



法林间道

谢晖
著

法林问道

谢晖
著


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法林问道 / 谢晖著. —北京: 法律出版社,
2012. 2

ISBN 978 - 7 - 5118 - 3110 - 1

I. ①法… II. ①谢… III. ①法律—文集 IV.
①D9 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 016628 号

法林问道

谢 晖 著

责任编辑 周丽君
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

版本 2012年5月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 8.5 字数 217千

印次 2012年5月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 3110 - 1

定价:29.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

法律与德性生活

法律与道德的关系,被称为历久弥新的学术和社会话题。但在在我看来,任何一种法律的制定,都必须以追求某种德性生活为使命。究之远古,在《睡虎地秦墓竹简》中,我们已然知悉官吏应恪守“五善”之道;而古罗马之《国法大全》,几乎是其先前道德传统的规范表达。近世以来,法治理念勃兴,法律治国渐盛。法治如何能让芸芸众生心悦诚服?在近、现代法学史上,这是一个公说公有理、婆说婆有理的问题,其中分析实证法学,被认为排他地强调规范至上的学说。然而,只要认真地考察分析实证主义法学的逻辑前提——把道德问题交给伦理学,把法律问题交给法学,人们就不难发现:在那里,并不是排除道德,而不过是强调关注法律中的道德罢了。所以,企图让法律“道德无涉”,法律就只能沦为暴政的工具,而绝非“善治”的根据。因之,笔者多年以来,一直强调“德性的法治”,在《法治讲演录》、《价值重建与规范选择》等书中,曾系统地阐发过我关于法治与德性的关系。简言之,法治之法,必须是德性的法。人们的交往行为要服从规则治理,从本质上讲,乃是服从德性的生活;否则,法治的合法性就会丧失殆尽。

《法林问道》一书,尽管所探讨的问题远远超出了法律和道德关系的范畴,但书中大量篇幅所讨论的是此一问题。以《法林问道》作为书名,其起因之一就在于此。

本书中收录的若干篇什,主要是把笔者在“法天下”(后改名“雅

典学园”)开设的博客“一剪梅”中所发表的部分文章,按专题整理而成,部分文章,则来自我在法律博客所开设的“农夫吟耕”博客和“边缘学者”博客。自2006年9月底以来,我在“法天下”开设博客,至今已整整5年。5年间,在那里发表原创性诗文800余篇,其中不少文章,引来博友们的热烈响应。尤其在该博客耕耘期间,我的走笔行文,摆脱了以往的拘泥,显得比较洒脱和自如。记得博客刚开设的第一年间,不少博友纷纷猜测我的“真实”身份。其中有些先猜测到且心急的朋友不自觉地泄露了他们猜到的身份,引得一位自称8688的博友专门著文留言曰:

“晕,怎么会是谢?古人云:文如其人。反过来也可以文推人。梅行文,基本上是一气呵成,出语快,语词连贯,仿佛涌泉,鼓涌甚急,只嫌泉口窄小,不得畅流。而谢文从容,平淡,风格迥异。此其一。

梅虽爱搬弄古文,但技巧远不如谢,情感意趣,都颇现代,且梅无论是作文还是回复,多有淘气语,而谢自觉追慕古文人意趣且有所感悟,也没有这般淘气。此不同者二。

谢有古文人雅好,岂会在文章后面贴美女?恐话也没有梅这么多。此不同者三。

我没见过谢,但见过梅。初次见面,印象深刻。看完几篇博文,便已知此君是谁。以谢君猜之,虽不远(2人昔为同事),却未中也。”

博友们的这种猜测、支持、鼓励和鞭策,让笔者一发不可收拾,除了经营在法律博客上的两个个人网页外,还积极投入对“一剪梅”的经营上。正如这位博友所言,在“一剪梅”上,我确实尽量使文章写得激情、气势、好看、耐看,因此,追求行文能一气呵成、行云流水,也追求笔下能嬉笑怒骂、生动活泼。这样,在“一剪梅”上所显现的笔者和平日里那位著书立说的笔者,就是完全不同的两种风格、两套文字、两样面孔。但随着“一剪梅”真实身份的日渐暴露,笔者的行文走笔,也日渐局促。这既表明一个人身份明确后的一种符号约束和制度约

