

四川省哲学社会科学普及规划项目成果



ZHONGGUO CHUANTONG FALÜ WENHUA YAOLUN

中国传统法律文化要论

里 赞 主编 王有粮 刘昕杰 副主编



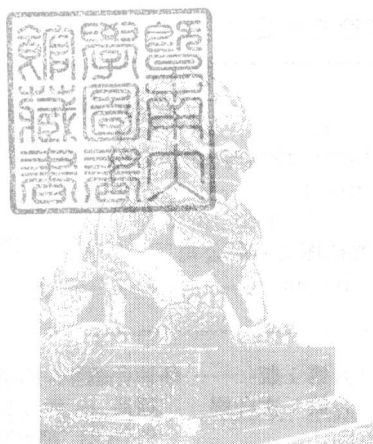
四川大学出版社

四川省哲学社会科学普及规划项目成果

中国传统 法律文化要论

ZHONGGUO CHUANTONG
FALU WENHUA YAOLUN

里 赞 主编 王有粮 刘昕杰 副主编



四川大学出版社

责任编辑:王 冰
责任校对:李思莹
封面设计:墨创文化
责任印制:李 平

图书在版编目(CIP)数据

中国传统法律文化要论 / 里赞主编. —成都: 四川大学出版社, 2011. 9
ISBN 978-7-5614-5513-5

I. ①中… II. ①里… III. ①法律—传统文化—研究—中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 202181 号

书名 中国传统法律文化要论

主 编	里 赞
出 版	四川大学出版社
地 址	成都市一环路南一段 24 号 (610065)
发 行	四川大学出版社
书 号	ISBN 978-7-5614-5513-5
印 刷	成都永先数码图文有限公司
成品尺寸	148 mm×210 mm
印 张	4.875
字 数	117 千字
版 次	2011 年 10 月第 1 版
印 次	2011 年 10 月第 1 次印刷
定 价	18.00 元

版权所有◆侵权必究

◆读者邮购本书,请与本社发行科联系。电 话:85408408/85401670/85408023 邮政编码:610065

◆本社图书如有印装质量问题,请寄回出版社调换。

◆网址:www.scupress.com.cn

目 录

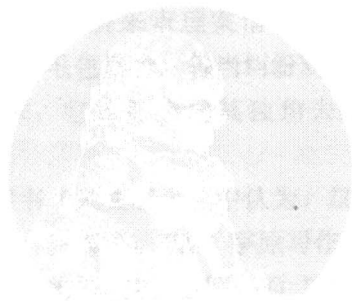
第一部分 传统中国法的主要理念·····	(1)
从皋陶与獬豸说起·····	(3)
中国传统法律文化中“法”的概念·····	(5)
礼起源于祀·····	(5)
刑起源于兵·····	(6)
“法”字的含义 ·····	(9)
律·····	(12)
法律·····	(13)
传统中国社会的正统法律思想·····	(15)
儒家法律思想的形成·····	(15)
正统法律思想的奠定和主要内容·····	(18)
正统法律思想的哲学化·····	(22)
丰富多彩的法律思想·····	(24)
法家法律思想·····	(24)
道家法律思想·····	(27)
中国传统法律文化的基本特质·····	(30)
“礼治”与“法治”：“非礼，是无法也” ·····	(30)
“仁政”追求的刑罚体现：“德主刑辅”与“矜老恤幼” ·····	(34)
“人治”与人本 ·····	(37)

“人情”、“天理”与“国法”	(43)
“息讼”和“无讼”的理想	(48)
第二部分 传统中国法的基本制度	(55)
国之大典	(57)
从“约法三章”到汉《九章律》	(57)
《晋律》与张、杜释律	(58)
《北魏律》与《北齐律》	(59)
《开皇律》	(60)
《唐律》：盛世华章	(62)
《宋刑统》	(64)
明律与朱元璋的重典治世	(65)
清律：《大清律例》、清《会典》	(70)
家、国、天下	(73)
挥之不去的“家”	(73)
爱情、婚姻与礼法	(84)
君权与相权的博弈：皇帝并非可以为所欲为	(92)
典型制度	(97)
五刑	(97)
八议	(99)
十恶	(100)
《春秋》决狱	(101)
原心定罪	(102)
“复奏”与“死刑复核”	(104)
秋冬行刑	(105)
第三部分 传统中国法的近代转型	(107)
思想准备：正统法律思想的近代启蒙	(109)
衰落中的传统法律思想与启蒙思想家	(109)
黄宗羲的法律思想	(110)

