

传统礼治与当代软法

沈岍 彭林 丁鼎 主编

北京大学
PEKING UNIVERSITY

传统礼治与当代软法

沈岍 彭林 丁鼎 主编

北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS



图书在版编目(CIP)数据

传统礼治与当代软法/沈岍,彭林,丁鼎主编. —北京:北京大学出版社,2017.12
ISBN 978-7-301-29057-6

I. ①传… II. ①沈… ②彭… ③丁… III. ①礼治—研究—中国 ②社会主义法制—建设—研究—中国 IV. ①B222.05 ②D920.0

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 315424 号

- 书 名 传统礼治与当代软法
CHUANTONG LIZHI YU DANGDAI RUANFA
- 著作责任者 沈 岍 彭 林 丁 鼎 主编
- 责任编辑 郭薇薇
- 标准书号 ISBN 978-7-301-29057-6
- 出版发行 北京大学出版社
- 地 址 北京市海淀区成府路 205 号 100871
- 网 址 <http://www.pup.cn>
- 电子信箱 law@pup.pku.edu.cn
- 新浪微博 @北京大学出版社 @北大出版社法律图书
- 电 话 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
- 印 刷 者 三河市北燕印装有限公司
- 经 销 者 新华书店
- 965 毫米×1300 毫米 16 开本 22.75 印张 384 千字
- 2017 年 12 月第 1 版 2017 年 12 月第 1 次印刷
- 定 价 55.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子信箱: fd@pup.pku.edu.cn

图书如有印装质量问题,请与出版部联系,电话:010-62756370

本书系山东省理论建设工程重点研究基地项目
(批准号:16ALJJ17)研究成果

编辑委员会

顾问:罗豪才 王志民

主编:沈岿 彭林 丁鼎

委员:王瑞雪 彭耀光 成协中 毕洪海 周强

序 言

这是一次颇费心思组织的学术对话，也是一次大胆的学术探索。当代源于西方的“软法”，与产生自中国古代本土的“礼治”，两个似乎完全属于两个世界的概念相互碰撞，会产生什么样的结果呢？这恐怕不是很多人会设想的。而罗豪才老师不同寻常地想到了这样的一次尝试。

罗豪才老师是中国行政法学于 20 世纪七八十年代复兴时的第一代先驱，在学术创造方面素有非常敏锐的洞察和先觉，且始终保持着对理论的热爱和执着。其首倡的行政法平衡理论，曾经激荡行政法学十余年。2005 年前后，他又关注到西方国际法学领域兴起的“软法”概念，以及国内对此展开的零星和分散的研究。其把握先机地提出，软法同样应该在国内公共治理领域充分发挥作用。此后，在他坚持不懈的推动之下，中国的软法研究取得了巨大的进展。与此同时，因“软法”概念而引起的争论，已经跨越部门法藩篱，与既有的习惯法、民间法等概念的功能一样，在另外的侧面敲打着近代以来以国家法、强制法为中心的法学传统。

人类自有文字以来，时空的不同和转换，催生了许许多多不同的概念。它们如同照相机的镜头，给了使用者捕捉世界的不同框架，让使用者聚焦世界的某个特定景象。但是，镜头自身不会产生意义，使用者在捕捉过程中赋予镜头和镜像以意义。概念就是这样连接着世界与人类，连接着不同时空的世界与不同的人们。当我们习惯用一个镜头，并把该镜头捕捉到的世界之一景，深以为然地当成世界之大部或全部，那么，更换镜头肯定会给我们带来不适，甚至是非常强烈的不适。然而，不适不见得是新的镜头有瑕疵，而很有可能是因为它撞击了旧镜头下的世界镜像，撞击了我们既有的概念体系和认知结构。

“软法”概念的提出，会让许多人莫名惊诧：法还有软的吗？法还有软硬之分吗？从来没有听说过！确实，我们已经太过习惯把“法”与国家意志、国家强制力保障实施等意念勾连在一起，除此以外，都不能称为法，即便它们

