

中国传统法文化的历史地位与史鉴价值

张晋藩

(中国政法大学 北京 100088)

内容提要:中华法文化是世界法文化苑中的一株奇葩。它体系完整、内容丰富、特色鲜明且绵延数千年而未中断,不仅为中华文明的发展与进步提供了智力支持,也为中华民族的复兴保留了珍贵的文化资源和治国理政的经验。中国传统法文化的史鉴价值主要表现在,肃清法律工具主义的影响,坚定树立法律权威主义观念;善法与良法相结合,才能发挥“奉法者强则国强”的作用;严格执法不仅使司法具有权威,而且会增强百姓对法律的信任感;监察法的制定有助于监察制度的建设和监察官作用的发挥。

关键词:法文化 德法共治 中华法系

DOI:10.16092/j.cnki.1001-618x.2018.01.004

中国是世界著名的文明古国,有着五千余年辉煌的历史,而且辗转相承、从未中断,是世界文明古国中所仅有的。法文化作为中华文化的重要组成部分,同样是源远流长,具有系统性、完整性和典型性,在世界法文化史中处于卓尔不群的地位。

一、关于法律起源的文献记载

历史界和法史界一般认为法律起源于夏朝,但夏朝已经是统一的、定型的国家形态,《禹刑》也不是最早的法律,因此法律的起源应早于夏朝。《尚书·吕刑》有这样的记载“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑,曰法。杀戮

无辜,爰始淫为劓、刵、椽、黥。”苗人是活动在长江流域的先进部落,部落的领袖是蚩尤。他最早摆脱了神权的羁绊,开始制定法律,规定了五种刑罚(劓、刵、椽、黥、大辟)。唐孔颖达注曰“三苗之君,习蚩尤之恶,不用善化民,而制以重刑,惟为五虐之刑,自谓得法。”^①

上述文献记载说明苗人阶级分化比较早,造成了相互间的争夺,因而需要用法律加以控制。晋朝杜预为《左氏春秋·文公十八年》作注时说苗部落中出现了饕餮之徒,“贪财为饕,贪食为餮。”^②为了贪财、贪食,人多不讲信义,如同孔颖达在《尚书·吕刑》疏中说“民皆巧

作者简介:张晋藩(1930—),男,汉族,辽宁沈阳人,教育部2011计划司法文明协同创新中心顾问,中国政法大学终身教授,中国政法大学法律史学研究院名誉院长。作者曾在“部级领导干部历史文化讲座”中讲过相关内容。

本文为国家社会科学基金重点项目“中国古代司法文明及其当代意义研究”(项目编号:14AFX006)的阶段性成果。

① 《尚书正义》卷十九。

② 《春秋左传正义》卷二十。

诈,无有中于信义。”^③为了改变这种状态,蚩尤制定了法律。这与马克思主义的法律起源论颇有暗合之处,即经济的发展产生了剩余,从而出现了阶级分化和阶级斗争。为了使斗争的双方不致于两败俱伤,就制定了法律。

苗民的法律起源论得到了历史证实:黄帝和炎帝联合打败了蚩尤,把苗民放逐到各地,但是“灭其族而用其刑”,夏、商、周三代的五刑(墨、劓、剕、宫、大辟)就来源于苗民的五刑,直到汉文帝废除肉刑才改变了三苗传来的五刑。

古代思想家提出了各种法律起源说,具有代表性的有两种:其一,刑起于兵说。古代的刑与法是通用的。刑起于兵,就是法起源于战争。原始社会末期经常发生战争,如黄帝与蚩尤之战,黄帝与炎帝之战,为了在战争中约束军队,就制定了法律。《易经》曰“师出以律。”《正义》解释说“师出以律者,律法也。……是整齐师众者也。既齐整师众,使师出之时,当须以其法制整齐之,故云‘师出以律’也。”^④清朝在关外时期,皇太极经常起兵伐明,也不断向漠南蒙古部落征伐,在每次用兵之前他都颁布军律,整肃部队,严明纪律,而频频颁发的军律,是关外时期政权的主要立法形式,由此也可以说明刑起于兵说的价值。

