

# 张家山汉简 法律思想研究

曾加 著



商务印书馆

# 张家山汉简法律思想研究

曾加 著

商务印书馆

2008年·北京

图书在版编目(CIP)数据

张家山汉简法律思想研究/曾加著. —北京:商务印书馆,2008

ISBN 978 - 7 - 100 - 05685 - 4

I. 张… II. 曾… III. 汉律 - 研究 IV. D929.34  
中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 181221 号

所有权利保留。

未经许可,不得以任何方式使用。

ZHANGJIASHAN HANJIǎN FǎLǚ SĪXIǎNG YÁNJIŪ

张家山汉简法律思想研究

曾加 著

---

商 务 印 书 馆 出 版

(北京王府井大街36号 邮政编码 100710)

商 务 印 书 馆 发 行

北京瑞古冠中印刷厂印刷

ISBN 978 - 7 - 100 - 05685 - 4

---

2008年2月第1版

开本 850 × 1168 1/32

2008年2月北京第1次印刷

印张 6%

定价: 16.00 元

# 目 录

导 论 .....	1
一、关于法律思想的界定 .....	1
二、研究张简法律思想之必要 .....	4
三、研究方法与新观点 .....	15
第一章 张简中的君权法律思想 .....	25
一、以“繁法”维护统治 .....	25
二、以“严刑”体现权威 .....	45
第二章 张简《二年律令》中的诉讼程序法律 制度及其法律思想——以《具律》为主 .....	59
第三章 从《田律》看《二年律令》的农业、土地 管理的法律思想 .....	81
第四章 张简的家族法律思想 .....	90
一、对“父权”等的维护 .....	90
二、有关奴婢的法律思想 .....	116
三、《置后律》与其继承法律思想 .....	131

<b>第五章 《奏谳书》中的法律思想初探</b> .....	138
<b>第六章 张简法律思想的主要特点</b>	
<b>——与古罗马法律思想的比较</b> .....	157
一、“君权至上”的法律思想基础 .....	158
二、以“繁法严刑”维护皇权统治	
<b>——从法律的定义和分类角度分析</b> .....	161
三、对“父权”的维护 .....	165
四、不承认奴婢的人格权 .....	169
<b>第七章 其他汉简与张简法律思想之比较</b> .....	173
一、敦煌悬泉汉简中律文的法律思想与	
张简法律思想的比较 .....	173
二、《居延汉简》中的法律思想与张简法律	
思想的比较 .....	186
三、《王杖十简》、《王杖诏书令》的法律思想	
与张简中法律思想的比较 .....	197
<b>结 语</b> .....	210
<b>主要参考文献</b> .....	212

# 导 论

## 一、关于法律思想的界定

何谓法律思想？不同学者对其看法不一。

张国华认为：“法律思想有别于法律和法制。……也不等于法理学或法律哲学。……除法理学外，法律思想还可以包括法律的某一部门、某一方面或某一些具体问题带全局性的基本观点或主张。”<sup>①</sup>武树臣在其“法律文化述要”一文中说：“法律思想是人们关于法律的意见和评价。它由核心部分和外围部分组成。核心部分是法理学，这是从宏观角度将法律作为一种特殊的社会现象而进行的一种理论评述，它要解决法律的一般理论问题；外围部分是法律意识，这是人们从微观角度对具体法律活动的一种评判。它要解决法律的具体实践问题。”<sup>②</sup>崔

---

① 张国华：《中国法律思想史新编》，北京大学出版社1998年版，第2页。

② 武树臣：《武树臣法学文集》，中国政法大学出版社2003年版，第272页。

永东则认为：“法律思想是对法律现象的一种系统化、理性化的认识（法律制度往往受到法律思想的影响），……法律思想与法律制度有密切的关系，一般来说，前者对后者起指导作用甚至可以说后者是前者的外化。法律制度是法律文化的表层结构，法律思想是法律文化的深层结构。”<sup>①</sup>

