

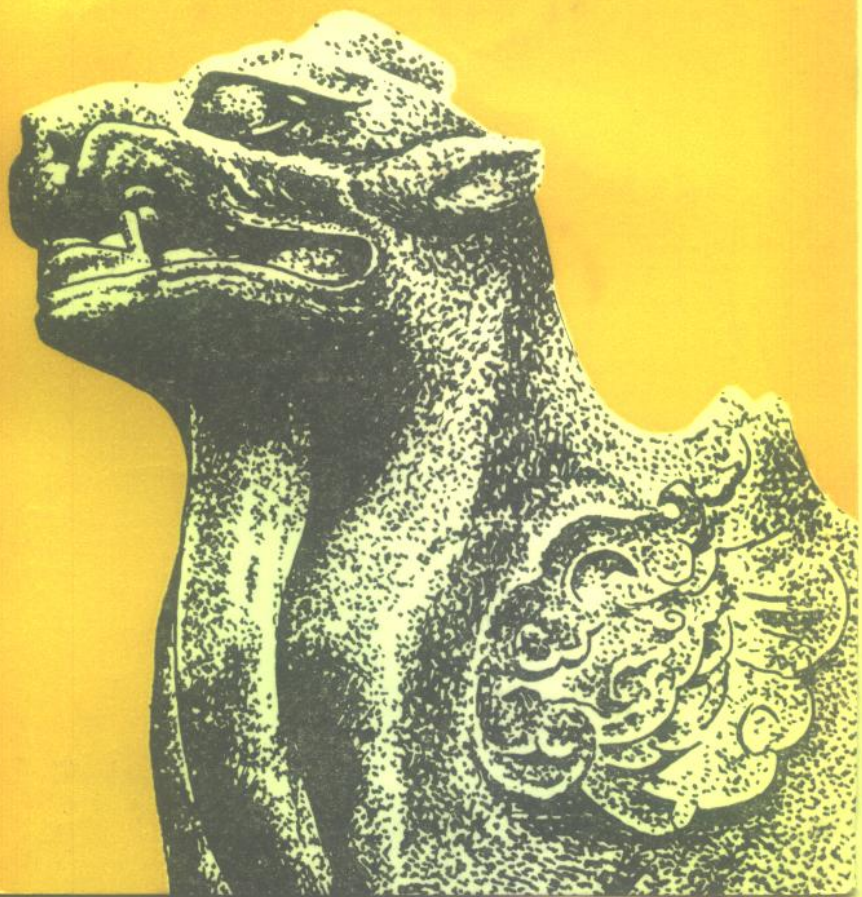
情理法 与 中国人

范忠信

郑定著

詹学农

—中国传统法律文化探微



(京)新登字156号

情理法与中国人

——中国传统法律文化探微

范忠信 郑定 詹学农 著

中国人民大学出版社出版发行

(北京海淀路39号 邮编 100872)

中国人民大学出版社印刷厂印刷

(北京鼓楼西大街石桥胡同61号)

新华书店经销

开本：850×1168毫米32开 印张：7.75
1992年7月第1版 1992年7月第1次印刷
字数：193 000 册数：1 - 11 000

ISBN 7-300-01303-1
D·190 定价：4.40元

序

自人类社会步入阶级和国家的历史阶段以来，法律制度一直是各个不同类型、不同形态国家政权控制整个社会、实现国家统治职能的基本工具。中国立国已有数千年。作为古代文明文化的重要组成部分，中国古代法律制度伴随着整个古代政治、经济、文化的变迁而不断积累和发展，形成了自己的独特而辉煌的历史。特别是秦汉以后，中国古代法律制度不仅在法典编纂、立法技术等方面有了长足的进步，而且经过长达数百年的法律儒家化过程，使传统的儒家伦理道德观念与国家的法律制度不断相互渗透和融合，形成了中国古代法融“天理、国法、人情”于一体的基本特征。《情理法与中国人》一书正是一部对这一基本特征进行了比较深入的分析、研究和阐述、而且颇有创新、颇有学术价值的著作。

首先，该书的写作，注意把深层的思想、理论与外在的规范和制度有机地结合起来，比较深入地分析了古代中国人在法的性质、法的功能与作用、法律与道德的关系、罪与非罪的标准、刑罚轻重的适用以及民事、诉讼等方面的观念和制度，在论述时以思想理论来阐释制度，以制度、规范来映证思想和理论，避免了把二者割裂开来进行分析的缺陷，从而能够比较完整地把握中国古代法的整体生命形态和一些主要特征。

