



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

许章润

许章润，法学博士（墨尔本大学），清华大学法学院教授，主治法理学与宪政理论。

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，既是挽狂澜于即倒的紧急应对，更是针对“中国问题”与“人生问题”^①，实现文化—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

^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。参见梁漱溟：《谈中国宪政问题》，载《梁漱溟全集》，第 6 卷，496 页以下，济南，山东人民出版社，1993；《中国政治问题研究》，载《梁漱溟全集》，第 6 卷，758～760 页，济南，山东人民出版社，1993。

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，亦粗现雏形。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 20 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。

一、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，与毛泽东氏同庚。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

^① 参见许章润：《以法律为业——关于近代中国语境下的法律公民与法律理性的思考》第二部分“现代社会中的法律公民”，载《金陵法律评论》（南京），2003 年春季号，14 页以下。

正好一代人。因为吴氏出道于 20 年代中期,至 30 年代中期蔡教授登堂入室、辟雍谠论之际,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;20 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;30 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,30 年里斗与被斗,将龃龉寓于共存,为第四代;1977 年后经由高考生读法律院系的,历经 20 载春秋磨炼,蔚为今日法学公民主体,为第五代。

第一代法学

第一代法学家成型于清末民初,其主要人物大略包括沈家本、梁启超、严复、伍廷芳和王宠惠等诸公。这辈人构成复杂,既有前清名宿,若沈家本、董康乃至薛允升者;^①又有洋装新秀,如伍廷芳和王宠惠这样的留学生;更有像梁任公、严几道这样来自逊清,却成为新时代的启蒙大师的伟大人物。

当其时,身肩士大夫与知识分子双重使命,这辈人东西文化兼有,新知旧学混然,于承先接后、媒介东西间,将修齐治平的浩然理想落实为日复一日的“以法律为业”的持敬践履,真可谓“经明行修,一国清选”。其对西学新知的接受和传统资源的吐纳,大开大合,席地幕天;其对法制与法意的阐释,对于人生与人心的解悟,或壮阔广博、闳中肆外,或细致精微、钩沉索隐,开启了此后百年间中国法学诸多思绪的先河。微观来说,对于帝制中国传统刑法的研究,无人得谓堪立《历代刑法考》之右;就宏观而言,则今日许多话题,早已于任公那支饱含情感的笔下汩汩流出,启发、鼓舞了一代代热血青年,今天依然振聋发聩。若论日复一日,研索经典的功夫,《法意》的译者真正是知识分子的楷模,绝非自诩什么

^① 薛允升生于 1820 年(嘉庆二十五年),卒于 1901 年(光绪二十七年),享年八十有二,并未及见清末变法,更未躬身新法学的创议。但是,薛允升的浩繁著述却为编订过渡性法典《大清现行刑律》之主要参考,而后者与清末新刑法乃至民国刑法的制定实有津梁之关联。同时,晚清以治律成名并具特殊历史地位者,首推薛允升与沈家本,二公均为我国法学承先接后的人物。故此,也不妨将薛允升列入“第一代”。参见华友根:《薛允升的古律研究与改革——中国近代修订新律的先导》,339 页以下,上海,上海社会科学院出版社,1999;黄静嘉:《清季法学大家长安薛允升先生传——一位传统法学的殿后人物》,将刊于《清华法学》第五辑。

主义,却绝不肯下功夫读书的虚骄浅薄之辈所能想像。而要说比才气讲学养,上述诸公,哪一个不是学富五车、才情横溢、昆山片玉、倚马可待之士,哪一个不是吞吐六合、真正具有国际眼光、放眼长远而近处着手的睿智君子。今日来看,穷弱老大之国竟然出了个王宠惠(以及第二代际的吴经熊),在国际法律论坛上庶几占有一席,正像好歹有个胡适之,代表中国文化人出头露露面,也真是奇迹,也真是苦难中国的福气。如此这般,他们不仅完成了对于传统律学的终结,并且开启了现代法学的先河,中国的法律智慧由此不绝如缕,赓续发扬,若非20世纪中期以还长近30年的荒废,则成果必然辉煌无比。劳筋骨,伤肺腑,始作俑者大豪杰,是为第一代法学家。

第二代法学家

第二代阵容齐整,举其荦荦大端者就有王世杰、杨鸿烈、程树德、钱端升、吴经熊、徐朝阳、梅汝璈、胡长清、林纪东、张志让、张君劢、丘汉平等人。有第一辈启蒙垫底,不少复有负笈海外的陶冶,这辈人均学有所成,各精一业,马工枚速,蔚成专家,而各因世道人心的遽变,雄才不展,未臻大家。^①但是,其为一个民族的法律生活发言,代表着一个浩瀚人文类型的法律智慧,因而,其学其著,即便置诸世界学术之林,亦有其不可取替之地位。如果说第一辈法学家中的不少人堪称民族法律生活的精神导师和精神领袖的话,那么,第二代或者为官,或者治学,只能各守职业与专业领域,而恪尽精神导师之担当于不懈。20世纪中叶以后,他们各有其选择,也各有其浮沉,为中国近代法学史涂抹上一笔浓重而惨烈的色彩。今日回味,犹且不堪重负。不管在海峡的哪一边,固守中国时空还是乘桴浮于海,顺通或者横逆,从道抑或从势,总的特点都是,面对纷纭世事、惨烈现实,要么固有的学问失去精进的时空,要么黑云压城,满肚皮智识只能任其湮灭,作哑巴状。命大的,熬到晚年赶上情势好转,却已被整得人如枯槁,心如死灰,即将油尽灯灭之际,已然无所用世了。杨兆龙氏即其显例,与杨氏同辈的绝大多数同行,也同样无逾其例。即便还能上台跑跑龙套,如钱端升,垂垂老矣,也是连花瓶的装点效用都无以发挥了。——30年的高压政策,谁说没有效果?!

第三代法学家

第三代包括蔡枢衡、王伯琦、李浩培、倪征燠、戴修瓒、陈谨昆以及王铁崖、韩德培等先生,论年龄或与第二辈中人相仿佛,而于学术谱系言,则正为一代。其教学也有方,其治学也卓然。留下来的著述,落地铿然有声,今日捧读,犹见硕学风采。不仅与上一辈法学家不分伯仲,而且因有上两代积累的底子以为基础,益有精进严深处,而构成我华夏民族法律思想学说之重要遗产。其中,如

^① 此处仅就法学而言,未及他域。如张君劢先生为儒学高人,当然是一代大家。

蔡枢衡先生所撰《中国刑法史》，是《历代刑法考》之后，汉语同类著作中最为杰出者；如李浩培先生、倪征燠先生和韩德培先生的国际法研究，真正堪谓世情通达、具有国际眼光。

但是，与第二代法学家一样，这一辈学人同于壮年遭遇整个国族急剧转型时期，多数情形下欲语不得，只好封笔，沉默中打发了满腹经纶，于其中一些人而言，则是永远封埋。多数人更是惨遭整肃，身心俱伤。“待到山花烂漫时”，却已然垂垂老矣，心有余而力不足。20世纪80年代中期，曾秉钧教授曾经自况，“一卷在手，一目了然；一卷释手，两眼茫然”，实为其全体之一斑。笔者求学之时，多少还能见到这辈学人的蹒跚身影。手拎一袋书籍慢慢走过，满头银丝，布衫简履之下，一身光辉，书卷气息顿然氤氲于校园，曾让年轻的心跨过时空阻隔，遥想一个早已逝去的繁华梦景；侧面斜视，周围的壮年教师，那些“从公检法归队的”，更加“不像知识分子”，益发增加了祖孙两代人之间的共同语言。这种特殊的“祖孙两代人”之间才有共同语言的情形，是这一特殊历史时段所出现的特殊景象，我们这拨人，不少想必都曾有过这一心灵历验。嗟乎！“桀，吾与汝偕亡！”是的，摧残士气，必驱成一邪魅世界；灭亡的，是中国人的生活本身。其疑乎？其欺乎？

第四代法学家

第四代则为大陆换帜前后求学、出道的。这辈学者大多经历坎坷。一些人自始即被打入另册，直至家破人亡。如江平教授，自莫斯科大学法律系毕业回国，赶上大鸣大放的“阳谋”时节，年不足而立，而家破人亡，身心俱受摧残，从此被迫沉默20年，在劳力与诛心的炼狱中听任流年似水。对于多数人来说，青年读书，而校园内外如火如荼；壮年遭难，轻则干校，重则牢狱，在整人与挨整中，彼此简直都是一佛出世，二佛升天，而绝大部分于一场一场的“阳谋”中重复登台，终遭整肃，美好年华被迫付与错乱；中年重归书斋，亡羊补牢，奋笔疾书，起起仆仆，孜孜不倦，奠定了20世纪80年代以降法学教育和法学研究的基础。如笔者这拨人，若说慢慢渐能独立研究，一些人甚至著书立说，则起点实为他们当年编的那些东西；若说今日发现原来走了那么多弯路，则原因就在那“起点”实在欠缺扎实，甚至一开始路向就歪斜了。这辈人现在多为七十来岁，垂垂老矣，不乏功成名就者。一些人老而弥坚，有钱有势，陈言滔滔，宪章学伐，做派老大。不过，若从长远学术史看，也仅着眼于学术，则多乏善可陈，可得流传后学者绝无仅有，亦为今日所可断言者。

较第四代稍早，却又似乎算不上第三代际的，如王名扬先生、谢怀栻先生，学问精湛，而生不逢时。侥幸活下来，却赶上一个学术规则腐败的时代，他们不免显得迂腐，只能退守书斋。王名扬先生留学法国，壮年归国，不旋踵即遭整

肃；晚年好歹有机会重上讲台，可万马齐奔，只手擒云，各拿出家藏机巧，先生不敌，又只好退避三舍，面壁向隅。“白发书生神州泪，尽凄凉，不向牛山滴”，转借诗意图用来状述王先生，却如此淋漓。如谢怀栻先生，1958年戴右派帽，4年后遣送新疆，劳改17年，一如同时代的许多知识分子，历经磨劫，看尽人世苦难。所幸有弟子张罗，复读“民商法”专业洋洋自得于工商经济时代的光，这才未被这个世界遗忘。可韶华不再，纵然亡羊补牢，毕竟桑榆晚景，只是一抹落山夕阳而已，再也不可能挽回晴空万里艳阳天。^① 凡此人物与事件，遭遇及其悲情，所在多有，触目惊心，构成我民族百年法学传统中之最为深重的一页。

第五代法学家

第五代就是若区区之四十上下到五十出头这一拨了。这一代际的法律从业者，多为打倒“四人帮”以后经由“高考”入读法律院系的，最早不过77级，最晚也就是到80年代中、后期，间有此前的极少数“工农兵学员”。这前后十来年间的法科毕业生，身家背景极相轻，而学术同辈之间，年龄差别却几乎有一代人之巨，亦非罕见，为这一代际同侪的特有现象。赶上全民族“攀登科学高峰”，进行“四个现代化”建设的“大好时光”，论学习环境，远较第四代优渥；论求学热忱，恐怕是20世纪中国最为拼命的一代人；而若论身心资源，则不少人经历了中国现代史上惊心动魄的岁月，“正反两方面经验教训都很丰富”。天时地利人和一齐而来，积而至今，法学界出头露面的，不少都是这一代际的，俨然挑大梁。

至于四、五代之间如今60岁上下的法学从业人员，与第五代或师友或学友，与第四代要么执弟子礼，要么大大咧咧称兄道弟，非五则入于四，出四则归于五，于学术谱系言，并不构成一代。若论学术品味，多数最为不堪，真正是“要啥没啥”，已无须盖棺即可论定。实际上，第五代的“正反两方面经验教训”，不少即直接来自他们以及更上一代具象的“言传身教”矣！

