

中国古代礼制与中华法系关系新论

杨 勇 郑显文*

纵观世界古代各民族法律发展的历史,大都源于古老的习惯和习惯法,与传统的礼仪风俗有着密切关系。古希腊哲学家亚里士多德在《政治学》一书说:“人类由于志趣善良而有所成就,成为最优良的动物,如果不讲礼法,违背正义,他就堕落为最恶劣的动物。”^①融入了古代礼仪风俗的习惯法在人类文明发展的进程中发挥了不可替代的作用。

中国上古时代的礼,与祭祀有密切的关系。《说文》示部云:“礼,履也,所以事神致福也。从示、从豊,豊亦声。”在殷墟卜辞中,发现了具有象征祭祀意义的礼字。西周建国之初,大量采用了商代的礼仪文化。^②刘雨先生通过对两周金文资料进行分析,整理出二十种祭祖礼仪,通过对比,认为除翟、禋、尝三种次要的礼仪之外,其余的祭祖

* 杨勇,北京航空航天大学法学院博士研究生;郑显文,上海师范大学法政学院教授、博士生导师。

① [古希腊]亚里士多德:《政治学》,吴寿彭译,125页,北京,商务印书馆,1981。

② 顾颉刚:《周公制礼的传说和〈周官〉一书的出现》,《文史》,第6辑,1979。

之礼都是殷周同名。^①西周建国后不久,周公摄政,制作周礼。周公所制定的周礼,以德政思想为核心,融入了国家各项制度的内容,使周礼逐渐摆脱了祭祀的单一功能。现存的先秦典籍《逸周书》说:“周公摄政君天下,弭乱,六年而天下大治,乃会方国诸侯于宗周,大朝诸侯明堂之位。……明堂,明诸侯之尊卑也,故周公建焉,而朝诸侯于明堂之位,制礼作乐,颁度量而天下大服。”西周时期的礼制,已经具备了法的规范性特征。

台湾学者高明士教授认为,先秦至两汉之际,礼的发展,可归结为以下三个方面:即礼之义、礼之仪、礼之制。所谓礼之义,指礼的义理;所谓礼之仪,指礼的仪式;所谓礼之制,指礼的制度。^②笔者认为,从西周以后,很多礼的思想和礼仪制度逐渐融入国家的各种法律形式中,从而形成了礼法融合的趋势,这种现象一直持续到清末,使中华法系带有明显“礼法合一”的特色。

众所熟知,礼制和法律本属两个不同的范畴。随着社会的不断发展,礼与法逐渐剥离。法国思想家孟德斯鸠说:“只有特殊的法制才这样把法律、风俗和礼仪混合起来。这些东西在性质上本来是应当分开的。但是,虽然它们是分开的,然而它们之间却有着巨大的关系。”^③中国自古以来就是一个礼、法难分的社会,礼仪制度在中华法系中占有重要的地位,存续了几千年的中华法系本身就是一种礼制与法制相混同的法律体系。

关于古代礼制和中华法系的关系,中外许多学者都曾进行过探讨。1931年,中国学者丁元普在《中华法系成立之经过及其将来》一文中,对礼法合一的中华法系作了如下论述:“吾中华法系传统之精神,固由于礼刑一致之观念,而其进展之途径,实由宗法而扩大为国法(观刑律服制图及婚姻户役诸篇可见),而我国之刑法,独臻发达,与罗马式之法典,注重于民法,各有其历史与环境之关系,正不足为

① 刘雨:《西周金文中的祭祖礼》,《考古学报》,1989(4)。

② 高明士:《律令法与天下法》,371页,台北,五南图书出版股份有限公司,2012。

③ [法]孟德斯鸠:《论法的精神》(上),张雁深译,378页,北京,商务印书馆,1963。

诟病也。”^①此后,另有许多学者对古代礼和法关系有过精彩的论述,著名法史学家陈顾远指出:“礼不是仅有的节文,实含有另一形式的法在内,其后演变而为典章制度”;“礼在中国固有法系的观点上,除去其为道德的规律及当代社会意识的结晶以外,就是最早的政事法和民事法。换句话说,礼在儒家的心目中,范围很广,固然不限于政事法、民事法的一部分,然求古代的政事法、民事法,却非求之于礼不可”^②。瞿同祖先生在论述中国法律的儒家化时也提出:“儒家以礼入法的企图在汉代已开始,虽因受条文的拘束,只能在解释法律及应用经义决狱方面努力,但儒家化运动的成为风气,日益根深蒂固,实胚胎酝酿于此时,时机早已成熟,所以曹魏一旦制律,儒家化的法律便应运而生。自魏而后历晋及北魏、北齐皆可说系此一运动的连续。前一朝法律的儒家因素多为后一朝所吸收,而每一朝又加入若干新的儒家因素,所以内容愈积愈富而体系愈益精密。”^③类似这样的论述还有很多,在此就不加枚举了。

中国古代法律的发展演进与世界古代其他国家明显不同。总体来看,几千年来中国古代法律的发展都没有经历过剧烈的变革,除北方少数民族在中原地区建立的元、清两个政权外,中华法系很少融入外来法律文化的成分。如果从时间的维度来解析中国古代法律,大致经历了两个阶段,即夏商西周时期的习惯法阶段,有些学者称之为贵族法阶段;战国秦汉至清末的帝制法阶段。贵族法治的特征是“别亲疏、殊贵贱、断于礼”^④,礼和刑分属不同的范畴,两者处于分离的状态。帝制时代的法律特征是以先秦法家的重刑主义思想为指导,从西汉中期以后在儒家“礼有等差”思想的影响下,把许多礼的规范融

① 丁元普:《中华法系成立之经过及其将来》,《现代法学》,第1卷,1931(4~5)。

② 陈顾远:《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》,12~14页,北京,中国政法大学出版社,2006。

③ 瞿同祖:《中国法律之儒家化》,载《瞿同祖法学论著集》,381页,北京,中国政法大学出版社,1998年版。

④ 李贵连:《法治是什么——从贵族法治到民族法治》,13~31页,桂林,广西师范大学出版社,2013。

人或移植到国家的法律制度中来,使中华法系呈现出了礼和法相融合的特征。

中国古代的礼制入法是一种全方位的法律实践活动,古代许多刑事、民事、行政、诉讼等方面的法律规范都是在礼的指导下制定而成的。我国古代的法律形式律、令、科、比、故事、格、式、敕、会典、则例等各种法律形式中,皆可见到礼入法的痕迹,原来一些礼的规范经过立法程序后直接转化成为国家的法律条文,传统礼的精神已渗透到中华法系的各个角落。因此,若想深入了解中国古代法律的本质,探究中华法系的基本精神,必须要深入研究古代礼制与法律的关系。

一、对我国古代引礼入律和礼制入令现象的考察

“有社会,就有法。”关于法的起源,自古以来东西方法学家对此认识不一。英国学者洛克认为:“法律起源于一个社会契约的理论。”^①中国古代法学家对法律的起源也有自己的认识,道家的创始人老子说:“法者,非从天生,非从地出,发于人心,反正自己。”^②《汉书·刑法志》也指出:“(圣人)制礼作教,立法设刑,动缘民情,而则天象也。”法律是人类社会发展到一定阶段的产物,是立法者对以往经验的概括和总结。

礼是中国文化的一个显著特征。唐代孔颖达在为《左传》注释时说:“中国有礼义之大,故称夏;有服章之美,谓之华。华、夏一也。”^③礼制也是中华法系的重要组成部分,夏商西周时期形成的礼,经过春秋战国时期儒家学派“纳仁入礼”的改造,到西汉以后与国家的法律制度紧密结合起来,著名史学家陈寅恪先生指出:“礼律古代本为混通之学。”^④

中国古代的礼法关系经历了夏、商、西周时期礼和刑各自分离的

① [英]梅因:《古代法》,沈景一译,76页,北京,商务印书馆,1959。

② 《太平御览》,卷638引《文子》。

③ 《左传·定公十年》孔颖达疏。

④ 陈寅恪:《隋唐制度渊源略论稿》,115页,北京,生活·读书·新知三联书店,2001。

形态,两汉至清末之际礼法融合的时代。尤其是汉武帝时采纳了董仲舒“罢黜百家、独尊儒术”的建议后,在儒家思想的引领下,儒家提倡的礼的精神和礼仪制度逐渐融入国家的各项法律制度之中,不仅形成了引礼入律的局面,还出现了古代的礼入令、科、比、故事、格、式、会典、则例等其他法律形式之中的情况,礼的精神和规范全面渗透到国家制定法的各个层面。礼制入法,从根本上改变了中华法系的发展方向。

(一) 对中国古代引礼入律现象的考察

陈顾远先生指出:“任何民族之法的起源,都是先有刑事法,而后民事法;先有程序法而后实体法,我国自难外此通例。”^①中国古代的引礼入法,也是先从礼入刑律开始。

我国古代最早文献典籍所记述的法律形态是刑法,据《尚书·吕刑》记载:“苗民弗用灵,制以刑,惟作五虐之刑曰法,杀戮无辜,爰始淫为劓、刖、椽、黥”;“伯夷降典,折民惟刑。”这说明我国的刑罚在传说中的尧、舜、禹时代已经出现。夏商西周时期,“刑”通常就是刑罚的代称。据《左传》“召公六年”条记载:“夏有乱政而作禹刑,商有乱政而作汤刑,周有乱政而作九刑。三辟之兴,皆叔世也。”

