

中国法律之基石：比较法和历史

[美]罗斯科·庞德 著 熊丙万等 译*

内容提要：历史法学派主张法律是一个民族精神的产物和表达，也是民族道德信仰的表达。分析法学主张法学是法律的集合，法律是由政治组织社会中的立法机关所制定的行为准则，法律的权威来源于最高统治者。中国法典编纂面临的一个问题是，在现代立法技术和中国历史背景和文化观念之间进行调和。与其完全模仿或照搬其他国家的法律，不如由法院和法学家们制定具有中国特色的部门法典，继而由法学家依托中国背景对其发展完善，由法官依据中国背景对其解释和适用。

关键词：历史法学派 分析法学 比较法 法典编纂 民法典

在中国，对于法律的制定或翻新存在着两种相互冲突的观点。这些观点有时教条式地体现在极端的形式中。一种观点主张模仿或者借鉴西方国家新近的法律思想、教义和制度；而另一种观点强调发展和继受中国的传统制度和学说。既然法典已被制定和采用，^[1]人们有时就基于这两种观点对法典进行批评或者辩护。在通过法律解释和法律适用来发展法典的过程中，这两种观点再次发生交锋。

* 作者系美国 20 世纪著名法学家，曾于 1916 年至 1936 年担任哈佛大学法学院院长。

本文由熊丙万、黄哲雅、左振斌和陈振宇合作翻译校对。熊丙万，中国人民大学法学院助理教授；黄哲雅，中国人民大学法学院硕士研究生；左振斌，哈佛大学法学院 LLM；陈振宇，中国人民大学法学院硕士研究生。

本文系庞德教授于 1948 年在《哈佛大学法律评论》上发表的学术论文（Roscoe Pound, Comparative Law and History as Bases for Chinese Law, 61 *Harv. L. Rev.* 749），讨论中国历史和比较法在中国法律改革中的地位和相互关系，主要包括立法和法律适用两个方面。本文强调法律的历史性和本土性，主张立法和司法要符合本国的历史文化；比较法仅仅在立法过程中发挥提供参考路径的功能。虽然本文作于半个世纪之前的南京，但其中大量论述对今天我国的法治建设仍具有十分重要的参考价值。这正如哈佛大学法学院安守廉教授（William Alford）所评论的那样，“庞德教授的该作品富有思想性和建设性，反映了美国法学家在促进中国法律发展方面的努力”（*Unfinished business: Roscoe Pound in China*, Harvard Law Bulletin Summer, 2006）。

[1] 截至 1948 年，民国政府已经制定了多部法典，如《中华民国民法》。——译者注

要想在法典的解释和适用方面实现融贯性，需要先回答一个前置性的路径问题：应当采用历史法学方法还是分析法学方法作为路径。这里的历史法学和分析法学方法路径具体是指它们在19世纪所被理解的那样，以及在1900年《德国民法典》制定之后诸多现代法典被解释和适用的那样。在我看来，这些曾被普遍采用的所谓“公平解释”（equitable interpretation）方法已随极权主义政权一同过去——它在这些政权中达到了鼎盛。然而现在，社会法理学所主张的功能性路径将更有利于实现法律之目的，以及达成该目的之方法，而非一味询问中国应当去哪里寻找法律资源来给中国法典和法律实施提供模板。

