



ZHONGGUO CHUANTONG FALÜ WENHUA

# 中国 传统 法律 文化

张洪林 主编



华南理工大学出版社  
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS



ZHONGGUO CHUANTONG FALÜ WENHUA

# 中国传统 法律文化

张洪林 主编



华南理工大学出版社  
SOUTH CHINA UNIVERSITY OF TECHNOLOGY PRESS

· 广州 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国传统法律文化/张洪林主编. —广州: 华南理工大学出版社, 2018. 1  
ISBN 978 - 7 - 5623 - 5442 - 0

I. ①中… II. ①张… III. ①法律 - 传统文化 - 中国 - 高等学校 - 教材  
IV. ①D909. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 257965 号

中国传统法律文化

张洪林 主编

出版人: 卢家明

出版发行: 华南理工大学出版社

(广州五山华南理工大学 17 号楼, 邮编 510640)

http: //www. scutpress. com. cn E-mail: scute13@scut. edu. cn

营销部电话: 020 - 87113487 87111048 (传真)

责任编辑: 朱彩翩

印刷者: 广州市天河穗源印刷厂

开 本: 787mm × 1092mm 1/16 印张: 15.5 字数: 328 千

版 次: 2018 年 1 月第 1 版 2018 年 1 月第 1 次印刷

印 数: 1 ~ 1500 册

定 价: 48.00 元

版权所有 盗版必究 印装差错 负责调换

# 目 录

导 论 .....	1
一、中国传统法律文化的内容与特征 .....	1
二、中国传统法律文化的当代价值 .....	2
第一章 中国传统法律文化的基本观念 .....	4
第一节 中国传统法律的基本范畴 .....	4
一、“天”与“天道观” .....	4
二、“国”“家”与“个体” .....	6
第二节 中国传统文化的法律观念 .....	9
一、法与灋及其功能性 .....	10
二、法与律及改法为律 .....	14
三、法制与法治之辩 .....	16
第三节 中国传统法律思想与礼法合一 .....	19
一、诸子百家的思想争鸣 .....	19
二、“霸王道杂之”与独尊儒术 .....	23
第二章 中国传统行政法文化 .....	25
第一节 皇权专制下的央地权力格局 .....	25
一、中央集权的演变 .....	25
二、地方权力的抗争 .....	27
三、集权分权的循环 .....	31
第二节 帝国官员的使命与特权 .....	33
一、古代的为官标准 .....	33
二、古代的为官待遇 .....	36
第三节 古代的家国权力 .....	39

一、家国同构的权力来源 .....	39
二、家长权的主要内涵 .....	40
三、家长权与君权的对比 .....	42

### 第三章 中国传统刑法文化 .....

45

#### 第一节 中国传统刑法思想概述 .....

45

一、重刑主义的中国古代法文化传统 .....	45
二、夏商西周时期的神权法思想 .....	48
三、先秦儒墨道法的刑法思想 .....	52

#### 第二节 中国传统刑法体系特征 .....

58

一、从刑、法到律之名的演变 .....	58
二、中国传统法典体例沿革的特征 .....	66
三、十恶：重点维护皇权专制统治和家庭伦常秩序 .....	71
四、刑罚：从奴隶制五刑到封建制五刑 .....	75

#### 第三节 传统刑法中的涉家犯罪 .....

84

一、“不孝罪”为传统第一大罪 .....	84
二、准五服以制罪：亲属间相犯罪与非罪的标准 .....	86
三、“十恶”重罪之涉家犯罪 .....	89
四、其他涉家犯罪 .....	90

