

中华法系中“礼”“律”关系之辨正

——质疑中国法律史研究中的某些“定论”

马小红*

内容提要：“中华法系”是在近代比较法研究中出现的概念，这个法系的核心价值观与根本制度是礼。但长期以来，学界在研究中将律作为中华法系的主干，而将礼束之高阁。有关礼的论述笼统而缺乏细致与具体，对礼在中华法系中的地位和作用认识严重不足。正是这种几乎将礼摒弃在法研究领域之外的做法，使我们对中华法系产生了一系列误解。比如将“重刑轻民”、“以刑为主”归纳为中华法系的特点等等。在中华法系的制度构成中，律只是各种法律中的“一端”，其地位与作用都远远不能与礼相提并论。但律在中华法系中确实又有其特殊性，这就是在礼的指导下，“律义”经历了一个由法而儒的演变过程。但这个过程恰恰证明了，在中华法系中占据主导与主流地位的是礼，而不是律。

关键词：中华法系 礼 律

百余年来，在中国法律史的研究中，一些观点——比如认为道德与法律不分是中国古代法不发达的原因；〔1〕律是中华法系的核心，而《唐律》是中华法系的代表作；〔2〕“以刑为主”、“重刑轻民”、“私法缺位”〔3〕以及“司法缺乏确定性”〔4〕等等——成为法史学界、

* 中国人民大学法学院教授。

本文为国家社会科学基金重点项目“法律文明史”研究成果，项目批准号11AZD050。

- 〔1〕 这种观点充分体现在法国启蒙思想家孟德斯鸠1748年出版的巨著《论法的精神》中。关于孟德斯鸠《论法的精神》中译本，有《法意》，严复译，商务印书馆1909年版，1981年再版；《论法的精神》，张深雁译，商务印书馆1987年版；《论法的精神》，许明龙译，商务印书馆2012年版。其中有关中国法的一段描述，至今也反复为中国学界所引用：“中国的立法者们所做的尚不止此。他们把宗教、法律、风俗、礼仪都混在一起。所有这些东西都是道德”；“当中国政体的原则被抛弃，道德沦丧了的时候，国家便将陷入无政府状态，革命便将到来”。见张译孟德斯鸠书，第313、314页；严译孟德斯鸠书，第410页；许译孟德斯鸠书，第365页。
- 〔2〕 参见《法律辞海》“中华法系”条，吉林人民出版社1998年版；沈宗灵主编：《法理学》，北京大学出版社2004年版，第10页。
- 〔3〕 参见梁启超：《论中国成文法编制之沿革得失》，《饮冰室合集》第2册，中华书局1989年版，第52页。
- 〔4〕 关于中国古代司法确定性问题的争论，参见马小红：《“确定性”与中国古代法》，《政法论坛》2009年第1期。本文不再就此问题进行论述。

甚至是法学界的不刊之论。这些观点几乎写在所有的教科书、讲义或辞书中。在研究论著和课堂的讲授中,这些观点不必经过论证,也不必对其渊源或学派观点的沿革加以说明、考证,就可以被径直用来描述中国古代法和中华法系。问题也就出在这里,当我们习惯用这些被学界视为“定论”、“通说”或“权威”的观点来证明自己的观点时,也就违背了历史研究须用史料说话的基本准则。正是这种用观点,而不是史料证明观点的“研究”,使我们对中华法系产生了诸多的误解。

问题还在于这些出自学界的“定论”,影响或改变了中国社会对本土传统法律文化数千年一以贯之的自信。自清末变法以来,许多清廷的重臣、学士以及民国时期的大员、学者,已然不再继续先人的惯例,即在言国政法度时必祖述尧舜(先贤文化)、宪章文武(英明帝王的治国经验)、引经据典(主要是儒家经典),却转而言必称欧、美、日与希腊、罗马。连近代以来为国际学界所公认的世界五大法系之一的“中华法系”,虽在学界时常有人零星提起,但在社会上已被人们逐渐遗忘。

更重要的问题在于,其实稍加追究,就可以发现这些广为学界、社会所认可的“通说”、“定论”与客观事实有着明显的不符,通说与通说之间矛盾百出,定义与定义之间无法兼容。当“中国法律思想史”教科书将“德主刑辅”作为中华法系主导思想时,“中国法制史”的教科书却把中国古代法律发展的主线定位在“以刑为主”、“重刑轻民”上;当我们将“以刑为主”误读为重刑主义时,却又没有人解释为什么汉以来始终是儒家的仁政、德治思想占据立法、司法中的主导地位,而法家的严刑峻法一直受到批判;当我们将“中国古代的‘法’即为‘刑’”作为一个毋庸置疑的“常识”时,对严复、沈家本等近代思想家、法学家一再强调的“刑”为古代法之“一端”的观点却视而不见。^[5]类似的疑问与矛盾处,在中国法律史的研究中可以说比比皆是。这种基于学科立场而非问题意识造成的“矛盾”和“不兼容”,显然与近代以来许多学者视“学科”为壁垒的狭隘的研究方法有关。

笔者学识有限,无法在一篇论文中对发现的问题一一辨正,而产生这些问题的“方法论”原因则更须假以时日,另文论证。笔者认为,客观、正确地理解礼与律在中华法系中的地位与关系,是纠正与克服上述问题产生的关键。所以,本文欲通过对中华法系结构的描述,以论证礼在中华法系中的地位;厘清律在中华法系形成与发展中的“经化”过程及与礼的关系,以期澄清将“以刑为主”、“重刑轻民”等视为中华法系特点而带来的误解。

一、礼在中华法系中的“根本”性地位

“法系”是一个近代比较法研究中出现的概念。由于不同学者划分法系的标准不尽相同,所以关于世界上究竟有多少“法系”的观点也不尽相同。20世纪初,“法系”之说为中国学界普遍接受,梁启超发表于1904年的《中国法理学发达史论》称“近世法学者称世

[5] 参见[法]孟德斯鸠:《法意》,严复译,商务印书馆1909年版,第3页。严复按语:“西文‘法’字,于中文有理、礼、法、制四者之异译。”沈家本言:“古来法制之书,莫详于《周官》(即《周礼》)。”又言:“说者谓西文‘法’字,于中文有‘理’、‘礼’、‘法’、‘制’之异译,不专指刑法一端。”参见(清)沈家本:《历代刑法考》,邓经元、骈宇骞点校,中华书局1985年版,第2242页。

界四法系，而吾国与居一焉。”〔6〕1937年中国法律史学家杨鸿烈在《中国法律对东亚诸国之影响》〔7〕一书中对当时法系划分的情况作了介绍。〔8〕综合比较各种观点，杨鸿烈取五大法系之说，即将世界法系划分为印度、中国、回回、英国、罗马五大种类。并以为“‘中国法系’在‘世界法系’中有其不可磨灭之价值存在，即‘发生最早’、‘传播最广’，足与其它四大法系分庭抗礼也。”〔9〕“中华法系”又有“中国法系”或“中国固有法系”等多种说法。杨鸿烈没有更详细地说明取“五大法系”之说的原因，但五大法系之说，为中国法学界普遍接受的原因，笔者认为应该有两点：一是这种划分清晰地表明“凡属于具有某种共性或传统的法律就构成一个法系”。〔10〕二是法系同时还必须具有“清晰、完备、系统、连续的法律思想和法律方法体系”。〔11〕这两个标准应该是学界对法系划分的共识。

（一）中国古代法与中华法系并非同义语

首先需要说明中国古代法与中华法系的关系。就时间而言，中国古代法远比中华法系漫长，其指中国法文明发源直至清朝的法。而中华法系则指汉代儒家思想占据主导地位，礼教复兴之后的法。就内容而言，中华法系与中国古代法有重合之处，即中华法系是中国古代法发展的最后一个阶段。古代法经历了夏商西周的礼治时期、春秋战国礼治衰微时期、秦朝法治时期及汉以后以礼为主导的礼法合一时期。

综合近代以来有关中华法系的研究成果，我们可以为“中华法系”作这样一个定义：第一，“中华法系”是近代比较法研究中出现的概念，它以中国古代法律为主要研究范畴，同时也包括受其影响的东、南亚古代法律。就地域而言，中华法系以中国为主，但又限于中国。第二，就时代而言，中华法系主要指汉中期法律儒家化以来的中国古代法律，截至清末变法修律之前。儒家的思想成于春秋战国，是夏、商、西周，尤其是西周礼治经验的总结。所以，汉以前的历史，可以视为中华法系的准备期。第三，中华法系的特点在于，其价值观以儒家提倡的“礼”，也就是人伦道德为核心；在表现形式上，以制度的儒家化为目标；其目的在于维护礼教提倡的，而又为社会普遍认可了的伦理道德。

