



法学实践

——
刘星 著

增订版

版权信息

图书在版编目（CIP）数据

法学实践 / 刘星著. —增订本. —桂林：广西师范大学出版社，2019.6
ISBN 978-7-5598-1791-4

I. ①法... II. ①刘... III. ①法律—文集 IV. ①D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字（2019）第095563号

广西师范大学出版社出版发行（广西桂林市中华路22号 邮政编码：
541001）

出版人：张艺兵

全国新华书店经销

开本：880 mm × 1 240 mm 1/32

印张：11 字数：240千字

2019年6月第1版2019年6月第1次印刷

定价：68.00元

目 录

[版权信息](#)

[增订版序](#)

[前言（致谢）](#)

[导论 法学知识的“实践性”](#)

[一、法学知识文本](#)

[二、实践法律知识文本](#)

[三、实践法律知识的“非中立性”](#)

[四、实践法律知识的“立场”](#)

[五、理论者思考的“法律实践知识”](#)

[六、实践者思考的“法学理论知识”](#)

[七、知识形态的家族类似](#)

[八、法律知识的具体性与普适性](#)

[九、理论中的法律知识的性质](#)

[十、本书叙事的知识定位](#)

[十一、本书的思路](#)

[十二、本书的论题范围、结构框架、方法运用](#)

[十三、一个提示](#)

[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](#)

[一、问题、思路和限定](#)

[二、“科学式”历时法学的研究对象](#)

[三、历时性法学的学术生产过程](#)

[四、“科学式”共时性法学的内在困境](#)

[五、法律实践中的“理论”和法学理论中的“理论”的异同](#)

[六、法学知识如何成为法律实践的组成部分](#)

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

一、问题

二、民国法理知识的生产方式

三、近现代法理知识生产中的“全球意义”

四、法学“全球意义”的主观构建

五、法学“全球意义”的客观语境

六、在法学“全球意义”的深层中考察

第三章 西方法学理论的“中国表达”——话语如何迁移

一、问题和必要的说明

二、西方法学理论如何被“建构”

三、西方法学理论的“想象”

四、西方法学理论的中国知识背景

五、发现法律实践

第四章 重新理解法律移植——从“历史”到“当下”

一、问题和限定

二、法律移植的或然性

三、历史主义法律移植研究的主观性

四、法律移植与“广义立法运动”的实质关系

五、法律与政治

六、关于法律移植的“当下社会共识”

七、法律移植的具体机制

八、结语

第五章 现代性观念与现代法治——一个诊断分析

一、问题和必要的说明

二、现代性和现代性观念

三、现代法治

四、现代性观念与现代法治的关系

五、结论

第六章 简约的法律——一种法学观点的实践表达

一、问题和思路

二、一个需关注的法律现象

三、至善至美的公正与法律复杂

四、追求公正的成本支出

五、成本支出的正当性

六、何为简约

七、余论

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

一、问题和限定

二、在中国基层司法制度中

三、实证经验的法律实践考察

四、法学学术的“特殊”修辞

五、微观制约与微观斗争

参引文献

增订版序

本书基本内容形成于十年前。现在的十年，比起以往的十年，似乎过得更快，真是瞬息即逝。也许正因为瞬息即逝，所以本书内容还是不会过时，而且，就思路而言再过十年或许依然有其意义。本书讨论“法学知识如何实践”，且更多侧重于中国的背景，但这一讨论还是包含了更广阔的理论期待，即怎样看待广义的法学职业者的学术努力、怎样认识他们的职业产出，以及他们的知识究竟是以什么方式存在于社会。对法学而言，随着全球化尤其是语言交流的便捷，中国背景和世界背景之间的界线越来越不清晰了，故而更广阔的理论期待也更具有了合法性。

本书的主题、逻辑在《前言（致谢）》中有详细交代，读者可参阅。

《法学实践（增订版）》纠正了一些讹误，修改了某些细节内容。

《法学实践（增订版）》的出版，要感谢刘峰先生的提议。刘峰先生总是支持我的书籍出版，这份情谊永记。另要特别感谢广西师范大学出版社，出版本书是对我的厚爱。深望读者的批评指正。

刘 星

2017年冬于北京

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 also 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——法律和法学的阶级分析。

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，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代。

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，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。

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

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。^[1]

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，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，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，在理论生产者和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。^[2]

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。^[3]作者另认为，民事诉讼中的证明责任有其自身规律。^[4]

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。

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，^[5]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“证明责任知识”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。[\[6\]](#)

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。

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”。^[7]

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表现。^[8]

