

## 西周孝道与判例精神

黄 震

### 一、问题的提出

“中国文化在某种意义上, 可谓为‘孝的文化’”。[01]就中国法律文化史而言, 西周之时道德上视“不孝不友”为“元恶大憝”, 法律上实行“议事以制”; 汉代统治者大张旗鼓地推行“以孝治天下”, 法律上则有“引经决狱”。这也许并不是历史的偶然。“孝”在其中的作用, 颇值得我们深究。

中国古代的“议事以制”和“引经决狱”, 武树臣先生以为这两种法律现象典型地体现了中国古代法律的判例制度。[02]本文所说的判例精神是指司法过程中遵循先例的精神, 笔者以为判例制度里也蕴含着判例精神。判例精神与孝道同时兴起和复兴, 是否表明孝道与中国古代法的判例精神有某种内在联系? 汉代孝道与法制的关系已有不少学者加以研究, [03]而西周孝道与法制的关系则少有专论, 本文试图以西周孝道与判例精神之间的关系为中心, 进行一番具体的法律文化考察和初步的解释。

### 二、殷周之际的大变革

孝道在商周之际的大变革之后勃兴, 乃是中国古代文化的一大转向。“中国政治与文化变革, 莫剧于殷周之际。”[04]由于西周伦理思想和法律制度的产生和变迁, 与殷周之际的西周孝道与判例精神大变革有着直接的关系, 因而在我们研究西周孝道与判例精神的时候, 就不能不首先弄清作为其历史背景的殷周之际大变革的基本情况。

(一)社会的变革。夏商二代, 进入文明社会的历史不久, 保留着浓厚的原始氏族的遗风, 有学者认为: “夏商两代应当称之为氏族封建制的社会, 而西周则是宗法封建制的社会”。[05]武王灭商是中国上古史的重大事变, 从表面上看, 不过一姓一家之兴亡与都邑之移转, 但是, 政权更迭引起的社会震荡却远不止此。为了巩固新生的西周政权, 统治者采取了一系列政治和文化的变革措施, 特别是通过确认宗法等级制度和实行封邦建国的办法, 削弱了各地氏族势力, 从而改造了中国社会的性质。中国从此进入宗法社会, 而正是宗法社会为“孝”的观念和判例精神提供了滋生的土壤和发展的条件。

(二)制度的变革。王国维阐述说: “周人制度大异于商者, 一曰立子立嫡之制, 由是而生宗法及丧服之制, 并由是而有封建子弟之制, 君天子臣诸侯之制。二曰庙数之制。三曰同姓不婚之制。此数者因之所以治天下, 其旨则在纳上下于道德, 而合天子诸侯卿大夫士庶民以成一道德之团体。周公制作之本意, 实在于此。”[06]宗法制是“孝”道得以延伸到法律文化领域的重要支持和保障, 也是西周判例精神的制度根据之一。

(三)文化的变革。殷商之时, 迷信鬼神之风弥漫, “殷人尊神, 率民以事神。”(《礼记·表记》)殷人的宗教是祖先神崇拜, 认为他们的祖先就是“上帝”, 二者合而为一。后代的商王统治的正当性(合法性)就在与祖先神的血缘关系。周人灭商后在继承夏商以来的天命论的同时, 在动摇的神权观念中加入了“人”的内容: 即强调“德”, 淡化“天”。提出“天命靡常”(《诗经·大雅·文王》)、“皇天无亲, 惟德是辅”(《左传》僖公五年, 引自《周书》)。只有有“德”者才可承受天命, 统治者必须“敬天”、“孝祖”、“保民”, 才能“以德配天”, “受天之佑”。周人把殷人合祖先与神为一的一元神宗教分别开来, “正如《庄子·天下篇》所说, 周人‘以天为宗, 以德为本’在宗教观念上的敬天, 在伦理观念上就延长而为敬德。同样, 在宗教观念上的尊祖, 在伦理观念上也就延长而为宗孝”。[07]上帝的权威动摇了, 祖先的权威却得到进一步巩固和加强。因而“孝”成为西周社会最重要的道德要求; 司法领域中神判取代了神判。

### 三、“孝”道的确立与发展

关于“孝”的道德的起源，孟子曾概括说：“尧舜之道，孝弟而已矣”。汉代司马迁在《史记·五帝本纪》亦将其起源推至传说时代的舜，称舜“顺事父及后母与弟，日以笃谨，匪有懈”，“舜年二十以孝闻。”[08]当代亦有学者认为孝的意识起源极早，大约在原始社会末期就已形成。[09]但顾颉刚先生发现：“‘时代愈后，传说中的中心人物愈放大’，如舜，在孔子时，只是一个无为而治的圣君，到《尧典》就成了一个‘家齐而后国治’的圣人，至孟子时就成了一个孝子的模范了”。[10]大舜至孝的故事被“层垒”的史学观揭穿了，舜为孝子原来是战国时期的古人附会。“孝”在尧舜时代即使已经产生，也只是一种观念的萌芽。