其二,定分止争说。古代、近代的学者多赞同此说。管子说“律者,所以定分止争也。”^⑤荀子对此作了进一步阐释。他认为远古之时,物少人多,“物不能澹(dàn)则必争,争则必乱,乱则穷矣。先王恶其乱也,故制礼义以分之,使有贫富贵贱之等。”^⑥定分就是依法确认贵贱等级的名分,根据名分各有相应的权利义务,使之各安其位、各守其分,避免争斗。梁启超指出,“定分止争”中的“分”就是今人所指之“权

利”。“创设权利,必藉法律,故曰定分止争也。民之所以乐有国而赖有法者,皆在此而已。”^⑦

以上两种法的起源说都带有朴素唯物主义的色彩。

二、德法共治的由来及历史发展阶段

习近平总书记在党的十九大报告“坚持全面依法治国”部分强调“坚持依法治国和以德治国相结合。”德法共治在我国有着悠久的历史,是中国法文化史的重要组成部分。德法互补、互相促进、共同治国大体可以分为三个历史阶段。

公元前11世纪,周公提出“克明德慎罚”,把德与法连接起来作为治国的方略。周朝建立以后,周公鉴于商纣王“重刑辟”、失民失德亡国的教训,开始重民,并且在重民的基础上提出“明德慎罚”。对于德的含义,《尚书·洪范》提出三项内容“一曰正直,二曰刚克,三曰柔克。”^⑧《说文》对于“德”作了以下解释“惇(dé)……从直,从心。”意为直在心上,如此才能“外得于人,内得于己”。^⑨至于刚克指的是坚毅,柔克指的是谦和。所以明德就是彰显德的作用,慎罚就是谨慎用刑,反对滥杀无辜。“明德慎罚”将德与法二者连接起来,是中国古代德法共治的第一阶段,由此带来了成康之治“四十年刑措而不用”的局面。

汉朝武帝时期,董仲舒希望汉武帝吸取秦朝纯任法治、乱施酷刑、二世而亡的教训,提出“罢黜百家,独尊儒术”的主张。特别是他根据阴阳五行的学说论证了“阳为德,阴为刑,刑主杀而德主生”,^⑩认为国家应该根据天道实行德主刑辅的方略。汉武帝为了建立大一统的稳定王朝,接受了董仲舒的意见,由此形成了德法互补共治的第二个阶段。

③ 《尚书正义》卷十九。

④ 《周易正义》卷二。

⑤ 《管子·七臣七主》。

⑥ 《荀子·王制》。

⑦ 梁启超《管子传》,载《饮冰室合集(第七册)·专集之二十八》,中华书局1989年版,第15页。

⑧ 《尚书·洪范》。

⑨ 《说文解字》。

⑩ 《汉书·董仲舒传》。

汉武帝以后,宣帝在回答太子关于纯任儒术德教的意见时说“汉家自有制度,本以霸王道杂之,奈何纯(任)德教,用周政乎?”^①所谓“霸王道杂之”,指的就是外儒内法,德法互补共治。

东汉时期,著名的儒家学者王符、王充、仲长统等人摆脱了董仲舒的阴阳五行之说,立足于国家统治的实际,进一步论证了德法互补的重要性。王符在《潜夫论》中说“圣帝明王,皆敦德化而薄威刑。德者所以修己也,威者所以治人也。”^②王充在《论衡》中说“治国之道,所养有二:一曰养德,二曰养力。……夫德不可独任以治国,力不可直任以御敌也。”^③仲长统说:“德教者,人君之常任也,而刑罚为之佐助焉。”^④经过东汉儒家的反复论证,德主刑辅的治国方略得以稳定地实施,影响深远。

至唐朝,鉴于德主刑辅并没有明确德刑二者不同的功能,因而在《唐律疏议》序言中特别提出“德礼为政教之本,刑罚为政教之用”,^⑤明确了德礼政刑在政教上的本用关系,是德法互补共治的第三个阶段。不仅如此,《唐律疏议》还将这二者比喻为“昏晓阳秋”的自然现象,以示内在联系的紧密和永恒不变。

以上可见,德法互补共治是中国传统法文化中的重要内容,也是中华法系的特点之一。孟子曾经说过,“徒善不足以为政”,^⑥也就是只凭德化不能有效地治理国家,实现对内对外的职能,而必须与具有强制性的法结合。先秦时期,韩非便提出“明主之所导制其臣者,二柄而已矣。二柄者,刑、德也”。^⑦

