

西南政法大学法律史学科 西南民族法文化研究中心 主办

法鉴

主编：俞荣根
副主编：曾代伟
吕志兴

《法鉴》缘起

巴楚文化圈民族法文化概论

祀天礼与中国古代王权的合法性建构

被“遗忘”的社会生活规范——汉代债法探析

春秋时期刑罚的目的初探——以《左传》为主要依据

俞荣根

曾代伟

徐燕斌

谢全发

宁全红



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南政法大学法律史学科 西南民族法文化研究中心 主办

法 鉴

主 编：俞荣根
副主编：曾代伟
吕志兴



法律出版社

www.lawpress.com.cn

法律门
Access To Law

www.falvm.com.cn

图书在版编目(CIP)数据

法鉴/俞荣根主编. —北京:法律出版社,
2010.11

ISBN 978 - 7 - 5118 - 1225 - 4

I. ①法… II. ①俞… III. ①法制史—研究—中国
IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 184988 号

法鉴
主编 俞荣根

编辑统筹 法律应用出版分社
责任编辑 何海刚
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京北苑印刷有限责任公司
责任印制 陶 松

开本 A5
印张 11
字数 309千
版本 2012 年 1 月第 1 版
印次 2012 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 1225 - 4

定价:29.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《法鉴》编辑委员会

(以姓氏笔画为序)

龙大轩	吕志兴	李胜渝
严文强	杨丽英	陈金全
张培田	胡仁智	俞荣根
袁春兰	曾代伟	

序

为《法鉴》说几句话

陈鹏生

在我的印象中,荣根同志在法史学界一直是位头角峥嵘、才思敏锐、勇往直前的杰出学者,看上去像正处在年富力强,大有作为的人生阶段。不久前,我们在一个专家会议上不期而遇,交谈之下,才知道他竟也已过花甲之年了。岁月驰速,念之心惊。然而,让我欣慰与感奋的是,荣根同志锐意不减,他以不用扬鞭自奋蹄的精神,又像当年筚路蓝缕开拓儒家法文化一样,挺身而出地集结了西南法大一批老中青法律史学人,商定自今年起,创办一个以《法鉴》为名的专题集刊和西南法史网站,“立足法史”,“稽古酌今”,开放学术,自由争鸣,并“以此恭邀学界同仁共举之”,其立志之高远,气魄之恢弘,实令人敬佩。

中国网络崛起的时间不长,但其发展气势确是举世瞩目。据中国互联网络信息中心之报告,截至2008年6月底,中国网民数量已达两亿多,成为世界最大规模的网络群体,被称为具有巨大舆论能量的“新意见阶层”。这些网民,激情四溢,不平则鸣,直抒胸臆,会在短时间内凝聚共识,发酵情感,产生导向,影响社会。这不由得让我们欣慰地看到中国社会民主发展的欢乐景象。而今,在众多的网络群体之中,又喜添了“西南法史”这一新的平台。中国古代之法,绵延数千年,其成败得失,无不关系到各个朝代的兴衰治乱。在漫长的法文化发展史中,积累了极为丰富

序

的治国兴邦的经验与教训,这是一个亟待开发的宝藏。我们生活在今天,要了解古人治乱兴衰的道理,以之作为一面镜子,交往而鉴今。我们的任务,就是要对自古以来的有价值的法律和法律思想进行现代的诠释,创造出适应现代社会需要的新东西。司马迁说过,“居今之世,志古之道,所以自镜也,未必尽同”,这是至理名言。大家在研究中,如何鉴古,如何知今,从各自的角度,各说各的感受,各论各的主张。《法鉴》这个学术集刊和即将开通的网站,就是提供一个开放学术、自由争鸣的平台,它兼具自由、互动和开放的特点,无可争辩地将成为信息传播和舆情汇集的重要载体。我想,这一集刊和网站的创立,对中国法律史研究的发展,无疑是开辟了一条新的路径,创造出一代新的风气。

经过30年的改革,中国社会许多深层次的问题都不断地暴露出来,越积越深,越积越多,到了非解决不可的地步。所有这些,都在客观上呼唤法史研究在勇敢地肩负起历史的使命,把“鉴古知今”落到实处,把自己的研究,把自己的所思、所为,尽快地融入网络群体这一“新意见阶层”。在这个网络民意与公权力进行激烈博弈的时候,真正发挥出一个法史研究者的应有作用。

