

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助



中国传统法律文化研究

..... 总主编 曾宪义

礼与法： 中国传统法律文化总论

● 主编 曾宪义 马小红



 中国人民大学出版社

“十一五”国家重点图书出版规划
教育部哲学社会科学研究重大课题攻关项目资助

法

中国传统法律文化研究

····· 总主编 曾宪义 ·····

礼与法： 中国传统法律文化总论

• 主 编 曾宪义 马小红
撰 稿 人 (以撰写章节先后为序)

忠信
婷婷
力

中国人民大学出版社

• 北京 •

总 序

在人类漫长的历史发展长河中,不同文明文化间的传承、交流与融合,构成了人类文明不断发展的主旋律,而其中法律文化更鲜明、更直接地体现了人类文明发展的维度和特色。回眸历史,东方法律文化之于古代中国等四大文明古国,欧洲法律文化之于古希腊、古罗马,日本法律文化之于古代中国又之于近代西方传统,英美法文化与大陆法文化之于现代社会的影响等,都是不同文化间相互交流、相互促进的例证。世界文明兴衰史已然雄辩地证明,一个国家、一种文明文化唯有在保持其文化主体性的同时,以开放的胸襟吸纳其他文明的优秀成果,在与时俱进中承继自身传统文化中的精华,不断吐故纳新,方能保持其旺盛的生命力,保持住永续发展的势头,并创造出更加辉煌的文明成果。

中国是人类文明文化最早的开创者之一。在数千年的历史发展中,中华民族曾创造了灿烂的中华文明,创造了风格独特、义理精深、体系完备、内容丰富的古代法律制度,为丰富人类的文化宝库,为人类的发展进步作出过巨大的贡献。在中国历史上,汉、唐等强盛时期,也曾以泱泱大国的风度,大胆地吸收外来文化,并使汉天子的威仪、盛世时代的风韵、完备的文物仪章、系统的法律制度远播海外。但是,到公元1840年以后,西方文化在列强的炮舰掩护下,以一种强硬、野蛮的姿态闯入中国,一连串的野蛮侵略,在客观上改变了中国人对待外来文化的心态。在民族危亡的紧急时刻,被外来文化欺压的屈辱、对本土文化的眷恋、救亡图存的强烈使命感,都不可避免地压缩了理性,在客观上为排斥外来文化提供了道义上和心理上的支持。清末以来影响广泛的“中学为体,西学为用”理论,就是基于这种自尊、防卫心态而产生的。这种独特的文化心态,使得近代中国在如何对待外来文化,特别是西方文化包括法律制度方面左右摇摆,而没有像明治维新后的日本那样直接迈上法制西方化的道路。不可否认,这在客观上妨碍了中国社会的进步,但从另一方面来说,其也促使我们博稽中外,参考古今,在法治的视野下,对“古为今用,洋为中用”的中国法制发展路径有了更为深刻的认知和理解。

研究中国传统法律文化和推动中国法学教育的发展,是我人生的两大志向,也是我在人生发展的不同阶段一直倾心追求、立志进取的两个领域。我一直很欣赏美国独立战争时期杰出的政治家本杰明·富兰克林讲过的一句话:“在生命的每一个岗位上履行人生的责任”。我便是将自己的这两个追求视为了生命中最热爱的岗位,也视为了自己毕生要履行的两大责任,并为此不惜穷尽生命中的年华、心血和汗水,为之奋斗了一生。

1960年在中国人民大学法律系毕业留校后,我被安排在法律史专业从事中国法制史教

学与研究,从此我走进中国传统法律文化的神圣殿堂,开始了我学术生涯中的跋涉和耕耘。我在这座装满中华民族法律文化瑰宝的学术殿堂中,从古至今地浏览、观察和思考,在数千年漫长的中国法的历史发展长河中上下求索和追问,在这个过程中,我不断升华着对中国传统法律文化的理解,也发现自己对其有了难以割舍的热爱之情。此后,尽管历经“文化大革命”,人大解散,研究工作的中断,我仍一直心志不移,直至1978年如愿重归这一学术工作领域。至今还难以忘怀1978年党的十一届三中全会后,我们这些风华已去的法学学子面对法学界终于迎来春天的激动和欣喜,难以忘怀当时喜极而泣的自己如何地废寝忘食,挑灯夜战,将积蓄于心中的多年思考与心得通过论文和著作发表。

1990年至2005年,我担任了中国人民大学法学院院长。这一工作岗位客观上要求我必须面对中国法学教育进行思考,同时也让我的人生承载起又一新的责任。15年中,我带领人大法学院自强自立,锐意进取,先后如期实现了两个重要目标:其一,成功取得了在全国高等院校法学教育界的领先地位和领导地位;其二,通过成功主办中美、中欧和世界百所著名大学法学院院长论坛等具有重大意义的国际法学教育盛会,使中国的法学教育步入了国际化发展的轨道,走向了世界,同时也让世界的法学教育走向了世界。而事业的辉煌也展开了法学院人的胸怀,升华了法学院人的精神追求与思想境界,为学院后来的稳定发展奠定了基础。还记得,1998年学院荣获国家授予的全国“五一劳动奖状”,这是当时全国高校系统唯一获此殊荣的单位;也记得,2000年12月3日在人民大会堂汇集世界五大洲132所著名大学法学院院长(校)长和四千多名校友的“21世纪世界百所著名大学法学院院长论坛暨中国人民大学法学院成立50周年庆祝大会”,让多少人流下激动的泪水,大家都说“历史会永远记住这一天”,是的,如此壮观、如此规模、如此层次、如此影响的世界法学家学术盛会,在中国、在世界都是第一次,它是永载中国法学教育史的辉煌一页,也是我人生中最幸福欣慰的一天。因为这一天不仅是中国法学教育走向世界,被世界认可的最完美的标志性体现,也是当时身担诸多中国法学教育工作领导职务的我尽职尽责履行责任的一份无愧的人生答卷。

