



在法律的边缘

舒国滢
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

在法律的边缘



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

在法律的边缘 / 舒国滢著. —2 版 (增订本).

—北京: 中国法制出版社, 2016. 2

ISBN 978 - 7 - 5093 - 7082 - 7

I. ①在… II. ①舒… III. ①法律 - 文化 IV.

①D909

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 288365 号

策划编辑: 刘 峰 (52jm. cn@ 163. com)

责任编辑: 胡 艺 (ngaihu@ gmail. com)

封面设计: 蒋 怡

在法律的边缘

ZAI FALÜ DE BIANYUAN

著者/舒国滢

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880 毫米×1230 毫米 32

版次/2016 年 2 月第 2 版

印张/8 字数/238 千

2016 年 2 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 7082 - 7

定价: 39.80 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码 100031

网址: <http://www.zgfzs.com>

市场营销部电话: 010 - 66033393

值班电话: 010 - 66026508

传真: 010 - 66031119

编辑部电话: 010 - 66034985

邮购部电话: 010 - 66033288

(如有印装质量问题, 请与本社编务印务管理部联系调换。电话: 010 - 66032926)

第2版絮语

这本小册子首版于2000年6月，至今已有15个年头。15年人世沧桑，情势变换，心性沉浮，不变者唯有文字本身。该书读者多为年轻人，首版题献“谨以此书献给一生居住在八棵树村的父亲舒文学公和母亲余老启云夫人”一语，曾有不少青年读者每念及此，骤有戚戚之感，读者与作者有此共通之心，吾感慨系之，诚然相谢。父母已相继离世，但题献依旧，小村尚在，人心延存。

新版无意改动更多的文字，以不惑之年回望，首版文字虽然青涩，亦不乏些许少狂，但毕竟属早年思感之记录，偶尔读来，吾神朝暮相会，顿生“梅花三弄”之漫淡、“渔舟唱晚”之悠然。

鉴此，此版仅补充点滴新材，删减个别表述，勘校部分外国学者译名和生卒时间。吾深知，“寂静的旅途”仍未终结，愿寂静相随，孤灯相照。其时，坊肆声歇，万物静止，旭日远潜，晨风依稀，仅以寥寥数语记述之。

舒国滢

2015年10月1日晨

寂静之旅途（代序）

任何一种法律思考都不可避免地带有它得以型塑的“历史气候”（historisches Klima）的印记；同样，处在“意义之网”中的著者们也从一开始就被不知不觉地限制在历史可能性和规定性的界限之内。时间，让我们这一代人有幸跨越千禧年的交会时刻，但我们并没有能够完全摆脱来自显现的（“明”的）或遮蔽着的（“暗”的）时间和空间背景的束缚。我们尽管可以借助思想的翅膀在“法的形而上学”的天空中翻飞翱翔，但终不能脱离大地的引力和持守，不能在纯粹的时间真空中伸展自由。两个世纪以前，卢梭——这位在思想的森林里孤独漫步的人类兄弟，在《社会契约论》的开篇，以上帝般的口吻断言：“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中。”这，就是一种诱惑，它使宅守书斋的人甘愿奉献毕生的心力来探知其中隐在的奥秘。

理论（Theoria）或“沉思”都是对永恒的体验，而这种体验注定又是对“当代性”的思考。不过，要认识我们当下所处的时代，是困难的。因为，我们自己还置身于时代的时间结构之中，与时代

血脉相联，这就使我们不能突破受时间宰制的有限的“视阈”，像对待过去的“历史”那样对待正在发生的瞬间变化的“现在”。海德格尔说，这个时代是技术的时代，也是“世界黑夜的贫困时代”。在这个时代，神性的光辉已经在世界历史中黯然熄灭，贫困完全沉入了冥暗，它一味地渴求把自身掩盖起来，甚至连自身的贫困也体会不到了。当代著名的伦理学家阿拉斯代尔·麦金太尔（Alasdair MacIntyre, 1929—）同样悲观地审视我们的时代，惊呼：在当代，人类传统道德的根基丧失了。我们所处的现实世界的道德语言，同自然科学语言一样，处于一种严重的无序状态。人类所拥有的只是（道德）概念体系的残片，只是一些已丧失赋予其意义的背景条件的片断。这意味着，我们处身于“世界黑夜”中的人类总体（无论东方人还是西方人，无论南部人还是北部人）正经受着“世界历史”的前所未有的考验。或者借用17世纪法国著名数理科学家、詹森派宗教哲学家巴莱西·帕斯卡尔（Blaise Pascal, 1623—1662）的话说，此时，“人类并不知道要把自己放在什么位置上。他们显然是走入了歧途，从自己真正的位子上跌下来而再也找不到它。他们到处满怀不安地而又毫无结果地在深不可测的黑暗之中寻找它”。^①