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，表现了法院关于法律现象的原理性质的认识、理解。

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回避的切入路径，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，^[9]将案件移交其他司法机关，否则，便未认真履行自己职责。^[10]

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，^[11]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。^[12]

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108条第1款的规定：

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。

法院一方提到《民事诉讼法》第64条第1款的规定：

当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。

如果坚持法条主义，^[13]则双方在此均扎实地屹立在自己的直接法律规定的依据上；而且，两条法律规定，均可直接支持各自的法律观点。^[14]但正是因为各自均拥有直接的法律规定作为依据，同时，两个法律规定，在这个案件中，^[15]可成为相互对抗且证明力量对等的硬性依据（在此，当然并非认为它们相互矛盾），故提出其他论证理由，如“法律知识”，则为双方不得不努力争取的一个法律策略。

这个意义上，如同上面所述，人们势必需要且特别侧重将视线焦点转向“法律知识”（当然，可能还有其他观点论证^[16]也需注意）。如果这样转向，经过前面关于“法律知识”的分析，重复而言，可看出法院在审判中运用的“法律知识”，并非没有争议，并非可作为“中立”的知识进而广泛地为他者接受。

四、实践法律知识的“立场”

提出上述“实践中”的法律知识“并非没有争议”，并非可作为“中立”的知识广泛地为他人接受，意味着什么？

一个思路，或许可逐渐清晰，即需要看到且深入理解上述“实践中”的法律知识的“实践立场”及“实践目的”。依然从上述案件审理本身进入。其中，至少可注意四个背景。

第一，如果判决被告人——莫兆军法官——“玩忽职守罪”成立，则日后，其他法官在民事诉讼中，便可能非常担心类似情形再次出现。实践中，当事人以“对方涉嫌犯罪”为由，要求法官调查，并且宣称自己冤枉，又以“极端形式”要求法官作出对自己有利的审理，可能时常发生。这种情况下，其他法官鉴于“玩忽职守罪”的判决，为保护自己，会尽力采取各种方式放弃原来应进行的审判程序，如将自己独任审判的案件，以称其“复杂”的方式，提议交给合议庭，甚至审判委员会。即便合议庭，也完全可能为减少自己几个人的压力，尽力将案件提议交给审判委员会。因为，法官均知道，此时，“集体出面”是保护自己、减少风险的最好方式。而民事诉讼的独任审判、简易审判，均有可能因此而形同虚设。事实上，在上述案件审理过程中，作为被告人的法官的当地法院，其中一些法官，在该法官被捕后，便思考如何躲避独任审判、简易审判。^[17]这里，可清晰发现对法官的负面激励。对此背景，法院在审判“玩忽职守罪”是否成立时，势必需要考虑。

第二，负面激励不仅对法官存在，对某类当事人亦存在。如果当事人——一般而言可能是被告——发现，提出“对方涉嫌犯罪”等理由，可促使法官停止民事诉讼，转而调查刑事问题，或转而进入其他较复杂的程序，从而可使自己处于较有利的诉讼处境，则他们常会发觉此

为“拖延审判”的较佳方案。故法院期待的审判效率，以及作为对方当事人——一般而言可能是原告——所期待的“及时审判”，便可能化作泡影。审判“玩忽职守罪”是否成立的法院，对此实践背景，同样不能忽略不计。

第三，与第二点相关，如果某类当事人基于“判决法官玩忽职守罪”的激励，不断在民事诉讼中提出“对方涉嫌犯罪”，则在法院看来，这极可能导致民事诉讼制度出现根本性的失灵。因为，所有民事诉讼均有可能因为“对方涉嫌犯罪”的主张，转入诸如刑事诉讼等其他法律程序。应注意，在判决“玩忽职守罪”是否成立时，法院的确提到：

如果在民事诉讼中，一方提出对方涉嫌犯罪，将其作为自己的抗辩理由，要求法官必须终止民事诉讼，将案件转入诸如刑事侦查等程序，则任何当事人均有可能运用“仅指称对方涉嫌犯罪”的方式或机会，要求终止民事诉讼；如此，民事诉讼制度完全可能瘫痪。^[18]

第四，公诉意见指出，“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”。但站在法院角度，公诉意见等于对法官提出了不切实际甚至严厉苛刻的要求。民事诉讼中的法官，为此，将会感到巨大的精神压力，并且常会感到困惑迷惘，如“怎样预见”？^[19]这对民事审判非常不利。审理“玩忽职守罪”是否成立的法院，对此背景，同样不能视而不见。