夏、商、西周时期,礼和刑分属不同的范畴,其性质、功能完全不同,“夫礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”^②。只有违犯了礼的规定,才与刑罚发生联系,遭到刑罚的处罚。据《礼记·王制》记载:“山川神祇有不举者为不敬,不敬者君削以地;宗庙有不顺者为不孝,不孝者君缙以爵;变礼易乐者为不从,不从者君流;革制度衣服者为畔,畔者君讨。”

及至春秋战国之际,王室衰微,诸侯争霸,为了能够充分发挥法律的镇压功能和预防犯罪的功能,各诸侯国纷纷制定并公布成文法。魏文侯时,李悝总结了此前各诸侯国的立法经验,制定了历史上第一

^① 陈顾远:《“法”与“刑”之史的观察》,载《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》,380页,中国政法大学出版社,2006。

^② 《汉书》,卷48《贾谊传》。

部比较系统的成文法《法经》。唐代长孙无忌等人在编纂《唐律疏议》时说：“周衰刑重，战国异制，魏文侯师于里悝，集诸国刑典，造《法经》六篇：一、盗法；二、贼法；三、囚法；四、捕法；五、杂法；六、具法。商鞅传授，改法为律。”^①李悝制定的《法经》六篇，以刑法为主，《法经》也成为中国后世刑律的前身。

汉代是中国古代法律的转型时期，也是古代法律儒家化的开端。两汉时期传统礼的内容已经渗透到了国家制定法的层面了。^②在1983年湖北江陵张家山第247号汉墓发现的汉初《二年律令》中，已经有礼的精神渗透到汉律的迹象。据云梦秦简《法律答问》记载：“妻悍，夫殴治（笞）之，夫（决）其耳，若折支（肢）体、肤体，问夫可（何）论？当耐。”^③在秦代，丈夫不能随意打伤妻子，如果对妻子造成轻微的人身伤害，属于犯罪行为，将被处以耐刑。汉初吕后二年的《二年律令·贼律》中，律文的内容已发生了变化，其中规定：“妻悍而夫殴笞之，非以兵刃也，虽伤之，毋罪。妻殴夫，耐为隶妾”^④分析该条史料，我们看到西汉初年儒家宣扬的男尊女卑观念已渗透到了国家的法典之中，丈夫在家庭中的法律地位明显上升，妻子的法律地位下降。汉文帝、景帝时期，又出现了《葬律》《祠律》等篇目。2006年，在湖北云梦县睡虎地第M77号墓葬中出土了一批汉代竹简，发掘者根据墓中所出的历书推断墓葬年代的上限是汉文帝后元七年（前157年），下限在汉景帝时期。^⑤在这批汉简中，有五枚竹简属于《葬律》的条文，主要是对彻侯埋葬制度的规定，包括衣衾、祭奠、棺槨等方面的内容。高崇文教授认为汉简《葬律》所规定的西汉前期的彻侯祭奠仪

① 《唐律疏议》，卷1。

② 鞞同祖：《中国法律之儒家化》，载《鞞同祖法学论著集》，北京，中国政法大学出版社，1998。

③ 《睡虎地秦墓竹简》，185页，北京，文物出版社，1978。

④ 《张家山汉墓竹简》（释文修订本），13页，北京，文物出版社，2006。

⑤ 湖北省文物考古研究所、云梦县博物馆：《湖北云梦睡虎地M77发掘简报》，《江汉考古》，2008（4）。

式多源于先秦周制,是西汉前期的礼仪制度。^①

魏晋南北朝时期,引礼入律的条文逐渐增多,如晋律中有“律诈取父母宁依殴詈法弃市”的规定^②;北魏律中有“存留养亲”和“居三年之丧而冒哀求仕,五岁刑”的规定^③;北齐律中有“重罪十条”的规定,隋朝初年的《开皇律》中有“居父母丧嫁娶”的规定。这些律文均不同程度受到了礼的影响制定而成。

《唐律疏议》是中华法系代表性的法典,也是礼法结合最为紧密的一部法典。在《唐律疏议》502条的律文中,随处可见礼的精神和礼的规范。在唐律《职制律》中,有“府号、官称犯父祖名”的规定:“诸府号、官称犯父祖名,而冒荣居之;祖父母、父母老疾无侍,委亲之官;即妄增年状,以求入侍及冒哀求仕者,徒一年。”^④《户婚律》中,有对“有妻更娶”的处罚规定:“诸有妻更娶妻者,徒一年;女家,减一等。若欺妄而娶者,徒一年半;女家不坐。各离之。”^⑤以上这些律文的设立,全部是源于儒家所提倡的礼的精神。

明清两代的律典延续了引礼入律的传统。《大明律》卷4有“立嫡子违法”条,规定:“凡立嫡子违法者,杖八十。其嫡妻年五十以上无子者,得立庶长子。不立长子者,亦同罪。”清代《大清律例》对子孙违犯教令的行为规定了严厉的处罚:“凡子孙违犯祖父母、父母教令,及奉养有缺者,杖一百”。对于“子贫不能营生养赡其父,因致其父自缢死,子依过失杀父律,杖一百、流三千里。”^⑥

中国古代礼的精神对律典的影响主要体现在对定罪量刑和诉讼审判制度的影响。凡违犯礼的行为,均被视为严重的犯罪,历代律典所规定的罪名大都有加重处罚的倾向。礼对古代司法制度的影响也

① 高崇文:《论汉简(葬律)中的祭奠之礼》,《文物》2011(5)。

② 《晋书》,卷84《殷仲堪传》。

③ 程树德:《九朝律考》,卷5《后魏律考》,346页,北京,中华书局,2003。

④ 《唐律疏议》,卷9。

⑤ 《唐律疏议》,卷13。

⑥ 《大清律例》,卷30。

十分明显,北魏律规定:“诸犯死罪,若祖父母、父母年七十已上,无成人子孙,旁无期亲者,具状上请。流者鞭笞,留养其亲,终则从流。不在原赦之例。”^①存留养亲制度的出现,是儒家礼的精神对诉讼审判程序产生影响的直接体现。

(二) 对中国古代礼制入令现象的考察

令是中国古代一种重要的法律形式。关于“令”的含义,《尔雅·释诂》说:“令,告也。”《盐铁论·刑德》云:“令者,所以教民也。又诏圣令者,教也,所以导民。”可见,令是本朝君主向国内民众发布的法令。根据传世文献和考古资料的记述,令在秦代已经成为一种重要的法律形式,近年来在湖南岳麓书院所藏的秦简和湖南里耶发现的秦简中,有“内史郡二千石官共令”“四谒者令”“兴徭令”等许多秦令的令文。^②从笔者所见的秦令名称和令文内容看,并未发现有礼制入秦令的现象。

两汉时期是中国古代礼制入法的肇始阶段。两汉之际,律、令的划分还不很明显,汉令的功能主要是对汉律进行补充。据《汉书·宣帝纪》引文颖注:“天子诏所增损不在律上者为令。”《史记·杜周传》也记载:“前主所是著为律,后主所是疏为令。”与汉律相比,令的篇目的编排很不规范,有以先后顺序命名的《令甲》《令乙》《令丙》等篇名;有以官署命名的《大鸿胪絮令》《廷尉絮令》等篇名,有以内容性质分类的《金布令》《狱令》《宫卫令》《祠令》等篇名。汉令的形成须经过一定意义上的立法程序,著名法学家沈家本指出:“凡新定之令必先具而后著之,必明书而附于旧令之内。”^③

两汉以后,在儒家思想的影响下,礼制入令文的现象更加普遍。礼的精神不仅渗透到了令文之中,有些礼制的规范还直接演变成为令典的条文。汉景帝三年(前154年),下诏说:“年高老长,人所尊敬也;鳏寡不属逮者,人所哀怜也。其著令:年八十以上,八岁以下,及

① 《魏书》,卷111《刑罚七》。

② 蔡万进、陈朝云:《里耶秦简秦令三则探析》,《许昌学院学报》,2004(4)。

③ 沈家本:《历代刑法考》之《律令二》,879页,北京,中华书局,1985。

孕者未乳,师、朱儒当鞠系者,颂系之。”^①这是古代尊老敬老精神入令的体现。

西晋时期是古代法律儒家化的重要阶段,也是古代礼制的规范大量融入国家法典的过程。从西晋开始,对律、令两种法律形式有了比较明确的区分:“律以正罪名,令以存事制”^②,律成为定罪量刑的刑法典,令是关于国家制度的法典。在西晋初年制定的《晋令》四十卷中,大量礼制的内容被纳入国家法律调整的范畴。如在丧葬礼俗方面,王侯之丧,官僚服斩,既葬而除;“长吏卒官,吏皆齐衰,以丧服理事。若代者至,皆除之”^③。

