

教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院

主办

中华法系

第十一卷

朱勇 主编

明 董其昌 三希堂法帖



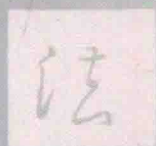
東晉 王羲之



隋 智永
真草千字文



東晉 王羲之
此手帖



東晉 王羲之



唐 孫過庭 書譜



唐 懷素 自敘帖



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院 主办

中华法系

第十一卷

主 编：朱 勇

副主编：张中秋 林 乾

编 委：陈 煜（常务）

徐世虹 黄源盛

刘广安 单 纯



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

中华法系. 第十一卷 / 朱勇主编. -- 北京: 法律出版社, 2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2122 - 0

I. ①中… II. ①朱… III. ①法系—思想史—研究—中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 063366 号

中华法系(第十一卷)
ZHONGHUA FAXI(DI-11 JUAN)

朱 勇 主 编

策划编辑 黄琳佳
责任编辑 黄琳佳
装帧设计 李 瞻

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 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 马 丽
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 9.875
字数 273 千
版本 2018 年 3 月第 1 版
印次 2018 年 3 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)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwbq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85330678 重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636 深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 2122 - 0

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

学术研究

武树臣:儒家法律传统与中华法系	(3)
刘广安:中国法律传统的再认识	(19)
李 青:清代田土诉讼一瞥	(28)
张 群:国家秘密和新闻自由——一个比较法制史的考察	(37)
陈 煜:春秋时期司法文明述论	(56)
许治政:宋代立法史视野下的“宋代基层社会”考论	(106)
张民全:论中国古代司法的确定性	(129)
徐崇杰:从晋铸刑鼎看孔子对法律公开化的法理辨析	(149)
贺文洁:明代钱法规制述论	(168)

学术聚焦

单 纯:中国特色的“法德共治论”	(185)
[美]托马斯·杰斐逊著 郭筱丽译: 托马斯·杰斐逊书简三篇	(195)

法治人物

丁天立:邵元冲与南京国民政府的劳动立法	(209)
---------------------------	---------

学术新人

苏保云:论中国古代监察官选任和管理制度及其借鉴意义 …… (235)

王 舒:《五经正义》《唐律疏议》的编纂与唐代法律观念 …… (253)

学术动态

张 松:画眉深浅入时无——《中国保密法制史研究》简评 …… (265)

[以]布兰亚胡·利夫希茨著 顾元 金鲁铭译:

以色列法和犹太法——互动与独立 …… (271)

[德]托马斯·西蒙著 王银宏译:

何为立法?为何立法?——法典编纂与调控性立法:

立法上规范制定的两种基本功能 …… (291)

学术研究

【编者按】 本卷学术研究专栏刊载有九篇研究论文,前两篇为概述中华法系一般特征的文章,分别从儒家法律传统和法律重点调整视角两个方面来关注,得出宏观的认识,第三、五、六、九篇,则侧重于从具体朝代的具体法制思想和制度方面,来考察中华法系的传统,第四、七、八篇,则有着较强的比较研究和理论思辨色彩。将法制历史与哲学、社会学结合起来,将法律史作为一种现象进行剖析,视角新颖。但无论是理论分析还是制度考证,都是理解中华法系的必要门钥,只有方法之别,而无高下之分。

儒家法律传统与中华法系

武树臣*

【内容摘要】 儒家法律传统根源于古代特定的法律实践,由实践到理论,发端于孔子,经孟子特别是荀子加工改造之后,最终确立了儒家法律传统。此后,在漫长的历史演进中,它不断适应并改造着传统的政治和法律,成为指导古代法律活动的官方正统的价值基础,并决定了中华法系的基本特征。

