

【史辨】

儒家刑事理念是如何被原教旨化的？

孙万怀

【摘要】原教旨化是指把信仰领域的信条落实为一种强制性的义务的过程。儒家刑事理念最初就是作为一种德化领域的信仰和戒律而存在的，但在上升为制度性的刑事政策之后，开始被异化。儒家刑事理念以自然主义为基础。“厚生”与“本己”是儒家刑事理念宽容化的精神家园。“贵公”与“去私”是儒家刑事理念刚猛化的基础。但在以“法”入“礼”之后，儒家思想为“术”所用，开始通过“法”的方式被包装为一种政治统治思想。刑罚的运作过程中，“君亲无将，将而必诛”、“以酷为声”、“以理杀人”成为重要特点，宽容理念丧失，独立精神被扼杀，儒家思想被原教旨化。

【关键词】儒家；刑事理念；原教旨化；礼制

【作者简介】孙万怀，华东政法大学教授。

【原文出处】《东方法学》（沪），2012.5.14~28

【基金项目】本文系“高水平特色法学学科建设与人才培养工程(085工程)”与孙万怀主持的国家社科基金项目“犯罪治理控制与刑事司法犯罪化反思”(项目编号:11BFX102)的阶段性研究成果之一。

《孟子》中记载了孟子和学生之间的一段对话，学生设想了一个案件：舜为国君，皋陶为法官。舜父瞽叟犯下了杀人罪，那么作为圣明的君主、廉直的法官，他们应该如何行动？孟子的回答代表了当时儒家思想家的普遍认识：皋陶将会毫不犹豫地去逮捕瞽叟，而且会完全依照法律来进行处罚。舜对于皋陶的执法，也绝不会进行任何的阻拦。因此合适的处置应该是：舜会抛弃君位，带瞽叟逃到没有人迹的荒野海边，侍奉瞽叟终身。显然在孟子的这个说法里，舜已经完全脱离了神性。伦理得到了奉行，法律得到了尊重。^①

在这样的典故中，我们至少可以得出引申出以下几个方面的结论：(1)刑德各有作用的领域，道德与法律不具有替代性，权力不能基于道德而阻拦法律的实施。(2)刑德的关系似乎同样居于重要的地位，作为执法者，法律成为最高的标准，法律应当被执行；对于个人而言，伦理礼仪则是一个道德的标准。(3)礼的标准似乎开始应成为最后的胜利者，虽

不是以违背律令为代价，但至少预示着伦理是对法律的一种补足。但是，随着后来儒家理念的原教旨化，刑德的界分开始倒错。

所谓原教旨主义，是指“对其宗教的基本经文或文献做字面的、传统的解释，并且相信从这些阐释中获得的教义应该被运用于社会、经济和政治生活的各个方面”^②。而原教旨化，则更多地具有形容性的特征，是指把信仰领域的信条落实为一种强制性的义务的过程。儒家刑事理念最初就是作为一种德化领域的信仰和戒律而存在的，但在作为统治性的刑事政策之后就被异化了；在被法家理念篡改之后，就被原教旨化了。

在当前的法治发展过程中，在对西方刑事理念进行扬弃的同时，我们也不应无视根植于中国本土的价值理念和体系。也就是说，这同样存在着一个扬弃的过程。从刑法领域来说，时下宽严相济刑事政策的提出就是根植于中国古代宽猛相济的刑事理念。这一推陈出新并不仅仅意味着词语上重拾，

更意味着精神层面和基本价值的回归。以古为镜,对于解读当前刑事理念和刑事政策的发展显然不无裨益。在建构和谐社会、和谐刑法背景下,儒家的和合思想无疑值得我们推崇,儒家崇尚对权力进行伦理约束的观念值得我们借鉴,儒家刑事理念原教旨化的过程和结果也值得我们反思。

一、儒家刑事理念的精神溯源

(一)“本生”与“本己”——儒家刑事理念宽容化的精神家园

1.“本生”

“始生之者,天也;养成之者,人也。能养天之所生而勿撻之谓天子。天子之动也,以全天为故者也。此官之所自立也。立官者,以全生也。今世之惑主,多官而反以害生,则失所为立之矣。夫水之性清,土者扣之,故清。人之性寿,物者扣之,故不得寿。物也者,所以养性也,非所以性养也。今世之人,惑者多以性养物,则不知轻重也。不知轻重,则重者为轻,轻者为重矣。若此,则每动无不败。以此为君,悖;以此为臣,乱;以此为子,狂。三者国有一焉,不幸必亡。”^①天生万物,而人作为天的孩子是天所生成的万物。所谓天子是能遵循天道的人。设置权力就是为了保全苍生和天性。如果权力被用以残害苍生,则违背了权力的使命。这里实际上就是在思考人在世界中的地位,为确立以人为本的思想提供了精神的依托。

对于生命珍视乃至对于被统治者的重视、对被镇压者生命的尊重源出何处呢?其仅仅是一种虚伪和粉饰吗?至少在法家那里或者说在法家思维的人那里是这样认为的。

这一重视似乎很容易被反驳,也可能无法通过逻辑思维得到印证,因为这是精神对于肉体的失控,或者说肉体对于精神的背叛,甚至可以说是社会属性和自然属性的背离。对于这一问题的解决,弗洛伊德倒是给我们提供了潜意识的或者说最为原始的结论,他在《论宗教》一书中通过对一些民族图腾进行研究揭示出:“我们往往倾向于认定蒙昧人或者半开化的民族对他们的敌人有着极其肆无忌惮残忍无情的罪恶,那我们一定会非常惊讶于他

们杀死一个人也要受制于许多包含着塔布习惯中的禁忌的事实。这些禁忌很容易就可以分成四组,它们要求:(1)对被杀敌人的抚慰;(2)对杀人者的约束;(3)刽子手实施某些赎罪和净化行为;(4)一定的礼仪性规范。有关这方面的材料之不足使我们不能确定地指出这些习惯做法在有关民族中究竟有多大普遍性或者相反。不过就我们目的而言,这没有多大关系。无论如何,我们可以有把握地认为我们看到的并非孤立的特例,是普遍的具备对待方法。”^②这样的结论显然并不是经过思辨而得出的,其论证也不是通过逻辑推理的方式,而是通过一种对现实问题的归纳,显得富有实证性。因而逻辑学的反驳方式在这里就失灵了。这是从方法论上而言的。从内容上说,在人的内心深处或源头存在着普遍的宗教性情感和精神归宿。虽然当代社会人认识世界的的能力得到了加强,但是放置于广袤世界和时间长河中,这种提高是微不足道的。以这种微不足道的提高来对抗普遍性的精神归宿,显然是自不量力。“本生”就是这一情感中最基本的构成要件。就像人是万物的尺度的表述一样,“本生”情感外化为一种民本思想。

在中国传统法律思想中“民为邦本”是一个基础性的观念。人作为“天的子民”而不是“天子的民”存在的。“天视自我民视,天听自我民听。”^③正所谓“民之所欲,天必从之”^④。民众奉行掌管万物的使命,“天生民而立君,以为民也”^⑤。也就是说,设立的君主的目的本来是“为民”。在此基础上,孟子的“土芥寇仇”说则奠定了君臣关系的基准。^⑥

在这样的民本根基上,作为治权,就必须将民众的诉求放置于重要的地位。而在传统社会中民众诉求无法得到一种有效而迅捷的方式浮现的时候,对于民众的爱护以及民众道德观的认同就成为一种更重要的权力表达方式。在处理君民关系的时候,“民为贵,社稷次之,君为轻”^⑦。要求把民众的利益放在第一位。在管理人民的时候,要求慎刑薄赋。在奉行政策的时候,要求将民众的伦理道德放置于显著的位置。在评价一个政权或统治是否具有正当性的时候,人心向背成为一个重要尺度。得民心者