#### 第四节 涉家犯罪的相关制度与观念 .....

100

一、亲属容隐 .....	100
二、亲属连坐 .....	106
三、亲属复仇 .....	108
四、留养承祀 .....	113

### 第四章 中国传统民事法文化 .....

117

#### 第一节 中国传统民事法概述 .....

117

#### 第二节 中国传统婚姻法制 .....

119

一、结婚 .....	120
二、离婚 .....	126
三、家庭关系与家庭财产 .....	128

#### 第三节 中国传统继承法 .....

131

一、继承原则	131
二、身份继承	135
三、财产继承	137
第四节 中国传统契约法	141
一、中国传统的契约	142
二、中国人的契约观念	145
三、契约的内容及作用	147
四、国家对契约的管制	152
第五章 中国传统司法文化	156
第一节 中国传统司法文化概述	156
一、中国传统司法之流变	156
二、中国传统司法文化之特质	162
第二节 天人合一的司法文化	165
一、天人合一的司法思想	165
二、神明裁判	167
三、司法顺应时节	168
第三节 大一统的君主主义司法文化	169
一、大一统的君主主义司法思想	169
二、行政兼理司法的司法组织体系	171
三、行政干预司法的会审制度	171
四、君主主义中央集权的监察制度	173
第四节 无讼的司法文化	176
一、无讼的司法思想	176
二、达至无诉的原则	180
三、达至无讼的方式	182
第五节 《春秋》决狱的司法文化	185
一、《春秋》决狱的司法思想	185
二、《春秋》决狱的原则及其运用	186
三、《春秋》决狱的影响	190

<b>第六章 中国传统法的近代转型</b> .....	192
<b>第一节 中国近代法制转型概述</b> .....	192
一、清末新政与法制变革 .....	192
二、西方法文化的输入 .....	194
三、民国时期“六法体系”的形成 .....	196
<b>第二节 中国近代法制的肇基</b> .....	198
一、法观念的更新 .....	198
二、中国近代法律制度的初创 .....	208
三、沈家本与“礼法之争” .....	219
<b>第三节 中国近代法制的形成</b> .....	227
一、南京临时政府法制（1912年1—3月） .....	227
二、北京政府法制（1912—1928年） .....	229
三、南京国民政府法制（1927—1949年） .....	234
<b>后 记</b> .....	241

# 导 论

## 一、中国传统法律文化的内容与特征

法律文化的概念最早由弗里德曼提出，后广泛适用于法学研究。法律文化指一个民族或国家在长期的共同生活过程中所认同的、相对稳定的、与法和法律现象有关的制度、意识和传统学说的总体，包括法律意识、法律制度、法律实践，是法的制度、法的实施、法律教育和法学研究等活动中积累起来的经验、智慧和知识，是从事各种法律活动的行为模式、传统、习惯。

中国传统法律文化可谓源远流长，博大精深，是世界上最古老、最悠久的法律文化之一，对世界法律文化尤其对东南亚各国的法律文化产生了长期的深远的影响。尧舜禹时期是我国法律文化的发祥时期，夏、商、周确定了“明德慎罚”的原则，注重“礼治”，使礼学文化得以充分发展，成为“制治之源”。到唐朝已完成了礼法结合，礼的许多内容被直接定为法律，确定了我国古代法律文化的伦理特质。总体而言，中国传统法律文化是中国几千年法律实践活动及其成果统称，是指从上古起至清末止，广泛流传于中华大地的具有高度稳定性和持续性的法律文化，具体形成于战国、秦汉，成熟于魏晋、隋唐，发展演变于宋元明清，具有完整的发展脉络与清晰的沿革线索，在世界法律史上独树一帜。它的世界意义不仅在于过去曾为人类做出巨大贡献，更重要的还在于为人类当今以至未来的法律实践活动提供新的精神和样式。<sup>①</sup> 中国传统法律文化的基本特征具体体现在：

(1) 古代中国在法律观念文化上，强调“礼法合一”“德主刑辅”，而“礼”作为一种差别性的规则体系，被奉为治国之道。中国古代所讲的“礼”其实是无所不包的，其涵盖了人的衣食住行各方面规矩礼节，一旦不遵从即为“失礼”。如果严重违背礼，可能会“出礼则入刑”，刑律作为维护封建统治的最后及最严厉的工具，也是凝聚民心的有力武器。

(2) 在法律制度文化上，古代中国强调国家权力本位（实质上是家族权力本位），皇权至上，权大于法，法律受权力的支配与制约。其表现为：首先，在立法上法自君出，君

<sup>①</sup> 武树臣：《中国传统法律文化》，北京大学出版社，1994年，第818页。



主为最高法权渊源；其次，在司法上行政长官兼有司法职权，司法与行政合一；最后，在法律结构体系上，表现为公法与私法不分，诉讼法与实体法不分，形成了以刑法为核心的单一的、封闭的中华法系。

(3) 在法律心理文化上，古代中国十分看重息事宁人，平争止讼。一方面，“天人合一”的哲学基础造就了中国传统法律文化追求秩序和谐，从而带来无讼的法律心理。另一方面，以家庭为本位的中国传统社会，注重人的社会义务，而忽视个人的权利；重视集体、大局的利益，使得个体成员的诉讼必然会受到社会、家族和家庭观念的抑制。

