complex.” At the very core of these complexes is the pursuit of form and nomenclature at the expense of true significance. Taking as a frame of reference the development of the *Tang Lü* complex and the civil code complex that evolved in the course of establishing civil law in modern Japan and Korea, this paper analyses similar problems that have arisen in setting up a civil code in contemporary China. The author sees the ultimate goal of civil legislation as the creation of a system of civil law that is fair, consistent with national conditions, effective in protecting private rights, and realistic in enhancing public good, rather than as the pursuit of a perfect legal code. It may be desirable to aim at true significance rather than at form.

(11) Overcoming Pitfalls in China’s Theories of Prose Writing

Chen Jianhui ° 138 °

In a survey of China’s theories of prose writing in the 20th century, the author redefines such concepts as scope; truth and fiction; and genuine feeling in prose writing, with a view to modifying theories of prose writing and building up a new theoretical discourse in the modern context. One element of this new discourse is “the poetic”: from this core concept derive the poetic in terms of the mind; life dimensions; the wisdom of character; and cultural ontology. A second element is that of stylistic matters such as personal style, atmosphere, mental and physical responses and intellectual and emotional integration. The third element is that of the intellectual approach and methodology in critical theory with regard to multiple narratives, the creation of images and multi-dimensional structures. The paper points out that studies of China’s prose writing theories in the new century must place more emphasis on the characteristics and rules of the discipline, setting up new horizons in theoretical criticism guided by modern consciousness. This must be combined with the bold rejection of established concepts and models, uniting the best of traditional Chinese literary criticism with modern Western concepts and methods.