

刘星作品系列

中国法律思想导论

故事与观念

刘星 著

An Introduction to

Legal Theory of China

法律出版社

刘星作品系列

中国法律思想导论

故事与观念

刘星 著

An Introduction to
Legal Theory of China

法律出版社

序 言

就法律思想的阐述和分析而言,本书侧重分析。关于中国法律思想,以往学者已有丰富而成熟的梳理,但是分析可以更进一步,本书即为尝试。阐述伴随分析颇为重要,因为法律思想的研究尤其是为了法律思考,进而实现对法律现象的深入理解。

除分析的意义外,本书与以往的法律思想史的叙述略有不同:首先,本书努力将思想和实践联系起来,尤为试图在现实经验个案基础上展开思想的解释和讨论,不纯粹从理论到理论。所以如此,因为笔者认为作为法律思想的话语和作为法律行动的实践——特别是具体微观法律活动的实践——是相互交织的,在相互交织关系的重建中,它们才能更为自我揭发,为人生动理解。

其次,本书将历史中的中国法律思想和当代的中国法律思想结合起来,更为注重整体思想的空间结构,而非时序结构(当然不是完全忽略)。这是因为笔者认为尽管思想的“历史阶段不同”总是存在的,但各个法律思想的内在关联又是可以而且需要洞察的。无论历史的

还是当下的,对应法律语境而言,它们总是可能互为映射,毕竟一旦进入法律问题之中,当不断需要丰富的理论支持法律观点的时候,历史的和当下的均可成为资源,从而彼此激励、相互发明。

最后,本书努力挖掘作为研究对象的法律思想自身可能存在但未明言表达的思路——隐含观念,并且使其对话。这是逻辑化的思想试验。尽管也许存在过度揣测甚至臆想的痕迹,但是对于法律问题的辨析仍有启发。就最后一点来说,将可能隐含的法律思想推演出来,或许可使人们预测性地注意复杂多样的法律现象的可能,以期更好地解决法律实践问题,尤其是冲突争议化法律实践问题的同情理解式的解决。因为复杂多样的潜在法律思想,总有可能成为推动复杂多样法律现象的元素。

本书修辞希望平易。平易的出发点在于使人更易阅读。阅读的便利一是可使他者快捷理解,二是可使他者增添参与思考的欲望。思考的目的在于交流,而交流的成功对于法律实践的顺利展开注定必要。

约十年前,本书曾以《中国法学初步》为名出版。现做些许修订,适当缩减增添,亦更为规范化。要感谢中山大学法学院博士研究生张华,她协助校对了本书绝大部分的注释,工作繁琐,十分不易。另要感谢法律出版社刘彦泮编辑,当我提出此书在法律出版社出版是否合适时,她给予了肯定答复和鼓励,能在她的鼓励和帮助下不断出书,非常幸运,当然更是荣幸。

本书肯定会有讹误、错解,深望读者批评指正。

刘星

刘星

2008年10月于北京

刘星

第一章 绪论

1.1 绪论 / 1

1.2 绪论 / 1

1.3 绪论 / 1

1.4 绪论 / 1

1.5 绪论 / 1

1.6 绪论 / 1

1.7 绪论 / 1

1.8 绪论 / 1

1.9 绪论 / 1

1.10 绪论 / 1

1.11 绪论 / 1

目
录

序言 / 1

第二章 绪论

导论：中国法律思想的出发点 / 1

001. 《鹿洲公案》里的“兄弟争田” / 1

002. 官·写在书本里的法 / 3

003. 赏与罚 / 6

004. “大公无私” / 9

005. 市场上的兔子(定分止争) / 12

006. 独角兽·“法” / 15

007. 《说文解字》 / 19

008. “法官”办“鹿”案·礼 / 21

009. 乡里自治 / 25

010. 规矩方圆 / 29

011. 不同的追求 / 34

第一章 严刑峻法 / 38

- 012. 怕火不怕水 / 38
- 013. 《韩非子》论杀婴 / 40
- 014. 人性恶·国家法 / 42
- 015. 从三万贯钱到十万贯钱 / 46
- 016. 社会学的寓言:囚徒的困境 / 49
- 017. 防微杜渐的法律功能 / 51
- 018. 国家法的清晰与“礼”的朦胧 / 54
- 019. 官人李维棠 / 58
- 020. “以刑去刑”的境界 / 63
- 021. 罚当其罪 / 69
- 小结 / 73

