

法意丛刊
Fayl Congkan

许章润 / 主编

Law: Western Model and Chinese Experience

法律的中国经验 与西方样本

许章润 主编



GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

广西师范大学出版社

 法意丛刊 许章润 / 主编
Fayy Congkan

Law: Western Model and Chinese Experience

法律的中国经验 与西方样本

许章润 主编

广西师范大学出版社

· 桂林 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

法律的中国经验与西方样本 / 许章润主编. — 桂林:
广西师范大学出版社, 2004. 5

(法意丛刊 / 许章润主编)

ISBN 7-5633-4556-6

I. 法… I. 许… III. 法律—对比研究—中国、
西方国家—文集 IV. D9-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2003) 第 115671 号

广西师范大学出版社出版发行

(桂林市育才路 15 号 邮政编码: 541004)
网址: <http://www.bbtpress.cn>

出版人: 萧启明

全国新华书店经销

广西师范大学印刷厂印刷

(广西桂林市临桂县金山路 168 号 邮政编码: 541100)

开本: 890 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 10 字数: 200 千字

2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷

印数: 0 001 ~ 6 000 册 定价: 22.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

主编者言

法律是一种规则体系,同时亦为一种意义体系。任何规则必涵蕴有一定的法理,载述着一定的道德关切,寄托着深切的信仰。凡此种种,一言以蔽之,曰法意,它们构成了规则的意义世界,而为法制之内在基础。

任何法制的生长与运作,必伴有相应的法意。在法律移植的情形下,甚至滥觞于相应的法意,法意因而为法制的先导。法制恒定而恒变,法意因而表现出自己的时代特征与地域色彩。反之亦然。不过,就人类迄今为止有限的历史来看,诸如公平正义、仁爱诚信、安全、自由、平等、人权、民主与宽容等基本价值与信仰,构成所谓世道人心,关乎人的生存和尊严,却恒定而不变,万古而长青。这是人世生活本身的要求,也是合理的人间秩序的固有品质。既然一切法制和法意均源于生活本身,分别表述了生活的规则性存在和意义性存在,那么,法律之道即生存之道,法意即生活的意义,而生活的意义主要即在此世道人心。

晚近中国对于西方法律的大规模移植,意味着对其背后的知识、学理乃至道德和信仰因素的有选择继受,同时亦是一个将它们与中国人文善加调和的过程。此一建设现代中国法制和法意的过程,迄今而未止。百年间现实法制建设的顿挫,“有法不依”现象的普遍存在,反映的不仅是规则的无效,同时并彰显了意义的危机、世道人心的紧张。由此,对于基本法理的阐释,关于规则的道德关切和信仰因素的追索,总之,对于法意的深入研究和进一步考问,依然是一个问题,甚至是一个更为急切的课题。

“法意丛刊”由清华大学“法治与人权研究中心”筹组，旨在度集汉语法律学术资料，积累汉语法律思想成果，阐释法律的意义世界，对于上述问题作出现时代的回应。所收内容覆盖法哲学、比较法、宪政和人权等领域；体裁不拘，包括专著、文集、译著和选辑。经此劳心劳力，盼能涓滴汇流，聚沙成塔，增益中国文明的法律智慧，建设中国现代法制，最终塑育中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序。或许，这也是当下法意的意蕴之一，而为编者馨香祝祷者！

许章润

2003年6月30日

于清华明理楼

编者说明

关于法律的“中国经验”与“西方样本”

—

本书辑录汉语法学论文 18 篇，概分为“中国经验”和“西方样本”两部分。如此安排是基于下述考虑，即中国百年来的法制建设主要是一种移植西方法制，汲取西方法意的过程，以西方现代工商社会的法制形态为样本，并以此为建设自家法律生活的起点。而对于西方法制的认识，很多情形下基本上是“纸上谈兵”，即经由研读西方法学原典来揣摩那一方水土的法意与人情，通过分析纸面的法律文本来认识那一群人民的制度及其运作。走马观花与实地观摩，留学苦读与切近考察，实际上也都还是另一种形式的“纸上谈兵”。只要中国的现代法制形态一日未臻成形，这一过程就一日不能止息。因此，对于西方“文本”的研读已经是并且仍然将是汉语法学的重要任务。

