

法理

J U R I S P R U D E N C E

娄耀雄 著

这是一本从中国现实法律环境的独特视角阐释法理学问题的书。从苏格拉底开始，法理学的书就没有停止过生产，但以中国的法治现状为例解释法理学基本原理的书籍并不多。作者以杂文和散文的形式，深入浅出地分析，深刻挖掘并探讨了中国法治进程中存在的诸多法律问题。



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法理

J U R I S P R U D E N C E

姜耀雄 著

图书在版编目(CIP)数据

法理 / 娄耀雄著. —北京: 法律出版社, 2014. 8
ISBN 978 - 7 - 5118 - 6649 - 3

I. ①法… II. ①娄… III. ①法理学—研究 IV.
①D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 166318 号



编辑统筹 法律应用出版社
策划编辑 戴伟 程岳
责任编辑 戴伟 程岳
装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 翟国磊

开本 A5
印张 9
字数 192 千
版本 2014 年 8 月第 1 版
印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

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 - 6649 - 3

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)

序：法律知识分子

娄耀雄

在把自己投向未来之前，什么都不存在；连理性的天堂里也没有他；人只是在企图成为什么时才取得存在。

——[法]让·保罗·萨特^①

人与动物的区别之一是，除感官需求外，还有追问“为什么”的求知欲，所谓“朝闻道，夕死可已”。满足人的求知欲的职业人士就是知识分子。法律知识分子的工作就是解答有关法律的“为什么”的问题。从结构功能主义视角看，人们既使用法律实现社会控制，又在探寻法律的结构、价值和意义，并试图建构一个有关法律的文化性符号系统，以获得法律的知识性突破。于是，就有了法律的蓝领和白领之分，前者如律师——法律的工匠，法律是他们的执业工具；后者如法学家，他们建构法律理论，创造、阐释、传播法律的文化价值，满足人们对法律的求知欲，法律是他们研

^① [法]让·保罗·萨特著：《存在主义是一种人道主义》，周煦良等译，上海译文出版社2012年版，第7页。

究的客体。

一、人群

法律的价值目标是“正义”，而非“真”。有时，虚假更能达到“正义”，如外交、战争动员、舆论宣传、司法调解时，总要留些“秘密”不说，或者故意透露虚假的信息。“正义”的价值在于和谐，按照罗尔斯在《正义论》中阐述的观点，正义是对资源分配的一种感觉，是在无知之幕后，对于资源分配方案的多数认同。^①而“真”反应的是主观对客观事实的逼近程度，与“正义”不属同一个范畴。立法和司法的价值目标是正义，即追求资源分配的多数认同（正义本身也是一种待分配的稀缺资源）；律师的价值目标是合法前提下的客户利益最大化；法律知识分子的价值目标是“真”，即准确地揭示法律及其关联社会现象的本质和联系，而无视人们对这种揭示的感觉。

并非法律共同体中的所有人都可以称为法律知识分子，有些人使用法律，并依靠法律工具的效果实现其自身价值，我们称之为法律工具的使用者，如律师。而真正的法律知识分子是法律科学家，他们研究法律，具有独立精神和人格观念上的自由，不为利益和权力扭曲自己的观点。

大部分法官每年要在判决工厂里生产几百件产品，通常无暇顾及生产工具（法律）自身的问题。他们在司法流水线上是这样工作的：首先，认定事实，这是一个经验确信的过程，不涉及规则自身的问题；其次，将认定的事实恰当归类到某个规则“假设部

^① [美]约翰·罗尔斯著：《正义论》，何怀宏、何包钢、廖申白译，中国社会科学出版社1988年版，第4、5、136页。

分”可涵盖范围内,以便可以使用这个规则,这一步涉及两种经验的对比(一种“经验”可能是想象的),以及对规则“假设部分”和本案重合度的解释(说明该规则适用于本案的理由),也不涉及规则自身的问题;最后,适用上述规则进行三段论推理,仍然不涉及规则自身的问题。可以看出,在判决生产过程中,法律只是作为三段论演绎推理的大前提,并不是法官研究的对象。只有当法官关注到规则本身的合理性时,才可以说他们不只使用规则,而且开始研究规则。

