

## 法律思想的形成——面对古典的创造

任强

法治已经成为我们这个社会的共识。法治社会的形成不仅依赖于法律制度的完善，而且依赖于法律思想对诉讼活动提供的思考资源和理论向导。中国的立法经历了一次又一次的重大起伏，一个毋庸置疑的事实是，中国法律思想的创造依然贫乏。这当中的原因很复杂，既与西方法律思想在中国的法律实践中没有实现成功转化有关，也与当代中国法律实践经验的缺乏有关，但是，对中国古典法律思想的忽略也是造成这种窘迫情形的重要因素之一。

虽然我们一再提出要吸收古典思想的精髓，弘扬民族文化，但是，在中国古典法律思想的研究领域，对这些问题的回答一直都很含糊，法律从业者对此往往也鲜有思考者。本文首先试图通过对一些在中国历史上有过深刻或者广泛影响的法律命题，以及这些命题的解决方法和表达方式的阐述，探讨进入中国古典法律思想的方法；然后论述中国古典法律思想在当代中国的遭遇，最后分析中国古典法律思想究竟能给中国当代的诉讼活动提供什么样的观念、经验和思考？它能为当代中国的法制建设贡献什么？

### 一、重“外在解释”轻“内在创造”的古典研究

在学界，一直以来都有人不承认中国古代有法学一说，比如美国法学家昂格尔考察了公元前5—前3世纪，也就是从春秋末期到战国时代中国的变革历史之后，指出，构成“法的支配”（rule of law）的要素和条件，在当时的中国是不存在的。[1]（P77~79）日本著名的中国法律史专家滋贺秀三也说，他在东京大学法学部为一年级的学生讲授“法律史”的课程，在洋洋洒洒地讲过罗马、中世、近世各国的法学之后，到“中国法学”这一节时，却没有在同等层次上与前面的内容并列的东西。[2]（P17注2）与此对应的是，人们认为，中国古典法律思想完全不能与西方法治思想对接，它的主体是封建糟粕，能适应现代社会的不过只鳞片甲，它不能为当代中国的民主法制建设提供多少有效的资源。因此，中国古典法律思想的研究在中国法学的研究领域一直很边缘化，在大学里，这门课程也一直是可有可无的点缀品。

出现这种评价的主要原因，当然与曾经盛行一时的西方中心主义分不开，因为这种思潮是西方人以胜利者的姿态抬高自己的文明，他们的骨子里将西方的文明看作是唯一符合历史进步的文化，其他的文明类型至多不过是人类进化史上的半成品而已，如此一来，与西方相比，不要说中国古典法律思想，就是整个中国古代文明都是可以完全否定的遗物，甩掉包袱，全方位接受西方文化，才是中国人真正的出路。另一方面，自近代以来，反思战败的原因时，中国学者往往把根源追溯到中西文化的差距上，激发了学界介绍、学习西学的热情，这种热情对西方中心主义的思潮起了推波助澜的作用，在这种背景之下，中国古典法律思想被冷落，几乎注定是无法避免的命运。

那么，中国古典法律思想的研究者，是如何经营这个学科的呢？简单说来，这些学者的研究可以大体分为三种类型。

第一种研究是整理中国古典的经史子集和官方典籍，把与“法”“刑”相关的内容摘录下来，进行归纳。有不少学者在书写中国古典法律思想的时候，都没有逃出这个窠臼。这种研究模式的目的是为了人们知道，中国古代也有法律思想，中国古人的学说也可以用“法律”这个词来界定。他们认为，尤其是在西学对中学取得压倒性优势之后，用“法律”来界定中国古典思想就变成必要的事了。这种研究方法，无非是把每个古代思想家说过的，仁政爱民，明德慎刑，轻徭薄赋之类话说了又说，它们的区别只不过是每个古人的表达方式不同罢了。给人留下的印象是材料堆积，浅白无力。这样的做的结果，很难让人信服中国古代真的有法律思想，即使有，不过是一点朴素的想法，上不了档次，怎么能谈得上“思想”呢？

第二种研究突破了经史子集和官方典籍的局限，从社会史材料、档案、民俗、文学作品等，挖掘古人的关于诉讼的想法。应该说，与第一种研究比较，这种方法是一个不小的进步，因为研究对象不再囿于经史子集和官方典籍，毫无疑问就大大扩展了研究的视野，其实法律思想在这些材料里出现的机会，远远大于经史子集和官方典籍，至少让读者感觉到，研究的主题和诉讼沾了边。其实，这类研究使用的是考据学、史学、社会学、或者历史社会学的方法，它试图从一个客观中立的立场来复原古典法律思想、古人法律观念的原貌，通过史料与观念互证的方式来解释中国古典法律思想存在的原因和理由。但是，这到底还算不上是对法律思想本身内在理路的感悟和融通，更算不上推展和创造了。

第三种研究运用西方法律的知识类型和方法，重组中国古人关于诉讼的表达和实践。这些学者大多受过西学的训练，对于西方法律的历史、逻辑、结构、功能等都比较了解，他们围绕西方中心主义者提出的研究类型，对中西法律进行细致的对比和填充。虽然他们使用的是西学的概念和方法，但是在材料的运用上大多都很扎实，这样他们的研究自然就超越了早期西方中心主义者的空疏，他们得出的结论往往容易走向两个极端：要么是西方的法律思想，中国古典社会里也有，不过它们的表现形式不同罢了；要么是西方的法律思想在中国根本就没有，然而，对应于特定的范畴，中国古典社会有自己独特的内容。这批研究成果一般都很扎实，风格别具一格，很吸引人。但是，思想产生的次序不是先定好一个解释框架，然后才进行创造的，更何况这种解释框架是古典思想的创造者在当时无法想象的。次序的颠倒对解释法律思想也许影响不大，因为解释的多元也属于知识上的增加。但是，对于法律思想创造的影响却是不可忽视的，它可能有决定意义，因为每一个创造者在创造思想的时候，是不允许、也不希望他的思想是有歧义的，或者被人家多元解释的。所以，从思想产生的路径来说，法律思想的创造应该决定对它的解释，而不是反过来。即使研究者用自己的解释框架对法律思想的解读有知识上的贡献，也应该注意，这种解释给思想添加了多少内容？修改了多少内容？歪曲了多少内容？解释的合理限度在哪儿？实际上，这种解释无异于一个外来人用他的生活经验观察我们的生活方式，并对看到的表面现象指指点点，虽然不同的视角能让我们对自己的生活有新奇的认识，但是，我们能完全信赖他的观察吗？我们能完全信任他的评价吗？我们能指望他先和我们过一样的生活，完全理解和接受我们生活，再参与我们的生活创造吗？所以，对于中国古典法律思想的研究而言，这种方法只是提供了一种参照而已。

