

“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

docsriver.com
商家本本书店

法

总主编 曾宪义

中国传统法律文化研究

第一卷

礼与法： 中国传统法律文化总论

• 本卷主编 曾宪义 马小红



中国人民大学出版社



中国传统法律文化研究 (十卷本)

..... 总主编 曾宪义

- 第一卷 礼与法：中国传统法律文化总论
- 第二卷 罪与罚：中国传统刑事法律形态
- 第三卷 身份与契约：中国传统民事法律形态
- 第四卷 官与民：中国传统行政法制文化研究
- 第五卷 狱与讼：中国传统诉讼文化研究
- 第六卷 律学与法学：中国法律教育与法律学术的传统及其现代发展
- 第七卷 冲突与转型：近现代中国的法律变革
- 第八卷 输出与反应：中国传统法律文化的域外影响
- 第九卷 借鉴与移植：外国法律文化对中国的影响
- 第十卷 传承与创新：中国传统法律文化的现代价值

ISBN 978-7-300-12978-5



9 787300 129785 >

全套定价：1980.00元
(全套共十卷)

ISBN 978-7-300-12978-5

“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

总主编 曾宪义

中国传统法律文化研究

第一卷

礼与法： 中国传统法律文化总论

- 本卷主编 曾宪义 马小红
撰 稿 人 (以撰写章节先后为序)
曾宪义 马小红 范忠信
赵晓耕 刘 涛 刘婷婷
于 游 蒋传光 李 力

中国人民大学出版社

· 北京 ·

《中国传统法律文化研究》（十卷本）

秘书处

负责人：庞朝骥 冯 勇 蒋家棣

成 员：（按姓氏笔画排列）

马慧玥 王祎茗 吴 江 张玲玉

袁 辉 郭 萍 黄东海



中国人民大学法律文化研究中心 组织编写
曾宪义法学教育与法律文化基金会

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》（十卷本）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。

张宪毅

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。于是所谓条教部勒者荡然矣。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]叶士册：《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》，匡雁鹏译，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。

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



www.docsriver.com 商家 本本书店
内容不排斥 转载、转发、转卖 行为
但请勿去除文件宣传广告页面

若发现去宣传页面转卖行为，后续广告将以上浮于页面形式添加

www.docsriver.com 定制及广告服务 小飞鱼
更多**广告合作及防失联联系方式**在电脑端打开链接
<http://www.docsriver.com/shop.php?id=3665>



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中的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囿于成见和习惯，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。

志》、流传至今的唐宋明清的律书、政治家与思想家的著述、大臣的奏章、甚至科举考试的内容，都常常会涉及对礼与法关系的论述。礼与法的关系在古人的思想观念中是不言而喻的。即使没有受过什么教育的农民也能准确地感悟和把握礼与法之间的联系和区别。

《大戴礼记·礼察》记：

“凡人之知，能见已然，不能见将然。礼者，禁于将然之前，而法者禁于已然之后。是故法之用易见，而礼之所为至难知也。”“礼云礼云，贵绝恶于未萌，而起敬于微眇，使民日徙善远罪而不自知也。”

《后汉书·陈宠传》载陈宠言礼法关系：

“臣闻礼经三百，威仪三千，故《甫刑》大辟二百，五刑之属三千。礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里者也。”

《唐律疏议》卷一《名例》疏议：

“德礼为政教之本，刑罚为政教之用，犹昏晓阳秋相须而成者也。”

《清史稿·刑法一》：

“中国自书契以来，以礼教治天下。劳之来之而政出焉，匡之直之而刑生焉。政也，刑也，凡皆以维持礼教于勿替。故《尚书》曰：‘明于五刑，以弼五教。’又曰：‘士制百姓于刑之中，以教祗德。’古先哲王，其制刑之精义如此。”

以上节文表达了中国古代社会人们对礼与法关系理论上的主流认识。即礼是法之根本和“精义”之所在。但法律在执行中所遇到的种种复杂状况，一般来说要远远超出人们的认识和理论的归纳。所以在古代的一些“判”中我们常常可以看到，一些下层官吏、甚至尚未入仕而参加科举的士人对礼与法的关系都有精彩论述。

流传至今的一些古代判文颇类我们今天的案例分析。其来自司法实践，经过一定的文辞修饰作为考核、考试或准备应考的练习题的内容而出现。如敦煌文书 P3813 卷为唐初时的判集，存判文 19 道。“判文皆采唐代事例，引律令条文为断，而所标之人名，或拟于古人……盖系取材于现实，而又加以虚构润色者。判文之法律意识极强，文笔朴素，剖析具体……疑出自法吏之手。”^① 在这 19 道判词中，有一则判问：

“奉判：秦鸾母患在床，家贫无以追福。人子情重，为计无从，遂乃行盗取资，以为斋像。实为孝子，准盗法合推绳。取舍二途，若为科结？”^②

这一道判问显然涉及礼与法的关系。一个贫穷的人为了能有钱为母亲身体康复而祈祷神灵的庇佑，不惜以身试法沦为盗窃之人。其孝心于礼应予旌表，而其盗行于法应受惩罚。对此问，判词答道：

“秦鸾母患，久缠床枕，至诚惶灼，惧舍慈颜，遂乃托志二乘，希销八难；驰心四

^① 刘俊文：《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》，450 页，北京，中华书局，1989。

^② 同上书，437 页。

部，庶免三灾。但家道先贫，素无资产，有心不遂，追恨曾深。乃舍彼固穷，行斯滥窃，辘亏公宪，苟顺私心，取梁上之资，为膝下之福。今若偷财造佛，盗物设斋，即得着彼孝名，成斯果业，此即斋为盗本，佛是罪根，假贼成功，因藏致福，便恐人人规未来之果，家家求至孝之名，侧镜此途，深乖至理。据礼全非孝道，准法自有刑名。行盗理合计赃，定罪须知多少，一既无匹数，不可悬科。更问盗赃，待至量断。”^①

判词否定了为母乞福而行盗是合礼之举。并认为如果将这种偷盗行为视为孝子之行，实质是承认了“斋为盗本，佛是罪根”，从而也就否定了神明、曲解了孝心。从这位不知名的判词作者对礼与法关系的娴熟论述中可以想见，古代社会的法律环境：风俗的熏陶、日常的教育将礼与法早已铭刻在每一个人的心中。