二、代际特征及其时代内涵

五代法律公民，总体背景相同，即都生长和栖息于中华民族三千年未遇之百年社会—文化转型时段，共同献身于中国文明新型法律智慧的创生与累积过程，以前赴后继之接力赛跑，恪尽各个特定时段的特定使命，道尽各个特定时段的特殊困境，而连缀为一大历史断面，演绎成一大法学岁程。若说差别，则各有担当，也各有进路；各有机遇，也各有困境；各有贡献，也各有局限。非古非今之

^① 参见梁慧星：《谢怀栻先生从事民法50周年贺辞》，载《民商法论丛》，第2卷，1~4页，北京，法律出版社，1994；谢鸿飞：《谢怀栻先生访谈录》，载《环球法律评论》（北京），317页以下，2001年秋季号。谢怀栻先生逝世后，学界续有悼文发表，参见“法学时评网”（www.lawintime.com）。

际,不中不西之间,苦恋苦斗,将中华文明渐引向“法制中国”的跑道,演绎出一道百年法学风景。在以下的篇幅里,笔者将继续沿用代际体例,逐一说明。

第一代法学家

第一代法律公民为一新旧人物的混合体,也是现代职业法律人正式登台之前,以士大夫、官宦和学者共同拼组的一支特别法学阵营。不少人更是一身而三任,面对时代难题,左冲右突,拳打脚踢。其最主要贡献在于,论事功,则推转旧制,嫁接新制,奠立百年社会—文化转型基础,而与此后的国、共建制,连绵为一长程接力整体;论言说,则采撷律学,征引西学,开启法学,尤以开启现代汉语法学垂史,而成我民族法律智慧承先接后之一页。论具体学术用力方向,无论是秉传统律学梳理刑法之衍变,还是按照西方理念阐释现代宪政民主与代议政治,均各有擅长,发而为文,已成百年法学殿堂的奠基之石,正有待于后人今日细细咀嚼。

若说第一代法学家的遗憾,则类如梁任公者(1873—1929),双目炯炯,天纵英慧,而时势窘迫、荆棘载途、存亡危急之秋,救国第一,暇不暖席的情形下,不得不亲自上阵。自公车上书而司法总长、财政总长,宦海浮沉中名利场上蹚一趟浑水,学术乃成救世之具、用世之器。虽然计其一生,如其夫子自道,“未尝一日不观书,未尝一日不命笔”,而“出仕”在位时间实际上总共不过三年^①,但进进出出,忙前忙后,其分心可知,其用心可知。贺麟教授论谓佛学大师欧阳竟无“其所述作,均切于身心,激于悲愤,故皆弘毅瓌伟,精力弥满,感人甚深”^②。若用来状述任公,亦为的评。但也正因为此,其著述启蒙力量有余,而学理论说不足;鼓荡人心虽万人空巷,而解释人生则不遑沉潜。中西比较,犹如严几道《法意》批注种种,每多牵强,鲁鱼亥豕;法理研判,因无实际法科研修的历练,则想当然耳。而大人物开风气,一言九鼎,应者风从,则弊从利生,影响及于天下。

若伍廷芳者(1842—1922),为近世中国留学西方获得法律学位之第一人,也是1876年自“林肯律师堂”毕业后,以华人之身而获英国律师执业资格之第一人。在英交郭嵩焘,1882年投身北洋幕府,位至二品。1898年2月上《奏请变通成法摺》,竭陈“轻典重典,时为损益,伊古以来,帝王不相沿袭”之理,^③吁请变法维新,可能是“体制内”对于大清法律不得不改之局最为清醒之人。1902年,与沈家本同任修律大臣,由此开启中国法律与法学的现代历程。道不同不

^① 参见范忠信:《认识法学家梁启超》,收见范忠信编:《梁启超法学文集》,6页,北京,中国政法大学出版社,2000。

^② 贺麟:《五十年来的中国哲学》,7页,北京,商务印书馆,2002。

^③ 伍廷芳:《奏请变通成法摺》,载丁贤俊、喻作风编:《伍廷芳集》,50页,北京,中华书局,1993。

相为谋，终与清廷决裂，举事辛亥，追随中山先生，掌外交与财政。遗编《大清新编法典》，著作《美国观察记》、《共和关键录》等，后人辑有《伍廷芳集》。^①综其一生，若论法律领域的事功，当首推清末变法修律，引进西方法制与法学。清末变法修律亦即移植西方法制，而真正了解西方法制，讲明道清，懂得从何下手，进而转圜为实施，当事者还是首推伍氏，则秩庸公厥功变法，当可想像。平心论史，仁心论人，公心论事，超然之心论学，我们不妨说，正如非梁任公“超过”沈家本，沈寄簃亦未黯伍秩庸。后世之人居间排比，正属于不惧深浅也不明深浅。盖凡此先贤，皆属非凡之世之非凡之人，各有非凡之担当，也各有非凡之表现，各有非凡之困局，也各有非凡之超越，彼此无法替代，而连绵为一大的历史场景，并奏而成一大时代合唱，哪里是非此即彼的简单排比所能穷概！73年前，寅恪先生曾谓：对于古人立说之“用意与对象”，应予“真了解”。“所谓真了解，必神游冥想，与立说之古人，处于同一境界，而对于其持论所以不得不如是之苦心孤诣，表一种之同情，始能批评其学说之是非得失，而无隔阂肤廓之论。”^②回首既往，正视当下，诚哉斯言！

若董康者（1867—1947），如同伍廷芳，“一生而历二世”。始则参与清末变法修律，继则出仕入宦，后复供役民国立法，执业律师。其间，与王宠惠共同负责编纂刑法，修订民诉程序，均为当记当述者。至抗日战争爆发，投身敌伪，晚节不保为止，出入法律界前后凡50年。著述亦颇丰硕，主要有《日本讲演录》、《刑法比较学》、《民法亲属继承编修正案》以及《中国法制小史》、《前清司法制度》，等等。综其一生，道术多变，游弋于从势与从道之间，迹近三松堂主，实为处急剧变革时代而不甘寂寞也无从寂寞之人，受时代拨弄，便反过来拨弄时代的典型。法律是一项世俗的职业，法学则为一项精神的事业，法学家于是身处俗世与精神、从道与从势的夹缝之中。倘成就卓越，难免树大招风，受各方压力，心力不敌，于是极易失足。自第一代而下迄于今，法学家乃至广义的“知识分子”的角色定位问题，一直令人挠头，教训正多。有关于此，本文最后一节还将论及。

若王宠惠（1881—1965）者，20世纪初年，中国得谓真正了解西洋法制，亲历亲述，惟氏与伍廷芳二公而已。先生字亮畴，1881年生于香港，祖籍广东东莞。据说，因宗教原因，自祖父云琛公始移居香港。家学渊源，祖、父两世均为基督信徒，先生亦不能外。在耶鲁法学院攻读期间，交孙逸仙，据说对这位伟大的先

^① 近人研究伍氏的成果主要有：张云樵：《伍廷芳与晚清政治改革》（不详），林达：《转变中的中国：伍廷芳（1842—1922）的作用》（加州大学洛杉矶校区博士论文，1970），以及张礼恒：《从西方到东方——伍廷芳与中国近代社会的演进》，北京，商务印书馆，2002。

^② 陈寅恪：《冯友兰中国哲学史上册审查报告》，载《陈寅恪集》之《金明馆丛稿二编》，279页，北京，三联书店，2001。

行者影响甚多。辛亥举事，旋任民国外交部长，年仅 30。此后宦海浮游，学而优则仕，终其一生，魂栖台岛。虽法科出身，亦以法学名世，但今日汉语文明法律后学耙梳剔抉，所能津津乐道者，惟将《德国民法典》译为英语一事，拟宪法草案一举，出任海牙法院法官两回。后学编辑《王宠惠先生文集》，虔集一生文字成册，凡论文、讲演和书札，庶几得谓遗溉汉语文明法学。笔者曾言，一如同时代的许多知识分子，先生生于危难，长于忧患，救国第一的情势下，治学乃成余业。而国难连连，捉襟见肘，只能有一份力当两份使，拳打脚踢，犹嫌不足。先生攻读法律，但就法学之为一专业言，法学家之为一专门家言，先生言论歧蔓而无所归，终亦不能不让人扼憾。而且，身为一代法学名家，除开九篇宪法论文，其他竟然乏善可陈，也确乎不能不让人顿生盛名之下的唏嘘了。^① 可正是在此，我民族法学先贤筚路蓝缕、开启山林的困苦与功德，恰恰展现无遗，而当为吾侪后学所诚心景仰而竭心追索者。

第二代法学家

第二代法学家多受过正规法学教育，领军人物不少留洋，科班洋举子出身，幸能亲炙具有深厚传统的西方法律文明，辗转推陈，发而为汉语著述，一下子将现代汉语文明法学水准提升至相当层次。民国《民法典》适于其间颁行，其立法技术和理念，正堪说明。从时间来看，民国肇始，原有的第一代多数一下子遽然歇息，中经十余年过渡，十余年积累，至此乃见成效，于是有一批新秀登场。1924 年，近世中国法学史上占有重要席位的两员，钱端升和吴经熊，同年自美归国，一哈佛而清华，一密州而东吴，南北布道，蔚为象征。如前所述，他们遭遇新问题，秉持新理念，试用新范式，现代汉语文明得谓有真正法学，始于此辈手中。

如同第一代，这辈人同样生于危难，长于忧患，真正得能用世，前后总和不过 20 年左右。而身处国、共夹缝，抗日救国第一，社会改造第一，“革命”第一，空间其实有限。因而，1949 年以前，若学养已足，著述行布于世，尚能以一分耕耘一分收获聊以自慰；倘东西南北呼号，校园内外奔走，党内党外出入，忙忙叨叨，上上下下，若雷洁琼氏，终其一生，必无所指陈。而第二代中的不少人，似乎的确也自觉或者被迫地忙忙叨叨。少数人后来流散海外或者台岛，如张君劢、林纪东、胡长清、史尚宽等，乱世尚有一隙，幸能于壮年坚守学业，将学统赓续，可谓学有所成。多数于大陆城头换帜后，自觉或者被迫洗心

^① 参见许章润主编：《清华法学》，第一卷·第一辑，368 页以下，北京，清华大学出版社，2002。王先生的一生著述，除收入《王宠惠先生文集》中的以外，其他著作如收入商务印书馆“万有”丛书中的《国际联盟》，散篇论著如《四权之行使及其支用》（载《中华法学杂志》，1931 年第 2 卷第 7 期）、《比较法学国际会议续闻》（载《中华法学杂志》，1931 年第 2 卷第 12 期）、《大赦权之运用》（载《社会杂志》，1931 年第 1 卷第 1 期）等，尚有待搜罗和整理。

革面，所学尽弃，以迄于终。身逝学息，不待已叹而已为公憾！而自宏观言，则象征着自清末变法改制后积三代人而渐次形成的法学传统，拦腰截断，消歇待续。因此，从百年法学史着眼，第二代法学家的前、后半生，恰为两个岁程。^①

