

中国式法治

——中国治理原型试探*

刘 巍

【提要】对“礼”与“法”、“礼治”与“法治”关系的研究,近代以来有由极端对立走向最近的混淆合一之趋势。本文既包容又尝试超越既有分析架构与观念设置,努力钩沉与分析中国治理原初形态之“天治”“德治”“礼治”“刑治”“人治”诸本相“法天为治”“以德为则”“以礼为法”“以刑卫法”“人治为要”诸法则;诸要素之间彼此相互关联融合一体,对中国的长治久安关系重大、意义深远,具有法原般的地位与价值,构成“中国式法治”;它的核心,是以刑法为卫、以人治为要的德礼之治,后世归结为“礼治”。

【关键词】中国式法治 天治 德治 礼治 刑治 人治

近代以来,随着西力东侵,西学西政东渐,国人乃有开放心胸吸纳民主法治之态势,同时亦对传统政治及法律体系有严苛的批评乃至历史性的否定。所谓“礼”与“法”、“礼治”与“法治”、“德治”与“法治”、“人治”与“法治”等的分辨与争议,就伴随着这一历史进程。最近学术界渐重中华法系的“礼法”特色^①与“传统法”地位,^②但是对中国治理之整体内涵与历史精神,以及其所涉及的礼法关系,尚需深入研究。

而展开研究的第一步,也是至为关键的环节,就是必须对早期中国治理的原初形态加以系统的梳理。“作始也简,将毕也巨”,如江河之泛滥,源头浑浊末流清澈,是不可能的事。本文试图尽量避免挪用后设的观念去选取意向性材料,而努力从最基本的事实与趋向上来钩沉本相、推寻原始。当然,概念工具的采择是不可避免的,不过我们必须声明,不得已的倾向性决定是基于辩证的讨论而非单纯的立异。

晚近以来,国人述法律法制法治本源,多推本于刑之缘起。而论刑之发生,又多归结于“兵刑不分”或“刑出于兵”诸说,推绎之极,则蚩尤为法神,皋陶复为蚩尤,^③兵也刑也法也不知界限何在,无有底止,似此可谓以偏概全似是而非之说。寻其缘由,大要有二:一则预设偏执之法律法制法治观念,以衡中国之古法古制古治原始,二则肢解、拘泥且敷衍东汉许慎“法”字训诂以裁前古。二者互为因缘,愈说愈歧。请从后者说起。《说文解字》廌部云“廌:刑也。平之如水,从水;廌,所以触不直

* 本文是中国历史研究院重大项目“中国历代治理体系研究”(项目编号:LSYZD2019005)的阶段性成果。

① 参见俞荣根《礼法传统与中华法系》,中国民主法制出版社2016年版。

② 参见马小红《礼与法:法的历史连接(修订本)》,北京大学出版社2017年版。

③ 参见武树臣《中国法律文化大写意》,北京大学出版社2011年版,该书第二章“寻找最初的独角兽——对‘廌’的法文化考察”,尤其是第157页。

者;去之,从去。(方乏切。)法,今文省。金,古文。”^①“刑”字,段玉裁正为“荆”,《注》云“荆者,罚罪也。《易》曰:利用荆人,以正法也。引伸为凡模范之称。木部曰:模者,法也。竹部曰:范者,法也。土部曰:型者,铸器之法也。”^②则许君训“法”字本义确实偏重罚罪方面,但他用字遣词,同时又兼顾了引申义“模范之称”。孙诒让述之云“法本为刑法,引申之,凡典礼文制通谓之法。”^③皆得许君意旨。然罚罪刑法之训,实为晚出之说,若专以此偏执之义说古代法律法制法治,殊不可通。不局限于“刑法”的“典礼文制”,乃为中国自古相传治理模式原型之内涵本相。在此意义上,难以名称,强命之,似非“中国式法治”莫属。

相较而言,《尔雅》之训更为近古。

《释诂》云:

典、彝、法、则、刑、范、矩、庸、恒、律、戛、职、秩,常也。(郭注:庸、戛、职、秩,义见《诗》、《书》,余皆谓常法耳。)

柯、宪、刑、范、辟、律、矩、则,法也。(郭注《诗》曰“伐柯伐柯,其则不远。”《论语》曰:“不踰矩。”)

辜、辟、戾,辜也。(郭注:皆刑罪。)

《释言》云:

坎、律,铨也。(郭注《易·坎卦》主法。法、律皆所以铨量轻重也。)^④

如《尔雅》经注所述,“刑”之古训为“常”为“法”(即郭注所谓“常法”),若“典、彝、法、则、刑、范、矩、庸、恒、律、戛、职、秩”“柯、宪、刑、范、辟、律、矩、则”皆为经典表述法律之用辞,且不拘泥“刑罪”为说,可谓要而当矣。我们说,自古以来中国治理之原始典型为“中国式法治”,正名之初,首当及此。

而最初的“法治”可以说是以上天以圣王为法象之模范政治,虽不必以“法”称,但确有法意,而表述为“典”“典刑”“洪范”(《诗》《书》所称“汤之典刑”(《孟子》所述“文王之法”“周公之典”“先王之制”(《左传》《国语》等所纪)等是也。概括言之,五帝三王之治为“中国式法治”之原型。

这是取其古义通义,而非限于“刑法”之类的狭义、偏义。我们的“法治”概念自是针对了近代以来以撻伐传统政治为绝对命令的偏执之论,但是并非排斥认真吸纳西法善治的开放努力。事实上,有学者已经注意到,中国近代伟大的启蒙者严复于《法意》中早就指出,“西文‘法’字,于中文有理、礼、法、制四者之异译,学者审之”,以及“西人所谓法者,实兼中国之礼典”等博通之论。^⑤追溯原始,明末清初的西方传教士等实有开启西“法”东渐之功。例如,他们“将固有汉字‘法学’在‘勒义斯’的意义上加以界定和运用本身就表明,这些词语蕴含的概念已完全超出了中国传统的刑名之学或律例之学的范畴,只是由于种种复杂原因而令这些作品湮没不彰,极少流传。……西方法学首次用中国

① 许慎《宋本说文解字》,国家图书馆出版社2017年版,第190页。

② 许慎著、段玉裁注《说文解字注》,上海古籍出版社1988年版,第470页上栏。

③ 孙诒让《周礼正义》,汪少华整理,中华书局2015年版,第77页。

④ 周祖谟《尔雅校笺》,云南人民出版社2004年版,第6、28、195页。

⑤ 参见马小红《礼与法:法的历史连接(修订本)》,第57、121页。严复《法意》原文,经校正。

语言、中国文字、中国方式予以表达,亦即开启了西方法学的中国化进程……”^①我们当然也可以说,“法”“法学”“法治”等的译法和概念承用于今,反映了中华“法”文化的深厚渊源与强大包容性。本文正是试图在古今通融之意义上去回访中国的早期政治文明。初步考察之下,“中国式法治”之原型,大体包括下述诸端。

一、法天为治

“仲尼祖述尧、舜”(《礼记·中庸》)^②而称“大哉!尧之为君也!巍巍乎!唯天为大,唯尧则之!”(《论语·泰伯》)尧之为君,其巍巍伟大本乎“则”“天”,孔子深得此义。司马迁述《五帝本纪》,为中华文明史书写开辟新纪元,《太史公自序》述其作意有云“维昔黄帝,法天则地,四圣遵序,各成法度;唐尧逊位,虞舜不台;厥美帝功,万世载之。作《五帝本纪》第一。”^③就把这一层揭示得更清楚了:一方面,天地为帝王之“法”“则”,而上古尊天尤过于地;另一方面,圣王之治,又成为后世遵循之“法度”。《纪》中云“帝尧乃命羲和,敬顺昊天,数法日月星辰,敬授民时。……于是帝尧老,命舜摄行天子之政,以观天命”。^④就是顺天法天本天意为治,以此为例,可概其余。近代梁任公于《志三代宗教礼学》一文中发明中国“天教”甚详,^⑤后在《先秦政治思想史》中则分述为“具象的且直接的天治主义”与“抽象的天意政治”,颇为扼要。^⑥经典述本天为治之理,以《皋陶谟》最为系统:

无旷庶官,天工,人其代之。天叙有典,敕我五典五惇哉!天秩有礼,自我五礼有庸哉!同寅协恭和衷哉!天命有德,五服五章哉!天讨有罪,五刑五用哉!政事懋哉!懋哉!天聪明,自我民聪明;天明畏,自我民明威。达于上下,敬哉有土(《尚书·皋陶谟》)

“典”也,“礼”也,“德”也,“刑”也,凡“政事”之纲纪、“庶官”之职守,莫不推本于“天叙”“天秩”“天命”“天讨”;而最为难得的是径将天意归结为“民”心。“天聪明,自我民聪明;天明畏,自我民明威”。借皋陶之口,以天之名义,将圣贤法治的基本内涵及其必以尊重民意作为媒介的大道理向执政者(“有土”)作最为庄严的宣示。孟子引“《泰誓》曰‘天视自我民视,天听自我民听。’”(《孟子·万章上》)^⑦《左传》襄公三十一年鲁穆叔曰“《大(太)誓》云‘民之所欲,天必从之。’”^⑧《昭公元年》郑子羽亦引之。《国语·周语》单襄公、《国语·郑语》史伯又一再引之,至伪古文《尚书·泰誓》云“天矜于民,民之所欲,天必从之。”^⑨(周初之《召诰》已云“天亦哀于四方民,其眷命用懋,王其疾敬德。”)发挥的是同一正道大义。像《皋陶谟》里这样整饬系统的见解,虽出于后世录史者追述之辞,但基本思想应远有渊源。

