第一章　儒家法思想与中国古代法文化

我国从汉代开始，对先秦思想学术流派就以儒、墨、道、法等分派和命名，商鞅、申不害、韩非、李斯列入法家。由于秦行法家政治，又仅历二世而亡，后代学人每以“暴秦”非之，口诛笔伐，耻与申、商、韩、李为伍，往往贬法家而殃及法。至近代，一些资产阶级政治家、思想家力图革故鼎新，倡导变法图强，以法治国，又常常为弘扬法、法治而盛誉法家。久而久之，就给人以这样一种联想：似乎一提到法家，就意味着法、法治、法思想。反过来也一样，似乎法和法治就是法家的专利。而若要把儒家同法、法思想联系起来，有人就会感到惊疑。似乎儒家就是只讲道德，只讲王道，不讲法；似乎王道政治就不包含法的内容。直到今天，还时隐时现地存在着这样一种看法：儒家没有什么法思想可言，以为儒家在中国法思想史上的地位和作用只是在于他们是法家的反对派，或者说，他们只有反对法和法治的法思想。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

一些正面阐述儒家法思想的教材、著述，也往往把儒家法思想归结为“礼治主义”、“德治主义”、“人治主义”，并不忘加上一句批评：“反对法治主义。”[①]

因此，作为儒家法思想研究的前提，首先应当回答的一个问题是：应当怎样认识儒家的法思想。这一问题牵涉到儒家法思想研究的历史检讨和方法论检讨，牵动到全书的内容。笔者在本书中所做的全部尝试，旨归之一，就是试图对这一问题作出一个合理的回答。而其结果如何，只能到写完最后一个字才能祈求读者的指教和评判。就是说，怎样认识儒家法思想的问题是可大可小的。大者，大到囊括全书的内容。而本章开宗明义，只能作个“小”的回答，即从中国法文化和中华法系的历史事实上撷取几个方面来说明儒家法思想的存在的客观性以及对其研究的必要性。

一、“二十五史”《刑法志》的基调

《刑法志》是中国历代官修正史的重要篇章。“二十四史”有刑法志 12 篇，它们是：前汉书、晋书、魏书、隋书、新旧唐书、旧五代史、宋史、辽史、金史、元史、明史，加上《清史稿》刑法志共成 13 篇。各篇刑法志记载和阐述各个朝代的立法、司法、法制建设及法律思想，不啻为各封建王朝官方的关于法的理论和历史的论文，其观点皆为封建统治集团在当时认可、采用，甚至施行，作为他们施政和法制的指导。综观这 13 篇刑法志，内中所反映的一个总的思想理论基调，便是以儒家的法思想为立论之依归。

《汉书·刑法志》是 13 篇刑法志的第一篇。全文直接引孔子

① 参见拙著《孔子法律思想研究八十年》，西南政法学院出版科，1985年印行。

及《论语》之言 10 处，大段地摘引“孙卿”之言 2 处，其他明确标明的征引《诗》、《书》、《周官》等儒家经典中语录 10 多处。有些地方引用得十分牵强，但这正说明汉代论法论刑悉以儒家为据，以儒家思想为主旨。其开篇第一段即以荀子的“明分使群”说为指导说明国家以及礼和刑的起源：

> “夫人……有生之最灵者也。爪牙不足以供耆欲，趋走不足以避利害，无毛羽以御寒署，必将役物以为养，任智而不恃力，此其所以为贵也。故不仁爱则不能群，不能群则不胜物，不胜物则养不足，群而不足，争心将作。上圣卓然先行敬让博爱之德者，众心悦而从之，从之成群，是为君矣；归而往之，是为王矣。”

这和《荀子·王制》篇的“人……最为天下贵也……故人生不能无群，群而无分则争，争则乱，乱则离，离则弱，弱则不能胜物……君者，善群也”，基本上是一个思路，文字上也极为相似。

