

贺卫方:法学方法的困惑 PDF转换可能丢失图片或格式，建议
阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/486/2021_2022__E8_B4_BA_E5_8D_AB_E6_96_B9__c122_486242.htm 我们都是生活在法学中间的人，大家进到这个学校来读书，来学习这样一个专业??法学，进入学校后恐怕一直存在着一个很大的困惑，就是我们这个专业到底有怎样的一种独特的方法，这种方法如何区别于其他学科的方法。在这个校园里边你们不断地见到其他专业的同学，社会学的，政治学的，历史学的，文学的，各种各样不同专业的同学，大家在一块肯定会相互交流，谈论你们这个专业如何，我们这个专业如何。大家通过各自领域的教育过程，去不断地培养自己的一种专业视角，在这样一个专业的视角之下，我们成了专业的人，毕业以后我们就和别人不一样了。培养过程中非常重要的一点，就是我们这样一种学科的方法。就法学方法而言，在今天这个时刻可能面临很大的危机。一方面，我们法学自我内部的一种知识和方法的建构还处在一个比较脆弱的状态之中，而与此同时，即便是法学界内部的一些学者们，也在通过不断地引进其他学科的方法来开拓本学科视野，但也存在着一种危险，就是可能危及法学作为一个独立学科的根基，使得自己的饭碗被砸掉，这是一个非常值得注意的现象。我们首先说要在 中国建构法学体系，即法律的知识体系，在这个过程中，所面临的一个非常大的困难就是我们并不是一个法治国家，我们可以这样说，今天我们国家还不能算是一个真正的法治国家。我们具有的充其量只能说是一种非常脆弱的法学传统。今天我们在大学里所传递的法学知识是从外边引进来的，

在中国以往的历史上没有出现过真正意义上的法学专业。前一段时间我在网上突然看到，有一位老一辈学者对我进行非常坦率地批评，他就是台湾的张伟仁教授。你们也许都知道，他既是中央研究院的研究员，同时也是台湾大学的教授，他1935年出生于苏州，少年时代到台湾。后来成为一位卓越的法律史学家。张先生既在台湾教书，也在一些西方国家教书。美国的一些名牌大学，哈佛、耶鲁、哥伦比亚大学、纽约大学，他兼好多大学的教授职务，在那里讲授中国传统法律思想和法律。他曾经在我们学校给研究生教过先秦时代法律思想的课程，在清代法律史方面是非常重要的专家。1997年我曾经编辑出版一本论文集叫《中国法律之路》，当时很希望选一篇讨论中国古典法律教育的文章，检索资料，发现张先生曾在台大的一份学术刊物上发表过有关清代法律教育的文章，于是就辗转联系，承蒙张先生慨然同意，我们这本书里就有了这样一篇份量很重的论文。在那篇文章中，张先生表彰了清代的法律教育，并且认为它对于当今我们的法治建设仍然有着重要的参考和借鉴价值。但是，在这一点上，我和张先生之间是有分歧的。这几年来我一直不断地在不同的场合说中国的古典时期是没有法学传统的，但我们有所谓的律学，我们曾经有过判案子的人，判案过程中也有一些辅佐人员，就是所谓的师爷，比如“绍兴师爷”。绍兴这个地方出加饭酒，此外就是出绍兴师爷，这是古典时期所谓的“法律专业人员”。他们往往是科举考试的失败者，往往能够参与到司法的过程中去，对他们的东家，也就是官员，进行辅佐，对于案件如何判决提供建议。有一个非常著名的绍兴师爷叫汪辉祖，汪辉祖先生就写过一本《佐治药言》，还有