① 参见王健《西方法学邂逅中国传统·序》,知识产权出版社2019年版,第5—6页。

② 《礼记正义》卷53,北京大学出版社2000年版,第1703页下栏。为省篇幅,以下凡引及《十三经注疏》,皆出此版,不另说明。

③ 《史记会注考证》卷130,泷川资言考证、杨海峥整理,上海古籍出版社2016年版,第4324页。

④ 《史记会注考证》卷1,第22、32页。

⑤ 梁启超《梁启超全集》第9集,汤志钧、汤仁泽编,中国人民大学出版社2018年版。

⑥ 参见梁启超《先秦政治思想史》,商务印书馆2014年版,第29、31页。

⑦ 《孟子注疏》卷9下,第302页上栏。

⑧ 《春秋左传正义》卷40,第1293页上栏。

⑨ 《尚书正义》卷11,第325页上栏。

李约瑟认为,中国缺乏罗马传统的“法”的观念,也缺乏古犹太教里面“神”的观念。他进而说我们中国“法”的观念与西方不一样,中国没有产生寻找法则、寻找终极根源的习惯。许倬云部分同意李氏的观察,也强调中国之“道与法的观念与欧洲的观念很不相同”。关于中国“法”的观念,许氏云“我们常常说要效法某人,效法这个‘法’的定义比法律的‘法’来得早,先秦最先使用‘法’这一字的时候,是指模仿的意思。”^①的确,“法”之“模仿的意思”较为早出;但我们必须指出,从历史上来看,“模仿”的对象最重要的是“天”。对执政者来说,他们只有向天学习得好,才有资格成为后世模仿的对象,而法律法制法治的最悠久的本源也就是“天”。在这一点上,即使持有“道”本“道”尊观念的道家或“理”本“理”本观念的理学家都没有也不可能排除“天道”“天理”观念,都不能不依托于道根与理原之“天”。“天”才是中国法律与治道的“终极根源”。

从现代政治思想的角度,我们对天意在民的观念较容易欣赏;从重审中国历代治理精神的视域来看,那些把先民凝聚为一个可大可久的政治文化共同体的一统观念,似更为重要。而这,又直接关联到本天法天为治的经验与模式。钱穆对此作了很好的概括,他从《尚书》中总结出两个内在联结的政治思想:一是以“天子”为“天下共主”的观念;二是“天下一家”的观念。

西周《尚书·召诰》云:

皇天上帝,改厥元子,兹大国殷之命。惟王受命,无疆惟休,亦无疆惟恤。呜呼!曷其奈何弗敬?……王其疾敬德!相古先民有夏,天迪从子保,面稽天若,今时既坠厥命。……我不可不监于有夏,亦不可不监于有殷。……今王嗣受厥命,我亦惟兹二国命,嗣若功。

钱穆释之曰:

中国人在那时已经有一个世界一统的大观念,普天之下有一共主。此一个共主,当时称之为“天子”,即是上帝的儿子。亦称“王”,王者往也,大家都向往他。中国古代有夏,夏王便是上帝的儿子,天下统一于夏王室之下。后来商、周迭起,可知周亦不能永此统治,将来还要有新王朝代之而起。中国古人此种观念之伟大,实是历久弥新。……

若使科学再发达,而终于没有一个“天下一家”的观念,那岂不更危险?纵使宗教复兴,但以往各宗教信仰上对内对外各项斗争,也没有统一过。只有中国,唐、虞、夏、商、周一路下来,是一个大一统的国家,地广人多,四千年到现在。追溯到我们古人早有此一种政治观点,确是了不得。说来似平常,但从政治观可推广到整个人生观,乃至整个宇宙观,中国此下思想学术俱从此发端。^②

钱氏之见并不夸张。当“大传统”影响到“小传统”,当普天之下皆向往“一统”,皆以“一家”为归宿,则自然而然会产生巨大的凝聚力和坚韧的心理定势,终究会克服暴乱、分裂的倾向。这不能不说是中华民族历久不衰的一大政治文明基因。再推原而论之,有“天”的信仰,才会有“天下”的观念;有父母孩子的伦理,才会有“一家”的意识、“天子”的观念,以及“天子”为“民之父母”的思想;有

① 许倬云《历史分镜》,陈宁、邵东方编,上海文艺出版社1998年版,第344—346页。

② 钱穆《中国史学名著》,九州出版社2011年版,第11—12、17—18页。

天意在民的观念,才会有真命“天子”为“天下”之“王”的思想。本天法天的观念与家族观念相结合,天下主义与民本主义相结合,是这种独特的政治文明基因的奥秘。原始要终,分析到最后,都会归结到天上人间彻上彻下为“一家”的天人合德的治理模式。

《洪范》,晚近多被判定为战国晚出的文献,最近的研究则逐步恢复其为周初之原典。洪范,今语直译为大法。传统上被视为“大法九章”(《汉书·五行志》《汉书·律历志》)。箕子以为“天乃锡(赐)禹洪范九畴,彝伦攸叙”。在第五畴“建用皇极”之“皇极”即最高法则中,云:

会其有极,归其有极。曰:皇,极之敷言,是彝是训,于帝其训。凡厥庶民,极之敷言,是训是行,以近天子之光。曰:天子作民父母,以为天下王。

我们认为这里典型地表述了中国原初本天、法天为治之模式。若《洪范》诚为《左传》文公五年、成公六年、襄公三年及《说文》等文献所称引之“《商书》”,^①则“天子作民父母”之说法颇为早出。^②如是,则有上下双重亲子关系:就“帝”/“天”与“天子”/“王”之关系而言,人间之执政者为上天之子;就人间之执政者与“庶民”之关系而言,“天子”应为“民”之“父母”,乃得为“王”者。我们并不否认“在《洪范》的规范系统中,民本主义的色彩很淡,而皇权主义的色彩较浓”,^③我们也承认历史上即使有帝王君主之杰出者,在他们以“民之父母”的姿态以宽仁亲和为怀或秉公执法以待“庶民”时仍不免是“作威作福”的;但是我们还是认为,若看不到“天下共主”“天下一家”等天人合一观念所系之治理模式在抟成一个历史悠久的大国家大民族中的伟大作用,也是闭目塞听的。在这个意义上,《尚书》等文献所反映的正是远有渊源的史实。

二、明德为则

我们已经看到,在先民的政治意识中,在他们意念之天上人间连体一气的大家庭中,天子即王朝的执政者在宇宙秩序和国家社会秩序中占据枢纽的地位。因为他们兼有长子(对“上帝”/“天”而言)与父母(对“民”而言)的双重身份。他们要善尽其职责,也须遵守法则,“上下”对于他们最大的要求就是“有德”,这既是天之律令(“天命有德”,消极地说,可谓神意法;积极地说,可谓“天德”政治),也是庶民归往与否的先决条件(“王”之定义,消极地说可谓民之压力;积极地说可谓民意法——权且分析言之,在中国古代“天意”与“民心”实是扭结在一起的)。如果他们很自觉地意识到这一点并兢兢业业修行之,这就是德性彰明的大善了。上面描述的可以说就是历史上艳称的“德治”之关键。不过我们也不要偏忽了,它只是先民治理典型之一个环节与侧面,尽管非常重要。

① 参见刘起钊《古史续辨》,中国社会科学出版社1991年版,第313页。

② 西周中期𣪠公盂铭文有“天令(命)禹……降民监德,迺自乍(作)配乡(饗)民,成父女(母),生我王,乍(作)臣……”的记载,颇可证此说之有本。裘锡圭认为“‘成父母,生我王’,是说天为下民生王,作民之父母。《洪范》:‘曰天子作民父母,以为天下王。’与此文若合符节。”冯时也指出“禹修德而王天下,故成民之父母。《尚书·洪范》:‘天子作民父母,以为天下王。’《诗·小雅·南山有台》‘乐只君子,民之父母。乐只君子,德音不已。’皆此之谓。”参见周宝宏《近出西周金文集释》,天津古籍出版社2005年版,第240、248页。

③ 参见陈来《古代宗教与伦理——儒家思想的根源》,生活·读书·新知三联书店2009年版,第225页。

众所周知,至少至西周文武周公时代,已经有非常成熟的“明德慎罚”(《尚书·康诰》)、“王其疾敬德”(《尚书·召诰》)的政治思想与治理实践。此不烦重述,而“明德为则”为中国式法治一大端,则犹待彰显。

太史公述五帝三王德法之治,最为明晰。司马迁言必称五帝之盛德。其叙黄帝,首举“修德振兵”;记(帝颡项)高阳有圣德焉;述帝尧“能明驯德”、帝舜“让于德”,(尧)命十二牧论(舜)帝德,行厚德,远佞人,则蛮夷率服。极称“天下明德,皆自虞帝(舜)始”。他又合纪五帝云“自黄帝至舜、禹,皆同姓,而异其国号,以章明德。”五帝之治,一言以蔽之,可谓“明德”之治,最为后世善治之纲纪与法度。

