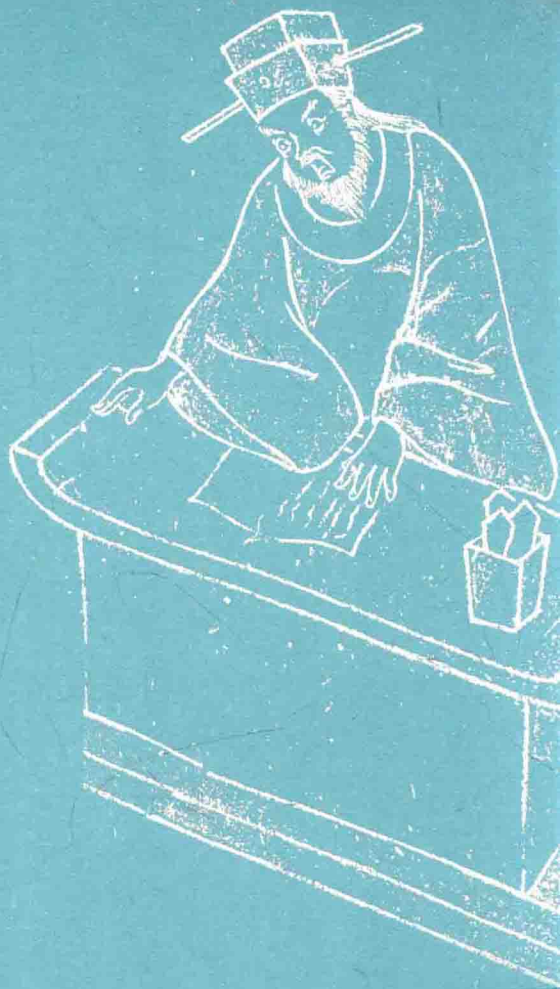




中國式法律傳統

范忠信 鄭定 詹學農 著

中國古代法律判案理據

人情・天理・國法的融和

商務印書館

范忠信 鄭定 詹學農 著

中國式法律傳統

商務印書館

本作品原名《情理法與中國人》(修訂版)，原由北京大學出版社出版。
經北京大學出版社授權於全球(中國大陸除外)地區獨家出版發行繁體
中文版。

中國式法律傳統

作 者：范忠信 鄭 定 詹學農

責任編輯：張宇程

出 版：商務印書館(香港)有限公司

香港筲箕灣耀興道3號東匯廣場8樓

<http://www.commercialpress.com.hk>

發 行：香港聯合書刊物流有限公司

香港新界大埔汀麗路36號中華商務印刷大廈3字樓

印 刷：陽光印刷製本廠有限公司

香港柴灣安業街3號新藝工業大廈6字樓G及H座

版 次：2013年10月第1版第1次印刷

© 2013 商務印書館(香港)有限公司

ISBN 978 962 07 6516 2

Printed in Hong Kong

版權所有 不得翻印

陳弘毅教授序

現代民主社會的法治概念起源於西方，但作為文明古國，中國的法律制度源遠流長，漢唐以至宋代的法制的發達水平，都居於當時世界的領先地位，並對整個東亞區域的法制發展產生深遠的影響。到了現代，由於西方經歷了科學革命、啟蒙運動等思想和文化上的洗禮，又取得了工業革命、資本主義市場經濟的發展等突破，並建立了現代的法治、憲政和民主等制度文明，所以自從清末以至“五四運動”以來，中國法制現代化的事業很大程度上取經於西方。

但是，這並不表示我們可以或者應該忘記、拋棄或者全盤否定中華傳統的法律理念和文化。沒有過去便沒有現在，沒有我們的祖先便沒有今天的我們。今天的我們是誰，今天我們所處於的社會和生活世界是怎樣的，都是由我們的國家和民族的歷史所決定的，也是由我們過去的文化和文明所塑造的。正如當代著名歷史學家易中天先生所云：“當我自豪地宣稱自己是華人時，除了黃皮膚、黑頭髮和黑眼睛，還有甚麼標誌性的東西嗎？…憑甚麼我是 Chinese？…界定 Chinese 的，是文化與文明。…文化和文明，遠比種族重要。”¹

