

从撤退开始



龙卫球

著

法

政

学

思

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

法

政

學

思

从撤退开始

龙卫球
著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

责任编辑:周林刚 罗洁琪

图书在版编目(CIP)数据

从撤退开始/龙卫球著. —北京:中国法制出版社,
2007. 1

(法政学思)

ISBN 7 - 80226 - 687 - 4

I. 从… II. 龙… III. 法学 - 文集 IV. D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 163242 号

从撤退开始

CONG CHETUI KAISHI

著者/龙卫球

经销/新华书店

印刷/三河市紫恒印装有限公司

开本/880×1230 毫米 32

印张/11.5 字数/209 千

版次/2007 年 4 月第 1 版

2007 年 4 月印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7 - 80226 - 687 - 4

定价:25.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真:66031119

网址:<http://www.zgfs.com>

编辑部电话:66022958

市场营销部电话:66033393

邮购部电话:66033288

© 2007 The Authors
Journal compilation © 2007 Blackwell Publishing Ltd

收入这本集子里的作品，性质上大致可归入法政思考范畴，均为这些年我“正襟危坐”的法学研究之外的副产品，或属于调剂心境之作，或属于时下议论之作，或属于应急约稿，或属于即兴讲评。然而，这些作品的非计划性，倒也顺应了自由创作的意趣。或为知识遭遇现实，或为现实遭遇知识，几乎没有介入思维间隔之后的过度思虑。但这种写作也带来不少心理刺痛，因为现实非逻辑的表现有时就像赤裸裸的锥子，而我拥有的那点法学知识和信念却多半像个叫化子的



布口袋，挡不住它的锋利。所以，这些作品也是书斋与现实撞击之间的认知徘徊、亲历与史见勾连之中的思虑踌躇。然而，在这其中我还是幸运的，因为多少获得了关于知识的另一种理解的际遇，并由此少了慷慨的激情，多了实证的智慧。

这些作品形式上是松散的，从外貌上几乎难以看到某种章法关联。但是，如果读者愿意深入其中，便可见证我这些年的一个形成中的态度：从撤退开始！在与知识的理解中，在与现实的对峙中，我越来越接受置身在一个“没有其钥匙的世界”（梅洛·庞蒂语）之中这种识见。但在这里我并不因此就陷入历史的怀疑论或者知识的无用论。一方面，我确实赞成，所谓社会进化或者说世界再创造必定不是对于过去历史和知识的简单求助，而应该是一种更具超越气质的心智运动的成果。另一方面，我又相信，任何智慧的创造并非都全然不以一定意义的客观化的思想、知识和技术为起点，相反，我们人类毕竟是在从事一场文化事业，因而它们离不开既有的知识和历史的启发。但是，过去的历史与知识很多时候由于我们自身懒惰、急躁、自负的缘故而被粗读、误解甚至虚构，所谓当下历史和知识的开创便不免陷入错乱、盲目和虚妄。这样，所谓拨乱反正，首先便是一个真实的还原问题——从撤退开始就十分有必要了。惟其撤退，才有开始！

这本集子里的作品跨度几乎是我从教的时间，因此也可以看作是我作为法学教师的一种阅历或者说作为法律人的一种经历。十三年前，我几乎是非计划地加入到法大教

师群体中的，现今却已然是军都校园“蹲山一族”的“元老”了。军都山的夜晚出奇安静，然而这里的时间也过得真快！记得在一堂课上，我曾对学生戏说，书斋里的时间总是比现实生活里的走得较快，所以教书人最易感受时间飞逝，中国最伟大的诗人不是李白、杜甫、苏东坡之类，而是作为夫子的孔子，他只用一句“逝者如斯夫”就把人生苦短给写透了，而那些诗人费上了许多笔墨却还总嫌言犹未尽呢！为此，若干年前，我就给自己取了个“军都夫子”的网名，“军都”的含义无需多作解释，至于“夫子”，当然是指称那类赶不上时间的书斋中人了。但无论如何，除了时光飞逝之外，我仍然乐于承认，军都山下的这十几年是我生命中极有意思的时期。

需要说明的是，在写作方面，我并非一个勤快的人，虽然思考从不间断。收入这本集子的作品也不是我的非计划作品的全部，由于时间有限，一些评论和讲座还无暇整理。此次能够出版这本小小的集子，实出自高全喜、季卫东两位学长的关爱和督促以及中国法制出版社诸位编辑的热心和勤勉，在此由衷表示谢意。还要感谢我的两位学生，中国政法大学朱虎、梁笑准二君的初校协助。当然，错误在所难免，恳请读者指正。

