

第19辑

法学家

Teahouse For Jurists

茶座

2008.1

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘



郝铁川

制度防线的悲哀

林来梵

民歌

与宪法

范忠信

问学当善

侯健

谁在

『法律强势榜』上？

何家弘

羽毛球场上

的法学家

乔新生

中国有自由主义者吗？

尹田

演讲是一种幸福

刘凯湘

范德比尔

特大学法学院记趣

高一飞

死刑不死，错

杀不止

周训芳

公益案还是法律闹剧

田雷

为美国宪法立传



茶客风采



乔新生 中南财经政法大学社会发展研究中心主任，教授。

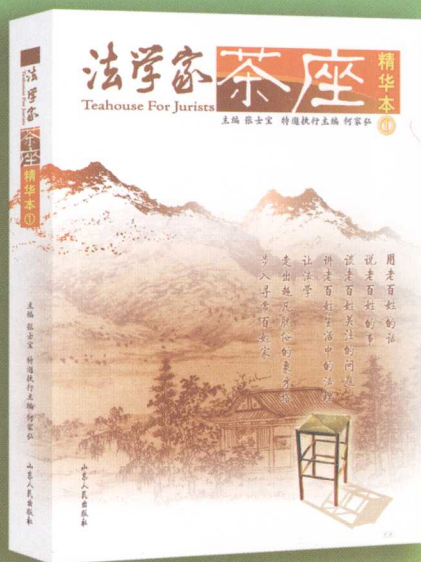
乔新生教授主要从事商法与经济法现代化研究，关注社会转型时期制度变迁与人的价值实现。近年来，先后主持或参与中小企业发展、中小企业竞争法、商品交易法等国家级及省部级科研课题。

现如今国家强调依法治国，越来越多的法学工作者走上领导岗位。但一个非常有趣的现象随之出现：那些平时待人谦恭的学者一旦走上领导岗位，说话的口气，待人接物的方式，甚至连走路的姿态都发生了微妙的变化，面对昔日的同事和师长，他们不由自主地流露出一种居高临下的神态。甚至一些在大学担任系主任、院长的学者也会有这样的做派，他们平时吆三喝四、颐指气使，在办公室里发号施令。不能说这些人没有法律知识，他们之所以如此行事，是因为他们把整个社会想象成为等级森严的社会，而自己手中所掌握的权力，则代表着自己所处的等级地位。这些人虽然具有法学学位和大学教师称号，但是他们不是真正意义上的法律人，因为学位、职称只不过是他们加官晋爵的台阶，一旦高高在上，他们就可君临天下。这样的人培养出来的学生，究竟是现代社会的公民，还是封建社会的臣民，可想而知。

平等是自由的基础，而自由是权利的核心价值。如果没有平等的意识，即使有非常地道的法律专业知识，这些人仍然不能被称作合格的法律人。为此，我希望我教出的学生，能用他们所拥有的法律知识为公众提供服务，而不是作为压迫或者欺负其他社会阶层公民的工具和手段；当他们走上更高的领导岗位时，他们能用所掌握的各种法律技能去完善法治，而不是去实现对更多人的统治。一个教师的心愿唯此而已。

山东人民出版社最新推出

《法学家茶座·精华本①》



定价：25.00元

用老百姓的话
说老百姓的事
谈老百姓关注的问题
讲老百姓生活中的法理
让法学走出超凡脱俗的象牙塔
步入寻常百姓家

山东人民出版社2008年1月出版

邮购地址：济南市胜利大街39号山东人民出版社发行部（250001）

邮购电话：（0531）82098021

网 址：<http://www.sd-book.com.cn>

卷首语

《法学家茶座》与学者影响力

最近,有研究者根据论文引用次数公布了法律学者的影响力排行榜。一君不以为然,对我说,《法学家茶座》的读者很广,影响力很大,但是研究人员在写学术论文时恐怕很少会援引《茶座》上的文字。此君所言,不无道理。但笔者以为,把著作的引用率作为评价学者影响力的指标还是很有价值的。当然,它只是评价学者影响力的指标之一。

