

# 中国传统法律思想文化浅析

周军 李志民

**摘要** 中国传统法律思想曾经盛极一时,影响深远,囿于其产生于专制主义制度之中、法律与道德的结合等原因不适应现今社会的发展,因而被世人所摒弃。但其相对于当时的社会是进步的,它也是中华文化的组成部分,我们要对其进行客观分析以取其精华。

**关键词** 法律制度 法律思想 主导地位

中图分类号 D929

文献标识码 A

文章编号 1009-0592(2010)08-008-02

中国传统法律制度对中国人的影响无处不在,在潜移默化之中塑造了中国人的法律观,决定了中国人的行为习惯。然而在这种精巧的制度设计背后,必然有深厚的思想文化基础做支撑。

## 一、中国法律思想文化的特征

首先,中国传统法律制度是多种法律思想学说竞争与融合的产物,即使是某一种学说在某一时期占据主导地位的情况下,其内部也涌动着分化对立的暗流。因此把中国传统法律制度归结于某种特定学说的支配影响,得出某种法律学说思想大一统的结论是需要认真推敲的。在这背后反映的正是中国传统学术多元并存、相互渗透的特征。这在中国法律史中多有表现:法家得势时在追求严刑峻法的同时,并未忽视对“礼”的尊崇,其对君主“势”的强调中正包含着君臣等级高下已分,贵贱不可僭越的观念,秦代之礼经孙叔通等人之手略加损益,为汉代以后礼制的源头,董仲舒在鼓吹“罢黜百家,独尊儒术”的同时,却用阴阳五行之说为“天人感应”制造理论依据;庄子虽主张清净无为,却还是在《外物篇》中承认“谋稽乎玄,知出乎争”,与法家一样认识到物竞相争的现实。这些思想的碰撞对中国法律制度的完善起到重要的推动作用。就像马老师在《礼与法》当中提到的,中国法律制度的精髓是礼治,而礼治又有两种法律思想路径作为支撑:一条是儒家所重的“礼义”,强调亲亲尊尊,追求教化促人内省,从而正人之心;另一条是法家所推崇的“礼制”,主张以外在的风俗制度来规范约束常人之行。二者既相克又相生,今人常常只重一端而妄加评论,自然不能把握礼治之魂。与之相应,如古今文之争、宋学与汉学之辩、理学与心学之分,旨趣不同,却常常同出一脉,最终也殊途同归。正所谓“万物并育而不相害,道并行而不相悖”,这种法律思想的多元化,对中国法律制度构建的影响,需要人们细细品味。

其次,中国的传统法律制度背后的法律指导思想,与第一点相对应,始终处于变革之中,以图适应社会变迁的需要,同时中国法律思想文化是中国民族品格和民族心理的体现,是中国法律实践的合理结果,反映了中国的国情,是中国文化这个完整的思想价值体系的一部分,是不能割裂开来进行分析研究的。这从“刑不可知则威不可测”的法律神秘主义思想向“铸刑鼎”的成文法传统转变,从商鞅“变法为律”所体现的急功近利的法家传统向强调“亲亲尊尊”的法律儒家化主张的转变,从儒家传统的“德主刑辅”、“先教后刑”等理念向“明刑弼教”思想的变化当中,都得

到了印证。而中国传统法制的解体,正由深受传统法律思想浸润的沈家本、张之洞等名儒推动(尽管他们也存在争论),这就说明了中国法律思想文化的生命力和适应社会变革的能力,这是法制现代化潮流无法割断的。如果今人不从中国法律思想的整个发展逻辑和所处的社会实际情况出发,片面抽象地割裂剪裁其内容,必然得出偏颇的结论。

最后,法律思想文化与法律制度紧密相连,却又有相对独立性和不同步性。法律制度反映了某一时期占优势地位的法律思想,但这往往不能反映中国法律思想的全貌,也不能完全它的发展方向 and 趋势。比如儒家在春秋战国时期即已走向成熟,却在汉代中期为统治者所推崇,而法律的儒家化,直至《唐律疏议》才算最终完成。再比如,由于传统社会中所谓“皇权不下县”,正式的国法必须靠宗族的家法做补充,而两者之间并不完全一致。其根本原因之一,在于民间的法文化(也就是某些学者所说的“民间法”)与官方法律制度所体现的法律思想存在矛盾。比如民间佛道思想的盛行是不会在官方法制中的得到充分反映的。然而这并不意味着佛道思想无足轻重,其境遇对人们的要求正是“礼失,求诸野”。总之,对法律思想文化的自足性和独立性的特点不容忽视。

