

中国古代的法典、制度和礼法社会

郑显文◎著

• 中国古代法典体例的发展演变

战国秦汉之际法典体系的演变

两宋之际令典的发展变化

• 中国古代的法制建设

中国古代重大疑难案件的解决机制

唐代司法公正审判体制的建构

宋代的官物追偿立法及债法的发展变化

• 中国古代的引礼入法及法律实践活动

中国古代的引礼入法及中华法系的历史走向

中国古代的丧葬礼俗与法律

中国古代服饰的法律制度

中国古代出行的法律制度

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE



中国古代的法典、制度
和礼法社会

郑显文◎著

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

中国古代的法典、制度和礼法社会 / 郑显文著. —北京: 中国法制出版社,
2020.1

ISBN 978-7-5216-0736-9

I . ①中… II . ①郑… III . ①法制史—研究—中国—古代
IV . ① D929.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2019) 第 284775 号

策划 / 责任编辑: 薛强 (editor_xue@163.com)

封面设计: 李宁

中国古代的法典、制度和礼法社会

ZHONGGUO GUDAI DE FADIAN、ZHIDU HE LIFA SHEHUI

著者 / 郑显文

经销 / 新华书店

印刷 / 北京京华虎彩印刷有限公司

开本 / 710 毫米 × 1000 毫米 16 开

印张 / 25.75 字数 / 367 千

版次 / 2020 年 3 月第 1 版

2020 年 3 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978-7-5216-0736-9

定价: 88.00 元

北京西单横二条 2 号 邮政编码 100031

传真: 010-66031119

网址: <http://www.zgfzs.com>

编辑部电话: 010-66054900

市场营销部电话: 010-66033393

邮购部电话: 010-66033288

(如有印装质量问题, 请与本社印务部联系调换。电话: 010-66032926)

本书出版得到上海市教委科研创新计划重大项目“‘一带一路’沿线新发现的古代各民族的法律文书整理及研究”(2017-01-07-00-02-E00048)项目和上海师范大学第九期校级重点文科“法律史学”项目的资助。

中国古代社会延绵数千年之久，中华法系的内容博大精深。但长期以来，由于文献资料的匮乏，加之传世文献的记述语焉不详，使学术界对许多重要的法律问题认识模糊，产生了较大分歧。近年来，随着考古资料的不断发现，新出土了许多古代法律竹简和纸质文书，为法律史学研究带来了活力。这些新发现的法律史料主要包括包山楚简、云梦睡虎地秦简、里耶秦简、岳麓书院秦简、张家山汉简、居延汉简、武威汉简、敦煌吐鲁番文书、北宋《天圣令》残本、元代《至正条格》残本、明清故宫档案和徽州文书等。众多古代法律文书的出现，极大地开阔了法律史学研究者的视野，为深入探究中国古代的法典体系、制度流变、社会生活提供了珍贵的资料。

近代著名史学家傅斯年先生曾论及新史料的重要性，他认为作为“史料学”的历史学有三项基本要求：一，“凡能直接研究材料，便进步”；二，“凡一种学问能扩张它研究的材料便进步，不能的便退步”；三，“凡一种学问能扩充它作研究时应用的工具的，则进步，不能的，则退步”。^① 二十世纪初以来法律史学研究的长足发展，正是得益于新的史料不断被发现。

① 傅斯年：《历史语言研究所工作之旨趣》，载《傅斯年全集》第三卷，中华书局2017年版，第5—7页。

笔者很早就对出土文献资料给予了关注。在撰写硕士和博士学位论文期间，先后阅读了敦煌吐鲁番出土的社会史和佛教史的文书。1997年博士毕业后从历史学转到法律史学研究领域，在认真研读传世古代法律文献典籍的基础上，又对云梦睡虎地秦简、张家山汉简《二年律令》、居延汉简、岳麓书院秦简、里耶秦简、敦煌吐鲁番法律文书、北宋《天圣令》残本、元代《至正条格》等新发现的法律史料进行了阅读，开阔了学术研究的视野。本书正是在充分吸收和借鉴上述新发现的法律史料基础上而撰写的研究成果。

