

## “软法”定义:从传统的“礼法合治” 中寻求法的共识

马小红

**摘要:**“软法亦法”观点的提出与研究,为我们分析古代社会的“礼法合治”提供了新的视角,同时也为现实法治在发展中更好地借鉴中国古人的经验与智慧,寻求古今相通,甚至中西相通的“法”之共识提供了新的路径。中国古代社会由“礼治”而“法治”而“礼法合治”的发展,证明了软法的存在以及软法在法律体系中不可或缺的作用。历史的经验告诉我们,自下而上形成并具有社会导向的软法,不仅是法治发展中的有机组成部分,而且更是法治主流价值观形成及法治共识形成的关键所在。

**关键词:**软法;礼法合治;共识

众所周知,中国古代以“礼仪之邦”闻名于世,王朝统治、社会治理、家族秩序、个人修为无不以“礼”为基础。可以说,以礼为基础的社会共识,是中华文明自古至今,五千余年从未间断的原因所在。近代中国考古学与人类学的开拓者李济说:中国是“卓立于世界上最古老的、她有最悠久的——这是弥足重视的——延绵不断的历史记录。”<sup>[1][P.7]</sup>在延绵不断的历史记录中,“礼”是一个核心词,无论是官修典籍还是坊间散记,礼的引导与约束,无处不在。正因为礼的根深蒂固,当近代西方法治思潮涌入中国时,人们自觉或不自觉的将礼与法对立了起来。这种对立、淡化,甚至撕裂了原本高度统一的社会共识。即使是在变法已逾百年的今天,<sup>①</sup>“法治”似乎早已成为社会的共识,但实际上,巨大的传统惯性仍使我们常常彷徨迷茫——法是否能像古代的礼那样承担起凝聚社会共识的使命?在这由礼而法的转折中,在法学方面,我们遇到的也是前所未有的难题:如何认识中国古代社会礼法结合的法律体系,如何认识近代变革中礼法角色的互换,如何将植根于国人心中的礼转化为现实法治的动力而不是阻力,如何取得法治的共识而不是各取所需、各执一端的理解法治等等。

“软法亦法”<sup>②</sup>观点的提出与“软法”研究,无疑为我们分析中国古代法的结构和特点提供了新的视角;同时也为现实法治的发展更好地借鉴古人的经验与智慧,寻求古今相通,甚至中西相通的“法”之共识提供了新的思路。本文欲从分析中国古代社会的礼治、法治、礼法合治切入,寻找或发现中国古代社

作者简介:马小红,中国人民大学法学院教授,博士生导师,“2011年计划”司法文明协同创新中心兼职研究员。

① 此处“变法”指始于20世纪初清朝廷主持的立宪修律。

② “软法”的提出与概念参见罗豪才、宋功德著《软法亦法:公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版。软法研究从反思分析法流派有关法的概念出发,认为“以国家强制力保障实施”的规范只是“硬法”的必备特征,而不是所有的法都必备的特征。软法是法律体系中与硬法相对而言的规范,其主要指在国家立法中具有指导性、号召性、激励性、宣示性的非强制性规范、国家机关制定的非强制性的法规范、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。本文借用软法的理论剖析中国古代社会法律体系的构成,解析礼与法的关系,并力图从法律史的角度补充软法的定义,借鉴古人经验,寻求当今社会的法之共识。

会的“软法”为“软法”定义,并寻求当代社会的“法治”共识。

从不断被考古学证明确实存在过的夏王朝算起,至公元1911年清朝覆灭,中国古代经历了四千余年的发展。就法的发展而言,中国古代经历了三个阶段,即三代的“礼治”、春秋战国至秦的“法治”、汉中期确立并此后一直相沿至清朝的“以礼为主,礼法合治”。这三个阶段的法各有特点,若以软法、硬法的理论加以分析,礼治偏重软法,法治偏重硬法,礼法合治则是软法、硬法的结合。

### 一、古代“礼治”

用“礼治”归纳儒家的思想,应该始自梁启超。在《先秦政治思想史》中,梁启超言“良好的政治,须建设于良好的民众基础之上。而民众之本质,要从物质精神两方面不断的保育,方能向上。故结果殆将政治与教育同视,而于经济上之分配亦甚注意。吾名之曰‘人治主义’或‘德治主义’或‘礼治主义’。”<sup>[2]</sup>(P.64)值得注意的是,梁启超在《中国法理学发达史论》中将礼治主义的含义解释为“自然法”,而对人治主义的解释为“能应用自然法以制人定法”。<sup>①</sup>

笔者同意梁启超用“礼治”概括儒家的理论,尤为同意梁启超认为中国古代礼治、德治、人治是一个开放性体系的观点,即礼治并不排斥法治。

笔者赞同梁启超用“礼治”描述儒家思想与中国古代法的特征,是因为古籍中虽然未能见到“礼治”这个词,但有关“礼为国之根本”的论述在儒家的经典和史书中确实比比皆是。如《左传》“僖公十一年”记内史过言“礼,国之干也;敬,礼之舆也。不敬,则礼不行;礼不行,则上下昏,何以长世?”此是言国家不可无礼;《礼记·坊记》言“夫礼,坊民所淫,章民之别,使民无嫌,以为民纪者也。”此是言社会、家庭不可无礼;《礼记·曲礼》:“人有礼则安,无礼则危。”此是言做人不可无礼。

