

湘潭大学法学院博士文库

法学： 理想与批判

(修订版)



【胡旭晟◆著】



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

湘潭大学法学院博士文库

法学： 理想与批判

(修订版)

【胡旭晟◆著】

湘潭大学法学院博士文库编委会

(以姓氏拼音为序)

陈刚	陈晓红	程燎原	杜雄柏	冯晓青
何文燕	洪永红	胡平仁	胡肖华	胡旭晟
黄明儒	黎晓平	李伯超	李交发	刘健
马长生	邱兴隆	宋世杰	唐世月	汪太贤
王继平	谢勇	杨翔	张全民	



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法学:理想与批判/胡旭晟著.一修订本.—北京:
法律出版社,2004.12

(湘潭大学法学院博士文库)

ISBN 7-5036-5237-3

I.法… II.胡… III.法学—研究 IV.D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 121305 号

法律出版社·中国

责任编辑/卞学琪 尚利准

装帧设计/温 波

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/11.125 字数/282 千

版本/2004 年 12 月第 1 版

印次/2004 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939654

传真/010-63939701

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782 中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636 中法图苏州公司/0512-65193110

中法图深圳公司/0755-83072995

中法图重庆公司/023-65382816/2908

中法图西安分公司/029-85388843

书号:ISBN 7-5036-5237-3/D·4954

定价:22.00 元

总 序

自 20 世纪 70 年代末以降,中国社会进入全面转型的伟大时期。在这巨大、深刻而剧烈的变革中,市场经济迅速成长,民主政治渐次展开,法律教育亦随之获得史无前例的大发展。

此一时期,湘大的法律教育同样有了惊人的发展:每十年跃上一个崭新的台阶——1983 年正式建系并招收第一批法律本科,1993 年获得第一个法学硕士学位授权点,2003 年又获第一个法学博士学位授权点。这每一个十年,都是湘大法学人艰苦创业、辛勤耕耘的十年,都是湘大法学事业蓬勃发展、欣欣向荣的十年,也是湘大法学院走出“深闺”、逐渐为社会和学界认知认同的十年。

在这二十余年的发展中,湘大法学院逐渐吸引、培养了一大批优秀的中青年学者。这些中青年学者在校内校外老一辈法学家的扶持下,勤于学习、勇于探索,自身素质不断提高,学术影响不断扩大。于湘大而言,他们既是承前启后、继往开来的一代,也是朝气蓬勃、锐意进取的一代;他们是湘大法学院事业发展的受益者和见证者,更是湘大法律教育和法学研究的中坚与栋梁。

如今,这些中青年学者绝大部分均通过自身努力取得了博士学位。作为最高学位的获得者,他们具有较为坚实而宽广的理论功底、系统而深入的专业知识;而作为较为年轻的一代学人,他们视野开阔,文思敏锐,不囿成见,敢于创新。在某种意义上,他们正是年轻而

富有朝气和锐气的湘大法学院的表征,也代表着湘大法学事业的未来和前途。

有鉴于此,经与法律出版社研究协商,我们决定以本院中青年教师中的博士学位获得者为作者范围,选辑、出版《湘潭大学法学院博士文库》。大凡本院博士之学术专著、文集、译著及资料整理等,只要达于一定学术水准且合乎学术规范,均可入选。

我们期望,通过这一学术系列丛书的出版,其一,使得湘大法学院学术风貌的一个侧面,能够以一种整体的方式呈现给社会,让社会和学界能够更多、更深地了解湘大法学院;其二,为社会贡献一批有分量的法学作品,既为我国的法学繁荣和法治发展略尽绵薄之力,也以此答谢所有曾经关心和支持过湘大法学院发展的前辈与朋友;其三,更重要的是,也让我们能够更多地与社会和学界交流,并接受广大读者的检验、批评和帮助。毕竟,无论是这些中青年学人还是湘大法学院本身,都时刻需要社会和学界各方面的关爱和帮助。

文库面世,春暖花开。我们期望,本文库能够成为显露中国法学事业“春江水暖”的一个消息,预示中国法治发展“秋高气爽”的一个音讯。

《湘潭大学法学院博士文库》编委会

2004年4月

内 容 提 要

作者在本书中以一名学者所特有的理想主义与批判主义精神,对法学研究和法治建设中的一些基本问题进行了探讨,并就法学的基本内涵及其精神理念、法治的根本原理及其具体的现实问题、学术批评的基本规范及其实际运用等,提出了自己独到的见解;同时,书中的部分内容还反映了作者就法学书刊的编辑理念和风格追求所做的尝试。