法律学者的影响力可以表现在以下五个方面。第一,对研究者的影响力,这主要表现为一个学者的著作对其他研究人员的影响,包括作为他人的批判对象时所产生的影响。第二,对决策者的影响力,这主要表现为学者的研究成果(包括那些没有公开发表的成果)对法律、规章和政策的制定过程和结果的影响。第三,对实务者的影响力,这主要表现为学者的著作对法官、检察官、律师、警察及其他行政执法人员的影响,如作为工作指南、参考或工具书等。第四,对学习者的影响力,这主要表现为学者编著的教材在法科学生中的使用情况。第五,对老百姓的影响力,这主要表现为学者的著作或言论在社会中普及传播的情况。在上述影响力中,有些是有形的,是可以量化的;有些是无形的,是无法量化的。

目前在中国的教育评价和学术评价中存在着注重形式和追求“量化指标”的行政管理倾向,例如在许多大学已经进行和正在进行的“教学评估”以及年复一年的高校“职称评定”、“业绩考核”中都可以看到这种倾向。也许,在当下中国,这诚属无奈之举,但是它的负面影响恐怕会是相当久远的。中国要想有真正的学术繁荣,就一定要让学术摆脱行政的驾驭。一句话,学术的归学术,行政的归行政。

其实,法律学者也是多种多样的。有些学者是研究人员的良师;有些学者是决策者的智库;有些学者是实务人员的益友;有些学者成了青年学子崇拜的偶像;有些学者成了社会大众追捧的明星。他们都在以不同的方式发挥着学者的影响力,而且都是中国法治的需要。

对于《法学家茶座》的影响力,我很有信心。

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

- 【卷首语】 何家弘 《法学家茶座》与学者影响力 / 001
- 【法治漫谈】 郝铁川 制度防线的悲哀 / 004
喻 中 11 世纪的对峙：西方之法与中国之理 / 010
金其高 大治安之表里和谐 / 014
史彤彪 贫富之间的司法平等 / 020
- 【法苑随笔】 林来梵 民歌与宪法 / 023
范忠信 问学当善 / 029
何柏生 从发现美国宪法逻辑漏洞谈起 / 041
侯 健 谁在“法律强势榜”上？ / 046
何家弘 羽毛球场上的法学家 / 050
- 【法学札记】 柳经纬 “我家住在小河边……”
——关于民商事立法中的国有财产情结问题 / 055
熊秋红 规范的背后
——从余虹教授之死说起 / 059
王明锁 理论从实践中来，到实践中去 / 064
方 潇 和谐法治，我们该向古代借鉴什么？ / 068
- 【聊斋闲话】 乔新生 中国有自由主义者吗？ / 072
周 珂 见到屎人拢不住火 / 075
刘桂明 中国法学家风景线：这边如此独好 / 078
张 楚 大师、大楼与大盘 / 082
- 【治学之路】 吕忠梅 小树慢慢长 / 083
尹 田 演讲是一种幸福 / 087

- 【身边法事】 朱伟一 猫道主义逻辑质疑 / 091
 高一飞 死刑不死,错杀不止 / 095
 刘宝建 “假如我干了”
 ——“南京彭宇案”尘埃落定后的法律思考 / 100
 王宝鸣 由黄孝光的徇私枉法所想到的 / 106

