

法理学



Reading Jurisprudence

於兴中 著

检读



法律出版社

法理学检读

於兴中 著

海洋出版社

2010年·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

法理学检读/於兴中著. —北京: 海洋出版社, 2010. 5

ISBN 978 - 7 - 5027 - 7725 - 8

I. ①法… II. ①於… III. ①法理学 - 文集 - IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 089942 号

责任编辑: 庞从容

责任印制: 刘志恒

海洋出版社 出版发行

<http://www.oceanpress.com.cn>

北京市海淀区大慧寺路 8 号 邮编: 100081

北京盛兰兄弟印刷装订有限公司印刷 新华书店北京发行所经销

2010 年 6 月第 1 版 2010 年 6 月第 1 次印刷

开本: 880 mm × 1230 mm 1/32 印张: 10.125

字数: 240 千字 定价: 35.00 元

发行部: 62147016 邮购部: 68038093 总编室: 62114335

海洋版图书印、装错误可随时退换

自序

“我不免作者的普遍弱点，致言读者。”记不清这是哪位作者说的，但觉得这话说得很有意思。一本书写完后，如果不在前面说点什么，书似乎就不完整。这应该说既是作者的普遍弱点，也是书的普遍弱点。

收集在这本小册子里的是我近年来写的一些短文，或是读书心得、或是会议评介、或是生活感受，大都与法理学的内容相关。有些曾经在不同刊物上发表过。如果要简要地概括这些文章的特点，我想可以用一个字来形容，那就是“新”。所谓“新”的意思是指这些文章表达了我阅读研究法理学的一得之见，而不是读者可以在有关法理学的长篇大论或教科书中能看到的内容。当然，更明显或许也是更重要的是，这些文章所涉及的问题和内容本身具有相当的新意。

第一编比较集中地表达了我对中国实行法治的看法。在这个问题上，虽然我一如既往地悲观，仍然觉得有很多可以探讨的问题，比如法治与诚实社会，法治与辅助原则及法治与意识形态等等。我一直认为法治是一种文明秩序，源于西方却具有一定的普遍意义，实为现代社会所必须。虽然它并不是将人带入天堂的途径，但毋庸置疑，一个没有法治的社会基本上不能保障人的尊严和权利。法治的历史在有些地方是自然生成的，在有些地方是借鉴习得的，而在另一些地方则是用鲜血写成的。在中国，法治所面对的是一个根深蒂固的封建政治传统和商业社会

的诸多弊端。

第二编是关于全球化与法理学的关系的探讨。全球化的话语大约红火了十来年，现在看来，已经接近尾声了。这些文章只是记载了一些过往的感想。它们当然仍有一定的价值，尤其是在探讨特色法理学和普遍法理学的可能性方面。从某种意义上来说，法学研究同其他领域一样，也进入了“后全球化时代”。后全球化时代意味着法学界“无王期”的到来、主流话语霸权的结束及反阿基米德-笛卡尔点-线思维认识论的兴起。这给非主流法学的发展带来了新的契机。

第三编所讨论的是法律推理的政治特点。实际上是从一种特别的角度强调了法律推理的重要性。第四编则是对法的社会理论之维的浮光掠影式的检读，涉及的内容较为宽泛。第五编收录了几篇与法学研究有关的随笔。

其中有些文章的内容在我以前发表的文字中曾经出现过，我把它们提出来，单独成文，收入本书，意在将其作为一些基本观点予以强调。另外，有一些文章的原文是英文。为了便于读者参考，我将它们附在书后。我相信这样做是有益的，但这些文章的真正价值需要读者自己去判断。如果这本书后来被证明对读者认识法理学的诸问题有一定的帮助，而不是文化环境保护的反例，那我就会感到无比欣慰。

