

中国传统法律文化研究

马作武 主编



广东优秀哲学社会科学著作出版基金资助项目

广东人民出版社

中国传统法律文化研究

马作武 主编



广东优秀哲学社会科学著作出版基金资助项目

广东人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国传统法律文化研究/马作武主编. —广州: 广东人民出版社, 2004. 11

ISBN 7-218-04611-8

广东优秀哲学社会科学著作出版基金资助项目

I. 中… II. 马… 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 010347 号

责任编辑	周晓江 徐欲晓
封面设计	张力平
版式设计	方楚涓
责任技编	孔洁贞
出版发行	广东人民出版社
印 刷	佛山市浩文彩色印刷有限公司
开 本	787 毫米×1092 毫米 1/16
印 张	24.75
插 页	1
字 数	300 千
版 次	2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷
书 号	ISBN 7-218-04611-8/D·543
定 价	49.00 元

如发现印装质量问题,影响阅读,请与出版社(020-83795749)联系调换。

(售书热线 020-83780517 020-83794727)

广东优秀哲学社会科学著作出版基金管理委员会

主 任：朱小丹

副主任：蒋 斌 陈俊年

委 员（以姓氏笔画为序）：

朱仲南 刘 蔚 李子彪 张小杰

苏立功 陈海烈 金炳亮 黄尚立

曾少华 颜泽贤

广东优秀哲学社会科学著作出版基金评审委员会

主 任：颜泽贤

副主任：梁桂全 蒋述卓 李 萍 王国健

委 员（以姓氏笔画为序）：

王仲兴 王利文 田 丰 叶汝贤

刘少波 张小杰 李恒瑞 李新家

陈长琦 陈海烈 陈鸿宇 苏立功

肖海明 陆家骝 罗必良 金炳亮

唐钰明 黄尚立 扈中平 蔡 禾

廖小健

目 录

绪论 中国传统法律文化的基本精神	1
------------------------	---

上编 中国传统刑法文化研究

引 言	51
-----------	----

第一章 “天人合一”:中国古代刑法的 自然观	56
---------------------------------	----

第一节 “天人合一”思想的源流及其 含义	57
-------------------------------	----

第二节 “则天制刑”:中国古代刑法 制定的自然观	62
-----------------------------------	----

第三节 “应天行刑”:中国古代刑罚 执行的自然观	69
-----------------------------------	----

第二章 “亲亲尊尊”:中国古代刑法 的伦理观	76
---------------------------------	----

第一节 中国传统法律的伦理化	76
----------------------	----

第二节 伦理观念影响下的中国古代 刑法	81
------------------------------	----

第三节 中国古代刑法伦理观的意义	97
---------------------------	----

第三章 “惟齐非齐”：中国古代刑法的

平等观 101

第一节 中国古代社会的等级结构 102

第二节 刑罚适用上的等差制度 107

第三节 刑罚适用上的动态平等观 114

第四章 “执经达权”：中国古代刑法的

经权观 120

第一节 经权观的含义及其方法论 意义 121

第二节 中国古代刑法的经与权 125

第三节 执经达权：中国古代刑法 的方法论 137

第五章 “明刑弼教”：中国古代刑法的

效用观 142

第一节 “明刑弼教”思想的形成与 发展 143

第二节 “明刑弼教”的理论依据 149

第三节 “明刑弼教”观念影响下的刑法 运作 154

小 结 161

中编 中国传统民法文化研究

引 言 167

第六章 中国传统民法的定位 171

第一节 传统民法的语源 171

第二节 传统民法的有无 176

第三节 传统民法的渊源 183

第七章 传统民法的基本特征	195
第一节 表达与实践的背离	195
第二节 渊源与制度的重合 ——礼	220
第三节 民间的民事习惯法 ——家族法	237
第四节 民事审判中的“经” “权”之道	263
第八章 传统民法的制度背景	282
第一节 政治制度背景：中央集权的 君主专制制度	282
第二节 经济环境之一 ——小农经济	285
第三节 经济环境之二 ——小商品经济	289
第四节 价值观环境 ——重义轻利	294
小 结	299

