

马小红 著

礼与法



经济管理出版社

责任编辑 苏全义

版式设计 王宇航

责任校对 郭红生

基金出版发行

礼 与 法

马小红 著

出版：经济管理出版社

（北京市新街口六条红园胡同8号 邮编：100035）

发行：经济管理出版社总发行 全国各地新华书店经销

印刷：北京国马印刷厂

850×1168毫米 1/32 10印张 252千字

1997年4月第1版 1997年4月北京第1次印刷

印数：1—2000册

ISBN 7-80118-379-7/F·361

定价：15.00元

· 版权所有 翻印必究 ·

（凡购本社图书，如有印装错误，由本社发行部负责调换。

地址：北京阜外月坛北小街2号 邮编：100836）

专家推荐意见（一）

马小红同志在攻读研究生时，便对“礼与法”的课题研究很感兴趣，除阅读大量的史料外，还利用外出实习的机会到内蒙、甘肃、青海等地进行实地考察和资料收集。1992年课题论证得到专家肯定，立项进行研究。法律史的研究学者多侧重制度史与思想史。对较为琐碎，且具有大众化、更能反映历史文化背景特色的法律观念及风俗对法律影响的研究尚不多见，研究成果概付阙如。近十年来，马小红同志孜孜不倦地埋头于是项科研探索中，终于完成了这一课题，形成专著。该书的特点，有以下几个方面：

第一，资料引用翔实、全面。为了全面论述传统社会的人对“法”的普遍认识，作者在书中不仅引用正史中的资料，还引用了大量的笔记、传奇、考古、民俗等方面的资料。许多资料是前人所未注意到的。

第二，观点新颖，结构严谨。由于研究角度不同于制度史与思想史，马小红同志的研究更为贴近社会大众生活，因而提出的观点便很新颖，如作者认为，中国古代的法律体系最大特征在于“开明”。开明赋予传统法律及传统法律观以极强的生命力。中国古代法律的开明是古代“礼治”文明的有机组成部分，而且也是“礼治”文明的基础。与古希腊、罗马“法治”文明相对，中国的“礼治”文明毫不逊色。作者还提出了更新“礼治”文明，中西传统互补的观点，确实具有理论的深度。

第三，作者否定了历史虚无主义，对传统法律的更新寄予了期望。在书中作者多处论证到传统法律的合理成份，并为传统法律的更新提出了具体的建设性意见，对现实法制建设不无补益。

鉴于该书的学术、理论水平，我认为其完全达到了出版的要求。因此，我愿意推荐其申请中国社会科学院出版基金的资助，望各位评委及出版单位给予支持。

北京大学法律系教授 蒲坚

1996年6月26日

专家推荐意见（二）

读完马小红同志《礼与法》的书稿，我认为这是一部具有较高理论深度和学术价值的著作，也是一部对现实法制建设具有借鉴意义的书。它从新的角度探讨了中国传统法律的形式、结构与社会作用。尤其重要的是，作者从大众的角度出发，对“法律观”问题进行了详细的论证，突破了以往只研究上层人物、思想和制度的框架，更客观地反映了中国传统法律的真实状况和作用。此书分为“渊源”、“礼治”、“礼法”、“变革”、“法制”五篇，对古代社会礼与法的关系进行了全面的论证，并对传统法律的优劣与更新，提出了独到的看法。在该书写作过程中，作者发表过数篇论文作为初期成果，而论文的质量得到同行专家的好评，其中有的论文曾获校庆科研奖。该书出版，将会拓展法史的研究领域，也会为现实法制建设提供有益的借鉴。因此，我推荐其参加申请中国社会科学院出版资助的评议，希望此书能尽快与读者见面。

中国政法大学教授 杨鹤皋

1996年6月26日

学术委员会评审意见

《礼与法》是我所副教授马小红同志长期以来精心研究而成的一部力作。该成果系统阐述了中国古代法律中的精神，总结了近代法制改革屡遭挫折的社会原因与思想根源，并对现代法制建设的路径和方法加以全面的探索和分析。这一研究，将传统社会的礼与法以及传统法律观与现实立法联系起来加以考察，突破了以往法史学和法学基础理论的基本框架，并突破了前代及当代学者的研究范围和水平，具有重要的理论价值，对今后我国的法制建设和法律改革也具有相当的指导作用。