接着，《汉书刑法志》立即抬出了儒家以威辅德、以刑崇礼的德礼为本、法刑为用的法思想理论模式，以点明全文的立论指导原则：

> “《洪范》曰：‘天子作民父母，为天下王。’圣人取类以正名，而谓君为父母，明仁爱德让，王道之本也。爱待敬而不贬，德须威而久立，故制礼以崇敬，作刑以明威也。”

最后，又征引《诗》、《书》说明为政应以民为本位，崇礼慎刑，方可“清原正本”：

> “《诗》云：‘宜民宜人，受禄于天。’《书》曰：‘立功立

事，可以永年。’言为政而宜于民者，功成事立，则受天禄而永年命。所谓一人有庆，万民赖之者也。”

可见，《汉书刑法志》从头至尾，贯彻了儒家的法思想。

其后各代的刑法志，大抵遵循着《汉书刑法志》的这个理论格局。如著名的《晋刑法志》，开篇第一句就引孔子的话：“《传》曰：‘齐之以礼，有耻且格。’’，《隋刑法志》第一段录入了同样意思的文字：“《记》曰：‘教之以德，齐之以礼，则人有格心；教之以政，齐之以刑，则人有遁心。’’，其他如新旧唐书《刑法志》、《宋刑法志》、《辽刑法志》、《金刑法志》、《元刑法志》（宋濂撰）等的第一段差不多都是这样一个写作格式。有的虽然第一段没有明确引述这些话，也必将“导德齐礼”、“明刑弼教”的意思贯诸文中，以定主旨。如《明刑法志》等。直到《清史稿·刑法志》，开篇所唱的仍是这个老调：“中国自书契以来，以礼教治天下。劳之来之，而政出焉；匡之直之，而刑生焉。政也刑也，凡皆以维持礼教于勿替。”

在中国封建社会的思想史上，若就哲学史而言，在“独尊儒术”的旗帜下，尚贯彻着儒、佛、道的论争，贯彻着义理之学与功利之学的论争，以及陆、王心学与程、朱理学的论争。但在法思想史的领域，虽然也有围绕肉刑之废复、复仇之可否、大赦之多少等具体问题的论争，却并不存在什么崇儒还是崇法、遵礼还是遵刑的根本性、原则性的分歧。统治阶级所标榜的都是德礼为先、刑罚为辅；思想家们所弘扬的都是王道仁政、明刑弼教。十年动乱中，“四人帮”控制的伪史学杜撰什么“儒法斗争贯穿古今论”，完全不符合我国法律史的事实。陈顾远先生曾说，中国历史上的法虽有变，“但有一中心势力未变也；质言之，每一变动均与

儒家有其关系”[①]。瞿同祖先生也说：“古代法律可说全为儒家的伦理思想和礼教所支配。’[②] 瞿先生还引用西方学者的话证明这一观点,谓西人称“:中国古代立法皆为孔家的概念所支配。’,[③]

这些中外学者的看法正是我们研究“二十五史”刑法志后所要得出的结论。“二十五史”刑法志所遵循的儒家法思想的基调，用一句话来概括，那就是：德主刑辅，以礼率法。

“二十五史”刑法志的这一基调告诉我们，研究中国法律史、法文化史、法思想史，若不明儒家法思想，便无从得其要义，就无法真正了解中国古代法、中国法文化以及中华法系。

二、儒家法思想与中华法系

(一)法系和中华法系

法系研究大盛于上世纪末至本世纪 40 年代。它由日本法学家穗积陈重博士开其先河，当时所使用的概念的中文译名为“法族”。1884年（日明治十七年，清光绪十年），日本《法学协会杂志》第一卷第五号刊出穗积陈重博士的论文《法律五大族之说》，将世界法系分为“印度法族、中国法族、回回法族、英国法族、罗马法族”。这以后，日本及西方不少法学家风靡向之，分别提出了三分法、七分法等等，最烦琐的竟将世界法律分为 16 个法系。但无论何种分法，都不能不把中华法系列于其内。我国前辈法律史学家杨鸿烈、陈顾远先生等对中华法系的渊源、特点、影响等问

