

文人法学

林来梵 著



为天地立心
为生民立命
为往古继绝学
为万世开太平



法言传心

文人法学

林来梵 著

清

林来梵 著

文人法学



清华大学出版社
北京

版权所有,侵权必究。侵权举报电话:010-62782989 13701121933

图书在版编目(CIP)数据

文人法学/林来梵著.--北京:清华大学出版社,2013.1

(法言传心)

ISBN 978-7-302-30706-8

I. ①文… II. ①林… III. ①宪法—文集 IV. ①D911.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第279086号

责任编辑:李文彬 朱玉霞

封面设计:傅瑞学

责任校对:王荣静

责任印制:王静怡

出版发行:清华大学出版社

网 址: <http://www.tup.com.cn>, <http://www.wqbook.com>

地 址: 北京清华大学学研大厦A座 邮 编: 100084

社总机: 010-62770175 邮 购: 010-62786544

投稿与读者服务: 010-62776969, c-service@tup.tsinghua.edu.cn

质量反馈: 010-62772015, zhiliang@tup.tsinghua.edu.cn

印装者:三河市金元印装有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:160mm×230mm 印 张: 12.5

字 数:165千字

版 次:2013年1月第1版

印 次:2013年1月第1次印刷

印 数:1~3000

定 价:25.00元

产品编号: 047615-01

代序：所谓“文人法学”

作为一介法律学人，随着年岁渐长，思虑渐深，这几年越来越深入体悟到：在当今中国，欲推行法治主义，必先有人去践行法治启蒙，否则，法治国家的构想终究会化为泡影。有鉴于此，闲来也写一些轻松的学术随笔，或发表于博客与报章，或暂藏于私人文档，隔了一些年头，便会蓄了一些篇什，可以哀辑成册，斗胆拿来付梓。这册小书就是继《剩余的断想》之后又一本同样类型的覆瓿之作。

本书的书名《文人法学》，源之于2007年笔者在《法学家茶座》第13辑上发表过的一篇短文的题目。那篇文章开宗明义便指出：环顾当今中国法学界，似乎可以套用《共产党宣言》的首句说：

一个幽灵，文人法学的幽灵，在中国徘徊。

这不完全是笑谈。笔者较早之前就观察到，在当下我国法学界，实际上已经在一定范围内出现了一种可称之为“文人法学”的流风，其代表性的学人，可首推朱苏力、贺卫方、冯象、许章润、舒国滢等数位学者，还有一批年轻的学者或学子追随其后，在“暗夜里穿越”（套用强世功评苏力语），以致聚成了一定的群落，形成了一定的气候，即使还不足以构成一种流派，至少也称得上一种品流了。

说到这“文人法学”，其标志性的倾向，至少可初步归纳出如下几种特色：

其一，擅长以流丽的语言、猎奇的视角，甚至精妙的隐喻，克服了法学枯燥生硬的本色。比如朱苏力教授，本身就是写诗出身的，自言“一度想当诗人”，从来文辞优美，音韵丰沛，近年来更干脆挺进“法学与文学”的领域，其总体的研究个性，在此方面颇有典范意义。

其二,虽然没有排斥理性思维,甚至还暗含了“理性的阴谋”,但在一定程度上却能巧妙地诉诸情感的运用,借以催发其文字作品的感染力,与受众(特别是年轻学人或学子)的情感多发性倾向之间,恰好形成了某种密切的共鸣关系。不言而喻,贺卫方教授的魔力,便在部分上得益于此。

其三,偶尔也表现出对法学学科、尤其是对其中的部门法学本身的某种轻慢的、多少有点“陪你玩玩”的态度,却在一种萧散简远的风格中纵横捭阖,暗含机锋,明显具有超越性或反思性的思维倾向。冯象教授或许即可谓此方面的代表。

本来,无论是在方法论方面还是在实践功能方面,法学都拥有许多卓越的优长之处,而历经磨砺的现代法学尤其如此,但无可否认,法学也有刻板、琐细,甚至为当代日本比较法学家大木雅夫先生所指出的那种狭隘的特征,正因如此,法学本身也就成为一门容易逼使内部学人走向叛逆的学问。而在法学的叛逆者之中,历史上也就不乏有人在其他领域里取得了震烁古今的成就,马克思、歌德、卡夫卡均是这样的人物。所不同的是,他们叛逆的程度和类型也有所不同,其中既有马克思、歌德那样的全面反叛,也有卡夫卡式的叛逆,即虽为稻粱谋而继续留在法学阵营之内,但却热衷于其他的志业。

