

法窗夜话

• 系列 •

在法律的边缘

舒国滢 著

制度之端
法典的诱惑
文本的秩序
法律不能承受战争之重

法治不是什么
漫迹于法与帝诏之间

在都市的法律中生活
学术的光采与梦想



中国法制出版社

法国夜话

• 系列 •

在法律的边缘



舒国瑾 著



中国法制出版社

责任编辑 李仕春

图书在版编目(CIP)数据

在法律的边缘/舒国滢著. - 北京:中国法制出版社,2000.6
(法窗夜话系列)

ISBN 7-80083-716-5

I. 在… II. 舒… III. 法律-文化-文集 IV. D90-05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 62953 号

在法律的边缘

ZAIFALUDEBIANYUAN

著者/舒国滢

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/8.9375 字数/160 千

版次/2000 年 6 月北京第 1 版 2000 年 6 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-716-5/D·689

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价:15.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话:66062752)

谨以此书献给一生居住在八棵树村的
父亲舒文学公和母亲余老启云夫人

寂静的旅途（代序）

任何一种法律思考都不可避免地带有它得以型塑的“历史气候”（historisches Klima）的印记；同样，处在“意义之网”中的著者们也从一开始就被不知不觉地限制在历史可能性和规定性的界限之内的。时间，让我们这一代人有幸跨越千禧年的交会时刻，但我们并没有能够完全摆脱来自显现的（“明”的）或遮蔽着的（“暗”的）时间和空间背景的束缚。我们尽管可以借助思想的翅膀在“法的形而上学”的天空中翻飞翱翔，但终不能脱离大地的引力和持守，不能在纯粹的时间真空中伸展自由。两个世纪以前，卢梭——这位在思想的森林里孤独漫步的人类兄弟，在《社会契约论》的开篇，以上帝般的口吻断言：“人是生而自由的，但却无往不在枷锁之中。”这，就是一种诱惑，它使坐守书斋的人甘愿奉献毕生的心力来探知其中隐在的奥秘。

理论（Theoria）或“沉思”都是对永恒的体验，而这种体验注定又是对“当代性”的思考。不过，要认识我们当下所处的时代，是困难的。因为，我们自己还置身于时代之

中，与时代血脉相联，这就使我们不能突破受时间宰制的有限的“视阈”，像对待过去的“历史”那样对待正在发生的瞬间变化的“现在”。海德格尔说，这个时代是技术的时代，也是“世界黑夜的贫困时代”。在这个时代，神性的光辉已经在世界历史中黯然熄灭，贫困完全沉入了冥暗，它一味地渴求把自身掩盖起来，甚至连自身的贫困也体会不到了。阿拉斯代尔·麦金太尔（Alasdair MacIntyre）同样悲观地审视我们的时代，惊呼：在当代，人类传统道德的根基丧失了。我们所处的现实世界的道德语言，同自然科学语言一样，处于一种严重的无序状态。人类所拥有的只是（道德）概念体系的残片，只是一些已丧失赋予其意义的背景条件的片断。这意味着，我们处身于“世界黑夜”中的人类总体（无论东方人还是西方人，无论南部人还是北部人）正经受着“世界历史”的前所未有的考验。或者借用帕斯卡尔（Blaise Pascal，1623—1662）话说，此时，“人类并不知道要把自己放在什么位置上。他们显然是走入了歧途，从自己真正的位子上跌下来而再也找不到它。他们到处满怀不安地而又毫无结果地在深不可测的黑暗之中寻找它。”^①

但生命并不因为精神的贫乏或思考的混乱而终结，世俗的生活也并不因为神性（或德性）光辉的缺乏而消亡。在这里，我们可能又回到了托马斯·阿奎那（Thomas Aquinas）在13世纪所面临的问题的出发点。阿奎那说：“天恩不会取消本性而只会使本性完善（*Gratia non tollit naturam sed Perficit*）。”他的这种主张所表示的意思是：人类的价值和真理

并不一定由于有了较高的价值和真理（神的价值和真理）的发展而丧失其意义，它们不论多么朴素和低级，总还是向实现“上帝之城”（Civitate Dei）这一目标努力的长途攀登过程中的必要的一步。

