

思想的交锋

法大学术访谈录

第一辑

陈夏红
主编

中国政法大学出版社

思想的交锋

——王康与王若水对话录

王康 著

王若水 著

思想的交锋

——
法大学术访谈录

第一辑

陈夏红

主编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

思想的交锋:法大学术访谈录 / 陈夏红主编 — 北京: 中国政法大学出版社, 2007.9

ISBN 978-7-5620-3117-8

I. 思... II. 陈... III. 法律 - 中国 - 文集 IV. D92-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2007)第153688号

书 名 思想的交锋:法大学术访谈录

出版发行 中国政法大学出版社(北京市海淀区西土城路25号)

北京100088信箱8034分箱 邮政编码100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购部)

承 印 北京汇林印务有限公司

规 格 880×1230 32开本 9印张 230千字

版 本 2007年10月第1版 2007年10月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5620-3117-8/D·3077

定 价 22.00元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行科负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

◎杨玉圣*

《思想的交锋：法大学术访谈录》（以下简称《学术访谈录》）第一辑，就要面世了。这是青年学人陈夏红先生所倡导和主持的一项新的学术事业，也是夏红奉献于法大师生乃至整个法律学界与实务界的一份学术厚礼。对于这种说干就干、并且竭力干好的实干精神，我不仅是赞赏的，而且也是非常钦佩的。

按照夏红的设想，《学术访谈录》将是一个可持续发展的学术—文化建设项目。该《学术访谈录》以法大名师为主体、由学子参与而成。从第一辑的情况看，既有法学界德高望重的学术前辈（如张晋藩教授、应松年教授），也有如日中天的学界中坚（如舒国滢教授、张树义教授、丛日云教授、蔡定剑教授、卞建林教授、柳经纬教授），也有虎虎有生气的青年才俊（如施正文副教授）。可以说，这是老中青三代学人的学术肖像画。在学生的提问、教师的回应及其相互的交

* 中国政法大学法学院教授，中国政法大学美国政治与法律研究中心主任。学术批评网（<http://www.acriticism.com>）、美国政治与法律网（<http://www.ciaapl.com>）创办人及主持人。国家教育部学风建设委员会委员。

流乃至论辩中，我们所体味到的不仅仅是知识的滋养、学术的熏陶，而且还有处世为人的引导。

比如，从访谈中，可以感受到学术之为学术、法学之为法学的堂奥。法理学家舒国滢教授对“法学知识共同体”的忧心忡忡，不能不令人警醒：“我们虽然有法学之名、却无法学之实。换言之，我们现在的法学在主流上还不是‘法学内的法学’，反而可能是‘法学外的法学’！”因此，国滢关心如何激活法学家的内省意识、使命感和职业共同体观念，并提出：“中国法学的转向应当是司法定向的法学，应当是法学知识生产的新的增长点，是‘法学之内的法学’逐渐成熟、走向自治的机遇，是法学家职业共同体和职业法学家阶层形成的一个努力方向。”民法学家柳经纬教授一言以蔽之曰：“研习法律，如和尚念经，我们大家一起把这本经念好。这样，法学教育有希望，国家的法治也有希望。念好法律经，不只是学知识，还得悟道，还要实践，三者都很重要。”

再比如，透过访谈，我们还能领悟到学问之路的艰辛、耕耘后的创获以及学术的前景与胜景。法史泰斗张晋藩教授总结其大半生的治学经验说：“一是自强不息，治学就是滴水穿石，就讲功夫，不可能一步登天。二是谦虚谨慎，在研究过程中自我修正，千万不能认为自己在哪个问题上就到顶了。”“治学就要确定这样一个目标：就是为做学问，这一辈子再怎么清苦，我心甘情愿。生活上可能清贫，但思想很富有。虽然没有那么多钱，但著作可以嘉惠后人。……如果你的目标是当学者，就要这么做，没有什么捷径，就是要有韧性，不能一曝十寒。”小学刚毕业即离开北京城而去了遥远的边疆的行政法专家张树义教授的现身说法是：“要想成就一番事业，必须要有一种坚韧不拔的性格。”“一个人的一生有很

多无奈，你可能面对很多情况，但你不能选择，但对于你能选择的一定要把握好机会，更为重要的是，如何走好。只有这样，你才能争取到更多的选择权利。”一向淡泊名利的西方政治思想史专家丛日云教授，之所以选择政治学，就是因为“对国家、对社会有一种强烈的关怀和责任感。国家和社会发生什么大事就像自己的事情一样，真正有一种切肤之痛的感觉。如果把我人生的苦恼与欢乐计算一下，大约一半以上是为了国家和社会，也许有一部分是为了人类，其余那不到一半才是因为个人的际遇。”如此书生论语，恐怕只能出自日云兄这样的纯粹的学者之口。

