

象牙塔上放哨

谢晖／著

法苑随笔丛书



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

象牙塔上放哨/谢晖著. --北京:法律出版社,
2002. 11

(法苑随笔丛书)

ISBN 7-5036-3993-8

I. 象… II. 谢… III. 法律 中国 普及读物
IV. D92-49

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 084673 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/综合法律出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	
开本/850×1168 1/32	印张/8.375 字数/201 千
版本/2003 年 1 月第 1 版	印次/2003 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
综合法律出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/zonghe@lawpress.com.cn	电话/010-63939656
传真/010-63939650	
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-3993-8/D·3711	定价:17.00 元

谨将此书——

献给内子赵爱勤君

自序：象牙塔内的感怀

人称大学为象牙之塔，一般是在大学里教书的女士们、先生们，就像19世纪的那位法国浪漫派小说家维尼一样，只知道“为艺术而艺术”或者“为学术而学术”。我们引申意义上的象牙之塔，正如一部词典所云：“比喻脱离现实生活、逃避斗争的文学家和艺术家的小天地。”^①可见，即使象牙塔不是一个贬义词，也距离贬义词不远。那么，何以要选择《象牙塔上放哨》作为自己的书名？

其实，不是刻意追求所谓反传统、反潮流，只是我个人非常喜爱、欣赏象牙塔内的惬意生活。这不仅在于这里有幽静的环境和休闲的条件，足以为自己闲适的读书之所，更在于这里有独立的精神和自由的思想，从而使思想的大脑不至于对象化、僵硬化。虽然，“实践出真知”是一个不争的事实，但“知识青年上山下乡”之类的实践不但未使真知有所增长，反之，他们虽学会了忆苦思甜，却丢失了反思和批判的锋芒。此类情形，在近些年来

① 《新华词典》，商务印书馆1980年版，第922页

一批优秀学者步入政坛之后的思维方式和行为举止中也不难得见。

同时,一方面,我也要为象牙塔内的生活“脱离现实”投上赞成票。不过需要进一步说明的是:这种“脱离”恰恰是学者得以自治和独立的前提,是学者得以远观与冷静反思、批判现实的条件。苏轼云:“不识庐山真面目,只缘身在此山中”。这照例适用于我们对理论和实践关系的理解和把握。近代大学和相关研究机构产生以前,人类也在世代地从事物质生产劳动,但为什么人类知识总量的增长却如此缓慢?这恐怕与“身在此山中”不无关系。日复一日的生产实践只能使人们收获经验知识,而不是理性的系统的知识。从此意义上说,理论(研究)脱离实际(践)就无可厚非。极而言之,理论倘若不脱离实际,则意味着它不是理论,它也不可能以独立品格反过来指导实践,进而与实践“结合”。

当然,另一方面,我则要为象牙塔内的生活“脱离现实”投上反对票。这是因为作为“象牙之塔”的大学,不仅仅独自构成一个“社会”,而且典型地代表着人类物质生产实践之外的另一种实践——精神生产的实践。人类之异于万物者,端在于其精神实践。但长期以来,人们在谈到实践时总是忘却了对精神实践的必要关注。诚然,任何物质实践都伴随着精神实践,但并非没有相对专门的精神实践。大学,相对而言,就是人们从事专门精神实践的场所。近代大学产生以来人类理性知识在总量上的突飞猛进,恰好说明这一独立的精神实践对精神产品生产的巨大的、无可替代的作用。显然,从此意义上,说“象牙之塔”就是“脱

离现实生活”那只是由对人类现实生活的极其狭隘的理解所致。

对于一位法学者而言，在理论上对于法律实践和其他社会实践的关注和把握，更是其职责所在。汉有关羽“身在曹营心在汉”，我想，法学者们大抵也是如此。身在“象牙之塔”，心系法律实践，这是一个法学者必须有的学术情怀。只是法学者对法律实践的把握，不像法官那样去亲自操作，而是对其做出学理的总结和提升。这一过程，必须身置象牙塔内——与实践保持一定的距离。距离不仅产生美，而且产生远观的真，产生局外的审视和批判，从而避免“当局者迷”的厄运。

我为能坐拥书城、身置象牙塔而自豪，因为在这宁静的世界，我才能以“冷眼向洋看世界”的平静心态省思社会、品味实践，在象牙塔上为法律实践“站岗”、“放哨”

作者序于 2002 年 7 月 12 日

目 录

1	瞭望法治
3	法治,断臂的维纳斯
7	美好的人治与无奈的法治
11	再谈无奈的法治
15	法治,妥协的正义
19	德性的法治
24	从“绳绳绑人”到“治国之才”
28	立法者的规矩
32	简评公权主体以非法对抗非法
36	何以必须尊重司法
40	执行,司法的累赘
44	中立,司法的原则
48	“刀把子”理念与法治
51	法理社会与法治国家

