

中华法系的 形与魂

ZHONGHUAFAXI DE
XINGYUHUN

主编 李玉福



中国人民公安大学出版社

齐鲁法学文库 2010·5

中华法系的形与魂

主 编：李玉福

副主编：林 明 管 伟

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

中华法系的形与魂/李玉福主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 10

(齐鲁法学文库/姚成林主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0198 - 8

I. ①中… II. ①李… 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 (2010) 第 190277 号

齐鲁法学文库 2010 · 5

中华法系的形与魂

ZHONGHUAFAXI DE XINGYUHUN

主 编 李玉福

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2010 年 10 月第 1 版

印 次: 2010 年 10 月第 1 次

印 张: 22

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 431 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0198 - 8

定 价: 58.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: (010) 83903254

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): (010) 83903253

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905745

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像与数字出版分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换
版权所有 侵权必究

前 言

自从人类社会产生法律现象之后，法律现象总是在“有形”与“无形”的交融作用下或快或慢地向前发展。“有形”的法律现象是法律的躯壳，包括形式化的法律制度、法律机构以及法律的实践运行，等等；“无形”的法律现象是法律的灵魂，包括支配法律行为的法律思想、法律理念、法律精神、法律意识，等等。今人发掘传统法律文化的精髓，不仅要观其“形”，更要悟其“魂”。法制的“形”与“魂”就像推动法制社会发展的两个轮子，须臾不可偏废与分离。

作为世界四大文明古国之一的中国，有着五千年的悠久文明史，在古代中国人创造的灿烂文化体系中，传统法律文化自成体系。至唐代，中国传统法律文化达至顶峰，且对周边东亚诸国产生了深远的影响，形成了独具特色的中华法系。但是，自近代以来，伴随着西方列强的“坚船利炮”强行打开中国封闭已久的国门，中国在一步一步沦为半殖民地半封建社会的同时，曾经辉煌一时的中华法系也日趋解体，中国传统法律同时也开始了它的近代化历程。回顾20世纪以来我们所进行的法律近代化的进程，我们遗憾地看到，以大规模法律移植为主要特征的法律近代化，在法律实现的社会实效上却举步维艰，辛苦构建的近乎完全“西化”的法律体系却只能停留在纸面上，很难植根于我们这块土地。究其原因，乃因视西方法律文化成为法律移植的主要对象和评判法治变革成效的主要标准，忽视、冷落甚至批判、攻击中国传统法律文化，以强制推进的急功近利的方式迫使中国法律实现现代化，事实已经证明这是失败的。因此，尽管从制度机构层面上讲，近代以来，中华法系在西力东侵面前而被迫解体，但从思想文化传承来看，中国传统法律文化并没有随着中华法系的解体而消亡。相反，在中国传统法律近代化的进程中，中国传统法律文化仍然在起着或正或反的作用。

在我们社会主义法治建设日趋深入的今天，如何对待中国传统法制及法律文化依然是一个值得我们深思的问题。回顾新中国成立六十周年以来，我们在对待传统法制和法律文化的问题上经历了一个曲折的历程。新中国成立后不久直至“文化大革命”结束的近三十年中，在以“阶级斗争为纲”等“左”的思想影响支配下，传统法制与法律文化往往与腐朽、没落的封建主义画上等号，不但不分良莠地被全面否定，更是在各个领域被全面肃清。进入改革开放

