

《人间小品》丛书

梁治平 著



法意
与人情

海天出版社

法意与人情

梁治平

海天出版社

中国·深圳

粤新登字 10 号

责任编辑:朱 蓉

装帧设计:陈上修

法 意 与 人 情

梁治平著

海天出版社出版发行 浙江新华印刷二厂印刷

(中国·深圳) (杭州翠苑新村三区)

开本 787×1092 1/32 印张 7

插页 2 字数 13.2 万 印数 1—10000

1992 年 12 月第 1 版 1992 年 12 月第 1 次印刷

ISBN 7—80542—531—0/G·111 定价: 4.50 元

自序

大约是在两年前，应一位编辑朋友之约，我为《文史知识》写了一小组短文，这些短文后来以“古法丛谈”为总题，陆续刊登出来。虽然就字数而言，这一组文字在本书中所占的比重不算大，但却是后来写成本书的一种机缘，而且，当初写“古法丛谈”的某些考虑，也可以引申来作本书的一点说明。我所以从这组短文谈起，就是因为这个缘故。

“古法丛谈”的性质，与其说是对于中国古代法的某种系统的讨论，毋宁说，它是一本成书的片片“花絮”。1988年夏末，我完成了一项中国传统法律文化的研究，写成的书题为《寻求自然秩序中的和谐》。撰写“古法丛谈”时候，此书尚在印厂，我无意再就中国古代法这个题目写一组成系统的文字，遂就成书中一些自以为有新意的看法，或综述，或铺衍，撰成一组短文。其性质如此，若能以之与《寻求自然秩序中的和谐》一书参照阅读，大概会比较地有益。事实上，劝使读者诸君将本书拿来与《寻求自然秩序中的和谐》对读，更是我想要说的意思。

写作《寻求自然秩序中的和谐》用了整整一年的时间，然而正像该书“后记”里说的，“讨论中国古代法

律文化这样一个大题目，仅仅一年的时间是远远不够的”。两年前写的“监护”和“时效”等文，因为增补和重组了材料，对于《和谐》书中的原有内容是很好的补充。后来写的“沈家本与中国近代法制”，时代与人物与《和谐》最末一章同，然而关注之问题不同，正可互相补足；“说‘抵’”一文着重于正义问题和古代文明的共通处，于《和谐》一书不但有补缺之功，而且有匡正之益。至于新近写成的“文人判”等十数篇文字，虽然依旧是以中国古代法为讨论的对象，其材料多出自稗官野史，论题亦往往是在《和谐》之外，它们对于“中国传统法律文化研究”的意义不言自明。只是，本书中各篇原不曾有系统的组织，不过是集中于同一大题目（广义上的“法意与人情”）之下的杂谈而已。也许，有读者会把“妙判”、“刀笔吏”或者“释讼”一类文章纯当做古代笑话来读，而我的本意，恰是要在那里去把握真实的历史。我知道，做到这一点并不容易，尤其是在我现在采用的杂谈这种形式下面。这也是我强调本书与《和谐》一书的关系，并且希望读者也把它们联系起来看待的原因之一。

收入本书的文章，大约有一半是以前不曾发表过的。已经发表过的各篇，文后俱已注明发表的时间和刊物名称，这里就不再一一说明了。

梁治平

1991年12月7日

写于北京万寿寺寓所

目 录

自 序	1
中国古法概说	1
说“抵”	11
神明裁判	19
神道设教	24
中国历史上的刑、法、律	28
“礼入于法”	38
“复仇”情结	45
国 家	52
成文法	55
天下为公	58
商 贱	60
公 法	63
“法”中之“儒”	65
阴 阳	68
“约法三章”	72
“诏不当坐”	76
经义决狱	79
收继婚	83
监 护	87
时 效	92
诸法合体	98

文人判	104
妙判(一)	115
妙判(二)	119
释 讼	123
另一种文人判	126
诗可以为治	128
诗 献	131
五声听狱	137
清官断案	141
法意与人情	149
法律中的人性	155
经与权	159
法律中的逻辑	161
律 学	165
刀笔吏	168
讼 师	172
再说讼师	175
讼之祸	182
沈家本与中国近代法制	186
发现盖尤士	200
罗马法教材两种	203
《名公书判清明集》	207
写在《寻求自然秩序中的和谐》书后	212

中国古法概说

广义上的法律，无论作为国家这种特殊政治体的伴生物，还是作为社会控制手段的一种，都可以说与人类文明有着共同的起源。然而，法律观念的萌生，法律制度的演变，法律秩序的形成，其由简单而复杂，由含混而明晰，无不经历漫长的时日，曲折的历程。法律，以及包含这法律在内的文明本身，皆由此累积的经验中获得其特质。这便是所谓文化的独特性，法律的民族性。