下编 中国传统诉讼文化研究 ——以诉讼当事人为视角

引 言	309
第九章 “命盗重案” 审理中的当事人	317
第一节 刑讯泛滥下的当事人	317
第二节 形态各异的审讯动机与当事人 的关系	323

第三节	审级及其他制度与当事人的 关系	327
第十章	“州县自理”案件审理中的 当事人	335
第一节	罪恶纠纷观：对当事人诉讼 权益的消解	336
第二节	压服型调处息讼：对当事人 诉讼权益的轻视	339
第三节	“讼累”：对当事人诉讼权益 的再认识	343
第十一章	司法官吏视野中的当事人	349
第一节	教化与惩罚：父母官与子民 的对应关系	350
第二节	循吏与清官司法：当事人诉讼 权益保护的极限	354
第三节	影响司法的各种社会心理因素： 当事人受到“尊重”的另类原因 ...	360
第十二章	讼师之于当事人	367
第一节	法律的抑禁：当事人诉讼权益 维护的障碍	369
第二节	讼师的业务：在当事人的诉讼 权益范围之外的活动	373
第三节	讼师的出身：对当事人诉讼权 益维护的先天限制	377
小 结		382
主要参考文献		385
后 记		389

绪论

中国传统法律文化的基本精神

“文化”的含义：

文化是一种复杂而又内涵丰富的社会现象，要认识和研究它，首先应该对其概念和含义作一个明确的界定。但遗憾的是，到目前为止，在这个问题上还没有达成认识上的一致，这也是困扰中外学界一百多年的一个老大难问题。1871年，英国学者爱德华·泰勒在《原始文化》一书中，首次(?)对文化进行了定义：“所谓文化或文明乃是包括知识、信仰、艺术、道德、法律、习惯以及其他人类作为社会成员而获得的种种能力、习性在内的一种复合整体。”^①其后不久，杜威在《自由与文化》一书中表述：“人类日常生活上的联系和共同生活的条件，这一种错综和复杂的关系，我总称之为文化。”一个认为文化是“复合整体”，一个认定文化是“错综和复杂的关系”，分别从不同的视角对文化作出了不同的理解。“历史学派常常把文化看作是社会的遗产，或者传统的行为方式的全部丛结；心理学派则往往把文化视为个体心理在历史银幕上的总印象，或者是满足个人心理动机所选择的行为模式；结构功能主义者强调

^① [英] 泰勒：《文化之定义》，载庄锡昌等编《多维视野中的文化理论》，浙江人民出版社1987年版，第98页。

文化是由各种要素或文化特征构成的稳定体系；而发生论者则分辩说文化是社会互动及不同个人交互影响的产品；有的人偏重文化观念的作用，把文化定义为观念之流，或观念联结丛；有的人则倾向文化的社会规范的价值，把文化界定为不同人类群体的社会方式，或者共同遵守的行为模式。”^①可见，根据不同的认识论和方法论，得出的结论大相径庭，由此而产生的不同诠释层出不穷，众说纷纭，令人莫衷一是。^②有人说有关“文化”的定义有一百多种，更有人认为“文化”的定义最少在两百种以上。这提醒每一个研究者：企图对“文化”作出权威定义的努力往往是徒劳的，而希望自己对“文化”的解释得到普遍认同的期待只能是奢望。

古汉语中的“文化”，原指文德教化。刘向《说苑·指武》：“圣人之治天下也，先文德而后武力。凡武之兴，为不服也，文化不改，然后加诛。”而现代汉语的“文化”，大概有四种不同含义：（1）在通俗语义上，指用文字、绘画及其他艺术形式进行精神文明的创作和传播活动，即“文化局”意义上的“文化”。（2）历史和考古学语义上，指以一定的生产力水平和社会形态为标志的社会文明程度，所谓“仰韶文化”、“青铜文化”之类。（3）在社会学语义上，指人类创造的物质和精神的有价值成果的总和，由之而有思想文化、宗教文化、科技文化等概念。（4）在文化科学语义上，指一定民族接受历史的传习并固定下来的行为方式的总和，往往是以文化学为基本载体。

① 司马云杰：《文化社会学》，山东人民出版社1987年3月版，第3页。

② 据说，著名历史学家庞朴先生在20世纪80年代初问钱钟书先生什么是文化，钱钟书说，文化这个东西，你不问嘛，我还清楚；你这一问，我倒糊涂起来了。参见庞朴：《文化结构与近代中国》，《东西文化与中国现代化讲演集》，浙江人民出版社1986年版，第8页。

