

《中西法律传统》

Legal Traditions of the West and China

2022 年第 1 期 (总第 20 卷)

犯罪与宇宙秩序*

徐道邻 著 黄飞翔 译

摘要 | 中国人关于罪与罚的观念一直以来被西方学界误读，有些学者认为中国的犯罪主要是由于宇宙秩序受到侵犯。一方面，通过对《月令》因季行刑理论、汉代儒家的现象学以及宋代以后以道教为主线的民间通俗信仰进行铺陈，可以纠正以上误读，即扰乱自然和谐与宇宙秩序者并非犯罪本身，而是不义的刑罚，以此强调中国古典法律观念有形而上学的宇宙观和宗教基础。另一方面，在中国人的传统观念里，中国法律的特点是要求刑罚应与所犯罪行完全相符，而非简单的“复仇”“以命抵命”思想。

关键词 | 犯罪；宇宙秩序；现象论；刑罚；以命抵命

作者简介 | 徐道邻（1906—1973），江苏萧县人，生于日本东京。名审交，字道邻。曾留学德国，获法学博士学位。回国后在国民政府国防设计委员会就职。1938 年任驻意大利使馆代办。后任国民党政府国防最高委员会参事、行政院政务处长等职务，1949 年赴台，在台湾大学、东海大学等校执教。后赴海外美国华盛顿大学哥伦比亚大学等高校讲学。一生著述颇丰，包括《唐律通论》《中国法制史论略》等书。黄飞翔，清华大学法学院博士研究生，研究方向：法律史学。

Copyright © 2022 by author (s) and SciScan Publishing Limited

This article is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/).

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



近年来，西方对中国传统法律的一个误解似乎愈发流行，即中国人认为犯罪主要是由于宇宙秩序受到侵犯。这一理论的最新表述是由德克·布迪（Derk Bodde）提出的，他在《中华帝国的法律》（*Law in Imperial China*, 1967 年）一书中写道：

……中国人历来（虽然可能是无意识地）将法

律看作是对于由于个人行为违反道德规范或宗教仪式，以及由于暴力行为而引起社会秩序紊乱的补救手段。……中国人还进一步认为，对社会秩序的破坏，也就是对宇宙秩序的破坏。因为在他们看来，人类生活的社会环境与自然环境是一个不可分割的统一体。^[1]

在古代中国人看来，在人类与自然界之间，存

* 本文原载于《哈佛亚洲研究学报》1970 年第 30 卷，第 111—125 页。

[1] [美] D·布迪：《中华帝国的法律》，哈佛大学出版社 1967 年版，第 43 页。译者注：中译本参见 D·布迪、C·莫里斯著、梁治平校：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社 1995 年版，第 31 页。

在着和谐的秩序。人类的任何犯罪行为——尤其是杀人行为——都是对宇宙间和谐秩序的破坏。而要恢复宇宙的和谐秩序，只能通过对等性偿还的方式，能达到——以命偿命，以眼还眼。与这个基本的要求相比较，具体的实行方式是次要的。^[1]

此前，西比尔·范·德·斯普林克尔（Sybille van der Sprenkel）曾在《清代法律制度》（*Legal Institutions of Manchu China*, 1962年）中写道：

……法律的终极来源追溯到中国社会各个阶层都具有的——至少是从未遇到过公开挑战的——信念，即相信人人都负有一项压倒一切的义务：维护宇宙的和谐，并且相信，倘若自然秩序被打破，人人都会受到恶报。正是这一信念，这一恐惧，使皇帝、官员和百姓从理论上认识到有必要实施礼教、行政法规和习惯法。^[2]

在她之前，李约瑟（Joseph Needham）在《科学与文明》第二卷（*Science and Civilisation*, Vol. II 1956年，1965年重印）讲道：

因此，如果说在古代中国，一切犯罪和争端首先并不被看作是违反了纯粹人间的、尽管是皇家制定的法典，而毋宁说被看作是对把人类与周围的自然在各个方面都联系在一起的那个因果线索的复杂网络的不详干扰，那末，也许就正是这种微妙之处，才使得成文法显得那样地不能令人满意。^[3]

