

苏力 .....

宗法封建制的历史变迁及其宪制意涵

於兴中 .....

经验法学：培根与霍布斯

梁治平 .....

世纪礼法之争：晚清遗产谁人继承

何勤华 .....

论法律至上

刘星 .....

司法日常话语的“文学化”：源自中国基层司法经验

张志铭 .....

当今中国的社会转型和法秩序建设

徐国栋 .....

罗马法中的主观诚信的起源与发展

范忠信 .....

中华法律文明的价值与智慧

季卫东 .....

中国司法改革的现状与目标

# 法学名家讲演集

## 法律文化与社会变迁

李秀清 于明

编



# 法学名家讲演集

法律文化与社会变迁

李秀清 于 明

编

**图书在版编目(CIP)数据**

法学名家讲演集:法律文化与社会变迁/李秀清,  
于明编. —上海:上海人民出版社,2014  
ISBN 978-7-208-12453-0

I. ①法… II. ①李… ②于… III. ①法律-文化-  
文集 IV. ①D909-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 154953 号

责任编辑 解 锐  
封面装帧 人马艺术设计工作室·储 平



**法学名家讲演集:法律文化与社会变迁**

李秀清 于 明 编

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路193号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行

常熟新骅印刷厂印刷

开本 720×1000 1/16 印张 17.25 插页 4 字数 220,000

2014年7月第1版 2014年7月第1次印刷

ISBN 978-7-208-12453-0/D·2528

定价 45.00 元

# 前 言

2012年的夏天,由上海市学位办主办、华东政法大学承办的上海法学研究生暑期学校如期开幕。来自北京大学、清华大学、中国人民大学、复旦大学、浙江大学、中国政法大学、西南政法大学、中南财经政法大学以及香港大学、澳门大学、瑞典隆德大学等国内外五十多所高校的120多名学员齐聚沪上,聆听讲演,砥砺学问,共同渡过了十余天紧张热烈、收获满满的学术之旅。

此次暑期学校的主题为“法律文化与社会变迁”,由华东政法大学研究生教育院和华东政法大学法律史研究中心共同承办。在选题之初,我们即选择了“法律文化”这一具有吸引力和包容性的主题,追求法学理论与法律历史的融合,希望能为暑期学校的学员提供既有“深度”也有“广度”的学术给养。为实现这一目标,我们精心安排暑期学校的课程,并有幸邀请到朱苏力、刘星、许章润、何勤华、张志铭、范忠信、季卫东、於兴中、徐国栋、高鸿钧、陶安(德)、梁治平、楼宇烈(以姓氏笔画为序)十三位在法律文化领域享有崇高学术声誉的著名学者为暑期学校的学员授课。

“学而时习之,不亦说乎?有朋自远方来,不亦乐乎?”

在这次暑期学校的举办中,我们也同样感受到了来自全国各地的青年学子的学习热情。自暑期学员的招生简章公布后,在不到一个月的时间里,我们即收到了来自全国各地法学院校的青年教师、博士研究

生、硕士研究生的报名申请共三百余份,热烈程度远远超出我们想象。经过细致的遴选,最终录取了120名学员。从6月25日到7月4日的十余天时间里,暑期学校的学员认真聆听名家学者的专题讲座,并在讲座后的提问环节与专家学者积极互动、虚心求教。在课后的研讨会与共同生活中,来自各地的学员也继续着课堂上的学习与讨论,交流学术观点、结下学术友谊。

为了纪念这次暑期学校,也使得名家学者的精彩讲演得以更好的留存和传播,我们将学者们的授课录音整理汇编,并结集出版,定名为《法学名家讲演集——法律文化与社会变迁》。暑期学校的专题讲座共十三篇,其中有四篇因种种原因未能收录。目前收录的九篇,多数是根据录音整理而成,原汁原味地保留了学者们现场讲演的语言风貌,以及课后与同学的交流互动。但也有部分篇章因论文已正式发表,在尊重作者意愿的基础上,直接收录了发表时的论文。九篇讲演的目次,以暑期学校的授课时间先后为序。

本书的结集出版,不免要感谢许多人。首先感谢为暑期学校授课的各位专家学者的精彩讲演和授权出版。感谢华东政法大学研究生教育院的杨忠孝院长、邵军书记、王月明副院长、戴国立老师,以及参与课程主持和组织的丁凌华教授、马长山教授、李桂林教授、王沛教授、孙晓鸣老师和各位志愿者同学,他们为暑期学校的组织与顺利进行付出大量辛勤劳动。特别感谢上海人民出版社的领导和解锟编辑,他们的支持和工作,才使得本书的顺利出版成为可能。