从宽泛的意义上说,“文人法学”也是对正统法学的一种叛逆,只不过仅属于一种接近于卡夫卡式的叛逆,而且情节更加轻微。它在一定程度上乃生发于当代中国部分法律学人对本国传统人文学问的那种挥之不去的“乡愁”,为此在一定范围内也可能是属于我国法治尚未成熟时期传统的“人文”与纯正的“法学”之间的一种中间过渡形态,但无论如何,它也恰好应合了前述的法治启蒙主义这一时代课题。

其实,即使从西方的知识谱系上来看,法学与人文学科本来也就具有一种无法割裂的血脉关系。君不见,在中世纪的罗马,早期的法(律)学即曾被作为修辞学的一种类别,后来注释学派转而借鉴了同时代经院神学的各种《圣经》解释的技法,用以解释《罗马法大全》,由此形成了作为传统法学的主要方

法——法解释学的雏形，并随着近世纪初期之后，罗马法在欧陆的广泛继受，而为西方近代法学所承袭与发展，乃至在德国流的法学传统中，法学还被称为“法教义学”(Rechtsdogmatik)。但说到底，现代人们已经承认，这种法学其实与其他人文学科一样，还是属于一种“理解的学问”。无怪乎德国现代法学家Hallerbach曾尖锐地指出：法学本来就是“人文科学的学问，因为它面对的对象正是人类及某种人类精神的具象化，即以‘语言创作’的形式表达出来的‘人之作品’”。如此说来，如何发掘与提炼法律之中的人文精神，或以人文精神去反哺、滋养甚或反思法律本身，也是现代法学应予高度关注的主题。从这一点而言，“文人法学”也具有合法生存的价值。

当然，在部分人看来，“文人”一词或许也有一些负面的色彩，记得钱钟书先生就曾经在无不解嘲的意味上引用过“一为文人，便无足观”之类的旧说。另一方面也应该看到“文人法学”本身所可能带有的局限，它毕竟不是纯然意义上的正统法学，如果不去有效地控制个体化的激情，处理好规范之中的价值问题，而将其演绎到极致，也可能成为法学的异端。

然而，我们之所以还要将上述那种法学流风称为“文人法学”，则是因为，作为当代中国法学的一种品流，它颇似中国古代的“文人画”一样，其作品的内容、样式或风格之中，往往也寄托了“志于道”而“游于艺”的志趣，寄托了传统文人的那种“为天地立心，为生民立命，为往圣继绝学，为万世开太平”的情怀，为此也可谓是最具有中国本色的一种法学，甚至也有可能为当今正面临着种种困境的中国法学，提供一处“诗意地栖居”的佳境。

笔者虽不敢妄称“文人法学”的典型代表，但作为当今中国的一介法律学人，一向也难以拂拭中国传统文人的某种情怀。而袁辑在此的篇什，尽管只是些浅易的小文，卑之无甚高论，但多少也颇具“文人法学”的风味。为此，谨将这册小书冠名为《文人法学》，并将旧作《文人法学》一文纳入此篇加以修订，以为序。

目录

代序：所谓“文人法学” / I

第一辑 环宪法学的随想

宪法的日偏食结构 / 3

宪法的肉身 / 11

“身体宪法学”入门随谭 / 16

宪政的风水 / 30

第二辑 法治愿景里的遐思

人类文明史中的法治 / 35

在一本书中眺望宪政的远景 / 42

中国需要西方式的法治吗？答本科生的一封信 / 47

苏格拉底与李斯之死 / 51

岳飞之死的历史现场 / 54

秋菊女儿的困惑 / 59

法律人的情人 / 72

法律与私奔 / 76

劝酒的意义 / 80

腐败散谈 / 85

网络是最大的一所学堂 / 95

第三辑 熬了规范主义的药言

谁是中国的施米特？有关陈端洪教授一篇文章的课堂评论 / 101

宪法学界的一场激辩 / 110

人民会堕落吗？与高全喜教授商榷 / 122

自由主义的败家女？ / 128

警惕法律实力主义 / 135

反思唯科学主义 / 139

第四辑 特别的思忆

从法律通往上帝的怀抱 / 145

坚忍的理想主义者 纪念异国恩师畑中和夫先生 / 153

第五辑 杂言补拾

“学术幼稚病”的 N 个表现 / 171

教师节感言 / 175

皇皇正论，姑妄听之 课堂语录 100 条 / 179

编辑手记：借来法言传心脉 / 189

第一辑

环宪法学的随想

- 宪法的日偏食结构
- 宪法的肉身
- 「身体宪法学」入门随谭
- 宪政的风水

宪法的日偏食结构

现行宪法看似如日中天,但它有时会被另一种隐形的天体所遮蔽,并挡住了向我们辐射出来的光芒。这种天体其实就是月亮,它真实存在,并在苍穹游移,与被遮蔽的太阳一道构成了实在宪法的“天文奇观”。