睁开眼睛看世界·····	(113)
龚自珍的法律思想：开风气之先·····	(113)
魏源的法律思想：师夷长技以制夷·····	(114)
洋务派·····	(116)
曾国藩的法律思想：“一秉于礼”·····	(116)
张之洞的法律思想：“中学为体，西学为用”·····	(117)
维新派·····	(119)
康有为的法律思想：“维新变法”论·····	(119)
梁启超的法律思想：“变法图存”·····	(121)
礼法之争与清末修律·····	(123)
礼法之争·····	(123)
清末修律·····	(126)
民国·····	(130)
三民主义·····	(130)
六法体系·····	(132)
中华人民共和国法律制度的建立·····	(138)
结 语·····	(140)
后 记·····	(148)

第 | 一 | 部 | 分

传统中国法的主要理念



从皋陶与獬豸说起

中国古代第一位司法官员是尧舜时期的皋陶（音 gāo yáo，同“高遥”）。据说他相貌奇特，吻部突出，犹如鸟喙；脸色发青，类似菜瓜；声音沙哑，寡言少语。典籍中一般将他看做是上古时期一位英明忠诚的大臣，他大约“生活在公元前（大约2280—2170年）原始社会末期和奴隶社会初期，卓有成效地辅佐了尧、舜、禹三代君主，成为我国先秦史上一位具有深远影响的人物。其创刑、造狱，倡导明刑弼教以化万民的思想为四千多年来我国各个时期制定、完善、充实各项法律制度，奠定了坚实的基础，历史上被人们誉为‘圣臣’”。而民间传说中的皋陶，则更类似一个半人半神的角色。相传皋陶通过一头名为獬豸（音 xiè zhì，同“谢至”）的神兽来审理案情。这头神兽似羊非羊，似鹿非鹿，头长独角，毛色发青。每当纠纷双方争执不下时，皋陶只要把獬豸牵上来，它自然会用其独角去抵触有过错的当事人。

东汉许慎在其字书《说文解字》中认为，汉字中的“法”字就起源于这头独角兽。许慎说，“法”字原写作“灋”，三点水加上廌，意思是“平之如水”，表示公平；而“廌”（音 zhì）就是那头獬豸，因而对不正直的人由獬豸“触不直者去之”就构成了“法”字的基本内涵。

自秦统一中国以来，獬豸一直是中国法律的象征。汉唐时期

皇帝派出的御史在办案时所戴的官帽往往就有一只角，号“法冠”，即象征明察秋毫的獬豸神兽；明清时期御史的官服，也在前胸使用绣着獬豸的“补子”；而后世皇帝陵墓之前也多摆放两对石头獬豸。直至今日，现代社会仍旧以獬豸的形象作为法律的象征。^①

獬豸作为法律象征这一形象虽然深入人心，但中国传统文化中对法律的不同理解却并不划一；相反，中国古人对法律的理解可谓丰富多彩，各有特色，这一基本特征在先秦时代就已经奠定。