得天下,失民心者失天下。“天下不心服而王者,未之有也。”^⑩

就人与世界的关系而言,通常认为儒家思想显然是一种比较早熟思维方式,这种早熟实际上是相对西方出现的以人格化的神为核心的思维方式而言的。这种早熟是因为让人直接面对客体,面对天人关系,而无需通过一个虚拟偶像的引导。在这样的思维体系中,人的作用被加以突出。这从实在性的角度出发,确实比较成熟,但是,从承认人认识有限性的前提下形成的认识方式角度来说,其消极性也是明显的。因为人并不能完全从对外在世界的畏惧中摆脱出来,人的认识局限性决定了人不应当存在无节制的欲望,人本不能为万物立法。更为重要的,当一种思维方法摆脱了拟制的外在的神的束缚之后,却往往无法摆脱或独立于统治的思维方式,儒家思想的原教旨化就印证了这样的过程。也正是因为如此,徐复观先生认为:“儒家的民本思想,在历史上只有减轻暴君污吏毒素的作用,只能为人类的和平吉祥描画出一个宽慰的远景,但并不曾真正解决暴君污吏的问题,更不能逃出一治一乱的历史的循环悲剧。”^⑪更为深切的问题是:即使原教旨化的信仰是建立在统治术的基础上的,其基础仍然是十分脆弱的。因为信仰的内容都是建立在教化基础上的,而不像有神论的宗教符合了人无助之后的需求。所以当一种统治不再支持这种思想的时候,其自生性的不足就显示出来了。尤其是继承性被完全切断后,惯性作用被阻却时,被抛弃势必成为一种必然。

2.“重己”

“重己”是儒家刑事理念宽和化的源泉。如果说本生是对他人生命的重视,重己是对自己生命和生活的重视。对于这一点似乎是不说自明、不言而喻的。重己是一般人的正常生活反射。人非圣贤,自我利益的合理需求应当被承认,损害他益不明显的自我追求应该被宽容。当然,在圣人那里“克己”做得比较完美,但圣人毕竟是少数。“倕,至巧也。人不爱倕之指,而爱己之指,有之利故也。人不爱昆山之玉、江汉之珠,而爱己之一苍璧小玕,有之利故也。

今吾生之为我有,而利我亦大矣。论其贵贱,爵为天子,不足以比焉;论其轻重,富有天下,不可以易之;论其安危,一曙失之,终身不复得。此三者,有道者之所慎也。有慎之而反害之者,不达乎性命之情也。不达乎性命之情,慎之何益?是师者之爱子也,不免乎枕之以糠;是聋者之养婴儿也,方雷而窥之于堂。有殊弗知慎者?夫弗知慎者,是死生存亡不可未始有别也。未始有别者,其所谓是未尝是,其所谓非未尝非。是其所谓非,非其所谓是,此之谓大惑。若此人者,天之所祸也。以此治身,必死必殃;以此治国,必残必亡。夫死殃残亡,非自至也,感召之也。寿长至常亦然。故有道者不察所召,而察其召之者,则其至不可禁矣。此论不可不熟。”

人对于自身的关心和喜爱是天然的。人首先是与一定的占有结合在一起的,当人一无所有的时候,也就不存在“本己”的问题。所以人人之所以是社会的人首先是与个人利益的拥有联系在一起的。虽然中国古代并没有提出近代规范意义上的个人权利的问题,但是对个人利益的重视却被视为天经地义的事情。人们不爱能工巧匠的手指而爱自己的手指,人们不爱昆山之玉、江汉之珠,而蔽帚自珍。爱生命是一样的道理。重视人与自身利益的维护,势必强调对他人利益的维护,因为对于自我利益维护势必需要一定的规则保障,而这种规则是普遍性的,是对所有个人利益的保护。同理,对于本己利益的漠视实际上意味着对于他人利益的一种漠视。^⑫

当然自我之爱必须得到合理克制的控制,否则爱就会演化成一种害。爱之不当,是非颠倒。“以此治身,必死必殃;以此治国,必残必亡。”这种身死国殇,“非自至也,感召之也”^⑬。也就是说,不是爱己的结果,而是颠倒爱与害所招致的结果。

3.“贵公”与“去私”——儒家刑事理念刚猛化的基础

“贵公”是针对权力运作的道德诉求而言的。所谓大道之行,天下为公。大同世界的首要目标和首要表现就是“为公”。这虽然是一种理想,现实也并不完美,但却可以表现为追逐和接近的过程。“昔先圣王之治天下也,必先公。公则天下平矣。平得於

公。尝试观於上志，有得天下者众矣，其得之以公，其失之必以偏。凡主之立也，生於公”。故《鸿范》曰：“无偏无党，王道荡荡。无偏无颇，遵王之义。无或作好，遵王之道。无或作恶，遵王之路。”“人之少也愚，其长也智。故智而用私，不若愚而用公。日醉而饰服，私利而立公，贪戾而求王，舜弗能为”。^④

作为权力者，首先必须有济世之心，天下非一人之天下，而是天下人之天下。万物泽被苍生，非为一人而设，在权力运作中，必须以人为本、兼济天下。所以如果贪戾而求王，世上就没有尧舜。否定智巧，强调公心，这样的权力坐标与法家的权力标准可谓截然相反。

“去私”强调的是道德的克己。“去私”包含着以下几个方面的逻辑：首先，其是天道运行的基本规律，正所谓“天无私覆也，地无私载也，日月无私烛也，四时无私行也。行其德而万物得遂长焉”。其次，其是圣人之道。黄帝言曰：“声禁重，色禁重，衣禁重，香禁重，味禁重，室禁重。”圣人们也是这样做的：“尧有子十人，不与其子而授舜；舜有子九人，不与其子而授禹；至公也。”^⑤

“贵公”与“去私”实际上是一个问题的两个方面，只不过侧重的方向不同。在后来的儒家思想原教旨化的过程中被不断夸张，不在拘泥于对权力的约束，而是扩充至对整个社会的约束。“墨者有钜子腹黄享，居秦，其子杀人，秦惠王曰：‘先生之年长矣，非有他子也，寡人已令吏弗诛矣，先生之以此听寡人也。’腹黄享对曰：‘墨者之法曰：杀人者死，伤人者刑。此所以禁杀伤人也。夫禁杀伤人者，天下之大义也。王虽为之赐，而令吏弗诛，腹黄享不可不行墨子之法。’不许惠王，而遂杀之。子，人之所私也。忍所私以行大义，钜子可谓公矣。”“庖人调和而弗敢食，故可以为庖。若使庖人调和而食之，则不可以为庖矣。王伯之君亦然。诛暴而不私，以封天下之贤者，故可以为王伯。若使王伯之君诛暴而私之，则亦不可以为王伯矣。”^⑥这样的实例在以后的中国古代刑事司法中不断涌现，这样的做法赢得了历代统治者的广泛赞誉，由此也树立起了另外一种形式的贞节牌坊，只不过这个贞节牌坊是针对官员和男性

的，是建立在人的神经末梢上。又因为其直接和统治利益相联系，以至于其影响十分深远，甚至在当前的刑法及其适用过程中时隐时现。

(二)为刑罚的正当性寻求支点——自然主义依托

《十六经·姓争》云：“顺天者昌，逆天者亡。毋逆天道，则不失所守。天地已成，黔首乃生。胜(姓)生已定，敌者生争，不堪不定。凡谏之极，在刑与德。刑德皇皇，日月相望，以明其当。望失其当，环视其央(殃)。天德皇皇，非刑不行。缪(穆)缪(穆)天刑，非德必顷(倾)。刑德相养，逆顺若成。刑晦而德明，刑阴而德阳，刑微而德其明者以为法，而微道是行。”所谓“顺天者昌，逆天者亡”之“天”是指天道(自然法则)而言，天道包括阴阳两个方面，是阴阳运行的规律。照《十六经》的作者看来，阳为德，阴为刑，德刑乃治理国家的根本，须配合适当，若适用不当，也会给国家带来灾难。《十六经》还把“德”称为“天德”，把“刑”称为“天刑”，无非是为了抬高德与刑的地位，使之神圣化永恒化。在这样的背景下，自然主义表现在两个方面。

1. 伦理自然化

《十六经》还提出：“不靡不黑，而正之以刑与德。春夏为德，秋冬为刑。先德后刑以养生……夫并时以养民功，先德后刑，顺于天。”这同样是强调了刑德之于治国的重要意义，并根据春夏、秋冬的先后顺序提出了“先德后刑”的观点，认为这是合乎天道的。

上述思想在《春秋繁露》中反映得更为直接和细致：“恶之属尽为阴，善之属尽为阳。阳为德，阴为刑。刑反德而顺于德，亦权之类也。是故天以阴为权，以阳为经。阳出而南，阴出而北。经用于盛，权用于末。以此见天之显经隐权，前德而后刑也。故曰：阳天之德，阴天之刑也。阳气暖而阴气寒，阳气予而阴气夺，阳气仁而阴气戾，阳气宽而阴气急，阳气爱而阴气恶，阳气生而阴气杀。是故阳常居实位而行于盛，阴常居空位而行于末。天之好仁而进，恶戾之变而远，大德而小刑之意也。先经而后权，贵阳而贿阴也。此皆天之近阳而远阴，大德而小刑也。是故人