但生命并不因为精神的贫乏或思考的混乱而终结，世俗的生活也并不因为神性（或德性）光辉的缺乏而消亡。在这里，我们可能又回到了意大利著名经院哲学家托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas, 1224—1274）在13世纪所面临的问题的出发点。阿奎那说：“天恩不会取消本性而只会使本性完善（*Gratia non tollit naturam sed*

^① [法]帕斯卡尔：《思想录》，何兆武译，商务印书馆1995年版，第186页。

Perficiat)。”^① 他的这种主张所表示的意思是：人类的价值和真理并不一定由于有了较高的价值和真理（神的价值和真理）的发展而丧失其意义，它们不论多么朴素和低级，总还是向实现“上帝之城”（De Civitate Dei）这一目标努力的长途攀登过程中的必要的一步。

循着非宗教的思路，我们可以把阿奎那理论视点作如下的转译，以概括人类当下面临的问题的出发点，即：德性的追寻（After Virtue）不应取代法律的规制，而只会使这种规制趋于合理和完善。或者说，道德的世界不能代替法律的世界，道德的理想不能取消经验的法律现实。人类在贫乏的年代一刻也离不开法律的生活，至少它在目前仍然是我们奔向没有法律的“理念社会”之前所不可或缺的。事实上，法律的精神和制度已经深深地融入我们的生命经验之中，就像是我们的“每日之食”“渴饮之水”和“呼吸之气”，离开了它们就等于过早地结束生命本身。德国 18 世纪浪漫诗人约翰·路德维希·乌兰德（Johann Ludwig Uhland, 1787—1862）在诗中唱道：

法，人类共同的善德
在每一个大地之子的身上栖息，
它流经我们的体内，
像心脏滚动的热血。^②

尽管如此，每个人又都是以各自不同的方式在关注、观察和解释法律。哲学家总是站在哲学的立场来思考“法律究竟是什么”

① 《阿奎那政治著作选》，马清槐译，商务印书馆 1982 年版，第 12 页。

② Adolf Bachrach, *Recht und Phantasie*, Leipzig/Wien 1912, S.10.

么？”“究竟什么样的法律才是符合理性的？”职业法学家则信守“专业化”的戒条，刻板而冷峻地在法律术语和概念间寻找微言大义，他们关心的问题是：“到底什么样的法律规则是有效的？”“如何才能避免法律规则之间的矛盾和冲突？”政治家们更愿意把复杂的法律问题简化，以至于到没有任何掩饰的“裸露”程度：“法律到底有什么实际用途？”“什么时候法律才是主权者的一种命令和实行统治的一种工具？”普通民众则抱有更复杂的心情来观察和接受法律：一方面，他们企盼法律成为为民“申冤昭雪”的正义力量；另一方面，他们从心底里又抗拒法律对社会生活的无孔不入的渗透。萦绕在民众心头的问题是：“法律到底与我有何关系？”“我怎么能够知道自己何时成为法律强制的对象？”

所以，法律的观点总是在具体的情境中与每个具体的人的生命经验息息相关的，它反映着不同观察者和当事者的不同的经验感受、不同的知识状态、不同的认识视角、不同的生命态度、不同的想象和期待。就每一个具体的人而言，其社会角色、活动空间、行为方式和感性情绪总是随着情境的变化而变化着的。有时，所谓法律解释中的“精英话语”与“大众话语”并不是作为两种知识形态纯粹对立地存在着的。例如，一个法律人（lawyer），在把法律活动作为专门的职业活动进行操作时，他就可能会以法律的“知识精英”的身份出现，来思考、解释和争辩法律；而当他脱离开“法律人的知识共同体”，或者当他本人身陷法律纠纷之时，他也会作为一个“大众”受其特定情境下的情绪或经验“常识”左右。

这样一种主体际（inter-subjective）态度的游移，对法律认识的影响是不可忽视的。我们总不能不考虑“人的条件”（汉娜·阿伦特语）而研究“纯粹的法律”，把法律的“中心地带”的问题（法律规则、

