

●
张晋藩／著

中国法律的传统 与近代转型

法律出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国法律的传统与近代转型/张晋藩著. —北京:
法律出版社, 1997.2

(当代中国法学文库)

ISBN 7-5036-2072-2

I. 中… II. 张… III. 法制史-中国-近代 IV. D929.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (96) 第 24621 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/北京宏伟胶印厂印刷

排版/泰能照排中心

开本/850×1168 毫米 1/32 印张/15.25 字数/350 千

版本/1997 年 4 月第 1 版 1997 年 4 月第 1 次印刷

印数/0,001—5,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

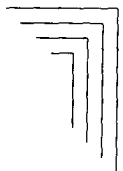
电话/63266781 63266796

出版声明/版权所有, 侵权必究。

书号: ISBN 7-5036-2072-2/D·1704

定价: 22.00 元

(如有缺页或倒装, 本社负责退换)



前言

中国是世界著名的法制文明古国，法律的历史可以上溯到公元前三千年左右，而且辗转相承，绵延不断，形成了悠久的、特色鲜明的法律传统，傲然自立于世界法律历史之林。它遗留下的丰富资料和提供的宝贵经验，都显示了中华民族对世界法文化宝库的巨大贡献，因而受到国内外法史学界的重视。

中国古代法律在漫长的发展过程中，既有内在的连续性，又有因时因事而异的可变性或转化性，这二者并不是矛盾的。相反，没有可变性的法律传统是僵死的，不可能形成不同历史阶段的特殊风貌。

在一个统一的多民族的、政治经济文化发展不平衡的古老中国，各地区、各民族都对建设中华民族的法律传统作出了自己的贡献。这中间既有冲突又互相融合，成为一幅异彩纷呈的画卷。这种法律传统上的多样化，也来之于文化上的多源头，儒、墨、

道、法各家学说，都尽其可能地支配着、影响着中国古代法律的发展与法律传统的形成。但在多样性中又有着基本的倾向，那就是儒家思想的主导地位，这种基本倾向是由中国深厚的道德理想主义的文化土壤所决定的。

由于中国古代法律传统的内涵极为宽广，而又跨越五千年的时空，因此需要从多侧面、多层次、多角度去研究、概括，以反映其全貌和历史的真象。

研究中国法律传统的目的，是为了正确认识法律如何在发展中不断地完善自己，以及它在社会的进步当中所处的位置和价值，从而把握法律发展的客观规律，借以增强建设社会主义法制的主动性。

传统决不意味着腐朽、保守；民族性也决不是劣根性。传统是历史和文化的积淀，只能更新，不能铲除，失去传统就丧失了民族文化的特点，就失去了前进的历史与文化的基础。我们需要从固有的法律传统中，引出滋润了五千年中国的源头活水，需要科学地总结和吸收有价值的因素。经验证明，对传统的反思越深刻、越彻底，越能准确地撷其精华，弃其糟粕，从而创造出反映新时代特色的中华法系。

二

19世纪中叶以后，西方的法文化通过各种渠道输入中国，从此开始了两种法律文化的冲突和逐渐融合的过程。从中外文化交流的历史看，鸦片战争前后是截然不同的。中国古代坚持“夷狄入中国则中国之”的“尊王攘夷”思想。汉唐都表现出了大中国主义。明太祖朱元璋一面讲“华夷有别”，一面讲“四海一

家”，前者是实质，后者是雄图。至近代，由于天朝大国的尊严在世界列强的凌虐下已不复存在，于是，先进的中国人提出“师夷之长技以制夷”。其后，一部分官僚集团主张“中体西用”，从而为接受西方的文化制造了舆论。就法文化而言，接受西方的影响是一个相当长的过程。由冲突、半接受、接受、融合到孕育新的法律文化。

对于西方的法文化，代表不同利益的集团和人士，在态度上是不同的。譬如主持总理各国事务衙门的奕訢，便对翻译来的国际法极感兴趣。而改良派则是借西方法文化的理论来改革政体。

由于中西传统文化中价值观的不同，导致了法观念的不同。西方有人认为大一统的东方文明古国——中国是礼治国家，无所谓法。这显然是由法观念上的差异所导致的误解。西方的法观念与权利观念密切联系，在它的指导下，罗马法最发达的部分是调整平权关系的私法，与此相适应是抽象独立的人格、发达的契约关系、平等观念，这些是私法发达的基础和标志。中国传统法观念的核心是刑，其职能主要是“绳顽警愚”，是“防民之具。”在它的指导下，中国古代法律重公权、轻私权，刑法居于各法之上，刑名法律之学是古代法学的代称。所以中国古代法与罗马法的差别在质而不在数量，尽管二者都是发达的型态。

中国古代法律文化曾经冲击过世界，对世界法制文明产生过重大影响。中国传统法文化对东亚经济的发展不是阻力，而是动力。即使今天，西方的某些思想家在对本国法律文化进行反思时，也注意吸取中国法文化中的优秀传统部分。所以，文化有民族性，也有时代性、共同性、互补性，这是中西法律文化交融的基础。

