

法律儒家化未曾发生？

——以家庭法制为中心

赖 骏 楠 景 风 华

摘 要 中国法律儒家化是真实发生的历史过程，该过程在家庭法制变迁中得到集中体现。先秦儒家与法家思想均蕴含父权制因素，但两派所设想的父权制精神和构造迥然有别。儒家偏好世代同居的大型联合家庭，父权在寓“尊尊”于“亲亲”的丧服制中得以弥散化。作为其他一切秩序的基础，家族具有独立价值并优先于国家权力。法家青睐父权制小家庭，父权从属于协助君主管理家庭成员、培养臣民服从性的国家理性要求，小家庭则便利政府的社会控制和赋役征发。家庭作为一种不承载伦理的管理单位，无法抵御国家权力的侵入。秦法多体现法家色彩。从汉至唐，法律明显经历儒家化改造。这种变化集中发生在与家族伦理相关的制度领域，且该领域的儒家色彩直到清代仍得到深化。受法律儒家化传统叙事重视的官贵法律特权，只是在魏晋南北朝这一皇权弱势时代得到彰显，在皇权恢复常态的后世则受严格限制。在宋以来的民事法中，父权制大家族法制逐渐向私有产权实践妥协。在重大历史变迁中，观念和意识形态的作用应受到严肃对待。

关键词 儒家 法家 父权制 法律

DOI:10.19862/j.cnki.xsyk.000572

作者赖骏楠，复旦大学法学院副教授（上海 200433）；景风华，四川大学法学院副教授（四川成都 610065）。

中图分类号 DF0

文献标识码 A

文章编号 0439-8041(2023)02-0092-16

一、引言

“中国法律儒家化”命题，系在民国时期由陶希圣、陈寅恪初步提出，并由瞿同祖系统阐释。^①该命题认为，秦汉律典“纯本于法家精神”，以“同一性行为规范”为治国之具；自汉朝起，儒生屡以律学章句、经义折狱等手段，将儒家强调差异性的礼义引入法律实践中；从曹魏到隋唐，引礼入律逐步完成，儒家化的律典成为法律的正统。^②该命题为中国法律史学所接受，为该学科长期通说之一。^③

上世纪末以来，法律儒家化命题受到部分学者质疑，并引发相应争论。有学者从儒学的变异^④、法家

① 参见陶希圣：《中国法制的两个系统——十月廿五日在天津河北省立法商学院讲》，《现代评论》第1卷第5期（1935年11月）。陈寅恪：《隋唐制度渊源略论稿·唐代政治史论述稿》，北京：生活·读书·新知三联书店，2001年，第111—112页；瞿同祖：《中国法律之儒家化》，《瞿同祖论中国法律》，北京：商务印书馆，2014年，第22—44页。

② 参见瞿同祖：《瞿同祖论中国法律》，2014年。

③ 参见刘俊文：《唐律与礼的关系试析》，《北京大学学报（哲学社会科学版）》1983年第5期；祝总斌：《略论晋律之“儒家化”》，《材不材斋文集：祝总斌学术研究论文集》上编，西安：三秦出版社，2006年，第375—404页；黄静嘉：《中国法制史论述丛稿》，北京：清华大学出版社，2006年，第3—75页。

④ 参见郝铁川：《中华法系研究》，上海：复旦大学出版社，1997年，第41—48、51—54页；苏亦工：《唐律“一准乎礼”辨正》，《政法论坛》2006年第3期；屈永华：《准五服以制罪是对儒家礼教精神的背离》，《法学研究》2012年第5期；李若晖：《汉代丧服决狱对传统礼俗的破坏与“法律儒家化”之重估》，《北京师范大学学报（社会科学版）》2018年第3期。

对帝制中国法的影响^①、社会和政治等现实因素对法制变革的推动^②，以及晚近出土文献与儒家化叙事的所谓冲突^③等角度，对瞿同祖命题提出质疑。支持该命题的一方，则从儒学的延续性^④、儒法两家对后世法律的不同影响方式和程度^⑤、出土文献中所见秦法与后世法制的根本差别^⑥等角度，对质疑一方予以反驳。

我们认为法律儒家化是真实存在的历史过程。在稍作修正后，瞿同祖命题也保持着对这段历史的充分解释力。本文将对法律儒家化自身的逻辑、过程和长期影响，予以系统性的展开。我们相信，在对法律儒家化本身予以清晰、完整地阐释后，学界对瞿同祖命题的质疑自然能得到有效回应。本文阐述的中心是家庭法制变迁所呈现的儒家化过程。因为我们认为这既是汉到唐的法律儒家化重心之一，又是对宋以后法律与社会产生持续、根本影响的一个因素，亦即它是横亘中古与近世的、最具生命力的儒家法制。相比之下，在法律儒家化叙述中长期占主导地位的官贵法律特权，其影响深度和持续性明显不如儒家家族法制。

二、父权制的普遍性与差异性

在瞿同祖的叙述中，法律儒家化体现为家族主义伦理和等级观念不断渗入法律的过程。^⑦家族主义通常被理解为家族内长幼尊卑有序的亲属等级制。反对法律儒家化命题的学者，也就借由出土文献所见秦汉法律已呈现出家内等级制这一事实，来说明家族主义早已进入法律之中，并非汉以后法律儒家化的结果。要回应此质疑，则须对人类文明史上的家庭观念与实践做更全面的阐释。

（一）人类文明史上的普遍父权制

19世纪英国法律人类学家梅因（Henry S. Maine）通过对古希腊罗马史的观察指出，父权制是人类步入文明状态后最早的家庭形态，而且任一文明的早期社会，都是按父权的模型组织起来的。在父权制下，最年长的父系尊亲属是家庭的绝对统治者。他握有生杀之权，可以像对待奴隶一样对待子女和其他家庭成员。父权制家庭联合起来就形成氏族、部落、城邦等更大的社会组织。这些组织的首领对下属拥有的绝对权力，正是父权的延伸和模拟，政治秩序因此诞生。^⑧

尽管学界对人类演化史上是否普遍存在过母系社会这一问题仍有争议，但如下事实却得到广泛承认：世界各地族群在步入拥有文字、私有财产、国家和专业分工的文明社会之际，均实行父权制家庭模式。^⑨对于父权制的形成原因，学界先后从私有财产制、性嫉妒、暴力、男女生理差异及相应分工等角度，提供过解释。^⑩在中国，不论父权制的具体产生原因为何，考古学发现已表明，至迟在距今7000至4000余年

① 参见郝铁川：《中华法系研究》，第25—56页；杨一凡：《重述中国法律史》，《华东政法大学学报》2021年第4期。

② 参见马若斐：《重估由汉至唐的“法律儒家化”》，蔡京玉译，柳立言主编：《中国史新论：法律史分册》，台北：联经出版事业股份有限公司，2008年，第103—140页；韩树峰：《汉魏法律与社会：以简牍、文书为中心的考察》，北京：社会科学文献出版社，2011年；李健胜：《出土简牍所见“亲亲相隐”观念的形成及其权力属性——兼谈法律儒家化问题》，《简帛研究》（2019年春夏卷），桂林：广西师范大学出版社，2019年，第38—48页。

③ 参见孙家洲：《试论战国、秦、汉时期礼法指导思想的演变》，《杭州师院学报（社会科学版）》1986年第1期；郝铁川：《中华法系研究》，第32—35、36—37页；崔永东：《张家山汉简中的法律思想》，《法学研究》2003年第5期；马若斐：《重估由汉至唐的“法律儒家化”》，第110—115页；杨振红：《从出土秦汉律看中国古代的“礼”、“法”观念及其法律体现》，《中国史研究》2010年第4期；韩树峰：《汉魏法律与社会：以简牍、文书为中心的考察》，第256—264页；武树臣：《礼法融合与古代刑法文化的演进——兼论“中国法律儒家化”命题的不足》，杨一凡、陈灵海主编：《重述中国法律史》第一辑，北京：中国政法大学出版社，2020年，第16—126页。

④ 参见范忠信：《中华法系法家化驳议——〈中华法系研究〉之商榷》，《比较法研究》1998年第3期。

⑤ 参见范忠信：《中华法系法家化驳议——〈中华法系研究〉之商榷》，《比较法研究》1998年第3期；俞荣根：《此“法家”非彼“法家”：古籍所称“法家”词义考析》，《法治现代化研究》2022年第3期。

⑥ 参见宋磊：《竹简秦律中“以爵减、免、赎”非儒家“议爵”》，《首都师范大学学报（社会科学版）》2017年第6期；宋磊：《从爵的法律特权变革的角度再释法律儒家化》，《社会科学》2021年第6期；宋大琦：《亲属容隐制度非出秦律说》，《内蒙古大学学报（人文社会科学版）》2005年第6期。

⑦ 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，北京：中华书局，1981年，第1—87、136—249页。

⑧ 参见梅因：《古代法》，沈景一译，北京：商务印书馆，2011年，第81—83页。

⑨ 参见鲁格·肇嘉：《父性》，张敏等译，北京：世界图书出版有限公司北京分公司，2018年，第64页。

⑩ 参见弗雷德里希·恩格斯：《家庭、私有制和国家的起源》，北京：人民出版社，2018年；吴飞：《人伦的“解体”：形质论传统中的家国焦虑》，北京：生活·读书·新知三联书店，2017年，第85—111页；梅里·E.威斯纳-汉克斯：《历史中的性别》，何开松译，北京：东方出版社，2003年，第16—22页。

的红山文化、龙山文化和仰韶文化中,已产生男女合葬、小型房址等带有父权制特色的现象。^①在进入商、周早期国家之后,统治阶级又发展出具有严格内部等级的宗族制、宗法制等父权制家族形态。^②

