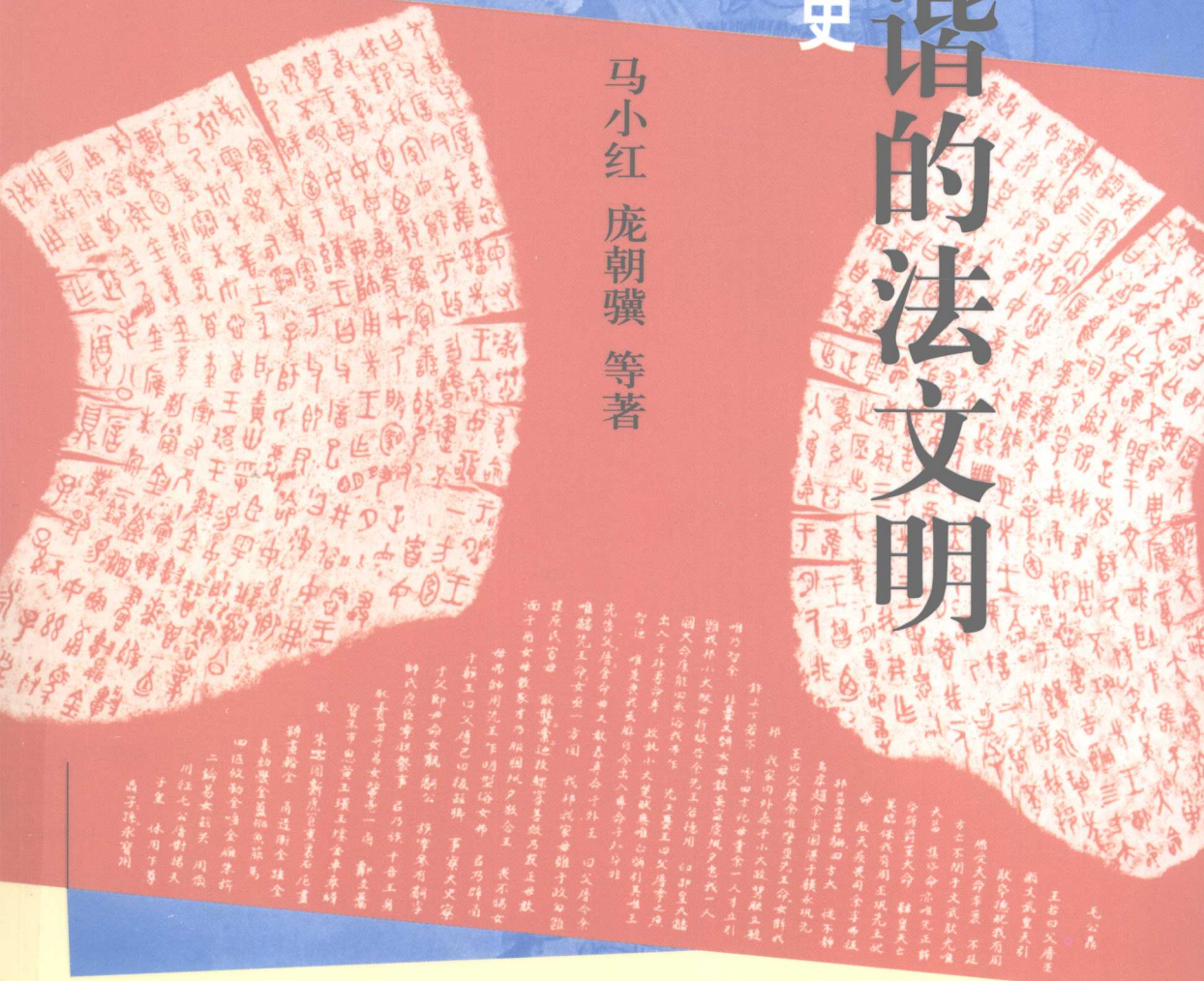


守望和谐的
法文明

守望和谐的法文明

图说中国法律史

马小红 庞朝骥 等著

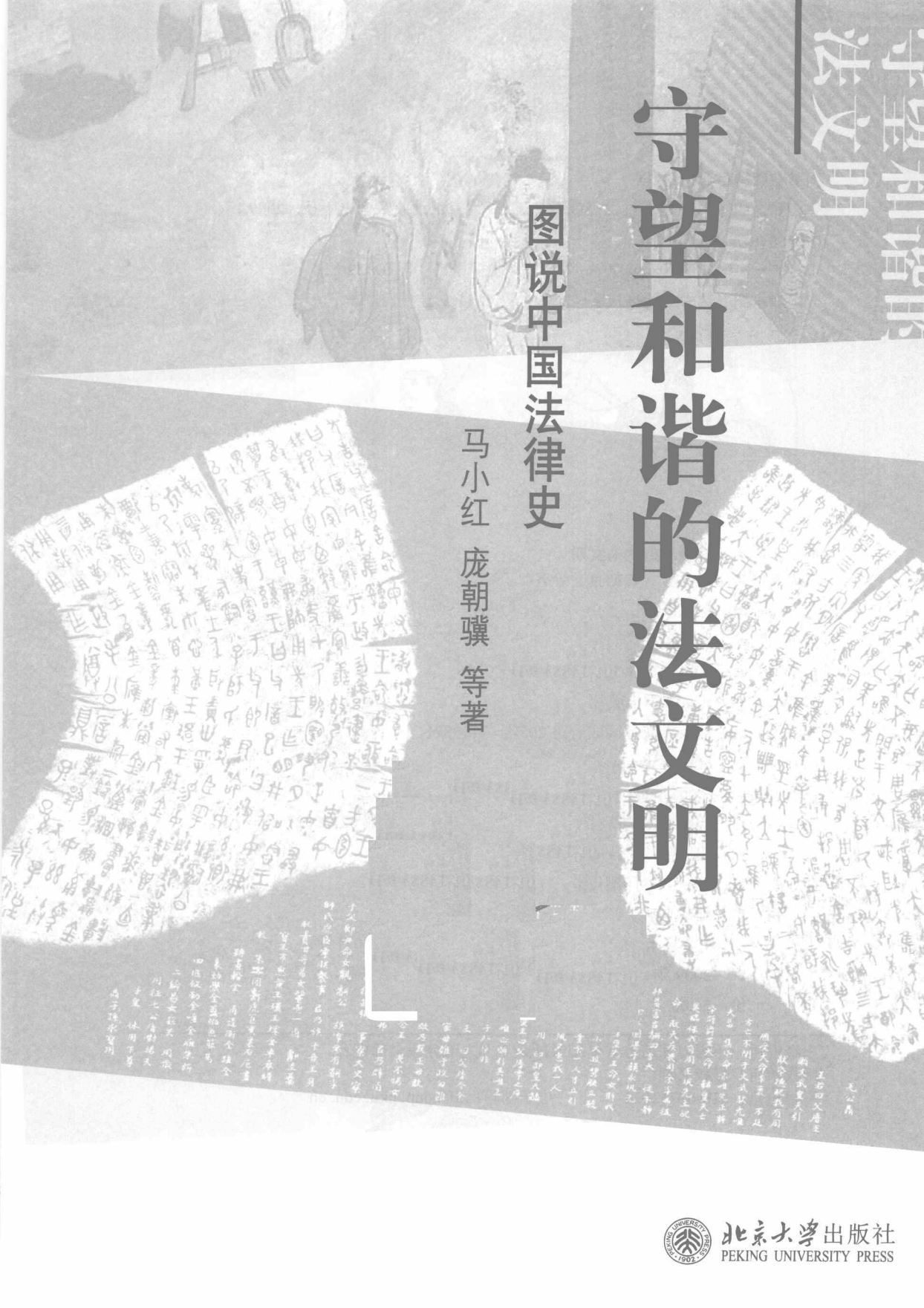


守望和谐的
法文明

守望和谐的 法文明

图说中国法律史

马小红 庞朝骥 等著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

守望和谐的法文明/马小红, 庞朝骥等著. —北京: 北京大学出版社, 2009.1

ISBN 978-7-301-14883-9

I. 守… II. ①马… ②庞… III. 法制史—中国 IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 004469 号

书 名: 守望和谐的法文明

著作责任者: 马小红 庞朝骥 等著

责任编辑: 李 铎

封面设计: 林胜利

标准书号: ISBN 978-7-301-14883-9/D · 2236

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电子邮箱: zpup@pup.pku.edu.cn

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027
出版部 62754962

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730 毫米×1020 毫米 16 开本 26 印张 430 千字

