

中国法律文化论集



教育部人文社会科学重点研究基地 编
中国政法大学法律史学研究院

中国政法大学出版社

D909.2-53/4

2007

中国法律文化论集

教育部人文社会科学重点研究基地
中国政法大学法律史学研究院 编

中国政法大学出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律文化论集/教育部人文社会科学重点研究基地, 中国政法大学法律史学研究院编. —北京: 中国政法大学出版社, 2007. 10

ISBN 978 - 7 - 5620 - 3103 - 1

I. 中... II. ①教... ②中... III. 法律 - 文化 - 中国 - 文集 IV. D909.2 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 166425 号

书 名 中国法律文化论集

出 版 人 李传敢

出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)

北京 100088 信箱 8034 分箱 邮政编码 100088

zf5620@263.net

<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)

(010)58908325 (发行部) 58908285 (总编室) 58908334 (邮购)

承 印 固安华明印刷厂

规 格 787×960 16 开本 26.5 印张 530 千字

版 本 2007 年 11 月第 1 版 2007 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5620 - 3103 - 1/D · 3063

定 价 42.00 元

声 明 1. 版权所有, 侵权必究。

2. 如有缺页、倒装问题, 由本社发行部负责退换。

本社法律顾问 北京地平线律师事务所

序

这本文集收录了中国政法大学法律史学研究院专职与兼职(本校)研究人员发表的论著 37 篇。从时间上看起自 1980 年,迄至 2006 年。虽然作者关注的热点不同,涉猎的方面和切入的角度也有异,但都围绕着一主线,那就是弘扬中华法文化,这是法史学人的天职。为了展示学术发展的真实进程,所录文章除个别错字改正外,不做改动。

中国政法大学从 1990 年起,便招收中国法文化方向的博士研究生。我在 1991 年 3 月 19 日《人民日报》海外版发表《简谈中国法律文化》一文提出:“要从浩瀚的法律文化资料中吸取精华,为当前的法制建设和精神文明建设服务。”如果说十六年前中国法文化领域的研究尚处于蓓蕾阶段,那么今天已经是万紫千红的春深花圃,中青年学者迅速成熟起来,成为中国法文化研究的中坚力量。

有着四千余年法制文明悠久历史的中国,遗留下来的法文化宝藏积淀雄厚、博大精深。它吸引着国内外无数学者去研究、探索,寻找中华民族先人们所创造的法文化的辉煌。我们研究编写中国法文化的历史,其实是在编撰着中华民族的骄傲,是在释放着中华民族的魅力,是在为后代塑造中华民族的尊严。

这本文集说明了中国政法大学法文化研究者所走过的崎岖之路,并且预示着他们在这条路上将永不停息、永远攀登。

张晋藩

2007 年 5 月

目 录

简谈中国法律文化/张晋藩	(1)
综论独树一帜的中华法文化	(3)
中国古代法律文化论纲	(10)
论礼——中国法文化的核心	(19)
传统律学的特点与清代律学的兴起	(23)
明末清初启蒙民主主义者的政治法律思想	(33)
论沈家本的法律思想	(42)
 中国古代法律的自然主义特征/朱勇	(61)
论中国古代情与法的冲突	(75)
 中国传统法律文化与现代法制的联系：一个基本认识	
和立场/张中秋	(89)
家礼与国法的关系和原理及其意义	(99)
——从社会秩序构成的视角解读中国传统法律文化	
乡约的诸属性及其文化原理认识	(111)
传统中国律学论辩	(120)
——兼论传统中国法学的难生	
从中华法系到东亚法	(138)
——东亚的法律传统与变革及其走向	
 中国法律文化研究/郭成伟	(145)
儒家法律思想的理论架构与社会价值	(155)
论“天道”观对中国传统法律的影响	(170)
 论明清的家法族规/刘广安	(182)