若钱端升先生（1900—1990），弱冠放洋，风华正茂归国，1924年秋，25岁执教清华，由常春藤盟校的天之骄子成为中国最高学府的大牌教授。此后的28年中，如其夫子自道，“主要以教书为业，也以教书为生”^②。虽生逢战乱连年、山河破碎之际，而不免于颠沛流离之苦，但总起来看，前半生较为顺遂的人生，使得他的心态亦为平和谦达，影响及于学问，相对而言，避免了多数近代中国知识分子希望毕其功于一役的焦躁和激进，秉持了一个冷峻的宪法学家的专业本分。作为一名专治政治制度与宪法学说的学有专长者，钱先生除撰有《德国的政府》和《法国的政府》二书介绍欧西大陆国家的宪政外，合作编撰的《比较宪法》及前后撰著的有关宪政的论文，均秉持此种热心肠说冷话的风格，堪称行家手笔。可是，让我们这些后学感慨不已的是，这样一位理性而冷峻的宪法学家，在“城头换了大王旗”之后却也不免于天真，有过小小的热闹，跑龙套而乐得不自知。1957年，在北京政法学院院长座上，先是揭批他人，不旋踵即成“罗章联盟”的“大阴谋家”，与法学界戏污为“山中宰相”的韩德培等名教授同被冠以“大右派”衔，结束了“当花瓶”的历史使命，从此匿踪二十余载。洋洋万言的“我的罪行”的检讨^③，其之痛自诋辱，今人读来不敢相信自己的眼睛，而在当时却是常态。更有甚者，被自己的弟子“以革命的名义”严词叱责、当众唾骂，普天之下，古往今来，恐怕是这一代中国知识分子独有的辛酸人生。^④ 二十三载春秋里噤若寒蝉、闭关却扫。^⑤ 再度复出，已是耄耋老人，韶华不再，虽有重上台面的场合，毕竟虚应而已。晚年检搜旧作，编成一集，坦言“对实际政治的天真”，感慨“理想与

^① 参见许章润：《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》，第三节以下，载《比较法研究》（北京），2003（6）。

^② 钱端升：《我的自述》，收见钱端升：《钱端升学术论著自选集》，696页，北京，北京师范学院出版社，1991。

^③ 钱端升：《我的罪行》，载《人民日报》（北京），1957-08-06。

^④ 原北京政法学院教务处编辑的《教学简报》1957年9月号的一段记载，如今读来若搞笑，但在当时却是“正面报道”，义正词严。其中，如“青年讲师某某某激动地站起来说：‘钱端升，你这个大右派！’”等语，如今读来不敢相信自己的眼睛，而在当日，却是家常便饭。另见北京政法学院国家法教研室二、三、四年级部分师生联合批判小组撰：《批判王世杰、钱端升著《比较宪法》》（北京，1958）；许章润：《所戒者何？——钱端升先生的宪政研究与人生历程》，收见《清华法治论衡》，第四辑，北京，清华大学出版社，2004。

^⑤ 据美国汉学家R. A. 斯卡拉皮诺回忆，劫后余生，钱端升曾经凄然叙说：“23年啊，我被当作一个不存在的人，不能教书，不能写作，甚至不能去看望北大的老朋友。”见赵宝煦、夏吉生、周忠海编：《钱端升先生纪念文集》，32页，北京，中国政法大学出版社，2000；该书收录的钱端升先生子女的回忆文章中也说：“到了1957年以后，由于爸爸不愿迁‘祸’于人，所以很少主动与过去的老朋友来往。”具体情形请参见该书钱氏子女钱大都先生等人的文章，52页。

现实的差距”，平静前瞻，嗟求“读者若能以我为戒不亦可乎！”^①至此，生命已走到了尽头，学术生命更是早已结束，更无论立说成派了。此不惟端公一人遭遇，同一代的许多人，譬如梅汝璈者，情形亦然。而人生惨烈若杨兆龙氏，如后所述，更是让人不忍回首。

如吴经熊先生(1899—1986)，20世纪前半叶的世界法学舞台上，出头露面的中国人，当数他为第一，为中国人长脸增光。可是，今日读其遗著，除开其所用语言本身即多为英文不论，论理念论范式，亦无一不是英美派的西方的。隐其姓名，瞒称作者乃英美某国人氏，也不会遭致太大疑问。因此，称吴先生为“中国的”法学家固然正确，可此“中国的”三字，我们要明白，仅具 ethnic 意义，而非作为中国法律智慧的发言人，作为中国文化有机组成部分的中国法学的申说者，向世界文明贡献其独特的规则之治与生存之道。毋宁，其不过乃 19 世纪以还，在诸多后发被殖民国家都曾出现过的那种文化“同化”现象中，其归化程度较高的一员。1938 年 12 月 18 日，吴氏皈依罗马天主教，不过将此予以具象。因此，虽然吴氏的《法律哲学研究》中亦有诸如“中国旧法制底哲学的基础”、“唐以前法律思想底发展”之类的论述^②，可那更像是一个“汉学家”的手笔，如笔者之后人今日捧读，略迹原情，叹其雅洁而有情，惜其失诸简陋，正如惊叹其对于古典诗词鉴赏之蓦然而飘逸之纯粹中国士子口味，实也就怪而不怪了。事实上，此种“中国人像美国人一样说话”的情形并不止于法学界。胡适之先生年纪轻轻即以《中国哲学史》名世，可我们要知道，正如金岳霖所言，此书给人的感觉就像“一个研究中国思想的美国人”写的。同样的情形，亦可从冯友兰氏《中国哲学史》中看到，所以陈寅恪先生才会在表扬此书“取材谨严，持论精确”之后，正是从“今此书作者，取西洋哲学观念，以阐明紫阳之学，宜其成系统而多新解”这一点，竭陈“凡著中国古代哲学史者，其对于古人之学说，应具了解之同情，方

^① 钱端升：“自序”，收见钱端升：《钱端升学术论著自选集》，3 页，北京，北京师范学院出版社，1991。

“反右”“阳谋”进行之际，钱端升曾任院长的北京政法学院主办的《政法教学》上，以“刑法教研室”的名义发表了一篇题为《驳斥资产阶级右派分子对我国刑事立法和审判工作的污蔑》的长文，其中一段话，堪能说明新政权对于钱端升、杨兆龙们的实际看法：

对于旧法学家的情况，应该有正确的估计和分析，学旧法的人，几乎都是从剥削阶级出身，长期受着资产阶级教育，渗透着资产阶级反动的旧法观点。他们至多也只懂得一点反动的法律，对人民的法律，他们是根本不懂的，必须从头学起。绝不能笼统地说学过旧法的人便懂得法律。……另外有一些所谓的“老法学家”，如杨兆龙、钱端升之流，顽固地拒绝改造，旧法观点原封未动，解放已经八年多，仍然在搞反党反社会主义的阴谋。对于这样的所谓“老法学家”，人民怎么能信任他们来立法？即使他们参加了工作，也不会做出对人民有益的事情。他们本来就是旧社会的官僚政客，是欺世盗名之辈，真正“不学无术”的人。

参见《政法教学》(北京)，1957(1)，4~12 页；并见同期批判吴恩裕教授的“檄文”。

^② 吴经熊：《法律哲学研究》，目录，上海，法学编译社，1933。

可下笔”，否则，“其言论愈有条理统系，则去古人文说之真相愈远”之理。^①郭沫若氏《中国古代社会研究》，陶希圣氏《中国社会之史的分析》等等，多少亦均为此种“其言论愈有条理统系，则去古人文说之真相愈远”之例。近20年间出版的众多中国法制史教材和论著等，以庸俗历史唯物论解释中国历史上的法制，虽更不足论矣，但是，由此反映出来的民族心智仍然被缚于19或20世纪西方某一种学说这一情形，却确乎更加令人触目惊心。与钱端升一样，吴经熊25岁回国即为东吴教授，可谓少年得志，谈笑封侯。但是，即便若吴氏等人，其民族悲情亦同样难以掩饰，发而为笔下波澜，所以才会喟然如此慨论：“中国不但将步入一个法律的‘文艺复兴’——它将改变这个世界上最古老的民族；而且在实现这一蓝图的过程中，我应当发挥孟德斯鸠式的作用。”^②而现实总是残酷的，这或许可以解释为何“吴博士”终皈依耶门，埋首译经中接送晨钟暮鼓。^③

若王世杰先生（1891—1981），亦学亦宦，学为宦用，终以宦海了结。留学英、法，获伦敦大学学士、巴黎大学博士学位。返国后，20世纪20年代初与胡适之、王西莹联袂主办《现代评论》，在北大和武大有过一段不长的教学生涯。自武大校长，至司法部长、教育部长、外交部长，以及后来的台岛总统府秘书长，出入府阁，一生学而优则仕，并在蔡元培、朱家骅和胡适之诸位先生之后，出掌第四任中央研究院。晚年在台武大校友为先生寿，辑集示贺。^④一卷文章，应景之作有之，急就之章有之，多少不免乏善可陈的窘迫，虽贤者亦难以讳，哪里堪当“大法学家”的美誉。近世中国处五千年未有之大变局，民族存亡危急横亘眼前，知识分子，留洋学生，纷纷从政，图求报国救国。国共两党的不少才俊之士，其来有自，即在于此。王世杰宦海浮游，位至阁僚，而得以全命善终，仰赖谨慎小心、中和谦逊处不可谓少，属于“会当官的”那一类。楚地学人得老庄沾溉，虽难尊龙位，却善于游泳，全身不成问题。可作为学者，则以此性格用之于治学，

^① 参见陈寅恪关于冯友兰著《中国哲学史》的两篇审查报告，收见陈寅恪：《陈寅恪集》之《金明馆丛稿二编》，279页以下，北京，三联书店，2001。

^② 转引自[美]安守廉、沈远远：《“法律是我的神明”：吴经熊及法律与信仰在中国现代化中的作用》，季美君译，载《湘江法律评论》，第2卷，207页，长沙，湖南人民出版社，1998。事实上，在1921年11月23日致霍姆斯大法官的信中，吴氏亦谓：“作为一个中国人，我要拯救我的国家，启蒙我的民众，振奋我的民族，使中华文明跟上时代的步伐”。正因如此，将近三年后，1924年4月5日，吴经熊归国前夕，在另一封致霍姆斯大法官的信中，满怀深情地预言：“本世纪将目睹世界最古老国家的再生，一个中西联姻的婴儿的诞生，我将在这场光荣的运动中发挥自己的作用”。载[美]安守廉、沈远远：《“法律是我的神明”：吴经熊及法律与信仰在中国现代化中的作用》，季美君译，载《湘江法律评论》，第2卷，218、222页，长沙，湖南人民出版社，1998。

^③ 参见许章润：《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》，载《月旦民商法杂志》（台湾），第三期，2004。

^④ 武汉大学在台校友会编：《王世杰先生论著选集》，台北，武汉大学台北校友会自刊，1980。关于王世杰生平，参见朱传誉主编：《王世杰传记资料》，台北，天一出版社，1985。

虽未堪称病，却难以称利。相比之下，徐道邻年未及而立，而华章锦绣；投身宦海，却一筹莫展，道出的却是另一番滋味。徐氏在《论政治家与学人》这篇文章中即曾慨言，从政需要机会，含有命运的成分在内，非当事人所能主宰；“但是作学问则一分耕耘，一分收获，绝少机会的成分在里头。”如此言说后，似乎有感而发，乃作如此感慨：“然而事实上，竟有不少有才华的学者，放弃了他们有把握的学问不做，而到没有把握的政治里头去翻筋斗，真是使人难解！”^①的确，凡此足令后世之人索隐者，中国近世法学史上正不胜其多呢！

