

明法讲堂



在法大 听讲座

寻找法学的趣味

贾广芳 / 主编



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

明法讲堂



寻找法学的趣味

在法大 听讲座

贾广芳 / 主编



华中科技大学出版社

<http://www.hustp.com>

中国·武汉

图书在版编目 (CIP) 数据

在法大听讲座——寻找法学的趣味 / 贾广芳主编. -- 武汉: 华中科技大学出版社, 2019.5

ISBN 978-7-5680-4825-5

I. ①在… II. ①贾… III. ①法律—文集 IV. ①D9-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2019) 第057586号

在法大 听讲座——寻找法学的趣味

贾广芳 主编

Zai Fada Tingjiangzuo——Xunzhao Faxue de Quwei

策划编辑: 郭善珊

责任编辑: 陈锦剑

封面设计: 伊 宁

责任校对: 梁大钧

责任监印: 徐 露

出版发行: 华中科技大学出版社 (中国 · 武汉) 电话: (027) 81321913

武汉市东湖新技术开发区华工科技园 邮编: 430223

录 排: 北京欣怡文化有限公司

印 刷: 北京富泰印刷有限责任公司

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 8

字 数: 140千字

版 次: 2019年5月第1版 2019年5月第1次印刷

定 价: 46.00元



华中出版

本书若有印装质量问题, 请向出版社营销中心调换

全国免费服务热线: 400-6679-118, 竭诚为您服务

版权所有 侵权必究

代序

在法大问学记

——感悟法学成长及术业专攻的轴心突破

本书的写作缘起于我在 2015 年至 2016 年问学于中国政法大学，重回法学教育的现场，感悟法学成长及术业专攻的轴心突破所在，记录下当代当时庄严的、真实的法学教育及研究现状。

讲授刑法的老师在课堂上鼓舞学风和士气：“本科、研究生时代，是法学研习训练的轴心时刻。一学期有 18 周，让研究生写 20 篇论文，法律人的思维就是要快。”，老师还引用德国哲学家雅斯贝尔斯的“轴心时代”原理作为理据：“人类一直靠轴心时代所产生的思考和创造的一切而生存。每一次新的飞跃都回顾这一时期，并被它重新燃起火焰。”

2016 年，在课堂上，舒国滢老师回顾 20 世纪 80 年代初中国人民大学清史研究所戴逸教授的辩难与质疑：“法学是幼稚的”，“史学



是危机的，哲学是贫乏的，经济学是混乱的”。社会科学整体存在的幼稚、危机、贫乏、混乱，无疑也是在促使我们反思我国文化的生产性困境。

法学家不能仅仅作为青年人的导师，带领青年人认识法律的原初基础，“我最关注的是，中国文化的生产性，法学的科学性，有自我再生能力”，舒师在对话中，讲述自己对深层次问题的忧思，因为“法学高度的科学性和深刻的衰败是两个相互对立的事物”^①。

文化的生产性，这也是日本学者竹内好先生所关注的问题。竹内好先生在《何谓近代》一文中指出日本文化总是面向外界的，等待新的东西的到来。文化总是从西面来，儒教佛教便是如此。“在日本文化中，新的东西一定会陈旧，而没有旧的东西之再生。日本文化在结构上不具有生产性。即可以由生走向死，却不会由死走向生。”^②

美国学者列文森在“研究揭示儒家文化内在特质方面着力甚深，就问题的出发点而言，《儒教中国及其现代命运》主要是针对中国现代的新传统主义：儒家思想在近现代世界中，是否完全丧失了其原创性的智慧和对于人们心灵世界乃至近代社会历史进程之客观的影响力”^③。“现代中国知识分子的窘境，他们在情感上执著于自己的历史，

① [德]鲁道夫·冯·耶林著，李君韬译：《法学是一门科学吗？》，法律出版社2010年版，第49页。

② [日]竹内好著，孙歌编，李冬木，赵京华，孙歌译：《近代的超克·何谓近代》，生活·读书·新知三联书店2005年版，第213页。

③ [美]列文森著，郑大华，任菁译：《儒教中国及其现代命运》，广西师范大学出版社2009年版，第12页。

在理智上却又献身于外来的价值。他们对于过去的认同，缺乏知行的理据，而他们对当今的认同，则缺乏情感的强度。”^①

中国教育制度的变革，尤其是法学，从价值理念到法学思想，都在借鉴欧陆法学，更加接近西方的法律语境、思想方法，几乎很难找到自己的传统法律理念，从而使中国现代知识分子在研习法学的过程中缺少亲切感。讲授民法的姚新华老师指出，要更好地研习民法，必须了解德国史、罗马史。

