

中国古代法律文化

马作武 著



版社

斯人如故天毋自斲也

D929
38

中国古代法律文化

马作武 著

暨南大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国古代法律文化/马作武著. —广州:
暨南大学出版社, 1998.5

ISBN 7-81029-708-2

- I. 中…
- II. 马…
- III. 法律史
- IV. G9

暨南大学出版社出版发行
暨南大学出版社照排中心排版
暨南大学印刷厂印刷

开本: 850×1168 1/32 印张: 7.75 字数: 19.5万

1998年5月第1版 1998年5月第1次印刷

印数: 1—5000册

定价: 15.00元



作者简介:

马作武，1960年出生于湖北大冶。先后就读于中国政法大学、武汉大学、北京大学，分别获得法学学士、硕士、博士学位，曾入中国人民大学博士后流动站工作两年，系中国法律史专业第一位博士后研究人员。现为中山大学法律系副教授。已出版的个人专著有：《清末法制变革思潮》、《中国法律思想史纲》，并有学术论文四十余篇在全国性刊物发表。

自序

这本小书集中了我近年来学习和探讨中国法律史过程中有感而发的一些文字。由于一开始并没有预设一个整体框架，因而在内容上很难作出一种完整的安排。它的短处在于缺乏严谨的结构体系，难以符合一般的学术规范，也让我在本书的谋篇布局上颇费了一番斟酌，最后仍不能感到满意。长处则是正因为不曾受到结构体系要求的约束，从而节省了许多铺垫和连接的文字，且内容也集中在具有典型性和代表性的问题上。这对一般读者而言，应该是较合适的。同时，我也在考虑这样一个问题：我们的学术研究是否可以在某些时候缓和一下生硬和过分严肃的面孔，增加一点轻松随和的表情，以便让普通公众感到它可以亲近，从而愿意亲近。显而易见的是，任何的学术研究，越是能够引起社会公众的兴趣和关注，其自身的价值就会越高，社会的意义也就会越大。对于我所厕身其中、兼涉法律与历史这两大刻板学科的中国法律史研究领域而言，这种考虑似乎很有必要。文学艺术界都倡导“雅俗共赏”，我们是否也可以在这方面作一些尝试呢？当然，有些学者已经在这方面做了一些努力，而本书也可视为这种努力的一部分。

近二十年前，当我第一次接触中国法律史学科时，便对它产生了浓厚的兴趣。当然，其原因并非是对传统法律产生了什么感情，更不是发现了它所谓“优良”的品性。恰恰相反，我发现传统法律是那么地不可思议，那么地光怪陆离，而且作为历史陈述又是那么地接近我们。从那时起，我便立志去认识和理解它。但

令人颇为失望的是，在当时乃至以后相当长的一个时期内，除了瞿同祖先生的《中国法律与中国社会》之外，能够引导和帮助我深入认识和把握中国传统法律内在精神的书实在太少太少。只是到了八十年代的后期，随着文化研究热潮的掀起，传统法律文化的研究得以起步，从而为人们打开了一个认识中国古代法律堂奥的窗口。透过这个窗口，我既发现了一些有趣的东西，也发现了一些可怕的东西。我自以为明白了一些过去很难明白的事理，而这一切是无法从那些陈旧的教科书中得到的。在思想醒悟过程中，我得出一条经验：要想真正认识和理解中国古代法律，非从传统文化的分析入手不可。本书正是对这一经验的尝试性实践。

中国是一个有着悠久历史文化传统的国家，中华民族是一个最热衷于维护传统、最善于保持传统的民族。但在当今社会，传统对我们到底意味着什么？是精神的动力，还是精神的枷锁？这实在是一个异常沉重、异常复杂而又异常重大的问题。同样，对传统法律的评价，它所涉及的方面也十分广泛，认识上的距离也很遥远。然而，有一点我觉得应该重申，而且必须重申：中国传统法律是主宰中国社会数千年、浑身充满血腥味的集权专制政治的帮凶！而这个帮凶是传统文化孕育和塑造出来的。

