

汉代表服决狱对传统礼俗的破坏 与“法律儒家化”之重估

□ 李若晖

厦门大学人文学院 福建 厦门 361005

正式提出“中国法律儒家化”命题的是瞿同祖。无论对“法律儒家化”的具体过程持何种看法,只要基本赞同“法律儒家化”,其学说就必然包含一个基本前提。这一“法律儒家化”学说的基本前提,瞿同祖有一经典而极端的表述:“秦、汉的法律是法家所制定的,其中并无儒家思想的成份在内。”这一观点已遭到越来越多的质疑。典型者如杨振红就直言,这一中国法律之儒家化说的前提,“是对秦汉律特质以及中国历史上儒家、法家思想的误读”。

单纯由律令的角度来看,立法的儒家化的主要表现,正如瞿同祖所指出的:“晋律在这些崇奉儒家思想之帝王及儒臣之手,其法律之儒家化自非泛泛……最重要的一点为‘竣礼教之防,准五服以制罪。’”(《晋书·刑法志》)开后代依服制定罪之先河。”我们可由此推论,在瞿同祖看来,在晋律“准五服以制罪”之前,秦汉魏时期无论律令之条文规定还是实际执行亦即决狱定讞,至少在整体上并不遵从“五服”原则。

丁凌华之言可以视为当今学界对于“准五服以制罪”为核心的法律儒家化的典型表述:中国古代等级制法律有两大基本特征:一是特权法,如议、请、减、赎、官当等;一为家族主义法,家族主义法与家族法不同,前者指国家法律中的家族等级制的体现,后者指宗族内部制定的规范。而“准五服制罪”正是家族主义法的重要内容。中国古代家族主义法的发展大致可分为三个阶段:第一阶段即春秋战国时期,家族主义法主要体现为族刑。亲属相犯等属于族内问题,由家族法即族规加以解决,国家法律一般不加以干预。第二阶段即秦汉时期,家族主义法除族刑外,又增入了家庭关系上尊卑相犯的内容,如父母与子女相犯、夫妻相犯等。在秦及汉初,家庭内尊卑相犯在罪刑上之反差较小,而儒术一统之后,尊卑相犯之罪刑反差有明显增大之趋势。第三阶段即魏晋以后之时期,家族主义法除以上内容外,又增入了“准五服制罪”的内容。随着魏晋门阀政治的发展,国

法上“准五服制罪”的出现正是适应这一趋势的需要。邢义田则从历史考证的角度概述了他对这一过程的认识:张家山汉律中不见五服制的影子。两汉儒生花了四百年,企图以儒礼改革秦法。但一直要到晋泰始律才算初步落实,其后大成于唐律。汉代一波波的礼制改革,说明作为礼制核心的五服制要到西汉末王莽之时,才逐渐成为国家礼制和行于统治上层某些人之间的原则;在民间,则见于宗奉儒家的循吏正不断努力推广之中。目前还没有证据可以证明五服已成为汉代法律上规范亲属伦理和制罪的普遍和唯一原则。如此看来,晋泰始律的标榜五服制罪,并非无的放矢。倘使五服早已成为秦汉法律治罪的原则,泰始律强调“准五服”就失去了意义。晋泰始律准五服以制罪,五服制才正式全面进入法律,成为规范社会人伦秩序的强制性标准,其强制性远远大过教化,而其成效也更显而易见。因而或许可以说,五服制的法制化才是中国传统社会伦理较全面地儒家化的重大关键。丧服的意义,《通典》卷九十二引晋傅玄云:“先王之制礼也,使疏戚有伦,贵贱有等,上下九代,别为五族。骨肉者,天属也,正服之所经也;义立者,人纪也,名服之所纬也。正服者,本于亲亲;名服者,成于尊尊。名尊者服重,亲杀者转轻:此近远之理也;尊崇者服厚,尊降者转薄:此高下之叙也。”质言之,即服制的等级在横的方面显示亲属的远近,在纵的方面决定人伦的尊卑。

自战国以来,《丧服》五服的实际运用,不止界划出一个个有限亲族,而且以服等在亲族内部区分亲疏。这当是战国诸儒定丧服的本意。当周礼崩坏,昭穆失序之际,以五服重建亲族,无疑有其重要价值。

