

天下之事，不难于立法，而难于法之必行。
法不阿贵，绳不挠曲。
奉法者强则国强，奉法者弱则国弱。
道私者乱，道法者治。
凡法事者，操持不可以不正。



法

中国古代法治箴言

林乾 罗洪启 著

言

 党建读物出版社

法



中国古代法治箴言

林乾 罗洪启 著

言

图书在版编目(CIP)数据

法言：中国古代法治箴言 / 林乾，罗洪启著. —
北京：党建读物出版社，2016.5
ISBN 9787-5099-0721-4
I. ①法… II. ①林… ②罗… III. ①法治—箴言—
汇编—中国—古代 IV. ①D929
中国版本图书馆CIP数据核字(2016)第047641号

法言

FAYAN

中国古代法治箴言

林乾 罗洪启 著

策 划：老 松

责任编辑：郝英明

责任校对：张学民

封面设计：林胜利

出版发行：党建读物出版社

地 址：北京市西城区南横东街6号(邮编：100052)

网 址：<http://www.djcb71.com>

电 话：010-58587632/7681

经 销：新华书店

印 刷：北京盛通印刷股份有限公司

印 数：1-10000

2016年5月第1版 2016年5月第1次印刷

710毫米×1000毫米 16开本 20.5印张 260千字

ISBN 978-7-5099-0721-4 定价：48.00元

本社版图书如有印装错误，我社负责调换(电话：010-58587660)

如何深入挖掘、系统整理进而吸收、转化中国传统治道的本土资源，既而摆脱古代帝制王朝“其兴也浚焉，其亡也忽焉”的治乱循环怪圈，走向国家治理的现代化，是清末以来中国知识阶层一种整体的文化自觉。他们赓续先贤，提出种种社会改革方案，而“法治”无疑是其中重要的一种路径选择。但在家园沦丧、亡国灭种的危险日甚一日的窘境下，“法治”远没有救亡图存的主题更直接、更迫切，故近代中国的“法治”建设之路，一直崎岖坎坷，历经波折与反复。今天，我国经济社会发生了翻天覆地的变化，中国成为世界第二大经济体，人民生活水平不断提高，社会和谐稳定，全面建成小康社会的伟大目标即将实现，在此之际，党的十八届四中全会把全面推进依法治国提升到国家战略的最高层级，作为“四个全面”战略布局之一，诚可谓适逢其时。在可以预见的明天，“法治”或将成为中国政治建构中可以选择的突破口，“法治”的光辉也将逐渐普照中国大地。

一、传统法律文化的优秀理念

“罗马不是一天建成的。”在王朝统治占文明史大半的国度里，建设法治国家，更是任重而道远。建设现代“法治中国”，必须要从中国传统法律的本土资源中汲取智慧。无论是法治理念，还是具体的立法、执法与司法制度，中国传统法律文化中都有诸多值得我们借鉴的积极成分，当然也有消极因子，“善用之则为福，不善用之则为祸”。

“法律是治国之重器，良法是善治之前提”，全面推进依法治国战



略，首先要汲取的是中国古代“良善之法须体现公益与公意”的立法理念。中国自古以来就拥有悠久绵长的“民本”思想，将“民心”向背视为政权合法性之源泉，《尚书·泰誓》说“天视自我民视，天听自我民听”，老百姓所看到的，就是上天所看到的，老百姓所听到的，就是上天所听到的，将“民意”等同于“天意”。孟子更是将“得天下”直接看作是“得民心”，“桀纣之失天下也，失其民也；失其民者，失其心也。得天下有道，得其民，斯得天下矣；得其民有道，得其心，斯得民矣”^①。因此，“良善之法”必须顺应民心，体现公意。汉代著名廷尉张释之对汉文帝说“法者，天子所与天下共也”，唐太宗李世民强调“法者，非朕一人之法，乃天下之法”，以及黄宗羲对“一家之法”的批判——“天下之法，以天下之利为利，藏天下于天下；一家之法，以家之利为利，藏天下于筐篚”，都体现了这种理念。党的十八届四中全会《决定》强调立法要“恪守以民为本、立法为民理念”“反映人民意志、得到人民拥护”，正与此一脉相承。