有唐一代,许多礼制的规范被收入到唐令的条文中。《大戴礼记·本命》记载:“妇有七去:不顺父母去,无子去,淫去,妒去,有恶疾去,多言去,窃盗去。不顺父母去,为其逆德也;无子,为其绝世也;淫,为其乱族也;妒,为其乱家也;有恶疾,为其不可与共粢盛也;口多言,为其离亲也;盗窃,为其反义也。妇有三不去:有所取无所归,不去;与更三年丧,不去;前贫贱后富贵,不去。”该项礼制经过立法者的改造,收入到唐令的《户令》篇目之中,规定:“诸弃妻须有七出之状:一无子,二淫泆,三不事舅姑,四口舌,五盗窃,六妒忌,七恶疾,皆夫手书弃之。男及父母伯姨舅,东邻西邻,及见人皆署。若不解书,画指为记。虽有弃状,有三不去,一经持舅姑之丧,二娶时贱后贵,三有所受无所归,即犯义绝淫泆恶疾,不拘此令。”^④

古代礼制的变动也会引起令文内容的变化。北宋天圣七年前,曾对皇帝“临臣之丧”的礼制进行了改动,宋仁宗在修订《天圣令·丧葬令》时,随之对令文进行了改动,宁波天一阁所藏北宋《天圣令·丧葬令》“因旧文以新制参定”的第6条、第7条记述了改动的内

① 《汉书》,卷23《刑法志》。

② 《太平御览》,卷638《刑法部四》,中华书局1982年版。

③ 《通典》,卷99引晋《丧葬令》。

④ [日]仁井田陞:《唐令拾遗》,栗劲、霍存福等译,162~163页,长春,长春出版社,1989。

容,《宋史》卷124《凶礼三》引《天圣丧葬令》记录了改动后的令文:“皇帝临臣之丧,一品服锡衰,三品已上纁衰,四品已下疑衰。皇太子临吊三师、三少则锡衰,官臣四品已上纁衰,五品已下疑衰。”明朝初年在制定《大明令》时,吸收了宋代家礼的内容,据《大明令·礼令》规定:“凡民间嫁娶,并依朱文公家礼。”^①朱熹制定的家礼也被收入到明代的令文之中。

我国古代的礼制入令,是儒家思想和传统礼制对中华法系影响深化的体现,尤其是众多礼制的规范经过立法程序转化成国家的令文,使中华法系礼法结合的特色更加鲜明。

(三) 中国古代礼制对其他法律形式的影响

中华法系是以律、令为核心,以科、比、故事、格、式、敕、会典、则例等其他法律形式为补充的法律体系。在律、令之外的其他法律形式中,也吸收了很多礼的规范,并将其纳入国家法律调整的范畴。

“故事”是汉魏南北朝时期一种重要的法律形式。据有些学者研究,两汉时期的礼仪故事较多,作为一种习惯法,其约束力较强。^②由于故事源于以前的惯例,所以许多礼的规范大多以故事的形式纳入法律的范畴。汉宣帝时,“修武帝故事,盛车服敬斋祠之礼”^③。曹魏时期,编纂了《魏故事》一书,据《晋书》卷20《礼中》记载:“魏氏故事,国有大丧,群臣凶服,以帛为绶囊,以布为剑衣。”西晋贾充等人在编纂律令的同时,也修《晋故事》三十卷。《晋故事》中收录了许多朝廷礼仪方面的规范,如裴秀曾“创制朝仪,广陈刑政,朝廷多遵用之,以为故事”^④。

“格”是古代皇帝颁布的制敕后经过立法程序上升为法律条文。例如,宋代的《服制格》吸收了传统礼制中的丧服制度,规定:“斩衰三年。正服:子为父。加服:嫡孙为祖(为承重者);父为长子。义服:妇

① 怀效锋点校:《大明律·附大明令》,253页,北京,法律出版社,1999。

② 闫晓君:《两汉“故事”论考》,刊载于《中国史研究》,2000(1)。

③ 《汉书》,卷25《郊祀志》。

④ 《晋书》,卷35《裴秀传》。

为舅；为人后者为所后父；妾为君（妾，谓夫为君）；妻为夫。”^①

式是中古时期国家机关的办事细则，是百官“所常守之法”。在唐式中，礼制入法的现象很多。据《唐会要》卷31《舆服上》“杂录”引《礼部式》：“亲王及三品已上，若二王后，服色用紫，饰以玉。五品已上，服色用朱，饰以金。七品已上，服色用绿，饰以银。九品已上，服色用青，饰以鍮石。”南宋时期的《服制式》也规定：“铭旌：书官封姓名之柩。四品以上，长九尺；六品以上，长八尺；九品以上，长七尺。”^②

“会典”“则例”是明清时期重要的法律形式。明朝初年，编定了《礼仪定式》，规定：“百官凡入朝门，须要拱手端行，威仪整肃，不许行私揖礼。”^③明朝的会典详细规定了官员相见之礼：“凡公侯、驸马相见，各行两拜礼。一品官见公侯、驸马，一品官居右行两拜礼，公侯驸马居左答礼；二品见一品，二品居右行两拜礼，一品居左答礼。”^④则例是清代各级衙门的行政规章，几乎所有的清代行政机构都有自己的则例。清代的《钦定宫中现行则例》有对冬至、元旦、万寿节行礼的规定：“凡遇冬至、元旦、万寿节，前朝大礼毕，内廷等位应行庆贺礼，设《中和韶乐》于乾清宫檐下，设《丹陛大乐》于乾清宫门内，设《中和韶乐》于交泰殿檐下，设《丹陛大乐》于乾清宫后檐下。是日宫殿监将皇后仪仗由乾清门两旁门引至交泰殿左右陈设，引王妃、公主、格格、命妇由苍震门入，在交泰殿外丹陛下排立，宫殿监奏请皇后率皇贵妃、贵妃、妃、嫔等位，具礼服会集乾清宫东西暖阁，候皇上还宫时，起祝奏《中和韶乐》。”^⑤

中国古代的礼制入法是一种全方位的法律实践活动，是中华法

① 谢深甫撰，戴建国点校：《庆元条法事类》，卷77，载杨一凡主编《中国珍稀法律典籍续编》，第1册，824页，哈尔滨，黑龙江人民出版社，2002。

② 同上书，841页。

③ 参见《礼仪定式》，载杨一凡主编：《中国珍稀法律典籍续编》第3册，378页，哈尔滨，黑龙江人民出版社，2002。

④ 《明会典》，卷59《礼部十七》。

⑤ 《钦定宫中现行则例》，卷1，载杨一凡主编：《中国珍稀法律典籍续编》，第6册，《清代宫廷法规六种》，227页，哈尔滨，黑龙江人民出版社，2002。



系最显著的特征。过去法史学界大多关注“引礼入律”的活动，而忽视了古代礼制对令、故事、科、比、格、式、会典、则例等其他法律形式的影响，礼制对中国古代的令、故事、式、会典、则例的影响更为明显。礼的精神不仅影响了古代法律条文的制定，还有许多礼的规范经过立法之后直接转变成国家的法律条文。礼的精神和礼仪制度全面入法，才最终完成了中国古代的礼法合一。

二、儒家的正统地位和礼制的变异为引礼入法提供了捷径

中华法系的显著特征是许多礼的规范被纳入到了国家法律调整的范畴，并以国家的强制力保障实施。中华法系为何会出现这一独特的现象，古代礼制入法的原因是什么？从近代以来，中外许多学者都进行过探究。笔者认为，若想深入了解中国古代的礼制入法，首先应对古代礼制入法的原因进行深入解析。

（一）汉代以后礼的变异，为礼制入法提供了可能性

中国古代的礼和法并不是一成不变的，它始终随着社会的发展变化而不断调整，双方一直处于互相调试的过程中。众所熟知，中国古代社会的发展经历了一个先礼治后法治的过程，许多法的规范都源于最初的礼仪习惯。日本学者穗积陈重在《礼与法》一文中指出：“原始社会者，礼治社会也。举凡宗教、道德、惯习、法律，悉举而包诸礼仪之中。无论何社会，皆礼治先于法治，此征诸古代史及蛮地探险记而可见者也。中国古代，谓礼为德之形，礼也者，行为之有形的规范，而道德之表彰于外者也。”^①德国学者罗曼·赫尔左克(Roman Herzog)也认为：“法的源头是习惯法，这是一种社会常规，历史上曾经有一些国家，它们仅仅靠一套精心制定的习惯法法规去解决问题便已经觉得绰绰有余了。于是人们今天又推测尼罗河流域文化虽然也有成文法，但是这种法律在那里并没有任何实质性的意义，而是相

^① [日] 穗积陈重：《礼与法》，《法学协会杂志》，24(1)，转引自梁启超《论中国成文法编制之沿革得失》一文，载《梁启超法学文选》，104页，北京，中国政法大学出版社，2000。

反,那里的法制是按照天神安排的世界秩序 ma'at,也就是按照神明带到世上来的习俗在生活中落实的……在中国,起过于埃及的 ma'at 类似作用的很可能是‘礼’,这是当时中国风俗习惯的总体现。”^①中国学者王伯琦也指出:“此之所谓习惯法,统名之曰礼。《曲礼》所谓‘礼从宜,使从俗’是也。我们的所谓礼,其义非常广泛。”^②上古时期的礼来源于社会的习惯,是中国最早的习惯法。