我国学术界自五四运动以来，就存在着对“文化”一词界定的诸多歧说。梁漱溟先生说：“俗常以文字、文学、思想、学术、教育、出版等为文化，乃是狭义的。我今说文化就是吾人生活所依靠之一切，意在指示人们，文化是及其实存在的东西。文化之本义，应在经济、政治乃至一切无所不包。”^①他认为文化乃是“人类生活的样法”。^②蔡元培认为“文化是人生发展的状况”。^③梁启超则说：“文化者，人类心能所开释出来之有价值的共业也。”^④胡适则谓“文化（Culture）是文明所形成的生活的方式。”^⑤当代的《辞海》的解释是：“文化，从广义来说，指人类社会历史实践过程中所创造的物质财富和精神财富的总和。”^⑥

如果对众多文化定义的分歧作一最简单的提炼，则在于：文化是视为“成果”的总和，还是行为“方式”的特征？其实，我们以为，文化应该是一个“复合整体”，可以既是成果的总和，又是行为的模式，或者说，行为模式本身也是人类文明进化成果的一部分。所以，我们认为文化的定义应该是：人类文明进化所创造的成果以及与之相对应的行为模式，它是一个有机结合不可分割的复合整体。从内容和结构上看，文化应该包括物质文化、制度文化、精神文化、行为文化四个领域。

“法律文化”的含义：

与“文化”繁复多样的定义相对应，“法律文化”的含

① 梁漱溟：《中国文化要义》，学林出版社 1987 年 6 月版，第 1 页。

② 梁漱溟：《东西文化及其哲学》，上海商务印书馆 1929 年版，第 53 页。

③ 蔡元培：《何谓文化》，《蔡元培美学文选》，北京大学出版社 1963 年版，第 113 页。

④ 梁启超：《什么是文化》，《学灯》1922 年 12 月 9 日。

⑤ 胡适：《我们对于西洋近代文明的态度》，《现代评论》第 4 卷，第 38 期。

⑥ 《辞海》（缩印本），上海辞书出版社 1979 年版，第 1533 页。

义同样各有歧说，难于统一。比较有代表性的观点有：

梁治平先生认为法律文化有广、狭两义。“具体地说，广义的法律文化应该能够囊括所有法律现象：法律观念、法律意识、法律行为、法律的机构和实施、法律制度和作为符号体系的法典、判例，以及不成文的惯例和习惯法等。狭义的法律文化则主要指法（包括法律、法律机构和设施等）的观念形态和价值体系（包括知识、信念、判断、态度等），与此有密切关系的人类行为模式也应包括在内。”^①

张文显先生认为法律文化是“法律现象的精神部分，即由社会的经济基础和政治结构决定的，在历史过程中积累下来并不断创新的有关法和法律生活的群体性认知、评价、心态和行为模式的总汇”。^②

何勤华先生下了一个简明的定义：“法律文化是指与法律有关的各种活动的创造性成果的积淀，包括物质的和精神的两个方面。”^③

张中秋先生认为“作为人类文化重要组成部分的法律文化，主要指内化在法律思想、法律制度、法律设施以及人们的行为模式之中，并在精神和原则上引导或制约它们发展的一般观念及价值系统”。^④

刘作翔先生对上述有代表性的观点作了归纳和评析后提出：“可以从两个角度来认识法律文化，即作为方法论意义的法律文化和作为对象化的法律文化。‘法律文化’既是一种用文化的眼光认识法律现象的思维方式和研究方法，

① 梁治平：《法辨——中国法的过去、现在与未来》，贵州人民出版社 1992 年版，第 12—13 页。

② 张文显：《法律文化的释义》，《法学研究》1992 年第 5 期。

③ 何勤华：《法律文化史论》，法律出版社 1998 年版，第 1 页。

④ 张中秋：《比较视野中的法律文化》，法律出版社 2003 年版，第 29 页。

也是一种具有实体内容和对象化的文化结构，并且，这两个方面是互相联系着的。”^①

我们在此也不妨尝试着下个简明的定义：法律文化是由法律制度、法律思想（包括法律观念、法律学说、法律精神）以及与法律相关的行为方式组成的复合体。对这个复合体进行文化学意义的研究，从而构成法律文化学。