另外一本书。在张伟仁先生看来，在这些书里边都蕴含着所谓的中国“传统的法学”，而我不认为这是一种真正意义上的法学。我也曾经对于中国传统司法过程作过一点考察，也读过一些师爷的作品以及对于师爷的研究著作，得出的结论是这样的司法过程无从生产出专业化的法律知识，同时，作为司法过程，最大的缺陷便是案件审理中的“个别主义”司法模式，就是对于一个案件的判决不大注意从前对于同类案件是如何判决的。英美法律有一个重要的原则叫做遵循先例原则，即要求后来的法官在做判决的时候一定要研究或遵循从前的法官对同类案件的判决，这样的要求是司法的题中应有之意，这种原则早在古罗马时期就出现了。但是当我考察中国古典官员如何判决案件的时候，我发现判决书里边基本上没有对以前案件如何判决进行的考察，这些官员根本不考虑这些东西。当然他们也引用法律条文，这主要是在刑事案件的处理时，因为按照清代的法律规定，判刑事案件不引用法律条文本身就是一个可以被追究的行为。但是同样是引用法律条文，他们引用的法律条文不见得具有某种确定性。我们现在的法官作判决也引用法律条文，哪个法官不引用法律条文啊，当然有些法官过分了一点。在甘肃有一个法官，他引用中华人民共和国新闻法做出判决，可是稍微了解法律的人都知道我们压根儿就没有新闻法，这是一个不存在的法律！但是尽管大家都引用法律条文，所作的判决仍然会非常不一样，比方说“侵犯公民名誉必须作出损害赔偿”就是侵权法中的一个原则，我们的《民法通则》第101条所规定的这样一个原则，法官们都会引用，但是作出来的判决却是参差不齐的，存在着非常非常多的变化。所以仅仅引用司法条文并

不构成司法本身的确定性。对于民事案件，古人分类中所谓田土细故案件，官员们却不大引用法律条文，引的往往是其他的東西。比方说我们在古典判决书里边经常会看到这样一个表达：“在礼”。“在礼”是什么意思？那就是要依据周礼的规则或精神作成判决。判决案件最害怕的就是引用的东西不是法律规范，而是一些经典著作，比方说依照《毛主席语录》来判决案件，或者依照“三个代表”来判案，前段时间某个报纸上刊登文章说，法院必须依据“三个代表”的精神来判决案件，我就觉得奇怪，依据“三个代表”怎么判案啊！如果依据“三个代表”的第三条，“代表最广大人民的根本利益”，“根本利益”怎么解释？这听起来非常糊涂。这就是我们从前所倡导的某种判案方式：引经入律，春秋决狱，把从前儒家的经典运用到司法的过程中去。这样在司法判决中会导致什么结果呢？讲个故事吧。古代有一个女的要离婚，一个法官就开始给她讲故事，说从前宋国有一个女的，丈夫已经在病床上十年了，人家还坚持说：“夫之病即妾之病，何忍离。”丈夫的病就是我的病，我怎么舍得把他抛弃掉？所以你看看，依据这样的故事你就不能离婚。中国历史灿烂辉煌，故事太多了，有各种各样不同的故事。当这样一个故事作为判决依据的时候，就增大了司法的不确定性。更有甚者，有的官员作判决，一上来就是唐诗：“呜呼！安得广厦千万间。”我们完全搞不清楚他到底在依照什么东西。当我们谈论一个司法的权利的行使过程，如果依据的对象本身存在着相当大的不确定性的话，我们就不能够说这种司法能够带来相同案件同样判决的确定性。英美普通法中有十分重要的所谓区别技术，对于司法先例与正在处理的案件之

