

绪篇 概念和体系

第一章 固有法律及其相关概念

第一节 传统意义上的“法”概念

本书所使用的“法”、“法律”等概念，除特定语境下，通常都是西方意义上的或现代意义上的。^{〔1〕}强调这一点的必要性在于中国传统意义上（与现代意义上相对应）的“法”或“法律”的概念与西方意义上的“法”（“law”、“droit”、“recht”）概念是不同的。在本书的引言中我曾提到，西方人对于中国传统律典的属性常常感到困惑不解。或许正像西方人所描述的那样，传统意义上的中国法律，譬如律典与其是说法典不如说是皇帝训导各级官吏如何实施刑罚的指示汇编。中国传统法律注重刑罚和行政的特征与西方人惯常使用的法律的概念有着天壤之别。在西方人的眼里，凡是提到法律，首先应是对个人与个人之间关系的规定。^{〔2〕}我们的法律所关注的焦点只不过是西方法律体系中的边缘部分。现代西方的两大法系，包括罗马法和英美法，都是以私法为基础逐渐发展而来的。即

〔1〕 笔者以为，我们所说的“现代化”之类字眼，很大程度上不过是“西化”的异体词。

〔2〕 钟斯说：“但当我们想到法律时，我们往往只想到个人与个人之间的关系。如果有一部法典，它就应该是对这些关系的规定。大清律中包含的这种官僚政治规范只是（或始终是）我们法律体系的边缘”。见氏著：“大清律例研究”，收入高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》，中国政法大学出版社 1994年版，第 385 页。

便是西方法律中与我们最接近的那个领域——刑法，也可以归结为侵权行为规范的逻辑发展。^{〔3〕}不言而喻，中西法律概念的差异，植根于历史。

传统法观念中所表现出来的强烈刑法色彩，与世界各国，甚至与中国周边少数民族的法观念相比，也显得相当独特。“杀人者死、伤人者刑”的同态复仇主义强有力地塑造了中国人的法观念，不仅在历史上深入人心，甚至直到今天仍然根深蒂固。如果政府不对杀人犯处以死刑，纵使百倍的财产赔偿也难以平息受害人家族的愤怒。明清时代的中国周边少数民族，如蒙古族、满族和藏族等习惯法中均保留着以财产补偿方式处罚杀伤、盗窃等刑事犯罪行为。然而，在中国人心中以金钱补偿替代刑罚不仅是不道德的而且是野蛮的、落后的。

嘉庆十四年，清政府决定维持《番例》的效力，今后不再考虑将《大清律例》适用于这一地区。《番例》是参考《蒙古律例》，针对青海藏区制定的特别法规，保留了以罚缴牲畜——“罚服”方式处罚罪犯的民族习惯法内容。西宁办事大臣奏文中称：“奴才到任后，细查蒙古、番子大约重财轻命，习尚相同。向来命盗等案，一经罚服，两造欣然完结，即深夙怨，亦皆冰解。若按律惩办，不特犯事之家仇隙相寻，即被害之家，亦以不得罚服，心怀觖望。此种积习，不可化悔。……奴才伏思，番民等如敢纠约多人，肆行劫掠，或竟扰及内地边氓，情同叛逆，以及肆意抢劫蒙古牲畜，凶恶显著，关系边疆大局之案，自应摄以兵威，严拿首从，随时奏明办理，以彰国典。其止于自相戕杀及偷盗等案，该蒙古、番子向系罚服完结，相安已久，一旦绳以内地法律，恐愚昧野蛮，群滋疑惧，转非抚戢边夷之意。可否俯顺夷情，仍照旧例，出自皇上天恩”云

〔3〕 同前注〔2〕引书第385页注〔118〕：“我们的刑法（无论是否被人视做根源于德国或罗马法——原作者）的基础与我们的私法——侵权法是相同的，这种联系肯定是重要的”。