从19世纪历史法学理论的角度看，一个民族必须有其自己的法律。有人主张以法律来造就一个伟大的民族，该观点无疑是没有意义的。更为现实的应当是：那些施加在一个民族之上的法律，应当由这个民族去塑造，而不是反过来造就这个民族。尽管如此，如下现象值得注意：虽然中华民族并不是因为与西方世界的交往而被造就，但当今世界的交通和交流已经对中国人和西方人都产生了强烈影响；今天少有民族仅仅是建立在其古代制度和学说基础上的。此外，革命之后，当中国亟须建立一个现代法律体系时，没有时间让中国从本国过去的法律、政治和伦理准则、教条中挖掘现代法律体系的基础——虽然更好的选择本可能是根据本国传统渐进地改变现有制度，但这在当时是不可行的。在19世纪下半叶，由德国法学家萨维尼催生的历史法学派主导了整个大陆法系，并在19世纪末20世纪初被英美法国家所广泛接受。该理论主张，法律是被发现的，而不可能是被创造出来的。法律人在当时对这一点深信不疑。法典和法令只不过是把早已存在的法律（pre-existing law）宣扬出来，提供一个权威的表达形式而已。法律被认为是一个民族精神的产物和表达，也是民族道德信仰的表达。这种道德信仰渗透进风俗习惯中，这些风俗习惯被法学家、法院和立法者进一步发展阐述，最终成为法律规范。17、18世纪的法学家曾把法律视为被建构出的理性（formulated reason），把法律规范看作运用纯粹理性挖掘出来的，即从作为理性存在的（也就是理想）的人类的本性中挖掘出来的。但19世纪历史法学派认为法律规范和法律就是由生活经验形成的。在经验生活中，人类认识到了个人自由意志的无形边界。而这种自由边界是由所有人的自由意志诉求所决定的，并借助风俗习惯和法律规范呈现出来。从萨维尼学派的观点来看，最典型的法律呈现形式就是习惯法。任何其他形式只不过是习惯法的再表达而已。因此，对于那些认为法律不仅仅是在呈现习惯法的看法，历史法学派一律不予接受。在他们看来，那些去创制原本就不可能被创造的东西的努力都是徒劳的。

虽然对这一学说进行布道的历史法学派早已逝去，但他们这种学说的主旨却进入了这个世纪（20世纪）的社会哲学和社会学派。进一步，我们必须承认，正如当时的其他学派，历史法学派的学说同样包含了诸多真理。法律不可能完全是横空出世的。一方面，人类运用理性来发展和积累经验；另一方面，当人类经理性思考发现一些可以满足人类需求的新做法时，又需要运用经验来加以检验和拓展。许多看似可行的法律改革进展缓慢，难以达成其目的，甚至不少变革最终失败，原因就在于它们或是与历史严重脱节，或是没有考虑到长期以来形成的思维方式和行为习惯。法律规范应当与其所统治的民族的社会生活相适应，而不是反过来，武断地要求社会生活去适应法律规范。在第一次世界大战之后，全世界对武力的狂热崇拜催生了一批放弃所有历史基础

而只顺从政治权威的法学家。在他们看来，法律是官方制定的规范。当然，我们现在可能较少听到这种论调。

对1946年《中华民国宪法》的发展而言，19世纪历史法学派的理论能以一种不那么教条的形式发挥重要作用。虽然1946年《中华民国宪法》在很多地方借鉴了西方的现代宪法，但其中的大量内容也深深地根植于为中国历史和中国国民长期以来所熟悉的制度与理念中。那么，我们应当如何解释中国的宪法呢？是根据其所根植的历史制度和理念来解释，还是将其与1946年12月颁布之前的历史彻底割裂开，仅视为这之后的新生事物呢？

中国当前所处的情形与美国在1788年起草《美利坚合众国宪法》时的情形并不相同。美国的政治制度发端于中世纪，经历了16世纪的发展，于17世纪在英国得以稳固建立。这些政治制度后来借助殖民地宪章移植到美国，并为殖民地所熟知，最终在制宪时臻于成熟。正如英国法学家布赖斯（Bryce）所说，美国宪法中几乎没有什么新鲜的内容。与此相反，1946年《中华民国宪法》却没有类似的历史连续性。这部“宪法”的所有条文均有其历史背景，但这些历史中只有一部分是纯粹的中国历史。那么，这部“宪法”的精神和理念是要从这部分中国历史中还是从西方比较法中提取呢？