束,也表明作为交往行为中的主体,我们自觉不自觉地对自己的规训和制约。

《法林问道》和我已经出版的《法林望道》(山东大学出版社 2009 年版)、《法林守道》(中国民主法制出版社 2011 年版)一起,构成笔者的“法林三部曲”。这些书的陆续编辑出版,对于喜好研究写作的我而言,自是一种安慰。近九年来,因为种种冗务,笔者一直无暇静下心来写作自己一直谋划中的几个“大部头”,这也成了我的一块心病。救济的方式,就是把日常的所思所想,撰著成文。长此以往,也歪打正着,居然能编出这么几部集子来,并且我也大体能做这样的判断:其在当下的影响所及,或许要甚于一本“大部头”。

本书前期的收集整理,由李学兰君完成,后期的分类整理,由沈宏彬君完成。在此,向他们表示真诚感谢!最后,我做了进一步的分类、加工和整理。本书的出版,受人民出版社张立编辑的鼓励甚多,而法律出版社周丽君编辑则最终把它付诸印行,也向她们特致谢忱。

是为序。

陇右天水学士 谢 晖
2011 年 9 月 8 日序于北京端砚斋

目 录

● 序	1
● 上编 问道法意	
1. 法律与权利	3
2. 法律与表达	12
3. 法律与责任	27
4. 法律与社会	37
5. 法律与救济	51
6. 法律与惩戒	60
● 中编 问道法治	
1. 法治与道统	75
2. 法治与议政	90
3. 法治与行政	98
4. 法治与司法	112
5. 法治与公民	127
6. 法治与和谐	155

● 下编 问道法学

1. 法学与应试	169
2. 法学与规训	182
3. 法学与方法	194
4. 法学与习惯	212
5. 法学与批评	234
6. 法学与学府	242

上编 问道法意

1. 法律与权利

靠山吃山与自然权利

每天登山,总会遇到山民在林中不但捡枝拾叶,而且还有毁坏树木的情形。今天依然,一位老者穿着整齐讲究,笔者认为也是爬山观海的呢,不成想待了一会儿,专心致志追云摄景的笔者,听到清脆的折枝声,那声音每响一次,笔者心中便“咯噔”一下,俨然自己脚上扎了刺一般。实在忍不住,前去制止老者折枝砍树。但老者从容应道:“老师,靠山吃山,靠水吃水啊。天这么冷,大过年的,俺们也得暖和暖和啊。”

是啊,“靠山吃山,靠水吃水”,尽管笔者对老人罔顾有关法规规定,肆意毁坏树木的行为仍然义愤填膺,但也无法说服自己,让老人在清冷的隆冬季节,忍受阵阵寒潮。因为前述格言,已经教给人们一个常识,要尊重人的自然权利——马克思当年就是以禁止在私有地上捡树枝为例,抨击普鲁士当局的一些法律规定,有违人们的自然权利精神的。今天看来,无论如何,把在私有地上捡树枝视为盗窃判处,明显有对土地私有财产权的过分保护之嫌。当然,也是对人们自然权利的明显蔑视。

长期以来,自然权利,以及自然法的精神,在西方世界成为阐释人间制度正当与否的标准衡器。但究竟什么是自然权利?什么是自

然法的精神？虽不能说人言言殊，但至少是歧义多多。吾国古典思想史上，没有人言及自然权利，只是不甘心如此重要理念，“吾国居然没有”的好事者，历尽千辛万苦，终于从老子那里寻得“人法地，地法天，天法道，道法自然”的说法，以为它就是吾国土产的“自然权利”说。且不论如此比附是否有理，但笔者更欣赏老子“道法自然”的说法，而不欲把自然权利、自然法说得那么神乎其神，结果反倒让人莫名其妙。这“靠山吃山”的自然权利，其实更符合老子“法自然”意义上的自然权利。