人类早期法律史也揭示出普遍父权制的存在。遍观几大古文明,法律皆公开维护家长对家属的特权。犹太教法、印度教法、基督教教会法及伊斯兰法,都规定子女有服从父母的义务。在古巴比伦,家长有权惩戒子女,甚至将子女出卖为奴;依照古犹太法,家长的权力几乎毫无限制,包括支配家产、决定子女婚姻乃至将未成年子女出卖;古罗马法中的父权更是其中的典型,家长有权惩戒、体罚家庭成员,可以出卖甚至杀死子女。^③

如此说来,家内不平等关系及父权,并非专属于某一法律文明,亦非被任何法律文明内部某个法律思想流派所垄断。因此,我们对家庭制度的描述便不能只看简单外观,泛泛而谈。只有深入到不同类型父权制在内部构造上的差别,以及这些差别与政治结构和意识形态间的种种关系之中,方能把握普遍父权制背景下不同父权家庭的实质特点。实际上,无论是儒家还是法家,它们都支持父权制家庭及家内不平等关系。但由于儒法两家迥然不同的伦理、意识形态和政治追求,它们所支持的父权制具体构造存在重大差别。

(二)“家”与“国”的暧昧:儒家家族观念^④

在儒家思想中,“家”是本源性的,“国”在根本意义上只是“家”的衍生物。“家”能在很大程度上支撑“国”的存在和运行,但作为一种有机、自然的基础人伦单元,“家”必须得到尽可能全面的呵护,不能被公权力任意改造。

儒家认为,父权制家庭或家族秩序是其他一切秩序的基石,家内伦理是家外的社会、经济和政治运行规范的源泉。《论语》就揭示过伦理展开的顺序:“贤贤易色;事父母能竭其力,事君能致其身,与朋友交,言而有信。”^⑤正所谓“其为人也孝弟,而好犯上者鲜矣。不好犯上,而好作乱者,未之有也。君子务本,本立而道生”^⑥,依托于“家”的伦理原则是政治之本,“移孝作忠”“求忠臣必于孝子之门”,这种推己及人、推家及国的推衍方式,即为儒家在西周的宗法—封建旧同构体系瓦解之际,以家国同构、忠孝一体观念来重建伦理政治的方式。很显然,在这个新的同构体系中,无论是家内伦理世界还是家外政治世界,核心的运行法则——孝和忠——都体现出不对等性:父权制家庭中的儿子被要求服从父母;与此类似,在被拟制成家庭关系的君臣关系中,臣也必须听命于君。在这种意义上,家庭伦理确实是君臣关系的支撑。

然而,儒家对父权制家庭结构的设计,又超出了核心家庭中简单的夫妻、父子关系,而是体现出世代同居的大型联合家庭的规模和结构。对大家族的偏爱,一方面来自儒家对其所熟悉之西周宗法制的路径依赖,另一方面更是源于本就蕴含于传统礼制、但被儒家发扬光大的“亲亲”(“亲其所当亲”)原则。《礼记·丧服小记》记载:“亲亲以三为五,以五为九,上杀,下杀,旁杀,而亲毕矣。”^⑦根据这种说法,儒家心目中一个完整的家庭或家族的范围如下:若以自己为核心,上及父亲,下及儿子,此为“三”;再扩展到父亲的父亲(祖父)、儿子的儿子(孙),即“以三为五”;最后扩展到祖父的祖父(高祖),孙子的孙子(玄孙),即“以五为九”,从而完成上杀和下杀两条分界线。旁杀则是在继高祖、继曾祖、继祖、继祢的四条支系上各数四代,至第五代即族兄弟之子、从祖兄弟之孙、堂兄弟之曾

① 林祥庚:《殷契周弃时代社会性质再认识》,《历史研究》1987年第2期。

② 参见朱凤瀚:《商周家族形态研究》,天津:天津古籍出版社,2004年。

③ 参见高鸿钧、李红海主编:《新编外国法制史》上册,北京:清华大学出版社,2015年,第17页。

④ 考虑到儒家、法家及中西现代学术对家庭、家族、宗族、family、kinship和clan等概念都有着不同的理解,本文不拟对这些概念展开精确定义和严格区分,但会在具体语境下选择最合适的概念,并在概念前添加定语,以明确所指(如“核心家庭”“小家庭”“联合家庭”)。

⑤ 《论语·学而》,《十三经注疏》下,上海:上海古籍出版社,1997年影印本,第2458页。

⑥ 《论语·学而》,《十三经注疏》下,第2457页。

⑦ 《礼记·丧服小记》,《十三经注疏》下,第1495页。

孙、兄弟之玄孙,则不再与本人同宗,此为“五世则迁”。因此,一个家族的男性成员种类是固定的,共计9个直系加4个旁系(每个旁系各4代人),即25种。这25类父宗成员及其配偶构成“亲亲”的范围,礼制通过聚居、共祭、族宴等形式维护亲族之间情谊,并认为其彼此间负有扶助义务。在理想状态下,这些人不该分家,而应累世同堂,同居共财。对超出这一系谱的其他族人,虽然有遥远的血缘关系,但已不再互负亲属义务。

在儒家的认识中,人自然形成的“亲”与“爱”这类感情,是存在亲疏远近的等差的。^①用以呈现亲疏差异的制度,即为丧服制。所谓丧服制,是根据生者与死者的亲疏关系,以丧服形制及丧期长短来表现对死者哀悼之情的礼仪规范。依《礼记》的说法,丧服可分为五个基础等级,由重到轻(或者说质地、做工由粗糙到不粗糙,丧期由长到短)分别为:斩衰三年、齐衰一年、大功九月、小功五月、缌麻三月。丧服制的基本原则是“亲者隆,疏者杀”。《礼记·三年问》曰:“至亲以期断”^②,即对于父子、夫妻和昆弟这类最亲的“一体之亲”,至少应服一年的齐衰服。缌麻、小功则为降杀,系为血缘更远的亲属所着丧服。总之,逝者与生者关系愈亲,其离世对生者造成的冲击就愈大,生者亦当愈加悲痛,故其服饰、仪节愈发“非日常”,并须愈多时间来弥合这种“非日常”。随着亲属关系逐渐疏远,悲痛程度逐渐减轻,服制也逐渐趋近日常,直到为不构成亲属关系的人无服。因此,丧服绝不仅仅是一套丧葬仪式,它是亲等的外在表现形式,其使用一套仪式结构和外在表征,将亲人去世之后应该表现出来的悲痛及尊重予以量化和制度化,从而直接体现亲疏关系。在亲系图谱上标注五等丧服而形成的丧服图,即成为中国传统亲属关系最重要的展现方式。

但丧服并非只体现亲疏,它也体现“尊尊”或尊卑区别。“尊尊”在西周宗法制中的原初意涵,是对宗族中宗子这一系的重视。《仪礼·丧服》中的若干规定,亦对这种意义上的“尊尊”有所反映,即父亲与长子间的服制重于其他所有家族成员,且这一系中其他成员相互间服制也被加重。^③此种加隆的宗旨,是维护父系族长及其继承者在本族内的至高地位,是西周宗法制在丧服学说中的某种残余。

对于后世来说,丧服制中还体现出另一种更宽泛、更易理解的“尊尊”精神,亦即己身对相同亲等的尊亲属和卑亲属的服制,并非绝对平等,而是有所差别。如果丧服制中只蕴含“亲亲”精神,那么己身对同一亲等的尊长和卑幼之服制本应相同,但实际丧服规则却并非如此。例如,己身对父须服斩衰三年之丧,但对嫡长子之外的众子却仅服齐衰一年。己身对祖父母须服齐衰一年,但对嫡孙之外的众孙仅服大功九月。己身对曾祖、高祖须服齐衰三月,对自己所有曾孙、玄孙仅服缌麻三月。换言之,一个人为同等血缘距离的尊长和卑幼,适用的服制却可能是不同的,即对该尊长的服制要重于对该卑幼的服制。用我们的语言来说,这种寓“尊尊”于“亲亲”之中的做法,是儒家为了维持人口繁多、关系复杂的大家族内部秩序,而对原始父权制小家庭中父权的泛化或弥散化:在丧服模型中,只要是尊长,就都有望分润程度不同的父权,并要求卑幼给予不同程度的尊重;只要是卑幼,就都被要求服从来自不同尊长的不同程度特权,并给予不同程度的尊重。当然,在先秦丧服学说中,这种父权的弥散化尚被控制在有限范围内(主要是在直系尊长和卑幼间),只有在后世“准五服以制罪”的过程中,父权才在家族中被弥散到淋漓尽致的地步。

儒家对理想家族结构的设计并不完全服从政治的要求,甚至有时会与政治——尤其是君主权力——发生冲突。如果仅是出于论证政治权力正当性的目的,那么将君臣关系拟制成父权制小家庭中的父子关系,将忠理解为孝的延伸和升华,就已足够。以服制为表现形态的复杂大家族制度,以及其中蕴含的“亲亲”和“尊尊”精神,在纯政治理论中均属多余。因此,儒家青睐的家族伦理有其内在价值,它先于政治而存在,并决定了政治的表现形态,乃至框定了政治的范围。在儒家眼中,正因为亲属关系是一切人际关系的

① 参见费孝通:《乡土中国》,北京:北京出版社,2004年,第29—40页。

② 《礼记·三年问》,《十三经注疏》下,第1663页。

③ 《仪礼》卷29,《十三经注疏》上,上海:上海古籍出版社,1997年影印本,第1100—1101页;《仪礼》卷30,第1105、1106页;《仪礼》卷31,第1111页。