在这里，李约瑟或许受到了M·J·梅杰（M. J. Meijer）的影响，后者在《近代中国刑法导论》（*The Introduction of Modern Criminal Law in China*, 1950年）一书中写道：

中国哲学起源于这样一种观念，即天地万物由一个原则支配，即自然秩序的创造原则——“道”。在

人类社会，任何违反这一秩序的行为都会破坏天地和谐，并可能招致水旱、内乱等灾难。为了维护秩序（作者注：原文如此），上天挑选了品行卓著的人——“德”，并赋予他们统治其同胞的使命——“命”。^[4]

以下是对M·H·范·德·瓦尔克（M. H. van der Valk）的论文的阐述，参见《北京大理院的解释例：1915—1916年》（*Interpretations of the Supreme Court at Peking: Years 1915 and 1916*, 1949年）：

从本质上而言，作为刑事法律，其主要不是认可其他方面的法律规则：目的在于惩罚违反事物自然秩序的行为。犯罪首先被认为是对宇宙和谐的干扰而必须予以制止。因此，惩戒犯罪比辨别为非作歹之徒更为重要。^[5]

但到这里，便无迹可寻了。范·德·瓦尔克（Van der Valk）没有提供进一步参考。也许他遇到了类似于宋君荣（Gaubil）神父^[6]对1770年“洪范”（根本大法，《书经》的一个章节）的解读：“在这里，人们（尤其是国王与贵族）的日常活动，与行为等级是相互对应的。”这一点被理雅各（James Legge）1865年《书经》译本所引用。^[7]

无论范·德·瓦尔克（van der Valk）所获取的资料来自何处，但可以肯定的是，这不是来自中国。尽管进行了广泛的研究，但作者仍未能在中国文学的任何分支或任何类型的口头传说中找到任何此类表达。以上所引用的五位作者中没有一位提供任何中文参考。然而，一些中国理念，如果不经意地混淆或扭曲，可能会产生类似上述观念之理解。这些是根据《月令》的因季行刑学说，汉代儒家的现象学，以及晚宋时期道教关于犯罪与刑罚的通俗信仰。

[1] [美] D·布迪：《中华帝国的法律》，哈佛大学出版社1967年版，第43页。译者注：中译本参见D·布迪、C·莫里斯著、梁治平校：《中华帝国的法律》，朱勇译，江苏人民出版社1995年版，第331页。（译者注：中译本第280页。）

[2] [英] 西比尔·范·德·斯普林克尔：《清代法律制度》，阿斯隆出版社1962年版，第127页。译者注：中译本参见[英] S·斯普林克尔著：《清代法制导论：从社会学角度加以分析》，张守东译，中国政法大学出版社2000年版，第161页。

[3] [英] 李约瑟：《科学与文明 第二卷》，剑桥大学出版社1956年版，第528页。译者注：中译本参见[英] 李约瑟：《李约瑟中国科学技术史（第二卷：科学思想史）》，何兆武等译，科学出版社2018年版，第529页。

[4] Marinus Johan Meijer, *The Introduction of Modern Criminal law in China* (Batavia: De Unie, 1950), p. 2.

[5] [荷] 范·德·瓦尔克：《北京大理院解释例（1915—1916年）：全文、注释及导言》，印度尼西亚大学文学院汉学研究所1949年版，第20—21页。（译者注：原文中作者此参考文献标注有误，此系修正。）

[6] 译者注：宋君荣（Antoine Gaubil, 1689—1759），是18世纪来华的法国耶稣会传教士，精于汉学，对中国文化颇有研究，翻译并注释了《书经》等中国古代经典书籍。

[7] [英] 理雅各：《中国经典》第三卷，第342页。

一般认为,《月令》(每一月的仪式)^[1]可以追溯到公元前三世纪,而能田忠亮(Nōda)认为《月令》大约成书于公元前620年。^[1]其因收录于《礼记》从而获得经典地位,并于公元739年得到了唐玄宗的正式评注。^[2]它与《吕氏春秋》的前十二篇几乎完全相同,略加删节的版本构成了《淮南子》中的《时则训》一章。这是一种皇家历书,记录了天子在每个月所应举行的仪式以及各种活动的禁令,书中还指出了任何违反这套特定的仪式将带来的确切灾祸。除此之外,还指出:

“孟秋之月……命有司,修法制,缮囹圄,具桎梏。……仲秋之月……乃命有司,申严百刑,斩杀必当,毋或枉桡,枉桡不当,反受其殃。……季秋之月……乃趣狱刑,毋留有罪。”

无论这些指令是否在公元前六世纪就已为人所知,《左传》中都没有遵从甚或提及到上述有关记录。

公元85年,根据陈宠传记的记述,正是萧何在公元前260年为汉朝编纂法律时,制定了只能在秋季最后一个月宣判死刑的规则。^[3]同年8月31日,汉章帝颁布一项法令,规定禁止在冬季的最后两个月对(死刑)罪犯进行判决。在这项法令中,他明确提到了《月令》作为此程序的理由。^[4]从此之后,这成为一种普遍惯例。在公元653年的唐律中,保存了一份关于执行死刑禁忌月份和日期的完整清单。^[5]著名散文家柳宗元(公元773—819年)对《月令》持坚决反对态度,^[6]然而他的论辩几乎没有实际意义。

与这一实际措施相一致的是,人们相信过度杀戮会导致自然灾害。公元前140年,董仲舒(公元前179—104年)^[7]在上表汉武帝时指出:

“刑罚不中,则生邪气;邪气积于下,怨恶畜于上。上下不和,则阴阳缪盪而妖孽生矣。此灾异所缘而起也。”^[8]

公元约90年,班固在《刑法志》中以同样的口吻解释:

“今郡、国被刑而死者岁以万数,天下狱二千余所,其冤死者多少相覆,狱不减一人,此和气所以未洽者也。……吏不专杀,法无二门,轻重当罪,民命得全,合刑罚之中,殷天人之和,顺稽古之制,成时雍之化。”^[9]

对无辜者的处决会招致旱灾,这一点由东海孝妇案所证实。公元前50年左右,一名虔诚的年轻妇女因涉嫌谋杀其婆婆而被愚蠢的地方官处决。随后,一场严重的旱灾持续了三年之久。于公(著名法官于定国之父)证明了这位年轻女子的清白,当于公在其墓前献祭时,一场大雨倾盆而下,人民喜获丰收。^[10]

大约公元1200年后,这则故事至少以戏剧形式不断重复着。元代著名戏曲家关汉卿(公元1220—1307年)在《窦娥冤》^[11]中塑造了一位年轻贤淑的窦娥,为了让她的婆婆免受地方官的审讯鞭打,她供认了自己并未犯下的谋杀罪。在她被处决时,仲夏时节天降大雪,随后是大旱三年。当她的父亲——一位娴熟的法官——证实了其清白并处决了真正的罪犯,此时天立大雨,岁丰熟。

由于这出戏剧的不同版本在中国各地荧幕已经上演了六百多年,有一种信念确实已经“被社会各阶层所认同”,即一个有德行的人不应有之死会导致旷日持久的旱灾。因此,与其像我们五位西方作家所说的那样——“扰乱自然之和谐”的是犯罪本身,毋宁说

[1] [英]李约瑟:《科学与文明 第三卷》,第195页。

[2] 参见刊刻于公元837年的“石经”。

[3] 《后汉书·陈宠传》。

[4] 《后汉书·章帝纪》。

[5] 《唐律疏议》第四卷,台湾商务印书馆1956版,第88页;另参见[美]布迪、莫里斯,《中华帝国的法律》,江苏人民出版社2004年版,第47页。

[6] [唐]柳宗元:《河东先生集》第二卷,台湾商务印书馆1956版,第42页。

[7] 关于董仲舒在中国思想史上重要性的精彩讨论,参见陈荣捷:《中国哲学文献选编》,普林斯顿大学出版社1963年版,第271页。

[8] 《汉书·董仲舒传》。

[9] 《汉书·刑法志》。

[10] 《汉书·于定国传》。

[11] 对于该剧,杨宪益、戴乃迭的译本较为平庸,载氏著:《关汉卿杂剧选》,北京外文出版社1957年版。柳无忌在《中国文学概论》一书也讲述了这个故事,载氏著:《中国文学概论》,印第安纳大学出版社1966年版,第178页。

