

禮法作為一種長程歷史的制度*

盛 洪**

本文將禮（習慣法）和法（制定法）共同構成的禮法體系看作是一個社會的全部秩序規則，它是一種長程歷史的基礎性制度，孕育和生長於遠古，在軸心時代受到文化精英的搜集、彙編和提煉形成文明經典。以文明經典為基礎的成文法與習慣法一起構成禮法秩序。這一過程要經歷上千年，不因朝代、民族、政體或經濟制度的更替而更替或中斷，是一社會中最可寶貴的制度財富。中華禮法體系與軸心時代其他文明的禮法體系一樣，是如此生成、發展、演化和磨礪成熟的。它以《唐律》為成文法的典型代表，是唐宋等成功朝代的深層制度。近代以來在西方的衝擊下，這一禮法制度發生了動搖，更在1949年以後被基本廢棄，導致了巨大災難。在大陸中國改革開放以後需要一套適應市場經濟的禮法制度的背景下，在缺少中華禮法資源的情況下，借用歐陸羅馬法資源以制定新法，雖在一定程度上起到了支撐市場經濟的作用，卻仍因大陸法系的某些缺陷而不盡如人意。改進的方法就是復興中華禮法傳統。

關鍵詞：禮、法、制度、中華、歷史

* 張守東教授和黃春興教授對本文的初稿提出了有益的建議，特此感謝。

** 天則經濟研究所研究員（1993-2019），山東大學教授（2001-2014），現為獨立學者。

一、本文所謂「禮法」

這裡所說的「禮」，是指習俗、習慣或習慣法。它並不僅指傳統中國的禮，而是泛指各文明的習俗、習慣或習慣法。在中國傳統中，禮的含義有廣有狹。廣義涵蓋幾乎整個社會秩序規則，如：「禮者，政之本與」¹；「夫禮者，所以定親疏，決嫌疑，別同異，明是非」²；「禮，經國家，定社稷，序民人」³。禮是一個對幾乎全部社會秩序的統稱，包括禮俗，禮儀，也包括國家制度，如《周禮》所述。孔子（551-479 BCE）所說「克己復禮」⁴，是恢復整個社會秩序之意。禮的狹義是指民間的、非強制性的規則。這是在法律發展起來以後，以其國家的強制性規則的面貌出現，逐漸縮小了禮這種非強制性規則的適用範圍。以致後來「禮律」並稱，其中「律」可釋為今天的「法」。

因為禮與法的涵蓋範圍是此消彼長的，所以先可以討論一下法的概念。無論中西，法也有廣狹多義。在中國，「法」有效法、法則和方法等廣義；「取法於天」⁵，是指要效法天道；也有黃宗義（1610-1695）在《明夷待訪錄》中說的「三代以上有法」⁶，是指符合天道的人間法。同時「法」也指強制性規則，如「惟作五虐之刑曰法」⁷，並經常「刑法」聯稱，與「禮樂」並列，如「禮樂刑法政俗」⁸。在西方，「law」一般也有廣狹兩

-
- 1 高明註譯，《大戴禮記今註今譯》（臺北，臺灣商務印書館，1984 修訂初版），第 41 篇，〈哀公問於孔子〉，頁 32。
 - 2 清·朱彬撰，饒欽農點校，《禮記訓纂》（北京，中華書局，1996）卷 1，〈曲禮上〉，頁 3。
 - 3 楊伯峻編著，《春秋左傳注》（北京，中華書局，1990 二版修訂本）隱公十一年，頁 76。
 - 4 清·劉寶楠撰，高流水點校，《論語正義》（北京，中華書局，1990）卷 15，〈顏淵第十二〉，頁 483。
 - 5 王夢鷗註譯，《禮記今注今譯》（北京，新世界出版社，2011），〈第十一郊特牲〉，頁 226。
 - 6 明·黃宗義，《明夷待訪錄》（收於《黃宗義全集》冊 1，杭州，浙江古籍出版社，1985），〈原法〉，頁 6。
 - 7 《禮記今注今譯》，〈第三十二緇衣〉，頁 480。
 - 8 《禮記今注今譯》，〈第十四明堂位〉，頁 285。

義。廣義即規則、定理，如「Law of Universal Gravitation」；狹義也指法律，如「Common Law」。如哈耶克(Friedrich August von Hayek, 1899-1992)指出「law」被用來指稱兩種規則，「一是那些支配自然界的恒定不變的規則，二是那些支配人之行為的規則」，早期「人們把這兩種 law 都歸之於某種超自然力量的造物。」⁹而後者顯然包含「強制性行為規則意義上的法律」¹⁰。

將「禮」與「法」放在一起稱「禮法」，如用禮和法的廣義，它們都有涵蓋所有人間秩序的意思，就互相重疊且重複了；如果用它們的狹義，則有比較明顯的區別，一個是民間的非強制性的規則，一個是國家的強制性的規則。將禮法聯用，則是指稱全部社會秩序，包括國家的強制性規則和民間的非強制性規則。它們共同構成全部的社會秩序，或廣義的「法」。兩者之間是可以互相轉變、滲透和影響的，並不能嚴格地在中間劃一道界限。陳寵（?-107）說：「禮之所去，刑之所取」¹¹，是說禮法之間的互替和消長。《漢書·刑法志》曰：「制禮作教，立法設刑」¹²，對「禮」「法」兩種規則形式的具體功能作了區分。將「禮法」放在一起，是指非強制性規則和強制性規則共同構成的社會規則。

更深入地說，作為法律的法，其規則價值是來自於禮的。《四庫提要》說：「唐律一準乎禮」¹³，即說法律的規則價值來源於習慣法。曾憲義等人指出：「在古人的觀念中，法必須體現禮義所倡導的精神」。¹⁴在中國，自漢代董仲舒（約 179-約 104 BCE）「春秋決獄」之後，中國法律有一個「儒化」過程，即根據儒家經典的規則價值修改法律。而儒家經典是在彙編、總結和提煉禮的基礎上形成的。在西方世界，英國普通法起源於

9 弗里德利希·馮·哈耶克(Friedrich August von Hayek)著，鄧正來、張守東、李靜冰譯，《法律、立法與自由》（2冊3卷，北京，中國大百科出版社，2000）第1卷，頁115。

10 弗里德利希·馮·哈耶克，《法律、立法與自由》第1卷，頁113。

11 轉引自高明士，《中國中古禮律綜論：法文化的定型》（北京，商務印書館，2017），頁3。

12 轉引自高明士，《中國中古禮律綜論》，頁8。

13 轉引自高明士，《中國中古禮律綜論》，頁9。

14 曾憲義、馬小紅，〈中國傳統法的結構與基本概念辨正——兼論古代禮與法的關係〉，《中國社會科學》2003：5（北京），頁70。

習慣法自不必說，回溯到更古老的歐陸歷史，城邦的市民法「本身就是一種活生生的習俗」。它被城邦的司法機構逐漸吸納到司法審判中，最後成為成文法——《十二表法》，其「作用在於使市民法變得確定、準確和明瞭」¹⁵。這也是一個以習慣法的規則價值為基礎形成法律——成文法的很好例證。

禮和法都有理想的規則和現實中的規則，或哈耶克所謂「規範性規則」和「事實性規則」之意。在儒家經典中，禮既有規則價值的含義，也用來描述具體的程式、儀式或行為要求。孔子說：「夫禮，必本於天」¹⁶，即禮是以天道為原則的理想的人間規則。在另一方面，《禮記》等經典記載了民間具體細微的規則。而在理想的規則和現實的規則之間，也有其內在邏輯貫通。最高的價值有時會在最簡單的行為中顯現出來。禮作為民間規則的具體形式就是習俗、習慣或習慣法，它們形成於民間，是民眾通過長期互動磨合而成的非強制性的規則。這一形成過程是眾多能力和影響相近的個人行動的綜合結果，沒有外部強力（如政府）的干預，它很類似於一個自然過程，因而它很接近規則的理想狀態。因而禮是最接近天道的人間秩序。這也是孔子經常用禮代指天道的原因。

近代以來，對禮的敘述則側重禮的民間性質，如費孝通（1910-2005）說：「禮是社會公認合適的行為規範」¹⁷。梁治平說：「僅就行為規範這一點來說，禮與法律無異。」他接著說：「不同在於，法律要靠國家權力來推行，禮卻不需要有形的權力機構來維持。」¹⁸這就說出了禮的民間的非強制性質。而民間的規則的具體形式就是習俗、習慣或習慣法。有些學者用習慣法統稱習俗、習慣或習慣法。如梁治平在其《清代習慣法》中將鄉例或法諺視為習慣法的表達。在這裡，習慣法可以被認為是貫通中西的概念。哈佛大學昂格爾（Roberto Mangabeira Unger）教授說：西

15 朱塞佩·格羅索（Giuseppe Grosso）著，黃風譯，《羅馬法史》（北京，中國政法大學出版社，2009 修訂版），頁 75。

16 《禮記今注今譯》，〈第九禮運〉，頁 193。

17 費孝通，《鄉土中國》（1947 初版；北京，生活·讀書·新知三聯書店，1985），頁 50。

18 梁治平，〈從「禮治」到「法治」？〉，《開放時代》1999：1（廣州），頁 78-85。

周和春秋時期形成的禮「是社會活生生的、自發形成的秩序」。¹⁹梁治平將其轉述為：「所謂習慣法就是『禮』。」²⁰中國學者曾憲義和馬小紅也認為，禮制相當於梅因（Henry S. Maine, 1822-1888）所謂的習慣法。²¹所以在本文中，我們用「禮」統稱中西的習慣法。

哈耶克用「自發秩序」的概念來指稱民間的非強制的規則。據哈耶克，自發秩序固然是人的行為的結果，但這是人的非意圖的行為的結果，即人們的行為不是為了形成這個所謂自發秩序，而是追求當下利益，形成的自發秩序是在他們的意料之外的，若自然生成一般。所謂「自發」，就是沒有有意識的外部強制干預這一秩序的形成，因而它是一種「純粹的」，反映自然法的秩序。在哈耶克這裡，自發秩序也有兩種含義，一種是指現實中的習俗、習慣或習慣法，他認為這些是自發秩序的現實對應物；一種是指理想的規則。哈耶克有時用「正當行為規則」指稱理想的規則，他說，「我們借用了『正當行為規則』一術語來指稱那些有助益於自生自發秩序之型構的『目的獨立的』規則」²²。因而他有時用「自發秩序」暗指自然法。

而自然法在西方世界常用來指理想的規則，或上帝的正義，對應於中國的天道。在另一方面，它也對應於在民間生成的純粹的規則，即對應於自發秩序。在理想層次，它用來指好的規則；在現實層次，它用來指自發生成的習慣法。例如哈耶克說，在英國「正當行為規則亦即普通法」²³，而普通法是以古老的習慣法為基礎發展起來的。哈耶克又說，「文明的發展之所以有可能，在很大程度上就是因為人類用那些理性不及的習俗約束了自己所具有的先天性動物本能：而且一如我們所知，也正是那些理性不及的習俗，才使得規模日益擴大的有序之群體的形成具有了可能。」²⁴這樣的敘述，既是對歷史事實的敘述，又是一種對自發秩序—

19 R. M. 昂格爾（Roberto Mangabeira Unger）著，吳玉章、周漢華譯，《現代社會中的法律》（北京，中國政法大學出版社，1994），頁 85。

20 梁治平，《清代習慣法》（桂林，廣西大學出版社，2015），頁 3。

21 曾憲義、馬小紅，〈中國傳統法的結構與基本概念辨正〉，頁 68-69。

22 弗里德利希·馮·哈耶克，《法律、立法與自由》第 2、3 卷，頁 49。

23 弗里德利希·馮·哈耶克，《法律、立法與自由》第 1 卷，頁 197。

24 弗里德利希·馮·哈耶克，《法律、立法與自由》第 2、3 卷，頁 500。

自然法有效功用的印證。如此，在哈耶克那裡，自然法—正當行為規則—自發秩序—習慣法—習俗是貫通的，是從理想層次貫通到現實層次。

現在我們如果用習慣法貫通中西，或者用禮通指中西的習慣法，禮—習慣法就是一種自發秩序，它是眾多人經長期的互動、非目的地生成的，它沒有外在的有意識的強制性干預，類似於沒有壟斷因素的競爭市場，因而它生成的規則接近符合眾多人利益的均衡規則，因而是接近正確的——公正的且有效的規則。²⁵將其規則價值提煉以致提升，就是接近理想狀態的自然法。反過來說，自然法是禮或習慣法或自發秩序的規則價值的上限。甚至這種自然法或天道究竟包含什麼內容或價值，人類是無從全部知道的，他們只知道，人間秩序永遠達不到自然法—天道或上帝之城的高度，卻可以心嚮往之。同時，禮—習慣法又有很強的實踐意義，因為它們都是民間的「百姓日用」。如朱熹（1130-1200）說：「聖人之道，如饑食渴飲。」²⁶因而，禮—習慣法的概念就是貫通道德理想與日用現實、用來敘述人類制度規則含義豐富且恰當的概念。

以禮—習慣法為基礎，就可以恰當理解法（法律）的概念。在人類早期或在小規模社會，禮的規範就足以維護社會秩序了。當人類社會規模擴大愈益複雜，僅靠民間的、非強制的規則就不足以解決社會中的所有衝突。有些衝突需要社會建立強制性的組織予以解決，這就是國家的出現。因而國家的特點就是在社會非強制性規則之旁使用強制性手段解決那些前者所不能解決的問題。具體的形式就是法律，即強制性施行的規則。於是法與禮並行，彌補了禮的缺陷，共同構成了社會的完整的秩序。然而法的規則價值並不是從另一源流發展出來的，而是從禮中汲取的。因為如前所述，禮是自發生成的秩序，是最接近自然法—天道的人間秩序。禮與法的區別只是在有否強制性，它們遵循的規則是一樣的。另一方面，法因國家而出現，國家制定法中必帶有強制性，因而它自身很易出現偏差。以禮化法，禮法在價值規則上就是一個整體。

總之，在本文中，我們用「禮法」指稱全部的社會秩序，禮與法的區別是有否強制性，在規則價值方面，它們均以禮—習慣法為源泉，為

25 盛洪，〈習俗的有效性證明〉，《制度經濟學研究》2021：1（濟南），頁215-234。

26 宋·黎靖德編，《朱子語類》（4冊，長沙，嶽麓書社，1997）冊1，頁118。

基礎。法的規則價值是從禮—習慣法中汲取的。因而禮法的規則價值是一致的。儘管禮，法，習慣法，自發秩序，自然法，天道等概念含義豐富，歧義頗多，我們在本文中將它們之間的對應也是大致程度上的，用來構成本文的邏輯結構，用以說明本文的主旨，有些偏差也是值得冒險的。

