

21 世纪法学课程学习与考试指导
法学关键问题系列

- ▶ 关键问题深度阐释学科重点理论
- ▶ 体系梳理有效引导法学研究进路
- ▶ 名校真题全面展现考研考博趋向

Law

中国法制史

主 编 马小红
副主编 于 游
马凤春

关键问题

Guanjian
Wenti

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

中国法制史关键问题

主 编 马小红

副主编 于 游 马凤春

撰稿人 (以姓氏笔画为序)

马凤春	于 游	王平原	刘 涛
李维涛	吴 江	杨利华	张 宜
庞朝骥	栗明辉	阎 巍	

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法制史关键问题/马小红主编. —北京: 中国人民大学出版社, 2010

(21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列)

ISBN 978-7-300-13261-7

I. ①中… II. ①马… III. ①法制史-中国-高等学校-教学参考资料 IV. ①D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 265175 号

21 世纪法学课程学习与考试指导·法学关键问题系列

中国法制史关键问题

主 编 马小红

副主编 于 游 马凤春

Zhongguo Fazhishi Guanjian Wenti

出版发行 中国人民大学出版社

社 址 北京中关村大街 31 号

邮政编码 100080

电 话 010-62511242 (总编室)

010-62511398 (质管部)

010-82501766 (邮购部)

010-62514148 (门市部)

010-62515195 (发行公司)

010-62515275 (盗版举报)

网 址 <http://www.crup.com.cn>

<http://www.ttrnet.com> (人大教研网)

经 销 新华书店

印 刷 北京鑫丰华彩印有限公司

规 格 185 mm×260 mm 16 开本

版 次 2011 年 3 月第 1 版

印 张 22.25

印 次 2011 年 3 月第 1 次印刷

字 数 520 000

定 价 39.80 元

版权所有 侵权必究 印装差错 负责调换

INTRODUCTION

中国法制史关键问题

导 论

本书是“命题作文”。按照出版社的规划,本书应当达到两个目的:第一,用问答的形式引导读者产生研习中国法律史的兴趣,通过阅读此书掌握本学科的基本问题、热点问题,进而由此能够入门;第二,期待能够对目前各种各样的考试,尤其是对各招生单位的博士生、硕士生的入学考试起到良好的参考指引作用。另外,部门法的研究者,通过阅读本书也可以对中国法律发展形成基于历史角度的认知,并有所收获。

需要指出的是,本书作者还期待通过不同于以往传统教材风格的、简洁易懂的陈述,使读者领略博大精深、开明进步的传统中国法,而不再将“刑罚”作为传统中国法的象征,不再将“格外残酷”视为中国传统法的特点。本书还想告诉读者,近代以来中国法律的变革虽然艰难(目前仍然处于艰难探索之中),但是我们拥有近代以来的变革经验与教训的积累,拥有并不匮乏的传统资源,因此我们的探索必定拥有光明的前景。

围绕以上目的,本书作者开始选择题目。我们参考了不同学校的博士生、硕士生入学考试试题。毫无疑问,这些试题具有学科研究的前沿性和专题研究的深入性。这些试题集中反映了学科入门的阶梯,例如“试述忠恕之道在中国古代法律制度中的反映”(中国人民大学试题)、“有人说中国古代缺乏稳定的预期。选取一个朝代的立法与司法为例,阐明你的观点”(北京大学试题)等。这种试题是对考生研究能力的考查,并无统一的标准答案,考生答题可以见仁见智。重要的是:第一,正确陈述试题所涉及的概念,例如“忠恕之道”的含义、法律“稳定的预期”有哪些内容等;第二,了解学界各种观点特别是最有影响的观点;第三,表明考生所持观点;第四,写清考生所持观点的依据。考生既可以对传统中国法体现的“忠恕之道”持肯定态度,也可以持保守态度甚至持批判态度;考生既可以同意传统中国法“缺乏稳定的预期”,也可以证明此说并不成立。需要注意的是,答题务必自圆其说。另外,本书部分内容可能存在交叉重复,读者应当注意,内容相同的试题,可以有不同的出题角度,反之亦然。

通过资料的论证,得出自己的结论,这就是研究工作的起始,这也是本书之所以选取北京大学、中国人民大学、中国政法大学、中国社会科学院、中南财经政法大学等招生单位试题作为撰写素材的原因。但是,读者务必明确,本书对于问题的解答绝不能理解为“标准答案”,因为,这些试题原本没有标准答案,而本书作者在梳理这些试题答案的时候,也不免带有个人的观点。其中许多引文,在回答试卷时也许并不要求如此细致,但读者通过读这些“原文”,可以加深对题意的理解。读者在阅读本书的过程中,结合自己的理解,对问题形成自己的认识,才能达到我们开头所讲的第一个目的,即产生学习和研究中国法律史的兴趣并将此书作为