我本人虽然忝列法学院教授之末席，但除了对物业法略知一二外，全然是一个法学的外行。对于《学术访谈录》中各位行家的妙论新说，我自然不便也不敢胡乱点评。不过对于宪法学家蔡定剑教授的所谓的“中国并不缺少华盛顿……孙中山甚至超过华盛顿”的见解，我是持不以为然的态度的。如果我抬杠的话，假如中国真的“并不缺少华盛顿”的话，请问我们“苦命的中国”（李慎之先生语）还会如此多灾多难吗？

法大不大。论校园面积，哪怕两个校区叠加，大概也是京城的大学中最小的袖珍式大学。论师资人数，即使不是211工程重点建设的高校中最少的，大约也是师资最少的大学之一。论大楼，在全国的名牌学府中应该也是最破的。甚至连苍天的大树，也屈指可数，乏善可陈。然而，法大还有大师、名家、青年才俊，更有来自祖国四面八方、勤学善思的莘莘学子。正是他们，不仅造就了法大的辉煌历史，而且正在开创美好的未来。因此，抱怨归抱怨，那是“恨铁不成钢”的真实心境。批评归批评，那是“怒其不争”、“舍我其

4 思想的交锋——法大学术访谈录

谁”的宣示。对于法大和法大的未来，我们仍然抱持美好的企盼、憧憬。读一读《学术访谈录》，我愈发坚信这一点。

在夏红及其志同道合者的共同努力下，我期望并且相信《学术访谈录》能够成为法大的一个新学术品牌。

2007年5月6日
于京北富泉寒舍

目 录

序◇杨五圣	(1)
法学的中国进路：问题、反思与转向◇舒国滢访谈	(1)
结构变迁、政治理性与过渡法学◇张树义访谈	(32)
刑事诉讼现代化图景的展开◇卞建林访谈	(50)
法史研究过去，面对现在和将来◇张晋藩访谈	(80)
梳理西方政治文化传统◇丛日云访谈	(93)
回首向来温馨处◇蔡定剑访谈	(120)
军事法学的拓荒之旅◇魏寿根访谈	(136)
中国行政法的发展：光荣与梦想◇应松年访谈	(153)
中国媒介经济的运作与趋势◇宋建武访谈	(167)
中国婚姻家庭法的现在与未来◇夏吟兰访谈	(191)
加强财税法制建设，促进收入分配公平◇施正文访谈	(209)
区际司法冲突的解决之道◇冯霞访谈	(229)
民法典若干问题刍议◇柳经纬访谈	(246)
学术访谈的意义（代跋）◇陈夏红	(275)

法学的中国进路： 问题、反思与转向

访谈嘉宾 舒国漫

中国政法大学教授、博士生导师，校法理学研究所所长、校学术委员会委员、法学院学术委员会副主席，兼任中国法学会法理学研究会理事、中国法学会比较法研究会理事、北京市法学会法理学研究会副会长。主要学术作品：《在法律的边缘》、《法律论证理论》、《古斯塔夫·拉德布鲁赫传》、《法学方法论问题研究》；代表性论文：《战后德国法哲学的发展路向》、《权利的法哲学思考》、《大众化与法治化——一个文化—哲学的解释》、《法理学学科的缘起及其在当代面临的时代问题》。

访谈员 刘显刚

中国政法大学法学院 2006 级法学理论硕士研究生。

一、回返（代引）

刘显刚（以下简称“刘”）：首先感谢舒老师在百忙中拨冗接受采访！一直以来，从研究进路的展开来讲，您为学界所瞩目的一

一个重要方面就是交叉学科的知识背景和相对边缘的姿态选择。大约在7年前，您还在文字中表示要“从‘法律的中心’游走至‘法律的边缘’”，^{〔1〕}您说这“一方面是因为法律的边缘生成的问题有待不断地搜集整理和深法学一步地探究，另一方面也是为了躲避目前前在‘法律的中心’论争的诱惑、喧嚣和纷扰”，您期望经由这种视角的转移“重新找到回归‘法律的中心’的道路”。观察您近几年的文字，可以看到自2002年译介阿列克西的《法律论证理论》到现在，您的学术关注点有一个明显的从“边缘”到“中心”的“回返”过程——从对法学“边缘问题”（法美学等）的探究到对法学“中心问题”（法学方法论等）的特殊关注——这是否意味着您不仅已经找到了“重新回归‘法律的中心’的道路”，而且事实上也已在一定意义上完成了这种“回返”？如果是，又是什么原因促使了您的这种“回返”呢？