除上述四个背景，当然可提到，进而分析其他可能的背景。但上面四个背景及其分析，足以提示问题的关键：必须看到且深入理解“实践立场”“实践目的”所包含的意义。

凸显“实践立场”“实践目的”，意味着需传递这样一个信息：法律语境中，“立场”“目的”，总是针对某方或某一群体的利益愿望而言。

此不仅对法律诉讼中的当事人来说颇为明确，而且对法律共同体内部的法律人来说亦可看到；尽管，此非必然。在法律共同体内部，因为职业分工，阶层团体性的“利益期待”的形成，在某些情况下不言而喻。当然，需要说明的，则是“利益”并不一定体现为社会物质资源的直接的份额占有，其也能体现为对自己的某一层面的“顺利”“便利”“成效”等隐性收益。

如果这样展开，在上述四个背景中，则可清晰发现法院作为群体的“利益期待”。第一个背景，说明法院担心判决的负面激励：因为法官担心承担责任，从而将本应适用的审判方式设法转变为其他审判方式，故法院可能面对内部压力集中（主要对审判委员会）的困境。第二个背景，说明法院担心审判效率降低，效率降低，尽管首先是“公共效率”问题，但也部分包含法院自己“便利与否”的问题。第三个背景，至少说明法院担心面临不易处理的，因当事人不断提出“对方涉嫌犯罪”而引发的审判障碍，此障碍，又在冲抵法院自己的“便利”期待。第四个背景，说明法院不希望作为阶层内部成员的法官常面对巨大的精神压力，这种压力，和法院自己期待的“顺利”“便利”“成效”，同样相互矛盾。

自然，对上述展开的辨析，有人可能并不认同。有人可能指出，上述四个背景，实际上恰体现了审判“玩忽职守罪”是否成立的法院，对一般法官能“公正”“有效率”地审判案件的愿望，同时，亦体现了社会一般公众对法院的普遍要求，故未必应从“利益期待”的实践立场、实践目的的角度，揣测其中倾向。但从对立面，特别是在这一具体案件中公诉一方的角度深入讨论，依然且进一步可发现其中的确存在倾向问题。

公诉一方可能认为，首先，民事诉讼中的当事人，特别是被告，并不一定都会由于这一判决而采用“宣称对方涉嫌犯罪”的策略。因为，其中总包含一定的遭遇公共权力制裁的风险。如果宣称对方涉嫌犯罪，而国家机构调动审查程序，审查结果是“诬告”等，则“宣称对方涉嫌犯罪”需

付出沉重代价。其次，在独任审判和简易审判中，法官尽到自己谨慎职责，不会存在被定为“玩忽职守”行为的可能性。这里问题的关键，其一，在于国家完全可运用公共权力严厉地对付“诬称对方涉嫌犯罪”，提高“诬称”的沉重成本；其二，法官完全可没有过多负担以尽职尽责，而何况要求具有丰富经验的法官在民事诉讼中尽职尽责，并非苛刻。故法院一方的“背景”考虑，无法回避被认为具有“倾向”的质疑。

其实，更深入的证据，在于判决作为被告人的法官“玩忽职守罪”不成立时，法院明显否定了“以自杀作为表征的民事诉讼中的被告群体”的利益。在此，事实上，法院表达了这样一个“立场”“目的”的含义：被告群体自己应具有必要的法律自我保护意识，否则，只能自己承担不利后果。判决书中，法院的确指出：

民事诉讼中的被告不行使法律赋予的各项权利，不向公安机关报案，在一审判决明显不利自己的情况下依然没有上诉、申诉，使判决结果进入执行程序，对此，被告自己负有明显的责任。^[20]

显然可发现，针对“对方涉嫌犯罪”的问题，在公民自主救济和国家主动救济之间——如果提升，可说在这样两个同样重要、同样需重视的社会价值之间——法院实际上是在强调前者。而强调前者，我们再次可认为，不是纯粹“中立”的，“没有立场”，因为，对那些具有足够法律意识、且具有各种便利条件的当事人而言，它是有利的，且是有效的，反之，对那些缺乏必要的法律意识、且缺乏必要的便利条件的当事人而言，其未必有利、有效。这意味着，人们当然可反问，对那些非常贫困且文化水平极低的当事人来说，难道的确应主张“公民自主救济”，而不主张“国家主动救济”？

如果对照公诉一方的主张，可更为清晰地发现法院一方在上述两个重要社会价值选择问题上的“倾向”。公诉一方，在提出“不能僵化固守‘谁主张谁举证’，进而僵化固守自己民事审判者的角色”时，特别暗