2005年5月,我不再担任人大法学院的院长,有了重归和安于学术故里的条件与心力。虽然诸多社会兼职依然让我忙碌不已,虽然已经步入年届七十两鬓斑白的人生夕阳之旅,可我深深地知道自己还有一个重要的心愿和学术使命没有完成,那就是多少年来一直萦绕于我心头让我不能不吐不甘的应当如何全面系统地看待和评价中国传统法律文化的课题,我尚须继续努力,完成这一学术上的心愿和追求。

在几十年中国法律史学教学与研究的生涯中,中国传统法律文化的博大精深,一直让我深深地感动和叹服,并使我很早就萌生出全面系统研究梳理中华民族传统法律文化的强烈愿望。在上个世纪的90年代,我就在这一愿望的驱使下,形成了初步的研究思路,并组织起一批学者付之于行动,开展了第一步的研究,撰写出100余万字的文稿,为第二步拟进行的全面系统的研究铺垫了基础。但那时因行政工作繁忙,这第二步的研究工作一直难以脚踏实地地开展进行。

2005年,以我为首席专家的《中国传统法律文化研究》课题,被教育部正式确立为“哲学社会科学研究重大课题攻关项目”,同时也被新闻出版总署确定为“‘十一五’国家重点图书出版规划”。卸任后的我此时也有了时间和精力,立即开始了这项计划中的研究课

题。2005年12月，来自全国高校和科研单位的五十多位法律史专家、学者汇集北京，组成该项目的课题组，并召开了“中国传统法律文化研究”国家重大课题攻关项目实施研讨会。经过热烈的研讨和反复的论证，会议最终确定了各子课题的研究思路和写作计划，明确了项目实施各个阶段的具体要求。

作为项目的领导者和组织者，我见证了各课题组为完成这一项目所付出的努力与艰辛，也体悟了诸位同仁在学术研究上的勇气胸怀和进取精神。为了能够真实生动地解读和验证当时社会的法律与生活，各课题组费尽周折克服各种困难搜集了大量的资料和珍贵图片，并认真地加以考证和选择。此外，对不同时期，漫漫历史长河中承载了诸多复杂因素的各种类型的传统法律文化成果悉心审视，认真分析研究。在项目实施的2006年至2009年间，各课题组围绕各自的主题召开了数不清的研讨会、调研会，而我也先后组织召开了7次大型会议，专门就项目的实施和学术问题进行研讨。同时，为解决课题研究中的重点与难点学术问题，还组织召开了“和谐社会的法律史考察”、“中国传统法律文化的现代价值”、“中国传统法律文化的基本精神”、“礼与法——中国传统法律文化总论”等十余次专题学术研讨会，除课题组成员外，广邀学界同仁与会，进行学术研讨。这些对项目的完成均产生了积极的作用。

为了推动和深化项目的研究，作为史学中的法律人，我还和大家一起对法律史学产生以来的百余年研究成果进行了总结与梳理，编辑出版了《百年回眸：法律史研究在中国》；创办了《法律文化研究》学术年刊，刊发课题组内外的相关研究成果，迄今已出版5辑，约四百万字；并先后举办了三十余次“明德法律文化论坛”，围绕课题研究相关内容，诚邀海内外法律史学者莅临讲演，与项目组成员进行学术对话和交流；开设了“中华法律文化网”作为项目交流和弘扬中国传统法律文化的平台，介绍项目进展情况，发布项目研究成果，扩大项目社会影响，为项目研究提供学术资源。

在项目组诸位学者的努力下，课题研究进展顺利，2009年年底基本完成了项目的初稿。为了保证项目研究成果的质量，在文责自负的原则下，由各卷主编对书稿进行了统稿工作，并利用中国期刊网的检测系统对全部文稿进行了检测，对发现的问题逐一修正。

本书是我学术人生追求中的一个成果，也是我一直渴望实现的一个心愿，它饱含着我的真诚与思考，也凝聚着各位课题组成员的智慧、心血与汗水。我深知学术的发展永远不可能是完美的，本书也定会存在诸多不足。我期望它的问世不会让学界和读者失望，我期望它的问世能够让更多的人更好地了解我们祖国的传统法律文化，并进一步推动和深化对中国传统法律文化的研究。

唐宗毅

2010年9月3日

目 录

引 言	1
-----------	---

第一编 中国传统法律文化的成长环境

第一章 地理环境与中华法律传统	25
第一节 地理封闭与中国法律传统	26
第二节 北方威胁与中国法律传统	28
第三节 水利工程与中国法律传统	31
第二章 农耕文明与中华法律传统	35
第一节 农耕文明与农耕型政治理想	35
第二节 农耕文明与重天顺时的法制	37
第三节 农耕文明与法规体系的简略	39
第四节 安土重迁的农耕性格与变法顾忌	40
第五节 农耕文明与“民本”政治观	42
第三章 小农经济与中华法律传统	45
第一节 小农经济与国家基本体制	47
第二节 小农经济与民事财产法制	50
第三节 小农经济与国家经济行政法制	53