对凉山彝族习惯法的初步研究	(192)
张家山二年律令简中的损害赔偿之规定/徐世虹	(201)
对两件简牍法律文书的补考	(215)
帛书《周易》中的法思想/崔永东	(225)
中国传统政法文化的现代解读	(241)
沈家本西法认识述评/曾尔恕	(251)
讼师对法秩序的冲击与清朝严治讼师立法/林乾	(267)
从“法与天下共”论传统中国法权与君权的关系	(285)
试论中国古代史学与法学同源/王宏治	(301)
试论中国古代经学与法学的关系	(316)
论儒家思想对中国封建法律的影响/李曙光	(332)
简论中华传统法文化中的“法治”观念/李青	(339)
从对东亚的影响看《大明律》的历史地位	(345)
“中体西用”与法制的近代法	(351)
官僚政治、泛道德主义与中国传统司法/顾元	(358)
法律移植在中国的神话与现实/张德美	(374)
论道德法律化	(382)
试论中国传统监狱文化的形成/马志冰	(393)
中国古代死刑的文化透视/姜晓敏	(403)

简谈中国法律文化

张晋藩^[1]

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,需要从多角度、多侧面去开拓和研究。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。

中国法律文化同样是源远流长、丰富多彩,是世界法律文化史上闪光的一页。其上限可以追溯到舜禹时代,在漫长的发展过程中,不同时期,虽各有不同的特点和时代的烙印,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。

由于中国特殊的国情和传统文化,因此中国法律文化特色鲜明,独树一帜。摘要言之如下:

1. 中国古代以农业立国,因此历法、田律较为发达,很早便构成了中国古代法律的重要内容,而且不断地丰富。直到19世纪上半叶,中国的法律文化仍反映了自给自足的重农抑商的经济结构。

2. 在宗法制度与观念的统治下,家与国相通,亲与贵合一,因此中国古代的法律构成,于国家制定法外,还存在着适用于家族内部的家族法。家族法是国家制定法的重要补充,起着国法所起不到的作用。从先秦起,发展到宋朝,社会上广泛流传家法族规。至明清,家族法已经形成独立的、得到国家确认的体系,以致有人认为中国古代法律具有“二元”性。这种体现宗法精神的悠久的法律文化在世界上是独一无二的。

3. 礼与法的结合,礼由敬神祈福的仪式,发展成阶级社会的统治手段。礼的主要内容是确认尊卑贵贱秩序,调整以尊尊、亲亲为指导原则的社会关系;礼的规范涉及家、国、社会各个领域,具有治国、理家、律己的特殊功能。就礼与法的关系而言,礼是法的指导原则,法是礼的保证手段。

礼与法早在先秦时期就互相渗透、互相补充,经过两汉、魏晋,礼的规范基本上法律化了。在著名的《唐律疏议》中,礼与法的内在联系和密切关系,被说成是象“昏晓阳

[1] 中国政法大学终身教授,中国政法大学法律史学研究院名誉院长,博士生导师。

秋”自然现象那样协调自然和永恒不变。以礼为主要内涵的中国古代法律文化,突出地显示了不仅与西方法律文化迥异,也与东方古国法律文化有别的特殊性。

4. 中国古代著名的学派——法、儒、道、释的学说,从法律文化的角度看,逐渐由分立对抗而趋于融合混一,形成了一种综合性的法律文化。具体说来,法家所主张的是“一断于法”、“以法治国”;儒家所主张的是“纲常名教”、“德主刑辅”;道家所主张的是“无为而治”;释家所主张的是“六道轮回”。各个学派虽各有所侧重,但在预防犯罪、导民顺从既定的秩序和实行精神威慑方面又具有共同性,因而才可能形成以儒家为主,杂糅法、道、释各派学说的综合性的法律文化。

5. 中国自古以来就是统一的多民族国家,在丰富的法律文化中也融合了各民族的贡献。魏晋南北朝时期,拓跋族制订的“北齐律”,上承汉魏,下启隋唐,是当时南北民族的融合在法律文化上的光辉结晶。其后,元朝的典章与监察法规、清朝的律例与会典,不仅体现了蒙古族与满洲族的习俗惯例,而且是多民族法律文化互相吸收的重要成就。中国法律文化之所以自立于世界法律文化之林,是倾注了各民族的心血的。