间的关系作出仔细的辨别，这是一个国家获得司法确定性的一个非常重要的来源。我认为，我们的古典司法真正就像德国著名的思想家马克斯·韦伯所提出的卡迪司法（Khadi justice）。什么是“卡迪司法”？卡迪是伊斯兰教世界曾经存在过的一种司法官员，他判决案件不需要遵循已经确立的规则，而仅仅根据此时此地的案件本身包含的是非曲直，然后根据《古兰经》所创立的原则对案件进行判决。遇到了情节完全一样的案件，也不需要遵守今天刚刚做的一个判决，而是完全依据明天的案件事实来判断。这样的一种司法本身不能够叫司法，简直可以叫“司无法”；没有法律可以遵循，而只是一个伦理型的准则或原则，这就是我对中国古典司法的一个看法。很明显，这样的判断涉及到对于中国古典司法的真实状态究竟如何，也理所当然地引起了中国法律史学界的质疑。不少学者们并不认为把中国司法等同于“卡迪司法”是一种准确的结论，他们认为中国古代司法本身具有某种确定性。有一位学者，黄宗智教授，美国加州大学洛杉矶分校的著名历史学家，他也曾经在北大教过课，在社会学系还教过一段时间的课。黄宗智教授所作的研究证明清代的司法制度存在着确定性，他的理论依据就是，清代的法官从事刑事案件的时候都必须引用法律条文。但是日本的著名学者滋贺秀三、寺田浩明等先生，他们做得对中国古典的研究，大多数也都否认了中国古典司法的确定性。讲这个事例要表达的是，尽管对于传统中国是否存在法学还有很多争论，但是，我们今天在大学里所教授的这种法学知识以及以之为基础所建构的法律制度都属于舶来品却是不争的事实。也就是说，在我们这样一个国家，法学是一门非常年轻的学科。它的年轻

表现在我们接受西方思想的时间还很短。因为时间比较短，对自己本土的历史所形成的文化和这样一种外来学术传统之间的结合还是一件比较困难的事情。依据现代一般的学术制度，从事学术研究，是要通过发表或出版来表现的。我们现在要求在学校任教的教授每年在核心期刊上发表论文。对于核心期刊我们规定一个名单，比如我主持的《中外法学》就算是核心期刊之一，有些学校还将这个期刊界定为权威期刊，这比核心期刊似乎还高一个级别。在核心期刊上面发表文章是评教授的条件。在我们国家几十万从事社会科学研究学者每年都发表很多很多的文章，就是我们本科生大概也要写一点文章，研究生的毕业论文，有时候可能还要发表。这种硬性地要求学生发表文章的体制也有其弊端。现在是电脑时代、网络时代，有些东西比较方便，ctrl C，ctrl V，就把一些事情搞定了。我现在不倾向于采取写小论文的方式考试，有些学生写的论文让我觉得似曾相识。有一次一个年轻人作了一首曲子给著名小提琴家帕格尼尼看，请帕老师提提意见，给予指教。帕老师边看这个曲子，边摘下帽子给这个曲子鞠一躬，再看一会又摘下帽子鞠一躬。旁边这个小伙子就奇怪了，说帕老师你这是什么习惯啊，怎么老是这样不断地对着曲谱致意？帕老师说我在里边不断看到熟人，我这是表示我自己见到熟人的喜悦。在写作中也有一些问题，其中有一些很严重的问题都不是发生在学生身上而是在学者身上。比方说刚刚在北京市高院第二次开庭审理的某位教授涉嫌剽窃的案件，就是一个表明我们的学术——尤其是法学学术——还达不到规范化的一个重要事例。一门学科内部的学者在今天行为如何，往往跟它在我们传统学术格局中的地位有关。由于舶

来品的背景，法学是没有本土传统支持的一门学问，而哲学啊，历史学啊，文学批评啊，都有这样的一种传统。与此同时，现行不合理的学术管理制度又进一步加剧了问题的严重性，使得我们不得不重视法学研究的方法和法学研究的一些规范。所以我们今天用一个多小时的时间进行一个简要的讨论：在今天这样一个时代，要进行法学的研究、法学的学习，在研究的方法方面究竟有怎样的一种特殊性，需要我们去关注。也许有些问题属于一般性问题，是任何社会科学的研究都必须面临的问题，比方说学术的自主。我们正在筹备一个研讨会，研讨学术自由问题，研讨作为宪法权利的学术自由。我们的宪法也提到公民有从事科学研究的自由，很多国家的宪法对学术自由都有规定，那么学术自由的条件需要我们法律进行怎样的一种保障？有时候在这个国家里边还不能够进行一个严肃的讨论，不少话题仍然是禁区。比如说今年是毛泽东去世30周年，今年是“伟大的无产阶级文化大革命”爆发40周年，明年是1957年反右50周年。前几天有两位当年被划为右派的老人到我的办公室去，跟我建议《中外法学》明年能不能在适当的时候出反右斗争的一个专号，专门讨论“反右”对中国法制建设的影响。我就觉得这个主题太好了，反右斗争中我们的法律界可以说是受到了最重的创伤，那一年几乎这个国家的所有律师都被打成了右派，法学教育受到了严重的摧残，一些著名的法学家当年都被打成了右派。你们中的不少人也许都记得《南方周末》的那篇著名的文章，讲当年东吴的一些毕业生如何在那样一个艰难的困境下做事。但尽管有些人能够做一些事情，大多数人是不能做事的。但现在我们能讨论一下、研究一下1957年的反右斗争对