- 【域外法制】 刘凯湘 范德比尔特大学法学院记趣 / 109
 韩世远 夕阳辉照布拉格 / 119
 徐国栋 莫斯科一日 / 127

- 【名师剪影】 张乃根 我所认识的杰克逊教授 / 133
 魏兴荣 许崇德与何华辉 / 136
 何 兵 我的朋友贺卫方 / 144

- 【茶客论剑】 王欣新 违法成本低于守法的立法才是危险的误区
 ——谈法的利益引导机制 / 147
 周训芳 公益案还是法律闹剧 / 151

- 【书城夜话】 田 雷 为美国宪法立传 / 154

- 【何博士信箱】 读者来信四封 / 159

主编 张士宝 特邀执行主编 何家弘

《法学家茶座》项目负责人 李岱岩

执行主编助理 廖 明

责任编辑 李岱岩 麻素光

山东出版集团

山东人民出版社出版发行

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 82098903

E-mail fxjcz@vip.163.com

发行部电话 (0531) 82098021

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座.第19辑/张士宝主编

济南:山东人民出版社,2008.1

ISBN 978-7-209-04412-7

I.法... II.张... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 014622 号

山东新华印刷厂印刷

16 开本(172×232 毫米) 10 印张 160 千字

2008 年 1 月第 1 版 2008 年 1 月第 1 次印刷

定价:14.00 元

制度防线的悲哀

郝铁川*

如果说德意志民族自由、平等、人权、民主等人文素质的欠缺怂恿了法西斯爬上政坛的话,“二战”之前德国民主法治的严重滞后则又为希特勒的粉墨登场大开方便之门。

1871年德国实现统一后,资本主义经济如脱缰之马,一日千里地向前奔腾。至1913年,德国不仅由落后的农业国变为先进的工业国,而且工业生产超过英、法,跃居欧洲第一位和世界第二位。从1870年至1913年,德国工业生产增加了4.6倍,而英国只增加了1.3倍,法国只增加了1.9倍。德国国民生产总值以每年平均2.9%的速度增长,超过了英国的2.2%和法国的1.6%。在1913年世界工业生产总额中,德国就占了16%,仅次于美国的38%,超过了英国的14%和法国的6%。1913年德国的主要工业产品的产量,生铁为1933万吨,煤产量为1.9亿吨,钢产量为1900万吨。只有煤产量不如英国,钢、生铁产量都超过了英、法两国的总和。工业发展促进了对外贸易,1870年德国对外贸易只有6亿马克,1913年猛增到20.9亿马克,占世界贸易总额的13%,仅次于英国的15%,居世界第二位,而它在机器、电机制品、铁和染料的输出方面位居世界第一位。进入20世纪初的德国,是一个充满活力、生气勃勃的经济巨人。

然而,与经济极不般配的是,德国在政治上却属于一个封建专制主义残余严重的半资本主义国家。“二战”前夕,满身封建气息的贵族在省长中占83%,在政府部门首脑、县长、将军和上校中占50%以上,在总参谋部中约占半数,在驻外大使和公使中占40%以上。为数众多的德意志各邦官员基本上都是贵族。德国的资产阶级在经济上是伟大的,但在政治上却不敢同容克贵族相抗衡,放弃

* 作者为上海市委宣传部副部长,华东政法大学教授。

了对自由、民主的追求,把军政大权拱手让给了容克贵族,保留了半封建的君主政体和军阀制度。虽然从俾斯麦年代到希特勒掌权经历了君主制到总统制的变化,但专制主义的特征并没有什么实质性的改变。

以议会粉饰门面掩盖专制主义的政治体制始于俾斯麦 1871 年 4 月公布的《德意志帝国宪法》。它规定了皇帝是帝国元首,实行世袭制,有权任命宰相和帝国其他官吏,有立法创议权,有帝国法律执行的监督权,有权召集联邦议会,有权以帝国名义宣战、媾和、结盟、缔约、派遣驻外使节,有权宣布帝国任何地区为战争状态,有权否决议会涉及修宪、军事、关税等方面的立法活动。不仅皇帝专权,宰相也专权。宰相由皇帝任命,只对皇帝负责,而不对议会两院负责。议会不能提出对宰相的信任或不信任的决议案,宰相反而还对议会有一定的控制权,因为宰相兼任议会上院——联邦议会的主席,而上院联邦议会又主导着下院帝国议会,因为它有权批准和否定后者包括立法、预算、决算、缔约等在内的所有法案,经过皇帝的同意,还可解散后者。

因此,皇帝控制宰相,宰相控制议会上院联邦议会,上院联邦议会控制下院帝国议会,这就是德国统一之初便确立的只有皇帝、宰相制约议会,而没有议会制约皇帝、宰相的半民主半封建的奇特政体。

接下来的德国历史上第一个资产阶级共和国(史称“魏玛共和国”)制定的《魏玛宪法》虽然在公民基本权利的规定方面超过了当时西方任何一个国家,但同时又在一定程度上继承了“俾斯麦宪法”的专制主义成分。具体表现是宪法第 48 条规定了总统享有“独裁权”,他可以借口“公共秩序和安宁”需要,颁布紧急命令,动用武力停止宪法规定的公民所有的基本权利,解散国会,随意任免总理。而议会对总统的制约却相对较弱,它若提出罢免总统的动议,需提交全民公决,获得 2/3 的赞成票。如果国民表决没有通过罢免总统的动议,即视总统重新当选,联邦国会即应解散。不要说议会不会轻易冒不成功即被解散的风险,就是提交全民公决,2/3 赞成票的门槛也够高了。因此,在议会不能有效约束总统的情况下,本应由议会中席位过半的政党来组阁的“议会内阁制”就极易转变成由总统任命总理组阁的“总统内阁制”,本应对议会负责的内阁,却变成只对总统负责的内阁,这时的总统与昔日的威廉皇帝相差无几,总理与昔日的宰相俾