今天,国家的兴旺,社会的进步,寄望于互联网为代表的民意的驱动,这是当今建设“公民社会”的一个历史性的突破。党章和宪法都庄严地宣示:以人为本,一切权力属于人民。十六大四中全会也提出:建立社会舆情汇集和分析机制,畅通社情民意反映渠道。所以,我们完全应该把网站和《法鉴》,办成调节和校正社会舆论,凝聚和共振民主的有力工具。

荣根同志要我为《法鉴》写序,这使我想起古诗中的“嘤其鸣矣,求其友声”,我们不妨借此来说明为相知写序的心理状态。如果说,求序是“同艺相求”,那么,写序就是“同声相应”(《易经》语)。这是作者和序者之间达成的一种互为知音的精神交流。有鉴于此,我才不避浅陋,为《法鉴》写了这几句话。

主编寄语

《法鉴》缘起

俞荣根

2009年1月12日,元日方去,丑牛将临,万象布新。西南政法大学法律史学科老中青三代咸集,会于渝郊之颐尚温泉度假村,群贤毕至,议论热烈,相谋学科发展之策,一致商定:自是年起创办网站,并以年刊形式辑结出版相关研究成果、每年召开一次小型专题学术研讨会。

年刊定名《法鉴》。古云“以史为鉴,可以知兴替”。究往以鉴今,研西俾鉴中。此“法鉴”刊名之由来也!

2009年,喜逢新中国成立60华诞,乃满甲子之岁;改革开放历30个春秋,正迈向不惑之年;西南政法大学法律史学科招收研究生30周年,已进入而立之年。《法鉴》值此创办,运也!时也!

历史,有贬之为包袱者,有誉之为财富者,亦有鄙之谓无用者。其实,包袱乃自束自负,财富亦不能自出于历史隧道。至于无用之语,实为最短视之见,其失犹如庄子之讥:只知有用之用,而不知无用之用。环视古今中外,无用之用,方为大用,此乃用之道也。历史,恰如一座智慧之矿,需要开采,需要冶炼;需要气力,需要付出。智者由是而智,富者由是而富。有历史才有高度,有历史才有厚度。个人如此,世代如此,民族亦复如此。

中华崛起,基于发展;发展之础,起自经济;经济之固,有赖法治。华夏法治,先行者历经百年求索。或曰“中体西用”,或曰“取法泰西”,或曰

“学习苏俄”，或曰“洋为中用”……法治之宏业拓展至今，实有必要“回采历史”。法律之条文，或可撷他国之良规；法制之架构，理应揉各方之优长；法治之价值，当取人类之普识；法治之文化，则植根于民族之自我。“回采历史”，既需广采他山之石，又应悉心寻求自我，破解文化遗传之密码。

《法鉴》之旨，在立足法史，崇尚法学，昌明法治。其研，冀包中外古今；其究，期及国法私约；其成，则在稽古酌今、求真求实、兼容并蓄、学术开放、争鸣自由。诚以此志恭邀学界同仁共举之！共享之！

陈师鹏生先生乃法学和法史学界硕儒，年召德高，历来奖掖后进，不遗余力。《法鉴》肇始，余即致函求序，先生欣然命笔，不日赐下大序。鹏生先生序文自谦云“说几句话”，内容广涉民意之重、改革之艰，论及自由乃学术之生命、鉴今本法史之旨趣。先生关切国运，注重人权，心系法治，冀望法史研究者开一代新风。读之顿觉字间有电波，笔下有雷声，期待之诚，嘱咐之殷，感人肺腑。这些年来，兄弟院校的法史集刊和网站不仅蔚为大观，而且成绩卓著。小小《法鉴》和西南法史网站只是后进者。我们愿秉承“见贤思齐”的古训，向先进者学习，在法史集刊和网站的园地上添加一片绿叶、一朵红花，以不负鹏生先生的厚爱。