目 录

上 篇

“法学”的层次分析	
——知识、智慧与精神	(3)
“法学”的侧面分析	
——法学是“科学”加“哲学”	(11)
法学的理念	
——关于法学精神与法学教育的对话	(17)
理性批判·理想主义	
——论法理研究之精神	(43)
论法的理想	
——兼与刘作翔先生对话	(63)
什么是“法治”?	
——我的基本理念	(97)
守法论纲	
——法理学与伦理学的考察	(113)

中 篇

我们的学术批评如何进行	
——关于《走向权利的时代》一书讨论的感想	(135)

湘潭大学法学院《走向权利的时代》讨论会纪要·····	(156)
也谈“传统法学”	
——与封曰贤先生对话·····	(174)
评《中西法律文化比较研究》	
——与张中秋先生对话·····	(179)
话说法学之难易·····	(188)
我们为什么需要法治	
——民众的困惑与学者的责任·····	(198)
对我国廉政建设的初步反思·····	(212)
“廉政”透析	
——以历史和理论为视角·····	(223)
“法制地方保护主义”剖析·····	(239)
调解透视·····	(250)
“守法”现代化:中国法制现代化的一个关键·····	(255)

下 篇

法治如何让政治清明·····	(263)
法律可以打折扣么?	
——反思数罪并罚的原则·····	(272)
双百方针与言论自由·····	(277)
法治的思维与思维障碍	
——从评说叶利钦交权事件谈起·····	(284)
如何让人们“守法”·····	(288)
论守法与违法的基本原理	
——一种法经济学的分析·····	(293)
感悟法官袍·····	(305)
法律报刊的另一种职责·····	(309)
注释别议·····	(311)

说说“书评”.....	(313)
学术文章的文风文笔.....	(318)
走近非洲法	
——《非洲法导论》序.....	(320)
呼唤“民国法学经典文库”.....	(324)
《瞿同祖法学论著集》出版侧记.....	(327)
《湘江法律评论》	
——“开卷致辞”.....	(333)
《湘江法律评论》第二卷“卷首语”.....	(335)
《湘江法律评论》第三卷“卷首语”.....	(337)
《湘江法律评论》第四卷“卷首语”.....	(339)
《湘江法律评论》第五卷“编后小记”.....	(342)
后记(一).....	(345)
后记(二).....	(347)

上 篇

“法学”的层次分析*

——知识、智慧与精神

时下里,法学已经成为一个相当热门的学科。然而,究竟什么是“法学”?这恐怕是首先需要追问的。依据常识,法学就是研究法律现象的科学。这样的认识当然不错,但毕竟不够真切,多少显得过于笼统、过于空洞、甚至大而无当,至少,它不能告诉我们,“法学”作为一门科学究竟具有怎样的品性、其内在的灵魂是什么,人们又该以怎样的立场和态度来观照她,以及,我们究竟可以从“法学”之中得到些什么,等等。这些问题无疑都应当成为我们认识和理解“法学”的必要角度,而正是由这样的问题和视角出发,我将法学分解为三个层次(不是在具象或形式逻辑的意义上)——知识之学、智慧之学、精神之学,在我看来,它们代表着法学之于人类的真正意义。

一、法学作为知识之学

作为一门科学,“法学”首先表现为一种知识系统,而支撑这一知识体系的又主要是如下两个方面:一是各种有关法律和法学的专门的概念、术语、命题和判断等等,它们构成“法学”的基本细胞;二是由

* 本文原载《法学》1999年第7期,人大复印报刊资料《法理学·法史学》1999年第9期全文转载。

前者按照一定方式组合而成的法律条文与法律原则、法律理论,它们构成“法学”的基本骨架。这两方面的结合,便组成了法学及其各个分支领域的“硬件”。同时,由于它们是真真正正可以言说、可以分析、可以传承的“知识”,因而也构成了法学教育中各门专业课程的核心内容。当然,作为“知识”,这里真正重要的并不是变动不居的法律条文,而是赖以构成条文且相对稳固的各种概念、术语、命题、原则以及各种法律理论。

这些“知识”乃是法学最表象也最基本的层次,其意义主要在于:第一,它使得法学成为较为严格意义上的“科学”,成为一门具有内在逻辑体系并且十分专门化的科学,也在很大程度上成为亚里士多德所说的“纯粹理性”的、思辨的科学。第二,它代表着法学的“专业槽”,构成法学与其他科学的基本分界(当然,这决不意味着笔者主张法学与其他学科的绝然分割,我只是强调法学学科应有的专业性),从而也是在法学领域避免犯常识性错误的前提条件。第三,它代表人类的一种知识传统和交往的渠道、桥梁或工具,它使得不同时代间的传承与不同国度间的交流在法律领域成为可能。第四,它是人类的一种智识积累,代表着人类生活智慧与精神信仰的一种不可或缺的载体。