上古时期的礼最初源于古代部族的祭祀。夏、商两代,法律制度很不完善,许多社会关系需要用礼来调整,因此,我国古代夏、商两代的礼已经颇具规模了。据《论语·八佾》记述:“夏礼,吾能言之,杞不足征也;殷礼,吾能言之,宋不足征也。文献不足故也。足,则吾能征之矣。”《论语·为政》也说:“殷因于夏礼,所损益可知也;周因于殷礼,所损益可知也。”可见,中国上古时期的礼经常发生变化。

西周是中国古代的礼得以长足发展的时期。西周初年,周公制礼作乐,建立起了一套完善的礼乐典章制度。周礼的内容十分丰富,涉及国家的政治、经济、军事、祭祀、婚姻、借贷、商品买卖、服饰等社会各个领域,而当时法律调整的范围却很狭窄。西汉著名史学家司马迁说:“(周公)作《周官》,兴正礼乐,度制于是改。”^③周礼的内容已不仅局限于祭祀,而是涉及了社会生活的诸多领域。汉代班固《汉书·礼乐志》说:“人性有男女之情,妒忌之别,为制婚姻之礼;有交接长幼之序,为制乡饮之礼;有哀死思远之情,为制丧祭之礼;有尊尊敬上之心,为制朝觐之礼。哀有哭踊之节,乐有歌舞之容,正人足以副其诚,邪人足以防其失。故孔子曰:‘安上治民,莫善于礼;移风易俗,莫善于乐。’”为了保障礼的实施,西周对于违犯礼仪制度的行为,制定了严厉的惩罚措施。所以,西周社会是一个以礼制为主的社会,西

① [德] 罗曼·赫尔左克:《古代的国家一起源和统治形式》,赵蓉恒译,364~365页,北京大学出版社,1998。

② 王伯琦:《习惯在法律上地位的演变》,载《近代法律思潮与中国固有文化》,293页,北京,清华大学出版社,2005。

③ 《史记》,卷4《周本纪》。

周时期的法主要指刑,刑在先秦时期还不是后世宽泛意义上的法,礼和刑是相对应的概念,两者分别属于不同的法律形式。

春秋战国之际,伴随着周王室的衰微和各诸侯国的崛起,传统的礼制遭到了破坏,法家的思想开始兴起。新兴的地主阶级提出了“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”的法治主张,并在一些诸侯国内进行变法活动,法家成为当时社会的主流思想。法家提倡的“缘法而治”“天下诸事皆决于法”的治国理念,对传统的礼制给予了巨大冲击,打破了古代社会的政治格局,逐步建立了较为完善的法律体系。以战国时期的秦国为例,秦自商鞅变法到秦始皇统一全国,“灭去礼学”^①,崇尚法治,排斥礼制,初步形成了“诸事皆有法式”的局面。

秦朝灭亡后,由于法家所倡导的“法治”观念在古代社会存续的时间太短,法治的思想还没有深入人心,加之秦王朝的统治以失败而终,从西汉中期以后,中国社会又回到了儒家所倡导的礼制社会。西汉建国伊始,汉高祖刘邦等人亲眼目睹了秦王朝施行严刑峻法而导致国家覆亡的过程,一改前代做法,推行“无为而治”的政策。文景时期,“易服色,法制度,定官名,兴礼乐,乃悉草具其事仪法,色尚黄,数用五,为官名,悉更秦之法”^②。汉武帝时,采纳了董仲舒“罢黜百家,独尊儒术”的建议,奉儒家思想为正统。董仲舒所宣扬的儒学,已不同于先秦儒家。“它是以儒为主,儒法结合的产物,并吸收了道家、阴阳五行家以及殷周以来的天命神权等各种有利于维护封建统治的因素。”^③在具体的司法实践中,引用儒家的经典审断案件,把礼的精神引入到司法审判中,开启了礼法结合的先河。东汉明帝时期,效法《周礼》《尚书》《礼记》等先秦礼仪制度,实行“六冕合一”^④,恢复了西周的许多礼仪制度。从新发现的考古资料看,汉代的《葬律》《朝律》

① 《太平御览》,卷 690《服章部》注引董巴《大汉輿服志》。

② 《史记》,卷 84《贾谊传》。

③ 张国华:《中国法律思想史新编》,176 页,北京,北京大学出版社,1998。

④ 参见阎少克:《服周之冕——〈周礼〉六冕礼制的兴衰变异》第五章《汉明帝冕制复古:六冕合一》,北京,中华书局,2009。

等法律规范就是由礼制上升为国家的法律条文的。

从曹魏时期开始,法典的编纂通常由儒臣参与,儒家所提倡的礼制被大量地杂糅到国家的法律条文之中。有学者认为,中国法律儒家化经过魏晋南北朝已大体完成,不待隋唐始然。^①笔者认为,中国法律儒家化的过程,也是传统礼制入法的过程,这个过程并未因魏晋南北朝时期法律儒家化的完成而中止,在隋唐以后,还经常因礼制的改动而引起法律的变更。

中国古代的礼制始终处于不断发展变化之中,尽管这种变化不太明显。有些学者认为,唐律所依据的礼,已不是先秦时期的礼,是秦汉以来繁衍变异的礼,这种礼所代表的价值观念或称之“礼教”,构成了秦汉以后历代帝制王朝的官方正统。这种“礼”与孔子所倡导的礼已经有了实质性的差别。^②笔者认为,正由于汉代以后传统的礼发生了变异,才更容易为后世统治者所接受,从而为古代的礼制入法提供了可能性。

(二) 儒家思想在古代的正统地位,为礼法融合提供了捷径

儒家思想源于春秋战国的孔孟学派,西汉中期,儒家公羊学派的大师董仲舒向汉武帝提出了“罢黜百家、独尊儒术”的建议,使儒家思想定为一尊。礼治是儒家思想的核心内容,礼治的目的是明确每个成员在社会上的身份和地位,其功用在于表示贵贱、尊卑、长幼、亲疏的分别。战国末期儒家代表人物荀子说:“人道莫不有辨,辨莫大于分,分莫大于礼。”^③西汉初年,贾谊对当时社会贵贱同刑的做法提出了批评,指出:“古者圣王制为等列,内有公卿、大夫、士,外有公、侯、伯、子、男,然后有官师小吏,延及庶人,等级分明,而天子加焉,故其尊不可及也。”^④儒家所提倡的尊卑贵贱的等级观念,恰好迎合了秦汉以后历代统治阶级的政治需要,从西汉中期以后,儒家的礼治思想也

① 瞿同祖:《中国法律之儒家化》,368页。

② 苏亦工:《唐律“一准乎礼”辨正》,《政法论坛》,2006(5)。

③ 《荀子·非相篇》。

④ 《汉书》,卷48《贾谊传》。

被历代统治者所吸收继承。

从西汉以后,在儒家思想的影响下,许多礼的规范被引入到国家的法律制度层面。近年来发现的西汉时期汉律条文,明显都带有先秦礼制的痕迹。2006年在湖北云梦睡虎地第M77号墓出土了一批汉代竹简,发掘者根据墓中所出的历书推断墓葬年代的上限是汉文帝后元七年(前157),下限在汉景帝时期。^①在这批汉简中,有五枚竹简属于《葬律》的条文内容:

葬 律

彻侯衣衾毋过盈棺,衣衾殓束。荒所用次也。其杀:小殓用一特牛,棺、开各一大牢,祖一特牛,遣一大牢。棺中之广毋过三尺三寸,深三尺一寸,衾丈一尺,厚七寸。槨二,其一厚尺一八寸,藏槨一,厚五寸,得用炭。壑、斗、羨深渊上六丈,坟大方十三丈,高三丈。莹东西四十五丈,北南四十二丈,重园(?)垣之,高丈。祠(?)舍盖,盖地方六丈。中垣为门,外为阙,垣四阼为不(累)思(慰)。

彭浩先生研究认为,新出土的西汉前期的《葬律》是对彻侯埋葬制度的规定,包括衣衾、祭奠、棺槨等制度,有可能是叔孙通主持了《葬律》的制定。^②汉简《葬律》所规定的汉代彻侯祭奠仪式源于周代的礼制,到西汉前期经过改动正是上升为汉律的条文,这是中国古代礼制入法的最初体现。

汉武帝时,董仲舒经常引用儒家的经典决狱,礼的观念逐渐渗透到汉代的司法领域。当时有这样一件疑狱:“甲无子,拾道旁弃儿乙养之以为子。及乙长,有罪杀人,以状语甲,甲藏匿乙,甲当何论?”董仲舒断决说:“甲无子,振活养乙,虽非所生,谁与易之!《诗》云:‘螟

^① 湖北省文物考古研究所、云梦县博物馆:《湖北云梦睡虎地M77发掘简报》,《江汉考古》,2008(4)。

^② 彭浩:《读云梦睡虎地M77汉简〈葬律〉》,《江汉考古》,2009(4)。

蛉有子，蜾蠃负之。’《春秋》之义，父为子隐，甲宜匿乙，诏不当坐。”^①到汉宣帝地节四年（前66年），儒家提倡的亲亲相隐的原则被吸纳到国家的法律制度之中，规定：“自今子首匿父母，妻匿夫，孙匿大父母，皆勿坐。其父母匿子，夫匿妻，大父母匿孙，罪殊死，皆上请廷尉以闻。”^②