21世纪，古代社会渐渐离我们远去，对于古人来说越是一些习以为常、不言自明的事情，就越是为现代人难以理解和误解的事情。虽然后世治中国法史学者无不强调中国古代社会中法与礼的密切关系，但遗憾的是从目前的一些法史专著和教材中，我们对中国古代法制的认识似乎多局限于“刑”、“律”，对礼法关系的论述也多局限于立法指导思想与一些具体的“以礼入律”的条款上，如“八议”入律、“准五服以制罪”入律等等。其实这种对礼与法关系的局部论述在强调了礼与法局部统一的同时，恰恰扩大了礼与法的对立，并将礼排斥出法的研究范围。也正是因为这种局限于局部的研究，导致了学界对中国传统法的片面认识，如认为中国古代法“以刑为主”、“法律意识淡薄”等等。

过于关注古代社会中礼与法的矛盾是20世纪以来解读传统法的最大失误，而导致这一失误的主要原因是我们在对传统法的整体结构、传统法中的主要概念缺少梳理的情况下，就匆匆忙忙地开始了中西法的比较。于是，中国古代法、西法、现代法混为一谈。比如，我们在强调古文中“法，刑法也”的含义时，却无视或忽视古文中“法”字所体现和具有的“常也”（自然规律）、“制度也”、“礼法也”（风俗习惯）等意义。^②我们用已经扩展了的现代意义上的“法”去对比古人狭义的“法”。在古代法、传统法、现代法的体系中，我们无法为“礼”找到应有的准确的位子。其实，上世纪初严复在译《孟德斯鸠法意》的按语中就指出：

“西人所谓法者，实兼中国之礼典。中国有礼、刑之分，以谓礼防未然，刑惩已失。而西人则谓凡著在方策，而令一国之必从者，通谓法典。至于不率典之刑罚，乃其法典之一部分，谓之平涅尔可德^③，而非法典之全体。故如吾国《周礼》、《通典》及《大清律例》、《皇朝通典》诸书，正西人所谓劳士^④。若但取秋官所有律例当之，不相侔矣。”^⑤

可惜的是当时及以后的学界都未能重视严复这一极为准确的比较，仍然将礼，甚至将典、例等都从法史的研究范围中排除，片面地认为，中国古代的法就是刑，或以刑为主。

① 刘俊文：《敦煌吐鲁番唐代法制文书考释》，438页，北京，中华书局，1989。

② 参见《康熙字典》。

③ 平涅尔可德（刑法）Penal code。——原编者注

④ 劳士（法）Laws。——笔者加注

⑤ [法]孟德斯鸠：《孟德斯鸠法意》，严复译，7页，北京，商务印书馆，1981。

包括目前所编写的一些教材，几乎只有“罪名”、“刑名”、“刑罚原则”等等。学界许多人将“律”当成了中国古代法的全部，简单地以律文作为中国古代法律的主体。在法律制度史和法律思想史的讲述中，自相矛盾而不自知。一方面说中国古代法律“以刑为主”，又说“德主刑辅”是中国法律思想的核心。暂且不说先秦法律，不说复杂的礼，就是秦以后，诸如程式、科、比、格、式、令、典、例等等也绝非“刑律”可以概括。“中国古代法律只是‘刑律’”颠倒了中国古代“刑律”只是法律的一种这一历史的真实。

要改观学界对中国传统法律文化的误解，将礼纳入研究的视野已经是当务之急。在夏商西周礼治时期，礼不仅是亲亲、尊尊、长长、男女有别的道德规范，而且是规定和调整人们各种关系，如夫妻关系、长幼关系、尊卑关系、财产关系等等的法律规范。春秋战国的“礼崩乐坏”不仅是价值观上的崩溃，而且首先是制度的崩溃。汉代以后，礼作为法的指导思想在立法、司法中都有着举足轻重的作用。汉代的“春秋决狱”开启了司法上的礼法融合，而始于魏晋南北朝的“八议”、“准五服以制罪”等更是将儒家倡导的礼治原则直接纳入律典之中。除在定罪量刑的刑法中，礼具有导向性，甚至主导作用外，在民事、家族、邻里等纠纷的裁决中，礼更具重要地位。所以，就中国传统法律文化而言，我们说其博大精深，主要是指“礼”，礼是法的精神所在，同时也体现在不同层次的法律规范中。比如对律的官方权威注释、家法族规、乡规民约等等。

鉴于此，笔者认为研究中国传统法律文化的当务之急，不是从史料中寻章摘句地证明自己预设的所谓理论体系，也不是在浩瀚的史料中寻找与现代法、西方法相对应的概念，而是应该扎扎实实地梳理传统法律，尤其是礼的基本概念，搞清中国传统法律的结构和真正的特色。就概念而言诸如礼、法、礼制、礼治、礼义、法制、法治、刑、律、刑律等等；就结构而言如律令体系、律例体系、礼法体系等等。只有如此，我们才能完整地认识中国传统法律文化，并发掘本土的法资源以贡献于世界，贡献于未来。

（二）纠正比较研究中产生的误解和偏见

比较法研究是20世纪下半叶兴起的一种研究方法，其可以分为微观的比较和宏观的比较，《简明不列颠百科全书》对“微观比较法研究”和“宏观比较法研究”的解释如下：“前者的目的在于分析同一法系的各种法律。通过观察其分歧点，决定其是否合理，对别国的法律创新是否有价值。而宏观的比较方法则首先是研究彼此差别很大的法律兼制度，深入了解研究者不熟悉的制度及思想。微观学者的主要任务在于搜集资料，比如美国的50个州各有自己的制定法和普通法，就需要加以搜集和比较。宏观学者则不同，他在比较时必须按照新的标准去思维。比如，如果他是西方人，他就必须认识到，在远东，一个正直的人是不上法院打官司的，而且他不承认有主观方面的权利；反之，公民的行为，是受祖传的礼仪约束的。”^①

比较法研究的优势在于可以拓展学术视野，借鉴历史的或其他国家、地区不同法系的经验，以完善自我。但应该说明的是不同种类的法的形成自有其必然性和合理性，无“优劣”、“好坏”、“进步落后”之分。

