

# 中国法律的传统 与现代化

张晋藩 主编  
朱 勇 副主编

——93 中国法律史国际研讨会论文集



中国民主法制出版社

# 中国法律的传统与现代化

## —'93 中国法律史国际研讨会论文集

张晋藩 主 编  
朱 勇 副主编

中国民主法制出版社

1996.3

## 图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律的传统与现代化—'93 中国法律史国际研讨会论文集/张晋藩主编. —北京: 中国民主法制出版社, 1996. 3

ISBN 7-80078-157-7

I. 中… II. 张… III. 法制史-中国-国际会议: 学术会议-文集 IV. D929-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 04373 号

### 中国法律的传统与现代化

—'93 中国法律史国际研讨会论文集

张晋藩 主编

\*

中国民主法制出版社出版发行

(北京西交民巷 23 号)

北京管庄永胜印刷厂印刷

新华书店经销

\*

850×1168 毫米 32 开 13.875 印张 360 千字

1996 年 6 月第 1 版 1996 年 6 月第 1 次印刷

印数: 1—1000 册

ISBN7-80078-157-7/D·105

定价: 17.00 元

## 目 录

- 研究过去, 面对现实 ..... 张晋藩 (1)
- 继承发扬人类文明的成果 ..... 邹 瑜 (3)
- 总结历史经验 加强法制建设 ..... 张秀夫 (5)
- 论中国古代法律的传统 ..... 张晋藩 (7)
- 东亚元号管见 ..... (日) 池田 温 (21)
- 秦代法治考 ..... (日) 堀 毅 (34)
- 中国合同法制史与罗马法、同一法、犹太法之  
比较研究 ..... (美) 包 恒 (45)
- 本世纪来中国法制之现代化与  
台湾法制之发展 ..... 黄静嘉 (57)
- 明刑与隐刑——沈家本考论执行  
死刑的方式及其场所 ..... 巨焕武 (76)
- 儒家、法家思想在中国传统法制的  
融合过程 ..... 陈惠馨 (105)
- 从法继受观点比较晚清与日本刑事立法  
的近代化 ..... 黄源盛 (121)
- 中国传统法律文化思辩 ..... 钱大群、夏锦文 (142)
- 中国法律现代化几个问题的探讨 ..... 李曙光 (159)
- 中国法律近代化的历史进程 ..... 林 中 (170)
- 儒家的义利法律观及其现代价值 ..... 杨 堪 (179)
- 民本与民主——儒家法文化的困境与回应 ..... 耘 耕 (191)
- 论“则天立法” ..... 朱 勇、成亚平 (200)
- 法律传统的概念与研究范围 ..... 肖丽娟 (216)

关于中国法律的传统与现代化的两点随想 .....	严序亭	(223)
中国古代的投诉制度及借鉴 .....	蒲坚、马小红	(226)
中国古代判词的价值与传统 .....	汪世荣	(239)
中国古代税收制度的几点启示 .....	高浣月、王宏治	(248)
日本与我国南方少数民族神判法比较 .....	徐晓光	(257)
古代越南移植中国封建法律探微 .....	杨振洪	(275)
董仲舒对中国法律文化的理论总结 .....	孔庆明	(283)
中国传统律学的批判 .....	何敏	(296)
从几件敦煌文书看唐代法律形式——格 .....	胡留元	(304)
中国古代诉讼文明进程的重要里程碑		
——两宋证据制度 .....	季怀银	(318)
明代科举立法述论 .....	陈国平	(326)
明代中后期重要条例版本略述 .....	杨一凡	(334)
五大臣放洋考察政治及其结论 .....	贺嘉	(344)
晚清立法中的外国人 .....	李贵连	(355)
洪仁玕——主张中国法律近代化的先驱 .....	邱远猷	(367)
章太炎与中国法律观念的		
近代化 .....	钱元凯、陈汉生、郝铁川	(379)
中国城市管理法走向近现代化的里程碑		
——新发现的清末京师城市管理		
法规研究 .....	郭成伟、田涛、张培田	(390)
革命根据地的人权保障条例研究 .....	张希坡	(417)
回顾根据地法律平等原则的历史，正视中国封建		
传统法文化的影响 .....	杨永华	(428)