舒师的求学经历具有某种代表性，他自1979年始，早期学习法学时，一直在寻找对法学的兴趣，试图让自己喜好法律之学。

直到1993年10月，舒师获得去德国哥廷根大学进修法哲学与法社会学的机会，这是学问人生的一个重要转折点，极大地改变了他对法学学科的认识，法学是有思想品位的、有魅力的，法学是古老高深的学问，具有思想和审美上的吸引力，并使他真正感受到大学的使命与精神气象：

哥廷根大学法学院图书馆的藏书，仅法哲学方面的著作就有数万卷，甚至能够找到17世纪的著作，看到书架上一排排齐全的法哲学大师的作品，令人震撼。最让我眼前一亮的是过去从未见过的“法美学”方面作品，感受到诗人席勒“只有通过美这扇清晨的大门，你才能进入认识的大地”之情怀。

^① [美]列文森著，郑大华，任善译：《儒教中国及其现代命运》，广西师范大学出版社2009年版，第12页。



2005年,《政法论坛》连载邓正来教授的长文《中国法学向何处去》,在法学界产生极大反响。什么是法学?中国法学向何处去?法学的科学生产性,成为中国法学成长中必须要面对和解决的问题。

回顾轴心时代(寻求轴心突破):法学到底有没有科学性?2011年至今,舒师一直在研究“法学成长中的方法与知识谱系”,想从西方法学知识发生学角度寻找答案。他寻找法学的科学之路,试图求解当代中国法学发展方向的“戴逸之问”的解答。

舒师在对法学家普赫塔的法学建构的研究文章中专节论述“法的生产性”:在普赫塔看来,“法不仅仅是意志的产物,而且也是来自抽象推导之概念的产物,法学不仅仅在于研究所谓‘法学家们的一致意见’或法学家们的‘通说’,而更重要的在于研究一种‘建立在科学根据之上的意见’,它不纯粹是‘继受性的’,也不仅仅是解释制定法和习惯法,而像其他科学一样,法学具有‘生产性’,负有‘一种生产性使命’(如上所述,科学本身是一种法源)”^①。“法学家必须一方面意识到该权利在法律关系体系中的地位,另一方面又必须把该权利的来源向上追溯至权利的概念,并从权利的概念向下追溯,才能得到此项权利,该权利的性质才会被完满地确定。”^②耶林论述“概念”的特性:“概念是生产性的,它们自我配对,然后生产出新的

① 舒国滢:《格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法权建构:理论与方法》,《比较法研究》2016年第2期,第9页。

② 舒国滢:《格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法权建构:理论与方法》,《比较法研究》2016年第2期,第9页。

概念。”^①

耶林认为,“什么是法学,法学就是在法律事务中的科学意识”,“真正的科学所显示出来的特征,也就是一种永远不会满足于寻得某个事物而总是继续追寻的精神”^②。耶林的观点与我国儒家经典著作《大学》所云“大学之道,在明明德,在新民,在止于至善”的精神是相通的。

陈寅恪在《冯友兰中国哲学史上册审查报告》的序言中说:“其真能于思想上自成系统,有所创获者,必须一方面吸收输入外来之学说,一方面不忘本来民族之地位。此二种相反而适相成之态度,乃道教之真精神,新儒家之旧途径,而二千年吾民族与其他民族思想接触史之所昭示者也。”

日本学者沟口雄三先生在《作为方法的中国》中写道:“我指出以世界为目的,正是因为预感到,为了构筑二十一世纪的世界观,和以往欧洲的‘国家’原理相对照的亚洲的‘社会’原理是必不可少的资源。这一‘社会’原理,用中国的说法也可称为‘天下’的原理或‘生民’的原理,即人与自然互相调和、人与人之间互相团结的民主大同的原理。”^③

