

法学知识的秘密在于其为法律实践的组成部分。发现秘密，意味着应追究法学中“科学”、“中立”的修辞实质。

法学知识 如何实践

刘星著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

法学知识 如何实践

刘星
著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

法学知识如何实践/刘星著. —北京:北京大学出版社, 2011. 2

ISBN 978 - 7 - 301 - 18418 - 9

I. ①法… II. ①刘… III. ①法学 - 方法论 - 研究 IV. ①D90 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 005385 号

书 名: 法学知识如何实践

著作责任者: 刘 星 著

责任编辑: 孟 瑶

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 18418 - 9/D · 2786

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

印 刷 者: 三河市北燕印装有限公司

经 销 者: 新华书店

965 毫米 × 1300 毫米 16 开本 16 印张 257 千字

2011 年 2 月第 1 版 2011 年 2 月第 1 次印刷

定 价: 29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010 - 62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

前言(致谢)

对法学理论,我们常会认为,其所揭示的对象才需特别关注,其本身,或许并非更重要;即使我们可能总会争论法学理论应这样来表达,或那样来表达。这就有如我们时常对待自己的语言:当使用语言去表达、阐述、分析、评价甚至捏塑对象时,我们更为记住且警惕的是语言所述对象,而非语言本身。十分自然,我们常假定了语言的一般而言的“安全”及不可质疑性,进一步,假定且认定了其“认识通道”的功能;尽管,我们总会争论语言应这样来使用,或那样来使用。

如果改变这种想法,或像后来的哲学家重新认识语言本身所存在的“实质”问题,如追问语词怎样被实用主义地使用,叙述怎样被用来展示策略,言说怎样被用来释放政治谋划,修辞怎样被用来打扮价值欲望……则对法学理论,我们也需从“话语权力”角度,从事反思式的“对法学理论分析进行理论分析”。

如此言之有些抽象。浅显讲,如果认为我们看见的“经验对象”才重要,则我们的“看见”,或“怎样看见”,可能更重要。因为,我们不能忘记,以内在性质论,“看见”及“怎样看见”,是多种多样的,而且,它们影响着我们所见对象的“呈现方式”;法学理论即为一种“看见”及

“怎样看见”。

本书主要研究法学理论本身。其将法律实践作为群体表演角色，将法学理论作为群体中的一个表演角色。这意味着，本书的分析途径是：犹如群体表演角色和其中一个表演角色相互内在地互为艺术推进，法学理论，则在法律实践中表现自我意义。进一步，这一分析途径所预示的分析目标则是：法学理论，属于法律实践的一个内在部分。这一目标的意思在于指出，法学理论是实践性的，更是法律实践性的；同时，最重要的，当进行法学理论研究时，我们正在进行社会实践，特别是法律实践。

当然，本书借助了一个思考焦点——“法律知识”。任何人都会轻松理解一个陈述：法律实践中存在法律知识，法学理论中本身便存在法律知识。但当存在于不同领域，准确而言，实践和理论两个不同领域，此时，这种知识是否可成为同一的，人们则可能觉得这是“必须谨慎小心才能予以回答”的问题；换言之，最好认为不同一。本书试图论证，即使在不同领域，亦有必要，甚至应当，将其视为同一，即它们在实质、功能、意义、价值等方面并无区别；区别仅在于，其一在实践中，其一在理论中。以此为基础，我们或许可较为顺利地理解，为何法学理论是实践性的，更是法律实践性的，为何进行法学理论研究时，我们正在进行社会实践，特别是法律实践。

进行这样分析论证的目的，是要说明法学理论本身并不存在“科学”、“中立”甚至“发现客观真理”，或“纯粹话语叙事”的问题，而且也不应当存在此类问题。由此出发，法学知识分子，不存在所谓“独立精神”的问题，而且也不应当存在此类问题。法学理论及法学知识分子，应时刻调整自己的社会政治立场。就此目的看，本书可能以新的学术推进的方式，逐步重温了马克思的经典思考路线——法律 and 法学的阶级分析。