【关键词】 儒家 法律传统 中华法系

一、儒家法律传统界说

法律传统是一个民族或国家经过漫长法律实践活动所形成的稳定模式,其中最重要的内容是法律实践活动的价值基础,即法律实践活动所期达到的总体目标。一定国家或社会的法律传统,是一定社会政治、经济、历史、文化和民族心理等因素的综合产物。它一经形成便具有巨大惯性力,很难轻易改变。一定的法律传统又反过来制约该社会法律实践活动的内容、特征及其发展方向。儒家法律传统是中国古代社会法律实践活动的历史产物。其思想渊源可以追溯到东夷文化,其理论形式发端于孔子,经孟子特别是荀子的加工改造而初步形成,尔后又不断自我修正和完善。儒家法律传统的社会背景是自给自足的农

* 西北大学特聘教授,博士生导师。

耕生产方式,以父系为核心的宗法家庭组织,以及与此相适应的国家政权形式。这三者相辅相成、紧密结合,构成了中国古代社会的基本特征。儒家法律传统中包含的“礼治”“德治”“人治”等内容无不可以从中国古代社会的基本特征中找到它们的原型。在中国古代社会的发展进程中,儒家代表人物在吸收其他学术派别的思想成分的过程中不断完善自己的理论体系,增强其思想理论的社会适应性,保持了其理论体系对社会政治法律活动的支配地位,使儒家法律传统成为指导古代法律实践活动的官方正统的价值基础,并决定了中华法系的基本特征。

二、儒家法律传统的思想渊源

儒家法律传统既不是儒家人物的主观创造,也不是儒家对前代思想的简单转述,而是儒家知识分子在前代思想材料的基础上进行选择、加工、改造之后形成的新的理论体系。儒家法律传统不仅可以从东夷、殷商、西周思想中找到它们的雏形,同时春秋战国时代产生的新思想又不断为其提供了丰富营养。

(一) 继承古老的“仁”的理念

“仁”是春秋时代同时也是儒家思想的重要基石。“仁”的原始含义在甲骨文当中即有所体现。甲骨文中有没有“仁”字?目前学术界尚无最后定论。但是,在甲骨文当中,“人”字字形无论是侧立屈膝,还是踞、蹲、坐,大都反映了东夷人的形象。而古“仁”字与古“夷”字又有着特殊联系。笔者认为,在甲骨文里面,“人”和“仁”字是相通的。由左右两个侧卧之人和倒立之人组成的被学者确定的“化”字,很可能就是“仁”字的原型。^[1]该字的初始意义即“抵足而

[1] 徐仲舒先生指出:“化”字“象人一正一倒,所会意不明。”参见徐仲舒主编:《甲骨文字典》,四川辞书出版社1989年版,第912页。刘兴隆先生认为:“化”字“象一人上下翻腾以示变化。”参见刘兴隆:《新编甲骨文字典》,国际文化出版公司2005年版,第504页。笔者认为,“七”与“匕”是两个不同的字。“匕”即“人”字。“人”与“七”合成“化”字,“人”与“匕”合成“仁”字。“化”与“仁”字因形近而混。

眠”。象征亲人之间相濡以沫、相亲以热的亲人爱。“仁”的本质特征是“相人偶”亦即“人相偶”。由此派生出夫妇、母子、兄弟、姐妹和同胞氏族之间互相友爱、相互尊敬之义。当文字产生之际,那些古老传说和集体意识便体现在笔画中。春秋时代的孔子把“仁”加工提炼成人世间最高的精神境界和理想。“仁”是人类自觉的表现。“仁”摒弃了对鬼神仰慕,专注于人与人的对应关系,讲求此方对彼方的感情和责任。强调互相依存、友好相处。西周的“德治”思想就是对“仁”的第一次政治化。“仁”的精神经过孔子、管子、墨子、孟子、荀子等思想家的陶冶提炼,最后演化成儒家思想亦即中华民族文化的基本精神。