二、人品

规则不是法律知识分子的工具,而是他们的研究对象。他们的工作不是适用法律解决问题,而是揭示法律产生的背景、原因和改进的可能。他们要回答四个问题:“规则为什么是这样”(各部门应用法学家)、“规则是什么”(实证主义法学家)、“规则应该是什么”(自然法学家)、“规则产生了怎样的社会效果”(社会法学家)。然而,现实中有一些法学家耐不住寂寞,追逐利益或向往权力,丧失了学术研究必须的独立精神,法律便不再是其研究对象,而成为其牟取利益和权力的工具。因此,他们是法律机会主义者和法律实用主义者,而不是法律知识分子。法律知识分子必须具备以下品格:

不屑权力。很多自诩为“知识分子”的“学者”以满足权力阶层的需要换取权力分配的资源,一边鞭挞权力的潜规则,一边寻找各种可能使用的潜规则倒向权力的怀抱,完成由“仕”到“官”的身份转换。自废除科举后,知识分子进入仕途的制度化通道被阻塞,但其进入权力阶层的冲动从未被消灭。即使他们被权力边缘化,下放到农村接受再教育,也没有减少拥抱权力的渴望。这是

因为,中国自古是一个权力社会,一切社会资源围绕权力配置,待遇、地位甚至死后被埋葬的地点都与权力有关。故,各行业的优秀人士都飞蛾扑火般想当官。中国 76.4% 的大学生愿意考公务员,而西方只有 5%。^① 在一个全民争先恐后做公仆的地方,“公仆”的含义就值得反思了。在学而优则仕的价值观下,部分法学者们认为只有当官才能实现人生价值。他们的理想是从规则的研究者变为规则的使用者,具备管理能力的治学者担任行政职务后,不能做到管理和科研能力兼顾。管理能力和科研能力难以集于一身:前者要求融入世俗社会,生存于迎来送往的市井百态中,才能游刃有余地沟通、激励、控制被管理者;后者需要走进孤独的精神世界,并长久地流连其中,在苦闷彷徨中思索自然和人性,才能洞察别人视而不见的玄妙现象,读懂现象间的微妙联系。这两种境界是不相容的,得心应手的管理者做不了大学问,学贯中西的泰斗做不了管理者。

远离利益。1996 年牛津大学拒绝了沙特富翁捐款 340 万美元建立工商管理学院的请求,校监们决定“有着古老传统的牛津大学应该远离沾满铜臭味的工商教育”。^② 相反,如果做不到淡泊明志、不为利益所动,就会丧失独立性,无法履行“社会良心”的监督责任。法律研究者容易与法律使用者结为利益联盟,尤以应用法学为甚,它是可以直接换钱的学问。比如,证券法学家可以被

① 中央电视台[新闻 1+1]“考上公务员,你就幸福了吗?”(20121024)、“大学生愿意当公务员的比例,新加坡 2%,美国 3%,法国 5.3%,日本求职意向当中公务员位居 53 位,英国公务员被大学生排入 20 大厌恶的职业榜,在中国 76.4% 的大学生愿意考公务员”,载 http://news.cntv.cn/china/20121024/109274_shtml,最后访问时间:2013 年 9 月 18 日。

② 李亚玲:“可贵的大学精神”,载《科技智囊》1998 年第 8 期(总第 37 期),第 13 页。

聘为上市公司的独立董事,商法或经济法学家可以被聘为公司顾问,刑法学家可以被雇为辩护人。在法学研究者中,法理学家离利益最远,他们研究法律的内核,属于纯粹理性思考。即使这样,他们也通过举办司法考试培训班、编写考研教材来挣外快。在急功近利、浮躁宣泄、一切向钱看的大环境下,坚守学术、甘愿清贫的法律知识分子会被认为是一朵失意潦倒、与现代社会格格不入的奇葩。“现实中知识分子为了个人的利益,大都投靠于政治集团和商业集团,对既定的社会秩序丧失了批判的锋芒。”^①