史迁述三代更迭系乎积德失德之经验教训颇为周详,此亦不烦屡述;而揭示古来明德为法之旨,尤为深切著明,却往往为人所忽。《史记·夏本纪》本《尚书》述皋陶“九德”之类“美言”及功德诸端后云“皋陶于是敬禹之德,令民皆则禹。不如言,刑从之。舜德大明。”太史公又述皋陶之“扬言”曰“念哉,率为兴事,慎乃宪,敬哉!”皋陶“作士以理民”,其职为“士”(今或谓之法官),宜有此以(禹之)“德”为“民”之“则”,进而以“刑”卫“德”之箴言。“则”也,“宪”也,皆谓法也。不仅如此(也不必拘泥职官为说),德则为法宪,实为古治之通义也。故《史记·殷本纪》又云:

帝太甲既立三年,不明,暴虐,不遵汤法,乱德,于是伊尹放之于桐宫。三年,伊尹摄行政当国,以朝诸侯。帝太甲居桐宫三年,悔过自责,反善,于是伊尹乃迎帝太甲而授之政。帝太甲修德,诸侯咸归殷,百姓以宁。

何谓“汤法”?史公所述,实本孟子。《孟子·万章上》云“太甲颠覆汤之典刑,伊尹放之于桐。三年,太甲悔过……”可见,“典刑”即“法”,“汤之典刑”即“汤法”;亦为史文前述所云“汤德至矣,及禽兽”之类的“汤德”。此由“帝太甲修德”改弦更张,由犯法而一转为循德,可证也。^①《史记·殷本纪》又叙殷王盘庚事迹云:

盘庚乃告谕诸侯大臣曰“昔高后成汤,与尔之先祖俱定天下,法则可修。舍而弗勉,何以成德!”乃遂涉河南,治亳,行汤之政,然后百姓由宁,殷道复兴。诸侯来朝,以其遵成汤之德也。

“汤之政”与“汤德”“汤法”“汤之典刑”当为异辞而同指,此最可证开国圣君之德行往往被后世尊为“法则”之历史成例。遵修之者治,违犯之者乱。《诗·大雅·抑》“罔敷求先王,克共明刑”。所谓“先王”之“明刑”,即先王之法度,这是从正面称之;《尚书·无逸》周公所谓“变乱先王之正刑”,“正刑”亦为法度之称,这是从反面斥之。

一至于周,史公又极称文王之功德:^②

① 有学者认为“所谓‘汤法’、‘汤之典刑’,亦即‘汤刑’,均指商奴隶制国家的法律刑典。”参见胡庆钧主编《早期奴隶制社会比较研究》第八章“商代法律制度”,中国社会科学出版社1996年版,第187页。此说于《孟子》《史记》皆不得其旨,可谓两失之。

② 上古“功”与“德”合一,不如后世若“立德”“立功”“立言”之类区分之严。《左传》昭公元年“刘子曰‘美哉禹功!明德远矣。’”

西伯曰文王,遵后稷、公刘之业,则古公、公季之法,……西伯盖即位五十年。其囚美里,盖益《易》之八卦为六十四卦。诗人道西伯,盖受命之年称王,而断虞芮之讼。后十年而崩,谥为文王。改法度,制正朔矣。追尊古公为太王,公季为王季:盖王瑞自太王兴。(《史记·周本纪》)

一朝王业,一代圣王开之。王者之德为王朝法宪法度法则之所系,无论“则”“法”还是“改法”、立法,王者之德实为后世法制之枢纽。备享盛誉若文王者,大树德行为法宪,书写良法美治之极则,彪炳史册,悬为至高至善之典制理型。所以《诗·周颂·我将》“仪式刑文王之典”,《左传》昭公六年引作“仪式刑文王之德”。“文王之典”即为“文王之德”,“典”言其王朝之法制,“德”言其王者之内涵,纪述角度不同,其实一也,皆为后世“仪式刑”,即应当师法效法的法度。一若《孟子》所称“汤之典刑”,《史记》谓之“汤法”。“则”也,“宪”也,“典”也,“刑”也,“典刑”也,“明刑”也,“正刑”也,皆谓法也。要而言之,实以“德”为中心意义。此等之德治不可谓之法治乎?

若有人以为《史记》等所称述,于文献上过于晚出,则请证之以周代之金文。西周早期康王时大盂鼎铭,述“王”者之言有云:

今我唯即井(型)廩(稟)于文王正德,……今余唯令女(汝)孟召(绍)荣,敬攷(雍)德丕(经),……令女(汝)孟井(型)乃嗣祖南公。^①

有学者以今语译之曰“今我以文王的正德为典范效法而稟受之,……今我命令你孟辅助荣谨敬地协和道德及准则,……命令你孟效法你的嗣祖南公。”^②对本文来说,此铭至关重要处、对南宫家族意义深远的,至少有两个层次:从王法的角度来说,“文王正德”为至尊之法宪;从家法的角度来说,“嗣祖”之“德经”为必遵之法度。此铭最为典型地反映了周代之法治必以明德为则的向度,于国于家,无一例外,于王于公,贯彻上下。

春秋初年的青铜器秦公铸铭文,亦云:

秦公曰:不(丕)显朕皇祖受天命,竈(肇)又(有)下国,十又二公,……余虽小子,穆穆帅秉明德,叡(睿)尊(敷)明井(刑),……^③

秦国地处偏远,中原多视其为戎狄之邦。此铭虽语涉僭妄(称“受天命”),但是颇知“明德”为法——即文中之“井(刑)”——的道理,而谨敬自勉。正可觑有周明德为则之法治的播远效应了。春秋晚期滕国司马棼编铸铭文,更有这样的说辞“朕文考懿叔,亦帅刑法则先公正德,俾作司马于滕。”有学者以为,“法”字“作为动词‘效法’来使用的古文字资料,此处为最早”。^④此说确否尚待考,但是“先公正德”为“帅刑法则”之对象的观念,与“文王正德”为典刑法宪的观念一脉相承,我们以为这是以德

① 中国社会科学院考古研究所编《殷周金文集成(修订增补本)》(第2册),中华书局2007年版,第1517页。

② 马承源主编《商周青铜器铭文选(三)》,文物出版社1988年版,第40页上栏。

③ 中国社会科学院考古研究所编《殷周金文集成(修订增补本)》(第1册),第318页。

④ 参见王沛《刑书与道术——大变局下的早期中国法》,法律出版社2018年版,第295页。

则为宪政的治理模式的体现,应该说是不过分的。而“法则”与“正德”(犹言“明德”)之间竟有如此深厚的历史渊源,这是我们在探讨中国治理之原型模式时特别需要注意的。

我们看到,“明德”为“则”的治道,不仅为王朝之最高统治者王者所秉持、自我约束,亦为贵族所习得与规范;它也施及庶民下层。可以说,普天之下,明德为法。

西周《尚书·召诰》云:

其惟王位在德元,小民乃惟刑用于天下,越王显。

曾运乾释之曰“言王位居元首,德称其位,小民自仪刑于下,而发扬王之光显矣。”^①前引西周中期虢公匭铭文,又有“民好明德”“民唯克用兹德”等彰显“懿德”“好德”诸训,^②则不仅集中反映了周代德治之内涵,而且显示了其贯彻上下的推行力度。我们可以看到,为达致孔子所称“明德归厚”之效,为政者需要付出怎样的努力。《孟子·告子上》引《烝民》之诗,并孔子之解经语,道:

《诗》曰“天生烝民,有物有则。民之秉彝,好是懿德。”孔子曰“为此诗者,其知道乎!故有物必有则;民之秉彝也,故好是懿德。”

处于战国时代的孟子,援经探讨的是“仁义礼智”的终极根源(必本于“天”)。先王之德则,几经创造性转化而成人心深处的道德律令,反映了“德”之内在化的历史进程,却也可见德法之治的深远影响了。

当然,与“小民”相较,执政者的德范更为重要,处于立法者的地位。“孝”为西周金文中常见称述之德。《诗·大雅·下武》亦云“王配于京,世德作求。永言配命,成王之孚。成王之孚,下土之式。永言孝思,孝思维则。”以成王之孝顺为楷式,立“孝”以为法则,衍为《诗》教,德法之治道亦可见矣。唯先民尚以为人间之法度虽寄身于圣王,推本溯源则仍本乎皇天上帝,如《诗·大雅·皇矣》云:“帝谓文王‘予怀明德,……不识不知,顺帝之则。’”《洪范》以“正直”“刚克”“柔克”为“三德”,箕子亦以为括此在内的“洪范九畴”为“天乃锡(赐)禹”,可谓同一意趣。则皇天上帝为最高的立法者与审判者。这就为不如人意的现实政治树立了榜样,也提供了批判性的法原,体现了先民的政治智慧。

三、以礼为法

在关于中国政治文明之缘起形态的探讨中,与“德则”密切相关而内涵更为丰富、治理范围更为广泛且更能彰显中国文化特色的是“礼法”。

《史记·乐书》,录《乐记》云:

故礼以导其志,乐以和其声,政以壹其行,刑以防其奸。礼乐刑政,其极一也,所以同民

① 曾运乾,《尚书正读》,中华书局1964年版,第198页。

② 释文参见周宝宏《近出西周金文集释》,第201页。

心而出治道也。……礼节民心,乐和民声,政以行之,刑以防之。礼乐刑政四达而不悖,则王道备矣。

以“礼乐刑政”分疏“治”,让我们想起前引《尚书·皋陶谟》以“典”“礼”“德”“刑”分论“政事”,反映了不同历史时期的中国论政模式,颇有理致。以四者之“达而不悖”,为“王道”之内涵,可谓深得“治道”之要矣。而“礼”为最尊,盖乐可附礼而礼可兼乐也。《太史公自序》引其“先人”之说:“尧、舜之盛,《尚书》载之,礼乐作焉。”^①追溯已远。晚清礼学大师孙诒让更由周公而推原于“五帝”“三王”:“盖自黄帝、颛顼以来,纪于民事以命官,更历八代,斟酌损益,因袭积累,以集于文武,其经世大法,咸粹于是(指《周礼》——引者按)。”^②孙氏本刘歆、郑玄之说,以《周官》为周公制作,实未必然。但是,周公以盛德而摄王政,集上古礼治之大成,其制礼作乐、规模礼法,范围宏远,确乎从古未有之圣也。

学者或以“周公‘制礼作乐’”的说法最早见于《礼记》的《明堂位》,亦见于汉儒的《书传》。^③然《左传》所述更为近古,文公十八年纪鲁“季文子使太史克对(鲁宣公)”之言(括号内并录杜预注)云:

先君周公制周礼曰:“则以观德,(则,法也。合法则为吉德。)德以处事,(处,犹制也。)事以度功,(度,量也。)功以食民。(食,养也。)”

作誓命曰:“毁则为贼,(誓,要信也。毁则,坏法也。)掩贼为藏。(掩,匿也。)窃贿为盗,(贿,财也。)盗器为奸。(器,国用也。)主藏之名,(以掩贼为名。)赖奸之用,(用奸器也。)为大凶德,有常无赦。(刑有常。)在九刑不忘!”(誓命以下,皆《九刑》之书,《九刑》之书今亡。)

这段话极为重要,我们以为深得周公制礼、周代礼法的纲领。杨伯峻认为不能以“除《考工记》外,或成于战国”的晚出《周官》当《周礼》,其说平允;但仍以“《周礼》,据文,当是姬旦所著书名或篇名,今已亡其书矣”(他将“誓命”亦作如是观),却不免失之于文献主义了,^④一若杜预将“九刑”释为“《九刑》之书”,所失正同。其实“周礼”为周公制作实体之礼法,“九刑”为捍卫此礼法之众多实刑之统称。岂得谓文书章程乎?一旦违礼则有众多常刑伺候,“礼”之“法”威岂不彰彰明哉!《左传》此段上文云:“先大夫臧文仲教行父事君之礼,行父奉以周旋,弗敢失队(坠),曰:‘见有礼于其君者,事之,如孝子之养父母也;见无礼于其君者,诛之,如鹰鹯之逐鸟雀也。’”从周公到臧文仲,“有礼”/“无礼”之辨,“事”“养”(“功以食民”之“食”即“养”)/“诛”“逐”之间,最可规有周“礼法”之本相。西汉贾谊的名论“夫礼者禁于将然之前,而法者禁于已然之后”(《汉书·贾谊传》)未免将礼法之界限划分得过于绝对,出礼则刑,距离在咫尺之间。所以,我们不能同意有些学者机械地对立理解礼法关系,以为后者才有国家力量所捍卫的强制性而前者非是。

再可注意者,“周礼”内涵颇为丰富,可以包括“则”“德”“事”“功”诸方面,而终极宗旨则甚为明

① 《史记会注考证》卷130,第4321页。

② 孙诒让《周礼正义·序》,汪少华整理,第1页。

③ 陈来《古代宗教与伦理——儒家思想的根源》,第246页。

④ 杨伯峻编著《春秋左传注(修订本)》,中华书局1990年版,第633—634页。

确,即以“食民”即“养”“民”为归宿。臧文仲教行父之“礼”“君”如“养父母”之见,自不如周公制礼之意为深远,此乃德位高下区别所致,于礼宜然。

尤可注意者,为“礼”与德则之关系。下文云“孝敬、忠信为吉德,盗贼、藏奸为凶德”,本周公“誓命”之针对“大凶德”而施“常”刑,而将“德”区分为“吉德”“凶德”。杨伯峻引《左传》文公六年“道(导)之礼则”,训“则以观德”之“则”为“礼则”,实与杜注训“则”为“法也”可互通,均指向“周礼”之法则“吉德”、严惩“凶德”的治理精神。所以从治理体系的角度来说,“礼治”实可兼包“德治”,而“德治”又具有枢纽的地位。其间的关系,可谓礼非德不生,德非礼不成。如郭沫若云:

从《周书》和周彝来看,德字不仅仅包括着主观方面的修养,同时也包括着客观方面的规模——后人所谓的“礼”。礼是后起的字,周初的彝铭中不见这个字。礼是由德的客观方面的节文所蜕化下来的,古代有德者的一切正当行为的方式汇集下来便成为后代的礼。^①

“礼”字是否如此晚出,是可以讨论的。但是德礼之间应有这个向度的内在关联。在这方面,周公本人无疑是“古代有德者”制礼立法的伟大典范。而“后代的礼”仍可以周礼为楷则。其详情苛细,刘师培《中国历史教科书》所述颇为扼要。他说“盖周公以礼治民,故民亦习于礼仪,莫之或越,则谓周代之制度,悉为礼制所该,可也。礼之最大者有四:一曰冠,二曰婚,三曰丧,四曰祭。”祭礼又分:郊禘、社稷、山川、祖庙、杂祭诸礼。四大礼之外,礼典尚多,有:养老、大射、宾射、燕射、诸侯相朝大飧、聘飧、迎宾、投壶、燕、乡饮、大饮诸礼。又有:拜跪、迎送揖让、授受、坐立、语言、趋行、饮食、执挚、彻(撤)俎、脱屣、设尊、酬币、侑币等礼俗。周代天子之礼,包括:即位、视朝、听朔、合诸侯、巡狩、布宪令诸礼。^②周礼繁复,从近代的眼光看,颇有其弊,主要表现在阶级制度上的不平等。刘氏也有很好的概括:

周代臣民,权利虽优,然周代最崇名分,以礼为法,以法定分。故西周之时,区阶级为五等:一曰天子,二曰诸侯,三曰卿大夫,四曰士,五曰庶人。所享利权,因之大异,故“礼不下庶人,(《礼经》之成于周代者四,《仪礼》十七篇,皆为士礼。)刑不上大夫。”名位不同,礼亦异数。以礼仪之繁简,定阶级之尊卑,故周代之礼,各依等级,不可或越。此则西周极不平等之制度也。^③

“以礼为法,以法定分”一语,尤为精辟。

然“礼法”之大者,从长时段的发展眼光来看,更有其伟大的文明价值与历史意义。

《礼记·中庸》录孔子述及周公之礼制云:

武王末受命,周公成文武之德,追王大王、王季,上祀先公以天子之礼。斯礼也,达乎诸侯、大夫,及士、庶人。父为大夫,子为士,葬以大夫,祭以士。父为士,子为大夫,葬以士,祭

① 郭沫若《先秦天道观之进展》,参见《青铜时代》,《郭沫若全集·历史编》第1卷,人民出版社1982年版,第336页。

② 刘师培《中国历史教科书》,《仪徵刘申叔遗书》14,万仕国点校,广陵书社2014年版,第6525—6543页。

③ 刘师培《中国历史教科书》,《仪徵刘申叔遗书》14,第6455页。

以大夫。期之丧,达乎大夫。三年之丧,达乎天子。父母之丧,无贵贱,一也。

朱子《四书章句集注》,极赞周公“制为礼法,以及天下,……推己以及人也”。^① 从中可见,“礼法”贯彻上下之普遍,不必拘泥所谓“礼不下庶人”为说也。

晚近史学大家王国维《殷周制度论》结合新材料,阐发周代之礼治精神更为系统扼要“周人以尊尊、亲亲二义,上治祖祢,下治子孙,旁治昆弟,而以贤贤之义治官。”而礼治之目标,是在道德团体之抟成“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。”可谓融德治为礼治。王氏述此,亦未忘忽了“庶民”,相反还大发尊重“民彝”之义,曰“周之制度、典礼,乃道德之器械,而尊尊、亲亲、贤贤、男女有别四者之结体也,此之谓民彝。其有不由此者,谓之非彝。”王氏揭示阐发周代之礼治,重“道德”、尊“民”意,既原本古制古义,又富于时代气息,可谓学思兼备。

又如王氏所揭示,以周治为代表的中国古代国家治理之精神,有一使“政治”“道德”“法制”“教化”合一之模式“古之所谓国家者,非徒政治之枢机,亦道德之枢机也。使天子、诸侯、大夫、士各奉其制度典礼,以亲亲、尊尊、贤贤、明男女之别于上,而民风化于下,此之谓‘治’;反是,则谓之‘乱’。是故,天子、诸侯、卿、大夫、士者,民之表也;制度典礼者,道德之器也。周人为政之精髓,实存于此。”