逻辑起点,如果破坏这一自然关系,势必会对整个社会秩序产生根本动摇。故而先秦儒家主张,当国家权力同“亲亲”原则发生冲突时,应当对亲情予以一定程度的包容甚至让步。换言之,在家国关系中,家的价值理应得到优先保护,甚至家还应成为一个堡垒,抵御公权力对根本性人伦的侵袭。这尤其体现在亲亲相隐的要求上。例如,孔子认为“父为子隐,子为父隐,直在其中矣”。^①孟子在回答“舜为天子,瞽叟杀人”应如何处理的问题时,指出舜不能运用自己的权力干涉皋陶执法,否则就是公器私用,但他可以抛弃天下,仅以儿子的身份背着父亲逃到海滨,“乐而忘天下”^②,可见家庭中的身份和责任是不能放弃的。在刑罚方面,儒家对家族缘坐持反对态度。《尚书·大禹谟》借皋陶之口传达了“罚弗及嗣,赏延于世”^③的理念,《左传》所引《尚书·康诰》之义“父子兄弟,罪不相及”^④,及《春秋公羊传》“君子之善善也长,恶恶也短,恶恶止其身”^⑤的观点亦与之相同。由此可见“家”在儒家学说中的优先性。

(三) 国家理性^⑥与功能化家庭:法家家庭观念

在法家思想中,无论是“家”还是“国”,都不具有形而上学意义,它们都能被人的意志加以机械般的设计和改造。而法家自己的价值重心,则是在“国”上,所以“家”理应按照“国”的要求来存在和运行。

战国时期以商鞅为代表的三晋法家,试图从根本上颠覆三代以来的政治模式,变封建制为中央集权,变贵族政治为君主专制。随着商鞅变法的成功与秦灭六国的完成,这种政治模式成为秦汉帝国的基本结构。依西嶋定生所言,由皇帝施行的对庶民的个别人身支配,在此时正式形成。^⑦这种支配方式与春秋之时“国家就像一个放大的家庭,国君君临天下但并不治民……贵族、兄弟和其他宗室近亲属实际上与君主共享权柄”^⑧这一邑制国家的统治结构截然不同。

与儒家对数世同堂大家族的偏好不同,在法家的“一君万民”政治理想中,社会是由无数规模接近的编户齐民小家庭构成的。小家庭完美符合君主政治的需求。商鞅通过颁行“分异令”,强行将家庭拆分至最小单位,即由一对夫妻和未成年子女组成的核心家庭,最多也是由一对夫妻和一对已婚子妇及未成年子女组成的直系家庭。其他儿子则在成年后从原生家庭中分出,即贾谊所言“故秦人家富子壮则出分,家贫子壮则出赘”^⑨。分析之后的小家庭具有同质化的特点,家庭结构简单明了、整齐划一,有效避免了大家族制下隐匿应役人口的问题,有利于配合编户齐民制度,保证徭役与赋税的供给。小家庭(即法律上的户)成为国家基层管理的最小单位,每一户的全体成员都被纳入户籍记录,实现“四境之内,丈夫女子皆有名于上,生者著,死者削”^⑩。每户均设户人,对内管理家中事务,对外作为户的代表向国家负责。户内成员因首匿相坐之法而相互监督,户成为基层秩序的担保单位。通过这一系列举措,统治权力一直达到最小化的家庭中,直至对各个家庭成员加以直接、个别的控制。

而且,君主直接支配万民的中央集权统治,并不需要排除父权制,甚至父权制在一定程度上亦是君主统治所需。我们可以将国家等级制与小家庭父权制联系起来,以理解法家对后者的态度。与瞿同祖所持的“法家欲以同一的、单纯的法律,约束全国人民”的看法不同^⑪,我们认为法家式社会远非一个毫无等级或差异性的社会。等级区分既至为明显地体现在君与民之间,又体现在以军功爵制区分开的有爵者与无爵

①《论语·子路》,《十三经注疏》下,第2507页。

②《孟子》卷13下,《十三经注疏》下,第2769页。

③《尚书正义·大禹谟》,《十三经注疏》上,第135页。

④《春秋左传正义·昭公二十年》,《十三经注疏》下,第2092页。

⑤《春秋公羊传·昭公二十年》,《十三经注疏》下,第2325页。

⑥“国家理性”(raison d'état)观念主张,国家有权从自己的生存角度出发,以理性方式来选择最合适的行为方案,即使其行为突破了国内、国际的伦理和法律约束。参见迈内克:《马基雅维里主义:“国家理由”观念及其在现代史上的地位》,时殷弘译,北京:商务印书馆,2008年。

⑦参见西嶋定生:《中国古代帝国的形成与结构——二十等爵制研究》,武尚清译,北京:中华书局,2004年,第33—34页。

⑧许倬云:《中国古代社会史论——春秋战国时期的社会流动》,桂林:广西师范大学出版社,2006年,第94—95页。

⑨《汉书》卷48《贾谊传》,北京:中华书局,1962年,第2244页。

⑩蒋礼鸿:《商君书锥指·境内》,北京:中华书局,1986年,第114页。

⑪瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第285—286页。

者，及高爵者与低爵者之间。军功爵制的最重要内容，便是有爵者在犯罪时可依其爵位获得相应的刑罚减免特权。法家所谓“壹刑”，更多是强调在适用已包含差异性的法律时只能严格执行条文，不得越出法外自由裁量。与其说这一要求体现出平等精神，毋宁说这只是君主强化对官僚控制的措施之一。^①在这种纵向秩序观的支配下，如果说在政治层面要建立等级严密的爵制和君臣关系，那么在家庭层面自然也要建立以户人为首、以父权为尊的家内秩序结构。相比于儒家，这是一幅更为清晰、简洁、流畅的家国同构、移孝作忠图画。因此，法家代表人物亦在其学说中为父权制家庭伦理保留了一定空间。例如，商鞅为改变秦国“父子无别，同室而居”的戎翟之俗，“令民父子兄弟同室内息者为禁”，并强调“男女之别”。^②韩非子指出：“臣事君，子事父，妻事夫。三者顺则天下治，三者逆则天下乱，此天下之常道也。”^③与其认为上述观点受儒家影响或将其认定为所谓的“法家之礼”^④，倒毋宁说，这种以父权为表征的家内秩序结构，本就与法家所理解的等级制社会运行规范高度匹配。

即使不考虑上述复杂论证，仅从是否有利于君权这一实用角度出发，法家也并不需要消灭在民间生活中渐趋平常的父权制小家庭。与儒家将家族视为其他一切秩序之源的想法不同，法家在根本意义上并不在乎家庭伦理或家内制度究竟为何，只要父权制小家庭不对君权造成根本威胁，不对官僚机器的社会控制和资源汲取制造困难，那么法家完全可以保留它。刻意以强制手段取消这种家庭，反而是对国家资源的浪费，不符合法家的功利思维。

因此，在法家构建的治理体系当中，父权制小家庭是一个并没有太多特殊之处的管理单位，它不过是将以君主为权力金字塔顶点的统治秩序贯彻到基层社会的方式，除了简单直接的“命令—服从”模式外，其本身不承担、也不应承担任何价值功能。结果，虽然法家不反对家内等级制（这种等级制与政治领域等级制无本质区别，是去情感化的），但其中的某些激进者却将矛头直指儒家“亲亲”原则，并在父权制家庭的要求与君主政治的要求发生冲突时，毫不犹豫地运用权力刺破家庭的壁垒。一方面，法家在理论上认为“亲亲”不可能存在，因而以“亲亲”作为政治秩序的根本原则也就不可行。在法家的人性论中，“父母之于子也，犹用计算之心以相待，而况无父子之泽乎？”^⑤既然人只有趋利避害的本能，人与人之间只有功利算计的关系，连父母子女都不能避免，那么要求君主“去求利之心，出相爱之道”，以“亲亲”作为立足之基来构建家国秩序，便不存在丝毫可能性。君主唯有手握赏罚二柄来役使民众，才能实施有效统治。另一方面，法家也观察到，在现实中的家庭成员间仍然存在亲情，但他们却对这种亲情相当警惕，认为这种无法被国家掌控的情感可能是对君主统治及其“法治”的最大威胁。因此法家将其斥为“乱法”之“私”。^⑥为避免私情行而公法毁，法家设置首匿相坐制度，不仅对积极隐匿犯罪亲属者予以严厉打击，对消极地未告奸的亲属亦处以缘坐之刑。换言之，要求子女在家庭内部服从父亲，与要求子女在国法之下揭发父亲，实际上是君主统治秩序的一体两面。在这个权力层次分明的金字塔结构中，上层权力天然比下层权力享有优先性。结果，家与国间的壁垒不复存在，国家权力可轻易介入家庭当中，要求家庭成员以向至高权力层级即君主负责的态度，突破家庭内部的权力结构和亲情羁绊。这同儒家以家族为本的秩序构想截然不同。

三、法律儒家化：中国父权制家庭法制的根本变化

（一）秦法中的法家式父权制因素

商鞅变法后的秦国法制，以及继承其精神的秦代法制，均鲜明地体现出法家及其政治支持者对父权制

① 参见宋磊、尚峥：《法律特权与刑无等级：法家法治思想中的“悖论”探析》，《河北法学》2015年第7期。

② 《史记》卷68《商君列传》，北京：中华书局，2014年，第2232、2234页。

③ 王先慎：《韩非子集解·忠孝》，北京：中华书局，1998年，第466页。

④ 参见郝铁川：《中华法系研究》，第53页。

⑤ 王先慎：《韩非子集解·六反》，第417页。

⑥ 王先慎：《韩非子集解·诡使》，第414页。

小家庭的青睐。

首先,“分异令”的推行,起着将平民家庭规模控制在最小范围的目的,从而便利人口管理、赋役征发,乃至促进农业生产。无论变法之前秦地普遍的家制为何,当商鞅规定“民有二男以上不分异者,倍其赋”后,家庭形态就基本上被统一为一对夫妻与未成年儿子及未出嫁女儿同居,或一对夫妻与一个成年儿子、所有未成年儿子及未出嫁女同居的模式。^①如上文所言,小家庭对统治者的最直接好处,在于方便政府对人口的调查和统计,以及在此基础上的治安管理和赋役征派工作。这最终又服务于法家的富国强兵政策。而且,小家庭模式还可提高生产积极性,促进土地开垦和精耕细作,从而增加一国社会的经济资源总量,并相应提升国家以赋役方式从其中获得的财政资源份额。正如张金光所言,“以一对夫妻为核心的小家庭,男耕女织,构成相互提携力最顽强的小圈子,家庭成员间在生产劳动中彼此毫不攀比,生产积极性高涨,父子戮力,相忍饥寒,朝夕艰苦从事”^②。另据睡虎地秦简及张家山汉简所载律文,秦及汉初实行以户为基础的授田制。在这种制度下,析分之户越多,政府所授之田愈多,得到开垦的土地也就越多。秦国本处西北边陲,地广人稀,而后的扩张战争又带来新的被征服土地。通过鼓励分异和析户,并结合按户授田,就能最大化地开垦土地,促进农业积累和人口繁衍。^③