① 舒国滢:《格奥尔格·弗里德里希·普赫塔的法学建构:理论与方法》,《比较法研究》,2016年第2期,第9页。

② [德]鲁道夫·冯·耶林著,李君韬译:《法学是一门科学吗?》,法律出版社2010年版,第58页。

③ [日]沟口雄三著,孙军悦译:《作为方法的中国》,生活·读书·新知三联书店2011年版,第298页。



沟口雄三先生代表了中国研究的“中国中心主义”的立场，其价值恰恰在于，在面对我们自身问题的时候又不能丢掉自己的“主体性”。

本书中提及的姚新华老师已于2017年荣退，在中国政法大学昌平校区本科课堂上，很难有机会聆听到姚新华老师的讲授，不禁令人有“广陵散”之叹。

“一本书主义”：静下心来搞清楚一两个小问题，产生知识增量，也比简单、粗糙地去编撰一部大块头的书，更有价值。姚新华老师、张俊浩老师，都是倡导“一本书主义”。1998年下半学期，在中国政法大学阶五教室，一向疏于打扮的姚新华老师，穿着西服、佩戴领带，站在讲台上，同学们热情地为他鼓掌，那是他的“阶五教室时刻”。

王人博老师更像古代书院里的老师，与弟子们具有某种古典式的伦理性的师生关系，王老师谆谆引导青年人理解生活和学问中的“宪制”与规矩：“说话不要太直，我的年轻的弟子们。荀子所云‘虽有矛戈之刺，不如恭俭之利也，……我年轻时对张之洞的‘中学为体，西学为用’的‘体用说’很反感，到了中年，则感佩他的睿智。”王老师“第二阶段的学术思想，主要表现为，对中国宪制思想的梳理，把晚清到民国时代的宪法、政制思想进行了解读，提炼出‘富强为体，宪法为用’，认为近代中国政治文化精英之所以引进宪法，所看中的

并不是宪法本身的价值，而是宪法所可能带来的国家富强的效应”^①，可谓是对张之洞“体用”说的传承和发挥。

青年一代士子的历史使命：发扬自己的新文化，创造此下的新历史。

孟庆延老师总结钱穆《中国历代政治得失》《国史大纲》中“社会学”的意涵：“士与中国社会”是全书的主旨，钱穆认为传统文化中的士，是中国历史中一条有力的动脉，并以传统士的标准，要求自己的弟子，承载士的使命与气象，开创此下的新历史。“教育的第一任务，便是要这一国家这一民族里面的每一分子，都能来认识他们自己的传统，发扬自己的新文化，创造此下的新历史。”

“你们应关注的是法学的大问题”，要创造自己文化的新历史，年轻士子，任重道远，置身法学成长、术业专攻的轴心期，前见古人，后见来者，方可获得精神动力与飞跃。让我们出发！

贾广芳

^① 周睿志：《迟到的入门》。

目录

法理学卷

求解当代中国法学发展方向的“戴逸之问”——舒国滢老师访谈录 / 2

寻求“戴逸之问”的解答——舒国莹老师讲法理学导论 / 33

中国宪制史卷

宪法思想的溯源察流——王人博老师访谈录 / 54

“宪法”概念的起源及流变——王人博老师讲中国宪制史 / 66

附录 焦洪昌老师：宪法是一种语言，是每代人参与对话的语言 / 92

民法学卷 / 99

精准性思维要求的民法——刘家安老师访谈录 / 98

民法精准性思维的体现——刘家安老师讲物权法与债法总论 / 110

民事规范立法中的传承与创新——姚新华老师讲民法总论 / 130



刑法学卷

从规范行为的法学到规范秩序的哲学——方鹏老师访谈录 / 150

明辨法理，奉法为尊——方鹏老师讲规范刑法学 / 169

历史社会学卷

君子之道，有必不为，无必为——孟庆延老师访谈录 / 202

社会学中的历史维度——孟庆延老师导读《中国历代政治得失》

《国史大纲》/ 217

后记 / 243

法 理 学 卷



求解当代中国法学发展方向的“戴逸之问”

——舒国滢老师访谈录

时间：2017年12月22日

地点：中国政法大学

受访人：舒国滢，中国政法大学法学院教授，博士生导师

采访人：贾广芳，铭达律师事务所律师

法学究竟是什么样的学问？当代中国法学经历了怎样的历程？法学是幼稚的吗？中国法学到底走向何处？带着这些问题，笔者专程采访了中国政法大学法学院教授委员会主席舒国滢老师，让我们来聆听他的解答。

——贾广芳题记

这种经过无数代的私法（民法）学家呕心沥血（19世纪的德国民法学家甚至按照“几何学方式”）建构起来的民法“教义学”知识，达到了与其他科学（甚至自然科学）几乎等同精致的程度（德国“学

说汇纂法学派”的理想本来如此),以至于我们就把它们当作“法律科学”对待。你们要关注的,是法学的大问题,则华夏一族,终不因吾辈,而成为法学小国。

——舒国滢

一、中国法学走向何处?