(二) 完善前代的“礼”的思想

“礼”作为一种行为规范和思想,可能有着更为久远的历史。见于古文献的礼有夷礼、夏礼、殷礼、周礼。礼与祭祀活动有着密切联系。甲骨文的礼写作“豊”(豊)。该字由表示祭祀器皿的“豆”和献祭之物的“丰丰”组成。而“丰”表示成串的玉。这个玉即琮。琮是今所谓班指,琮和玦、韞一样都是射箭的器具。良渚文化出土玉琮上面的神人兽面纹盖即蚩尤的形象。蚩尤是东夷部落的领袖,后来成为战胜之神。所以,“豊”可能源于对战胜之神蚩尤的祭祀。这种祭祀活动常常伴随着战争之舞、颁布军令、论功行赏。这就使礼和军法军令联系在一起。礼还源于氏族内部的纹身。纹身是成童礼、成人礼的仪式,也是一种禁忌。通过纹身,原始人类逐渐杜绝了父与女、母与子、兄弟与姐妹之间的性行为,延续了人种的优化。这种纹身后来演变成黥刑。

西周初期的统治集团,在继承商代礼制的基础上,对礼制进行大规模的修正和完善,形成空前完整详备的一套典章制度礼节仪式。相传周公“制礼作乐”,就是指的这件事。西周的礼制又称“周礼”,是以宗法等级制为中心的行为规范。其内容相当广泛,包括政治、经济、军事、行政、法律、宗教、婚姻家庭、风俗习惯、伦理道德等各个

方面。上至君主立法行政、贵族权利义务,下至衣食住行、婚嫁丧葬、送往迎来,几乎无所不包。“礼治”的原则有“亲亲”(任人唯亲)、“尊尊”(服从上级)、“男女有别”(男尊女卑)、“长长”(敬重长辈)、“同姓不婚”“礼不下庶人,刑不上大夫”。在法律领域则视“不孝不友”行为为“元恶大憝”(罪大恶极),要求“刑兹无赦”(不予宽免)。

孔子、孟子在稍事修定之后基本上继承了周礼的原则,坚持宗法贵族政体,并主张用礼来指导立法和司法活动。荀子虽然拥护中央集权的封建官僚政体,但在宗法家族领域仍然坚持礼治原则。他们在坚持“君君、臣臣、父父、子子”的宗法等级名分的同时,还强调对人民进行教化,即“富而后教”。孟子的性善说强调了教化的可能性;荀子的性恶说则强调了教化的必要性。同时,他们都反对专任暴力和“不教而杀”。这一思想也源于周公。周公为争取殷商遗民,对初次犯罪者主张“勿庸杀之,姑为教之”。

(三) 摒弃前代的“神权”思想

如果说商代是“迷信鬼神,不重人事”的时代,那么,到了西周,便进入了“既信鬼神,兼重人事”的时代。神权的动摇始自西周初期。其标志是“皇天无亲,惟德是辅”〔1〕的“以德配天”说。春秋时代,人们普遍“不讲鬼神,注重人事”,故而神权思想进一步动摇。

儒家创始人孔子以“未知生,焉知死”“未能事人,焉能事鬼”“不语怪力乱神”的态度,把鬼神推向远处,奠定了儒家“六合之外,圣人存而不论”的现实主义学风。孟子承孔子之绪,不讲鬼神。他所讲的“天命”,实际上是“心性”,即儒家的伦理道德。“心性”与“天命”是相通的,故“知性”可以“知天”;“尽其心者,知其性也;知其性,则知天矣。”荀子则主张“天人相分”,即人类社会与自然界各自独立,两者各有自己的规律,互不干碍。自然之天本无意志、无好恶,自然

〔1〕《左传·僖公五年》引《周书》。

现象(包括灾异)与人类社会的治乱无关。这种唯物主义的见解等于断绝了人类社会与鬼神世界的联系,既不给神权思想留有余地,也很难使人间帝王神圣化。后世儒家虽然吸收了“阴阳五行”和佛教、道教的思想因素,但总体上还保持了轻视鬼神、注重人事的现实主义精神。总而言之,儒家的美好社会的理想不是通过构筑彼岸世界来实现的,而是通过君子的自我修炼并进而解决一系列现实的社会矛盾来实现的。