中国古代法律的起源极其久远。追溯其源流，大体可以划分为三个阶段，即中国青铜时代（公元前2100年—公元前770年）法律传统的创立，春秋战国（公元前770年—公元前222年）之际新旧继替的过渡，以及，秦汉以降（公元前222年—1911年）法律传统的再造与完成。以下分别述之。

中国最古而可考的国家为夏（公元前2100年—公元前1600年），据现代历史家们的看法，传统上称为三代的夏、商（公元前1600年—公元前1027年）、周（公元前1027年—公元前770年）实际构成一个完整的文明形态，即中国青铜时代。在这个时代

里面，新生的政治组织——国家，与旧有的亲属集团——氏族，保有一种严密的结合：统治的关系依据亲族姓氏来划分，权力的分配按照血缘亲疏来安排。这种格局的特点是国与家合而为一，政与教彼此贯通。其中，祭祖的仪式为确定权力等级、加强统治者内部联系的纽带，而征伐刑威乃是保护统治者威权、维护政治与社会秩序的手段。这即是青铜时代的宗教与法律，前者称之为“祭”，后者名之为“刑”。

“刑”的本意为斩杀、砍斫，最初只用以对待异族。这表明“刑”与古时的战争有着共同的起源。古人所谓“刑起于兵”、“兵刑合一”，正是这一种特殊经验的反映。虽然，因为社会及其观念的日渐复杂，早先只用以对待异族而与战争同其形态的“刑”，逐渐发生改变，而包括流、鞭、扑、赎等手段，且移用于社会内部，其因为源于战争而具有纯暴力的性质这一点，却不曾改变。中国青铜时代的法律，先与古代战争混而不分，继则成为统治者贯彻其意志的暴力手段，终究不出“刑”的范围之外。这种特殊经验凝固而成为中国古代法律最久远的传统，隐藏于观念，表现于制度，对于中国数千年间法律的发展有着根本的影响。

“刑”缘“兵”而产生，法以“刑”为核心，这固然是中国古代法律发展的特殊路径与形态，实行这种法律的社会却并不因此一定是暴虐无道的。统一家、国，贯通政、教的宗法制度，其主旨在于“纳上下于道德，而合天子、诸侯、大夫、士、庶民，成一道德之

团体”（王国维语）。三代的制度和礼，皆是道德之器械。礼的贯彻，正是要靠“刑”来补足的。这种结合礼、刑，纳法律于道德的传统，同样产生于三代，流衍于后世。

青铜时代的法律典章，见于历史文献的，有禹刑（夏）、汤刑（商）、九刑和吕刑（周）等，只是这些法律都不曾流传下来。比较可以确知的，是周代的法律制度已经具有相当的规模，其时不但有专司狱讼的刑官，有确定的诉讼程序、监狱及狱囚改造制度，而且有了成文的法律和法律公布的制度。

大约在公元前8世纪，因为铁器的出现和普遍应用于社会生活，青铜时代遂近于终结，中国古代社会因此进入剧烈变动的转形时期。这一时期的特点是，以往处于从属地位的诸侯、大夫、士等相继崛起，他们僭取权位，自封尊号，以实力相较量。旧有之礼教刑政丧失其权威，青铜时代之格局随之解体。由此带来社会观念与社会制度的深刻变异。身处变局之新兴统治者，以富国强兵为宗旨，以赏功罚罪为手段，自然更重视法律的运用。这一时期的法制变革，或以确证新兴君主的合法性，或以贯彻君主之意志和推行新政，是以更加公开、明确、注重实效。战国（公元前480年—公元前222年）时郑之“刑书”、晋之“刑鼎”，都是新法中的代表者。战国末叶，魏国人李悝综理各国法律，撰成《法经》六篇，其篇目为1) 盗法，2) 贼法，3) 囚法，4) 捕法，5) 杂法，6) 具

法。《法经》六篇久已失传，然而古代法典之影响于后世，蔚然成一传统的，却要首推《法经》。李悝虽然不是中国成文法之始作俑者，却为后来的学者视为中国古代法典编纂的开山鼻祖，正是因为这个缘故。