如此进路固为不得已，也是文化借鉴中的常态，为毁旧创新的社会—文化转型提供了榜样的无穷力量。历史上常有此事，非今日始出。17 世纪前后欧洲的“中国风”和神州大地百多年来的崇洋热，正可比勘。不同人文类型间的彼此崇羨，哪怕往往是添枝加叶想当然的憧憬，倒恰恰是改善自家生活进程的发动装置。不过，具

体进程则取决于特定情形,祸福相倚,难能一概而论。就中国情形而言,这一进路不仅将“榜样的力量”发挥到极致,逼使老大文明穷则思变,奋力于长程的社会—文化转型,而且,也确实导致了并正在导致一些负面的后果。例如,将西方学术原典的阐述误当作人家现实人生的实际,以法律文本的规定推论甚或断论真实的制度运作,并进而以此臧否中国历史的制度安排,排比中国当下的现实人生。其末流者,更粘连电视连续剧的情节以配合想像,营构出形上态的“西方国家”或“人家外国”。还有,因为做出此种判认的智识资源来自西方原典对于自家历史的合理性还原,因而,伴随着阅读而来的对于这一历史的天然合理的不知不觉认可,往往便是对于自家历史的漠视甚至歪曲,纷繁复杂的人世生活遂简化为局域的秩序,无限多样的人类历史便无形中萎缩成一元的单线进程。于是,我们看到,在中国被焦虑地当作中国问题的也许并非中国问题;在中国言说中国问题而恰恰湮没了中国;言说中国问题却失去了真实的中国语境而不自知。而且,由于继受的时差,出现了舶来的新鲜物资其实在生产地已经是淘汰产品的尴尬。想一想那些振振有词倡言中国法官,甚至是乡镇派出法庭的法官佩饰假发这类让人笑掉大牙的饶论,便不难理解其间的勾连。

正像法典化是规则不足与规则过量的矛盾达到一定程度的产物,法律移植通常反映了本土旧有规则之不足以应付新型的生活事实;随着新型的生活事实的逐渐发育,继受地必有一个经由规则与事实的长期磨合,将移植而来的规则善予筛选,妥帖安置于事实,并从事实中培育出新规则的过程。经此过程,成功的法律移植最终服务于营造理想而惬意的自家人世生活的目的,也才能确乎发挥出这一功能,如果法律本身具有这一功能的话。最近20多年来,随着中国社会—文化转型的渐次深入,中国问题与中国意识已然而且越来越清晰地凸现,使得对于西方原典和法律文本的研读,导引出并让

位于对于中国问题的深度关注。或者说,就历史而言,正是对于中国问题的切近关注,曾经引发了人们对于他山之石的借重,而今日的任务却正在于反身回观,将两极之间的关顾以对于自身问题的专注而深切的省视为归依。国际视野中以“中国问题”为重心的思考姿态,恰是中国的法律公民应有的知识身份。事实上,虽然不明所以的“与国际接轨”声浪甚高,但近年来汉语法学的一个重要特征就是将对于法制的探讨置于中国语境下,即在营造中国人理想而惬意的人世生活与人间秩序的意义,仅仅扣住中国的人世生活——现实的和理想的,应然的和可能的,苦恼着的与欣欣然的——来立论与思考,来比较与评判。这是文化自觉意义上的汉语文明法律智慧的真正觉醒,也是汉语法学当下的迫切任务。因此,对于“中国经验”的关注和阐发,已经是并且将永远是汉语法学的根本任务。

二

过往 20 年间,“西方文本”与“中国经验”的交相呼应,是中国大陆法学研究中出现的一个奇特场景。一方面,法律从业者不仅继续经由文本研读、规则解析来认识西方法制,而且注重省视此一法制类型的地域与时代属性,尤其渴望了解纸面的规则与现实的运作之间的互动,其背后的人生与人心,以及这一切所可能具有的偶然性和不确定性,如果它们不过是必然性和确定性的别名的话。事实上,这 20 年是汉译西方法学著作出版的黄金档,也是无数法科学子纷纷趋鹜于西学经典的高潮期。扪心而论,近年来汉语法学中许多或大或小的学术兴奋点的形成,都直接间接地源于或者激于汉译法律西学的鼓荡。“认真对待××”几乎成了一句时髦的套话,即为一例。而且,对于自家事务的任何评论,必然征引西方坐标,以之为衡准。一旦论述进入西方层面,似乎一切不证自明,获得了天然的合

