

“法治中国化”学术文丛



# 法治中国化 争鸣

Fazhi Zhongguo Hua Zhengming

范忠信 主编

杭州师范大学法治中国化研究中心

“法治中国化”学术文丛 之一

编者序

# 法治中国化争鸣

朱苏力 贺卫方 邓正来 童之伟 等讲谈  
於兴中 黄源盛 许章润

范忠信 主编

杭州师范大学法治中国化研究中心

2013年10月

## 目 录

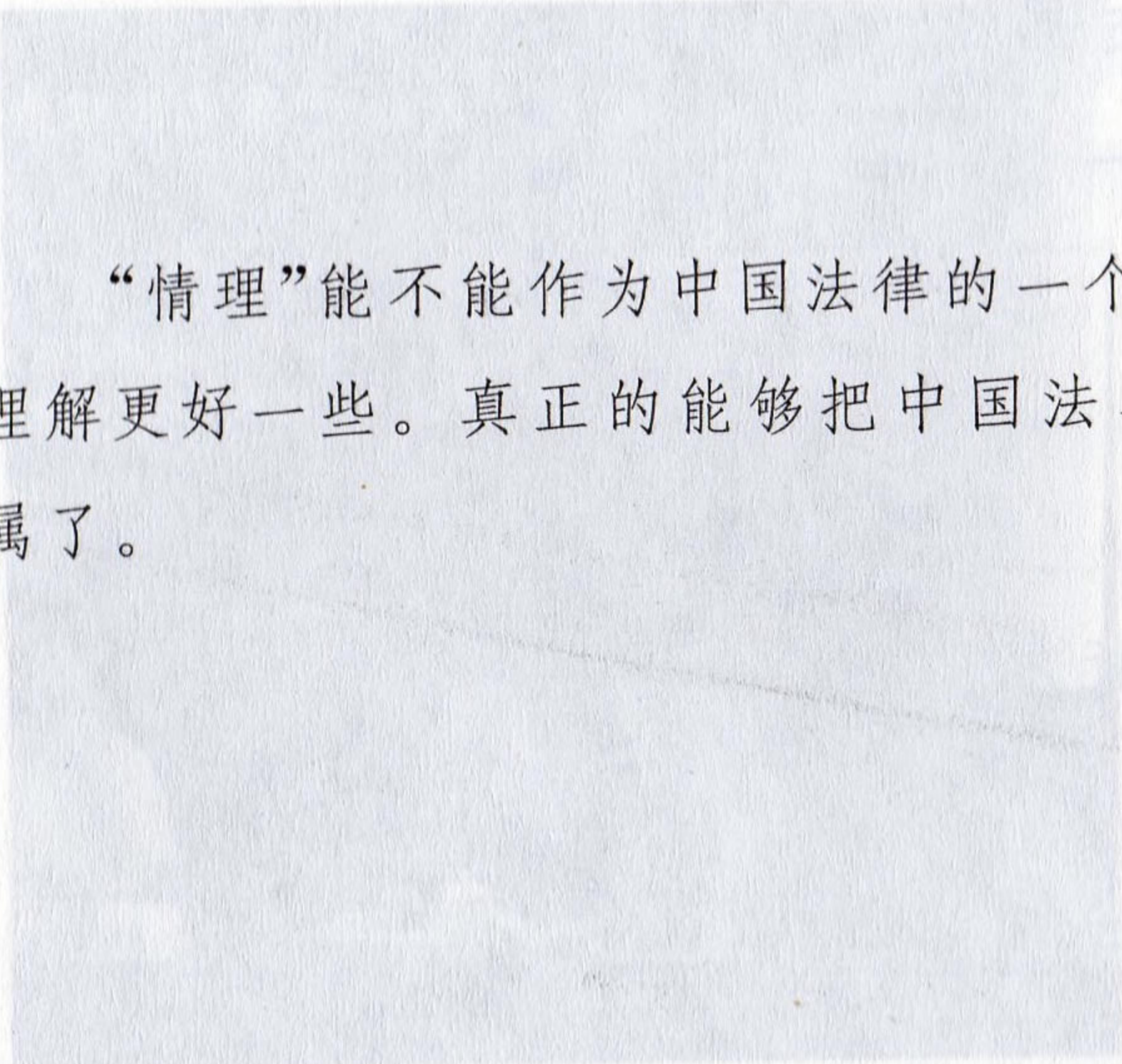
- 编者序 ( 1 )
- 朱苏力：“彩礼”与本土法治资源 ( 3 )
- 贺卫方：普世价值与中国法治困境 ( 22 )
- 朱 炜：普世主义下的中国法治 ( 50 )
- 邓正来：困窘中的中国法学与法治 ( 55 )
- 刘练军：法治中国的理想图景质疑 ( 68 )
- 於兴中：中国法治的十大困境 ( 75 )
- 张少瑜：从军战法理解本土法资源 ( 92 )
- 徐立志：普世规则下的法治中国化 ( 106 )
- 丁凌华：“平等”困惑与中国法治 ( 111 )
- 霍存福：情理精神与传统法重生 ( 119 )
- 马作武：读懂“法治”仍需启蒙 ( 127 )
- 李秀清：法治理念传播与士林责任 ( 131 )
- 任大熙：活秩序中感受中国法治 ( 137 )
- 童之伟：法治窘状与法治应有之义 ( 143 )
- 倪正茂：法制的激励功能与法治 ( 149 )
- 汪世荣：“五两银子”疑案的清官启示 ( 156 )

