

法林守道

谢晖◎著



中国民主法制出版社



法林守道

谢晖◎著



中国民主法制出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

法林守道 / 谢晖著. —北京: 中国民主法制出版社, 2011.1

(独角札丛)

ISBN 978-7-80219-809-8

I. ①法… II. ①谢… III. ①随笔—作品集—中国—当代 IV. ①I267.1

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 002794 号

图书出品人 / 肖启明

文案统筹 / 赵卜慧

责任编辑 / 庞从容

书名 / 法林守道

FALINSHOU DAO

作者 / 谢 晖 著

出版·发行 / 中国民主法制出版社

地址 / 北京市丰台区右安门外玉林里 7 号 (100069)

电话 / 010-63292534 63057714 (发行部) 63055259 (总编室)

传真 / 010-63292534

Http: //www.rendabook.com.cn

E-mail: mzfz@263.net

经销 / 新华书店

开本 / 32 开 880 毫米 × 1230 毫米

印张 / 10.875

字数 / 260 千字

版本 / 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月第 1 次印刷

印刷 / 北京佳顺印务有限公司

书号 / ISBN 978-7-80219-809-8

定价 / 28.00 元

出版声明 / 版权所有, 侵权必究。

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)

关注自由的责任面向

昨天晚间，和两位来自法国的博士共进晚餐。席间，学习工科的一位博士提到哈耶克，提到他阅读了卢梭之社会契约观点和哈耶克的自由主义观点之后的感受，并认为他作为一位工科学子，所读到的最精彩、印象最深刻的社会科学读物。他期望我能评价一下哈耶克。我谈不上什么评价，只是就自由主义及其责任伦理和他交换了一点意见。话题的顺序，从当代自由主义四大家——侧重自由的哈耶克、侧重正义的罗尔斯、侧重权利的德沃金和侧重责任的诺锡克，一直谈到了个体自由的责任面向问题。

在共和国成立以来相当长的一段时期里，大陆公民对自由一词的理解，多少带有贬义成分，自由总是与自由散漫、不守纪律、自以为是甚至不顾公益、自私自利等相互勾连的概念。对自由的这种误解，如果给予一种同情的理解，则出自人们对责任的担忧。因为我国传统意义上理解的“自由”追求是人与生俱来的，而责任意识和节制精神，却是需要认真培养的。这样，对照责任不易和“自由”易

成之反差，仁人志士、庙堂社稷，便都把用功的着力点放在公民（或老百姓）责任的养成上，因之，也就产生了养护公民责任的保姆，诞生了强大的国家教化机器和附着于这一机器之上的道德圣人。至于国家以及这些圣人们自身是否经过或需要规训、经过或需要教化，似可在所不问。

显然，验诸近、现代的自由理论，特别是个体自由理论，在我国形成的上述自由和责任观念，明显是对自由的一种误解，因为它放逐了自由这一概念之题中应有的责任面向。近、现代自由理念所强调的是在以人的主体性为前提下，人对其自由的自主把握，其中既包括对权利的自我追求和选择，也包括对义务与责任的恪守、尊重和担当。这是自由的两个基本面向，如果用近、现代法律的两个核心概念来表达，即一个是权利面向（自由），一个是义务（责任）面向（秩序）。一个只要自由、只求权利的人，一个罔顾义务、罔顾责任的公民，在本质上是不自由的，因为他忘记了社会连带关系，舍弃了自由是在交往中形成的。没有社会连带关系，没有公共交往的事实，自由也罢、秩序也罢，权利也罢、义务和责任也罢，都是多余的。

前述习惯性地对自由理论的误读，也自觉不自觉地影响到对责任的误读。把一个本来是一体两面的事物，硬要拆分为完全不同的对立事物，就不可能根据它来塑造人的主体性，就只能把它安排在人们有序交往的反面，从而无法正视它。反之，全面关注以人的主体性为前提的自由理论，就必须同时认真关注与自由连带的责任理论。主体性所要求的，既是主体对权利的自我维护、自我选择，也是主体对责任的坚持恪守和自我约束。在责任株连的地方，

