



许章润 著

汉语法学论纲

广西师范大学
GUANGXI NORMAL UN

许章润 | 著

汉语语法学论纲

HANYU FAYUE LUNGANG

广西师范大学出版社
GUANGXI NORMAL UNIVERSITY PRESS

· 桂林 ·



图书在版编目(CIP)数据

汉语法学论纲 / 许章润著. —桂林: 广西师范大学出版社, 2014.12

ISBN 978-7-5495-6004-2

I. ①汉… II. ①许… III. ①法学史—研究—中国
IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 255600 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)
网址: <http://www.bbtpress.com>

出版人: 何林夏

全国新华书店经销

湛江南华印务有限公司印刷

(广东省湛江市霞山区绿塘路 61 号 邮政编码: 524002)

开本: 880 mm × 1 240 mm 1/32

印张: 13 字数: 290 千字

2014 年 12 月第 1 版 2014 年 12 月第 1 次印刷

印数: 0 001~6 000 册 定价: 45.00 元

如发现印装质量问题, 影响阅读, 请与印刷厂联系调换。

导言 | 建设中国文明的法律智慧

本书概分三章,分别探索汉语法学的源流演变、学理内涵和文明品格,阐释法学历史主义的义理脉络和命题抱负,考察汉语法学置身转型时段的历史意识与政治意识。合其旨趣,不外乎立足当下,循沿中国文明的理路,于开放和比较的格局中,发掘理述中国文明的法律智慧。如此作业,践履一种历史主义进路,秉持中国身份和中国文明立场,一以阐扬提撕中国文明法律智慧的人道意义为职志。

但凡成熟的文明体系,均拥有自洽的法律文明。罗马法律体系和古典中国礼法一体的法律文明,源于各自的文明母体,允为典范。单就吾国传统而言,则中华法系和汉语法学,分属规范世界和意义世界,滥觞自赤县神州的生活世界,映照此方水土的人生和人心,在料理人世生活中编织了人间秩序,而于亿万斯年中照拂着这个叫作华夏中国的家国天下。其意其义,就古典中国的法意精神来看,则亲亲而尊尊的宗法伦理、奉天敬德的正义法精神、追求实质公正的实用理性、崇古法圣的历史主义气质、推究于名实之际的逻辑思维和刑名律学的修辞艺术等等,辗转推陈,可堪提携。进而言之,其以华夏子

民的起居生息为凭,承载着数千载文教风华,蔚为普世性法理智慧,实在不当菲薄。其中,“奉天敬德,崇古法圣”,将家国天下联为一体,于俗世和神圣两端绝地通天,而又森然有别,反映了一种基于历史主义的超越性运思方式,也是一种道德理想主义的政治判断价值标准,堪为精华,无旧无新,恒旧恒新。值此接引西方法意超逾一个半世纪,而新型法制和法意基本落定之际,回瞰古典中国文明的法律智慧,条陈其近代百年的更张嬗变,则其体用犹存,理脉连通,生机油然,尤当瞩目,而亟需吾侪接应反思者也。

职是之故,本书一大主题就在说明,一切现实的法权安排实际上都不过是表现为当下的历史存在。在时间之维中探索法律的精神成长过程,包括它的道德成长,其所致力的是历史存在的当下省思和有关法律未来的文化观察,从而,其于揭示法律的历史理性之际,本身亦成为一种历史理性。进而,观察人世生活攘让因果的历史理性,梳理历史视野中邦国法律之治的道德禀性和政治使命,其所申说的是一种法律正义,而旨在追究曾经有与可能有的政治正义。舍却法律正义和政治正义,则自然正义和社会正义将失去依托,人世势必一团漆黑,人间无异于匪帮。由此,讲述一个民族文明转型和立国进程的法律史叙事,构成了它的政治立国的意义指南,也是赋予近代中国“立国、立宪、立教和立人”四位一体的政治建国进程以制度肉身的法意资源。

经此作业,本书着意于现代中国政道与治道的法理表达,期期于探究一种基于深切历史感的华夏邦国政治,从而,为奠立现代中国文明的法制体系提供伦理—政治意识。这是本书的又一主题,也是全书各章均所涉及的根本指归。其间头绪纷繁,汉语语法学和法学历史主义得能再三申说的一点就是:俗世的权力和立法,与超越的天道天理恒有差别,立基于历史文化传统的法治体系具有高蹈于现实政治势力的权