2009 年 1 月第 1 版 2009 年 1 月第 1 次印刷

定 价: 56.00 元

未经许可, 不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有, 侵权必究

举报电话: 010-62752024

电子邮箱: fd@pup.pku.edu.cn

序 一



序

近代以来，中国进入半殖民地、半封建社会，伴随着社会性质的转变，中国社会的政治、经济、文化发生了深刻的变化，古代社会的典章制度逐渐退出历史舞台。

1902年，清政府任命沈家本、伍廷芳为修订法律大臣，主持修律。为中华民族能在国际舞台上取得法律的“话语权”，沈家本等人虽知“吾国旧学，自成法系，精微之处，仁至义尽”，但在前所未有的世界性残酷竞争中，还是毅然取法西方，解体了数千年一脉相承的中国古代法律制度，“诸法合体”的法律模式演进成近代的部门法体系。沈家本这样说明清廷修律变法的原因：“今法治之说，洋溢乎四表，方兴未艾，朝廷设馆，编纂法学诸书，将改弦而更张之矣。”（见《历代刑法考·法学名著序》）。评价清末的法律变革，不是一件简单的事情。从法律发展的角度来说，在亘古未有的中西变局中，清末的法律变革基本完成了自己的使命——十年间，中国法律果然“改弦更张”，近代法律体系在中国形成，中国法律的发展进入到了新纪元。然而，从持续发展的角度来说，清末的法律变革又远远未能达到目的。因为清末的这场法律变革，是在外来的压力下进行的。变革的紧迫性，使当时的人们无暇对新接触到并将要引入中国的西方法律制度的原理做深入的探究，当然更无暇对延绵了数千年之久的传统法律进行从容反思。因此，无论是戊戌变法领袖梁启超所言：“我之法系，其最足以自豪于世界也”，“研究我国之法理学