近来，有些学者在探讨中国法律现代化问题时提出了“本土资源”的命题。从一般意义上说，这个命题有它合理的一面，或者说必然的一面。但目前的时机并不成熟，或者说非常的成熟。因为我们知道，中国法律现代化目前最大的障碍在于思想的陈旧和观念的落后，在于整个社会现代法律意识的低下。而这些都是“本土资源”所“赏赐”的。当见到有些“学者”在别有用心地大谈中国古代有“民主”、有“法治”的时候，我们这些“本土资源”论者不知作何感想？难道是像那些“学者”一样期望着将古代的“民主”、古代的“法治”作为“本土资源”移植到当今社会么？

由此看来，清醒而又深刻地认识中国传统法律，其意义是多么巨大。如果本书能给读者在这方面提供一点帮助，将是作者最大的安慰。

马作武

一九九八年二月于岭南康乐园

目录

自序.....	1
一、等级社会与等级法律.....	1
等级与生活方式.....	3
等级与婚姻.....	7
等级与法律.....	10
二、礼与法的文化解析.....	13
传统法律文化中的礼与法.....	13
婚礼与法.....	22
丧礼与法.....	29
祭礼与法.....	35
三、权与法的文化解析.....	41
皇权与法.....	41
父权与法.....	45
夫权与法.....	51
“八议”与法律特权.....	55
“官当”与特权.....	58
四、家族制度与法的文化解析.....	62

国法与家法	62
服制与量刑	68
嫡庶之分	71
“别籍异财”之禁	75
容隐：非法之法	78
复仇：两难的抉择	84
五、古刑四论	93
族刑论	93
免刑论	99
代刑论	104
行刑季节论	108
六、文字狱杂谈	115
腹非	117
犯讳	119
诽谤朝政	122
非所宜言	125
七、古代司法文化探秘	128
传统文化与“非讼”意识	128
《春秋》决狱	136
审断之“权”	142
司法神明	148
兄弟争财	156
“妙判”不妙	161
八、古代息讼之术	164

拖延·····	165
拒绝·····	167
感化·····	170
设“教唆词讼”罪·····	173
九、中国传统法律的儒家化·····	175
对先秦儒家法律思想的总结·····	176
儒学的发展与正统法律思想的形成·····	183
古代正统法律思想的特征·····	185
中国古代法律的儒家化·····	188
十、杂论·····	194
以孝治天下·····	194
古代的抑商之法·····	202
义与法律·····	210
贞节与法律·····	215
古代的通奸罪·····	220
为讼师辩护·····	225
邓析辨·····	231
孔子杀少正卯及其他·····	235

一、等级社会与等级法律

孔子最得意的门徒颜渊死后，他痛心疾首地悲叹：“天丧予！天丧予！”可是，当颜渊的父亲因家道贫寒而请求孔子卖掉自己的车以为其子置办棺椁时，孔子却不答应，理由是：“以吾从大夫之后，不可徒行也。”（《论语·先进》）

是孔子吝啬么？看来不是，孔子是将身份礼制看得太重了。按礼制的要求，士大夫平常出行应该乘车骑马，无车而徒步行走者，乃是庶民。贤明通达、为人师表者如孔子，都如此斤斤计较于表面的排场，声称“不可徒行！”这正反映了中国古代等级观念的根深蒂固和源远流长。

所谓等级，即社会不同集团或阶层由法律或道德习惯所确立和固定的，分别享受不同权利承担不同义务的社会政治生活模式。等级与阶级是不同的概念，阶级的划分以经济地位为依据，具有强烈的政治色彩和时代色彩；而等级则主要以法律地位的不同作为划分依据，并借助道德习惯的力量来维系这种划分。等级的划分往往具有超阶级性，同一阶级内部，就难免存在不同的等级，而同一等级又可能包含不同阶级的成员。如在古代男尊女卑的等级制度下，男性和女性便分属不同等级，而不论其经济地位和阶级背景如何。

中国古代社会是一种典型的等级社会，社会成员各自根据自己身份、地位的不同被划归不同的等级之中。等级制度的内容虽然广泛包含了政治、法律和社会地位的不平等，但归根结底还是主要表现为人与人之间法律上权利义务的不平等。等级越高，享