# 研究过去 面对现实\*

张晋藩

各位来宾、各位朋友，

女士们、先生们：

'93中国法律史国际研讨会经过两个月的紧张筹备，今天开幕了。虽然筹备的时间较为匆促，但却得到了海内外学者的热烈响应和积极支持。出席今天研讨会的，有日本的、美国的、台湾地区的学者和中国大陆的法律史学界的专家教授共六十余人，请允许我代表筹备委员会，向他们表示最诚挚的欢迎和谢意。出席这次会议的有年逾七旬的老专家，也有现在在读的中国法制史博士生，可以毫不夸张地说，这是一次少长咸聚、群贤毕至的盛会。

此次会议研讨的主题，是中国法律的传统与现代化。关于中国法律的传统，近年来发表了一些文章，但仁者见仁、智者见智，还没有取得学术上的共识，而这个问题是中国法律史教学与研究面对的首要课题，也是深入认识中华法系特点的重要理论问题，我希望此次研讨会能就中国法律传统的特点展开充分的讨论。至于中国法律的现代化，是一个历史的进程，它发端于何时？外来法文化有哪些影响？经过了哪些曲折的道路？积累了多少经验与教

---

\* 本文系'93中国法律史国际研讨会筹备委员会主任、法学教授、中国法律史学会名誉会长、中国法文化研究会会长张晋藩先生在研讨会开幕式上的讲话摘要。

训等等，都是具有理论意义和现实意义的，因此我们选择了这个主题，并得到了海内外学者们的一致拥护。

法律史学研究的是历史，但面对的是现实，法律史学的生命力就在于科学地总结规律性的认识，为现实的政治、法制建设服务。我期待此次研讨会在这方面做出贡献。

此次会议的召开，得到了中国法学会和司法部的指导和帮助，谨在此致谢！

# 继承发扬人类文明的成果\*

邹瑜

女士们、先生们，

各位专家学者：

请允许我代表中国法学会，热烈祝贺'93中国法律史国际研讨会胜利召开。

中国作为一个文明古国，法律的历史悠久，遗留下浩瀚的资料，对当前的法制建设可以提供有现实意义的借鉴，因此，中国法律史学科在社会主义法律教育体制中占有重要的地位，是必修的基础学科。从法律史的研究状况来看，十年来是一个大发展时期，无论是法律通史、断代史，还是专门法史，都取得了很大的发展，可以说是硕果累累，中国法律史的学术价值和现实意义也越来越得到广泛的重视。还应该特别提到的是，近十几年来，法律史学科的国际交流越来越频繁。美、日和台湾的法律史专家，与大陆学者的互相交流活动也不断扩大，这次国际会议的召开，便标志着中国法律史的国际交流活动的新发展。

这次讨论会的主题很好，我们应当了解中国法律的历史传统。在我们中国的法律界及学术界，往往出现这种观点，说中国是一个缺乏法制传统的国家，这个说法不对。如果说中国缺乏现代意义的法律传统，可以这么讲；但笼统地讲中国是一个缺乏法制传

