

人类文化历史变迁与

法制文明

陈金全
曾代伟 主编

REN LEI WEN HUA LI SHI BIAN QIAN YU
FA ZHI WEN MING



法律出版社
LAW PRESS

西部法律史学论坛

人类文化历史变迁与

法制文明

陈金全
曾代伟 主编

REN LEI WEN HUA LI SHI BIAN QIAN YU
FA ZHI WEN MING



法律出版社
LAW PRESS

图书在版编目(CIP)数据

人类文化历史变迁与法制文明/陈金全、曾代伟主编.
北京:法律出版社,2003.6
ISBN 7-5036-4268-8

I.人… II.①陈… ②曾… III.法制史—研究—
世界 IV.D909.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 032685 号

法律出版社·中国

责任编辑/木 易

装帧设计/杨 芝 王际勇

出版/法律出版社

编辑/法学学术出版中心

总发行/中国法律图书公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/19.25 字数/513 千

版本/2003 年 8 月第 1 版

印次/2003 年 8 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法学学术出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/xueshu@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939639

传真/010-63939701

中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

销售热线/010-63939792

网址/www.Chinalaw-book.com

010-63939778

书号:ISBN 7-5036-4268-8/D·3986

定价:43.00 元

序

我校法律史学第一本论文集即将出版,编者要我为之写序,既然是序,就应该是全书概要的说明,而我却还未来得及仔细地阅读,也就无法进行评说了。不过,论集的出版却引起我不少感触。

西南政法大学法制史教研室成立于1977年,与学校的复办同步。当时在杨景凡先生领导下,有林向荣、孙守煌和我等4位教师,1978年杨景凡先生又把已退休回浙江原籍的张警教授请回来,在老一辈教师的带动下,教研室从四五个人,逐渐发展到二十多位同仁。教学科研都有显著进步,在法律史学界小有名气。80年代中期,中外法制史、中外法律思想史4门课程不仅有了自己编写的教材,而且学术上取得了一些突破性成果,教研室还承办了全国高校第一届法律史教师培训班,在全国率先组织翻译西方法学名著十余本。我校第一个取得硕士研究生授权单位的就是法制史教研室,培养出的研究生,现都成为教学、科研单位与司法部门的中坚力量了。近年来,随着经济形势的发展,教育界功利思想抬头,法律史学成为法学热门中的冷门,课时也大为减削。上下几千年的法律史学与一个法规的讲授课时,相差无几,严重地挫伤了教师的积极性。但是,法律史学科的教师并未因此而灰心丧气,特别是一批青年教师始终坚守法史阵地,自谦为“没有出息”,却在建校50周年之际,出版了这本文集,

为母校的生日,献上一份厚礼,能不令人感动!人类法制文明演变递嬗几千年,历史文献浩如烟海,要浸泡在这些故纸堆中,耐心地阅读、理解、领会并探讨艰涩的历史文献的内涵,要从中梳理出文化历史变迁与法制文明的脉络,没有“头悬梁、锥刺骨”的毅力,和“安贫乐道”的敬业精神,怎么能有以上收获呢!

其实马克思早就说过:我们仅仅知道一门惟一的科学,那就是历史科学。我国史学界的前辈翦伯赞也认为历史是科学的科学。法国人还喜欢说哲学就是哲学史。以上论断是否经典姑且不论,但它却从一个侧面揭示了历史学在一切学科中的重要地位。无论是社会科学或自然科学都有其自身发展的历史,否则,就成为无源之水,无本之木。就个人而言,做学问不研究本门学科的历史,成就再大,至多可以成为一名优秀的工匠,却不能成为底蕴深厚的学者,法律科学也不例外。故教育部一直将法律史学列为法学教育的主干课程。