上述三种研究类型都属于对法律思想的外在研究。即把中国古典法律思想当作一个客观存在的现象，去解释它存在的理由和原因，研究者要尽量使自己的结论客观、科学，就象胡适议论阮元时说的，把一个时代的思想归还给那个时代，显出古代的本色。[3]（P108事实上，由于史料、档案、文学作品歧义纷争，风俗人情因时因地而异，这些成果不可能有唯一正确的答案，至多是大家从不同的角度对古典法律思想内容作了文字上的还原，或者背景性的阐释。就中国古典法律思想的研究而言，外在的解释者应该知道自己的局限，即这种研究的任务是帮助读者了解法律思想产生的条件、历史背景，以及法律思想与国家、百姓生活的联系等，它涉及的是对有法律要素的思想内容的解释，对于理解和推展古典法律思想来说，它只是一种边缘性的工作，它的贡献只能以文献学、史学、历史社会学的标准去衡量，而不是以法律思想来衡量。以外在解释来完全替代中国古典法律思想的意义探寻，对这个学科来说无异于“捡了芝麻，丢了西瓜”。

那么，中国古代有没有法律思想呢？如果从功能主义的立场来看，中国古人同样要面对国家与私人的关系，同样要面对与他人的争端，同样依赖于一个权威机构来解决这些问题，最后与西方一样，同样为解决这些问题构建了一套诉讼制度。虽然我们的古人设置的诉讼模式和内容与西方有不小的差异，但是，如果把法律看作是解决争端的最有效的工具的话，毫无疑问，中国古人自有他们的一套办法，也就是说，中国古代是有法律的。而贯穿于这些法律当中的世界观、价值观、伦理观，操作这些法律时积累起来的实践经验，围绕这些法律形成的争论、认识和观念，慢慢地积聚起来，形成了中国独有的法律传统，这种传统所包孕的精神意义、文化意义、历史意义，可谓丰富而精深，这正是中国古典法律思想的内容。

在我看来，中国古典法律思想基本上可以用六个字来概括：“天理、国法、人情”。当然，这只是一个概括的说法，具体说来，就是这六个字在诉讼活动中的体现，以及在判决中的作用。但是，今天，在对这六个字进行感悟、融通基础上，进行推展和创造的奠基性作品，我们几乎没有看到。问题到底出在什么地方？

我们知道，对思想的阅读，不仅是进行外在解释的问题，更重要的在内在传承和实践，换句话说，阅读者进入思想的前提条件就是传承思想传达的价值观念和人生意义。中国古典法律思想不仅仅是材料事实，它的内容还涉及诸多蕴含在法律当中的“天理、人情”等价值问题，它的精神指向的是一种“天人合一”的心灵意向和“人情练达”的人生境界。只要在心性的修行上能“体天悟道”、“区别善恶”，就有资格在断案中“揆诸天理、人情、国法”。所以，在中国古典法律思想的内在层面，思想本身要求阅读者必须传承它的价值判断，就是以“生命的实践”为中心，展开它的教训、智慧、学问与修行。只有当阅读者的心灵充满了这些预设的意向时，并进行实践时，他才能够理解大量充斥在中国古代司法判决书当中的“天理”和“人情”是什么意思？它们与“国法”是什么关系？否则，我们会感到困惑：那么多的古代官员在判决里讲“天

理”，讲“人情”，但是，到底什么是“天理”，什么是“人情”，为什么他们却从没有一个明确的答案；“天理在人心”，怎么个“在”法？在哪个人的“心”里？

其实，在中国古典法律思想中，“天理”、“国法”与“人情”是统一的，它们都是天道在不同事情上的显现形式而已，天道在宇宙表现为“天理”，在朝廷表现为“国法”，在百姓表现为“人情”。它们在本体的意蕴上是同一的，之所以要用不同的词语来称呼，只不过是天道在不同情境里妙用的显现而已。所以，在诉讼过程中，“理”“法”“情”的作用是同样重要的，在中国古典文献中，我们可以看到古代官员在判决时说“揆诸天理、人情、国法，实属罪无可道”[4]，“其逆恶之罪，已为天理人情所不容，又岂国法王章可少贷”[5]（卷16），“国法人情，必衷诸天理”[6]（卷6）；在表扬他人的审判得当时说“揆之天理而安，推之人情而准，必之国家律法，而无毫厘之出入。吁，何其神也”[7]（序言）；在批评别人时说“情理法，三者皆不讲”[8]（卷17）。当“国法”与“天理”“人情”不符时，中国古代的官员不会受到法律条文的严格制约。[2]（P29）因为虽然“法”与“理”“情”都是天道的显现，但是，“国法”是成文的、实定的，而“理”与“情”则是不成文的，没有实定性。受到形式的限制，倘若实定的“国法”不能为当前的诉讼带来一个公平的、让人信服的判决，就得依照“理”“情”进行变通。

然而，让很现代人感到困惑的是，天理与人情的具体内容到底是什么？如果没有一个明确的界定，看着中国官员的动不动用“情理”判案，对“情理”又说不出个所以然来，这如何能让人信服？我们又怎么能知晓古代官员是不是感情用事？是不是翻手为云，覆手为雨，是不是以“情理”这等模糊的辞藻为遮掩，玩弄审判于股掌间？