53	眷顾法学
55	论法学家之为“世界公民”
58	创建多元化的法理学
60	热闹的产权与旁观的法学家
63	欢迎“外行”说法律
67	权利是人类自由的法律界定 ——就教于莫纪宏先生
70	法律,武器?
74	“入世”与法律的世界意识
78	法学编辑与法学刊物
81	克隆羊、黄河断流与法理学的终极关怀
87	法学学问化之管窥 ——论法学学问化的前提、内容和方法
96	法理学:从“宏大叙事”到“微观论证”
101	关注中国法学

107	阅读书本
109	法律距文化有多远
112	法律的文化观照 ——读《法律文化论》杂感
123	理智树上的无果花 ——托马斯·莫尔法律思想漫议
130	柏拉图与德沃金
134	说“体”及其抉择 ——读《文化的冲突与抉择》
144	伦理至上与思想困厄 ——《中国意识的危机》读后
162	学术批评与“政治立场”
168	衣食的文化交流史
171	“厉法禁自大臣始,小臣不犯矣”
174	“人生七尺躯,谨防三寸舌”

- 176 沉默与控权
- 181 信仰脱魅,理性入魅?
- 184 忠诚义务与缘心论罪
- 189 读书,当求甚解
- 193 **冷观社会**
- 195 “职称”与“称职”
- 197 多法域并存与中国法文化的互补
- 200 由“廉政账户”与“劫富济贫”说开去
- 205 何以蔑视法官
——法治的另一种危机
- 208 运动式执法,可以休矣!
- 212 怪哉,所谓“执法”指标问题者
- 216 判断是非与平息矛盾
- 220 赈灾捐款,法律程序何在?
- 223 功利与价值

226	法律,道德的底线
230	隆法不轻德
235	“违法就是法治”,“法治就是判刑”
239	立制反腐
243	生命的法益
246	赵薇事件与政府责任
251	象牙塔的失落?
253	跋:孤独与使命

瞭望法治

法治,断臂的维纳斯

长期以来,在学术上谈论美与不美的权利,似乎只属于才华横溢的诗人、风流倜傥的画家、“香飘万家”的歌星影星、还有在落叶缤纷中散步沉思的美学家……至于那些成天板着脸孔、正襟危坐的法学家,也来凑热闹谈论美与不美的话题,特别是谈论中国人闻之而畏的所谓法治之美的话题,似乎令人不敢想像。然而,法治不仅是对社会的强制性管理,而且也是一种艺术化的管理。法治同人类的一切创造物一样,自然也体现着一种美。那么,法治之美美在何处?我觉得,它的美好像断臂的维纳斯。

1820年,在希腊南部爱琴海的米洛斯岛上,一尊数千年前的雕像的出土震惊了全世界,它就是著名的“米洛的维纳斯”(即断臂的维纳斯)。这尊比例匀称、线条清晰、并且永远透出慈祥 and 和善的生动面容的爱神维纳斯,因为其缺少了一条胳膊,更令无数爱美之人不但在它面前流连忘返,而且热切期望它能完美无缺、并由此激发了人们为它补上胳膊的种种冲动。然而,直到如今,它仍然是断臂的维纳斯,也许,为她补上胳膊,永远是人们无限美好的遐想和冲动。说法治之美,好像断臂的维纳斯,就在于说明,法治从来不是、也永远不会是最理想的统治方式,它只是人类在寻求秩序过程中反复权衡的一个结果。同时,人们尽

管可以寻求比法治更美好的秩序实现方式,但是,这种寻求,也许永远是一种无比美好的心灵冲动,它可能伴随着人类未来进化的整个历程。

在人类历史上,对合法性秩序的设计和解释,大体有如下几种:其一是所谓自然秩序论。在理论上,它强调“天人合一”、“道法自然”,主张人与自然之间的和谐相处。在实践上,从古代社会的图腾崇拜(此种崇拜至今在不少原始部落依然存在)到当今风靡世界的“绿色和平主义运动”,都可看作是对自然秩序论的首肯。然而,人虽生活在自然中,并且是自然生命的最高形式,但人之为人,其根本在于他的社会性。人要尊重自然,但决不能纯粹地因应自然,永远做自然的奴隶。或者说,按照人的社会属性活动和生存,本身是人作为最高级的自然生命的“自然形式”。可见,自然秩序论虽是美好的,但与人之能动的社会本性未免合辙。其二是所谓神授秩序论。在那里,理论设计者给人们指出了—一个永恒存在、无所不在、无所不能的“第一推动者”,它推动着自然进化,也引领着人类行程。它的实践结果,是在人类历史上长期存在、并至今依然在不少地方存在着的教权秩序和神灵权威。毫无疑问,这种理论设计,似乎能给人类的生活世界带来“至美”的规则和秩序,然而,遗憾的是,它是以抬高神灵而否定人类自身的主动性为代价的。它在实际上所带来的并不是人性的伸展,反而是以神权压抑人权。其三是所谓圣贤秩序论。在柏拉图那里,圣贤就是“哲学王”;在孔孟那里,圣贤则是“仁者”;甚至连主张“法治”的韩非也盛赞“上古之世……有圣人作……使王天下”的局面。如果说神授秩序论给人类描绘了一幅无所不能的神的美妙画图的话,那么,圣贤秩序论却把美妙的神换成大智大慧、通天达地、慈悲公正的人。其历史实践形式则是形形色色的君主专制。我们知道,这种情形在中国延续了两、三千年;在西方也同样有源远流长的历程。但它在事实上给人类所带来的,并不像理论上所描绘的那样美好;相反,人类制造了“圣

