

# 中国传统法律文化

张瑞 编著

海潮出版社

# 中国传统法律文化

张瑞 编著

海潮出版社

## 图书在版编目 (CIP) 数据

中国传统法律文化 / 张瑞编著. —北京: 海潮出版社,  
2004

ISBN 7-80151-878-0

I. 中... II. 张... III. 法律—传统文化—研究—中国  
IV. D909.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 038151 号

---

## 中国传统法律文化

张 瑞 编著

☆

海潮出版社出版发行 电话: (010) 66969738

(北京市西三环中路 19 号 邮政编码 100841)

大连环南印刷厂印刷

---

开本: 880×1230 毫米 1/32 印张: 10 字数: 250 千字

2004 年 5 月第 1 版 2004 年 5 月第 1 次印刷

印数: 1—2000 册

---

ISBN 7-80151-878-0/D · 52

定价: 25 元

张瑞，男，汉族，1957年生，哲学硕士，海军大连舰艇学院副教授，大校军衔。先后在《解放军报》、《世界政治与经济》、《人文杂志》、《军事学术》、《国防大学学报》、《西安政治学院学报》等报刊杂志发表学术论文45篇，出版专著两部，完成全军、海军、省级科研课题4项。研究方向为法律文化与法学基础理论。

## 内 容 简 介

本书旨在整理和挖掘中国传统法律文化的基本精华。

全书共 9 章 28 节。书中集中探讨了中国传统法律文化的九大特点。本书在理论上三点贡献：一是把 20 世纪 80 年代以来，国人有关研究中国传统法律文化问题的文章、书籍和资料，又专门做了较完整的梳理，并从中对法律文化的精华部分进行了提炼，形成了一个比较系统的线条；二是对我们祖先留下的并在一定领域里反映其客观真理的那部分法律文化遗产，给予了一定的肯定，对那些可以帮助我们认清法律文化的本质、功用，以及与上层建筑诸部门的关系的资料，能作为历史唯物主义的素材加以借鉴和继承。三是对中国传统法律文化的发展规律与发展模式进行了初步的探讨，对重新解读中国传统法律文化能起到一点抛砖引玉的作用，以寻求国人在 21 世纪里，能在对中国传统法律文化的研究领域，开辟一个新的研究路径。

## A Brief Introduction

This book aims at straightening out and exploring the essence of traditional Chinese legal system. It is divided into 9 chapters, 28 sections. It comprehensively discusses the 9 characteristics of the traditional Chinese legal culture. Theoretically, three constructive features are embodied in this book: first, it systematically sorts out and abstracts all the research papers, books and materials by Chinese on the legal culture since 1980s. Second, a positive evaluation is given to the traditional Chinese legal heritage which, in some specific fields, could reflect objective truth. The book also, in view of historical materialism, draws lessons from and inherits the legal materials which could help us reorganize the essence, function of the legal culture and their relationships with the different sections of superstructure. Third, it tentatively discusses the development law and pattern of the traditional Chinese legal culture and intends to initiate a reinterpretation of the traditional Chinese legal culture, which could help to find a new direction for Chinese to conduct research on the traditional Chinese legal culture in the 21<sup>st</sup> century.

# 导 言

中国传统法律文化是中国数千年法律实践活动及其成果的总称。其起点为上古传说时代，其终点虽然可以划在辛亥革命，但实际上对中国近代乃至今天，都施以巨大影响。中国传统法律文化作为人类文化的一支，是世界法律文化宝库中闪光的瑰宝。其精华在于：

善于总结前人的经验和教训，表现出我们这个民族对社会、人生及人与人关系等根本性问题所作出的思考和选择的图强求实的法律文化。

在中国，我们一直有尊崇历史、研究历史的好传统。从历史中总结、领悟治乱兴衰之道，进而体会社会和人生，是中国古代最尊崇的学问。所以，研究前代法制，总结前朝的政治法制的得与失，也是每个王朝建立以后的一项重要工作。因此，研究总结法制历史在中国也是有着悠久的历史 and 渊源。西周穆王时“作吕刑”，战国李悝著《法经》，汉代萧何“次律令”。东汉班固修《汉书》，首次专设“刑法志”，集中总结一代法制的沿革变迁。此后，二十四史等大多数官修正史中，都有专门的“刑法(罚)志”部分，成为官修史中保存前代法制史最为集中者。隋唐以后，各朝均设有国史馆或翰林院，组成官方的史学研究、编写机构，系统地研究前代的典章制度，并记述本朝的政治、法制活动。唐宋明清几部重要的官修类书，如《艺术类聚》、《太平御览》、《册

