

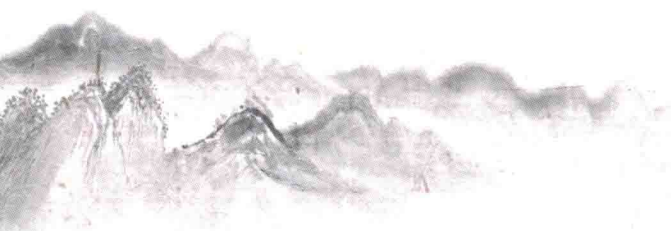
鉴古明今

——传统法文化的现实意义

张晋藩 / 著

JIAN GU MING JIN

CHUAN TONG FA WEN HUA
DE XIAN SHI YI YI



中国政法大学出版社

鉴古明今

传统法文化的现实意义

张晋藩／著

JIAN GU MING JIN

CHUAN TONG FA WEN HUA
DE XIAN SHI YI YI



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

鉴古明今：传统法文化的现实意义/张晋藩著. —北京：中国政法大学出版社，2018.4

ISBN 978-7-5620-8259-0

I. ①鉴… II. ①张… III. ①法律—文化研究—中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第077644号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 固安华明印业有限公司
- 开 本 880mm×1230mm 1/32
- 印 张 6.25
- 字 数 125 千字
- 版 次 2018 年 4 月第 1 版
- 印 次 2018 年 4 月第 1 次印刷
- 定 价 25.00 元



序

中国是世界著名的文明古国，有着五千年不曾中断的历史，其法文化底蕴之深厚，治国理政经验之丰富，古圣先贤杰出的政治智慧与法律智慧等都是其他文明古国所不可比拟的。习近平总书记多次提倡研究中国传统文化，从中汲取建设社会主义伟大强国的历史资源、文化资源。本书所收录的六篇文章，都是为了完成国家社会科学基金重大委托项目“创新发展中国特色社会主义法治理论体系研究”（项目批准号：17@ZH014）而作的，意在为该课题研究提供法文化支持，借以彰显中国特色。中国政法大学出版社以最快时间出版此书，希望可以作为对习近平总书记去年5月3日视察我校的一种回应。

張晉鵬 謹序

2018年4月20日

目 录

论中国古代的德法共治 / 1

依法治国，历史发展的必然

——全面依法治国是国家治理的一场深刻革命..... / 39

中国古代的治国之要

——监察机构体系与监察法..... / 69

以良法促善治

——中国古代立法考量 / 110

论中国古代的司法镜鉴 / 131

中国古代的法律宣传 / 162

论中国古代的德法共治

德法互补，互相促进，共同治国在中国由来已久，是中国古代治国理政的成功经验，也是中国传统法文化中的精髓。这充分显示了中华民族的政治智慧与法律智慧。认真总结中国古代德治与法治的功用、相互关系、共同治国的历史经验，对于建设具有中国特色的依法治国的法治国家具有重要的史鉴价值。习近平总书记多次提倡研究中国传统文化（包括法文化），从中汲取建设社会主义伟大强国的历史资源、文化资源，特别是反复阐明要坚持依法治国和以德治国交相治国的重要价值。习近平总书记在2013年2月中共中央政治局就全面推进依法治国进行第四次集体学习时指出：要坚持依法治国和以德治国相结合，把法治建设和道德建设紧密结合起来，把他律和自律紧密结合起来，做到法治和德治相辅相成、相互促进。2014年10月，他在党的十八届四中全会发言中进一步指出：“坚持依法治国和以德治国相结合。国家和社会治理需要法律和道德共同发挥作用。必须坚持一手抓法治、

一手抓德治，大力弘扬社会主义核心价值观，弘扬中华传统美德，培育社会公德、职业道德、家庭美德、个人品德，既重视发挥法律的规范作用，又重视发挥道德的教化作用，以法治体现道德理念、强化法律对道德建设的促进作用，以道德滋养法治精神、强化道德对法治文化的支撑作用，实现法律和道德相辅相成、法治和德治相得益彰。”2016年12月，习近平总书记在中共中央政治局第三十七次集体学习的总结发言中进一步阐述了德治与法治的不同功用与共同治国的重要价值。他说：“法律是成文的道德，道德是内心的法律。法律和道德都具有规范社会行为、调节社会关系、维护社会秩序的作用，在国家治理中都有其地位和功能。法安天下，德润人心。法律有效实施有赖于道德支持，道德践行也离不开法律约束。法治和德治不可分离、不可偏废，国家治理需要法律和道德协同发力……法治和德治两手抓、两手都要硬……法治与德治就如车之两轮、鸟之双翼，不可偏废。”

