

原理及其意义

探索中国法律文化之道

张中秋 著

中国政法大学出版社

教育部人文社会科学重点研究基地项目基金资助
项目名号：传统中国法理研究（2009JJD820013）

D929
91



原理及其意义

探索中国法律文化之道

张中秋 著



中国政法大学出版社

2010·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

原理及其意义: 探索中国法律文化之道 / 张中秋著. — 北京: 中国政法大学出版社, 2010. 6

ISBN 978-7-5620-3664-7

I. 原... II. 张... III. 法律-文化-研究-中国 IV. D929

中国版本图书馆CIP数据核字 (2010) 第110837号

- | | |
|------|---|
| 书 名 | 原理及其意义: 探索中国法律文化之道
YUANLI JIQI YIYI: TANSUO ZHONGGUO FALÜ WENHUA ZHI DAO |
| 出版发行 | 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088 zfs620@263.net
http://www.cuplpress.com (网络实名: 中国政法大学出版社)
(010) 58908285 (总编室) 58908325 (发行部) 58908334 (邮购部) |
| 承 印 | 固安华明印刷厂 |
| 规 格 | 880×1230 32 开本 8.875 印张 195 千字 |
| 版 本 | 2010 年 8 月第 1 版 2010 年 8 月第 1 次印刷 |
| 书 号 | ISBN 978-7-5620-3664-7/D·3624 |
| 定 价 | 26.00 元 |

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

序

这本集子是我部分文章的选编。这些文章是由同一个问题引发的，即对中国传统法律文化原理及其意义的追问，亦即对中国法律文化之道的探索。

走上探索中国法律文化之道这条路，对我来说似有必然。我生长于清秀自然的江南农村，天性中有乡土社会的**求实倾向**，同时又有对空灵文化的向往，所以，从**探索法律历史**到追寻法的文化原理，似乎成了我研究历程中的**一个自然选择**。我对中国法律文化之道的**思考，经历了十个从自发到自觉的过程**。虽然二十年前我在写中国法律的伦理化时已触及到了这个问题，但应该说那时还不是很清楚自觉的，只是十年后的研究才使问题愈来愈清晰地呈现在我的面前，迫使我不断地去面对和思考本书的主题，就好像朦胧中隐约有一条线索在不时地牵引着，让我身不由己地朝着中国法律文化的原理及其意义的方向移动。

我的探索使我认识到，中国人在哲学和观念上都认为天人合一，天理、国法、人情相通。这种为中华民族所固有的法观念，正是我们从西周发展而来的中国法律文化之道。这个道用理学的话说是理，用现在的话说是道德原理。道德原理的含义是：道是事物的结构，表示万物的有序性；德是事物的属性，表示万物的生生不息；其中，道是德的存在形式，德是道的存在依据，两者合二为一构成事物的统一性，亦即统一原理。道与德在哲学上被抽象为阴与阳，在法律上转化为礼与法或德与刑，这样，从阴阳合一、阳主阴从的万物原理，转化成了礼法结合、德主刑辅的法律原理，亦即《唐律疏议·名例》所言：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，两者犹昏晓阳秋相须而成者也。”从道德原理的特征上看，统一性是它的形式，礼教性是它的实体，差序性是它的结构。其中，统一性是指它整体上的系统性，亦即一体化；礼教性是指它实体上的道德属性，其核心是三纲五常，精髓是仁与义，法言情与理，亦即仁爱与正当；差序性是指它主从有序的差序结构，亦即一极二元主从式多样化的构成。这些特征和内涵与中国人具有生命感的世界观，亦即植根于有机宇宙观的有机整体性、道德生命性和阴阳合一、阳主阴从的辩证性相联系，而其意义和得失亦尽在其中。对此，我们在中国法律文化的历史实践，以及它与域外法律文化的交流和比较中，可以得到相应的观察与验证。

