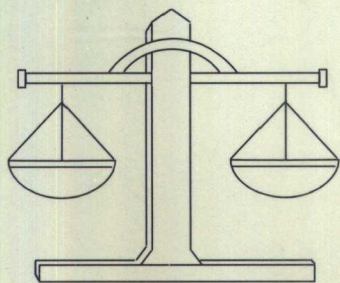


法学学术随笔

法学的坦白

FA XUE DE TAN BAI

宋功德 著



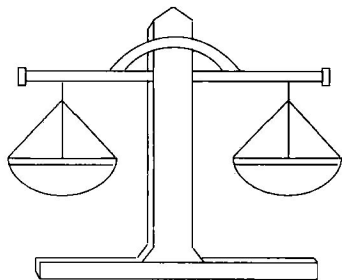
法律出版社

法学学术随笔

法学的坦白

FA XUE DE TAN BAI

宋功德 著



法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学的坦白/宋功德著. —北京:法律出版社, 2001. 9
(法学学术随笔)
ISBN 7-5036-3528-2

I. 法… II. 宋… III. 法学—随笔 IV. D90-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 062926 号

出版·发行/法律出版社	经销/新华书店
责任印制/陶松	责任校对/何萍
印刷/北京四季青印刷厂	
开本/850×1168 毫米 1/32	印张/7.25 字数/188 千

版本/2001 年 10 月第 1 版	2001 年 10 月第 1 次印刷
---------------------	--------------------

社址/北京市西三环北路甲 105 号科原大厦 A 座 4 层(100037)
电子信箱/pholaw@public.bta.net.cn
电话/88414899 88414900(发行部) 88414121(总编室)
88414933 88414934(读者服务部) 88414138(责任编辑)
出版声明/版权所有,侵权必究。

书号:ISBN 7-5036-3528-2/D·3245

定价:16.00 元

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

序 言

我的乡党兼师弟宋功德先生在学术研究上,与我的兴趣大不一样——我俩的一致性主要表现在口味上。他喜欢搞那些我以为大而不当的所谓学术专著,入学仅一年多,就弄出一本四十余万字的《行政法哲学》。我悻悻然地买了一本,翻了翻,也就放在了书架上。我的不看《行政法哲学》,不是因为嫉妒得心里难受以至采取鸵鸟政策,实在是因为我觉得,目前在中国,写法哲学专著,搞学术体系的人,大多是有意或无意的骗子或贩子,——宋功德应当例外罢?

因为上述缘故,在可能的情形下,我宁可读一点更为实在的学术论文集或学术随笔集,有时不免技痒也写一些,并自鸣得意地四处示人。当此之际,宋师弟假模假样地臣服一番之余,总要令人很不舒服地叹息一声:你应当搞一点“大东西”,——这样才有出息……。弦外之音,似乎也只有这样,我才配作师兄。我知道这个师弟有“反骨”,所以对其一般采取怀柔政策,大度地笑笑。

大约一个月前,功德忽然悉悉索索地抽出一本书稿,说是准备出一本学术随笔集!这真是从何谈起?我本能地涨了精神,奋勇地说:“我来给你作序!”

在一般人看来,法学界莺歌燕舞,风光无限,一派太平盛世的景象。作者于盛世而作危言,坦称,法学研究中的由博而专已将法律学人送上了一条不归之路。有些法学家们外强中干,脆弱得很。法学

家们画地为牢,法学界内部已是河多滩险,来往不易了(见《形同陌路》)。理论法学家们乐于高谈阔论,手持望远镜瞭望现实,在法学世界里神游。为迎合某种时髦的理论主张,一些理论法学家们随意地剪裁甚至歪曲历史,从而可能成为不得要领的帮闲者。应用法学家们则俯身于放大镜来透视世界,在理论与实践之间疲于奔命,顾此失彼(见《理论法学与应用法学》)。这些篇章无情甚至有些刻薄地撕下了法学界朦胧的面纱,展示了法学界不为常人所知的那一面。

