



法律与人文

LAW & HUMANISM

林来梵 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



浙江大学法学院成立六十周年纪念文集
《浙江大学法律评论》2005-2006年卷院庆专刊

法律与人文

LAW & HUMANISM

林来梵 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法律与人文/林来梵主编. —北京:法律出版社, 2007. 1

ISBN 978 - 7 - 5036 - 6940 - 8

I. 法... II. 林... III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第002272号

© 法律出版社·中国

法律与人文

林来梵 主编

责任编辑 高山
装帧设计 于佳

开本 A5

版本 2007年1月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 19 字数 446千

印次 2007年1月第1次印刷

编辑 法学学术出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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

苏州公司/0512-65193110

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 - 5036 - 6940 - 8

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编者前言

长久以来,法学一向被我国的诸多主流学说
不假思索地定性为是一门“社会科学”,乃至法律
与人文的关系,也俨然成为一个多少有点暗味的
话题。应该说,这既是“人文”的悲哀,也绝非法律
的幸福事。

法的现象可作为一种社会现象加以研究,就
此而言法学乃属于社会科学是无可置疑的,但另
一方面,法律现象也是一种人类的精神现象,为
此法学也可理解为是人文学科之一种。法学,或
曰法律学,正是在这种知识谱系之中发展起来
的,并直至今日。君不见,在人类知识的发展史
上,早期的法(律)学即曾被作为修辞学的一种类
别,中世纪的注释学派又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)。这一概念迄今仍被沿用,而且在德国当代法学巨擘拉伦茨看来,它不仅代表了传统法学的主流,而且也构成了当今法学学科内部的主干部分,至于其方法,则“本来就是一种(特殊形态的)人文科学方法”。

当然,我们也应看到,自近代以降,由于“科学主义”乃至“科学至上主义”的伸张、法学领域内部各种实证主义的盛行,尤其是法社会学以及其他各色的以社会科学的方法来研究法律现象的学科或流派的纷纷登场,法学被作为社会科学的一个门类也就成为一种必然,且在一定的维度上具有确当性。然而,这在某种意义上只是法学作为一个独特的学科在被纳入现代学科交叉研究潮流之后所形成的一种图景,并不可能全然改变法学的本真面貌。对此,德国现代法学家Hallerbach就曾剴切地指出:法学本来就是“人文科学的学门,因为它面对的对象正是人类及某种人类精神的具象化(以‘语言创作’的形式表达出来的‘人之作品’)”。

法学与人文学科的这种血脉关系,其实也可回溯到法律与人文的实际关系之中加以审察。夫“人文”也者,依照台湾当代学人杨奕华先生的诠释,指的乃是“人的文化”,即以人之求生存为重心的各种人之活动,举凡经济、建筑、宗教、法律、艺术、文学、音乐、哲学等等,其类不胜枚举,包罗至广,均可以“人文”一词以蔽之。由是观之,将法学作为一种人文学科,实属题中应有之意。

既然法律文本乃是人类精神的具象化,而法律的“创作”(制定与修改)与“解读”(解释或诠释)也可径直理解为是一种人文活动,那么,如何凝练与发掘法律之中的人文精神,或以人文精神反哺甚或反思法律,以及如何突破日本比较法学家大木雅夫所言的法学“作为一门视野狭隘的学科”的封闭状态,进而从多维的视角把握与处理法律与其它那些同属于人文范畴的诸般领域之间所天然拥有的紧邻关系,也就成为

一个值得我们予以高度关注的主题。在一个人文底蕴本来就尤为丰厚的国度,尤其置身于当下这样一个价值的多元化与流动化势所必然、“多神主义的困惑”在所难免、而法学又容易被全然视为“社会科学”或一种冷漠的学问的混沌语境之下,上述的课题,乃殊为重要。

在晚近的我国法学界,类似的问题意识也已开始强烈地萌发于部分学人之间,为此也表现为一种“焦虑”,并同时催发了各种慎思。本书即以相对严整的体系框架,专门哀集了该当主题的系列论文。