本文从中国法制历史实践出发，阐述德治与法治各自具有的特殊功用以及两者在共同治国中所经历的历史阶段和积累的经验，力图为当前深入推进具有中国特色的依法治国方略贡献绵薄之力。

一、古人论德体现了中华民族善良的心态

在中国古文献中，关于德的概念与解释可谓多矣。东汉许慎《说文解字·心部》从字义出发阐明：“惠，外得于人，内得于己也。从直，从心。”意为对人对己都要把心思放正，

只有“直在心上”才能“外得于人，内得于己”。^{〔1〕}明初，宋濂等人编写的《正韵》提出：“凡言德者，善美，正大，光明，纯懿之称也。”《康熙字典》沿用《说文解字》的旧说，并引《诗经》做进一步解释。《诗经·大雅》曰：“民之秉彝，好是懿德。”所谓“懿”，按《说文》，“专一而美也”，懿德，就是美德。

此外，也有从人的心性角度进行解释。如《尚书·皋陶谟》记载，皋陶建议大禹选择具有九德之人为官。所谓九德，就是“宽而栗，柔而立，愿而恭，乱而敬，扰而毅，直而温，简而廉，刚而塞，强而义”，^{〔2〕}可见九德就是指人所具有的九种心性。《尚书·洪范》提出“三德”之说：“一曰正直，二曰刚克，三曰柔克。”^{〔3〕}这是指人所具有的正直、坚毅、和顺的心性。《左传·成公十六年》明确记载：“德，谓人之性行。”孔颖达疏曰：“民生厚而德正。”^{〔4〕}《史记·乐书》也有类似解释：“德者，性之端也。”^{〔5〕}《淮南子》还阐述说：“得天性谓之德。”^{〔6〕}

古人还把德的价值与国家施政联系起来，宣扬德教和德化的重要性。关于德教，《礼记·月令》说：“孟春之月，命相布德。”“和令，行庆，施惠。”对此，郑玄注曰：“德谓善

〔1〕《说文解字·心部》。

〔2〕《尚书·皋陶谟》。

〔3〕《尚书·洪范》。

〔4〕《左传·成公十六年》。

〔5〕《史记·乐书》。

〔6〕《淮南子·齐俗训》。

教。”^{〔1〕}《周礼·地官·大司徒》提出以“知、仁、圣、义、忠、和”六德教万民。^{〔2〕}关于德化，《管子·心术》说：“化育万物谓之德。”德化更多的是与重民、爱民联系在一起，如《尚书·盘庚》说：“施实德于民。”《左传·襄公七年》曰：“恤民为德。”^{〔3〕}《管子·正》曰：“爱民无私曰德。”^{〔4〕}《玉篇》说：“德，惠也。”即施惠于民曰德。

古人对于德不吝笔墨，从多方面、多角度进行解释，不是偶然的，是和中华民族的特质分不开的。中华民族在严酷的生存斗争、生产斗争中需要借助“群”的力量抵御外侮和自然灾害，以维持自身的存在和发展，因而养成了以直相待、宽容为怀、团结互助的民族心态。古代思想家论德之说正是有针对性地体现了这种民族心态，使之易为中华民族所接受。经过漫长的生生不息的演进，德由善教逐渐趋向于善治，形成了中国古代所特有的道德政治文化，把国家的兴衰与道德的弘扬、人心的向善密切地联系在一起，使德治深深扎根在中华民族的文化土壤之中，最终才有可能演化成为德法互补互用、共同治国的方略。