随着历史的发展,德的内涵不断充实,除周初三德之说外,还包括诚信、博爱、忠孝、善良、正大光明等等。所以,所谓为政以德,重要

的是以德化民、以德教民,唤起人们内在的、正直的、善良的天性,使之自觉地远恶迁善、趋吉避凶,不仅远离犯罪,而且达到一种高尚的思想境界。可见,德之用于润人心,法之用于安天下。以德化民不仅化人的不良之性,而且还化不良之俗,改善落后、愚昧的风俗,使之趋向理性。

总之,以德化民、德法互补、德主刑辅、明刑弼教都是中国传统法文化的精髓,体现了中华民族的智慧 and 创造力,也反映了中华法系的鲜明特色,它所提供的历史经验也很有借鉴价值。

三、中国传统立法的成就与世界影响

中国古代的统治者都认为国不可一日无法,无论是统一政权还是偏安一隅的地方政权都在立国之始就急于制定法律。在这个过程中,一些很有价值的立法原则形成了,如立法须适应国情特点。譬如,中国古代以农立国,因此在法律体系中,农业生产、土地、畜牧、水利等等在立法中占有重要比重,甚至《睡虎地秦墓竹简》中还以法律规定了每亩地播种种子的数量,如播种小米一亩种子一斗,播种豆子一亩种子半斗。在司法上,为了不误农时,从四月到八月期间为法定的“务期”,一般不接受农民的民事案件,称为“务限法”,一直延续到清朝。再如,根据时代的变化及时进行立法调整,所谓“法与时转则治”,^⑧因此中国法律的发展虽然纵向传承,但是又代有兴革,唐不同于汉,宋不同于唐,清不同于明。中国近代的改良派、制宪派都以“法与时转”为依据,进行变法改制。除此之外,根据中国统一多民族国家的实际,统治者还专门制定了适用于民族地区的法律,在这方面清朝给我们留下了重要的立法资料。如

① 《汉书·元帝纪》。

② [汉]王符《潜夫论·德化》。

③ [汉]王充《论衡·非韩》。

④ [汉]仲长统《昌言》。

⑤ 《唐律疏议》卷一。

⑥ 《孟子·离娄上》。

⑦ 《韩非子·二柄》。

⑧ 《韩非子·心度》。

《蒙古律例》《理藩院则例》《回疆则例》《西藏章程》《青海西宁番夷成例》等。特别需要提出的是,民族立法的原则是因族制宜、因俗制宜,因而受到了少数民族的拥护。

还需指出,中国古代的立法,多以司法经验为基础,将具有典型的案例上升为法律。中国最早的司法官皋陶便在审理案件的过程中制定了法律,他既“作士”,又立法,所谓“孔子垂经典,皋陶造法律”。清朝在乾隆五年制定《大清律例》以后,律文不再修改,而以制定条例补充律文的不足。条例是由督抚将典型的案例上报刑部,刑部认为确有立法价值则形成律文,上报皇帝,皇帝批准后便成为条例。所以《大清律例》的变化,在例而不在律。这种由个别调整上升为一般调整的立法过程体现了司法经验主义的作用。

中国古代立法的主要成就是《唐律疏议》。唐高宗永徽二年(公元651年)制定了《永徽律》。永徽四年,为了统一解释律文,便于司法运用和为明法科举提供法定的标准答案,又制定了《律疏》,合称《永徽律疏》,也就是今天所说的《唐律疏议》。这是保留到今天最完整的古代法典。《唐律疏议》共12篇502条,在中国法律发展史中处于承上启下的历史地位,它在传承历代立法精华的同时又奠定了唐以后立法的基础,所谓“历代之律……宜遵唐旧”。^①

唐律以完备性著称,无论社会、国家、家庭、个人等等,都有法律调整,其规范的细密、制度设计的完善、刑法原则的合理、律文解释的准确都达到了历史高峰。

唐律对于德礼刑罚功能及相互关系的论述,在法文化中具有经典的意义,后世论者经常用“于礼以为出入”来评价唐律的价值,可见其影响的深远。唐律还具有鲜明的创新性,疏议与律文合编共同具有法律效力,是历史上的一大创新。唐律还根据新出现的社会现象和法律关系及时进行调整。比如,唐朝是经济发达的