若杨鸿烈先生（1903—1977），少年成名，而老无所用。值社会急剧更革动荡时刻，始则离国，继则归去来兮。1956年自港返国后，在广东省文史馆员任上寂寂以终。论其成就，则以《中国法律发达史》、《中国法律思想史》和《中国法律在东亚诸国之影响》为代表，正如论者所言，“经受了半个世纪的时间检验”^②，已成典范之作。今日治中国法制史者，无人能够绕过杨鸿烈这座桥，正是明证。杨氏出版此三种代表作后即不再言声，原因甚为复杂，但社会更革剧烈，民生涂炭，人心惶惶，读书人处时代夹缝中无以措手足，亦难辞其咎。其实，类如杨鸿烈氏者正有人在，可能，后来的徐道邻也堪为一例。^③

若杨兆龙先生（1904—1979），早年就读于燕京和东吴，从业律师和法官，后留学哈佛大学法学院，获博士学位。返国后相当顺当。法学院布道，为大牌名教授；出入仕宦，则迎来送往。也曾风华正茂，也曾壮怀激烈，“理论为实践服务”。其间曾邀请庞德访华，共同“考察”立法与司法。据说，1948年“海牙国际比较法学研究所”举列全球50位法学家，氏与王宠惠榜上有名。1957年6月，杨兆龙及其三名子女，其中两名尚在求学，均被打成右派。1963年，59岁的杨氏及次子，被以“现行反革命”罪名逮捕，遣送青海劳教，女婿亦株连入狱。1966年，杨妻不堪忍受，含冤自杀。1971年，杨兆龙先生67岁，垂垂老矣，于“一打三反”中再次遭受整肃，被判无期徒刑，直至1975年释放出狱。出狱后四年，历经磨劫、风烛飘摇的老人，没能熬到“改革开放的好日子”，终于油尽灯灭，凄然离世。死后6个月，1980年1月，获“平反昭雪，宣告无罪”。^④18年后，陆锦碧教授谈及岳父的遭遇，说了下述一段话，令人不胜唏嘘，也可以说是第二、三代法学家中不少人政治岁程的共同缩影：

^① 转引自陈新民：《惊鸿一瞥的宪法学彗星——谈徐道邻的宪法学理论》，收见陈新民：《公法学札记》，217~218页，北京，中国政法大学，2001。

^② 刘广安：《杨鸿烈与中华法系研究》，收见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》，重刊本卷首，北京，中国政法大学出版社，1999。

^③ 参见陈新民：《惊鸿一瞥的宪法学彗星——谈徐道邻的宪法学理论》，收见陈新民：《公法学札记》，178~218页，北京，中国政法大学，2001。

^④ 具体情形，参见陆锦碧等编：《杨兆龙法学文选》，“杨兆龙教授年谱”和“编后记”，北京，中国政法大学出版社，2000。

客观而论，在反右斗争的狂风横扫神州大地时，高压之下，人人自危。不是参与整人，充当阶级斗争的工具；就得准备挨整，成为阶级斗争的活靶。很难做出别的选择。除极少数人心术不正，妒贤忌能、整人成习、另有所图外，绝大多数人都是迫于无奈，出于自保，违心表态，应付过关。有些人即使参与整人，也在劫难逃。如陈仁炳教授刚才还在报上撰文批判杨兆龙的“右派言论”，没过几天，他自己也被打成大右派受到了批判。有些人虽然反右时幸免于难，在紧接着进行的拔白旗运动中却首当其冲。或者在以后的运动中终遭厄运。这是我国“阶级斗争”恶性循环的必然规律。^①

第三代法学家

第三代法学家阵容较为齐整，所受教育亦相对完备。如蔡枢衡留学日本，王伯琦留学法国，以治中国法制史名世的陈顾远和瞿同祖则分别毕业于北大与燕京。其最大特点是各守己业，学养精进，蔚成专家。如果说现代汉语文明得有真正法学始于第二代法学家之手，那么，真正养育出各守规范、精操一业的部门法意义上的严谨专家，则以第三代为嚆失。揆诸历史，故纸堆里讨说法，可以看出，至第三代，中国的法律教科书开始有模有样；若将最近 20 年摈除不论，百年法学，也以第三代人的著述涉及面最广，水准最高。如果说第一代法学家只是将许多话题启其端绪，宏大而不免泛泛，那么，这一代际则将其纳入常规研究，以专家作业，求平正理解。这一进程始为抗战烽火阻断，继则葬送于绵延 30 多年的内战与动乱，永未复苏。

若蔡枢衡先生（1904—1983），早年留学日本，继则任教西南联大和北京大学，终了于斯，凡近代 50 度春秋。主治刑事法学，旁及法理学与法律史。岁月催陈，其刑法、刑诉等部门法著述，如今至多只有学术史料价值，今日为人所援引而称道，真正具有思想价值者，一为抗战期间完成的两本“小册子”，即《中国法律之批判》与《中国法理念之发展》，一为 1982 年辗转始得刊行的《中国刑法史》。综其一生，壮年以降，除中间一段与李祖荫先生、杨清源先生等人受托整理“旧法”史料外，成型作品只有一部《中国刑法史》。据宁汉林先生生前相告，

^① 铁犁、陆锦碧、杨黎明：《1957 年错批杨兆龙的“法律继承论”纪实——建国以来法学界重大事件研究（八）》，载《法学》（上海），1998（1）。并参见何济翔：《沪上法治录》，北京，北京十月文艺出版社，2001；李梧龄：《不堪回首》，第 11 章“放马场”，见 www.yifan.net。

陆锦碧教授所说的乃是当时的一个普遍现象。还以对于杨兆龙的批判为例，宁汉林先生刚在 1957 年第 1 期的《政法教学》（北京政法学院主办）上发表《我国重要法典是颁布的太迟吗？——驳杨兆龙“我国主要法典为何迟迟不颁布”的谬论》，后又连续发表《绝不能让旧法和旧法专家“招魂”》（《载政法教学》，1958（1），6~11 页）。但宁先生自己旋被打成右派，于是，在 1958 年第 4 期的同一杂志上，便又看到了揭露“这位资产阶级右派‘专家’的丑恶嘴脸”的檄文《批判宁汉林的旧法观点和修正主义观点体系》（43~50 页）。世事难料，翻云覆雨，一切事和一切人均在随意拨弄之列，人世遂成地狱，其例莫过于斯。

蔡先生待整理的未刊稿尚有《吕刑正义》等三部考据著作，交氏处理。整个20世纪，留有系统著述的法学家不多，而于人去楼空之后，不假体制，不赖声名，作品依然为后学诵读的，就更少。先生为其一。综理20世纪汉语文明法学史，自不能遗漏蔡枢衡氏。

若王伯琦先生（1908—1961），东吴法学院毕业后负笈法国，获巴黎大学法学博士学位。回国后始则从政，继则教书，最后落脚台大，与史尚宽、林纪东先生等共同役于台大法律系，而以教书先生终了。如后学所言，“得偿宿愿，过其恬静单纯生活，潜心教育、致力创作”^①。著有《民法总则》、《民法债编总论》、《民法概要》、《近代法律思潮与中国固有文化》、《权利相对论》等书。长女王启中先生于乃父辞世近四十年后，辑集《王伯琦法学论著集》一册行世，沾溉我华夏法律后学。据说，王伯琦先生秉性刚直，律己严格，而处世谦和。今日捧读遗著，的的确确，可知作者理论渊厚，概念清晰，文字流畅，论述朴实无华。而尤其难能可贵，足使作者于20世纪中国法学史占有一席之地的，是先生基于中西文明的分析而流淌于笔端的文化自觉，一种中国文明法律智慧的文化自觉，对于东西文化交汇时代中国法制之路的“左右为难之处”的明晰与洞彻。正因为此，今日我们读到下述这一段落时，才会抚卷惊心，憬然慰心，莫逆于心：

吾国近数十年来的立法，确与社会脱了节……有许多法律，不能发挥真正法的效力，不能成为我们的行为规范，就是因为没有在人心上建立稳固的基础。这种现象不独在中国存在，在其他各国，亦所难免，尤其在社会动荡急剧之际，更不足为怪。

所以早熟的立法，在其一时的效力方面，或许要打些折扣，但在启迪人民意识方面，却有极大的作用。我们不妨称之为“法教”。^②

王伯琦援引庞德在中国曾经说过的话，疾呼舶来法律的“中国化”，而就如蔡枢衡先生一般，他也同样向往“真正的中国法律”与法学的诞生。^③ 综理20世纪汉语文明法学史，同样自不能遗漏王伯琦氏。

第四代法学家

第四代法学家主要源自四种人。一是1949年前刚刚毕业或者出道的“旧法律”人才，如沈宗灵教授；二是50年代初、中期留学“苏东”的红色专家，如江平、曹子丹、王叔文、陈翰章者；三是“自己培养的”，也包括在国内接受苏联法律专家“研究生班”点拨的，如高铭喧者。还有一些，类如陈守一、肖永清、李光灿、

^① 参见《王伯琦法学论著集》之“王伯琦先生生平”，台北，三民书局，1999。

^② 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，49~51页，台北，三民书局，1956。

^③ 王伯琦：《近代法律思潮与中国固有文化》，54页，台北，三民书局，1956。

余叔通者，则来自革命根据地或者成长自“国统区”进步学生运动。四种人背景不一，学养有别，理念悬殊，此时兀然共存于同一时空，在类似于“北京政法学院”、“西南政法学院”和院系调整后的北大法学院这样的机构一室论学，同桌过招，真所谓“料峭春寒中酒，交加晓梦啼莺”，诸位可以想像是一种什么光景。——朱墨天地，怎么谈得拢嘛！从老辈们的讲述来看，基本的格局似乎是，第四类人做主，第三类人“站台”，第二类人帮腔，第一类人靠边。

除开 50 年代对于苏联法学著述的译介，这辈人在 1977 年以前，与第二、三代一起，维持着徒有其表的小规模法学教育，或者说“政法”教育，学术上则基本无成就可言。受尽屈辱，担当苦难，目睹并参与了人类历史上罕见的文明灾难，是他们的共同身心经历。真正“写东西”，像样教书，如不少过来人之夫子自道，乃是打倒“四人帮”以后的事。20 世纪后期的法律教育，这辈人亲历亲为，担纲擎领，倾注心血最多，贡献最大，有奠基之功，启蒙之效，中国法学教育史上，当浓墨载记。虽身心伤痕累累，却隐压不计，任劳任怨，风雨无阻，是这辈学者中杰出之士的共同形象。事实上，重返杏坛，年过半百，正是古诗吟咏的“灯火黄昏，飞花弄晚”的时节，一生中最佳的学术创发时期早已然“水随天去秋无际”。但是，如前所述，亡羊补牢，“能做一点是一点”，所谓“一丘一壑也风流”，是当时许多老师们的共同心境，可能，也是激励他们努力工作、奋力拼搏的精神动力。一个饶有趣味的现象是，同样于 20 世纪 70 年代末期、80 年代初期起步，但成就却有悬殊。一般情形是，凡“靠边的”，包括“苏东”渊源的，因为原来受教育的基础较好，出头露面机会较少，读书思考的时间相对较多，此时整体而言，成就相对突出，内涵亦相对扎实。其余按等递减，以迄于无，或负数。即便轰轰烈烈，但所赖为官位官势、人脉经济等外在因素，内里学术含量并不高，因而，虽炫目于眼前，终不免如流沙翻舞于天，已可断言。

第五代法学家

第五代法律公民的成分较为复杂，年龄亦颇悬殊。大抵而言，其成员主要来自 1977 年恢复高考之后约十年间毕业于法学院的学生，加上少量后期的所谓“工农兵学员”。其中一些留学海外，90 年代初、中期以降陆续返国。第五代的“一代人”之间，年龄差别却可能近于一代人。以恢复高考后入读法律院系的 77、78 和 79 级这所谓的“新三届”来看，这一特征最为明显。其中既有“从校门到校门”的应届生，入学时正值豆蔻年华，青春儿女，也有下过乡插过队当过兵，做过大队书记民兵营长车间主任甚至中低层法院院长的，年届不惑，拖儿带女，以顽强毅力，艰难而坚定地完成学业。拼联古人词句，其情其景，真可以说是“梦阑时，酒醒后，叹年华一瞬；从今千里，不思量”，加倍努力。同学之间，虽不以齿德过从，但实际上就世事人心而言，本身就足以构成师生关系。从分布来