含了对应性的重要社会价值的选择：至少对某些缺乏法律资源支持的当事人而言，或对那些亟须法院提供法律帮助的社会群体而言，如其缺乏法律意识，甚至不主动想到“法律协助”，民事诉讼中的法官体现“国家主动救济”，依然非常必要；一味强调“公民自主救济”，实质上，等于忽略一类当事人或社会群体的需求，进一步，等于否定其重要利益；如果措辞严厉，则其等于忘记“人民法官”中的“人民”修饰一词的根本要求。^[21]

概言之，“谁主张谁举证”，其背后深层的“实践立场”“实践目的”的内容，实际上包含了自由主义政治观的程序正义主义。^[22]而认为法院适当时主动调查证据，其背后深层的“实践立场”“实践目的”的内容，实际上包含了左翼民众政治观的实体正义主义。^[23]

五、理论者思考的“法律实践知识”

在此，如果“实践中的法律知识”包含“实践立场”“实践目的”，则“理论中的法律知识”会怎样？

前文提到，法学样本中关于“民事诉讼证明责任”的“法律知识”，和上述案件中关于“民事诉讼证明责任”的“法律知识”，在“逻辑意向”“说理结构”“叙述机制”，甚至“关键词的使用”等方面，基本相同。其实，此已暗示，可以且必须在“相互对应”中挖掘、揭示“理论中的法律知识”的同样性质，即同样的“实践立场”“实践目的”。

首先，转换角色，设想——实际上是考察——法学知识者如何思考“实践问题”。

我们可设想，其不纯为思想试验，且其亦具有现实意图。因为，可发现许多法学理论研究者面对“实践问题”时，的确会提出观点和论证，在中国，当然包括在西方，均如此。而问题的关键，则是当提出观点和论证时，其讨论，尽管可能具有“学术话语”的包装、“知识精英”的外表，甚至还有“科学知识表达”的印迹，但“解决实践问题”的诉求，使其必须像法律实践者一样，具体说明如何解决“实践问题”。如当中国发生“刘涌案”、^[24]“黄碟案”、^[25]“孙志刚案”，^[26]及前面讨论的“莫兆军案”等实践问题时，又如当美国发生“辛普森案”、^[27]“总统选票纠纷案”^[28]等实践问题时，尽管众多学者展现了“学术”“知识”和“科学”的面相，但仍可清晰发现，其均有积极、具体的“解决实践问题”的意向，表达了如何解决实践问题的思考，且此为不可避免。^[29]故这里，便逐渐通向了“实践立场”“实践目的”的道路。

更深入的问题关键，则是如果法学知识者积极表达了对“实践”的意

见，则意见中，必然包含了“知识路向”。法学知识者不可能，亦不会，使自己对“实践”的意见和自己的“知识路向”发生矛盾，即使部分的不协调，或在表达对“实践”的意见时，不运用自己的“知识路向”（当然，有时会出现个别意外）。这个意义上，法学知识者的“知识路向”，实际上是自己对“实践”的意见的前提、基础，当然，亦为论证资源。故一个深层结构逐渐浮现出来：其“知识路向”和“实践立场”“实践目的”，存在着某种直接相通的关系。

当然不能认为，法学知识者在讨论“实践问题”时，本身即必然预先确立自己的“实践立场”“实践目的”，以“实践立场”“实践目的”作为出发点。但“实践问题”中的“对立性”“争议性”，使法学知识者，亦使作为前提、基础、论证资源的“知识路向”，无法逃避“实践立场”“实践目的”的选择。所谓“对立性”“争议性”，实际上是源于法律语境中的社会纠纷的基本特征。社会纠纷的存在，意味着利益的不同和矛盾，同时也意味着价值观念的不同和矛盾；而利益和价值观念的不同和矛盾，本身即为日常实践的组成部分。故法学知识者、“知识路向”支持一个实践观点，在较普遍的意义上，即为支持一个利益，或一个价值观念。法学知识者及这种“知识路向”，在此，至少外在地和一种“实践立场”“实践目的”出现“合谋”。

进一步，还需深入追究的是：如果集中于“知识路向”本身，则可发现，这种“知识”其实在逻辑上必然支撑着某一实践观点，进而支撑着某一利益，或某一价值观念。因为，其能成为某一实践观点、利益、价值观念的有效的具体支持理由。

关于支持理由的问题，应看到，即使“在理论中”，理论思考又在呈现“可辩性”。“可辩性”包含这样一个意思：知识可不断反思、对抗；故知识也需在反思、对抗中证明自己的正当性。严格说，任何知识均如此。而在法律理论中，因为法律、法学语境更为充满实践争议、更需务

