

对中国古代法文化研究的反思

俞 荣 根

我们过去尚未有明确定名为“中国法文化”的出版物，但不等于没有中国法文化研究。其研究成果散见于中国政治史、中国政治思想史、中国法制史、中国法律思想史等著作之中。概而言之，关于中国古代法文化的特质的论断，最常见的大致有二：一曰人治与法治说，二曰自然法说。

人治与法治说的要点有以下两个方面。

第一，先秦儒家与法家之争是人治与法治的对立斗争。儒家的“为政在人”（《论语·为政》）、“有治人无治法”（《荀子·君道》）、“得其人则存，失其人则亡”（同上）是“人治主义”；法家的“以法治国”（《韩非子·有度》）、“垂法而治”（《商君书·壹言》）是“法治主义”。

第二，这种人治与法治之争贯穿于中国古代社会的始终，并成为一条主线规定着法文化上其它问题的论争；秦汉以后诸如缘情定罪与罪刑法定、任人与任法等问题就是人治与法治斗争的反映。

遍考我国古代经、史、子、集，查不到“人治”与“法治”两个名词，可见它们不是中国法文化中固有的。从现在资料来看，最早使用“人治”、“法治”这一对概念的是梁启超。他在1922年出版《先秦政治思想史》一书中用“人治主义”和“法治主义”来概括儒法两家的政治法律主张。此后遂被广泛采用，且不断渲染成为中国古代法文化史的发展主线。可以这样说，“人治”、“法治”概念是近代西学东渐之中引进的。追根溯源，发明这对概念的是古希腊思想家。照亚里士多德的说法，“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订得良好的法律”（《政治学》），与法治相对立的为人治，人治就是“一人之治”（同上）；二者相比，“法治应当优于人治”（同上）。他推崇奴隶制民主共和政体，法治只能是共和政体的治国原则和方法。西欧资产阶级革命时期，古希腊的法治学说得到了前所未有的弘扬光大，资产阶级据此竭力抨击中世纪封建专制政治为“一人之治”的人治，要求建立以本阶级权利为根本宗旨的民主法治国。中国近代的资产阶级启蒙思想家也是怀着在中国建立民主法治国的善良愿望宣传这种法治学说的，由于受到强烈的民族认同感和历史认同感的驱使，加上各种复杂的社会和政治因素，他们总是习惯于以西学注释中学。附会中学，将先秦诸子也纳入了人治与法治之争的轨道。

不难发现，“人治”与“法治”这两个概念从引进之日起就发生词义变异，人们各有解释，各为定义。因此，在讨论中国古代法文化的特质是否人治与法治之争之前，首先得来一个正名，弄清它们的本义。这个本义必须从其原生地去找，即从古希腊法文化生命形态中去找。

归结起来，古希腊人所谓的“法治”，要点有三：（一）从立法方面说，法治之法必须是良法，这是前提，恶法之治不是法治；（二）从执法和守法方面说，这种良法必须得到严

格的普遍的遵行，不能有一人——不管任何人——超越于法律之上；（三）这是最重要的一点，法治必须与民主制相联系。尽管古希腊人所理解的民主制仅仅是奴隶制城邦共和政体的民主制，但问题的实质在于，他们认为任何形式的非共和政体——君主制、贵族制——不可能有法治。道理很简单，因为非共和政体下既不可能有良法，又不能使法律得到普遍遵守。明了古希腊的“法治”，也就容易把握其与“法治”相对立的“人治”。典型的人治是指君主制政治的“一人之治”。

弄清了人治与法治的本义，接下来的关键问题是要审定法家是否法治。十分明显，法家根本没有良法观念。他们认为，“法虽不善，犹愈于无法”（《慎子·威德》）。法家思想的宗旨是搞君主独裁，什么“权者，君之所独制也”（《商君书·修权》），“独视者谓明，独听者谓聪，能独断者，故可以为天下主”（《韩非子·外储说右上》），此类言论，比比皆是。事实也正是如此。对韩非学说佩服得五体投地的秦始皇，虽有许多“法式”，但都为其一人制取天下，役使臣民而立，也依其个人意志而改废。他的“焚书坑儒”，他的赋役“三十倍于古”，有什么法律依据？没有。他的意志就是法，实际上是无法无天。所以法家的主张完全是不折不扣的专制君主“一人之治”的人治。