魏晋南北朝时期，礼制入法的进程更加全面迅速。曹魏《新律》的制定者陈群、刘劭等人皆为当时大儒。刘劭在“正始中执经讲学”，尝“以为宜制礼作乐以移风易俗，著《乐论》十四篇”^③。《晋律》的制定者贾充、郑冲、荀凯、羊祜、杜预等十四人之中有十三人是倾向儒家主义者。^④郑冲本人“耽玩经史，遂博究儒术及百家之言”^⑤。在这些硕学大儒的推动下，魏晋南北朝时期礼制入法的现象更加普遍。曹魏时期，直接把周礼的“八辟丽邦法”，纳入律典，开启了“八议入律”的先河。西晋时期，法律儒家化最重要的表现是“峻礼教之防，准五服以治罪”^⑥，使《晋律》成为中国古代第一部儒家化的法典。此后，北魏、北齐、北周各代的法典也皆为当时的儒生主持制定，法律儒家化的过程进一步深化。

唐代是一个礼法合一的时代。现存最早的古代法典《唐律疏议》完全是在儒家思想的指导下制定而成的。长孙无忌在《名例律》开篇中说：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”在对唐律的条文进行疏议时，也直接援引儒家的经典加以解释。如《唐律疏议》卷1“十恶”条对不孝罪“供养有阙”的解释，即援引了《周礼》的内容，《礼》云：“孝子之养亲也，乐其心，不违其志，以其饮食而忠养之。”《贼盗律》“发冢”条也引《周礼》解释说：“葬者，藏也，欲人

① 《通典》，卷69《礼二十九》。

② 《汉书》，卷8《宣帝纪》。

③ 《三国志》，卷21《刘劭传》。

④ 瞿同祖：《中国法律之儒家化》，370页。

⑤ 《晋书》，卷34《羊祜传》。

⑥ 《晋书》，卷30《刑法志》。

不得见。”

从西汉中期以后，儒家思想一直处于独尊的地位，儒家所提倡的礼制也对西汉以后各代政权的法律制度产生了重要影响，其具体体现就是儒家宣扬的礼制内容有选择地被纳入到国家的法律制度中来。因政治需求不同，各代政权所选择的礼制内容也不同。例如在《唐律疏议》卷10有“府号官称犯父祖名”的条文，规定：“诸府号、官称犯父祖名，而冒荣居之；祖父母、父母老疾无侍，委亲之官；即妄增年状，以求入侍及冒哀求仕者，徒一年。”到南宋制定的《淳祐令》时，对该项制度进行了重大修改，规定：“诸府号官称犯父祖嫌名，及贰名偏犯者，皆不避。”^①

总之，从两汉到明清之际，并非儒家所宣扬的所有礼制的内容全部入法，而是历代统治者根据儒家“礼有等差”的原则，选择那些有利于自身统治的礼制内容，逐步将其纳入国家法律的范畴。如明朝有百官朝见礼仪的内容，到后来该项制度即被收入《大明会典》中，成为国家的法律制度，规定：“稽首顿首五拜，乃臣下见君上之礼。先拜手稽首，四拜后一拜叩头成礼。稽首四拜者，百官见东宫亲王之礼。其见父母亦行四拜礼。其余官长及亲戚朋友相见止行两拜礼。”^②

（三）我国古代的礼制入法，与历代皇权的大力支持密不可分

蔡枢衡先生指出：“中国的法制之形成并维持，儒家思想之外还有原因。其中的一个是皇帝的接受和支持，这是很明白的。儒家思想变成法制，必须经过各该时代的皇帝之个别的或概括的许可；儒家任何良好的建议或主张，不经皇帝许可，决不能成为法制或据以变更法制。”^③中国古代的礼制入法，不可避免要得到皇权的支持和认可。古代礼制的精神是为了构建尊卑贵贱的等级秩序，而传统法律则是

^① 刘笃才点校：《吏部条法》，载杨一凡主编：《中国珍稀法律典籍续编》第2册，161页，哈尔滨，黑龙江人民出版社，2002。

^② 《明会典》，卷44《礼部三》。

^③ 蔡枢衡：《法律本质之再认识》，载《中国法理自觉的发展》，69页，北京，清华大学出版社，2005。

为了维护尊卑贵贱的等级秩序,从这一点来说,礼制入法是历代统治者出于维护自身统治的政治需要。

中国古代是一个具有中央集权性质的等级身份制社会,不同等级身份的人在社会上享有的权利不同。如何分配社会利益,体现不同阶层在社会中所享有的权利,需要制定各种礼制加以规范约束。古代儒家提倡的许多礼制内容皆为等级身份制度的设计,身份越高,享受的法律特权越多。在《唐律疏议·名例律》中,详细规定了不同等级官员应享有的八议、上请、官当、例减和赎刑制度。“礼有等差”的精神不仅体现在刑事领域,在人们日常生活中的祭祀、丧葬、饮食、婚姻、服饰、住宅、出行等诸多领域都充分体现了等级观念。例如在饮食方面,据《礼记·礼器》记载:“礼有以多为贵者,天子之二十有六,诸公十有六,诸侯十有二,上大夫八,下大夫六。”普通的庶民百姓只有到一定年龄,参加乡饮酒礼时,才能使用不同的礼器食用,具体的标准是:六十岁三豆,七十岁四豆,八十岁五豆,九十岁六豆,也就是说,只有到了九十岁的时候,才能享用六种豆筮盛装的菜肴。在音乐方面,西周时期,天子使用八佾乐队,规格最高。诸侯使用六佾乐队,大夫只能使用四佾乐队。古代的等级观念还体现在聚会时坐位的排序上,据明代《礼仪定式》规定:“凡文武官公聚,各依品级序坐。若资品相同者,各照衙门次第。若王府官属与朝官坐立,各照品级,俱在朝官之次。”^①

历代皇权支持儒家所宣扬的礼制入法,正是看中了礼制能够维护皇权的功能。我国古代各朝律典都对谋反、谋大逆等犯罪行为予以重惩。北齐时期,制定了“重罪十条”,融入了儒家礼的精神。隋代的《开皇律》把“重罪十条”改为“十恶”。“十恶”中的谋反罪,直接吸收儒家礼的精神,长孙无忌在疏议中说:“案《公羊传》云:‘君亲无将,将而必诛。’谓将有逆心,而害于君父者,则必诛之。”^②历代统治者所

① 《礼仪定式》,载杨一凡主编:《中国珍稀法律典籍续编》第3册,381页。

② 《唐律疏议》,卷1。



主导的引礼入法，也正是看中了其维护皇权的因素。

三、古代礼的稳定性特征严重阻碍了中华法系的发展

著名法学家马汉宝在论述中国传统法律的道德化问题时指出：“在过去，礼统摄整个社会生活，而构成社会上实际的行为规范。由于以礼制法极为成功，自汉迄清，历朝法典均以礼教为依归。立法行法，要在维持并促进礼教。违礼就是违法，而须受刑罚。法的规则与礼的教条二者关系，二千年来可说是天衣无缝。传统的法律制度，所以能行之二千年而未曾遭遇大碍者，其主要原因在此。”^①中国古代的法律从未与传统的礼制相剥离，礼中蕴含着法律，法律又以礼作为立法的原则。礼和法可以随时相互转化，即某些礼的内容在一段时期内上升为国家的法律规范，某些法的规范在经过一段时间实施后又转化为礼的内容，两者可以相互转化。另一方面，传统的礼制与国家法律又有区别，古代礼的规范涵盖面很广，其内容远远超过当时的法律规范，只有上升为法的层面上的礼制才是民众必须遵守的行为规范，否则，礼就没有国家的强制力予以保障和实施。

古代的礼制与中华法系的关系十分密切，对中华法系的影响也颇为深远。概而言之，传统礼制对中华法系的影响主要表现在如下几方面：

（一）古代礼的性质决定了中华法系的性质

关于礼的本质，历史上许多学者都进行过阐述。概而言之，礼最主要的特征有两个方面：其一，礼是表示常理的意思。《管子·心术上》说：“礼者，谓之有理。”《礼记》云：“礼也者，理也。”这里的“理”，是常理、道理之意，或者称为公平，也就是古人所说的天理。古代的司法官员在审理案件时，经常根据礼的规范进行判决。《尚书大传》在整理周代的罪名时说：“男女不以义交者，其刑宫”；“出入不以道义，

