

# 传统文化对中国法治现代化的内在限定

潘丽霞<sup>1a,1b</sup>,高长思<sup>2</sup>,陈亮<sup>3</sup>

(1. 重庆大学 a. 法学院;b. 公共管理学院,重庆 400044;2. 重庆市荣昌县人民法院,重庆 402460;3. 重庆市沙坪坝区人民检察院,重庆 400038)

**摘要:**国家的法治建设离不开传统文化的归因,过多地注重西方法治理念与制度的学习与移植不利于推进中国的法治现代化。建构中国的法治社会需要吸纳现代法治观念和先进的法律文化,同时也必须植根于传统文化的基础,承继传统文化中的合理内核,以建构符合中国传统文化、切合中国人习惯特点、具有现代法治精神的新的中国现代法律体系。

**关键词:**传统文化;法治现代化;儒学

**中图分类号:**D90 **文献标志码:**A **文章编号:**1008-5831(2012)04-0089-05

## 一、中国传统文化缺少法治传统

### (一)以“法”之名行“人治”之实

人治是中国传统社会的标签,中国自古以来具有极强的人治传统精神。虽然法人类学学者认为:“法是社会生活需要的产物;无论原始社会还是文明社会都有其法律制度”<sup>[1]</sup>,但是法律制度与法治传统之间似乎难以直接划上等号,甚至在某种意义上说,古代中国的所谓“法”实际上是以“法”之名行“人治”之实。“刑不上大夫”表明,古代中国的“法”仅仅面向平民,它是阶级统治的工具,统治阶级不受法的约束。在中国古代社会,人治思想占统治地位,诸子百家并没有像亚里士多德那样主张法治。法家中,管仲提倡“以法治国”,商鞅则要求“垂法而治”,慎子倡“事断于法”,而韩非子更是将“以法为本”、“唯法为治”挂在嘴边,但由于其最终目的是确保君主的绝对权威与特权阶层的普遍利益,专制君主与特权阶级是法律的裁决者与受益者。因此,法家思想的实质也是专制君主一人主治的人治<sup>[2]</sup>。并且,传统社会中的绝大多数中国人没有法治的观念,人们争取权益的方式可以笼统地归结为两种:一是寄希望于伦理道德和“清官大老爷”;另一种是以暴力革命方式推翻原有政权,成为新的统治阶级。这两种方式都无益于法治传统的生成。

### (二)礼治秩序不是“法治”的母体

中国传统文化的特点最主要体现是在伦理道德上,中国传统社会的行为规

收稿日期:2012-04-15

基金项目:国家社科基金项目“社区公民参与机制及其法治保障研究”(10CFX015);中央高校基本科研业务费资助项目“行政许可设定的范围、权限及程序研究”(CDJSK100053)

作者简介:潘丽霞(1977-),女,辽宁海城人,重庆大学法学院博士研究生,重庆大学公共管理学院讲师,主要从事法理学与行政法学研究。

范被费孝通先生定义为“礼治秩序”。“礼”在中国传统文化中占有十分重要的地位,“既可以是个人生活的基本信仰,又可以是治理家、国的根本纲领;它是对他人作道德评判和法律裁断的最后依据,也是渗透到所有制度中的一贯精神”<sup>[3]</sup>。在传统社会中,来源于祭祀活动中的“礼”逐渐成为社会成员的行为标准和要求,成为国家的治理手段。即使在当前的中国农村,一些礼俗仍扮演着民间法的角色。费孝通先生认为,“礼是社会公认合适的行为规范,维持礼这种规范就是一种传统”<sup>[4]</sup>。在中国古代的乡土社会里,“经验”的地位异常崇高,过去的经验是未来生活的指南。“尊老”美德本质上源于对“经验”的尊重和对传统的敬畏,“过去的经验”经过教与学的代代相传成了人们主动遵从的传统习惯和行为规范,这些“规矩不是法律,而是‘习’出的礼俗”<sup>[4]5</sup>。这样的礼俗规则被朱苏力教授称为法治的本土资源。从某种意义上说,礼与理字相通,具有伦理、事理、道德、公正、正义之意涵,它是根植于人类朴素的自然理性基础之上的一种追求,具有自然法的属性。因此,“以文化学的视角观察,中国传统文化中其实并不乏‘自然法’之资源”<sup>[5]</sup>。但由于中国的传统伦理观体现为内在的自我超越、讲求修身、提倡克己、注重教化,与西方集团生活方式所体现的外在超越不同,中国传统对“法”的追求没有“生长”出西方社会那样的法治传统,“在礼治秩序的框架下,这种朴素的法治资源被弥散在礼俗规则的文化范式内,故而无以生发出西方之法治传统”<sup>[5]</sup>。传统的礼与现代的法的最大不同点在于人们服从于礼不是因为国家权力的外在压力而是因为这是“理所当然”的生活习惯。“在儒家思想的影响占统治地位的国家,像传统的中国和日本,社会秩序的基础是礼和法,这些社会既不把立法活动,也不把司法程序,作为维护和恢复和谐的正常手段”<sup>[6]</sup>。