理论家们是让人敬畏的,为什么呢?作者幽默地回答,——因为他们善于包装自己。在“建构、批判与打游击”一文中,作者雕刻了一具法学丛林中的游击队员脸谱:这些游击型法律学人几乎没有什么学术立场,也懒得卷入理论派别的争论之中。他们昨天还在频繁地引用 A 理论,大有要加盟其中的意见;但今天看来,却又与 B 理论套上近乎,似乎非它不嫁;明天他可能钟情于 C 理论派别,仿佛只会委身于它;后天又可能假装对 D 理论一往情深。他们八面玲珑,左右逢源,几乎没有学术立场,但他们绝对时髦。他们不甘寂寞,四处留情,号称发表了一百篇甚至几百篇文章……。

作者是一个苦学之人,在远离妻儿的寂寞日子里,成就了一系列颇具见地的行政法学专著和专论,但本书并非学术专著。这是一幅法学名利场的活画图,这是一份学界叛徒的自供状。也许它是刻薄的,也许它是偏激的,也许它是短暂的,但它是真实的!我们不能指望因为它的出版,学人就会洗心革面,学界就会海晏河清,它的主要作用在于,当学者们指手画脚、得意忘形之时,它给上冷冷的一刺:你要知道你是谁!

何 兵

2001 年 7 月 3 日于北大双荷居

引 子

“法学的坦白”到底要做些什么？一言以蔽之，它要倡导一种真诚的法学自我批评。这种真诚看起来似乎有些天真，因为它几乎没有去顾及尝试理性批评的潜在危险，批评这东西很容易遭到误解、甚至被别人利用，尽管理性批评与哗众取宠的揭短、或者幸灾乐祸的取笑之间，存在着根本的区别。在我看来，揭短与取笑之所以不能与理性批评相提并论，是因为前两者的兴趣在于纠缠错误本身，与真理毫无干系；但理性批评却要从问题出发，超越错误，试图接近真理。

不妨请两位著名的哲学家来简述“寻找错误”与“理性批评”的意义。恩斯特·贡布里希认为，寻求真理一定要从寻找错误开始，寻找我们自己的错误，也寻找别人的错误，正是这些错误妨碍了人类的进步；卡尔·波普尔也说过，人类知识起源于有意识地寻找人类错误的理性批评，倘若没有理性批评——服从于对真理的寻求的批评，人类也就没有知识，从而不可能“通过知识获得解放”。显然，他们是正确的，他们的观点也不难理解；不过，这并不意味着他们的观点一定会受到普遍的欢迎，相反，可能要受到普遍的抵制——尤其当我们自己在遭遇别人的严厉批评时，情况就往往如此。

就此而言，倘若“法学的坦白”因真诚地批评法学问题而不讨法律学人喜欢——或者令他们讨厌，自然也就不足为怪了，尽管“不足为怪”本身恐怕就是一个没有理由视而不见的严重问题。作为一个

批评者,我能面对的是,旨在批评法学问题的“法学的坦白”,也许会引发出更多问题,我想这是正常的,根本就不可怕——即使批评出了差错也总能找到理由被宽容对待;但是,我却难以接受回报“法学的坦白”的流行误解,这种误解很有可能始于书名。

由于“坦白”这个词经常与“交待”连在一起,而“交待”又经常与“罪行”连在一起,这就有可能使我们一看到“坦白”,就有点不自在。其实,“坦白”的词义,其本身高度透明、一目了然,简单得甚至连《辞海》也懒得去解释一下。在这本小书中,我就是在一一般意义上使用“坦白”这个词的,或者说,我所谓的“坦白”,就是要超越于人们对于“坦白”的习惯性提防。就此而言,我给这本小书起了“法学的坦白”这个名字,也许会让有些人觉得不太舒服,可这并非我的本意所在。我之所以要用这个名字,用意有二:一则旨在提醒我这个作者在写作时,既不要故作高深、也不必躲躲闪闪,顺其自然、实话实说;二是为了建议读者在看这本小书时,完全不必正襟危坐,面对坦白的法学,你自然也就无须设防。

