

走出“律令体制”——重新认识中华法系

俞荣根

(西南政法大学 行政法学院, 重庆 401120)

内容摘要:“律令体制”说肇始于日本汉学界。中华法系不应归结为“律令体制”,而是一种“礼法体制”。从“礼法体制”来重新认识中华法系,以廓清长期以来对其的误读、误解和误判,揭示古代中国法由礼典、律典、礼俗习惯法组成的法律样式,寻求中华法系追求“礼法之治”“良法善治”的法文化遗传密码。

关键词:中华法系;律令体制;礼法体制;礼法之治

中图分类号: D929 **文献标识码:** A **文章编号:** 1000-2804 (2020) 04-0116-08

一、“律令体制”说之由来

长期以来,中国古代法、中华法系属于“律令体制”的说法几乎占据并控制中国法律史教学和研究领域,很有必要加以重新思考并予以廓清。

“律令体制”,又有“律令制”“律令法”“律令法系”“律令法体系”等说法,最早见于日本著名法律史学家中田薰先生1933年为仁井田陞《唐令拾遗》作的序文中。20世纪50年代初,中田氏连发三文阐述中国律令体系及其沿革^①。他认为:“所谓律令法系,是指由律和令两种法典形式组成之国家统治的基本法的支那独特的法律体系。”^②

继起的滋贺秀三在《关于曹魏〈新律〉十八

篇篇目》一文中明确指出,“律令法体系”始于魏晋^③。另一位日本学者西嶋定生提出“东亚世界”的“历史文化圈”概念,认为其构成“要素”主要有四项:汉字文化、儒教、律令制、佛教。其中,“律令制,是以皇帝为至高无上的支配体制,通过完备的法制加以实施,是在中国出现的政治体制。此一体制,亦被朝鲜、日本、越南等采用”^④。西嶋氏此说,将“律令制”论定为“东亚世界”的法制,亦即中华法系的载体。

此后,大庭脩、堀敏一、富谷至等日本学者进一步研究“律令体制”^⑤。如今,“律令体制”说已成为日本学界研究中国法制史乃至中国史的基础性概念与前提。

“律令体制”说深度影响着国内的中国法律史研究,翻检我们的各种中国法律史教材,大体

收稿日期: 2018-05-10

作者简介: 俞荣根(1943-),男,浙江诸暨人,教授,博士生导师,从事中国法制史、中国法律思想史研究。

^① 三篇文章分别是:中田薰《古法杂观》(载于《法制史研究》1951年创刊号)、中田薰《关于中国律令法系的发展》(载于《比较法研究》1951年第1卷第4号)、中田薰《〈关于中国律令法系的发展〉补考》(载于《法制史研究》1953年第3号)。三文后均收入氏著《法制史论集》第4卷(补遗)(岩波书店,1964年版)。参见徐世虹《秦汉法律研究百年(二)》(载中国政法大学法律古籍整理研究所编《中国古代法律文献研究》第六辑,社会科学文献出版社,2012年)。

^② 参见中田薰著《论文那律令法系的发达》(何勤华译,载何勤华编《律学考》,商务印书馆,2004年,第76页)。此文即前注所述《关于中国律令法系的发展》之节译。

^③ 该文原刊《国家学会杂志》第69卷7、8号,1955年。中译文载杨一凡总主编《中国法制史考证》丙编第二卷,中国社会科学出版社,2003年。

^④ 日本西嶋定生在1962年发表的《6-8世纪的东亚》一文即提出了这一观点,此引自氏著《东亚世界的形成》,载刘俊文主编、高明士等译《日本学者研究中国史论著选译》第二卷,中华书局,1993年,第89-90页。

^⑤ 可参见日本学者堀敏一的《律令制与东亚世界》,大庭脩的《秦汉法制史研究》,富谷至《通往晋泰始律令之路》。

上是按“律令体制”的模式编写的。

二、质疑“律令体制”说

“律令体制”不能正确表达中华法系。

中国古代法在夏、商、周“三代”的法律样态是礼与刑，是一种原始的“礼法体系”结构，经秦汉以降帝制社会的改造发展，除形成完备的“律令体制”外，至少还包括以下一些法律和规则。