云。〔4〕

以侵权行为法为基础发展起来的西方刑法对以财产赔偿作为处罚犯罪行为的有效方式理论上是不会严厉排斥的，当代极流行的法律经济学派更是看好罚金刑。波斯纳说：“从经济学的角度看，我们应该鼓励适用罚金而不是徒刑。原因不仅是因为徒刑不为国家创造岁入，而罚金创造了岁入，还在于徒刑的社会成本要高于从有偿付能力的被告处征收罚金的社会成本。”他又指出：“当罪犯有支付能力的情况下，罚金确实是一种比监禁更有效的处罚方法。”〔5〕

显然，按照中国传统的法观念，波斯纳也是一个“重财轻命”的“愚昧野蛮”之徒。

西方人在承认中国旧律是否算得上法律时所表现出的吝啬可能会使我们感到几分愤慨和惊讶？有人或许会将这种现象归咎为“西方中心论”在作祟。假如我们采取“中国中心论”的态度去评价西方的法律，我们是否会表现出同样的惊讶呢？我想是会的。只是我们没有这样的机会。鸦片战争以来历次中西接触给国人造成的心理创伤至今尚未痊愈，我们对固有文化的自信心远未能恢复。〔6〕在这种情形下，让我们以中国固有法律作为惟一正确的价值尺度去衡量西方人的法律是否符合规格显然会招致不自量力、夜郎自大之讥。

晚近以来，学者们从文字学的角度对早期中国法律的探讨，为

〔4〕叶尔衡编：《番例条款》，大河日报社，民国二年版。关于满族的相似习惯法可参见本书第六章有关多尔衮处理朱和尚殴伤沈寿人命一案的论述。

〔5〕理查德·A·波斯纳：《法律的经济分析》上册，蒋兆康译、林毅夫校，中国大百科全书出版社1997年版，第297、298页。

〔6〕胡秋原说：鸦片战争给国人带来的心理影响是：“中国自此不复为‘上国’，而是落后之国，不断受外国人的侵略，攻击、肢解、控制，直至今日，全中国民族并未能脱离外国实质的精神的压力和控制”。见该氏主编：《近代中国对西方及列强认识资料汇编》第1辑第1分册，中国近代史资料汇编，“中央研究院近代史研究所”编印，台北，1972年版。第5页，《序言》。

我们理解中国传统意义上的“法”概念提供了极为有益的启示。

据考证，甲骨文中迄今尚未发现“法”字、“刑”字，但与刑字相关的某些表示具体刑罚的字样已见诸甲骨文。^{〔7〕}如“𠂔”字，为手持凿子在人面部刺字的象形，即墨刖刑；“𠂔”是以刀割鼻子的象形，即劓刑等等。在西周青铜器铭文中，“法”字和“刑”字的古体均已发现了。其中法的古体是“灋”字；刑字的古体有二，一作“荆”字；一作“井”字。“荆”字的本义是征伐、杀戮，起源于战争中的兵器，引申为刑罚；“井”字的本义是铸造青铜器的模具，因与“荆”字古音同部而混用，假借为“荆”，读如刑。春秋战国以后，在“荆”之下加上模具的材料“土”，后来规范成“型”字，有模型、模范之意，又引申为规范、法。可见，在古人的观念中，“刑”字原本就是直观战争兵器或生产工具。

与“刑”字的古今字义基本相通不同，西周铭文中的“灋”字没有后来作为法律意义上的字义，当时的主要用法是假借为“废”字。西周时期的人们只知“刑”而不知“法”，甚至春秋时人还不懂得“法”的意义。

“法”字在文献中被大量引用是在战国时期，法观念的产生的现实基础是当时各诸侯国蓬勃发展的制定成文法运动。法家的鼻祖李悝总结春秋战国各诸侯国的立法经验，对成文法加以理论概括，初步建立了法家学说的体系。因此，“法”字具有法律的含义，应当归功于法家。

法家的“法”观念可以归纳为两点：

其一，“法”是一种统治工具，能够“定分止争”、“一民使下”；

其二，“法”的内容是刑，法家所谓的法治，说穿了就是“刑治”。

〔7〕 以下关于“法”“刑”“律”字义的探讨主要依据李力：《出土文物与先秦法制》，大象出版社1997年版，第18—25页。

许慎的《说文解字》将“灋”字解为：“灋，刑也。平之如水，从水；廌，所以触不直者去之，从廌去。”尽管有学者认为这种解释明显带有战国后期阴阳五行学说的色彩，但许慎将“法”与“刑”紧密地联系在一起，应当说还是抓住了“法”观念的要害。