的新的历史时期以来，随着民主和法制建设的加强，人们对于传统法制和法律文化的态度也逐渐有所转变，取其精华，去其糟粕的观点逐渐成为法学界的主流，不但承认法律的继承性，而且也开始逐步以实事求是的态度对待中国传统法制和法律文化，还历史以真面目，涌现出了大量的有建树的学术成果。但三十年法律史研究的实践表明，在中国传统法制及法律文化的研究中，仍旧存在着一些非科学的认识论和研究方法论，仍旧存在着对于中国传统法制和法律文化的不恰当的认识，特别是在探讨中国传统法律文化与社会主义法治建设的关系时，往往视中国传统法制和法律文化为现代法治的对立物，割裂二者的传承关系，以至于今日，人们在论及中国传统法制和法律文化时，往往给人以一种“糟粕多于精华”的感觉，除君主专制、刑罚残酷、控制和镇压人民之外，似乎别无其他。因此，在寻找为中国特色社会主义法治提供有益历史借鉴的优秀传统法律文化资源时，我们必须克服两种错误倾向：一是拿植根于西方特定土壤之上而形成的西方法学的概念、体系、价值等要素作为衡量中国传统法律是否保守落后的标准，而忽视其在自身源远流长的历史中自身存在的合理性与特定社会历史条件的适应性，导致观察传统法制和法律文化中的任何观点都是漆黑一片，都是与现代法治格格不入的、落后的、保守的东西。二是以“国情”为借口忽视我们现代法治建设进程中所呈现出的问题，对于传统法制和法律文化中精华与糟粕不能作出实事求是的客观评价，过于留恋传统，不但不能更好地发扬中华民族的优良传统，而且也不利于服务于当代法治建设。

社会主义法治建设固然离不开对于国外先进的法律制度及理论的借鉴和吸收，但更离不开对中国传统法律资源的整理和总结。不了解历史，就无法把握现实。只有建立在对中国传统法律的演化进程及其影响进行全面系统的研究和总结的基础上，引导人们对于现行法治建设的种种问题进行深层次的思考，理性地看待当前法治建设中的“本土化”与“国际化”的问题，“建设有中国特色的社会主义法制”，“依法治国，建设社会主义法治国家”才有可能实现。当然，在对传统法制和法律文化的研究中，我们必须按照科学发展观和辩证唯物主义的观点，以辩证的、发展的眼光去审视、评价传统法制和法律文化，既要回归历史，又要立足于现实。其一，回归历史，揭示传统法制的真实面目，就要求我们在立足于所用资料的全面性、真实性的基础之上，也需要关注新资料的收集和运用，进而才有可能分析中国传统法制在历史存在中的合理性，理解其存在与当时的社会、经济状况和历史进程的适应性，避免以现代的眼光苛求古人。其二，立足于现实，研究中国传统法制及法律文化并不能仅仅视其为一个曾经存在的过去，而且更要为我们现代的社会主义法治寻找可供借鉴的历史经验及教训，因为即使是当代中国的法制，也与历史上的法制在许多方面有

着千丝万缕的传承关系。因此，对于传统法制中的积极因素和消极因素，皆应立足于现实，立足于社会的变迁而作出实事求是的判断。

正是基于上述思考，成立于2007年的山东省法律史学会从其成立之日起，就致力于以总结整理中国传统法律资源，批判地继承和吸收西方先进的法律文化传统，为中国社会主义法治建设提供理论借鉴，促进理论法学研究的繁荣与发展为宗旨展开学术研究。自2007年开始，山东省法律史学会先后在济南、日照和潍坊召开了以“传统法制对构建社会主义和谐社会的启示”、“中国司法传统的现代法理探讨”、“建国六十周年法律史研究的回顾与展望”为主题的学术研讨会，取得了良好的效果，本书即是这三次会议成果的结晶。遗憾的是，因篇幅所限，尚有诸多学者的优秀论文未能收录。在此，我们希望以我们微薄的力量促使山东省乃至全国学界关于传统法制及法律文化研究的繁荣，并为社会主义法治建设作出应有的贡献。

李玉福

2010年4月

理论篇

从礼刑分离到礼刑结合

——隋唐以前礼刑关系略论 李玉福(3)

儒家的政治法律观与构建和谐社会 林 明(16)

简论《尚书》中的几个重要范畴

——中国古代社会政法思想的源头源水 王成儒(22)

试论商鞅法律思想之刑罚目的 黄佳君(30)

韩非子法律思想研究综述 刘凡镇(36)

论薛福成的国际法思想 管 伟(43)

对当代中国法治奠基使命的学理反思

——以法律文化传统为视角的简要考察 高巧铃(51)

法治视角下的中国法律传统

——兼论法治建设的中国之路 张 继(59)

中国传统法律文化对现代法治建设的影响 谢秀珍(69)

认真对待中国传统法

——一种全球化下的反思 钱继磊(75)

浅谈中国传统消极法律文化对当代法治建设的影响 岳怛怡(85)

制度篇

回顾与展望——中国法制史研究三十年综述 林 明(93)