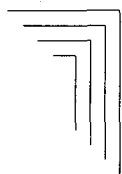
在对待中西法律文化的关系上，晚清曾经出现了守旧与图新之争。守旧派把以儒家法律思想为主的传统法律文化，视为中国几千年“相传之国粹，立国之大本”，不允许变革体现传统法律文化的“祖宗之成法”；图新派接受了西方学说，改变了他们的法律价值观念，积极从事变法修律，但在少数人也出现了简单的“拿来主义”的倾向。历史的经验证明：固守传统不可能实现法律的现代化，简单的拿来主义也不等于现代化，更不能完成现代化。无论对传统文化还是外来文化，都有取舍的问题，其标准是有利于社会的进步和符合国情。

如果说晚清修律是中国法律近代转型的开端，此后经过中华民国，至新中国成立，再到今天的改革开放是中国法律向着现代化的目标前进所经历的几个阶段。由于社会的发展是永不停止的，因此法律的现代化也只有阶段性而没有终结。

本书始作于1993年法制史国际研讨会，其后虽几经修改，但我对这个问题的思考并没有结束。正因为如此，希望读者多给予指正。

张晋藩

1996年7月



目 录

一、中国法律的传统

(一)引礼入法 礼法结合/003

1. 礼的产生/003
2. 礼的作用/011
3. 引礼入法/021
4. 礼法结合/028

(二)恭行天理 执法原情/035

1. 天理与国法沟通/035
2. 国法与人情相合/040
3. 天理、国法、人情三者协调统一/051

(三)法则公平 权利等差/054

1. 古代思想家关于法律公平的论述/054
2. 体现公平的法律原则/058
3. 与法律公平相矛盾的立法等差与司法特权/072

(四)法自君出 权尊于法/084

1. 先秦的专制王权与法制/084
2. 皇权的制度化与法律化/088
3. 皇权与法律/104

(五)家族本位 伦理法治/113

1. 家法族规是传统法律的重要组成部分/113
2. 家族伦理法的发展进程/116
3. 伦理法的具体内容与家长权的法律表现/120
4. 家族本位伦理法的社会成因/129

(六)重刑轻民 律学独秀/136

1. 刑与法同义,其基本功能是“禁暴止邪”/136
2. 历代主要法典是刑法典/139
3. 刑罚体系的严密与刑罚手段的残酷/142
4. “重刑轻民”在司法制度中的体现/147
5. 律学是中国古代法学的集中代表/152
6. “重刑轻民”的成因/159

(七)以法治官 明职课责/163

1. 职官的设置与编制/164
2. 职官的任免考选/171
3. 职官的考课奖惩/177
4. 职官的俸禄与休致/183
5. 对职官的一般监督和法律约束/186
6. 要求官吏依状鞠讯,以法断罪/197

(八)纵向比较 因时定制/202

1. 以前朝为鉴,确定新的法制建设重点/203
2. 律典的篇目结构经过比较而不断调整/207
3. 立法的内容经过比较而更加轻重有分和贴近生活/217

(九)立法修律 比附判例/227

1. 制定法在传统法律中的地位/227
2. 判例法的发展及其作用/234
3. 制定法与判例法的相互为用是中华法系的特点和优点/250

(十)援法定罪 类推裁断/254

1. 成文法的公布引发了援法定罪与类推擅断的争论/254
2. 秦汉时期的皆有法式与类推决狱/257
3. 科罪具引律文与出罪明轻,入罪明重/261
4. 鞠狱分司与援法定罪的准确性/266

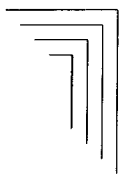
- 5. 极端专制下的引律与比附/271
- (十一) 无讼是求 调处息争/277
 - 1. “无讼”是儒家的理想境界/277
 - 2. 以调处息争, 实现无讼/283
 - 3. 无讼作为中国古代法律传统的根源/293
 - 4. 无讼是以逃避讼累为代价/298
- (十二) 诸法并存 民刑有分/303
 - 1. 法典体例上的沿袭与保守/303
 - 2. 法律体系上的“诸法并存, 民刑有分”/310

二、中国法律的近代转型

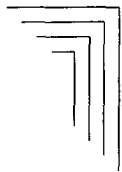
- (一) 西方法文化的输入/339
 - 1. 鸦片战争前的中国和世界/339
 - 2. 西方法文化的输入与中国传统法文化封闭状态的被打破/346
 - 3. 通过翻译和出版, 广泛传播近代西方法文化/362
 - 4. 国外归来的中国人对西方法文化的介绍/373
- (二) 传统法观念的转变/384
 - 1. 由固守成法到师夷变法/385
 - 2. 由维护三纲到批判三纲/391
 - 3. 由盲目排外到中体西用/394
 - 4. 由专制神圣到君宪、共和/399
 - 5. 由以人治国到以法治国/411
 - 6. 由义务本位到权利追求/417
 - 7. 由司法与行政不分到司法独立/427