我国正处在深刻变革的社会转型时期,客观形势要求我们要紧跟时代的步伐,不断创新,这也是人类文化进步的表现。而创新的原动力从何而来呢?我认为主要还是来源于历史自觉与文化自觉,而这种自觉正是建立在与历史对话基础之上的。克罗齐说,每当人类的精神发展到一个新阶段时,他们就会请出墓室中的希腊人、罗马人。这不仅是历史经验的总结,也是劝诫人们不应忘记历史,应重视历史。只有自觉地研究历史,并从中汲取滋养自身的智慧,才能获得前进中的批判力与创造力。希望教研室的青年同仁切莫妄自菲薄,而应以学习与研究法律史学为荣、为乐!你们的使命就是在前辈们研究成果的基础上勇于求索,把握法制演变的轨迹,从制度上、学理上进行更全面更深入研究,不断地揭示人类法制文明演进的规律和实质。只要持之以恒,定会硕果累累,为法律史学作出卓越的贡献。

以上感受聊以代序。

杨和钰

2003年初春

目 录

序	杨和钰/1
1. 论孔子思想与中国古代法律的歧异	陈 懋/1
2. 简牍文书中的汉代行政法律制度研究	郑 军/22
3. 五代法制的发展及其对后世的影响	吕志兴/66
4. 北宋庆历改革派的变法理论及经济法制变革思想	陈金全/108
5. 《大元通制》辨正	曾代伟/135
6. 天主教教会法私权制度研究(11—15 世纪)	雷 勇/168
7. 浅析近代中国禁烟禁毒立法	陈国伟/214
8. 南京国民政府前期教育立法述析	胡仁智/230
9. 台湾地区票据立法的历史变迁	李胜渝/270
10. 西南少数民族习惯法简论	陈金全/309
11. 自由、平等、和谐的婚姻家庭模式 ——摩梭母系制婚姻家庭的历史与现状	杨 玲/349
12. 日本公司立法的历史与现状	杨丽英/394
13. 法国国家赔偿制度研究	袁春兰/433
14. 寻求宪政的支点 ——美国司法审查制度研究	王丹丹/474

15. 略论传统法哲学人本观及其特征	曾凡跃/523
16. 边疆的概念与边疆的法律	杜文忠/541
17. 论邓小平的法治思想	张 渝/551
18. 传统文化与中国法治	王玫黎/593
后记	/607

论孔子思想与中国古代法律的歧异

陈 懋*

学界主流的观点认为儒家思想是古代中国法律制度的指导思想,是维系统治的意识形态。笔者对此却颇有疑虑。从儒家的经典里我们读到的更多的是对人性、对道德问题的思考,儒家对社会、对政治的论说也基本是围绕这个问题的。很明显,儒家在气质上就不同于讲求统治之术的法家,他关注的问题要高于现实,儒家思想少了一些可操作性,更多的是具有浓厚的理想色彩。从根本上说,孔子以其对人的道德修养、精神世界的关注,是反对刑(法)的。所谓“德主刑辅”也是后儒才有的观点,是儒家对现实的折中与适应,与孔子的基本观点是背道而驰的。儒家的思想对古代中国人的精神生活的确发挥了指导的作用,但是偏偏对政治、对国家权力却难以有实质性的影响。因为,在这个领域,占主导地位的是凌驾于社会之上的另外一群人——以武力上台、以武力维持、最终因武力而消灭的人——他们抱着另一种信念,遵循着另一种规则,他们与儒家思想格格不入。我们能期望屠夫去吃素吗?