舒国滢（以下简称“舒”）：你的观察很细致。的确，以前我较多地是运用法学以外的知识和观察问题的方式来“透视”法学问题，因此才会给人一种“边缘游走”的印象。我曾经并且现在仍然认为，一种相对边缘的姿态选择，也许能够使研究者与研究的论题间保持一个合理的距离——既不因为距离过近而看不清，又不会因为距离过远而空耗热情——正如林毓生先生的名句“贯穿于冷静与热烈之间”！这种既不沉迷又不远离的态度确曾使我获得了相对从容的理论选择空间。另一方面，正如你所说的，这几年来我的学术路向可以说是有一个“回返”的过程。这种“回返”也可以说是“谋定而后动”的，因为它是基于我本人对法学（包括中国的法学）自身今后发展路向的审慎考量上的，而且这种考量也是在经年研究基础上的。展开来说，我之所以“回返”法学问题的中心场

〔1〕 舒国滢：“寂静的旅途”，载舒国滢：《在法律的边缘》，中国法制出版社2000年版，第6页。

域并特别关注法学方法的问题，主要是因于如下的体认：

我们早已进入了“分析的时代”——无论我们怎样“重新发现了人的心灵”——这个时代的学者被迫在各种话语、多重立场和意见杂陈的喧嚣中找到冷静、客观、理性辩论的基点，为“心的概念”、可以接受的表达、正确的理解和沟通、可靠的知识建立起一个商谈的平台。这样一种精神气质也渐渐蔓延至法学研究者的日常作业之中，我们在哈特、德沃金、拉兹、麦考密克和阿列克西的作品中已经感受到法学分析和论辩本身所透现的“精致的风格”，而这种风格恰是法学这样一门学问自始所不可或缺的。

现代的法律已经逐渐脱离原始法的直观、感性的想像，变得越来越抽象和晦暗不明，与工商时代的多种语境、关系和变数扭结在一起，形成了一个被多重意义、多种系统环境包裹着的系统。生活在当代的每一个人，哪怕是创造法律身形的立法者和专事研究的法学者亦难以窥览其复杂交织的全貌。不可否认，最优秀的法学者都会在这个“利维坦”面前显得局促和惶惑，我们似乎普遍具有前所未有的无力感。

其实，这也是一种挑战，一种像埃德加·莫兰（Edgar Morin）所称“复杂性的挑战”。复杂而混沌的法律问题要求我们的法学者学会“与不确定性一起工作”，在无序的、非常规的社会事件、法律案件以及语义模糊的法律条文所构成的“意义漂移的世界”寻找一种确定无疑的知识圭臬、商谈的规则和求解的答案。无论如何，在这个过程中我们一刻也离不开法学方法。尽管我们并非倡导“方法至上”（约翰·杜威语），但我们也惟有依靠方法才能使自己的信念逐渐转化为知识。

二、问题

刘：最近学界又掀起了一次令人瞩目的对于法学自身的整体主义义评断与反思的时尚“浪潮”。在这次的“浪潮”中，不同知识背

景的学人们往来唱和、相互辩难，大都企图给“中国法学”这个面目犹且模糊可疑的“此在”作一个全面的“诊断”与评价。一直以来，您对学界的所谓“时尚”都保有一份显明的冷静和警醒，即使在这次的所谓“浪潮”中也只是作了有限的回应。但是，我们今次“对话”的主题是讨论目下中国法学的可能进路——或者用您的话说是“我们时代的法学为什么需要重视方法”——自然，这讨论本身无论如何绕不开对目下中国法学所面临之问题的考察，换句话说，“方法”之所以需要被重视，只是因为它能够对现时代中国法学存在的问题有所因应、具有意义。因此，虽然难免使您有“时尚”的嫌疑，作为访问者，我还是想请您先来具体谈谈，您认为目下的中国法学都面临着什么样的问题呢？

舒：我们当代中国的法学到底面临什么样的问题？关于这一点，不同的学人可能会有不同的问题意识、不同的论述维度和不同的判断标准。^{〔1〕}泛泛说来，每一个时代都有其独特的法律现象或法律问题，各时代的法学也都必须针对这些现象或问题提出新的解释或解决方案；每一个时代有各自的法学思考者和法律解释者，这些思考者和解释者的经验和知识的前提、其所依赖的语言和思想情境各有不同，就可能使他们回答法律问题的方式及运用的话语体系