^① 《简明不列颠百科全书》，第1册，685页，北京，中国大百科全书出版社，1985。

20世纪以来,中国学界开始借鉴西方的研究方法对中国历史上的法进行研究,形成了“中国法制史”和“中国法律思想史”两门学科。这种导入西方方法和理论的研究以1904年梁启超《中国法理学发达史论》和《论中国成文法编制之沿革得失》^①为始创,20世纪三四十年代的研究成果已颇具规模。^②通过对以往研究成果的总结和分析可以看出,以往的比较法研究存在严重的缺陷。其主要表现于以西方法律的发展模式为准则,脱离中国历史文化背景,苛责中国传统法律的简陋。

比如,梁启超于1896年写成的《论中国宜讲求法律之学》明言:“文明野番之界虽无定,其所以为文明之根原则有定。有定者何?其法律愈繁备而愈公者,则愈文明。”而中国“今日非发明法律之学不足以自存矣”^③。显然,梁启超的文明标准是西方的“繁备”且“公”的“法”,因为“西人以我为三等野番之国,谓天地间不容有此等人”的原因是西方自古希腊、古罗马时便法律日益发达,而中国自秦汉以来法律却日益衰败。梁启超以西方为标准这样比较了中西法律发展的不同:

“秦汉以来,此学中绝,于是种族日繁,而法律日简,不足资约束。事理日变,而法律一成不易,守之无可守,因相率视法律如无物。于是所谓条教部勒者荡然矣。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。”^④

从梁启超的这一段论述来看,梁氏对西方法尚不太熟悉,而对中国法律可以与西方相应作出比较之处亦十分模糊。文中所言的秦汉以来的“此学”与西方的“法家之学”,各自的概念含混,内容更是大相径庭。但是,其对西方法的推崇和对中国传统法律的贬损却是显而易见的。这种以西方法律发展的模式为标尺衡量中国传统法律,在研究之始已经“预设”了西方法律的合理,其结论也自然是将西方法中有,而中国法中无的,视为中国法的缺陷;而将中国法中有,西方法中无的,视为中国法的烦琐、保守、落后之证。

此外,在古代法与现代法的比较中,我们面临着较中西法比较更为尴尬的境地。由于从文化背景、语境到法的体系、特征等方面,中国古代法与现代法都存在着很大的差异,这种差异随着时间的推移愈来愈大,如果对古代法的“原貌”不能有整体的认识,就难免对古代法产生愈来愈多的误解和偏见。

19世纪末至20世纪初的一些法史学家比较中西法的异同,尤其是论证传统法的特征时往往能一语中的,不乏真知灼见,直到现在我们读来也不感到过时,并在研究中仍时时指引。如主持清末修律的清廷大臣沈家本以为,中西法“道理自在天壤,说道真确处,古今

^① 参见梁启超:《饮冰室合集》,第2册,《文集之十五、文集之十六》,北京,中华书局,1989。

^② 关于中国法制史的研究状况参见曾宪义、郑定编著:《中国法律制度史研究通览》,天津,天津教育出版社,1989;刘海年、马小红:《五十年来的中国法制史研究成果概览及展望》,载《与时俱进的中国法学》,北京,中国法制出版社,2001。关于中国法律思想史的研究状况参见曾宪义、范忠信编著:《中国法律思想史研究通览》,天津,天津教育出版社,1989;马小红:《中国法律思想史学科的设置和发展》,载《法律史论集》,北京,法律出版社,2002。

^③ 梁启超:《饮冰室合集》,第1册,《文集之一·论中国宜讲求法律之学》,北京,中华书局,1989。

^④ 梁启超:《饮冰室合集》,第1册,《文集之一·论中国宜讲求法律之学》,北京,中华书局,1989。

中外归于一致，不必为左右袒也”。中西法的道理是“大抵中说多出于经验，西学多本于学理。不明学理，则经验者无以会其通；不习经验，则学理亦无从证其是。经验与学理，正两相需也”^①。再比如程树德作于1926年的《九朝律考》对中国古代“律”历代相袭的精辟概括：“九章之律，出于李悝《法经》，而《法经》则本于诸国刑典，其源最古。春秋时齐有管子七法，楚有仆区法、茆门法，晋有刑书刑鼎，郑有刑书竹刑，其见于记载者如此。商君有言，不观时俗，不察国本，则其法立而民乱。自汉以后，沿唐及宋，迄于元明，虽代有增损，而无敢轻议成规者，诚以其适国本，便民俗也。”^②这种对古代法体系、道理的言简意赅的论述，缘于对古代法及产生古代法的文化的透彻理解。19世纪末至20世纪初，中国古代法虽处在解体之中，但对当时人来说“古代”并不陌生，古代法作为一个完整的体系仍然存在，其为研究者的比较研究提供了准确的对象。而受国学熏陶的学者对古代法与传统的把握并不困难。

随着时间的推移、古代法律的解体，人们对古代法律原貌的认识日益模糊，加之研究者对国学的疏远，把握传统文化与古代法成为愈来愈困难的事情。20世纪30年代有学者将中国古代法分为“刑法总则”、“刑法分则”、“民法总则”、“民法分则”，而我们今天的一些教材和专著更是将古代法分为“民法”、“刑法”、“经济法”、“行政法”等等，用现代法的分类分割古代法律，用古代法的某些资料傅会现代法的内容或作为现代法的渊源，在今日的学界已经蔚然成风。其实当我们费力地从浩瀚的史籍中归纳出所谓的中国古代的民法、经济法、行政法时，法的古今比较已经误入了歧途。可以说我们教授给学生和读者的是一个被现代法的“语境”和“体系”阉割了的根本就不曾存在过的“中国古代法律”。另一方面，一些研究者用现代法的标准去苛责传统法律，认为古代法的规则、体系、精神与现代法格格不入，传统法的观念尽为现代法发展的阻碍。许多人甚至将现实中一些不尽如人意的地方，如法律制定的不完善、法律执行中的误差、司法中的腐败等等，归咎于中国古代法的传统不如西方优秀。其实，在我们批判古代法的一些“缺陷”时，存在着这样一些问题：一是由于古代法完全解体，而关于中国传统法整体的研究成果又十分匮乏，有机统一的古代法被机械地分割为制度、思想等条条块块，失去了“原貌”。所以我们认为的古代法的“缺陷”常常是我们臆造出来的，是我们不能全面地了解古代法而产生的偏见和误解。二是我们所感到的古代法的一些缺陷是相对今日的标准而言的。它对于生活于古代社会的人们而言，或许根本就不存在。