儒家的礼治理论是夏商西周三代齐家、治国经验的总结,三代因而被称为礼治的时代。礼治,是历史经验的总结,是一个以传统继承为主,并与与时俱进的体系。

首先,三代的礼治是一脉相承的。孔子说“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也。”(《论语·为政》)又言“周监于二代,郁郁乎文哉,吾从周。”(《论语·八佾》)由此可见,西周的礼治是在夏、商二代礼治的基础上发展起来的。历史的继承,在礼治时代使国家的统治权具有天然的合法性。周对夏商之礼的借鉴、“损益”主要表现在用“德”充实了礼治的内容,沟通了神意与王权,形成了“天命移易”的思想。《尚书·周书》强调“德”、“民”、“天命”三者之间的关系是:得民之拥护者为有德,有德者得天命,而得天命者的统治才具有正当性。对周人来说,“德”的主要内容莫过于统治者的自律“保民”。<sup>②</sup>由此,夏商时期的“君权神授”,在周人的礼治体系中变成了“以德配天”。政权合法性的标志也由商人的“天”之一元变成了“天”与“德”二元。

德由此也成为西周宗法制下,每一个人,尤其是贵族必须遵守的法度。

其次,三代的礼治是一个兼容并蓄的体系,其由两个主要部分构成。第一是“礼义”,核心内容则是建立在“亲亲也、尊尊也、长长也、男女有别”(《礼记·大传》)基础之上的人伦道德——忠、孝、节、义。<sup>③</sup>第二是礼制(仪),即礼的外在表现形式,即礼的制度、条文、规范,其中也包括法制、刑制等。礼义与礼制(仪)在“礼治”体系中占据主导地位的显然是前者,即礼义。故三代史料言礼仪必先言礼义(德)自不待言,而且说到刑制也必然会申明刑之目的在“德”。如《尚书·吕刑》记“惟敬五刑,以成三德。”“朕敬于刑,有德惟刑。”在《尚书》的《康诰》、《酒诰》、《召诰》等诸篇中,也皆体现出了敬礼、敬德的思想及刑罚在于辅助道德实现的最终目的。王国维总结道“周之制度典礼乃道德之器械。”“周制刑

<sup>①</sup> 梁启超《饮冰室合集》第2册《文集之十五·中国法理学发达史论》,中华书局1989年版,第72页。“儒家固甚尊人治者也。而其所以尊之者,非以其人,仍以其法。故儒家崇拜古圣人者,谓古圣人为能知自然法,能应用自然法以制人定法也,故儒家者,非持简单肤浅的人治主义,而实合人治法治以调和之者也。”

<sup>②</sup> 如《尚书·康诰》:“惟乃丕显考文王,克明德慎罚,不敢侮齔寡,庸庸,衿衿,威威,显民。”《无逸》:“知稼穡之艰难”、“知小民之依”。《酒诰》:“人无于水监,当于民监”等等。

<sup>③</sup> 《史记·太史公自序》索引“亲亲父为首”,“尊尊君为首”。可见,亲亲重孝,尊尊重忠。

之意,亦本于德治礼治之大经。”<sup>[3] P.14-15)</sup>程树德亦认为“三代皆以礼治,孔子所谓殷因于夏礼,周因于殷礼,是也。《周礼》一书,先儒虽未有定说,而先王遗意,大略可现。”(《九朝律考·汉律考》)

以软法的观点来看,西周时期趋于完善的礼治体系显然是一个软法为主的体系,这不仅是因为礼义在礼治体系中的主导地位与导向作用,而且还因为礼制或礼仪的实施主要靠教化和引导,其并不具有严格的形式法律的特征。

## 二、古代法治

礼治体系在春秋时期发生了变化。这一变化的原因是多方面的,比如生产力的发展,私田的出现,新的利益集团的形成。春秋战国时期,权力先下移至诸侯,形成春秋五霸“挟天子以令诸侯”;再下移至大夫,形成战国七雄逐鹿中原。礼治的破坏,是先从制度开始的。礼制所规定的朝觐纳贡制度在春秋时已久废不用,以知礼闻名且与周王室关系最为密切的鲁国,在春秋232年间也仅仅朝觐了3次。春秋中期,继天子式微后,诸侯的势力也走向衰弱。大夫不仅敢僭越公室,而且对王室也极为藐视。鲁国的季孙、仲孙、叔孙三家大夫公然不顾礼制的规定,将诸侯才有权祭祀的“公庙”设于私家。季氏还在自家的庭院中享用只有天子才能享用的“八佾”之舞,祭祀了只有天子才有权祭祀的泰山。孔子论及季孙的所作所为,十分愤慨,斥责道“是可忍,孰不可忍”。<sup>①</sup>

为了秩序的重建,诸子学说并现于世,春秋战国成为学派林立,观点纷呈的思想多元化时代,也是法思想发展的黄金时代。诸子百家从各自的立场出发,对法的概念、性质、作用以及发展趋势提出了自己的主张,而对中国传统法律影响最为深远的莫过于儒、法两家。尽管儒家与法家在主张一统、维护君权、维护社会等级制度方面并不对立,但在法的主张方面却各自独树一帜。儒家主张改良礼治体系中不合时宜的制度与仪式,却坚决维护礼治体系中处主导地位礼义的。因此在《论语》及《春秋左传》中我们常常可以看到当时的儒家对礼与仪的区分,《礼记·大传》总结先秦儒家对礼治变革的主张为“立权度量,考文章,改正朔,易服色,殊徽号,易器械,别衣服——此其所得与民变革者也。其不可变革者则有矣:亲亲也,尊尊也,长长也,男女有别——此其不可得与民变革者也。”儒家认为,衡量制度善恶的标准是“礼义”。周礼的可贵之处,在于最大程度的体现了礼义。法制也是如此,必须体现礼义的精神。随着社会的发展,无法反映或维护礼义的制度是可以改变的,但这种改变的宗旨不是为了削弱礼义,恰恰相反,是为了更好地弘扬礼义。儒家认为,失去了礼义的主导,法就失去了存在的价值;违背了礼义的精神,法就成为不祥之物。