新发现的法律史料改变了学术界对传统法律的认识。战国秦汉之际是中华法系形成的初始阶段，传统的观点认为，从战国时期商鞅“改法为律”以后，秦代的法律体系是以律、令为主的法律体系，令主要指君主颁行的诏令。随着云梦睡虎地秦简《语书》、岳麓书院秦简、青川秦武王二年“更修为田律”木牍、张家山汉简《二年律令》的发现，对战国秦汉之际的法典体系有了重新认识，在秦代不仅存在“秦《法经》”六篇的法典形式，令作为古代一种重要的法律形式在秦代已十分成熟，而且独立成篇，这在岳麓书院秦简未公布之前是不可想象的。

自20世纪初日本学者内藤湖南提出了“唐宋变革论”以来，法律史学界对唐宋之际的法律变革也给予了关注。众所周知，唐宋之际律典的变化很小，宋代的法典《宋刑统》几乎全部照搬了《唐律疏议》的律文和疏议内容，唐宋之际法律的变化主要表现为令的篇目和内容的变化。令是中国古代一种重要的法律形式，自从北宋《天圣令》残本发现后，为法史学界探究两宋时期的令典的变化提供了条件，通过对北宋《建隆令》、《天圣令》和南宋时期《庆元令》的条文内容进行比较，可以看到从《元丰令》以后，宋令的篇名、条文内容与唐代相比已发生了根本性的改变。

中华法系在长期发展的进程中，在司法制度上有许多创新，有些制度即使在当今也值得总结借鉴。如在唐宋之际，对司法行政官员的选拔实行“试判”考试，注重对被选拔者法律素质的考察；在案件受理阶段实行立案审核制，对

不予受理的案件发给当事人“不理状”，允许告诉人按诉讼程序逐级上告；对疑难案件实行逐级奏献制度，避免类似案件出现同案不同判的现象；对于证据不足的案件采取疑罪收赎办法，限制司法官员的自由裁量权，防止冤假错案的发生；构建完备的司法责任追究制度，明确司法官员的法律责任，提高审判人员的责任意识。中国古代的上述这些措施，充分体现了传统法律追求程序公正和实质正义的价值理念。

中国古代法律深受儒家思想的影响，有学者把从汉代以后中国传统法律的发展过程称为“中国法律的儒家化”。^①笔者认为，这种观点很值得商讨。众所熟知，先秦儒家提倡礼治、德治和人治，儒家代表人物孟子主张省刑罚、薄赋敛，民贵君轻，认为“徒善不足以为政，徒法不能以自行”，^②国家治理应是法治与人治相结合。先秦儒家这些精深的法律思想并没有被后世统治者所吸纳，中国后世统治者只是有选择地吸收了儒家提倡的尊卑贵贱的礼制思想。荀子说：“礼者，养也。君子既得其养，又好其别。曷谓别？曰：贵贱有等，长幼有差，贫富轻重皆有称者也。”^③汉代以后的统治者正是在儒家“礼有等差”思想的指导下，把许多礼的内容引入法律制度层面中来，成为广大民众必须遵守的行为规范。中国古代礼的内容非常广泛，涉及祭祀、丧葬、服饰、饮食、住宅、出行、婚姻、家庭财产继承等很多社会领域，历代统治者以法的形式对礼的内容进行规范，从而使中国传统法律呈现出了“礼法合一”的现象。中国古代的引礼入法，使古代的皇权观念、等级身份观念由合法化转向合理化，众多的道德规范上升为法律规范，不仅混淆了礼法之间的界限，也严重阻碍了中华法系的发展。因此，中华法系的发展过程，本身就是古代礼的规范不断上升为法的规范的过程。

① 瞿同祖：《中国法律之儒家化》，载瞿同祖著：《瞿同祖法学论著集》，中国政法大学出版社1998年版，第261—381页。

② 焦循撰、沈文倬点校：《孟子正义》，中华书局1987年版，第484页。

③ 王先谦：《荀子集解》卷13，《礼论篇第十九》，中华书局1988年版，第347页。

最后，再简单介绍一下本书的写作情况。本书是笔者继《唐代律令制研究》、《律令时代中国的法律与社会》、《出土文献与唐代法律史研究》之后，出版的第四部个人学术文集，它汇集了作者近十年来撰写的部分研究成果。在本书写作的过程中，许多问题曾与中国政法大学的南玉泉教授、清华大学的苏亦工教授等人进行过讨论。北京大学中古史中心的史睿研究员提供了资料上的便利，我的学生李云龙博士帮助核对了书中的部分文献资料，在此一并谢忱！