二、德治的价值取向在于化民

古文献中赞美唐尧是施行德政、以德化民的创始人，唐

〔1〕《礼记·月令》。

〔2〕《周礼·地官·大司徒》。

〔3〕《左传·襄公七年》。

〔4〕《管子·正》。

尧“克明俊德，以亲九族。九族既睦，平章百姓。百姓昭明，协和万邦”。^{〔1〕}同时还赞美虞舜让位给有德之人，所谓“舜让（君位）于德，弗嗣”。^{〔2〕}德治的出发点和归宿都在于重民、惠民、教民、以民为本，孔子曾以“养民以惠”称赞郑国子产治国有方，^{〔3〕}并认为“惠则足以使人”^{〔4〕}，他特别把“博施于民而能济众”看作不仅是“仁德”，而且是“圣德”。孟子进而论证了“以德行仁者王……以德服人者，中心悦而诚服也”。^{〔5〕}

可见，德的功用主要在于教化，首先是化个人的不良心性，使之纳于德的规范之中。也就是运用德的标准进行教化，唤起人们内在的、正直的、善良的天性，即内化于心，使之自觉地远恶迁善，趋吉避凶，不仅远离犯罪，而且经过内省，使心灵净化，于潜移默化之中达到一种高尚的精神境界，所谓“日迁善而不自知”^{〔6〕}。

德的功用其次是以德化不良之俗。由于古代中国是各地区政治、经济、文化发展不平衡的统一多民族的大国，因此流行于各地区的风俗多不相同。其中既有良善的风俗，也有荒诞、落后、愚昧的风俗，所谓“百里不同风”。而各地的风俗不是一朝一夕形成的，因此历代在以德化民的同时，也

〔1〕《尚书·尧典》。

〔2〕《尚书·尧典》。

〔3〕《论语·公冶长》。

〔4〕《论语·阳货》。

〔5〕《孟子·公孙丑上》。

〔6〕《孟子·尽心上》。

注意以德化俗，使妄诞之俗归于理性、邪恶之俗归于良善，务使不义不肖之徒明礼义、知廉耻，使四海同归于德化。如同宋人苏辙所说：“帝王之治，必先正风俗。风俗既正，中人以下皆自勉于为善；风俗一败，中人以上皆自弃而为恶。邪正盛衰之源，未必不始于此。”^{〔1〕}

最后，德最重要的功用是以德化民。以德化民反映了政治家的视野由个人扩展到全国的民众，表现出一种博大的政治气魄和抱负。以德化民除以德的标准施教于民之外，更重要的是通过善政辅助善教，把施政的立足点移至为政以德。

西汉孝文帝以勤俭持国，力戒奢靡之风，广施善教、善政。史书称赞他：“专务以德化民，是以海内殷富，兴于礼义。”^{〔2〕}

隋文帝在褒奖齐州行参军王伽等人的诏书中指出“以德化人”能使刑措而不用：“若临以至诚，明加劝导，则俗必从化，人皆迁善。往以海内乱离，德教废绝，官人无慈爱之心，兆庶怀奸诈之意，所以狱讼不息，浇薄难理。朕受命上天，安养万姓，思遵圣法，以德化人，朝夕孜孜，意在于此……若使官尽王伽之俦，人皆李参之辈，刑措不用，其何远哉！”^{〔3〕}

唐朝著名的文学家韩愈沿着《唐律疏议》所规定的“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，进而阐述了“德礼为先，

〔1〕《续资治通鉴·宋纪七十九》。

〔2〕《史记·孝文本纪》。

〔3〕《北史·循吏传》。

而辅以政刑”〔1〕的道理。

宋代理学家朱熹对于以德化民的潜移默化之功作了进一步的阐释，他说：“政刑能使民远罪而已。德礼之效，则有以使民日迁善而不自知。”〔2〕

元朝徽州路达鲁花赤合刺不花以孝悌施政，《新元史》称他为以德化民的循吏：“合刺不花廉平自持，专务以德化民。”〔3〕

明嘉靖五年（1526年）三月，世宗皇帝在奉天殿测试天下贡士，曾在制诰中提到：“英君谊辟，固有专务以德化民而致刑措之效力。”〔4〕

清代顺、康两朝皇帝均迭颁诏书表达了以德化民之意。顺治十二年（1655年）冬十月戊辰日，诏曰：“帝王以德化民，以刑辅治。苟律例轻重失宜，官吏舞文出入，政平讼理，其道曷由。朕览臬狱本章，引用每多未愜。其以现行律例缮呈，朕将亲览更定之。”〔5〕