也是行为规范,如道德、习俗等。殊不知,这只是我们接受法的国家意志论、国家强制论而形成的思维定式,而这些理论充其量也不过是来自西方特定时空的产物。如果我们关注的不仅仅是世界一景,而是更关注整个互为牵连的世界;如果我们关注的不仅仅是国家意志论、国家强制论下的“法”及其作用,而是更关注我们所处时空的秩序以及促成该秩序的各种规范以及“法”与它们之间的牵连,那么,我们就可能需要更多的概念、更多的镜头。

“软法”不是要把国家意志论、强制论下的“法”以外的各种规范都统摄在内。道德、习俗、宗教规范,乃至习惯法、民间法,自有其独特的定义和意义,“软法”无意侵入其领域,无意涵盖这些往往经过长期延续而沉积下来的规范。“软法”有通过国家形成的,也有通过其他主体形成的,在当今快速变化的时代,它们往往是被制定出来而不是历史形成的,它们都有一个共性:即没有强制约束的效力,违反它们并不会带来法律上明确的制裁,但事实上因为沟通、说服、教化而得到认可、得到遵循。

说到“因为沟通、说服、教化而得到认可、得到遵循”,就容易令人联想到中国古代社会秩序的支撑力量。中国古人当然不会有“软法”“硬法”这样的概念,也不会用它们来观察世界、理解世界。韩非子视“法”为君主发布、赏罚分明、强制而严格执行的成文法令(“法者,宪令著于官府,刑罚必于民心,赏存乎慎法,而罚加乎奸令者也”)。故“法”常与“刑”同指,历来对“法”的理解也基本延循此意。

然而,自汉代帝王汲取秦治“弃礼重法”失败教训,“废黜百家、独尊儒术”以来,天下之治,主要不是依据“法”“刑”,而是“礼”。一般认为,“礼”最初源于祭祀,之后从祭祀形式转换为婚姻、血统、亲缘和君臣的行为规则,而其实质是贵贱尊卑的等级秩序。汉代以降,政治上奉行礼治,旨在道德教化,以修养脱离罪恶,刑法只是作为必要之惩戒而存在,因此基本是德刑并举,以德为先。后经由“引经决狱”“引经注律”“依经立法”,逐步实现了引礼入法、礼法合一,定罪量刑“于礼以为出入”。《唐律疏议》更是集以往立法之大成,“一准乎礼”“得古今之平”。因此,古人心中之“礼”,其意义和范围远广于今人之“道德”。“礼”可以说是古人对各种权利义务规范的称谓。“礼”在成为道德和行为是非曲直准绳的同时,已然成为全社会最普遍适用的权威性规范和调整各类社会关系的最高准则。刑、法也皆以礼为基础。

此外,如费孝通先生所言,中国古代礼治基本是不见国家的。以宗族、氏族为基层组织基础,以建立贵贱尊卑的“礼”为规范基础,很容易形成和维系传统的礼俗秩序。在古人的概念体系下,“礼”与法存在形式上的对立。

但是,若依今人的眼光看,摆脱法的国家意志论、强制论的罩子,“礼”其实就是贴近中国人日常生活、规范其行为、更多由宗法社会予以保障的法。这恐怕就是中华法系最具特色之处。而自西方坚船利炮打开中国国门以后,近代化、现代化过程的一个特色就是,国家、工业主义以及民主平等科学的启蒙思想三个巨头,不断地吞噬、消除、抑制宗法力量。古时候占据统治地位的礼俗秩序自然难以维系。

可是,历史以不计其数的故事,说明了全能的国家是不可能的。礼法之治时君王、官府是不可能的,现代法治时国家、政府也是不可能的。这或许就是“礼”与“软法”可以对话的地方。虽然以等级为核心的“礼治”在整体上已经失去现代意义,但是,一个良好秩序应有的“礼”,是经过重新塑造的“礼”,是通过沟通、说服、教化而形成的“新礼”,也仍然是法治国家、法治社会所不可或缺的。当然,我们不能想当然地称呼“礼”为古代软法,也不能想当然地为了重新唤起“礼治”“德治”而主张“礼”或者“新礼”是当代软法的重要组成部分。