非徒我国学者所当有事，抑亦全世界学者所当有事也”（见《中国法理学发达史论》）；还是沈家本的“会通中西”的主张，都是审时度势，留给后人的嘱托和使命。

我的学生，在跟随我做教育部重大攻关项目“中国传统法律文化研究”的过程中，面对浩瀚的传统法律文化资料，深感学界对传统法律文化的发掘尚有不足，而社会对传统法律文化的认识更是有许多的误解和偏见，比如简单地认为中国传统法律“以刑为主”、野蛮残酷、条文简陋、缺乏程序等。他们希望通过自己的努力，纠正人们对传统法的偏见，尽自己的能力承担起前人的嘱托，继承着前人的未竟之业。这种“尽力而为”的承担和敬业正是目前中国法律发展所需要的精神。我希望通过几代学者的努力，传统法律文化中的优良成分能被激活；传统法律文化的因子自觉地而不是被动地在现实中发挥作用；中国的法律体系因为有了传统文化的底蕴而更加完善，更具特色。

曾宪义

二〇〇八年十二月

序 二



“中华法系”对于今人来说是一个熟悉而又陌生的名词。说其熟悉，是因为中华法系的代表作《唐律疏议》是闻名于世的法典，其与大唐王朝一样为世界所瞩目，中华法系凝聚着中国古人的法律经验与智慧。说其陌生，是因为在制度层面，中华法系在百年前清末的那场法律变革中已被瓦解。一百多年来，我们参照西方的法律制度和模式，不断变法修律，中华法系离我们渐行渐远，以至于中国传统法律思想、法律体系的结构、法典的篇章体例、法言法语的含义等问题似乎和我们自己的法律制度建设和话语系统不相干，法律学者视中华法系的研究为冷门，研究者寥寥；法律学生视其为无用，因为它和就业谋生不搭界。

重新审视清末民初时期的那场在外界压力下不得不为的法律改革，我们不难理解当时的仁人志士对传统法律的批判以及要求仿效西法，改良中国法制的急切心情。因为那时的中国，只有通过学习西方，才能寻求到“救亡图存”的民族独立解放之路。批判甚至否定中华法系的制度，学习西方的法律制度，是当时的仁人志士不可避免的历史使命。

然而，法律的发展有其自身的规律，无论人们的主观意志如何，一个国家、一个地区或一个民族的法律，都必然带有无法抹去的历史印记。即使在中华法系制度解体一百余年后的今天，中华法系的法律价值观念还是深深影响着现实的法律发展。在清末修律后的很长一个时期，我们所说的“法律”既无法与西方法律文化所定义的法律概念接轨，也无法与古人所言的“法”相吻合。例如，变革中人们将“以刑为主”的“律”与西方的“法”机械对应，以至于当人们说“某人犯了法”，其意思基

本等同于说“某人犯了罪”。

清末民初的法律变革，为中国法律近代化开辟了道路。然而，在外界压力下的变革也留下了许多历史“后遗症”，主要表现在两个方面：一是盲目地将古代法律的制度、观念与现代法律进行比附，认为古代法律中民法、刑法自不待言，就是国际法等也“早已有之”。这种比附所导致的结果是以现代法律割裂传统，使有机的传统法被“解构”成一堆死的条文。二是认为中国传统法已成为故纸堆，对现实而言只是阻力，只是包袱，法律现代化必须彻底清除传统法的影响。这两种观点都有失偏颇。

一代人有一代人的历史使命。今天当我们有暇从容面对传统时，继承前人的变革成就，而消除变革留下的历史后遗症，就成为今天法律人的历史责任。我们对传统法的发掘，并不仅仅是解读传统法的条款，也不仅仅是分析传统法的理念。所谓“发掘”，应该用发展的、联系的观点，探究中国传统法发展的规律，使经过改造的传统法能够适应今日社会法律的发展，而现代社会的法律也能够深深根植于传统法文化的土壤以汲取历史的营养，形成自己的特色。法治社会，需要完备的立法和司法制度，还需要保障这些制度能够顺利实施的社会理念和文化环境，发掘中国传统法，在这一方面正大有可为。

马小红教授等学者经数年写成《守望和谐的法文明——图说中国法律史》，对中国古代法律及其在近代的演进进行探究，以图文并茂的形式对中国古代法律模式的原貌进行了说明。阅读后，便可明白“诸法合体”并不是“以刑为主”，中国古代的法律也涉及社会政治、经济、文化、环境、国防等方方面面；也涉及国家与民众、国家机构间、百姓间的利益调整和规范。和同时代西方法律思想家相比，中国古代政治家、思想家的一些法律主张开历史先河，为人类文明做出了巨大贡献。作者的初衷是想纠正现代社会对中国古代法的误解和偏见，寻找可为现代社会法律发展所借鉴的历史经验，摆脱了以往言及中国古代法律大都以批判为主的基调，读者可以从阅读中体会到中国传统法的理想和智慧。

