

元代法文化研究

■ 吴海航 著

YUANDAI FAWENHUA YANJIU 北京师范大学出版社



3-1
10585

元代法文化研究

北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

元代法文化研究/吴海航著. —北京:北京师范大学出版社, 2000. 5
ISBN 7-303-05017-5

I. 元… I. 吴… II. 元律-研究-中国
IV. D929. 47

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2000)第 21502 号

北京市社会科学理论著作出版基金资助

北京师范大学出版社出版发行

(北京新街口外大街 19 号 邮政编码:100875)

出版人:常汝吉

北京师范大学印刷厂印刷 全国新华书店经销

开本:850mm×1168mm 1/32 印张:10.75 字数:269千字

2000年5月第1版 2000年5月第1次印刷

印数:1~3000 定价:16.00元

前 言

在中国古代统一王朝的法律现象当中，元代可以说是最有特色的一个，无论就其法的思想观念、法的渊源（形式）、法规的制定、法典的编纂、法的适用与裁判、法律文书的表达以及司法机构的设置，等等，都有本朝独具特色之处。对于这些与传统中原王朝法律迥然相异的内容的研究，历来为我国法律史学界所关注，但是，一直未能给予足够的重视，以至于元代法律问题研究，在法律史学界长期被公认为处于薄弱环节，甚至迄今仍未见有关对元代法律问题全面系统研究的学

术专著。针对这样一种现状，法律史学工作者应责无旁贷地承担起这一研究课题，这无疑是一件既有学术意义又有现实意义的事情。笔者乞望通过自己的研究，能为中国法学宝库再增添一枚石子。

长期以来，学界曾有一种看法，认为中国古代封建大一统王朝当中，元朝终一代而无系统完整之法典，此种论调似乎已成不易之说。究其来源，大概始自明初人对元朝法律状况的评价：“洪武十八年……，元氏以戎狄入主中国，大抵多用夷法，典章疏阔，……”^①认为元朝法律与《唐律》并无继承关系。法律史家杨鸿烈先生在分析元朝法律时，注意到法典的形式与内容之间的关系：“元代以蒙古族灭金、灭宋，统一中国，震撼欧亚，它的司法因种族的差异和宗教的不同，所以虽模仿前此各代编纂法典的一般形式，而在内容上却大部分都是当时的现行律，……元代确是为一事立一法，并不像《宋刑统》一字不改动地抄袭在宋代并不完全施行的《唐律》。”^②这段话道出了元朝法律之特殊性及时代性，但也并非全如事实；陈顾远先生在比较了北魏、辽、金、元、清各朝法律制度之后，对元朝法律之特点评价道：“惟蒙古入主中华，夷夏之辨甚严，分阶级而为四，待遇各有差等，法之适用亦失平

① 明太祖实录·卷176。江苏：江苏国学图书馆传钞本

② 杨鸿烈·中国法律发达史·下册。上海：上海书店出版，1990。681

等。”^①又指出了元朝法律的民族性与复杂性,但似乎也过分强调了元朝法律的民族性。

学界对元朝法律的评价多存在着夸大消极面的倾向,甚至有失之偏颇的简单见解。如忽视元朝也有影响较大的法思想家,^②消极地看待元朝法的渊源之一——蒙古法积极意义的一面,片面强调元朝在立法方面有悖于中国的传统习惯,过低地评价元朝在法典编纂方面作出的历史性贡献,过分注意元朝司法实践中个别的残酷与野蛮。这些无疑都是基于传统法文化观的偏见,与史实并不完全吻合。^③

在比较的基础上,正确全面地认识元朝的法律现象,对其给予一个适当中肯的评价尤为重要。这也是法律史学界亟待要做的工作。

元朝法律具有诸多特性,其中,有些是具有创造性内容的,我们应深刻挖掘其积极意义,探讨其学术价值及实用价值。在确定了上述诸研究方向之后,从法文化的角度检视元朝法律现象,不仅不应忽视其表现在实体规范、程序规范方面的诸多内容,相反,还应以其作为切入点,探讨这些表象背后的文化动因,解释其存在的合理性与必