其次,秦法承认小家庭中的尊长——尤其是父母——对子孙的送惩权,并在父子相犯时减免父亲刑罚,或加重儿子刑罚,这都是为了维系家内等级制,并以此巩固社会控制和君主统治。睡虎地秦律中已有不孝罪名,若父亲告子不孝,官府须立刻将子拘捕审讯,并处弃市。父亲也可不以不孝罪告官,而是选择请求将儿子流放,此时官府亦须照办。换言之,秦法原则上承认父对子任意惩戒的权力,只是将其执行权保留给了官府。^④秦律规定,父擅杀子,处“黥为城旦舂”(脸上刺字涂墨,男筑城墙,女舂米),比凡人间擅杀处弃市明显要轻,而子杀伤父母,则处枭首这一比弃市更重的死刑。^⑤

这种对父子相犯同罪异罚的处理,看似与后世“准五服以制罪”类似,但实际上两者间有着本质差别。法家维护的只是作为各大文明普遍现象的仅限于父子间的原始父权制,其目的在于利用父权规训和控制众民,以满足急功近利的农战需求。而“准五服以制罪”,则是借刑法手段来维护儒家式父权制大家族内部秩序。这一家族秩序不仅在规模上远大于法家式父权制家庭,而且具有伦理自足性,它决定又限定着儒家世界观中政治权力的正当性和行使范围。虽然表面上同为父权制,也同为亲属相犯时同罪异罚,但儒法两派家庭法制的根本精神——以及由此决定的制度细节——是完全相悖的。

最后,秦法通过将某些父母杀伤子的行为界定为“家罪”,对其适用“非公室告”规则,从而进一步完善小家庭中尊长的权威。据秦律所载,父母擅杀子、对子施加肉刑,或髡(剃发)其子,均为“家罪”,适用与“公室告”相对的“非公室告”规则。若受害的儿子前往官府告诉,官府非但不予受理,还要追究告诉者之罪。^⑥

“非公室告”制度与儒家追求的亲属相隐有着重大区别。首先,“非公室告”制度支持一种简单粗暴的父权权威,倾向于单向禁止卑幼告尊长,而亲属相隐则蕴含着更具温情的“亲亲”精神,允许尊卑间双向容隐。“非公室告”基本上仅针对家内父对子、主对奴的侵权行为。为维护家主权威,秦律禁止作为受害人的儿子或奴隶去控告家主。亲属容隐则期待家族成员间互相隐瞒彼此的犯罪行为,以抵制公权力对亲情的破坏。其次,与法家极力扩张国家权力的追求相对应,“非公室告”仅适用于范围极小的“家罪”,而亲属相隐出于维护“亲亲”、抵御公权力渗透家族的目的,则主张亲属应相互间隐瞒对方的各种罪行,尤其是对家族外凡人所犯之罪。秦律针对“家罪”外的种种罪行,即父亲或主人对凡人的种种侵权行为,

① 学界对“分异令”规定的家制有不同解读,参见韩树峰:《汉魏法律与社会:以简牍、文书为中心的考察》,第161页。

② 张金光:《商鞅变法后秦的家庭制度》,《历史研究》1988年第6期。

③ 参见韩树峰:《汉魏法律与社会:以简牍、文书为中心的考察》,第166页。

④ 参见杨振红:《从出土秦汉律看中国古代的“礼”、“法”观念及其法律体现》,《中国史研究》2010年第4期。

⑤ 参见杨振红:《从出土秦汉律看中国古代的“礼”、“法”观念及其法律体现》,《中国史研究》2010年第4期。

⑥ 参见杨振红:《从出土秦汉律看中国古代的“礼”、“法”观念及其法律体现》,《中国史研究》2010年第4期。

不但不禁止、而且是强制要求子告父、奴告主，否则子或奴自己将面临刑事制裁。隐匿家庭成员“公室罪”的，匿者与正犯同罪。^①而儒家为亲亲相隐提出的“其父攘（他人）羊”和“瞽叟杀（他）人”例证，却意味着在面对公权力时，家庭成员间理应隐瞒对方在家外犯下的几乎一切罪行，隐瞒家内犯罪就更不在话下。

（二）法律儒家化中的家庭法制变革

从汉至唐，与家庭相关的法制逐渐摆脱秦法中的法家色彩，并逐渐走向儒家模式。尽管汉初沿袭秦制，但自汉文帝时起，在儒生倡导下，诸多律令之更定已朝儒家方向发展。自武帝独尊儒术后，士大夫获得更多机会来将家族伦理渗入法律。魏晋南北朝的诸种有利形势，使得家族伦理与刑律得到更加深入的融合（尤其是丧服入律）。最终，《唐律疏议》将这些制度成就融于一体，形成“一准乎礼”的格局。^②结果，秦法中那幅以父权制小家庭对接国家、发展生产，以父权协助君主管理家庭成员、培养臣民纪律性的国家理性图景，在法律儒家化的作用下，已面目全非。

首先，在家制方面，汉以来法律逐渐放松了秦法中对父子、兄弟同居共财的禁令，逐步允许父母与多个成年儿子的同居共财，乃至最终禁止子孙在祖父母、父母在世时别籍异财，以维护儒家推崇的联合家庭乃至大家族形态。张家山汉简《二年律令》就反映出，汉初法律已对“分异令”有所松动，对父母子女的合户请求原则上持许可态度。曹魏时期，鉴于与战国时类似的地缘政治竞争和财税汲取压力，政府再次颁行“异子科”，禁止百姓合户共籍，以确保户调征收。但该科在几十年后被《新律》废除。^③两晋南北朝律典中家制条款为何，因文献匮乏而难以精确解答，但当时世家大族的广泛存在，即显示政府对大家族的存在持认可态度。最终在《唐律疏议》中，律文明确禁止“诸祖父母、父母在，而子孙别籍、异财者”，且只须发生别籍、异财两个行为中的一个，就须处罚（徒三年）。相应“疏议”则表示，曾、高祖父母在世，以及父母丧期尚未结束时，亦不得别籍、异财。^④至此，在联合家庭和大家族中共籍和共财，不再仅仅是一种权利，而且是所有臣民的义务。

其次，在家内秩序方面，汉以来法律既保留了秦法中对原始父权制的维护，又进一步以儒家精神，结合刑法手段，创造出服制化刑法这一将父权弥散化以维持复杂大家族内亲疏尊卑秩序的方案。儒家并不排斥小家庭中的父权，上文提及的秦法中父对子的送惩权，也与儒家提倡的尊长教令权契合，自然也就被后世法律继承。在唐代法律中，父母仍然可以以不孝罪名呈控子孙，请求将其处死，也可以子孙违反教令为由，请求官府处徒二年之刑。^⑤

但儒家的追求绝不局限于此。当大家族模式在魏晋南北朝社会生活——尤其是精英阶级生活——中逐渐普及，如何维持这一血缘单位内的人伦秩序，就成为现实中的紧迫问题。原始父权制中对父母子女关系的简单规定，已不足以调整有着数代直系和旁系亲属的大家族内部关系。儒家法制需要更全面、严格和精致的父权制，而新制度的最典型表现，就是以刑法手段纳入“尊尊”等级于“亲亲”网络之中，彰显一种弥散化父权的“准五服以制罪”。服制化的刑法规范最晚始于西晋《泰始律》（丁凌华认为始于曹魏法律），晋室东迁后，该制度为历代南方政权所沿袭，继而为北朝和隋代所发扬，最终在《唐律疏议》中呈现为较完善的形态。^⑥

“准五服以制罪”的运作原理，可归纳为“亲属相犯时，越是亲亲，就越是尊尊”：当尊卑亲属间发生暴力犯罪时，施害人与受害人血缘越近，尊者的权威就越需要彰显。具体而言，在以尊犯卑情形中，若

① 《法律答问》释文注释，睡虎地秦墓竹简整理小组编：《睡虎地秦墓竹简》，北京：文物出版社，1990年，第97页。

② 参见瞿同祖：《中国法律之儒家化》，第27—44页。

③ 参见韩树峰：《汉魏法律与社会：以简牍、文书为中心的考察》，第156—179页。

④ 《唐律疏议》卷12，岳纯之点校，上海：上海古籍出版社，2013年，第198页。

⑤ 参见瞿同祖：《中国法律与中国社会》，第10—11页。

⑥ 参见丁凌华：《中国丧服制度史》，上海：上海人民出版社，2000年，第200—225页。关于丧服为何在此时入律，参见丁凌华：《中国丧服制度史》，第164—166页；祝总斌：《略论晋律之“儒家化”》，第399—400页。