* 陈懋,系西南政法大学 2002 届法史学硕士研究生。

一、心性儒学与政治儒学、儒学与皇权的关系

(一)心性儒学与政治儒学

儒学在中国经历了几千年的发展,又受到统治者的极力推崇,其影响遍及于社会生活的方方面面。反过来我们也可以说,正因为儒学的被广泛应用,推动了它的发展,也增加了它的复杂性,它不再简单地只是一个哲学派别,而是方方面面汇集起来的一个综合体。这就要求我们在讨论儒学的问题时要对它的具体层次、体系作一个分梳。一切概括的笼统的结语都不可避免地造成一定的模糊,乃至失真。

儒学作为古代社会的意识形态,一直被视为古代社会的基本政治理论。但事实上,皇权并不和儒学十分合拍。中国的政权转移汉以前基本是以宗法继承的方式进行,以某个血缘族群为统治集团,此种政体,我们可称之为贵族政体,这之后的统治者以军事征服为手段实行个人独裁,实是军事寡头的政体,皇帝实是一个大军阀。^①在这种政治中,皇帝控制一切,儒学不过是任由他们摆布的工具,我们不可能企盼他们对儒学有真诚的信奉。刘邦打天下时侮辱儒生,得天下后却用叔孙通制定朝仪;汉武帝“罢黜百家、独尊儒术”,而史书却批评他“内多欲而外施仁”、“阳儒阴法”;就是被认为是后人君楷模的唐太宗也弑兄、杀弟、向父亲逼宫,这绝对不合儒家的思想。至于其他庸君、昏君的种种荒唐、不堪就更不消说了。谭嗣同总结说:“二千年来之政,秦政也,皆大盗也”,“二千年来之学,荀学也,皆乡愿也。

^① 冯友兰先生说:“在中国封建社会的历史中,每一个朝代都是一个掌握武力的人所创立的,从这个意义说,他们都是军阀。他们掌握武力,又善于使用武力,战胜了反对他们的人。在这个基础上,他们自立为皇帝,创立了他们的朝代。”参见冯友兰:《中国哲学史新编》,人民出版社1999年版,第5册第6页。

惟大盗利用乡愿，惟乡愿工媚大盗，二者交相资，而罔不托之于孔子。”^①他把古代政治与儒学明确区分开来。

与此类似，郑家栋教授对儒家思想作了三个层面的区分，颇有启迪意义。他认为历史上的儒家思想贯通宇宙、社会、人伦，由此而大致可分三个层面：心性儒学、政治儒学（帝王儒学、封建儒学）、世俗化的儒家伦理。心性儒学以探讨性与天道问题为核心，以追求完美的道德人格和天人合一的形而上境界为目的，其所面对的是“安身立命”的终极托付问题。政治儒学表现为政治与伦理、伦理中心与权威主义高度统一，其功能在于维系传统社会的绝对均衡状态。世俗化的儒家伦理是“百姓日用而不知”的习俗、心理定势、社会道德规范，它讲求道德，但又没有心性儒学那样的对道德的价值、意义的觉悟。^②

将心性儒学与政治儒学作如此区分，并不是说二者之间没有相互的影响，绝对隔阂，而是要说明二者在价值上有不同的倾向。应该说，心性儒学是孔子、儒家的学说精义所在。政治儒学则是权力对儒学进行控制、截取、扭曲的结果，它更多地代表了政治权力的意志。简单地举一个例子：“礼”。孔子很重视礼，统治者也很重视礼（所谓的“名教”）。但孔子讲礼是把“礼”与“仁”相联系而讲的：“林放问礼之本。子曰：‘大哉问！礼，与其奢也，宁俭；丧，与其易（完备）也，宁戚。’”^③子夏问曰：“‘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。”^④孔子的这种态度后人概括为“仁本礼用”或“仁主礼次”，即是说，孔子虽重视“礼”，但更重视“仁”，“仁”是目的，“礼”是手段。再来看一看统治者对礼的态度。“中国自书契以来，以礼教治天下。劳之

① 谭嗣同：《仁学》。

② 参见郑家栋：《断裂中的传统》，中国社会科学出版社2001年版，第19—22页。

③ 《论语·八佾》。

④ 《论语·八佾》。

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。”^① 在这里,“礼”是目的,政、刑都是为了维持礼。这里所谓的“礼”乃是纲常名教化的政治、社会秩序。礼与刑是联系的,礼以刑为后盾,对于“仁”,统治者并不关心,严刑峻法只是为了“维持礼教于勿替”。比较这两者对“礼”的态度,我们就会发现,笼统地将儒学当作古代社会的政治意识形态而对心性儒学、政治儒学不加以区分会是多么的错误。

