

理论法学的迷雾

桑本谦 著

以轰动案例为素材

(增订版)



法律和社会文丛 苏力 主编


法律出版社
LAW PRESS · CHINA

法律和社会文丛 苏力主编

理论法学的迷雾

桑本谦 著

以轰动案例为素材

(增订版)

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

理论法学的迷雾:以轰动案例为素材 / 桑本谦著.
—2版. —北京:法律出版社,2015.2
(法律和社会文丛 / 苏力主编)
ISBN 978-7-5118-7549-5

I. ①理… II. ①桑… III. ①法学—研究—中国②案
例—中国 IV. ①D92

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2015)第 034288 号

理论法学的迷雾

——以轰动案例为素材
(增订版)

桑本谦 著

责任编辑 高山 李峰沅
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2015 年 3 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 三河市龙大印装有限公司

印张 19.75 字数 268 千

印次 2015 年 3 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶松

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 978-7-5118-7549-5

定价:40.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序

苏力

相比初版，本书修订版是一部特色鲜明，在当下中国法学很是需要，并因此很有贡献的法理学著作。

之所以这么说，因为，尽管初版已试图集中讨论了中国当下一些热点法律事件和社会事件中潜在的法理问题。在我看来，作者还是有所游移，因此夹杂了对一些既往法律和社会问题的讨论（如影片《秋菊打官司》以及130年前美国的里格斯诉帕尔默案）。而修订版的篇幅大大增加了，作者却进一步聚焦于当下的热点法律和有强烈法律意味的社会事件。这种变化，不仅表明了作者强烈的中国法律问题意识，更表明了作者从中国问题来推进法律理论思考的追求。作者也坚持了初版已经开始的学术追求：从社会科学的经验研究角度切入问题，展开了力求系统、融贯的理论分析和思考，拓展法律理论思考的疆域，追求有道理的有启发，即便有时政治正确可疑的结论。

因此，这本著作的贡献首先是在法学理论方面。作者不满足于，也不愿局促于，传统的注重思辨的法理学，更不满足于流行法理学教科书中规定的那些法理学问题，无论是法律本质、法律功能还是法治与人治或法律

解释;作者主要借助了广义的法律经济学的或理性选择的视角,同时也借助了其他相关社会科学的研究成果和启发,把一度因既“上不着天”(最新的学术发展)又“下不着地”(社会法律实践)而缺乏理论活力的法理学的研究触角直接伸展到转型中国的各种社会问题。是的,我说的是社会问题,因为作者讨论的并不都是法律案件或事件,或至少在社会上还没有认为是典型的法律事件。不仅有检方拒绝认定为刑事案件而起诉的梁丽事件,还有社会普遍认为是社会道德风气问题的小悦悦事件等;即便是法律事件,作者集中讨论的也并不一定是其中的法律或司法问题,例如邱兴华的精神状态问题也不是法律理论或刑法教义学的知识可以回答的,而涉及其他社会科学的知识和公共政策的判断。作者的这种努力使得连许多法学院学生都不太感兴趣的法理学有了生活气息,有了中国的并且是日常的经验,并因此与即便普通中国人的情感和理智也接上茬了,有了地气,可以搭上话了。这是作者这中国问题意识的必然产物,也是作者的中国关切的体现。

中国关切弄不好就很容易导向,尽管并不意味着,对很容易道德化乃至讲究政治正确的各种网络“民意”的直接认同,或稍好一点,妥协。大约是了解尼采的洞察:强烈的道德感往往是因为缺乏相关的知识和可靠信息,作者始终基于对热点事件的众多细节的了解,注重多学科的知识,注重理论分析的融贯自治,注重对日常社会经验(而并非日常言说)的理论抽象,使得作者在许多问题上得出了一些许多引人思考的有说服力的结论。尽管这种努力并不是安全的,也不总是令人赞同,甚至有时还导致了政治不正确,不符合正统的法治意识形态;典型的,如作者对强奸陪酒女是否与强奸良家妇女社会危害相同的分析。

