

中国法律传统的再认识

刘广安◎著

ZHONG GUO FA LU
CHUAN TONG DE ZAI REN SHI



中国政法大学出版社

中国法律传统的再认识

刘广安◎著

ZHONG GUO FA LU
CHUAN TONG DE ZAI REN SHI



中国政法大学出版社

2018·北京

- 声 明
1. 版权所有，侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题，由出版社负责退换。

图书在版编目（C I P）数据

中国法律传统的再认识/刘广安著. —北京：中国政法大学出版社，2018. 1
ISBN 978-7-5620-8060-2

I. ①中… II. ①刘… III. ①法律—思想史—研究—中国 IV. ①D909.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第012628号

- 出 版 者 中国政法大学出版社
- 地 址 北京市海淀区西土城路 25 号
- 邮寄地址 北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
- 网 址 <http://www.cuplpress.com> (网络实名：中国政法大学出版社)
- 电 话 010-58908285(总编室) 58908334(邮购部)
- 承 印 北京中科印刷有限公司
- 开 本 880mm × 1230mm 1/32
- 印 张 9.875
- 字 数 213 千字
- 版 次 2018 年 1 月第 1 版
- 印 次 2018 年 1 月第 1 次印刷
- 定 价 39.00 元

本书得到教育部人文社会科学重点研究基地重大项目《外儒内法，霸王二道：中国传统刑事法律与社会控制》（项目批准号：16JJD820020）的资助，书中《中国法律体系认识的发展》《中国法律传统的再认识》是该项目的前期性研究成果。

前 言

中国法制文明在数千年的发展演变过程中，形成了一些有特色的法律传统。从不同角度考察，会发现不同的传统。综合各种视角考察，会得到一些共同的认识。在过去三十余年的法史研究中，我主要从社会关系、法律思想、法律体系和法律作用方面考察研究中国法律传统，逐步形成了本书中的主要认识。有的是在前人研究基础之上的进一步发现，有的是在前人研究成果启发之下的新的发现。

本书选入的家法族规、民族法规、传统法典作用、法史学科与法律体系发展的论文，是我认识中国法律传统的代表性论文。所选论文，拓展和深化了中国法律传统的认识，产生了一定的影响力和生命力。多数论文已收入《中华法系的再认识》和《中国古代法律体系新论》之中，选入本书时，在各篇论文末尾作了补充说明，对个别论文有删改修订的也作了专门说明，以尊重学术论文的历史性和客观性。近年来，我重点从法律体系协调与法律变通适用的视角考察中国法律传统。今年四月，我在《传统法律体系与法律变通》的讲座中，回顾了对传统法律体系的认识过程，提出了在法史学探索的基础之上研究“法律体系学”和“法律变通学”的目标：“法律体系学是研究各种法律形式的相互关系与协调原理的专门学问，法律变通学是

研究各种法律形式变通适用的特别规定或典型案例的专门学问。在以往的法学研究中，学者对各种法律形式的相互关系、协调原理与变通适用缺乏综合性的研究著作，希望从法史学的视角写出这方面的著作。”任重道远，寄望法史学科的后来人。附录诗文记录了我对学术甘苦的认知，对情义悲欣的体悟，对人生价值的追寻。

刘广安

2017年8月16日于京华东斋

目 录

前 言	1
中国法律的传统	1
论明清的家法族规	10
对凉山彝族习惯法的初步研究	31
简论清代民族立法	49
民间调解与中国法律传统	77
中国古代法典作用的再探讨	91
令在中国古代的作用	102
明朝的皇权和立法	123
《大清会典》的效力、适用方式与编纂意义	133
中华法系生命力的重新认识	154
二十世纪中国法律史学论纲	169
梁启超论中国法律传统	194
中国法史学基础问题反思	204
中国法律体系认识的发展	217

中国法律传统的再认识	252
附录：东斋诗文	264
后 记	307

中国法律的传统

一、成文法传统

二、儒家化传统

三、重刑传统

四、轻讼传统

五、家族法传统

中国法律的传统是指中国历史上长期形成的有稳定性的有特色的法律制度、法律观念、法律习惯等法律因素。总结中国法律的传统，有助于认识中国法律发展演变的基本精神和主要特征。就我的认识来说，中国法律的传统可以从以下几方面说明。

一、成文法传统

中国具有悠久的成文法传统。据史书记载，西周时已出现成文法。这在《周礼》中有所反映。但详细内容尚不清楚。从现知可靠的史料来看，春秋、战国和秦朝时，已有数量相当多的成文法。留传下来的《法经》的篇目和部分内容，特别是1975年湖北云梦地区出土的秦简的内容，反映了当时成文法的情况。这些成文法是适应当时国家政治走向统一的需要而逐步编制出来的。从秦汉至隋唐时期，成文法逐步走向成熟。唐代编纂的《唐律疏议》是古代成文法走向成熟的标志。其编写体例、主要内容、法律术语及法律解释，既是前朝成文法发展的结晶，又是后世成文法仿效的范本。宋元明清的法典都是以《唐律疏议》为楷模进行编纂的。所以，《唐律疏议》是中国古代成文法的代表作，又被近人视为中华法系的代表作。它对日本、朝鲜等东亚国家的古代法律曾产生过深远的影响，中国古代成文法在走向成熟的过程中，逐步形成了以律为主干，以令、