朝代,经常来长安进行贸易的外国商人不下十万人,这中间难免会发生法律纠纷。为此,唐律特别制定“化外人有犯”的条款“诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”^②这是中国最早的属人主义的立法。在司法制度上,唐律将罪刑法定原则条文化“诸断罪皆须具引律、令、格、式正文,违者笞三十。”^③这比西方资产阶级革命时期提出的“罪刑法定”主义早了一千余年。

正是由于《唐律》所达到的成就,其被世界公认为中华法系的代表。相邻的国家,如日本、高丽、安南都派遣使者和留学生到唐朝学习法律。他们回国之后又仿照唐律制定了本国的法律,如日本制定了《近江律》《近江令》《大宝律》《大宝令》《养老律》《养老令》,高丽制定了《高丽律》,安南制定了《李朝刑律》。这些国家的法律学者在《刑法志》之类的著作中都明确表示仿唐律制定了本国法律,所以这些国家也被纳入到中华法系的系统之内,也可以说是纳入到中华法文化的文化圈内。

不仅唐律具有世界影响,《大明律》同样深刻影响了相邻国家,日本专门派人到中国来搜求《大明律》和《律令直解》,朝鲜还奉《大明律》为母法。高丽世宗朝史臣郑麟趾所著《高丽史·刑法志》说“高丽一代之制,大抵皆仿于唐,至于刑法,亦采唐律,参酌时宜而用之,曰狱官令二条,名例十二条,卫禁四条,职制十四条,户婚四条,厩库三条,擅兴三条,盗贼六条,斗讼七条,诈伪二条,杂律二条,捕亡八条,断狱四条,总七十一条,删繁取简,行之一时,亦不可谓无据。”如果说,日本学者研究《唐律》者多,朝鲜学者则是研究《大明律》者多,由此可见中华法文化的历史地位及其影响的深广。

四、中国传统法文化的史鉴价值

中国传统法文化历史悠久,内容丰富,资料浩如烟海,称得上是一座极其宏伟的智库,具有丰富的历史借鉴价值。

① 《明史·刑法志》。

② 《唐律疏议》卷六。

③ 《唐律疏议》卷三十。

(一) 肃清法律工具主义的影响, 坚定树立法律权威主义观念

早在公元前7世纪左右, 管仲就提出了“以法治国”的主张, 这在当时无疑是开先河的篇章。此后, 历代都以法为治国之具。唐朝魏征将法律形象地比喻为君主的“执御之鞭策”, 也就是说, 国家如同一匹奔马, 皇帝是骑手, 他手中的鞭子就是法律。可见, 中国古代的法治是君主主人治下的法治, 遇有开明之君就能够发挥法律的作用, 遇有昏聩之君则很可能以坏法为能事, 所以“以法治国”的法律工具主义是有局限性的。此外, 平等是法治的原则, 如同韩非所说, “法不阿贵, 绳不挠曲。法之所加, 智者弗能辞, 勇者弗敢争。刑过不避大臣, 赏善不遗匹夫”^②, 但是中国古代是具有等级特权性的社会, 《唐律疏议》中所规定的“八议”之法, 赋予亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾八种人以法定特权, 官吏犯法也可以官品抵罪, 这就破坏了法治的平等原则。它的影响不限于古代, 也影响到近代, 甚至当代。所以“以法治国”与“依法治国”虽然只有一字之别, 却有本质上的差异。如果说“以法治国”是法律工具主义, 那么“依法治国”就是法律权威主义, 任何人都必须在宪法和法律的范围内作为或不作为。为了坚定地树立依法治国的法律权威主义观念, 就必须肃清法律工具主义的残余影响。

(二) 善法与良吏须结合, 才能发挥“奉法者强则国强”^③的作用

宋人王安石说“立善法于天下, 则天下治; 立善法于一国, 则一国治。”^④同时他又强调: “吏不良, 则有法而莫守。”^⑤唐朝的文学家白居易更具体地论证了法与吏的关系。他说“虽有贞观之法, 苟无贞观之吏, 欲其刑善, 无乃难