6. 中国古代的法律文化曾经在相当长的时期处于领先地位。两周铜器所反映的法律文化足以与《汉穆拉比法典》所反映的法律文化相媲美。尤其是湖北云梦所发现的公元前四世纪左右的秦律竹简,其法律规范的详密、法律形式的多样、法律解释的准确、司法鉴定的科学、审讯程序的严格,都雄辩地说明了秦法律文化是何等的光彩夺目,比起早期封建的法兰克法律文化,几乎先进了千余年。

7. 在汗牛充栋的古文献中,蕴藏着辉煌多彩的法律文化资料。以五经为例,《诗》、《书》、《礼》、《春秋》所内涵的法律文化的丰富已不待言。仅以内容深奥的《易经》而论,也表现出了中华民族古老的法律文化,亟待进一步探索。

至于典章律例,可以唐律为代表,它的出现反映了盛唐时期高度发展的社会文明,在世界法律文化史上是陡起的高峰。《唐律疏议》不仅是中国封建法律的典范,而且被当时的高丽、日本、越南等国所取法。直到今天我们仍为唐法律文化所达到的高水平而感到惊异和自豪。

8. 中国古代法律文化在大一统的专制主义中央集权的政治制度与闭关锁国政策的影响下,既有统一性、包容性的一面,又有孤立性、排他性的一面,随着封建专制主义中央集权制度的长期延续,又不可避免地带有保守性。

以上是中国古代法律文化的概括分析。进入20世纪以后,在西方文化东渐的新思潮的冲击下,中国固有的封建法律文化解体了,资产阶级的法律文化被当时主张开眼看世界、锐意革新的思想家们所接受。至20世纪初期,在东西法律文化的碰撞中开始了修订法律的工作,从此揭开中国法律文化史的新一页。

对于中国传统的法律文化既要批判,也要继承,要从浩瀚的法律文化资料中吸取精华作为当前的法制建设和精神文明建设服务。

原载《人民日报》(海外版)1991年3月19日

综论独树一帜的中华法文化

中国是世界上文化发达很早的国家之一,法文化的历史也同样是源远流长、丰富多彩。它不仅是博大精深的中华优秀传统文化的重要组成部分,在世界法律文化发展史上也占有相当重要的地位,显示了中华民族对世界法文化宝库的伟大贡献。

早在公元前 3000 年左右的舜禹时期,伴随着社会阶级的分化与国家的出现,传统法文化也在民俗文化的基础上得以产生。之后,历经数千年的历史发展,逐渐形成了自己所独有的一些特征。虽然不同时期的法文化带有特定时代的烙印,但总的说来一脉相承,绵延不绝,这在世界法律文化史上是极为少有的。

由于中国是一个地处东亚大陆、资源丰富的内陆性国家,以农业为立国之本的自然经济结构,以宗法家长制家庭为社会的基本构成单位,以儒家纲常伦理学说为统治思想,以皇权神圣的专制主义为基本政治制度,这些因素构成了中国古代的基本国情,也决定了饶有特色的中华法文化的内涵与历史传统。

一、礼和法的相互渗透与结合构成中国古代法律文化的核心

礼是古代中国特有的一种社会文化现象,它不仅起源早,而且贯穿于中国古代社会。礼原是氏族社会敬神祈福的一种宗教仪式,许慎在《说文解字》中说道:“礼,履也,所以事神致福也。”进入阶级社会以后,作为氏族社会祀神祈福仪式的礼,顺应社会发展的需要,成为一种统治手段,有关礼的观念与学说构成了国家的一种精神。