法学教育的发展、法学制度的发展究竟有怎样的一个影响。如果有人愿意写的话，一会讲完了以后你告诉我一下，我看有多少人想写，明年的时候我搞一个special issue，一个专号，全部的文章都是反右斗争与中国的法制建设，也许蛮有意思的。但是我相信，那位同学的表情已经告诉我，那是办不成的，除非我这主编不想干了，甚至整个杂志都不想要了。学术如何保持品格上的独立、学术上的自由，已经成为了学者和法学界都面临的一个非常严峻的挑战。有些东西我们没有办法去完全克服，甚至触动都不容易。学术的独立与自治直接会影响到学术研究成果的形态。比方说“引用”，我们的苏力院长喜欢研究引用问题。他曾经发表过文章，对于近年来法学界成果的引用率来对于重要学者的分布作出描述和分析。这样的文章让我们知道法学界的学者到底是哪些人，哪些学者是最有影响力的学者。他列出来了目前法学界最具影响力的50名学者，其中可以看出北大法学院现在正处在一个蒸蒸日上的状态，因为50名学者中北京大学法学院的就占了九位，其中七位是在前25名之内，引用率最高的，排在第一位的是社科院法学所的梁慧星教授，前段时间梁先生教授见到我的时候说他也注意到这篇文章。第二名是人民大学的王利明教授，第三是我们这里的陈兴良教授，第四是苏力院长本人，我好象排在第十一名。他的这个研究表明北京大学的法律学者影响力不错。再换一个角度看，看这些人的年龄都是多大，从而考察这个机构将来的发展前景怎样，因为如果这些人都是比较年轻的，那就说明这个学校年轻的学者已经在比较高的地位上了。然后再考察一下，这些人的本科都是在哪儿读的，从而研究一下一个学校的本科教育对于整个国家

法学格局的影响。这个研究非常有趣，实际上苏力院长还可以扩大一下，把法学界之外的人物得到引用的情况作一个统计和分析。比方说研究一下法学界的文章引用的非法学界的人中，谁占据了第一位。可能占据头几名的往往是我们的政治家。比方说：江泽民同志最近又指出，小平同志早就指出，毛泽东同志曾经说过怎样的话，等等。我自己观察，部门法已经发生了很大的变化，部门法的学者已经进入了一个??我们用一個中性意义的词??概念主义，就法学本身的知识体系去进行论证，它的资源不需要假借外部的力量。一个研究名誉权保护问题的学者一般不引用“小平同志最近认为名誉权如何如何”，小平同志大约从来不说什么名誉权的事情。但是在理论法学方面，他们一般会引用所谓经典作家，就是政治家的话，政治的话语往往影响到了学术的研究。当然，这种引用都是所谓正面引用，你完全不可能和国家领导人商榷，我至今没发现一篇论文与邓小平商榷，都是支持性的引用，而且通常都是“正如某某所指出的……”这个“正如”就表明这是一种不刊之论，是一种无需再讨论的前提论断。钱锺书曾经在《围城》里边说，有几个地方的人可以把自己的籍贯作为论证的理由：“我是某某地方的人，我就这么认为的，怎么着吧？”好像广东人，湖南人，还有半个山东人，可以做这样的论证：“我们广东人就这么认为的！”那就对了，我们就不需要再去论证了。从事学术研究的人们，把马列主义毛泽东思想作为不刊之论加以引用，这就表明在这个国家里还没有真正的学术的独立性，也就是说学者们都依附于政治家，或者至少许多领域的学者都依附于政治家。这是我们今天在考察这样一个学术规范的时候，必须要去特别