正如商鞅所说，“法之不行，自上犯之”，现代“法治秩序”的构建，关键在于要以法律约束位高权重者，只有居上位者率先垂范遵守法律，老百姓才会真正信奉法律。中国古代帝制王朝虽然在制度层面未能形成完善有效的权力约束机制，但古代的政治家、法学家却历来强调法律的平等适用，主张君王本人也须守法。如慎子强调人君不可“舍法而以身治”，而当“任法而弗躬”“事断于法”^②；管子强调“君臣上下贵贱皆从法，此谓为大治”“不为君欲变其令，令尊于君”^③；文子认为“法度道术者所以禁君，使无得横断也”^④；《黄帝四经》主张“法者，引得

① 《孟子·离娄章句上》。

② 《慎子·君人》。

③ 《管子·任法》，《管子·法法》。

④ 《文子·上义》。

失以绳，而明曲直者也”^①，等等。由此可见，中国古代固然有“君权神授”、皇权至高无上的传统，但同样也存在要以法律来约束最高权力的理念，这种理念在帝制时代难以成为现实，却完全可以在现代社会中焕发蓬勃的生命力，成为当代法治建设的有益营养。

司法是观察一国“法治”状况的窗口，也是维护“法治秩序”的终极保障，故而是一个国家的司法文明程度与其法治状况密切相关。中国古代“行政与司法合一”的司法体制虽然与现代“司法独立”的理念不尽相同，却同样有许多理念值得现代司法借鉴，略举数端如下：

“恤刑”“慎刑慎杀”理念。《尚书·舜典》云：“钦哉钦哉，惟刑之恤哉！”^②中国传统儒家一向主张“为政以德”，如果政府官员对百姓“不教而杀”则谓之“虐”，因此，司法官员裁判案件时当存“仁爱”悯恤之心，慎用刑罚，减少杀戮，以免错杀无辜。这种理念在传统法律中的典型体现就是对老幼废疾者的减刑和对狱囚的悯恤，如汉律规定，年八岁以下，八十以上，除非亲手杀人，犯别的罪都不予追究。2011年2月通过的《中华人民共和国刑法修正案（八）》规定“已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚”“审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外”，便是对这种理念的一种继承。

“疑罪从轻从赦”原则。《尚书·大禹谟》云：“罪疑惟轻，功疑惟重；与其杀不辜，宁失不经。”意思是，罪行轻重可疑时，宁可从轻处置；功劳大小可疑时，宁可从重奖赏。与其错杀无辜的人，宁可自己担负执法失误的过失。明代张居正说得更直白：“与其杀无罪之人，使之含冤而死；宁可失经常之法，而从轻以生全之。”可见，法官在裁判

① 《黄帝四经·经法·道法》。

② 意思是：谨慎啊，谨慎啊，使用刑罚要十分慎重！

疑难案件时，所面临的其实是一种两难选择：要么使无辜者无端受刑，要么姑息罪犯而枉法，“两害相权取其轻”，所以“与其杀不辜，宁失不经”，此可谓是现代刑法“疑罪从无”原则之先声。

有限的“罪刑法定”原则。中国古代自春秋晚期子产“铸刑鼎”以来，便一直存在以法律防止官员恣意擅断的理念，如商鞅主张“壹刑”，即上至卿相下至百姓都适用于同一刑法；韩非主张“法不阿贵，绳不挠曲”，均是对依法断案的一种强调。至魏晋时刘颂明确提出的“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文名例所不及，皆勿论”最接近现代“罪刑法定”的主张，唐明清律中也均有“诸断罪皆需具引律令格式正文”的规定。可见，中国古代确实存在一定程度的“罪刑法定”观念，这种观念虽然受立法技术与皇权专制的影响而无法在古代司法实践中完全贯彻落实，却无疑值得当代借鉴。

除理念之外，中国古代许多法律制度对当代法治建设也极富启示意义。

在保障人民控诉与建言权方面，从传说中的“尧置敢谏之鼓，舜立诽谤之木”^①，到西周的“以肺石达穷民”^②与“登闻鼓”^③之制，以及唐宋明清时期的“邀车驾”^④“挝登闻鼓”“叩阊”^⑤等，一方面以制度确保