二、問題的提出—— 中華禮法傳統應該被肯定嗎？

本文想討論的，是禮法，或習慣法—成文法的形成和延續是社會規則的基礎，它不是短期（數十年上百年）形成或改變的，而是經過了更長的歷史——數千年。經習俗的出現，對習俗的收集彙編，再到形成文明經典，再到形成成文的或不成文的禮法，它前後一貫，有所損益。但是由於它隱藏在政治變動之後，「太上不知有之」地發揮作用，並不被人們所重視。人們容易看到的是王朝的更替，政治上的變遷。這些變動有時表現為山崩地裂、排山倒海，給人們以深刻的感官和思想刺激。有時政治上層的鬥爭更加殘酷、手段翻新、充滿懸念和翻轉，更為人們津津樂道。這些都使人們覺得這就是社會變遷的全部。當然，政治結構的變化尤其使人矚目，它吸引了不少研究者的眼球，也是合理的。然而，這掩蓋了在這之下的禮法制度。實際上，這些禮法制度才是社會正常運轉的真正的規則。那些上層鬥爭，某些人上臺了，某些人靠陰謀獲勝，只是說明他們的政治道德，他們的個人命運。如果禮法制度沒有變，或者只是做了少量「損益」，這個社會就是在延續下來。在禮法的意義上，我們就認為是一個前後連續的社會。

進一步地說，禮—習慣法產生於民間，它首先是有關民眾之間的關係，他們的行為規則。這是一個社會每天要碰到千萬次的事情，也是每個個人每天遵循或行使的規則。它是「百姓日用」，所以不可一天沒有。只是到了後來，國家產生了，它的特點是用強制性手段推行那些否則就無法實行的規則，如對糾紛的仲裁，對暴力掠奪的制止，等等。這時就需要一個擁有暴力資源的組織，它不僅要強制實行禮法，還要將暴力作

為維護權威的最後手段。當然這也是一個過渡過程，強制性逐漸增多。按照哈耶克的說法，國家也是一種自發秩序，因而國家最初也借鑒了民間的禮，但它的強制性讓它產生了與民間的禮不同的「禮」，這就是法律。但這部分不僅是禮法中的特異部分，而且占的比重比較低。它們有時與一般民眾之間沒有什麼直接關係。在禮法變遷時，它們最有可能發生變化。這給人一個發生重大變化的印象，實際上與「百姓日用」相距較遠。

在漫長的歷史過程中，王朝有更替，社會有興衰，制度有變遷，但是無論東方還是西方，禮法作為基礎性社會規則，雖也斷斷續續，卻從太古一直延續下來。例如春秋時期儒家所收集、彙編和討論的禮，是在此之前數百上千年的習俗、習慣或禮儀。如孔子所說，「殷因於夏禮，所損益，可知也；周因於殷禮，所損益，可知也。」在對禮的思考和提煉的基礎上，形成了儒家的文明經典，如《禮記》、《儀禮》、《周禮》、《春秋》、《尚書》、《孝經》等。在這些經典中，包含了體現在禮中的規則價值。這些文明經典可能會隨著政治變遷而暫時退隱，如秦併六國，且焚書坑儒，儒家經典大部分毀於秦火，但秦朝一旦覆滅，劫餘的經典又重見天日。秦朝法律主要是按法家的規則價值制定的，其中有不少從朝廷角度對民眾的嚴刑峻法和苛捐重稅，但還「容納部分儒家思想」²⁷。漢以後，「完全恢復禮制，拋棄秦制不僅不必要，而且不可能」。²⁸漢承秦法，漢武帝（141-87 BCE 在位）以後，尊儒家為國家主流文化，通過「春秋決獄」開始對秦法儒家化，曹魏後「法典的編制和修訂落入儒臣之手，於是他們把握此時機，……有更多的機會盡量將儒家之精華——禮——糅雜在法律條文裡」，「可以說中國法律之儒家化經典經魏晉南北朝已大體完成，不待隋、唐始然。」²⁹

法律儒家化的修成正果是《唐律》，因而「唐律一準乎禮」。此後唐律體系被歷代王朝一脈相承。瞿同祖（1910-2008）說：「《宋刑統》沿用唐律，明、清亦深受唐律影響。」「以禮入法的過程即儒家化的過程，是中國法律發展史上的一件大事。……這過程始自魏、晉、南北朝，隋唐

27 高明士，《中國中古禮律綜論》，頁 9。

28 曾憲義、馬小紅，〈中國傳統法的結構與基本概念辨正〉，頁 73。

29 瞿同祖，《瞿同祖論中國法律》（北京，商務印書館，2014），頁 31。

集其大成後便成為中國法律的正統，一直沿用到清末。」³⁰他似乎還說小了。從夏商周開始的形成的禮，由儒家精英經典化，經秦火摧折在漢以後復活，經魏晉南北朝，到隋唐成為儒家禮法體系，以後一直到近代。這是幾千年一貫的一套禮法體系，當然也有所損益。在此之外，還有在民間存在的禮。與法律一併，構成了連綿不斷的禮法體系。雖然朝代更替，政治變遷，只不過是演員的更替，比起禮法體系，他們並不重要，真正在中華社會起作用的是這些以「百姓日用」面目出現的禮法。高明士總結道：「惟中國雖有王朝更替不已，但不致亡天下，主要是由於可依禮建立秩序作為支撐。」³¹這裡的「亡天下」，用的是顧炎武（1613-1682）的概念，意即「文明規則的喪失」。這是說，傳統中國一直沒有丟掉底線的文明規則。

然而，到了近代以後，這個孕育成長和演化了幾千年的禮法體系卻中斷了。應該承認，清末民初雖然在成文法領域進行了法律的修改，且只應看作「損益」，而在不成文法領域——禮或習慣法方面，還是在實踐中存在著。因而中華禮法傳統只是部分地發生了變化，並沒有斷絕。只是到了 1949 年以後，不僅成文法有了根本性的變化，而且遺存於鄉間的習慣法也基本上被滅絕。其背景，一是對傳統禮法的文化基礎——儒家傳統的否定和批判，使其失去作為主流文化價值基礎的地位，另一個原因是主張公有制和反市場的意識形態占據了主導地位，使得禮法傳統中的自然法因素全然被否定，包括產權原則和契約原則被剷除，而這是幾千年禮法傳統的基本規則。這一改法的背景形勢並不是在一朝一夕形成的，而是從清末開始的對傳統禮法的否定開始的。這種否定沒有將禮法傳統視為超越王朝的長程制度，而是將其與君主王朝聯繫在一起，認為推翻滿清必定要廢棄其法律。另一種看法認為，從古代傳至清朝的禮法傳統要對當時中國的「落後」負責任，因而它在總體上是一種「壞」的傳統，應全面推翻和廢棄。人們似乎沒有仔細審視一下這個禮法體系，它有什麼合理的內核，有什麼超越時代的基本原則。

30 瞿同祖，《瞿同祖論中國法律》，頁 9。

31 高明士，《中國中古禮律綜論》，頁 5。

到 1978 年，大陸中國的人均收入跌到世界倒數第二。³²在文革後吸取這一慘痛教訓，當局進行了市場化改革。而在禮法層面，這相當於承認個人的財產權，他們之間的交易，以及可能產生的糾紛，因而重新產生了對禮法體系的需求。大概可以說，以羅馬法為淵源的歐洲大陸法成為了中國改革開放的重建法律體系的主流資源。然而與此同時，又會出現對中華禮法體系褒貶和用棄的問題。一些新一代法學學者在學習西方法學的同時，又關注了中華法律傳統。如梁治平於 1991 年出版了《尋求自然秩序中的和諧》一書，其副標題是「中國傳統法律文化研究」。³³這本書沒有概括的總體結論，其書名卻表明了對中華傳統禮法的肯定。蘇力則從司法實踐出發，直接提出了要重視中國本土的法律資源。他於 1996 年出版了《法治及其本土資源》一書，首先以「秋菊打官司」的個案出發，指出了即使在立法上回歸了私法體系，但自上而下的制定法仍與鄉土民間的習慣有明顯距離。他強調習慣和慣例在鄉間仍然起著作用。他說「不可在高歌平等的同時又把中國人（包括古人）的實踐智慧和理性視為糟粕。」³⁴然而，他們的主張只是法學界中的支流。大多數法學者不僅不關注，並且還認為中國傳統禮法是不值一提的，它本應與被打倒的王朝一起被埋葬。於是問題是，中華傳統禮法體系在總體上是否值得肯定，它與羅馬法有什麼不同？

三、為什麼禮法傳統是更為深層的長程制度？

人們一般對制度的認識只停留在表層制度上。如政治結構或國家政體。這是因為政治組織或國家具有著引人注目的力量，它們的行為會帶來普遍的影響，如賦稅的高低直接影響著每一個人的收入和生活。但在制度發展史中，國家或政治組織是很晚近才誕生和發展起來的，並且其

32 周天勇，〈三十年前我們為什麼要選擇改革開放〉，《學習時報》2008：35（北京，2008.9.1）。

33 梁治平，《尋求自然秩序中的和諧：中國傳統法律文化研究》（上海，上海人民出版社，1991）。

34 蘇力，《法治及其本土資源》（北京，中國政法大學出版社，1996），頁 21。

形成依賴於早於它出現的禮——習慣法。

人類最先出現的制度規則起源於個人間的互動，在眾多個人中，最多、最頻繁的互動在家人之間；社區中人們的互動次之。互動每天都在發生，久而久之，自然會打磨收斂為習俗。這些習俗、慣例改善了人與人之間的關係，由於暴力資源在個人間分布的相對平均，他們更多地選擇合作或交易，更多地採用和平的方法而不是暴力的方法解決糾紛。在上千年的時間裡，各種習俗發展得充分且豐富，共同構成一個社會的秩序結構。在這個基礎上，社會也越發展越大，人們之間的互動也在迅速增加。其中會出現一些無法通過和平談判解決的糾紛，也越來越多地出現覬覦別人財富、用武力侵犯的情況。於是社會需要有一種制度，它掌握一定的暴力資源，可以強制執行它的中立裁決，也可以保護合法的財產。於是國家誕生了。注意，它誕生得相對較晚。它是在它之前的習俗、慣例或習慣法的基礎上誕生的。反過來說，前者的基本性質不受國家的影響，包含著比國家更為基本的規則價值。

儘管政治結構或國家制度更為醒目，但習俗、慣例或習慣法的影響更為廣泛，使用更為頻繁，它們成為成千上萬民眾的日常交往中依循的行為規則，因而對一個社會來說更為重要。天子五載一巡狩，憲政國家四年一投票，每個百姓卻每天都要與人打交道，打交道就要有規則。這些禮——習俗、慣例和習慣法形成得很早，所以在國家生成之時已經很成熟，並且多種習俗可以透露出共同的基本規則價值，如不使用暴力，公平，對等，尊重他人產權，等等。所謂「國家在習慣法基礎上生成」，是說國家的職能只有在遵循習慣法時才能顯現，當出現違背習慣法的行為，或遵循習慣法仍無法解決糾紛時，國家才能出手。而國家行使職能也僅僅是為了維護習慣法的通行。如果沒有習慣法，國家將寸步難行。再說一遍，習慣法不是國家創立的，它的存在才使國家成為必需，成為可能。反過來說，國家用來維護那些非用暴力就無法執行的習慣法，因而它也就為了維護禮——習慣法體系而存在的。

另一方面，國家的創立也借鑒了習慣法的規則或形式。最早的國家是家庭制度的擴展，在夏商周三代，國家結構就是家庭結構的放大，政府中樞和各路諸侯都是家庭成員。直到漢代，政府中的官名還保留著家

庭中職位的名稱，如「太常」管祭祀，「光祿勳」是門房，「太僕」是車夫。³⁵希臘城邦也是參照擴大的家庭——胞族的規則而發展起來的，「胞族有自己的全體大會和議會」³⁶，城邦的民主制已在家族中有了雛形。無論中西，國家或城邦都有自己的祭祀制度，這些制度顯然是從民間的祭祀禮儀中借鑒而來。在希臘，「某家的神在人們的想像中聲譽日隆，為這一家人招財進寶，於是全邦人為了自己的好處都去信奉它」³⁷。繼承制度更是按家庭規則，如長子繼承制。這說明，禮——習慣法是根本的規則，而國家制度是派生的。

不過當國家從習慣法中發展出來以後，它就有著獨立於習慣法的自己的利益和意志。它可以仿照習慣法的形式，以國王或皇帝的名義發布自己的規則，以使得規則變得對自己有利。如政府可以將貢賦水準提高到超出傳統的水準，又如當有人起來反抗國家時，它的法律可以加重刑罰，以震懾潛在的反叛者。例如秦朝將稅賦提高到約 30%，查士丁尼（Justinianus I, 527-565 在位）在編纂《民法大全》（*Corpus Juris Civilis*, 529）的過程中部分地篡改了羅馬法³⁸。13 世紀英國貴族提出的《大憲章》（*Magna Carta*）也主要是反對國王違反傳統習慣，對貴族任意加稅，和不經合法審判就沒收貴族財產和剝奪生命。對民間禮的扭曲和篡改最多地體現在刑法中，因為這是國家統治者的優勢所在。凡是涉及王朝與其他人的關係上，都會有或多或少的向統治者的傾斜。如朝廷對謀反治罪是可以理解的，但秦朝法律對「謀反叛亂罪」要「服五刑，夷三族」³⁹，顯然是過重的刑罰。

然而，除了涉及王權本身統治和利益的法律，統治集團做了有利於自己的扭曲，其他只涉及民間當事人的習慣法無需也沒有必要觸動。而這些習慣法占整個禮法體系的絕大部分。統治者不僅無需去改變習慣

35 錢穆，《中國歷代政治得失》（北京，九州出版社，2012），頁 12-13。

36 庫朗熱（Fustel de Coulanges）著，譚立鐸等譯，《古代城邦：古希臘羅馬祭祀、權利和政制研究》（上海，華東師範大學出版社，2006），頁 100。

37 庫朗熱，《古代城邦》，頁 115。

38 塔瑪爾·赫爾佐格（Tamar Herzog）著，高仰光譯，《歐洲法律簡史：兩千五百年來的變遷》（北京，中國政法大學出版社，2019），頁 51。

39 張晉藩，《中國古代法律制度》（北京，中國廣播電視出版社，1992），頁 212。

法，而且認為這些習慣法有助於他們的統治。例如黑爾（Sir Matthew Hale, 1609-1676）在其《英格蘭普通法史》（*The History of the Common Law of England*, 1713）第五章〈英格蘭普通法是如何在威廉一世國王到來之後的一段時間內形成並傲然屹立的〉中說，征服者「強行改變被征服者沿襲已久且珍惜無比的習慣是一件非常困難也非常過分的事情」，「他們發現入鄉隨俗能使他們的征服活動更容易」⁴⁰；再有就是「征服只是對君主的勝利」並不是對人民的勝利，因而「無權更改人民的法律或剝奪他們的自由和財產」⁴¹。對於統治者來說，也不是從人民那裡攫取得越多越好。今天我們知道的拉弗曲線（Laffer curve）的道理，古人很早就知道。孟子（372-286 BCE）早就說過，「堯舜之道」是十稅一，過之則「大桀、小桀也」。「堯舜之道」不僅意味著政權的利益，而且也減少了政治合法性的風險。歷史也給人們以教訓，秦隋暴政就是重稅繁役，很快覆滅；漢唐吸取教訓，皆是輕徭薄賦。