(二)儒学与皇权

既然儒学(心性儒学)与王朝的意识形态并非一致,那么,儒学与皇权、政权之间的关系又是怎样的呢?事实上,其间颇具斗争性。

美国学者列文森对此问题有深刻的洞见。他指出,武力是君主自然具有的特权,而道德是儒家约束君主的方法,这两者之间存在一种紧张的关系。儒家(知识分子、士)与皇权的斗争是什么样的呢?他们怎样在与皇权的斗争中保证自己的独立呢?在历史上,对皇帝行叩拜礼这类细节似乎表明了儒者、儒学对皇权的俯首帖耳,这也是一般的看法,列文森却不认同这种看法。^② 他分析说:“自宋朝始,儒家就顽强地坚持忠于自己曾侍奉过的君主,这种忠诚使旧王朝的官员拒绝为新王朝服务,这似乎和‘天命轮回’相背离,而成为儒家、儒者最终成为君主的工具、奴才的象征。但实际上,这是官员重树以自我为目的的形象的一种方式。因为,儒者拒绝做新王朝的官员证明了这样一个事实:即做官是一种很高的理想,以至高尚到不能受不名誉的环境损害的程度。(在这里)是个人的道德荣誉,而不是被废君主的命运成了儒家考虑问题的出发点。比如伯夷、叔齐的故事,它是

^① 《清史稿·刑法志》。

^② 一般认为向皇帝磕头是一种讨好、顺从、完全屈服的表示,列文森却深刻地指出了其中包含的对君主权力的约束。参见列文森:《儒教中国及其现代命运》,中国社会科学出版社2000年5月版,第207页。

要求人们争取道德自由,而不是放弃道德自由。^① 儒家学说与君主主义是相互联系、相互依赖的,但它们之间存在一种紧张的关系,儒教与其说是君主主义的支持者、辩护者,毋宁说是官僚、文人集团的一种独特理想和标志,是对抗、限制、影响君主的有力武器。当一个王朝还能正常运作时,他们便为王朝的君主们披上一件道德的外衣,而当儒家奴才似的将道德献给皇帝时,他们似乎真正成了他的工具。然而正是君主对道德的需要(而且这种道德又是由儒家掌握的)这一点是儒家自主性的证明。^②

上面我们分析了心性儒学与皇权之间的关系,发现二者之间充满斗争,这是从横的方面讲(即从某一特定历史时段的截片中来分析)。从纵的方面看(从整个中国古代史的全过程来看),儒学以私学的形式在不断地发展,如先秦的孔孟、西汉的董仲舒、南宋的朱熹,都是以私人著述的形式对儒学作了发展,使之能始终切合时代的课题,保持生命力并积极地演进。^③ 而随着儒学的这种发展,传统社会中