由于本人学术能力有限，有些观点还不够成熟和完善，错误之处在所难免，真诚希望学界各位师友提出宝贵意见，以便将来作进一步修改。

作者 郑显文

2020年孟春于上海

第一章 中国古代法典体例的发展演变	001
第一节 战国秦汉之际法典体系的演变 / 003	
一、李悝著《法经》六篇之事辨析 / 004	
二、“秦《法经》”的性质 / 011	
三、秦代的法、律、令体系新论 / 023	
四、萧何作《九章律》和《傍章律》新考 / 039	
第二节 两宋之际令典的发展变化 / 052	
一、宋代以前中国古代令的发展演变 / 054	
二、唐令与北宋初年《建隆令》之比较 / 063	
三、北宋《建隆令》与天一阁藏《天圣令》残本之比较 / 070	
四、《天圣令》残本与《庆元条法事类》所引《庆元令》之比较 / 085	
五、结语 / 134	
第二章 中国古代的法制建设	141
第一节 中国古代重大疑难案件的解决机制 / 143	
一、古代重大疑难案件的奏谏制度 / 145	

- 二、选拔高素质司法官员，依靠法官的智慧来裁决 / 157
- 三、广泛征询各方面的意见，集中全社会的法律智慧来裁决 / 169
- 四、疑罪从轻和疑罪收赎制度 / 176

第二节 唐代司法公正审判体制的建构 / 183

- 一、唐代“天下之法”的观念和法官独立审判的传统 / 185
- 二、唐代的“试判”考试制度及司法官员的选拔路径 / 190
- 三、唐代公正司法的诉讼审判制度设计 / 195
- 四、从司法判例看唐代审判理论和实践的发展 / 200
- 五、唐代的审判监督机制和错案责任追究制度 / 209

第三节 宋代的官物追偿立法及债法的发展变化 / 215

- 一、宋代的官府财物追偿制度及其立法 / 217
- 二、宋代《理欠令》篇目的设置 / 224
- 三、从《庆元令》看宋代债权债务关系的演变 / 230

第三章 中国古代的引礼入法及法律实践活动.....239

第一节 中国古代的引礼入法及中华法系的历史走向 / 241

- 一、中国古代引礼入法的现象分析 / 247
- 二、中国古代引礼入法的路径选择 / 272

三、中国古代的礼制入法与中华法系的历史走向 / 287

第二节 中国古代的丧葬礼俗与法律 / 306

- 一、中国古代关于埋葬制度的法律规定 / 308
- 二、中国古代法律关于丧葬礼仪的规定 / 319
- 三、中国古代有关丧服制度的法律规定 / 330
- 四、中国古代关于违犯丧葬礼俗的惩罚措施 / 336

第三节 中国古代服饰的法律制度 / 347

- 一、中国古代关于服饰形制的法律规定 / 349
- 二、中国古代关于服饰颜色和图案的法律规定 / 360
- 三、中国古代关于服饰犯罪的惩罚措施 / 367

第四节 中国古代出行的法律制度 / 378

- 一、古代官民出行须有官府颁发的通行证 / 381
- 二、古代法律严禁官民百姓夜间出行 / 388
- 三、中国古代关于民众出行的法律规制 / 392

第一章

中国古代法典体例的 发展演变

第一节 战国秦汉之际法典体系的演变

从二十世纪初以来，中国考古学界先后在河南的安阳等地发现了大量的商代甲骨文；在湖北的云梦、江陵，湖南的里耶，山东的银雀山，西北的居延、敦煌等地发现了大量的秦汉竹简；在甘肃的敦煌、新疆的吐鲁番等地发现了许多北朝至宋初的各类文书；在北京的故宫发现了明清时期的宫廷档案。每一次大规模的考古发现，都极大地推动了学术研究的深入开展。

