

法窗夜话

• 系列 •

说法活法立法

中国人的人生态度与法律文明

宪法与账单

无主土地：一个法律神话

许章润

著

天意 人意 法意

温情与敬意

法意：人生与人心

法律理性与人类正义

罪孽理念与刑罚关系

牢狱 地狱 心狱



中国法制出版社

法窗夜话

• 系列 •

说法活法立法

许章润 著



中国法制出版社

F159/22

责任编辑 李仕春

图书在版编目 (CIP) 数据

说法 活法 立法 / 许章润著. — 北京: 中国法制出版社,
2000. 6

(法窗夜话系列)

ISBN 7-80083-718-1

I. 说... II. 许... III. 法律-文集 IV. D9-49

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2000) 第 63162 号

说法 活法 立法

SHUOFA HUOFA LIFA

著者/许章润

经销/新华书店

印刷/北京市朝阳区科普印刷厂

开本/850×1168 毫米 32 印张/10.75 字数/226 千

版次/2000 年 6 月北京第 1 版 2000 年 6 月北京第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80083-718-1/D·690

(北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031) 定价: 18.00 元

(如发现印装问题请与本社发行部联系 电话: 66062752)

序

法意：人生与人心

本书收文十六篇，皆发愤之作也。发于困惑不安，愤激、喟然于世道人心、天命大化，而总归对于法意、人生与人心之追问。

一

一时代一民族必有一时代一民族之生活样法及其判断与评价，而蔚成一时代一民族之世道人心。法意者，此世道人心之于规则诉求也，其意在安放事实，服务人生，而慰贴人心。法制因此而铺设，法律遂成一时代一民族之自然言说；

一时代一民族必有一时代一民族之人生理想与人生态度，其源于一时代一民族求生存之事实，集中形诸对于人性之预期和预设，而落实为对于合理并惬意的人世生活之追求与向往。法制于其间缝缀连续，法律遂成一时代一民族之人

世规则与人间秩序；

一时代一民族必有一时代一民族之问题与困惑，而求一时代一民族之特定解决与安顿。人我群己及其与自然间危乎殆哉之事实与规则的均衡，其形在法意之辗转反侧，而解决于法制，一以其时代与民族之世道人心为渊源为矩绳。公平正义，仁爱诚信，安全、自由、平等、人权、民主与宽容，是世道人心的最高价值，也是一切人世规则与人间秩序之惟一合法性基础，则合理而惬意之人世生活，必当内涵与尊奉此最高价值。法制之产生源此必要，法制之功能在毕役此功，法律遂为或当为人类求存求和求荣之天下公器。

二

以上三端，均在说明法之所以为法，或可细述为法的现实根据、历史维度和意义源泉，凡此构成法的知性、理性和德性三维。

法的现实根据在于法是服务人生而慰贴人心的生活样法。一时代一民族基于自身的生存条件和生活环境，必遭遇此时代与民族特有之问题与困惑，而求特定之应对与解决。所谓的生活样法或生活方式，亦即此应对与解决之知识和权力的体系。人文类型由此而出，法律与法律类型同样缘此问题与困惑而生，并构成此应对与解决之一部分与一环节，而蔚成一种法律的生活方式，即将匹夫匹妇的日常洒扫应对笼统于规则之网的对于事实之复述、组织与呵护。正是在此意义上，法律作为一种构成人间秩序之人世生活规则（*Nomos*），绝对是在因应特定社会生活状况意义上对于生活事实

(*Physis*) 之记录, 而于时间之维中的人世生活以取舍、从违凭依的生活智慧型知识——人类求生存的知识之一。由此, 对于奠基于生活经验之上的日常生活的常例常规与常理常情之体贴与肯认, 既是此种知识的源泉之一, 也是其真实性之保证。人生托庇于此而获安顿, 人心靠此安顿而得慰藉。经此自然呼应与互动, 事实与规则一体同仁, 情感与理性亦无隙应合, 习俗、伦常、知识、信仰、权威和法律遂打成一片。人类精神的完整与完美, 人类形象的塑造与维护, 此为重要一环, 而构成法之为法的知性之维。