英租威海卫与德占胶澳土地法律制度之对比

..... 袁兆春 张 洁(100)

对新中国成立以来中国法律史研究立场及方法的几点反思

..... 管 伟(113)

新中国法制史教育的回顾 支 强(122)

上古社会的环境伦理意识与政法规范	王成儒(128)
论宗法制度对我国古代法制的影响	赵玉环(135)
秦汉“比地为伍”问题浅议	王爱清(143)
元代酷刑考略	陈长征 赵文坦(150)
北宋君主临朝视事暨诏令议决制度	傅礼白(158)
清代民间社会保障机制简析	王春云(165)
清朝慈善组织自治制度探悉	李 芳(172)
“西洋人传教治罪”条例产生原因探析	支 强(180)
近代中国著作权国际保护的两难困境分析	马晓莉(189)
中华民国时期离婚制度论析	翟红娥 陈 昊(197)
南京国民政府时期离婚法律制度探析	刘艳丽(204)

司法篇

中国传统的司法理念及其制度表现

——以无讼、慎刑为视角	林 明(215)
中国古代司法“断狱无正条”下的历史抉择	王成儒(223)
传统司法官眼中的“法”	
——中国传统司法过程中的法律发现	管 伟(230)
我国古代死刑救济制度对完善当前死刑救济制度的启示	
.....	岳悻怡(243)
论我国古代司法权与行政权的“分”与“合”	周郁昌(250)
宋朝集议制度研究	傅礼白(257)
论沈家本在清末司法改革中的作用	赵玉环(265)

域外法学篇

走在十字路口的外国法律史学及路径选择	程汉大(275)
拜占庭《埃克洛加》及其历史影响	王小波(283)
《学说汇纂》中的海商法刍议	王小波(291)
18~19世纪改革与英国司法现代化	程汉大(300)
司法:英国法治文明的强力推手	程汉大(308)

法律实用主义及其贡献	苗金春(316)
融贯论下的命题之“真”	
——基于哲学史的考察	侯学勇(323)
论历史视角下的产品责任归责原则	刘建军 冯志军(334)

理论篇

从礼刑分离到礼刑结合

——隋唐以前礼刑关系略论

李玉福*

礼刑结合是中华法系的一大特征。20世纪中叶,著名法史学家瞿同祖先生发表了《中国法律之儒家化》的著名论文^①,对中国法律的儒家化过程论述甚详,其学说已经为学界所从。笔者认为,中国古代法制史上固然存在法律儒家化的历史过程,但是,礼刑结合的过程是两种互相对立的社会规范——“礼制”与“刑律”的互动过程。虽然在这二者的互动过程中,礼制起到了主导作用,但是也不能忽视法律即刑律对于礼制的改造作用。因此,礼刑结合的过程既是刑律儒家化的过程,也是礼制刑律化的过程。

一、礼刑关系的历史演变

纵观中国古代历史上礼刑关系的发展,大致经历了四个大的历史时期。一是奴隶制时期的夏、商、西周和春秋时代,这是礼刑并存的相辅相成时期;二是春秋后期到战国、秦朝,这是礼刑相互排斥的对立时期;三是两汉至魏晋南北朝时期,这是刑律儒家化和礼制刑律化的互动时期;四是隋唐以后至明清,这是德主刑辅、礼刑高度结合的时期。

(一) 礼刑并存时期

礼起源于原始社会祭神祈福的宗教仪式。进入阶级社会以后,作为宗教仪式的礼仪逐步发展为调整社会关系的规范性行为准则。传统礼制是在中国奴隶制时代的宗法家族国家形态中形成的调整宗法家族血缘关系和社会政治关系的规范和准则。孔子曾经说过:“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也。”^②但是,由于史料缺乏,夏礼、殷礼在孔子时代已经难以知晓。礼制的系统化、规范化始于西周的周公制礼。周公制礼使传统礼制达到成熟化和完备化的地步。

在西周和春秋时代,礼制作为国家制定的调整社会政治关系和宗法家族血缘关系的行为规范,具有以下几个特征:

1. 礼制的本质是体现和保障宗法等级社会中形成的尊卑贵贱等级秩序。我国

* 李玉福,山东政法学院院长,教授。

① 瞿同祖:《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版,第361页。

② (清)阮元校刻:《十三经注疏》,中华书局1980年版,第2463页。

古代奴隶制社会是一种家与国相通、政权与族权合一、宗法与国法相结合的家族国家形态。在周朝,周姓大家族控制着国家政权,然后按照宗法血缘关系,进行层层分封,建立诸侯国家和卿大夫的领地。层层分封的过程是政权、土地、民众等逐级分割的过程,也是等级制度逐级形成的过程。周天子既是国家政权的国君,也是周姓宗法大家长;诸侯国家和卿大夫既是本行政区域的最高政治统治者,也是宗族大家长。这种家族国家形态所要求的等级秩序集中体现在礼制所强调的“亲亲”与“尊尊”的等级秩序中。“亲亲”与“尊尊”既表明宗法血缘的亲疏远近关系,也表明了君臣上下、长幼有差的尊卑关系。《礼记》载:“礼者,所以定亲疏,决嫌疑,制同异,明是非也。”^①荀子说:“礼者,贵贱有等,长幼有差,贫富贵贱皆有称者也。”^②因此,礼制的本质就是按照身份等级关系,确定不同等级的人享有不同的权利和义务,从而为整个社会成员规定一套差别性的行为规范体系。

2. 西周和春秋时代的传统礼制是国家法律的重要表现形式。法律是国家制定或认可的并且依靠国家强制力保障实施的行为规范。周公制礼表明,礼制已经从社会习惯上升为国家意志,是经过统治阶级的国家政权制定并颁布实行的。周公制礼建立了一整套严密的行为规范,从而使礼制具有国家法律的明确性和规范性。西周和春秋时代的统治者将礼制视为统治国家的主要工具,因此,必然赋予礼制以国家强制力,即依靠国家强制力保障礼制的实施。《礼记·礼运》载,“礼义以为纪,以正君臣,以笃父子,以睦兄弟,以和夫妇”。^③既然礼是“经国家,定社稷,序民人,利后嗣”^④的重要工具,那么,违背了礼是要受到国家强制力处罚的。但是,从立法上看,在西周和春秋时代,礼与刑尚未实现一体化,两者尚属于不同的法律表现形式。就礼与刑的作用而言,礼是调整社会关系的行为准则,刑则是保障礼制实施的强制性的制裁措施。

3. 礼制的适用对象主要是统治阶级内部奴隶主贵族。在西周和春秋时代,礼与刑作为两种法律的表现形式在适用对象上还是大致有所区别的。《礼记·曲礼》载:“礼不下庶人,刑不上大夫。”^⑤荀子也说,“由士以上则必以礼乐节之,众庶百姓则必以法数制之”。^⑥礼是建立在宗法等级秩序下的社会规范。在西周和春秋时代,只有士以上的贵族才能立庙祭祀祖先,才有宗法。因此,以宗法血缘关系为纽带的礼制,也主要适用于士以上的贵族阶级。庶人和奴隶无宗法可言,也就不能享受礼制所规定的各项权利。这也表明礼制实际上是调整统治阶级内部社会关系的特权法。

① (清)阮元校刻:《十三经注疏》,中华书局1980年版,第1231页。

② 梁启雄:《荀子简释》,中华书局1983年版,第120页。

③ (清)阮元校刻:《十三经注疏》,中华书局1980年版,第1414页。

④ 杨伯峻:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第76页。

⑤ (清)阮元校刻:《十三经注疏》,中华书局1980年版,第1249页。

⑥ 梁启雄:《荀子简释》,中华书局1983年版,第121页。

4. 礼制的作用方式主要依靠德治教化。在宗法等级制度下,礼制一方面依靠国家强制力保障实施,另一方面也主要依靠德治教化的作用保障其实施。通过礼制的教化作用,防患于未然,将危害统治阶级社会秩序的行为消灭在萌芽之中,这是礼制不同于刑法的重要特点。