该成果对传统法律的体系构成、所包含的“礼”的宗旨、其形成的原因和过程以及其演变规律和对近、现代的影响等问题，提出了许多具有创新性的见解。

该成果的著作权无争议。

中国社会科学院法学研究所

1996年7月23日

目 录

渊 源 篇

第一章 祀与戎：中国古代法律的源头	3
一、刑起于兵	3
二、法出于礼	6

礼 治 篇

第二章 礼治三步曲之一：中国礼治的兴盛	13
一、政治早熟与礼在阶级社会中的发展	13
二、以刑护礼：“礼治”的实施方式之一	17
三、以教化弘扬礼：“礼治”的实施方式之二	19
四、“礼治”体系	24
第三章 礼治三步曲之二：中国礼治的衰败	29
一、王室的衰微使“礼治”走到了尽头	30
二、“礼治”体系的改良与变革	31
三、法家的胜利与“礼治”体系的崩溃	40
第四章 礼治三部曲之三：中国礼教的复兴	49
一、秦王朝与法治的兴衰	49
二、汉人的抉择与礼教的复兴	54

三、礼教的威力	60
四、礼教的优劣与未来	68

礼法篇

第五章 孔子：中国古代礼法观的奠基人	75
一、法律的地位：“礼乐不兴，则刑罚不中”	75
二、法律的核心：“承天之道以治人之情”	78
三、法律的目的：“胜残去杀”“必也使无讼乎”	80
四、法律实施的最佳途径：“其身正，不令而行”	82
第六章 “因人之情而为之节文”：中国古代法律中的 人情观	86
一、性、情、礼、法的关系	87
二、人情即法	94
三、情重于法	99
四、小结	107
第七章 明刑弼教：中国古代法律中的道德观	112
一、孝子与法	112
二、列女与法	119
三、侠、义、盗与法	125
四、中国古代社会的道德与法律	130
第八章 其身正不令而行：中国古代法律中的人治观	133
一、人治与法治的理论探讨	134
二、圣君清官与社会的综合治理	138
三、清官观念与法制	142

第九章 顺天则时：中国古代法律中的自然观	148
一、自然、圣人、王政.....	149
二、自然、立法、司法.....	155
三、余论.....	161

第十章 王子犯法与庶民同罪：中国古代法律中的平等观	164
一、中国古代法律中平等观的特征.....	164
二、中国古代法律中平等观的社会基础.....	169
三、结语.....	176

变 革 篇

第十一章 历史的遗憾：中国明末清初新“法治”思想的夭折	181
一、启蒙思想家的“法治”蓝图.....	181
二、启蒙思想家“法治”思想产生的历史背景.....	189
三、“法治”理想的夭折	193

第十二章 不变亦变的改革：中国沈家本变革传统法律评析	199
一、沈家本与清末变法.....	199
二、沈家本对传统法律的变革.....	203
三、沈家本变革传统法律之评价.....	208

第十三章 礼与法的归宿：中国传统法律变革之我见	214
一、礼治的利弊.....	215
二、中国传统法律的更新.....	220
三、现实法治建设的理论思考.....	225

法 制 篇

第十四章 中国奴隶社会状况与法律特征	235
一、中国奴隶社会的状况.....	235
二、家庭奴隶制与神权法.....	237
三、劳动奴隶制与风俗习惯.....	240
四、奴隶社会的“早熟”与宗法礼治思想.....	246
第十五章 中国封建社会的法律形式	258
一、中国封建社会法律形式的分类.....	258
二、两类法律形式的消长及其影响.....	268
附 录 中华法系特征的再探讨	280
唐代格的演变及意义.....	290
后 记	305

渊 源 篇

第一章 祀与戎：中国古代法律的源头

即使在清醒地认识到西法优于中法的近、现代，中国人对渊源流长的民族法律传统也未曾失掉信心。人们期待有朝一日，传统的法律能在现代文明中大放异彩，故而梁启超在百年之前就大声疾呼：“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。”^①

古老的中华法系融温情与严酷为一体，独具特色。法律渊源可上溯至原始社会的末期。“国之大事，在祀与戎”。^②《左传》中的这句话精确的道出中国古代法律的源头是祭祀与战争。

一、刑起于兵

五千余年的历史风尘，掩没了人类伊始的活动踪迹，法律的发祥也显得有些朦胧，追寻法律的起源，唯有借助一些历史的传说、地下的发掘与民族学的资料。

大约五六千年前，生活于中原大地上的人类来到了文明社会的门槛之前。“未有宫室”、“未有火化”、“未有麻丝”^③的茹毛饮血的原始蒙昧时代结束了。在文明社会曙光升起的同时，与社会进步相伴而来的痛苦也与日俱增，野蛮的部落战争笼罩着人类。地广人稀，部落间相安无事的宁静被抢夺土地、财富，甚至人口的战争所击碎，至今仍为国人引为自豪的黄帝、炎帝大约就是这种时势造就出来的英雄。传说，黄帝本来是一位十分仁厚，具有神性的部落统领，他的本性并不好战，而愿意致力于部落的经济生产建设，例如