既没有主体性可言，也没有自主的自由和责任。这正是作为对公共交往予以规范和治理的技术——现代法律对权利和义务同等关注的原因吧。

本书作为《法林望道》和《法林问道》的姊妹篇，起名为《法林守道》。书名的旨意，就是要强调在法律秩序体系中，“守法”和“守道”的重要性、甚至优先性。近二十多年来，法学界在倡导并积极推进“权利本位”的同时（在一定意义上，我也是一位权利本位论者），严重忽视了对守法、从而对守道的认真关注和研究，这在一定意义上导致了人们对“权利”的争取，每每跨越法律的规范，权利自身对法律的逻辑归属也得不到澄明。只要能争取到“权利”，人们不惜采取一切非法、无道的手段，从而造成对“权利”追求反而在解构法律、法治，而不是结构或建构它。这不能不说是当代中国法学的遗憾。职是之故，我以为在法学研究中，在关注权利、自由理论研究的同时，把责任伦理、守法守道精神搭架在权利和自由理论的框架中，尤显重要和必要，关注自由理论的责任面向，尤为急迫和切要。否则，我们的法学理论及其功用，就只能是跛脚的。

本书是我近三年来发表（包括在网络上发表）的部分短论、序文、学术讲演和阅读心得的结集。近年来，除了正常的教学、科研任务之外，因为肩负行政重担，兼之组织几个学术专栏、学术丛书和定期学术会议，让我很难安心写作早在计划中的学术论著，这既辜负了朋友们对自己的期许，也违背了我所欲求的事业。因此，也常常为此苦恼、烦忧、焦灼。期待能尽早卸去肩负的一些重担，专心

致志于我的学术志业，以不负友朋期待，不负个人追求，是经常闪现在我脑海中的问题。在目前这种情态下，我只能先以这些零七碎八的东西，勉强献给喜欢我的研究的朋友们。

本书由我指导的硕士研究生李永莉先期整理，我根据她的整理，又做了些适当的加工。书编好后，几乎在一个月间，就承蒙法律出版社、黑龙江大学出版社、中国民主法制出版社一些编辑的主动垂顾和关心，在此表示衷心的感谢！最终之所以选择中国民主法制出版社，是因为该社高效率地把我推荐的其他几位作者的书稿也纳入同一系列的出版计划中。这让我始料未及，但也让我感佩于该社及其编辑的敬业精神。本书策划编辑庞从容君，至今我只接获过她的五六封邮件、五六条短信，并相互通过五六个电话，就这样，在她尽职尽责、全心全意的努力下，这本书及其他几位很有天赋的中青年学者的作品，将很快与读者见面，我不能不在此特别感谢庞君！

是为序。

陇右天水学士 谢晖

2010年11月6日序于北京端砚斋

目 录

Contents

第一辑 随笔序文

学术的偏执与忠诚	002
诸位，欢迎来此法律考古！	005
《学习与探索》，我学术成长的摇篮	009
大学的关系重心和管理模式	013
反思我国反腐的“大案要案策略”	019
就理工大学法学院的发展答郝传玺问	023
记我在台犯的两次常识性错误	031
规范研究与法学独立	033
《耕行煮韵》小序	036
问道生活，取法民间	038
法律哲学与法学之道	041
零碎的断想	046
自治的秩序	050
法律现实主义研究的细节突破	054
“民间法文丛”总序	057
民间法与法律方法的结合研究	061
锲而不舍，终有所成！	065

习惯、社会规制与法学研究的大视野	069
法治、法律解释与法律解释的困境	073
顾盼在理性与诗性之间	077
法治与德性生活	080

第二辑 即兴演讲

歧视、反歧视及其限度	084
法律全球化、全球对话、可接受性与人权保障	094
判例阅读的四重境界	101
以民生设计法律，以法律安排民生	107
我国人权研究的五点检讨	112
法律语言学，还是“法与语言学”	117
研究生论坛与研究生的学术纪律	121
利益衡平、实质合理与制度规范	128
权力与权利的关系及“平衡论”的限度	134
民间法研究能干什么	137
从邓玉娇案看民意与法意的博弈	143
我国法制现代化的多维思考	150
我国律师业发展的困境与出路	156
我国高等法律教育中的几对矛盾与选择	159
我国的司法实践和法律哲学	168
法官培训与司法研究	174
司法视角的法律哲学	178
求友声，倡法治	184
对司法信息借网络公开的几点诤问	190
社会矛盾的结构性的转变与国家的结构性应对	197
经验事实与制度理性	202

阅读四个面向	208
我们的徐昕教授	214
在法院实习应有的四样收获	222
“小技”不修,“大道”不彰	226
司法、政治与司法研究	231
主义优先,还是问题优先	237
影响性案件与司法	245
从契约文献看古人的规则理念	253
我国民间法研究的现状与展望	257

第三辑 阅读心得

民间规范与基层司法	264
学术研究中的材料与结论	267
非正式制度事实的学理整合	270
信任、秩序与冲突消解	273
民间法作为司法法源的识别机制	276
民间法研究的学术梳理方式	279
古代地方档案与民间法研究	282
民间法研究的司法立场	285
社会事实的规范价值	288
口承习惯、司法与高级法	291
习惯、司法及其合法性审查	294
制度变迁、纠纷解决与关系规则	297
民间规则、法律文化与权力制约	300
从实践遗存到制度建构	303
民间法、地方自治与国家统一	306
公共交往与关系规则	309