这可能不太符合今天的法学时尚。但对理解法律、法律实践，特别是中国的，这可能具有特殊重要意义。当中国的法律与法学发展到今天，我们可能已发觉，我们越来越不能麻木地不问其中是否没有“对

谁有利”的问题。事实上,我们已知道,当在法学上论证诉讼中的“程序主义”和“实体主义”——本书导论以此作为分析范例——究竟何者重要时,我们已自觉或不自觉,正在论证应支持中国社会上的哪一阶层、哪一群体;当在法学上论证“法律是否应当移植”——本书第四章以此作为分析个案——时,我们势必无法逃避中国社会上的不同阶层、不同群体的拥护或质问;当在法学上论证“死刑存废”、“经济上政府管制的边界”等问题时,我们总在且必须面对中国社会上的不同阶层、不同群体的支持或指责。这意味着,如果宣称法学论证是“真理性”、“规律性”、“客观性”、“中立性”的,更是“科学性”的,我们是否在静悄悄地,以“话语霸权”的方式,束缚、压抑、排斥直至消灭某些阶层、某些群体的生存欲望、利益期待?

依此而言,本书写作具有较强烈的“文本政治实践”特点:一方面,其为学理性深入分析的著述;另一方面,其试图将被分析的法学理论,变为“追问对谁正当”的对象,包括本书自身法学理论。

这是本书的一个基本交待。

本书内容写作已经有些时日。其中相当一部分,曾以论文方式,先期发表于一些学术刊物。这要求首先要感谢这些刊物及编辑朋友们的惠助。这些刊物是《中国社会科学》、《法学研究》、《法制与社会发展》、《政法论坛》、《环球法律评论》和《法学》。本书一些主题内容,曾在一些重要学术会议上宣读,如2004年北京大学和《中国社会科学》杂志社联合主办的“法律移植与中国法制建设”研讨会。在学术交流中,本书某些内容,得到了贺卫方教授、强世功教授、张中秋教授、朱景文教授、朱苏力教授,以及学界其他在此无法一一提到的朋友的批评,这同样是必须感谢的。此外,感谢中山大学的一些教师、同学,如陈颀、陈文琼、丁晓东、丁艳雅、毛玮、万海峰、张志伟,在课堂讨论中,他们类似地提出了非常有益的批评意见。最后需感谢北京大学出版社的蒋浩先生,其再次鼓励、支持我的著述出版,此份持续的友情,已成为持久的激励;并需感谢该社孟瑶编辑,其细心审校、核误,为本书顺利出版付出巨大辛劳。

特别应提到,本书写作获得“广东省普通高校人文社会科学重点研究基地重大项目资助”,在此鸣谢。

我现已离开中山大学。本书主要思想形成于我的“中山大学时代”。对我而言,这个“时代”曾激动人心、难以忘怀,同时不能否认,其是孕育现在继续思考的源泉。当然,我现任职的中国政法大学,亦为深入斟酌本书内容的重要“背景”。来到中国政法大学,我也不断改写、增减本书内容,调整思想路径,希望其能日臻完善。如此说明,同样是为表达对两所大学的谢意。

理论性的法学研究,需要深入思考和论证,但更重要的,能够对法律实践,当然首先是中国的,具有智识上的贡献,而且,亦如本书尝试论证的,能够积极以文本方式,参与实践。这是我的期待——希望得到读者检验的一个期待。

刘 星

2007年春初稿于广州

2010年秋定稿于北京

目 录

导 论 法学知识的“实践性”	001
一、法学知识文本	002
二、实践法律知识文本	004
三、实践法律知识的“非中立性”	005
四、实践法律知识的“立场”	008
五、理论者思考的“法律实践知识”	011
六、实践者思考的“法学理论知识”	015
七、知识形态的家族类似	017
八、法律知识的具体性与普适性	021
九、理论中的法律知识的性质	022
十、本书叙事的知识定位	024
十一、本书的思路	027
十二、本书的论题范围、结构框架、 方法运用	029
十三、一个提示	032