① 陈顾远：《中国法制史》，商务印书馆，1934年版，第 29 页。
② 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局，1981年版，第326 页。
③ 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局，1981 年版，第320 页。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

题做了大量的研究，为确立中华法系在世界主要法系中的地位作出了贡献。前些年去世的著名法学家陈朝璧先生将世界主要法系分为 10 个：中华法系、印度法系、阿拉伯法系、罗马法系、英吉利法系，以及埃及法系、巴比伦法系、犹太法系、波斯法系、希腊法系。他认为，前五个是“活的法系”，后五个是“死的法系”。陈先生疾呼加强对中华法系的进一步研究。①

什么是中华法系？综合中外学者的研究成果，撷其中要点述之，一为其法律渊源起自夏、商、周三代；二为其立法有一脉相承的成文法系统，并以《唐律疏议》作典型代表；三为其以中国本土为母体而为日本、朝鲜、越南等东亚国家所继受，形成一个系族；四为其法文化有着共同的或相似的价值观。后一点最是基本，它实际上是中华法系的特点。

关于中华法系的特点，杨鸿烈先生以为是“与道德相混成”②，陈顾远先生总结为儒家王道思想指导下的‘礼治’‘德治’‘人治’③，台湾李钟声先生近著《中华法系》一书说，“乃一种伦理化的法律制度，即道德律与制定法共同组成的立体性体系’，④。中国大陆法学界 80年代初有不少专文探讨中华法系特点，其中影响较大的为陈朝璧先生和张晋藩先生的论文。

陈文指出，中华法系的特点主要有三条：（1）重视成文法典并惯于把有关社会规范的思想意识和制度用文字记载下来；（2）以天理作为法的理论根据，并以合乎天理作为立法的指导思想，别于一般古代法的神授主义；（3）礼法并重。对于第三条，作者进而说明道，就封建社会的法制实际情况来看，在某些方面，与其

① 参见陈朝璧的《中华法系特点初探》，载《法学研究》，1980 年第 1 期。
② 杨鸿烈：《中国法律在东亚诸国之影响》，商务印书馆，1937 年版，第 22 页。
③ 参见陈顾远的《中国法制史》，商务印书馆，1934年版，第 53～63 页。
④ 李钟声：《中华法系》（上），（台）1985 年出版。

说礼法并重，毋宁说礼重于法，先礼后法。[①] 张文将中华法系的特点概括为 5 个方面：（1）皇帝是最高的立法者和最大的审判官；（2）法律受儒家伦理道德观念的深刻影响；（3）家族法在整个法律体系中占有重要地位；（4）“诸法合体”，司法受行政的干涉；（5）律经常受其他法律形式的补充和制约[②]。

上述诸家对中华法系特点虽未能形成统一的说法，但见智见仁，角度不同，多能互补，各有发明，而细加分析，中华法系深受儒家思想影响，为儒家化的法律这一点实贯通于诸家所论之中，可谓共同的看法。正是在此基础上，权威的《中国大百科全书》法学卷集法学界几代学者的研究成果，在“中华法系”词条下写道，“以儒家思想为理论基础，摆脱了宗教神学的束缚”是中华法系五个基本特点中第一位的特点。实际上，中华法系的其他一些特点，如该词条指出的“维护封建伦理，确认家族法规”（第二个特点）、“皇帝始终是立法与司法的枢纽”（第三个特点）、“官僚、贵族享有法定特权，良、贱同罪异罚”（第四个特点）、“诸法合体，行政机关兼理司法”（第五个特点），都是第一个特点的展开和延伸，它们正是儒家思想指导立法、司法的结果。因此，中华法系的诸多特点之间并非并立无统，各自独立，作为一个整体的有机的法律系统，或法文化类型，其最基本的、起决定作用的特点就是以儒家思想作为理论基础，和作为其文化生命的内在精神。

（二）中华法系和儒家化的法律

中华法系以儒家思想作为理论基础这一点，最显著的标志是法律的儒家化。中华法系虽起源很早，然就其法律系统的独特形式和性质的完备程度而言，则定鼎于隋唐，而隋唐正是儒家化法