而主张以法代礼的法家,则与儒家不同。他们更为注重法律的形式而不是法的实质。法家立法的依据是“力”而不是“理”,法家主张以“法出一门”(由国家政权统一颁行法律)来彰显国家的力量。法家立法的主要目的是富国强兵而不是惩恶扬善,所以法家的法要统一的是人们的言行,而不是人们的善恶是非观。由此,法家更注重法律形式的完善,强调法律的公开和令出必行的权威。韩非对“法”的定义是“法者,编著之图籍,设之于官府,而布之于百姓者也”(《韩非子·难三》)。法的作用在于使“万民皆知所避就”(《商君书·定分》),使“吏不敢以非法遇民,民不敢犯法以干法官”(《君书·定分》)。与儒家的法相比,法家强调法的刚性,并欲将天下网络于法中,用制度解决一切问题。其中包括用法表达国家富国强兵的需求,表达天下定于一的需求。

公元前221年,漫长的儒法之争以法家的胜利而暂告结束。推行法家理论最为坚决,变法最为彻底的秦国以风扫残云之势统一了关东六国,建立了中国历史上惟一以“法治”自诩的统一集权制王朝。统一后的秦王朝,<sup>②</sup>继续以法家理论为指导,崇尚严刑峻法。秦始皇出巡常常刻石以颂秦政,几乎每次都要提到法的建设及法的功绩。公元前219年,始皇登泰山,其刻石自赞秦政“治道运行,诸产得宜,皆

① 《论语·八佾》。八佾,按礼制的规定为64人组成队列的舞蹈,西周时只有天子才有权享用。

② 秦王朝的统一政权建于公元前221年,亡于公元前206年。

有法式。”《史记》又记其登琅琊，立石刻辞，其中有“除疑定法，咸知所避”、“欢欣奉教，尽知法式”、“端平法度，万物之纪”之语。公元前218年，登之罘，刻石，辞曰“大圣作治，建定法度，显著纲纪”、“普施明法，经纬天下，永为仪则”（《史记·秦始皇纪》）等等。尽管秦律早已佚失，但1975年湖北云梦出土的秦简证明了秦律的缜密。云梦秦简中有近30篇秦律的内容，由此可知秦之农业、军事、手工业、官吏职责等诸方面皆有法可依，“皆有法式”决不是一句溢美之辞。

秦王朝的法治，尤其是被统治者推向极端的法家理论有着致命的弱点，这就是单纯地强调尊法而忽视了尊法环境的营造，忽视了社会的复杂性。这种以国家是非为是非，不论善恶的法，在诸国兼并的战争中由于其明确而严厉的特征，对于统一国人的言行有着立竿见影的功效。但在战争结束后，法仍然作为统一言行的权力工具而存在时，便弊端丛生。秦以刑罚作为“皆有法式”的后盾，由此而形成了为后世诟病的“暴政”。陈胜、吴广揭竿而起时无奈地发出感叹“天下苦秦苛法久矣”（《史记·陈胜世家》），“伐无道，诛暴秦”成为秦末社会的共识。

在评价法家之“法”的时候，我们应该注意两个方面，一是先秦法家所言之“法”，是维护君主集权制的法。法家的“法治”尽管在春秋战国时期对秦的统一与社会发展起到了积极的推进作用，但其与我们今天的“法治”有着本质的不同，其既不体现“民主”的精神，也不承认法律具有“至上”的权威。二是法治与三代礼治是有区别的，秦代的法治是反传统之道而行的。对于礼治所强调的“理”，秦统治者不以为然，法家斥儒家的教化为迂阔之论，一味崇尚“力”。在礼治体系中“得民心者得天下”，在法家法治体系中成了“力多则人朝，力寡者则朝于人。”（《韩非子·显学》）

由于秦朝的崇法严重背离了传统，瓦解了自夏以来延续了两千余年的礼的主导地位，致使国家提倡的法与社会推崇的礼产生了对立，这种对立使新生的统一王朝危机四伏。太子扶苏对此有着清醒的认识，他以太子的身份劝谏秦始皇“天下初定，远方黔首未集，诸生皆诵法孔子，今上皆重法绳之，臣恐天下不安，惟上察之。”（《史记·秦始皇纪》）扶苏不仅觉察到法治并非万能，而且认识到曾对“法治”抱有无限希望的人们对现实中的“法治”已经开始失望，甚至是不满怨怒。历史的发展也不幸被扶苏言中，秦的暴政在二世即位后愈演愈烈，“法式”成为天下人的刑网。上至皇室公卿，下至黎民百姓，无不为繁法酷刑所困扰。当陈胜、吴广于大泽乡揭竿而起时，范阳人蒯通对范阳令说“秦法重，足下为范阳令十年矣。杀人之父，孤人之子，断人之足，黥人之首，不可胜数。”（《史记·张耳陈余传》）秦王朝终于葬送在此起彼伏的农民起义风暴之中，统一后的秦朝享国仅16年，可谓短命而亡。

我们不否认秦朝的统一及所行之法是历史的巨大进步，但我们也无法否定秦对传统的矫枉过正及用法过急而给当时的人们带来的灾难以致亡国。如果用软法的理论加以分析，秦法之失在于法律缺乏“理”的支持，在法律体系中，过于强调靠国家“强制性”实施的硬法，使法成为国家的工具，成为帝王的御用之器。正是因为秦用法而亡的前车之鉴，自秦之后，中国古代史上无复有敢以“法治”自诩的王朝。

### 三、古代“礼法合治、以礼为主”的法律体系

用“礼法合治”描述中国古代法律并认为礼法合一是中国古代法的特征，是学界长期以来的通识。这种描述或归纳，是有充分依据并合乎历史客观的。但应该指出的是，这种描述与归纳并不全面。因为在礼法合治的体系中，礼与法的地位并不可等量齐观，礼作为法的主流价值观、作为法的激励性规范、作为其他规范的标准或目的，显然处在主导或主要的地位。所以，对于中国古代法律体系的描述应该是“礼法合治、以礼为主”。