李秀清、于明

2014年6月30日

# 目 录

(以讲座时间先后为序)

|                                    |         |
|------------------------------------|---------|
| 前言 .....                           | 1       |
| 宗法封建制的历史变迁及其宪制意涵 .....             | 苏 力 1   |
| 经验法学:培根与霍布斯 .....                  | 於兴中 28  |
| 世纪礼法之争:晚清遗产谁人继承 .....              | 梁治平 52  |
| 论法律至上 .....                        | 何勤华 82  |
| 司法日常话语的“文学化”<br>——源自中国基层司法经验 ..... | 刘 星 100 |
| 当今中国的社会转型和法秩序建设 .....              | 张志铭 128 |
| 罗马法中的主观诚信的起源与发展 .....              | 徐国栋 157 |
| 中华法律文明的价值与智慧 .....                 | 范忠信 203 |
| 中国司法改革的现状与目标 .....                 | 季卫东 241 |
| 附录:2012 年上海法学研究生暑期学校课程安排 .....     | 269     |

# 宗法封建制的历史变迁 及其宪制意涵<sup>\*</sup>

苏 力

主 题:宗法封建制的历史变迁及其宪制意涵

主讲人:苏 力 北京大学教授

主持人:王月明 华东政法大学教授

时 间:2012年6月26日

地 点:交谊楼第三会议室

## 一、问题、材料和方法

流行的观点认为,宪法是现代社会的产物;言外之意是古代没有宪法。但如果依据通常的定义:宪法是一个国家的根本大法,有关国家根本制度;那么,除非认为早期中国不算真正的国家,那么就得断定,即便是夏商周,也一定会有,必须有,在结构国家和功能配置上,应当算,并可以称之为,宪法的东​​西,即便没有宪法这个概念。

古代中国确实没有一个冠名为宪法的文本或一系列相关法律文件。但这并非必须。近现代的英国宪法就没有这样一个文本,甚至没

---

<sup>\*</sup> 原载于《石河子大学学报》2013年第5期。

有一个可称之为宪法的文本。<sup>①</sup>如今通常译作宪法的那个英文词或其他相应的西文词,其实并不必须译作宪法,也常常不译为宪法,而是被译为宪制,或是政制。<sup>②</sup>在我看来,甚至可以,也完全可以,译为“政法”。<sup>③</sup>不“矫情”,只要仔细研究过宪法的实在史,熟悉宪法这个西文词的由来,着眼于宪法最重要的制度构成功能,而不是司法职业群体的利益,就会支持这种宪制性或政制性或政法性的理解。这才是英文或西文宪法的基本和原初含义,<sup>④</sup>尽管这并不排除也不能拒绝衍生的含义。

一国宪法回应的是本国的根本问题。但各国的根本问题,除分享“根本问题”这个语词外,并不相等。近代之后,特别是在“大”西欧,基本都是民族国家,疆域和人口都不算大——同历史和近现代中国相比,各国自然地理上大同小异,交通便利,文字相近,并一直不同程度地分享了古希腊罗马和犹太基督教文化的传统,自然有些国家的根本问题很是相近甚至等同。因此,才有些国家的宪法创制,无需认真研究也无需明白本国的根本问题是什么,与邻国的是否有,以及有什么重要区别,找个外国人来,“抄抄”欧洲某国的宪法条文和制度实践就成,出不了太大问题。<sup>⑤</sup>但在古

---

① 可参看,Edward Augustu Freeman, *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times*, 3rd ed., F.B.Rothman, 1987(original 1872); Walter Bagehot, *The English Constitution*, ed. by, Miles Taylor, Oxford University Press, 2001(original 1873); and Albert Venn Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Elibron Classics, 2000(original 1915).

