

中國傳統法律文化

武樹臣等著



北京大學出版社

91856

D92.092

1

DG/00/15

中国传统法律文化

武树臣 等著



200059998



北京大学出版社

新登字（京）159号

图书在版编目（CIP）数据

中国传统法律文化/武树臣等著. —北京：北京大学出版社，
1994. 8

ISBN 7 - 301 - 02339 - 1

I. 中…

I. 武…

Ⅲ. ①法律-文化-历史-中国 ②文化-法律-历史-中国

IV. D92 - 092

出版者地址：北京大学校内

邮 政 编 码：100871

排 印 者：北京大学印刷厂

发 行 者：北京大学出版社

经 销 者：新华书店

850×1168毫米 32开本 26.25印张 680千字

1994年8月第一版 1994年8月第一次印刷

定 价：24.50元

前 言

《中国传统法律文化》是国家七五社会科学重点研究项目。该书试以法律实践活动的总体精神和宏观样式为标准，对具有数千年历史的中国传统法律文化进行时代划分，借以探讨中国传统法律文化发展的阶段性。在论述过程中，一方面，突出两大线索，即某一时代法律实践活动的总体精神和宏观样式；另一方面，为概括当时法律实践活动的全貌，亦简要述及法律设施、法律艺术和立法、司法活动。本书的学术价值在于揭示中华民族法律实践活动的历史线索、发展规律及其在世界法律文化园地中的地位，并为当今我国法律文化建设提供宏观的总体性的方针和策略。

《中国传统法律文化》的编写工作始于1988年。但由于在此之前已取得该项研究的大部分研究成品和半成品，故尔编写工作进展较快。可以说数年来，作者将大部分精力花在填平补缺和加工提高上面。为保证本书的学术质量，特邀请学有专长的诸位同仁参加撰稿。初稿完成后，由武树臣统一修改、定稿，并以该项目负责人的身份对全书负责。

现将各撰稿人所分担的章节列举如下：

武树臣——绪言，第一章全部，第二章全部，第三章全部，第四章第一、二、三、五、六节，第五章第一、二、三、四、七、八、九、十节，第六章第一、二、三、四、五、七、八、九节，第七章第一、二、三、四、七、八、九、十节，第十章全部，第十一章全部，第十二章全部，第十三章全部，第十四章全部，第十五章全部，第十六章全部。

李贵连——第八章全部；
乔丛启——第九章全部；
马小红——第七章第五、六、七节；
李 力——第四章第四节，第五章第五、六节，第六章第六节。

武 树 臣

1990年1月于北京大学16楼226号斗室

目 录

中国传统法律文化评估（代序）	张国华（1）
绪言 法律文化与中国传统法律文化	（10）
第一章 法律文化基本理论	（16）
第一节 法律的定义和历程	（16）
第二节 “法律文化”研究概况	（22）
第三节 “法律文化”的定义	（31）
第四节 “法律文化”的结构及其特征	（35）
第五节 “法律文化”的运行方式和规律	（36）
第六节 “法律文化”的传播	（45）
第七节 “法律文化”的分类	（48）
第二章 中国社会与中国传统法律文化	（55）
第一节 中国古代社会的一般特点	（56）
第二节 中国传统法律文化的总体精神与宏观样式	（63）
第三节 中国传统法律文化历史发展的诸阶段	（81）
第三章 中国传统法律文化的起源	（84）
第一节 传说时代：透过迷离扑朔的史影	（85）
第二节 古老的战神：兵、刑、法的缔造者	（115）
第三节 五刑·象刑·圜土之法	（121）
第四节 廌：一个古老图腾的始末	（124）
第五节 结束语：由史到论	（138）
第四章 “神本位·任意法”时代的法律文化	（147）