2009年1月22日

目 录

序

为《法鉴》说几句话	陈鹏生	1
-----------------	-----	---

主编寄语

《法鉴》缘起	俞荣根	1
--------------	-----	---

【古代法研究】

祀天礼与中国古代王权的合法性建构	徐燕斌	3
------------------------	-----	---

春秋时期刑罚的目的初探

——以《左传》为主要依据	宁全红	28
--------------------	-----	----

宋代令的修订及变化	吕志兴	43
-----------------	-----	----

元代徒刑制度分析	徐昱春	70
----------------	-----	----

继受与发展:元代离婚法律制度研究	龚恒超	94
------------------------	-----	----

【简牍、巴县档案与法制】

被“遗忘”的社会生活规范

——汉代债法探析	谢全发	119
----------------	-----	-----

清代中期重庆的商人团体及其行规研究·····	张 渝	149
【民族法文化之窗】		
巴楚文化圈民族法文化概论·····	曾代伟	181
西夏的宗教法·····	邵 方	213
景颇族习惯规范与国家法的博弈与对接·····	赵天宝	234
【新中国法制研究】		
新中国成立初期土地改革人民法庭的组建与运作 ——以西南地区为例·····	陈翠玉	257
【博士生园地】		
《晋书·刑法志》所见法制考析 ····· 西南政法大学法律史 08 级博士生导师:俞荣根		289
【附录】		
附录一 西南政法大学法律史学科简介		319
附录二 西南民族法文化研究中心简介		324
附录三 《中华大典·法律典·法律理论分典》即将完成编纂任务		331
附录四 西南政法大学法律史专业 2006 年~2010 年研究生学位论文选题		334

古代法研究

祀天礼与中国古代王权的合法性建构

徐燕斌

春秋时期刑罚的目的初探

——以《左传》为主要依据

宁全红

宋代令的修订及变化

吕志兴

元代徒刑制度分析

徐昱春

继受与发展:元代离婚法律制度研究

龚恒超

祀天礼与中国古代王权的合法性建构

徐燕斌*

【摘要】 合法性是古今中外任何一种政治形态都无法回避的问题，统治者总试图为自己的统治寻求一个暴力之外的依据，在中国，这个合法性基础是由礼——天建构的，具体而言，“天”所代表的是一种形而上的、超越性的存在，这是古代中国最权威的合法性信仰，但天道无言，人间君王通过各种烦琐而庄重的礼与“天”沟通，从而向民众昭示其无可置疑的合法性，礼——天的模式成为中国古代王权合法性建构的关键。

【关键词】 合法性；礼；天

在古代社会，任何统治合法性的存在都需要有一个终极基础，以作为现实社会所有合法性问题的最终依据。这种终极基础一般是诉诸于一种超越性价值，如神、上帝之类的无须追问和证明的神圣存在。在西方文明中，这个基础是由宗教及神学等外在于人的、彼岸的东西建立的，而在古代中国，这个终极性基础诉诸于“天”。君主自称天子，将自己解释为上天的代表，是按照上天的意志来统治天下黎民百姓的。君权“天”授说一直是中国两千多年的专制社会颠扑不破的官方意识形态。而且统治者为了证明这种“君权天授”的真实性，还常常在重大节日时举行祭天仪式，以示上天以及上天与自身统治的关系的真实存在。^① 这种以礼来沟通天人

* 作者简介：徐燕斌，男，1978年生，湖北武汉人，法学博士，云南财经大学法学院讲师。

① 马宝成：“试论政治权力合法性的意识形态基础”，载《东方论坛》2000年第2期。

的模式成为中国古代王权建构合法性的基本范式。

中国古代的礼在诞生之初即已包含了浓厚的神道设教的思想,^①于是,宗教神灵作为人间秩序合法性的形上依据,使得后者具有无可置疑的权威性,这样,以王权为原点的现实中的等级秩序便具有了超人间的神圣性,“礼”成了王权拜物教的宗教仪轨,^②为现实的王权提供了合法性的终极基础。对于这一过程,韦伯曾有言:

“中国的宗教意识把用以制服鬼神的巫术性宗教仪式和为农耕民族制定的历法结合起来,并赋予它们以同等的地位和神圣不可侵犯的性质,换言之,它把自然法则和仪式法则合二为一,融于‘道’的统一性中,把超时间的和不容变更的东西提高到宗教上至高权力的地位。”^③

韦伯所说的把“巫术性宗教仪式”和“为农耕民族制定的历法”结合起来,即指礼与人间政治权力的结合,于是,在这种宗教之礼的支持之下,王权取得了超世俗的权威,成了无须追问、“天”经地义的预设前提。

