

北京大学中国传统文化研究中心

中国传统法

律文化鸟瞰

武树臣 著 刘新 审定



大象出版社

中国历史文化知识丛书

北京大学中国传统文化研究中心

中国传统法律文化鸟瞰

武树臣 著
刘新 审定

大象出版社

中国历史文化知识丛书
中国传统法律文化鸟瞰

武树臣 著

刘 新 审定

责任编辑 赵 菡

大家出版社 出版

(郑州市农业路 73 号 邮码 450002)

河南第一新华印刷厂印刷

河南省新华书店发行

787×1092 毫米 32 开本 4.875 印张 93 千字

1997 年 12 月第 1 版 1997 年 12 月第 1 次印刷

印数 1—3 325 册

ISBN7-5347-2039-7/Z·84

定 价 5.80 元

如发现印、装质量问题,影响阅读,请与印刷厂联系调换。

总 序

袁行霈 吴同瑞

中国的历史和文化源远流长,光辉灿烂,曾对世界文明的发展做出过重大贡献。今天,当历史车轮进到 20 世纪和 21 世纪交替的年代,中国人民又肩负起建设社会主义现代化国家的伟大历史使命。实现这一宏伟目标,既有重重困难,也有种种有利条件。充分利用丰富的文化宝藏,对广大人民、特别是青少年进行爱国主义教育和传统美德教育,就是我们的一大优势。毫无疑问,普及祖国的历史知识,弘扬民族优秀的传统文化,向社会提供营养丰富的精神食粮,将对提高中华民族的素质,增强民族自信心和凝聚力,具有积极意义。有鉴于此,北京大学中国传统文化研究中心与大象出版社携手合作,共同推出“中国历史文化知识丛书”。我们希望这套丛书能受到广大读者的欢迎。

北京大学具有研究和宏扬中国历史文化的传统和优势。在新的历史条件下,为了进一步发挥这一优势,学校领导于 1992 年初决定成立中国传统文化研究中心。中心成立后,依托中文、历史、哲学、考古等系,组织各方面的教师和专家开展工作。一方面,致力于专深的学术研究,编辑出版《国学研究》年刊和《国学研究丛刊》;另一方面,注重于文化

普及工作，“将大学课堂延伸到社会”。与有关单位合作制作的电视系列片《中华文化讲座》和《中华文明之光》，已取得良好的社会效益。编写这套丛书是中心普及工作的又一尝试。中心希望丛书的作者们“眼界向上，眼光向下”，用大手笔写通俗性著作，学术性、知识性、可读性并重，力求深入浅出，使广大读者增长知识，陶冶情操。

中国传统文化是历史的产物，有精华也有糟粕，不加以区分不行；中国是世界的一部分，中国文化与世界其他文化曾经发生并将继续发生交流、碰撞与融合，研究中国传统文化，没有纵览古今、通观世界的眼光不行。我们抱着历史的态度、分析的态度、前瞻的态度、开放的态度，从事发掘与研究的工作。这种态度也力求贯彻到本丛书中。然而，深入浅出地介绍中国数千年的历史文化，并不是一件容易的事，也不可能面面俱到，我们的选题只能侧重于重大的历史事件、重要的历史人物以及中国传统文化中的精华部分；对那些目前尚未充分注意的学科如法律思想史等，也适当予以注意。

从选题和内容来看，这套丛书可分为文学、语言、历史、哲学、考古、法律、科技、中外文化交流等若干系列，每个系列都由研究中心聘请学术造诣较深的专家担任主编，每部书稿都经同行专家审阅。因此，中心不再对丛书作统一的审定工作。

大象出版社的领导和责任编辑们非常重视这套丛书，把它列为重点出版书目，并为丛书的及时出版付出了巨大的努力和辛勤的劳动，我们表示衷心的感谢。本丛书的策划、编写工作一定还有许多不足之处，敬希读者批评指正。

序 言

法律文化作为人类法律实践活动的结晶,由来已久。但是,作为法学中的一个专门研究课题,却是 20 世纪 60 年代产生的。本世纪初,西方国家法学界开始法律文化的研究。到了 60 年代,苏联、英国、美国、德国、法国、日本法学界进行了更为深入的探讨,法律文化逐渐成为法学领域中的一个相对独立的学科。

