

941
全国成人高等教育规划教材

中国法律思想史

教育部高等教育司组编

主 编 李贵连

副主编 刘广安

撰稿人(以撰写章节先后为序)

李贵连 孔庆平 刘广安

王志强 王 永 艾永明

何云鹏 金圣海

北京 大学出版社

北 京

书 名: 中国法律思想史

著作责任者: 李贵连 主编

责任编辑: 李 霞

标准书号: ISBN 7-301-04249-3/D.0434

出版者: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区中关村北京大学校内 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn/cbs.htm>

电 话: 出版部 62752015 发行部 62754140 编辑室 62752027

电子信箱: zpup@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京军峰公司

印 刷 者: 国防科工委印刷厂

发 行 者: 北京大学出版社

经 销 者: 新华书店

850×1168 毫米 32 开本 14 印张 350 千字

1999 年 6 月第 1 版 2000 年 2 月第 2 次印刷

定 价: 18.00 元

第一章 夏、商、西周的法律思想

公元前 21 世纪前后,继舜而为天下共主的夏禹死后,其子夏启继承了他的位置,建立了中国有史可查的第一个王朝——夏。夏已俨然具备了国家的规模。尽管由于史料的简略和考古资料阙失,还不能完全揭开夏代四五百年历史的神秘面纱,但我们还是约略可以知道,当时中央王权一再受到挑战。直至第六代夏王少康,王位继承才开始走向稳固。到公元前 16 世纪,位于黄河中下游以汤为首的商部落雄起,反抗最后一代夏王桀的残暴统治,起而革命,代夏而称商。

商袭夏旧,并在王位继承法方面由“兄终弟及”开始向“父死子继”转变。商代四五百年间,组成了以“帝”为最高位的神灵秩序,并且家族与社会开始形成以纵向血缘关系为主轴,以男性直系为主线,以他们的配偶为辅线的纵向传承系统。^①经过十七世,三十一帝,公元前 11 世纪,在纣王“我生不有命在天乎”的骄奢淫逸中,王权被周人推翻。周初武王裂土封国,实行分封制,武王之弟周公姬旦,竭思运筹,为周王国制礼作乐,建立典章制度,文治繁盛。夏商周三代绵延递嬗,一脉相承,陶冶并初步形成了几千年中华文化的基础。

自夏禹至平王东迁,一千三百余年的历史,承袭了氏族社会时

^① 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,复旦大学出版社 1998 年版,第 97 页。

代的流风余韵,不断在世俗政权和权力传承的合法性方面,进行着制度上和思想上的创造。与世界其他民族的古代一样,中国也经受了神权的洗礼,神权自始便与王权结合在一起,成为王权和刑罚权的背景力量。这也是人类进化史上的公例,任何文化的原始创制都在所难免。^①

这种神权至上现象的产生,主要由于在远古氏族社会时代,生产力极其低下,先民们对自然现象和人本身不能作理性的探求。但令他们困惑或恐惧的现象,时时缠绕和困扰着他们的心灵,这一切逼迫他们必须作出合理性的解释。于是,在寻求世界和自身存在基础的路途上,作出了神意的解释,认为外在于人类社会的超自然力量才是世界的总根据。据此,世界各地的先民为了适应各自的需要,构建了长长的神的谱系,逐步形成了对神意或原始宗教的依赖心理,从而对威不可测的神及其他偶像顶礼膜拜。如世界各地的原始氏族或部落都有自己所崇拜的祖先与神灵(如图腾)。在这种原始宗教和神权观念的长期陶冶下,神秘观念得到了长足发展,逐步成为控制全体社会的一种决定性力量。因此,在氏族社会中,当把权威赋予了神的时候,氏族酋长和神职人员都先后学会了利用神意进行社会统治的方法:用神意控制一切有害于氏族的行为,鼓励一切有利于氏族的行为。^② 国家是从氏族社会直接导源而出的,自然将此种统治方法作为先民遗产而加以继承,从而形成了最初的神权与王权相结合的国家形态,形成了世俗王权的神化统治。正因如此,具有整合世俗社会秩序功能的法律,也罩上了神圣的光环,依托神权的力量支撑其在世间的合法性,神权,而不是国家的政权,成了法律的最终理论根据,因而形成了神权法思想。