① 参见陈朝璧的《中华法系特点初探》，载《法学研究》，1980年第 1 期。

② 张晋藩：《中华法系特点探源》，载《法学研究》，1980 年第 4期。

律的大成期。这里存在一种相辅相成的关系：法律的儒家化过程正是中华法系的形成过程，儒家化法典的颁行标志着中华法系的定型；反过来，中华法系的形成意味着儒家法思想在封建社会里获得了法思想领域中的正统的、主流的地位，意味着儒家的诸多法律主张已法典化。也就是说，中华法系和儒家法思想的正统化、主流化成同步发展，它们互为因果，而两者的共同标志则是一个：法律的儒家化。

法律儒家化经历了 800 多年的漫长时间。它从西汉开始，经过魏晋时期的发展，在北朝初具规模，到隋唐臻于成型。大致可以划分为 4 个时期。

1. 两汉：法律儒家化的孕育期

中国封建法律的儒家化运动孕育于汉代的“《春秋》决狱”之中。通过“《春秋》决狱”，汉儒逐步改变了法律的价值指向，确立儒家经典的最高法律地位，并通过以经断狱、以经释律，将一些礼制原则和规则引入法律，作为法律规范运用，这就是所谓的引礼为法。

汉代的引礼为法主要表现为以下几个方面：

（1）制定朝仪。汉高祖刘邦的时候，叔孙通制定朝仪制度。文武百官按朝仪的规定朝见皇帝，刘邦十分高兴，得意地说：这下子才知道做皇帝的威严。叔孙通原是秦的博士官，懂得古代的礼仪，所定朝仪制度，是从周礼的朝觐之礼等礼制中采撷来的。

（2）实行“刑不上大夫”的原则。汉文帝的时候，贾谊上《治安策》，论述周礼所谓“刑不上大夫”的原则，汉文帝“深纳其言”，“是后大臣有罪，皆自杀，不受刑”。[①]

（3）创制上请制度。皇亲贵戚和大官僚有罪，司法官无权判决，只能上请皇帝裁夺。从西汉到东汉，应上请的范围越来越宽。

① 《汉书·贾谊传》。

（4）承认子为父隐的诉讼原则。汉宣帝地节四年发布诏令：今后子隐匿父母、妻隐匿丈夫、孙隐匿祖父母，都不算犯罪。但父母隐匿子、丈夫隐匿妻、祖父母隐匿孙，若是死罪的话，要报请廷尉。[①] 允许相隐的反面，是把不相隐行为作为犯罪来惩罚。衡山王的太子，就因告发他的父王，而以“不孝”罪“弃市”。[②]

汉代引礼为法主要是通过司法、法律解释和类似判例法的方式实现的，是一种在儒家法思想的指导下对法律领域采取一步步的蚕食方法占领阵地、站稳脚跟、逐渐改变社会的法意识、法价值、法行为、法心理，使之由法家倾向而转为儒家倾向，当时还未出现大规模的系统化的儒家立法。

2. 魏晋：法律儒家化的发展期

通过经义折狱和引礼为法，儒家思想在法律领域中取得了正统地位。但两汉除《九章律》以外，没有重新制定过系统的成文法典。法律的增损，多以令、科、比的形式出现。所以，法律儒家化的趋势虽已酿成，但未见有立法上的成就，其成果既不系统，也不巩固。

法律儒家化有大的突破和发展，并为制定系统的儒家化成文法典奠定了基础的，是在魏晋时代。这可见诸以下两个方面：

第一，儒生注律和修律。东汉后期，经义折狱发展到了以经注律。叔孙宜、郭令卿、马融、郑玄等十余位儒生相继注释汉律。尤其是马融、郑玄，为一代名儒，他们所注释的经书，一直为后世经学家所重视。儒生通过注律，获得了法律的解释权。