一、王权合法性的终极依据:礼——天

中国古代传统的宗教信仰表现出多神崇拜的特征,按其崇拜对象的不同可归为自然神崇拜和人神崇拜两大序列。在自然神方面有天上诸神如日月星辰,气象诸神如风雨云雷,地上诸神如土地山林、川谷百兽,时令诸神如四时寒暑,方位诸神如四方、路、门、灶、中。在人神方面有祖先神、圣王先哲神、英雄神、神灵、仙鬼、魂魄等。在传统的典礼中,以这些神明

① 金尚理:《礼宜乐和的文化理想》,巴蜀书社 2002 年版,第 10 页。《辞海》对宗教的定义是:“社会意识形态之一,相信并崇拜超自然的神灵,是自然力量和社会力量在人们意识中的歪曲、虚幻的反映。”参见《辞海》合订本,上海辞书出版社 1985 年版,第 1010 页。宗教(Religion)是人类社会发展到一定水平出现的一种社会意识形态和社会文化历史现象,主要特点为相信现实世界之外存在超自然的神秘力量或实体,该神秘统摄万物而拥有绝对权威、主宰自然进化、决定人世命运,从而使人对该一神秘产生敬畏及崇拜,并从而引申出信仰认知及礼仪活动,宗教所构成的信仰理论体系和社会群组是人类思想文化和社会形态的一个重要组成部分。由宗教的基本定义出发,结合礼的特点,我们认为,中国古代的礼具有强烈的宗教属性。

② 李宪堂:《先秦儒家专制主义精神》,中国人民大学出版社 2004 年版,第 234 页。

③ [德]马克斯·韦伯:《儒教与道教》,江苏人民出版社 1995 年版,第 25 页。以下同书只注作者、书名、页码。

为对象,为了表达不同的意向,实现不同的目的,而有着相应的祭祀仪式。比如,对于自然神,郊祭以祭天、社祭以祭地、雩祭以祈雨、蜡祭以祭百神;对于人神,则有宗庙之礼以祭祖先,丧祭之礼以祭死神鬼魂。^①其中在自然神崇拜中以对天的崇拜为核心,人神崇拜中以对祖先神的崇拜最为重要,可见,在古代世界中祭天祀祖成为古代宗教生活的两大要务。^②从这二者的关系来看,“本于天”与“本乎祖”本身也是有内在联系的。“万物本于天,人本乎祖,此所以配上帝也”、^③“天地之性,人为贵。人之行,莫大于孝。孝,莫大于严父,严父莫大于配天。”^④因此,对天帝的崇拜与对祖先的崇拜最终在儒家的政治伦理学说中合二为一,礼敬上天是中国古代最为重要的宗教活动,宗教之礼集中体现在对天的祭祀与崇拜上。相对于西方神学宗教下主神和英雄神以神学论证为基础阐述神灵的存在及全能的富于思辨品格的神学宗教的传统,中国古代的“天”无疑不具有那种复杂的神学思辨,因为天的无上和诸神的和谐具有超时空的正确意义,是无须思辨的。“天”是古代中国的价值之源,西方基督教传统中所赋予上帝的一切特性,中国人都赋予了他们传统信仰中的“天”,^⑤所谓“夫天地者,古之所大也,而黄帝尧舜之所共美也”、^⑥“国莫大于祀,祀莫大于天”^⑦也是从这个意义上说的。因此,天的品行也成为人间领袖追求自身合法性的一个理想范本。如《易·乾·文言》云:

“夫大人者,与天地合其德,与日月合其明,与四时合其序,与鬼神合其吉凶。先天而天弗违,后天奉顺天时。天且弗违,而况于人乎!况于鬼

① 王启发:《礼义新探》,中国社科院2001年博士论文,第77页。

② 牟钟鉴教授认为,中国宗法性传统宗教以天神崇拜和祖先崇拜为核心,以社稷、日月、山川等自然崇拜为羽翼,以其他多种鬼神崇拜为补充,形成相对稳固的郊社制度、宗庙制度以及其他祭祀制度,成为中国宗法等级社会礼俗的重要组成部分,是维系社会秩序和家族体系的精神力量,是慰藉中国人心灵的精神源泉。参见牟钟鉴:《走近中国精神》,华文出版社1999年版,第243页。

③ 《礼记·郊特牲》,崔高维校点,辽宁教育出版社1997年版,第128页。以下同书只注明书名、篇目、页码。

④ 《孝经·圣治章第九》,汪受宽:《孝经译注》,上海古籍出版社1998年版,第54页。

⑤ 单纯:“论儒家天命信仰的特色”,载《孔子研究》2006年第6期。

⑥ 《庄子·天道》,张振点校,岳麓出版社2006年版,第45页。

⑦ 脱脱等撰:《金史·志第九·礼一》,中华书局1975年版,第345页。

神乎!”