② 例如,亚里士多德:《雅典政制》,日知/力野[译],商务印书馆,1959年。Aristotle, *The Athenian Constitution*, trans. by P.J.Rhodes, Penguin Books, 1984.以及,白芝浩:《英国宪制》,李国庆[译],北京大学出版社,2005年。

③ 可参看,冯象:《政法笔记》,江苏人民出版社,2004年。毛泽东称“百代皆行秦政法”中的政法也就是宪制的含义。请看,毛泽东,“七律·读《封建论》呈郭老”,《建国以来毛泽东文稿》卷13,中央文献出版社,1998年,第361页。

④ 可参看,王绍光:《理想政治秩序——中西古今的探求》,三联书店,2012年,序。

⑤ 著名的如卢梭。因此可以理解卢梭有关立法者即制宪者的观点。他说“大多数希腊城邦的习惯都是委托异邦人来制订本国的法律。近代意大利的共和国每每仿效这种做法;日内瓦共和国也是如此,而且结果很好。”《社会契约论》,何兆武[译],第2版,商务印书馆,1980年,第55—56页。卢梭本人也曾亲自实践,先后为科西嘉(1765年)和波兰(1772年)制宪,两篇著作集于,Jean Jacques Rousseau, *Political Writings*, trans. and ed. by Frederick Watkins, University of Wisconsin Press, 1986, pp.159ff.

代,在大国,尤其是在各个独立发生的文明国家(civilization),各自独立且基本隔绝,就没地方抄了;各国的实在宪制必须是在本地特定时空条件下对本地、本国和本文明根本问题的制度性回答,必定始终是实践的,而不是文本的或文本解释的。

古代中国的根本问题,其实就是中国能否和如何发生的问题,可以粗粗概括为,如何将散居在广袤的黄河中下游平原上的无数自给自足,因此大致“老死不相往来”,也的确往来不多甚至很少的农耕聚居地的民众,组织构成(constitute——这就是宪法/宪制的基本含义!)一个政治经济文化共同体,以一个最低限度的政府为无数普通人有效提供日常生产生活所必须的长久和平和基本秩序。这既包括这块土地上民众相互间安安稳稳过日子,也包括在此基础上,必要时组织起来有效抵抗北方和西部游牧民族的可能侵扰或至少与之相安无事。用儒家的话说,前者是“治国”,后者是“平天下”;但对普通百姓来说,两者没什么区别,都是——“没有麻匪的日子才是好日子!”<sup>①</sup>

鉴于这一直是历代中国政治文化精英的政治和宪制理想,可以说,中国历史上这两个基本问题一直没变;甚至,延续到当代。<sup>②</sup>但究竟以何种制度措施应对并非一定和不变,总是有所损益,也有所创造;因为不同时期历史中国的疆域不同,政治家对根本问题的理解程度、对理想社会及其可能性的想象不同,个人和政治集团的治理能力和经验不同,跨朝代积累的治理经验不同,后代可依赖的制度路径不同等,但也因在不同朝代甚至不同历史时期可能用以回应根本问题的社会人力资源和技

---

① 《让子弹飞》，姜文/导演，姜文/葛优/周润发/主演（2010）。鲁迅对此类似的沉痛但看似刻薄的表达，“想做奴隶而不得的时代”与“暂时做稳了奴隶的时代”（“灯下漫笔”，《鲁迅全集》卷1，人民文学出版社，2005年，第225页）。

② 例如，毛泽东在新中国建国初期对中国的根本问题就有一个最凝练的概括：“国家的统一，人民的团结，国内各民族的团结，这是我们的事业必定要胜利的基本保证。”参见《关于正确处理人民内部矛盾的问题》（1957年2月27日），《毛泽东文集》卷7，人民出版社1999年，第204页。

术条件,可获得的信息的丰富性和精确性不同。因此中国古人说,“神农无制令而民从”,而“唐、虞有制令而无刑罚”。<sup>①</sup>

这就表明,可以这么想,甚至努力,但不可能真有“长治久安”的并因此“普世”的宪制。美国的司法审查够牛了吧?当年却因为它引发了美国的分裂,<sup>②</sup>直接把美国送进了南北战争;最后还是“枪杆子里面出政权”,包括后来进入美国最高法院的伟大复转军人霍姆斯也在战斗中三次负伤,才救下了美国,也才可能有今天还能为中国学者津津乐道眉飞色舞不明觉厉乃至喜大普奔的美国宪法(American Constitutional Law)。其实,就总体而言,由于真的没有人全知全能,人类永远不可能真的预知和预防一些真正的大麻烦,宪制永远是应对全新的重大危机和乱政的制度积累。<sup>③</sup>而这就是中国古人概括的,虽然没有用宪制这个词,“夏有乱政,而作禹刑;商有乱政,而作汤刑;周有乱政,而作九刑”。<sup>④</sup>

以上述分析中为背景,本文从宪制视角切入夏商周宗法封建制,试图在可以了解和想象的社会历史语境中为三代的几个宪法制度和变迁提出一种功能性的理论解释;不敢断言为真,但会有有说服力的解释。一,为什么宗法制?二,为什么夏商周最高权力转移会从“兄终弟及”转向“嫡长继承”?三,伴随嫡长继承制为什么要求官僚制,并出现分封制?以及四,为什么会有周礼和“礼治”?