### (三)民众形成了“惧法”、“厌讼”的心理

儒家伦理强调礼法合一,内圣外王。“封建社会自秦汉建立大一统后,儒家、法家思想合流,礼法并列,两千多年来中国社会的本质变化并不大”<sup>[7]</sup>。“礼法合一”直接促成了“法”的儒家化,其直接后果就是重礼轻法以及法概念的虚无化。换言之,儒家的伦理道德取代了法,成为判断行为的“法律标准”,合礼的即是合法的,礼所否定即是法所禁止。“克己复礼”、“内圣外王”的道德主张使人们习惯于在温情脉脉的伦理道德纱幕下生活,人与人之间的社会关系完全情感化、伦理化与道德化。“和合”境界和道德型人格是人们不由自主的精神追求。在传统社会

中,“忍为尚”、“和为贵”是人们面对纠纷的基本心态,律法被人们视为“不祥之物”。法即刑的法律文化观念使民众从内心情感上自发地生出恐惧和排斥,即使发生了纠纷也往往求助于德高望重的族长或长辈依礼俗规则予以调解决断。因此,从某种意义上说,“惧法”、“厌讼”、“息讼”思想深入民众内心,成为民众心理甚至可以称之为民族性。另外,传统文化表现出了以“义”的追求压抑“利”的欲念、以“群”的观念压抑“个体”意识、以国家权力压抑个人权利的强韧趋势。在大多数中国人心理,法律规范既没有内化,也没有落实到主动行为之中,法始终是一种外在的强迫性“异化物”。总之,在中国传统文化中,缺乏作为现代法治基础的自由、民主、法律至上等观念产生的土壤。

## 二、传统文化的法治因素及其价值

虽然中国的传统文化无法孕育出现代化的法治,但不可否认的是,传统文化中存在一些值得关注的法治因素。这些法治因素是中国法治现代化建设的一种文化限定性,建设现代化法治国家将无法回避。从某种意义上说,建立法治社会,推进法治现代化,既是对西方优秀法律体系的学习过程,也是对中国特有的传统文化的扬弃过程。正如孙中山先生所指出的:“取欧美之民主以为模范,同时仍取数千年旧有文化而融贯之,发扬吾固有之文化,且吸收世界之文化而光大之,以期与诸民族并驱于世界。”<sup>[8]</sup>所以需要从传统文化中发掘精华,找寻中国法治建设的有效资源。通过对传统文化现代价值的改造与更新,寻找法治发展的传统动力。

### (一)“德治”的道德追求推进“良法”之治

儒家倡导的“德治”思想在中国历代政治法律体系的发展形成过程中都发挥了举足轻重的作用。“德治”因统治者的自身局限确会演变成“人治”模式,但究其思想本源是把道德视为法的精神和灵魂,也是“礼”的根本追求。德治与现代法治的价值追求是一致的。法治应当是一种融德于法的良法之治。早在两千多年前,亚里斯多德就提出:“法治应包含两重含义:已成立的法律获得普遍的服从,而大家所服从的法律又应该本身是制定得良好的法律。”<sup>[9]</sup>“良法”是法治的价值标准,而道德性是良法的基本属性。法律真正的权威性建构在社会大众的认同上,而这种社会认同源于法律的合道德性。因此,中国的法治现代化需要重点关注的问题是法律与道德的有机统一,做到“合理、合情也合法;合法也合情、合理”。但是必须明确的是,“良法”之治不能因“德”废“法”,片面强调道德的作用会突破法治的底