第一章 法学“科学主义”在中国

——法学知识如何成为法律实践的
组成部分

组成部分	033
一、问题、思路和限定	033
二、“科学式”历时法学的研究对象	037
三、历时性法学的学术生产过程	044
四、“科学式”共时性法学的内在困境	047

五、法律实践中的“理论”和法学理论中的“理论”的异同	054
六、法学知识如何成为法律实践的组成部分	057
第二章 法学的“全球意义”	
——从民国时期三种法理知识的生产看	064
一、问题	065
二、民国时期法理知识的生产方式	066
三、近现代法理知识生产中的“全球意义”	073
四、法学“全球意义”的主观构建	078
五、法学“全球意义”的客观语境	088
六、在法学“全球意义”的深层中考察	093
第三章 西方法学理论的“中国表达”	
——话语如何迁移	098
一、问题和必要的说明	099
二、西方法学理论如何被“建构”	101
三、西方法学理论的“想象”	107
四、“西方法学理论”的中国知识背景	112
五、发现法律实践	118
第四章 重新理解法律移植	
——从“历史”到“当下”	120
一、问题和限定	121
二、法律移植的或然性	124
三、历史主义法律移植研究的主观性	128
四、法律移植与“广义立法运动”的实质关系	132
五、法律与政治	136

六、关于法律移植的“当下社会共识”	139
七、法律移植的具体机制	141
八、结语	145
第五章 现代性观念与现代法治	
——一个诊断分析	149
一、问题和必要的说明	149
二、现代性和现代性观念	152
三、现代法治	158
四、现代性观念与现代法治的关系	164
五、结论	170
第六章 简约的法律	
——一种法学观点的实践表达	172
一、问题和思路	172
二、一个需关注的法律现象	174
三、至善至美的公正与法律复杂	174
四、追求公正的成本支出	178
五、成本支出的正当性	181
六、何为简约	183
七、余论	186
第七章 法学学术与法律生活	
——经由“一种实证法学努力” 而分析	189
一、问题和限定	189
二、在中国基层司法制度中	191
三、实证经验的法律实践考察	195
四、法学学术的“特殊”修辞	198
五、微观制约与微观斗争	202

参引文献	209
一般索引	223
人名索引	235

导 论

法学知识的“实践性”

若作一点有关学者的谱系分析——那些收集、记录事实的学者,那些进行证明和驳斥的学者——那么,他们的 *Herkunft* 很快会表明,在他们表面无私的关注中,在他们对客观性的“纯粹的”执着追求中,留下的尽是些法院书记员的记录和律师——他们的父亲——的讼辞。*

理论中存在法律知识,实践中亦存在法律知识。本书讨论两者的关系。讨论意在思考“法学知识如何实践”。这种思考或与人们通常设想的有些不同,涉及某些追问:两类法律知识以功能论,是否的确具有实质区别,以及两类法律知识的生产者,以社会角色担当论,是否的确具有实质不同,正如“理论中”和“实践中”这些限定词所表达的?通过各章分析、论证,当然包括导论的细致阐述,本书可能会将思路引向某些目标:理论中的法律知识,尽管是“理论中”的,其生产者,尽管常被称为“进行单纯理论知识生产”,但在理论表达的过程中及被认为“进行单纯理论知识生产”时,其依然“正在实践中”,其依然“正在”于实践中表达实践立场,并且,此为应当。这意味着,对于本书的叙述逻辑而言,两类知识,两类知识生产者,实际上极可能即为“一个事物的两个方面”;深入讲,两类知识之间的相互关系及两类知识的生产者之间的相互关系,极可能不是简单的“对照”、“吸取”、“借鉴”等语词可描述清晰的。

