

北京市法學會中國法律文化研究會

法律與文化網

首页

关于我们

学会活动

会员关注

学界动态

民族法文化

法史春秋

名作佳文

书评纵横

法文化辞典

首页 >> 名作佳文 >> 佳作一览

四、谈《尚书》诸篇关于“法源”、“法意”的若干观点

2013-04-22 访问量: 访问量: 366

南京大学中国思想家研究中心:

中国思想史研究动态信息第154期《中国学术思想史》组撰动态专号(15)

中国人民大学 马小红

作者按: 本文是在南京大学中国思想家研究中心“中国学术思想史”项目的撰写过程中, 与总主编蒋广学先生就《尚书》中有关法的记载的讨论。载于南京大学中国思想家研究中心办公室《中国思想史研究: 动态信息》154期。自2010年底, 我有幸参加南京大学中国思想家研究中心组织的“中国学术思想史”的研究课题, 并承担《中国法律学术思想史》的撰稿, 就撰写的内容与纲目反复就教于蒋先生和其他学者, 认真琢磨中心每一期的《动态信息》, 深刻感受到参加撰写的学者, 尤其是蒋先生的学术责任感。这一过程是学术切磋、交流的过程, 也是观点日臻成熟的过程。

编者按: 受“法律是统治阶级一直的体现”的影响, 《中国学术思想史纲要》的作者在阅读《尚书》论法的有关的篇章时, 觉得这些篇章对于法律的起源、上古的法律精神(通常被概括为“法意”), 以及“执中”的原则, 不同程度地体现了“善”及“正义”的精神, 这与他平时所接受的教育相差太远, 于是就写信想马小红教授请教。小红教授的回信除详细解读了《吕刑》等篇关于法源、法意的根本含义外, 还提出了近代以来法学界忽视中国自身的法律传统所造成的不良影响, 提出只有忠实地研读古典原著, 领会其本有的含义, 方能正确地认识真实的中国法律思想史。这些观点对于各学科学术思想史的作者, 可能都有参考意义。

蒋先生:

大札收悉, 很是敬佩与向往。敬佩您为写“中国史学思想史”而通读《尚书》。在今日学界, 或严谨一点说在我了解的法律史学界这真可以称为“不合时宜”的佳话。这种通过原始资料的全面阅读而不是“查找”来进行研究, 原本是学术的根本方法, 唯有此, 才能避免学界本不该有的“人云亦云”, 甚至“以讹传讹”。我向往您现在这种真正的学术研究状态, 基于资料的独立思考和观点, 才能担得起“学术”二字。但在每个“单位”、每

个人都急于展示“成果”的当今学界，要做到从容读书、独立思考、深入研究真不是一件容易的事，因为这种“急于展示”常常是制度的要求，当然也有社会浮躁之气的影响以及个人“定力”的缺乏。我常常自愧自省，努力将展示”降到最低。我很羡慕您及老一辈学者，读书、研究没有那么直接的功利驱使，我现在很向往退休以后的生活，能百分之百地支配自己的时间，能按自己兴趣从事自己喜欢的学术研究。

您在信札中提到的问题，我在读《尚书》一些篇章中也有同感。

第一，《尚书》中的一些记载，较为集中反映了中国古代法的起源途径和先秦人们对“法缘何而起”的思考。学界对《舜典》、《吕刑》等成文的时间有着不同的说法，尤其《舜典》中有一些秦制，所以在用《尚书》论先秦制度时，一向谨慎。但《尚书》中对法起源的认识，则有充分的其他资料佐证。而且这种认识一脉相承地延续了几千年。

就我的理解，《尚书》中有关法起源的阐述，带有那个时代神权思想的特征，即认为法为“天意”的产物，天子不过是天意的执行者。而“天意”在当时人们的心目中具有当然的“合法性”或“正当性”。法来源于上天，在人间法表现为身负天意的人对违背天意者的讨伐，即“恭行天罚”，比如汤王讨伐夏桀、武王伐纣等。

“讨伐”不道之人，在当时是最大的“刑罚”，即《汉书·刑法志》所言的“大刑用甲兵”。《舜典》及《吕刑》中说的“有苗”或“苗民”，罪在“弗用灵”，也是得罪了上天之意。

我对《吕刑》“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、刵、椽、黥。越兹丽刑并制，罔差有辞。民兴胥渐，泯泯斃斃，罔中于信，以覆诅盟。虐威庶戮，方告无辜于上。上帝监民，罔有馨香德，刑发闻惟腥。皇帝哀矜庶戮之不辜，报虐以威，遏绝苗民，无世在下”这一段的标点和翻译与传统略有不同，首先，标点“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、刵、椽、黥、越兹丽刑。并制罔差。有辞民兴胥渐，泯泯斃斃，罔中于信，以覆诅盟。虐威庶戮，方告无辜于上。上帝监民，罔有馨香德，刑发闻惟腥。皇帝哀矜庶戮之不辜，报虐以威，遏绝苗民，无世在下。”（红字为不同之处）其次翻译为“苗民不信天命，被上天以刑制之。但苗民却又制五种虐刑并将其称为‘法’，杀戮无罪之人，这五种虐刑是：劓、刵、椽（宫）、黥、越兹丽刑（大辟）。上天没有办法，后来也只好用这种制度。苗民相互欺诈、风俗败坏、不讲信用，甚至背叛在神明前订立的誓约。虐刑盛行，被刑戮之人无奈告于上天。上天视察民情，苗民没有馨香的祭品，反而到处都是被刑戮的人发出的腥秽之气。上天怜悯这些无辜受刑的人，以威严对待暴虐，灭绝苗民。”