① 列文森:《儒教中国及其现代命运》,第5章“儒教与君主制:对暴政的制约”,第200—213页。

② 另外,关于官僚与皇帝之间的这种关系可参看黄仁宇先生的《万历十五年》,其中以生动的历史事实展现了这种关系。《万历十五年》,三联书店1997年版。

③ 就拿后世的正统的封建意识形态(道统)朱子理学来说,它也是以私学的形式发展起来的,且在其发生、发展中还曾受到过政治力量的迫害,命运曲折、艰难。刘子健先生指出,中国式的帝国是儒教国家,由两大部分组成,主要部分是专制皇权,儒教是这个国家的另一成分,别有其理论权威。虽然理论权威常常依附、支持和凭借政治权力,但二者并非“二而一”。儒教的理论并不从政治圈里产生,有些理论,往往对现存政权采取超然、批评甚至反对的态度。儒教的长期延续固然大部分仰仗与政权的结合,但在长期延续中出现新理论、新权威,这动力的来由是出于私学。接着,他细致地分析了朱子理学上升为道统的过程,及其中的遭遇和确立为道统的原因。最后他评论说:“儒家思想在宋代政治上看来活跃,其实是苦闷的。北宋儒学大兴,但北宋亡了,南宋再另起要求,新建理念,但政治权力不采用,只好以教学,以社会方式倡导……后来升为道统,也无非是受政治权力的利用(史弥远、贾似道笼络人心,减少敌对力量)没有决定性的关系。反倒是南宋亡国以后,继续在教育,在社会各方面努力推进,才奠定儒家笼罩全盘的局面。皇朝权力,并不真要实行儒家的学说,而儒家也始终不敢对皇朝作正面的抗争。”参阅刘子健:《宋末所谓道统的成立》,王元化主编:《释中国》,第二卷第1029—1063页。

的政权也不断地从发展了的儒学中截取一些内容充实自己的政治理论,此即儒学的意识形态化。儒学每前进一步,意识形态化的程度就愈深一步。专断的皇权像一个大陷阱,张大了口,企图将儒学吞进去,彻底控制,彻底意识形态化。正如梁治平先生指出的:“意识形态是具有封闭特点的思想体系,其中观念、价值、学说等往往被人视为当然,不容置疑和反思。同时,它又指某一个人或群体并非基于纯粹知识的理由所秉持的一组信仰和价值。它们形成了一种可以用来满足此一人或群体利益的针对世界的特殊式样的解释。”^①一句话,意识形态有封闭性和盲从性的特点,一种学说一旦被意识形态化,它就被固定了、僵化了,它再也不会受到质疑与挑战,不会被反思了,从而也就失去完善的机会,失去生命力了。不幸的是在儒学与皇权的斗争中儒学失败了,被彻底意识形态化,而儒学的意识形态化最终在清末给儒学、给传统文化和国家民族的命运带来了巨大的灾难和危机。

自秦汉君主制度建立以来,君权就向着不断强化的趋势发展。汉削藩,打击宗室贵族;唐科举,控制知识分子;宋杯酒释兵权,消除藩镇隐患,剪除地方军阀,大搞没有武力威胁的文官制度;明朝废相;清朝设军机处,彻底控制官僚系统。由此,贵族的身份、政治权力,官僚的行政权力,军人的军事权力乃至士大夫的文化权力全部收归皇帝。权力的过分集中必然使政府的下层乃至民间丧失了灵活应变的能力,丧失了积极创造的活力,从而使整个国家、民族的生命力日渐衰竭。正如托克维尔所说的:“行政集权只能使它治下的人民萎靡不振,因为它在不断地消磨人民的公民精神。在一定的时代和一定的地区,行政集权可能把国家的一切可以使用的力量集结起来,但将损害这些力量的再生。它可能赢来战争的胜利,但会缩短政权的寿命。因此它可能对一个人的转瞬即逝的伟大颇有帮助,但却无补于一个

① 梁治平:《法治:社会转型时期的制度建构——对中国法律现代化运动的一个内在观察》,原载普林斯顿大学:《当代中国研究》2000年第2期(总69期)注释7。

民族的持久繁荣。”^①可以预想,在道光年间,即使不遭遇西方的人侵,当时的困境也是很难摆脱的,因为乾隆的“文治武功”把帝国的力量已消耗殆尽。随着向专制方向的发展,皇权对知识分子、对思想的控制也愈来愈深入。为什么历代“有为”之君都喜欢钦定经典的标准注疏而且乐此不疲?如《永乐大典》、《四库全书》都似乎体现了帝王对文化事业的热心,其实其背后所隐藏的狡诈、狠毒,足以让人不寒而栗。