总之,知识之学构成法律科学的“硬件”和躯体,在很大程度上,它是每一个试图踏入法律领域的人(尤其是法学院学生)必须首先牢固掌握、甚至必须死记硬背的东西(特别是那些专门的概念术语、命题判断),也应当是人们从事法律实践和法律学术研究的先决条件;只有真正进入这一领域并掌握了它的基本知识,人们才不会错把“无罪推定”理解为是将“无罪”“推定”为有罪,才不会“创造”出“文学刑法学”、“文学民法学”之类的“新”学科^①,才不会犯其他各种各样的

^① 这种对于“无罪推定”的“新”理解,以及这些法学“新”学科,都绝非出自笔者的杜撰,而的确是现代中国社会生活中存在过的事实。

常识性错误,也才谈得上争取做一个合格的法律工作者和法学研究者……

二、法律知识 with 法律智慧

习惯上,人们总以为读书就是学知识,其实并不尽然。因为所谓“知识”,它无非是人类认识的成果或者结晶,是对既有现实的反映,是相对凝固的东西;仅仅掌握或拥有这种“固化之物”,我们能否应付生活千变万化的需要实在大可怀疑。为了改善我们的生活和世界,或许更为重要的,还是对知识的运用、尤其是创造;而这种运用和创造,我以为当归于“智慧”的范畴。换言之,对于“智慧”,我们不妨将她理解为运用知识和创造知识的能力、方法、技巧、甚或思维方式;毫无疑问,她是异常灵动的,充满着活力与开放性、创造性。诚然,智慧通常隐含于知识之中,知识是智慧的主要载体,也是达于智慧的重要途径,但正如古人所谓“言不尽意”、“得意忘言”,那种“言”与“意”的关系大约也可用来类比“知识”与“智慧”;或者说,学到的许多具体“知识”被遗忘掉(这经常发生),这是无关紧要的,但是,通过学习知识而获得的“智慧”(或称之为能力、技巧、方法、思维等等)却应当长久地存留下来,因为,在实际生活中,我们主要依靠的,正是智慧而非知识。所以,知识固然要学,但智慧更为重要(尽管,必须首先学好“知识”,然后方可获得“智慧”)。

法律领域的情形亦复如此。当我们言说“法律知识”的时候,如前所述,那多半是指那些有关法律和法学的概念范畴、命题判断以及由此组合而成的法律条文、法律学说。因而,倘若某人能够讲出一些法律术语、了解一些法律条文,那意味着、也仅仅意味着,他已掌握了一定的法律知识;而单纯的传播与掌握法律知识(尤其是法律条文),这几乎还仅仅属于一般性的普法教育范畴(这一任务通常也能经自学而完成)。

然而,在现代社会,仅仅掌握一定的法律知识是远远不够的,更

重要的是,人们还应当善于运用法律和法律知识来分析和处理各种事务(这一方面是因为现代社会事务的错综复杂必须有法律规则的调整才能高效率地运作,另一方面是因为人们——特别是从事法律职业的人们——置身于这等纷繁交错的社会之中必须切实依靠法律的指引才能顺利地生活和工作),这就必须精通(至少是某一领域内)实在法的规则、谙熟诉讼程序和诉讼技巧、擅长法律推理和法律解释等等;所有这些,均已超出法律知识的范畴而具有了“法律智慧”的属性;对这种法律智慧的培养,应是法律职业教育的主要职责。不过,在我看来,善于运用法律和法律知识,这还只是一种初级的、甚或工具性的智慧;只有能够创造法律知识或者能够深刻地洞察并自觉地推动法律的历史发展,那才是高级的、也是真正的法律智慧;对此种法律智慧的培养,也才真正是高等法学教育的历史使命(尽管严格说来,“智慧”主要不能直接依靠传授而获得)。只有在这一阶段,法学作为实践科学的本质才可充分展现出来。

从法律知识到法律智慧,对其间的递进关系,若从其主体来考察,我们不妨作如是观:具有一定的法律知识,这是合格的现代公民之必备条件;拥有初级的法律智慧,此为“法律工匠”之标志;富有高级的法律智慧,方始为真正的法律家(不管其为学者、立法者,还是法官、检察官或律师),而其中之著者可称为“法律大师”。^①