学科入门的阶梯。

我们希望读者通过对本书的研习，能够做到举一反三，从而对中国法律史的学科热点问题有所了解。首先，对答题的要领有所掌握，对学科的研究方法有所感悟。其次，作为学科研究的入门书，基础知识也不可或缺。为了帮助读者概括地了解中国法律史的学科基础知识，我们以时代特征为线索，力求在有限的题目中反映各个时代的法律特色，以便于读者掌握数千年法律发展的基本规律。为此，本书共分九个历史时期。以夏商西周为例，该段历史时期的主要问题围绕着法律的起源、神权法、礼治等内容。在掌握这些基础知识的过程中，读者会认识到，这一历史时期的研究热点和难点在于史料的匮乏，因此，对资料的去伪存真是研究的前提。

必备的学科知识与精选的入学试题相结合是本书选题的标准。本书的体例由提要、问题、参考文献和试题荟萃四部分组成。“提要”部分简要介绍本章的重点内容和特点。“问题”部分多是各招生单位博士生、硕士生入学考试试题，以便读者了解不同招生单位的出题风格。“参考文献”列举了作者在撰写该部分内容时参考的作品以及推荐的作品。“试题荟萃”部分是本书作者所收集的相关试题，以供读者学习参考，这些试题具有极强的代表性，完全适合参加全国各类招生单位入学考试备考之用。

本书由主编马小红教授统筹规划，副主编于游、马凤春协助统稿、定稿。各撰稿人皆为法律史专业法学博士或在读博士研究生，多具有丰富的教学科研经验，具体分工如下（以姓氏笔画为序）：

马凤春（山东政法学院）：关键问题 25、26、27、81、82、83、84、85、86、87；
于游（东北林业大学）：关键问题 20、21、22、74、75、76、77、78、79、80；
王平原（中国人民公安大学）：关键问题 7、8、9、46、47、48、49、50、51、52；
刘涛（北京市人民检察院）：关键问题 11、12、13、53、54、55、56、57、58、59；
李维涛（北京交通大学）：关键问题 14、15、16、60、61、62、63、64、65、66；
吴江（中国人民大学）：关键问题 28、29、30、88、89、90、91、92、93、94；
杨利华（中国政法大学）：关键问题 17、18、19、67、68、69、70、71、72、73；
张宜（天津师范大学）：关键问题 4、6、38、39、40、41、42、43、44；
庞朝骥（中国银行总行）：关键问题 1、2、3、31、32、33、34、35、36、37；
栗明辉（天津财经大学）：关键问题 23、24、45、95、96、97、98、99、100；
阎巍（最高人民法院）：关键问题 5、10。

CONTENTS

中国法制史关键问题

目 录

第一章 通论

1. 中国古代法是天理人情国法的合一	2
2. 忠恕之道在中国古代法律制度中的反映	4
3. 和谐在中国传统法律中的体现	7
4. 从宏观上阐述中国法制历史的发展规律	10
5. 中国古代的重刑与重刑主义	13
6. 礼法结合的必然性及在封建法典中的主要表现	17
7. 中国古代法律制度儒家化的始末和基本特征	20
8. 中国封建法制儒家化的历史必然性	26
9. 中国传统法的伦理特点及在现代化建设中的借鉴意义	31
10. 法家思想对中国传统法的影响	37
11. 中国传统法律法典化体例的特点及形成原因	41
12. 中国古代立法等差与司法公平的关系	45
13. 传统中国法律对皇权的维护	48
14. 五服制度的形成及对后世法制的影响	51
15. 亲属相隐制度	54
16. 中国古代法律是否缺乏稳定的预期	57
17. 封建法制是否“民刑不分，诸法合体”	61
18. 中国部门法的发展史	64
19. 传统中国法的治吏之法	68
20. 中国古代行政立法与民事立法的发展过程及基本特点	73
21. 中国古代民事法律的特征、存在方式及主要内容	76
22. 中华法系家族婚姻法制的特点	79
23. 传统中国法律家族继承的主要特点	81
24. 中国古代民事诉讼制度的演变	85
25. 中国古代的司法诉讼制度	89
26. 中国古代赦的制度	93
27. 死刑制度的历史和特点	96
28. 中国古代死刑复核制度	100
29. 汉唐明清法制的比较	103
30. 中国传统法律的起源	110



第二章
夏商西周时期

- 31. 神权法思想在夏商西周的发展 114
- 32. 夏商西周礼治的发展 117
- 33. 西周的礼刑关系与中国法律的伦理特征 119
- 34. 《周礼》的法制史料价值 122

第三章
春秋战国时期

- 35. 春秋战国时期儒墨道法学派的基本法律主张 126
- 36. 春秋战国时期的成文法运动 130
- 37. 《法经》的基本内容与历史影响 132
- 38. 商鞅“改法为律” 134
- 39. 儒法法律思想分野及对后世的影响 135
- 40. 孟荀法律思想的异同 138
- 41. 从地域文化角度看春秋战国儒法两家的区别和联系 140
- 42. 《左传》公孙黑与公孙楚争妻案 143

第四章
秦汉时期

- 43. 秦代法制的指导思想与基本特色 147
- 44. 睡虎地云梦秦简 148
- 45. 西汉从黄老到董仲舒的演变 151
- 46. 西汉刑制改革以及随后的肉刑废复之争 154
- 47. 西汉时期“春秋决狱”及其意义 158
- 48. 秦汉时期的刑法制度 161