斯麦半斤八两了。希特勒就是通过政治体制的这一缺陷当上总理的。

1930年3月,社会民主党人米勒总理的多党联合内阁辞职,此后的数年内没有再能在议会的基础上组织政府,德国进入“总统内阁”的领导体制,即总统根据《魏玛宪法》第48条行使在“非常状态”下颁布具有法律效力的“紧急法令”来维持统治。在这种情况下,总统是凌驾于国会之上的,有权解散国会,取代国会,任免总理,实权比过去的皇帝还要大。根据《魏玛宪法》第48条颁布的“紧急法令”,1930年有5次,1931年有44次,1932年有68次;国会颁布的法令,1930年是98次,1931年有34次,1932年只有3次;国会开会的次数,1930年有94次,1931年为41次,1932年只有13次。不难看出,在危机期间,德国的议会民主制明显削弱,专制主义逐渐抬头。“总统内阁制”的确立,实际上敲响了魏玛共和国的丧钟。

在1932年7月的国会大选中,纳粹党虽然成为国会第一大党,但席位在国会中并未超过半数,没有获得单独组阁所必需的多数。可由于此时根据宪法第48条而来的“总统内阁制”已形成多年,兴登堡就得以任命希特勒为总理。正是由于宪法第48条赋予总统有权颁布停止公民行使基本权利的紧急法令,1933年2月,利用法西斯一手导演、事后嫁祸于共产党的“国会纵火案”,兴登堡签署了《保护人民和国家法令》,规定“限制个人自由,限制自由表达意见的权利,包括出版自由;限制集会和结社的权利;对邮件、电报和电话进行检查”。根据这项法令,戈林下令拘留了全体共产党议员和一些社会民主党议员,希特勒宣布剥夺共产党人的81个议席,纳粹党控制了国会2/3的多数票。正是由于有了宪法关于总统、政府拥有颁布“紧急状态”下“紧急命令”的权力,希特勒才得以操纵国会通过《授权法》,纳粹政府握有了超越议会和宪法规定的立法权,议会变成了“接受希特勒声明的扩音器”和“昂贵的合唱团”。

因此,从俾斯麦时期的“皇帝宰相制”到《魏玛宪法》第48条规定的特定时期的“总统内阁制”,专制主义的毒素一脉相承,为法西斯分子爬上政坛留下了一条通道。走向专制主义的通道没有堵死,能够防范希特勒野心膨胀的各项制度又由于有关执法人员的渎职而一一失灵。

希特勒原来是奥地利人。从1913年8月开始,奥地利林茨的警察就因希特

勒没有依法登记服兵役而进行调查。法律规定,逃避兵役将被处以一大笔罚款,为了不服兵役而离开奥地利的人则会被当作逃兵处以监禁。警察经过调查,发现希特勒由奥地利到了德国的慕尼黑。1914年1月18日,当一名慕尼黑刑事警察找到希特勒并向他出示一张传票时,他面如土色,胆战心惊。警察通知他,两天后将把他移交给奥地利的林茨当局,接受罚款和监禁处罚。该传票本来应在此日的前几天就送达希特勒,可由于办事拖拉,慕尼黑警方耽误了数日。这样一来,希特勒只有两天的时间,要赶到林茨非常紧张。奥地利驻慕尼黑领事馆看到希特勒落魄的外表、谦恭的举止和囊中羞涩,加之希特勒拼命地辩解,便对他产生了同情,同意他第二天致电林茨当局,请求将传唤日期推迟到2月5日。虽然这一请求遭到林茨法庭的驳回,但由林茨发回的电报抵达慕尼黑时,领事馆已经闭馆。第二天上午,领事馆一贯的官僚作风又使此电报延误。当希特勒收到它时,已经是1月21日,离他应到林茨报到的时间1月20日已晚了一天。希特勒深知情况不妙,情急之下他写了长达三页半的信,承认自己1909年秋天未曾登记服兵役是错误的。但他声称,他于1910年2月已知错改错,在维也纳警察局进行了登记,之后却没有收到警察局的任何消息。他的话打动了领事馆官员,他们认为希特勒的情况是“值得考虑的”。林茨法庭也同意他推迟到2月5日在萨尔茨堡出庭。最后,法庭没有核实希特勒所言的真伪,就不再对他罚款或监禁,连希特勒自己都颇感意外!假若这次希特勒被奥地利林茨法庭判处监禁,他或许从此就很难再到德国,或许他被监禁的污点就会成为他混迹政坛的障碍。