## 导 言

府元龟》、《古今图书集成》等宏篇巨著中，都有刑法或刑罚制度一目。除此之外，清代以前士大夫个人将研究的兴趣一度集中在前代法制之上的，也大有人在。从滔滔雄辩的先秦诸子，到“务在深文”的汉代刀笔吏，从以诗赋见长的白居易、范仲淹，到南宋理学大师朱熹，都留下了不少对法律、法制的评价和见解。至于邓析以降，像汉代郑玄、马融、郭氏家族，魏晋时期的张斐、杜预等个人或家族从事律学研究的，更是代有其人。特别是在清代末年，修律大臣沈家本，第一次全面系统地对在中国自传说中的唐虞时代直至明代几千年间的立法、司法各个方面进行了研究和总结，更是功不可灭。<sup>①</sup>

**善于把握历史机遇和挑战，在中国封建社会的商品经济发展中，发挥着促进和规范作用的积极向上的法律文化。**

西方在奴隶制时代，本来有比较繁荣的商品经济，但从奴隶社会过渡到封建社会以后，商品经济不但没有发展，反而在一定的时期内一落千丈，严重逆转。而与西方封建社会早期相比，中国封建社会显示了商品经济发达较早的特点。从战国、秦汉开始，中国封建社会的商品经济水平就明显地超过了西方的相应阶段。即令在自然经济色彩最为浓重的魏晋南北朝时期，甚至还能出现《钱神论》这样的货币拜物教思想。有的地主甚至指着自已的土地对人说：“钱尽在此中”，<sup>②</sup>

在中国封建社会的商品经济发展中，法律起到了一定的促进和规

① 参见曾宪义主编：《中国法制史》，北京大学出版社、高等教育出版社2001年2月，第8-9页。

② 《宋书·沈庆之传》。



范的作用。从出土的青铜器铭文记载来看，西周中后期，在贵族之间就已经出现任意转让土地的情况。<sup>①</sup>公元前594年，鲁宣公十五年为保证这种私有土地转让的合法性，相继出台颁布了“初税亩”。<sup>②</sup>这些记载都说明井田制已经破坏，封建土地私有制开始形成。之后相继有李悝的新政，商鞅变法。到了秦代法律便承认人们衣、食、住、行方面所需要的房屋、衣被、家具、车辆、装饰品以及食品等一切生活资料的私人所有权。关于所有权的取得，秦律首先承认并保护先占取得，这在秦简《田律》中都有规定；秦律也承认孳息取得和时效取得。同时，也承认因赏赐、买卖和继承而取得财产所有权。到了晋代，交换不断扩大，规定买卖田宅牛马，必须订立“文券”，实际上这也更进一步对买卖关系加以法律上的确认。

唐代的律文严格禁止官吏凭借势力侵夺公私田，以及占田过限而违法行为。谨防兼并土地的盛行。在债务关系上，注重保护债权人的利益。强调对各类市场的管理，也特别注重量衡的规范化与产品的标准化。同时严格货币制度，严禁“私铸钱”等各种违法犯罪行为。虽然中国封建制时代并没有“经济法”，或者“经济立法”的明确概念，更谈不上“经济法”与“民法”的界限划分。但随着封建社会商品生产的发展，唐代等封建王朝在调整社会经济关系时，确立产生了带有封建经济法性质的法律规范。

---

① 西方封建社会最重要的自然经济单位是领地庄园，领主在庄园内不必求助市场，用不着货币。中国封建社会则与此不同，没有形成完整的庄园制经济体系，土地可以买卖，私有化程度高。参见胡如雷著：《中国封建社会形态研究》，生活·读书·新知三联书店出版1979年7月第1版，第201页、204页。

② 参见《春秋·宣公十五年》。

## 导 言

宋代民商类法规也很发达。在“不抑兼并”的趋使下，使得土地租佃普遍化。从而推动了土地所有权、占有权、使用权的分离；同时，《市易法》、《禁榷法》、《市舶条法》也相继颁布。明代强化了对茶盐的专卖立法，以及税法制定；明确土地所有权，并分为国家、私人、宗族土地所有制。为了保护所有权人全面行使占有、使用、收益、处分与等权利，法律都有明确的规定。清代虽然相继出台了一些扼制资本主义经济因素发展的法律，但也相继修订和出台了一些商律。

