

从贵族法治到帝制法治

传统中国法治论纲

李贵连*

摘要 法治转型是围绕社会转型进行的,中国第一次社会转型发生在春秋战国时期,与此相应,法治转型则是由贵族法治转为帝制法治。贵族法治的特质是别亲疏、殊贵贱、断于礼,也就是西周以降的礼治。“废井田,开阡陌;废分封,立郡县”是春秋战国社会转型的全部内容。这种转型用今天的语言来表述,就是经济转型和政治转型。为适应社会的这种转型,先秦法家提出了“法治”理论。这种“法治”,与传统的礼治相对立,其特征是“不别亲疏、不殊贵贱,一断于法”,重心是治吏治官。这是秦汉以后中国法律制度的思想基础。秦汉以后的中华帝国法治主要是这种观念制度化的结果,因此,在这个意义上,用“儒家思想法律化”来概括帝制中国的法治特征较“法律儒家化”为妥。

关键词 贵族“法治” 君主“法治” 社会转型

引言

什么是法治?或者说法治是什么?中国要不要法治?要什么样的法治?能不能说“法治”就是“法制”?这是二十世纪中国法学界、政治学界讨论了一个世纪的问题。“法治”是中国古已有之的概念。但是古代“法治”与近现代使用的对应英语 Rule of Law 的“法治”,中文字结构虽然完全相同,内涵则大相径庭,甚至可以说截然相反。近代中国开始使用西方式法治,大约是 19 世纪九十年代。最有代表性的提法是黄遵宪《日本国志·刑法志序》中的“以法治国”。清朝末年,不但梁启超、孙中山等把西方法治作为自己的追求目标,晚清法律改革的

* 北京大学法学院教授、华中科技大学法学院特聘教授。本文为司法部重点课题“近代中国法治研究与反思”(项目编号 09SFB1002)之成果。

主持者沈家本,也把改革的诉求定位在西方“法治”上。民国建立,武人专政,法治成为泡影。孙中山护法失败,到20世纪二十年代,用以党治国的党治取代了法治。蒋介石继承发展了他的党治思想,南京国民政府的中华民国,因党国一体而成为党国。党国不分,党法与国法无别。司法党化,由国民党员掌控司法,按党义解释法律、适用法律。这种党治当然不可能得到国人的赞同,包括共产党在内的各党派都一致反对。所以,三、四十年代,还是有不少讨论法治的文章,人们还在向往法治。1949年,中华人民共和国成立后,“法治”失语。文化大革命结束,有一次法治、人治大讨论。当时的全国法学精英几乎都参加了这场讨论。但是,即使有这样一场讨论,后来很长一段时间,连法学界的一部分很有影响的人,都还坚持一个现在看来非常可笑的命题:法治就是法制。一直到1996年才有统一的认识:法制是法制,法治是法治,这是两个不同的概念。这个问题解决之后,才有世纪之交诸多讨论法治的论作。从1949年到1996年,过了将近半个世纪,学术界终于能讨论法治了,这也是社会的进步,只不过我们付出的代价太大了一些。前两年教育部、司法部联合决定,全国政法院校都要开设“社会主义法治理念”课程,而且还是必修课。由“法治”失语,到“法治”与“法制”的混而为一,再到“法制”不是“法治”,直到要开设必修课“社会主义法治理念”,社会、国家、学术确实都在进步。但是“社会主义法治”所包含的“社会主义”和“法治”这两个概念,却是不好解释而且很难解释的概念。“社会主义”是纯政治学概念,不是我们所要讨论的问题。而“法治”则主要是法学领域的概念,是本文所集中讨论的对象。

先来观察两本最常见的工具书对“法治”的定义:一本是国内重要辞书《辞源》它对法治的定义是:“谓根据法律治理国家。对‘人治’而言。《晏子春秋·谏上》‘昔者先君桓公之地狭于今,修法治,广政教,以霸诸侯。’”〔1〕

一本是《牛津法律大辞典》,它解释说,“法治(Rule of law),一个无比重要的、但未被定义,也不是随便就能定义的概念。他指所有的权威机构,立法、行政、司法及其他机构都要服从于某些原则。”〔2〕

两部词典,前者为中国人自己编纂的,后者是中国人翻译英国的。中国固有的“法治”,就这样对应了英语世界的Rule of Law。但是,两者能对应吗?它们的内涵相同吗?

1940年2月,蔡枢衡先生的《近四十年中国法律及其意识批判》脱稿。在这篇文章中,蔡氏提出:“事实告诉我们,法治这东西是八面玲珑的。它可以和君主同居,也可以和民主结合,还可和独裁握手。”〔3〕

君主、民主、独裁是三种政权形式,法治都可以和它们结合,这话很有点骇人听闻。他还有一段话:“独裁类似专制而决不是专制。专制是反法治的;独裁则是把法治的历史作基础的。

〔1〕《辞源》(合订本),商务印书馆1988年版,页946。

〔2〕(英)戴维·M.沃克编著:《牛津法律大辞典》,北京社会与科技发展研究所组织等译,光明日报出版社1988年版,页790。

〔3〕蔡枢衡:《中国法理自觉的发展》,清华大学出版社2005年版,页58。

专制是先法治的历史阶段;独裁是后法治的历史阶段。”〔4〕

前段说法治“可以和君主同居”,后段说“专制是反法治的”,使人有云山雾罩之感。

40年之后,1980年,于光远先生在《对人治与法治问题讨论的一点看法》一文中说:

法治是不是就倾向于民主呢?一般说来,也可以说对的。条件是法律是保障民主的法律。法律如果是针对某些人搞独断专行,甚至搞专制独裁,为了限制这种人损害人民权利而制定的,按照这样的法律实行法治,就倾向于民主。但是如果不是这样的条件,法治也不一定准倾向于民主。因为也可以制定保障专制独裁的法律嘛。如果制定了这样的法律,当权的人就又以依靠这种法律,更加实行专制独裁。〔5〕

两段基本相同的话,时间相隔40年,但是没有人进一步深究,也从未引起学界的注意。这种状况,不能不使人感到遗憾。因为,这两位前辈向我们展示的是这样一个问题:“现代中国所要的法治是什么样的法治?”是与民主相结合的法治呢?还是与君主同居的法治?抑或于专制握手的法治?我们讨论法治,如果离开这样的问题意识,法治实际是讨论不清的。本文就是带着这样的一个问题意识,从我国法治的历史演变这个角度,来谈一下传统中国法治的演变历程。

如果承认中国几千年来的“治”,是一种规则、规范之“治”的话。那么,有文字记载的最早规则、规范之治是通常所说的“礼治”。这种礼是一种规范、规则,用“礼”这个字来表述,来规范贵族的行为。从这个意义上说,它是贵族法治。春秋战国由“法”来表述的规则规范,主要是规范官僚行为,保护君权(秦汉以后是皇权)的规范。所以它是君主法治、帝制法治、专制法治、也可以说是官僚法治。

法治转型,源于社会转型。“转型”一词,现在用得很广泛,也可以说用得很滥。其实,这个词很难界定。转型,一般用在社会转型,以及由此而来的思想、文化、学术、政治、经济、制度等等的全面转型。这种转型,中国有两次。第一次是春秋战国。“废井田,开阡陌;废分封,立郡县”,太史公总结的这十二个字,是这次转型的全部内容。不要小看这十二个字,它的内涵实在太丰富:前六个字,用今天的话来说就是经济体制变革。井田废,阡陌开,土地私有制取代土地王(国)有制。在土地是最大最重要财富的远古社会,这是何等重大的转变!后六个字,则是政治体制变革。土地私有,失去了按血缘分封各级贵族的经济基础,邦国消亡,立郡县就成了时代的必然选择。郡县不是封邦,而是直属中央、完全听命中央,由中央直接委任、撤换地方郡守县令的地方政权。在连绵不断争夺土地财富的战争中,诸侯王要生存,要胜利,就只能把官爵给那些有能力有军功的人,按能力功劳的大小,授予不同的官职,由他们来管理国家的各项事务。血缘贵族没落,官僚阶层兴起,这又是何等巨大的转变!第二次是1840年以后的中国社会转型。这次转型,按

〔4〕 同上注,页58-59。

〔5〕 《法人治问题讨论集》,社会科学文献出版社2003年版,页9。

我的观察,到现在还没有完成。这次转型比第一次转型更困难。第一次转型,纯属中国社会内部因素促成。第二次不同了,是在世界资本东来的大背景下,同时又是在世界资本最野蛮、最腐朽的殖民时代开始的。马克思所批判的资本主义世界,就是这个时代。列宁所说的腐朽的、没落的、垂死的帝国主义,也大致属于这个时代。在这种背景下,中国社会转型,是由传统的封建社会(按:套用了历史学界的传统分期)先转入半封建社会,再转为社会主义社会。国家则由一个独立的帝国,先是转变为半独立半殖民的帝国,接着转为半独立半殖民的民国,而后才成为独立的人民共和国。古老的农业经济转向工商经济,专制皇权将被民主民权所代替,由此带来的思想、文化、制度、学术等等的全面变革,就是这次转型的应有之义。不过,这个转型到现在还没有完结。经济上没有完结,政治、思想、文化、学术、制度也都没有完结。

法治转型是围绕社会转型进行的。第一次法治转型由礼转为法;第二次法治转型由旧法(传统法)转为新法(西方法)。“礼法之争”旧法与新法之争,是习惯说法,实际上是“(旧)法(新)法之争”,是传统法与西方外来法之争。这种转型从1840年就已开始,它的表现就是对西方法律和法学的翻译介绍。但是,真正转入实质操作是六十年后的20世纪初由清政府启动的法律改革,它导致中国法治的全面转型,直到今天仍未结束。

由于第二次社会转型比第一次社会转型深刻、全面、困难,因此,第二次法治转型同样比第一次法治转型深刻、全面、困难。法律法典要转,司法审判也要转;法学学术要转,法学教育也要转;有形的设施要转,无形的观念也要转。例如,《大清律例》转为《大清现行刑律》,再转而为《大清新刑律》、《暂行新刑律》、《中华民国刑法》、《中华人民共和国刑法》,这是法典法律转型。衙门审判转为法庭审判,这是司法审判的转型。律学变为法学,这是学术转型。师徒相授的律学教育变为大学的学校教育,这是法学教育的转型。笞杖被废除,徒流被停止,新式监狱、劳改工厂农场的出现,这是有形设施的转型。法律面前人人平等取代干名犯义,这是观念的转型。如此等等,不一而足。不论哪一方面,都比第一次转型困难、深刻。为什么呢?因为这个“转型”所转的“型”,大部分不是中国本土烧制的“型”,而是西方贩来的洋“型”。就像茅台酒和洋酒,虽然洋酒在中国有销路,但是对大多数中国人来说,还是茅台酒有劲。法治转型也是这样,让西方之“型”在中国扎根定“型”,实在不是一件简单的事情。不论大事、小事,都会反复多次,才会定“型”。例如,转型之初,革命者、改革者追求的西方式民主法治,一百多年了,中国有这种法治了吗?再如,衙门官僚断案,转为法官独立审判,大理院是1906年慈禧太后下令成立的,意在实行立宪后,让法官去独立审判,也是一百多年了,中国的法官独立审判了吗?法官独立审判这个洋“型”,能在中国“定型”吗?再如,“分家析产”制转为“遗产继承”制,转了多年,定“型”了吗?