在中国,同样产生了神权观念和神权法思想。夏代邈远,史不

① 陈顾远:《中国法制史》,商务印书馆1934年版,第45页。

② 江山:《中国法理念》,中国地质大学出版社1989年版,第52页。

足征,难以详陈。商周以来,崇奉神灵,大行祭祀,神权已完全成了王权的精神支柱。商周鼎革之际,绝对神权思想遭到了严重的打击。周初提出了“以德配天”的君权神授说,以“德”为媒介,将政权和法律的基础由神界向人文世界拉近了一步。除王权的神化以外,世俗人间以男性直系血缘相传的宗法制度悄然与王权发生亲缘关系,以宗法关系作为维系国家政权的社会基础,经过周初一系列制度化的措施,逐渐形成了西周以降的“礼治”思想。因此,在王权与神权发生亲缘关系的背景下,夏、商、西周三代构筑了神权法的大厦,同时产生了以宗法为核心的“礼治”思想。

第一节 夏、商、西周的神权法思想

神权法思想是夏、商、西周的主要思想之一。中国的神权法思想有一个产生、发展与演变的过程,大体可以概括为:形成于夏代,极盛于殷商,动摇于西周。但夏、商基本上是一个类型,西周则是另一个类型。现分述如下。

一、夏、商的“天命”、“天罚”思想

(一)“天命”、“天罚”思想的形成

根据出土的地下考古资料,在中国氏族时代便存在天圆地方、大地有四极八方、四方有神祇作为象征的空间观念,从而使中国思想在源头处即与“天”紧密相关,而天地四方的神秘感觉和思想成了中国思想的原初起点。这种观念延伸到社会领域,就成为了中央帝王领导四方藩臣的政治结构的神圣性与合理性依据。^① 这种神秘感觉和思想的解释并非人人所有,只能归属于那些拥有权力和知识的人。夏禹正是这样一个人。夏部落在氏族时代即可能长

^① 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,第88页。

期浸润在这种流行观念中。夏王朝建立后仍然延续了这种观念,并由夏王通过祭祀来获取天的旨意。相传夏禹本人对鬼神就很虔诚,非常重视祭祀。孔子曾称道夏禹:“菲饮食,而致孝乎鬼神,恶衣服,而致美乎黻冕。”^①夏禹的儿子夏启即位后,在讨伐有扈氏时进而以代行天意的身份声称:“天用剿绝其命,今予惟恭行天之罚。”^②可见,当时夏代的贵族已经形成了“天命”、“天罚”思想,所谓“有夏服天命”,即认为统治权是秉承上帝或皇天的旨意而获得的。因此,“天命”、“天罚”思想不仅使其统治合法化,而且具有神圣不可侵犯的权威性。不服从统治秩序即被认为违反了天的旨意,统治者可以代表天进行“天罚”。

(二)神权法思想的发展

神权法思想发展到商代进入高峰。殷人尚“鬼”,并且在国家社会生活中构筑了神秘力量的秩序。“商人不仅已经把神秘力量神格化,而且已经把它们大体组成了一个有秩序的神的系谱”^③。在这个系谱中,“帝”居于殷商时代神灵世界的最高位,是一种超越了社会与人间的自然之神,其次是渊源于远古的天地四方的空间秩序观念而发展起来的天神地祇的四方之神。“上下四方一六合之内,都有神秘力量,这些神秘力量也像人间一样,有一个整饬的结构”^④。完整的神化系统,导致人间诸事的决定都必须向帝及诸神禀告,以求得决断。举凡年成的丰歉、战争的胜负、城邑的兴建、官吏的黜陟以及奴隶是否逃亡等等,都要通过占卜向上帝和祖先进行祈祷或请示。举世闻名的甲骨文的主要内容便是商王及代理人——沟通天地人神关系的“巫”、“史”——向上帝和祖先进行占

① 《论语·泰伯》。

② 《尚书·甘誓》。

③ 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,第91页。

④ 同上书,第94页。

卜而刻在龟甲和兽骨上的卜辞。发展到后来,几乎是无事不卜,无时不卜,甚至定罪量刑也要诉诸鬼神。如:“贞(卜问):王闻不惟辟;贞:王闻惟辟”^①;“兹人井(刑)不”^②?都是关于是否行刑的卜辞。可见,神意在当时成了支配人间世界的主宰力量,从而形成了我国古代宗教性最为浓厚的朝代。整个人间世界的生活弥漫着神意的色彩,但并未发展出一个独立于世俗政权之外的教会组织,从而神权与王权没有冲突的现象,反而是紧密的结合。因为,“上帝并不直接与下界小民相接触,而要经过王室为下界之总代表,才能将下界小民的吁请与祈求,经过王室祖先的神灵以传达于上帝之前”^③。也就是说,王成了神与人之间的代言人和媒介。