中国古代狭义的法律起源于刑。《左传·鲁昭公六年》说:“夏有乱政,而作《禹刑》。商有乱政,而作《汤刑》。周有乱政,而作《九刑》。”^①西周时代除了《九刑》外,周穆王时代又制定过《吕刑》。夏、商、周时代的刑主要是指刑罚,是以残害罪犯的身体和生命为主要内容的肉刑和生命刑。虽然在夏、商、周时代奴隶主贵族违背了礼制,也要受到刑罚制裁,但是奴隶制时代的刑罚主要是用来镇压庶人和奴隶的工具。在春秋后期成文法公布之前,刑虽然已经成文化^②,但是仍然秘存于官府,仍然处于秘密法状态。

(二) 礼刑相互排斥对立时期

在夏、商、周时代,礼与刑作为两种主要的法律表现形式,虽然泾渭分明,但受到统治者的并重。这种局面在春秋后期发生了巨大的变化。这种变化就是“礼崩乐坏”和成文法(刑)的公布,并由此导致了战国和秦朝礼刑分离相互排斥的时代潮流。

到了春秋时代,建立在宗法等级制度基础上的传统礼制遭到了严重的破坏。整个春秋时代,从“礼乐征伐自天子出”到“礼乐征伐自诸侯出”,再到“礼乐征伐自大夫出”,就真实地反映了春秋时代“礼崩乐坏”局面的逐步形成。随着“礼崩乐坏”局面的形成,传统的礼刑并存关系由和谐并存向着激烈对立发展。这种对立主要表现在以下几个方面。

1. 在立法层面上,以“刑”为核心内容的成文法不断公布,逐步成为规范社会生活的主要法律规范,在国家政治生活中占据了主导地位,而礼制却遭到严重破坏,逐步退出法律规范领域,演变为民间伦理规范。公元前536年,子产在郑国铸《刑书》就引起了中国法制史上第一次礼刑关系的激烈争论。当时代表传统礼制的贵族叔向坚决反对公布成文刑法。叔向在郑国铸《刑书》之后,给子产写了一封信,信中说:“昔先王议事以制,不为刑辟,惧民之有争心矣。……民知有辟,则不忌于上,并有争心,以征于书,而徼幸以成之,弗可为矣。……民知争端矣,将弃礼而征于书,锥刀之末,将尽争之,乱狱滋丰,贿赂并行。”^③同样,公元前513年晋国铸《刑鼎》也遭到了孔子的激烈反对。但是,成文法的强化趋势却没有因为遭到礼制维护者的反对而停

① 杨伯峻:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第1275页。

② 参见杨伯峻:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第634页。《左传·文公十八年》载:“鲁太史克曰:‘先君周公作誓命曰:毁则为贼,掩贼为藏,盗器为奸,主藏之名,赖奸之用,为大凶德,有常不赦,在《九刑》不忘。’”可见《九刑》已经成文化。

③ 杨伯峻:《春秋左传注》,中华书局1981年版,第1274~1276页。

止。相反,到了战国以后,随着《法经》、《秦律》等刑律的颁布,在立法层面上,礼制终于让位于刑,使得刑成为主导性的法律规范。

2. 在治国思想层面上,这一时期,礼治与法治之争发生了严重的对立。以孔子、孟子、荀子为代表的儒家学者,从“人性善”的认识论出发,以“仁政”学说为基础,极力宣扬和倡导“德治”和“礼治”,反对“法治”。孔子主张:“道之以政,齐之以刑,民免而无耻。道之以德,齐之以礼,有耻且格。”^①而以管仲、李悝、吴起、商鞅、韩非子为代表的法家则从“人性恶”的认识论出发,极力强化“法治”思想。《商君书·赏刑》记载:“所谓壹刑者,刑无等级,自卿相将军以至大夫庶人,有不从王令、犯国禁、乱上制者,罪死不赦。”^②

3. 在政治实践上,这一时期,主张严刑峻法的法家得势当政,主张礼治的儒家学者被排斥在国家政治实践之外,而沦落为民间布衣学者,甚至招惹杀身之祸。孔子沦落到周游列国而无所用,《史记·孔子世家》记载,“卫灵公闻孔子来,喜,郊迎。……灵公老,怠于政,不用孔子。孔子喟然叹曰:‘苟有用我者,期月而已,三年有成。’”^③到了秦始皇时代,更是接受李斯的建议,“焚书坑儒”,将传统礼制和主张礼治的儒家彻底打入了冷宫。