教民建筑房屋,制作衣服。但是,四周围的部落却将黄帝的仁厚视为懦弱可欺,“交共谋之”。黄帝部落的“边城”日夜受到侵扰,敦厚的黄帝终于看清了时代发展的大趋势,他感叹人心不古:“君危于上,民安于下;主失于国,其臣再嫁。”^④残酷的竞争规律——弱肉强食不独存在于自然界,而且也适应于人类社会的进化。被激怒的黄帝接受了这一现实,于是奋起,大兴讨伐,一变而为当世人人敬畏,后世人人敬仰的战神。他伐炎帝、征蚩尤,声振四方。黄帝于周围的部落的战争,与原始社会的血亲复仇而产生的战争已有明显的不同,战争的目的是掠夺与征服。掠夺,当然是为了本部落的经济利益;征服,则是为了本部落对于其他部落具有宗主地位,带有明显的政治目的。为了取得和维持宗主地位,战争不得不旷日持久地进行。黄帝与炎帝“三战然后行其志”。^⑤此时的战争不仅持续的时间长,而且规模浩大,双方投入的兵力都十分可观。黄帝得到雕、鹰、鹗等氏族的拥戴,装扮成熊、黑、豹、虎的部落勇士,在各自氏族图腾的引导下,跟随黄帝,将炎帝部落击败。^⑥黄帝的赫赫战绩,终于使“诸侯咸来宾从”。^⑦“宾从”的诸侯当然对黄帝俯首称臣,这正是黄帝所追求的。像摩尔根所描述的:“易洛魁联盟曾征服过其他部落并使之处于臣属地位”一样,^⑧黄帝部落在征服了周围部落后,成为天下宗主。经过战争的催化,等级分明的宗主部落与臣属部落终于诞生了。于是作为部落兼并战争的产物——混合图腾“龙”便首先出现在距今五六千年前的中原墓葬中。1987年,河南濮阳考古发掘的报道详细描述了“华夏第一龙”的发现经过:“六千年前,中原地区已率先进入父系氏族社会”。“在已发掘清理的墓葬中,第45号大墓尤令人惊异”。“墓主人为一壮年男性,身高1.84米,埋于墓室中央,葬式为仰身直肢”。“墓主的两侧,却分别用蚌壳精心摆塑出一龙一虎,显示出墓主人生前凌驾于整个氏族之上的权威”。据专家考证:“濮阳史称帝丘,是我国远古时代炎黄部落聚居的地方,这次在此发现的六千年前男性墓葬及其殉人和陪葬的龙虎摆塑,从一定程度上体显和印证了我国

古代传说中这一地区的社会历史面貌”。“更令人惊异的是，第三组蚌壳摆塑的人骑龙项的画面，竟是后世史记所传：‘黄帝将亡，则黄龙坠’和‘黄帝骑龙’神化场面的写照”。^⑨也许正是自黄帝成为盟主的那一时刻起，聚集在龙图腾下的人们便开始以龙的传人自居。此后，黄帝的后裔——龙子龙孙们——如尧、舜、禹等分别与九黎、三苗等进行过类似黄炎般的战争。结果“龙”的势力日益壮大，越来越多的氏族、部落站到了龙的旗帜下。经过战争的洗礼，充满生机、强有力的中原文化在当时及以后的历史发展中，具有了不可争辩的正统地位。

“掠夺战争加强了最高军事首长以及下级军事首长的权力”。^⑩这种产生于兵戎之中的权力，就是“法”的温床。为取得战争的胜利，部落首领需要发号施令，加强个人的权威；部落中的战士需要服从，需要牺牲个人的利益以服从全局的利益。战争中的分工，改变了部落成员间的平等的关系，虽然部落首领与部落成员在根本利益上毫无分歧，但这种权威与服从，指挥与被指挥的关系，随着旷日持久的部落间战争而日趋稳定时，战时的号令便演变成平时的规范，而且这种规范是不可逾越的，因为战争早已将赏罚的大权交到了部落首领的手中。勇敢的部落战士，在无情地摧毁敌人的同时，却不知不觉第将“法”的枷锁套在了自己的身上。到了夏初，严酷的军法早已使人们忘却了血缘的亲情。《尚书》中记载了夏启征讨。扈氏的军令：《甘誓》。这是一条文献记载最早的军法，启告诫全军将士，必须听命于统帅，否则便是“不恭命”。恭命者，赏；不恭命者，诛及子孙。