第二章 教化为先 / 74

- 022. 浪子回头 / 74
- 023. “风吹草动”:德教的功效 / 77
- 024. 人有恻隐之心 / 84
- 025. 人性善·国家法 / 87
- 026. 法家的尴尬:秦王朝的灭亡 / 89
- 027. 仁义 / 92
- 028. 刑:义的根本·义:暴的来源 / 94
- 029. “槐树”刑罚的故事 / 95
- 030. 饮酒之礼·礼治·“防患于未然” / 98
- 031. 学校的好风气·礼治的效率 / 100
- 032. 礼治·“熟人”和“陌生人” / 102
- 033. 何谓善于奖赏? / 105
- 小结 / 106

第三章 刚柔相济 / 108

034. 性相近·习相远 / 108

035. “打一巴掌揉三揉” / 112

036. 常备不懈 / 114

037. 董仲舒暗授《春秋》 / 115

038. 君王眼中的“孝顺” / 119

039. 徐元庆案的“困惑” / 120

040. “礼”为本法为末·德主刑辅 / 122

041. 有嫁无婚·灵活解释法律 / 125

042. 为什么解释? / 129

043. 法网的疏密·法律的原则性 / 132

044. 养马人的命 / 136

小结 / 139

第四章 顺其自然 / 141

045. “你我的争议” / 141

046. “无为”的治理 / 144

047. 爱马·被马害 / 147

048. 法令数量与盗贼数量的正比例 / 149

049. 法律的起源 / 152

050. 礼:混乱的开始 / 154

051. 无礼无法的境界 / 157

小结 / 162

第五章 国家法律的天下 / 163

052. 法家的追思 / 164

053. “以”法与“依”法治国 / 168

- 054. 抓阄、抽签·“依法治国” / 170
- 055. 靠人与靠法·“法律机器” / 172
- 056. 国家危险的原因:一半务农一半坐吃 / 175
- 057. 法律一元化的功能 / 179
- 058. 法律的“内”和“外”·酒店的狗 / 182
- 059. 明处·暗处 / 184
- 060. “腾云驾雾”·“权势”与“法” / 189
- 061. 国家法律的强制性·“硬规矩”和“软规矩” / 190
- 062. 法律职业 / 193
- 063. 邓析之死·“讼棍” / 196
- 小结 / 199

第六章 “礼”或“民间法”的世界 / 201

- 064. 苗人部落的传说 / 202
- 065. 大义灭亲 / 203
- 066. 家与国·忠孝难两全 / 208
- 067. 父亲的权威 / 211
- 068. 家族的小辈与长辈 / 212
- 069. “礼”·自然和谐与诗情画意 / 216
- 070. 礼·吃饭·娶新娘 / 220
- 071. 官司·和为贵 / 222
- 072. 叔向与子产的通信·行为的仿效 / 226
- 073. 习俗惯例式的民间法 / 230
- 074. 奸污后的私了 / 233
- 075. 愿望·“民间法”·“合理” / 235
- 076. 谁合理? / 238
- 077. “民间法”的同情理解·熟人 / 241
- 078. 原有秩序·民间法的地方性 / 243

079. “陋习”·宽容的姿态 / 247 附录·朱霭伯同并 890
小结 / 249 81E \ 卷小

第七章 法与人 / 251

080. “名”与“实” / 252 21E \ 卷区·心人众 990
081. 何为“士”? / 255 71E \ 知训前更前前前 001
082. 法律背后的“人” / 258 附国·封式前前前 101
083. “权力哪吒”和“权力菩萨”·法律职业独立的隐喻 / (261
084. 为人·研习·礼法 / 265 85E \ “人恶”前前 801
085. 此一时彼一时·分权制衡 / 269 附前前前前 401
086. 何谓“贤人”? / 273 8E \ “前”·会并人前士 201
087. 贤能与“平庸”之分:一种精英“法治”理论 / 276 001
小结 / 281 14E \ 志心前前前·丑变前前前前 501

第八章 天然秩序 / 283

088. 秋冬斩首 / 283 84E \ “前态并三前” 章一十前
089. 《礼记·月令》 / 284
090. 水流象征刑罚·“阴”与水 / 288 附·附又前前 001
091. 天地和谐 / 290 12E \ 附大前前前·前前前前 011
小结 / 291 22E \ “前小前前” 111

第九章 激进主义 / 292

092. “渡河的标记” / 292 46E \ 卷小
093. 远古的一场争论:法律改革 / 295 76E \ 精文前前
094. 大鱼·小鱼·虾米 / 299 87E \ 前前前一
095. 理性的力量和意识形态“诡计” / 300 88E \ 前前前
096. 张居正的“新政” / 302
097. 外国“月亮”·移植法律 / 307

