

重评礼刑合一的法制构架

赵 明 *

内容提要：学界的主流意见认为，中华法系的主要特征在于法律与道德相融合，“诸法合体、民刑不分”，不融于源自西方的现代法治，某种程度上甚至构成现代法治追求的障碍。这种认识未能深入中华帝国法制构架形成的历史动因，从而也就难以理解和揭示帝国立法的理性方面及其所蕴含的政治智慧。从中华帝国政治使命实现的视角去审视其“礼刑合一”的法制架构，就不仅能洞见它与“三代”礼乐文化传统的契合无间，更能准确把握这一法制架构的理性特征。帝国法制架构的泛刑罚化现象根源于帝国安全的军事化政治使命的实现，具有自治性的礼制规范的创立与维护同样关涉帝国安全与秩序的稳定。这是值得现代人们珍视的古代立法智慧。传统法制之现代转型的成功则有赖于政治家和立法者之现代世界观的真正确立。

关键词：礼刑合一 中华法系 法制转型

一、问题的提出及其初步阐明

法理学对于法律体系的探究具有十分重要的哲学性质。在哲学家们看来，真正的体系化思考要求人们能够“正确地把握整体的理念，并且从这个理念出发，借助于通过某种纯粹理性能力把一切部分从那个整体概念中推导出来，而在其彼此之间的交互关系中紧盯住那一切部分”。〔1〕学界的主流意见认为，中华法系的主要特征在于法律与道德相融合而自成一独立系统。瞿同祖先生将中华法系这一主要特征概括为“法律儒家化”。所谓“法律儒家化”是指在法家主持制定的法律之中注入儒家的伦理思想和礼教精神。儒家思想以伦常为中心，重贵贱、尊卑、长幼和亲疏之别，儒家所谓的“礼”就是一种差别性的规范系统，而法家则“不别亲疏，不殊贵贱，一断之于法”，以同一性的“法”作为治理国家的工具。

* 北京航空航天大学法学院教授。

〔1〕〔德〕康德：《实践理性批判》，邓晓芒译，人民出版社2003年版，第10页。

因此，“所谓法律儒家化表面上是名刑弼教，骨子里则是以礼入法，怎样将礼的精神和内容窜入法家所拟定的法律里的问题。换一句话说，也就是怎样使同一性的法律成为有差别性的法律的问题”。〔2〕

正因为如此，学界长期以来为这样的问题所困扰，即传统中华帝国的政治法律文化是否真的构成现代法治追求的障碍？正是对这个问题先入为主式的前设性判断构成了对中华帝国法制体系判解的认识论渊源。其中，影响至为深远的判解就是“诸法合体、民刑不分”。这个判解，连同学界对这个判解的一些质疑，都没有能够深入到帝国法制体系之所以呈现出其所描述的架构性特征的历史动因内部。也就是说，这个判解对帝国立法的政治意图和帝国政治使命缺乏洞见，帝国立法者的政治智慧在现代法治话语的世俗日常生活意义上被遮蔽和扭曲了，由此就不可避免地将现代立法者或多或少地受到传统意识——民权意识在政治意图中的薄弱——影响的因素夸大了，而将民众日常生活之权利诉求意愿中确乎存在的“清官意识”而非司法意识——意味着法治与专制的对抗——的因素也夸大了。这就既不可能准确把握现代法制体系的世俗化特征，也不可能洞见现代法制所必定不可缺少的政治使命之立法关怀。

事实上，在没有现代日常生活意义上的法治秩序之意识的干扰状态下，中华帝国正史的“刑法志”倒是不乏真知灼见：帝国法制体系给人们日常生活留下了广阔的自治空间，从现代立法之国家主权意志的角度讲当然不能称之为“民法”，它属于“礼制”的范畴。当然，帝国法制架构中的“刑制”与“礼制”二者，在现代法制体系中都面临“失效”的问题，但不是一个是否阻碍现代法治生成的问题，因为帝国“刑制”的政治意图可以而且已经转换为“国际法”的问题了，而帝国“礼制”的自治性特征可以且必定融入现代政治共同体秩序建构的“主权者”意图之中。

就本文所要关注和解析的基本历史现象，以及最终得出的一些本质性结论而言，社会哲学家吉登斯早已有例证式涉猎。在其《民族—国家与暴力》一书中，吉登斯写道：“不管大多数非现代国家是否起源于战争，总不会有人怀疑，无论在哪里，战争均是统治阶级的首要事务。……大量的考古学和人类学证据却证明：战争，即群体间的武装冲突——其中，某个共同体或代表某个共同体对另一共同体实施体罚——在各种各样的人类社会中均占主导地位。……战争是各传统国家的一项如此普遍的特征，以至于我们可能轻易地就认为，凡是传统社会就都呈现出相同的军事特征。”紧接着这个判断，他例证式地说：“虽然在绝大多数阶级分化的社会中，至少其统治集团中，确实都弥漫着军事价值，但就此而言，他们之间仍具有巨大的差异，我们也不应低估这些差异的重要性。……在某些情况下，特别是在中国的某些历史阶段中，国家相当程度上与军国主义无缘。唐时期的中国，相对来说就不存在来自外部攻击的严重威胁，那时对老百姓的控制也是相当成功的。原则上说，皇帝拥有最高的军事决策权，但事实上，军事机构与行政机构之间仍有着明确的区分。军队的规模小（这当然是相对社会的总体规模而言的），而且对军士效能的评价也相当低。事实上，只有极个别与此类似的非现代国家，其统治集团中的另一些成员，才赋予军队以这种屈尊的地位。社会秩序被依次划分为五个等级，其中，军队同土匪、盗贼、乞丐均居于社

〔2〕 瞿同祖：《中国法律之儒家化》，载瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局1981年版，第329页。

会的底层，士绅集团居于上层，其他等级依次为农民、工匠和商人。通常并不会给予军事首领以政治职位，而且，为了防止部队及其指挥者之间的联合，还对他们进行轮番调动。中国是那种军队的作用既在于击退入侵者或扩充国家的领土、又在于维持内部治安的少数大型传统国家之一。然而，中国一如其他地方，垄断国家机器这种暴力工具的愿望，永远只能部分地得以实现。”〔3〕就历史的真实情况而言，吉登斯的这段评说加诸大唐之后的赵宋王朝或许更为恰当，但这丝毫不减弱他对于理解中华帝国法制架构之精神特质的启发性意义。