青铜时代，学在官府，待到“礼崩乐坏”的春秋战国，私学勃兴，于是有自由的思想家，其关于法律的思考和论述影响于后人，意义的重要不输于李悝《法经》对于后来法制的影响。当时曾有“法治”（刑）与“礼治”（德）的对立与论争，其焦点在于法律的实际效用，即只依靠法律政令能否实现理想社会一类问题。法即是刑，是专属于王者的暴力手段，却是争论背后的共识——一个不曾遇到挑战的传统。先秦思想家与立法者就这样一面创造性地传递了传统，一面开启了即将到来的新世纪。

公元前4世纪中，商鞅入秦国为相，以《法经》六篇治秦，而改“法”为“律”，开创了中国法律史上的“律统”。这可以看作中国古代法律发展进入第三阶段的标志。在这一阶段里面，古代的法律体系渐次完善，蔚为大观，至清朝末年的法制变革以前，它以其独特的面貌，独立于世界法制之林。

纪元前222年，秦始皇统一中国，为此后绵延2000年而不绝的官僚帝国的新格局奠定了基础。然而这只是新秩序的开端。在经过500余年的社会大变故之后，如何吸收与融合旧传统、新经验，建立新秩序，使之丰富和完满，乃是秦（公元前222年—公元

前 206 年) 汉 (公元前 206 年—公元 220 年) 时人的首要目标。

秦帝国的统治未及 20 年, 然而其法令繁多, 且及于社会的各个领域。对于后人来说, 秦人在这方面的经验弥足珍贵。汉人立国, 首先就承继了秦人的制度。汉相萧何在《法经》六篇的基础上, 增加了兴律、厩律、户律三篇, 合称九章。汉代的法律就在此“九章律”的基础上发展起来。在后来魏 (公元 220 年—265 年)、晋 (公元 265 年—420 年) 及南北朝 (约公元 4 世纪至 581 年) 时期, 法律在传袭的过程中不断得到完善, 法律的原则渐趋成熟, 法典的体例也逐渐确定。这样到了隋 (公元 581 年—618 年)、唐 (公元 618 年—907 年) 之际, 人们就有可能综合前人经验, 写出空前成熟完备的法典来, 这即是唐律产生的背景。在中国法律的发展史上, “唐律” (也是现存最早的古代法典) 占据了一种承上启下、规范划一的显要位置。“唐律”的根本精神, 体现在“唐律”中的基本原则, “唐律”的结构和体例, 以及, 确定于“唐律”的一般法律概念, 可以说一直沿用至明 (公元 1368 年—1644 年)、清 (公元 1644 年—1911 年) 而无显著的变化。不仅如此, “唐律”面世之后, 其影响并不以疆域为限, 而及于当时的安南、朝鲜、日本等国, 蔚然成一法系 (所谓“中华法系”)。

“唐律”虽然重要, 却不是唐人凭空的创造。它直接由隋律 (公元 583 年) 发展而来。隋律本于北齐律

(公元564年)，北齐律源自北魏律(公元431年)，北魏律则上承于汉律。由此，我们可以知道中国古代法源流上《法经》的重要，汉律的重要，中国古代“律统”的绵延不绝。

还在汉代，在立法活动开展的同时，对于法律的研究、解说和讲授也逐渐地发展起来，从这里，产生出中国古代的律学和律家。秦人杜绝私学，学习法律须以吏为师，但是到了汉代，却有以研习、讲授法律为传家之业者。尤其是到了后来，一些儒学的宗师，以经学家的身份而为法律的注释与讲解，从而将律学的发展推向高潮。中国古代的律学虽然在汉末盛极而衰，其流风余韵却不曾完全止歇。我们在唐代法律的“疏议”和明、清律例的“讲义”里面，仍然可以见到它们的痕迹。

汉代的儒生参与立法(如叔孙通)、司法(如董仲舒)和领导律学潮流(如郑玄)，表明先秦时代儒、法两家关于“德”与“刑”的论争已经不具有截然对立的意義了。在汉人那里，儒家的理论(以三代的旧传统为基础)和法家的主张(较多春秋战国时期的新经验)得到了某种融合。以礼教为本，以刑罚为用，靠了辅以刑罚的礼教来确立根本上乃是道德的秩序，这便是经汉人改造过的新时代的旧传统。以后许多代人的努力，只是充实和丰富这个传统，直到它最终在唐律里面获得完满的表现。

现代人论及中国古代法，或以为中国历来不重法

律，中国社会乃是礼治的社会；或以为古人判案并不严格依据法律条文，而以抽象含混的情理代之。诸如此类的议论，虽然不是全无根据，都于历史的真实有着相当距离。中国古代法的真精神，应当由中国文化的设计与格局去认识，依其本身的经验去阐述。所以，关于中国古代法的本质特征，可以这样去描述。