正因如此,商的神权法思想形成了一个特点。即商王认为他们之所以能承受天命,就在于他们的祖先与上帝的关系非常密切,能够经常在上帝左右,甚至干脆声称他们的祖先就是上帝的子孙。“帝对王有保佑之功能,但也有惩戒之能力”^④。这种观念从一些典籍和出土的资料中,可以大致寻出一个线索。如《诗经·商颂》的《长发》说:“有娥(先女儿简狄)方将(成长),帝立子生商。”《玄鸟》也说:“天命玄鸟(即燕,商族图腾,传说简狄食玄鸟蛋生商先王契),降而生商。”同时,他们认为死去的先祖先王上宾于天,叫做“宾帝”。先王对时王有保佑的功能,并且发展出用二十八宿与先公先王配祭的现象^⑤。这就既从血缘上找到了充当上帝代理人的合法依据,为垄断神权提供了借口,又通过时王亲自招降祖先之灵,沟通了天帝和先王,得到保护和佐佑的结果,自己的权威也得

① 《殷墟文字乙编》,4604。转引自张国华、饶鑫贤主编:《中国法律思想史纲》上册,甘肃人民出版社1987年版,第39页。

② 《殷契佚存》,850。

③ 钱穆:《中国文化史导论》,商务印书馆1994年版,第45页。

④ 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,第98页。

⑤ 同上。

到了宗教意义上的证明。

祖先神与上帝神的渐趋融合,为商王独享天命取得了合法依据,为他们完成国家的政治秩序和社会秩序提供了具有权威性的神权依据。沟通上天的能力和职责渐趋集中在商王身上,商王的意志成了上帝的意志,服从王命即等于服从神命,违抗王命就等于违抗神命。于是,商王便在神权的支撑下为所欲为,作威作福。最后的商王纣听到大臣劝谏西周正在崛起,便称“我生不有命在天乎”,我做王是天的旨意,没有人可以改变。然而,就在这种对神权的绝对崇信中,商族被从西部崛起的周族取而代之,神权思想从而受到了一次沉重的打击。

二、西周“以德配天”的君权神授说

神权法思想在西周发生了一次重大变化。取代殷商的西周,从文化上看,他们属于是殷商的一系,继承和发展了殷商时期的这种神权思想,和商人一样相信,“帝”在“天”上,与人间一样,有一个由神祇构成的世界,它们主宰一切。^①不过这里最高的主宰在更多的场合下,被称之为“天”。而且祭天只有天子奉行,诸侯卿大夫以下均不得私自祭天,这正是殷商时代与上天主宰者的关系集中到王一人身上的习俗在西周的发展,他们也把周王的统治说成是受命于天。如“丕显文王,受天有大命”^②;“昊天有成命,二后(文王、武王)受之”^③。但在西周初年,要把周王的统治也说成天命所归,确实存在很大困难。一是“天”或“上帝”过去曾被殷王说成是护佑他们的,现在为何又转归了周王?二是殷王既然是天命所在,为什么又会王冠落地?为了解决这两个难题,以周公为代表的西

① 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,第107页。

② 《大盂鼎铭》。

③ 《诗·周颂·昊天有成命》。

周贵族吸取了殷商对人民的统治过于残暴而被推翻的教训，提出了一种新的君权神授说——“以德配天”的君权神授说。他们认为“天”或“上帝”是天下各族所共有之神，并不始终眷顾一个部族，使其常为下界的统治者。“天命”属谁关键在于有“德”，若一部族无“德”，统治不佳，失却上帝欢心，上帝就会撤销他们的代表资格，而另行挑选有“德”的另一部族来担任。^① 所以他们认为“天命靡常”^②，上帝或天不特别厚待哪个人，而只辅助那些有“德”的人。过去，殷的先王有“德”，能够匹配上帝，得到眷顾，因此天命归殷，殷王成了“天之元子”，即天在人间的代表。后来的殷王不能保有其“德”，致使失去了“天命”。而周王有“德”，故皇天上帝即将原赋殷王之命收回，改归于文王。因此“天命”归周，周王成了“天之元子”。通过这种“以德配天”理论，为“君权神授”提供了依据，周王的统治取得了合法性。以德为媒介，西周的政权又和神权发生了联系，得到了上帝的护佑。

