

礼法传统与中华法系

俞荣根◎著



中国民主法制出版社
全国百佳图书出版单位

礼法传统与中华法系

俞荣根◎著



中国民主法制出版社

2016年·北京

图书在版编目(CIP)数据

礼法传统与中华法系/俞荣根著. —北京:中国民主
法制出版社,2016.3

ISBN 978-7-5162-1142-7

I. ①礼… II. ①俞… III. ①法律体系—中国—
古代—文集 IV. ①D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 048825 号

图书出品人:刘海涛

出版统筹:陈晗雨

责任编辑:唐仲江 程王刚

书名/ 礼法传统与中华法系

作者/ 俞荣根 著

出版·发行/ 中国民主法制出版社

地址/ 北京市丰台区玉林里 7 号(100069)

电话/(010) 63292534 63057714(发行部) 63292520(总编室)

传真/(010) 63056975

http://www.npcpub.com

E-mail:flxs2011@163.com

经销/ 新华书店

开本/ 16 开 710 毫米×1000 毫米

印张/ 27.25 字数/ 490 千字

版本/ 2016 年 5 月第 1 版 2016 年 5 月第 1 次印刷

印刷/ 三河市航远印刷有限公司

书号/ ISBN 978-7-5162-1142-7

定价/ 68.00 元

出版声明/ 版权所有,侵权必究。

(如有缺页或倒装,本社负责退换)

礼法制度与律令制度

应当重视礼和礼制的研究

研究者都承认中国古代是礼法社会。非礼无法、出礼入刑、以礼率法、礼法结合,是有关法史的著述中耳熟能详的说法。然而,囿于当代关于“法是具有国家强制力的行为规范”的定义,法史学界对于礼和礼制的研究大多停留在礼法关系、如何引礼入律等问题上,而缺乏系统的正面切入的研究。近几年,历史学界比较重视礼和礼制的研究,相关的资料整理和研究成果时有问世。法史学界应予跟进,从法律史的角度深入地考察古代的礼和礼制。古代中国,夏商周三代礼法(刑)一体、礼外无法(刑)、法(刑)在礼中、出礼入刑(罚);春秋战国和秦代礼坏乐崩、礼法(刑)交错、礼法(刑)分离;汉至清末礼法结合、以礼率律、刑在律中,但律外有礼,且仍然是非礼无法、出礼入刑。在中国法律史上,离开了礼和礼制,很难说有完整的法和法制;离开礼和礼制,就难以再现古代法和法制的真实;离开了礼和礼制研究,所谓寻求中国古代法制度和法思想的“自我”,以及为现代法治进程作镜鉴之类,都将放空。如果我们不作为,或者驾驭不了

这项研究,只好寄望后人在对中国古代礼和礼制进行系统深入研究的基础上,改写我们编纂的中国法律史,写出比较完整的中国法律史。到那时,也许才能实现中国法律史研究的重大突破。对此,我们既要满怀信心地期待,也应当作出自己的努力。

——摘录自《寻求“自我”——中国法律思想史的传承与趋向》^{〔1〕}

礼法即法,法即礼法

古代礼法社会之礼法,并非现今法制史和法律思想史上写到的礼与法,以及“非礼无法”“出礼入刑”“以礼率法”“纳礼入律”“礼法结合”之类的原则性断语。礼与法的关系问题、礼法之分和合的问题,只是礼法制度和礼法学中的一些问题。礼法就是礼法,礼法不仅仅是礼与法、礼与刑或礼与律。在古代中国,律是法,礼也是法,而且,律是礼法之律,礼是礼法之礼,两者都是礼法之法。礼法即法,法即礼法。由此看来,主要以律令刑典制度为研究对象的中国法制史是不够完整的,而注意了礼与法关系但忽略了礼法整体性问题的中国法律思想史也是不够完整的。

——摘录自《从国学视角研究中法史的价值》^{〔2〕}

儒家之法是“礼法”

汉儒说,孔子为汉立法。实际上,孔子及其开创的先秦儒家为整个中国古代立法。这是有两千多年的古代法为实证的:中华法系以儒家思想为灵魂,是儒家的法。以孔子为首的先秦儒家正处在为古代社会设范立

〔1〕《寻求“自我”——中国法律思想史的传承与趋向》一文原载《现代法学》2005年第2期。该文已收入本书第一章。

〔2〕《从国学视角研究中法史的价值》一文是《中国传统法学述论——基于国学视角》一书的“前言”。俞荣根、龙大轩、吕志兴编著:《中国传统法学述论——基于国学视角》,北京大学出版社2005年版。