主近天之所近,远天之所远,大天之所大,小天之所小。是故天数右阳而不右阴,务德而不务刑。刑之不可任以成世也,犹明之不可任以成岁也。为政而任刑,谓之逆天,非王道也。”^⑧由此我们可以发现,礼化的法制基础必须是顺应自然法的基本规则,必须建立在与伦理道德统一化的基础之上的,社会的治理从来不是紧紧依靠刑法或者说“任刑”来实现的。

“本生”所要求的伦理规则与杀伐是相辅相成的。“故刑者德之辅,阴者阳之助也,阳者岁之助也。”^⑨但是这种共生关系并不是并列的,而是存在主辅关系:“是故阳以南方为位,以北方为休;阴以北方为位,以南方为伏。阳至其位而大暑热,阴至其位而大寒冻。阳至其休而入化于地,阴至其伏而避德于下。是故夏出长于上,冬入化于下者,阳也。夏入守虚地下,冬出守虚位于上者,阴也。阳出实入实,阴出空入空,天之任阳不任阴,好德不好刑,如是也。”^⑩

伦理观念维系人类社会存在并发展的基础性内容,带有自然主义的意义。承认了这样的前提,对于伦理入法问题的价值评判就具备了基本的立场。当前的我国法制史的通论认为伦理入法的结果在于:道德教条等同于国家法律,家族首长代行部分国家司法职能,国家政治和法律生活带有家族的温情色彩,法律充满了伦理身份上的不平等精神。这就是中国的“法统”。^⑪

如果说这样的结论不是以偏概全,就是因带有色彩而显得比较武断。原因在于,刑法作为一种惩治性的规范,保护一定的社会秩序、社会规范是天经地义的,真正需要研究的是刑法保护社会规范的方式和程度的问题,所要研究的是需要通过立法的方式加以体现,还是通过司法观念的方式加以体现的问题。譬如对于老年人的危害行为是否入罪或者如何追求刑事责任,是否设置死刑或者是否在司法实践中适用死刑的问题。这一问题并非是简单通过“法律充满了伦理身份上的不平等精神”就可以否定的。究其根源,是因为对于长者的尊重和体恤是自然主义的结果,是一种自然身份伦理的直接体现。也正是因为这样的原因,在以自然主义刑罚为

基础而伦理入法的年代,对于老年人的危害行为不作为犯罪或从宽处罚也就是水到渠成了。然而在“法律充满了伦理身份上的不平等精神”价值评判下,老年人犯罪从宽的立法自然就被抛弃了。但是立法在很多时候是会欺骗人的。立法固然可以不予体现,但是司法者不可能拒绝伦理观念,所以在当今中国《刑法修正案(八)》出台以前的司法过程中,老年人从宽实际上一直是一种司法常态。也正是因为这样的原因,当前中国的立法者一定程度上也走上了一条复归之路,开始重视刑法对伦理观念的态度。

从这个角度来说,即使从今天的标准来评判德主刑辅,其错误也不在于以礼入法,而在于全面地以礼入法。这种全面性主要表现在:其一,中国古代法律文化的特点是以家族伦理道德为核心,伦理道德借助于“法”这一形式来体现并加以强制实施。中国古代法律思想的核心则是“德”。“以德配天”、“明德慎行”、“为国以礼”、“隆礼重法”、“为政以德,一准乎礼”等诸如此类以德为主的思想贯穿于古代司法过程。其二,中国古代的法律可以说完全依附于“礼”。因而古代的中国法律始终不能获得自己的独立生命(相对于近代意义上的法律来讲),其实质应可认为“法”是载体,“德”是内容。其三,法律要服务于道德。如“法家不别亲疏,不分贵贱,一断于法,则亲亲尊尊之思绝矣,可以行一时之计,而不可常用也。故曰:严而少恩”^⑫。“及刻意为之,则无教化。去仁爱,专任刑法而欲以政治,至于残害至亲,伤恩薄厚。”^⑬可见,用法可以,但不能动摇或危及封建社会的亲情等级及伦理道德的统治基础地位。其四,伦理道德成为法律的合理性基础。“礼者,法之大分类之纲纪也。”^⑭传统的“德治”是封建社会统治者为了巩固专制统治,将“礼”的等级差别规范转化为伦理纲常,礼是制定法度的基础,“礼仪生而制法度”^⑮,如中国封建社会的“三纲五常”便是典范。法律并以此对臣民进行教化统治,使人“心悦诚服”地接受“礼”的统治。由此,道德生活则是人性的最高体现,而符合伦理道德规范的家庭则是道德生活的主要场所。家庭是“仁心”、“仁性”的发端处,社会是“仁心”、

“仁性”的战场,因为社会道德与家庭道德则是完全相贯通的。当家庭道德演变为社会道德就被扭曲、泛化了。

2. 刑罚自然主义化

“天地之常,一阴一阳。阳者天之德也,阴者天之刑也。是故天之以三时成生,以一时丧死。死之者,谓百物枯落也。丧之者,谓阴气悲哀也。天亦有喜怒之气,哀乐之心,与人相副。以类合之,天人一也。春,喜气也,故生。秋,怒气也,故杀。夏,乐气也,故养。冬,哀气也,故藏。四者天人同有之,有其理而一用之。与天同者大治,与天异者大乱。故为人主之道,莫明于在身之与天同者而用之,使喜怒必当义而出,如寒暑之必当其时乃发也。使德之厚于刑也,如阳之多于阴也。是故天之行阴气也,少取以成秋,其余以归之冬。圣人之行气也,少取以立严,其余以归之丧。”^⑥把董仲舒的这些言论与上引《十六经》中的言论比照参看,就会发现两者有着惊人的相似之处。尽管两者之间存在着繁简详略的差异,但在思想实质上是一致的。

可以说,董仲舒把《黄帝四经》中的阴阳刑德理论进一步系统化和缜密化了。《经法·论约》云:“始于文而卒于武,天地之道也。四时有度,天地之李(理)也。日月星辰(辰)有数,天地之纪也。三时成功,一时刑杀,天地之道也。四时时而定,不爽不代(忒),常有法式,□□□,一立一废,一生一杀,四时代正,冬(终)而复始。”

对于法律自然主义观念究竟起源,理论中也有许多探寻。“曾有学者认为周初的‘天讨’、‘天罚’说标志着法律自然主义的起源,但愚以为当时的‘天’并非自然,而毋宁说是一种超自然的神灵。《左传·襄公二十六年》中的一段记载值得注意:‘古之治民者,劝赏而畏刑,恤民不倦。赏以春夏,刑以秋冬。’”^⑦其实在自然主义那边,在承认终极性实在的时候,正如宗教可以区分为存在具体偶像的宗教和不存在具体偶像的宗教一样,超自然的神灵已经不是区分自然主义的标准了。追寻西方自然法的发展轨迹,也可以发现,曾经有一个时期,自然法的终极实在也是以上帝为核心来建立的。只不过在后来,

在神学与世俗分离之后,自然法的支撑才从上帝又回到了人本身。

“刑以秋冬”既是刑罚自然主义的现实化结果,也具有上述的神秘主义的倾向。在这样的理论土壤上,中国的刑事法制开始形成了自己的特色,并且逐步体系化。如《唐律》规定:“诸立春以后、秋分以前决死刑者,徒一年。”《唐律疏议》曰:“依《狱官令》:‘从立春至秋分,不得奏决死刑。’违者,徒一年。若犯恶逆以上及奴婢、部曲杀主者,不拘此令。”《明律》规定:“若立春以后秋分以前决死刑者,杖八十。其犯十恶之罪应死及强盗者,虽决不待时。”又据《明史·刑法志》载,天顺三年,“令第岁霜降后,三法司同公、侯、伯会审重囚”。《续通典·刑二》载,洪武元年八月下诏:“凡决重囚,须待秋后,毋非时以伤生意。”《明会典》卷一七七载:“天顺二年令每岁霜降后,该决重囚,三法司会多官审录,著为令。”清朝自顺治十五年始,“秋决重犯”成为定制。《世祖实录》卷一二一有如下记载:“顺治十五年十月己巳刑部等衙门遵旨会议:‘各省秋决重犯,该巡按会同巡抚、布、按等官,面加详审……于霜降前,奏请定夺。’命永著为例。”对自然的崇拜成为一种政策和文化合体的图腾。

