

贺卫方:关于法治与法学研究 PDF转换可能丢失图片或格式，
建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9__c122_485493.htm 1998年11月，北京大学法律学系曾为挑战者杯学生优秀论文比赛举行颁奖典礼暨学术讨论会，作者应邀出席并作了即席讲话。本文系该系学生王瑛根据录音整理而成，作者又作了少许修订。我觉得我们今天在这里度过了一个极其难得的夜晚，有对现实法律问题的深入思考，有层次很深的法哲学分析，有很精彩的对话。刚才我的同事张骐老师说他通过今天晚上的活动有很多收获，我觉得我的收获肯定要比他更多。作为一个大学教师的乐趣之一，就是永远跟这个国家里最优秀的年轻人在一起，在学问方面相互交流、切磋。学生们不仅仅身上洋溢着令人感动的青春活力，而且在今天这个知识的流通途径愈来愈多样化的时代，学生们所掌握的知识，愈来愈成为对教师的一种挑战，让你感到自己不能老，不能放弃对新知的追求，永远保持一种年轻的心态，最好是永远不离开这个世界。（笑）主持人给了我一个任务，让我最后给今天的讨论作总结。但是，这是个太艰巨的任务。我只能谈点自己零散的想法。自己感到高兴的是，最后的发言人不会有反驳者。（笑）听了云昌智同学的发言，我感到你读了不少书，而且读得很扎实。你的文章所涉及的问题也是我们研究法理学的人们最近这几年都在思考的问题。对于这类问题，说实在话，我个人也常常处在困惑之中。你的文章似乎体现出中国与西方明显的两分法倾向。但是，在我看来，现在这个世界上，谁是中国人的问题不那么容易判断。从国籍上说，我是中国人，你

是美国人，但是，从文化上说，有时候就不免有些糊涂了。经过多少世纪的不断交往，不同国家、不同民族之间的文化已经是我中有你，你中有我了。国籍并不能等同于文化。同一国籍的人之间，文化也越来越多样化了。不久前，我参加一次学术活动，与我的一位大学同学一起跟研究生座谈。我的这位同学是研究儒家学说的，他认为中国人之所以能够立于世界民族之林，正是因为我们在文化上我们坚持儒家传统。中国未来的制度建构和社会建构，都应当以儒家学说作为基本的指导，作为主旋律。我当时就很不以为然。我说，对你老兄这个观点，我实在是不敢苟同。你是不是有点儒家帝国主义的倾向啊？中华民族现在已经不是一个汉民族可以笼而统之的了。在这九百六十万平方公里的土地上，生活着那么多的各种不同的民族；生活着回族兄弟，生活着傣族兄弟，生活着……那个少数民族的名字叫什么来着……我一下子想不起来了。（笑）我们有我们的文化，他们有他们的文化，他们也有他们的孔夫子，回族兄弟有穆罕默德。实际上，今天我们无论是从政治和地理的角度说，还是从文化的角度说，要建构未来的中国，把两千年前我的那位山东老乡的学说作为全体中国人都必须尊崇的思想，作为立国的根本，都不免霸道了些。具体到我们每个人，你仔细地观察，我们虽然在物理空间上生活在同一个世界里，但是相互之间的观念和思想却很不一样。你们都知道，我们系的苏力教授关于法律的本土资源的论述在今天很有影响，他本来在美国留学七年，回来后却提出了本土资源的理论。而我这个在农村生活过很长时间的人观点跟他却有所不同。惩罚了打秋菊丈夫的人的那种现代法律，它的作用究竟应当怎样评价，恐怕不是一个

简单的问题。我的经验，中国农村的秩序现状，多多少少有点“强权公理”的特征。当然，这种秩序的形成并不是一个很简单的过程，有它特定的历史背景。在某种特定的历史语境下，它有它的合理性。近代以来，国家权力之所以能够那么迅速地渗透到社会的底层，发生所谓“政权内卷化”的现象，在很大程度上，是因为我们古典的农村社会秩序缺乏一种真正意义上的公共生活空间。对于掌握权柄的人，我们没有多少制度的设置对他加以制约。在这种情况下，西方制度与观念的引入——当然，西方也是一个特别复杂的概念，它的范围也是极其宽泛的，国与国不同，人与人不同，西方有孔夫子，中国有华盛顿毕竟给我们提供了一个可能的选择和借鉴对象。它告诉我们，世界上还有另外一种秩序安排方式，另外一种生活方式。当然，任何选择都不会是没有代价的。我们不该把法治想象为一种完美无缺的境界。如果说，有人要追求完美无缺的法治，那么，你文章的标题“法治的贫困”就正好可以作为对这种法治观批评，这样的法治是要走向贫困的，不仅是贫困，甚至可以说是破产。但是，就我的观察，目前的法学界持这种法治观的人毕竟只是极少数。因为，法律家最应该知道，法律之所以成为人类的需要，之所以能够总是伴随着我们，正是由于人类是有缺陷的动物，而且这种缺陷是无法根除的。由于这种缺陷，我们建立的法律制度也就不可能是完美无缺的。你追求某种价值，不可避免的要付出丧失另外一种价值的代价。说了这么多，我只是想强调，我们平常总是爱说中国如何，西方如何，两者之间的差异如何，但是，要警惕的是，不应当把某种划分给凝固了，给永久化了。其实，这里边有某种以想象代替实际的倾