毫无疑问，如果不带现代人的偏见，我相信在传统社会的中国人看来，道德作为中国法律文化的原理，亦即传统中

国法的根据之所在，理论上不仅具有充分的正当性，事实上亦是他们理想的，至少是合理的现实生活的一部分；而且由于这个原理扎根于万物有序与生生不息的自然之理，于今除了要遗弃它一些旧时精华而今糟粕的东西，如过度尊崇权威和维护等差的“三纲”礼教外，更因为它在精神上肯定和追求有德的人、向善的法与和谐的社会，契合人类真、善、美的理想，所以依然具有某种程度的普适性和持久性；即使与西方法的自由原理相比较，亦永有其价值，因为道德与自由都是人类所必需的。这恰好表明，我们的先人几千年的法律生活，并不像一般教科书所描述的那样无甚可取，而是在给我们留下悠久丰富的法律文化传统的同时，又赋予了我们义理深邃的法律文化哲学。

集子里的文章虽然写的都是同一个主题，但由于写于不同的时候，所以，全书虽然主题明显但不够系统，少数地方还有重复，祈请读者谅解。不过，可以告慰大家的是，我今后的课题将是在此基础上继续钻研，写出一部完整而没有重复的中国法律文化原理。

张中秋

2010年5月

目 录

序 / I

论中国传统法律的伦理化 / 1

乡约的诸属性及其文化原理认识 / 40

家礼与国法的关系和原理及其意义 / 56

传统中国法的道德原理及其价值 / 76

中国社会转型与法的统一性问题 / 102

概括的传统中国的法理观

——兼论传统中国法理对中国法理学的意义 / 149

从中华法系到东亚法

——东亚的法律传统与变革及其走向 / 179

法律文化交流的一般原理及其作用

——以中日法律文化交流为个案的分析 / 192

中华法系与罗马法的原理及其哲学比较

——以《唐律疏议》与《法学阶梯》为对象的比较 / 212

人与文化和法

——从人的文化原理看中西法律文化交流的可行
与难题及其克服 / 234

附一：中国经济法律传统及其与社会盛衰之关联

——兼论中国经济法律传统与社会盛衰之关
联的中国之道 / 249

附二：就人文社会科学研究而作的思考

——以法律科学为议论中心 / 269

论中国传统法律的伦理化

法律与伦理是法律文化的核心问题，因此，探索中国法律文化之道，寻求它的原理和意义，有必要从中国传统法律的伦理化开始。所谓中国传统法律的伦理化，是指传统中国的人伦道德，亦即儒家伦理或者说宗法伦理，内化在传统中国的法律之中，并在精神和原则上支配并引导着法律的变化和发展。伦理化的表现是儒家伦理成为国家立法和司法的指导思想，法律的内容和人们的法律意识渗透了儒家伦理的意蕴。因此，伦理化并不意味着法律在规范形式上有何变化，亦不存在任何实体意义上的“伦理法”或“情理法”。〔1〕

〔1〕 学界对中国传统法律与儒家伦理的关系模式有不同的解说，陈寅恪先生和瞿同祖先生概括为“儒家化”，俞荣根教授表达为“伦理法”，范忠信教授等名之为“情理法”。我以为“儒家化”的概括是有原创性的，但在比较法律文化中，“儒家化”作为一种人文类型，在分类上还不够精确，特别是面对具有宗教伦理色彩的西方法，“儒家伦理化”或者说“宗法伦理化”要更贴切些。本文为了使用方便，简称为“伦理化”，实际是指“儒家伦理化”或“宗法伦理化”。至于“伦理法”和“情理法”，我以为这样的概称是不科学的。首先，“伦理”和“情理”都是人之原理，具有普遍性而不具分类的意义；其次，不存在实体性的类于刑法、民法、教会法等那样的“伦理法”和“情理法”，所谓的“伦理法”或“情理法”，实际只是具有伦理和情理属性的法。因此，在形象比喻的意义上，也许可以使用“伦理法”和“情理法”这样的称呼，但作为科学研究应慎用。相关资料参见陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿》，上海古籍出版社1982年版，第100页；瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社