另一方面，西周这种“以德配天”的君权神授说的提出，也意味着神权的某种动摇。西周统治者通过对殷商发动的革命，看到了民众的力量，感到神权并非维系统治的唯一法宝。更为重要的是，必须重视人事，重视人心向背，所谓“敬天命，重人事”。尽管取得了政权，承受了“天命”，要想维持统治，必须谨慎小心。所以，为了保有“天命”，不使再次转移，他们除了把天的意志作为价值的终极依据之外，还把人的感情作为价值的合理依据^③。从而使人第一次从夏商以来的绝对神权桎梏之下有所解脱，人的价值通过西周初年提出的“以德配天”的君权神授说得以凸显。人事因素的上升直接导致了神权绝对性的破坏，以后历朝历代再也不能以神权作

① 钱穆：《中国文化史导论》，第45页。

② 《尚书·康诰》。

③ 葛兆光：《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》，第107页。

为其统治的全部合法依据,必须在某种程度上完成“保民”——德治的任务,否则,便只能步其前朝的后尘。

这种神权学说改变了过去神权意志绝对化的状况,代之以“上帝并无意志,即以地上群体的意志为意志,上帝并无态度,即以地上群体的态度为态度”^①。中国文化致思的方向开始有所改变。所以,周公等人特别要求各级贵族应把小民的向背当做一面镜子,从而为中国政治法律开出了一条向世俗政权、人间社会发展的道路。但是,尽管西周初年的统治者如此强调关心民瘼,重视民心向背,但其后代子孙丝毫未能遵行,他们的骄奢淫逸,终于使周朝统治走向了崩溃。到了春秋战国时期,龟缩于洛阳一带名义上的“天下共主”周王已经基本丧失了权威,代之而起的是四周强大的诸侯国,神权法思想受到了更大的冲击,形成“百家争鸣”的繁荣局面。然而,时间的延伸并未将殷周神权法思想彻底清除出历史舞台,却从“直接监督一切政治”的“有意识的人格神”逐渐醇化为抽象之天,渐由宗教意味转变为哲学意味的“天道”思想,秦汉以后与皇权、儒家思想相互结合,成为后世一切政治法律思想的总根核。^②

三、西周的“明德慎罚”思想

西周初年,周王及周公姬旦看到了政权的基础在相当程度上植根于人间社会中,即广大的平民的民心向背上,因而对于天命神权思想给予了“以德配天”的重新解释。针对殷人的失德和刑罚制度,提出了“明德慎罚”的立法、司法的方针,主张德刑并用,反对专任刑杀。

“明德慎罚”主要是针对立法者和司法官而言的。“明德”就是要求周王和贵族要注重自己德行的培养,只有良好的德行才能够

^① 钱穆:《中国文化史导论》,第46页。

^② 梁启超:《先秦政治思想史》,东方出版社1996年版,第24页。

配享天命,得到天的惠佑,保住社稷;“慎罚”是指在适用刑罚时,应该慎重其行,避免滥杀以致失德。“慎罚”是“明德”的需要,也是重要的内容。基于“慎罚”的目的,西周的刑法思想有了长足的发展。具体表现在:(1)对犯罪开始进行具体分析,区别对待。对于犯罪的主观原因加以故意和过失的区分,对于犯人进行了偶犯与累犯的区分,如系故意(“非眚”)和累犯(“惟终”),虽小罪也处重刑;如系过失(“眚”)和偶犯(“非终”),虽大罪也可减免,以缩小打击面。^① (2)针对殷商的“罪人以族”,继承周文王的“罪人不孥”思想,反对族诛连坐,主张罪止一身。强调“父子兄弟,罪不相及”^②。(3)反对“乱罚无罪,杀无辜”^③。反对滥施刑罚。

这些思想,即使在世界刑法史上也是罕见的。但可惜的是,即使在后世,这些思想也未能一一得以彻底贯彻。

“明德慎罚”不仅局限于西周初期的立法、司法活动,在西周中后期也一再得以强调,可以说“明德慎罚”思想是贯穿西周始终的立法、司法指导思想。^④通过对金文、铭文的研究,可以看到大凡“明德慎罚”的铭文一般集中出现在每一历史阶段的大动乱之后。所以,可以说“明德慎罚”思想的兴起,是殷末大动乱的结果。^⑤