其实，在中国古典法律思想中，“天理”与“人情”并不是没有内容的空洞物，情理只是一个总目，它们不是一个语言表述的问题。就象“仁”一样，“仁”与“情理”的基础是共同的天道，只不过它是天道在人心的显现。[1]在《论语》中，我们可以看到，孔子的弟子很多次问他什么叫“仁”，孔子每次的回答都不相同，可见，对“仁”是无法定义的，它是在许多具体的情形中显示出来的。孔子说“能近取譬，可谓仁之方也”。[9]由此推断，“仁”的用法，即使在孔子那里，也不以《论语》所列为限，它的含义超越了已知的事例之外。所谓“书不尽言，言不尽意”[10]，就是如此。和“仁”一样，对“天理”与“人情”而言，判断上的个别类比不够，完全归纳则不能，它蕴涵中国古典传统的价值信念，这种价值信念没有清晰的定义，只能在个人对真实生命的内在体验中被呈现出来。

由于现实的需要，“国法”虽然获得了实在的内容，但是，以固定的语言来表述与天地大化同流的“道”，自然会产生僵化的形式与流变的内容的冲突，所以，体天悟道者就得有依“天理”“人情”平衡“国法”的能力，要能“上察于天，下错于地，塞备天地之间，加施万物之上；微而明，短而长，狭而广，神明博大以至约”[11]，如此，方能通晓事情，谙练法律，明辨是非，作出合乎“情理”的法律裁决，至于文辞畅达，妙笔生花，文采涌动，那不过是裁判文书各种风格的展示而已。象西方法律那样制造一堆专门的词汇，使用严密的逻辑推理，建构可验证的客观体系，在中国古人看来，是大可不必的，因为只有人才通神明，悟天道，裁是非，把人间的纠纷完全交给冰冷的逻辑，是不可能得到什么好结果的。更何况依赖程式化、固定性的逻辑体系，有鼓励人们争讼的嫌疑，只有息讼、无讼的和谐秩序才是制定国法的目的。

那么，“天理”、“国法”、“人情”怎样在诉讼活动中的把握和平衡呢？孟子说：“尽其心者，知其性也。知其性，则知天矣。存其心，养其性，所以事天也。天寿不贰，修身以俟之，所以立命也。”[12]所以，对“理”、“法”、“情”的理解和运用，关键要在“修身立命”入手。“修身立命”则心性挺立，境界开显，对“理”、“法”、“情”的处理自然可以得心应手，圆润透达，这就是中国古代社会对裁决者的素质要求。从这个角度来说，中国古代没有单独的法律思想，关于诉讼形成的观点、观念、作品等，只能从围绕中国人的精神构建起来的中国传统思想的整体当中去理解，否则，无论是对中国古典法律思想背景的外在研究，还是以西方的法律概念和法律范畴这些并不合适的工具解释中国的古典法律思想，都无异于隔靴搔痒，很难真正进入思想本身。

中国古典法律思想的主题关涉人的生命终极关怀，也就是说，它不仅关心外在的法律条文和诉讼活动，而且关注人们内在的道德生活和人生体验。显然，这一套话语对于我们今天的人来说，显得比较陌生。因为这是一门很独特的学问，很难与我们接受的现代教育对接。以现代讲究逻辑论证而形成的知识理解中国古典法律思想，由于双方的差距太大，结果就象是照哈哈镜一样，得到的是非驴非马的效果。所以，想要真正进入中国古典法律思想，就必须首先进入古人的诉讼文案和判词，与古人进行建立在内在传承基础上的生活经验的沟通，这就要求交流者与被交流者同处于特定的心灵平台，处于同一个“收视”频道，才能展开“天理”、“国法”、“人情”的对话，“情理法”的内涵才能如同在古人身上一般，在交流者身上显现，离开相关的生活感受、审判经验和缺乏相应的精神信念，思想的交流就会变得困难，有时候，双方的心理距离简直有天壤之别。这就出现了如下在当前屡见不鲜的情景：从研究者们使用的词汇上看，好象在谈中国古典法律思想，但是，实际上他们不过在自说自话，与古人根本不相干。[2]

所以，一句“同情的理解”，看似容易，但是，真正的同情必须是对生命的相同理解、对内在体验的相互认同、对精神信念的共同实践为基础的，同情必然是动情的，客观的解释算不上同情。当然，人们会问：我们已经远离了古人的生活圈子，时过境迁，世异时移，我们能如何遥契先人的心灵？其实，虽然“国法”未必时时能与“天理”、“人情”符合，虽然“情理法”在不同的时代，它们的表现形式不同，这当中也有被独裁专制者用来美化自己王权合法性的情况，但是，仍然有相当多的内容以民间习惯的方式顽强地存在着，影响着我们的生活，所以，在进入中国古典法律思想上，与中国之外的学者相比，我们在语上要容易得多。另外，从义理上来讲，“情理法”体现了中国人对良心的一致看法，也就是说它们属于中国人共同的价值取向。价值取向一旦触及根本，便人同此心，心同此理，对这些价值的关切，古今的诉讼判决都绕不过去。因此，只有对“天理”、“人情”和“国法”能真正同情地理解的人，才可以体验得到中国古典法律思想历久常新的魅力。

虽然我们和古人所处的时代不同，但是，只要双方在基本义理上的旨趣和对相同精神信念的执守基本一致，即使在内容上出现差异，那么，我们今天的感受和体验实际上就是对“情理法”的推展。推展思想就是进入思想，传承思想，对思想进行内在的再创造。正如德国哲学家施莱尔马赫所说：体验者必须比作者理解他自己更好地理解作者。[13]（P248）这就是说，我们必须把内在创造建立在体验基础之上，内在创造是对“天理”、“国法”和“人情”的重构，这种重构必然使许多古人尚未体悟到的东西被发掘出来。这样，“情理法”就既能把它本色活波地呈现在我们面前，又能直接进入我们当今的法律生活，构成我们今天法律思想的一部分。只有这时，一门叫作“中国古典法律思想”的学问才能真正立得住脚。

所以，只有对中国古典法律思想进行内在的传承和创造，才能谈得上为中国当代法制建设提供有益的思想资源。那么，中国古典法律思想和中国当代法律思想之间究竟是什么关系呢？它如何能转化为中国当代的法律思想呢？