实质理性的程序保障	312
乡村治理的规范模式	315
习惯、非正式制度与正式制度	318
作为规范的“原生态”文化	321
刑事习惯与司法中的情理	324
关注民间法的语词表达方式	327
关注市民社会中的民间法	330
制度经济学视野中民间法的自主变迁	333

第一辑

随

笔

序

文

学术的偏执与忠诚

或许是这些年来，人们的日子过好了，素质也提高了，谈论学问的人也就越来越多了。昔日学自官出的旧习日渐被学在民间所取代。无疑，这是吾国社会进步，人民向往文明的必然表达；也是以文字为代表的符号一旦深入人们的心灵世界，所带来的必然回应。同时，谈论学问的人之所以如此之多，也和我们固有文明对学问的关切、崇尚不无关联。尽管在国史中，帝王们导演的焚书坑儒、文字陷狱等惨案不绝于书，但或许是受“学而优则仕”的感召，或许是因科举取士制的熏陶，读书人、学问家的地位在普通中国民众心目中，即使不是最高的，也是相当令人尊崇的。学问家们很少因为自身的受难而遭民众的普遍唾弃。

在鄙乡那个偏僻之地，即使再穷、再没文化的人家，也喜欢附庸风雅，在自家主屋挂上几幅字画。特别是，倘若那字画的作者在当地还有些名气，则人们的谈资每每由字画而及字画的作者，于是懂字的还是不懂字的，都会津津乐道；知作者的还是不知作者的，都会谈笑风生。记得鄙人小时候，尽管村民们往往家徒四壁，吃了上顿没下顿，但对娃们能初中毕业，或者最好能上个高中，都充满期待。这种情况，自然绝非仅存在于鄙乡。2001年“五一”劳动节前后，鄙人到贵州调查，在湘黔边界的深山大沟里，在叶辛笔下那“高高的苗岭”上，在一个仅有数十户人家的小山村，不仅藏有数万份康熙以来的契约，而且那契约书法之

精美，令人叹而观止。直到如今，当地村民能“舞文弄墨”者仍不在少数。为此，鄙人将在当地成文的一首小诗，交由一位姜姓村民书写，如今，这幅书法作品就挂在我在威海的家壁上——“头枕清江问世川，波声对破夜阑珊。桃源小令今何在？残月朦胧云水间。”

现在，吾国终于有条件让更多的人关心学问，摆弄学问了，但学问之路，尽管读大量书是必要的，但充其量只是必要条件，而不是充要条件。读书之外，对社会万象的观察，对人情世故的了解，书本知识和社会实践的必要对照与有机结合等等，都应当是一种超群绝伦的学术观点提出和深化的必要条件。更重要的是，正如大家在日常生活中所感受到的那样，那些做学问的人，往往多少有一些偏执。尽管偏执这个词是一般人不大欣赏的，但在人文—社会学科中，对认准了某一领域、某一观点、某一主张的学者而言，坚守偏执的立场，锲而不舍，刨根问底，终会有所建树的。在这个意义上讲，偏执并非学问的天敌，甚至是深化学问的一种必要态度和立场。这才能导致所谓“片面的深刻”。反倒是那种左听听也有理，右看看也有理，学术立场摇摆不定，学术见解左右游弋的人们，指望其做出什么新鲜学问，可能真是勉为其难了。因为他们不会执一己之见，下勘检功夫；因为他们耳根太软、眼界太浅。

吾人曾有如下有关智慧之分类：学术智慧不同于决策智慧。前者着眼于攻其一点，尽管不能说不及其余，但只有和这一点相关者，才堪引用，否则，就可能文不对题，甚至离题千里了。基于此，完全可说学术智慧所崇奉的就是“片面的深刻”。学术上的多面手，如张衡、郭沫若如此全面发展之人物，固然存在，但并非是一种常态。相反，我们所见到的学术精英，更多的是抓住

一点，并能打破砂锅壘到底的那种。但决策智慧则完全不同，一位决策者倘不能面对众说纷纭的学术观点，全面把握、择优选择，就可能滑为实践偏执狂，就很难协调这个充满了矛盾的社会之种种问题，就可能把公民带向灾难之途。