由于作者触及的是社会热点事件,并且任何一个事件涉及的问题都不可能限于一个法律甚或一个部门的法律,因此,作者的贡献其实已经涉及到一些部门法,不仅是一些部门的司法——最显著的是刑法和侵权法,还有行政法,而且还有这些部门法的立法或修法或至少是法律解释。我并不是说作者的分析比部门法学现有的以教义分析为主的述说更合理,更有力,我只是说,在作者触及的这些不太符合常规的法律事件和案件中,作者表述的这些分析,就思路和视角而言,可能给部门法学者一些启

示,在某些具体问题的法律论证中,可能比教义分析,至少对于不带贬义的“法盲”们,更有说服力。由于任何学科的发展都更可能在边缘(也即所谓的“前沿”)地带发生,在于对异常现象的处理,因此,至少从逻辑上看,并从长远来看,部门法的发展更可能从这类非教义学的研究中获益。而这才是法理学还可能继续存在的根本理由,社会功用,而不是理论圆融,才是理论存在的理由。事实上,作者在分析这些热点社会和法律事件中运用的诸多知识,完全可能经此而进入法学理论并进而进入部门法研究者的视野。

还有一点值得一说,尽管与法律和法学都无直接关系。尽管是一本法学著作,但由于处理的是社会热点问题,我认为,作者于无意中,通过严格和自我的学术努力,提供了一种法律人以法律的以及和法律相关的知识审慎细致并负责任的参与公共话题讨论的途径。这其实也是一种法律公共知识分子的进路,但作者完全避免了目前一些法律“公知”在参与公共话题上经常暴露的一些比较显著的缺点:姿态性的,而不是学术性的;意识形态先进的,而不是细致说理的。法律人是可以也可能甚至有时必须作为公共知识分子来参与社会热点问题的讨论和处置的。“两耳不闻窗外事”可以是一部分法律人安身立命的方式,但不可能是所有法律人即便是学术法律人的生存方式。法律既然是天下之公器,因此至少有些法律人有社会责任作为公共知识分子参与社会热点问题,但必须是以明智审慎的方式,阐述法律和法条背后的情理和法理,而不是以意识形态的或独断论的甚或人多势众的方式。

由于上述三方面的理由,却也由于作者清晰的分析和流畅的表达,尽管这是一本法理学的著作,我还是认为这本著作值得理论法学和部门法学的学者和学生乃至一般的公众读者的关注;并且他们都很可能从中获益。

2013年9月14日于拉萨
西藏大学政法学院

第一版序

——如何以“轰动案例”为素材

戴 昕

对法律学者来说,以轰动案例为素材写文章很容易,以轰动案例为素材写学术文章却很难。“轰动案例”自“法治”时代之前的“法制”时代起就一直激发着学者的创作欲望,然而成文作品的铺天盖地并不等于学术成就的硕果累累。市场在较短期间内对应景文章的旺盛需求使得“以轰动案例为素材”在绝大多数文章的写作过程中变成“以轰动案例为中心”,乃至干脆是“以轰动为中心”。第一段进行描述以渲染事实,第二段给出法律意见,第三段则或批评抨击或呼吁提倡——在如是经典“三段论”写作过程中,学者离开了其基本社会职能,虚化成一个空泛的箩筐。围绕轰动案例真正将这箩筐填充起来的,是记者、时评家、律师、社会活动家等市场更急切需要的功能性角色。因为空余一个纯粹的符号,“学者”及其“以轰动案例为材料”的写作变得与学术研究多少缺乏实质性关联。