## 二、“变异”的西化模式与“潜藏”的古典思想

我们知道，法律思想必须建立在具体的制度上，它的目标也必须通过具体的制度的实践操作来实现，法律制度是法律思想的重要载体，法律制度的内容和它的实施是孕育法律思想的沃土，一个国家法制的完善与否往往会决定这个国家法律思想是否贫乏，反过来，一个国家深刻的法律思想又能够渗透到诉讼实践当中，成功地指导具体司法审判活动，促进法律制度的革新。但是，无论是法律思想还是法律制度，它们归根结底源于人们处理具体纠纷时积累的生活经验，法律的生命在于实践，“离开了具体法治，那种宏大而高扬的法治只不过是引起空气振动的口号而已”[14]（自序，P4）。也就是说，法律制度和法律思想不仅是名词，也不仅是知识，只有当它们能够建立起一种真实的社会秩序，强烈地影响人们的思想观念、行为方式和风俗习惯，消融于老百姓的日常生活，构成人们法律思维的一部分，它才是这个国家真正的法律。否则，它们不过是一些空洞的口号和抽象的条文而已，和老百姓的生活关系不大。

从鸦片战争开始，面对西方列强的入侵，中国不得不进行法律制度的变革和社会结构的调整，以图实现国家的独立和强大、民族的复兴和繁荣。在这一变革过程中，人们认为，西方的法律知识是一种现代文明的制度，是一种能够对国家富强作出美好承诺的“进步体制”，由此，它在中国获得了合法性。于是，我们依赖集权式的国家力量，成功地推动了对传统社会现实生活的全面改造，摧毁了宗族社会结构，使得宗族、家族不再作为一个社会的政治单元而存在，在这种条件下，以古典法律思想伴随着传统法律体系的土崩瓦解而日趋衰弱。

于是，我们以西方国家为样板，对它们的法律概念、法律术语、法律制度、法律体系、法律部门、法律推理、审判技术等进行了全方位的移植和借鉴。经过这160多年来一波又一波的法律改革，从知识系统上来说，中国现代的法学已经基本上成了一门“西学”。无论在思想上还是制度上，当代中国人的对法律制度的制定和对法律观念的理解，其中有相当部分是西方法律的传播产物。例如，对公民、权利、义务、法治、侵权、合同、无因管理、不当得利、犯罪构成、数罪并罚等概念的了解；对宪法、行政法、民法、刑法、诉讼法等法律部门的划分及其条文的模仿；对诚信、意志自由、罪刑法定、无罪推定、程序正义、实体正义等法律原则的理解；对形式理性化的国家法的接受等，都带有十分明显的西方色彩。可以说，对西方法律的移植从整体上建构了当代中国法律知识的框架。

但是，由于中西之间还存在着生存环境、历史传统、风土人情、政治理念、教育模式等诸多方面的差异，这些差异就决定了中国人有中国人自己的法律问题，有些问题中西之间根本就没有可比性，有些问题看起来很相似的，但是，用西方人的解决办法却没有效果，如果强行照搬西方法律思想和制度，无视中国

的现实，不但解决不了纠纷，对中国的法制建设来说还有消极作用。[3]所以，我们面对的有些问题，在西方并没有现成的答案，西方的法律不可能满足中国法律实践的所有要求，但是，仍然有人一再声称，西方法律是现代诉讼经验最成熟的总结，中国出现的问题是由于我们太落后，与其遮掩自己的家丑，不如一步到位，接受最先进的西方法律，虽然会有暂时不适的“阵痛”，但是，经过一段时间的磨合，自然会生根发芽，知道茁壮成长。其实这种观点只是理论家的空想，法律制度的作用在于解决眼前的纠纷，法律思想的意义在于关照法律制度解决法律纠纷的导向，而不是给社会制造混乱。执着于一种和我们的实践没有关系的法律，对中国人来说，只能是纯粹为研究而研究罢了。[4]

我们今天面对的现实是，由于我们对西方法律的模仿只停留在众多概念和一个大框架上，对具体法律制度的移植不是很成功，所以，西方法律思想对当代中国法律思想的影响就受到了很大的限制。在中国的司法审判活动中，西方法律思想蕴含的大量的司法观念、诉讼经验、审判技术等知识，并没有完全转化为可以为我所用的思考资源和理论向导。这些法律观念在中国的法律生活中十分脆弱，对司法领域的实践者没有太大的强制力，给中国的老百姓也几乎没有留下什么太深的痕迹，今天他们能接触到的无非是一些“正义”、“公平”、“法治”之类的抽象理念而已，所以，西方法律思想的中国化实际上主要是在知识论的层次上发挥作用，对法律实践的影响是有限的，西方的法律思想并没有为中国的法律从业者担当起提供思想资源的重任。因此，在这种情况下，西方的法律思想在中国法律实践中的发挥的作用还很有限，它所取得的成就主要体现在知识层面，而不是在具体的诉讼审判活动中，西方法律思想的种种思考仅仅给我们提供了可供研究的知识，它无法直接转化为我们现实中的诉讼经验。

其实，人类社会的法律发展史已经表明，法律对具体时空的要求要比其他的一般学科要严格得多，它不是思考者呆在家里想通了一个只在理念层次可玩的智力游戏，或者设计一套只在逻辑上成立的宏大理论，法律必须在特定的时间、特定的地点、解决特定人物之间的特定纠纷，这就意味着各个国家的法律只是为解决自己的具体诉讼纠纷而设，法国人立法的时候，不会考虑这条法律对中国人产生什么影响，除非是涉外法律。对不同的国家而言，在适用法律的问题上，就是一个“如人饮水，冷暖自知”的事情，因此，所谓模仿别人的法律，终究是为了解决自己的诉讼问题，如果由于问题太过特殊，没有模仿对象，或者模仿不成功的时候，自己的路还得自己走，别人无法代替。

就此而言，中国法律思想的建构主要还得从法律制度的完善与实施、法律经验的积累中着手。虽然我们今天的立法已经覆盖了社会生活的许多方面，很多法律制度已经不断地得到完善，法律制度的实施也在不断改进，但是，法律条文的漏洞依然很多，法官的审判经验也比较缺乏，我们距离一个法治国家的目标还有不少的路要走。法律制度的不健全和法治环境的不成熟是造成当代中国法律思想尚未成形的最重要的原因。

那么，在法律制度不完善、法律思想资源淡薄、审判经验缺乏的情况下，当代中国的法官面对疑难案件的时候，能不能到法律条文之外寻找判决的根据呢？这种根据的从何而来？它与中国古典法律思想有什么关系？寻找的过程会给当代中国法律思想的积累带来什么样的影响呢？

