

“以刑为主”还是“以礼为主” PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/485/2021\\_2022\\_\\_E2\\_80\\_9C\\_E4\\_BB\\_A5\\_E5\\_88\\_91\\_E4\\_c122\\_485206.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/485/2021_2022__E2_80_9C_E4_BB_A5_E5_88_91_E4_c122_485206.htm)

一代人有一代人的历史责任，如果说近代许多法律思想家的使命是用批判的武器开辟中国法律近代化之路的话，我们今人对传统法的使命则应该是发掘和建设性的，这是我们这一代人的历史使命。

可是至今一些人似乎并未认识到这种历史使命的转变，仍然习惯不费气力地对中国传统法进行着似是而非的批判，其中一个典型而且在社会上影响广泛深远的观点就是认为中国古人生活在在恐怖的“以刑为主”的法律网罗中，“礼仪之邦”似乎成了“刑罚恐怖的国度”。“以刑为主”在许多高等院校的教科书中甚至成为中华法系的“特点”。

其实，中国古代法律“以刑为主”的观点来源于十九世纪英国法学家梅因对古代法的论述。梅因在《古代法》中阐述了这样的观点：

在人类伊始的习惯法时代，世界各地的法律大同小异，但在法律进一步发展的“法典时代”，西方的法律开始显现出了令世界其它地区无法比拟的优越性，这种优越性主要表现在民事法律从内容到形式的发达和完善。以法典时代民法的发达与否为标准，梅因将社会区分为“进步的”和“静止的”，并认为西欧这种“进步的社会”在世界历史上“是一个罕有(值得骄傲)的例外”，因为世界其它地区的法律此时正处在“停滞”的状态中。例如，中国的民事法律虽然从“神权”中解放出来，但却不具备完善的形式和严格的体例。寻着梅因的研究思路，十九世纪末二十世纪初尚处在“幼稚”中的中国法学界发现了许多中国古代法的“缺陷”，诸如“

没有法学家”、“民法不发达”、“缺乏程序”，剩下的唯有“重刑”的专制统治和“以刑为主”的法律。直到今天，法学界的主流意见仍然是：既认为中国法律是以刑为主的，又承认古人自许的“德主刑辅”；既认为中国古人生活在恐惧的专制“酷刑”中，又承认中国古人“礼仪之邦”的自我评价。我们无视古人反复强调的“礼乐政刑”，而将在一个综合体系中处于辅助地位的“刑”突出出来，并认为那就是中国古代法律的全部。中国古人生活的那个时代的法律与社会，究竟是“以刑为主”还是“以礼为主”，是残酷还是开明，是恐惧还是祥和，是血腥还是温情，这确实是一个值得我们深究的问题。让我们从法的概念和体系方面略加以分析：首先，从概念上说，“法”在中国历史的演变中，其含义并非一成不变。最初的“法”的含义是指审判公平。秦汉后，法的含义主要是制度和各种规章。古人所言的法，就制度规范层面而言，是十分宽泛的，其远非“刑制”所能包括。二十五史中的《职官志》、《食货志》、《礼乐志》、《天文志》、《舆服志》无不在“法”之中。而这些“法”中的某些内容也都与我们今天所说的“法律”的一些制度规范有着相同的内容和性质。因此，就制度而言，我们也很难说中国古代的法是“以刑为主”的。我们现在所说的法，至少有两层含义，一是法的制度、规范；二是法的学理、理念。如果用我们现在“法”的含义反观古代，那么“礼”自然应该被纳入到法学的研究范畴中，因为法的制度所体现的理念，也就是我们现在所说的“法的精神”在中国古代则被称之为“礼”。早在清末，学贯中西的学界翘楚严复在翻译西方启蒙思想家孟德斯鸠的巨著《法意》时就说过，“西人所谓法

者，实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分，以谓礼防未然，刑惩已失。”这就是说，在古代，礼的某些部分不仅是法律制度的重要组成部分，而且礼所倡导的理念就是法律的灵魂和目的。就法的概念来说，我们现在所言的“法”，包括了古代“礼”与“法”两个方面，如果比较这两个方面孰重孰轻，《唐律疏议》开宗明义就说：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用。”而“以刑为主”的说法既把“礼”摒弃于法的范畴，又抹杀了礼在法体系中所具有的主导作用。其次，从体系上看，中国古代法律也决难用“以刑为主”来描述，只有用“以礼为主”才更为全面和恰当，这也是中国为什么自古号称为“礼仪之邦”的原因。中国古代法律体系的演变有三个阶段：一是夏商西周的“礼治”体系。礼治体系对社会犯罪采取的措施是以预防为主的，“刑”的惩罚只是社会治理的辅助手段，或者是不得已而用之的方法，礼治的理想境界是“刑错(措)不用”。对家庭、财产等纠纷，则一般用教化的手段化解。二是春秋战国时儒法两家各持一端的学说，其对当世与后世都具有深远的影响。儒家主张弘扬三代的“礼义”，改革或简化“礼仪”，而法家则主张加强刑罚的作用，用完备的制度约束百姓。中国历史上，法家是空前绝后的唯一主张“以刑为主”的学派，但其学说只见用于战国秦之际。三是汉代之后的礼法并举，以礼为主的体系。汉至清代，在儒法合流，以儒为主的文化背景下，古代的礼与法实为一个“共同体”。在这个“共同体”中，复活的礼教化是其核心。以教化解决争讼，预防犯罪是法的重心，而“刑罚”只是一种“弼教”的手段。综上所述，无论是从法的概念、还是从法的体系以及这一体系在中国古代社会的历史

演变来看，我们都无法得出中国古代的法律“以刑为主”的结论。其实，我们也实在难以想象一个“以刑为主”的国家如何能被称为礼仪之邦，如何能维系五千年的文明，又如何能缔造出一个又一个辉煌的王朝。当我们从法律的角度，将“礼”纳入了我们的视野，我们就可以发现中国古人早就明智的发现“刑”在维持社会秩序的同时，也有着激化社会矛盾，败坏人性或人心的负面作用，历朝历代都有一些思想家、政治家再三再四地强调要限制刑罚的过度使用，“恤刑”、“慎刑”在中国古代法律思想的发展中不仅始终占据主流地位，而且有着制度的保障，比如“死刑复奏”制度、“录囚”制度、“会审”制度。可以说世界上没有哪个国家和地区的古代法律如此重视削弱刑罚的负面影响，并力图将刑罚的负面作用限制在尽可能小的范围内。与刑相比，礼的内容和调整的范围要广阔的多，如果说刑是“以力治人”的话，礼更强调“以理服人”，家族邻里、社会同业、官场同僚间的关系无不在礼的调解之中。在中国古代，纠纷一旦发生，也并不是非要撕破脸皮，对簿公堂。家族中的祠堂，乡间的公所都是调解纠纷的地方。从制度上说将普通的民事纠纷解决于基层组织中，不仅程序简便，而且成本低，效率高，社会效果也远比到公堂衙门裁决为好。从理念上说，当全社会对法的理念，也就是古人所言的礼治有了广泛的认同时，法律的条文就比较容易得到遵守。在中国古代社会中，大多数人----只要他们不触犯“王法”----就可以生活在“礼教”的温情之中。套用西方学者的一句话“法(主要指民法)是古罗马人天才的发现”，我们也可以自豪地说“礼，是中国古人智慧的结晶”，礼的发达才是中国古代法真正的特点之所在

。 100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)