

使用大字体察看本文

阅读次数: 368

西法背景下中国古典法律解释的意义（上）

谢晖

中华法系在规则模式上的死去并不意味着数千年的遗产就完全走出了我们的生活世界，相反，固有的法律观念还十分顽强地统治着我们的日常行为选择和法律理解路向，因此，关注古典中国法律解释的经验，就不止是关注古人们对法律的理解模式，或者关注一种已经逝去了的法律文化传统，从而“发思古之幽情”，在实质上，对它的关注，仍然是对我们生活于其中的文化现实和法统精神的关注。

在这个西方法律因其对民主政治、市场经济、分工社会以及多元文化更为适应，从而西方法律模式霸权天下的时代，说古老的中华法系业已“死了”，似乎完全可以被人们所能理解。然而，在规则模式上的死去并不意味着数千年的遗产就完全走出了我们的生活世界，相反，固有的法律观念还十分顽强地统治着我们的日常行为选择和法律理解路向，因此，关注古典中国法律解释的经验，就不止是关注古人们对法律的理解模式，或者关注一种已经逝去了的法律文化传统，从而“发思古之幽情”，在实质上，对它的关注，仍然是对我们生活于其中的文化现实和法统精神的关注。

一、学术意义：寻求法律解释学的中国经验

说近代以来，特别是“五四运动”以来的中国人整体上患了一种文化失忆症，恐怕并非危言耸听。之所以这样讲，乃是基于如下的基本事实：尽管我们的文化、产业和政治精英们也曾不断探寻通过学习西方来以夷制夷的方式，并在这一过程中几乎忘记了自身文化的存在，于是文化大破坏似乎成了一种时髦举措，研究古典文化中严肃的问题也成为“不可理喻”的坐而论道行为。在“五四”前后，鲁迅要青年“不读中国书”、钱玄同公开号召“废除汉字”、而胡适则以“百事不如人”来检讨我们文化上的缺陷：

“欲废孔子，不可不先废汉字”；“两千年来用汉字写的书籍，无论哪部，打开一看，不到半页，必有发昏做梦的话。”

“只有一条出路，必须承认自己百事不如人，不但物质机械上不如人，不但政治制度上不如人，并且道德不如人，知识不如人，文学不如人，音乐不如人，艺术不如人，身体不如人。”^[1]

于是，中国古典文化在自己传人的“破坏”下，其萧条业已成为不争之事实。不过，也许“破坏”本身就是一种建设，所谓不破不立，所言不正是指此吗？但这决不意味着“破字当头，立在其中”。因为文化的进化不是靠破坏而立起来的，文化自身就既是一个前后呈递的复杂积累过程，也是一个明显的需要尽心竭力的心智创造过程。正是基于此种认识，笔者以为，国人在自己文化方面的“失忆症”绝不是被我们所应殆忽的问题。

看看东邻日本吧，人家在突飞猛进的现代化过程中对自身文化的珍重，是何等地令我们汗颜：在许多方面、甚至在民族精神气质方面，我们都有理由数落日本人，但唯独在对自己文化的珍重方面，患了“失忆症”的中国人，实在无颜数落和嘲笑日本人——因为我们没有发现，世界上有哪个文明是在毁了自己固有文明的基础上生机勃勃的，除非它已经变质为另一种文明。号称“中心”的现代西方文明，在很大程度上是文艺复兴、罗马法复兴和新教改革基础上的产物，因此，它特别关注自身的文化传统，关注在“进化”和经验积累中接续、并壮大其文化传统。即使像法国那种具有激烈反传统特征的国家，也没有我们这种令人不

可思议的文化失忆症，反之，我们之所以在西方文化传统中还能区分出什么“德国文化”、“法国文化”、“英国文化”、“北欧文化”等等分界来，恰恰在于他们各自有其传统。而我们，却要刻意去割断此种传统——多么令人不可思议的问题！

或如钱玄同所指责的那样，即使中国传统文化确实主要是糟粕[2]，但这也需要我们在认真保存、详尽知悉它的基础上才能辩正（一如巴金建议设立“文革”纪念馆所能起的功能一样），否则，我们的所作所为只能是无的放矢。我们也只能在自己所假想的“糟粕”前提下叙述、并搜罗我们的论据，完成我们“无情批判”的任务，而与中国文化和学术的进一步推进，则收效甚微。我们的唯一收效，就是数典忘祖，乃至忘我。