因此，關心中國今天的法制狀況、法制現代化進程和法治建設的國人，必須對中國的法制史、法律思想史、傳統法律文化和傳統法律理念有基本的認識。傳統法律文化在今天的華人社會沒有完全消失，傳統法律理念在今天對我們還有一定的影響，即使我們沒有清楚意識到這種情況。了解中國傳統的法律文化，有助於我們對今

1 易中天：《文明的意志與中華的位置》，香港：商務印書館2013年版，頁2~3。

天的中國法律文化的了解。我們在了解中國傳統的法制狀況後，便可開始思考如何對傳統進行“批判地繼承”或“創造性轉化”，摒棄其糟粕，保留和發揚其精華。

對於有意認識中國傳統法律文化和法制理念的讀者來說，本書是極佳的入門讀本。本書書名是《中國式法律傳統》，以“情、理、法”作為介紹中國法律文化的切入點，這是十分恰當的，因為在傳統中國，法律並不是唯一的行為規範，“天理、國法、人情”是同時存在、同時受到承認和尊重的。本書的內容涵蓋了關於中國傳統法律文化的最基本和重要的課題，如“禮”與“法”的關係、“法”與“刑”的關係、“德治”、“人治”、“仁政”等問題、對“調解”的重視和“無訟”的追求、以至道德和家庭倫理對法律的影響等。本書被多所國內院校指定為法律史研究生的參考書，又被翻譯成韓文出版，並被十多所韓國大學列為“中國法教學參考書”，由此可見本書在學術界的地位。

本書的作者都是我十分敬佩的中國法制史學者。范忠信教授是我認識多年的好友，學問淵博，著作等身，我曾經為他寫的一本關於“一國兩制”的專著作序。有緣認識中國人民大學的鄭定教授也是我的榮幸，他是中國法制史學界的傑出學人，不幸的是，他已經離開人世。一次我到訪中國人民大學，鄭先生親自接待我並安排我為學生作講座，猶在昨日。在本書在香港出版的這個時刻，我在此向鄭定先生致以最高的敬意和最深的懷念。

陳弘毅

香港大學法律學院

2013年8月31日

曾憲義先生序（原版序）

自人類社會步入階級和國家的歷史階段以來，法律制度一直是不同歷史類型、不同組織形態的國家政權控制整個社會、實現國家統治的基本工具；於中國亦然。中國立國已有數千年，作為古代中國文化的重要組成部分，古代中國法律制度亦伴隨着古代中國政治、經濟、文化的演進而不斷發展，形成了自己的獨特的風格，鑄就了輝煌的歷史。特別是在秦漢以後，中國的法律制度不僅在法典編纂、立法技術等方面有了長足的進步，而且經過長達數百年的法律儒家化即儒家倫理道德觀念與國家法律制度不斷相互滲透和融合的歷程之後，形成了中國古代法制融“天理、國法、人情”於一體的基本特徵。我的學生范忠信、鄭定、詹學農君合著的《中國式法律傳統》一書，正是一部對這一基本特徵進行初步闡述、分析的好書，是一部頗有創新、頗有學術價值的著作。

首先，該書注意把古代中國內在的法律思想理論與外在的法律規範制度有機地結合起來進行研究，深入地分析了古代中國人在法的性質、法的功能與作用、法律與道德的關係、罪與非罪的標準、刑罰輕重的適用以及民事、訴訟等方面的觀念和制度。在論述時，注意以思想理論來闡述制度，又以制度規範來印證思想理論，避免了過去的法史著作把二者割裂開來的缺陷，從而能夠比較完整地把握中國古代法的整體生命形態和一些主要特徵。

其次，該書注意把握中國法律傳統的重點問題，進行深入的分析。全書分“法理”、“刑事”、“民事”三篇，重點論述了法與天理、

法與人情、法與道德、孝道與犯罪、服制與刑罰以及仁政與司法、無訟、息訟等一系列最能體現傳統中國法律制度特徵的基本問題，揭示了中國法律傳統的典型特徵。全書深入淺出，詳略得當，避免了平鋪直敘、面面俱到、看不出特色的弊病。

再次，該書注意從歷史上的一些典型的案例出發進行分析和論證，在考察成文的靜態法律制度的同時，也注意從司法實踐的角度來分析闡述中國古代的法律觀念和法律制度的實際運作。這也是很可貴的。