^① 参见郭建：《獬豸的投影——中国的法文化》，上海三联书店 2006 年版，前言。

中国传统法律文化中“法”的概念

礼起源于祀

礼，最初是一种祭祀仪式，以规定的仪式和程序来表达其对神灵的敬畏和崇拜，祈求神灵的佑护。甲骨文写做“豐”，象征用丰收的物产放在礼器中供奉神明，以示隆重和虔诚。《说文解字》有关“礼”的解释是：“礼者，履也，所以事神致福也。”在原始社会，人类的生存倚靠天地的化育，在当时的人看来主宰自然的是上天和先祖，是他们左右着地上的一切，或灾荒或祥瑞。举行祭祀便是为了祈求左右乾坤的力量赐予渺小的人以安康。由于祭祀活动与人们的安全、生活等具有直接联系，因而具有特别的意义，对神祇的慎重行事也逐渐衍生出祭祀者的身份、祭祀的仪轨以及祭祀的禁忌等方面的严格规定。掌权者垄断了祭祀的主祭权，同时也取得了萌芽状态中的政治权力的合法性，在这个转变过程中，政权与神权合而为一。随着社会关系日益复杂，“礼”的功用也从其最先的“敬天保民”而逐渐发展成为调整氏族社会生活各方面的规范。原始状态的礼也逐渐由氏族的习惯演化为具有法的性质和作用，原来用以区别血缘关系亲疏尊卑的礼成了确定人们在国家组织中等级地位的法。导源于原始社会祭祀的“礼”，对传统中国法律的影响如影相随，一以贯之地体现着其法

律性质和品格。

在古代社会中，国家最为重要的事情是祭祀和战争。分析在法律起源时期祭祀与战争对法律规范产生的影响，对礼和刑在中国传统法精神中源远流长的体现便不难理解了。

刑起源于兵

（一）刑的含义

《说文解字》认为“刑”的古体字是“（𠂔）”，并解释到：“（𠂔），罚罪也，从井从刀。”从形声字的字义分析，井是有人居住的地方，而“刑”字就是“以刀守井”。其含义为：在实行井田制的奴隶社会里，井田中间有口水井，大家都来抢夺水源，而有人失足掉进水里了。奴隶主为了防止有人再来抢水，就派人拿着刀去守卫井口，谁再抢水，就把谁的头砍掉，这就称为用“刑”。“刑”也就具有了以暴力手段维护社会秩序的意义。杨树达《积微居小学述林》以为“刑”字左边的“井”似棺材之形，“刑罚字无可象，故以棺形表示死刑，从刀则示刀具之刑”。

“刑”字在中国可谓源远流长。《尚书·吕刑》有关于“五虐之刑”的记载，《尚书·舜典》中也说：“象以典刑，流宥五刑，鞭作官刑，扑作教刑，金作赎刑。”《尔雅·释诂》中说：“刑，常也，法也。”《左传》中记载了夏、商、周三代创制刑罚的情况：“夏有乱政而作禹刑，商有乱政而作汤刑，周有乱政而作九刑。”《礼记·明堂位》记述：“服大刑而天下大服。”此外，《国语·晋语八》中“端刑法、缉训典，国无奸民”、《国语·鲁语上》中“尧能单均刑法以仪民”和《管子·七法》中“刑法不审，则盗贼胜”均系关于“刑”的记载。不难看出，上古时期，“刑”的概念业已产生，且“刑”的含义大致可分为两类：作动词，理解为“惩罚”；作名词，理解为法令、典籍。

（二）刑的起源

战国之前，法律一般被称作“刑”，而“法”字在战国之后才逐渐流行起来。

上古时期的部落乃至国家，主要依靠暴力手段来维持统治秩序。具体而言，大规模、无限制的暴力手段，即军事武力，建立并维持部落间、国家间的秩序；而小规模、有限制的暴力手段，即刑法，建立并维系社会内部的秩序。因而，军事和法律在性质上均具有暴力性，中国古人很早就意识到了这一点，历来就有“刑起于兵”、“兵刑合一”的说法。东汉著名史学家班固在写中国第一篇法制通史《汉书·刑法志》时，就将军事制度和刑罚制度合在一起写：“《书》云‘天秩有礼，天讨有罪’，故圣人因天致而制五礼，因天讨而作五刑：大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用穿凿；薄刑用鞭扑。大者陈诸原野，小者致诸市朝，其所繇来者上矣。”而这一说法可以上溯到古史《国语·鲁语》：“臧文仲言于僖公‘刑五而已：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。大者陈之原野，小者致之市朝’。”