法家思想中使人们最感痛快的莫过于“刑无等级”（《商君书·赏刑》）、“法不阿贵，绝不挠曲”（《韩非子·有度》）、“刑过不避大臣，赏善不遗匹夫”（同上）的主张。总起来说是“信赏必罚”四个字。这在当时和后世确有一定的积极意义。不过，有积极意义是一回事，是不是法治是另一回事。在法家的这一主张中，首先，“信赏必罚”的主体，即操赏罚之行使权者是君主，“信赏必罚”不过是君主治吏役民的手段，或曰“南面之术”；其次，赏与罚相比，罚重于赏，罚多赏少，用商鞅的话说，叫做“刑九赏一”（《商君书·去强》）。他甚至认为：“善治者，刑不善而不赏善，故不刑而民善”（同上书，《画策》），这更是主张不用赏而只用刑了；再次，所谓“不刑而民善”者，即是“以刑去刑”（《商君书·靳令》，《韩非子·饬令》），而“以刑去刑”的要害在于轻罪重刑，使罪刑不相称。他们的逻辑是：“行刑，重其轻者，轻者不至，重者不来，此谓以刑去刑”（同上）；最后，“刑无等级”的主旨在于君主以重刑严惩威胁自己的大臣，保持和巩固已得的独尊地位。因此，法家的“刑无等级”、“法不阿贵”不等于执法平等，只是大臣有犯照样要受君主诛杀惩罚的意思，至于其与近代法治主义的“法律面前人人平等”则更不可同日而语了。后者首先是指公民在法律上享有权利和承担义务的平等，然后才是执法的平等。

综上所述，法家的“以法治国”实非法治。“以法治国”者，用法律来治理国家之谓也。孰“以法治国”？君主而已。揆法家之意，则为：君主独擅权势，藏术于胸中，用重刑苛法严惩官吏和人民。这就是韩非的法、势、术结合的治国主张。

儒家的情形又如何呢？儒家的理想是仁德的君主以德服天下，所以强调“为政以德”（《论语·为政》）、“为政在人”。但他们也不是绝对地排斥法，他们所反对的只是独任刑。孟子说“徒善不足以为政，徒法不能以自行”（《孟子·离娄上》）。可见是肯定“法”在“为政”中的地位 and 作用的。他们生逢乱世，作为救世致治之策，往往更重视贤人的作用，这就是荀子说的“有治人无治法”。这里的“治人”，指仁人、贤人，亦即德能兼具的“君子”；“治法”，即良法，实指三代“先王之法”。①荀子的意思是：在当时这样“先

① 荀子的“法后王”，就是法三代。

王之法”不能通行的乱世里，只有靠仁人君子才能复兴“先王之法”，达到社会的安定和治理，而不可能有自然而然的致治之法。荀子没有否定“治法”的作用，却相反，在孔、孟、荀三人当中，荀子比他的前辈更重视法和刑。

与法家相比，儒家有明显的良法观念。他们强调“治人”，以德服人，同古希腊学者所抨击的“一人之治”的人治不完全是一回事。

因此，法家非法治，儒家亦不大好归结为与古希腊原生意义上的法治相对立的那种人治。他们两家都主张君主制，法家是绝对的君主专制主义者，儒家是本位的君主主义者，但总而言之都是君主至上。君主制的本性是人治而不是法治。若从这个意义上说，儒法两家都是人治主义者，区别只是在程度上，法家表现为极端的君主专制之“人治”，儒家表现为相对的君主主义之“人治”。但不管如何说，儒法两家的对立不能归结为人治与法治的对立，秦汉以后有关任人与任法之类的争论也不能简单地视为人治与法治斗争的延续，用人治与法治表述中国古代法文化的特质是不恰当的。这就是我们对中国法文化特质论之反思的第一结论。

