

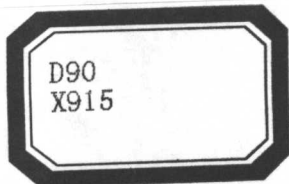
汉语法学文丛

法学家的智慧

关于法律的知识品格与人文类型

许章润 著

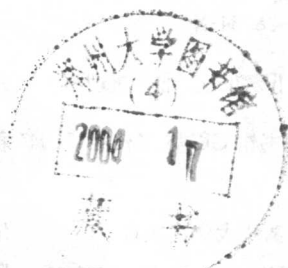
清华大学出版社



郑州大学

04010077769+

-73



汉语法学文丛

法学家的智慧

关于法律的知识品格与人文类型

许章润 著

清华大学出版社

北京

D90
X915

Q915.35/01

内 容 简 介

本书所论大抵属于法律学术史、思想史范畴,略分为上、下两部。前半部着力于中国故事,后半部放眼于西方经历。经由个案分析与横断研究,梳理中西法学思想,尤其是百年中国法律学术谱系,探讨法律的知识品格及其人文蕴涵,自法律之内与之外两个视角,省视法律、法学和法学家的时代命运。总括全书命意,旨在于梳理工学事件、讲述法学家心思的过程中,理述法律的知识品格与文明蕴涵,从而追索人间秩序之下,法律作为一种人世规则的应然与实然,经验及其超越。

本书适合法学研究者和法科学生阅读;对于法官、检察官、律师和政府法律官员等法律实务家,以及关心法学的其他学科人士,亦有参考价值。

图书在版编目(CIP)数据

法学家的智慧:关于法律的知识品格与人文类型/许章润著. —北京:清华大学出版社,2004

(汉语法学文丛)

ISBN 7-302-08534-X

I. 法… II. 许… III. 法理学—研究 IV. D90

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 037468 号

出 版 者: 清华大学出版社 地 址: 北京清华大学学研大厦

<http://www.tup.com.cn> 邮 编: 100084

社 总 机: 010-62770175 客户服务: 010-62776969

责任编辑: 方 洁

封面设计: 傅瑞学

版式设计: 傅瑞学

印 刷 者: 北京市清华园胶印厂

装 订 者: 三河市李旗庄少明装订厂

发 行 者: 新华书店总店北京发行所

开 本: 155 × 230 印张: 19.75 字数: 262 千字

版 次: 2004 年 6 月第 1 版 2004 年 6 月第 1 次印刷

书 号: ISBN 7-302-08534-X/D · 113

定 价: 30.00 元

本书如存在文字不清、漏印以及缺页、倒页、脱页等印装质量问题,请与清华大学出版社出版部联系调换。联系电话: (010)62770175-3103 或 (010)62795704。

祖 国(或以梦为马)

海 子

面对大河我无限惭愧
我年华虚度 空有一身疲倦
和所有以梦为马的诗人一样
岁月易逝 一滴不剩 水滴中有一匹马儿一命归天

千年后如若我再生于祖国的河岸
千年后我再次拥有中国的稻田 和周天子的雪山
天马踢踏
和所有以梦为马的诗人一样
我选择永恒的职业

法律的人性

本书所论大抵属于法律学术史范畴,略分为上、下两部。前半部着力于中国故事,后半部放眼于西方经历。就取材而言,或讲解学术事件、梳理法律的时代思潮,或阐释经典作品、于探析人物思想中追索其文明内涵,或缕叙一己心路、彰显法意与人心的纠缠。就取径来看,自中国而西方,或宏观或微观,将对于过程的梳理与横断的考察合而为一,希望由叙述事件而窥视背景,于具体场景中理解思想叙事,将法意与人心连贯道来。总括全书命意,旨在于梳理工学事件、讲述法学家人心思的过程中,理述法律的知识品格与文明蕴涵,从而追索人间秩序之下,法律作为一种人世规则的应然与实然,经验及其超越。

如果说诗歌是时代的触须,那么,法律便为人世的化石。本书意欲揭示的一点就是,中国也好,“西方”也罢,法律和法学总是人间之声,心灵之咏,匹夫匹妇打理日子之天下公器。法学和法学家的使命正在于藉助理性,于体察世道人心的兢兢作业中,将生活事实梳理清楚,整合成型,再编织而成规则,将匹夫匹妇心中所有而笔下所无者,形诸字纸,落实为程序。由此,所谓规则不过是生活本身固有之条理,人心固有之是非,人事固有之规度,而为人世当有之公道。生活本身已然有此常态、常规与常例,人心本身已然有此常识、常理与常情,而后才会有此规则与规则之治。如果说理性不过是心灵的特有功用,那么,其用即在将此心声转圜为规则的铺陈,而使应然之法逐步落实为

