

贺卫方:自治与开放之间的法学 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_485657.htm 整体而言，法学还是一门处在发展中的学科。在这个过程中，我们还面临着不少内部和外部的的问题，其中最需要努力的一个方面，就是在法学研究以及法律教育和法律职业环节上把握两个维度之间的艰难平衡，那就是，一方面要追求专业以及职业的自治，另一方面，又必须保持对于其他学科以及社会的开放。在今天这个时代里，法学已经成为广受关注的一门学问：书店里法律出版物汗牛充栋，不少法律著作都登上了畅销书排行榜。各种报刊上的法学专栏连篇累牍。电视上，法学教授已经成为出镜率最高的群体之一，他们对于各种社会事务侃侃而谈，向受众传递着种种前卫的或过时的法律知识。一些引人注目的重大事件或案件例如2003年的孙志刚事件和刘涌案无疑激发了全社会对于法律及其相关知识的好奇心，在人文社会科学领域中其他专业的学者们中间，从前的那种“读书万卷不读律”的心态也在发生着变化，他们对于法学以及法律的兴趣不断提升，尤其是经济学、政治学、社会学等与法学联系紧密学科的学者，他们与法学界的互动格局正在形成。所有这些都跟我们正在逐渐走向法治社会的这个大格局密切相关，同时也离不开法学界在十多年间不断努力。当然，整体而言，法学还是一门处在发展中的学科。在这个过程中，我们还面临着不少内部和外部的的问题，其中最需要努力的一个方面，就是在法学研究以及法律教育和法律职业环节上把握两个维度之间的艰难平衡，那就是，一方面要追求专业以及

职业的自治，另一方面，又必须保持对于其他学科以及社会的开放。自治这里所谓自治，主要是指本学科内部专业化的建构。法学首先是一种具有悠久历史的专门化的学科，按照托克维尔的说法，甚至是一个不容易普及的知识领域。它具有自家的历史传统、概念与知识体系以及研究方法。法学之所以能够对社会事务进行不同于其他学科的解释，法律之治之所以不同于单纯的政治之治或道德之治，正是因为法学传统、知识以及方法的这种独特性。说到底，所谓法治或者依法治国，不过是法律家用他们的专门知识对社会进行的统治。在过去的十多年间，对于这种专门化的知识的内涵与特质，中国法学界给出了相当丰富的论说。一个值得重视的趋势是，法学的话语模式发生了深刻的变化，它不再是道德或政治力量的附庸或应声虫。我们只要将近年来法理学领域的新成果与十多年前的标准教科书作一个简略的比较，就会深切地感受到这种追求运用法学自身知识传统、运用法学的方法解释社会关系与社会现象的努力。法学界对于“实事求是”原则理解上的变化是这方面的一个好例。在以往那种政治法学的话语中，这一原则具有毋庸置疑的正当性。由此演化出的“以事实为依据，以法律为准绳”几乎成为不刊之论。但是，现在的法学界，已经没有多少人还相信可以作为司法决策依据的是“客观事实”；相反，越来越多的学者从司法过程的性质、证据以及更广泛的程序的局限性以及对于人权保障和制约政府权力的需要等角度，深入分析了法律意义上的“事实”的独特性。这种围绕本原的法学研究不仅使得法学逐渐走向自治，也使得学术研究 with 司法实务之间的互动有了坚实的学理基础。法学自治的另一个体现便是司法研究的兴

起。由于欧陆模式的概念法学的影响，加上计划经济时代司法机构无足轻重的工具化地位，以往的法学很少注意司法问题。例如，在90年代中期前，法学界没有多少人认真地思考法官在整个法律秩序建构中的角色。这样的忽视与现实生活里法官选任的混乱互为表里，相辅相成，标志着法学与法律的同等屈从地位。90年代中期之后，随着法学界对于法治理解的深化，司法研究逐渐成为整个法学界的最大兴奋点。人们对于司法权的性质、司法与立法以及行政之间的关系、司法官员的选任标准和程序、司法权的行使方式、司法管理制度、法律推理与逻辑语言之间的关联、法律职业共同体等等，都进行了热烈的和持续性的讨论。与此同时，司法改革也成为继农村改革和企业制度改革之后，中国改革的另一个热点。过去的十多年间，域外专业著述的引进也达到了前所未有的规模，这既是法学走向自治的一个表征，同时也是中国法学走向更坚实的自治的重要推动力。从1949到1992年间，译为中文出版的西方法学著作只有区区十种左右，这种令人悲叹的情形到了90年代发生了巨大的变化。自1992年以来，仅我个人参与的翻译丛书或包含翻译作品的丛书就有“外国法律文库”、“当代法学名著译丛”、“宪政译丛”、“美国法律文库”、“司法文丛”和“比较法学丛书”等六套。其他还有罗马法、德国法、法国法、日本法等专题译丛。如果我们将行业力量寻求超越国界的对话和团结理解为自治的一部分的话，那么法学译著的大规模出版当然可以说是法学走向自治的一个表现。当然，眼下的成绩还是相当初步的。目前最大的缺陷在于，在法学理论方面，自觉的体系化的建构还是相当匮乏。由于在中国数千年知识传统格局中，基本