这并非在一般意义上批评学者不务正业,更不是否定“以轰动案例为素材”撰写的笔者所谓“非学术”文字所具有的其他社会价值。事实上,如果社会真地需要,

学者未必就不应去填空补缺扮演其他角色。但如果学者们一窝蜂地以非学者的方式处理轰动案例,由此使得轰动案例得不到学术化处理,这难免让人疑问:难道轰动案例本身只有新闻时政价值,而无任何学术价值?可若果真如此,“学者”的学术研究职能不在场而“学者”的符号却被不断拖入与轰动案件有关的话语实践当中,这一现象在社会分工层面上的合法性就难以证成。而如果轰动案例并非没有学术价值,那么缺乏学术的发掘、对待和处理的现状可能就隐含了失职。

《理论法学的迷雾》一书是“以轰动案例为素材”的学术作品。作者桑本谦教授通过本书身体力行地展示了以轰动案例作为素材对法学理论研究可能存在的价值。作者在本书开篇的绪论中明确指出现实中专家学者对热点案件所做的评论缺乏学术性。按照他相当尖锐却不失贴切的说法,法律学者对轰动案件的见解思考不深、论证不力,基本停留在以法言法语包装道德直觉的水平上。而在作者看来,真正有学术意义的以轰动案件为素材的法律研究,必须借助社会科学资源,必须用社会科学的学术分析超越道德直觉,并通过这种学术性的分析解构道德直觉,揭露被道德直觉掩盖了的重要问题。本书收录的每一篇文章都是作者进行这种学术分析的尝试。他试图展示的是,社会科学的思路和方法在发掘、分析和论证轰动案件蕴含的制度与社会性问题时所具有的理论力量与实践意义。因此,作者在本书中寄托的学术目标绝不仅仅是甚至干脆就不是轰动案件及其轰动效应本身。

从学者之为学者(而非记者或律师)的角度来说,这是一种明智(或采取本书的用语——理性)的选择。“轰动”永远只是一时的新闻效应,而学术出版物至少追求其寿命要超过看完当下即可留在洗手间的报纸。许多读者在刚刚翻看本书目录时可能会觉得“以轰动案例为素材”这一副标题多少有点“标题党”:书里所讨论的案例虽都曾轰动过,却都已(乃至早已)不再轰动。对于学术研究来说这应是有意的:一方面,正由于尘烟基本散去,特别是在“轰动”当中难免提升起来的肾上腺激素慢慢降回正常水平,学者才真正有可能冷静地打量这些案件,考虑问题何在,用上足够的时间(而非一蹴而就)进行分析,并以具体严谨的社会科学方式而非诗情画意的指点江山手法将思考进行呈现;另一方面,尽管对“不能免俗”

抱有理解,但我还是想指出作者在副标题中使用的“轰动案件”字眼多少存在营销方面的考虑,而读者则需要注意,本书只是以轰动案例为“材料”,因此与常见的就事论事的轰动案件评论具有重大区别。作者选取讨论的“轰动案例”实际上首先不因其曾轰动。影视明星离婚案通常都很轰动,但却没有多少法律学术讨论的价值;辛普森案比“纽约地铁枪声案”要轰动得多,但后者对美国法律的学术意义和制度影响却远远大于前者。用作者的话说,更贴切地,他讨论的是“疑难案件”,而这些案件的学术价值在于个体事件代表的现象所牵涉或隐喻的制度及理论问题具有高度复杂性和不确定性。