对中国传统法律而言，目前比较法研究中的最大难题是原汁原味的古代法已经无法寻觅，而对古代法的认识愈模糊，比较法研究中的误解和偏见就会愈多愈深。我们也就愈难发掘传统法的精华和真正寻找到法治发展的传统动力。鉴于此，本卷将尽最大努力追求历史的真实，复原中国传统礼法“共同体”的“原貌”，以澄清比较研究中出现的混乱。

（三）探索中国传统法律的发展规律

法的发展规律与发展模式是法学研究中最为基础的问题，在人类发展史上，基于人类社会的共性，法的产生和发展当然具有普遍的规律。但是，人类社会伊始，其生存形态、

①（清）沈家本：《历代刑法考》，第4册，《王穆伯佑新注无冤录序》，2217页，北京，中华书局，1985。

②程树德：《九朝律考》，1页，北京，中华书局，1963。

社会组织方式、原始的信仰都与其生活的地理环境有着密切的联系。不同的地理环境，造就出不同的文化类型，也造成了法律产生的路径、偏重的内容、追求的理想、发展的规律、社会的作用等不尽相同，因此，不同地区和国家的法有着不同的发展模式。

迄今为止，中外学者，尤其是在古代法律发展规律与模式的理论研究中卓有建树的西方学者，在研究法律的发展规律和模式时所依据的资料，多源于西方的古代社会。中国传统法律方面的资料由于种种原因，尚未得到应有的发掘和利用。而中国又恰恰是世界史学最为发达、史料最为丰富的国家。其不仅有举世无双的五千年一脉相传的历史，而且有二千七百余年不间断的文字记载的历史。^① 由于史学的发达，我们祖先留给我们的历史资料，其丰富、系统与真实都是世界其他国家和地区所无法比拟的。以往，我们多强调法律发展的一般规律，所以往往多用中国传统法律资料为西方的理论作注释，而忽视自我特色的研究，忽视不同社会环境中的法律不同的发展规律和模式的研究。比如我们宁愿不顾事实地用中国的“礼”去傅会西方的“民法”，将中国古代法律体系割裂为“刑法”、“民法”等，而不实事求是地去研究中国传统法律礼法融合的结构特色。中国传统法律资料运用的不足，实为古代法研究中的重大缺憾。因此，见诸西方法学著作中的一些关于法的发展规律和模式的总结，只能说在一定程度上反映了法的发展规律，西方法律的发展模式也只是多种多样的法律发展模式的一种。要客观、系统地考察法的发展规律和模式，仅以西方古代法律的资料为依据是远远不够的。

中国传统法作为法的一种类型，在发展中自然与西方法有相同之处。比如其在发展过程中也依次经历了神判法时代、习惯法时代和法典时代。在法典产生的初期“不管它们的主要性质是如何的不同，它们中间都夹杂着宗教的、民事的以及仅仅是道德的命令”^②。中国古代社会家族制度虽然十分发达，个人常常被作为家族的附属物而存在，但在历史的发展中，“‘个人’不断地代替了‘家族’，成为民事法律所考虑的单位”^③，这一规律与世界其他地区与国家也并无二致。西周以前“人”的一切关系都是一种血缘家族关系，一个人的身份等级、其所享有的权利和承担的义务都决定于其出生的家庭。而这种缘于血缘的等级、权利和义务是其终身难以改变的。在西周，家长对子女的权力是极少受到限制的，而其对家族的义务也是责无旁贷的。春秋战国，尤其是秦汉以来，家长对子女的权力在得到法律保护的同时也受到法律的限制。一定程度脱离血缘家族羁绊的人与人之间的社会关系得到发展，出身已经无法决定一个人一生的尊卑贵贱和荣辱。中国古代社会的“礼”由血缘社会规范演变为官僚政治社会规范的过程，也恰好证明了法律的这一普遍发展规律。

丰富的中国传统法律资料可以证实法律的一般发展规律并为关于法的理论研究提供大量详实的证据，这一点自不待言。就目前而言，更重要的问题是我们如何解释中国传统法

① 中国有文字的历史至少应从商代甲骨文算起，距今四千年。至少西周时，王室与各诸侯国已经有了专门记述历史的史官。今人所见《春秋》记事始于鲁隐公元年，即公元前722年。《左传·昭公二年》记晋国使臣韩宣子使于鲁，“观书于大史氏，见《易》、《象》与鲁《春秋》。曰‘周礼尽在鲁矣，吾乃今知周公之德与周之所以王也。’”杨伯峻综合前人观点以为韩宣子所见《春秋》为鲁《春秋》原本，故记事始于周公。参见《春秋左传注》，第4册，1226~1227页，北京，中华书局，1981。

② [英]梅因：《古代法》，沈景一译，9页，北京，商务印书馆，1984。

③ [英]梅因：《古代法》，沈景一译，96页，北京，商务印书馆，1984。

律的独到之处。

百余年来，我们的研究一直在中西文化的比较中进行。而比较的定位，中国传统文化又始终处在弱势。所以对中国传统法的一些独到之处，我们常常受西方学者的影响而给予消极的评价。比如梅因在《古代法》中认为一个国家民事制度的变化和发展是产生“静止的社会”和“进步的社会”的原因。梅因这样评价东方的法律：

“世界有物质文明，但不是文明发展法律，而是法律限制着文明。研究现在处在原始状态下的各民族，使我们得到了某些社会所以停止发展的线索。我们可以看到，婆罗门教的印度还没有超过所有人类各民族历史都发生过的阶段，就是法律的统治尚未从宗教的统治中区分出来的那个阶段。在这类社会中的成员，认为违犯了一条宗教命令应该用普通刑罚来处罚，而违背了一个民事义务则要使过失者受到神的惩戒。在中国，这一点是过去了，但进步又似乎就到此为止了，因为在它的民事法律中，同时又包括了这个民族所能想象到的一切观念。”^①

