

中国传统法律文化书系

张晋藩 著

中国传统  
法律文化  
十二讲

高等教育出版社

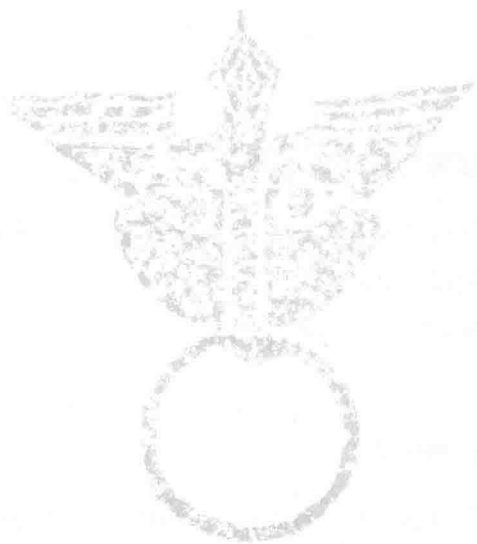
# 中国传统 法律文化

---

## 十二讲

张晋藩 著

高等教育出版社·北京



## 图书在版编目(CIP)数据

中国传统法律文化十二讲 / 张晋藩著. -- 北京:  
高等教育出版社, 2018. 11

ISBN 978 - 7 - 04 - 050734 - 8

I. ①中… II. ①张… III. ①法律 - 传统文化 - 研究  
- 中国 IV. ①D909. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 239454 号

## Zhongguo Chuantong Falü Wenhua Shier Jiang

策划编辑 程传省      责任编辑 程传省      封面设计 张申申  
版式设计 张 杰      责任校对 张 薇      责任印制 韩 刚

---

出版发行	高等教育出版社	网 址	<a href="http://www.hep.edu.cn">http://www.hep.edu.cn</a>
社 址	北京市西城区德外大街4号		<a href="http://www.hep.com.cn">http://www.hep.com.cn</a>
邮政编码	100120	网上订购	<a href="http://www.hepmall.com.cn">http://www.hepmall.com.cn</a>
印 刷	北京汇林印务有限公司		<a href="http://www.hepmall.com">http://www.hepmall.com</a>
开 本	880mm × 1230mm 1/32		<a href="http://www.hepmall.cn">http://www.hepmall.cn</a>
印 张	11.625		
字 数	280千字	版 次	2018年11月第1版
购书热线	010-58581118	印 次	2018年11月第1次印刷
咨询电话	400-810-0598	定 价	35.00元

---

本书如有缺页、倒页、脱页等质量问题,请到所购图书销售部门联系调换

版权所有 侵权必究

物料号 50734-00

# 序

中国是世界著名的文明古国,有着五千年从未中断的历史发展过程。就法律文化而言,同样源远流长,彪炳史册,其底蕴之深厚、特点之鲜明、影响之深远,以及治国理政方面的充分论证都显示了古圣先贤的政治智慧、法律智慧与舍我其谁的治国抱负。他们所创造的法律文化资源,既是标志其文明高度的丰碑,也是支持我国当前治国理政和文化自信所需要的智库。本书除综合地论证中国传统法律文化的特殊性与典型性外,还分别就传统法律文化的许多层面进行具体分析和论述,以展示复兴中国传统法律文化的价值。本书也可作有关传统法律文化的教学之用。限于水平,尚需读者批评指正。

A handwritten signature in black ink, consisting of three characters: '张' (Zhang), '晋' (Jin), and '厚' (Hou), written in a cursive style.