第四章 宗法社会组织与中华法律传统	61
第一节 宗法原则与国家政治模式	63
第二节 宗法原则与国家司法制度	67
第三节 宗法原则与国家刑事法制	71
第四节 宗法原则与国家民事法制	77

第二编 中国传统法律文化的历史进程

第五章 神权法时代	85
第一节 神权法起源	85
第二节 夏商神权法的发展与兴盛	88
第三节 西周神权法的动摇	95
第四节 中国神权法思想的特征	98
第六章 礼治时代	101
第一节 周公制礼	101
第二节 礼治思想与体系	104
第三节 礼治的历史影响	113
第七章 礼法融合时代	117
第一节 两汉法律儒家化的历史成因	117
第二节 两汉至魏晋南北朝法律儒家化的过程	125
第八章 礼法合一时代	146
第一节 礼法的结合与统一——从《开皇律》到《唐律疏议》	146
第二节 宋元时期礼法合一的发展与变化	157
第九章 礼法合一时代法制的后期发展	172
第一节 由“明刑弼教”到“重典治国”——明清两代 法律制度的变化	172
第二节 礼律运用上的推陈出新——明清两代法律制度的主要特点	178
第三节 皇权与司法——传统礼律体系的畸变	184

第三编 中国传统法律文化的体系与结构

第十章 中国传统法律文化的结构	191
第一节 传统文化中的“法”及其相关概念	191
第二节 传统文化中的礼及其相关概念	196
第十一章 法律规范	206
第一节 国 法	206
第二节 家法族规	225
第三节 礼俗禁忌	232
第十二章 执行体系	239
第一节 天子、国君、皇帝	239
第二节 中央司法机构	246
第三节 地方司法机构	254
第四节 家族祠堂	260
第十三章 法律的宣教体系	266
第一节 蒙学教育与法律知识的普及	266
第二节 乡饮酒礼与法律知识的宣传	269
第三节 官员读法	274

第四编 中国传统法律文化的理念与思想

第十四章 传统法律文化的理念	281
第一节 和谐	281
第二节 公正	289
第三节 秩序	299
第四节 惩恶扬善	316
第十五章 传统思潮与传统法律学说	325
第一节 先秦诸子对法律的论述和主张	325

第二节	主流法律思想的内容和特点	379
第三节	重要思想家	392

第五编 中国传统法律文化的制度建构

第十六章	“以刑为主”的成文法典传统	407
第一节	“铸刑鼎”与公布法律	407
第二节	“以刑为主”的封建王朝法典	409
第三节	“以刑为主”传统在法典近代化过程中的体现	412
第十七章	以“肉刑—徒刑”为主的“五刑”体系及其变迁	422
第一节	中国古代的“五刑”	422
第二节	中国古代的“肉刑”及其废除	426
第三节	中国古代的“徒刑”及其转变	431
第十八章	法家理论对传统法制的影响	434
第一节	法家学派及其主要法律思想	434
第二节	法家精神述要	435
第三节	法家精神在传统中国法律文化中的贯穿及其体现	444
第四节	对法家法律文化遗产的批判与继承	469

引言

中国史圣司马迁说：“天下一致而百虑，同归而殊途。”^①这是对历史发展规律的深刻总结。春秋战国，先有“五霸”，后有“七雄”，至秦完成统一。秦的统一，在政治法律制度上的体现是“海内为郡县，法令由一统”^②。世界历史的发展同样证明了这样一个规律，即不同民族和地区的文化在接触之初，不免冲突。在冲突中人们往往以强弱论英雄。但是，当历史发展到一定的阶段，不同文化优秀成分的相互融合将会改变以胜败、强弱而论文化优劣的价值观念。不同民族和国家的优秀传统不仅对于保持本民族和国家的特色十分重要，而且在当今世界文化广泛接触的国际环境中，对整个人类社会的发展也有着重要的意义。

中西文化的全面接触，始于19世纪中叶，那时中国人仍以“天朝大国之民”自居，将西方视为“狄夷”。当鸦片战争、八国联军、中俄战争、中法战争、甲午中日战争中中国连连败北时，人们对中国传统文化的劣评几近偏执。不仅西方列强将中国文化视为早就应“就木”的“木乃伊文化”，就是中国人自身也逐渐失去了传统的自信。在对传统反省的同时，许多人开始苛责古人，以致认为中国文化不能适应世界的发展而主张全面地效法西方。然而，历史的发展自有其规律。百余年后的今天，中国文化再次被世界所关注。因为人们发现丰富的中国传统文化中，不仅有与世界其他国家和地区优秀文化相通或相同的成分，而且中国传统文化中所凝结的智慧和经验，对世界的发展将会提供有益的借鉴。一些西方学者对中国文化也已经不再是百年前那种猎奇式的记述和以自身价值观为标准的评判。就传统法律文化而言，虽然中国古代社会的法律制度早已解体，但是其制度设计的现实性、合理性，比如“因时立法”、“法律与道德相为表里”等；其某些价值观念的普适性，比如“和谐”、“恤刑”等，对现实法律的发展不仅有着影响，而且有着积极的导向作用。西方学者在为法治传统自豪的同时，也在现实中感受到了传统法治的缺陷，比如理想与现实的脱节，法条日渐其密，但法的漏洞也日渐其多。这也是一些西方学者将注意力投向中国传统法律的原因，他们试图在中国传统的法律中找到弥补缺陷的途径。