(4) 在司法操作和实践上，无论民众还是司法者，皆强调天理、人情、国法的有机结合，而且在更多情况下将人情因素放大。如孔子所言“父为子隐，子为父隐，直在其中矣”，即指中国人更讲究人情因素，并将之视为高于法律的规定。皇帝通过赦宥制度等展现的“皇恩浩荡”，是将情理作为平衡国法的重要手段，这无不表明国法并非是解决纠纷的最终依据。

本书主要从法律制度上来讲述中国传统法律文化的基本内容，包括中国传统法律文化的基本观念和传统部门法文化，具体又分为中国传统行政法文化、中国传统刑法文化、中国传统民事法文化、中国传统司法文化和中国传统法文化的近代转型，分析中国传统法律文化所涵盖的法律思想、法律制度和文化理念。

## 二、中国传统法律文化的当代价值

以史为鉴，可知兴替。中国传统法律文化的精华为当代法治建设，尤其是坚持中国特色的“道路自信、理论自信、制度自信、文化自信”提供了诸多经验借鉴。当然，中国传统法律文化既具有社会综合治理、立法上价值导向、司法上纠纷协调等现代价值，又存在诸多抑制法治发展的不利因素。如果能够将传统法律文化扬长避短，将会大大减少中国法治建设的阻力和障碍，尤其是可以节省因法律移植而导致的成本支出，大大提高中国法治建设的效率。故而，中国的法治之路必须注重本土资源的利用，重视中国法律文化的传统和实际。<sup>①</sup> 我们认为大致有以下四点尤其需要在学习中国传统法律文化时给予应有的重视。

其一，人本主义。中国传统法律文化的价值基础，在某种意义上可以概括为“人本”主义。“人本”主义作为一种价值观念，不仅全面地支配着中国数千年来法律实践活动的方向与进程，而且还牢牢地左右着人们的思考。“人本”主义价值观作为法律思想意义上的“人本”主义，其主要内容可以简单概括为伦理化人性、人性化的天道、天道派生道德、道德外化为法律。“人本”主义是中国传统法律文化的“集体本位”的价值支柱，塑

<sup>①</sup> 苏力：《法治及其本土资源》，中国政法大学出版社，2004年，第6页。

造的“家本位”（家族本位）始终极大地支配着传统法律实践。<sup>①</sup>“人本”还具体体现为“民本”思想，传统社会强调以“仁”为核心的民本思想。“仁”指的是人与他人的关系。人的价值不在于谋求物质利益，而在于将维护“个人”的权利与维护宗法社会的整体利益统一起来。古代思想家、政治家都有“重民”思想，反对亏人自利，意识到为了统治的长治久安，必须关心和改善人民的物质生活条件，即主张“富民”观念。

其二，德法共治。中国历来有重视道德教化的传统，古代统治者都极为重视道德在国家治理中的作用。我们要注意到伦理道德在现实社会中的巨大力量，在立法时应适当考虑道德的因素，借助道德的力量使群众自觉守法，即依法治国与以德治国的有机结合。

其三，家国情怀。“由家庭而家族，再集合为宗族，组成社会，进而构成国家”<sup>②</sup>，这就是典型的传统中国的社会构成。古代的中国人人都把修身、齐家、治国、平天下作为个人的最高理想而终生为之奋斗不息，由对家庭的孝推及至对祖国和人民的忠，这完全源自人们在内心深处对于家和国的热爱。正所谓“天下兴亡，匹夫有责”，中华民族精神的本源就是这种家国情怀，当代中国的法治建设是全体中华民族的法治建设，不是少数人、个人的法治建设，需要的是全社会的、整个民族和国家的力量。当代法律在肯定和维护个人正当权益的同时，仍然需要提倡人们对于祖国和人民的热爱。

其四，追求和谐。和谐理念集中体现在“天人合一”、人与自然和谐发展、引礼入法、礼法合治及无讼是求、调处息争等方面。这与当代坚持可持续发展、实现人与自然的和谐、法德并重、构建和谐、注重调解、追求和谐的目标是一致的。