希特勒喜欢通过对政府的挑衅来提高自己的公众知名度。1922年1月,他因发表演讲、煽动暴动,被以妨害公共治安的罪名判处入狱1个月,缓刑2个月至1926年3月1日执行。这样的量刑过轻,原因是主审法官奈德哈特是一个法西斯主义的同情者。1923年11月8日,希特勒带领一些纳粹党徒在慕尼黑贝格勃劳凯勒啤酒馆举行暴动,用武力劫持了正在这里发表演说的卡尔·洛索夫和警察局局长赛塞尔三巨头,宣布“全国革命开始”,自称是德国政府首脑。这次暴动很快就被镇压下去。按照德国刑法,希特勒应按叛国罪判处无期徒刑,但令人深感意外的是,法庭的判决非常之轻:仅判入狱5年(服刑6个月即可提出假释)和罚款200马克。法庭拒绝了公诉人提出的按照《共和国保护法》规定将希

特勒驱逐出境的诉求,理由是:“希特勒是奥地利日耳曼人。他本人认为自己是德国人。法庭认为,《共和国保护法》第9章第2款不适用于一个像希特勒那样与德国人同甘共苦的人。”判决书中没有提到4名警察被政变者枪杀的事实;14.6亿马克纸币被劫一事完全不被追究;德国社会民主党党报《慕尼黑邮报》的办公室被捣毁和一部分社会民主党市政委员被劫为人质一事,都未归罪于希特勒。法庭的判决更没有提到如下事实:希特勒仍然处于他在1922年1月因妨害公共治安所获惩罚的缓刑期内。从法律上说,他已没有资格再获任何缓刑。

判决为什么如此之轻?因为在1922年希特勒受审时遇到的法官与希特勒“啤酒馆政变”一案的主审法官,竟是同一个人,即法西斯主义的同情者奈德哈特!柏林中央政府和联邦法院都向他提出了判决的不公,但他固执己见,就是要希特勒逃过重刑这一劫。

希特勒服刑的牢房与其说是监狱,不如说是旅馆。他的房间在一楼,摆有舒适的家具,透过那扇巨大的窗户,可以看到广阔的乡村美景。他可以悠闲地穿着吊带花饰皮裤,坐在一张柳条椅内喝着咖啡读报纸,背对着仰慕者提供的月桂花环,或是坐在一张大桌旁慢慢筛选他所收到的成堆邮件。他受到了狱卒的格外优待,获得了许多特权,礼物、鲜花、声援信、颂词等蜂拥而至,来访者多得让他无法应付。在接待了500多位之后,他才感到有必要进行限制。

判决书规定的不得假释的6个月过后,兰茨贝格监狱长及同情法西斯主义的典狱官共同书写了一份请求假释希特勒的证词,这份证词说:“(希特勒)是一个服从命令、遵守纪律的人。他安心服刑、为人谦虚而且心胸开阔。他无欲无求、处世安静、讲人情、认真而且没有违反任何规定。他是一个不自负的人,对监狱提供的伙食表示满足,不抽烟不酗酒。他知道如何掌握对狱友的一定权威。他不贪恋女色,在与探访他的女性见面时彬彬有礼,也不与他们探讨严肃的政治话题。他一直很有礼貌,从不侮辱典狱官。最初,希特勒接受大量访客。但有几个月时间,他尽可能地避开政治访客。他只写了少数几封信,而且多数是感谢信。他每天都要花好几个小时写书稿,他的书稿几周后将可以出版,内容包括他的自传、关于资产阶级的思想、犹太人和马克思主义、德国革命和布尔什维主义、国家社会主义运动和1923年11月8日以前的历史,等等。在他服刑的10个月

里,希特勒毫无疑问地比以往变得更加成熟和沉默。他获释后不会威胁那些反对他及在1923年11月破坏他的计划的官员,也不会对他们采取报复。他不会仇恨政府,不会与任何带有国家主义性质的政党为敌。他强调他坚信的信念是:一个国家如果失去强有力的内部秩序和强有力的政府将无法生存。”

典狱官赞美诗一般的证词遭到了慕尼黑警方和国家检察长的有力反驳。慕尼黑警察局副局长报告指出,狱方说希特勒假释出狱后不会做出危害社会的行为,这是站不住脚的。不要说希特勒在法庭审理中就曾说过他被释放后将会继续从事原来的事业,就是在狱中他也策划了反对议会的计划活动。巴伐利亚州的公诉人在反对假释希特勒的起诉书中指出,狱方说希特勒服刑期间能够模范遵守监狱的法纪,这完全是假话,因为他在狱中曾经违反规定9次偷送信件,与狱外的纳粹组织没有间断联系。