——题记

最近偷得浮生半日闲,“潜伏”在网上不动声色地浏览铺天盖地的所谓杭州富家子弟飙车案和烈女邓玉娇手刃淫官案的网评,生怕自己按捺不住上去发言,因为哪怕是作为一介书生的轻言,也可能会影响未决的司法判断。但闲逛其间,偶尔也读到了一篇题为《却伯的“看不见的宪法”》(*Tribe's Invisible Constitution*)的书评。一看题目,便当即为之一振。

世有“看不见的宪法”?

劳伦斯·却伯(Laurence Tribe)现任哈佛大学法学院的宪法学教授,也是

当今美国宪法学界最牛的、最具代表性的主流学者之一，连这篇批判性极强的书评，也承认他是美国“二十世纪最具有影响力的宪法学者之一”（图 1-1）。他在一部题为《看不见的宪法》的新著中，提出了可以顾名思义的观点，即：在当今美国，除了那部看得见的、“用墨水在羊皮纸上”写成的宪法之外，还存在一部“看不见的宪法”。这种“看不见的宪法”自然说的不是 100 多年前英国牛津大学钦定教授詹姆斯·布赖斯（James Bryce, 1838~1922）首次提出的、如今早已妇孺皆知的那个“不成文宪法”的概念，乃指的是“潜伏”在美国现实政治生活中的某种超越于现行宪法文本，但又是“某种独立的、融贯的、看不见的宪法”，这种宪法同样也属于本体论意义上的实在宪法；而现行的美国宪法中的许多问题，甚至包括它的含义及其有关争论，都往往难以从那部看得见的宪法文本之中得到解释，倒是这种“看不见的宪法”，才能告诉人们哪一种文本应当被接纳为可以看得见的美国宪法，或赋予那种文本多大的实效。至于这种“看不见的宪法”究竟为何物，却伯在这本书中为其具体的建构过程提出了六种考察的模型，包括所谓几何的、测量的、整体的、地质的、引力的，以及陀螺的模型。



图 1-1 《看不见的宪法》一书的作者、哈佛大学宪法学教授劳伦斯·却伯（Laurence H. Tribe）。

不得不说，却伯的洞察力和想象力都是卓越的，其书名“看不见的宪法”这个用语也用得非常巧妙，因为在英语世界里，Invisible 这个词是有一定来由

的,亚当·斯密所说的“看不见的手”(Invisible hand),就是采用这个词的。这也是我看到那篇书评的题目时为之振奋的“电源”之一。

但有趣的是,那篇书评,却是对却伯这本书之学术价值的几乎是全盘否定。粗览之后,我便会心一笑,将其发给一个博士生弟子 Y 君,命他结合自己选定的有关博士论文,加以阅读。

在给 Y 君写邮件时,还顺便提及:过去虽然自己也认识到日本的那种宪法解释学,乃是规范主义的真传,并认定不懂得宪法解释学,就难以精通宪法学,但也怀疑,自己所熟悉的这种日本式的宪法解释学,究竟是否可以完全适合于做中国宪法的学问,因为总觉得在中国的宪法现实中,隐隐约约也存在着一种超出现行宪法文本之外的某种“宪法”,当时想到应称之为“隐形宪法”,类似于却伯所采用的“看不见的宪法”(Invisible Constitution)。

个人过去的这种随想,根本算不上什么学术创见,这倒不是说如今已发现却伯有了“看不见的宪法”的说法。事实上,正如有人指出的那样,早在却伯之前,英国的布赖斯提出了“不成文宪法”这一概念,更有进者,在布赖斯的同一时代,美国的泰特曼(Tiedeman)也曾在 1890 年出版的《美国的不成文宪法:美国宪法基本原理的哲学探究》(*The unwritten constitution of the United States: a philosophical inquiry into the fundamentals of American constitutional law*)一书中指出:在美国的宪法中,只有一般原理是明文的,而那些活着的原则,即宪法的血和肉——而非骨骼,则是不成文的。反观现代中国,笔者所说的“隐形宪法”的存在,也是人人都可以感知到的,或者说人人都可以“看得见的”,只是有待于我们理论上如何确认、表述和探究而已。