就现有考古发掘来看，“律”字的出现早于“刑”字和“法”字。殷代甲骨文据统计有 6 处出现“律”字。其中 1 处是地名，3 处因残缺意义不详，另外 2 处都是“师惟律用”，与《易·师》“师出以律”中的“律”字是同意语，有解释为“军律”者，〔8〕有解释为“约束”、“纪律”者。〔9〕不过，作为法律意义上的“律”字始于何时尚有不同看法。著名法史学家祝总斌教授首先否定了传统的商鞅“改法为律”说，他认为“律”字的法律用法的出现应在公元前 260 年左右，也就是稍早于魏户律、奔命律。祝总斌先生又指出“律”字在公元 3 世纪中被广泛地接受为成文法的名称，说明它适合于法律上的用法，其强大的竞争力来源于“律”字的字义。

“律”乃“聿”的繁文，本有行列、规矩、标准之义，因此很早使用在音律上并由此演化成同样要求十分精确的法律上。战国时期，度量衡的逐步统一并频频与“法”字、“律”字连用，是促成“律”字法律用法的另一因素。此外，“律”与“率”二字上古同音。

“率”有标准之意，引申为广义的法。上述三种因素的结合，决定了“律”字一花独放，成为 2000 多年来成文法典的专用字。〔10〕

正像有学者指出的那样，“秦汉以后大多数封建法典都称为‘律’，如魏律、晋律、北齐律、唐律、大明律、大清律，它们都是以‘刑’为主的。甚至在今天，我们仍习惯于将‘刑法’称为‘刑律’。这表明，取代‘法’观念的‘律’观念依然是以刑观念为主

〔8〕 同前注〔7〕，第 23 页。

〔9〕 祝总斌：关于我国古代的“改法为律”问题”载《北京大学学报》1992 年第 2 期，第 43 页。

〔10〕 同前注〔9〕，并参见祝总斌：“‘律’字新释”载《北京大学学报》1990 年第 2 期，第 15—18 页。

旋律的”。^[11]

通过上面的文字学角度的分析，我们了解到，古汉语中的“刑”和“律”均是指直观的、具体的事物，如刑具、刑罚和法条编纂物等。相对来说，“法”字的含义比较复杂，可分为广狭二义。有学者指出，儒家、道家和墨家所使用的“法”概念是广义的，这种意义上的“法”确切些说指的是一种自然的秩序；引申也有尺寸、绳墨、规矩、衡石等抽象的含义，隐喻着人类行为的规范 and 标准。狭义的“法”概念属于法家的专利，是与刑罚和政府紧密地联系在一起。^[12]也许，我们将法家化的“法”概念简要地表述为“政府维护统治的暴力工具”并无不妥。

对儒法两家在“法”概念差异上的认识，并非始自今日。清人朱仕琇曾经指出：“故明法者，不可不先之以意。意立矣，则法其所立之景也。长短曲直，天下得进而求之，以推其不二。故令下而风行，教成而弗叛。意者何主也？曰仁义忠信是也。”他所说的“意”显然是指的法的精神和指归，具体说就是立法应该遵循和体现仁义忠信四个基本的道德准则。他接着指出，长期以来，这四个准则并没有得到真正的贯彻，原因是：“以法坏而意不至也。修法奈何？曰刑名之家，曰严家无格虏。故明威以行法，细赏深罚以致威”，即变本加厉地增加法律的威猛残苛，其结果如何呢？“商君以此亡秦，酷吏以此衰汉”。乍看起来，“法行之时，夜户不阖，道无拾遗，境内肃清，豪猾屏息”；实际上却是，“忠爱根荃，祸贼胎结，皮传骨离，形强脉死。九族崩心，安问闾巷，一旦乘机迸裂，远近冰释，名号四起，城池自下，国亡之日，求一人死宗庙、社稷不可得也，秦之二世是也。威极而犯，法极而靡。苟取一切，不可暨于精微，垂之后世，是以明君不用也。故善制法者，以意；不善