(三) 刑罚适用自我克制的伦理基础

作为儒家思想的核心仁义和克己的观念,统治者也必然对之进行改造和使用。历史已经证明了法制名义下苛政和暴行不可能维护统治长期安然地生存。恩威并施、宽严相济才是有效的方法。所以儒家思想指导下的统治非常强调爱民和对官员行为的自我约束。对官员的道德约束表现为向内和向外两个方面。向内表达为内敛,向外表达为宽仁。而这两个方面又是相辅相成的,甚至可以归结为一个问题的两个方面。当然从逻辑上来说,向内是基础,向外是结果。

法律伦理化的必然结果是人从蹒跚学步开始,就必须学习权力所确认的戒律标准,而这一标准因为和伦理结合,形成了心中的道德定律(尽管有些定律也许本身并不是完全意义上的道德定律)。而后作为一种权力的体现者,不论是基于外在的指责的压

迫,还是心中道德律的指引,宽仁慎刑作为一种法制实施的指导思想似乎成为一种必然。

慎刑来源于宽和、仁爱的思想,宽爱根植于伦理普适化。“四方有败,必先知之,此之谓民之父母矣。”^⑧权力者被定位于类似于家长的角色,在多数时候被国人引申为一种特权,但是未尝不可引申为一种天然的责任和义务。因为在多数时候,在伦理规范中,父母给予孩子更多的是爱和保护,而不是一种索取、特权和虐待。

如果说在法家那里,民众是羔羊,在儒家那里,大众就是子民。张说的制科策曾这样回答:“臣闻刑以助教,德以闲邪,先王慎於好生,大易诚於缓死。今陛下母临黔首,子育苍生,孚佑下人,克配上帝。然有荆蛮远郊,虽圣德泣辜,尚用防风之戮;天心罪己,仍劳淮甸之征。其有诖误闾阎,胁从井邑,陛下愍孤孀於海淮,恤困穷於江汉,舍从宽宥,此陛下之恩也。”

通观张说的“经国之图”,其核心之意在于:其一,施政要术在于“因人以立法,乘时以设教,以义制事,以礼制心”。应该重视教化的作用,而不是通过苛政树立权威。其二,“政犹水火,刑譬阴阳,顷者三监乱常,有司既纠之以猛;於今四罪咸服,陛下宜济之以宽:明肆赦之渥恩,安万人之反侧,布深仁於罗鸟,收至察於泉鱼,岂不大哉!天下幸甚”。为政的精髓在于宽厚和仁义。其三,刑法的作用是有限的。“刑在必澄,不在必惨;政在必信,不在必苛。”用刑在于清明而不在于惨烈,施政重在信誉而不在于苛刻。其四,“典谟之政,参详适中;上庠之礼,大学之义,施用为切”。^⑨显然年轻的张说的理论是建构于伦理基础上的体系,是儒家思想的追随者。

张说的这种思想放置于后世或者说平和的社会中原也不足为奇。但是这样的答卷是在垂拱四年这样的岁月里,是在武则天“大杀唐宗室,流其幼者于岭南”^⑩的则天“革命”的严峻时期,在殿试中鼓吹“济之以宽”,主张大赦,尤其是抨击酷吏政策是需要勇气的。而武则天虽说认为其对策天下第一,但未有甲科而评为二等可能具有作秀的成分,但确实

显示了不拘一格的气势。

这种言必称尧舜、刑必宽厚的思想在苏轼的科举策问《刑赏忠厚之至论》同样体现得尤为明显,只不过科目改变而致文风不同而已。“《书》曰:‘罪疑惟轻,功疑惟重。与其杀不辜,宁失不经。’呜呼!尽之矣。可以赏,可以无赏,赏之过乎仁;可以罚,可以无罚,罚之过乎义。过乎仁,不失为君子;过乎义,则流而入于忍人。故仁可过也,义不可过也。故者赏不以爵禄,刑不以刀锯。赏之以爵禄,是赏之道行于爵禄之所加,而不行于爵禄之所不加也;刑以刀锯,是刑之威施于刀锯之所及,而不施于刀锯之所不及也。先王知天下之善不胜赏,而爵禄不足以劝也;知天下之恶不胜刑,而刀锯不足以裁也。是故疑则举而归于仁,以君子长者之道待天下,使天下相率而归于君子长者之道,故曰忠厚之至也。《诗》曰:‘君子如祉,乱庶遄已。君子如怒,乱庶遄沮。’夫君子之已乱,岂有异术哉?制其喜怒,而无失乎仁而已矣。《春秋》之义,立法贵严而责人贵宽,因其褒贬之意以制赏罚,亦忠厚之至也。”^⑪

言必称尧舜的意义在于:从三皇五帝对于民众的慈爱入手,指出古时君王的圣贤之处,以此为自己的观点建立一个价值前提。无论是张说、苏轼,乃至托古改制,这样的写法或做法在当前的时代中被讥讽为“陈词滥调”,原因在于:一是在中国古代文章行文中往往言必称尧舜,比比皆是,可谓“陈词”;二是在现在的人们看来,尧舜的那种和睦的社会和崇高的人格只是一种良好的愿望,而不是一种史实,文章以此为论据,似乎迂阔有加,所以是“滥调”。

这种厚今薄古的思维方式如果说不是妄自尊大的心理作祟,则是一种是食古不化、文化自卑的结果。中国古代的文化思维恰恰相反,其很少固步自封,厚古薄今倒是十分常见,其根本价值在于:其一,在中国“为天地立心”的教化下,远古的理想社会就是文人的精神家园,也正是在这一精神家园的浸润中,文人树立起了独立的人格,成为对现实进行批判的理论武器。其二,在设定了完美的社会之后,后来的世俗社会都会残缺不全,显得如此容

易被批判,无论是社会体制、民生,还是君王、臣工,在尧舜面前都显得微不足道,相形见绌。其三,这也为社会发展提供了一个追求的方向。在这样的比如下,现实社会找到了一个努力的方向。

理想社会是一个仁爱的社会,由此形成的中华文化是自然是一个宽厚的文化,是一种好生的文化,其重要特征就表现在:“己所不欲,勿施于人”,“严于律己,宽以待人”,“言者无罪,闻者足戒”,“有则改之,无则加勉”。在那个完美的社会或者完美的思想中,刑罚的仁厚自然成为最为核心的体现。

“罪疑惟轻,功疑惟重。与其杀不辜,宁失不经。”在罪刑轻重难以抉择的时候,选择较轻的犯罪来论处。与其适用某种规则可能导致无辜者受到追究,不如放弃这种刑罚不用。即使由此轻纵个别的罪犯,也要防止错判无辜,防止法律的正义受到损害。十分可惜的是,这样的警世通言在几千年后的今天让我们感到那么陌生,反而在西方国家的某些刑事司法案例中若隐若现。

《春秋》的大义是,“立法贵严而责人贵宽,因其褒贬之意以制赏罚,亦忠厚之至也”。立法虽必严厉,责人贵在宽和。这是中国古代长期以来贯彻的一个基本理念。实际上也体现了刑事法制和政策的基本关系。在中国古代社会中,刑事法治的严厉性是不言自明的,儒家支配下的法制虽然比不上法家主导的法律制度极端违背人性,但在残酷性这一点上还是存在许多类似之处,而核心的区别在于政策的支配思想的差异。在儒家刑事理念支配下,政策的宽和化成为一种主导性的策略,此即“责人贵宽”。刚性的法制和柔性的政策达到了统一,形成了宽猛相济这一非常具有特色的政策。

二、儒家刑事理念原教旨化的开始——以“术”入“礼”

按照一般的表述,汉代以后的治理是一个“以礼入法”的过程。从历史来看确实也是如此,从以前的法家统治理念占据统治思想发展到儒术挤进门槛,并与法律合流,就是一个以礼入法的过程。但是,反过来说,儒家思想逐步成为统治理念的时候,如果说儒家思想因为被法家思想所改造,而不再是

原本的思想的时候,未尝不可说这是一个“以法人礼”的过程,正是这个以法人礼的过程,统治者披上了其正当性存在的外衣——儒家思想。同时,仍然通过法家的理念追寻自身利益的最大化,这就是儒家刑事理念的原教旨化。这一过程是从儒家思想从民间走向了官方开始的。

(一)礼法结合本身没有问题,甚或具有一定的合理性

首先,社会的有序运转并不是完全依靠刑法为主的律令来主导。刑法形式上面向所有的民众,但是本质上只是针对少数人的。多数场合下,刑法与公众的生活并无关联。真正维持社会秩序稳定乃至国家安定的是伦理道德规范,是一种教化,是一种道德诚信。所以一个稳定的社会首先是一个有教养的社会,一个有前途的社会首先是一个有诚信的社会。从这一个意义上说,儒家思想与权力嫁接是中国社会的一种必然结果。其对于维护社会伦理和缓和社会矛盾起到了积极的作用。