龙卫球

2006年12月31日

于军都山下

目 录

自 序	1
-----	---

随 笔	1
-----	---

从培根的辩护说起	3
----------	---

法家人物李斯评议	7
----------	---

中国政治社会结构的人性基础 ——闲话“林冲休妻”	15
-----------------------------	----

姜维屯田与伦理承担	25
-----------	----

中西文化交流略谈	34
----------	----

辩论杂谈：寓意和规范	42
------------	----

好一只破风筝	46
--------	----

为何不懂建筑所有的自由	50
-------------	----

守住法治的文明底线	54
-----------	----

倾听有产者的“财产权困惑”	58
---------------	----

在流动的时间之河你们都是幸福的鱼 ——“法学时评网”2004 年新年问候	62
---	----

网络生活好极了 ——“法学时评网”三周年补记	65
---------------------------	----



事案评论

69

法律解释中的市场化语境之辨

——评大韩航空公司“4·15”

坠机事件的诉争

71

法官应如何解释法律

——“中国文学艺术基金会受

捐赠案”法律适用评析

80

规章专权,法治难行

——从“浏览黄色网站案”的规章

适用说起

87

法治的皮与囊

——关于黄金高案一审的一些疑惑

98

法院,你可知司法为何物?

——对某地方法院推行所谓

“先例判决制”的评论

105

让房屋拆迁走出“以政促政”的困境

——从国办发〔2004〕46号

文件谈起

111

习惯与学术权力较量

——《读书》评奖风波有感

121

学术公共人的公共意识

——再评《读书》评奖风波

131

讲 评 141

“民间索赔”的法学思考

——1996年11月28日在中国政法
大学的讲座

148

传统与革新

——1998年5月12日在中国政法
大学的演讲

161

从撤退开始：《民法总论》的姿态和进路

——2001年10月13日在中国人民
大学的讲座

181

民法秩序的主体性基础及其超越

——2002年11月2日在中南财经政
法大学的学术报告

197

“保留多样性整合”的编纂思路

——北川教授评点中国民法典
草案体例

220

物权法政策之辨：市场经济体的法权基础

——对《物权法（三草）》征求
意见稿的评论

229

现今通行的法学方法论的两个局限

——冯象《法学方法和法治的
困境》的粗略解读

246



侵权行为法责任发生基础的讨论

——略评陈聪富《侵权行为法之

过错、违法性与因果关系》 250

关于《物权法草案》(第四次审议稿)的

一些讨论

——在北大法学院“物权法草案

研讨会”上的评议汇集 255

物权立法的合宪性问题

——2006年3月16日在中国人民

大学的讲座 268

纪 会 291

有风自南,翼彼新苗

——怀念谢怀栻先生 298

点滴的追忆,无限的怀念

——遥祭杨振山老师 310

杂 录 319

美国侵权法精要

——柯恩卡《侵权法》影印本前言 321

整理也是一种有益的研究

——《民法总论》初版自序 327

评价法学的现代轨迹

——评拉伦茨《法学方法论》 330

为了未发生的和已经发生的“法律之羞”

——《律师文摘》创刊五周年致贺 334

为什么要毕业？

——在中国政法大学 2005 届本科生

毕业典礼上的发言 338

保持乐观，才能够一往无前

——2005 年 11 月 4 日在“沧海云帆”

论坛上与网友的对话 342

随 笔

■ 从培根的辩护说起

■ 法家人物李斯评议

■ 中国政治社会结构的人性基础

——闲话「林冲休妻」

■ 姜维屯田与伦理承担

■ 中西文化交流略谈

■ 辩论杂谈：寓意和规范

■ 好一只破风筝

■ 为何不懂建筑所有的自由

■ 守住法治的文明底线

■ 倾听有产者的「财产权困惑」

■ 在流动的时间之河你们都是幸福的鱼

——「法学时评网」2004年新年问候

■ 网络生活好极了

——「法学时评网」三周年补记



从培根的辩护说起*

弗朗西斯·培根是大家熟悉的人物。

他是英国詹姆士一世时代的大法官，又是杰出的散文家和科学先驱者。但是，他著名也因为他是一个伪君子：一方面他在散文中宣扬如何做一个高尚的人，另一方面，他在任职期间，以雇佣律师为掮客，以助手为经手人，大肆索贿受贿，成为英国当时屈指可数的大富翁。