在这样一种背景下，梳理中国传统法律文化的意义显而易见。

一、研究的沿革与现状

自古至今，中国“法律史”研究的兴衰大致如下：

^① 《史记·太史公自序》。

^② 《史记·秦始皇本纪》。

在古代,“法律史”几乎就是法律研究的全部内容。在相对封闭和稳定的社会中,尤其是如中国古代这样的安居乐业型的农业社会,“经验”是人类现实生活中的主要精神财富,“史”不仅是学术研究的主要对象,而且是现实社会中政权及制度合法化的权威的依据。据《欧洲法学史导论》言,这种以“史”为学术的中心和以“史”为现实制度的依据的情形,在古代的欧洲也是如此:“在欧洲历史上,法律史长期扮演着这种核心的合法性角色。在旧制度中,居支配地位的是一种传统主义的合法性结构,据此,旧的即是好的……甚至在今天当人们宣称法律史可以用来辨识一个民族的法律和政治身份的时候,我们也能发现类似的主张。19世纪早期德国历史法学派法律哲学的核心就是这样一种假定:法律产生于民族精神,由这个民族的文化传统和法律传统所构成。”^①正确地阐述祖制,以史为鉴,或遵循成规,或因时变革——这就是“法律史”在古代社会中的学术价值与社会价值。

严格地说,目前的学科划分始于上世纪初,来自西学。学科的形成过程与历史变局密切相关,19世纪以来,中国遇到亘古未有之灾变,在民族生死存亡关头,效法西方,救亡图存的潮流也势必反映到学界。在中西文化的碰撞中,“法”的差异格外引人注目,而在中西法律传统的比较中,“史”的合法性、权威性消失了,且走到了反面。梁启超言:中国“秦汉以来……法律一成不易,守之无可守,因相率视法律如无物。于是所谓教部勒者荡然矣。泰西自希腊罗马间,治法家之学者,继轨并作,赓续不衰,百年以来,斯义益畅,乃至以十数布衣,主持天下之是非,使数十百暴主,戢戢受绳墨,不敢恣所欲,而举国君民上下权限划然,部寺省署议事办事,章程日讲日密,使世界渐进于文明大同之域。”^②以西方模式为标准评价中国社会所导致的不仅是对“法律史”合法性、权威性的怀疑和颠覆,而且还有价值观的转变,由崇拜祖先,到言必称英美。19世纪后期,随着西方殖民扩张的节节胜利,中国文化在学者的论著中成为一种怪异、保守、野蛮、恐怖、没有任何生气的“木乃伊”文化,在西方人的眼中,中国的哲学、宗教、法律、科技,甚至语言都处在幼儿时期。18世纪末至20世纪初,欧洲,也包括美国几乎没有一个思想家对中国文化不持批判和歧视的态度。^③如果客观地、历史地评价1840年后的中国历史,我们确实无法过于责备当时的许多人对西学——当然也包括西方的法治学说——的排斥和反感。但值得庆幸的是一些具有远见的政治家、思想家和学者在民族生死存亡时刻摆脱了狭隘的民族偏见,在向西方寻求救国之路的同时,开始对传统进行反省和批判。应该肯定的是:19世纪末是中西文化大规模的冲突与融合的时代,也是民族的生死存亡之际。当时许多仁人志士向西方探索强国之路,学习西方的学术方法,吸纳西方的一些学术观点是必然的而且是必要的。这种探索、学习与吸纳为中国近代民族的独立和解放、为中国法向近代的转折开辟了道路。我们从当时研究中看到的所谓的中国传统法律,不仅是已经被西学的武器批判得体无完肤,而且更是被一些肤浅的比较割裂得支离破碎。与西方法律变革视传统为动力相反,我们在近代化的道路上将历史与传统视为包袱。1904年梁启超写成《论中国成文法编制之沿革得

① [葡]叶士朋:《欧洲法学史导论》,吕评义、苏健译,3~4页,北京,中国政法大学出版社,1998。

② 《饮冰室合集·文集之一·论中国宜讲求法律之学》,北京,中华书局,1989。

③ 参见[德]夏瑞春编:《德国思想家论中国》,陈爱政等译,南京,江苏人民出版社,1995;周宁编著:《2000年西方看中国》,北京,团结出版社,1999;[美]明恩溥:《中国人的特性》,匡衡鹏译,北京,光明日报出版社,1998;[美]何天爵:《真正的中国佬》,鞠方安译,北京,光明日报出版社,1998。

失》，这篇论文在中国法律学术发展史中有着“开山祖”的地位。文中以西方法律文化为标准，指出了几千年来一脉相承的中国传统法律的“缺陷”：“法律之种类不备”、“私法部分全赋阙如”、“法律之固定性太过”、“法典之体裁不完善”、“法典之文体不适宜”^①。这篇在今天看来有着明显偏见的文章，却是当时历史条件下的必然产物，甚至可以说正是这种对传统的“矫枉过正”起到了唤醒国人的作用。