作者谨识

2010年3月30日

香港

目 录

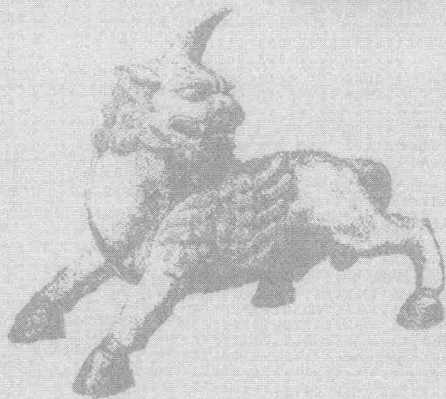
第一编 法治、权威与宪政	1
培根、库克与英国普通法	3
诚实社会与法治	8
国家法制主义	15
国家法制主义与法治	23
辅助性：一种宪政与发展的重要原则	31
法官大人	46
简评《民主治理之法》	51
问责与对话	55
基本矛盾、虚假的必然性与司法裁决的意识形态性质	63
权威系统	77
第二编 法律全球化与法理学	83
关于法律移植的两种观点	85
法律全球化与世界主义	89
全球法哲学的困惑	93
寻求法律与政治的平衡	99
《格拉纳达全球化宣言》	114
威斯特伐利亚二重奏、暗箱操作及法学的北强南弱	118

关于普芬道夫的《普遍法理学原理两书》·····	123
关于新自然法学·····	130
法理学佳作·····	135
关于《法哲学:五个问题》·····	142
第三编 法律推理的政治特点 ·····	147
类比推理与民主思维·····	149
规则中心主义与演绎推理·····	152
法律实用主义与实用推理·····	157
普通法中的法律推理·····	164
第四编 法的社会之维 ·····	173
权利原则与关系原则·····	175
《法律与社会理论导论》评介·····	179
《法律的沟通之维》评介·····	184
《立法法理学:立法学的新理论进路》评介·····	190
《法与法律解释》评介·····	195
《中国内地、香港和台湾的竞争政策与法律》评介·····	203
第五编 杂谈 ·····	207
走进讲座·····	209
又见艾德华·····	215
波士顿的“自由之路”·····	225
读李步云·····	229

关于学术研究	233
做人、读书与研究	237
附录 部分英文原文	245
ACCOUNTABILITY AND DIALOGUE	247
AN INTRODUCTION TO LAW AND SOCIAL THEORY	259
LAW AND LEGAL INTERPRETATION	267
LAW AS COMMUNICATION	280
LEGISPRUDENCE; A NEW THEORETICAL APPROACH TO LEGISLATION	288
READING LI BUYUN	295
LAW OF DEMOCRATIC GOVERNING	301
COMPETITION POLICY AND LAW IN CHINA, HONG KONG AND TAIWAN	308
致谢	314

法治、权威与宪政

- 培根、库克与英国普通法
- 诚实社会与法治
- 国家法制主义
- 国家法制主义与法治
- 辅助性：一种宪政与发展的重要原则
- 法官大人
- 简评《民主治理之法》
- 问责与对话
- 基本矛盾、虚假的必然性与司法裁决的意识形态性质
- 权威系统



培根、库克与英国普通法

在英国历史上，伊丽莎白时代（1558—1603）无疑是一个动荡不宁而又十分辉煌的时代。这一时代不仅孕育了莎士比亚，也成就了培根和库克（Edward Coke，又译科克）。培根是锐意创新的思想家，而库克则是铮铮铁骨的法学家。培根和库克同是伊丽莎白王朝的重臣，两人都曾先后位居司法部长。培根被杰佛逊称为“有过生命的人中三个最伟大的人”之一（另外两位是牛顿和洛克）。库克则被视为英国普通法最重要的奠基人。培根在学术界几乎无人不晓，但知道库克的人则为数不多。这当然是因为培根在有生之年写下了《学术的进展》、《新工具》、《科学的进展》等开创一代新风的著作，倡导归纳推理和研究的方法，不仅从根本上摆脱了亚里士多德的演绎三段论的影响，而且用科学研究的热忱代替了当时无休止的神学争论。是培根给知识下了一个全然不同于传统的定义。在培根以前，对知识流行的见解大致是建立在以亚里士多德为代表的希腊文化基础上的。人们对知识的普遍理解是“知识就是德性”，追求知识也就是追求德性。培根以后，“知识就是德性”和“知识就是力量”成了人们界定知识趣味的最高标准。直到有一天“知识就是金钱”的口号出现了，将那趣味驱赶得荡然无存。



培根与普通法

归纳推理和由具体到一般的研究方法的问世实在是一件了不起的大事，它从根本上改变了人们对世界的看法。仅就政治思维而言，如果说亚里士多德的演绎推理有可能导致专制主义，那么培根的归纳推理则为民主政治提供了方法上的保障。演绎推理是一种从一般到个别的自上而下的思维方法，大前提往往被看作绝对真理，用以压制不同意见，因此常被人们攻击为专制主义的思维方式。归纳推理则不然，它是从个别到一般的从下往上的思维方式，因此被视为民主的思维方式。民主制度之所以首先在英国形成，而专制则在大陆国家成为传统，这在很大程度上是由于思维方式的不同所致。