顺乎社会发展的需要，以礼法结合为核心的，由神到人由天上到地下的显露华夏聪慧曙光的文明进步的法律文化。

历代王朝，根据客观形势，有时强调礼的作用，有时强调法的职能，更多的情况下是二者并用。总的趋势是礼法互相渗透、互相补充，渐趋合一。

礼中有法，法中有礼。自秦汉以后，每一朝代都有法律，改朝换代的时候，法律的制定颁布和改年号同样的重要。国家需要法律成为客观事实，不容怀疑，无需辩论。就是秦汉以后，应试作官，不但要懂伦理经传，而且不能不懂法律，不应用法律。地方政府自县官到封疆大吏，都负有司法职责。中央政府也不仅二法司与司法有关，其他官员也常参加司法讨论，在会审制度下，还得参加审判。裁判处理案件成了作官人不可回避的责任。在这种情况下，无疑，司法成绩的好坏成了考核官员成绩的一项重要内容。

法本于礼，礼入于法。自战国以来，封建社会数千年，其间尽管有盛有衰，但是作为君王治理天下来说，没有脱离开礼治思想的。把礼看作维持社会秩序的规范。凡是法律禁止的都是礼所不容许的，凡

是礼所容许的，也就是法律认为合法的。所说“礼者禁于将然之前，而法者禁于已然之后”，“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑”。礼不仅位于法律之上，而且渗透于法律之中，古代中国的法律，实际是礼化了的法律，所以古人常礼法并称，叫做“礼法”、“礼律”。

从立法精神上看，历代的法典虽然律例写法不同，内容不同，却都代表一种同一的传统精神，就是礼法主义精神。从西周时期的礼刑相分，到战国时期的礼刑统一；从两汉时期的以礼为主、礼法结合，到魏晋时期的引经注律、引经决狱；从隋唐时期的以礼入法，礼法合治，到宋明时期的礼法相为终始，不可偏废。

从适用和执行法律上看，特殊的规定(亲属和等级)先于一般的规定，在不适用特殊规定时才适用一般规定。古代司法，如果没有明确的法律规定时，允许法官自由裁量，伸缩性极大。这样，礼教思想便成了适用法律的最高原则，刑成了法理。

**重采儒、法、道、墨、佛学之众长，形成以儒家为主，杂糅法、道、墨、佛各派学说的综合兼容的法律文化。**

儒家法律思想被公认为中国封建社会的正统法律思想，在传统法律文化中居于主导地位，这一点毋庸置疑。儒家主张的是“德主刑辅”；法家主张的是“以法治国”；道家主张的是“无为而治”；墨家主张的是“天志兼爱”；佛家主张的是“因果报应”。虽然各家各派各有侧重，但最终殊途而同归。

儒家从其创始人孔子登上历史舞台始，就没有放弃过法。孔子从不否认刑罚的强制作用。孔子在强调“道之以德、齐之以礼”的同时，仍主张“道之以政，齐之以刑”，提倡“君子”既要“怀德”，又要“怀

## 导 言

刑”，怀即注重之意。还主张根据形势的需要使用宽、猛两手，“宽以济猛，猛以济宽”。<sup>①</sup>虽然汉武帝确立了儒家学说的正统地位，但同时，他也极力推行“外儒内法”。以后各朝各代也都儒法兼用。

儒家对道家的思想同样经历了一个由对立到吸收的过程。道家学说的主要内容是“道法自然”和“无为而治”为中心。强调以道统法，将法律问题纳入“道论”的体系之中。著名的法家韩非曾经吸取道家的自然主义，作为法治理论的基础。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经典，从而促进了儒道的融合。到了宋明理学家们，在力倡儒家道统排斥佛、老的同时，却对道家思想中的宇宙是自然的存在，而自然与人是合一的观点有所吸收。