当然,“轰动”并非与本书完全无关。很大程度上,正因为案件的轰动,可以“借个人气”,法律学者们“用来包装道德直觉”的法言法语才会纷至沓来;这些话语本身就是轰动的有机构成。本书的一个重点正是针对这些话语展开的学术批评。作者结合案例做了一些具体的批评,就这一点而言,作者没有第一时间跟进仍然是聪明的。对于学术批评而言,“后发制人”的优势是巨大的,而这实际上是社会分工赋予学者的制度性优势,因为学者之外比如记者,其使命就是冲锋陷阵,而根本没有深思熟虑的特权。但本书在学术批评方面的成功绝不只是先看牌再出牌这么简单,作者通过每一个具体批评力图揭开的,是长久以来笼罩在整个理论法学上空的迷雾,即将法学理论封闭自治和道德意识形态纯洁的预设作为讨论和研究的出发点与落脚点。尽管在这一问题上我赞同作者的观点,认为以德哲学和法律解释学为主体的法律理论不但在分析复杂实际问题时孱弱贫乏,其智识品位也很容易因意识形态化而相对低下,并且我也希望有更多人能更清楚地认识到这一点;但如果这篇序言在任何意义上造成了读者的先入为主,那就浪费了作者的布局和构思。作者“以轰动案例为素材”,其最大的价值在于构建了一个对话平台或作者所说的一个“竞技场”。因为是人所共知的“轰动案例”,所以这个竞技场的人场票价不高,不需要有多么“深厚”的所谓法学背景的观众也未必就不能进来看个门道。而更重要的是,由于有具体案件中的具体问题为基点,所有的理论讨论最终都在对具体问题的分析中得到检验,因此不需作者高调鼓吹,读者对比较的结果一看便知。形形色色的法学理论特别是法学方法论的

争吵,即使在当代中国学界也已喋喋不休了十多年,但大多数时候都是学者之间隔空喊话,持续不断地交换外国名字和外国文本,很难有什么结果。这一过程中缺乏的就是在现实中的真问题——而不是书本中的伪问题——面前拉出来遛遛的见识与胆识。只有以具体问题为准绳,有效的对话和比较才真正可能。而只有当对话和比较着眼于具体问题,学术讨论才不会沦为为争胜负拼修辞拼嗓门的辩论赛(在这个意义上,作者“竞技场”的隐喻可能也有误导)。

写序言者不便大肆总结介绍书的内容提前搅了读者胃口,但既然受人之托,为作者说话也没必要太过遮掩。首先越俎代庖帮作者事先做一个铺垫:任何学术论证和分析都不可能是完美的,本书同样不可能例外,我相信作者一定欢迎甚至渴望进一步的批评。但在批评本书时,或许评论者应该首先确认自己的批评并非从法学的自治性、道德哲学的必然正确性/重要性以及理性选择的“拜金性”等“不可动摇”的前提出发。从自己的信念而不是问题出发的自说自话式的“批评”对于实现知识增量这一学术目标几乎没有任何贡献。

其次,我诚恳地将本书推荐给和我一样在法学领域刚入门或入门不久者。从问题出发、越过话语表象直面问题的思考习惯需要在学习研究刚上路的阶段就有意识地自我养成,而好的范例对此帮助很大。此外,本书中的文章逻辑结构完整,论证分析层层剥茧,材料上既有发散,又能始终围绕论题主线,从头到尾读下来一气呵成,在风格方面对学习学术写作者来说也是很好的借鉴。

最后,可能听来扯得有点远,我认为本书对于国内法学院的教学也有一定意义。几年前我还在国内念本科的时候,“案例教学”似乎仍是一个说起来颇为“洋派”的概念:一方面大家笼统地认为这套英美的洋玩意儿是“先进”的教学模式,另一方面又以大陆法系不适合或者没必要用案例教学而敬而远之,或者可能以为课堂上或考试时出个基本上还是解释法条的案例题就算是案例教学了。事实上,根据我个人在美国求学的体会,所谓案例教学,在案例中学法律规则(即所谓“判例法”)只是一方面,从案例中发现问题、分析问题、适用理论解决问题、从问题出发反思理论的这一整套思维训练才是案例教学的基本目标。而这在很大程度上是一种

学术训练,这一训练目标具有超出英美判例法环境之外的普遍意义。本书的写作和论证风格与所谓案例教学在思路上不谋而合,案例教学中经常运用的区分、类比、发散、反伸等技术在本书中也非常多见。考虑到本书是“以轰动案例为素材”,我相信除了作者之外的许多老师在课堂上也都会讲到这些案例。对于如何将案例分析作为手段最有效地训练学生思考,本书或许也能提供一些启发。