## 二、中国法律思想文化的本质

如上所述,中国传统法律思想体现多元并立的特征,但异中有同,在学术纷争的表象有共同的本质,现择其要点略论:

第一,礼治传统源远流长,强调礼法结合,一准乎礼。“礼”既指具体的礼仪形式,更是抽象的精神原则。所谓“一准乎礼”,据有关学者研究,就是指以“礼”作为法的正当性基础,以“礼”作为法的原则和精神,凡与之相悖的法无效,当法无具体规定,法官可以以“礼”对案件作出裁判<sup>①</sup>。这体现在中国的传统法文化并不仅仅注重刑罚,更强调对人的善性的弘扬,比如旌表制度等受到西方启蒙思想家赞扬的良法美制,颇具仁爱精神。在这种指导思想背后,反映的是对人的信任和尊重,体现了对正义等美好价值的合理追求。

第二,以宗法家族主义为基础,构建以义务为本位的伦理法体系。在自给自足的传统自然经济条件下,以血缘关系为纽带形成的宗法制度,有效地将家庭与国家联系起来,强调家长和国家的权威,有利于建立成熟的慈父般的“家长官僚制”,以实现中华文明的维持和稳定发展。这种伦理法所体现的“义务本位”包含

作者简介:周军,厦门大学法学院法学硕士,研究方向:国际经济法;李志民,江苏省海门市人民检察院专职调研员、助理检察员。

了两方面的含义:在区分贵贱高低等级的前提下,一方面强调下人对尊长的服从,另一方面强调尊长对下人有保护关心的责任。这种约束是双向普遍的,反映了中国人注重自律反省的特质。

第三,以秩序和谐为最高的理想价值追求。中国传统法律文化以追求秩序和谐为其理想目标,即“天理、国法、人情”的统一,强调人与自然之间、国家民族之间、社会家庭之间的和谐,社会交往讲究和解精神与协调一致。这要求国法必须考虑“天理人情”因素。在中国法学传统中,“法”只是较低层次的规范,“法”上有礼、德,最高有“道”,“道”出于人们共识的理则和共有的情感,人们可以很自然地了解并接受,因而可以适用于人们的一切行为,人们也心悦诚服,所以被称为“天道”或“大道”。而天道往往与民情相连,“天视自我民视,天听自我民听,天听自我民听”。公正的法律应符合“天理人情”。这对国家权力起到一定的制约作用。并且随着中国社会的发展,“天理人情”作为充满神秘色彩的权威逐渐淡化,但天理人情的法律体现却进一步加强,天理人情愈来愈法律化。这表现在中国先贤对“无讼”的追求,以及民间调解制度的成熟与发达等情况当中。这对缓解尖锐的社会矛盾冲突、维持传统社会的稳定,同时促成中国法制的反省机制有一定的积极意义。

### 三、对待中国传统法律思想文化的正确态度

中国传统法律思想文化博大精深,然而作为农业社会的产物,必然存在历史的局限。在当前面对西方现代法律文明挑战的

(上接第7页)英国学者梅因也认为,法律的发展是一个逐步进化的缓慢过程。在远古时代,并未存在近现代的立法机构和明确的法律规则。人类也从未产生普遍的确切规则的观念,而只有再简单不过的权威观念或习惯观念,因此,我们不应将法律的形象局限在近现代式的“国家式”规则。<sup>⑤</sup>

不论是梅因强调的历史性的规章和习俗,还是埃利希强调的现实中的规章和习俗,都存在一个需要国家认可的问题,即国家有权决定这些规则的去留。对此,孟德斯鸠认为,国家规则是立法者创立的特殊的和精密的制度,而风俗和习惯是一个国家一般的制度,要改变这些风俗和习惯,根本不应用国家的“大棒”。<sup>⑥</sup>而且,在国家规则的旁边,“活的法律”是无处不在的,甚至立法者和司法者中间,都可以发现“行规”一类的行为规则。<sup>⑦</sup>此外,某些地方自治性的规则虽然没有国家的认可,却发挥着比国家规则更为实际的作用。

### (三)“好人”的态度

现实主义分子的观察,使得法律失去了明确性和普遍性,埃利希等人的观察则造成了泛规则化,为了避免现实主义分子的“人性恶”假设和泛规则化,英国学者哈特提出了新的理论。

哈特认为,正是行为者自身的积极态度,而不是他人的外在要求,才是规则行为以及规则本身存在的根据,即好人的积极心态决定了规则的成立,义务的成立。但是,为什么没有积极态度的其他人仍然具有义务?在某些问题上,反对一方与支持一方争论不休,我们也无法认为,一方的积极态度是另一方义务的根据。