(四) 继承周公的“德治”思想

西周初期的政治家周公,吸取了商纣迷信鬼神、专横暴虐而被推翻的历史教训,修正了商代的神权思想,提出了“以德配天”的君权神授说,从迷信鬼神走向注重人事,客观上为使法律思想摆脱神权的束缚创造了条件。与此同时,周公还提出了“明德慎罚”的思想。“明德”思想包括两方面内容:一是要求统治者自我约束,克制过分的欲望,杜绝倒行逆施之举;二是要求统治者关心人民的疾苦,减轻一点剥削,使人民安居乐业。这两方面做法的共同目标是获得人民的拥戴以保持“德”。有了“德”才能获得天帝的保佑。因为天帝是喜欢“德”的。谁有“德”,天帝便把对人间的最高统治权交给谁。“慎罚”即谨慎小心地施用刑罚,不可滥杀无辜。具体而言,“慎罚”包括以下内容:一是对犯罪进行具体分析,区别对待。《尚书·康诰》提出,对过失犯罪(眚)和初次犯罪(非终)要从轻处罚,而对故意犯罪(非眚)和多次犯罪(惟终)要从重处罚;二是限制族诛连坐,强调“罪止其身”,“父子兄弟,罪不相及”。^[1] 这些思想在当时是非常进步的。

(五) 延续西周的“人治”思想

在宗法贵族政体的条件下,形成“人治”思想是十分自然的。因为在各级贵族拥有领地内一系列相对独立的权力的情况下,贵族个

[1] 《左传·昭公二十年》引《尚书·康诰》佚文。

人素质的优劣对于该封地的治乱是起决定作用的。但是,由于西周实行“任人唯亲”的世袭制,从而极大限制了个人素质的价值。尽管如此,西周统治集团已经注意到统治者个人素质的重要性。其中最典型的一句话是:“虽有周亲,不如仁人。”^{〔1〕}值得注意的是,由于西周的法律制度是判例法,法官的地位是极为重要的。因此,在司法领域,西周统治集团十分重视法官素质问题。《尚书·吕刑》总结苗民“罔择吉人,观于五刑之中,惟时庶威夺货,断制五刑,以乱无辜。上帝不蠲,降咎于苗”(苗民不选择有道德的人去明察刑罚是否得当,致使司法者依仗威势,夺取百姓的财产,滥施五刑,诛及无辜,终于受到上帝的惩罚)的教训,强调法官个人素质的重要性:“尔安百姓,何择非人”,“非佞折狱,惟良折狱”,“非德于民之中,尚明听之哉,哲人惟刑”。儒家的“人治”思想正是在西周的“人治”思想的基础上完善而成的。总的来看,孔子、孟子是从政治的和政体的角度,强调统治阶级个人素质的重要性;而荀子则主要是从司法领域强调法官个人素质的重要性。

儒家在对待前代思想成果的问题上,体现出独立性格和创新精神。这主要表现在:第一,儒家敢于顺应社会发展的进步潮流,摒弃了神权思想;第二,儒家在继承前代思想成果时,善于结合时代的要求对它们加以必要的修正。严格来说,儒家的“德治”“礼治”“人治”思想虽然源于前代,但又与前代不同。因为其中修正了许多旧内容,增加了许多新内容。

(六)改造吸收法家的法治思想

孔孟并非一般地否定法律或刑罚的作用。但是他们认为德政、教化和贤人的作用是根本性的,是居第一位的。法律或刑罚只是暂时的辅助性的。春秋末期的管仲在实行政治改革时即提出重视法制的思想和措施。商鞅、韩非的法治主张为建立和维护中央集权的

〔1〕《论语·尧曰》引《泰誓》佚文。

君主专制政体提供理论基础。战国末期的荀子,在中央集权的大帝国即将出现的新的历史条件下,提出“隆礼重法”,一方面把西周春秋亲贵合一(国家与家族合一)的一元化的礼,改造成国家政权与宗法家族相分离的二元化的礼,另一方面又改造了法家的法治,去其严刑酷罚,取其有利于维护集权官僚政体的内容,从而将儒家的礼和法家的法有机结合起来,即将宗法家族的礼和中央集权的法结合起来,为后世历代王朝的官方正统学术奠定理论基础。不仅如此,为了修正法家一味重视成文法所带来的弊病,他强调“人”的第一性作用和判例的辅助作用,提出成文法与判例相结合的“混合法”理论。