实（解决现实问题），故其也更为明显。因此，对法学理论，“知识路向”本身成为某一实践观点、利益、价值观念的有效的具体支持理由，不足为奇。

究其根本，可注意，在论证某一实践观点时，人们在一般性的社会观念——如伦理、经济、文化的普遍性观念——不能成为有效的直接依据之际，必然会依赖“说理性”的“知识路向”，以展现自己的“根据厚重”；而最需注意的，则是如果己方可提出“知识路向”的根据，而对方不能提出，则说服力及可信度，会向“可提出者”发生倾斜。故“知识路向”和实践观点的逻辑关联，根本无法忽略。在此进一步的结果，则是当人们认为一方可信时，也就默认了一方的某一利益或某一价值观念。

再看前面讨论的具体法学样本。

可发现，尽管此样本提出了“规律性”的意思，表达了“客观性”的欲望，但其也依然暗示，自己提出的诸如与民事诉讼证明责任相关的“法律知识”，具有实践意义；换言之，其是支持某个实践观点的。如该样本提到，这一知识有利于避免“影响法院的审判效率”。^[30]此外，该样本提出，这一知识具有如下几点价值：

1.有利于发挥当事人举证的主动性……诉讼中的任何一方当事人都不希望自己承担不利的诉讼结果，正是这种力求避免承担不利诉讼结果的动机，推动着当事人在诉讼中积极地举证；

2.有利于使当事人对裁判中的事实负担起责任……因为如果把调查收集证据的责任置于法院，当事实真伪不明时，当事人就会指责法院未尽力收集证据，把自己败诉归咎于法院；

3.有利于实现法院在证明活动中的职能……如果证据材料不是由……当事人提出，而是由法院去收集和提出，就会破坏诉讼的基本构

造，使法院在证明活动中处于当事人的地位；

4.有利于防止滥行诉讼……防止当事人提出子虚乌有的“事实”。^[31]

另外，该样本提出，如果放弃这一知识，则某些当事人便会故意提出某些实际上不存在，但又难以证明其不存在的事实，阻扰诉讼。^[32]

而从宏观出发，该样本进一步分析了“国家主义”的证明责任和“当事人主义”的证明责任的历史变迁。针对历史中诸如苏联、东欧社会主义国家民事诉讼的价值倾向，该样本指出：

法院在一定情形下主动介入调查取证活动，既可以为那些在收集证据活动中遇到困难的当事人提供有效的帮助，使真正享有权利的当事人不会由于收集证据时遇到客观上的障碍而受到不利裁判，也有利于法院查明案件的真实情况。社会主义诉讼模式的伦理价值观也在其中得到了充分的体现。^[33]

显然，通过样本的直接表达，可看到，前面提到的该法样本的关于民事诉讼证明责任的“知识路向”，即关于“法院职责原理”的“法律知识”，背后勾连着重要的某种实践观点，或某种价值观念，直至某种利益；其要么包含着自由主义政治观的程序正义主义，要么包含着左翼民众政治观的实体正义主义，而从其文本看，显然是前者。

如果联系前述案例样本，还能看到，其一，该法样本所表达的上述“意义价值”，和前面一节所讨论的法院所表达的“背景考虑”，颇为类似；此从侧面印证其和实践意图存在必然性的逻辑连接。其二，更重要的，可看到，该法样本所表达的关于民事诉讼证明责任的“知识路向”，在逻辑上，完全可成为前面讨论的法院一方的具体支持理由；并且，不能排除一种可能：正因为一类理论中的“法律知识”的传播，如通过法律教育、法学思想的被阅读，这种“知识路向”，成为实践活动中的

话语意义的逻辑依据。这个意义上，结合前面一节分析的法院一方体现的支持一种“实践立场”“实践目的”，及一种价值观念和利益的结构机制，则可认定：这里提到的理论中的“知识路向”，亦在支持一种实践立场、实践目的及一种价值观念和利益。

六、实践者思考的“法学理论知识”

其次，转换角色，设想——实际上是考察——法律实践者如何思考“理论问题”。

某些情况下，法律实践者如法官、检察官，完全可较为“纯粹法学”地讨论法律问题，换言之，其某些讨论，可能和实践中的具体问题没有直接关系，如撰写理论性文章、著作，在法学期刊上发表学术性见解，而中国读者现在非常熟悉的美国法官波斯纳（Richard A. Posner）常撰写纯学术著述，或许是最明显的例子。在此，实践者的法学讨论，其功能既在于理论素养的培育、表达，又在于将司法实践中发现的具体问题予以提升，且加以理论化。