我们先来看看现代法治社会判决的产生过程。法治最重要的基础之一是法官必须严格按照法律来判决，所以，但是，这只是针对一般的情形而言，即使法治社会的法律再完善，也不可能满足所有的现实需求，为了应付实际存在的复杂情况，有些法律会给法官留下空间，让他们在一定的幅度内裁决；有些法律的规定只是原则性的，或者根本就没有规定，判决就得依赖法官的自由裁量，但是，自由裁量不是随意裁量，法官必须给当事人给出合理的依据和正当的理由，才能让双方心服口服。所以，当法官审理一个案件的时候，如果法律没有具体的规定，在从法律中找不到板上钉钉的答案时，法官往往会求助于法律以外的资源来解决纠纷，这时，逻辑、历史、习惯、社会福利、效用、理性、良心、公道、和谐、情理等因素都是单独或者共同影响法官判决的力量。[15]（P69，P43，P45）这些内容由此进入了法律，成为法律思想中最有活力的因素。在非常特殊的情况下，当用法律裁决显失公道的时候，法官甚至会弃法律不用，对上述的因素加以平衡，提出一个明智的解决办法。其实，除了法律本身蕴含的思想之外，这些因素恰恰为法律的发展提供了宝贵的精神财富。

法律之外的思想资源进入判决，在西方发达国家的诉讼活动中，也是比比皆是的事情。[5]其实，在任何一个国家，法律都为法官留下了一个相当宽阔的裁量领域。与西方国家的法律和审判活动相比，当代中国的法律漏洞和留给法官自由裁量的空间远远要大得多。在具体的诉讼活动当中，法律没有提供答案，或者无法可依的情形时有发生。那么，在这种情况下，法官判决的依据到底是什么？我们不可能用西方人的逻辑思维来理解法律，也不可能把西方的历史、习惯、社会福利、效用、理性、良心、公道、和谐、情理等作为判决的依据。毫无疑问，我们只能在中国人生活中去寻找这些内容，构建支持裁决的思想资源。

在当代中国的诉讼活动中，直接不能适用法律条文的案件，要占相当一部分。在这些案件中，法官究竟是怎么判决的？我们来看一个近年影响颇大的因非法同居引起的遗产继承纠纷案件。

被告蒋伦芳与丈夫黄永彬于1963年结婚。1996年黄永彬认识了原告张学英，两人同居。2001年4月22日，黄患病去世，在办丧事时，张当众拿出黄生前的遗嘱，称她与黄是朋友，黄对其财产作出了明确的处理，其中一部分指定由蒋继承，另一部分总值约6万元的遗产遗赠给她，此遗嘱经公证机关于4月20日公证。遗嘱生效后，蒋却控制全部遗产。张认为，蒋的行为侵害了她的合法权益，按《继承法》等有关法律规定，请求法院判令蒋给付遗产。法院受理之后，公证机关又作出《关于部分撤销公证书的决定》，撤销了原公证书中“抚恤金和住房补贴金、公积金中属于蒋伦芳的部分”，维持其余部分内容。一审法院驳回了原告张学英的诉讼请求。张向上级法院提起上诉，二审法院作出维持原判的终审判决。[16]

根据《继承法》第三章第十六条的规定：“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体、或法定继承人以外的人。”在这个案件中，黄永彬的遗嘱是他真实意识的反映，但是，两审法官的判决根据都是《民法通则》第7条的规定，“民事活动应当尊重社会公德”。法官认为，黄永彬与张学英长期非法同居，他们的行为破坏了社会风气。黄永彬基于与原告张学英的非法同居关系而立下的遗嘱，违背了法律的原则和精神，损害了社会公德，破坏了社会公共秩序，是一种属无效民事行为。如果按照《继承法》的规定，支持了原告张学英的诉讼主张，那么也就滋长了‘第三者’、‘包二奶’等不良社会风气，而违背了法律要体现公平、公正的精神。[17]

针对本案，有些人认为，《继承法》是按照《民法通则》的基本原则制定的，《民法通则》的效力等级在法律体系自然高于《继承法》，法官可以直接适用《民法通则》而不采用《继承法》。但是，人们自然可以对此提出相反的意见，《民法通则》的总则只是一个原则性的规定，《继承法》正是对《民法通则》明细化、具体化，前者是特别法律，后者是一般法律，特别法律的等级当然要高于普通法律。其实这些争论都掩盖了问题的本质。我们来看看《民法通则》第7条的内容——民事活动应当尊重社会公德。注意，法条这里使用的是“应该”，而不是“必须”，如果是“必须”的话，那就要求每一民事活动都要以社会公德来衡量是否合法，这样一来，所有的民法就会被道德取代。显然，这是荒唐的。因为尽管一个社会绝大多数的法律与道德的基本原则都是吻合的，但是，也不排除法律与道德冲突的可能存在，有时候，道德可能会战胜法律，促使法律的衰败或者改变；有时候，法律也可以压制道德，使道德灭亡；有时候，在法律与道德的较量中，道德与禁止它的法律长期并存。[18] (p172) 所以《民法通则》第7条虽然规定民事活动应当尊重社会公德，但是，民事活动应当尊重什么社会公德，法律并没有规定，显然，并不是所有的公德内容都可以作为法律依据来使用的，这里的“应该”一词，实际上已经隐含着，第7条只是在具体条文缺席时的一个带有倾向性的指导原则。在本案中，有配偶者与他人同居是非法的，但是，《继承法》并没有禁止他把自己的遗产赠给同居者，那么，非法同居者是否有权利把他的遗产赠给他同居的第三者，在法律上出现了真空。本来，按照法治的原则，法律没有禁止的，就是公民可以去做。但是，两审法官都认为如果判决黄永彬的遗嘱有效，使与之非法同居的张学英受益的话，将会带坏社会风气，违背公平、公正的精神。[12]显然，两审法官都以道德、情理、社会风气、社会效果作为依据来判决的。

