

中国传统法律文化研究丛书



Law, Society and Thought

An Investigation to the Background
of Chinese Traditional Legal Culture

法律、社会与思想
对传统法律文化背景的考察

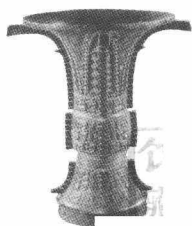
图书馆



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

国家哲学社会科学基金资助项目
上海市人文社会科学基地华东政法大学外国法与比较法研究院资助项目

中国传统法律文化研究丛书



Law, Society and Thought

An Investigation to the Background
of Chinese Traditional Legal Culture

法律、社会与思想

对传统法律文化背景的考察

图书在版编目(CIP)数据

法律、社会与思想:对传统法律文化背景的考察 / 何勤华, 陈灵海著. —北京:法律出版社, 2009. 11

(中国传统法律文化研究丛书)

ISBN 978 - 7 - 5118 - 0039 - 8

I. 法… II. ①何…②陈… III. 法制史—研究—中国
IV. D929

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2009)第 188621 号

中国传统法律
文化研究丛书

法律、社会与思想
——对传统法律文化背景的考察

何勤华
陈灵海 著

责任编辑 田会文
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 A5

印张 11.625 字数 280 千

版本 2009 年 11 月第 1 版

印次 2009 年 11 月第 1 次印刷

出版 法律出版社

编辑统筹 学术·对外出版分社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

责任印制 陶 松

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 0039 - 8

定价:26.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总 序

2005年,在学术界同行的帮助和支持下,笔者主持承担了国家哲学社会科学基金项目:“中国传统法律文化研究——以审判文化和裁判文化为中心”。当时立项的想法是,在中国传统法律文化研究方面,我们对立法文化即法典(法律文献)文化方面的梳理和研究已经取得了许多成果,但是对中国传统法律的运作方面的文化研究,目前还没有很好地展开,因此,我们就从这个角度设计子课题。课题进行得很艰苦,其间也曾变换过一些课题组成员,但经过三年半时间的努力奋斗,最后终于顺利地结束了课题,我们的内心非常高兴,尝到了胜利之后的愉悦。完成的书稿有100余万字。经全国哲学社会科学规划办公室组织专家鉴定评审,本课题被予以一致通过,被正式批准结项,鉴定等级为良好。考虑到出一本书字数太多,故和课题组成员商量后,决定每一个子课题出一册书,共四册,合起来总的还是一个完整的课题成果。

本课题自立项之后,课题组曾召开过多次研讨会,广泛收集资料,反复推敲编写体例和大纲,最终达

成了共识,即本课题要有所创新,必须在两个方面下工夫。第一,加深对中国传统法律文化的内涵研究。为此,本课题的第一部分对中国传统法律文化中的德、商、考试、监察、家与家族、孝与道、知识与信仰,以及法意识和法观念进行了阐述。第二,注重法律文化的框架体系的创新。为此,我们将中国传统法律文化分为审判文化、清官文化、侦查文化和行刑文化四大部分,予以展开研究,这在中国学术史上还是第一次。当然,这种划分,事实上也是为了研究的便利而进行的,是否合适还要由学术界一起来继续切磋讨论。

对中国传统法律文化的研究,从20世纪80年代开始在中国兴起以来,已渐成热点。有的学者从中国古代礼法文化入手,探索中国传统法律文化的特征;有的学者从中西法律文化的差异入手,揭示中国传统法律文化的特殊意义;有的学者从法律学术(法学或律学)的形态入手,来阐述中国传统法律文化的衰亡与再生;也有的学者从中国古代法律名词、法学世界观、判例制度、自然法、儒家的道德伦理哲学以及法律范式等角度入手,来系统分析研究中国传统法律文化的内涵以及其现代法文化价值。

具体而言,在中国传统法律文化研究方面,我们已经取得了诸多成果,如梁治平的《寻求自然秩序中的和谐》(上海人民出版社1991年版)、张中秋的《中西法律文化比较研究》(南京大学出版社1991年版)、武树臣的《中国传统法律文化》(北京大学出版社1994年版)、何勤华的《法律文化史论》(法律出版社1998年版)和《法律文化史谭》(商务印书馆2004年版),以及徐忠明的《情感、循吏与明清时期司法实践》(上海三联书店2009年版)等;以书代刊的连续出版物有曾宪义主编的《法律文化研究》(中国人民大学出版社2005年起出版)和何勤华主编的《法律文化史研究》(商务印书馆2004年起出版)。本课题作为对中国传统法律文化的专题研究,一方面吸收了我国学术界在中国传统法律