中国其他法典也有类似的问题。在20世纪，各部法典起草完毕并获得不断完善，是出色的法典。起草时，立法者详尽地研究了现代的法典，并对它们进行了审慎地筛选、修改和规划。但是，这些法典距离实际适用到中国国民生活还有多远？有的学者认为，只要这些法典实际上没有遭到排斥，且是一个基于中国历史制度、道德习俗和人类关系之理念基础的新开端，那么至少法典条文的解释和适用将根植于中国的制度（institutions）、道德习俗以及中国人对正义的确信。

我们来用两个例子检验这种观点。长久以来中国自有一套关于继承的风俗习惯。相比于从现代罗马法和大陆法系民法典中发展而来的继承理念，中国的继承更像是古罗马的概括继承。中国民法典的起草者们在现代的民法典中找不到任何适合中国历史体制的模型。所以，如果我说得对，起草者们忽视了中国历史，并给继承法的执行者带来了不少困难。在这里，历史主义应当引起相应重视。而那些鼓吹在中国采用陪审制度的学者在我看来是错误的。他们有时候会引用中国古代统治者就司法问题咨询相关人员为历史传统，但这种存在于原始血亲组织社会的制度并不是中国历史所特有的。思考杀人罪的正当构成要件的元老们被荷马记录在了阿克琉斯之盾上。在旧日耳曼法中，社区里的自由民构成了一个审判组织。但是这些制度与法兰克国王的纳税评估制度（可能是借鉴罗马帝国统治者的纳税评估制度）并无关系。而诺曼公爵将这种纳税评估制度用以行政管理，亨利二世则将其用以替代从日耳曼法中借鉴而来的神明裁判和决斗裁判制度。这里，历史被用来作出了错误的类比，因而并没有任何指导作用。在中国的历史制度和道德风俗中，我们找不到可能发展成英美法系陪审制度的内容。目前，在中国建立陪审制度需要的是借鉴依据，而不是历史经验基础。

自20世纪以来，世界经济趋于一体化，全球通信和运输快速发展，人类彼此的距离不断被拉近，种种现象都推动我们制定一部全球化的法律。类似于联合国的政治一体化也让我们朝着这个方向迈进。这些都助力于比较法的研究。尽管这样，但在不同的地区，有着不同的语言、性格、传统风俗的不同民族，生活在不同的经济和历史环境中。这些民族除了自身独有的法律制度

和机构设置之外，有必要并可能长期拥有属于他们自己的演进规律。然而，17个世纪以前由传统罗马法学家归纳出的规则和概念，至今仍被完全不同的民族在完全不同的条件下所采用。这表明，在文明社会中社会控制存在通用的基本原则，这些原则发现自人类理性并通过实践得以检验。每个民族没有必要拥有一部完全区别于其他民族的法律。

为清除国家中一切外来事物，希特勒时期的德国试图复兴中世纪的日耳曼法。但其中经久不衰的基本原则已被存在于法国、德国、意大利、西班牙的现代罗马法所接受，并保留至德国的当地风俗中，最终为当地法律所吸收。在这之外日耳曼法中缺乏合适的立法机关，也没有发展出一个受训过的传统，因而无法作为基础来发展20世纪社会中可用的法律体系。此种法律复兴的企图只是毫无意义的民族主义行为。

另一方面，19世纪英国分析法学认为，法律是被创造的，而不是被发现的。19世纪的英国立法改革运动出现了种种紧急状况，该理论也应运而生。该学说认为，法学是法律的集合，法律是由政治组织社会中的立法机关所制定的行为准则。法律的权威来源于最高统治者，即这个社会中人们习惯性服从的君主或统治集团。没有了统治者权威的印章授权，法律便不再是法律；反之，凡有此权威者印章授权的即为法律。法律的典型形式是制定法。持该观点的学者们采用的是功利主义哲学，这是一种立法学的哲学观，而非伦理学的哲学观。