或以为，这种批评并不公允，因为我们所要批判、并舍弃的是封建糟粕，而不是其精华。并且这种论述似乎也建立在对我们也已做的成就的否定之上。对此，我须稍作声辩如下：

首先，我们今天所要摒弃的糟粕，究竟是“封建糟粕”呢，还是自从我们的文化被自己无情放逐，西人的文化又远离我们的制度实践、行为选择以及心灵观念，从而在文化空地上疯长出来的新毒瘤？这确实是令人颇费踌躇的问题。我的基本看法是：这种被我们称之为糟粕的东西：如社会失信、政府失威、官场腐败、人际怨恨、奢华浪费、破坏生态等等令人发指的现象，无不是在中国文化的规范功能被否定，西方文化的规范模式尚未立这种文化的空地上发展起来的，因此，我们所要摒弃的糟粕，恐怕只能是“新传统”中的“新糟粕”，而不是令我们忧虑重重的“封建糟粕”。相反，那种“封建糟粕”已经被我们通过种种个人迷信、组织迷信以及现代化的传媒手段演变成为“新糟粕”中的重要内容。

其次，在上述意义上，我强调对文化“失忆症”的反思，绝不意味着是对我们经过艰难选择、并已经有初步成就的文化努力的全盘否定，并且即使我做了这种否定，也不可能对中国正在进行的文化、特别是法律文化努力构成任何威胁。我在这里只想说的是：对自己文化传统的失忆，意味着创造这种传统的民族之自我颠覆。它不可能产生所谓“凤凰涅槃”的效果，相反，它只能危及一个民族以其独特的创造确立其在世界竞争中的地位。

如果说在一般文化问题上国民皆患了某种“失忆症”的话，那么，在古典法律文化、特别是在古典法律解释问题上，自从辛亥革命以来，我们基本上在制度、意识形态以及学理层面全盘放逐了既有的法律文化，从而使得此种法律文化传统在法学建设上基本处于无用武之地的尴尬位置，相较而言，在大洋彼岸、在周边邻邦，对中国传统法律文化、包括传统法律解释问题的研究，每每令我们自叹弗如。这种他乡之石，至少能够翻攻克我们的不足。

论述这么多关于国民（特别是学者）文化“失忆症”的问题，仍是要说明研究中国古典法律解释问题的学术意义。如果说“有法律就必然有对法律的解释”这句话成立的话，那么，同样也可以说，一方面，有法律解释就必然有相关的学术支撑和理念基础；另一方面，法律解释自身作为法律的实践过程也在不断产出相关的学理和知识。大体说来，中国古典法律解释的研究，对于当下中国法学的意义有二：一是为中国法学，特别是法律解释学的研究提供一种可资借鉴的古典资源；二是其在解释中形成的理论对今天法律解释学的研究所具有的可借鉴内容。下面首先来看前者。

包括法律解释学在内的解释学，是以人类理解和解释这种精神现象为研究对象的学科。其中理解是内在的，而解释是外在的。就法律解释学而言，其基本的研究对象是人类法律解释的活动和相关现象。古人明言，“刑书之文有限，而舛违之故无方……”[3]，这恰如“言有尽而意无穷”。以有尽之“法”来适用和解决“无尽”之事，究竟如何，可想而知，于是，相关法律解释活动就为必需。正因如此，在法律的适用、案件的解决中，“解释者一言九鼎”几为至理名言。但法律解释应当遵循什么规则？应当拥有何种技术？应当强调什么程序？应当遵循何种原则？谁是解释者？等等问题，就必须通过系统的学问化的机制来解决。于是，法律解释现象和法律解释学之间就形成了一种原材料与加工机式的内在关联关系。倘若要建立一种能够有说服力的法律解释学，就绝不能仅仅局限于当下的法律解释现象而研究。对古代法律解释文献的关注，正好能够在法律解释学中说明我们文明的延续，说明理性安排的重要。这种可借鉴、可加工的内容，我们在中国古典法律解释中，随时能够捡拾得到。例如《唐律疏议》在解释“名例”时曰：

“……名者，五刑之罪名；例者，五刑之体例。名训为命，例训为比，命诸篇之刑名，比诸篇之法例。但名因罪立，事由犯生，命名即刑应，比例即事表，故以名例为首篇。第者，训居，训次，则次第之义，可得言矣。一者，太极之气，函三为宜，黄钟之一，数所生焉，名例冠十二篇之首，故云‘名例第一’。”[4]