关于法律思想，笔者认为，它是人们对法律基本原理的观念和认识。这种对法律的观念和认识是一种系统化、理论化的认识。法律思想包含的范围比较广泛，人们在法律实践中的立法思想、执法思想、守法思想均应包括在其中，法律规范中所体现的法律原则、法律观念等也属于其范畴。不同时期的法律思想，反映的人们对法律的基本原理的观念和认识会因为政治、经济等条件的变化而有所差异，也会反映出当时不同集团和阶层所要维护或反对的法律与社会秩序。

为什么说法律思想是关于法律基本原理的观念和认识，而且是一种系统化、理论化的认识呢？首先，法律思想是人们对法律的普遍观念及认识，它不同于法律和法制。“法律和法制，只有掌握国家政权的统治者才能创制，尽管他们也要受包括被统治阶级在内的其他阶级的

---

<sup>①</sup> 崔永东：《简帛文献与古代法文化》，湖北教育出版社2003年版，第3页。

制约和影响,并以‘国家意志’的代表形式自居。而法律思想不限于统治阶级,被统治阶级也可以有自己的法律思想,但不占统治地位。”<sup>①</sup>其次,法律思想虽然是关于法律基本原理的观念和认识,但又不等同于法理学或法哲学。“所谓‘法理’据清末大法学家沈家本的说法,一般指‘法律之原理’或法律的基础原理。它是法律思想的核心,但非全部。除法理学外,法律思想还可以包括法律的某一部門、某一方面或某些具体问题带全局性的基本观点或主张。”<sup>②</sup>第三,法律思想产生于一定的政治、经济和历史等条件之下,同时与政治思想、经济思想、哲学以及道德观念等有不同程度的联系。第四,法律思想的研究是和法律制度本身联系在一起的,法律制度一般都受到法律思想的支配和影响,统治者的法律思想对法律制度起指导作用。

法律思想,不仅是法学的研究对象,也是思想史的研究对象之一。从法律制度的研究和探索中提炼其中的法律思想,再现法律中所体现的法律思想的内容,是最基本、最可靠的方法。本书试图从研究张家山汉简的相关内容出发,对其法律思想作一概括论述。

---

① 张国华:《中国法律思想史》,北京大学出版社1998年版,第2页。

② 同上。



## 二、研究张简法律思想之必要

### 1. 张简概述

1983年12月至1984年初,湖北省江陵县张家山二四七号墓出土了一批竹简,共计一千二百三十六枚,内容有历谱、《二年律令》、《奏谏书》、《脉书》、《算数书》、《盖庐》、《引书》以及遣册。<sup>①</sup>学术界以出土地命名为张家山汉简(本书简称张简)。其中的《二年律令》和《奏谏书》对研究中国古代法制史和法律思想有非常重要的价值。2001年11月文物出版社出版的《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》一书中,整理小组说明:“《二年律令》共有竹简五百二十六枚,简长三十一厘米。简文含二十七种律和一种令,律令之名均与律、令正文分开另简抄写。《二年律令》是全部律令的总称。简文中有优待吕宣王及其亲属的法律条文。吕宣王是吕后于吕后元年(公元前187年)赠与其父的谥号,与《二年律令》共存的历谱所记最后年号是吕后二年(公元前186年),故推断《二年律令》是吕后二年施行的法律。简文包含了汉律的主要部

<sup>①</sup> 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社2001年版。

分。”<sup>①</sup>“《奏讞书》共有竹简二百二十八枚，筒长二十八点六至三十点一厘米，书题写于末简背面。讞是议罪，《奏讞书》是议罪案例的汇编，包含春秋至西汉时期的 22 个案例。大体上是年代较早的案例排在全书的后部，较晚的案例则排在前部。不少案例是完整的司法文书，是当时的司法诉讼程序和文书格式的具体记录。”<sup>②</sup>