康熙二十年（1681年）正月戊寅日，谕三法司：“帝王以德化民，以刑弼教，莫不敬慎庶狱，刑期无刑。故臬决之司，所关最重，必听断明允，拟议持平，乃能使民无冤抑，可几刑措之风。近览法司章奏，议决重犯甚多。愚民无知，

〔1〕（唐）韩愈：《潮州请置乡校牒》。

〔2〕（南宋）朱熹：《论语集注·学而》。

〔3〕《新元史·循吏传》。

〔4〕《明世宗实录·嘉靖五年三月》。

〔5〕《清史稿·世祖本纪》。

身陷法网，或由教化未孚，或为饥寒所迫，以致习俗日偷，愍不畏法。每念及此，深为悯恻。”〔1〕

清代名吏陆陇其专务以德化民，“（康熙）十四年，授江南嘉定知县。嘉定大县，赋多俗侈。陇其守约持俭，务以德化民。或父讼子，泣而谕之，子掖父归而善事焉；弟讼兄，察导讼者杖之，兄弟皆感悔。恶少以其徒为暴，校於衢，视其悔而释之。豪家仆夺负薪者妻，发吏捕治之，豪折节为善人。讼不以吏胥逮民，有宗族争者以族长，有乡里争者以里老；又或使两造相要俱至，谓之自追。徵粮立挂比法，书其名以俟比，及数者自归；立甘限法，令以今限所不足倍输于后”。〔2〕

总括以上，历代统治者对于以德化民都十分重视，其事迹多见于史书记载，借以表征德治与善政。由于民是国家的构成元素，民安则国宁，因此，通过以德化民，使民心性陶冶，远恶迁善，既巩固了国家统治的群众基础，也有助于社会的稳定。正是在这一点上，表现出了德的治国之用。因为这个治国的路径不是直接的，而是曲折的、迂回的，是经过教民、化民实现的，而且这个路径还需得到法的配合才能实现。所以，古文献中无单独的以德治国的明确表述，孟子所说的“徒善不足以为政”，无疑也是指德不能直接用做治国的手段。德、法之所以被古人说成是治国的二柄，就在于二

〔1〕《清实录·康熙二十年正月》。

〔2〕《清史稿·陆陇其传》。

者在实际的功用上有所不同：一为直接的治国手段，如法是也；一为间接的化民为治，如德是也。这表现了二者不同的着力点和价值取向。可见，古人对于德化的论说是理性的，是入世的，虽有价值取向的不同，但不能忽视其历史作用。正因为如此，德法结合、共同为治才成为古代政治家、思想家的治国方案，形成了数千年特有的治国理政传统。

三、德法互补、共治是历史发展的必然选择

（一）明德慎罚、德法共治的发端

由于德之功在于潜移默化的“化”上，并不具备国家的强制力，而国家是一个复杂的机器，为了推动国家机器的运转，需要具有各种强制性机构，如政府、军队、法庭、监狱等，还需要各种制度的共同推进，才能保证国家对外、对内职能的实施并达到治国理政的效果。因此只凭德化不足以胜残去杀，打击犯罪，维持国家的统治。从历史上看，德治论者可谓多矣，但在实践中却没有一个朝代只凭德治就能够维持其统治。德治只有与法治相结合，德法共治，才能使国家富强。历史雄辩地证明了这一点。

早在公元前 11 世纪，拥有“邦畿千里”和“如火如荼”般强大军队的商朝，却被“小邦周”瞬间推翻，这个历史的巨变使周朝的执政者周公深切意识到，商之亡，亡于“重刑辟”，失德而“武伤百姓”，失掉了民众的支持，导致亡国亡身。因此，他在立国之始，一改商末以天为威、以刑制民的

做法，把国家的基点建立在重民的基础上。他告诫说，“民情大可畏”^{〔1〕}，“人无于水监，当于民监”^{〔2〕}，强调“民之所欲，天必从之”^{〔3〕}，以警醒周族统治者重民、保民。