总之，传统不只是代表着过去，不仅仅是历史上曾经存在的过去，同时它也是历史上曾经存在的现在。<sup>③</sup>

① 武树臣：《中国传统法律文化的价值基础》，载《法律科学》，1994年第2期。

② 张岱年、方克立：《中国文化概论》，北京师范大学出版社，2004年，第273页。

③ 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，贵州人民出版社，1992年，第56页。

## 第一章 中国传统法律文化的基本观念

【本章提要】中国传统法律文化源远流长，应当取其精华，弃其糟粕。夏商以来形成的神权法制在西周之际遭到挑战，此后君主专制体制的建立，成为以“天道观”构建世界秩序的理想模式。早期“天道观”的提出并没有将个体、家与国进行明确区分，而是以“天”的意念统摄“个体”“家”与“国”。至秦代统一之后，帝王之家成为天下，帝王成为国，“家国一体”由此产生。中国传统社会中的法，从“灋”义的起源，“灋”义的具体意象，至法观念的产生，法与刑逐步合一，法的正式形式开始以律为主，这一系列的转变使得法被赋予了丰富的内涵。古代中国很早就有关于“法制”和“法治”的表述。但是，当时的“法治”更多指制度的构建。春秋战国之际诸子百家的思想系统，实际上都以大一统国家建设为中心，以国家秩序构建为主旨。至汉代形成“霸王道杂之”的国家主流意识心态，即法儒思想兼而并用，或“外儒内法”。这一过程被称为“法律儒家化”的过程，直到隋唐之际才完成。

### 第一节 中国传统法律的基本范畴

#### 一、“天”与“天道观”

夏、商、周三代是中华文明的初始，也是研究中国传统法律文化的起点。<sup>①</sup>夏商周三代作为文明思想的起源时期，其形成的特定思想观念便深刻地烙印在中国的传统意识之中，期间历经战乱、改制、变革等诸多社会变动，却作为制度发展的本源延续千年之久。首当其冲的便是“天”“天下”乃至“天道观”的提出。

“天”在中国人的观念里有着全面而深刻的影响。“天”不仅作为一种时间与空间概念的自然属性而存在，还作为一种理解和评判事物的社会基本依据而存在。早期的政治统治秩序便是以“天”的构造与运行规则模式为基础，形成人间的思想与行为标准，还以此作为其不言自明的合理性前提与依据，构筑了周朝以来“天”的理念与“敬天保民”思

<sup>①</sup> 朱腾：《天道观的兴起与商周法律思想的转变》，载《中西法律传统》（第7卷），北京大学出版社，2009年。

想。具体来说，“天”观念至周朝才明确提出。与此同时，反观夏、商神权法时期也曾产生一种天道意识。尤其是商代，其发达的巫文化，使得占卜成为王朝统治的重要工具以及统治成立的重要缘由。譬如殷商法律中有关“天罚”“代行天罚”等词语，均从侧面反映出“天”观念中对于社会行为具有威慑力的内涵。值得注意的是，殷人并不尊“天”而只尊“帝”，“帝”才是殷人信奉的至上神。<sup>①</sup>通过祖的神化、巫的灵化和王的巫化三步骤，商人以此方式使帝成为本族政权合法性的依托，建立了帝与商政权之间的稳固联结。<sup>②</sup>由于巫文化的发达，有商一代，统治者形成了“无事不卜、无时不卜”的行为惯例。统治阶层的引导使民间产生了普遍的迷信观念，后期又在此基础上形成一种宗教情感，具体表现为对祖先的祭祀和崇敬。巫文化中祭祀活动表达了商人对“天”“帝”的敬畏之心，甚至是对其中一个至上神“帝”的强调。这样一种祭祀活动同周时期的“礼”制具有历史连接点，以“敬”事之，含有德的伦理观。而礼制的核心便是以德为主的伦理观和价值观。此外，商人通过对神祇祭祀民不可任行的专属性界定，将社会秩序进行了“别”的划分：巫群体与庶民群体，即统治阶层与被统治阶层的区分。至周代，世俗权力与神权的分离，没有否定祭祀或占卜造就的“别”，而是以“礼”的形式加以强化，即等级阶层划分的开端。<sup>③</sup>