血缘越近,则尊长的刑罚减免特权越大,刑罚也越轻;若血缘越远,则尊长此种特权就越小,刑罚也相应加重,但仍比凡人间的犯罪责任轻。在以卑犯尊情形中,若血缘越近,为彰显受害人的尊长权威和不可冒犯性,对卑幼就越要加重刑罚;血缘越远,卑幼的此种不利负担也就越轻,但处罚仍重于凡人间的犯罪。如果用父权制的语言来表达,那么服制刑法所呈现的,是一种弥散化的父权:原本限于核心家庭关系中的父权行使主体和范围,此时像“差序格局”一样被泛化到本宗九族五服的全部男性成员之中。以己身为中心向上观察,所有直系和旁系尊长都对自己拥有人身支配权,只是在血缘越远时,这种支配权也就越弱;以己身为中心向下观察,则所有直系和旁系卑幼也都必须接受己身对他们的人身支配权,只是在血缘越远时,这种支配权也会越弱。根据丁凌华的统计,在唐律 502 条律文中,“家族主义法”有 154 条,占比 31%,而其中的“服叙法”有 81 条,占全部律条的 16%。^① 服制化刑法不仅重点规制七杀、强奸之类严重暴力犯罪,且对斗殴等轻罪,也严格适用差序式制裁。以唐律中的故杀律为例,由于己身故杀凡人所受刑罚,已是斩刑这一法定最高刑,所以己身故杀各类尊长,也只能满格适用斩型;但在己身故杀卑幼时,差异化的量刑则清楚显现,唐律对故杀缌麻亲、小功亲、大功亲、弟或妹,以及子孙的行为,分别处绞、流二千里、徒二年至徒二年半这些依次递减的刑罚。再以斗殴为例,凡人间的斗殴只处笞四十,但己身斗殴尊长的,依服制轻重,依次处徒一年、徒一年半、徒二年、徒二年半、徒三年,直至斗殴祖父母、父母处斩;己身斗殴卑幼,只有在殴伤缌麻至大功卑幼时才承担笞、徒等刑罚,殴伤子孙、弟、妹则不为罪。^② 我们认为,“准五服以制罪”才是法律儒家化运动的最大成就,且对之后 1600 余年(若从西晋开始计算)的中国法律、社会与文化造成了最为深远的影响。^③

最后,与“亲亲”逻辑相对应,汉以来法律逐渐摆脱秦法中亲属间首匿相坐的严苛规定,转而允许亲属间隐瞒对方所犯各种罪行,乃至最终将这种隐匿规定为强制性义务,从而以法律方式提倡亲情,并限制公权力对家族生活的入侵。首匿相坐之法在盐铁会议(公元前 81 年)中就受到贤良文学的严厉批评^④,并在汉宣帝地节四年(公元前 66 年)被诏书废除,且被替代以亲亲相匿的规定。自此以后,祖父母、父母与子孙、夫与妻之间对犯罪的隐瞒,要么无罪,要么适用上请制度,由君主酌情裁夺。^⑤ 在魏晋南北朝,随着大家族增多和丧服入律,容隐的范围也渐趋扩大。最终,《唐律疏议》“同居相为隐”律将允许隐匿的范围扩展至所有同居者(包括无服亲属和部曲、奴婢)、非同居的大功以上亲,乃至部分母系亲属和姻亲。^⑥ 而且,唐律不仅将亲属相隐视作一种可行使、也可不行使的权利,更是将其视为包括尊长在内的所有家族成员必须遵守的义务:唐律一方面规定“诸告祖父母、父母者,绞”,并对告其他尊长的行为也施加相应等级的处罚,另一方面也禁止尊长告从缌麻至期亲的全部有服卑幼,只是依据“尊尊”精神,此时处罚(最高不过杖八十)要轻于对卑幼告尊长的处罚(最低亦为徒一年)。^⑦

结果,与秦法中以父权制小家庭规训众民、便利治理、确保赋役、增进生产,并最终促进国家权力最大化的法政图景相比,法律儒家化后的中国法,呈现出远为复杂的家族结构与秩序,以及更为暧昧的家国关系。与法家类似,儒家法制也维护父权制,并以其作为君主统治正当性的源泉。然而,儒家法制所建构的父权制具体形态,及其与君主权力间的具体关系,却又与法家的构想迥然不同。新的法律以别籍异财律、服制化刑法和亲属容隐法维持着一种包含众多直系和旁系亲属的大家族结构。虽然这种家族中弥散化的父权实践在某种程度上有助于支撑同样秉持父权制精神之皇权政治的正当性,但它们作为一种规模庞大

① 丁凌华:《中国丧服制度史》,第 220 页。

② 参见尾形勇:《中国古代的“家”与国家》,张鹤泉译,北京:中华书局,2010 年,第 236 页。

③ “准五服以制罪”也谈不上是后世儒学对先秦儒家的“背叛”。毕竟在横向的“亲亲”网络中纳入纵向的“尊尊”等级的丧服学说,在先秦儒家典籍中就已成形。先秦儒家只是未将丧服与刑法结合,但他们也不排斥能够辅助礼乐教化的刑法。

④ 参见桓宽著,王利器校注:《盐铁论校注》卷 10《周秦下》,北京:中华书局,1992 年,第 585 页。

⑤ 《汉书》卷 8《宣帝纪》,第 251 页。

⑥ 《唐律疏议》卷 6,第 104—105 页。

⑦ 参见《唐律疏议》卷 23,第 370—371 页;《唐律疏议》卷 24,第 372—374 页。

的社会经济单元,客观上又对皇权的编户齐民事业构成阻碍,甚至可能成为抗衡皇权的政治经济力量。大量的族众、部曲、奴婢,都被吸纳于世家大族和庄园制经济中,从而逃脱了国家户籍和赋役体制的管辖,这明显是法家难以容忍的。进一步言之,为维护亲情和伦理的优先性,儒家法制甚至大范围地许可乃至要求亲属间的容隐行为,这当然又对公权力的行使构成严重限制,也自然为法家所不容。简言之,法律儒家化之前与之后的家庭法制,无论在根本精神、制度形态,还是在政治经济效果上,均有着本质差异。

(三) 两种法律特权

官贵法律特权,亦即官僚、贵族等统治阶级成员及其亲属在犯罪后拥有的减免刑罚特权,在法律儒家化的传统叙事中常占据中心位置。因此本文亦有必要对该问题略作讨论。

秦法中的爵制与相应特权,是发达的君权借以操纵臣民、激励其在战场上奋勇杀敌的驭民之术,与儒家精神不符。出土文献证明,秦法中存在完善的二十等军功爵制,拥有爵位者犯罪后,有权享受刑罚减免待遇。^①这一事实,的确对瞿同祖关于法家仅追求“同一性”法律的命题构成挑战,但尚不能从中直接推导出军功爵制就是后世官贵法律特权的前身、因而不需要法律儒家化来专门创设此类特权的结论。军功爵实际上处在周代五等爵制的对立面。在这种新制中,任何人,而不仅是与君主有血缘联系的人,均可凭借军功获得相应爵位,并可凭爵位在犯罪受审时享受由法律严格规定的、各种程度的优免待遇。^②这些爵位在当时普及于各地平民之中。里耶秦简中的户籍简甚至显示,几乎所有男子都有爵衔,这说明爵已失去其贵族色彩。^③军功爵在本质上是一种最高统治者为实现农战组织最高效率,为众多代理人提供的制度性激励。对于反对功利和征战、对中央集权式皇权亦持暧昧态度的儒家而言,这种制度是难以想象的。而且儒家在社会领域虽也提倡“尊尊”,但“尊”者之所以尊,并不依赖于其有“功”,而是完全可凭借血统和身份来享受特权。

儒家特权制的关照对象,在于官僚、贵族等非平民阶层,从而与军功爵这种“平民爵”制不同。无论是根据一般礼制的差异化精神,还是根据“刑不上大夫”的具体观念,儒家均支持对统治阶级成员授予刑法上的特权,以示尊卑贵贱之别。早在汉文帝时,贾谊就提倡“大臣有罪皆自杀不受刑”,并被采纳。曹魏时,源自《周礼》“八辟”制度的“八议”(亲、故、贤、能、功、贵、勤、宾八类人员及其亲属犯罪时,可享受刑罚优免)入律。^④西晋甚至恢复了贵族制色彩的五等爵制。^⑤两晋和南北朝的刑法也逐渐纳入赎罪、除名、免官、官爵当刑等特权制度,并最终在隋唐律中形成由议、请、减、赎、官当、除名、免官、免所居官等规则构成的完整的官贵特权制度。^⑥这自然也是“一准乎礼”的体现。

官贵特权大规模入律,依赖于当时特殊的政治语境。从政治逻辑上说,相比于社会领域中的大家族制,直接处在政治领域中的官贵特权,明显对皇权造成更大威胁,因而皇权在本意上是对此难以容忍的。但法律儒家化的盛期,又正好是皇权无法充分展开的时代。正如祝总斌先生在1985年就已指出的,八议等官贵刑罚优免特权在魏晋时入律,符合当时门阀、士族崛起、并对皇权施加巨大影响力的大趋势。世家大族本身就世代习礼,当他们参与乃至把持政权时,很自然就会将儒家礼制中包含的种种官贵特权订入律典,以更好地保护自身利益。^⑦然而,门阀政治或士族政治,毕竟只是皇权政治的“变态”。^⑧一旦以代表皇帝的官僚直接管理编户齐民为终极理想的皇权政治恢复常态,带有封建制和身份制色彩的、对于皇权

① 参见杨振红:《从出土秦汉律看中国古代的“礼”、“法”观念及其法律体现》,《中国史研究》2010年第4期。

② 参见宋磊:《竹简秦汉律中“以爵减、免、赎”非儒家“议爵”》,《首都师范大学学报(社会科学版)》2017年第6期。

③ 陈絮:《里耶“户籍简”与战国末期的基层社会》,《历史研究》2009年第5期。

④ 参见瞿同祖:《中国法律之儒家化》,第28—29、32页。

⑤ 参见宋磊:《从爵的法律特权变革的角度再释法律儒家化》,《社会科学》2021年第6期。

⑥ 参见程树德:《九朝律考》,北京:商务印书馆,2010年,第331—333、346—347、439、456、460、465、488、509、530、531—532、553、563、574、575页;《唐律疏议》卷1,第16—18页;《唐律疏议》卷2,第19—39页;《唐律疏议》卷3,第40—50页。