好像是一个铜板的两面,“礼法”之弊在于分别之极,极而至于等级之压制;而“礼法”之长,在于“和而不同”,和合之极为统一的共同体之凝成。

周代礼治的一个伟大历史遗产,是一个大一统的政治格局和文化心理趋向传统。

王国维探其根源云“是故有立子之制,而君位定;有封建子弟之制,而异姓之势弱,天子之位尊;有嫡庶之制,于是有宗法、有服术,而自国以至天下合为一家;有卿、大夫不世之制,则贤才得以进;有同姓不婚之制,而男女之别严。且异姓之国,非宗法之所能统者,以婚媾甥舅之谊通之。于是天下之国,大都王之兄弟甥舅;而诸国之间,亦皆有兄弟甥舅之亲;周人一统之策实存于是。此种制度,固亦由时势之所趋;然手定此者,实惟周公。”^②

王氏所说,是否真正达致历史与逻辑相统一的程度,是可以讨论的,但大体可从。“自国以至天下合为一家”一句,实堪为中国能够绵延悠长且如滚雪球般积体庞大之特色之写照。“有子曰‘礼之用,和为贵。先王之道斯为美’”(《论语·学而》)千载之下,可信斯言之确。

家族主义是礼治的重要内涵,也是古代中国法制的根底,是中华民族凝聚力的一大渊源。实为从王法到家法,彻上彻下之“礼法”的核心。君为“民之父母”,这是为君者的伦理“故圣人耐以天下为一家,以中国为一家人者,非意之也,必知其情,辟于其义,明于其利,达于其患,然后能为之。”(《礼记·礼运》)“以天下为一家,以中国为一家人”不仅是写在经典文本上,也见之于历代贤明执政者的思想与施政中。而这种家族主义不仅是政治性的,更是社会性的,是身、家、国、天下一以贯之。于此,周公之“封建”与“定宗法”已经树立规模。如钱穆说“周公封建之大意义,则莫大于尊周室为共主,而定天下于一统。……周公封建之能使中国渐进于一统之局,尤贵在其重分权而不重集权,尊一统又更尚于分权,周公封建之为后儒所崇仰者正在此。不尚集权而使政治渐进于一统,其精义则在

① 朱熹《四书章句集注》,徐德明校点,上海古籍出版社、安徽教育出版社2001年版,第31页。

② 上引王氏之说,参见王国维《殷周制度论》,《观堂集林(外二种)》(上),彭林整理,河北教育出版社2001年版,第299、288—289、302、301、300页。

乎礼治。故封建之在古人,亦目之为礼也。……周公封建之主要义,实在于创建政治之一统性,而周公定宗法之主要义,则实为社会伦理之确立。而尤要者,在使政治制度,俯就于社会伦理而存在。故政治上之一统,其最后根底,实在下而不在上,在社会而不在政府,在伦理而不在权力也。而就周公定宗法之再进一层而阐述其意义,则中国社会伦理,乃奠基于家庭。而家庭伦理,则奠基于个人内心自然之孝弟。自有个人之孝弟心而推本之以奠定宗法,又推本之以奠定封建;封建之主要义,在文教之一统;故推极西周封建制度之极致,必当达于‘天下一家,中国一人’。太平、大同之理想,皆由此启其端。故论周公制礼作乐之最大最深义,其实即是个人道德之确立,而同时又即是天下观念之确立也。”

周公之“礼法”,又规划了中国治理精神之尚“文”取向。钱穆又以前引《中庸》之纪,为未尽周公“制为礼法”(本文用前引朱子语)之美,而特别推崇“周公之宗祀文王(而非武王——引者按),尊奉以为周室受命之始祖”之创制“由是言之,中国此下传统政制之必首尚于‘礼治’,必首尚于‘德治’,又必首尚于‘文治’(而非武治——引者按),此等皆为此下儒家论政大义所在,而其义皆在周公制礼之时,固已昭示其大纲矣。”^①

这些都是中国能久能大而具有文明特色的历史渊源。

四、以刑卫法

近来学者考究法制缘起,或必于“刑”中追溯原始,此一偏也;或将“刑治”置于熟视无睹、不议不论之列,而单举“礼法”之制,此又一偏也。其实“刑”与“礼”相对而相系相反而相成,如前述或有不以“以刑卫礼”称之而难符者,而“礼”以德则为尚,德礼即为大法,是故“刑”与“法”亦相关而不混,则不以“以刑卫法”名之而难通。上古之先民,大概早就知道“两手都要硬”的道理了。

太史公《史记·五帝本纪》纪黄帝之定“天下”云:

轩辕之时,神农氏世衰。诸侯相侵伐,暴虐百姓,而神农氏弗能征。于是轩辕乃习用干戈,以征不享,诸侯咸来宾从。而蚩尤最为暴,莫能伐。炎帝欲侵陵诸侯,诸侯咸归轩辕。轩辕乃修德振兵,……以与炎帝战于阪泉之野。三战,然后得其志。蚩尤作乱,不用帝命。于是黄帝乃征师诸侯,与蚩尤战于涿鹿之野,遂禽杀蚩尤。而诸侯咸尊轩辕为天子,代神农氏,是为黄帝。天下有不顺者,黄帝从而征之,平者去之,披山通道,未尝宁居。

古者兵刑不分。《国语·鲁语上》录臧文仲与僖公之言“大刑用甲兵,其次用斧钺;中刑用刀锯,其次用钻笮;薄刑用鞭扑,以威民也。”《汉书·刑法志》采之,近人杨鸿烈“兵刑一体说”、^②顾颉刚“古代兵、刑无别”诸说论之甚明,^③考古材料亦多证其确,真可谓“其所繇来者上矣”(班固语)!然今人或从“作乱”之蚩尤,而不从黄帝之“征”“伐”,推究中华法律之缘起,可谓不揣其本而齐其末矣。然上古之事,难以详说,请据可征之文献上下推寻。

《左传》昭公六年纪“三月,郑人铸刑书。叔向使治子产书”,有云:

① 上引钱氏之说,参见钱穆《周公与中华文化》,《中国学术思想史论丛(一)》,九州出版社2011年版,第144—146、147—150页。

② 参见杨鸿烈《中国法律思想史》,商务印书馆2017年版(本书据商务印书馆1936年版排印),第192—196页。

③ 参见顾颉刚《史林杂识初编》,中华书局1963年版,第82—84页。

夏有乱政,而作禹刑;商有乱政,而作汤刑;周有乱政,而作九刑:三辟之兴,皆叔世也。

叔向反对子产之所为,引《诗》曰“仪式刑文王之德,日靖四方”及“仪刑文王,万邦作孚”。让他师法文王之德行典法,而不可从“叔世”之刑“民知争端矣,将弃礼而征于书,锥刀之末,将尽争之。”如此必遭败乱。叔向之训诫,维护“礼”法而反对“刑”“辟”(即“刑书”、刑法),用心良苦。他所称述的“大刑”“汤刑”“九刑”,亦成为后世称述三代刑法、近人甚至据以为三代成文法的文献根据。但是,他对古代礼法与末世刑法多作了意向性的过度诠释,未必属实。他说刑辟兴于末世之说就不可靠,前引“周公制周礼”而“作誓命”云违犯之者“在九刑不忘”,就是周公之制而非末世之滥刑。事实上,在西周立国之初,《尚书·康诰》就纪周之最高执政者,自觉择取殷代刑法制度之适当者而合理施用刑罚了:

王曰“呜呼!封。敬明乃罚。……若保赤子,惟民其康乂。非汝封刑人杀人,无或刑人杀人;非汝封又曰劓刵人,无或劓刵人。……外事,汝陈时臬,司师,兹殷罚有伦。……汝陈时臬,事罚,蔽殷彝,用其义刑义杀,勿庸以次汝封。……朕心朕德,惟乃知。凡民自得罪,寇攘奸宄,杀越人于货,罔不畏死,罔弗憝。”

“明罚”与“明德”可谓周政一体之两面,合而言之,即“明德慎罚”。“罚”之正当性或用“天罚”来表述,实际上均是通过“刑”来施行的,“刑”治绝不在可有可无之位置。所以《康诰》不仅记录了有周之立国者如何斟酌损益殷代之刑罚,而且竟将周代之刑治追溯于文王:

王曰“封。元恶大憝,矧惟不孝不友?……惟弔兹,不于我政人得罪,天惟与我民彝大泯乱,曰:乃其速由文王作罚,刑兹无赦。”

从上下文看,很清楚,文王速行“天罚”“刑兹无赦”的对象是比“元恶大憝”更当惩治的“不孝不友”者,这很可反映周政以刑卫法,实际以刑卫德礼之则的实质。王国维说“此周公诰康叔治殷民之道。殷人之刑惟‘寇攘奸宄’,而周人之刑则并及‘不孝不友’,……是周制刑之意,亦本于德治。礼治之大经,其所以致太平与刑措者,盖可睹矣。”^①正是有见于此。

周政之以“刑兹无赦”捍卫“孝友”的德礼刑法合一之治,或可称以德礼之治统法治的基本架构,对后世的影响是极大的。孔门儒家之以礼统法的思想基调实渊源于此。而后世“出礼入刑”“与礼相应”的历史努力亦莫不可追溯于此。^②而瞿同祖等的研究也证明历代的法制是必须优先维护礼教的。^③随着新出材料的涌现,新近的研究越来越证明,即使号有“暴秦”之称的秦朝在这一点上也如出一辙。