更可喜的是，此书的作者大都是青年才俊，发掘传统法，因为有了他们的努力而更有希望。马小红教授与北京大学出版社约我作序，虽然我在法学界浸润数年，但对中国传统法律文化和制度知之不多，阅读本书，收获颇多，仅以读后所感序之。

二〇〇八年十二月



守望和谐的法文明（代前言）

三年前，与学友李霞、徐爱国闲聊，起意要做一本“图说中国法律史”和“图说外国法律史”。但是，事情真的办起来，难度有点超乎想像。就说这个“前言”吧，已经是三易其稿了，而且每一次都有很大的改动。这三次“前言”的改动，是因为每当资料收集到一定程度后，便有一次作者间的讨论，每一次讨论，思路和体例都有一些变化，作者欲通过“文图”叙述的事实和论证的观点，在日常的切磋和集中的讨论中日渐明晰。这一个个的讨论和修改对作者而言是一种学术的挑战也是一种学术的享受，在本书付梓时，我想就本书写作缘起、所思所想及思路变化的过程写出来，作为前言，以飨读者。通过这种编写过程的记述，读者也许更容易了解作者所要表达的心声，如果读者通过阅读这本文图并茂的书，对作者的观点能有所认同或理解（哪怕是“同情的理解”），我们都会感到鼓舞和荣幸。

一、中国古代社会并非“法就是刑”，法律也不是“以刑为主”

（一）编写本书的缘起——图说中国法律史

2005年秋日，朋友小聚，说到应该用“图文并茂”的方式做一本“外

国法律史”，做一本“中国法律史”，一来可以丰富高校法律史教学的内容，提高学生的学习兴趣，并借此也可以纠正一些法律史教材中普遍存在着的误解。就中国法律史而言，误解主要发生在我们对古代法的认识上。一说起中国古代的法，人们就会想起血淋淋的酷刑、令人窒息的枷锁、阴暗的监狱和公堂上的板子。中国古代社会中的法就是刑，或干脆说中国古代社会是一个“有刑无法”的社会，是一个恐怖专制的国度——不知曾几何时，“礼仪之邦”的中国法律在人们的心目中留下了如此野蛮愚昧的形象。如今传统走“红”，人们对古代的建筑、器物、饮食及普通人的日常生活兴趣日浓，连楼堂馆所的装修都透出一股浓浓的“传统味”，而对古代的政治、经济、文化艺术、典章仪式、制度、人物更是津津乐道，但一说到法律，却言必称希腊、罗马，中国古代法似乎成了古代辉煌中的“黑洞”。这与我们接触到的中国古代典籍中所描述的那个安逸恬静的社会，与我们从祖先留下的精神和物质的遗产中所看到的那个文化底蕴深厚的社会实在是大相径庭。一个认为“法就是刑”的社会，一个人民整日都生活于酷刑恐惧中的国家，如何能创造出延绵五千年的辉煌文明，如何能为今天的社会留下如此丰厚的文化遗产？

改变人们心目中的中国古代法形象，用大量的文字图片资料来尽可能客观的描述那个被今人误解了的“中国古代法”，用文字资料和图片资料告诉学生和读者：中国古代并非“有刑无法”或“法就是刑”——这就是编写本书的缘起，当时我们为它取名为“图说中国法律史”。

（二）中国古代法形象的转变

说起中国古代法在人们心目中的灰暗印象，就不能不探究这种印象的来历。

1、中国古人深为自己的法律而自豪，西方一些启蒙思想家对中国法律也赞赏有加

中国古人对自己法度虽然时有检讨，但从未失去过信心。相反，古人无不以华夏的典章制度（法律包括于其中）而自豪。孔子言“夷狄之有君，不如诸夏之亡（无）也。”¹意思是即使华夏这个区域内没有君主，也比夷狄有君主的统治好。为什么呢？因为华夏这个地方的礼乐文化远比夷狄发达，而这种发达的礼乐政刑传统远比君主重要。唐人也认为，传承千年的圣人之制本天地常理而设，是人类社会的大法：“夫五经群史之书，大不过本天地设君臣，明十伦五教之义，陈政刑赏罚之柄，究



治乱兴亡之由，立邦之道，尽于此矣。”²在中国古人的眼中，“刑”从来不是国家治理的主要手段，相反其只是推行或执行法律的一种辅助手段。在儒家民本思想的指导下，统治者强调刑罚是一种迫不得已情况下才能使用的手段，强调用刑者须心存仁义、博爱，在惩恶的同时，更要以扬善为目的。在民本思想的约束下，“慎刑”是自汉以来刑罚适用的主导思想。当然，我们并不否认中国古代社会有大量的冤狱和酷刑，但那是历史的发展阶段所必然的产物，即使现代社会，冤狱也无法避免。与同时代世界其他地区和国家相比，中国古代的刑罚不仅不能说是特殊的残忍，而且在文明的程度上可以说是走在世界的前端——只要翻阅一下法国学者马丁·莫内斯蒂埃所作的《人类死刑大观》³，就不难得出这一结论。