哈特解释道,社会义务主要在于大多数人的“好人态度”,即社会法律义务假如已经出现了,那是因为大多数人自觉遵守了一个规则。<sup>⑧</sup>而在某些场合,也许大多数人并没有积极态度,只有少数官员才有,可法律义务依然存在。<sup>⑨</sup>但是,在道德规则中,同样

关头,我们要防止两种不良思潮。

一种是打着“普世价值”的旗号,无视中国社会同西方社会的法律发展进程的差异,将西方法律思想神圣化,而对中国法律思想则以将问题“标签化”的态度和粗暴的处理方式,代替对其深入细致、理性全面的研究分析。这样做的结果必然是把西方法律文化的特点当作优点加以推崇,把中国法律文化的特点当成缺点大加批判,脱离中国法律文化所处的具体历史环境评头论足。

另一种表现是随意比附西方法律思想文化传统,造成一种“西方有的我们全有的”幻觉,在盲目的自大中隐藏着极端的自卑,把中国法律传统思想当作古董把玩,以致出现了把糟粕当作“本土资源”或精华的现象。这既导致对中国法律传统思想独特本质充分把握的缺失,又脱离历史发展的潮流,最可怕的还在于,这使得一些学人习惯于只在一个较小的学术圈内自说自话,放弃了影响指导中国立法和司法实践的现实努力,听凭一些脱离国情的洋教条成为学术思想的主流。在提倡以人为本、构建和谐社会的今天,这种消极的做法无法为国家的法制现代化提供合理的经验借鉴和理论支撑,可能同样是对社会不负责任的行为。

注释:

①张晋藩主编《中华法系的回顾与前瞻》,中国政法大学出版社,2007年版,第177页。

②吉红,《天理、国法、人情的贯通与和谐——中国古代刑法发展的根据及其轨迹》,中共郑州市委党校学报,2005(6)第149-150页。

可能存在“好人态度”对此,哈特指出,法律规则和非法律规则的区别,在于前者包含了官方接受的“次要规则”。“次要规则”即权利(或权力)规则,其“具有不仅引起人们行为活动或变化,而且引起创立或改变责任或义务的作用。”<sup>⑩</sup>为了与道德规则中的授权规则相区别,哈特进一步指出了“次要规则”中有一个所谓的“认可规则”,这类规则回答法律是什么,确定某种渊源是否为法律的渊源,并且对一个法律制度何时是存在的提供了一个标准。它可以是成文的,也可以是不成文的,它可以以各种表述方式存在于日常实践中。认可规则的成立是由大多数人的好人态度决定,但官方的好人态度具有终极意义。即使没有大多数人的好人态度,但只要存在官方的好人态度,认可规则也是成立的。一旦认可规则成立了,则法律规则也可确定。

注释:

①柏拉图著,郭斌和、张竹明译,《理想国》,北京:商务印书馆,1986年版,第19页。

②③④霍布斯著,黎思复、黎廷弼译,《利维坦》,北京:商务印书馆,1985年版,第212页,第95页,第131页。

⑤Austin, John 1995 The Province of Jurisprudence Determined, ed. Wilfrid E. Rumble, 24.

⑥ Timasheff, N. S. An Introduction to the Sociology of Law. Cambridge: Harvard University Committee on Research in the Social Sciences. New York: Cambridge University Press, 1939, 264. Ehrlich, Eugen. Fundamental Principles of the Sociology of Law, trans. W.L. Moll, Cambridge: Harvard University Press, 1936, 21.

⑦⑧凯尔森著,沈宗灵译,《法与国家的一般理论》,北京:中国大百科全书出版社,1996年版,第33页,第42-45页。

⑨⑩ Gray, John Chipman. The Nature and Sources of Law. New York: The Macmillan Company, 1921, 7, 84, 82.

⑪⑫ Holmes, Oliver Wendell. The Path of Law. Harvard Law Review, 1897, 10, 461, 458.

⑬ Ehrlich, Eugen. Fundamental Principles of the Sociology of Law, trans. W.L. Moll, Cambridge: Harvard University Press, 1936, 497.

⑭ Maine, Henry. Lectures on the Early History of Institutions. New York: Henry Holt and Company, 1987, 375-86.

⑮孟德斯鸠著,张雁深译,《论法的精神》,北京:商务印书馆,1982年版,第310页。

⑯ Ehrlich, Eugen. Fundamental Principles of the Sociology of Law, trans. W.L. Moll, Cambridge: Harvard University Press, 1936, 68.

⑰ Hart, H.L.A. The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press, 1961, 113.

⑱ Hart, H.L.A. The Concept of Law. Oxford: Clarendon Press, 1961, 59, 114.