對於君主來說，他要依賴於授權體系治理全國。所謂「授權」，或是封建體系，或是官僚體系。為了激勵被授權者，他會給予他們一定的物質利益，如封地給諸侯或領主，或發俸祿於官員。然而他並不希望，這些諸侯或官員以權謀私，去侵奪百姓。因為這會損害他的利益。一來會減少君主的賦稅所得，二來會削弱他的政治合法性。如漢代禁止皇親國戚和朝廷官員購買民田，這是假設他們的購買一定不公平，帶有強買性質。蕭何（？-193 BCE）強買民田以自汙的故事就是一個很好的例子。為什麼「強買民田」是「自汙」？因為「強買民田」是違法的。漢以後歷朝歷代的刑法中都有針對官吏的罪名，如貪污、司法不直或故縱，⁴²「署置過限」⁴³，貪贓枉法⁴⁴等等。自漢以後，經唐宋，傳統中國更建立了成熟的諫議監察制度，御史和諫官組成一個獨立的系統，對整個官僚系統甚至皇帝都有權批評、彈劾，依據的是儒家經典的規則價值，這也在

40 馬修·黑爾（Sir Matthew Hale）著，查爾斯·M. 格雷（Charles M. Gray）編，史大曉譯，《英格蘭普通法史》（北京，北京大學出版社，2016），頁 55。

41 馬修·黑爾，《英格蘭普通法史》，頁 56。

42 張晉藩，《中國古代法律制度》，頁 287。

43 張晉藩，《中國古代法律制度》，頁 463。

44 張晉藩，《中國古代法律制度》，頁 454。

一定程度上約束了統治集團及其治理體系對民眾權利的擠壓和侵犯。

實際上，一個政權的最大利益是它的政治合法性，在傳統中國叫「天命」。一旦失去天命，王朝就要垮臺。因而有長遠眼光的統治者，也必然不是只看到自己的當下利益。當他們在制定或修改禮法時，也就不是只照顧自己的當下利益，而全然不顧民眾的利益，而是通過對民間習慣法的尊重和吸納，讓民眾感受到自己與他們之間有著共同的規則。這不僅使「統治更容易」，而且使政治合法性更鞏固。為了獲得持久的合法性，他們必需至少在表面上做得與傳統中合法政權一樣，遵從長久以來民眾認可的禮—習慣法，提供他們應該提供的公共物品，而且還要表現出他們不是為一家一姓，而是為天下百姓，而克制自己的私欲，例如宋代朝廷在國家財政中別設「內藏庫」，為皇家私庫，但皇帝經常為了國家非常開支如軍事、賑災等，捐獻「內藏庫」的錢財。⁴⁵

一個最為醒目的政治合法性的外在特徵，就在於一個政權是否遵循一個社會中具有悠久歷史並享有崇高聲譽的宗教或文化傳統。例如自君士坦丁（Constantinus I, 306-337 在位）皈依基督教、羅馬帝國以其為國教以後，無論是羅馬帝國，還是之後的蠻族國家，大都以基督教為正統宗教。受到羅馬教皇的加冕是政權合法性的重要宣示，即使一代梟雄拿破崙（Napoleon, 1769-1821; 1804-1814, 1815 在位）也是如此。既然奉基督教為正統，至少要在表面上遵從基督教的價值，而其價值還在長期歷史過程中滲透到了羅馬法中。在基督教中獨立發展出來的教會法又在羅馬帝國以後的歐洲不同國家中與當地法和羅馬法共同構成混合的法律體系。基督教中的自由、平等的信條，由摩西十戒為基礎發展起來的基本禮法原則，以及對違背律法行為的懲罰，都在或明或暗地影響著世俗政權，使它們不敢過分地篡改以往的以習慣法為基礎的羅馬法的規則價值。

在傳統中國，自不必說，這個影響和約束世俗政權的文化傳統就是儒學。它在春秋戰國時期就開始成為指導政統的道統，⁴⁶漢武帝時期確立了它的主導地位，以後兩千多年，一直為大多數歷代王朝尊奉為主導文化傳統。非如此，不能顯示其政治合法性。而儒學傳統不僅是包含了

45 汪聖鐸，《兩宋財政史》（北京，中華書局，1995），頁 443、599。

46 余英時，《士與中國文化》（上海，上海人民出版社，2003），頁 93。

直接從禮中彙集的規則，而且其從禮中提煉的規則價值具有更強的道德權威和普遍適用性。例如在賦稅方面，它強調輕徭薄賦，「不與民爭利」和十稅一的「堯舜之道」。在政權與民眾的關係方面，孔子之「因民之所利而利之」，孟子之「民為貴，社稷次之，君為輕」，以及荀子（約 316-約 237/235 BCE）之「水能載舟，亦能覆舟」都為重要經典，為當權者所熟知。即使尊奉儒學只是表面裝裝，或「儒表法裡」，這些儒家價值也會部分地約束世俗政權不會在篡改禮法體系以侵奪民眾方面走得太遠。因而，宗教或文化傳統的因素也部分地能解釋為什麼傳統禮法的大部分價值經歷改朝換代還保留了下來。

當然，在既定的禮法制度下，統治集團可以通過司法手段區別對待不同集團的人群。例如，傳統中國自古就有「刑不上大夫」之說，在漢以後進入到司法程式。但這並不是說，對士大夫就有罪不罰，而是採取一點照顧體面的形式，如死刑不由劊子手執行，而要求當事人自裁。另外，司法也經常被用來進行政治鬥爭。如漢代酷吏張湯，唐代酷吏來俊臣等，都是為了進行政治迫害而假司法之手。明代錦衣衛更是僭越司法權，非法審判和處決政治異己。在法國的君主制時期，國王經常採取「調案」方式干預正常司法。所謂「調案」，就是將政府認為不適宜普通法院的案件調到行政法院審理，這些案件大多是涉及徵稅，公共交通等公共事務。托克維爾（Alexis de Tocqueville, 1805-1859）說：「總之，只有行政法院才能理清涉及政府的所有訴訟。」他並引一位官員的話說，「御前會議永遠可以出於實用目的違反法規。」⁴⁷這種用另設法院的方式避開正常法律的方法，是在不改變法律的前提下獲得統治階級當下的司法優勢；但畢竟，它沒有用篡改法律的方法獲得這種優勢。

總體來講，發源於遠古習慣法的禮法體系，雖然經歷了王朝的更替和政體的變化，統治集團總有傾向使法律對他們自己有利，並做了不少的手腳，但由於各種原因，包括公正禮法制度最終對他們的政治合法性有好處，主流宗教和文化傳統的約束，被統治階級的潛在的或現實的反抗，使得即使存在著這種統治者的傾向，也使對禮法體系的篡改只局限

47 托克維爾（Alexis de Tocqueville）著，馮棠譯，桂裕芳、張芝聯校，《舊制度與大革命》（北京，商務印書館，1992），頁 93。

於較小的部分。大部分與政治無關的、與統治者無利害關係的禮法制度還是保存了下來，仍然為一社會的文明規則和秩序基礎。一個社會是靠一組行為規則而正常運行的。禮法制度就是在百姓日用領域的行為規則，它「太上不知有之」，「潤物細無聲」，雖至關重要，卻鮮被重視。因而在人們甚或學者的眼中，只有王朝政治或國家政體，而忽略禮法的存在。但一旦禮法不復存在，則會出現大的災難。如在大陸中國曾經出現的那樣。

四、中華禮法體系的主體部分 是好的嗎？

根據我們對禮的理解，它作為一種產生於自發秩序的習慣法，就是好的。因為自發秩序是民眾間長期互動形成的習俗。在自發互動中，沒有人有完全壓倒別人的優勢；他們若要在互動中獲得於已有利的結果，必須兼顧別人的利益。當所有人都這樣選擇時，他們之間形成的導致利益均衡的規則就大致上是公平的、從而是有效率的。所以在哈耶克的語言中，自發秩序就是好的秩序。而在周公、孔子時被稱為「禮」的東西，是在他們之前上千年的民眾互動的產物。而這個時期大概是夏商時期，甚至更早。雖然已有雛形國家，但政權之手不可能深入民間；民眾互動還有很多空間。所以孔子說「殷因於夏禮」，「周因於殷禮」。「夏禮」和「殷禮」就是比較原始的、未被扭曲的自發秩序。

至於周公「制禮作樂」，以及孔子及以後的儒家經典，如《禮記》、《儀禮》、《周禮》、《論語》、《春秋》、《尚書》、《孝經》等，都是在對夏商周之自發秩序進行搜集、整理、彙編基礎上，進行思考和提煉而成，它們凝結了自發秩序內含的規則價值，遂成為儒家主張的道德原則。在這裡，自發秩序被稱為「禮」，周公孔子等儒家聖人提煉自發秩序而形成的經典原則也被稱為「禮」，似乎禮從何來是一個問題。或是聖人所制，或是「野人」所成。其實他們是一致的。梁啟超（1873-1929）解釋說：「夫立法者既不可不以自然法為標準矣，自然法既出於天意矣，而人民之公意，

即天意之代表也。」⁴⁸而觀察記錄自發秩序，就是察之民意。誰來觀察記錄？自是聖人。為什麼聖人可以？因為他可以「盡人之性」，即他有「普通性」，「蓋儒家之意，欲使人人皆為能立法之人」。⁴⁹普通人「立法」的方法就是通過互動形成習慣法。由此可解誰來「制禮」之歧義。「聖人制禮」也並非崇尚人治。「儒家固甚尊人治者，而其所以尊之者，非以其人，仍以其法。」⁵⁰

梁啟超總結說：「禮也者，根本天地之自然法也。」⁵¹自然法，就是符合天道之理想規則。在這裡的「禮」，就是符合天道的純粹價值。從自發秩序透露出的規則價值中受到啟發制定的禮，與上述禮義是有區別的。「儒家謂自然法之道，為絕對不變者；謂人定法之禮為比較的可變者。」⁵²人為制定的具體的禮雖然總體不錯，但是可以「損益」的；但禮作為理想的天道是絕對正確的。因此，肇始於夏商周，經軸心時代文化精英思考提煉形成文明經典，經秦火劫難，在漢以後經「春秋決獄」重回禮法體系，再經魏晉南北朝的禮法全面儒家化，形成隋唐的成熟禮法體系，以後一直至明清民國，此禮一脈相承，延綿不斷，只因它在總體上接近自然法之道，又可損益以糾其偏。

具體地，一個接近自然法的禮法體系究竟好在什麼地方？因為一個禮法體系龐大博雜，我們只能選幾個要點觀察。一曰財產權，一曰人身權，一曰對權力的約束。這三者是禮法制度好壞的基本要點。先看財產權。《詩經》有詩曰：「雨我公田，遂及我私。」⁵³已顯示在井田制中，有公田，也有私田。後來魯國「初稅畝」，將勞役稅賦改為實物稅賦，私田即擺脫井田制束縛，可自由買賣。到漢以後，對皇親國戚強買民田加以限制，對敢違犯者予以懲罰。到唐代，對私田的保護更明載於《唐律》之中，除了有禁止「盜耕種公私田」和「妄認盜賣公私田」，專有禁止「在

48 梁啟超，《梁啟超論中國法制史》（北京，商務印書館，2012），頁 29。

49 梁啟超，《梁啟超論中國法制史》，頁 27。

50 梁啟超，《梁啟超論中國法制史》，頁 42。

51 梁啟超，《梁啟超論中國法制史》，頁 50。

52 梁啟超，《梁啟超論中國法制史》，頁 51。

53 高亨注，《詩經今注》（上海，上海古籍出版社，1980），〈小雅·甫田之什·大田〉，頁 331。

官侵奪私田」規定：「諸在官侵奪私田者，一畝以下杖六十，……園圃，加一等。」⁵⁴這一條款完全為《宋刑統》所繼承。⁵⁵這說明，該法律包含了限制公權力侵奪私人產權的自覺。明代更將宋代開創的《魚鱗圖冊》制度化，丈量土地，標明四至，土地「被編上地號，便成為產權的法律依據」。⁵⁶「各地保存的魚鱗圖冊，一直使用到民國年間」。⁵⁷自宋以後，土地交易更為自由和便利，更可分層（分田底權和田面權）交易。這反過來是土地產權受到保護的結果。

尤其在《唐律》中，受保護的財產權不僅是土地產權，而且是一般的財產權。在《唐律》中有「六贓」之罪。六贓是指六種非法獲取或毀壞他人財產的犯罪，包括受財枉法、受財不枉法、受所監臨、強盜、竊盜和坐贓。其中「受財枉法」是指官員收受賄賂而枉法裁判，「受財不枉法」是指收受賄賂但沒有枉法裁判，「受所監臨」是指主管官員收受管轄範圍內的財物，「坐贓」則是指非主管官員的此類犯罪。「贓」指非法獲取或損壞的他人財物，等價於所有者的財物損失，這是一個侵犯財產權的一般性概念。「財物」（或「財」）在《唐律》中是一個指擁有產權的物品（尤指動產）的一般性概念。可以看出，這六種犯罪中有四種是官員尤其是負責官員的犯罪。這說明《唐律》認為侵犯財產權的更大可能來源於握有權力的官員，更為嚴加防範。而以「六贓」為基礎，通過比附和類舉，經加減等的調整，《唐律》將幾乎所有侵犯財產的犯罪納入到法律禁止和懲罰的體系當中，⁵⁸因而財產——在《唐律》中稱「財物」受到了法律的一般性保護。

關於人身權，一般地表現為對人身侵害的防止與懲罰。漢高祖劉邦（202-195 BCE 在位）之「約法三章」——「殺人者死。傷者及盜抵罪」即是對人身的一般保護。在《唐律》中自然包含對殺人、傷人、劫持人質、恐嚇敲詐謀財和夜間侵入民宅等的懲罰。更有對人口買賣的懲罰。

54 岳純之點校，《唐律疏議》（上海，上海古籍出版社，2013）卷13，〈戶婚律〉「在官侵奪私田」（總167條），頁206。

55 宋·竇儀，《宋建隆重詳定刑統》（哈爾濱，北方文藝出版社，2021），頁182。

56 趙岡，《魚鱗圖冊研究》（合肥，黃山書社，2010），頁10。

57 趙岡，《魚鱗圖冊研究》，頁17。

58 錢大群，《唐律研究新思考》（北京，人民法院出版社，2023），頁286-293。

如《唐律》〈賊盜律〉「略人略賣人」(總 292 條)規定：「諸略人、略賣人(不和為略。十歲以下，雖和亦同略法)為奴婢者，絞；為部曲者，流三千里；為妻妾、子孫者，徒三年。(因而殺傷人者，同強盜法)。」⁵⁹「略」就是用強力，「略賣人」就是劫持拐賣。即使被賣者是自家成員，如妻妾、子孫也有重刑。同樣的規定也可以在《宋刑統》中見到，也為《大明律》和《大清律例》所繼承。