贤”,他们却无时不被“圣贤”所困所累。其四是所谓法治秩序论。它青睐法律,并认为“法律就是国王”,因此,“君臣、上下、贵贱皆从法”。自理论的外观讲,它明显是一种有缺陷的美;它比不上自然秩序论的浑然天成;比不上神授秩序论的整齐划一;也比不上圣贤秩序论的富于人情。它是一种集合了众人意见的秩序,因此,难免世俗、缺乏高雅;它鼓吹法律至上,因此,“国王”必然是机械的、冰冷的。从它的实践看,虽然,它给人类带来了以往的历史无可比拟的自由、秩序和伟大的创造热情,但它刻板僵化、冲突漏洞以及时有所见的不确定性等等缺陷已暴露无遗。这正是后现代主义法学反思、甚至批判法治的理由所在。在此情形下,人们希望在法治中能注入自然的声息(如法治的“自然长成”论)、融进神灵的神圣(如法治的“规则信仰”论)和添加圣贤的睿智(如法治的“精英推动”论),使其明显的“断臂”缺陷得以弥补。然而,至今人们既没有找到能完全弥补其缺陷的具体方案,也未见通过改革,在一定程度上弥补了缺陷的法治不再存在缺陷,更未见能在整体上可以代替法治的其他秩序形成方式。可见,法治之美就像断臂的维纳斯那样,永远是诱人的,也永远不是“完美”的。

当然,从对审美对象之缺陷的救治看,法治之美又毕竟不同于维纳斯之美。后者之不能救治,并不在于人类的技术不能,而在于人类对一件数千年前的出土文物之原貌的珍重;或者一旦按照“完美”的原则救治了它,反而丧失了人类对追求更美的无限遐想。而前者之不能救治,却纯粹是一种技术不能。自法治出现以来,人类就不断在追求法治秩序的“完美”,但人类缺乏可使她“完美”的技术,所以,人类只能相对地革新法治、改进法治、甚至“更换”法治,但永不可能使法治变得“完美无缺”。

何以法治的缺陷是无法救治的?这必然要涉及对人的分析。法治既不可能是神的理性,也不可能是自然理性,而只能是人的理性。既然是人的理性,不论它是个人的理性还是众人的

理性,都只能是一种残缺的理性。因为所谓“人既是天使、又是魔鬼”这一结论,不仅适用于个体的人,而且适用于大众的人。对此,好像“神灵”们比人看得更加清楚:在犹太—基督教那里,人类的祖先因偷吃禁果使他(她)们的后代万劫不复,永远原罪。在佛教那里,人来到现世永远是苦难的,因为人是带着罪孽来到现世的。要消罪,只有忍受现世的苦难,寻求来世的“凤凰再生”。而伊斯兰教的产生,也直接针对着长期以来阿拉伯半岛及其附近的社会失序、混乱……可见,人类理性的不完善、不健全是自然注定的,因此,即使法律,也是人们为了消除罪恶的产物,是为了所谓“以恶制恶”。然而,人类所创造的任何事物,包括法律在内,即使以制恶为目的,仍免不了和人性俱在的恶。例如,人在立法时,人总被置于主体地位,他们似乎是自然对象的当然奴役者,而一切自然对象只能是人的被奴役者。要改变这种恶、弥补这种法治的缺陷,除非无所不能的神灵、圣贤给人类立法。然而,人类何曾见过他们及其立法呢?

展望未来,法治仍是人类构建秩序的首选,是人类难以割舍的美的牵挂。同样,人类也无法克服法治之美的固有缺陷。人类从来没有停止过救治法治缺陷的欲念,但旧的缺陷救治了,新的缺陷又出现了。人类根治残缺的法治之过程,也许是《红楼梦》中所谓“好即了、了即好”的过程。这不是悲观,而是人类不得不这样在渺茫中永恒地追求。

原载 2000 年 5 月 14 日《法制日报》