从这种观点来看，理性可能意味着效用的要求。但当一个没有现代法律体系的国家需要大规模立法时，却不能仅靠理性来凭空制定出一个适当的法律规范体系。然而根据分析法学理论，国家此时可以诉诸比较法，对其他国家的法典和法典条文比较研究。这样一来，理性就可以给立法者提供一个效用标准：如何选择比较法内容，用理性作出可能的发展完善，并最终纳入民法典以打上国家立法机关的印章授权。尽管这种理论的产生是对17、18世纪的自然法学理论的反对，但它也和自然法学一样预先假定了一个立法者。这种理论假定：存在理想的普世有效性和适用性概念，立法者借助理性发现它们并将其表达在法律中。分析法学理论假定存在可通过理性发现的功利原则和效用规则，立法者将其查明并制定于法律中。

历史法学家考虑的是历史连续性，而分析法学家考虑的则是当下的效用。但是当下效用不总是容易查明的。然而对于分析法学家而言，法官和法学家们不考虑这些困难。当立法者制定出法律后，法官和法学家只需要解释并适用法律即可，所有的“应然”问题只需交给立法者即可。解释必须是纯粹解释，即明确立法者的表意内容。如果立法者不遵从效用至上的原则，制定的法律就要被修改或废除。法院也只能进行立法者要求的法律文本的纯粹解释。

19世纪，英国分析法学家认为英国议会无所不能：议会制定的法令不能被任何人质疑，只能被解释和适用。他们同样也赞成中世纪罗马法学者的理论。对当时的学者而言，《国法大全》是由与基督教国家并存的帝国所制定的权威法典，同样也只能被解释和适用。然而，中世纪英国关于议会立法的法律理论却并非如此。在宗教改革以前，议会不能就宗教事务进行立法，诸如宗教团体印章的保管、神职人员的产生等问题，这些事务由教会专属管辖。同样，在1688年宗教改革以前，法院认为与普遍正义和理性相违背的议会法案一律无效，比如让一个人成为自己案件中的法官。在英国，宗教改革的最终影响是用议会专制取代了斯图亚特王朝试图确立的王权专制。尽管，法院一开始并没有想到。

在美国，英国政府的无限权力对当时的移民是一个噩梦，而柯克（Coke）在《大宪章》评注中的“正当法律程序”一词被写入宪法，用以限制美国的立法。根据其历史含义，这也被解释为限制任意且不合理的立法或行政行为。20世纪的美国，对合理标准的错误适用，即将其看作财产权规则，和对“合理”过度僵化的定义，引发了对宪法限制立法权这一举措的诸多质疑。但专断立法也不太可能再次复苏——它只是随武力崇拜而暂时产生；1943年，英国意识到议会无所不能的主张是不现实的，议会做出的对超过一定年龄的人立即执行死刑的规定也显然与理性和正义感相矛盾。同样在法国，虽然立法机关能够决定其所拥有的权力，然而狄骥（Duguit）却指出，社会连带的自然法则——每个人都有义务通过分工合作促进社会团结——为立法权施加了限制。除此之外，也应当设立一个委员会来判断立法是否违背了这项自然法则。在如今的政治组织社会中，立法机关颁布的法律绝对不可更改这一观点再也不会被普世接受了。

总而言之，与18世纪自然法学说所不同，英国的分析法学家认为立法不再是一种理性的发现，也不是对伦理哲学中理想命题的阐述。实际上，立法是对特殊政治组织社会中的效用需求进行规划的创造性活动。立法可以说是为了适应时代和地域的需求。另一方面，历史法学家却认为立法至多是对经验的表达。比如随着个人自由逐步实现，每个人的自由也受到其他人自由的限制。诸如此类，法律是被发现的，而不是被创造的。