## 情理精神与传统法重生



霍存福：吉林大学教授，中国法律史学会执行会长。著有《权力场：中国人的政治智慧》《复仇·报复刑·报应说：中国人法律观念的文化解说》等。图为2011年5月14日霍存福教授在杭州师范大学“法治中国化的理念与路径”学术研讨会上。

类思维与实践所能想到、已经看到的最好的平等。当前中国经济的高度发展、人心思变的时代,是实现机会平等最好的契机。要实现机会平等的目标,离不开政治体制的改革,离不开公平公正的法治环境,离不开真正行使人民权利的选举制度,离不开真正的党内民主,离不开真正的权力制衡体制,离不开真正的司法独立。只有唤起整个民族的法治觉醒,唤起全党全民对宪政民主



“情理”能不能作为中国法律的一个“精神”,可以讨论。至少目前我总觉得这样理解更好一些。真正的能够把中国法与西方法的差别说得清楚的,可能就非它莫属了。

——霍存福

去国中,楚楚学大林吉,研存器  
中,保代政)亦管,斗会济社全学史期  
册,斥莫册,分莫以莫曾长矩推人国  
《新报介文内会政制老人国中,对迎  
楚楚学器日 11 月 2 日 1105 次图,季  
至前介国中余长“学大英神州林亦楚  
。土会长得木学”谷报台余

## 情理精神与传统法重生

霍存福

首先感谢范忠信教授的邀请，能够有这个发言机会。来前对会议主题浏览了一遍，发现我能够说的大概是“民族精神”方面。所以，我跟大家主要说一下关于“法的民族精神”问题。这也是我近几个月对所接触的材料阅读后而得出的一些思考。

有关中华民族在“法的精神层面”的问题，我在前些日子曾经做过一个“中国传统法文化精神研究”的一个项目。当时也是硬着头皮归纳了六个方面的“精神”。2009年的时候，张少瑜教授组织了一个笔谈，我把这六个精神说上了。后来在2009年法律史年会的时候，我也把这六个精神稍微扩展了一下，做了一个汇报，其中包括“宽宏精神”、“情理精神”、“自新精神”、“策略精神”、“契约精神”、“司法精神”这六项。在项目结题的时候，上边给我转过来的一个评委的意见是：“六个精神的辈分不太一样，有的大、有的小，有互相包含的关系。”我当时写的时候也有这个感觉，但觉得还是先写出来再说。关于这个事情，我觉得还有进一步研究的必要，我也一直在琢磨。所以这里我想集中说一下关于“情理法”的问题，刚好计量大学的王斐弘教

授送我《敦煌法论》这本书,我看他对敦煌卷子里边“情理法”的分析比较仔细。我要谈的是作为民族精神的“情理精神”。

“情理”能不能作为中国法律的一个“精神”,可以讨论。[至少目前我总觉得这样理解更好一些。真正能够把中国法律与西方法之间的可能存在的一个差别说清楚的,可能非它莫属。]最近大家或许注意到香港老太提告港珠澳大桥对环境影响的事。老太太有几句话:“环评不合格、不合理、不合法,”她把“不合理”放在前边,把“不合法”放在后边,这是否就是中国人的一种观念呢?1996年我在港大看到香港的《不合情理合约法例》,“不合情理合约”也就是“不合情理契约”,专门有一个法例AA制,对此我们该怎么理解?在一次会议上,我专门问过港大的陈弘毅教授,他说:“这个‘情理’和你现在讲的还不一样。”我也没时间具体地去逐条分析这个《不合情理合约法例》究竟包含了哪些“情理”,以及和我的理解是一样还是不一样。这类问题,过去我是想绕过一个争论,比如黄宗智和滋贺秀三的讨论。但是,现在做一个项目,看了一些材料,我发觉还是绕不开,还得回到原点,还得梳理黄宗智和滋贺秀三师徒争论的要节,以便使问题深入下去。