提到并强调“想象”,不仅因为本文不追求重构历史,而是展现制度的可能逻辑;也因为本文并无任何新的文献资料。既有的资料少,或过

① 何宁:《淮南子集释》(中),中华书局,1998年,第928页。

② 1857年美国联邦最高法院在德里德斯科特案中判决联邦的密苏里条约,因禁止黑奴而剥夺了南方公民对奴隶的私有产权,因此违宪;这一决定引发了政治争论,南方试图退出合众国,北方不允许,南北陷入战争。北方军队打败了南方,并用枪杆子逼着南方同意并批准了宪法第13、14和15修正案,并且这也意味着南方不再退出合众国。有关此案的历史和背景,可参看,Don E. Fehrenbacher, “The Dred Scott Case,” in *Quarrels That Have Shaped the Constitution*, rev. ed., ed by John A. Garraty, Harper Perennial, 1989, pp.87—100.

③ 最典型的范例就是美国司法审查制度的创立。请看,苏力:“制度是如何形成的?”《比较法研究》,1998年第1期。

④ 杨伯峻:《春秋左传注》(昭公六年)册4,中华书局,1990年第2版,第1275页。

于专业,有些也很难尽信。例如上页注①和注③引用的文献,就不可能是历史目击者的记录,没人能活那么久,只会是后代者的追记和编撰,基于某些可信的人生经验和注定为口耳相传扭曲的历史传说,基于对历史的重新想象。

但想象不等于虚假,仍然有理由开掘并相信其中某些信息,可以用来探讨和理解中国古代制度的政治理性和宪制考量,某些结论成立,并可能为真,需要的是辨析和梳理。例如,如果假定,并且也有理由如此假定,伴随着时间推移,治理比较成功的政治体的人口总量和生活地域通常会扩大,社会技术进步通常会令社会劳动剩余增多并得以累积,那么上页注①引文就隐含了一些完全成立的法律社会学命题:一,从社会功能上看,社会群体扩大和/或活动疆域扩大一定要求更强有力的政治治理;二,社会财富的累积会令这种社会需求至少部分得以满足,出现以国家强制力保证的正式制度和制度变化。这个引文令人质疑的是一个经验命题:在唐虞时期,社会治理的需求和社会财富的积聚是否足以以专门化的制裁来保证制度稳定和政令畅通?

上页注③的引文,作为史料,如果存疑,只是三个经验命题:夏、商、周是否真有过乱政?历史上是否真有过禹刑、汤刑和九刑?以及,如果前两个回答都是肯定的,后者是否真的——从因果律上和从社会功能层面——分别是对前者的回应?但作为抽象理论命题,这个命题成立,也有大量历史经验的支持,宪法制度,特别是那些有生命力的,往往是对问题的临时应对措施和制度的历史累积,而不是预先的设计。

追求恢复对宪法的制度功能理解,本文会抗衡法学界近年流行的对于宪法单一和狭窄,道德化甚至神学化的理解,把宪法等于司法性的法条。但最重要的是,经此,本文希望重新发现和理解中国古人对当时中国根本问题的政治和宪法想象,理解他们曾经面对的制度约束条件,以及他们用来构成早期中国的曾经的制度对策和制度创造。

## 二、为什么宗法制？

在从夏到周大约两千年里，三代政治治理的疆域逐渐扩展。夏控制的范围大约在黄河中下游，主要在今天山西南部 and 河南；商继承了夏人在中原的霸权，但也扩大了受其控制和影响的疆域。只是由于国家（state）史和文化史不重叠，属于夏或商的或与之同期的文化也并不一定属于夏或商的政治管辖，因此，夏商的实际疆域很难确定。西周政治统治更为扩大，由于西周的诸侯分封，我们今天也可以大致了解西周的疆域，覆盖了今天的陕西、山西、河北、河南、湖北、山东、安徽、江苏和上海等地大部或全部，面积会超过 100 万平方公里。<sup>①</sup>