注意的一个问题，当然我们也需要去推动逐渐地改变它。改变并非易事，我们在这里会遭遇的另外一种传统的阻击，那就是某种类似于政教合一的传统，它使得政治权威与思想权威合而为一；最重要的思想家往往就是政治领导人，除了政治领导人之外没有思想家。在这里，我们又看得到中西传统的另一个重要的差异。大家都知道像康德这样的思想家是我們认为的最伟大的思想家，在他活着的时候就被德国人认为是最伟大的哲学家，但是康德先生一辈子都没有走出过他出生的那个叫哥尼斯堡的小城，他一辈子连个芝麻大的官都没当过，但是他是公认的最伟大的思想家。在西方没有哪个皇帝会愚蠢的认为他自己才是思想家，这就是政教权威分离带来的一个结果。思想、学术方面的事情只有学者们去研究，而政治家不过是一些行政性的、跟思想没有关联的人，来做一些行政事务而已。但是在我们这不一样，我们这谁的权力最大谁的思想就最伟大。这就构成了一个今天争取学术自由、学术自主时非常大的困难，我们需要改变这种状况。我个人在学术写作方面，包括随笔杂文，就从来不引用毛泽东怎么说、邓小平怎么说，马克思过去我引用过，但是也只是作为批评性的引用，是他说的有问题。我们要爱惜羽毛，不要去写那些应景文章，所谓的趋时就是不断跟着时髦走，但趋时的代价就是过时，不断的跟着时髦的人，往往不断地觉得自己已经过时。我主持法学刊物的编辑，在中国政法大学的时候，我主持过《比较法研究》的编辑，1995年到这边来，从1999年底年又开始主持《中外法学》的编辑。我所追求的一个目标，就是所发表的文章不可以趋炎附势，在学问的态度上应当是真诚的，要体现学术和学者的尊严。自治，追求

自由，我想这是我们普遍的一个追求。但就法学本身来说，还有一些具体的问题要去研究，对于这些问题，坦率地说，我是有困惑的，不能够说我今天给大家讲的都是确定的，现在提出来一会大家可以一起讨论一下，因为我发现在座的不仅有本科生，还有研究生，甚至还有来自校外的一些朋友。这里只是谈一些尝试性的看法。那么第一个问题就是，法学到底有没有自己的方法，一个独立的，类似于“独门暗器”的这样一个方法？这不是一个容易回答的问题，我们都知道，“法学方法”和“法律方法”存在着差异，当我们说“法律方法”的时候，我们说的是司法过程中，如何去进行法律推理，在这些法律推理中逻辑是如何运用的，这种东西叫法律方法。那么“法学方法”是什么？法学方法是把法律作为一种学术或者说科学对象进行研究的途径。我们这里说的是要体现“法学方法”，我曾经跟几位朋友一起翻译了我个人认为非常有意义的一本书《法律与革命》，是美国著名学者哈罗德·伯尔曼所撰写的史诗般的一部法律史著作。这个作品里边，作者用了很大的篇幅去论证西方的大学兴起时代，法学家们在方法论上的追求，他如何把古希腊人所创造出来的所谓“辩证法”运用到法学过程之中，进行分析和综合，并在这个基础上协调法律规范之间的冲突和矛盾。我们可以发现在《圣经》、早期教会的学说、以及宗教大会所颁布的教令以及教皇所发布的法令中，经常在一个问题上看起来存在着冲突。比方说一个人是否在任何时候都不得使用武力。我们都知道，如果有人要打你的左脸，你就把右脸伸过去，是和平主义。但是“教父学说”以及《圣经》本身表明了上帝似乎也并不完全排除武力。比如我们看建一个通天塔这样的