① 陈顾远. 中国法制史. 上海: 商务印书馆 1934 年版, 北京: 中国书店影印, 1988. 65

② 杨鸿烈. 中国法律发达史. 下册. 上海: 上海书店出版, 1990. 742

③ 张晋藩, 张希坡, 曾宪义. 中国法制史. 第 1 卷. 北京: 中国人民大学出版社, 1981. 334~335

然性，避免以偏概全，以点代面，尽量做到能较为全面地认识元代法律的总体特征。

从法文化角度全面审视元代法律，无论在学界还是作者本人都是初次尝试，故内心难免惴惴。元代问题历来难缠，这恐怕也是造成元代法律史研究始终处于薄弱环节的重要原因之一。主要法律史料的阙如以及损毁导致研究过程中常常陷入步履维艰、裹足不前的困境；元代文献资料的粗疏以及语言习惯的特殊性也是业内同行所共知的，研究当中对容易产生歧义的文獻稍有不慎或妄自揣测，便会留下“一言既出”之恨；“法文化”研究又具有相当庞杂的内涵，不像分门别类的部门法研究那样，可以暂时忽略其他领域，只管同一法的部门的系统挖掘。法文化研究在理论上将涉及到哲学、法理学等关乎认识论的范畴，并在此基础上形成什么样的法意识、法观念及法思想。还必须关注在何种法思想支配下所形成的法的渊源（形式），还要从社会学、法人类学的角度考察研究对象最真实的生存（生活）方式。没有这些研究作铺垫，便无法构成完整认识一个社会的法文化链条，无法理解该社会所形成的一系列习惯、规则或规范，甚至将那个民族、那个社会以及在那个时代的正常的法律活动看成一种怪诞现象。另外，研究元代法文化，对“元代”的界定显然不仅不应局限在历史上的元朝，还要上溯到它的前身大蒙古国时期，因为广义的元代当指大蒙古国与元朝的合称，始自1206年大蒙古国建立直至1368年元王朝退

出历史舞台；狭义的元代史则以1260年忽必烈元帝国的出现为起点。元代法文化现象绝不是在元王朝1260年建立之后突然出现的，而是与在它之前的大蒙古国时期的蒙古法文化有着渊源的关系，故本书采用广义的元代史划分方法，以便对整个元代法文化的产生、存在及发展作比较系统的挖掘和研究，得出规律性的认识。我在书中分别使用“元代”与“元朝”两个词汇，就是根据这样的思路在非同位概念上使用的。大蒙古国与元朝在文化传承关系上是一脉相通的，法文化的发展与变异也同样，蒙古法当中有生命力的内容自然延续到元朝继续发生效力，在元朝法律内容当中，无论有多少来自中原传统法律规范，都不可能彻底排斥蒙古法对它的渗透，不可能表现为纯粹的“汉法”倾向，这就需要通过元代法文化内涵的确切把握，才能说明其中的关系。因此，元代法文化的研究范围甚至也不能仅仅局限在大蒙古国及元朝时期，还要对中国传统法文化有较深的了解。尽管元朝法律固有自己的鲜明的特色，但与传统中原王朝法律的继承关系依然很明显，研究过程中常常需要对唐、宋、金法律制度进行回顾，比较法文化的发展趋势。

由于笔者受学识水平的限制，在研究元代法文化时一定有发掘欠深、讨论不周、文字不工之处，如蒙读者赐教，实为幸事。



吴海航

蒙古族，1958年出生

于辽宁阜新。下过乡，参过军，当过工人、教师。1985年毕业于辽宁阜新高等专科学校。1995年毕业于北京大学历史系，获历史学硕士学位。1998年毕业于北京大学法律系，获法学博士学位。1996年-1997年曾留学日本新潟大学大学院法学研究科，现为北京师范大学哲学系法学专业讲师。主要研究领域为中、外法制史，法律思想史。已发表论文若干篇。

目 录

前言·····	(1)
第一章 绪论·····	(1)
第一节 围绕法的“文化” 范畴的争论·····	(1)
第二节 “法律文化”与 “法文化”·····	(4)
第三节 中国传统法文化 与元代法文化·····	(7)
第四节 元代法律问题研 究概况·····	(11)
第二章 元代法文化溯源···	(17)
第一节 蒙古法文化的生 长环境·····	(18)
第二节 蒙古法文化的 哲学基础·····	(23)
第三节 蒙古习惯法—— “约孙”·····	(40)