《吕氏春秋·孝行览》说：“《商书》曰：刑三百，罪莫重于不孝。”似乎孝的道德在商代已经出现。但是“孝”字最早出现于殷商卜辞，仅见一处，且用做地名。此外商代金文出现一次“孝”字，但是用作人名。也就是说商代的“孝”还少有伦理色彩，这大约与商代宗教迷信色彩浓厚有关。

明确提出“孝”的概念，并把孝作为其意识形态、伦理观念基本纲领的是西周c周代金文、典籍都出现大量有关“孝”的记载，如《克鼎》铭云：“天子明德，见孝与中”。在西周鼎器铭文中，我们见到的不再是如甲骨卜辞那样对祖先神灵的被动依赖、戒慎恐惧，而多是对祖先功德的歌颂赞美。西周的祖先祭享不仅是一种对祖灵的献媚，而更是对祖先的一种报本的孝行。另一方面，西周孝的观念增添了敬奉父母的新涵义。尤其是到了西周末期，孝之内涵由祀祖追孝向善事父母的过渡趋势更为明显。在《尚书》、《诗经》等反映西周思想文化的主要典籍中，我们发现不少关于孝敬父母的文献资料。如：“肇牵车牛，远服贾用，孝养厥父母。”（《尚书·酒诰》）“元恶大憝，矧惟不孝不友。子弗祗服厥父事，大伤厥考心。”（《周书·康诰》）“取妻如之何？必告父母。”（《诗经·齐风·南山》）“将仲子兮，无逾我里，无折我树杞。岂敢爱之，畏我父母。仲可怀也，父母之言亦可畏也。”（《诗经·郑风·将仲子》）《周书》、《诗经》等著作屡见“追孝”、“孝享”、“孝祀”等字样，足见“孝”的观念已经广泛流行。

在宗法血缘关系浓厚的气氛之中，周人道德的基本范畴是“孝”和“德”，而这种基本伦理价值观念可以说是家国一体的宗法社会意识形态的集中体现。“孝”本是宗族血缘组织的伦理准则，而“德”的基本内涵亦即“孝”。孔子解释“孝”为“生，事之以礼，死，葬之以礼，祭之以礼。”中国最早的辞书《尔雅》对“孝”的定义是：“善父母为孝”。（《释训》）后来东汉许慎的《说文解字》、朱熹的《四书章句集注》都沿用了这一说法。礼的精神和家长专制制是中国专制的基础，所以孝是忠的基础。古代有“移孝为忠”的思维取向。中国古人还认为“夫孝，德之本也。”（《孝经》）

孝道一出现就与法制结下不解之缘，据《吕氏春秋》引佚《商书》：“刑三百，罪莫重于不孝”。西周统治者通过法律手段保障“孝”的道德的实现，对于“不孝不友”，“刑兹不赦”。后来的历代统治者无不继承这一做法，将“不孝罪”列为十恶大罪，严惩不贷。同时，孝作为一种普遍的社会规范，也是社会控制的手段。孔子说：“其为人也孝弟，而好犯上者，鲜矣；不好犯上，而好作乱者，未之有也。”（《论语·学而》）著名思想家马克斯·韦伯在《儒教与道教》中也认识到，“对封建主的孝，是与子女对父母的孝，学生对老师、官职等级制度中下级对上级，以及一般人对任官者的恭顺相并列的，因为孝对所有这些人来说原则上是适用的。……孝是履行官僚体制最重要的等级义务五条件的纪律的考验与保证”。[11]也差不多理解了“孝”与法律的某种关联了。

#### 四、西周“判例”精神的兴起

“判例”之说，原非中国本土法律术语，而是近代来自西方法律的专门术语。严格说来，中国古代法中并没有与西方完全一致的判例概念，但是，人类文化在深层结构和远古时代却有着更多相似或相通的精神，正如马克斯·韦伯说的：“在与我们主题相关的几个重要问题上，我们愈是往上追溯历史，就愈能发现中国人及其文化与西方人及其文化有种种相似之处。”[12]判例精神即是一个代表之例，西周“议事以制”或“作事谋始”是判例法的中国式的命题。

