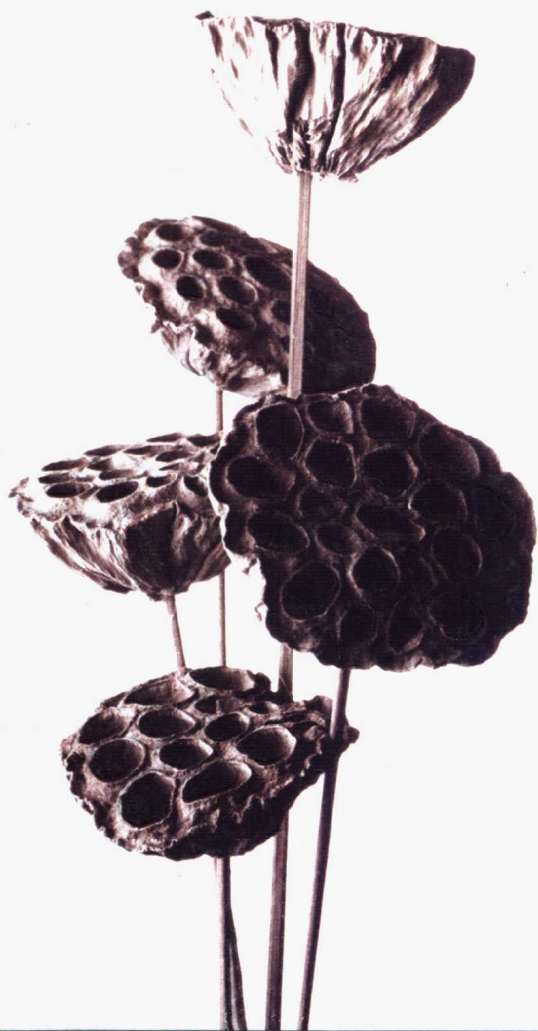


THEORY OF
LEGAL CULTURE

法律文化散论

李交发 著

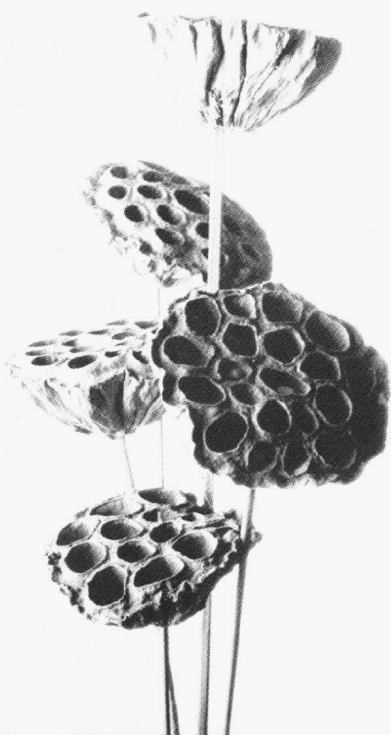


人民法院出版社

THEORY OF
LEGAL CULTURE

法律文化散论

李交发 著



人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律文化散论/李交发著. —北京:人民法院出版社,
2004.11

ISBN 7-80161-878-5

I. 法… II. 李… III. 法律-文化-研究-中国
IV. D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第114024号

法律文化散论

李交发 著

责任编辑 杜 澎

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲9号(100101)

电 话 (010) 65290561(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 890×1240 毫米 A5

字 数 277 千字

印 张 11.875

版 次 2004年11月第1版 2004年11月第1次印刷

书 号 ISBN 7-80161-878-5/D·878

定 价 25.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)



作者简介

李交发，1948年生，湖南省新邵县人，1968年至1974年在部队服役，1974年至1985年在湖南师范大学学习、任教，1986年至今在湘潭大学法学院任教。现任湘潭大学法学院教授、博士生导师、湘潭大学学术委员会委员、法学院学术委员会主任。独著《治赌史鉴》（岳麓书社）、《中国诉讼法史》（中国检察出版社），合著《法治建设论》（湖南人民法院出版社）、《百年民族精神颂》（湖南人民法院出版社），合作点校《民事习惯调查报告录》（上下册，中国政法大学出版社）。发表法学论文50多篇。