上古时期部落间频繁的战争早于“刑”起源。章太炎在《文录·古官制发源于法吏说》中曾言：“法吏未置以前，已先有战争矣。军容国容既不理，则以将校部分民，其遗迹存于周世者，传曰官之师旅。……及军事既解，将校各归其部，法吏独不废，名曰士师，征之《春秋》，凡言尉者皆军官也，及秦而国家司法之吏亦曰‘廷尉’，此（比）因军尉而移之国中者也。”显然章太炎将“军事”中的“法吏”作为中国司法官吏的起源。陶希圣也注意到了这种“兵刑一体”的现象，他在《中国政治思想史》中更为明确地说：“古代的刑罚是由兵政主持者掌管。士、司寇、尉，这都是军官也是法官。魏绛‘请归死于司寇’（《左》襄三年）。公孙黑将作乱，子产曰：‘不速死，司寇将至。’（《左》昭

二年)司寇或称司败,子西说:‘臣归死于司败。’(《左》文十年)季孙谓臧武仲曰:‘子为司寇,将盗务去。’(《左》襄二十一年)军官兼法官又兼警察了。”

这就说明,“兵”和“刑”不仅在性质上均具有暴力性,其目的均在维护当时的社会秩序,而且,司法官员的官职在源头上本身就由军职官员兼任。于是,秦汉之后“廷尉”这一军官名称屡屡用作最高司法官员的现象,就不难理解了。

值得注意的是,“刑”虽起源于“兵”,但中国传统法律发展的历程却清晰地展示,我国传统法律并未囿于“兵刑一体”的古老渊源,而是发展出了更为专门和细致的律法。在汉《九章律》中,开始有《兴律》;等流而下,《魏律》有《擅兴》,《晋律》有《宫卫》、《兴律》,到隋唐的《卫禁》、《擅兴》,至明清之《宫卫》、《军政》,“兵”所侧重的“军法”与“刑”所代表的“刑民”律法已截然分离,界限分明。

(三) 子产铸刑鼎

从法律史的一般规律看,世界各国在未有成文法典之前,大多经历过一个秘密法的时期。那个时候,法律仅为少数人所掌握,老百姓无法认识和了解其内容,而法律的权威和力量在很大程度上恰恰来源于法律的神秘感和不确定性。

子产,从公元前543年到公元前522年间执掌郑国国政,是当时最负盛名的政治家。公元前536年,子产在郑国“铸刑鼎”,将有关法律条文浇铸在刑鼎之上,予以公布,老百姓得以知晓法律,并用法律引导和规范自己的行为。法律的公开,是人类法律史上的重大事件,标明政治文明演进到了一个崭新的历史阶段。

但是,子产在当时属于改革派,他的做法遭到了一些旧贵族和士大夫的强烈反对。晋平公的老师、晋国贵族叔向就是其中的代表。叔向写信给子产,试图阻止这一重大举措。叔向引用“国将亡,必多制”的古语,预言“终子之世,郑其败乎”!说“夏

有乱政而作《禹刑》，商有乱政而作《汤刑》，周有乱政而作《九刑》”。叔向反对“铸刑鼎”的原因在于：他坚持传统“礼治”，不赞成过分强调“以刑治国”，坚持自古以来“议事以制”的刑罚思想，反对预设治罪，认为铸刑书会导致罪刑关系凝固化、机械化，老百姓会根据刑书与官吏争议，官吏的判罚难获应有的权威。

而子产铸刑鼎是希望破除“刑不可知，则威不可测”的秘密法传统，这与他治理郑国时广开言路的行政风格是完全一致的。例如：“子产不毁乡校。”据《左传》记载，有一天郑国的老百姓集聚在乡校里议论子产执政以来的得失。老百姓如此议论当权者，在当时属于严重的政治事件。一告密者将此事报告给了子产，并建议将乡校关闭。子产却回答，那些人议论我们这些当政者的是非得失，是一件大好事嘛！如果老百姓认为我们做得对的事情，我们就坚持做下去；如果老百姓认为我们做得不对的事情，我们应该就立刻改正。老百姓是执政者的良师益友，为什么要堵塞言路呢？因而子产不同意关闭乡校。

“法”字的含义

“法”字繁体为“灋”，按《说文解字》的解释：“灋、荆也，平之如水，从水，廌所以触不直去之，从廌去。”《说文解字·廌下》又云：“廌解廌兽也，似牛一角，古者决讼，令触不直者。”又云：“法令文省，古文（人一正）。”