向，人们想象的那种所谓历史的连续性实际上充满了断裂，充满了不一致。一个民族文化的内部到处可以发现不和谐的现象。所以，人为地在不同的民族、不同的文化之间树栅栏，划界限，可能并不是一种可取的态度。在这个问题上，我觉得我们的老校长胡适的观点来得最开放，也是我最喜欢的一种文化立场。这是第一个方面。第二个方面，我觉得对于致力于制度建设和社会建设的人们来说，某些时候要意识到他们与纯粹科学研究的人们不一样。云昌智同学刚才说的这样的话很好，他说如果没有激情，很难成就一项事业。法制建设是一项伟大而艰巨的事业，要在建设法治的过程中有所成就，是抱着一种科学家的冷峻态度去做事呢，还是以一个人革命家——当然，这个词可能不太好，我们还是用制度建构者吧，以一个制度建构者的热情去做事？也许这两种态度都是需要的。一个人可以有他的阶段性，某个时期更热情些，某个时期又冷静下来。人们时时要有个角色意识，在你从事制度建构的时候，不要总是过于理性，一味地只是以一种解剖者的眼光去审视一切事物。不知道这个比方妥当不妥当，在我看来，建设法治也有点儿像谈恋爱，一味地用探索真理的姿态去追求的话，你就没法产生爱情。你去追求你的男朋友或女朋友，人家明明是玉树临风，婀娜多姿，你却总是去挖掘他或者她身上的缺点，或者想象人家五十年后老态龙钟、呲牙裂嘴的样子，（笑）如果能够产生爱情，那真是咄咄怪事。钱锺书先生曾说评诗不应以历史家的眼光去观察，否则就好比用爱克斯光镜去审查和判断一个姑娘的美貌。爱克斯光镜当然是很深刻的，深刻到看得见骨头，不过那毕竟是大煞风景的事情，而且也很难说那就是真实。当然，在任何

时候，我们都需要有一种警觉，要提醒自己，无论多么美好的东西都要有代价。有了这种警觉就够了。对于今天的中国社会来说，对法治的理想——不是理想的法治——进行严厉的解剖甚至解构为时尚早；我们还没有那个资格。人家是过胖，要减肥，而你却炫耀自己的瘦，不知你是因为营养不良才这么瘦的。（笑）我们现在还是要抓紧一切机会，先把营养跟上去，先胖起来，再说减肥的事不迟。另外，现在人们倡导以批判的立场对待外国的事物，这当然是不错的。但是，批判的前提是了解。我深切地感到，我们对于西方法律制度与法律思想的了解是很不够的。比方说，我们知道，德国的法学是十分发达的，对其他非西方国家的影响也是非常大的。然而，就今天的中国法学界而言，我们能够数出几个德国法专家来？不久前，“英国法律周”在北京举行，我们不妨想想，中国是否有一位英国法专家？中国学者中，读过梅特兰的《英国法律史》的学者有几人？可以说，没有一位英国法专家。研究美国法的人比较多，但是，要数出几个真正扎实美国法专家也是一件不太容易的事情。在这种情况下，我们动不动就说西方的这个也不对，那个也不好，其中到底有多少道理呢？进一步说，即便将来我们有了许多外国法专家，在对待外来知识方面，保持学习的态度也是必要的。况且知识的交流和这种交流对于制度建设的影响也不见得都是学者们能够认识和阐述清楚的；社会制度的演变也受到某些非理性因素的影响，例如集体无意识、历史过程中的偶然事件等。心理学家荣格将无意识与意识跟人的睡眠与清醒相对应。其实人即使是在清醒的时候也可能对某些他不可能意识到的现实存在保持无意识；并非由于他不清醒，而是文化会