中国传统法律文化内容丰富、源远流长。但我国法学界对法律文化的研究却是近年来才开始的。起步虽晚,但很快就形成了高潮,即所谓“法律文化热”。之所以如此,是由多种因素促成的。比如,国外法学界法律文化研究的影响,国内一般文化研究的引发等。不过,法律文化热出现的根本原因,是我国改革开放和社会主义现代化事业发展的内在要求。改革开放和社会主义现代化事业的发展,迫切要求法制现代化。要实现法制现代化,就必然涉及法律观念的转化和对中西法律文化的评价以及批判和吸收的问题。因此,开展法律文化研究已成为我国法学界面临的一项刻不容缓的课题。就在这时,一些才思敏捷的中青年学者脱颖而出。武树臣同志就是其中之一。他们奋起直追,刻苦钻研,著书立说,为我国法律文化学的创立与发展做出了开拓性的贡献。

武树臣同志于 1985 年前后,就开始潜心研究法律文化,先后发表论文数十篇,并出版了专著《中国传统法律文化》一书。《中国传统法律文化鸟瞰》是他在法律文化研究中取得的又一成果。在本书中,作者以马克思主义为指导,对法律文化的概念、中国传统法律文化的特点与历史发展阶段、中国传统法律文化与世界法律文化等问题,进行了系统而扼要的论述,其中有许多独到之处。如对法律文化的阐释,国内外法学界对法律文化概念的说法不下百种。作者认为,法律文化是指人类法律实践活动的发展状态及其所取得的成果。从静态角度看,它包含法律思想、法律规范、法律设施、法律艺术四个方面。从动态角度看,法律文化是指导法律实践活动的价值基础,以及该价值基础被社会化的过程或方式。中国传统法律文化是指从中国史前阶段直到清末这数千年形成的独成体系的法律实践活动所取得的成果。这种阐释,通俗易懂,又具有很高的理论概括性。

在阐释中,作者还提出了“法统”与“法体”这一对新概念,并以此为尺度,将中国传统法律文化的历史发展划分为下列诸阶段:一、传说时代;二、“神治·任意法”时代;三、“礼治·判例法”时代;四、“法治·成文法”时代;五、“礼法合治·混合法”时代。作者认为,从西汉到清末的“礼法合治·混合法”时代的法律文化,是中国传统法律文化的重心。这个时代的一系列特征是中国传统法律文化特征的集中表现。中国传统法律文化在其发展的各个阶段,虽有不同的时代特征,但中国传统法律文化的总体精神(法统)是集体本位,其宏观样式(法体)是成文法与判例法相结合的混

合法。正因为有此两大特点,才使中国传统法律文化能自立于世界法律文化之林。作者提出的这些见解,立论新颖,言之成理,并作为我国法学界的一家之言而受到注意和重视。

诚然,中国传统法律文化也含有许多消极因素。但作者认为:“面对灿烂的中国传统法律文化成果,我们丝毫不应妄自菲薄,相反,我们应当努力挖掘其中有益的经验,克服其中的消极因素,从而客观地评价历史,服务当今。”作者说:“作为一个普通的中国人和学者,面对灿烂的中国传统法律文化,应当倾倒和自豪。笔者正是怀着这样的心情来撰写此书的。”字里行间,流露出作者的爱国激情。爱国主义包含着丰富的内容,热爱我们民族灿烂的传统文化(包括传统法律文化)当是爱国主义的重要内容之一。《中国传统法律文化鸟瞰》一书的出版,对宏扬优秀的传统法律文化,促进法律文化研究和繁荣我国的法学园地,都是十分有益的。我殷切期望,在不久的将来,能够看到更多的有关中国传统法律文化的论著问世。以此为序。

刘 新

1996年10月29日于北京

目 录

序言

法律文化与中国传统法律文化	1
传说时代的法律文化	4
一 “法”字的文化内涵	6
二 一个独角神兽的始末	9
“神治·任意法”时代的法律文化	30
一 受命于天,恭行天罚	30
二 辟·御廌:“神意”与“人意” 的合一	33
三 立法司法程序	35
四 “神治·任意法”的衰落及遗产	37
“礼治·判例法”时代的法律文化	43
一 从“迷信鬼神”到“注重人事”	44
二 “为国以礼”的“礼治”	47
三 “判例法”的总体风貌(上)	50
四 “判例法”的总体风貌(下)	62
五 “礼治·判例法”时代的结束 及遗产	65

“法治·成文法”时代的法律文化	69
一 从“礼治”到“法治”	71
二 “法治”的理论支柱	75
三 “成文法”的萌芽与定型	78
四 “成文法”的基本精神和表现样式	86
五 “法治·成文法”时代的功过 及遗产	93
“礼法合治·混合法”时代的法律文化	97
一 荀子之学：“礼法合治”、“儒法 统一”	98
二 荀子之法：“混合法”的理论基石	105
三 “议事以制”与“人法之辩”	109
四 “成文法”与“判例法”：在 相互消长中走向平衡	115
五 “礼法合治·混合法”时代的 终结和遗产	137
中国传统法律文化与世界法律文化	139
一 中国传统法律文化的古老光荣	139
二 中国传统法律文化的世界意义	143