贾:20世纪80年代末,中国人民大学清史研究所的戴逸教授提出“法学是幼稚”的,以及“史学是危机的,哲学是贫乏的,经济学是混乱的”的判断。法学家们陷入疑惑:中国法学走向何处?您如何解读法学的这一状况?

舒:戴逸先生指出了中国法学存在的方向性的困惑。最近十年,我研究的重心从法与社会科学、人文科学和哲学交叉研究,转向有关法学自身(特别是其科学性问题的)思考,我想弄清楚1977年我国法学学科恢复之后,走过了一段怎样的道路,以及中国法学到底向何处去。关于当代中国法学的发展,我大体上有三个判断。

第一个判断:20世纪80年代,中国法学基本上处于“幼稚”的状态。由于众所周知的原因,法学学科在中华人民共和国成立后一直不曾彰显,到了“文化大革命”时期,几乎被撤销。所以,当1977年大学恢复招生时,法学几乎是一片空白。一直到20世纪80年代,中国法学界的整体知识状况是乏善可陈的。



法学是一门积累性的知识和学问，中华人民共和国成立后的政治氛围未能给法学学科的成长提供适度的空间。一大批民国时期的法学家由于被贴上“旧法人员”的标签而被打倒，或被清理出大学教师的队伍，他们所拥有的法学专业知识被长期闲置。当时从苏联学习借鉴过来的所谓“法学”带有强烈的意识形态色彩，知识含量不足，而对西方法学知识的引介几乎被禁绝。中国传统的“律学”不能直接转化为现代法学知识。凡此种种都表明，在恢复高考后的中国，法学缺乏必要的知识积累，某些领域在相当长一段时期没有合格的专业人才，所以，戴逸先生提出“法学是幼稚的”这一说法基本上符合事实（不过，板子打在当时的整个法学界身上也不一定公平，毕竟历史的欠账不能归咎于某个时代的某一批人），在那个时期，法学专业的任课教师以及学习法律的学生普遍感到“知识的焦虑”，人们渴望一夜之间找到突破口，冲出法学知识的樊篱，希望迅速弥补由于法学的荒废而留下的知识空白，法学界普遍弥漫着一种焦躁的情绪，“传统法学的批判”，“法学的革新”，“法学的转型”，“方法的革命”等成为当时的时髦口号，从事各个部门法研究的学者开始从废弃多年的民国时期的法学著作、教材以及当时中国台湾地区的学者的著述中吸取法学知识的营养，有点“饥不择食”的味道。

一批在 1977 年后上大学的迅速成长起来的年轻学者，试图通过无选择地翻译外国的法学著作，渴望在极短暂的时间内将“天下法学”尽收眼底。但应当说，这种急就章式的引介，不可能从根本上

改变中国法学知识的面貌，当时甚至产生了这样一种“中国特色的法学”之奇特景观，即我们的制度偏向大陆法系，知识却取自英美法学，意识形态则来自苏联。这样的法学知识状况其实远远不能适应改革开放以后的中国在政治、经济、社会、文化以及国际交往等领域迅速变化的需要，可以说，当时中国社会的制度实践在倒逼着中国的法学者们，大家要急着改变知识被动的局面，所谓“时间不等人”，“只争朝夕”，“跑步前进”。然而，法学者知识与学养的不足不是靠一朝一夕的短时间努力就可以弥补的，法学的知识成长需要时间积累，需要一点一滴地吸收，缓步推进，大方向不能错。

这个大方向到底是什么呢？其实当时大家对这个问题的认识并不十分清楚，有点“摸着石头过河”的感觉，实践推着理论走，边学边干，活学活用。过后看来，在苏俄的意识形态法学（“维辛斯基法学”/“阶级斗争法学”）逐渐在中国法学舞台退场之后，当代中国不能直接从中国古代传统法律文化（“中华法系”）中接引“律学”作为现代法学知识的基础来源，不能把未经转化的“律学”知识直接应用于当下的实践，那么，这个时候，国人尝试着学习西方的法学知识，学习西方的规则治理技术和方法论，可能就成了一时之选。也就是说，制度实践（尤其是立法实践）逼着我们的法学者法学界重新面对西学，面对其实大体上我们（由于长期的闭关锁国）还相当陌生的西方世界（尤其是以罗马法学为基础的欧洲大陆）的法律学问和知识体系。