

新路集

——第一届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集



XINLUJI — DIYIJIIE ZHANGJINPAN FALÜSHIXUE
JINHUÌ ZHENGWEN DÀSÀI HUÓJIÀNG ZUOPINJI

陈煜
编



中国政法大学出版社

阅 览

D929-53

20122

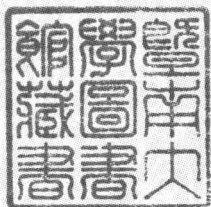
新路集

——第一届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集



陈煜
编

XINLUJI — DIYIJIIE ZHANGJINFAN FALÜSHIXUE
JUNHUI ZHENGWEN DASAI HUOJIANG ZUOPINJI



中国政法大学出版社

2011·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

新路集：第一届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集 / 陈煜编. —
北京：中国政法大学出版社，2011.9

ISBN 978-7-5620-4043-9

I. 新… II. 陈… III. 法制史-中国-文集 IV. D929-53

中国版本图书馆CIP数据核字 (2011) 第190187号

- 书 名 新路集——第一届张晋藩法律史学基金会征文大赛获奖作品集
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 880mm × 1230mm 32 开本 12.5 印张 280 千字
- 版 本 2011 年 10 月第 1 版 2011 年 10 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4043-9/D · 4003
- 定 价 38.00 元

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由印刷厂负责退换。

前 言

为弘扬博大精深的中华法文化，培养法律史学研究的新生力量，由张晋藩基金会举办的第一届法律史学优秀论文评奖活动已经胜利结束。此次评奖活动得到全国法律院校在读的本科生与研究生的热烈拥护，共收到来自院校与研究机关的 70 余篇论文。经过中国政法大学法律史学研究院组织的校内外专家两次评选，最后评出一等奖 2 名、二等奖 5 名、三等奖 10 名，这 17 位获奖者有本科生、硕士生、也有博士生，他们的文章经过用心的选题和独创性的研究，不乏亮点，得到专家们的深深赞许。趁此优秀论文即将出版之际，我热烈期望全国法律院校的同学积极投身到第二届张晋藩基金会优秀论文评选中来。法律史学经过近 30 年的发展，已经成为繁花似锦的春深花圃，但仍需要更多的年轻的园丁去培植灌溉，使它更加昌盛，更富有活力，能够在中国特色的社会主义法制国家的建设中作出应有的贡献。

中国政法大学终身教授 张晋藩

2011 年 8 月

目 录

前 言 / 1

一等奖获奖作品

朱 腾 为礼所缚的汉代皇权：对礼之规范功能的一个考察 / 2

朱洁琳 白居易“百道判”：唐判法律特征与文学特征例析 / 22

二等奖获奖作品

袁翔珠 论清代广西司法对生态环境的保护 / 40

梁 健 汉唐间无子出妻考略 / 60

赵进华 中国封建社会后期经义决狱初论 / 105

杨怡悦 中国古代法律“承继性”溯因
——以实用主义与儒家思想的哲学对话为视域 / 121

李晓婧 法律文化研究的新径路
——以中国侠文化的法律解读为视角 / 136

三等奖获奖作品

沈玮玮 兵法与礼法：荀子法律思想的渊源新谈 / 170

李明倩 《司马法》中的国际法思想述略

——兼评古代“国际法” / 187

雷安军 美国现代司法审查的兴起

——基于历史的考察 / 201

张海峰 律条与实践的冲突

——唐代妇女连坐问题初探 / 227

李 群 清代漕运法中的官吏、绅民

——以漕粮征收为视角 / 245

丁义娟 中国古代之立法比较实践活动 / 258

赵 佳 南京国民政府书刊审查法律制度研究

——以政治类禁书为视角 / 272

林志坚 论清代的比附制度 / 334

刘永锋 唐律立法理论的基本前提——儒家的人性思想

——从《名例律》的立法思想谈起 / 349

陈 敏 论先秦儒法两家刑法观之异同 / 364

编后记 / 387

一等奖获奖作品

为礼所缚的汉代皇权： 对礼之规范功能的一个考察

朱 腾*

有关礼在传统中国之法体系中的地位，法律史学界习惯于将论述的重点置于礼对律典之内在精神的塑造上，“引礼入法”、“一准乎礼”等词汇就是这种研究的典型结论。^{〔1〕}然而，同样不容忽视的是，在儒教获得推崇的传统中国，礼本身亦为一种整齐的行为规范，它的秩序调整功能并非必须以律典为依托来实现。换句话说，因为儒家经典是礼制的承载物，研习经典的官吏大量存在，而此类官吏又对朝廷政事多有规谏，所以礼的规范意义就通过儒吏的言行体现出来。基于此，本文试图以汉代儒吏对皇帝在祭祀天地、嫁娶、服丧及庙制等四个方面的违礼行为的批评为切入点来展示礼作为一种规范所能发挥的作用。