从这个意义上看,叔向用“文王之德”述之,虽抓住了要害,但也不可太过绝对。前引《诗·周

① 参见王国维《殷周制度论》,《观堂集林(外二种)》(上),第302页。

② 参见梁治平《寻求自然秩序中的和谐——中国传统法律文化研究》,商务印书馆2013年版,第21页。他本王国维说进而指出:“这正是后来‘出于礼则入于刑’之礼法的原始模型。”此一看法有理。但是他又说“礼既是道德,又是法律”,等等,稍嫌笼统混淆。

③ 参见瞿同祖《瞿同祖法学论著集》,中国政法大学出版社1998年版。

颂·我将》“仪式刑文王之典”大概也不能将文王之“刑”排除了。《左传》昭公七年纪楚芋尹无宇之言“周文王之法曰‘有亡，荒阅’，所以得天下也。”盖述文王诸如此类的法政也。

还有一点，值得注意。如果不死于字词之下，此处当为“刑罚”一词的较早经典出处。但有学者以为“刑”之“刑罚、用刑等义项”及其用法较为晚出，到东周以后，才流行。^①如此论断，失之太晚。

西周宣王时兮甲盘铭文有云：

王令甲政(征)嗣(治)成周四方責(積)，至于南淮尸(夷)。淮尸(夷)旧我帛晦人，母敢不出其帛、其責(積)、其进入。其責(積)，母敢不即次，即市。敢不用令(命)，𠂔(則)即井(刑)撲伐。其唯我者(諸)侯、百生(姓)，厥貯(賈)，母不即市，母敢或入𧈧冢貯(賈)，𠂔(則)亦井(刑)。^②

有学者以今语译此铭前段“王令兮甲征收天下贡于成周的赋税，到达了南淮夷。淮夷从来是向我贡纳财赋的臣民。不敢不提供赋税、委积和力役。不准不向司市的官舍办理货物存放和陈列市肆的手续。”最值得注意的，是下面关于西周刑治的内容。如果不遵王命，触犯王法，“则即刑扑伐”。“诸侯百姓的货物亦不能不就市纳税，如敢有妄入盗窃货物的，则亦施以刑法。”学者将铭文之“井(刑)”字释为“施以刑法”。甚确。^③我们认为，这是文献中较早而又非常确凿表述刑法与刑罚的文献，已在西周宣王时。与之相较，若《尚书·多方》“天惟时求民主，乃大降显休命于成汤，刑殄有夏”，与上引《康诰》之文“天惟与我民彝大泯乱，曰：乃其速由文王作罚，刑兹无赦”中“刑”字的用法，从上古兵刑不分的角度来看，要比金文的用法还要早。

我们还可以看到，“我诸侯百姓”即西周之贵族，一旦冒犯王法，一律严施刑法刑罚，概莫能外。然则后世《礼记·曲礼上》撰集所谓“刑不上大夫”之说，亦不可以作必然观了。可见西周以刑卫法之治，治理的范围从德礼延伸至贡纳，非常广泛；治理的对象，从殷民到淮夷还包括“我诸侯百姓”，非常普遍。《诗·小雅·北山》“溥天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”（“溥天之下”，《左传》昭公七年引作“普天之下”）不是此种治理精神所达致的道一同风之心理反应的真实映照吗？

天之令(命)为法，圣王之德范为法，上下之礼则为王法、家法，时王之令(命)亦为法。刑为维护捍卫此诸法之法器，法为行刑之依据，两者之间有不可离散之关系。但亦有极分明之界限。若《易·蒙卦》“《象》曰：利用刑人，以正法也”，《易·噬嗑卦》“《象》曰：雷电，噬嗑；先王以明罚敕法”，均言及“刑”“罚”与“法”之密切而不可混同之关系。

关于这一点，《尚书·吕刑》析之最晰，惜乎人多忽略而每每加以混淆之。《尚书·盘庚上》“盘庚敦于民，由乃在位以常旧服、正法度”，已有明确的“法度”观念。《尚书·大诰》“爽邦由哲，亦惟十人迪知上帝命，越天棐忱，尔时罔敢易法”，所称则为“天命”“天法”。至《尚书·吕刑》则深涉乎“刑”与“法”的关系了。《史记·周本纪》载：周穆王时“诸侯有不睦者，甫侯言于王，作修刑辟。……

① 参见王沛《刑书与道术——大变局下的早期中国法》，第62、138、142页。作者缘此而将《康诰》之“刑人”硬说成“以法度治人”，即将“刑”释为“法度”而非“刑罚”，作者全不理睬古典“天罚”与“刑”治之关联，割裂文脉，强为之说，武断甚矣。又参见该书第146—147页。

② 中国社会科学院考古研究所编《殷周金文集成（修订增补本）》，第5483页。

③ 参见马承源主编《商周青铜器铭文选（三）》，第305—306页。有学者将此铭之“井(刑)”臆解为“效法”，失之远矣。若如其说，“效法”“扑伐”，甚为不辞。参见王沛《刑书与道术——大变局下的早期中国法》，第141页。

命曰《甫刑》。”《甫刑》即今《尚书·吕刑》，从中反应出强烈的以刑(应该是“祥刑”而非“虐刑”)明法的倾向，是中国法律史上的一件大事。太史公笼统称之为“作修刑辟”，其实“刑”与“法”大有分辨。欲明此义，先当区隔“虐刑”与“德刑”或曰“祥刑”之别。经文云“若古有训，蚩尤惟始作乱，延及于平民；罔不寇贼，鸱义奸宄，夺攘矫虔。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、椓、黥。越兹丽刑并制，罔差有辞。”伪《孔传》云“三苗之君习蚩尤之恶，不用善化民，而制以重刑。惟为五虐之刑，自谓得法。”“自谓得法”之训，甚得经义。即是说经文作者并不认可此等“虐刑”为“法”也。^①则经典所述周穆王心中之“法”的观念已经相当持重。“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。”待上帝看不下去，出手以“德刑”(犹言正义之刑)惩治之乃罢。“皇帝……乃命三后，恤功于民。伯夷降典，折民惟刑。”伯夷与禹、稷并称“三后”，“折民惟刑”，《汉书·刑法志》引作“愍民惟刑”。“愍”今读“哲”；段玉裁读为“制民惟刑”。从上下文来看，两通，而以班固读法为美。盖刑法之作用虽在制服凶恶，而意义却在使民明智向善也。“伯夷降典”，伪《孔传》训说为“伯夷下典礼教民而断以法”。其实伯夷所降之“典”“刑”亦正自“皇帝”上天而来，如上文之“德刑”，确有“法”意，而不必牵合“典礼”为说。“典”到底是什么呢？注家纷纭，未必得其确解。我们认为是天赐的法度法则，也可说即后世所谓广义的“法”。经文又云“士制百姓于刑之中，以教祗 德。”这是让典狱之官司法之臣(今言法官)用此“典刑”(可言“德刑”)治理“官伯族姓”(见后之经文)，以此来“教”对皇天上帝或对皇天上帝之法度典刑的敬德，此实为以刑明德或以刑卫法之说也。(我们又看到了所谓“刑不上大夫”说之不可尽通)下文“穆穆在上，明明在下，灼于四方，罔不惟德之勤。故乃明于刑之中，率义于民俟彝”，都是此义，并将治教之范围扩大到“民”了。再下文“惟敬五刑，以成三德。……有邦有土，告尔祥刑。……受王嘉师，监于兹祥刑”，都是点题的话，叮咛反复，一言以蔽之，不是出于蚩尤、苗民之“虐刑”，只有“教德”“成德”之“德刑”“祥刑”才是真正的法度。故与其说是“刑法”，不如说是“德法”。实与“周公制周礼”刑惩“凶德”的礼法之治一脉相承。我们看到，它与后世法家所尚之“刑法”之距离真不可以道里计也。^②

后来伪古文《尚书·大禹谟》中的“帝曰‘皋陶，惟兹臣庶，罔或于 予正。汝作士，明于五刑，以弼五教，期于予治。刑期于无刑，民协于中，时乃功，懋哉！’”一语，为后世儒者称颂不绝之“明刑以弼五教，而期于无刑”(用朱子语^③)之明刑弼教说，盖即远本于《吕刑》之刑法思想。

以刑卫法，以刑教德，出礼则刑，治教合一。这是周代刑治之精神，却不独为周所独享。《左传》昭公十四年叔向引“《夏书》曰‘昏、墨、贼，杀。’皋陶之刑也。”皋陶为“士”，为刑官法官之鼻祖，但是《皋陶谟》核心精神却是述“九德”、本“天”心“民”意叙“五典五惇”“五礼有庸”“五服五章”“五刑五用”。纵职有所专，而思接天人。虽不必语语皆出皋陶当时，却真为上古法治之好写照了。

《后汉书·陈宠传》纪东汉时，陈宠向章帝上疏有云：

① 有学者却认为“所谓‘五虐之刑’的刑，也不是单纯的五刑，即五种刑罚的意思，而是‘包含有五种酷刑的法律’。此处的刑依旧是指法律、法度、法则的意思。‘五虐之刑曰法’，本身就说明了‘刑曰法’，即法度的意思。”参见王沛《刑书与道术——大变局下的早期中国法》，第182页。此种解读，断章取义，不可从。

② 孙星衍曾作《李子法经序》说“法家之学自周穆王作《吕刑》后，有春秋时《刑书》、《竹书》及诸国刑典，未见传书，惟此经为最古。”转引自杨鸿烈《中国法律思想史》，第76页。孙氏以《吕刑》为“法家之学”之原始，颇失之于断限不明。