这就是我所理解、所界定的转型。这种转型,在中国社会总共发生过两次。第一次发生在二千多年前,从春秋开始,大体到汉朝由汉武帝完成。第二次从1840年(或许从1800年或更早时候的明清之际)开始,到现在还转个没完。本文集中探讨第一次转型,也就是贵族法治转

为君主法治 帝制法治 专制法治 官僚法治的变革历程。

一、贵族法治: 别亲疏、殊贵贱、断于礼

由分封制到郡县制,由宗法制到官僚制,这是春秋战国社会政治制度大变革大转型的基本内容。春秋之前,是分封制和宗法制。维护这种分封制和宗法制的是礼治。礼,就是这个时代的法。“别亲疏、殊贵贱”,就是这种“法”的核心。

(一)宗法制与分封制

什么是“宗法”?所谓“宗法”,就是以血缘为纽带,调整家族内部关系,维护家长或族长的统治地位,以及他们世袭特权的行为规范。这种宗法,根源于氏族社会末期父系家长制的传统习惯。夏、商、周是我国最早出现的、由三个不同地区的、三个不同显贵家族为中心的部族集团所建立起来的王朝。他们保留了大量父系家长制传统。这些统治集团的家长、族长,掌握了国家政权以后,便把维护家长制的宗法制度和国家的行政组织结合起来。他们任命自己的亲属担任各级官吏,并且世袭下去。这样,就使小宗服从大宗,子弟服从家长的宗法等级,和国家官吏的行政等级结合起来,形成“大人世及以为礼”(子孙继位成为制度)的“家天下”。

夏代由于年代太远,史料缺乏,无法了解宗法的具体情况。不过,夏代实行王位世袭制,这应该是宗法的产物。商朝有崇拜祖先习惯,他们讲究宗法,但商代的宗法制度和宗法思想不完整。宗法制完备的一个重要条件,是继承上区分嫡、庶,实行嫡长继承制。商朝前期的继承主要是“兄终弟及”,后期转向“父死子继”,直到晚期才实行嫡长继承制。

西周的情况不同于夏、商。它一开始就确立了“立嫡以长不以贤,立子以贵不以长”〔6〕的嫡长继承制。所谓“立嫡以长不以贤”,就是说:继承人必须是正妻之子,正妻之子中又要立长子,其他儿子即使比长子贤也不行。一定要由嫡长子世袭王位,或者世袭诸侯。“立子以贵不以长”,贵是母贵。那时是多妻制,几个妻子,但有一个是正妻。做继承人的,只能是正妻之子,而不能是庶妻之子。正妻之子即使年纪比庶子小,也是法定继承人。嫡长继承制的确立,最终使宗法制度和宗法思想系统化。

西周的宗法制和分封制是密切结合的。清代学者沈垚说:“古人于亲亲中寓贵贵之意,宗法与封建相维。诸侯世国,则有封建;大夫世家,则有宗法。”陈寅恪先生引沈说后案云:“礼制本与封建阶级相维系,子敦之说是也。”〔7〕西周取代商以后,周武王和周公曾经在全国范围内进行大分封。那时是土地国有(或王有)制,“溥天之下,莫非王土,率土之滨,莫非王臣”,〔8〕就是说,当时全国的土地和臣民,名义上都归周王所有。周王把土地连同居住在土地上的臣民分封给诸侯。这叫做“封国土,建诸侯”,或“封邦建国”。京城周围的土地由国王直辖,叫做“王畿”。诸侯得到封地后,保留“公室”直辖的土地,其它封给属下的卿大夫。卿大夫的封地

〔6〕《公羊传》隐公元年。

〔7〕陈寅恪:《隋唐制度渊源略论稿》,三联书店2001年版,页7。

〔8〕《诗经·小雅·北山之什·北山》。

叫做“采地”或“采邑”。卿大夫下面有士,也由卿大夫封给食地。士是贵族最低层,不再分封。士的下面是平民和奴隶。经过这种分封以后,贵族内部形成从周王、诸侯、卿大夫到士的宝塔式等级。即所谓的“王臣公,公臣大夫,大夫臣士”,〔9〕层层榨取平民和奴隶。分封时,还规定了上下之间的权利、义务关系:下级要听从上级的命令,缴纳贡赋,定期朝觐或述职,提供劳役,接受军事调遣和指挥,服从裁判等;上级则有保护下级和排解纠纷的责任。土地不准买卖,只能由上级分封或赐予。但实际上贵族代代世袭而逐渐占为己有。

这种分封有两个主要特点:①经济上的土地所有权与政治上的统治权直接相结合。周王是全国土地的最高所有者,也是全国的最高统治者。下级贵族受封以后,在封地内同样享有政治统治权。受封贵族经济上政治上都要接受国王的统治,国王是天下诸侯的共主。②分封按宗法关系进行。除一部分因功受封的异性诸侯外,周王首先分封自己的亲属,特别是血缘关系最近的亲属为诸侯,诸侯以下也如法炮制。国王、诸侯、卿大夫等职位,都由嫡长子世袭。嫡长子是土地和权威的法定继承人,地位最尊,成为“宗子”。周王是全族之主,奉祀全族的始祖,叫大宗。他的同母弟和庶兄弟则分为诸侯,称为“小宗”。在诸侯国内,诸侯也由嫡长子继承世袭,是“大宗”,他的兄弟被封为卿大夫,是“小宗”。卿大夫同样由嫡长子继承,在封地内为“大宗”,他的弟兄是“士”,为“小宗”。“士”的嫡长子仍然为士,他的诸兄弟则变为平民。按照宗法规定,“小宗”要服从和尊敬“大宗”,“大宗”则要爱护“小宗”。这种宗法制和分封制的结合,一方面保证了各级政权主要掌握在血缘最近的亲属手里,另一方面,又是天子、诸侯、大夫等各级贵族,除政治上的上下级关系以外,又加上了一层“小宗”服从“大宗”的宗法关系。一句话,用血缘来巩固统治,用族权来加强政权。对于异姓贵族,则通过婚姻来加强联系。异姓诸侯在自己的分地内,也有自己的“大宗”、“小宗”。这样一来,宗法关系直接同整个国家制度结合起来,使族权与政权结合起来,这一套制度,就是西周的宗法等级制。在这个制度下,贵族一般说来始终是贵族,这就是西周的“世卿世禄”制。

(二)周礼:贵族之法

为了加强和巩固周王朝的统治,相传西周初年,周公曾“制礼作乐”。实际上是在周公的主持下,将以往的宗法传统习惯进行整理、补充,制定了一套以维护宗法等级制为核心的行为规范,以及与之相应的典章制度和礼节仪式。这就是后来一般所说的“礼”或“周礼”。与这套礼制相适应,西周在政治法律思想史上所实行的就是以“亲亲”、“尊尊”为基本原则的“礼治”。

“礼”字在殷商就已出现,象征豆盘里装着玉,祭祀祖先和上帝。《说文解字》解释说:“礼,履也,所以事神致福也。”殷人“尊神”,认为只有履行这样的仪式才能得到鬼神的赐福和保佑。从这里我们可以看出,“礼”一开始就和神权、族权紧紧联系,并包含行为规范的意义。

“周礼”的内容非常庞杂。包括政治、经济、军事、教育、祭祀、婚姻家庭,伦理道德各个方面,核心是维护宗法等级制。《礼记·曲礼上》有一段话说得很典型:

夫礼者,所以定亲疏,决嫌疑,别异同,明是非者也。

〔9〕《左传·昭公七年》。

又说:

道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分争辨讼,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;禘祠祭祀,供给鬼神,非礼不诚不庄。

征之其他典籍,也有类似说法:

礼者,君之大柄也,所以别嫌明微,俟鬼神,考制度,别仁义,所以治政安君也。(《礼记·礼运》)

礼,经国家,定社稷,序人民,利后嗣者也。(《左传·隐公十一年》)

大宰之职,掌建邦之六典,以佐王治邦国。……三曰礼典,以和邦国,以统百官,以谐万民。(《周官·大宰》)

可见,从“规范”、“规则”角度说,西周的这种“礼”,就是后世称之为“法”的规范。上至国家的立法行政,各级贵族和官吏的权利义务;下至衣食住行,送往迎来,无所不包。特别值得注意的是,周礼中那些属于法律性质的行为规范,有些甚至带有根本法的性质,不过,这种“法”(礼),是以血缘为基础,以血缘为准则的等级法而已。正是由于礼的这种属性,所以章太炎在《检论·礼隆杀论》说:“礼者,法度之通名。大别则官制、刑法、仪式是也。”

陈寅恪则说:“礼、律,古代本为混通之学。”^[10]萧公权在《中国政治思想史》中说:“春秋时人之论礼,含有广狭之二义。狭义是指礼之仪文形式,广义指一切典章制度。《左传·昭公五年》载:‘公如晋,自郊劳至于赠贿无失礼。晋侯谓女叔齐曰:鲁侯不亦善于礼乎! (中略)对曰:是仪也,不可谓礼。礼所以守其国,行其政令,无失其民者也。’此于二义之区别,言之最为简明。”又说“按封建宗法社会之中,关系从人,故制度尚礼。冠婚丧祭、乡射饮酒、朝会聘享之种种仪文,已足以维秩序而致治安。及宗法既衰,从人之关系渐变为从地,执政者势不得不别立‘贵贵’之制度以代‘亲亲’。然礼之旧名,习用已久,未必遽废。于是新起制度亦或称礼,而礼之内容遂较前广泛,其义亦遂与广义之法相混。”^[11]萨孟武亦云:“古代之所谓‘礼’乃包括‘法’在内,《礼》云‘分争辨讼,非礼不决’。这个‘非礼不决’之礼就是法律。故云‘礼者君之大柄也’,‘安上治民莫善乎礼’。”^[12]

全部周礼,始终贯穿以下几个原则:①“亲亲”原则。所谓“亲亲”,就是必须亲爱自己的亲属,特别是以父权为中心的尊亲属。小宗必须服从大宗,子弟必须服从长辈。在分封和任命官吏上,主张“任人唯亲”,首先委派自己的亲属,特别是最近的近亲属,要使“亲者贵,疏者贱”,谁最亲,他的地位、待遇就高,血缘关系疏远的就贱。并且要按嫡长继承制的原则,世世代代世袭下去。这就是“亲亲”原则,也是最重要的一个原则。②“尊尊”原则。就是下级必须服从上级,尊敬上级,特别是必须服从作为大宗的天子,以及作为一国之主诸侯国君。严格上下级