不仅中国人对自己的法律充满信心，西方的一些思想家对中国的法律也赞赏有加。17、18 世纪，中国文化风靡欧洲，对欧洲的启蒙运动起到了积极的促进作用。法国思想家魁奈由于崇尚孔子，被弟子称为“欧洲孔子”。魁奈认为君主专制分为两类，一类是合法的，一类是为所欲为或不合法的，而他认为中国的君主专制属于第一类，即“合法的君主专制”，因为“中国的制度系建立于明智和确定不移的法律之上，皇帝执行这些法律，而他自己也审慎地遵守这些法律”⁴。当然，欧洲启蒙运动中，思想家、法学家对中国文化和法律也多有批判，然而这种批判虽有偏见但并非恶意，可以看出，他们在努力试图客观地解释不同于他们自身的文明，虽然由于文化的隔膜，他们的努力常常达不到预想的目的。不可否认的是，尽管有文化隔膜和资料不足的制约，一些西方思想家通过中西的对比和另一个角度的解读，对中国文化和法律的论述还是具有非常大的启发意义。法国思想家孟德斯鸠的一段有关中国法律的论述成为我们研究中国古代法律的经典论断：“中国的立法者们所做的尚不止此。他们把宗教、法律、风俗、礼仪都混在一起。所有这些东西都是道德。所有这些东西都是品德。这四者的箴规，就是所谓礼教。中国统治者就是因为严格遵守这些礼教而获得了成功。”⁵但是孟德斯鸠并不赞成这种“获得了成功”的中国政体，他批评中国人试图努力将法律与专制并行，但是，“任何东西和专制主义联系起来，便失掉了自己的力量。中国的专制主义，在祸患无穷的压力之下，虽然曾经愿意给自己带上锁链，但都徒劳无益；它用自己的锁链武装了自己，而变得更为凶暴”⁶。可以看出，无论是赞扬还是批评，中国法律在当时西方思想家、法学家

的眼中都还不是“以刑为主”的，他们对中国法律的定义也不是“法就是刑”这样简单、片面。就是说到“刑”，在西方学者的眼中，中国的刑罚至少不会比他们的中世纪更残暴。

2、对中国法律印象的改变始于那个西方以武力征服中国的血腥殖民年代

研究中西方文化交流的专家周宁总结道：路易十四时代中国人的生活方式已经成为欧洲人追逐的时尚，中国的思想也深刻地影响着欧洲。“启蒙主义的大师们，多是中国的仰慕者，他们把孔夫子的格言当作座右铭，让康熙皇帝扮演西方国王们的榜样，于是法国国王、奥地利皇帝纷纷模仿中国皇帝举行亲耕仪式，中国具有悠久的历史、开明的政治与经济制度，对于伏尔泰、狄德曼、杜阁、魁奈那一代人来说，中国是一面旗帜，孔夫子是启蒙运动的守护神。”⁷但是，18世纪末，欧洲对中国的主流舆论逐渐改变，原本被赞叹的人性、开明、安逸、悠闲的中国成为野蛮、低劣、懒惰、散漫的国家。今天我们分析这一变化，应该注意到两点，第一点是欧洲经过近代启蒙和革命后，社会发展迅速，马克思写于1847的《共产党宣言》曾这样评价近代欧洲的进步：“它第一次证明了，人类活动能够取得什么样的成就。它创造了完全不同于埃及金字塔、罗马水道和哥特式教堂的奇迹，它完成了完全不同于民族大迁徙和十字军东征的远征。”“资产阶级在它的不到一百年的阶级统治中所创造的生产力，比过去一切时代的全部创造还要多，还要大。”⁸欧洲的飞速发展，置中国于“不进则退”的境地。发展着的欧洲对中国评价的转变也在情理之中。第二点是欧洲的价值观与中国不同，在人与人、国与国的交往中，尤其在近代资本主义的发展过程中，只有强者才拥有“话语权”，以国力论文化的优劣，以成败论英雄在欧洲人看来是天经地义的。在基于利益而不是道义的与中国的贸易往来中，欧洲需要将中国塑造成落后却又具有威胁力的国家，以“遏制”和“拯救”的名义名正言顺地攫取贸易往来中的最大利益。这也是西方的主流社会为什么在18世纪末以来更愿意接受孟德斯鸠等思想家对中国的批评，而无视或不信伏尔泰、魁奈对中国赞扬的原因。1792年英国勋爵马戛尔尼率团访华，使团考察的结果是认为中国浩如瀚海的典籍中找不到“自由”的理论，中华帝国缺乏人权和人的尊严，任何人包括外国使团对皇帝都要行跪叩之礼，其实更为重要的是，使团看到了作为拥有四亿人口的帝国，中国的军事远远落后于西方，国防弱不堪击。马戛尔尼看到了“中国是一尊泥