根据法系划分的标准解析中华法系的结构，中华法系应该有两大部分，一是以儒家思想为主的法律价值观。这一价值观既是统治者提倡的主导思想，也是被社会大多数人认可的主流思想。二是与这种法律价值观基本相匹配的法律制度。中国古代法当然也是由两大部分组成，即法的社会价值观与法律的制度构成。但是，中国古代法与中华法系的不同之处在于，其经历过春秋战国至秦这一动荡时期，尤其秦统一后，法的主导价值观是法家，而不是儒家。基于此，笔者不同意将中国古代法与中华法系混为一谈，将中华法系的历史等同于中国古代法律发展的历史。

将中国古代法与中华法系不加区别地进行研究的代表作是李钟声的《中华法系》。〔12〕

〔6〕 梁启超：《中国法理学发达史论》，《饮冰室合集》第2册，中华书局1989年版，第42页。

〔7〕 笔者所用版本为中国政法大学出版社1999年版。封面为《中国法律对东亚诸国之影响》，扉页为《中国法律在东亚诸国之影响》，该书1937年初版时书名与1999年版扉页所用书名同。

〔8〕 参见杨鸿烈：《中国法律对东亚诸国之影响》之《全书提要》，中国政法大学出版社1999年版，第1页。

〔9〕 同上书，第2页。

〔10〕 前引〔2〕，沈宗灵主编书，第130页。

〔11〕 倪正茂：《比较法学探析》，中国法制出版社2006年版，第156页以下。

〔12〕 参见李钟声：《中华法系》，华欣文化事业中心1985年版。

该著将中华法系定义为“中华文化所孕育形成的法律制度”，从上古时代的结绳记事一直叙述到民国时期的现行法律制度。这一定义与比较法研究中出现的以儒家思想为主导的“中华法系”概念明显不同。学者审之。

（二）古人之礼非今人之礼，礼是中国古代文化，也是中华法系的核心价值观念

礼在中华古代文明的发展中，地位举足轻重，不可或缺。“礼”是中国古代文化的核心，中外学界对此结论都不会持有异议。古人以“中国者，礼义之国也”^[13]而自豪。近、现代学者也无不将“礼”作为中国传统文化的根本。^[14]一些外国思想巨擘，如伏尔泰、魁奈、孟德斯鸠、黑格尔等在言及中国时，也会将“礼”视为中国的标志，并对此见仁见智，褒贬不一。礼对中国古人而言绝不仅仅只是进退揖让、无关宏旨的“小节”，而是一个对国家、社会、家族、个人至关重要，甚至可以说是生死存亡攸关的、内涵丰富的概念。上至国家朝纲，下至家法族规；大到治国平天下，小到日常生活中的一言一行；无形的影响至每一个人的思想与价值观，有形的影响至每一个人的言谈举止，等等。可以说，礼在中国古代社会中既是无处不在、无时不有的约束，也是全社会认可的民族精神和人生追求。正因如此，无论是研究中国古代各个方面的制度，还是研究中国古代的人生、社会价值观、思想，都必然会涉及到礼。应该注意的是，在近现代社会中，“礼”的内涵萎缩，与古代的礼有了很大的不同。现今人们普遍地将“礼”定义在外在的举止文明方面，礼所表达的内涵远比古代社会狭隘。有学者指出：“今天人们往往只把‘礼’看作是日常生活中文明行为的规范，这样理解中国古代的‘礼’是远远不够的。实际上，‘礼’不仅包含了我国古代社会生活各个领域的制度和规范，而且包含了与这些制度和规范相适应的系统的思想观念。”^[15]这种观点可以在儒家保留、修订的上古之书，如《尚书》、“三礼”中得到验证，也可以从春秋战国以至历代的典籍中得到证明。

礼作为中国古代法的核心价值观念，是在中华法系形成后延续下来的。在夏商西周的礼治社会中，礼所提倡的人伦道德，即忠孝节义不仅是社会主流思想和统治者倡导的主导思想，而且也是法律的核心价值观念。春秋战国至秦，礼的主导地位受到质疑与破坏，法家的“法治观”成为时尚。在“礼崩乐坏”的困境中，礼经过儒家的维护与阐释，得以保存。更为重要的是儒家的经典将礼进一步系统化和理论化，为后世礼的核心地位的复兴和弘扬作了充分的准备。^[16]汉中期以后儒学成为王朝的主导思想，与社会认可的主流价值观合一。以礼为本的儒家经典，先成为司法实践中诏狱、疑狱裁决的根据，^[17]其后又成为立法、司

[13]（唐）徐彦：《春秋公羊传注疏》“隐公七年”。从儒家的经典可以看出，中国古人的价值观是以礼为标准的。“有礼”与否是文明与野蛮、君子与小人的区分标准。比如《论语·季氏》中记孔子教子言：“不学礼，无以立。”

[14] 这一点从近代以来人们对传统文化的反思和批判集中于“礼”、“礼教”方面就可以看出。参见邹昌林：《中国礼文化》，社会科学文献出版社2000年版。

[15] 丁鼎：《礼：中国传统文化的核心》，载浙江大学古籍研究所编：《礼学与中国传统文化——庆祝沈文卓先生九十华诞国际学术研讨会论文集》，中华书局2006年版，第1页。

[16] 关于礼与经学的关系，参见陈成国：《论六经总以礼为本》，载上引浙江大学古籍研究所编书，第559页以下。

[17] 如众所周知的汉儒董仲舒的《春秋决狱》。其实，以儒家的经典作为裁断诏狱与疑难案件的准则贯穿于汉至清代的整个历史过程。而以礼来裁决民间细事纠纷，自汉以后直至清代更是理所当然的事情。这一点可以从历代刑法志、案牍判词及保留到今天的清代与民国初期的地方司法档案中得到证明。有关资料的汇集可以参见高潮、马建石主编：《中国历代刑法志注译》，吉林人民出版社1994年版；陈重业辑注：《古代判词三百篇》，上海古籍出版社2009年版。研究成果可以参见黄宗智：《清代的法律、社会与文化：民法的表达与实践》，上海书店2007年版；吴佩林：《清代县域民事纠纷与法律秩序的考察》，中华书局2013年版。

法的指导思想,^[18]随着中华法系的形成与发展,礼由此成为中华法系的灵魂所在。

(三) 礼是中华法系中的“根本法”,也是中国古代法律制度之“根本”

关于礼所提倡的人伦道德是中华法系的核心价值观,也是中华法系的立法、司法指导思想,不仅为大量的历史资料所证实,而且也是学界的共识,对此笔者不想再多费笔墨。笔者想补充的是,作为法律的核心价值观,礼在中华法系中同时还具有“根本法”的性质和作用,这种性质和作用有些类似于宪法。

请看法国启蒙思想家卢梭对宪法的定义:在政治法、民法、刑法“三种法律之外,还要加上一个第四种,且是一切之中最重要的一种;这种法律既不是铭刻在大理石上,也不是铭刻在铜表上,而是铭刻在公民的内心里;它形成了国家的真正宪法,它每天都在获得新的力量;当其他的法律衰老或消亡的时候,它可以复活那些法律或代替那些法律,它可以保持一个民族的创制精神,而且可以不知不觉地以习惯的力量代替权威的力量”。^[19]

在此,我们要对卢梭提到的政治法、民法、刑法做一必要的解释。卢梭这种对法的领域的划分是基于孟德斯鸠的理论。在《论法的精神》中,孟德斯鸠将法划分为“国际法”、“政治法”和“民法”。国际法产生于国与国间的“战争”状态。而政治法与民法则产生于民与民之间的“战争”状态。国际法调整着不同国家或族群间的关系;而政治法则调整“治者与被治者的关系”;民法调整“一切公民间的关系”。^[20]卢梭所言的三种法律,没有国际法,却增加了刑法。卢梭认为“人与法律之间有第三种关系,即不服从与惩罚的关系”,^[21]于是就产生了刑法。这种以功能和调整对象为标准划分的法的类型具有普遍意义,任何一个进入了国家的人类社会,无论古今社会还是东西方社会,理所当然都会有这三方面关系调整的法律。中国古代社会也不例外,同样有调整“治者与被治者关系”的政治法,有调整“一切公民间关系”(中国古代称为百姓间“细事”)的民法,有国家颁行的“不服从与惩罚关系”的刑法。

以卢梭政治法、民法、刑法、宪法这样的划分方式,分析礼在中华法系和中国古代法律制度构成中的地位,可以说礼的“宪法地位”是无可置疑的。因为礼在漫长的中国古代社会中(除春秋至秦代)不仅是“政治法”、“民法”、“刑法”的灵魂之所在,而且也是所有法律规范都不得违背的“上位法”,是官场、社会、家族、个人必须遵守的最高规范,是立法、司法的最高准则。