对话才刚开始,在对话中寻找社会治理规范体系的共同点,在对话中形成一个可能的互相启发:“软法”研究在中国本土的、历史的维度上的知识资源,“礼学”研究在当代依法治国建设中的作用。这就是罗豪才老师和王志民老师的共同心愿。

是为序。

沈 岿

北京大学法学院教授

中国行为法学会软法研究分会会长

CONTENTS 目 录

1 传统礼治与软法治理	罗豪才
4 “礼治”背景下的中华“软法”	彭 林
13 转型时期的中国社会秩序结构及其模式选择 ——兼对当代中国社会秩序结构论点的学术介评	刘作翔
30 “软法”概念正当性之新辩 ——以法律沟通论为视角	沈 岍
47 五服制度与传统软法	丁凌华
58 “软法”定义：从传统的“礼法合治”说起	马小红

- 72 试论传统礼治文化秩序与现代软法治理秩序的融合
..... 高家伟
- 92 中国古代的“礼法合治”思想及其当代价值
..... 丁 鼎 王 聪
- 106 礼、法合一与中国的法律传统
——以秦汉法律简牍文书为切入点的讨论
..... 杨 华
- 128 中国古代礼法关系新论
——以春秋战国至唐代为中心
..... 岳纯之
- 148 家的“律法”
——祖国与主权国家之辩
..... 张 龔
- 165 泼粪阻止建房与固有习惯法
——以广西金秀大樟乡三古村快围屯的
一起名誉侵权案为对象
..... 高其才
- 171 “后礼法”阶段：中国现代法学的时间方位
..... 喻 中

- 178 游走于“软法”和“硬法”之间的中国司法
——中国传统法律文化中“软法”对古代司法的影响
..... 殷志文 李政军
- 189 充分发挥软法在法治政府建设中的作用
..... 陈公雨 国 鹏 李 凤
- 195 礼法观念在民国乡村自治立法中的回归
..... 荆月新
- 209 寻找远古的礼
——以古文字为中心
..... 武树臣
- 252 论文盥铭文所记礼典的礼义
..... 贾海生
- 258 《周礼》大宰九式研究
..... 朱红林
- 280 司徒与社会教化
——以《周礼·地官》为中心
..... 张 磊
- 297 从魏晋时期心丧制度的确立看礼制与时代之关系
..... 张焕君 谢耀亭

317 司马光《书仪》的撰作及现代启示

..... 潘 斌

324 律例与服例

——兼及章太炎的“五朝”情结

..... 顾 迁

334 20 世纪礼学研究范式之嬗变及其对当代社会治理的启示

..... 赵满海

348 跋

..... 王志民

传统礼治与软法治理*

罗豪才

各位专家学者,大家好!

经过多方筹备,“传统礼治与当代软法建设高端学术研讨会”隆重召开。请允许我代表主办方对各位专家学者表示热烈的欢迎,对会议的承办单位、同时也是主办方之一的山东师范大学齐鲁文化研究院表示衷心感谢。

党的十八大以来,以习近平同志为总书记的党中央从坚持和发展中国特色社会主义全局出发,提出并形成了全面建成小康社会、全面深化改革、全面依法治国、全面从严治党的战略布局。“四个全面”相辅相成,集中体现了中央治国理政的新思路、新举措和新要求。全面依法治国、建设中国特色社会主义法治体系,要坚持法治基本方向,维护宪法和法律尊严;同时也要多探讨法律的中国特色,深入思考传统文化与现代法治的关系,对传统文化加以扬弃,更好地推进法治中国建设。