顺便指出，在帝国“军事－暴力”问题对其法制架构之影响的讨论中，学界即便有所涉及也多是“策略性”和“补充性”的，而非结构性或者构成性的考量，尤其是将现代法治秩序在政治共同体中的结构性意义倒推至古代帝国之中，就往往只看到其“役民”的残酷性，既不能真正把握儒家“足民”、“足兵”和墨家关于“非战”、“非攻”的政治意图，也不能真正理解法家的“战争－法制”的思想本质，由此也就不能理解中华帝国“礼制”的制度秩序意义，而衍生出“是否存在民法”的长久争论。

问题还在于，中华法系“是否存在民法”的长久争论，隐含着—个历史社会学的知识前提，那就是罗马帝国法制体系存在“公法与私法”的划分，而中华帝国法制则需要经过一番曲折解释才能勉强建构起这种形象。从帝国“军事－暴力”之政治使命的角度审视，该争论就多少有些隔靴搔痒的意味了。战争是两大帝国共同的政治使命，关键问题其实在于两大帝国之民族文化构成上的极大差异。罗马帝国是武力征服的多民族“控制性”结合；中华帝国的主体则是统一文化的多族群结构，多族群共享同一种文化，使用着同一种语言，这尤其是帝国开创者秦始皇统一文字、统一度量衡、“车同轨”的政治举措所导致的精神性文化后果。罗马帝国最终依靠宗教，而中华帝国则依靠“礼乐”传统。这在统治秩序的意义至少有着功能上的一致性。但罗马帝国必须完成多民族生活秩序的“规范抽象”，以贯彻帝国统一的政治意志，而形成了“万民法”；中华帝国的法制则是军事性地实现了相对于“蛮夷”的“超稳定”结构。这与所谓法律文化进化或进步的社会发展理论模式是两个不同的问题，因为促使帝国内部秩序之“超稳定”的外来因素没有实质性的改变，军事在战争方式上也没有发生实质性的改变。

二、儒法之争与礼刑合一之法制架构

人们通常将中华帝国延续两千多年的法制架构概括为“礼法合一”。为了不致于引起过于随意的望文生义，而凸显其历史的真实面相，我们宁愿将帝国的法制架构描述为“礼刑合一”。它是礼制与刑制的统一，尽管都涉及帝国疆域内公与私两个生活领域，但“礼制”主要关涉和处理的是私的生活领域，它依据的主要是等级性的身份原则，其一定程度上的自治性是以个体对于等级性身份原则的认同为前提的，对这个原则的违背和僭越因为关涉帝国社会秩序的稳固而遭遇帝国惩罚性的干涉。“刑制”则主要关涉和处理的是公的生活领域，它依据的主要是帝国安全和皇权绝对至上的政治原则，这是帝国制定颁行的成文法典

〔3〕〔英〕安东尼·吉登斯：《民族－国家与暴力》，胡宗泽、赵力涛译，三联书店1998年版，第64页以下。

的主体,从根本上讲,其刑罚性特征是帝国战争意识和精神的体现与象征,其适用的宽严缓急表明帝国之安全与危机、和平与动荡、繁盛与衰败的不同局势和时期。

从思想传统的意义上看,帝国“礼刑合一”的法制架构正是儒法合流的结果。^{〔4〕}战国时代儒法之争的根本分歧在“如何建国”这一问题上,最终结果是儒家必须矫正“三代”政制的理想而直面帝国政制的现实。儒家能够在帝国政治舞台上发挥作用取决于其共同政治意识的建立,其“历史王道”的理念可以远比法家更为成功地实现对帝国政治正当性的论证。而在“如何治国”这一问题上,儒法之争主要体现在对待“礼制”与“刑制”的分歧中,儒家坚持的是传统“礼制”,法家则主张“刑制”。“礼乐”的传统精神与“耕战”的务实品格的确格格不入,彼此之间的分歧和对立并没有因为帝国政制的建立而结束,倒是愈演愈烈,而帝国如何才能长治久安又是统治者最为忧心忡忡的大问题,帝国法制的架构无疑是解决这个大问题的关键。

在政治实践中,秦始皇继续推行法家的“刑制”路线,其严刑峻法的效果并不佳。发生在汉帝国初期刘邦与陆贾君臣间的一次对话预示着未来的方向,事因陆贾在与刘邦谈话时常常称引《诗》、《书》,刘邦怒骂之:“乃公居马上而得之,安事《诗》、《书》!”陆贾却回答道:“居马上得之,宁可以马上治之乎?且汤、武逆取而以顺守之,文武并用,长久之术也……乡使秦以并天下,行仁义,法先圣,陛下安得而有之?”^{〔5〕}这场对话涉及的与其说是帝国政治的正当性问题,毋宁说是如何有效地治理帝国的实践问题。“马上得天下”却不能“马上治天下”的经验现实说明,源于军事目标而建立起来的“刑制”有其不可忽视的重要作用,但仍然单纯地依靠军事化的“刑制”治理帝国则肯定是不行的,儒家阐释并守护的“礼制”传统不能不予以重视。

在关涉如何治理帝国的法制架构上,儒法之争的结果是儒法合流,“礼制”与“刑制”相互为用、合为一体。事实上,儒法在帝国法制架构上的合流有着深厚的传统渊源和现实的政治基础。就前者而言,“三代”的普遍王权观念是他们所共同信奉的,而普遍王权观念支撑的“三代”政治事实上推行的正是“礼刑合一”的法制体系。礼乐精神与原则和礼制规范系统在西周已经发展成熟,而“刑起于兵,兵刑不分”的传统同样渊源于“三代”,战争在那时是被视为王权施用刑罚的重要手段,而且是最为严厉的惩罚措施和手段,直到春秋时代中期,实为诸侯称霸的战争仍被视为对对方僭越王权的惩罚,“尊王攘夷”常常是战争双方共同的旗号。就后者而论,儒法双方对于帝国皇帝的高度集权也无根本性分歧,在此前提下,儒家并不否定刑罚对于治理“天下”的重要作用,而法家尤其强调君权至上表明它对礼制的等级性身份原则的肯定。分歧发生在儒法两家直面春秋战国的混乱局势,就如何重建秩序这一共同关注的问题所提出的主张,将“三代”以来形成的法制架构的这两个方面分离开来,并凸显了各自强调的一面。