卢梭描述宪法的第一个特征是“由下而上”所产生的,它不是国家颁行的制度,而是根植于人心、社会的“根本法”,是一个民族的精神所在。礼亦是如此。它不是国家颁行的具体的法律制度或条文,但它却“铭刻在公民们的内心里”。国学大师钱穆对礼这种“由下而上”的产生过程以及其在古代社会中所居的根本地位有着精辟的概括:“群众乃指夫妇之愚,若不知有所谓思想,不知有所谓理论,不知有所谓疑辨,不知有所谓发明。然群众虽卑,饮食男女,蹈常袭故,而共成其俗,共定于礼。礼由群众来,由群众之蹈常袭故来,

[18] 有些礼本身就是法律,所以沈家本将《周礼》视为法制之书,参见前引[5],沈家本书。而《唐六典》以及后世的《典章》、《会典》皆为效法《周礼》之作。

[19] [法]卢梭:《社会契约论》,何兆武译,商务印书馆1987年版,第73页。

[20] 参见前引[1],张深雁译孟德斯鸠书,第5页以下;许明龙译孟德斯鸠书,第13页以下。许译本译为“万民法”、“政治法”、“公民法”。

[21] 前引[19],卢梭书,第73页。

由群众之德性之所好所安来。”^[22]正是这种自下而上,根植社会的特征,使礼成为中华民族精神的寄托。这也是自汉中期中华法系形成以来,每当礼遭到破坏时,便会激起社会激烈对抗和反对的原因。五代时武人专制,轻文尚武,斯文扫地。但礼教的观念在人们心中并未泯灭,社会舆论对“无礼”的统治者的鞭挞反而是前所未有的激烈。翻开《新五代史》,可以看到当时势高位重、权倾朝野却缺乏礼教熏陶的统治者普遍被社会舆论讥讽,为世人不齿。后唐昭武军节度使安叔千“状貌堂堂,而不通文字,所为鄙陋,人谓之‘没字碑’”。^[23]人们还称前蜀王王建为“贼王八”,^[24]称南平王高季兴为“高癡子”^[25]等等。类似五代这种民间对统治者“无礼”或“失礼”的反对与抗争,在王朝的末年或社会变革之时几乎都会重演。民间给这些无视礼教的统治者以恰如其分的“绰号”,反映的是作为根本法的礼在汉以后社会中所具有的不可动摇的地位和民众对于礼的坚信与熟知。

中华法系中,礼作为根本法的地位,不因统治者的喜好而改变,它根植于民众心中,是衡量一切是非,并高于一般法律制度的大法。成于汉儒之手的《礼记》对礼的根本法性质和作用作了总结:“道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分争辩讼,非礼不决;君臣上下,父子兄弟,非礼不定;宦学事师,非礼不亲;班朝治军、莅官行法,非礼威严不行;祈祷祭祀、供给鬼神,非礼不诚不庄。是以君子恭敬撙节退让以明礼。”^[26]

卢梭对宪法特征的另一个描述是,宪法是其他制度的根本。当一些法律衰老和消亡时,它可以替代那些已经不起作用甚至是起反作用的制度,弥补制度的暂时缺位。它可以复活旧的制度或创设新的制度,它是民族精神之所在,它能以习惯的力量替代权威的力量。考察中国古代法的兴衰,礼的作用又何尝不是如此。当政治法(比如古代的官仪、令、式、典章、会典中的一些内容)、民法(比如古代的令、禁约、告示、家法族规中的一些内容)、刑法(比如古代的律、令、科、比、格、例中的一些内容)等等具体的法律制度发生变化,或被束之高阁、形同虚设时,甚至在王朝的更替战乱中,我们可以看到礼的修复、创制、弥补作用。当春秋战国礼治从上层遭到破坏时,民众便充当起了“卫道士”的作用,反映当时民意、民风的《诗经·国风》中有许多篇章记载了当时民众对“失礼”的统治者极度的不满和嘲讽。^[27]当秦朝为富国强兵而强行推行国家颁布的“法令”时,天下读书人却诵礼之声不绝。^[28]由于礼的权威始终不曾在民众心目中减弱,所以在汉中期我们看到了它的复兴,看到了在它的指导下,新的法律制度体系的重建,看到了中国古代法的逐渐成熟,即中华法系的形成。

其实,孔子以及先秦的儒家对礼在制度中的根本作用早有深刻的认识,孔子提倡“克己复礼”,并告诫人们“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动”。^[29]在制度崩坏的情

[22] 钱穆:《中国思想通俗讲话》,生活·读书·新知三联书店2005年版,第4页。

[23] 《新五代史·安叔千传》

[24] 《新五代史·前蜀世家》

[25] 《新五代史·南平世家》

[26] 《礼记·曲礼上》

[27] 如《式微》对春秋时天子式微,诸侯不守礼节的不满,《墙有茨》对公室丑闻的揭露等等。《相鼠》篇更是直接责骂“人而无礼,胡不遄死”?

[28] 《史记·秦始皇纪》载太子扶苏谏秦始皇:“天下初定,远方黔首未集,诸生皆诵法孔子。”

[29] 《论语·颜渊》

况下,是非标准来源于人们的价值观。这种被社会普遍认可的价值观即礼,是制度缺失时的弥补,是“以习惯的力量替代权威力量”的基础,是未来创制的依据。《礼记·大传》托孔子之言道出,发自人之本性的“亲亲”、“尊尊”、“长长”、“男女有别”,也就是礼所提倡的孝、忠、节、义,是任何时候都不能抛弃的制度之根本:“立权度量,考文章,改正朔,易服色,殊徽号,异器械,别衣服,此其所得与民变革者也。其不可变革者则有矣:亲亲也,尊尊也,长长也,男女有别。此其不可得与民变革者也。”礼为制度之根本在春秋战国不独为儒家所认识,即使以“救世”为己任,急于变革的政治家们的认知也是如此。子产是春秋时期著名的变法者,学界常常将其归之于前期的法家,《左传》“昭公二十五年”记子产言:“夫礼,天之经也,地之义也,民之行也。”

正是因为这种全社会对礼的认同,也正是因为礼凝聚了中华民族的精神,所以它在数千年历史的发展中,总能“获得新的力量”,历久而弥新。在王朝的更迭、制度的废立中,礼始终存在,始终是各项制度产生或复活之源。

综上,笔者认为在中华法系中,无论是从核心价值观加以考察,还是从制度的构成加以考察,礼都占据主导地位。礼是中华法系的灵魂。就中国古代法律的发展而言,笔者认为应该实事求是地按历史的阶段进行分析。在春秋战国以至于秦统一的一段时间内,法家的思想被统治者奉为至宝,占据了主导地位。但三代礼治社会所形成的主流价值观并未因为秦的强权而消亡,儒家对社会主流价值观的维护及与时俱进的更新,为汉中期礼重返主导地位奠定了基础,而中华法系正是礼重返主导地位的产物。

二、先秦之律与中华法系形成后律与礼的磨合

无论是从价值观的核心地位,还是从制度构成的关系上说,律在中华法系中的重要性远远不能与礼相比,但是律在中国古代法律发展中由法而儒,由具体制度而逐渐演变成刑之“经”的过程却是中华法系中其他法律(比如令、典等)在发展中不曾遇见的。律与礼由合而分,再由分而合的艰难磨合过程,^[30]恰恰证明了礼在中华法系中的至上地位。

(一) 对律的过度关注缘于律在中华法系中的特殊性和礼律关系演变的复杂性

如果仅仅以礼在中华法系中的地位证明“以刑为主”是今人对中华法系误读的说服力尚不够直接的话,那么阐释律在中华法系中的地位则对否定“以刑为主”的观点有着直接的证明力。在阐述律的地位之前,应该解释清楚这样两个问题:其一,尽管学界对“中华法系”的定义并不一致,但没有人否认中华法系是以儒家思想为主导,礼法合一的体系。中华法系的价值取向实际就是儒家经典中提倡的礼,制度构成也是礼法的综合体。而作为“刑书”之一的律,起于法家,就制度而言,律也只是各种法律制度中的“一端”。^[31]那么为什么在中华法系的研究中,律却被学者们如此青睐?其二,自秦以后,几乎历代都会由

[30] 关于中国古代法律发展的阶段,礼与律之间的磨合参见马小红:《礼与法:法的历史连接》,北京大学出版社2004年版。

[31] 前引[5],严复译孟德斯鸠书按语;沈家本书。

中央王朝颁行统一的律典,^[32]但完整流传于今的律,却以唐律最古。唐之前,十余朝的律皆佚。近代法史学家程树德“欲尽搜罗唐以前散佚诸律”而作《九朝律考》,然而令人深思的是《九朝律考》始于汉律,被史家称为“繁于秋荼而密于凝脂”并奠定了律之基础的秦律却在浩瀚的史料中几乎灭迹,程树德只好将其“附见于汉律中”。^[33]如果律之于中华法系确如近代学者们所认为的那么重要,而中国又是一个如此重视文化与典章制度传承的国度,为什么律的完整流传却始于唐,而发“律”之端的秦朝律文,在史籍中又是如此难以寻觅?