“中国政治与文化之变革，莫剧于殷商之际”<sup>④</sup>。该论断的提出，无不是根源于“天”的观念在周朝的明确提出。如果说商朝是以“帝”作为天下共神令政权得以巩固，那么，作为其接替者的周朝在确立政权合法性的过程中，并没有完全消除商以来形成的神意，而是以“德”作为载体，基于“以祖崇德，以德配天”的因果链，借由“天”中的变化内涵，破除商人永恒不变的血缘统治，透过“敬天”“孝祖”和“保民”的制度设计，明晰阐释了“天”将政权由商传给周的缘由，进而阐明了统治权在法理上的正当性。对于“德”观念的不断强化，使得周人将政权与“天”结合在一起，有“德”与否成为后世君主掌权的重要因素，以此发展了影响深远的礼制。进一步来说，该过程完成了“天人合一”的蜕变，构成了天下一统、君主权威和理性法则的终极依据，“天道观”由此产生。“天下”一说不仅反映了周以来形成的“世界观”，也彰显了中国传统思想的博大精深。

“天”还具备空间地理含义，尤其是在演变为“天道观”之后更为凸显。“天下”被视为早期统治权力的辐射范围，用来确定治理辖区，关涉早期国家意识的兴起，有着极其重要的政治和法理含义。一般来说，任何观念的形成都是同特定的历史文化紧密相连的，“天道观”的产生也不例外。中国古代的“天道观”是对世界秩序在空间上的一个构想。

① 崔永东：《金文简帛中的刑法思想》，清华大学出版社，2000年，第10页。

②③ 朱腾：《天道观的兴起与商周法律思想的转变》，载《中西法律传统》（第7卷），北京大学出版社，2009年。

④ 王国维：《观堂集林》（外二种），河北教育出版社，2001年，第287页。

而且，对于世界的构想和世界秩序的形成都以空间为基础，最后又都落实到地理空间中。<sup>①</sup>在中国的地理空间内，“天道观”构筑了中国式一元等级社会秩序，即“天下一家”“王者无外”的一元观念之下内敛、“德化”和“非战”的世界秩序，以天下中心为标依次划分外围，界定相关义务，具有严格的等级和尊卑秩序，且不失中心与外围的共容和互利。<sup>②</sup>

“天道观”属于古代有关空间概念的理论，古代思想家曾用“山”“海”等地理实体概念和代表方位的词语进行描述，其核心概念是“天下”。因此，早期对于“天下”的观念也主要是通过代表地理方位的词语进行阐述，譬如“四方”“四海”“四极”“九州”“四荒”等，这些概念构成了中国人对于世界构想的空间维度。<sup>③</sup>而且基于“君天下为天子”“天下，谓外及四海也”，<sup>④</sup>“四海”范围为“九夷、八狄、七戎、六蛮”等论述，<sup>⑤</sup>给了“天下”一个宽泛的定义。后世将“天下”发展为“普天之下”最大的空间概念，含有无限之意。而针对“天下”内容阐述最为具体的是“畿服”理论，它对“天下”作了进一步填充和划分。“畿服”理论产生于周代，主要为了满足周天子对于各诸侯王地区界限的划分与控制。“畿服”制度是周人按照与统治核心地带（王畿）的远近而安排的天下秩序，依此确定权力中心同周边地区的亲疏关系以及周边对于王权中心的贡期和贡物的义务，义务大小由近至远呈递减势态，整个制度的基础是与周人“天道观”相匹配的“五服制度”。由此而产生的空间分布并不是均匀、平面的，而是由内向外、由中心向边缘，有层级递减延伸的多维空间。具体而言，宗主国与附属地的相互依赖而又有尊卑之分的关系得以阐释。

有关“天下”“畿服”理念的提出，作为“天道观”的重要组成部分，从本质上来看，是古代思想家对于社会秩序的构想，类似于地理空间上的乌托邦。而且这些概念的提出对周代乃至后世“天道观”的影响深远。周人代殷，不是取代殷“国”，而是取代其“天下”。“天下”的转移，即伴随着“中国”的转移。<sup>⑥</sup>也就是说，王者于天下之中建都以防御天下的意识并没有改变。周天下的瓦解，君主专制体制的建立，无不是以“天道观”构建世界秩序的理想模式。

## 二、“国”“家”与“个体”

中国古代没有真正意义上的国家观，各王朝所持的是“天道观”，即在法理上，中原

①② 何新华：《试析古代中国的天道观》，载《东南亚研究》，2006年第1期。

③ 童书业：《汉代以前中国人的世界观念与域外交通的故事》，载《中国古代地理理论论文集》，中华书局1962年，第2-12页。

④ 《礼记·曲礼》。

⑤ 《尔雅·释地篇》。

⑥ 此处的“中国”并不是近代以来法理学意义上的国家，而是侧重于夏商周政权中心所在地的空间含义，即“天下”的中心中原王朝所直接控制的区域。而“天下”则是包括外围没有直接控制的地区，涵盖夷狄等外族所在区域和以藩属、朝贡等名义承认中原至高地位的地区。

