

张卫平
著

法学 ✦ 蓝 调

张卫平法学随笔集

法律出版社

法学 蓝调

张卫平法学随笔集

张卫平
著

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学·蓝调 / 张卫平著. —北京:法律出版社,
2010.2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0384 - 9

I. ①法… II. ①张… III. ①法学—文集 IV.
①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 015415 号

法学·蓝调

——张卫平法学随笔集

张卫平 著

责任编辑 刘彦洋

装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 3 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 世纪千禧印刷(北京)有限公司

印张 17.75 字数 250 千

印次 2010 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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 - 0384 - 9

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

那是最美好的时代，那是最糟糕的时代；那是个睿智的年月，那是个蒙昧的年月；那是信心百倍的时期，那是疑虑重重的时期；那是阳光普照的季节，那是黑暗笼罩的季节；那是充满希望的春天，那是让人绝望的冬天；我们面前无所不有，我们面前一无所有；我们大家都在直升天堂，我们大家都在直下地狱……

——查尔斯·狄更斯《双城记》

目 录

视角

法学家是什么?.....3
学者·花瓶·化妆师.....8
“法官”与“人民”.....11
“陌生人社会”与审判方式.....15
“追求”的意义.....18
东门外的“十字路口”.....20
最贵的东东.....24

视线

在“有”与“无”之间
——法学方法论杂谈.....39
军服上那些花花绿绿的标志.....56
边看、边听、边想——澳洲法院访问散记.....60
“法眼”看奥运.....65
大国崛起之道——日本的崛起与法治.....72
“小改”的意义.....77

印象·“79”82

视窗

哲学家波普尔与举证责任105

“一个人的颁奖委员会”109

作为证据的“奥运”115

别样的言说——有感于“德衡证据法论坛”119

发展的“瓶颈”123

沿承诺起飞128

视点

无源之水——对我国民事诉讼法学

 贫困化的思考(1)135

老师,您讲的根本没用!144

为什么不努力147

学什么最好149

时间·天赋·汗水.....	154
学习民事诉讼法应注意的十一大关系 ——谈谈如何学习民事诉讼法.....	158
给考博同学的一封信.....	175
法科教育三十年叙事.....	178
让思维飞翔.....	183
盲从与残忍的心理解读——《社会 心理学的邀请》、《社会心理学 经典导读》读后感.....	188

视评

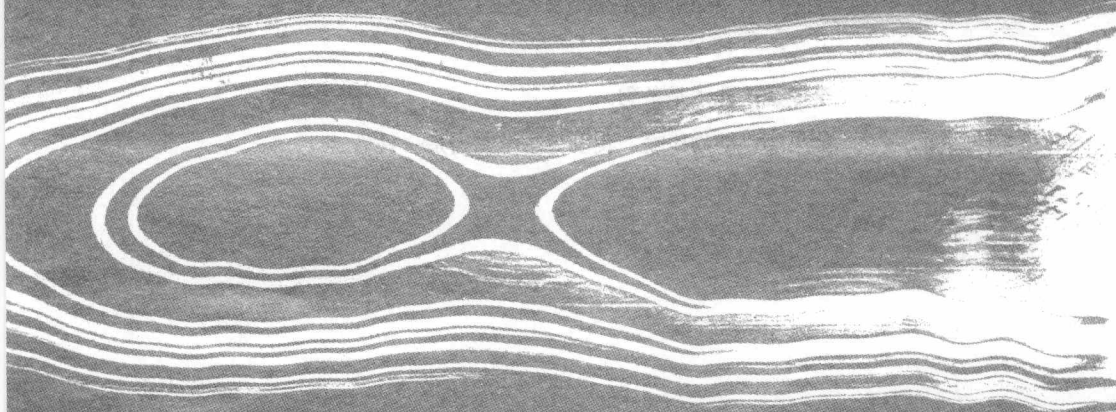
“钓鱼案”与司法中立.....	195
体育造假事件的追问.....	198
周杰撞车事件与事实认定和处理的 法律技术.....	201
诉讼费用:我们如何面对.....	205
如何不让真相再“躲猫猫”.....	207

测谎与证据.....	210
“司法腐败”:如何“治疗”.....	213
“法学家”评选杂谈.....	218

视维

回归“马锡五”:精神还是方式?.....	223
一个基层法院院长的日记(摘录).....	230
风是怎样形成的.....	242
司法的开放与开放的司法.....	246
受理:何以迟到.....	249
让人变得单纯一些.....	254
不再请示.....	258
黄静索赔案随想.....	268
诉讼效率:正义的“美丽”陷阱.....	272
拆迁的正当性与司法的中立.....	277