上述问题反映出“律”在中华法系中虽非“为主”,却也是性质与地位特殊。无限地夸张律之作用与简单地无视律的特殊性,都会导致研究结论的偏颇。鉴于律在中华法系中的特殊性以及与礼的复杂关系,在进一步论述前,为方便读者对后文的理解,笔者欲将研究所得的结论前置如下。

笔者的结论是,以礼为主导的中华法系形成后,所面临的最大困难就是礼律的磨合问题。因为中华法系中的其他法律(如规范官吏职责的政治法、调整民事关系的民法)在价值取向上与礼并无矛盾,唯有发自法家的以刑为主的律,^[34]无论是价值取向还是实施方式都与礼的价值观格格不入。从汉人对秦律的尖锐批判中,可以知道律与礼的对立,正是秦律为史家所不载的原因。汉中期后,礼虽然成为王朝倡导、社会广泛认可的价值观,成为中华法系中根本法与各种制度形成之基础,但在法家思想指导下所形成的律却也是无法废除的。于是,在礼重新占据了主导地位的中华法系中,律开始了“经化”的过程:这个过程是律与礼磨合的过程,是从法家的“法中求罪”逐渐转化为儒家的“法中求仁”的过程,也是从法家的“严刑峻法”逐渐转化为儒家的“慎刑”、“恤刑”的过程。在这个过程中,律的指导思想、适用原则,甚至一些条文开始了由法而儒的“经化”。其后,明清时期,一些被纳入律中的礼的规范即使在实践中被搁置,但由于这些条文是律“经化”的结果,所以在修律中也并不删除。比如出自《周礼》的“同姓不婚”,在唐代被规定于律中。据瞿同祖对《刑案汇览》中案件的考察,发现唐以后的司法实践中法律对同姓为婚采取的是不干涉主义。清《刑案汇览》载有很多同姓夫妇的案件,这其中“没有一个个案是单纯为同姓不婚而涉讼的”。^[35]但在立法上,同姓不婚却始终未能废止,在《大清律例》中我们仍然可以看到这一规定。立法与司法实践如此脱节,一个重要的原因是“同姓不婚”之律条出自礼,其是律“经化”的表现,具有展示礼律融合的特殊意义。律的经化在唐代成熟,唐律的“一准乎礼”标明律与礼的完美结合已然使其可以胜任“刑之经”的使命,这也许就是古律的完整流传始于唐,而在唐之后作为刑之经的律文很少变动的的原因所在。律的特殊

[32] 读沈家本《历代刑法考·律令考》可知,唯北朝东魏、西魏,五代晋、汉,辽、元未颁行本朝之律,但东魏、西魏沿用后魏之律,五代晋、汉沿用晋律,辽、元以汉制治汉人,律一直被沿用。参见前引〔5〕,沈家本书,第809页以下。另方龄贵校注:《通制条格校注》(中华书局2001年版“前言”)考证,元之“断例”篇目一如唐律与金《泰和律》。

[33] 参见程树德:《九朝律考》,中华书局1988年版。程氏言“九朝”者,谓汉、曹魏、晋、南朝梁、陈、北朝北魏、北齐、北周及隋。“凡例”中言,秦律为汉所沿袭者,则于“汉律中附见之”。

[34] 律的内容可以说是基本“以刑为主”的,但以刑为主的律并非是中华法系的核心。将律视为中华法系的核心或者主干,是将“以刑为主”误读为中华法系特点的原因之一。

[35] 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,中华书局1981年版,第89页以下。

性及其在发展演变中所形成的与礼的复杂关系，也是律为研究者青睐的原因。古代的思想家、政治家、学者鉴于律的特殊性，格外关注律与礼的协调，研究也多注重在立法、司法中如何做到“礼律两不相失”。而近代在西学传入并兴盛背景下，中国学界在西方的语言中找不到与“礼”对应的同义词，^[36]而又匆匆忙忙将律作为中国古代法律或中华法系对应西方“法”的主体。这种对应不自觉地契合了西方主流法学给中国法“刑法发达”的定位，也导致了对中国古代法或中华法系“以刑为主”的误读。

（二）律是形成于先秦法家变法中的古代之“刑典”

律最早是军法的名称，作为法律规范的名称起码在商代已经出现了。记载商代占卜活动的甲骨文中“师惟律用”，^[37]这正与《易》经中的“师出以律”的记载相印证。汉以来的经学家也大都将《易》中“师出以律”的“律”解释为军队出征时的纪律。“师律”也就是军中的法律。^[38]军中的法律，自然较一般法律严厉，东汉许慎《说文》对律与法的解释，可以证明专门适用于军队的“律”与适应于一般人的“法”是有所不同的。法，在先秦的典籍中常常写作“灋”，右边的“廌”与“去”表示以具有神性且能断曲直的神兽“廌”进行裁断，“去其不直”；左边的三点水表示“平之如水”的结果。所以，法有神断、公正、裁判之意。而律，作为军法，则更强调“均布”、“划一”。由此可见，作为军法，律的特点是令出必行，赏罚分明，没有例外，必须服从。可以说，律没有一般法律所具有的那种善恶是非观，它只注重用绝对的服从来加强军队的战斗力，赢得战争的胜利。律只强调服从，不服从者将受到严厉的刑罚制裁。

律的特征正迎合了穷兵黩武的春秋战国时代，也正适合了当时法家力主的各诸侯国的变法活动。一些诸侯国为在兼并战争中自保或获利，便将律作为重要的国家法制推行，并收到实效。《韩非子·蚀邪》在叙述各国变法状况时言：“当赵之方明《国律》、从大军之时，人众兵强，辟地齐、燕。”

而律成为战国后贯穿整个中国古代“刑典”的名称，^[39]则有赖于那场彪炳史册的商鞅在秦国的“改法为律”的变革。商鞅的“改法为律”，将严厉的军法——律——变为国家的刑典，要求普通的民众也必须遵守。在商鞅“改法为律”前，各诸侯国的变法为其作了制度上的准备。比如春秋时期齐桓公任用管仲“作内政而寄军令”，便是将军队的组织方式用于地方的管理，使“卒伍整于里，军旅整于郊”。^[40]由此广开兵员，增强了国家的战斗力并终成霸业。这为三百年后商鞅在秦国实行“什伍制”提供了历史的借鉴。所不同的是，管仲“作内政而寄军令”时法律尚处在习惯法时代，而商鞅实行什伍制时，距公元前536年的“郑人铸刑书”^[41]为开端的中国法典时代到来已有近二百多年的历史。更值得一提的

[36] 参见前引[15]，丁鼎文。

[37] 中国社会科学院考古研究所：《小屯南地甲骨》，中华书局1980年版。

[38] 参见《周易正义》卷二，“初六，师出以律。否臧凶”（王弼注、孔颖达疏）；另见《易学精华》，齐鲁书社1990年版，第119页。

[39] “刑典”或称“刑书”。这种名称皆为古人在论述律时所用之原文。如《唐律疏议》言李悝《法经》为“集诸国刑典”；《新唐书·刑法志》言“唐之刑书有四，曰律、令、格、式”。近代以来亦有学者认为律并非现代意义上的刑法，而是“诸法合体”的法典。参见《居正文集》下册，华中师范大学出版社1989年版，第488页。笔者不同意此种观点，因为律之主体是“罪”与“刑”的规定。

[40] 《国语·齐语》

[41] 《左传》“昭公六年”。

是,在商鞅入秦前,魏国李悝集各国变法之大成,著成《法经》六篇,为商鞅的“改法为律”提供了基础。商鞅的“什伍制”与“改法为律”是相辅相成的。“什伍制”将所有的秦民变成了“兵”(军人),而“改法为律”又将律(军法)变成了所有秦民都必须遵守的“刑典”。应该注意的是,商鞅的“改法为律”是“移军法之律作刑典之称”,而不是“诸法合体”,将所有的秦法统纳于律中。^[42]可以说,自商鞅之后,律便成为国家的刑典,汉人虽然批判秦的苛法,却继承了秦朝以律作为王朝刑典的变革成果,律在汉代仍是刑典之名称。《汉书·刑法志》记:“(高祖)三章之法,不足以御奸。于是,相国萧何摭摭秦法,取其宜于时者,作律九章。”可见,《九章律》是汉“御奸”的刑典。《唐律疏议》总结了战国以来律的发展:“魏文侯师里(李)悝,集诸国刑典,造《法经》六篇。商鞅传授,改法为律”;“汉相萧何,更加悝所造户、兴、厩三篇,谓九章之律。魏因汉律为一十八篇,改汉《具律》为《刑名》第一”。^[43]关于汉至清历代律典的篇目及体例的沿革,学者多有考证与研究,不再赘言。重要的是由此我们知道,自商鞅变法后直到清朝,律都是国家统一颁行的刑典。

(三)“法家之律,犹儒家之经”:先秦的“律”与“律义”