〔1〕 吉林大学的邓正来教授2005年在《政法论坛》发表17万字的长文《中国法学向何处去？》指出自1978年至2004年中国法学暴露的根本问题是未能为评价、批判和引导中国法制发展提供作为理论判准和方向的“中国法律理想图景”，一时引起普遍关注，并引发一波热烈的讨论。中山大学的刘星教授注意到1980年代以后西方法学理论的“中国表达”中存在着“学术推进的目标缺席”、“知识评介者的学术权力支配”、“权威导引的单面作用”以及理解西方法学理论的过程中的背景知识的差异等现象。参见刘星：“西方法学理论的‘中国表达’”，载《政法论坛》2005年第1期。清华大学的许章润教授认为，中国法学存在着“现代汉语文明法律智慧的接生者”问题，而中国“第五代法律公民”当代使命在于“建设现代中国文明的法律智慧”。参见许章润：《法学家的智慧》，清华大学出版社2004年版，第25～35页。

存在差异；每个时代都有不同的法律、制度及其变种，受时代之制度推动的法学也会随制度的变化而变化，呈现出时代之精神气质和制度气候的特殊印痕。因为“任何一种法律思考都不可避免地带有它得以型塑的‘历史气候’（historisches Klima）的印记；同样，处在‘意义之网’中的著者们也从一开始就被不知不觉地限制在历史可能性和规定性的界限之内。”〔1〕我们谁也挣脱不了历史和现实情境条件对研究者的视域、问题意识、方法和论述能力的宰制。

为了最大可能避免身陷中国法学之宏大问题场域的争论，我这里只突出讲三个方面的问题：

（一）学界关于法学的性质和立场尚未达成共识

什么是法学之“学”？应当说，法学之“学”并不是一目了然的概念。我们可以在不同意义层次上使用法学之“学”一词：首先，它可能是指（哲学）“学问”（Philosophie, philosophy），即对法律之根本原理的哲学追问；其次，它可能是指（理论）“学术”（Theorie, theory），即对法律本身的实存结构（原则、规则等）所作的理论分析（规范研究）；再次，它可能是指（实证）“科学”（Wissenschaft, science），即按照自然科学标准对法律的结构、功能等所进行的实证研究；最后，它也可能是指“技术之学”，即将法律作为一门实用的技艺（技术，Technik, craft）来加以研究。〔2〕那么，法学到底是其中哪一种意义层次上研究活动的名称？这里恐怕难以简单作答。在当今的知识分类体系中，我们同样不容易为法学学科找到确切的位置：在自然科学、社会科学和人文科学（精神科学）这三种基本的知识形态中，法学应属哪一种知识形态？这似

〔1〕舒国滢：“寂静的旅途”，载舒国滢：《在法律的边缘》，中国法制出版社2000年版，第1页。

〔2〕颜厥安：《规范、论证与行动——法认识论论文集》，元照出版公司2004年版，第5页。

乎也是不可以一言以蔽之的。也许，我们过分纠缠于词语的辨析，而忽略了我们所要探究的真正问题。这里的真正问题是：法学能不能当作自然科学来加以研究？法学是一门（自然或社会）“科学”吗？

我们的研究发现，近现代法学（特别是19世纪的德国的“概念法学”）呈现出某种“纯知化”倾向，即以自然科学（尤其是几何学和物理学）的知识范式来建构法学，表现在：法学家们对公理体系思维抱持某种近乎拜物教式的信念，认为：法律内部应当有某种前后和谐贯通的体系，所有的法律问题均可通过体系解释予以解决。建构概念清晰、位序适当、逻辑一致的法律公理体系，对于所有的法学家都有难以抵御的魅力。道理很简单：假如法学家能够将法律体系的各个原则、规则和概念厘定清晰，像“门捷列夫化学元素表”一样精确、直观，那么他就从根本上解决了千百年来一直困扰专业法律家的诸多法律难题。有了这张“化学元素表”，法官按图索骥，就能够确定每个法律原则、规则、概念的位序、构成元素、分量以及它们计量的方法，只要运用形式逻辑的三段论推理来操作适用规则、概念，就可以得出解决一切法律问题的答案。法律的适用变得像数学计算一样精确和简单。我们把这样一种体系化工作的理想称为“法律公理体系之梦”。^{〔1〕}在19世纪的德国法学中，“法律公理体系之梦”风行一时，众多一流的法学家曾经为之倾心。当时，弗里德里希·卡尔·冯·萨维尼（Friedrich Carl von Savigny, 1779~1861）就指出：法学是“彻底的历史及彻底的哲学性”之学。他将法学的“哲学性”因素同“体系性”因素等量齐观，认为：在历史中逐渐形成的“实在”法有一种“内在的理性”，这种理性促成实在法的统一及关联性，只有体系化的法学才能发展。其