循着非宗教的思路，我们可以把阿奎那理论视点作如下的转译，以概括人类当下面临的问题的出发点，即：德性的追寻（After virtue）不应取代法律的规制，而只会使这种规制趋于合理和完善。或者说，道德的世界不能代替法律的世界，道德的理想不能取消经验的法律现实。人类在贫乏的年代一刻也离不开法律的生活，至少它在目前仍然是我们奔向没有法律的“理念社会”之前所不可或缺的。事实上，法律的精神和制度已经深深地融入我们的生命经验之中，就像是我们的“每日之食”、“渴饮之水”和“呼吸之气”，离开了它们就等于过早地结束生命本身。德国 18 世纪浪漫诗人乌兰德（Johann Ludwig Uhland, 1787—1862）在诗中唱道：

法，人类共同的善德
在每一个大地之子的身上栖息，
它流经我们的体内，
像心脏滚动的热血。^②

尽管如此，每个人又都是以各自不同的方式在关注、观察和解释法律的。哲学家总是站在哲学的立场来思考“法律究竟是什么？”、“究竟什么样的法律才是符合理性的？”职业

法学家则信守“专业化”的诫条，刻板而冷峻地在法律术语和概念间寻找微言大义，他们关心的问题是：“到底什么样的法律规则是有效的？”、“如何才能避免法律规则之间的矛盾和冲突？”政治家们更愿意把复杂的法律问题简化到没有任何掩饰的“裸露”程度：“法律到底有什么实际用途？”、“什么时候法律才是主权者的一种命令和实行统治的一种工具？”普通民众则抱有更复杂的心情来观察和接受法律：一方面，他们企盼法律成为为民“申冤昭雪”的正义力量；另一方面，他们从心底里又抗拒法律对社会生活的无孔不入的渗透。萦绕在民众心头中的问题是：“法律到底与我有什么关系？”、“我怎么能够知道自己何时成为法律强制的对象？”

所以，法律的观点总是在具体的情境中与每个具体的人的生命经验息息相关的，它反映着不同观察者和当事者的不同的经验感受、不同的知识状态、不同的认识视角、不同的生命态度、不同的想象和期待。就每一个具体的人而言，其社会角色、活动空间、行为方式和感性情绪总是随着情境的变化而变化着的。有时，所谓法律解释中的“精英话语”与“大众话语”并不是作为两种知识形态纯然对立地存在着的。例如，一个法律人（lawyer），在把法律活动作为专门的职业活动进行操作时，他就可能会以法律的“知识精英”的身份出现，来思考、解释和争辩法律；而当他脱离“法律人的知识共同体”，或者当他本人身陷法律纠纷之时，他也会作为一个“大众”受其特定情境下的情绪或经验“常识”的左右。

这样一种主体际（inter-subjective）态度的游移，对法律

认识的影响是不可忽视的。我们总不能不考虑“人的条件”（汉娜·阿伦特语）而研究“纯粹的法律”，把法律的中心地带的问题（法律规则、法律的概念、法律的有效性等等）看作是法学研究的单纯客体或惟一对象。事实上，抽离掉一切“人的条件”的法律是不存在的，法律的中心的意义也离不开其边缘（周边）的界定。按照现代哲学家们的看法：“在场的东西由不在场的东西构成，中心由周边构成。因此，在场的东西应由不在场的东西来界定其意义，中心应由周边来界定其意义；中心是周边的显现，离开了周边，中心是空洞的、无意义的；中心与周边不可分，而且周边是第一位的。”^③

有鉴于此，法学家有时既需要在“法律的中心”之内，又需要置身于“法律的中心”之外，来选择观察法律的角度和距离。我们通常都有这样的认识经验，即：我们不能精确地描绘距离过分遥远的细微之物，但也看不清距离太近的物象。距法律太远或太近，都会使法律人不能正确地对待法律。或者说，在需要精确的地方，我们不能离开法律的语境太远，以至跌进法律语义的无穷无尽的边缘；而在需要做实质推理时，我们又不能拘泥于具体的实在法条文的规定，以至我们被“白纸黑字”的规则宰制了我们的视野和心性。这个时候，我们认识法律规则，实际上是从远处（或边缘）不断走近对象（中心）的过程。故此，找到考察法律的适当角度和距离，就等于找到正确认识法律的一半的路径。

毋庸置疑，任何一个法学家都渴望寻找到这样一个适当

的角度和距离。但此时此刻，我却更愿意从“法律的中心”游走至“法律的边缘”，这一方面是因为法律的边缘生成的问题有待不断地搜集整理和深一步地探究，另一方面也是为了躲避目前在“法律的中心”论争的诱惑、喧嚣和纷扰。我期望通过这种视角的转移重新找到回归“法律的中心”的道路。