法性、不言而喻的正当性。但是,也正是在此激荡中,就笔者管见,不少研究却反而慢慢恢复了或者说获得了以省视的态度和批评的精神为底蕴的学术信心,动辄以中西两极作为优劣成败的绝然样板这一娃娃心态与市侩眼光,虽未绝迹,却不再是主流。

另一方面,如前所述,最为鼓舞人心的,是汉语文明的法律公民们对于中国自家事务的“问题意识”的觉醒,一定程度上,这种意识甚至渐有占据法学心智的核心之势。概而言之,其用力方向主要集中在以下几个方面:首先,继续进行理念层面的法律思想的梳理,对既有的法律知识体系重予反思,从而,在历史与现实之维中观察中国法律与社会,在中国与西方的比较中体认中国法律与社会。对于汉语世界“法”的概念的发生史的知识考古学研究,不仅是知识论的拨反,而且是思想史的改写,归根结底还是对于中国问题的关注,即究竟如何在中国建立现代法制这一人间秩序,如果这一秩序本身乃是可欲的话。正像法律语境下关于“现代”还是“后现代”的汉语学术圈的论争,似乎不着边际的过招如茶杯里的风波,但透过论争双方的分歧,不难发现,其实双方指向的还是这一共同目标。而且,特别耐人寻味的是,都是以当下中国的现实焦虑作为坐标,同样展现了论争者的“中国问题”意识,解决“中国问题”的用心,同样是“当下中国的现实焦虑”的法律版本。其次,或宏观或微观,继续梳理百年中国建设现代法制的曲折历程,于人文类型的比勘中爬扶这一历程的种种特性。尤需指出的是,经由平静省思,认识到这一历史进程特有的诸多堪具历史悖论性质的难处,从而对于非西方后发国家的“法制现代化”做出中国历史语境的说明。这些悖论和难处,不论是大而言之事实与规则的脱节,还是中而言之反映为“税收”与“乡镇选举”的宪政之维,以及小而言之“单位人事制度”的增删,均承接这一历程而来,但却不一定伴随着这一历程而去。厘清悖论,看出难处,恰是迈出下一步的起点,也是这一脉法意的用力之

处。再次,着力于中国的宪政进路和司法模式的探索,同时,在应对现实难题的努力中,将作为“公民生活的百科全书”的私法制度进行中国式的安置,而兼顾法制的“公法”与“私法”双轨。对于“宪法司法化”的探讨,关于“民法典”的论争以及“孙志刚案件”,于此可谓“时代的触须”。凡此种种,一言以蔽之,正不外认识“法制中国”,建设“法制中国”。正是这一动机,这一用力方向,催生出收入文集的这些作品。也正是为了展现这一“交相呼应”的知识场景,催生出这本文集。

三

推而言之,建设“法制中国”正如建设“法制德国”或者“法制美国”,其实出于无奈。人世生活一步三磕,不期然间迎来了一个“工商时代”,将人性的美好与邪恶悉数展现,人们不得不诉诸“法制社会”以维持自身存续,并求发展。如果说理性的证明是理性自身的事这话不谬,那么,人世的事恰恰只能用人世的办法来打理,天国或者地狱的手段暂时得靠边站。经由法律或法制的生活方式来营造人世生活,是近 200 多年间逐渐蔓延全球的打理方法,也是近 20 多年间中国社会日益认识到不得不采用的较好的打理方法,一种处理现时段人间事务的人事。说来悲哀,人间事务必须借助体制才能运转,体制是人世的造物,原是安排生活的路数,使事情走得通的法子,却反过来成为束缚力量。很多时候,一旦成形,常常是一种不受约束的存在。积弊既深,势将创造者本身裹胁而去,挤压得如同体制本身一般邪恶。因此,“法制社会”这一打理方法的要义首在用法律驯服体制,防止它为非作歹。从而,更进一步,这一打理方法意味着用法律理性约束人性中的狂野,防止它与体制狼狈为奸。正如用艺术的温情来中和法律理性的僵硬,防止体制的理性与法律的理性