《丧服》本据礼而作,亦以礼行之。《礼记·曲礼》:“是故圣人作为礼以教人,使人以有礼知自别于禽兽。太上贵德,其次务施报,礼尚往来,往而不来非礼也,来而不往亦非礼也。”“礼尚往来”,体现在《丧服》中即重“报”。杖期章:“父卒,继母嫁,从

为之服,报。”传:“何以期,贵终也。”贾疏:“云从为之服者,亦为本是路人,暂时之与父片合,父卒还嫁,便是路人。子仍著服,故生从为之文也。报者,《丧服》上下并《记》云报者十有二,无降杀之差。感恩者皆称报。若此子念继母恩终,从而为服,母以子恩不可降杀,即生报文。余皆放此。”继母虽未生身,但有养育之恩,所以子当服丧以报,而继母亦报之以服。

在孔子看来,子为父母服三年之丧,其实质意义也在于报。《论语·阳货》,孔子批评欲短丧的宰我道:“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!”孔子论证子当报父母,其要点并非在于父母之生,而在于父母之养。这样一来,我们可以问,如果有一人,生身父母只生不养,养父母当然没有生身却抚养长大,那么这个人应该认谁做他的父母呢?回答这个问题的是董仲舒。《通典》卷六十九,东晋成帝咸和五年,散骑侍郎贺乔妻于氏上表云:“董仲舒命代纯儒,汉朝每有疑议,未尝不遣使者访问,以片言而折中焉。时有疑狱曰:‘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?’仲舒断曰:‘甲无子,振活养乙,虽非所生,谁与易之!’《诗》云‘螟蛉有子,蜾蠃负之。’《春秋》之义,‘父为子隐’,甲宜匿乙。’诏不当坐。夫异姓不相后,礼之明禁,以仲舒之博学,岂暗其义哉!盖知有后者不鞠养,鞠养者非后……又一事曰:甲有子乙,以乞丙。乙后长大,而丙所成育。甲因酒色,谓乙曰:‘汝是吾子。’乙怒,杖甲二十。甲以乙本是其子,不胜其忿,自告县官。仲舒断之曰:‘甲生乙,不能长育,以乞丙,于义已绝矣。虽杖甲,不应坐。’夫拾儿道旁,断以父子之律;加杖所生,附于不坐之条:其为予夺,不亦明乎!”前一事,甲以养而为父;后一事,甲于乙生而不养,在董仲舒看来,即为父子之义已绝。可见养高于生,自孔至董,一以贯之。因此子为父母三年之丧,即是报养育之恩。如无养育之恩,则无父子之义,形同路人,甚至杖之无罪,遑论三年之丧!君臣之间亦然。

秦汉始以丧服决狱,即处理亲属间之狱讼时,参考服等以定罪刑。

儿媳是唯一并非血亲的家庭成员。关于儿媳在中国家庭中的地位,牵涉到对于中国文化中“家”的认识。云梦睡虎地秦简《法律答问》第170简:“夫有罪,妻先告,不收。’妻媵臣妾、衣器当收不当?不当收。”依律,夫有罪,妻应当连坐。但是如果妻在案发之前先去告发夫,则不用连坐。因为夫是一家之主,夫有罪,应当把全家的资产没收,全家成员连坐;现在的疑问是,妻因先告,不必连坐了,那么妻的嫁妆,包括陪嫁的奴婢和财物,是作为家的

公产没收,还是作为妻的私产保留给妻?回答是,不没收。《后汉书》卷八十一《独行列传》李充传:“家贫,兄弟六人同食递衣。妻窃谓充曰:‘今贫居如此,难以久安,妾有私财,愿思分异。’充伪酬之曰:‘如欲别居,当醞酒具会,请呼乡里内外,共议其事。’妇从充置酒燕客。充于坐中前跪白母曰:‘此妇无状,而教充离间母兄,罪合遣斥。’便呵斥其妇,逐令出门,妇衔涕而去。坐中惊肃,因遂罢散。”李充之妇公然持有私财,并可以自行支配。她正是以此为条件,要求李充分家,才肯拿出来给分家后的小家庭,也就是丈夫和子女使用。李充出妻的理由并非其妻保有私财,而是意图离间母兄,兄弟分异。可见其妻的私财是得到承认的。正是因为儿媳公然保有私财,便造成儿媳在家中俨然独立王国。贾谊《新书·时变》即言:“秦人有子,家富子壮则出分,家贫子壮则出赘。假父耰锄杖彗耳,虑有德色矣。母取瓢碗箕帚,虑立讯语。抱哺其子,与公并踞。妇姑不相说,则反唇而睨。其慈子嗜利而轻简父母也,虑非有伦理也,亦不同禽兽仅焉耳。”