## 2. 张简的历史背景

### (1) 政治、经济背景

张简为吕后二年(公元前 186 年)施行的法律,时值西汉初年。此时,秦已灭亡,统一的封建国家汉已经建立。实际上,早在汉高祖刘邦称帝之初,整个社会就处在动荡不安、人口锐减、经济十分萧条的状态。《史记·高祖功臣侯者年表第六》载:“天下初定,故大城名都散亡,户口可得而数者十二三”<sup>③</sup>;《汉书·食货志》也描述:“民亡盖臧,自天子不能具醇駟,而将相或乘牛车。”<sup>④</sup>为了巩固和发展这个新建立的封建国家,使其不至于重蹈秦亡的覆辙,从汉高祖开始就实行了一系列“休养生息”的政策:“①‘兵皆罢归家’,‘以有功劳行田宅’”(《汉书·高

① 《张家山汉墓竹简(二四七号墓)》,文物出版社 2001 年版,第 133 页。

② 同上书,第 213 页。

③ 司马迁:《史记》卷十八,《高祖功臣诸侯年表序》,中华书局 1959 年版,第 877 页。

④ 班固:《汉书》卷二十四上,《食货志》,中华书局 1962 年版,第 1127 页。

帝纪》)。一般从军归农者免除一定年限徭役,少数得到高级爵位和食邑。②号召流亡人口各归本土,恢复其故爵、田宅。③减轻租、赋、徭役。高祖时规定十五税一,景帝时减为三十税一。……④因饥饿自卖为奴婢的人,一律免为庶人。⑤‘开关梁,弛山泽之禁’(《史记·货殖列传》),发展贸易促进物资交流。‘休养生息’的政策适应了缓和社会矛盾、恢复发展经济的需要,是与秦代政治不同的。”<sup>①</sup>

汉代承袭了秦代的皇帝制度,皇帝是一个国家的最高统治者,拥有至高无上的权力和地位,即所谓“天下之事无大小皆决于上”。皇帝掌控着立法、司法、行政、监察、军事、经济等各种权力。

汉初的政府有中央政府与地方政府,中央政府的组织形式基本承袭秦代,即在皇帝之下设“三公九卿”。三公指丞相、太尉、御史大夫。九卿有奉常、太仆、廷尉等。三公九卿处理朝廷的日常事务,大事汇总于丞相,最终由皇帝裁决。“但在汉初,因前有异姓诸侯王后有同姓诸王之割据,中央政府的权力,并不甚大。”<sup>②</sup>在中央政府之下,还有各级地方政府,其形式也沿袭秦制,采用郡县制

① 张岂之:《中国思想史》,西北大学出版社2003年版,第131页。

② 翦伯赞:《秦汉史》,北京大学出版社1983年版,第281页。

度,县以下设乡。《汉书·百官公卿表》称:“乡有三老、有秩、嗇夫、游徼。三老掌教化,嗇夫职听讼,收赋税,游徼循禁贼盗。”<sup>①</sup>中央政府与地方各级政府组成层叠式的政治机构,对整个社会和国家进行全面的统治。

皇帝、中央政府、地方政府三部分形成了一套完整的集权型的统治,皇帝是集权的核心,他通过对中央和地方政府的控制,最终达到对整个国家政治、经济等各方面的控制。

## (2) 法律背景

在法律方面,汉初与秦代推行的政策应当说是基本相同的。虽然《史记·高祖本纪》载:刘邦初入咸阳时,与民“约法三章”:“杀人者死,伤人及盗抵罪。余悉除去秦法”<sup>②</sup>,“但他很快发现,治理一个大帝国,没有严密的法律是不行的”,<sup>③</sup>即所谓“三章之法不足以御奸”<sup>④</sup>,于是令萧何在秦律的基础上“作律九章”以弥补法律的不足。汉初九章律的具体内容难以考证,对它的认识仅限于史料的零星记载。《晋书·刑法志》载:“汉承秦制,萧何定律,除参夷连坐之罪,增部主见知之条,益事律兴、廐、户