过度膨胀,以致目中无人,不通人情。如此,真理、道理、情理和法理是健全人性的四维支柱,科学、规范(包括法律、道德以及宗教)和艺术是美满人生的空气、阳光与水。

法哲学上所谓的事实,是事实与规则或者规范两相对应意义上的存在。如果说对于自然真实的揭示表现出来的思想和知识形态可以称为真理,对于历史真实的研索表现为道理,而对于价值真实的主张则为情理,那么,关于法律真实的思想、学说和知识,则凝聚而为法理。法律真实主要涉关社会组织方式和人世生活方式,反映的是人间秩序下的常态、常规和常例,蕴涵着人世生活的常识、常理和常情。其间,可能涉及自然真实,也可能关乎历史真实,而价值真实更是题中应有之义。但是,万流归宗,它经过法律理性的综理,得出的是规范所要求的真实,即法律真实。因而,这种“真实”可能是实然的,也可能是拟制的,还有可能是应然或者或然的。^①但是,它们都是法律真实,而成为一定的“法理”的载体。

正是在此,真理、道理、情理和法理,构筑起支撑健全人性殿堂的四维支柱。也正是在这里,西方已有的经历提供了相当的资源,但不足以涵括前所未有的生活。当下13万万人建设“法制中国”的事业,恰恰就是一项前所未有的人世生活方式的试验。但是,以法律驯服体制,用法律理性制约人性借由体制作恶的倾向,却是共同的追求、基本的指标。在此,“西方文本”为我们展示了一方水土的生聚教训,而有待“中国经验”的进一步发挥。也恰恰在此,情、理、法三维合一、通盘致思这一“传统的”思考方式和打理人间事务的方法,不是什么缺点,或许反倒是优点,即便是在今天。至少,它提醒我们阅读“西方文本”时注意,一旦法律和法律理性对于生活世界进行过度的殖民化,将会是一种什么样的情形。从而,“中国经验”才

^① 详参许章润:《释事实》,未刊。

可能是中国的经验,一种规范、料理人事,而服务、造福人世的生存之道。

四

编选这本文集的动议甚早,中经搁宕,几乎夭折;拖延再三,重开炉灶,终于利用这个假期完工。18篇论文均为最近十来年间发表的新作。作者的年龄跨度近四代人,生活的空间有国内与海外之别,操持的学业亦非全然“法律”。但是,大家都在同一场域言说,关注的是共同问题的不同面相,诉说着同样关切的不同声部。而不论是解析西学文本、梳理历史陈案,还是试答当下难题、纾解现实困惑,一个共同的特征是大家都以汉语作为工作语言,讲述的是汉语文明对于法律作为一种生存之道的感受,表达了汉语文明生活场景中人关于法制之为一种人间秩序的体认。正是这种共同的感受和体认,涓滴汇流,持以久远,笔者坚信,必能积聚、凝聚而成汉语法意,垒砌汉语文明法律智慧的切近基础。可望的将来世界上,伴随着一种叫做“中国法制”的法律生活方式的诞生的,必是一种叫做“中国法学”或者“汉语法学”的法律之道,而与英美法系、大陆法系,或者英语法学、德语法学同映共辉。

这里,作一点说明。笔者在文中一再使用“汉语法学”一词。其实,作为正在形成中的现代汉语文明的有机成分,一种以中国人生与人心为背景为内容的法律之道,一种提供了现时代条件下这一方水土的生存智慧的法律智慧,并且是以汉语作为工作语言和物质载体的关于法律的思想、学说和知识的系统,平心而论,尚未最终成形,更未能够充分物化为现实生活中的立法与司法,也未及见诸法律从业者的意识和身段。但是,另一方面来看,过往一百年里建设中国法律生活的历程,特别是海峡两岸三地中国人铺设法律生活的