[11] 同前注 [7], 第 25 页。

[12] 参见 Hyung I. Kim, *Fundamental Legal Concepts*, Port Washington: Kennikat Press, 1981, p. 2-7 及前注 [7] 引李力书。

制法者以威”。^[13]这段话比较费解，大致的意思是说，善于立法者，要依据是非、道德的准则制定法律；不善于立法的，仅仅凭借威慑。大概就像西方人所说的：“法律渊源不仅包括立法者的意志，而且也包括公众的理性和良心”。^[14]

须要指出的是，作为一个与现代法概念相关的专门术语，法家化的“法”概念在秦以后 2000 多年的汉语发展史中一直占据着统治地位，乃至直到今天，一提到“法”字，国人最自然的反应仍然是法庭、法典、刑法、刑罚等具体的事物。

了解了“刑”、“法”、“律”三字的原始含义，我们再来观察中西法概念的异同也许就比较清晰了。原来，古汉语中的“法”或“法律”与西方意义上的或现代汉语中的“法”、“法律”不是完全对应的词汇。古汉语中的“法”或“法律”大致相当于英语中的“penalty”或“criminal law”；而现代汉语中“法”、“法律”则相当于英语中的“law”、法语中的“droit”及德语中的“recht”。换言之，西语中表示“法”的“law”、“droit”、“recht”，等词汇的含义较之古汉语的“法”要广泛和抽象得多。早期的法律翻译家严复曾经指出：“西文‘法’字，于中文有理、礼、法、制四者之异义，学者审之。”^[15]

不幸的是，严老先生的提醒远未能引起国人的注意。法学家们在批评中国固有的法律和哲学时，要么指责历代的律典缺乏民法的条款，^[16]要么讥讽儒家学说轻视法律的作用，而根本忘记了西语“法律”一词在翻译为中文过程中的语义“衰减”。

[13] 贺长龄编：《皇朝经世文编》，光绪十二年思补楼重校本，卷 11，《治体五·原法》。

[14] 哈罗德·伯尔曼：《法律与革命——西方法律传统的形成》，贺卫方等译，中国大百科全书出版社 1996 版，《导论》第 13 页。

[15] 严复译：《孟德斯鸠法意》上册，商务印书馆 1981 年版 第 3、7 页。

[16] 关于中国旧律欠缺民法的问题，可参见本书第二章“法律渊源体系”中的“民事法源与习惯法”一节及附录 1。

第二节 法律儒家化问题

瞿同祖先生在半个世纪前写就的《中国法律与中国社会》迄今仍是风靡海内外法制史学界的经典之作。笔者以为，这部力作除了在研究方法上独树一帜外，更重要的是将研究的视角从具体的制度转向法律背后的社会习俗和价值观念。瞿同祖先生至今认为，他在这部书中最重要的贡献是提出了“法律儒家化”的命题。^[17]看来，要探讨传统意义上的中国法观念，就不能避开对这个命题的探讨。

有西方人指出：“根据 Escarra 的看法，西方人总是将法律看做是最神圣的，看做是所有人的社会行为的调节器。与此相反，中国人传统上对法律相当轻视”。^[18]清人纪小岚一句“刑为盛世所不尚，亦为盛世所不能废”，准确地表达了传统儒家对于固有意义上的法律的矛盾心态，也成为后人抨击儒家轻视乃至反对法律的主要靶子。

笔者以为，儒家，特别是以孔孟为代表的先秦儒家的确反对“法律”，但他们所反对的法律是具体意义上的、法家化的法律，也就是刑罚。更深入地分析，儒家反对的还不仅仅是具体的法典和刑罚，而是法典条文和刑具背后的价值观。我无意为儒家翻案，但是反对政府用严刑酷罚来残害人民，无论如何是不应受到谴责的。如果我们弄通了中西法概念上的差别，想必也不会将儒家的“刑期无刑”理想解读为儒家反对法律。显然，这是一场历史的误会。

其实，无论法家和儒家均主张维持秩序，不同的是二者所理想

[17] 参见高旭辰：“著名学者瞿同祖先生访谈录”，收入《法律史论集》，法律出版社1998年版，第600页。

[18] Luke T. Lee & Whalen W. Lai: Chinese Conceptions of Law: Confucian, Legalist, and Buddhist, 29 The Hastings L. J. (1978) . 1308.