其实,仅有制度的基础,尚不足以使律成为秦至清贯彻始终的王朝颁行的统一刑典之名称,律之发达、成文法之风行及《法经》之出现,必有其“学”阐释其义,作为理论指导,这便出现了“律义”。先秦及秦代虽未有“律学”之名,但法家对“法”的阐述与传授却随着各诸侯国的变法而影响广泛。甚至可以说,正是在法家之学的指导下,春秋战国时期的刑典才有了突破性的发展,才从习惯法时代的“刑名之制”进入到法典时代的“刑名”、“罪名”合一的制度。^[44]

在论述先秦律与律义前,我们应该纠正几乎写在任何一本法律史教科书中的错误,即以为夏商西周时期就有了所谓的“罪名”。因为春秋以前,三代刑书只有“刑名”,没有“罪名”。如《尚书·吕刑》言墨、劓、剕、宫、大辟“五刑”;《左传》“昭公六年”、《左传》“文公十八年”记周有《九刑》,而《九刑》据汉人言为“正刑五,加之流宥、鞭、扑、赎刑”。^[45]而中国法制史的教科书中,将《尚书》中记载的“不敬上天”、“颠越不恭”、“不吉不迪”等对“罪行”的描述,误定为当时的“罪名”,抹杀了中国古代刑事法律制度在春秋战国时所取得的巨大进步。从法律的发展规律看,刑名确定而罪名不确定,正是习惯法时代的特征。因为罪名不确定,方可“议事以制”,即由裁断者综合各方面的情况“议”而量刑,^[46]这是习惯法时代贵族阶级的法律特权。这种只有确定刑名的“刑名之制”,显然无法达到春秋战国时期法家“刑无等级”、“罪刑相抵”、“赏罚分明”的法律诉求。正是在法家学说的阐释与变法运动的推动下,具有确定性的“罪名”才出现,而“罪名”的确定是成文法时代的标志。李悝《法经》一改以刑名作为刑典篇名的做法,而改以“罪名”为篇目,比如《法经》六篇中的《盗》、《贼》、《杂》皆对罪名作了明确的规定。

[42] 关于商鞅在秦实行什伍制以及“改法为律”的过程与结果,参见吴建璠:《商鞅改法为律考》,载韩延龙主编:《法律史论集》第4卷,法律出版社2002年版,第25页以下。

[43] 《唐律疏议·名例律》

[44] 有关习惯法时代与法典时代的区别参见[英]梅因:《古代法》,沈景一译,商务印书馆1984年版,第1页以下。

[45] (清)孙诒让:《周礼正义·秋官·司刑》,中华书局1987年版,第2840页。

[46] 参见杨伯峻:《春秋左传注》“昭公六年”,中华书局1981年版,第1274页以下。

《晋书·刑法志》记:《法经》“以轻狡、越城、博戏、借假不廉、淫侈、逾制以为《杂律》一篇。”在介绍了《法经》篇名后,《晋书·刑法志》还画龙点睛地指出:“是故所著六篇而已,然皆罪名之制也。”

商鞅携带着李悝的《法经》入秦并“改法为律”,实为由刑名之制转向罪名、刑名之制的合一,形成了罪罚确定的刑法体系。^[47]由于律更能体现法家对刑之作用的诉求,能将刑的作用发挥到极致,所以律在法家思想指导下制定的愈见繁密。1975年出土的湖北云梦秦简,证明了作为刑典的律在秦统一前已经十分发达。而阐述律义的法家之学在秦统一后,更是被秦统治者奉为不容置疑的王朝核心价值观。从《史记》、《汉书》的描述中,可以看出秦始皇为政的特点是“贵治狱之吏”、“专任刑罚”,如果说中国古代曾有过“重刑主义”或“以刑为主”占据主导地位的时期,那么这就是法家思想指导下的秦王朝。秦对律的重视一如汉之后统治者对儒家经典的重视,所以元代儒生柳贯总结道:“法家之律,犹儒者之经。”^[48]

律,作为法家青睐的治国工具在战国至秦得以充分地发展,并成为王朝教育的中心内容,《韩非子·五蠹》中提出的“以法为教”、“以吏为师”的主张成为秦始皇的为政原则。用严刑峻法统一人们的言行和思想,违律者必受到严厉的惩罚——这就是法家对律义的阐释。

(四) 汉之后的律学:律与律义由法而儒的转变

通过前文的叙述,我们可以为律作一个定义:律类似于现代社会中的“刑法”,就“律制”而言,主要内容是:第一,明确规定了犯罪的要件,并规定与罪名相应的刑罚,因此古人常将律称为“罪名之制”。第二,规定了国家法定的“常刑”种类,比如《唐律》中的笞、杖、徒、流、死。因此古人也常将律称为“刑名之制”。第三,与只有确定刑名而无确定罪名的三代刑书不同,律明确规定了何种行为构成何种犯罪,应该受到何种刑罚。第四,它规定了刑罚的适用原则。先秦的刑罚适用原则是以法家思想为指导的。

汉武帝时期“独尊儒术”,法家思想对律义的阐释显然不能符合汉中期主导思想的变化。虽然时代决定了武帝无法改变汉承秦律的局面,但以法家之学阐释律义却被逐渐废止。于是律与礼的磨合,便从重新以礼来阐释律义开始了。汉代儒生,继承了先秦儒家的传统,其不仅看到了刑罚震慑作用的有限,而且更看到了秦朝“专任刑罚”二世而亡的教训及过度用刑的危害。汉武帝时确立的官方主导学说——经学,高扬的是儒家仁义教化的旗帜,与以刑立威的法家律义不免矛盾。但是,无论是汉武帝还是当时及后来通过习儒通经而受到朝廷重用的儒生,没有人提出过废除律制的建议,因为他们都明智的认识到“汉承秦制”是一个历史的必然,是他们无法更改的选择。无论法家的律义与儒家思想有着怎样的冲突,律制在现实国家与社会的治理中都已无法废除,成书于东汉儒生之手的《汉书·刑法志》对此说得透彻:“鞭扑不可弛于家,刑罚不可废于国,征伐不可偃于天下。”鉴于此,汉统治者面向实际做出了以官爵利禄为诱导,以弘扬经学而扬儒抑法统一人们思想的决策。在

[47] 关于《法经》及商鞅“改法为律”的有无与性质在学界一直存在争论。关于《法经》的问题,参见何勤华:《中国法学史》第1卷,法律出版社2006年版,第66页以下。关于商鞅“改法为律”的问题,参见前引[42],吴建璠文。

[48] (元)柳贯:《唐律疏议·序》,载《唐律疏议》,中华书局1983年版,第664页。

刑典方面的变革,以儒家思想阐述律制,将儒家对刑之作用的诉求注入律中,成为汉武帝独尊儒术后的不二之选,以儒家经典注律的律学由此而兴。律学在律义由法而儒转变过程中发挥了关键性的作用。

开以经注律、以儒家学说阐述律义之先河者,是汉代董仲舒。清代张鹏一作《两汉律学考》,从《史记》、《汉书》、《后汉书》本传及表、志中集律家作成图表,述其人名、世业、官阶、事迹与所著。董仲舒之前列萧何、叔孙通、张欧、张释之、贾谊、晁错、宋孟、刘礼、田叔、吕季主、彭祖十一人。唯文帝时贾谊有儒学背景:“年十八能诵诗、书。”而其余人或为文史,有“学”无派,如萧何、叔孙通等;或学法家,好法律,如晁错、彭祖等。而武帝之后,情况大有改观。董仲舒通晓《春秋》,“治《公羊春秋》”,景帝时期为博士,武帝时举贤良,为诸侯国相。董仲舒最为世人知晓是因“天人三策”而获得武帝赏识,儒学因此而成为汉之“国学”。不仅律义,在律制由法而儒的转变中,董仲舒也功不可没。从史书的记载看,董仲舒没有直接参加汉律的修订,但是在致仕家居期间,主管王朝刑狱的最高长官廷尉张汤则屡受武帝派遣,亲自至董仲舒所居的陋巷中请教。董仲舒总是以经剖析,集二三事,给后人留下了《春秋决狱》。程树德考证,此书直到宋时尚存。^[49]武帝派张汤所问之事,主要是“狱事”。而董仲舒“动以经对”,这种折狱方式,所改变的首先是律之目的。即律虽是为政者必备的治理手段,但以刑罚的震慑、恐吓作为维护王朝秩序并不是律的最终目的。律的最终目的应该是维护儒家经典中所提倡的人伦道德。