制的历史阶段。简言之,他们提供了“法先王”的理想法,设计了“天理—国法—民情”和谐有度的运作模式,以规制政治统治、社会秩序、各阶层的行为。因而,面对现实的贪婪和残酷,他们保持理性的清醒和人格的独立,在思想上是批判的,在心理上 is 忧患的,在行为上是特立独行的。儒家之法是“礼法”,与法家的“刑赏”、后世的“律令”不同,是超越“刑赏”,超越“律令”的。但超越不是不要“刑赏”,不要“律令”。“礼法”远不仅仅是礼与法的问题,而是“为政以德”“得乎丘民”的政治合法性,是“为国以礼”的统治秩序,是“非礼无法”“出礼入刑”的法律强制。

“礼法”之道微乎哉!

“礼法”,乃儒家之政治大智慧! 法制大智慧!

——摘录自《在理想与现实之间——故事里的儒家法文化》^{〔1〕}

中国古代法不限于“律令”

“礼”,古人视之为法的渊源和纲领。荀子云:“礼者,法之大分,类之纲纪也。”^{〔2〕}礼还具有国家宪章和根本大法的意义,所以荀子又直接把礼称之为“礼宪”:“不道礼宪,……不可以得之也。”^{〔3〕}这与《左传》的名言“礼,经国家,定社稷,序民人,利后嗣者也”^{〔4〕}一脉相承。由此观之,古人论理、论礼、论仁、论道、论德、论义、论正名等,无不蕴涵法的思想。扩而充之,用来观照整个古代法律理论,使人豁然开朗。中国古代法远不限于“律令”,而是一种“礼法”。“礼法”远不仅仅是礼与法的关系问题,它是中国古代法的体系。“礼法”一词,首出《荀子》书。《荀子·王霸》多次论及“礼法之大分也”“礼法之枢要也”。司马光《温公易说·系辞上》释“形而下者谓之器”云:“有形可考,在天为品物,在地为礼法。”中华法系的特色与精义在“礼法体系”。“律令”生于“礼法”,合于“礼法”,“礼法”统摄“律令”。《法律理论分典》资料的收集范围,如果囿于“律令体制”,那就相当有限,甚至

〔1〕 原载贾磊磊、孔祥林主编:《第二届世界儒学大会学术论文集》,文化艺术出版社2010年版。

〔2〕 《荀子·劝学》。

〔3〕 《荀子·劝学》。

〔4〕 《左传·隐公十一年》。

会使人感到有些“贫乏”。况且,那些关于律、令、科、比、格、式、例的论述,以及刑、罚、讼、诉、调处之属的解释,在《刑法分典》《诉讼法分典》等其他分典中也会应收尽收,《法律理论分典》能施展的空间相当有限。然而,这种认识是不符合中国古代法的理论形态实际状况的,《法律理论分典》的资料收集范围,应当突破“律令体制”的框框,而以“礼法体系”为“泽”去竭泽而渔。

——摘自《〈法律理论分典〉:一部按礼法体制编纂的〈中华大典·法律典〉分典》^[1]

“礼法”是中华法系的“法统”载体

国内外一些法律史论著认为,中国古代法是“律令体制”,中华法系是“律令”法系。如果真是这样,那么,上述认为中国古代法“以刑为主”,只是治民工具,无“法”的含义,缺乏正义和权利等等说法就有立足基础了。但事实并非如此。说中国古代法在刑事法律形式上以“律令”为主不假,但无论是律(实为刑律),还是令、科、比、格、式、例等,都唯“礼法”是从。“礼法”,才是中华法系之“道统”在法律体制上的外在表现,是中华法系的“法统”形式,或曰“法统”载体。质言之,中华法系是“礼法”法系。

——摘自《儒学正义论与中华法系》^[2]

中华法系是一种礼法文化

中国古代法律文化起源于中华文明早期,从文献记载看,西周时期形成一种“礼法”制度和“礼法”文化。那个时代的法律形式主要是“礼”与

[1] 《〈法律理论分典〉:一部按礼法体制编纂的〈中华大典·法律典〉分典》原题为《守望与传承 谨守与变通——编纂〈法律理论分典〉的幕后故事》,《西南政法大学学报》2012年第3期。该文已收入本书第一章。