一是“天道”“天理”“大经大法”“先王之法”“祖宗之法”。“天道”“天理”是一种宗教、伦理和政治法律混沌一体的信仰，但与我们所熟悉的世界性三大宗教信仰不同，它不是外在和超验的，更多的却是理性的，而且常常成为民心 and 民意的代称。“大经大法”实为以儒家经典为载体的“经义”。“先王之法”传自尧、舜、禹、汤、周文王、周武王、周公旦等古代圣王。“祖宗之法”指本朝开国皇帝定下的“祖制”“祖训”、遗命。前引西嶋定生所谓“律令制，是以皇帝为至高无上的支配体制”，其实在中国传统法理中，比皇帝与律令更高的“高级法”“法上法”“理想法”却是“天道”“天理”“大经大法”“祖宗之法”等，它们才是良法善治的渊源，也是评价当时政治法制的标准。一朝一代政治统治的合法性，刑律和令甲令乙的正当性，一些重大的疑难案件定讞的合理性，全由它们作为最后的终极标准来评判。它们才是中国古代法的灵魂所在，亦即中华法系的生命活力和定力之所在。

二是大量的乡规民约、家法族规以及习俗等非制定法。它们虽非国家制定，但为国家所认可，并同样得到国家权力的维护，成为规范和调整古代中国社会的真正“实在法”之组成部分。中华民族历史悠久，地广民稠，民族众多，环境复杂，业态繁富，能几千年一以贯之地保持基本的生活样式和秩序，所依持的便是这些底层“法下法”。如今法学界称道的“私法”，正潜涵在这样的“法下法”之中。这是中华法系之法体系自洽圆融的奥妙之所在。

“律令体制”说的持论者，往往是“法典论”的偏爱者，其视野所及，每囿于国家制定法和成文法形态，前述的中华法系中居于“法上

法”“理想法”和处于“法下法”、非制定法、习惯法的两个层面，也就难以入“律令体制”说的法眼。

对于用“律令体制”“律令国家”来界定古代中国的法制，日本的中国学学术界早有异义。享有日本京都学派史学集大成者荣称的汉学家宫崎市定在其代表作之一的《中国史》中曾写道：

从日本模仿中国制定律令这件事，有了“律令国家”这个词……如果因为同为律令国家，便从中国的情况来推断日本的情况，那还算好。要是从日本的情况来推测中国的情况，那就非常危险。就算都有“律令”这个名称，在自发产生的地方和将之引进的地方，其存在基础不一样，存在形态也不一样。^[1]

质言之，中华法系包含“律令体制”，但不限于“律令体制”，而是一种“礼法体制”。

三、中华法系是“礼法体制”

这里所说的“礼法”，不是“礼”和“法”，或“礼”加“法”，也不是指“纳礼入法”，或“礼法融合”。“礼法”是一个双音节的法学概念，一个法哲学范畴。它最早见于《荀子》，如《修身》篇之“故学也者，礼法也”，《王霸》篇的“礼法之大分也”“礼法之枢要也”等。近代学人吴寿彭在翻译亚里士多德《政治学》的“诺谟”（nomos）一词时解释道：

在近代已经高度分化的文字中实际上再没有那么多广泛的名词可概括“法律”“制度”“礼仪”和“习俗”四项内容；但在中国经典时代“礼法”这类字样恰也常常是这四者的浑称。^[2]

正是在这个意义上，只有“礼法”一词才能将中国古代法概而统之，才能比较准确地表达中华法系的特质。

中国古代“礼法”是一个复杂的构成体。从法律形式上说，有制定法和非制定法、成文法和不成文法、法典法和非法典法；从法的层级上说，有居于“法上法”的理想法、正义法，有体例完整的历朝刑事法“正律”，有相当于宪法的“国之大事”之祭礼和军礼、等等，有大量的民间礼俗等“法下法”。“礼法”是一个博大的系统，内含三个子系统。