##### （一）从神判到人判：“涉大川”与“见大人”

《易经》是中国最古老的经典，保留着对西周时期判例法从神判到人判的转折的记录。商周之际，“涉大川”是较为通行的神判方式，而“见大人”则是新兴的人判方式。在《易经》中，“涉大川”共出现12次，其中称“利涉大川”“用涉大川”的共10次，称“不利涉大川”“不可涉大川”的共2次；“见大人”出现7次，全部为“利见大人”。而“讼”卦则明确断定讼狱之事“利见大人”，“不利涉大川”。为什么“利见大人，不利涉大川”呢？“讼”卦彖辞：“利见大人，尚中正也”，因为“大人”崇尚中正之德，能够公平正直地判决：“不可涉大川，入于渊也”，“涉大川”这种神明判决的正当性已受到怀疑，万一无罪者掉到深渊里，就会造成司法的不公正。讼卦九五：“讼元吉”，象曰：“讼元吉，以中正也”，也就是相信“大人”（法官）能够恪守中正之道。这表明鬼神迷信正在动摇和衰落，而“大人”

的力量和正当性正在增长；同时亦表明神权法逐渐衰微，判例法正在兴起。

## (二)“作事谋始”即“议事以制”

以遵循先例为主要特征的判例法的诞生，是西周法律变革的重大成果。《周易》“讼”卦中对此有着完整而集中的记录，这是“讼”卦最重要的法律文化价值。“讼”卦象传有一个解释说：“天与水违行，讼。君子以作事谋始。”这句话是读解“讼”卦的意义和了解周代判例法的一把钥匙。“天与水违行”是描述“讼”卦的卦象，“君子以作事谋始”则阐发了“讼”卦的深意。[13]

《易经》“讼”卦出现有关“事”字的爻辞有两条：“初六：不永所事，小有言，终吉。”“六三：食旧德，贞厉，终吉。或从王事，无成。”象传说“君子以作事谋始”，基本是符合爻辞的意思的。根据《说文解字》：“事，职也，从史之省声。”“事”乃是“史”专职行为，而“史”，据《说文解字》：“史，记事者也，本为中又(应为上下结构)从又持中。中，正也。”但是许慎对“中”的解释却已不是原始本义。据《周礼·秋官·小司寇》：“以三刺断庶民狱讼中。”“岁终则令群士汁狱弊讼，登中于天。”可知“中”是据以断狱和记录案件的案卷文册。[14]“中”、“事”均为“史”所操持，古籍多指成事、判例。延至秦朝还有“廷行事”，汉代有“决事比”，“事”均为判例。因此可以判断，就原始意义而言，“讼”卦所说的“事”即判例，“王事”即先王创制的成事、判例。

“作事谋始”的原则即“遵循先例”的判例精神，就是指“大人”通过创制判例以便以后遵循。这种判例即先例或成事，是具有拘束力的法律渊源。《周易·讼卦》说“初六：不永所事，小有言，终吉。”就是指在适用判例过程中，由于案件与先例有所不同，判决没有完全符合先例，可能会招致些小灾祸，但是最终还是吉利的。原因大约如《象传》所分析：“虽小有言，其辩明也。”西周对于不遵循先例的行为是有一定的惩罚措施的。“六三：食旧德，贞厉，终吉。或从王事，无成。”是说如果判决越出先例的判决理由的精神(“旧德”)，占卜得险兆，但最后是吉利的；如果坚守先王之成事，就不能作出判决。因此，“不克讼，复即命渝，安贞吉。”遇到不能作出判决的狱讼，应该请求王裁决，等到王命就可以作成判决。这就把“作事谋始”的判例法的基本原则和程序都说清楚了。春秋时期晋卿叔向说：“昔先王议事以制，不为刑辟。”(《左传·昭公六年》)与“君子以作事谋始”一样，也是对西周判例法时代司法基本特征的概括。

## 五、“孝”的道德与判例精神的暗合

西周“孝”的道德与法律中的判例精神有——种内在的暗合，互为支持和援助。一方面，“孝”的要求从伦理道德上保障了法官遵循祖先成例，即“帅型先考”，从而“孝”道泛化延伸至法律领域，[15]加强了中国古代法的道德化的倾向；另一方面，“作事谋始”和“议事以制”的判例精神和制度，有效地支持了孝的道德在社会生活的各个方面的渗透和展开，从制度方面确认了孝的精神。

周代贤明的君臣在政治法律生活中，无不严格遵守孝的道德。“成王之孚，下土之式，永言孝思，孝思维则”(《诗经·大雅·下武》)“武王、周公其达孝矣乎！夫孝者，善继人之志，善述人之事者也。”(《中庸》)“述”即继承、遵循，“孝”的道德保证了先王事业的连续性，“先王之事”大多具有法律效力，相当于我们今天所说的判例。这就说明孝道本身体现了判例精神。

