



# 中华法文化之路

党的十八届四中全会鲜明地提出，要坚定不移走中国特色社会主义法治道路。西方倡导的“法治”，固然有其成功的经验，但移植到中国，必当有本土化的改造；盲目照搬，难免有削足适履之痛。中华文化绵延至今，法文化在其中占据了重要地位，我国的法治建设必须高度重视对中华法文化传统的回归与转化，充分意识到中国特色社会主义法治体系深深根植于中国社会的土壤之中，将中国法律文化传承与中国法治现实要求有机统一起来，坚定中国特色社会主义法律制度自信。惟其如此，我们才能从一般意义上的“法治文化”走向“中国特色社会主义法治文化”的新道路。

□ 龙大轩

法文化之“文”，指人类社会在法律的制度、思想、观念等方面形成的种种积淀；法文化之“化”，则是将这样的积淀化育到法制建设、法律生活以至人的灵魂之中。中华文化从轴心时代一直延续至今，从未间断，这在世界所有轴心文明中绝无仅有。中华法文化作为其中的重要组成部分，亦当秉承这种恢宏的气势，坚定地走自己的道路。

党的十八届四中全会审议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》指出，要坚持走中国特色社会主义法治道路。这里面也包含了对中华法文化的创造性转化与创新性发展。中华法文化走到今天，主要经历了四大阶段。

## 礼乐文化：上古社会——夏商西周

中国最早的法不叫“法”，而叫“礼”。“礼”在甲骨文中，下半部分是个高足盘；上半部分是“玉”。高足盘中盛放玉器，用来祭祀神灵。可见礼就是从原始人祭祀中产生的。到国家社会，演变为“夏礼”“殷礼”“周礼”，史称“经礼三百，曲礼三千”，周礼分为吉、凶、军、宾、嘉五类，可知礼的内容是非常丰富的。礼的运行往往与乐相配，故合称“礼乐”，用以调整国家政治军事和个人言行举止。违反礼的行为，用刑来惩治，礼是行为规范，刑是制裁措施，这便是“出礼入刑”，二者共同构成了那个时代的法律制度。严复在翻译西方启蒙思想家孟德斯鸠的《法意》时说：“西人

所谓法者，实兼中国之礼典。”

礼乐作为中国早期的法文化样态，主要特征就是道德和法律混同。《礼记·曲礼》中说：“道德仁义，非礼不成。教训正俗，非礼不备。分争辨讼，非礼不决。君臣上下，父子兄弟，非礼不定。宦学事师，非礼不亲。班朝治军，莅官行法，非礼威严不行。祷祠祭祀，供给鬼神，非礼不诚不庄。”可见当时的礼，涉及到法制、道德、教育、军事、祭祀等方面，是道德与法律混同的产物。

## 法律文化：春秋战国——秦

春秋时期，社会动荡，出现“礼崩乐坏”的局面，传统的法律制度遭到全面破坏。各国诸侯纷纷进行法制改革，把以前的刑从礼当中剥离出来，进行专门立法。公元前536年，郑国执政子产将国家的法典铸刻在彝器上，并向老百姓公布，史称“铸刑书”。公元前513年，晋国进行了改革，赵鞅将刑书的文字刻在鼎上，公之于众，史称“铸刑鼎”。其他诸侯国也进行了类似的改革。

到战国时期，法制改革得到进一步的推进。公元前5世纪中叶，法家始祖李悝在搜集、整理各诸侯国公布的刑书、刑鼎的基础上，编纂了《法经》，到公元前4世纪中叶，商鞅在《法经》的基础上，根据秦国的实际情况进行了改革，《唐六典》称：“商鞅传《法经》，改法为律。”改法为律的重要性在于：一是强调法律的稳定性，一旦制定，不能轻易改变；二是强调统一适用性，“所谓壹刑者，刑无等级。自卿相、将军以至大夫、庶人，有不从

王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦”《商君书·赏刑篇》）。中华法文化由此走向“法律文化”。

“法律文化”相较于“礼乐文化”，最大的变化就是道德与法律相分离。以前的礼，进入法的部分，就变成了法，用刑的手段来加以保障；没有进入法的部分，有人称作“法外遗礼”，不再用刑的手段来调整，而由社会舆论、良心自律来调整，遂演变成道德。道德和法律自此分离。