2018年8月8日

# 目 录

按:从一篇讲话说起 .....	1
第一讲 中国传统法律文化论纲 .....	2
第二讲 独树一帜的中国传统法律文化 .....	16
一、礼与法的相互渗透与结合是中国传统法律文化的核心内容 .....	17
二、以宗法家族为本位的伦理法是中国传统法律文化的基本构成 .....	19
三、和谐与天人合一思想是中国传统法律文化的基本精神 .....	22
四、综合性和包容性体现中国传统法律文化内涵的丰富 .....	24
五、从中西法律文化比较中看中国传统法律文化的特点 .....	25
(一) 中国古代是家族本位的公法文化,而西方是个人本位的私法文化 .....	25
(二) 中国古代是封闭型的法律体系,而西方是开放型的法律体系 .....	26

(三) 中国古代是官府限制下的法律文化研究, 而西方是比较自由的法律文化研究 .....	27
(四) 中国古代律学家基本处于附庸地位,而西方是 独立的职业法学家集团 .....	28

### 第三讲 中国古代以民为本的法律文化 ..... 30

一、国之本在民,无民何以为国 .....	31
二、重民在得民心,得民心则国兴 .....	32
三、爱民富民,民安国强 .....	39
四、富则教之,明刑弼教 .....	51
五、宽仁慎刑,善待社会弱势群体 .....	56
六、重视人命,实行死刑复核制度 .....	57

### 第四讲 中华民族精神与法律文化 ..... 60

一、立足于实际的法律文化,反映了求真务实的 民族精神 .....	61
二、德法互补、共治的法律文化与厚德亲伦的 民族精神 .....	63
三、传承与创新的法治历程,体现了坚韧进取的 民族精神 .....	65
四、法以诚信为本,体现了敦诚守信的民族精神 .....	67
五、重惩不孝不忠的犯罪,体现了孝亲爱国的 民族精神 .....	71

六、 调解息讼的司法传统, 体现了崇尚和谐、 和睦的民族精神 .....	72
---	----

## 第五讲 中国古代礼法结合的法律文化 .....

77

一、 礼的起源与功用 .....	77
(一) 礼的起源 .....	77
(二) 礼的功用 .....	80
二、 引礼入法、礼法结合 .....	94
(一) 引礼入法 .....	94
(二) 礼法结合 .....	101

## 第六讲 中国古代德法共治的法律文化 .....

108

一、 德的概念与德治的功用 .....	109
(一) 关于德的概念 .....	109
(二) 德治的功用 .....	110
二、 以法治国的提出及其价值取向 .....	116
三、 法家法治学说的要义 .....	121
四、 德法互补, 共同治国 .....	124
(一) 周初明德慎罚: 德法共治的第一阶段 .....	125
(二) 汉代德主刑辅: 德法共治的第二阶段 .....	127
(三) 唐朝德礼为本、刑罚为用: 德法共治的 第三阶段 .....	132

第七讲 中国古代重公权的公法文化 ..... 135

一、行政管理体制与行政法 .....	137
(一) 行政机关组织法 .....	137
(二) 职官管理法 .....	141
(三) 行政程式法 .....	149
(四) 中国古代行政法的特点 .....	150
二、刑事立法 .....	152
(一) 先秦思想家论刑的作用 .....	152
(二) 历代主要法典是刑法典 .....	155
(三) 刑罚体系的严密及其发展变革 .....	157
(四) 刑法原则的不断充实 .....	159
(五) “重刑轻民”在司法中的体现 .....	164

第八讲 中国古代的固有民法与私法文化 ..... 168

一、晚清修律“固有民法论”的提出 .....	170
二、中国古代“固有民法”的主要发展阶段 .....	172
(一) 周秦——“固有民法”的发轫阶段 .....	172
(二) 唐朝——“固有民法”的奠基阶段 .....	173
(三) 宋朝——“固有民法”的发展阶段 .....	181
(四) 清朝——“固有民法”的最后形态 .....	197
三、中国古代固有民事法律的特点 .....	239
(一) 制定法的分散性与民事法律渊源的多样性 .....	239
(二) 契约关系体现平等、自由、依法的原则 .....	243