礼的主要作用是确认尊卑贵贱的等级秩序,调整以亲亲、尊尊为指导原则的社会关系。礼的规范涉及家、国、社会各个领域,是“经国家,定社稷,序民人,利后世”的根本大法,正如《礼记·曲礼上》中所说:“夫礼者,所以定亲疏、决嫌疑、别同异、明是非也。道德仁义,非礼不成;教训正俗,非礼不备;分争辩讼,非礼不决;班朝治军,莅官行法,非礼威仪不行;铸祠祭祀,供给鬼神,非礼不诚不庄。”由于礼是等级的标准、伦理的支柱、法律的准则、修身的规范,因而具有治国、理家、律己的特殊功能,是独特的社会整合理论。了解中国古代法律文化的内涵及特点,比较中外法律文化的差异,首先要从礼与法的相互关系入手。

礼以“别”为本,以差等著称;法以“齐”为本,以公平闻世。礼的差等式的规范与法的公平性的衡量是矛盾的。但两者又具有统一性,因为礼与法不仅同源,而且都以维

护等级特权秩序为目的。正由于法合于礼,也才有可能引礼入法,最终导致礼法结合。

汉初确认儒家思想为统治思想以后,不仅在法律的制定上引礼入法,而且在司法实践中也创造了“春秋”决狱,说经解律之风盛行一时。魏晋时期法律迅速儒家化的过程,也就是进一步引礼入法的过程。唐代以礼为修律的原则,礼的规范取得了法律的形式,构成了封建法律的基本内容,并且影响着法律的实施和司法的判决。在著名的《唐律疏议》中,礼与法的内在联系和密切关系,被说成是如同“昏晓阳秋”的自然现象一样协调和永恒不变:“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。”可以说,礼与法的结合至此已经臻于成熟和定型,一整套体现封建宗法等级思想和制度的礼,基本上法律化了。

自宋迄清,礼与法的作用虽有消长,但统治者从来没有只重法而轻礼。相反,作为礼的最高体现的纲常礼教被推崇为天理,并逐渐化为整个社会都接受和认同的意识形态。由于礼被赋予一种神秘色彩,违礼即违天,使得礼具有比法更强的感召力量,这是历代统治者以礼之名行礼之实的策略上升为治国方略的重要原因。翻开明清时期律典,首先映入眼帘的并不是具体的刑名规定,而是确认亲疏尊卑关系、宣扬德礼教化的八礼图、五服图。此类规定不见于任何外国法典之中,反映出中华法文化的特质和中国固有的民族文化传统。

总之,礼的等差性与法的特性性是一致的,礼法互补,以礼为主导,以法为准绳;以礼为内涵,以法为外貌;以礼移民心于隐蔽,以法彰善恶于明显;以礼夸张恤民的仁政,以法渲染治世的公平;以礼行法减少推行法律的阻力,以法明礼使礼具有凛人的权威;以礼入法,使法律道德化,法由止恶而兼劝善;以法附礼,使道德法律化,出礼而入于刑。礼法的结合和互补可以推动国家机器有效地运转,从而构成中国古代法律文化的核心。

二、以宗法家族主义为本位的伦理法是中国古代法律文化的基本构成因素

中国在迈向阶级社会的过程中,原始的氏族血缘纽带不仅没有被打断,反而为新兴的统治阶级所用,以之作为构建国家的基本组织原则。因此,由家而国是中国奴隶制国家形成的重要途径,宗法血缘关系对于社会的许多方面都有着强烈的影响,尤其是宗法与政治的高度结合,造成了家国一体、亲贵合一的特有体制。家是国的缩微,国是家的放大。国家的组成、政治结构与国家活动,都以血缘与政治的二重原则为依据。国家之主就是最大家族之长;国家的结构就是王族的骈枝;国家的大事除去以武力征服异邦和保护本国之外,就是祭神、祭祖的“祀”,所谓“国之大事,惟祀与戎”。这种奴隶制宗法家长制与世袭制所加给法律文化的烙印,就是确认“亲贵合一”的等级制度和国法与家法的相通。