^① 马汉宝：《法律、道德与中国社会的变迁》，载《法律思想与社会变迁》，12页，北京，清华大学出版社，2008。

而诵不详之辞者，其刑墨”。唐宋时期，如果国家制定的法典中没有具体的条文，也可根据理的精神判决。据《唐律疏议》卷27“不应得为”条规定：“诸不应得为而为之者，笞四十。（谓律、令无条，理不可为者）事理重者，杖八十。”“理不可为”，是指违背常理，违背礼的精神。有些学者认为，该条款的设立本身就是由礼入刑的重要体现。^①清朝时期，地方司法官员在审理民事方面的案件时，通常根据天理、人情、国法判决，情、理、法都是重要的法源。^②其二，礼表示秩序的含义。《礼记·乐记》说：“礼者，天地之序也。”唐孔颖达疏曰：“礼明贵贱，是天地之序也”。《管子·五辅》说：“上下有义，贵贱有分，长幼有等，贫富有度，凡此八者，礼之经也。”可见，礼的第二层含义是尊卑贵贱的等级秩序，古代的礼法社会是通过“礼有等差”的形式来确定各自的身份和地位，程朱理学则把这种尊卑贵贱的等差说成是天地间本来的秩序，是人们必须遵守的行为规范。

礼的上述特征集中反映了中华法系的价值取向。尽管中国传统法律有很多糟粕性的内容，但也不可否认，古代法律维护公平公正的特征也十分明显。历代政权为了减少社会纠纷，维护正常的社会秩序，把一些古老的礼俗习惯纳入到国家法典之中，如唐令《仪制令》规定：“诸行路巷街，贱避贵，少避老，轻避重，去避来。”^③为了维护社会的公平正义，对各种违法行为予以严惩，许多政权对危害各种社会秩序的行为都制定了严厉的惩罚措施，以维护社会的公正和诚信，如唐律规定：“诸卖买不和，而较固取者；及更出开闭，共限一价；若参市，而规自入者：杖八十。已得赃重者，计利，准盗论。”^④从这一点来说，古代法律的规范与传统礼制的性质也是相通的。

① 黄源盛：《唐律中的不应得为罪》，载《汉唐法制与儒家传统》，251页，台北，元照出版有限公司，2009。

② [日]滋贺秀三：《清代诉讼制度之民事法源的概括性考察》，载王亚新、梁治平等编译：《明清时期的民事审判与民间契约》，北京，法律出版社，1998。

③ [日]仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，443页，长春，长春出版社，1989。

④ 《唐律疏议》，卷26。

中国古代礼的本质特征是“礼有等差”，传统礼制所构建的社会秩序是尊卑贵贱、长幼亲疏有别的社会秩序，因此，礼也具有鲜明的阶级性和差别性。^① 所谓礼的阶级性，是指《礼记·王制》所说的“礼不下庶人，刑不上大夫”。关于这句话的含义，《白虎通德伦·五刑》作了明确解释：“礼为有知制，刑为无知设。”礼为有知制，说明礼是为官僚贵族阶层而设定的，是为了彰显等级特权的原则；刑为无知设，意思是刑罚的制定主要是为下层民众而设立，官僚贵族犯罪后，可以享受八议、上请、例减、赎刑、官当等法律特权。

古代法律的精神是为了维护尊卑贵贱的等级制度，许多朝代制定的法典都明确规定了礼制实施的细则，即“上得兼下，下不得僭上”的原则。^② 《唐律疏议》卷 26“舍宅车服器物违令”条对违犯礼制的行为规定了严厉的惩罚办法：“诸营造舍宅、车服、器物及坟茔、石兽之属，于令有违者，杖一百。”元代的《衣服令》规定：“服色等第，上得兼下，下不得僭上。违者，职官解见任，期年后降一等叙，余人决五十七下。违禁之物，付告捉人充赏。”^③ 礼的目的是设定古代社会的等级秩序，刑罚的目的是为了维护尊卑贵贱等级秩序，古代礼的性质决定了中华法系的性质。

（二）中国古代礼的稳定性，严重影响了中华法系的发展

中国古代社会是一个自给自足的农业社会，在这样一个纯粹的农业社会里，家庭中的主要财产是土地和房屋等不动产，个人很少拥有其他动产财富。与西方文明中的古希腊、罗马商业文化相比，中国古代农耕文明所衍生的法律文化特征是刑事法律发达，民商事法律滞后。农业文明所产生的法律关系主要是身份关系，而不是财产关系，这种身份关系主要体现为君臣、父子、兄弟、夫妇、长幼之间的关系，是一种层级服从的关系，整个社会的秩序皆是以此为基础构建而

① 瞿同祖：《礼与服制》，载《瞿同祖法学论著集》，383页，北京，中国政法大学出版社，1998。

② [日]仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，399页，长春，长春出版社，1989。

③ 《大元通制条格》，卷9《衣服》。

成的。

古代的礼制是在农业文明的土壤上逐渐形成的。古人日常生活中的祭祀、丧葬、衣食住行等所有的礼制，都与农耕文明有密切的关联。农业生产离不开土地、气候和生产经验，古代的祭祀和尊祖皆与此有关。唐令《祠令》规定：“凡国有大祀、中祀、小祀。昊天上帝、五方上帝、皇地祇、神州、宗庙，皆为大祀；日月、星辰、社稷、先代帝王、岳镇、海渚、帝社、先蚕、孔宣父、齐太公、诸太子庙，并为中祀；司中、司命、风师、雨师、灵星、山林川泽等，并为小祀；州县社稷，释奠，及诸神祠，亦准小祀例。”^①古代祭祀方面的礼制几千年来变化很小，据此而制定的法制也没有太大的变化。

农耕文明的另一个显著的特征是重视经验，尊重以往的习俗，世界上许多农业古国都有尊老敬老的传统。中国古代从夏商以来就有不孝罪，隋唐以后把不孝纳入到“十恶”的罪名体系之中。《唐律疏议·斗讼》有“子孙违犯教令”的条文，规定：“诸子孙违犯教令及供养有阙者，徒二年。家实贫窶，无由取给，如此之类，不合有罪。皆须祖父母、父母告，乃坐。”^②《大明律》卷12“乡饮酒礼”条规定：“凡乡党序齿及乡饮酒礼，已有定式。违者，笞五十。”

中国古代人们的生产方式和生活方式十分稳定，受此影响而产生的礼制在长达几千年的社会中几乎没有发生显著变化。例如，在冠冕服饰方面，西周有五冕之制，据《周礼·春官》记载：王之吉服有大裘冕，祀五帝时服之；衮冕，享先王时服之；鷩冕，享先公、飨、射时服之；毳冕，祀四望山川时服之；絺冕，祭社稷五祀时服之；玄冕，祭群小祀时服之。东汉明帝永平年间，全面仿照《周礼》《仪礼》等周代礼制构建了汉代的服饰制度，规定：“天子、三公、九卿、特进侯、侍祠侯，祀天地明堂，皆冠旒冕，衣裳玄上纁下。乘舆备文，日月星辰十二章，三公、诸侯用山龙九章，九卿以下用华虫七章，皆备五采，大佩，赤舄

① 《大唐开元礼》，卷1《序例上·择日》。

② 《唐律疏议》，卷24。

絢履，以承大祭。百官执事者，冠长冠，皆祗服。五岳、四渎、山川、宗庙、社稷诸沾秩祠，皆衿玄长冠，五郊各如方色云。百官不执事，各服常冠衿玄以从。”^①唐代的服饰制度基本上沿袭了东汉永平之制，规定：“天子之服有大裘之冕、衮冕、鷩冕、毳冕、绣冕、玄冕、通天冠、武弁、黑介帻、白纱帽、平巾帻、白帕十二等。”^②明朝建国后，明太祖朱元璋没有沿用汉唐以来的五冕之制，但仍使用衮冕来祭祀天地和宗庙等重大活动。洪武十六年，定衮冕之制，规定：“冕，前圆后方，玄表纁里。前后各十二旒，旒五采，玉十二，珠五，采纁十有二就，就相去一寸。红丝组为纓，黹纁充耳，玉簪导。衮，玄衣黄裳，十二章，日、月、星辰、山、龙、华虫六章织于衣，宗彝、藻、火、粉米、黼、黻六章绣于裳。白罗大带，红里。蔽膝随裳色，绣龙、火、山文。……衮，玄衣纁裳，十二章如旧制。”^③可见，西周、汉、唐、明各代皆采用先秦时期的十二章图案之制。除服饰制度外，祭祀、丧葬、饮食、房舍、婚姻、财产继承等方面的礼制数千年来也没有发生明显的变化，中国传统的礼制一直是很稳定的。

古代礼制的稳定性也影响了中华法系的发展。纵观几千年来中国古代法律发展的历史，因受礼的影响，传统法律的变化一直很小，且这种变化也是伴随着礼制的改动而微调。以古代婚姻法为例，从西周开始，古代婚姻关系的解除一直奉行七出三不去的原则，据《大戴礼记·本命》记载，妇有七去：“不顺父母去，为其逆德也；无子，为其绝世也；淫，为其乱族也；妒，为其乱家也；有恶疾，为其不可与共粢盛也；口多言，为其离亲也；盗窃，为其反义也。”七出制度在唐朝也被写入国家的令典中，唐令《户令》规定：“诸弃妻须有七出之状，一无子，二淫泆，三不事舅姑，四口舌，五盗窃，六妒忌，七恶疾，皆夫手书弃之。”^④唐令把无子移到了七出之首。在定罪量刑方面，唐律规定：

① 《后汉书》志第30《舆服下》。

② 《旧唐书》，卷45《舆服志》。

③ 《明史》，卷66《舆服二》。

④ [日]仁井田陞：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，162页，长春，长春出版社，1989。