秦国凭借“法”和“律”的治理，“繁法严刑而天下震”，迅速崛起并消灭六国，进而在全国范围内推行“专任刑法”“纯任法治”“弃礼任法”式的“以法治国”，只讲法律而不顾道德。法家韩非说：“君之直臣，父之暴子也……父之孝子，君之背臣也。”（《韩非子·五蠹第四十九》）云梦秦简《法律答问》中记载：“夫有罪，妻先告，不收。”可见，秦朝已经抛弃“礼乐文化”传统。

## 礼法文化：汉——清

历史进入汉朝，人们开始反思，抛弃传统的做法是行不通的，法律如果离开了道德的滋养，肯定会出问题。司马谈在《论六家要旨》中指出：“法家不别亲疏，不殊贵贱，一断于法，则亲亲尊尊之恩绝矣。可以行一时之计，而不可长用也。”（《史记·太史公自序》）于是，从汉朝开始，统治者将以前被抛弃的礼逐渐引入到法当中来，史称“引礼入法”，开启了道德法律相结合的进程。魏晋南北朝，礼法结合得以进一步发展。到了唐朝，形成

了“礼法合一”的格局，礼法传统得以定鼎。

礼法文化的治理模式，不再是单纯的法律之治，而是三大体系综合为理。首先是礼典体系。汉初叔孙通尝试编纂礼典，未果。西晋出台了第一部礼典——《新礼》，后世称《晋礼》，唐朝《大唐开元礼》是其集大成者。此后，历代王朝皆依其模式编纂礼典，用以调整国家的军政大事和官民的言行举止。其次是律典体系。汉有《汉律》、唐有《唐律》、清有《清律》，律典的制定，需以礼的精神原则为指导，故《唐律疏议》是“一准乎礼”。违反礼典、律典的行为，则用律典中规定的罚则进行制裁。再次是民间法体系。主要指乡规民约、家法族规以及民族地区的习惯法，其制定亦来源于礼俗、礼义。民间法虽有着自身独特的不同于国家法的行为规范体系和制裁措施，但国家对此予以认同；对于乡规民约与家法族规，采“刑罚不可驰于国，笞捶不可废于家”之态度；对少数民族习惯法，则采“各依本俗法”的政策，从而使礼法文化呈现出德法合治、“多元并存”的格局。

礼法文化造就了中国两千年的礼法社会，清末大理院正卿张仁黼说：“数千年来礼陶乐淑，人人皆知尊君亲上，人伦道德之观念，最为发达，是乃我国之国粹，中国法系即以此。”这样的秩序，直到清末方始解体。

## 法治文化：清末以来

鸦片战争爆发后，中西文化发生了强烈的碰撞。1902年清政府发布上谕，决定进行法制改革。1904年成立

法律修订馆，负责拟定新法，到1911年，仿照西方大陆法系的制度框架，颁布了以《大清新刑律》为代表的新的法律体系，传统的礼法到此彻底解体。

从礼法文化到法治文化带来了诸多变化，最为重要的有两点：一是德法合治走向德法分治。以前是道德法律合二为一，凡是违反道德的行为，就会受到法律的制裁；后来，则是道德的问题归道德管，法律的问题归法律管，二者分而治之。这种模式，能够缩小法律的打击面，有利于更大范围地保障自由、人权。二是由“以刑统法”走向分部门设置法律。在礼法时代，凡是违犯国家法律的行为，一律被称作“犯法”，都要用刑罚来制裁，并用刑罚的方法来统率、调整所有的法律。清末法制改革以来，在法律体系内部，分部门设置法律，于是有民法、刑法、行政法以及相适应的各种诉讼法，各种法典是单独设立的。由以刑统法转向分部门设置法律，使得法律的分工越来越明确，立法技术也越来越精细，这是

符合世界潮流的。

这两大变化使得我国的法制有了与世界接轨的新气象，但也显露出新问题。有些违背道德的行为，由于法律中没有规定，不会受到惩罚，此类行为便可能滋生蔓延。在民事经济往来中不遵守诚信的行为，虽然违法，但不一定构成犯罪，在一些别有用心的人看来，违法成本低、得到的违法收益高，就会放手去干。究其因，这是因为此前的法制建设，多注重学习国外的先进经验，而忽视了中国自身的文化传统。

中国数千年法文化演变，经历了从礼乐——法律——礼法——法治这四大阶段。总结其间的规律可以发现，凡是注重文化传统的时期，法制建设就能健康发展，凡是无视文化传统的时期，法制建设就会出现大的问题。