其次，该书的写作注意把握重点问题进行深入的分析。全书分“法理”、“刑事”、“民事”三篇，重点论述了法与天理、法与人情、法与道德、孝道与犯罪、服制与刑罚以及仁政与司

法、无讼、息讼等一些最能体现传统法律制度特征的问题，全书深入浅出，详略得当，避免了平铺直叙、面面俱到、看不出特色的弊病。

同时，该书注意挖掘历史上的一些典型的案例进行分析和论证，在考察成文的静态法律制度的同时，也注意从司法实践的角度来分析阐述中国古代的法律观念和法律制度。从总体上看，全书风格清新活泼，行文流畅，引证论述也颇为生动，既不失作为学术著作的严肃性，又饶有趣味，具有较强的可读性，可以说是一部别具一格的法律史著作。

本书的三位作者系同乡，曾同时就读于同一所大学，又都有志于法律史的研究工作，数年来潜心读书，累有心得。在本书即将付梓之际，欣然为之作序。

曾宪义

辛未年冬十月

目 录

引言..... 1

法 理 篇

一、天理、国法、人情三位一体——法的概念..... 9

从“癩”说起（9） 法即赏罚（11） 国法与
王法（15） 法与天理（17） “法不外乎人
情”（21） 情理法兼顾（26） “情理”与“人
情”（27）

二、家长的手杖——法的作用.....29

定分止争（29） 规矩、绳墨、权衡（33） 驱人
向善（36） 救乱起衰（38） 统一大脑，均平
才智（42） 管人与管事：几点结论（45）

三、牧师，还是刽子手？——“德”与“刑”.....49

“教化派”与“刑威派”：共同的“准则法”（50）
“技术法”的差别（52） 差别的原因（53）

四、“非礼，是无法也”——“礼”与“法”.....58

“礼”和“法”：各有两重含义（59） “礼”
就是法律（60） “礼”不一定是带来刑罚的法
律（63）

五、良心与后果的权量——法律与道德……………67

从赵娥小姐说起 (67) 问题的产生 (68) 立法应该符合道德 (69) 法律应该符合什么样的道德 (71) 司法: 屈法律以全道德 (75) 司法: 宁屈道德不枉法律 (79)

六、“有治人无治法”——贤人与法律……………82

“君子者, 法之原也” (82) 远水难解近渴 (84) 法的绝对价值比贤人低 (88)

刑 事 篇

一、孝道与刑法(上): 背法行孝, 君子无刑……………91

纵容犯罪的大孝子 (91) 从徐元庆到施剑翘: 践踏国法报父仇 (93) 孝子不可刑, 君子不可辱 (94) 畏法不复仇, 君子所不耻 (98) 子为父隐, 也是孝行 (99) 复仇的限制与禁止 (104)

二、孝道与刑法(下): 不孝之罪, 刑之无赦……………107

“不孝”为元恶 (107) 与仇人私和 (110) “干名犯义” (112) “供养有阙” (113) “别籍异财” (115) “委亲之官” (116) “诈称父祖死亡” (118) “冒哀求仕” (119) “匿不举哀” (120) “居丧嫁娶作乐, 释服从吉” (121) 在祖父母、父母被囚期间嫁娶 (124) 犯父祖名讳 (125) 违反教令 (125)

三、服制与刑罚: 卑犯尊, 其罪重; 尊犯卑, 其罪轻……………130

亲属关系中的“差序格局”(130) 依服制定罪(134)

亲属相杀伤 (136) 亲属相殴相骂 (139)
亲属相奸 (141) 亲属相盗 (142)

- 四、“仁政”与司法：刑法中的“王者之风”**148
“志善者免”：“仁者之刑” (148) 存留养亲
与存留承祀 (150) 矜老恤幼 (154) 秋冬行
刑 (155)

民 事 篇

- 一、“无讼”——一个永恒的梦想**157
双面陶像的启示 (157) 无争讼便是天堂世界
(158) 几千年的中国梦 (163)
- 二、“贱讼”——因噎废食的评价**168
有讼的原因 (168) 古人眼中的“讼” (171)
讼与“面子”、“族望” (175) 恶讼的理由：
一个有趣的逻辑 (177) 讼与政绩 (180) 《戒
讼说》 (183)
- 三、“息讼”——以不变应万变**185
德教感化以绝讼源 (185) 多方调解以消讼意
(191) 惩罚讼徒以儆效尤 (195) “各打五十大
板”的道理 (198) 以不变应万变 (199)
- 四、“辨讼”——“名分之前无是非”**201
有多少种“名”即有多少种“分” (202) 权利
义务生于名分 (204) “名分之前无是非”
(210)