本书的问世,实承蒙在二零零五年秋浙江大学法学院成立60周年之际,作为院庆纪念活动的一个重要项目,由浙江大学法学院、北京大学法学院和《中国社会科学》杂志社在浙江大学之所在,联袂举办了全国首届的“法律与人文”专题研讨会,其时国内不少法学、哲学、历史学等领域的学人乃至名家,颇以“冠盖云集,欢动九流”之观,蔚聚于西子湖畔之一堂,就上述专题做出了深切的、具有浓厚学术氛围的研讨切磋,并在与会之前、之时或之后次第提交正式论文,以俾此度《浙江大学法律评论》得以籍院庆专刊之名分,在此结集刊行,也恰好成为各位学界同仁共同奉献给浙江大学法学院在其六十周年华诞之际的一份具有历史意义的学术厚礼——《浙江大学法学院成立六十周年纪念文集》。亦因此之故,本书除了按照逻辑体例共分“为什么法律与人文”、“法律的人文精神”、“法律与文学”、“法律与哲学”以及“法律与史学”这五个部分收录了诸多学人的佳作之外,还在书后附录了本次研讨会的一部分重要原始资料。

本书之玉成,除了应热切感谢各位赐稿的专家学人之外,还应特别感谢《中国社会科学》杂志社王好立先生等同仁为是次专题研讨会所做出的重要贡献。此外,浙江大学法学院研究生杜官磊等诸君亦在编辑过程中提供了得力的协助,在此一并鸣谢。

林来梵

二零零六年四月

目 录

- 编者前言 林来梵 / 1

- 第一篇 为什么“法律与人文”？
 - 法学方法与法治的困境(节选) 冯 象 / 3
 - 论政府对公民强制的“爱” 孙笑侠 郭春镇 / 18

- 第二篇 法律的人文精神
 - 法律本体的人文主义基础论析 杜宴林 / 45
 - 法律元典与人本主义 夏立安 / 81
 - 现代法律的人文精神与人格权保护之强化 石毕凡 / 88
 - 关注权利问题是法律的人文关怀的最好体现
——以平等权问题为例 刘作翔 / 104
 - 法治进程中的人文精神“流失”及其补救 马长山 / 115

● 第三篇 法律与文学

法律与文学的开拓与整合

——冯象对法律与文学的贡献 苏 力 / 129

听音论学

——因“法律与文学”而产生的一点想法 吴玉章 / 162

办成“疑案”：对春阿氏杀夫案的分析

——档案与文学以及法律与事实之间 徐忠明 / 168

● 第四篇 法律与哲学

法律与自由 高全喜 / 211

自由与权利 韩水法 / 252

历史是追求自由的运动 钱弘道 / 263

法哲学研究的语言哲学假定

——兼论德沃金“唯一正确答案”研究方法的

独断性 张国清 / 281

法哲学的阿喀琉斯之踵

——评拉德布鲁赫对法律神学的知识立场 季 涛 / 290

惩罚的合理性

——福柯对人道主义的批判分析 胡水君 / 307

法学研究在概念的界定与运用上的一些问题 汪再祥 / 331

退守与坚持

——从《法律的概念》第二版《后记》管窥哈特的

学术风格 郑 磊 / 348

法学中的一个神学胎记

——对施米特的解读之一 林来梵 郑 琪 / 360

• 第五篇 法律与史学

让以往的哑和当前的聋能开口和听见

——关于“法律与历史”的断想 金 敏 / 381

《唐律疏议》

——中国古代法律与历史融合的典范 王立民 / 393

继承领域内冲突格局的形成

——近代中国的分家习惯与继承法移植 俞 江 / 409

民国时期的“法学权威”

——一个知识社会学的分析 刘 星 / 438

• 附 录

院庆暨“法律与人文”研讨会开幕式致辞 孙笑侠 / 471

研讨会专家发言 474

闭幕式致辞 夏立安等 / 569

“法律与人文”研讨会综述 侯 猛 杜官磊 / 574

Contents

Preface *Lin Laifan* / 1

**Part I . Why should we concern about the Relation of
Humanistic to Law?**

Legal Method and the Dilemma of the rule of law
..... *Feng Xiang* / 3

The Coercive Love from the Government to Citizens
..... *Sun Xiaoxia & Guo Chunzhen* / 18