这一段，有几个问题应该注意，一是“并制罔差”。说的是上天之刑与苗民之刑在形式上并无二致，都是五刑。但这个“五刑”，在上天来说是不得已而用之的“惩恶”之具，而在苗民则是乱杀无辜的暴虐之具。二是“暴虐以威”。同为五刑，苗民用之滥刑无辜，是为“虐”，上天用之止虐安天下，是为“威”。一“虐”一“威”，说明“恶法非法”的思想在中国源远流长。汉以后，礼法的融合历程，表现了中国传统法对善法的追求。

《舜典》、《吕刑》对法起源的阐述，与《尚书》其他各篇，比如《康诰》、《召诰》、《无逸》等可以相互印证，也可以与先秦其他典籍相互印证。从中可以看出形式上相同的“刑”，若用于奉天命讨伐“反道败德”者，则为“祥刑”，而施之于无辜之人则为“虐刑”。

此外，起于讨伐战争中的刑，只是法产生的一个途径，同时尚有部落习惯逐渐演化为具有法的性质的“礼”，这是中国传统法产生的另一条途径。简单地说，刑是对外族或外部落而实施的暴力手段，礼则是部落内部的约束，相对于刑而言要温和得多。但它也具有强制力。这也是《国语》中说的“刑以威四夷，德以柔中国”。

您所引用的《舜典》“蠢兹有苗，昏迷不恭，侮慢自贤，反道败德，君子在野，小人在位，民弃不保，天降之咎，肆予以尔众士，奉辞伐罪”对我很有启发。其与《吕刑》可以互证。即《吕刑》所言的“制以刑”的时代大约应在舜，也就是我们历史教科书上说的“部落联盟”时代。

第二，您说到的《大禹谟》，我过去读过，但已经很长时间了，有些遗忘，有闲暇时一定再读。但中国古代法的一贯宗旨就在于“法中求仁”。在古代，官吏在裁断狱讼时，不能只熟悉法条，他必须要理解法条背后的精神。我记得《通典》中记载过对官吏所写“判文”的考核标准，“经律兼通”为第一等。若只熟悉条文，而对法律精神理解有缺，勉强可以及格。中国传统法律的主流思想是“恤刑”和“慎刑”而决不是“重刑”。在慎刑思想的指导下，死刑复核制度逐渐完善，从魏晋时期的录囚，到明清时期的会审，体现的都是“法中求仁”的宗旨。中国古代有循吏、酷吏之分，他们之间的一个重要区别就是循吏“法中求仁”，酷吏则“法中求罪”。中国古代法律确实没有现代法治中的权利及权力制约的理念，但是礼律的结合，实际上已经将“民心”视为政权合法

性的基础，从这一点来说，是有“民权”思想的，其与现代法治精神有不谋而合之处。

关于“中”，是理解中国传统学说的一个重要概念，《吕刑》中多次提到，我领会其可以与“罪刑相当”的原则相连接，意在强调裁判者应当依法而断，避免用刑过重或过轻，即避免“出入人罪”。

第三，您在信中最后提出的问题，也是困惑了我很长时间的问题，即近代以来我们为什么放弃了这些源远流长、有着深厚文化底蕴的法思想？以致我们现在许多人一说到法，就言必称希腊、罗马。似乎五千年的中华文明与法无关。我个人感觉这种对中国传统法的“淡化”（先生用词谨慎、委婉。我常说是一种“中断”或“抛弃”）始于近代中国在法律变革中不断地自我否定，这种延续了上百年的否定，使我们失去了法文化的自信。

中国近代法学完全仿效西方，另起炉灶。所以它常常与史学、伦理学、社会学研究成果发生冲突，有时是明显的“一孔之见”。这也是上世纪的中国法学一直戴着“幼稚”的帽子的原因。而“幼稚的法学”不仅是社会，也是法学界自身承认的一种状态。这种幼稚源于法学界对西方法学的膜拜，更源于我们对自身传统无休止地批判，我们企图完全抛弃传统法，将西方法移植到中国，却未曾想到中国是个有着悠久历史文化传统的国度，“橘生淮南则为橘，生于淮北则为枳”的现象在近代中国法律的变革中屡屡出现。我们忘却了先哲们“欲速不达”、“邯郸学步”、“揠苗助长”的告诫，西来的法失灵，不是因为我们对传统过于尊重，而是由于我们对传统的否定过于轻率和彻底，以致我们失去了学习的资本，无法利用传统，搭建接纳中西法思想交融的文化平台。这也是当前法治发展面临的困境。

读了您的信，浮想联翩，便匆匆写成了以上文字，定有不妥之处，请赐教。也盼望您来北京时，向您当面请教。

顺颂

秋祺！

马小红

2012年10月15日

（编辑：李伟）