不做公知。公知们以公众代理人身份自居,通过在公众媒体进行普及性的知识传播、发表权威性专家意见,获得象征性权力——一种诸如“大V”的一呼百应的号召力。这种象征性权力体现在左右群众的意见、控制舆论的走向,但不具有实体资源分配的能力。故,公知的象征性权力只是一种臆想权力。公知法学家到处参加研讨会、论证会、自己组织定期的沙龙,去全世界演讲,给企业培训班上课,找各种机会参与公众媒体的案例评析;其论文从法律视角迅速回应最时髦的社会问题,“在最流行的知识样式与风气之后潜藏着知识分子创造力的匮乏与思想的懒惰——在最多的文章里显示着最少的思考”。^②为了迎合观众口味,作秀、煽情不仅是他们的技能,也是他们的“学术进路”。他们在媚俗的表演中,广交人脉、发现机会、沽名钓誉,获得一大堆“理事”、“委员”、“秘书长”的头衔,如果遇到合适的时机就“学而优

^① [英]保罗·约翰逊著:《知识分子》,杨正润等译,江苏人民出版社1999年版,译序第2页。

^② 张仲民:“‘公共知识分子’或是‘介入的旁观者’?”,载《书屋》2004年第4期(总第78期),第29~33页。

则仕”。在公知法学家那里,客观中立、超然严谨的治学态度早已没有了踪影,王国维在《人间词话》中所说的“治学三境界”,看起来像一个笑话——众里寻他千百度,蓦然回首,那人却在电视里。

具有批判精神。批判是知识分子的天职,“从事批评和维持批判的立场是知识分子生命的重大方面”。^①法律知识分子以揭示制度瑕疵、推进制度完善为己任,将对现实制度的批判作为一般性工作。他们把制度文明进程中的错误视为自身的问题,常怀“为天地立心,为生民立命”的负罪感。“知识分子的批判使命应该长期存在下去,不管在什么制度下。”^②他们不仅具有批判的能力,还有批判的勇气,既不屈服于外界的强势,也不屈服于自身的欲望。无欲则刚,淡泊的欲望给予了他们超越世俗的态度和无视权贵的勇气,把精力从对利益和仕途的关注,转向对政策、制度和民权现状的批判。

具有独立精神。思想的生产需要自由的心境,这是一种安贫乐道的简单心态。如果欲望太重,不满足简单的生活,就会投靠强势集团,从而丧失自由选择立场和观点的骨气。何怀宏说:“对那种在巨大生存压力和社会压力下的妥协,我们还是要尽力去理解。当然,如果说今天我们已经走过了那个最严酷的时代,知识分子再要扭曲自己以获取丰厚名利,就不能再逃避‘放弃自己的独立性’的指责了。”^③独立精神的儒家解释就是“君子不党”。在学术资源由权力计划性分配的体制下,法律知识分子的独立精神

① [美]爱德华·W. 萨义德著:《知识分子论》,单德兴译,三联书店 2002 年版,第 16 页。

② [法]雷蒙·阿隆著:《阶级斗争》,周以光译,译林出版社 2003 年版,第 202 页。

③ 何怀宏:“知识分子,以独立为第一义”,载《读书》2012 年第 5 期,第 3 页。

尤其珍贵。因为独立意味着放弃,这需要放下欲望的超脱和固守学术的坚毅。有一个榜样实践了这种独立性,他就是胡适。其拒绝了汪精卫要其做教育部部长的邀请,也拒绝了蒋介石要其做国民政府委员兼考试院院长的邀请,他在给傅斯年的信中说,如果接受“蒋先生的厚意”,不但“毁了我三十年养成的独立地位”,还会“成了政府的尾巴”。^①