儒生注律在当时也成了一种风气。晋代，张斐、杜预又同注晋律。这位杜预，也是有名的大经学家，他作的《春秋左氏经传集解》，流传久远，影响很大。

① 《汉书·宣帝纪》。

② 《汉书·衡山王传》。

这些精通“经义”的名儒来注律，其以经率法、更礼为律，以伦理释律的规模可以想见。

如果说儒生注律还有点转弯抹角，那么，儒生修律就更直接地表明儒家掌握了立法权，从而在法律儒家化上迈出了新的一步。

参加修定魏律的陈群、刘劭等人，都是熟读儒家经书，提倡“制礼作乐”的儒家信徒。草拟晋律的班子共由 14 人组成，除贾充一人是刀笔吏出身外，其余都从当时儒学门下选出，特别是有名儒杜预、郑冲等参与其间。魏律、晋律是封建立法史上由法家立法到儒家立法的转折点。

第二，援礼入律。儒生注律和儒生修律，就很自然地以儒家思想为立法制律的宗旨，将礼援引入律，从而，使法律儒家化有了较大的发展。

（1）创“八议”制度。“八议”出自《周礼》，是儒家最重要、最得意的一项礼制。“八议”正式写入法律，始于魏律，以后沿用不改，它是法律儒家化的重要标志之一。

（2）创以五服定罪的制度。五服，是以血缘亲疏为差等的丧服制度，分五等：斩衰（cuī）、齐衰、大功、小功、缌麻，统称五服。以五服定罪，始于晋律，以后成为传统，这也是法律儒家化的一项重要内容。

（3）其他。如，魏律明文鼓励复仇：殴打兄或姊加重到徒刑 5 年；废除商鞅变法以来的成年之子必须分居的规定，将“父子无异财”定为法律。晋律规定，凡子孙违犯父母教令，供养父母不够周到，父母到官府告子不孝，请求官府处死的，都应同意；并加重对奸伯叔母行为的惩罚。

东汉以后，社会出现了严重的信仰危机。佛、道二教乘虚而入，迅速发展；试图以道补儒的玄学兴起，替代了谶讳化的儒学。在思想领域，儒学的主导地位一度动摇。然而，在法制领域，情况有所不同。佛、道二教以出世主义为特征，关心的是来世幸福

或得道成仙，于现实社会的长治久安无所用心。玄学家们在个人人格方面固然极有成就，但一味愤世嫉俗、终日高谈玄机，说到治国安邦、大凡不出道家和黄老家“无为而治”的窠臼，对法制建设建树不多。这样，在立法、司法方面，反倒是经学家和深受汉代新儒家思想熏陶的儒生、儒臣的天下。他们的辛勤工作极大地推动了这一时期法律的儒家化，使这一运动终于初具规模。

3. 北朝：法律儒家化的完成期

西晋灭亡后，北方游牧民族入主中原，相继建立了北魏、北齐和北周政权。为了统治具有先进文化的汉族，这些少数民族的上层统治集团不得不加速汉化，变夷为夏，并起用一些汉族知识分子。因此，北朝各代的法律都出自儒生之手。他们把前代法律儒家化的成果归纳总结，损益修改，使之更加完善，又根据礼制，制定了不少新的原则和条文。

（1）创制十条重罪。北齐律的“重罪十条”，是为前代所没有的首创。儒家认为，不忠不孝，是违反天常、悖逆人理的弥天大罪。这是十条重罪的重要立法根据。十条之中，属宗法伦理犯罪的将近一半。凡犯十条重罪，不入“八议”，且遇大赦不予宽宥。它是隋、唐“十恶”之制的渊源。

（2）存留养亲。北魏律规定，犯死罪者，若祖父母、父母年已 70 岁以上，家中无成年子孙，又没有叔伯父母、姊妹、侄儿、侄女等较近亲戚，经过“上请”，可以留下来赡养老人，犯流刑罪者，有上述情况，处鞭笞之刑后也可以留下来赡养老人，老人死后再执行流刑，但不得赦免[①]。这是后代“存留养亲”制度的最早法律条文。