首先是礼典子系统。“礼典”是由朝廷编

纂、颁布的礼仪大典。在“礼法体系”中，礼典的地位最高。现存儒家经典“三礼”中的《仪礼》堪称礼典之祖。历代王朝无不重视制颁礼典。刘邦建立汉王朝，命叔孙通制定朝仪制度，施行之后，刘邦大悦：“吾乃今日知为天子之贵也！”^[1]帝制时代的第一部礼典是晋惠帝元康元年（291）颁行的《新礼》，后世称《晋礼》。唐《开元礼》集礼典之大成，成为礼典的典范。

“礼典”首先要解决的是一代王朝的正统性、合法性的问题。另一个重要功能是确定王朝内部内朝外朝、省部院寺、中央和地方，以及中央王朝和藩邦属国的权力与责任（即前所谓“天下之法”），规范君臣使佐、文武百官、士庶百姓的尊卑秩序。

在古代中国，“礼典”集中体现儒家经典的“经义”，是经国安邦的“大经大法”，是相当于近现代宪法地位的法上之法。

现代法理学认为：一切法律规范都须具备“假定、指示和制裁”三个要素。“礼典”具备“假定”和“指示”两个要素，唯独缺乏一个“制裁”要素。其实，对违礼行为的制裁是由刑律去完成的。“维护礼典运作之角色，必须透过法典来扮演”^[4]。礼典、律典同属于礼法系统中的两个相互为用、相辅相成的子系统，应从“礼法”整体上去考量礼典是否具备“三个要素”，而不是将它从“礼法体系”中割裂出来。而这正是“礼法体制”的奥妙。

其二是律典子系统。“律典”，是由朝廷编纂、颁布的刑律大典^①，具有国家强制力的刚性规范。不过，律典系统必须以礼典系统为依归，不得违反礼典系统的精神原则与具体规范。换言之，中国古代法中的律典系统，是“礼法”统摄下的律令。

第三是习惯法子系统，即以礼义为旨归、礼俗为基础的乡规民约、家法族规等民间“法下法”。

家法族规的第一原则就是“合乎礼教”^[5]，以礼义为旨归。自宋代以降，名臣大儒如司马光、朱熹、方孝孺、曾国藩等皆热衷于家礼、家法的制订，使得习惯法系统愈加成熟地圆融于礼

法体系之内。习惯法位于礼法系统的底层，规范着老百姓日用的方方面面。在古老久远的礼法社会中，它们无处不在、无时不有，还无人不晓，是真正的“天网恢恢，疏而不失”的“无法之法”。

古代礼法社会的维系，仅靠礼典和律典自上至下的规范和强制是远远不够的，在相当程度上得助于习惯法之类的“法下法”。正是由于这些民间“法下法”，使得礼法精神扎根于社会之土壤、渗入百姓之心田，成为一种信仰，成为一种行为习惯，成为一种生活的常理、常情、常识。“无法之法”，是为有法，体现了礼法社会中人们关于私法关系的聪明才智。

礼典、律典、习惯法三个子系统互相之间关系紧密。从立法精神来看，律典子系统、习惯法子系统均须取于礼义、礼制，如有不合，则不具备合法性。从积极规范来看，礼典子系统、习惯法子系统构成了上和下两道防线，为天子以至于庶人提供了行为规范。从消极制裁来看，礼典子系统一般不具有自身的罚则，而须以律典子系统为保障；习惯法子系统虽然有一些惩戒措施，但须符合礼法原则，并得到国家的认可，且只能作为律典子系统之补充。三者各司其职、相辅相成，共同构成了多层次、多面相、多样态、多功能的礼法体系。

四、走出“律令体制”

对于中国法律史学来说，走出“律令体制”说，很不易，但必须。“律令体制”的思维路径，与法律实证主义、成文法主义、法典主义、法条主义脱不了干系，难以理解中国古代法和中华法系多姿多彩的法律与规则结构。被“律令体制”一叶障目的结果，难免自陷于“诸法合一”“民刑不分”“以刑为主”“民法不发达”“民事违法也适用刑罚”“严刑重罚”“缺乏法律正义”“崇尚法律工具主义”“卡迪司法”之类的评价泥潭，乃至自损、自贬、自弃、自毁几千年法律传统。而一些曾经在“律令体制”说中备受误解、误读、误判的问题，放到“礼法体制”下观照，