20世纪30年代起，随着中西文化交流的进一步深入，中国人的传统自信有限恢复，此时“中国法律史学科”的研究方法和体系已经形成。其主要表现在大学的中国法律史教材初具体系，或“以史为经，以法为纬”^②，或“以法为经，以史为纬”^③。研究专著则以比较中西法的异同、断代法制史的考订等为主。这一时期，许多学者对“法律史”的定位是比较明确和明智的。一方面，以学术的态度，对中国法律进行历史的客观的考察并与西方进行比较。另一方面，虽然社会及学界的主流以“不破不立”、“不断不流”的激进态度对待中国的法律传统，但也有许多学者保持着学者的理智，试图寻找到传统法律与西方法律的契合点，以求有朝一日中国的法律文化遗产能贡献于世界。20世纪前半叶，中国法律史学科在对传统的反省和怀疑中形成。当时的社会是开放和变革着的，但却是被动与被迫的开放和变动。因此变动的方向也似乎无须探讨，因为西方已经提供了现成的模式。在这一阶段，“法律史”虽然不再是法律研究领域中的主导内容，不再是现实法律合法性的权威依据，但由于批判和比较的需要，“法律史”作为一门学科而言并不寂寞。19世纪40年代，关于中国法律史方面的著作、教材已出版近五十种，诸多的学术性、政论性的论文也常常涉及法律史领域，其中包括“宪法”与传统关系的研究和民事法律中有关习惯和惯例的研究。

20世纪后半叶以来，中国法律史学科的发展则经历了探索、停滞、恢复到发展的过程。

1949年10月，中华人民共和国宣告成立，这是一次划时代的社会变革，这一变革在学界的反映是：以马列主义为指导，用马列主义的研究方法从事各自学科的研究，成为学者们追求的时尚和信念。法律史学界的学者首先注意的是如何在研究中体现马列主义关于法的理论、如何运用历史唯物主义与唯物辩证法对中国历史上的法律予以科学的批判与分析（这里所言的“科学”指当时惯用的概念）。1957年后，“中国法律史”的学科名称改为“中国国家与法（或法权）的历史。”1959年北京大学法律系国家与法的历史教研组编辑了《中国国家与法的历史参考书·第一分册》，并由法律出版社出版。1963年至1965年中国人民大学国家与法权历史教研室编写并出版了《中国国家与法权历史讲义》三册^④（分别由张晋藩、曾宪义、范明辛、张希坡编写）。这部教材代表了当时学科研究的水平。其成功之处在于：第一，首次用马列主义阶级分析的方法，将中国历史上出现的法律分为四个类型，即奴隶社会的法、封建社会的法、半殖民地半封建社会的法、人民民主法制。第二，论证了国家与法的关系，并力图将法律放于历史文化环境中加以考察。第三，从教材的体例、内容和字数看，作者的指导思想是厚今薄古，四千年的古代社会仅占全书不到三分之一，而

① 《饮冰室合集·文集之十六·论中国成文法编制之沿革得失》，北京，中华书局，1989。

② 代表作为杨鸿烈：《中国法律发达史》，北京，商务印书馆，1930。

③ 代表作为陈顾远：《中国法制史》，北京，商务印书馆，1935。

④ 《中国国家与法权历史讲义》，北京，中国人民大学出版社，1963、1965。

1840年至1949年百余年的历史则占全书的三分之二强。所以近代部分较以往的资料充分、论证详细。第四,论述了一些以往研究未涉及的领域。如古代农民起义颁布的法令,太平天国、革命根据地法制等等。从某种意义上说,这种探索已经将“法律”与“文化”、“法律”与“社会”、“法律”与“政权”连接起来,拓展了学科的研究视野。

20世纪70年代后期,历时十年之久的“文化大革命”宣告结束,由此引发的思想理论的交锋也逐渐白热化。为了完整准确地理解马列主义、毛泽东思想,打破思想的禁锢,邓小平提出了“解放思想”的主张,强调“实践是检验真理的唯一标准”这一马列主义的基本原则。自此,学术界开始突破了一个又一个理论禁区,中国法律史的研究也开始恢复。1979年9月,中国法律史学会于长春召开了成立大会,这个学会是全国性的学术团体。这次会议的一个中心议题就是研讨有关法制史与法律思想史的研究对象。有些与会学者提出了“中国法制史”、“中国法律思想史”应设为独立学科。他们认为无论是从学科分类的原则上说,还是从学科担任的研究任务上讲,中国法制史、中国法律思想史都不宜与政治、国家政权合并研究,而应该作为一门独立的学科设置。“只有把法律思想从政治思想的体系中分离出来,才有可能使之获得充分发展的机会并充分发挥其社会功能。”^①与会者并就此达成共识。自1978年至今三十多年来,中国法律史研究的发展可谓迅猛,概括地说,发表的有关研究论文已超过四千篇,出版的有关专著百余种,教材近百种,工具书数十种。