---

① 班固:《汉书》卷十九上,《百官公卿表》,中华书局1962年版,第742页。

② 司马迁:《史记》卷八,《高祖本纪》,中华书局1959年版,第362页。

③ 张岂之:《中国思想史》,西北大学出版社1989年版,第131页。

④ 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1096页。

三篇,合为九篇。”<sup>①</sup>《唐律疏议》载:“周衰刑重,战国异制,魏文侯师于里悝,集诸国刑典,造《法经》六篇。一盗法,二贼法,三囚法,四捕法,五杂法,六具法。商鞅传授,改法为律。汉相萧何,更加悝所造户兴厩三篇,谓九章之律。”<sup>②</sup>

除了律之外,汉初的法律形式还有“令”、“科”、“比”。“令”,《汉书·宣帝纪》:“文颖曰,天子诏所增损不在律上者为令。”<sup>③</sup>科,《释名》:“科,课也,课其不如法者罪责之也。”(《释名》)“比”,《礼记·王制》:“已行故事曰比。”《汉书·刑法志》引高祖七年诏:“廷尉所不能决,谨具为奏,傅所当比律令以闻。”<sup>④</sup>汉初的统治者通过案件的审理机关,运用这四种法律形式处理案件。

关于案件的审理机关,在中央是以廷尉为中心的审判机构,廷尉是主管全国审判活动的官员,在郡县以下的地方,地方行政长官审理当地的案件,地方官衙兼为审判机构。皇帝是最高的审判官,掌握着最高审判权,有时直接审理并复核一些重大案件。<sup>⑤</sup>关于汉初案件的审级,见《汉书·刑法志》载汉高祖七年(公元前200年)的诏

① 房玄龄:《晋书》卷三十,《刑法志》,中华书局1974年版,第922页。

② 长孙无忌:《唐律疏议》,中华书局1983年版,第2页。

③ 班固:《汉书》卷八,《宣帝纪》,中华书局1962年版,第253页。

④ 班固:《汉书》卷二十三,《刑法志》,中华书局1962年版,第1106页。

⑤ 程维荣:《中国审判制度史》,上海教育出版社2001年版,第32—35页。

令：“自今以来，县道官狱疑者，各谳所属二千石官，二千石官以其罪名当报。所不能决者，皆移廷尉，廷尉亦当报之。”<sup>①</sup>“据此，汉代以县、郡、廷尉和皇帝四个审级。从理论上说，汉代实行四级四审制，可以一直上诉到皇帝。”<sup>②</sup>

### 3. 张简法律思想的研究情况

由于张简中的《二年律令》和《奏谳书》涉及两汉初期的律令和司法诉讼，使亡佚的汉律的内容得以重现。有关张简法律制度的研究近年来出现了热潮。相比之下，关于张简法律思想的研究却少得多，没有出现像研究《二年律令》及《奏谳书》中涉及的法律制度那样有大量的著述和论文出现。

比如，对张简法律制度的研究，李学勤、高敏、李均明、徐世虹和崔永东等学者都发表过论文和专著。详细研究情况沈颂金在其《二十世纪简帛学研究》中的“张家山汉墓简牍研究述评”一文里进行了综述。<sup>③</sup>

令人遗憾的是，对张简法律思想的研究基本上没有展开。我国目前虽然有一些通史性的中国思想史方面的著作涉及汉代法律思想的内容，如杨鸿烈著《中国法律思想史》（商务印书馆），张国华、饶鑫贤主编的《中国法

① 班固：《汉书》卷二十三，《刑法志》，中华书局1962年版，第1106页。

② 程维荣：《中国审判制度史》，上海教育出版社2001年版，第35页。

③ 沈颂金：《二十世纪简帛学研究》，学苑出版社2003年版，第616页。

律思想史纲》上、下册(甘肃人民出版社),张国华著《中国法律思想史新编》(北京大学出版社),杨鹤皋著《中国古代法律思想论集》(中国政法大学出版社),崔永东主编的《中国法律思想史》,范忠信著《中国法律传统的基本精神》(山东大学出版社)等,但是,除了崔永东主编的教材《中国法律思想史》中有一小节涉及张简法律思想的内容外,其他通史性的思想史著作均无论述。