到了西周中晚期,“明德慎罚”的精髓,是在重视德教的同时,提出了“刑中”的思想。在《牧簋铭》中,王要求司士(即司法官)一定要用刑中正,“不中不刑”,更不能因为“多虐庶民”而招来“多乱”。由于周宣王以后的西周社会,社会矛盾复杂,积重难返,“明

① 《尚书·康诰》。

② 《左传·昭公二十四年》。

③ 《尚书·无逸》。

④ 胡留元、冯卓慧:《西周金文中的法律资料》,载《中国法律史国际学术讨论会论文集》,陕西人民出版社1990年版,第94页。

⑤ 同上。

德慎罚”思想也未能挽回衰败的局面。^①

西周神权法思想的动摇,导致神权不再继续作为统治合法的唯一前提。“以德配天”思想的提出,使统治合法性转向了统治者的有“德”。“德”成为统治者得到“天命”眷顾的媒介,从而统治者有“德”成了政权保有的支柱之一。所谓有“德”,在西周时期主要内容便是“保民”。因此,过去的对天的责任转化为对民的责任,“天子对于天负责任,而实际上课其责任者则人民也”^②。“明德慎罚”正是统治者培养德行实现保民而应贯彻始终的方针。“明德慎罚”思想的提出使中国政治法律思想开始从天际走向了人际,成为民本思想的发端和后世“德主刑辅”思想的滥觞。

第二节 西周以“宗法”为核心的“礼治”思想

宗法思想是夏、商、西周与神权思想并行的另一维护统治的精神支柱。所谓“宗法”,即以血缘为纽带调整家族内部关系,维护家长、族长的统治地位和世袭特权的行为规范。它源于氏族社会末期父系家长制的传统习惯。

夏代,特别是殷商时代,初步形成的以血缘关系作为建构家族、社会天下的结构与秩序的社会经纬的观念^③,奠定了西周宗法制的基础。夏、商、西周是以不同的显贵家族为中心建立起来的统治集团,各自保留了大量父系家长制传统。尤其西周,周族统治集团的家长、族长取得政权后,将宗法关系与国家组织直接结合起来,逐级任命和分封周王的亲属担任各级官吏并世袭下去,利用族权来巩固政权,形成了以周王为最高统治者的宗法等级制,亲情及

① 胡留元、冯卓慧:《西周金文中的法律资料》。

② 梁启超:《先秦政治思想史》,第57页。

③ 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,第106页。

其应有的远近分别成为社会秩序的本原。^①

一、“宗法”与宗法等级制

宗法观念在中国发育很早,夏代实行的王位世袭制便是家族基础上宗法的产物。具体情况,无史可征。殷人有非常繁多的祖先崇拜,王位继承前期主要是“兄终弟及”,后期转向“父死子继”,直到晚期才实行嫡长继承。继承上区分嫡、庶,实行嫡长继承,是宗法制完备的重要条件。西周一开始便确立了“立嫡(正妻)以长不以贤,立子以贵(母贵)不以长”^②的嫡长子继承制,从而进一步完备了宗法制度。

西周的宗法制和分封制紧密结合在一起,并推广到全国。西周初年和周公摄政时期,在全国范围内实行大分封。这就是通常所说的“封国土,建诸侯”或“封邦建国”。除一部分因功受封的异姓诸侯和夏、殷两代的后裔外,当时全国的土地和臣民,名义上都归国王所有。周王把全国土地连同土地上的居民分成若干块,除京畿周围一块“王畿”由自己直辖外,其余全部分封给诸侯,分封基本按宗法关系进行。首先分封自己的亲属,尤其是血缘最近的亲属为诸侯。诸侯受封后,除保留“公室”直辖的封地外,又同样分封给其属下卿大夫。卿大夫的封地叫“采地”或“采邑”。卿大夫以下有士,也由卿大夫分封给食田。士是贵族的最低层,不再分封。士以下便是平民和奴隶。经过这样的逐级分封,在贵族内部便形成了一个从周天子、诸侯、卿大夫到士的“王臣公、公臣大夫、大夫臣士”^③的宝塔式等级。这种分封和受封,包含着权利义务关系。按照规定,下级必须服从上级政令,交纳贡赋,定期朝觐或述职,提

