



法意与表达

谢晖 著

法 意 与 表 达

谢
晖
著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

法意与表达 / 谢晖著. —北京: 法律出版社,
2013. 12

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5546 - 6

I. ①法… II. ①谢… III. ①法律—中国—
文集 IV. ①D920.4 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 250208 号

法意与表达

谢 晖 著

责任编辑 周丽君
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 9.875 字数 256 千

版本 2014 年 1 月第 1 版

印次 2014 年 1 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 独立项目策划部

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 三河市龙大印装有限公司

责任印制 张建伟

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5546 - 6

定价:32.00 元

(图书有限公司负责退换)

序

这本小册子是我 2011 ~ 2012 年应约所著短文、会议讲演整理以及论文阅读手记大部分内容的缝缀,尽管它们都是我思维世界和身体感官间分工协作的产物,但就身体表达的分量而言,应约短文更多地依赖于手的力量,因此,手写是我思维世界以短文方式分享法意的主要工具。讲演整理更多地依赖于口的力量,因而口述是我思维世界以讲演方式分享法意的主要工具。坊间有所谓“嘴力劳动者”之说,大致讲的是演讲家的劳动形式,主要是通过嘴巴来感染世人的。作为老师,“嘴力劳动”是其天职所在,因此,通过“嘴力劳动”表达并分享思维世界传递的法意,理所当然。这也是近多年来我对重要的会议场合所讲演的内容尽量录音并整理的原因所在。特别是那些灵光一现的思想,或许事后自己都忘得一干二净,所以记录保存下来就绝不是敝帚自珍,有时甚至弥足珍贵——因为它表达着一个人“跃动的思想”。至于阅读手记,则更多地依赖于眼的力量,因之,眼观是我思维世界以阅读感悟方式分享法意的主要工具。如此看来,上苍给予人们的不同感官和“身体工具”,分别以物化的形式表达着人作为灵性动物的精神世界。这正是这本小册子起名为《法意与表达》的缘由所在。

当我因为校对的原因,再次仔细读罢这些文字时,有个突出的感受:那些直接手写的文字,虽然常能字斟句酌、逻辑规整、修辞讲究,但也太多书卷气。恰恰是这种书卷气,妨碍了法意表达与日常生活之间更加契合的关联,书面语言的学究晦涩每每将读者推向了阅读

的对立面。即使作者自己读起来,也觉得过于工整和修饰,会妨碍阅读的流畅、快意和美感。究其原因,或许与书写表意的特征相关。能够拿到台面上的书写活动,一般说来是作者深思熟虑的产物,因此需要最正式、最准确、表意目的、最明晰的文字来表达。同样,直接书写的文字,一定是事先谋篇布局、排兵布阵的产物,故而建构的性质会跃然纸上,书卷气和匠斧气也自不能免,它往往能照顾书写的逻辑、修辞、语法,却很难同时照顾阅读的方便、实用和接受。因此,它更契合精英的作业习惯,但未必符合大众的阅读愿望。由此出发,我不禁回想白居易要求其诗作做到妇孺皆能明白,那是何其不易!虽然这不可避免地会流失文字的部分精致与典雅。

而那些口述之后的“文字”表达,不仅阅读起来更接“地气”,更近生活,更贴交往行为的现实世界,而且或许是发言前和发言中的压力所使,所表达的尽管未必一定是深思熟虑的思想,但往往是灵感迸发的成果。正因如此,过了许久,当作者再阅读和回味彼时所讲内容,居然不知道当时为何能迸发出如此这般新奇又不乏深刻的见解。我想,这是否与口头表述的快捷、方便紧密相关?大脑一思考,立马就能命令口头表述之,而手写却很难即时地跟随大脑思维的频速,总会与大脑思维间存在一些时间距离。时间距离稍远稍长,大脑思维的内容就可能淡化,甚至遗忘。特别是随着年龄的增长,这种情形越发明显。昨晚还兴奋地思考的问题,经过一夜再准备手写时,思考当时的精彩纷呈已荡然无存,写出来的却经常是索然无味、形同嚼蜡。这种情形,是否为维柯、费孝通等曾大力赞扬口语表意的缘由所在(尽管他们并未因此而贬低文字和书写的价值,反倒为文字和书写奠定了坚实的学术基础)?