依王振先先生在《中国古代法理学》中的观点，“灋”字之义可理解为三层。^①

① 王振先：《中国古代法理学》（第二版），商务印书馆1929年版，第6～9页。

（一）法、荆也，含有模范的含义

《尚书·吕刑》云：“苗民弗用灵。制义茝（音 jǐng，同‘阱’），唯作五虐之型，曰法。”《易蒙初六》曰：“发蒙利用桀人，用说，桎梏以往吝。”《象》曰：“利用荆人，以正法也。”又《系辞传》：“见乃谓之象，荆乃谓之器，制而用之谓之法。”上述典籍记载均表明法有模范的意义。

（二）法者平之为水，从水，含有均平的含义

“法”字中的“氵”，一般认为是公平、公正之义。此外，它还与上古宗教禁忌有某种关联。相传古时也存在把违反公共生活标准的“罪犯”流放到河边的做法，使活着的“罪犯”包括其死后的灵魂永远不能重归故乡，使其同时失去此岸世界与彼岸世界。这样，一方面向神表示“谢罪”，保护了部落集体的平安；另一方面也有用水洗去“犯罪者”的不洁，勿使谬种流传。^①

（三）法从薦去，所以触不直去之

古代“法”的主角之一即具有神性的薦兽。关于神兽的来历，《说文解字》还记载了这样一则传说：“薦（音 jiàn，通‘荐’），兽之所食草。从薦从草。古者神人以薦遗黄帝。帝曰：何食何处？曰：食薦，夏处水泽，冬处松柏。”

“法”字与“式”字同训，《说文解字·式下》云：“法也，从工弋声。”又说：“工，巧饰也，象人有规矩。”清人段玉裁曾注释到：“直中绳，二平中准，是规矩也。”这些记载表明，中国古代人通过解释“式”来认识“法”字。而“式”的取义在“工”，“工”字的意义中又以中正平均为本，如绳之直与准之平。

不难看出，“法”字包含了均平正直，能立最高的模范标准以制节事物的含义。

^① 武树臣：《中国“混合法”引论》，《河北法学》2010年第2期。

（四）最早的法典

李悝（约公元前455年—前395年），是战国初期魏国著名政治家和前期法家代表人物之一。魏国是战国初期最早进行改革的一个诸侯国，魏文侯（公元前445年—前396年）在位时，为了富国强兵，礼贤下士，招揽了李悝、吴起、西门豹、卜子夏（孔丘弟子）等大批人才。李悝以“魏文侯相”和“魏文侯师”的身份，主持变法。经济上“废沟恤”，以“尽地力之教”，废除井田制，鼓励发展农业生产，推行重农抑商政策；政治上提出“为国之道，食有劳而禄有功，使有能而赏必行，罚必当”。即奖励军功，重农重战，实行法治。所以司马迁在《史记·平淮书》中说：“魏国李悝，尽地力，为强君，自是以后，天下争于战国。”而李悝最突出的事迹，就是在整理春秋以来各诸侯国颁布的成文法基础上，编撰了我国第一部比较系统的封建法典——《法经》，对此后的封建立法产生了深远的影响。

为了巩固改革成果，使富国强兵的基本国策在有序的轨道上推进，李悝总结了前人的立法经验，编撰了我国历史上第一部封建性法典——《法经》，改刑为法，先列罪名，后定刑制，以罪统刑，对于封建法典体例的创制起了重要的作用。

“撰次国法”而成的《法经》六篇，以巩固君主专制和保护私有财产为主旨，强调“王者之政，莫急于盗贼”。

《法经》确立了“王者之政，莫急于盗贼”的立法指导思想，贯穿了春秋战国早期法家所主张的“不别亲疏，不殊贵贱，一断于法”的法治原则，主张限制奴隶主贵族的特权；同时，《法经》也体现出了“重刑轻罪”的精神，对于轻微的犯罪也处以严厉的刑罚，保留了大量的奴隶制思想的残余。

李悝制定的《法经》，是中国历史上第一部初具体系的成文法典，是春秋以来各国立法的集中体现。后来，这部《法经》为“商君受之以相秦”（《晋书·刑法志》），规制了秦国的变法事业，