直面“礼崩乐坏”而“小人当政”的乱世,儒家更赋予了“礼”以“人之干”的基础

〔4〕 有如陈顾远先生所说:“刑为法家所主张,礼为儒家所提倡,虽经过礼刑对立时代,王霸争长时代,终达于礼刑合一之结果。故中国固有法系之存在,由法家创造其体躯,由儒家贯注其灵魂,乃儒法两家合作之成绩也。”参见陈顾远:《中国固有法系之简要造像》,载范忠信等编校:《中国文化与中国法系——陈顾远法律史论集》,中国政法大学出版社2006年版,第26页。

〔5〕 《史记·郦生陆贾列传》

性价值地位，即人需以“礼”而“定命”，而“庇身”，而“定位”。正是在这种基础性人生价值的关怀和追寻中，儒家通过重新阐释“礼”的意义，而将人之生命价值安顿在“名位”之上。孔子审慎而庄重地提出，“正名”乃为重建礼制秩序的起点。从生命价值的基础性意义上说，“正名”就是使人各守其“所”而不失为“人”；落实在现实的政治秩序之上，“正名”的基本要求便是“君君、臣臣、父父、子子”，〔6〕而“无君无父，是禽兽也”。〔7〕在孔子儒家看来，“正名”乃“为政”之根本：“君子务本，本立而道生。”〔8〕“正名”有两个含义：一是确立“正当”之“标准”，关键在“正”，所谓“名不正，则言不顺”是也；二是依据这个标准评判、校正不正当之“名”，所谓“必也正名乎”是也。孔子儒家是期望社会中每一个成员都能各安其分，各尽其责，以使社会达于有序的和諧状态，所谓“至善”是也。

孔子“正名”的政治主张与其“道”的关怀直接相贯通，或者说，“正名”本身就是“弘道”之举：“道也者，不可须臾离也。”〔9〕“正名”作为“为政”之本，其目的在于礼制秩序的重建，而秩序的建构必须要尊“道”、合“道”、护“道”。这既是一个严肃的伦理（家庭秩序）问题，也是一个重大的政治问题，关涉社会秩序的建立和稳固，关涉“治”、“乱”这个“天下”秩序的根本。〔10〕由此，所谓“克己复礼为仁”的政治德性修为的确成了儒家政治学说强调的关节点，具体制度的技术性问题的解决在解决政治治乱问题中的意义反倒居于其次。这在当时混乱不堪的政治局势下的确显得高蹈而不切实际。与孔子同时代且彼此有着政事瓜葛的晏婴说：“夫儒者滑稽而不可轨法；倨傲自顺，不可以为下；重丧遂哀，破产厚葬，不可以为俗；游说乞贷，不可以为国。”〔11〕

紧随其后的战国时代，孔子儒家所倡导并坚持的通过“正名”而重建“天下”礼制秩序之信念更无现实化的可能，法家在各个诸侯国所推行的变法运动不仅加剧了“礼崩乐坏”，而且颠覆传统的礼制秩序恰好成为他们的政治自觉。在孔子儒家是“礼乐不兴，则刑罚不中”，也就是说，礼乐精神和原则是包括刑罚在内的所有具体制度创设的正当性基础，也是其有效运行的基本前提和保证。而在法家看来，为了赢得在不可避免和不可遏制的战争环境中生存和壮大的可能性，一切制度的设置和运行都必须摆脱礼乐精神和传统所蕴含的道德约束，其正当性不是根源于传统，而是取决于现实中“强国”的实际效果，战争是一种生死较量，其成败往往取决于最高统帅的理智判断和意志决断，而不依赖于其道德心性的高下。

法家所推行的严刑峻法实质上是战争精神和原则在制度设置上的体现和融贯，它要求君主的高度集权和臣民的绝对服从，就如同军队最高司令官必须具有绝对权威一样。事实上，战国时代各个诸侯国都是军政一体化的，而且只能如此，否则不可能高效率地调配资源、整合力量以赢得战争的胜利。它在制度上必须打破贵族等级秩序，而有效地调动人口主体部分的农民之积极性，保证农战一体，法家的法制因此而呈现出前所未有的“平等”

〔6〕《论语·颜渊》

〔7〕《孟子·滕文公下》

〔8〕《论语·学而》

〔9〕《礼记·中庸》

〔10〕参见任剑涛：《伦理与政治的内在关涉——孔子思想的再诠释》，《孔子研究》1998年第3期。

〔11〕《史记·孔子世家》

特色，正所谓“王子犯法与庶民同罪”。然而，这种“平等”不过是高度军事化的君主集权意志下的法律之平等适用。儒家“正名”所强调的“君君、臣臣、父父、子子”的等级性秩序不仅不为法家所反对，反倒特别地加以强调，而且极力消除“轴心期”儒家所保留的相互尊重、对等互惠、彼此约束之“五常”（仁、义、礼、智、信）伦理原则，并为了赋役而通过编户制度的设置极大地减弱了家庭的“孝弟”意识，将君主的权威推至无以复加的地步。其合理性论证的依据，显然是极端功利主义的，就连君臣关系的建立也不过是基于彼此之间的功用原则，一切所谓“仁义”都不过是披着“道德”面纱的政治谎言，“刑赏二柄”才是君主治国的要害所在。