视
角



视 角

李零说：孔子是条狗。

如果要以动物比喻，我以为法学家当是一只猫。

——《法学家是什么？》

法学家是什么？

李零说：孔子是条狗。

如果要以动物为喻，我以为法学家当是一只猫。

北京的十月：白天，银杏金黄，枫叶绯红；夜晚，月明星稀。望着天上星星点点，最易引发无边遐思——“法学家是什么？”便是此时产物。

北大教授李零先生曰：孔子是条狗，是一条怀抱理想，在现实世界找不到精神家园的“丧家狗”。孰是孰非，暂且不表。

那，法学家是什么呢？

作为一个从事法学研究和法学教学的人当然愿意把自己当做“法学家”。但法学家是什么呢？从实然的角度讲，法学家是干什么的？从应然的角度讲，法学家应当是什么样？无论从实然还是应然的角度，“法学家是什么？”都是对法学家的一种自省和追问。

“法学家是什么”似乎是一个很简单的问题，回答可以很简单——一个以研究法学为业的群体。但这样的回答无疑等同于没有回答，因为这种回答并没有揭示比字面解释更多的信息。

要正面回答是什么，即从肯定和积极角度往往比较难，但如果采取排除法，从否定的角度来认识也许就要容易一些。因此，我想先思考一下，法学家不是什么？当然这只不过是提问的不同形式而已，因为任何排除都是通过肯定来完成的。

法学家不是法律实务家。法律实务家是专门从事法律事务的从业人员，是法律制度的实现者和实践者，法官、检察官、律师、公司法务人员等。法学家们尽管也处理一些具体事务，但不是以此为业，其思

考方式和行为方式与法律实务家有所不同。法律实务是一种操作技术,而且是一种技术含量很高的技术,但凡一种技术,就涉及技术的运用问题,涉及经验的积累,这是法学家所不能的。法学家通常只能提供法律问题处理的基本思路和方法。法律实务工作者经常会向法学家们提出实践中的具体问题如何处理。例如传真件的真伪如何判定?此案因果关系能否成立?被告的过错能否确认?法学家们往往并不能给予提问者满意的答案,只能是抽象而概括地回答,总是:如果怎么样,那就会怎么样?根据案件的各种具体情形加以判断考量,这是法律实务家的作业,不是法学家的行为。另外,法律实务家,尤其是司法机关的法律实务家必须要考虑当时、当地的司法环境,其中包括政治的、经济的、伦理的,以及其他社会因素,并基于这些因素进行司法政策方面的调整,而法学家通常是不会顾及于此的,也无法顾及。

法学家不是立法工作者。法学家会提出设想和法案,这些设想和法案是法学家理论研究的结果。但法学家不是立法工作者,立法工作有一套规律,一套技术,是专门的一种技术,因此指望法学家们能够提出完整的立法草案是不合适的。当然,长期参与立法的法学家也许已经掌握了这门技术,其提出的草案比较成熟,这又另当别论。

法学家不是政治家。法学家要考虑政治,但不是政治家。政治家必须考虑一定政治利益集团的利益,从政治格局和政治形势加以考量。法学家要考虑的是公平正义在法律上具体实现的问题,必须考虑法律内在的结构和逻辑关系问题。正是因为如此,法学家的思考往往显得没有政治家考虑得那样现实和功利,那样灵活。法律是讲形式和程式的,法学家也必然要遵循这样的要求,政治家往往会指责法学家死板和教条,这是不奇怪的,政治家和法学家都应该予以理解。

法学家是人文知识分子群体中的一类,因此法学家也同其他人文知识分子一样,从性质上讲也是天生具有批判性的群体,虽然也有建构,但均是在批判之后的建构。法学家审视和批判的是现行法律制度和社会现实。法学家不是唱赞歌的歌手。法学家与说相声的演员,在社会现实批判这一点上是相同的,马季创造的赞歌式相声注定是没什么市场的。法学家眼里看到的总是现行法的不足——规范过时、逻辑不通、用语不当、概念间不整合、缺乏可行性,云云。法学家也要对新

颁布的法律、法规唱“赞歌”，但那不是法学家角色的本色要求，而是法律宣传工作者的本职。唱赞歌时，法学家的角色已经发生了转变，已经变性。

法学家作为一个批判群体，还要对法律实施的现实状况进行审视和批判，这一点往往是法律实务界不大容易理解和接受的。其实，法学研究在本质上就是一种批判，发现问题提出问题就是一种批判。法学研究所预设的就是现实的非合理性，法学家是在审视和批判之后去探究新的建构。正如哈佛大学新校长福斯特在就职典礼演说中所言：不安宁和叛逆是塑造未来的关键。当然，法学家们是有分工的，有的批判、解构，有的建构，也有的会反批判，以维护原来解构后的建构。