2008年6月中初稿于纽约

2008年7月初改订于北京

目

录

序 / 001

第一版序

——如何以“轰动案例”为素材 / 001

绪论 / 001

第一章 反思“权利话语”

——回眸邱兴华案 / 006

一、“权利话语”是怎样论证的 / 009

二、“权利话语”忽略了什么 / 013

三、英美国家的精神病抗辩 / 015

四、“权利话语”的理论困境 / 020

五、“权利话语”的修辞技术 / 022

第二章 评析“本土资源说”

——再看《秋菊打官司》 / 025

一、“本土资源”知多少 / 028

二、习惯对法律的影响 / 033

三、秋菊何以困惑 / 036

四、法律移植的真正障碍 / 042

五、法律运行的社会资源 / 044

六、怎样提高社会信任度 / 047

七、让执行长出牙齿 / 050

第三章 法律解释的假象

——重解帕尔默案 / 059

一、解释方法的排序 / 062

二、“理论性争论” / 066

三、隐含的思维过程 / 069

四、形式合理性与实质合理性 / 072

五、“解释”的假象与“解释”的智慧 / 075

六、“爱奥尼亚谬误” / 077

第四章 法律论证的神话

——从王斌余案切入 / 082

一、案件争议中的法律论证 / 086

二、交流可以消除道德分歧吗 / 090

三、“理性辩论规则”可以检验司法程序吗 / 096

四、不是共识,又是什么 / 102

五、问题还出在哪里 / 107

第五章 孱弱的民法教义学解释(I)

——以一起输血感染丙肝案及不可抗力条款为例 / 109

一、过错责任的经济学问题 / 111

二、过错责任的伦理学问题 / 113

三、保险、交易费用与严格责任 / 115

四、侵权赔偿的道德直觉 / 118

第六章 孱弱的民法教义学解释(II)

——透视“霸王条款”和不可抗力 / 120

一、快递纠纷和保价制度 / 121

二、“霸王条款”的司法识别 / 124

三、不可抗力的流行误识 / 126

四、风险分配的经济学原则 / 131

五、经济学原则与立法方案的选择 / 133

六、情绪化的公平观念 / 136

第七章 孱弱的民法教义学解释(Ⅲ)

——重解《合同法》第186条 / 138

一、赠与和赠与承诺的功能 / 140

二、赠与承诺的主观分类 / 142

三、法律方案的比较 / 146

四、公益性的捐赠承诺 / 151

五、结语 / 152

第八章 传统刑法学理论的尴尬(Ⅰ)

——面对许霆案 / 154

一、“明偷”是否可能 / 157

二、ATM是否金融机构 / 161

三、ATM故障的法律后果 / 164

四、“告别算数司法”? / 168

五、为什么许霆“并不太坏” / 170

第九章 传统刑法学理论的尴尬(Ⅱ)

——面对梁丽案 / 173

一、侵权与犯罪 / 176

二、“拾金而昧”与侵占 / 179

三、“捡”与“偷” / 182

四、故意、过失与认识错误 / 185

五、对“要件理论”的再思考 / 188

六、一个并非司法建议的建议 / 190

第十章 传统刑法学理论的尴尬(Ⅲ)