由此可见，战国时代儒法两家的确是对立的，且都有自己的传统根源，但他们都走到了偏执的地步。

三、帝国政治使命与军事化的刑制立法

作为中华帝国的开创者和立法者，秦始皇比谁都明白这样的事实，即秦帝国是在战争中催生的稚嫩婴儿，其茁壮成长的条件实在有限得很。笼罩在秦始皇心灵空间的仍然是战争的阴云密布：内有六国残余势力的伺机反扑，外有强大匈奴骑兵的威胁。秦始皇没有喘息的一点机会，他不得不在各个领域采取巩固帝国政制的有力措施。譬如，一经统一六国，他便立即将帝国军队主力派往北边修筑长城，准备进击匈奴骑兵。他命令臣僚从六国的宫廷和民间收集大量的古典文献，建立一个庞大的皇家博物馆，并且聘请了七十名学者，授予博士官之职，在博士之下，又统摄了两千名以上的儒生。秦始皇交给这些儒生的任务就是清理古典文献，清除那些不利于帝国政治运行的书籍，将那些可以适用的典籍传布到民间。他曾经说：“吾前收天下书，不中用者尽去之，悉召文学方术士甚众，欲以兴太平。”〔12〕在准备泰山封禅时，他还专门请来当地精通封禅之学的儒生七十人，询问他们封禅之礼如何进行，并在邹峰山与鲁国的儒生们商议立石碑刻的内容，讨论祭祀天地山川等方面的事情。也就是说，这位帝国开创者最初对待儒生的态度还是满不错的。他希望帝国在一展边关雄风的同时，也能有效地收拢天下人心，彻底安定天下。这的确可谓“良苦用心”了。

秦始皇的“良苦用心”实际上意味着帝国的两大根本政治使命：一是帝国政治正当性的确立，这关涉帝国政制结构的建立和有效运行，关涉帝国臣民共同政治意识的培育和建构，关涉帝国人心的稳固和心灵秩序的塑造，关涉帝国疆域内社会秩序的稳定与和谐；二是帝国边患问题的解决，这关涉帝国疆土的拓展，关涉帝国疆域的稳固与安全，关涉帝国军队的建制，关涉帝国处理对外关系的理念和政策的价值取向。这两大根本政治使命能否完成不仅决定着秦帝国的命运，而且（历史地看）决定了整个中华帝国政治结构和法制体系建立的根本原则和基本特征，决定了帝国历史上历朝历代变法更制的立场选择和成败命运。

秦皇汉武，汉承秦制。不过，汉武帝明确采纳了董仲舒“罢黜百家，独尊儒术”的建议，所要解决的根本问题正是帝国政治正当性问题，由此也确立了其后帝国长久坚持的教

〔12〕《史记·秦始皇本纪》

育原则。这有利于帝国政治意识形态的统一和维护，乃至形成牢不可破的汉民族文化心理结构，使得任何游牧民族或半游牧民族要想统治这个庞大帝国就必须主动地“自我汉化”。而且，正是游牧民族和半游牧民族的这种“自我汉化”过程，在历史上大大地拓展了中华帝国在北方的统治疆域。尽管如此，就历史而言，汉武帝治理帝国的政治哲学恰恰是儒法兼具，并非其所宣称的“独尊儒术”。

这其实仍是对传统的发扬光大。事实上，儒法两家在深层次上的关联始终存在，并且体现在帝国政治和法制的实际运行之中。史学家杨向奎的观点可引为证：“我向来认为《周礼》是齐人编成，他们根据西周文献及齐国当时制度加以理想化而成书。这和郑玄注古经而说汉制一样，都是结合古今而互证。因为《周礼》出于齐，所以其中反映了法家的思想，我们曾经指出《公羊》、《周礼》有相通处，即据此言。‘礼’有仪，其中‘威仪’即刑，即法；而‘礼仪’包含有德与仁。后来儒家的发展，思孟学派发展了仁的思想，而有《中庸》中的‘诚’与《孟子》中的‘性善’，他们美化了宇宙，美化了人生，宋明理学承袭了他们，并大有发展，是为‘道德学派’。荀子、韩非走向法家，后来与道家结合而成‘黄老’，在中国政治史上发挥了无比作用。”〔13〕汉武帝结束了汉初七十年推行的“黄老道术”，却把“儒法兼具”的传统彰显出来了。

对于汉武帝“独尊儒术”的政治意识形态，社会学家赵鼎新作出了颇具深度的揭示：“在尊崇儒学以缘饰权力、助行统治的同时，作为一名非常积极有为的政治家，汉武帝还采用了法家的许多思想来治理国家。在其在位五十多年的时间里，汉武帝组织发动了一系列针对匈奴的战争，向西大大地拓展了汉政权统治的疆域。他重新采用了许多秦代的法律，自己亦有所发挥和创制。他解除了诸侯王侯们所享有的全部政治权力，只允许他们以食邑所贡纳之财货来养家奉生。他还强制富有的世家贵族徙居到新的地方以拔出他们的势力根基，同时还剪灭了一些桀骜不驯的地方豪强，使政府的权力得以更深入地渗透到社会生活之中。汉武帝推行了全国通用货币，将许多经济生产的要害部门特别是冶铁业和盐业置于国家的控制之下。他还在原有的科层机构之上增设了许多新的分支部门以形成科层机构内部相互制约平衡的格局。简而言之，汉武帝所建立的是与秦帝国非常相似的中央集权的科层制国家，两者之间唯一的关键性差异在于，秦帝国将其统治权力建立在纯粹的强制力量的基础之上，汉武帝统治之下的汉帝国则将其统治的合法性奠定在儒家学说以及国家政权与儒士之间的政治联盟之上。结果，秦帝国在建立十几年之后就迅速崩溃和覆亡了，而汉帝国存续的时间却长久得多。而且，汉武帝统治时期形成的这套政治模式在中国历史上一直绵延到1911年辛亥革命时才寿终正寝。”〔14〕

依据我们已经一再强调的儒法之争基于共同的传统权力观念而展开的观点，中华帝国政治之儒法合流的治理方略必定意味着高度君主集权的官僚政制（或称“中央集权的科层制国家”），而不可能出现罗马帝国式的“共和”或者“元老院”政制形态。事实上，与前现代的西方政治文明相比较，中国古代政治思想史上从来不曾发生过关于“政体”的争论。这绝非任何一位像汉武帝那样的强力政治家所采取的一系列有利于君主集权的措施所致，

〔13〕 杨向奎：《宗周社会与礼乐文明》，人民出版社1992年版，第288页。

〔14〕 赵鼎新：《东周战争与儒家国家的诞生》，华东师范大学出版社、上海三联书店2006年版，第163页。

而是有着不以任何强者主观意愿为转移的客观因素。

魏特夫在探究东方专制主义之客观原因时曾指出,治水工程的浩大和水患的经常发生使得专制集权成为必需。尽管作为一个庞大的农业文明帝国,其自然地理环境和条件决定了帝国政治的确必须高度重视治水的问题,但这无论如何也不是决定帝国政体的根本原由,一个最极端也是最悖谬的现象是在中国历史上多次通过破坏水系而追求政治目的的实现。在我们看来,中华帝国之所以从其诞生之日起就采行君主高度集权的官僚政制,根本原因在于帝国一直面临着严重的边患问题。