法学家有自己的价值追求，这就是观点的创新、体系的完善、理论结构的合理、既有的理论的证伪。法学家与其他知识分子一样是“自恋”的——虽然不一定是自恋狂——观点总是自己的最正确，文笔总是自己的最美。如果不是这样，法学家自身便没有了自信。法学家之间的竞争是激烈的，也可以说是惨烈的，没有新的观点等于死亡，抄袭他人、雷同等于自杀。创新是学者的生命。尤其是在中国，法学家群体数量如此之大，给予法学家的资源如此之少。于是，我们经常可以看到在法学界，各种观点百出，甚至“奇谈怪论”；不少文章文字晦涩，结构复杂，后现代语言充斥。不能否认的是有的文章完全无法让人领会，也许写作者压根儿就没有打算让他人领会，导致别人无法评价，在理论上，不能评价的东西也许是最好的。我们也应当理解，这些都是竞争惹的祸。法学家的日子也并不好过。

法学家在研究中会追求理论的纯洁性、理论的自洽性，有时会到达一种病态的程度，会因为不能获得最简单的、适用所有场合的解释而苦恼，如同哲学家胡塞尔在追求哲学的纯粹结果一样，他说过这就像他小时候磨小刀一样，总是唯恐不够锋利，于是磨呀磨，但有一天却突然发现小刀磨没了。法学家们大都是分析实证主义者，他们会像医生那样对法律制度进行无情的解剖，且要做到显微程度。

法学家是一个群体，是一个有各自专门领域的社会群体。他们有各自的领地和存在。新的人会挤进来，并试图逐步扩展地盘。为了维持自己的存在必须有自己的专业，专业就是特定的法学家自己的饭

碗。专业越细,他人进入的可能性也就越小,自己的饭碗也就越稳固。但也会因为分工的细化,导致法学家个体视野的狭窄,且容易因为专业研究过细造成隔离和观点偏执。不要以为法学家对法学问题都懂,其实不然,法学中分工一点也不亚于理工科中的分工。当然,法学中最基本的原理和原则,作为一个合格的法学家应当是知道的。

法学家是一个相互之间“争论”、“打架”不休的群体。有的人在法学家们对同一个问题有不同理解和认识,尤其是大相径庭时,往往感到不可理解,人们会说连专家们都不统一。人们以为都是法学方面的“专家”,都是法学“真理”在手的人,怎么也会不统一呢?其实,法学家也有各自的视角,各自的立场,并非都是“真理”在手的人,正如卡尔·波普尔所说的,谁也不能宣称自己找到和拥有了真理,也不可能有人掌握了永恒的真理。因此观点之间的碰撞一定要发生,也应该发生,法学家们提供的不是唯一的观点,法学家只是为立法者、决策者提供可供选择的各种观点、方案,这些观点和方案均有相应的理念、理论作为支撑,都有其相应的假定条件。法学家生活在各种假定之中。

法学家是一个相对中立的社会群体,从某种意义上讲,法学家由于只有“脑袋”没有“屁股”,不会坐在社会利益群体的那一边。由于法学家没有“屁股”,因此,他们不会受制于“屁股”,更多地服从于“脑袋”,虽然有各自的价值取向和不同的情感,但不会基于行业、单位、阶层的利益而发表言论。虽然也有人指责经济学家中有人是负有“原罪”的有钱人的代言人,但这是另一个问题,属于是否被“收买”或“招安”的问题,是知识分子良心问题。

法学家总认为自己是社会正义的代言人,是社会正义的化身,并试图为此而努力,但在法学家的个体上却并非如此。

诚然,法学家并无整体利益,法学家是“个体经营者”,是“散户”,因此他们也有自己的个体利益。能够更好地生存就是他们的利益,在追求精神利益的同时,他们也要追求物质利益(高额的讲课费、论证费、稿费都是他们所期望的),学术地位越高,精神和物质的获得也就越多。他们也会尽量争取话语权,并为此而斗争。法学家希望参与立法和司法解释,希望自己的观点能够在法律中体现,这是个人价值的体现。并且希望这种参与能够给自己带来更大的荣誉和物质利益。