我特地注意了一下黄宗智关于这个“情理法”,也即“天理、人情、国法”的阐释,好像是有点单薄。他一开始说表达和实践不一致,这个肯定不会一致,因为表达是高层精英的表达,到了实践、到了老百姓那里肯定是有落差的。但是他把这个“天理”讲得太高,说“天理”就是表达非常宏观的东西,一到实践层面就不是了。“人情”,说本来是儒家所表达的与“仁义礼智信”的“仁”相对应的“同情心”。这样的话,“天理”和“人情”的概念,在使用上就太局限。太局限的表现,一是太高,二是太窄。“天理”高得摸不着,“人情”窄得脱离了当时人的理解。这样的局限,可能会使分析成问题,得出的结论可能就有偏差。

滋贺秀三是以实证的方式来做研究的,所以他的意见,我大部分也认同。但他最后下的定义认为,“‘情理’是一种公平正义感觉”,是“非实定的”。这样一来又有问题。“非实定”的话,怎么去理解?当时那些人又是怎么把握的?在读书过程当中,感觉到的问题比较多。

寒假前后,我看了沈家本的《历代刑法考》,其中“妇女离异律例偶笺”那部分,我是集中看了。看了以后,我感觉到,可能我们所理解的“情理法”,我过去理解的“情理法”,都只是一个方面。在沈家本眼里,还有另外一种理解。那么,这种理解的源头在什么地方?最后翻了一些书,包括沈子奇的《大清律辑注》,发现,原来清代律学还有这样一种理解。大体上,我们现在注意到的“情理法”,如果从“情·法”的关系来看,那个“情”是什么?就是案情。案情要和适当的法律惩治、适当的法律处罚一致,这个在西方也是一样,这个颠覆不了。这样一个“情·法”关系,到任何时候都得讲。为什么要讲?说明我是一个合情的法律,这是一层。“情”就是情节,这个情节的范围是非常大的,包含成分也是非常多的,在古代包括故意、过失都在里边。第二个“情”,应该和“理”相对。那么这个“情”是什么?情感、感情。情感、感情,和理智、理性这些东西是相对应的。那么第三个“情”,还得去法律规定里面去找。即法律规定的前一部分,被叫做“法”;而后一部分规定,被叫做“情”。法律规定被分解为两部分,分别称作“法”与“情”,这是我读沈家本、沈之奇的著作中读到的,我过去从来没有这样理解过。因为我们原来理解的“法”,只要法条有规定那就是“法”,“天理、人情、国法”或者说把前面的字去掉,简称“情理法”,那个“法”,是指只要法律有规定就是“法”。但是沈家本说“不是”,法律规定的前一方面“是法”,法律规定的后一方面“是情”。我当时一看,十分惊讶,说:“还有这个事情!”最后,我认为还得仔细剖解一下,把他们说的“情·法”区分的情况提出来,看有没有规律性。一归纳,他们所说的“法”是原则性,说的“情”是灵活性。从法律规定的层面看,原则性规定都是“法”,而“但书”之类的规定则是“情”。这样,“情”的第三个含义,就是指灵活性。

如果把“情”分成这样三个部分来理解和把握,对“情理法”的研究就具有细分或者说定位的这种味道,而且也符合过去国人理解的实际,符合实际状况。或许“情理法”研究的突破点,就在这里。我就感觉如果不细分、不定位,就像我们好多学者尤其是青年学生还没有这个基础研究,拿过来就使用。一看滋贺秀三,就跟着说“情理是一种公平正义感觉”“是非实定的”。再看黄宗智,跟着说“表达与实践有距离”。这样的话,可能就遮蔽了本来应该有的东



西。古代人究竟在什么意义上来使用“情理法”，是应该留意的。现在我们能够感觉到的，就是从来没有一个统一的“情理法”概念。每个人使用的情境都不一样，每个人都是根据自己的理解去使用。之所以如此，可能就是因为“情理法”本身就是一个包容非常宽、使用场合非常多、具体含义很不同的一个东西。这就需要我们这些法律史学者们，从纯粹实证的角度把所有情况罗列进去，再综合起来，看看是不是国人之前所说的“情理法”。关于这个问题，我过去问过法理学那边的朋友，我就问姚建宗，西方有没有“情理”和“法”的冲突？他说，应该有，任何一个社会都有。可能西方的立法技术比较高超，使得这个问题不突出。我也问过葛洪义，我说，在西方有自然法，中国有“情理法”，我感觉“情理”在一定意义上充当了西方自然法对于实定法制约、限制的那个功能。他说，那不一样。我说，肯定不一样，如果一样的话就是一回事了，应该不一样。这个事情，可能就是我们将来在做法律史学研究的时候，肯定还要和法理学者进行更多的交流。因为西方的著作，我们读的相对比较少，对于大概念的把握也不多。这个是将来的问题。