此作,笔者也曾对出尝试,初步认为那种“隐形宪法”与现行宪法文本(即“显形宪法”)一起构成了“实在宪法”,并形成了宪法的某种“日偏食结构”。这就是我一直没有尽兴地追随自己所熟悉的宪法解释学,而转而提出“规范宪法学”的隐衷之一,只是在自己以往的研究中,这一方面的内容还没有完全展开而已。而还没有展开的顾虑是:老觉得这种想法尚找不到其他可靠的理论根

据,即使说出来也可能只是一种无根之游谈,而环顾国内学界,类似这样的生造概念则俯拾皆是,为此也便作罢了。

现在终于看到却伯明确地提出了“看不见的宪法”这一说法了,虽然还没有机会读到原著,只是在网络上读到了一些资料,包括那篇批评性极强的书评,但毕竟有一种自己的想法似乎也可以被证成的快意,而且确信了一个道理:“看不见的宪法”的存在,在许多国家都是可能的,当我们在理论上无法再用英国的“宪法惯例”,法国的“宪法惯习”,或德国的“宪法变迁”等概念和理论去收拾这种现象的场合,“看不见的宪法”就会凸现出来,就这一点而言并不足为怪——尽管我国的宪法现实与美国径庭有别,而且我国“实存宪法”中的“隐形宪法”,也与却伯所言的美国的“看不见宪法”具有不尽相同的况味,甚至可能远比之重要和复杂。

宪法学者应该看到的

如此说来,宪法学的学问,尤其是“中国”宪法学,至少应该包括以下三个层面的内容:第一层面是认识现行宪法的文本(至于对文本的“解释”,也可以理解为一种独特的“认识”);第二层面是认识超文本的隐形宪法,即认识类似却伯所说的“看不见的宪法”的内容;第三层面,则是把握“显形宪法”与“隐形宪法”之间的内在互动关系,即捕捉整个“实在宪法”动态图景中的那种“日偏食结构”。

就第一层面而言,宪法解释学是可以做到的。有关这一点,近年我国一些年轻的宪法学者,也提出了一些理论化的思考,试图为宪法解释搭建一种可以演练的沙盘。但典型意义上的宪法解释学是很难做到第二层面的,这个层面只能留给却伯所主张的进路,只是却伯在《看不见的宪法》中似乎还仅仅提出了一些理论化的思考,而尚没有全面开展具体的作业。至于第三方面,那情形就更加复杂了,但前两方面的作业,就已经无法离开这一方面。

然而,特别值得注意的问题,我觉得是从第二层面开始产生的。那就是说,究竟我们应该如何认识“看不见的宪法”。在此,显然可能存在两条不同的进路:第一条是,既然“看不见的宪法”不包括在现行宪法的文本之内,而是存在于这种宪法之外,那么自然就应该从现行宪法之外的维度去捕捉,但由于这个维度上存在着活生生的现实世界,为此所用的根本方法,就不应是规范主义的方法,而是直接采用政治学、社会学等其他学科的方法。第二条进路则与此不同,仍然从现行宪法文本内部去把握这种“看不见的宪法”,沿着规范主义的“不归路”直行到底。

乍一想,似乎第一条进路顺理成章,而第二条进路则是无异于缘木求鱼。晚近的中国,就已经出现类似第一种的研究动向,一批青年学者结集于其麾下,其所采用的根本性方法就是政治学或社会学的方法。由于仍然处于初步发展阶段,这种研究的性向难以概括,但初步观之,这种研究与其说是“政治宪法学”,毋宁也可说是一种“宪法政治学”。这种研究可以为自己提出许多似乎有力的理据,比如说:法律与政治关系至为密切,其中宪法尤其甚;如果说“法律是政治的晚礼服”,那首先指的便是宪法。为此,从政治学的角度研究宪法,难道不是天经地义的吗!

这种思考进路的偏向,可能在于现代日本宪法学巨擘芦部信喜教授所批评的那样,是将宪法学“研究对象的政治性”,直接与宪法学“研究方法的政治性”混为一谈,即以研究方法的政治性,去应对研究对象的政治性,从而丧失了规范主义的立场。根据芦氏的说法,在历史上,德国当年的施米特就是这样蹈入了危险的覆辙。

同样值得我们注意的是,从前述的那篇书评的引述中得知,却伯的“兴趣不在于‘围绕在’宪法之外的看不见的东西,而在于宪法之内的看不见的东西”。或者说,作为美国当代主流宪法学家的代表之一,却伯选择的也不是第一条进路,而是偏向于第二条的规范主义进路。我想,这便是法学之作为法学的“守备范围”吧。