这段话是在其通过对“名例”的历史解释后得出的结论。从中可见，简短的百余个文字，把名例在刑法中的地位、作用以及安排其为篇首的原因等都做出了一个系统的学术梳理。回想今天在制定民法典过程中学者们关于编撰民法典之体例的争论及其理由论证，我们不难理解今天的争论事实上是历史传统的延续。尽管我们可以刻意地追求和历史告别，或者刻意和传统再见，但我们的思维模式、我们的行为选择总是会不由自主地和传统接轨的。

通过前面的叙述，我们知道：在中国古代，法律解释材料积数千年的发展，可谓汗牛充栋。如此丰富的材料在古典中国因为法学的相对滞后，更由于人们对诉讼和法律的普遍轻视，导致其到目前为止只能是书架上吸纳灰尘的物什，基本上没有被纳入我们的学术视野，这不能不说是古人的隐痛，也更是今人的悲哀。希腊哲人云：“认识你自己”。笔者不妨鹦鹉学舌，主张“认识自己的文化”。即使我们在论述法律解释学中，完全引入西人的分析工具、逻辑框架和思维成果，也应当对自身传统中的法律解释问题予以高度重视，或者至少用中土固有的法律解释资料来验证西人法律解释学的足与不足。

由于研究方法的迥异和关注内容的分殊，当下中国法学内部已经有完全不同的面目和分枝——包括不同的分析工具、逻辑框架、价值取向和思维成果。于是，价值法学、社会实证法学、规范分析法学以及经济分析法学等等各呈风姿、各展娇容。从而使法学的百花园更加绚烂多彩。不过，就法学的正宗而言，毫无疑问，规范分析法学为首当其冲、责无旁贷者。尽管就笔者个人的兴趣爱好而言，更加倾向于价值法学，但这并不意味着我赞同把价值法学或者社会法学等奉为法学“正宗”的做法和看法。[5]法学如果抛弃或者放松了对规范自身以及规范在运用中技术问题的研究，有可能只会堕落为“四不像”。今天已经有学者提出质疑：法学总会借助其他学科的方法展开研究，那么，法学自身的方法是什么？[6]这种质疑本身恰恰说明我们对法学之“正宗”——规范法学研究的殆忽和不尊。

而规范法学既有在宏观上的研究，如规范的性质、规范的逻辑结构、规范的分类等，但也有中观和微观层面的研究。我觉得，法律解释学就属于中观或微观的规范法学范畴，因为它所研究的是规范在运行当中的技巧问题。在规范法学中，宏观问题的研究尽管非常重要，但如果舍弃微观的法律解释学研究，那么，宏观问题的研究在法律实践视角看就必显空疏。因之，强化微观视角之规范研究，对法律规范运用于法律实践，就有了特别的意义。这也意味着，我们关注古典法律解释现象自身对于法学研究，特别是法律解释学研究的意义。

我们再来看后者。如前所述，有人认为，古代中国没有法学。按照此种逻辑，也就意味着当今中国的法学研究不可能在古人的法律智虑中获得灵感。然而，事实却为，古典中国有着自己独特的、甚至是发达的“法学”。除了流传两千余年至今不衰的法家政治法学之外，还有诸子百家的政治法学，更有与当今规范法学类似的、侧重于法律规范内部问题而寻源溯流的律学。尽管它不能和现代法学在法律思维的发达程度和法律现实批判的深入程度上相提并论，但作为我们先人自己创造的法学思维成果，不要说站在敝帚自珍的自我立场上分析，即使在法学自身的深度上看，其在解释法律过程中完成的言简意赅的重要结论也颇值得我们认真对待。现以《读律佩觿》的相关论述为例说明之：

在古典中国法律解释的相关成果中，自法学视角最令笔者关注并感兴趣者为《读律佩觿》。在该书编撰之初，作者就确立了“图中虑始，溯流穷源，一追立法之初，以期共信……”[7]这样的基本宗旨和法律解释原则，在这一宗旨和原则之下，作者对读律的方法以其经验为据做出了系统阐述。这在前文中笔者已经涉及，不再赘述。惟需说明的是：事实上，所谓法学，就是解读法律的方法之学。因此，在其“读律八法”中，不难发现作者对建立一种具有普适性质的法律理论的探索。更令笔者感兴趣的是他的“八字广义”。

