

法律传统与法治智慧

武树臣

(山东大学 法学院, 山东 济南 250100)

摘要：中国社会正处在深刻的变革中，从亚里士多德的“法治”概念谈起，认为中国的法制建设离不开法律传统。中国法律传统当中有四个方面的精神：政体上的共和精神，国家社会管理上的贤哲精神，司法上的劲士精神，法律样式上的混合法精神，这些精神值得我们汲取和借鉴。

关键词：法律传统；法治建设；精神；法律思想；法律文化

中图分类号：DF02 文献标识码：A 文章编号：1002-3933 (2014) 05-0002-04

Legal Construction and Wisdom of Rule of Law

WU Shu-chen

(Law School, Shandong University, Jinan 250100 China)

Abstract: To begin with the concept of “rule of law” of Aristotle, the author think that legal system construction of China is tied to the law tradition. The legal system construction of China conclude four types of spirits: the republic spirit on form of government, the philosophers' spirit on social management of country, the spirit of upright people of justice, the spirit of mixed law on legal style. We should absorb and draw lessons from these spirits.

Key words: system construction; legal system construction; spirit; legal thought; legal culture

一、从亚里士多德的“法治”概念谈起

谈到“法治”的概念，我们首先想到亚里士多德的论述。他说，首先，法律应当得到普遍的遵从；其次，被普遍遵从的法律应当是良好的体现正义的法律；第三，良好的法律来源于良好的政体，即共和政体。

其实，我国古代思想家的见解和亚里士多德的描述具有相通之处。比如《管子·任法》说：“君臣上下贵贱皆从法，此谓为大治”，《法法》说：“令尊于君”，也主张法律应当具有最高权威，至于如何实现，则是实践领域的问题；关于良法，我国古代思想家认为应符合三个标准：一是为天下人谋利益的法

收稿日期：2013-12-16 该文已由“中国知网”（www.cnki.net）2014年3月 日数字出版，全球发行

作者简介：武树臣（1949-），北京市人，山东大学法学院人文社会科学一级教授，博士生导师，研究方向：中国法律思想史、中国法律文化和当代司法制度。

即“天下之法”而非只维护皇族利益的“一家之法”；二是和传统风俗保持一致性，即荀子所谓“礼者法之大分而类之纲纪”；三是对官吏和民众的行为有所制约，《商君书·定法》强调公布法律，使妇孺皆知，从而使“吏不敢以非法遇民”，“民不敢犯法以干法官”。古代思想家虽然没有直接论述共和政体与法的关系问题，但他们大都主张限制君权，主张君臣共治。关于这一点，后面还将论及。

二、法治建设离不开法律传统

中国社会目前正处在辛亥革命百年以来最深刻的变革之中。这个变革的目的是实现中华民族的伟大复兴。一个民族的复兴应当包括经济复兴、政治复兴、文化复兴。经济复兴使人民得到财富，政治复兴使人民得到尊严，文化复兴使人民得到智慧。没有经济复兴则不足以证明其政治的合理性，没有政治的复兴则不足以保证经济发展的正确方向，没有文化复兴的民族就缺少了灵魂，也无法向人类贡献其道德产品或价值观。党的十八届三中全会提出了“法治中国”，为我国的政治复兴指出了基本途径。

在中国建设社会主义法治国家，是一项前无古人的伟大事业。没有现成的模式可以仿照，只有靠实践的摸索。我们当然需要勇敢前行，义无反顾。但是也需要回过头去看看我们走过来的路，重温我们的法律传统。从法律传统中批判地继承优秀遗产，从传统中汲取营养和智慧。法本来就是由民族性地方性行为规则和经验所构成的知识体系。法治建设自然离不开民族性和地域性，因而也就离不开法律传统。

中国法律传统可分为大传统、小传统和新传统。大传统是古代的法律传统，它是在自然的没有外来文化影响的环境中形成的，它体现了法律文化的民族性；小传统是近代的法律传统，它是在外来法律文化浸润之下与我国固有法律文化相融合而形成的，它体现了法律文化的世界性；新传统是伴随着中国共产党的革命和建设实践活动形成的，它体现着法律文化的现实性。这些传统都包含着丰富的优秀成果，值得我们重温 and 借鉴。