据说,门下博士生 B 君曾说,却伯的这种立场,就是他所研究过的“法教义学”的立场。这似乎有点言必称“法教义学”之嫌,但对却伯的判断则基本上是允当的。盖各个成熟法治国家宪法学的主流,大致都是相通的,却伯的上述立场的确类似于现代法教义学所认可的那种对内在于文本之中的规范的意义重构吧。笔者这几年所倡言的“规范宪法学”也应该如此,也就是说,即使认识到文本之外存在着“看不见的宪法”,但仍然坚持围绕规范去把握这种宪法,并处理二者之间的关系,这就要求我们“适当返回规范”。质言之,规范宪法学首先开放的只是方法,而非作为准据对象的结构本身。至于在规范意义重构中的不确定性问题,包括认定“隐形宪法”的主观性问题,则同样作为规范主义世界的内部问题加以解决。

对于此,自己亦曾多次跟学生说起过,乃至如今都感到厌烦。但归根结底还是这些话:法律与政治的关系是至为密切的,但这种关系至少可以分为两个方面,第一方面是政治对法律的影响,第二方面则是法律对政治的约束。第一方面是实然的,而且几乎是天然的,无法完全消除的,但第二方面则是一种理想,而且是可以实现、事实上在法治国家也得到不同程度实现的理想,只是它有赖于法治原则、规范原理之艰难的作用。换言之,法律可能是“政治的晚礼服”,但即使是这种“晚礼服”,其意义也在于约束政治的身体,以不让其成为桀骜不驯的野马,而如何从“约束”的立场思考政治,而非顺从政治的脾气,放任政治的野性,这才是法学的题中应有之义。

同理,一旦没有守住宪法作为“法”学的应有立场,就陷入准据的迷乱,而对于法治理念而言,那样的空间是无限广漠而恐怖的。应该承认,政治宪法学或宪法政治学并非必然导致对政治的退让,只要加上了一些自我立场的规范限定,但由于其在方法上主要是从事实论出发思考问题,往往陷入从事实推导出规范的迷途,即使能看到第二方面,也难以避免准据的迷乱。迷乱之下的抉择之一,便是盲目地从国外成熟法治国家的规范世界里,引入不适合中国国情的准据,而中国实在宪法的日偏食结构,正是中国国情的重要图景之一。

上述这个道理,对于 Y 君近日所写出的一篇文章,或许也有警戒性的启发吧,这也是我之所以在会心一笑之后,将那篇书评率先发给他阅读翻译的原因。Y 君那篇习作的初稿,在开篇时就提出了“开放性的规范主义”,为其下文超文本的准据研究的合理性埋下了伏笔,但这部分的分量本身就过重,以致压倒了主题;而其主题则问题更大,大致的思路是:一部宪法的效力基础乃源于这部宪法的目的,而根据“开放的规范主义”方法,宪法的目的则可以分别从宪法内部和外部去寻找,并可以加以互相印证。于是,他分别从中国现行宪法的序言和《中国共产党章程》中,析出了我国现行宪法的目的就是“为人民服务”。

这个思路应该说是很有兴味的。前面说到的目前国内“宪法政治学”的潜流,也可能习惯于这样的思路,尽管他们之中不乏真诚的探索者,而我相信 Y 君本人也不是曲学阿世的学子,最多只是目前尚沉浮于规范主义法学与政治宪法学的交汇口,或陷入某种循环论证的迷途。但他的这种思路,实际上已经涉及了像却伯所言的“看不见的宪法”这样重大的理论问题,却没有展开论述。事实上在一篇小文章里也不可能预先展开这样的论述,以便为下文奠定好坚实的论证基础;再说,文章最终确定了我国宪法的目的乃是“为人民服务”,但这又是一个具有意识形态特征的政治话语,本身就属于不具有高度规范性的命题,而以规范主义(虽然是开放的)之立场,是否可以解析出这种命题,同样也令人疑惑,尽管通过规范主义的方法,界定“人民”和“服务”的规范性内涵和制度形态是可能的,但这属于另一个进路上的研究内容。

未尽的意味

再说这篇书评。那天 B 君在读完后就发来一则手机短信说,哈! 作者把却伯批得一无是处! 应该说,这正是美国学者在学术上可贵的批判性吧,不像我们中国学者,写书评大多采用“九一开”的模式,或者只是囿于门派之见,或囿于好恶情绪,在不承担多少论证义务的情况下,就直接从鼻子里嗤了出去。