是不义的刑罚。把人手割伤的并非草坪,而是割草机。

比起《月令》的简易规则,所谓的现象论学说范围则更广泛、更复杂,即把自然灾害归因于治国无方(“凡災異之本,盡生於國家之失”:《春秋繁露》第30章)。现象学是上古至春秋时期所盛行的,在对泛灵论强烈信仰的驱使下,由董仲舒在其《春秋繁露》中阐述而成的一座令人印象深刻的理论大厦。该理论由刘向(公元前79—前8年)和刘歆(公元前53年—公元23年)进一步发展,最后在班固所著《汉书》(公元约90年)“五行志”中达到顶峰。正是在这篇论著中,详列了皇帝的21种不当行为,而这些行为会导致自然灾害(例如,田猎驰骋、不供奉寺庙会导致洪灾),并把过去七百年的历史事件和自然现象作为自然与人之间因果关系的连续记录。(有时,不同权威人士会给出不同的解释。)我们看到,只有天子犯错时,自然界才会做出反应。并非所有违背人类社会秩序的行为都会导致自然灾害(梅杰语)。除此之外,“洪范”(“五行志”的正典)明确规定:“王省惟岁,卿士惟月,师尹惟日。”^[1]民众在这里没有任何作用。因此,维护宇宙的和谐并不被视为每个人的职责。(范·德·斯普林克尔:“君、臣、民”章节)

尽管王充(公元27—100年)^[2]等一些开明学者提出了尖锐的批评,但是,在“五行志”影响下,现象论一直是唐代以前王朝史上的官方教义。后来,北宋著名学者、历史学家欧阳修(公元1007—1072年)首次对这一存在已久的传统理论提出挑战。

欧阳修这样论证道:首先,把自然现象作为对统治者不当行为的回应,没有设定时间或空间上的限制,因此各权威人士提出的自然现象与政治事件之间的关联性并不令人信服;其次,所涉及的理论

不可能是完美的理论,这是因为即便在父子(刘向和刘歆)之间也无法意见一致;再者,不可理解的是,作为囊括现象论主要内容的“洪范”,为什么其“传”(注释)只考虑了“九畴”中的四畴,而完全忽略了其余部分;最后一点,孔子在编撰《春秋》时,并没有试图将记载的自然现象与统治者的行为联系起来。综上,欧阳修得出的结论是,传统模式的“五行志”不但不尽如人意,而且实际上存在弊端,由于学说缺乏可靠性,会使皇帝和官员都失去对天的敬畏。^[3]因此,在《新唐书》里,他遵循了孔子的做法,只记录自然现象,而不将其与政治事件相关联。这种对传统的突破成为了一种模式,这在随后的历代中国官方史学里相沿成习。^[4]到1060年,以“五行志”为传统的现象论已经消亡。

最值得注意的是,在宋代,当宇宙论对中国史学失去影响之时,其主导地位却以更为积极的活力转移到中国哲学领域,并为新儒家的正统思想奠定了基础。汉代哲学家曾认为,“天、地、人,在其本性和运行方式中,构成了不可分割的三位一体。”^[5]另一方面,新儒家主要代表朱熹(公元1130—1200年)则教导说

天地之间,有理有气,理也者,形而上之道也,生物之本也。气也者,形而下之器也,生物之具也。是以人、物之生,必禀此理,然后有性;必禀此气,然后有形。^[6]

换句话说:“宇宙万物都来自同一个‘气’”(张载语)。^[7]“理”是“存在于一切事物之中,无形的、永恒不变的原则,赋予其存在方式并构成事物的本质”^[8]当李约瑟谈到“人类通过复杂的因果关系脉络,与周围的自然界紧密相连”,抑或“宇宙间贯串着一个关系网,网结就是各种各样的事物”^[9],这种想法或许就反映在他的脑海深处。

[1] [英] 理雅各:《中国经典》第三卷,第341页。

[2] 王充在《论衡》一书中反驳现象论部分的译文,参见陈荣捷:《中国哲学文献选编》,普林斯顿大学出版社1963年版,第303页。

[3] 关于这一论证,参见《新唐书·五行志》,引言部分。

[4] 在25个朝代的历史中,有8个没有关于“五行志”的记述。正因如此,李约瑟在“五行”章节(《科学与文明 第二卷》,第247页)中认为,现象主义的理论在以后历代史书的“五行志”中继续下去的说法是错误的。