显然,上述追问、目标期待及上述叙述逻辑,对中国的法学理论而言,

* 福科:《尼采、谱系学、历史》,王简译,载杜小真选编:《福科集》,上海远东出版社1998年版,第152页。“*Herkunft*”一词的中文意思为“出身”。

可能有些“不易理解”。因为,中国法学理论习惯认为,虽然可不断讲述“理论来源于实践,高于实践,又将返回实践进而指导实践”的故事,可不断宣称,“理论可转为实践的力量推动实践”,甚至直言“知识就是力量”,但理论终归理论,实践终归实践。在理论和实践之间,一条界线非常明确;而且,在理论生产者 and 实践参与者的角色之间,另外一条界线同样明确。

因此,导论首先需要就相关问题作出说明、论证。

当然,在本书的思考路线、论题范围、结构框架、方法运用等方面,导论亦需作出解释。

一、法学知识文本

阅读一份“理论中的法律知识”的经验样本。

这份经验样本,涉及我国民事诉讼证明责任。现行《民事诉讼法》第64条第1款规定:“当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。”此为人们熟知的“谁主张谁举证”的证明原则。但针对为何如此规定的问题,需阐述理论上的理由。如果阐述出来的理由表现了一种原理性质,则这种理由,即可成为一种“法律知识”。而法律知识的基本含义,在于其表现了一种关于法律原理性质的认识和理解。^①

这份样本为一本法学书籍。

其中,作者提到,“谁主张谁举证”的理由至少包含如下两点:第一,法院必须依据证据认定事实,当事人主张的事实是否真实,法院既无法先验感知,也无法事后猜想,只能借助证据来判断;第二,法院非侦查机关,没有专门的侦查人员,而全部或主要由法院负担调查和收集证据,既不可能,又不合理。^② 作者另认为,民事诉讼中的证明责任有其自身规律。^③

显然,作者提到的第一点、第二点及“自身规律”,表达了一种“法律知识”的认识和理解。其另外表达了关于在证据问题上法院角色的定位原理,并且以此为基础,较细致说明了“当事人证明责任”的主要学理根据。

① 本书研究中,作为定义,“法律知识”主要指关于法律现象的原理性质的认识和理解;具体而言,涉及法律现象的“是什么”、“为什么”、“做什么”的思想把握。关于法律知识的精确定义,尽管可作出各种描述和界定,但笔者指称的含义,总是大致存在。

② 参见李浩:《民事证明责任研究》,法律出版社2003年版,第23、82页。

③ 同上注,第63、67、83页。

一般看,阅读这样一类“法律知识”,我们通常会认为,其为“理论中”的法律知识的描述。这种描述,既属于对历史及现实中的民事证明责任的概括和分析^①,也属于对其中的规律、特征的把握和提炼。其亦可成为后来人们学习“举证责任”知识的一个对象。此外,我们通常会认为:这种理论中的法律知识,因其对“自身规律”的把握和提炼,主要目的在于类似自然科学以瞄向对象的剖析,故无明显的“当下的实践参与欲望”,即没有明显的“当下实践立场”的表达和宣扬,其动机,主要在于“法律知识的学术生产”。并且,其以学术话语作为表达方式。而更重要的,其是“客观”、“中立”的。广泛说,法学中,类似的知识描述非常普遍,并且均不约而同地默认作为一般知识传播的上述“自我特征”。

当然,我们通常又会认为,获得这样的法律知识,其目的并非仅为了“认识”、“理解”,并非仅为了知识的“客观”、“中立”的表达;在“认识”、“理解”之后,法律知识还可作为一种理论话语来指导现实中的法律操作。它们的确来自实践,揭示实践中的“实质”,但又高于实践,又将返回实践中指导实践。如上述“证明责任知识”的阐述者即认为,在中国的民事证明责任实践中,应注意具有自身规律的“证明责任认识”的指导意义,否则,这类实践,便会出现怪异状态,且对实践本身非常不利,而怪异状态如:

1. 当事人提出事实,人民法院调查收集证据;
2. 当事人一动嘴,审判人员便跑断腿;
3. 法院调查取证,律师阅卷、对法院收集的证据进行审查并提出问题。^②

在其他理论化法律知识的描述中,人们一般同样会发现类似的“指导现实法律操作”的观念。

在此,更核心的,则是这种观念暗含一个命题:通过理论中法律知识的不断讨论、探索,法学学术可把握法律知识的准确性和真理性;进一步,在极其富有“准确性”、“真理性”的法律知识阐述中,可推出普遍性的思想权威。