但法院执意要假释希特勒。巴伐利亚州政府知道希特勒绝不是一盏省油的灯,想在法院假释之后将希特勒遣返奥地利。奥地利当局起初也答应接受,承认希特勒的奥地利公民身份。但在具体办理遣返手续中,巴伐利亚州政府拖拖拉拉,几个月过去之后,奥地利当局变卦了,不愿迎回希特勒这个“瘟神”,坚称由于希特勒在德国军队中服过役,已经丧失了奥地利的公民权,从法律上讲,这不是合理的论据。巴伐利亚州政府内部在遣返问题上也出现了分歧。最终,法院不顾警方和公诉人理由充足的反对意见,出于政治偏见批准了对希特勒的假释。

如果法官能够秉持司法公正理念,依法判处希特勒无期徒刑,那么他的政治生命就此即会结束。如果法官能够接受警方和检察官的反对假释希特勒的意见,让希特勒在狱中足足待够5年,那么这5年期间纳粹运动群龙无首,矛盾重重,势必分裂衰落。事实上,仅仅在希特勒服刑的几个月里,纳粹运动内部已陷入没完没了的争吵,在巴伐利亚州的议会选举中,仅获得3%的选票,席位也由32位降为14位。如果巴伐利亚州的政府部门办事富有效率的话,那么希特勒就可能会通过帕斯奥口岸遣返到奥地利,德意志人民或许就会躲过一场噩梦。

然而,历史毕竟不能假设,经济的发展要求健全的民主法治保驾护航,不仅要有高速的经济增长,还要有完善的政治体制。20世纪初德国经济巨人、政治跛子的教训再也不能重演了!

11 世纪的对峙：西方之法与中国之理

喻 中*

“法”与“理”，合在一起叫“法理”。但是，在千年以前的 11 世纪，在东方的中国与西方的欧洲，“法”与“理”，既代表了两种彼此独立的知识形态，也浓缩了两种截然不同的文化传统。概而言之，在 11 世纪的欧洲与中国，分别诞生了影响甚为深远的“法”传统与“理”传统。窃以为，对于这两种相互对峙的传统，有必要做些简要的比较。

先说 11 世纪的中国。那时候，当政的是赵匡胤创立的北宋王朝。赵宋政权的“武功”虽不怎么样，“文治”却十分了得，至少，一个阵容相当整齐的哲学家群体，几乎是突然地、令人惊讶地崛起了。其中，最为哲学史家津津乐道的有邵雍（1011~1077）、周敦颐（1017~1073）、张载（1020~1077）、程颢（1032~1085）、程颐（1033~1107），等等。这些哲学家，除了程颐，其他人都是在 11 世纪的上半叶降生，下半叶去世。不仅如此，这个哲学家群体相互之间还有紧密的联系：程颢和程颐是亲兄弟，他们的父亲是周敦颐的朋友，也是张载的表兄弟，所以，他们在年少的时候，都受过周敦颐的教诲，后来，他们又常与张载切磋，而且，他们住的地方离邵雍不远，经常可以见到他。由于这个缘故，冯友兰先生颇有感触地评论道：“这五位哲学家的亲密接触，确实是中国哲学史上的佳话。”

佳话确属佳话。不过，冯友兰的概括还不全面，因为，在 11 世纪的中国思想界，远远不止这五位哲学家。在当时乃至后来同样享有盛名的，还有司马光（1019~1086）、王安石（1021~1086）、富弼（1004~1083）、文彦博（1006~1097）、吕公著（1018~1089），等等。在这些人物中，司马光的声望在当时尤其引人注目。据文献记载，“司马文正公以高才全德，大得中外之望，士大夫识与不识，称之为君

* 作者为四川大学法学院教授。

实,下至闾阎匹夫匹妇,莫不能道司马”。

群星如此璀璨,共同闪耀在 11 世纪的中国上空,确实是一个奇迹。随着这些思想家们的交往、争辩,一个新的文化传统得以诞生,那就是后世所说的理学(程朱理学或宋明理学)。从 11 世纪到 19 世纪,甚至 20 世纪,在将近一千年的历史长河中,中国思想史上的一切争论,几乎都是围绕着理学而展开的。也许正是有鉴于此,严复认为,“中国所以造成今日现象者,为善为恶,姑不具论,而为宋人之所造,什八九可断言也”;胡适断言,中国的现代阶段是从 11 世纪的宋代开始的;陈寅恪相信,华夏文化造极于赵宋之世……