“中国传统法律文化”的含义：

由中华民族特殊的历史性与民族性所决定、数千年一脉相传的法律实践活动及其成果的统称。成果包括四个层面：行为样式、制度、学说及内在精神。

中国传统法律文化是历史悠久、积淀深厚的整个中华文明的重要组成部分，可谓蕴藉宏富，博大精深。其特点独树一帜，自成一体，卓然而为中华法系，延绵数千年。中国传统法律文化所包含的基本精神，其荦荦大端者，不外下述五项。

一、专制主义精神

政治和法律是孪生的，两者唇齿相依。一定的政治结构、政治形态决定了依附其中的法律的根本内容。一国的根本政治体制本身其实也是法律的一部分，所以，研究法律，尤其是研究法律文化，第一要义就是要研究一国的根本政治体制。而这，恰恰是许多学者们所忽略的。

我国传统专制政体的基本特征：（1）国家权力的高度集中和独裁，权力不受制约；（2）以官僚政治为表现形式，政府职能系统按严格的等级制构建，每级官僚只对上级负责，而不必对人民负责；（3）思想领域的单一化，实行文

^① 刘作翔：《法律文化理论》，商务印书馆1999年版，第67页。该书汇集了不少中外有关法律文化的不同定义，可参阅。

化专制，通过国家暴力实现思想的大一统；（4）人民的自由和基本权利得不到现实的保障，随时可能受到肆意的践踏和剥夺。

（一）专制主义源远流长

中国国家产生之初，便确立了君主专制政治的基本模式。夏、商、周三代是以氏族为基础，以分封为形式的君主专制。即便在被后世视为政治宽松、自由的春秋战国时期，各国无一例外都保持着专制政体。秦始皇建立的大一统的君主集权专制王朝，使专制政体发展成熟，直至清末，历两千余年而不改，创造了人类历史的奇迹，也带来了中国历史的苦难。

从世界范围看，中国的君主专制政体具有鲜明特征：（1）持续时间最长，从夏朝算起，共达四千余年。欧洲国家严格意义的君主专制政体一般只有两三百余年。（2）辛亥革命以前，君权至上观念不曾受到任何挑战，君权将神权与世俗权集于一身，从而将君主专制政治推向黑暗的顶峰。欧洲国家即便在黑暗的中世纪君主专制时代，依然有一个凌驾于君权之上的神权，并对君权构成了挑战，对君权的极端发展起到了制约作用。（3）在欧洲奴隶制时期，曾出现过以古希腊雅典为代表的民主政体；欧洲封建制时期君主制经历了封建割据君主制、等级——代议君主制和君主专制三个发展阶段，甚至在某些城市，如意大利的威尼斯、佛罗伦萨等，还出现了封建的共和制。而中国除了三代以前民选君王、尧舜禅让的传说外，从无民主共和的记载。

（二）专制政治形成的原因

中国从国家出现之日起，就表现为君主制政体，这与古希腊、罗马早期国家表现出的民主或共和政体互为对极，在人类社会发展史上都具有典型意义。因此，探讨中国君主专制政治形成的原因，应该与古希腊、罗马相比较。

1. 地理环境是研究专制政治形成时应考虑的第一因

素，否则就无法解释东方专制主义的普遍性和恒久性。正如一个民族的性格主要是由其赖以生存的环境所决定的一样，地理环境或许是中、西不同政治理念和选择的始源。

中国是一个相对封闭的大陆国家，以黄河中下游地区为中心的华夏文明是以农耕社会和自给自足的自然经济为依托。而古希腊、古罗马具有适宜海上贸易的优越地理条件，是地中海文明的核心，一开始就表现出商品经济繁荣发达的特征。据考证，中国直到春秋末期才出现货币经济的萌芽，^①希腊神话和荷马史诗中习见的商业活动，很难在中国古代丰富的神话传说中寻找到蛛丝马迹。同时，地中海沿岸的文明古国基本出于相同的社会文化发展水平，互相影响，取长补短，共同进步。而中国周边要么是在当时难以征服的大海，要么是荒蛮之地。虽不乏“狄夷之邦”相毗邻，但由于华夏文明的早熟和强势，丧失了不同文明相互影响和提升的条件。