① 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,第107页。

② 《公羊传》隐公元年,《春秋三传》本,上册,中国书店1994年版,第3页。

③ 《左传·昭公七年》。

供劳役,接受军事调遣和指挥,服从裁判等;上级则有保护下级和排难解纷的责任。

西周的分封制有两个主要的特点。首先,通过这种分封,经济上的土地所有权和政治上的统治权得以紧密的联系。由于周天子是名义上的最高土地所有者,分封给诸侯是用自己的私产赐予他们的恩惠,因而顺理成章地成为全国的最高统治者。依同样的理由,下面的各级贵族受封以后,对其封地内的所有居民也同样享有政治上的统治权。这样,周天子经济上的付出成为了政治上享有统治权的基础,从而使经济上的土地所有权和政治上的统治权合二为一,更为有力地维护和巩固了周天子的统治。受封的贵族无论在经济上还是政治上都应接受周天子的统治,周天子被尊为天下诸侯的“共主”。其次,根据宗法原则,天子、诸侯、卿大夫之中的职位都由嫡长子世袭。嫡长子是土地和权位的法定继承人,其地位最尊,被称为“宗子”。这样,周天子就成为全族之主,奉祀全族的始祖,叫“大宗”。他的同母兄弟与庶兄弟则封为诸侯,相对国王,叫“小宗”。诸侯的卿大夫在自己的封地内也如法炮制,直到最下级贵族——士。士的嫡长子仍为士,其余诸子则变为平民。按照宗法,“小宗”必须服从和尊敬“大宗”,“大宗”则应爱护“小宗”。于是分封制和宗法制便结合在一起。这不但保证了各级政权主要掌握在血缘最近的人手中,而且又在各级贵族之间,除政治上的上下级关系以外,加上了一层“小宗”服从“大宗”的宗法关系。血缘成了巩固社会秩序的基础,族权成了加强政权的有力武器。

对于异姓贵族,周王则通过联姻的办法来加强联系。异姓贵族在自己的封地内也有自己的“大宗”、“小宗”。这样一来,宗法关系就直接同整个国家制度结合了起来,族权与政权合二为一。故西周这套制度,便叫宗法等级制。在这种制度下,贵族只能来源于贵族,平民则没有可能跻身贵族行列,逐渐形成了“世卿世禄”制。

二、西周“礼治”的基本原则与特点

(一)“礼治”的基本原则

后世很多人称中国文化为礼乐文化。该文化正是殷周一系文化血脉在历史中永恒发展、演变的结果。西周初年,在周公的主持下,制礼作乐,对殷商时期旧有的文化传统、宗法传统进行了整理、补充,厘定成一整套以宗法等级制为中心的行为规范以及相应的典章制度、礼节仪式,建立了富有浓厚人身关系的差序格局。这就是一般所说的“礼”或“周礼”。这套规范、制度,其核心就是“确立血缘与等级之间的同一秩序,由这种同一的秩序来建立社会秩序,换句话说,就是把以父、长子关系为纵轴、夫妇关系为横轴、兄弟关系为辅线,来划定血缘亲疏远近次第的‘家’,和以君臣关系为主轴、君主与姻亲诸侯的关系为横轴、君主与领属卿大夫的关系为辅线,来确定身份等级上下的‘国’重叠起来”^①。这套制度背后深刻的道德和伦理内涵,就是以“亲亲”、“尊尊”为基本原则的“礼治”思想。

“礼”字在殷商即已出现,甲骨文作等形,象征豆盘盛玉,祭祀祖先、上帝,以示诚敬。^②《说文解字》:“礼,履也,所以事神致福也”。殷人“尊神”,认为只有履行这样的仪式才能得到鬼神的赐福和保佑。可见,礼一开始便与神权有不解之缘,并因属祭祀中事,后来发展出行为规范的含义。

随着西周礼治的不断完善、充实,礼的内容越加庞杂,包括政治、经济、军事、教育、行政、司法、宗教祭祀、婚姻家庭、伦理道德等各个方面:上至国家的立法、行政,各级贵族和官吏的权利义务,下至衣食住行、婚丧嫁娶、送往迎来,几乎无所不包。实际上,礼已基本具有了法律(主要是民法和行政法)甚至国家根本大法的性质,