在中国传统法律的伦理化中，“伦理”是关键词。那么，何谓“伦理”？《说文解字》曰：“伦，辈也，从人，仑声。一曰：道也。”段玉裁注释说：“伦，道也，理也。”〔2〕可见，在中文文献和汉语世界里，伦理就是人的辈分之理，亦就是人们怎样按辈分来相处这样一种做人的道理，简称为人道、人理、人义，亦即通常所说的人伦道德。〔3〕传统中国的人伦道德一般指儒家伦理，或谓之宗法伦理，简称为礼教。〔4〕所以，本文所探讨的中国传统法律的伦理化，其实质是关于礼教对传统中国法律影响的问题。

一、中国传统法律伦理化的进程

在中国的青铜时代，亦就是以青铜为文明标志的夏、商、周时期，法律与宗教伦理的混合，突出表现为神权政治与宗法家族政治的结合，亦即神权与王权和族权的合一。不过，中国历史上的神权政治与神权法有一个特点，即在全国范围内从未出现过凌驾于世俗政权之上的教会和教权。青铜时代的神权法和神权法思

1998年版，第361~381页；俞荣根：《儒家法思想通论》，广西人民出版社1992年版；范忠信等：《情理法与中国人——中国传统法律文化探微》，中国人民大学出版社1992年版。另有，任喜荣博士在《“伦理法”的是与非》（载《吉林大学社会科学学报》2001年第6期）一文中提出，“伦理法”的概括应予肯定，但现有的理论解说存在困境，需要完善。这个观点虽有参考价值，但如笔者上面所说，仍有商榷的必要。

〔2〕许慎撰、段玉裁注：《说文解字》，上海古籍出版社1981年版，第371页。

〔3〕参见李钟声：《中华法系》（上册），台湾华欣文化事业中心1985年版，第211页。

〔4〕儒家伦理或者说传统中国的礼教，曾被尊之为天经地义，即子产所说的：“夫礼，天之经也，地之义也，民之行也。天地之经，而民实之。”（《左传·昭公二十五年》）

想是从属并服务于当时世俗王权的，其目的在于使王权神圣化。^{〔5〕}当时的神权观念主要源于对天命和鬼神的崇敬与恐惧，古籍中有此记载，如《尚书·召诰》曰：“有夏服天命。”“有殷服天命。”《论语·泰伯》曰：“（夏禹）菲饮食而致孝乎鬼神。”《礼记·表记》亦曰：“夏道尊命。……殷人尊神，率民以事神，先鬼而后礼，先罪而后赏，尊而不亲，其民之敝，荡而不静，胜而无耻。”夏商神权法的实践是“天罚神判”，即假借天意和神旨实施司法制裁，上古甲骨文和金文中均有实例记载。^{〔6〕}到西周时期，神权政治尽管仍有很大影响，但已经有所动摇，神权法和天命思想逐渐消退下去。^{〔7〕}《尚书·君奭》记叙西周的情况是：“天不可信，我道惟宁王德延，天不庸释于文王受命。”与此同时，“天罚神判”在西周亦渐渐消失，取而代之的是“五听”制度。^{〔8〕}

法律与宗教伦理在我国真正分离，大致在春秋战国至汉初这段时期。这有两方面的原因：一是神权政治和神权法进一步崩

〔5〕 对远古及青铜时代中国宗教（巫）与政治的关系，张光直先生有十分精彩的分析。参见〔美〕张光直：《中国青铜时代》（二集），生活·读书·新知三联书店1990年版，第102～114页。