当然，新发现的古代文献资料也对传统的学术研究带来了巨大的挑战和冲击，其中一个重要的表现就是原来流传至今的古代文献与新发现的考古资料很难完整地吻合对接。如在1975年湖北云梦睡虎地发现了大量的秦代法律竹简，其中没有传世文献所记述的《法经》盗、贼、囚、捕、杂、具六法的内容，于是有学者开始怀疑战国时期魏国李悝著《法经》之事是否真实存在；1983年在湖北江陵张家山第247号汉墓发现了西汉初年的《二年律令》，其中除了有《九章律》的篇名外，还有九章之外《亡律》、《田律》、《钱律》等许多汉律的篇名，于是又有学者猜测在西汉建国前后萧何是否真正有过“作律九章”的立法活动。对于上述这些新发现的考古资料与传世文献难以衔接的现象，许多学者从不同的视角进行了解读。但是，迄今为止国内外学者的解释都未能得出令人信服的结论。笔者认为，若想准确理解传世文献的记述与考古资料相矛盾的现象，必须本着尊重史籍的记述和认真对待考古学新发现的文献资料的态度，对战国至秦汉之际律典体例的演变过程进行全面梳理分析，只有这样才能够得出较为公允的结论。

本节将以传世的古代文献为基础，结合新出土的秦汉法律史料，对李悝著《法经》的真伪问题，秦代法、律、令的法律体系问题，汉初萧何作《九章律》的时间以及《傍章律》十八篇是否由叔孙通制定等问题进行考证，以此来探寻秦汉时期律典演进的轨迹。不妥之处，请求批评指正！

一、李悝著《法经》六篇之事辨析

自从春秋后期郑国子产“铸刑书”公布成文法后，打破了夏商西周以来“刑不可知，威不可测”的法律传统，使国家的法律由秘密走向公开，极大地推动了中国古代刑罚制度的发展。及至战国时期，各诸侯国先后制定并公布了成文法，包括韩国制定的《刑符》、赵国的《国律》、魏国的《魏宪》和《法经》等法典，其中法律成就最高的当首推魏国李悝制定的《法经》六篇。

魏国李悝著《法经》之事，在《史记》、《汉书》等文献中并未有明确的记述，三国时期曹魏的法典《魏律·序略》、唐人房玄龄等人编纂的《晋书·刑法志》、长孙无忌等编纂的法典《唐律疏议》等对此事记载也十分简略。明末清初的学者董说在编纂《七国考》一书时，引录了汉代桓谭的《新书》，对《法经》的记述较为详细。由于《史记》、《汉书》等文献并没有记述李悝作《法经》之事，1975年在湖北云梦睡虎地出土的秦代法律竹简也没有发现《法经》六篇，于是有许多学者怀疑《法经》一书的真伪。

最早怀疑李悝作《法经》一书是捷克斯洛伐克学者鲍格洛（Timoteus Pokora）。1959年，鲍格洛（Timoteus Pokora）发表了《李悝〈法经〉的一个双重伪造命题》（The Canon of Laws by Likuei—A Double Falsification?）一文，刊载于捷克斯洛伐克《东方文库》（Archiv Orientalvf）第27期。该文认为汉代桓谭的《新论》在明清时期已经不存在，董说不可能加以引用，并进而说明《七国考》所引用的《法经》条文是董说根据《晋书·刑法志》所记载的内容加以伪造的。此后，日本学者仁井田陞、小川茂树、

广濑熏雄等人皆对《法经》的存在持否定态度。^① 中国学者杨宽在最新出版的《战国史》“绪论”中，虽对明清之际董说的《七国考》所引汉代桓谭《新论》关于《法经》的材料提出了怀疑，认为“是出于董说本人伪造”，^② 但对李悝制定《法经》的真实性却加以肯定，认为“李悝‘撰次诸国法’，编成了一部《法经》，这是我国第一部比较有系统的法典”。^③