---

\* 本文系原司法部副部长，现任中国法学会会长邹瑜先生在研讨会开幕式上的讲话。



统的国家，显然是不符合实际的。我刚才请教了张晋藩教授，公元前 2200 年到现在 4000 多年了吧，在舜帝时期，就有一个司法官叫皋陶，皋陶有一句非常有名的语言：“与其杀不辜，宁失不经”。即指宁肯不按常法办事，也不能错杀无罪的人。按现在的观点，这就是无罪推定论，在 4000 多年前能够提出这样的观点，那是相当可贵的。以后整个阶级社会都有其代表性的法律规范，从秦律到唐律直到明清律。因此中国不但是有法制传统的国家，而且是具有丰富的历史传统的国家。我还想再讲一个观点，就是在中国法律史的研究中，我们是马克思主义者，应当与其他方面的学术研究一样，公开申明我们的观点：人类各个历史阶段的上层建筑中有阶级性、有阶级烙印；但我们今天应更多地注意到人类共同创造的文明成果。马克思主义者是最有资格继承发扬人类文明成果的，因为只有总结了历史的经验、继承了历史的传统，才有了马克思主义。对于人类创造的文明成果，我们没有理由拒绝，只有吸取和借鉴的义务。中国进一步改革开放，这个观点应更加鲜明，无论是西方的、东方的、资本主义的还是第三世界的，所有的法律史研究成果我们都应该学习，吸取精华。因此，我们今天与美、日以及中国台湾的学者一起来共同探讨中国法律史研究的经验，这是非常有意义的，对于中国现代化建设事业，具有很大的推动作用。我们的法律史有极为丰富的宝贵资料，要加以发挥，为我们的现代化建设提供宝贵经验，为当代世界两大主题——和平与发展做出贡献。

我想这次会议能够达到我们预期的目的：第一，把法律史的研究推向一个新的阶段；第二，加强各国各地区法律史专家的友谊和互相了解。今后我们还要召开这样的会议，第三次、第四次、第五次，一直不断地发展下去。最后，预祝外国的和台湾的学者专家在会议期间过得愉快，也祝我们的会议开得成功。谢谢！

（根据录音整理，未经本人审阅）

## 总结历史经验 加强法制建设\*

张秀夫

女士们，先生们，朋友们：

我是正在参加全国司法厅、局长会议的时候专程赶来祝贺中国法律史国际学术讨论会的召开的。首先，我代表司法部热烈祝贺中国政法大学举办的中国法律史国际研讨会的胜利召开。参加这次会议的有来自美国的、日本的以及中国台湾的专家学者，以及大陆各地的 50 余名法律史知名人士，也有他们的学生，这些学生绝大部分都是后起之秀，是我们国家在法律史研究方面的优秀人才。这次研讨会，一定会对我国的法律史研究起一个很好的推动作用。因为这次会议筹备比较充分，使中外专家学者能够互相交流，这是一个良好的开端，有第一次，就有第二次、第三次，我衷心希望这样的研讨会以后能够再多些，如果还要在中国举行的话，我作为司法部的领导，将愿意向这次一样，继续给予支持和帮助。

中国政法大学是我国法学教育的最高学府，其中法制史学科是我国设立最早的法学博士点，也是迄今为止仅有的法律史学的国家重点学科，这次研讨会就是在他们的积极筹办下举行的。这对我们这个学科来说，也将是一个很好的推动。我希望大家今后继续在这方面发挥应有的作用，这一点我看我们是责无旁贷。刚才邹瑜会长说：中国法律的历史确实是悠久丰富的，我刚才请教过张晋藩教授：到底确切地说有多少年的悠久历史？他说有 4000

---

\* 本文系司法部副部长张秀夫先生在研讨会开幕式上的讲话。

年至 5000 年之久。我读过《史记》，还有张晋藩教授的著作，也深深地体会到这一点。一部《史记》里就充满了法律故事，充满了法制故事，可以说是一部治国经验的总结，也可以说是一部法律史。认真研究中国法律史，温故知新、古为今用，对我们加强中国的法制建设有着非常重要的意义。

现在我国形势非常好，国内的同志体会较深，境外的朋友也会看到我国现在经济发展很快，政治稳定。这种形势下，须进一步加强法制建设。现在正召开的司法厅、局长会议就是在讨论如何适应经济建设飞速发展、改革开放不断扩大的形势下如何来加强我国的法制建设，重点是研究如何使我们的律师队伍有大的发展，使我们的法律服务工作有大的发展。我想我们这个会议虽然研究的是中国的法律史，但它毕竟会对我们当前所重视的工作有帮助。所以我祝愿这次会议开得圆满成功，也祝愿大家在这个地方过得愉快。