其实，这种自然权利观念，深植于每一个民族的心灵世界，从而也被民族国家所采纳。世人何以反对殖民、反对侵略？并且此种反对，还能得到国际道义的支持、得到国际法律的肯定？其根源恐怕就在于这“靠山吃山”的自然权利理念。尽管我们生存的地球，是任何一位个人的足迹都无法遍履的庞大球体，但在“人心不足蛇吞象”的主体需求面前，它却只能是个“小小寰球”。主体需要无限和地球资源供给稀缺的矛盾，迫使人们对既有的领地，行使排他的自然权利。任何外族的入侵、殖民、掠夺，都会遭到必然的抵抗。回想近代以来天下发生的幕幕战争惨剧，无不是以地球资源稀缺并以掠夺这些稀缺资源为重要前提的。即使所谓纯粹的意识形态冷战，其背后的动力仍是一些国家欲称霸世界、控制世界资源的所谓“全球战略”。

权利是资源稀缺的产物，是物质世界对人类馈赠有限的产物。在那美妙无比、按需取酬、物质丰饶、无须芸芸众生为之产生欲念的所谓“共产”社会，权利观念可有可无。怪不得一些经典作家预测在那个时代，以权利分配为主旨的法律会消亡呢——逻辑上确是一个不乏周延的推断啊！只是实践上能否行得通，恐怕还须时间与实践之磨砺、检验。自然权利也不例外。当物质供应如源源不绝的空气那般，每个人只要呼吸，皆可满足的情形下，人们不会为你吸到了空气，而我没吸到空气之类的情形而争执、而主张什么权利。最多也只能就你吸到的是新鲜空气，我吸到的是污秽空气，从而就稀缺的新鲜空气而主张权利罢了。显而易见，没有物质稀缺之事实，法律权利也

罢、自然权利也罢,都不会生发在人们的观念中。

如前所述,世间的物质供应,偏偏是稀缺的。我反对那老汉砍伐山上的树木,在我看来,山上的树木是有限的,并且是“公共”的。而那老汉对砍伐树木笃行不改,是因为在他看来,尽管树木是有限的,但我世居山中,我最有权利使用山林。他即使不会主张什么“自然权利”,但也会主张“靠山吃山,靠水吃水”的自然观念。

法律自来被认为是人们需要的产物。如此这般的自然需要,理应被现代国家的法律所认可并坚定地贯彻落实。

(本文撰于 2008 年 2 月 12 日)

习惯权利与主体性生存

去年给博士生授课时,曾谈到习惯权利和法律规定冲突时的处理机制问题。前些日子在深圳“南都公众论坛”上,笔者以邓玉娇案为例,演讲的核心问题仍然是在司法中,民意和法意冲突时的处理模式问题,这其中就涉及习惯权利与法律相冲突时的处理模式问题。这些年来,对民间法问题的关注,让笔者真切领会了民间法、习惯权利这类概念与主体自治间千丝万缕的关联。一个大国倘若随意毁弃民间规则,漠视习惯权利,只以法定权利和“国家意志”为处理社会纷争的唯一规则根据,其结果往往会事与愿违。

昨天晚间和所指导的博士们在海滨小聚,其中一位正供职于公安机关的弟子谈到他最近处理的一起案件时,就成功地运用了习惯权利的理念,维护了当地村民的权益,驳回了当地政府的一些请求。

基本案情是:

20 世纪 50 年代末,当地就建有一座大坝。自此以来,老辈人浣洗衣服,都会赶到坝边去。即使家有自来水,仍然喜欢选择去坝边洗衣服。近些年来,因频频发生掉入坝中淹死人的事件,为了公共安全兼之环境保护,当地政府在坝边建了围栏,阻止村民进入。与此同

时,政府也考虑到了当地村民洗衣的方便,在其中一个村子附近开了个出入口,以方便村民出入。但这座大坝沿岸有两座村子,解决了其中一个村庄村民出入大坝的方便,则给另一个村庄的村民造成了极大的成本负担——要赶到另一个村子洗衣服,路途遥远,得不偿失。