① 出自《淮南子·主术训》。相传尧曾在庭中设鼓，让百姓击鼓进谏；舜在交通要道立木牌，让百姓在上面写谏言，后用“谏鼓谤木”指广开言路，听取各方意见。

② 肺石：古时设于朝廷门外的赤石。民有不平，得击石鸣冤。石形如肺，故名。

③ 登闻鼓：悬挂在朝堂外的一面大鼓。挝登闻鼓，是古代重要的直诉方式之一，冤屈百姓可以击鼓鸣冤。

④ 邀车驾：中国古代诉讼方式之一，指当事人在道途中拦截皇帝出行的队伍，上递状纸，直接向皇帝本人提起诉讼。

⑤ 叩阊：亦称叫阊，指封建时代官吏百姓或犯人家属，有冤情直接向朝廷申诉。阊，官门。清代规定叩阊方法有二：（1）击登闻鼓。登闻鼓初设在都察院，后改设在长安门外；（2）遇到皇帝乘坐车轿出郊时，迎驾申诉。

人民有申诉之权，使下情能上达；另一方面则在常规的诉讼制度外，设置特殊的“直诉”制度，以此保障蒙冤者可以在穷尽司法救济手段之后直接向皇帝申诉冤情。

在官吏权力约束方面，中国传统治道向来崇尚“明主治吏不治民”，所以形成了发达完善的治吏制度，如御史监察制、观察廉访制、任籍贯回避制、士绅监督制、谏官制等，从不同侧面强化对官员权力的监督，对当代的“治吏”与“反腐”建设，具有较多借鉴意义，如备受全民关注的中央巡视制度，便是古代的御史监察制的现代版。

在防止冤假错案方面，古代的“乞鞠”“翻异别勘”等制度极具特色与审慎精神。所谓“乞鞠”，指罪犯当事人或其近亲属若对判决不服，则可以在一定期限内（如汉代是三个月）请求复审的制度；所谓“翻异别勘”，指在诉讼中，如果罪犯推翻原来的口供（翻异），且事关情节重大时，须改由另一法官或其他司法机关重审（别勘）的制度，这种制度对于当今法院降低冤假错案率，也极具启发意义。

二、传统法律文化的反思

中国古代拥有较为发达的成文法，也崇尚“法治”，即重视用法律来管理社会，但中国古代却没有现代意义上的“法治秩序”。因为“法治秩序”意味着“法律的至尊性”或“法律的优势”^①，即人民受法律统治，而且仅受法律统治，在法律的禁止性规定之外，人民有安排自己生活的绝对自由。但是，在中国古代，法律只是治理国家的工具之一，并不具有“至尊性”。古代封建王朝统治者“一方面是把法律作为威吓民众的武

① [英] 戴雪著，雷宾南译：《英宪精义》，中国法制出版社2009年版，第244页。



器的一般预防主义思想，另一方面是明确统治权限、控制官吏擅断的思想”^①，所以自然无法诞生现代意义上的“法治秩序”。

中国古代之所以未能诞生“法治秩序”，与中国传统的法律观、权力结构等有着深层的联系。反思传统法律中这些与现代法治精神相背离的核心理念，对于培养现代公民的法律信仰与构建现代法治秩序，具有重要的现实意义。

在中国古代文化中，“法”为圣人“则天象地”而制定，“圣人因天秩而制五礼，因天讨而作五刑”^②。而西方受基督教文化影响，认为法律为上帝所创设，《圣经·旧约》中摩西在西奈山所受的“十诫”就是人类最早的法律。因为法律源于超越性之“神”，其权威具有“神性”，高于一切世俗权力，所以英国法学家布雷克顿所说的“国王在万人之上，却在上帝和法律之下”观念深入人心，有利于形成“法律至尊”的信仰。

而在中国，法律名义上虽由“圣人”所制，但在实践中，超越性的“圣人”常与世俗的帝王合二为一，世俗君主常以“天”的代言人自居，

知识链接

《法言》是西汉哲学家扬雄的代表作，书名本于《论语·子罕》“法语之言，能无从乎”，以及《孝经·卿大夫章》“非先王之法言不敢道”。“法”古文作“灋”。《说文解字》说：“灋，刑也。平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从去。”这里的“法”有准则和使物平直的意思。扬雄的《法言》就是判断事物是非的准则之言，对事情的是非给予论断的评判之言。本书借用了这一书名。