[10] 陈寅恪,见前注〔7〕,页115。

[11] 萧公权:《中国政治思想史》,新星出版社2005年版,页70、74。

[12] 萨孟武:《中国政治思想史》,东方出版社2008年版,页3。

秩序,不许僭越,即下级贵族不能享受上级贵族所享有的那些特权,如果下级贵族享受了该特权,就是僭越。至于犯上作乱,那就更不允许。③“长长”原则。这比较简单,就是小辈必须尊敬服从长辈。后来的法律规定,子孙不能违反教令。④“男女有别”原则。主要指两个方面,一是男尊女卑,二是男女授受不亲。

“周礼”的有关规定,都贯穿着这四条基本原则。而在这四个基本原则里面,最根本的是“亲亲”和“尊尊”。“亲亲”是宗法原则,“尊尊”是等级原则。周礼规定,“亲亲父为首”,旨在维护父系家长制;“尊尊君为首”,旨在维护君主制。两个原则,显而易见都服务于当时的宗法等级制。由于这个缘故,周礼在伦理道德方面特别强调两个东西:一个是孝,一个是忠。“孝”与亲亲的原则相应,“忠”与尊尊的原则相应。在宗法等级制度下,亲和尊是二位一体的,忠和孝也是二位一体的;子弟孝顺父兄,小宗服从大宗,也就是下级忠于上级。

由于周礼出自宗法,西周的统治者主要是依靠宗法来维系他们的统治。所以他们非常重视宗法。在“亲亲”和“尊尊”两个原则里,他们最强调的是“亲亲”。当然这并不说“尊尊”不重要,而是因为“亲亲”中的子弟孝顺父兄,小宗服从大宗就包含了“尊尊”的内容。至于“长长”“男女有别”这后两个原则,则都是由“亲亲”派生出来的。

周礼的特征是“礼不下庶人,刑不上大夫”。“礼不下庶人”主要是指礼赋予各级贵族的权利,特别是世袭特权,大夫以下的非贵族一律不能享受。“刑不上大夫”,主要是指刑罚的锋芒,不是指向大夫以上的贵族,而是指向广大平民。从中可以看出:西周的整个法制包含两大部分:一部分是用来调整贵族内部关系的“礼”,另一部分是主要用来镇压平民和奴隶的“刑”。这种“礼”和“刑”的分野,充分说明,西周实行的是一种公开不平等的特权法。在这种“礼治”下,等级非常森严:“天有十日,人有十等”;“名位不同,礼亦异数”。

由于周礼的这个特点,西周的各级贵族不仅享有各种特权,而且他们的行为即使越礼,一般也不受刑罚的制裁,只受舆论和道义的谴责。当然,这并不是绝对的,不是说大夫以上的贵族犯了严重危害宗法等级秩序的罪行,如犯上作乱、弑君弑父也不受刑罚。他们犯这些罪是要受刑罚制裁的,但他们受刑有各种照顾。如对贵族,一般不用肉刑,特别是肉刑中的宫刑,“公族无宫刑”。因为宫刑是侮辱人格的刑罚。死刑也不当众执行,或者秘密处死,或者让他自杀,“王之同族有罪不即市”、“有赐死而无戮辱”等等;诉讼上则有“命夫命妇不躬坐狱讼”的规定。许多贵族还享有减免罪刑的特权。在贵族看来,贵族们遵守周礼,用不着靠刑罚来强迫。因为他们受过礼义的熏陶,是君子,会自觉遵守礼制,此乃原因之一。另一个原因是制度上的问题。因为在分封制和世袭制下,各级贵族,特别是大夫以上的贵族在自己的封地内,都拥有相对独立的行政、立法、司法审判权和各自的武装力量,国王和诸侯要惩治他们,往往要兴师动众,兵戎相见。这就是通常所说的“大刑用甲兵”。

总之,“礼”在西周,是后来所称道的“法”,是西周的法,不过当时不称它为“法”而称它为“礼”而已。萨孟武先生即明确指出,“古人之所谓‘礼’,‘法’常包括在内。《礼》云

‘分争辨讼，非礼不决’，即礼除礼仪之外，又指今日之民刑二法，否则‘分争辨讼’，何以‘非礼不决’？”^[13]这种法建立在宗法制、分封制、世袭制、终身制、等级制之上，反过来又维护这些制度，特别是宗法制和分封制。别亲疏、殊贵贱的礼，足以规范这种社会，保证宗法制和分封制延续。而一旦宗法制和分封制遭到破坏，“亲疏”之别，“贵贱”之殊就无法为继，礼治就无法规范社会了。而破坏宗法和分封的是什么呢？是生产力的发展、土地私有制的出现。因此“废井田、开阡陌，废分封、立郡县”，十二字非常精到地概括了西周以后的社会转型。

西周的“礼治”建立在土地国有制的基础上。在西周初期的历史条件下，为巩固西周王朝的统一，它曾经起过重要的历史作用。因为当时的社会经济联系很脆弱，主要靠宗法血缘关系，来维系当时条件下庞大、统一的国家。但是，到了春秋战国时期，由于宗法关系日益疏远，宗法制、分封制、世袭制、终身制都遭到严重破坏，同族之间互相打仗，互相攻伐。周礼成了阻碍社会前进的严重障碍，自身也分崩离析，不可收拾，出现了孔子所说的“礼崩乐坏”的局面。在当时思想领域的百家争鸣中，除孔子为代表的儒家，通过改造“礼”，基本上仍然主张“礼治”外，其他各家，几乎无不反对“礼治”，特别是“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”的法家，主张“以法治国”，和儒家就“礼治”、“法治”问题，展开二百多年的争论。“礼治”就是在这种争论中，最后被“法治”所取代。

(三) 儒家纳仁入礼改造礼治

儒家的“礼治”思想是对周公“礼治”思想的继承和发展，而最先进行这一工作的就是孔子。他提出“仁”的思想，纳“仁”入“礼”，把“仁”和“礼”结合起来。这种结合，实际上是孔子适应春秋末期社会的转型，为当时中国社会所寻找的一条新的“治”道。春秋末期，原有的严格按照宗法血缘进行分邦建国的“礼治”，因土地私有制的出现，争夺加剧，已经走到末路。宗法血缘已无法解决土地、财富的争夺，贵族法治走不通了。在传统礼治还有巨大惯性的时代，孔子希望为当时的社会寻找一条既不违背传统礼治、又适合当时社会需要的治道。这些治道，就是“纳仁入礼”的儒家礼治。

“仁”是什么？孔子的学生对此有各种理解，孔子对学生的答复也因人而异，也就是通常所说的“因材施教”。他有时从血缘关系上说“仁”是“忠、孝、宽、惠、恕、孝弟”；有时从人的内在心理上说，“我欲仁而斯仁至矣”；有时从个体人格上说“己欲立而立人，己欲达而达人”；对

[13] 同上注，页 25。另外陶希圣论《汉律》时说：“家族彼此及内部的关系，乃是身份的关系，所以，汉代的法与礼颇难分辨。礼既是身份等级的规范，刑只是担保此种规范的执行的手段。汉代的礼刑已渐从对立变为相辅，萧何《九章》之律固然是关于刑的规定，叔孙通《傍章》十八篇大约也是朝仪，也算是律的一部。张汤《越宫律》二十七篇、赵禹《朝律》六篇，都是礼仪，也以刑罚为担保而为律的一部。”（陶希圣：《中国政治思想史》，台湾食货 1972年版，第二册，页 157。）程树德在《九朝律考·汉律律名考》中也说：“汉时去古未远，合礼与律为一，〈礼乐志〉谓叔孙通所撰礼仪与律同藏于理官，〈应劭传〉亦言删定律令为汉仪，此汉以礼入律之证。是朝觐享庙之仪，吉凶丧祭之典，后人以之入礼者，而汉时多属于律也。”这些学者的研究都证明至迟在汉初，礼与法尚难以准确分辨，那在此之前的西周乃至春秋初期，礼法合一，礼治即法治当为事实可知。

不听父母管教的人,他回答则是“不违”,不违背父母之命就是“仁”。由于他说得很多,故学术界对孔子的“仁”也有很多争论,但可将孔子关于“仁”的思想称为“仁学”,谭嗣同的书就叫《仁学》。解说仁学的论著很多,其中李泽厚讲得很好。他认为,孔子的仁学思想是一种整体模式,由四个要素构成,即:血缘基础、心理原则、人道主义、个人人格,^[14]其核心是“爱人”,是人与人之间的相亲相爱,这就是人道主义了。“爱人”,是他回答樊迟问“仁”时说的。《说文解字》云:“仁,亲也,从人而二”,二人以上相亲相爱就是仁。但孔子对“人”并不一视同仁。不同的人,“仁”的标准不一样。对待亲属,他要求“孝弟”;下级对上级,他要求“忠”、“敬”;上级对下级,他要求“宽”、“惠”。“臣事君以忠,君使臣以礼”,看起来好像对等,但实际上不是这样的。孝、慈、忠、礼都不完全对等,而且特别强调忠孝。也就是说,宗法血缘还是最重要的。“老吾老以及人之老,幼吾幼以及人之幼”,由爱自己的亲人,推及其他人。这种“爱人”与墨家的“兼相爱”不同,墨家的兼爱是普遍的爱,孔子的爱人是有所差等的爱,是爱有差等。孔子维护礼治,以人的行为是否符合周礼作为“仁”的标准,要求“非礼勿视,非礼勿听,非礼勿言,非礼勿动”。要求各级贵族以“礼让为国”,奉劝他们互相克制,停止争夺。在春秋时期,各诸侯国互相攻伐,打得不可开交,诸侯与大夫,大夫与家臣之间也如此。所以孔子要求他们都遵守礼制,不要再打。

儒家纳“仁”入“礼”,对周礼最大的修改,是将传统礼治的最重要原则“亲亲”修正为“亲亲为大”。礼治是宗法和等级相结合的产物。孔子、孟子虽然强调“亲亲”的宗法原则,一再强调“笃于亲”,认为“尧舜之道,孝弟而已矣”。甚至“亲亲”与法律发生矛盾时仍主张坚持“亲亲”,提倡“父为子隐,子为父隐”,在犯罪问题上反对父子之间互相告发。《孟子·尽心上》中,有一段经常被人引用的对话:

桃应问曰:舜为天子,皋陶为士,瞽瞍杀人,则如之何?”

孟子曰:“执之而已矣。”

“然则舜不禁与?”

曰:“夫舜恶得而禁之?夫有所受也。”

“然则舜如之何?”