19世纪的这两个理论（历史和分析）延续着同一个错误：把法律制度看作是法律规范（legal precepts）的简单集合，同时把法律规范也仅仅当作法律规则（rules）——在特定的事实状态或情境下得出特定结果的规则。但是他们忽视了法律原则（legal principles）——即法律推理的权威起点，除了当这些原则以规则的形式出现以外。他们也忽视了法律概念（legal conceptions）。法律概念作为由法律所确立的权威分类，便于将每个特殊案件进行归类，以适用特定的规则、原则和标准。他们还忽视了法律标准（legal standards）。更严重的是，他们忽视了某种技术（a technique），一种相比法律规范本身同等重要而权威的技术：这种技术能够完善、适用法律规范；能够通过类比其他案件来扩展法律规范的内涵；能够在具有相同权威性的法律规范之间，选取已被发现的原则作为类推适用的基础；能够通过对比来限制其他法律规范的适用；能够使法律解释和适用体系成为始终如一、易于讲授、实践中可操作的系统。

从一定程度上讲，这种技术是具有创造性的。一方面，它是一种立法的过程，可用于由法官或法学家按照立法原则进行的“造法”活动。但这项活动并非没有法律前提，或由法官、法学家随意选择前提而展开。此处的法律前提应当从法律制度的一系列规范中寻得，它们通过参考社会效用——但更可能参考已成为法律体系一部分的权威观点——加以甄选和完善。但另一方面，这种技术也可用于“发现”活动：不仅法律推理的起点可被寻得，特定的历史连续性也可被约束——因为必须在历史给定的材料中来发现推理起点。

19世纪的历史法学派和分析法学派之间的激烈争论已然不复存在。法学家们的兴趣也由“法律是什么”转向“法律做什么”。然而在中国这样一个既亟须在短时间内开始新时期立法工作，同时又不得不重复法史研究的国家，存在一个十分现实的问题：法典的编纂是一项无须考虑中国背景的立法工作，还是一项依托于中国背景进行解释和适用以呈现中国历史制度、传统道德风俗及学说的工作？正像19世纪所讨论的那样，法律要么是被创造的，要么是被发现的。这两

个观点在逻辑上相互对立，彼此否定。

但实际上法律既是被创造的也是被发现的。法律中既有被创造的部分——因新兴利益的需要应运而生的部分；也有被发现的部分——利用经验获知的部分。后者或借助立法得以公示，或保留至传统的教学和教义写作中。19世纪的历史法学家意识到，法国大革命和《拿破仑法典》之后，成文宪法的制定和法典的编纂工作过于草率且极不成熟。因此他们更倾向于依赖法律体系中的“发现”部分而非“创造”部分。但实际上发现和创造都不同程度地渗入到每一个成熟的法律体系中，且当下，更多的人在转向偏爱立法（创造）。

虽然中国传统的道德风俗与法律制度古老陈旧，在西方比较法中也无法找到相似内容，但是法官或法学家不能仅因此而无视或排斥它们。然而同样的，传统道德风俗与法律制度也不能仅因它们发现自中国的历史研究，就得以全部保留、升华，成为法典解释和应用的基础。立法者不应利用它们向法典中引入不和谐因素，以致法典产生不连贯或异常现象。相反，立法者应当合理运用这些传统内容以使法典能够贴近中国民众的生活。

因此我建议，与其完全模仿或照搬其他国家的法律，不如由法院和法学家们制定具有中国特色的部门法典，继而由法学家依托中国背景对其发展完善，由法官依据中国背景对其解释和适用。我并非是说中国要脱离法典体系架构之时的比较法立场，完全在其历史制度之上重新开始，而是说法典的解释与适用既不应盲目地照搬其他现代法典，也不应轻易地受到它们的影响。应当时刻牢记，这是中国的法律，是要适用于中华民族，规范中国国民生活的法律。此外，现代的法律体系不仅是由权威的法律规范与权威的技术组成，还包括权威的、普遍接受的法治理念，即在该法律体系下所构建的社会图景，包括考虑法律推理起点的选择，法律规范的解释，法律标准的适用和司法裁量权的实践。