墨家虽然在秦汉之后被打入了“冷宫”，成为“绝学”。但《墨子》一书中，我们可以看到，“法”、“法度”和“法仪”的同语，处处可见。他反复强调，无论做工务农，还是治国治天下，都必须有“法度”可循，否则将一事无成。墨翟所说的“法”或“法度”，泛指一切标准、规范或者制度，是一个含义十分广泛的概念。墨翟的这些思想，对后来的法家荀况等对法的论述有着直接的影响。

佛教是外域文化，自汉代传入中国。<sup>②</sup>当初跟中国本土文化存在

① 《左传·昭公二十年》：“仲尼曰：善哉！政宽则民慢，慢则纠之以猛，猛则民残，残则施之以宽。宽以济猛，猛以济宽，政是以和。”

② 一般认为，佛教传入中国在两汉之际。西汉末年哀帝元寿元年（前2年），大抵使臣伊存首次将浮屠（佛）经传入中国，博士弟子景卢从伊存那里听到对佛经的讲解。但佛教正式传入中国，在东汉明帝永平十年（公元67年）。参见冯天瑜杨华著：《中国文化发展轨迹》，上海人民出版社2000年1月，第104页。

着巨大的差异，尤其是跟儒家文化的冲突更为激烈。最为典型的就是儒家文化强调“三纲五常”，其中的“君为臣纲”、“父为子纲”讲的就是臣对君忠，子对父孝。而僧尼出家很显然是违反了“不孝有三，无后为大”。但随着历史的发展，佛教对儒家作出了一系列的让步，并在中国站稳了脚跟。特别是经南北朝至隋唐佛教有了显著的发展。佛教主张依经、律、论三藏，修持戒、定、慧三学，以断除烦恼得到成佛为最终目的，因而佛教某些教条被儒学所吸收。在中国的历史上曾经有利用佛教来预防犯罪，对罪犯进行感化教育，也有利用佛教破案等。

从各民族习俗和差异出发，采取各种不同的形式和方法，形成了具有中国各民族特色的丰富多彩的法律文化。

在中国悠悠历史长河中，各民族丰富多彩的法律文化，是直接通过民族立法的形式反映出来的。中国历代民族法的内容异常丰富，既有经济方面的，又有文化教育方面的；既有宗教方面的，又有风俗习惯方面的；既有行政管理方面的，又有因俗而治方面的。

从秦始皇统一中国始，每一个统一全国的王朝，在处理边疆民族关系问题上，无不奉行开疆扩土的民族法。秦灭六国后，兵不解甲，北伐匈奴，南击百越。西汉之时，从汉武帝始，北败匈奴，南灭南越，征服闽越，讨伐西南夷，威震哀牢夷。唐王朝时，开疆拓土，取得东北至辽东，西逾葱岭，北越大漠，西南到吐蕃。元代时，用武力降畏吾儿，击灭西辽，臣服西夏，大败金朝，攻占大理和吐蕃，驱宋廷入海。清王朝，建立了北至恰图、南至海南岛、西沙群岛，西至葱岭，东至黑龙江、库页岛的幅员广阔的统一多民族的国家。

中国历代王朝对少数民族都有特殊的法律，给予少数民族一定的

## 导 言

自主权。秦汉之时，除在少数民族地区设置边郡边县，以区别于内地的郡县外，还在少数民族聚居的一些地区设置了“道”和“属国”二级特殊的地方行政单位。及至南朝之时，发展为在少数民族聚居的地区设置左郡左县。将少数民族地区纳入版图，同时不打乱少数民族原有的社会组织，上承了秦汉的道和属国。到了唐代之时，更是明确设置羁縻府州。与此同时，唐王朝又对羁縻府州县有行政领导权，实施法律权，征调兵马权，收取贡赋权。宋承唐制，继续实行建立羁縻州、县、洞的政策，推其雄长者为首领，不强行汉法治理少数民族，所不同唐者只是将土官调离本土。元明之时，土司制度确立。