^①日本学者的“律令法”理论中，“律典”之“典”具有特定含义，即“法典”（code）之义。这样的律典，是在魏晋时期才形成的。本文所称律典，取典之本义。《说文解字》解释“典”的字形说：“从册在丌上，尊阁之也。”地位较普通图书为高的图书，均可称之为典。律典，即是律典系统中效力位阶最高的刑律。

方可一窥究竟，识其奥义，令人有豁然开朗之感。

“律令体制”说所依持的法典主义价值观给中国法律史带来不少误读。这里举出两例：

(一) 成文法说

即把“重视制定成文法”说成是中华法系的一大特点，而这“成文法”实为历代王朝制定之“正律”，亦即刑事法之律典。上文说到，中华法系的制度载体，系由“礼典”“律典”、礼俗习惯法组成的“礼法体制”，它是成文法与非成文法的和合体。

就成文法而言，中华法系向来重视礼和礼典，并非仅有刑律之典。它在三代“礼与刑”的形式中已初成格局。晋“刑鼎”哪称得上“中国成文法之始”！退一步而论，即使认定其为一种成文的刑事特别法，从立法程序和立法原则上论，也属于僭越立法权，且违背礼法，是一个非法之法。其实，我国成文礼法的公布远早于郑“刑书”、晋“刑鼎”^[6]。

李约瑟论及中国古代法律时说：

在中国历史上一贯表现出一种强烈的反对编撰法典和讨厌法律原则的倾向。中国人有一种深刻的信念，认为任何案件必须根据它的具体情况进行裁判，也就是说，就事论事。虽然从汉朝后期每个朝代都有法学家编了不少的判例汇集，而且每个朝代都有钦定的法规。但是总的来说，这些法规从来没有超过像欧洲的查士丁尼法或其他伟大法典的作用。而且在中国人思想上“公正”的观念比“成文法”的观念要重要得多。同样地中古世纪的中国社会还有一种不喜欢法律诉讼的倾向。老百姓尽可能避免到那个要钱的县衙门去。^[7]

这位“中国通”学者目光犀利，很多看法是对的。譬如说，古人更重视于追求实体公正等。但很明显，他仍然是站在“律令体制”的观念上来看待中国古代法的。确实，历代刑律典“从来没有超过像欧洲的查士丁尼法或其他伟大法典的作用”。它们虽为治国所不可或缺，也一向为盛世所不尚^①。古人崇尚的是“礼法”，在官方是“礼典”，在民间是以礼俗为主的习惯法。成文

“律典”必须符合“礼法”，且只是“礼法”中的一部分，除规范刑事行为外，还起到保障“礼典”和礼俗习惯法的作用。

就非制定的不成文法而言，主要是以礼俗，以及以礼俗为主干的家法族规、乡规民约等习惯法。这是一个相对独立的“礼法”子系统，是古代中国的民商事法律和规则的主要载体。中华法系并非“民刑不分”，并非诸法合体于律典之中。它与罗马民法体系最大的不同点，是家庭 and 家产制本位原则，以“户”，也就是社会学上的“家”，作为主要的民事主体，“户主”，也就是“家长”则是其当然代表。古代中国疆域辽阔、民族众多、人口稠密、交易频繁，在民商事关系上却不必制定出几千上万条成文法条加规范，社会生活基本上井然有序，奥妙就在于人们遵循“法下法”的礼俗习惯规范，能够预见遵从或违背的后果。什么是良法？符合时宜地宜并能得到人们信守、服从的“公序良俗”便是正义的“法”。这种处理私法关系的聪明才智，世上少见。“无法之法”，是为有法，亦为善治之良法，值得令人尊重、珍惜和借鉴。