其次,儒家思想被权力接受乃至在维持的过程中,必将培养出大批的知识分子。尽管其中不乏粉饰太平的理论和颂歌,但儒者最高的指向并不是为了去做御用文人,做好社会的良心一直是儒者的基本追求和主张。宋儒张载就为儒者确立了最为根本的目标:“为天地立心,为生民立命,为往圣继绝学,为万世开太平。”这样的宏图大志中可以说包含着深厚的人文主义的关怀和浩然正气。而这种关怀和正气与其说是针对邪恶而言的,不如说只针对权力而言的,也是对于“文人”一词本身的解读。所谓“人”,就是要泽被苍生。就是“天地无心,以生物为心”,就是为民立命、为民请命。所谓“文”,就是要传承文化。可以这样说,正是对绝学的继承,使得中国社会在历经外族入侵、统治以及社会动乱、改朝换代仍然具有强大的生命力和融合力。

然而,儒家思想与权力的合流,也导致了其最终成为统治的手段,尤其是“儒”与“术”的结合,标志着儒家思想开始被引入统治策略。但总的来说,最初,其还没有完全成为统治者的工具,也没有成为束缚人性的枷锁。统治者还没有完全否认伦理道

德标准的独立性和民间性。但是随着结合日益密切,统治者逐步成为伦理道德的标准制定者和裁决者,伦理规范为“术”所左右,儒家的刑事理念开始被原教旨主义化。

所谓原教旨,是对教义的一种保守的信仰。这种信仰首先是要求保持信仰的绝对纯洁。禁止对于教义作出不同的理解。但其所保守主义又有着很大的不同。原教旨化在维护自身教义权威性的时候,往往将这种所谓纯洁的方式推向原本其并不统领的领域,将特定化的教义普遍化,甚至通过强制力推行自己的教旨,采取极端行为对于其他的信仰大加鞭撻,对异己的价值观进行无情的摧毁。儒家思想在权力的改造之下,逐步被异化,刑法变成了政策的附庸,道德变成了权力的奴婢。

以老年人犯罪的刑罚处遇问题为例,这看似是一个简单的立法或法律适用问题,却包含着一个非常宏大的价值命题。从人类社会提倡“尊老爱幼”说起,如果认可人的基本属性分为自然属性和社会属性,那么爱护未成年人就是一种自然属性社会化的流露或者说是天性,这是自然法则。但是在自然法则中我们看不到尊老的规律。尊老只有在人类社会那里得到了广泛的弘扬,这甚或是人类社会的一个重要特征和体现。所以“爱”是对下的,“尊”是对上的,如果说“爱”是自然属性,“尊”则是社会属性。对老年人的尊重和宽容是一个社会责任的履行问题,代表了一个社会的文明程度。如果一个社会对老年人没有充分的保护和尊重,这个社会是无序的,是没有前途的。中国古代长期以来历朝历代的法律中大多都有对老年人的犯罪的人道性的规定,我国当前刑法汇总所做的一定程度上是价值的重规过程。^④

但是基于礼教的缘故,随着儒家刑事理念的原教旨化的铺开,中国社会将尊老爱幼的伦理上升为一种统治秩序,作为一种政治手段之后,德化的归责变成了很多统治的规则,进而这一思想扩展的统治的各个角落,成为“三纲五常”的基石,使得整个社会的规范走向了“纯洁化”,儒家思想的原教旨化就由此起形。^⑤

笔者认为,人类社会存在着两种关系,一种是伦理关系,这是从上而下的有序;一种是契约关系,这是一种平等的有序。两者之间不是一个层次,但是一个社会要稳定有序,需要伦理关系的清晰化。一个社会要发展有序,需要契约关系的清晰化。人类社会从身份走向契约的过程就是从一种关系转向两种关系在不同的领域和谐相处的过程。一个社会应当是一个有序的社会,这个有序的标准是一个以基本的伦理作为基础而存在的。所以传统法律中的伦理道德模式“上下有序,尊卑有序”本来是无可非议,只不过不能将“尊”就严格等同为一种特权,“卑”等同于消灭人格。法律抑或政策无论是古代还是现在都应该是富有人文主义风格或人道主义情怀的。而儒家思想的原教旨化则使得伦理关系被引入一切领域,并且格式化和绝对化后将伦理义务法制化,将人的个体权利极度缩减,个人不再具有独立的价值和权利。

一些西方学者惊讶于中国人对家族义务之重,达到了没有个人利益可言的地步,以至于出现“杀子孙”的合法化的现象。说其异化或原教旨化,是因为这离原点已经有太远的里程。在以原教旨化的政策中,个人的要求权已经微乎其微了。美国法学家范伯格从“法定要求权”的高度,阐述了“要求”制度化的合理性。“法定要求权是必不可少的十分宝贵的所有权。没有要求权的社会,不管怎样充满着善行和忠于职守的精神,都将遭受严重的道德沦丧之害,因为人们将不再指望别人会根据功过和要求的正当性来体面地对待他们。的确,他们会把自己看做是并不具有向别人提出仁慈和体谅对待的特别要求的人,以至于一旦人们以微不足道的体面态度对待他们的时候,他们就会认为自己是非常幸运的,而不认为自己本来就应受此对待,并且认为他们的恩人特别友善,值得感恩戴德。这种对个人自尊和个性发展的伤害将是难以估计的。要求权是一种能够向别人争取、敦促、并合理地加以索取的权利。在合适的环境下,权利拥有者能够迫切地、命令式地或坚决地要求得到他自己的权利。权利并不是由爱心和同情心所激发的纯粹的赠品和恩赏。如果

是恩赏,对它的适当反应则只能是感恩戴德。权利是人们能够用来维护自己的东西,是一种可以不感困窘和羞耻而提出要求和坚持维护的东西。有要求权的社会是这样的社会,其中,一切人,作为现实的或可能的要求者,在他们自己和别人看来都是应受尊重的有尊严的对象。无论是爱心和同情心,还是对权威或地位显赫、德高望重的人的服从,都不能取代要求权的价值。”^⑧这段话可谓鞭辟入里。无论是中国的传统社会还是当代社会都是通用的,其揭示了一个共同的心理,因为我们尚未对我们的精神进行深刻的剖析,我们习惯于被要求而不习惯于去要求,这都可以在儒家思想原教旨化那里找到源头。在那里,本应由爱心和同情心为支撑的伦理关系演化为一种法律意义上的某种绝对性的力量,从而完全扭曲了事物的本质,法律的意义上的要求权被完全剥夺。所谓的待遇变成了一种恩赐,接受者所能够做的就是感恩戴德,从而形成一种失重下的“平衡”。

(二)儒家刑事理念原教旨化从“术”开始

儒家思想的原教旨化是从董仲舒开始的。随着儒家思想与“术”的结合,其从纯粹的观念表达被包装为一种政治统治思想。刑法与道德观念的相辅相成这一点是放之四海而皆准的,但是道德全面入律,致使法律与道德的关系完全错位。将带有普适性、人伦性、依靠信念维存的规则演化为统治“术”,构成新的“法、术、势”相统一,儒家思想的原教旨化由此逐步形成。所以必须对董仲舒的学说进行仔细分析,才能够确定原教旨化的精髓。

当代学者孙景坛在《董仲舒非儒家论》一文中指出:“传统上在坚持汉武帝‘罢黜百家独尊儒术’说时,都认为董仲舒是儒家,这是很值得商榷的。笔者认为:董仲舒不是儒家,其思想从本质上讲,应为术家。”^⑨这是颇有见地的。纲常关系是原教旨化后社会关系中最基本的关系,是所有社会关系的主线。董仲舒虽然提出了“三纲学说”,但将其政治术语化,并非出自儒家,而是术家思想。先秦时期,儒家从未将“君臣、父子、夫妻”三者并列,如《论语·八佾》说:“君使臣以礼,臣事君以忠。”孟子更是认为:

“民为贵,君为轻,社稷次之”;^⑩“君有大过则谏,反复之而不听,则易位”;^⑪“闻诛一夫纣矣,未闻弑君也”^⑫。

孙景坛还认为,正式将三纲学术规范化的始作俑者是韩非。^⑬其具体依据是:《韩非子·忠孝》首次提出:“臣事君,子事父,妻事夫,三者顺,天下治;三者逆,天下乱。”后来《吕氏春秋·似顺论》亦肯定说:“凡为治必先定分:君臣、父子、夫妇六者当位,则下不逾节,而上不苟为矣;少不悍辟,而长不简慢矣。”