當然，人身權最有可能受到侵犯的是來自權力的侵犯。而來自朝廷或官員的侵犯一般是在民眾與政府打交道的場合，如涉及官司或牢獄。

《唐律》〈斷獄律〉「囚給衣食醫藥」(總 473 條)規定：囚徒請求給予衣食和醫藥而不提供，家人探視而不准，應脫去枷索而不給脫的，就要受到懲罰，因此而致死的，要受到更重的懲罰。⁶⁰〈斷獄律〉「八議請減老小」(總 474 條)規定：70 歲以上 15 歲以下的人不應「拷訊」。⁶¹所謂「拷訊」，應是刑訊。〈斷獄律〉「訊囚察辭理」(總 476 條)對「拷訊」也有限制：「諸應訊囚者，必先以情，審察辭理，反復參驗。猶未能決，事須訊問者，立案同判，然後拷訊。違者，杖六十。」⁶²即優先動之以情，對言辭邏輯進行審查，仍然不能判斷，在立案以後，才能拷訊。並且「拷訊」不能超過三次，每次要至少相隔 20 天，總杖數不得超過二百。如果囚犯「拷滿不承，取保放之。」即如果拷打數已滿，囚犯仍然不承認犯罪，就要取保釋放。這是因為《唐律》已經考慮到拷訊本身與罪罰可以互替，「杖罪以下，不得過所犯之數。」⁶³如果所犯之罪的刑罰是杖一百下，囚犯在受到拷打滿數後，仍不承認，即使他真是罪犯也已經受到了懲罰了。

對於刑獄官員有可能不遵守規定的濫施刑訊的情況，《唐律》做了理性的規定，即如果「杖數過者，反坐所剩；以故致死者，徒二年。」即如果獄官拷訊數超過應杖之數，他自己就要受到超過杖數的懲罰，如果杖死，他就要領徒刑兩年。如果規避此規定，用其他方法拷打囚犯，就

59 《唐律疏議》卷 20，〈賊盜律〉「略人略賣人」(總 292 條)，頁 315。

60 《唐律疏議》卷 29，〈斷獄律〉「囚給衣食醫藥」(總 473 條)，頁 467。

61 《唐律疏議》卷 29，〈斷獄律〉「八議請減老小」(總 474 條)，頁 467。

62 《唐律疏議》卷 29，〈斷獄律〉「訊囚察辭理」(總 476 條)，頁 469。

63 《唐律疏議》卷 29，〈斷獄律〉「拷囚不得過三度」(總 477 條)，頁 470。

直接「杖一百」。⁶⁴如此方法也用到不依法裁判的官員身上。如果「或虛立證據，或妄構異端，捨法用情，鍛煉成罪」，「若入全罪，以全罪論」，即如果虛構罪證，刑訊逼供，陷人入罪者，如果將無罪人判有罪，則該官員要承當他所判全罪的懲罰。如果是將輕罪判重罪，則該官員要承當重判部分的懲罰，「假有從笞十入三十，即剩入笞二十，從徒一年入一年半，即剩入半年徒，所入官司，各得笞二十及半年徒之類。」⁶⁵《唐律疏議》還對各種不同形式的刑罰之間的數量換算做了討論。其立法本意，就是要制約官員不得以私意濫用權力，以法律名義濫施拷訊，枉法裁判，以促進司法公正。

《宋刑統》在這方面顯然繼承了《唐律》，並且有所發展。為了進一步保證司法公正，宋代發展出了「鞠讞分司」和「翻異別勘」制度。前者是指「審與判分離，審理案件的人不能檢法斷刑，檢法斷刑的人也無權過問審訊的事宜」，以「防止官員舞弊」；⁶⁶後者是「當事人……只需在審理過程中或判決執行之前翻供，案件就會自動進入復審的程序」，且復審由另一法院進行。這種「翻異」的權利可多達五次。⁶⁷這一制度一直延續到清代。發生在光緒七年（1881）的王樹汶案就是一個使用翻異別勘權利的著名案例。王樹汶被枉判搶劫正犯，擬斬立決，他臨刑呼冤，得以復審，查明弄錯人身，最後得到昭雪。⁶⁸關於清代法律制度，張之洞（1837-1909）在其《勸學篇》中稱讚：「一、無滅族之法，二、無肉刑，三、問刑衙門不准用非刑拷訊，犯者革黜」，其重要結果是死刑數量大減，「一歲之中勾決者，天下不過二三百，較之漢文帝（180-157 BCE 在位）歲斷死刑四百，更遠過之。」除了上述各制度外，還有一個制度原因是，對「失入」「失出」的懲罰不同。「失入」即無罪判有罪，「失出」則相反。對「失入」的懲罰比「失出」重十倍。⁶⁹這繼承了《唐律》「官

64 同前註。

65 《唐律疏議》卷 30，〈斷獄律〉「官司出入人罪」（總 487 條），頁 477-478。

66 張利，《宋代司法文化中的『人文精神』》（石家莊，河北人民出版社，2010），頁 120。

67 張利，《宋代司法文化中的『人文精神』》，頁 122-123。

68 徐忠明、杜金，《誰是真凶：清代命案的政治法律分析》（桂林，廣西師範大學出版社，2014），頁 127-191。

69 清·張之洞，《勸學篇》（武漢，湖北人民出版社，2002），頁 51。

司出入人罪」的基本精神，即在司法體系註定不完善的情況下，對冤案的避免要遠遠優先於對漏判的避免。

對於官員的約束，不僅體現在政府消極職能上，還體現在積極職能上。如《唐律》〈雜律〉「失時不脩堤防」（總 424 條）規定：如不及時修護堤防，「主司杖七十」；「其津濟之處，應造橋、航及應置船、棧而不造、置，及擅移橋、濟者，杖七十；停廢行人者，杖一百。」⁷⁰這是將河道堤防，造橋，或購置船舶以便行人過河視為政府的職責，官員失職則要受到懲罰。這種基本原則一直延續到了清朝法律，並且有了一進一步的規定。《大清律例》「盜決河防」第二款增加了對失職者的經濟懲罰，黃河或運河的「承修官」賠償重複費用的四成。⁷¹「失時不修河防」增加了「若毀害人家漂失財物者，杖六十；因而致傷人命者，杖八十」的懲罰。⁷²這說明，該法律將維護公共物品的正常功能視為政府必完成之工作，官員失職就要懲罰。清代的一個案例證明了這一懲罰是落實的。如「嘉慶十五年（1810）七月永定河大水，王念孫作為時任永定河道員，被撤職查辦，……但河道漫溢的損失，仍需由直隸各級衙門賠償，王念孫需要承擔其中三成，總計一萬七千餘兩限五年繳清。」⁷³

而在官方法律體系之外，有著更為廣闊的禮的空間。老百姓日常遵循習慣法，出現糾紛時以禮俗規則進行裁判。禮—習慣法更是中華土地上的更為經常使用的行為規則。由於禮—習慣法經常沒有文字記載，所以我們知之甚少。不過還是有些文獻。如梁治平的《清代習慣法》作了部分的記載。對習慣法的討論，與其說側重習慣法的具體內容，不如說是習慣法的空間有多大。梁治平指出：「律典中有關繼承或土地交易的法律規定甚少，而且完全沒有系統性。」⁷⁴這也是該法律與其他民間禮法關係的寫照。「律文與其說是針對所有臣民的一般規定，不如說是對官吏

70 《唐律疏議》卷 27，〈雜律〉「失時不脩堤防」（總 424 條），頁 429-430。

71 鄭秦、田濤點校，《大清律例》（收於劉海年、楊一凡總主編，《中國珍稀法律典籍集成》丙編冊 1，北京，科學出版社，1994）卷 39，〈工律〉「河防·盜決河防」，頁 494-495。

72 《大清律例》卷 39，〈工律〉「河防·失時不修河防」，頁 495。

73 華喆，〈「科舉家族」的一次返鄉考試記〉，《讀書》2023：8（北京），頁 47-55。

74 梁治平，《清代習慣法》，頁 130。

的指示。在通常被西方學者譯為『民事法』的『戶律』裡面，與現代民法有關的事項多半是因為與戶部的主要職能——稅收有關才被排列在一起。」⁷⁵反過來說，朝廷並不想管與它無關的民間禮法關係，因而為習慣法留下了巨大空間。儘管習慣法受到了國家法或多或少的影響，許多國家法仍是建立在習慣法的基礎上的。梁治平強調連結國家法與習慣法的是地方官，他們要「體問風俗」，方可「情法兼到」。⁷⁶風俗就是習慣法。

所以歷史地看，自周形成的禮樂制度及文明經典，經過秦的曲折，自漢以後至隋唐逐漸將法律儒家化，形成較為完備的法律體系。這個禮法體系一脈相承，從周到清、民國。它總體是一個好的禮法體系。一個證明是，它曾對周邊國家作出了示範，如日本學習唐文化，一個重要內容是學習了《唐律》。宮崎市定（1901-1995）在其《中國史》中說，「唐代因為制定實施了日本王朝時代法律的樣板『律令』，特別受到注意，甚至有將兩者都稱為『律令時代』的說法。但實際上，律令在中國早自漢魏、晚至明清都得到實施，並非只限於隋唐。其在日本之所以被注意，似乎更是因為唐代律令中包含的土地制度，即均田法。」⁷⁷他說得對。但只有到了唐代，中華禮法體系才臻於成熟。日本此時派遣唐使正當其時。《唐律》對當時的日本建立律令體系產生了重要的影響。據研究，飛鳥（592-710）、奈良（710-794）時代的《近江律》就基本上照抄了《唐律》，其後雖然《大寶律》對《近江律》做了「大規模的修改」，也是相對而言，只是依據日本國情，做了文字上、名詞上、量刑上的少數條款的修改，基本算是「損益」。「這種現象與中國古代宋朝統治者翻版《唐律疏議》而制定《宋刑統》的現象頗為類似。」⁷⁸

我們一般稱頌唐宋，只看到了一些表面現象，如君主從諫如流，史官秉筆直書，士大夫犯顏直諫……，這些當然很重要，但是更重要的是

75 梁治平，《清代習慣法》，頁 130。

76 梁治平，《清代習慣法》，頁 132-133。

77 宮崎市定著，焦堃、瞿柘如譯，《宮崎市定中國史》（杭州，浙江人民出版社，2015），頁 223。

78 鄭顯文，〈從唐律到日本律——關於日本律成立的幾個問題〉，《比較法研究》2004：2（北京），頁 77-90。

一套仿效自然法的、接近公正的禮法體系。這套禮法體系，略去它的具體條款，重要的是它的基本規則價值，正是遵循這組規則價值，唐宋君臣才有了上好的表現。更為重要的是，這套禮法體系是成千上萬民眾每天要遵循和使用的規則，他們之間的衝突才得以公正和有效的化解，他們之間的競爭與合作才得以展開，他們的財富才得以增加，社會才得以繁榮。明清雖然在表面上看不如唐宋，並有令人憤慨的文字獄，但由於它們也是基本上繼承了《唐律》，以及更廣泛地繼承了中華自古以來的習慣法，加之當時的技術（如印刷術）已較唐宋有進一步的發展，明清社會相對來講在經濟上更為繁榮。這一現象已為不少國內外史學家所注意。

例如，拉蒙·邁耶斯（Ramon H. Myers, 1929-2015, 本人慣用漢名為「馬若孟」）指出：中國人口從 1400 年的 8,000 萬人增加到 1913 年的 43,000 萬人，遠遠突破了「馬爾薩斯迴圈」。其含義是，經濟不發展時的人口增長會降低人均收入，進而減少生育率，人口也隨之減少，於是人均收入又上升了，但又會增加人口，從而減少人均收入。如此迴圈不已。只有出現了真正的經濟發展，才會在人口增長時不減少人均收入，才會使人口持續增長。中國人口在 500 年間增長了四倍，邁耶斯倒推中國在明清時期存在著經濟發展。這與主流的看法很不相同，因為亞當·斯密說過中國是一個停滯的帝國。邁耶斯說是因為當時中國有一個全國市場，而維繫這個市場制度運轉的是習慣法體系。他說：私人間簽約在明清時期已有充分的發展，「清朝官員甚至根據地方的習慣法裁決契約中的爭端」。⁷⁹他列舉了幾份明清、民國時期的契約來說明，並總結道，「隨著習慣法在中國被廣為接受，帝國對這種活動也予以首肯——甚至同意裁決私人間的違約——這些私人契約作為一種有效的工具，大大減少了交易費用。因此，如果交易費用在 17 世紀末和 18 世紀降低了，那麼家庭間的資源交換則肯定得到了急劇的增加。」⁸⁰

近些年，一些中國學者也開始關注明清時期的經濟與法律。如邱澎生討論了一個重慶的產權糾紛案。他首先引用文獻描述了康乾時期

79 拉蒙·H. 邁耶斯（Ramon H. Myers）著，曹之虎、朱慧萍、盛洪譯，〈晚期中華帝國的習慣法、市場和資源交易〉，收於盛洪主編，《現代制度經濟學（第二版·上下卷）》（北京，中國發展出版社，2009）上卷，頁 353。

80 拉蒙·H. 邁耶斯，〈晚期中華帝國的習慣法、市場和資源交易〉，頁 362。

(1683-1795) 重慶趨向繁榮，「吳、楚、閩、粵、滇、秦、豫之貿遷來者，九門舟集如蟻」，「計城關大小街巷，二百四十餘道，酒樓、茶舍，與市闐鋪房，鱗次錯落」。⁸¹在重慶的這個案子發生於乾隆五十六年（1791）。具體是原告訴被告否認自己合夥身份，拒絕歸還股金。「巴縣知縣受理後，開始展開調查，並委派重慶城的外省商人，針對原告、被告提出的各種證據，進行查核協商，巴縣知縣在厘清各項證據之後，最後乃做判決。」⁸²其中所說之「證據」，就是當事人之間的各種合約和私信。依據這些私人合約和信件，查明原告系誣告，知縣念原被告是同鄉，協商雙方同意原告接受被告「幫銀八十兩」，雙方取了「甘結」，即都接受判決。⁸³這一案例可以看作前述邁耶斯判斷的一個注腳，即民間依據他們之間的合約行事，出現糾紛就告官，法官依據私人合約裁決。

五、從歐洲法律史看為什麼禮法體系可以跨越朝代和政體

我們知道，歐洲的主流禮法傳統是羅馬法傳統，說它是「禮法傳統」是說它也是從習慣法發展而來。這種習慣法在羅馬早期被稱為「市民法」。隨著羅馬帝國的擴張，這些市民法也隨之擴張到它的統治全境。在這一過程中，湧現出了很多法學家，他們對市民法這種習慣法進行總結和提煉，形成了不少法學理論。羅馬皇帝有時會頒發「法令」，這些法令是法學家幫助草擬的。在西羅馬時期也曾出現過法典彙編，彙集了大量帝國法令和市民法。到了東羅馬查士丁尼時期，他主持編纂了《民法大全》，將羅馬以往的市民法，帝國立法文本，法學著作進行增刪損益，彙編成冊。與羅馬法平行，基督教的教會法也發展成一套成熟的禮法體系。在基督教成為羅馬國教以後，基督教在歐洲得到普及。教會法和羅馬法在長期並存中互相滲透。