曰:“舜视天下犹弃敝屣也。窃负而逃,遵海滨而处,终身欣然,乐而忘天下。”

在这段对话中,桃应问孟子,舜的父亲瞽瞍犯了罪,法官皋陶怎么办?孟子回答说,把他抓来,依法治罪。桃应又问:那舜怎么办?孟子说,舜不能禁止皋陶抓人,但要把父亲瞽瞍背到海边去藏起来,终身不回来。这就是亲亲相隐,后来正式成为“亲亲得相容隐”的法律条文。

但儒家对周礼“亲亲”原则有所修正。不但荀子有修正,孔、孟也有修正。周礼讲“任人唯亲”,儒家则讲“亲亲为大”。孔、孟都提出过与“任人唯亲”不同的主张,孔子提出的是“举贤才”,孟轲比孔子有所发展,叫做“尊贤使能”,即尊重贤人,使用有能力的人。荀况更看重贤能,主张“贤能不待次而举”,可以破格提拔。不过他们的主张都有条件,即在贤能相等的前提下,应当由亲及疏,从近及远。就是说,在选用官吏的时候,如果两个人的才能差不多,但一个

[14] 李泽厚:《中国思想史论》(上册),安徽文艺出版社1999年版,页20

是你的亲人,一个不是你的亲人,那就要首先选用你的亲人。两个都是亲人,那就是先选用近亲,然后再选远亲。这就叫由亲及疏,从近及远,此所谓“亲亲为大”。

另外,孔子虽然改造礼治,继续维护礼治,但是,并不排斥法律。他认为必须以“礼”作为适用刑罚的指导。只有在礼的指导下,刑罚的运用才会恰到好处,不至于使人们无所适从。所以他说:“礼乐不兴则刑罚不中,刑罚不中则民无所措手足。”用礼的原则来指导刑罚,这是孔子最先提出来的,也是对西周“刑不上大夫”的继承和发展。

至于孟子,前面所说他与桃应的对话很清楚,他认为舜只能放弃王位去窝藏犯罪的父亲,而不能以王的身份权力,禁止法官执法捉拿他犯罪的父亲。可见,他不但不排斥法律,不破坏法律,而且维护法律,维护法官执法。不仅如此,他还有名言:“入则无法家拂士,出则无敌国外患者,国恒亡。”^[15](《孟子·告子下》)强调国家要有法,要有懂法执法之人,关系国家的兴亡。“徒善不足以为政,徒法不能以自行。”(《孟子·离娄上》)

与孟子相较,荀子更重法。

荀子反对周礼所规定的贵族世袭制,这是他与孔孟的重大区别,但他并不从根本上反对宗法,而且特别推崇周礼所维护的等级制。“礼者,法之大分,类之纲纪也。”(《荀子·劝学》)大分即大本、根本。“类”相当于我们今天讲的类推或判例。他要求把维护等级制的礼,作为立法和审判活动的根本指导原则。荀子的这一命题,实际上是对孔子“礼乐不兴则刑罚不中”的发展。孔子只涉及司法领域,荀子则推广到立法和司法两个领域;孔子只论及礼与司法的因果关系,荀子则从正面讲述了礼与法的内部联系。荀子的主张,实质上是等级而不让贵族世袭。

荀子对礼有十分精辟的论述。《荀子》一书,几乎每篇都有“礼”字。还有长篇《礼论》讲礼的起源和作用。他认为,人类要战胜自然,就一定要合群,即组织起来,组成社会。因此,必须有管理者和被管理者的划分,不然就不能组成社会。所以,他说:

分均则不偏,势齐则不一,众齐则不使。有天有地而上下有差,明王始立而处国有制。夫两贵之不能相事,两贱之不能相使,是天数也。势位齐而欲恶同,物不能赡则必争,争则必乱,乱则穷矣。先王恶其乱也,故制礼义以分之,使贫富贵贱之等,足以相兼临者,是养天下之本也。(《荀子·王制》)

其大意为:要组成社会,一定是等级社会才合理。因此等级制度具有“与天地同理,与万世同存”的永恒性。所以,规范等级制度的礼也就是永恒的了。

荀子既隆礼又重法,既重治人也重治法,是儒法合流的先行者,对礼和法都有很多论述。如:

儒者为之不然,必将曲辨,朝廷必将隆礼仪而审贵贱。若是,则士大夫莫不敬节死志者矣。百官则将齐其制度,重其官秩,若是,则百吏莫不畏法而遵绳矣……士大夫务节死制,然而兵劲。百吏畏法循绳,然后国常不乱。(《荀子·王霸》)

有法者以法行,无法者以类举。以其本知其末,以其左知其右,凡百事异理而相受也。

[15] 入,谓国内也;出,谓国外也。拂,假借为“弼”。赵岐注:法度大臣之家,辅弼之士。

庆赏刑罚,通类而后应。政教习俗,相顺而后行。(《荀子·大略》)

其耕者乐田,其战士安难,其百吏好法,其朝廷隆礼,其卿相调议,是治国已。(《荀子·富国》)

春秋战国,宗法制、分封制遭到破坏,难以为继。以孔子为创始人的儒家要继续维护礼治,让周礼继续规范变化了的社会,就必须对“礼”进行改造。从孔子的纳仁入礼,到孟子的仁政,再到荀子的隆礼重法,就是儒家改造“礼”的过程。从“亲亲”到“亲亲为大”,到“举贤才”、“尊贤使能”、“贤能不待次而举”一步一步改造宗法制。为什么要这样呢?因为建立在血缘基础上的分封制、封邦建国瓦解了,郡县正在出现。郡县要人去治理。谁去治呢?很显然是没有血缘关系的“贤能”、“贤才”,这就是官吏。在分封制还没有完全过渡到郡县制的时代,正是儒家改造“礼治”,不排斥法律,直至荀子礼、法并用的原因,也正是儒家最早成为显学、后来被法家所取代的关键原因。

二、法家的法治:不别亲疏、不殊贵贱,一断于法

法家是战国时期主张“以法治国”的一个学派。在先秦诸家中,法家对法律、法学最有研究。其代表人物很多,且大部分是当时著名的政治家、思想家和军事家。春秋时期的管仲,一般被看作为法家的先驱。法家一般可分为前期法家和后期法家。前期法家有战国初期著名的李悝、吴起,其中李悝一般被认为是法家的开山祖;战国中期有商鞅、慎到、申不害等,分别代表法家中的三派,商鞅重法、慎到重势、申不害重术。后期法家的主要代表有韩非和李斯。

法家反对新、老贵族“别亲疏、殊贵贱”的礼治,主张“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”的“法治”。法家的法治主张能付诸实践,与当时的形势密切相关:诸侯征战,要取得胜利,就必须富国强兵;而要富国强兵,只有法家的主张最切合时用,其它儒、墨、道等都无法尽快实现富国强兵的目标。

(一)法家的法律观

法家以主张“以法治国”的“法治”而著称,并提出了一整套推行“法治”的理论和方法。法家的法律观主要指他们对法律的本质、起源和作用等基本问题的看法。

法家对法律本质的认识大体可分为两类:一类把法律比作度量衡,像量长短的尺寸、正曲直的绳墨、秤轻重的衡石等一样是公平、正直的,是衡量人们行为的客观准则。法家用它们来比拟“法”,作为人人必须遵守的行为规范和准则,其目的在于强调“法”的客观性和平等性。法家是将这种客观性、平等性、公平性以普遍性的形式提出来,或者说是以社会全体成员代表的身份提出这种观点,但实质上它只代表非贵族出身、占有财产的平民阶级,要求在法律面前与贵族平等的思想。正因为这样,所以,这种“法”也就不同于贵族的“别亲疏、殊贵贱”的“礼”。西汉司马迁对法家思想有个概括,叫做“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”。“不别亲疏”,是针对周礼中的“亲亲”原则提出来的;“不殊贵贱”,是针对周礼中的“尊尊”原则而提出来的。按照法家的观点,贵也好,贱也好,都要根据同一个法律来判断。这样一来,就和“别亲疏”,“殊贵贱”的礼形成鲜明的对照。法家为什么要这样主张?在法家看来,贵族垄断经济

(土地)、政权,是不公平的;而平民阶级要求土地可以私有,也就是说,贵族可以占有土地,平民阶级也可以占有土地;政权上,要求按照功劳和才能的大小来授予官爵,废除世袭,这才是公平的。因此,他们认为,应该按照平民阶级的意志来立法,只有这种法才算是“法”,按贵族意志来立法,那不是“法”,而是“礼”。他们认为,“礼”是不公平的,不客观的。从这里可以看出,法家所讲的“法”,不是一般的法律,而是指体现平民阶级意志的法律,这也是“法”字本来的含义。法字古文作“灋”,又作“金”,就是合于正的意思。要注意的是,法家只反对贵族世袭特权,不反等级、特权。

另一类则把“法”与刑结合起来,这种结合是把“法”作为定罪量刑的依据,把刑以及与刑相对应的赏作为实施“法”的手段。这种“法”、刑结合,有两个特点:一是区别于贵族的“礼”。因为在贵族的“礼治”中,“礼”和刑是分开的,“礼不下庶人,刑不上大夫”;法家要求“法”、刑结合,意味着刑上大夫。二是“法”的强制性。“法”既然以刑为保证,“法”就成了人民必须遵守的行为规范,具有以国家暴力为后盾的强制性,违犯法令就要受到刑罚的制裁。

法家既然把法律看成是公平的、正直的,故他们便进而认为法律应该为整个国家的利益服务,它高于所有社会成员包括最高统治者在内的利益。慎到说:“立天子以为天下,非立天下以为天子也;立君以为国,非立国以为君也。”就是说:立天子是为了整个天下的人,立国君是为了整个国家,不是反过来,立天下、国家为天子、君王一个人。他们把统治阶级中的个人利益(包括君主在内)称之为“私”,统治阶级的整体利益称为“公”。“法”体现了“公”,因而是“公法”。故:“法者,民之命也。”(《商君书·定分》)“立法术,设度数,所以利民萌,便众庶之道也。”(《韩非子·问田》)

“公”高于“私”,“法”当然也高于“私”。从维护整体利益出发,他们坚决反对“君臣释法任私”,把法律丢在一边,自己搞自己的一套。因此,“私”必须服从“法”。《韩非子·诡使》说:“夫立法令者,以废私也。法令行而私道废矣。私者,所以乱法也。”