五、“决讼”（上）——伦理关系重于财产关系 ……………215
 古人有一定的所有权观念（215） 伦理（人身）
 关系重于财产关系（217） “通财合食”（221）
 “违禁取利”（224） 酌情赔偿（226）

六、“决讼”（下）——情、理、法兼顾 ……………231
 多元决讼标准，伦常一以贯之（231） 依“礼”
 决讼（235） 依“人情”决讼（236） 依“理”决
 讼（238） 王法、家法及其他（239）

后记 ……………240

引 言

(一)

华夏民族是世界上具有最悠久文明史的民族之一。华夏文明史上的许多创造，是整个人类文明史的奇迹。在一个人口居世界首位的国度里，仅以相对简约的律条规范着千百年间丰富复杂的社会生活；许多没有法律的威严外表而实际上无所不在地约束人们行为、起着法律般作用的东西，自人们的幼年即开始不知不觉地输入人们的头脑中，成为人们“自发的”习惯，甚至成为人们血液的一部分；在一个没有国教的国度里，一种温和的、人文的学说使人们建立起系统而完善的信仰和价值观，使人们摆脱极端功利主义和庸俗的心灵境界。虽然在历史过程中也有一些罪恶作为它们的副产品相伴而生，但谁也无法否认：这样一种社会生活模式或境界的设计，这样一种国家和社会生活管理的实践（哪怕是不完全的或走了样的实践），都是整个人类最宝贵的文化遗产之一。华夏法文化是全人类共同的财产，是华夏民族对世界文明史的重大贡献！

本书之作，就是要初步诠释我们华夏法文化的内核——古代中国人的法观念。我们欲以通俗的形式、平白或略带点诙谐的语言，介绍和评论历代先贤先哲们关于法律问题的思想观点，以期使人们认识古代中国法律思想、学说、观念的丰富、深刻、复杂、独到和伟大，以期藉此光大中华法文化的精华。对于古代贤哲们无可讳言的思想局限性，我们也力本历史唯物主义态度，细心分析，试图找到造成古人这种局限性的原因。古人的教训，从

某种意义上讲，也是宝贵文化遗产的一部分。

(二)

自我们的祖先走出浩瀚的森林结成为一个个比较稳定的共同生活群体之时起，一定的行为规则就不知不觉地产生了。把单个的人组织成有规则的生活群体，不外是两种东西：一是血缘，一是非血缘（我们将其称之为“社缘”或“文缘”，即“社会纽带”或“文化纽带”）。仅有以清晰可辨的“血缘”纽带作为依据的生活群，那只是文明前人类的生活状态，那时尚谈不到“社会”和“社会规范”。只有当血缘纽带已疏远得无法辨认或人们观念上拟制的“血缘”已开始成为组成一个共同生活群体的依据时，才开始产生精神文明的最早作品——行为规则、惯例或习惯。例如：谁去打猎，谁去采集，谁去放哨，谁去攻掠异族（部落），谁留下照管火种，进行掠夺或防御时听谁指挥……等等，必定很早就形成了大家遵行的习惯或规则；同时，群体之间在进行产品（猎获物及农畜产品）交换时采取什么样的等价形式和交换程序等等，肯定也早就形成了一些习惯或规则。一事当前，大家都几乎不假思索地知道该怎么做，不该怎么做。当有人违犯了这些规则时，大家都不假思索地知道应在那几种惩罚手段的范围内选择对该犯规者实际使用的惩罚。只要这种惩罚会给人带来一定程度的痛苦（包括精神痛苦）或物质的减损，只要这种惩罚有着明显的外在形态，我们就不妨把该犯规者所犯的那条规则看作法律，当然起初只能是习惯法。法律是人类社会生活的共同依据或纽带，是人类文明史的纽带。没有法律，根本不能组成文明人类的社群，甚至根本没有文明可言。法律是人类文明之光。只要有人类文明社会生活存在，就很难想象没有法律。

一开始有法律，就必然有关于法律这种社会现象的意识、观点、思想。比如说，什么是正当，什么是非法，哪些宣示可视为

法律，哪些人的话可作为法律，哪些礼仪可以视为法律，人世间为什么要有法律，法律有哪些用途，法律应具有什么样的形式，法律应如何执行，法律应否改变以及如何改变……等等，自很早的时代起，人类社群中的许多成员都会自觉或不自觉地、直接地或间接地想到这些问题，都会自然而然地流露出自己关于这类问题的见解或主张（当然有时是用原始、朴素的方式流露）。这些流露，就是法观念。