098. 共同的需求·现代化 / 310
小结 / 313

第十章 顺势而为 / 315

099. 众人心·习俗 / 315
100. 法律制度的形成 / 317
101. 习俗的地方性·国情·“合奸” / 319
102. 是老婆还是妹妹? / 326
103. 保护“恶人”? / 328
104. 国家法律的“权利”·秋菊的困惑 / 330
105. 乡土熟人社会·“情” / 335
106. “可行性”·“钱会”里的中国国情 / 338
107. 美法村的村政变迁·乡民的心态 / 341
108. 反抗法律的现代性 / 344
小结 / 346

第十一章 第三种态度? / 348

109. 慎之又慎·渐变 / 349
110. 税的减法·小房与大楼 / 351
111. “烹煎小鱼” / 355
112. 空间上的一分为二·法律 / 357
113. “缩小”的激进·“拆开”的激进与顺势而为 / 362
小结 / 364

参引文献 / 367

一般索引 / 376

人名索引 / 383

在官府,阿明讲:“这七亩田是父亲留给我的。”讲着便向知县蓝官人(即蓝鼎元)递上父亲亲笔手书,上面写着“百年之后田产归长孙”。但阿定也不含糊,说这些田是父亲留给他的,并拿出“临终口头遗嘱”来作证,还说有人可以旁证。蓝鼎元觉得案子有点棘手,但稍过片刻还是宣称:“你们都说得不差,然而这意味着责任在你们的父亲。谁叫他不作出一个清楚的决定?我只好开棺问他!”兄弟两人听到这话立刻面面相觑,无地自容。接着蓝鼎元又是一通训斥:“田产比起兄弟亲情实在是区区小事,为这等小事打起官司值得吗?说来让人寒心,你两个都是各有两个儿子的人,将来你们各自的二子长大不像你两个那样争田就怪了!所以为了日后安宁,我只好防患于未然,让你们各自只养一个儿子。阿明是长兄,留下长子送走小的;阿定是弟弟,留下次子送走大的。这是决定。现在命令差役押送阿明的次子、阿定的长子去收容院,卖给乞丐做儿子。”蓝鼎元叫手下笔墨伺候,将收据存于案卷之中,随即喊道“结案!”

阿明阿定一听慌了。阿明说:“小民知罪了,愿将田产全部给予弟弟,永不计较。”而阿定也是“痛改前非”,说自己绝不接受田产,愿哥哥享有田产的每一尺每一寸。说完两人抱头痛哭。可是蓝鼎元仍然摆着架子,非说二人不是真心实意的,并宣称:“即使你们有了这份心意,你们家里当妻子的那些人也会小肚鸡肠,绝不让人。所以你们先回去看看妻子的意思再说。三天后,衙门见。”

就在第二天,阿明的妻子郭氏和阿定的妻子林氏立即邀请族人头领陈德俊、陈朝义到了官府,要求和解。

而阿明阿定两个人更是痛哭流涕,说:“我两个真是罪该万死,不知天理情义,叫蓝大人费了仁爱之心。今日的确如梦初醒,追悔莫及。我们发誓,永远不争这份田产了,请准许我们将这份田产捐献给佛庙寺院。”可是蓝鼎元得势不饶人,大声说道:“真是一对不孝之子!居然说出要将田产捐给和尚那些人,该用大板教训一番才是!做父亲的流血流汗,辛苦一辈子才留下了这份家当,你们兄

弟二人鹬蚌相争，叫那些和尚渔翁得利，死者九泉之下能瞑目吗？照理说，做兄长的应该让弟弟，做弟弟的应该敬兄长，互让不行就要还给父亲。现在这田产只能作为祭奠你们父亲的资产，兄弟二人轮流收租祭祀，子子孙孙不得再起争端。这叫什么？一举多得！”

族人头领陈德俊、陈朝义听了这番话，频频点头称是。而阿明、阿定、郭氏和林氏听后也是感激涕零，“当堂七八拜致谢而去，兄弟妯娌相亲相爱……民间遂有言礼让者矣”。^①

后来蓝鼎元乐不可支地总结道：这案子如果依着一般审判方法，就应该兄弟二人各打三十大板，将田地对半分开，三两句话了断即可；而现在费了不少周折，苦口婆心，但毕竟是效果显著；你看“此时兄弟妯娌友恭亲爱，岂三代以下风俗哉。必如此，吏治乃称循良”。^②