〔1〕 舒国滢：“寻访法学的问题立场——兼谈‘论题学法学方法’”，载《法学研究》2005年第3期。

门徒普赫塔 (Georg Friedrich Puchta, 1798 ~ 1846) 进一步将这个体系理解为形式逻辑的抽象概念体系, 从而走向“概念法学”之途。其后的“潘德克顿学派 (学说汇纂学派)”法学理论 (即概念法学) 大体上具有相同的信条: 法律是一个内含多样性而又具有意义整体的有机体系, 该体系是按照形式逻辑的规则建构的“概念金字塔” (Begriffspyramide)。人类根据国家的“理性建筑学” (Architektonik der Vernuenftigkeit) 标准来进行建构, 就可以通过一定的质料将这个体系表达出来 (成文法典体系)。有了这个通过成文法典之质料表达的体系, 所有的案件均能够由此加以涵摄, 因为: “判决就是将法律概念作为 (数学) 因数进行计算的结果; 自然, 因数值愈确定, 计算所得出的结论则必定愈可靠。……只有通过全面把握法律概念, 真正的法律体系, 即法律规定的内在相互依存性才可能产生。”〔1〕

客观地说, 并不是所有的法学家都天真地认为法律体系或法学体系就是法律公理体系, 但他们从未放弃过“体系思维”, 提出了各种各样体系性法律建构的思想。比如, 按照德国法学家埃塞尔 (J. Esser) 的说法, 法律体系可能是“封闭的体系”, 也可能是“开放的体系”; 卡纳里斯 (G. - W. Canaris) 把法律体系理解为某个法秩序之普遍原则体系 (“价值论—目的论”的体系); 还有些人则为之说成是“争端决定的体系”、“生活关系体系”、“单方面的体系”与“双方面的体系”、“可变性”体系或“法律规范与法律原则体系”等等。当然, 也不乏有人愿意循着概念法学的思路去寻找法律概念的演绎体系, 以实现诸法律概念有某种形式逻辑的 (不一定属于公理化的) 排列顺序的目标。卡尔·拉伦茨 (Karl Larenz) 将它称为“外部体系” (或“抽象概念式的体系”)。他相

〔1〕 当时, 著名法学家鲁道夫·冯·耶林 (Rudolf von Jhering, 1818 ~ 1892) 将这个“概念法学”的理想讥之为“琢磨着把法学上升为一门法律数学的逻辑崇拜”。

信：由（作为规整客体的）构成事实中分离出若干要素，将此等要素一般化，在此基础上形成类别概念（Klassenbegriff），进而借助增减若干（规定类别的）要素，形成不同程度的概念，并由此构成体系。这个建构路径确实十分诱人，也不乏可操作性。但有学者从中看出了“抽象概念”作为思考形式（Denform）的局限性，指出：我们常常在（作为规整客体的）构成事实或具体的生活关系中分离出来的，与其说是抽象概念，不如说是各种“类型”（Types）。依据阿图尔·考夫曼（Arthur Kaufmann）的说法，类型思维是有别于抽象概念的思维形式：抽象概念是封闭的，类型则是开放的，概念式的思维是一种“分离式”、“非此即彼”的思维，类型思维则是流动的思维。进而言之，与抽象概念相比，类型具有下列三个特性：①“层级性”（Abstufbarkeit），一个类型之内可能会有无数的层级依序排列；②“边界的不明确性”，由一个类型到另一个类型之间是由“流动的过渡”（fliessende Uebergänge）所相接的；③“组成分子的不固定性”，类型是可以允许许多各式各样的元素组合的，从而形成“有弹性的标志结构”（elastische Merkmalsgefüge）。

从另一个角度看，“法律公理体系之梦”其实就是法学的“科学性之梦”。追求法律客观性、确定性和一致性之实用目的与自然科学（尤其是物理学、数学）在近代发展中所确立的实证性之“科学范式”相遭际，造就了法学的“科学性之梦”。我们知道：法律概念之意义的“不确定性”（indeterminacy）几乎无所不在，而如何保证法官在解释法律和续造法律时具有统一的标准，以符合法治的基本理念（法律的确定性、安定性和一致性），是所有的法学家都必须首先予以关注并试图解决的关键问题。因为从本性上说，法学作为一门学问，应当“以某个特定的，在历史中逐渐形成的法秩序为基础及界限，借以探求法律问题之答案”。建构法律公理体系，按照自然科学的科学标准来完成法学的“科学性”、“实证性”范式转化，不失为近现代以来法学家力图解决“不确定性”