

专题:中国传统法律文化

编者按:

中国法制现代化的建设是在西方法律文化冲击与自己固有的法律传统人为割裂的情况下展开的,因而百年来一直存在着中西法律文化的冲突。要避免重复这种现象,建成具有中国特色的社会主义法治,就必须认真地对传统文化进行彻底的反思,肃清沿袭至今的消极影响,倡导新的民主与平等的法律观。本专题的三篇文章从不同视角对博大精深、影响深远的中华传统法律文化作出了新的挖掘、解析和在此基础上的扬弃,把那些有利于当代中国法治建设、富有生命力的积极因素进一步科学化。

## 中国传统法文化精神论纲

霍存福

(吉林大学法学院,吉林 长春 130012)

摘要:研究中国传统法文化精神,对弘扬民族优秀法律文化传统、重构21世纪的中华民族法律文化,对立足于民族根基而吸收、借鉴西方先进法律文化,从而建立全新的法律文化体系,具有重要的理论意义和实践意义。

关键词:中国传统法文化;精神;研究

中图分类号:D911.02 文献标识码:A 文章编号:1671-0541(2009)05-0005-04

### 一、传统法文化精神的主要内容

对于中国传统法文化精神,由于学者们视阈不同,可以有不同的概括。笔者以为,从价值层面、精神层面看,中国传统法文化精神,在对法律的总体风格、面貌、灵魂的理解上,在立法、司法、执法等环节,在刑事法、行政法、民法等对应于现代法律部门等领域,都有所反映和体现,形成了特征明显的法律文化精神。因此,中国传统法文化精神应该在比较宽广的视阈下进行理解和说明。传统法文化精神,可以从如下六方面进行概括,分别是:

(一)宽恕戒残、悲悯仁恤的宽宏精神

主要就中国法律初起时的宽宏精神及其在

后世的表現进行梳理。宽宏表现为法律风格、风貌的宽宏博大,也表现为仁恤政策等。

(二)本乎人情、据于事理的情理精神

就中国人创造的“情理法”范畴,及其法律思维上的“情理法”思维进行概括。中国人“情、理、法”并重,一方面表现为不单独地谈论法律,而是将法律纳入人情、事理中进行说明和解释,不单纯就法论法;另一方面不单独地倚重法律,重视“情理”对法律的“过滤”和检验。这构成了中国人理解、解释法律问题时的情理精神。

(三)关注反省、释赦并举的自新精神

自新体现人本主义思想,是对人的自省能力的肯定;自新思想支撑了中国的自首制度和赦免制度;自新精神是中国人宽宏精神的一个支脉。

(四)个别对待、分化瓦解的策略精神

收稿日期:2009-05-03

作者简介:霍存福(1958-),男,河北康保人,吉林大学法学院教授,博士生导师,法学博士。

“歼厥渠魁,胁从罔治”和“将功折罪”,<sup>[1]</sup>是中国人对待犯罪的两个策略。前者是对待共犯或集团犯罪的策略,后者以对待单个犯罪居多。策略出于事功考虑,反映中国人对于犯罪予以个别对待、分化瓦解方面的灵活性和原则性相结合的变通精神。

#### (五)和同公信、约定同法的契约精神

民事交往中对契约的敬畏、尊重和信守,以及“和同”<sup>[2]</sup>强调的自由和“两共对面平章”<sup>[3]</sup>强调的平等,是中国古代契约生活实际奉行的规则。中国的契约精神是在古代环境下自然生长起来的,它可以成为建设新型法治的“中国元素”。

#### (六)哀敬惟良、听明断平的司法精神

司法上的“哀敬折狱”强调司法态度,“惟良折狱”强调司法操守,“听讼明”、“持法平”强调司法标准,它们都属于中国司法所崇尚的价值,是中国司法精神的重要组成部分。

传统法文化精神的这六个方面,属于中国法律史的固有范畴或习用语汇。对其进行这样的梳理和概括,能够使“传统”得到整体上的显示或展示。

### 二、传统法文化精神的研究思路

这样的概括,在研究内容上,是侧重中观层面的概括和提炼。选择中观层面进行“精神”提炼,对认识中国传统法文化的内容、实质、特征、发展水平等方面,也具有方法论意义。这就是选择问题的适当层面,不至于沉入细碎问题中,也不至于迷失于宏大的立论上,提高研究内容的可把握性和研究方法的可操作性,既容易切入,又容易走出。较之微观的、个别的研究,具有指导意义;较之宏观的、统体的研究,又具有具体性和可把握性。过去的中国法制史、中国法律思想史研究,分别叙列制度、思想,这种个别研究,微观性强、个别性强,但是掩蔽了背后的价值和精神的揭示与展示。法文化精神的提炼,应当融制度与思想(观念)为一炉,注重总括性、通贯性和解释力,而又不至于大而无当、空洞无物。