一、祭祀天地之礼

众所周知，在汉武帝时期，大儒董仲舒曾以天道论证皇权

* 中国政法大学法学博士生。

〔1〕 具体参见瞿同祖：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第334~358页；王立民：《法律思想与法律制度》，中国政法大学出版社2002年版，第188~194页；张晋藩：《中国法律的传统与近代转型》，法律出版社2009年版，第3~32页；张中秋：《中西法律文化比较研究》，法律出版社2009年版，第121~156页；等等。

统治的正当性^{〔2〕}并借此推动了儒学的意识形态化。之后，汉朝皇帝均欣然接受儒家的君权天授观并陶醉于天子这一称号所蕴藏的神性力量，因此汉朝皇帝理所当然地对祭祀天地一事抱以相当程度的重视，武帝的举措就是一个范例。《汉书·郊祀志下》记载：

诸所兴……甘泉泰一、汾阴后土，三年亲郊祠，而泰山五年一修封。

此处的“泰一”和“后土”分别指天神与地神，而“三年亲郊祠”一语则颇具说服力地证明了武帝本人对儒生所设定的王者之父母——天地的崇敬。尽管武帝时代的祭祀方式为昭、宣、元等诸帝所沿用的事实表明，汉朝的四代皇帝对天地的敬仰之情从未发生改变，但是随着经术之士逐渐掌握朝廷的实权，儒吏们对武帝所确立的祭祀方式的批评也日趋高涨。

汉成帝即位之后，丞相匡衡、御史大夫张谭开始发难。他们在呈送给成帝的奏议中指出：

帝王之事莫大乎承天之序，承天之序莫重于郊祀，故圣王尽心极虑以建其制。祭天于南郊，就阳之义也；瘞地于北郊，即阴之象也。天之于天子也，因其所都而各飨焉。往者，孝武皇帝居甘泉宫，即于云阳立泰畤，祭于官南。今行常幸长安，郊见皇天反北之泰阴，祠后土反东之少阳，事与古制殊……甘泉泰畤、河东后土之祠宜可徙置长安，合于古帝王。愿与群臣

〔2〕 如《汉书·董仲舒传》：“臣谨案春秋之文，求王道之端，得之于正。正次王，王次春。春者，天之所为也；正者，王之所为也。其意曰，上承天之所为，而下以正其所为，正王道之端云尔。然则王者欲有所为，宜求其端于天。”

议定。^{〔3〕}

显然，匡衡和张谭依据儒家经典所载的古制指责从武帝时代开始一直沿用下来的祭祀天地的仪式。在他们看来，虽然天地都应获得皇帝的崇奉，但天地本身还因与阴阳相联而表现出位阶上的高低之别。易言之，天为阳、地为阴的理念必须贯穿于礼制之中，而礼则无可辩驳地成为了天地阴阳之秩序的集中表达。就此而言，由于汉武帝将作为天之代表的泰畤立于阴处并把作为地之代表的后土立于阳处，因此其祭祀仪式已违背儒家经典所规定的礼制。针对匡衡及张谭的奏议，大司马许嘉等八位大臣认为“所以从来久远，宜如故”。^{〔4〕}但是，许嘉等人的意见又遭到了师丹、翟方进等儒吏的抵制。他们指出：

礼记曰“燔柴于太坛，祭天也；瘞埋于大折，祭地也”……长安，圣主之居，皇天所观视也。甘泉、河东之祠非神灵所飨，宜徙就正阳大阴之处。违俗复古，循圣制，定天位，如礼便。^{〔5〕}

与匡衡及张谭二人的主张相比，师丹、翟方进等人的言论更为明确地强调了儒家经典的规定。除此之外，他们还进一步指出了长安作为帝都在沟通天人方面的功能：由于长安是皇帝的所在，它与天极共同保持着一种直接的双向对应关系，因此如果皇帝在长安举行祭祀天地的仪式，那么他对天地的恭敬之情就能更直截了当地为天地所感知。这当然有助于加强天地对