理学的关键词就是理。“存天理、灭人欲”是理学家打出的一个旗号,也是后来屡屡遭人诟病的一个靶子。然而,历代理学家要求保存的“天理”,乃是一切人间秩序的依据,因为,天理高于人情,人情又高于王法,透过“天理—人情—王法”的排序,我们可以发现,理学家所宣扬的天理或理,实际上充当了一种“高级法”的角色。天之理,说到底还是人之理,或“人之常理”。倘若按照张载所谓的“为天地立心”的名言,理学家所说的理,其实就是为天地所立之“心”。

说了 11 世纪的中国,掉过头来再看 11 世纪的欧洲。

法律史家伯尔曼告诉我们,西方的法律传统,就起源于罗马教皇发动的一场体制革命。这场革命始于 11 世纪,更具体地说,主要就是指 1075~1122 年的格列高利改革。这场改革,旨在将罗马教会从对国王和封建领主的屈从地位中解放出来,以建立一个教皇统治下的独立教士等级,其中就包括一个旨在解决纠纷和执行教皇法令的等级制教会法院。在这场教皇革命中,表现了对立各方的辩证调和:灵界与俗界的调和、教权与王权的调和、教士与俗人的调和;在俗界内部,则是王室与封臣的调和、领主与市民的调和。经过这次革命,全欧罗马教会成为最早的近代国家,它还建立了一套法律,这套法律在 1140 年完成的《矛盾教规之调谐》一书中得以系统化。依照伯尔曼的说法,这是近代第一部有关一整套法律的系统论著,并被作为教会法的权威论述而得到采纳。在接下来的一个世纪里,它还被有关英国法、德国法、法国法和其他地方世俗法律体系的权威论著奉为楷模。

有一种意见认为,12 世纪是“一个法律的世纪”,因为,在这个世纪里,形成

了流传至今的西方法律传统。但是,在《法律与革命》一书中,伯尔曼却提出了不同的看法,他认为,开创西方法律传统的一系列伟大的革命性事件,以及最初的一些伟大的法律成就,其中包括教皇格列高利七世的《教令集》,西西里、英格兰和诺曼底的集权式行政管理措施,以及伟大的教会法学家沙特尔的伊沃(1040~1116)和伟大的罗马法学家伊尔内留斯(1060~1125)的学术成就,并不是发生在12世纪,而是发生在11世纪的最后几十年中。

在11世纪晚期,欧洲还出现了最早的一批大学,在那里,欧洲第一次将法律作为一种独特的、系统化的知识体系来讲授。其中,零散的司法判决、规则以及制定法都得到了客观的研究,并依据一般的原理和真理而加以解释,而且,整个法律制度都是以这些原理和真理为基础的。众多的经受了新的法律科学训练的一代又一代大学毕业生,进入正在形成中的宗教和世俗国家的法律事务部门和其他官署。他们担任顾问、法官、律师、行政官、立法起草人,他们在运用学识的过程中,赋予历史上积累下来的大量法律规范以结构和逻辑性,从而使各种新的法律体系,有机会从以前几乎完全与社会习俗和一般的政治和宗教制度混为一体的各种旧法律制度秩序中脱胎出来。

不仅如此,11世纪的宗教与神学也发生了重大的变化。尤其是关于最后审判与炼狱的隐喻,基督因亚当的堕落而赎罪的隐喻,在圣餐礼中饼酒变体的隐喻,在补赎礼中罪过得到赦免的隐喻,教士的“捆绑和释放”——施加或减免永罚——的权柄的隐喻,等等。在这些隐喻中,反映了当时的欧洲人对于死亡、罪、惩罚、宽恕和拯救的新态度,以及关于神与人、信仰与理性之间关系的新设想。千载以降,这些宗教态度和设想已经发生了根本性的变化,它们的神学渊源似乎已经走向枯竭,但是,从它们当中衍生出来的法律制度、法律概念以及法律价值却仍然得以保存,并且大体上没有发生变化。有鉴于此,伯尔曼得出了这样的结论:如果说,前天的隐喻便是昨天的类推和今天的概念,那么,11世纪的法律隐喻就是12世纪的法律类推和13世纪的法律概念。