尝试,已然积攒起了形成汉语文明关于法律的思想、学说和知识这一整套系统的基本质素。^①近30年里,以中国大陆为主体的汉语世界的大规模立法,复杂而生动的司法实践,尤其为此提供了相当的养料。迄而至今,首先,承接过往的底子,中国法律界对于部门法和理论法学的整个术语和概念体系都已经过相当程度的梳理,在汉语文明世界基本形成了一套可得通约的法律表意系统。其次,经此过程,外来的术语和学说渐渐容涵中国的生活事实,反映中国的现实人生;纸面的规则和实际的司法,也逐渐贯注着中国人文的道德关切和超越理想。至少,人们已经意识到做出这样的努力的必要性。可能,也可以说,所谓中国的“生活事实”和“现实人生”,中国人文的“道德关切”和“超越理想”,都是早已经过百年中、西激荡后的形态,因而,法意与人心的和谐、规则与事实在一定程度上的切合,到今天这一步,算是水到渠成,自然而然地慢慢达臻的,虽然远远未尽人意。但不管怎样,刻下形诸汉语的规则文本和学理论说,的确,意识到并且表达出了这一水准。还有一点就是,以汉语作为工作语言的一个法律职业共同体,包括法律教育共同体,已然或者正在形成,并且以一种前所未有的积极姿态介入法律生活和社会生活,而为催生汉语法律表意系统,在使用和传播中筛选规则与法意,发挥着直接的作用。以中国历史积习之深厚,辽阔地域上人文景观、生活样态之纷繁,原有典章文物之醇熟,经由百多年的不停“变法”,历经血雨腥风,一路折腾而至今天这一步,是一个古老文明死而后生的光辉样板。就此而言,说“汉语法学”,似乎也不能完全算是无中生有。

只不过这一关于法律的思想、学说和知识的系统,同样呈现出“西方文本”与“中国经验”交相呼应的景象。就现时代的语境立论,

① 详参许章润:《多向度的现代汉语文明法律智慧》,未刊。

如果说法律之道即生存之道,那么,从交相呼应到整合一体,而且蔚成一种生存之道,是也只能是随着一种新型人世生活的最终成形而实现。这种新型的人世生活不是别的,就是中国的法律文明秩序。在此文明秩序之下,中国人应当获享理想而惬意的人世生活,让人活得像个人样的人间秩序。而要建设这样一种人世生活和人间秩序,保持文化的开放胸襟,在“交相呼应”中砥砺自家制度,虽然未必是充分的,但却肯定是必要的条件。如此,“西方文本”与“中国经验”,还将是一个话题,更是一个问题。

许章润 谨识

2003年10月20日

于清华明理楼



本书汇集国内法学界十数名学者的文章，围绕中国当代法治建设过程当中的种种实践及理论热点，以西方法律文化为参照系，回顾中国法律事业对西方经验的借鉴，探讨中国语境下的法治及法律信仰的建立所应实现的独特路径。

目 录

编者说明	1
上编 中国经验	
朱苏力 “法”的故事	3
许章润 法意阑珊 不得不然	25
强世功 科斯定理与陕北故事	43
黄松有 宪法司法化及其意义	
——从最高人民法院今天的一个批复谈起	59
王 怡 乡镇的自治和限政：步云直选之后的前途	71
冯 象 性贿赂为什么不算贿赂	94
吴玉章 我国陪审制度的兴衰	106
俞 江 倾听保守者的声音	
——清末修律中的吉同钧	119
资中筠 关键在于立宪	
——从袁世凯的洋顾问主张君主制的	
公案引发的思考	133
赵晓力 悲剧，还是闹剧？	
——北大改革之我见	146

下编 西方样本

何兆武	从身份到契约	
	——梅因《古代法》读后感	155
龚祥瑞	法律与正义	
	——读丹宁法官的判决书和他的著作	167
许章润	法律之道即生存之道	
	——霍姆斯《法律之道》问世百年	
	与中译感言	197
朱苏力	当,还是不当,这是一个问题	
	——波斯纳《公共知识分子——衰落之研究》	
	代译序	219
强世功	民主制度下的自由实践	
	——读《苏格拉底之死》	237
郑 戈	语境与方法	
	——读霍姆斯《普通法》	259
丁 林	非法之法不是法	
	——读美国宪法的“不得立法”条款有感	272
陈 伟	“米兰达警告”与美国宪法修正案	
	——读 E. 沃伦《首席大法官 E. 沃伦	
	回忆录》	286
恭 谢		300