法的历史维度说明法是地域生活与民族精神的展现。一民族的生活首先在于它是特定时代之地域性生存经验与知识, 一种组织人事而安排人世之有局限的能力与智慧, 而迄今为止, 任何生活均可谓一种地域性生活, 任何生活经验及其知识、能力与智慧, 亦均可谓一种地域性的组织与安排生活的力量。在此地域性人群世代累积、生聚、形成其特定的人世生活与人间秩序的自然历史过程中, 法律为其重要结果, 而表现该特定人群特有的生活经验, 应对生活的特定方式, 以及对于生活之特定的感受与评价。时代不同, 遭遇的问题有别, 具体的应对措施应运而生, 而每一个别应对措施背后总是隐藏着全部传统, 实必动员全部的制度与精神资源。由此一波一波、一环一环、一阶段又一阶段, 该特定人群的生存智慧遂得凝聚、累积、总结、传承与丰富, 其智性、心性和德性, 乃至其语言与美感, 亦均于此表露无遗, 历史遂成。法律及其历史, 不过此地域生活与民族精神之时间表述。其为人世规则, 责在网络事实而编织秩序, 而明确、连续、稳定等等, 均为秩序应有之品格, 也是规则之能

翻转为秩序的前提；其为人间秩序，须能关怀人生而慰贴人心，而可操作的程序性、对于最终结果的预期与预见等等，则又无一不是建立在明确、连续和稳定等诸品格基础之上，无一不是在时间中展开与获得。凡此构成法的理性之维。

法的意义源泉揭示出法之为法的合法性。法律既是规则之网，亦为意义之网，而予特定地域的人群先以安身、继复立命之凭藉。其为规则之网，在于法律乃是经由历史过程之自然筛选而为该地域性人群一般生活的诚实反映，为其共同意志之规则形式，从而，它编织了并且本身亦成为此特定人群之人世规则与人间秩序，特定人群起居其间，引其为应付举手投足、洒扫应对之最为合适、最具亲和力的生活知识、社会资源与行为指南。其中，最主要者，在其能护卫个人权益及其与社会福利之均衡。其为意义之网，在于其与人心中最神圣而超越之理念和情感相连。此理念，即为公平正义、仁爱诚信、安全、自由、平等、人权、民主与宽容等等，而构成超验高悬之天理，一种自然之法。以此为人世生活和人间秩序的最高理想和最高价值而信奉和追求，敬畏并体证，是人心之所向，也是人生之必需，更是法之所以为法的前提；这情感，即为对此最高理想和价值之天然认可、依恋与向往，而形诸人人心本有、彼此牵连感通的人情之常，一种基于安全、踏实和均衡的感受而油然而生之体恤、满足、温馨与庄敬的心意。这人情便也就是天理，而此天理中自有入情，二者之不即不离却又若即若离，不仅构成了中国式的超越之道，更是将超验世界直接贯通于经验世界和现象世界，即将天理人情与法律打成一片，却又森然有别的别样人世生活与人间秩序的旨趣所在。

在此格局中，法律本身无以自我合法化，其合法性乃深藏于此，即在于组织与复述事实，形成规则而编织秩序，从而服务人生、慰贴人心之意愿与能力。法意与人意活动其间，不仅将天理人情落实为具体的人世规则与人间秩序，而且时时以此对俗世的规则和秩序进行检验和衡准。倘若法律于此无能为力或南辕北辙，则其绝不能获人心之认同，最终亦势必为人生所排斥，则秩序和意义的缺失与合法性危机的发生，断无可免。恶法之成立及其为非法，原因不止于此，而要害在此。凡此构成法的德性之维。

三

由此，则事实与规则、人生与人心和法意与法制这六组范畴、三对关系所构成的一种法的解释范式（paradigm）的提出势不可免。

如前所述，法律是一种人世规则，旨在营建合理的人间秩序，造福惬意的人世生活。生存环境的差异决定了不同时代的不同族群不可避免地遭遇不同之人生困境与人心困惑，从而宿命地决定了特定时空的个别族群积累、发展出各自的求生方式、人间秩序和人世生活，并根本地引申出对于它们的感受、判断与评价。凡此，一言以蔽之，即所谓“人生与人心”。人生者，一时代一民族之生存境况与生活方式的社会—历史陈述，而人心则为对此陈述的情感选择、理性认知与价值判断。

人生与人心合为一种文化共同体，既是生存环境等既定事实的产物，同时并为事实本身，事实的一种。作为人世规

则，法律莫基于此事实之上，以规则的形式，网罗、复述事实，编织秩序，而将人生与人心连缀于事实与规则的互动，并由此形成一时代一民族之法意与法制——对于法之为法的应然与实然的理解，和基此所达成的外在法律形象。