文化研究方面的各项成果,同时又提出了一些自己的观点,以及对既有法典、文献、案例、事件、人物以及中国古代法律现象进行的新的诠释。我们的宗旨,就是希望通过对中国传统法律文化的这种研究,总结、吸收、借鉴、转化中国历史上一切有价值的法律文明成果,为我们现在的法治建设服务。

本课题自2005年在法律史学界同仁的支持与帮助下立项之后,考虑到本课题的内容的丰富,我们将其分成了四个子课题:由我和陈灵海副教授负责第一个子课题:《法律、社会与思想——对传统法律文化背景的考察》;王立民教授与洪佳期副教授、倪铁博士负责第二个子课题:《中国传统侦查与审判文化研究》;魏琼副教授负责第三个子课题:《中国传统清官文化研究》;孟祥沛副研究员负责第四个子课题:《中国传统行刑文化研究》。而整个课题的设计、调研、收集资料、撰稿、格式规范的统一,以及课题的推进,由我和陈灵海负责。

参加本课题研究的主要是华东政法大学法律史教研室的老师,法律史研究中心的研究人员、博士和硕士研究生,以及复旦大学、上海社会科学院的专业人员。虽然我们尽了自己的最大努力,但由于本课题内容比较丰富,横跨多个学科,资料繁杂,涉及立法文化、司法文化、刑狱文化、礼法关系、民间法与习惯法、法律文本与考古文献、官吏体制(清官文化)、民众法意识等多个研究方向,需要全面展现与之相表里的中国传统社会政治结构、世界观、认识论和逻辑特征,以及传统中国的知识生产过程,人们的价值观、法律观和伦理特征等,甚至还要以价值中立的态度,努力发现中国传统法律文化中有价值的、有生命力的、能够超越中西隔阂的法律文化元素,等等,梳理整合都需要花费巨大的劳动,我们对有些问题尚不能很好地把握。加上本课题成员人数较多,各人的水平和知识积累参差不齐,因此,整个课题的成果肯定会存在一些不足。这些只能请广大读者予以谅解。

本课题除了得到国家哲学社会科学基金的资助之外,还得到了上海市人文社科基地建设资金、国家重点学科华东政法大学法律史学科建设项目资金的资助。同时,在课题研究中,我们也得到了全国各地的同行专家学者的帮助和支持。对此,均表示我们的一片谢意。

何勤华

华东政法大学

外国法与比较法研究院

2009年5月30日

目 录

总序 001

引言 001

第一章 法与家 005

- 一、家族主义文化 009
- 二、传统法中的家族主义 011
- 三、家族主义与家法族规 029
- 四、家族主义瓦解和个人主义兴起 031
- 五、家族主义法之总体特征 034
- 六、结语 036

第二章 法与德 038

- 一、德法关系的历史分期 040
- 二、德法观念的融通 049
- 三、德与法的制度整合 058
- 四、结语 065

第三章 法与孝道 070

- 一、不孝致罪与“孝”、“道”混同 072
- 二、证据的模糊与混同 077
- 三、证据来源及其疑点 082
- 四、案外人与案内人 088
- 五、作为政治伦理的“孝道” 095
- 六、结语 101

第四章 法与监察 104

- 一、中央监察制度的设置 106
- 二、地方监察制度的设置 113
- 三、谏官与监察 118
- 四、传统监察制度的主要特征 121
- 五、监察官员的选任与条件 125
- 六、监察规则的律典化 128
- 七、结语 131

第五章 法与卫禁 135

- 一、卫禁阙如时代的刀剑政治 137
- 二、秦汉魏的卫禁初建实践 143
- 三、卫禁律典化与“严绝恶迹”的破产 153
- 四、隋唐政治神学论的营造与瓦解 157
- 五、“中心—边缘”秩序的营造 169
- 六、结语 176

第六章 法与商 182

- 一、商与商法 184
- 二、传统法律文化中商的观念 187
- 三、中国传统法律中的商业制度 194
- 四、结语 214

第七章 法与考试 215

- 一、前科举时代的考试法制 217
- 二、科举初兴时代的考试法制 223
- 三、科举兴盛时代的考试法制 231
- 四、科举制后期的考试法制 240
- 五、科举与法律知识结构 244
- 六、结语 253

第八章 法律知识信仰 255

- 一、传统教育中的法律知识生产 257
- 二、作为法律知识基本载体的律学 264
- 三、法务官员的法律知识水平 272
- 四、法务官员的信仰状况 281
- 五、结语 299