看,主要毕业于西南政法学院、华东政法学院、西北政法学院和北京政法学院等几大专科法律学院,北大、吉大和人大法学院等法律院系。从现有的从业情况来看,任职于法学教研部门的构成了第五代法学家的主体,也分布于立法、司法部门和律师实务行业。迄而至今,这一代际的成员多已四十来岁、五十岁出头,已成法学研究和法律教育的核心力量,中国法律职业共同体的主干。

此外,这一代际的法律公民社群在构成上还有一个特点,就是不仅以身在大陆的法学家社群为主体,其分布并及于海外以汉语作为主要写作语言,以中国法制为主要学术关注,而深具中国问题意识甚至中国情怀的华裔学人。这些人多数为打倒“四人帮”以后出洋深造,毕业后留滞不归,用脚投票,而于所在国安家立业,并学有所成的。虽说学术水准和成就多有差别,为了生计,不少也演绎一些类如“中、某两国法学交流”之类的应酬,不得不做一点汉学市场上的小零碎,但大多秉持学人本色,以对于“中国问题”的严正探讨处事立世。论国籍,他们可能早已非“中国人”,但既非“洋人”,亦非“华裔汉学家”所能一言以蔽之,当然更不是什么让人晕晕乎乎的“作为世界公民的、具有中国文化背景的国际性学者”,则毋宁乃是现代汉语文明法学家谱系中的第五代海外成员。本文时或称现代“汉语文明”法学与现代“中国文明”法学两辞换用,而其意则一,此为原因之一。

如果说“噩梦醒来是早晨”堪为上两代法学家们于“文化大革命”后的共同心灵历验,那么,被骗之后最恨“假大空”,追求思想独立和灵魂自由,就是第五代法律公民成长经历中的一个共同特点。1949年以后30年间打打杀杀、是非错乱的民族生活,给整个国族及其民众所造成的身心创痛,难以泯忘,不可磨灭。此不独适用第五代中的“老三届”,即便是入学时节正值豆蔻年华的小字辈,其实,也都不免身心创痛,烙有那个纷乱年月的特定痕迹。笔者当时就是一个小字辈,可以为证。正是心怀挣脱枷锁的喜悦,年龄相差接近两代人的他们端坐同一课堂,起居于同一宿舍,凝神捧读于同一扇阳光初照的窗下,一厢情愿地相信“团结一致向前看”,齐齐拥抱获允尽情读书的明媚时光。“振兴中华”,“攀登科学高峰”,建设富强、民主和法制的中国,的的确确,是回荡于心中的时代最强音,也是激励他们夜以继日地读书、思考与辩驳,为国家的每一细微进步而热泪盈眶的最为深厚而动情的精神动力。^①整个20世纪后期以还,上接“五四”理想主义火炬,身无分文,而胸怀天下,以国族为己任,以天下为己任,如此忘情奋读的情景,以笔者耽溺大学校园20多年之目睹,前后最多不过十年,再

^① 中国“女排”第一次勇夺世界冠军,在整个中国的青年一代,尤其是大学校园里,激起无限的中国情怀。是夜,不约而同,全国所有大学校园一片沸腾,人人热泪盈眶。情激之际,撕衬衣为帜,敲脸盆当号,任嗓音喊哑,将课桌拍烂,奔涌街头,游行数十里而不觉其远。一些女同学,不论大姐姐小妹妹,更是泣不成声。积压久远的民族挫折感,于旦夕间获得象征性舒缓,正为当时中华民族的时代精神的生动反映,也是理解这一代法律公民的基本社会、历史背景。

未复见。^①

80年代初、中期以后，这批人陆续进入法律职业。20年间，法学研究的主要成果完成于他们之手。与第四代学人携手比肩，其最为突出的贡献在于译介了大量西学法律经典，更新了整个学科各个门类的教材，改善了法律职业的知识结构，充实了汉语法学的学术含量。尤值大书者，少数睿智之士承接先贤，秉持中国问题意识，凸显中华文明自觉，以探寻中国经验，于媒介东西间创造汉语文明法律智慧觉世勉人，标领着一种关于汉语文明的人世规则与人间秩序的学思之发育滋长。还有一些同道，积极与闻现实，臧否当世，笔锋所至，担当起法学家之为法律的良心的神圣职责。明堂授业，则万千学子凝神引领；问道论学，这一辈风流正甚，主导潮流；治事用世，则举凡立法创议、司法改革、政治民主，“依法治国”，既做又说，上窜下跳，如前所述，好像挺管事，俨然挑大梁。

但是，世事难料，人间事大都“三分人事七分天”。正像20世纪30年代以还的国破家亡，战乱频仍，使得多数知识分子颠沛流离，妨碍了学业的精熟，50年代初以后的动荡社会生态根本就取消了学术一样，90年代以来，中国社会的急剧世俗化，普遍的道德堕落气氛，极大地冲击了校园的平静，并给少数智巧者将心思花在学术之外，营造眩人光环，“奔驰乎富贵，泛滥乎词章”，催发了动力，提供了契机。的确，“人生如寄，何用辛苦怨斜晖”，“正反两方面经验教训都很丰富”之反面人身经历，于是乎有了用武之地。一些人深谙“假手功名，因得表见”^②之理，在新时代进行创造性发挥。但看今日速成博士泛滥，简装硕士横行，而学位与官位之间的“官当”、学位与钱财之间的交易公然盛行，不学无术者竟执杏坛牛耳，袍笏登场、沐猴而冠的胡长清等鼠辈居然为几所著名大学的“兼职教授”，其腐败可见一斑。其极致者，日出一文，年产数书，“字数”居然以亿计；还有一些人，治学如耍花枪，虽有灭此朝食之慨，无奈吝啬用功，遂左支右绌，苗而不秀。于是乎，以北京卖冰棍老太太、开出租“的哥”谈论中南海施瓦辛格“飞毛腿”“爱国者”联通移动那一套，大江南北作秀。虽辄言“西方”如何“东方”如何，其实最为隔膜，尽出常识性笑话。20世纪初年以还，学界虚骄造势之徒生硬挪用西洋方法竟成“非驴非马穿凿附会之混沌怪物”，其前提是至少对于“西洋方法”有道听途说的一知半解。而今日此类作秀狂们连此一知半解也无，因而其所成就的乃为“非驴非马穿凿附会之混沌蠹物”，难怪后学当众直斥，允为无聊。至于一些人从业法律职业，做律师则与法官勾结，顶乌纱的则合伙于

^① 王岳川说这代人在获得读书机会之际，“补国学也补西学。从疑处疑，也从不疑处疑，从跟着说到自己说，力求说出新东西”，但归根结蒂，“这一代终将是过渡的一代”，说得很准。参见王岳川：《二十世纪知识分子的“分代”》，载 www.csdn618.com.cn/luntan/china/。

^② 参陈寅恪：《杨树达积微居小学金石论丛续稿序》，见《陈寅恪集》之《金明馆丛稿二编》，260页，北京，三联书店，2001。

生意人共同寻租，已无丝毫读书人的样子，将缺乏人文关怀和法律理性作为底蕴的中国 20 年来的法学教育的失败，宣示无遗，更不论矣！

当年寅恪先生为杨树达作序，允称遇夫“持短笔，照孤灯，先后著书高数尺，传诵于海内外学术之林，始终未尝一藉时会毫末之助，自致于立言不朽之域”^①。借用这番赞辞以状当下另外极少数人之“行状”，可谓“敲键盘，操剪刀，抹糨糊，原地踏步，批量炮制，年未及不惑，而著书高数米，成一代之丑类”。本来，就学术训练和学养的积累言，我们这代人“起点”偏低，已有先天不足之患，如此这般，更有后天乏力之虞。“不患人之不已知，患其不能也。”的确，就学术训练和学养的积累言，只要不是故意佯作没有自知之明，越往后来，越看出均有力不从心处。因此，这一拨“法律从业者”究竟能蹒跚到什么程度，尚需看往后的内外条件，亦喜亦忧，正有待观察者。笔者忝列其中，日相熏染，遥想前贤，故作多情，而有“甚矣吾衰也！久矣吾不复梦见周公！”之慨！同辈之间，诤友甚至畏友才是佳境；彼此互勉复自勉，算是真正护持。此番言辞，多有激烈处，就教于诸同辈贤达，不知吾侪煌煌同行是否不以为忤、视为然否！？

三、任务与担当

总括百年历程，“五代法学家”们大致完成并正在继续完成着以下五项任务：

第一，引介现代西方法制与法意，对中、西法制与法意进行初步梳理。近世中国的法学家社群从一开始就面临着中、西文化及其法律文化难题，正是西方文明秉持全面政经强势的咄咄进逼，中西文明包括法律文明的激烈冲突酿就的中国文明的整体危机，催生出中国社会—文化转型的“长程革命”，而导致第一代法学家于危难之际慨然登场。举凡宪政民主、权力制衡、议会政制、民刑事法制、诉讼制度，在形式层面，悉于百年间引入中土，着意反转，以为我用，虽万人吾往矣；举凡天赋人权、主权在民、法律面前人人平等、公民不服从、契约神圣、恶法非法、罪刑法定、程序正义等现代西方法律理念，均穷源究流，在比附、阐发固有传统，而于丰富汉语文明法律智慧内在含量的努力过程中，意图嫁接生根，落地开花，求中华文明法律之治的展开，求中国人生法律精神层面的提升，从而服务于中国的人间秩序，造福于中国的人世生活。就对于中国传统法制及其理念的研讨来说，自沈家本、杨鸿烈、陈顾远、蔡枢衡、瞿同祖，而张伟仁、张晋藩，举凡中国帝制时代法律制度的各个方面，中国传统法律思想的基本内涵，在史

^① 参见陈寅恪：《杨树达积微居小学金石论丛续稿序》，收见《陈寅恪集》之《金明馆丛稿二编》，260 页，北京，三联书店，2001。

料整理、制度梳理、思想阐释、方法引进以及教科书的编撰和教研人才的养成等方面,海峡两岸,积劳积慧,均有一定成就。^①

第二,在事实与规则互动的意义上,对作为法律事实的中国社会一文化的基本状况及其特性,进行了全面的梳理和复述。近世中国法制建设的基本路径是以“变法”开道,求社会一文化的变革,最终形成“法制中国”。落实为具体操作,就是经由大规模的法律移植,希冀以舶来规则作为起点,形成其所复述的事实。由此,运用移植而来的法律规则呼啦啦扑向中国,直接笼罩中国社会生活,即意味着罔顾固有事实,而要求固有事实按照新的规则的形状进行变形,要求舍弃原来的行为方式而就位于新的行为方式,以适应新的规则,进而求得社会一文化转型。清末变法居然有《破产律》、《交易所规则》之类的东西上市,即为规则先于事实,而求事实长进,“无中生有”的例子。本来,规则是在事实基础上,对事实进行一番格式化之后,渐次形成的极具形式化和僵硬特性的“存在的规则形式”,因而事实在先,规则在后。否则,规则失去事实基础,只能是死法,只会是摆设,自颁行之日起即自我放逐。这是百年中国法制建设中事实与规则互动的经历所反复说明的,也是西洋法制历史所赫然昭彰的。职是之故,自清末以迄于今,大规模的“有法不依”遂成整个这一历史时段的持久特征。