不同的民族、地区、国家的人们，由于地理环境和历史的差别，必然产生内容各异的、有特定特征的法观念。

中国古代法观念很早就形成了鲜明的特色。

中国地处东亚大陆，气候温暖湿润，自古以农业立国。商业贸易虽在局部、短期有过兴旺的情形，但从未在全国范围内发展起来。内陆贸易虽有过短暂的繁荣，但海上贸易从未繁荣过。中国的近海邻国，也没有靠商业贸易立国的国家。自远古以来，华夏大地上的居民们就如《庄子·秋水》中那个寓言里的河伯。大海障于东、南，雪山屏于西，大漠戈壁绝于北。震旦古盆地天然地成为一个与其他地方隔绝的人文地理单元。这种隔绝的情形，直到公元1世纪初才稍有改变，但也只是有个别人历尽艰难越过了西部和南部的天然屏障而已。这种与外界隔绝的环境，生长出了一类独特的文化，这是一种大陆型的农业文化，是一种重视血缘伦理的宗法文化。可以说，谷物种植为正的这样一种谋生方式，个体小农耕作的劳动方式，一夫一妻男耕女织的小农家庭组织形式，“自给自足”的产品分配形式（在统治阶级征敛以后），以及与这些谋生方式、劳动方式、分配方式相适应的意识形态和上层建筑：宗法观念，父权家长制、家国一体观念，“天人合一”和“天人感应”观念，“仁”、“德”观念，“礼”、“义”观念……这一切的有机结合，就是中国传统文化。作为中国传统文化一部分的中国法律文化（含法观念），也有着亚细亚的、

中国的鲜明特色。

(三)

我们认为，一个独特人文地理单元中的全部文化（它的现象、表征和演进过程）可以看成三个方面因素的有机结合。这三个方面即：人群赖以生存的生产方式和物质生活方式、人群的社会组织方式、人群的精神生活方式。

中国传统文化自古以来就在这三个方面显现出它独有的性格来。这种独特的性格也深深地体现在中国法文化特别是中国传统法观念之中。

1.从生产方式和物质生活方式上讲，中国很早以来就一直是名义上土地国有（王有）、实际上是土地私有，个体小农（自耕农、佃农）是人口的主要成分，一家一户的小农耕作、男耕女织是主要的生产方式，自给自足、不依赖商业就是主要的物质生活方式。这些特点，决定了古代中国大地上很难生长出那种以处理商品交换和生产中的纠纷作为最初主要目标的“私法”、“市民法”或“海商法”来；除了纳税服役之外，也很难生长出与民事合同有关的民事权利义务观念来。整个法律制度几乎全部是为小农小土地私有制和自给自足的生产生活方式专门设计的，无处不体现着小农的、宗法的痕迹。从“井田制”到“均田（班田）制”，直到洪秀全的“天朝田亩制度”，传统中国法观念一直建立在小农生产方式（男耕女织、自给自足）“天经地义”的观念基础上。这就是为什么历代稍微明智一点的君主和政治稍安定一点的时代都要特别重视打击“土地兼并”、“占田过限”的原因。历史上的“田律”、“田制”、“仓律”、“户婚律”，是小农生产和生活方式的典型体现。与这些生产生活方式相适应的法观念，便不可能是民事权利义务之类的契约观念，而只能是家庭农业生产过程中必不可少的尊卑长幼、贵贱亲疏观念的变相体

现：“名分”、“法有差等”等等。至于“刑无等级”之类的观念虽偶然提出但站不住脚。

2.从社会组织形式来讲，古代中国的自上而下遍及每一个角落的宗法制组织形式，也深深地决定着中国传统法观念的特色。旧时中国的社会，从上下关系（纵向）来划分，可以分为国家、宗族、家庭、个人四个层次；从平行关系来划分，有以行政管理的需要结成的社会组织（政治的组织），有以血缘的或拟制血缘的纽带结成的社会组织（血缘的组织），有以宗教的关系结成的社会组织（宗教组织），有以文化的、教育的关系结成的社会组织（文教组织），还有以其他特定目的、纽带结成的组织（如帮会、江湖行会）。无论是纵向的组织还是横向的组织，其实都是以家庭为蓝本的，都是家庭这种组织形式的原则在别的领域的适用。

