

水木书香

文人法學

(增訂版)

林來梵 著

清華大學出版社

文人法学

(增订版)

林来梵 著

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.一增订本.一北京:清华大学出版社,2017
(水木书香)

ISBN 978-7-302-47704-4

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(2017)第138802号

责任编辑:朱玉霞

封面设计:谢元明

责任校对:宋玉莲

责任印制:杨艳

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:三河市春园印刷有限公司

经 销:全国新华书店

开 本:140mm×210mm 印 张:7.625 字 数:160千字

版 次:2013年1月第1版 2017年7月第2版 印 次:2017年7月第1次印刷

定 价:49.00元

产品编号:068841-01

林来梵



法律学者，清华大学法学院教授、博士生导师，兼任中国宪法学研究会副会长等职。曾在国内外出版过多部著作，除本书外，另有一册学术随笔集《剩余的断想》问世。平时以“往返于书斋与学堂，出没于现实与理想”自况，颇有书生情怀。

增订版序

《文人法学》初版以来，承蒙读者垂注，售罄之后又曾加印了一两次。现索性增删了若干篇什，付诸再版，以飨读者。

本书是一本随笔集，也是一本力图跨出法学的畛域，献给所有关心中国法治前途的读者可以轻松地加以阅读的那种读物。关于书名中的“文人法学”，初版代序中已作了专门的交代。诚如有读者所说的那样：“文人法学”其实也可以称为“人文法学”。它强调的是以人文的传统、人文的精神以及人文的情怀，去滋润、涵养现代的法律与法学。在我看来，如果缺少了这一点，整个法律系统和法学思想将成为一堆机械刻板材料，难以真正浸入中国社会；甚至变得苍白无力，没有应有的魂灵。

歌德说：“你无法获得不是流自自身心灵的泉水。”对我而言，这些随笔即是这样的甘泉，其之成文所带来的欢愉，远甚于学术论文的写作。从这个意义上说，我应感谢这些文字。然而，“嚶其鸣矣，求其友声”。请允许我对垂注这本小书、甚或与其某些观点共鸣的读者，表示衷心的感谢！

林来梵

2016年11月于清华园

第一版代序：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，可以裒辑成册，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，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，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一些学人走向叛逆的学问。而在法学的叛逆者之中，历史上也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 曾剖切地指出：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不无解嘲的意味上引用过“一为文人,便无足观”之类的旧说。另外也应该看到“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。

笔者虽不敢妄称自己是“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。而哀辑在此的篇什,尽管只是一些浅易的小文,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

第一辑 环宪法学的随想

宪法学是椭圆形的	3
“身体宪法学”入门随谭	10
宪政的风水	25
法学的祛魅	29

第二辑 法治愿景里的遐思

人类文明史中的法治	41
在一本书中眺望宪政的远景	49
中国需要西方式的法治吗？	
答本科生的一封信	55
苏格拉底与李斯之死	59
岳飞之死的历史现场	63

秋菊女儿的困惑	68
法律人的情人	83
法律与私奔	87
劝酒的意义	91
腐败散谈	97
网络是最大的一所学堂	109

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	115
宪法学界的一场激辩	126
人民会堕落吗?	
与高全喜教授商榷	141
自由主义的败家女?	148
学者该如何批评法官?	156
警惕法律实力主义	162
反思唯科学主义	167

第四辑 特别的思忆

从法律通往上帝的怀抱	173
------------	-----

坚忍的理想主义者

纪念异国恩师畑中和夫先生

182

第五辑 杂言补拾

“学术幼稚病”的 N 个表现

203

教师节感言

207

卓越的道义是担当

2015 年秋季在清华大学法学院代表教师

迎新致辞

211

课堂语录 100 条

217

第一辑

环
宪
法
学
的
随
想

宪法学是椭圆形的*

非常高兴,我终于有发言机会了。其实我也已经有点饿了,但还是想说几句,因为听了大家这一天半的发言,觉得非常精彩,几乎都忍不住想要提前发言,现在总算可以趁这个机会说几句了。