然而,三十余年来中国法律史研究的发展并非一路顺风,三十余年中国法律史研究的状况直接或间接地体现出社会的变革和学术的发展。三十年前,法律史学科是法学界的领军学科,上个世纪的70年代末到80年代初,法律史学科的动向受到整个学界的关注,可以说这是法律史学科自上世纪初形成以来百年间最为荣耀的时期。这个荣耀与当时的社会需求有关,与学术及法学研究的整体状况有关,也与学科传统有关。当时的社会刚刚经历了一场“文化大革命”,学术界百废待举,当时的法学不仅“幼稚”而且“空白”,因为在当时法学是否能从政治学中独立出来都是一个学界难以回答的问题。中国法律的实践更是让法学界感到有些尴尬,因为确信“法治不过是同西方资本主义联系在一起的短暂的插曲”^②。1949年以来,我们对立法时热时冷,所制定的法律本来就寥寥无几,到“文化大革命”时期这寥寥无几的法律也成为具文,被视为束缚群众革命热情的“绳索”而扫进了历史的“垃圾堆”。据有关权威统计数字表示,1987年“经过全国人民代表大会常务委员会对1978年以前颁布的法律的清理,134件法律和有关法律的决定中,已经失效的有111件,也就是说,81%已经失效。三十年中由中国人民政治协商会议、中国人民政府委员会、全国人民代表大会常务委员会制定的法律只有134件,法律在社会中的地位和作用可见一斑。经过清理,仍然有效的另外23件就是中国当时法制建设的主要基础。”^③

法律的缺失是“文化大革命”那场浩劫形成的原因——这是邓小平反思新中国成立以来党的路线方针政策后的结论。1978年12月13日邓小平在中央工作会议闭幕会上作了《解放思想,实事求是,团结一致向前看》的讲话,他强调指出:“为了保障人民民主,必

① 饶鑫贤:《中国法律思想史研究对象商榷》,载《法律史论丛》,第一辑,北京,中国社会科学出版社,1981;《20世纪之中国法律思想史学研究及其发展蠡测》,载《法律史论集》,第一卷,北京,法律出版社,1998。

② 王晓晖:《新技术革命与我国法制建设》,125页,沈阳,辽宁大学出版社,1988。

③ 信春鹰:《中国的法律制度及其改革》,19页,北京,法律出版社,1999。

须加强法制。必须使民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。现在的问题是法律很不完备，很多法律还没有制定出来……所以，应该集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律，例如工厂法、人民公社法、森林法、草原法、环境保护法、劳动法、外国人投资法等等，经过一定的民主程序讨论通过，并且加强检察机关和司法机关，做到有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”^① 邓小平的思想很快成为全党和全民的共识，1978年12月18日召开的中国共产党十一届三中全会正式提出“发扬社会主义民主，加强社会主义法制”。社会的需要呼唤法制，法制又几乎处在一无所有的状况下，而以法制为主要研究对象的法学从何处开始突破与发展，当时唯有法律史学科能担当起兴盛法学的历史重任。一是当时法律史的研究与其他法学学科不同，其不乏数据的支持。中国具有五千年的文明历史且史学发达，历朝历代遗留的法制资料相当丰富，其与现实中的法律匮乏形成明显的对照。研究的前提条件便是资料详实，在当时的法学界，只有法律史学科才具备这一条件。二是法律史研究涉及许多基本的法学理论问题，比如法的起源与本质、法的阶级性、法的历史和社会作用、法的历史遗产的批判与继承、人治与法治的关系等等。回避这些理论问题甚至将其视为禁区，法制的发展几乎是不可能的。在制定各项法律之前，思想的解放是关键所在，法律史学科的研究作为理论禁区的突破口也是十分合适的领域。三是中国一向有史学的传统，在“文化大革命”时期，由于政治的需要，史学更是成为一门“显学”。作为史学领域中的一门专史，带有政治性的法制史“学术”研究即使在“文化大革命”间也未完全中断，比如关于“国家与法的关系”、“法的历史发展阶段”、“先秦儒法斗争的性质”等等。由于学术延续，法制史专业中集合了一些优秀的研究人才，与现在有些不同的是当时许多部门法的专家更愿意从事法制史的研究。因为丰富的数据可以使研究较其他法学领域更有深度，而且在国门尚未完全打开之时，传统对现实的影响较外来影响更为深远，这也就意味着法制史研究在当时来说，不仅具有其他学科尚无法具备的学术性，同时也具备重要的现实意义。社会环境和学科固有的特点决定了法律史学科三十年前在法学界的领军地位。

自20世纪90年代后，法律史的研究开始逐渐有了危机感。回首三十年法学发展的状况，法律史学科从法学界的领军地位渐渐淡出，这种淡出，不为发展了的社会所感觉，也不为日益繁荣的学术界所惋惜，即使法学界的人士，若不是专门从事法律史研究和教学也不会对这一变化有什么特殊的关注。但是法律史学界对待这一变化却难以等闲视之，心理也不会那么平衡自在。对法律史学科而言，来自外部环境的压力是，与其他法学科目相比，社会对法律史的需求越来越少，而法律史离现实也越来越远。就科研方面而言，法律史学科的立项较其他法学科目更为困难，研究的成果难以面世，即使出版，也很难引起社会的反响；在高校中，法律史的课时逐渐被压缩，而且引起学生的学习兴趣也成为越来越困难的事情。由于毕业后寻找工作的压力，有些学生即使对法律史有兴趣，也不能不很现实地将精力集中于部门法或更为现实的科目上。来自法律史学科的内部压力是，法律史学科作为一门比较成熟的学科，无论是教材的体系还是研究的领域，突破起来都不是一件容易的事情。与三十年前不同的是，从事法律史专业研究的学者，包括一些在法史研究中卓有成