從總體上看，全書風格清新活潑，行文流暢，引證論述也頗為生動。既不失作為學術著作的嚴肅性，又饒有趣味，具有較強的可讀性。可以說是一部別具一格的法律史著作。

本書的三位作者係英山同鄉，曾同時就讀於同一所大學，又都有志於法律史的研究工作；數年來潛心讀書，累有心得，共同寫成了這本書。在本書即將付梓之際，索序於我。我一口氣通讀完畢後，感覺不錯，欣然為之作序。

曾憲義

辛未年冬十月

於中國人民大學

引言

(一)

華夏民族是世界上具有最悠久文明史的民族之一。華夏文明史上的許多創造，是整個人類文明史的奇蹟。在一個人口居世界首位的國度裏，僅以相對簡約的律條規範着千百年間豐富複雜的社會生活；許多沒有法律的威嚴外表而實際上無所不在地約束人們行為、起着法律般作用的東西，自人們的幼年起即開始不知不覺地輸入人們的頭腦中，成為人們“自發的”習慣，甚至成為人們性情的一部分；在一個沒有國教的國度裏，一種溫和的、人文的學說使人們建立起系統而完善的信仰和價值觀，使人們擺脫了極端功利和庸俗的心靈境界。雖然在歷史過程中也有一些罪惡作為它們的副產品相伴而生，但誰也無法否認：這樣一種社會生活模式或境界的設計，這樣一種國家體制和社會管理的實踐（哪怕是不完全的或走了樣的實踐），都是整個人類最寶貴的文化遺產之一。華夏法文化是全人類共同的財產，是華夏民族對世界文明史的重大貢獻！

本書之作，就是要初步梳理詮釋我們華夏法文化的內核——古代中國人的法觀念。我們欲以通俗的形式、平白或略帶點談諧的語言，介紹和評論歷代先賢先哲們關於法律問題的基本思想觀點，以期使人們認識古代中國法律思想、學說、觀念的豐富、深刻、複雜、獨到和偉大，以期藉此光大中華法文化的精華。對於古代賢哲

們無可諱言的思想局限性，我們也會本着歷史唯物主義態度，細心分析，試圖找到造成古人這種局限性的原因。古人的教訓，從某種意義上講，也是寶貴文化遺產的一部分。

(二)

自我們的祖先走出浩瀚的森林結成為一個個比較穩定的共同生活羣體之時起，一定的行為規則就不知不覺地產生了。把單個的人組織成為有規則的社會生活羣體的，不外是兩種東西：一是血緣紐帶，一是非血緣紐帶（可將其稱之為“社會紐帶”或“文化紐帶”）。僅以血緣紐帶作為依據的生活羣，只是文明前人類的生活狀態，那時尚談不到真正的“社會”和“社會規範”。只有當血緣紐帶在共同體中已模糊得無法辨認，或者人們觀念上擬制的“血緣”已開始成為組成一個共同體的依據時，制度文明的最早作品——行為規則、慣例或習慣才開始產生。例如，誰去打獵，誰去採集，誰去放哨，誰去攻掠，誰留下照管火種，進行掠奪或防禦時聽誰指揮等，必定很早就形成了大家遵行的習慣或規則；同時，羣體之間在進行產品（獵獲物及農畜產品）交換時採取甚麼樣的等價形式和交換程序等，肯定也早就形成了一些習慣或規則。一事當前，大家都不假思索地知道該怎麼做，不該怎麼做。當有人違犯了這些規則時，大家都不假思索地知道應在哪幾種懲罰手段的範圍內選擇對該犯規者實際使用的懲罰。只要這種懲罰會給人帶來一定程度的痛苦（包括精神痛苦）或物質財富的減損，只要這種懲罰有着明顯的外在形態，我們就不妨把該犯規者所犯的那條禁忌規則看成是法律——當然起初只能是習慣

法。法律是人類社會生活的共同依據或紐帶，是人類文明史的紐帶。沒有法律，根本不能組成文明人類的社羣，甚至根本沒有文明可言。法律是人類文明之光。只要有人類文明社會生活存在，就很難想像沒有法律。

一開始有了法律，就必然有了關於法律這種社會現象的意識、觀點、思想。比如說，甚麼是正當，甚麼是非法，哪些宣示可視為法律，哪些人的話可作為法律，哪些禮儀可以視為法律，人世間為甚麼要有法律，法律有哪些用途，法律應具有甚麼樣的形式，法律應如何執行，法律應否改變以及如何改變，等等。自很早的時代起，人類社羣中的許多成員都會自覺或不自覺地、直接地或間接地想到這些問題，都會自然而然地流露出自己對這類問題的見解或主張（當然有時是用原始、樸素的方式流露）。這些流露，就是法觀念。