第一节	图腾·祖先神·至上神	(148)
第二节	“受命于天”，“恭行天罚”	(154)
第三节	辟·御廌：“神意”与“人意”的合一	(156)
第四节	甲骨文中的法律文化成果	(159)
第五节	“神本位·任意法”时代的衰落	(163)
第六节	“神本位·任意法”时代的遗产：“刑名从商”	(167)
第五章	“家本位·判例法”时代的法律文化	(169)
第一节	从“迷信鬼神”的时代到“注重人事”的时代	(170)
第二节	中原文化与原始儒学	(178)
第三节	“判例法”的总体风貌	(208)
第四节	《易经》中的古老法条	(220)
第五节	金文中的法律文化成果	(234)
第六节	“家本位·判例法”时代的法律设施与立法司法 实践	(242)
第七节	“家本位·判例法”时代的法律规范样式	(245)
第八节	“家本位·判例法”时代的法律艺术	(247)
第九节	“家本位·判例法”时代的法律教育	(249)
第十节	“家本位·判例法”时代的终结及其遗产	(252)
第六章	“国本位·成文法”时代的法律文化	(258)
第一节	“法治”思潮的源头及其归宿（上）	(259)
第二节	“法治”思潮的源头及其归宿（下）	(281)
第三节	“成文法”的萌芽与定型	(291)
第四节	名辩思潮与“成文法”的诞生	(306)
第五节	秦“成文法”的基本精神和样式	(319)
第六节	“国本位·成文法”时代的法律设施与立法司法实践	(329)
第七节	“国本位·成文法”时代的法律艺术	(332)
第八节	“国本位·成文法”时代的法律教育	(337)
第九节	“国本位·成文法”时代的功过与遗产	(342)

第七章	“国、家本位·混合法”时代的法律文化 ·····	(345)
第一节	无冕之圣——荀子的学说及其贡献·····	(345)
第二节	礼法合治：鲁、晋文化从对立走向融合（上）·····	(354)
第三节	礼法合治：鲁、晋文化从对立走向融合（下）·····	(368)
第四节	“成文法”与“判例法”在相互消长中走向平衡·····	(411)
第五节	“国、家本位·混合法”时代的法律设施·····	(437)
第六节	“国、家本位·混合法”时代的立法司法实践·····	(451)
第七节	“国、家本位·混合法”时代的法律规范样式·····	(466)
第八节	“国、家本位·混合法”时代的法律艺术·····	(478)
第九节	“国、家本位·混合法”时代的法律教育·····	(487)
第十节	“混合法”的一翼：家法族规与官箴·····	(495)
第八章	“中西交错”时代的法律文化 ·····	(510)
第一节	“国、家本位”的衰落与民主宪政、“个人本位”的 介入·····	(511)
第二节	“个人本位”与“家族本位”的交锋·····	(530)
第三节	清末修律的历史遗产：近代化的法律规范群·····	(546)
第四节	司法中的赘瘤：领事裁判权·····	(563)
第五节	沈家本与中国法学近代化·····	(577)
第六节	“中西交错”时代的法律样式·····	(591)
第九章	“国、社本位·混合法”时代的法律文化 ·····	(598)
第一节	孙中山：“国、社本位”的理论奠基人·····	(600)
第二节	国民党统治集团的法律思想与实践·····	(615)
第三节	“混合法”样式的初建·····	(630)
第四节	“混合法”的繁荣阶段·····	(645)
第五节	“国、社本位·混合法”时代的法律设施与立法 司法活动·····	(659)
第十章	中国传统法律文化的发展线索和发展规律 ·····	(689)
第一节	中国传统法律文化的发展线索·····	(689)
第二节	中国传统法律文化的发展规律·····	(694)