* 本文原载《中国政法大学校报》1995年11月10日“人文札记”版，限于篇幅发表时有删节，此为未删稿。



东窗事发后，培根被逮捕。在受审中，培根虽然感到惊慌，但企图以诡辩解脱罪责。他在上议院作了好几场精心辩护，以证明自己无罪。其中最重要的一场是：他虽然收取贿赂，但仍然履行了一个大法官的谨慎，在具体审案中不受贿赂影响，所作的具体的判决都是公正的。为此他还列举了一个案件为证。他也强调，在另外五个案件中，他从双方受贿，因此不可能受贿赂影响。

培根的企图最终没有得逞，落了个罪有应得的下场，他的辩护因此也成为历史的笑谈。不过，这里也引发出来一个很有意思的问题：司法公正的精髓是什么呢？司法制度为什么可以容忍一个清廉但才智平平的法官，而不能容忍一个腐败但才智超人的法官？法官腐败了就不会有司法公正吗？

这个问题势必引发出有关司法形式公正意义的辩论。培根的失败，表明了司法形式公正在英国的重要性。英国人遵循西方法治传统，将形式公正确定为司法公正的基本前提。他们不相信公正裁判能够脱离司法的形式公正，因为司法本身是个事实证明和法律选择适用的过程，严守程序和保持公正立场是保证这一过程获得充分审究和剔除偏见的必要条件。只有司法的过程严谨，才有司法的结论可靠。判决是否合理，不能从判决本身自证，而应从全部过程推断。

中国曾经是一个极度轻视形式公正的国家，中国古代司法的一个重要特点便是，行政吸收司法，司法形式和程序极具随意性，甚至可以忽略。很多中国人相信，形式公

正可有可无，实质公正才是至关重要的。所以，我们往往津津乐道微服私访的故事，在这种故事里，司法程序本身并不重要。这种轻视形式和程序的结果，导致了对法官行为控制的弱化，导致了对司法者个人选拔和任免的随意性，因此也就不能避免司法恣意和司法腐败。所以，翻开中国古代司法史便可见，司法黑暗成为普遍的现象，为民作主的清官终究没有几个，所谓“三年清知府，十万雪花银”。当今社会，司法腐败仍然长盛不衰，究其原因，恐怕与我们忽视形式公正也是有密切联系的。

西方的司法形式公正，包括两部分。一为程序的公正。这要求裁判必须严格依程序进行，不得随意省略或改变司法程序。一套现存合理的司法程序，往往都是司法历史经验的总结。二为裁判者的公正。法官是程序的主持人，他的事业比一场球赛或一场棋赛严峻得多，因此更应维护程序、遵守职业操守，不能有任何一点倾向性。

法官公正与否，无法从内心去探求，只能从外在因素，通过人类经验形成的分析工具，来判断与法官有关的各种事实因素，对其中有不当干扰之虞者事先排除之。首先，亲戚或朋友关系，在人们的一般观念中，是影响中立立场的重要因素，因此，西方人确立了回避制度，要求与案件有利害关系的人回避审理。其次，法官一贯所表现的个人素质和品德，也被认识到是影响公正立场的重要因素，是判断法官公正性的重要条件。西方人普遍信奉亚里士多德的名言“理想的法官是公正的化身”，非常重视法官的素质



保障，建立了严格的法官选拔和任免制度，确保法官是在才智上超群、在品格上高尚的人。一个有污点的人没有资格担任法官，有了污点的人当然也要失去法官的资格。带假发的法官，在我们看来，确实颇有神的意味。

为了保证司法公正，对于法官的形式要求有时还推及到法官以外的司法参与人。例如，一个陪审员在被甄选之前，甚至要经受种族、性别、年龄、婚姻态度、酗酒这样细碎的事项的考量。在美国，这种检验原则现在已经扩展适用于检察官、警察、鉴定人甚至证人。我们常看到，一个白人警官或检察官在法庭上会被律师盘问得大汗淋漓，一个有“撒谎史”的证人的证言会被认为不可靠，一次违反程序的取证可以导致相关证据统统无效。这就是为什么在美国辛普森会被无罪释放，而在我们看来却不可思议的原因。

探讨由培根案例提出的问题，确实是我们重新审视自身有关司法观念的一个契机。西方人对司法形式上公正的追求，可以启发我们关于致力于司法形式方面完善的法治方法的认识。形式公正是通往司法合理的不可缺少的保障，我们要达成司法公正，首先应从司法形式公正的制度建设入手，包括致力于司法者选任和考核制度的完善。柏拉图说得非常好：要使纸上的法律变为现实，非有合适的司法者不可，即使城邦安排再好，如执法官不合适，连已有的法律也会给城邦带来极大的危害。其实，中国古人赞美的“包青天”，不也或多或少倚靠了品格优良这样的形式条件么？

(1995年10月25日)