法律文化与中国传统法律文化

法律文化指人类法律实践活动(立法、司法以及对法这一社会现象的认识)的发展状态及其所取得的成果。从静态角度来看,它包含法律思想、法律规范、法律设施、法律艺术四个方面。从动态角度来看,法律文化是指导法律实践活动的价值基础,以及该价值基础被社会化的过程或方式。我们把指导法律实践活动的价值基础称为“法统”,它是某一民族的文化传统在法律实践领域内的特殊表现;把该价值基础社会化的过程或方式称为“法体”,它是指居社会主导地位集团用何种方式将该价值基础加工成为法律规范,并使之成为具体的社会生活秩序。简言之,“法体”即立法、司法的样式,如习惯法、判例法、成文法、混合法等。

中国传统法律文化是指从中国的史前阶段(传说时代)直至清末这数千年间形成的、独成体系的法律实践活动所取得的成果。它是中华民族生活经验的结晶,是中国传统文化宝库中的重要财富,也是人类法律文化成果的重要组成部分。

运用“法统”和“法体”的两把尺子,可以把数千年中国法律实践活动的历史划分为如下几个重要发展阶段:

- 一、传说时代(黄帝、尧、舜、禹);
- 二、“神治·任意法”时代(商朝);
- 三、“礼治·判例法”时代(西周、春秋);
- 四、“法治·成文法”时代(战国、秦朝);
- 五、“礼法合治·混合法”时代(西汉至清末)。

中国传统法律文化的总体精神(法统)是集体本位,其宏观样式(法体)是成文法与判例法相结合的混合法。中国传统法律文化的上述两大特点,足以使其在世界法律文化之林中标新立异独成一家。其中,集体本位虽然具有历史的局限性和落后性的一面,但它毕竟凝聚着中华民族大家庭克服千难万险、百折不挠的精神,为人类历史创造了奇迹。而成文法与判例法相结合的混合法,不仅体现了中华民族的聪明才智,也是人类法律实践活动内在规律性的高度总结。一个多世纪以来,西方两大法系——欧洲大陆成文法系和英美判例法系——之间的不断沟通和融合,正是这一规律的反映。而中国的混合法,从西汉时就初步确立了。

面对灿烂的中国传统法律文化成果,我们丝毫不应妄自尊薄,相反,我们应当努力挖掘其中的有益经验,克服其

中的消极因素,从而客观地评价历史,服务当今。

中国传统法律文化之所以能够作为“自然的过程”表现出独特的历史发展阶段性和历史进程的整体一致性,应当归功于中华民族数千年一脉相承未曾中绝的伟大经历。这一得天独厚的古今一系的民族,在世界人类史上是仅见的一例。“一个民族和国家,其所以能够存在,总有它一些长处。尽管以往的社会制度一再改变,但人民是永生的,不同时代不同民族的人民总是有自己的优秀的东西。”^①作为一个普通的中国人和学者,面对灿烂的中国传统文化,应当为之倾倒和自豪。笔者正是怀着这样的心情来撰写此书的。

^① 《周恩来选集》下卷,第197页。

传说时代的法律文化

人类的历史既包括有文字记载的历史,也包括无文字记载的历史。在文字产生之前,人类社会已经存在并经历了相当长的历史时期,这一历史时期被称为人类的早期史或史前史。这段历史是靠着古代人类用“口耳相传”的方法流传下来的,故而又称之为“传说时代”。

中国有文字记载的历史大约是从商代开始的。商以前的历史,从炎帝、黄帝、蚩尤到唐尧、虞舜、夏禹,都未曾用文字直接记载下来,它们存在的证据,仅仅是后来古代文献中保留的对古老传说的追述。这段漫长的虽无文字直接记载但看来又确实存在的历史,就是中国古史的传说时代。