实然之法,使实然之法逐步臻达应然之境,真正堪为大家过日子的凭依,天下之公器。正是在此,因缘时空,法学的知识形态表达的是法意的文明涵蕴,法学家及其理念和价值永远总是一定人文类型的产儿。

如果说近世西方法律与法学多理性悲沉,兼具沉着品性、实用追求的话,那么,百年中国的法制与法意则充溢时代之悲情,高亢、激越的心怀表达的是一种错杂之意、救世企图。人世场景不同,源于遭遇的生活难题有别,有此差异,自在情理之中。不过,虽有此差别,但终极而言,不分中西,法律的理想与理性,是而且永远不过是所属文明的理想与理性的规则展现,而任何文明都是不同场景居民应对生活的样法,都是或者应当是围绕着人来打转,将人世常态、常规和常例与人间常识、常理和常情,翻转为足以打理人世生活的规则世界、能够安顿人类心灵的意义世界。正是在此,法律的答案常常在法律之外,即在自法理而人情,由规则至人事,循世象而世道,于此在人世往彼在合一之境的辗转推陈之中。所谓“法学家的智慧”,极高明而中庸之处,恐即在此。

当今之世,法律成为人世经纬,通过法律而生活,活在法律中,已成或将成一种先定的事实,也是宿命。但是,它并未排除而且也不可能排除其他规则的存在。实际上,习俗、礼仪、道德、法律和宗教,依然是互动互补的基本人世规则,构成美满人世的规范之网。从而,科学、艺术和规范(包括习俗、礼仪、道德、法律和宗教),真理、道理、情理和法理,是天地之经纬,美满人生与健全人性的空气、阳光与水。所谓“法学家的智慧”,即在于编织这经纬,于真理、道理、情理和法理的交贯缠绵中,看守好这一方人生家园。

而总括全书用意,不外借他人故事讲述自己的心事,于省视人事中掂量人世;在世道人心的体味中,拈出法意三味,衡估规则的消长;不平则鸣,要将那剪不断理还乱的公义公道讲清道明,讨一个说法是为了有一个活法。几年来,世事渐明,而心事日蹇,堵在胸口的,原是这一份寄托。可能,寄托而无着,才会有如许不绝如缕,牵肠挂肚。法律的人间属性,法学家的人文情怀,原是防范恶法害世,使规则保持人

性的要素。既然法律的本意旨在营建合理而惬意的人世生活,于料理、规范人事中服务、造福人世,那么,法学家们永远持守这份牵挂,于人于事,既为职业之本分,更是思想者的天职!

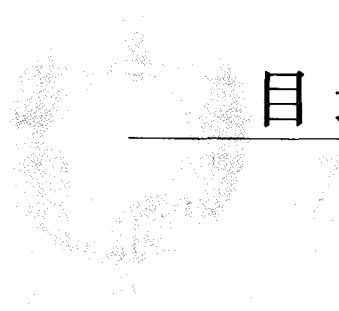
毕竟,是人就要过日子。人世生活不可或缺规则,而规则秉持人性,大家才好过日子。探索法律的知识品格与人文蕴涵,不为别的,就是为了督促它保持人性,永远保持人性。否则,法网愈密,离真正法意愈远,人意反而可能愈受窒息,人世恐将顿成地狱。那时候,纵有一纸叫做法律的东西,于人生何益?!