格、式、例等法律形式为辅助的成文法体系。律是具有稳定性、概括性和普遍性的成文法，一般是以法典的形式存在的。律一旦颁行后，不能随意更改。而其他成文法形式则可以随时增、删、改、并。

成文法传统的形成在中国法律发展史上产生了深远的影响。首先，它对中国法律史上判例法的生长产生了影响。由于成文法很发达，其内容明确，容易掌握，解释详细，方便适用，加之多种成文法形式并用，又有类推制度的变通，具有很大的灵活性和适应性，还有数量庞大的习惯法作辅助，所以，判例法失去了发展的历史环境。历史上汇编流传的大量案例，一是作为制定成文法的一种依据，即所谓“因案生例”；二是作为司法实践中的一种参考。中国历史上的案例不能与英美法系的判例等而视之。有的中国法律史学者认为中国古代有判例法系统，这是不确切的。其次，它对中国近代立法仿效大陆法系具有影响。中国近代对外开放后，先接触到的是英美法系的法律，但后来却仿照大陆法系的法律改革传统法律。其主要原因就是受到了成文法传统的影响。悠久的成文法传统已使中国统治者习惯于用成文法形式去治理国家，管理社会。20世纪30至40年代，中国法学界曾有移植英美法的愿望。美国法学家庞德对此发表了意见：尽管对英美法系极表赞许，但并不认为它能适应没有英美法历史背景的国家。中国已循大陆法系走得很远，如要作急剧的变动是显然不利的。再则，英美法学家不长于立法，而在复兴的中国必然有很多立法。英美法缺乏系统及现代制度化的法学著作，学习起来也很困难。所以中国法律将继续法典化，法典大部分会继续中国法的范式。

二、儒家化传统

儒家化是指中国传统法律受儒家思想影响和支配的发展过程。这一过程开始于汉代，延续至明清时期。汉初，统治者鉴于秦朝奉行法家思想而失利的教训，在比较儒、道、法、阴阳等学派的思想之后，于汉武帝时期决定以儒家思想作为治国的正统思想。儒家思想正统地位的确立，很快反映到法制实践中。首先是儒家尊崇的经典被各级官吏引用去处理案件，即史书中所谓“引经决狱”。接着是东汉的律学家引用儒家经典解释法律，即历史上所说“引经注律”。随后是立法者直接把儒家奉行的道德准则、政治准则纳入法律之中，即史学界所谓“以礼入法”。“以礼入法”的活动至唐代已基本上完成。后人称唐律“一准乎礼”，就是说唐律全面体现了礼的原则和精神。“以礼入法”的完成标志着中国古代法律儒家化传统的形成。这一传统的形成，具体反映在法律条文上，就是法律全面规定了维护等级制度和家族制度方面的内容，确立了尊卑、贵贱、长幼、亲疏同罪不同罚的原则。凡官僚贵族犯罪，可依法享有减轻处罚或免除处罚的特权。定罪量刑时，卑犯尊从重，尊犯卑从轻。法典中专门规定了依亲疏关系定罪量刑的丧服制度。依服制定罪的制度是中国传统法律与西方传统法律的一个重大区别。近代以来比较中西法律异同的学者，很多都据此制度引出各种结论来。如称中国传统法律为家族本位法或宗法伦理法，等等。

儒家化传统的形成，不仅对中国古代立法产生了很大的影响，而且对中国古代司法也产生了深刻的影响。如宋朝理学家朱

熹所说：“凡有狱讼，必先论其尊卑、上下、长幼、亲疏之分，而后听其曲直之辞。”〔1〕

三、重刑传统

重刑传统包含三种含义：一是指在法律观念上，人们把刑与法等而视之，甚至以刑的观念代替法的观念，把法律只看作是一种禁暴止邪的工具。二是指立法上，历代法典都以刑法为主体，民事行为也以刑罚手段制裁。三是指在司法上，大量使用酷刑和死刑。

重刑传统在中国历史上由来已久。早在夏商时期，人们就把刑罚与战场上的杀戮相提并论。即古书上所说：“大刑用甲兵。”后世称之为：兵刑合一。惩罚部族内部的非法行为用“中刑”，“中刑用刀锯”。一般的训诫用“薄刑”，“薄刑用鞭扑”。重刑传统的形成与法家学派重视刑法治国的思想有直接的关系。法家认为：刑、赏是治国最有效的两种方式。二者相比，刑比赏更为重要，更为有效。所以法家主张治国要刑多赏少，甚至主张要“刑九赏一”。秦朝统治者奉行法家思想，专任刑罚，促成了中国历史上重刑传统的形成。汉承秦制，立法上仍然以刑法为主体。以刑为主的立法传统一直延续至明清时期。由于儒家化之后的法律没有真正改变重刑的传统，所以有学者认为汉唐至明清的法律是“外儒内法”，理论上提倡的是儒家主张的礼治、德治，实践中则实行法家的重刑主义。