帝国本来就孕育在数百年的诸侯征战之中,而秦皇汉武之所以千方百计地废除西周以来的封建制,除了消除内乱发生之制度机制的意图外,更为关键的原因在于只有高度中央集权才可能养育一支强大的军队,以有效地消除边患,保证帝国的疆域安全。中华帝国从其创立之时起,它的西边和西南边是高原和崇山峻岭,东边和东南边濒临大海,这形成了一道天然防线,而十分安全。其腹地则是整个帝国赖以生存的坚实依靠即中原农业文明,可与腹地紧相连接的北边和西北边则是广袤的草原和戈壁大漠,游牧民族的骑兵可以横冲直撞,直接南下进入腹地,威胁以黄河流域为核心的帝国秩序和生存安全。这是两种类型的文明也是两种生活方式的较量,而且一直贯穿帝国历史的全程,直到近代海洋通道的开辟和冷兵器时代的结束,帝国的危机根源才发生转移。大清帝国后来之所以不再修建和维护长城,根本原因是西方殖民侵略来自海上,而且使用的是洋枪洋炮。帝国历史上最严重的边患一直在北边和西北边,帝国边疆线的游移状态始终发生在这一线。要保证帝国边疆安全就必须有一支能够有效调控的强大军队,那个时候没有民族主权国家之近现代的领土法权界限,也不存在“国际法”的法权主张与保障,唯有军事实力的对抗和较量。

中华帝国政治的根本使命之一正在于边疆的军事防御,而不是军事扩张,这是由农业文明及其生活方式所决定的。这一政治使命的实现就从根本上意味着帝国疆域的安全和“天下”秩序的和睦。帝国所必需的强大军队不可能依靠贵族得以建立,而必须依赖于占据帝国人口最大部分的农民,封建制就必须予以废止。而且,只有高度君主集权才有可能有效地统领和支配强大的军队,使其在保证解决边患的同时,又不至于成为威胁甚至颠覆帝国政制的力量。唐朝的藩镇割据和安史之乱就是明证和教训,宋太祖赵匡胤作为禁军统帅竟然黄袍加身而成为大宋帝国的开国皇帝,更是对此有着切身的体会。

之所以论点式地提及这个问题,是为了进一步阐明中华帝国法制架构的特征。根源于边患问题的帝国政制建构必定从根本上影响帝国立法意图的形成和长久不变,而且必定影响帝国成文法典体系及其具体内容的设置。就帝国成文法典的创立意图而言,通过强调“法自君出”的效力渊源和权威意志,将帝国边患意识融贯于法典之中,并且“以刑为主”,通过“刑罚性”立法和实施,使得整个帝国官僚阶层处于高度紧张的战争意识状态,以保证危机意识不致于从其心灵深处淡化。“刑罚化”的法典体系从根本上成为帝国随时面临潜在威胁的象征。

帝国立法的这种“刑罚性”精神意向源自法家的变法改制传统,商鞅改“法”为“律”,以明确的规范形式直接表达其军事目的和军事化惩罚特征。而在帝国时代,战争是为了帝国疆域的守护,即使是对外扩张,也是传布以绝对自我中心和高级文化意识为基点的精神文化和生活方式的手段,没有所谓“国际法”的调控与评价,中华帝国历来将威胁

其存在的所有边缘文明统统称之为“蛮夷”，对其进行的防御性战争不过是一种严厉的惩罚手段，正所谓“大刑用甲兵”，因为对帝国边疆及其疆域内秩序带来危机和破坏无疑是对帝国的最大犯罪。而就成文法典体系及其具体内容的设置而论，皇权至上原则必须加以制度化的规定和落实，而军队问题又必定关涉帝国财政、赋税、劳役、兵役等一系列制度与运行机制的设置和保障，这也使得帝国立法及其法制体系必定呈现出强烈的刑罚性特征，其精神文化性质则是“军事化”的。这一切最终导致了帝国法制架构的泛刑罚化现象，也即“刑制”体系的发达和长久延续。

四、礼制之帝国治理的基本方略

但是，军事化的“刑制”立法并不意味着在帝国本身治理过程中的普遍运用，恰恰相反，帝国治理主要依据的是儒家“礼制”精神和原则。一方面，“礼制”与“刑制”都是关涉人们外在行为的规范体系，绝不意味着现代意义上的“道德”与“法律”的判分。从传统渊源上看，西周王室创立系统化的礼制就是立法活动，尽管它的确宣示了道德精神，但根本意图还在于表达共同的政治意识，就像其刑制也在宣示政治意识和精神一样。另一方面，礼制就是礼制，刑制就是刑制，二者各有独立的不可相互替代的功能与价值，帝国法制架构正是这两个方面的有机构成。

不过，帝国的礼制更多地渊源于精神传统，渊源于精神传统融贯于日用伦常而形成的风俗习惯，这是任何“当世”立法者的意志所不能随意创制和改变的。因此，它与现代学术所谓“习惯法”有类似特征，但又有根本性的区别。“礼乐”精神传统蕴含着明确的政治共同意识，并非仅仅是日常生活中的习俗和惯例，它是帝国立法意志必须予以尊重和承认的，而不能通过立规创制予以改变并替代之。刑制却更多地是“当世”帝国政治意志的体现和强行实施，它因为帝国政治的根本使命意识而必将长久存在，即使在和平时期也将继续存在，以作为帝国根本政治使命的象征。因此，它在一定程度上是可以修订的，其具体规范条款也是可以废止的，尤其是可以存而不用，这也就是在帝国所谓“盛世”时期何以少有死刑施行的根本原由。