笔者认为,这样的看法确实富有现实意义,至少可以纠正人们长期以来对于理论的简单化归类。实际上,法家和儒家的根本区别在于前者强调权力绝对化,后者则强调人伦的重要性,反对权力的绝对化,认为权力也应受到伦理的制约。但是在儒家思想经过权力的改造之后,实际上已经很难说与最初的儒家思想完全一脉相承了。更为重要的是,以礼入法的过程实际上也是以法入礼的过程,儒法结合就是儒家思想与法家“术”的理念的结合,两者逻辑上看似矛盾,但实际上在统治者那里,无非都是一种杂糅并陈的统治术而已。所以说,法家也罢,儒家也罢,政策——“术”——的需要成为选择的理由。正是因为术家主张君权的绝对性和主导性,“三纲”思想发端被归类于法家就没有什么好奇怪的了。实际上,可以印证的论说还有很多。“所谓忠臣,不危其君;孝子,不非其亲”;^⑭“事在四方,要在中央。圣人执要,四方来效”;^⑮“威势者,人主之筋力也。”^⑯在君权面前,正直和亲情都是没有作用空间的,俯首听命是唯一的选择。

从政策与法治的关系角度来说,董仲舒是属于儒家还是术家,是以儒家思想为主,还是韩非的思想为主,不是本文争论点问题。这样的争论也不会有一个明确的结果。但是对于其思想渊源的分析却有助于我们从现实角度来审视中国古代刑事政策的演变。因为权力将某种思想正统化,永远是以统治的有效性为出发点的,至于统治策略冠以什么名称,同样也是以统治的有效性为标准的,尽管其所弘扬的思想可能已经面目全非、今非昔比。

三、刑事政策教旨化的具体体现

(一)“诛心”成为一大特色

《春秋公羊传》认为,要达到“讥世卿”,就要“诛心”。如在分析《春秋》“书法”的“及”与“暨”的区别时说:“及犹汲汲也,暨犹暨暨也。及,我欲之;暨,不得已也。”对此,何休注解:“举及、暨者,明当随意善轻,恶浅;所以原心定罪。”^①在《公羊传》中,“诛心”是通过历史事件的“讥”或“贬”等来表达的。如“《春秋》贬陈侯之弟招”,“言将自弑君也。今将尔词曷为与亲弑者同?君亲无将,将而必诛焉”;而在先秦时期,儒家从不主张“诛心”,“诛心”是法家韩非、李斯等人的思想专制。

对于专制权力来说,诛心是一种必然结果,似乎和儒家或法家思想没有一个必然的师承关系。而且,从逻辑上说,诛心说在理论上具有合理性,强调对客观行为制裁的规范性要求只不过是迫不得已的选择而已。但问题在于诛心的结果势必会导致罪刑擅断。这在中国社会的变迁中不断得到验证,凡是权力追求绝对化的时期,诛心的政策总会显得格外耀眼。

从刑法的适用角度来说,诛心的政策主要表现为:

(1)“君亲无将,将而必诛”。据说此语出自《春秋公羊传》“庄公三十二年(又见于昭公元年)”,是针对鲁国公子牙欲为叛逆而季友令其饮鸩之事而阐发。它说:“公子牙今将尔,辞曷为与亲弑者同?君亲无将,将而诛焉。”据唐人颜师古对其文义的解释——“以公子牙将为杀逆而诛之,故云然也。亲谓父母也。”^②凡是蓄意杀害君上、父母而谋乱的,即使并未付诸行动,也当与叛逆同罪。例如《汉书·淮南王传》记载,淮南王刘安谋反,胶西王刘端奏曰:“安废法度,行邪辟,有诈伪心,以乱天下,营惑百姓,背畔宗庙,妄作妖言。《春秋》曰:‘臣毋将,将而诛。’安罪重于将,谋反形已定。臣端所见其书印图及它逆亡道事验明白,当伏法。”又如《后汉书·樊傺传》也有这样的故事:广陵王刘荆有罪,明帝意欲宽恕,诏樊傺与任隗共同审理。但最终他们却“奏请诛荆”,故明帝发怒:“诸卿以我弟故,欲诛之,即我子,卿等敢

尔”。樊傺亦当面顶撞说:“天下高帝天下,非陛下之天下。《春秋》之义,‘君亲无将,将而诛焉’。是以周公诛弟,季友鸩兄,经传大之。臣等以荆属托母弟,陛下留圣心,加侧隐,故敢请耳。如令陛下子,臣等专诛而已。”

《史记·叔孙通列传》也曾记载:陈胜起义后,博士诸生三十余人在二世面前却齐声诵:“君亲无将,将而必诛焉”,也即“人臣无将,将即反,罪死无赦”。因此,为了更有效地强化皇权和父权,这一原则便成为汉代“《春秋》决狱”的一个最重要的原则。

(2)“原心定罪”显然与上述规则同脉相承。这一原则也是由《春秋公羊传》引申而来的。《春秋》“庄公三十二年”载:“秋七月癸巳,公子牙卒。”《公羊传》解释说:“何以不称弟?杀也。杀则曷为不言刺?为季子讳杀也。曷为为季子讳杀?季子之遇恶也,不以为国狱。缘季子之心而为之讳。”因此,董仲舒在阐发《春秋》大义时便予以发挥说:“《春秋》之听狱,必本其事,而原其心,志邪者不待成,首恶者罪特重,本直者其论轻。”^③

这样一来,随着以经治国的深化,汉王朝便在法律实践中广泛采用了这一原则,并把它的内容归结为“赦事诛意”。^④所谓“《春秋》之治狱,论心定罪。志善而违于法者免,志恶而合于法者诛”^⑤。例如,《太平御览》“卷六百四十”引董仲舒《春秋决狱》说:“甲父乙,与丙争言相斗。丙以佩刀刺乙,甲即以杖击丙,误伤乙。甲当何论?或曰殴父,当枭首。”论曰:“臣愚以父子至亲也,闻其斗,莫不有怵怅之心,执杖而救之,非所以欲诟父也。《春秋》之义,许止父病进药于其父而卒。君子原心,赦而不诛。甲非律所谓殴父,不当坐。”

再如《论衡·恢国》说:“广陵王荆迷于孽巫,楚王英惑于侠客。事情列见,孝明三宥,二王吞药。周诛管蔡,违斯远矣。楚外家许氏与楚王谋议,孝明曰:‘许氏有属于王,欲王尊贵,人情也。’圣心原之,不绳于法。”类似事例还可以见于《汉书·薛宣传》、《孙宝传》、《后汉书·鲍昱传》、《郭躬传》、《论衡》和《风俗通义》等,此不赘引。

汉王朝采用的这种“原心定罪”,是与“君亲无

将,将而必诛”及“《春秋》诛首恶”相互关连着的,其目的就是要最大限度地把人们“叛逆”的行为扼杀在未萌之中。这对于维护统治无疑有着很大诱惑力,但同时也为官吏任意解释法律、滥行刑罚开了方便之门。当然,从法学自身来看,这种“原心定罪”也确有一定的合理性,因为“志善而违于法者”,往往都属于“过失”犯罪,而“过失”犯罪在量刑上则应当从轻。《汉律》明确规定:“过失杀人坐死。”问题只在于它没有明确的决狱标准,故往往会造成司法上的混乱。特别是“志恶而合于法者诛”,这更是所谓“思想”犯的滥觞,对后世产生了极其恶劣的影响。直到近代以来,随着民主和“无罪推定”思想的传入,这种“诛意”观念才逐渐为人们所唾弃。

“刑罚的目的在于预防犯罪”这样的说教说明了能够遏制人内心的犯罪冲动的处罚才是最完美的刑罚,但是这只是一个理想状态,现实中是不可能的,因为操控权力的人并非神明。其既不是全知的,也不是正义的化身。思想所追求的是一种理想,从个人的修养角度来说,诛心或许并没有过错,但是一旦落实为现实的定罪政策,理念只能成为权力的附庸,诛心就成为专制的帮凶。