传说时代在形式上有如下特点:其一,传说时代的经历是靠古代人们祖祖

辈辈口耳相传保留下来的，因此，传说中所描述的历史人物和事件常常缺乏时间和空间的连贯性和准确性。中国自古又是个多民族的大家庭，各民族的传说因彼此对立、吸收而不断改变，故传说中的人物与事件常常以彼此矛盾的面目出现；其二，我们今天所接触到的古代传说，不是“口耳相传直到今”的材料，而是古代史籍对前代的追述，而这种追述常常因为作者的主观动机而加以改造和渲染，其中也难免有误解或以讹传讹之处，从而使我们难以观察到古代传说的原貌；其三，古代传说往往同神话纠缠在一起，人的世界常常同神的世界混为一谈，如《韩非子·十过》说：黄帝合鬼神于泰山之上，“蚩尤居前，风伯进扫，雨师洒道，虎狼在前，鬼神在后，腾蛇伏地，凤凰覆上，大合鬼神，作为清角”。表面看来，这些记载纯属无稽之谈。但是，古代民族都信仰图腾，那些虎狼凤蛇不过是氏族的图腾，而“大合鬼神”即是部落联盟大会或战前誓师，这就是神话告诉我们的史料。神话自有其合理的内容，正如拉法格在《宗教与资本》中所说的：“神话既不是骗人的谎言，也不是无谓的想象的产物。它们不如说是人类思想的朴素的和自发的形式之一。只有当我们猜中了这些神话对于原始人和它们在许多世纪以来丧失掉了的那些意义的时候，我们才能理解人类的童年。”

中华民族是崇尚祖先和怀念自己的历史的民族。西周人的“敬天法祖”，孔夫子“祖述尧舜”，直至康有为“托古改制”，都借用先代事迹来论证现实主张的合理性；商王盘庚发布命令首先征引“古我先王”之例，周穆王下令立法时亦溯及“若古有训”；历代君臣议处疑事，亦每每称引古事，西

汉“春秋决狱”便是突出的一例。这种崇古法祖的风尚有利于古史原料的传播和记录,使浩如烟海的古代典籍,无论经、史、子、集,均不乏追述和转引先代史实的文字,从而为我们研究传说时代的历史提供了较为有利的条件。

一 “法”字的文化内涵

古代“法”字写作灋,这已为出土的钟鼎文和秦墓竹简所证实。说到“法”字的本义,人们常常引用东汉许慎《说文解字》的说法,即:“法,刑也,平之如水,从水,廌所以触不直者去之,从去。”又说,“今省作法”。这种解释无疑是高度凝结了古人世代代关于“法”这一社会现象的传统认识,但尚有进一步斟酌的余地。

大凡人类的早期史,都经历了先有语言而后有文字的过程。汉字是象形文字,当它被一笔一画地创造出来时,它的形象结构不仅反映了造字者的主观构思,更重要的是,它已经具备了一经问世便不得不如此的历史必然性。因为它不仅蕴含着祖祖辈辈口耳相传的史影,还深藏着古人对某一社会现象的最朴实直观的普遍见解。古“法”字便是其中最明显的一例。

古“灋”字由三部分组成,现分述如下:

其一,氵,即水。它有两重含义。一是它的象征性含义,即平之如水、不偏不颇、公平正直。在原始社会,平等不是指个人与个人之间的平等关系,而是指氏族与氏族之间的平

等关系。而这种平等只有在部落联盟形成之后才有条件产生；二是它的实践性含义。远古人群的生活范围常常以山谷河流为界限，它们约定俗成地被视为此氏族活动的终点和彼氏族活动的起点。当时，个人不可能离开它的氏族而“离群索居”。正如恩格斯在《家庭私有制和国家的起源》中指出的：“凡是部落以外的，便是不受法律保护的。在没有明确的和平条约的地方，部落与部落之间便存在着战争，而且这种战争进行得很残酷。”^① 因此，放逐是无异于死刑的严酷惩罚之一。人们把违背公共生活准则的“罪犯”驱逐到“河那边”去，就是死刑宣告。这样，久而久之，就使河流带有刑罚的威严，并进而被赋予一种文化的意义，因为它成了当时公共生活准则的化身。

其二，麇，据传是个貌似牛、羊、鹿、熊的独角兽。其实，它是古老部落的图腾。而“蚩尤”、“咎繇”、“皋陶”不过是麇的读音和文字表达符号。据《尚书·吕刑》记载，蚩尤是“法”的缔造者，他“惟始作乱，延及于平民”，“作五虐之刑曰法”。黄帝战胜了蚩尤，很快将他们“同化”，并吸收了蚩尤创造的“法”。正如《龙鱼河图》所载：“蚩尤歿后，天下复扰乱不宁。黄帝遂画蚩尤形象，以威天下。天下咸谓蚩尤不死，八方万邦，皆为殄伏。”^② “蚩尤形象”与其说是“麇”，勿宁说就是“法”。于是，“黄帝合鬼神于泰山之上……蚩尤居前，风伯

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，第94页。

② 《史记·五帝本纪》。