受梅因的影响，我们对传统法中缺乏发达的民事法律制度而深感自卑。但实际上我们不仅从古代的乡规民约、家族法和禁忌中可以看到大量的相当于今天民事法律性质的“细事”规则，即使在国家制定颁行的法律中也不乏“一切公民间的关系上”的法律。孟德斯鸠这样定义民法：“社会是应该加以维持的：作为社会的生活者，人类在治者与被治者的关系上是有法律的，这就是政治法。此外，人类在一切公民间的关系上也有法律，这就是民法。”^② 土地、房屋及一切物品的租赁、典当、买卖等规定是中国传统法不可或缺的部分。租赁、典当、买卖契约的签订除交易者双方外，还必须有“保人”的画押、签字。以双方自愿、平等为原则产生的契约（起码形式上如此）具有法律的约束力，一旦双方产生纠纷，契约就是官府判断是非曲直的法律依据。可以说中国古代不存在“民法”、“刑法”，也不存在着如今“走红”了的“民间法”、“国家法”这种法律类型的划分，但这并不是说中国古代就没有类似民法性质的法律规则，中国古代民间就没有调整家族与家族、人与人之间关系的规则。只是中国古代社会法律的类型划分另有标准，比如从宏观上说礼与法；从法的体系上说汉代的律令科比，唐代的律令格式等等。而这种划分的标准应该更符合当时中国社会的实际状况。

再比如孟德斯鸠这样评价中国法律：

“在中国，腐败的统治很快便受到惩罚。这是事物的性质自然的结果。人口这样众多，如果生计困乏便会突然发生纷乱。在别的国家，改革弊政所以那么困难，是因为弊政的影响不那么明显，不象在中国那样，君主受到急速的显著的警告。”“中国的皇帝所感悟到的和我们的君主不同。我们的君主感到，如果他统治得不好的话，则来世的幸福少，今生的权力和财富也要少。但是中国的皇帝知道，如果他统治得不好的话，就要丧失他的帝国和生命。”“中国虽然有弃婴的事情，但是它的人口却天天在增加，所以需要辛勤的劳动，使土地的生产足以维持人民的生活。这需要有政府的极大注

① [英] 梅因：《古代法》，沈景一译，14页，北京，商务印书馆，1984。

② [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，5页，北京，商务印书馆，1987。

意。政府要时时刻刻关心，使每一个人都能够劳动而不必害怕别人夺取他的劳苦所得。所以这个政府与其说是管理民政，毋宁说是管理家政。”“这就是人们时常谈论的中国的那些典章制度的由来。人们曾经想使法律和专制主义并行，但是任何东西和专制主义联系起来，便失掉了自己的力量。中国的专制主义，在祸患无穷的压力之下，虽然曾经愿意给自己带上锁链，但都徒劳无益；它用自己的锁链武装了自己，而变得更为凶暴。”“因此中国是一个专制的国家，它的原则是恐怖。”^①

孟德斯鸠的这一段论述对中国传统法的研究可谓影响深远。“中国传统法缺乏宗教信仰的支持”；“中国传统法只注重法律的控制作用，而忽视或漠视法的价值”；“中国古代社会是专制无法的社会”；“中国古代有法律而无法学”等等许多被现代人奉为“定论”或在教材中成为“通说”的观点即源于此。

其实，在丰富的中国传统法律资料中，可以否定这些“定论”和“通说”的例证可以信手拈来。中国古代的县衙州府的公堂之上，官的意志并不能决定一切，皇帝更不可以凌驾于法律之上而为所欲为。事实上，古代法律在为官治民提供依据的同时，也为被冤之民保护自己提供了渠道。起码自秦时起就有的，称为“读鞠”、“乞鞠”的上诉制度就在一定程度上约束了官员的枉法或用法不当。如果上诉失败，人们甚至可以通过击“登闻鼓”、告御状的形式为自己讨一个说法。宋代有一位名叫马麟的人，与人斗殴，致对方重伤，被官府拘押。按律，伤者在一定时限内死亡，则为殴杀罪。若超过时限，则为殴伤罪。结果伤者在超过时限四刻（约现在的50分钟）时死亡，官府定马麟殴杀罪，判死刑。马麟的儿子马宗元据律上诉，终使官府更改了原判。^②这种通过法律渠道维护个人权利的案例在史籍中并不匮乏。中国古代的立法也绝不像有些人所认为的那样随意、简陋。唐代武则天时发生过一件著名的徐元庆复仇案。武则天赞赏徐元庆为父复仇之举，主张免其死罪，改判流放。谏官陈子昂在分析了案情后主张对徐元庆先处以死刑“以正国法”，再树碑立坊“旌其闾墓”以表彰孝道。最终，陈子昂的主张被采纳。这一案例一百年后又被柳宗元提起重新剖析。^③可见古人对法的制定与执行都十分慎重。皇帝及各级官吏只要想维系自己的统治、治理好国家，就不应该也不能为所欲为。

此外，中国传统法也不是如有些学者所认为的那样，只是缺乏精神的条文的堆砌。自成体系的、完备的法律也不会只是古人的随意之作。在中国与日本保留至今的三百余部中国古代律学著作，足以使中国古代没有法学的观点不攻自破。另外在律学的资料中我们所看到的情况是：关注法的最终价值的实现正是中国传统法的典型特征。中国传统法的价值体现于对道德理想的追求中。换句话说，道德是法的精神和灵魂。法条也好，司法也罢，只有在不背离道德的情况下才能得到普遍的认同。相反，法律若违背了道德就会引起人们的非议，甚至是执法者的抵触。中国古代法网不可谓不密，但法对孝子、烈女、侠客、义士却常常网开一面，这种表面看起来的“曲法”之举，目的正在于追求法制背后的法的精神的实现。