同时，历代的王朝面对少数民族发展的不平衡性实行“因俗而治”。中国自古以来地域辽阔，民族众多，从经济生活上看大而分之，北方的游牧少数民族与南方的农耕少数民族不同；小而分之，东北森林地区的猎狩民族与西北草原地区的游牧民族不同；西南云贵高原刀耕火种的民族与中南、东南的游耕民族也不同。从社会发展上看，无论哪一个朝代，其少数民族的发展也是不平衡的，最先进者大致与汉族相差不大，最落后者处于原始社会的野蛮阶段。针对不同民族的特点，两汉之时，对南方少数民族，或迁徙入内地，或设郡县纳入版图，对北方匈奴则视国力强弱定，强时征讨，弱时和亲。明代在南方少数民族地区实行土司制度，在北方少数民族地区则实行羁縻卫所制。最突出的是清王朝，其对汉族实行抚纳，对蒙古族实行联婚，对藏族则利用其宗教，甚至对不同的民族制定不同的法律，有专对蒙古族的《蒙古律书》，有专对西藏的《西藏通制》，有专对畏吾儿的《回疆则例》等专门法。（请见吴宗金 敖俊德主编：《中国民族立法理论与实践》，中国民族法制出版社1998年版，第6-13页。）

# 目 录

导言 .....	1
第一章 原始起点与流变雏形 .....	1
第一节 由母系氏族公社到母系氏族习惯的形成 .....	1
一、母系氏族公社的形成 .....	2
二、母系氏族习惯的形成 .....	3
第二节 由母系氏族习惯到父系氏族法权的演变 .....	6
一、父系氏族公社的形成 .....	6
二、父系氏族法权的凸现 .....	7
第三节 由父系氏族法权向奴隶制法的嬗变 .....	11
一、氏族“禅让制”与“氏族法权”的强制 .....	11
二、“氏族法权”的发展与“奴隶制法”的嬗变 .....	17
第四节 由氏族战争促进了法律的形成 .....	19
一、氏族战争加速了氏族社会军事民主制的解体 .....	20
二、氏族战争加速了由氏族法权向法律过渡的进程 .....	22
第二章 形成演进与模式特征 .....	26
第一节 神治和礼治 .....	26

## 目 录

一、神治思想的始末 .....	26
二、礼治思想的渊源 .....	30
第二节 礼治与法治 .....	40
一、礼法对峙的表现 .....	40
二、礼法对峙的特点 .....	41
第三节 法治 .....	44
一、法治的基本内容 .....	44
二、法治的核心重点 .....	46
三、法治的运用实施 .....	49
第四节 礼法融合 .....	53
一、以礼入法 .....	53
二、以礼入律 .....	55
三、一准乎礼 .....	56
第三章 廉政举措与制度规范 .....	59
第一节 独树一帜的职官监察制度 .....	59
一、职官监察制度的形成及发展 .....	60
二、职官监察制度的风格及特点 .....	63
三、低品秩官监察高品秩官的原因及分析 .....	67
第二节 规范严密的任官回避制度 .....	70
一、任官回避制度的创立 .....	70
二、任官回避制度的发展 .....	74
三、任官回避制度的完备 .....	83
第三节 直接具体的理冤申诉制度 .....	86
一、理冤申诉制度的特点 .....	87
二、重视理冤申诉的原因 .....	93



## 目 录

三、理冤申诉制度的得失 .....	97
<b>第四章 官清民安与吏治建设 .....</b>	<b>101</b>
<b>第一节 严格选吏 .....</b>	<b>101</b>
一、德行人品成为选官的首要条件 .....	101
二、科举制度成为选官的主要方式 .....	108
<b>第二节 重典惩吏 .....</b>	<b>112</b>
一、严惩官吏贪赃枉法 .....	112
二、坚持官吏奉法守职 .....	120
<b>第三节 立法治吏 .....</b>	<b>132</b>
一、职官编制立法的沿革 .....	132
二、职官编制立法的特点 .....	141
<b>第五章 以儒为主与杂揉诸家 .....</b>	<b>146</b>
<b>第一节 道家与中国传统法律文化 .....</b>	<b>146</b>
一、道家飘逸而奇特的法律文化 .....	147
二、道家对儒家法律文化的影响 .....	149
三、道家对法家法律文化的影响 .....	151
四、道家对黄老学玄学法律文化的影响 .....	153
<b>第二节 墨家与中国传统法律文化 .....</b>	<b>159</b>
一、墨子的法律观 .....	160
二、墨子的法律起源论 .....	163
三、墨子的赏罚原则 .....	164
四、墨子的经济立法原则 .....	165
五、墨子的平等观 .....	167
<b>第六章 伦理亲情与情理相容 .....</b>	<b>171</b>
<b>第一节 礼的伦理法的含义、特点及其流变 .....</b>	<b>171</b>