汉承周、秦，对周、秦两代历史经验与教训的总结格外用心。周王朝600余年的礼治盛世与秦统一后16年而亡的法治给汉人以深刻的印象。因此，汉代的政治家、思想家几乎一边倒地倾向礼治，主张恢复传统。秦因法而亡也成为汉人的共识。《汉书·刑法志》总结道“至于秦始皇，兼吞战国，遂毁先王之法，灭礼谊之官，专任刑罚，躬操文墨，昼断狱，夜理书，自程决事，日悬石之一。而奸邪并生，赭衣塞路，圜圜成市，天下愁怨，溃而叛之。”秦的天折使汉人重新认识到了礼的价值。汉初思想家贾谊重提以

“礼”凝聚朝廷、官员、家族、社会的共识“道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分争辩讼,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;禘祠祭祀、供给鬼神,非礼不诚不庄。”<sup>①</sup>

然而,经过春秋至秦,日臻成熟的法制,在实践中也颇具成效。不管汉人如何批判秦法,但在现实中想要完全恢复礼治,抛弃秦法已经没有可能。在统一天下的过程中,秦法也确实功不可没。法家理论的缺陷在于过分迷信制度的功效,过于强调法的强制性而忽视社会的共识,忽视法的精神与价值。但也正是这种缺陷,为汉儒融合礼法,复兴礼义和礼教留出了空间。在汉儒看来,法制,尤其是偏重刑罚的“律”若失却了礼的精神,就等于丢失了灵魂。在礼与刑的关系中,汉儒强调礼与刑的一致性,而不是对立,这就是众所周知的“出礼入刑”。汉的“贤良文学”(儒生)认为“二尺四寸之律”,古今相同,但殷、周用之则治,秦用之则乱,原因在于“汤、武经礼义,明好恶,以道其民,刑罪未有所加,而民自行义,殷、周所以治也。上无德教,下无法则,任刑必诛,刳鼻盈囊,断足盈车,举河以西,不足以受天下之徒,终而以亡者,秦王也。”(《盐铁论·诏圣》)三代的刑罚,以维护礼为目的,所以行之而天下大治。秦的刑罚失去了德教的制约,成为暴政,“终而以亡”。礼义在汉人对传统的怀念中,在汉儒对秦法的反思中重新登上历史舞台。

汉代及其之后的历代王朝,在法律体系中,都致力于在礼的主导下,融合礼法。而礼法融合主要有两条途径,一是立法以儒家提倡的伦理道德为指导;二是在司法实践中引经决狱,以体现礼所提倡的精神高于具体的法律条文。如董仲舒以“《春秋》之义,父为子隐”为由,认为养父包庇犯罪的养子而“不当坐”(《通典·礼·二十九》)。汉宣帝时,“子首匿父母,妻匿夫,孙匿大父母”(《汉书·宣帝纪》)皆不为罪成为定律。自汉时起,礼法融合的进程始终没有停止。儒家的精神、法家的制度构成中国传统法的主要内容。从汉至清,礼与法实为统一的“共同体”。在一般情况下,礼与法并不矛盾,轻礼势必导致乱法,而轻法也必然会导致礼的衰败。

汉中期礼法合治体系的重建,是在儒家中庸理论指导下完成的,也是在对周秦历史经验的总结中完成的。出于汉人之手,假托孔子之言的《中庸》说“中者,天下之大本也;和者,天下之达道也。致中和,天地位焉,万物育焉。”孔子之言、儒家之说确实可以避免诸家的极端与偏颇,使社会在稳定中向前发展。在礼法合一的法律体系中,既突出了礼对法的导向作用,但也不排斥法的强制性,不排斥法律追求形式上的完善。但与法的表现形式相比,儒家显然更为注重法的精神;与法的威慑性相比,儒家显然更注重法的导向性;与法的惩恶作用相比,儒家显然更注重法的扬善作用。由此,在汉以后法律体系中,礼的主导地位是毋庸置疑的。

#### 四、“礼法合治、以礼为主”的分析

综上所述,“礼法合治”中的“法”多指由国家颁行的制度法令,其实施以国家强制力为后盾。用软法的理论划分,其属于“硬法”的范畴。而“礼法合治”中的“礼”则多属于软法,其是具有指导性、号召性、激励性、宣示性的非强制性规范,是在社会共识的基础上自发形成的家法族规及行规民约,更重要的是其为法的主流价值观之所在。用梁启超的话来说,礼是自下而上“建立在良好的民众基础上”,须“不断保育”方能发展向上的法。

三代礼治与秦的法治有着诸多不同,比如在对政权合法性的认识方面,礼治更强调“理”,而法治更强调“力”;在立法中,礼治更强调制度的宗旨,而法治更强调制度的形式;在执法中,礼治强调合理的变通性,而法治更强调制度的划一性;在法的价值观方面,礼治更强调法律与道德须互为表里,而法治更强调法对权力的维护,等等。由此,我们可以看到“礼法合治”中的“礼”多指法的价值观,其注重的是法的

<sup>①</sup> 《贾谊集·新书·礼》。《礼记·曲礼上》亦有此语。《礼记》成书于汉,《曲礼》原文已佚,《礼记》中《曲礼》为汉儒整编而成。参见(清)皮锡瑞著《经学通论·三·三礼》,此段话可以看成是汉儒对礼的重要性的论证。