③ 参见杨鸿烈《中国法律思想史》，第186页。

臣闻先王之政,赏不僭,刑不滥,与其不得已,宁僭不滥。故唐尧著典,“眚灾肆赦”;周公作戒,“勿误庶狱”;伯夷之典,“惟敬五刑,以成三德”。由此言之,圣贤之政,以刑罚为首。

陈氏之言“圣贤之政,以刑罚为首。”若不以偏执之眼光视之,亦可谓善述上古法治之扼要。不过他实意主宽仁,反对滥刑。《后汉书》陈氏本传又纪云:

宠又钩校律令条法,溢于《甫刑》者除之。曰“臣闻‘礼经三百,威仪三千’,故《甫刑》大辟二百,五刑之属三千。礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里者也。……宜令三公、廷尉平定律令,应经合义者,可使大辟二百,而耐罪。(据上文注‘耐者,轻刑之名也。’——引者按)赎罪二千八百,并为三千,悉删除其余令,与礼相应,以易万人视听,以致刑措之美,传之无穷。”

虽然陈宠之努力“未及施行”,但是以《吕刑》为典范的法治仍然活跃在追求美善之治的人们心中,不独后汉为然。陈氏以“威仪”为刑法,与“礼经”相对成文,甚有独到见地。而“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里者也”之说,对礼刑关系之揭示可谓深切著明,也不失为对礼法之治的中肯概括,给后人以无尽的启发。

五、人治为要

近代以来,西方之民主法治渐为国人所钦慕与采纳,传统与现代之间乃有“人治”与“法治”之辨。开放与吸收,有不得不然之势;出主而入奴,亦多似是而非之说。其实法治之建立,最赖乎守纪而明德之立法者,或称法治之缺位与难树基址者,深究之到底是否人治之不得力为患呢?钱穆说:“……制度必须与人事相配合。……制度是死的,人事是活的,死的制度绝不能完全配合上活的人事。就历史经验论,任何一制度,绝不能有利而无弊。任何一制度,亦绝不能历久而不变。”^①历史离不开制度的运转,更是人事活动的展开,所以我们必须注意中国治理早期形态之人治纲维。

无论如何,中国自古之重人治,重执政者的主导作用、重贤能政治、重民意之向背,占据到了政治生活之纲纪地位,不可不述。舍此而言中国治理之大体,尽成空中楼阁矣。

第一,要提到的是,中国自古以来对“老成人”的倚重。

《尚书·盘庚上》纪盘庚说“古我先王,亦惟图任旧人共政。”他又引“迟任有言曰‘人惟求旧,器非求旧,惟新’”而训诫朝臣“汝无侮老成人,无弱孤有幼”。对“老成人”政治作用的看重和体恤,已是商代的一项宝贵政治经验了。反之,背离这一政治原则,使得殷商尝到不能承受之败亡结局。《诗·大雅·荡》“文王曰:咨!咨女殷商。匪上帝不时,殷不用旧。虽无老成人,尚有典刑。曾是莫听,大命以倾。文王曰:咨!咨女殷商。人亦有言‘颠沛之揭,枝叶未有害,本实先拨。’殷鉴不远,在夏后之世”“虽无老成人,尚有典刑”,从此成为经典名言,如《荀子》等均引及之(见《荀子·非十二子》)。从诗文来看,“老成人”与“典刑”同为政治之纲纪(即诗后文所谓“本实”),而地位似尚在后

者之上。而这显然成为“殷鉴”的关键一环。《抑》诗揣摩文王之口气极为逼真,从周初之史迹来看,周武王虚怀向箕子(或为“老成人”)咨访治国大道,而得闻“洪范九畴”(堪称“典刑”),正可为之范例,而武王应是坚定秉承了父训的。不仅如此,周公向康叔也郑重叮嘱道“往敷求于殷先哲王,用保乂民。汝丕远惟商考成人,宅心知训。”(《尚书·康诰》)对于饱有经验智慧的老者的重视同样情见乎词,更不用说所谓“商考成人”还是胜国之亡臣了。咨访“老成人”一举,积久成为一项后世遵循不替的治国大法。《国语·晋语》纪叔向见范宣子曰“闻子与和未宁,遍问于大夫,又无决,盍访之訾祐?訾祐实直而博,直能端辨之,博能上下比之,且吾子之家老也。吾闻国家有大事,必顺于典型,而访咨于耆老,而后行之。”^①仍然是“典刑”(即“典型”)与“耆老”并举,而史文实主“老成人”为说也。《盐铁论·遵道第二十三》“文学”引“《诗》云‘虽无老成人,尚有典刑。’言法教也。”^②则主“典刑”为说。义各有当。

“老成人”在政治生活中的地位往往甚于“法教”,这是上古“人治”的重要内涵。其道理安在?《逸周书·大匡》有云“明堂,所以明道。明道惟法,法人惟重老,重老惟宝。”^③后世常常称说“徒法不能以自行”(《孟子·离娄上》)“老人是宝”等典训,古人早就知道了。

但“老成人”与“典刑”(“法教”)两者之间实有不可分割之关系,王者之典刑,就是“法教”的楷模。所以,第二,必须注意到上古另一个重要的政治原则:对“先王”的师法,是“人治”之洪宪。

前引《康诰》周公敦敦教导康叔注重的不限于“老成人”:“今民将在祗遘乃文考,绍闻衣德言。往敷求于殷先哲王,用保乂民。汝丕远惟商考成人,宅心知训。别求闻由古先哲王,用康保民,弘于天,若德裕乃身,不废在王命。”(《尚书·康诰》)更有包括“殷先哲王”在内的“古先哲王”,都是取法的标准,是为“人治”而兼“德治”者也。《诗·大雅·抑》也说“女虽湛乐从,弗念厥绍。罔敷求先王,克共明刑。肆皇天弗尚,如彼泉流,无论胥以亡”。此则将是否遵则“先王”之“明刑”提到了生死存亡的高度。

所以在经典中,效法先王之记载不胜屡举。有纪法则先王之“德”的,如“不显维德,百辟其刑之。於乎!前王不忘”(《诗·周颂·烈文》),“考朕昭子刑,乃单文祖德”(《尚书·洛诰》);有纪法则先王之“典”的,如“仪式刑文王之典,日靖四方”(《诗·周颂·我将》);有纪当则先王之“法”的,如“夫先王之法志,德义之府也。夫德义,生民之本也”(《国语·晋语》),“《诗》云‘不愆不忘,率由旧章。’遵先王之法而过者,未之有也”(《孟子·离娄上》),等等。《易传》纪“先王”行事尤详。《易·比卦》“《象》曰:地上有水,比;先王以建万国,亲诸侯”。《易·豫卦》“《象》曰:雷出地奋,豫;先王以作乐崇德,殷荐之上帝,以配祖考”。《易·观卦》“《象》曰:风行地上,观;先王以省方观民设教”。《易·噬嗑卦》“《象》曰:雷电,噬嗑;先王以明罚敕法”。《易·复卦》“《象》曰:雷在地中,复;先王以至日闭关,商旅不行,后不省方”。《易·无妄卦》“《象》曰:天下雷行,物与无妄;先王以茂对时育万物”。《易·涣卦》“《象》曰:风行水上,涣;先王以享于帝立庙”。凡此种种,“先王”虽效法卦象而有所作为,而本身又为执政者师法的对象。《易传》所述,颇可见“先王”作为政治法象对象之无可替代位置,此等之刻画,自出于儒者之描摹,但亦颇可反映上古“先王”治国理政的范围、方面之大要了。

在执政者的政治素养中,“德”无疑又居于中心的位置。“人治”而兼“德治”的最伟大典型,其实正是无冕之王周公。执政者之道德素养,再怎么强调也不过分。即以周代之礼治而论,它的达成实

① 徐元诰《国语集解(修订本)》,王树民、沈长云点校,中华书局2002年版,第424页。

② 王利器《盐铁论校注(定本)》卷5,中华书局1992年版,第292页。

③ 黄怀信、张懋镠、田旭东《逸周书汇校集注(修订本)》,黄怀信修订,李学勤审定,上海古籍出版社2007年版,第367—368页。

原本于创制者如周公之德行。关于这一点,还是王国维最识其要“原周公所以能定此制者,以公于旧制本有可以为天子之道,其时又躬握天下之权,而顾不嗣位而居摄,又由居摄而致政,其无利天下之心?昭昭然为天下所共见。故其所设施,人人知为安国家、定民人之大计,一切制度遂推行而无所阻矣。”^①若无此德,则其一切创制设计规模大略皆失其依据。这应该是后世儒家主张“德治”的一个历史根源。所以荀子才会这般推崇“大儒之效”(《荀子·儒效》),而揭示“人治”之精义,亦最精辟:“有治人,无治法,……故法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡。法者,治之端也;君子者,法之原也。”(《荀子·君道》)

第三,在中国上古之“人治”范畴内,除了王者处于政治主体的实际位置,“先王”占据提供理想政治范式的法原地位,“老成人”起很大的咨鉴作用外,还有一个角色,不可或缺,即王国维所谓“以贤贤之义治官”的官治。通过“推贤举能”以及各种各样的“礼贤”方式,获取治世之才,达到主上“无为而治”的理想境界。“子曰‘无为而治者,其舜也与!夫何为哉?恭己正南面而已矣。’”(《论语·卫灵公》)