西方倡导的“法治”，有着成功的经验，但移植到中国，必当有本土化的改造；盲目照搬，难免有削足适履之痛。党的十八届四中全会作出全面推进依法治国的重大决定，其中“坚持依法治国和以德治国相结合”，弘扬中华传统美德的原则；“坚持从中国实际出发”，汲取中华法律文化精华的原则；习近平总书记在中共中央政治局第三十七次集体学习时指出：“要运用法治手段解决道德领域突出问题。法律是底线的道德，也是道德的保障。要加强相关立法工作，明确对失德行为的惩戒措施。”如此种举措，正是对中华法文化传统的回归与转化。惟其如此，我们才能从一般意义上的“法治文化”走向“中国特色社会主义法治文化”的新道路。

这既是时代的选择，又是历史的必然。

## 法治文化



# 以软法推进国家治理体系现代化

相对于以单方意志为内容、以命令和外在强制为实施手段的硬法，软法在表现形式、伦理基础和功能定位等方面都有自己的特殊性，在推动国家治理体系现代化方面具有不可或缺、不可替代的特殊作用。

□ 高家伟

法治化是现代化的轨道。如何将国家治理体系的现代化进程纳入可以有效预控、稳定预期的法治轨道上，是由软法和硬法共同构成的中国特色社会主义法律体系的核心任务。

通常而言，软法是指以道德上的自律机制为后盾保障实施的行为规则，以多方合意为内容、以协商和内心信服为实施手段，以章程、公约、协议、议事等非正式法律文件为表现形式。国家机关制定的非强制性规范、政治组织创制的各种自律规范、社会共同体创制的各类自治规范等均属于软法。相对于以单方意志为内容、以命令和外强制为实施手段的硬法，软法在表现形式、伦理基础和功能定位等方面都有自己的特殊性，在推动国家治理体系现代化方面具有不可或缺、不可替代的特殊作用。

## 软法作为一种法律规范体系的作用

对国家治理体系现代化而言，软法作为一种法律规范体系的特殊作用主要在于三个方面。

首先，引入新的法治思维方式。任何行为规范体系的背后都有一整套特殊的思维方式。相对于硬法

所偏好的单向度、部门化、封闭性的单方命令型思维，软法所推崇的是由未来思维、大局思维、辩证思维、整体思维所构成的多元合作型思维。以开放的心态面向未来发展的各种可能性，着眼地方、国家和国际等不同层面的格局，在相互对立或者冲突的多元价值、多样目标之间寻求动态优化平衡的妥协方案，是软法作为一种特殊规范体系在思维方法上的独到之处。这一点使软法能够为国家治理现代化进程的设计与规划提供很多突破性的思路启迪。

其次，确立新的法治基本观念。作为一种特殊类型的规范体系，软法有自己特殊的法治基本观念内核，这就是平衡正义观。所谓平衡正义观，是以我国的传统中庸之道为方法论基础，将美德正义、自由正义、效率正义、分配正义、秩序正义等在人类历史曾经出现过的不同文化背景的正义观综合起来，所形成的一种具有更大包容性和适应性的新型法治观念。按照平衡正义观的要求，诸如尊严、自由、民主、平等、秩序、效率等法律价值应按照特定的方式综合协调起来，同步整体地去追求。这种多元综合平衡的正义观有助于提高国家治理体系现代化进程的开放性、包容性、协调性与适应性。

再次，明确新的法治工作重

点。相对于以命令性规范为主要内容的硬法，合作性规范是软法规范体系的主要内容。在宪法的层次上，中央国家机关之间按照分工、制约、平衡的原则展开各种形式的协商合作关系，是宪法合作法的主要调整对象。在政府管理领域中，行政机关之间展开合作的区域合作关系和府际合作关系，行政机关与公民、法人或者其他组织之间在招商引资、购买服务等领域展开的公私合作关系，是行政合作法的主要调整对象。在微观公共服务的层次上，乡规民约、行业自律公约、社团自治章程等是具有社会公共利益规范内容的民间公约法。这三种类型的规范构成了软法规范体系的主要内容，而这正是我国社会主义法律体系中最需要加强的部分。国家法治建设工作的重心应当逐步地从命令型法治向合作型法治转变，唯此才能为国家治理体系现代化进程提供有效的法治保障。

## 软法作为一种法学知识体系的作用

软法不仅是一套特殊的法律规范体系，也是一种具有广泛开放性、吸纳性和协调性的法学知识体系。它有助于从一个崭新的角度认识国家治理体系现代化进程的发展轨迹，从而提高国家治理体系现代化进程的自觉性与可控性。