“孝”在西周被视为“顺德”，对父母“无违”，(《论语·为政》)“三年无改于父之道”，这也是与判例精神一致的。孔子说：“三年无改于父之道，可谓孝矣。”(《论语·学而》)“孟庄子之孝也，其他可能也，其不改父之臣与父之政，是难能也。”(《论语·子张》)“《书》云‘孝惟乎孝，友于兄弟，施于有政’是亦为政，奚其为政。”(《论语·为政》)。在西周宗法社会，由于宗君合一，不改父道，遵循先王故事，既是孝道的内在要求，也是判例精神的表现。

“父母之言，亦可畏也”(《诗经》)，“违命不孝”(《左传·闵公二年》)，对于违反孝道者要进行法律制裁，强化了判例的拘束力。到《孝经》则宣称：“夫孝，天之经也，地之义也，民之行也。”将根源于血缘伦理的孝抬到了无以复加的神圣地位。后世之所以能够“以孝治天下”，出现所谓的“泛孝主义”，大约滥觞于此。

西周“孝”的道德，可以说是判例精神在中国古代伦理中的一个隐喻，预示着判例法在中国的历史命运。在封建宗法制度主导的古代中国，孝的道德以其强大的张力，支持着司法领域的判例精神发挥其积极作用。孝道是判例精神的伦理道德基础，“孝”的道德转化为司法过程中的判例精神，是中国法律伦理化的一个具体的重要方面。同时，我们应该看到，由于“孝”的观念是基于血缘亲情，而不是理性化的要求，从而使西周判例精神有别于西方判例法的精神。

\* 黄震：法学博士，中央财经大学法学院基础法学教研室主任，副教授，硕士生导师。

[01] 谢幼伟：《孝与中国文化》，转引自梁漱溟《中国文化要义》，学林出版社1987年版，第21页。在谢之前，钱穆先生曾称中国文化为“孝的文化”。在《中国文化要义》中梁漱溟先生则将“孝”列为中国文化的第十三特征。

[02] 参见武树臣：《中国传统法律文化》，北京大学出版社1994年版，第五章、第七章等有关章节；以及“春秋决狱”与判例法》，载于《判例与研究》1998年第2期。

[03] 参见侯欣一《孝与汉代法制》，载于《法学研究》1998年第4期；《孝与汉代社会及法律》，载于《法律业论集》第1卷。孙筱：《孝的观念与汉代新的社会统治秩序》，载于《中国史研究》1990年第3期；《孝的观念与汉代家庭》，载于《中国史研究》1983年第3期。刘修明：《“汉以孝治天下”发微》，载于《历史研究》1983年第6期。

[04] 王国维：《王国维学术经典集》（下册），江西人民出版社1997年版，第128页。

[05] 晁福林：《夏商西周的社会变迁》，北京师范大学出版社1996年版，第229页。

[06] 王国维：《王国维学术经典集》（下册），江西人民出版社1997年版，第129页。

[07] 侯外庐：《中国思想通史》（第一卷），人民出版社1957年版，第94页。

[08] 司马迁：《史记·五帝本纪》。

[09] 康学伟：《论孝的观念形成与父系氏族公社时代》，载于《辽松学刊》1992年第2期。

[10] 顾颉刚主编：《古史辨》（第1册），上海古籍出版社，1982年重印本，第60页。

[11] 马克思·韦伯：《儒教与道教》，洪天富译，江苏人民出版社1995年版，第183—184页。

[12] 马克思·韦伯：《儒教与道教》，洪天富译，江苏人民出版社1995年版，第260页。

[13] 黄震：《从易经看商周之际的法律变迁》，载于《西南政法大学学报》2000年第1期，第10页。

[14] 陆宗达、王宁：《“中”字形义释》，载于《训诂与训诂学》，山西教育出版社1994年版，第164—167页。

[15] 参见武树臣：《中国古代法律样式的理论诠释》，载于《中国社会科学》1997年第1期，第128页。

## 相关文章

“水”与中国法律起源

中国本土固有法的人类学解释——兼评张冠梓《论法的成长》

追忆饶鑫贤先生的晚年学术生活

中国法律史学的学科结构与学科制度

认真地对待香港经验——《中法西用：中国传统法律及习惯在香港…

为了中国法律思想史的继续——写在《渠水集——纪念饶鑫贤教授法学文集》出版之后

“饶鑫贤教授与中国法律史的学科发展”学术研讨会圆满结束

台湾“合会”法律制度之变迁

商周之际的社会思潮与法律变革——对《周易·讼卦》的一种法律文化读解

中国法律史学的学科结构与学科制度

《中法西用：中国传统法律及习惯在香港》读后

中国法律文化 | About law-culture | 关于我们

中国法律史学会 主办 中国社会科学院法学研究所 承办  
电话: 64022187 64070352 邮件: law-culture@163.com  
地址: 北京市东城区沙滩北街15号 邮编: 100720