〔1〕《朱子大全·戊申延和奏札一》。

四、轻讼传统

轻讼传统在中国历史上的形成，既有思想方面的原因，又有制度方面的原因。思想方面的原因是，在历史上有重大影响的儒家、道家、法家的思想，都把社会秩序的和谐、稳定作为治理国家的理想境界。为实现社会的和谐与稳定，儒家主张“无讼”；道家主张“使民不争”；法家主张“去私”，使民不争。儒、道、法三家追求社会和谐稳定的思想，受到历代统治者的赞赏和提倡。特别是儒家思想成为正统思想之后，统治者以使民“无讼”为政治理想，以“重义轻利”为做人美德，以“息事宁人”“息讼兴教”为治民有方。清朝康熙帝就把“息争讼”作为治国的方针之一列入“圣谕十六条”之中，颁行天下。清代的《钦颁州县事宜》把息争讼作为州县官的重要职责加以规定。实际上，历代统治者都把能否息讼作为官吏的重要政绩看待。史书中记载的许多有政绩的官员都与息讼有关，如包拯、海瑞以清官盛名传之于世，除执法刚正、不惧权贵的事迹外，善于调处息讼也是他们的一项重要事迹。

制度方面的原因是，中国历史上长期实行司法与行政合一的体制。尤其是在县级政权，县官的重要职责就是处理司法案件。而县官多是通过考试经史、诗文出身的科举人才，不熟悉法律事务。凡遇法律事务，他们往往是委托下属、幕僚或胥吏处理。下属、幕僚和胥吏常常利用处理争讼之机，敲诈勒索民财。这就败坏了司法制度的声誉，导致社会上产生了普遍的厌讼、畏讼心理，从另一方面促成了轻讼传统的形成。

五、家族法传统

家族法是指历史上各个家族组织制定的主要用以调整本家族内部关系的行为规范。表现形式有家规、家训、家约、族规、宗规等。家族法的历史渊源久远，氏族社会末期的父系大家族组织内部已有其萌芽。家族法在很长时间内是以不成文的形式流传于民间的。汉代以后才逐渐有成文的记载。从汉唐至宋元时期，成文的家族法不断增多，内容也出现法律化的趋势。但在明代之前，成文家族法的内容还是以道德规范为主。明清时期，随着国家政权对家族势力支持的增强，成文的家族法迅速增加，并完成了法律化的进程，成为中国传统社会法律体系的一个组成部分。明清时期，家族法的法律化主要是通过以下几种途径实现的：①吸收国家制定法的内容进入家族法；②把家族法报请官府审批；③国家通过立法或在司法判决中支持族长处理家族内部争端的权力。这种对族权的认可和支持是家族法实现法律化的一种重要途径。

家族法在中国传统社会中发挥重要作用的原因主要有三：一是社会构成方面的原因。家族组织是中国传统社会的基础，聚族而居是一种普遍的现象。官府对基层社会的统治，主要是依靠家族势力来实现的。明清时期，官府正式的官僚机构只到县衙门为止。地方乡官不是完全的国家官职人员，国家不发给薪俸。乡官的职位多为地方上的大族所控制。有的乡官直接由族长担任。族长成了官府承认的乡村代理人，代表官方行事。所以，利用家族法维护家族内部的秩序，不仅是各个家族自身

稳定和发展的需要，而且是国家维护基层社会统治权的需要。二是司法制度方面的原因。中国传统社会的州县官都任用胥吏分管衙务，通过胥吏处理民间争讼。胥吏不由官府领受薪俸，而靠向民众要求规费或陋规为生。所以胥吏常借受理民间争讼之机，敲诈勒索民财。民众往往因一件轻微的讼案，就会“破败家业”“上辱父祖，下累儿孙”。如清代地方官汪辉祖所言：“民间千金之家，一受讼累，鲜不破败。”^{〔1〕}民间俗语“种肥田不如告瘦状”也形象地反映了诉讼带来的恶果。传统司法制度的弊端，使老百姓宁可在各自家族中委曲求全地解决纷争，而不愿意轻易诉诸官府。正如清代的一份《劝民息讼告示》所说：“投靠亲族和息，就吃点亏，总比到官较有便宜。”^{〔2〕}三是诉讼观念方面的原因。轻讼传统形成之后，官府视民间一般争讼为“鼠牙雀角”之争，认为争讼是刁风滋长，贬斥诉讼为刁讼、滋讼、讼棍、好讼之徒，等等。老百姓受统治者思想的影响，也以争讼为耻，认为争讼告官有辱家族门面，有碍族人、乡邻和睦，因而不愿将纠纷轻易诉诸官府。

（本文系1993年9月赴云南大学法律系准备的讲稿提纲，1996年6月曾提交墨尔本大学的法学研讨会，发表于《中国政法大学研究生院学报（研究生法学）》1996年第4期。2006年3月3日，收到北京检察院一法大毕业生电话询问此文出处，遂有意把此文收入论文集。为尊重学术论文的历史性，选入本书时没有改动内容和观点，只改正个别错字。）

〔1〕 汪辉祖：《学治续说》。

〔2〕 刘衡：《庸吏庸言》。