⑦ 参见祝总斌:《略论晋律之“儒家化”》,《材不材斋文集:祝总斌学术研究论文集》上编,第375—404页。

⑧ 参见田余庆:《东晋门阀政治》,北京:北京大学出版社,2012年,第324—331页。

始终构成威胁的门阀与士族,就必然要退出历史舞台,其相应法律特权也自然走向衰退。

四、近世大一统帝国与儒家法制

(一) 官贵法律特权的衰退

对官贵法律特权,应从更长远的皇权政治演化史——尤其是唐以后的历史——维度予以重新审视。我们发现,一旦皇权逐渐恢复常态,一旦大一统逐渐成为牢固的事实,官贵法律特权注定将重新被纳入皇权的严格限制之中。

苏亦工对历代八议律沿革的研究就展现出早自北魏时就开始的、皇权不断缩减官贵优免特权的趋势。他将历史上先后出现的八议法制区分为三类:首先是魏晋律中以硬性规定来保护官贵的做法,亦即官贵犯罪时一定能获减刑,实际上无须皇帝权衡或群臣讨论;其次是在北朝时就已尝试、但要在唐宋律中才臻于成熟的折中模式,亦即对官贵触犯较严重罪名时采取弹性办法,由君主具体裁量是否优免,而对其他一般犯罪则采取硬性减刑做法;最后是明清律中近乎纯弹性的模式,即绝大多数犯罪均由皇帝来决定是否优免,八议特权至此遭到极度压缩。苏亦工甚至认为,明清律中的八议实际仅相当于处在法律儒家化萌芽期的汉代先请制度,而且在清代司法实践中,八议律也极少得到援引。^①

在步入常态的皇权政治中遭到压缩的官贵法律特权,实际上远不止八议一项。将唐、宋、明、清等朝律典中《名例》部分直接规定官贵法律特权的条款做一浏览和统计,便可明显感受到这些特权在广度和性质上被全面限制的历史趋势。《唐律疏议》的《名例》部分包含17个直接规定官贵特权的律条,涉及八议、请、减、赎、官当、除名、免官、免所居官等8种特权。在唐律中,不仅官贵本人在犯罪时有权得到优免,而且其众多亲属也有权援引相关特权条款。例如,应议者“期以上亲”(包括伯曾祖父母、高祖父母、伯叔父母、姑、兄弟、姊妹、妻、子及子妇、兄弟子,实际上明显越出了服制规定的期亲范围)和“孙”(包括孙及孙妇、曾孙、玄孙),均享有请、减特权,其中犯死罪者上请,流罪以下自动减一等。又例如,应议者的祖父母、父母、妻、子孙,犯流罪以下,听赎。甚至五品以上官员之妾犯十恶之外罪名的,流罪以下,亦听以赎论。^②《宋刑统》相关条文大体沿袭唐律,但也顺应晚唐以来立法趋势,对部分特权稍加限制。该律典《名例》部分有16个律条规定与唐律中内容相同的8种官贵特权。应议者的“期以上亲及孙”,应议者的祖父母、父母、妻、子孙,乃至五品以上官员妾,所享有的请、减、赎等特权,也与唐律一致。但该部分所载的两条“格”显示,此时勋官、散试官犯罪已不得赎罪,而犯十恶、杀人、监守内盗及略人、受财枉法、强盗、造伪头首者,亦不得官当。^③在《大明律》的《名例》部分,相关律条减少为10条,涉及八议、请、赎、降等、罢职不叙等5类特权。应议者亲属中在犯罪时能援引特权条款的人,也被限制在应议者祖父母、父母、妻及子孙等近亲属范围,且特权内容也“缩水”为由君主自由裁量的弹性安排。^④《大清律例》中仅存9个相关律条,含八议、请、罚俸、降级、革职等特权。八议者亲属优免的范围和性质,也与《大明律》相同。^⑤难怪清末沈家本会感慨道:“唐代优礼臣下,体恤倍至,故立法宽。明祖承元代废弛之后,以峻厉驭臣下,故立法严。宗旨不同,法遂悬殊如此。”^⑥

与其说上述变化是所谓帝制中国法再度法家化的体现,毋宁说这是政治权力本身具有的扩张逻辑的体现。任何有抱负且有实权的君主,即使未曾阅读商、韩等人作品,也都会做出类似变革。无论如何,官贵法律特权在经历了魏晋南北朝时的高歌猛进后,在皇权更为强大的后世律典中,遭遇了明显的衰退。甚至连二战后的西方学者在观察清代刑法运行时,也承认:“犯罪官吏都与常人一样受到惩罚,没有因其官吏

① 参见苏亦工:《明清律典与条例》,北京:商务印书馆,2020年,第333—375页。

② 参见《唐律疏议》卷1,第16—18页;《唐律疏议》卷2,第19—39页;《唐律疏议》卷3,第40—50页。

③ 参见《宋刑统》卷2,吴翊如点校,北京:中华书局,1984年,第14—41页。

④ 参见《大明律》卷1,怀效锋点校,北京:法律出版社,1998年,第3—8页。

⑤ 参见胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·名例律》,北京:中国人民大学出版社,1994年,第15—27页。

⑥ 沈家本:《历代刑法考·明律目笺一》,邓经元、骈宇骞点校,北京:中华书局,1985年,第1792页。

身份而给予任何形式的减免”。^① 这的确意味着法律儒家化的某种弱化。^② 但下文将表明, 在法律儒家化的另一维——服制化刑法——中, 则存在一幅相反的图景。

(二) 服制化刑法的固化

自晋律开创“准五服以制罪”, 这一制度就为历代律典相沿。但值得追问的是, 这一制度在后世是否有值得注意的演变趋势。由于瞿同祖命题认为法律儒家化在唐代就已完成, 所以学界对唐以后服制刑法的变化趋势关注较少。瞿本人虽在《中国法律与中国社会》中对唐、宋、元、明、清律中的服制刑法均有介绍, 但其“整体主义”史观导致他认为该制度在唐以后并无“重大变化”, 从而错失了某些耐人寻味的历史现象。^③

将唐律和清律中有关亲属间故杀^④的条款做一对比, 就能发现一个清晰可辨的、值得严肃关注的演变趋势: 清代对亲属相犯行为的规定, 乃是将唐律中已经成形的、依当事人间亲疏尊卑关系实施同罪异罚的原则, 予以进一步细化、深化乃至极致化处理。

我们首先以唐、清律对己身故杀父(斩衰三年亲)、伯叔(齐衰期亲)、堂伯叔(小功五月亲)、从堂伯叔(缌麻三月亲)等五服内父叔辈尊长的处理为例, 来说明这个问题。唐律对故杀父叔辈亲属的行为, 实际上并未按照礼制原本所要求的同罪异罚精神, 制定专条分别规定, 而只是以凡人故杀律进行处理(一律斩刑)。^⑤ 与之相反, 清律则有专条对各服制下的故杀父叔尊长分别制罪, 且在量刑上基本呈现出服制愈近则处罚愈重的原则: 对故杀父和伯叔者, 处以凌迟这一极刑; 对故杀堂伯叔和从堂伯叔者, 处以相对更轻的斩立决, 但仍比故杀凡人时的斩监候要重。^⑥ 而且, 除了与各服制对应的“一般”规范, 清律专门对尊长因在家族内犯奸而遭卑幼故杀的情形, 制定了特别规范, 且这些规范同样体现依不同服制处以不同刑罚的精神。例如, 侄故杀犯奸伯叔的, 一律处斩监候; 堂侄故杀犯奸堂伯叔的, 依具体情形分别处杖一百流三千里或斩监候; 从堂侄故杀犯奸从堂伯叔的, 依具体情形分别处杖一百流二千里、杖一百流三千里、杖一百发近边充军或斩监候。^⑦ 可见, 在故杀族内犯奸伯叔类亲属的案件中, 服制越远, 杀人者就越有可能免于死刑。

现在观察唐、清律对己身故杀子(斩衰三年或齐衰期亲)、侄(齐衰期亲)、堂侄(小功五月亲)、从堂侄(缌麻三月亲)这五种子侄辈亲属的处理。在这方面, 唐律已初步做到以专条实现同罪异罚, 其对故杀上述四类卑幼所规定的刑罚依次为: 徒二年或二年半、流二千里、绞、绞(故杀凡人处斩)。^⑧ 但相比之下, 清律的规定仍远为细致乃至繁琐。首先, 清律以专条律文形式, 针对故杀各类服制的子侄卑幼, 分别制定了“一般”规范。故杀子, 处杖六十徒一年; 故杀侄, 处杖一百流二千里; 故杀堂侄和从堂侄, 处绞监候。^⑨ 其次, 清律专门对卑幼因在族内犯奸而遭尊长故杀的情形制定专例, 并同样依服制予以特别规范。若父故杀犯奸之子, 依具体情形, 要么勿论, 要么仅处杖九十; 若伯叔故杀犯奸之侄, 依具体情况, 要么勿论, 要么分别处杖八十徒二年或杖九十徒二年半; 若堂伯叔故杀犯奸堂侄, 依具体情况, 要么勿论, 要么分别处杖九十徒二年半或杖一百流二千五百里; 若从堂伯叔故杀犯奸从堂侄, 则不存在免罪空间, 而是依具体情况分处杖七十徒一年半、杖九十徒二年半或杖一百流二千五百里。^⑩ 最后, 甚至是在故杀一家非死罪多人这种属于“十恶”中之“不道”的严重罪行中, 清律也要依据杀人者与被杀者间服制,