81 邱澎生，《當經濟遇上法律：明清中國的市場演化》（臺北，聯經，2018），頁324。

82 邱澎生，《當經濟遇上法律》，頁326。

83 邱澎生，《當經濟遇上法律》，頁339-340。

在西羅馬帝國衰亡後，基督教並沒有退場。「教會法主導了羅馬法的繼續存在」，「許多修道院和教堂學校依然講授羅馬法，並且視之為法律權威的來源。」⁸⁴毀滅羅馬帝國的是日爾曼人，在不存在羅馬帝國的時期，他們有巨大空間實行自己的法律，即日爾曼法。它「受到儀式和習俗的強烈影響」，也「曾經受到羅馬法和基督教的強烈影響」⁸⁵。7世紀中葉出現了一本「融合了羅馬法，教會法和日爾曼法的經典範例」——《法律全書》⁸⁶。到了10世紀，「人們很難再把日爾曼法與羅馬法分開來，同時，也很難再把日爾曼法與教會法分開來。」⁸⁷也就是說，在羅馬帝國衰亡以後，羅馬法仍然在歐洲大陸存在著並發揮著作用。這一歷史事實說明，一種禮法傳統並不會隨著政權更迭而廢止，也不會隨著統治者的民族身份而變化，它有著超越朝代和民族的品性。

這種品性在英國的禮法發展史中也能看到。福蒂斯丘（Sir John Fortescue, 約 1394-1477）說：「英格蘭王國最初由布立吞人居住，之後由羅馬人統治，復由布立吞人統治，之後由撒克遜人占領……。之後這王國又被丹麥人短暫控制，之後又歸於撒克遜人，並最終歸於諾曼人的統治，現在他們的後代擁有這個王國。經過了這五個民族及其王的歷史，這王國連續不斷地經歷了同一個習慣法的規範，……。這習慣法，如若不曾是最優的，那國王們總會有人要為了正義的原因或是出於任性而改變它，把它徹底廢除」。⁸⁸從制度經濟學角度看，所謂征服是一個軍事集團從另一個軍事集團手中奪取徵稅權，同時它也必須繼續提供公共物品，其中包括公正司法。已有的法律體系並不必然地與被打敗的王朝不可分割，毋寧說是一種現成的「資產」，征服者拿來繼續用來作為徵稅的對價。重要的是，征服者也必須考慮被征服者的「同意」。黑爾指出，「儘管武力可能是同意的一個近因，然而事實上這種同意是勝利者權利的真正基石。……很多時候，先前的法律、特權和財產都一一向被征服者確

84 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 77。

85 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 53。

86 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 81。

87 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 83。

88 福蒂斯丘（Sir John Fortescue）著，洛克伍德（Shelley Lockwood）編，袁瑜琿譯，《論英格蘭的法律與政制》（北京，北京大學出版社，2008），頁 57-58。

認，否則勝利者很少能夠在新獲得土地上長久且和平統治而又不用產生極端的消耗」⁸⁹。

那麼在政治制度發生變化後，原有的禮法體系是否在主體上適用呢？英國的例子似乎又可以拿來討論。在查理一世（Charles I, 1600-1649）被砍頭和詹姆斯二世（James II, 1633-1701）被逐出以後，在英國出現了對普通法的權威來源——王權的質疑。這似乎動搖了普通法的合法性。問題是，在王權不再代表正義以後，相應的法律是否應該廢棄？塔瑪爾·赫爾佐格（Tamar Herzog）記錄了當時司法系統對這種質疑的回應。首先是，「普通法並不是王權干預司法的產物，而是植根於早在諾曼征服之前就遍布英格蘭各地的習慣法」；並且，「普通法規則不僅規定了國王可以做什麼，而且規定了國王不能做什麼」。⁹⁰這顯然意味著，國王在普通法之下，它更不可能是國王任意操縱的體系。通過柯克（Edward Coke, 1552-1634）等人的努力，「這種對於普通法的重新塑造使得英格蘭的法律不必再因王權而存在。」⁹¹相反，「17世紀的政治動亂正是因為國王們突然拒絕尊重這一古老的法律傳統而爆發的，他們無端地要求改變這一傳統，這些國王違背了他們與臣民之間的政治協議，理應被罷黜，甚至被推上斷頭臺。」⁹²

上面的例子說，普通法傳統不僅不是國王的僕人，卻是超越歷史、高居於國王之上的價值標準。詹姆斯一世（James I, 1566-1625, 1567-1625 任蘇格蘭國王〔James VI〕）在兼任英格蘭國王（1603-1625）以後曾希望建立一套新的法律制度，「英格蘭法律專家堅決反對，他們提出的理由是：就連諾曼人都不敢這麼做；此外，自羅馬時代到諾曼征服之前，英格蘭經歷過無數次外族入侵，曾經入主英格蘭的統治者不管來自哪裡，全都不敢這麼做，而是統統選擇維持英格蘭既有的法律。」因而，「普通法所體現的並不是個人（國王）的意志，而是代代相傳的經驗和智慧，這些經驗和智慧十分完美地滿足了英格蘭社會在不同時代的基本需求。」

89 馬修·黑爾，《英格蘭普通法史》，頁 53。

90 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 216。

91 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 218。

92 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 219。

⁹³因而，普通法作為一種禮法傳統具有一種超越時代、民族和政體的一般性和基本性，即憲法性。從習慣法中，人們可以比照人們之間的契約關係，將國王與民眾的關係看作「政治協議」，一旦出現違約，就要懲罰違約方。而更有可能的違約方是國王，因為民眾不是一個人，他們綜合起來是不會違約的，也沒有能力違約。一旦國王違約，就應遭到罷黜。而違約的表現，就是違反習慣法。這就憲政體制的基本道理。

美國革命締造了一個嶄新政體。它廢棄了國王，建立了明確的三權分立體系。沒有一個分立權力是高高在上的，它們都服從於憲法的權威。而憲法其實就是將行之久遠的普通法隱含的基本原則用文字表達出來。其核心思想是，國家是一個統治者與民眾之間的政治協議或社會契約，統治者負責保護民眾的權利，一旦他不能履行這一協議，就會因違約而被罷黜。依據這一習慣法的原則，北美人民廢棄了英國國王作為北美殖民地的統治者。而他們所說的「權利」被列舉在了十項憲法修正案即《權利法案》（*Bill of Rights 1689*）中，包括「宗教信仰自由，言論自由，集會自由，訴願自由，組建民兵組織的權利，攜帶和持有武器的權利，防止軍隊駐紮民宅的權利，防止無理搜查和扣押的權利，重申刑法中的若干項權利保障措施（……），以及在刑事和民事案件中均由陪審團進行審判的權利。」還包括在《權利法案》中沒有提及的權利，和沒有賦予聯邦的權利。⁹⁴而這些權利多是從普通法傳統中繼承和總結而來的。

而在歐洲大陸，法國革命廢除了君主制，直到《拿破崙法典》（*Code civil des Français / Code Napoléon, 1804*）的頒布，標誌著法國政體變化以後法律的延續性。該法典雖然標榜理性和「不應當依賴任何傳統資源」，並且僅依賴於國家立法機構進行立法，「事實上，它把羅馬法、習慣法和革命法的因素摻雜在了一起。」⁹⁵。這種結構就是對中世紀歐洲共同法的「損益」。而另一歐洲近代法典的典範是《德國民法典》，它強調法的歷史因素，重視對法律傳統淵源的繼承。這既包括對羅馬法的繼承，也包括對日爾曼法的繼承。這一法典的制定也主要依賴於法學家，

93 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 221。

94 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 270。

95 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 334。

他們對龐雜的習慣法資源進行系統化和組織化，最終形成的法典不僅「整個結構是羅馬式的，而且其中一些重要的領域，例如債法，更是極度羅馬化。不過法典之中另外一些領域，例如家庭法，則基本植根於日爾曼傳統。」⁹⁶我們注意到，《拿破崙法典》和《德國民法典》並不因所謂「資產階級」性質，而完全拒絕繼承從遠古走過來的禮法傳統。

在歐洲大陸的另一端，俄國人建立了另一種新政體——蘇聯。其宗旨是消滅私有制和建立計劃經濟。這是有史以來對羅馬法的最大挑戰。因為羅馬法優於希臘法律的精華就在於它創立了財產權制度，承諾對財產權進行保護。然而，就是在蘇聯，羅馬法的精神原則仍然在延續。江平（1930-2023）先生在 20 世紀 50 年代到蘇聯學習法律。據他回憶：「有兩門必修課的設立很出乎我的意料，也是學起來很難的：一個是羅馬法，另一個是拉丁語，其他如『資產階級國家民商法』，那是選修的，而且內容都是有批判性的，而羅馬法卻不是批判性的，是作為歷史性質的課程必須掌握的。」⁹⁷其原因之一是列寧（Vladimir Lenin, 1870-1924）所說，「我們今天的社會就是建立在歐洲文明基礎之上的」。因此「即便是在蘇聯這個意識形態很強的國家，……他們不否認蘇俄的民法是繼受羅馬法的，羅馬法是歷史淵源。……列寧說了，羅馬法是歐洲文明的一部分，對於歐洲文明誰能去批判？！」⁹⁸蘇聯這一極端政體的例子再一次證明，以羅馬法為代表的歐洲大陸禮法傳統，不僅超越朝代、民族、政體，還超越基本經濟制度。即使是在實行公有制的蘇聯，也將其作為自己法律的淵源。

歐洲禮法傳統之所以一脈相承，從希臘羅馬時期一直延續到現代，是因為它最早起源於習俗、習慣和慣例，起源於習慣法。習俗或習慣法為什麼是好的？這是有關制度生成理論所證明是有效的和公正的。哈耶克說自發秩序是好的，因為它是經過民眾間長期互動形成的行為均衡。經濟學假設人是經濟人，他們只會堅持對他們有利的行為，而修正對他們不利的行為。在互動中他們不斷調整自己的行為，直到最後他們之間

96 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 344。

97 江平口述，陳夏紅整理，《沉浮與枯榮：八十自述》（北京，法律出版社，2010），頁 90。

98 江平，《沉浮與枯榮》，頁 91。

都不會做對彼此不利的事情，而結果是皆大歡喜的。因而習俗或習慣法是好的。⁹⁹歐洲禮法傳統，無論是羅馬成文法還是英國判例法，或是對習慣法的記錄或提煉，或是對習慣法的直接採用，都是來源於習慣法。對習慣法進行研究的法學理論仍包含了習慣法的規則價值，它們反過來對國家制定法進行指導，使得後者不太偏離習慣法。因而儘管後來出現的《法典》看來不是來自民間的習慣法，卻仍與其相去不遠。現代歐洲大陸法系的法國和德國兩種類型「都未能逃離歐洲共同法這一即存法律傳統的影響」，例如「它們都規定了嚴格的權力分置、私有財產神聖不可侵犯、合同自由、法律平等等原則。」¹⁰⁰

當羅馬法因羅馬帝國的衰亡而暫時退卻時，不僅教會法替代了它成為承載習慣法規則價值的載體，而且各地方也從本地的習慣法中吸取規則價值。「至 12 世紀至 13 世紀，很多法學家都有搜集各地口述習慣的愛好，他們把這些彈性十足的習慣改造成正式的、成文的規範。14 至 16 世紀之間的法學家努力清查歐洲各地的習慣法，樂此不疲。他們挖地三尺，把那些潛藏於鄉鎮、市井以及王國各個角落中的習慣法找出來進行驗證，厘清其中的規範性因素，然後用文字將它們固定下來。」¹⁰¹直到近代，民族國家在建立本國的法律體系時，不僅要繼承羅馬法的傳統，也要挖掘本國本地的習慣法。如《拿破崙法典》的一個法源就是法國的習慣法（尤其是《巴黎習慣法集》〔*Coutume de Paris*〕）。至於英國，它普通法體系最大的特點就是陪審團裁判。而陪審員們所依據的規則，主要來自當下的習俗價值，因而是一直保持著鮮活的習慣法特徵。因而，歐洲禮法傳統是一個不為朝代、民族或政體所中斷的超長歷史的制度。

99 盛洪，〈習俗的有效性證明〉。

100 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 346。

101 塔瑪爾·赫爾佐格，《歐洲法律簡史》，頁 199。

六、清末民初的禮法傳統的修改和繼承

自 1840 年中國與西方出現碰撞以後，就開始出現禮法體系的衝突。到甲午海戰中國戰敗，朝野上下開始懷疑中華禮法制度的優越性，並在解除列強治外法權的動機下，出現了對清朝所延續的中華禮法傳統，尤其是法典部分進行修改的要求。有幾十年刑部工作經驗的沈家本（1840-1913）受命主持法律修改。他推動對西方諸國法律的譯介，並基於他對中華禮法傳統的深厚理解，提出了修法方案，並部分地被接受。總體來講，清末修法的基本性質和取向在沈家本對修法的基本態度中得到體現。他在其《歷代刑法考》中扼要地表達他的基本態度：「夫吾國舊學，自成法系，精微之處，仁至義盡，新學要旨，已在包涵之內，烏可弁髦等視，不復研求。新學往往從舊學推演而出，事變愈多，法理愈密，然大要總不外情理二字。無論舊學新學，不能舍情理而別為法也。所貴融會而貫通之，保守經常，革除弊俗，舊不俱廢，新亦當參，但期推行盡利，正未可持門戶之見也。」¹⁰²他不將中西法律視為截然對立的體系，也認為新舊之間有著演化繼承的關係，基本作法應是「保守經常，革除弊俗，舊不俱廢，新亦當參。」

甚至他提出的修法方案並非是在西方列強壓力下的被迫修改，毋寧說是借用了西方的典範恢復儒家的基本價值。如廢除凌遲等酷刑，廢除肉刑等修訂，無疑是對「漢文廢肉刑」精神的弘揚。沈家本說：「漢文除肉刑，千古之仁政也。」¹⁰³儒家的仁政主張，在禮法傳統上，具體表現為「德主刑輔」、「慎罰」和「無刑」。沈家本說：「《舜典》所記刑制，頗稱完備。《國語》：『展禽曰：堯能單均刑法以儀民。』疑舜之刑制當日亦曾承堯命者也。後來刑法，其宗旨悉出於舜。罰弗及嗣，即文王『罪人不孥』之法也。宥過無大，刑故無小，即《康誥》『非眚惟終，非終惟眚』之意也。罪疑惟輕，即《呂刑》『刑疑有赦，罰疑有赦』之制也。『與其