召开这次会议的想法,来自我2014年来山东开会期间与王志民教授的聊天中。我是搞软法的,王教授是研究传统文化的专家,我一直希望能够在传统文化中挖掘软法产生发展的根基,而王教授也希望能赋予传统文化以现代内涵。2014年6月,我们邀请王教授来北大博雅公法论坛举办讲座,主题就是“软法与传统礼学”。由王教授主讲,与会专家学者畅所欲言,效果非常好。之后我们开始筹备启动更大规模的学术研讨会,以期能够延请更多专家,就这一主题进行更深入探讨。2015年1月份,中国行为法学会软法研究会正式宣告成立,我们这次会议成为软法研究会宣告成立以来,与几家单位联合召开的第一次大型研讨会。我也希望这种交流合作能更多一些,范围更广一些,成果更丰富一些。

* 本文为罗豪才教授致“传统礼治与当代软法建设高端学术研讨会”的贺信。

中华民族自古以来就是礼仪之邦。“礼”是中国古代社会长期存在的,维护社会秩序、维系社会关系的一系列原则以及言行规范的总称。早在三千多年前的西周时期,“礼”就已经具备了社会规范的性质,在当时对社会生活各个方面都有着实际的调整作用,成为人们遵行的准则。“礼”既包含抽象的精神原则,也包括了具体的礼仪形式。通过“礼”的形式,把道德教化渗透到衣食住行、言谈举止各个方面,通过各种礼仪、制度来规范和约束人们的言行,融入到人们的生活,让人们在实践中感知它、领悟它。“礼”在运作理念与实施机制上与“刑”有明显区别,是我国古代社会主要的行为规范,构成我国传统法律体系的重要组成部分。

近代以来,我们对于传统法制的认识,更多偏重于“刑”,而忽略了“礼”的作用,这固然受制于我们的认识水平,但也与我们对法的理解有关。

传统观念一般认为:法是体现国家意志的,由国家制定或认可,依靠国家强制力保障实施的规范体系。这一概念,一方面强调法的“规则”特性,即法是调整人类行为的规则;另外一方面强调法的“强制力”特性,即法是依靠国家强制力保证实施的。

我们认为,在全面推进依法治国、建设中国特色社会主义法治体系的大背景下,对法的理解有必要进一步深化:法应是体现公共意志的,由国家制定或认可,依靠公共强制或自律机制保证实施的规范体系。相应,法的特性则可由“规则性”和“影响力”来概括,一方面仍要强调其规则性,另外一方面,则应淡化规则与国家强制力的联系,而关注其实际影响力大小。规则的影响力可能来自于国家强制力,或者是国家强制力与社会影响力的共同作用,也有很多是完全借助舆论、媒体、道德等社会影响力,以及自律、互律机制的运用来实现,褪去了国家强制力色彩。基于这一概念和认识,则法律规范中由国家制定或认可,并由国家强制力予以保障的部分规范属于硬法;而另外一部分虽然也是国家制定或认可的,但是不借助国家强制力,而是依靠社会强制,或借助自律、自治机制来实现其效果的规范,我们称之为软法。

党的十八届四中全会明确提出,要发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。这些社会共同体创制的各类自治规范多属于软法范畴。近年来,我们一直关注软法发展,软法研究无论是在研究范围和领域上,还是在研究队伍与组织上,都有很大进步,取得了很多成果。在推进法治国家、法治政府、法治社会一体建设中,既需要国家硬法,也离不开软法,尤其是在法治社会建设中,更多的还是要依赖软法。软法在制定和实施过程中都体现了对社会多元主体的充分尊重,强调平等

协商、自律互律,推动社会自我治理、自我规制,已经成为加强社会治理和推进法治社会建设的主要规范,正在发挥越来越独特、越来越大的作用。

传统“礼治”在规范内容和实施机制上与我们今天所关注和提倡的软法有很多可资比较的地方。希望通过我们这次会议,深入理解和贯彻“四个全面”战略布局,加强传统礼治、传统文化与软法关系的研究,传承我国优秀传统文化,推进法治不断深化。

最后预祝本次研讨会圆满成功,谢谢大家!