早在商朝末期,王位的继承和宗法关系已经糅合在一起,从而赋予宗法关系以明显的政治性质。周朝建立以后,为了在广大统治区内巩固奴隶制的统治秩序和适应大

规模的封邦建国的需要,遂建立起一套远比商朝完备的宗法制度。进入封建社会,虽然在土地的私有权得到承认的经济基础之上形成了官僚制度和郡县制度,使得宗法制度的直接政治作用大为削弱,但是宗法制度的精神与原则不仅传承下来,而且更加广泛地渗透于社会,以致从至尊的国君到普通的百姓,无一不受束缚于宗法的网罗以内。国君也要依赖宗法父权来巩固和强化君权。以族长、祠长为首领的家族统治系统既是独立的,又同地方基层官府互相支持、互相依存,体现了族权与政权的密切结合。在家国相通的历史条件下,除国家制定法外,还存在着另一个系统,即家族法。发展至宋朝,社会上广泛流行“宗规”、“家训”之类的家法族规。理学家朱熹亲自撰写“家训”、“家规”,号召百官君子都来修一家之政,并称“家政不修,岂可语国与天下事乎!”^{〔1〕}至明清,家族法已经形成独立的、得到国家确认的体系,以致有人认为中国古代法律具有“二元”性。在实践中家法族规是适用于家族内部用以剖析是非、判断曲直、调处纠纷、处治忤逆的重要根据。它是对国法的重要的补充。凡属违反国法的行为必定为家法所严禁,而违反家法的行为也必定为国法所不容,表现了家族系统所承担的巩固国家统治的特殊的职能。正因为如此,家族法规才在中国封建法律体系中占有重要的地位。

为了执行家法,还形成了“室老”、“宗官”一类的家族内组织。清人刘献庭在《广阳杂记》中记载了镇江赵氏宗族共有二百余丁,“其族有总嗣一人,族长八人佐之。举族人之聪明正直者四人为评事,复有职勾摄行杖之役者八人。祠有祠长,房有房长”。这套宗族统治组织与国家的行政组织何等相似!

中国古代以宗法家族主义为本位的伦理法,形成早,经历久,影响宽,作用大,它所调整的血亲伦理关系具有高度的稳定性,几乎和封建专制制度相始终。中国长期以来占统治地位的自然经济结构是家族本位伦理法形成的基本经济条件。由于自然经济的闭塞性和保守性,使得封建家长制家庭得以长期存在,并逐渐发展成为稳固的社会共同体,而调整家族关系,维护家长和族长特权的法律,也就成了封建法律体系的主要组成部分。但是家族法并不具有国家制定法那样大的强制性,有些家族法规定也与国家制定法存在着矛盾,在这种情况下,家法服从于国法,以示国重于家。

此外,儒家思想也为封建伦理法提供了牢固的理论基础,早在先秦时期儒家便推崇宗法制度,为家长权和家国相通进行论证。所谓“天无二日,国无二君,家无二尊”,“天下之本在国,国之本在家”,“家齐而后国治”,“修身、齐家、治国、平天下”等。这是儒家一整套的治国兼治家的方案,至汉武帝时期,由于实行“罢黜百家,独尊儒术”政策,使儒家学说一跃而为社会的统治思想,指导着封建法制的建设。在汉代,以“尊尊亲亲”为核心的儒家思想,进一步发展为三纲:“君为臣纲,父为子纲,夫为妻纲。”君权、父权、夫权的神圣不可侵犯性被宣扬得无以复加。儒家学说还论证了君权和父权的统

〔1〕《朱子语类》卷六八。

一性,竭力渲染父权的尊严,并把父权引入行政领域,鼓吹君权是全国父权的化身,借以加强君权。《汉书·鲍宣传》说:“陛下上为皇天子,下为黎庶父母。”同时强调“其为人也孝悌,而好犯上者未之有也”,“料子之事亲孝,故忠可移于君”。“故以孝事君则忠”。正因为如此,国家也用父权来加强地方行政长官的统治权。如作为“亲民之官”的州县长官,被渲染为民之父母官。