帝国之所以主要采用“礼制”的治理方略，甚至像《唐律疏议》那样明确宣布“一准乎礼”，是因为作为农业文明的帝国，其社会结构的建立不可能以个体而只能以家庭（族）为基本单位。但这并不意味着个体意识和个人利益需求的不存在，也不意味着个体意识和个人利益需求丝毫不存在实现的空间和途径。吉登斯敏锐地注意到了这种现实的空间和途径，他指出：“人们通常认为，中国唐朝时期，是能成功地把在上层实行的法律准则运用于控制民众行为的典型传统社会形态。然而，这却是双重的误解。与罗马帝国相比（罗马帝国因拥有明确地予以编纂的正式法律体系而著名），中国对儒家经典进行诠释是为了说明，国家权威应该基于道德感知而非法律感知。其中，天子是所有其他人均应效仿的对象。按照要求，受过经典教育的国家官僚，在处理引起他们关注的那些违背道德伦理的事务时，应该能凭直觉意识到自己所应尊崇的伦理准则。这并不意味着他们需要遵循正规的类别，而是要求他们就事论事地找到解决问题的具体办法。此外，中央权威机构的看法也很少直

接影响到地方社区中的社会关系。”〔15〕当然，无论在什么性质的社会政治共同体中，个体都是以某种“身份”的形式参与社会关系，在社会关系中获得认同并分配政治社会资源的。不过，在不同时代之不同的政制结构之下，个人身份之确认与限定的根据是不同的。

在帝国时代，正如梅因所说，前现代社会“并不是像现在所设想的，是一个个人的集合，在事实上，并且根据组成它的人们的看法，它是一个许多家族的集合体。如果说一个古代社会的单位是‘家族’，而一个现代社会的单位是‘个人’，则这个对比，也许可以更强有力地表示出来”，这就是“在‘人法’中所提到的一切形式的‘身份’都起源于古代属于‘家族’所有的权利和特权”。〔16〕与现代政治社会之个人身份是以公民的政治身份亮相不同，农业文明的帝国时代无疑是等级式的社会结构，没有个体独立和自主意识的法律关系的存在。由于现代政治社会是通过人与人之间平等的主体资格而建立起能够充分体现个人意思自治的各种社会关系，这种社会关系均具有法律的性质，是契约式的，也就是说是有时效的，既可以建立也可以撤销和消灭，不以自然的血缘伦常关系为基础，而是理智地、人为地抽象建构而成。因此可以说，帝国时代是一个“身份社会”，而现代民族主权国家则是“契约社会”。梅因所谓“从身份到契约”就不仅仅是对法制精神与原则的判断，而是对人类政治文明演进的历史判断。中华帝国应该说属于“身份社会”，担负起社会治理使命的“礼制”不是立足于个人意义之上的，而是基于家庭（族）集合意义之上的。

帝国的“礼制”根源于“三代”尤其是西周体系化的“礼乐文明”传统，虽然帝国政制否决了西周的分封建制，但它无法破除西周以来的身份社会结构。不过，西周王室的分封建制是以世袭的贵族身份为基点的，可是自法家在各诸侯国推行变法改制以降，世袭贵族身份的传统认定遭遇到严重危机。“耕战”战略的实施意味着爵名的授予，以及在此基础上的田宅等财产的分配与占有机会必须向全社会尤其是广大农民开放，意味着从根本上动摇了基于自然血缘伦常的身份等级社会的续存。在此背景下，通过法律建立社会关系的可能性似乎已经出现，这也是有学者认为法家具有最低限度的“法治”精神的理据所在。〔17〕可问题的关键还在于，法家推行变法追求的是军事政治目的的实现，虽然破坏了传统贵族身份秩序，却更加强化了君主集权以及在君主集权制下的社会等级性特征。其郡县制的建立不过是加强了国家对于土地等重要资源的控制，而比以往任何时候都要严厉地将农民固定在土地之上，而且严格控制和抑制商人的活动，人口自由流动的可能性几乎不存在了。其变法改制，恰恰追求的是完全的自给自足和自强自大。这种军事性政治意图和政制结构为帝国所继承，并为儒家所守护的“礼乐”精神之推行提供了条件。

换言之，法家在客观上为儒家在帝国政治舞台上最终大显身手而复兴“礼制”奠定了政治基础。孔子曾经怀抱的“正名”追求在西周“封建”制下无从实现，可在中华帝国的历史上却实现了。所谓“君君、臣臣、父父、子子”的有序化等级秩序在帝国政治社会中不仅得以延续，而且通过“三纲”礼教将其进一步演变为君对臣、夫对妻、父对子的绝对支配性权力关系，并以此为基础建立起了上下有等、长幼有序、尊卑有别的社会秩序之稳固结构。

〔15〕 前引〔3〕，吉登斯书，第70页以下。

〔16〕 参见〔英〕梅因：《古代法》，沈景一译，第五章“原始社会与古代法”，商务印书馆1959年版。

〔17〕 参见王人博：《一个最低限度的法治概念——对法家思想的现代阐释》，《法学论坛》2003年第1期。

五、礼刑合一法制架构的立法智慧

法国启蒙思想家孟德斯鸠曾指出，欲探究各国法制之精神，关键在于洞察其立法者的根本意图，他同时强调地理、气候等自然因素对于政治精神和政制结构形成的深刻影响。这本是具有客观而科学的学术意识和立场，但遗憾的是，这一切在其实际研究的过程中，却时时显露出他基于“时下”流行与追求的价值观念——诸如“自由”——而先入为主地臆断历史的高傲，而且关于地理、气候等自然因素之于政制法律传统的影响更多地依赖其诗性遐想。

应该说，孟德斯鸠把中华帝国判定为“一个强大的专制国家”的确不算离谱，但他将其统治原则判定为“恐怖”，因而“只有使用棍棒才能让人民做些事情”，^[18]就多少有些情绪化了。当追究之所以如此的地理、气候等自然原因时，他认为这里的人们天生就具有依赖和怯懦的性格，自然地倾向于受奴役和奴隶般服从的政治生活，这就有些荒诞不经了。他关于中华帝国法制的著名论断，即“宗教、法律、道德、礼仪都混在一起”，而“有关这四方面的箴规就是礼教。正是由于严格遵循这些礼教，中国的统治者取得了胜利”，^[19]则更暴露了他对中华帝国立法者意图之把握的含混不清。