法意与法制萌发、成型于人生与人心、事实与规则间循环往复的互动过程，而形成了从事实到规则、由人生而人心、自法意并法制之牵缠互动。在此六组范畴组成的范式内，体贴人生的困境与人心的困惑，感受生活的煎熬与生命的向往，当是提炼、型构于一时代一民族的人生与人心贴心贴肺，而有利于造就合理而惬意的人世生活与人间秩序的法意与法制的并非充分、但却必要的前提。明乎此而行乎此，则身处全球化之今日，庶几不忘所力臻者乃吾族吾民所向往之合理的人间秩序与惬意的人世生活，而吾族吾民之世道人心和他民族他地域的人生与人心之和平共处、沟通回应、良性互动，亦即全体人类所共享之合理的人间秩序与惬意的人世生活的福祉所在，也是法意与法制所最应道成肉身者。

四

吾国传统天人合一宇宙观下，民胞物與成为人世生活的最高理想。由此，人间秩序以孝悌礼让为基础，而构成彼此关护，同时便也就是相互掣肘的人我群己关系，一切取舍进退诉诸自家情义这根心弦，而一准乎情理，所谓不讲什么“权利”“义务”，而“权利”“义务”自在其中。此种人世规则与人间秩序格局，若从现代观念与价值观察，一如现代以

前许多人文类型之通况，其病在缺乏个人概念，因而，个人、个人独立和个人尊严之不受尊重甚或辄受蔑视，遂为中国社会延绵至今、不可否认之严重事实。而迄今以现代性为衡准之社会转型运动，盖在消弭产生此事实之基础，而形成一种新的事实，即以对于个人与个人权利的绝对尊重为核心的社会生活。法制与法意立基于此事实，并构成此事实本身。毕竟，对于个体独立与人格尊严的尊重，对于弱势私权的同情与保护，一句话，个体的独立和尊严，一个人站在自家立场说话的权利与义务，乃是永恒的真理。如果说天理人情的话，这便是现时代最高之天理，也是最可宝贵最需尊重的人类情感，而为法制与法意所当努力之方向。

五

序

本书文字多作于近五年，略分为四个部分。首三篇站在中国的人生与人心的立场，探讨法的一般理念问题，而特别以梁漱溟先生的思虑为个案样本；第二部分的四篇论文为专题研究，分别论及宪政、普通法和近世西方法律教育与法学研究；第三部分收录的三篇论文，一言以蔽之，意在研索“罪孽理念与罪刑关系”，而不忘其亦为人生之设制与人心之镜象；第四部分的三篇通讯体论文，因其体裁同一而归为一组，论内容则更近于第一部分。

而统括全书诸文，中心则在天意、人意与法意的交贯缠绵中，从追索吾人自家的立法，讨一个说法——中国人以中国语言，以中国人的人生和人心为背景，对于自家法制与法意的阐释；进而，希求得一个活法——符合中国人对于美好

而合理的人世生活与人间秩序之预期与预设，与中国人的生态态度和人生理想最具亲和力的，美好、合理而惬意的人世生活与人间秩序。

许 章 润

孔诞二千五百五十一年夏，西
元二千年五月，于清华明理楼

恭 谢

拙文辑集成书，承蒙下列杂志授权，恭此鸣谢：

《读书》暨黄平教授与叶彤先生；

《比较法研究》暨舒国滢教授；

《二十一世纪》暨余国良先生；

《南京大学法律评论》暨张中秋教授；

《中外法学》暨李贵连教授。

恭
谢

国滢兄牵线搭桥，中国法制出版社编辑李仕春君惠予组稿，促使本书面世，通此志感！

多年来，余孤学寡友，时相过从论学者，二、三友耳，既不成侪阵，更非呼引。所幸一群无碍无挂、活泼自然的学子，其求知问道的真诚、直率与尖锐，常给我慰藉和鞭策。在此，我要向友人和学生致谢！

许 章 润

一九九九年岁末，于墨尔本旅次

目 录

1 序 法意：人生与人心

1 恭谢

1 说法 活法 立法

10 附：也谈“中国问题”及其现代性

18 中国人的人生态度与法律生活

——梁漱溟法律思想研究之一

47 西方法律文明与中国

——梁漱溟法律思想研究之二

81 宪法与账单

95 抗战前后的两种宪法观

109 无主土地：一个法律神话

122 法律理性与人类正义

——对于朱理思·斯通教授聘任案的

社会—学术史分析

- 157 罪孽理念与罪刑关系
- 200 附：尘狱 地狱 心狱
- 204 罪己性排泄：近代英国向海外的两次移囚
- 242 清末对于西方狱制的接触和研究
——一项法的历史与文化考察
- 275 天意 人意 法意
- 298 附：内行的外行话：汉学家们
- 302 蔡枢衡与《中国法律之批判》
- 319 《法治及其本土资源》随谈
- 326 代跋 温情与敬意