① [法] 孟德斯鸠：《论法的精神》，上册，张雁深译，96页，北京，商务印书馆，1987。

② 参见《折狱龟鉴·卷四·议罪·马宗元诉郡》。

③ 参见《柳宗元集·卷四·驳复仇议》。

由此看来,这样的理解也许更合理:中国传统法律的发展在表现出法律一般发展规律的同时,还有其特殊的发展规律,其形成了与中国古代社会的自然环境、文化背景相辅相成的法的模式。西方法也是如此。法的发展模式过去不是、现在与将来也不应该是唯一的。而中西方法的诸多差异并非绝然对立,其在一定的条件下是可以互补的,比如中法强调人们的自律,西法则重视制度的制约;中法重实体,西法重程序;中法在礼教的文化背景下视法律为维护道德之器,故而形成道德信仰,西法在宗教气氛的熏陶下养成法律至上的法治信念。在中国传统的观念中,法的追求目标是社会的和谐,法的核心源自符合人类天性的“人情”;而西方始终将正义作为法所追求的目标,法的核心是维护人们与生俱来的“权利”。在立法上,中法重经验,强调法由“人”制定;而西法重学理,强调“法官是法律的仆人”。在法的实施中,中法重变通以尽人情,同时格外注重对法的副作用加以限制;而西法重规范以示公平,同时格外用力发挥法的积极作用,等等。而这些差异的形成在交通不畅、信息不通、相对封闭的古代是理所当然的。梅因及孟德斯鸠所持的西方法是促进社会进步的动力,而东方法是制约社会发展的障碍及西方法优于东方法的观点则是一种偏见。因为中西方传统法律的差异根本无优与劣、先进与落后之分,所有的只是环境与历史所赐的“不同”而已。而在法的未来发展中,中西方传统法律中的精华都可以作为现代法的营养而被汲取。

三、本卷编章内容简介

本卷共设五编,从中国的地理环境、中国传统法律形成与发展过程、中国传统法律独树一帜的体系与结构、中国传统法律文化的精髓理念和中国传统法律制度的精心设计五个方面,对中国传统法律文化进行了宏观的论述。

第一编“中国传统法律文化的成长环境”,主要阐述中国所处的地理环境对中国传统法律文化形成与发展的影响。人类社会固然有着共同的发展规律,但是在不同的国家和地区,社会的发展还有着自身的特征。这些特征在古代社会尤为明显,这是由不同的地理环境和社会的相对封闭所造成的。在人类社会发展的初期,不同的地理环境造成了不同的文化模式。可以说,古人根据各自的地理环境形成了各自的生活习惯,各自的价值观。中国的地理环境决定了生活于斯的中国古人的物质和精神文化生活,这正是中国传统法律文化的成长基础。

作者认为,中国位于欧亚大陆板块的东缘,西边临山与大漠,东南部面临着浩瀚的太平洋,这种天然的屏障,将其与诸文明隔开。这种地理环境形成的势态是西北部的封闭型与东南部的开放型交相补充,大框架的闭锁性与框架内的流动性互为和谐。它使得整个文化氛围既相对稳定,又具有动态势能。它一方面使中国有可能长期地维持集权态势,将国家置于可控范围中,并有可能长期地保持着自己的社会组织免受外在挤压而导致破碎;另一方面又使中国文明与其他文明得以零星地、间断地接触,使汉族文明与境内其他民族文明不断撞击、融合,进而产生新的文化机制。作者进而认为,从民族性格、思想理念方面看,农耕文明对中国法律文化的影响深远。首先,其导致了中国传统的政治法律理想具有深刻的农业型社会的烙印。这一点对于理解中国传统法律文化至关重要。中国人对“太平治世”的憧憬就是明显的例证。比如春秋战国时期诸子百家争鸣时虽貌似水火不容,但其

农业型的政治法律理想却出奇地一致。其次，农耕文明导致了季节时令决定国家在不同季节的法律“主要任务”，这在全球历史上是罕见的，但在中国却形成了一个明确而牢固的传统，由此形成了古代的司法时令制度。由于社会经济生活相对简单，所以传统的法律制度也相应地单纯或简单并且稳定。再次，中国古代民本思想也是农耕社会背景下的产物。农耕社会中，人们的政治社会生活面临一系列涉及君、国、民的命题，其中最核心的则是君民关系。民本论实际上是君民关系论。延绵数千年的中国古代民本思想是相当丰富和异彩纷呈的，其中有着可供我们今日借鉴的积极思想。从经济方面看，小农经济基础上产生的法律制度处处体现了对小农经济的维护。比如，限制土地兼并以维持小农经济必要的社会财富“均”的局面。法律不仅限制占田过限的官吏、富民，而且禁止父母在子孙别籍异财并规定诸子平分遗产的继承制度，以此来实现人人有田土可耕的小农经济目标。在农业社会，从事农耕不仅受到法律的保护而且为政府所提倡，商业则受到严格的限制。国家有一系列重农抑商的政策、法令。从社会组织方面说，农耕社会基础上形成的宗法社会组织对法律的制定和执行也有着深远的影响。比如，荫庇减刑、株连、存留养亲、承祀、复仇、准五服以制罪、亲属相隐等制度无不与宗法血缘制度有关。而调解制度更是在宗法制度的基础上形成和完善起来的。

第二编“中国传统法律文化的历史进程”，将中国传统法律文化的发展分为五个时期，即夏商神权法时代、西周礼治时代、两汉至魏晋南北朝的礼法融合时代、隋唐宋元礼法合一时代、明清礼法合一时代的后期发展。作者认为中国法律文化从周秦以降至清末，灵活地适应和控制了其时的社会。它和其他文化系统不同，始终维持了非常高度的统一性，它所受外来文化的影响，可说是微不足道的。在中国许多文化遗产中，都有多时期或朝代的特点，而法律文化系统是始终维持其一贯性的。具体说来，中国的神权法思想，起源于习惯法，形成于夏代，兴盛于殷商，动摇于西周。殷商时期，神权法思想发展得完备而有系统，殷人认为统治者是上天的后代，这就对为什么统治者会承受天命作出了回答，通过把商王的意志转化为上天意志，使其获得神圣权威性。周取代商，进入了礼治时代。周人夺商之命，对神权法思想是一个打击，是现实对观念某一个方面的粉碎。西周“以德配天”的君权神授说解释了周取代商的原因，从而产生了“皇天无亲，唯德是辅”的观念。以德配天也开启了神权政治走向世俗政治的通路。周礼就是西周的根本法，它主要用于调整社会上层建筑。其范围广泛，作用重大，可调整的范围大到整个上层建筑。周礼以维护宗法制度为核心的西周贵族政治制度为宗旨，不但体现了当时的阶级关系，也反映了贵族内部不同等级的权利与义务关系，这样就达到了上下有别、尊卑有序的制礼目的。在礼法融合的两汉400多年间，传统法律文化开始了儒家化的过程，其间从思想到体制虽几经反复，但法律儒家化的进程却始终如一。由汉初礼律混杂的60篇的汉律结构，到后期“春秋决狱”的广泛应用，无不表示着法律儒家化的不断深入。在三国、魏晋、南北朝这350年间，各种政权交替频仍。统治者为在对峙与兼并中求生存与发展，总结兴亡教训，在政治上多所改易，表现在法律方面，则是立法活动继续受传统儒家学说的影响，律学思想活跃，使法律制度有很大发展，为隋、唐法律制度和礼律的高度统一与完备奠定了基础。中国古代法律制度，唐律即是其最完满的代表。由此进入了礼法合一时代。继隋而起的唐、宋两代，典章文物远播海外，中华法系以《唐律》为标志臻于完善。此后，传统法律文化的发展，