“诸妻无七出及义绝之状，而出之者，徒一年半。”^①明代的法典《大明律》在量刑方面比唐律略有减轻，规定：“凡妻无应出及义绝之状而出之者，杖八十。”^②

受传统礼制的影响，古代的丧葬法律制度变化也很小。据《仪礼·丧服》记载：“年十九至十六为长殇，十五至十二为中殇，十一至八岁为下殇，不满八岁以下，皆为无服之殇。”北宋时期，该项礼制已被纳入到国家的法典之中，据《天圣令·丧葬令》规定：“准礼有三殇：年十九至十六为长殇，十五至十二为中殇，十一至八岁为下殇。长殇、中殇，降正服一等；一（下）殇降长殇、中殇一等。”^③明朝的令典《大明令·礼令》也规定：“准礼有三殇：年十九至十六为长殇，十五至十二为中殇，十一至八岁为下殇。长殇、中殇，降正服一等，下殇降长殇、中殇一等。即生三岁至七岁者，为无服之殇。其已娶、已嫁，则服之如成人。”^④可见，宋、明两代的该条令文是直接抄袭了《仪礼》的内容，没有改变。

（三）中国古代的礼制入法，使中国传统法律的概念发生了变化

礼最初源于上古时期的祭祀仪式，后来扩展到贵族阶层个人的行为规则，再后来发展到全社会应遵守的行为规范。法在夏、商、西周时期专指刑罚，与刑的含义相近，并无所谓的现代民法的概念。经过春秋战国时期儒家和法家等不同学派对礼和法的概念进行阐释，其含义已发生了变化，儒家所提倡的礼不再是最初的祭祀礼仪，而是包括各种社会人伦关系。受礼的变化等因素影响，春秋战国至秦汉之际，法的含义也发生了明显变化，法已不是单纯意义上的刑，而是指由国家机关制定或者认可，以国家强制力保证其实施的各种行为规范的总称。

① 《唐律疏议》，卷 14。

② 《大明律》，卷 6。

③ 中国社会科学院历史研究所天圣令整理课题组：《天一阁藏明钞本天圣令校证》，225 页，北京，中华书局，2006。

④ 怀效锋点校：《大明律·附大明令》，250 页，北京，法律出版社，1999。

西汉中期以后,儒家思想被定为一尊,儒家所宣扬的礼的精神和内容逐渐渗透到国家的法律之中,成为国家法律的重要组成部分。许多礼的规范被纳入到法典中,造成了礼与法相混同的局面,使中华法系呈现出“礼教化”的特征,其结果必然会出现古代社会重礼轻法的局面,西汉以后“礼主刑辅”理论的形成正是基于礼制入法的结果。

中国古代的礼,原为社会的道德规范,古人通常合称礼仪道德。关于法律和道德的关系,学界通常的观点认为,“道德是法律的目的,法律是道德的工具。换言之,法律的唯一使命就是保障道德”^①。中国学者燕树堂指出:“就法律发达的历史来看,(一)法律在幼稚的时期,宗教、道德、法律是混同的,是不分的;(二)在严格的法律时期,习惯法成为法典,结果,道德进步,法律与道德于是分离;(三)自然法发达的时期,道德侵入法律,法律与道德于是又有混同的状态;(四)法律的成熟时期,立法盛行,法律与道德又现分离状态。”^②纵观中国几千年法律发展的历史,只有在战国至秦属于“严格的法律时期”,法律才与道德分离,其余绝大多数时间里,法律与道德一直是处于混同的状态。

近代西方的法学家认为,法律是研究自由的“可能”,道德是研究自由的“应当”;法律是最低限度的道德。许多道德规范纳入法律调整的范畴,会严重束缚人们的自由,同时也给社会生产和人们的生活带来不便。中国古代礼的规范入法,提高了对普通民众的法律要求,严重限制了民众自由选择的权利。例如,我国古代从秦以来一直实行避讳制度,据《唐律疏议》卷10“府号官称犯父祖名”条规定:“诸府号、官称犯父祖名,而冒荣居之;祖父母、父母老疾无侍,委亲之官;即妄增年状,以求入仕及冒哀求仕者,徒一年。”唐律《户婚律》有“居父

① 吴经熊:《中国旧法制底哲学的基础》,载《法律哲学研究》,60页,北京,清华大学出版社,2005。

② 燕树堂:《法律与道德的关系》,载《公道、自由与法》,57页,北京,清华大学出版社,2006。

母丧生子”的条款：“诸居父母丧，生子及兄弟别籍、异财者，徒一年。”^①这两条律文设立，严重限制了官员任职、士子参加科举考试、官民百姓生育、家庭财产继承等权利，明朝的法典《大明律》则把“府号官称犯父祖名”和“居父母丧生子”的条款尽行删除。^②

中国古代的礼制入法也为民众的生产和生活带来了不便，这样的事例不胜枚举。古代的丧葬礼俗十分复杂，五种丧服制度被许多朝代纳入到国家的法律条文中。^③关于子女为父亲服斩衰，春秋末期孔子的弟子宰予发表过不同意见，他说：“三年之丧，期已久矣。君子三年不为礼，礼必坏；三年不为乐，乐必崩。旧谷既没，新谷必升，钻燧改火，期已可矣。”若从农业生产和社会生活的角度分析，服丧时间过长，肯定会影响正常的生产生活，宰予的观点无疑很有道理。但宰予的言论却遭到了孔子的严厉批判，孔子说：“予之不仁也！子生三年，然后免于父母之怀。夫三年之丧，天下之通丧也，予也有三年之爱于其父母乎！”^④中国古代为了维护男女有别的礼教传统，许多政权制定过男女异路分行的法律制度。王莽统治时期，太傅平晏“出见男女不异路者，尊自下车，以象刑赭幡污染其衣”^⑤。三国时期，东吴政权在都城建康，开大道，令男女分行。我国古代把这种荒诞的礼制纳入国家的法律规范，其结果不仅妨碍了民众的正常生活，法律生命力也不可能长久。

许多传统礼的规范被吸纳到国家法律之中，这对文化素质不高、经济不富裕的下层民众来说有时很难达到法律的要求，于是便出现了法律的制定和执行不对称的现象。立法与执法的脱节必然会带来社会秩序的混乱，影响法律的公信力。以同姓不婚为例，瞿同祖先生

① 《唐律疏议》，卷12。

② [日]桑原隲藏：《唐明律之比较》，昭和30年《高濂博士还历纪念中国学论丛》所载，后收入《桑原隲藏全集》第3卷，131页，东京，岩波书店，1968（昭和四十三年）。

③ 参见北宋《天圣令》，卷29《丧葬令》《大明令·礼令》，《大清律例》卷2《丧服图》等文献。

④ 《论语·阳货》。

⑤ 《汉书》，卷99下《王莽传》。

认为：“自从姓氏失去原来的意义，同姓并不一定是同血统的标志时，同姓不婚的禁忌也就失去了原义，逐渐成为历史上的陈迹。法律上仍旧保留这种规定，实际上已与社会脱节，渐成具文。从《刑案汇览》中可以发现许多妻与夫同姓的例子，更重要的是法律所采取的不干涉主义。法律自法律，人民自人民的情形。”^①类似的现象在古代祭祀、丧葬、服饰、饮食、房舍、婚姻、家庭财产继承等方面的法律制度中也十分常见。尤其到了我国古代社会后期，立法技术不高，胡乱立法的情况时有发生，法律与社会生活严重脱节，严重动摇了法律在民众心中的地位。

法国近代法学家狄骥(Léon Duguit)曾把法的规范分为两种：一是准则法；一是技术法。所谓准则法，是强制要求社会的任何人遵守的作为或不作为的法则，如近代西方法律中的契约自由，财产之不可侵犯，因过失致人损害应予赔偿等准则；所谓技术法，则是在可能范围内用以确保准则法被遵守或实施的法则，如刑法全部是技术法。当代著名法学家王伯琦先生认为：“我们过去的所谓法，包括二种：一是刑法，一是德法，亦称礼度。”^②这两种法的形态在古代社会并不完全相同，刑法是一种完全公开的法律，为社会各阶层的人们所熟知，如汉代《九章律》、西晋《泰始律》、唐代《唐律疏议》、清朝《大清律例》等。而作为古代法的另一种重要形态礼，常以令、故事、格、式、会典、则例等形式出现，像汉魏故事、《晋令》、北宋《天圣令》《明会典》、清代的《礼部则例》等法律形式，大都充分吸收了礼的内容。这些源于礼的法律规范因为“礼不下庶人”等原因，距离普通百姓的生活很遥远陌生，有时仅为官僚贵族所熟知。普通的下层民众不熟悉这些繁杂的礼法规范，容易引发各种类型的违法犯罪行为。清乾隆年间，江苏赣榆县生员韦振玉之父韦锡曾管理社仓，“让过穷佃息米”，韦振玉在

① 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，载《瞿同祖法学论著集》，100页，北京，中国政法大学出版社，1998。