许章润

孔诞两千五百五十四年

西元 2003 年 12 月 9 日

于清华明理楼



目录

序·法律的人性	(3)
---------------	-----

上部 中 国

第一章 书生事业 无限江山

——关于近世中国五代法学家及其志业的一个

学术史研究	(3)
-------------	-----

第一节 基本谱系	(5)
----------------	-----

第二节 代际特征及其时代内涵	(11)
----------------------	------

第三节 任务与担当	(28)
-----------------	------

第四节 第五代法律公民的当代使命	(35)
------------------------	------

第五节 进一步的思考	(41)
------------------	------

第二章 多向度的现代汉语文明法律智慧

——台湾的法学研究对于祖国大陆同行的影响

第一节 缘起	(48)
--------------	------

第二节 主要影响	(50)
----------------	------

第三节 原因与遗憾	(57)
-----------------	------

第四节 两个文明现象	(60)
------------------	------

第五节 结语	(68)
--------------	------

第三章 当法律不足以慰藉心灵时

——从吴经熊的信仰皈依论及法律、法学的品格

第一节 以孟德斯鸠自励	(76)
-------------------	------

第二节 “两个世界”中的真诚灵魂·····	(79)
第三节 思想的最为内在的统一性却依赖于最为外在的假设·····	(91)
第四节 “中国的”法学与法学家·····	(97)
第四章 法律的文化自觉	
——蔡枢衡与《中国法律之批判》·····	(102)
第一节 东方农业社会的宪政理想·····	(104)
第二节 “中国的”法学应以国家、民族自觉为起点·····	(108)
第三节 法律的存在与否并不依赖于自身道德的先验性·····	(110)
第四节 新法与旧律的精神联系·····	(113)
第五节 恪守中国文明法学家的担当·····	(114)
第五章 所戒者何	
——钱端升的宪政研究与人生历程·····	(117)
第一节 “决不是一纸宪法所可奏功”·····	(119)
第二节 作为“结果”的宪法及其世俗的神圣性·····	(126)
第三节 所戒者何·····	(131)

下部 西 方

第六章 民族的自然言说	
——萨维尼与蒂博的论战、法典化及其他·····	(137)
第一节 身世·····	(139)
第二节 缘起·····	(141)
第三节 精神深处的复兴·····	(144)
第四节 今日德意志人的天职·····	(146)
第五节 书生事业·····	(148)
第七章 法律之道即生存之道	
——O. W. 霍姆斯《法律之道》问世百年与中译感言·····	(154)
第一节 声东击西 士志于道·····	(156)

第二节 毁灭者与创造者	(158)
第三节 法律的历史之维	(163)
第四节 思想的魅力	(169)
第五节 理论旅行中的文本误解和译本尴尬	(171)
第八章 活着的法律宣谕者	
——《司法过程的性质》与卡多佐的司法艺术	(174)
第一节 三类案件与三项职责	(176)
第二节 立法旨意的发现与填补	(179)
第三节 四种力量与四种方法	(182)
第四节 历史、事实与人心	(190)
第五节 回荡心中的主题	(199)
第九章 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	(203)
第一节 缘由	(205)
第二节 身世	(207)
第三节 经过	(213)
第四节 原因	(217)
第五节 教训	(226)
第十章 将那理想放飞	
——德沃金教授及其中国之行	(234)
第一节 给他的心灵以最精微的激动	(235)
第二节 权利的象征	(240)
第三节 你们给我一个说法吧!	(245)
第十一章 那一片学思与法意	
——介绍墨尔本大学法学院讨论班	(253)
第一节 想到没处想了	(254)
第二节 去讨一个说法	(256)
第三节 博士生候选人	(257)

第四节 讨论班	(260)
第五节 语言、比较研究与言说身份	(262)
第六节 五代中国法学家	(266)
 代跋 法学公民与知识英雄	 (268)
参考文献	(272)
索引	(290)

上部 中国

第一章 书生事业 无限江山

——关于近世中国五代法学家
及其志业的一个学术史研究

第二章 多向度的现代汉语文明法律智慧

——台湾的法学研究对于祖国
大陆同行的影响

第三章 当法律不足以慰藉心灵时

——从吴经熊的信仰皈依论及
法律、法学的品格

第四章 法律的文化自觉

——蔡枢衡与《中国法律之批判》

第五章 所戒者何

——钱端升的宪政研究与人生
历程

第一章

书生事业 无限江山

——关于近世中国五代法学家及其志业的一个

学术史研究

第一节 基本谱系

第二节 代际特征及其时代内涵

第三节 任务与担当

第四节 第五代法律公民的当代使命

第五节 进一步的思考



五代学人，前赴后继
研墨燃脂，推陈法意
媒介东西，平章意气
赓革文明，书生职志
无限江山，彷徨无地
臧否先贤，牛衣涕泣
知我罪我，“多大个事！”

——文前自题

屈指一算，中国自步入近代以来，前赴后继，大致已然有过五代法学家了。所谓近代，是指1840年以来的一个半世纪，而就法学来说，主要则是自清末变法改制以降的百年历程。清末的变法改制，起于不得不然，而落实为有所然而然，继“洋务运动”、“百日维新”之后，下接民国政制、延安式的创试，构成了通常所说的中国“现代化”的制度源头。在此连绵接续、悲壮惨烈的百年“长程革命”中，包括法制在内的器物、制度与理念的变革，既是挽狂澜于既倒的紧急应对，更是针对“中国问题”与“人生问题”^①，实现文