善恶,法的合理性以及法对自发形成的社会秩序的保护。

在汉之后礼法合治的体系中,礼常常作为立法不足的“救济”而出现,起着“上位法”的作用。这就是汉代“春秋决狱”盛行、魏晋纳礼入律、唐律的解释“一准乎礼”的原因。《通典·选举志》记载了这样一条选官规定:“不习经史无以立身,不习法理无以效职。举人出身以后当宜习法,其判问请皆问以时事、疑狱,令约律文断决。其有既依律文,又约经义,文理弘雅,超然出群,为第一等。其断以法理,参以经史,无所亏失,粲然可观,为第二等。判断依法,有文彩,为第三等。颇约法式,直书可否,言虽不文,其理无失者,为第四等。此外不收。”这一选官标准说明,无论是疑狱,还是法条所不载的时事,“经史”、“经义”、“法理”都可以作为裁断的标准,但裁决的最终依据应该是礼。二十五史中的《孝友传》、《列女传》、《游侠传》、《忠义传》中记载的大量案例也直接证明了“礼”的这种上位法地位。

在礼法合治的体系中,法的作用同样未被忽视。尽管汉之后由于对法家严刑峻法的批判,在一定程度上造成社会对法律,尤其是刑罚负作用的过度警惕,并出现了“重礼轻法”的现象。<sup>①</sup>但应该厘清的是,所谓的“轻法”指的是轻视法的制度,而不是法的精神。如果全面考察汉之后的社会,“轻法”并非是社会的主流意识,即使在文人书人间,对法的鄙薄也不占主导地位。不同于法家“以法为教”、“以吏为师”,也不同于秦王朝以“焚书坑儒”极端手段统一禁锢人们的言行与思想,汉中期的思想统一是以儒家为本、杂糅各家学说中有利于时势者的基础上完成的。如果说秦的法治共识是建立在权力强制基础上的,那么汉以后的“礼法合治、以礼为主”的共识则是建立在文化基础上的,虽然汉代社会的共识并不能排除权力的诱导。众所周知,汉武帝虽“罢黜百家”,但以孔子学说为信念的儒生与以精通法家的文吏始终同朝为官,各有其职。曹魏时下令郡国贡举,也并不排斥法家,只要“儒通经术,吏达文法,则皆试用之。”(《通典·选举二》)唐至明,科举中皆设有“明法”科。唐代“明法科”的考试内容为“试律七条,令三条,全通为甲等,通八为乙第。”(《新唐书·选举志》)宋代苏轼的《戏子由》中有“读书万卷不读律,致君尧舜终无术”<sup>[4][P.325]</sup>之诗句;而清代乾嘉学派的重要人物、经学大师孙星衍在《重刻故唐律疏议序》<sup>[5]</sup>中也坦言“读书不读律之言非通论也。”明清时官吏读法已不仅仅是要求,而是律中的规定。《大清律例·吏律·公式》“讲读律令”条规定“凡国家律令颁行天下,官吏务要熟读,讲明律意,剖决事务,每遇年终,在内外官各从上司官考校,若有不能讲解,不晓律意,罚俸一月,吏笞四十”。在日常的司法实践中,国家颁行的法令具有最高的权威。比如民间契约在大多数情况下由乡规民约制约,这就是民间社会普遍认可的“官有律令,人从私约。”但若私约被一方背弃,诚信原则受到破坏时,国家的法令便会干预。《唐律》有“负债违契不偿”条,规定对不遵守私约者处以笞、杖刑,并“各令备偿”(《唐律疏议·杂律》)。同时,民间私约一般允许掣夺欠债不还者的家资抵债,但同时为防止债主掣夺过量,旁人乘机打劫,《唐律》又有“负债强牵财物”条,规定若“强牵财物,过本契者,坐赃论。”(《唐律疏议·杂律》)如果说“人从私契”是约定俗成的软法,那么“官有律令”则是国法对发自民间债务关系秩序的补充,这种补充的原则是公平。即不允许欠债不还,也不允许“强牵财物”过当。<sup>②</sup>

综上,我们可以将“礼法合治”体系中的“礼”视为软法,“法”则可以视为“硬法”。礼与法的关系是礼为主导,礼法相辅相成,互为补充的。在一般情况下,国家并不以“强制力”的手段干涉或改变民间社会的秩序,而民间社会对于国家倡导的礼则有高度的认同。与西方主流学说出于对“权力”的警惕而强调国家与公民二元分立不同,儒家学说力图强调王朝与民众相一致的立场,因此国家以立法的形式引导社会在中国有着悠久的历史,从这一点来说,“软法亦法”的理论有利于这一传统的弘扬。

<sup>①</sup> 古代社会中确实有视法吏为俗吏,视断狱理讼为俗务的轻法现象。比如许多人不屑于学律读法,甚至不愿担任关涉审判职务的现象。唐代元澹曾深受狄仁杰器重,玄宗时被选派“出为刺史,兼关内按察使”。元澹却自以为书生,“非弹治才,固辞。”后又四次被委任以大理卿之职,也都以“不乐法家”之由而坚辞。(参见《新唐书·儒林传》)。清朝大臣田文镜也曾不忧虑地论道“每见少年州县,喜恃聪明,或于无事时,学书学画,讲弈讲诗,津津然自诩为能。而问之以律例,则呐呐不能出口者。”(《钦定州县事宜·讲读律令》)。

<sup>②</sup> 在契约关系的保障与裁判方面,乡规民约与国家法令的互为补充参见也小红《中国中古契约关系研究》(第15章),中华书局2013年版;李功国主编《中国古代商法史稿》,中国社会科学出版社2013年版。

### 五、什么是“软法”——法律史角度的补充

在此我们应该从法史的角度对“软法”有一个较为明确的定义。正如法的定义至今众说纷纭、莫衷一是,软法的定义也一定会成为法理学领域中聚讼不已的课题。这也许正是软法研究的理论与实践价值之所在。