正是在重民的思想基础上，周公提出礼乐政刑，综合为治的重大决策，史书说：“周公摄政，一年救乱，二年克殷，三年践奄，四年建侯卫，五年营成周，六年制礼作乐，七年致政成王。”^{〔4〕}周公在制礼作乐的同时，还进行了立政和“作九刑”，使“礼乐政刑”成为综合为治的一个整体。如同《史记·乐书》所说：“礼以导其志，乐以和其声，政以壹其行，刑以防其奸。礼乐刑政，其极一也，所以同民心而出治道也。”

作为“礼乐政刑”治国大计的重要一环，周公提出“克明德慎罚”的方略。“明德慎罚”把德与法首次联结在一起，是对商朝亡国之失的总结，也是德法互补、共治的伟大创新。它开辟了中国古代德法共治的先路。所谓明德，就是以德为施政的主宰，因而提倡尚德、敬德、成德，彰明德治。按《尚书·洪范》所载周初三德——正直、刚克、柔克，也就是用正直、坚毅、和顺加上礼乐共同主宰国家的施政和用刑之道；并把明德与天意相连接，所谓“以德配天”，借以增强德的威慑力量。至于慎罚，就是刑罚得中，不“乱杀无

〔1〕《尚书·康诰》。

〔2〕《尚书·酒诰》。

〔3〕《尚书·泰誓上》。

〔4〕《尚书大传》。

罪、杀无辜”，以免“怨有同，是丛于厥身”。^{〔1〕}只有明德才能做到慎罚，才能保民，由此，民的地位上升了，“民之所欲”受到了重视，而神意进一步遭到了贬低。

在“明德慎罚”治国方略的影响下，周朝不仅纠正了商末刑罚的乱用，也使得周朝法制发生了一系列的变革。

第一，以流、赎、鞭、扑四种刑罚续于墨、劓、剕、宫、大辟五刑之后，避免动辄用肉刑伤残人的肢体或生命。

第二，根据情节区别用刑。《尚书·康诰》载周公说：“人有小罪、非眚，乃惟终……乃不可不杀。”“乃有大罪，非终，乃惟眚灾……时乃不可杀。”^{〔2〕}此意为过失、偶犯，从轻；故意、一贯，从重。这种区别用刑的原则也渗入了对于犯罪动机的考量，这在三千多年以前的周朝，是难能可贵的。与此同时，周朝还提出了罪疑从罚、罚疑从赦的原则，这个原则是后世无罪推定原则的最早形态，反映了中国古代法制的先进性。

第三，周公告诫康叔，要用中罚，并以司寇苏公为例：“司寇苏公式敬尔由狱，以长我王国。兹式有慎，以列用中罚。”^{〔3〕}所谓中罚，就是刑罚宽严适度，使受刑者无怨，有助于社会的稳定。

第四，为了准确地司法断罪，实行“三刺”之法，以倾听各方面的意见。“以三刺断庶民狱讼之中：一曰讯群臣，

〔1〕《尚书·无逸》。

〔2〕《尚书·康诰》。

〔3〕《尚书·立政》。

二曰讯群吏，三曰讯万民，听民之所刺宥，以施上服、下服之刑。”〔1〕

经过周公德法互补、共治，不仅稳定了周朝的统治，而且还造就了成康之治的盛世：“民和睦，颂声兴。”“天下安宁，刑错四十余年不用。”〔2〕

（二）法家的兴起和以法治国方略的形成

历史进入春秋时代，铁制生产工具的应用，使“辟草莱”成为可能，并推动了土地私有制的确立。地方经济的发展，使诸侯国日益强大，王权衰微，礼乐之治也已失去了控制社会和国家的作用。“明德”在诸侯国不断失德的冲击下，也失去了过去的风采。在这个时代大变动的背景下，如何治国，是政治家、思想家不断思考的问题。奉周礼为圭臬的儒家学派逐渐让位给新兴起的法家学派，法家奉行的法治逐渐取代了礼乐之治。早期法家代表人物是公元前7世纪齐国的管仲。他提出的“以法治国”的法治学说成为时代的最强音，在世界法制史上也是开篇之作。

《管子·明法解》说：“明主者，一度量，立表仪，而坚守之。故令下而民从。法者，天下之程式也，万事之仪表也；吏者，民之所悬命也。故明主之治也，当于法者赏之，违于法者诛之。故以法诛罪，则民就死而不怨；以法量功，则民

〔1〕《周礼·秋官·小司寇》。

〔2〕《史记·周本纪》。