不同的民族、地區、國家的人們，由於地理環境和歷史文化的差別，必然產生內容各異的、各有特徵的法觀念。

中國古代法觀念很早就形成了自己鮮明的特色。

中國地處東亞大陸，氣候溫暖濕潤，自古以農業立國。商業貿易雖在局部、短期有過興旺狀態，但從未在全國範圍內發達興旺起來。內陸貿易雖有過短暫的繁榮，但海上貿易從未繁榮過。中國的近鄰，似乎也沒有靠商業貿易立國的國家，因而沒有以商風影響中國。自遠古以來，華夏大地上的居民們就如《莊子·秋水》中那個寓言裏的視野局促不知外部世界之大的河伯：大海障於東、南，雪山屏於西，大漠戈壁絕於北。震旦古盆地天然地成為一個與其他地理單元隔絕的人文地理單元。這種隔絕的情形，直到近代史開始前，並不因為有少量的人歷盡艱難越過了西部和南部的天然屏障而有較大改變。這種與外

界隔絕的環境，生長出了一類獨特的文化，這是一種大陸型的農業文化，是一種重視血緣倫理的宗法文化。可以說，穀物種植為主的這樣一種謀生方式，個體小農耕作的勞動方式，一夫一妻男耕女織的小農家庭組織形式，（在統治階級徵斂以後）“自給自足”的產品分配形式，以及與這些謀生方式、勞動方式、分配方式相適應的意識形態和上層建築：宗法觀念，父權家長制、家國一體觀念，“禮”、“義”觀念，“仁”、“德”觀念，“天人合一”和“天人感應”觀念……，這一切的有機結合，就是中國傳統文化。作為中國傳統文化一部分的中國法律文化，也因而有着亞細亞的、中國的鮮明特色。

（三）

一個獨特人文地理單元中的全部文化（它的現象、表徵及演進過程）可以看成三個方面因素的有機結合。這三個方面因素就是：族羣賴以生存的生產方式或物質生活方式、族羣的社會組織形式、族羣的精神生活形態。

中國傳統文化自古以來就在這三個方面顯現出它獨有的性格來。這種獨特的性格也深深地體現在中國法文化特別是中國傳統法觀念之中。

1. 從生產方式或物質生活方式上講，中國很早以來就一直是以名義上土地國有（王有）制、實際上的土地私有制為基礎的小農經濟。個體小農（自耕農、佃農）是人口的主要成分，一家一戶的小農耕作、男耕女織是主要的生產方式，不依賴商業的自給自足就是主要的物質生活方式。這些特點，決定了古代中國大地上很難生長出

那種以解決商品生產交換中的紛爭作為最初主要目標的“私法”、“市民法”或“海商法”來；除了納稅服役之外，也很難生長出與民事合同有關的民事權利義務觀念來。整個法律制度幾乎全部是為小農小土地私有制和自給自足的生產生活方式專門設計的，無處不體現着小農的、宗法的痕跡。從商周的“井田制”到南北朝隋唐的“均田（班田）制”，直到洪秀全的“天朝田畝制度”，傳統中國法觀念一直建立在小農生產方式（男耕女織、自給自足）“天經地義”的觀念基礎上。這就是為甚麼歷代稍微明智一點的君主和政治稍安定一點的時代都要特別重視打擊“土地兼併”、“佔田過限”的原因。歷史上的“田律”、“田制”、“倉律”、“戶婚律”，是小農生產和生活方式的典型體現。與這些生產生活方式相適應的法觀念，便不可能是強調民事權利義務之類的契約觀念，而只能是個體家庭農業生產生活過程中必不可少的尊卑長幼、貴賤親疏觀念的變相體現：“正名”、“定分”、“愛有差等”等。至於“刑無等級”之類的觀念，雖偶然提出，但很難成為主流。