综合这些史实,我们可以发现,在11世纪的欧洲,教皇革命造就了一个新的法律制度与法律体系,新兴的大学培养了大量的法律人才,神学观念的变迁塑造出新的法律概念与法律价值。这些领域的更新,为西方法律传统的形成提供

了法律人才、法律体系、法律观念等方面的准备。一个即将流传千古的西方法律传统由此而诞生。

伯尔曼站在西方人的立场上,特别重视 11 世纪,因为在他看来,11 世纪是西方法律传统的真正源头。作为中国人,我觉得应当特别看重我们自己的 11 世纪,因为,11 世纪是中国理学传统的源头。在 21 世纪之初,我们都曾为赶上“千禧年”而体会过某种异样的感受。但是,我们很少回过头去,看看上一个新千年的初期,即 11 世纪,东西方的人类文明都曾遭遇过什么。我的看法是,无论是西方的 11 世纪还是中国的 11 世纪,都发生了一个重大的转型:在西方,一个新的法律传统随着教皇革命、大学出现、神学变迁而开始兴起,一个延续至 21 世纪的“千年法律王国”,已经永久地定格在西方的历史长河中。在中国,一个新的理学传统随着邵雍、周敦颐、张载、“二程”而兴起,在 12 世纪的朱熹那里蔚为大观,在 15 至 16 世纪的王阳明那里又起波澜。这样的理学传统,虽然被辩护、遭质疑,以至数百年间总是聚讼纷纭,但是,直至清朝覆灭,它在中国的思想界,几乎都占据着支配性的地位。可见,无论是西方的“法”,还是中国的“理”,都起源于这个神奇的 11 世纪——虽然,在 11 世纪之前,无论是西方的“法”,还是中国的“理”,都可以找到更古老的渊源。

西方的法与中国的理,看似风马牛不相及,但是,两者之间却存在着内在的可比性。西方的法是宗教教义世俗化的结果,在它的背后,有一个强大的宗教背景;中国的理则是对世俗法律的超越,它构成了世俗法律正当性、合法性的依据。从这个角度上说,西方的法处在宗教的“下面”,中国的理居于法律的“上面”。如果说,西方的法律与宗教分别安顿着西方人的现实生活与内心世界,那么,它们在中国的对应物,就是王法与天理:王法调整中国人的现实生活,天理规范中国人的内心世界。在 11 世纪,当西方人从缥缈的天国逐渐转向世俗的人间,中国人却从低调的现实转向了高调的理想——譬如,“饿死事小、失节事大”之类。

现在看来,中西两种文化的走向,在那个时候就已经出现了明显的分野。19 世纪,西方文化为中国人带来的那种天崩地裂般的危机感,也许早在 11 世纪就已经埋下了伏笔。

大治安之表里和谐

金其高*

任何事物都是形式与内容的统一,即表与里的统一。内容决定形式,内容也由最合适的形式来反映。中国传统文化影响社会和谐、影响社会治安的关键问题,就是表里不一,甚至表里对立。和谐社会大治安,必须先行表里和谐。

一、社会治安防控中表里不和之状态

社会治安防控中在两个方面存在着表里不和之状态。

1. 社会治安问题中的表里不和谐。

传统的社会治安问题,从表里看一般都是统一的。劫匪实施抢劫、小偷实施盗窃,一般名义上或者实际上都是为自己。抓住小偷后对其认真进行审讯:“你为什么而偷?”一小偷多半不可能说“我是为资本主义而偷”,另一小偷也多半不可能说“我是为社会主义而偷”,多数都直截了当地承认是为自己而偷。但现在市场经济下的社会治安问题,多半属于“表里不一”型,学会包装了,学会美容了,即假。最为典型、数量也最多的经济诈骗、制售假冒伪劣商品犯罪就是如此。犯罪人以“为国家”、“为大家”、“为人家”为名义干坏事,假冒他人,假仁假义,假公济私。合同诈骗、金融诈骗、网络诈骗等,都是利用事主缺陷心理以售其奸(两厢情愿)、依靠制造假象以创造条件(两头造假,真的变成假的是假,假的变成真的也是假)、从骗取事主信任转入骗取事主钱财(两段骗取),不知“忽悠”了多少国家、单位、个人。有人说骗子就是演员,演员就是“骗子”,此话有一定道理。骗子骗你的是油水,演员骗你的是泪水。骗子的演技绝对一流,骗你没商量。你被

* 作者为华东政法大学教授。