演绎推理是严格的逻辑推理，一般表现为大前提、小前提、结论的三段论模式。演绎推理的正确与否首先取决于大前提的正确与否。如果大前提错了，结论自然不会正确。就像一位诗人所说的，路一开始就错了，走下去还会是错的。然而，耐人寻味的是，当人们意识到大前提错了的时候，往往不是去纠正或者寻找新的大前提，而是硬着头皮往下走，索性错到底，不惜用错误的大前提来扭曲现世和历史。

培根对于普通法的发展并没有直接贡献，他的贡献在于提供了归纳推理的方法，为普通法的生存找到了理论依据。普通法系的法官进行法律推理时，不是依赖于某一个大前提，而是通过对具体案件的相似性的比较而得出结论。在民法法系或者叫大陆法系中，法律推理一般都是从一个前提即某一个既定的规则开始，从而得出结论。在培根之前，人们很容易为罗马法，即民法法系的推理过程找出理论上和逻辑上的根

据，那就是演绎推理。但却无法解释普通法的推理方法，并为其发展前景提供方法论上的支持。归纳推理方法的问世使普通法获得了新生。如果没有归纳推理为普通法撑腰，普通法可能早就被淹没在欧陆法律罗马化的大潮中了。

库克与普通法

库克在思想、哲学、文化方面的贡献显然远不如培根。但他在普通法的发展史上却是首屈一指的功臣。库克认为理性是法律的生命。他对普通法的贡献表现在诸多方面。由于库克的不懈努力，普通法才在英国历史上获得了至高无上的地位。现代法律秩序的法治观念是在宗教秩序的襁褓中逐渐发展强大的。只有相信上帝的存在和上帝造法的观念，才有可能置法律于君王之上。13世纪时，布莱克顿（Henry de Bracton）曾经提出“国王在上帝和法律之下”，这可以看作是最早提出法治观念的例子。但从布莱克顿到库克的二三百年间，法治的观念并没有在西方生根结果。直到库克通过对《大宪章》的解释重申法律无君主的观念，以对抗神权和皇权。用库克自己的话说，“《大宪章》这位伙计是没有主人的”。著名的《权利请愿书》也是出自库克之手。

根据库克的传记作者凯瑟琳·包文（Catherine Drinker Bowen）的描述，库克告诉詹姆斯一世，即使国王也不能随意调阅法院正在审理的案件，进行裁决。詹姆斯听了，大不以为然，声言作为国王，作为正义的最高首领的他，一定会无所畏惧地维护法官在自己面前进行判决的特权，而且他作为国王从来就是普通法的保护者。库克听了答曰：“陛下，不是国王保护普通法，而是普通法保护国王。”詹姆斯勃然大怒，大声



吼道：“危言耸听，乃国王护法，而非法护国王。法官大主教之辈乃由国王委派。一旦任由法官们径自释法，尔等岂不会将法律变为船员手中的水喉！”

据说库克后来还是请求国王宽恕他，但这一场戏剧性的冲突却传为千秋佳话，成了追求法治的象征。它被镌刻在美国最高法院前门的浅浮雕上，时时提醒美国的法官们，即使总统也不能干涉司法。在库克看来，不仅国王应受制于普通法，议会也应该服从普通法。普通法法院应有判定议会制定的法律是否违反普通法的权利和理性。这被人们视为近代兴起的司法审查权的滥觞。

培根与库克

一山不容二虎。这样两位才华横溢的人物同在一朝为官，难免发生冲突，争权夺势。他们之间的恩恩怨怨，在几百年以后的人看来，已经分不清谁是谁非，谁是君子、谁是小人。库克（1552—1634）比培根（1561—1626）年长十岁。培根出道时，库克已经名满天下。他是伊丽莎白女皇的宠臣，曾经权倾朝野。女皇亲热地称他为“律师库克先生”。而初出茅庐的培根才势逼人，库克自觉受到威胁。有资料表明，库克之所以曾对培根极尽攻击之能事，当众奚落培根，影射其为女皇的私生子，皆出于一个事业有成者对后起之秀的忌妒。培根在忍无可忍的情况下写了一封大动肝火的信，暗示要把库克的指责公开给女皇，才算遏制住了库克的攻势。伊丽莎白女皇死后，库克终因触犯了詹姆斯一世的利益，于1616年被解职。后来库克东山再起，任职下议院，仍不改初衷，继续追求法律至上的境界。但这一次他的精力主要投在《权利请愿书》