王朝认为天下没有与自己相当的国家。<sup>①</sup>自先秦时期奠定之后，“天道观”直接影响了后世王朝的政治观念。即使曾有非汉民族统治中原的朝代，但自其入土中原后便自觉接受了“天道观”所树立的一元政治结构。中原正统便是“天”的中心，“天下”是君的“天下”，而君即是国，故“国”即是“天下”。这里的“国”是近似于“天下”较为宽泛的空间概念，属于意识形态层面，有别于近代的国家观。因此，能够对“天道观”造成威胁的时期，往往是出现了边界控制问题的时期。反观整个君主专制时期，边缘蛮夷诸族对于中原汉族政权的威胁一直没有中断过，中原汉族政权通过不断地协调、退让而后强力征服外族的举措，有效遏制了它的壮大。外族的敌对并没有妨碍蛮夷各族对中原先进文化的积极了解，特别是很好地包容、吸收了汉族的“天道观”。而“天道观”能在历史中长期存在、发展，也得益于中原文明的文化优势。即使后期非汉族文化也得到了极大的发展，达到了可同汉族文明相媲美的地步，也仍旧以汉族的“天道观”为其正统依据。可以说晚至清朝才形成了近代意义上的国与国之间的边界概念，即化“天下”为“国家”，近代“国家”的观念才得以真正产生。而中国古代“国”的观念在春秋战国时期便凸现出来。时值周天子、贵族阶层同诸侯地主阶级形成对立之际，新兴地主阶级与贵族的矛盾冲突日益尖锐，两个集团之间形成了抗衡的局面，“国”的意识蕴藏在矛盾对抗中。秦王朝统一之后，直接以最高统治者皇帝代替“天下”，“天下”乃皇帝一家一姓之“天下”，在形成了君即“天下”，皇帝即是“国”的传统。

相较于“国”的观念，“家”的概念产生得更早，可以追溯到“天道观”之前，以血缘为基础的宗法制度便是一例。宗法制度的基础是家的血缘联系纽带。尽管秦代确立后曾试图彻底清除周朝宗法制度，但是秦二世短暂的统治使得宗法制度在秦汉之后得到了深入发展，形成了家国一体、亲贵合一的特有体制。在此制度下，以君权为核心的政权系统和以族权为核心的家族系统贯穿了自秦汉之后的整个君主专制统治时期，也即家族的新发展始于东汉时期豪强地主的发展，盛于魏晋时期产生的世族门阀阶层。而在此之前，由于秦代君主专制初建，统治者非常注重对臣民的控制，树立皇权独尊，反对周朝确立的血缘贵族特权，家族的形成与扩充毫无可能，彻底将周以来“天下一家”、大宗小宗血缘联系转变为中原王朝以“一家之言”所代表的一元政治体制。换言之，政治观念产生了明确的变化，由众生共济之天下变为一家一己之天下。对此，明人黄宗羲曾在其《原法》中详细论述道：三代前后，随着政治制度的变革，“天道观”的变化具体反映为法属性的转变。所谓“三代以上有法，三代以下无法”，“三代之上法也，固未尝为一己而立”“后之人主，既得天下，唯恐其祚命之不长也，子孙之不能保有也，思患于未然以为之法。”这里的

<sup>①</sup> 张文：《论古代中国的国家观与天道观——边境与边界形成的历史坐标》，载《中国边疆史地研究》，2007年第3期。

“法”，只是“一家之法”，而非天下所适之法，“秦变封建而为郡县，以郡县得私于我也”，“夫古今之变，至秦而一尽。”<sup>①</sup>自此，“家天下”被打破，君主主义的藩篱得以形成。具体来说，作为统治层面的贵族大家随着秦代君主专制的确立而归于消灭，能够对皇帝形成遏制的乃是对立阶层的士大夫一族，但伴随着皇权独尊、法律制度沦为皇权的附庸。在社会结构层级划分中，统治者更加注重小家庭的生产力功效，而对于家族的文化功效，则视为统治的异物，为保障皇家一家之治、一家之言的需要，故不予提倡。