在具体研究方式上,应当综合运用法学、历史学、文化学、社会学等研究方法,并使用微观方法、个案方法、归纳方法(有时用统计方法),展现每一种精神的产生、形成、发展、传承等的基本走向和具体细节,力图深入、系统,线索清晰,论述

集中。总之,中观层面的微观研究,可以是这种研究的基本方法特征。这种研究的独特视角,有利于研究的深入。

### 三、传统法文化精神的特质

#### (一)法文化精神即民族精神

文化精神是民族性的主要方面。中国传统法文化精神,亦即传统法文化方面的民族精神。这些精神,是中国人的创造,是对世界法律文明的贡献。

中国人的法文化精神,是在中国国情下建立的,具有浓重的中国特色。如宽宏精神强调有利于当事人的法律措置,其所本是“仁恤”,而并非西方的个人权利。因此,宽宏又是与悯恤小民的悲悯情怀相联系的。情理精神追求法律、司法的“合情合理”,避免了单纯法条主义倾向,避免法律变为“异物”,与中国人追寻“法律本原”或“原本”<sup>[4]</sup>的法哲学思考相关。因此,推原“人情”、讲究“情理”,是法律的总体特征,又是司法的圭臬。自新精神强调自我反省、自力改造,与中国文化对人的主体于一体,惩办和宽大并行,与“化疑梗为欣合”、化消极为积极的事功考虑相关。契约精神反映中国式的契约态度和信义理念,在等级社会的结构内,民间甚至国家法律却并不缺乏反映契约本性之平等、自由因素与尊重、敬畏契约的态度和理念,是重压下的坚持。司法精神主谨敬、主仁恕,讲究“听明”、“断平”,反映重民命、惜民生的司法态度与操行等,在中国司法史上也是浓墨重彩的一笔。

这些法文化精神,互相之间是存在有机联系的。比如,政治法律总体设置上的宽宏、宽容精神,主要表现为立法,但它同时是司法“仁恕”之来由,也是刑事法方面之期待犯罪人自我反省、自力改造的自新思想的来由,刑事、行政法上有利于当事人的“罚不及嗣,赏延于世”、“罪疑从轻,赏疑从重”之所从出,在本质上与悲悯情怀相联系;对法律作情理化、情理性的理解,不仅是整个法律本质、状貌的认识,而且影响了立法、司法,是立法情理化、司法讲究情理的源头。

法文化精神是文化中居于主流的东西,因而而是正面的文化精神。因为文化是复杂的,总有相反或矛盾的东西共存于一个系统或体系中。法律

文化精神的提炼,从民族精神角度看,属于正面、基本面、光辉面;我们文化中那些属于负面、阴暗面的东西,则不应划入这一范畴。同时,某些极端的认识倾向,在提炼文化精神时也应注意。比如,过于重视主观恶性或动机,如果一味肯定,就可能走入偏颇。因此,将中国传统法律文化精神定位为法律文化方面的民族精神。应当就其价值层面、精神层面的反映文化内核的法律传统,给予多方面的反映和展现。

法律文化精神,与其他层面的文化精神相表里。如契约精神与中国人伦理生活“重然诺”的信义相联,自新精神与中国人道德修养的自新主义文化态度相关,情理精神又与中国人日常生活经验逻辑相契合,等等。

#### (二)作为传统而传承下来的法文化精神

法文化精神是属于价值层面、精神层面的东西。中国传统法文化精神作为优良传统,在现代的中国一直有着明显的传承关系。

我党在革命时期曾提出了“首恶者必办,胁从者不问,立功者受奖”的刑事政策,曾对分化蒋介石集团起过很大作用。但常人似乎没注意,它实际是古代传统,是古代的“歼厥渠魁,胁从罔治”的刑事政策;考其始初,它又是军事行动原则或政策,是毛泽东将其直接移用到现代的中国。

我党一贯强调犯罪人的“悔过自新”、“予以自新之路”,强调对其改造,并且自信我们能够改造世界。而常人没注意到,实际上它也建立在“传统”之上。中国古代的“自新”,可以称之为一种“主义”,是一种文化态度。它实际地支撑着法律上的自首制度、大赦制度,又实际地影响着监狱管理制度。

“文革”之后,我们常提“以事实为依据,以法律为准绳”。这是当时法律恢复、法制重建时期的口号,因为“文革”时期司法的依据和标准成了大问题。但常人似乎没注意,实际上它不过是个“传统”问题——来源于古代“听讼惟明,持法惟平”或“推鞠得情,处断平允”的司法精神。“听讼惟明,持法惟平”或“推鞠得情,处断平允”,一个属于“听”,一个属于“断”。“听讼”属于事实判定问题,“断狱”属于法律适用问题。“听讼不审”不可,“断狱不公”也不可。只不过古代的这一提法,承载着当时特定的价值,但“听”、“断”的原理是共同的。