〔6〕 参见《殷墟文字乙编》4604；《殷契佚存》850。

〔7〕 参见蒲坚主编：《中国法制通史·夏商周》，法律出版社1999年版，第342～345页。

〔8〕 《周礼·秋官·小司寇》：“以五声听狱讼，求民情。一曰辞听，二曰色听，三曰气听，四曰耳听，五曰目听。”即从当事人说话、面部表情、气息、听觉以及目光反应这五个方面去观察是否有理亏心虚的表现，尔后确定犯罪与否。这种方式虽科学性有限，但它已脱离了宗教巫术神判，是司法迈向人文文明的有力一步。参见奚伟、吴小军：“中国古代‘五听’制度述评”，载《中国刑事法杂志》2005年第2期。

溃，旧贵族用以束缚人的精神枷锁“天命”观念随着“礼崩乐坏”而趋于倾倒，人的解放（对旧制度的挣脱）已成为时代潮流，而人的地位的每一步提高，即是神的地位的进一步下降。《左传》中有不少此类记载，如《左传》桓公六年，随国季梁谏其君曰：“夫民，神之主也，是以圣王先成民而后致力乎神。”《左传》昭公十八年，郑国发生大火，有人要求子产祭神禳火，认为不这样做，还会发生火灾。子产驳斥道：“天道远，人道迩，非所及也，何以知之？”此类记载还可见之于《左传》庄公十四年、庄公三十二年等，这些被广泛引证的史载向我们展示了神权法时代的结束。^{〔9〕}造成法律与宗教伦理分离的另一个很重要的原因是，法家思想和法家系统的法律制度占据了战国到汉初这段时期的国家意识形态和上层建筑。法家的特色是“严刑峻法”，轻视和排斥儒家及西周遗留下来的礼制，推行重刑主义。这样，西周时期伦理（礼）和法律（刑）的混合局面被打破了，法律有了独立的发展。^{〔10〕}

法律独立发展的运动在西汉政权建立后，特别是从汉武帝开始，逐渐停止下来，并转向伦理化。开始倡导、推动和实施这项工程而最负盛名的是西汉大儒董仲舒，他提出的“独尊儒术，罢黜百家”得到了汉武帝的首肯和支持。此后，他以其独特的决狱风格和巨大影响，大大推进了汉代“以礼入法”的进程。这个进

〔9〕 杨景凡、俞荣根：《孔子的法律思想》，群众出版社1984年版，第66～68页。

〔10〕 所谓“法律的独立发展”，意指法律摆脱了宗教伦理的束缚与支配，其独立存在的价值得到了社会的普遍认可和尊重，具有了自觉、自主的发展。

程亦即后世学者所说的中国法律的儒家化，^{〔11〕}笔者谓之伦理化，意即传统中国法律于此开始接受儒家伦理的影响和支配。

伦理化的进程，按目前学术界的一般看法，从汉武帝起而止于唐律的诞生，前后耗时达七个半世纪。其间可以划分为三个阶段。第一阶段是汉，包括汉武帝至东汉末年这段时期。这是伦理化的初期阶段，礼教对法律的影响和改造只能通过“引经决狱”和研习律学、解释法律这种侧面迂回的方式来实现。所以，在汉代史籍中，我们常能读到有关循吏引用儒家经书尤其是《春秋》来剖析疑案的记载。《后汉书·应劭传》记：

故胶东相董仲舒老病致仕，朝廷每有政议，数遣廷尉张汤亲至陋巷，问其得失，于是作《春秋决狱》二百三十二事，动以经对，言之详矣。

董仲舒已老病致仕荣休在家，堂堂的汉朝中央最高司法官有事还要亲至陋巷向他请教，盖因董氏乃是当时“引经决狱”的旗手和领袖人物，由此亦可想见“引经决狱”的影响之大。“引经