我想顺便说一下，这个地方是北京市司法局和司法部共同合建的，叫“北京市律师培训中心”。这也说明我们中国政府的有关方面对法制建设是非常重视的，专门为我们的法律工作者提供一个聚会、休息和从事工作的环境。谢谢。

（根据录音整理，未经本人审阅）

# 论中国古代法律的传统

张晋藩

中国是法制文明发达很早的国家之一，法律的历史可以上溯到公元前3000年左右，而且绵延不绝，迄未中断，这在世界文明古国中是仅有的。由此而形成了中国法律悠久的传统，并以鲜明的东方色彩而傲踞于世界法制历史之林。它遗留下的丰富史料，它提供的宝贵经验，它塑造的制度文化，显示了中华民族对世界法文化宝库的重大贡献，因而受到世界法史学者的关注和研究。长期以来，对于中国法律的传统问题，见仁见智，其说不一，或概括为伦理法；或抽象为专制法；或综合为情理法，但我认为对于历史如此悠久，内涵如此丰富的中国法律，很难以简单的概念完整地概括其传统，而需要进行多侧面的分析。

## 一、礼法互补、综合为治

礼起源于“祀神致福”，《礼记》说：“夫礼之初，始诸饮食，其燔黍捭豚，汙尊而杯饮，蕢桴而土鼓，犹若可以致其敬于鬼神”。<sup>①</sup>由于中国夏商时的宗教观，是以祖宗神为上帝，因此，礼的产生及其发展都和神权、族权密切相关。周初，周公制礼的历史和政治基础，就是宗法等级的形成及其迫切要求制度化与法律

---

<sup>①</sup> 《礼记·礼运》。

化。礼的首要功能是“序尊卑、明贵贱、定亲疏、别同异”。这在以等级（阶级）为特征的古代社会，重礼隆礼就成为必然。不仅如此，思想家们还将礼夸张为“与天地通”的“天理”，成为贯通4000年古代中国，并笼罩社会多层面的一种具有政治的、精神的、道德的强制力的行为规范，以至古代统治者以“明礼”、“隆礼”作为治国方针，指导着国家的行政、军事、法制等各个方面。在礼和法的关系上，第一，以礼行法。礼指导着法律的制定，无论是行政法、民事法律、刑事法律，都受到礼的支配。在执法上，《唐律》的“于礼以为出入”、亲疏尊卑同罪异罚，是以礼行法的具体表现。第二，借法明礼。礼虽然也以国家的认可为后盾，但与以国家强制力保证实施的法是不同的。礼法相通而有别，礼要借助法的刑罚威慑力量来加以推行，违礼者，必为法所严禁，“出礼则入于刑”。不仅如此，借礼明法最主要的表现是礼的规范直接入律，变礼为法，礼在获得法的外貌以后，便取得了必须凛遵的效果。第三，礼法互补。一是注意发挥两者所具有的不同功能，如礼着重于预防犯罪，所谓“禁于将然之前”，而刑则侧重于惩罚犯罪，所谓“禁于已然之后”。礼“导民向善”，刑“禁人为非”。礼在于精神上的束缚，法在于对行为的强制规范。二是以礼的规范补充法条的不足。始于汉初的引经决狱，不仅充实了薄弱的法学理论，也弥补了法条上的粗疏，表现了礼对司法的实际调整作用。特别是对于民事和轻微刑事案件的处理，礼实际起着法的作用。三是以丧服图列于律首，凡法无明文规定者按服制定罪。四是源礼而制定的家法族规，是国法的补充形式，成为封建法律体系中的一个重要分支。第四，礼法综合为治。礼乐刑政综合为治，是中国古代哲人的杰出的治国思想。其中，礼刑并重是综合为治的核心。孔子曾说：“导之以政，齐之以刑，民免而无耻；导之以德，齐之以礼，有耻且格”；“礼乐兴，则刑罚中”；“不教而杀谓之虐”。历代凡专任刑罚者，被视为致乱之源，而推行“礼主刑辅”者，被誉