其实，法律之外的因素进入诉讼活动的情况，在当代中国是一个很普遍的现象。例如，被告与受害人开始是通奸关系，后来受害人不愿意维持这种关系，但是被告觉得受害人欺骗了她的感情，所以，就杀害了受害人。在中国，通奸是道德上的过错，而不是法律上的过错，在案发之前双方都没有什么法律上的过错，双方的过错都是道德上的，但是，在量刑中，法官往往会含糊地说：“受害人也有过错”，并且把它作为判决的酌定情节来处理，判处被告死缓。实际上，这个酌定情节酌定的是道德因素。这种道德过错除了在因为感情纠纷引起的杀人案件中考量之外，在家庭纠纷引起的杀人案件、邻里纠纷引起杀人案件、以及由受害人引起矛盾激化的杀人案件中也会对法官的判决产生影响，被告往往不会被判处死刑立即执行，而是酌情从轻处理。

再比如，在一起夫妻争吵引起的自杀案，丈夫被判处刑。[6]法院判决的一个重要理由是丈夫违反了夫妻之间相互帮助、相互扶助的义务。但是，这种义务在法律上主要指的是夫妻一方没有独立生活能力的情况，在这种情况下，如果一方对另一方没有帮助、扶持，进而遗弃，导致被遗弃者死亡的，是以不作为的方式犯了故意杀人罪。至于夫妻平时生活中的帮助、扶助义务主要是道德和情理上的义务。本案中，法官显然将夫妻之间的道德、情理义务上升到了法律的层面，以道德、情理作为根据来进行判决。

显然，在法律制度、法律思想缺席的情况下，或者即使不缺席，也不能带来一个令人满意的判决的情况下，当代中国的法官往往求助于公正、道德、情理、社会风气、社会效果等因素。这些法律之外的思想因素，支配了相当部分的疑难案件，它们不是从西方移植来的，而是活生生地在当代中国人的生活中存在。如果再深究下去，就会发现它们与中国古典法律思想是一脉相承的，有些是古典法律思想在当代的直接显现，有些换了一种表现形式，有些潜藏在人们的意识深处。中国古典法律思想在当代并没有灭亡，而是以或“显”或“隐”的方式出现在诉讼案件的判决中。

比如，中国的老百姓对“公平”、“正义”这些名词就比较陌生。但是，对“天理”大家都能心知肚明。抛开

“天理”的神秘主义色彩，以及古代帝王以“天理”为自己的专制通知辩护这些内容，其实，天理在中国古典法律思想中，有一个更重要的含义——天之义理。这个义理就包含“真理”、“公平”、“公道”、“正义”、“道义”、“铁面无私”等内容，从抽象的意义上来说，“天理”与西方法律思想中的“自然法”、“公平”、“正义”等概念是互通的，它们都反应了人们呼唤超越的理念来关照现实，给社会一个美好的坐标，给人们的生活一个稳定、安乐、和谐的基础。但是，从具体的意义上来讲，由于信仰、价值、理想、文化、传统教化等方面的差异，中国人和西方人对超越理念的理解就一定不会完全相同，“天理”与“自然法”、“公平”、“正义”的具体内容在判决中的含义也不会一样。所以，从具体层面来讲，象在上述非法同居者继承遗产案中法官所理解和引用的“公平”、“正义”，就更接近中国古典法律思想中的“天理”，而不是西方法律思想中的“自然法”、“公平”和“正义”，只不过，由于历史原因，今天中国的法官不再使用“天理”这个词罢了。但是，无论是否使用“天理”这个词，当代中国法律思想中“公平”与“正义”等具体内容，绝对不是西方的。

人情也一样。人情与道德是界限很模糊的两个词。按照中国人一贯的理解，西方人所说的道德应该包括在人情当中。在当代中国，人情包括我们平常所说的道德、良心、情理、关系、风气、风俗、习惯等内容。不可否认，中国人的人情与西方人的道德、习惯、效用、理性、良心、和谐、情理等因素有一些共同的地方，但是，由于生活环境、文化、天性、信念、观念、心态等方面的差异，两者的内容就不会相同。在上述案件和诉讼活动中，法官的判决把公德、情理、社会风气等因素作为判决的依据，人情进入司法实践是明显的事实，而影响判决的人情，肯定不是西方的道德、习惯、效用、理性、良心、和谐、情理等因素，而是沿袭了古典法律思想的内容，当然，这种沿袭不是通过官方的权力体制完成，而是通过民间习惯传承下来的。尽管时代不同了，但是，今天中国人心目中的人情与古人没有并很大的区别，要说区别也主要是在“事”上，在“理”上大体是一致的。

因此，当代中国法官在判决中使用的公平、公正、公德、情理、社会风气、社会效果等，和中国古典法律思想中的“天理”、“人情”基本上是一脉相承的。有鉴于此，我们只有立足于当代中国人的现实生活，结合中国人信仰、价值、理想、文化、传统、教化、文化、天性、信念、观念、心态等内容，传承中国古典法律思想中的合理因素，并把它们应用在具体司法实践当中，才能将传统发扬光大，为当代中国的司法审判提供丰富的思想资源。

### 三、结束语：当代法律思想的形成路径

思想是一个民族的灵魂，法律思想是一个法治国家的精神财富。没有法律思想的交流、积累、传承和创造，法律终将死亡。由于当代中国的法制尚不完善，法治环境还不成熟，法律思想处于正在形成的过程当中。除了诉讼实践的自发积累之外，无论从研究上来说，还是从创造上来说，当代中国的法律思想基本上都没有步入正轨。

当代中国法律思想的创造，首先要在法律制度的完善和实施上下功夫，健全的法律制度和优秀的法律从业者是法律思想积淀的土壤。通过法律从业者的诉讼活动，不断积累司法经验，强化官员和百姓对法律的理解，这是中国法律思想最重要的创造渊源。当然这其中也包括专家、学者对法律的论证、修改、批评等贡献。

其次，要使移植的西方法律制度和法律思想，在中国实现成功的转化。早在上个世纪30年代，著名法学家吴经熊就指出“缺乏强有力的道德根基，被移植的制度与观念无从获得本地沃土和持续成长的养分，不管移植者技巧如何娴熟高妙，这样的法律都是不可能有效生长的”“只有法律之树根植于价值观念能指明方向的沃土时，才有可能为后代结出希望之果。”[19]（第2卷，P212，P213）所以，一定把源于西方诉讼生活的法律思想中国化，使它真正融入当代中国的司法实践中，进入中国人的日常生活和观念中，才能成为中国法律思想的重要内容，否则，它只能是隔岸之火，和我们的冷暖没有多大关系。