在撰写这本小书的整个过程中,我一直都无法赶走一个始终困扰着我的声音:“是谁‘授权’你去代表法学坦白的?”事实上,我直到今天都无法回答这个问题,恐怕到了将来,我仍然无从回答。在我看来,尽管这种“质问”似乎无可非议,但它没有答案。鉴于我仍然担心这种“质问”将来真的到来,因此,与其到时慌慌张张地辩解,不如现在就提前作些申辩——尽管对于这种“质问”,我只觉得有点尴尬,但并不知道怎么去害怕。

首先,我要作一个可能有些牵强的申明:我从来就没宣称过我要“代表”法学去坦白。这不仅因为法学真的没有正式委托过我去坦白,我的“代表”便不存在合法性基础——这一点我非常清楚;而且,在我看来,法学的坦白根本就不适合委托别人去做。就此而言,即使法学正式委托了我,我也不愿去做的。我只代表我自己,无论对与错,后果都是我的。

其次,如果“质问”者非要我答复他,我倒想先请他回答我一个问

题：“到底是谁‘授权’你来质问我的？”我认为，无论是我因为写“法学的坦白”而给法学“丢了脸”，还是“质问”者打算通过质问我给法学“挽回面子”，就说话的权利来源而言，我们似乎并无二致：如果我没有资格“代表”法学去坦白，“质问”者也同样没资格“代表”法学来质问。既然法学不会张口说话，或者明确地支持我、或者明确地支持“质问”者，那么，“质问”者与我一样，都别指望打着某种旗号去指责对方，要求对方三缄其口。

最后，我还不想善罢甘休，很想追问“质问”者另外一个问题：“如果一定要有‘授权’才能讨论‘法学的坦白’，那么，究竟应该由谁‘授权’最具合法性？”“质问”者恐怕很难回答这个问题；退一步说，即使他指名道姓地说出张三李四来，那些法律学人或者非法律学人恐怕也不敢承认。实际上，无论多么权威的法律学人，他都不敢公开宣称他能“代表”法学，法学从来就没有“法人代表”。在法律学人共同体内，尽管有名家与无名小卒之别，但“法律学人一律平等”，每个法律学人都只能代表他自己。就此而言，即使是法学会的领导，他也不会自称能代表法学。

更为关键的是，倘若所有的法律学人都要等着别人的“授权”才去“合法”地告诉社会法学到底是什么，那么，社会可能永远也听不到法学坦白的声音。这不仅令性急的法律学人不能容忍，老百姓们更是无法接受这种托辞。

有鉴于此，我便“授权”自己去讨论“法学的坦白”。

在此之前，似乎还没有人正式地做过这件事，因此，对于我的所作所为，法律学人共同体很可能心理准备不够。尽管我相信大多数法律学人都有一些关于法学的隐约直觉，不过，如果我将法律学人的“心里话”和盘托出，那么，乍听起来自然会刺耳、乍看起来甚至会触目惊心。因为，我所谓的“法学的坦白”，不仅要野蛮地给法学“松绑”，还要残酷地“解剖”法学本身。

如斯冒然而为，的确近乎无礼，甚至不近人情。但是，在我看来，无论是给法学“松绑”、还是“解剖”法学，对法学都大有好处。一则，

倘若不替包得太紧的法学“松绑”，显然会妨碍法学的茁壮成长；长期受束缚、深藏不露的法学，极易变成“病梅”。另则，当我拿着一把雪亮的刀来“解剖”法学时，如果你放大了“流血”的残忍，解剖之无人道当然应该受到最严厉的声讨；但众所周知，倘若不去解剖、也就无从得知法学的“机理”与“病理”，那就只能听任法学为病魔纠缠而束手无策了。因此，“解剖”法学只是“以小不仁换大仁”。