假如这位思想家能够像对待罗马帝国那样，即使带有自己的价值偏向和主观好恶，也依然不失文化追忆的诚恳和深邃的历史见解，那么凭着他的见识和才智，应该理解中华帝国“礼刑合一”的法制架构渗透着的正是思想家们和立法者们高超的政治智慧。这种政治智慧又绝非仰望天空而抽象玄思所能获享的。有如斯宾格勒在论及罗马法律时所说：“对于古典法学而言，具有决定性意义的事实是，法律始终是直接的公共经验的产物，而且，更进一步讲，它并不是法学家的专业经验的产物，而是那些在政治和经济生活中具有普遍意义的人的日常实际经验的产物。”^[20]中华帝国法制架构的确立正是思想家们、政治家们对于中华民族长久生活经验的总结、凝练和提升的结果，它从根本上保证了帝国有机而和谐之生活秩序状态的建立和维护。

当然，就基本精神而言，中华帝国“礼刑合一”的传统法律架构，与渊源于罗马法的西方现代法律体系存在着本质性的差异。所谓“礼刑合一”并不是人们通常受罗马法结构要素之影响而阐释的所谓“民法”与“刑法”的合二为一。它是指包括民事关系在内的帝国社会生活秩序主要依据礼乐精神和原则来加以建立和维护，而礼制作为规范体系并不排除以刑罚的方式来“调整”和处理部分“民事”关系，“民事”可能导致礼乐等级秩序的破坏，同样可以被解释为“犯罪”。至于帝国的刑律则是不包含真正的民事规范于其中的，它主要渊源于帝国处理边患的政治使命，具有极强的军事性特征，是对危及皇权和帝国稳定与安全的重大犯罪的惩罚规则，包括使用武力的战争手段在内。这事实上也合乎逻辑地体现了帝国的“天下”秩序观。因此，通观《法经》、《秦律》、《汉律》、《晋律》、《隋律》、《唐律》、《大明律》、《大清律例》等所有法规、法典，无一不是惩罚性手段的总汇

[18] [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》上册，张雁深译，商务印书馆1961年版，第129、127页。

[19] 同上书，第313页。

[20] [德] 斯宾格勒：《西方的没落》第2卷，吴琼译，上海三联书店2006年版，第51页。

编,呈现出刑法典乃为帝国法律体系之核心的面相,而且从来不曾有过实质性变更。就社会治理而言,的确如孟德斯鸠非常准确地做出的判断那样,这样的法律确乎成了以“一统垂裳之势治天下”的君主专制政治的有力工具。

六、礼刑合一之法制架构的现代性命运

当面对“列国并立”的现代国际政治秩序时,融贯“天下”秩序观的“礼刑合一”的法制架构就面临一场不可避免的革命了。有意思的是,如所周知,中华帝国的法制传统遭遇颠覆性的冲击,又恰恰开始于战争环境之中。

1840年的鸦片战争以《南京条约》的签订而告结束。它的严重性在于打破了中华帝国传统之依据“华夷之辨”而建立起来的世界(“天下”)体系信念,将册封与朝贡的关系改变为泱泱帝国竟然受制于在枪炮威逼之下签订的条约关系。也就是说,帝国现在在处理国际政治关系中竟然负载遵守和履行条约的义务,而且这个条约及其以后的一系列条约都是通过武力强加给帝国的不平等的条约,将帝国置于西方列强的殖民地的危险境地。这不仅仅是丧权辱国的问题,更为严重的是帝国被无可奈何地抛进了世界历史的“现代”舞台,曾令帝王将相、墨客骚人骄傲了数千年的泱泱大国顿时变得渺小了,显得无能为继了,不是改朝换代,而是要“亡天下”了。可大清帝国统治者仍然抱持“天下”观的立场,通过“华夷之辨”来应对和处理其所直面的现代性国际政治事件,对于法制传统的现代性变革之必然性和紧迫性并无清醒的意识和明确的判断,根本不具备前述战国时期主持秦国变法的商鞅那样的政治智慧和立法技艺。

中华帝国在其历史上一直面临着边患问题,没少经历战争。秦帝国一经建立就重兵防御北边匈奴。汉武帝主动进击匈奴而取得了辉煌成就。大唐帝国前期国力强盛,获得了对于周边民族的压倒性优势,“盛唐之音”响彻边陲,展现了帝国对于边疆夷民的“世界性”包容情怀。赵宋王朝面临周边“夷狄”的强大压力,尽管在心理上强烈排斥夷民,但依然能够“花钱买和平”而苟且偷安。大清本来是作为异族而入主中原,但或许正因为如此,在帝国的中前期,边疆问题的处理颇见成效,将帝国的疆域大大地拓展了。所有这一切表明,帝国尚能有效应对边犯问题,而建立起以帝国为中心的“天下”秩序,在巩固边疆的同时,通过“华夷之辨”而获得自身的尊严意识,即使是战败也从未动摇过自身作为文明标志的坚定信念。

因而,当依然是农业文明的大清帝国与经历了西方现代工业革命的英国相遇时,尽管在战争中面临的是失败和屈辱,但最初依然是作为边患问题加以认识和对待,朝野上下均将来自海上的侵略者认定为“夷狄”,而获得文化心理意识上的平衡。它不可能立即意识到西方工业文明和资本的海外殖民扩张的性质,仍将西方国家企图在东方世界开辟和拓展通商和贸易市场仅仅理解为一种低级的物欲膨胀和利益追求。其自身守护的“礼乐文明”尽管并不否定利益追求的正当性,但“礼乐文明”的关键和基础绝不在于求利,因为正是这种求利的欲望膨胀导致了“礼乐文明”秩序的崩溃,先秦儒家就是这样诊断春秋战国时代“礼崩乐坏”的根源,而对法家抱持睥睨的基本态度。