礼制衰落与成文法颁布盛行此消彼长的结果,为战国和秦朝的礼刑关系带来了以下深远影响。

第一,这种变化打破了传统的礼刑并存的法律结构体系,大大地弱化了礼制在调整社会关系中的作用和地位,促使礼制从国家制定的法律规范降低为一种民间伦理学说和政治学说。奴隶制时代的礼刑并存法律结构体系演变为战国和秦朝的单一刑律体系。礼制在这一时代退出了法的范畴。

第二,传统礼制由国家制定的法律规范降低为民间儒家学说后,也就失去了国家强制力的保障。礼制的影响和作用,在战国和秦朝更多的是依靠伦理道德的力量在民间得以维持和延续。

第三,礼制的衰微,为法家思想和以刑赏为核心的封建法制的兴起,留下了广阔的空间。战国和秦朝的法家,从“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”的原则出发,提出了一系列旨在打破体现宗法等级关系的礼制的平等性法律原则,从而使战国和秦朝的法制在根本精神上和内容上排斥礼制,出现了中国法制史上的礼刑分离时代。

(三) 礼刑互动交融时期

一个社会的法制,大约言之,有三个层次,有静态的立法意义上的法制,有动态的司法意义上的法制,有理性的法理意义上的法律思想。法制发展史上的重大历史

① (清)阮元校刻:《十三经注疏》,中华书局1980年版,第2461页。

② 山东大学《商子译注》编写组:《商子译注》,齐鲁书社1982年版,第112页。

③ (汉)司马迁:《史记》,中华书局1982年版,第1923~1924页。

变革,首先自法理开始,从司法上探索酝酿,从立法上趋于完善和成熟。两汉至魏晋南北朝时代,中华法系沿着礼刑互动交融的历史轨迹不断演变和发展。这一发展演变过程就是沿着法律思想、司法实践和立法三个层面来进行的。

1. 汉初思想家对礼刑结合理论的法理探索:法律思想领域的礼刑结合。酷法亡秦的历史教训宣告了重刑主义的法家思想的失败,同时也引起了汉初统治者对于法家学说和儒家学说的重新思考。

陆贾是西汉王朝第一个提出“文武并用”思想的思想家。《史记·郿生陆贾列传》记载陆贾向汉高祖提出“文武并用,长久之术”的治国方略。陆贾提出的“文武并用”的思想已经初步包含礼刑结合思想的萌芽。这里的“文武并用”就是强调要将德治教化与武力刑罚统治两种手段合并使用。

汉文帝时博士贾谊则系统论述礼刑结合法理思想。贾谊强烈批判秦王朝的“酷刑法”。贾谊所写的《过秦论》等政论文章,总结了秦朝灭亡的教训在于“禁文书而酷刑法”。贾谊主张按照儒家学说“定经制”、“兴礼乐”,建立君臣贵贱上下等级制度。

董仲舒是西汉儒家学者中探索礼刑结合、德主刑辅法理思想的集大成者,也是中国封建社会正统法律思想的奠基者。董仲舒不仅提出了礼刑结合、德主刑辅的主张,而且从“天人感应”、阴阳五行学说的角度为这种主张找到了神学法理根据。董仲舒首先提出了“罢黜百家,独尊儒术”的“大一统”主张。从礼刑结合的角度上讲,董仲舒提出的“罢黜百家,独尊儒术”的主张,大大提高了儒家学说的社会地位和政治地位,实现了儒家学说从民间学说向官方正统统治学说的升华,使儒家学说取代了法家学说成为正统的统治思想。这种转变为儒家思想改造封建国家法律和司法制度创造了条件,同时也为儒家思想进入刑律,上升为封建国家意志创造了条件。董仲舒论证礼刑结合的首要内容就是确立了封建刑律的根本原则,即“三纲五常”。所谓“三纲”,就是“君为臣纲,父为子纲,夫为妻纲”;所谓“五常”,就是“仁、义、礼、智、信五常之道”。董仲舒把“三纲”中的君臣、父子、夫妻之间的“主从”关系也说成是天意,即所谓“王道之三纲,可求于天”。^①“三纲五常”将宗法伦理制度和社会等级制度有机结合起来,构成封建法制的灵魂,这是礼刑结合上最主要的法理思想。