为“治世之端”。《唐律疏议·序》中说：“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也”。明初，朱元璋提出：“仿古为治，一遵唐旧”。他领导明王朝三十年的经验就是：“明礼以导民，定律以绳顽”。清朝制定的“参汉酌金”的立法路线，其核心内容就是“明礼禁悖乱，定律戡盗贼”。以礼法为基础的综合为治，表现了古代政治家高超的统治艺术和实践经验的概括。

综括上述，礼法互补，综合为治是中国古代的国情所决定的。礼的等差性和法的特权性是一致的。礼所确认的“尊尊”、“亲亲”从精神和原则上确保尊卑各安其位，与法所要求的上下贵贱各守其份是相符的。因此，礼是政之本，法是政之行，礼法配合可以推动国家机器的正常运转，成为中国古代法律最主要的传统。

## 二、德主刑辅、明德无讼

德主刑辅，是中国古代开明统治者的国策，也反映了德与刑二者的关系。古代德的内涵较为广泛，《周礼·地官师氏》：“敏德以为行本”，郑玄注：“德行，内外之称，在心为德，施之为行”；“六德：知仁圣义中和”。但《尚书·洪范》所谈的三德——“一曰正直，二曰刚克，三曰柔克”；与《尚书·大禹谟》所谈的九德——“宽而栗，柔而立，愿而恭，乱而敬，扰而毅，直而温，简而廉，刚而塞，疆而义”已超出个人的道德修养，而有国家治世对策之意。周初强调以德立国，是有意识制造的建立新政权舆论准备。周统治者抛弃了殷人所宣扬的上帝即其祖宗神的天道观，而代之以周之确立源于周人有德，而天是赞助有德之人的，故令周王为天下共主。在周朝的文献中出现了大量的“明德”、“敬德”、“敏德”、“怀德”、“成德”等字样。甚至国家统治的衰微，或某一封国的败亡，也往往用“丧德”来解释。以德为核心的政治理论，也影响着法制的建设与发展，最突出的是周初周公提出的影响深

远的“明德慎罚”思想。《尚书·康诰》：“惟乃丕显考文王，克明德慎罚”。后世“德主刑辅”的治国理论体系的形成即导源于此。

德主刑辅是古代的政策导向。从周公的“明德慎罚”，到孔子的“为政以德”，到汉以后的“德主刑辅”，是一脉相通的。它反映了古代思想家和统治者对于治世之道的颇为深入的探求。它对中国法律的具体影响是，首先，立法要合于体现国家利益和统治者法权意识的德。虽符合宗法血缘但违背国家利益的德，如血亲复仇，则被法律所严禁。其次，德主刑辅既然是政策导向，因此在司法实践中不允许曲法全德。例如，亲亲相隐之条便不适用于反、叛、大逆等罪，否则，以枉法论。作为封建法律分支的家法族规，也不得因全德礼而曲法律。清初一度严厉禁止宗族法流行的原因即在于此。最后，德主刑辅的必然发展是明德息讼。孔子主张“有德司契而不责于人”，“听讼吾犹人也，必也使无讼乎”，从此，明德与无讼便联系在一起，成为政治清明的表征和执政者追求的目标，它对立法、司法、法学研究、法制观念都起到了不同的影响作用。

汉初，儒家成为显学以后，汉儒引经决狱表现了道德规范的支配力已凌驾于法，显示了统治者对于道德的推重和对于德的价值在认识上的某种自觉。如果说两周明德在法律上的表现是慎罚，那么汉时明德在法律上的表现则是以德入律。法借经以明辨，经援法以及远。明德与用法进一步结合，使法获得了儒学的外貌与德的功能，从而增强了精神的威慑力与理论的渗透力。也在一定程度上促进了中国古代法律与法学的发展。自两汉起，有关德主刑辅的专论，连篇累牍，各领风骚。德与法关系的确立，及其结合渗透，一方面说明了道德对法律的支配作用的加强；另一方面也说明了法律对于推行道德的重要。值得提出的是，经过法律认定的道德规范，往往得到全社会的认可。这说明在中华大地上道德影响之深广，和它所产生的使人自我约束意识的强大。