第五章
魏晋南北朝时期

- 49. 魏晋南北朝时期法律的儒家化 166
- 50. 魏晋南北朝时期律典的沿革与变化 169
- 51. 《晋书·刑法志》与罪刑法定原则 173



第六章 隋唐时期

52. 唐代法制的基本内容和特点	178
53. 《唐律疏议》的特点及历史地位	182
54. 唐律的制度渊源及影响	186
55. 为什么说唐律“一准乎礼”	189
56. 唐律与中华法系的关系	192
57. 汉唐法律之比较	194

第七章 宋辽金元时期

58. 宋代主要法律形式及其相互关系	199
59. 《宋刑统》在《唐律疏议》基础上的发展变化及成因	201
60. 《宋刑统》在宋代法律体系中的地位	203
61. 宋代民法、民事诉讼发展的背景及特征	207
62. 唐宋主要法制成就比较	211
63. 唐宋时期大理寺、刑部、御史台的特点	216
64. 辽金元法律制度的特色	220

第八章 明清时期

65. 明初立法思想与《大诰》	225
66. 黄宗羲的法律思想	228
67. 如何看待吴经熊对黄宗羲《原法》的评论	231
68. 明代律例关系对后世的影响	233
69. 薛允升有关明律“重其所重，轻其所轻”的观点	236
70. 清初的立法思想与清律	239
71. 明清律例关系特点及演变过程	241
72. 清朝法律制度的历史地位	244
73. “中体西用”对法律变革的影响	247
74. 清末预备立宪的历史背景与成果	250
75. 清末修律的指导思想与内容	253
76. 清末修律、《暂行章程》及其体现的斗争	256
77. 晚清修律的历史意义	258
78. 从清末修律看中西法律文化的冲突	261
79. 《大清新刑律》与传统刑事法的异同	264
80. 近代中国刑法典的变革及成因	267
81. 清末司法制度	270
82. 清末变迁与近代司法制度的改革	275



第九章 民国时期

83. 中华民国南京临时政府的立法思想与主要立法活动 282
84. 中华民国南京临时政府的司法改革及历史意义 286
85. 中华民国北京政府制宪过程和宪法文件 288
86. 中华民国北京政府部门法的修订 292
87. 中华民国南京国民政府的立法概况 295
88. 中华民国南京国民政府的《六法全书》体系 298
89. 中华民国南京国民政府的司法制度及特点 303
90. 中华民国南京国民政府民事法制的主要内容及特点 307
91. 中华民国南京国民政府刑事法制的主要内容及特点 311
92. 中华民国南京国民政府行政法律制度 314
93. 近代以来法律思想的演进与意义 318
94. 大陆法系与中国近代法制 323
95. 中国近代宪政历程及其失败原因 327

第十章 革命根据地时期

96. 革命根据地宪法及宪法文件的内容演变 332
97. 革命根据地土地法内容及意义 335
98. 革命根据地刑法的内容与特点 338
99. 革命根据地司法制度的发展 341
100. 人民调解制度的法律化及影响 345

第一章

通论

本章提要

中国法律史是法学的基础学科，同时也是历史学的一门专史，所以研究法律史通常是从“法律通史”入门的，这样便于从法学的角度宏观地把握中国法律发展的规律。只有在掌握通史的基础上，进入断代法史的研究时才可以避免“以偏概全”的误区。所以，在博士研究生的入学考试试题中，法律通史的试题占有相当比重。一般而言，法律通史的内容包括中华法系的特点、法律制度对法律理念的体现、法律思想对立法司法的指导、中国古代立法与司法的发展、中国古代刑事法律制度的发展、行政法律制度的发展、民事法律制度的发展，等等。其中，某些重要的制度，例如契约制度、婚姻家庭制度、刑罚制度、死刑制度等，在历史的发展过程中延续性很强，而每一时代又各有特点。



中国古代法是天理人情国法的合一

中国古代法在几千年的发展过程中，形成了独特的法律体系。其以“天道”观念为哲学基础，以儒家思想为理论依据，融合天理人情国法于一体，从而发展成为独具特色的“礼法合一”的中华法系。

一、中国古代对法律作用的重视

虽然中国古代社会的发展逐渐向君主专制制度不断加强的方向前进，但是历朝历代习法、尚法、重法的精神也占有重要的地位。以刑法为中心的古代法律制度，构成了传统价值体系的载体。

首先，从法律思想而言，虽然受儒家主流思想影响，中国传统法律文化中崇尚“为政以德”、“德主刑辅”，但是从来没有忽视过法律的作用，以至于后人有了“外儒内法”的评价。之所以如此，是因为儒家所提倡的“仁政”思想，并不能总是有效地维护统治者的集权。从战国时期开始，中国的政治是不断地向集权方向发展，到清代发展到极端。在这中间，充满了统治者与被统治者的矛盾，也充斥着统治者内部的权力斗争。在这种情况下，儒家的“仁政”思想不太符合统治阶级的利益要求，也不利于统治者驾驭民众和臣下。在这种情况下，统治阶级需要的是严刑峻法镇压民众反抗，甚至需要严刑峻法来威慑臣下的违法行为，较为实用的法家思想反而能够弥补儒家思想的不足。