二

自然法是西方法学史上源远流长的传统精神。它被引进中国的时间稍晚于人治与法治这两个概念，且影响也不及后者大。研究者们先是论定道家为中国的自然法学派，接着又认为墨家也属于自然法思想，近30、40年来台湾法史学者写了不少论著，全面论述儒家法思想之灵魂在自然法，自然法思想在中国同样根深叶茂。比较有代表性的如1973年台湾商务书馆出版的耿云卿著《先秦法律思想与自然法》一书，其中说：“一般而言，我国儒家的法律思想与西洋自然法思想，甚为接近与相似”。作者引梅仲协先生的话：“儒家常称自然法为礼”。并论证道：儒家自然法思想以“人性”为起点，以“理性”为依归，以“仁爱”“正义”为中心，“与近代的自然法——以人之理性为基础——思想吻合”。

自然法思想在西方有众多的流派，依历史顺序大体言之，可分四类发展形态：古希腊罗马自然法、中世纪神学自然法、近代理性自然法或古典自然法、当代复兴自然法或新自然法。究竟什么是自然法，各个时期、各个流派、各个法学家、思想家各有所论，很难找到一种共通的精确的定义。从法文化上作宏观的把握，古往今来的自然法学说大致都含有这样一些观念和思维方式：

第一，自然法是“人类所共有的权利或正义体系”。（《简明不列颠百科全书》中译本第15版）

第二，是与实在法——任何一个国家或组织制定的法——相对的、具有最高效力的法。英国法学家布莱克斯通说：“这种与人类同时产生的并由上帝亲自支配的自然法，其效力当然高于任何其它法。它在整个地球上，在所有国家，在任何时候，都具有约束力。任何人类法如果同它相抵触，都是无效的；而人类法中那些被认为是有效的法律则是从这个原始法中直接或间接地汲取力量和全部权威的”。（转引自《法学译丛》1985年第3期，第1页）

第三，自然法不具有法律意义上的社会制裁关系和规范形式，它是不成文的，是由永恒的、普遍适用的一般原则构成的。奥地利现代法学家阿尔雷多·菲尔德罗斯这样写道：“自然法并不与法学意义上的社会制裁发生关系，它是由先行于实定法的，被理性的自然之光照亮了的各原则的构成”。“自然法”不过是“人类社会的模式，……社会秩序的原型。决

非构成法律秩序自身内容的基本规范”。^①

第四，由上三点决定，自然法具有超越法律、超越社会、超越人类的至上性，它或君临于人类社会之上（如神学自然法），或自在于人类社会之外（如理性自然法），是超验的信仰、神意和绝对精神。

我们把老子的法哲学思考归入西方的自然法，根据在于他的道论。老子说：“有物混成，先天地生，寂兮寥兮，独立而不改，周行而不殆，可以为天下母。吾不知其名，字之曰道”（《老子》第25章）。又说，这个“道”“视之不见”、“听之不闻”、“搏之不得”、“绳绳不可名，复归于无物”，是“无状之状”、“无象之象”的一个“恍惚”（《老子》第14章）。乍看起来，老子的“道”也是永恒的、至上的、外在的，更何况他还有“道法自然”（同上）的论断，似应该属于自然法了。但再加追究就会发现，他的“道”并非天外来客。“故道大，天大，地大，人亦大。域中有四大，而人居其一焉”（《老子》第25章）。可见“道”只在“域中”，在人间，是与天、地、人并列的“四大”之一，所不同的仅仅在于它产生万物，滋养万物。“道”在时间上领先一步，但不见得是超时空的绝对。正如任继愈先生所说的，“道不是来自天上，恰恰是来自人间，来自人们日常生活中所接触到的道理，比起希腊古代唯物论者所讲的‘无限’来，似乎更实际些，一点也不玄虚”（引自《老子哲学讨论集》，第19页）。因此，老子的“道”与西方的“自然法”在思维方式上不是同路人。再看他的“法自然”思想。老子说：“人法地，地法天，天法道，道法自然”（《老子》第25章），又说：“道常无为而无不为”（同上，第37章）。这里说的是“道”的本性便是“自然”、“无为”。“道法自然”，本意为：道的本性是自然而然。自然而然，也就是无为。所以，“法自然”实即“任自然”，“任自然”者，无所法也。“道”向“自然”、“无为”复归，“天”、“地”、“人”依次向“道”认同，也就是向“自然”、“无为”复归——这就是老子所追求的理想社会和秩序。因此，他诅咒统治者的有为，反对礼法刑政，宣称“法令滋彰，盗贼多有”（《老子》第57章），“夫礼者，忠信之薄而乱之首”（同上，第38章），主张不设法制，“处无为之事，行不言之教”（同上，第2章）。他那“天网恢恢，疏而不失”（同上，第73章）的“天网”，实是一张无为而无不为之“自然”之网。老子的这些思想同西方那种与人定法相对又指导人定法的“权利或正义体系”的自然法观念是不相同的。他的“法自然”不是“自然法”。