从上下（纵向）层次来看，个人这个层次并不具有独立的意义，个人是家庭乃至宗族的零件或附件，一般不具备独立的主体资格。宗族乃是更高一个层次上的（更松散的、扩大的）家庭。因此，真正的社会组织（或结构）层次不过是两层——国家、家庭。再究下去，我们看到，国家也是按家庭的原则即宗法制原则建立起来的，国家不过是家庭的放大，家庭^①又象是国家的缩影。“君父”、“子民”、“臣子”、“父母官”、“县太爷”等观念，构成了中国传统法观念的基础。“为子为臣，唯忠唯孝”、“君亲无将，将而必诛”、“移孝作忠”、“尊尊亲亲”等观念，就是古代中国有“天宪”、“国宪”意义的根本法观念。法律就是以全力维护这样的“家国一体”模式为己任。

从横向的社会组织种类来讲，政治组织贯穿家庭、宗法原则自不待言，“父母官”与“子民百姓”的关系正是家庭中父兄与子弟关系的变相体现；将领与士卒的关系也是这种关系的演变形

^① 这里所说的“家庭”指《唐律》所称的“户”，意即有血缘关系而又“同居”（即在一户之内生活，同锅吃饭，同一个经济收支核算单位者）。

式，“父子兵”就是军队中理想的关系模式。血缘的组织（从氏族到宗族）更不必说。即便是文化教育的组织和宗教的组织，甚至江湖行会，也都贯穿着家庭的宗法制的原则。例如《唐律》明确规定加害“现受业师”之罪恶等同于子孙加害父祖之罪，同入“十恶”不赦之列（《名例一》）；又规定弟子侵犯其师，其罪与侵犯伯叔父母同（即要加重刑罚）；而师加害弟子，则与伯叔父母加害于侄辈一样可以减轻罪刑（《名例六》）。古时所谓“师祖”、“师父”（“一日为师，终身为父”）、“徒子徒孙”、“弟子”等等概念的内涵，正是要求以家庭中的尊卑原则去组织文化教育的关系，正是要使文化教育这类社会组织宗法化。又如《唐律》规定，道观佛寺中也有“三纲”，观寺中卑幼犯“三纲”，如家庭中子孙犯父祖一样加重罪刑，而“三纲”（寺主、观主等）加害徒弟（儿），如父祖加害子孙一样减轻罪刑（《名例六》）。至于江湖行会，其“堂主”、“龙头”、“大哥”与其他成员的关系，比家庭中父子关系中的尊卑有别程度还要深，其帮会中的法规维护这种“纲常”关系，比国法维护家庭宗法关系还严厉，头目对喽罗的控制权、生杀权，远甚于家庭。可以说，江湖行会也不过是按家庭的原则组建的，也充分体现了宗法制原则。

国家之内的一切层次、一切类型的社会组织都不过是直接或间接的、原态和变相的宗法组织，因此，宗法伦理就成为古代中国法观念的基石、核心。宗法伦理的原则甚至直接成为认定有罪与否、罪刑轻重的最高标准。这就是历代的“经义决狱”、“春秋决狱”、“以礼决讼”、“引礼入律”、“礼法合一”等等。家庭在绝大多数场合被视为民事法律关系中的主体，个人只是在少数场合才可作为民事主体。宗族（有时是家庭）成为公法（主要是刑事法）上最常见的单位；“荣则荫及宗族”，“刑则诛连宗族”，“一损俱损，一荣俱荣”，其情形很像今日可作为刑事犯

罪主体的法人（以及可以集体获得荣誉和利益的法人）。个人只是作为家庭、宗族的代表或成员去具体承受一定的责罚。古时有些朝代的法律允许子孙替代父祖去受刑、允许两个家族为杀人之类大罪而私下达成和解协议（子孙在父祖被杀时无权与人“私和”而必须告官，这是一个例外）。这实际上都赋予了家庭、宗族以法律上的主体资格，而不是把这种资格授予独立的个人。在宗法制的社会组织形态下，要维护这种组织的稳定（也就是维护社会的安定），首要之务就是严惩“不肖（孝）子孙”，严惩“乱臣贼子”，严惩“犯上作乱”，严惩一切敢于向宗法的尊卑贵贱秩序挑战的言论和行为，这就是古代中国刑事法特别发达的原因。法律被视为家长的手杖，是家长权威的体现。“刑罚不可弛于国，犹鞭扑不可废于家”，古代中国人的法观念主要就是“家法”观念，就是伦理法观念。“王法”、“国法”不过是最大的“家法”或公共的“家法”而已。