(三) 婚姻继承虽仍受宗法制度的严格约束, 但有所变通·····	248
(四) 民事案件特定的诉讼程序·····	249

## 第九讲 中国古代的司法文化 ····· 256

一、 中国古代司法制度的先进性 ·····	256
(一) 从皋陶作士说起·····	257
(二) 召公创造的便民的审判方式·····	260
(三) “以五声听狱讼”的司法心理观察 ·····	261
(四) 民、刑诉讼区分的司法理念 ·····	262
(五) 律法断罪、罪刑法定制度的确立 ·····	263
二、 中国古代司法文化的史鉴价值 ·····	266
(一) 公平公正是司法的第一要义·····	266
(二) 司法官的选任与培养·····	268
(三) 司法官的责任要求·····	271
(四) 司法渎职的惩罚·····	272
(五) 法、理、情三者统一的司法考量·····	277
(六) 调解息争有利于社会和谐·····	280
(七) 善法与良吏结合,实现司法的功能 ·····	281
(八) 严格执法,提高司法权威 ·····	284
(九) 司法监察制度化,构建遏制司法腐败的 可靠防线·····	285

第十讲 中国传统法律文化的奇葩——律学…………… 290

- 一、中国古代律学的发展历程…………… 290
  - (一) 秦汉律学…………… 290
  - (二) 魏晋律学…………… 295
  - (三) 唐代律学…………… 298
  - (四) 宋元明律学…………… 301
- 二、清代律学是律学发展的高峰…………… 303
  - (一) 清代律学兴起的原因…………… 304
  - (二) 清代注律的群体…………… 305
  - (三) 清代律学的成就…………… 309
- 三、传统律学的终结与近代法学的兴起…………… 320

第十一讲 中国古代治官察官的监察法文化…………… 323

- 一、监察制度的发展演变…………… 323
- 二、监察权的职掌范围…………… 330
  - (一) 立法监察…………… 330
  - (二) 行政监察…………… 332
  - (三) 司法监察…………… 334
- 三、监察法的发展轨迹与时代特点…………… 337

第十二讲 中国传统法律文化的历史地位与史鉴价值 ... 345

一、从法律的起源看法律文化的先进性 .....	345
二、德法共治的由来及其发展过程 .....	347
三、立法的成就与世界影响 .....	350
四、传统法律文化的史鉴价值 .....	353
(一) 肃清法律工具主义的影响, 坚定树立法律 权威主义观念 .....	353
(二) 善法与良吏相结合, 发挥“奉法者强则 国强”的作用 .....	354
(三) 严格执法, 使司法具有权威性, 增强百姓 对法律的信任感 .....	354
(四) 监察法的制定, 有助于监察制度的建设 和监察官作用的发挥 .....	355

按：

## 从一篇讲话说起

20世纪80年代中期,北京成立了以专门研究宣传中华文化为宗旨的中国文化书院,聘请中外著名学者讲学。一时之间掀起了一阵文化热,在一次中国文化书院的聚会上,我作了关于中国古代法律文化的发言,这篇简短的发言竟被《人民日报》全文发表在1991年3月19日海外版上。看到这篇报道以后,我感到语焉不详,遂又撰写了《中国古代法律文化论纲》一文作为补充,孰料从此便开始了我从中华法律文化研究的学术生涯。屈指算来,已经二十余载。之所以乐此不疲,是因为异常丰厚的法律文化资料以及它穿越时空的学术价值和史鉴意义深深地吸引了我。为了开拓这个宏伟的文化宝库,我愿竭智尽愚,继续从事此项研究工作,既是兴趣之所至,也是一种历史的使命感吧。

按：  
从一篇讲话说起

# 第一讲

## 中国传统法律文化论纲

华夏文化不仅历史悠久,而且内容广博,是人类文化史上的瑰宝,有些至今还沉淀在人们的心中,因而需要从多角度、多侧面、多层次去开拓和研究。作为华夏文化重要组成部分的法律文化,就是一个亟待耕耘的新领域。

中国法律文化源远流长、丰富多彩,是世界法律文化史上闪光的一页,其可以追溯到禹舜时代。它在漫长的发展过程中,不同时期,虽各有不同的特点和鲜明的时代烙印,但总的说来一脉相承,历数千年而绵延不绝,这在世界法律文化史上也是少有的。

基于中国特殊的国情和文化传统,中国法律文化的特色鲜明,独树一帜。

1. 中国古代以农业立国,小农自然经济结构始终占据统治形态,由此形成了一种单一、封闭、保守的农业文化,这种农业文化反映在法律文化上就形成了以下特点:

(1) 通过法律的形式确认长期推行的重农抑商的政策。从战国开始,为适应封建专制主义政治制度在各国的建立,以及兼并战争的需要,法家代表人物提出了重农主义,倡导“农本,工商末”,

并指导了由法家代表人物实行的政治改革。例如，商鞅变法时便以法律规定：“僇（努）力本业，耕织致粟帛多者复其身（即免除徭役）；事末利及怠而贫者，举以为收孥（官奴隶）。”<sup>①</sup>至秦以后，儒家鼓吹的“讳言财利”“重义轻利”的所谓“义利”之辩，又为推行重农抑商的政策提供了理论和道德的根据。汉时不仅形成了重农抑商的政治、法律，还建立了官营工商业制度。



图1 商鞅

中国古代实行重农主义，一是为了满足足食足兵的需要，二是为了稳定专制制度。管子说：“安乡重家则虽变俗易习，驱众移民，至于杀之而民不恶也。”<sup>②</sup>商鞅说：“夫民之亲上死制也，以其旦暮从事于农。”<sup>③</sup>至于抑商的着眼点，除去它妨害务本、损毁仁义之外，更重要的是维护专制主义的政治统治。在统治者看来，流动的工商业者比起被牢固地束缚在土地上的农民更难以控制和更易于玩忽法令。如同《吕氏春秋·上农》篇所说：“民舍本而事末利则好智，好智则多诈，多诈则巧法令，以是为非，以非为是。”<sup>④</sup>

重农抑商的国策，以及传统的农业文化，对中国古代法律体系的形成也具有深刻的影响。譬如：历法与田律很早便构成了中国古代法律的重要内容，而且不断地丰富。早在夏代已经制定出我

① 《史记·商君列传》。

② 《管子·治国》。

③ 《商君书·农战》。

④ 《吕氏春秋·上农》。

国最早的适合农业生产需要的历法“夏正”。古书中所说的“行夏之时”，表明了夏代历法对后世的深远影响。商代制定了比夏历先进的阴阳历，有了明确的春夏秋冬之分，并设专官掌管历法。周时，周天子根据农时和节令发布有关农耕的命令和法律，《礼记·月令》对此有详细的记载。秦时，第一次颁行了全国统一的历法——《颛顼历》。汉代，在历法上的杰出成就是制定了《太初历》。其后，南北朝著名的科学家祖冲之制定了《大明历》；唐代有《戊寅元历》和《大衍历》；元代有《授时历》；明代有《大统历》；清代康熙年间聘请西方传教士制定了《康熙永年历》，并由著名历算家梅文鼎著成《古今历法通考》。

综上所述，我国古代历法发源早，内容丰富，具有相当的科学性，在当时世界天文立法史上居于前列。这是和我国农业起源早，并以农为立国之本的国情分不开的。正因为如此，清代规定私造《时宪历》者处以死刑。

由于土地是从事农业生产的物质基础，因此在以农为本的古代中国，田律也受到重视，并得到发展。据史书记载，西周时已有田律。现存最早的田律是《青川木牍》所载田律。而云梦秦简中有关田律的内容更为丰富，涉及农田水利、作物的管理、农业赋税的征收、有关种子的保管与播种，以及自然灾害的预防等。隋唐以后，颁布过《均田令》《农桑课令》《垦荒令》《种植农桑法度》《农桑条画》等。历代田律，以法律的形式保证农业生产的进行，成为立法中的重要组成部分。与务本重农相对应的是抑末轻商，以致在整个封建时代，法律均压抑商人的社会地位。例如：秦汉实行“市籍”制度，对工商业者另立户籍，身份低于一般编户齐民。汉初高祖曾下令商人不得衣丝乘车，后虽废弛，但商人仍不得占有土地，其子孙不得任官为吏。直到明代洪武十四年（1381年）还下令：“农民之家，许穿细纱绢布；商贾之家，止穿绢布。如农民家但有