受的权利越多，承担的义务越少；等级越低，享受的权利越少，承担的义务越多。尽管不同国家、不同时期等级制度的内容不尽一致，但有一点是相同的，即等级制造了特权，等级制造了社会贵贱、贫富的悬差，等级制造了人与人之间的矛盾对立，妨碍了社会的进化。

虽然等级制度带来的都是罪恶，但中国传统文化本身却是等级制度滋生繁衍的温床。传统文化以儒家文化为核心，而儒家从来就是将社会视作一个贵贱有等、尊卑有别的等级结构，平等的观念或意识在儒家那里觅不见一丝踪影。如前所述，孔子本人便是等级制度的热衷鼓吹者和身体力行者，他所向往和追求的“礼治”秩序其实就是宗法名分等级秩序。所以，当齐景公问政于他，他毫不犹豫、直截了当地回答：“君君、臣臣、父父、子子”。当季桓子僭越名分礼制，“八佾舞于庭”时，他如丧考妣地指责道：“是可忍也，孰不可忍也！”他在鲁国“与闻国政三月”，除了杀掉犯上作乱的少正卯，最有名的举措大概就是规定“男女行者别于途”，这无非是为了强调男尊女卑的等差。孟子是孔子的衣钵传人，话说得更赤裸裸：“劳心者治人，劳力者治于人。治于人者食人，治人者食于人，天下之通义也。”（《孟子·滕文公上》）荀子当然不甘人后，声称：“礼者，贵贱有等、长幼有差、贫富轻重皆有称者也。”（《荀子·富国》）儒家在获得独尊的政治地位后，他的学说上升为官方正统；作为儒家政治理论核心的礼便由理论到实践，由学术到制度，发展成为统治整个古代社会的“礼制”。礼制其实就是等级制的别称，是以“三纲五常”为核心、以严密分明的等差序列和人身隶属关系为内容的社会体制。礼制秩序支配着古代社会生活的各种领域、各个层面，最终决定着中国古代社会的基本形态。中国传统法律贯注着儒家礼教的精神，并将维护礼制奉为至高目标，因此，与中国传统等级社会相适应，传统法律也必然是等级法律。

等级与生活方式

在古代，身份地位不同，生活方式也大相径庭，这是不能自由选择的。生活方式上的等级界限，是人为设置的，也是法律所保护的。任何人违反社会认同的生活方式，便意味着对整个统治秩序的触犯，便意味着将受到法律的惩罚。生活方式林林总总，下面择其主要而论之。

衣饰 中国素有“衣冠王国”之称，所谓“衣冠制度”乃是等级制度的另一种说法。在古代，衣饰除了满足防寒和美观的需要外，还是显示一个人身份地位的重要标志，这后一种功能意义更大。形式和内容的高度统一，反映了等级社会的高度成熟。人的社会地位通过其衣饰一目了然，“见其服而知贵贱，望其章而知其势”，这样，等级的区分就有了外在的标准和依据，也可保证社会等级秩序更加井然。衣饰表面上是一种形式，但古人却赋予了它实质内容。

“九五之尊”的帝王高踞于等级金字塔的绝顶，衣饰当然要标新立异，与众不同。据记载，周代天子便有专用的衮冕服。衮即卷龙衣，冕乃王者之冠。衮衣上绣龙，故俗称龙袍；又因为汉朝开始黄色被确定为帝王之色，所以衮衣又称黄袍。只有帝王才有资格和权利享用衮冕之服，其他人等不得染指。《汉书·韩延寿传》记载：韩延寿任东郡太守时，因“治饰兵车，画龙虎朱雀”，又“衣黄紵方领”，被人以“上僭不道”的罪名劾奏，结果“竟坐弃市”。《水浒传》第九十九回曾写宋江领兵大破方腊之后，阮小七“杀入内苑深宫里面，搜出一箱，却是方腊伪造的平天冠、衮龙袍、碧玉带、白玉圭、无忧履。”阮小七一时好奇，“便把衮