威性。换言之，实在之法与自然之法的二元格局暨后者的至尊至上，法律与法度的差等，法律必须符合法度方始合法，而法度存在于天道天理，以及俗世的立法和立法者永远不能僭替天道天理的上位性等等，均为中国文明折冲调处其间的重要原则，而为汉语法意之重要学思。由此，本书对于中国文明深蕴于历史本体之中的道德本体、一种展现为道德本体的历史本体，以及体现于世道人心之中的深切的历史感和庄敬伦理，及其所予法意之深重影响，多所追究，再三致意。

顺此而下，抱持人类历史必定是一个趋向善好展开的无限自我启蒙进程的光明心态，表达的是对于人世善好的积极期待，洋溢着对于人性和人心的坚定信心，构成了贯穿本书各章的另一主题。在此，一切法意，思之所向，情之所寄，志之所在，旨在造就一个正派社会和良善人生。毕竟，我们的父兄存活于此世，我们自己此时此刻存身于此际，我们的子孙万代还将辗转于此世此际，则这一方水土，一种家国天下的廓然大观，不仅是法意运思的语境和背景，而且是法意与人意的致思对象，是且必将是一切法理的永恒主题。正是在此，“家国天下”，一个伟大的汉语修辞，表述的是一种浩远理想和道德热情，不仅昭显了普天之下的人道胸怀和包容精神，而且，其作为一种政治意识、世界蓝图和文明憧憬，表达了一种廓然大观的世界主义和世界精神。其善好良治，其德勤绩能，更且成为法意的道义寄托与政治评价。远瞰地中海文明和大西洋文明时代的欧西立国进程，近观吾国百年沧桑，放眼东亚拉美后发诸国的流转颠沛，可以拈出而断言者，没有国家理性武装的邦国，未免流于浅薄浮泛，注定国祚短暂，乃至“落后就要挨打”。但是，若无公民理性和优良政体撑持，则邦国可能富裕，也许强盛，但未必宜居。换言之，人间无人烟，人世无人世性，等于“洞穴”。因而，只有承载于优良政体的国家及其国家理性，

才能获秉伟大的道德尊严,而为我们缔造一方惬意水土。“家国天下”这一博大而澎湃之境,优良政体撑持其间,美好社会与惬意人生方始有望实现其间。本书无论理述汉语法学还是法学历史主义,抑或梳理转型时段的历史意识与政治意识,萦念莫不在此,而学思亦本于此。

此外,有意识地提炼和运用汉语思维及其表达方式,亦为本书的私心深愿所在。“语文作育”,即运用此种语言思考、创作和交往,以凝练和深化此种法意语义体系的表意功能,提升此种法律文明的境界,致广大而尽精微,就是在提炼、抽绎、涵育和拓展民族生活的意义空间,充实特定文明实体的精神含量,提撕其品质,开阔其境界与格局。尤为重要的是,经此历练,潜咏于一种法意世界,而突破人身和制度肉身桎梏,另行拓展一方空灵,其实是在为生活世界找寻遮风避雨的可能时空。因而,笔者不避愚拙,殚精竭虑,尝试汉语法学学术书写的表意特征和表意能力,以及现代汉语法学应当与可能具有的风格美学。中国文明历经百年欧风美雨,有如炼狱,终于“古今中西”之大变局中焕然转身,正需以精准雅致的汉语表述承接思想成果,凝练法意学思,而启迪百代风华矣!

附录一篇,讲述自家心事,理述一己学思,论述接应的则是吾国吾族的百年心思与心史。如其标题所示,“继斯文为己任”,则一卷在手,奉诸同好,知罪由人,好不乐哉!而考论其背景,观瞻其格局,掂量其抱负,要亦不外乎家国天下之兴亡盛衰,吾侪常人居家过日子之存亡安危。如此这般,则一卷在手,奉诸同好,能不唯勤唯谨,戒慎戒惧,乃至战战兢兢。仰观河汉,吾身有限,此生有尽,秋风动,心事浩茫连广宇矣!