造成视觉上的盲点。因此，在对待法制建设的问题上，我们不妨放松一下心态，不把某种观点看得太绝对。以上是我对今天晚上大家讨论的一个粗浅的总结，而且只是局部的。王瑛同学还希望我能够利用这个机会谈一下法学研究的方法和法学论文的写作技巧。我平常也会碰到一些同学，他们很想做些研究，试着开始法学论文的写作，于是问我怎样才能写出好的法学论文。每当遇到这样的“请教”，我心里都不由自主地“咯噔”一下，这虽然不是“与虎谋皮”不，应该说是“缘木求鱼”，（笑）也差不多可以说是“问道于盲”了。如果大家要问我怎样能够写出一篇糟糕的法学论文，那我倒是可以给你头头是道地讲上三条五条的。（笑）大家不要笑，我真诚地感到要写一篇优秀的法学论文是不容易的事情。如果硬要我说的话，我的粗浅的看法，要搞好法学研究和法学写作，以下四个因素也许是我们要注意的。第一，法学是一个具有博大精深传统的学科，它自己独特的语言和相对独立的研究方法。任何人要在法学研究方面有所建树，都必须对这门学问的传统有所了解和领悟。我们法学专业培养的目标，是要让每个人都学会像法律家那样思考问题，也就是英文所谓thinking like a lawyer。这意味着法律家思考问题有自己行业化的角度，分析和解决问题有自己的方法，这种角度和方法不同于其他领域的人们。可以说，法律家是戴着法律的有色眼镜去观察世界的，所以在他们的视野中，社会的方方面面就呈现出法律的色彩。这学期我给研究生和双学位课程班的同学们讲课，第一讲都是法律家思考和分析问题的方法。这种法律家的角度有什么特点呢？比方说，法律家虽然也关注道德问题，但是在具体分析一个案件的时候，他并

不把法律和道德问题混在一起谈，不以道德标准取代法律标准。他需要学会权衡不同的利益，通过司法判决对良好的社会关系的形成加以引导。在分析一个案件的时候，他需要将其中的事实问题和法律问题加以区分，事实问题是那些需要由证据作出证明的事项，而法律问题则是那些需要通过法律解释加以解决的事项。我曾读过一篇美国学者写的文章，认为这种区分实际上仍然是具有很强人工色彩的，但是，在我看来，这种人为的划分对于我们设计诉讼制度和司法管理制度（例如上下级法院之间的事务分工）是非常重要的。正是上面这类思考问题和分析问题的方式，使得法律家集团对社会关系的调整独具特色。同时，法律家之所以能够形成一个职业共同体，也是由于其中所有的成员们都分享着这样的思考和分析问题的方式，分享着这个学科的伟大传统。这种以知识为基础的制度使得法律家解决问题的方式不是恣意的，而是受到了共同体成员极大的制约，他们的决策具有了法治所需要的可预期性。人们经常说，法治就是法律规则在社会管理过程中具有至高无上的地位。但是，“徒法不足以自行”，法律条文不可能没有漏洞，实际上，占据至高无上地位的不是法律规则本身，而是那些只能通过法律家的方式思考和解决问题的职业者。法治乃是那些由于训练和相关的制度而不再能够任意决策的人们对社会的统治。法律教育的目的也在于使得未来的法律家们能够领悟和学习这样的方式，将它们化作一种内化的知识，一种身体化的记忆，这就离不开对这门学问悠久传统的认真研究和不断解释。第二，法学研究要有一种关注社会的维度。这是必然的。法律家不同于哲学家，更不同于数学家，后者可以呆在自己的书斋里，靠