〔3〕《汉书·郊祀志下》。

〔4〕《汉书·郊祀志下》。

〔5〕《汉书·郊祀志下》。

皇权的护佑。可以说，师丹、翟方进等人的观点非常清晰地说明了祭祀天地之礼与皇权统治的正当性之间的密切关系。正因为此，汉成帝采纳了匡衡、师丹等人的建言并对祭祀天地之礼作出改革，“建始元年……十二月，作长安南北郊，罢甘泉、汾阴祠”。〔6〕不过，从成帝朝开始，在依据儒家经典建立起来的新礼与汉武帝时期形成的旧制之间就存在着不停的反复。直至汉平帝元始五年，新礼才被最终确定下来。王莽于元始五年所写的奏议正是对这段礼制变迁史的扼要陈述：

建始元年，徙甘泉泰畤、河东后土于长安南北郊。永始元年三月，以未有皇孙，复甘泉、河东祠。绥和二年，以卒不获祐，复长安南北郊。建平三年，惧孝哀皇帝之疾未瘳，复甘泉、汾阴祠，竟复无福。臣谨与太师孔光、长乐少府平晏、大司农左咸、中垒校尉刘歆、太中大夫朱阳、博士薛顺、议郎国由等六十七人议，皆曰宜如建始时丞相衡等议，复长安南、北郊如故。〔7〕

纵观始于成帝朝的有关祭祀天地之礼的争论，我们可以发现，由于汉朝皇权的正当性以天命为依归，因此在儒吏群体的观念中，祭祀天地的仪式应当是天地秩序的缩影。于是，在皇帝的祭祀行为有违经典对礼制的陈述时，他们就开始对皇权在礼制上的表现提出批评，并主张违礼行为将损害皇权的正当性。对皇帝来说，虽然他有时会因受困于绝嗣、疾病等难题而对经典所载的礼制产生动摇，但是从总体上说，他更担心天命的转移。所以，从最终结果上看，皇帝依然认可经典所说之礼制的

〔6〕《汉书·成帝纪》。

〔7〕《汉书·郊祀志下》。

规范效力并希望借此为帝国统治的整体秩序提供本性论证。

二、嫁娶之礼

顾名思义，嫁娶一词涵盖了嫁和娶两种婚姻行为。此处，前者指皇帝嫁女，后者则指皇帝娶良家女。在前者的场合，汉廷确立并遵循“列侯尚主”的故事，如《汉书·霍光金日磾传》就说“幸依国家故事以列侯尚公主”；《汉书·外戚传上》也说“汉家故事常以列侯尚主”。“列侯尚主”的故事本身包含两层意思：第一，由于公主是皇室成员，因此与公主相匹配的男子应当拥有侯爵以免辱没皇室的威望；第二，公主是皇帝的女儿，所以公主结婚必须采取男性进入女家的方式以显现君尊臣卑的观念。针对这两层含义，儒吏认为，第一层含义符合礼对身份等级的强调，第二层含义则是对礼制的悖逆。那么，儒吏究竟是如何展开批判的呢？《汉书·王贡两龚鲍传》记载了明习经术的王吉对“列侯尚主”之制的点评：

又汉家列侯尚公主，诸侯则国人承翁主，使男事女，夫诎于妇，逆阴阳之位，故多女乱。

在王吉看来，儒家经典所说的婚礼并不是毫无意义的仪式。由于男为阳，女为阴，所以通过婚礼而成立的男尊女卑的家庭伦理就使阴阳秩序获得了正确的表达。从这一角度来看，汉廷所坚守的故事显然是对礼制乃至整个宇宙秩序的破坏，而“女乱”的频繁出现则正导源于此。虽然王吉的批判颇为犀利，但汉廷并未改变“列侯尚主”的故事，因此至东汉桓帝延熹九年，荀爽再次提出批评意见：

臣闻有夫妇然后有父子，有父子然后有君臣，有君臣然后有上下，有上下然后有礼仪。礼义备，则人知所厝矣。夫妇人伦之始，王化之端，故文王作易，上经首乾、坤，下经首咸、恒。孔子曰：“天尊地卑，乾坤定矣。”夫妇之道，所谓顺也。尧典曰：“厘降二女于妫汭，嫔于虞。”降者下也，嫔者妇也。言虽帝尧之女，下嫁于虞，犹屈体降下，勤修妇道。易曰：“帝乙归妹，以祉元吉。”妇人谓嫁曰归，言汤以娶礼归其妹于诸侯也。春秋之义，王姬嫁齐，使鲁主之，不以天子之尊加于诸侯也。今汉承秦法，设尚主之仪，以妻制夫，以卑临尊，违乾坤之道，失阳唱之义……宜改尚主之制，以称乾坤之性。^{〔8〕}