但特别重要的，第一，一般情况下，如果足够自觉，则法律实践者常期待将“理论问题”的思考结果变为日后实践活动的一个知识根据。尽管总会看到，一些法律实践者使用“理论大词”思考、撰写、讨论“理论问题”，^[34]似乎没有“具体实践”目的，但上述“期待”则更常见。因为，容易理解，法律共同体内部的职业分工，尤其是“法学理论工作者”和“法律实践工作者”的职业分工，要求后者必须自我有意识地时常将“理论”在“实践”的平台中加以展开，至少，主观上具有这样的自觉担当。故法律实践者的“理论问题”的思考，常需要甚至必须蛰伏在“日常实践”上。进一步，当法律实践者在解决具体法律实践问题时，“理论思考”，或通过具体法律案件的讨论，或通过判决书写作方式的直接论证，在“具体法律观点”上留下印记。这便有如在今天中国及西方司法实践中，我们常看到的。在此，概括说，一个重要结果则是，通过上述“期待”，理论化的“法律知识”被不断吸入法律实践者的意识之中。

第二，从第一点引申，被吸取的理论化的“法律知识”，势必需在逻

辑上和法律实践者主张的“日常实践观点”，形成有效支持关系。在这里，一个筛选机制不能被忽略，即就日常实践看，在法律实践者意识中留下印记的，总是那些可利用的“法律知识”。众所周知，理论化的“法律知识”多种多样，而在思考、讨论中，法律实践者可推论、总结甚至想象许多理论化的“法律知识”。但前面一节提到的理论中的法律知识的“可辩性”，及法律知识本身的对立性，包括法律实践者可意识到的实践问题的可争论性，均会促使法律实践者，作出针对某种理论而来的“甄别选择”。这种“甄别选择”的具体结果，会随具体法律问题语境的变化而变化，随微观权力关系、具体需要策略的变化而变化，但“甄别选择”，本身亦会受“理论”和“日常实践观点”的逻辑关系的制约。换言之，从论证角度看，法律实践者不会选择对自己“日常实践观点”没有逻辑支持的“理论”。

第三，在思考“理论问题”时，法律实践者对法学工作者的“理论观点”进行思考、汲取、借用，是顺理成章的。这符合“思考的经济原则”，亦为法学工作者的“话语权威”发挥作用而导致的一个附带结果。但具有特殊性的，则是法律实践者在参照法学工作者的“理论观点”时，并不一定仅是模仿，其常会自觉或不自觉地，将日常实践中亲历性的“具体问题”的背景作为依据。如中国的司法实践机构，特别是基层的司法机构，在接受法学理论的训导——聆听法学家的讲学、阅读法学著作等——之际，常会有意或无意地，在自我法律实践的场景中，建立“思考”联系，展开对应考察，检试理论的可适用性。^[35]故法律实践者对“理论问题”的思考，具有“实践反思性”，而非完全顺从规训。深入看，虽然像前面第一节提到的，有时可提到“理论指导实践”，法律实践者会接受法学理论的影响，但这以“可成为日常实践的逻辑支持的理由”作为前提。

第四，最重要的，同时也属于非常常识的，则是法律实践者思考的“理论问题”和法学工作者思考的“理论问题”，其知识的性质为一

致。法律实践者，不会因为自己的职业角色，使自己的“理论思考”有别于法学工作者。法律实践者可能会具有较明显的实践动机，“实用地思考理论问题”，但进行理论思考时，其功能性的角色可暂时转化为特定的“法学工作者”。这也是为何我们时常可看到法律实践者写出学术性的理论著述，如论文、专著，并且感觉其为“法学工作者”的缘由所在。在此，可进一步传递的信息是：法律实践者头脑中的“理论知识”，不会因为职业角色的一定时空的差异，而仅属于法律实践者，其为法学知识者和法律实践者所共享。这一信息的深层含义是：法律实践者势必会“静悄悄”将日常实践中的一种实践观点，一种价值观念或利益，带入自己的“理论问题”思考，进一步，带入自己理论化的“法律知识”之中，因为，其总会展开受前述逻辑关系制约的“甄别选择”工作；^[36]而法学知识者“理论思考”的性质，从另一方面再次被暴露出来。

七、知识形态的家族类似

上面一节展开的分析，将法律实践者对“理论问题”的思考，和法学工作者的“理论问题”的思考，加以对照。其目的是说明它们的同质性，进而说明它们的“知识形态”的家族类似。

但还需提到另外一点：法律实践者的“理论思考”，不论从现实角度看，还是从历史角度看，实际上是法学工作者的“理论思考”的逻辑起点。这意味着，某种意义上，可将法学工作者的“理论思考”视为法律实践者的“理论思考”的进一步展开。