墨家认为，“天”有意志，连“鬼”也有意志，这个意志的内容就是“兼相爱、交相利”。据此，他们提出一个根本的法律价值观和方法论：“法天”（《墨子·法仪》）或“以天以法”（同上）。墨子说：“以天为法，动作有为，必度于天。天之所欲则为之，天之所不欲则止”（同上）。墨子的“法天”，也被人们说成是自然法思想。然而，墨子的天鬼说具有十分原始和粗俗的天神崇拜和迷信色彩，天和鬼既不在人类社会之外，也不在人类社会之上，它们都是具有人格的物质力量，“天”不过是现实社会政治等级和法权阶梯上的最高一级而已。首先，按照墨子的“尚同”思想，天下分为“人民”-“乡长”-“国君”-“天子”-“天”五个等级，一级上同于一级，使得“上之所是，必皆是之；可非，必皆非之”（《墨子·尚同上》），最后由“天子”“总天下之义，以尚同于天”（《尚同下》）。“天”虽在“天子”之上，但直接过问政事，“天子”可与“天”直接对话。

^① 阿·菲尔德罗斯：《自然法》，西南政法学院编：《现代西方法理学法律史学译丛》。

其次，“天”、“鬼”具有直接的赏善罚暴功能：“天子为善，天能赏之；天子为暴，天能罚之”（同上，《天志中》）。墨子还竭力论证人人都在“鬼神”的控制、监视之下，说“若信鬼神之能赏贤而罚暴也，则夫天下岂乱哉”（同上，《明鬼下》）。由此可见，墨子以“尊天事鬼”为内容的“法天”说在理论思辩方面的能力极其贫乏，他的“天”、“鬼”都只是现实社会之法权和刑政的一个直接组成部分，不同于西方的“自然法”。

在论述中国古代法思想属于自然法思想的各种观点中，儒家自然法说最值得重视。因为秦汉以后，在政治法律文化领域，墨学中绝，儒家成为正统和主流，道、法二派被吸收、被排斥，只能成为暗流。所以，这以后的中国法文化可以说是以儒家为主流的法文化，讨论中国古代法文化的特质，在很大程度上取决于对儒家法文化特质的认定。假若儒家法文化属于自然法，那就基本上可以肯定自然法是中国古代法文化的特质，或最重要、最根本的特质。

那么，这种说法能否成立呢？答案仍然是应当否定的。儒家之礼是奠立于家族血缘关系之上的人伦秩序，其内在精神为“仁”。仁一礼法则是一种天人合一，规范宇宙人生及其文化流行的大经大法，它不在天上，不在世外，也不假外求，只须主体“远取诸物，近取诸身”，进行内心体认即可获得，而“圣人”、“先王”则是仁一礼法则最完美的体现者。“圣人”、“先王”都不是超验的神或绝对精神，而是有血有肉饱食享天伦之乐的活生生的杰出人物。所以，儒家的“法先王”从内容到形式都有别于“自然法”。具体地说，有以下三个方面。