按照现代化理论，发展轨迹的可预测性是一个国家是否真正迈入

现代化进程的标志之一。与西方国家现代化进程所呈现出的那种单向度的、发展阶段顺序比较清晰的曲线型轨迹不同，我国的现代化进程是一个由各种曲线交错而成的一种开放式平面型轨迹，不同发展阶段之间的界分不明显，这是因为我国的现代化进程在时间上是后发型、赶超型、跨越式的，因此在具体行动的层面上，是将启蒙与革命、发展与建构、反思与解构等多重任务合并在一个改革开放的历史进程中去同步完成的。在这种历史背景下，国家治理体系现代化所面临的一大难题是，如何让不同文明谱系、不同历史阶段的生活方式平等和谐地共存于同一个现代化的场域之中，如何把农业文明、工业文明、信息文明、生态文明等不同发展阶段的文明样式同步协调地安排在同一个现代化的时间段之中，从而推动政治、经济、社会、文化、法律等全方位综合协调的发展。

作为一种具有广泛开放性和包容性的法学知识体系，软法提供了一种简单明确且有效的道德智慧。一旦掌握了这种道德智慧，工具智慧的大门就会随之打开，针对具体问题的具体办法就会比较容易找到。这个道德智慧的内核就是契约伦理观念。在这种契约伦理观念之中，人们不仅可以看到人格平等、意思自治、缔约自由、诚实守信、利益互惠、权责一致、过错追责等现代契约法上的一般原则，而且可以看到相互承认、多元宽容、平等协商、理性对话、妥协让步、责任担当等现代民主法治国家意义上的公民素养。软法作为一种法学

知识体系的首要任务就是向全社会普及这种道德智慧和公民素养，努力使每一位国民尤其是国家公职人员掌握契约伦理观念，培养健全的民主人格素养。若能做到这一点，多元文明冲突与融合的难关自然就能化解，这正是软法作为一种法学知识体系对国家治理体系现代化所能和所应发挥的独特作用所在。

## 软法作为一种大国治理技术的作用

从世界格局演变的历史进程来看，中国进入了大国复兴崛起的黄金机遇期；从国内改革开放的历史进程来看，中国进入了体制改革的深水区、社会结构转型的瓶颈期和经济增长方式转型的阵痛期。如此错综复杂的形势迫使我们以更加开阔的视野和开放的胸襟去借鉴历史上曾经出现的各种大国治理经验，其中包括容易被忽视掉的微观操作技术层面的治理经验。实际上，我国国家治理体系现代化在很大程度上有赖于这种微观具体层面的治理技术。软法在这方面能够发挥特殊作用。

首先，统一治理技术与分散治理技术的综合应用。任何大国都要面对这个永恒的治理难题。中央政府的首要任务是捍卫中央统治的权威性、国家法令的统一性和国家主权的完整性、绝对性与尊严性，但对地方的治理者而言，保护地方经济利益的相对独立性、地方居民生

活方式和文化的多样性、地方行政管理的自主性等却是日常首要的任务。对这种政治上的“一”与“多”、“统”与“分”之间的紧张关系，在具体法律规范的层面上上的一种有效解决办法是在软法与硬法之间形成一种并行不悖、相辅相成的功能互补关系。国家统一性方面的核心利益主要通过原则性的硬法规范来体现和维护，而不同地方、不同行业的多元化分散利益则主要通过灵活性的软法规范来体现和保护。

其次，变革技术与守成技术的综合应用。如何在剧烈的政治、经济与社会变革之中保持政治体制框架、经济发展速度和社会基本秩序的连续性与稳定性，平衡这种“守”与“变”之间的紧张关系是所有处于崛起过程的大国所共同面临的另一大难题。为解决这个难题，一方面要通过硬法规范体系的建设加强政治体制基础框架的抗压强度和抗冲击能力，另一方面要通过软法规范体系的建设加强政治体制运行过程的缓冲能力、减震能力和调节能力。

除此之外，将错综复杂的利益权衡难题转变为法律上不同类型的规范效力冲突问题，将边界模糊不定的关系协调问题转变成简单明确、易于规范操作的法律适用和解释问题，借此保障国家治理体系现代化进程的长期连续性与平稳渐进性，也是软法作为一种大国治理技术的特殊作用所在。

## 依法治国