从现实角度看，富有争议的“法律问题”的一个特点，在于“解决过程常是一个论证的过程”。或可认为，一旦出现富有争议的“法律问题”，则意味着出现某种“论证需求”。当然，首先需澄清，没有人会否认法律作为秩序而存在时，人们之间的关系有时十分平静，每个人均自觉或不自觉地遵循“法律图标”，没有争议从而无须“论证”。但更关键的，则是当提到富有争议的“法律问题”出现时，人们实际上等于提到：“依照法律看”，不同观点、价值观念、利益出现冲突，故争议性的“问题”亦出现了。进一步，如果这类“问题”出现，并且法律的明确规定在人们看来不能直接适用，则法律意义上的“理论论证”便无法回避；人们势必要从“法律理论论证”的角度，阐述自己观点、价值观念、利益是正确的。^[37]

为深入讨论，提到德沃金（Ronald Dworkin）的一个早期法律思想，颇为必要。在他看来，当出现富有争议的“法律问题”时，人们为论证自己的具体法律主张，需援引大量论证资源，其中，理论化的法律原理，是非常重要的论证资源。^[38]德沃金的思想暗含如下一个含义：法律论证的过程，实际上是不断增加理论化的法律理由的过程。为理解德

沃金思想的这个含义，可回到前面提到的“作为被告人的法官‘玩忽职守罪’”案件的问题。该案审判中，公诉一方和法院一方，在提出具体的法律规定作为直接依据时，并且在这些直接依据“势均力敌”时（见前第三节），均不得不提出理论化的法律理由，以进一步论证自己的法律主张。双方虽然另运用经验常识、社会情理等资源，但更着力运用的是法律原理。此清晰表明，德沃金思想含义的意思是：越试图“充分论证”，越依赖理论化的法律原理的不断援引。

但德沃金的思路中，更重要的一个目标是：不断用来论证法律主张的法律原理，可不断抽象化，而越抽象化，越可成为人们日常所说的“法律理论”的一个组成部分，甚至是颇为抽象化、一般化的“法理学”的组成部分。^[39]这意味着，为利用“法律论证”以证明自己的观点、价值观念、利益是正确的，另需要从若干角度，更重要的，从潜层到深层，从具体到一般，运用“法律原理”直至“法律理论”，展开推进。就此看，可理解为何德沃金说，“法理学是司法审判的一般部分”；^[40]“在法理学和司法审判或其他法律实践之间，并不存在明确的界线”。^[41]

现在，用德沃金自己青睐的例子——里格斯诉帕尔玛（*Riggs v. Palmer*）案，以说明其更重要的目标。该案众所周知，其他美国学者^[42]亦不厌其烦地讨论。案件中，一名法官^[43]坚持认为，第一，谋杀被继承人的帕尔玛（*Elmer Palmer*）没有继承权；第二，虽然当时《遗嘱法》条文未提到“谋杀被继承人者丧失继承权”，但《遗嘱法》中存在隐含意思；第三，应看到法条的明文意思，亦应看到法条的隐含意思；第四，应注意以往法条和判例中的潜在法律原则，而其中之一，则是“不能因为过错而获得利益”。^[44]在这名法官的论证中，十分明显，不仅“不能因为过错而获得利益”的一般法律原理被利用，而且，“法律既包含明文意思又包含隐含意思”的法理学的一般原理，也被利用；就后者而言，其显然是在表达一个法律定义的外延、含义。当然，像现在中国学者普遍接受而德沃金曾着重论述的，还可提到，其中“法律原则是法律

的一个组成部分”的法理学的一般原理，亦被利用。可看出，在这名法官的论证中，两个法律原理，即“隐含法律是法律的组成部分”和“法律原则是法律的组成部分”，是不同角度的，而且，它们相对“不能因为过错而获得利益”的法律原理，较为深层、抽象、一般；而事实上，它们正是法理学理论中的一些重要观念。

如果进一步分析，则可认为，德沃金实质上提出了一个深刻问题：如果法理学的法律原理，包括法律理论，可成为司法主张的论证资源，那么，为何可认为这些法律原理及法律理论，是“描述性”（descriptive）的，进一步，认为其“中立”“客观”，或认为其是“客观知识”？

提到谋杀被继承人案中的法官推理，德沃金意在论证，所有法律原理，包括所有法律理论，均不纯粹是“描述性”的，进而“中立”“客观”，或为“客观知识”，因为，其亦内在地可被用以论证一个实践的法律主张，即论证一个关于“是否应当”的“实践立场”——“能否杀人取财”；更重要的，其是应对对立一方法律论证的手段。而审判谋杀被继承人案件的另外一名法官^[45]——对立一方——的法律推理，可十分简略地概括为：第一，帕尔玛可继承遗产，因为遗嘱法仅规定了遗嘱有效的条件，未提到谋杀被继承人的问题；第二，法律只能是明文规定；第三，法律原则是条文和判例的抽象结果，故不是法律的一部分；第四，依法判决，必须是指依据法律的正式文字。^[46]该名法官的推理中，亦有法律原理及法律理论，如关于法律的定义——法律是明文规定。在此，经过对比，显然无法断定前面一名法官的法律原理及法律理论，是“中立”“客观”的，属于“客观知识”，而后面一名法官不是。而更易为人接受的判断是：其为“实践立场”“实践目的”的论证、表达。