2. 從社會組織形式來講，古代中國的自上而下遍及每一個角落的宗法制組織形式，也深深地決定着中國傳統法觀念的特色。舊時中國的社會，從上下關係（縱向）來劃分，可以分為國家、宗族、家庭、個人四個層次；從平行關係來劃分，有以行政管理的需要結成的社會組織（政治的組織），有以血緣的或擬制血緣的紐帶結成的社會組織（血緣的組織），有以宗教的關係結成的社會組織（宗教組織），有以文化的、教育的關係結成的社會組織（文教組織），還有以其他特定目的或紐帶結成的社會組織（如江湖幫會、工商行會）。無論是縱向的組織還是橫向的組織，其實都是以家庭為藍本的，都是

家庭這種組織形式的原則在別的領域的適用。

從上下（縱向）層次來看，個人這個層次並不具有獨立的意義，個人是家庭乃至宗族的零件或附件，一般不具備獨立的政治或民事主體資格。宗族乃是更高一個層次上的（更鬆散的、擴大的）家庭。因此，真正的社會組織（或結構）層次不過是兩層——國家、家庭。再究下去，我們看到，國家也是按家庭的原則即宗法制原則建立起來的，國家不過是家庭的放大，家庭¹又像是國家的縮影。“君父”、“子民”、“臣子”、“父母官”、“縣太爺”等觀念，構成了中國傳統法觀念的基礎。“為子為臣，唯忠唯孝”、“君親無將，將而必誅”、“移孝作忠”、“尊尊親親”等觀念，就是古代中國有“天憲”、“國憲”意義的根本法觀念。法律就是以全力維護這樣的“家國一體”模式為己任的。

從橫向的社會組織種類來講，政治性組織貫穿血緣宗法原則自不待言，“父母官”與“子民百姓”的關係正是家庭中父兄與子弟關係的變相體現；將領與士卒的關係也是這種關係的演變形式，“父子兵”就是軍隊中理想的關係模式。血緣的組織（從氏族到宗族）更不必說。即便是文化教育的組織和宗教的組織，甚至江湖幫會和工商行會，也都貫穿着家庭的宗法制的原則。例如《唐律·名例》明確規定加害“現受業師”之罪惡等同於子孫加害父祖之罪，同入“十惡”不赦之列；又規定弟子侵犯其師，其罪與侵犯伯叔父母同（比侵害常人加重刑罰）；而師加害弟子，則與伯叔父母加害姪輩一樣可以減輕罪刑。古時所謂“師祖”、“師父”（“一日為師，終身為父”）、“徒子徒

1 這裏所說的“家庭”指《唐律》所稱的“戶”，意即有血緣關係而又“同居”（即在一戶之內生活，同鍋吃飯，有共同經濟收支核算）的共同體。

孫”、“弟子”等概念的內涵，正是要求以家庭中的尊卑原則去組織文化教育的關係，正是要使文化教育這類社會組織宗法化。又如《唐律》規定，道觀佛寺中也有“三綱”，觀寺中卑幼侵犯“三綱”，就視同家庭中子孫侵犯父祖一樣加重罪刑，而“三綱”（寺主、觀主等）加害徒兒徒弟，視同父祖加害子孫一樣減輕罪刑。至於江湖幫會，其“堂主”、“龍頭”、“大哥”與其他成員的關係，有時比家庭中父子關係中的“尊卑有別”程度還要深，其幫會中的幫規維護這種“綱常”關係，比國法維護家庭宗法關係還嚴厲，頭目對徒眾的控制權、生殺權，有時遠甚於家庭。可以說，江湖幫會也不過是按家庭的原則組建的，也充分體現了宗法制原則。

因為國家之內的一切層次、一切類型的社會組織都不過是直接或間接的、原態或變相的宗法組織，於是宗法倫理就成為古代中國法觀念的基石、核心。宗法倫理的原則甚至直接成為認定有罪與否、罪刑輕重的最高標準。這就是歷代的“經義決獄”或“春秋決獄”、“引禮入律”、“禮法合一”等的由來。家庭在絕大多數場合被視為民事法律關係的主體，個人只是在少數場合才可作為民事主體。宗族（有時是家庭）成為公法（主要是刑事法）上最常見的責任單位；“榮則蔭及宗族”，“刑則誅連宗族”，“一損俱損，一榮俱榮”，其情形很像今日可作為刑事犯罪主體的法人（以及可以集體獲得榮譽和利益的法人）。個人只是作為家庭、宗族的代表或成員去具體承受一定的責罰。古時有的朝代的法律允許子孫替代父祖去受刑（如東漢時“母子兄弟相代死，聽赦所代者”²），或允許兩個家族為殺人之類大罪而