至于眼观之后的文字书写,乃是对别人思维世界的再行打量,是对既有精神成果的分享和批判,因此,它与直接观察物质事实和制度事实后的解释、书写明显不同,需要穿行在对方的精神实践和思维世界中,也需要关照作者既有的生活阅历和思想状态,因此,它必须是对阅读对象和作者生活阅历结合后的一次意义重构。正因如此,好的书评、文评绝不是刻意吹嘘捧场,而必须是深刻的反思和批评。用

时髦的话说,书评、文评中那种吹嘘捧场的文字不需要经过大脑,而严肃的学术书评、文评,一定是大脑过滤的产物。当然,当我这样说时,并不表明对本书中所收入的“眼观的法意”这组文字的志得意满;相反,与“手书的法意”一样,它还有很多不足,其中一些不足的缘由是:作为几份刊物栏目的主持人,向读者推荐所发表的文章,就是主持人手记的职责所在。因此,法意表达中着意于批判的文字只是星星点点,客观介绍、导读性质的文字分量不能不予突出。

如上对手写、口述和眼观的法意之理解,只是我在学术作业中的一种个人体验,未必能说明他人有同样的体验。但有些体验,对从事学术作业的人而言,或许有一定相通性。我的作业,尤其对口述录音整理的作业,据说感染和影响了周围一些师友,其中在北京和上海各有同人告诉我:通过看我的一些作品,他们要么开始关注学术会议上讲演的录音,要么把会议上讲演的内容事后条目化,以便有暇时专门整理成文。并且他们都强调讲演时思想的独特表达与专门写作时的不同。这是不是说明个人体验在一定程度上的公共性?果真如此,我愿再次把我的体验奉献给各位,也期望那些无暇撰文,而必须奔波于祖国各地、乃至世界各地奉献才智、贡献思想、策献法治的“嘴力劳动”者们,能够更进地关注“嘴力劳动”的法意表达,并适时转化为更易持久地保存和传布的文字的法意表达。

当然,相关的思考还提示我们,无论文字、语言如何成为一般的法意表达工具,但他们都需借助人的感官系统——手、口、眼、耳……“身体工具”来表达。因此,上苍赐予人们身体的每一个部件,作为思维世界的表达工具,是文字和语言本身所无法替代的。文字和语言不过是把对法意的思维成果通过上述工具向外推,从而实现思想者个人建功立业的“外王”理想。但思维以及身体的感官系统,不仅需要向外推这种“外王”理想,更须借助它们来实现反思自省的“内圣”工夫,这种“内圣”工夫,就是一位法律思想者法律之德性人格的养成,就是其对于法律的内在信仰和尊崇。如此理解法意与表达,那么,我们所看到的表达出来的法意,就不仅是僵硬的冰冷的书写或录音,而且能借此更进到作者有关法意的心理世界,获得与作者等量齐

观,甚至超迈于作者的思维成果。

这部书的出版,不得不再次感谢法律出版社及周丽君编辑对我的支持和宽容。同时,也要感谢促成本书书写和讲演的那些报纸杂志、学术会议、刊物专栏对我的邀约,不是他们提供的压力和动力,这些文字就无法展现其表达法意、延展“外王”的可能。

陇右天水学士 谢晖

2013年11月15日序于北京端砚居

目 录

● 上编 手写的法意

法律文化:沟通物质文化和精神文化的桥梁	3
法律文化与司法	10
传统与制度:法治文化的两种面向	17
经济入世的法律文化效应	22
美德的暴政与权利的美德	26
事实推理与常识裁判	33
地方自治与宪政	45
县制的贡献、不足和变革	54
县制、自治与法治	58
法治与沟通理性	65
在人世生活中寻求法意	70
问学论道,微言博观	73
以法为教:社会转型中民意与法意冲突的协调	77