目 录

法律文化综论

论第一次法律文化转型	(3)
论第二次法律文化转型	(16)
论第三次法律文化转型	(42)
论中国古代神判法到人判法的历史嬗变	(68)
孔子的法律思想与中国法律文化	(83)
论儒家“义利观”的历史与现代重构价值 ——法律文化建设中的一个理论问题	(93)

传统诉讼法律文化专论

中国传统诉讼法律文化德威之辨	(111)
中国传统诉讼法律文化宽严之辨	(139)
中国传统诉讼法律文化轻重之辨	(162)
中国传统家族法诉讼理论	(185)
西周审判心理思想试探	(221)
中国古代司法官的处事风格与角色意识	(232)
中国传统的审判方式与技巧	(248)

社会主义法律文化专论

- 论社会主义法律文化制定战略····· (279)
- 建设社会主义法制要重视对中国古代封建法律文化
的批判继承····· (291)
- 法治与大众法律文化····· (299)

死刑法律文化专论

- 死刑存废之法律文化透视····· (353)
- 论沈家本的死刑废除思想····· (363)
- 后 记····· (375)

法律文化综论

论第一次法律文化转型

法律文化散论

历史上，中国法律文化经过了三个时期：早期法律文化，以神权法为特征；封建法律文化，以儒家思想为主导；近代法律文化，引进西法，杂糅传统思想，呈多维伸展趋势。其间发生了两次飞跃：第一次，从西周到春秋，由于周公、孔子的理论催生，封建法律文化开始其早期理论建构进程，重人事，讲伦理，倡教化，慎刑杀，对后世影响很大；第二次，经过清末法制改革，近代法律文化开始转型而定。总之，每种法律文化都凭藉前一种形态而建立，推陈而著新，推动中国法律文化的不断演进和发展。本文仅就第一次法律文化发生飞跃的几个问题试做探讨。

一、从重鬼神到重人事的人本理论的转型

中国早期法律文化可追溯到黄帝时代，由于难言亦难“征”，故以夏商为起始，首此说明。众所周知，夏商两代都实行神权政治，神权法，

所谓夏禹“致孝乎鬼神”，“有夏服天命”。^①夏启宣称施用法律是“予惟恭行天之罚”。^②有商灭夏后，继承了夏代神权法传统，“殷人尊神，率民以事神，先鬼而后礼。”^③司法审判，占卜决定罪罚，商王无事不卜，无日不卜，目的是“使民信时日，敬鬼神，畏法令也。”^④可见，夏商时期推行神权法，自是无疑。需要说明者，夏朝在重神之际也重人（特殊情况下），提出“罪疑唯轻，功疑唯重，与其杀不辜，宁失不经”^⑤主张。但商代已由夏人兼用神、人逆转到只重神，形成典型的神权法形态。^⑥

西周建统后，“旧制度废，新制度兴，旧文化废而新文化兴”。^⑦这次社会变革，制度和文化的新旧交替，其关键是理论的转型：西周“重人”理论代替了“重神”思想，并以周公提出重人保民理论为滥觞，至孔子时，以“仁”为核心的人本理论最终完成。

（一）周公“重人”、“保民”思想是人本理论的奠基

西周灭殷后，为了巩固统治，乃着手建构新的统治理论。鉴于殷商“尊神”、“事鬼”，但神不佑商、国祚不永的历史经验，周公认识到人是更重要的因素。《尚书·康诰》记载周公之训词：“天畏棗忱，民情大可见。”“民情”即臣民的情绪，就是重视人的作用。他还认识到只有“永保民”，爱民，才能防止民乱，维

① 《尚书·召诰》。

② 《尚书·甘誓》。

③ 《礼记·表記》。

④ 《礼记·曲礼》。

⑤ 《左传》襄公二十六年引《夏书》。

⑥ 拙文：《论中国古代神判法到人判法的历史嬗变》，载《求索》1992年第2期。

⑦ 王国维：《殷周制度论》。

护统治，“若有疾，惟民其毕弃咎，若保赤子，惟民其康乂”。^①周公重人保民思想不只用于周族之人，而且包括亡国后的大量殷商遗民。他主张使其“各居其宅，各田其田，无变旧新，唯仁是亲”，^②属一种重人开明政策。周公主张一反殷商重神轻人的政策，是一种体现历史进步的先进思想，标志着从神到人哲学思考的开端。