当然，尽管“法学的坦白”的本意是“松绑”法学、“解剖”法学，但是，这绝非意味着我一定就能如愿以偿——尤其是“解剖”法学，我非常怀疑这种“解剖”的残酷能否被“解剖”的慈善所抵消。不过，我之所以还得操刀而行，尚有其他想法。因为我非常清楚，有些法律学人，他们是真正的“解剖”高手，倘若由他们来“解剖”法学，定如庖丁解牛般游刃有余；但是，他们习惯于按兵不动；作为法律学人共同体中的“名角”，这些法律学人一般不会轻易出手，尤其不愿主动出手；但是，他们多半眼里容不得沙子，若他们发现有人在“胡说”，多半就会起而纠之。就此而言，抛砖引玉也罢，以身作饵也罢，激将也罢，诱战也罢，倘若“法学的坦白”果真能引出这些法律学人的“神刀”，它也算是没白走一遭。

的确，我如斯而为，近乎悲壮。不过，我仍要心存侥幸：也许“法学的坦白”与那些知名法律学人的所思所想同出一辙。倘若果真如此，这本小书，岂不免不了他们“动刀”的麻烦？

有人说，关灯的那一刻最黑；也有人说，开灯的那一刻最亮。对于法学或者法律学人共同体而言，作为一种试错，我尚无法断言“法学的坦白”究竟是在“开灯”、还是在“关灯”。我只是真诚地期望：这种批评如同一根划亮的火柴，它之所以要毁灭自己，不是梦想照亮整个法学世界，而旨在点亮我们心中的法学神灯。

宋功德，男，1971年4月生，安徽庐江人。

北京大学法学院宪法学与行政法学专业博士生，主要研究领域包括行政法的理论基础、行政法哲学、行政指导、经济行政法、行政法的经济分析、行政法的制度变迁等。

著有《论行政指导》（中国政法大学出版社，1999年）、《行政法哲学》（法律出版社，2000年）、《税务行政处罚通论》

（法律出版社2001年）。自1997年至今，先后在《中国法学》等法学期刊上发表学术论文二十余篇。

目 次

序言	(1)
引子	(1)
第一篇 法律学人共同体	(1)
一、缘起	(2)
二、使命	(5)
三、门槛	(9)
四、对话平台	(11)
五、知识体系	(15)
六、权威与秩序	(19)
七、自治	(22)
第二篇 法律学人的人性	(26)
一、利己主义者	(27)
二、无形之手	(30)
三、有限理性	(32)
四、非理性因素	(35)
第三篇 法律学人的脸谱	(40)
一、理论法学与应用法学	(41)

2 法学的坦白

二、本土化与法律移植	(45)
三、用脚生产、用脑生产与用手生产	(51)
四、建构、批判与打游击	(62)
 第四篇 法律学人赶场	(72)
一、参与立法	(73)
二、出席论证会	(87)
三、讲座、客串、办班	(94)
四、做律师	(102)
 第五篇 法学与法制之间	(114)
一、有形世界与无形空间	(115)
二、批判的距离与距离的批判	(120)
三、包装与武装	(128)
 第六篇 法学围城	(133)
一、作茧自缚	(134)
二、形同陌路	(138)
三、时空陷阱	(145)
四、躲进小楼成一统	(153)
 第七篇 高学位,曲高和众	(160)
一、高学位代表什么?	(161)
二、高学位的涨价	(163)
三、高学位的跌价	(170)
四、高学位市场均衡	(182)
 第八篇 法学博士为何“下乡插队”?	(187)
一、“城市”的诱惑	(188)

二、受挫	(191)
三、寻求转机	(194)
四、“下乡”去吧!	(196)
第九篇 法学院的“名人”战.....	(200)
一、挖人	(201)
二、租名	(203)
三、谁是输家?	(206)
我的坦白(代跋).....	(209)

第一篇 法律学人共同体

一个社会共同体之所以会出现,必然要受某种来自于国家或者市民社会“需求”的促动;一个社会共同体之所以会现实地存在着,乃是因为它能满足国家或者市民社会的某种“需求”。不过,这两种“需求”很有可能不是一回事,此即社会共同体变异。经验表明,要想保证一个社会共同体不至于被其他共同体所取代,或者被其他力量所俘虏,就得具备适宜的运行机制。