龙袍穿了，系上碧玉带，着了无忧履，戴起平天冠。”朝廷派来的王禀、赵谭见状骂道：“你这厮莫非耍学方腊，做这这样子！”宋江、吴用见了，一边将阮小七“喝下马来，剥下违禁衣服”，一边“陪话解劝。王禀、赵谭二人虽被宋江并众将劝和了，只是记恨于心。”因为这件事，阮小七最终还是被追夺了本身的官诰，复为庶民。若非军功在身，脑袋只怕难保。

文武百官、三六九品，其衣饰均须与其身份相称，其区分主要在颜色上。各代时尚不同，颜色的高下之分不尽一致。如唐朝定制：三品以上服紫，四品用绯色，五品浅绯，六品深绿，七品浅绿，八品深青，九品浅青。至于庶人，通常只能服皂白二色。除颜色外，衣饰上的图案更能区分官品的高低。皇帝的龙袍要绣上日、月、星、龙、山、华虫等十二种图案，称“十二章”。而一品官最高是九章，以下随品级的下降而递减。唐朝五品衣一章，其他人的衣服上就不得有任何图案了。此外，衣服的质地也很有讲究，绫罗绸缎等高档衣料除了命夫命妇外，一般人不能享用。至于那些名贵的皮毛，当然只能由高官贵族们独享了。除衣服外，冠履佩饰无一不有等第，不容任意穿戴。像金、银、玉、犀各朝代往往禁止普通人作为佩饰使用，如唐朝就规定，钻石、金、玉、银为品官之饰，普通人只能以铜、铁为饰。古代官吏无不有冠帽，品位不同，冠帽也不同。如果“冠冕堂皇”，则一定是有地位、有身份的人。在古代，即便你有钱，也不能花在穿着打扮上。商人素来受到贱视，有时连普通人权利都没有。如明朝就规定，农民之家许穿绸、纱、绢、布，而商贾之家却只许穿绢布，至于名贵皮毛、金银珠宝，商人再有钱，也只能藏在家中，轻易不敢佩戴在身。

房舍 人必有居，通过居室便可一眼看出主人的等级身份，这是古代统治者所希望达到的效果。居室上的等级划分，在中国有着悠久的历史，且一开始便纳入了礼制的轨道。《礼记·礼器》

规定：“天子之堂九尺，诸侯七尺，大夫五尺，士三尺。”虽然不一定这么绝对，但作为一种基本原则，它的影响力是不可低估的。帝王居住的宫殿，当然要建得无与伦比的豪华和壮观，以显出天下之大，唯我独尊的气派。公侯品官的宅第也要讲究排场，但这种讲究要与各自的身份相称，不能僭越违制。称呼上便有高下之分，皇室居宫、公侯居府、百官有宅、庶民有家。对房舍的具体建构，历代的规定不尽一致。唐朝的规定为：“凡宫室之制，自天子至于庶士各有等差。天子之宫殿皆施重拱藻井，王公诸三品已上九架，五品已上七架，并厅厦两头。六品已下五架。其门舍三品已上五架三间，五品已上得制乌头门。”（《唐六典》卷二十三）

房舍的内外装饰，也都极有分寸，不能随心所欲。古代色彩有贵贱之别，黄色最贵，其下依次为赤、绿、青、蓝、黑、灰。公侯品官虽然可以使用除黄色以外的色彩，但仍有细节上的禁忌。如明朝规定，一品至五品官宅的梁栋、斗拱等，须用青碧绘饰，六品至九品则只能用土黄绘饰。而门窗、户牖均不得使用丹漆。至于庶民，除了黑、灰、白之外，是不得任意使用其他色彩的。便是室内陈设，也有忌讳。朱红器为御用物，天下士人之家一律禁用朱红漆木家具。明、清之制：一品至三品官帐幕可用金花刺绣纱罗，四、五品用刺绣纱罗，六品以下用素纱罗，庶人用纱绢。如此等等，不一而足。

舆马 舆轿车马，是古代基本的交通工具。由于生产力水平较低，不是人人都能拥有这些工具，于是，拥有和使用这些交通工具便成为划分社会等级的一个标志。帝王当然是不用走路的，他们出巡之时的乘舆是特制专用的，而且整个仪仗一定要气象恢宏、豪华壮观，以显赫的势焰来强调其独步天下的地位。千古一帝的秦始皇喜欢出巡，他的乘舆乃富丽堂皇的金银车，车以金银为饰，车轴及车辖俱为金质。其仪仗更将过去诸侯王九乘属车的