因此,汉儒在律令中引入丧服决狱,试图重新规定儿媳在家中的地位。由上引《二年律令·贼律》第27—28简可知,律令于凡斗注重的是斗殴的工具及伤势,注重斗殴的工具从技术上说是因为工具与伤势相关,从政治上说是基于国家对暴力的垄断,注重斗殴的伤势则是以行为后果定罪的刑律原则。何侍既未使用工具,也未伤及许母,被处以重罪,其依据即是服等。正是在刑律中,服等的功能由礼之亲疏转变为法之尊卑。原本丧服仅仅只是亲疏程度的表征,正如何侍搏姑时只是依据传统礼俗,却丝毫没有考虑服等因素。但在“准五服以制罪”的刑律原则下,丧服被异化为行为规范。于是礼所原有的双向性原则被摧毁,代之以法的单向性原则——秦制摧毁了礼俗,改造了儒学。

虽然“中国法律儒家化”已是被广泛接受的观点,但是近年来仍不断有学者提出质疑。马若斐认为:从汉至唐的一系列立法演变,其效果是法律的“儒家化”,这一说法是没有问题的,但是,假如我们以这种方式来阐释并支持“法律儒家化”这一命题,其实是偏离了它的原意的。“效果”与“动机”可以是不同的两回事。立法者对法律做出了一系列改变,其效果造成了法律和儒家行为准则的相契合,这是一回事;立法者对法律作出了一系列改变,其动机是要把法律建立在儒家道德的基础上,以构建一个客观上美好的社会,这是另一回事。后者是值得商榷的。

“法律儒家化”这一命题无法有效地解释秦汉至唐代法律的发展。它没有考虑到其他可以解释这一时期法律发展的因素,比如统治者对维护自己权

威的关注。这些因素可能更能有效地解释秦汉至唐代法律的发展。韩树峰也指出：“至迟自秦代，中国古代法律就已经出现了与汉武帝以后法律儒家化颇为相似的特征，同样相似的是，这一特征也处于不断发展过程中，《二年律令》的差别性法律条文更为突出即可证明此点。但是，从学术背景分析，这一时期法律的‘儒家化’与儒家基本没有关系，而是当时在政治上占主导地位的法家思想及黄老之学影响的结果。”杨振红干脆否认所谓“法律儒家化”：“自秦以来中国古代法律所表现的礼的内容其实就是李悝、商鞅等创制的不同于西周旧礼的新‘礼’，在这套新礼中，中华民族自古以来形成的祖先崇拜、重视血缘的家族主义和等级分明的‘阶级’观念，依然是构成其核心内容的基干。”

正式提出“中国法律儒家化”命题的是瞿同祖。瞿氏对“礼”“法”的区分是：“儒家着重于贵贱、尊卑、长幼、亲疏之‘异’，故不能不以富于差异性，内容繁杂的，因人而异的，个别的行为规范——礼——为维持社会秩序的工具，而反对归于一的法。法家欲以同一的，单纯的法律，约束全国人民，着重于‘同’，故主张法治，反对因贵贱、尊卑、长幼、亲疏而异其施的礼。两家出发点不同，结论自异。礼治法治只是儒法两家为了达到其不同的理想社会秩序所用的不同工具。”这一区分完全错误。如果“礼”“法”之区分果真在等级差异，则去除“礼”中之“异”，所余即法。然而果真去除“礼”中之“异”，所得却是墨家的“兼爱”。《墨子·非儒下》批评儒者“言亲疏尊卑之异”，荀子则不满墨家“慢差等，曾不足以容辩异，县君臣”（《荀子·非十二子》）。在“法”的层面，瞿氏也混淆了立法平等与司法平等：自商鞅始，无论是在理论上还是在实践上，立法从来都是不平等的，所谓的“同”乃是指司法平等，并且即便是司法平等，也仅仅停留于空谈，在律令条文中并未得到体现——表现在律令规定和司法实践中的仍然是不平等。《商君书·境内篇》即言：“爵自二级以上有刑罪则贬，爵自一级以下有刑罪则已。”张金光《秦制研究》也指出秦律中多有以爵位高低，同罪不同罚者，如睡虎地秦简《司空律》规定：“公士以下居赎刑，死罪者，居于城旦舂，毋赤其衣，勿拘桎櫜杖。”这是对有爵犯罪者的优待。又《游士律》规定：“有为故秦人出，上造以上为鬼薪，公士以下刑为城旦。”这是爵位不同，虽同罪而亦不同罚。我们可以仿照后世以官抵罪的“官当”，称之为“爵当”。与此相反，儒家之“礼”的确有等级，但是对于违礼的批评却是不殊贵贱的，哪怕君主违礼，也会受到谴责，甚至放弑。