2013年9月5日深夜于故河道旁

章润谨志

致 谢

本书各章先已刊发,特此说明如下:

第一章“汉语法学论纲”,载《清华大学学报》2014年第5期,承蒙主编仲伟民教授慨允,匡云、桑海二君责编;

第二章“法学历史主义论纲:命题、理论与抱负”,载《中外法学》2013年第5期,承蒙主编梁根林教授慨允;

第三章“转型时段的历史意识”,载《清华大学学报》2013年第2期,承蒙主编仲伟民教授慨允;

附录“继斯文为己任”,部分内容摘发于《南风窗》2011年第2期,全文刊载于《法学历史主义》(“历史法学”第六卷)。事缘2010年12月与《南风窗》记者灵子的访谈。灵子锦心绣口,引导我回视既往,于总结一己学思中反观时世与世事。当其时,医生裁断在下阳寿无几,因而,表面镇定,而衷心实有所寄托。故尔,一谈倾心,和盘托出。术后犹萦于怀,随手增删,恪期于成。在此,感谢灵子姑娘,也感谢《南风窗》。

范新老弟一如既往,亲任本书责编,旷达而细致,叫人放心得很,并此感荷!刘猛同学编制了“索引”和“参考文献”,一并致谢。

目 录

导 言 建设中国文明的法律智慧 /1

致 谢 / 1

第一章 汉语法学论纲：关于中国文明法律智慧的知识学、价值论和风格美学 / 1

第一节 源流 / 4

第二节 命意 / 17

第三节 学理内涵与文明品格 / 33

第四节 条件与特征 / 94

第五节 基本进路 / 129

第六节 知识、文化与政治 / 142

第二章 法学历史主义论纲：命题、理论与抱负 / 163

第一节 历史主义与历史法学 / 165

第二节 法律的历史性 / 171

第三节 历史认识与法学认识 / 186

第四节 邦国政治与历史情怀 / 201

第三章 转型时段的历史意识：关于历史法学及其中国情形 的发生论说明，并以德国近代历史作为比较个案 / 213

第一节 转型时段历史必然登场 / 216

第二节 现代汉语法学的历史法学品格 / 229

第三节 法学原本就是历史法学 / 240

第四节 法律的历史意识与政治意识 / 253

第五节 汉语法学需要进一步运用和占有历史解释 / 265

附录 继斯文为己任

2010年12月，就“汉语法学文丛”等接受《南风窗》记者灵子的专访 / 279

文献 / 338

索引 / 362

第一章

汉语法学论纲

关于中国文明法律智慧的知识学、价值论和风格美学

第一节 源流

第二节 命意

第三节 学理内涵与文明品格

第四节 条件与特征

第五节 基本进路

第六节 知识、文化与政治

正如英语文明、德语文明和法语文明各自享有自己悠久而博大的法律文明体系,而蔚为“英语法学”、“德语法学”和“法语法学”,中国文明同样曾经拥有自己的成熟法律文明,以中华法系和儒家化的义理结构照拂两千年的中国人生和人心。实际上,在漫长的文化生息过程中,中国文明孕育了体系宏大、内涵丰盛、通情达理的法制体系及其法意体系,表见为谨严、周详而优美、精致的汉语表意系统。晚近中西文化折冲背景下发生的急遽文化转型,导致旧有法制的坍塌和固有法意的深重湮灭,彼时此刻,为舶来西法所逐渐取替,而被迫以法律移植的方式重构自己的规范世界和意义世界。与此同时,作为家底子,旧有的法制和法意亟须于此回应进程中推陈挾发,传承开新。由此,开始了一个建设现代中国法律文明的漫长进程。这是“现代中国”的“创世记”,也是“现代中国”的法制和法意的诞生史,接应的是逶迤呼啸东来的“地中海文明”和“大西洋文明”的拍岸惊涛。“现代中国”需要自己的法律文明,如同生命须臾不可或缺阳光

与空气,而超逾一个半世纪的“现代中国”的诞生史,积劳积慧,崎岖历落,也正在于凝练和呈现出自己的法制体系和法意体系。大致而言,在实然与应然的双重意义上,其以中国社会、历史和文化为依凭,以中国法制为对象,特别是以中华法系及其法律文化为纵深,以造福中国人生和照拂中国人心为宗旨,而以汉语作为表意系统,蔚为中华文明法律智慧的思想形式、理论表达和知识体系。