① D. 布迪, C. 莫里斯:《中华帝国的法律》, 朱勇译, 南京: 江苏人民出版社, 2003年, 第125页。

② 苏亦工:《明清律典与条例》, 第375页。

③ 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》, “导论”第2页, 第27—60页。

④ 旧律中故杀罪的外延要小于当代刑法中的故意杀人罪, 一般指事先没有预谋的直接故意杀人行为, 如唐律规定的在斗殴中以刀刃杀人的行为、“非因斗争, 无事而杀”的行为, 或斗殴之后“各已分散, 声不相接, 去而又来杀伤者”。参见《唐律疏议》卷21, 第332—333页。清律律注则将故杀之“故”更加清晰、简洁地界定为:“临时有意欲杀, 非人所知, 曰故”。参见《读例存疑点注·刑律》, 第581页。

⑤ 参见《唐律疏议》卷21, 第332—333页。

⑥ 参见胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·刑律》, 第581、646、653、657页。

⑦ 参见胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·刑律》, 第560—565页。

⑧ 参见《唐律疏议》卷20, 第311页;《唐律疏议》卷21, 第332—333页;《唐律疏议》卷22, 第353、354—355页。

⑨ 参见胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·刑律》, 第581、646、653、657页。

⑩ 参见胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·刑律》, 第562—564、746页。

对有尊长身份的凶手衡量减刑幅度。清律规定,杀侄一家非死罪多人,依具体情形分别处绞监候、绞立决、斩监候或斩立决;杀堂侄或从堂侄一家非死罪多人,依具体情形分别处绞立决、斩立决或凌迟。而对凡人犯该罪,则一律凌迟处死。^①对服制精神的严苛适用,至此已经到彻底不近人情的地步。

从唐律到清律的服制化刑法演变史,或许不存在所谓本质性的变革,但仍有着不容忽视的发展:相比唐律,清律明显将“准五服以制罪”的精神,以更加精细、乃至更加严苛的方式呈现。以唐律和清律各自的刑制为参照系^②,在以卑犯尊的情形中,清律比唐律更完美地体现出亲属关系越近,则卑幼可罚性就越强的原则。在以尊犯卑的情形中,清律也同样更精确地呈现出亲属关系越近,尊长可罚性就越弱的趋势。清律甚至试图将服制精神拓展到对无服亲属相犯的处理上:“凡同姓亲属相殴,虽五服已尽,尊卑名分犹存者,尊长(犯卑幼)减凡斗一等;卑幼(犯尊长)加一等(不加至死)……”^③结果,与唐宋以来官贵特权不断衰退这一图景相反的是,作为法律儒家化另一面的服制化刑法却愈发受到统治者重视,并被发挥到极致状态。

唐以后服制化刑法的固化,有着现实政治、治理结构和意识形态等方面的原因。首先,与直接处在政治领域中的官僚和权贵相比,家族(尤其是相对于中古士族而言的庶民家族)对皇权的直接威胁没那么显著,所以皇权对家族主义法制的宽容度也更高。其次,无论编户齐民的理想多么诱人,后世统治者实际上并不指望代表皇权的官僚机器真能渗透到社会最基层,所以在现实中也多依赖包括家族在内各类自治组织,来协助其展开治理,如维持治安、保障赋税,乃至振兴礼教。最后,在意识形态层面,家国同构、忠孝一体的话语,也使得身为“君父”的最高统治者不得不承担起捍卫儒家家族伦理的任务。^④

(三) 民事法中的可能突破

“唐宋变革论”揭示出,宋代以来庶民的人身权与财产权不断得到稳固,高度繁荣的民间产权实践在此基础上形成。市场体系和私法秩序开始成形,中华法文化逐渐从原本以刑为主的时代,转变到刑民兼顾的格局。^⑤

面对无处不在的私有产权实践,帝制中国后一个1000年中的国家法,是如何应对的呢?皇帝和官僚是秉持律典中已存在的儒家精神——尤其是其家族主义精神——对逐渐萌芽的“财产性个人主义”予以压制,还是更为灵活地应对现实?此处将借助对宋以降民事法中三个具体维度——别籍异财律、亲邻先买法和叔侄争产纠纷解决——的考察,来尝试解答上述问题。这三个维度都是既涉及私有产权,又涉及家族伦理,因此最能呈现出此二者在民事法领域中的复杂关系。

别籍异财律原本最能体现法律对儒家追求的家庭结构的支持。众所周知,儒家心目中理想的家庭模式,是纵向上累世同堂、横向上较少分割的联合家庭形式。与此相应,唐律规定,祖父母、父母在世时,子孙不得别籍异财,否则处徒三年之刑;哪怕是在父母的丧期别籍异财,也是不允许的。^⑥立法者显然是想通过这一禁止性规定,来维持儒家所青睐的家族同居共财关系。

但面对民间土地私有制的不断深化,以及相伴随的日益普及的分家析产习惯,法律不得不逐渐做出妥协。哪怕是在唐律中,分家的可能性就已存在。正是唐律“子孙不得别籍”条的疏议部分明确提及,祖父母、父母在世时令子孙异财的,各方均无罪(但下令别籍仍被入罪)。^⑦宋代法律在沿袭唐律允许“生分”的基础上,又规定子孙不依赖祖父母、父母财产而独立获取的财产并非家庭共财,分家时兄弟不得染指。然而,无论是在“生分”后的情形中,还是“生分”前部分子孙已有独立财产的情形中,由于父母与

① 参见胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·刑律》,第571—572页。

② 整体而言,唐律对各类犯罪行为的处罚,相比清律要更重一些。

③ 胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·刑律》,第646页。该律文沿袭自明律。

④ 关于身为异族的清代统治者的正统性焦虑,及这种焦虑对法律的影响,参见 Vivien W. Ng, “Ideology and Sexuality: Rape Laws in Qing China,” *The Journal of Asian Studies*, Vol. 46, No. 1 (1987), p. 59.

⑤ 参见赖骏楠:《重新认识中国传统地权——从龙登高、曹树基与刘诗古有关传统地权的三部著作谈起》,《厦门大学法律评论》(总第三十三辑),厦门:厦门大学出版社,2022年,第1—8页。

⑥ 《唐律疏议》卷12,第198页。

⑦ 《唐律疏议》卷12,第198页。

众子孙仍共享户籍,子孙各自财产在官府簿册中仍登记于父母名下,所以产权仍有模糊之处。^①但根据张本顺的看法,宋代法律在别籍问题上,也呈现出逐步放开的趋势:北宋时就已出现允许在安葬父母后(而非在丧期结束后)就别籍的奏议和诏令,南宋的立法和司法更是愈发承认父母、祖父母在世时的完全别籍异财。^②在《大清律例》中,相关规定最终演化成看上去十分优雅的“律文”/“条例”和“一般法”/“特别法”的形式。其中律文正文明确禁止祖父母、父母在世乃至居父母丧时子孙别籍异财。但律注却规定,须祖父母、父母或期亲以上尊长亲告,才能适用该律,而且若父母丧期中别籍异财系尊奉“遗命”,亦不适用该律。而例文更是明确规定,“其父母许令分析者,听”。^③很显然,此处清律正文承担的是意识形态宣告功能,而名义上仅是律之解释、补充或“特别法”的律注和例文,则标志着对民间广泛存在的父母在世时兄弟间分家析产乃至分户的习惯,予以充分的法律承认。

不动产亲邻先买法的变迁过程,也体现出对家族内各分支、乃至各核心家庭财产自主权的逐步承认。所谓亲邻先买法,是指不动产买卖时,业主的亲属和/或邻人拥有优先购买权的制度。无论这一制度是否为儒家亲属伦理直接影响立法的产物,至少该制度客观上能满足限制家族财产外流、维持家族经济基础的儒家式诉求。在晚唐以来民间习惯的基础上,亲邻先买权在五代后周时期正式成为法律规定,在北宋时也被编入《刑统》。然而,法律很快就对该制度中“亲”与“邻”的范围做出严格限定。绍圣元年(1094)的一条规定,就将“亲邻”限制在“本宗有服亲及墓田相去百户内与所断田宅接者”。《名公书判清明集》所载南宋判词,更是对当时法律中亲邻先买权的行使条件有着详细解释:拥有先买权者仅包括“亲”且“邻”,而非“亲”或“邻”。宋代法律也对先买权人在其权利受侵犯后的起诉时效予以限制,即必须在交易后三年之内起诉,超出此限官府即不予受理;在最严格的时期,这一时限甚至仅有一年。^④在明清律中,亲邻先买权干脆不见踪影,而《大清律例》甚至明确禁止以“先尽亲邻”之名义“借端措勒,希图短价”。^⑤亲邻先买由此重新退化为民间习惯,且不受统治者欢迎。在清代司法实践中,面对亲族势力以先买权干预业主处分权、并频繁引发词讼的现状,官府经常对当事人搬出律例以禁止该实践。^⑥

宋以来基层官府对亲属争产诉讼的处理,则呈现出一幅虽相对复杂、但仍对儒家法制理想型有明显偏离的图景。^⑦此处主要讨论叔侄争产案件^⑧,因为此类纠纷是民间常见的亲属争产案件(多因分家或立继而引起),且包含了家族内尊卑关系这一为儒家所重视的维度。根据当时律典规定,官府只受理尊长告卑幼的案件,而卑幼告尊长本身就是违法。^⑨根据儒家理想,即使官府受理此类案件,也不能像处理凡人争财那样,严格依据契约、习惯或法律中的产权安排做出裁决,而应像海瑞主张的那样“与其屈兄,宁屈其弟;与其屈叔伯,宁屈其侄”^⑩,从而彰显长幼尊卑之别。

但现存判词表明,官府对现实中叔侄争产案的处理,并未一味偏袒伯叔一方,也未对侄子一方的正当产权置之不顾。首先可看南宋《名公书判清明集》。相关判词呈现的第一个出人意料的特色,正是官府对尊长与卑幼之诉权的一体承认。面对卑幼对尊长的控告,绝大多数官员并未拒绝受理,也未依据律条或礼教对卑幼予以训斥。^⑪而在对叔侄争产案(13件左右^⑫)的实质审断中,胜诉方既有伯叔一方(5件),