^① 就“历史”而言,作为辅助,且作为本书提到的学术知识生产的例子,作者的确从许多历史经验,特别是西方的历史经验中,进行归纳总结。参见李浩:《民事证明责任研究》,第1—12、38、39、83—84、112—128页。就“现实”而言,参见下文。

^② 参见李浩:《民事证明责任研究》,第33、82页。

二、实践法律知识文本

现在,阅读一份“实践中的法律知识”的经验样本。

2003年,某省发生一起刑事案件审判。该审判当时引起广泛争议。案情,涉及一名基层法院法官的行为是否构成玩忽职守罪。此刑事案件审判,源自一起民事审判。作为被告人的法官,在一起民事审判过程中,是独任法官,负责审理一起债务纠纷。在关于这起债务纠纷的民事审判中,原告以借据为证主张被告欠债。被告提出,借据是在原告胁迫下签署的,故无效。该法官要求被告就“胁迫”问题提供证据。被告无法提供。该法官进而询问被告是否已向公安机关报案;被告称否。该法官依照《民事诉讼法》“谁主张谁举证”的原则,判决债务成立。案件进入执行程序。此时,被告中的两个当事人,颇为具有象征性地在法院——作为刑事案件被告人的法官所在的法院——门口服毒自杀。后公安机关介入,询问原告;原告承认曾胁迫被告写下借据。有鉴于此,民事审判便被认为存在问题,其判决也被认为错误;而检察机关指控,该法官行为构成玩忽职守罪。此案即为当时著名的“莫兆军案”。^①

刑事审判过程中,检察机关提出许多理由,以论证罪名成立。作为被告人,法官莫兆军同样提出许多理由,以说明自己行为未构成犯罪。最后,经二审终审,法院判决莫兆军无罪。在陈述终审判决理由时,法院引用了一些“法律知识”。对本书主题而言,值得注意的“法律知识”是:

民事诉讼中的法官,不可能像公安机关,收集“胁迫”一类的刑事犯罪证据;因为,其功能、职责及本身所具有的能力,与后者存在重要差异。民事诉讼中的法官,依据“谁主张谁举证”的民事诉讼原则审理案件,是正确的职业角色分工的表现。^②

将上述判决理由视为“法律知识”,是因为,在现行的中国法律制度中,并无相应的明确条文规定;另因为,法院的这种表述,与前述“理论中的法律知识”样本里的“学者阐述”一样,表达了法院对法律现象的“何以如此”的思想把握,表现了法院对法律现象的原理性质的认识、理解。

① 该案详情,参见《广东省高级人民法院终审裁定书》(编号:[2004]粤高法刑二终字第24号)。

② 参见《广东省高级人民法院终审裁定书》(编号:[2004]粤高法刑二终字第24号)。这里引用的不是原文,而是为本书叙述便利而进行修订的和原文一致的一个表述。

但其在实践中。

所谓实践中,意思是,其目的在于通过“原理”的阐述,更准确说,通过“原理”式的话语宣布,以论证一种司法判决为正确,试图解决实践的法律纷争,而非仅表达对“法律现象中的规律”的认识,亦非仅表达“原理”本身的内容含义。就此“目的”而言,可清晰发现,其具有明显“当下的实践参与欲望”,具有明显“当下实践立场”的表达、宣扬,试图论证作为被告人的法官及处于类似境地的其他“被告人”法官,在其行为中,并不存在公诉一方指控的“玩忽职守罪”。

三、实践法律知识的“非中立性”

阅读经验样本,不仅意在使叙述成为具体实在的叙述,此并非重要;重要的,对本书主题而言,意在提示缘自法律实践本身的经验样本必定是不可避免的切入路径,是理解实质问题的基本场所,并且是论证的关键起点。

展开对比,可看到,关于“当事人证明责任”或“举证责任”,作为“法律知识”的具体内容,如“法官职能的原理”,或“法官恪守职能的意义”等,在理论样本和实践样本中,非常类似。换言之,两个样本中的知识表达及知识的论证,包括逻辑意向、说理结构、叙述机制,甚至关键词的使用,均十分接近。它们本身给人们的印象,正是阐述同一含义的“原理”性内容的“法律知识”。

问题是什么?