所谓“八字”，是指在法律中经常出现的以、准、皆、各、其、及、即、若等八个字：

“律有以、准、皆、各、其、及、即、若八字，各为分注，冠于律首，标曰八字之义，相传谓之律母。

……窃议八字者，五刑之权衡，非五刑之正律也。五刑各有正目，而五刑所属，殆逾三千，中古已然，况末季乎？汉唐而下，世风日薄，人性变态，一如其面。若为上下比罪，条析分隶，虽汗牛充栋，亦不足概輿情之幻变。故于正律之外，复立靶子，收属而连冠职。要皆于本条中，合上下以比其罪，殊不致僭乱差忒，惑于师听矣。此前贤制律明义之大旨也。然即刑书而详别之，正律为体，八字为用。而即八字细味之，则以、准、皆、各四字，又为用中之体。其、及、即、若四字，更为用中之用。盖引律者，摘取以、准、皆、各四字，固无事乎取用于其、及、即、若，而摘取其、及、即、若四字时，则舍以、准、皆、各，别无所为引断以奏爰书矣。……”[8]

这里对“律母”——法律中关键词的阐述，与现今我们关注法律规范中的关键词，如“应当”、“可以”、“是”等等何其相似乃尔！在此之外，作者还论述了在读律过程中“律眼”的重要性，并对例、但、并、依、从等在法律中作为“律眼”的词汇作了较为详细的剖析，从中不难发现古人在法律解释中对规范自身作为一种学问体系的深切关注。这完全不同于我们今天几乎将法律规范当作政策性规定，法学研究则远离规范，而舍近求远地在法律规范之外寻求法学学理的情形适成对照，同时也与西土一些学者关注规范内部的问题相映成趣。笔者以为，这正是我们今天研究中国古典法律解释问题应予特别关注者。

二、立法意义：实质合理的价值追求是否过时

在几乎所有当今的法律人看来，法律乃是一种形式合理的规则体系。我们知道，这一理念来自马克斯·韦伯。他把法律分为四种，即形式合理的法律、实质合理的法律、形式不合理的法律和实质不合理的法律四类。在他看来，只有受罗马法深刻影响的欧洲大陆法系，才是形式合理的法律，而其他法系大都归入另外三种法分类中。

“一般而言，……不管僧侣统治者还是世袭的王公们，他们的‘理性主义’都具有‘实质的’性质。它追求的不是形式法学上最精确的、对于机会的可预计性以及法和诉讼程序中合理的系统性的最佳鲜明性，而是在内容上符合那些‘权威’的实际的——功利主义的和伦理的要求的明显特征：正如我们已经看到过，把‘伦理’与‘法’区分开，甚至也不是在法律形成的这些因素的意图之中，他们对于任何本身要求并不高的和‘按法学家的办法’来对待法是完全陌生的。”

“只有罗马法的一般形式的品质，才以不可避免地日益要求提高法律操作的专业性……这些形式的品质也制约着西方世袭王公的司法不像其他地方那样，转入到原始的父权家长制的维护福利和实质正义的轨道上去。……法学家们作为官员必须依赖形式主义的培训……”

“……在这里，没有神圣的法的约束，也没有神权统治的或者实质伦理的利益来束缚这种思想，并因此把它挤到纯粹推理的决疑证论的轨道上去，这对法律事务实践的发展具有强烈得多的结果。法学家们无法‘想象’和‘构想’的东西，也不能在法律上有效地存在着，这条原则的某些苗头实际上已经存在于罗马的法学家身上。”

“……纯粹专业法学的逻辑，根据‘抽象’的法律原则在法学上‘构思’生活的事实，而且在承认这条占主导地位的原理的情况下：法学家根据由科研工作得出的原则的尺度不能‘设想’的东西，在法律上是不存在的……” [9]

至于中国古典法律在韦伯的视镜中究竟属于哪种？学者们对韦伯，产生了解相异的解读和不同的观点。如有人认为，在韦伯眼中，中国古典法律是实质合理的；另有人认为，中国古典法律是实质不合理的。[10]且不管这两种看法孰是孰非，仅就中国古典法律及其解释的哲学理念所追求的基本目标——“……轻刑明威，大礼崇敬。……‘天垂象，圣人则之。’观雷电而制威刑，睹秋霜而有肃杀，惩其未犯而防其未然，平其黜墨而存乎博爱，盖圣王不获已而用之。”[11]——而言，似乎可以大体得出中国古代法律以实质合理为其追求的结论来。因此，了解韦伯如何说中国古典法律是什么只对研究韦伯本身的法律观有意义，我们运用韦伯的类型学说来研究中国古典法律，并不影响我们对古典中国法律的归类。