具有科学精神。法律知识分子不是技术实用主义者,而是法律科学家。科学以探索自然或社会的因果联系、揭示真理、满足人的知识需求(求知欲)为目的,而不以成就技术、满足人的功利性需求为目的。“科学不是为了技术”反映在法学研究上,就要求法律知识分子对法学不持技术实用主义的立场,而持科学主义的立场,前者将法学研究视为法律应用(立法、执法、司法等法律活动)的工具,法学研究围绕法律应用展开并以法律应用为目的;后者像对待科学一样对待法学,以揭示真理为目的,不把法学研究(法律科学)的目的认定为法律适用(法律技术)。法律知识分子的科学主义的法学观,表现为法学研究的目的是探索规则的起源、结构、理性、应然和效果,而不迎合、不姑息立法、执法、司法的政治需求,不把自己视为对突击式立法、运动式执法、舆论导向性司法进行正义化包装的工具,不把法学研究看作为立法和司法服务的“理论指导”,不以被立法者采纳和给司法者提供专家意见为荣耀。

享受孤独。他们是理性的殉道者和精神的出家人,其肉身与大众分享了尘世,而精神却活在符号、意义、价值的抽象世界。他们下意识地把“时空”和“人”划入他们的研究对象,而不视为生命

^① 《胡适全集》(第25卷),安徽教育出版社2003年版,第220~221页。

的载体和生活的伴侣。他们通常缺乏社交技巧,甚至无法融入世俗生活,压抑和孤独一生。然而,文明是压抑后的思索、孤独中的自语。法国作家普鲁斯特说过:“所有杰作都出自精神病患者之手。”这句话与下面的名单提醒着我们,在我们享受孤独酿造的精神盛宴时,一定要向我们无法进入的他们的精神世界致敬:米开朗基罗、罗丹、蒙克、达利、梵高、海明威、三毛、老舍、海子、顾城、尼采……可是,在信仰真空的地方,在泛商品化时代,实用主义盛行,学术成果以科研经费为评价指标、学术影响以行政职位为判断标准,“在这样的一种消费文化的背景下,作为立法者的知识分子没有立锥之地”。^① 在灯红酒绿的城市,歌舞升平的夜晚,面对男欢女爱的嬉闹,迎来送往的寒暄,谁还在研究法理? 他们是另类,在被边缘化的角落里享受着寂寞,不像为官的“学者”,在春风得意时,以“君子之为学也,以明道也,以救世也”自勉;一旦被边缘化,就会从“以天下为己任”的儒家精神,转向老庄的无为和佛教的遁世。法律知识分子始终陶醉在自己的意境里,他们知道,孤独是思想者的奢侈品。

三、人生

人生有三个境界:第一个是满足自己,让自己合法地为所欲为,这需要钱;第二个是影响他人的生活,按照自己的想法塑造世界,这需要权力;第三个是影响他人的信念,用自己的理论改变他人的观念、用自己的知识塑造他人的理性,这需要思想。法律知识分子同样也有三个境界:第一个,用法律研究谋生;第二个,用法律研究改变制度;第三个,用法律研究影响人们对正义、自由、

^① [英]鲍曼著:《立法者与阐释者》,洪涛译,上海人民出版社2000年版,第223页。

平等的观念。法律知识分子不仅是一个思想者，还是一个艺术家。用逻辑解释灵感的是思想家，用载体展示灵感的是艺术家。作为思想者，法律知识分子把自己关在“形而上”的高处，自洽地论证思想的火花；作为艺术家，法律知识分子将瞬间盛开的灵感用原则、规则、概念展示出来。他们在规则建构的空间里孤独着、骄傲着、幸福着。孤独是由于少有人进入，骄傲是由于这里盛产思想，幸福是由于他们知道——对学者评价时，不看生前，而看死后。