其次，历代均十分重视法律的作用，通过大规模的立法，形成了系统的法律制度。自秦汉至明清二千余年间，各个主要政权，在立国之初都要制定一部大而全的律典，作为国家法治的基础，并作为“祖宗成宪”垂范后世。同时，除基本法典外，还通过制定具有单行法和法律编纂性质的令、科、比、格、式、敕、条例、指挥等法律形式，作为

成文律典的重要补充，从而在维护法律稳定性的同时，兼顾实现法律的灵活性，以适应社会发展对法律变化的需要。其内容涉及刑事、民事、经济、行政等各个方面，形成了一个较为完整的法律体系。

最后，中国古代法律实践注意维护法律的权威性。尽管儒家不断强调“德治”，历代统治阶级特别喜欢“人治”，但是，维护法律权威，依照法律制度治理国家的思想和实践，却始终存在。春秋战国时期大规模的制定成文法，从一定程度上讲就是为了实现法律明确性、稳定性的功能，从而确立法律的权威。邓析曾主张“事断于法”，管仲则认为必须“以法治国”。其后，韩非更加强调“以法为本”，将法律作为判断言行是非和进行赏罚的唯一标准，认为一切不合法令的行为和言论应一律加以禁止。这些思想和主张，为后世秦、汉的法制建设提供了理论支持。唐朝可以说是法律权威树立的鼎盛时期。唐太宗认识到隋朝的弊政在于“法之不行，自上犯之”，因此他认为“理国守法，事须划一”，并在此思想指导下奉行依法治国、依法治吏。后世宋、元、明、清各代，虽然曾不断加强中央集权，以至于推行特务统治，实行文化专制，但是对于法律的重视仍然没有消失。甚至在清朝末年慈禧当权的时代，对于一些案件的判决仍然需要寻找法律依据。

二、天理对国法的指导

中国古代的法律制度和法律文化的形成和发展，深受天命观思想影响，将天理作为国法的思想内核和最高的指导精神。天理即“天道”，是国法的理想目标。之所以如此，是因为中国古代社会为典型的农业社会，自然条件关系着农业发展的成败和民生的兴衰，因此上天很自然的成为人们最大的依赖，因

此人们很容易在相信“上天”神话的同时将其人格化。同时,通过天命观的宣扬,历代统治者都要为统治披上合法的外衣,增强其凝聚力。

“天理”对中国古代法律制度的影响,最早可以追溯至夏、商、周的“天命”、“天罚”观念。“有夏服于命”,“有殷受天命”,记载了夏、商统治者在“天”上寻找合法性的基础。到了西周,开始奉行“以德配天”的法律思想。此时,“天命”已转变为一个明显的人为假定,能否取得“天命”的关键,已经落实到了人的社会行为上。这一人为假定被保留,仅仅是出于周统治集团适时的冷静宣传的需要,与殷统治集团笃信宗教已有本质区别。在他们的心目中,“天”已经大打折扣了。他们侧重的是“德”,而不是“天”,着眼点是人事,而不是天命。远在三千多年以前,应该说这是一种很卓越的见解。从这种见解出发,周公提出了“明德慎罚”的主张。认为“明德”就在“慎罚”之中。这样,就在中国法律史上第一次明确地把“德”与“刑”结合起来。这种思想一直影响着后世法律制度的发展。

三、人情对国法的渗透

中国古代的法律传统是一种“礼法结合”的法律传统,“礼”处于重要地位,从而使中国古代的法律制度成为一种人情法,人情成为法律的核心。

所谓“人情”当指人们共同认可的一些常识、常理、常情,并用以判断是非善恶。可以说,“人情”是“天理”在“国法”中的一种落实。中国古代法律虽然受“天理”的指导,但是天理是飘忽不定的,何谓“天理”,谁都说不清楚。因此,中国古代的统治者和立法者认为天理源于人情,而人情则是人人皆有感受的东西。这样,神秘的天理不再是空中楼阁,不可捉摸的理念,而是可以落实到人定法中的可操作的信条。当法律能够维系、支持这些价值目标时,它就实现了“天理”,就成为人们所渴望得到的“良

法”了。

在中国古代法律制度中,只有合乎人情的法才能体现“公正”,只有按照人之常情办事才算得上正直,因为公正体现在人情之中。孔子、孟子曾经大力推行人情对法律的修正,所以出现“父为子隐,子为父隐”才合乎人情的观点。至汉代以后,立法、司法中是否能体现人情,成为人们评价君主、官吏与法律的标尺。这意味固守法条不知变通,虽然是清廉堪为天下仪表的官吏,也不免被视为酷吏;以法体现出礼的宗旨,才算得上良吏明主。

就人情的具体内容而言,受传统文化的熏染,固有的宗法伦理道德成为衡量行为的是与非、善与恶的标准,因此,是否符合仁义礼智、忠孝节悌、诚信廉耻的要求,便成了判断是否符合人情的常识、常理。而最核心的,则为崇尚忠孝思想和等级制度的“礼”。“礼治”便是要实行“亲亲”、“尊尊”的原则。所谓“亲亲”是以父权为中心的尊亲属,主张家族利益为上。所谓“尊尊”是指地位低贱者必须尊敬和服从地位尊贵者,特别是要服从国君。以“亲亲”、“尊尊”为出发点,适应家族本位的社会发展,儒家尊崇“忠孝”思想。在家为“孝”,在国为“忠”。“孝”体现了“亲亲”的宗法原则,“忠”体现了“尊尊”的等级制度。只有在家做到了“孝”,才能在国实现“忠”。