第九章 法意识与法观念 308

- 一、传统法意识与法观念概论 311
- 二、不同阶层的法意识与法观念 315
- 三、儒、法思想对法意识与法观念的影响 326
- 四、晚清修律对中国传统法观念的冲击 332
- 五、结语 335

代结语：法律文化中的“传统”与“现代” 339

主要参考文献 344

引 言

文化是一个空间相对概念,一个民族的文化,是这个民族相对于其他民族的不同做法和措施,或者对同一事物的不同看法,对同一事情的不同处理方式。对此,许国璋先生曾说,文化研究与文明研究不同,文化随民族而异,文明随时代而异。后者是时间相对概念,相对于野蛮,相对于过去的改善,属于另一个研究领域。对于文化的内容,以陈登原先生的概括较为允当,他曾说:“今考‘文’之意义,盖有三解。就此三者以观,我国文化,果有可以自诩及自勉者耶?文也者,尤曰‘迹’也,表也,敏也。……至于‘化’,则有‘因袭其文’、‘因时成化’之纵的意义矣。兹亦绎其三义,引申于下:一则曰创化也,二则曰变化也,三则曰进化也。”综合上述观点,文化研究乃是对一个民族处事方式、对事态度等问题的发生、变化与演进的研究。

中国传统法律文化内容庞杂、包罗万象,如章太炎所言,“涵义至广,遽数之,不能终其物”。哪怕用克罗伊伯等美国学者收集到的160多种“文化”定义,也

不足以概括其无穷的复杂性。从空间维度看,除了人们熟知的律典、审判、刑罚之外,天文地理、历法数学、灾异气候、人口和农作物、粮食产量和漕运、火药和毒药、卫禁和习武风气、文字和印刷术、金属冶炼和医术、佛道教与长生术等,都与法律文化有密切的关系。从时间维度看,愈是距今遥远的时代,其法律文化景观也愈是奇幻,甚至远离当代人的日常想像。以西汉为例,文帝减死刑为去趾刑,竟然导致“履贱踊贵”。其后久旱不雨,宰相翟方进竟被迫自杀,以谢阴阳失理之罪。武帝晚年患疾,疑神鬼乃至疑人,遂兴巫蛊之祸,竟致皇后太子身死,被难者以万计,朝野惊恐而无以措手足。唐代是中国历史上法制臻于基本完善的时代,却几乎同时成为审判秩序和刑罚手段最混乱的时代之一。武后雇佣爪牙扑杀异己时,发明了中国历史上至为奇特的逼供手段和死刑执行方式,其后数代却又随意使用宽赦手段,守法者为之喑哑。

理解一个民族的过去,才能理解这个民族的现在,合理地展望其将来。理解制度的发生,才能正确地运用制度,使之与所适用之对象相契;理解制度的发展轨迹和历史效能,才能对制度的下一步走向作出合理的判断。在古人的才智的基础上发展现代人的才智,是本课题研究的主要目的所在。课题组将从中国传统的审判文化、刑侦文化、清官文化、行刑文化中寻踪访迹、整理爬梳,不是要找出与现代法治不相吻合的东西,对其列罪公审或格杀取缔,而是期望寻求那些与中国的民族、中国所处的地理和生存环境、中国人生存所依赖的产业特征和生产环境、中国人的家庭结构和身体特征等相联系的地方。

诚然,每段历史都有其错综复杂、线索纷繁甚至诡谲之处,有些是由于认识因素、技术因素甚至偶然因素而致蒙昧或误解,有些却与世界观、科技水平并不相关,纯粹属于各方主体出于各种角度设计出的解决问题的奇思妙法。对这些复杂的因素,至少应有一个全面的概览,才能解其要者。本课题组认为,就中国帝制时代近两千年的历史而言,中国