与王吉的论述相比，荀爽的言辞显得更为充实。他罗列了《易》、《尚书》、《春秋》等儒家经典对婚礼的阐发并指出，王道是以夫妇伦常为起点逐步推衍开来的，因此汉代的“列侯尚主”之制明显背离了王道。除此之外，荀爽也像王吉一样提到了夫妇伦常对天地阴阳秩序的象征意义，所以为了整个宇宙的有序化，皇室的权威必须有所收敛。正因为尧和汤等上古圣王将其女下嫁于诸侯并以此维持阴阳之间的尊卑关系，他们终能得到上天的眷顾。可以说，不管从哪个方面立论，荀爽都认为汉廷应当对“列侯尚主”的故事作出修正，惟有如此才能使皇权统治符合乾坤正道。综合王吉与荀爽的言辞，我们可以看出，在儒吏眼中，作为天地阴阳秩序之现实模型且由儒家经典表达出来的婚礼实已成为皇室须遵循的行为规范。婚礼的形式意义不容忽视，但隐藏于婚礼背后的伦常秩序对王道之形成的价值则更值得反复强调。

〔8〕《后汉书·荀韩钟陈列传》。

除了皇帝嫁女之外，皇帝娶良家女的某些举措有时也会遭受来自儒吏的批评。汉成帝在做太子时就颇为好色，因此待成帝即位之后，皇太后下诏为成帝娶良家女。这次婚娶行动必定网罗了大量民间女子，所以经术之士杜钦就表示反对：

礼壹娶九女，所以极阳数，广嗣重祖也；必乡举求窈窕，不问华色，所以助德理内也；娣侄虽缺不复补，所以养寿塞争也……宜因始初之隆，建九女之制。^{〔9〕}

杜钦之论断的原型显然出自于儒家经典。^{〔10〕}在他的观念中，天子的婚娶行为并不仅仅是天子享乐的途径，而且还涉及到阴阳与人事间的对应关系及德教的效果，因此天子择妻的标准当以德行为上，而“九”这个数字则代表着阴阳秩序在天子之婚娶行为上的再现。正因为杜钦对天子之婚姻的认识已远远超出婚姻在生理层面上的意义，所以他再次申明九女之礼在维系皇权统治上的功能：“念关雎之思，逮委政之隆，及始初清明，为汉家建无穷之基。”^{〔11〕}总之，从上文所述儒吏对皇帝之嫁娶违礼行为的批评来看，婚礼在表面上固然只是一种仪式，但在实质上却已经突破了“仪式”这一简单界定。在儒吏的观念中，婚礼之所以重要，是因为置身于婚礼中的皇帝及相关人员均以其实际行为阐发了自己维护阴阳秩序和推行德教的决心。既然在儒学成为意识形态的前提条件下，皇帝需要以道德权威自居，而皇权统治的最终目标又指向天人和合的理想，那么婚礼就自然而然地会对皇帝的嫁娶行为构成一定程度的制约。与祭祀天

〔9〕《汉书·杜周传》。

〔10〕如《春秋公羊传·庄公十九年》：“诸侯壹娶九女，诸侯不再娶。”

〔11〕《汉书·杜周传》。

地及嫁娶方面的违礼行为所引发的争论相比，儒吏对汉廷在服丧和庙制上的违礼举措所提出的质疑则显得更为繁杂。下文的论述就将从这两个方面展开。

三、服丧之礼

儒吏所批评的服丧制度首先源于汉文帝遗诏的规定。汉文帝在其遗诏中指出：

盖天下万物之萌生，靡不有死。死者天地之理，物之自然，奚可甚哀！当今之世，咸嘉生而恶死，厚葬以破业，重服以伤生，吾甚不取。且朕既不德，无以佐百姓。今崩，又使重服久临，以罹寒暑之数，哀人父子，伤长老之志，损其饮食，绝鬼神之祭祀，以重吾不德，谓天下何……其令天下吏民，令到出临三日，皆释服……以下，服大红十五日，小红十四日，纤七日，释服……它不在令中者，皆以此令比类从事。布告天下，使明知朕意。^{〔12〕}