说法 活法 立法^{*}

一

20 世纪的某年月曾有过叫做“新生活”运动的事件，一时间亦曾给“主义者”和“党人”以职事。那么，这自上而下发动的事到底如何呢？沈从文先生的未竟长篇《长河》，通过几个乡下人的口，将它戏剧地道出——

因为办“新生活”，所以常德府的街道放得宽的，到处贴红绿纸条子，一二三四五写了好些条款；人走路都挺起胸脯，好像见人就要打架神气。学生也厉害，放学天都拿了木棍子在街上站岗，十来丈远一个，对人说：走左边，走左边，全不怕被指左倾。不照办的被罚立正，大家看热闹好笑，看热闹笑别人的也罚立正，一会儿就是一大串，痴痴的并排站在大街头，谁也不明白这是当真还是开玩笑。末了连执勤的兵士也不好意思，忍不住笑，走

开了。划船的进城被女学生罚站，因为他走路“不讲规矩”，可他实在不知“什么是规矩”，或者说“这到底是什么规矩”，只好站在商货铺屋檐口，看着挂在半空中的腊肉腊鱼口馋心馋。

所以，乡下人便说：“我以为这事乡下办不通。”

乡绅接过话头：“自然喽，城里人想起的事情，有几件乡下人办得通？……”^①

二

我们从长程的历史来看，这“新生活”实是19世纪中叶后，中国针对西方强势所作诸多反应中的一段小插曲，其中吹搓者的具体动机或有不同，总的目的还是通过所谓“文明”“进化”，即全面皈依那个强势样本，以求得自保，复亦进为强势。摹仿本身既是手段，也是目的。但个中角色当时实不明白，任何知识总是地域性的，规则及其形式的合理性更是离不得具体的语境，移诸他乡，离了背景，于大多数人的心意讨不着个说法，再好的设计等于梦想，真的只是“统治阶级意志的体现”，亦即少数人的说法。事实上，在社会历史领域中，这世上还从不曾有过只要将一切事先设计好，然后照葫芦画瓢即功业自然圆满的事。非要按此自上而下强行推进，则大多数普通人身心的迫厄势不可免，普遍的规避既成事实，则上层也不会当真，连执行者都“不好意思走开了”——这说明“新生活”在他心中也没有说法，这设计的

惟一出路便只能如流行歌曲，一阵风，或竟是流行不起来的流行歌曲，所谓“一纸具文”者也。一部近代中国的立宪史，便是明证。

推而言之，19世纪西方人的“主义”被20世纪的中国人认真而天真地当真，结果乃使吾土吃尽苦头，而所谓法国人画图，美国人依样施工，于是便有了此后这权力分割与制衡的光景，乃根本是后人的神话，当初的主事人实际上可是着实有一番煎熬，摸着石头才过了河的。所以，老美经验的适用范围也是只此自家，别无分店，楚弓楚得，都是他家里的事，外人想沾光也沾不上。就如我们的东邻，甲午后有“大清”的2亿两赔银，复加近1亿两的赔金，那明治维新后的新生活便有了新模样，别人学得了吗？！硬要使一个如大农村样的中国，在黄仁宇先生所说的“依数目字管理”尚未出现时便行“新生活”（非当年“新生活”本意），肯定比“行宪”还要困难。

说来倒不是什么大道理，各种规则形式，特别是法律，多数时候只是对于已然生成的秩序或制度的确认与规范（今日我们羡慕不已的西方的那一套“私法”制度，实为源自对于长期自然形成的商事规范的确认），而从保守的一极，提供可预见性的行为轨道，从而为各项社会活动的运作提供必要的具预见性与形式化的程序，在此框框内，各人尽可以去表演，随着“依数目字管理”程度的提高，表演的内容和形式自然有变化。变化积累到一定份上，必要的规则跟上确认并规范化，立法不过是最为正式而具规范性的确认形式。

而且，另一方面说，我们务必明了，立法所产生的法乃是法中的极小一部分，就所谓的“法制”或“法治”来说，