童书业先生即指出，春秋时伦理观念与后世不同；左氏书在“忠”“节”二德上，大体尚合春秋及战

国初期人之观念。如“弑君”之赵盾，左氏引孔子语竟评为“古之良大夫”（宣二年），又称之为“忠”（成八年）。春秋初年，周、郑交质，左氏载“君子曰”仅谓：“信不由中，质无益也……君子结二国之信，行之以礼，又焉用质？”于“挟天子以令诸侯”“抗击王师”“射王中肩”之郑庄公，则称扬备至。陈大夫洩冶因谏陈灵公“宣淫”而被杀，左氏引孔子评之曰：“《诗》云：民之多辟，无自立辟。其洩冶之谓乎！”（宣九年《传》）反以为洩冶多事当死。此皆春秋时人之伦理观念与后世大有不同者。左氏“凡例”竟言：“凡弑君称君，君无道也；称臣，臣之罪也。”（宣四年）“郑公子归生弑其君夷”，书法曰：“权不足也。”并引君子曰：“仁而不武……”“宋人弑其君杵臼”，书法曰：“君无道也”（文十六年）。此类思想皆属早期儒家之思想，孟子以后即基本上不可见。

故而，正是在严格的瞿同祖意义上，所谓“中国法律儒家化”纯属虚构。对于从瞿同祖开始的，仅仅引用法家著作中某些刑无等级的论述，罔顾秦律关于刑有等级的规定，就大谈“中国法律儒家化”的做法，我们要问：诸君谈论的到底是“法律儒家化”，还是“法学儒家化”？

礼是以共同意志纳上下于一体来建构国家权力，礼法之别即在于强制力的有无。强制力以违背意志为前提，于是必须有被违背的意志之外的另一意志存在，并由该意志来执行对于被违背意志之违背。并且该意志还必须同时掌握强制力，否则将无法达成对于他人意志之违背。具备这两个条件的人，在当时历史环境下，只能是君主，亦即“君生法”。自秦律起，法就是一个以国家暴力为后盾的强制性尊卑体系。“准五服以制罪”并非如瞿氏所论以服等改造律令体系，而是以律令体系之强制性尊卑将五服中所蕴含的双向性伦理改造为单向性伦理。此后，尊卑化的服制成为儒学礼制亦即儒学制度的核心，于是儒学成为卑对于尊之绝对服从的训练营。对于以服制入律的准确评价，不是欺骗性的“法律儒家化”，那温情脉脉的面纱之下，是“儒学暴力化”。谭嗣同以秦制为“大盗”，以今观之，汉制可谓“巨骗”。无论是“大盗”还是“巨骗”，其“残民以逞”，殊无以异。熊十力《论六经》曰：“吕政禁绝学术，诸子百家一切废弃，不唯毁灭儒学而已。其说倡自韩非，而吕政李斯采用之。刘季祖孙承吕政之策而变其术，伪儒学既定为一尊，诸子坠绪，百家遗业，不待厉禁而自绝。六经原本既窜乱，诸儒注经又皆以护持帝制为本，中国学术思想绝于秦汉，至可痛也！社会停滞于封建之局，帝制延数千年而不变，岂偶然乎？”

■ 《北京师范大学学报》2018年第3期，约20000字