（3）官当。唐律的官当制度也始于北魏。北魏律写道：五等爵位的贵族及五品官吏，犯罪后可以用爵或官当刑 2 年，免官 3 年

① 《魏书·刑罚志》。

需要全本请访问 www.ertongbook.com

后又可降以前一级任用。

（4）加重伦理犯罪行为的处罚。北魏律规定：在父母死后服丧 3 年期间出来当官，称“冒哀求仕”，处“五岁刑”；子孙告发父母、祖父母，处死。北魏孝文帝还根据“三千之罪，莫大于不孝”的古制，认为现行律对“不逊父母”者处“髡刑”太轻，应当改重。甚至还有这样的案例：妻子无子而不娶妾，使祖宗香火断绝，应科以不孝之罪[①]。

北朝魏、齐、周三代，北齐律因袭北魏律，北周律虽属矫揉造作，但完全模仿《周礼》，就法律儒家化而论，态度最积极，步子迈得最大。只因有东施效颦之弊，故后世不宗，隋唐律跳过北周《大律》而直承北齐律。至此，重要礼制大多采入法律，法律中维护宗法伦理的各项原则和条文，也大体齐全。封建法律儒家化的工作基本完成。

4．隋唐：法律儒家化的定型期

隋《开皇律》对北齐律中的儒家化法律大多予以承袭，唐《永徽律》又以《开皇律》为蓝本。它们都保留了汉魏以来伦理入法、更礼为律的成果，并加以完善。于是，八议、十恶、官当、五服定罪、同居相隐、存留养亲、允许复仇、女子“七出、三不去”，以及惩罚父子异财、居丧嫁娶、“冒哀求仕”等等，统统被熔于一炉，真是洋洋大观。特别是长孙无忌等人作的《永徽律疏》，开宗明义就点出其立法宗旨是“德礼为政教之本，刑罚为政教之用”，把孔子提出的“道之以德，齐之以礼”付诸立法实践。《永徽律》及其《律疏》的颁布，不但在具体的法律条文上，而且更重要的是在立法的理论上集前代法律儒家化之大成，将它们系统化、定型化了。清代纪昀主编的《四库全书总目》说《唐律》“一准乎礼”,实为确当的评论。

① 《魏书·太武五王列传》。

《唐律》被后世封建统治者奉为圭臬，宋、元、明、清各朝立法，都更改不多。明律初定时连篇目也“一准于唐，”[①]。明、清律将“丧服图”置于篇首，强调以服制定罪量刑。封建法律的儒家化不始于唐，但唐律却是定型化的儒家法律。

儒家法思想作为封建正统的和居于主流地位的法思想，总得有其法典化的载体。《开皇律》、《永徽律》等隋唐法典及《永徽律疏》正是这样的载体。它们的制定和颁行，标志着中国法律儒家化的最终完成和定型，标志着中华法系的成熟，标志着儒家法思想作为古代社会主流法思想地位的真正确立。

中华法系与儒家法思想同步发展、同时定鼎的历史事实告诉我们，承认中华法系也就意味着承认儒家法思想在古代法中的主流地位、主导地位，不注重儒家法思想的深入研究，也就难以把握中华法系的内在特质。

三、儒家法思想与中国民族的传统法心理

中国民族创造了高度的东方文明，形成了独特的民族心理气质和心理特征，成为一个以民族为范围的巩固的心理共同体。这种民族性的群体的心理是立体的、多角度的，其中关于法价值、法行为、法意识，以及法的认知态度、认知方法等等法文化心理是一个重要的层面。中国民族的法心理是中华法系在长期运行的历史中积淀而成，也是儒家法思想在历史的长河中被统治者长期奉行、宣传而留下的痕迹。