首先,“软法”是古今中外法律体系中的客观存在。古代社会中礼治中法的成分可以说大部分属于软法的范畴。在解释“礼治主义”时,梁启超引用日本法学家穗积陈重的研究,认为“原始社会者,礼治社会也。举凡宗教、道德、惯习、法律,悉举而包诸礼仪之中。无论何社会,皆礼治先于法治,此征诸古代史及蛮地探险记而可见者也。支那古代,谓礼为德之形。礼也者,行为之有形的规范,而道德之表彰于外者也。当社会发展之初期,民智蒙昧,不能依于抽象的原则以规制其行为,故取日用行习最适应共同生活者,为设具体的仪容,使遵据之,则其保社会之安宁,助秩序的发达,最有力焉。故上自君臣、父子、兄弟、夫妇、朋友,下逮冠、昏、丧、祭、宫室、衣服、饮食、器具、言语、容貌、进退,凡一切人事,无大无小,而悉纳于礼之范围。夫礼之范围,其广大如此。此在原始社会,其人民未惯于的生活者,以此制裁之而甚有效,至易见也。及夫社会确立,智德稍进,人各能应于事物之性质,而为适宜之自治行为,无取复以器械的形式制驭之,而固定之礼仪,或反与人文之进化成反比例,此礼治之所以穷而敝也。”<sup>①</sup>

梁启超认为,穗积陈重有关“礼治主义之起源、发达及其得失,言之殆无余蕴矣”<sup>[6] P. 77-78)</sup>由此可见,“礼治”是古代社会发展中存在的普遍现象。其内容包括了宗教、道德、惯习、法律及人类社会的生活习俗。礼治是古代社会中最有力、最有效的治理手段。在近代“人文之进化”、“秩序的生活”社会中“穷而敝也”。尽管笔者不能同意梁启超及穗积陈重将礼治视为近代法治的对立物,但是赞成他们对礼治起源的描述和论断。即礼治是法文明伊始便存在的秩序,如果我们礼治视为软法,那么软法自法律产生之日起,就是法律体系中的重要组成部分。

其次,软法是法律体系中不可或缺的,在中国古代“礼法合治、以礼为主”的法律体系中,更是如此。以往我们误认为中国古代法律体系是“以刑为主”的,一个重要的原因在于我们未将“礼”纳入法的研究领域中。在对“法”的定义中,中国人民大学孙国华教授曾精辟地指出法是“理”与“力”的结合。如果将这一观点用于分析中国古代社会,我们可以看到“理”,正是儒家强调的法的价值观及最终追求。而“力”正是法家所强调的法具有的强制力特征。法的“理与力”,在中国古代社会正表现于“礼法合治”之中。近代思想家严复在比较中西法律不同的表达时说“盖在中文,物有是非谓之理,国有禁令谓之法,而西方则通谓之法,故人意遂若理法同物,而人事本无所谓是非,专以法之所许所禁为是非者,此理想之累于文字者也。中国理想之累于文字者最多,独此则较西方有一节之长。西方‘法’字,于中文有理、礼、法、制四者之异译,学者审之。”<sup>[7] P. 2-3)</sup>又言“西人所谓法者,实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分,以谓礼防未然,刑惩已失。”<sup>[7] P. 7)</sup>如果用软法的理论分析,礼所倡导的善法信念及将伦理道德规范化的乡规民约等皆属“法”的范畴。

再次,在中国古代,礼作为软法当然也有着诸多的规范条文,如对帝王官吏的约束,对家族间及家族成员间关系的规范等。<sup>②</sup>但更为重要的是,礼凝聚了社会对法的共识,营造了社会尊礼守法的环境。《明史·礼》与《清史稿·礼》中记载的“乡饮酒礼”便体现了软法在中国古代法律体系中的主导、引导、激励的作用。乡饮酒礼始见于《周礼》的记载,其仪式在不同时代有所不同,但一直沿用到明清。乡饮酒礼规定县一级的官府应每年冬闲时将乡绅、宗室、村民聚在一处,宣讲人伦和律令。乡饮酒礼的目的在于淳厚风俗,和睦邻里,息讼止争。清代的乡饮酒礼还规定了乡饮酒礼的“程序”在开场时“扬觶而语

① 《法学协会杂志》第24卷第一号论文“礼与法”——梁启超原文注

② 关于中国古代社会乡约家规的资料,可参见一凡藏书馆文献编委会编《古代乡约及乡治法令文献十种》,黑龙江人民出版社2005年版;最新的研究成果可参见何淑宜著《香火:江南士人与元明时期祭祖传统的建构》,台湾稻香出版社2009年版;田涛《徽州民间私约研究及徽州民间习惯调查》,法律出版社2014年版。

曰:恭惟朝廷,率由旧章,敦崇礼教,举行乡饮。非为饮食,凡我长幼,各相劝勉。为臣尽忠,为子尽孝,长幼有序,况友弟恭,内睦宗族,外和乡党。毋或废坠,以忝所生。”此后,再由生员“赞‘读律令’”:“律令,凡乡饮酒,序长幼,论贤良,别奸顽。年高德劭者上列,纯谨者肩随。差以齿。悖法徇规者,毋使参席,否以违制论。敢有哗噪失仪,扬觶者纠之。”<sup>①</sup>