基于如上思考，鄙以为，说一个人在学术上偏执，不但不是什么贬义，更是对其忠诚于学术的褒扬。或以为，这种对约定俗成的词语的个人解释，并不能改变日常运用中该词的基本定性。我不否认这点。但我坚持一种偏执的立场、态度和学术行动，对一位学术研究者之必需，我更坚信在所谓全才、通才如凤毛麟角的背景下，只有这样的学术研究者，才有可能做出像样的、让人不得不关注的学术成就。当然，仅仅有这种偏执还不够，对一种学术观点的横空出世、发扬光大而言，这只是一种可能性。它仅仅决定着一位学者对自己见解的信心和坚守，除此之外，就需要穿针引线的细微功夫了。否则，就只剩下所谓的微言大义了。那样的“学问”，只能提供给人们猜测，而无法让人明晰。

是故对学人之于学术的偏执，必须予以同情的理解，否则，让学者在学问面前也学得八面玲珑、讨天下人欢心，就不但失却了深化学问研究的主体基础，而且也会葬送学者对学问的基本忠诚。

诸位，欢迎来此法律考古！

昨晚，弯月高照下，华灯竞放时，金钊邀回家省亲的卫方兄来海畔做客。老贺华发红衫，神采奕奕。数杯 73 度酒浆下肚，宾主皆眉飞色舞、扬眉吐气。或笑谈人生、或纵论国是，间或谈及鄙人未来去向。老贺竟在十数人面前说：“我跪求你留下”云云，让我好不感动！席间，也谈及今岁将召开的第三届全国法律（学）方法研讨会。鄙人告诉老贺，日照一带，可是一个值得法律考古的好地方啊。接着，鄙人讲了很多那一带自古而来的法律故事。不成想金钊嘱我曰：“老谢，你把这些故事写出来挂在网上，以便朋友们有备而来”。思想一下，颇有道理，故勉强成文，期待天下“好事者”前来法律考古！

山东自古以来，为中华思想文化之中心，其中临沂、日照、青岛一线，古为著名的琅琊郡所在。其他不论，那里的法制故事，颇能勾起法律人之欢心。聊讲数则，以飨读者：

一则东海孝妇——窦娥原型。窦娥故事，国人皆耳熟能详。但其原型东海孝妇，知之者恐怕凤毛麟角。如今临沂郯城县，古郯国所在地，孔子曾拜郯子而请教。故郯子为孔子老师。该县城附近，两座坟茔远近闻名。一座为孝妇——周青墓，另一座为于公墓。话说孝妇早年丧夫，侍婆母甚勤。婆母劝其改嫁，始终不从。如此贤媳，竟遭小姑谗言，诉往官府。官府肉食者昏庸无能，轻信谗言，终判孝妇死刑。行刑时竟然“血流变白，六月飞

雪”！“自此东海大旱三年”。其时，狱吏于公已察觉此案有冤，建议太守改判未遂。只能在后任太守到位后，于公再议此案，才得改判。此一故事，班固在为于公之子于定国（汉初丞相）作传时，有记载。诸位可参看《汉书·于定国传》。其后《搜神记》以及古人编辑的一些法案书籍，都曾演绎或记载过这一故事（案件）。才子苏轼曾诗云：“君不见东海孝妇见死作三年乾，不如广汉庞姑去却还。”从而把此事纳入诗性世界中。至于关汉卿撰写的《窦娥冤》，更容易让人对这一窦娥的原型发思古之幽情。

二则造律条村——汉律渊源。临沂有县名苍山，古称兰陵。乡党李白曾诗云：“兰陵美酒郁金香，玉碗盛来琥珀光。”这里所说的兰陵，即指此地。前不久，曾陪我到此游览的郯城县公安局长孙钦刚来信云：“谢老师，报告你个好消息，苍山县恢复兰陵县已经省同意上报。有你的功劳！”为此鄙人还很是高兴了一阵子呢！话说该县有两村名，历数千年依然存在：一为造字村，二为造律条村。仓颉造字，世人皆知，可略过不表。但邱颖造律，却未必尽人皆知，即使习法史者，也鲜有垂顾此类民间掌故者。在造律条村，有凄美的故事流传：说萧何的同学邱颖，自幼喜造律条，曾写刑律一部。在他的律中有云：妻多言不谨可出之。而他的妻子正好有此毛病，于是，未经母亲同意而出之。其母大怒曰，你律中有言：父母在，大事不告双亲者死，你难道不畏惧你的刑律吗？邱颖一听此话，决意一死。母劝无效，妻劝也无效。他坚决要依律而行。自裁前，他预料到萧何成大事后会向他索律条，于是告其母、妻曰，为保平安，把半部律条烧掉，另半部律条随葬。萧何来，定会掘墓而取，任他所为。后来果不出其所料，萧何竟掘邱颖墓而索律条。尽管只得半部，也成就了萧何造律的大业。