的社会秩序及实现其理想的手段。^[19]法家的目标是建立一个高度集权化的政府，由最高统治者通过一个高效率的官僚集团，采用刑罚等高压手段维持社会的稳定和秩序。至于人民是否心悦诚服地接受政府所设定的秩序，不在法家的考虑之列。法家只要求人们的屈服。法家所主张的秩序，无道德、正义、是非可言，其存在的合理性仅在于它的暴力色彩。^[20]

一位西方法学家认为‘儒家不喜欢明确的和公共的规则’他们认为，国家的法律‘漠视社会和谐的真正的基础……只能导致更多的纷争’。^[21]他的后半句话算是说对了，只可惜他没有弄清楚儒家所反对的法律是一种什么样的法律。

2000 年来，学士大夫们对法家及其所赞美的法律的深恶痛绝从某种意义上可以理解为是所有善良的人们对毫无理性的暴力发自本能的厌恶。

严复说：“孟氏谓，一切法皆成于自然，独人道有自为之法。然法之立也，必以理为之原。先有是非，而后有法，非法立而后以离合见是非也”。^[22]然而在传统的中国，是非与法的关系却正与此颠倒。所谓‘以法为教，以吏为师’可算是 2000 年来中国政治法律文化的真实写照。法律之所以正确，在于它来源于君上的权威；而君上之所以正确，在于他手中掌握着军队和刑罚。

与法家不同，先秦儒家既不倾向于建立一个高度集权化的社会，

[19] 瞿同祖：《中国法律与中国社会》中华书局 1981 年版，第 270 页。

[20] 布迪、莫里斯：《中华帝国的法律》朱勇译 江苏人民出版社 1995 版，第 15 页列举了儒法两家学说的主要争议和差别，其中指出“礼的作用在于教会诱导，因而为德治政府所用，法的作用在强制压迫，因而为暴君政府所用”；古代圣贤依据人的本性和宇宙秩序创设了礼，因此礼具有道德上的合理性。现实的人们为了获取政治上的权力，因而制定了法律，因此法律不具备道德上的合理性。”

[21] 安守廉：“不可思议的西方”引昂格尔语，见高道蕴等编：《美国学者论中国法律传统》中国政法大学出版社 1994 年版，第 54 页。

[22] 同前注[15]第 2 页。

也不赞成夸大暴力的作用。儒家认为，社会的稳定和秩序的维护必须有赖于人民真心实意地拥护。而要实现这一点，就必须实行德政或仁政以博取民心。如果我们将法家的学说比做中国古代的法律实证主义，那么儒家或多或少地近似于西方的自然法学派。因为儒家所理想的秩序及实现秩序的手段必须具备一定的道德和正义的基础。孔子说“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”，^[23]说穿了其实就是西方法哲学史上的实证法学与自然法学的传统争议。其前半句的意思是人民在政权和刑法的威慑下不敢犯法，不过是因为那是政府的强制命令，人民并不知道不得如此行为的道理；而后半句的意思是人民在德、礼的引导下懂得了是非、正误、善恶的道理会自觉地遵守法纪。

大概正如两次世界大战动摇了西方人对法律实证主义的信心一样，法家思想的胜利随着秦帝国的土崩瓦解而引起人们的普遍怀疑乃至憎恨。儒家学说死灰复燃并在东汉以后逐渐渗透到法律条文之中。著名的《春秋决狱》表面上看不过是将儒家经典所体现的伦理精神运用到司法实践中去，但是如果仔细品味史料中保存的零星几条案例，^[24]我们会看到董仲舒所依据的原则，无论是“原心定罪”也好，“父子相隐”也好，均不是僵化地固守儒家的经典，而是根据儒家经典的基本精神——“仁”对严酷的汉律加以灵活地、有倾向性地解释，这与后代实践中教条式地应用儒家礼教不同（参见本书第十二章），正如张建国先生所正确总结的那样：“董仲舒的《春秋》决狱是为了反对专制刑制，否定和修改严苛汉律提出来的”。董仲舒的决狱方法“包含着以具体事实为依据、同时考察被告动机和行为效果的合理因素。在治狱方针上，法家主张循名责实，实际是‘诛名而不察实’，即只看效果，不看动机，只看现象，不看实质。以名定罪也造成