正是对于这一持久乱象的关注和原因的追问,百年以来,中国的法律从业者逐渐将落脚点更多地投注于“固有事实”,或者说中国社会一文化的基本状况与特性,对移植的规则善于修正,不断调理规则与事实的照应关系,在新旧事实和新旧规则之间,慢慢达成或者有望达成良性互动。因此,类如对抗制庭审制度“道之不行”,则实际上易辙而为或者依然坚持“大陆模式”,算是对事实的尊重,可能也算不上什么“退步”;而现代政党政治虽为“固有事实”中的缺项,却正不妨借规则于“无中生有”之中创造之,因为“无中生有”乃是法律移植过程的一大特点所在,其例恰如大多数非西方后发国家一开始不妨先有一个起装点作用的宪法,而借之砥砺事实,事实慢慢长大、走通了,最后弄成一个实质性的宪政。实际上,中国的法律从业者自一开始即已注意到其间的危殆,所以才会有“民事习惯调查”之类的作业,以及立法论证之类的举措。可惜,近年来的许多立法论证基本上是在官府之内进行,并未面向整个“模拟立法市场”,因而出现了一些天真的“与国际接轨”理念下的莫名其妙的规定、罔顾公民权益和基本世道人心的恶则(如“撞了白撞”这一臭名昭著的交规,50 平方米以下的小型食店必须关张的浪漫冲动)。另一方面说,公民社会尚未发育成型,则又意味着“模拟立法

^① 参见中国政法大学图书馆编:《中国法律图书总目》,北京,中国政法大学出版社,1991;中国社会科学院历史研究所编:《八十年来史学书目(1900—1980)》,“法制与法律”部分,311 页以下,北京,中国社会科学出版社,1984。

市场”一时无以出现,而减弱乃至剥夺了恶法出笼的刹车装置。

总之,基于借由立法而推转社会—文化转型的用心,为着立法及其有效,一百年来,五代法律公民对于中国社会—文化的基本状况及其特性进行了全面的盘点,并通过立法的格式化予以复述。说是“全面的”盘点,其实难达全面,而如此梳理,主要不是出于认清中国社会与文化,从而更好地立法这一目的,而是为了完成立法,被迫进行的立法准备,因而,其总的格局便是多少罔顾事实,缺乏“文化自觉”。这是法律移植与文明转型时段的典型的“不得不然”。尤有甚者,梳理事实常常意味着对于事实进行人为的“掩盖”、“歪曲”和“增删”,而使得法律上对于事实的复述乃是一种极具倾向性的有选择的“完型”,与人类学上的田野作业、社会学上的社会调查所追求的“客观事实”甚相悬殊。也就因此,总体而言,近世中国的大多数立法质量不高,具有特定社会—文化状况及其特性的“中国”,尚未蜕变、完型为“法制中国”。如果说一部《拿破仑法典》见证了整个法兰西,那么,尚无一套法制即足以反映或者复述“中国”。

第三,建立现代司法体制。自清末变法仿照西方着意设立现代司法体制,下接北洋、民国、延安式的创制,以及1949年以还的反反复复,起起伏伏,总体而言,中国五代法律公民历百年奋斗,好歹建立起现代司法体制,在形式上,与立法和行政各司其责,担当起最后的判断权的角色。挟制于党国一体的政经体制,刻下的司法体制弊端甚多,所谓的“司法腐败”达到惊人地步,已非法律本身所能解决,此处不遑详论。

第四,形成现代法律教育体系。专门的法律教育同样始于清末,至南东吴、北朝阳,已有一定形制。后经20世纪50年代的院系调整、“文化大革命”十年的全面整肃,不进反退,由萎缩而竟至于无。近20年来,特别是近十年间,法律教育急剧膨胀,其规模和力度,远远超过法律教育同样急剧扩大的19世纪后期的美国,也超过世界范围内任何一种既有的法律教育史例。百年间,中国的法律人才尽出于此,悉赖培养;五代递进,绝大多数的法学研究成果亦完成于法律教育从业者之手,高等法律院系成为法学家们的家园,而蔚成现代汉语文明法律智慧的摇篮。事实上,近世中国的绝大多数著名法学家,都为法学教员或者曾经为法学教员,在传道授业中阐扬法律智慧,于答疑解惑时蕃绎世道人心。如同上述司法体制,刻下的法律教育弊端甚多,抛开各项技术性因素不论,则“有条件要上,没有条件也要上”的无视教育规律的瞎干蛮干,最为突出。而缺乏人文底蕴和现代法律理念以为基础,更是刻下法律教育的致命硬伤。凡此问题,同样已非法律教育本身所能解决,此处不遑详论。

第五,提炼和创用了一整套现代汉语文明法律概念和范畴,即所谓法言法语,而形成现代汉语文明的法律表意系统。正像钟表将时间具象,语言储存意

义、凝固思想，“法言法语”是规则的物质外壳，是法意的发声装置。自清末翻译西学律典，西方法律概念和范畴大规模进入汉语词汇，遽然取代原有的“律令格式”语汇系统。百年间，“欸乃一声山水绿”，一切等于从头做起。迄而至今，这一套语汇已然融入汉语，在构成法律表意体系的同时，联翩带出其后的理念和价值，而极大地丰富了汉语文明的质素，增大了中国文明的含量。举凡基本法律理念和思想、宪政与民主层面以及各种部门法学的“法言法语”，今日法律职业共同体用以“沟通”和“商谈”的媒介，视之为当然，用以为固有，即说明它们早已成为中国文明的一部分，而构成现代汉语法律文明的基本元件。正是在此基础上，新的汉语法律语汇因应中国事实，才会慢慢形成，从而自基本法律概念处实现中国民族国家时空之内规则与事实的良性互动。近 20 年间，适应新的社会生活，出现了一些新的汉语法律语汇，正为此善果，在遵循“真理是时间的独生女”这一规则的同时，有待细致分梳，进一步完善。

当然，若说缺憾，则原有“律令格式”语汇系统的骤然止歇，意味着原有的法律传统和法律思想也于旦夕间席卷而去。而一个没有历史维度的法律体系，包括它的表意系统，不免空荡无着，难达人心，罕有真正的法的效力。西人自罗马法制翻转现代私法，其实也经历了一个将旧有语汇重予梳理，连缀自家历史，以适应新兴生活需要的过程。正像不同欧洲语言移译《圣经》，结果是提炼和丰富了本族语言，从而是一个梳理和连缀本族思想与理念的创发过程。因此，随着中国社会一文化转型的渐臻完工，横向的中、西移植完成，在中国法律的历史与现实之间千年一线，纵向沟通，当是丰富现代汉语文明法律表意系统、增大现代汉语法律智慧含量的必要步骤，更是完善现代中国法律文化的题中应有之义。有关于此，第四部分还将论及。

正是在恪尽上述五项任务的奋斗过程中，总括来说，五代法律公民担当了下列三项志业：

首先，民族法律生活的精神导师。自第一代下迄于今，作为民族的法律大脑，法律公民们于法意与人心之间、事实与规则两极，条分缕析，深文周纳，竭虑而求真；缝缀连续，阐旧履新，变通以致用。举凡法制的生活方式是否之为一种可欲的现实人生？中国文明如何建设自己的法律生活？中国传统中是否具有法制的传统？如果具有，则如何转换接续？如果没有，则中国文明中嫁接西方法律文化的基点是什么？法制的生活样态与伦理的生活样态的区别何在？怎样于营建法律生活的同时保有心灵的空间？法律得为一种世俗的信仰吗？凡此种种，关乎中华民族面对危难之际的决抉方向，中国文明死里求生的应对策略，全体中国人未来人生的基本路向，都是五代法律公民穷思竭虑而全力解答者。正是对于这些问题的回答，渐渐型塑了现代汉语文明的法律智慧，从而引

领民族法律生活。当然,随着中国社会—文化转型的渐次推展,所谓“精神导师”的角色也有一个逐渐世俗化的过程,平凡专家的立场遂日益凸显,“法律智库”之类的技术性措辞或许更适合此刻与未来的情形。当然,如果事关黑白之泾渭,善恶之曲直,则“法学家是法律的良心”这一命题仍不能废。有关于此,本文第五部分还将论及。

其次,人世规则的梳理者与编织者。从根本上来说,生活本身是规则的缔造者,一个民族的生活才是该民族的法律的真正原型,也是该民族法律思想的切实土壤与活水源头。不是法律缔造了民族生活,而是民族生活孕育出自己的法律——民族生活的规则之维。但是,也正是在此,作为民族的法律“祭司”,法律公民们承担起体认生活,梳理生活,进而通过法律,借规则形式复述生活的任务,将民族的生活换形为法律的存在。从事实与规则、法意与人心的关系着眼,体认与梳理生活本身就是对于人生和人心深处的基本关系的发掘和展现,从而,也就是对于其间的基本规则的复述。复述的过程是一种力争忠实反映生活事实的重新加工活动,从而,其本身就是一种基于基本事实关系,对于规则的编织。面对大变,辛勤劳作,几经起伏,百年来一代代的中国法律公民们从事的正是这样一种梳理和编织的工作。迄而至今,举凡一个现代民族国家为运行现代法律生活所必备的基本法律框架,已然大致具备。换言之,当下中国的人间秩序的基本规则体系,业已大致“梳理”清晰和“编织”起来了。此处措辞“大致具备”和“基本规则体系”,即意味着缺漏处尚多,有待继续填补,细节的深化亦为题中应有之义。而生活之树常青,“法律总是灰色的”,新的事实不断出现,又需要进行新的“梳理”和“编织”。由此,正要求法律公民们代际接续,前赴后继,于“梳理”和“编织”人世规则中繁衍人间秩序。

再次,现代汉语文明法律智慧的接生者。中国法学/律学传统源远流长,积淀深厚,但中国传统文明主要却非“法制型”的,毋宁乃“伦理型”的,因而,虽法学/律学渊源有自,但在整个学统中所占位置极其有限。而且,迄两千年帝制,越往后来,儒法合流的法意越发成熟而圆融,则越少生机而萎缩,罕理念之创发,多套话与陈言,若用现代的也就是西方的学科分际的眼光来看,则治术而已,难称一“学”字。而现代中国法学肇始于清末,导源于对于西学律典的引介,一开始即面临尴尬。即舶来概念及其背后的理念和价值,如何匹配于既有事实,如何对解于乃至溶解于既有学术与思想体系,从而,将事实与规则、法意与人心、生活世界与价值世界打成一片。此既为“融合”的过程,亦为创造的过程,其结果就是由“法学在中国”渐达“中国的法学”的诞生。五代人的努力,实即在此。时至今日,这一过程仍在继续之中,大体而言,已接近尾声。通观全程,不妨断言,现代汉语文明已然形成自己的一套法言法语,构建出自己的法律知识

体系,提炼出自己的法律形式理性,表达出一整套法律理念和价值理性,凡此基本能够支撑立法和司法,养育法律教育;以汉语为物质外壳,而以融会、加工后形成的概念、理念与价值为内涵的“中国的法学”,粗具雏形。不过,措辞“雏形”,即说明有待完成和拓展处尚多。有关于此,本文第五部分还将论及。

四、第五代法律公民的当代使命

之所以单论第五代法律公民的“当代使命”,原因很简单,就因为这辈人正值壮年,蔚为主体,承前接后,未来二三十年间中国法制和法学的走向,有赖此辈之手。上,就上去了;下,就下来了。天时地利之外,端看侪辈的努力。而中国社会—文化转型的“历史三峡”(用唐德刚先生语),恰有望于在未来二三十年间乃至稍长一个时段内,终见分晓。如果说现代中国法学肇始于百年之前,脱手于第一、二代法律公民,那么,必最终成型于第五、六代的努力之中。一起头,一殿尾,正好涵盖最为重要的历史节点。