还有一些学者根据 1975 年湖北云梦睡虎地发现的秦简和 1983 年江陵张家山汉简《二年律令》提出了一种新的观点，即作者不否认《法经》一书的存在，但认为《法经》是李悝所著的一部法学著作，而不是一部集大成的法典，“如果认识到它是一部法学著作，很多争论也许会迎刃而解；至少讨论的角度应有所变化”。^④

当然，学术界大多数学者认为《法经》一书的存在不容置疑。二十世纪六十年代，日本学者守屋美都雄发表了《关于李悝〈法经〉的一个问题》和《桓谭的生卒年代》，反驳鲍格洛等人的观点，认为汉代桓谭《新论》在明末仍存于世，董说有可能看到并加以引用。^⑤ 1983 年，张警在《法学研究》第 6 期发表了《〈七国考〉〈法经〉引文真伪析疑》，比较系统地论述了《法经》的真实存在。何勤华在《〈法经〉论考》一文中也指出：“对于流传下来的文献史料，只要没有明确的证据证明其是伪造的，一般都应认可其真实性，对《法经》

① (日)仁井田陞著：《唐令拾遗》，栗劲、霍存福等译，长春出版社 1989 年版，第 802 页；小川茂树：《李悝〈法经〉考》，载《东方学报》第 4 册，1933 年；广濑熏雄：《秦汉律令研究》，汲古书院 2010 年版等。

② 杨宽：《战国史》，上海人民出版社 2016 年版，第 38 页。

③ 杨宽：《战国史》，上海人民出版社 2016 年版，第 206 页。

④ 孟彦弘：《秦汉法典体系的演变》，载《历史研究》2005 年第 3 期，后收入《出土文献与汉唐典制研究》，北京大学出版社 2015 年版，第 1—27 页。

⑤ (日)守屋美都雄：《关于李悝〈法经〉的一个问题》、《桓谭的生卒年代》，载《中国古代的家族与国家》，钱杭、杨晓芬译，上海古籍出版社 2010 年版，第 414—452 页。

也应如此。”^①

根据传世文献的记述和最新发现的考古资料，笔者认为目前所有否定《法经》一书存在的观点和理由都是不充分的，战国时期李悝著《法经》一书之事不应怀疑。

中国古代文献对《法经》一书作者李悝的记述十分简略，《左传》“闵公二年”记作“里克”；司马迁《史记》卷30《平准书》云：“魏用李克，尽地力，为强君。自是以后，天下争于战国，贵诈力而贱仁义，先富有而后推让。”在《史记》卷44《魏世家》中还大段引录了魏文侯与李克的对话，说明《史记》中所记述的李克就是李悝。另据《汉书》卷30《艺文志》“法家”条著录：“《李子》三十二篇。名悝，相魏文侯，富国强兵。”对于《李子》一书所包含的内容，沈家本、杨宽等人认为，《法经》当在《李子》一书之中。^②

传世文献最早提到《法经》一书是唐房玄龄等人编纂《晋书·刑法志》时所引用的三国时期曹魏的法典《魏律·序略》，其中记述：“序略曰：旧律所难知者，由于六篇篇少故也。篇少则文荒，文荒则事寡，事寡则罪漏。是以后人稍增，更与本体相离。今制新律，宜都总事类，多其篇条。旧律因秦《法经》，就增三篇，而《具律》不移，因在第六。罪条例既不在始，又不在终，非篇章之义。故集罪例以为《刑名》，冠于律首。”^③在此我们看到，虽然《魏律·序略》把战国时期李悝所著的《法经》称为“秦《法经》”，但《法经》一书在汉末三国时期尚流传于世，是确实存在没有疑问的。

北朝著名史学家魏收在编纂《魏书》时，也提到了《法经》六篇之事：“逮于战国，竞任威刑，以相吞噬。商君以《法经》六篇，入说于秦，议参夷之诛，

① 何勤华：《〈法经〉论考》，载杨一凡主编：《中国法制史论考·甲编》第二卷，中国社会科学出版社2003年版，第43页。

② 沈家本：《历代刑法考·律令一》，中华书局1985版，第843页；杨宽：《战国史料编年辑证·引论上篇》，上海人民出版社2001年版，第18页。

③ 房玄龄等撰：《晋书》卷30《刑法志》，中华书局1997年版，第244页。