[23] 《论语·为政》。

[24] 参见张建国：《中国法系的形成与发达》，北京大学出版社 1997 年版，第四章董仲舒和春秋决狱 第 60—71 页。

了大量冤假错案”。显然，董仲舒引经决狱是试图运用一种符合理性、注重人情、强调是非善恶的解释理论改造野蛮、教条的法律体系。至于张建国教授指出的引经决狱的负面效应，即它“也为随心所欲地修正乃至抛弃现行法提供了方便”。我想，在这个问题上应受指责的不是董仲舒，也不是他所引证的儒家经典，而是汉以后的历代律典并未真正接受董仲舒所采用的解释理论。董氏虽有偏离孔孟之处，但尚能坚守仁。从唐律到清律，虽然引入了礼，但抛弃了仁。表面上确实写入了“亲属相为容隐”的条款，但却将这一条款的适用范围局限在‘谋反大逆’等重罪以外的领域。《春秋》之义所倡导的‘善善及子孙，恶恶止其身’的原则被排斥于历代律典之外，而族刑、缘坐却大行其道。〔25〕

以研究清代刑法见长的日人中村茂夫在比较了清代刑法中“过失”概念与现代刑法学中对应概念的异同后指出：“对现代所言的过失，旧中国法中往往适用与比之‘过失’更重的罚条。另一方面，现今不属于过失杀，而只是偶然之事件。在旧中国法中，追究其‘过失’责任的事件是很多的。所以，一个案件是否符合旧律中过失杀伤人条，应调查判断案件开始其是否有不正当的行为。旧律的过失，并不是积极地去探求作为责任条件之一的是否有无过失责任，而只限于是否认为有其先行行为。实际上对于每个事件，其注意义务‘不应’成为问题的关键。在此，也显示了旧中国法的结果责任主义特点的一个方面”。〔26〕

瞿同祖先生的“中国法律儒家化”观点无疑是具有说服力的。然而，儒家学说对历代法律的影响只存在于家族主义和等级制度等有限的领域。儒家思想的精髓——“仁”从来没有被“儒家化”了的律典

〔25〕 日人西田太一郎也指出：“按照儒家的理想，刑罚的施行只应限于犯罪者本人，而不应牵连其妻子和儿子”。见氏著：《中国刑法史研究》，段秋关译，北京大学出版社，第148页。

〔26〕 中村茂夫：“清朝刑法中的过失犯罪”，收于《中外法律史新探》，陕西人民出版社1994年版，第374—375页。

所接受过法家思想的真谛“严刑酷罚”、“重刑轻罪”也从来没有被“儒家化”了的律典所抛弃过。正如清末的孙宝瑄所指出的那样：“周末诸子百家，各以其学竞争于国内，厥后诸家皆败，独法家之说胜，为世主所用，遂流毒二千年。盖法家之术，善取媚人主，故能战胜也。”谈到汉武帝的“罢黜百家，独尊儒术”，他指出：“不知汉武之兴学崇儒，果崇其实乎，抑仅有其名乎？有其名而不务实，则与未行无异。马端临《通考》论曰：武帝兴学，只是好名。”他又说：“及后世，人君崇法家之学，而儒墨皆为所用。盖世安则以儒饰治具，世危则以墨供驱役。何也？谈经术、摘文词者，儒家之事也，非饰治具者乎？冲锋犯难、效节捐生者，墨氏之学也，非供驱役者乎？故曰儒墨皆为法家所用。”〔27〕因此，所谓中国法律的儒家化不过是一种假象，不过是用儒家思想的一些微不足道的皮毛粉饰和遮掩赤裸裸的重刑主义的虚伪策略罢了。