（二）孔子主张“爱人”讲“仁”，建立了“仁”学体系

第一，重人道，轻鬼神。孔子继承周公“重人”思想，并予以发展，形成了怀疑天命神鬼的宇宙观，具有典型的早期无神论倾向。《论语·述而》载：“子不语怪、力、乱、神。”孔子认为“未能事人，焉能事鬼神”，^③强调“务民之义，敬鬼神而远之，可谓知也。”^④这“是一种醇熟的人文主义，以人而不以神作宇宙的中心。”^⑤第二，在重人基础上建造“仁”学体系。“仁”的含义，可谓是一种利他行为，归于一点即“仁者爱人”，重视人，同情人，关心人。《论语》中记载了孔子众多的“爱人”言论，如《学而》说“节用而爱人”，“泛爱众而亲人”。《宪问》有“安人”、“安百姓”言论，等等。孔子为了实现真正“爱人”目的，提出了两条重要的主张和要求。其一，强调人的极端重要性的“民本”思想。《荀子·哀公》记载：“丘闻之，君者，舟也；庶人者，水也。水则载舟，水则覆舟。”孔子在君、民关系上，即在统治者与被统治者关系上，认为人民力量、人心向背，对国家统

① 《尚书·康诰》。

② 《说苑·贵德》。

③ 《论语·先进》。

④ 《论语·雍也》。

⑤ [美] 费正清：《美国与中国》。

治起决定性作用。孔子“君舟民水”的思想是周公“人无于水监，当于民监”主张更明确、生动的表述，孔子还主张爱惜民力，“节用而爱人，使民以时”。他反对酷刑残民，认为“不教而杀，谓之虐”。^①其二，要求统治阶级，特别是君主“爱人”，做到“正”、“宽”、“惠”。“正”即“正己”，发挥自身表率作用，统治者“爱人”以“正己”为前提。故孔子曰：“其身正，不令而行；其身不正，虽令不行。”^②“不能正其身，如正人何？”可见孔子非常重视统治者的表率带头作用。“宽”即宽以待民，孔子认为为政以宽，“宽则得众”^③。宽以得众是指宽政、宽刑，顺乎民心，因乎民情。如果“居上不宽，为礼不敬……吾何以观之哉？”^④可见孔子非常重视“宽”的重要性。“惠”指“惠民于利”，这是养民之见，强调“君子惠而不费。”^⑤总之，从周公“重人”认识开始，到孔子“仁”学体系建构，说明在中国历史上最早建立了人本思想的哲学体系，其“意义就是把人当成人”，^⑥其内容充满重人、爱人之道，利人、惠人之见，从而完成了中国古代从神到人的认识过程，为早期法律文化的转型提供了理论根据。

① 《论语·尧曰》。

② 《论语·子语》。

③ 《论语·尧曰》。

④ 《论语·八佾》。

⑤ 《论语·尧曰》。

⑥ 郭沫若：《奴隶制时代》。

二、德刑法律思想的确立

德刑思想，是指德教与刑处相结合的主张。中国法律文化特别重视德刑思想。溯其源，德刑思想最早比较明确提出者是周公，孔子发挥之，完善之，成为几千年封建立法、司法的主旨。