第十一章	中国传统法律文化的文化构成	(699)
第一节	中国传统法律文化的两大文化基因	(699)
第二节	两种文化的冲突与融合	(703)
第三节	中国传统文化对法律实践活动的影响	(708)
第十二章	中国传统法律文化的哲学基础	(713)
第一节	“人本”主义的价值观	(713)
第二节	“人本”主义对法律实践活动的影响	(719)
第十三章	中国传统法律文化的社会成因	(723)
第一节	自给自足的农耕生产方式	(723)
第二节	宗法家族的社会组织结构	(726)
第三节	以权力为核心的政治模式	(729)
第四节	农耕宗法性的意识形态	(732)
第十四章	中国传统法律文化的历史遗产	(737)
第一节	中国传统法律文化的劣性遗产	(738)
第二节	中国传统法律文化的良性遗产	(741)
第三节	中国传统法律文化的中性遗产	(749)
第四节	应当如何对待法律文化遗产	(756)
第十五章	中国法律文化的现代历程	(758)
第一节	中国法律文化现代化的探索阶段	(759)
第二节	中国法律文化现代化的实施阶段	(781)
第三节	中国法律文化现代化的未来蓝图	(798)
第十六章	中国传统法律文化与世界法律文化	(815)
第一节	中国传统法律文化的古老光荣	(815)
第二节	中国传统法律文化的世界意义	(818)
后 记		(828)

中国传统法律文化评估（代序）

张国华

在我国近代史上，为了改变腐朽的封建统治和列强入侵所造成的积贫积弱的落后局面，先进的中国人曾多次掀起“向西方学习”（确切说，应为向先进的发达国家学习）的热潮，以救亡图存、变法革新、振兴中华。其实质是想推翻反动的封建统治，发展资本主义，变封建的中国为资本主义的中国。

为此目的，无数志士曾奋斗终身，前仆后继，甚至不惜流血牺牲，奉献自己的生命。他们的努力虽然取得一定成果，但历史是无情的，鸦片战争以后在中国这块古老的大地上不可能真正开出资本主义之花，也不可能真正结出资本主义民主共和国之果。出路只有一条，就是经由新民主主义走向社会主义：“只有社会主义才能救中国”。

在这一过程中，伴随着向西方学习的浪潮，也不断诱发出“对中国国情如何正确认识”、“怎样评价包括法律在内的中国传统文化”，以及“中西文化的比较”等问题的探讨和争辩，并积累了不少经验和大量思想资料。

当前，我们正在建设有中国特色的社会主义。十余年来，为了加快现代化步伐，又决定实行改革开放政策。虽然时过境迁，今非昔比，我们现阶段的国情和改革的出发点、方式方法与目的，已与前大不相同或有所不同，但仍然面临着从实际出发怎样正确认识建国以来我们所取得的成就和所发生的失误，怎样借鉴和吸收

外国先进经验和怎样正确对待祖国历史遗产等问题。

在对待历史遗产方面，就法学界特别是法律史学界来说，关系最密切也最令人关注的问题莫过于如何正确评价祖国的法律文化遗产，以便去其糟粕、取其精华。这对于我们建设有中国特色的社会主义法制、法学和进行改革，无疑具有重大意义。

一、以史为鉴，克服两种错误倾向

从近代开始，特别是清末和“五四”前后，在对待中国法律传统文化上同对待整个传统文化一样，曾长期出现和存在着两种错误倾向。一种是全盘肯定，把以往一切传统，特别是以“三纲”为核心的礼教，包括法律中的“十恶”、“八议”、“亲属相隐”等说成是几千年“相传之国粹，立国之大本”，绝对不许变革的“祖宗之成法”，根本反对向西方学习和进行任何改革。他们号称“国粹”派，人数众多，几乎所有封建顽固派、礼教派、清廷的遗老遗少，以及一些想称王称帝的新老军阀尽属之。其中也有少数文人学者介入，如北大教授、著名的辫子先生辜鸿铭就将妇女缠足、男人纳妾等等也视为“国粹”。有人甚至宣称，如取消帝制、不行三跪九叩首的大礼，“生此膝盖何用”？另一种是全盘否定，认为中国传统文化毫无是处，一团漆黑，从政治、经济到全部文化均应如数铲除，主张全盘西化。他们陶醉于西方的物质文明和生活方式，有的甚至自惭形秽，恨不得从黄皮肤、黑眼睛的中国人一变而为蓝眼睛、白皮肤的白种人。或把长期移居国外、做二等公民当作自己一生的最高理想。这类人多系买办、洋奴和形形色色的“假洋鬼子”。但即使在向西方学习的热潮中，文化层次较高的知识分子作如是观者，也为数甚少，公开主张全盘西化的知名人士更寥若晨星。