上不存在一种具有正当性的法学，千年以上的科举取士实践严重抑止了知识的分化，官员在判决案件时所运用的那种宽泛的文史知识和修辞风格无从带来司法决策的确定性，也不可能将司法程序变成法学得以发育的温床。晚清时引进的西方法学意味着中国社会治理传统的一种根基性的断裂。然而，由于没有强有力的本土资源的呼应和支撑，外来事物难免钱锺书先生所谓“眼里之金屑”而非“水中之盐味”的命运。正在进行的民法典编纂所展现的从基本模式到具体规则的混乱不过是证明这种西方法学理论尚未本土化和自身体系化建构不足的一个最近的例子。因此，在今后的相当长的时间里，我们需要用很大的努力，在法律教育、法学研究以及司法实务等各个环节上追求这个学科和这个行业在本土化基础上的自治。开放与此同时，从法学和法律的发展历史中我们很容易看到，法学从来就不是一个自给自足的学科。法律职业生存在一个鲜活的世俗世界之中，因此在自治的同时，还必须要有有一个相反的维度，那就是开放法学和法律职业需要从其他社会科学以及人文学科的研究中汲取营养。从古罗马开始，哲学、伦理学等学科对法律学术一直具有极大的推进作用；最近数十年间经济学、阐释学、人类学以及文学批评对法律思考的影响也是显著的事实。法学也不能脱离我们的社会生活。中国社会正在经历巨大的变化，市场经济国策的实施以及人民民主诉求的强化日益改变着我们的社会结构和社会管理模式。法治的正当性由于社会结构的变化而变得顺理成章。在这样的情况下，法学界能否敏锐地洞察社会中的法律问题，及时地对社会需求作出有说服力的回应，将成为一个举足轻重的大问题。开放当然也意味着法律学术与法

律实务更紧密的联系。由于法律职业与法律教育的脱节，我们的法律实务难以成为专业知识得以生长的温床；书斋里的高头讲章与操作中的章法混乱形成了激烈的反差。这种情况的改变离不开法律职业的认真建构，同时作为一门实践学问的法学更加贴近社会也是不可或缺的一部分。从西方的情况看，法学和法律职业从不独立、不自治逐渐走向独立和自治经历了一个漫长的历史演进过程。按照伯克利学派的塞尔兹尼克和诺内特的理论，在压制型（非自治）的法律转向自治型的法律之后，尤其是在今天这样的后工业时代，自治型法律已经显示出由于过度自治而带来的封闭特征，因而不能积极而及时地回应社会的需要。在这种理论的基础上，他们企盼着法律秩序的再次转型，那就是“迈向回应型的法律”。然而，中国的情况是，法律发展中的历时性与共时性经常纠缠在一起，因而常常面临理论与实践上的困惑。一个饶有兴味的例子是后现代法学理论在中国的传播所带来的影响。在对于法律制度以及传统的法律理论进行批判甚至解构的过程中，一些后现代法学的作者显示出不同凡响的洞察力和知识上的开放精神，他们对于一些长期被人们视为不刊之论的学说的颠覆对于年轻的学生们是如此振奋人心，以至于法律和法治本身看起来都有些荒唐可笑。加之这类学说本身也颇投合大学教师这种职业内在的反循规蹈矩的特性，于是这类学说就很容易获得市场，从而导致我们在这“路径交错的花园”里迷失自我，忘记了中国尚处在走向法治的初级阶段。在对于法学的发展进行检讨的时候，我们不应当忽视政治因素的影响，不过，就目前的情况观察，尤其是从一个法律学者的角度观察，它的严峻性正在降低。事实上，法治已经成为

今天政府获得其合法性的重要源泉；权利话语在今日的广泛流行标志着这个老大民族治理模式的不可逆转的改变。只是就中国悠久的非法治和非民主的治理历史而言，作为一种移植“物种”，法学本身在这里就需要长时间的水土适应当然也包括人们对本地水土的改造过程，最终使法学之树在华夏大地拔地参天，浓叶如盖，庇佑着这块土地上的人民。

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