（一）周公“明德慎罚”主张

“德”是重人基础上的理论范畴，它产生于重人事、有理性思维的社会发展阶段。如上所述，中国历史上从重神到重人开始于西周，周公作为一位有卓见的政治法律思想家，首先提出“以德配天”，“明德慎罚”思想，形成周公的德刑观。周公虽然把德与天结合，但是，实际上是对殷商神权法的一种反观，无“德”无“天”，有德佑人，国祚长享，所以得“天助”亦需有“德”。正如《左传》僖公五年所载：“皇天无亲，惟德是辅”，何况“民之所欲，天必从之”。^①无疑，这是一种进步了的时代思想。如果说“以德配天”还带有神权色彩，那么更重要的是“实态”的“明德慎罚”观，它完全脱钩于“天”，强调人主一切，强调“明德”落实在“慎罚”中。如果认为“明德”的主要内容是“保民”，那么“慎罚”就是“保民”措施的具体化。至少可以包括：实行教化的思想（“勿庸杀之，姑惟教之”），德刑结合的思想（“德之说于罚之行”），德重刑轻的思想（“明德慎罚”含有其因素），等等。周公“明德慎罚”主张是中国历史上法律观念上的一大进步，它为法律思想摆脱神权的羁绊提供了理论前提，历史

^① 《左传》襄公三十一年引《泰誓》。

影响极为远深。

（二）孔子德刑法律观

孔子继承、发展了周公“明德慎罚”思想，重德轻刑，在中国古代第一个比较明确地提出了被后儒总结的“德主刑辅”的思想。其一，主张为政以德，实行德治。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。”^① 用政令、刑罚规范之，人虽可不犯罪，但不能根除犯罪；施用德化礼教，可以从根本上杜绝犯罪。可见孔子非常重视德治，以德教为上策，“子为政，焉用杀？子欲善而民善矣！君子之德风，小人之德草，草上之风必偃。”^② 其二，用刑施罚，不可弃之。孔子认为，“治国制刑”，不可不要，“君子怀刑”，要予重视。“怀刑”、“制刑”即“关心法度”，制订法度，其内容既包括对统治阶级内部违礼犯制的刑处，也包括对人民违法犯罪的行罚。《论语·宪问》记载陈成子弑简公，孔子告请哀公，“陈恒弑其君”罪大矣，“请讨之”。“讨之”实乃“甲兵用大刑”也。孔子任鲁国司寇时，以“心达而险”、“行辟而坚”、“言伪而辩”、“记丑而博”、“顺非而泽”等罪名，“诛鲁大夫乱政者少正卯”。^③ 孔子仕鲁，因不弃刑，社会治理，成绩斐然。孔子大有用刑“不得免于君子之诛”的感慨，同时也主张对人民用刑，惩治犯罪。《左传》昭公二十年记载孔子赞美郑国血腥镇压“萑符之盗”的举措：“善哉！政宽则民慢，慢则纠之以猛。”其三，先教后刑。孔子虽然主张用刑，但反对滥刑酷杀。孔子曰：“不教而杀谓之虐，不

① 《论语·为政》。

② 《论语·颜渊》。

③ 《史记·孔子世家》。

戒视成谓之暴，慢令致期谓之贼。”^①可见孔子强调先“教之”、后刑之。如果先失其教，后失其刑，一于杀无辜，是一种不仁的虐杀行为。故孔子惊呼：“呜呼！上失之，下杀之，其可乎！不教其民而听其狱，杀不辜也。三军大败，不可斩也；狱犴不治，不可刑也；罪不在民故也。慢令谨诛，贼也；今生也有时，敛也无时，暴也；不教而责成功，虐也。已此三者，然后刑可即也。”^②孔子先教后刑的法律思想是有其进步意义的。其四，德刑并用，宽猛相济。孔子认为德化与刑处不可孤立使用，应该相互为用。犯罪是一种复杂的客观存在的事实，对此，德化礼教虽能禁犯罪于未萌，但不能惩犯罪于已然，只有二者结合，才能达到理想的社会治理效果。同时，孔子又强调有二：一为德刑二者有主次之分，以“导德齐礼”为主，以“导政齐刑”为辅；二为德刑结合还需宽猛相济：“政宽则民慢，慢则纠之以猛，猛则民残，残则施之以宽。宽以济猛，猛以济宽，政是以和。”^③显而易见，孔子重德教轻刑处，更乐道于先教后刑，宽猛相济，反对专施刑政，迷信刑罚。“德主刑辅”成为孔子法律学说的主体思想，不仅影响当时，更重要的是指导了后世几千年封建社会立法、司法实践。