法家的法律起源论更完全排除了西周以来的天命神权思想。他们认为,法律和国家都是历史发展到一定阶段的产物,并不是人类社会一开始就有的。社会发展到一定阶段以后,人与人、族与族之间,经常发生争夺。为了制止争夺,为了“定分”、“止争”,需要“立禁”、“立官”、“立君”,这样才产生了国家与法律。“定分”,有的时候,法家又称之为“明分”。“定分”、“明分”就是明确规定人们的权利义务。“分”即“作为土地、货财、男女之分”,主要指以土地私有制为基础的财产所有权。所谓“立禁”,就是要制定法律、禁令来保护人们的权利,保护人们的私有财产权,用国家的暴力来制止争夺,维护社会秩序。法家的这种法律起源论,没有君权神授的思想,而且由于他们把国家和法律的起源与“定分止争”联系起来,和财产关系联系起来,因此,也就初步接触到这样一个命题:国家和法律是适应保护私有制的需要而产生的。同时,也隐隐约约地看出了国家和法律是在突破氏族组织血缘关系的情况下产生的,否定了“亲亲而爱私”的血缘关系。在法家的这种起源论中,法律的产生既然在于“立禁”“止争”,这样法律的本身也就具有强制性,非遵守不可。他们自己也毫不掩饰国家和法律的这种暴力性。他们说,国家和法律是干什么的,就是“内行刀锯,外用甲兵”,即对内实行镇压,对外从事战争的工具。

关于法律的作用,《管子·七臣七主》曾精确概括说:“法者,所以兴功惧暴也;律者,所以定分止争也;令者,所以令人知事也。法律政令者,吏民规矩绳墨也。”

从这段话中,可以看出,法家认为法律主要有三个方面的作用:第一个作用是“兴功惧暴”。“兴功”主要指富国强兵,这是法家进行兼并战争,统一全中国的要求。从他们的先驱者管仲起,就提出这种主张,到了战国时期,为了取得兼并战争的胜利和实现全中国的统一,法家对富国强兵的要求更加迫切。奖励耕作的政策,就是兴功的具体内容,“行军功,分田宅”;所谓“惧暴”,即用法律镇压被统治者的反抗,从而迫使被统治者服从统治。第二个作用是“定分止争”,这是法律的最重要作用,前面已提到,兹不赘述。第三个作用是“令人知事”,就是说,法律可以统一全民的行动,使他们作为或不作为。它是君主“壹民使下”,即统一老百姓役使臣下的重要手段和工具。总之,法律是“吏民规矩绳墨”,即准绳,它的作用如此之大,所以,他们认为治国不可无法,坚决主张“以法治国”的法治。

(二)法家推行“法治”的理论

法家法律思想的核心,是“以法治国”的“法治”。“法治”与“礼治”、“德治”、“人治”的对立,是法家与儒家争论的焦点。“以法治国”不但高度概况了当时法家在政治、法律思考上的全部主张,而且涉及法理学上的很多问题。法家是战国时期继墨家之后、反对儒家最有力的学派。法家所主张的“法治”,正是在政治、法律思想上作为儒家的对立面而提出来的,这种对立主要表现在“法治”与“礼治”、“德治”和“人治”三个方面。它推行“法治”的理论主要有两点:

第一是“好利恶害”的人性论。“好利恶害”或“就利避害”,是法家对人性的认识。其法治思想的理论基础,就建筑在这种人性论上。这种本性,人一生下来就有,看见对自己有利的东西就喜欢,见到对自己不利的、有害的东西就避开。所以赏罚两手就成了治理国家的最好方法。这样,就无需采用儒家的那一套“仁义”、“恩爱”来进行统治。韩非在这个问题上走得更远,他把“好利恶害”的人性论发展成人人都有自私自利的“自为心”。在他看来,人与人之间的关系,统统都是赤裸裸的利害关系,都受“自为心”的支配。父子关系是如此,他更把君臣关系概括为“上下一日百战”,非常紧张。他写《备内》就是要君主特别警惕皇后、妃子,防止他们内外勾结、篡权夺位。法家的人性论是当时私有制和商品经济进一步发展的产物,是商品的等价交换在人们的权利和义务关系方面的反映。法家正是利用这种人性论来否定温情脉脉的宗法关系,否定儒家所讲的礼治、德治、人治;同时又为实行法治提供理论依据。如果说法家有自然法思想的话,这种依人的本性来实行统治的理论,也可以说是自然法思想。

第二是“法与时转”的历史观。法家反对复古守旧,认为历史是向前发展的,不是今不如昔,而是今胜于昔,一切法律和制度都必须适应历史的发展而变化,固步自封不能治理好国家,复古倒退更不能治理好国家。在他们看来,历史发展了,治理国家的方法就要跟着变化。如果不变,国家就一定会大乱。“法与时转则治,治与世宜则有功”,这就是他们观察人类社会历史所得出的结论。依据这种历史观,针对战国时期“强国事兼并,弱国务力守”的特点,法家认为,“礼治”已经不合时宜,富国强兵,迅速发展农业生产和加强军事力量,才是唯一的出路。韩非说:“力多则人朝,力寡则朝于人”。我的力量大,人家就来朝拜我;我的力量小,就要朝拜人家,向人称臣。因此,几乎所有法家,都对“力”倍加赞颂。从这种思想出发,法家非常重视

耕战,怎样才能发展农业生产和加强军事力量呢?他们从“好利恶害”的人性论出发,认为唯一有效的办法,就是颁布法令,奖励一切有利于农战的人,惩罚一切不利于农战的人,以此保证人人都“喜农而乐战”。这样一来,法治在他们的心目中就成了时代发展的必然。这是整个法家的基本观点。在历史观上,韩非比商鞅等前期法家更激进。他不但反对复古,反对保守,而且“美当今”。他把那些言必称尧舜的儒家,骂为不识时务的蠢货,把那些讲复古、讲保守的人比作“守株待兔”的蠢人。他的历史观还有一个特点,就是把历史的发展以及国家、法律的产生同人口问题联系起来。他认为,人类社会,最初人口少,货财多,所以人性虽然好利恶害,但也用不着争夺。因此,不需要国家、法律。后来,人口增加,生活资料的增长赶不上人口的增长,“民众而货财寡,事力劳而供养薄,故民争”。所以,为了适应社会发展,人口增长的情况变化,就必须有国家和法律来禁暴止乱。这样一来,人口论也成了他实行法治的理论根据。

(三)法家推行“法治”的方法

如何推行法治,法家的方法主要有四点:

第一、要有法,且“以法为本”,是法家推行法治的先决条件。但是,法家没有把这个问题绝对化,他们认为要使法令能够贯彻执行,立法者绝对不能随意立法,他们对统治者的立法,有三个原则要求:“当时而立法”、“因人之情”达到“令顺民心”以及“毋强不能”。这三点,主要是前期法家的思想,后期法家迷信暴力,主要用严刑峻法。此外,气候、地理环境、风俗习惯,也是法家提出的立法条件。

第二、要让法令必须成为判断人们言行和行赏施罚的唯一标准。对此法家也有三个要求:“布之于百姓”而“使万民皆知所避就”,“使官吏不敢以非法遇民,而民不敢犯法以干法官”;“法莫如一而固”,法令必须统一;并保持相对的稳定性。法家反对政出多门,要求由君主统一立法权,同时保持君主法令的相对稳定性,不要朝令夕改,使人民无所适从,朝令夕改的法律只能是对贵族有利;必须使法令具有绝对权威。这里有必要重点谈一谈法家是如何让法令具有绝对权威的。

一是要使法令高于一切。这一点,对老百姓和各级官吏都不难,难的是对君主本人。因为君主是最高掌权者和立法者,有立法权也有废法权。为此,法家提出“不为君欲变其令,令尊于君”的命题,要求法令不但高于一般臣民,而且高于君主本人。这种思想在当时是很宝贵的,但是无法实行,法家否定圣人,君主当然不是圣人了,不是圣人,就要受好利恶害人性的支配。君主也好利恶害,一般人可以用法来适应这种人性,君主怎么办呢?他没有说,就是说,他提出法令要具有绝对权威,君主不守法怎么办?这个问题没有解决,是法家法治的致命伤。二是法令一出,无论何人都必须遵守。他们不但要求各级官吏守法,而且要求君主本人也“慎法制”,做到“言不中法者,不听也;行不中法者,不高也;事不中法者,不为也。”对那些敢于坏法的贵族和臣,他们主张给予坚决打击。对一般老百姓,法家要求他们“服法死制”,不许违犯,也不许议论,“作议者尽诛”。无条件服从,在禁止人们议论法令的同时,还主张从人们思想上去根本性地解决问题,要求“禁奸于未萌”。在他们看来,禁止犯罪的最好办法是在犯罪心理尚未萌发的时候就加以禁止,用他们的说法就是“太上禁其心”。后来,又从用法令来统一人们的思想,发展成为“以法为教”、“以吏为师”,实行文化专政,禁止一切不合法令的仁义

道德、诗书礼乐。结果,由商鞅的“燔诗书而明法令”,导致出秦始皇、李斯的焚书坑儒,实行肉体消灭。

第三是必须善于运用赏罚。如何才叫善于运用赏罚呢?法家认为必须做到三点:“信赏必罚”与“厚赏重罚”、“赏誉同轨,非诛俱行”、刑多赏少与轻罪重罚。

第四是要“法”、“势”、“术”相结合。在前期法家中,商鞅、慎到、申不害分别以重法、重势、重术而各成一派。三派都主张法治,只是侧重点不同而已。韩非总结了三派的思想,提出了“以法为本”,法、势、术三者紧密结合以实现“法治”的观点。韩非的“以法为本”,法、势、术相结合的思想,是先秦法家思想的总结和归宿,其目的在于为新兴统治集团建立统一的专制主义中央集权制政权服务。

(四)法家法治的重心:治吏治官

在春秋战国社会“废井田,开阡陌;废分封,立郡县”转型过程中,适应社会的这种转型,法家提出的用“法”来治理国家社会的这套理论,确实比较系统、比较完整地应对了转型过程中出现的各种新问题。这套理论,触及了法的本体,即论证了法是什么,或者说什么是法这样一个哲学上的本体论问题。这个问题,历来是法理学上很难回答的问题,人说人殊。法家依据当时的社会,做出了自己的回答,这是他们对中国古代法理的重要贡献。不仅如此,他们还论证了为什么要实行法治,以及怎样推行法治的问题。这是一套完整的理论体系,不能将他们割裂。否则就很难理解。除了论证法是什么,为什么要实行法治,怎样实行法治,这些法治的基本理论问题之外,法家法治理论还有一个重要问题就是,“法治”所“治”的重心是什么?