董仲舒的《春秋决狱》为改造形成于法家的刑典——律提供了思路。董仲舒后,虽然亦有以法家、纵横家释律,如晁错、主父偃等,但依据儒家经典裁决重大或疑难案件却已经是蔚然成风,不可逆向。有许多著名的经学家经、律两通,仿效董仲舒“表《春秋》之义,稽合于律”。^[50]亦有先好刑名之学,而后又学习儒家经典者。^[51]虽然许多学者指出,汉武帝罢黜百家是表面文章,终汉之世,就律的阐释而言,儒家也没能一统天下,而是王、霸、道并存。就历史现象的描述来说,这样的论点无可非议。但是就历史的走向来说,我们可以看到,自汉初始,法家作为王朝确立的唯一的统治学说,地位动摇。自武帝起,律义唯法家之学是从的局面不复存在。不同的律义阐释淡化了法家对刑的强调,也淡化了作为刑典的律与儒家仁义思想的冲突。以经决狱的儒家律学虽然与释律诸家并存,但其已经取代法家,成为王朝的统治学说,并为社会大多数人所认可。如张鹏一在《两汉律学考》中总结的那样:“汉以经术施诸政治一事,实自董仲舒发之,当时人君向用其说,古汉世律法多洗秦旧,流风所被,浸为俗尚。”

董仲舒后,两汉律学的发展,史籍多有记载,学界也多有论述。如《晋书·刑法志》记:“叔孙宣、郭令卿、马融、郑玄诸儒章句十有余家,家数十万言。”而出自东汉大儒班固之手的《汉书·刑法志》中所表达的法律观,也说明儒家的刑法主张经过律学的阐释至西汉末基本成为律之灵魂。《刑法志》引孔子言:“今之听狱者,求所以杀之;古之听狱者,求所以生之。”由此区别了儒法两家对律制有着不同的目标要求:法家于“律中求罪”,儒家于“律中求仁”。又引孔子言“古之知法者能省刑,本也;今之知法者不失有罪,末也。”

[49] 参见前引[33],程树德书,第163页。

[50] (东汉)王充:《论衡·程材篇》。

[51] 参见(清)张鹏一:《两汉律学考》,藏于日本东京大学东洋文库。

由此区别了儒法两家对刑罚作用认识的不同：法家只是将刑作为惩罚犯罪的工具，而儒家则将刑视为社会教化的一种特殊手段，即用刑不仅要树立法律的权威，更要树立是非善恶观。《汉书》为官修史书，其表现出的价值观在当时社会中居于主导地位自不待言，而《刑法志》体现出的儒家的刑法观念，说明法家的律义已经逐渐退出历史舞台，而儒家的阐释已然使律义翻新，获得新的灵魂。

（五）礼的拟制：律制日益简约，律义日益深邃

自汉武帝后，律的发展历程与礼有诸多相似处，甚至可以说其正是礼的拟制。众所周知，周公“制礼作乐”及周礼之发达，是中国古人以“礼仪之邦”而自豪的缘由。“克己复礼”是孔子的毕生理想。但身处春秋“礼崩乐坏”之时的孔子也知道周的礼制、礼仪过于繁琐，礼的完全实施几乎是无法达到的。因此，在强调“复礼”时，相对于制度、仪式而言，孔子更强调恢复与弘扬礼义，即礼所维护的人伦道德——孝、忠、节、义与礼义所体现的仁、义、礼、智、信的宗旨。简单地说，孔子对礼制的改良并不反对，但他旗帜鲜明的反对抛弃礼义。战国以后，在儒家思想指导下，作为制度的礼制越来越简化，陈寅恪言“自汉以来史官所记礼制止用于郊庙朝廷，皆有司之事”。^[52]在礼制简化的同时，礼的价值观（礼义或礼教）经过儒生们不间断地阐释，成为社会主导与主流价值观。忠、孝、节、义及仁、义、礼、智、信成为社会的共识和各项“制度”的根本，日益繁密。合乎礼义与否，大到关涉王朝的合法性，细微至个人言行的准则。

律自汉中期以来的发展，也经过了律制日益简约、律义（儒家之价值观）日益深邃这样一个类似礼由战国而汉的发展过程。汉初萧何对律制进行了“简化”，原因在于战国至秦政的“泛刑罚”治理，将许多不是或不应纳入刑法领域解决的问题也纳入到律中。根据湖北云梦出土的秦简看，汉人对秦法“繁于秋荼而密于凝脂”的评价并不为过。但简化律制并不是一件简单的事情，其不仅需要长时间实践经验的积累，更需要理论的指导。萧何的《九章律》虽为后世奉为律宗，但其简化律制的工作并未达到理想的状态。程树德在《九朝律考·汉律考》中列出了许多汉律中律令不分、律礼不分的例子。但此时的律礼不分，是因为律令定义尚不明确，体系尚不完善以及秦之尊法任刑的思想尚有广泛的影响而造成的，其与汉武帝后的礼法有机融合有着本质的不同。

由此可见，自汉至唐，律的体例日益规范，篇目、条文总体呈减少的趋势。^[53]与律制发展日益简约同步的是，儒学对律义的阐释却日益深邃。正是律义的深邃，使律制在修订时体例更为完善，条文更加规范，解释也更加准确。汉以来的经验与学理的积累，使得律逐渐“经”化。文颖注《汉书》，在解释《宣帝纪》中的“令甲”时言：“萧何承秦法所作律令。律，经是也。天子诏所增损，不在律上者为令。”唐代，律完成了官方的统一解释，从董仲舒“动以经对”，到魏晋时期的“应经合义”再到唐律的“一准乎礼”，后世的立法者无不奉唐律为主臬。从纪昀作《四库全书总目提要》对唐、清两朝律之评价，可以看出，

[52] 陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿》，中华书局1977年版，第4页。

[53] 汉律60篇；曹魏《新律》18篇；晋《泰始律》20篇；北齐律12篇949条；北周《大律》25篇1537条；隋《开皇律》12篇500条，《大业律》18篇500条；唐《武德律》、《贞观律》12篇500条，《永徽律疏》12篇502条；《宋刑统》依唐律，12篇502条；明《大明律》7篇460条；清乾隆《大清律例》7篇436条。

自唐以来律的修订审慎,改动极少,已然成为刑之“经”,^[54]《唐律疏议》成为一部“刑理”之典。就刑罚而言,唐时的格令、宋时的编敕、明清时的例皆可以因时因势而变通轻重,但律却是相对稳定的、不可变的。唐之后律更重律义所体现的刑之理,与“经”并无分歧,正如薛允升在《唐明律合编》的《例言》中所言“律与经相辅而行”。^[55]

通过对律之经化过程的描述,我们可以了解律在中华法系中的特殊性,其也直接证明了在中华法系中占据主导地位的是礼而不是律,更不是刑。

三、有关中华法系研究中的误读辨正及原因初探

“律”与“中华法系”是两个出现于不同历史时期的概念。笔者曾对“古代法”与“传统法”的概念作过区分,认为古代法是历史的客观存在,是已经静止了的过去;而传统法则是后人对古代法的阐释,它是流动的,而且连接着历史与现实。^[56] 按此划分,律属于前者,即古代法的范畴,而中华法系则属于后者,即传统法的范畴。因为中华法系是近代比较法研究中出现的概念和领域,是近现代学者通过中西法律的对比而对中国古代法所做出的阐释。这种阐释发生在中国学界以批判、反省自身传统为时尚的时代,因此一些研究者难免会以西方法律模式为标准对中华法系进行价值的判断。这种价值判断有时会使一些问题的研究陷入误区。比如将中华法系中凡是无法与西方制度对应之处,便视为缺陷。这也是近代以来中国思想界以至于整个社会对“礼”进行长时间无情批判的原因之所在。这种过度的批判,对研究中华法系造成的严重不良后果,就是基本排斥了礼的内容。于是,中国古代法成了一些支离破碎、毫无逻辑系统的惩罚制度和条文的堆砌。无论是对道德与法律不分的负面评价,还是将中华法系的特点定位于“以刑为主”、“重刑轻民”,都源于没有切实地将礼纳入法的研究范畴,并缺乏从法的角度对礼进行认真的解读与评价。

(一) 中华法系结构归纳:礼为主导的礼法综合体

通过前文的阐述,可以这样归纳中华法系的结构:中华法系的主导价值观或理论基础是儒家经典所提倡的礼。礼同时也是中华法系中的根本法以及其他法律产生、修订或废除的根据。就地位与作用而言,它与宪法有可比性。中华法系中由中央王朝颁行的法律有令、典、律等,令典多是行政方面的法律规范,^[57]而律则基本类似于现代的刑法。令典的内容多关涉朝纲官仪,与礼制相辅相成,与礼的价值观基本一致。而律经过由法而儒的转变,也成为以儒家经典为宗旨的“刑之经”。民事法律规范在中华法系中则多出现在地方官府的告示和乡规民约、家法族规中。乡规民约与家法族规制定的根据是礼,所以许多学者认为礼兼有古代民法的作用。当然,由于中国古代法的“综合性”,有时令、典、律中也会出现民事规范,比如唐令中的《户令》中便有婚姻、继承等内容。^[58]清律中也有民事纠纷解决程序的规定。^[59]更能体现古代各种法典综合性特点的例子是“《大清现行刑律》‘民事有效