足巨人，只需要轻轻一击，就会扑倒在地。”⁹于是，此后便有了至今都令中国人刻骨铭心的 19 世纪中叶的鸦片战争和此后一系列的列强对中国的瓜分，中国的形象被西方的炮舰摧毁，这种摧毁是欧洲价值观的必然产物——落后就要挨打或就应该挨打。这种价值观与中国古圣贤所倡导的“存灭国，继绝世，举逸民”南辕北辙，但是在那个中国失去话语权的时代，在那个以武力论英雄，以国力论文化优劣的时代里，中国只有接受这个“规律”。

中国的法律，在以武力论英雄，以国力论文化优劣的时代里，不仅成为西方人攻讦的对象，而且成为西方武力征服的借口。没有正义、公正的追求，没有人权的理念，只有刑罚条文堆砌——停滞不前且残暴野蛮，成为中国法律的“特征”。“以刑为主”、“有刑无法”成为那个时代描述中国法律的“定论”和“通说”。19 世纪 60 年代英国法学家梅因在其影响深远的巨著《古代法》中阐述了这样的观点：在人类伊始的习惯法时代，世界各地的法律大同小异，但在法律进一步发展的“法典时代”，西方的法律开始显现出了令世界其他地区无法比拟的优越性，这种优越性主要表现在民事法律从内容到形式的发达和完善。以法典时代民法的发达与否为标准，梅因将社会区分为“进步的”和“静止的”，并认为西欧这种“进步的社会”在世界历史上“是一个罕有（值得骄傲）的例外”，因为世界其他地区的法律此时正处在“停滞”的状态中。印度处在“法律的统治尚未从宗教的统治中区分出来”的未开化的神判时期，而中国处在一个较印度进步但又“静止”了的“半开化”的法典时代：因为中国的民事法律虽然从“神权”中解放出来，但却不具备完善的形式和严格的体例，其内容“包括了这个民族所可能想像到的一切观念”，其没有经历“从‘身份到契约’的运动”¹⁰。也就是在此时，我们看到西方使节、传教士、商人等发回本国和公之于世的大量的中国人行刑场面的照片——它似乎证实了中国的法律就是“刑罚”，中国是一个“有刑无法”的恐怖社会。残酷的行刑场面也自然会使西方人回想起他们刚刚摆脱或正在摆脱的那些恐怖。那些至今在网络、书籍中很容易找到的证实中国法律残暴的相片和图画，记录了历史的真实，但那只是局部的，并且是有选择的真实。今天的我们在面对这些“真实”时，应该有更深层的思索——那些局部的“真实”是否是中国社会的主流？百年间中国形象如何会在欧洲发生如此大的变化？

一方面，我们承认在近代化的进程中，西方确实领先一步，中国需

要学习西方。另一方面，我们也应该认识到，在中国失去了话语权的那个时代，中国社会及中国法律确实被强者根据自己的利益需要和理解而“塑造”了。

（三）中国古代法是“以刑为主”，还是“以礼为主”？

被塑造了的中国法律，原本究竟是一个什么样的法律呢？如果对中国法律发展史稍加了解，就会发现在中国古人所生活的那个时代的“法律环境”中，刑罚不过是法律的有机组成部分，不仅“法就是刑”、“有刑无法”无法适用于中国古代社会的描述，就是“以刑为主”也与客观现实相去甚远。

1、“法”字字义，在中国历史的发展中，并非一成不变

中文中最初的“法”写成“灋”字，其含义是指审判的过程：以神兽“鴈”判断曲直，不直者去之，达到如水一样的公平。秦汉后，法的含义主要是制度和各种规章，“灋”中的“鴈”退出历史舞台。古人所言的法，就制度规范层面而言，是十分宽泛的，其远非“刑制”所能包括。二十五史中的《职官志》、《食货志》、《礼乐志》、《律历志》、《舆服志》无不在“法”之中。而这些“法”中的某些内容也都与我们今天所说的“法律”的一些制度规范有着相同的内容和性质。因此，就制度而言，我们也很难说中国古代的法是“以刑为主”的。我们现在所说的“法”，至少有两层含义，一是法的制度、规范；二是法的学理、理念。如果我们现在“法”的含义反观古代，那么“礼”自然应该被纳入到法学的研究范畴中，因为法的制度所体现的理念，也就是我们现在所说的“法的精神”、“法的价值观”在中国古代则被称之为“礼”。早在清末，学贯中西的学界翘楚严复在翻译西方启蒙思想家孟德斯鸠的巨著《法意》时就说过：“盖在中文，物有是非谓之‘理’，国有禁令谓之‘法’，而西文则通谓之‘法’……西文‘法’字，于中文有‘理’、‘礼’、‘法’、‘制’四者之异议，学者审之。”¹¹严复不仅主张将反映法精神的礼、理纳入含义已经拓展了的法的研究范畴中，而且进一步认为中国古代的“礼”中所包含的一些制度、习惯、风俗也应纳入法的范围，以为现实法律的发展提供借鉴，他说：“西人所谓法者，实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分，以谓礼防未然，刑惩已失。”¹²这就是说，在古代，礼的某些部分不仅是法律制度的重要组成部分，而且礼所倡导的理念就是法律的灵魂和目的。