人生有三个阶段。年轻的时候，知道有一个人捧着幸福在前方等着自己，那人一定会出现，只是早晚，所以带着希望上路；中年的时候不敢确定那人是否还会出现，就像摸彩票，带着侥幸上路；老年的时候，肯定那人不会出现了，带着绝望上路。而法律知识分子或许也要经历这样的三个阶段，只是那个捧着幸福的人变成了“正义”。开始的时候，以为自己研究的正义一定会实现，只是早晚，于是希望着、燃烧着；到后来，觉得正义也许能实现，于是思索着、批评着，再后来……

在浮躁环境里，似乎发现真理、探索正义、推进制度变革的社会责任感只是革命年代遥远的回忆。但法律知识分子会坚守自己的品格——他们是文化的，而非政治的；是独立的，而非附庸权力的；是自由的，而非为利益代言的；是批判的，而非颂扬的。他们经常提醒自己“士不可以不弘毅，任重而道远”。

在朝圣的路上，幸福的人是可耻的。

目 录

| | |
|-----------------|----|
| 序：法律知识分子 | 1 |
| 第一章 规则 | 1 |
| 第一节 规则的作用 | 1 |
| 第二节 规则的效力 | 7 |
| 第三节 规则的实效 | 15 |
| 第四节 潜规则 | 19 |
| 第五节 规则的道德性 | 27 |
| 第六节 权力与规则 | 36 |
| 第二章 法律 | 44 |
| 第一节 法律的身世 | 44 |
| 第二节 法律的后台 | 50 |
| 第三节 法律的精度 | 55 |
| 第四节 法律工具论 | 58 |
| 第五节 法律仪式 | 64 |

| | |
|------------------|-----|
| 第三章 价值 | 68 |
| 第一节 价值多元化 | 68 |
| 第二节 正义 | 70 |
| 第三节 真 | 79 |
| 第四节 善 | 113 |
| 第五节 美 | 118 |
| 第六节 坚持的假象 | 123 |
| 第七节 敬业 | 126 |
| | |
| 第四章 法律共同体 | 130 |
| 第一节 角色和价值观 | 130 |
| 第二节 职业价值 | 138 |
| 第三节 纵向分化 | 154 |
| 第四节 横向分化 | 161 |
| 第五节 隔代承业 | 174 |
| 第六节 家庭 | 187 |
| 第七节 另类 | 193 |
| | |
| 第五章 人性 | 205 |
| 第一节 性格 | 205 |
| 第二节 感性 | 214 |
| 第三节 理性 | 232 |
| 第四节 愚蠢 | 238 |
| 第五节 驱动 | 243 |
| | |
| 跋：主动守法 | 259 |

第一章 规则

第一节 规则的作用

在某种意义上,制定和遵循规则是在走捷径,可大大减少社交成本,允许提高效率的集体行动。

——弗朗西斯·福山^①

德国系统论法律社会学家吕曼认为,如果没有规则做预期,人的行为存在“双重偶然性”(Double contingency),一个人“期望的期望”(Expectation of expectations)很难与另一个人的“期望的期望”相吻合,两个人极易产生冲突。要让两个人“期望的期望”相吻合,就需要让自己的行为可被别人预期,实现这个结果的唯一方法就是让社会统一规范。社会的一般规范为人们的行为建立了持久的、稳定的、安全的预期。规则的作用就是协调每个人的“双重偶然性”或“期望的期望”,使人们可以相互预期。^②