(二) 法治与人治对立斗争主线说

即认为法家法治与儒家人治的对立斗争是一条贯穿于两千多年中国法律史的主线。“人治”和“法治”是一对范畴，共处于一个法律理论体系内，或治国方略体系中，二者唱的是对台戏，相辅相成，互相依存，缺一不可。依现代法治论裁量，中国古代的君主专制政治总体上归属于人治。法家非法治之论，秦政非法治之政。古代中国无论在法理上还是在法律实务上均未进入法治与人治相对立的思维模式，或运作进程，不存在一条“法治”与“人治”对立斗争的主线。儒家治国方略中，有“良法”与“君子”并重说（孟子）^②、“治人”与“治法”兼备论（荀子）^③、“任人”与“任法”结合论（王夫之）^④，这是对良法善治的不懈追求，以“人治主义”一言蔽之难以

① 《四库全书总目提要》卷八十二，史部三十八，“政书类”法令之属，案语曰：“刑为盛世所不能废，而亦盛世所不尚。”

② 《孟子·离娄上》：“孟子曰：离娄之明，公输子之巧，不以规矩，不能成方圆；师旷之聪，不以六律，不能正五音；尧、舜之道，不以仁政，不能平治天下。今有仁心仁闻，而民不被其泽，不可法于后世者，不行先王之道也。故曰：徒善不足以为政。徒法不能以自行。”

③ 《荀子·君道》：“有乱君，无乱国；有治人，无治法。羿之法非亡也，而羿不世中；禹之法犹存，而夏不世王。故法不能独立，类不能自行，得其人则存，失其人则亡。法者，治之端也；君子者，法之原也。故有君子，则法虽省，足以遍矣；无君子，则法虽具，失先后之施，不能应事之变，足以乱矣。不知法之义而正法之数者，虽博，临事必乱。”

得其真谛。要之,最适宜于概括古代中国治国之道的是这样八个字:“德礼政刑,修齐治平”。这是一种“礼法之治”。

五、“礼法体制”与“礼法之治”

走出“律令体制”,放眼“礼法体制”来观照中华法系,来审视儒家治国之道,来探寻其“礼法之治”下的良法善治追求,那真是一种“众里寻他千百度,蓦然回首,那人却在灯火阑珊处”的感觉,从而对古代儒家“礼法之治”的治道有着别样的认识。

(一) 关于德主刑辅的治国方略

孔子说:“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。”(《论语·为政》)由此奠定儒家德礼优于政刑、德礼为主为本为体、政刑为从为末为辅的原则,这是一种综合治理的治国方略。“礼法之治”是一种德性政治,它至少在以下三个方面为我们提供有益的启迪。

1. 法律和政策必须与道德相向而行。在“礼法之治”下,“礼之所去,刑之所取”。在立法、执法和司法的理论和实务上,保持法律与道德的相向而行、相辅相成。凡是道德上应受谴责的行为,也为法律所禁止;反之亦然。著名美国比较法学家伯尔曼在其《法律与宗教》中指出:“法律必须被信仰,否则它将形同虚设。”如果一项法律或政策有意无意地违背社会道德和公序良俗,那它实际上便成恶法,强行实施,必成恶政。其后果远不是“形同虚设”和失去对法律的信仰,而是会进一步损害民众,伤及民心。社会上曾流传“依法缺德”“依法损德”的俚言俗语,讽刺有的法规政令,有的司法判决损害亲情、道德和公序良俗^①,值得警惕。

2. 实行社会综合治理。在维护社会秩序和

稳定,以及在社会控制、犯罪的预防和矫治的上,德礼为主、法刑为辅带有古人所谓的“标本兼治、重在治本”的政治辩证法,未尝不是一种古老而朴素的综合性社会治理和犯罪控制学说。

3. “为政以德”,官德为先。古书中很少讲“德治”。所谓“德治”,绝非道德治国,而是“仁民爱物”的“德政”。在古贤那里,“德治”是针对“刑治”而言的。“德主刑辅”的治国之道,就是要求执政者施“德政”,行“德教”,以德惠民,以德导民。“政者,正也。”“为上不正”焉能“正人”!古代“礼法之治”,强调“为政在人”“贤者在位,能者在职”,官员是成败的关键,官德是关键中的关键。这对现代法治建设仍有借鉴意义。法治不是只讲制度不顾为政者品德,有道德的社会是法治的基础,现代法治原本属于德性政治、德性法治,而官员道德仍然是法治成败的关键,在后发性法治国家尤其如此。