当时绝大多数爱国人士尽管承认西方比中国先进，主张向西

方学习，特别是仿效西方请出“德先生”（民主）和“赛先生”（科学）登台，来改造中国，但也反对全盘照搬西方。尤其可贵的是，不少有识之士在“西方热”盛极一时之际也能对西方采取有分析的批判态度。归纳起来，主要有以下几点：一是中西文化渊源不同、传统有别，各有优劣。中国古代文化远高于世界许多地区，只是近二三百年来才落后于西方；二是学习西方，移植西法西学，不能照搬，只能取其适合中国国情者（应当指出，这一点也曾被封建卫道士用作维护纲常名教的借口）；三是西方并非尽善尽美的极乐世界，弊端很多，不能作为人类社会的理想。因此，曾主张“能变则全，不变则亡；全变则强，小变仍亡”；要求“开国会、定宪法”、“行三权鼎立之制”的康有为，又写了《大同书》。认为只有进入“太平之世”，才是人类的理想。孙中山先生更进一步指出，西方的“三权分立”并不完备，必须补之以中国古已有之的监察权和考试权，行“五权宪法”，才能保证政府的清廉和官吏的素质。章太炎则对西方的代议制和法制中的弊端尤多指责。这位曾受鲁迅爱戴的大学者，出于对中国法律文化传统的偏爱，还居然推崇魏、晋、宋、齐、梁的五朝律。主张以之作为主干，制定出可以“庇民”、“持国”，适合中国的好法律，而漠视其中的大量糟粕。这当然暴露了这位经学大师对封建法制的偏爱和偏见，但也显示了他并不迷信西方。

值得一提的还有清末主持修律的大臣沈家本。沈家本学贯中西，对中西法律与法学的研究造诣甚深，且有丰富的司法实践经验，曾被时人誉为“法学泰斗”。他在受制于顽固派的情况下仍坚持引进西法，修改旧律，在变封建法制为资本主义法制方面做出了开创性贡献。可是他也反对全盘西化，主张会通中西，尽可能吸取中国古法中的积极因素。

令人慨叹的是，时至今日，当我国已处于社会主义初级阶段，

“国粹派”的衮衮诸公都已成为封建制度的殉葬者和历史博物馆中的陈列品；西方社会过度发展的个人主义，漫无止境的利得精神 (acquisitive spirit)，日益繁复的诉讼制度，等等，已引起西方人自己的深切反省，却有人重谈“全盘西化”的老调，不能不发人深思。

二、中国传统法律文化的糟粕与精华

为了评价中国传统法律文化，分辨其精华与糟粕，不可避免地要涉及到一个标准问题，即衡量孰优孰劣的尺度和与此有关的价值观的差异问题，而价值观的不同又将引出是非标准能否统一的问题。如不统一，则必然形成一种“彼亦一是非，此亦一是非”的局面。与上述问题紧密相关的，还将涉及到中外特别是中西文化的比较，以及物质文明与精神文明二者的比重（物质文明与精神文明的发展并不一定同步，有的国家物质文明较高而精神文明却较低，应以何者为主？衡量精神文明的高低又以什么为标准）；社会制度的先进与落后如何区分（如社会主义国家与资本主义国家相比较，并非社会主义国家的物质文明必然高于资本主义国家）；历史与现实的矛盾（如某些在古代曾创造过灿烂文明，而现在却一蹶不振，或已不复存在）等等一系列问题。人类社会本身就是一个非常复杂的多方位、多层次的庞大系统工程。作为社会上层建筑之一的法律文化也很不简单。即使我们只探讨或主要探讨中国传统法律文化，不拟展开标准与价值观等问题的讨论，也不可能超然物外，不涉及其他问题特别是关系最密切的问题的讨论。比如说，不可能不涉及到对整个中国传统文化的评价和中西法律文化的比较等问题。