在人情与法的结合上,一方面“人情即法”,中国古代法律中许多条文直接反映了人情,如不孝入罪,存留养亲制度、亲亲相隐制度。另一方面出现了人情重于法的现象,人情成为法律的维护对象,当人情与法律条文相冲突的时候,人们习以为常地以人情改变法,如春秋决狱与原心定罪、恤刑与宥过、复仇制度等。

四、以国法为根基,以天理、人情为衡平的融合

在天理、人情和国法的关系上,三者之间并非分别存在并发生作用的,而是实现了



全面融合。这种融合是一种以国法为根基，以天理和人情为衡平的融合。中国古代社会追求和谐，讲究“和合”思想。而和谐秩序的形成与构建，单靠“法”这个唯一的手段是不可能实现的，因此中国历代统治者充分发挥多元手段的综合效用。在以国法作为实现基本秩序要求的同时，以情理法的互动作为社会发展的稳定器，从而调整各方面的利益冲突，平衡各方面的利害关系。因此，古人选择“天理、国法、人情”的法律价值模式，以“国法”的文字表现形式体现形式正义，以“天理”、“人情”的内在衡平体现实质正义，进而三者兼顾，从而追求三者的和谐统一。

参考文献

1. 张国华. 中国法律思想史新编. 北京: 北京大学出版社, 1991
2. 马小红. 中国法律思想史研究. 北京: 中国人民大学出版社, 2007
3. 范忠信等. 情理法与中国人. 北京: 中国人民大学出版社, 1992
4. 俞荣根. 儒家法思想通论. 南宁: 广

西人民出版社, 1992

5. 曾宪义, 马小红. 中国传统法研究中的几个问题. 法学研究, 2003 (3)
6. 俞荣根. 天理、国法、人情的冲突与整合: 儒家之法的内在精神及现代法治的传统资源. 见: 韩延龙编. 法律史论集 (第二卷). 北京: 法律出版社, 1999
7. 吉红. 天理、国法、人情的贯通与和谐——中国古代刑法发展的根据及其轨迹. 中共郑州市委党校学报, 2005 (6)
8. 张秋华. 中国古代天理、国法、人情之我见. 长春教育学院学报, 2007 (2)
9. 霍存福. 中国传统法文化的文化性状与文化追寻——情理法的发生、发展及命运. 法制与社会发展, 2001 (3)
10. 高秦伟. 中国传统法律的人情观——兼论法的亲和力. 湖南社会科学, 2001 (6)

试题荟萃

评论中国古代法是天理人情国法的合一。(北京大学·2004·博)

2

忠恕之道在中国古代法律制度中的反映

一、忠恕之道的含义

“忠恕”之道是儒家所提倡的道德原则。中国古代法律制度深受儒家学说的影响，因此“忠恕”之道在传统法律当中必然有所反映。但在解决这个问题之前，我们先来看看到底什么是“忠恕”之道？

《论语·卫灵公》篇有：“子贡问曰：‘有一言而可以终身行之者乎？’子曰：‘其恕乎！己所不欲，勿施于人。’”观此可知，“恕”就是“己所不欲，勿施于人”。《论语·雍也》篇又有：“子贡曰：‘如有博施于民而能济众，

何如？可谓仁乎？’子曰：‘何事于仁！必也圣乎！尧舜其犹病诸！夫仁者，己欲立而立人，己欲达而达人。能近取譬，可谓仁之方也已。’何晏《论语·集解》引孔安国曰：“更为子贡说仁者之行。方，道也。”然则仁之“方”也就是践行仁“道”。“己欲立而立人，己欲达而达人”，即是推己及人，亦即“推其（己）所欲以及于人”（朱熹《论语集注》），自己有所成立、发达，亦使别人有所成立、发达。《论语·学而》篇载曾子曰：“吾日三省吾身，为人谋而不忠乎？与朋友交

而不信乎？传不习乎？”此句中的“为人谋而不忠乎”，即是反省自己为别人打算是否做到了推己及人。可知“忠”即是“己欲立而立人，己欲达而达人”。朱熹在《论语集注》中这样解释“忠恕”：“尽己之谓忠，推己之谓恕。”还援引程子的话：“以己及物，仁也；推己及物，恕也。”其实，“尽己”与“推己”并无实质的差别。“尽己之谓忠”，而“忠”实亦是“推其（己）所欲以及于人”；“推己之谓恕”，而“恕”之“推己”实亦是“尽己”之意。