^① 《邓小平文选》，2版，第2卷，146～147页，北京，人民出版社，1994。

绩并具有相当影响力的学者,或由于工作需要或出于学术兴趣而越来越多地改为从事其他领域的研究,对法律史研究或兼顾,或已然放弃。如果说三十年前法律史的领军地位是历史使然,那么今天它从领军地位的淡出也有其必然性和合理性,说其必然是因为今天的社会与三十年前相比已经发生了深刻的变化,社会的变化对学术的发展有着决定性的影响。比如,在中国古代,与经济、政治、社会、思想、文化息息相关的经学自汉中期以来一直处在学术的主导地位,但在近代社会中,随着社会的发展,经学并不能依恃着历史的悠久、内容的博大精深而避免式微的趋势。一门学科的发展,必须兼有学术价值和社会价值,两者缺一不可。缺少学术性,学科的发展难以维系;而缺少社会性,学科就没有生命力。20世纪后半叶,是政治或政权与学术几乎不分的时代,法律史学科的兴衰随着政治局势的变化而变化。20世纪80年代法律史学科领军地位的形成便有着诸多的政治因素。许多经历过那一时期的法律史学者,都不否认当时法律史的显学地位有其特殊的历史原因,并不属于社会正常发展状态下的学科应有的地位。

在发展迅速、开放的社会中,“经验”的学术价值和实用价值是无法与稳定封闭的社会相提并论的。首先,经验不具备普遍性。一时一事的成败经验在千变万化的社会发展上是微不足道或不足为凭的。即使是经验的堆积,也难以应付发展、开放着的社会的微妙变化。现代社会,人们很难再如以往那样相信“经验”。其次,当我们把“经验”学术化的时候,“经验”必须上升为理论或变成抽象的规律。传统的史学原则“述而不作”已经很难使人理解“经验”的含义。随着社会的发展,随着“经验”功能的减退或萎缩,“法律史”学科社会价值的削弱也就成为必然。而其学术的价值则有待于研究内容、方法的拓展和变革。也就是说,如果社会以现在这样的状况正常持续地发展,“法律史”的社会需求不会扩展,因此,我们也就不必幻想着三十年前法律史的那种辉煌再现,也不必希望能与民法、经济法等热门学科在社会需求方面一争高下。“法律史”的定位可以是相对独立与超脱的学术。它研究的是历史,寻找的是规律,探索的是未来,有时它仍然可以用来解释或警戒现实。

学术的发展总是与时代息息相关。21世纪,西方的殖民已经成为历史的陈迹。以国势的强弱论文化的优劣,将西方法的模式作为评判法律发达程度的唯一标准理所当然地应该受到质疑。当我们有暇从容地面对我们祖先留下的漫长的历史和传统时,有暇对百余年的传统反省和批判进行再反省时,我们不难发现百余年来我们对自己传统的深深偏见和误解。这些偏见和误解甚至影响到当下。比如在中国古代法早已不复存在的近一百年之后的今天,学界有许多学者仍然沿袭百年前的观点,认为中国古代是专制无法的社会、中国古代社会的概念过于狭窄、中国古代社会没有法学家阶层、中国传统法缺少价值认定和追求。另一方面,也有一些学者为了证明中华法系的博大精深,似乎西方有的,中国早已有之。但从这种曲解历史的分类中,我们除了看到似是而非的所谓“借鉴”外,根本找不到传统法律的精神之所在。

如果说这些偏见和误解在19世纪末与20世纪初是为时势所迫,不得不为的话,那么如今的误解和偏见则是面于成见和习惯,不自觉而为之。而在习惯的惯性和不自觉中,人们对历史与传统的误解和偏见仍在加深。正如有些学者指出:“在清算旧的传统和制度的时候,我们也要注意,极其随意地斥责古人、斥责祖先、斥责他们创造的观念和制度,无视其中所蕴涵的智慧、知识和普遍道德,是20世纪中国人的文化病,即由中西文化冲突所导

致的紧张症。”^①

在进入 21 世纪的门槛时，许多学者对法律史学的发展作了种种预测。比如，发展断代法史和部门法史的研究，运用法社会学、比较学的方法对法律史进行多视角的考察等等。可以说近年对中国法律史的研究，无论是从研究方法上说，还是从涉及的内容上讲，都不是以往意义上的“中国法制史”与“中国法律思想史”所能概括的。其视角之多元、研究方法之丰富、涉猎领域之宽阔，也许只能用“传统法律文化”这个包罗万象的词汇加以概括。目前，有关中国传统法律文化研究的论文，每年几乎都有数百篇以上，专著也常达数十种。以 2000 年为例，据不完全统计，出版有关中国传统法律文化研究的著作四十多部，论文二百多篇。中国法律思想史论文一百多篇。这种状况在各大学的研究生招生专业的设计上也有所反映，在法律史专业下的方向骤然增加，有的达到五六种之多。发展及发展所带来的问题，需要我们认真从“文化”的角度，而不是传统的“制度”和“思想”分离的角度来梳理中国传统法律。

二、本卷所要解决的问题

作为首卷，所要探究的主要是理论性的问题。比如，中国传统法律文化模式的原貌是怎样的，以往的研究存在什么问题，中国传统法律文化的核心观念是什么，其制度的构建与理念间的关系，以及中国传统法律对现实法律的发展是否还有借鉴的价值等等。这些问题集中于以下几点：