线,从而最终滑入“人治”的深渊。道德是一种自律机制,是一种内省式的约束。这种约束具有一定内在局限,缺乏法律约束的道德自律最终也将变得“软弱无力”,因此,必须实现自律机制与他律机制有机结合,以“道德”来引导立法,以法律规范中确立的道德来规制人们的行为。

### (二)“天人合一”的和谐观与法律的价值定位

自汉武帝独尊儒术之后,墨家与法家受到冷遇,成为隐文化,道家也成为儒家的补充。作为儒家法哲学最高标准的“和谐”,便成为整个中国传统文化的最高价值理想。以天人合一为哲学基础的中国传统法文化,其价值目标是寻求人与自然、人与人之间的秩序和谐。儒家的“中庸”主张强调社会的整体和谐,倡导“修身、齐家、平天下”,“中庸”与“天人合一”在价值追求上是一致的。而这些价值理念映射至法律意识上就是“无讼”。在传统中国社会,“无讼”是一种道德追求,无讼是德,有讼可耻,人们倾向于以调解来解决各种纠纷。显然,这在很大程度上节约了司法成本,保障了司法效率。

同时,中国传统的和谐观将秩序定位为法律的价值,在立法上的表现就是以严格维护“礼”确定的秩序为出发点,在法律的实施中也以维护“礼”所确定的秩序为目的,秩序成为法的出发点和归宿<sup>[10]</sup>。中国传统文化的秩序价值,将“仁义”与“法术”相互吸收和调和,在某种意义上讲,它代表了历史的一种进步。当今社会,随着国家之间、民族之间矛盾冲突逐渐趋向缓和,各个国家都在寻求比较公平合理的秩序。在这种情况下,含有较强的秩序意识、稳定意识和整合意识的中国传统文化所追求的秩序价值得到重温与复苏。

### (三)“仁学”所蕴含的民主法治思想

“仁学”思想源于周公姬旦,周公认为唯有“明德慎罚”、“敬德保民”、“以德配天”才能维护社会的长治久安。孔子从周礼而最终使得“仁学”体系确立,可以认为这是传统文化中“民本”思想的出现。“仁”是孔子儒学的价值核心,既是修身律人的伦理准则,也是治国理政的基本思路。面对“礼崩乐坏”的社会现状,孔子希望通过“仁政”调和统治阶级与平民大众之间的矛盾。为了实现这种政治愿景,孔子强调民本主义,提出“君者,舟也;庶人者,水也。水则载舟,水则覆舟”<sup>[11]</sup>，“百姓足,君孰与不足?百姓不足,君孰与足?”<sup>[12]</sup>,并要求统治者要“为政以德”、“爱民慎罚”,“子为政,焉用杀?子欲善而民善矣。君子之德风,小人之德草,草上之风必偃”<sup>[12]</sup>。儒家“仁政”思想认为,民是国家之本,民心向背是国

家和君主的安危之所系。孔子创仁学,倡德政,孟子把两者结合,发展了具有完整体系的政治法律理论——仁政学说,其核心是“民”字,始终贯穿着“民贵君轻”的民本精神。儒家倡导的民本主义在中国历代政治法律体系的发展形成过程中都发挥了举足轻重的作用。虽然民本主义所反映的是封建帝王统治思想,但民本主义与现代法治上的价值目标是一致的。从某种意义上说,以权利为本位的现代化法治是对传统政治文化中民本主义的一种现代继受。

近代中国的民主思想是在“西洋学说”的影响下产生的,然而中国的传统文化则在一定程度上为其提供了“本土资源”,“康有为从公羊学平滑过渡到君主立宪思想,梁启超则从黄宗羲、王船山的著作中找到了民主思想的萌芽……从黄宗羲的《原君》、《原法》向前迈出一步,谭嗣同便能够在《仁学》中畅论:‘生民之初,本无所谓君臣,则皆民也,民不能相治,亦不暇治,于是共举一民为君。夫曰共举之,则非君择民,而民择君也,……夫曰共举之,则且必可共废之’”<sup>[13]</sup>。因此,虽然中国的传统文化无法生长出西方的民主制度,但儒学传统中的“仁学”思想可以为这种制度的移植提供文化上的正当性。儒学作为传统文化中的显学,“仁学”思想所蕴含的“民主”精神与现代法治有相通之处,对当下的中国法治现代化进程可以起到推动作用。