法律的概念、法律的有效性等等)看作是法学研究的单纯客体或唯一对象。事实上,抽离掉一切“人的条件”的法律是不存在的,法律的中心的意义也离不开其边缘(周边)的界定。按照现代哲学家们的看法:“在场的东西由不在场的东西构成,中心由周边构成。因此,在场的东西应由不在场的东西来界定其意义,中心应由周边来界定其意义;中心是周边的显现,离开了周边,中心是空洞的、无意义的;中心与周边不可分,而且周边是第一位的。”^①

有鉴于此,法学家有时既需要在“法律的中心”之内,又需要置身于“法律的中心”之外,来选择观察法律的角度和距离。我们通常都有这样的认识经验,即:我们不能精确地描绘距离过分遥远的细微之物,但也看不清距离太近的庞大物象。距法律太远或太近,都会使法律人不能正确地对待法律。或者说,在需要精确的地方,我们不能离开法律的语境太远,以致跌进法律语义射程之无穷无尽的边缘;而在需要做“法律续造”时,我们又不能拘泥于具体的实在法条文的规定,以至于被“白纸黑字”的规则宰制了我们的视野和心性。这个时候,我们认识法律规则,实际上是从远处(或边缘)不断走近对象(中心)的过程。故此,找到考察法律的适当角度和距离,就等于找到正确认识法律的路径。

毋庸置疑,任何一个法学家都渴望寻找到这样一个适当的角度和距离。但此时此刻,我却更愿意从“法律的中心”游走至“法律的边缘”,这一方面是因为法律的边缘生成的问题有待不断地搜集整理和深一步地探究,另一方面也是为了躲避目前在“法律的中心”论争的诱惑、喧嚣和纷扰。我期望通过这种视角的转移重新找到回

① 张世英:《进入澄明之境——哲学的新方向》,商务印书馆1999年版,第187页。

归“法律的中心”的道路。

16世纪尼德兰人文主义哲学家德西德里乌斯·伊拉斯谟(Desiderius Erasmus, 1466—1536)在《愚人颂》(In Praise of Folly, 1511)中把那些忙碌的学者们归入“疯人”之列,指出:他们(学者)为了获得新的发明而极尽其能地探索幽深的自然,他们为了发现一些迄今为止仍未破解的秘密而在海洋和陆地上不停地穿梭来往。他们如此地渴望成功,以至于不惜一切代价,不怕一切痛苦地在失败的道路上艰难跋涉。^①但在多年求知问学的过程中,我却深深地理解“寂静”的涵义。在一定意义上,也可以说,寂静构成了我生命经验的一个背景。我喜欢寂静,并保守这一份寂静。在一首无标题的小诗中我曾写道:

.....

无尽的山峦静止

星光与颜色归去

上路的人

点燃烛亮缓行

森林断了,晨风依稀

这是来自心底的感受。推展开来看,问学之途亦大抵不过如此罢!

^① [荷]伊拉斯谟:《愚人颂》,刘曙光译,北京图书馆出版社2000年版,第75页。

目 录



I
远观的法律

- 我们这个时代需要什么样的法律精神? / 002
制度之‘墙’ / 010
法典的诱惑 / 014
人本的秩序 / 018
法律不能承受战争之重 / 022
在都市的法律中生活 / 025
法的演进：过程、式样和趋势 / 030

II
法：诗与思

- 从美学的观点看法律 / 042
法律与音乐 / 057
时间结构中的法律 / 065
法律的地理空间 / 068
宪法的时间之维 / 071
从“司法的广场化”到“司法的剧场化” / 074



III

法哲(理)学: 智慧的渴望



- 走出概念的泥淖 / 092
学术的光荣与梦想 / 104
中国法理学的上下左右 / 117
法学的知识转型 / 126



IV

法治思考片断



- 中国法治建构的历史语境 / 130
法治品格的重塑 / 138
法治不是什么? / 149
法治进程中的大众文化背景 / 152
法与道德“深度的消失” / 157



V

西域法学拾零



- 艾克·冯·雷普高与《萨克森之镜》/ 162
浪迹于法与童话之间 / 171
莱纳河边的法学家们 / 180
赫伯特·L.A. 哈特 / 190
目标波伦亚：“二十世纪末对法律的挑战” / 197
柏拉图《国家篇》：译名的困惑 / 205

VI
编辑短札与小品

- 淡然回首十年路 / 210
中国法学的“出土文物” / 213
澳大利亚海风吹来的法的式样 / 216
再见，20 世纪 / 219
关于《人文札记》的札记 / 222
失落的盛典 / 224
他者的视境 / 226
“边缘”之思 / 228