最后，传承中国古典法律思想，并对它做创造性的推展，使它成为当代诉讼活动的重要思想资源。就目前的情况来看，古典法律思想在当代中国的境遇是十分令人扼腕的。我们知道，中国古典思想的最大特征是在具体的传承历程中展示自己的意义，中国古典法律思想只有进入诉讼生活当中，才能真正为它本身赢得了存活和再创造的机会。在当代中国的司法实践中，古典法律思想虽然以潜藏的方式顽强地影响着众多法官的判决，但是，由于缺乏系统的总结和提炼，法官对它要么处于“百姓日用而不知”的状态，要么在理解和使用上由于过于随意而造成混乱。在学术界，对它的研究已经走入了一个深深的误区，学者所做的研究，既进入不了思想，也和当代人们的法律生活没有任何关系。所以，研究者一定要进入思想本身，传承思想，体验思想，并结合诉讼实践提升思想，创造思想，使当代的中国人在对法律思想既能“日用”，也

能“知晓”，他才能和司法实践者和普通百姓一道成为古典法律思想的传承者和创造者。否则，把自己当作孤立于古典法律思想之外的评论者，其实也就把自己孤立于中国人的法律生活，这样的研究就走入了死胡同。

总之，只有以上三个方面形成良性的互动，当代中国的法律思想才能真正形成自己的体系。虽然一个国家法律思想的成熟需要几代甚至几十代人的努力，但是，作为历史的一部分，当代的每一个人也同样是法律思想的载体，我们都有责任为未来的中国人营造法律“城邦”出一份力气，随着时过境迁，将来的人回过头来审视的这段历史时候发现，也许我们的思考贡献甚微，但是，毕竟我们努力过了。

注释：

[1] 在中国古典思想中，仁、义、礼、乐、智、信、善、心、情、性、命、诚、天理、人情等，是天道在不同具体情境中的显现，它们之间的界限是比较模糊的，但是它们的本义是同一的。荀子说：“仁义礼乐，其致一也”（《荀子·大略》），牟宗三先生也说：“礼义智信皆仁也”（牟宗三：《心体与性体》（中），上海古籍出版社，1999年版，第181页。），表达的都是同一个意思。时下看到的许多很有影响的著作以逻辑知识从外在视角解释中国古代的诉讼观念之间的关系，它们都把“天理”、“人情”、“国法”看作是纯粹孤立的三件事，连篇累牍地考据、论证三者的区别与联系，支离繁琐不堪，把简单的事情越说越复杂，得出的结论无非是“相互区别、相互联系、相互影响”之类的空洞无物的话，让人摸不着头绪，最后把古人的思想说成了一团乱麻。

[2] 对中国古典思想的整体研究而言，人们经常说，这几乎这么多年过去了，我们的研究仍然出不了赶得上甚至超越梁漱溟、冯友兰、费孝通、牟宗三、钱穆等大师的水准的作品，这几乎成了当代人的心病。这种情形的确让人很窘，追根究底，除了个人的天分不足，生活时代的不同、教育环境的差异，以及思想传承的断裂等因素之外，一个根本的原因就是，我们只是把古典思想当作一个可以从外部考察的客观对象，不注重内在传承和与古人生活经验的沟通，我们老是在思想的外面观望，进入不了思想，这就隔绝了对思想的传承，妨碍了思想的创造。

[3] 比如破产观念与制度在中国的命运就是如此。按照西方国家的通例，企业资不抵债的时候，就应该让它彻底死掉，把剩余的有价值的设备和资金分给债权人。随着我们国家市场经济的发展，为了保护债权人的合法利益，鼓励企业之间的竞争，促进资金的良性循环，增加企业的效益，也学习西方，于1986年制定了《中华人民共和国企业破产法》，只在全民所有制企业适用。但是，真正操作起来，就出现问题了。首先，有些的国营企业债务缠身，已经符合破产的法律规定，债权人也对其提出了破产申请，但是，这些老企业职工人数庞大，一旦企业破产，他们就都得失业，而我们又没有西方国家那样完善的社会福利保障，这样，那些年龄偏大、学历不高、没有什么技术特长的老工人以什么来度日？拿什么来养家糊口？如果处理不当，这就不是一个简单的法律问题了，将会带来一场严重的社会危机，所以，我们国家对大型国有企业的破产持非常谨慎的态度，《破产法》第三条也规定：“公用企业和与国计民生有重大关系的企业，政府有关部门给予资助或者采取其他措施帮助清偿债务的，不予宣告破产。”这样破产法的实施也就大打折扣了。但是，更为奇怪的现象也跟着也出现了，有些企业开始打破产的主意，它们先暗地里把有用的设备和年富力强的技术工人转移出去，成立一个新的企业，然后自己申请老企业的破产，借此机会不花一分钱就甩掉了一切债务。国家很快觉察到了有些企业的这种不良企图，收紧了对企业破产的控制，鼓励通过并购和股份制改造来救活濒临破产的企业。但是，并购引资都是吃力活，更何况被并购的企业将失去自主权，一切由新主人说了算，原有企业的领导和员工都很被动，领导担心失去自己的职位，员工担心被新主人裁掉。至于股份制改造同样面临集资难度大，激化企业内部矛盾等困难。从自己的利益出发，有些企业觉得还不如玩转移资产这种偷梁换柱的手法更实惠。于是出现了有些企业竞相托人情、拉关系、走后门、甚至行贿跑破产的跟风现象。很明显，这种做法损害了债权人的合法利益，破坏了法律保护的债权债务关系，而债权债务关系是人与人交往的可靠保证，是人们进行经济活动的基础，它是所有国家法律的最重要的内容之一。“挤破脑袋跑破产，利用破产扭亏为赢”，中国人对破产观念的这种理解，恐怕是任何一个西方的破产法专家做梦也想不到的。如果深究这种怪异的现象的根源，肯定和立法者对法律的现代化与法律的西方化的关系理解得过简单有分不开得关系，所以，照搬西方的破产法观念和制度不能解决中国的问题。