在我看来，古典中国法律，和其政治哲学的追求相适应，大体上是一种以实质合理为追求的法律体系。这在古典法律解释中我们可明显看出：

“律以平情，衷乎义，义取乎别。律意首重伦常……”

“律重元谋，慎烛？始，诛心隐也。”

“我之为害，千古一辙。无论庸愚鄙陋，赋性凶残，惟私是营。如赵禹、张汤之属，最归戮灭，否亦痛遭天谴，自不必言。即秉质温良，慈祥和易，立心于布泽伸恩，一以全活为主脑，亦不免蹈有我之癖。……法乃天下之公，即天子亦不容私所亲。……圣贤立教，惟有一中。中，则洞洞空空，不偏不倚，何有于功德。倘意见微有执着，虽公亦私，难免乎有我矣。由我之念横悬于胸，将未见刑书，即目为俗吏之司，残忍之习，未及展卷，先已桎凿其不相入。一旦身膺民寄，位列台辅，其何以定大狱而决大理，辅圣治而熙百姓哉！愚恐其寄权左右，授柄积胥，冤集祸丛，积久发暴，身且为累，况望后嗣其昌乎？故曰：读法必先于无我。”[12]

在如上论述中，王明德将整个法律理解（读律）和解释的立足点放在读者“无我”的位置，这和当代解释学对于“前见”的强调明显不同。只有“无我”，才能做到对法律的正确理解；做到“一追立法之初，以期共信”的解释目的；做到“中，则洞洞空空，不偏不倚”的法律实践效果。所以，法律解释者所追求的显然是法律实践的实质合理。正是这种对实质合理的刻意追求，才能更好地体味在古代中国为和平反冤狱的现象那么常见。追求实质合理，不仅体现在官方的法律解释活动中，而且也表现在民间和司法解释活动中。特别在司法解释中，判者甚至不惜背法而求实质合理。如对“陈五诉邓楫白夺南原田不还钱”案，判者写道：

“陈世荣绍兴年间，将住屋出卖于邓念二，名志明。志明生四字，其地系第四子邓谋受分。邓谋于淳熙十一年，复将卖于长位邓演，明载有火客陈五居住，陈五乃陈世荣之孙。邓演诸子又各分析，离为三四，多系陈五赎回，但内邓楫一分为曾退赎。见得陈五犹是邓楫地客，且当元陈世荣既作卖契，倘非业主情愿，无可强令收赎之理。去冬，方燧出卖土铭唱歌堆晚田四亩，田在陈五门前，其主邓楫托陈五作新妇吴二姑收买，往往欲为寄税之计。其后陈五自以田在本人之门，便于耕作，托曾少三致恳，凭邓四六写契，就以本人南原祖业田两相贸易，陈五立契，正行出卖，邓楫亦立约付陈五，俾照方燧田为业。陈五与曾少三、邓四六送狱共对，各已招伏分明。今陈五不以方燧田自邓楫户入己为业，却以南原田入邓楫户。为无价钱贸易田产，于法虽不许，然彼此各立卖契，互有价钱，凭此投印，亦可行使。陈五与邓楫自有主仆之分，往往久欲并赎邓楫一分住居，而邓楫不从，因此交易遽为昏赖，可见奸横。李洪与陈五即无相干，初状到官，乃作李洪名字，故入勾加，教唆词讼，尤为无赖。李洪、陈五各勘杖一百，其田各照元立契管业，与人并放。”[13]

在判词中可发现，尽管该案所涉及的契约“于法不许”，但判官还是作了变通处理——“然彼此各立卖契，互有价钱，凭此投印，亦可行使”——以使得案件判决更符合人们的接受能力，从而以方便契约关系中的人们为己任，而反对给人们带来更多的不方便。

这样看来，充斥于古典中国法律及其解释实践中的实质合理追求，并不是阻挡以形式合理为取向的现代法律制度在中国建立的万恶之源，相反，如果我们在立法以及法律解释中能妥当地把握两者之间的内在关联，可能对于克服在现代法治中借形式合理所导致的社会不公平和法律不公正[14]会更有意义。