三、中国法律传统的四个精神

在中国法律传统当中，有哪些精神值得我们汲取和借鉴呢？大致上有以下四个方面：

首先是政体上的共和精神。

我国古代政体（即国家政权形式）有一个特点，就是既不是民主政体，也不是寡头暴民政体，而是中国式的共和政体。它经历了殷商的君权与神权的共和、西周春秋的天子与诸侯的共和、战国至清末的皇族与官僚群体的共和，兼有王朝与民间俊秀（乡绅群体）的共和。在中国古代，共和思想的巅峰是明清之际启蒙思想家黄宗羲的“学校议政”，它设计的方式是，皇帝和大臣定期到太学听取著名大儒的意见，接受他们对时政的批评建议，以改进政治。这种设计也许可以称得上是中国式议会的雏型。从某种角度而言，中华民国时期也可以说是党治与民治的共和。但是由于国民党搞独裁政治，未能实现共和。纵观历史，凡是共和精神贯彻得比较好的时期，社会就安定繁荣。破坏共和精神甚至走向寡头政治的，社会就纷乱停滞。中国共产党1935年在江西瑞金成立中华苏维埃共和国，“苏维埃”即议会、会议的意思。共和国，谁和谁共和，是共产党与工农兵大众共和，通过议会或代表大会的形式来实现共和。在后来的陕甘宁边区，我党在参政会和政府组织曾实行“三三制”，共产党员占1/3，非党进步人士占1/3，中间派开明士绅占1/3。是共产党和人民实行共和的有益探索。中华人民共和国也是共和制，是党和人民共和，党治和民治共和，党权和民权共和。今天，我们对社会主义法治的概括是：党的领导，人民当家作主，依法治国。其中，党的领导与人民当家作主就是一种共和。党的领导是法治的政治基础和方向，人民当家作主是法治的价值所在。在进行社会主义法治建设的今天，如何借鉴共和的传统智慧，如何完善新时期国家政体上的共和制，做好这篇文章，意义重大。

其次是国家社会管理上的贤哲精神。

在中华民族跨入文明门槛的历史经历上，一些诸如黄帝、炎帝、蚩尤、尧、舜、禹那样的部落联盟酋长，曾经发挥了卓越的贡献，成为全民族共同仰慕效法遵从的圣贤人物。正如西周《大盂鼎铭》所谓“天翼临子，法保先王”。法是效法，保是褒扬。此后，我国又经历了长期的贵族政体阶段。贵族在自己的领地享有经济、政治、军事、宗教等方面的最高权力。因此，一个诸侯国或一个领地治理的好坏，在很大程度上取决于贵族领袖的个人素质。而贵族群体也比较注意个人的人格形象，养成一种贵族精神，以增加政治感召力。加之，在农耕社会，广大农民安土重迁，又缺乏参与社会管理的渠道和条件，从而不得不把社会管理的工作全权委托给贤哲们，希望靠贤哲来保护自己的利益，从上面施以阳光雨露。于是就形成了浓烈的渴望贤哲、遵从贤哲的民族心理。而能有机会充当圣贤的，就是君主和官长。中国古代的官本位思想本身就包含着对圣贤的渴求。于是就形成了儒家的贤哲思想，即《礼记·中庸》所谓“为政在人，其人存则其政举，其人亡则其政息”，和《论语》所谓“其身正，不令而行”，《孟子》所谓“唯仁者宜在高位。”在民间，效法君主成为一种时尚：“楚王好细腰，国中多饿人，吴王好剑客，百姓多创痍”。儒家的贤人政治被简单地概括为“人治”，这个“人治”和我们今天说的一言堂，特权思想，不讲民主，不讲科学，不服从法律，拍脑袋决策之类的“人治”，还不是一回事。贤哲思想对君主和官僚是一种思想约束。当君主的如果不贤，甚至背道而行，其结果就是“水则载舟，水则覆舟”，“闻诛一夫纣，未闻弑君”。贤哲精神在特定情况下还有利于推动社会变革。试想清末君主立宪，这么大的变革，只要皇帝决心一下，布告天下，文武百官、天下百姓便都“减与维新”了。这无形中就降低了改革的成本。

我们常常把今天的社会称为“人情社会”、“人治社会”。“法治”与“人治”、“法治社会”与“人治社会”当然是对立的。但是，社会主义法治建设是一个巨大的社会工程，远非一朝一夕所能奏效。我们古代思想家在“法治”与“人治”、“法”与“人”的关系上面，总的主流意识是，“人”与“法”要相互结合，不可偏废。甚至倾向于肯定“人”的作用。“徒善不足以为政，徒法不足以自行。”因为法是制定的，好的人才能制定好的法；法又是靠人来执行的。有了好的法，执法者很糟糕，搞上有政策，下有对策，甚至枉法徇私，好的法也达不到好的目的。反过来，如果法律本身有毛病，但执法者很高明，多少也可以挽救法。

在社会主义经济建设的初级阶段，我们不仅要重视法的作用，在某种程度上可以说，更应当重视人的作用，重视各级领导干部的个人素质。让依法治国和贤哲精神携手同行。今天来看，领导干部贤不贤，应当符合以下标准：一是懂不懂而且遵不遵守宪法和法律；二是懂不懂而且尊不尊重人民的各项权利；三是能不能管好自己身边的人；四是工作上有没有政绩。当贤哲的作用不那么重要的时候，我们的法治建设一定是卓有成效了。