皆不离其左右。五代及宋基本是承用唐律。元代只有极少更改。在明清时期，礼法合一进入了后期，立法指导思想发生了较大的变化，经历了由“明刑弼教”到“重典治国”的转变，而这个转变反映了深层次上对礼法关系的认识，指导了明清两代立法的实践。

第三编“中国传统法律文化的体系与结构”，在梳理中国古代法律有关概念的基础上，分析了中国传统法律的结构体系，并对中国古代法律规范的不同层次和法律执行、宣教体系进行了归纳。作者认为，中国传统法律文化有着既定的生长环境，又延绵五千年，在漫长的历史发展中形成了以“礼”与“法”为基础的结构并有着充分表现自身特色的“礼法”概念。通过对这些概念的梳理和对传统法律体系结构的解析，我们可以更深入地理解中国传统法律文化在立法、执法和法律宣教方面的特色，并全面地认识中国传统法律的体系。首先，中国的“法言法语”中，经常有法、律、法制、法治、礼、礼治、礼制、礼教、德教等出现，这些法言法语在中国古代特定的历史环境中的含义与今日有别。通过对这些概念的解析，可以看出中国传统法的结构是“礼”与“法”的共同体，是礼与法的完美结合。用“建构”的方式来分析，传统法中的“法”多为国家定制，这个法的核心内容是律令及例。而传统法中的“礼”则可分为两个部分：一是制度层面的，其包括隆重正规的国家典礼，如皇帝、王室的祭祀；不同社会等级所相应享用的不同规格的车马、舆服、饮食、居所等等。制度层面的“礼”还包括不同地区、家族的人们在长期共同生活中形成的被国家认可并默许的风俗习惯，如乡规村约、家法族规等等。二是价值观层面的，“礼”凝结了中国传统法的价值追求，如和谐、道德等等。了解“礼”与“法”及其相关概念是研究中国传统法律文化的前提。而法律体系是指由一个国家的全部现行法律规范分类组合为不同的法律部门而形成的有机联系的统一整体。而就立法体系而言，中国古代的立法体系与现代以部门法为基础的结构体系不同，但其内部各种法律规范之间也是错落有致地分工合作，在稳定与变通之间形成了一种有机的联系整体。中国古代的立法体系的构建与古代法律所承担的任务直接相关，历代统治者把打击犯罪和官吏管理作为法律调整的主要内容，与此相对应的法律规范“律典”和“令典”在法律渊源体系中就居于主导和支配地位，成为一种稳定的法律形式。同时为了适应社会的发展、法律贯彻执行的需要，各朝代又产生了灵活、变通的法律形式如“科”、“格”、“敕”、“比”、“例”以及地方性法规等，发展和完善了律、令的内容。稳定和变通的有机结合，使中国古代的立法体系在内部形成了一种相对自足的系统。同时，中国古代法律追求与自然、道德、舆论等的和谐统一，伦理道德、自然法则往往成为国家立法体系的外部法律渊源。它们常常以家法族规、礼仪禁忌等形式予以表达和体现，在立法体系之外发挥着一定的规范作用，成为国家立法体系的有效补充和延伸。就执法体系而言，天子、国君、皇帝的内涵有所不同，但都代表了一种至高无上的权力，并形成了高度集权的体制。在专制集权的国家政体中，皇权在封建国家权力体系中居于核心和支配地位，始终是最高权力主体，集立法、行政、军事、司法、监察诸大权于一身，“收天下之权以归一人”，使皇权的威力无所不在，无远不届，建立起历史上空前强大的专制主义皇权权力体系。同时，每位专制君主虽然都力求“乾纲独揽”，“事皆亲决”，但实际上他无法、也不可能真正实现一人“独治”天下，必须“设官分职，体统相维，品式具备”，即通过建立和依靠一整套庞大的官僚机构，来实现其对一个广土众民大一统帝国的有效统治。由此，在中国古代形成了一套自上至下的严密的法律执行机构。就法

律的宣教体系而言，中国古代蒙学教育，是中国传统文化的有机组成部分，闪耀着中国优秀传统文化的光辉，我们要继承和发扬古代蒙学教育中的优秀传统文化精神，有助于继承和发扬中国优秀的传统道德文化精神。中华民族数千年来创造了极为丰富的道德文化，“蒙养之始，以德育为先”的传统蒙学教育，向来以理想为人生指向，以“做人”教育为基础，立志成才教育为主线。童蒙教育培养儿童基本品德和智慧，童蒙教育不但要增长儿童的知识，促进其德性发展，而且还能让儿童“存其心”，“宣其志”。中国古代的教育与伦理道德教育具有统一性的特征，蒙学以“明人伦”为目的，以孝悌为主要内容，始终肩负着承载和传播儒家伦理道德的使命。