### 三、传统文化与法治现代化的博弈

在这场法治现代化与传统文化的博弈中,并不必然要拼个“鱼死网破”,非此即彼的结果,而是需要给中国的传统文化找到一条与法治理念结合的进路,使其更好地为法治实践服务。

(一)法律的道德化(道德的法律化)不是法治现代化的正途

中国传统文化在今天西方政法制度“东渐”日久之境,由于其封建历史的局限使我们容易认为传统文化与现时的民主法治建设产生冲突。这样的想法使传统文化难以受到重视,难以与今日中国实际结合而创新。要突破这种困境,找到传统文化通往现代化法治的道路,必须厘清道德与法律的内在关系。道德与法律是社会两大行为准则,是文化的两个基本范畴。前者强调“束己”,后者强调“律他”,但两者在行为调控方面的界限并非泾渭分明,道德与法律在很多时候可以转化,有学者指出中国古代法律隐含了“一个绝大的秘密,即道德的法律化与法律的道德化”<sup>[3]301</sup>。法律是最低限度的道德,道德是法律的高阶状态。从应然的角度上看,法律具有道德性,它是一个社会的基本的或最低的道德要求,法律的

权威在于其所蕴含的道德性<sup>[14]</sup>。但法律的道德性与法律的道德化或道德的法律化是两个不同的概念,法律的道德化或道德的法律化会阻碍法律的规范化和道德的理性化,更糟糕的是会进一步模糊法律与道德的界限,从而给现代化法治增加人治的危机。因此,坚持法治的价值与目标,要妥善引导传统的泛道德主义,树立法律的权威调控机制,从而不断推进中国的法治现代化进程。

### (二) 制度变革、法治文化营造与民族社会心理转化

传统文化中“人治、惧法、厌讼”等思想之所以在今天还影响着民众心理,是由于这样的思想理念在历史进程中已转化为民族的社会心理,普遍为民众所认同。而法治是建构于西方历史文化传统基石之上的文明果实,中国的现代化法治建设起步较晚,对西方先进制度的吸收及对本国传统观念的扬弃还需较长时间。另外,由于中国教育尚欠发达,民众对法律的认识良莠不齐,对西方法治思想感到陌生。建设现代化法治的先进理念仍未转换为民族社会心理,这在很大程度上阻碍了现代化法治的发展。因此,要创新制度设计,繁荣法治文化,促进民族社会心理的转化。应通过国家强制力把西方先进法治思潮逐步而且谨慎地引入中国的制度改革中,改革建立完整的、规范的市场经济体系及完善的权力制衡体系,为法治的发展成熟奠定制度之基。同时,加强法治文化建设,繁荣法治文化,推动法治现代化的民族社会心理转化。普法教育及宣传是实现转换的便捷路径。要促进民族社会心理的转变,就必须拓宽其受众范围,加强法治思想的宣传教育。当前,要创新普法工作的内容和形式,培育公民的法律意识和法律信仰,从而在全社会范围内营造“习法、守法、用法”的良好氛围,为中国的法治现代化提供文化基础和民众支持。

### (三) 警惕现代化法治“全盘西化”的陷阱

对中国传统文化的创新,使之成为现代法治建设所用,必然要对西方法律文化进行移植和借鉴,采人之长,补己之短。“纵观今天的法治理论,从立法的理念、制度原理和技术的角度看,大体上还是从国外特别是从西方而来,也有一部分是根据西方的基本理论和制度原理发挥设计而来,只有极少数是根据中国的国情,从实践中总结产生,即使这一部分,似乎也要经过西方理论的包装和修饰,好象只有这样才能具有合法性、正当性及先进性”<sup>[5]134-136</sup>。这样一种法治境况似乎见怪不怪,就在对西方先进思想制度的推崇与学习中,我们的传统文化逐渐受到冷落,乃

至被以为是法治现代化的障碍。笔者以为这样的现象可称之为“全盘西化”的陷阱。法治源自西方,西方的政治传统是其生成的土壤。换言之,法治与西方的宗教传统、社会结构和政治习惯是相生相随的。因此,当下中国的法治现代化,不能简单地照搬西方经验,“法律制度的拿来并不等同于对法律的继受。对西方法律的继受,也不等同于完全遵循西方途径”<sup>[7]106-107</sup>,必须立足于“本土资源”,积极从传统文化的精华中吸取法治的“营养成份”。