就目前对张简法律思想的实际研究状况看,只有中国政法大学的崔永东对这方面一直比较关注,在其所著的《简帛文献与古代法文化》<sup>①</sup>以及《中国法律思想史》<sup>②</sup>中,对张简的法律思想有一些论述,另外,他还发表了“张家山汉简中的法律思想”<sup>③</sup>一文,专门对张简中的“法律的儒家化”和官吏惩治问题进行了探讨。在我国港、台地区及日本,对张简的法律思想研究也没有展开,相关的论文和著作非常少见。

在崔永东主编的教材《中国法律思想史》中,用了一小节篇幅,从“张家山汉简中反映的儒家维护伦理价值的法律”、“张家山汉简中反映的法家严于治吏与严刑重罚的法律思想”以及“汉简《二年律令》对传统法律原则

---

① 崔永东:《简帛文献与古代法文化》,湖北教育出版社2003年版。

② 崔永东:《中国法律思想史》,北京大学出版社2004年版。

③ 详见《法学研究》,2003年第5期。

的继承”三个方面,对张简的法律思想进行了简单论述。在其《简帛文献与古代法文化》一书第一章的第五个问题中,论述了“张家山汉简中的法律制度与法律思想”,主要对《二年律令》中的《贼律》、《盗律》的法律制度和法律思想进行了概括论述,同时对《盖庐》中的法律思想作了研究,并涉及《奏谏书》等内容。另外,崔永东还专门撰有“张家山汉简中的法律思想”一文,但也只是从“儒家维护伦理价值的法律思想”和“法家严于治吏与严刑重罚的法律思想”两方面论述张简的法律思想,内容与其《中国法律思想史》中专门论述张简的法律思想的一小节内容基本相同。除了崔永东专门论述过张简的部分法律思想外,国内外有关张简法律思想的论述几不甚见。上述崔永东对张简中部分法律思想的研究,主要集中在以下三个方面:第一,儒家维护伦理价值的法律思想。体现在对孝的伦理价值,对尊老爱幼的道德,对家庭伦理如“亲属相隐”、父权维护等。第二,法家严于治吏与严刑重罚的法律思想。在治吏方面,集中反映“明主治吏不治民”思想,如对司法腐败的矫治,对官吏选任中腐败行为的惩治等;在重刑主义思想方面,反映为多种多样的酷刑、广泛的连坐等。第三,结合个别唐律条款,通过对《二年律令》中的《贼律》和《盗律》中一些法律制度的分析,认为其中反映了儒家的惩治不孝、维护父权等家



庭伦理维护的思想等。

崔永东研究张简中一些法律思想时的特点之一,就是将法律制度与法律思想结合起来并试图探究它们之间的联系,而且崔永东称:“学界自觉用此方法研究出土文献者尚属少见。”<sup>①</sup>

另一方面,崔永东是从儒家思想和法家思想在张简中是否有所体现来分析和探讨简文中的法律规定。实际上,张家山汉简中的《二年律令》和《奏谏书》包含有丰富的法律思想,涉及刑事、行政、经济、婚姻、家庭以及诉讼程序等各个方面,这些法律思想是否能够全部归入法家或儒家思想是应当考虑的问题。如同分析法律是否有阶级性的问题一样,我们不一定非要把法律或法律思想归入某一个范畴,似乎只有这样才符合当时的社会条件和发展轨迹。其次,崔永东在分析张简中的法律思想时,实际上除了对《贼律》和《盗律》中的一些罪名有过相对系统的分析外,很少对其他的律或令单独进行过综合、深入的分析,因此也难以对张简的法律思想进行系统总结和全面分析,在论述中,常取一些律令中的个别简文的内容就归纳出张简是儒家或法家的思想的体现。再者,他对张简的法律思想进行分析研究时,很少对比与张简有强

<sup>①</sup> 崔永东:《简帛文献与古代法文化》,湖北教育出版社2003年版。