规模扩大九倍，共有九九八十一乘属车拱卫簇拥在周围。乘輿之前有旄旗鼓车开道，最后一乘则悬之以豹尾。皂盖朱幡，剑拔弩张，遮天蔽日，浩浩荡荡。难怪一方小无赖刘邦见了，忍不住啧啧赞叹：“嗟乎，大丈夫当如此也！”竟由此而勾起了他的一番野心。

上行下效，皇帝以下的高官显爵们出行也都各有仪仗，其规制当然需与各自身份相称。唐制：四品以上官员有仪仗卤簿，一品清道四人，二品至四品清道二人；一品青衣十人、车辐十人，而二至四品每品递减二人；一品有戟九十，刀、盾、弓、箭各八十，以下按品递减。至于乘马仪从，也有定制。一品导从七骑，二、三品五骑，四品三骑，五品二骑，六品一骑。如果是坐轿，根据抬轿人数可区分高下等级。除了皇帝可用十六甚至二十四名轿夫外，一品大员顶多只能是八抬大轿，以下则是四抬、二抬。因而大凡高官出行，只要观其排场规模，便知其身份等级。如果有人不守规制，以下僭上，则无异于自寻烦恼。汉淮南王刘安被废为庶人并迁往边瘴的起因，就是因为他“居处无度，为黄屋盖乘輿，出入拟于天子。”（《史记·淮南衡山列传》）据《宋书·武三王传》引汉律：“车服以庸，《虞书》茂典，名器慎微，《春秋》明诫。是以尚方所制，汉有严律。诸侯窃服，虽亲必罪。”

至于民间人士，使用车马往往受到诸多限制，尤其是商人，大多数时候是禁止他们骑马乘车的。汉朝“法律贱商人”，刘邦一得天下，便下令“贾人不得衣丝乘车”。唐朝也曾禁止工商之人及僧道庶人乘马。贱民在古代一向是不准乘骑，如元朝便明令娼家出入不许乘坐车马。直至晚清时期，车马渐兴，禁忌才逐渐消失。

等级与婚姻

在传统的礼治秩序中，婚礼的重要性受到了格外的关注。《礼记》宣称：“婚礼，万世之始也。”“婚礼者，礼之本也。”婚姻这种看似并无太多政治意义的行为，为什么备受古人重视呢？原来，婚姻行为与传统的等级制度有着息息相关的联系。“婚姻者，合两姓之好，上以事宗庙，下以继后世。”（《礼记·昏义》）古人关心的是婚姻对社会、对家族的意义，无视其对个人的意义。“合两姓之好”就有可能使社会等级秩序受到威胁，模糊乃至打乱壁垒森严的等级界限。因此，将婚姻关系严格限制在相同等级的范围之内，是社会等级制度得以维持及延续的基本前提之一，同时也是婚姻礼制的基本内容之一。

在早期的宗法社会里，为了保证宗法家族血缘的纯正，实行等级内婚制势所必然，因而，所谓“门当户对”的观念在三代时便已形成。《诗经·卫风》赞美齐国公主庄姜时，首先炫耀一番她高贵的身份：“齐侯之子、卫侯之妻、东宫之妹、邢侯之姨，谭公维私。”表明其身世显赫堪与卫侯相匹配。越王勾践求盟于吴国，大夫文种曾言：“请勾践女女于王，大夫女女于大夫，士女女于士。”（《国语·越语上》）这种对等的要求，反映的正是等级内婚制的要求。虽然由于资料的匮乏，我们难以准确描述当时等级内婚制的严格程度，但基本的情况应可想见。

就整个古代而言，婚姻关系中主要存在两道鸿沟，一是士庶之间，一是良贱之间。

魏晋南北朝时期，士庶之间壁垒森严，世家大族为了保持其高人一等的尊严，平常甚至耻于同庶族交往，更遑论与之通婚