### (四) 以民主为先导的法治现代化

现代化的法治需要现代化的民主,而厘清民主与法治的关系是法治现代化的关键。当前,有不少人认为民法与法治的关系就如同“鸡生蛋,蛋生鸡”的关系,也有学者认为,法治是民主的前提。在笔者看来,这些观点实际上都是一种认识误区。民主是法治前提,法治是民主的保障。民主通常是先于法治的,这可以从宪法的产生中得出佐证。一个国家的法治程度通常集中表现于宪法,而宪法是民主政治的产物。换言之,一个国家通常是通过民主程序制定出宪法从而开始推行法治的。事实上,没有民主制度为前提的立法本身就不具合法性。而所立之法往往不是亚里士多德所称的“良法”,法治当是“良法之治”,在“恶法”的范畴内讨论法治现代化是没有任何意义的。因此,推进中国的法治现代化必须加快民主政治进程。在厘清中国传统文化的悖民主因子基础上,有效利用传统文化的合理价值。在“以人为本”的传统文化价值诉求下,拓宽公民参政议政的渠道,“扩大公民的政治参与,使人们由政治决策的看客转变为参与者。并通过这种有效参与的实践,使人们意识自己对公共事务‘居然’也有发言权,体认到一种成员归属,衍生出一种成员民主,抑或权利民主”<sup>[15]</sup>,从而推进中国的法治现代化。

### 参考文献:

- [1] E·霍贝尔. 原始人的法[M]. 严存生,译. 贵阳:贵州人民出版社,1992:5-6.
- [2] 邵汉明. 中国文化精神[M]. 北京:商务印书馆,2000:29.
- [3] 梁治平. 法律的文化解释[M]. 北京:三联书店,1994:314.
- [4] 费孝通. 乡土中国[M]. 北京:三联书店,1985:50.
- [5] 王建芹. 传统文化与中国的法治路径[J]. 理论与改革. 2005(5):134-136.
- [6] 刘作翔. 法律文化理论[M]. 北京:商务印书馆,1999:270.
- [7] 陈伯礼,郑凌,何敏. 从法社会学角度看继受过程中的中

- 国法治[J]. 重庆大学学报:社会科学版,2005(5):105.
- [8] 孙中山. 孙中山全集(第1卷)[M]. 北京:中华书局, 1981:560.
- [9] 亚里士多德. 政治学[M]. 北京:商务印书馆,1996:199.
- [10] 周月娥,蒋云霞. 中国传统法律文化之现代化回应[J]. 东华大学学报:社会科学版,2005(5):27-28.
- [11] 荀子·哀公[EB/OL]. [2012-03-29]. <http://www.zwbk.org/MyLemmaShow.aspx?lid=178240>.
- [12] 论语·颜渊[EB/OL]. [2012-04-12]. [http://blog.sina.com.cn/s/blog\\_52e48eaf0100rykv.html](http://blog.sina.com.cn/s/blog_52e48eaf0100rykv.html).
- [13] 王思睿. 儒家思想与现代民主制度[J]. 博览群书, 2001(8):74-75.
- [14] 徐信贵. 社会主义核心价值观的法治文化诠释[J]. 观察与思考,2012(4):35-37.
- [15] 陈伯礼,徐信贵. 网络表达的民主考量[J]. 现代法学, 2009(4):160.

## The Restriction to Legal Modernization in China from Traditional Culture

PAN Lixia<sup>1a,1b</sup>, GAO Changsi<sup>2</sup>, CHEN Liang<sup>3</sup>

(1. a. School of Law, b. School of Public Administration, Chongqing University, Chongqing 400044, P. R. China;

2. The People's Court of Rongchang, Chongqing 402460, P. R. China;

3. The People's Procuratorate of Shapingba District, Chongqing 400083, P. R. China)

**Abstract:** A national rule of law culture is closely related to its traditional culture. The modern rule of law more emphasizes on transplanted advanced legal system and ideas of Western. The construction of Chinese society ruled by law needs to absorb modern legal concepts and advanced legal culture, and also must be rooted in foundation of traditional culture, inherit the reasonable core of traditional culture, to construct a modern legal system in China in line with China's traditional culture, and to meet the characteristics of Chinese customs and the spirit of modern rule of law.

**Key words:** traditional culture; modernization of rule by law; Confucianism

(责任编辑 彭建国)