① [日] 仁井田陞著，姚荣涛译：《唐律的通则性规定及其来源》，载《日本学者研究中国史论著选译》卷八，中华书局1992年版，第103页。

② 《汉书·刑法志》。

因此，世俗皇权常常凌驾于法律之上，“圣王制法”也就变成了“法自君出”。汉代廷尉杜周治狱向以“善候伺”著称，“上所欲挤者，因而陷之；上所欲释者，久系待问而微见其冤状”。他的这种做法引起人们的不满，有人质问他说：“君为天子决平，不循三尺法，专以人主意指狱。狱者固如是乎？”杜周则回答道：“三尺安出哉？前主所是著为律，后主所是疏为令，当时为是，何古之法乎！”^①杜周的这段话道出了中国古代法律与权力之间关系的实质，即法律不仅不能约束君权，而且皇权本身反而是法律的渊源，君主的意志就是法律。法律来源于权力，从属于权力，法律没有也不可能获得“独立”地位，在这种构架下，极易出现“权力崇拜”，却不可能产生真正的法律信仰。

法律从属于权力的特点，使得中国传统社会呈现出一种明显的“大政小法”格局，法律被要求“服从并服务于政治”。在专断性政治权力的统摄之下，法律规则“所体现的普遍性不过是政治上权宜之计的普遍性，不过是使事情进行的更有效的方法。一旦行政有效性的考虑指向了另一方面，则这种普遍性就可以和就将受到破坏”^②，法律不是中立性、普遍性和自治性的规范，而只是单向性的“皇帝的敕令而已，它的发布只是为了实现政府的目的”^③。

此外，中国古代之所以缺乏法律至尊的信仰，还与古代“工具主义”的法律观密切相关。在传统中国法律语境中，“法治”与“道治”、“德治”及“礼治”等概念属于同一类范畴，指的都是一种“治道”，即

① 《史记·酷吏列传》。

② [美] R.M. 昂格尔著，吴玉章、周汉华译：《现代社会中的法律》，译林出版社2008年版，第55页。

③ [美] 钟威廉著，苏亦工译：《大清律例研究》，载高道蕴等编《美国学者论中国法律传统》，清华大学出版社2004年版，第420页。

统治者管理社会的工具。

儒家将法律视为解决社会危机而不得已采取的措施，所谓“夏有乱政，而作禹刑；商有乱政，而作汤刑；周有乱政，而作九刑”^①。孔子强调“道之以政，齐之以刑，民免而无耻；道之以德，齐之以礼，有耻且格”^②，在社会治理的诸多工具的排序中，德、礼处于优先地位，法律则处于末端。受此观念影响，中国传统政治家大都认为治理社会应当以德、礼为本，刑罚为末，即所谓“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”^③。

法家虽然崇尚非道德化、非人格化的客观法律，反对国君对法律的恣意破坏；但法家对法律的态度同样是“工具主义”的，只不过他们认为“法律”是一种比“道德”“礼治”更具实效的工具而已。

法律的工具主义功能观，使得传统中国法律更多表现为禁止性和惩罚性的规定。宋人杨万里论述法与刑的关系时说：“法不用则为法，法用之则为刑；民不犯则为法，民犯之则为刑。”明代理学家丘浚强调：“法者罚之体，罚者法之用，其实一而已矣。”可见，在古人心目中，法律与刑罚基本可以等同，故对老百姓而言，法律所意味的，并非保护自己权利的武器，而是阴森恐怖的监狱与可怕的刑罚，“一字入公门，九牛拉不回”的谚语生动体现了古代民众对法律的畏惧态度。

由于法律与刑罚基本等同，故崇尚法律往往会被视为“苛政”“暴政”的体现。汉初君臣在总结秦朝为什么“二世而亡”这一惨烈教训时，得出秦朝“尚法而亡”的结论，所以司马迁在《史记·酷吏列传》中提出“法令者治之具，而非制治清浊之源也”，这种观念与西方把法律视为信仰的精髓，相信“上帝即法律本身，故特别珍爱法律”的观念

① 《左传·昭公六年》。

② 《论语·为政》。

③ 《唐律疏议·名例律》。

形成了鲜明对比。

法律的工具性定位还使传统中国的法律无法具备“自治性”。法律的“自治性”对于“法治秩序”的实现至关重要。就法律的实体内容而言，中国历代王朝的法典都因为“过分地吸收道德”而成为道德宣谕与行为规范相结合的奇异混合体，法典是儒家道德理想的法典化，法律成为道德的附庸，没有自身的独立性。就司法机构的设置而言，中国古代地方衙署甚至没有专门的审判机构，审判只被视为地方衙署多种行政职能中的一种；中央虽设有专司审判的机构，但中央其他机关亦可参与审判，审判并不具备“专属性”与“独立性”。就法学研究而言，中国古代律学只是经学的附庸，并未产生自身独有的价值理念与研究方法。就法律职业而言，崇尚法律的官员被视为“酷吏”，懂法律的吏被视为庸俗的“刀笔吏”，精通法律的讼师则视为如盗贼般的“讼棍”，没有学者愿意把自己仅定位为法学家。古罗马法学家享有的那种尊崇地位，在中国传统文化语境中是不可想象的。