三、法学作为智慧之学

在古代西方,最早出现的“法学”一词在拉丁语里指“法律的知识”和“法律的技术”,这里的“技术”,依我看,就已超出知识之学的范畴而具备了智慧之学的性质和特征。其实,我们真正应当从“法学”

^① 从我国目前的教育体制来看,各种普法教育当旨在培育合格的现代公民,各种法律职业教育(主要指中专及专科层次)意在输送社会急需的“法律工匠”(或“法律技术工人”),而法学高等教育的真正使命当是努力造就优秀的“法律家”。

之中获得的,恰恰主要就是关于法律这种“技术”的能力、方法、技巧和思维。

作为智慧之学,法学首先意味着对法律及其意义的深切领悟,意味着法学乃是我们改进生活的力量之源、也是一个社会开拓生活的利器和法宝(几乎每一个社会改革家都必须借助于法律这一工具和手段,在现代社会尤其如此)。在这里,法学要求于我们的,绝不是简单地记忆和注释条文,而是透彻理解各种法律概念、法律理论,熟练掌握各种立法技术、法律推理和法律解释的方法,牢固把握各种深刻影响法律生活和法律发展的因素。由此,我们要真切地了解法律条文是怎样构成的、条文的真实内涵如何确定、法律和法学知识于我们的生活及所面临的问题有何意义、在实际操作中究竟怎样运用它们快速有效地解决疑难,等等。事实上,作为一门实践科学,“法学”的要旨之一就在于它能够便利地操作,能够为人类解决问题提供一种独特而有效的工具和技术;而法律职业之所以能在现代社会里成为一种时尚和热门,或以“生活”的眼光来看成为一种可靠的“饭碗”,其主要原因亦在于此。当然,假若能由此进而洞悉法律的变迁、把握法律的命脉,那自然是又一种更高的境界了。窃以为,这些都是一个真正的法律工作者所应当努力获取的智慧。

作为智慧之学,法学还意味着法和法律不断进化、发展的无限可能性,意味着法学是一个促进人类向前发展的开放的试验场和不断释放能量的推动器。此时,法学要求于我们的,已不仅仅是深切地领悟法律及其意义、以便充分和有效地加以运用,而更是深入地研究各种法理精义、并对法律价值有自己广泛而独到的理解,从而能够对法律概念和法律理论的创新、对立法技术和推理解释方法的发展、进而对人类法律的不断进步等做出新的贡献。在这里,人类法律发展(以及由此影响和决定着的社会发展)的各种前景与途径被不断地假设和论证,人类运用法律解决疑难的各种新方法、新思路被不断地提出、并得到不断的检验,所以,正是因为法学这一智慧之学的存在,人

类文明(不单单是法律文明)的发展才得以免除无数的失误、并获得无穷的动力。

不过,在最通俗、最经常的意义上,法学作为智慧之学就是人的一种思维方式,因而,投身于法学便意味着改进我们自身的思维。这里的法学要求人们养成一种以“法”为坐标的思维方式或思维习惯。一方面,这种思维方式意味着习惯于以法律作为评价的尺度,合法还是违法、是否应当受到法律的保护或者是否具有法律上的意义等等,这成为我们审视他人行为和自身行为的独特标准与内容;另一方面,这种思维方式更意味着法律成为我们分析社会、解决问题的惯常角度和擅长工具,意味着一种“法治思维”(依法而治、依法而行的思维)的形成,甚至意味着我们的行为处世方式也深受法律的浸染:不仅仅是“依法办事”,而且是,只要事关法律,我们总会多一层敏感,多一些兴趣和关注。所有这些,都是法学作为智慧之学给予我们的熏陶,也是我们应当从“法学”之中获取的东西;而在其背后,深藏着的,则是法律的真精神和人类对法的坚定信念。

四、法学作为精神之学

如前所述,法学无疑是要传播“知识”的,但投身法学之后,如果满腹知识而不能化作灵动的“智慧”,那也不过是于事无补的书呆子而已;所以,法学还要进而磨炼人们的智慧。但是,智慧本身也可能用于邪恶的目的,甚至,法律智慧越高,破坏法律、危害社会的“本领”也可能越大,西方社会的“法律杀手”即由此而来。因此,依我的看法,法学还应是精神之学,它应当全面展现、并传播法律的真精神;这无疑是比“智慧之学”更高的层次,但同样是“法学”的题中应有之义,因为法律原本就不单单是一种规则体系,它同时还是一种精神的集合体;也只有作为精神的结晶和载体,法律和法学才真正是属人的东西或者说才真正是合乎人类本性的东西。当然,在这里,我们需要对“精神”做一种比较严格的理解,应当把她看成一种代表社会理性的