就中西、中外法律文化的比较而言，不妨说就是我们讨论本题的一个组成部分。我们谈精华或糟粕，都是相对于他国或西方

来立论的。如果不分我国和别国而为大家所共有，换言之，即整个世界的法律文化所共有，大家彼此彼此，显然失去意义。没有差别就没有比较。所以只能就我国所独有或我国同某些少数国家所特有而为其他国家所无者来进行比较。

必须指出，以中西法律文化的比较为例，我们显然处于不利地位。

第一，我国虽然是个上下五千年的文明古国，但又是一个“早熟的文明产儿”。这主要是地理条件所促成的：生产力水平并不高，以家族为本位的自然经济长期占据统治地位，商品经济从未得到过充分的发展。

第二，我们现在虽然已经进入社会主义初级阶段，但我们的社会主义又是从半封建半殖民地的落后状态中超前产生的，保留了大量旧社会的残余。作为国民经济基础的农业仍然处于以家庭为本位的自然经济的汪洋大海的包围之中。而且由于我们工作中的失误太多，使本来可以自豪的社会主义制度的优越性又得不到应有的体现。

基于上述情况，我们和西方法律文化以及整个西方文化的比较，基本上可以说，仍是保留了大量封建残余、经济落后的国家与生产力和商品经济高度发达的资本主义国家之间的比较。列宁在《论民族自决权》中曾提到：“在分析任何一个问题时，马克思主义理论的绝对要求，就是要把问题提到一定的历史范围内。”根据列宁这一观点，我们在进行中西法律文化的比较时，应当客观地考虑到在西方传统中已包含有数百年资本主义发展的历史，而中国则缺乏这样的传统。正如同我们也应把我国已进入社会主义阶段而西方尚处于资本主义阶段的情况考虑在内一样。

为了不使讨论的范围过大和复杂化，拟从现实出发，以是否有利于以生产力为核心的社会经济的发展和精神文明的提高为标

准，来衡量我国传统法律文化中究竟有哪些主要糟粕与精华。

就糟粕来说，当然首推自然经济长期占据绝对统治地位，商品经济从未得到过充分的发展；因而导致法律、特别是私法不发达，法律观念淡薄和不普及，未能深入民间等。其次，与此相应，长期不能摆脱父系家长制和家庭伦理观念的束缚，并形成了根深蒂固的以家族或家庭为本位的法律体系，广大成员处于无权地位。第三，君主制一贯到底，特别是秦汉以后的君主专制，剥夺了人民的基本权利和自由，国家权力过于集中，一切立法、司法、行政大权最后全听命于皇帝，长期缺乏民主传统。这三者交织在一起，结成了以“三纲”为核心，牢不可破的礼教罗网，作为立法与司法的指导，严重窒息了人民的思想，并派生了各级大贵族、大官僚以及宦官外戚等等各种法定的与习惯的、法外的与非法的等级特权，以及“重农抑商”、“重男轻女”等政策。第四，中国广大农民虽然不堪忍受剥削和压迫，起而反抗，经常举行起义，对腐朽的封建统治多少起过节制成清洁剂的作用，推动过历史的发展，但农民的平均主义和迷信权威的皇权思想本身就属封建思想体系。他们的平均主义不但不能积累财富，反而扼杀了竞争机制和造成了吃大锅饭的后果，只能有利于改朝换代，不能建立起新的经济政治体制，而且形成了产生个人迷信、个人独裁的温床。

总之，在我国古代法律传统中，由于以上各方面及其所派生的其他糟粕，都来自封建社会（包括奴隶社会），因而使不少人得出凡是封建的东西都必须否定的结论。这里应当明确的是，封建社会的东西，并非都是封建的，也可以有非封建和反封建的；即使是封建的东西也不全是或不完全是糟粕。此外，即使从现在看是糟粕，但在当时很可能起过重大的积极作用。