在普遍重视伦常关系的中国古代社会,伦理关系变成以权利和义务为基本内涵的法律关系。譬如:法律赋予家长对子女婚姻的决定权、惩戒权以及财产的支配权,使家长在家庭中处于支配地位,而其他家庭成员处于从属地位。随着儒家思想被确立为国家的统治思想,随即开始了道德法律化与法律道德化的交融发展过程。儒家的纲常学说不仅是指导法制建设的理论基础,也是封建法典的主要内容,从而形成了中国特有的法律与道德密切结合的伦理法。它是中国古代法律文化的基本构成因素,也是最足以反映中华法系特征的部分。

家族本位的伦理法造成了道德的泛化,使得道德成为国家立法和司法的基本依据和最终价值选择,法律至上的观念难以形成。同时也造成了民众权利自觉意识的缺失和非讼司法传统的形成。

总之,在宗法制度长期强劲影响下的法律文化是融法律、政治、伦理、哲学为一体的特殊的法律文化。这种体现宗法精神的悠久的法律文化在世界上是独一无二的。

三、自然和谐与天人合一思想是中国古代法律文化的基本精神

由于古代中国社会生产和社会结构的狭小、简单以及稳定的血缘、地缘关系等特殊的历史条件,形成了推崇和谐,强调对立面的均衡统一的观念,这种观念所追求的不在于形式,更强调它的社会伦理道德的意义。《礼记·中庸》说:“发而皆中节谓之和”,“中也者,天下之大本也;和也者,天下之达道者”。圣人之所以制礼作乐,其目的就在于实现社会的和谐。和谐的观念在孔子仁学体系中发展为中庸之道,即人们的言行举止必须“中立而不倚”。人们对作伪、淫作乱的现象,就要节度人心,不使欲念泛滥。所谓“礼之用,和为贵,先王之道斯为美”,^{〔1〕}就是通过“礼”的功用使社会臻于和谐统一,可见儒家的审美的评价深入到社会政治领域。儒家讲求和谐和中庸之道的哲学思想,对于古代无论法律意识的形成起到了直接的促进作用。

西周以来,在神权不断动摇的情况下,统治者开始利用天地、阴阳、五行等自然现象和事物来论证维护尊卑贵贱等级秩序的合理性和永恒性。周人讲求“以德配天”、“明德慎罚”,这是天与人相通相合思想的体现。《孟子·尽心》说:“尽其心者,知其性也;知其性则知天矣。”此后,天人合一思想不断理论化、系统化。汉儒董仲舒以《公羊春秋》为主干,兼采阴阳、法、道、名等诸家学说,并以“天人感应”为哲学基础,构建了完

〔1〕《论语·学而》。

整的“德主刑辅”的新儒学体系,影响中国社会达千余年之久。而其思想的核心是“圣人副天之所行以为政”,〔1〕即为现实的统治寻找来之于天的合法性。

天人合一的宇宙观、秩序观在宋代经过程朱理学的论证,进一步系统成了一种高度哲理化的思想体系。钱穆先生认为,天人合一观念是整个中国文化的归宿,也是中国传统文化对人类的最大贡献。这种中国人独特的根深蒂固的观念的核心是自然和谐,它重视的是自然秩序与社会人事之间的紧密联系,并进而影响到人们的政治和法律生活;在法律的制定方面,遵循“则天立法”原则,以“天”为制定法律的最终依据;所谓“天垂象,圣人象之,河出图,圣人则之”。〔2〕在法律的实施方面,实行“刑狱时令”、“灾异赦宥”制度。在古代,法律的这种自然主义的特征使其自身披上了一件神秘的外衣,而在执行中,不可避免地增加了随意性。

按照传统的自然天道观和阴阳五行论,法律是经世治国“刑德二柄”中“不善”和“不德”的手段。它代表着“阴”的力量,与自然界的雷霆、闪电以及秋冬时节的肃杀相联系。法律之所以不可或缺,不在于它本身如何,而在于它是消极制恶的必要手段,是维持社会秩序、实现自然和谐的必要工具而已。在这里统治者自觉地充当了自然秩序的维护者的角色,他们通过“顺天”的行为方式,维护天上与人间的和谐统一。个体的地位、价值被社会、自然所整合吸纳,泛自然主义的结果使得人的价值得不到应有的尊重,而屈从于自然,服从于社会。然而,尽管天人合一思想具有神秘主义的威慑力,但从实质意义上讲,维护自然和谐秩序的根本力量仍是礼义道德和法律。