既然“情”可以这样定义，那么“理”又该如何去看待？比如说“天理”，一讲“天理”，大家都会觉得，在这个层面谈问题，肯定比较高远、高深，概括层次也肯定高。传统社会的“天理”，大概无外乎那么几项，“天、地、君、亲、师”。说他们是“天理”，是因为这些东西涉及社会基本构成、基本运作的那个方式和规范，所以这些可以叫“天理”。但是其他一些东西，大概就不能叫“天理”，比如说，具体事物的那个道理，与这个社会的基本构成、基本运作规则相比低那么一个档次到两个档次的那个东西，你说它不是“理”不对，但说它是“天理”也不对。古代人，无论是法官、学者，也在这个意义上使用。所以这样的话，“天理”和“理”可以是一回事，也可以是两回事。可以是两回事，就是说各有各的含义，各有各的包容。这个情况下，我们是不是也应该来从这个角度去理解。

而“法”就是我才提到的，按照沈家本和沈之奇的意见，法律规定的前一部分或原则性规定是“法”，后边的规定或灵活性规定就理解为“情”。那么，满足了前一个规定，那是原则性，说原则性该满足。但是我看后边有特别

情况、特别情节,我要满足后者,满足灵活性,那就属于“情”。“情法两尽”“情法两平”都是在这个意义上说的,也就是在原则性和灵活性之间找一个稳妥的办法。我们过去研究“情理法”,以为只要把“情理”搞清楚了就可以了,“法”只要看法律规定就行了。实际上,“法”的情况也比较复杂,尤其是“情·法”关系、“情·理”关系甚至“法·理”关系,都要逐个研究。

这样的话,我们可以把“情理法”都砍成块,我们先把它分解了,然后综合一下,最后下的定义,我们可以对照滋贺秀三、黄宗智的说法,是不是“公平正义感觉”?可能是,也可能不是;可能我们的结论是“实定的”,或者也可能是“非实定的”。分析以后再说,可能更准确。这是一个问题,就是说中国法律的民族精神或者说法律文化的这种精神究竟有多少?各是什么?这个大概是将来我们法律史学者应该去研究的第一个方面。

第二个方面,应该就是怎么去把这些传统的民族精神和当今的这个法律制度、法律理念、观念相结合。这个问题可能相对更大一些,相对更实一些。其实《刑法修正案(八)》刚刚在征求意见的时候,我就看了,当时就很惊讶。你看老年人犯罪那块收监不收监?是重处还是轻处?我一看这不回归到《唐律》吗?这方面可能范忠信做得更早,他的著作《中西法律的暗合与差异》,已经是把西方的制度与古代中国的传统逐一比较,他提到西方法律里头现在有的东西,为什么当代中国不能有的?这个问题,有可能我们法律史学者不讲理,过去有过的,无论你现在是有意识、无意识的,我认为你都是在延续传统。实际上在有些方面,我们可以做考证。我记得当年张光博老师在参加刑法讨论的时候,回来就说了一句话,他说,本来“诬告反坐”非常简洁,不就行了吗?但是大家非要弄出一大段来表述,绕来绕去,说的还是一个“诬告反坐”的意思。为什么这么做?因为我们要和封建主义划清界限。近来的立法、司法信息,我们法律史学者应该多留意,应该多去归纳、总结。最近我特别看了吉林省高级人民法院张文显院长登在吉林省报纸上的一段话,其实就是我们法律史学者讲的最多那些话题,比如对于偶犯、初犯、过失犯、老年犯、女性犯、犯罪情节轻微的,可以不收监,予以监外执行,这些不就是中国传统吗?其实所谓优待措施,偶犯、初犯大概从《尚书》那个时候就开始了,是不是?究竟该怎

么看,我立场也很矛盾。有时候跟大家说起来,我说:“你看这个东西,古代就有了。”他们就说你是在把古代历史现代化。我们应该采取一个什么立场把它们对接上?包括“情理法”这个东西。如果不大讲特讲的话,我们单靠从西方引进来的正义、平等、自由这些概念,还有其他下位概念,能不能够把这个问题说清楚,我觉得是一个问题。中国人使用“情理”,“情理”已经变成了一种分析方法了,它不光是一个概念问题,还变成了分析方法。香港老太说你“不合理、不合法”,你看她实际上用的不光是一个空洞的概念。这种分析方法当然本身是一种思维方式,加上行为方式,两个方式在一起,不就是“文化”的定义吗?而“文化”是可抛弃的吗?大概中国人做“情理分析”的时候是比较多的,使用这种概念的频率也非常高。我曾经有一个想法,让现在的年轻人做一个统计,就从政府公文报告、政府发言人发言或者各部门领导那个讲话当中,你看他“情理”使用的频率有多高。我们做一个统计,做一个分析,回过头再看,说这个传统“情理”在中国人脑子里有多重要。

我就讲这两点。谢谢!

(本文根据此次发言录音整理、修改而成,未经发言者审核)