知识和想象力去展开研究，取得成果。法律家则不然，他必须将人所构成的社会纳入他的视野之中，他所分析和解决的任何问题都是社会问题。他要对社会关系中的矛盾具有相当的敏感，时时地将来自社会的活生生的问题与自己的知识和理论相对照，提出自己的解决方案。社会生活是法律发展和法学研究进展的源头活水。我特别高兴，今天发言的王佳明同学能够选择在内蒙古发生的那起电话费纠纷作为他论文的研究对象，对于这种社会现实中发生的问题作出及时的分析和解答是极有意义的。当然，我们必须承认，社会也是一个颇为复杂的研究对象，有时候我们会在对社会问题的认识和判断方面发现不同的人观点很不相同。社会不比一个具体的、有形的物件，例如，一个病人，我们可以把他放在诊室的床上，让医生们给他会诊；当我们面对一个社会时，你会发现时时有一种茫然无所措手足的感觉，而且也会发现，你个人也是研究对象的一部分，你没有办法完全罢免你个人的某些先入之见的投入，于是人与人之间的差别就是必然的了。不过，如果我们从积极的方面去观察，这种“仁者见仁，智者见智”的状况又未尝不是一件好事情，因为它给我们提供了丰富的选择资源。不同的社会观的存在和它们之间的碰撞对于一个社会的改善是有好处的。没有人可以垄断对于某个社会问题的解释，我们最好能够在研究和解释社会时保持一种更为谦逊的态度。第三，我们从事法学研究的另一个源头活水是古往今来的伟大经典，我在这里强调的是法学之外的经典著作。世界上没有完全自给自足的学科，法学更是经常在其他学科的理论 and 知识的推动下发展。我们来到大学，进入不同的专业，一方面要学习这个专业领域里的知识和技能

，但是，另一方面，我们是来到这里接受高等教育的，通过四年的学习，我们从一个高中毕业生变成了一个掌握了人类高层次学问的人，这里不仅仅包括技能，更包括学养，包括趣味，包括许多超越know-how的东西。用从前在清华大学曾流行的一个说法，是要成为“博雅之士”。我想，作为北京大学这样一所著名学府的毕业生，也应当是一群博雅之士，而不能只满足于成为熟练的工匠。要成为博雅之士，我们不能不认真地在经典的阅读方面下工夫。50年代前后，美国的不列颠百科全书出版公司曾出版过一套名为“西方世界伟大著作”（Great Books of the Western World）的丛书，包括从荷马到弗洛伊德数十部经典著作。不久前，坊间里有一本名字就叫《伟大的书》的书，像是一本西方经典著作的导游手册，让读者能够知道在哥伦比亚大学，教授如何教经典课，学生如何学经典课，人们怎样理解这些经典，它们对今天的人与社会有怎样的价值，大家不妨找来读一下。当然，作为一个中国的大学生或研究生，我们还需要对我们自己历史上的经典著作深入阅读，这是不消说的。阅读经典可以使我们的法学研究建立在一个更高的基础之上，可以在与那些伟大的作者之间的对话过程中思考我们的处境，吸收前人的智慧，寻求对今天社会问题更合理的解决方案。第四点，也是最后一点，从事法学研究的人需要对自己有所了解，尽可能地从事符合自己性情的研究。我们观察不同学者的研究成果，会发现法学研究成果的视角、风格乃至观点都跟研究者本人的性格、经历以及知识修养有密切的关联，这也可以说是个人的“本土资源”罢。能够取得大成就的学者往往是那些找到了并且最大限度地发挥自己的本土资源的学者。从这个角度说

，做学问比较忌讳用某个固定的模子套自己。大家都知道梁启超曾谈到他跟康有为之间的差别，说康有为大器早成，观点是一成不变，而梁启超本人却是不断变化，不惜以今日之我非昨日之我。他们两位都为中国近代学术思想发展作出了巨大的贡献。假如他们找不准自己的学问路数，康有为要像梁启超那样，文学、历史、经济、法律、小说、翻译等等无不涉猎，恐怕要把这位“南海圣人”难得跳到海里去。反过来，情况也是这样。当然，对自己究竟适合做什么类型的学问的把握需要时间，需要经验，有时也难免走弯路。在座的我看不少是九七级的本科生，你们肯定还处在迷茫彷徨的阶段。这是正常的，不要急，也急不来。重要的是要树立远大的志向，要有所追求，同时要扎扎实实地读书，要看到，在这个时代，我们学习法律的人任重道远。我想起二战时期英国首相丘吉尔的一则小故事，请允许我用它来结束我今天的讲话。丘吉尔先生有个爱好，就是喜欢杯中物爱喝酒。二战期间，英国妇女界对首相饮酒问题很关心，认为这会损害首相的身体。于是她们就派了几名代表去见首相，提意见。这几位代表绘声绘色地描述饮酒的可怕，并说首相这些年来喝的酒，如果盛在这间屋子里，一定会到半墙那么高了。丘吉尔一本正经地问：“真的么？都到一半了。可是……”他的眼神从墙的中部向上看，“哎呀，上帝啊，上面还空着这么多。我要喝满这一间屋子，任务实在是太重了。”（笑）我们建设法治，也有太多的“美酒”要喝，让我们大家共同努力，开怀畅饮，一醉方休！（掌声）新闻来源:中国民商法律网 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com