一言以蔽之,第五代法律公民的当代使命,就在于“建设现代中国文明的法律智慧”。本文时或用“现代汉语文明”一语来表述“现代中国文明”,措辞不一,其意则一,均在包括中国时空、包容中华文化传统、而以汉语作为表意系统的意义上,指称同一实体。具体而言,则外延包括海峡两岸四地之中国内地与台港澳。^①既谓“现代中国文明”,自然是在传统中国文明的基础之上,因应新事实,别开新局面,另创新气象。此一过程早自清末即启端绪,百年赓续,以迄于今。而其“法律智慧”,既专指中国文明时空下法制的生活方式,也包括关于这一生活方式的知识形式和精神向度。因而,“现代中国文明的法律智慧”,具体落实下来,即“中国的法制”与“中国的法意”两项。

在此观照下,笔者以为,“中国的法制”应当具备以下品格:首先,它是对于刻下中国大多数居民的实际生活格局的反映,彰显“中国问题”与“中国经验”。换言之,其为当下中国人世生活方式的规则呈现,必定是对于这一生活实体的常态、常规与常例的描述,反映其背后的常识、常理与常情。也就是说,它源于中国人的实际活法——某种有限的意义上,它同时意指中国人所当有的活法——讲出了中国人的心中的说法,为中国人的法律形象的真实写照,而蔚为中国的人世规则和人间秩序。今日的中国人是世界公民共同体的一部分,中国人的活法与说法乃是此一共同体五彩斑斓的活法与说法中的一种,自应获得反映,而载述于法律,呈现为规则。其次,“中国的法制”应当载述中国人所向往的

^① 参见许章润:《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》,载《比较法研究》(北京),2003(6)。

生活理想,反映中国人对于美好人世生活的最高追求,而与全体中国人的基本人生理想与价值追求和谐无悖,贴心贴肺,从而蔚为中国社会与中国人生的意义之维。其中,人类的法律形象究竟为何?什么样的生活得为有意义的生活?什么样的情感最应受到法律的护持?人间事务应当持守什么样的是非标准和取舍准则?亲人、家庭、夫妻、朋友和师生这些基本人伦之常,在人事和法律中应当占有什么位置?国家、民族、家乡、社区和单位,这些基本的地缘、政治和法律单元与个人具有或者应当具有什么样的关系?凡此种种,不论国事家事,都是人事,而构成人世,从而是不可回避的意义的指向对象,需要法律给出一个明确的“说法”,包括司法者经由司法而宣谕出其中的“说法”。说法者,关于事件的是非曲直的道理,一种合情合理、熨帖心意、让人心服口服的情理与法理,公义与公道。再次,“中国的法制”应当紧扣中华民族的历史心弦,关照时代的文化命运,而构成民族生命的奔腾不息的规则之长河大江。也就是说,随着中国社会—文化转型的渐次定型,法律的历史意识和时代意识必须成为法律意识的有机组成部分,而历史意识和时代意识必然就是一种文化意识,一种有意识的文化自觉。在可以预见的将来,民族国家依然将是特定地域居民联合体的共同政治屋顶,法律因而成为该民族国家及其人文类型的当下历史之维——一个当下的历史存在。复次,“中国的法制”应对普遍人性深怀休惕,对全体人类的命运深怀悲悯,而以人类的相互理解、永久和平与普遍福祉为最高追求。最后,“中国的法制”应当一切以人为最终目的而非工具,在天意、人意与法意的交缠互动、相互观照中,为人世生活缔造至善、至美、至爱的人间秩序,而首先是一种守规矩、讲规则,在公共生活领域大家都按程序办事的法制秩序——一种对人的处境充满同情的规则之治。

由此,伴随这一历史出现的将是真正中国的法意的伸张,真正中国的法学的诞生。真正中国的法学和法意,当以中国的国族与社会为本质,也就是符合中国人对于理想而惬意的人世生活、美好而合理的人间秩序之预期与预设,而以中国社会与中国传统为内容为背景,并且是用中国的语言——优美而精确的中国语言——所表达的法意。在关怀全体人类的博爱情怀、天下一家的至大胸襟滋润下,这样的法学和法意当是一种关于人间秩序的人道主义文本。——一种对于人世规则和人间秩序的中国人的理解和贡献,关于人类生存之道的中国文明的法律智慧。^①

由此标格,以下三项作业必为第五代法律公民所不可回避。首先,进一步梳理事实,从法律视角摸清“中国问题”。即在全球化视野下,超逾一个半世纪

^① 参见许章润:《以法律为业——关于近代中国语境下的法律公民与法律理性的思考》,第四节,载《金陵法律评论》(南京),2003年春季号,24页以下。

的中国社会—文化转型的语境中，审视中国社会与文化，认识和厘清当下中国社会—文化状况及其特性，特别是“法律国情”。具体而言，它涉及三个层面。第一层面关乎“社会性质”和“发展阶段”等“中国问题”的宏大判断，其主要问题诸如究竟当下中国处于怎样一种社会—文化发展水准？流行的“现代”及其之“后”一类的线性描述可否适用？现代资本主义工商社会的法律规则及其理念与所谓“现代性”的向度，证诸百年法制的“中国经验”，究竟有何关联？所谓的“第三条道路”与东方语境下的现代性诉求，对于建设中国法制有无启发意义？等等。凡此问题及其回答并不一定是法学家的专业分工，但法学家必定参与解释，而且肯定不可避免地构成了一切法律问题的真正语境。积极而言，它为法学家认识法律问题提供“支援意识”（用博兰霓原意）。消极而言，则庶几有望避免那种“后现代法学”“为法治指明未来”之类不明所以的时空错位的叫嚣。第二层面关乎“中国问题”的中观场景，其所指向的主要问题类如中国社会的城乡分治、“一国两制”甚至分处不同历史时段的结构，究竟实际情形如何？其于法律的统一性和本土化究竟意味着什么？党国体制下，权力与权利及其本身内部之间究竟是一种什么样的结构，从而，如何才能于其间达致必要的张力，形成公共空间，而恰为建设现代法制国家所必需，既避免拉美民主进程的乱象，又防止勃列日涅夫式的令人窒息的停滞，而逐步进境于公民社会与民主治理？所谓的“法制中国”，其内涵与外延、向度与指标是什么？凡此问题虽不止于法学，但均为法学家的专业所在，无法回避，事实上也是此刻中国法学思考的重心和前沿。第三层面关乎“中国问题”的微观细节，全系法律专业问题，有赖法律公民社群的积劳积慧。自立法阶段对于规则所要复述和调节的具体事实的查明，如当下中国实际的所有权关系与证券市场的发育程度，乡规民约的形成及其社会基础与国家法律的涉入程度，政务信息公开的实际情形与制定政务信息公开法的可行性，农村信用社的运行状况及其政府主导下的改革与农信社立法規制，乃至于三峡库区游船的吨位、数量、所有权和经营权及其准入规则这类细节；至司法过程中实行举证责任的可行性与当下的实际情形，案件的审理和执行与地方经济发展的矛盾及其解决办法；犯罪率的涨落规律和执法部门的应对之策；律师业的运作及其巨额灰色乃至黑色收入的实际情形；法官的构成和水准，等等。凡此种种，均有来源、现状和发展趋向三维，构成“中国问题”的法律方面，反映了当下中国的特定的“法律国情”，既是法律公民社群的专业与志业指向所在，更是于回答真正的中国问题而形成中国法律智慧的过程中，催生“中国的法学”的基本语境和活水源头。

其次，进一步提炼法意，从法律视角摸清“人生问题”。即在全球化视野下，超逾一个半世纪的中国社会—文化转型的语境中，审视中西文明交会格局下中

国文明的人生理想与人生态度,梳理中国文明关于人性与人类形象及其超越之道,以及中国人文的价值理性及其法律展现的诸多思虑。细而言之,它也包含三个层面的问题。第一层面涉关中国文明关于人、人世生活的基本看法与基本态度。其主要问题诸如人本身究竟是一种什么样的存在?性恶抑或性善?如果人性本恶,则当预期何种人世生活,从而有何种人世规则?如果人性本善,则又当预期何种人世生活,从而有何种人世规则?从而,在浩博而精致的中国人文景象中,中国人的人生理想和人生态度究竟指向哪里?有无道德的超越及其紧张?其与西方式的形上超越在取径、形式和诉求上,是否不同,有何不同?凡此种种,构成了法律的知识背景与价值背景、法律思想的人文内蕴、法律精神的文明向度,主要非法学家的学术对象,亦非法学家所能独力回答,但却是法学家所不可不察,更是杰出的法律思想家所当深思竭虑的。实际上,即便是高度专业化的部门法论题,如契约的订立与履行、离婚的条件及其判断、准许犯人家属在一定条件下探监同居等,稍予深入,亦且牵涉到关乎人生态度与人间秩序的深层背景,更不用说像“私法主体平等”、“诚实信用”这些本身就涉及“做人”一类问题的问题了。第二层面的问题系第一层面问题的进一步形下落实,同时又为第三层面的问题作形上奠基,主要回答在第一层面问题观照之下,中国文明法律智慧的公平、正义观念,法律对于人类形象的预设与预期,关于何种人间秩序得为理想的法律秩序,以及在此秩序之下,实在之法与自然之法的二元格局暨后者的至尊至上等问题。而中心则在探究在中国人看来,究竟公平、正义意味着什么,怎样才算是公平、正义,而最后给出一个“说法”。由此,“二奶”是否具有继承权;^①维护徒有其表的所谓“迎宾道”交通规则,却不管临产孕妇母子的安危究竟是在执法还是在犯法;^②民工为讨血汗活命工钱不惜上塔吊自杀或以自杀相威胁,而公安部门却不问情由一律苛责严禁,甚至将以违犯“治安管理”进行处罚,则法律的天平倾向哪里;^③按照省份行政辖区划分高考录取分数线,而罔顾贫困农村地区的子弟入学,是否违宪?^④凡此种种,除进行法律根据与理据的论证外,最后都得诉诸是否公平、正义这一最终标准,接受是否公平、正义这一最高祭台的判断。正是在这里,实在之法时时面对天理人情的自然之法的

^① 参见王甘霖:《“社会公德”首成判案依据——“第三者”为何不能继承遗产?》,载《南方周末》,2001-11-02。

^② 参见《华商晨报》2000年8月22日的报道:《产妇着急去医院,交警不让“板的”过,新生婴儿落地身亡》,并参见《华西都市报》2000年8月6日的报道:《临盆的孕妇没能走完最后500米》;叶必顺、叶必丰:《制度运行人》,载2000年12月6日《法制日报》网站。

^③ 参见2003年9月4日“人民网”:《以“轻生”要挟什么?》,2003年9月9日《南方都市报》的报道:《民工跳楼无人睬的忧虑》。

^④ 胡印斌:《状告教育部侵犯平等受教育权,青岛三女生进京递诉状》,载《燕赵都市报》,2001-08-23;《青岛三女生进京状告教育部——公民宪法权利司法保护研讨会新闻背景》,参见“中国律师网”。

审视,而使得法律保有超越之维,可能接近于公平、正义的规则。第三层面则为对于法律的价值理性的探讨和法律的知识形态的完善。综括三个层面的努力,一言以蔽之,在于体贴中国的世道人心与世事人情,将生活世界与价值世界打通,使经验世界与超验世界连成一片,而将舶来法意中国化,将中国的世道人心转化为当下法意,由此创造作为中国精神与中国智慧的现代中国文明的法律智慧。