① 梁漱溟先生将中国近代面临的一切“问题”归结为“中国问题”与“人生问题”两项，此处借用其意。参详梁漱溟：《谈中国宪政问题》，载《梁漱溟全集》，6卷，496页以下，济南，山东人民出版社，1988—1993；《中国政治问题研究》，载《梁漱溟全集》，6卷，758—760页。

化—社会转型的“革命”。一百年间,中华民族自青黄不接、风雨飘摇的暗淡时光,以数代人的巨大牺牲,一路扑腾,渐臻贞下起元的民族复兴之境。其间,经由法律移植建设“现代化法制”,将老大中华从“帝制中国”推转为“法制中国”,是一个极其重要的诉求,构成近代中国民族精神的重要一脉。而一个渐具独立社群性质的法律家法学家职业共同体,屡仆屡起,亦初现雏形。五代法律学人,身处其间,生聚教训,壮士摧眉,英雄折腰,所孜孜以求、梦寐向往者,即此“现代化法制”,即此“法制中国”,而塑造了二十世纪中国一帧独特的人文风景。

在以下的篇幅里,笔者将首先简单勾勒出近代中国五代法律学人的基本谱系,通过对于若干具有典型意义的法学家的学术思想和人生历程的个案考察,探讨百年法学的代际特征及其时代内涵,综括其任务与担当,评述其成就与得失,求以今人心通古人意,述既往而示来者。

第一节 基本谱系

本文所说的“法学家”,细予分梳,其实包括通常所谓的“法学家”与“法律家”,亦即法学教研人员和法律实务工作者两部分。其内涵与外延等同于笔者曾经阐述过的“法律公民”或者“法学公民”。^① 实际情形是,很多时候,包括近世中国在内,法学家亦即法律家;反之亦然。吴经熊、杨兆龙和林纪东以法学家之身,同时投身司法实务,相得益彰,不以为忤;一些杰出的法官和律师,打理案件的同时,钟情著述,将实务心得付诸字纸,甚至有理论创获,从另一面提供了适例。正是在此,法律之为一项世俗的职业与法学之为一项精神的探讨,经由同一个体分别从事的“立功”与“立言”活动,获得了有机协调,而凝结成法意,积淀为法律传统,以文字为载体,传诸后辈,蔚成民族的法律思想

^① 参详拙文:《以法律为业》第二部分“现代社会中的法律公民”,载《金陵法律评论》,2003年春季号,14页以下。

历史,中国文明法律智慧的见证。因而,就学术史而言,后人清点文字,佐证于史,释证于事,印证于古今,扑面盈眶的,当然还是“立言”。也就因此,本文所述所论,基本即取材于此,而以“法学家”统而通谓之。

其次,对于法学家之代际划分,自然的辈分沿承当然是一个重要的参考,但却非主要或者惟一依据。实际上,本文所述之第二、三代法学家,其间年龄确有距离,但也可能极相仿佛,根本不足一代人。而第五代际的成员之间,彼此年龄相差却可能近乎一代。此为普遍现象,不特法学,也不特中国。如梁漱溟先生生于1893年,毛泽东氏同庚。可若论辈分,后者至少应呼“梁老师”。胡适之与傅斯年齿德相若,但恰为师生。又如吴经熊氏生于1899年,卒于1986年;蔡枢衡氏生于1904年,卒于1983年。二人年龄相若,可倘论学术代际,则差别正好一代人。因为吴氏出道于二十世纪二十年代中期,至三十年代中期蔡教授登堂入室、辟雍说论之际,前者俨然已为学界前辈了。职是之故,首先以自然代际为基本线索,将思想的沿承与嬗变,学术风格的形成与转换,学界人物的升沉与聚散等因素,凡此综予考评,联合为判,庶几可得平允之论。

本文以上述四项标准,将迄今为止百年间的法学公民,大致梳分为五代。即清末变法改制期间登台的为第一代;二十年代初期以降,接受了现代西式法律教育的法律从业者逐渐上场,面对新问题,秉持新理念,尝试新范式,整个法学面貌为之一变,真正纯粹法学意义上的中国学术传统,滥觞于此,为第二代;三十年代中期前后,受教于第二代,更有一批新人入围,业精于专,学见乎平,秉持专家本色,坚持学理探讨,注重中国问题,将已然启其端绪的中国法学传统,渐予深化与光大,为第三代;1949年江山易主前后,原体制下培养的法律人才刚刚出道,牛刀未试,苏式“枪杆子刀把子”教育理念养育的和延安进城的社会主义法律工作者旋即上场,泾渭同流,三十年里斗与被斗,将龃龉寓于共存,为第四代;1977年后经由高考入读法律院系的,历经二十载春秋磨炼,蔚为今日法学公民主体,为第五代。