四、综合性和包容性体现中国古代法律文化内涵的丰富

从中国古代法律文化的形成渊源来看,具有显著的综合性和包容性。法、儒、道、释等家的学说,从法律文化的角度看,是其基本组成因子和元素,它们经由了从分立对抗而趋于混一的过程。法家的“刑无等级”、“一断于法”,儒家的“德主刑辅”、“礼刑并用”,道家所主张的道法自然、“无为而治”、“绝仁弃义”,释家所主张的“六道轮回”、修持戒、定、慧三学等,其间虽各有所侧重,但在预防犯罪、导民顺从既定的秩序和实行精神威慑方面又具有共同性,因而才可能形成以儒家为主,杂糅法、道、释各派学说的综合性的法律文化。

儒家所鼓吹的君主至上,与法家所主张的君权主义是完全合拍的,因此礼法结合有其历史的必然性。西汉中叶时期,武帝接受董仲舒“独尊儒术”的建议,确立了儒家学说的正统地位,但同时,他也是“外儒内法”的最早实行者,后人评论汉武帝说:“虽好儒,好其名而不知其实,慕其华而废其质”。〔3〕是“叶公之好龙”。汉宣帝还曾经斥责重

〔1〕《春秋繁露》卷一三。

〔2〕《二程集》,《遗书》卷二〇。

〔3〕司马光:《司马温公集》卷一二。

用儒生的太子说:“汉家自有法度,以霸王道杂之。”然而这位太子即位为元帝以后,便重用儒生,讲求儒术,“任温良之人,退刻薄之吏”,“览六艺之意,察上世之务”,从此儒家的正统地位才趋于巩固。从汉初崇尚黄老之学,罢黜百家、外儒内法,再发展为独尊儒术,一方面,标志着休养生息的政策取得了积极的成果。但随着政权的巩固以及最高统治者“外事四夷之功,内盛耳目之好”,黄老思想已经失去了存在的基础。另一方面,儒家的大一统学说有助于建立封建专制主义中央集权的政治统治,并从精神上禁锢广大人民,使专制主义的统治得以深入到思想领域。

儒家对道家的思想同样经历了由对立到吸收的过程。道家学说的主要内容是以自然天道观为主体,强调人们在思想行为上应效法“道”的“生而不有,为而不恃,长而不宰”,反对儒家的“德礼仁义”之说。著名的法家代表人物韩非曾经汲取道家的自然之义,作为其法治理论的基础。汉初的黄老之学便杂有法家刑名法术的因素。魏晋期间王弼、何晏以老庄的思想解释儒家的经典,从而促进了儒道的融合。尤其是宋明理学家,在力倡儒家的道统排斥佛、老的同时,却对道家思想中的宇宙是自然的存在、而自然与人是一合的观点有所吸收,理学家所奉行的“天序与人秩合一”说就来源于此。

佛教自东汉明帝永平十年传入中国,经过南北朝至隋唐取得了显著的发展。佛教主张依经、律、论三藏,修持戒、定、慧三学,以断除烦恼、修身成佛为最终目的。由于佛教重心识,讲求性悟功夫,因而与理学家所主张的内省主静具有共同性,遂被理学家所吸收。

总之,在西汉董仲舒创立新儒学的体系中,便吸收了道家、阴阳家、杂家的思想与法律文化,至宋明理学的产生,进一步体现了儒、道、释学说内涵的融合。即道家的本论、佛教的方法论和儒家的实践论。宋真宗曾说:“三教之设,其旨一也,大抵皆劝人为善。”〔1〕