——以“7·16 微博事件”为例 / 192

一、“违反常识”? / 193

二、“突破底线”? / 198

三、何以“冒犯公众”？ / 201

四、一种关于强奸的非主流理论 / 205

五、结语 / 210

第十一章 死刑背后的法理学

——解读云南省高院改判李昌奎案及其引发的舆论风暴 / 212

一、薄弱的法律依据 / 213

二、孤独的信念 / 216

三、孱弱的学术支撑 / 219

四、结语 / 223

第十二章 行政法中的程序正义问题

——“钓鱼执法”和“后钓鱼时代”的执法困境 / 225

一、事件回放 / 226

二、根源和背景 / 229

三、从“案件”到“事件” / 236

四、“后钓鱼时代”的执法困境及法律对策 / 246

五、结语 / 252

第十三章 利他主义救助的法律干预

——以“小悦悦事件”和“彭宇案”为素材 / 255

一、救助的动机 / 258

二、惩罚见危不救 / 261

三、保护救助行为 / 266

四、赔偿与奖励 / 273

五、社会自愈 / 277

六、结语 / 279

参考文献 / 282

绪 论

本书汇集的系列文章是对最近十年来不断发生的一些热点案例和涉法事件做出的学术回应。在对 2008 年初版的部分内容删节修改之余,修订版还增加了此后几年我发表的 6 篇文章。尽管在写作之初并无后来集出版的规划,但该书仍可区别于一般的论文集,就分析素材、分析方法、论证策略以及主题思想的一致性而论,把本书视为一本“专著”也未尝不可。

“以轰动案例为素材”(尽管多少有些名不副实)暗示了相关讨论追求理论上的突破,而不止于技术层面的案例或事件分析。该书论证的主题思想是:当法律遇到疑难问题时应遵从社会科学的指导,无需求助于道德哲学;要努力摆脱法律教义的束缚,回到问题本身,细致研究各种经验要素,通过权衡利弊来寻求恰当的法律决策;是(问题所包含或所涉及的)事实,而不是任何抽象的原则或教义,才能永久占领法理学的制高点。上述写作宗旨决定了本书带有强烈的学术批评色彩,批评的对象主要指向法律教义学。

自 20 世纪 70 年代末以来,我国法学界一直将自身定位于大陆法系的学术传统之中,直接或间接地通过日本、我国台湾地区学者的著述向国内学界引入欧洲大陆法的教义学理论和方法论作品。以欧陆、日本和我国台

湾地区的立法和司法实践为参考,对我国立法建言献策,进而指导司法实践。这种以“教义引进”为主的学术策略奠定了法律教义学在我国法学研究中的主流地位。该书对待法律教义学的态度是:既要承认其贡献,又要发现其不足。显然,后者对于深化法学研究的意义更为重要。

近年来发生的热点案例或涉法事件(如王斌余案、邱兴华案、彭宇案、许霆案、梁丽案、李昌奎案、“钓鱼执法”、“小悦悦事件”以及“7·16 微博事件”)大都涉及备受争议的疑案法律问题,媒体报道之后引发公共舆论,法学专家则迅速提供专业指导。但遗憾的是,这些立足于法律教义学的专家意见由于缺乏社会科学的支撑而经常暴露出其在学术品质上的先天不足——视野狭窄、方法笨拙、论证缺乏深度、结论过于武断、对策建议也明显欠缺深思熟虑;在很多时候,所谓的专家意见只是对法律教义的简单推演,或是被“法言法语”包装的道德直觉。最容易被它们忽略的,是问题本身的复杂性。

本书倡导用社会科学(尤其是经济分析)的方法来提升法学研究的学术品质,这可以被称作是一种与法律教义学对立的“社科法学”的立场,更恰当的措辞是“法律科学”的立场。热点案例或涉法事件作为疑案法律问题恰好为检验不同学术进路或不同法律理论的功能提供了天然的竞技场。倘若法律科学(主要是法律经济学)在法律教义学陷入困境的地方仍能从容应对,那么作为观察者,我们有理由得出结论说,法律教义学无力与法律科学竞争疑难问题的指导权。上述逻辑就是被本书反复采用的论证策略。

在案例分析和事件分析中,本书分享了包括法律经济学在内的几乎所有具有实用主义倾向的法学传统共享的一个重要观念——“向前看”(forward looking)即面向未来或注重后果。无论对于审判案件、处理纠纷,还是对于评价和矫正司法政策,“向前看”所发挥的指导作用都是基础性的。由于“向前看”只是效率指向的(ex ante efficiency),所以当把公平作为一个潜在质疑时,就不可避免地涉及了一个古老的法理学问题——公平和效率的冲突。本书中反复倡导的主题思想之一是以效率取代公平