在我所住的北大 27 楼后面,正在盖一座现代化的餐饮中心。近在咫尺,工地上昼夜喋喋不休的机器轰鸣,似乎在不知疲倦地演奏“十面埋伏”,搅得我心烦意乱、无处可藏。深陷于噪音的旋涡之中,“突出重围”无望,我只能经常百无聊赖地隔窗观望。

每当此时,我都不由地联想起法学研究与法律学人共同体来。我想,倘若你置身于法学院图书馆那成千上万册的法律著作之中,是否也会觉得仿佛被困在一个热闹非凡的法学“建筑工地”之中?古今中外的各式法律学人都在拼命地呐喊,这些声音混在一起一波接一波地冲击耳膜,让你如何消受?我又想,我们之所以能容忍建筑工地的噪音,除却我们具有宽容的美德,还因为我们都清楚,这些噪音只是机器工作的一种副产品,所以我们不得不去接受它。可是,对于法学我难免心存疑虑:如此规模的法律学人的大呼小叫,究竟有何意

义?有什么凭据足以使我们相信,法律学人共同体有朝一日总会建起一座法学大厦?

每个法律学人在正式决定“开工”之前,都应该想清楚这种决定对于法律学人共同体有什么意义,对于这个社会又有什么贡献?

一、缘 起

法律学人共同体的从无到有,主要是通过供求规律这座“桥”而走进社会生活的;发出需求信号的既可能是社会,也可能是国家。如果我说最早的法律学人共同体肇始于古罗马时期,而它的出现是缘于供求规律,人们很容易不以为然,因为人们总是自觉、不自觉地将众所周知的供求规律与近现代的商品经济划上等号。这显然是对供求规律的一种误解^①。因为,倘若将法律学人共同体的出现与发展壮大视作一种“供”,那么供的基础便是社会出现了某种“求”,否则法律学人共同体就不可能出现,即使萌生了也会由于缺乏必要的社会土壤而枯死。在供求规律的支配下,法律学人共同体拽着法学的衣襟闪亮登场。当人们普遍接受规则作为调整社会关系的最基本规范时,社会便慢慢地形成一种对于规则的依赖意识,人们越来越习惯地寄希望于规则来维持社会秩序、进行利益分配;与此同时,社会也就

① 事实上,供求规律的最基本含义就是一种事物的价值直接取决于人们的需求程度与供给数量两者之间的对比,需求越大、供给越少则价值越高,反之则反是;供求规律意味着首先有“求”然后才有“供”,求是供的基础。这一切仿佛都是天经地义的,它在从原始到现代的漫长时间里支配着从本能到理性的广袤空间,它不是谁发明的,也没有人能成功地否定它。尽管供求规律的确是支撑商品经济的最基本规律,但它并非商品经济所独有,如果我们想一想就会发现,几乎在人类的任何经济形态、在人类的任何生活领域、在人类的任何社会活动中,供求规律都是无处不在的。供求规律之所以在商品经济中得以极度膨胀而为社会所普遍接受,主要是由于它直接地、普遍地决定着分散决策的市场主体的命运,令每个市场主体都不得不去面对;相形之下,在人类社会的其他经济形态中,供求规律只通过对少数决策者的直接作用而间接地影响整个社会。

产生了对复杂的规则现象予以解释的法律学人共同体的需求。由此可见,人们对于法律学人共同体的需求是附在规则需求之上的,法律学人共同体的出现是规则需求的一种副产品。

法律学人共同体的出现是规则发展的结果,但是,法律学人共同体一旦宣告形成,它就不可避免地要谋求自身利益的最大化,这就成为推动规则与其他社会规范日益分离、推动法学走向独立的主导力量。