(二) 关于科举取士制度

科举取士、“选贤任能”,是儒家“贤人政治”主张的制度化、法制化成果,在“礼法体制”中举足轻重。士子寒窗十载,一旦考取进士,便成“天子门生”。美国著名学者顾理雅认为,科举制度是“中国对世界的最大贡献”,其重要性超过物质领域中的四大发明。

古代科举制度自隋大业元年(605)创始至清光绪三十一年(1905)废除,历经1300年之久,其间产生出700多名状元、近11万名进士、数百万名举人。历史上诸多治国安邦的名臣、名相、有杰出贡献的思想家、文学家、艺术家、科学家、外交家、军事家等大都出自这些状元、进士和举人之中。闻名于法律史的包拯、沈家本是进士,海瑞是举人。孙中山称赞其为世界各国中用以拔取真才之最古最好的制度。他设计的“五

^①王夫之:“任人任法,皆言治也,而言治者曰:任法不如任人。虽然,任人而废法,则下以合离为毁誉,上以好恶为取舍,废职业,徇虚名,逞私意,皆其弊也。于是任法者起而摘之曰:是治道之蠹也,非法而何以齐之?故申、韩之说,与王道而争胜。乃以法言之,《周官》之法亦密矣,然皆使服其官者习其事,未尝悬黜陟以拟其后。盖择人而授以法,使之遵焉,非立法以课人,必是与科条相应,非是者罚也。”(《读通鉴论》卷五,《船山全书》第十册,岳麓书社,1996年,第397页)

^②例如,在严格实行一对汉族夫妇一孩政策时,离异重婚可视双方情形或可再育一孩;房屋拆迁或单位福利分房、集资建房,规定一户一套;房贷或限购房亦有以户为根据的。这些法律政策曾经制造出不少离婚、假离婚。一些人视婚姻为儿戏来钻法律和政策空子,固然不对,但这类法律和政策实际上起到以合法的名义践踏婚姻道德,被民众讥讽为“依法缺德”“依法损德”,其对中华民族向来重视婚姻道德之优良传统造成的破坏力、杀伤力相当巨大。

权宪法”制度的“考试权”，就汲取了科举制的优长。

科举属于礼部职能，有严格的管理和程序规定，其法规体系至宋朝而趋于完备。元朝仁宗皇庆二年（1313）《皇庆诏书》对科举考试的时间、层级、报名者年龄、道德要求等作出详细规定，并拟定了惩罚措施，是科举史上的一部重要立法。1384年，明太祖命礼部颁布《科举集成》，是中国第一部完整的考试规则，自此有了独立编制的科举法。清朝编撰的《钦定科场条例》，有六十卷之多，相当完备。

中国古代科举法律制度不仅有严格的实体正义规则，而且有看得见的程序正义细则，从而形成公开考试、公平竞争、择优录取的人才选拔制度。入仕主要不是靠血缘、靠关系、靠门第而是靠“学问”成为一种共识。“朝为田舍郎，暮登天子堂”，并不能一言以弊之为“是一句空话”。

（三）关于定罪量刑原则

罪刑法定无论是作为一种学说还是作为一种法律制度，均成就于西方近代^①。其基本含义是“法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚”。它可分解为以下主要原则：1) 不溯及既往，亦称禁止事后法；2) 刑事立法必须清晰明白，刑法规范以成文法而不是以习惯法的形式公布；3) 禁止类推；4) 法官应当严格解释，其解释必须符合法律的本义。据此反观中国传统礼法制度，确不存在严格意义上的、整体性的罪刑法定司法制度。但我国古代立法及司法上亦重视依律定罪量刑，中华法系在儒家仁学正义论和“中道”思想的指导下，罪刑关系处于一种既法定又非法定、既非法定又法定的状态。这种理论是在西晋时期确立起来的。

晋武帝时，廷尉刘颂提出了三个层次司法制度设想：

法欲必奉，故令主者守文；理有穷塞，故使大臣释滞；事有时宜，故人主权断。……使主者守文，死生以之，不敢错思于成制之外，以差轻重，则法恒全。事无证据，名例不及，大臣论当，以释不滞，则事无闕。