后记 / 225

I

远观的法律

我们这个时代需要什么样的法律精神？

——戴维·塞尔本新著《义务原则》的视角

(一)

“这个世界已经长大成人！”当德国基督教神学家迪特里希·邦霍菲尔(Dietrich Bonhoeffer, 一译“潘霍华”, 1906—1945)在20世纪早期作出此一论断时,我们生活在这个时代的人类似乎变得有些过于自信,以为早已承受了以古希腊、罗马为源头的西方文化和以印度、中国为代表的东方文明,又经文艺复兴和启蒙时代精神的润养,已经摆脱了人类原始时期的蒙昧、幼稚和文明初期的浪漫、狂想,而步入成熟的“理性时代”,懂得运用理性的法则来主宰自己的命运。

然而,在这个行将逝去的一个世纪里,人类并没有表现出应有的觉悟、理智和自控力。相反,却在躁动、焦虑、掠取与失望中演绎着这个世纪的历史:

空前规模的世界战争,侵略者大肆屠杀无辜的平民,表明在高度文明的社会一样可以造就野蛮和残暴;

高科技的非道德利用，使这个世纪的人们感受到来自科学技术的异化力量给人类精神世界所造成的深层烦苦；

国际性的恐怖活动，黑社会集团的贩毒和袭掠，各国日益蔓延的其他形形色色的犯罪，作为当今世界巨大的恶势力，给和平的公民秩序造成愈来愈大的威胁；

高速发展的工业经济，像“潘多拉之盒”中的怪物，正侵蚀着我们赖以生存的这个地球的有限资源，也使自然的生存空间本身遭受到前所未有的破坏；

社会结构的失衡（大国与小国的失衡，知识与财富、地位的失衡，国家权力与个人权利的失衡，劳动投入与利益报酬的失衡，等等），导致经济、政治发展的动荡与失控，民族冲突的表面化，使民族、种族的迁移与流动更加趋向集团化、本族化与封闭性，阻塞了各民族、地区相互沟通的可能之途；

纳粹主义的死灰复燃，西方国家排外势力活动的加剧，以及各国青年中普遍存在的反规范、反传统道德的所谓“亚文化群体”的兴起，动摇着以基督教文化为根基建构的价值信仰体系；

……

带着个人、社会的精神矛盾和冲突，这个世纪的思想家们（胡塞尔、韦伯、弗洛伊德、海德格尔、雅斯贝尔斯、萨特、伽达默尔、马尔库塞、哈贝马斯等等），在整整一个世纪里苦苦思索人类及其生存的根本问题，企图为人类寻找到摆脱异化的自由自在的生存世界。马克思主义的科学社会主义学说及其在 20 世纪的伟大实践，曾经给这个陷入彷徨的时代带来希望，使人们欣喜地窥见到物质地和精神地通达共产主义社会的曙光。然而，前苏联及东欧体系的骤然解体，又使人类憧憬理想世界的信心大受挫折。1989 年，美籍日裔学者弗朗

西斯·福山（Francis Fukuyama, 1952—）在《历史的终结》一文中悲观地宣称：人类已经进入了一个非常令人难熬的“史后时期”，长达几个世纪的没有理想、没有目标的厌烦的前景，将展现在人们面前。^①

人类正呼唤着理想、秩序和法律。我们的时代期待着新的时代精神和法律精神。有责任感的哲学家、历史学家、政治学家和法学家们，无论他们在政治立场上是所谓的左派，还是右派，或是游离于现实政治时空的逍遥派，都必须面对这个时代及其未来走向所提出的各种严肃的问题，重新审视我们人类过去的全部历史与文化，探索人类潜藏着的精神世界及其外化的制度、法律、风俗、道德、习惯、语言、文字、行为和行为关系，提出各自的学说，从而反映和适应时代的呼声。

正是在这样的背景下，当代英国政治哲学家戴维·塞尔本（David Selbourne, 1937—），这个一度在英国牛津大学拉斯金学院（Ruskin College）任教后又被学院驱逐讲台的颇有争议的人物，耗时两个月，于1994年5月完成了一部政治哲学新著——《义务原则》，开始向西方长期以来形成的崇尚自由、权利的传统自由主义精神提出挑战，以图唤醒人们基于义务和责任感而确立的公民（平民）精神，整饬所谓的“公民（平民）秩序”（the civic order）。

（二）

在政治、法律精神发展史上，国家主义与个人主义，义务本位、

^① 引自李永炽：《近现代的乌托邦世界》，载《当代》（台湾）1991年第5期（总第61期）。