可以肯定，当代中国正处于一个艰难的价值抉择和（制度）技术培育过程中，在这样的时代背景下，究竟以何种理性为标准设计我们的法治（尽管有不少学者反对“设计法治”这样的说法，但我还是要坚持主观努力——“设计”在法治建设中的重要性，因为所谓自然长成的法治，每每只适用于一个渐进的时代，但我们都清楚的是，当今世界已经无可例外地都被拖入到所谓“跨越式发展”的时代），就是人们不得不应当特别正视的问题。这同时也涉及如何对待以实质合理为特征的我们自身的法律文化传统问题。

也正因如此，即使在西方国家，正在对此种一味追求形式合理的法律—诉讼模式采取必要的变革措施。这种变革的具体成果就是“交涉合理”或者“反思合理”的原则在法律及其实践中的倡导和确立[15]。尽管它并不否定从总体上看，程序在法律中的中心地位，但过度形式化可能对法治所带来的严重威胁——人们对法律保障其利益的失望，总是存在的。因此即使像美国这种典型地吸收了大陆法系形式合理性的国家，也在积极探索、关注、实践着辩诉交易、法庭调解等有助于实质合理因素发挥作用的方式纠纷解决机制。[16]或者更进一步讲，英、美国家所奉行的判例法制度，在总体上看，它是在正当程序中通过遵循先例、先例识别、本例创新这样一系列的比较、反思和交涉过程中完成的，因此，可将其视为形式合理与实质合理的恰当结合。

论述这些的基本目的，就是要说明，古典中国在法律及其解释中所盛行的实质合理原则，是否应当为

必然退出法律舞台的一个文化因子，在我看来，恐怕不应是如此。我们需要建立的形式合理的法治，并不应当以牺牲实质合理的实现为目的，恰恰相反，形式合理的法治所要追求的正是实质合理的效果，换言之，形式合理的法治，要比仅仅规定实质合理的内容，但并未对之做出可操作的形式规则能更好地实现实质合理。所以，形式合理所反对的，仅仅是不讲程序、蔑视公开的法律制度，而不是否定实质合理本身。

这就要求我们在当代中国的法治建设中，如何采取一种恰当的方式——像林毓生所言：寻求传统的“创造性转换”[17]，从而既能够建立起大体反映现代形式合理的法治要求，也能够尽量避免形式合理的法治可能对实质合理本身所带来的威胁，还能够在我们自身的文化血脉中低成本、高效益地获取到可资利用“本土资源”。这样的法治，当然是我们的使命。

或以以为，中国法制传统自从辛亥革命以来，就已经是一套僵死的东西，它不可能拿来作为今天我国法治建设的材料。对此，我将在后文要详细论述，这里仅仅要说的是：只要实质合理不可避免地作为法治的目标追求，那么，对古典中国以实质合理为价值取向的法律及其解释通过“创造性转换”进行汲取，就理所当然、无可厚非。问题在于我们有无此种能力，而不在于有无相关必要。

当然，话说回来，古典中国法律中存在的那种“实质合理”，一方面，在很大程度上是以牺牲程序正义为目标的，因此，普遍的刑讯逼供、装神弄鬼、欺诈取证、漠视人权等现象的存在人所共知；另一方面，它自身只能适用于一个相对简单的社会，故而尽管在中央，“司法”过程有一定分工，但在地方上，判官们一般是自侦查到审判，一路进行到底。所以他们每每事必躬亲，强调主动出击。即使能够很有水平地解决某个个案，但并没有一种普遍有水平地解决案件的程序保障机制。因此，有水平地解决案件的使命，就只能那些既具有卓绝智慧、又近乎完美圣人的人，对于常人而言，似乎遥不可及。

如此看来，古典中国法律中的实质理性，当然在我们这样一个已经无可更改地迈向复杂社会的时代，其用场是相当受限的了。我们知道，因社会分工和科技进步所导致的经济的市场化、政治的民主化以及文化的多元化业已是一个世界性的现象，中国作为一个后发达的大国，也经过近二十五年的持续改革开放（主要在经济制度领域），汇入到这一历史进程中，这种经济、政治和文化的结构模式，所导致的是一个复杂社会在中国的明显呈现。因此，再强调昔日那种判官事必躬亲、无所不能地追求实质合理的古典制度，而原封不动地适用于当世，则既无可能，也无必要。所以，前述“创造性转换”是我们无法放弃的任务，我们所要选择的，主要不是古典社会实质合理的具体内容（当然，无可否认的是，其中相当一些内容在今天仍具有重要意义），而是实质合理的理念，这样，在立法上综合形式合理与实质合理之优点，建立我们的法律体系，就是我们必须面对的现实。因此，我赞同这样的看法：