传统法律文化大致有以下特征：一是整全主义，或曰大。这与秦汉之后建立大一统帝国的政治理想有关。从《法经》到《大清律例》一脉相承的律典主义，可谓整全主义和大一统理想在法律文化上的典型反映。秦的廷行事和问答、汉的决事比和故事，终究消失在晋的律令合融之中，到唐代再整合完美律典，即使律后之疏亦完全格式化，甚至成为应考者的必背教材。此后亦代代相承，虽小异而大同。二是中心主义，或曰中。整个政治体系及文化建立在以王位承继和卫禁防御为核心的统治体系的基础之上，君主作为天的代表居中南面，一统其领，内固本根之辅。百僚分官守职，各司其任，外强藩翼之卫。由此衍发出以三、六、九等为“吉数”的数值主义政治文化，三公三孤三老，三师三辅，六官六部，九州九卿，不一而足。三是包容主义，或曰合。这是整全主义在面临多民族文化、多元势力集团和多变社会形势时必然的选择，天与人相合，恩与威并济，儒与法相入，宽与猛共举。魏晋时期至为艰难的“忠孝难两全”议题，到了唐太宗那里，亦终由“自古忠臣必出孝子之家”的包容主义解决。在包容主义框架之下，人与人之间的尊卑关系，成为井然有序的社会规范，君为臣纲乃政治上的尊卑相合，父为子纲乃家庭长幼的尊卑相合，夫为妻纲乃社会男女之尊卑相合，如此则一切井然。国家权力合而为一，率土之滨，莫非王臣，无所谓审判、行政与立法之权分。清官是天人相合的表率 and 载体，不唯明如镜，能查疑破难，亦且清如水，爱其民如子女。四是文治主义或德治主义，或曰和。尽管汉宣帝曾对其太子说：“汉家自有制度，本以霸王道杂之”，但从武帝之后以儒入法，到晋“以孝治天下”，到《唐律》一准乎礼，到宋太祖开创以文驭武局面，中国传统制度追求治理秩序的和谐却是一个不变的核心。这种上至国之君臣，下至家之父子、夫妻的和谐取向，甚至衍生出了概念和用语的模糊主义。重农轻商，文辞取士，禁民习武和游侠，“销天下之兵，铸金人十二”，也贯彻着以柔克刚的文德主义思路，甚至连残酷的刑罚也被视

为对天人失和的补救措施。

本课题的研究,希望能为实现中国传统法律文化的创造性转型进行一些探索。中国古代一直采用的纠问制,与当时的政治结构有密不可分的关系,它确实解决了百姓不懂法的问题,只需在吃亏的时候找官府,但形成了缺少自保意识和文弱作风,其对政府的过度依赖又加剧了腐败。而当代引入的西方式的对抗制,却不得不支付证据制度植根和法官队伍培养的高昂成本。天人合一作为皇权合法性的依据之一,在古为天与天子的合一,在今却可转化为天民合一,有助于制度设计时对人民与自然界相协调的考量。中国传统法律文化中的家庭观,与以近代理性主义为基础的原子化个体观,也是格格不入的。理性主义作为一种孕育于陌生人社会的假定,抹杀了人在体能、智慧、身份、忠奸等方面的不同点,将其抽象为无色无臭无味无形的齐一的、互不依赖的法律人格,与中国人的现实生活有相当的背离。建立在这种抽象基础上的主体法,也与我们的现实生活相去甚远,与中国传统之尊尊亲亲的道德文化也难吻合,对于弱者的保护也相当不利。中国传统法律文化中的律典主义与司法能动性的结合,恰是如今西方两大法系不约而同的走向;中国传统的调解制度,以和为贵为核心,不但有道德意义上的宝贵之处,亦能取得经济学意义上的双赢,以最小成本解决问题,当代西方多元化纠纷解决机制的建设,实在与其异曲而同工。对清官的信仰和对惨酷刑讯手段的迷信,虽为旧时代侦查水平局限之产物,比之神明裁判与委身于机械服从律条的判决机器仍要好些。凡此种种,虽难求全,仍希望在本课题研究中得到新的拓展,并在前贤学者的基础之上,更有新的发现。

第一章

法与家

中国传统社会重视家,从汉字“家”的使用方式即可看出。在中国人看来,国与家在格局和秩序上具有相当的雷同性,所以汉语中称国为“国家”,政府则有时称为“公家”。老子更是说:“治大国若烹小鲜”,墨子则说:“治天下之国若治一家”。

中国古人还将皇帝称为“天子”,有时又称为“大家”,表示皇帝统治权的基础,是其作为天的家属和代表的身份。这意味着天与人、自然与国家之间,也是一种家的关系。南北朝时期,曾有一些君主因为战乱和灾异而不敢称帝,改称“天王”,暂时放弃天的家属地位,待战乱结束或灾异好转后才恢复称帝,这是对国家治理中的家理念的进一步强化。此外,历代对于春秋诸子中的各个流派,也用“家”(如儒家、道家、法家)来描述。魏晋时代,尤其是东晋门阀鼎盛时期,用家的一个部分的名称“门”,就可以指代整个“家”。这种对家望与门第的重视,与人们对政府官仪的重视辉映成趣。唐代王勃《滕王阁序》中的“都督阎公之