至如非常之断，出法赏罚，若汉祖戮楚臣之私已，封赵氏之无功，唯人主专之，非奉职之臣所得拟议。（《晋书·刑法志》）

“主者”，指主司官吏，他们执法断狱必须严守律文；“大臣释滞”，是说像刘颂这样的廷尉、三公尚书才有权“议事以制”，运用法理、经义解决疑难案件；“人主权断”，即最后呈报皇帝御批，以示生杀予夺之权操于君主，也表示人命至重，应当恤刑慎杀。但这种程序性、象征性的规定不能断言为皇帝握有不受限制的擅杀大权。这样就形成了一个法吏实行严格的罪刑法定、“大臣”可以非法定“类举”议罪、“人主”权断的司法体制。至此，中国古代司法理论格局基本定型。

在这种司法制度下，州县依律断案，有严格的司法责任，定罪量刑是确定的。大案、要案、疑难案件上报后，三法司会审、九卿会审，或朝审、秋审也都有确定的程序。一般情况下，皇帝的最后“擅断”大多是例行公事，任意改变会审结果，或一意孤行地生杀予夺，也是不合“礼法之治”的。

（四）关于刑罚制度

以往的一些议论，给人们以古代中国严刑重罚、冤狱遍地、酷刑泛滥的印象，而儒家法思想既然占有主流地位，难逃罪责。事实恰恰相反，儒家历来反对酷刑，主张慎刑、恤刑。

中国古代反酷刑的历史大致可分为三个阶段：

一是反肉刑阶段。时间大致上在隋唐以前。汉文帝曾废肉刑，但仍保留宫刑和斩右趾。这以后，肉刑时废时兴，直到隋《开皇律》、唐《永徽律》的制定，确立了笞、杖、徒、流、死的新五刑制度，肉刑作为一种法律明文规定的正刑、主刑方告终结。

二是反笞、杖的身体刑阶段。时间大致上为清末以前。这一时期，除了继续巩固反肉刑的成果，重点转到减轻和取消残酷的身体刑。历代有识之士主要是在实施笞、杖的刑具、对象、部位、数量上加以限制，并明文规定可以用钱赎，以减轻它的残酷性。

^①从学说而言，兴起于对欧洲中世纪封建制度下罪刑擅断的批判之中，是十七十八世纪思想启蒙成果之一。从法律制度而言，首定于1789年法国《人权宣言》，再创于1791年《法国刑法典》，后为越来越多国家所仿效。

三是以反对各种刑讯逼供和非法定的酷刑为重点的阶段。时间是在清末刑制改革以后,至今尚未完成。

前两个时期反酷刑的思想武器主要是儒家的仁学正义学说。

同“正义”一样,酷刑也是一个历史的、时代的范畴。儒家反酷刑有历史局限性,它不是以维护个人权利为出发点的,相反,甚至容忍家族内部的酷刑。儒家法文化特别看重家族的荣誉,在惩治犯罪中,往往把毁损犯罪嫌疑人或犯罪人本人及其家庭、家族的荣誉和名誉作为一种附加的惩治手段。因此,中国古代广泛存在着游街、示众等做法,按今天的文明水平和维护人权的要求,也是一种酷刑。

(五) 关于“无讼”^①

儒家“无讼”思想是其“和为贵”哲学的司法领域运用,对古代中国的“调处息讼”制度起着推动、提升和强化作用。

“调处息讼”主要适用于民间“细故”案件。这种制度发轫于西周^②。汉、唐时期,在乡级基层组织设有“啬夫”“乡正”之类小吏,负责调处民事纠纷。宋代,调处制度得到法律的确

认。司法官吏对于民间诉讼,一般先行采取调处息讼^③。元代形成了“调处”和“息讼”的系统法律。在基层乡里设社,社长负责调处民事纠纷,调处结果对双方当事人具有法律约束力^④。明代在全国各乡设立“申明亭”,民间纠纷小事由老人主持,在申明亭调处。经调处不能和息的,方得向官府起诉^⑤。清代,调处在民事诉讼中处于被优先考虑的地位。康熙《圣谕十六条》的“和乡党以息争讼”“明礼让以厚风俗”^⑥,成为清代处理民间纠纷的最高准则。