我党过去讲“合理合理,即是好法”,这实际

也来源于古代的“情理法”思维,等等。

因此,在动态方面,注重传统法文化精神的发展线索的贯穿,古今一体贯穿考察,注重历史发展的关联性和连续性,指出传统法文化精神与现代社会的契合点及对现实生活的影响,揭示产生于古代的法文化精神在现当代法律文化中作为“传统”的活的传承,对理解中国特色社会主义法治形成和发展的历程、方向,意义重大。

#### 四、传统法文化精神研究的当下意义

法律文化精神虽属基础性研究,但在研究传统时,应当关注“老问题”的新意,寓新对策于“老问题”之中。因为我们在建立具有中国特色的社会主义法治过程中,许多问题的出现,都要求我们提起“传统”并借鉴传统。

比如,重新提出“情理法”问题,在理论和实践上都是必要的。南京“彭宇案”曾经轰动全国。南京青年彭宇,好心帮助一位被撞倒的老太太,将她送往医院,反而被告上法庭。审理该案的法官说:“从常理分析,他与老太太相撞的可能性比较大。”“如果不是彭宇撞的老太太,他完全不用送她去医院,而可以自行离去。”“如果不是他撞的,应该不会垫钱。”这里的问题出在哪里?是“法”出现了问题?不是,而是“情理”出现了问题。法官的那个“常理”,是我们所熟悉的,也是陌生的。在雷锋时代,它是正常的,也是高尚的,但在今天,就变得不正常了,在许多人的眼里,也无所谓高尚不高尚了。这样的变化,还不能用世风日下、互助精神缺位去解释,也不能用维权意识之类的法律意识增强来作答。它实际上关联着一个中国法哲学的问题:“情、理、法”。“情理”不只是个道德风尚问题,还是个法律逻辑问题。

因此,传统的“情理法”,所解决的并不只是这样局部的个案问题,它实际上是一个中国法哲学的问题,是个法律逻辑问题,更主要的是思维方式和行为方式问题,是整个文化的问题。按照谢觉哉的意见,“合情合理,即是好法”,我们过去曾经将“法”与“情理”合一起来理解、解释,后来我们就只讲“法”而不讲“情理”了。然而,在当今的中国,“情理法”问题还常被合并提起,它也应该常被提起。否则,问题无解,事情也无解。

再如“契约精神”问题,表面上看,似乎与中国

“传统”无关,是纯粹的舶来品。但细究中国契约史,则不能不说:中国存在着契约制度,存在着相应的契约意识和契约观念,有特定的契约文化。更重要的是,中国古代也是一个契约社会,有契约精神。对契约的敬畏、尊重和信守,强调“和同”的自由和“两共对面平章”的平等,是中国古代契约生活实际奉行的契约精神,而中国的契约精神,既是法律精神,也是一种文化精神。它完全可以与西方法律精神相衔接,成为构建新型法治的“中国元素”。

在这样的意义上,笔者更赞成将更多的中国传统法律精神,纳入这种“中国元素”中理解和对待。比如,宽宏精神可以与西方舶来的刑法谦抑相联结;自新精神、策略精神可以用来完善我们的犯罪自首、立功等制度,甚至大赦、特赦制度也可依照这些精神建立和完善;司法精神则可以促进司法现代化,中国司法所崇尚的价值——“哀敬折狱”之司法态度,“惟良折狱”之司法操守,“听讼明”、“持法平”之司法标准,构成了中国的

传统司法精神,毕竟临狱哀敬、听明断平也是符合司法的本质要求甚至司法的发展方向的。

自然,中国传统法文化精神研究,也应有相应的比较研究。如“契约精神”方面,就应使用古罗马的契约制度、观念这个参照系,作相应的对比研究。将这两个在时代上略近的国家作较细的比较,是使问题深入的有效途径。

---

参考文献:

- [1]谢觉哉.谢觉哉文集[M].北京:人民出版社,1989:635.
- [2]张传玺.中国历代契约汇编考释(上册)[M].北京:北京大学出版社,1995:427.
- [3]张传玺.中国历代契约汇编考释(上册)[M].北京:北京大学出版社,1995:512.
- [4][清]沈家本.历代刑法考[M].北京:中华书局,1985:2235.

(责任编辑 陈尚坤)

## On the Spirit of Traditional Chinese Legal Culture

*Huo Cunfu*

(Jilin University, Changchun Jilin 130012)

**Abstract:** Studying traditional Chinese legal culture is significant both theoretically and practically to carrying forward the national legal culture, reconstructing the traditional Chinese legal culture of the 21st century, establishing a new legal culture system by absorbing and using the advanced western legal culture for reference based on the national legal culture.

**Key words:** traditional Chinese legal culture; spirit; study