尤其值得注意的是,“夷狄”来自海上,不过意味着大清帝国边患的位置发生了改变,

让帝国统治者感到惊奇的地方在于，海上来犯的艰难远大于北边陆地，可他们仍然来了。这正说明这些夷狄的求利欲望之强烈，与“礼乐文明”精神背离之大，皇帝给予他们“片面最惠国”待遇正体现了皇恩广被的“仁爱”之德。因此，大清帝国对于因鸦片战争失败而被迫签订的不平等条约，尽管基于“华夷之辨”的立场而深感屈辱，但由于缺乏现代国际政治关系的起码意识，对于不平等条约的签订就不可能作出其“违背和破坏国际法原则”的法律评判，倒是依据自己所抱持的“天下”秩序观而否认平等的国家关系之存在。“天下”秩序理应是册封与朝贡的等级性关系，屈辱感源于被夷狄所败而被迫签订条约，并承担履行条约的义务。尽管一系列不平等条约的签订不仅挑战了传统的“华夷”观念，打破了中华帝国一向抱持的“天下”秩序观，而且条约本身是与西方列强所倡导的国际法原则相违背的，但这不过为人们对于国际法的善恶评价提供了强有力的经验依据。本来中华帝国对于法制的评价基础就是礼乐文明的标准，礼乐文明的基础绝对不在“利”，更不可能认同通过暴力（战争）而获取利益的行为方式。这一切都从根本上影响到大清帝国对于国际法性质的认识和判断，进而也影响到现代化过程中的中国人对于整个现代法律制度体系的态度和评价。

问题的关键还在于，大清帝国绝非不重视法制，也不是不具有法律之普遍性和普适性的观念，只不过它坚持的原则是，唯有以中华礼乐文明精神为基点的法制才具有普遍性和普适性的资格。大清的制度乃是“天朝定制”，它“不单单是确立的制度，也是最好的制度。既然如此，与‘天朝定制’相矛盾乃至抵触，这就应该可以作为拒绝对方要求的必要且充分的依据了。因为夷狄本来应该顺应‘天朝定制’的存在”。“西方人主要的行为动机为利益的追求。即使追求利益本身未必该遭非难，但是像西方人那样将利益的追求放在首位，而且为了实现自己的利益不惜行使暴力，在中国人看来这就足以值得非难了。”〔21〕

应该说，大清帝国对于西方列强的殖民侵略的本质的认识是清楚的，他们确乎是唯利是图。问题是这个判断阻碍了对于国际政治秩序本身的现代认识，而且，缺乏现代民族国家政治意识而始终抱持“天下”观不放，这就从根本上阻止了其自身变法改制的可能，尤其是不可能合理而清晰地确定变法改制的现代性方向和原则。大清帝国实在没有从根本上认识到自己遭遇的西方文明正给世界历史和整个人类文明造成的革命性巨大影响。这种影响确乎如历史学家汤因比所说：“在 1763 - 1871 年这风云变幻的百余年间，最为重要的事情就是人类控制自身和征服人类之外的自然界的能力，获得了突飞猛进的长足发展。人类能力的这种发展是通过社会进步与技术创新相结合而取得的。产业工人和士兵们服从于严格的纪律，操纵和使用能力空前的机器和武器从事劳动与作战，并且被组织起来以加快工作的节奏。他们的工作效率和作战能力因此而得到了提高。17 世纪末叶，西方开始出现纪律严明的职业军队。18 世纪末叶，练兵场上强制性的军事化组织已被采用到民用工厂里，而被发明用于镗火炮炮筒的技术则应用于蒸汽机活塞的加工。虽然技术和经济革命的爆发并非一定能精确地确定政治革命和战争爆发的日期，但在非军事领域里，人们把人类能力的这种突然增长称为革命，却是当之无愧的。”〔22〕

〔21〕〔日〕佐藤慎一：《近代中国的知识分子与文明》，刘岳兵译，江苏人民出版社 2006 年版，第 47 页。

〔22〕〔英〕阿诺德·汤因比：《人类与大地母亲》，徐波等译，上海人民出版社 1992 年版，第 695 页。

这场革命必定导致人类现代世界观的诞生。在现代政治革命和残酷战争的推进中，人们将越来越清楚地意识到，世界是由各民族主权国家构成的国际性关系，它应该是一个通过法律而构筑起来的理性化竞争的空间秩序。因此，国际法乃是现代世界观的理性表达，它鲜明地凸显了各国生存和发展的法权原则，对这一原则的破坏必定导致世界的无序化。就经验历史而言，在西方伴随其民族国家法治化进程的正是国际政治的法治化，国际法首先在西方应运而生。

在此意义上可以说，一方面，中华帝国“礼刑合一”的法制传统之现代革命发端于西方列强凭借武力强行将大清帝国纳入其所奉行的国际法秩序，但由于西方列强的武力侵犯又是对国际法精神和原则的破坏，这就阻碍了人们对于变革法制传统之必要性和方向性的认识与判断。另一方面，传统的“礼刑合一”之法制架构的变革是在中西方政治文化价值理念交会、冲突的背景下展开的，是古老的“天下”观与现代“世界”观的交会和冲突，是礼法秩序与国际法秩序的纠缠和难以兼容。这二者的存在都意味着中华民族变革自身法制传统将会异乎寻常的艰难，其顺利推进的首要前提正是政治家和立法者之现代世界观的真正确立。

Abstract: According to the mainstream in academia, the main features of Chinese traditional legal system lie in the integration of law and morality, “the unity of different laws, as well as the non-difference between civil law and criminal law”. Furthermore, Chinese traditional legal system is incompatible with and to some extent produces obstacles for the modern principles of legality derived from the west. This kind of thought is incapable of revealing the historical reasons which have resulted in the formation of Chinese traditional legal system, thus prevents us from understanding the traditional art of legislation and the underlying political wisdom.

If we examine Chinese legal construction which combined *Li* with *Xing* in the perspective of the realization of the political mission of the Imperial China, we will perceive that this legal construction did totally agree with the Chinese traditional culture of *Li* and *Yue* in the Three Dynasties, and also, we will precisely grasp the rational feature of this legal construction. The pan-criminalization of Chinese traditional legal system rooted in the realization of the empire's militarized political mission. And the establishment and maintenance of the norms of *Li* were equally critical to the safety and stability of the empire. This wisdom of ancient legislation is worthy of the cherishing from the moderns. The transition of the traditional legal system to modern principles of legality is extraordinarily tough because the Qing Dynasty was compelled to join into the international legal order under the threat of western weapons. Whether the transition is successful or not depends on the establishment of modern world-view among the legislators and political leaders.

Key Words: integrity of *Li* and *Xing*, Chinese traditional legal system, transition of legal system