Part II . Law's Spirit of Humanism

Comments on the Humanism Foundation of
Law's Noumenon *Du Yanlin* / 45

Classic Authoritative Code and Humanism
..... *Xia Li'an* / 81

The Humanism Spirit of Modern Law and Strengthen
Protection of Personality Rights *Shi Bifan* / 88

Pay attention to the Rights is the Best Embodiment of Humanism
Cares of Law; Take Equality as An Example *Liu Zuoxiang* / 104

A "lapse" from Human Spirit in the Course of Rule of Law
and it's remediation *Ma Changshan* / 115

Part III. Law and Literature

- The Deploitation and Conformity of Law and Literature:
FengXiang's Contribution to "Law and Literature"
..... *Su Li* / 129
- The comment after the listening: Some Viewpoints about
"Law and Literature" *Wu Yuzhang* / 162
- Between the Law and Fact: Analyzing Chun-An Case
in Later-Qing Dynasty *Xu Zhongming* / 168

Part IV. Law and Philosophy

- Law and Freedom *Gao Quanxi* / 211
- Freedom and Right *Han Shuifa* / 252
- The History is the Movement of Seeking Freedom
..... *Qian Hongdao* / 263
- The Linguistic Philosophy Assumption of the Legal Philosophy
Research: Concurrent Discussion about Dworkin's "Only
Right Answer" Research Method *Zhang Guoqing* / 281
- Achilles's Heel of Legal Philosophy: on Radbruch's
Epistemological Standpoint of Legal Theology *Ji Tao* / 290
- Punitive Rationality: Foucault's Critical Analysis of Humanism
..... *Hu Shuijun* / 307
- Some Issues of the Concept's Confirmation and Exertion
in Law Research *Wang Zaixiang* / 331
- Persistence and Withdrawing: To Observe Hart's Academical
Style from Postscript in The Concept of Law (2nd edition)
..... *Zheng Lei* / 348
- The Theory of Political Constitution of Theism: One
Interpretation on Carl Schmitt *Lin Laifan & Zheng Qi* / 360

Part V. Law and History

- Let the mute speak and the ears of the deaf unstopped:
 Some ideas on “Law and History” *Jin Min* / 381
- “Tang Dynasty Code”; The Model Amalgamation of Law
 and History in Ancient China *Wang Limin* / 393
- The Formation of Conflicting Structures in the Realm of
 Inheritance; The Custom of Family Division and the
 Transplantation of Succession Law in Modern China
 *Yu Jiang* / 409
- Authorities of Jurisprudence During the Period of Republic
 of China; an Analysis of Knowledge Sociology *Liu Xing* / 438

Appendixes

- The Opening Address *Sun Xiaoxia* / 471
- Seminar Speech 474
- The Closure Time Address *Xia Li'an* / 569
- Summary of “Law and Human” Seminar
 *Hou Meng & Du Guanlei* / 574

第一篇

为什么“法律与人文”？

法学方法与法治的困境(节选)

冯 象*

今天这题目,本来叫“法学方法与法治的胜利”。可是我想大家会抗议的,胜利什么呀!就改成“困境”了。不过下面分析完法学方法上一些常见的错误,我将证明,这些错误的层出不穷和人们对之习以为常,其实正是胜利在望的一个征兆。

我讲三个问题:一、学术论说中常见的方法论错误;二、法学方法的一般要求;三、方法论错

* 旅美学者,哈佛大学中古文学博士(Ph. D)、耶鲁大学法律博士(J. D)。本文为节选,原是作者2005年10月访问北大、清华、法大及参加浙大“法律与人文”研讨会所做的一次讲座,故保留了讲演的语气。为此,首先应感谢苏力、王振民、方流芳和孙笑侠教授的周到安排和四校同仁一如既往的热情接待与交流。讲稿的修改,则要特别谢谢邓正来、舒国滢、龙卫球、何兵、张守东、汪庆华诸先生的点评和宝贵意见,以及法大法律评论社的诸位同学不辞辛苦地誊写录音。