“忠”与“恕”实只“一”道，故孔子说“吾道一以贯之”；若把“忠”与“恕”割裂开来，则“吾道”成为两道矣。在孔子的“一”道中，包含着“己欲立而立人，己欲达而达人”、“己所不欲，勿施于人”的统一而深刻的意涵。因此，“忠”与“恕”有着相互补充、相互规定、相互包含的意思。只有把“忠”与“恕”统一起来，既做到“己欲立而立人，己欲达而达人”，又做到“己所不欲，勿施于人”，才是孔子的“一以贯之”的仁道。总之，忠恕之道就是以待自己的态度对待人。孔门的弟子以忠恕作为贯通孔子学说的核心内容，忠恕成为儒家处理人际关系的基本原则之一，是“仁”的具体运用。而孔子的仁学思想最基本、最核心的宗旨就是“爱人”。这就又引申出儒家“民本”、“爱民”思想，这也决定了中国文化是“人本”或“民本”文化，不是“神本”文化，它是以“人”、“民”为价值的主体，而不是以“神”或“天”为价值的主体，此所以中国文化没有“爱天”之说。中国文化的“敬天”、“畏天”，实是为了“爱人”而对“天”有所敬畏，因为“天”并没有自身独立的价值取向，而是“天聪明，自我民聪明；天明畏，自我民明畏”，“天视自我民视，天听自我民听”，“民之所欲，天必从之”。又因为“天阴鹭下民”，“天惟时求民主”，“皇天无亲，唯德是辅”，所以君主之“敬天”、“畏天”，“祈天永命”，就必须“疾

（速）敬德”，“用康保民”，“明德慎罚”。

二、忠恕之道的制度体现

（一）录囚制度

录囚创于西汉，东汉进一步发展并日趋制度化，遂为后世历代政权所沿袭。汉昭帝时，京兆尹隽不疑就经常巡行所辖属县，省录囚徒，并曾平反冤滞之狱。汉武帝所置十三部州刺史，也有每年定期“周行郡国”、“断治冤狱”的职责。东汉则明确规定：每年八月，各州刺史须“巡行所部郡国，录囚徒”，“参考辞状，实其真伪，有侵冤者，即时平理”。自东汉初年起，皇帝还常常亲自录囚。三国两晋南北朝时期，为了加强专制君主对司法审判权的控制，皇帝直接干预或亲自参加司法审判活动的现象非常普遍。魏明帝就常说：“狱者，天下之性命也。”他不仅对立法活动极为重视，专门组织制定了曹魏一代的基本大法《新律》，而且对司法审判活动也十分关注，曾于太和三年（229年）特意把平望观改名为听讼观，将其变成凌驾于廷尉之上的临时最高法庭，“每断大狱，常幸观临听之”。南朝宋武帝也经常在华林园、延贤堂等处“听讼”决狱，仅永初元年（420年）十二月至第二年十月不到一年的时间里就多达六次。其后的宋文帝、宋孝武帝等也继承这一传统，常常“听讼”决狱。大明三年（459年），孝武帝还下诏重申：今后凡重要案件，一律立即上奏，由皇帝亲自裁断，不得拖延。北周武帝也常“听讼”决狱，以至燃灯秉烛，夜以继日。为了加强对各级司法机关司法审判活动的监督检查，当时还普遍实行录囚制度，许多皇帝亲自参与审讯录囚活动。如大明七年（463年），宋孝武帝曾专门前往建康秣陵县、南豫州及江宁、溧阳、永世、丹阳等县“讯狱囚”。不仅如此，皇帝也常派司法官员或亲近大臣前往各地审讯囚徒。如梁武帝天监五年（506年）还明确下诏规定：钦差大臣前往各地牢狱录囚，遇有疑情或延滞要随时奏报。南北朝时期，皇帝还通过案验制度监督



检查各地的司法审判活动。根据刘宋以前的规定,县级机关作出的判决,由郡一级派督邮进行案验审核后即可执行。刘宋以后,因嫌督邮职位太低,改为由郡太守复核后方可执行。倘若郡太守难以裁断,还要逐级移送州刺史直至廷尉。因此,这实际构成了一套自上而下的逐级检查案验制度。通过以上皇帝亲自干预或直接参与审判录囚以及逐级案验等制度,加强了上级对下级、中央对地方、专制君主对各级机关司法审判工作的检查监督与集权控制。当然,在封建时代,真正平反冤狱并非易事。尤其汉朝有“见知故纵”之法,一般司法官员就更不敢冒险平反冤假错案了。但作为一项制度,录囚毕竟提供了一条有益途径。

(二) 死刑复奏制度

三国两晋南北朝时期,为了慎重对待和处理死刑重罪,也为了使皇帝直接控制大案要案,开始逐步完善死刑复奏制度。魏明帝青龙四年(236年),曾下令廷尉及各级狱官,对要求恩赦的死罪重囚,要及时奏闻朝廷。宋孝武帝大明七年(463年)规定,凡死刑重犯须上报朝廷,由有关人员严加听察。北魏太武帝也明确规定,各地死刑案件一律上报奏谳,由皇帝亲自过问,必须无疑问或冤屈方可执行。这一死刑复奏制度直接影响到后世的司法审判与刑罚执行制度,曾发展为隋唐时期的死刑三复奏与五复奏制度。死刑复奏制度反映出统治者的慎刑思想,以及死刑制度的完善,同时说明皇帝更牢固地掌管生杀大权。