(3)“春秋决狱”。所谓“春秋决狱”,就是以《春秋公羊传》的经义来解释法律的规定,来作为分析案情和认定犯罪的根据,这是以礼入法的最为重要的体现。由于汉代经义决狱主要是引用《春秋公羊传》的原则,因而这种决狱形式又被称为“经义决狱”或“《公羊》治狱”。《史记·儒林列传》记载,吕步舒“执节决淮南狱,于诸侯擅专断,不报,以《春秋》之义正之,天子(武帝)皆以为是”,“上下公卿治,所连引与淮南王谋反列侯、二千石豪杰数千人,皆以罪轻受重诛”。^⑧《汉书·武帝纪》又载:“淮南王安、衡山王赐谋反,诛。党与死者数万人。”对此,皮锡瑞在《经学通论》中说得好:“汉世《公羊》盛行,究之其盛行者特酷吏以济其酷。”真是切中要害。

春秋决狱以礼入法,必然的结果就是原心定罪并进而达实现诛心的目的。董仲舒认为:“《春秋》之听狱也,必本其事而原其志。志邪者不待成,首恶者罪特重,本直者其论轻。”^⑨又说:“《春秋》之好微,与

其贵志也……是故君杀,贼讨,则善而书其诛。若莫之讨,则君不书葬,而贼不复见矣。不书葬,以为无臣子也;贼不复见,以其宜灭绝也。”^⑩对于无意为恶的,当然予以宽宥。董仲舒说:“《春秋》之义,许止父病,进药于其父而卒。君子原心,赦而不诛。”^⑪

(二)以酷为声

制度永远不是线性发展的,不是单向的。重刑的压力需要一定的途径加以宣泄。“德礼为政教之本,刑罚为政教之用,犹昏晓阳秋相须也。”^⑫所以在统治思维中往往会出现政策的兼容性、协调性并行发展。但是在伦理规范不再仅仅属于德化视野之内的常态的时候,在“以吏为师”暗地里被重拾的管理模式中,“以酷为声”必然成为吏治政策的规律性的表达和社会政策的表达。“术”的功用被屡试不爽,“术”的残酷性自然暴露无遗。沈家本在清末刑律改革中率先从废除一些残酷的、沉重的刑罚——凌迟、刺配、缘坐——开始,实际上就是对古代重刑制度的否定,可谓直奔主题。

以酷为声注重刑事结果和刑事手段双重严酷性。从方式上看,追求手段的极端性,“王温舒”至广陵都尉,则郡中豪取往吏十余人,皆为爪牙,皆把隐其罪,而纵使独盗贼,快其意所得。此人虽有百罪。弗法。夷之,亦灭宗”^⑬。从结果上来看,注重政策的效果,致使大量的无辜者成为牺牲品。“抓捕河内郡中豪猾,相连坐千余家。上书请,大者至族,小者乃死。事论报,至流血十余里。”^⑭“景帝乃拜(郅都)为济南太守。至则族灭矚氏首恶,余皆股栗”^⑮。

四、儒家思想原教旨化的终极——以理杀人的前因后果

周桂钿曾说:“中国历史上有三位特大思想家:孔子、董仲舒、朱熹。孔子是儒学创始人,董仲舒是经学大师,朱熹是理学大师。经学是汉代的儒学,理学是宋明时代的儒学。这三大思想体系是不同时期的儒学代表,是儒家发展的三个里程碑。”^⑯有观点认为:“这种看法在理论界具有普遍性。其实,董学在汉代只具有理论意义,不具有现实意义,或现实意义极小,而且这种理论意义仅对‘术儒合流’有价值。”^⑰如果不从中国传统文化的角度,而是从古代

法治与政策博弈的角度来分析,上述观点倒是颇有道理的。三个标志性人物的出现,反映了儒家思想怎么成为统治思想的,进而怎么被逐步异化的。

若将经学、理学作为一项治国之政策,显然可以发现其思想的杂糅性,这既是长期以来礼法结合的一种理论成果产物,同时促进了礼法合流。儒家思想自从其成为一种经过法家改造的统治策略,其就不再是原汁原味的了。不仅如此,因为儒家本身的对立并没有因为结合而减少,儒法合流的结果不过是对于法家统治政策通过儒家的规范加以柔化而已。从这个意义上说,在后世,法家思想实际上是机体的骨血,而儒家思想则只是皮肉。所以从汉代独尊儒术到宋明理学的发达,作为通知策略,骨子里还是散发着浓郁的法家气息。

经学、理学作为一种治国之策,其根本的支柱无非包括一下几个方面:“三纲”说、“重义轻利”、“思想专制”和“诛心”。这不禁让我们感到似曾相识。而“诛心”说更是传承了韩非、董仲舒之思想,成为古代主观主义刑法的价值基础。“是故禁奸之法,太上禁其心,其次禁其言,其次禁其事。”^⑥

对这一命题和学说的毁誉可谓牵绊着后世的历史。从元朝开始,程朱理学甚至逐步被点定于国学的地位,这是儒家思想原教旨化的纵深发展。清朝康熙帝甚至宣称,朱子之学乃“集大成而继千百年绝传之学,开愚蒙而立亿万世一定之规定”^⑦。然而即使在朱熹所在的时代,道学理论内部就存在着不同的争议,其中最为著名的莫过于“鹅湖之会”。在后世中,对理学批判最为猛烈的则莫过于清代戴震的“以理杀人”说。

对于程朱学说,及至当代社会同样也存在一些辩白。或认为在朱熹那里,“人欲”指的是“私欲”,与人的正当欲望并非同一概念。比如,“若是饥而欲食,渴而欲饮,则此欲亦岂能无?”^⑧“同是事,是者便是天理,非者便是人欲。如视听言动,人所同也。非礼勿视听言动,便是天理;非礼而视听言动,便是人欲。”^⑨“人欲”是指那些超出了正当要求以及违反了社会规范的欲望,对于正当的欲望朱熹并不一概反对。他说:“如‘口之于味,目之于色,耳之于声,鼻之

于臭,四肢之于安佚’,圣人与常人皆如此,是同行也。然圣人之情不溺于此,所以与常人异耳。”^⑩或认为朱熹也不是盲目地抵御外物的诱惑。或认为朱熹说的“天理”,首先是主要是指自然、社会及人类个体思维的法则或规律。如果为物欲所“蔽塞”所“系累”,那就不能按照“天理”,亦即不能按照“心之本然”,亦即不能按照思维规律进行思维,那就会走入邪门歪道。因此,所谓“心之本然”,就是按照思维规律进行思维,实际就是保持心的理性思维作用,既不为物欲所蒙蔽,亦不为感性知觉所干扰,从而能真正格物穷理,认识事物的规律或法则。这也是西方哲人们一再在朱熹的思想中看到伟大之处的原因。

其实,理论和现实永远存在着差距,因为理论是对理性的一种追求,而现实则是一个社会缓慢的进化过程。对程朱理学中我们尽可以为其开脱,也尽可以进行指责。对于程朱理学的本义内容,我们尽可以各抒己见。但是我们必须将对于理学本身的评判与理学的政策异化加以区分开来。

戴震的“以理杀人”^⑪理论无疑最具有批判性,但是我们必须明确戴震所要批判的是学说本身还是学说的异化,其所有批判是本原概念还是政策异化之后的现实。

在戴震看来,理学与统治权力完成了结合,统治者将理的内容奉为至上的对被压迫者进行制裁的标准,因为拥有对于天理的解释权,被天理外衣包括的统治权也似乎更具有正当性的理由了。如果说法律的正当性依靠外在的强制力来贯彻,则理学的政策异化显然对于人的强制已经延伸到内心深处,延伸到生活的各个领域。“卑者、幼者、贱者以理争之,虽得,谓之逆……上以理责其下,而在下之罪,人人不胜指数。人死于法,犹有怜之者;死于理,其谁怜之?”戴震进而指出:“后儒不知情之至于纤微无憾,是谓理。而其所谓理者,同于酷吏之所谓法。酷吏以法杀人,后儒以理杀人,浸浸乎舍法而论理死矣,更无可救矣。”“民莫能辨,彼方自以为理得,而天下受其害者众也。”^⑫“以己之见,硬坐为古贤圣立言之意……其于天下之事也,以己所谓理,

强断行之……是以大道失而行事乖。”^④而人们孜孜以求的“理”，不过是以某些人之“意见”为理，而失之于偏颇“往往人受其祸，且已终身不寤”。以致“未有任其意见而不祸斯民者”。^⑤