三、构建现代法治秩序

人类社会的发展是一个连绵延续的过程，没有任何一个民族能够完全罔顾自己的历史而能顺利地走向未来，建设“法治中国”，同样也离不开对中国传统法律文化的继承与反思。习近平总书记对中华优秀传统文化非常重视，强调要讲清楚中华优秀传统文化的历史渊源、发展脉络、基本走向，讲清楚中华文化的独特创造、价值理念、鲜明特色，增强文化自信和价值观自信；还明确提出，全面推进依法治国，既吸收中华法制的优良传统，也借鉴世界各国法治的有益做法。

中国传统法律文化内容庞杂、良莠不齐，因此，继承与反思传统法律文化，既要准确把握中国传统法律文化的独有特征，深入挖掘传统法



律文化中超越时代的精华；同时也要正视与现代法治精神不符或背离的法律理念，如“圣王制法”观、“工具主义”法律观等。对于后者，应深入研究其产生的制度、文化背景，思考其“现代性转化”的可能路径。

以现代法学视角来看，传统“圣王制法”实质是“立法权”的归属问题。正如梁启超所说，“操立法权者，必务立其利于己之法，此势理所不能免也。然则使一人操其权，则所立之法必利一人；使众人操其权，则所立之法必利众人”。当立法权主要归属于皇帝时，所立之法必然以维护皇权为中心，即黄宗羲批判的“藏天下于筐篋”的“一家之法”；而当立法权归属于全体公民时，所立之法就会是“藏天下于天下”的“天下之法”，必然能获得人民内心的拥护与真诚信仰，从而具有最高的权威。党的十八届四中全会明确提出“深入推进科学立法、民主立法”，可以说顺应了时代的要求，对建设法治国家具有重大意义。

破除“工具主义”法律观的关键，在于转变将法律视为工具、手段的属性，赋予法律自身独立的地位与价值，使法律不再从属于权力。其中，最为重要的是宪法权利的实现及宪法至上理念的确立。只有当法律逐渐摆脱其仅作为或主要作为管理社会的工具属性，赋予其更多的保障公民权利、维护社会公平正义的价值属性时，法律才能也必将成为所有社会团体和每个公民遵守而尊崇的“信物”。党的十八大以来，我们党提出“把权力关进制度的笼子里”，特别提出宪法权利的落实，可以说，这是中国迈向法治国家的关键步骤。

第一章 百花竞放——春秋战国 /1

子 产：“成文法”的开创者 /6

邓 析：古代“律师”之祖 /17

管 仲：法家先驱 /25

慎 到：尚法的黄老道家 /36

商 鞅：厉行法治的改革者 /46

荀 况：隆礼重法 /63

韩 非：法家集大成者 /74

本章延伸阅读 /84

第二章 礼法并治——秦汉 /85

张释之：廷尉典范 /90

董仲舒：“春秋决狱” /95

董 宣：“强项令” /104

本章延伸阅读 /111

第三章 罪刑法定——魏晋南北朝 /113

曹 操：崇尚法家 /118

诸葛亮：丞相典范 /127

刘 颂：“罪刑法定” /141

张 斐：律学大家 /148

本章延伸阅读 /156

第四章 法制成熟——隋唐 /157

魏 征：谏臣 /162

长孙无忌：疏定唐律 /172



戴 胄：为天下守法 /179

狄仁杰：“神探” /184

徐有功：与天子争法 /191

本章延伸阅读 /197

第五章 法制转折——宋 /199

包拯：“青天” /204

王安石：“三不畏”的改革家 /212

宋 慈：法医学之父 /222

本章延伸阅读 /228

第六章 法制蜕变——明清（一八四〇年前） /229

王阳明：知行合一 /234

海瑞：清官 /242

张居正：救时宰相 /249

黄宗羲：“非法之法” /257

陈廷敬：名臣 /267

本章延伸阅读 /275

第七章 法制的近代转型——晚清（一八四〇—一九一二年） /277

张之洞：旧法“卫道士” /281

沈家本：媒介中西 /293

梁启超：近代法学的开创者 /301

本章延伸阅读 /309

后 记 /310

第一章



百花竞放

春秋战国