[5] [美] 狄培理:《中国传统资料选编》,哥伦比亚大学出版社1960年初版、1965年再版,第222页。

[6] 冯友兰:《中国哲学简史》,麦克米伦出版社1948年初版、1966年再版,第299页。(译者注:中译本参见冯友兰:《中国哲学简史》,赵复三译,中华书局2015年版,第359页。)

[7] 同上注,第279页。(译者注:中译本参见冯友兰:《中国哲学简史》,赵复三译,中华书局2015年版,第337页。)

[8] [美] 狄培理:《中国传统资料选编》,哥伦比亚大学出版社1960年初版、1965年再版,第479页。

[9] [英] 李约瑟:《科学与文明 第二卷》,剑桥大学出版社1956年版,第556页。(译者注:中译本参见[英] 李约瑟:《李约瑟中国科学技术史(第二卷:科学思想史)》,何兆武等译,科学出版社2018年版,第591页。)

更难辨认的是梅杰(M. Meijer)所称“道,乃主宰天地的创造性原则。”这是《易经》“一阴一阳之谓道”中的“道”吗?^[1]但是,这里的“道”仅指“存在”,并非“支配”。或者其他表述:“天地之大德曰生。”^[1]那么,这是“德”(美德),而非“道”(行为方式);是居于天地之间,而非凌驾于天地之上。这当然不是孔子所言“人能弘道,非道弘人”^[2]中的“道”。更不可能是老子眼中的“道”,因为那是“不可道”。^[3]

说到底,何谓中国人关于犯罪与刑罚的共同信仰?^[4]我们至少可以说,从通俗故事、小说、戏剧和谚语来看,这既不是汉代的现象学,也不反映新儒家的宇宙观,而是一种至少从11世纪起,完全由宋末道教的教义所塑造的信仰。

在道教的通俗教义中,最突出的是李长龄(西元1008年)^[5]所传播的《太上感应篇》,用译本原文表示,“如果书籍的受欢迎程度必须以其出版数量或者读者虔诚度来衡量的话……(译者注:这本书)可能会在全球所有出版物之中位居榜首。”^[6]根据这篇论述,人的行动和思想,无论好坏与否,均受外界和内心的精神监视:

又有三台北斗神君,在人头上,录人罪恶,夺其纪算。

又有三尸神,在人身中,每到庚申日,辄上诣天曹,言人罪过。^[7]月晦之日,灶神亦然。^[8]

夫心起于善,善虽未为,而吉神已随之。或心起于恶,恶虽未为,而凶神已随之。^[9]

《太上感应篇》有两个御用版本(宋理宗[1225—1264年]^[10]和清顺治帝[1656年序]^[11]奉命修订),著名学者惠栋(1697—1758)和俞樾(1821—1907)^[11]分别撰写了注释。与之不同的是,《玉历》是一本简单的小册子,供未受过教育的人阅读。1098年,这本书首次出版,其宣称是由酆都大帝于982年4月8日编撰,并在1030年10月18日透露给淡痴道人传播于世。^[12]

根据这本小册子描述,在冥界有十个不同的宫殿,每个宫殿都对一系列特定的罪行负有管辖权。每个人死后都必须依次经历这十个宫殿,以接受对他在阳世所犯的每一项罪行或罪恶的惩罚。自杀者押解到第一殿;昧著良心的媒人,庸医等押解到第二殿;煽动诉讼者,越狱者等押解到第三殿;漏税不缴者,耍赖不给租金者,窃取街道上铺路的砖或石块的人等押解到第四殿;盗掘坟墓者,放火蔓延、焚毁山林者等押解到第五殿;囤积米粮以获取暴利者,不戒食牛、狗肉者等押解到第六殿;教导学生不严格者,装醉违背、悖逆尊长者等押解到第七殿;不知孝道者押解到第八殿;违反当今圣上颁布的法规或条例,制作色情书籍或图画等押解到第九殿;已故的儒生或僧人道士,通过念诵《易经》、经咒,以致上述宫殿不能用刑,被转解到第十殿听凭发落。