第一，理性是自然法最基本的精神所在，许多自然法学者将自然法与理性互解。被称为自然法学说之源的斯多葛学派的创始人芝诺及其追随者认为，理性支配宇宙，也支配人，自然法就是理性法。17—18世纪以格劳修斯、洛克、孟德斯鸠、卢梭等人为代表的古典自然法学派否定中世纪神学自然法理论，弘扬古希腊罗马自然法理论的理性精神，宣称自然法就是人类理性本身，自然法的根本原则就是自由、平等、博爱、人权、法治。但是，从苏格拉底提出“知识即美德”的著名命题那时候起，希腊文化被导向了“求知”、“求真”的知识论道路，发展到斯多葛派那里，自然法不但被理解为理性，而且被理解为存在于一切普遍知识背后的最初原则。从他们的自然法理论中可以看到这样一个公式：自然法 = 理性 = 知识。这样，从古希腊罗马到近代的自然法理论中，存在着力图通过严密的逻辑学方式对理性加以认识的倾向。

儒家也是理性主义的。但儒家的理性是在人伦关系中自觉地“克己复礼”的高度清醒的角色意识。它靠的不是逻辑推理，而是内心体认。如孟子把仁义看作是人的良知良能，是人的本性，不须外求。

简言之，古希腊罗马自然法、近代古典自然法同儒家仁一礼法则虽然都蕴含理性，但前者是以自然哲学和认识论为理论依据的知识理性，后者则是以建立在家族血缘基础上的人本主义伦理哲学作理论依托的良知理性，或人伦理性；前者主要是通过逻辑的方法加以认识和论证，从而形成一种外向“求知”、“求真”的传统，后者的良知理性不假外求，靠主体对宇宙人生的体认得来，并把它内化为主体人格，完成自律、自讼的仁一礼践履。

第二，古希腊罗马自然法中，与理性精神并存的还有物活论、泛神论、宿命论、决定论、禁欲主义表现出来的宗教神秘主义精神。斯多葛学派一边集古希腊罗马自然法观念之大成，一边大大发展了这种古老的宗教神秘主义。他们宣称世界轮回，永恒不变的自然法就是上帝（不是基督教的上帝——笔者注）的法律；他们深信上帝或神的旨意具有无上的统治力量，

宇宙是被决不允许有任何例外的绝对的必然性（逻各斯）所支配的，世界的一切都是必然的、命定的、事先安排好的，从而排除了任何偶然性，他们要求人们“顺应理性”，断绝激情和肉欲，过有德的生活，但竭力证明顺应理性就是服从神的意志，过有德的生活乃是一种灵魂对上帝的感召的顺从。这样，他们就为基督教的创世说，原罪说和出世精神，同时也为神学自然法准备了道路。恩格斯曾一针见血地指出，古希腊罗马的斐洛是“基督教的真正父亲”，而罗马斯多葛派的塞涅卡则是“基督教的叔父”。^①古希腊罗马自然法理论中含有的这种浓厚的宗教神秘主义色彩，在中世纪托马斯主义和现代新托马斯主义那里发展成为神学自然理论体系。

相比之下，儒家仁一礼法则是人性的，而不是神性的，他们把仁一礼法则的创造归功于古代伟大圣人“参天地”、“赞化育”的结果。这些“圣人”是天道的体认者，仁德的化身，但却又都是有家有室有喜怒哀乐的人，一个人世间的伟人，他们不在天外，不是超验的，就在现实生活中，所以儒家承认人皆可以为尧舜。“法圣人”、“法先王”的圣人制法说和把上帝作为法的来源或来源之一，是儒家之法与古希腊罗马自然法及后来的神学自然法的又一重要区别。秦汉以后，中国古代法文化始终没有让六合之外的天神占据统治地位，这不能不说与儒家法思想的非宗教神秘主义传统有一定关系。