李零说：孔子是条狗。

如果要以动物为喻，我以为法学家当是一只猫。

猫是这样一种动物，它不会理睬主人的殷勤程度，尽管给它猫食，它也不会始终守在你的身边，它有自己的空间，自己游戏，兴之所至，转身一拱腰翘尾便离开了主人，不知何时又会回到你的身边，依偎在你的身旁。它是自由的，没有人用绳或皮带套住猫。猫也必须是自由的，如果不是自由的，它抓不住老鼠。

我们希望有猫的存在。且不管是黑猫、白猫，抓住老鼠就是好猫。

天上星星点点，弯弯月亮像秋千，我遐想联翩。

学者·花瓶·化妆师

作为化妆师的学者,是否也有可能在长期的“化妆”工作中“变型”呢?“变型”还好,最担心的还是“变性”……

花瓶作为器物,当然有其实用的价值,可以插上几束真花或假花。在人们的意识中,花瓶与花同样,更多的是作为一种装饰,且也有自己独立的装饰价值,以衬托环境的高雅和情趣。在功能隐喻方面,主要针对女性,往往形容此人仅有美丽或漂亮的外表,而无内在的知识涵养、底蕴及实际能力等,仅仅是一种外在的衬托作用。人们在通常观念上总是怕“有外在,无内在”。因此,一般女性不愿意被人喻之为“花瓶”,因为“花瓶”的社会寓意是贬义的,不过,也有的女性后现代地认为,女性的第一要义就是漂亮,喻为“花瓶”便是对其第一要义的肯定,是一种褒义,无须为此而烦恼。实际上,尽管无论女性自身,还是男性,最看重的还是外在美,美只在于外在的存在,内在美已经不再是美的基本艺术评价,而是一种道德评价,况且外形美是无法改变的,无法改变的东西是先天的,也是重要的,是最重要的价值,内在实力是可以后天改进的,只要愿意。

学者给人的印象总是满腹经纶的知识分子,何以与带有装饰性的花瓶发生联系呢?学者成为花瓶当然是一种比喻,比喻学者在某些场合下,具有了像花瓶那样的装饰功能。这种装饰作用主要体现在会议中。可以有这种装饰作用是因为,学者被符号化为理论性、知识性、科学性还有理性,是知识的社会符号。一旦一个会议有了学者的参加,

理论性、科学性等标签似乎也就自然贴在了该会议的外表上。

在中国社会,会多是众所周知的事情,也是中国的特色,可以称为“会议中国”,北京更为突出,因为权力集中之地,也是会议密集之地。给领导打电话,领导基本都是在会议中。人们在会中获取信息、获取知识,在会议中学习,在会议中存在。在会议中的地位即为自己社会地位的缩影,与会者的座签准确地标明和表明了一个人,也包括学者的社会地位和社会认同。会越多,表明社会认同度也越高,社会影响力也越大,权力需要通过一定形式,在一定的空间中行使,会议就是权力存在的集中体现。“最近很忙,会议很多,很没办法。”这样的说法,其实是对自己的一种很高,且很有艺术的褒奖,是一种对自己社会地位太高的“无奈”。总之,我们生活在会议之中,会议是一种存在的社会,是一种社会存在。会议是一种规范的强有力工具,规范语言、规范思想、规范行动,我想这是为何在中国会议特别多的主要原因。

在法律界也不例外,也有很多会,作为法学工作者也需要参加与法律相关的各种会议,通过参加会议而参与社会,获得社会的认同。而且开会大多在每年10月份以后,春节前,与财政预算、会计制度有关。除了法律事务部门的业务会以外,还有不少是带有宣传、研讨性的会议。学者在自己的学术会议和日常会议上不具有装饰作用,就像在生产花瓶的工厂里,花瓶不会成为装饰品一样。法律学者成为“花瓶”的场合主要出现在一些实务界所举办的研讨会上,往往是关于某些司法改革措施、政策的研讨论证会议上。这些具有“改革”意义措施、政策的出台或总结更重要的是一种象征意义,是执政政绩的需要。在改革的年代,不做点什么以表达改革,似乎就不是一个与时俱进的人。必须要有政绩,而政绩的一个很重要的“指标”就是不断出台的改革措施,哪怕即使是形式上的,也比没有任何“动作”好。这成了行政机关的一个心结和理念。不仅地方政府是如此,作为具有高度行政化的司法机关——法院也受到这种思维观念的影响。既然是一种改革的措施,人们总是希望这样的改革是理性的,具有科学性,是以社会的某种原理为基础的,于是学者的装饰就是必要的了,学者的参加成了理性和科学性的证明。学者要参加这样的会议,不仅是对一定社会认同的自我欣赏、承认,也希望通过会议进一步强化和提升社会认同,加