^① 弗朗西斯·福山著:《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社2013年版,第431页。

^② 吕曼著:《法律社会学理论》,英译本,伦敦Routledge & Kegan Paul公司1985年版,第25~26页。

规则包括礼仪、语法、竞技规则等各种规范。规则由社区^①成员共同制定,或逐渐形成且被公认,因此,每一个社会成员都被他人假定为遵守该规则,整个社区在这种预期下获得了秩序。规则的两个重要作用就是安全感和底线。缺乏规则或者规则被破坏的直接后果就是无法预期他人的行为,从而无法形成秩序,人们对未来缺乏安全感;另外,没有规则的领域,行为不择手段、没有底线,凭空增加各方的博弈成本和行为责任,最后可能导致整个社区的崩溃。

我们不妨通过类比体育与政治,说明规则的作用。

体育和政治都与人的本性有关。体育得益于人好斗的本性,攻击和侵略是动物的本能。政治缘于人追求权力的本性,权力是在动物满足基本需求后的高层次需求。好斗和追逐权力既是本性,就不能被教化磨灭,也不能被修炼改变。所以,不仅暴力仿真(如拳击、摔跤、击剑)、暴力冲动(如幼儿暴力^②、自家灭门^③、校园枪击、女生群殴^④、幼儿园杀戮^⑤)、暴力欣赏(如电影、小说等形式的暴力作品、杀人示众)由来已久,而且整个人类的历史就是一部侵略和掠夺的暴力史;所以,从政情结——规则化、系统化地获得

① “社区”可以是实体概念,即地理共同体,也可以是虚拟概念,如职业共同体或行为共同体。

② “两幼师指挥女孩掌掴男童向打人者父母邀功(图)”,载 <http://news.sohu.com/20100516/n272143200.shtml>。

③ “江西吉水县八都镇发生一起特大杀人案 8 人死亡”,载 http://www.jx.xinhuanet.com/news/2010-05/09/content_19731144.htm。

④ “两少女遭同班女生脱衣殴打 6 小时并强拍裸照/图”,载 http://news.ifeng.com/society/2/200612/1227_344_55104.shtml。

⑤ “继福建、广东之后,江苏泰兴中心幼儿园又现杀人”,载 <http://club.eladies.sina.com.cn/viewthread.php?tid=2491188&page=1#pid10679371>。

权力,不仅激励着各行业成功人士前赴后继地放弃已有事业而飞蛾扑火(学而优则仕、商而优则仕、演而优则仕),而且迷幻着体制内人物不离不弃、执迷不悟(如背井离乡的泰国前总理他信)。

体育和政治的显著区别在于:体育是文明规制下的暴力,政治则将暴力隐藏于文明。体育规则具有至高无上的效力,如同法制所倡导的程序正义优于实体正义一样,体育精神的一项重要内容就是过程优于结果,输赢姑且不论,手段必须合规。相反,政治存在不择手段的情形,在某些政治环境里,为了权力,没有什么不能做的,直到对手被消灭,异己被铲除。所以,政治应向体育学习,体育所崇尚的规则至上是政治进化的理想。

一、体育

侵略和进攻是动物的天性。无论进化得多么高等、被教化得如何绅士,人也摆脱不了动物性的一面。人们乐于争斗,源于争斗不仅可以获得稀缺性资源(如食、色、权利、荣誉),其本身还可以带来快感——释放“利比多”(libido)。领袖说过:与天斗其乐无穷;与地斗其乐无穷;与人斗其乐无穷。即使一个缺乏冒险精神的民族也喜欢欣赏暴力,如对武打片或复仇类作品的热爱就亘古不衰——以正义的名义幻想、观赏、品味、评价暴力争斗;虽然欣赏者的道德观排斥对无辜者的暴力(无厘头武打),但却期待和颂扬着对恶的暴力(复仇)。

体育依赖于人好斗的本性,其带有太多暴力色彩:以体能消耗、肢体冲突、力量对抗为表现,以战胜对手为目的,胜负依赖于力量、敏捷、耐力和攻击能力。在这一点上,体育与原始战争无异。发展体育运动,尤其是竞技体育,可以发泄暴力冲动、增进社会和谐:体育在将个体多余能量排遣掉的同时,将人的战斗欲变