伊拉斯谟（Desiderius Erasmus, 1466—1536）在《愚人颂》（In Praise of Folly, 1511）中把那些忙碌的学者们归入“疯人”之列，指出：他们（学者）为了获得新的发明而极尽其能地探索幽深的自然，他们为了发现一些迄今为止仍未破解的秘密而在海洋和陆地上不停地穿梭来往。他们如此地渴望成功，以至于不惜一切代价，不怕一切痛苦地在失败的道路上艰难跋涉。^④但在多年求知问学的过程中，我却深深地理解“寂静”的涵义。在一定意义上，也可以说，寂静构成了我生命经验的一个背景。我喜欢寂静，并保守这一份寂静。在一首无标题的小诗中我曾写道：

.....

无尽的山峦静止

星光与颜色归去

上路的人

点燃烛亮缓行

森林断了，晨风依稀

这是来自心底的感受。推展开来看，问学之途亦大抵不过如此罢！

2000 年 4 月 24 日
于政法大学风瀛斋

注 释

① [法] 帕斯卡尔：《思想录》，何兆武译，商务印书馆 1995 年版，第 186 页。

② Adolf Bachrach, *Recht und Phantasie*, Leipzig/Wien 1912, S. 10.

③ 张世英：《进入澄明之境——哲学的新方向》，商务印书馆 1999 年版，第 187 页。

④ 见 [荷] 伊拉斯谟：《愚人颂》，刘曙光译，北京图书馆出版社 2000 年版，第 75 页。

目 录

寂静的旅途（代序）（1）

I. 宏观的法律

我们这个时代需要什么样的法律精神？（3）

制度之“墙”（12）

法典的诱惑（16）

人本的秩序（20）

法律不能承受战争之重（25）

在都市的法律中生活（28）

法的演进：过程、式样和趋势（34）

II. 法：诗与思

从美学的观点看法律（49）

法律与音乐（66）

时间结构中的法律（75）

法律的地理空间 (78)

宪法的时间之维 (81)

从“司法的广场化”到“司法的剧场化” (84)

III. 法哲(理)学: 智慧的渴望

走出概念的泥淖——“法理学”与

“法哲学”之辨 (105)

学术的光荣与梦想 (119)

中国法理学的上下左右 (134)

法学的知识转型 (144)

IV. 法治思考片断

中国法治建构的历史语境 (149)

法治品格的重塑 (158)

法治不是什么? (171)

法治进程中的大众文化背景 (175)

法与道德“深度的消失” (181)

V. 西域法学拾零

艾克·冯·雷普高与《萨克森之镜》 (187)

- 浪迹于法与童话之间——雅科布·格林印象 (197)
- 莱纳河边的法学家们 (208)
- 赫伯特·L.A. 哈特——一代法哲学大师的陨落 (219)
- 目标波伦亚：“二十世纪末对法律的挑战” (227)
- 柏拉图《国家篇》：译名的困惑 (236)

VI. 编辑短札与小品

- 淡然回首十年路 (243)
- 中国法学的“出土文物” (247)
- 澳大利亚海风吹来的法的式样 (250)
- 再见，20 世纪 (253)
- 关于《人文札记》的札记 (256)
- 失落的盛典 (259)
- 他者的视境 (262)
- “边缘”之思 (264)
- 后 记 (266)

I. 远观的法律

我们这个时代需要什么样的法律精神？

——戴维·塞尔本新著《义务原则》的视角

（一）

“这个世界已经长大成人！”当德国基督教神学家 D. 邦霍菲尔（Dietrich Bonhoeffer, 1906—1945）在 20 世纪早期作出此一论断时，我们生活在这个时代的人类似乎变得有些过于自信，以为早已承受了以古希腊、罗马为源头的西方文化和以印度、中国为代表的东方文明，又经文艺复兴和启蒙时代精神的润养，已经摆脱了人类原始时期的蒙昧、幼稚和文明初期的浪漫、狂想，而步入成熟的“理性时代”，懂得运用理性的法则来主宰自己的命运。

然而，在这个行将逝去的一个世纪里，人类并没有表现出应有的觉悟、理智和自控力。相反，却在躁动、焦虑、掠夺与失望中演行着这个世纪的历史：