本章秉持历史法学的政治、文化理想,在文化社会学和知识政治学的意义上,描述、想象和建构这一法意形态,以申说中国文明的法理愿景。其中,以中国文化为深远背景,尤以晚近一个半世纪的现代中国法制史和法律思想史为基本历史纵深,旁及比较文化语境和所谓的法律全球化时代风潮,特别着意于奠立在现代中国文明基础之上的政道与治道的法理表达,着力提炼和运用汉语思维及其表达方式。在此,之所以使用“描述、想象和建构”三词,就在于凡此法制和法意体系早于古典中国文明的子学时代和经学时代高度醇熟,晚近历经百年生聚,其现代形式亦且初步成型,略具规模,不少方面甚至早已本土化,成为中国文明的有机组成部分。吾人所当殚精竭虑者,不外乎将它们的过程和质料具象陈述,抽绎其精神脉络,挖掘其知识内涵,展现其文化蕴藏,体系化地付诸现代汉语表达而已。另一方面,虽经百年磨洗,但这一波文化移植和转型过程尚未终结,有待最后收束,则其意蕴与前景、已然与应然、实在性与超越性、人道与天道,均需续予申说,于制度实践与思想作育的交相回应中,云蒸霞蔚,呼唤出那个叫作“汉语法学”的法意体系。如此,则实践本身就是一个充盈想象且必须借助理论想象力的过程,从而,是一个理论建构和思想磨砺的进程。进而,凡此作业,不仅是一项法理担当,而且,意味

着中国法律文明意义世界的自我思想武装,中国文明历经劫难后的文化自觉。可以断言,中国文明法律智慧的知识学、价值论和风格美学,作为“现代中国”及其宏大文明的有机组成部分,终亦必磨砺于此,而完型加冕于此。

自诸子时代以还,中华法律文明经历了三大时期。其规范体系表现为中华法系,其意义体系凝聚为汉语法学。二者合一,照拂的是这个叫作华夏中国的家国天下,而构成生活世界、规范世界和意义世界的完整统一体。其中,晚近西学东渐的一个半世纪,是汉语法学的第三期,也就是现代中国的法意体系的“创世记”。本章以前述两大时期为历史纵深,而以第三期为主要论述对象,理述其源流,揭橥其命意,展示其学理内涵与文明品格,分析其条件、特征与基本进路,经此作业,系统展示这一法律文明的思想形式、理论体系、知识体系和风格美学。

第一节 源流

中国法学启自诸子时代。其间,李悝著《法经》,商鞅改“法”为“律”,为中国法学开其源流。汉儒董仲舒“引经决狱”,经由创造性阐释承续光大儒义,让法律的规范体系获秉意义体系,昭示着历经三五百年磨合,在一个统一的政治共同体之内,规范与意义终于合为一体,也就是它们与生活世界之贴切无间,而成就了一个叫作国家的法政和伦理结构。中国国家形态之成熟,展现的是中国文明料理大众

群居生活的立国智慧,法制为其一。^①在法哲学视野,董子所为和国家之相应立法,亦即自然之法下落为实在之法,实在之法接引上了正义法理念,规范由此获得了正当性,人世由此获得了人世性。逮至晋代,张斐《注律表》凸显分析法学作业,在予规范世界以概念化、精确化和工具化之际,将“经义决狱”的自然法式运思导入理脉清晰的概念和修辞的逻辑轨道。诸力合拢,终于推导出《唐律疏议》这一集义理阐释、规范分析、礼俗考量和修辞订定为一体的划时代法学著作,标志着中国法学走向成熟。此后直至清末,中国法制和法学在义理、规范、形式和辞章诸面,相延不改,一脉沿承。其间,规范愈见细密而终至于繁杂,举凡律令格式典则例案,层级互补,巨细交叠;义理渐至于深邃却始终不出儒义,法圣崇古,德主刑辅,儒法一体,礼法一体,将个规范世界全盘笼罩于自家的意义世界。而形式整饬,修辞精严,更且历久磨砺。就义理和技术两面而言,“醇熟圆融,体大义深,周详备至”十二个字,可以作结。由此作育,中华法系出,汉语法学兴。

汉语法学的三大时期

就此而言,迄而至今,中国法学得有三大大时期。诸子时代至秦汉之初,得为第一时期。“经义决狱”奠定帝国法意基本型制后下迄清末,得为第二时期。清末接引西律西学,以迄于今,得为第三时期。无论哪一时期,其表意工具均为汉语,保证了语义体系连贯、义理结

① 在西方政治哲学视野,对此国家建构成就之正面肯定,非日裔美籍学人福山新著莫属。参详弗朗西斯·福山《政治秩序的起源:从前人类时代到法国大革命》,毛俊杰译,广西师范大学出版社,2012年,特别是第6—9章。一个更具文化历史底蕴,站在中华文明和东亚世界视角的梳理,参详葛兆光的文集《宅兹中国》,中华书局,2011年。

构透彻。历代兴革,却无碍法意沿承,政有变而制无变,就在于担承表意的语义体系未变,义理因而继续。职是之故,其之规范本体,得谓“中华法系”;其之义理脉络,得谓“汉语法学”。