除此之外,儒家法律传统在理论形式上还吸收了阴阳五行、佛教、道教的某些元素,以增强其理论色彩和感召力。

三、儒家法律传统的理论构成

儒家法律传统作为支配中国古代法律实践活动的价值基础,是由一系列理论或主张构成的。这些理论或主张是相互谐调统一的,共同服务于儒家法律传统的整体。这主要包括以下几个方面。

第一,法律的价值标尺不是指向个人,而是指向人的特定集体——宗法家族。

儒家认为,人之所以异于禽兽,就在于人有“礼”而禽兽无“礼”。人有父子之别,有父慈子孝之礼;有夫妇,有夫宜妇顺之礼;有兄弟,有兄良弟悌之礼,有君臣,有君仁臣忠之礼。而禽兽虽有父子、夫妇、兄弟,但没有与之相应的礼,更没有基于礼的内心的宗法伦理观念。因此,儒家强调,“礼”是使人成为真正的人的最基本的条件。而法则是推行“礼”的手段和条件。这样,法的价值也是使人成为真正的人。要使人成为真正的人,最重要的是要确立并维护使人成为人的条件和环境,这就是宗法家族制度。于是,法的社会功能就在于确立和维护宗法家族制度。在宗法家族内,人们根据自己的多重

身份,履行多重的礼的义务:你是父,就应慈;你是子,就应孝;你是夫,就应宜;你是妇,就应顺;你是兄,就应良;你是弟,就应悌。如此种种,你履行了这些礼所要求的义务,你便成为真正的人。于是,法律的价值并不是指向个人,即法律并不确认和维护个体自然人的对于他人或社会的权利,而是指向人的集体——宗法家族。法律用强制的威力要求个人服从宗法家族的整体利益。这样做的结果,不仅使个人完全融入家族的集体之中,成为毫无个性的机器零件;而且还阻隔了个人与社会整体之间的正常联系。使个人既不可能通过个人与个人的交流,也不可能通过个人与整个社会的交流,来实现自己的价值。儒家法律传统的这种集体本位的价值观,曾经为维护中华民族的整体利益,为维护中华民族的生存、团结、发展做出某些积极的贡献。但从宏观角度来看,它对社会进步的阻碍作用则是基本的。当然,这不能归咎于儒家本身,而应当从历史的社会条件中去寻找原因。因为,儒家的法律传统不过是自然经济与宗法社会的共同产物。

第二,法律不是神的意志,而是从现实社会生活中产生,又施之于社会的行为准则。儒家常常把礼描述为与人们日常生活息息相关的行为准则,又把法、刑看作实现礼的手段和保障。特别是荀子,他把礼和法视为同等重要的行为规范,认为它们是适应“养人之欲,给人之求”的客观需要而产生的。这样,在儒家看来,法律是与神的意志毫无关系的现实社会的产物。不仅如此,从孔子的“不语怪力乱神”,到荀子的“天人相分”,实际上都否定了人格神的存在,这种无神论的唯物主义态度对中国古代的法律实践活动带来了积极的作用。首先,在立法领域,人们积极地通过研究社会现实问题的手段来制定法律,而不是祈求神的启示。这就使立法技术发展起来;其次,在司法领域,法官也是以客观冷静的态度来审判案件,而不去求助神判。这样,客观上促进了司法制度的完善和法律技术的发达。但是,换个角度来看问题,也正因为法不是神的启示,不是神的

意志的体现,因而法也就不具有神性,不具有最高权威。法与神之间没有联系,倒使君权同法律牢牢地挂上了钩。法反倒成了君王的意志的体现,而君王则享有不受法律制约的特权。同时,法律既然不能从神那里获得权威,便只得仰仗两件东西:一是礼,二是刑。这就使中国古代法律带有两个基本特征:一是宗法的差异性,二是刑罚的酷烈性。