（一）将礼纳入法的研究视野

近代以来，我们接受了西方学界对中国法律的描述，以为中国古代法律“以刑为主”，法律概念狭窄。其实，那是因为我们没有将“礼”纳入研究视野所造成的。

中国传统文化以“和谐”为最高追求。家族中的亲人之间、邻里之间、社会上不同的行业之间、朝堂上君臣之间、人类与自然之间等等的和美相处，是太平盛世的标志。而太平盛世就是古人所认为的人类最大的幸福。作为农业社会的中国，古代的人们从未将“发展”作为目标，而和谐、美满、幸福在中国人的观念中从来都比发展更为重要。伏尔泰这样评价中国人的精神生活：“中国人没有使任何一种精神艺术臻于完美，但是他们尽情地享受着他们所熟悉的东西。总之，他们是按照人性的需求享受着幸福的。”^②

对和谐的追求导致了中国文化的圆通特征。形象一点说，可以把中国传统文化比喻为一个“圆”，社会的一切皆在圆中。政治、经济、军事、教育、法律、道德、哲学、宗教、科技等等皆为圆之一部分。各个部分相互依赖，密不可分。而这个圆的核心可以用一个字高度地概括，那就是“礼”。因此，我们研究中国古代的政治、经济离不开礼，研究中国古代的军事、教育离不开礼，研究中国古代的哲学、科技离不开礼，研究中国古代的人际关系、日常社会生活，甚至家具、建筑等等也离不开礼。礼浸透于中国古代社会的方方面面，是中国古代文明的标志。

中国古代社会礼与法的关系早已为中外学者所关注。但应该指出的是，由于礼的复杂

① 夏勇主编：《走向权利的时代——中国公民权利发展研究》，21 页，北京，中国政法大学出版社，2000。

② [法] 伏尔泰：《风俗论》，下册，461 页，北京，商务印书馆，1995。

性及中国传统学术擅长形象思维而抽象思维薄弱的原因，近代以来关于礼与法的研究进展缓慢。17、18 世纪西方启蒙思想家孟德斯鸠《论法的精神》与法国重农学派思想家弗朗斯瓦·魁奈《中华帝国的专制制度》等著作中，对中国“礼”的理论分析直到现在仍为学界时时征引，奉为圭臬。

孟德斯鸠说：

“中国的立法者们所做的尚不止此。他们把宗教、法律、风俗、礼仪都混在一起。所有这些东西都是道德。所有这些东西都是品德。这四者的箴规，就是所谓礼教。中国统治者就是因为严格遵守这种礼教而获得了成功。”“有两种原因使这种礼教得以那么容易地铭刻在中国人的心灵和精神里。第一是，中国的文字的写法极端复杂，学文字就必须读书，而书里写的就是礼教，结果中国人一生的极大部分时间，都把精神完全贯注在这些礼教上了；第二是，礼教里没有什么精神性的东西，而只是一些通常实行的规则而已，所以比智力的东西容易理解，容易打动人心。”“中国人的生活完全以礼为指南，但他们却是地球上最会骗人的民族。”“那些不以礼而以刑治国的君主们，就是想要借用刑罚去完成刑罚的力量所做不到的事，即树立道德。”^①

魁奈说：

“中国早期的几位帝王都是很好的统治者，他们所制定的法规和所从事的主要活动都无可厚非。人们认为他们通过颁布公平的法规，倡导有用的技艺，专心致力于使他们统治的王国繁荣。但是后来几位君主沉溺于安逸、荒淫和暴虐，他们作为邪恶的典型，使他们的后世子孙认识到，当一位中国皇帝使自己招致其臣民的蔑视和怨恨时，他便面临着废黜的危险。曾经有过擅弄兵权的君王，竟敢诉诸武力来实行独裁专制，结果军队不愿受命被利用来祸国殃民，唯一的办法就是放下武器，背弃那些君王。没有哪个民族比中国人更顺从他们的君主，因为他们受到良好的教育，深知统治者和他的臣民的职责是相互联系的；他们尤其鄙视那些违反自然法则和败坏道德伦理的人。要知道这些伦理戒律构成了这个国家的宗教和悠久而令人赞佩的教育制度的基础。”^②

从孟德斯鸠和魁奈对中国礼仪道德和法律的论述中，可以看出由于地域、文化、语言、观念的隔膜，西方思想家难以对中国社会的“礼”给予正确的把握和理解。无论是孟德斯鸠的批判，还是魁奈的赞扬都充满了偏见和误解。孟德斯鸠将中国的礼看成是缺乏精神性的、琐碎的、表面的、虚伪的规则，在谈到中国的礼时，他甚至武断地说：“在拉栖代孟，偷窃是准许的；在中国，欺骗是准许的。”^③ 魁奈则将中国的伦理道德与西方的自然法相比拟，并不恰当地认为：“详细地研究自然法则，正是君主及其所任命来执行具体行政管理事务的学者们的主要目标。”^④

就中国学界来说，古人对礼与法密不可分的关系有很透彻的论述。三礼、历代《刑法

① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，313、314、316、317 页，北京，商务印书馆，1987。

② [法] 魁奈：《中华帝国的专制制度》，谈敏译，35 页，北京，商务印书馆，1992。

③ [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，316 页，北京，商务印书馆，1987。

④ [法] 魁奈：《中华帝国的专制制度》，谈敏译，72 页，北京，商务印书馆，1992。