[54] 参见(清)永瑤等:《四库全书总目提要》,中华书局1965年版,第711页。

[55] (清)薛允升:《唐明律合编》,法律出版社1999年版。

[56] 参见前引[30],马小红书,第60页以下。

[57] 关于令、典的性质,参见杨一凡:《重新认识中国法律史》,社会科学文献出版社2013年版,第35页以下。

[58] 参见[日]仁井田陞:《唐令拾遗》,栗劲等编译,长春出版社1989年版,第141页以下。

[59] 参见(清)沈之奇:《大清律辑注·刑律·杂犯》,法律出版社2000年版,第934页。

部分’，施行至民国十八年（1929年）十月中华民国《民法》公布施行后，才被废止”。研究者认为：“如果说，它是民初大理院时期的‘实质民法’，实在有它的道理在。”〔60〕

细言之，就中华法系的价值观而言，六十年前杨鸿烈作《中国法律思想史》时，就卓有见地指出：研究各国的法制史“应该先寻觅到几个总枢纽，然后才能触类旁通，左右逢源，这所谓总枢纽即是贯通一个法系的根本思想”；“要想彻底了解所谓世界五大法系之一的中国法系的内容，最先的急务即在要懂得贯通整个‘中华法系’的思想”。〔61〕当我们今天厘清了中华法系结构，完全可以自信地说，六十年前杨鸿烈急于探寻的中华法系的这个“总枢纽”或“贯通整个‘中华法系’的思想”就是礼。

就中华法系的制度而言，陈顾远在《中华法系之回顾及其前瞻》中言：“刑事法之要除刑官外，固归之于律统、刑书、刑狱方面；而政事法、民事法则见之于礼书、礼制方面；并有先王成宪、开国祖训为不成文法之信条，居于无字天书之崇高地位，与真正不成文的柔性宪法相当。”〔62〕在陈顾远描绘的中华法系制度构成中，类似刑法的律只是法律制度的一个有机组成部分，笔者完全同意这一结论。但更为重要的是，在中华法系中真正占据“宪法地位”的应该是礼，而礼同时具有改造其他制度（比如律）和完善、创设其他制度的功能。

由此我们可以这样认为：中华法系的结构是以礼为核心价值观，以典、令、律、礼（民事法律规范部分）等为主要制度构成的。就制度构成而言，典、令、律、礼（民事法律规范部分）都具有综合性，但也各有所重。它们之间的分野并不像现在行政法、刑法、民法那样清晰，但大致令典是可以归于前文孟德斯鸠与卢梭所言的“政治法”中，而律归为“刑法”中，以地方官告示、乡规民约、家法族规表现出的礼归于“民法”中。〔63〕对于中华法系而言，无论是政治法还是民法、刑法，都是缺一不可的，无所谓孰轻孰重的问题。但就比例而言，行政法律规范与民事法律规范显然较刑事法律规范要多。这有待于我们今后花更多气力进行深入研究。

（二）对“以刑为主”观点的辨正

英国法律史学家梅因的《古代法》对中国法律的论述甚少，但这一著作确立的“静止社会”与“进步社会”的法律标准却被学界奉为圭臬。梅因认为，与世界其他国家和地区“静止的社会”不同，“进步的社会”主要指欧洲，其标志是民法的发达。在梅因看来，中国的法律虽然比处在原始状态下的印度有所进步，但这一进步是有限并中止了的，“因为在它的民事法律中，同时又包括了这个民族所可能想象到的一切观念”。〔64〕在梅因看来，民法不发达，必然是刑法发达，而以刑为主的法律正是一切“静止社会”的标志。

梅因思想东传之际，正是中国反思自身传统，向西方寻求强国良方之时。在中西法律比较研究成为风尚的时候，学界翘楚梁启超在《论中国成文法编制之沿革得失》中为梅因

〔60〕 黄源盛：《中国法史导论》，元照出版有限公司2012年版，第424页；段晓彦：《〈大清现行刑律〉与民初民事法源——大理院对“现行律民事有效部分”的适用》，《法学研究》2013年第5期。

〔61〕 杨鸿烈：《中国法律思想史》，商务印书馆1936年版，1998年影印，第6页。

〔62〕 《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》，中国政法大学出版社2006年版，第540页。

〔63〕 近来也有学者将中国古代法分为行政法、民间法、刑事法三类。参见〔英〕马若斐：《传统中国法的精神》，陈煜译，中国政法大学出版社2013年版，第18页以下。

〔64〕 参见前引〔44〕，梅因书，第2章、第5章。

的观点作了注释,他认为汉代以后“法家言于他方面虽不复有势力,而在法律界仍以商、韩为不祧之宗”。^[65]发端于梁启超的这种批判,几乎将中华法系与产生中华法系的社会割裂,即汉之后在其他领域儒家为主导,而“法家不复有势力”;但独在法律方面,儒家被摒弃,史称刻薄寡恩的商鞅、韩非的“刑名法术”之学却成为“不祧之宗”。梁启超中西法的“比较”,误导了学界对中国古代法与中华法系的认识,中国古代法“以刑为主”的观点由此滥觞、沿袭。很长一个时期内,“中国古代的法律只是刑律”成为学界广为接受的观点。^[66]在这期间,一些反驳的意见不仅被淹没而且确实软弱无力。1959年在梅因《古代法》中译本“小引”中,李祖荫言“古代法律大抵都是诸法合体,没有什么民法、刑法的分别”。在诸法合体法律体系中,刑法与民法的比例并不是社会开化的“准则”。^[67]这实际上也是委婉地承认了中国古代法中“刑”的主体地位。近来已有学者提出要重新认识中国古代法律体系,认为“诸法合体,民刑不分”、“诸法合体,以刑为主”等观点缺乏根据。但作者文中不能廓清中国古代法律体系与中华法系之关系,未能将礼纳入法的研究视野,所以作者呈献给读者的“中国古代法律形式和法律体系”以及“中华法系”仍然是缺乏核心价值观的制度条文的堆砌。作者在否定中华法系“诸法合体”的同时,却又在文中分析所谓古代法律体系中“诸法”的“主次”问题。作者力图寻找出中国古代社会的“大法”,但由于排斥了礼,所谓“大法”、“常法”与“权制”的区别并没有寻找到恰当的划分依据,以致将律作为中华法系的“主干”,重落“以刑为主”的窠臼,并且将南宋《庆元条法事类》、西夏《改旧新定律令》也列入了“大法”之中。^[68]

以为中国古代法典以刑法为主,或以为中国古代法律几乎等同于刑律的观点,主要误区在于缺乏对中华法系的整体把握。其实,只要认可礼在中国古代法尤其是中华法系中的核心地位,承认礼在中华法系中的根本法地位与制度之根本的作用,“以刑为主”的观点便不攻自破。更何况每一个国家和地区的法律也并不是像梅因所认为的那样或以民为主,或以刑为主。在中华法系中与礼有密切关系的“政治法”,如国家的组织机构、官吏的选拔、任免、考核、奖惩等所占的比重远比刑要大。

(三) 对“重刑轻民”观点的辨正

“重刑轻民”误读的关键在“轻民”。因为刑法作为关涉人的生死予夺之法,不仅在中国,在任何国家和地区都会受到国家的重视。

如前所述,梅因将民法的发达视为欧洲的骄傲,而梁启超对此深以为然。1904年梁启超在《中国法理学发达史论》中虽认为“我之法系,其最足以自豪于世也”,但在同年的《论中国成文法编制之沿革得失》中却毫不迟疑地认为“我国法律界,最不幸者,则私法部分全付阙如之一事也。罗马法所以能依被千祀,擅世界一流法系之名誉者,其优秀之点不一,而最有价值者,则私法之完备也”。^[69]民法学界权威学者谢怀栻肯定地认为:“我国自

[65] 前引[3],梁启超文。

[66] 其中代表性的著作是美国学者D.布迪、C.莫里斯:《中华帝国的法律》,朱勇译,江苏人民出版社1995年版,第2页;梁治平:《寻找自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,中国政法大学出版社1997年版,第219页以下;前引[47],何勤华书,第46页;前引[60],黄源盛书,第84页以下。

[67] 参见前引[44],梅因书,“小引”。

[68] 参见前引[57],杨一凡书,第25页,第69页以下。

[69] 前引[6],梁启超文;前引[3],梁启超文。

古没有民法。清末变法，学习西方制度，开始制定民法，但未及成功而清朝亡。”^[70]中国古代有无民法，实为学界长期聚讼的问题。以杨鸿烈为代表的法史学者撮历代律、令、典中有关户、婚、田等方面的一些规范条文，分门别类，径直以“民法总则”、“民法分则”等现代法典名称相称。^[71]在“有”与“无”两种意见之间，还有一种观点认为：中国古代“虽无民法专书，而关于民事法则之见于载籍者，不胜枚举”。^[72]这种观点较之于绝对地“有”或绝对地“无”应该说更为符合实际。但是无论是肯定还是否定，中国古代没有一部统一的民法是不争的事实，由此“重刑轻民”作为中华法系的特点得到学界的普遍认可。