现代法律与其说是某个特定的民族生活的产物，不如说是源自文明社会的生活经验以及多个民族的理性的共同产物。

中国传统道德哲学的内涵从广为接受的伦理风俗逐渐演变成调整社会关系和规范行为举止的法治理念体系。于中国而言，我们有足够的理由相信这是一种优势。在西欧很长一段时间里，中世纪神学的道德哲学发挥着同样的作用；在美国法律形成阶段中，贯穿19世纪的清教徒革命也是如此。此种道德体系给予法律秩序以坚定拥护。相应地，道德体系的衰落也让西方法律界产生迷茫与混乱。只有通过坚守理想信念，中国法典的解释和适用才能展现出真正的中国法律特征。

比较法曾在中国法典体系架构之时发挥过作用，也将在当下法典的完善与适用中发挥其他作用。在起草法典时，比较法能让立法者在西方两大法系、不同的法典模式与不同法典中的特殊条款，甚至是英美法中个别完善制度中的特殊条款之中做出更为明智的选择。法典体系架构完成后，比较法就已结束这一部分工作，去扮演另外一种角色。当下的任务不再是让中国的法律体系去借鉴、吸收其他国家法律的制度、规则和学说，而是完善对现存法律的解释与适用技术。应当指明的是，研究中国法典与其所借鉴法典里的条款如何被解释与适用是现阶段的次要工作。这样并不能赋予中国法典的解释和适用以完整的架构。对中国生活状况的研究、对社会秩序理念的研究和对法律秩序目的的研究至少同等重要。因此，如果放弃在历史框架中重构中国法典体系，那么传播中国法治理念之历史进程、法典之解释与适用、司法领域特殊条款之适用的重担就将落在

教授中国法制史的学者身上。比较法能够根据每个条款在原法典中的解释和适用情况来阐明该条款。中国成熟的法律史与法哲学不仅能让我们在比较法视野下于互相冲突的解释和适用中作出更明智的选择，而且能够提出更适合中国国情的新的解释和适用方式。在教义写作中，无论历史法学还是比较法都可以作为法典的统一解释和适用的基础。

以中国法典为基础，单纯的比较法或是历史法学都不能胜任基于法典完善中国法律的全部工作。现代法律学说的发展，必须考虑到中国现阶段的生活状况，而这根本无法由比较法或历史法学单独实现。

这在1929年《中华民国民法》第1条〔2〕中得到了很好的体现。人们在很早以前就意识到对每一个法律事实提前给出一个明确的法律后果是不可能的。长此以往司法审判也会变成纯粹的机械操作过程，即将预先制定的规则适用于由证据表明和法院发现的案件事实中。尽管这根本不可能实现，但在很长一段时间内，人们却相信有很多可以通过理性获知或由罗马人发现并传承下来的普世的法律原则和法律概念，它们通过逻辑推演可以为任何一个案件提供法律依据。然而经验表明，法律原则和法律概念无法对每一个案件进行裁判。无论法典起草得多么详尽，都会出现争议点，要么是没有任何法律规则甚至是法律原则（即法律推理的起点）作为裁判依据，要么是给出两个或多个具有相同效力的法律推理的起点却在文本中没有说明该如何选择。针对这些法律漏洞，《法国民法典》讲义中指出我们尚有“法源”，如法典之前的习惯法、自然法以及法院判例。后续的很多法典均沿用了上述一系列“法源”。为《中华民国民法》借鉴多处的《瑞士民法典》规定了法院在必要之时的法律创制权限，这为弥补法律漏洞做出了很大贡献。《德国民法典》并未就“法源”做出规定，《中华民国民法》也仅就习惯和法理做出规定。那我们应当如何理解后者（《德国民法典》与《中华民国民法》）的规定？我认为这需要：（1）分析、对比其他民法典文本，使其成为一个逻辑自洽、内部互相关联的体系。其原因在于，法律文本会因不一致的推理起点而变得虚弱无力，行为的法律后果也会变得不可预期；（2）考量法律文本的历史渊源及其制定的主导动机；（3）最重要的是，借助于立法时的社会效用原则来确定法律调整对象——如《瑞士民法典》中所说，若被要求立法时一个人所会同意的选择。英文中的“法律原则”一词不能轻易地如此解读。但是汉语中的“法律”一词，却比英文中的“law”有着更为丰富的含义，就如《瑞士民法典》中对应的词汇那样（以及德国的“*Recht*”，法国的“*droit*”）。这个欧洲大陆所使用的术语“law”自有其伦理内涵：国家保障的正义，或是正义加上法律。从词源学上讲，汉语中“法律”（不似古典法学家所写的拉丁语“*ius*”）的内涵是公平与正义。因此我们应当谨慎考虑以下问题：国家所保障实施的应当是什么，既有的解释和适用距离实现法律或法典条文的目的还有多远。另外，《德国民法典施行法》第2条对该问题也有体现，该条款的本质就是前文所讲的“法源”。