2. 从“引经决狱”到“引经注律”:司法领域之礼刑结合。虽然在西汉前期,经过陆贾、贾谊、董仲舒等思想家的理论探索,形成了完备的礼刑结合法理思想,但是,这种礼刑结合还仅局限于法理层面。要促使这种理论层面的礼刑结合灌输到国家立法和司法实践中,还需要封建国家和儒家学者作出大量的努力。

从立法意义上讲,西汉时代制定的刑律仍然体现了法家思想。汉初萧何制定《九章律》来源于秦律。《史记·萧相国世家》记载:“沛公至咸阳,诸将皆争走金帛

^① 法律出版社法学教材编辑部:《中国法律思想史资料选编》,法律出版社1983年版,第321页。

财物之府分之，(萧)何独先入收秦丞相御史律令图书藏之。”^①萧何收藏的秦朝律令就成为汉初萧何制定《九章律》的蓝本。

汉朝统治者和儒家学者为了将礼刑结合的法理思想渗透到现实的法制中，首先选择将司法实践领域作为突破口，开始了儒家学说针对刑律的改造。汉代司法领域儒家化的过程，主要表现在以下几个方面。

第一，法官儒家化。秦汉时代，在中央集权政治体制下，司法与行政合二为一，司法从属于行政，从中央到地方各级行政长官也就是各级司法长官。因此，各级封建国家官员的儒家化，也就意味着各级司法官员的儒家化。西汉从汉武帝开始，随着儒学的官学化，儒家学者的仕途豁然开朗，大批儒家学者、书生，通过各种选拔渠道进入封建国家机关，成为儒家化的司法官员。这一历史转变过程，在《汉书·儒林传》中有详细记载：“及窦太后崩，武安君田蚡为丞相，黜黄老、刑名百家之言，延文学儒者以百数，而公孙弘以治《春秋》为丞相封侯，天下学士靡然乡风矣。……自此以来，公卿大夫士吏彬彬多文学之士矣。”^②董仲舒、公孙弘等一大批儒学之士进入汉代国家机关，成为司法官员主体，为司法领域带来了儒家化的思维理念和司法习惯。在这种法官儒家化的大环境影响下，甚至一些非儒家学者出身的官员，也开始在司法实践中引经据典，深受儒家学风之影响。《史记·张汤列传》记载：“是时上方乡文学，汤决大狱，欲傅古义，乃请博士弟子治《尚书》、《春秋》补廷尉史，亭疑法。”^③酷吏出身的张汤都受到儒家思想的影响，推崇引经决狱，由此可见司法官员儒家化的影响之深。

第二，引经决狱。所谓“引经决狱”又称为“《春秋决狱》”、经义决狱，是指两汉时代儒家学者在审理案件过程中，抛开国家法律，引用《春秋》等儒家经典作为依据，审理案件的司法活动。自汉武帝采纳董仲舒建议，“罢黜百家，独尊儒术”之后，儒学日益实现官学化。在儒学官学化的影响下，儒家学者往往利用担任法官的身份，或者直接参与案件审理，或者参与案件的讨论。儒家化的司法官员在参与案件审理的过程中，面对汉初制定的体现法家精神的汉律，在不能及时修改刑律和曲解刑律的情况下，直接引用儒家经典作为案件审理依据，从而实现对司法活动的儒家化改造。两汉时代，从事引经决狱的代表人物主要有董仲舒、公孙弘、儿宽、应劭等人。《后汉书·应劭传》记载：“胶东相董仲舒老病致仕，朝廷每有大议，数遣廷尉张汤亲至陋巷，问其得失，于是作《春秋决狱》二百三十二事。动以经对，言之详矣。”^④东汉时代的应劭也撰有《春秋断狱》。公孙弘少时为狱吏，“习文法吏事，缘饰以儒术”。^⑤儿

① (汉)司马迁：《史记》，中华书局1982年版，第2014页。

② (汉)班固：《汉书》，中华书局1983年版，第3593页。

③ (汉)司马迁：《史记》，中华书局1982年版，第3139页。

④ (宋)范晔：《后汉书》，中华书局1982年版，第1612页。

⑤ (汉)班固：《汉书》，中华书局1983年版，第2618页。