除第一殿和第十殿外,其他八个宫殿各掌管一个大地狱和十六个小地狱,每个地狱都有一种特殊形式的酷刑。饥饿、寒冰等属于第二层地狱;挖眼、拔手脚甲等属于第三层地狱;沸汤浇手等属于第四层地狱;

[1] 《易经·系辞上》。

[2] 《论语·卫灵公》。

[3] 《老子》。

[4] [美]克利福德·普罗普尔所著《中国宗教谚语》是一份有价值的参考资料。载氏著:《中国宗教谚语》,广协书局1935年版。

[5] [日]小柳司气太:《道教概论》,陈彬龢译,商务印书馆1926年版,第110—111页。(译者注:原文中作者页码标注错误,此系修正。)

[6] [日]铃木大拙、[美]保罗·卡鲁斯:《太上感应篇》,La Salle, III., Open Court Pub. Co., 第3页。

[7] 在每一个庚申日(中国干支纪日的第57天)保持清醒的习俗甚至传到了日本。参见傅勤家:《中国道教史》,台湾商务印书馆1966年版,第195页;[日]窪德忠:《庚申信仰の研究》,东京大学东洋文化研究所1961年版。

[8] [日]铃木大拙、[美]保罗·卡鲁斯:《太上感应篇》,La Salle, III., Open Court Pub. Co., 第51—52页。

[9] 同上注,第65页。

[10] [日]诸桥辙次:《大汉和辞典》,大修馆书店1984年版,第2808页。

[11] [日]小柳司气太:《道教概论》,陈彬龢译,商务印书馆1926年版。

[12]《玉历》的很大一部分内容为普罗普尔所引用,参见[美]克利福德·普罗普尔:《中国宗教谚语》,广协书局1935年版,第324—354页。另见[德]艾伯华:《传统中国的罪与罚》,加利福尼亚大学出版社1967年版,第24—59页。

开膛破肚，钩出心脏属于第五层地狱；钳嘴含针、尿泥浸身等属于第六层地狱；拔舌穿腮、油釜滚烹等属于第七层地狱；开膛、碎刚等属于第八层地狱；沸汤淋身、黄蜂、蝎钩等属于第九层地狱；受害者在遭受每一种酷刑的痛苦后，立即完全康复，并准备好接受下一种酷刑的新痛苦。任何人但凡遵信《玉历》之所述，认识到自己的罪过，忏悔改过，誓愿不再犯罪，并承诺传钞、印行《玉历》，这都可以避免各种折磨。

如果说通过捐助的方式传播《太上感应篇》会被看作是积德行善，^[1]那么，此同样适用于《玉历》。同时后者比《太上感应篇》所覆盖的人数更多，这是因为它通常以插图版本发行。（而且 136 种地狱残忍酷刑必定会吸引了插图艺术家！）作为一本恐怖的漫画书，是每个孩子收藏的最爱。

比《玉历》中的任何插图更令人印象深刻的是东狱庙或者省会、县城城隍庙中的“酷刑地狱”。其中包括木制或泥制的魔鬼和恶魔的形象，通常有半人高，通过活动的身体部位挥舞着逼真的刑具，以及被砍掉手脚肢体或在油锅中颤抖的血腥受害者的形象。（四川丰都因其令人印象深刻的阴曹地狱而闻名。）由于这些庙会定期接受地方官员的祭拜，这就构成了一种合法化迷信。

如果说，在中国有什么关于犯罪和刑罚的信仰“为社会各阶层所共有”，那就是任何犯罪或罪恶都无法逃脱头顶和体内神灵的监视，在生活中犯下的每一项罪行最终都会在阴间遭受折磨，或者说帝国法典在另一个世界也具有效力，但“有一种至高无上的义务来维护宇宙的和谐”（范·德·斯普林克尔语）这一看法并不是上述信仰之一。（有一种流行的观点认为，栩栩如生的尸体（中国版的吸血鬼）会招致干旱，^[2]