①《四库全书总目提要》。

（一）中国民族传统法心理面面观

1. 权即法

孔子主张“礼乐征伐自天子出”。墨子认为天子的职责是“一同天下之义”。商鞅、韩非都强调君主应当“独视”、“独听”、“独断”、“独行”、“独治”。先秦诸子百家都是赞成王权主义、君主至上的。这给中国民族的社会政治和法律的文化心理取向以深远的影响。汉代开始，儒法合流，君主主义的理论又得到了封建君主制的支持而不断发展，形成了纲常名教。理想主义的儒家思想家们曾极力论证：只有道德高尚的“圣人”才能代天牧民，制法行罚，实行“王道”政治。这就是著名的“圣王”观——圣者才能王天下。但现实社会的君主哪一个够得上圣王资格呢？于是，像孟子这样的思想家只好自我安慰：“五百年必有王者兴”。可颇具讽刺意味的是，被理想主义者理想化的尧舜之后 500 年，虽还有商汤、文、武和周公，但周公以下，儒家实在无法许谁为圣王了。至于秦汉以后的君主，正如黄宗羲所一言以蔽之的，都是“荼毒天下之肝脑，离散天下之子女”的“独夫”[①]。但正是“独夫”需要有“圣王”的招牌，他们豢养一批御用文人，极力把他们一个个都打扮成“小尧舜”。这样一来，现实的都成了合理的，既然是“以德配天”，不是“圣人”哪能当得上天子呢？王者即圣人的美化现实的“王圣”观便应运而生，代替了原来具有批判精神的“圣王”观。这种“王圣”观认为，王者“法圣则天”，他们的立法权是绝对的，权威性是不容怀疑的。皇帝成了真理的化身，也成了法律的化身。西汉的酷吏杜周当廷尉，惟皇帝的旨意是从，从不考虑法律，有人诘问他，他却振振有词地说：“三尺（法）安在

① 黄宗羲：《明夷待访录》。

哉？前主所是著为律，后主所是疏为令；当时为是，何古之法乎！[①]”这话道破了封建法制的君主专制主义实质。皇帝有权对法律兴废改立，也有权对案件作出最高裁决，他朱笔一点，可以破法杀人，可以法外开恩，臣民只能“叩头不已”，口称“天王圣明，臣罪当诛”；“口含天宪”的“圣王”，其实是无法无天的“独夫”。长此以往，形成一种社会心理：有权就有法，权大法也大，权生法，权即法。

2. 法即刑

在古文字中，法刑二字互用。《说文解字》就说：“法，刑也”，又说“刑，法也。”先秦诸子，法家似乎是最重视法的，但他们所一味宣扬的是“严刑重罚之可以治国”，他们的“以法治国”，其实就是“以刑治国”，是教君主对自己的臣民“刑九赏一”；“重刑轻罪”，敢下毒手，敢施酷刑。法家的重法，实际是重刑、重罚。儒家提出“为国以礼”，反对严刑重罚。礼的提出，适应了中国古代宗法社会的需要。在以宗法家庭为基础的农业型自然经济状态下，民事关系比较单一，大量的民事纠纷可以由血族共同体以宗法之礼加以调整。儒家又喻国为家，以为家国关系、君臣关系、君民关系、师生关系、朋友关系等等也应像父子关系、兄弟关系、夫妻关系一样，用礼来加以调整。这样，儒家在法学理论上，也没有创立起一个超越礼与刑孰轻孰重问题之外的法的新体系。他们同法家一样，把法与刑等同起来。汉武帝“独尊儒术”之后，法家的严刑重罚论吃不开了，但法即刑、刑即罚的观念却没有改变。封建国家以“律”为名制定的成文法，其实都是刑法，之所以列入有关职官、婚姻家庭、钱债田土等现今属于行政法和民法的内容，是因为按当时的法价值观，违反和破坏这些关系会严重地危害社会秩序，因此应以最严厉的国家强制手段