● 中编 口述的法意

法治、传统与现行体制	83
医疗纠纷问题的多维思考	87
逻辑、价值与法律思维	90

取真与取效——民间法研究的人类学取向	
和规范学取向	93
“德治”驳议	99
原生规则、自发秩序与扩展秩序	104
以法律为核心关照法院文化	110
法律的逻辑之维和修辞之维	117
法律方法：诘难、支持及态度	122
自治、互治和他治	125
法律体系在解释中完善	130
以法律创新社会管理	134
谈法律审查及其价值标准	137
民间法与法文化	143
有关民间法的对话	150
法律方法研究的当下与当对	153
经由目的可否反推出方法？	158
法律：逻辑与修辞	161
汉语法学：语境、修辞与逻辑	165
从符号视角观察法哲学	170
“两型社会”与立法自治	173
制度批判与法律公共知识分子的参与	178
规范自治与民间法	186
歉意、法意与谢意	190
我国法律实施的问题意识和保障措施	195
法家职志，史家精神	202
文化革命、政治革命与制度修辞	209
“卓越法律人才”培养三说	216
法学研究的三种结合、三样创新	223
原生文化的制度安排	230

● 下编 眼观的法意

法治的中国进路与民间法消亡论批判	241
民间法、全球对话与纠纷解决	244
民间法、法源论与林权纠纷的民间法救济	247
软法、习惯法与民间法	250
民间法的司法视野	253
习惯法、国家法与习惯法的司法确信	256
人脉资源、关系霸权与规范竞争	259
法、秩序复制与迈向综合的法理学	262
非正式制度、政治行为与乡村纠纷解决	265
制度建设、民间法司法化与“自己人”的法	268
民间法司法适用的合法性证明	271
法源、习惯和单位自治	274
民间法、法律方法与民间法的语汇系统	277
民间规范的法学视野与民间调解的自治性	280
民间治理的跨国面向与乡土面向	283
社会与国家的纠缠与分处	286
习惯法变迁的文化向度与习惯法研究学术 梳理的新视角	289
西风、国故与司法中的民间法	292
民间法与民间文化遗产的规范保护	294
关注民族地区的婚事习惯与刑事习惯	297
宗教权威与精神秩序	300
神判、婚制与和谐的法律境遇	303

上编 手写的法意

法律文化：沟通物质文化和精神文化的桥梁

一般认为，人类文化可一分为三，即物质文化、精神文化和制度文化。制度经济学家把制度分为正式制度和非正式制度。无论正式制度，还是非正式制度，不仅仅是以规范为前提的组织构架、行为选择、符号标志和物质陈设，而且还是一套系统的观念和日常生活方式，因此，也是一种独特的文化。特别是正式制度，在现代社会组织架构中，处于主体交往和秩序构造的中枢与核心地位，不论人们如何评价正式制度，正式制度都是日常生活须臾不可或缺的，不仅如此，它更是架通物质文化和精神文化的主要桥梁。为何有这一结论？

众所周知，法律是社会生活和社会交往关系的规范表达。社会生活，既有柴米油盐酱醋茶一类的物质生活，也有诗书歌舞誉廉尊一类的精神生活。这些生活，在根本上都是一种自发性的存在，它们是和人之本性紧密相关的生活事实。在本质上，人既是物质性存在，也是精神性存在。物质性存在必然要求人们依赖物质生活以维系其身体健康，精神性存在必然要求人们依赖精神生活以保障其心理愉悦。这两种生活既可以是纯粹个人的选择，也可以是组织化、系统化的规范内容，从而形成人们的集体行动与选择。如果放任人们的生活仅仅停留于个人选择境地，不但意味着生活成本的高昂，而且也意味着社会交往和秩序的不保。

人类文明的推进，就在于把分散的主体物质生活和精神生活，结

构在有组织的规范生活中。无论在考古学上,还是在人类学上,对初民社会的探赜索隐,每每从古代的城邦、村落开始。为何如此?因为在村落和城邦里,人们的生活已经从纯粹的个人生活迈向了规范的个人生活。这或许是亚里士多德强调“人是城邦的动物”的缘故吧?强调“人是城邦的动物”,而不追究城邦生活的规范之维和制度本义,就意味着没有深入“人是城邦的动物”这一主题,也没有真正厘清以规范生活、城邦生活为前提的人类文明发展的脉络。