第四编“中国传统法律文化的理念与思想”，阐述了中国古代社会普遍的法律价值理念，并对不同时代儒家代表人物的法律思想和影响做了总结。作者认为，和谐、公正、秩序、惩恶扬善是中国古代社会典型的法律理念。就和谐而言，从先秦到明清，历史向我们展示了一幅幅大乱与大治相互交替的图画。中华民族顽强的生命力是与其贯穿始终的“和谐”思想分不开的。中国传统文化很早就有了比较成熟的和谐理念，早在“被称为‘群经之首’、‘三玄之冠’的《易经》中就已经出现了和谐的思维。《易经》中的天人合一、居争得中、反复其道等都体现了朴素的和谐观念。此外，《尚书》、《周礼》中也有许多关于‘执中’的观念”。“虽然‘和谐’一词未见于先秦文献，但代表和谐理念的‘忠’、‘和’等思想观念则遍布于先秦经史和诸子著述中。随着中华文化的发展，和谐这一理念不断获得更加丰富的内涵。”就公正而言，在古代中国，以“礼”制为核心建立起了等级森严而有秩序的社会，传统法是维护这种等级社会、维护统治秩序的工具。但法在实现这一功能时，一方面需要借助国家的强制力，另一方面，其本身也必须具有为社会所认可和接受的内部条件。这个条件就是法律所具有和体现的一定程度的公正性。“法律只有在其同时具备外在强制性、内在一定程度的公正性时，它才能更有效地起到维持国家统治、稳定社会秩序、调整社会关系的作用。”虽然在中国古代社会，法的公正性的体现与现代意义上的法的公正性有很大的区别，但在中国传统法文化中，关于“公正”理念的内容还是很丰富的。就秩序而言，理想的社会秩序是中国传统思想家的共同追求。由于先秦时期中国社会长期处于分裂与战乱，失序、无序所导致的社会动荡、资源损失、民众流离等衰败现象呈现社会的常态，使得秩序的优先性观念深入各家，秩序或者说寻求秩序在中国古代思想家的思想体系和价值追求中，居于中心的地位，各派只是对社会秩序的看法和达到理想秩序的方法有所不同。社会秩序是人类社会生存与发展的基本条件。中国古代社会有着与西方截然不同的秩序观，维持秩序的资源主要是“礼”和“法”，把德礼政刑、综合为治作为维护社会秩序的有效手段，对此中国历代思想家都有不少精辟的论述。就惩恶扬善而言，涉及法的正义性。何为正义，这是一个很难说清的问题。古往今来，对正义的解释不尽其数，但似乎没有一个答案令人信服。而有一点是可以肯定的，那就是，正义是在一定时代被人们认为代表着正当性的理念、原则、目标和评价标准；正义总是道德和法律永远的追求所在。道德以它一贯的舆论、相对稳定的风俗来表达对某个时代正义感的追求；而法律则用它的独有的强制力来推行关于正义的理念。不同的时代，不同的国家，其道德和法律所维护的阶级秩序相异，那么正义的内容就会完全不同。从这个意义上来说，正义的内容是会随着历史的变化而有所变化的，而不同的社会形态、不同的统治阶级所推行的正义观也是有所差异

的。对于古代中国来说，它的内涵也一定不同于今天的或者同时代的西方国家的价值体系。作者还对历代儒家代表人物的思想进行了分析阐述。认为春秋战国时的百家争鸣，在法律思想方面，诸子主要围绕着法的社会作用与法的来源等问题各抒己见。对后世影响较为深远的有儒、法、阴阳、道、墨诸家。各家的思想有针锋相对之处，也有互相采纳融合之处，而且愈到战国中、后期，相互间的融合趋势就愈加明显。春秋战国时诸子的对立与融合，为日后中国传统的“大一统”文化打下了基础。

第五编“中国传统法律文化的制度建构”，在前四编充分论述儒家精神的基础上，重点说明法家对中国法律制度的深刻影响，这也正是本卷的一个创新之处。作者梳理了中国古代的法典刑制，对法家理论的精神和在法律制度中的体现作了十个方面的归纳。作者认为古代东西方国家公布法律即成文法事件的区别是，中国古代的成文法是封建社会特有的产物，而古希腊、古罗马的成文法则是在奴隶社会出现的。中国古代奴隶社会的法律，如《禹刑》、《汤刑》、《九刑》、《吕刑》等是秘密的，不公之于众的。其成文法事件的发生，标志着制度上的根本转变。围绕这一转变，守旧的奴隶主贵族对刚刚登上历史舞台的新兴势力——封建贵族发起非难。在这个意义上，叔向、孔子都把成文法事件看作关系国家存亡的大事。“铸刑鼎”，使法律从秘密的转变成为公示的，虽然这只是形式上的变化，但也是有意义的，它意味着从此将开始一种新的法律形态——封建制法律。作者认为中国封建法典始于战国时期的《法经》。继春秋末期“铸刑鼎”之后，各诸侯国纷纷变法改革，制定法典。于是，战国时期掀起了轰轰烈烈的成文法运动，出现了很多的法典。其中，最著名者就是《法经》。唐朝是中国封建法律发展的辉煌时期。在近300年的统治期间，几乎历朝皇帝都进行了立法。尤其是唐太宗贞观年间的《贞观律》总其成，定篇目为12篇：《名例》、《卫禁》、《职制》、《户婚》、《厩库》、《擅兴》、《贼盗》、《斗讼》、《诈伪》、《杂律》、《捕亡》、《断狱》，500条。鉴于当时律学尚无法定的解释，使得每年所举行的“明法”科举考试存在着没有统一标准答案的实际困难。于是，652年，唐高宗下诏命长孙无忌等广招天下的律学人才，对《永徽律》逐条逐句进行注释，以剖析其内涵，揭示其精义。653年，律文注疏30卷编写完毕，经唐高宗批准，颁行天下，与律文具有同等法律效力，时称《律疏》。后来，将律疏分别附于《永徽律》律文之下，统称《永徽律疏》。元朝以后，称为《唐律疏议》。唐朝以前的法典早已失传，因而《唐律疏议》成为中国封建社会乃至世界范围内现存最早的、保存最为完整的一部法典，被誉为世界四大著名法典之一，与两河流域的《汉穆拉比法典》、古罗马的《查士丁尼国法大全》和1804年《法国民法典》齐名，成为各国汉学家研究的热点。它不仅集中国封建社会前期法律之大成，而且成为唐朝以后各朝立法的楷模。五代及宋朝的法律几乎是《唐律疏议》的翻版。从19世纪60年代起，随着第三次外来文化的输入，西方法律文化开始了长达近半个世纪的磨合。直至20世纪初，中国法律改革才选定以大陆法系即日本、德国法律为修律的参照框架，这在很大程度上影响了清末乃至中华民国时期法律近代化的路径。从此之后，中国近代法律、法学以及法学教育都和日本结下了不解之缘。关于法律制度方面，作者详细地考证了五刑、肉刑、徒刑的演变过程。“五刑”是中国古代五种刑罚的总称，由来已久。但是，“五刑”究竟起源于何时？具体包括哪五种刑罚？历来众说不一。据《国语·鲁语》记载，“五刑”在黄帝时期即有，包括：甲兵、斧钺、刀锯、钻凿、鞭扑。而按照中国古代最古老的史书《尚书·吕刑》所说