霍姆斯大法官曾提醒我们，司法机关“立法”并非常态，只能“见缝插针”——仅在法典空白、模糊、冲突之处发挥作用。尽管这种填补式的“立法”有其必要性，但如果希望司法具有可预期性、法典具有稳定性，那么将其诉诸司法机关立法则应当慎之又慎。《中华民国民法》第1

〔2〕第1条规定：民事，法律所未规定者，依习惯，无习惯者，依法理。

条并非是允许法官将法律束之高阁而任意裁判的许可证。

这为我们提供了一种解释和适用现代民法典的新方法。这种新兴且广为采用的方法就是社会学方法或称功能论。在解释、适用某个条款，或是从地位平等且均适用于某个案件的不同条款中做出选择时，为了给审判活动以合理的依据，传统方法多借助于立法机构修改法律或者制定新的法律和司法程序中的理想法律创制。除此之外，中华民族的传统意识形态和道德风俗也可发挥作用。但是将法律当作社会控制工具的社会法学家则强调，法律规则的完善及解释和适用应当符合其所服务的社会目标。

法典体系下，分析——历史方法于审理过程中的多数案件而言十分必要。这种方法在适用法典条文时不仅利用权威的法律技术，同时也借助于共同的理念。其中，法律技术必须通过讲授习得，共同理念必须为品德高尚之人所一贯秉持，如此方可排除法官的个人理念，保证其权威性。但在新生的法律理念蓬勃发展、旧有的共同理念日渐衰落之时，明确共同理念要素，尤其是它的细节方面并不容易。因此有学者转而求助于直觉。但是直觉和法律理念并没有什么关系。直觉是经验的产物。经验丰富的法官对法律规范的适用有着敏锐的直觉，如此，他们就不必在每个案件中都循规蹈矩地完成法律推理的所有细节。这种直觉来源于法官对法律技术的反复应用，长此以往，法律适用工作几乎成为法官的本能。但当法官遇到疑难案件，或是当其经验不足时，这种直觉就失去了相应的基础。保证法律适用的确定性、统一性和可预期性的关键在于一丝不苟地遵照法律推理的权威性步骤进行裁判。只有在普通案件中，并且该案件由经验丰富的法官审理时，直觉方为一种稳妥的裁判基础。如前所述，法官这种近乎本能的直觉是通过长期反复的法律推理训练形成的。面对超出经验范围的其他案件，法官需要具有批判性思维，且仍需运用由法律学说和司法判决所不断发展出来的成熟法律技艺。

Abstract: Historical jurists claim that Law was held to be a product or expression of the spirit of a people, and it was also an expression of a people's ethical conviction. Analytical jurists claim law was an aggregate of laws, and laws were rules of conduct prescribed by the lawmaking organ of a politically organized society and derived their authority from the sovereign. The challenge that Chinese codification confronts is to reconcile between modern legislative technique and Chinese historical background and cultural idea. Instead of exact imitation or detailed importation of the law of any country of today, I suggest courts and jurists make the codes of Chinese law, which is developed by Chinese jurists, and interpreted and applied by Chinese judges.

Key Words: historical jurists, analytical jurists, comparative law, codification, civil law code

(责任编辑：郑玉双 赵建蕊)