〔11〕 瞿同祖先生对“中国法律之儒家化”有很好的解说（参见前揭《瞿同祖法学论著集》，第361～381页），但应指出，这一概念并非由他首创，杨鸿烈和陈寅恪先生已有说在先。杨氏在《中国法律思想史》中有比较明确的说明；陈氏在《隋唐制度渊源略论稿》中更有确定的说法，他写到：“又古代礼律关系密切，而司马氏以东汉末年之儒学大族创建晋室，统制中国，其所制定之刑律尤为儒家化……以至于唐，实为华夏刑律不祧之正统。”（参见前揭《隋唐制度渊源略论稿》，第100页）

决狱”造成了汉代经义解律的盛行，^{〔12〕}特别是到东汉时，解释汉律的有马融、郑玄等数十家，每家都有几十万字的著作，观点颇为纷杂，但都是改造法家系统的法律并使之儒家化的努力。尽管这些工作声势很大，收效亦很可观，但若以为汉律已为儒家礼教所完全改造，这显然又是不符合实际的。事实上，汉儒的工作只是开了中国传统法律伦理化的先河，这项艰巨的事业是在第二阶段三国两晋南北朝时期被完成的。

促进这项事业成功的原因很多，一个最重要的方面是，在这段时期内，由于中央权威遭到破坏，地方豪强并起，庄园经济有了急速的发展，因而，集豪强与庄主为一身的地方领袖——士族——实际控制了政权。^{〔13〕}这些地方领袖大都受过儒家礼教的熏陶，聚集和重用了大批饱读经书的儒生，他们共同参与立法，并借立法之机将儒家礼教直接而全面地贯彻到了法律中。^{〔14〕}通览这一时期的立法，从曹魏的“八议”入律，到《晋律》确立“准五服以制罪”的原则；从《北魏律》的“官当”法律化，到《北齐律》的“重罪十条”等，都十分清晰地显示出伦理化在持续不断地深入和扩大。最后，在第三阶段，隋唐折中条贯，《唐律》总其大成。就此而言，《四库全书总目·唐律疏议提要》所说的“论者谓《唐律》一准乎礼”，正是一语中的。这表明中国传统法律价值的重建至此已最终完成，同时亦揭示出这一价值体

〔12〕 台湾学者黄源盛先生对“春秋决狱”有系统的分析。参见黄源盛：《中国传统法制与思想》，台湾五南图书出版公司1998年版，第85页及以下。

〔13〕 参见张晋藩、王超：《中国政治制度史》，中国政法大学出版社1987年版，第289～295页。

〔14〕 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第334～344页。

系的实际意蕴，即把儒家伦理奉为最高的评判标准，凡礼教所认可的，即是法律所赞同的；反之，礼教之所去，亦即法律之所禁。^{〔15〕}正可谓“礼之所去，刑之所禁；失礼则入刑，相为表里者也”。^{〔16〕}

《唐律》及其《疏议》是一部成熟而典型的伦理化法典，贯注于其中的精神和由它所确定的原则、制度、篇目以至具体的律文、术语，都为宋、元、明、清诸律所继承。有如清代名儒纪昀在《四库全书总目·唐律疏议提要》中所说：“论者谓《唐律》一准乎礼，以为出入得古今之平，故宋世多采用之。元时断狱，亦每引为据。明洪武初，命儒臣四人同刑官进讲《唐律》，后命刘惟谦等详定《明律》，其篇目一准于唐。”清代学者王友谅在《书唐律后》中亦说：“《唐律》具存，计篇十二，计卷三十，而国朝定制，参稽旧文，损益以归于大中，其所资者，亦以《唐律》为多。”^{〔17〕}但还有必要说明一点，宋、元、明、清诸律在以《唐律》为蓝本的同时，还对《唐律》中的伦理化精神作了与时代相宜的弘扬和发挥，特别是宋明理学取代汉唐儒学成为居统治地位的意识形态后，礼教的观念获得了前所未有的深化和扩散，法律的伦理化较《唐律》实远过之而无不及，有关家庭、婚姻、两性关系等领域的法律伦理化达到了十分极端的地步。^{〔18〕}杨鸿烈先生有见于此，以为“中国向来是道德与法律的界限没有十分

