

湘潭大学法学文丛

法学

:

理想与批判

● 胡旭晟 著 ● 湖南人民出版社

·湘潭大学法学文丛·

法学

理想与批判

● 胡旭晟 著 ● 湖南人民出版社

D90/44

责任编辑：曾赛丰
装帧设计：尹文君

法学：理想与批判

胡旭晟 著

湖南人民出版社出版、发行
(长沙市银盆南路78号 邮编：410006)

长沙青山印刷厂印刷

1999年7月第1版第1次印刷
开本：850×1168 1/32 印张：12.25

字数：295000 印数：1-2000

ISBN7-5438-2030-7

D·251 定价：22.00元

目录

理想篇

- 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” /12
- 法学的理念
——关于法学精神与法学教育的对话 /18
- 理性批判·理想主义
——论法理研究之精神 /46
- 无讼:“法”的失落
——兼与西方比较 /69
- 论法的理想
——兼与刘作翔先生对话 /99
- 什么是法治
——我心中的理念 /118
- 守法论纲
——法理学与伦理学的考察 /135

批判篇

- 说说书评 /161
- 学术文章的文风文笔 /166
- 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 /168
- 湘潭大学法学院《走向权利的时代》讨论
会纪要 /192

●也谈“传统法学” ——与封曰贤先生对话	/212
●评《中西法律文化比较研究》 ——与张中秋先生对话	/218
●清代法律教育之评估与当今法学教育之 改进 ——与张伟仁教授对话	/228
●“描述性的法史学”与“解释性的法史 学” ——我国法史研究新格局评析	/253
●先秦名家法律观批判 ——以理论逻辑的分析为主体	/264
●中国古代法结构形式特点刍议 ——兼谈法史研究的一个理论问题	/296
●中国“五刑”传统透视	/305
●话说法学之难易	/321
●双百方针与言论自由	/332
●对我国廉政建设的初步反思	/339
●“廉政”透析 ——以历史和理论为视角	/350
●“法制地方保护主义”剖析	/367
●调解透视	/379
●“守法”现代化:中国法制现代化的一个 关键	/384
后记	/389

理想篇

“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”的必要的角度，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

^{*} 本文1996年3月初稿于北京，1999年3月定稿于湘潭。

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，它是人类的一种知识积累，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 与 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。为着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，智慧通常隐涵于知识之中，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），这是无关重要的，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

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

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”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，决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

^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”。

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，法学还要进而磨练人们的智慧。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；这无疑是比较“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东西，或者看作是体现人类良知和一定道德境界的东西。这样，充分体现、并广泛传播法律的精神，就应当成为法学的本质。

作为精神之学，法学所应体现和传播的具体精神因时代而异，但我以为最重要的，莫过于“秩序”精神、“正义”（“公正”）精神和“自由”精神（现代社会高度崇尚的“效益”价值，在法律领域正是通过它们才得以实现的）。

众所周知，确立和维护社会生活的有序化，这历来是法律最基本的职能；而在纷繁复杂的现代，只有通过法律建立起严

格而合理的“秩序”，社会才可能高效率地运作和发展；由此，“秩序”大可视为法律的首要价值，也是法学作为精神之学应当在其各分支领域充分展现出来的。事实上，在一个法律具有崇高威望的社会里，秩序精神不但呈现在法的管辖领域，还会浸透到法律之外的其他社会生活中、体现到人们时时耳闻目睹的日常小事里，比如井然有序地排队（等候公共汽车、等候签名……）等等。因为，所谓“精神”，其特性就在于它有辐射力，正像古人说的，精神如同火焰，要用它的光辉照射四周的黑暗；所以，一旦某种精神在法律中得以确立，它就会超越法律界、就会向整个社会蔓延、扩展。反过来，一个法学中人，他即便只是在公共场合不按秩序排队，那也有违法律的精神、有悖法学的本质。

不过，对于法学来说，还有着比“秩序”更为重要的精神，那就是正义和自由。也许，作为一种精神，“正义”（或曰“公正”）最能够体现出法的追求、也最能够代表法律在常人心目中的价值，所以，古罗马法学界最流行的定义是：“法学是关于正义和非正义的科学”。不过，这里所谓的“正义”精神，它不但隐涵在法的各种原理和各项制度里，也应当呈现于日常人伦之中；就后一方面而言，正义精神要求公正地处理人际纠纷，要求在一切必要的场合见义勇为，也要求不以自己的法律智慧去规避法律、危害社会……。作为精神之学，法学最本质、最核心的东西大约就是充分展示、并传播这样一种正义观了。但对中国人来说，“自由”精神却具有一种额外的重要性，因为，我们历来就最缺乏这种精神，也最不善于正确地对待这种精神：其实，在最经常的意义上，“自由”不过是最大限度地行使和维护自己的合法权益，同时也积极主动地尊重他人的合法权利。显然，展现、并传播一种正确的自由观，这对法学而言是义不容辞的。

实际上，法的本质，它最鲜活的灵魂，就是一种精神，就是一种既促进法律、也捍卫法律，从而造福社会的追求；而作为精神之学，法的极致是一种信仰，一种对“法”和法律的信仰，也是一种对真、善、美的信仰。

综上所述，法既是一种知识体系，又是一种智慧之学、一种人类的思维方式，同时在本质上还是人的一种精神和信仰。作为“知识”，法是静态的（仅仅只在形态学的意义上），它代表人类的智识和传承，代表文明进化的积淀和结晶；作为“智慧”，法是灵动的，它代表人类的一种实用技术、操作方法和有效工具；作为“精神”，法是纯净的，它代表社会的道德和良知，代表人类进化的光明正道和美好前景。假如将“法”视作有机的生命体，那么“知识”之学构成它的躯体，“智慧”之学代表其内在的血液，而“精神”之学则是它的灵魂。^① 所以，投身于“法”，决不仅仅是学知识，而更是“爱智慧”，更意味着改进我们自身的思维方式、陶冶我们自己的精神和信仰，从而培养一种现代的法世界观。

^① 基于这样的理念，1998年8月厘定湘大法学院的院徽时，我们在天平的周围用拉丁文（上）和篆书（下）镶嵌了“智慧”和“公正”这两个法律职业的关键词。

“法学”的侧面分析^{*}

——法学是“科学”加“哲学”

若问什么是“法学”？常识会告诉我们，“法学”就是研究法律现象的“科学”，法学即“法律科学”之简称，这是大家都熟知的，也是我们法学中人往往不加思索便予以接受的；在某种意义上，它构成了法学工作者进行理论思考和学术研究的逻辑前提和理论预设。然而，当我们运用自己的理论反思社会、探讨人生、甚至评析他人的理论时，我们常常忽略了，其实首先需要审视的，恰恰是自己的逻辑前提和理论预设。

“法学”是“科学”或“法学”即“法律科学”之简称便是这种需要我们反思的常识和前提预设。在这里，需要我们思考的是，“法学”究竟是不是“科学”？说“法学”是“科学”意味着什么？将“法学”视为“科学”在什么意义上是正确的，在何种意义上又是片面的、甚至错误的？我们究竟应当以怎样的态度、立场和精神来观照“法学”或“法律科学”？等等。而我们首先要问的是：法学真的是一门“科学”吗？

不过，假如说“熟知并非真知”的确是一条公理，那么，要回答对“熟知”之常识的置疑就更不是件容易的事了。当

^{*} 本文原载《比较法研究》1992年第2、3期合刊，原正标题为《法学是“科学”加“哲学”》，副标题为“也谈法律学是不是一门科学”。