第三是司法上的劲士精神。

“劲士”是荀子的语言。韩非叫作“法术之士”。“劲士”精神是法家提倡的一种施政行法的风格。就是忠于国家，忠于法律，不畏强权，不谋私利，不惜以身殉职的精神。它来源于古代史官（包括占卜之史）忠于史实、“以死奋笔”的传统。它是伴随着超血缘的国家而产生的一种与“孝”并存的“忠”的观念。一个超血缘的统一的大帝国的诞生，离不开这种精神。也正是靠着这种精神，帝国的法律才能够保持它在时间上和空间上的一致性。“劲士”的理想是“君臣上下贵贱皆从法”。正因如此，他们常常处于危险境地。他们的敌人不在战场上，而是与皇帝保持千丝万缕联系的权贵们，这些人有太多的既得利益需要保护，而这些利益与法律又常处于对立之中。所以商鞅慨叹：“法之不行，自上犯之”；韩非总结道：“法术之士与当权者不可两存之仇也”。历代清官都继承了“劲士”精神，他们敢于申张正义，保护百姓，不循私情，不贪钱财，不畏权贵，为人民长久歌颂怀念。他们是一些心怀理想、以身赴命

的人物。在推行社会主义法治的今天，在充斥人情关系的社会环境中，“劲士”精神仍然值得我们重温和借鉴。

第四是法律样式上的混合法精神。

中国古代的法律实践活动是在自然的环境中进行的，它的许多成果在一定程度上揭示了人类法律实践的规律性。越是民族的越是世界的。中国的古代法既不是英美的判例法，也不是欧洲的成文法，而是成文法与判例制度相结合的混合法。混合法的运行状态是：制定成文法并加以颁布。但是由于成文法天生的缺点——它不可能包揽无余，也不可能随机应变。于是就创制和适用判例（中国式的判例）。当判例积累到一定数量并经实践检验之后，在新的立法时被成文法所吸收。混合法的静态结构是：法例合为一典，在某一成文法条下面开列许多例（其中有的源于案例）。这些例解决了法的僵化性，也解决了成文法条的过于笼统，让人摸不着头脑的缺点。在混合法结构当中，最具活力的因素是判例制度。民国时期曾长期担任最高法院院长、司法院院长的居正说过：中国历来就是判例法国家，与英美法系差不多。民国六法体系就是由成文法和大量判例共同组成的。1956年到1962年两次全国司法工作会议都强调总结案例，典型案例经审核批准之后发给各级法院“比照援引”。1962年毛泽东同志还批示：不仅要搞法律，还编案例。2010年中国社会主义法律体系形成。仔细来说，是成文法律体系形成，还缺少判例制度这条腿。2010年两高先后推出案例指导制度，这是探讨在新时期建立中国式判例制度的伟大尝试。其目的就是重建中国古已有之的混合法。美国法学家博登海默说，只有那些既克服了法的僵化性又克服了法的过于灵活性的法，才是伟大的法；日本法学家穗积陈重说，只有把人的作用和法的作用结合起来的法，才堪称永恒的法。我认为，他们所说的伟大而永恒的法，就是中国的混合法。

建立中国式的判例制度意义重大。它不仅是重建混合法样式，而且还有利于制约司法腐败，解决司法不公的问题。司法腐败的原因在哪里？不仅应当从法官素质上去寻找，更应当从成文法的弊病中去寻找。我们的成文法条规定得过于宽泛笼统，留给法官过大的自由裁量权。法官即使受贿徇私，偏袒一方，但是并不必然被发现和被追究，因为法官在形式上仍然在法定范围内做出裁判。即使判得有失偏颇，也只是认识问题。如果我们学习古代的混合法样式，像《唐律疏议》、《大明律例》、《大清律例》那样，在每一个成文法条下面开列一系列的例文，这样就使法律条文的网眼儿变得很小很小，对法官是一种制约，也使人们预先知道什么案件会必然得出什么结果，因为以前的同样案件就是这么判的。这就使法律成为确定的和可以预见的。这样，大家就没有必要去找关系、办人情案了。那么，我们的司法环境就会大为改观，我们的司法公信力也会大大提高。司法统一了，司法也就公正了。因此，案例指导制度应当继续大力加强，特别应当注意提高速度，缓解供不应求的状态。是否可以考虑调动各级法院特别是高级法院的积极性，设一段全国粮票与地方粮票暂时通行的过度期。我相信，长此以往，这个“小制度”一定可以推动全局。

（全文共 5 030 字）