为寻求方便,一些村民把附近的围栏擅自拆掉,进入大坝。此等作为,惹恼了当地政府,建议公安机关对这些村民予以治安处罚。相关案件的审理工作落到这位弟子手上。他借用笔者曾经教过的习惯权利观念,给相关人员解释说:这涉及习惯权利问题。政府的所作所为应充分考虑公民的习惯权利,习惯权利不能保障,说明政府行为存在瑕疵。该案件充其量是一起因村民对行政行为不满而引发的行政管理方面的纠纷,构不成治安案件。该案也就以这位弟子的处理意见而告终。那几位剪断了防护栏、行使自己习惯权利的村民也未获处罚,依然自由。

其实,对习惯权利的尊重,其作用自然不仅仅就这些。习惯权利除了帮助人们解决纠纷之外,更要者在于对它的尊重,乃是对人们主体性意向的尊重,反之,政府一味追求创新,不惜毁坏一切传统的、地方性的、自治性的秩序形成机制的举措,公民往往会沦为压制性法律异化下的客体性存在。在这一层面关注和观察习惯权利,我们所获知的,就不仅是习惯权利与纠纷解决之间的关系问题,而且会进一步获知民间规则与主体性生存之间的基本关联和关系。

自然,习惯权利并非都值得肯定。但是否肯定,不是人们事先设定了价值标准去衡量的问题,而是在习惯权利和习惯权利间、习惯权利和法定权利间不断地、反复地博弈的问题。这种博弈本身所体现的就是自治主体之间的交涉过程。昨晚在交谈中,另一位弟子谈及他的论文选择了地方立法冲突的协调问题。而笔者给他的建议是:这一选题诚然重要,但根据其以前的学术积累,关注一下民间规则和习惯权利问题在地方立法中如何得以呈现,从而使我国的地方单位获得某种在国家统一前提下(笔者称为契约式团结和统一)的、真实

的自治性,并进一步催生每个主体的自治、自主和自由精神,在吾国实现人的主体性生存,或许会功莫大焉。

行文至此,忽然想起上月在贵州主持召开全国“民间法·民族习惯法”研讨会时,一位唐姓乡村教师给所有与会代表所讲的故事:苗族习惯法利弊参半,好坏并存,但苗族村寨的人们习惯了以之处理纠纷。他举例说:某次村寨解决了一例纠纷,当事人之一不服,诉诸县有关部门。该部门派人下乡来调查,并决定要撤销村寨的处理决定。得知这一结果,村长只留下一句话:“以后出现这种情况,你们来处理,我们村上再不管了。”闻听此言,该部门来处理的人悻悻离去,因为他们知道,苗族村寨的自治程度和习惯传统,要用既有的法律处理,反而会不得要领、弄巧成拙。或许是此种对民间规则、习惯权利的尊重,让人感到尽管这些村民生活在遥远的大山深处,但他们的脸上,个个洋溢着作为主体的自得、自信和自豪。

(本文撰于2009年8月15日)

高尚选择,国王不能进!

昨天,笔者曾给网友留言曰:“法律是公民社会中最基本的德。撇开法律谈德,大半只是‘私德’,它属于法律权利领域,而非法律义务领域。所以,对此,‘风能进、雨能进、国王不能进’。”

这里引出的法律权利和法律义务,乃是每一位法律人耳熟能详的概念。笔者曾读到美国一位研究微观经济学专家这样比喻供给和需求在微观经济学中的作用:“教会一个鸚鵡说供求,便教会了它经济学。”在一篇文章中,鄙人也曾鸚鵡学舌道:“教会一个鸚鵡说权利和义务,也就教会了它法学。”之所以如此,自然如大家所知道的,是要说明权利和义务这对范畴是整个法律和法学中的核心概念和基轴范畴。习法者也罢,不习法者也罢,只要生活在一个由法律来规范秩序的社会中,那么,在人们的日常交往中,权利和义务就是须臾不可分离地伴随着人们行为的。