首先我承认,我们非常荣幸有机会承办这个会议,收获也很大。我听了这个会议上的发言后,发现内容非常丰富,使我受益良多。我相信我们的同学,还有我们的老师也是一样的。我们做了全面的会议录音,如果可以,这些录音将来还会整理成资料,供我们更多的老师和学生参考学习。

第二点我要说,通过这次会议,我进一步发现,这个会议的举办是非常有必要的。因为今年,2013年,对于我们在座的所有人来说,都是一个特殊的年份。就在这一年,美国发生了斯诺登案件,这使我们感到很震惊:美国这样一个成熟的宪政国家,它的政府居然在大规模地侵犯公民的隐私权。除此之外,埃及还发生了政治动荡,这个动荡使我们深刻感到,一个威权国家向民主国家的转型有多么的困

* 本文的初稿源自于2013年年底作者在清华大学法学院公法研究中心举办的“亚洲宪法学研讨会”上的总结发言。

难。再反观中国,情况也复杂。从今年3月开始,中国发生了一场有关中国要不要宪政这一问题的争议,这场争议已经持续了8个月,它回到宪法学最最基本的一个出发点,即“我们究竟还要不要宪政这个概念。”上述所有这些事件其实都是对于我们的职业——宪法学这个专业提出了严峻的问题。这些问题并不是只有我们中国学者接收到了,我相信世界各国的学者,包括在座的各位学者都应该感觉到。我们这次的研讨会恰好就是在这种背景下召开的,这就凸显出举办这次研讨会的必要性,凸显出这次研讨会的重要意义。这是我讲的第二点。

第三点,通过这个会议,我个人进一步感觉到亚洲立宪主义所面临的课题是非常复杂的。这一点过去很多人也许都说过,亚洲跟欧洲不同,欧洲的国家具有高度的同质性,国家与国家之间虽然有差别,但政治上的制度和文化的文化则比较相似。而亚洲各国各地区就不同了,它的情况非常复杂,而且各国和各地区之间差别也非常大。对此,我们可以举出三种情形来加以说明。

亚洲立宪:多样性的三种情形

第一种情形:亚洲有些国家和地区已经实现了宪法政治,比如说日本、印度、韩国,但是也有一些国家和地区还没有实现宪法政治,或曰没有完全实行宪法政治。在没有实现宪法政治的国家和地区中,有些正走在宪法政治路上,有些可能还遥遥无期,有些甚至连什么是宪政、要不要宪政这样的问题,还可能存在一些争论。

第二种情形:我们可以发现,在亚洲,有些国家和地区是通过民

主化之后实现宪法政治的，比如说韩国等都是如此。但是有些国家和地区，则基本上已经实现了宪法政治，只是在民主化程度上还存在进一步发展的诉求与趋势，比如中国香港特区就是如此。

第三种情形：亚洲复杂性还在于，有些国家的宪法政治是被外国强制性导入的，比如说日本，大家都知道它是在“二战”之后由美国将宪政强行地引入的，可是这一做法成功了，本国人民接受了宪法政治，整个国家成为一个被广为认可的宪政国家。但是，我们也要看到，当西方的这种宪政被导入亚洲其他国家的时候，却未必成功，比如说柬埔寨，它就没有成功，相反，却在很大程度上陷入了政治动荡。我相信，亚洲的其他国家，如果现在强行引入西方宪政，也还可能出现类似的这种情况。放眼当今世界上其他国家，如伊拉克、埃及等，情况就是如此。

以上种种事实说明了一点：立宪主义在亚洲所面临的问题是非常复杂的，几乎不可同日而语。从这个意义上而言，亚洲各国各地区的宪法问题，或者说在亚洲做宪法学研究，其难度不亚于欧美国家的宪法学。

在亚洲：宪法学的四个课题

但是我还是要说第四点：尽管亚洲国家这么复杂，有这样那样的差异，可是我们亚洲不同的国家和地区之间，在宪法学上，至少应有四个共同课题。请注意，我说的是“共同课题”，而不是共同的“亚洲价值”。“亚洲价值”说起来已经非常敏感了，但是我们可以说，亚洲的国家和地区在宪政道路上拥有四个“共同课题”。