002. 官·写在书本里的法

可以这么讲，在“兄弟争田”一案里能够解读出许多中国法律话语的叙事。现在我们尝试解说第一个叙事。

阿明阿定为争七亩田，来到蓝鼎元坐镇的官府。为什么来到官府？为什么非要蓝鼎元给个“最后的说法”？显然，他们相信官府可以一语定乾坤。乡里民间有了纠纷，争议双方有时自己是无法解决的。在这种情况下只有靠第三方拿个主意，公平了断才能作数。而既然有了衙门官府，那是再权威不过的象征了。他们深知这点。

① [清]蓝鼎元：《鹿州公案》，收入刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第24页。

② [清]蓝鼎元：《鹿州公案》，收入刘俊文编、北京爱如生文化交流有限公司制作：《中国基本古籍库》，黄山书社2002年版，第24页。上述案情全部细节，参见第22～24页。

此外,阿明阿定来到官府知道要举出最结实、最确凿的证据,证明父亲有个真实的意思,要将七亩田留给自己,而不是对方。这就表明他们知道官府了断纠纷是依据说一不二的“硬规矩”,也就是我们现在所说的国家法律。在蓝鼎元那里,他也说依着一般审判方法就应该兄弟二人各打三十大板,将田地对半分开。这亦表明,蓝官人头脑里有一个国家法律的概念。虽说蓝鼎元没有拿出具体的法律条文念一遍,但是,他知道,那才是含糊不得的官府规矩。官府规矩当然有这样的意思:一份财产如果谁都不能证明属于自己,则只好“一分为二”。

在这里我们就遇到了古人和今人时常围绕法律这一现象而产生的两个意念:“官”和“书本里的法”。

说来,在久远的时候有一部古书名叫《管子》。里面曾讲,每年的正月初一百官都要上朝,听国君向全国发布法令,即“正月之朔,百吏在朝,君乃出令,布宪于国”。^①然后,主要官吏都要在太史(注:官名)那里领取法令典籍,当再次上朝时在国君面前仔细研读每一条每一款。法令宣布后,在太史官府留底一份,其余逐一分发下去。主要官吏拿到了法令的正本还必须星夜兼程,将法令文本传给乡里民间的小官小吏,务必要使他们立刻知晓颁布了什么法律。否则,“谓之留令,罪死不赦。”^②

接下来就是法令执行的问题。《管子》说,法令公布后必须当即执行,有不遵从的行为,“谓之不从令,罪死不赦。”^③此外还要仔细检查各级官府里的法令文件,看看它们和太史官那里的留底版本是否一致,不一致的一经查出便要追究问罪。《管子》一口认定不论什么事情都要法令先行,正所谓“凡将举事,令必先出”;^④而

① [战国]《管子》,房玄龄注,刘续增注,上海古籍出版社1989年版,第17~18页。

② [战国]《管子》,房玄龄注,刘续增注,上海古籍出版社1989年版,第18页。

③ [战国]《管子》,房玄龄注,刘续增注,上海古籍出版社1989年版,第18页。

④ [战国]《管子》,房玄龄注,刘续增注,上海古籍出版社1989年版,第18页。

且办事不合法令的,即使卓有成效,那也叫“专制,罪死不赦”。^①

概括来说,成文的规则规矩掌握在“官”的手里就叫做“法”了。^②

另有一部古书《韩非子》,里面说得更明白了:法律就是写在书本中的、放置于官府案台上的东西,即“法者,编著之图籍,设之于官府……”^③

为什么法律和“官”有着密切联系?而且还要写在书本里?

可以看出,依照《管子》和《韩非子》的意思,官吏是替君王做事的,他们首先是遵从君王的意旨,而君王当然有自己的权势和强制的力量,所以一般官吏不得不服从。另外一般官吏自己也是狐假虎威,有君王撑腰,官吏当然在服从强制的时候又运用了强制的力量去震慑阿明阿定那样的小民。这样,要使法律真正有作用就必须依靠蓝鼎元这一类的官员。于是法律就和“官”难分难解了。至于为什么要写在书本里,那是为了有案可查,免得阿明说阿明的,阿定说阿定的,使得规则毫无章法、混乱不堪,又方便小人之类的腐败官吏暗钻空子。

将法律和“官”联系在一起,又将其和书本中的规则联系在一起,是我们中国人长久以来尤为熟悉而且习以为常的法律观念。许多人觉得这是对法律现象恰如其分的描述。直到今天,打开各类讲述法律观念的书籍还可以看到大体类似的说法。有两本很权威的书就说:法律是由国家制定或认可的规范,而国家制定或认可,是说国家的立法机关或司法机关在那里制定或认可。^④另一具有同样权威意思的书也说:法律和国家权力有着不可分割的