[2] 《儒学正义论与中华法系》一文的繁体中文版收于高明士教授所编的《中华法系与儒家思想》(台大出版中心2014年版),其简体中文版曾载《法治研究》2014年第1期。该文已收入本书第二章。

“刑”。刑是惩罚犯罪的手段,即刑罚。刑依赖礼而存在,囊括在礼的范围之中。所以三代之法,法在礼中,礼外无法,是中华法系礼法体制的原生态样式。正是古老悠久的礼法文化孕育了中华法系,反过来,中华法系又固化了礼法文化。

“礼法”这个词首见于《荀子》。“礼法”不是“礼”和“法”、“礼”加“法”,或礼中有法、纳法于礼。“礼法”是一个双音节词汇,一个名词,一个法学上的法概念,一个法哲学上的范畴,是古代“礼乐政刑”治国方式的统称。

在古代中国,“礼法”是秉承天道人情的根本大法。它既是最高法、正义法,统率各种国家法律、地方法规和家族规范,也是具体法、有效法、实施中的法。“礼法”制度相似于现今的宪法和法律制度,也是主要的行为规范。“礼法”意识就是法律意识、规矩意识。这种礼法文化为孔子和孔子创立的先秦儒家所继承和发扬。

春秋以降,礼坏乐崩,诸侯纷争,礼法毁弃,王道式微,霸道和强道横行。各国先后有改制立法的举措。战国时代,“法”、“刑”、“律”、“宪”、“令”等法律形式登上政治舞台,呈现出礼与法、礼与刑分离趋势。……法家学派是从儒家中脱颖出来的。他们发挥“礼法”中刑和罚的一端,提出“信赏必罚”、“严刑峻罚”、“轻罪重罚”、“专任刑法”式的“以法治国”。结果大家都知道,是秦帝国昙花一现的辉煌。

经过一番挫折和探索,刘汉政权重拾礼法文化。尤其在西汉中期,董仲舒大兴以儒家经典为主臬的“经义决事”、“经义折狱”之风,在政事、司法和法律实施等治国理政领域确立了儒家思想的统治地位。诚然,这时的儒家思想与先秦儒家有所不同,它综合了法家、阴阳家等思想成果,创造性地回归中华礼法文化传统。

……

汉代开始复兴的礼法体制具有礼律融合的特征。其“律”,指汉《九章律》、隋《开皇律》、唐《永徽律》、宋《刑统》、《大明律》、《大清律例》之类的历朝正统刑律,史称“正律”。律(刑律)以礼为指导,礼入于律、融于律,法史学界通称“礼法合一”。

不过,礼仍然单独存在,而且是制度性、规范性的存在,这就是“律外有礼”。

以唐朝为例。唐太宗李世民先制《贞观礼》,再定《贞观律》。唐高宗永徽二年(公元651年)编成《永徽律》后,于显庆三年(公元658年)据《贞观礼》修成《显庆礼》一百三十卷,并亲自为序,颁行中外。唐玄宗开元年间

(公元713—741年)又重振礼法体系,新编《大唐开元礼》一百五十卷。

明朝亦如是。朱元璋在洪武四年(公元1371年)率先修成《大明集礼》,再于洪武三十年(公元1397年)颁行《大明律》。其律典晚于礼典26年之久。其间,洪武帝又先后钦定《孝慈录》《洪武礼制》《礼仪定式》《皇明礼制》《大明礼制》《洪武礼法》《礼制集要》《礼制节文》《太常集礼》等。足见其于刑典之外有独立的礼典系统。

清王朝仍承袭这一传统。顺治四年(公元1647年)制成《大清律集解附例》,康熙四十六年(公元1707年)完成《大清律例》,雍正五年(公元1727年)重定《大清律集解附例》,成为清代刑律定本。同时,乾隆元年敕修《大清通礼》五十卷,乾隆五年(公元1740年)重修律例,定名《大清律例》。至此礼律齐备,清代礼法体制基本定型。

“二十五史”中,有13篇《刑法志》,16篇《礼志》,或称《礼乐志》、《礼仪志》,而《礼志》、《礼乐志》、《礼仪志》的篇幅,比《刑法志》的要大得多。如《宋史》,《刑法志》才三卷,而《礼仪志》有二十八卷。在礼法体制中,礼典的地位高于刑法典。礼典首先要解决的是一代王朝的正统性、合法性的问题。