① 葛兆光:《七世纪前中国的知识、思想与信仰的世界》,第107页。

② 王国维:《释礼》,《观堂集林》卷六。

成为“定亲疏，决嫌疑，别同异，明是非”^①的依据，起着“经国家，定社稷，序民人，利后嗣”^②的重大作用。“礼治”的道德和伦理意涵是源出血脉和亲情及其亲疏远近嫁接于政治权力的等级制度之上的，所以“亲亲也，尊尊也，长长也，男女有别”^③也就成了贯穿礼治始终的核心原则。“亲亲”，指必须亲爱自己的亲属，特别是以父权为中心的尊亲属（长辈）；子弟必须孝顺父兄，“小宗”必须服从“大宗”，严格上下等级秩序，获得稳定的政治秩序。“尊尊”，指下级必须尊敬和服从上级，特别是服从作为天下大宗的天子和一国宗主的国君；严格上下等级秩序，禁止僭越和犯上作乱。“长长”，指小辈必须敬重长辈。“男女有别”，指男尊女卑和男女授受不亲。以上四者最基本的是“亲亲”和“尊尊”。“亲亲”是宗法原则，“尊尊”是等级原则。“亲亲故尊祖，尊祖故敬宗，敬宗故收族，收族故宗庙严，宗庙严故社稷重”^④。“亲亲”成为全部社会关系的根据，将导源于“亲亲”的人身等级关系与导源于“尊尊”的权力关系配置起来，便形成了全部的社会秩序。故曰：“上治祖、祢，尊尊也。下治子、孙，亲亲也。旁治昆弟，合族以食，序以昭缪，别之以礼义，人道竭矣。”^⑤

（二）“礼治”的基本特征

“礼不下庶人，刑不上大夫”是西周“礼治”的基本特征。“礼不下庶人”主要指礼规范各级贵族的行为，赋予他们某种特权，特别是世袭特权；平民和奴隶不适用礼的规范，同时也不享有礼所赋予的权利。礼所养成的是贵族内部的差等秩序而不及于平民。“刑不上大夫”主要指刑罚的锋芒不是针对大夫以上的贵族而是指向平民的。刑的适

① 《礼记·曲礼上》。

② 《左传·隐公十一年》。

③ 《礼记·大传》。

④ 《礼记·大传》。

⑤ 《礼记·大传》。

用范围基本限于平民即庶人,而不上及于大夫以上的贵族。礼、刑可以说是当时社会的两套适用于不同主体中的法律规范。这种礼刑的分野,充分说明了西周实行的是一种公开不平等的特权法。

“礼不下庶人,刑不上大夫”,不但是西周“礼治”的特点,也是由“亲亲”、“尊尊”派生出来的指导立法、司法的一项主要原则。根据这一原则,各级贵族不但享有礼所规定的特权,而且即使行为越礼,一般也不受刑罚的制裁,只受道义的谴责。即使受到刑罚的制裁,通常也可受到各种特殊照顾。“刑不上大夫”还存在着制度上的原因。在西周的分封制和世袭制下,各级贵族,特别是大夫以上的贵族,在自己的封地内部拥有相对独立的行政、立法、审判权和各自的武装力量。周天子或周王要想惩治他们,往往必须兴师动众,兵戎相见,这也是古代“大刑用甲兵”和兵刑不分的原因之一。

西周的“礼治”建立在“溥天之下,莫非王土;率土之滨,莫非王臣”的土地王有制基础上。在神权绝对性动摇后,基于血缘而产生的宗法关系扩展到国家政治权力结构和社会结构中,形成了“礼治”。这种“礼治”“在不平等的现实社会中通过‘中和’的精神使处在每一社会等差中的人能依礼达到与其地位角色相应的平等,从而在等差分殊的社会中实现其相应的生命意义与价值”^①,并对解决理想与现实的张力和实现现实社会的秩序,起到了关键的作用。随着历史的演变,春秋战国时期,继承并修正西周礼治精神的儒家和反对并批判西周礼治思想的法家展开了一场礼法之争,最后任用法家的秦统一了中国,但亦在法制苛酷中迅速覆灭。从此,源于西周并经修改的礼治几乎贯穿了中国直至近代为止的历史。礼治成为“中国历史文化的特定产物,具有中国文化传统的原生性和独特性”^②。

① 蒋庆:《超越西方民主——回归儒家本源》,载《中国社会科学季刊》1996年总第17期,第123页。

② 同上。