第四节	“约孙”探源	(43)
第三章	蒙古成文法——《大札撒》	(56)
第一节	蒙古人最早的法典——成吉思汗《大札撒》	(57)
第二节	《大札撒》史料印证（上）	(67)
第三节	《大札撒》史料印证（下）	(79)
第四节	《大札撒》法文化特征及其补充形式	(94)
第五节	蒙古法的审判程序	(104)
第四章	两种法文化观的冲突与协调	(109)
第一节	草原中心主义法文化观	(112)
第二节	中原传统法文化初步传播蒙古	(118)
第三节	法文化转型过程中的价值选择（上）	(136)
第四节	法文化转型过程中的价值选择（下）	(159)
第五章	二元法文化模式的初步形成	(174)
第一节	禁行金《泰和律》	(175)
第二节	蒙古习惯法流行汉地——汉人“收继婚”现象	(186)
第三节	汉法、蒙古法并行不悖	(208)
第四节	糅合适用蒙汉刑罚制度	(223)
第六章	二元法文化形态的成熟	(241)
第一节	《大元通制》——元朝的成文法典	(242)
第二节	《元典章》——元朝的法规、判例汇编	(255)
第三节	元朝法律规范及其形式的二元性	(277)

第七章 二元法文化的多样性	(284)
第一节 法律机构的二元设置.....	(284)
第二节 法律技术的二元表现.....	(292)
第三节 实用性法文化精神.....	(302)
第四节 官箴与民间法律意识表达.....	(310)
 第八章 结论	 (320)
 主要征引史籍	 (326)
 主要参考论著	 (328)
 后 记	 (331)

第一章 绪 论

第一节 围绕法的“文化” 范畴的争论

我们在现代意义上常常使用的“文化”概念，其实还是个舶来品，西方人早已为其界定了概念范畴。英国人爱德华·泰勒在 1871 年就曾这样定义文化的概念：“文化或者文明，就其广泛的民族学意义而言，乃是这样一个复杂整体：它包括知识、信仰、艺术、道德、法律、风俗以及所有其他作为社会一员的人习得的能力和习惯。”^① 广义的文化，其范畴之大可以说无所不包，它必须囊括这一属概念之下的所有种

^① 梁治平. 法律的文化解释. 北京：三联书店，1994. 6

概念,那些由它衍生出来的自行构成逻辑体系的其他范畴,无论多么旗帜鲜明地独立于其他范畴之外而存在,标志着仅属于自己的确定性,以示其与同侪之间的质的区别,但都无法摆脱其原生文化所赋予给它们的某种特质,无法根本逾越源于同一文化背景的自我或其他。所有这些特质的集合都是以“文化”作为链条贯穿其中,在其运行的轨迹上一定烙有同一文化的印记,在每个相异的范畴之内也都必然洋溢着相同的文化色彩,每个处于下位的概念相对于其共同的上位概念,必然都能找到一条通向共同点的途径。即如“法”与“文化”之间,一定存在着一个媒介二者的介质,借以说明双方互为依存的根据。这种关系不是一种简单的拼接,而是双方的相互包容、相互阐释,类似于种属之间的概念或范畴。由于存在着这种必然性而非可能性,我们才能在“法”与“文化”之间寻找到某种连结点,建立起“法文化”的概念,并对其进行解释和研究。

法的文化范畴历来难以确定,也是存在争议最多的问题之一。国外学者最早关注这一点是在20世纪60年代初的前苏联^①。60年代后期,美国学者涉足该领域,据说是受美国50年代“政治文化”概念的引导,^②提出的“法律文化”一词。他们在对法律文化的定义中各有自己的看法。前苏联学者有的倾向于将法律文化分为四个方面,即社会中法律意识的状况、法制的状况、立法状况、司法状况;而有的美国学者则倾向于“人们对法律、法律机构和法律判决的制作者,诸如律师、法官和警察等人的知识、价值观

① 范恩深. 苏联的法律文化观点. 中外法学, 1989, 2: 52~57

② Finder S. 美国的法律文化观点. 中外法学. 1989, 1: 63~64

念、态度和信仰。”^①显然，前者的定义包括法律思想、规范、制度和实践在内，而后者只强调对法律的认识，即观念上的东西。与此相应，日本法学界对法律文化的研究也并不逊色，七八十年代已有学者对法律文化进行系统研究，^②与美国相类似，日本法律文化研究以法律意识为核心，注重人们的感受、态度、希望和看法等。^③

中国法学界对法律文化的研究热潮掀起于80年代，学者们对同一题目发表各自的见解，见仁见智，异彩纷呈。最有代表性的是将法律文化划分成四个方面，即法律思想、法律规范、法律设施、法律艺术；^④也有学者论述道：“谈论法律文化，首先是把法律作为一种文化现象来把握。”^⑤更有学者运用分层切片的手法，把法律文化看成一个纵横交错的三维立体网状结构模式；^⑥有学者肯定“法律就是一种文化，是文化的一种特殊表现形式”，“是受总文化影响的一种亚文化。”^⑦中国学者的这些研究著述，尽管其说不一，但大大推动了研究进程，为法的文化含义作出了必要的