一种行为上帝是如何惩罚的，还有一次毁灭一个城市之类的行为。似乎《圣经》里面的学说和上帝本身的行为之间存在着矛盾。后来的教父们还有教会所颁布的那些规则之间也存在着相当大的差异。我们知道中世纪最伟大的法学家之一格拉提安（Gratian），意大利波罗尼亚大学最伟大的法学家之一，他一辈子只写了一本书，书名叫做《冲突教规之和谐》。他一辈子都在用这样一种分析综合的办法，研究如何解决各种不同教法渊源中的矛盾，结合相关规范所产生的历史背景，对于那种规范的目标指向进行一种分析，最后进行协调。他得出的结论就是在某种特定的环境下，使用武力才是正常的。这样的研究在伯尔曼的《法律与革命》中被认为是西方法学在方法论的历史上一个非常重要的过程。但是从方法论意义上来说，我想无论是从司法的角度、从操作的方法的角度、从我们法学的法律人得角度来看，他们所追求的都是可以被加以描述的。当然，在进行这种法律分析的时候，实际上我们是在进行价值上的取舍和平衡。我们可以说法律人所追求的终极性的价值目标是正义。不像经济学，也许经济学家会更多地强调效率本身，但我们会强调正义的至高无上性。其次，我们追求一种普遍性，我们不进行个别性的描述，一直以来法律本身是带有一种普遍性，也是规范性的。有所谓的universal justice，普适性的正义，也有所谓的conventional justice, 惯例性的正义。在本地有特别的一种价值性的标准。正义的标准是不是能够超越地域的范围，直到今天仍然是我们国家面对着国际压力的时候面临的一个很大的问题，当然也是法理学上永远无法获得完美平衡的难题。我们的国家有一些很奇怪的逻辑，就是我们愿意一直提倡所

谓的“保持一致”，“跟党中央保持一致，思想保持一致，保持高度统一……”但到了国际上，我们却愿意倡导“世界是缤纷多彩的，应该有差异的，我们应该尊重不同国家的差异，人权应该低于主权”等等。早在17世纪的时候，法国的著名作家、哲学家、思想家帕斯卡尔就批评过那种把地理的纬度和正义的标准关联在一起的观点。为什么地理的纬度变一下，正义的标准就发生了变化？仿佛一座山就能够改变正义的标准，在比利牛斯山的这一边是英雄到了那边就成了死囚犯。我们法律人及时关注这样一种地方性的正义标准，关注不同正义标准的冲突，但是我要说法律人所追求的总是趋向普遍化的。有的学者不追求普遍化，非常强调本地风光，这样的人往往是人类学家。人类学家最喜欢看到人类的差异性，人类学家要是到中国看到一个小脚老太太，那真是高兴得晚上都睡不着觉，因为他看到了人类生活非常不同的一点，非常不同的一种类型。如果全世界的人生活都差不多，什么习俗都一样，人类学家可能就要失业了。毫不奇怪的是，正是一个人类学家提出了“法律是一种地方性的知识（local knowledge）”这样一个口号，这是人类学家吉尔茨提出的，这带有相当强烈的人类学的色彩，而不应该是我们法律学界应当倡导的一个概念。有些人前几年就不断地把吉尔茨这样的思想加以推广，以为发现了一种真理。其实我们可以以子之矛，攻子之盾，既然他说“法律学是一种地方性的知识”，这样的判断本身就是一个“地方性的”概括，如果我们将这样一种地方性的概括加以普适化，就变成了“法律不是地方性的知识”。所以我们从事法学研究时必须要有的一种学科上的自觉，注重我们跟人类学家、经济学家等其他学界之间