(三) 亲亲相隐制度

这是盛行于中国古代的一项法律原则,亲属之间有罪应当互相隐瞒,不告发和不作证的不论罪,反之则要论罪。实行这项原则,是为了维护封建伦常和家族制度,巩固君主专制统治。孔子曾指出:“父为子隐,子为父隐,直在其中矣”。历朝各代皆以孝治天下,在不同程度上对这一思想有所继承。如汉宣帝时期规定,卑幼首匿尊长不负刑事责任;尊长首匿卑幼,死刑以外的不负刑事责任。

后世律法多以此为蓝本,《唐律疏议》在较大范围内承认人情的合理性,除谋反、谋大逆与谋叛此等重大犯罪外,亲属和同居者可以相隐不告。历代立法多肯定亲亲相隐原则。

(四) 会审制度

清朝继承并发展明朝的会审制度,形成了三司会审、九卿会审、秋审、朝审和热审等。三司会审是由刑部尚书、大理寺卿、都察院左都御史会同审理重大案件。九卿会审是由六部尚书、大理寺卿、都察院左都御史及通政使等九卿会同审理死刑或监候等特别重大案件,其审理结果均须上报皇帝最终裁决。秋审是清朝最重要的死刑复审制度,因在每年秋天举行而得名。清朝针对死刑有一种独特的制度,即立决和监候制度。清律规定,除凌迟外,死刑斩、绞二种,分为立决与监候两种情形。一般罪名确实,应该处死者,可判斩立决或绞立决,即在当年的法定执行期内处死。如罪有可疑,或情有可悯,则判斩监候或绞监候,在监收押,留待秋审时再审。秋审审理的对象是全国上报的斩监候、绞监候案件,每年秋八月在天安门金水桥西由九卿、詹事、科道以及军机大臣、内阁大学士等重要官员会同审理。秋审被看成是“国家大典”,清统治者较为重视,还专门制定了《秋审条款》,作为进行秋审大典的基本规范。案件经过秋审复审程序后,分四种情况处理:(1)情实:指罪情属实、罪名恰当者,奏请执行死刑。(2)缓决:案情虽属实,但危害性不大者,可减为流三千里,或减为发烟瘴极边充军,或再押监候办。(3)可矜:指案情属实,但有可矜或可疑之处,可免于死刑,一般减为徒、流刑罚。(4)留养承祀:指案情属实、罪名恰当,但有亲老丁单情形,合乎申请留养条件者,按留养案奏请皇帝裁决。在秋审前一天,对京师刑部在押死囚进行会审复核,称为朝审。它与秋审基本相同,但需将囚犯解至现场审录。此外,每年小满后十日至立秋前一日,由大理寺官员会同各道御史及刑部承办司,共同审录关押在京师各狱的笞杖罪囚,或免释,或

减等，或保释，称为热审。

(五) 老幼废疾减免刑罚制度

我国早在西周时已考虑当事人的刑事责任年龄问题，当时的法律规定凡七岁以下、八十岁以上的人，即使实施了犯罪行为，也不处以刑罚。汉朝统治者十分重视以儒家宣扬的“仁政”思想为指导，标榜“以仁孝治天下”，故也确立了矜老怜幼的恤刑原则。汉律规定：某些老弱妇孺病残者犯罪，可减免刑罚或区别对待。而且历代君主都反复强调这项原则：如景帝后三年（前141年）颁令：八十岁以上老人，八岁以下幼儿，孕妇、盲人、侏儒等，监禁期间免戴刑具。宣帝元康四年（前62年）规定：八十岁以上老人，除诬告杀伤罪外，其他犯罪不追究刑事责任。成帝鸿嘉元年（前20年）规定：七岁以下儿童，争斗杀人或犯死罪者，可上请廷尉免处死刑。光武帝建武三年（27年）规定：八十岁以上老人与十岁以下儿童的一般犯罪以及从坐妇女，免于拘捕监禁。宣帝曾说：“耆老之人，发齿堕落，血气既衰，亦无暴逆之心。”因此，对他们给予一定的宽宥恤刑，既不会威胁自身利益，又可获得“仁政”、“慈善”美名，有利于专制王朝的长治久安。

在儒家看来，忠恕就是达到仁的方法，只有在此基础上才能达到人与人人格、价值的平等，而不是表面的平等。儒家的平等本来就建立在有差异的平等之上，只有遵从了

尽己、推人的做人原则，才能达成价值之上的真正的人与人之间的平等。这与现代社会所提倡的男女平等、人人平等的平等精神相吻合，仍然有其现代社会意义。

参考文献

1. 杨鹤皋. 中国法律思想史. 北京: 群众出版社, 2000
2. 徐进. 中国古代正统法律思想研究. 济南: 山东大学出版社, 1994
3. 张晋藩. 人本主义——中华法系特点之一. 河北法学, 2005 (9)
4. 韩春光. 中国传统的“慎刑”思想及其现代价值. 当代法学, 2002 (4)
5. 李交发. 中国传统诉讼文化宽严之辨. 法商研究, 2000 (3)
6. 毛晓燕. 中国传统恤刑思想与刑狱实践述评. 中州学刊, 2006 (4)
7. 安晋军. 儒家忠恕的理论疑点和实践难点探析. 齐鲁学刊, 2009 (2)
8. 毛晓燕. 中国古代录囚制度评析. 河南社会科学, 2002 (2)
9. 吴长庚. 儒家忠恕之道的当代价值. 上饶师范学院学报, 2004 (5)