102 沈家本，〈法學名著序〉，轉引自李貴連，《沈家本評傳（增補版）》（北京，中國民主法制出版社，2016），頁 124-125。

103 沈家本，〈刑法分考〉，轉引自李貴連，《沈家本評傳》，頁 136。

殺不辜，寧失不經」二語，尤為用刑者之所當尋繹。……近來泰西之法，頗與此旨暗合」。¹⁰⁴上古的一些基本原則，如懲罰不應牽涉家人，疑罪惟輕等，與當代西方禮法精神相合。廢除肉刑，夷族等殘酷刑罰，則是仁政精神的恢復。

又如將夫妻在法律上的不平等改為平等，也是儒家本意。沈家本引《說文解字》在解釋「妻」字時說：「婦與夫齊也。」這是說妻與夫在地位上是相同的。其實這種主張有更權威的出處，那就是《禮記》〈哀公問〉章記載孔子有關娶妻親迎的一段話。當魯哀公問，「冕而親迎，不已重乎？」正裝親迎妻子，是否過於隆重了？孔子正色回答道：「合二姓之好，以繼先聖之後，以為天地宗廟社稷之主」，「天地不合，萬物不生。大昏，萬世之嗣也。君何謂已重焉？」親迎的隆重禮節正反映對妻子及其家庭的尊敬，被如此隆重親迎之人豈會被看作低人一等？如果我們注意到孔子的年代時，歐洲還實行搶婚制，羅馬人還以強擄薩賓婦女為榮，我們就知道男女平等、尊重妻子的傳統在中國年代悠久。只是後來在現實中男人的暴力優勢滲透到了禮法之中，是應該去除的東西。

對於因身份尊卑而區別對待的法律予以廢除，對「不孝」罪的廢除，也並不違背儒家精神。儒家強調孝，也並非不允許對父母有所批評。如《孝經》云「父有爭子，則身不陷於不義。」儒家主張孝是禮的基礎，禮是實行孝的形式。而刑法是強制性手段，它看似強化孝悌原則，實則因其過分的形式而破壞了孝悌的基本精神。孝悌是對人的內心的要求，就像宗教信仰是內心的一樣，如果強迫，就如強迫改宗一樣，宗教已經變味了。用強制性的法律推行孝悌觀念，儒家孝道也就遭到了褻瀆。將孝禮法律化，是儒家原教旨主義做的看來很儒家、實則反儒家的作法。即使如此，在歷代司法中，也很少有真正用法條懲罰「不孝」的作法。《名公書判清明集》記載，有若干母告子不孝案件，法官考慮親情從輕裁判。如有一母親告子之案，「本合重作施行，以正不孝之罪，又恐自此母子兄弟不復可以如初矣，且押下廂，……，仍令四鄰和勸。如再不改前非，定當照條斷罪。」¹⁰⁵另有一案，「罪該極刑，姑與從輕，杖脊二十，髡

104 沈家本，〈刑制總考一〉，轉引自李貴連，《沈家本評傳》，頁128。

105 中國社會科學院歷史研究所宋遼金元史研究室點校，《名公書判清明集》（北京，

發，拘役一年」。¹⁰⁶可見，在司法實踐中，將對「不孝」的懲罰法律化，也是行不通的。

關於廢除刑訊，也符合儒家的「無刑」、「慎罰」的基本精神。實際上，如前所述，早在《唐律》之中，就有對刑訊的限制，如必須在情感啟發和正常詢問仍無法判定的情況下，最多不能超過三次，每次要間隔 20 天，15 歲以下和 70 歲以上不能刑訊，鞭笞總數不能超過對應罪罰的數量，且如果受足刑訊仍不認罪就該釋放，等等。清末修法改為：「除罪犯應死，證據已確而不肯供認者准許其刑訊外，凡初次訊供時及流徒以下罪名，概不准刑訊，以免冤濫。」¹⁰⁷是對刑訊的進一步限制。

關於「罪刑法定」，也是中華傳統禮法中的一個原則。沈家本引《晉書·刑法志》中劉向（77-6 BCE）所說：「律法斷罪，皆當以法律令正文，若無正文，依附名例斷之，其正文、名例所不及，皆勿論。」¹⁰⁸《唐律》〈名例律〉「斷罪無正條」（總 50 條）：「諸斷罪而無正條，其應出罪者，則舉重以明輕；《疏議》曰：斷罪無正條，一部律內，犯無罪名」。¹⁰⁹是說如果某種犯罪行為沒有法律正文的規定，可按相類行為推斷。如果該行為比法律正文規定的無罪行為為輕，則該行為無罪；如果比法律正文規定有罪行為為重，則該行為有罪。近代以來西方的「罪刑法定」原則有進一步的嚴格限制，即「刑法不得類推解釋或類推適用」。¹¹⁰沈家本的評論是：「今東西國之學說正與之同，可見此理在古人早已言之，特法家之論說無人參究，故稱述之者少耳。」¹¹¹區別只在程度上，它們共同的取向是防止司法濫權。《唐律》之規定甚為合理，只是其類推要在合理的範圍之內，超出了就是濫用司法權。

對於對買賣人口的禁止，自《唐律》就有對「略賣人口」的禁止和懲罰條款，且懲罰非常嚴厲，一直到清並未改變。如《唐律》〈賊盜律〉

中華書局，2002 重印二版）卷 10，頁 386。

106 《名公書判清明集》卷 10，頁 383。

107 李貴連，《沈家本評傳》，頁 72。

108 沈家本，〈明律目箋一〉，轉引自李貴連，《沈家本評傳》，頁 244。

109 《唐律疏議》卷 6，〈名例律〉「斷罪無正條」（總 50 條），頁 108。

110 李貴連，《沈家本評傳》，頁 245。

111 沈家本，〈明律目箋一〉，轉引自李貴連，《沈家本評傳》，頁 244。

「略人略賣人」（總 292 條）規定：「諸略人、略賣人為奴婢者，絞；為部曲者，流三千里；為妻妾、子孫者，徒三年。」¹¹²劫掠人並出賣給他人為奴婢者，處以絞刑。其他依被賣身份不同而懲罰逐輕。根據這一法條，至少從唐代起，奴隸制就是非法的。只是在民間，有因經濟困難而賣兒賣女的現象，和非法的略賣人口的犯罪還是有根本區別，¹¹³卻因其有一定合理性而被默許；有些豪強掠賣人口卻仗勢不受懲罰，而長期不能禁止。清末制定新法「禁革買賣人口」只是對《唐律》傳統的再一次確認，並非是從西方的輸入。在羅馬法中，奴隸是一種法定的存在。在西方，掠賣奴隸是一個歷經 400 年的大規模營利活動。如果按法律史的時間尺度，對奴隸貿易的禁止還是不久前的事情（1806），奴隸制的廢除也還是剛剛發生（1865）。「沈家本認定歐美各國，尊重人格，均無買賣人口之事。為革除舊習，各國之法實可採取。」¹¹⁴似缺少這一縱向歷史視野。

而在《刑法》方面，中華禮法比西方法律可能更優一些。馬士（Hosea Ballou Morse, 1855-1934）在其名著《中華帝國對外關係史》（*The International Relations of the Chinese Empire*）中說，在鴉片戰爭前後時期，「按英國的法律，不必說是偷羊或盜馬，就是盜竊數目超過十二『辨士』的、以及其他類似罪行，都要判處死刑，……殺人未遂、縱未傷人，或者意圖殺害而露出並扳動實彈的槍械，也是一種可以處死的重罪」¹¹⁵；「與當時的西方的觀點相反，中國法律是非常合乎人道的。預謀殺人犯處以斬首，殺人犯處以絞刑，誤殺罪需給予賠償，自衛殺人者不予追究。」¹¹⁶區別在於，雙方在司法上對罪名的認定有分歧。中方傾向於

112 《唐律疏議》卷 20，〈賊盜律〉「略人略賣人」（總 292 條），頁 315。

113 盛洪，〈「買賣」的歧義——由古代的「人契」說開去〉，《隨筆》2024：6（廣州），頁 170-183。

114 李貴連，《沈家本評傳》，頁 75。

115 馬士（Hosea Ballou Morse）著，張匯文譯，《中華帝國外交關係史》（上海，上海書店出版社，2000），頁 127-128。

116 小弗雷德里克·韋克曼（Frederic Evans Wakeman, Jr.）著，郝鎮華、劉坤一譯，〈廣州貿易和鴉片戰爭〉，收於費正清（John King Fairbank）編，中國社會科學院歷史研究所編譯室譯，《劍橋中國晚清史 1800-1911 年上卷》（北京，中國社會科學出版社，1985）第 4 章，頁 203。

認定較重罪行。這不是《刑法》問題，而是司法問題。據某些研究，當時所謂「治外法權」問題，並不是清朝政府迫於西方的壓力而作的讓步，實是「中國主動予之」。¹¹⁷原因之一是：「我國過去成例，外人在中國訴訟，常由外人自辦。唐律名例律，有『諸化外人同類自相犯者，各依其本俗法，民類相犯者，以法律論』之規定。」¹¹⁸但治外法權一旦給出，在現代意義上就是主權的喪失，且有被彼方不斷擴張應用之憂。所以到清末沈家本主持修改法律時，《刑法》的修改常與收回治外法權相關。

而《民法》部分在中華傳統中並無成文法典，只表現為民間的習慣法，即禮。因而在修法過程中，主持修法的沈家本組織對國內民商事習慣進行了大規模的調查，「遍歷直隸、江蘇、安徽、浙江、湖北、廣東等省，博訪周諮，究其利病，考察所得多至數十萬言，館中於各省商情具知其要」。¹¹⁹再翻譯介紹西方諸國及日本民法，對比法國民法典和德國民法典兩大典範，沈家本認為：「德國民法典晚於法國民法典近一個世紀。由於德國民法典吸收了法國民法典的立法經驗，隨時損益，又增加了不少適應新時局的條文，因此德國民法典被公認優於法國民法典。」於是，「《大清民律草案》主要採用德國民法典」。¹²⁰而如前述，德國民法典側重習慣傳統，雖是異國傳統，也有一些共通的地方。這種作法實際上是吸收了民事關係之間的一般規則，又保留了中國民間習慣法的大部分規則。而且，即使有所謂「民法典」的出現，在中國民間，仍是以習慣法為主要的行為規則。

至於憲法部分，不少人認為中西之間差距很大，實際上儒家傳統一直認為公權力的源泉來自民眾。如作為政治合法性的「天命」，是高於帝王的權威授予的，那就是「天道」或「天」，而「天聽自我民聽，天視自我民視」，「民之所欲，天必從之」；「天」基本上是以「民」的眼光對統治者加以判斷。而「王」或「君」的設立只是為了「民」；「天之生民，

117 汪輯寶，《民國司法志》（1954 初版；北京，商務印書館，2013），頁 18。

118 汪輯寶，《民國司法志》，頁 19。

119 〈修訂法律大臣奉請派員分赴各地調查考察民事商事習慣摺〉，轉引自李貴連，《沈家本評傳》，頁 100。

120 李貴連，《沈家本評傳》，頁 126。

非為君也。天之立君，以為民也。」¹²¹這暗含著，在民眾與君王之間有一個交換，有一個社會契約。如果君不為民，也就沒有為君的合法性了。正如堯禪讓舜時所說，「天之歷數在爾躬，允執其中。四海困窮，天祿永終。」¹²²意思是，上天讓你為君，你要把握好禮法制度；如果搞得民眾窮困，上天就不再發你工資了。這顯然與西方的憲政含義——上帝讓統治者在遵循自然法的前提下治理國家，一旦他違反了自然法，上帝就會讓他下臺——非常接近。只是歷代統治者都是靠武力上臺的，他們自然要誇張他們的統治權的絕對性，但不會為儒家所接受。儒家的「革命」，就是對暴君違背天道時的手段。所以清末在國內外壓力下也能接受「立憲」，而中華民國雖形式上仿效美國等共和政體，卻仍有儒家思想作為其文化基礎。

在修法工作尚未完成時辛亥革命爆發，沈家本的工作被中斷，但大部分被中華民國的法律所繼承。「民國成立，僅刪除與國體抵觸各條，其餘暫准延用」。¹²³後經多次修法，1929 年以後，《六法全書》基本完備，並通行於中華民國時期。雖然《六法全書》是參照歐洲大陸法律體系的分類，尤其其中《民法》部分參照了歐洲的民法，同時「為修立民法，前北京政府司法部曾在全國範圍內進行民商事習慣調查，時間約在 1920 年前後。有關調查報告後經民國司法行政部編定，於 1930 年印行，名為《民商事習慣調查報告錄》。該書民事部分共分四編……，總計 3,432 則，涉及當時 19 個省、區的民事習慣。」¹²⁴1926 年之《民法第二草案》，「債與物權，大抵採用大陸法成規，親屬繼承則頗保存舊制」¹²⁵。總體來講，《六法全書》也只是對中華禮法傳統的「損益」，《民法》只是用成文法部分地滲透到了習慣法領域，並未完全替代習慣法。而在民間，仍有習慣法通行。對當時一些民間合約的觀察發現，「它們的形式與清朝、明朝甚至唐宋時期的契約幾乎沒有差別。甚至由官府印製官契及由民間出版

121 梁啟雄，《荀子簡釋》（北京，中華書局，1983 新一版）第 27 篇，〈大略〉，頁 376。

122 《論語正義》卷 23，〈堯曰第二十〉，頁 756。

123 汪楫寶，《民國司法志》，頁 15。

124 梁治平，《清代習慣法》，頁 45-46。

125 汪楫寶，《民國司法志》，頁 16。

標準契式的做法都如出一轍。」¹²⁶

總之，清末民初的修改法律，與其說是在中西法律對抗中接受西方法律，不如說是「授西入儒」，即借用西方法律的相應安排，加強對中國法律之偏離儒家價值的部分進行修改，並未改變中華禮法的基本原則和規則價值。從幾千年的長程歷史來看，這就是對發源於夏商周的中華禮法傳統的「損益」。

七、中華禮法傳統的被否定 和以羅馬法資源的替代接續

1949 年以後，情況發生了急劇變化。新政權完全廢棄了《六法全書》，但並沒有及時用新的法律取代。後來學習了蘇聯的法律，卻沒有學習它繼承羅馬法傳統的做法。江平先生對這一轉變做了個人化的記錄。他回憶說，當 50 年代初他去蘇聯留學前夕想購買幾本中文法律書、以做對照時，「立刻遇到當頭一棒。當時的紀律中有一條，就是不准帶任何舊法的書籍。……中國的舊法已經完全被廢除，舊法體系也被打爛，舊法的思想更不能繼承。」¹²⁷當時新政權的邏輯是，舊法律是與舊政權緊密聯繫在一起的，若打倒舊政權，就必須完全廢棄舊法律。並且新政權的意識形態是建立公有制和計劃經濟，跨越了舊的經濟制度，因而法律也必須是全新的。不僅如此，在「破舊立新」，「移風易俗」和「與傳統徹底決裂」的口號下，對民間尚存的習慣法也以「封建落後」為理由完全禁止，加之「土改」運動消滅了大量的精英——他們是鄉村習慣法的專家，習慣法也被消滅殆盡。至此，傳承幾千年的中華禮法傳統被完全中斷。