从文帝时代的最后一道诏令来看，由于汉初社会经济凋敝，而文帝本人又崇尚节俭，因此文帝就主张实行薄葬，为皇帝服丧的期间则被限定为三十六日。有关此服丧期间，应劭解释说：“红者，中祥、大祥以红为领缘。纤者，禫也。凡三十六日而释服矣。此以日易月也。”就应劭的解释而言，文帝所确立的服丧期间是以三十六日来代替三十六月并以此在保持节俭的同时形式性地满足了儒家经典所说“丧父三年，丧君三年”^{〔13〕}的礼制要求。虽然文帝的创制因汉初社会形势所囿而具有一定的合理

〔12〕《汉书·文帝纪》。

〔13〕《礼记·坊记》。

性，但这种创制本身在实质上有违儒家礼制则毋庸置疑。再则，由于文帝遗诏确立了一项故事以至于朝廷大臣都须遵守遗诏的规定，因此为皇帝守丧三十六日的设计就变成了汉廷有关服丧之制的一般认识。换句话说，在官员为父母服丧的情形下，丧期也被限定为三十六日。如，《汉书·翟方进传》就记载：

二十餘日，丞相官缺，群臣多举方进，上亦器其能，遂擢方进为丞相，封高陵侯，食邑千户。身既富贵，而后母尚在，方进内行修饰，供养甚笃。及后母终，既葬三十六日，除服起视事，以为身备汉相，不敢逾国家之制。

既然服丧三十六日已成为官员在服丧时的习惯性做法，那么儒家观念中的丧礼就因文帝遗诏而蒙受了巨大损害。

更为关键的是，东汉光武帝在建武年间又废除了告宁之制，此举使大臣基本无法在父母去世时获得丧假以尽为人子者的最后一份孝心，“建武之初，新承大乱，凡诸国政，多趣简易，大臣既不得告宁，而群司营禄念私，鲜循三年之丧，以报顾复之恩者”。^{〔14〕}就此而言，文帝和光武帝的现实主义考量已使儒家经典所强调的三年丧期在很大程度上变成了一纸具文。然而，“以孝治天下”是汉廷一直强调的统治理念，因此由文帝和光武帝之举措所引发的严重违礼行为自然无法逃脱儒吏的责难。《后汉书》就记载：

旧制，公卿、二千石、刺史不得行三年丧，由是内外众职并废丧礼。元初中，邓太后诏长吏以下不为亲行服者，不得典

〔14〕《后汉书·郭陈列传》。

城选举，时有上言牧守宜同此制，诏下公卿，议者以为不便。愷独议曰：“诏书所以为制服之科者，盖崇化厉俗，以弘孝道也。今刺史一州之表，二千石千里之师，职在辩章百姓，宣美风俗，尤宜尊重典礼，以身先之。而议者不寻其端，至于牧守则云不宜，是犹浊其源而望流清，曲其形而欲景直，不可得也。”太后从之。^[15]

从这段史料来看，安帝时代的最高统治者显然已意识到不为亲服丧违背了汉朝一贯推行的孝道，因此诏令不为亲服丧的小吏将被排除在察举的范围之外。以此为契机，部分官员主张，除小吏外，刺史、二千石官等长吏也应行三年丧。这种观点引发了朝廷大臣之间的争论，公卿大都以“不便”为由表示反对，“素行孝友”的刘恺则深表认同。他认为，朝廷的教化行为实际上是一种上行下效的道德推广过程，并且或多或少地要依赖于地方官的以身作则，所以刺史、二千石官等长吏行三年丧实为理所当然之事。由于最高统治者本就有恢复三年丧期的意图，因此刘恺的奏议得到了最高统治者的肯定，“丙戌，初听大臣、二千石、刺史行三年丧”。^[16]然而，服丧三年之制并未实行多久。至安帝建光年间，尚书令祝讽、尚书孟布等人又提出“孝文皇帝定约礼之制，光武皇帝绝告宁之典，贻则万世，诚不可改。宜复建武故事”。^[17]对此，儒者陈忠以《孝经》的论述为起点予以反驳：

臣闻之孝经，始于爱亲，终于哀戚。上自天子，下至庶人，

[15] 《后汉书·刘赵淳于江刘周赵列传》。

[16] 《后汉书·孝安帝纪》。

[17] 《后汉书·郭陈列传》。