军法对本部落成员的束缚已够严厉，而对敌对或被征服部落的成员则更是充满了血腥味。对敌对部落的征伐，本身便是一种极刑，故而《汉书·刑法志》言：“大刑用甲兵”。《尚书·舜典》记舜对掌刑官皋陶说：四方蛮夷侵我华夏，无恶不作，命你为士，用五刑去镇服他们。对被征服者的镇压亦十分残酷，《汉书·刑法志》言：“大刑用甲兵，其次用斧钺；中刑用刀锯，其次用钻凿；

薄刑用鞭扑”。征服者认为，这种残忍的手段用之于被征服者身上，可谓以毒攻毒，“报虐以威”。^⑪只有如此，才能迫使敌人改“邪”归“正”。在二里头文化的墓葬中，人们发现一些“骨架残缺不全，或首异处，或上肢与下肢分置两处，或数具骨架成重叠压身埋葬”的墓坑。^⑫这些人并非自然死亡，因为他们的骨架上至今留有斩割与捆绑的痕迹。这也许就是当时违法触刑者所得到的下场。当数千年前人类相互残害的场面重现于今人面前时，它给我们的启发早已远远超出对法的踪迹的探寻与思索，人类的每一次进步是否都要以如此的痛苦为代价？日益向自由王国迈进的人类社会是否可以摆脱伴随社会进步而来的阴影，寻找出更为文明的社会进步道路？这也许正是起源于血腥战争之中的法律所应承担的使命。

法，毕竟在部落战争的刀光剑影中诞生了。阶级社会中，这种起源于战争中的法演变为刑律，不但适用于本部落的战士，而且对整个国家所辖地区具有了普遍的效力。

二、法出于礼

发祥于部落战争中的法，仅仅是中国古代法律的一个组成部分，若要完整地论述法律的源头，在中国就不能不论及到“礼”。

部落时期的人们，一般都身兼两种宝贵的品质，即勇敢和善良。在战争中，他们个个都是勇士，不惜用最野蛮的手段残杀敌人，以维护本部落的利益。但对同一部落的成员，他们则亲如一家，部落中的每一个人都能在部落这个大家庭中尽情享受到人情的温暖。正像摩尔根评价易洛魁人一样：“如果说，他们的军事成就由于野蛮战争的暴行而失去光彩，那么，他们在彼此之间的关系却体现了人类某些最崇高的美德”。^⑬《礼记·礼运》篇托孔子之言，这样描绘了这一时期人与人之间的美好关系：“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，幼有所养，矜寡孤独皆有所养。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”。根植于血缘社会中的善意情感，造就了部落社会中的善良风俗，一旦有人违反这些风俗，便会受到善意的批评，严肃的教育，最严重的惩罚也不过是“象刑”。所谓象刑，传说是形成于尧、舜时的一种象征性的刑罚，若有人严重破坏了部落习俗，便强迫其穿上赭衣，以表示此人犯有杀头之罪；穿两只不同的鞋，表示此人犯有刖足之罪；用黑色布巾包头，表示此人犯有黥、劓之罪。^④穿着这些表示有罪的服装，在部落中难免有羞愧之感。使民知耻而不犯，正是象刑的目的。与真枪真刀的刑罚相比，象刑确实体现了部落成员的温情。然而，社会的习俗，无论其善意与否，总无法世代永不变，更何况部落时期的社会正发生着巨变，这一巨变的趋势是部落间的贫富分化日益悬殊。舜为普通部落成员时“饭糠如草也。及其为天子也，被珍衣，鼓琴，二女果”。^⑤普通成员与首领间的差别已达到如此地步。血缘亲情日益疏远，使部落成员间父子兄弟般的平等关系向君臣上下等级关系转化自不待言。社会发展的趋势与传统的人际关系相背离，风俗作为制约人们言行的社会规范已无法适应于现实而漏洞百出。在此状况下，移风移俗，建立新的规范以取代传统的习俗势在必行。礼，因时代的召唤，应运而生。

礼，最初也是部落风俗之一。它源于部落中的祭祀活动。人类伊始，对天地鬼神的相信，并不亚于今人对科学的信仰。世间万物，人的吉凶莫不受冥冥之中的神明的支配——这种观念对当时人来说决无一丝一毫的荒谬，部落的兴旺、繁衍完全系之于天地鬼神的庇护。因此，争取神明的欢喜与保佑是部落的头等大事。讨取神明欢喜的途径则是向神贡献出最好的、最珍贵的礼品，这就是祭祀。祭祀须有仪式与程序，这就是礼的产生源渊。《礼记·礼运》描述了礼的产生过程：最初的礼，是从饮食开始的。先民们将粟粒放在火中烧，将猎物放在火上烤。以地为器皿，挖个洞盛满酒浆，用蒯草扎成鼓槌，以地为鼓，载歌载舞，将最好的食品献给鬼神。^⑥祭祀中，