① 参见柳立言:《宋代同居制度下的所谓“共财”》,《宋代的家庭和法律》,上海:上海古籍出版社,2008年,第325—374页。

② 参见张本顺:《宋代家产争讼及解纷》,北京:商务印书馆,2013年,第38—45页。

③ 胡星桥、邓又天主编:《读例存疑点注·户律》,第186—187页。

④ 参见柴荣:《中国古代先问亲邻制度考析》,《法学研究》2007年第4期。

⑤ 《读例存疑点注·户律》,第202页。

⑥ 参见霍存福、金怡:《清末紫阳司法档案中的先买权案件研究》,《西北师大学报(社会科学版)》2021年第4期。

⑦ 相关研究,参见武航宇:《中国古代“亲属争产”中亲情伦理与所有权的共生》,《学习与探索》2019年第10期。

⑧ 此处的叔侄关系采广义,亦即凡处在服制内的伯叔辈(包括其妻)与侄辈关系,均包含在内。

⑨ 参见瞿同祖:《中国法律与中国社会》,第58页。

⑩ 参见海瑞:《兴革条例·刑属》,《海瑞集》上册,李锦全、陈宪猷点校,海口:海南出版社,2003年,第352页。

⑪ 参见张本顺:《宋代家产争讼及解纷》,第225—228页。

⑫ 参见杨一凡、徐立志主编:《历代判例判牍》第二册,北京:中国社会科学出版社,2005年,第93—94、118—119、120—121、127—129、159—160、164—166、247—248、260—261、263—264、267、338、339—340、436—437页。

又有侄一方（7 件），还有一个判词实际上未就财产分割做出决定。更重要的是，官府在多数案件中均能在查清事实的基础上，或依据分家书、立继书、契约中已确定的安排，或援引法律中有关财产保护和诉讼时效的规定，做出清晰、合理的判决。霸道的伯叔被勒令将其侵吞的已故兄弟的遗产返还给该兄弟之子，而控告侄子盗卖尚未分析之族产的叔叔也能成功维护家族利益。典型的“卡迪司法”只见于一个判词中：承审官员对本案中叔侄争产的行为极度厌恶，竟判令双方前往学校听从教诲，自行悔过。^①

其次观察清光绪年间（1875—1908）《诸暨谕民纪要》所载叔侄争产案的判词。相比《清明集》，这一清代判词汇编呈现出对卑幼诉尊长之行为更加限制（但并不完全否定）的趋势：在我们辨识的得到判决的 10 起叔侄争产案中，只有一起是叔母与侄互控的情形，其余似乎均为伯叔一方控告侄一方。^② 这暗示出，与刑法中的情况类似，清代官府在受理民间细故案时，其礼教化程度可能有所加剧。不过，即使知县只倾向于受理伯叔告侄子的词状，他在多数审断中也没有罔顾事实和规则，一味偏袒伯叔一方。侵犯伯叔父母权益的侄子自然受到惩罚，但侄子合法继承或自行购置的财产也受到保护，盗砍侄子树木的叔叔也被要求作价赔偿。只是在一个判词中，知县不顾分家协议中已将房屋产权予以分割的安排，而是顺应伯父的要求，禁止侄子出典已归本房的房间和大厅产权。^③

综上所述，宋代以降，在日趋发达的私有产权实践的冲击下，民事法中诸多原本用于维护儒家家族伦理的内容，都在不同程度上有所缓和。在别籍异财律、亲属先买法和叔侄争产案这三个最能体现家族伦理与产权逻辑间拉锯的方面，立法或审断都逐渐松动了较为僵硬的礼教要求，转而对本被压抑的核心家庭及其私人产权予以愈加完善的保护。尽管这一变化趋势远非线性，而是有着由意识形态、政治等因素造成的波动，但我们仍可断定：与刑事法领域不同，宋以来的民事法并未呈现为愈发儒家化的趋势，而是愈发向复杂、分化的社会经济现实妥协，并蕴含与近代私法对接的潜能。

五、结论

中国法律儒家化是历史上真实存在的过程。法律儒家化的核心，或者说对帝制中国法律影响最为深刻的法律儒家化成就，发生在普遍父权制背景下的家族法制领域，尤其体现在丧服入律后产生的各种刑、民法制上。

在秦法与后世法律间，存在明显的断裂，而且这种断裂能够通过儒法之别，得到清晰、圆融的解释。经我们重构后的瞿同祖命题，可表述如下：秦与汉初法制多体现法家色彩，无论是对父权制小家庭的维护，还是军功爵制下法律特权，都意味着发达的君权以人为意志对社会的强力塑造，并借此服务于早期国家建设事业；自汉至唐，立法者和执法者主动从儒家观念出发，屡以经义折狱、律学章句和引礼入律等手段，将法律与礼教逐步融合，最终形成《唐律疏议》“一准乎礼”的格局；尽管从表面上看秦法与后世法律都拥有大量的差异性规范，但后世针对亲属关系的差异性规范（尤其是服制化刑法），维护的是大家族制中的亲疏尊卑秩序，并对公权力介入和压制家族内情感关系持警惕态度，而有关官贵特权的差异性规范，则带有明显的身份制和贵族制色彩；相比法家，儒家创设的差异性规范对君主权力呈现出更为暧昧和矛盾的态度。

本文对法律儒家化的考察，并未停留在唐代这一据信是该运动大功告成的时间节点。在对唐以后法制变化的大致考察中，我们发现若干耐人寻味的事实。首先，随着皇权的逐步增强，魏晋南北朝时期被大量添入刑律的官贵优免特权，此时被皇帝视为有效统治的阻碍，从而经历了大规模的删削，因此已不再是儒家法文化的重点。其次，在现实政治、社会治理、意识形态等因素的共同作用下，从唐至清，服制化刑法

① 参见杨一凡、徐立志主编：《历代判例判牍》第二册，第 339—340 页。

② 参见倪望重：《诸暨谕民纪要》卷 1，杨一凡、徐立志主编：《历代判例判牍》第十册，北京：中国社会科学出版社，2005 年，第 312—313（此即叔母与侄互控案）、319—320、324—325、337—338、349—350 页；倪望重：《诸暨谕民纪要》卷 2，第 386—387、401—402、430—431 页；倪望重：《诸暨谕民纪要》卷 3，第 471、486 页。

③ 参见倪望重：《诸暨谕民纪要》卷 1，第 324—325 页。

得到进一步延伸和加固。清代的服制立法使得尊长更尊了，卑幼更卑了，而且其尊或卑的具体程度也依具体服制获得了更精确的差序化计算。所以我们主张，浸透着弥散化的父权精神的“准五服以制罪”，是法律儒家化的最重大成就，也对帝制中国法律、社会与文化造成了最深远的影响。最后，在民事法领域，伴随着唐宋变革以来新的社会经济形势，父权制大家族法制对核心家庭乃至个人的人身和财产约束有所松动，而这也预示着传统民法在近代化改造方面的巨大潜能。

对观念在历史变迁中作用的重视，并不等于否定社会、经济、政治等动力的存在（反之亦然）。本文只是试图强调，对于从汉到唐的一系列法制变革，虽然能以种种物质或现实因素来解释（本文也经常借鉴这些解释），但法律儒家化理论也能对这一变革中的诸多（甚至是最多）问题提供有效解释。重大历史变迁往往是由多种因素共同推动，思想在其中不会缺席。韦伯的下述论断，或许值得牢记在心：“直接支配人类行为的是物质上和精神上的利益，而不是理念。但是由‘理念’所创造出来的‘世界图像’，常如轨道上的转辙器，决定了轨道的方向，在这轨道上，利益的动力推动着人类的定位”。^①

（本文为国家社会科学基金后期资助项目“汉唐之际的女性身份与礼律秩序”（20FFXB040）的阶段性成果）

（责任编辑：王鑫）

Did the Confucianization of Law not Happen?

——Take Kinship Legal Institutions as Center

LAI Junnan, JING Fenghua

Abstract: The Confucianization of Chinese law was a real historical process. This process was embodied in the changes of kinship legal institutions. Both pre-Qin Confucianists and Legalists admitted patriarchal families, but the patriarchal spirits and structures envisaged by the two schools were quite different. Confucianism preferred the model of large joint families, the *patria potestas* was diffused in the mourning clothing system which contained both the principles of filiality and affection. To Confucianism, as the foundation of all other orders, the family had independent values and precedence over state power. Legalists favored patriarchal small families. The *patria potestas* was subordinate to requirements of the *raison d'état* to help the monarch manage family members and cultivate the obedience of subjects, while small families facilitated the government's social control and fiscal extraction. To Legalism, as an administrative unit that did not bear ethical values, the family could not resist the intrusion of state power. The law of the Qin Empire mainly embodied the Legalist color. From the Han Dynasty to the Tang Dynasty, law obviously experienced Confucian transformation. This change was concentrated in the institutions related to kinship ethics, and the Confucian color in this field was still deepened until the Qing Dynasty. The legal privileges of officials and nobilities, which was given importance by the traditional narrative of legal Confucianization, was actually only thriving in the period of the Wei, Jin, and Southern and Northern Dynasties, when the imperial power was weak, but was strictly restricted in the later period when the imperial power was restored to normal. In the civil law since the Song Dynasty, the patriarchal family law gradually compromised to the practice of private property rights. In major historical changes, the role of ideas and ideologies should be taken seriously.

Key words: Confucianism, Legalism, patriarchy, law

^① 马克斯·韦伯：《比较宗教学导论——世界诸宗教之经济伦理》，《中国的宗教：宗教与世界》，康乐、简惠美译，桂林：广西师范大学出版社，2004年，第477页。