——摘自《法治中国视阈下中华礼法传统之价值》^{〔1〕}

〔1〕 原载《孔学堂》2015年第2期。该文已收入本书第六章。

目 录

第一章 中华法系与礼法传统	1
中国成文法公布问题考析	
——兼论儒家不反对公布成文法	3
寻求“自我”	
——中国法律思想史的传承与趋向	35
《法律理论分典》：一部按礼法体制编纂的	
《中华大典·法律典》分典	52
附件一 《法律理论分典》说明	63
附件二 《法律理论分典》各总部提要	67
正本清源 折中融西	
——重建新中华法系	71
第二章 儒家思想与礼法传统	77
儒学正义论与中华法系	79
法先王：儒家王道政治合法性伦理	95
“夹谷之会”研究	
——兼议孔子的仁学和平思想	109
中医药学的历史与未来	
——以儒家文化为视角	119
孔子，还受国人崇敬吗？	
——12280 份问卷分析	140

第三章 亲亲相隐与礼法传统	155
法的视角：“孟子论舜”再讨论	157
亲属权利的法律之痛	
——兼论“亲亲相隐”的现代转化及其修法建议	169
私权抗御公权	
——“亲亲相隐”新论	183
第四章 “中道”与礼法传统	205
寻求“中道”	
——儒家之法的精神及其普世价值	207
“和”之法与法之“和”	227
贵和求和的司法文化	
——以“《春秋》决狱”为例	239
第五章 礼法传统与法统流变	251
黄宗羲的“治法”思想再研究	253
严复的民权观与自由观	263
梁启超的“乡治”论及其启示	274
孙中山宪政思想与法治中国建设	285
让“来学”走进生活	290

第六章 礼法传统与良法善治	293
法治中国视阈下中华礼法传统之价值	295
中国传统“调处”的非诉讼经验	311
法治中国与中国司法传统	328
第七章 访谈:礼法传统与旧命维新	341
德政、民本、容隐制及其他	
——俞荣根先生笔谈录	343
儒家法思想与中华法系	
——俞荣根教授访谈录	356
为儒家法正名	
——俞荣根教授采访实录	375
儒商思想与现代商业精神	
——对话儒家法思想家俞荣根教授	380
附 俞荣根:中国已具备产生儒商大家的条件	385
“法治中国”与儒家思想	
——俞荣根先生访谈录	389
修齐治平、德礼政刑:礼法传统中的治道智慧	
——俞荣根先生访谈录	401
后 记	417

第一章 中华法系与礼法传统



中国成文法公布问题考析

——兼论儒家不反对公布成文法*

【内容提要】在中国古代公布成文法问题上有两句影响颇大的断语：成文法的公布始于郑刑书、晋刑鼎；儒家是公布成文法的反对派。本文通过对古史资料的爬梳考析和各种观点的比较分析后认为，悬法象魏之制是中国古代远早于郑刑书、晋刑鼎的公布成文法的方式。叔向诒子产书的重点不在于反对公布成文法，而是担心子产的行为会导致弃礼征刑的严重后果。孔子讥刑鼎也不是因为刑鼎公布了成文法，而是因为刑鼎在立法程序上是“乱制”、在立法内容上“非善”，是个坏法、恶法。孔子只讥刑鼎而不反对郑刑书，也说明他不反对公开和公布法律。因此，以刑书刑鼎问题上的态度作为革新与倒退、法治与人治、新兴地主阶级与落后奴隶主阶级、封建制社会与奴隶制社会的分野的种种推衍是靠不住的。儒家包括其创始人孔子不是公布成文法的反对派。

【关键词】儒家 郑刑书 晋刑鼎 悬法象魏 成文法与公布成文法

自中国法制史和中国法律思想史学科创设以来，其著作、教材大多论述到中国古代成文法的公布问题。不少中国通史类著作和其他一些专门史著作也往往涉及这一问题。它们阐论的角度、方法各有千秋，但有两点看法则是基本相同的：中国成文法的公布始自郑刑书、晋刑鼎；儒家，尤其是孔子是公布成文法的反对派。

对于经过史学和法史学几代学者论定的这些结论，无论是作补论还是作驳论都会吃力不讨好。但儒家与中国古代公布成文法的关系问题，具体地说，孔子反对晋刑鼎的问题，又是儒家和孔子研究中绕不开的一个坎，细检史料，也还确有一些疑点值得探析。加之，时代在发展，史学和法学方法论在更新，这些似乎是毋庸置疑的结论，渐或出现了可以商榷的余