的分野。我们要看到普遍性。追求普遍主义、人与人之间的平等正是普适主义的一个要求，我们不重视所谓的农村社区和城市社会之间的差异，东部和西部的不平衡。有人愿意强调中国是一个大国，中西方发展不平衡，各个城市又很不一样，法制程度也参差不齐，所以我们不能够把西方那种行之有效的法治拿来为我所用。但这是错误的说法，不符合法学的要求。固然，法学研究需要看到这些差异以及这类差异可能对于立法和司法的影响，不过，法学所追求的却始终是一种普遍性，关键是要揭示相关制度背后的一些内在的机理，以及这些内在的机理所蕴含的方法论意义是什么。对于差异性的强调会带来一些难以解决的难题，因为差异性绝对的，天底下没有两片完全一样的树叶，人不可能两次踏入同一条河流，差异或者不平衡的推理是无限的。城乡之间有差异，东部与西部不平衡，可是，农村与农村就一样了么？所谓东部沿海地区，期间的差异真正是不可以道里计呢。甚至在同一个村子里，不同的家庭也很不同。这类差异和不平衡是无处不在的，也会永远存在下去，如果把它们作为不推行统一法治的理由，则法治在任何地方也不能实现，在任何时间内都不可能实现。所以我们应当追求这样一种普遍性、正义的至高无上性，这是对我们法律人在价值观念，也是在方法论上得特殊要求。接下来要讨论的是确定性问题。我一直认为确定性的问题应当成为我们法学研究最关心的核心价值之一。“确定性”就是指制定的规则有一种可预期性，不可以说我们完全不知道明天会怎样，我们能通过对于司法判决本身的研究来预测今后法院会作出怎样的判决。我最近也在看这方面的文献，我发现在过去一个世纪里不同观点也一直在

互相冲突，不同的人观点差异很大，即使是法律学者，他们也会认为确定性的问题会像确定性的学者那样具有如此相似的确定性。有些人说法官早上吃的饭都会影响到他今天的判决，更不用说吃饭的时候还跟太太吵了一架，那么上午的判刑多五年都是有可能的。法律文学运动的这些学者不断的用文学批评的方式去分析法律问题。比方说用解释学来分析法律确定性的问题就会变得非常麻烦，解释学认为一个文本的含义不仅取决于文本本身的意义，而且经常取决于理解者，读者的理解。立法者指定一个法律规范，法官是一个读者，律师是一个读者，当事人也是读者，他们都在看这样一个法律规范的时候，可能就存在着理解上的各种差异。作者死了，作品就成为一种难以获得确定性含义的文本。在文学批评领域里，对于文本意义的解释上的差异性达到了相当激烈的程度。这样一种“作者死了”的说法会不会再进一步进行推演，推演到法律领域??立法者也死了？立法者的确死了，许多立法者都死了，许多宪法的制作者都已经死了，拿破仑早已经化作灰土了，我们不知道现在那个时代的还有谁活着。没有谁活着了。德国民法典的立法者全死光光了。我们国家民法通则的制定者许多人也不在了。记得当年某位著名的刑法教授，他特别自豪地说1979年中华人民共和国刑事诉讼法是我一个字一个字写出来的！也许这种说法有些过分，因为观察那个时候的立法过程，我们都知道学者的意见实际上没有达到那样的主导地位。即便如此，这位学者也死了。立法者死了，会不会带来我们法律上的一个意义更加不确定的问题？因为他活着的话，我们还可以去问问他，如果他也死了，那真是永远不知道那是什么意义了。但是，问题在于，

即便是他活着，他是否能够获得法律意义解释上的权威呢？因为即使他活着，现代立法也往往是集体行为，我们人大人数更多，2980人一起表决，有赞成的，也有反对和弃权的，最终通过了这个法律。那么立法者的意图到底是什么你知道吗？我们通常都不说话，举手的时候都是看一半人都通过了。河南省焦作市的人大代表、劳动模范姚秀荣女士，当了全国人大代表三年没说一句话。一到了北京她就徐谏进曹营，一言不发。她也举手，该举的都举了。当对于一个法案进行表决时，她的举手表明她的意图是什么，我们也不是特别清楚，甚至她自己都不大清楚。所以，即使是个别立法者活着我们也很难通过个别人来了解立法者的意图究竟是什么。这样的话，法律文本的解读就变得非常复杂。法律不仅仅是一种法律，法律本身也是一种文学，她是一种文学创作，一个立法者和一个司法判决经常可以作为修辞学的研究对象，文学的研究对象。用文学的方法来研究法律，法律的不确定性就会越发加剧，这是我们在主张法律确定性时经常受到某些质疑的根源。但是，我还是要向在座的各位同学发出我的呼吁：不要轻易的相信从文学的角度去研究是一个对于法学而言无害的角度！从知识方面也许会给我们一些启迪，但是不能够代替我们的法学研究的方法。它不应该成为我们法学研究的一种主流式的方法。法律还是应当以追求确定性为最高目标，在方法论上也应当有这样的一种要求，那就是说在司法制度的建设过程中、在法学的研究过程中，我们都会孜孜以求的去追求一种法律本身的确定性。不要相信一些人说：法律规范都是人制定的，仁者见仁，智者见智。不，通过英美国家的判例法方法，我们看到这个确定性的大厦是如何一