由此,在继续接引西方法制与法意的有益成分的同时,第五代法律公民对于中国传统法制及其精神向度细予梳理,深予探究,实为当务之急,也是创造堪称现代中国文明法律智慧的必要前提。一代人有一代人之问题与困惑,则一代人有一代人之思考与应对,从而一代人有一代人之思想与学术、制度与实践。对于本民族往昔生活的每一次回味,其实都是在观照现实,而在注入传统以生机的同时,亦即在养育当下,催生未来。大凡今日生计昌隆的国族,无一不是对于往圣先贤、陈迹旧事怀持温情与敬意,于反复品味中触摸心思,反省心事,而增智益慧,造福当下。民族生命,遂如长江大河,奔流不息;民族生计,遂若长虹卧波,祥和平顺。如果说今天远观西方法制于吾族吾民有何启发,则对方珍视传统,于传统中开源节流、返本开新的用心与用功,虔敬与能力,正为我所缺,而有待于深化。同时,对于中国传统法制及其精神向度的梳理,不仅意味着向故纸堆中讨说法,于旧规制里做文章,而且,更为重要的是,对荡漾于每个中国人的心中的关于公平、正义的感觉,活在刻下每个中国人的心中的对于人世生活、人间秩序和人世规则的向往与担忧、希望与失望,“我的父亲与母亲”、“我的兄弟与姐妹”的活法与说法,细细品味,温情体贴,忠实复述,凝练而为法意,完型而为规则。而这一切,就是文化自觉,也就是中国文明文化自觉的法律智慧,法律智慧的文化自觉。在世界眼光与文化自觉并行不悖的宏大格局中,如梁漱溟先生临终所言,“尊重传统文化,顺应世界潮流”,现代中国文明的法律智慧,一种以汉语为表意系统,关于中国人世生活和人间秩序的法律之道,中华民族的生存之道,必盛于吾侪一辈手中,而于未来二、三代人之接续努力中,如朝阳如火炬,如大漠甘泉如苦海方舟,照亮吾族吾民,沾溉人类全体,而奏响世界文明合唱的天籁。

五、进一步的思考

走笔至此,细细沉吟,深感有不少饶堪回味之处。第一代法学家以天下为己任,落墨法律,旨在救亡,业在启蒙,图将整个国族的人世生活与人间秩序通盘换过,蔚然而成民族法律生活的精神导师。第二代尚承余绪,秉宏图大志,展

济世雄才,所论多关国体,落笔则多豪迈。即便讨论专业性问题也饱含民族悲情,寄托一腔忧愤。伴随着新文化运动对于民族思潮的引领,他们多数时候以民族法律生活的精神导师的身份出场,随声唱和,亦且蔚然成一时之风气。虽有时难免以高等常识谈论大道理的姿态处理类如宪政这种危乎殆哉之事,如同20世纪80年代以后诸多所谓的“自由主义知识分子”,但不同的是,他们似乎多数时候均小心翼翼,有一分证据讲一分话,绝不将精神气质的清迈混同于处理实际课题的轻浮。第三代身处国运蹇促之际,似乎悲情愈甚,而业精于勤,秉持专家立场,多有像样成果。第四代以降情形复杂,不好拿捏。但是,总括五代人生曲线,随着狂飙突进的新文化启蒙运动渐次落潮,尤其是整个中国社会正在急剧地世俗化,一切慢慢化转为常规的学术作业,一个基本的趋向是,法学家一度作为民族精神导师的风光,逐渐让位于法律从业者的专家定向,复杂的价值问题与意识形态遂渐次转化、落实为具体的法律技术的操作。可能,在价值理性论域无法突破之时,形式理性的探讨反倒曲径通幽。

其次,我们也可以看出,整个百年,五代学人,却未形成任何一种产生一定影响的法学流派,而从世界视域着眼,也不得不承认,足堪代言现代汉语文明法律智慧的大法学家,亦且尚未出世。据说,即便对于中国帝制传统下的具体法制的梳理,就材料的掌握而言,甚至尚不及东邻。而对于传统法制及其精神向度的阐发,汉学家们“隔”而不“隔”,从另一文明视野远瞰,每多新意,屡有创说,不少地方,中土学人反而似尚不及。凡此情形,正像刻下“两院院士”滔滔,占尽寿禄,而历史视野中的世界级大科学家其实为零,也是明摆着的事。其间原因复杂,悲情多于局限,形势比人强,个体的作为空间其实有限得很。就法学而言,中华文明于法律文明一向积弱积贫,实为远因。而“五四”以降鄙薄传统、轻贱自家文明遗产的一面倒过激做法,虽事出有因,情由堪怜,却贻害甚重,殃及久远。迄后的历次政治整肃之于学术的摧残,更不待言。也正因为此,中国近世百年的社会—文化转型,便是从以小自耕农为基础的传统帝制时代的伦理文明秩序,向现代工商社会的法律文明秩序的过渡,适应这一转型并构成其重要环节的,便是现代汉语文明法律智慧的发育滋长,而肇始于百年之前,却仍然有待于未来的奋斗。时贤每以“大法学家”表扬与自我表扬,前后左右看看,上上下下比比,哪里承受得住?!

再次,仅仅从法学之为一门学术着眼,则下述问题同样值得记取。即法律之为一种世俗的职业与法学之为一项精神的事业,虽同源一体,却泾渭分明,恰要求从业者于从道与从势、用世与阿世之间,小心翼翼,善于措置,甭一根筋,别要心眼。理想的情形似乎是,用世而不阿世,从道但不拒绝合作,明确法律的世俗性,但却坚守法学的精神品格,决不在二者之间做交易。“理论联系实际”,从

来也不是说理论要做“实际”的婢女，即便社会的世俗化已到烂熟程度，理论及其“家”们也不是阿世的弄臣。可惜，今日回视，站着说话不腰疼，不妨说不少20世纪以还的法学公民恰恰是世俗性与精神性疆域不清，其极端者，甚至完全混同“党国”事业与精神向度的鸿沟，不自觉之间，一不小心或者故意用心，真正乃一马前卒子也！王宠惠身溢“元老”，仕至“立法院长”，身份明明白白，自不待言。吴经熊一介书生，典型的江南才子，风流才子，却也附和，既与孙科“太子党”有染，复以《圣经》译事粘连“委员长”，后来更是旗帜鲜明。1945年“当选”国民党中央候补委员，1966年返台后既喜言“文化复兴”，又将“反攻复国”挂在嘴上。^①王世杰亦官亦学，迄以官终，小心撑持，难言是非。在大陆的，面对严酷生存环境，更不堪。每一场“运动”来临，总是有冲锋陷阵的，总是有摇旗呐喊的，总是有作态帮腔的。到头来，还不是同样整了自己，或者被整。套用被害人学(victimnology)上的一句话，就是“被害人与加害人换位”。至于平日里唱赞歌，说假话，自觉或者被迫逢迎，算是“小节”。而揣摩上意，将法学用作进身之阶，干禄之具，专门炮制一些诸如“谁谁谁的法律思想”之类狗屁不通文字垃圾的，套用咱老百姓的一句歇后语，可谓“老太太喝稀粥——无耻下流”。如此这般，面对强大势力，整个法学家群体完全丧失了对于世俗法制的批判能力，对于恶法的警怵和防范作用，情形才会一至于彼，不堪收拾。话题稍稍扯远，则关于法律的世俗性与法学的精神性命题所关涉的更为深层的问题，乃是作为知识分子的法律公民的精神独立、思想自由和批判立场，而恰恰在此，五代法学家的百年奋斗史表明，现代汉语文明的法学家之为一个知识社群的品格，其理念和涵养、眼界和心胸、气质和力量，尚需培育，有待踔厉，路正漫漫。

由此，则法律公民的专家立场与公共知识分子之角色定位问题，必将不可回避。法学家不免要作公共知识分子。第一代的梁任公，以多情之笔打动亿万人心，自不必言。第二代的钱端升，主笔天津《益世报》，八个月内居然写作170篇社论或者评论，此后也常有类似作品问世，为世事鸣，作代言人，发畅想曲。越是晚近，学院专家越是边缘，却不免越是要登陆媒体，“今日说法”，“实话实说”，“与农民兄弟谈谈科学种田”，等等。但是，翻检前贤琐事，不难看出，倘若专家立场一旦与公共知识分子角色错位，必成灾难。其上焉者，多常识，少学识，以法律活动家名世；有操守，无原则，按市场的规律办事。其下焉者，无坚实学识以为根底，有急切用事建功之心，则陈言滔滔、巧舌如簧、竭尽“脱口秀”，实足娱乐而误众，论事却曲事，说理恰晦理。而且，一般来说，诸如此类“社论”或者“评论”，仅仅只是“社论”或者“评论”，具短暂消费效用，并不等于法学学术之

^① 见吴经熊：《哲学与文化》，最后三篇文稿，台北，三民书局，1979。

正宗,而法学传统积弱积贫之中华文明,恰正需要立此“正宗”以为渊源,才能养育法制,也才能为更多的诸如此类的公共知识分子提供思想资料与学术根底。也就是说,不是“社论”或者“评论”不好,而是说它们并非明堂学术,各有分属,别弄混了。正像不是说官员或者大财东不好,而是说官是官,钱是钱,学是学,别有事没事利用职务之便到学校弄个什么“兼职教授”或者“博导”之类的闲名挂着,公然抢劫学位与职称。其实,这些虚招,对你有什么意思呢?!实际上,真正有水准的学者,对此心如明镜,并不混同。钱端升晚年编自选集,即一篇“社论”或者“评论”也未收入,即此之故。笔者在法学院教书,目睹周遭不少青年学子纷以“公共知识分子”趋鹜,误将“社论”当正宗,视报上剪影为不朽,长期以往,万一再佐以工商社会的取巧习气,投机作风,则势必影响汉语法学的未来发展路向,因而由“五代法学家”横议至此,作此迂说,也许可为法学界“公共知识分子”提供一谈资,而深化关于百年中国背景下法律从业者的“任务与担当”的讨论。

总而言之,五代中国法律学人,所处时代有别,肩负的任务不同,取得的成就亦有轩轾。正面总体来说,一言以蔽之,其所梦想者,求将公平正义、仁爱诚信、安全、自由、平等、民主、博爱和宽容的现代人文价值,落实为洒扫应对的法律规则运作,而为多灾多难的中国重缔人世规则与人间秩序;其所奋斗者,在于人世生活的规则之网和意义之网的重新探索和审视中,将中西法意法制与中国的人生和人心曲连沟通,而于熨帖人生与人心的同时,造福中国与人类的生活。百年法学,五代生聚,真所谓颠沛必于是,流离必于是,虽九死而不悔;薪尽火继,不屈不挠,以法学为业,正为我华夏民族法律精神的生动展现,而构成我华夏民族精神生命的宝贵成分,也是人类法律思想和人文精神的重要内涵。

彼时彼代,此情此景,其人其事,心事心思,世道与人心,法意与人情,直如太史公所咏:

昔西伯拘羑里,演《周易》;孔子厄陈、蔡,作《春秋》;屈原放逐,著《离骚》;左丘失明,厥有《国语》;孙子膑脚,而论《兵法》;不韦迁蜀,世传《吕览》;韩非囚秦,《说难》、《孤愤》;《诗》三百篇,大抵贤圣发愤之所为作也。此人皆意有所郁结,不得通其道也,故述往事,思来者。

2003年8~10月定稿于绵阳—北京