先秦各家学派,特别是儒法两家,儒家中特别是荀子,在论述人类社会时都特别强调,人类要生存要发展,就必须组成社会,也就是他们常说的“群”。而要使这个“群”、这个社会能够有序,就必须对“群”进行有效的管理。“分均则不偏,势齐则不一,众齐则不使。”(《荀子·王制》)荀子的论证,非常精辟。权力,是人类对社会进行管理的结果,政权、国家由此而生。在春秋战国之前,封国土建诸侯,国家权力的管理者是贵族,周王依靠血缘纽带,通过宗法关系掌控全国政权,让自己的亲属掌控地方政权。废分封立郡县,分封制消亡,宗法血缘对国王掌控全国政权无能为力。正是针对国家社会这种变化,儒家才提出“举贤才”、“遵贤使能”、“贤才不待时而举”等思想命题,希望对贵族法治即礼治进行改良,在保留宗法血缘的前提下,由亲及疏,由近及远,以血缘贵族中的贤才为主导,加上没有贵族身份的贤才,共同掌控政权,管理国家。法家不同于儒家,面对废分封立郡县这样一个全新的社会,权力高度集中的君主,怎样转动从中央到地方这部庞大的国家机器呢?他给君主开出的药方就是“不别亲疏,不殊贵贱,一断于法”、“刑过不避大夫,赏善不遗匹夫”,排除血缘身份,一切以法为断。按照功劳的大小,依照法律设定的等级,任命各级官吏,由他们依照法令的规定,管理社会,掌控各级政权。把社会交给没有血缘关系的官吏去管理。这就给掌控全国政权的君主提出了一个新的严重问题,因为“一人专制,需要有人分担他的权力,但又最害怕有人分担他的权力。”^[16]这个问题,亦即是各级官吏违法行政自行其是怎么办?更为严重的是,一心想取国君之位而代之的野心

[16] 徐复观:《两汉思想史》(第一卷),华东师范大学出版社2001年版,页135。

勃勃之官吏也大有人在。怎么办？这正是法家中出现法治、势治、术治，以及后来韩非法、势、术三者结合，实行专制法治的原因。这样的专制法治，把治的重心放在治官上，这是法家法治发展的逻辑结果。“明主治吏不治民”这个思想命题，是韩非对法家法治落脚点的高度概括和总结，是法家法治的归宿。

君主怎样治吏？法治如何治官？法家代表有很多论说，上至君主的后妃太子，下至郡县僚佐，几乎都讲到了。下面，我引用他们的一些著作，看看他们是怎么论证的。

所谓壹刑者，刑无等级，自卿相将军以至大夫庶人，有不从王令、犯国禁、乱上制者，罪死不赦。有功于前，有败于后，不为损刑。有善于前，有过于后，不为亏法。忠臣孝子有过，必以其数断。守法守职之吏有不行王法者，罪死不赦，刑及三族。（周）[同]官之人，知而讦之上者，自免于罪，无贵贱，尸袭其官长之官爵田禄。（《商君书·赏刑》）

朝廷之吏，少者不毁也，多者不损也。效官而取官爵，虽有辩言，不能以相先也。此谓以数治。（《商君书·靳令》）

人主者，守法责成以立功者也。闻有吏虽乱而有独善之民，不闻有乱民而有独治之吏，故明主治吏不治民。（《韩非子·外储说右下》）

官之重也，毋法也；法之息也，上暗也。上暗无度则官擅为，官擅为故奉重无前，奉重无前则征多，征多故富。官之富重也，乱功之所生也。（《韩非子·八经》）

明君之督大臣，缘身而责名，缘名而责形，缘形而责实，臣惧其重诛之至，于是不敢行其私矣。（《邓析子·转辞》）

春秋战国是中国社会的第一次大转型。在由分封制到郡县制，由贵族宗法世袭制到官僚委任制的转变过程中，如果把儒家对西周以来的礼治进行改造、修正、充实，看成是转型的第一步，那么法家主张的法治就是第二步。这两步用今天的话来说，第一步是量变，第二步是质变。在分封制与郡县制、贵族宗法世袭制与官僚委任制博弈的过程中，当分封和贵族宗法世袭还占优势之时，完全抛弃周礼是不可能的，这时只能修正、改造。而当郡县制和官僚委任制已成无法逆转之时，法治任谁也阻挡不了。“任人唯亲”，让无能的血亲治理郡县，带来灭国杀身之祸；“任人唯能”、“任人唯才”，让有能力的、没有血缘关系的官员治理郡县，便不可逆转。这正是法家的法治只能出现在战国，并在战国结束时成为主导思想，并初步形成制度的内在原因。这也正是法家法治，把“治”的重点放在“臣下”身上的原因。“生法者君也，守法者臣也，法于法者民也”，臣下与君主没有血缘关系，是“能人”，也是对君权威胁最大的人。法家对此看得十分清楚，所以“治”的重点必然是“吏”。官治好了，民是不难治的。怎么治呢？用法，让官员完全依法作为，这就是法家法治的最后结论。到汉代，尽管反秦反法家，但由于君主制度的建立需要“治吏”，故这种思想仍被普遍接受。《淮南子·主术训》即说，“立君也，所以制有司，使无专行也。”正是在这个意义上，王亚南得出结论：秦汉以后的帝制社会，“在天下已定或大定之后，（皇帝）主要还不是为了对付人民，而是为了对付臣属哩！”^{〔17〕}

〔17〕 王亚南：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社 1981年版，页 63。

三、秦汉以后的君主/官僚/专制/帝制“法治”

法家强调过君主自己要守法,要以法而治。但是,在制度设计上,没有解决君主不守法该怎么做的问题。法家的法治只“治”臣民,不治君主。而在所治的“臣民”中,又把重点放在“治吏”上,或者说,放在“臣下”身上。这是法家法治所要达到的目的,实际上也是春秋战国社会大转型时代,社会做出的选择。试想,在封邦建国、贵族世袭的西周和春秋时代,血统就解决了全国的治理权问题。所以,这是一个“血而优则仕”的时代。但是,社会进入战国以后,井田废、阡陌开。土地私有,激发了人对财富的贪欲。由此而来的争战,使各诸侯国君经常处于亡国丧身的危机之中。按血缘“封土而治”、“分地而食”的分封制走到尽头。中央集权,广设郡、县,应运而生。君主把权力集中到自己手上,但是地域辽阔、郡县众多的天下,君主一个人是治理不过来的。接受君主的委任而去管理天下的郡守、县令等官僚集团,终于取代血缘贵族,挑起治民的重任。因此,法家为君主管理国家而设计的法治,“治吏不治民”,实在是时代发展的必然。

但是,官并不好治,因为他们是有能有才的人,可能还是野心家,时刻在窥视皇帝的宝座。法家提出了治吏的命题,也有一些制度设计,但是还来不及进行完整的制度设计。建立一个完整的依法治吏的制度体系,是一个缓慢的历史过程。按照金克木先生的形象比喻,“秦始皇构建了大帝国的框架,组装了硬件。汉武帝确定了大帝国的中枢运作机制,加上了软件。”^[18]硬件是帝国的基础条件,有哪些呢?金先生分析说,就是经济方面和文化方面的“车同轨,书同文”。

这些硬件是中华帝国能够持续运行几千年,今后还将为人民国家持续运行的硬件。这就是“帝国”而言,具体到帝国中某个、某家帝王那就不行了。有了硬件,还要看这些帝王们能否设计出软件;软件设计出来后,能不能经常维修。否则,软件出现漏洞,又没有补丁去补。这样的电脑,硬件虽在,也无法运转,最后是死机停转。这正是中华帝国活了几千年,秦帝变为汉帝,以后一直变到清帝的原因。

秦始皇“车同轨,书同文”,开运河凿灵渠,筑长城建都江,确立郡县制,统一全中国,集权中央,建造了一个庞大的帝国。他高居权力的顶端,一个人白天黑夜,还不断出巡,按照韩非的“明主治吏不治民”,用法势术去治吏。但是制度的建立是一个过程,需要时间。法势术三者结合治吏,说起来容易,落实成为制度,不是一件简单的事情,治吏他主要用术,没有一套比较完整的制度。对此,金克木先生说得很精彩,这里姑加引用:

秦始皇独霸天下后,取消分封建国的制度,划天下为郡县,由皇帝直接统治,派官员管理,原来的一些板块合并成一整块。皇帝周围设立丞相等官职,分担任务协助皇帝。朝廷以下有层层官吏,全国形成一座官僚金字塔。

但是:

[18] 金克木:“风流汉武两千年”,载氏著:《风烛灰——思想的旋律》,三联书店2002年版,页111。

秦朝官僚金字塔的建筑材料不是石头而是泥沙。毛病首先出在皇帝独断专行,缺少由他控制的可以经常运转的有力的枢轴以推动整个帝国的官僚大结构,丞相等等只是谋士、办事员,不是主持人……实际成为更加孤独的“独夫”,于是亡国了。由此看来,皇帝是个虚衔、一个名、位,至高无上,但不一定等于统治全国的实际权力。好比数学上的零,本身什么也没有,不过是表示一个不可缺少的位……一个零点可以显出数轴上的正、负,零发挥作用时力量无穷,失去作用时什么也不是。秦始皇开创了帝国的规模,但没有创造成功帝国运转的机制。^[19]

这种机制,是使官僚机构依法运转的机制。法家讲力,力就是武力。用武力才能夺取政权,但是单凭武力不能长期巩固政权。夺取政权,官僚金字塔建成后,文治武功,都必须有依法运转的机制。这部庞大的国家机器,如果没有依法有效运转的机制,就像电脑有硬件没有软件,或者说没有好的软件一样,运转不了,或者运转不久就死机。秦始皇建立的帝国就是这样死机报废的。汉朝建立,同样面临秦始皇所面临的问题。刘邦及其后继者都很聪明,吸取秦始皇的教训,无为而治,不敢轻举妄动,慢慢积累经验,终于在汉武帝的时候,把运作这部中央集权制大帝国的软件初步设计出来。

秦汉以后的帝国机制,包括宫中府中(或者说内廷外廷)、后妃宦官、宗室藩王、还是中央地方、文官武将等的制度规则,逐步建立、逐步完备,这就是韩非“明主治吏不治民”的思想理论制度化规范化;这也是法家“不别亲疏不殊贵贱一断于法”的制度之治、规范之治、规则之治;亦是君主/官僚/专制/帝制的“法治”,而不是“别亲疏殊贵贱”、“血优而则仕”的贵族法治。这种官僚法治,在它的发展过程中,渗入了宗法观念,主要体现在君臣关系和父子关系上。帝就是国,国就是帝,“帝国”合称;君是父,父是君,皇帝是天之子,所以称“天子”;“天子”是当然的万民之主,万民之主当然也是万民之父。辈份再高,见皇帝也要跪下叩头,所以“君父”合称。各级地方官是皇权的代表,因此老百姓称他们为“父母官。”但是,这些宗法观念的渗入,无法改变这种官僚法治的性质。现在人们爱用“本土资源”这个词,很时兴。那么官僚法治中渗入的这种宗法观念,可以说是我们的祖先完美地利用了“上古资源”。