- 8. 由以刑为主到诸法并重/429
- (三)中国法律近代转型的开端:新律的制定与司法改革/434
 - 1. 晚清修律的契机/434
 - 2. 沈家本与晚清修律/437
 - 3. 修律的指导思想/443
 - 4. 修律的成果/448
 - 5. 近代司法制度的初步建立/470
 - 6. 中国法律近代转型的历史价值及其影响/472

093124



一、中国法律的传统



一、中国法律的传统

(一) 引礼入法 礼法结合

1. 礼的产生

礼是古老中国的一种社会现象。礼不仅起源早，而且贯穿于整个中国古代社会。有关礼的观念与学说是中国传统文化的核心，它影响到社会生活的各个领域，调整着人与人，人与天地宇宙的关系。礼与法的相互渗透与结合，又构成了中华法系最本质的特征和特有的中华法文化。

古籍中说“礼事起于燧皇，礼名起于黄帝”^① 表明礼最初是原始社会祭神祈福的一种宗教仪式。所谓“礼，履也，所以事神致福也”^②。甲骨文中礼字写成𡇗、豐、𡇘，象征在祭器豆盘中盛玉，以祭祀祖先神灵，这是礼的旧传统在殷代文化中的反映。由于殷人尊神敬祖，力图通过频繁而又庄严的祭祀仪式，得到上

① 《礼记·标题疏》。

② 许慎：《说文解字》。

天的赐福与祖宗的庇祐，因此礼字在甲骨文中屡屡出现。《礼记·礼运篇》对于礼产生于祭祀有以下具体描述：“夫礼之初，起诸饮食，其燔黍捭豚，汙尊而杯饮，黄桴而土鼓，犹若可以致其敬于鬼神”，这种充满宗教性的原始习俗，就是礼的原型。

近人王国维也对礼的产生作过考证，他说：“盛玉以奉神人之器，谓之若丰，推之而奉神人酒醴亦谓之礼。又推之而奉神人之事，通谓之礼”。

在原始社会末期，生产力水平与科技文化极端低下的条件下，人们对于自然界的各种现象和生老病死都充满了敬畏与神秘感，因此最早的礼与天地鬼神相通是很自然的。特别是它所具有的迫使人人遵奉的普遍强制性，为进入阶级社会以后，礼被改造成为人们普遍遵守的行为规范，提供了思想的和历史的基础。尽管这两种强制性的性质是完全不同的。

由于礼具有因俗制宜的功能和精神威慑力量，因此进入阶级社会以后便受到了统治者的重视。以“服天命”自翊的夏商统治者，极力通过“致孝于鬼神”^①，把礼改造成为代表其阶级意志，符合国家统治需要的行为规范，于是礼由祀神进而“引申为凡礼仪之称”^②。并把祭祀天地祖宗鬼神的“祀”，与对外征掠的“戎”，都看作是国家最重要的活动，所谓“国之大事，惟祀与戎”。不仅如此，殷人还制造了上帝与祖宗神合二而一的宗教政治观，从而将天上与地下，现在与未来，国王与上帝沟通起来，使礼与神权政治紧密结合，为专制王权与贵族政治服务，这就使

① 《论语·泰伯》。

② 徐灏：《说文解字·笺》。

得“起诸饮食”、“祀神祈福”的礼发生了质变。礼的内容也由单纯的习俗仪式，发展成规范婚姻、血统、亲续、君臣的行为规则，并逐渐制度化、法律化。

礼作为一种社会现象和文化内涵，在其发展中不断地改造旧习俗，适应新秩序，因而是一个充满新旧斗争的过程，也是一个文化渐进、因袭变革的过程。孔子曾说“殷因于夏礼，所损益可知也；周因于殷礼，所损益可知也”^①。传说中的夏礼，是以“上事天，下事地，酋先祖而隆君”^②为主要内容的，体现了神权、族权与君权的统一性。但夏礼的具体内容早已淹没失传，孔子便坦称他虽能言夏殷之礼，却不能“征之”，以“文献不足故也”^③。

礼的系统化、规范化，始于西周的周公制礼。《左传·文公十八年》所载“先君周公制周礼”为这一重大的历史性活动提供了难得的史证。周公姬旦是中国三千多年前最杰出的政治家、思想家，他鉴于周代商以后，社会关系的复杂化，政治变动与改革的激烈，文化上的尖锐冲突，使得固有的国家观念形态不足以适应周人以德治国的方略和宗法等级分封制度的建置，也难以调整新的权利义务关系和统一广大疆域内各族各部的思想与行为，因此，他继承了已有的尊礼传统，着手将分散零乱的礼，进行整理、补充、修订，并给予充分的论证，使之礼典化。经过周公制礼，礼的规范进一步系统化、规范化、制度化，成为“法度之通

① 《论语·为政》。

② 《史记·礼书》。

③ 《论语·八佾》。