可是范·德·斯普林克尔夫人肯定没有想到这些。）

梅杰认为，上天赋予有德行的统治者权力，以维护自然秩序的和谐，这种说法令人遐想，但未必正确。“天命”一词在周代早期就已开始使用，在随后的几个世纪中获得了各种不同的含义。（陈荣捷列举了五种关于天命的理论。）^[3]但在政治用语中，该词通常以《书经》^[4]《诗经》^[5]和《孟子》^[6]中的方式使用。在所有这些经典中，“天命”主要用于统治家族，而不是个人，正如狄培理（de Bary）精心构筑的定义：“‘天命’是神圣的选举，一个崭新王朝通过这种方式被赋予建立其统治秩序的权力。”【斜体为引者所加——原文如此】^[7]

更不用说这个词在自然秩序的和谐之中的运用了。阴阳的概念还没有发展为有一套实用理论。应当记住的是，周朝内史叔兴在公元前 644 年指出：“是阴阳之事，非吉凶所生也。吉凶由人。”^[8]但是，当人在自然秩序中的能动作用之理念最终在汉朝统治下获得主导地位时，天命论经历了彻底的修正。现在，接受天命的不是有德之人的家族，代之以受五行之一权力庇护的家族。（汉家王朝为顺应各种宇宙学理论和不同现象学流派的历史解释，四次改变了他们的守护神的身份：地、水、土、火。^[9]）正如陆弘在公元前 79 年所声称的那样，“虽有继体守文之君，不害圣人之受命。”^[10]由此可知，梅杰先生的主张与其热衷的汉代现象学的教义相悖。

有些奇怪的是，即使在现象学的主导下，关于皇帝“维护自然和谐”职能的明确表述也极为罕见，^[11]但隐含的陈述却比较常见。公元前 189 年至前 178 年宰相陈平评论道：“宰相者，上佐天子理阴阳，顺四时，下遂万物之宜，”^[12]大约一百年后，另

[1] [日] 铃木大拙、[美] 保罗·卡鲁斯：《太上感应篇》，La Salle, III., Open Court Pub. Co., 第 3 页。

[2] [荷] 迪格鲁特：《中国宗教制度》，台湾商务印书馆 1892 年版，第 761 页。

[3] 陈荣捷：《中国哲学文献选编》，普林斯顿大学出版社 1963 年版，第 78 页。

[4] 《书经·康诰》《书经·召诰》。

[5] 《颂》。

[6] 《孟子》。

[7] [美] 狄培理：《中国传统资料选编》，哥伦比亚大学出版社 1960 年初版、1965 年再版，第 174 页。

[8] 《左传·僖公·僖公十六年》，理雅各：《中国经典》，第四卷，第 171 页。

[9] 《汉书·郊祀志》，特别是最后一段。狄培理做了一个简化版本，参见 [美] 狄培理：《中国传统资料选编》，哥伦比亚大学出版社 1960 年初版、1965 年再版，第 200 页。

[10] 《汉书·陆两夏侯京翼李传》。

[11] [东汉] 王符：《潜夫论·本政》，台湾商务印书馆 1963 年版，第 1927 页。

[12] 《汉书·张陈王周传》。

一位宰相丙吉(公元前59年—前55年),对都城街头的暴力骚乱漠不关心,然而在早春时节看到一头喘息的公牛时,他却感到非常不安,因为正如他所解释的,“三公典调和阴阳,职当忧,是以问之。”^[1]从那时起,“调理阴阳”就成了“宰相”的同义词。把该词同“皇帝”联系起来将会是一个致命错误。

一些西方学者漠视宋代以后的迷信,认为汉代现象学是中国人关于犯罪和刑罚的共同信仰,这种看法这并无大碍。但是,当他们中的一些人认为,在中国人的思维中,“惩戒犯罪比辨别为非作歹之徒更为重要”(范·德·瓦尔克语),抑或“对宇宙间和谐秩序的破坏(犯罪)只有通过平等性偿还的方式,才能恢复宇宙的和谐秩序。与这个基本的要求相比较,具体的实行方式是次要的。”(布迪语)

显然,这种与法律思维完全相反的观念,会阻碍任何一种法律体系的发展和成熟。但是,中国人“在漫长的历史过程中创造了一个复杂、详备的法律体系。”^[2]此外,诚如一位现代美国法学家所看到的那样,中国法律的特点是要求刑罚应与所犯之罪行完全相符。《中华帝国的法律》一书的合著者莫里斯教授说道:

在中国人为他们的刑事法律所做的循环定义里面,重要性排在首位的词是关于刑罚的(“刑”),而不是指制定法的(“法”或“律”)。……《吕刑》……所论述的重点放在如何对已被确定为犯罪的行为给以相适应的刑罚。……据《吕刑》载,古代帝王说……强调在确定与各项犯罪相适应的刑罚时,要“惟诚惟慎”。两千年后我们发现,中国人仍然很重视“罚当其罪”问题。^[3]

对中华帝国刑事制度发生长期、稳定影响的原则,首推刑罚应与犯罪相适应原则。^[4]

布迪教授本人也对刑部“对正确性与适当性的关注”印象深刻。他正确地注意到刑部是如何“对于‘杀死儿子然后将罪责赖到另一个人身上’和‘杀死儿子意图将罪责推卸到另一个人身上’这两种情况作了很有趣的区分。”或者,“司法机关的处理更为细致……以确定该案被告的行为是斗殴杀人还是擅杀——虽然事实上这两种罪的处刑都一样。”再或者,“刑部否决了各原审机关提出的判决意见而以另外的法律条文为根据做了改判,虽然处刑并没有改变。”或者,“被告在该案提交到北京之前均已死亡,但刑部仍然煞费苦心地对各原审判决作了正常处理……”^[5]如此严苛的法律有可能坚持“惩罚”比“惩罚谁”更重要的观点吗?

如何解释这种误读呢?也许正是“复仇”“以命抵命”思想——不是谁犯罪谁承担责任,而是简

单的报复主义(布迪),对这些作者在理解中国刑罚概念上产生了困惑。

至少从汉代开始,杀人偿命——这几乎是每个人类社会的规则——就成为中国法律的一项原则。但是,把“复仇”作为衡量刑罚指导原则的观念则要晚得多,或许在18世纪50年代之前就已经盛行。在那时,械斗案件通常都是这样认定,多人参与围殴一人,但没有一个人可以被认定为实施致命打击的人。如果被抓获的嫌疑人中有一人死于监狱,那么“复仇”原则就起到了作用,这导致其他嫌疑人不会受到“立决”的判决,而只是死刑“监候”,一般在几年后被减为流刑或无期徒刑。这是一项在不伤害幸免于难者感情的情况下限制死刑的原则。但这并不是中国刑法的一般原则。嘉靖皇帝是一位谙熟法律的专家,他在1802年9月21日的一份诏书中写道:

“与乾隆十八年‘一命必有一抵’钦奉上谕不符。殊不知一命一抵,原指聚众械斗等案而言。至寻常斗杀,各毙各命,自当酌情理之平,分别实缓。若拘泥‘一命必有一抵’之语,则是秋谳囚徒,凡杀伤毙命之案,将尽行问拟情实,可不必有缓决一项。有是理乎?”^[6]

半年前,也就是1802年2月,他拒绝了一名御史所提出的让刑部公布其关于秋审处理案件的规则的请求。他在诏书中指出:

“试思各省每年所办之案,纷纭万变。有同一罪名、而其中情节微有区别。即实缓判然不同,岂能概将成式颁行,俾无出入。况刑部核办秋审,堂议司议,始俱各就所见,详加商酌定议。原祇就案折衷,视其情节轻重。又焉有拘定章程、毫无变通之理?”^[7]

这份诏书最有力地阐释了罪刑相适应的原则,根据这一原则,“以命抵命”这样笼统的规则很难被接受。

[1]《汉书·魏相丙吉传》。

[2][美]布迪、莫里斯:《中华帝国的法律》,第5页。

[3]同上注,第495-496页。

[4]同上注,第541页。这就是John C. H. Wu所描述的“依据具象化个体而非抽象的犯罪性质确定刑罚,是古典中国一大传统。”参见John C. H. Wu:《个体在新旧中国政治与法律传统中的地位》,载[美]查尔斯·摩尔主编:《中国人的思想:中国哲学与文化的精髓》,夏威夷大学出版社1967年版,第355页。

[5][美]布迪、莫里斯:《中华帝国的法律》,第180页。

[6]《清仁宗实录》,台湾商务印书馆1964年重印,第1429页。

[7]同上注,第1292页。