（三）“礼治”的形成

周公“明德慎罚”的法律思想，指导了西周的制礼活动，所谓“先君周公制周礼”。^④并且形成了“周公寓刑于礼”，出礼入刑的礼治思想：“则以观德，德以处事，事以度功，功以食民，

① 《论语·尧曰》。

② 《荀子·宥坐》。

③ 《左传》昭公二十年。

④ 《左传》文公十八年。

作《誓命》曰：‘毁则为贼，掩贼为藏，窃贿为盗，盗器为奸，主藏之名，赖奸之用，为大凶德，有常无赦。’在《九刑》不忘。”^① 周公制礼后，说明“礼”已从夏商神权法藩篱中独立出来，成为社会的典章制度，成为先秦儒家礼治的直接渊源。孔子法周公，从周礼，实质上坚持周礼“君君、臣臣、父父、子子”的根本原则，形成其为国以礼的“礼治”观。

由上可知，从周公制礼开始，到孔子之际，已经建造了一个比较完整意义上的礼治理论，这是中国法律文化的一个突出特点，并为封建法律文化的发展架设了一个基本的理论框式和提供了一个不变的原则。

三、“中罚”司法观的形成

从一定意义上说，中国历史上司法制度在周代时就较为完备了，如人判法代替神判法，最早建立证据定罪制度，讲求司法审判艺术等，这些都体现了周公的“德罚”法律思想。孔子阐发周公思想，形成其颇具特色的司法观。无论周公抑或孔子，其司法观可谓一脉相承，其中都以“中罚”主张为核心。

（一）周公“中罚”思想

周公说：“克明德慎罚，不敢侮齔寡，庸庸，祗祗，威威，显民。”^② 认为尚德慎刑，要勿欺齔寡，用人用可用之人，敬人敬可敬之人，惩处犯罪之人，昭治国之道于民。特别是周公注意到施用刑罚要“中”：“式敬尔由狱，以长我王国。兹式有慎，以列用中罚。”^③ 《尚书正义》释“列用中罚”为“列用中常之罚，

① 《左传》文公十八年。

② 《尚书·康诰》。

③ 《尚书·立政》。

不轻不重。”司法审判如何做到“中罚”？其一，司法择人。周公说：刑罚要“咸中有庆”，必须“庸庸”。王世舜《尚书译注》译“庸庸”为选择司法官时“任用那些应当受到任用的人”。并告诫“文子文孙，孺子王矣。其勿误于庶狱，惟有司之牧夫。”^①就是让司法官听讼断狱，你们那些文王子孙不要去干涉。其二，依法断罪，不杀无辜。《尚书·无逸》说：“不永念厥辟，不宽绰厥心，乱罚无罪，杀无辜，怨有同，是丛于厥身。”同时，也不要放纵犯罪，“凡民自得罪，寇攘奸宄，杀越人于货，敝不畏死”等罪，“乃其速由文王作罚，刑兹无赦。”乃至“事罚，蔽殷彝，用其义刑义杀。”^②总之，惩处有罪，或用周刑，或用殷法，“凡是应该杀掉的就一定要把他杀掉”，不要稍有宽恕。其三，定罪科刑，区别“非眚”（故意犯）、“眚”（过失犯）、“惟终”（惯犯）、“非终”（偶然犯）。《尚书·康诰》载：“敬明乃罚，人有小罪，非眚，乃惟终，自作不典……乃不可不杀。乃有大罪、非终，乃惟眚灾……时乃不可杀。”其四，慎察犯人供辞，防止冤狱错案。《尚书·康诰》曰：“要囚，服念五六日，至于旬时，丕蔽要囚。”对于犯人供辞，反复考察五六天乃至十天，确实没有疑义时，然后决定用刑。这些实属当时罕见之司法见解。

（二）孔子“中庸”刑罚思想

孔子继承了周公的“中罚”主张，提出了“中”、“中庸”刑罚思想。孔子说：“中庸之为德也，其至矣乎？民鲜久矣。”^③康有为《论语注》：“中者，无过无不及之名。庸，常也。”《尔雅释

① 《尚书·立政》。

② 《尚书·康诰》。

③ 《论语·雍也》。