首先可指出,尽管在“实践样本”中可读到“原理”性的,且可能是“规律”性的“法律知识”,但这些“法律知识”,不是“中立性”的,并非每个人均会赞同,它们具有争议性质。因为,在上述案例的关于法律纠纷和法律审判的实践中运用“法律知识”,实际上是法院正在运用一种理由去论证自己的法律观点,同时,用其去对抗他者——公诉一方——的法律观点。为说明这点,进而为本书导论主题阐述铺平道路,需再返回到上述实践性的案例中。

在起诉作为被告人的法官时,公诉一方具有两个主要观点(当然,还有其他不是特别重要的观点):

第一,作为一名职业且从事16年审判工作的法官,被告人应在民事诉讼中发觉“民事被告宣称被胁迫签署借据”的严重性;同时,因

为具有较丰富的审判经验,被告人应在民事被告宣称自己被胁迫时,预见判决可能出现错误,进而预见可能出现不幸后果,如被后来事实证明的自杀后果。

第二,民事诉讼中“谁主张谁举证”,是针对一般民事诉讼而言的;当民事诉讼涉及刑事问题时,法官应以例外方式遵循刑事诉讼法的规定^①,将案件移交其他司法机关,否则,便未认真履行自己的职责。^②

可发现,公诉一方实质上认为,在涉及刑事问题时,民事诉讼中的法官,尤其是具有多年审判经验的法官——莫兆军^③,不能僵化地固守“谁主张谁举证”,进而僵化地固守自己民事审判者的角色。因此,公诉一方是在潜在地陈述另外一种“法律知识”:

民事诉讼中,“谁主张谁举证”的运用,并非没有例外情形;此外,必要时,法官角色可发生变化,如追查可能存在的刑事问题或证据。

这种“法律知识”和法院提出的“法律知识”,在案件具体语境中彼此冲突,至少不甚协调。而且,事实上,当一审法院作出判决,表达自己类似上述二审法院提出的“法律知识”时,公诉一方提出了抗诉,在抗诉中,进一步表达了上面提到的己方“法律观点”。公诉一方依然认为,无论以刑事诉讼法等法律条文论,还是以其他经验常识论,作为被告人的法官,均应承担刑事责任。此外,终审判决后,同样依然有人认为法院以自己的“法律知识”作为判决理由,不能成立。^④

一个枝节问题需要澄清。

此案中,公诉一方和法院一方,均另外提出法律的明文规定作为自己的直接对抗依据。公诉一方提到《刑事诉讼法》第84条第1款的规定:

① 这里指《刑事诉讼法》第84条第1款规定:“任何单位和个人发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人,有权利也有义务向公安机关、人民检察院或者人民法院报案或者举报。”

② 参见《广东省高级人民法院终审裁定书》(编号:[2004]粤高法刑二终字第24号)。这里引用的也非原文,而是经过修订的与原文意思一致的表述。

③ 关于莫兆军的“多年审判经验”,参见《广东省高级人民法院终审裁定书》(编号:[2004]粤高法刑二终字第24号)。此外,莫兆军是法院民庭副庭长。参见余亚莲、朱艳秀、郑碧容:《无罪法官回家养猪:莫兆军的悲剧结束了吗?》,载《新快报》2003年8月3日,第A11版。

④ 例子,参见朱志达:《莫兆军案的价值》,载《厦门晚报》2004年7月3日,第6版;另参见婵娟(编辑):《莫兆军,为何你的命运总牵动着我们》,中国法院网“法治论坛第八期电子杂志”,2006年4月28日发布,其中许多网友都提出类似看法。