这已经意味着以法律为规范导向的制度文化对于物质文化和精神文化的涵摄,也意味着透过法律沟通物质生活和精神生活,是制度—法律文化的本然特征。一个国家的社会管理、社会建设如果不从制度—法律建设入手,而沉溺于形形色色的教化,其结果所突出的,也只能是教化者自身的选择,而未必是社会的选择,或者未必是被教化者的选择。即便教化这个词在社会管理、国家建设中具有重要意义,也只能是依法展开的教化,而不是根据任何个人、组织的德性作为教化的根据。这种情形就是古人所谓“以法为教”吧?在这个意义上,所谓文化兴国的使命,最终必须落实到制度兴国,或者借助制度—法律文化兴国的思路上来。

这种思路,或许与人们通常理解的文化就是诸如文学、艺术、科学、绘画、宗教、道德和精神修养等之类有所抵牾,人们期待的所谓文化兴国,也主要侧重于此种文化。长期以来,国人很期望借文化来解决一切问题。诚如林毓生所言:“五四”以来国人的基本诉求,就是借文化以解决所有问题,从而中国革命和建设的基本诉求就是一种文化诉求。在我看来,这种诉求本身并没有问题,只是它把对象主要局限于精神文化领域,而没有进一步借助精神文化变迁,寻求推动制度文化的更新,这才是问题的症结所在。所以,要真正推进和发展精神文化,就必须正视制度—法律对精神文化的涵摄与调整。

在中华民族史上,向来不乏文教传统,这种文教,尽管属于精神文化范畴,即通过文教以提升每个人的个体修养,以谦谦君子的德化目标要求人们就范于某种约定的文化状态。但很多时候,这种精神文化的追求,巧妙地借助了制度—法律才得以执行,即被升华为制

度—法律内容。其中以儒家文化为核心的一些学术主张(如德礼教化)、学术经典(如《四书五经》)、文化追求(如“诗言志”、“六艺”理论等),成为彼时制度—法律的样板,实际上扮演着制度—法律规范的功能。举孝廉、科举制等的推行,更可视作是文教制度—法律化的典范;而“德主刑辅”、礼刑并用,则直接把道德这种精神文化的核心内容纳入制度—法律规范中,从而,法律成为执行道德的工具,或者法律成为一整套德性体系。唯独对科学技术等文化现象,缺乏一种明确的制度诱导,没有形成体制化的成果,最终导致“李约瑟难题”的发生。

历史的镜像,可以映照出把精神文化结构在制度中的得失。但以制度来结构、规范、诱导、默许、鼓励精神文化,使精神文化的发展体制化,或者借制度力量与法律推进,弘扬、发展、创新精神文化,则大体可以肯定。我们不能因为前人在制度和教化中“罢黜百家、独尊儒术”,就否定制度对文化的规范功能和弘扬价值;我们也不能以晚期科举考试的八股之风,就否定通过变革考试内容并借助考试的正当程序,把更广泛的精神文化内容纳入制度规范的秩序体系;当然,我们还不能因为古代刑律以一种赤裸裸的惩罚方式执行某种道德文化,就否定法律不仅可以通过惩罚方式执行文化、执行道德,还可以通过奖励、诱导、默许、放任等完全不同的方式和规则,推助道德、学术、文艺、科技等文化现象的兴盛,并把这些现象直接纳入法律调整的范畴,使法律既成为文化的结果,也成为蔚为大观的制度文化。

法律自身作为一种文化,所面对和调整的还有物质文化。把人类生活的物质世界也纳入文化范畴理解,似乎是“文化帝国主义”的过分恣肆和扩张,是“文化是个筐,什么都往里面装”这种不无讽刺的格言产生的逻辑因由。不过无论人们怎么理解,甚至讽刺这种归类,但只要把人类的进化描述成一个文化过程,那么,人类所经历的一切,都是一种文化事实,即使人类对变化的态度、处理和规训,也围绕着文化的轨迹前行,而不是以变化为坐标,引导人的心理和行为。正是在此意义上,把人类物质生活、精神生活和规范生活皆归类为文化现象,从而得出物质文化的概念,并非文化研究者的“殖民”情结,而