“调处息讼”制度为民众提供了一种解决纠纷的“非诉讼”途径选择,减少“累讼”对当事人造成的压力,有效协调“熟人社会”的人际关系,缓和社会矛盾。在传统中国社会,“调处息讼”无疑是一种最经济、最快捷地解决纠纷的制度,是当事人不要求告官府、匍匐跪拜、受凌辱呵斥和勒索盘剥而获得适当救济的制度,也是对当事人的人格尊严侵害比较地少一些、轻一些、而使其所享有的伦理和人性温情相对地多一些、浓一些的制度。

“礼法之治”传统中有可汲取正面价值的不限于这些,上述五个方面只是必要的列举。

参考文献

- [1] (日) 宫崎市定. 中国史[M]. 焦堃, 瞿柘如, 译. 杭州: 浙江人民出版社, 2015: 10.
- [2] 亚里士多德. 政治学[M]. 吴寿彭, 译. 北京: 商务印书馆, 1965: 170.
- [3] 汉书·礼乐志[M]. 北京: 中华书局, 2019: 1030.
- [4] 张文昌. 制礼以教天下——唐宋礼书与国家社会[M]. 台北: 台湾大学出版中心, 2012: 368.

① 孔子曰:“听讼,吾犹人也。必也使无讼乎!”“吾犹人”之“人”,指“听讼”之人,即司法官员,断狱定讞之人。意为,如果必须升堂审理案件,我孔子与其他司法员没有什么不一样,得依法定程序和法律规定去审断。下一句,“使无讼”,不应理解为不许诉讼、人为泯灭诉讼,而是采取导德齐礼的办法使当事人主动不提起诉讼。这里的“讼”,为田土钱债等民事纠纷之“讼”。

② 《周礼·地官司徒》有“调人”一职,主要职责是“掌司万民之难。而谐和之。”

③ 《名公书判清明集》卷之一,《官吏门·申傲·劝谕事件于后》载:“遇亲戚骨肉之讼,多是面加开谕,往往幡然而改,各从和会而去。”“如卑幼诉分产不平,固当以法断,亦须先谕尊长,自行从公均分。”

④ 《至元新格》规定“社长”的职能之一是“诸论诉讼婚姻、家财、田宅、债负,若不系违法事重并听社长以量谕解免使妨废农务,烦扰官司。”

⑤ 顾炎武:《日知录》卷八“乡亭之职”条云:“命有司择民间高年人公正可任事者理其乡之词讼,若户婚、田宅、斗殴则会里胥决之。事涉重者,始白于官,若不由里老处分径诉县官,此之谓越诉也。”

⑥ 康熙《圣谕十六条》,载《圣祖实录》“康熙九年十月癸巳”条。

- [5] 费成康, 主编. 中国的家法族规[M]. 上海: 上海社会科学出版社, 1998: 26-27.
- [6] 俞荣根. 礼法传统与现代法治[M]. 贵阳: 孔学堂书局, 2014: 129.
- [7] 李约瑟. 四海之内[M]. 劳陇, 译. 北京: 三联书店, 1987: 77.
- [8] 彭靖. 从科举制度看中国文化软实力项目的形成与发展——与关世杰教授商榷[J]. 学术界, 2013 (8): 133-140, 309.

Beyond Ritsuryo System: Re-examining Chinese Legal System

YU Rong-gen

(School of Administrative Law, Southwest University of Political Science & Law,
Chongqing 401120, China)

Abstract: The theory of Ritsuryo System originated from Japanese Sinology. Chinese legal system is an Etiquette System that should not be narrowed to Ritsuryo System. Therefore, to clear up the perennial misunderstanding of Chinese legal system, this paper re-examines Chinese legal system from the perspective of Etiquette System. It reveals that the mode of Chinese laws are composed of rites, codes and customary laws and discovers the genetic codes of Chinese legal culture, i.e., the pursuits of Rule of Etiquette, and Good Law and Governance.

Keywords: Chinese legal system; Ritsuryo System; Etiquette System; Rule of Etiquette

(责任编辑:寇 甲)