但即便在夏朝，即便夏统治者来自一个部落或部落联盟（甚至必须如此——我会在后面讨论这一点），其实际统治的地区和人民已不再是，而是大大超出了村落社区或部落联盟。既然统治已突破了血缘的范围，要求并出现了政治的联系，这就有了宪制问题，即国家如何构成并整合为一个有机且生动的整体；与此相伴或隐含的还有政治治理的合法性问题，需要获得被统治者在日常生活中以接受的方式对这种政治统治和秩序认可。而只要试图置身古代中国来理解宪制概念，就会发现由此面对的宪制不但有别于，而且远远大于近现代的宪法概念。现代宪法涉及的是在一定区域已形成的民族的基础之上建立其一个扎根于这个民族的合法政府，实行有效治理，排斥任何其他外来的更高政治势力的影响，包括教会。这就是近代西方的民族国家和主权国家的构成和由来。而在古代中国，在农耕村落社区中，民族认同问题就根本不可能发生；因此，如何构成早期国家，这其中有政府组织和组织形式问题，但最重要的显然有关有效管辖之疆域的政治构成。

---

<sup>①</sup> 许倬云：《西周史》（增补本），三联书店，2001年，第12页，14—15。

而且中国早期国家也不是恩格斯基于西方经验描述的、已打破氏族血缘关系的以地缘组织为基础的国家,而很可能是基于氏族部落征服其他部落而形成的国家。不但地下物证,如陶寺遗址,指向当时的统治阶层更可能长期是外来的征服者群体。<sup>①</sup>后人追记的记录也表明,夏商周也都是通过部落间的征服形成的。夏本是黄河中游的强大部落,东征西战多年建立了部落联邦;多年后,位于黄河下游的商西征,战胜了夏,建立了殷商;而再多年后,黄河中上游的周又东征打败了殷商。因此,商周的一直未能整合为典型的地域性国家,由不同血缘的群体的人共同构成的共同体。<sup>②</sup>军事实力强大可以推翻前朝,也可以要求其他族群臣服,但要形成有序的统治,保证有效控制疆域及其人民,军力就不是决定性的。否则王朝的军事实力一旦衰落,其他部落就会乘虚而入,战火定会重起。为保证疆域内的安定,在各地区的民众之间必须建立一种更为持久、稳定和可靠的联系,这就是国家的政治构成(political constitution of the commonwealth),这也就是宪制/法。

生产力低下和交通不便,令当时直接可用的资源几乎只有血缘和亲缘。夏商周三代的宪制在不同程度上都基于或源自“家”的想象,国在很大程度上只是家——家庭或家族或部落——的展开。三代均采取了宗法制,具体形式和程度不同,但都试图以既有血缘亲缘关系为基础来实现和保证有效的政治治理。

这是古代中国的最重要的政治想象和创造,就是宪制。因为通过血缘关系,这就把分散在不同地区统治其他族群的本家族、本部落的人

---

① “陶寺遗址(龙山文化,同早期夏重叠)可能表明了中国早期国家文明形成中的一个重要的现象:作为凌驾于普通居民之上的国家的统治阶层可能是外来的。”参见曹兵武:“从陶寺遗存看中国早期国家之形成”,《中国文物报》,2007年1月26日,第7版。

② 可参看,许倬云:“中国古代社会与国家之关系的变动”,《文物季刊》,1996年第2期,第66—67页。恩格斯则认为,国家是在氏族制度瓦解的基础上产生的,是与氏族组织有着根本区别的特殊的社会组织。其中最重要的区别之一是国家按地区划分它的国民,按居住地来组织国民,氏族组织则以血缘关系来划分和管理居民。恩格斯:“家庭、私有制和国家的起源”,《马克思恩格斯选集》卷4,人民出版社2版,1995年。

联系起来了,通过通婚的亲缘关系,“合两姓之好”,也可以建立更大的部落联盟,这就把各地域给整合起来了。但尽管血缘和亲缘在这里很显著,后面第五节还会谈到西周将血缘关系上升为礼制和国家正统意识形态,但这已经不再仅仅是纯粹的血缘亲缘关系的组织,着眼点也不在血缘和亲缘,只是挪用了家庭血缘和亲缘关系来组织和构建了最早的基于地域的政治治理系统。宗法制因此是中国最早的借以建构疆域国家的制度,在当时社会历史条件下,这是唯一现实可行的宪制架构。