因此，我们现在所言的“法”，包括了古代“礼”与“法”两个方面，如果比较这两个方面孰重孰轻，在古人的心目中，“礼”远远重于“法”自不待言。而我们对中国古代社会中的法的误解是从概念就开始了的——机械地用已经演变了的、含义早已大大拓展了的现代“法”的含义僵化地对应古人所说的“法”，将“礼”摒弃于法的研究领域中，甚至将礼与法视为对立物，认为中国古代“重礼而轻法”，或“没有法的理念”等等，这种僵化的概念套用，割裂了中国古人对制度与理念既统一又区分的认识，从而抹杀了“礼”在中国古代法律体系中所具有的主导作用。这种以现代法为模式割裂古代法的“研究”，导致了人们对中国古代法的误解——中国古代的法律缺乏理念的支持，只是条文的堆砌，甚至只是靠刑罚维持和运作的帝王专制工具。

2、中国古代法律体系发展的三个阶段

从体系上看，中国古代法律也难以用“以刑为主”来描述，只有用“以礼为主”来概括才更为客观和全面，这也是中国为什么自古号称为“礼仪之邦”的原因。中国古代法律体系的演变有三个阶段¹³：

一是夏商西周的“礼治”体系形成时代。礼治体系对社会犯罪采取的措施是以预防为主，“刑”的惩罚只是社会治理的辅助手段，或者是不得已而用之的方法。礼治的理想境界是“法设而无犯，刑设而不用”，也就是我们现在还常常用到的成语：“刑措不用”。对家庭、财产等纠纷，则一般用教化的手段化解，“教化”才是礼治体系中占有主导地位的核心，我们可以用一个简单的表格来表示三代的礼治体系，并明了刑在礼治体系中的地位：

	体系构成	内 容	实施方式	作 用	目 的
礼 治	礼 义	亲亲、尊尊等礼的宗旨	教化 (或礼教)	注重意识形态的控制	正其心
	礼制(仪)	习俗、制度(包括法)等礼的规范	刑 罚	注重制度完善	正其行

二是春秋战国礼法并立的时代。此时儒法两家各持礼法中的一端，儒家主张弘扬三代的“礼义”（法的精神和宗旨），改革或简化“礼仪”（包括法律的条文和制度），而法家则主张加强刑罚的作用，用完备的制度约束百姓。中国历史上，法家是空前绝后的唯一主张“以刑为主”的

学派，其学说只见用于战国秦之际。但即使在战国至秦，儒家虽不能适应统治者迫切的“富国强兵”的需求，其在社会上的影响也非同寻常。秦始皇为消除儒家的影响，采取“焚书坑儒”的极端暴力手段镇压儒家，但是天下“诵法孔子”之声仍不绝于耳，其长子扶苏也力劝始皇尊崇儒家¹⁴。儒法两家主张的差异如下表所示：

主张 学派	强 调	内 容	实施方式	特 点	目 的	源 渊
儒 家	礼 义	伦理道德	教 化	以理服人	王 道	礼治中礼义
法 家	法 治	制度法律	刑 罚	以力服人	霸 道	礼治中礼仪

三是汉代之后的“礼法并举”，“以礼为主”的时代。汉至清代，儒家的思想成为社会的主导思想，法家的思想虽然被摒弃，但其主张和建立的制度却得以沿袭，是为众所周知的“汉承秦制”及“儒法合流”。在儒法合流，以儒为主的文化背景下，古代的法律实为一个礼与法相互结合的“共同体”。在这个“共同体”中，复活的礼教是法的核心。以教化解决争讼，预防犯罪是法的重心，而“刑罚”只是一种“弼教”的手段。汉至清的法律体系如下表：

法 的 体 系	构 成	内 容	融合方式	相互关系
	礼 义	伦理道德	指导立法、司法	法的灵魂
	法 制	律、令、科、比等 法规、条例	纳礼入法	体现礼的宗旨和精神

由此可见，无论是从法的概念、还是从法的体系以及这一体系在中国古代社会的历史演变来看，我们都无法得出中国古代社会“法就是刑”及法律“以刑为主”的结论。

当我们从法律的角度，将“礼”纳入了我们的研究视野，我们就可以发现中国古人早就明智地发现“刑”在维持社会秩序的同时，也有着激化社会矛盾、败坏人性或人心的负面作用，历朝历代都有一些思想家、政治家再三再四地强调要限制刑罚的过度使用，要努力追求刑措不用的境界。“恤刑”、“慎刑”在中国古代法律思想的发展中不仅始终占据主流地位，而且有着制度的保障，比如“死刑复奏”制度、“录囚”制度、“会审”制度。可以说世界上没有哪个国家和地区的古代法律如此重视