① 《汉书·杜周传》。

——刑罚——来维持它们。换句话说，有关职官、婚姻家庭、钱债田土一类的内容纳入刑律，不是因为它们是属于民法或行政法，而是因为社会上存在着此类犯罪。如“和奸”“居丧嫁娶”“过期不偿债”、“冒哀求仕”等等，按当时的法价值观，这些行为都是犯罪，而不是一般的违反行政法或民法关系，亦非普通的非道德行为[①]。这种成文法主要是刑法的立法体系也给人们造成一种印象：法等于刑。久而久之，社会上形成了一种心理定势：法即刑。人们在习惯上往往称“犯罪”为“犯法”，视违法为“犯罪”，而一提起违法，想到的便是起码要挨板子。社会上对法不能有广义的理解，更没有想到自身的权利要通过法律来确认。法既然是皇帝制定出来桎梏人的，当然也是残酷的、令人厌恶的东西，加上封建司法的武断和专横，社会普遍形成了贱法、厌法、贱刑的法文化心理。

3. 贱诉讼

中国人心理上贱法、厌法，同时也贱讼、厌讼。孔子说过：“听讼，吾犹人也，必也使无讼乎。’”[②]有人说它是贱讼心理的渊源，这话不全对。因为孔子的“无讼”是指通过长期的德礼教化和为上者以身作则，使争讼者耻于争讼来达到“无讼”，不是人为地禁止诉讼，反对诉讼。不过，孔子主观上已以“无讼”为高是无疑的。《易经》说：“讼，有孚，窒。惕，中吉。终凶。’”[③]大意为：在下位者与在上位者争讼，是行不通的；如果在下位者怀畏惧之心，得中道而止，便是吉利的；若坚持争讼到底，寸步不让，终究是

① 中国古代的民法不发达，且主要由礼加以调整。但以为历代成文律典是“诸法合体”、“民刑不分”的说法似有重新研究的必要。古代以律、典命名的成文法本质上是刑法，纳入其内的所谓民事、政事内容，其实都是民事性或政事性犯罪。限于讨论主题，在此不能展开。

② 《论语·颜渊》。

③ 《周易·上经·讼第六》。

凶的。这个“讼卦”原有一定的适用条件（如特指“下位者”与“上位者”争讼），不是泛指，但确实也包含对诉讼的否定性评价。孔圣人和经书上的这种贱讼论经过权势者们的泛化和强化，“无讼”“讼则凶”就变成了至高无上又普遍适用的“经训”。它与孔子的“和为贵”,以及《老子》的“不争”“曲则全”“不敢为天下先”的处世哲学相结合，形成为强烈的民族性的贱讼心理。这种贱讼心理又被“官府衙门八字开，有理无钱莫进来”的司法黑暗所激扬。庶民百姓视打官司为畏途，“一场官司十年仇”，成了民间祖传的经验之谈。遇上该诉讼的案件，心理上总以为还是“大事化小，小事化了”，委曲求全、张公百忍为好。此外，封建政府往往把诉讼案件的多少作为考核官吏政绩的一项主要指标。地方官吏为了标榜自己能“以德化民”、止争息讼，用种种手段压制人民诉权。甚至将争讼者以“刁顽不化”之罪加以惩处，这也大大加剧了人们的厌讼、贱讼心理。

4. 重调解

重调解与贱诉讼是一个问题的两个方面。古老的儒经《周礼》的地官司徒属下有调人一职，“调人掌司万民之难，而谐和之”，可见是专做调解工作的。这虽然不见得是西周制度上实有的事，但可说明重调解的法律意识产生的历史很早。汉儒董仲舒说：“古者修教训之官，以德养化民，民已大化之后，天下常亡（无）一人之狱矣。’”[①] 这和《周礼》的说法相一致。一些官吏在尚德化、重调解的法律意识影响下，也在司法实践中追求以德息讼。后汉献帝年间，有一盗牛者被抓获，审讯时他百般求告说，自己甘受刑戮，乞望不要告知王烈。王烈听说后即派人送去一段布，表示感谢。旁人不理解王烈的做法，王烈解释道：“这个盗牛人怕我听到他犯罪，说明他有耻恶之心。既然心怀耻恶，必能改过从善，所

① 《汉书·董仲舒传》。

需要全本请访问 www.ertongbook.com