2 《後漢書·陳忠傳》。又見於《晉書·刑法志》。

私下達成和解協議（但子孫在父祖被殺時無權與人“私和”而必須告官，這是一個例外）。這實際上都賦予了家庭、宗族以法律上的主體資格，而不是把這種資格授予獨立的個人。在宗法制的社會組織形態下，要維護這種組織的穩定（也就是維護社會的安定），首要之務就是嚴懲“不肖（孝）子孫”，嚴懲“亂臣賊子”，嚴懲“犯上作亂”，嚴懲一切敢於向宗法的尊卑貴賤秩序挑戰的言論和行為，這就是古代中國刑事法特別發達的原因。法律被視為家長的手杖，是家長權威的體現。“刑罰不可弛於國，猶鞭撻不可廢於家”，古代中國人的法觀念主要就是“家法”觀念，就是倫理法觀念。“王法”、“國法”不過是最大的“家法”或公共的“家法”而已。

3. 從中國特有的精神生活形態而言，敬天法祖重人倫的教義很早就支配了整個民族。中國雖無國教，但自夏朝“尚孝”的原始宗教，到商朝“敬鬼”（敬奉逝世祖先的靈魂）的原始宗教，到西周時期“以德配天”、“敬天保民”、“禮治”的政教一體的觀念和實踐，到孔子的以“仁—禮”為核心的儒家學說，到董仲舒的以“天人合一”為核心的儒學正統說教，直到宋以後以“存理滅欲”為核心的程朱理學（新儒學）。這一切接近無神論的、人倫人文的學說教義，在中國歷史上實際上可能起到了宗教的全部作用。至少在普通大眾心目中與宗教無異，只不過少了些具體教規戒律和膜拜儀式而已。儒學，今日人們有時稱之為儒教（古代中國人更直接稱之為“儒教”），是很恰如其分的。儒教簡直可以稱之為“家庭崇拜教”、“祖先崇拜教”或“尚家宗教”，其主要內容就是宗法制家庭原則的昇華、總結。它主要是為宗法制家庭——古代中國一般家庭形式服務的，即使不直接着眼家庭問題的那些教義，也不過是這一目標的引申。儒教雖然講的是淺

顯的“飲食男女”、“人倫日用”、“灑掃應對”之事，但它的根本目的是要建立和維護“父慈子孝、君仁臣忠、夫義婦聽、兄友弟恭、長惠幼順”³的宗法制社會組織秩序。儒教的教義及實踐，對中國傳統法觀念影響至深至巨。儒家學說，所謂“禮”、“理”、“義”、“正名”等，不斷滲透到法律之中，甚至在司法活動中被直接引用作為“法上之法”、“法外之法”。在自漢開始至唐代完成的法律儒家化進程之前，儒教觀念中的許多內容就已直接成為古代中國許多人日常生活中信奉或遵從的法律，亦即成了國人心目中“自發的法律”。人們通常不是依據朝廷的法律去評斷一個人言行非法與否和罪惡輕重，而是習慣於依據自幼耳濡目染的儒教教義來評斷這些。違反教義就是最無可爭辯的“非法”。“禮（理）所不容，國法不容”，“禮之所去，刑之所取”，“法不外乎人情”，是人們共同的觀念。

（四）

自很早開始，中國人的法觀念就是一個複合的、多元的觀念體系。一說到法，中國人很自然地把它看成是“法上之法”（“天理”、“禮”）、“法中之法”（律條、律例）、“法外之法”（倫常之情、人之常情）的總和，嚴格意義上的法（制定法）在古代中國人心目中只佔相當次要的地位。人們通常認為制定法是不得已的產物，是將“禮義”、“天理”文字化、條文化而又未臻完善的產物，是為維護倫常秩序而設立的一條消極的、最低的、最後的防線。中國人心目中理想

3 《禮記·禮運》。

的法律是“天理”、“國法”、“人情”三位一體。這種三位一體觀念，是古代中國佔支配地位的法觀念。

對我們華夏古國的如此有獨特風格的法觀念的研究，是我們多年共同興趣所在。惟因功力嚴重不足、資料搜集困難、時間太不充裕之故，我們的這一研究尚極為粗淺，至多只算拋出了一塊引玉之磚。我們祈望就教於方家。