如果说中国法律确实儒家化了，不如说是儒家世俗化了更为贴切。儒家从原始意义上的、富于批评精神的先秦儒家转化为识时务、善钻营的“新儒家”，并从此成为官方秩序的歌德者。关于儒家队伍蜕变的过程张建国先生有过精彩的描述。〔28〕他指出：“朝廷这时真正用到儒学的地方，并不是儒家的政治理想，而是礼仪”；而这种礼仪从广义上说也是法，因此和律令同录，藏于理官”。〔29〕其实，历代帝王们不仅“这时”而且从来没有需要过儒家的政治理想，他们所需要的只是儒家的道德外衣和捧眼角色。儒家队伍的变质最初是靠着个别如叔孙通之类所谓“通权达变”、“注重实效”的个人努力所树立

〔27〕 分见孙宝瑄：《忘山庐日记》上册，上海古籍书店1983年版，第403、230、232页。该书第438页亦说：“余则以为儒教实未行我国，所行者法家之教也。周末诸子竞争，法家独战胜，为人主所崇尚，数千年来，无不法其意，以驱天下。若夫儒、墨二家，特为法家所驱使耳。世治则用儒家之礼乐诗书；世乱，则用墨之赴汤蹈火。皆奴隶于法家者……”。

〔28〕 同前注〔24〕引书第三章“儒学的官学化与法律的儒家化”。

〔29〕 同前注〔24〕第45、46页。

的榜样力量实现的。叔孙通及时建言所受到的加官晋爵的奖赏以及立即兑现其对弟子们的封官许诺，无疑对那些急于进身而不得其道的在野儒生产生了巨大的诱惑力和号召力。尽管如此，还是有一些不识时务的‘鄙儒’、‘陋儒’对叔孙通曲意逢迎的丑态不屑一顾，甚乃厉言斥责：“公所事者且十主，皆面谀以得亲贵。今天下初定，死者未葬、伤者未起，又欲起礼乐。礼乐所由起，积德百年而后可兴也。吾不忍如公所为，公所为不合古，吾不行，公往矣，无污我。”〔30〕

孔孟所倡导的礼乐本是以仁为精神的、“积德百年而后可兴”的自然过程；而后儒们的礼乐乃是只有躯壳、没有灵魂的烦琐仪式而已。有著名学者认为孔子思想的核心是“礼”，而“决不是许多后儒和今人所说的‘仁’和其它”，〔31〕笔者对此不敢苟同。任何一套具体规则的背后总会包含着某种精神；而任何一种理念要想落到实处，也必有一定的表现形式。任何一种理想的实现又必须表里如一、言行一致，这才是孔子思想的精华所在。孔子说：“人而不仁如礼何，人而不仁如乐何？”〔32〕这清楚地道明了孔子所主张的礼乐与仁的关系，也正是前引汉之‘鄙儒’们所谓‘礼乐所由起，积德百年而后可兴也’那句话的话外音。《论语》记载，有人向孔子请教‘礼之本’，孔子答道：“大哉问礼，与其奢也，宁俭；与其易也，宁戚。”表明孔子并不太看重礼的仪节和形式，而是看重人的内心的真实表露。《论语·八佾》载：“子夏问曰：‘诗云：巧笑倩兮，美目盼兮，素以为绚兮，何谓也？’子曰：‘绘事后素’。曰：‘礼后乎？’子曰：‘起予者商也，始可与言诗已矣’。”冯友兰先生解释说：“子夏以‘绘事后素’而悟及‘礼后’，盖人必有真性情，然后可以行礼，犹美女之必先有巧笑美目，然后可以施脂粉也。否则礼为虚伪形式，非惟不足贵，且亦甚可贱矣。”〔33〕孔子所

〔30〕《史记·叔孙通列传》亦见前引建国氏书第46页。

〔31〕蔡尚思：“《论语》真相与有关名著”载《传统文化与现代化》1998年第3期。

〔32〕《论语·八佾》。

〔33〕冯友兰：《中国哲学史》，1983年版第93页。

强调的“正名”，显然就是要解决名实不符的问题。而秦汉以后官方儒学所鼓吹的“仁义道德”恰恰是“先诈力而后仁义，以暴虐为天下始”的言行不一的超一流表演。其结果自然是孔子所说的“名不正，则言不顺；言不顺，则事不成；事不成，则礼乐不兴；礼乐不兴，则刑罚不中；刑罚不中，则民无所措手足”。〔34〕