是“人是文化的动物”这一结论的自然延伸。因此,陆羽才能在饮茶中发现文化;沈从文才能在服饰中发现文化;季羨林才能从食糖中发现文化;徐吉军等才能在丧葬中发现文化……

如果说人们日复一日的日常物质生活已经生成、复制和内含着某种规范的话。换言之,如果说物质文化的说法本身已经是个规范命题的话,那么,法律对物质文化的规范和调整,就是把物质文化或规范的自发性存在,升华为制度的自觉性。自古以来,人类的法律无不围绕着利益的分配这一核心问题而展开。之所以要进行利益分配,乃是物质供给的紧张所致,是人类面临的资源、利益稀缺性所致。所以韩非子强调,“……人民众而财富寡”是法律产生的根源。面对物质和利益稀缺的事实,实践的逻辑或者是放任自流,或者是定纷止争。

对此,慎到在两千多年前曾做了惟妙惟肖、又深入浅出的论述:“今一兔走,百人逐之。非一兔足为百人欲,由分未定也。分未定,尧且力屈,而况众人乎?积兔满市,行者不顾,非不欲兔也,分已定也。分已定,人虽鄙不争。故治天下及国,在定分而已矣。”倘若慎到是从规范事实视角阐明问题的话,那么,进一步从价值追求视角寻求问题,则“分未定”之状态,是一种面对物质匮乏、利益稀缺的原初选择和野蛮状态,而“分已定”之状态正好相反,是一种面对物质匮乏、利益稀缺时的规范选择和文明机制。以野蛮应对物质匮乏、利益稀缺,埋下了人类自残的种子;以文明应对物质匮乏、利益稀缺,则开出了人类繁盛的通衢。只要人类的物质生活是在交往关系中进行的,而不是纯粹的私人生活,则以制度规范的文明来防治无序“逐之”的野蛮,是制度—法律文化规训物质生活,提升物质文化的必然选择。

近代以来人类物质生活的发展,其规模已然燎原全球,其方式明显分工合作,其背景依旧人多物寡、供不应求。这种规模、方式和背景,决定了以制度文化规训物质生活,或者使物质生活更具有文化属性,就必须更进一步地运用法律的统一性、规范性、利导性来推进物质利益的分配和主体交往的合作。在此背景下,法律控制链条的断裂,意味着人类物质生活和利益分配的必然失序。这正是法治秩序

成为不同国家共同追求的基本缘由,也正是在国际社会,也必须以国际法或者冲突法为准,建立国家间、国际组织间、私人主体间跨国交往、跨国贸易的交往秩序之基本根据。所以,只有法律及法律文化的在场,这种规模、方式和背景下的经济合作才有可能,否则,法律的离场,只能导致在混乱竞争中野蛮和战争的登场。

当然,人们生活的事实是:物质生活和精神生活并非截然两分,反之,每每是物质生活和精神生活的相互伴生。一位骚客一边饮酒,一边吟诗;一位老农一边犁地,一边思考;一位牧羊人一边放羊,一边歌唱……这些,都把人的物质生活和精神生活结构在一起,把物质文化和精神文化勾连成整体。在这个意义上,似乎物质生活和精神生活、物质文化和精神文化不存在需要通过法律文化结构和勾连的问题,法律文化作为沟通物质文化和精神文化的桥梁也就是个多此一举的伪命题。

然而,生活的上述事实替代不了人们的分类和分析,也替代不了生活的另一种事实。为此,须继续分辨的是:即使人类的物质生活和精神生活并不是截然两分的,也不意味着物质文化和精神文化的分析思路是无效的。特别是随着社会管理的进化,“劳力者”和“劳心者”的分工,过去是一个基本事实,今天更是一个基本事实。“劳力者”虽然也会随时生活在某种精神世界,但并不意味着他就是精神产品的生产者,并不意味着他们必然会逃离社会分工的约定,成为科学家、文学家、教育家、法律家……同样,“劳心者”虽然也会随时体验乘坐旅具的愉快,享受品尝美食的惬意,但并不意味着他们一定要成为旅具和美食的生产者。精神生产和物质生产的分工,决定了精神文化与物质文化虽然勾连不断,但也张力明显。也决定了对两种生产、两种文化必须进行理性的规制和沟通。这种理性规制和沟通的基本方式,就是法律或者以法律为规范前提的制度——法律文化。

所以,日常生活中物质文化和精神文化之间的结构或勾连,乃是一种基于人类本性的自发性结果。它没有也不可能真正勾连物质文化和精神文化的分野,因此,就需要一种更理性的勾连或结构方式。这种方式就是设法抽象出人们物质生活和精神生活的规定性,升华