不可否认的是，社会的基本构成单位还是家庭。秦代严密的户籍制度充分反映了家庭对于社会的经济功效。为了更好地开垦荒地和增加赋税收入，明令“民有二男以上不分异者倍其赋”，且禁止父子无别、同室而居的旧俗。<sup>②</sup>除去经济效益的考虑外，这一政策从侧面反映了秦统治者防止家族发展的遏制手段。政治体制的转变并不意味着伦常思想的隔断，有时反而暗含于社会发展内部得以延续。秦代的伦常秩序虽然受到法的严格管制，但是自周以来形成的父权社会体制，其君臣纲常、夫妻秩序、父子伦常，发展至秦代，或以法的形式，或以百姓日常生活模式，构筑了社会秩序的基础。秦代“家”的伦理秩序内涵也就不外乎于此。有秦一代，个体自身存在的意义，较之早前个体意识衍生的自在内醒，智识上规范自身言行的发展呈现出了停滞乃至倒退。秦代对个体更强调其内化于家庭，作为“家”“什伍”的重要元素，刑罚中规定的连坐制度的大肆推广，明确将个体（无论行为合法与否）规制于法规内而无所遁形。譬如个体经济的发展可以看作是其自我意识觉醒的有效途径，而秦律以耕战赏罚作为促进经济发展的策略，仅是在国家治理层面增强了赋税收益，以使国势强盛，但就个体对于经济上的进取心却是缺失的。此外，个体的经济还要依附于家庭生活，维护自家的生存是个体存在的责任与义务，尽管没有家族伦理调控，却上升为国法调控。个体不仅是王权臣服者，也是顺民理论的驯化对象，其自身存在的意义完全丧失。君主专制制度确立之后，古代帝王统治为强化集权统治所逐步确立的防民、具民、馭民之术，削弱个体智能发展的意识被强化。秦代尊崇法家理论，以法规制家常伦理生活，反对儒家所倡导的伦理秩序，强制力大量干扰可由日常伦理规范的行为，致使民众个体对于法的认识只有畏惧，并不似“德”源于内心的自我约束，个体与家、家与国之间存在较为尖锐的矛盾，社会分层中的间隙较大，最终丧失了民心，可以说这是秦早亡的原因之一。后世借鉴于秦统治的弊端，不断以伦理信念完善社会单元中家的职能功效，形成了新的伦理秩序，使得个体与家、家与国之间的联系开始增强。因此，即便秦代以法立国，也终究没有产生西方那种以尊重和保障个体权利为中心的法治理念。

① 李伟：《明夷待访录译注》，岳麓书社，2008年，第47页。

② 《史记·商君列传》。

任何社会关系的构造分析都离不开个体、家与国。早期“天道观”的提出并没有将三者明确区分，即使存在一元的政治结构，却没有偏顾一方，而是以“天”的意念统摄“个体”“家”与“国”。至秦始皇统一之后，帝王之家成为天下，帝王成为“国”，“家国一体”由此产生。“个体”最终淹没于帝王之家集权统治的诉求之下，这一观念此后也成为中国传统法律的核心价值预设。

## 第二节 中国传统文化的法律观念

上层建筑的意识形态是一定社会官方的主导思想，并对社会发展的各个方面起到指导作用。法律作为社会制度的一部分，必然会体现当下的社会意识形态，尤其是在法律制度的产生、发展及其变化过程中，社会意识形态发挥着潜移默化的影响力。中国古代没有现代意义上的法律体系，但是自先秦以来，就有较为完备的制定法存在。“法”本身的含义已较今天有了很大的区别，“法”可以是一切行为规范的泛称。在制度层面上，单就“法”的性质界定而言，无论是现代法还是古代法都可以作为社会意识形态具体反映的一种。从文化层面分析，中国古代“法”概念与制度的兴起同先秦文化有着密切的关系。