规则、法学、法律学人共同体三者之间,存在着复杂的因果关系。在西方,尽管自《十二铜表法》颁布时起,在罗马统治阶级中间就已开始了法律知识的传播与教育活动,不过,最终促使罗马法学成为一门独立社会科学的,当归功于职业法学家阶层这一法律学人共同体的正式形成。公元前 254 年,平民出身的大神官科伦卡纽士在公共场所讲解法律条文,这种讲解超出了神官、贵族秘密礼仪的范围,宣告了法学(Jurisprudencia)这门世俗学问的端倪初露。不过,初期的法律学人共同体只能徘徊于法学与神学之间,事实上,直到公元前 2 世纪,罗马法学家几乎全部由祭司来担任,他们是法律荣誉者。在西方法学史上,自柏拉图以降,从斯多葛派的自然法观、中世纪的法律哲学、古典时代的自然法,直到德国的先验唯心主义法学、历史法学与进化论法学、英国的功利主义法学、分析实证主义,再到欧美的社会学法学和法律现实主义,以及新康德自然法、新经院主义自然法等自然法传统的近代复兴,直至新近的后现代法学、经济分析法学等,西方法律学人共同体经历了不少坎坷,总算从古希腊、古罗马走进 21 世纪;在那漫漫历史旅程,西方法学、法治与法律学人共同体相互提携、比肩成长起来。

综观西方法学史的风风雨雨,我们会发现,法律学人共同体的兴衰往往成为法治兴衰的晴雨表。尽管我们很难从西方法治发达史里清晰地剥离出属于法律学人共同体的集体贡献,但毫无疑问,如果舍离法律学人共同体的智慧与努力,西方即便不至于陷在中世纪黑暗之中不能自拔,也绝不会有今天的辉煌。一代接一代的法律学人前

赴后继,游说法治,促成法治信念的普遍确立,法学也因此名正言顺地成为社会科学的宠儿;法律学人通过静悄悄的革命,不断膨胀法律学人共同体的解释功能,其社会地位也越来越高,委实令其他共同体惊羨不已。

与之形成鲜明对照的是,传统中国并不存在真正独立的法学、并未造就一个真正独立的法律学人共同体、也未推行过真正的法治。中国历史上曾出现过“以吏为师”、长于探源、注解刑律的律学,却并未出现过完全意义上的法学,武树臣教授恰当地称之为“晚熟的法学与纯熟的律学”。法学之所以不兴,主要归因于中国古代法律文化与小农经济抱在一起,既无独立的司法,亦无职业法学家集团;虽然在滔滔的历史长河中也曾出现过一些所谓的法学流派和法学观点,但无论是主张“以法治国”、“严刑峻法”的法家,还是主张“以礼治国”、“礼刑并用”、“德主刑辅”的儒家,都旨在向专制君主贡献如何经国治民、维护专制统治、巩固君主万世一统家天下的治国之策,并未形成我行我素、自成一体的法学理论体系。

法学不兴,法律学人共同体当然也就难以形成,即使“造”出来也难以以为继。此即“皮之不存、毛将焉附”。诚如董必武所谓:在中国过去,法学根本不成为一门学问,读书人看不起学法的,不读书的人更不待说。过去专门搞法的人有两种,一种是绍兴“师爷”,另一种是刑房书吏,另有部分自由职业者叫做“讼棍”。那时把法作为学问研究一下的,只有少数刑部的官吏。直到19世纪末、20世纪初才认识到法律也是一门科学,至民国时期,尤其是“南京政府时期”,法学曾一度成为热门,最多时法学院系达50多个,法律学人共同体初具规模。不过,由于20世纪上半叶旧中国法律学人共同体的生存环境极其恶劣,法制基本上蜕变为“人治底下的法制”,法学就像一叶扁舟随波逐流;“战争期间,法学沉默了”,弥漫的硝烟与动荡的政局,迫使法律学人共同体日渐衰微。

建国伊始,由于新生政治力量的催生,新中国第一代法律学人共同体带着明显的苏联法的胎记呱呱坠地。它明确宣告要与旧式法律