于是,“天”的唯一性和至上性成为后世王权构建合法性信仰的精神源泉。韦伯说古代中国是“宗教思辨平静地发展的时代”,^①正是宗教之礼和“天”所共同赋予历代王权政治合法性之后形成的有序、人伦祥和的蓝图。故此,古代中国礼的宗教属性集中表现为对天的崇拜与信仰上,构成中国古代王权合法性基础的宗教之礼的内在结构又可具体分解为礼——天模式。

在古人观念中,礼是天的体现,是对天道的拟制,《系辞上》说:“圣人有以见天下之动,而观其会通,以行其典礼。”这种思想在儒家元典中随处可见:

“夫礼,天之经也、地之义也。”“礼,上下之纪、天地之经纬也。”“礼者,则天地之体。”^②

“礼以顺天,天之道也。”^③

“大礼与天地同节。”^④

“夫礼,先王以承天之道,以治人之情……夫礼,必本于天,着于地……”^⑤

“夫礼,必本于大一,分而为天地,转而为阴阳,变而为四时,列而为鬼神,其降曰命,其官于天也。夫礼必本于天,动而之地,列而之事,变而从时。”^⑥

“故圣人参于天地,并于鬼神,以治政也,处其所存,礼之序也。”^⑦

“礼者天地之序也、礼者天地之别也。”^⑧

① [德] 马克斯·韦伯:《儒教与道教》,第33页。

② 《左传·昭公二十五年》,杨伯俊,《春秋左传注》,中华书局1995年版,第267页。

③ 《左传·文公十五年》,《春秋左传注》,第345页。

④ 《礼记·乐记》,第135页。

⑤ 《礼记·礼运》,第298页。

⑥ 《礼记·礼运》,298页。

⑦ 《礼记·礼运》,第299页。

⑧ 《礼记·礼运》,第299页。

“礼也者，合于天时，设于地财，顺于鬼神，合于人心，理万物也。”^①

“凡礼之大体，体天地，法四时，则阴阳，顺人情，故谓之礼。”^②

“天高地下，万物散殊，而礼制行矣。”^③

“古之制礼也，经之以天地，纪之以日月，参之以三光，政教之本也。”^④

“有天地然后有万物，有万物然后有男女，有男女然后有夫妇，有夫妇然后有父子，有父子然后有君臣，有君臣然后有上下，有上下然后礼义有所错。”^⑤

“天地以合，日月以明，四时以序，星辰以行，江河以流……礼岂不至矣哉！”^⑥

可见在儒家看来，礼乃法天而作，是“天”的具体化。唐代孔颖达谓：“礼者，经天纬地，本之则大一之初，”^⑦宋代张载也说：“生有先后，所以为天序；大小高下相并而相形焉，是谓天秩。天之生物也有序，天之既形也有秩。知序然后经正，知秩然后礼行”，^⑧都是这种观念的体现。这些告诉我们：作为秩序象征的礼，实际上有一个很广阔的背景在支持它，作为它不言自明的依据，这一背景就是“天”。上古圣人将人类社会的礼，与天之经、地之义作了贯通的联系，无非就是借助“天”的权威性来证明“礼”的权威：因为礼乃“禀于天地”，那么礼的权威是天所赋予的，不变的，因此，为天地所生成，则天地以行之礼，也是永恒的，“违礼即违天。”^⑨这是其权威性与合理性的终极依据。于是乎，礼成了“天地万物和人类

① 《礼记·礼运》，第299页。

② 《礼记·丧服四制》，第323页。

③ 《礼记·礼运》，第302页。

④ 《礼记·乡饮酒义》，第236页。

⑤ 《荀子·礼论》，章诗同注，上海人民出版社1974年版，第67页。

⑥ 《荀子·礼论》，第65页。

⑦ 《礼记正义·序》，十三经注疏本，上海古籍出版社1997年版，第387页。

⑧ （宋）张载：《张子正蒙》，上海古籍出版社2000年版，第126页。

⑨ 张晋藩：“论礼”，载《社会科学战线》1998年第3期。