孔孟的“内圣外王”，‘内圣’原本是‘外王’的前提和条件，而‘外王’则是‘内圣’的自然的、符合逻辑的后果。但是到了后儒那里，“内圣外王”变成了实际上的“外王内圣”。皇帝掌握了政权，所以他就理所当然地变成了圣人。孟子说“惟仁者宜在高位”，到了歌德之儒那里就变成了“惟在高位宜为仁者”，显然还是落入了法家的“以力服人”的巢臼。

当然，从汉至清，纵使叔孙通式的‘通权达变’之儒具有无限的诱惑力且占据着绝对的垄断地位，可‘鄙儒’、‘陋儒’总是未能被彻底感化抑或被消灭殆尽。直到本世纪初清廷决心推行“新政”时，仍然要指斥那些‘愚儒谈正学，又往往不达事情……’。〔35〕

有人或许会问，这些‘鄙儒’、‘陋儒’、‘愚儒’何以屡焚不尽、屡坑不绝呢？大概只有借助德沃金的理论加以解释：“根据权利理论所要求的模式，道德的发展是不能通过颁布命令来实施的……我们尊重道德的要求，不是因为什么人告诉我们这样做，而是因为我们自己相信它们是‘真理’。这种对于真理的感觉使我们给予道德原则很高的权威，它们使我们确信，在必要的时候，我们应该为了这些道德原则而牺牲我们自己的利益。……一个政府可以颁布法律，可以颁布官方的政策，但是，它不能只是因为宣布某些事情是真理，它们就真的成了真理。真理是不能通过命令而颁布的。”〔36〕

〔34〕 《论语·子路》。

〔35〕 《光绪朝东华录》总第4601页。

〔36〕 罗纳德·德沃金：《认真对待权利》中文版序言，信春鹰、吴玉章译，中国大百科全书出版社1998年版，第23页。下引德沃金语不注出处者见同书第3页。

德沃金还指出，在英美政治社会中，法律之所以“享有其它以强制力为后盾的命令——即使是那些通过制度化的程序而实施的命令——所不具有的尊崇”的真正原因在于：“这种法律的合法性和政治道德的关系给予了法律特殊的尊崇和特定的有效性。法律和政治道德之间的这种关系的确立和保持的手段是：通过法律来实施基本的和宪法的‘权利’。这些权利使法律本身更为道德，因为它可以防止政府和政治官员将制定、实施和运用法律用于自私或不正当的目的。”

反观我们传统政治社会中的法律，尽管在秦汉以后纳入了不少原本属于‘道德’范畴的规范，但仍然遭到人们的鄙夷，其原因就在于“法律”本身是不合法的，是缺乏道德支持的，就在于上自皇帝下至大大小小的政府官员“将制定、实施和运用法律用于自私或不正当的目的”。正如黄宗羲所指斥的那样：“三代以上有法，三代以下无法……后世之人主，既得天下，唯恐其祚命之不长也，子孙之不能保有也，思患于未然而为之法。然则其所谓法者，一家之法而非天下之法也。是故秦变封建而为郡县，以郡县得私于我也；汉建庶孽，以其可以藩屏于我也；宋解方镇之兵，以方镇不利于我也；此其法何曾有一毫为天下之心哉，而亦可谓之法乎？……后世之法藏天下于筐箧者也；利不欲其遗于下，福必欲其敛于上；用一人焉则疑其自私，而又用一人以制其私，行一事焉则虑其可欺，而又设一事而防其欺。”〔37〕

总而言之，中国古代的法律儒家化是表面上的、虚假的儒家化，也就是所谓的“阳儒阴法”。本书后面各章提到的法典儒家化、儒家礼教等，除特别指明外，也都是这个意义上的。

〔37〕 《明夷待访录·原君》 古籍出版社 1955年版。