但這種中斷中華禮法傳統的作法，卻不是獨立的、偶然的事件。而是近代以來、尤其是「五四」運動以來完全否定中華傳統的思潮所致。這種思潮認為，中國之所以在近代工業革命以後失去先機，經濟和技術發展落後於西方，在軍事對抗中失敗，全應由儒家傳統負責。由儒家主導的中華禮法傳統也自然是相對於西方禮法傳統的「古代的」、「落後的」

126 李倩，《民國時期契約制度研究》（北京，北京大學出版社，2005），頁 136。

127 江平，《沉浮與枯榮》，頁 92。

傳統，應完全放棄，要實現中國的現代化，就是全盤接受西方的法律制度。而在這個大背景下，另一種「西方的」傳統，以「階級鬥爭」和「公有制」為意識形態特徵的思潮又被認為是「更先進」的文化加以引入，在政治上可行時就大行其道。它不僅蔑視中華禮法傳統，而且將傳續至現代的西方禮法傳統從根本上否定，它的根本目標是「消滅私有制」，自然與有著產權制度的羅馬法不相容，它的「階級鬥爭」理論用階級身份替代了人的權利，從而為無視人權提供了理由。從而，這種理論就可以完全否定東西方禮法傳統。

當然，這種作法與同樣實行公有制的蘇聯不同，後者強調禮法傳統的連續性，強調對歐洲傳統的繼承，也有一些個性化的原因。據江平，列寧是法學院畢業的，還從事過一段律師職業。他強調要繼承人類所有的智慧，他尤其對歐洲傳統充滿尊敬，他也自然知道羅馬法的價值。¹²⁸而毛澤東（1893-1976）沒有上過大學，也不徵詢法學家的意見，僅憑自學獲得一些不太完整的教育，根據自己的個人經驗憎恨鄉村傳統，憎恨家族。他的成功只是軍事上的成功，並不具備治國所應有的知識結構。他對馬克思主義所知不多，對其描畫的理想境界——共產主義只有著浪漫的想法，沒有具體制度和技術的考慮。所以當時中國與蘇聯的作法迥然不同。在中國，是全面廢除包括民法在內的舊法；而蘇聯，則是基本保留民法，而用特定法，如《土地法》、《勞動法》部分地替代和縮小民法適用範圍。

而一個禮法體系是要經過相當長時間才能發展、改進成熟。僅靠數年、數十年，甚至上百年的時間是無法建立一套不同於傳統的、成熟的新法的。即使從蘇聯照抄，如果它也是在短時間匆忙建立的，也會缺乏基礎。況且當時還是有選擇地學習蘇聯。如江平記述，當時中國當局既沒有學習到蘇聯對羅馬法的尊重，也沒有受到它的陪審團制度的影響，甚至對它的「一般監督」——對官員監督的制度予以排斥。一個明證就是，一個到蘇聯考察後宣揚「一般監督」的人被打成右派。¹²⁹由於把一切舊法視為「落後」、「反動」，因而「法」本身就成為了一個負面的詞彙，

128 江平，《沉浮與枯榮》，頁 76-78、91。

129 江平，《沉浮與枯榮》，頁 105。

而「無法無天」則是具有革命性和先進性。儘管當時的領導人也表面承認應該有法律，但把立法放在次於他們直接命令的位置，一切以他們的方便為準，他們可以翻手為雲，覆手為雨。甚至在三年饑荒以後，雖然認識到了社會規則和秩序的重要性，也並不重視立法。這表現為在新政權成立後雖也曾幾次組織法學家起草《民法》，但都因給「運動」讓路而無疾而終。¹³⁰

在另一方面，發端於「五四」時期的文化過激主義，產生了一種對「禮」全面否定和蔑視的觀念。這起源於魯迅（1881-1936）小說《狂人日記》中在「仁義道德」的禮教中看出「吃人」二字的經典語句。而魯迅是即使在文化專制最極端的日子裡也被讚美的幾乎唯一的民國作家。他的主張在當時受過中小學教育的學生心目中產生洗腦一樣的作用。在那之後，「禮」就是一個負面詞彙。民間鄉下的幾乎所有習慣法都可以被冠之為「封建禮教」加以否定。與民間家庭或家族相關的習俗，也會被稱為「封建宗法關係」而作為革命之對象。宗教活動及習慣也被加之「封建迷信」之名而禁止。在新政權建政之初的 1951 年，中央政府就下令將全國各地的家族祠堂和其他族產收歸政府，鄉村習俗的組織資源一旦消失，這些習俗也會迅速消失。鄉間與政權抗衡的力量消失後，民眾作為個人或小家庭更沒有抗衡權力侵犯和改變規則的能力。新政權代之以基層黨組織，它們是盤踞在鄉間的權力的代理，對個人或小家庭又起著直接監視和壓制的作用。

這種「無法無天」的狀況給中國大陸帶來了一段沒有法的時代。無數人死於非命，土改被非法奪去的生命據說約有 500 多萬，反右也使許多人失去生命和自由，文革的規模更大，據說有 2,000 多萬人失去生命，不計其數的人遭受迫害受到折磨。只剩下一個規則，權力就是公理。這時如果有《唐律》，如果有民間的習慣法，大概不至於如此吧。土改中喪命的 500 多萬地主富農究竟犯了什麼罪？他們的財產被剝奪，生命被踐踏，經過了什麼法律程式？在短短不到十年的時間裡，土地權利被無償地大規模地轉移了兩次，一次是從地主富農手裡轉到其他人的手裡，一次是從普通農民手裡轉給「集體」，其實就是轉給了「權力」。土地實際

130 江平，《沉浮與枯榮》，頁 276-288。

上歸國家所有，但代表「國家」的是不受約束的政府及其官員，他們可以制定任何比例從農民手中奪取糧食，沒有任何法律約束他們不這樣做。據我們的估計，自 1954 年「集體化」以後，「實際田賦率」為 25-30%，最高的 1960 年達 49%。¹³¹直到出現大饑荒，餓死數千萬人，才讓決策者有所收斂，但決不承認自己有錯。

文革結束以後，中共高層決定進行改革開放，即市場化的改革。對法治的要求提到了議事日程。才有制定各種法律的動力。以《民法》為例，又開始啟動制定過程。只是當時認識到不可能在短時間內完成，才改為先制定《民法通則》。然而，這時仍然將民國的《六法全書》排除在法律淵源之外，也沒有進行大規模的習慣法調查，而是聘請了一些法學專家；在後來起草《民法通則》時，只聘請了四位法學界權威人士。立法涉及的諮詢範圍只是所謂「三結合」——立法機關、學者和實際部門。所謂「實際部門」是指法院、檢察院等。¹³²因而這是既排除中華文明的規則價值，又排除現實發生的習慣法的立法過程。然而這個《民法通則》還是比較成功的。除了江平先生在其基本原則價值方面的評價外，還有它基本上為當時正在發展的市場制度提供了基本秩序，這又由改革開放的成功所支持。這又是為什麼呢？這是因為在這裡有羅馬法資源的替代。

在起草《民法通則》的四位法學家中，有前面提到的江平先生。他曾在蘇聯學習了羅馬法。另一個是王家福（1931-2019）曾留學蘇聯，他想必也學習了羅馬法。另外兩個法學家，佟柔（1921-1990）和魏振瀛（1933-2016）畢業於中國的法學院。但前者對外國的民法有深入研究，而後者則除諸國外，還對臺灣民法有所掌握。而在大陸中國所說的「外國民法」，一定是歐洲大陸法系的民法，還可能包括日本的民法。只有臺灣民法還包含了傳統的中華禮法。但不會有英國的普通法。因為普通法作為一種判例法缺乏清楚明晰的法典化，移植性較差。所以在改革開放後重修法律的過程中，羅馬法的資源還是主要的，歐陸民法實際上也是繼承和包含了羅馬法的基本精神。而臺灣法律是對中華民國法律的延

131 盛洪，〈制度應該怎樣變遷——中英土地制度變遷比較〉，《學術界》2014：12（合肥），頁 24。

132 江平，《沉浮與枯榮》，頁 293。

續，其中也包含經歷清末修法對西方法律的引進。可以說，在文革後，重續法律的努力中，雖然很少有中華禮法傳統的資源，卻主要由羅馬法的精神和原則加以支撐，它彌補了一個市場經濟需要一套法律體系的需求。以羅馬法為主要資源的歐陸法雖然有不少缺陷，但比起「無法無天」的狀態，還是好得許多。

八、為什麼還要接續中華禮法傳統？

既然羅馬法已經充當了現在大陸中國法律體系的法律資源，而改革開放的成功也證明，這個法律體系總體來講是好的，還有必要提復興中華禮法傳統嗎？應該說，以羅馬法為基礎資源的法律體系雖好，卻也有較重要的問題。

第一個問題是它的立法形式問題。它是由政治權力主導的、由若干法學家起草、表面上由立法機關制定的國家制定法。最重要的問題，是它壟斷法源，將作為真正法源的習慣法一概排除在外。由於它的法源來自國外，與本土沒有關係，它就是一種被外在強加的法律。所以在大陸中國經常聽到政府宣導「普法」，就是告知作為「法盲」的一般民眾法律是什麼。而這種普法暗含著把中國民間看作是沒有任何規則的蠻荒之地，更不把它看作是法律的源泉之一。這就一舉排除了在中國本土發展適用數千年的禮法傳統，把這個極其豐富的本土秩序資源一掃而光。當國家制定法由於借助於國外的法源，雖然在基本規則上大致不差，但不能適應民間的具體情況，並且與實際存在的習俗相衝突。在這時，國家制定法就以國家權威否定民間習俗，而可能以更高的成本、更不適宜本地認為合適的方法解決衝突。就如蘇力借「秋菊打官司」所揭示的問題一樣，按照鄉間習俗，村長只要賠個「不是」即可，但按照制定法，他就得蹲監獄。¹³³

第二，它顛倒了「發現」規則的源流，顛倒了規則價值的主次，以國家立法形式誤導民眾，以為只有國家或法學家才有資格和能力「制定」

¹³³ 蘇力，《法治及其本土資源》，頁 23-30。

法律，一般民眾不僅與此無關，而且只能仰賴天恩，被動接受。這帶來廣泛的心理錯覺或自卑，懷疑自己心裡對是非的判斷，而盲目崇拜自上而下強加的「法律」。這給人一種制定法優於個人之間的同意或合約的錯誤看法。如蘇力在〈法律規避〉一文中所引「私了」的例子一樣，男青年約會時強姦了女青年後，兩家私了，卻被不少法律學者斥為「不知法」。蘇力指出，「私了」所依據的規則實際上是一種「民間法」，¹³⁴即我們所稱的習慣法。所謂「不知法」實際上是指不遵循制定法，但一定遵循了別的法，或者兩者之間的協議具有法律效力。這種用制定法否定習慣法或民間協議的作法，就是顛倒本末，遮蔽了法的真正來源。這種傾向具有普遍性，例如在著名的于歡案中，濟南公安局說「法是法，情是情」，言外之意，法優於情。

第三，羅馬法的外在形式——法典化雖然有彙集習慣法和其他法令的好處，卻帶來了法律的僵化。由於人類社會是變動和發展的，許多新事物、新的技術和制度，新的社會關係，人們之間的行為規則也會發生變化或細化。法條是相對不變的，而人們的互動是經常的當下的發生的，如果法律不能隨之發生變化，就會限制人們的創新行為。又由於人類的行為千差萬別，情境多種多樣，再多的法條也無法涵蓋眾多具體情境，因而雖然法典似乎包羅萬象，實際上相當簡略，不足以應對具體情境。在這方面遠不如普通法靈活。如「就侵權行為而言，《法國民法典》只規定了三條，《德國民法典》也只規定了十幾條，而我們參照《美國行為法重述》，就有九百多條」。¹³⁵法典化也較難修改錯誤的法條。修法要經歷較長的修法過程，而在未修改期間，仍是錯誤的舊法條在起用。而普通法依賴陪審團的判斷，他們可以採取一種「陪審團廢法」的形式，廢除錯誤的法律，因而能夠靈活地調整法律。

第四，法典化的法律體系，只強調唯有國家立法機關才能立法，國家制定法才是唯一法源的立法機制，不僅排除了普通民眾的立法權——即他們參與習俗形成的過程，而且會在形式上被權力加以利用。它更多地依賴於具體立法者的個人偏好、傾向或動機。最善意地說，主持立法

134 蘇力，《法治及其本土資源》，頁 43-44。

135 江平，《沉浮與枯榮》，頁 309。

的政治人物，或直接起草法案的法學家，或立法機構成員，可能會根據自己的偏頗的理解而影響立法。據江平回憶，在審議《物權法》時，有人對拋棄物屬於誰的條款持否定態度，說「拋棄物不就是往外扔垃圾嗎，規定它幹啥！」¹³⁶更嚴重的影響是，某些利益集團——尤其是行政權力利益集團通過法典化的立法將有利於它們的私利塞進法律。尤其是在大陸中國的立法機關成員構成上，行政官員占據大量席位的情況下，所立之法會更有利於權力。例如《土地管理法》嚴重壓縮了公民的土地權利，而擴張了管理部門的權力。它給了權力部門強行徵購農民土地的藉口，造成了幾十年來農民土地被侵奪的大量悲劇。又如《城鄉規劃法》極大地誇張了規劃的作用，將規劃權凌駕於基本產權之上，也為權力機構強拆民房提供了藉口。這種「部門立法」的現象已相當普遍且愈演愈烈。例如農業部設立「農管」依據的「法律依據」，就是將設立許可與罰款規定塞入的「立法程式」。¹³⁷這一趨勢會最終瓦解為建立市場經濟而建立的法典體系。

第五，由於羅馬法的法典化特徵，它很容易被掌權者用來將有利於自己統治、而偏離公正行為規則的法律，以立法、編纂法典的形式加入到法典中。這在歷史中就曾多次出現過。而在今天的政治環境下，如果權力受到的約束較弱，國家制定法律、法典化就更容易成為獨裁者的工具。尤其是在立法機構壟斷制定規則的權力以後，同時否定其他法源——民間習俗、習慣或契約，剝奪了民眾的「立法權」——即形成並遵循習俗的權利；再濫用權力直接干預立法機構成員的選擇和選舉，甚至直接操控或控制立法機構的投票；立法機構就會成為獨裁者的橡皮圖章，為他披上「合法性」的外衣。而在尊重習慣法的時代或國度中，習慣法本身就是對權力的一種約束。利用所謂立法，將制定法置於優於習慣法的位置上，會在政治結構中出現有利於極權和獨裁的情形。

第六，中華禮法傳統是自軸心時代以來一個成熟文明的基礎性秩序，也是世界若干成熟禮法傳統中的一個，它的存在和發展不僅關乎該

136 江平，《沉浮與枯榮》，頁 302。

137 盛洪，〈橋刑：義務是變成侵奪權利的權力？〉，「盛洪教授」，《微博》（<https://rightinc.org/2023/07/10/橫議-橋刑：父務是如何變成侵奪權利的權力>）的？，2023.7.10，讀取 2025.10.21）。