雅望,策戟遥临;宇文新州之懿范,檐帷暂驻”,既可视作为个人和家族的风采呈现,也可看作政府和官员的权威展示。直到现代社会,这种用语习惯仍然保留着,口语中的“人家”,既可用于指称“自己”,也可用于指称“他人”,而“公家”意指政府也仍在口语中保留着。

中国传统法律与制度中,包含着许多家、家族、家长以及门户高下、身份尊卑等内容。中国传统家族主义文化是中国传统法律中“礼”的精神的重要体现,地位不容置疑。魏晋以降的“八议入法”和“准五服以制罪”、唐太宗要求《贞观律》“一准乎礼”、瞿同祖先生所说的“中国法律之儒家化”,其中一个很重要的方面就是法律中的家族礼法主义。有鉴于此,历代学者都将家规则与家文化作为制度史和思想史研究的重要内容。宋代有车垓著《内外服制通释》,元代有龚端礼著《五服图解》,明代有冯善辑《家礼集说》,明末清初有毛奇龄著《家礼辨说》、《大小宗通绎》等,清代有徐乾学著《读礼通考》、曹庭栋著《昏礼通考》、林伯桐著《冠昏丧祭仪考》、周保珪辑《制服成诵编》、李幼梅辑《读礼丛钞》、李光第辑《朱子礼纂》等。

民国时期西学入华,研究者也更多地将家礼与国法结合起来,重要作品如1927年陈顾远著《中国古代婚姻史》、1929年赵凤喈著《中国妇女在法律上之地位》、1931年徐朝阳著《中国亲属法渊源》、1936年陈顾远著《中国婚姻史》、1947年瞿同祖著《中国法律与中国社会》等。王世杰、王宠惠、胡长清、郁岷、吴学义、谢光第、许藻镕等分别发表了婚姻家庭法方面的论文。

日本东洋史学者也非常注重对中国的家、家族和家族法的研究。广池千九郎发表《中国丧服制度研究》(1908)、《中国古代亲族法研究》(1910),甚至早于陈顾远的同类著作。1910~1911年“临时台湾旧惯调查会”辑撰的七卷本《台湾私法附录参考书》,中田薰《法制史论集》(1926)、宫崎道三郎《宫崎先生法制史论集》(1929)中,以及1952~

1958年“中国农村惯行调查刊行会”辑撰的六卷本《中国农村惯行调查》，都包含篇幅可观的家族法内容。

“二战”后期至战后初期的十年间，日本法史界突然涌现出多部研究中国家族法的重要著作，包括加藤常贤的《中国古代家族制度研究》（1940）、清水盛光的《中国家族的构造》（1942）、仁井田陞的《中国身分法史》（1942）和《中国的农村家族》（1952）、诸桥辙次的《中国的家族制》（1943）、牧野巽的《中国家族研究》（1944）和《近世中国宗族研究》（1949）、西山荣久的《中国的姓氏与家族制度》（1944）、滋贺秀三的《中国家族法论》（1950）。此外，内田智雄在分家制方面、多贺秋五郎在宗谱方面、清水盛光在家族财产方面、千种达夫在家族习惯方面、守屋美都雄在家与国家关系问题上，以及宫川尚志、川胜义雄、谷川道雄、布目潮汎、窪添庆文等在六朝隋唐贵族制问题方面的著述，都是中国家族与家族法研究的重要成果。矢野主税对荥阳郑氏、京兆韦氏、河东裴氏的研究，与美国学者伊沛霞对博陵崔氏、姜士彬对赵郡李氏的研究并称于学界。1967年，滋贺秀三将其1950年版《中国家族法论》与1961年提交的博士论文整理修订后，出版了《中国家族法原理》，并于1969年获日本学士院赏。只有少数顶尖学者的最佳成果（如仁井田陞的《唐令拾遗》、池田温的《中国籍帐制度研究》、加藤繁的《唐宋时期金银之研究》、宫崎市定《九品官人法研究》），才能获得这一日本学术界的最高奖项，法学界获此奖者更是屈指可数。这不但是滋贺秀三学术水平的证明，也是中国家族法在法史学和比较法律文化研究中拥有极重要地位的证明。

本章主要从中国传统家族主义文化的内容分类入手，并结合传统法典的规定，力求对中国古代家族主义文化对法律的影响作一些粗浅的研究。在研究方法上，本章与前辈学者有所不同。滋贺秀三《中国家族法原理》主要从家的结构上研究中国传统家族法文化，正如其序所说