① [战国]《管子》,房玄龄注,刘续增注,上海古籍出版社1989年版,第18页。

② [战国]《管子》,房玄龄注,刘续增注,上海古籍出版社1989年版,第51页。

③ [战国]韩非:《韩非子》,阙名注,上海古籍出版社1989年版,第131页。

④ 沈宗灵等:《法理学》,高等教育出版社1994年版,第32页;张文显等:《法理学》,法律出版社1997年版,第56页。

关系。^①“国家机关”是个现代用语,在古代差不多就是指“官府”,其内里的人物就是“官”了。说到国家权力,照样暗含着“官”的存在的意思。制定,当然是指把规则放入书本中去。这就将法律和“官”与书本中的规则联系在一起了。

003. 赏与罚

讲“官”和讲“权力”,在另一方面,便是暗含官府可以对其他人“赏”与“罚”。在“兄弟争田”的案子里蓝官人就说过:依着一般审判方式,阿明阿定应该各打三十大板,在我们看来,如果真打了便叫“罚”;假如蓝官人见兄弟两个和好如初,故而一时兴起宣布拿出银两若干以资鼓励,那么我们就会看到“赏”。这里涉及中国法律话语的第二个叙事:法律的基本目的在于赏罚尤其是罚。

古书《左传》曾记录春秋时期有人奉劝郑国国君郑庄公要这样:凡事不能客气,要用刑罚来纠正邪恶,而邪恶所以四处蔓延就是因为没有严厉的刑罚。^②另一典籍《尹文子》说:法有四个等级,其中一个就是指治理黎民百姓的法,它只要奖赏刑罚之类的东西就可告成。^③《韩非子》说得更形象,为了制服老虎不去用笼子,为了禁止奸邪不去用刑罚,这是尧舜那样的贤明帝王都感到为难的事情;所以设置笼子不是为了防备老鼠之类的不足挂齿的弱小动物,而是为了让那些势单力薄的人也能制伏老虎,制定法律不是用来防备那些知书达礼的贤士,而是为了使才能平庸的君主也能震慑江湖大盗那类的谋反分子。^④古代人有时相信“赏”的特殊功

① 孙国华等:《法理学》,法律出版社1995年版,第35页。

② [春秋]《春秋左传正义》,杜预注,孔颖达等正义,上海古籍出版社1990年版,第82页。

③ [战国]尹文:《尹文子》,钱熙祚校,上海书店1954年版,第1页。

④ [战国]韩非:《韩非子》,阙名注,上海古籍出版社1989年版,第70页。

用，所以，声言“赏一人而天下之为人臣莫敢失礼”，^①而赏赐如果到位，平民百姓就会随之自我教化，自我教化的结果就是根本不用“惩罚”这一办法了。^②

这便不奇怪为什么《吕氏春秋》会一语中的：“赏罚，法也”。^③一说到“赏罚”，我们也许容易联想到它是否来自日常的“家庭用语”。在家里做父母的时常为了管教子女，嘴里总会提到“赏”、“罚”两字。子女小，不懂事，就算是长大了在父母的眼里也还是“稚嫩小子”、“黄毛丫头”。孩子做事对了父母便会小恩小惠（赏）；孩子做错事了父母就会拳脚相加甚至不给饭吃（罚）。当然，“赏罚”是否真是来自家庭用语实在无从考证。但是有人说在中国尤其是古代的中国，国与家有着特别类似的结构，“以天下为一家”，^④“国者，乡之本也；乡者，家之本也”。^⑤ 另有人更为有趣地说：

提到我们的用字，这个“家”字可以说最能伸缩自如了。“家里的”可以指自己的太太一个人，“家门”可以指伯叔侄子一大批，“自家人”可以包罗任何要拉入自己的圈子，表示亲热的人物。自家人的范围是因时因地可伸缩的，大到数不清，真是天下可成一家。^⑥

所以，我们时常会听到古人提到官是“为民父母”的那些话。

① [战国]吕不韦：《吕氏春秋》，高诱注，毕沅校，上海古籍出版社1989年版，第108页。

② [战国]吕不韦：《吕氏春秋》，高诱注，毕沅校，上海古籍出版社1989年版，第108页。

③ [战国]吕不韦：《吕氏春秋》，高诱注，毕沅校，上海古籍出版社1989年版，第220页。

④ [西汉]《礼记正义》，郑玄注，孔颖达等正义，上海古籍出版社1990年版，第430页。

⑤ [战国]《管子》，房玄龄注，刘续增注，上海古籍出版社1989年版，第15页。

⑥ 费孝通：《乡土中国》，三联书店1985年版，第23页。