由明德而派生出了无讼与息讼的要求。在复杂多变的社会生活面前，无讼是一种空想，严酷的现实，破坏了孔夫子所追求的“必也使无讼乎”的境界，但息讼、减讼却是可能的。为此，一是实施教化，即以德化民，正风俗，端人心，使人产生以讼为耻的内省心理，达到以德去刑的目的。再者，通过调处使轻微的刑事和民事诉讼案件消灭在公堂以外。

在中国古代，经过调解而平息诉讼称为“和息”，是地方州县官的政绩之一。以至州县长官为粉饰讼减刑轻的太平景象，往往以权威的身份强制当事人“尊依结状”，呈递“和息干结”。和息适用的对象是轻微的刑事案件与民事案件。和息的居间调解者有房族、庄耆，也有地保、差役，调解息讼表现了邻佑、族党对和息争讼的功能，这种功能产生于血缘、地缘的悠久影响，以至在调解过程中乡约族规、道德名教几乎与法起着同样的作用。

由于多种形式、多种渠道的调解交互运用，确实调动了一切可能的社会力量，参与法律纠纷的处理，收到了减少积案，和息纠纷的效果。正因为如此，明德息讼被看作是德主刑辅的具体实施和积极效果。然而，诉讼当事人之所以接受和息往往是害怕因讼累而招致破产的噩运。山东曲阜孔庙所刻“忍讼歌”碑，很能说明这一点。

在中国古代，明德息讼和宣扬“终讼则凶”，是与社会进步相径庭的，它造成了人们缺乏运用法律保护自己合法权益的观念，以讼为耻，以讼为结怨的渊藪。同时也妨碍了专门从事法律职业的辩护士的形成，更谈不上培养。不仅如此，在重经学，轻律学的流风所及，“举凡法家言，非名隶秋曹者，无人问津。名公巨卿方且以为无足轻重之书，屏弃为录，甚至有目为不祥之名，远而避之者，大可怪焉”。<sup>①</sup>清乾隆时期崔述作《讼论》，就以一个封建士

---

<sup>①</sup> 《寄篋文存》。



大夫的阶级观，以不可辩驳的理由，批驳了无讼论的主张，将仅靠以德化民的观点，斥之为不近人情的“大乱之道”。认为“讼也者，事势之所必趋，人情之所断不能免者也”；“不察其曲直，而概不使讼，陵人者反无事，而陵于人者反见尤，此不惟赏罚之颠倒也，而势亦不能行”。<sup>①</sup> 需要指出，中国古代对重大案件严禁调处息讼。法律规定诸如尊长被殴、被辱、被杀以及伦常风化案，严禁和息，违者治罪。尤其是在王朝末世，更是力求作到法网恢恢，疏而不漏。

总括上述，德主刑辅、明德无讼之所以构成中国古代法律的传统之一，有其特定的社会环境与历史根源。在君臣、父子、夫妇、朋友以及各种社会关系，都拥有相应的道德标准，并且深入人心的条件下，再加上严格的宗法血缘关系和悠久闭塞的地缘关系的作用下，道德与法律在人们心理的天平上，是倾斜于道德的。为德而曲法，尽管受到了制裁，却常常赢得社会的真诚的赞颂。

### 三、执法原情，法情并重

中国古代明确规定了官吏必须严格执法的要求。早在秦时，便以“明法律令”为“良吏”，“不明法律令”为“恶吏”。为了依法断狱，无失无误，要求地方官不得执行已废除的律令、程籍，否则治罪。如在司法实践中不按法律规定行事，以致判决不当者，按情节分别为“失刑”罪、“不直”或“纵囚”罪，都要“致以律”。

汉初，文帝时张释之违抗帝意，执法断案；东汉光武帝时董宣秉法诛奸而不肯向帝姊屈项，不仅表明清官循吏在实践中以法律为衡量是非的准绳，而且也受到了最高统治者的肯定与支持，成为历史上的一段佳话。

---

<sup>①</sup> 《崔东壁遗书》。