到极端专制的清朝,知识分子的创造性彻底丧失了,所以才出现所谓的“乾嘉朴学”这一怪胎。(这样对“朴学”进行评价似乎失之苛刻、偏颇,笔者也认为,客观地讲,乾嘉朴学有它积极的作用,这不可否认,但,站在儒学的立场上而言,朴学对追求终极关怀、关切时代问题的儒家性命之学这一思想体系实在是罪无功,它抛弃了儒学的“思想”这一根本点。)牟宗三先生说:“(对士这一群体的变化而言)乾嘉年间的考据之学是一个很重要的标记。在此之前,尽管有悲剧,但知识分子仍可以谈政治(如明末之东林党、复社),这表示中国在君主专制的政体下,传统知识分子仍有参与政治的愿望和抱负。到满清统治中国之后就不能谈了,因而转向考据之学。乾隆就曾公然下诏谕说以往的士人无理,动不动说‘以天下为己任’,若是如此,那么要皇帝做什么?他竟然会这样想。这把中国读书人的理想性完全压毁了,因此民族生命一受挫折,文化生命随之受到歪曲,故而出现乾嘉年间的考据学,这是在歪曲之下的病态发展。从此中国学问的传统、命脉就被斩断了(不必等到鸦片战争以后西方来摧毁)……演变到清末民初,和西方接触时,面对种种大问题的挑战,中国知识分子却丧失了反应的能力,就是因为已经丧失了学问的传统。”^②比较一下明末顾、黄、王与清末龚自珍他们在生活中、著述中表现出来的精神气质的差异(一个慷慨而激昂,一个愤懑却无奈)就可感受到儒学的中

① 托克维尔著,董果良译:《论美国的民主》,商务印书馆1997年版,上册第97页。

② 牟宗三:《中国哲学十九讲》,上海古籍出版社1997年版,第181页。

断。整个社会只有颀颀、骄横、自私的官僚,没有了特立独行的思想家。

二、法律儒家化的辨析

前文对心性儒学与政治儒学的分流及所论的儒学与皇权的斗争,给我们以这样一个印象:即儒学与政治权力之间存在着激烈的斗争,那么应该怎么看待公认的法律儒家化的问题?究竟法律在怎样的程度上实现了儒家化?它体现了心性儒学、体现了孔子的真精神吗?

所谓法律儒家化,依据瞿同祖先生的看法是指,汉朝承受了秦朝的“纯本法家精神”的法律,随着儒学的复兴,就要求改变法律,使之体现儒家的精神,这样一种变化的过程就是法律的儒家化。其中经历了西汉“经义决狱”,东汉“以经解律”,魏晋“以礼入律”而大成于北魏、北齐,定鼎于唐(唐律“一准乎礼”),垂于后世。其实质是:“表面上为明刑弼教,骨子里则以礼入法,(是)怎样将礼的精神和内容窜入法家所拟订的法律的问题。”^①

法律儒家化的实质是“以礼入律”。那么儒家的“礼”是什么呢?通说认为礼是一种古代道德规范体系,在孔子手里,他对礼作了改造,从而使礼既是仁的表现也是由规范人的行为而约束人的内心而终至于仁的修养手段。“颜渊问仁。子曰:‘克己复礼为仁。一日克己复礼,天下归仁焉。为仁由己,而由人乎哉?’颜渊曰:‘请问其目。’子曰:‘非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动。’颜渊曰:‘回虽不敏,请事斯语矣。’”^② 在孔子那里,在仁和礼的关系上,礼居于次要

^① 瞿同祖:《中国法律之儒家化》,载《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第361—381页。

^② 《论语·颜渊》。

的地位,仁是本,礼是用、是末。“子曰:‘人而不仁,如礼何? 人而不仁,如乐何?’”^① “子曰:‘君子义以为质,礼以行之,孙(逊)以出之,信以成之,君子哉!’”^② “子曰:‘礼云礼云,玉帛云乎哉? 乐云乐云,钟鼓云乎哉?’”^③ 正因为礼是手段不是目的,所以只要合于仁,礼可以损益变通,而不必拘泥。“子曰:‘麻冕,礼也;今也纯,俭,吾从众。拜下,礼也;今拜乎上,泰也。虽违众,吾从下。’”^④ (纯,生丝。拜下,从堂下开始拜,三跪九叩。拜上,到堂上拜,一跪三叩。泰,傲慢。)