误的结构与制度根源,及理论意义。这几年一直有个想法,跟北大和清华的同仁说起过,如果条件许可,开一个讨论班,十来个人,每人拿一篇论文,一块儿切磋,找出方法上的不足之处和改进的办法。学术研究跟一个人的思想性格、学术倾向和面对的具体问题密切相关,非常个性化,小班讨论较好。泛泛而谈,难以奏效。可是事太多,抽不出时间,就只好暂且妥协,采用今天讲座的方式与同学们交流了。

一、学术论说中常见的方法论错误

有件事我想诸位一定都听说过,时间是去年9月3日,地点是在人民大会堂,一位颇有名望的老先生作了个报告,题目是《易经对中华文化的影响》(人民网2004.12.12)。他讲了三点:一、“《易经》影响了中华文化中的思维方式,而这个影响是近代科学没有在中国萌芽的重要原因之一”(原话如此,但我们不讨论他的语病)。具体说,就是“中华文化”只懂归纳法,不知推演法(演绎法)。而归纳法源于“《易经》的精神”,如“易者象也”,“圣人立象以尽意”之类。二、“《易经》是汉语成为单音语言的原因之一”,因为卦名如“乾、坤、讼、师”,还有“元、亨、利、贞”等爻辞都是“单音符号”。三、“《易经》影响了中华文化的审美观念”。这末一点是前两点大而化之的发挥,可以略过不谈。

我举这个例子,并非指摘老先生的想法“大胆”(详见下文),更不是因为他在人民大会堂说了错话——依循惯例,言者得享有豁免权——而是因为他错得极有代表性,恰好作前车之鉴,让后人吸取教训,坏事变好事。

我觉得这篇短短的报告里至少有五个方法错误。我们先简单分

析一下,然后再回返法学。

第一个错,是企图以两项反事实的假设(“中华文化”只懂归纳而不知演绎,此缺陷可追溯至《易经》),简单地推断某事之“无”或不发生(“近代科学没有在中国萌芽”)的原因。这在方法论上是不成立的。让人想起过去史学界争论不休的一个问题,资本主义工业革命为什么没有发生在商业发达的明朝。法学界也有类似的讨论,如中国古代为何缺乏西方式个人权利的观念。结果都不了了之。什么道理呢?

中国现代语言学的开拓者赵元任先生有句名言:“说有容易,说无难”。论证其“无”的假设(有待证明的结论),一般说总是比论证其“有”的假设来得弱些,即难以排斥或克服相反或矛盾的假设而建立(反事实的/理论上的)因果关系。因此就方法而言,我们讨论“无”的时候应当尽量综合,多加限定,留有余地。不是一概不许说“无”,而是得小心翼翼地。明清以降中国科学落后于西方的原因是个大问题,很多人感兴趣,英国的李约瑟博士也考察过。但他是多方面论述,举出种种可能,不像老先生那样一句话说死:《易经》影响了“中华文化”的思维方式,以致近代科学未能“萌芽”。这话太玄,无事实根据,经不起质疑。

让我引用一位西方物理学家对这个问题的思考,你们听听他怎么说的。爱因斯坦在给友人斯威策的信里谈道(1953.4.23):“西方科学的发展是以两项伟大成就为基础的,即:希腊哲人发明形式逻辑体系(在欧几里得几何学中),以及在文艺复兴时期发现通过系统的实验有可能找出因果关系。在我看来,中国的贤哲没有走上这两步是不足为奇的。令人惊讶的是,这些发现竟然做出来了”(希伯来大学《爱因斯坦档案》,第61—381页)。

两相对照,看问题的眼光和方法论的高下就再清楚不过。一位真正伟大的科学家回顾科学史,他立刻敏锐地察觉到要点在“有”,不