中国先秦文化的进步性与开拓性，即使从今天来看仍具有时代意义。先秦文化奠定了中华民族理性成熟的基础。历经百家争鸣、文化交锋、意识充分自由发展的春秋战国，无论是个体、家族抑或是整个国家，在“天命观”、周朝德治的影响下，形成了注重自身品德修为的社会伦理。较之于外部的责任、义务重压，早期社会的个体十分注重从己身出发，在完善自身修为学识的同时，圆满社会所赋予的角色担当。该社会意识强调自身约束向里用力。<sup>①</sup> 尽管形成理论学说的是儒家一派，但是在整个先秦思想学说的对抗与发展中，此文化意识已逐渐融入到了日常生活伦理中，成为中华文明的共识。即使秦开创大一统天下，皇帝掌控集权，社会外部压力逐步加重，个体依附于家，驱从于国，却也没有改变个体对于自身束缚与内在追求。秦的早亡一定程度上也是社会发展中个体自身需求与国家强制治理的尖锐矛盾所导致的结果，秦“法”作为规制社会的工具，基于统治者反对仁义之道，丧失德的支撑后显得严苛、僵硬，社会自身柔性调剂的空缺，加剧了矛盾的激化。此外，秦的灭亡也适时地反映了早期理性文化对于后世的影响，进而体现整个社会的一种诉求，即仁义道德的回归。从词源上追溯，“法”的观念发展至战国时期确实含有刑之意，可是秦对此的过于强调导致了物极必反的后果。由此看来，如何正确认识“法”，准确把握“法”的内涵，有助于我们理解“法”之于中国传统社会的意义。

<sup>①</sup> 梁漱溟：《中国文化要义》，上海世纪出版集团，2005年，第173页。



## 一、法与灋及其功能性

“法”古字写作“灋”。对于“灋”的阐释，今人一般运用东汉许慎《说文解字》中的经典表述：“灋，刑也。平之如水，从水。廌，所以触不直者去之，从去。法，今文省。”而且当代对于“灋”义研究也多以《说文解字》为基础，继承中又不断添加新的诠释。开山之作首推蔡枢衡先生的《中国刑法史》。书中广泛运用训诂学、音韵学等考证方法，对上古、三代、秦、汉文献中的刑法史料做了许多不同于传统观点的解释。蔡氏认为“灋”的核心观点取古意“流”，“灋”义的发展演变过程与“刑”有关。“灋是廌触水去。解廌触定，放在水上，随流漂去便是法。足见法字本义是流。”<sup>①</sup>“字形既由水去组成，作为刑罚，自然舍流莫属了。显然，法字的最古义是流，就是水上流去。”<sup>②</sup>并认为，在法刑合一以前，“法”字是简册的含义；法刑合一之后，法和刑都产生了新的内容。就法而言，“灋”字古音读“废”，即禁止之意，同时，含有“逼”即指使、使命之意，因此，“法”成了禁止和使命的概括词。而禁止和使命又是君令的表现形式，君令的内容，加上法本身所具有的标准意义，使得法成为统治者所规定的治理标准，也就是法家所谓的法。<sup>③</sup>对于法的见解，蔡氏有别于《说文解字》。

后有胡大展、武树臣等学者分别对“灋”义给出了不同于《说文解字》的解释，也不同于蔡氏的解读。胡大展先生运用铭文、汉字造字原理以及比较法的材料对于“灋”字的结构有了新的解读，认为“灋”最初含义应该是“判决”。根据康殷对于“灋”字结构要求和造字原理的解说，将“灋”解构为四个部分，用廌来决讼断狱，以其触击定讞，抱器之人为触击对象，描述了廌触逼人抱器进入流水，去接受神明的考验过程。<sup>④</sup>因其引用的是康殷《文字源流浅说》释文中有关法释义这一孤证，故解说不足以信服。武树臣运用远古传说资料分析，认为水在原始社会中具有行为准则的功能，影响诉讼活动中证据的运用，此外，时代执掌兵刑的部落对于后世法律的产生也发挥着重要影响。这三者联系在一起就构成了法。<sup>⑤</sup>

张永和先生运用训诂学、文化人类学，对于法的含义进行深入剖析，尤其是基于汉字的构字特点，认为“灋”三个构字义项有别于蔡枢衡先生所主张的含义。<sup>⑥</sup>他认为蔡氏“灋”字的解说在字义的内部结构中存在两个义项释义的重复，即“去”义和“水”义均

① 蔡枢衡：《中国刑法史》，广西人民出版社，1983年，第170页。

② 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社，2005年，第231页。

③ 蔡枢衡：《中国法理自觉的发展》，清华大学出版社，2005年，第233、235页。

④ 胡大展：《“灋”意考辨：兼论“判决”是法的一种起源形式》，载《比较法研究》，2003年第6期。

⑤ 武树臣：《寻找最初的“法”——对古“法”字形成过程的法文化考察》，载《学习与探索》，1997年第1期。

⑥ 张永和：《“灋”义探源》，载《法学研究》，2005年第3期。