3. 从中国特有的精神生活模式而言，中国虽无国教，但自夏朝“尚孝”的原始宗教，到商朝“敬鬼”（敬奉逝世祖先的灵魂）的原始宗教，到西周时期“以德配天”、“敬天保民”、“礼治”的政教一体的观念和实践，到孔子的以“仁—礼”为核心的儒家学说，到董仲舒的以“天人合一”为核心的儒学正统说教，直到宋以后以“存理灭欲”为核心的程朱理学（新儒学）。这一切接近无神的、人文的学说教义，在中国历史上实际上起到了宗教的全部作用，在普通大众心目中也与宗教无异，只不过少了些具体教规戒律和膜拜仪式而已。儒学，今日人们有时称之为儒教（古代中国人更直接称之为“儒教”），是很恰如其分的。儒教简直可以称之为“家庭崇拜教”、“家宗教”，因为其主要内容就是宗法制家庭原则的升华、总结，它主要是为宗法制家庭——古代中国一般家庭形式服务的，其他内容不过是这一目标的引申。儒教讲的都是“饮食男女”、“人伦日用”、“洒扫应对”之事，

它的根本目的就是要建立和维护“父慈子孝、君礼臣忠、夫义妇听、兄友弟恭、长惠幼顺”（《礼记·礼运》）的宗法制社会组织秩序。儒教的教义及实践，对中国传统法观念影响至深至巨。儒家学说，所谓“礼”、“理”、“名分”、“义”等等，不断渗透到法律之中，甚至在司法活动中被直接引用作为“法上之法”、“法外之法”。在自汉开始至唐代完成的法律儒家化进程之前，儒教观念中的许多内容就已直接成为古代中国许多人日常生活中信奉的、遵从的法律，成为西人所谓“自发的法律”。人们通常不是依据朝廷的法律去评断一个言行非法与否和罪恶轻重，而是习惯于依据自幼耳濡目染的儒教教义来评断这些。违反教义就是最无可争辩的“非法”。“礼（理）所不容，国法不容”，“礼之所去，刑之所取”，“法不外乎人情”，是人们共同观念。

（四）

自古至今，中国人的法观念是一个复合的、多元的观念。一说到法，中国人很自然地把它看成是“法上之法”（“礼”、“天理”）、“法中之法”（律条）、“法外之法”（伦常之情、人之常情）的总称。严格意义上的法（制定法）在古代中国人心目中只占相当次要的地位，人们通常认为制定法是不得已的产物，是“礼义”、“天理”的不太完善的文字化、条文化，是为维护伦常秩序而设立的一条消极的、最低的、最后的防线。中国人心目中理想的法律是“天理”、“国法”、“人情”三位一体。这种三位一体观念是古代中国占支配地位的法观念。

对我们华夏古国的如此有独特风格的法观念的研究，是我们多年共同兴趣所在。惟嫌功力不足、资料搜集困难、时间太不充裕。我们的这一研究尚为粗浅，至多只算抛出了一块引玉之砖。我们祈望就教于方家。

法 理 篇

一、天理、国法、人情三位一体 ——法的概念

从“灋”说起

“灋”，就是我国上古时的法字。从这个字的构成，我们可以看出早期中国人对法的最初概念。

“灋”字由三个部分组成。首先是“氵”（水），据东汉学者许慎的解释，这是象征法“平之如水，（故）从水”，亦即象征法的公平性质；其次是“廌”（音志，zhì），这是传说中的神兽，有说像羊，有说像牛，不一而足。许慎说像“山牛”，独角，“古者决讼，令触不直”，是法官用来判断是非曲直、惩罚罪犯的一种活的工具；再次是“去”，表示驱除之动作，许慎说：“‘廌’，所以触不直者去之，（故）从去。”

法是什么？“灋”字本身就是上古的人们对法下的定义或概念。在先民们看来，法就是像“廌”的犀利的独角一样的刑具或“触而去之”那样的刑罚方式或程序。去古未远的东汉人许慎尚能猜出古人之原意，所以他说：“法，刑也。”^①

然而许慎也没有完全猜对。在对“氵”（水）的解释上，他显然把他那个时代的思想强加给了上古的先民。“氵”（水）象

^① 以上引文均见《说文解字·廌部》，中华书局1983年影印本，第202页。