一人为商贾,亦不许穿细纱。”此外,还重征商税,即所谓“重租税以困辱之”<sup>①</sup>;严格控制对外贸易;特别是对涉及国计民生的重要商品,如盐、铁、酒、醋、茶等实行专卖专利制度,违者给予严刑制裁。汉武帝时,凡私铸铁器煮盐者,斩左趾。宋代“建隆二年,始定官盐阑入法,禁地贸易至十斤,鬻碱盐至三斤者乃坐死,民所受蚕盐以入城市三十斤以上者,上请”<sup>②</sup>。元代“凡伪造盐引者皆斩,籍其家产,付告人充赏,犯私盐者徒二年,杖七十,止籍其财产之半”<sup>③</sup>。明清两代也有类似之法。但抑商以不终止商品的正常流通为限。如同宋代王安石所说,“盖制商贾者恶其盛,盛则人去本者众;又恶其衰,衰则货不通”,为了解决这个矛盾,“故制法以权之”<sup>④</sup>,即由立法加以调整。

上述中国古代重农主义的法律文化与西方重商主义的法律文化是完全不同的,它对中国自然经济结构的维持和对商品经济发展的桎梏都起着重要的作用。

(2) 追求大同与小康的理想境界,寄希望于圣君贤相的出现。《礼记·礼运》篇对于大同小康之世作了如下的描述:“大道之行也,天下为公,选贤与能,讲信修睦,故人不独亲其亲,不独子其子,使老有所终,壮有所用,幼有所长,鳏寡孤独废疾者皆有所养。男有分,女有归,货恶其弃于地也,不必藏于己,力恶其不出于身也,不必为己。是故谋闭而不兴,盗窃乱贼而不作,故外户而不闭,是谓大同。今大道既隐,天下为家,各亲其亲,各子其子,货力为己,大人世及以为礼,城郭沟池以为固,礼义以为纪,以正君臣,以笃父子,以睦兄弟,以和夫妇,以设制度,以立田里,以贤勇知,以功为

① (明)胡侍:《真珠船》卷二,《商贾之服》。

② 《宋史·食货志》。

③ 《元史·食货志》。

④ 《临川先生文集》卷二七,《答韩求仁书》。



己，故谋用是作，而兵由此起。禹、汤、文、武、成王、周公由此其选也。此六君子者，未有不谨于礼者也，以著其义，以考其信，著有功，刑仁讲让，示民有常。如有不由此者，在执者去，众以为殃，是谓小康。”<sup>①</sup>在这个理想境界中，核心问题是合理地分配财富，以保持人际关系的和谐，维护社会的秩序与等级结构。如同孔子所说：“有国有家者不患寡而患不均，不患贫而患不安，盖均无贫，和无寡，安无倾。”<sup>②</sup>由此可见，《礼运篇》所涉及的法律文化，是基于自然经济结构产生的，也是小农的一种心态。直到19世纪中叶爆发的太平天国革命，在《天朝田亩制度》中仍然追求“有田同耕，有饭同食，有衣同穿，有钱同使，无处不均匀，无人不饱暖”的乌托邦世界。然而对于如何实现这个理想境界，却并没有意识到应依靠群众的生产斗争以及反对暴虐统治的阶级斗争，而是寄希望于圣君贤相的出现。他们认为，带来利益的国家行为不是普遍的人们的意识和行为的结果，而是少数圣君贤相、哲人超人带来的。直到19世纪末20世纪初资产阶级革命时期，仍将社会的组成划分为先知先觉、后知后觉、不知不觉三部分，主张由先知先觉者领导群氓，建立秩序，制定法律，规范国家。

中国古代的法律以保护少数统治阶级的权力、地位与利益为宗旨，使之凌驾于广大民众之上。侵犯这部分少数人的利益，将被认定为严重的犯罪；却漠视、侵犯广大民众的利益。这种法律上的不平等，在某个时期某种限度内却取得了大多数民众心理上的平衡。“尊尊”被认为是天理，是纲纪，是秩序，是社会的责任，是法律与道德的准绳。在这样的氛围下，大多数民众渴望通过圣君贤相的出现带来大同小康之世也就不足为怪了。所以只要在尚能维

① 《礼记·礼运》。

② 《论语·季氏》。