这种制度架构的优点很容易想见,强化了各地的政治联系和心理联系,可以保证相互之间能获得可靠的支援。借助各成员(主要是男性)在本血缘群体中的位置来分配政治权力,组织国家政治系统的各个层级,让宗法等级和政治等级完全一致,宗法关系也因此具有行政法的意味,有利于统一和协调统治者群体的集体行动,自然也就强化了早期国家的政治统治。

另一个很容易忽视的重大制度好处是,统治者出自同一部落或部落联盟会有语言交流和联络上的便利,这是建立较大的疆域国家为信息传递及时准确决策有效所必须的,尤其在文字尚未发生或很不发达,且不可能有各地普遍流行的“普通话”的早期中国。<sup>①</sup>

### 三、权力转移还是政治继承？ ——从“备用胎”到“接班人”

据传,当初最高政治权力的转移采取的是禅让制,从夏禹开始堕落

---

<sup>①</sup> 绝不能低估这一点。即便秦汉之后,精英政治兴起,血缘关系从国家政治中全面退出,语言交流的问题仍然不知不觉地影响政治高层的人员构成。后世历代王朝的开国政治集团,甚至——以弱化的形式——近、现代中国革命的国民党和一直强调“五湖四海”的共产党核心领导,都常常集中出自某个地域。

为“家天下”。<sup>①</sup>但同为家天下，三代的王位转移也经历了变化。夏商时据说最高政治权力的“继承”是兄终弟及，到了西周才确立“传嫡不传庶，传长不传贤”的嫡长子继承制。<sup>②</sup>后者意味嫡长子是继承王位或爵位的唯一合法者，即便才华更高的王后的其他儿子，即便才华和年龄都更高的嫔妃的儿子，即便天子本人非常偏爱的其他男性后裔，均无权继承王位。

但周之前也并非严格的“兄终弟及”。“家天下”的标志就是夏禹将王位传给了自己的儿子启；《史记·殷本纪》的记录也表明，殷商时期虽有不少兄终弟及，但主要还是子承父业。因此有理由断定，西周之前有关政权转移的实际走的是双轨制。鉴于周武王起兵革命的重要理由或成功的宣传策略之一是，指责商纣王帝辛“离遏其王父母弟”、“遗其王父母弟不用”，<sup>③</sup>这表明，尽管子承父业是常规，但占主导地位的有关最高权力转移的宪制和意识形态还是“兄终弟及”。武王以商纣王“违宪”为由发动革命，而商纣王也因“违宪”而众叛亲离、丧失了政权。

但问题是，为什么，西周出尔反尔，又确立了嫡长子继承制？并且在最高权力的转移问题上，为什么会从“贤贤”的禅让开始，一再倒退，最后走向刚性的只讲“亲亲”的制度？这也太令人失望了，太与所谓的人类历史潮流相悖了吧！

对此可以有两种基本的解释。一是，目的论的或本质主义的解释，即宗法继承制度自身不断“完善”和“进化”，坚定不移地在现实中逐步

---

① “[古代的大同社会]至于禹而德衰，不传于贤，而传于子”。参见杨伯峻：《孟子译注》（万章上），中华书局，1960年，第221页。

② 例如，“公仪仲子之丧，檀弓免焉，仲子舍其孙而立其子，檀弓曰：‘何居？我未之前闻也。’趋而就子服伯子于门右，曰：‘仲子舍其孙而立其子，何也？’伯子曰：‘仲子亦犹行古之道也。昔者文王舍伯邑考而立武王，微子舍其孙脬而立衍也。夫仲子亦犹行古之道也。’”吕友仁、吕咏梅[译注]：《礼记全译》（檀弓上），贵州人民出版社，1998年，第100页；引者的着重号。

③ 司马迁：《史记》（周本纪），中华书局，1959年，第121，122页。《尚书·牧誓》则指责商纣王：“昏弃厥遗王父母弟，不迪。乃惟四方之多罪，逋逃，是崇是长，是信是使，是以为大夫卿士……”。王世舜：《尚书译注》，四川人民出版社，1982年，第176页。

展开自己,进入高级形式,嫡长继承制。这是一种目的论和形而上学的解释;听起来很荒谬,但所有的人类历史潮流论都是目的论的翻版,没法验证,但也没法否认,因此就一信仰。

另一种解释是本文主张的制度谱系学的。从上述制度变化中首先可以看到,宗法制并没有一个确定的、必然的或本质要求的权力转移形式;无论兄终弟及还是嫡长继承,甚至禅让制,都是特定社会政治经济条件挤压出来,是相对于其时空条件最可能且最佳的制度;而推动制度变化的是社会经济政治条件的变化以及对制度的利弊权衡。