置身中国学术和思想的大脉络,第一时期约略得谓汉语法学的“子学时代”。青春烂漫,各路心智于天人之际挥洒学思;众声喧哗,一腔心思总付与家国天下冷暖安危。与整个文明的“枢纽时代”相应,此一时期同样是中国法律文明和法律文化的枢纽时代。第二时期可谓“经学时代”,绵延两千春秋,步履稳健,治平既久,事极而竭,盛极而衰,终于走向文明的暮秋。^①第三时期不妨说是“新经学时代”,或者“新学时代”,两千年传统律学至此转型,而以承接西法西学再开端绪。就其遭受西学冲击并大规模继受西学法意来立论,亦不妨说,一百多年来的汉语法学成长历史实为“西学时代”。前两期均生息于所谓“现代”之前,可称“古典中国的法学”;第三期因应此番“现代”而来,在“古今中西”的时代条件下逐渐发育生长,至今仍在中途,型制初定却终究有待定型,可谓“现代中国的法学”。前者是汉语法学的古典形式,后者为汉语法学的现代形式,合拢为一汉语法学之廓然整体。世界文明史上,如此连贯而来,于特定时空的特定文明族群传承接应,而有此一法系和法学者,庶几乎惟中华法系与汉语

① 此种“能事已竭”现象及其规律,杨联陞先生曾做过一个有趣的研究,其间参引了美国人类学家 Alfred L. Kroeber 的相关研究,并比勘于顾炎武《日知录》的相关议述。参详杨联陞《国史诸朝兴衰刍论》,《国史探微》,辽宁教育出版社,1998年,第15—43页。

法学也。^①

在第一时期“子学时代”，儒法墨老，诸议并起，将法、法律和礼、礼法这一复杂现象，细细打量，作各自的特定陈述，并由此伸展至邦国治理和天下规制，极达人心和人生的起承转合，奠定了汉语世界法律思想和法律学术的基础，特别是从一开始就培植了中国式法意思思维的强烈道义立场、博大旷廓之语境和凜然恢弘之气象。迄而至今，虽说接引西方法制法意超逾一个半世纪，但是，不论法律与道德的离合，天理国法人情之间的纠结缠连，还是作为立法者的“先圣先王”究竟兼具何德何能而得制礼作乐，公天下的人文主义与国家建构的法权安排的进退，抑或法贵稳定却又需循时以变的辩证关系，以及法的发生论说明——凡此种种，关涉重大理论命题的思考与讨论，切合政道与治道的厘辨分析，莫不有诸子身影闪烁其间，而常常令人顿生

① 十多年前，中国法学界曾有“古代中国是否有法学”的讨论，亦曾沸沸扬扬呢！有谓法学为西人独有，中国古代无法学，所谓“法学”只在引进西方近代法学后方始兴盛于国中，并为此痛自挞伐，顿足扼腕。有谓中国古代本有法学，不过，其形态为“律学”，不当径谓“法学”而已，清末以后才堪称法学。凡此种种，言者昭昭，听者昏昏，于今审视，只能莞尔也。盖法学为法律之理论形态和知识体系，如任公所言，“既有法系，则必有法理以为之原”。作为文化的一个部门，其于特定文化体系中占据何种位置，各文化自有轻重，未堪比衡。因而，其有无与发达与否，是两回事；其发达于彼或此，亦为两回事。因而，其形态和表现，更且难以一言以蔽之。平心而言，仅就实在法层面观之，较诸西方源自罗马法传统的法意体系，古典中国法学在著述规模、受重视程度和法学家集团的位置等方面，隋唐以降，显非等同。再说，古典中国的“法”本不同于译自西洋之“法”。毋宁，法义置身于礼法框架之下，因而，法意律学总揽于经义之下。但是，即便如此，仍不能否定中国法学的存在，而且，其非唯存在，直是一脉绵延也。否则，自李悝而汪辉祖，恐怕均要从九泉之下打上来讨要说法呢！有关讨论，参详沈家本《设律博士议》、《法学盛衰说》，收见氏著《寄簪文存》。并泛详何勤华编《律学考》，商务印书馆，2004年；张中秋《中西法律文化比较研究》第六章，法律出版社，2012年；梁治平《法学盛衰说》，收见《梁治平自选集》，广西师范大学出版社，1997年，第275—278页。任公的话见氏著《中国法理学发达史论》，收见《梁启超法学文集》，中国政法大学出版社，2000年，第69—119页。