对此,法律人,特别是法学家们,长期以来,乐此不疲。在吾国,至少自 20 世纪 80 年代中叶以来,权利本位和义务重心的争论,曾形成了法学界,甚至整个中国学术界的一大盛景。其结果是权利本位论成为当下中国最有说服力的法律意识形态。如今的法学界,开口闭口,倘若不谈到权利,似乎不“先进”似的。特别是国家在立法上将人权这样的字眼写入宪法,使得为此殚精竭虑的法学家们足之手之、舞之蹈之。说其为此而弹冠相庆,毫不为过——就像当年“法治”这个词汇甫一出现在吾国宪法中,法学家便热泪盈眶一般——特别值得记述的是,西南一位好激动的老一辈法学家,在京开会时,谈到经 18 年奋斗,终于让“法治”一词入宪时,一时兴起,居然心脏病发作,差一点为法治奉献了生命!这种故事,外人可能会歔歔不已,但法律人或许因此而热血沸腾。

说了这么多,无非是想引出这一主题:对于公民而言,高尚道德的选择,只能是法律权利的范畴,而绝不是法律义务的范畴。因为究竟选择高尚的圣人道德还是选择日常的中人道德,完全属于“私德”范畴,根本不是所谓“公德”范畴。一切私德,只隶属于权利,而不是义务。

人们都熟悉笔者在开篇所引述的英国首相皮特的那句名言:“风能进、雨能进、国王不能进。”它再清楚不过地表明:高尚道德的选择权,乃是自治主体根据其偏好、需要和良心,自己进行的选择。

(本文撰于 2007 年 10 月 13 日)

权利,不应被法律所驱逐

“央视”诸多新闻栏目中,我偏爱看下午 6 点 20 分左右的社区新闻。除了很有趣味,不过分意识形态化之外,还兼有新闻价值。主持人之一的郑丽,不仅人长得漂亮,而且其播音随和自然,绝无矫揉造作、忸怩作态等令人不快的感觉。但在昨天一条新闻的评论中,她像很多“外行人”一样地对法律的认识,让我遗憾了许久。新闻播报结

束后,一方面,她强调在相关问题上,国家(政府)要强化法律管理,强化执法力度;另一方面,她又话锋一转,指出纯粹靠法律强制,还是不能解决问题,最好的办法,是“老百姓”们能自觉……显然,在我们漂亮的主持人看来,“老百姓”们的自觉,并不是一个可以和法律勾连的问题,只有当“老百姓”们不自觉、从而依据法律强制其遵从时,才能和法律勾连。

20世纪末叶,当代著名法学家德沃金的《认真对待权利》一书翻译到汉语世界。法学界不少人对此书及其观点耳熟能详。众所周知,全部法律的核心概念,乃是由权利和义务所统领的。法科学生在大学期间,不论习法4年、7年还是10年,始终是围绕着权利和义务这一对核心概念而思考的。一位法律人,如果不围绕权利和义务展开其思维,则很难说是位合格的法律人——因为现世的一切纷争,归根结底,是围绕权利和义务问题而展开的。法律的使命,就是预先通过权利义务的界定,预防权利义务的争执,一旦有了纷争,又借助权利义务的规范,以决疑解纷。这不仅是理论上的教义,更是现实法律制度的基本风貌。

也是20世纪末叶以来,鉴于法律义务观念在吾国根深蒂固,在法学界兴起了一场有关权利本位和义务重心问题的讨论。后来,权利本位理论的延伸,进一步深化到人权领域,兴起了有关人权问题的重要讨论。但遗憾的是,权利理论并未有效地改变既有的法律观念,法律义务本位的观念依旧岿然不动地屹立在人们心底。从而,无须哈特和富勒、哈特和德沃金的论战:只要是人们能够自主礼让的地方,都是道德所包办的世界,因之和法律两不相干;只有在那些刁民抗法的地方,才有法律的身影。法律和道德似乎自来在我们这里是两清的。

然而,把权利纳入日常观察法律的视角,确实是我们该认真对待的问题了。本来,因为法学界有了德沃金的“认真对待”,大家都一股脑儿地“认真对待”,所以,对运用此种词汇,笔者相当谨慎,尽量不用。但今天谈及此一话题,笔者忍不住借着德沃金的“发明”,阐述自