“我国法治方略、进行法治建设的初衷，并不仅仅是为了完善一套形式性的法律制度，以建立稳定、统一、整齐的社会秩序，而且是为了推进民主和人权保障事业。民主和人权不仅是法治的基础和前提，而且是法治的发展动力。……只有认真对待民主和人权，才能认真对待法律……我们所选择的法治观念是实质法治观。这一选择是正确的，应当坚持下去。我国法治建设的目标不仅是通过完善一套形式性的法律制度以规范和维护社会秩序，而且是通过这套制度以推进国家生活中的民主建设和社会生活中的人权建设，不仅要加强立法、执法和司法等环节，而且要把法律制度建立在不断扩大的民主和人权基础之上，为人民所认可、接受和满意。”[18]

[1] 以上皆参见李泽厚著：《中国现代思想史论》，东方出版社1987年版，第42页以下。

[2] 在我看来，钱尽管是令人尊敬的学术“大家”，但这种激愤之辞十足地说明“大家”也会犯幼稚病，也会说一些无知话，甚至说出比常人还无知的話。因为“大家”要标新立异，“大家”更借助灵感，所以，“大家”并非神，也只是一介受感情支配的凡人而已，因此，我尊敬“大家”，但绝不顶礼膜拜任何“大家”。特别是那些为了思想实践而丢弃了学术反思精神的“大家”。

[3] [唐]长孙无忌等撰：《晋书·刑法》。

[4] [唐]长孙无忌等撰：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第2页。

[5] 这几乎是中外学界的一种痼疾：一位学者自己感兴趣于什么，就一定要把他感兴趣的学问推为该学科的至尊地位。我觉得，这和争山头无所区别。我更倾向于少设计地位之争，多一些学理辨析。

[6] 这是一位从事西方哲学、并对制度和法哲学具有一定兴趣、曾赴美国研究较长时间的教授给笔者在餐桌上提出的问题。这表明在中国其他学术界对法学的普遍认识水平，也表明当下中国法学自身之不足！

[7] [明]王明德著：《读律佩觿·凡例》，法律出版社2001年版，第2页。

[8] [明]王明德著：《读律佩觿》，法律出版社2001年版，第2—3页。

[9] [德]马克思·韦伯著：《经济与社会》（下卷），林元荣译，商务印书馆1998年版，第139、180—181、204页。

[10] 例如，在2002年于香港召开的“亚洲法哲学大会”第五次会议的大会发言和自由讨论中，来自香港的余兴中和台北的林端分别对此各执一词。前者认为韦伯眼中的中国古典是实质合理的法律，后者则对此反唇相讥，认为前者误读了韦伯，韦伯把中国法律归入实质不合理之列。而季卫东等尽管没有从韦伯视角出发来研究这一问题，但他们都分别对中国古典法律以实质合理的评价（参见季卫东：《法律程序的意义》，载氏著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版）。

[11] [唐]长孙无忌等撰：《唐律疏议》，中华书局1983年版，第1页。

[12] [明]王明德著：《读律佩觿》，法律出版社2001年版，第4、5、8—9页。

[13] 《名公书判清明集》（上），中华书局1987年版，第108—109页。

[14] 例如，曾令世人震惊的辛普森案件，就是以形式合理替代实质合理的典型。尽管国内不少学者对该判决每每以欣赏姿态待之，但即使在美国，这也是一个绝非仅仅以肯定的口吻对待的重要案件。即使法学家们也是如此，否则，法学家也就太“团结一致”了。

[15] 参见季卫东：《法律程序的意义》，载氏著：《法治秩序的建构》，中国政法大学出版社1999年版。

[16] 参见范愉著：《非诉讼纠纷解决机制研究》，中国人民大学出版社2000年版，第232页以下。

[17] 参见[美]林毓生著：《中国意识的危机》，穆善培译，贵州人民出版社1986年版，第260页以下。

[18] 侯健：《实质法治、形式法治与中国的选择》，载《湖南社会科学》2004年第2期。

相关文章

《中国古典法律解释的哲学向度》

西法背景下中国古典法律解释的意义（下）——

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办
电话：64022187 64070352 邮件：law-culture@163.com
地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720