正如法国启蒙思想家伏尔泰所言,这种礼法合一的“法”的作用较之于国家颁行,以“强制力”为后盾并形式完备的惩罚性法律(硬法)的作用更大。因为其不仅可以惩恶,而且可以扬善。对礼法合治之法的积极作用,伏尔泰早有着“远观庐山”而得其真貌的认识,伏尔泰言“在别的国家,法律用以治罪,而在中国,其作用更大,用以褒奖善行。若是出现一桩罕见的高尚行为,那便会有口皆碑,传及全省。官员必须奏报皇帝,皇帝便给应受褒奖者立牌挂匾。前些时候,一个名叫石桂(译音)的老实巴交的农民拾到旅行者遗失的一个装有金币的钱包,他来到这个旅行者的省份,把钱包交给了知府,不取任何报酬。对此类事知府都必须上报京师大理院,否则要受到革职处分;大理院又必须奏禀皇帝。于是这个农民被赐给五品官,因为朝廷为品德高尚的农民和在农业方面有成绩的人设有官职。应当承认,在我们国家,对这个农夫的表彰,只能是课以更重的军役税,因为人们认为他相当富裕。”<sup>[8] (P.217)</sup> 礼教的鼓励,在伏尔泰看来是“作用更大”的法。

近代以来,我们在学习、仿效西方法律时,忽视对自身传统的总结,在接受西方法律时,对法的形式格外关注,而对“礼法合治”中处主导地位“礼”一味批判。我们强调法的“自上而下”,强调法的规范表现形式,强调法是国家政权“制定”并依靠国家强制力实施的特征。礼由此而被摒弃于法外,且被认为是当代法治发展的阻力。这种狭隘的法观念致使现实中硬法与软法的脱节,造成法律制度虽然逐渐完备,但法的价值观却难以达成共识;法律一统,但缺乏社会共识的环境却使法律成为具文。

如果从礼的角度来研究中国古代的软法,我们可以归纳并补充软法的这样特点:软法是自下而上形成的具有广泛社会基础的规范,软法的核心是社会对法的共识,并由共识而营造出尊法的社会环境。在社会共识的基础上,人们对软法规范的遵守有价值观的支持,有长期潜移默化的习俗熏陶,有国家与社会的提倡认可等等,与依靠国家强制力实施的硬法相比,人们对软法的接受和遵守是发自内心的。

#### 六、借鉴礼法合治,从传统中寻找共识

“礼法合治”是汉人总结了周之礼治与秦之法治而形成的法律体系,也是一个符合社会实际,可以避免礼治、法治各自不足的法律体系。这一体系自汉之后又经二千余年精心琢磨调整而日臻完善。研究礼法合治、以礼为主的法律体系在中国古代社会治理中所取得的成功,对于软法理论的意义,并不只是为了说明软法在法的体系中不可或缺,更重要的是这个凝聚了中国古人经验和智慧的法律体系能够为我们现实的法治提供切实有效的借鉴。比如,在凝聚法的共识方面。如果今人对“法治”的认识能如同古人尊崇“礼治”那样的话,现实中法治精神与权威的确立将不再会成为难题。

“礼”与“法”就字义而言,在近代中国社会的发展中经历了一个互为消长的过程。

先说“礼”的字义由“长”而“消”的演变。“礼”是中国古代文化的核心。对此中外学人都不会持有异议。中国的古人以“中国者,礼义之国也”<sup>②</sup>而自豪。而近、现代学者也无不将“礼”作为中国传统文化的根本。古代社会的“礼”,内涵十分丰富。其包括意识形态、价值观、制度、习俗等等。其中也包括了今天我们所说的法的价值、法的精神,甚至包括了今天我们所说的宪法、民法等内容。但近代以来,礼的内涵则被大大萎缩了,人们更多地将其作为举止得当的一种日常文明生活习惯。有学者指出“今天人们往往只把‘礼’看作是日常生活中文明行为的规范。”<sup>[9]</sup>

再来看“法”的字义在近代由“消”而“长”的演变。近代的“法”,走了一个与“礼”反向的发展途径,

① 《清史稿·礼》,“杨觶”有二意,一为“举杯”,二为乡饮酒礼的主持者。

② 徐彦《春秋公羊传注疏》隐公七年。



其含义不是像“礼”字那样萎缩,而是不断拓展。古代社会中“法”字的内涵远不如现代社会丰富。从政治法律含义上说,狭义之法,常常专指刑罚,或者是“刑书”;而广义的法,则泛指“制度”。但在近代中国,“法”字的内涵在人们对礼的批判中迅速拓展,许多古代社会以礼表达的价值观、思想、制度、规范等等,在近代被法所吸纳。当我们对礼大加鞭挞并批判古代法缺乏理念及学理支撑时,殊不知古代法的理念恰恰就蕴含在礼中。

通过礼、法字义的演变,我们会感到礼在中国古代社会所扮演的角色与现代社会法所承担的角色有着相似之处,所以中国古代被誉为“礼仪之邦”。或者也可以反过来说,法在当代社会扮演或将要扮演的角色与古代社会礼的角色大致相同。尽管就目前状况而言,我们离法治社会的目标尚有距离,达成这一目标尚需要付出艰苦的努力。因此,无论是古代社会的“礼治”,还是“法治”,抑或是“礼法合治”,都与现实中的法治有着千丝万缕的关联。

就法的理念而言,“和谐”——安定社会、调和矛盾而不是激化矛盾——是中国古代法价值所追求的最高境界。在对和谐的追求中,礼治背景下的中国古代法的独到之处在于强调弘扬人的“善性”,比如:通过朝廷的倡导、精神及物质的适当鼓励、社会风尚的熏陶等,养成人们自律的习惯,以达到和谐的境界。由于强调弘扬善性,中国古代法律构成了一个道德与法律相为表里,以道德为基础的社会治理体系。只有与道德要求相一致时,法才能得到社会的广泛认同。虽然近代以来,道德与法律不分被一些学者所抨击,但正是这种法律与道德相为表里的法,使人们在守法的基础上有了更高的目标追求。这种追求,弱化了法的“暴力”,平衡了人与自然、民族与民族之间、人与人之间的关系。