一步一步确立起来的。所以通过欧陆法学，法学是怎样获得一种确定性的。许多朋友看过王泽鉴先生的书，尤其是那套著名的“天龙八部”：《民法学说与判例研究》。我有时候遇到一些民法问题，我首先去看他的八部书里边有没有相关的问题，一般我都能够找到答案。他会在他的研究里边告诉你什么是“通说”，例如不完全履行，是民法上非常重要的一个概念。告诉我们“不完全履行”在德国的法学是如何的建立起来的，在这个过程中，哪一个学者在哪一年发表了一篇文章，被称为是在这个历史里程碑的这样一个过程，发生了革命性的变化，因为他把不完全履行的范围进行了大规模的拓展。接下来是瑞士债法典，这部法典的起草者是如何去界定不完全履行的。什么是“通说”，什么是“少数说”，有些人提出来与通说不同的解释，这种质疑到底有怎样的价值？我发现读王泽鉴的文章能够告诉我们，欧洲大陆上的法学是如何获得了某种确定性的。你们还记得萨维尼吧，萨维尼在大学里边教法律，是一个著名的法学教授，被称为是德国19世纪最伟大的教师。他讲课的时候对各种资料烂熟于胸，自信洋溢于眉宇之间，一双蓝色的富于智慧的眼睛，炯炯有神，讲话引经据典，各种例证，信手拈来，学生做的笔记根本不需要加以任何删减，就可以发表出来成为一篇精彩的学术论文，他就是这么了不起的法学家，虽然马克思说他是德国的庸人。萨维尼在大学里面教书，他们几个教授成立过一个教授法庭，这个法庭专门接受法院法官的咨询，当法院法官遇到案子，不知道怎么判的时候，几位法学教授就构成一个合议庭，对这个案件进行审理。当事人当然不在场了。因为法官之间有争议，就把这几个案件拿过来，最后他们可

以作出一个判决，这个判决对于法官来说有相当大的说服力，法官基本上会尊重教授们的意见。欧洲的，尤其是德国的这样一种法学传统并不是建立在一种虚无缥缈的基础上的，它在学理方面有一个严格的论证，而这种学理的基础正好构成了欧洲大陆司法本身的一种确定性。因为我们在西方两大法律传统中都看得到这种通过司法和学理来建构出来的法律的确定性，所以当我自己在观察中国古典司法传统的时候，会得出那样的司法绝对无法获得确定性的结论。引用条文并不能说明确定性，即便是官员们在司法判决的时候不断地说我们要严格地进行司法判决，也不见得就有确定性。确定性建构在一个人工建构的基础之上，而不仅仅是一种观念性的学说，或者说一种人道主义精神基础之上的伟大诉求。这种确定性所建立的基础性的知识经常是很烦琐的。大家看王泽鉴先生的书，很烦琐，尽管逻辑严谨，但是那些成群结队、纷至沓来的专业概念和术语却一点都不吸引人，如果不是对于民法有一定研究，读起来简直是一种折磨。但民法学家经常可以从里面看到非常精妙的东西，这也是特别重要的。所以法学研究本身所建构的确定性表现出来的一个基本的规范，既规范之间的关联，是不是有确定性，是非常重要的。就我个人来说，我还特别愿意强调司法制度的过程中，也特别需要上述审题的一种职能、一种建构来推动确定性的构造。不能够让这些个国家里面法官怎么判的都有。那么确定性怎么体现啊，我想这是司法也是法学研究的一个追求。

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