〔15〕 参见梁治平：《寻求自然秩序中的和谐》，中国政法大学出版社2002年版，第265～343页。

〔16〕 《后汉书·陈宠传》。

〔17〕 《清·经世文编》卷九。

〔18〕 参见张中秋：“中国封建社会奸罪述论”，载《南京大学学报》1987年第3期。

划清的。……中国的法典范围尽管甚广，而凡道德思想之著于经义而未被法典包括，或法典之所定而未能符于经义者，则经义之效力往往等于法律，或且高于法律。这种情形在去古未远的汉代，有董仲舒辈据春秋经义以决狱等事可为佐证；汉代以降，形式上虽不曾似汉代明认经义可以折狱，实际情形固亦如此。”^{〔19〕}这种局面直到清末引进西方法律文化才得以打破。自此以后，中国法律在精神和原则上摆脱了儒家伦理的支配与束缚，走上了不同以往的发展道路。

二、中国传统法律伦理化的表现

中国传统法律伦理化的影响极其广泛，我们可以在传统中国法律文化的各个领域观察到它的表现，亦可以在每一部法典甚至每一条律文中，觉察到伦理精神和原则的均匀渗透。此外，有关这一问题还有众多的研究资料可资参阅。鉴于这两方面的考虑，我在此对中国传统法律伦理化的表现略作论述。

伦理化的实质是礼教化，一俟礼教的精神和原则贯注到法律中，成为立法和司法的指导思想，外化为具体的法律原则和制度，即是伦理化的实现。《唐律疏议》首篇开宗明义所揭示的“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，与孔子所推崇的“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”，^{〔20〕}以及与董仲舒所一贯倡导的“德主刑辅”，^{〔21〕}在思想精

〔19〕 杨鸿烈：《中国法律发达史》（上册），上海商务印书馆1930年版，第4页。

〔20〕 《论语·为政》。

〔21〕 《春秋繁露·天辨》；《春秋繁露·基义》；《汉书·董仲舒传》。

神上是完全一致的。对照孔子、董仲舒之言论和《唐律疏议》之规定，可以印证《唐律疏议》是一部以儒家礼教思想为指导的伦理化的法典。鉴于《唐律疏议》在中国传统法律文化上承前启后的特殊性，以下就以它为中心，兼及其余，对中国传统法律的伦理化的表现分项举要说明。

（一）在国家政治领域中的表现

礼在西周时期就确立了两大原则：一是“尊尊”，二是“亲亲”。“尊尊”为“忠”，“亲亲”为孝。^{〔22〕}“忠”与“孝”在当时家国一体的宗法社会中没有实质性的区别，“忠”即是“孝”，“孝”即是“忠”，“忠”、“孝”是一体化的。这种局面在西周宗法政治崩溃后发生了变化。到西汉时期，“忠”逐渐演变为礼教中“三纲”的“君为臣纲”，“孝”则扩大为“三纲”中的“父为子纲”和“夫为妻纲”。同时，两者的职能大体有了分工，“父为子纲”和“夫为妻纲”成为调整家庭、婚姻关系的最高准则，而“君为臣纲”被广泛推行于国家的政治领域。从汉律确定“不忠”为大逆不道，发展到魏晋的“重罪十条”，再演变为隋唐及宋元明清的“十恶”犯罪，尤其是前三恶的“谋反”、“谋大逆”及“谋叛”诸罪，集中体现了“君为臣纲”在法律中的逐步深入和重要性，表明法律确认君权的无限和至尊。这正是礼教的首要目的，亦是中国传统法律伦理化最重要的特征之一。

以《唐律疏议》为例，其中有关皇帝人身、财产、权位、尊严、荣誉、家族，以及与此相关的官僚体制的保护性条文，在整

〔22〕 关于礼的基本原则，《礼记·大传》云：“亲亲也，尊尊也，长长也，男女有别，此其不可得与民变革者也。”