对这一问题的辨正，还是要回到中华法系的结构中寻求答案。在中华法系中，虽然没有专门的民法，但见之于“载籍”中的民法规范并不匮乏，甚至帝王的制敕、官吏的告示中，也可以寻找到“民法”的原则。散见于不同典籍中的有关民事条文大多与“礼”有着密切的联系。比如关于家族方面的宗亲、外亲、妻亲、继嗣、守志、再醮、嫡母、继母、违犯教令等。^[73]更为重要的是，为官方所认可的一些乡规民约、家族法规也都具有民事规范的性质，而这些规范产生的依据同样也是“礼”。显然，“轻民”特点的归纳与中华法系严重不符，因为“轻民”就等于说是“轻礼”，这与中华法系的价值观与制度构成背道而驰。

按照现在民法原理来理解中国古代法律中的民事部分，有这样几点需要注意：其一，民事法律规范一般来说在中华法系中位阶不高，但这并不说明民事法律规范被轻视。民事法律位阶不高的原因在于中国古代社会的结构是聚族而居。由官府认可的乡规民约、家法族规才是与每一个人切身利益密切相关的规范。其二，中国古人对于法的作用的有限性早有认识，民事纠纷的复杂，在中国古人看来远非是“规范”可以解决的。用简单的方法解决复杂的问题，正是中国古人智慧的反映。其三，在“熟人社会”中，民事纠纷在基层最容易得到公正的解决。为此，中国古代社会的乡村组织机构格外发达，而且每时每刻都在发挥着作用。《周礼·地官·小司徒》记“凡民讼，以地比正之，地讼，以图证之。”唐代贾公彦注：“六乡之民，有争讼事，是非难辨，故以地之比邻知其是非者，共正断其讼。”明代思想家丘濬言：“盖民之讼，争是非者也”，“是非必有佐证之人”，“以此正之，则讼平而民服矣”。^[74]

其实，中国古代社会的立法者对民与民之间关系的规范，对官民“良好”习惯的养成，对如何公正裁断民事纠纷，更是绞尽脑汁。官司闹到公堂，官吏看似简单的处理方式，背后则有着颇费心血的人情世故的经验总结。元人张养浩在《为政忠告》中强调：“亲族相讼，宜徐而不易亟，宜宽而不宜猛。徐则或悟其非，猛则益滋其恶。第下其里中开谕之，斯得体矣。”这是说民事官司一旦闹到衙门，裁断者应该本着“徐”（慢）、“宽”（谅解）的原则，以息讼为上。明宣宗宣德年间（1426 - 1434 年）松江太守赵豫将民事案件处理

[70] 参见谢怀栻：《大陆法国家民法典研究（二）》，载易继明主编：《私法》第2辑第1卷（总第3卷），北京大学出版社2002年版。

[71] 参见杨鸿烈：《中国法律发达史》，上海书店1990年影印，商务印书馆1930年版。

[72] 谢振民编：《中华民国立法史》下册，中国政法大学出版社2000年版，第740页。

[73] 参见张生：《民国初期民法的近代化——以固有法与继受法的整合为中心》，中国政法大学出版社2002年版，“附录（二）”。

[74] （明）丘濬：《大学衍义补·慎刑宪》。

“宜徐”、“宜宽”做到了极致，而且深受民众欢迎。史载，赵豫初到松江做太守，当地“民俗多讼”。赵豫一见讼者到了衙门，便好言相劝：“明日来”。许多当事者负气而来，回家后“逾宿忿渐平，或被劝阻，多止不讼”。赵豫因得美名“明日来”。^{〔75〕}因此，也许将“重刑轻民”改为“重刑宽民”，才更为适合中华法系的特征。

梁启超在总结孔子礼治思想时说：“‘礼云礼云，贵绝恶于未萌，而起敬于微眇。使民日徙善远罪而不自知也’。孔子以为礼的作用可以养成人类自动自治的良习惯，实属改良社会的根本办法。他主张礼治的主要精神在此。”^{〔76〕}梁启超的话，说出了中国古代大部分民事法律虽位阶不高，但并非是不受重视的原因。从这一角度说，古代没有形成专门的民法，未尝不是一种智慧的反映。

结 语

中国古代法是一个延绵了近五千年的法系，中华法系也持续发展了近两千年。中华法系在现代虽不复存在，但却是一个值得我们为之自豪的法系。在研究中国古代法的过程中，作为一个法史学者不能不为中华法系在数千年间的琢磨、完善而达到的精致、圆通而赞叹，不能不为祖先的法律才智而自豪。

但在本文结束时，笔者想告知各位学人的却是：

第一，在上个世纪的30、40年代，一批有志于复兴中华法系的思想家、法学家，在经历了认真的研究后，于60年代基本放弃了这种希望。现代亦有学者提出了这样的问题：为什么设计如此缜密、高度发展而又具有顽强生命力的法系却无法在西方的挑战中延续自己的发展？为什么这一延绵长久的法系，却在1910年前后抛弃了本身历史传统发展出来的规范体系，而“全盘接受以欧陆为主的大陆法律体制”？^{〔77〕}这也许正是近年来在“国学热”中又重提复兴中华法系的学者们需要深思的。

第二，本文梳理中华法系中礼律的关系，分析中华法系的结构，辨正有关误解，论证中华法系特色的合理性与必然性，目的只有一个，即尽可能反映历史的真实，呈现中华法系的整体面貌。其中不免赞叹祖先的功业，遗憾中华法系的解体，但笔者更赞同一些学界前辈上世纪60年代经过认真研究后得出的结论，即中华法系已经成为过去，“欲恢复固有法系之全盛地位殊不可能”。^{〔78〕}况且一些在中华法系中原本合理、智慧的法律随着社会由古代到现代的巨变，已经成为发展的包袱。“实事求是”是学术研究的根本原则，独立思考是学者应有的基本品德，人云亦云是为学者之大忌。近代以来对中华法系的种种误读，并成为所谓中华法系研究中的“定论”、“通说”，便是在欧风西雨东来之际，许多学者缺乏独立思考而造成的。今后我们也许更应该警惕的是，在所谓“国学热”的形势下，沉渣泛起而淹没掉真正的国粹。

〔75〕 参见《明史·赵豫传》。

〔76〕 梁启超：《孔子》，载《饮冰室合集》第8册，中华书局1989年版。

〔77〕 参见陈惠馨：《清代法制新探》，台湾五南图书出版股份有限公司2012年版，第103页以下。

〔78〕 参见陈顾远：《研究中国法制史之耕耘与收获概述》，载《中国文化与中国法系——陈顾远法律论文集》，中国政法大学出版社2006年版，第549页。

第三,近来一些部门法的学者就中国古代法的研究价值向法史学界频频发问,一些问题的复杂程度已非单纯的“法史学”所能回答。陈甦研究员在2013年9月21日中国社会科学院法学所“民主法治与中国传统”学术研讨会的闭幕致辞中曾提出了这样的问题:若以现今民主法治为主题,中国传统对现在和未来法律的作用究竟是塑造整体的未来,还是在具体问题上的借鉴?陈甦认为,若将对中国的传统研究定位于解决现实问题上,不免有降低传统法研究价值之嫌。其应该解决的是主体(身份)认同即中国法律的世界地位问题。这给笔者很大的震动。其他学科领域的追问以及法史学无法回应的尴尬,说明法史学的研究已经到了必须破除学科壁垒的时候了。

Abstract: “Traditional Chinese legal system” is a concept that emerged in the comparative study of law in modern Chinese history. Rites were the cardinal value, the fundamental rules and the core institution of traditional Chinese legal system. However, for a long period of time, law has been taken as the pillar of the traditional Chinese legal system while rites are put aside and ignored by scholars in their studies of Chinese legal history. Consequently, little systematic and concrete exploration has been made on rites and the status and the role of rites in traditional Chinese legal system is seriously underestimated. The exclusion of rites from studies of Chinese legal history has led to a series of misunderstandings of the traditional Chinese legal system, such as the negative evaluation of the integration of morals and law and the characterization of the Chinese legal genealogy by “dominance of criminal law” and “preference of criminal law to civil law”. Actually law is only one of many aspects of traditional Chinese legal system and its status and role in this system was far less important than those of rites. Nevertheless, law in the traditional Chinese legal system did have some special attributes. That is, under the guidance of rites, it had undergone a process of evolution from legalist law to Confucian law. This process of evolution shows exactly the dominance of rites, rather than law, in traditional Chinese legal system.

Key Words: traditional Chinese legal system, law, rites