这种帝制法治/官僚法治怎样去“治”?这是一个非常庞杂的问题,但最主要的有三个方面:一是官员的选任,二是官员的任职,三是官员的监督。

在官员的选任上,从战国开始到清朝为止,大体是按照这样一条线索进行的:军功、养士——察举(荐举)——九品中正制——科举制。军功、养士主要在春秋战国。从春秋末期开始,“食有劳而禄有功”,以军功授官的选官制度逐步确立。商鞅变法,初定军功爵十二级,后为二十级。另外,养士之风盛行。平原君、信陵君、春申君都养士,鸡鸣狗盗,什么样的士都有。秦统一后,军功养士逐步衰落,征召等新的选官办法开始出现。汉朝实行察举征辟制。察举又称荐举,名目很多,如贤良文学、贤良方正、孝悌力田、孝廉、直言极谏等等。征辟指皇帝和官府直接聘人做官任职,皇帝聘人做官叫征,官府聘人任职叫辟。到魏晋南北朝是九品中正制(又称九品官人法)。隋唐以后是科举考试制度,一直到1905年才被废除。尽管不同朝代实

[19] 同上注,页135-136

行了不尽相同的官吏选拔制度,但各该具体制度设立和运作的初衷都是要把君主所认可的“贤能”选拔到官吏队伍中来,以实现王朝的长治久安。

将贤能选拔为官吏,这些贤能居官之后,固可凭藉其贤能更好地理政,更可凭藉其贤能枉法营私,乃至谋反、谋逆,取君主而代之。臣下谋朝篡位,是君主们最关注的问题,而中国史书所记载的这类事件,可谓史不绝书。如何让这些贤能之官吏既能发挥其治国平天下之长才,又不至于威胁皇权?传统中国法制主要在任职和监督这两个方面想办法。下面先来看监督方面。

对官员的监督,中国自秦朝开始,即逐渐形成了较为完备的监察制度。主要有三部分:御史纠察、言官谏诤、地方监察。其中,言官谏诤主要是面对皇帝之举措,根据君道提出劝谏,跟官员之监督没有太直接的关系,兹不赘述。从理论上说,御史纠察和地方监察有其职能上的分工,前者主要监察中央官员,后者侧重地方官员。历朝历代在制度设计上,有时二者职能分化比较明确,有时则比较含混,但无论如何,这两种职能都是清楚存在的。秦始皇统一六国,废分封立郡县以后,疆土广大,中央的权力对于郡县,渐觉有些鞭长莫及,乃令御史出监诸郡,名“监御史”,这就是以后“部刺史”的渊源。^[20]同时,汉代自定官制起朝仪开始,即“以御史执法,举不如仪者辄去之”,^[21]开始注重监察中央官员,监察制度已渐成形。^[22]武帝时设十三州部刺史,监察二千石长吏和强宗豪右的违法乱制行为,主要强调地方监察一面。^[23]之后,以专官来治官治吏为核心内容的监察制度得以继承下来,直到孙中山还将监察权作为政府五种治权之一,故在国民政府的机构设置中,监察院是五院中的一院。

为什么说治吏是监察制度的精髓呢?^[24]下面试从两个方面来加以说明。第一、当朝廷中有权臣出现时,这类权臣非常讨厌监察队伍中的人从君臣关系角度来提醒君主防微杜渐,总想办法要削弱监察的力量,或者将监察机构和人员控制在自己手里,或者改变监察制度,将其权力架空。这样的例子很多。就是在元朝这个汉化较弱的朝代,也有这方面的记载。(世祖至元)“五年,始建御史台,继设各道提刑按察司。时阿合马专总财利,乃曰:‘庶务责成诸路,钱谷付之转运,今绳治之如此,事何由办?’希宪曰:‘立台察,古制也,内则弹劾奸邪,外则察视非常,访求民瘼,裨益国政,无大于此。若去之,使上下专恣贪暴,事岂可集耶!’阿合马不能对。”^[25]廉希宪所说监察制度“裨益国政”、“集事”等语,即道出了它所承担的帮助君主整饬吏

[20] 《汉书》卷十九,“百官公卿表上”,中华书局1962年版,页741。

[21] 《史记·叔孙通列传》。

[22] 徐式圭:《中国监察史略》,上海中华书局1937年版,页7。

[23] 当时明确规定刺史以“六条问事”:一条,强宗豪右田宅逾制,以强凌弱,以众暴寡;二条,二千石不奉诏书,遵承典制,倍公向私,旁诏守利,侵渔百姓,聚敛为奸;三条,二千石不恤疑狱,风厉杀人,怒则任刑,喜则淫赏,烦扰刻暴,剥截黎元,为百姓所疾,山崩石裂,妖祥讹言;四条,二千石选署不平,苟阿所爱,蔽贤宠顽;五条,二千石子弟恃怙荣势,请托所监;六条,二千石违公下比,阿附豪强,通行货赂,割损正令。(《汉书》,卷十九,“百官公卿表上”,颜师古注,页742。)

[24] 为防止误解,这里还需要说明的是监察制度的精髓不只是治吏,它对于维护社会伦理风教、平反冤假错案、维护社会公正方面也自有其作用。

[25] 《元史·廉希宪传》。

治、端正官方的功能。元英宗即位时的诏书说得更明白：“朕身居九重，臣下奸贪，民生疾苦，岂能周知？故举卿等为耳目。”第二、不管具体制度设计如何，监察制度本质上是官官相察：如果君主信任朝官，就用他们来察外官；如果信任亲近小官，就让他们来察疏远大官。君主与臣下的信任又非一成不变，如何能保证君主现在信任的官员在将来还值得信任呢？那还要在制度上想办法。如此一来，皇帝对监察官员的控制和任用的问题就更显得重要了。历朝历代都想了些办法，设计了一些制度来保证监察官员的忠诚。其中比较重要的就是监察官员的选拔制度，如在北魏时期定制，侍御史不随台主更换，使其能专心治事，不致卷入政治漩涡，以保持他与朝廷重臣的相对独立。唐御史除拜，基本全由吏部丞相和本台长官共同议定，更有少量由内诏特任。清代科道之选任，汉籍多由“行取”，凡是知县政绩优长，品行可用，都得经内外大臣荐擢选用。^[26]但制度无论如何细密，缺点都不可避免，尤其到王朝末期，纲纪废弛，御史团体滋生集体腐败，利用朝廷赋予的监察权，扰乱国家秩序的事情也不是没有。即便在这种情况下，君主们也不会主动废除此一制度，以自毁其耳目。针对刺史巡查制度在南朝造成“公私劳扰”的局面，史学家赵翼从民间实际利弊分析入手，认为不如废除此制为好，说：“外吏不可信而遣朝使，小官不可信而遣大僚，宜其厉官方而达民隐，乃滋累更甚，则不如不遣之为愈也。”^[27]赵氏此论，不免书生之见，盖在专制帝国之中，正式制度之存废取决于君主而非民间，对君主而言，整饬官方较之通达民隐，在二者不可得兼的情形中，前者当然更重要。在这点上，还是顾炎武看得准，他说：“倚势作威，受赇不法，此特其人不称职耳。不以守令之贪残而废郡县，岂以巡方之浊乱而停御史。”^[28]也就是说，监察官员有代君主耳目进行巡视之责，岂可遽废？总之，监察制度与君主专制政体相始终的历史事实，充分证明了它既因君主要治吏而生，实际上也起到了代君主耳目以治吏的效果。

官员选任是在官员任职之前，侧重于防患于未然；官员监察侧重于惩办于事后。官员之任职则是官员在任期间的正面约束，尤显重要；且既有的研究因为“法律儒家化”概念的影响在这方面分析不够。故笔者将重点分析在官员的任职上是如何体现君主“治吏”这一特点的。

关于官员如何任职，法家一再强调，“守法者臣也”。为了将这一重要思想制度化，从秦汉起，法律就有官员必须守法的严格规定。《史记·张汤传》载，张汤“与赵禹共定诸律（令），务在深文，拘守职之吏。”到魏晋南北朝时期，社会纷乱至极，法律制度建设鲜有成绩，颁布之法令多沿袭汉代，仅有一些具体而微的变化，《晋书·刑法志》言之甚详。可见，汉代“治吏”之法制多沿袭下来。西晋刘颂强调“宜立格为限，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”，要求各级官吏，“律法断罪，皆当以法律令正文，若无正文，依附名例断之，其正文名例所不及，皆勿论。法吏以上，所执不同，得为异议，如律之文，守法之官，唯当奉用律令”。^[29]南朝法制沿袭魏晋，其“治吏”特征显然。即便在南北朝，尽管政权对立，华夷各异，但

[26] 徐式圭，见前注〔22〕，页118。

[27] 赵翼：《廿二史札记》，卷十二。

[28] 顾炎武：《日知录》，卷九。

[29] 《晋书·刑法志》载《历代刑法志》，群众出版社1988年版，页58-59。

在对内“治吏”一点上却非常相近。北魏高宗太安年间，“增置内外候官，伺察诸曹、外部州镇，至有微服杂乱于府寺间，以求百官疵失。其所穷治，有司苦加讯恻，而多相诬逮，辄劾以不敬。”^{〔30〕}又高宗和平二年正月乙酉下诏：“刺史牧民，为万里之表。自顷每因调发，逼民假贷……为政之要，莫过于此。其一切禁绝，犯者十匹以上皆死。布告天下，咸令知禁。”^{〔31〕}北周建德六年的《刑书要制》亦规定：监临主掌自盗二十匹以上，盗及诈请官物三十匹以上，正长隐五户及丁以上，及地顷以上，皆死。《隋书·刑法志》的评价是“由是浇诈颇熄焉”。

《唐律疏议》是中国历史上完整保存下来的第一部法典，大率以隋《开皇律》为准，其渊源和价值，如陈寅恪先生所言，“元魏之律遂汇集中原、河西、江左三大文化因子于一炉而冶之，取精用宏，宜其经于北齐，至于隋唐，成为二千年来东西刑律之准则也。”^{〔32〕}考虑到《唐律疏议》在中国法史上的重要地位，笔者遂将其中的 502 个条文逐一翻检，列表如下^{〔33〕}：

篇名	条文总数	直接关于“治吏”的条数
名例	57	30
卫禁	33	28
职制	59	57
户婚	46	14
厩库	28	22
擅兴	24	21
贼盗	54	3
斗讼	60	17
诈伪	27	16
杂律	62	25
捕亡	18	10
断狱	34	31
合计	502	274

从上表可以直接看出，《唐律疏议》中直接规范官吏的条文占条文总数的 54.6%，其他的条文，除了一些纯技术或程序方面的条文外，其他的规范对象多是“民”，或者是包括“官吏”在内的所有民众。即便是这些重在规范“民”的条文，也是需要“官”的行为才有实现的可能。因此，如何“治吏”是《唐律疏议》的首要关切所在。在唐代，律只是整个庞大法律体系的一部分，尽管它是最重要的一部分。《新唐书·刑法志》“序”云：“唐之刑书有四：曰律、令、格、式。令者，尊卑贵贱之等级，国家之制度也。格者，百官之所常行事也。式者，其所常守之法也。”从这段引文得知，律之外的“格”和“式”，全是针对官吏所立之法；作为国家制度的“令”，也与官