的制作上。培根后来因为牵涉到司法腐败的问题被国王免职。此后，他便远离公众社会，专心著书立说，用拉丁语和英语写出了不少有关英国史和科学研究方面的书（有些已经失传）。又有传闻说培根后来被迫离开了英国。但无论如何，英国法制史上这两位才华横溢的杰出人物之间的恩恩怨怨到现在还是一笔糊涂账。

培根和库克的事迹对中国法律界也不无启示。中国正处在新旧交替的时代，中国的法治建设既需要像培根那样的杰出思想家提供方法方面的突破，也需要像库克那样有风骨的法制改革者，不畏强暴，执著追求法律至上的原则。

诚实社会与法治

法治的历史在有些地方是自然生成的，在有些地方是借鉴习得的，而在另一些地方则是用鲜血写成的。如果说英国的法治孕育于盎格鲁-撒克逊人民源远流长的普通法传统，北欧的法治传统系借鉴习得的，那么法国的法治则在很大程度上受惠于拿破仑的马靴和革命者的断头台。而美国的法治——美国人毫不吝啬地输出，全世界争先恐后地接受的法治模式——是在疯狂的宗教迫害和追求独立自由的解放运动中羽翼渐丰的。如果没有希特勒，没有第二次世界大战，就没有纽伦堡审判，就没有《世界人权宣言》《新德里宣言》，也就没有当今世界的法治人权热。这究竟是历史的规律，还是虚假的必然？

无论如何，今天，历史把我们摆在了一个相对平庸的时代，一个没有真正的英雄，没有真正的悲剧，没有真正的诗和音乐的时代。但是，平庸的时代有平庸的问题。问题之一便是，在平庸的时代人变得越来越不诚实，社会变得越来越不诚实。法治的敌人已经不再是强权专制、宗教迫害或完全的人治，而是不诚实的人和不诚实的社会。不诚实的社会是一个失去了理想，没有信仰、没有荣誉感、没有羞耻感的社会；一个异化甚至抛弃自身的中坚力量——劳动人民的社会；一个统治者和被统

治者生活水平绝对悬殊的社会；一个说假话、造假货、做假账、考假试、示假爱的社会；一个良莠不分、真伪不辨、经典与垃圾平起平坐、利益和无耻共舞齐飞的社会。

“以法治国”也好，“以德治国”也好，只能在一个诚实的社会里得以实现。如果一个社会充满了谎言和欺骗，而这种谎言和欺骗不仅存在于组成某一社会的民众、个人中间，而且成为一种制度性的、一贯的和大面积的实践，那么，无论“法治”、“德治”，甚至“神治”对它都是无能为力的。在人的智慧和欲望面前，法律是很脆弱的。人们可以诚心诚意地拥戴法律，也可以凭着自己的聪明才智任意玩弄法律。无论一个社会的法律有多好，如果社会本身是不诚实的，有法会变成无法，良法也会变成恶法。只有在诚实的社会中，谈论法治才具有意义，良法才会显示出它的可贵来。因此，提倡“法治”，首先应该提倡诚实。

那么，什么样的社会才是一个诚实社会呢？以色列人阿维基·玛尔加利（Avishai Margalit）写了一本名为《正派社会》（The Decent Society）的书，在1996年被译成英文后，引起不少人注意。有人甚至将它誉为堪与罗尔斯的《正义论》相媲美的力作。《正义论》寄希望于一个公正的社会，《正派社会》强调一个把人当人看的社会，而两者的起点都是一个诚实的社会。《正派社会》的一个基本观点是，不羞辱人是一个正派社会最起码的标准。如果我们将这个观点稍作变通，用于诚实社会，似乎就可以说，一个不撒谎、以真实面目见人的社会就是一个诚实的社会。

谁都知道不撒谎的含义是什么，却没有一个人一辈子没撒过一次谎。有为了骗人撒谎的，称为寡廉鲜耻；有为了正义撒谎的，称为足智多谋；有出于无奈撒谎的，称为迫不得已；有出于礼貌撒谎的，称为无