“以己之见，硬坐为古贤圣立言之意”，“其于天下之事也，以己所谓理，强断行之”，戴震的这些话无疑足石破天惊的，其指斥的范围显然已经超过了程朱理学，而是泛化到整个政策层面，延伸到一种普适性的层面。数不胜数的统治者使用了数不胜数的理论来作为其基本的治理政策，而这些理论一旦成为一种统治理论之后，是否已经被异化了或者说还有多少原汁原味呢？其实包括戴震本人的经历也具有类似性。戴震的理论在其所处时代，因为其异端的性质而被封杀以至于没有多大反响，但是在打倒“孔家店”之后，礼教被贴上“吃人”的标签之后，其思想被得到发掘，甚至被誉为“启蒙家”，但他的批判精神与反对封建礼教的浪潮有质的差别。戴震致力于反对理学对儒家经典的刻意解释，力求孔孟学说的正本清源；而近代以来的反封建礼教运动则是为了推翻孔孟之道。一个学说再次被改造后用来作为支撑解读素材，新历史主义又有了一个佐证的案例。

朱熹去世9年之后，官方才承认理学非伪学，朱熹遂被追赠官衔，理宗年间又被追赠为太师、信国公，把朱熹列入孔庙从祀，《四书集注》列入学官法定之教科书。朱熹这样的经历似乎再次给人似曾相识的感觉，其死遇仿佛在昭示理学逐步被政策异化的过程。后世儒者为了满足政策的需要，将君君、臣臣、父父、子子异化为“三纲”；将孟子的仁、义、礼、智“四端”学说异化为“五常”，并由此构建起“礼教”的核心体系。“礼为天地之经，万物之秩，其体至大，其用至广。道德仁义，非礼不成；尊卑贵贱，非礼不定；冠婚丧祭，非礼不备；郊庙燕飨，非礼不行。”^⑥被异化了的礼教成为一种统治者最执著的统治政策，原教旨化的思想于是一统江湖。

所以，作为统治政策的礼教与作为儒家思想的礼的规范是不同的。“名教并不完全信奉儒学，身处名教的君臣同时还信仰道教和佛教。此外，名教就

信奉君主专制。所以，名教和儒家的具体教化是有冲突的。比如，明英宗说，用嫔妃殉葬不是自古就有的，仅仅是本朝规矩。他就废除了这个制度。要知道，早在春秋，孔子就发出了‘始作俑者，其无后乎’这样的批判。此外，明朝发生的大礼议和东林党，都表明了儒学仕子与名教的皇帝宦官之间的对立和矛盾。”^⑦

“非礼勿言，非礼勿听，非礼勿为，非礼勿用”，中国社会通过法制向礼制的转型，寻求到了另外一种统治的政策，其形式无疑有很大的不同，但都是被格式化了的社会。尤其是随着士作为一个阶层的消失和作为一种精神的湮灭，儒家刑事理念彻底被原教旨化了，儒家思想彻底沦为法家思想的外衣。“后人哀之而不鉴之，亦使后人而复哀后人也”^⑧。

注释：

①《孟子·尽心上》中记载：“桃应问曰：‘舜为天子，皋陶为士，瞽瞍杀人，则如何之？’孟子曰：‘执之而已矣。’然则舜不禁与。’曰：‘夫舜恶得而禁之？夫有所受之也。’然则舜如何之？’曰：‘舜视弃天下犹弃敝屣也。窃负而逃，遵海滨而处，终身身斤然，乐而忘天下。’”

②参见“维基百科”的“原教旨主义”条目，载 <http://zh.wikipedia.org/zh-cn/原教旨主义>，2012年3月10日。

③《吕氏春秋·孟春纪》。

④[奥]西格蒙德·弗洛伊德：《论宗教》，王献华、张敦福译，国际文化出版公司2001年版，第34页。

⑤⑥《尚书·泰誓》。

⑦《荀子·大略》。

⑧《孟子·离娄下》说道：“孟子告齐宣王曰：君之视臣如手足，则臣之视君如腹心；君之视臣如犬马，则臣之视君如国人；君之视臣如土芥，则臣之视君如寇仇。”

⑨《孟子·尽心下》。

⑩《孟子·离娄下》。

⑪颜炳罡：《徐复观的政治理念——兼论徐、牟政治理念之异同》，《齐鲁学刊》1994年第6期。

⑫⑬⑭⑮⑯《吕氏春秋·孟春纪》。

⑰《春秋繁露·阳尊阴卑》。

⑱《春秋繁露·天辨在人》。

⑲《春秋繁露·阴阳位》。

⑲参见武树臣主编:《中国传统法律文化辞典》,北京大学出版社1999年版,第24页。

⑳(西汉)司马炎:《论六家要旨》。

㉑《汉书·艺文志》

㉒《荀子·劝学》

㉓《荀子·性恶》

㉔《春秋繁露·阴阳义》。

㉕崔永东:《论中国古代的法律自然主义》,《中外法学》2002年第1期。

㉖《礼记·孔子闲居》。

㉗《全唐文》卷二百二十四。

㉘《新唐书·则天皇后本纪》。

㉙《古文观止·赏罚忠厚之至论》。

㉚从实体刑法的角度来讲,无论是发达国家刑法,还是发展中国家的刑法,多有法律规定老年人犯罪从宽、宽恕、宽宥的规定。有些国家规定对老年人犯罪不得适用死刑,有些国家规定法院判决时对已满65岁的老人要从宽处理,有些国家规定对70岁以上的老年人免除判刑。同时,对刑法的执行种类、内容和方式都体现了对老年人的处罚从宽的特征,日本刑事訴訟法、法国刑事訴訟法、罗马尼亚刑事訴訟法等都有类似的规定。在具体的刑法适用方面,还有一些国家放宽了缓刑、假释的条件。

㉛然而,近现代以来,随着我们对于儒家思想原教旨化的批判,似乎走向了另外一个极端。尤其是大家众所周知的原因,对于伦理秩序的规范性忽视,就是典型的矫枉过正。中国古代历史上有很多这样的情况,比如说,讲究法律的刻薄化,不讲恩情,不讲道德规范,最终的结果也是可想而知的。法律应当是契约化的结果,但是不能在法律中完全抛弃伦理性的内容,不能否认伦理价值的存在和支撑。

㉜转引自孟伟:第十章:业主维权有效性分析,载 www.ccrs.org.cn/show_1333.aspx,2008年1月19日。

㉝孙景坛:《董仲舒非儒家论》,《江海学刊》1995年第4期。

㉞《孟子·尽心上》。

㉟《孟子·万章》

㊱《孟子·梁惠王》

㊲前引⑳,孙景坛文。

㊳《韩非子·忠孝》。

㊴《韩非子·扬权》。

㊵《韩非子·人主》。

㊶前引㉚,孙景坛文。

㊷《汉书·王莽传下》。

㊸《春秋繁露·精华》。

㊹《后汉书·霍谡传》。

㊺《盐铁论·刑德》。

㊻《史记·淮南衡山列传》。

㊼《春秋繁露·精华》。

㊽《春秋繁露·玉杯》。

㊾《太平御览》卷六百四十。

㊿《新唐律·刑法志》。

①《汉书卷九十·王温舒传》。

②《史记·酷吏列传·郅都传》。

③周桂钿:《董学探微》。

④前引㉚,孙景坛文。

⑤《韩非子·说疑》。

⑥《御制文四集》卷二十一。

⑦《朱子语类》卷九十四。

⑧《朱子语类》卷四十。

⑨《朱子语类》卷一百一。

⑩“以理杀人”与“礼教吃人”的观点虽然产生于不同时代,但针对的问题相同。鲁迅先生在《狂人日记》中写道:“我翻开历史一查,这历史每页上都写着‘仁义道德’几个字。仔细看了半夜,才从字缝里看出字来,满本都写着两个字,是‘吃人’。”1919年11月,吴虞在《新青年》6卷6号发表《吃人与礼教》一文,对《狂人日记》论证,将吃人与礼教结合在一起,并列举了历史上为了名教而种种令人发指的事例。文章最后指出:“孔二先生的礼教讲到极点,就非杀人吃人不成功,真是残酷极了——到了如今,我们应该觉悟!我们不是为君主而生的!不是为圣贤而生的!也不是为纲常礼教而生的!甚么‘文节公’呀,‘忠烈公’呀,都是那些吃人的人设的圈套,来诓骗我们的!我们如今该明白了!吃人的就是讲礼教的!讲礼教的就是吃人的呀!”

⑪戴震:《戴震集》,上海古籍出版社1986年版,第188页。

⑫同上书,第187页。

⑬《孟子字义疏证·理》。

⑭《圣谕广训·明礼让以厚风俗》。

⑮崔锁江:《儒学不同于礼教论》,载 http://www.chinakongzi.org/whcy/cyll/200705/t20070519_2161185.htm,2012年3月5日。

⑯杜牧:《阿房宫赋》。