在“贤治”之中,职官的分工配合又是非常重要的。《汉书·百官公卿表》于秦汉之前叙历代职官多本经典,有不可尽据者,如以《周官》所记为“周官”,但是他说历官“各有徒属职分,用于百事”,确很重要。《汉书·艺文志》又有著名的“九流出于王官”说,推寻诸子缘起——源本诸官,近代以来备受胡适等反驳。王官与诸子是否有如此机械的一一对应关系自可以讨论,但是设官分职为自古以来政治生活之大要,《汉志》所叙诸官多有渊源,而诸子宗旨,据太史公父子的概括“夫阴阳、儒、墨、名、法、道德,此务为治者也”(《史记·太史公自序》),则其间是否无一点关系,颇可反省。无论如何,经典多见从设官分职角度阐述政治理想治道治术者,此实为理解上古治理精神一要项。《周礼》虽伪而不可废,也是抓住了这一关键之故。是为“人治”而兼涉“礼治”者也。经典中论君民上下各有所职,相协而治,可观“人治”精神之美旨而非暴戾者,以《左传》襄公十四年所纪师旷对晋侯之言最有义理,引之以终此节:

天生民而立之君,使司牧之,勿使失性。有君而为之贰,使师保之,勿使过度。是故天子有公,诸侯有卿,卿置侧室,大夫有贰宗,士有朋友,庶人、工商、皂隶、牧圉皆有亲昵,以相辅佐也。善则赏之,过则匡之,患则救之,失则革之。自王以下各有父兄子弟,以补察其政。史为书,瞽为诗,工诵箴谏,大夫规诲,士传言,庶人谤,商旅于市,百工献艺。故《夏书》曰:“道人以木铎徇于路,官师相规,工执艺事以谏。”正月孟春,于是乎有之,谏失常也。天之爱民甚矣,岂其使一人肆于民上,以从(纵)其淫,而弃天地之性?必不然矣。

近代以来,国门洞开,国人见识增广而意气发扬。重读经典,颇见其“理想化古代”之幻,反思“落后挨打”之所以然,固有之历史、政治与文化遗产颇有不能不弃之如敝履之贱。少数大师通儒若王国维、梁启超、钱穆等能通知古制、古人之精神风范有历久而不可废者。若“黄金古代”,虽敷衍且有后人之想象成分,岂尽是往昔之噩梦,而非为中国历史文化之价值渊源?

最近之学术界颇知爱重中国固有之价值与文化,纷纷援用西人“轴心时代”之论述话语,以增重

(C)1994-2020 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>
^① 参见王国维《殷周制度论》,《观堂集林(外二种)》(上),第300页。

中国早期文明的份量。或从“天人之际”角度探讨“中国轴心突破及其历史进程”；^①或从“古代宗教与伦理”方面探讨“中国前轴心时代”（“前孔子时代”）“儒家思想的根源”。^②大概由于将视野设定在“哲学突破”或“思想的根源”，所以无论是敷衍“轴心时代”还是上溯之“前轴心时代”，都深深受制于“轴心时代”理论。

其实在孔子之前至少还有周公，在“诸子时代”之前还有圣王圣贤之制礼作乐时代、创法立制时代。在此上古时代，他们通过治国理政，已经表现出了高度的政治文明、道德修养和文化水准。“中国历代治理体系研究”课题提供给我们相对开阔的视野，去重访早期中国的治理精神。其中，以“法天为治”“以德为则”“以礼为法”“以刑卫法”“人治为要”诸方面为根本原则与内涵，每一部分都对后世产生深远的影响，对中国的长治久安来说，起到了大宪大法的重要作用。我们用“中国式法治”来称呼它，就是希望大家注意到中国治理之原初形态之政治原则、政治构成和系统性状。这对于认识中华文明史的早期成熟水平是有意义的，对考察它对后来的影响及知古鉴今，或亦不无裨益。

最后必须指出，本文钩沉分析的“天治”“德治”“礼治”“刑治”“人治”诸端，每一方面均不可或缺；而其中最具有涵盖性的，还是“礼治”。这当然不是我们浅薄的智力所能承当的，指出这一点的，是继周公以后中国历史上另一位伟大人物——孔子，以及由他所衍生的儒家学派。

（子曰：）明乎郊社之礼、禘尝之义，治国其如示诸掌乎（《礼记·中庸》）

孔子曰“夫礼，先王以承天之道，以治人之情。……是故夫礼，必本于天，殁于地，列于鬼神，达于丧祭、射御、冠昏（婚）、朝聘。故圣人以礼示之，故天下国家可得而正也。”（《礼记·礼运》）

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；祷祠祭祀，供给鬼神，非礼不诚不庄。是以君子恭敬撙节退让以明礼。（《礼记·曲礼上》）

子张问“十世可知也？”子曰“殷因于夏礼，所损益，可知也；周因于殷礼，所损益，可知也；其或继周者，虽百世，可知也。”（《论语·为政》）

孔子以前，早有“礼治”之实，而未可由之概括竟尽，故我们称为“中国式法治”；孔子之后，则非“以礼统法”而不能究竟中国治理之历史，诸如此论，可待另文，先引孔门论礼诸语，以终斯篇。

（作者刘巍，中国社会科学院历史理论研究所研究员；邮编：100101）

（责任编辑：尹媛萍）

（责任校对：廉敏）

① 参见余英时《论天人之际——中国古代思想起源试探》，联经出版事业股份有限公司2014年版。

② 参见陈来《古代宗教与伦理——儒家思想的根源》，生活·读书·新知三联书店2009年版。作者又有后续时代的讨论，参见陈来《古代思想文化的世界——春秋时代的宗教、伦理与社会思想》，生活·读书·新知三联书店2009年版。

can always coordinate. Yet they are in a state of cooperation and contradiction.

Rule by Law with Chinese Characteristics—An Inquiry into the Prototype of Chinese Governance //
Liu Wei

The perception of the relationship between “rites” and “law” and between “rule by rites” and “rule by law” have changed from the one on antagonism to the one that emphasizes fusion and hybridity in modern times. Based on the existing framework of analysis, this article attempts to transcend the conceptual settings and to investigate and analyze the original forms of these concepts in “rule by heaven,” “rule by virtue,” “rule by rites,” “rule by punishment,” and “rule by man,” and of principles of Chinese governance including “rule by heavenly principles,” “behave by virtue,” “rites as law,” “punishment as the guardian of the law,” “man as the essence.” All these elements are interrelated and interwoven, which are of great significance to China’s long-term governance and stability, and have the status and value of original legal principle. All above constitute the “rule by law with Chinese Characteristics”. Its core is the rule of virtue and rites, which is based on the rule of taking punishment as the guardian of law and treating man as the essence. It was thus concluded as “rule by rites” by later generations.

Liang Qichao’s New Historiography and the Gushibian Movement // *Li Changyin*

There is a close connection between Liang Qichao’s proposal for “new historiography” and the Gushibian (debate on ancient historiography) Movement. At the beginning of the movement, Gu Jiegang was inspired by Liang Qichao’s articles, such as *A Narrative Introduction to Chinese History*, *New Historiography*, *Observation of Chinese Nation in History* and *Treatise on the Trends in Chinese Geography*. He established the “accumulation theory” on ancient Chinese history, and then proposed “to challenge the belief that the Chinese nation was of one single origin” and “to challenge the belief that the Chinese territory was always of one unitary whole.” With the development of the movement, “Confucius and Confucianism” became one of the most important topics. Both the investigation of the authenticity of Confucius by Gu Jiegang and the re-evaluation of Confucius by Feng Youlan can be traced back to Liang’s works such as *Protecting Confucianism as a Religion Is Not Showing Respect for Confucius* and *Confucius*. After that, the focus of the movement turned to examining the authenticity of ancient books. Liang Qichao furthermore had impact on Hu Shi who argued that “classical schools of philosophy did not originate in officialdom” and Luo Genze who investigated the origins of these various schools through his *The Trend of Changes in Chinese Academic Thought*. Therefore, the new historiography advocated by Liang Qichao played a significant role in the Gushibian Movement.

Approaches of the History of Chinese Water Management and the Perspective of Landscape // *Geng Jin*

The study on the history of Chinese water management follows several approaches, that is, the technological aspect, the social and political aspect, and the ecological aspect. The technological history of water management focuses on the history of technology. The social and political history of water management adopts water conservancy as the entry point through which to discuss the political decision-making process of state and the social relations of the region. The ecological history of water management combines perspectives from both ecology and environmental history, and explores the internal relationship between water conservancy engineering and regional hydrology and ecological environment. These different approaches present different paradigms on the history of water management with prominent research outcome. However, a focus on research paradigm tends to underplay the value of details. The current research on water management history needs to show more complex human-nature relationship behind water conservancy. The introduction of landscape history is an excellent attempt to broaden the horizon and diversify the approaches of water management history in China. It returns to focus on “water conservancy,” the essence of the water management history, and shows the changes of “landscape” with water conservancy as being at the core.

The Two Cities by Otto of Freising and His Philosophy of History // *Wang Lihong*

The Two Cities: A Chronicle of Universal History to the Year 1146 A. D. was written by Otto, Bishop of Freising. It has been a controversial work known for its promotion of eschatology. It also stands out in the