就立法而言,礼治背景下的立法注重法的善恶,认为“法不仁不足以法”。西周时的《吕刑》就将法分为“祥刑”和“虐刑”,使天下祥和之法即善法,致天下大乱之法即恶法。道德是检验法律善恶的标准。古人强调法律与道德相为表里,违背了人们共同价值观的法律会受到社会质疑而被搁置。当法条与法的精神发生矛盾时,中国古代强调的是断案官吏必须明“经史”、“法理”(儒家经典或礼治提倡的原则),即法律的精神,而不是拘泥于条文。立法的最高境界是融天理、国法、人情于一体。合礼与否,是善法与恶法的分水岭。唐律之所以为后世奉为圭臬,原因在于其“一准乎礼”。明末清初启蒙思想家黄宗羲甚至将善法称之为“无法之法”,即植根于人们心中的大法。<sup>①</sup>

就立法技巧而言,古代社会“礼法合治,以礼为主”的体系,法律所追求的“疏而不漏”境界也是值得我们借鉴的。早在战国时,荀子就认为法律不是万能之器,法之条文有限,而现实社会复杂多样;法之条文一定而不可变,而现实社会却无日不在变化之中。所以,法律一旦公布,就必有其漏洞和弊病,世上无“无弊之法”是古人的共识。其实在世事多变的今天,我们更能深切地感受到古人对世上无“无弊之法”的断言。“礼法合一、以礼为主”智慧地解决法律与世事变迁间的矛盾。礼作为软法不仅可以用灵活多样的规范弥补硬法的漏洞,而且可以在对法的共识基础上纠正硬法因世事变迁等原因而出现过时等弊端,增强了法的开放性和与时俱进的能力。“礼法合治”将自下而上形成的礼与自上而下颁行的法有机地结合在一起,国家并不过多地干涉民间自发形成的秩序,而是借助这种秩序,奠定了法的基础。<sup>②</sup>

通过对古代礼法合治的分析及软法的定义,我们应该认识到,法不仅仅只是依靠国家强制力实施的规范体系。现代法治与古代礼法合治的相通之处,就在于软法与硬法在一个完备的法律体系中是缺一不可的。如果放眼未来法治的发展,软法的重要性更是不可或缺,在日益复杂的经济活动与社会生活中,缺乏变通性的硬法须与软法相依而立,才能克服硬法的先天缺陷,使“法治”真正成为维护正义和人类福祉的目的。如史际春教授言“在当代社会化条件下,仅凭‘有法可依、有法必依’已不足以实现法治,还要保证法能够适应复杂动态的经济社会运行,形成良性、友好的互动关系。为此,发现并纠正‘错

<sup>①</sup> 参见黄宗羲《明夷待访录·原法》。

<sup>②</sup> 其实我们应该反思近代以来,尤其是我们单纯地将法律视为国家颁行的统治阶级意志的体现时,国家制定法对民间秩序的过度干预导致了法律与社会实际的脱节。这一方面的研究可参见李启成著《外来规则与固有习惯》,北京大学出版社2014年版。

法’就是一种常态的现象及工作。‘错法’迫使立法者反思立法的过程和机制,推动科学、民主立法。‘错法’纠正则可调动社会各系统、各领域的主体或群体理性地商讨纠错的办法,凝聚共识和主流价值。如此社会成员相互之间及其与公共管理之间达致和谐有序,将把我国的法治推向一个新的高度。”<sup>[10]</sup>在纠正错法过程中,软法的矫正作用正如古代社会法律体系中礼的作用。

#### 参考文献:

- [1] 李济《中国文明的开始》,江苏教育出版社、凤凰出版传媒集团 2005 年版。
- [2] 梁启超《饮冰室合集》第 9 册《专集之五十·先秦政治思想史》,中华书局 1989 年版。
- [3] 《王国维遗书》第 2 册《观堂集林·卷十·殷周制度论》,上海古籍书店 1983 年影印版。
- [4] 《苏轼诗集》第 2 册,中华书局 1982 年版。
- [5] 《唐律疏议》,刘俊文点校,中华书局 1983 年版。
- [6] 梁启超《饮冰室合集》第 2 册,《文集之十五·中国法理学发达史论》,中华书局 1989 年版。
- [7] [法]孟德斯鸠《法意》(上册),严复译,商务印书馆 1981 年版。
- [8] [法]伏尔泰《风俗论》(上册),梁守锵等译,商务印书馆 1997 年版。
- [9] 丁鼎“礼:中国传统文化的核心”,载浙江大学古籍研究所编《礼学与中国传统文化——庆祝沈文卓先生九十华诞国际学术研讨会论文集》,中华书局 2006 年版。
- [10] 史际春、孙天承“经济法中的错发现象”,载《南京大学学报》(社会科学版) 2015 年 2 期。

## Defining the “Soft Law”: Seeking Consensus of Law from the Tradition of “Rule by Rite and Law”

*Ma Xiaohong*

**Abstract:** Proposing and researching on the viewpoint of “soft law is law” will provide us a new perspective for analyzing “rule by rite and law” of ancient China and help us use the experience and wisdom for reference from our predecessors. Additionally it also offers us a new path for finding the basic consensus on the legal concept not only between ancient and modern China but also between the Orient and the Occident. The social governance of the ancient Chinese society embraced “rule by rite” at the very beginning, then evolved to the “rule by law” and eventually combined them together. These developments strongly prove the existence of the soft law and its indispensable role in Chinese legal system. History tells us that the soft law, coming into existence from the bottom up, is society-oriented, which consists of organic part of the growth of the rule of law, as well as a critical portion in the formation of mainstream value and consensus of the rule of law.

**Keywords:** Soft Law; Rule by Rite and Law; Consensus

(责任编辑 晨 晖)