〔30〕 《魏书·刑罚志》。

〔31〕 《魏书·高宗纪》。

〔32〕 陈寅恪，见前注〔7〕，页 119。

〔33〕 参见钱大群：《唐律疏议新注》，南京师范大学出版社 2007 年版；《唐律疏议》，刘俊文点校，法律出版社 1999 年版。

吏直接相关。结合前边对唐律的分析,可以得出这样的结论:通观整个唐代庞大的法律体系,其中最重要的是对官吏的规范和管理,也就是如何“治吏”。

自唐以降的各朝,虽然典制迭有兴革,但基本精神和制度仍是一以贯之,直到清朝。下面即以《大清律例》中关乎于“治吏”的几个较有代表性的条款,结合一些司法文书来进行简要的分析:

律文:

凡监临主守,自盗仓库钱粮等物,不分首从,并赃论罪……并于右小臂膊上刺“盗官[银、粮、物]”三字。……一两以下,杖八十;一两之上至二两五钱,杖九十;五两,杖一百;七两五钱,杖六十、徒一年;一两,杖七十、徒一年半;一十二两五钱,杖八十、徒二年;一十五两,杖九十、徒二年半;一十七两五钱,杖一百、徒三年;二十两,杖一百、流二千里;二十五两,杖一百、流二千五百里;三十两,杖一百、流三千里。四十两,斩。〔34〕

司法文书:

光绪四年六月二十二日内阁奉上谕:“御史田翰墀奏请将侵赈各员严定罪名一折。赈务动关民命,全在承办各员洁己奉公,妥为经理。如果草率从事,任意侵渔,亟应严行惩办。著该部将各该州县侵吞赈项罪名从严定拟,其失于觉察者并著加等处分,以示警戒。别案不得援以为例……等因……查乾隆五十二年大学士公阿桂等审奏湖北黄安县知县陈玉将不应赈户口列入应赈册内,冒领赈项,将陈玉依“侵盗钱粮例”拟斩监候;又嘉庆十四年直隶宝坻县知县单福昌借灾冒赈,侵帑至九千余两之多,照“侵盗钱粮例”拟斩监候,各在案。兹据该御史请将侵赈州县严定罪名,奏奉谕旨著臣部从严定拟。臣等查钱粮关系至重,监守侵盗之者,律应不分首从,并赃论罪,立法甚严。至水旱偏灾,饥民遍野,为民牧者,不加抚恤,辄敢借灾冒赈,图饱私囊,向按入己赃数,照“侵盗钱粮例”分别流徒,拟以骈首,立法不可谓不严。惟日久弊生,往往有巧立名色,任意克扣,甚或吏胥串弊,绅董分肥,州县官多一分之剥削,即穷黎少一分之实济,自应查照定例,酌量加等,从严办理,期昭惩创。臣等公同酌议,应请嗣后如有官员借灾冒赈、侵吞入己数在一千两以上者,仍照“侵盗钱粮例”拟斩监候。其数逾巨万,实在情罪重大者,仍照定例斩监候问拟,由该督抚临时酌量具奏,请旨定夺。其入己之数,虽未至千两以上,而巧立名色,任意克扣,及有吏胥串弊、绅董分肥情事,即照“侵盗钱粮例”计赃应得徒流等罪上酌加一等,分别办理。虽逢恩赦,不准援免。庶足以惩贪婪,而灾黎亦可沾实惠……至失于觉察者,应如何加等处分,应由吏部核办。〔35〕

本来,清律承袭前代法制,对官员监守自盗等贪污行为立法予以严惩,但在实际执行过程中,因利之所在,虽严禁而不止。本案中,朝廷派出作为皇帝耳目的监察官员御史来监督、查办贪墨赈灾钱粮的地方官员。该御史发现官员的贪墨实据后,要求刑部从严定拟。刑部因此引用了自乾隆以降的各代成案来证明从严惩处贪官污吏乃是一以贯之的祖宗家法:要让黎民百

〔34〕 田涛、郑秦点校:《大清律例》,法律出版社1999年版,页373。

〔35〕 沈家本辑:《刑案汇览三编》,卷十二下,“监守自盗仓库钱粮·侵赈罪名”(福建司,光绪四年)。

性能得到朝廷给予的实惠,感受到浩荡之皇恩,就需从严治吏。

当然,《大清律例》和清代司法文书中涉及如何治吏的规定远不止此。就拿清代的成文法来说,除了最基本的律例之外,还有大量的则例、会典、单行法规、地方法规等。这些卷帙浩繁的成文规条,一个很重要的特色就是强化对各级官吏的管理,力图保证各级官吏既是皇帝的忠实执法者,又是合格的牧民者,最终实现稳固的皇权专制。治吏的成文规范越来越严密细化、处罚越来越重,恰与君主专制逐渐登峰造极的走向相吻合,其内在的原因就在这里。

通过前述制度层面的考察,法家之“法治”重在使民朴,使吏驯,这是历代皇帝所需要的。《北史·魏书·公孙表传》有言:“初,太祖以慕容垂诸子分据势要,权柄推移,遂至亡灭;且国俗敦朴,嗜欲寡少,不可启其机心,而导其巧利,深非之。表承指上《韩非书》二十卷,太祖称善。”公孙表所承魏太祖拓跋珪之旨——治吏以防止权柄下移、治民以防其巧诈——实乃千古帝王之共同忧虑,申韩之“法治”是治疗此病的对症药,所以它能受到帝王们的青睐。历代皆力图统一法令,一个很重要的考虑就是防止官吏胡作非为以凌民。否则“法启二门,则吏多威福”。^[36]统一法令则有助于“吏民各安其职业”,^[37]从而也就减轻了专制君主的顾虑。

这里尚有一个问题值得我们进一步思考,那就是“法律儒家化”这个概念。1934年,陈顾远先生在《中国法制史》一书中提出传统法学“儒家思想化”的概念,后来陈寅恪先生在《隋唐制度渊源略论稿》中更以“刑律尤为儒家化”来归纳魏晋法制演变之特征,“古代礼律关系密切,而司马氏以东汉末年之儒学大族创建晋室,统制中国,其所制定之刑律尤为儒家化,既为南朝历代所因袭,北魏改律,复采用之,辗转嬗蜕,经由(北)齐隋,实为华夏刑律不祧之正统”。1948年瞿同祖先生《中国法律之儒家化》专文发表,之后法史学界普遍接受了他的观点。“法律儒家化”之说,于是成了法律史学者阐释传统中国法思想和制度的基本概念。其实,经过前面分析,发现:“法律儒家化”的确切内涵应该是,虽然法律条文受到了儒家思想的影响,但仍保有法家“法治”的核心“治吏”之特点。进言之,儒家思想对法律条文的影响更多的表现在皇权及其官吏如何临民这个问题上,当然也有部分体现在儒家思想对官吏的各种约束之中;但无论如何,历代帝王最关注的如何治“吏”这个问题之解决,在制度上所确立的非常细密的法规则,主要还是法家思想影响之产物。所以“法律儒家化”不能就字面意思进行理解,毋宁说是“儒家思想法律化”更准确,因为它一方面凸显了思想和制度之间的互动关系,另一方面也暗示在中国传统法制里面,儒家之影响仅是其中的一部分,而且可能还不是最主要的,如此即能在逻辑上涵括法家以“治吏”为核心的“法治”传统。

四、结 语

由贵族法治(礼治)到官僚(帝制、君主、专制)法治,是适应中国国家社会大转型而出现的制度转型。用新的制度/规则/规范去治理新的社会、新的国家。所谓法治,据笔者的理解,就

[36] 此语来自北魏孝武帝太昌元年五月丁未诏书,载《魏书·出帝纪》。

[37] 《北史·魏书·刑罚志》。

是这种制度之治、规范之治、规则之治。从秦汉到清末这个漫长的历史过程中,历经多次改朝换代,皇帝轮流做。但是变换这个“帝国”的只是“帝”,而不是“国”。而且“帝”的变换也只是秦皇帝、汉皇帝一直到唐皇帝、清皇帝,而不是变成汉总统、唐主席。所以,不论是汉帝国还是唐帝国,直至最后的清帝国,治理帝国、转动帝国这部庞大的国家机器,使这部庞大的国家机器有序运转的都是“法”这种规范、规则。正是基于这种认识,所以笔者不赞同秦汉以后的社会是人治社会的论断。说到这里,我要转引金克木先生《蒙族皇帝论法治》中元仁宗所说的一段话:“夫法者,所以辨上下、定民志。自古及今,未有法不立而天下治者。使人君制法,宰相能守而勿失,则下民知所畏避,纲纪可正,风俗可厚。其或法弛、民慢,怨言并兴,欲求治安,岂不难哉!”〔38〕

“宰相能守而勿失”这个“守”字,是对先秦法家“生法者君也,守法者臣也,法于法者民也”这一命题的绝妙注解。

孙中山先生闹革命,他把革命分为政治革命和社会革命两种。三民主义中的民族、民权两主义是政治革命,民生主义则是避免社会革命的良方。实际上一个国家的法规范也是这样两部分,保障国家政权运转的部分和保障社会和谐有序的部分。如果套用“公法”、“私法”等西方法学概念来表述以明其大意,那保障政权运转的“公法”渗入一点儒家的宗法观念,但主要是法家的;保障社会安定和谐的“私法”则儒家化。如果可以这样说,用“儒家思想法律化”来表述似乎比“法律儒家化”更确切。人类讨厌政治,不喜欢政治,但是又离不开政治。政治如此,制度也是这样。人类追求自由,要逍遥游,但是不能离开“群”(社会)而独立存在。比如说,你要结婚,二个人就成为一个社会。在这二人社会中,不论男方还是女方,都不可能无拘无束,而是双方互为约束。两个人的社会这样,大社会更是这样。制度约束人,人们不喜欢制度。但是人类存续又不能没有制度。这是悖论。正因为如此,所以不管什么时代的什么制度都是有毛病的,人类只能接受毛病最少的制度。秦汉以后的帝制法治也是这样,和过去的贵族法治相较,它肯定是进步的。但是它不是没有毛病的制度。随着社会的发展,毛病会越来越多,问题会越来越大。正因为如此,所以到明清之际,才有启蒙思想家“一家之法”、“非法之法”命题的提出,发出进一步变革官僚/帝制/君主/专制法治的先声。

(责任编辑:徐爱国)

〔38〕《元史》卷二六“仁宗三”。