试题荟萃

试述忠恕之道在中国古代法律制度中的反映。(中国人民大学·2005·博)

3

和谐在中国传统法律中的体现

一、“和谐”在中国传统法律思想层面的体现

就法律思想而言，传统法律思想强调道德教化与法律的互为表里，注重维护家庭和睦与亲情的伦理性规则，主张“明德”、“调解”、“息讼”。这些观念反映了中华民族传统美德，有利于从更广泛的角度缓和社会矛盾、

解决社会问题、降低社会成本，从而达致“和谐”的社会理想。具体而言，和谐观念主要体现在如下几个方面：

(一) 主张“和为贵”的价值目标

儒家思想“和为贵”的道德价值目标，使得在儒家思想指导下的传统法律文化必然蕴含和谐精神。《论语·学而篇》载：“礼之用，和为贵。先王之道，斯为美，小大由之。”



有所不行，知和而和，不以礼节之，亦不可行也。”意为：礼制，其最可贵的用途是维持社会各方面关系的“和谐有序”，先王之道，最美好的地方就在于无论大小方面，都因循“礼”的规范而达到和谐。所以，以儒家思想为指导的中国传统法律文化包含和谐的价值目标。

（二）主张“情理法”的结合

随着儒家思想主导地位的确立，三纲五常成为天理的基本内容，之后其不仅成为立法创制的指导原则，而且成为法律的基本内容。人情即人之常情，在中国古代社会表现为建立在宗法结构上的以血缘伦理亲情为基础而形成的权利义务关系。自西汉始，儒家所倡导的礼逐渐为法律所吸收，法律的伦理色彩越来越浓重，直至唐朝才告定型。因此，中国传统法律有“伦理法”的称呼。情理法你中有我、我中有你、综合为治的立法模式，能够起到单一法律所起不到的作用，增强法律的效果，而这正是统治阶级最需要的。国法披上天理的外衣，能赋予其神秘的宗教色彩，从而具有不可抗拒的神圣性。为国法赋予人情的内涵，冲淡了其僵硬冷酷的外表，缩短了与民众的距离，增强了民众对其的认同感，大大降低了其在现实中的推行难度和成本。

（三）追求“无讼”的理想境界

主张“礼之用，和为贵”，因此和睦无争即为“合礼”，即为理想的社会秩序。法律为盛世所不能废，但也不为盛世所崇尚。“以德去刑”，方为上策。告状打官司即为“失礼”，是教化不行的结果，而理想的社会应是“无讼”的。孔子曾言：“听讼吾犹人也，必也使无讼乎。”“无讼”是儒家的理想境界。在儒家思想支配下，贵和持中，贵和尚中，成为几千年来中国传统文化的特征。历史上成康之治之所以被史书溢美，主要就是“天下安宁，刑措四十年不用”。在中国传统文化中，诉讼被认为是官吏德化不足和缺乏政绩的表现。

（四）强调“教化为先”的实现方式

孔子认为如果统治者以德治国，则天下的百姓都会像天下的繁星围绕北极星一样，围绕在他身边。用法律禁令去引导百姓的言行，使用刑法来约束他们，百姓则只会求免于犯罪受到惩罚，却不会有廉耻之心。如果用道德教化引导百姓，则百姓就会因为有廉耻心而不会犯罪。无疑，在孔子看来，道德教化比刑罚要高明得多，其既能使百姓循规蹈矩，又能使百姓有廉耻之心，有利于实现社会的长治久安。

刑罚是弘扬礼义的一个重要渠道，但不是主要的渠道。中国古人对礼义的追求主要靠“教化”实现，这就是“礼教”，以礼义——忠孝节义或仁义礼智信教民，这种教化是普及性的，可以说中国古代每一个人，上至帝王将相下至黎民百姓从呀呀学语时起就受到各种形式的礼义熏陶和教育，比如国家的提倡、社会主体舆论的导向、家族的荣誉等。礼教通过教化的方式，统一了人们的价值观，其最大限度地预防了犯罪，这就是所谓的“德主刑辅”及“礼禁于未然之前”。

二、“和谐”在中国传统法律制度层面的体现

就中国古代法律制度而言，和谐的宗旨更是处处得以体现，以实现与自然的和谐、国家民族间的和谐：

（一）与自然的和谐

中国古代法律强调对天地自然的敬畏。《礼记·曲礼》言，先王用占卜之法“使民信时日，敬鬼神，畏法令”。即敬畏自然大法。在这种顺应自然而不是征服自然的理念指导下，保护环境、限制自然资源的过度开发和利用成为法律的重要部分。《礼记》记载了人们在一年中应顺应季节的变化而应从事的不同工作和劳动，所谓春耕夏长秋收冬藏。有些工作和劳动在一定的季节中是被禁止的。如春天不得入山狩猎，不得下湖捕捞，不得进山林砍伐，以免毁坏山林的生长，破坏生态环境。在“秦简”和其他王朝的法律典籍