中国古代法律文化的综合性和包容性还突出地表现为中国大陆两大地域性文化——中原地区的农耕文化和西北地区的游牧文化之间长期的冲突和交融,也表现为中华民族与外部法律文化之间的融合和兼容。当然,中国古代法律文化在大一统的专制主义中央集权的政治制度与闭关锁国政策的影响下,既有统一性、包容性的一面,又有孤立性、排他性的一面。随着封建专制主义中央集权制度的长期延续,又不可避免地带有保守性。

五、民族性和世界性反映中国古代法律文化的地位

在中国古代的法律文化中,融合了以汉民族为主体的各民族的法律意识和法律成果。中国自古以来就是统一的、多民族的国家,包括各少数民族在内的中华民族是丰富多彩的传统法文化的缔造者和传承者。早在夏立国以前,华夏族的法律文化就是吸

〔1〕《资治通鉴长编》卷六一。

收了苗人创造的“刑”而发展起来的,所谓“灭其族而用其刑”。在春秋战国时期,西北诸戎的“法”与中原民族的“礼”开始由对立走向融合。在封建时代,北方少数民族如鲜卑族、女真族、蒙古族、满族等法律文化与中原汉族法律文化由冲突而融合。

在漫长的历史进程中,无论是汉族为主体的王朝,还是少数民族为主体的政权,在立法和适用法律上都奉行“夷汉并用”的原有的法律文化,在中国虽然是崭新的,却不再是世界之林中独树一帜的。这使人们有感于超越旧时代的欣喜之余,又不自禁地产生某种怅惘,但这决不意味对孤立、保守、陈腐的传统法律文化的留恋,而是渴望创造出真正具有中国特色的新的法律文化,并能像过去有过的那样推动世界法制文明的进步。

中国古代法律文化是世界法律文化宝库中不可多得的瑰宝。对于这份历史遗产,我们应该认真地总结、反思,客观地予以评价,从中吸取当前法制建设所需要的可资借鉴的历史资源。

原载《中国文化的传承与创新》,北京大学出版社2006年12月

中国古代法律文化论纲

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。

中国法律文化同样是源远流长、丰富多彩,是世界法律文化史上闪光的一页,其上限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时代的烙印,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。

由于中国特殊的国情和文化传统,因此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,由此而形成了一种单一、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,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,由法家代表人物提出重农主义,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)。”〔1〕至封建时代,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,而且还建立了官营工商业制度。

中国古代实行重农主义,一是满足足食足兵,二是稳定封建专制制度。管子说:“安乡重家则变俗易习,驱众移民,至于杀之而民不恶也”。商鞅说:“夫民之亲上死制也,以其旦暮从事于农。”〔2〕至于抑商的着眼点,除去以它妨害务本、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于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。”

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

〔1〕《史记·商君列传》。

〔2〕《商君书·农战》。

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。早在夏代已经制订出我国最早的适合农业生产需要的历法“夏正”。古书中说“行夏之时”，表明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》中有详细的记载。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订了《太初历》。其后，南北朝著名的科学家祖冲之制订了《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订《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先列。这是和农业起源早，并以农为立国之本的国情分不开的。正因为如此，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，因此以农为本的古代中国，田律也受到重视，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。而云梦秦简田律的内容更为丰富，涉及农田水利以及作物的管理，农业赋税的征收，和有关种子的保管与播种，自然灾害的预防等等。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》、《推广农林简明章程》等。历代田律，运用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。与重农务本相对应的是抑末轻商，以致在整个封建时代法律压抑商人的社会地位，例如：秦汉实行“市籍”制度，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，但商人不得占有土地，其子孙不得任官为吏。直到洪武十四年还下令：“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。”〔1〕此外，重征商税，所谓“重租税而困厚之”；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”。〔2〕元代“凡伪造盐引者斩，籍其家，付告人充赏，犯私盐者徒二年，杖七十，止籍其产之半”。〔3〕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。如同王安石所说，“盖治商贾者恶其盛，盛则人去其本者；又恶其衰，衰则货不通”，为了解决这个矛盾，“故制法以权之”，〔4〕即立法加以调整。

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

〔1〕 胡传：《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》。