就整个历史长河而论，我国古代的确也有不少精华。第一，如唯物主义思想产生较早，神权政治和神权思想从西周就开始动摇，

到春秋后期，天命神权思想遭到了更加沉重的打击。秦汉以后，天命神权思想虽然一再回潮，但在全国范围内始终没有形成一种凌驾于世俗政权之上的具有莫大权威的教权和教会。因而在政治法律思想上比西方减少了许多麻烦。第二，中国古代法律思想上曾不断涌现一大批很有贡献的思想家，如周公于公元前 11 世纪就提出在犯罪问题上应区分故意和过失，据西方刑法学家反映，这在世界法律史上应列前茅。他还反对以族论罪（始自他的父亲周文王），反对株连，主张“父子兄弟，罪不相及”。春秋战国时期，百家争鸣，学术之繁荣在某些方面比之古希腊罗马也毫不逊色，其中就包括法理学。举凡法律的起源、本质、作用；“法治”与“人治”、“德治”的区别与优劣；法律与政治、经济、道德、地理环境、风俗习惯，乃至人口、人性的关系等等，无不涉及，且各家都有比较突出的独到见解。在律学方面，从《法经》到《秦律》发展之迅速及完备程度，如无出土文物证实，实难以使人置信。秦汉以后，法理学因专制统治与礼教束缚受到严重压抑，但以注释法律为业的“律学”却一花独放，其精微慎密，无与伦比。举世闻名的《唐律疏议》即其结晶，因而得以成为“中华法系”的重要支柱。第三，中国历史悠久，幅员辽阔，人口众多，积累了管理一个多民族大国的丰富经验。其中有些经验对其他国家也有参考价值。如维护社会治安的综合治理；协助法官解决大量较小的民事刑事纠纷的民间调解；整饬吏治的监察制度（包括禁止和预防“官倒”的一系列法律和措施）；甄选官吏的科举考试等等，都曾受到国外的重视。以科举为例，在国内因其内容不外封建礼教，往往被人嗤之以鼻。而英国某些法学家却特别指出，他们的文官制度竟是在科举的影响和启迪下建立起来的。第四，中国的封建地主制较西方中世纪的领主制来得“开明”。中国对外并非长期闭关锁国，对内也比较开放或半开放。地主与农民名义上一般为主

客关系而非主奴关系。贫苦农民出身的子弟通过科举考试也可以入仕，甚至成为布衣卿相，某些比较高明的统治者善于从其对立面农民中吸收人才。第五，中国不少思想家不同程度上都有“重民”思想，和“先天下之忧而忧，后天下之乐而乐”或以“天下兴亡为己任”的远大抱负，以及“天下为公”的大同理想，反对亏人自利和损人利己。这对于唯利是图的拜金意识和“私有财产神圣不可侵犯”的资本主义立法宗旨显然背道而驰，但却有利于进入社会主义。

以上我们之所以要对中国传统法律和法律思想中的精华勾画几笔，旨在说明对祖国历史遗产决不应形而上学地全盘否定。否则，不但会把曾对全人类作出过巨大贡献的祖先化为乌有，使我们丧失应有的民族自信心、自尊心和自豪感；而且势必导致历史虚无主义，并从而得出历史可以割断、可以从头开始重写等错误结论。

历史是不可割断的。我们不是外星人，只能在以往历史的基础上来谱写新的篇章。

目前我们正在从事史无前例的大改革。我们的任务是非常艰巨的。第一，必须肩负起民主革命所应完成的未竟之业，真正彻底清除封建糟粕所遗留给我们的恶劣后果；充分发扬社会主义民主，坚持制止个人说了算、一言堂、家长制作风和等级特权观念，并采取强有力的措施和法律手段严加预防。第二，切实整顿好党风、政风，杜绝贪污腐化，真正做到为政清廉，培养甘当人民公仆的正气，改善党员和各级政府工作人员的形象，密切党群和政群关系，以提高党和政府的威信。历史告诉我们，一个执政党或领导集团，只要自身不腐化，能得到人民群众的拥护，别人是打不倒的。第三，继续克服左倾影响。目前左倾思想的主要表现已不是以阶级斗争为纲，而是急于求成，急功近利。“欲速则不达”，