第三，西方自然法观念最早孕育于古希腊城邦政治生活，也正是在力图建设城邦民主制的政治法律学说中，提出了西方法文化上最基本、影响最深远的范畴——“公民”。对于古希腊人来说，公民意味着参与城邦政治的权利和荣誉，这同现代人把公民理解为法律上的权利主体有所不同。但公民所指的只是个人，即法律上的自然人，它所表现的是个人的法律地位与法律关系，这一点在古希腊和今天都基本一致。恰恰是在这一点上，西方法文化中一个非常突出的传统——个人权利本位观念，便与“公民”范畴一起形成了，并被逐步纳入自然法理论之中。到斯多葛学派那里，认为所有的人，甚至奴隶，外邦人和蛮族，天生都应当是平等的。西塞罗论证说，由于所有的人都服从同一个永恒的法律，所以他们同是公民，也必然是平等的。由于斯多葛派的自然法理论含有宗教神秘主义色彩，所以他们关于平等的论证有时变成每个人在上帝面前的平等，但同时也包含了在法律面前人人平等的意义。在晚期斯多葛派那里，自然法理论被解释成了一种人道主义学说，尽管人们在地位、天赋和财宜方面存在着不可避免的差别，然而所有的人都是平等的，都享有维护人的尊严的权利，正义要求法律认可这些权利并予以保护。自然法学说发展到这里，它的公民观念和个人权利观念已同它们的近代意义越来越近了。无怪乎西方思想家往往把17—18世纪的自然法理论及其天赋人权学说看成是斯多葛学说的复兴。自然法理论有了权利作为坚实的支点，就以破竹之势进入了近代社会。古典自然法理论的大师们正是打着“自然权利”的旗帜，高扬人权和以人权为主要内涵的自由、平等、博爱的。美国《独立宣言》和法国《人权宣言》都是自然法理论的权利观念的立法体现，也是其历史性的胜利。本世纪以来，尤其是二次大战以后鉴于基本人权横遭践踏而日益兴起的新自然法学派，也想利用自然法这一普遍形式，重新肯定公民权利的无上价值，就连新托马斯主义的代表人物马里旦也以《人权和自然法》为书名阐述他那复兴的神学自然法理论。可以这样说，公民意识及与其紧密相连的个人权利观念是西方自然法理论的根本精神之一。

^① 《布鲁诺·鲍威尔和早期基督教》，《马克思恩格斯全集》第19卷，328页。

很明显，儒家对法的思考的基本出发点不是公民，而是家庭。儒家的和谐社会不是要求个人广泛地参与政治和法律，而是教导他致力于“修身”、“齐家”、“治国”、“平天下”。因此，孔子说，一个人只要在家庭中尽孝，也就是参与政治了。家庭是一个血缘共同体，维系它的不是法律，而是血缘情感和人伦道德。仁一礼法则在这里具体落实为宗法伦理，孝是最基本的一条，非孝不仁，非孝无礼。由此出发，依据家与国相通的逻辑，将仁一礼法则由“齐家”扩大到“治国”、“平天下”上，自然可以推演为“非孝无法”，“非礼无法”了。总之，儒家之法所据的不是以公民为基本单位的个人权利本位，而是以家庭为单位的人伦义务本位，即家族义务本位。当然，儒家之法也是有权利内容的，不过其权利归于家庭，而不是个人；属于血缘群体，而不是个体。如民事权利方面，婚姻权、财产权等属于家庭，并由家长掌握。这种家本位法文化的发展，使得中国古代社会只有子民意识，而久久生长不起公民意识来。

综上所述，儒家之法非自然法。

通过对道家、墨家、儒家的法思想与西方自然法思想的对比考察，我们可以得出对中国法文化特质论进行反思的第二个结论，中国古代法文化不具有自然法特质。

中国人对本民族历史上法文化的全面反思是在西学东渐和本世纪初被迫实行法制近代化改革中开始的。当时，引进西方法学思维方法和范畴来研究我国古代法实属一大进步，出现种种比附也在情理之中。筚路蓝缕，前人创业之功不可没。问题在于，中西古代法有各自不同的文化环境，西方人的法学思维方式不等于中国古人的法学思维方式，西方的法学范畴更不可套用到中国古代法上去。中国古代法和法思想不是西方法学的东方分支，它有自己固有的思维方式、价值目标、范畴体系和文化性格及特质。在这些问题没有得到符合历史实际的和科学的说明之前，我们不能说是完成了前人的未竟之业。

作者工作单位：西南政法学院法律系

责任编辑：谭深

· 书讯 ·

△郑杭生主编、中国人民大学社会学研究所集体编写的《社会学概论新编》已由中国人民大学出版社出版，全书约46万字。

△孙立平著《社会现代化》已由华夏出版社出版，全书约40万字。

△陆立德和郑本法合著的《旅游与社会》已由人民出版社出版发行，全书约15万字。

(张)