* 原载杨一凡、刘笃才主编：《中国法制史考证》（乙编·第1卷），中国社会科学出版社2003年版。本文在《中国法制史考证》上刊发后又作过一番修改。

地。在史学和法史学崎岖曲折的学术征途上,愚者千虑,或有一得。^{〔1〕}愿以此一得,求教于方家。

一、公布成文法始自刑书刑鼎说考析

这里先以出版时间先后为序,列举几部有代表性的法学和法史学著作对这一观点的提法。

杨鸿烈在《中国法律发达史》(1933年)中写道:

《左传》“昭公六年三月,郑铸刑书……”由此可知子产是中国首先打破法律秘密主义的第一人。^{〔2〕}

陈顾远在《中国法制史》(1934年)中称:

法律之公布始自郑刑书、晋刑鼎。^{〔3〕}

30年后,陈顾远先生在台湾出版《中国法制史概要》(1964年),重申了这一观点:

盖春秋以前,有法而无典也……降至春秋以后,始有法而有典也……其最初公布成文法典者,为郑子产铸刑书、晋赵鞅铸刑鼎,颇似罗马法之十二铜表法。^{〔4〕}

台湾方面出版的中国法制史著述很多,这里再举两例。林咏荣在《中国法制史》(1960年)中说:

降及春秋时代,各国大抵皆有其法,郑铸刑书与晋铸刑鼎,

〔1〕 笔者探析儒家与中国成文法公布问题始于1979年。所发表的关于这一问题的论文有:《孔子法律思想探微》(《中国社会科学·未定稿》1983年第4期)、《晋刑鼎再议》(《法学研究》1986年第3期)、《孔子讥刑鼎辨析》(《孔子研究》1987年第1期)、《论叔向》(《孔子研究》1991年第1期)。

〔2〕 杨鸿烈:《中国法律发达史》,商务印书馆1933年版,第51页。

〔3〕 陈顾远:《中国法制史》,商务印书馆1934年版,第22页。

〔4〕 陈顾远:《中国法制史概要》,台湾三民书局1964年版,第61—62页。

其尤著者。刑书与刑鼎,以公布式宣示于民,就形式之要件言,固亦足媲美罗马十二铜表法也。〔1〕

陈著和林著中提到刑书刑鼎与罗马十二铜表法“颇似”“媲美”的说法值得重视。

又,张金鉴在《中国法制史概要》(1973年)中还说:

迄于春秋战国,封建制度渐趋崩坏,士庶阶级,日见抬头;贵族所用以镇慑社会的秘密刑,遂遭人反对,而要求有公布法的施行;于是成文法乃代不成文法而兴起。郑子产铸刑书,时在西元前535年,为中国公布成文法的最早者。〔2〕

进入1980年代以后,大陆出版的论及此一问题的著作、教材、工具书、论文不胜枚举,这里仅以最早推出的高等学校法学试用教材《中国法制史》、《中国大百科全书·法学》和十卷本巨著《中国法制通史》作为代表。

高等学校法学试用教材《中国法制史》是这样写的:

成文法的公布,是新兴地主阶级同没落奴隶主阶级、上升的封建制度同衰败的奴隶制度激烈斗争的结果……春秋后期,一些诸侯国在新兴地主阶级的支持下和推动下,陆续公布了成文法。公元前536年,郑国的执政子产作刑书,是最早公布的成文法……此后30余年,邓析……另行起草了一部刑法,刻在竹简上,史称《竹刑》……公元前513年,晋国继郑国之后“铸刑鼎”……即把范宣子制作的成文法全文铸在铁鼎上,公之于众……郑国“铸刑书”后,晋国的奴隶主贵族守旧势力的代表叔向便表示坚决反对……晋“铸刑鼎”又同样遭到了守旧势力的顽抗……儒家创始人孔丘对此发表了强烈的反对意见……〔3〕

《中国大百科全书》“法学”卷“中国法制史”词目下载:

〔1〕 林咏荣:《中国法制史》,台北,著者自兼发行人,1960年印,修订六版,第50页。

〔2〕 张金鉴:《中国法制史概要》,台湾正中书局1973年版,第16页。

〔3〕 法学教材编辑部《中国法制史》编写组:《中国法制史》,群众出版社1982年版,第57—60页。