削弱刑罚的负面影响，并力图将刑罚的负面作用限制在尽可能小的范围内。清乾隆时代的著名学者纪晓岚在编写《四库全书总目》时总结道：“刑为盛世所不能废，而亦为盛世所不尚。”这句话精辟地道出刑在中国古代社会法律体系中的地位。

套用西方学者的一句名言“法是古罗马人天才的发现”，我们也可以自豪地说：“礼，是中国古人智慧的结晶和体现”，礼的发达才是中国古代法真正的特点之所在。

二、中国古代法自有其合理的模式

(一) 本书思路的调整——中国古代法“故事”图鉴

在明确了写作的宗旨——基于现有的资料，尽可能客观地描述出中国古代法，改变被曲解了的中国古代法形象——后，我们确定了“图说中国法律史”编写的体例和进度计划。体例以历史发展的脉络为经，2006年的上半年搜集整理图片，下半年配以文字，全书争取在年底完成。为了突出中国古代社会法律“以礼为主”及“礼”对现代社会的影响，我们组织中国人民大学法学院法律史教研室的研究生利用寒假回家的机会，广泛拍照：当地的古代建筑，如庙宇、学堂、书院、大院、衙门、牌坊等；当地的习俗，如节庆的内容形式、求神拜佛、家族聚会、社会往来、穿着饮食等都在搜集之列。当时参加这项活动的同学有十余人。¹⁵

事情的进展，尤其是图片的搜集和整理，困难超乎了我们的预想。利用寒假拍回的相片，很多与我们要研究的内容并不切合，有些甚至没有关联。这也许是因为在编写初期，主体思想尚不太明确、思路也尚未成熟造成的。另外一个更大的问题是，实地拍回的相片，可用者，所反映的大都是清朝及其以后的状况，明朝的已经罕见。如此，原来设定的体例就产生了问题。如果“以史为经”，按朝代“图说”的话，宋代以前的“图”基本空白。而通过网上和其他渠道搜集到的图片，虽然十分丰富，但在编排和使用上也存在很多问题，因为这些图片所反映的内容并不像文献资料那样容易掌握，一是资料的解释和真实性有待甄别，二是大量的数千张图片的筛选非短期内可以完成，更何况有些王朝的资料很多，而有些则不足。2006年上半年，按进度，图片的资料虽然基本搜集完毕，但如何使这些资料系统并具说服力则成为关键问题。在编撰者

的反复交流中，我们决定按照资料的实际状况，舍弃按时代为经的编写体例。于是，我们又想到了目前有关教材所采用的一种较为普遍的体例，即以部门法为纲目，如：行政法律方面的内容、刑事方面法律的内容、民事方面的法律内容、诉讼等等。这样虽然不利于展现中国古代法发展的阶段性，更有僵化比附之嫌，但也有一定的优点，而且更有利于本书主体的阐述：使读者理解中国古代法律并非“以刑为主”，其内容远比我们想像的丰富；展现中国古代人的法律智慧，用事实证明中国古代法律虽然没有“部门法”形式上的分类，但其内容并不简陋。我们也想到要在每一编的序言中，辨正一下古今有关法律概念和内容的异同，以尽量弥补古今比附的缺陷。

但是，编写的过程中，我们发现，将古代社会的法套在现代法的框架中，结果实在是有些不伦不类。古人有古人的生活方式，古代社会的模式是一个符合当时那个时代的有机的整体，法律模式也是如此，我们无法按照我们的想当然而将其分类。比如我们无法用古代的“货殖”、“食货”来比附今日的经济、商业一样，我们今日所言的法虽然在某些观念、内容上与古人相同或可以与古代社会的法律相比拟，但差异，尤其是表达方式的差异、解决问题的方式方法的差异、对问题轻重缓急认识上的差异都是无法抹杀的。如果我们一概用“民事法律”比附古代的“户婚”、将“讼事”归为“民事纠纷”、将“律”说成“刑法”、将“狱事”说成“刑事案件”、将“大理寺”换成“最高法院”、将“律学”变成“法学”……这样的“图说”与其说是介绍，毋宁说是另一种对传统法的曲解或误导。

为此，编撰工作搁置了一段时间，当然这只是形式上的搁置。如何用最好的体例真实地反映出古代社会的法律，使读者可以真切地感受到当时的法律环境，认识到法律今天与昨天的区别和联系，寻找到古人留给我们的法律发展动力，检讨我们丢失了哪些弥足珍贵的东西等等，对这些问题的思考可以说一天都没有间断过。

2006年底，即按进度应该是本书的“杀青”之时，但那时却正是我们编撰工作进行得最为艰难的时刻。翻检我们所搜集到的资料，我们重新审视并确定了编写原则：

第一，尽可能客观地反映历史的原貌，反映出中国古代法律的特点。我们确认古代没有部门法的分类，也没有现代意义上的法学家。但这并不说明中国古代的法律不合理。中国古代社会的法律与当时的社会相适应，其法律是综合性的。我们在“图说”中应力求表现出古代法律模式