第三,在道德规范与法律规范两者之间,强调前者是第一性的,后者是第二性的。在儒家看来,社会行为规范大致上可以分为两种:一种是以内心感情为基础的道德伦理规范;另一种则是凭借强制力保障实行的法律规范。儒家认为,发自内心的道德规范是真实的、有价值的、美好的,因而也是最为有效的;而靠暴力驱使的法律规范则是不真实的、片面的、不美的,其效力是十分有限的。法律用强迫的办法迫使人们做什么,禁止人们做什么,但并不能使人们从内心深处自觉地弃恶从善。只有使人们从内心的伦理要求出发去做什么或不做什么,人们才能够自我制约,这样,法律就失去了作用。正由于儒家强调宗法道德伦理规范的作用,所以,他们特别强调教化。使人们通过学习和自我改造,获得道德伦理感情和道德伦理规范。而要对人们施行教化,必须首先改善人们的物质生活状况,这就要施行“德治”和“仁政”。在儒家看来,只要认真施行“德治”和“仁政”,就可以消灭犯罪,使“刑措而不用”。正由于儒家强调宗法道德伦理规范的作用,所以,他们要求将宗法伦理规范法律化,用国家强制力保证礼的权威。这就使中国封建社会的法律浸透着礼的差异性精神和宗法血缘的脉脉温情。同时,使宗法家族的首长(父系家长)享有一系列特权,而一般家族成员则只承担种种义务。因为“国之本在家”,于是,维护了宗法家族的安宁,也就等于保证了国家的稳定。

第四,在君主与民众的关系上,认为两者相互依存并可以互相转化,故主张“德治”。儒家对统治阶级与被统治阶级之间的辩证关系

(相互依存缺一不可,在一定条件下又可以互相转化)有极为深刻的认识。在他们看来,统治阶级与被统治阶级的划分(“君子”与“小人”之分)是社会分工的产物,也是社会文明的需要。“君子”是治理民众的人物,民众是被治理的人群;“君子”的职责是管理社会,而“小人”的义务是供养“君子”。二者缺一不可:没有“小人”,社会就失去存在的物质基础;没有“君子”,社会就不是“文明”社会。儒家还用水与舟的关系来比喻“君子”与“小人”的关系。《荀子·王制》说:“君者,舟也;庶人者,水也。水则载舟,水则覆舟。”因此,儒家反复强调要重视老百姓的问题,注意改善人民的物质生活条件,劝说统治阶级不要过分压迫剥削劳动人民,要自我克制,不要专横暴虐以免引起人民的反抗斗争。其基本方法就是“富而后教”,即“德治”“仁政”。儒家相信,只要认真维护“德治”“仁政”,就可以处理“君子”与“小人”之间的矛盾,实现永久的和平,以期维护一个既有阶级分别和阶级剥削却没有阶级反抗的和谐社会。儒家站在如何处理好“君子”与“小人”之间的矛盾的高度上来看待犯罪问题。他们认为,人民犯罪有两个原因:一是经济原因,即生活无着,饥寒交迫,不得不铤而走险;二是道德原因,即没有用道德伦理观念去制约自己的行为。而两者的共同原因是统治者不行“德治”。这样一来,就在一定程度上把犯罪的根本原因归结到统治阶级身上,这对于加强统治阶级内部的自我约制力无疑是有益的。这种态度,比起那种就犯罪而论犯罪,甚至仅仅依靠刑罚手段或重刑来解决犯罪问题的做法来,要深刻和高明得多。

第五,在君主与大臣的关系上,主张限制君主专横并给大臣以更多发言权,实行君臣共治。在政体问题上,儒家基本上坚持贵族政体。因此,儒家要求君主通过道德的自我陶冶,成为真正贤明的君主。从而处理好与大臣之间的关系,即“君仁臣忠”,“君使臣以礼,臣事君以忠”。用君主的“仁”“礼”换取大臣的“忠”。君主对待大臣,一方面,如果大臣没有重大过错就不要撤销其职位;另一方面,