[4]当然，这并不是说研究西方的法律思想就没有价值，毕竟同在一个世界的大家庭，随着交往的日益频繁，至少我们也有了解各国法律思想的必要。如果我们研究的西方法律思想让西方人读了也受益非浅，认为推动了西方法律思想的内在创造，那将是中国法学在这一研究领域的骄傲。但是，想要给自己的大作文冠之以研究的话，至少应该象前文论述过的，进入思想，接受思想，传承思想，与自己的生活经验沟通，才能称得上和思想交流，才能理解西方的法律思想的精髓，否则，如果对西方的法律传统、法律生活、诉讼经验、审判技巧、职业教育缺乏了解和体验，对西方人解释法律的工具了解太浅的话，这种研究就有如雾里看花，边看边发几句高论，看者朦朦胧胧，我们再看他看到的东 西，更是云里雾里。所以，时下我们看到了许多打着“西方”旗号的著作和文章，把西方法律家的观点粗糙地重复了一遍又一遍，行文中充斥着花里胡哨的名词、西式的表达、饶舌的论述，作者好象非要把文章写得故意让以中文为母语的人读不懂一样，硬着头皮啃完之后，往往会发现文章绕来绕去的还是介绍人家的东西，作者自己连基本的问题意识都很淡漠，这类“成果”充其量也就是掺水式的介绍而已。说句不客气的话，把这种大作再翻译成外文，恐怕西方人未必愿意多瞧两眼。

[5]例如，在英国，14世纪末期形成的衡平法院，最早，它的主审法官通常由神职人员或者教会人士担任，按照个别事实来来认定如何审理。当时的情形是，没有任何法律约束法官的判断，法官仅依照自己的良心判断如何审理，而神职人员的良心来自于上帝的语言——《圣经》。衡平法早期的理念是法律与道德的一致，在缺乏法律规定的情况下，它用道德的内容代替法律，通过理性联系诚信和德行，以道德化解争端，避免了一场法律危机。（参见潘维大、刘文琦编著：《英美法导读》，法律出版社2000年版，第27页。）

类似的情形也发生在清教主义对美国法律的影响。清教一直坚持的一个基本主张是个人行为的“理性诚实的自愿契约”学说。清教主义把个人良知和个人判断置于首位，没有官方权威可以合法地强制他们，但是每个人必须遵守他们自己选择的后果。这样产生的一个结果就是把每一件事情理解为道德问题，并由此使之成为法律问题。由于道德原则是针对个人及其具体情况的，在适用道德原则时必须考虑到环境和个人。清教主义面对的问题是，如果每个问题都被当作道德问题来对待，涉及道德问题的争论将被视为具体案件来解决，那么，个案之间的解决就可能有所不同，案件当事人就可能被那些有权力斟酌案情和对个案适用道德原则的人所支配。所以，清教主义要求适用稳定、绝对、统一的道德原则，个人订立契约必须遵守和依赖这些原则。可见，在法律上，清教赋予契约的是抽象道德观念，它在把道德法律化的同时，也把道德教条化了。道德的教条化当然会带来对道德的单一、狭隘和肤浅的理解，但是，它却对在具体案件中灵活地运用衡平原则的权力进行了顽强的反击，从而导致了在州法院里衡平法的衰落。（参见[美]罗斯科·庞德：《普通法的精神》，唐前宏、廖湘文、高雪原译，夏登峻校，法律出版社2001年版，第29—30页。）

[6]有一对夫妻感情不合，妻子经常闹着要自杀，丈夫对此已经麻木了。有一天，夫妻吵架，妻子又说要自杀，丈夫没有规劝，反而说了句气话，然后走开了，结果妻子自杀身亡。最后，丈夫被法院以故意杀人罪，判处有期徒刑4年。参见《中国审判案例要览（1996年）》（刑事审判卷），中国人民大学出版社1998年版，第34—35页。

#### [参考文献]

[1][美]昂格尔著. 吴玉章, 周汉华译. 现代社会中的法律[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 1994.

[2][日]滋贺秀三. 中国法文化的考察——以诉讼的形态为素材[A]. 滋贺秀三等. 明清时期的民事审判与民间契约[C]. 北京: 法律出版社, 1998.

[3] 胡适. 戴东原的哲学[A]. 姜义华主编. 胡适学术文集·中国哲学史(下册)[M]. 北京: 中华书局, 1991.

[4] 讲求共济录·示谕[M].

[5] 雅尔哈善等编. 成案汇编[M].

[6] 槐卿政绩[M].

[7] 徐雨峰中丞勘语[M].

[8] 樊山政书[M].

[9] 论语·雍也[M]

[10] 易传·系辞上[M]

[11] 荀子·王制[M]

[12] 孟子·尽心上[M]

[13] [德]汉斯·格奥尔格·加达默尔著. 洪汉鼎译. 真理与方法——哲学诠释学的基本特征(上卷)[M]. 上海: 上海译文出版社, 1999.

[14] 贺卫方. 具体法治[M]. 北京: 法律出版社, 2002.

[15] [美]本杰明·卡多佐著. 苏力译. 司法过程的性质[M]. 北京: 商务印书馆, 1998.

[16] 左杰鸿, 赵兴军, 张晓东. 破坏别人家庭的第三者无权分遗产[N]. 法制日报, 2001—10—13. 赵兴军, 左杰鸿, 张晓东. 全国首例“二奶”状告死者发妻争夺遗产案纪实[N]. 法制日报, 2001—11—5.

[17] 王甘霖. “社会公德”首成判案依据 “第三者”为何不能继承遗产[N]. 南方周末, 2001—11—1.

[18] H. L. A. Hart. The Concept of Law[M]. Oxford University Press, 1961. p.172.

[19] 安守廉, 沈远远著. 季美君译. “法律是我的明神”: 吴经熊及法律与信仰在中国现代化中的作用[A]. 湘江法律评论[C]. 长沙: 湖南人民出版社. 1998.

## 发表评论

用户名:  (3 - 20个字符)

电子邮件:

用户评论:

发表评论

重置

## 用户评论

目前还没有评论。欢迎您成为第一位评论者！

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