2. 专制政治产生的经济基础是自给自足的自然经济，以及所谓的“亚细亚生产方式”的存在。按马克思的看法，亚细亚生产方式的基本特征是土地公有、村社制度和专制国家三位一体。亚细亚生产方式的财产关系的特点是不存在个人所有，而只有个人占有。个人对公社而言是不独立的，他自身及所占有的一切，都依附于集体。所谓“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”。^②国家及专制君主是一切土地和财产的最高所有者，因而每一个社会成员都必须接受国家和君主的绝对权威。自给自足的自然经济带来的是“超经济的强制”，他们使人的头脑局限在极小的范围内，成为迷信的驯服工具，成为传统规则的奴隶，表

① 参见傅筑夫：《中国经济史论丛》，三联书店1980年版，第495页。

② 《诗经·小雅·北山》。

现不出任何伟大和任何历史首创精神。因此，马克思认为，这些田园风味的农村公社不管初看起来怎样无害于人，却始终是东方专制制度的牢固基础。

而在商品经济活跃的古希腊、罗马，私有制的发展没有受到阻碍。“由于地产的买卖，由于农业和手工业、商业和航海业之间的分工的进一步发展，氏族、胞族和部落的成员，很快就都杂居起来”。^① 当时罗马的平民阶级，主要来源于外来移民。这标志着原始的血缘氏族社会的分崩离析，也意味着这样的社会充满活力和生气。“商人来到了这个世界，他应该是这个世界发生变革的起点。”^②

由上述因素决定，中国和古希腊、罗马在国家出现之前的部落联盟时代便表现出不同的权力配置模式。在中国，被称为“帝”的部落联盟首长拥有最高权力，是独立的权威。而古希腊、罗马的部落联盟首长没有不受限制的个人权威，其权力受“议事会”和“人民大会”的制约。^③ 对于两者的区别，有学者作了这样的描述：（1）“（古希腊、罗马）部落联盟没有最高首脑，中国传说时代的部落联合体却有最高首脑。”（2）“部落联盟会议之议事原则是全体一致通过，中国传说时代的部落联合体却是由最高首脑决断。”（3）“部落联盟的权力结构经过一权制到二权制和三权制的发展过程，中国传说时代的部落联合体无此过程。”^④

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第105页。

② 《资本论》第3卷“增补”，人民出版社1965年版，第1019页。

③ “军事首长、议事会和人民大会构成了发展为军事民主制的氏族社会的各机关。”见《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第150页。

④ 谢维扬：《中国国家形成过程中的酋邦》，《华东师大学报》1987年第5期。

国家产生的背景和途径的差异：古希腊、罗马国家的产生是平民阶级联合起来进行斗争的结果。按恩格斯的说法，国家“是从控制阶级对立的需要中产生的，同时又是在这些阶级的冲突中产生的”。^①但这个说法不适用中国。因为中国国家的产生以氏族间的战争和征服为前提，不存在具有独立地位和完整意义的平民阶级，当然也见不到真正意义上的平民与贵族的斗争。

3. 以农业文明为依托，以宗法血缘关系为根基的宗法社会，是中国专制政治生存和发展的社会土壤。在古希腊、罗马时期，个体家庭逐渐成为社会基本经济单位，以血缘关系为纽带的“原始共同体”（马克思语）迅即崩溃，市民社会出现，并由此而产生了保护私有财产所有权的市民法。而中国的血缘共同体却具有旺盛的生命力，它不仅没有消亡，而且演变为极具华夏文明特征的宗法制度。宗法制度是一种家天下的统治模式，社会基本经济单位是家族和宗族，财产所有制形式是“王有制与贵族领有制，而非私有制”。^②梁治平说：“这种由战争中强化的权力和族长传统相结合所构成的奇特形态与雅典或罗马国家组织截然不同。首先，国家的产生远不是以氏族组织的瓦解为代价的，相反，它保留了原有的血缘关系，把氏族内部的亲属关系直接转化成为国家的组织方式，从而把旧的氏族组织与新的国家形态熔铸于一。所以很自然，它划分居民的标准是氏族而非地域。对于这种国家来说，旧的氏族组织并非可有可无的形式，而是在当时条件下可能采用的最自然最有效的统治方式。其次，国家权力严格来说并不表现为‘驾于社会之上’的‘公共权力’，而是赤裸裸的族姓之间的征服

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，人民出版社1972年版，第168页。

② 参见杨师群：《东周秦汉社会转型研究》，上海古籍出版社2003年4月版，第34页。