传说中的禅让制是在夏之前,那时的政治领袖成天累死累活的,<sup>①</sup>除了社会地位外,没什么好处,普通人没什么剩余劳动产品来养活国王,支持以国王为代表的政治治理。在这样的世道,后人质疑的“禅让制”就很可能真的出现过,只不过用“天下为公”的伦理话语来解说这种实践是错误的,因为是没人争取担任君主,这份责任太重,太累。禅让制的核心,说穿了,就是在一个血缘群体中,一大家子人,有些活再苦再累也得有人干,好歹都得分担一点。这和雅典公民通过抓阄参与城邦政治,即民主制,<sup>②</sup>就发生学上看,原理是相通的,尽管在中国出现的是政治分类上的君主制,是精英政治。

也因此,有理由推断“兄终弟及”最早也许只是禅让制的一种形式。可以是亲兄弟,但也许不是亲兄弟,接任者不过是部落中或部落联盟中同宗同辈的某年轻男子,是广义的兄弟。并因此,可以看出,用今天的“家”的标准衡量,兄终弟及就是早期的“家天下”,是从完全的禅让制向“传子不传贤”的一种过渡。

---

① “昔者禹之涇洪水,决江河而通四夷九州也,名川三百,支川三千,小者无数。沐甚雨,栴疾风,置万国。禹亲自操橐耜而九杂天下之川。腓无胈,胫无毛,沐甚雨,栴疾风,置万国。禹大圣也,而形劳天下也如此”(王先谦:《庄子集解、庄子集解内篇补正》(天下),中华书局,1987年,第289页);“昔者黄帝始以仁义饗人之心,以养天下之形。尧舜于是乎股无胈,胫无毛”(王先谦:《庄子集解》(在宥),中华书局,1987年,第92页)。

② 可参看,顾准:《雅典城邦政治》,社会科学文献出版社,1980年。

这是推理,但是有根据并可能成立的推理。传说中禅让帝位的尧舜都活了很长,但在人类早期极端艰难的生存条件下,谈不上什么卫生医疗条件,加之频繁的征战,政治领袖身先士卒,虽无可靠数据,但可以设想,夏商时期人口的平均预期寿命一定很低。<sup>①</sup>嫡长继承因此就不大适应社会的需求。

首先,出于私心,在位国王未必希望自己年幼的孩子早早承担沉重的政治重任;但他也会有政治责任的考量:儿子的年龄太小,不足以,也不适合继承王位,因为一个决策错误就有可能令整个部落或部落联盟万劫不复。政治需要人生阅历;有数学神童,却无政治和法律实践的神童。这是在位者的公心,但也可以说是另一种私心——毕竟部落里也都是自己的父老乡亲,能不慎重吗?

因此,禅让和夏商的“兄终弟及”完全可能就是当时的政治常规,禅让也许就是将权力转移给某个“弟弟”。他通常比国王的儿子更年长,更有社会经验,可能已较长期伴随国王征战,在不同程度上参与过国王的各种政治决策,熟悉和了解政治,同相关政治实力人物有稳定的人脉,这一切就令他比国王的儿子更有智慧、魅力和能力来保持政治治理的连续性,为利益相关者提供了更稳定的政治预期,并容易获得追随者的支持。

此外,世界各早期文明国家的普遍特点之一是,政治治理得更多依靠统治者个人的智慧和魅力;<sup>②</sup>因为由于缺乏物质资源和其他必备条件,不可能有专业人员组成的官僚机构,因此没有机构的制度权威。夏商就处在这一时期。一旦国王缺位,政治治理要求的是一个能马上顶

---

① 有人甚至推断当时的预期寿命还不到18岁。参见林万孝:“我国历代人的平均寿命和预期寿命”,《人口与灾祸》,1996年第5期。

② 可参看,Max Weber, *Economy and Society, An Outline of Interpretive Sociology*, trans. by Ephraim Fischoff et al., eds. by Guenther Roth and Claus Wittich, University of California Press, 1978, esp. Ch. III, iv. Charismatic Authority, pp. 241ff. 世界各早期文明国家都因此有许多英明国王的记录,如《圣经》中犹太人的摩西、大卫等。