我们再从两个判例来看法律中之礼与孔子的礼有什么不同。

案例甲:

有甲父乙与丙相斗,丙以刀刺乙,甲以杖击丙救父,而误中父。或曰殴父当枭首,并不因误伤而别论,独董仲舒云:“臣愚以父子至亲也,闻其斗莫不有怵怅之心,扶杖而救之,非所欲诟父也。《春秋》之义许止父病,进乐于其父而卒,君子原心,赦而不诛,甲非所殴父,不当坐。”^⑤

案例乙:

陈氏与董学试拦夺竹挑,互殴。陈氏之子谭亚九喊令董放手,董不理,恐母吃亏,以石掷击,董闪避,击中陈氏,身死。依律凌迟,声明情节,恭候钦定。奉旨改为斩监候。^⑥

两案的情节大体一样,而结果却大不一样。案例甲中之甲无罪开释。案例乙中谭亚九判为凌迟,皇帝减轻为斩监候。甲无罪开释的原因是董仲舒原心论罪,即不仅考察其行为、情节,而且着重考察其主观动机。而谭亚九虽也是为救母而误伤母命,司法官却并不考

① 《论语·八佾》。

② 《论语·卫灵公》。

③ 《论语·阳货》。

④ 《论语·子罕》。

⑤ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,载《瞿同祖法学论著集》,第31页。

⑥ 瞿同祖:《中国法律与中国社会》,载《瞿同祖法学论著集》,第34页。

察其动机、主观心态,仅依其外部行为而判了极刑——凌迟。在董仲舒那里,礼不是绝对的,礼与心要结合考察,在案例乙里司法官则教条地死守礼,不问心了,所以这个案子才让我们深觉其判得不合情理。而董仲舒是一代儒学宗师,原心论罪,仁与礼结合,才做出如此判断,而且在案例甲中我们可以看到他的意见在当时已经是很突出,很少数的了。另外,当时卑幼犯尊长加重处罚的规定尚未正式进入法律条文,法官因此有较大裁量权,至后世,律有明文,就再也不能斟酌处理了。这就是说纳入法律中的“礼”,是与孔子的“仁”脱节了的礼,仅仅是一些行为规范,失去了其道德意义,而且正因为脱离了仁这一背景,它被教条化,僵化了,变得不近人情,失去了活力,失去变易损益的可能。

由此,我们可以得出结论:所谓的以礼入律,仅仅是截取了礼的形式,赋予它以法律效力,即礼刑结合。这种法律与儒学的真精神(仁体礼用)有根本的不同。因此,所谓中国法律的儒家化并不威胁我们前面对儒学与政治儒学所作的分梳,它不仅不是一个例外,反而是一个例证。而且,依瞿同祖先生,以礼入律之礼的主要内容就是等级化的内容。法律的儒家化就是“使同一性的法律变成有差别的法律”。^①显然在这里,我们看到他所理解的儒家精神,就是等级的精神、差别的精神。所以,我们可以断定这里的儒家,并不是心性之学的儒家,而是政治的儒家。心性之学的儒家当然也讲等级,其思想主张中也包含了宗法的、等级的内容,而且是很重要的内容。^②但它还有普遍性、超越性的内容(所谓身心性命之学,终极关怀的问题),而这些内容都是政治儒家所没有的,更是法律所不可能涉及的。

① 瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,第362页。

② 这些内容主要的是其所处的具体历史环境的反映和限制,是形式的东西,可以随着历史的变迁而变易损益,不太关涉心性儒学的精神本质,就如孔子所讲的仁与礼的关系那样。