乎?”^⑥白居易是德宗时代的官僚, 当时唐朝已经处于颓势, 朝堂上“君子少而小人多”, 有法而不能行, 所以他发出上述慨叹。

明末清初的著名思想家王夫之在《读通鉴论》中, 从总结历史经验的角度提出单纯任法或单纯任吏都不足以为治, 他的结论就是“择人(官)而授以法, 使之遵焉”^⑦。

(三) 严格执法不仅使司法具有权威, 而且会增强百姓对法律的信任感

中国古代不乏严于执法的良吏。汉文帝时, 张释之判处一名“犯跸”(冲撞御道)的人罚金四两, 文帝认为处罚太轻, 张释之对曰: “今法如是, 更重之, 是法不信于民也。……廷尉, 天下之平也, 一倾, 天下用法皆为之轻重, 民安所错其手足? 唯陛下察之。”^⑧终于使文帝折服。

唐太宗时, 大理寺少卿戴胄处理一名伪造资荫的犯人流刑, 而没有遵循太宗曾经下敕此类犯罪应处死刑的意见。太宗责备戴胄, 戴胄对曰“法者, 国家所以布大信于天下也。陛下忿选人之多诈, 故欲杀之, 而既知其不可, 复断之以法, 此乃忍小忿而存大信也。”上曰“卿能执法, 朕复何忧!”^⑨

宋朝著名的清官包拯不仅断案公正, 而且他在问案时大开开封府的大门, 让群众进入旁听。这可以说是中国历史上带有公开审判性质的一个史例。

宋以后, 明朝的海瑞、清朝的于成龙都是严于执法的清官。严于执法使得司法具有权威, 而且还增强了百姓对法律的信任感, 遇有损害也要诉诸法律。清代遗留下来的大量地方档案证明了这一点。

② 《韩非子·有度》。

③ 《韩非子·有度》。

④ [宋]王安石《周公》。

⑤ [宋]王安石《度支副使厅壁题名记》。

⑥ [唐]白居易《白氏长庆集》。

⑦ (明)王夫之《读通鉴论》。

⑧ 《汉书·张释之传》。

⑨ 《资治通鉴》卷一百九十二。

(四) 监察法的制定,有助于监察制度的建设和监察官作用的发挥

中国在汉武帝时期便颁行了全国性的地方监察法《刺史六条问事》,监察的重点是郡一级的高官和地方豪强势力。《六条问事》使监察官的刺史职权得以发挥,有助于中央集权的巩固。

唐朝颁行了《监察六法》,将监察的对象涵盖到所有官吏而限于高官,使得朝廷的纲纪严明,官吏守法。唐睿宗说“彰善瘅恶,激浊扬清,御史之职也。”^⑩唐以后,历代不断修订监察法,至清代编成《钦定台规》,使监察法达到了法典化的程度,详细规定了监察制度的构建、监察官的职掌权限、监察的对象与事项、监察官的选任与失职的处罚等事项。监察立法为监察

官行使监察权提供了法律依据,使百官都有所震慑。对于监察官执法犯法,则予以加等处罚,也使得监察官比较忠于职守。特别是,监察御史作为皇帝的耳目之司,对于地方上的问题“大事奏裁,小事立断”,^⑪起到了整肃吏治的作用。

以上可见,中华法文化底蕴深厚、影响深远。习近平总书记在十九大报告中“坚持全面依法治国”部分再次强调坚持依法治国与以德治国相结合,务必做到“法安天下、德润人心”,这是中国当代法文化史上的绚丽篇章,也是汲取中国古代治国理政经验的科学总结。传承中华法文化,将会为实现中国特色依法治国的宏图伟业提供历史借鉴。

The Historical Status and Historical Reference Value of Chinese Traditional Legal Culture

Zhang Jinfan

Abstract: Chinese legal culture is a wonderful flower in the world law cultural garden. Its system is complete, rich in content, distinctive in character and lasting for thousands of years without interruption. It not only provides intellectual support for the development and progress of Chinese civilization, but also retains precious cultural resources and governance experience for the rejuvenation of the Chinese nation. The historical reference value of Chinese traditional legal culture is mainly manifested as follows, eliminate legal instrumentalism, firmly establish the legal authority of the concept; the good law and good combination, make country strong; strict enforcement of the law not only makes the judicial authority, to strengthen the trust of the people of the law; formulate Supervision Law, play a role construction and supervision of supervision system of the officer to help.

Keywords: legal culture; governance with morality and law; Chinese legal system

(责任编辑:李辉)

^⑩ 《唐大诏令集》卷一百。

^⑪ 《明史·职官志》。