先由哲学的立场看，古人造法是要效法自然，以法律的应用去求自然秩序中的和谐。一方面，古人相信法律之作为社会制度的一种，在大自然的冥冥之中自有其依据，法律之用应当与自然相调和。古人行刑尽秋冬之日，即是为此；另一方面，古人还相信天道与人事共其因果，同其道理，政事不修，必致天谴。因此之故，遇灾而赦的记载不绝于史，罪与罚的相应相称，更获得一种自然的、也是哲学上的必然性。

其次由社会的方面说，中国古代法律以伦常为纲，根本上是一种“伦理法律”。家族组织在社会生活中的重要性，孝悌原则在政治生活中的重要性，都表明中国青铜时代家、国合一，政、教贯通之大传统的延续。在这种传统下成长起来的法律，实即是礼与刑的结合。于是，表明血缘关系亲疏远近的“服制图”成了法律上定罪量刑的重要依据之一，社会的伦理的要求多成为法律以强力执行的原则。《四库全书总目提要》谓“一准乎礼”的“唐律”堪称是这种“伦理法律”的典范。

再从文化的角度讲，法律虽为文明社会所必需，

古人却由其文化的根本理想出发，尽可能将法律的应用降低至最低限度。中国古代法律以伦常为其归依，其意不独在于社会关系之协调，而且是以祛除为已的主张来实现这种社会的和谐。因此，各民族法律虽然同是以社会和谐为其目标，但是以权利义务为其经纬的法律，只能解决纷争于事后，惟中国古代法讲求礼义，旨在消灭争心于事先。施行权利之法，必不以多讼为怪，中国古法的精神却正是要至于“无讼”。任何民族的法律都要服从此民族文化的追求，中国古代法所揭示的，正是中国古代文化的基本构想。

最后由技术的方面看，中国古代法历史悠久，变化多端，现象纷陈，然而变中有不变，繁多正蕴含了统一。自公元前4世纪商鞅改法为律，“律”便成为中国古代法律的主干。“律”之外可以被视为法律的，有令、格、式、典、科、比、敕、例等等，它们调整的社会关系领域极为广泛，其效力的高下则因时而异。现代学者很容易把它们统统归入于“刑法”一类。但事实上，它们与现代社会中的“刑法”并不正相对应。中国古时法律没有公法与私法的分别，即在“刑律”之外，无所谓民法，而刑律里面涉及民事行为的条款，也都附有刑罚。在这种与现代法律的观念、结构全不相同的面貌后面，却隐含着中国古代法自身的统一。

古代法既然以礼为最后的依据，自然不乏评判事物的统一标准，由此标准出发，按照道德上的重要性评定行为，设立罪名，使与分为五等的刑罚等级（即

笞、杖、徒、流、死)相配合,这样便造就了一张疏密有致、条理井然的道德法网(所谓“出于礼则入于刑”)。为使这理想的法律能够奏效,统治者又依刑罚的轻重来确定司法上管辖权限的等级,具体地说,低级的司法(同时也是行政的)机构,依法可以自行处断依道德判断不算严重的罪行(如财产纠纷、打架斗殴等),对是否使用笞、杖等较轻刑罚有决定权。重刑以及与重刑相应的较为严重的罪行(亦即道德上认为重要者),归高级的司法机构掌管,死刑的审核要直接上达皇帝。与此相应,轻罪的处断,程序简单,比较地具有随意性,重刑的运用手续繁冗,引据律文也较严格。最后,因为司法与行政合而不分,司法的统一便由统一的行政当中自然地得到了保证。长时间来,帝国各级官吏由具有一定资格的读书人充任,这些读书人虽然不是技术专家,但却饱读诗书,熟知古来圣贤教诲,他们靠着自己的修养和对事物的理解去补足法律应用中的不足,并且依靠道德上共同的自觉意识来最终实现中国古代法律的统一。

总而言之,正因为有着植根于古代哲学、社会和文化中的统一性,中国古代法律方才获得其自满自足。中国古代法所以能够绵延如此悠长的时间,涵盖如此广袤的空间,而具有顽强的生命力和巨大的影响力,原因就在于此。

19世纪中叶以降,中国面临西方文明的挑战,变法图强,势在必行,于是有清末的法律变革,至

此，中国古代法数千年的传统竟成绝响，“传统”与“现代”的分界由此而产生。不过，对于现代中国人来说，过去的传统并不只是以往的记忆，它还是今人的生存背景。而它对于今人的意义，最终取决于他们自己的判断、取舍和努力。