② 王伯琦：《儒家二家争辩问题的本质》，载《近代法律思潮与中国固有文化》，12页，北京，清华大学出版社，2005。

叙父行述时,称“赦不加息”,“赦屡年积欠”,妄用“赦”字。其堂叔韦昭以“赦”字欠妥,恐受牵连,向官府告发,后来司法机关以比照“僭用违禁龙凤文”律,杖韦振玉一百,徒三年,以示惩戒。^① 在本案中,韦振玉因仅因为妄用一个“赦”字,就被处以杖一百徒三年的刑罚。

(四) 礼制入法,使古代的皇权观念、等级身份观念由合法化转向合理化

秦始皇统一全国之后,构建了一套完善的官僚政治体制。从西汉中期以后,董仲舒宣扬的“天人感应”和“君权神授”理论,为皇权从合法化向合理化的转型找到了理论依据。汉代以降,随着礼制入法活动的不断深入,儒家的三纲五常全面渗透到国家的法律制度中,礼在国家法律中所占比重越来越大。正如民国时期法学家居正指出的那样:“过去我国法律中礼治的成分,几乎占百分之百,而且所谓礼治的内涵,又非常广泛,几乎全部的道德观念,都可纳诸其中。所以说‘出礼则入刑’。结果所至,公法和私法的界限,完全混淆不清。”^②

中国传统礼制入法,也为古代皇权存在的合法性和合理性找到了理论根据。秦朝统一全国后,秦始皇创立了皇帝制度。秦末农民大起义爆发后,陈胜提出了“王侯将相宁有种乎”的口号,质疑当时的皇权制度。西汉中期以后,随着董仲舒“君权神授”理论的推出,皇权的合理性被正式写入国家的法典中。长孙无忌等人对《唐律疏议》卷1“谋反”条作了如下解释:“案《公羊传》云:‘君亲无将,将而必诛。’谓将有逆心,而害于君父者,则必诛之。《左传》云:‘天反时为灾,人反德为乱。’然王者居宸极之至尊,奉上天之宝命,同二仪之覆载,作兆庶之父母。为子为臣,惟忠惟孝。”通过儒家学派的理论阐释,我们看到从西汉以后,皇权的存在不仅合法,而且也具有合理性了。

古代的父亲和夫权也在礼法融合的过程中找到了理论依据。不孝是“十恶”重罪之一,系指“告言、诅詈祖父母父母,及祖父母父母

^① 《刑案汇览》,卷60。

^② 居正:《为什么要重建中国法系》,载《为什么要重建中国法系——居正法政文选》,73页,北京,中国政法大学出版社,2009。

在,別籍、異財,若供養有闕;居父母喪,身自嫁娶,若作樂,釋服從吉”等違法行為^①,歷代刑律對不孝罪的處罰都十分嚴厲。古代法律注重維護家庭中家長的權利,家庭的財產權歸家長支配,普通的家庭成員沒有處分家庭內部財產的權利。儒家的觀念認為,尊長在,子孫不能有其財,唐律規定:“若卑幼不由尊長,私輒用當家財物者,十疋笞十,十疋加一等,罪止杖一百。”^②

古代家庭中的婚姻權、財產支配權也歸家長所有。古代婚姻的締結不是基於男女雙方的愛情,而是出於傳宗接代的需要。婚姻的權利由家長決定,男女雙方沒有締結婚姻的權利。據《大明令·戶令》規定:“凡嫁娶,皆由祖父母、父母主婚;祖父母、父母俱無者,從余親主婚。”甚至卑幼在外,尊長後為定婚,而卑幼自娶妻,“已成者,婚如法;未成者,從尊長。違者,杖一百”^③。在離婚權方面,若父母、祖父母在世,丈夫也沒有休妻的權利,離婚權也歸家長。法國國家圖書館所藏敦煌文書伯3813號《文明判集》殘卷中,記述了唐貞觀年間田智未經父母同意,私自“對村人作離書”休妻,後來司法機關改判田智休妻無效,具體的判決意見是:“如嫁女棄女,皆由父母。縱無恃怙,仍關近親。智是何一紙離書,不載舅姑,私放豈成公驗?”^④

受儒家男尊女卑觀念的影響,中國古代的法律對夫權也加以保護。宋朝法律規定:“諸妻毆夫,徒一年,若毆傷重者,加凡斗傷三等。”如果是丈夫“毆傷妻者,減凡人二等”;“毆妾折傷以上,減妻二等”^⑤。明朝的法典《大明律》規定:“凡婦人犯罪,除犯奸及死罪收禁外,其餘雜犯,責付本夫收管。”^⑥以法律條文的形式明確規定了丈夫對妻子的監管權。

① 《唐律疏議》，卷1。

② 《唐律疏議》，卷12。

③ 《唐律疏議》，卷14。

④ 劉俊文：《敦煌吐魯番唐代法制文書考釋》，449頁，北京，中華書局，1989。

⑤ 《宋刑統》，卷22。

⑥ 《大明律》，卷28“婦人犯罪”條。

综上所述,笔者认为古代的礼制和法律的发展演进大致经历了三个阶段:礼最初源于原始社会的习惯,到夏、商、西周时期演变成习惯法,夏、商、西周时期礼和刑各不相属,皆以各自的形式独立存在,有些学者把这一时代称之为贵族法时代。从春秋战国至秦,随着法家学派的兴起,法家提倡的弃礼义,任法治的主张先后被各诸侯国所接纳,这一时代也是儒家的礼制衰落时代。从西汉中期以后,随着儒家思想定为一尊,礼的精神和礼仪制度全面渗透到国家的各项法律制度之中,使中国古代法律呈现出礼和法合一的特征,我们称之为礼法融合的时代。

中国古代的礼法融合是一个循序渐进的过程,其对中华法系的影响全面而具体。中国传统礼制对古代刑罚的定罪量刑产生了直接影响,凡属违背礼制的行为,皆视为严重的犯罪,大多有加重处罚的倾向;古代的礼制也对各代的诉讼审判制度产生了重要影响,汉唐律典中有关官僚贵族犯罪的八议、上请、例减、官当、赎刑等法律特权原则,亲属犯罪实行同居有罪相为隐的原则,老小犯罪减免刑罚的原则,皆源于礼的精神。礼制对古代的民事、经济、行政法律的影响,礼制对古代社会生活中的祭祀、丧葬、饮食、出行、服饰等方面的法律影响更为深远,有些礼的规范经过立法程序直接被转化成国家的法律条文,使其具有礼和法的双重色彩。

礼的精神和礼仪制度转化为国家的法律规范,对中国传统法律的走向也产生了重要影响。首先,传统的礼根植于农业社会的文明中,几千年来中国农民的生产方式和生活方式单一,一直没有发生明显的变化,这也决定了数千年来中国传统的礼制没有发生明显改变。受此影响,古代的法律从两汉至明清之际也一直相对稳定,没有发生根本性的变化。从这一点来说,礼的稳定性直接影响了中国古代法律的转型。其次,法律是道德的一部分,是对普通民众最低的道德要求。儒家提倡的礼的规范被引入到国家的法律制度层面中来,提升了对普通民众的道德要求,这对文化素质本来不高、物质条件不甚丰富的大多数农民来说很难能达到国家法律的要求,容易引发立法和

执法的严重脱节。法律与社会的不对称又会引发人们对国家法律的信任危机,造成了古代社会出现了重礼轻法的现象,从而影响了中华法系的创新能力。清朝乾隆年间在编纂《四库全书》时,儒学著作搜罗殆尽,而“政书类法令之属仅收两部,存目仅收两部。其按语谓刑为盛世所不能废,而亦盛世所不尚,所录略存梗概,不求备也。夫《四库目录》乃奉命撰述之书,天下趋向所属,今创此论于上,下之人从风而靡,此法学之所以日衰也”^①。再次,礼是古代法律的最初形态,礼在中国传统社会中有深厚的土壤,礼的规范上升为国家法律规范更容易为社会所认同。儒家礼所提倡的皇权观念、尊卑贵贱的等级观念、父权家长制观念,恰好迎合了古代历代专制统治的政治需要,从西汉中期以后,儒家思想被定为一尊,为礼的规范转化为法律规范提供了理论支撑。从此之后,根据儒家提倡的“礼有等差”原则,历代统治者选择性地吸收了古代礼制中维护专制皇权和官僚贵族法律特权,维护父权家长制等方面因素,并将其纳入到国家的法律制度中来,使中国古代社会成为名副其实的礼法社会。最后,中国古代的礼制入法,也对中华法系的立法技术产生了重要影响。古代的礼制缺乏抽象性和概括性,受此影响,中华法系也不像古代罗马法那样形成具有严密的逻辑性和高度抽象性的特点,传统的法律内容琐细和具体。以唐律为例,《唐律疏议》卷21“斗殴以手足他物伤”条规定:“诸斗殴人者,笞四十;伤及以他物殴人者,杖六十,伤及拔发方寸以上,杖八十。若血从耳目出及内损吐血者,各加二等。”这样僵硬的法律条文,如果遇到特殊案情,就不得不以敕、例的形式进行补充。上述这些因素,都严重阻碍了中华法系的深入发展。

^① 沈家本:《寄簪文存》卷3之《法学盛衰说》,载《历代刑法考》,2143页,北京,中华书局,1985。