文明的存續，也是世界的多樣化文明的一支資源。社會體系很複雜，人類發展的路徑是多樣的，絕非在某一歷史階段占有優勢的文明就絕對的好，處於劣勢的文明就一無是處，它們各自都包含著優缺點，只是多少不同。人類已經遇到的問題只是無數可能性中的一小部分，在人類文明資源中現在看來暫時沒用的、或顯得劣勢的資源也可能在以後的發展中發揮它們的作用。人類不可以暫時的勝負決定取捨。中華禮法傳統是經上千年的發端、曲折、醞釀、最後成熟於隋唐，以《唐律》為成文範本，在民間以習慣法為基礎；這一禮法傳統在唐以後又被傳承和延續了上千年的時間，一直到中華民國。這樣一個經歷數千年的禮法傳統肯定經受了時間的大浪淘沙，有著不可磨滅的規則價值，實在不可輕易拋棄。

前面已經討論了，禮法體系是一種超越政權、民族、政體和經濟制度的長程歷史的制度，它是制度結構中處於基礎位置的制度。因而近代以來在中國出現的否定中華禮法傳統、進而否定它的文化背景——儒家思想的論點都有點似是而非。有人說，儒家及中華禮法傳統下中國沒有率先發展工業化，進而在對外戰爭中戰敗，導致喪權辱國的結果，證明這個傳統是落後的、甚至是反動的，中國要實現現代化，只能拋棄這個過時的傳統，擁抱西方的傳統。這種看法是極端自尊心理受挫後病態反彈，走向極端的文化自卑。從數千年的尺度看，中華文明相對來講還是穩健前進的，受到一些挫折，並不算太大。然而一旦受挫，也許文化自尊心就無法容忍，走向反面的極端——對該文化全面否定。殊不知，按照這樣的邏輯，希臘被羅馬武力征服，它的文明也應不值一提；羅馬被蠻族滅亡，羅馬法也不值得仿效；以色列國被羅馬征服，它的神廟被羅馬人毀棄、耶路撒冷被夷平，猶太教以至基督教也不值得信奉。然而就是在蠻族得勢數百年後，他們的後代發現了希臘文明的輝煌、羅馬法的優越，猶太教—基督教的高尚，並將這三者燴為一爐，掀起三 R 運動——文藝復興、宗教改革和羅馬法復興，最後成就了西方的現代化。

而實際上，以《唐律》和民間習慣法為代表的中華禮法傳統，又有著不同於羅馬法和普通法傳統的結構特徵，值得加以傳承。首先是，這種以成文法典出現的國家制定法，和以禮的面目出現的民間習慣法形成了默契的、卻鮮明的邊界與互補。梁治平在其《清代習慣法》一書中

指出：「研究《大清律例》的學者發現，律典直接按照中央各部名稱分類，而其律文與其說是針對所有臣民的一般規定，不如說是對官吏的指示。在通常被西方學者譯為『民事法』的『戶律』裡面，與現代民法有關的事項多半是因為與戶部的主要職能——稅收有關才被排列在一起。……正是這種情形造成了本文開篇就提到的習慣法與國家法之間內容上的『分工』格局。」¹³⁸這個分工的原則就是，凡是涉及政府應該干預或裁斷的事務，才需要由成文法典明確規定，而不需要的，則法律絲毫不予涉及。更深一層的含義是，凡是可以由民間當事人之間自願達成協議的、或民間仲裁傳統可以解決的糾紛，政府都不要介入。他發現「律典中有關繼承或土地交易的法律規定甚少，而且完全沒有系統性。」¹³⁹這說明在實踐中，政府確實很少干預土地交易和繼承的糾紛。這正反映了民間習慣法的有效性。

中華禮法傳統的這種二分法——涉及政府職能部分的規則秩序採取成文法典形式，而涉及民間民事關係的部分採取禮即習慣法的形式，正好介於歐陸法典化和英國普通法兩種形式的中間。歐陸法系企圖將所有社會秩序全都納入成文法典，無一遺漏。這是對人類理性能力的過分誇張，實際上是不可能的；即使做到了完全的法典化，也會一方面增加政府干預的範圍和規模，一方面又會降低解決糾紛的公正性和有效性。而英國的普通法看來是對習慣法的全面承認，卻不得不建立政府的法庭予以裁斷糾紛，並且在涉及政府的部分仍要用明確的文字來宣示規則。如繼承普通法傳統的美國，仍要頒布一部成文憲法，而美國的若干州，仍進行了法典化運動。這正說明，完全的判例法也不能全面承擔禮法體系的重任。

有人會問，中華禮法傳統不是已經被中斷了許多年，還能接續嗎？從法律史的尺度看，中華禮法傳統實際被中斷的幾十年不算長，只是一瞬間。羅馬法從正式制度的角度看，被中斷的時間是更長的。從西羅馬帝國傾覆的 5 世紀到 11 世紀開始的羅馬法復興運動之間，有約五、六百年的時間。雖然其間有東羅馬帝國的延續，但在西歐地區卻不存在作為

138 梁治平，《清代習慣法》，頁 130。

139 同前註。

正式制度的羅馬法了。但羅馬法的學問還在基督教的修道院中傳承，羅馬法的程式和形式還在地方習慣法和封建法中遺存，羅馬法的研究還在法學家中間延續。當然，相對來講這是羅馬法的低潮時期。但當 11 世紀以後，古羅馬法的文獻又被重新發現，掀起了對羅馬法研究的高潮，作為結果，羅馬法也復興了。更何況，早有中國學者指出，中華法系本來就有著超越暫時中斷或式微的歷史，「國家亡而復興，玉律金科，自創之而自保之，不毀於兩度入主之異族」。¹⁴⁰這說明，禮法傳統既然是長程歷史的產物，它的文化和文字載體也具有著長效功能。即使在一段時間內它在司法實踐中處於邊緣，也可以依據它的文字文獻加以恢復。這一歷史事實說明，中華禮法傳統不僅應該復興，而且能夠復興。

140 周祺，《中國法制史講義》（中國公學大學部鉛印本），轉引自俞榮根、龍大軒、呂志興，《中國傳統法學述論》（北京，北京大學出版社，2005），頁 25。

徵引文獻

一、文獻史料

- 宋·黎靖德編，《朱子語類》4冊，長沙，嶽麓書社，1997。
- 宋·竇儀，《宋建隆重詳定刑統》，哈爾濱，北方文藝出版社，2021。
- 明·黃宗羲，《明夷待訪錄》，收於《黃宗羲全集》冊1，杭州，浙江古籍出版社，1985。
- 清·朱彬撰，饒欽農點校，《禮記訓纂》，北京，中華書局，1996。
- 清·張之洞，《勸學篇》，武漢，湖北人民出版社，2002。
- 清·劉寶楠撰，高流水點校，《論語正義》，北京，中華書局，1990。
- 中國社會科學院歷史研究所宋遼金元史研究室點校，《名公書判清明集》，北京，中華書局，2002重印二版。
- 王夢鷗注譯，《禮記今注今譯》，北京，新世界出版社，2011。
- 托克維爾（Alexis de Tocqueville）著，馮棠譯，桂裕芳、張芝聯校，《舊制度與大革命》，北京，商務印書館，1992。
- 江平口述，陳夏紅整理，《沉浮與枯榮：八十自述》，北京，法律出版社，2010。
- 岳純之點校，《唐律疏議》，上海，上海古籍出版社，2013。
- 馬修·黑爾（Sir Matthew Hale）著，查爾斯·M. 格雷（Charles M. Gray）編，史大曉譯，《英格蘭普通法史》，北京，北京大學出版社，2016。
- 高亨注，《詩經今注》，上海，上海古籍出版社，1980。
- 高明註譯，《大戴禮記今註今譯》，臺北，臺灣商務印書館，1984修訂初版。
- 楊伯峻編著，《春秋左傳注》，北京，中華書局，1990二版修訂本。
- 福蒂斯丘（Sir John Fortescue）著，洛克伍德（Shelley Lockwood）編，袁瑜琿譯，《論英格蘭的法律與政制》，北京，北京大學出版社，2008。
- 鄭秦、田濤點校，《大清律例》，收於劉海年、楊一凡總主編，《中國珍稀法律典籍集成》丙編冊1，北京，科學出版社，1994。

二、近人研究

- R. M. 昂格爾（Roberto Mangabeira Unger）著，吳玉章、周漢華譯，《現代社會中的法律》，北京，中國政法大學出版社，1994。
- 小弗雷德里克·韋克曼（Frederic Evans Wakeman, Jr.）著，郝鎮華、劉坤一譯，〈廣州貿易和鴉片戰爭〉，收於費正清（John King Fairbank）編，中國社會科學院歷史研究所編譯室譯，《劍橋中國晚清史 1800-1911 年上卷》，北京，中國社會科學出版社，1985，第4章，頁173-228。
- 弗里德利希·馮·哈耶克（Friedrich August von Hayek）著，鄧正來、張守東、李靜冰譯，《法律、立法與自由》2冊3卷，北京，中國大百科出版社，2000。
- 朱塞佩·格羅索（Giuseppe Grosso）著，黃風譯，《羅馬法史》，北京，中國政法大學出版社，2009修訂版。
- 余英時，《士與中國文化》，上海，上海人民出版社，2003。
- 李倩，《民國時期契約制度研究》，北京，北京大學出版社，2005。
- 李貴連，《沈家本評傳（增補版）》，北京，中國民主法制出版社，2016。
- 汪輯寶，《民國司法志》，1954初版，北京，商務印書館，2013。
- 汪聖鐸，《兩宋財政史》，北京，中華書局，1995。
- 周天勇，〈三十年前我們為什麼要選擇改革開放〉，《學習時報》2008：35，北京，2008.9.1。
- 周祺，《中國法制史講義》（中國公學大學部鉛印本），轉引自俞榮根、龍大軒、呂志興，《中國傳統法學述論》，北京，北京大學出版社，2005。
- 拉蒙·H. 邁耶斯（Ramon H. Myers）著，曹之虎、朱慧萍、盛洪譯，〈晚期中華帝國的習慣法、市場和資源交易〉，收於盛洪主編，《現代制度經濟學（第二版·上下卷）》，北京，中國發展出版社，2009，上卷，頁342-363。
- 邱澎生，《當經濟遇上法律：明清中國的市場演化》，臺北，聯經，2018。
- 宮崎市定著，焦堃、瞿柘如譯，《宮崎市定中國史》，杭州，浙江人民出版社，2015。
- 庫朗熱（Fustel de Coulanges）著，譚立鑄等譯，《古代城邦：古希臘羅馬祭祀、權利和政制研究》，上海，華東師範大學出版社，2006。
- 徐忠明、杜金，《誰是真凶：清代命案的政治法律分析》，桂林，廣西師範

- 大學出版社，2014。
- 馬士（Hosea Ballou Morse）著，張匯文譯，《中華帝國外交關係史》，上海，上海書店出版社，2000。
- 高明士，《中國中古禮律綜論：法文化的定型》，北京，商務印書館，2017。
- 張利，《宋代司法文化中的『人文精神』》，石家莊，河北人民出版社，2010。
- 張晉藩，《中國古代法律制度》，北京，中國廣播電視出版社，1992。
- 梁治平，《尋求自然秩序中的和諧：中國傳統法律文化研究》，上海，上海人民出版社，1991。
- 梁治平，〈從「禮治」到「法治」？〉，《開放時代》1999：1，廣州，頁 78-85。
- 梁治平，《清代習慣法》，桂林，廣西師範大學出版社，2015。
- 梁啟超，《梁啟超論中國法制史》，北京，商務印書館，2012。
- 盛洪，〈制度應該怎樣變遷——中英土地制度變遷比較〉，《學術界》2014：12，合肥，頁 15-32。
- 盛洪，〈習俗的有效性證明〉，《制度經濟學研究》2021：1，濟南，頁 215-234。
- 盛洪，〈橋刑：義務是變成侵奪權利的權力？〉，「盛洪教授」，《微博》，<https://rightinc.org/2023/07/10/橫议-桥刑：义务是如何变成侵夺权利的权力的？>，2023.7.10，讀取 2025.10.21。
- 盛洪，〈「買賣」的歧義——由古代的「人契」說開去〉，《隨筆》2024：6，廣州，頁 170-183。
- 曾憲義、馬小紅，〈中國傳統法的結構與基本概念辨正——兼論古代禮與法的關係〉，《中國社會科學》2003：5，北京，頁 61-73。
- 華喆，〈「科舉家族」的一次返鄉考試記〉，《讀書》2023：8，北京，頁 47-55。
- 費孝通，《鄉土中國》，1947 初版，北京，生活·讀書·新知三聯書店，1985。
- 塔瑪爾·赫爾佐格（Tamar Herzog）著，高仰光譯，《歐洲法律簡史：兩千五百年來的變遷》，北京，中國政法大學出版社，2019。
- 趙岡，《魚鱗圖冊研究》，合肥，黃山書社，2010。
- 鄭顯文，〈從唐律到日本律——關於日本律成立的幾個問題〉，《比較法研究》2004：2，北京，頁 77-90。
- 錢大群，《唐律研究新思考》，北京，人民法院出版社，2023。
- 錢穆，《中國歷代政治得失》，北京，九州出版社，2012。
- 瞿同祖，《瞿同祖論中國法律》，北京，商務印書館，2014。
- 蘇力，《法治及其本土資源》，北京，中國政法大學出版社，1996。

Etiquette and Law as Institutions of Long-standing History

SHENG Hong^{*}

This article views the system of etiquette (*li* 禮, customary law) and law (*fa* 法, statutory law) as the complete set of rules that order a society. It is a foundational institution that has developed over a long historical period, originating in ancient times and being compiled and refined by cultural elites during the Axial Age, ultimately forming a set of classics. Written law founded in these classics, together with customary law, comes to constitute the legal order. This process spanned thousands of years and was not interrupted or replaced by changes in dynasty, ethnicity, political system, or economic structure; it represents the most valuable institutional wealth of a society. The Chinese system of etiquette and law, like those of other civilizations during the Axial Age, has been generated, developed, evolved, and honed to maturity. The *Tang Code* (*Tangli* 唐律) serves as a typical representative of statutory law, being a deeply rooted institution in successful dynasties such as the Tang and Song. In modern times, under the impact of the West, this etiquette and law system faced challenges; after 1949, it was largely abandoned, leading to significant disasters. Given the need for a system of etiquette and law adapted to a market economy following China's reform and opening-up, and in the absence of resources from the Chinese etiquette and law tradition, new laws were formulated by borrowing from Continental Roman law. While this new system has to some degree supported the market economy, certain deficiencies in the Continental legal system have rendered it less than satisfactory. The solution lies in the revival

* Independent scholar; previously a researcher at the Unirule Institute of Economics (1993-2019) and a professor at Shandong University (2001-2014).

of the Chinese tradition of etiquette and law.

Keywords: etiquette, law, institutions, China, history