由此深入。

依照德沃金理论的思路，法学工作者的“法律知识”，以内在机制

论，实际上完全可成为法律实践者的“法律知识”的深层“自我”。上述例子中，更抽象的论证的不断呈现，实为理论化的“论说”在实践化的“论说”平台中，论证实践问题的正误；换言之，“理论中的法律知识”，要求充当“实践中的法律知识”的逻辑内容，与后者融贯，巩固其立场选择。故从现实看，法学工作者的“理论思考”，是法律实践者的“理论思考”的进一步展开。

而从法学历史角度看，上面分析同样适用、成立。在较宏观的历史演变中，法学工作者的“法律知识”，事实上，总是法律实践者的“法律论证”在理论著述中的延续。

一般看，法学工作者习惯引用实践中的具体现实例子，以写作阐述。换言之，法学工作者的“知识讨论”，总是无法离开具体现实例子的支持而展开。但需敏锐觉察，此并非仅因为具体现实例子具有说明、提示的作用，可使理论容易被理解，效果较好；相反，主要因为只有在具体现实例子中，此类“知识讨论”才能表明自己准确的身份意义：为法律职业提供智识。这里意思是，实践化的法律原理表达，必然与现实中争议的具体法律问题相联系，而具体法律问题，自然是在人物、时间、地点、行动等要素构成的具体故事中产生的，具体故事的另外表述，便是具体现实例子；进一步，如前所述，实践化的法律原理表达在不断展开时，便是理论化的法律原理表达的一般展现，由此，法学工作者的“知识讨论”，在逻辑上无法离开法律的具体现实例子。因此，在颇为一般的法学历史图景中，同样可认定：法学工作者的理论操作，是现实中法律实践者的“法律说理”在学术话语运作中的延续。

作为暂时结论，这意味着，从法学知识起源的角度看，法学知识的提炼、概括，恰是在具有“地方性”“时间性”的具体法律实践场景中提升完成的。正因为“地方化”“时间化”的充满对立争议的实践场景中提炼、概况，不由自主、延续地推论，故其是“一方”的具体支持理由的一

个“法学”体现。

八、法律知识的具体性与普适性

上面分析，并不否认，某些情况下人们会面对没有争议的一般法律问题，如公认的“民事违约”“刑事诈骗”，因而在此，无须提出什么理论化的“法律论证”。这些情况下，通常看，人们的确共同承认“依照法律这是必须给予处罚的”，进一步，认为只需适用明确的法律规定即已足够。但需注意，且人们也会承认的，则是其一，这类没有争议的一般法律问题，总是“地方化”“历史化”的，即使特定的一个较大区域的，或特定的一段较长时间的；其二，这类没有争议的一般法律问题，一般而言，总是经过了漫长磨合——准确说长期的温和争议——进而转化而来，因为，地域的广阔变化和历史的复杂变迁，总是可提供相反的例子，说明对“没有争议”的法律问题的具体个别的反叙事。^[47]

此外，从另外角度看，上面分析，并不否认某些情况下某种法学知识具有一定的普适性，甚至相当普适性，可支持许多实践中的法律立场。但人们亦不得不承认，即使一定的普适性，甚至相当普适性，其也存在“实践立场”的类别差异，即法学知识总在支持一类“实践立场”。作为例子，可注意前面提到的“不能因为过错而获得利益”。其既可成为法律原理，也可成为法学知识，而且可认为具有一定的普适性，甚至相当普适性。但众所周知，且德沃金也曾细致分析，一些法律原理或法学知识，能与“不能因为过错而获得利益”相互“竞争”，后者并非排他的“绝对普适”；一定条件下，“不能因为过错而获得利益”，需让位。^[48]在此，所以需让位，恰缘于后者终究体现了一种实践需求。而一种实践需求，恰是由一种“实践立场”“实践目的”所推动的；在一种“实践立场”“实践目的”的背后，恰是一种价值观念、利益。故严格说，没有时空的普适性并不存在，而且，一定的普适性，甚至相当普适性，也总是经过漫长磨合——同样准确说长期的温和争议，有时是激烈争议——进