① 温伯格 L S, 温伯格 J W. 论美国的法律文化, 法学译丛. 1985, 1: 1~3

② [日]千叶正士. 法律多元——从日本法律文化迈向一般理论. 强世劭, 王宇洁, 范愉等译. 北京: 中国政法大学出版社, 1997. 15~19

③ 何勤华. 日本法律文化研究的历史与现状. 中外法学. 1989, 6: 53~56

④ 武树臣. 中国法律文化探索. 法学论文集. 北京: 光明日报出版社, 1987, 12

⑤ 梁治平. 中国法的过去、现在与未来: 一个文化的检讨. 比较法研究, 1987, 2

⑥ 蒋迅. 中国法律文化的现代化. 法学. 1987, 7

⑦ 刘作翔. 论法律文化. 法学研究, 1988. 1

理论解释。

第二节 “法律文化”与“法文化”

我国法学界对“法律文化”的研究虽然已取得许多令人可喜的学术成果，但基本理论的研究仍然歧义多见、莫衷一是。研究视角的多层次性为传统学科领域的研究注入了新鲜活力，给显得陈旧的研究手段提供了一种新的方法论指导。然而，“法律文化”这一概念的表述及其运用过程有其先天不足之处，即它是基于狭义上的亚文化观提出来的，它只针对官方正式颁布的法律文件以及社会上处于统治地位的法律思想、司法设施而言，而不能涵盖在这些之外的强制性规则、规范或原则等，也不能关注其背后的普通民众的思想认识领域，更不会将注意力投向非官方的、民间的有约束力的习惯或规定，缺乏对社会深层文化因素的探索。解决这一缺憾的途径，即不要局限在“法律文化”概念所预先框定的范围，准确地说，可以选择一个最佳的概念来置换它，这个概念既可以包含“法律文化”在内，又可以较之内涵更加宽泛。解决上述法律文化研究方法所不能解决的问题，那就是必须引用“法文化”的概念。

任何社会在管理过程中表现为法的现象，归根结底都属于该社会的文化现象之一。一个民族、一个国家、一个社会的法文化，一定是在那个民族、那个国家、那个社会固有的文化土壤中生成并成长起来的，受到该社会平均文化水准的思维方式及其行为模式的局限。同时，这种思维方式或行为模式在形成之中又不断地丰富、累积并固化于该民族、国家和社会的法文化之中，使之得到强化并形成独特的文化存在方式。历史上，东西方法文化差异之大是人所共知的，这种差异不仅仅表现在法的形式、法的规范

的不同，也不单单是诉讼制度和辩护制度的不同，而主要在于社会各阶层对法的认识态度、认知心理所形成的根深蒂固的文化差别。人们对法的情感的把握存在着迥然相异的感觉，对法的利用以及操作方式受习惯性心理的影响，甚或积极地与国王抗争、主张权利；或视帝王家为法的化身，放弃权利、任其宰割。法文化模式一旦形成便极具稳定性，常常是实质性的法的规范或受外来法文化的影响可以发生内容上的变化，但在固有的法文化中占据首要位置的法观念却不容易发生变化，要经过相当长的痛苦的转型期。而如果单纯看法律文化的转化，则较法文化容易得多。按照上述我国学者对法律文化界域概括最全面的，即从四个方面考察法律文化——法律思想、法律规范、法律设施、法律艺术，其中，最活跃的当属法律思想一项，因为，法律思想是一些站在历史潮头的先进人物才会有，是经过时代的锤炼而形成的。一个时代的“弄潮儿”总是一些思维敏捷、眼界开阔、头脑清楚的思想家，他们的思想言论可以代表甚至超越一个时代，但未必就一定表达了普通民众的意愿，这看起来似乎很矛盾，但历史发展的逻辑就是这样规定好了的。那些最普通的广大民众或称芸芸众生，他们并不总是关心一种思想或一种文化已经发展到怎样的一个历史阶段，他们不得不经常在实践中自己早已习惯和适应了法的传统，即法文化的自然制约状态，这常常令试图变革的法律思想家们无可奈何。而法文化范畴内的法思想、法观念，或称法意识、法觉悟也罢，则可以包含很多个层次，它不仅是由代表统治阶层意图的那些思想家来表述，更主要的是那些无法以自己的意识或感受影响历史变革进程的绝大多数人，他们对法律的直接接触可能导致他们产生某种法的意识或觉悟，由于其处于分散、零乱的特点，便无法上升为思想体系，因此，这些内容不可能进入所谓的法律思想研究层次。但毋庸置疑，那是一个社会的绝对主体，是