“礼治”背景下的中华“软法”

彭 林*

从 2006 年起,罗豪才先生将国际法学界热议的“软法”概念引入当代中国的公共治理领域,倡言“在建设法治国家特别是法治社会的进程中,法治的实现既要依靠国家来推动,更要夯实社会共同体自律互律的基础,依靠多样化的法律规范来保证社会既有序发展、又充满活力”^①,令人耳目一新。迄今为止,有关的讨论主要是在法学界,并且以理论研究为主。本文试图将“软法”放到中国传统“礼治”的背景下来观察,藉此探讨中国社会的治理模式,希冀得到法学界的指教。

一、传统中国的“礼治”模式

我们认为,中国学者讨论“软法”,理应立足本土文化背景,如此,这场讨论才有“经世致用”的意义。为此,首先要说清楚传统中国的文化形态与基本特点。

早在 20 世纪初,梁启超先生就指出,中、西文化是当代世界的两大文明体系,彼此并行不悖,特色各异,互有优长。梁先生进而将“中国重礼治”与“西方重法治”相对,视为中西文化的核心特征,钱穆先生对此深为赞同,称“此可谓深得文化分别大旨之所在”。^②

中国的礼治,肇端于周初,是对纣王无道暴政的反动,其标志则是周公“制礼作乐”。与西方人作为上流社会交际手段的礼截然不同,中国文化之

* 清华大学人文学院历史系教授、博士生导师。

① 罗豪才:《社会治理离不开软法之治》,载《人民日报》2011 年 7 月 27 日第 19 版。

② 钱穆:《中国知识分子》,载《国史新论》,生活·读书·新知三联书店 2001 年版,第 119 页。

礼与道德为表里,是道德理性的具象。诚如《礼记·仲尼燕居》所说:“礼也者,理也。”礼是按照道德理性的要求而制定的典章制度、行为规范的总称,旨在规范人的言行,构建社会的人伦秩序。

孔子倡导的“道之以德,齐之以礼”的治国理念,主张为历代知识精英所尊奉,有关论述,史不绝书,如曾国藩即主张以“以礼自治,以礼治人”^③为治国纲领:“治国以礼为本”“修身、齐家、治田、平天下,则一秉乎礼。自内焉者言之,舍礼无所谓道德;自外焉者言之,舍礼无所谓政事”。^④

当今有些学者谈及礼治,往往认定礼治排斥刑罚,迂腐之极。其实,凡有正常思维之人,都不可能将礼当做万能灵丹,都会想到用刑罚来做保证。孔子做过鲁国的司寇,岂有不知司法的作用?不过是礼、法关系孰轻孰重、孰先孰后罢了。孔子说:“君子礼以坊德,刑以坊淫。”^⑤德礼是提升社会向上的引绳,刑罚则是防止社会堕落的底线。司马迁论礼、法先后及其作用时说:“夫礼禁未然之前,法施已然之后。法之所为用者易见,而礼之所为禁者难知。”^⑥顾炎武赞同孔子坊德、坊淫之说:“古之明王所以禁邪于未形,使民日迁善远罪而不自知者,是必有道矣。”^⑦

需要顺便提及者,先秦文献习见之“法”,通常是指法则、法度、章法,而非今人所说之法律,因此不可混淆,如:

宣子于是乎始为国政,制事典,正法罪,辟狱刑,董逋逃,由质要,治旧涛,本秩礼,续常职,出滞淹。既成,以授太傅阳子与大师贾佗,使行诸晋国,以为常法。^⑧

武子归而讲求典礼,以修晋国之法。子反曰:“天下有道,则公侯能为民干城,而制其腹心。乱则反之。今吾子之言,乱之道也,不可以为法。”^⑨

北宫文子云:“《诗》云:‘敬慎威仪,惟民之则。’令尹无威仪,民无则焉。”^⑩

③ 《曾国藩全集》,日记二,岳麓书社1988年版,第921页。

④ 《曾国藩全集》,诗文,岳麓书社1986年版,第358—359页。

⑤ 《礼记·坊记》。

⑥ 《史记·太史公自序》。

⑦ (明)顾炎武:《日知录集释》卷七,《未有义而后其君者也》,岳麓书社1994年版,第250页。

⑧ 《左传》文公六年。

⑨ 《左传》宣公十六年。

⑩ 《左传》成公十八年。